



박효근의  
최강 법무사 주관식 민법  
(2024년 시험 대비)

2023년 법무사시험  
주관식 민법 기출문제 해설자료

**Case 부진정연대채무 종합사례(불법행위책임, 동업관계와 사용자책임, 부진정연대채무자 1인에 대한 손해배상청구권 포기의 효력, 사용자책임과 민법 제496조 적용 여부, 다액채무자의 일부변제와 소액채무자의 채무 소멸의 범위)<sup>1)</sup>**

### [기본적 사실관계]

甲과 乙은 동업으로 도급받은 연립주택의 재건축공사를 완성하였다. 그런데 하자보증기간이 경과하지 않아 동업관계가 끝나지 않은 상태에서 누수하자보수문제가 발생하였다. 이에 乙이 그 방수공사를 맡아서 하기로 합의하였고, 그에 따라 乙이 丙을 고용하여 방수공사를 하다가 丙이 화상을 입는 사고(이하 “이 사건 사고”라 칭한다)가 발생하였다. 이에 丙은 甲과 乙을 공동피고로 하여 손해배상청구의 소(이하 “이 사건 소송”이라 칭한다)를 제기하고자 한다.

(각 문항은 상호 독립적임. 학설과 판례의 견해가 다를 경우 판례에 따라 서술하시오.)

### (위 기본적 사실관계에 추가하여)

이 사건 사고 발생 원인이 乙의 주의의무 위반이었음이 밝혀졌다면,

1. 丙이 乙에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 근거를 설명하시오. (5점)
2. 丙이 甲에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 근거를 설명하시오. (10점)
3. 丙이 자신이 입은 손해에 대하여 乙로부터 500만 원을 받고 더 이상의 손해배상을 일절 청구하지 않기로 乙과 합의하였다면, 丙은 甲에게 손해배상청구를 할 수 있는지 그 결론과 근거를 설명하시오. (10점)

### (위 기본적 사실관계와 달리)

이 사건 사고 발생에 있어, 丙에게는 방수공사에 대한 전문적인 지식이나 경험이 없음에도 불구하고 甲과 乙에게 “아무나 방수공사를 해도 무방하다”고 말하고는 안전하게 방수작업을 해야 할 의무를 게을리한 과실이 있었고, 乙에게는 이와 같은 丙의 주의의무 위반을 이용한 고의가 있었음이 밝혀졌다.

4. 이 사건 소송 진행 중, 甲은 “민법 제496조에 의하면 고의의 불법행위로 인한 손해배

1) 2023년 법무사시험 기출(50점).

상채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못하지만, 이 사건 사고는 내가 아닌 乙의 고의의 불법행위로 인한 것이다. 그러므로 나는 丙에 대한 대여금채권을 자동채권으로, 丙의 나에 대한 손해배상채권을 수동채권으로 하여 상계한다.”라는 주장을 하였다. 실제로 甲에게 丙에 대하여 이미 변제기가 도래한 대여금채권이 있다면 甲의 위와 같은 주장이 타당한지 그 결론과 근거를 설명하시오. (10점)

5. 이 사건 소송 진행 중, 丙의 손해액은 1억 원으로, 丙의 과실은 30%로 인정되었고, 乙이 손해배상금의 일부로 丙에게 4천만 원을 지급하였음이 밝혀졌다. 이 경우 甲이 丙에게 지급해야 하는 손해배상금의 액수는 얼마로 보아야 하는지 그 결론과 근거를 설명하시오. (15점)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결 론

丙은 乙에 대하여 민법 제750조에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있다(또는 丙은 乙에 대하여 민법 제390조에 근거하여 근로계약상 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다).

