

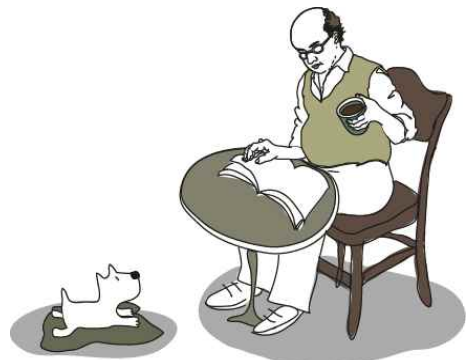


박효근 법무사의

민법강의(1차) 보충자료

(2016년 4월 저녁반 객관식 문제풀이강의용)

- ☞ 2016년(1~3월) 민법 최신판례 정리자료
- ☞ 2016년 변호사 및 법원서기보 시험 기출문제 해설



민법 최신 判例정리 **(2016년 1~3월 추가판례)**

判例 반사회질서 법률행위

1. 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 위임계약이 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 따라 무효인 경우¹⁾

어떠한 위임계약이 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 경우에 신청행위 자체에는 전문성이 크게 요구되지 않고 허가에는 공무원의 재량적 판단이 필요하며, 신청과 관련된 절차에 필수적으로 필요한 비용은 크지 않은 데 반하여 약정보수액은 지나치게 다액으로서, 수입인이 허가를 얻기 위하여 공무원의 직무 관련 사항에 관하여 특별한 청탁을 하면서 뇌물공여 등 로비를 하는 자금이 보수액에 포함되어 있다고 볼 만한 특수한 사정이 있는 때에는 위임계약은 반사회질서적인 조건이 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 따라 무효이다.

判例 부동산등기

1. 진정한 권리자의 권리실현을 위하여 폐쇄등기에 대하여 말소회복등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 말소된 권리자의 등기와 이를 회복하는 데 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 말소회복등기절차 등의 이행을 구할 소의 이익이 있는지 여부²⁾

① 등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 '폐쇄등기'라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없으므로, 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소회복등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다.

② 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 규정하고 있는 것은 등기실무의 편의를 고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 아니 되므로, 등기가 부적법하게 말소된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 말소된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위하여는 말소회복등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에도 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소회복등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

③ 따라서 이러한 경우에는 등기가 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기에

1) 대판 2016. 2. 18, 2015다35560.

2) 대판 2016. 1. 28, 2011다41239.

관하여 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소를 제기하고, 그 사건에서 말소회복등기절차 등의 이행을 명하는 판결이 확정되는 한편 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 말소회복등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, 등기관은 새로운 등기기록에 등기사항을 처음 옮겨 기록할 당시 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 보아 부동산등기법 제32조에 의하여 직권으로 이들 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소회복등기 등을 실행할 수 있다.

- ④ 그렇다면 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 부적법하게 말소되지 아니하였더라면 현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 말소된 권리자의 등기 및 그 등기를 회복하는 데에 필요하여 함께 옮겨 기록되어야 하는 등기를 대상으로 말소회복등기절차 등의 이행을 구하는 소는 소의 이익을 인정할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에 대하여도 마찬가지로 적용할 수 있다.

判例 건물의 구분소유

1. 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에 분양계약 등을 통하여 구분행위를 한 다음 1동의 건물과 구분건물이 객관적·물리적으로 완성된 경우, 그 시점에 구분소유가 성립하는지 여부 및 이후 소유권자가 분양계약을 전부 해지하고 1동 건물 전체를 1개의 건물로 소유권보존등기를 마친 경우, 구분소유권이 소멸하는지 여부¹⁾

1동 건물의 구분된 각 부분이 구조상·이용상 독립성을 가지는 경우 각 부분을 구분건물로 할지 1동 전체를 1개의 건물로 할지는 소유자의 의사에 의하여 자유롭게 결정할 수 있는 점에 비추어 보면, 구분건물이 물리적으로 완성되기 전에 분양계약 등을 통하여 장래 신축되는 건물을 구분건물로 하겠다는 구분의사를 표시함으로써 구분행위를 한 다음 1동의 건물 및 구분행위에 상응하는 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 그 시점에서 구분소유가 성립하지만, 이후 소유권자가 분양계약을 전부 해지하고 1동 건물의 전체를 1개의 건물로 소유권보존등기를 마쳤다면 이는 구분폐지행위를 한 것으로서 구분소유권은 소멸한다. 그리고 이러한 법리는 구분폐지가 있기 전에 개개의 구분건물에 대하여 유치권이 성립한 경우라 하여 달리 볼 것은 아니다.

2. 신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였는데 그 후 건물이 완성된 경우, 등기의 효력(유효) 및 이러한 법리는 1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기 등이 순차로 마쳐진 다음 구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지인지 여부²⁾

신축건물의 보존등기를 건물 완성 전에 하였더라도 그 후 건물이 완성된 이상 등기를 무효라고 볼 수 없다. 이러한 법리는 1동 건물의 일부분이 구분소유권의 객체로서 적합한 구조상 독립성을 갖추지 못한 상태에서 구분소유권의 목적으로 등기되고 이에 기초하여 근저당권설정등기나 소유권이전등기 등이 순차로 마쳐진 다음 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2, ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조의2 제1항의 경계표지 및 건물번호표지에 관한 규정’에 따라 경계를 명확하게 식별할 수 있는 표지가 바닥에 견고하게 설치되고 구분점포별로 부여된 건물번호표지도 견고하게 부착되는 등으로

1) 대판 2016. 1. 14, 2013다219142.

2) 대판 2016. 1. 28, 2013다59876.

구분소유권의 객체가 된 경우에도 마찬가지이다.

判例 점유취득시효

1. 점유취득시효 완성 당시 부동산이 구 신탁법상 신탁계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기가 되어 있었는데 등기하지 아니하고 있는 사이에 제3자에게 처분되어 제3자 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 다시 별개의 신탁계약에 의해 동일한 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기가 마쳐진 경우, 점유자가 수탁자에 대하여 취득시효 완성을 주장할 수 있는지 여부¹⁾

신탁재산의 소유관계, 신탁재산의 독립성, 신탁등기의 대항력, 구 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제1항, 제20조, 제24조, 제30조의 취지 등에 비추어 보면, 부동산에 대한 점유취득시효가 완성될 당시 부동산이 구 신탁법상의 신탁계약에 따라 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기가 되어 있더라도 수탁자가 신탁재산에 대하여 대내외적인 소유권을 가지는 이상 점유자가 수탁자에 대하여 취득시효 완성을 주장하여 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있지만, 이를 등기하지 아니하고 있는 사이에 부동산이 제3자에게 처분되어 그 명의로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 점유자가 제3자에 대하여 취득시효 완성을 주장할 수 없게 되었다면 제3자가 다시 별개의 신탁계약에 의하여 동일한 수탁자 명의로 소유권이전등기와 신탁등기를 마침으로써 부동산의 소유권이 취득시효 완성 당시의 소유자인 수탁자에게 회복되는 결과가 되었더라도 수탁자는 특별한 사정이 없는 한 취득시효 완성 후의 새로운 이해관계인에 해당하므로 점유자는 그에 대하여도 취득시효 완성을 주장할 수 없다. 이 경우 점유자가 수탁자의 원래 신탁재산에 속하던 부동산에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가지고 있었다고 하여 수탁자가 별개의 신탁계약에 따라 수탁한 다른 신탁재산에 속하는 부동산에 대하여도 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있다고 보는 것은 신탁재산을 수탁자의 고유재산이나 다른 신탁재산으로부터 분리하여 보호하려는 신탁재산 독립의 원칙의 취지에 반하기 때문이다.

判例 부동산 명의신탁

1. 명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산 취득에 관한 계약을 체결한 경우, 계약의 효력(유효)²⁾

① 구 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(2010. 3. 31. 법률 제10203호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항은 “명의신탁약정은 무효로 한다.”고 규정하고, 제2항은 “명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물건변동은 무효로 한다. 다만 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자와 그 일방당사자가 되고 그 타방당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 따라서 명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산의 취득에 관한 계약을 체결하면 계약은 유효하다.

② 아파트의 수분양자가 타인과 대내적으로는 자신이 수분양권을 계속 보유하기로 하되 수분양자 명의만을 타인의 명의로 하는 내용의 명의신탁약정을 맺으면서 분양계약의 수분양자로서의 지위를 포괄적으

1) 대판 2016. 2. 18, 2014다61814.

2) 대판 2015. 12. 23, 2012다202932.

로 이전하는 내용의 계약인수약정을 체결하고 이에 대하여 명의신탁약정의 존재를 모르는 분양자가 동의 내지 승낙을 한 경우, 이는 계약명의신탁 관계에서 명의수탁자가 당초 명의신탁약정의 존재를 모르는 분양자와 분양계약을 체결한 경우와 다를 바 없으므로, 분양계약인수약정은 유효하다.

判例 손해배상의 예정

1. 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 위약벌을 감액할 수 있는지 여부¹⁾

- ① 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상의 예정과 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다.
- ② 그런데 당사자가 약정한 위약벌의 액수가 과다하다는 이유로 법원이 계약의 구체적 내용에 개입하여 약정의 전부 또는 일부를 무효로 하는 것은, 사적 자치의 원칙에 대한 중대한 제약이 될 수 있고, 스스로가 한 약정을 이행하지 않겠다며 계약의 구속력에서 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 될 수 있으므로, 가급적 자제하여야 한다.
- ③ 이러한 견지에서, 위약벌 약정이 공서양속에 반하는지를 판단할 때에는, 당사자 일방이 독점적 지위 내지 우월한 지위를 이용하여 체결한 것인지 등 당사자의 지위, 계약의 체결 경위와 내용, 위약벌 약정을 하게 된 동기와 경위, 계약 위반 과정 등을 고려하는 등 신중을 기하여야 하고, 단순히 위약벌 액수가 많다는 이유만으로 설불리 무효라고 판단할 일은 아니다.

判例 채무불이행

1. 구 간접투자자산 운용업법에서 정한 판매회사나 자산운용회사가 투자자에게 투자신탁의 수익구조나 위험요인에 관한 주요 사항을 제대로 설명하지 아니하거나 오해를 일으킬 수 있는 부실한 표시가 기재된 투자설명서 등을 제공하고, 이를 신뢰한 투자자가 정확한 정보를 제공받았다면 하지 아니하였을 투자를 하여 만기에 투자금을 회수하지 못하는 손해를 입은 경우, 판매회사 등의 투자자보호의무 위반과 투자자의 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 여부²⁾

구 간접투자자산 운용업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)에서 정한 판매회사나 자산운용회사가 투자자에게 투자신탁의 수익구조나 위험요인에 관한 주요 사항을 제대로 설명하지 아니하거나 오해를 일으킬 수 있는 부실한 표시가 기재된 투자설명서 등을 제공하였고, 이를 신뢰한 투자자가 정확한 정보를 제공받았다면 하지 아니하였을 투자를 하여 만기에 투자금을 회수하지 못하는 손해를 입었다면, 그러한 손해는 판매회사나 자산운용회사의 투자자보호의무 위반으로 투자자의 투자에 관한 의사결정권이 침해되어 투자자가 의도하지 아니한 투자위험을 지게 된 결과이므로, 판매회사나 자산운용회사의 투자자보호의무 위반과 투자자의 손해 사이에는 상당인과관계가 있다.

2. 신탁업자가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 계약 체결을 권유하는 등 실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우, 신탁재산의 구체적

1) 대판 2016. 1. 28, 2015다239324.

2) 대판 2015. 12. 23, 2013다40681.

운용방법에 따르는 수익구조와 위험요인을 합리적으로 조사하여 올바른 정보를 고객에게 제공하고 설명하여 고객을 보호하여야 할 주의의무를 부담하는지 여부¹⁾

특정금전신탁은 위탁자가 신탁재산인 금전의 운용방법을 지정하는 금전신탁으로서 신탁업자는 위탁자가 지정한 운용방법대로 자산을 운용하여야 하고, 그 과정에서 신탁업자가 신탁재산에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였다면 자기책임의 원칙상 신탁재산의 운용 결과에 대한 손익은 모두 수익자에게 귀속되는 것이지만, 신탁업자가 특정금전신탁의 신탁재산인 금전의 구체적인 운용방법을 미리 정하여 놓고 고객에게 계약 체결을 권유하는 등 실질적으로 투자를 권유하였다고 볼 수 있는 경우에는, 신탁업자는 신탁재산의 구체적 운용방법에 따르는 수익구조와 위험요인을 합리적으로 조사하여 올바른 정보를 고객에게 제공하고 고객이 이해할 수 있도록 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무를 위반한 결과 고객에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.

判例 보증채무

1. 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과 별도로 부담하여야 하는지 여부²⁾

보증서의 보증금액은 보증인이 보증책임을 지게 될 주채무에 관한 한도액을 정한 것으로서 한도액에는 주채무자의 채권자에 대한 원금과 이자 및 지연손해금이 모두 포함되고 합계액이 보증의 한도액을 초과할 수 없지만, 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 **보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증의 한도액과는 별도로 부담하여야 하고**, 이때 **보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 없는 경우라면 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따라야 한다**. 그리고 **선급금 반환사유가 발생하였을 경우 선급금 잔액에 대하여 선급금 지급 시부터 이자를 가산하여 반환할지는 '주계약 당사자 사이의 약정'에 따라야 한다**.

2. 선급금 반환에 관한 보증계약상 보험금을 산정할 때 하자보수보증금을 공제하지 아니한 미지급 기성대금을 선급금에서 공제하여야 하는지 여부³⁾

선급금 반환에 관한 보증계약의 경우 보증인은 주채무자의 선급금 반환채무의 이행을 보증할 뿐 하자보수보증금까지 담보한다고 볼 수 없으므로, 선급금보증계약상의 보험금을 산정할 때에는 하자보수보증금을 공제하지 아니한 미지급 기성대금을 선급금에서 공제하여야 한다.

3. 보증보험계약이 유효하게 성립하기 위해서 계약 당시 보험사고의 발생 여부가 확정되어 있지 않아야 한다는 우연성과 신의성 요건을 갖추어야 하는지 여부⁴⁾

보증보험계약은 기본적으로 보험계약으로서의 본질을 갖고 있으므로, 적어도 계약이 유효하게 성립하기 위해서는 계약 당시에 보험사고의 발생 여부가 확정되어 있지 않아야 한다는 우연성과 신의성의 요건을 갖추어야 한다. 그리고 **계약보증계약은 주계약상 채무자가 귀책사유로 계약상 의무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니하는 경우 채권자에게 귀속하는 계약보증금의 납부 의무의 이행을 보증하는 보험계약이므로, 보험사고가 발생하였는지는 특별한 사정이 없는 한 주계약 전체를 대상으로 판단하여야 한다**.

1) 대판 2015. 12. 23, 2015다231092.

2) 대판 2016. 1. 28, 2013다74110.

3) 대판 2016. 1. 28, 2013다74110.

4) 대판 2016. 1. 28, 2013다74110.

判例 채권양도

1. 채권양도를 승낙한 채무자가 양도되는 채권의 성립이나 소멸에 영향을 미치는 사정에 관하여 양수인에게 알리지 아니한 경우, 불법행위가 성립하는지 여부¹⁾

채무자가 채권양도에 대하여 이의를 보류하지 아니하는 승낙을 하였더라도 양도인에게 대항할 수 있는 사유로서 양수인에게 대항하지 못할 뿐이고(민법 제451조), 채권의 내용이나 양수인의 권리 확보에 위험을 초래할 만한 사정을 조사, 확인할 책임은 원칙적으로 양수인 자신에게 있으므로, 채무자는 양수인이 대상 채권의 내용이나 원인이 되는 법률관계에 대하여 잘 알고 있음을 전제로 채권양도를 승낙할지를 결정하면 되고 양수인이 채권의 내용 등을 실제와 다르게 인식하고 있는지까지 확인하여 위험을 경고할 의무는 없다. 따라서 채무자가 양도되는 채권의 성립이나 소멸에 영향을 미치는 사정에 관하여 양수인에게 알려야 할 신의칙상 주의의무가 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 채무자가 그러한 사정을 알리지 아니하였다고 하여 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다.