### 2. 근 거(불법행위 또는 채무불이행 책임 성부)

- ① 민법 제750조의 불법행위가 성립하기 위해서는, ㉠ 고의 또는 과실에 의한 가해행위, ㉡ 가해자의 책임능력, ㉢ 가해행위의 위법성, ㉣ 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 필요하다. 사안의 경우, 乙이 丙을 고용하여 방수공사를 하다가 丙이 화상을 입는 사고가 발생하였는데, 이 사건 사고 발생 원인이 乙의 주의의무 위반이었음이 밝혀졌으므로, 丙은 乙에 대하여 민법 제750조에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있다.
- ② 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다.<sup>1)</sup> 따라서 사안의 경우에는 丙이 乙에 대하여 민법 제390조에 근거하여 근로계약상 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수도 있다.

## II. 설문 2.에 대하여

### 1. 결 론

丙은 甲에 대하여 민법 제756조에 근거하여 사용자책임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

### 2. 근 거(동업관계와 사용자책임 성부)

- ① 민법 제756조의 사용자책임이 성립하기 위해서는, ㉠ 피용자의 행위가 민법 제750조의 불법행위의 성립요건을 충족할 것, ㉡ 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계, 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있을 것, ㉢ 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의

1) 대판 1999. 2. 23. 97다12082. 인화성 물질 등이 산재한 밀폐된 신축 중인 건물 내부에서 용접작업 등 화재 발생 우려가 많은 작업을 하던 중 화재가 발생하여 피용자가 사망한 사고에서 공사수급인은 건물의 점유자로서 그 보존상의 하자에 따른 불법행위로 인한 손해배상책임을, 사용자는 피용자의 안전에 대한 보호의무를 다하지 아니한 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 각 부담하며, 그 채무는 부진정연대채무의 관계에 있다고 인정한 사례.

사업활동 내지 사무집행행위와 관련되고, 피용자의 행위가 사무집행에 관한 것이 아님을 피해자가 알았거나 중대한 과실로 모른 경우가 아닐 것, ㉓ 사용자가 피용자의 선임과 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있었을 것이라는 면책사유를 입증하지 못할 것 등이 필요하다.

- ② 동업관계에 있는 자들이 공동으로 처리하여야 할 업무를 동업자 중 1인에게 그 업무집행을 위임하여 그로 하여금 처리하도록 한 경우, 다른 동업자는 그 업무집행자의 동업자인 동시에 사용자의 지위에 있다 할 것이므로, 업무집행 과정에서 발생한 사고에 대하여 사용자로서의 손해배상책임이 있다.<sup>1)</sup>
- ③ 사안의 경우, 위 방수공사는 동업관계에 있는 甲과 乙이 공동으로 처리하여야 할 업무로서 甲은 乙에게 그 업무집행을 위임하여 그로 하여금 이를 처리하도록 한 것이므로, 甲은 乙의 동업자인 동시에 그 사용자의 지위에 있었다고 할 것이고, 민법 제756조의 그 밖의 요건도 충족되는 것으로 보인다. 따라서 丙은 甲에 대하여 민법 제756조에 근거하여 사용자책임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

### Ⅲ. 설문 3.에 대하여

#### 1. 결 론

丙은 甲에게 손해배상청구를 할 수 있다.

#### 2. 근 거(부진정연대채무자 1인에 대한 손해배상청구권 포기의 효력)

- ① 채무자가 부담하는 채무불이행으로 인한 손해배상채무(또는 불법행위로 인한 손해배상채무)와 제3자가 부담하는 불법행위로 인한 손해배상채무의 원인이 동일한 사실관계에 기한 경우에는 하나의 동일한 급부에 관하여 수인의 채무자가 각자 독립해서 그 전부를 급부하여야 할 의무를 부담하는 경우로서 부진정연대채무관계에 있다.<sup>2)</sup>
- ② 부진정연대채무자 상호간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하지만 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것이므로, 피해자가 채무자 중의 1인에 대하여 손해배상에 관한 권리를 포기하거나 채무를 면제하는 의사표시를 하였다 하더라도 다른 채무자에 대하여 그 효력이 미친다고 볼 수는 없다 할 것이고, 이러한 법리는 채무자들 사이의 내부관계에 있어 1인이 피해자로부터 합의에 의하여 손해배상채무의 일부를 면제받고도 사후에 면제받은 채무액을 자신의 출재로 변제한 다른 채무자에 대하여 다시 그 부담 부분에 따라 구상 의무를 부담하게 된다 하여 달리

1) 대판 1998. 4. 28. 97다55164.