判例 위임계약

1. 위임계약의 일방 당사자가 타방 당사자의 채무불이행을 이유로 위임계약을 해지한다는 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행을 이유로 한 계약 해지의 요건을 갖추지 못한 경우, 민법 제689조 제1항에 따른 임의해지로서의 효력이 인정되는지 여부²⁾

위임계약의 각 당사자는 민법 제689조 제1항에 따라 특별한 이유 없이도 언제든지 위임계약을 해지할 수 있다. 따라서 위임계약의 일방 당사자가 타방 당사자의 채무불이행을 이유로 위임계약을 해지한다는 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행을 이유로 한 계약 해지의 요건을 갖추지 못한 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 의사표시에는 민법 제689조 제1항에 따른 임의해지로서의 효력이 인정된다.

2. 상대방이 불리한 시기에 위임계약을 해지한 경우 그로 인한 손해를 배상하여야 하는지 여부 및 배상의 범위³⁾

민법상의 위임계약은 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이며, 다만 '상대방이 불리한 시기에 해지한 때에는 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한 그로 인한 손해를 배상하여야 하나, '배상의 범위'는 위임이 해지되었다는 사실로부터 생기는 손해가 아니라 '적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해에 한한다.

3. 수임인이 사무처리를 완료하기 전에 위임계약을 해지한 것이 위임인에게 불리한 시기에 해지한 것인지 여부⁴⁾

수임인이 위임받은 사무를 처리하던 중 사무처리를 완료하지 못한 상태에서 위임계약을 해지함으로써

1) 대판 2015. 12. 24, 2014다49241.

2) 대판 2015. 12. 23, 2012다71411.

3) 대판 2015. 12. 23, 2012다71411.

4) 대판 2015. 12. 23, 2012다71411.

위임인이 사무처리의 완료에 따른 성과를 이전받거나 이익을 얻지 못하게 되더라도, 별도로 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 위임계약에서는 시기를 불문하고 사무처리 완료 전에 계약이 해지되면 당연히 위임인이 사무처리의 완료에 따른 성과를 이전받거나 이익을 얻지 못하는 것으로 계약 당시에 예정되어 있으므로, 수임인이 사무처리를 완료하기 전에 위임계약을 해지한 것만으로 위임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없다.

4. 위임계약에서 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하는 경우, 수임인이 청구할 수 있는 보수액의 범위)

위임계약에서 보수액에 관하여 약정한 경우에 수임인은 원칙적으로 약정보수액을 전부 청구할 수 있는 것이 원칙이지만, 위임의 경위, 위임업무 처리의 경과와 난이도, 투입한 노력의 정도, 위임인이 업무 처리로 인하여 얻게 되는 구체적 이익, 기타 변론에 나타난 제반 사정을 고려할 때 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다.

5. 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 위임계약이 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 따라 무효인 경우²⁾

어떠한 위임계약이 행정청의 허가 등을 목적으로 하는 신청행위를 대상으로 하는 경우에 신청행위 자체에는 전문성이 크게 요구되지 않고 허가에는 공무원의 재량적 판단이 필요하며, 신청과 관련된 절차에 필수적으로 필요한 비용은 크지 않은 데 반하여 약정보수액은 지나치게 다액으로서, 수임인이 허가를 얻기 위하여 공무원의 직무 관련 사항에 관하여 특별한 청탁을 하면서 뇌물공여 등 로비를 하는 자금이 보수액에 포함되어 있다고 볼 만한 특수한 사정이 있는 때에는 위임계약은 반사회질서적인 조건이 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠고 있어 민법 제103조에 따라 무효이다.

判例 조합계약

1. 조합원이 조합체에서 탈퇴하면서 지분의 계산으로 일부 조합재산을 받는 경우, 지분 계산의 법적 성격(=지분 상호 교환 또는 매매)³⁾

- ① 어느 조합원이 조합체에서 탈퇴하면서 지분의 계산으로 일부 조합재산을 받는 경우에는 마치 합유물의 일부 양도가 있는 것처럼 개별 재산에 관한 합유관계가 종료하므로(민법 제274조 제1항), '지분의 계산'은 세법상 탈퇴한 조합원과 공동사업을 계속하는 다른 조합원들이 조합재산에 분산되어 있던 지분을 상호 교환 또는 매매한 것으로 볼 수 있다. 그런데 공동사업을 목적으로 한 조합체가 조합재산인 부동산을 양도함으로써 얻는 소득은, 그것이 사업용 재고자산이라면 사업소득이 되며[구 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제87조, 제43조] 사업용 고정자산으로서 양도소득세 과세대상이라면 양도소득이 된다(구 소득세법 제118조). 탈퇴한 조합원이 다른 조합원들에게 잔존 조합재산에 관한 자신의 지분을 양도하고 일부 조합재산을 받음으로써 얻는 소득의 성질도 이와 다르지 않으므로, 탈퇴 당시 조합재산의 구성내역에 따라 탈퇴한 조합원의 사업소득 또는 양도소득 등이 된다.

- ② 구 소득세법(2005. 12. 31. 법률 제7837호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제1항 제7호는 '제1호 내지 제6호의

1) 대판 2016. 2. 18, 2015다35560.

2) 대판 2016. 2. 18, 2015다35560.

3) 대판 2015. 12. 23, 2012두8977.

소득과 유사한 소득으로서 수익분배의 성격이 있는 것'을 배당소득으로 규정하고 있다. 그런데 조합체가 공동사업을 통하여 얻는 일정한 소득금액은 각 조합원의 지분 또는 손익분배비율에 따라 분배되어 조합원들 각자에게 곧바로 귀속되고 개별 조합원이 직접 납세의무를 부담하므로(구 소득세법 제87조, 제43조, 제118조) 개별 조합원들이 조합체에서 수익분배를 받는다고 할 수 없으며, 조합원이 탈퇴하면서 지분의 계산으로 일부 조합재산을 받는 경우에도 그로 인한 소득은 곧바로 탈퇴한 조합원에게 귀속할 뿐이다. 따라서 탈퇴한 조합원이 탈퇴 당시 지분의 계산으로 얻는 소득은 구 소득세법 제17조 제1항 제3호, 제7호, 제2항 제1호가 정한 배당소득에 해당한다고 할 수 없다.

判例 의료계약

- 환자가 의료계약을 체결하고 진료를 받다가 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝히지 아니한 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고 연명치료 중단을 명하는 판결이 확정된 경우, 기존 의료계약이 판결 주문에서 중단을 명한 연명치료를 제외한 나머지 범위 내에서 유효하게 존속하는지 여부¹⁾

① 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 '회복불가능한 사망의 단계'라 한다)에 이루어지는 진료행위(이하 '연명치료'라 한다)는 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용 가능성을 판단하여야 한다. 그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다.

② 한편 환자가 의료인과 의료계약을 체결하고 진료를 받다가 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝히지 아니한 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입을 하였고, 환자 측이 직접 법원에 연명치료 중단을 구하는 소를 제기한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 연명치료 중단을 명하는 판결이 확정됨으로써 판결 주문에서 중단을 명한 연명치료는 더 이상 허용되지 아니하지만, 환자와 의료인 사이의 기존 의료계약은 판결 주문에서 중단을 명한 연명치료를 제외한 나머지 범위 내에서는 유효하게 존속한다(따라서 위 범위 내에서 기존 의료계약에 따른 진료비는 환자 측이 지급하여야 한다).

判例 부당이득

- 구 법인세법 제72조의 결손금 소급공제에 의하여 법인세를 환급받은 법인이 후에 결손금 소급공제 대상 법인이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 납세지 관할 세무서장이 착오환급한 환급세액에 대하여 민사소송의 방법으로 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부²⁾

구 법인세법(2006. 12. 30. 법률 제8141호로 개정되기 전의 것) 제72조의 결손금 소급공제에 의하여 법인세를 환급받은 법인이 후에 결손금 소급공제 대상 법인이 아닌 것으로 밝혀진 경우 납세지 관할 세무서장은

1) 대판 2016. 1. 28, 2015다9769.

2) 대판 2016. 2. 18, 2013다206610.

착오환급한 환급세액을 구 국세기본법 제51조 제7항(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것)에 따라 강제징수할 수 있을 뿐이고, 민사소송의 방법으로 부당이득반환을 구할 수는 없다.

判例 혼인

1. 민법 제816조 제3호가 규정하는 ‘사기’에 소극적으로 고지를 하지 아니하거나 침묵한 경우가 포함되는지 여부¹⁾

민법 제816조(혼인취소의 사유) 제3호가 규정하는 ‘사기’에는 혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 적극적으로 허위의 사실을 고지한 경우뿐만 아니라 소극적으로 고지를 하지 아니하거나 침묵한 경우도 포함된다. 그러나 불고지 또는 침묵의 경우에는 법령, 계약, 관습 또는 조리상 사전에 사정을 고지할 의무가 인정되어야 위법한 기망행위로 볼 수 있다. 관습 또는 조리상 고지의무가 인정되는지는 당사자들의 연령, 초혼인지 여부, 혼인에 이르게 된 경위와 그때까지 형성된 생활관계의 내용, 당해 사항이 혼인의 의사결정에 미친 영향의 정도, 이에 대한 당사자 또는 제3자의 인식 여부, 당해 사항이 부부가 애정과 신뢰를 형성하는 데 불가결한 것인지, 또는 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 영역에 해당하는지, 상대방이 당해 사항에 관련된 질문을 한 적이 있는지, 상대방이 당사자 또는 제3자에게서 고지받았거나 알고 있었던 사정의 내용 및 당해 사항과의 관계 등의 구체적·개별적 사정과 더불어 혼인에 대한 사회일반의 인식과 가치관, 혼인의 풍속과 관습, 사회의 도덕관·윤리관 및 전통문화까지 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 출산 경력을 고지하지 아니한 것이 민법 제816조 제3호에서 정한 혼인취소사유에 해당하는지 판단하는 방법²⁾

혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 출산의 경력을 고지하지 아니한 경우에 그것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사정만을 들어 일률적으로 고지의무를 인정하고 제3호 혼인취소사유에 해당한다고 하여서는 아니 되고, 출산의 경위와 출산한 자녀의 생존 여부 및 그에 대한 양육책임이나 부양책임의 존부, 실제 양육이나 교류가 이루어졌는지 여부와 시기 및 정도, 법률상 또는 사실상으로 양육자가 변경될 가능성이 있는지, 출산 경력을 고지하지 않은 것이 적극적으로 이루어졌는지 아니면 소극적인 것에 불과하였는지 등을 면밀하게 살펴봄으로써 출산의 경력이나 경위가 알려질 경우 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분이 침해될 우려가 있는지, 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있는지와 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 할 수 있는지까지 심리한 다음, 그러한 사정들을 종합적으로 고려하여 신중하게 고지의무의 인정 여부와 위반 여부를 판단함으로써 당사자 일방의 명예 또는 사생활 비밀의 보장과 상대방 당사자의 혼인 의사결정의 자유 사이에 균형과 조화를 도모하여야 한다.

3. 아동성폭력범죄 등의 피해를 당해 임신을 하고 출산을 하였으나 자녀와의 관계가 단절되고 상당한 기간 양육이나 교류 등이 이루어지지 않은 경우, 출산 경력을 고지하지 않은 것이 민법 제816조 제3호에서 정한 혼인취소사유에 해당하는지 여부³⁾

당사자가 성장과정에서 본인의 의사와 무관하게 아동성폭력범죄 등의 피해를 당해 임신을 하고 출산까지 하였으나 이후 자녀와의 관계가 단절되고 상당한 기간 동안 양육이나 교류 등이 전혀 이루어지지

1) 대판 2016. 2. 18, 2015므654.

2) 대판 2016. 2. 18, 2015므654.

3) 대판 2016. 2. 18, 2015므654.

않은 경우라면, 출산의 경력이나 경위는 개인의 내밀한 영역에 속하는 것으로서 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분에 해당하고, 나아가 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있다거나 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 단정할 수도 없으므로, 단순히 출산의 경력을 고지하지 않았다고 하여 그것이 곧바로 민법 제816조 제3호에서 정한 혼인취소 사유에 해당한다고 보아서는 아니 된다. 그리고 이는 국제결혼의 경우에도 마찬가지이다.

判例 이혼에 따른 재산분할

1. 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것이 허용되는지 여부 및 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 재산분할에 관한 협의로서의 포기약정이라고 볼 수 있는지 여부¹⁾

① 민법 제839조의2에 규정된 재산분할제도는 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것이고, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것은 그 성질상 허용되지 아니한다. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 '재산분할청구권의 사전포기'에 불과할 뿐이므로 쉽사리 '재산분할에 관한 협의'로서의 '포기약정'이라고 보아서는 아니 된다.

② 청구인이 상대방과 협의이혼을 합의하는 과정에서 쌍방의 협력으로 형성된 재산액이나 쌍방의 기여도, 분할방법 등에 관하여 진지한 논의 없이 청구인이 일방적으로 재산분할청구권을 포기하기로 한 사안에서, 대법원은 이와 같은 재산분할청구권 포기가 재산분할에 관한 협의에 해당하고 그 약정대로 협의이혼이 이루어져 유효하다는 이유로 청구인의 이 사건 재산분할청구(청구액 6억 6,800만 원)를 각하한 제1심 결정을 유지한 원심결정을 파기하였다.

判例 상속

1. 공동상속인의 연대납부의무의 범위가 다른 공동상속인의 납부 여부에 따라 변동되는지 여부²⁾

공동상속인의 연대납부의무는 다른 공동상속인이 고유의 상속세 납부의무를 이행하면 그 범위에서 일부 소멸하는 것일 뿐 다른 공동상속인의 납부 여부에 따라 원래부터 부담하는 연대납부의무의 범위가 변동되는 것은 아니다.

1) 대결 2016. 1. 25, 2015스451.

2) 대판 2016. 1. 28, 2014두3471.

르. (X) **민법 제275조, 제276조 1항**은 **총유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 의하되 정관이나 규약에서 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하도록 규정하고 있으므로, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효라 할 것이고, 위 법조에서 말하는 총유물의 관리 및 처분**이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, **비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위**는 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 아니하였다거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다.¹⁾

③

3. 의사표시에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 계약을 체결함에 있어 당해 계약으로 인한 법률효과에 관하여 제대로 알지 못하였다 하더라도 이는 계약체결에 관한 의사표시의 착오의 문제가 될 뿐이고, 계약이 쌍방의사 불합치로 성립되지 않은 것은 아니다.
- ② 통정허위표시의 당사자가 그 무효를 주장할 수 없는 제3자는 선의이고 무과실일 것을 요한다.
- ③ 토지를 시가보다 비싸게 산 경우 착오에 의한 의사표시를 이유로 취소할 수 없다.
- ④ 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 아니하고 더 나아가 무효로 되기 위해서는 강박의 정도가 극심하여 의사표시자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도에 이른 것임을 요한다.