2) 대판 2006. 9. 8. 2004다55230.

불 것은 아니다.<sup>1)</sup>

- ③ 사안의 경우, ㉠ 乙이 부담하는 불법행위 또는 근로계약상 채무불이행으로 인한 손해배상채무와 甲이 부담하는 사용자책임으로 인한 손해배상채무는 동일한 사실관계에 의하여 발생한 하나의 손해에 대하여 甲과 乙이 각자 독립된 법률관계에 기초하여 그 전부의 배상 의무를 지는 부진정연대채무 관계에 있다. ㉡ 한편, 丙이 자신이 입은 손해에 대하여 乙로부터 500만 원을 받고 더 이상의 손해배상을 청구하지 않기로 乙과 합의한 것은 손해배상청구권의 포기 또는 채무면제의 의사표시에 불과하여 변제·대물변제·공탁·상계의 경우처럼 채권의 만족을 주는 사유가 아니므로 다른 부진정연대채무자인 甲의 손해배상채무에는 영향을 주지 않는다. 따라서 丙은 甲에게 여전히 손해배상청구를 할 수 있다.

#### IV. 설문 4.에 대하여

##### 1. 결 론

甲의 상계 주장은 타당하지 않다.

##### 2. 근 거(사용자책임과 민법 제496조 적용 여부)

- ① 민법 제496조는 채무가 고의의 불법행위로 인한 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는바, 위 규정의 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 되는 사회적 정의관념에 맞지 아니하므로 고의에 의한 불법행위의 발생을 방지함과 아울러 고의의 불법행위로 인한 피해자에게 현실의 변제를 받게 하려는 데 있다 할 것이다.
- ② 민법 제756조에 의한 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이고, 같은 조 제1항에서 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 책임을 면할 수 있도록 규정함으로써 사용자 책임에서 사용자의 과실은 직접의 가해행위가 아닌 피용자의 선임·감독에 관련된 것으로 해석 되는 점에 비추어 볼 때, 피용자의 고의의 불법행위로 인하여 사용자책임이 성립하는 경우에 민법 제496조의 적용을 배제하여야 할 이유가 없으므로 사용자책임이 성립하는 경우 사용자는 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수는 없다.<sup>2)</sup>

1) 대판 2006. 1. 27. 2005다19378.

2) 대판 2006. 10. 26. 2004다63019.

- ③ 사안의 경우, 乙은 丙에 대하여 고의의 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 甲은 乙의 사용자로서 乙의 배상책임에 대한 대체적 책임을 지므로, 비록 甲 자신의 고의는 없었다 하더라도 乙에게 고의가 있으면 甲의 사용자책임도 고의에 의한 불법행위책임으로 볼 수 있다. 따라서 甲은 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수 없으므로, 상계의 다른 요건을 검토할 필요도 없이 甲의 상계 주장은 타당하지 않다.

## V. 설문 5.에 대하여

### 1. 결 론

甲이 丙에게 지급해야 하는 손해배상금의 액수는 6천만 원이다.