해설 ① **계약의 성립을 위한 의사표시의 객관적 합치 여부를 판단함에 있어, 처분문서인 계약서가 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약서에 기재된 대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 계약을 체결함에 있어 당해 계약으로 인한 법률효과에 관하여 제대로 알지 못하였다 하더라도 이는 계약체결에 관한 의사표시의 착오의 문제가 될 뿐이다**(그럼에도 불구하고 이 사건 계약은 쌍방의 의사의 불합치에 해당하여 계약이 성립되지 않았다고 판단한 원심판결을 파기한 사안).²⁾

- ② 민법 제108조 제2항에 규정된 **통정허위표시에 있어서의 제3자는 그 선의 여부가 문제이지 이에 관한 과실 유무를 따질 것이 아니다**.³⁾
- ③ **부동산 매매에서 시가에 관한 착오**는 그 부동산을 매매하려는 의사를 결정하는 데서 ‘동기의 착오’에 불과할 뿐, 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없다.⁴⁾ 시가는 변동할 뿐만 아니라, 거래목적물의 평가는 거래상의 일반적인 위험으로서 표의자가 그에 따른 위험을 상대방에게 전가해서는 안 되기 때문이다. 따라서 **토지를 시가보다 비싸게 산 경우 착오에 의한 의사표시를 이유로 취소할 수 없다**.
- ④ **강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 아니하고 더 나아가 무효로 되기 위하여는 강박의 정도가 극심하여 의사표시자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도에 이른 것임을 요한다**.⁵⁾

1) 대판(전원합의제) 2007. 4. 19, 2004다60072, 60089.

2) 대판 2009. 4. 23, 2008다96291.

3) 대판 2006. 3. 10, 2002다1321.

4) 대판 1992. 10. 23, 92다29337.

로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.¹⁾

- ㄹ. (O) 착오 취소자의 신뢰이익배상책임(불법행위책임) 부정 : 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구되므로, 전문건설공제조합이 계약보증서를 발급하면서 조합원이 수급할 공사의 실제 도급금액을 확인하지 아니한 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 전문건설공제조합이 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나, 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다.²⁾ 따라서 경과실로 인해 착오에 빠진 표의자가 착오를 이유로 자신의 의사표시를 취소하였더라도 이로 인해 상대방에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지지 않는다.

③

5. 대리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.
- ② 교회의 대표자는 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없으므로, 이러한 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.
- ③ 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하지만, 상대방에게 과실이 있는 경우에는 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 있으므로, 그 본인이 반환할 금액에서 상대방의 과실이 참작되어 감액되어야 한다.
- ④ 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리 의무가 있다.

해설 ① 제116조 제1항.

- ② 비법인사단인 교회의 대표자는 종유물인 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.³⁾
- ③ 표현대리가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추 적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.⁴⁾
- ④ 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다(제123조 제2항). 본인은 복대리인의 대리행위에 의한 효과를 받기 때문에, 본인·복대리인 사이에도 본인·대리인 사이와 마찬가지로 내부관계를 인정하는 것이 타당하다는 취지에서 제123조 제2항을 둔 것이다.

③

1) 대판 2014. 11. 27, 2013다49794.

2) 대판 1997. 8. 22, 97다13023.

3) 대판 2009. 2. 12, 2006다23312.

4) 대판 1996. 7. 12, 95다49554.

6. 토지거래허가제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 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.
- ② 유동적 무효상태에 있는 계약을 체결한 당사자는 쌍방이 그 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있다고 할 것이며, 매수인이 임의로 계약금을 지급하였다면 그 계약이 유동적 무효상태로 있는 한 이를 부당이득으로 반환을 구할 수는 없다.
- ③ 토지거래허가신청과 관련하여 당사자 일방이 임의적으로 거래허가신청을 하였다가 불허가 받았다는 사실만으로는 당해 거래계약이 확정적으로 무효가 되는 것은 아니다.
- ④ 토지거래허가제도는 투기적 거래를 방지하여 정상적 거래 질서를 형성하려는 데에 입법 취지가 있으므로 제3자가 토지거래허가를 받기 전의 토지 매매계약상 매수인 지위를 인수하는 경우뿐 아니라 매도인 지위를 인수하는 경우에도 최초매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대하여 관할 관청의 허가가 있어야만 그 지위의 인수에 관한 합의의 효력이 발생한다.

해설 ① 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.¹⁾

② 국토이용관리법상의 규제지역 내의 토지에 대하여 관할도지사의 허가를 받기 전에 체결한 매매계약은 처음부터 위 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화될 여지가 없으나 이와 달리 허가받을 것을 전제로 한 계약일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상의 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전에 관한 계약의 효력이 전혀 발생하지 않음은 위의 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고 이와 달리 불허가된 때에는 무효로 확정되므로 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있다고 보아야 할 것이며, 이러한 유동적 무효상태에 있는 계약을 체결한 당사자는 쌍방이 그 계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있다고 할 것이며, 이와 같이 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용이 아닌 **유동적 무효상태의 매매계약을 체결하고 매수인이 이에 기하여 임의로 지급한 계약금은 그 계약이 유동적 무효상태로 있는 한 이를 부당이득으로 반환을 구할 수는 없고 유동적 무효상태가 확정적으로 무효로 되었을 때 비로소 부당이득으로 그 반환을 구할 수 있다.**²⁾

③ 토지거래허가를 받지 아니하여 유동적 무효 상태에 있는 계약이라고 하더라도 일단 거래허가신청을 하여 불허되었다면 특별한 사정이 없는 한 불허가된 때로부터 그 거래계약은 확정적으로 무효가 되었다고 하여야 할 것인바, 여기서 **거래허가신청이 불허가되어 거래계약이 확정적으로 무효가 되었다고 하기 위하여는 거래허가신청이 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 같은 법 시행령 제24조 제1항에서 규정한 적법한 절차(당사자가 협력하여 공동으로 신청하거나 당사자 일방이 이에 응하지 아니할 때에는 그 협력을 명하는 판결을 얻어서 하여야 한다)를 거쳐 이루어진 신청에 한한다** 할 것이므로, **당사자 일방이 임의적으로 거래허가신청을 하였다가 불허가 받았다 하더라도 그 불허가로 인하여 거래계약이 확정적으로 무효가 되는 것은 아니다.**³⁾

1) 대판(전원합의제) 1999. 6. 17, 98다40459.

2) 대판 1995. 4. 28, 93다26397.

3) 대판 1997. 9. 12, 97다6971.

- ④ 토지거래허가제도는 투기적 거래를 방지하여 정상적 거래질서를 형성하려는 데에 입법 취지가 있는 점에 비추어 보면, 제3자가 토지거래허가를 받기 전의 토지 매매계약상 매수인 지위를 인수하는 경우와 달리 '매도인' 지위를 인수하는 경우에는 최초매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대하여 관할 관청의 허가가 있어야만 매도인 지위의 인수에 관한 합의의 효력이 발생한다고 볼 것은 아니다.¹⁾ [비교판례] : 유동적 무효상태에 있는 매매계약상의 매수인의 지위에 관하여 매도인과 매수인 및 제3자 사이에 제3자가 그와 같은 매수인의 지위를 매수인으로부터 이전받는다든 취지의 합의를 한 경우, 국토이용관리법상 토지거래허가 제도가 토지의 투기적 거래를 방지하여 정상적 거래를 조장하려는 데에 그 입법취지가 있음에 비추어 볼 때, 그와 같은 합의는 매도인과 매수인 사이의 매매계약에 대한 관할 관청의 허가가 있어야 비로소 효력이 발생한다고 보아야 하고, 그 허가가 없는 이상 그 3 당사자 사이의 합의만으로 유동적 무효상태의 매매계약의 매수인 지위가 매수인으로부터 제3자에게 이전하고 제3자가 매도인에 대하여 직접 토지거래허가 신청절차 협력의무의 이행을 구할 수 있다고 할 수는 없다.²⁾

④

7. 조건과 기한에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다.
- ② 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정되므로, 이자약정이 있는 금전소비대차의 경우 채무자가 그 기한의 이익을 포기할 경우 채권자에게 이행기까지의 이자를 지급할 필요가 없다.
- ③ 조건의 성취로 불이익을 받을 당사자의 지위에 있는 사람이 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 그것이 고의에 의한 경우에만 상대방은 민법 제150조 제1항의 규정에 의하여 그 조건이 성취된 것으로 주장할 수 있을 뿐이고, 과실에 의한 경우에는 그 조건이 성취된 것으로 주장할 수 없다.
- ④ 상계의 의사표시에 조건을 붙일 수 있다.

해설 ① 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다.³⁾

- ② 「기한의 이익」이란 기한이 도래하지 않음으로써 그 동안 당사자가 받는 이익을 말한다. 보통은 채무자가 기한의 이익을 가지는 경우가 많기 때문에, 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다(제153조 제1항). 한편, 기한의 이익을 가지는 자는 그 이익을 포기할 수 있으나, 상대방의 이익을 해하지는 못한다(제153조 제2항). 따라서 이자약정이 있는 금전소비대차의 경우 채무자가 그 기한의 이익을 포기할 경우 채권자에게 이행기까지의 이자를 지급할 필요가 있다.
- ③ 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 경우, 조건이 성취된 것으로 의제되는 시점은 이러한 신의성실에 반하는 행위가 없었더라면 조건이 성취되었으리라고 추산되는 시점이다(상대방이 하도급 받은 부분에 대한 공사를 완공하여 준공필증을 제출하는 것을 정지조건으로 하여 공사대금채무를 부담하거나 위 채무를 보증한 사람은 위 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자의 지위에 있다고 할

1) 대판 2013. 12. 26, 2012다1863.

2) 대판 1996. 7. 26, 96다7762.

3) 대판 2003. 8. 19, 2003다24215.

것이므로, 이들이 위 공사에 필요한 시설을 해주지 않았을 뿐만 아니라 공사장예의 출입을 통제함으로써 위 상대방으로 하여금 나머지 공사를 수행할 수 없게 하였다면, 그것이 고의에 의한 경우만이 아니라 과실에 의한 경우에도 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에 해당한다고 할 것이므로, 그 상대방은 제150조 제1항의 규정에 의하여 위 공사대금채무자 및 보증인에 대하여 그 조건이 성취된 것으로 주장할 수 있다고 한 사안.¹⁾

- ④ 상계의 의사표시에는 조건이나 기한을 붙이지 못한다(제493조 제1항).

①

8. 소멸시효와 제척기간에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 도급받은 자의 공사에 관한 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.
- ② 민법상 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판외의 권리행사기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다.
- ③ 민법 제146조는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는바, 이때의 3년이라는 기간은 일반 시효기간이 아니라 제척기간이다.
- ④ 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다면 그 보증채무도 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용된다.

해설 ① 민법 제163조 제3호에서는 3년의 단기소멸시효의 적용 대상으로 ‘도급받은 자의 공사에 관한 채권’을 규정하고 있는데, 여기서 ‘도급받은 자의 공사에 관한 채권’이라 함은 공사채권뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함한다.²⁾ 민법 제163조 제3호에서 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것으로 규정한 ‘도급받은 자의 공사에 관한 채권’은 수급인이 도급인에 대하여 갖는 공사에 관한 채권을 말하는 것이므로, 공동수급체 구성원들 상호 간의 정산금 채권 등에 관하여는 위 규정이 적용될 수 없다.³⁾

② 민법상 수급인의 하자담보책임에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간이며, 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니다.⁴⁾

③ 민법 제146조는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는바, 이때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다.⁵⁾

④ 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의해 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 하더라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다.⁶⁾

④

9.登記청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

1) 대판 1998. 12. 22, 98다42356.
2) 대판 2010. 11. 25, 2010다56685.
3) 대판 2013. 2. 28, 2011다79838.
4) 대판 2004. 1. 27, 2001다24891.
5) 대판 1996. 9. 20, 96다25371.
6) 대판 2006. 8. 24, 2004다26287.

- ① 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 그 권리의 성질이 채권적 청구권이고, 이러한 채권적 청구권은 원칙적으로 그 양도성이 인정되므로 양도 시에 채무자에 대한 적법한 통지가 있었다면 그 대항력이 인정된다.
- ② 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다.
- ③ 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우도 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다.
- ④ 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 전자에 대한 판결의 기판력이 후자에 대한 소송에도 미친다고 보아야 한다.

- 해설** ① **부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권**은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인이 부담하는 재산권이전의무의 한 내용을 이루는 것이고, 매도인이 물건행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권으로서 그 이행과정에 신뢰관계가 따르므로, 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없고, 따라서 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 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.¹⁾
- 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.**²⁾
- 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 경우에도 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보아야 한다.**³⁾
- ④ 말소등기에 갈음하여 허용되는 **진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권**은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.⁴⁾

1) 대판 2001. 10. 9, 2000다51216; 대판 2005. 3. 10, 2004다67653.

2) 대판 2010. 1. 28, 2009다73011.

3) 대판(전원합의체) 1999. 3. 18, 98다32175.

4) 대판(전원합의체) 2001. 9. 20, 99다37894.

①

10. 점유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 아니하나, 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 보아야 한다.
- ② 점유의 자주점유에 대한 추정력을 인정할 수 있다고 하여도 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득한 자에게까지 점유 개시 당시에 소유의 의사가 있다고 볼 수는 없다.
- ③ 선의의 점유자에게는 점유물의 과실수취권이 인정되나, 여기서 선의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자를 말하는 것이고, 그와 같은 오신을 할 만한 정당한 근거가 있어야 하는 것은 아니다.
- ④ 종중이 어떤 부동산에 관하여 임대차를 점유매개관계로 하여 간접점유를 취득하였다고 하기 위하여는 그 임대차 관계를 성립시킨 자가 사실상으로나마 종중의 대표기관 내지는 집행기관이거나 그 대리인이어야 하고, 종원이 단지 종중과 무관하게 사인의 자격에서 임대한 것에 불과하다면 그를 통한 종중의 부동산에 대한 간접점유를 인정할 수 없다.

해설 ① 제208조 제1항, 제197조 제2항.

- ② 매수인이 처음부터 무효임을 알고 점유한 경우에는 자주점유라고 볼 수 없고 타주점유가 된다. 즉, 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득하거나 어떠한 법률행위가 무효임을 알면서 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 점유하게 된 때에는 그 점유의 개시에 있어 이미 자신이 그 부동산의 진정한 소유자의 소유권을 배제하고 마치 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 할 수 없다는 것을 알면서 점유하는 자이므로 점유개시 당시에 소유의 의사로 점유한 것으로 볼 수 없다.¹⁾
- ③ 민법 제201조 제1항에 의하여 과실수취권이 인정되는 선의의 점유자란 과실수취권을 포함하는 권원(소유권, 지상권, 임차권 등)이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다.²⁾
- ④ 종중은 공동선조의 봉제사, 분묘의 수호 및 종원 상호간의 친목도모를 목적으로 하는 종족의 자연적 집단으로서 민법상 인격 없는 사단이므로, 종중이 어떤 부동산에 관하여 임대차를 점유매개관계로 하여 간접점유를 취득하였다고 하기 위하여는 그 임대차관계를 성립시킨 자가 사실상으로나마 종중의 대표기관 내지는 집행기관이거나 그 대리인이어야 하고, 종원이 단지 종중과 무관하게 사인의 자격에서 임대한 것에 불과하다면 그 간접점유의 귀속주체는 어디까지나 그 개인일 뿐 종중이 그를 통하여 당해 부동산을 간접점유하였다고 볼 수 없다.³⁾

③

11. 취득시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 판례에 의하면, 등기부취득시효에서 선의 및 무과실의 점유는 전 점유기간 동안에 계속 요구되지는 않고 점유개시 당시에 있으면 충분하다.

1) 대판 2000. 6. 9, 99다36778.

2) 대판 1992. 12. 24, 92다22114; 대판 1995. 8. 25, 94다27069.

3) 대판 1999. 2. 23, 98다50593.

- ② 부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로, 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행 책임을 물을 수 없다.
- ③ 부동산 점유취득시효 완성으로 인한 소유권 취득은 원시취득에 해당한다.
- ④ 취득시효기간이 완성되면 해당 부동산의 점유자는 취득시효 완성을 원인으로 하여 소유권 취득을 위한 등기청구권을 취득하는 것이 원칙이나, 예외적으로 마등기 부동산을 점유한 자는 그 취득시효 기간만 완성되면 소유권등기를 마치지 않고서도 그 부동산의 소유권을 바로 취득한다.

- 해설** ① 민법 제245조 제2항에서 정한 부동산의 등기부시효취득을 인정함에 있어서 **점유에 과실이 없다고 함은 그 점유의 개시시에 과실이 없으면 된다는 취지이다.** 따라서 **선의·무과실**은 시효기간 내내 계속되어야 하는 것은 아니고, ‘점유를 개시한 때에 있으면 그것으로 충분하다.’¹⁾
- ② 취득시효가 완성된 후 점유자가 그 취득시효를 주장하거나 이로 인한 소유권이전등기청구를 하기 이전에는, 특별한 사정이 없는 한 그 등기명의인인 부동산 소유자로서는 그 시효취득 사실을 알 수 없는 것이므로, 이를 제3자에게 처분하였다고 하더라도 **불법행위가 성립하는 것은 아니다.** 또한, 부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 **부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로, 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행 책임을 물을 수 없다.**²⁾
- ③ **부동산 점유취득시효 완성으로 인한 소유권 취득의 법적 성질(=원시취득) :** 부동산점유취득시효는 20년의 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고, **민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며, 이는 원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 되고, 이와 같은 소유권취득의 반사적 효과로서 그 부동산에 관하여 취득시효의 기간 진행 중에 체결되어 소유권이전등기청구권가등기에 의하여 보전된 매매예약상의 매수인의 지위는 소멸된다고 할 것이지만, 시효기간이 완성되었다고 하더라도 점유자 앞으로 등기를 마치지 아니한 이상 전 소유권에 붙어 있는 위와 같은 부담은 소멸되지 아니한다.**³⁾
- ④ **민법 제245조 제1항의 취득시효기간이 완성되었다고 하더라도 그것만으로 바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니라, 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생하는 것에 불과하고, 마등기 부동산의 경우라 하여 취득시효기간의 완성만으로 등기 없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없다.**⁴⁾

☞ ④

12. 점유취득시효 등에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 변호사)

- ① 건물공유자 중 일부만이 당해 건물을 점유하고 있더라도 이로써 건물공유자들 전원이 건물부지에 대한 공동점유를 하는 것이 되고, 그 건물부지에 대한 점유취득시효가 완성되면, 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 당해 건물의 공유지분비율과 같은 비율로 건물공유자들에게 귀속된다.

1) 대판 1993. 11. 23, 93다21132.

2) 대판 1995. 7. 11, 94다4509.

3) 대판 2004. 9. 24, 2004다31463.

4) 대판 2006. 9. 28, 2006다22074; 대판 2013. 9. 13, 2012다5834.

- ② 법원은 취득시효의 기산점에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 시기(始期)를 인정할 수 있다.
- ③ 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 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 변동 시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.
- ④ 토지공유자 중 1인이 그 토지의 전부를 점유하고 있다면, 그 점유는 특별한 사정이 없는 한 자신의 지분 범위를 초과하는 다른 공유자의 지분에 대하여도 자주점유라고 보아야 한다.
- ⑤ 점유자가 점유 개시 당시 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 증명된 경우, 특별한 사정이 없는 한 자주점유의 추정은 깨어진다.

- 해설** ① 건물 공유자 중 일부만이 당해 건물을 점유하고 있는 경우라도 그 건물의 부지는 건물 소유를 위하여 공유명의자 전원이 공동으로 이를 점유하고 있는 것으로 볼 것이며, 건물 공유자들이 건물부지의 공동점유로 인하여 건물부지에 대한 소유권을 시효취득하는 경우라면 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 당해 건물의 공유지분 비율과 같은 비율로 건물 공유자들에게 귀속된다.¹⁾
- ② 시효취득에서 점유기간의 산정기준이 되는 취득시효의 기산점(점유개시의 시기)은 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 간접사실에 불과하므로, 법원은 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 개시시점을 인정할 수 있다.²⁾
- ③ 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.³⁾
- ④ 공유자의 한 사람이 공유부동산의 전부를 점유하고 있다고 하여도, 다른 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 다른 공유자의 지분비율의 범위 내에서는 타주점유라고 볼 수밖에 없다.⁴⁾
- ⑤ 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어지고 타주점유가 된다(종래 '점유자가 타인 소유의 토지를 무단으로 점유하여 왔다면 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 자주점유에 해당한다'는 취지의 판례를 변경한 사안).⁵⁾

④

1) 대판 2003. 11. 13, 2002다57935.

2) 대판 1998. 5. 12, 97다34037.

3) 대판(전원합의제) 2009. 7. 16, 2007다15172.

4) 대판 2010. 2. 25, 2009다98386.

5) 대판(전원합의제) 1997. 8. 21, 95다28625; 대판 2014. 3. 13, 2011다111459.

13. 공유관계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2016 법원서기보)

- ① 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 그 지분을 처분할 수 있다.
- ② 구분소유적 공유관계에 있어서 공유자 각자는 자신의 특정 구분부분을 단독으로 처분하고 이에 해당하는 공유지분등기를 자유로이 이전할 수 있다.
- ③ 과반수의 지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수의 지분을 가진 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다. 예컨대 다수지분권자가 단독으로 나대지에 새로이 건물을 건축하는 것도 가능하다.
- ④ 공유자는 다른 공유자가 분할로 인하여 취득한 물건에 대하여 그 지분의 비율로 매도인과 동일한 담보책임이 있다.

- 해설** ① 공유자는 그 지분을 처분할 수 있다(제263조). 지분은 하나의 독립된 소유권의 성질을 가지므로 각 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 그의 지분을 자유로이 처분할 수 있고, 그 처분에 관하여 다른 공유자의 허락을 얻을 필요는 없다.
- ② 구분소유적 공유관계에 있어서 각 공유자 상호간에는 각자의 특정 구분부분을 자유롭게 처분함에 서로 동의하고 있다고 볼 수 있으므로, 공유자 각자는 자신의 특정 구분부분을 단독으로 처분하고 이에 해당하는 공유지분등기를 자유로이 이전할 수 있다. 이는 공유지분등기가 내부적으로 공유자 각자의 특정 구분부분을 표상하기 때문이다.¹⁾
- ③ 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수의 지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수의 지분을 가진 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다(다만, 그 사용·수익의 내용이 공유물의 기존의 모습에 본질적 변화를 일으켜 '관리' 아닌 '처분'이나 '변경'의 정도에 이르는 것이어서는 안 될 것이고, 예컨대 다수지분권자라 하여 나대지에 새로이 건물을 건축한다든지 하는 것은 '관리의 범위를 넘는 것이 된다.')²⁾
- ④ 제270조.

☞ ③

14. 저당권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2016 법원서기보)

- ① 저당권자는 그 피담보채권의 변제기가 도래하기 전에는 저당권에 기한 경매신청을 할 수 없다.
- ② 저당권은 당사자 사이의 약정과 법률의 규정에 의하여 성립할 수 있다.
- ③ 경매신청 시에 근저당권의 피담보채권이 확정되므로 그 이후에 새로 발생한 채권은 당해 근저당권에 의하여 담보되지 않는다.
- ④ 근저당권이 확정되면 그때부터는 그 피담보채무에 관한 지연손해금은 발생하지 않는다.

1) 대판 2009. 10. 15. 2007다83632; 대판 2014. 12. 24. 2011도11084.

2) 대판 2001. 11. 27. 2000다33638.

- 해설** ① 저당권자는 그 채권의 변제를 받기 위하여 저당물의 경매를 청구할 수 있는데(제363조 제1항), 저당권실행을 위해서는 피담보채권의 존재, 저당권의 존재, 채무자의 이행지체가 있어야 한다. 따라서 저당권자는 그 피담보채권의 변제기가 도래하기 전에는 저당권에 기한 경매신청을 할 수 없다.
- ② 저당권은 저당권자(채권자)와 저당권설정자(채무자 또는 물상보증인) 사이의 저당권설정계약에 의하여 설정되는 것이 원칙이지만, 예외적으로 토지임차인의 법정저당권처럼 ‘법률의 규정’에 의해 저당권이 성립하는 경우도 있고(제649조), 또 부동산공사수급인의 저당권설정청구권처럼 당사자 일방에게 인정되는 것도 있다(제666조).
- ③ 근저당권자의 경매신청 등의 사유로 인하여 근저당권의 피담보채권이 확정되었을 경우, 확정 이후에 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 아니하지만, 확정 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권은 채권최고액의 범위 내에서 근저당권에 의하여 여전히 담보되는 것이다.¹⁾
- ④ 근저당권이 확정된 후에도 지연손해금은 최고액 범위 내에서 담보되고 일반저당권에 관한 민법 제360조 단서는 적용되지는 않는다.²⁾

☞ ④

15. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 불법행위에 있어 위법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에 손해발생 시점이 불법행위로 인한 손해배상청구권의 지연손해금의 기산일이 된다.
- ② 점유가 순차로 승계된 경우에 취득시효의 완성을 주장하는 자는 자기의 점유만을 주장하거나 또는 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있는 선택권이 있는 것이나, 다만 그러한 경우에도 그 점유의 개시시기를 전 점유자의 점유기간 중의 임의시점을 택하여 주장할 수는 없다.
- ③ 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 그 목적이 된 토지 위에 차후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로써 그 목적물의 담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 담보권과 아울러 지상권을 설정한 경우 담보권이 소멸하더라도 등기된 지상권은 그 존속기간까지 유지되고, 담보권과 함께 소멸하지 않는다.
- ④ 경계에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경계계약을 해제할 수는 없다.

- 해설** ① 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금의 기산일 : 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금의 기산일은 불법행위 성립일임이 원칙이고, 불법행위에 있어 위법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 손해발생 시점이 기산일이 된다.³⁾
- ② 취득시효의 기초가 되는 점유가 법정기간 이상으로 계속되는 경우, 취득시효는 그 기초가 되는 점유가 개시된 때를 기산점으로 하여야 하고 취득시효를 주장하는 사람이 임의로 기산일을 선택할 수는 없으나, 점유가 순차 승계된 경우에 있어서는 취득시효의 완성을 주장하는 자는 자기의 점유만을 주장하거나 또는 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있는 선택권이 있으며, 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에도 어느 단계의 점유자의 점유까지를 아울러 주장할 것인가도 이를 주장하는

1) 대판 2007. 4. 26, 2005다38300.

2) 대판 1957. 1. 10, 4289민상401.

3) 대판 2012. 2. 23, 2010다97426.

사람에게 선택권이 있고, 다만 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 점유의 개시 시기를 어느 점유자의 점유기간 중의 임의의 시점으로 선택할 수 없는 것인바, 이와 같은 법리는 반드시 소유자의 변동이 없는 경우에만 적용되는 것으로 볼 수 없다.¹⁾

- ③ **근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 그 목적이 된 토지 위에 차후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로써 그 목적물의 담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 담보권과 아울러 지상권을 설정한 경우에 담보권이 소멸하면 등기된 지상권의 목적이나 존속기간과 관계없이 지상권도 그 목적을 잃어 함께 소멸한다. 한편 토지에 관하여 담보권이 설정될 당시 담보권자를 위하여 동시에 지상권이 설정되었다고 하더라도, 담보권 설정 당시 이미 토지소유자가 그 토지 상에 건물을 소유하고 있고 그 건물을 철거하기로 하는 등 특별한 사유가 없으며 담보권의 실행으로 그 지상권도 소멸하였다면 건물을 위한 법정지상권이 발생하지 않는다고 할 수 없다.**²⁾
- ④ **경계계약은 신채권을 성립시키고 구채권을 소멸시키는 처분행위로서 신채권이 성립되면 그 효과는 완결되고 경계계약 자체의 이행의 문제는 발생할 여지가 없으므로, 경계에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경계계약을 해제할 수는 없다.**³⁾

☞ ③

16. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제할 경우, 이행기가 아니라 현실로 이행하는 때의 외국환 시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 한다.
- ② 채권자가 외화채권을 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우, 제1심 법원은 그 변론종결 당시를 기준으로 채권액을 환산한 금액에 대하여 이행을 명해야 하고, 제1심 판결에 대하여 채무자만 항소한 경우, 채무자의 항소이유나 주장이 이유 없다면 항소심 법원은 항소심 변론종결 당시의 외국환시세를 기준으로 채권액을 다시 환산할 필요는 없다.
- ③ 집행법원이 경매절차에서 외화채권자에 대하여 배당을 할 때에는 특별한 사정이 없는 한 배당기일 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준으로 삼아야 한다.
- ④ 우리나라 통화를 외화채권에 변제충당할 때 특별한 사정이 없는 한 현실로 변제충당할 당시의 외국환 시세에 의하여 환산하여야 한다.
- ⑤ 채무불이행으로 인한 손해배상을 규정하고 있는 민법 제394조는 다른 의사표시가 없는 한 손해는 금전으로 배상하여야 한다고 규정하고 있는데, 위 법조 소정의 금전이라 함은 우리나라의 통화를 가리키는 것이어서 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다.

해설 ① 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제함에 있어서는 민법 제378조가 그 환산시기에 관하여 외화채권에 관한 같은 법 제376조, 제377조 제2항의 “변제기”라는 표현과는 다르게 “지급할 때”라고 규정한 취지에서 새겨 볼 때, 그 환산시기는 이행기가 아니라 **현실로 이행하는 때, 즉 현실이행시의 외국환시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 한다.**⁴⁾

1) 대판 1998. 4. 10, 97다56822.

2) 대판 2014. 7. 24, 2012다97871.

3) 대판 2003. 2. 11, 2002다62333.

4) 대판(전원합의체) 1991. 3. 12, 90다2147.

- ② 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채권자가 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 법원이 채무자에게 그 이행을 명함에 있어서는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준으로 삼아야 하고, 그와 같은 제1심 이행판결에 대하여 채무자만이 불복·항소한 경우, 항소심은 속심이므로 채무자가 항소이유로 삼거나 심리 과정에서 내세운 주장이 이유 없다고 하더라도 법원으로서의 항소심 변론종결 당시의 외국환시세를 기준으로 채권액을 다시 환산해 본 후 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는 한 채무자의 항소를 일부 인용하여야 한다.¹⁾
- ③ 채권액이 외국통화로 정해진 금전채권인 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제하는 경우에 그 환산시기는 이행기가 아니라 현실로 이행하는 때, 즉 현실이행시의 외국환시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 하고, 이와 같은 법리는 외화채권자가 경매절차를 통하여 변제를 받는 경우에도 동일하게 적용되어야 할 것이므로, 집행법원이 경매절차에서 외화채권자에 대하여 배당을 할 때에는 특별한 사정이 없는 한 배당기일 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준으로 삼아야 한다.²⁾
- ④ 채권액이 외국통화로 정해진 금전채권인 외화채권을 채무자가 우리나라 통화로 변제하는 경우에 그 환산시기는 이행기가 아니라 현실로 이행하는 때, 즉 현실이행시의 외국환시세에 의하여 환산한 우리나라 통화로 변제하여야 하고, 우리나라 통화를 외화채권에 변제충당할 때도 특별한 사정이 없는 한 현실로 변제충당할 당시의 외국환시세에 의하여 환산하여야 한다.³⁾
- ⑤ 채무불이행으로 인한 손해배상을 규정한 민법 제394조에서 '금전'의 의미(=우리나라의 통화) : 채무불이행으로 인한 손해배상을 규정하고 있는 민법 제394조는 다른 의사표시가 없는 한 금전으로 배상하여야 한다고 규정하고 있는바, 위 법조 소정의 금전이라 함은 우리나라의 통화를 가리키는 것이어서 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다.⁴⁾

☞ ②

17. 이행지체에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 매수인이 매도인으로부터 물품을 공급받은 다음 그들 사이의 물품대금 지급방법에 관한 약정에 따라 그 대금의 지급을 위하여 매도인에게 지급기일이 물품 공급일자 이후로 된 약속어음을 발행하고 부한 경우 물품대금 지급채무의 이행기는 그 약속어음의 지급기일이지만, 예외적으로 그 약속어음이 발행인의 지급정지의 사유로 그 지급기일 이전에 지급거절된 때에는 그때 위 물품대금 지급채무의 이행기가 도달한다.
- ② 이행기의 정함이 없는 채권을 양수받은 채권양수인이 채무자를 상대로 이행청구를 하면 그 다음 날부터 이행지체 책임이 발생하며, 이는 채무자에 대한 지명채권 양도의 통지가 이행청구 이후에 도달한 경우에도 동일하다.
- ③ 乙이 甲에게 기존 매매대금 채무의 이행확보를 위해 약속어음을 발행한 경우 약정된 매매대금채무의 변제기가 도과하더라도 甲이 乙에게 위 약속어음을 반환하지 않는 이상 원칙적으로 이행지체가 발생하지 않는다.
- ④ 甲의 乙에 대한 매매대금채권의 지급을 금지하는 채권가압류 명령이 乙에게 송달되었다면 그 매매대

1) 대판 2007. 4. 12, 2006다72765.