### 2. 근 거(다액채무자의 일부변제와 소액채무자의 채무 소멸의 범위)

- ① 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 사람이 바로 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 줄여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없다. 그러나 이는 그러한 사유가 있는 자에게 과실상계의 주장을 허용하는 것이 신의칙에 반하기 때문이므로, 불법행위자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다. 또한 피용자가 업무상 행위로 거래당사자인 피해자에게 고의로 불법행위를 저지른 경우라고 하더라도, 피용자를 고용하였을 뿐 이러한 불법행위에 가담하지 않은 사용자에게 책임을 묻고 있는 피해자에게 과실이 있다면, 법원은 과실상계의 법리에 따라 손해배상의 책임과 그 금액을 정하는 데 이를 참작하여야 한다.<sup>1)</sup>
- ② 종래 대법원은, 제3자의 대출금채무와 사용자의 손해배상채무가 부진정연대 관계에 있고 대출금채무자로서 다액채무자인 제3자가 일부 변제한 사안에서는 이른바 ‘외측설’에 입각하여 다액채무자인 대출금채무자의 일부 변제로 인하여 소멸하는 부분은 사용자의 손해배상채무와 부진정연대 관계에 있는 부분이 아니라 다액채무자가 단독으로 부담하는 부분이라고 보았으나, 사용자 책임과 공동불법행위책임이 문제되는 사안에서는 이른바 ‘과실비율설’에 입각하여 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분부터 먼저 소멸하는 것이 아니라 소액채무자와 공동으로 채무를 부담하는 부분도 소액채무자의 과실비율에 상응하는 만큼 소멸한다고 판단하였다.
- ③ 그러나 대법원은 최근 전원합의체 판결을 통해 후자의 경우에도 모두 ‘외측설’로 통일하였는데, 그 이유는 다음과 같다. ㉠ 과실상계는 손해배상책임을 범위를 정할 때 적용되는 법리이므로, 과실상계의 법리가 손해배상책임을 부담하는 다액채무자의 무자격으로 인한 손해의 분담에 까지 적용된다고 보는 것은 과실상계를 중복 적용하는 결과가 되어 옳지 않다. ㉡ 부진정연대채

1) 대판 2018. 2. 13. 2015다242429.

무의 대외적 관계로서 채권자는 채무자들 가운데 누구에게라도 그 책임범위 내에서 우선적으로 변제를 청구할 수 있다는 점에서, 다액채무자의 무자력에 대한 위험의 일부를 채권자인 피해자에게 전가한다면 이는 채권자의 지위를 약화시키는 것으로 부진정연대채무의 성질에 반하게 된다. ㉠ 당사자의 의사라는 측면에서 보더라도 종래 대법원이 과실비율설을 적용한 유형과 그 밖의 다른 유형의 부진정연대채무가 다르지 아니하므로 동일한 효과를 인정하는 것이 타당하다. ㉡ 과실비율설에 의하면 다액채무자가 일부 변제 후 무자력이 되는 경우에는 피해자로서는 채권 전액을 변제받을 수 없다. 그런데 피해자가 이와 달리 소액채무자로부터 먼저 변제를 받는다면 소액채무자가 부담하는 채무 전액을 변제받을 수 있다. 이와 같이 피해자가 누구로부터 먼저 변제를 받느냐에 따라 변제를 받을 수 있는 금액이 달라지는 납득하기 어려운 결과가 발생한다. ㉢ 한편, 구체적인 사안이 과실비율설을 적용하여야 하는 경우에 해당하는지 여부를 판단할 구별기준이 명확하지 않다. ㉣ 따라서 모든 부진정연대채무에 대하여 적용할 수 있는 기준을 정립할 필요가 있다. 그러므로 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 그 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다. 이러한 법리는 사용자의 손해배상액이 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 피용자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에 적용되고, 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용된다.<sup>1)</sup>

- ④ 사안의 경우, ㉠ 丙의 손해액은 1억 원이고, 丙의 과실은 30%인데, ㉡ 乙은 丙의 주의의무 위반을 이용하여 고의의 불법행위를 저지른 자이므로 신의칙상 과실상계가 허용되지 않아 1억 원 전부의 손해배상채무를 부담하나, ㉢ 甲은 乙의 사용자일뿐 丙의 부주의를 이용한 바 없으므로 민법 제396조에 의한 과실상계가 가능하여 7천만 원의 손해배상채무만 부담한다. ㉣ 그런데, 1억 원의 채무를 부담하는 다액채무자인 乙이 그중 일부인 4천만 원 변제한 경우, 그 일부 변제로 인하여 7천만 원의 채무를 부담하는 소액채무자인 甲의 채무가 소멸하는 범위는, 최근의 전원합의체 判例에 따르면 이른바 ‘외측설’에 따라 먼저 다액채무자인 乙이 단독으로 부담하는 부분인 3천만 원 부분부터 소멸하고, 나머지 1천만 원이 甲과 乙이 공동으로 부담하는 부분에 충당되어 소멸하게 된다. ㉤ 따라서 乙의 4천만 원 변제로 甲의 채무는 1천만 원이 소멸하므로, 甲이 丙에게 지급해야 하는 손해배상금의 액수는 6천만 원이 된다.