2) 대판 2011. 4. 14, 2010다103642.

3) 대판 2000. 6. 9, 99다56512.

4) 대판 2007. 8. 23, 2007다26455.

금채권의 변제기가 도래하더라도 乙은 이행지체 책임을 면한다.

- ⑤ 특정물의 매매에 있어서 매수인의 대금지급채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인은 매수인의 대금지급채무의 이행지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.

해설 ① 매수인이 매도인으로부터 물품을 공급받은 다음 그들 사이의 물품대금 지급방법에 관한 약정에 따라 대금의 지급을 위하여 물품 매도인에게 지급기일이 물품공급일자 이후로 된 약속어음을 발행·교부한 경우, 물품대금 지급채무의 이행기는 다른 특별한 사정이 없는 한 약속어음의 지급기일이고, 위 약속어음이 발행인에게 발생한 지급정지사유로 지급기일이 도래하기 전에 지급거절되었다 하더라도 지급거절된 때에 물품대금 지급채무의 이행기가 도래하는 것은 아니다.¹⁾

- ② 채무에 이행기의 정함이 없는 경우에는 채무자가 이행의 청구를 받은 다음 날부터 이행지체의 책임을 지는 것이나, 한편 지명채권이 양도된 경우 채무자에 대한 대항요건이 갖추어질 때까지 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없으므로, 이행기의 정함이 없는 채권을 양수한 채권양수인이 채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기하고 소송 계속 중 채무자에 대한 채권양도통지가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 '채권양도통지가 도달된 다음 날부터' 이행지체의 책임을 진다.²⁾

- ③ 원인채무의 이행의무와 어음 반환의무가 상호 동시이행의 관계에 있는 경우, 원인채무의 채무자는 어음을 반환받을 때까지는 이행지체책임을 지지 않는지 여부 : 채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 것은 채무자로 하여금 무조건적인 원인채무의 이행으로 인한 이중지급의 위험을 면하게 하려는 데에 그 목적이 있는 것이지, 기존의 원인채권에 터잡은 이행청구권과 상대방의 어음 반환청구권이 민법 제536조에 정하는 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것은 아니므로, 원인채무 이행의무와 어음 반환의무가 동시이행의 관계에 있다 하더라도 이는 어음의 반환과 상환으로 하지 아니하면 지급을 할 필요가 없으므로 이를 거절할 수 있다는 것을 의미하는 것에 지나지 아니하는 것이며, 따라서 채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 권능을 가진다고 하여 채권자가 어음의 반환을 제공하지 아니하면 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 없다고 할 수는 없고, 채무자는 원인채무의 이행을 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 진다.³⁾ 따라서 乙이 甲에게 기존 매매대금 채무의 이행확보를 위해 약속어음을 발행한 경우 甲이 乙에게 위 약속어음을 반환하지 않았다 하더라도 채무자 乙은 약정된 매매대금채무의 변제기가 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 진다(따라서 乙이 이러한 이행지체의 책임을 면하려면 반드시 동시이행항변권을 행사하여야 한다. 즉, 이러한 경우에는 부동산 쌍무계약에서의 동시이행항변권의 존재효과는 인정되지 않는다).

- ④ 채권의 가압류가 있는 경우 제3채무자가 이행지체책임을 면하는지 여부 : 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.⁴⁾ 따라서 甲의 乙에 대한 매매대금채권의 지급을 금지하는 채권가압류 명령이 乙에게

1) 대판 2014. 6. 26, 2011다101599.

2) 대판 2014. 4. 10, 2012다29557.

3) 대판 1999. 7. 9, 98다47542.

4) 대판 1994. 12. 13, 93다951.

송달되었더라도 그 매매대금채권의 변제기가 도래하였다면 乙은 이행지체 책임을 면할 수 없다.

- ⑤ 특정물의 매매에 있어서 **매수인의 대금지급채무가 이행지체에 빠졌다 하더라도 그 목적물이 매수인에게 인도될 때까지는 매수인은 매매대금의 이자를 지급할 필요가 없는 것이므로, 그 목적물의 인도가 이루어지지 아니하는 한 매도인은 매수인의 대금지급의무 이행의 지체를 이유로 매매대금의 이자 상당액의 손해배상청구를 할 수 없다.**¹⁾

⑤

18. 채권자대위권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 채권적 청구권의 보전을 위하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니며, 물권적 청구권을 위해서도 채권자대위권이 인정될 수 있다.
- ② 채권자대위권에서 보전되는 채권은 보전의 필요성이 인정되고 이행기가 도래한 것이면 족하고, 채무자에 대한 채권이 제3채무자에게까지 대항할 수 있는 것임을 요하지 않는다.
- ③ 가등기가 가등기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이미 제3자 명의로 소유권이전청구권보전의 가등기가 경료되어 있는 부동산은 채권자대위권의 행사를 위하여 적극채산을 산정함에 있어서 이를 제외하여야 한다.
- ④ 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못하는 것이므로, 채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제된 경우에도, 제3채무자가 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수는 없다고 보아야 한다.

해설 ① 대지소유자가 건물소유자에 대한 **소유권에 기한 건물철거청구권을 보전하기 위해 건물소유자의 건물점유자에 대한 임대차 해지권 및 건물 인도청구권을 대위 행사한 사안에서, 判例는, “피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등(즉, 채권적 청구권)의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니며, 물권적 청구권에 대하여도 채권자대위권에 관한 민법 제404조의 규정이 적용될 수 있다.”**고 하였다.²⁾

- ② **민법 제404조에서 규정하고 있는 채권자대위권은 채권자가 채무자에 대한 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 경우에 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 이때 보전되는 채권은 보전의 필요성이 인정되고 이행기가 도래한 것이면 족하고, 그 채권의 발생원인이 어떠한 대위권을 행사함에는 아무런 방해가 되지 아니하며, 또한 채무자에 대한 채권이 제3채무자에게까지 대항할 수 있는 것임을 요하는 것도 아니다.**³⁾

- ③ 채권자가 채무자를 대위함에 있어 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 금전채권인 경우에는 그 보전의 필요성 즉, 채무자가 무자력인 때에만 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 있는바, **채권자대위의 요건으로서의 ‘무자력’이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하고** 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극채산이든 적극채산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 한다. 따라서 **채무자의 적극채산인 부동산에 이미 제3자 명의로 소유권이전**

1) 대판 1995. 6. 30, 95다14190.

2) 대판 2007. 5. 10, 2006다82700.

3) 대판 2003. 4. 11, 2003다1250.

청구권보전의 가등기가 마쳐져 있는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 사실상 불가능하므로, 그 가등기가 가등기담보 등에 관한 법률에 정한 담보가등기로서 강제집행을 통한 매각이 가능하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위 부동산은 실질적으로 재산적 가치가 없어 적극채산을 산정할 때 제외하여야 한다.¹⁾

- ④ 채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 **법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이룰 필요가 있는 점** 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 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 있다고 할 것이다.²⁾

☞ ④

19. 채권자대위권 및 채권자취소권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 변호사)

- ① 채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 채무자에 대하여 매매계약을 해제한 경우, 원칙적으로 제3채무자는 그 계약해제로써 채권자대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다.
- ② 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채무자에 대한 채권자의 권리가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다.
- ③ 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립하였다면 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 그 채권의 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ④ 사해행위 당시 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 사해행위 이후에 채권이 성립된 경우에는 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.
- ⑤ 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자 또는 전득자가 가액배상을 하여야 할 경우, 수익자 또는 전득자는 채권자들의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 이를 반환하여야 한다.

해설 ① 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.³⁾

- ② 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로는 그 판단의 기초자료인 사실과 증거

1) 대판 2009. 2. 26, 2008다76556.

2) 대판(전원합의체) 2012. 5. 17, 2011다87235.

3) 대판(전원합의체) 2012. 5. 17, 2011다87235.

를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴보아 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다(따라서 변론주의가 적용될 여지가 없다).¹⁾

- ③ 사해행위라고 볼 수 있는 행위가 행하여지기 전에 발생한 채권은 원칙적으로 채권자취소권에 의하여 보호될 수 있는 채권이 될 수 있고, 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 양수인은 채권자취소권을 행사할 수 있으며, 채권 양수일에 채권자취소권의 피보전채권이 새로이 발생되었다고 할 수 없다.²⁾ **[관련판례]** : 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 그 채권이 양도된 경우에도 그 양수인이 채권자취소권을 행사할 수 있고, 이 경우 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추더라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사하는데 아무런 장애사유가 될 수 없다.³⁾

- ④ 사해행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고(**기초적 법률관계의 존재**), 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 점에 대한 고도의 개연성이 있으며(**고도의 개연성**), 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립하면(**개연성의 현실화·채권의 성립**), 그 채권도 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.⁴⁾

- ⑤ 여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속 중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자 또는 전득자가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다(이 경우 수익자가 어느 채권자에 대하여 자신이 배상할 가액의 일부 또는 전부를 반환한 때에는, 수익자는 그 범위 내에서 다른 채권자에 대해 청구이익의 소를 제기함으로써 이중집행의 위험성에서 벗어날 수 있다).⁵⁾

⑤

20. 채권자취소권에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제2양수인 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수는 없으나, 양도인이 부동산을 제2양수인에게 이중양도하고 소유권이전등기를 마침으로써 제1양수인이 양도인에 대해 취득하는 손해배상채권은 채권자취소권의 피보전채권이 될 수 있다.
- ② 채권자취소권을 행사하기 위해서는 처분행위 당시 채권자를 해하는 것이기만 하면 되므로, 사실심 변론종결 당시에 채무자가 자력을 회복하여 채권자를 해하지 않게 된 경우에도 채권자취소권 행사가 가능하다.
- ③ 수익자 또는 전득자의 악의의 증명책임은 채권자가 부담한다.
- ④ 채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우 채권자가 취소원인을 안 지 1년이 지났다면, 채무자가 그 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내라도 채권자취소의 소를 제기할 수 없다.

1) 대판 2009. 4. 23, 2009다3234.

2) 대판 2012. 2. 9, 2011다77146.

3) 대판 2006. 6. 27, 2004다5822.

4) 대판 1997. 10. 28, 97다34334.

5) 대판 2008. 4. 24, 2007다84352.

- ⑤ 채권자는 사해행위의 취소와 원상회복을 청구함에 있어 사해행위의 취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 나중에 청구할 수 있으며, 이 경우 사해행위 취소 청구가 민법 제406조 제2항에 정하여진 기간 안에 제기되었다면 원상회복의 청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다.

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 권리이기 때문이다).¹⁾ 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⁾

② 사해행위 이후 채권자가 채무자 또는 제3자 소유의 부동산을 담보로 제공받아 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시에 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있는 경우, 채권자취소권이 소멸하는지 여부 : 사해성의 요건은 처분행위 당시에는 물론 채권자가 취소권을 행사할 당시(사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시)에도 갖추고 있어야 하므로, 처분행위 당시에는 채권자를 해하는 것이었더라도 그 후 채무자가 자력을 회복하거나 채무가 감소하는 등의 사유로 채권자취소권 행사 시에 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸한다. 따라서 채무자가 채권자를 해하는 처분행위를 하였더라도, 그 후에 채권자가 채무자 또는 제3자 소유의 부동산을 담보로 제공받아 우선변제권을 취득하였고 사해행위취소소송의 사실심 변론종결 시에 그 부동산의 가액 및 채권최고액이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보됨에 따라 그 처분행위로 인하여 채권자를 해하지 않게 되었다면, 채권자취소권에 의하여 책임재산을 보전할 필요성이 없으므로 채권자취소권은 소멸하고, 그 채무액이 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제받을 금액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다(연대보증인의 재산 처분행위가 처분행위 당시에는 사해행위에 해당하였으나, 이후 주채무자의 담보권설정으로 사실심 변론종결 시 채권자의 우선변제권이 확보된 사안에서, 대법원은 일단 사해행위가 성립한 이상 채권자취소권에 영향이 없다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 하였다).³⁾

③ 사해행위취소소송에 있어서 수익자 또는 전득자가 악의라는 점에 관해서는 입증책임이 채권자에게 있는 것이 아니고, 수익자 또는 전득자 자신에게 선의라는 사실을 입증할 책임이 있다.⁴⁾

④ 채권자취소권도 채권자가 채무자를 대위하여 행사하는 것이 가능하다고 할 것인바, 민법 제404조 소정의 채권자대위권은 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 자신의 이름으로 행사할 수 있는 권리라 할 것이므로, 채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우, 제소기간은 대위의

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 2014. 7. 10, 2013다50763.

4) 대판 1997. 5. 23, 95다51908.

목적으로 되는 권리의 채권자인 채무자를 기준으로 하여 그 준수 여부를 가려야 할 것이고(즉, 대위권을 행사하는 채권자를 기준으로 할 것이 아니다), 따라서 채무자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내라면 채권자취소의 소를 제기할 수 있다.¹⁾

- ⑤ 채권자가 민법 제406조 제1항에 따라 사해행위의 취소와 원상회복을 청구함에 있어 사해행위의 취소만을 먼저 청구한 다음 원상회복을 나중에 청구할 수 있으며, 이 경우 사해행위 취소 청구가 민법 제406조 제2항에 정하여진 기간 안에 제기되었다면 원상회복의 청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다.²⁾

⑤

21. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서 부진정연대책임을 지되, 공동불법행위자 중 1인이 전체 채무를 변제한 경우 특별한 사정이 없는 한 나머지 공동불법행위자들이 부담하는 구상채무의 성질은 각자의 부담부분에 따른 분할채무이다.
- ② 보증인은 자신의 채권자에 대한 채권으로 채권자의 보증채권과 상계할 수 있을 뿐만 아니라, 주채무자의 채권자에 대한 채권으로도 상계할 수 있다.
- ③ 공동불법행위자는 자신의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에 다른 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사할 수 있으나, 연대채무자는 자신의 부담부분 이상을 변제하지 않더라도 다른 연대채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.
- ④ 부진정연대채무자 중의 1인이 채권자에 대하여 한 상계는 절대적 효력이 있지만, 부진정연대채무자 중의 1인과 채권자 사이의 상계계약의 경우에는 절대적 효력이 인정되지 않는다.
- ⑤ 여러 사람이 공동으로 법률상 원인 없이 타인의 재산을 사용한 경우의 부당이득 반환채무는 특별한 사정이 없는 한 불가분적 이득의 반환으로서 불가분채무이고, 불가분채무는 각 채무자가 채무 전부를 이행할 의무가 있으며, 1인의 채무이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 된다.

해설 ① 공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에서는 부진정연대책임을 지되, 공동불법행위자들 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고, 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있고, **공동불법행위자 중 1인에 대하여 구상의무를 부담하는 다른 공동불법행위자가 수인인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그들의 구상권자에 대한 채무는 부진정연대채무로 보아야 할 근거는 없으며, 오히려 다수당사자 사이의 분할채무의 원칙이 적용되어 각자의 부담부분에 따른 '분할채무'로 보아야 한다.**³⁾

- ② **보증채무자는** 자신의 채권자에 대한 채권으로 채권자의 보증채권과 상계할 수 있고, 또한 **보증인은** 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다(제434조). 즉, 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채권으로도 상계할 수 있다.

- ③ 어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제425조 제1항). 즉, 민법은 연대보증인 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대보증인에게 구상권을 행사하려면 '자기의 부담부분을 넘은' 변제를 하였을 것을 그 요건으로

1) 대판 2001. 12. 27. 2000다73049.

2) 대판 2001. 9. 4. 2001다14108.

3) 대판 2002. 9. 27. 2002다15917.

규정하였으나(제448조 제2항), 연대채무자 중의 한 사람이 공동면책을 이유로 다른 연대채무자에게 구상권을 행사하는 데 있어서는 그러한 제한 없이 '부담부분'에 대하여 구상권을 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제425조 제1항).¹⁾ 그러나, 연대채무와는 달리, 공동불법행위자가 구상권을 갖기 위해서는 반드시 피해자의 손해 전부를 배상하여야 할 필요는 없으나 자기의 부담부분을 초과하여 배상을 하여야 한다.²⁾

- 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(절대적 효력). 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.³⁾

- ⑤ 여러 사람이 공동으로 법률상 원인 없이 타인의 재산을 사용한 경우의 부당이득 반환채무는 특별한 사정이 없는 한 불가분적 이득의 반환으로서 불가분채무이고, 불가분채무는 각 채무자가 채무 전부를 이행할 의무가 있으며, 1인의 채무이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 된다.⁴⁾

☞ ④

22. 채권양도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 채권양도의 통지는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다.
- ② 채권양도의 통지나 승낙이 없는 동안에는 채무자가 채권양도에 관하여 알고 있다고 하더라도 양수인은 채무자에게 채권양도의 효력을 주장할 수 없다.
- ③ 채권양도의 통지는 채무자에 대하여 이루어져야 하나, 채권양도에 대한 승낙은 양도인과 양수인 어느 쪽에 하여도 무방하다.
- ④ 법률에 의하여 압류가 금지된 채권은 양도도 금지된다.

해설 ① '도달'은 보다 탄력적인 개념으로서 송달장소나 수송달자 등의 면에서 민사소송법상의 송달에서와 같은 엄격함은 요구되지 아니하며, 이에 송달장소 등에 관한 민사소송법의 규정을 유추 적용할 것이 아니다. 따라서 **채권양도의 통지**는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다.⁵⁾

- ② **지명채권의 양도**는 양도인이 채무자에게 통지하거나 또는 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자에게 대항하지 못한다(제450조 제1항). **통지 또는 승낙**은 양수인이 채무자에 대하여 자신이 채권자임을 주장하기 위한 요건이다. 따라서 **채권양도의 통지나 승낙이 없는 동안에는** 채무자가 채권양도에 관하여 알고 있다고 하더라도 양수인은 채무자에게 채권양도의 효력을 주장할 수 없다.

1) 대판 2013. 11. 14, 2013다46023.

2) 대판 2006. 2. 9, 2005다28426.

3) 대판(전원합의제) 2010. 9. 16, 2008다97218.

4) 대판 2001. 12. 11, 2000다13948.

5) 대판 1983. 8. 23, 82다카439.

- ③ 지명채권 양도의 채무자에 대한 대항요건은 채무자에 대한 채권양도의 통지 또는 채무자의 승낙인데, 채권양도 통지가 채무자에 대하여 이루어져야 하는 것과는 달리 채무자의 승낙은 양도인 또는 양수인 모두가 상대방이 될 수 있다.¹⁾
- ④ 법률에 의해 '양도'가 금지되는 채권은 이를 압류하지 못하고, 압류 (및 전부명령)하더라도 그것은 무효이다. 그러나 반대로 법률에서 '압류'가 금지되는 채권으로 정하였더라도(민사집행법 제246조), 그것이 채권자의 의사에 의해 스스로 처분(양도)하는 것까지 금지하는 것은 아니므로 그 양도는 유효하다.²⁾

④

23. 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 변호사)

- ① 부동산 매매로 인한 소유권이전등기청구권을 제3자에게 양도하는 경우 매수인이 매도인에게 양도사실을 통지하는 것만으로는 매도인에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 매도인의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.
- ② 당사자의 의사표시에 의한 채권양도금지 특약은 제3자가 악의인 경우는 물론 제3자가 채권양도금지 특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 있고, 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하여야 한다.
- ③ 당사자의 의사표시에 의한 채권양도금지 특약이 있는 경우 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자는 그 채권을 유효하게 취득하나, 선의의 양수인으로부터 다시 채권을 양수한 악의의 전득자는 그 채권을 유효하게 취득하지 못한다.
- ④ 전세금반환채권의 경우, 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않으며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있다.
- ⑤ 채무자가 채권자에게 채무변제와 관련하여 다른 채권을 양도하는 것은 특단의 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 추정할 것이지 채무변제에 갈음한 것으로 볼 것은 아니어서, 그 경우 채권양도만 있으면 바로 원래의 채권이 소멸한다고 볼 수는 없고 채권자가 양도받은 채권을 변제받은 때에 비로소 그 범위 내에서 채무자가 면책된다.

해설 ① 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인이 부담하는 재산권이전증거의 한 내용을 이루는 것이고, 매도인이 물권행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권으로서 그 이행과정에 신뢰관계가 따르므로, 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없고, 따라서 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 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.³⁾

1) 대판 1986. 2. 25, 85다카1529; 대판 2011. 6. 30, 2011다8614.

2) 대판 1990. 2. 13, 88다카8132.

3) 대판 2001. 10. 9, 2000다51216.

- ② ③ 당사자의 의사표시에 의한 채권양도금지 특약은 제3자가 악의인 경우는 물론 제3자가 채권양도금지 특약을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 있고, 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지 특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 이를 주장·증명하여야 한다. 그리고 민법 제449조 제2항 단서는 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 없는 자를 ‘선의의 제3자라고만 규정하고 있어 채권자로부터 직접 양수한 자만을 가리키는 것으로 해석할 이유는 없으므로, 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자도 위 조항에서의 선의의 제3자에 해당한다. 또한 선의의 양수인을 보호하고자 하는 위 조항의 입법 취지에 비추어 볼 때, 이러한 선의의 양수인으로부터 다시 채권을 양수한 전득자는 선의·악의를 불문하고 채권을 유효하게 취득한다.¹⁾
- 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.²⁾
- ⑤ 채무자가 채권자에게 채무변제와 ‘관련하여’ 다른 채권을 양도하는 것은 특단의 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 추정할 것이지 채무변제에 갈음한 것으로 볼 것은 아니어서, 그 경우 채권양도만 있으면 바로 원래의 채권이 소멸한다고 볼 수는 없고 채권자가 양도받은 채권을 변제받은 때에 비로소 그 범위 내에서 채무자가 면책된다. 그러나 채무자가 채권자에게 채무변제에 ‘갈음하여’ 다른 채권을 양도하기로 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채권양도의 요건을 갖추어 대체급부가 이루어짐으로써 원래의 채무는 소멸하는 것이고 그 양수한 채권의 변제까지 이루어져야만 원래의 채무가 소멸한다고 할 것은 아니다. 이 경우 대체급부로서 채권을 양도한 양도인은 양도 당시 양도대상인 채권의 존재에 대해서는 담보책임을 지지만 당사자 사이에 별도의 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 채무자의 변제자력까지 담보하는 것은 아니다.³⁾

☞ ③

24. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 제3채무자가 압류채권자에게 압류된 채권액 상당에 관하여 지체책임을 지는 것은 추심명령이 발령된 후 압류채권자로부터 추심금청구를 받은 다음 날부터이다.
- ② 임대인이 임차인으로부터 임대차보증금반환채권의 양도통지를 받은 후에 임대인과 임차인 사이에 임대차 계약기간 연장에 관하여 합의가 있을 경우 그 합의의 효과는 그 채권의 양수인에 대하여도 미친다.
- ③ 채권양도통지와 채권가압류결정 정본이 같은 날 도달되었는데 그 선후관계에 대하여 달리 증명이 없으면 동시에 도달된 것으로 추정한다.
- ④ 채권에 대한 압류 후에 피압류채권이 제3자에게 양도된 경우 그 채권양도는 압류채무자에 대한 다른 채권자와의 관계에서 유효하다.

1) 대판 2015. 4. 9, 2012다118020.

2) 대판 2002. 8. 23, 2001다69122.

3) 대판 2013. 5. 9, 2012다40998.

- ⑤ 금전채권에 대한 가압류가 있더라도 가압류채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기할 수 있고, 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 그 청구를 배척할 수 없다.

해설 ① 압류·추심명령에 따라 압류된 채권액 상당에 관하여 제3채무자가 압류채권자에게 지체책임을 지는 시기(=추심명령 발령 후 압류채권자로부터 추심금 청구를 받은 다음날부터) : 추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능을 수여함에 그치고, 제3채무자로 하여금 압류채권자에게 압류된 채권액 상당을 지급할 것을 명하거나 그 지급 기한을 정하는 것이 아니므로, 제3채무자가 압류채권자에게 압류된 채권액 상당에 관하여 지체책임을 지는 것은 집행법원으로부터 추심명령을 송달 받은 때부터가 아니라 추심명령이 발령된 후 압류채권자로부터 '추심금 청구를 받은 다음날부터'라고 하여야 한다.¹⁾

② 임대인이 임차보증금반환채권의 양도 통지를 받은 후에는 임대인과 임차인 사이에 임대차계약의 갱신이나 계약기간 연장에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있더라도 그 합의의 효력이 양수인에 대해서는 미칠 수 없다.²⁾

③ 채권양도 통지와 채권가압류결정 정본이 같은 날 도달되었는데 그 선후관계에 대하여 달리 입증 없으면 동시에 도달된 것으로 추정한다.³⁾

④ 채권에 대한 압류의 처분금지의 효력은 절대적인 것이 아니고, 이에 저촉되는 채무자의 처분행위가 있어도 압류의 효력이 미치는 범위에서 압류채권자에게 대항할 수 없는 상대적 효력을 가지는 데 그치므로, 압류 후에 피압류채권이 제3자에게 양도된 경우 채권양도는 압류채무자의 다른 채권자 등에 대한 관계에서는 유효하다. 그리고 채권양도 행위가 사해행위로 인정되어 취소 판결이 확정된 경우에도 취소의 효과는 사해행위 이전에 이미 채권을 압류한 다른 채권자에게는 미치지 아니한다.⁴⁾

⑤ 채권가압류 후에 채무자가 제3채무자를 상대로 그 이행의 소를 제기할 수 있는지 여부 : 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없는 것이 원칙이다. 왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 채무명의를 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있는 경우도 있을 것이며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는데 반하여 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다.⁵⁾

②

25. 변제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다.
 ② 채무자는 채무 전부를 변제하였을 때뿐만 아니라 공탁, 면제 등으로 채무 전부가 소멸되었을 때에도 채권증서의 반환을 청구할 수 있다.
 ③ 매수인이 계약의 이행에 비협조적인 태도를 취하면서 잔대금의 지급을 미루는 등 소유권이전등기

1) 대판 2012. 10. 25, 2010다47117.

2) 대판 1989. 4. 25, 88다카4253.

3) 대판(전원합의제) 1994. 4. 26, 93다24223.

4) 대판 2015. 5. 14, 2014다12072.

5) 대판 2002. 4. 26, 2001다59033.

서류를 수령할 준비를 아니한 경우, 매도인이 법무사사무소에 소유권이전등기에 필요한 대부분의 서류를 작성하여 주었고 미비된 일부 서류들은 잔금지급 시에 교부하기로 하였으며 이들 서류는 매도인이 언제라도 발급받아 교부할 수 있다면 매도인으로서의 비록 일부 미비된 서류가 있다 하더라도 소유권이전등기의무에 대한 충분한 이행의 제공을 마친 것이다.

- ④ 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에는 보증인이 있는 채무가 변제이익이 더 많으므로 보증인이 있는 채무부터 법정변제충당하여야 한다.

해설 ① 제470조.

- ② 채권증서(차용증 등)가 있는 경우에 변제자가 채무 전부를 변제한 때에는 채권증서의 반환을 청구할 수 있다. 채권이 변제 이외의 사유로 전부 소멸한 때에도 같다(제475조). 따라서 채권이 상계·경개·면제 등 변제 이외의 원인으로 소멸하는 경우에도 채권증서의 반환을 청구할 수 있다.
- ③ 쌍무계약에서 일방 당사자의 자기 채무에 관한 이행의 제공을 엄격하게 요구하면 오히려 불성실한 상대방 당사자에게 구실을 주는 것이 될 수도 있으므로 일방 당사자가 하여야 할 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하고, 매수인이 계약의 이행에 비협조적인 태도를 취하면서 잔대금의 지급을 미루는 등 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 아니한 경우에는 매도인으로서도 그에 상응한 이행의 준비를 하면 족하다 할 것인바, 매도인이 법무사사무소에 소유권이전등기에 필요한 대부분의 서류를 작성하여 주었고 미비된 일부 서류들은 잔금지급시에 교부하기로 하였으며 이들 서류는 매도인이 언제라도 발급받아 교부할 수 있다면 매도인으로서의 비록 일부 미비된 서류가 있다 하더라도 소유권이전등기의무에 대한 충분한 이행의 제공을 마쳤다고 보아야 할 것이고, 잔대금 지급기일에 이를 지급하지 않고 계약의 효력을 다투는 등 계약의 이행에 비협조적이고 매도인의 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 하지 않고 있던 매수인은 이 점을 이유로 잔대금지급을 거절할 수 없다.¹⁾
- ④ 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.²⁾

☞ ④

26. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ① 채무의 일부 변제제공은 채무의 본지에 따른 이행의 제공이라 할 수 없어 이행제공의 효력이 발생할 수 없으나, 채무의 일부를 공탁한 경우에는 그 부분에 한해 원칙적으로 변제의 효력이 발생한다.
- ② 비용, 이자, 원본에 대한 변제충당에 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있으므로 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 할 것이나, 채권자는 일방적으로 위 법정 순서와 다르게 충당의 순서를 지정할 수 있다.
- ③ 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권자의 현주소지에서 하여야 한다.
- ④ 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실이 없는 경우에 한해 효력이 있는데, 만약

1) 대판 2001. 12. 11, 2001다36511.

2) 대판 2014. 4. 30, 2013다8250.

그 변제를 받은 자에게 변제수령의 권한이 인정된다면 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리를 적용할 필요 없이 그에 대한 변제는 유효하다.

- ⑤ 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제의 경우에도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있는데, 여기에서 말하는 ‘채권자가 이익을 받은’ 경우에는 변제의 수령자가 진정한 채권자에게 채무자의 변제로 받은 급부를 직접 전달한 경우는 포함되나, 무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 경우는 포함되지 않는다.

해설 ① **채무의 일부 변제제공**은 채무의 본지에 따른 이행의 제공이라 할 수 없고 이행제공의 효력이 발생할 수 없는 것이어서, **그 채무의 일부를 공탁했다** 하더라도 변제의 효력이 발생할 수 없다.¹⁾

- ② **비용, 이자, 원본에 대한 변제충당**에 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).²⁾

- ③ 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 **특정물의 인도**는 채권성립 당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 하고, **특정물인도 이외의 채무변제**(지참채무)는 채권자의 현주소에서 하여야 한다(제467조).