1) 대판(전원합의체) 2018. 3. 22, 2012다74236.



**Case** 쌍방의 공통하는 매매목적물에 관한 착오의 법률효과, 무효등기명의인인 채무자의 처분행위와 사해행위 해당 여부, 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우의 상속인 확정과 부동산 이중매매의 법리, 점유취득시효(등기를 수반하지 않은 점유와 자주점유의 추정 여부, 취득시효 기간 중 소유자 변동과 취득시효 중단 여부, 취득시효 완성의 소급효과와 소유자의 부당이득반환 청구의 당부)<sup>1)</sup>

甲은 묘지를 설치하기 위하여 乙로부터 그가 소유한 A리 산132 임야 1,200㎡(이하 이 사건에서 문제되는 모든 부동산은 A리 소재인바, 'A리'의 기재는 생략한다)를 현장답사 후 매수하기로 하고, 2003. 5. 10. 매매계약을 체결하였다. 그런데 甲과 乙은 실수로 역시 乙이 소유하고 있으며 면적이 동일한 산133 임야를 매매목적물로 기재하여 매매계약서를 작성하고, 그에 기하여 2003. 6. 1. 산133 임야에 관하여 甲 명의로 소유권이전등기가 경료되었다. 甲은 2003. 6. 10. 산132 임야에 분묘 2기를 개설하고 토지 경계를 따라 나무를 심어 두었으며, 그 상태로 현재에 이르고 있다.

이상의 사실관계를 전제로, 각 설문에 답하시오.

(다툼이 있는 경우에는 가장 최신의 판례에 의할 것).

1. 甲은 2023. 1. 2.에 이르러서야 비로소 산132 임야에 관하여 소유권이전등기가 경료되지 않은 사실을 확인하고, 乙을 상대로 “2003. 5. 10. 매매”를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 이에 乙은 답변서에서 ‘이미 10년 이상 지나서 등기를 해 줄 의무가 없다’고만 주장하였고, 그 상태에서 변론이 종결되었다. 甲의 청구에 대하여 예상되는 결론을 밝히고 그 이유를 설명하시오. (10점)

2. (제1문과는 별개의 사실관계이다) 甲은 산133 임야가 자신의 소유로 등기되어 있음을 기화로 위 임야에 관하여 2023. 1. 2. 처남인 甲2에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그러자 甲의 채권자 丙은 이를 사해행위로 주장하며 산133 임야에 관한 2023. 1. 2.자 매매계약의 취소 및 甲2 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 2023. 5. 10. 제기하였다. 심리 결과 甲이 2023. 1. 2. 당시 채무초과 상태였음은 인정되었다. 丙의 청구에 대하여 예상되는 결론과 그 이유를 설명하시오.

1) 2023년 법무사시험 기출(50점).