- ④ **변제수령의 권한이 인정되는 자에게 민법 제470조 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리를 적용할 필요가 있는지 여부** : 민법 제470조에서 정하는 ‘**채권의 준점유자**’는 진정한 채권자 등 변제수령의 권한이 있는 자 이외의 자로서 변제자의 입장에서 볼 때 일반의 거래관념상 채권을 행사할 정당한 권한을 가진 것으로 믿을 만한 외관을 가지는 사람을 말한다. 따라서 채무자가 채권의 준점유자에 대한 변제를 가리기 위해서는, 먼저 그 변제를 받은 자가 변제를 수령할 권한이 없는 자임이 전제가 되어야 하고, 만약 **변제수령의 권한이 인정되면 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리를 적용할 필요 없이 그에 대한 변제는 유효하다고** 보아야 한다.³⁾

- ⑤ **무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 경우도 민법 제472조에서 정한 ‘채권자가 이익을 받은’ 경우에 해당하는지 여부** : 민법 제472조는 불필요한 연쇄적 부당이득반환의 법률관계가 형성되는 것을 피하기 위하여 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제의 경우에도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있다고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 ‘**채권자가 이익을 받은**’ 경우에는 **변제의 수령자가 진정한 채권자에게 채무자의 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, 그렇지 않더라도 무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 때와 같이 무권한자의 변제수령을 채권자의 이익으로 돌릴 만한 실질적 관련성이 인정되는 경우도 포함된다.**⁴⁾ **[관련판례]** : 민법 제472조는 불필요한 연쇄적 부당이득 반환의 법률관계가 형성되는 것을 피하기 위하여 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제의 경우에도 그로 인하여 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있다고 규정하고 있다. 여기에서 ‘**채권자가 이익을 받은**’ 경우란 변제수령자가 채권자에게 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, **변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 ‘채권자의 자신에 대한 채무의 변제에 충당’하거나 ‘채권자의 제3자에 대한 채무를 대신 변제함으로써 채권자의 기존 채무를 소멸’시키는 등 채권자에게 실질적인 이익이 생긴 경우를 포함하나, 변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 자신이나 제3자의 채권자에 대한 채무를 변제함으로써 ‘채권자의 기존 채권을 소멸’시킨 경우에는 채권자에게 실질적인 이익이 생겼다고 할 수 없으므로 민법 제472**

1) 대판 1984. 9. 11, 84다카781.

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

3) 대판 2012. 6. 14, 2010다29034.

4) 대판 2012. 10. 25, 2010다32214.

조에 의한 변제의 효력을 인정할 수 없다.¹⁾

④

27. 상계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 금전채권에 대한 압류 및 전부명령이 있고, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다.
- ② 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계하더라도 그 상계의 효력이 다른 부진정연대채무자에 대하여 미치지 아니한다.
- ③ 상계에 있어서 자동채권은 반드시 변제기에 있어야 하나, 수동채권은 반드시 변제기가 도래하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 성질상 허용될 수 없다.

해설 ① 금전채권에 대한 압류 및 전부명령이 있는 때에는 압류된 채권은 동일성을 유지한 채로 압류채무자로부터 압류채권자에게 이전되고, 제3채무자는 채권이 압류되기 전에 압류채무자에게 대항할 수 있는 사유로써 압류채권자에게 대항할 수 있는 것이므로, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다. 이 경우에 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로, 그 자동채권은 민법 제498조의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하고, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다.²⁾

② 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(절대적 효력).³⁾

③ 상계에 있어서 자동채권은 반드시 이행기에 있어야 한다. 그렇지 않으면 상대방은 이유 없이 기한의 이익을 잃게 되기 때문이다. 그러나 수동채권은 채무자가 기한의 이익을 포기할 수 있으므로, 이행기 도래 전이라도 이를 포기하고 상계할 수 있다(제468조 본문 참고).

④ 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 성질상 허용될 수 없다.⁴⁾

②

1) 대판 2014. 10. 15, 2013다17117.

2) 대판 2010. 3. 25, 2007다35152.

3) 대판(전원합의체) 2010. 9. 16, 2008다97218.

4) 대판 2002. 8. 23, 2002다25242; 대판 2014. 4. 30, 2010다11323.

28. 계약의 해지, 해제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 계약 해제의 의사표시는 그 효력이 발생한 이후에는 철회할 수 없음이 원칙이나, 해제의 의사표시에 관하여 무능력, 착오, 사기, 강박 등의 하자가 있는 경우 및 해제의 상대방의 승낙이 있는 경우에는 철회가 가능하다.
- ② 해제권자는 해제권을 행사하여 해제를 한 경우에는 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 할 수 있지만, 합의해제를 한 경우 손해배상에 관하여 별도의 약정을 하거나 추후 청구할 수 있다고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 손해배상청구를 할 수 없다.
- ③ 자신 소유의 부동산을 매도하였다가 매매계약을 합의 해제한 매도인이 매수인에 대하여 가지는 원상회복청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.
- ④ 계약 해제에 따른 원상회복의무의 이행으로서 매매대금 기타 급부의 반환을 구하는 경우 과실상계가 적용된다.

- 해설** ① 계약 해제의 의사표시는 그 효력이 발생한 이후에는 이를 철회하지 못한다(제543조 제2항). 계약이 해제되었다고 믿는 상대방을 보호하기 위해서이다. 따라서 상대방이 승낙하면 철회할 수 있다. 또한 해제도 의사표시이므로 제한능력, 의사표시의 착오 또는 사기나 강박을 이유로 취소할 수는 있다.
- ② 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니므로(제551조), 해제권자가 해제권을 행사하여 해제를 한 경우 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 할 수 있다. 그러나 계약이 합의에 의하여 해제 또는 해지된 경우에는 '상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상 청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한' 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 그리고 그와 같은 손해배상의 특약이 있었다거나 손해배상 청구를 유보하였다는 점은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다.¹⁾
- ③ 부동산 매매계약이 합의해제되면 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로, 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권으로서 소멸시효의 대상이 아니다.²⁾ 따라서 자신 소유의 부동산을 매도하였다가 매매계약을 합의 해제한 매도인이 매수인에 대하여 가지는 원상회복청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.
- ④ 계약 해제에 따른 원상회복의무의 이행으로서 매매대금 기타 급부의 반환을 구하는 경우, 과실상계가 적용되는지 여부 : 과실상계는 본래 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이고, 매매계약이 해제되어 소급적으로 효력을 잃은 결과 매매당사자에게 당해 계약에 기한 급부가 없었던 것과 동일한 재산상태를 회복시키기 위한 원상회복의무의 이행으로서 이미 지급한 매매대금 기타의 급부의 반환을 구하는 경우에는 적용되지 아니한다.³⁾

④

29. 임대차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

1) 대판 2013. 11. 28, 2013다8755.
2) 대판 1982. 7. 27, 80다2968.
3) 대판 2014. 3. 13, 2013다34143.

- ① 임대차보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하여도 그 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액은 임대차보증금에서 당연히 공제된다.
- ② 임차인이 연체한 차임액이 2기의 차임액에 달한다는 이유로 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우에는 계약 일반의 해지의 경우와는 달리 임대인의 최고 절차는 필요가 없다.
- ③ 임대차목적물인 부동산을 신소유자에게 매도한 임대인은 임대차계약상 임대인의 지위를 신소유자와의 계약만으로써 신소유자에게 양도할 수 있으나, 이 경우 임차인은 공평의 원칙, 신의성실의 원칙에 따라 이익을 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다.
- ④ 임대인이 임대할 권한이 없음에도 임차인과 임대차계약을 체결한 경우, 그 임대차계약은 유효하게 성립하였다고 볼 수 없다.

해설 ① 임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다.¹⁾

② 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 것을 이유로 임대인이 그 임대차계약을 해지하는 경우에는 임대인의 최고가 필요 없다. 민법이 특히 차임의 연체액이 2기의 차임액에 달하면 임대인이 임대차계약의 해지를 할 수 있는 것으로 규정한 취지는 다른 여러 가지 규정을 통하여 임차인을 강력하게 보호하는 반면에 임차인에게도 성실한 차임지급 의무를 이행할 것을 요구하는 것으로 생각되므로, 민법 제640조에 의한 임대차계약해지의 경우에는 계약일반의 해지의 경우와는 달리 임대인의 최고절차가 필요 없다.²⁾

③ 임대차계약에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다고 할 것이나, 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이익을 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다고 보아야 한다.³⁾ **[비교판례] : 대항력 있는 주택임대차에 있어 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 주택임대차보호법 제4조 제2항에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제되므로, 그러한 상태에서 임차목적물인 부동산이 양도되는 경우에는 같은 법 제3조 제2항(현행 제3조 제4항)에 의하여 양수인에게 임대차가 종료된 상태에서의 임대인으로서의 지위가 당연히 승계되고, 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금 반환채무는 소멸하는 것이지만, 임차인의 보호를 위한 임대차보호법의 입법 취지에 비추어 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이익을 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 봄이 상당하고, 그와 같은 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다.⁴⁾**

1) 대판 2004. 12. 23, 2004다56554.

2) 대판 1962. 10. 11, 62다496.

3) 대판 1998. 9. 2, 98마100.

- ④ 임대차는 임대인과 임차인 사이의 합의가 있으면 성립하는 점에서, 또 임대차는 소비대차에서처럼 목적물의 소유권을 상대방에게 이전하는 것이 아닌 점에서, 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없더라도 임대차계약은 유효하게 성립한다.¹⁾

④

30. 임대차에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 변호사 변형)

- ① 토지에 대한 임대차계약 종료 시 임대인이 임차인을 상대로 지상물(건물) 철거 및 그 부지의 인도를 청구한 데 대하여 임차인이 지상물매수청구권을 행사하여 그 청구권이 인정되는 경우, 임대인의 위 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 있다.
- ② 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 추심명령이 있더라도, 임차인은 임대인에 대하여 임대차보증금반환채권에 기하여 동시이행을 구하는 항변권을 상실하지 않는다.
- ③ 토지의 임대인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거청구 소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결에 의하여 건물철거가 집행되지 아니한 이상, 토지의 임차인으로서 건물매수청구권을 행사하여 별도로 임대인에 대하여 건물매매대금의 지급을 구할 수 있다.
- ④ 건물 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 임차인 소유 건물이 임대인이 임대한 토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는, 임차지상에 서 있는 건물 부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다.
- ⑤ 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때에는 「민법」 제646조가 규정하는 부속물매수청구의 대상이 되는 부속물에 해당하지 않는다.

해설 ① 토지임대차기간의 만료 후 임대인이 임차인에 대해 지상시설의 철거를 청구한 경우에 임차인이 매수청구권을 행사하면 원칙적으로 임대인의 청구를 기각하여야 한다.²⁾ 토지임대차 종료시 임대인의 건물철거와 그 부지인도 청구에는 건물매수대금지급과 동시에 건물인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.³⁾

- ② 금전채권(임대차보증금반환채권)에 대한 압류 및 추심명령이 있는 경우, 이는 강제집행절차에서 추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것이므로, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니므로, 추심채무자(임차인)로서는 제3채무자(임대인)에 대하여 피압류채권(임대보증금반환채권)에 기하여 (건물명도의무와의) 동시이행을 구하는 항변권을 상실하지 않는다.⁴⁾
- ③ 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 있어서, 임대차가 종료함에 따라 토지의 임차인이 임대인에 대하여 건물매수청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채, 토지의 임대인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거청구 소송에서 패소하여 그 판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결에 의하여 건물철거가 집행되지 아니한 이상, 토지의 임차인으로서 건물매수청구권을 행사하여 별도로 임대인에 대하여 건물매매대금의 지급을 구할 수 있다.⁵⁾

4) 대판 2002. 9. 4, 2001다64615.

1) 대판 1996. 3. 8, 95다15087.

2) 대판 1995. 2. 3, 94다51178.

3) 대판(전원합의제) 1995. 7. 11, 94다34265.

4) 대판 2001. 3. 9, 2000다73490.

5) 대판 1995. 12. 26, 95다42195.

- ④ 건물 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 **임차인 소유 건물이 임대인이 임대한 토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는, 임차지상에 서 있는 건물 부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다.**¹⁾
- ⑤ **민법 제646조가 규정하는 매수청구의 대상이 되는 ‘부속물’이란 건물에 부속된 물건으로서 임차인의 소유에 속하고, 건물의 구성부분으로는 되지 아니한 것으로서 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건이라고 할 것이므로, 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때에는 이에 해당하지 않으며, 당해 건물의 객관적인 사용목적은 그 건물 자체의 구조와 임대차계약 당시 당사자 사이에 합의된 사용목적, 기타 건물의 위치, 주위환경 등 제반 사정을 참작하여 정하여지는 것이다.**²⁾

①

31. 부당이득에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 소멸시효의 완성으로 채권이 소멸한 경우 그 채무자가 채무를 면하게 된 것은 법률상 원인없는 이득이라고 할 수 없으므로 그 채무자가 부당이득 한 것이라고 할 수 없다.
- ② 임대차가 종료한 이후 임차인이 동시이행항변권에 기하여 임차목적물을 명도하지 아니하고 이를 계속 점유하고 있었으나 그 점유부분을 사용·수익하지 않았다면, 임차인이 이를 점유한다는 사실만으로 차임상당의 이득을 얻은 것이라고 볼 수 없다.
- ③ 부당이득 반환의무를 인정하기 위해서는 그 반환의무자의 고의 또는 과실이 인정되어야 한다.
- ④ 부당이득으로 취득한 금전은 그 소비 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정된다.

해설 ① 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다(제741조). **부당이득이 성립하기 위해서는 우선 ‘법률상 원인 없이’ 이익을 얻어야 한다.** 여기서 ‘**법률상 원인 없이**’란, 반환의무자의 이익 취득을 법률상 정당화시키는 사유 또는 그 이득을 보유할 권원이 없는 것을 말한다. 한편, **채권의 소멸시효가 완성된 경우 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로써 채무는 당연히 소멸되는 것이므로,**³⁾ **소멸시효의 완성으로 채권이 소멸한 경우 그 채무자가 채무를 면하게 된 것은 법률상 원인없는 이득이라고 할 수 없으므로 그 채무자가 부당이득 한 것이라고 할 수 없다.**

- ② 법률상의 원인 없이 이득하였음을 이유로 한 **부당이득의 반환에 있어서 ‘이득’이라 함은 실질적인 이익을 가리키는 것이므로 법률상 원인 없이 건물을 점유하고 있다 하여도 이를 사용·수익하지 않았다면 이익을 얻은 것이라고 볼 수 없는 것인바, 임차인이 임대차계약 종료 이후에도 동시이행의 항변권을 행사하는 방법으로 목적물의 반환을 거부하기 위하여 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이익을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 않는다.**⁴⁾
- ③ **민법 제741조의 부당이득이 성립하기 위해서는, ㉠ 법률상 원인이 없을 것, ㉡ 이득, ㉢ 손실, ㉣ 이득과 손실 사이의 인과관계만 있으면 되고, 반환의무자의 고의 또는 과실은 그 요건이 아니다.**

1) 대판(전원합의제) 1996. 3. 21, 93다42634.

2) 대판 1993. 10. 8, 93다25738, 25745.

3) 대판 1979. 2. 13, 78다2157.

4) 대판 1990. 12. 21, 90다카24076; 대판 2008. 4. 10, 2007다76986.

- ④ 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우, 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정된다.¹⁾

③

32. 불법원인급여에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은?

(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 변호사)

- ㄱ. 도박자금 채무의 담보를 위하여 근저당권설정등기를 마친 경우, 근저당권설정자는 근저당권 설정등기의 말소를 청구할 수 있다.
- ㄴ. 불법의 원인으로 소유권을 이전한 경우에 급여자는 부당이득을 이유로 하여 그 반환을 청구할 수는 없으나 특별한 사정이 없는 한 소유권에 기한 반환청구는 가능하다.
- ㄷ. 급여자와 수익자의 불법성을 비교하여 수익자의 불법성이 급여자의 그것에 비하여 현저히 큰 경우에는 급여자는 수익자에 대하여 이익의 반환을 청구할 수 있다.
- ㄹ. 불법원인급여가 성립한 경우, 수익자가 그 불법의 원인에 가공하였다면 특별한 사정이 없는 한 급여자는 수익자의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해의 배상을 구할 수 있다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)
 ② ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○)
 ③ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○)
 ④ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)
 ⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)

해설 ㄱ. (○) 도박자금을 제공함으로써 인하여 발생한 채권의 담보로 부동산에 관하여 ‘근저당권설정등기’가 경료되었을 뿐이라면 위와 같은 근저당권설정등기로 근저당권자가 받을 이익은 소유권이전과 같은 중국적인 것이 되지 못하고 따라서 민법 제746조에서 말하는 이익에는 해당하지 아니한다고 할 것이므로, 그 부동산의 소유자는 민법 제746조의 적용을 받음이 없이 그 말소를 청구할 수 있다(이 경우에는 수령자가 그 이익을 얻으려면 경매신청을 하여야 하는 별도의 조치를 요하는 점에서 그 급부는 중국적인 것이 아니라 종속적인 것에 불과하다고 본 것이다).²⁾

ㄴ. (X) 민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고, 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다(물권적 반환청구권의 부정).³⁾

1) 대판 1996. 12. 10. 96다32881.