(10점)

3. (제1, 2문과는 별개의 사실관계이다) 乙은 2023. 2. 1. 사망하였고, 유족으로는 배우자인 丙과 장남인 丁1, 차남인 丁2 및 장남 丁1의 배우자와 자녀 3명이 있다. 그런데 丁1과 丁2는 2023. 4. 5. 상속을 포기하였고, 丙은 산132 임야가 乙의 소유로 등기된 것을 알고 2023. 4. 10. 이를 戊에게 매도하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 戊가 산132 임야의 소유권을 유효하게 취득할 수 있는 범위는? (10점)
4. (제3문의 사실관계를 전제로) 甲은 뒤늦게 이를 알고 2023. 6. 10. 戊를 상대로 산132 임야의 소유권이전등기를 구하고자 한다. 甲이 등기청구를 할 수 있는 방법으로 무엇이 있는지 논하시오. (15점)
5. (제3, 4문의 사실관계를 전제로) 戊는 甲의 청구를 받고 2023. 4. 10. 이후 산132 임야의 점유, 사용으로 인한 부당이득의 반환을 요구하였다. 戊의 주장은 타당한가? (5점)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결 론

甲의 청구는 인용될 수 있다.

### 2. 이 유(쌍방의 공동하는 매매목적물에 관한 착오의 법률효과)

- ① 부동산의 매매계약에 있어 쌍방 당사자가 모두 특정의 갑 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 갑 토지와는 별개인을 토지로 표시하였다 하여도, 갑 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 이상 그 매매계약은 갑 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 하고 을 토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 을 토지에 관하여 그 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면 이는 원인 없이 경료된 것으로서 무효이다.<sup>1)</sup>
- ② 시효제도는 일정 기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란해지는 증거보전으로부터 구제를 피하며 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 제외하기 위하여 규정된 제도라고 할 것인바, 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.<sup>2)</sup>
- ③ 사안의 경우, ㉠ 甲과 乙은 모두 산132 임야를 매매목적물로 삼았으나 실수로 산133 임야를 매매목적물로 기재하여 매매계약서를 작성한 것이므로, 甲과 乙 사이에는 산132 임야에 관하여 매매계약이 성립하고 효력이 발생한다. ㉡ 한편, 甲은 2003. 6. 10. 산132 임야에 분묘 2기를 개설하고 토지 경계를 따라 나무를 심어 두었으며, 그 상태대로 현재에 이르고 있으므로, 매매계약의 효력으로 산132 임야를 인도받아 점유를 계속하고 있다고 볼 수 있으므로, 甲의 乙에 대한 산132 임야에 관한 소유권이전등기청구권은 소멸시효가 진행하지 않는다. ㉢ 따라서 비록 甲이 2023. 1. 2.에 이르러서야 소유권이전등기청구의 소를 제기하였더라도, '이미 10년 이상 지나서 등기를 해 줄 의무가 없다'는 乙의 주장은 이유 없으므로, 甲의 청구는 인용될 수 있다.

## II. 설문 2.에 대하여

1) 대판 1996. 8. 20. 96다19581.

2) 대판 2010. 1. 28. 2009다73011.

## 1. 결 론

甲의 청구는 인용될 수 없다.

## 2. 이 유(무효등기명의인인 채무자의 처분행위와 사해행위 해당 여부)

- ① 判例는 3자간 등기명의신탁 사안에서, “채무자가 명의신탁약정에 따라 부동산에 관하여 그 명의로 소유권이전등기를 마쳤다면 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 본문이 적용되어 채무자 명의의 위 등기는 무효이므로 위 부동산은 채무자의 소유가 아니기 때문에 이를 채무자의 일반 채권자들의 공동담보에 공하여지는 책임재산이라고 볼 수 없고, 채무자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하고 그에게 소유권이전등기를 마쳐주었다 하더라도 그로써 채무자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로 이를 들어 채무자의 일반 채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없으며, 채무자에게 사해의 의사가 있다고 볼 수도 없다.”고 판시한 바 있다.<sup>1)</sup>
- ② 사안의 경우, ㉠ 산133 임야에 마쳐진 甲 명의의 소유권이전등기는 원인무효의 등기이므로, 이를 甲의 책임재산이라고 볼 수 없다. ㉡ 그러므로 甲이 산133 임야가 자신의 소유로 등기되어 있음을 기화로 위 임야에 관하여 甲2에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다 하더라도, 이는 甲의 채권자 丙에 대한 관계에서 사해행위라고 할 수 없다. ㉢ 따라서 丙의 사해행위 취소청구는 다른 요건을 검토할 필요도 없이 인용될 수 없다.

## Ⅲ. 설문 3.에 대하여

### 1. 결 론

戊는 산132 임야의 소유권 전부를 유효하게 취득한다.

### 2. 이 유(피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우의 상속인 확정과 부동산 이중매매의 법리)

- ① 상속에 관한 입법례와 민법의 입법 연혁, 민법 조문의 문언 및 체계적·논리적 해석, 채무상속에서 상속포기자의 의사, 실무상 문제 등을 종합하여 보면, 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우에는 배우자가 단독상속인이 된다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.
- ② 우리 민법은 제정 당시부터 배우자 상속을 혈족 상속과 구분되는 특별한 상속으로 규정하지 않았다. 상속에 관한 구 관습도 배우자가 일정한 경우에 단독상속인이 되었을 뿐 배우자

1) 대판 2007. 12. 27, 2005다54104.

상속과 혈족 상속을 특별히 구분하지 않았다. 위와 같은 입법 연혁에 비추어 보면, 구 관습이 적용될 때는 물론이고 제정 민법 이후 현재에 이르기까지 배우자는 상속인 중 한 사람이고 다른 혈족 상속인과 법률상 지위에서 차이가 없다. 그리고 민법 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 ‘상속인’은 모두 동일한 의미임이 명백하다. 따라서 민법 제1043조의 ‘상속인이 수인인 경우’ 역시 민법 제1000조 제2항의 ‘상속인이 수인인 때’와 동일한 의미로서 같은 항의 ‘공동상속인이 되는’ 경우에 해당하므로 그 공동상속인에 배우자도 당연히 포함되며, 민법 제1043조에 따라 상속포기자의 상속분이 귀속되는 ‘다른 상속인’에도 배우자가 포함된다. 이에 따라 공동상속인인 배우자와 여러 명의 자녀들 중 일부 또는 전부가 상속을 포기한 경우의 법률효과를 본다. 공동상속인인 배우자와 자녀들 중 자녀 일부만 상속을 포기한 경우에는 민법 제1043조에 따라 그 상속포기자인 자녀의 상속분이 배우자와 상속을 포기하지 않은 다른 자녀에게 귀속된다. 이와 동일하게 공동상속인인 배우자와 자녀들 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우 민법 제1043조에 따라 상속을 포기한 자녀의 상속분은 남아 있는 ‘다른 상속인’인 배우자에게 귀속되고, 따라서 배우자가 단독상속인이 된다.

- ③ 한편, 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있는 현행 민법에서는, 부동산 이중매매의 경우 등기를 먼저 갖춘 자가 소유권을 취득하게 된다(제186조).
- ④ 사안의 경우, ㉠ 甲은 乙에 대하여 산132 임야에 관하여 매매계약에 따른 소유권이전등기청구권을 갖고 있는 상태에서 乙이 2023. 2. 1. 사망함으로써 그 상속인이 매도인 지위를 승계하게 되는데, 최근 변경된 대법원 判例에 따르면, 乙의 배우자 丙과 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기하였으므로 배우자 丙만이 단독상속인이 된다. ㉡ 그런데 단독상속인 丙이 2023. 4. 10. 이를 戊에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었으므로, 특별한 사정이 없는 한 부동산 이중매매의 법리상 戊는 산132 임야의 소유권 전부를 유효하게 취득한다.

#### IV. 설문 4.에 대하여

##### 1. 결 론

甲은 2023. 6. 10. 戊를 상대로 산 132 임야에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 소유권 이전등기를 청구할 수 있다.

##### 2. 이 유(등기를 수반하지 않은 점유와 자주점유의 추정 여부, 취득시효 기간 중 소유자 변동과 취득시효 중단 여부)

- ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(제245조 제1항). 한편, 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정된다(제197조 제1항).

- ② 토지의 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 설사 그것이 타인의 토지의 매매에 해당하여 그에 의하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다고 하더라도 그것만으로 매수인이 점유권원의 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 매수하였다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되지 않는 한 그 사실만으로 바로 그 매수인의 점유가 소유의 의사가 있는 점유라는 추정이 깨어지는 것이라고 할 수 없다. 그리고 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수도 없을 것이다.<sup>1)</sup>
- ③ 한편, 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효 완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효 완성이로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있다.<sup>2)</sup>
- ④ 사안의 경우, ㉠ 甲과 乙은 2003. 5. 10. 산132 임야에 관하여 매매계약을 체결하였으나, 그 등기에 관하여는 甲과 乙 모두의 착오로 산133 임야에 경료됨으로써 산132 임야의 소유권은 乙에게 그대로 귀속되어 있는 상태였다. 한편, 甲은 2003. 6. 10.부터 산132 임야를 인도받아 분묘를 개설하는 등으로 현재까지 20년 동안 계속 점유해 왔다. ㉡ 따라서 甲의 산132 임야에 대한 점유는 점유취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 것이고, 또 乙과 매매계약에 의하여 점유를 취득하였다는 점에서 점유권원의 객관적 성질상 자주점유라고 보아야 하고, 그 등기가 잘못된 사실도 2023. 1. 2.에 이르러서야 알게 되었다는 점에서 등기를 수반하지 않은 점유임이 밝혀졌다고 하여 그 사실만으로 타주점유라고 할 수도 없다. ㉢ 한편, 2023. 4. 10. 산132 임야의 소유권이 戊에게 이전되었다 하더라도 취득시효 기간 중의 소유자 변동은 취득시효의 중단사유가 될 수 없으므로, 戊는 취득시효 완성 당시의 소유자로서 권리의무의 당사자가 된다. ㉣ 따라서 甲은 2023. 6. 10. 戊를 상대로 산132 임야에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

## V. 설문 5.에 대하여

### 1. 결 론

戊의 주장은 타당하지 않다.

1) 대판 2013. 10. 11. 2013다43529.

2) 대판(전원합의제) 2009. 7. 16. 2007다15172.

## 2. 이 유(취득시효 완성의 소급효와 소유자의 부당이득반환 청구의 당부)

- ① 부동산에 대한 취득시효가 완성되면 점유자는 소유명의자에 대하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 소유명의자는 이에 응할 의무가 있으므로, 점유자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하지 아니하여 아직 소유권을 취득하지 못하였다고 하더라도 소유명의자는 점유자에 대하여 점유로 인한 부당이득반환청구를 할 수 없다.<sup>1)</sup> 이는 취득시효 기간 중의 부당이득반환의 경우에도 마찬가지라는 것이 判例의 입장이다. 즉, “피고는 1990. 6. 12.자 취득시효완성을 원인으로 이 사건 토지의 소유권이전등기청구권을 취득하였다고 할 것이고 그 효과(즉, 등기한 경우의 효과)는 점유시에 소급하는 것이므로, 이와 같은 지위에 있는 피고에 대하여 취득시효기간 중의 이 사건 토지에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득을 구함은 신의칙에 반하여 허용할 수 없다.”<sup>2)</sup>
- ② 사안의 경우, ㉠ 甲은 2023. 6. 10. 戊를 상대로 산132 임야에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구하였고, 이는 정당하므로 甲이 그 등기를 경료하게 되면 민법 제247조 제1항에 의하여 점유를 개시한 때인 2003. 6. 10.에 소급하여 소유권을 취득하게 된다. ㉡ 따라서 이러한 지위에 있는 甲에 대하여 취득시효 기간 중인 2023. 4. 10. 이후의 산132 임야의 점유, 사용으로 인한 부당이득의 반환을 요구하는 戊의 주장은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다.

1) 대판 1993. 5. 25. 92다51280.

2) 대판 1994. 3. 22. 93다46360.