2) 대판 1994. 12. 22. 93다55234.

3) 대판(전원합의제) 1979. 11. 13. 79다483.

ㄷ. (O) 민법 제746조에 의하면 급여가 불법원인급여에 해당하고 급여자에게 불법원인이 있는 경우에는 수익자에게 불법원인이 있는지의 여부나 수익자의 불법원인의 정도 내지 불법성이 급여자의 그것보다 큰지의 여부를 막론하고 급여자는 그 불법원인급여의 반환을 구할 수 없는 것이 원칙이나, **수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에도** 급여자의 반환 청구가 허용되지 않는다고 하는 것은 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋나므로 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환 청구는 허용된다고 해석함이 상당하다.¹⁾

ㄹ. (X) 불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 상대방 수령자가 그 '불법의 원인'에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다. 그와 같은 경우에 급여자의 위와 같은 손해배상청구를 인용한다면, 이는 급여자는 결국 자신이 행한 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 환수하는 것과 다름없는 결과가 되어, 민법 제746조에서 실정법적으로 구체화된 법이념에 반하게 되는 것이다.²⁾

⑤

33. 불법행위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 피고소인이 고소인이 고소한 피의사실로 기소되어 무죄의 확정판결을 받았다고 하더라도, 그 고소 내용이 터무니없는 허위사실이 아니라 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 것에 불과하다면, 불법행위를 구성하지 않는다.
- ② 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에는 각각의 행위와 손해 발생 사이의 인과관계는 법률상 추정된다.
- ③ 민법상의 공동불법행위에 있어서 과실에 의한 방조는 성립하지 않는다.
- ④ 방조자도 공동행위자로서 행위자와 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

해설 ① 피고소인이 고소인이 고소한 피의사실로 기소되어 무죄의 확정판결(또는 무혐의처분)을 받았다고 하더라도 그 고소가 권리의 남용이라고 인정될 수 있는 정도의 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아닌 이상, 고소인의 행위가 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없다(고소인의 고소 내용이 터무니없는 허위사실이 아니라 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장하였거나 법률을 잘못 적용한 것에 불과한 경우, 고소인의 행위가 피고소인에 대한 불법행위를 구성하지 않는다고 한 사안).³⁾

② 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 경우에도 협의의 공동불법행위와 같이 그 수인은 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(제760조 제2항). **민법 제760조 제2항**은 여러 사람의 행위가 경합하여 손해가 생긴 경우 중 같은 조 제1항에서 말하는 공동의 불법행위로 보기에 부족할 때, 입증책임을 덜어줌으로써 피해자를 보호하려는 입법정책상의 고려에 따라 각각의 행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 법률상 추정한 것이므로, 이러한 경우 개별 행위자가 자기의 행위와

1) 대판 1997. 10. 24. 95다49530.

2) 대판 2013. 8. 22. 2013다35412.

3) 대판 2006. 4. 28. 2005다29481.

손해 발생 사이에 인과관계가 존재하지 아니함을 증명하면 면책되고, 손해의 일부가 자신의 행위에서 비롯된 것이 아님을 증명하면 배상책임이 그 범위로 감축된다.¹⁾

- ③ ④ **민법 제760조 제3항**은 ‘교사자나 방조자는 공동행위자로 본다’고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자로서 책임을 부담시키고 있는바, ‘방조’라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 여러 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하고, 이러한 불법행위의 방조는 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 ‘과실에 의한 방조’도 가능하며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하고, 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.²⁾

③

34. 혼인, 이혼에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 성년인 남자와 만 15세 여자의 혼인은 무효이다.
- ② 사실혼관계의 부부 사이에도 일상가사에 관한 사항에 관하여 상호대리권이 인정된다.
- ③ 부부 일방이 이혼 당시에 아직 퇴직하지 않은 채 직장에 근무하고 있는 경우, 퇴직급여채권은 재산분할의 대상에 포함될 수 있고, 그 채권의 범위는 이혼소송의 사실심 변론종결 시점을 기준으로 그 시점에 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여 상당액이다.
- ④ 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기 전에 이혼으로 인한 재산분할청구권을 포기하는 행위는 채권자 취소권의 대상이 될 수 없다.

해설 ① 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다(제807조). 혼인이 제807조, 제808조의 규정에 위반한 때에는 당사자 또는 그 법정대리인이 그 취소를 청구할 수 있고, 제809조의 규정에 위반한 때에는 당사자, 그 직계존속 또는 4촌 이내의 방계혈족이 그 취소를 청구할 수 있다(제817조). 따라서 만 18세 미만의 사람이 혼인한 경우 그 혼인을 취소할 수 있을 뿐 무효는 아니다.

- ② 사실혼관계의 부부 사이에도 일상가사에 관한 사항에 관하여 상호대리권이 인정된다.³⁾
- ③ 부부 일방이 이혼 당시 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있는 경우, 퇴직급여를 수령할 권리를 재산분할의 대상으로 볼 수 있는지 여부 : 비록 이혼 당시 부부 일방이 아직 재직 중이어서 실제 퇴직급여를 수령하지 않았더라도 이혼소송의 사실심 변론종결시에 이미 잠재적으로 존재하여 그 경제적 가치의 현실적 평가가 가능한 재산인 퇴직급여채권은 재산분할의 대상에 포함시킬 수 있으며, 구체적으로는 이혼소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 그 시점에서 퇴직할 경우 수령할 수 있을 것으로 예상되는 퇴직급여 상당액의 채권이 그 대상이 된다.⁴⁾
- ④ 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라, 협의 또는

1) 대판 2008. 4. 10, 2007다76306.

2) 대판 2007. 6. 14, 2005다32999; 대판 2014. 3. 27, 2013다91597.

3) 대판 1980. 12. 23, 80다2077.

4) 대판(전원합의제) 2014. 7. 16, 2013므2250.

심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 아니하고, 이를 포기하는 행위 또한 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.¹⁾

[관련판례] 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것이 허용되는지 여부 : 민법 제839조의2에 규정된 재산분할제도는 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것이고, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것은 그 성질상 허용되지 아니한다. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 ‘재산분할청구권의 사전포기’에 불과할 뿐이므로 쉽사리 ‘재산분할에 관한 협의’로서의 ‘포기약정’이라고 보아서는 아니 된다.²⁾

☞ ①

35. 이혼으로 인한 재산분할청구권에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 변호사)

- ㄱ. 재판상 이혼시의 재산분할에 있어서 분할의 대상이 되는 재산과 그 액수는 이혼소송의 사실 심 변론종결일을 기준으로 정한다.
- ㄴ. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 재산분할에 관한 협의를 하였다면, 그후 재판상 이혼을 한 경우에도 그 협의에 따라야 한다.
- ㄷ. 재산분할의 대상이 되는 소극재산의 총액이 적극재산의 총액을 초과하여, 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 분담을 정하는 것이 되는 경우, 법원은 재산분할청구를 받아들여서는 안 된다.
- ㄹ. 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기 전까지는 그 범위 및 내용이 불명확하고 불확정적이기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없어 이를 보전하기 위한 채권자대위권은 행사할 수 없다.
- ㅁ. 이혼소송과 재산분할청구가 병합된 경우, 배우자의 일방이 사망하면 이혼의 성립을 전제로 하여 이혼소송에 부대한 재산분할청구 역시 이를 유지할 이익이 상실되어 이혼소송의 종료와 동시에 종료된다.

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

1) 대판 2013. 10. 11, 2013다7936.

2) 대결 2016. 1. 25, 2015스451.

해설 가. (O) 재판상 이혼시의 재산분할에 있어 분할의 대상이 되는 재산과 그 액수는 ‘이혼소송의 사실심 변론종결일’을 기준으로 하여 정하여야 하므로, 법원은 변론종결일까지 기록에 나타난 객관적인 자료에 의하여 개개의 공동재산의 가액을 정하여야 한다.¹⁾

나. (X) 재산분할에 관한 협의는 혼인 중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 분할에 관하여 이미 이혼을 마친 당사자 또는 아직 이혼하지 않은 당사자 사이에 행하여지는 협의를 가리키는 것인바, 그 중 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 하여 위 재산분할에 관한 협의를 하는 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한, 장차 당사자 사이에 협의상 이혼이 이루어질 것을 조건으로 하여 조건부 의사표시가 행하여지는 것이라 할 것이므로, 그 협의 후 당사자가 약정한대로 협의상 이혼이 이루어진 경우에 한하여 그 협의의 효력이 발생하는 것이지, 어떠한 원인으로든지 협의상 이혼이 이루어지지 아니하고 혼인관계가 존속하게 되거나 당사자 일방이 제기한 이혼청구의 소에 의하여 재판상 이혼(화해 또는 조정에 의한 이혼을 포함)이 이루어진 경우에는, 위 협의는 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않는다.²⁾

다. (X) 부부가 이혼할 때 쌍방의 소극재산 총액이 적극재산 총액을 초과하여 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 분담을 정하는 것이 되는 경우에도 재산분할 청구를 받아들일 수 있는지 여부 : 이혼 당사자 각자가 보유한 적극재산에서 소극재산을 공제하는 등으로 재산상태를 따져 본 결과 재산분할 청구의 상대방이 그에게 귀속되어야 할 몫보다 더 많은 적극재산을 보유하고 있거나 소극재산의 부담이 더 적은 경우에는 적극재산을 분배하거나 소극재산을 분담하도록 하는 재산분할은 어느 것이나 가능하다고 보아야 하고, 후자의 경우라고 하여 당연히 재산분할 청구가 배척되어야 한다고 할 것은 아니다. 그러므로 소극재산의 총액이 적극재산의 총액을 초과하여 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 분담을 정하는 것이 되는 경우에도 법원은 그 채무의 성질, 채권자와의 관계, 물적 담보의 존부 등 일체의 사정을 참작하여 이를 분담하게 하는 것이 적합하다고 인정되면 그 구체적인 분담의 방법 등을 정하여 재산분할 청구를 받아들일 수 있다고 할 것이다. 그것이 부부가 혼인 중 형성한 재산관계를 이혼에 즈음하여 청산하는 것을 본질로 하는 재산분할 제도의 취지에 맞고, 당사자 사이의 실질적 공평에도 부합한다.³⁾

라. (O) 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의해 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다(즉, 채권자대위권의 피보전권리가 될 수 없다).⁴⁾

마. (O) ‘이혼소송과 재산분할청구가 병합된 경우’, 배우자 일방이 사망하면 이혼의 성립을 전제로 하여 이혼소송에 부대한 재산분할청구 역시 이를 유지할 이익이 상실되어 이혼소송의 종료와 동시에 종료된다.⁵⁾ 그러나, ‘이혼 및 위자료청구소송 중 원고가 사망’한 경우, 이혼소송은 종료되지만, 위자료청구소송은 상속인들이 수계할 수 있다.⁶⁾

②

36. 재산분할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2016 법원서기보)

1) 대판 2010. 4. 15, 2009므4297.
2) 대판 2003. 8. 19, 2001다14061.
3) 대판(전원합의제) 2013. 6. 20, 2010므4071.
4) 대판 1999. 4. 9, 98다58016.
5) 대판 1994. 10. 28, 94므246.
6) 대판 1993. 5. 27, 92므143.

- ① 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 하여 위 재산분할에 관한 협의를 하는 경우에 있어서, 당사자 일방이 제기한 이혼청구의 소에 의하여 재판상 이혼이 이루어진 경우라면 위 협의는 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않는다고 보아야 한다.
- ② 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우라도 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수는 없다.
- ③ 이혼 당사자 각자가 보유한 적극재산에서 소극재산을 공제하는 등으로 재산상태를 따져 본 결과 재산분할 청구의 상대방이 그에게 귀속되어야 할 몫보다 더 많은 적극재산을 보유하고 있거나 소극재산의 부담이 더 적은 경우에는 적극재산을 분배하거나 소극재산을 분담하도록 하는 재산분할은 어느 것이나 가능하다고 보아야 하고, 후자의 경우라고 하여 당연히 재산분할 청구가 배척되어야 한다고 할 것은 아니다.
- ④ 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.

- 해설**
- ① 재산분할에 관한 협의는 혼인 중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 분할에 관하여 이미 이혼을 마친 당사자 또는 아직 이혼하지 않은 당사자 사이에 행하여지는 협의를 가리키는 것인바, 그 중 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 하여 위 재산분할에 관한 협의를 하는 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한, 장차 당사자 사이에 협의상 이혼이 이루어질 것을 조건으로 하여 조건부 의사표시가 행하여지는 것이라 할 것이므로, 그 협의 후 당사자가 약정한대로 협의상 이혼이 이루어진 경우에 한하여 그 협의의 효력이 발생하는 것이지, 어떠한 원인으로든지 협의상 이혼이 이루어지지 아니하고 혼인관계가 존속하게 되거나 당사자 일방이 제기한 이혼청구의 소에 의하여 재판상 이혼(화해 또는 조정에 의한 이혼을 포함)이 이루어진 경우에는, 위 협의는 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않는다.¹⁾
 - ② 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있다.²⁾
 - ③ 부부가 이혼할 때 쌍방의 소극재산 총액이 적극재산 총액을 초과하여 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 부담을 정하는 것이 되는 경우에도 재산분할 청구를 받아들일 수 있는지 여부 : 이혼 당사자 각자가 보유한 적극재산에서 소극재산을 공제하는 등으로 재산상태를 따져 본 결과 재산분할 청구의 상대방이 그에게 귀속되어야 할 몫보다 더 많은 적극재산을 보유하고 있거나 소극재산의 부담이 더 적은 경우에는 적극재산을 분배하거나 소극재산을 분담하도록 하는 재산분할은 어느 것이나 가능하다고 보아야 하고, 후자의 경우라고 하여 당연히 재산분할 청구가 배척되어야 한다고 할 것은 아니다. 그러므로 소극재산의 총액이 적극재산의 총액을 초과하여 재산분할을 한 결과가 결국 채무의 부담을 정하는 것이 되는 경우에도 법원은 그 채무의 성질, 채권자와의 관계, 물적 담보의 존부 등 일체의 사정을 참작하여 이를 분담하게 하는 것이 적합하다고 인정되면 그 구체적인 부담의 방법 등을 정하여 재산분할 청구를 받아들일 수 있다고 할 것이다. 그것이 부부가 혼인 중 형성한 재산관계를 이혼에 즈음하여 청산하는 것을 본질로 하는 재산분할 제도의 취지에 맞고, 당사자 사이의 실질적 공평에도 부합한다.³⁾
 - ④ 제839조의2 제3항.

②

1) 대판 2003. 8. 19, 2001다14061.

2) 대판 2003. 2. 28, 2000므582.

3) 대판(전원합의제) 2013. 6. 20, 2010므4071.

37. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 배우자가 있는 사람은 배우자와 공동으로 입양을 하여야 하고, 입양으로 인한 친족관계의 소멸은 입양의 취소나 파양으로 인하여만 종료된다.
- ② 당사자가 양친자관계를 창설할 의사로 친생자출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 모두 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 양친자관계는 파양에 의하여 해소될 수 있는 점을 제외하고는 법률적으로 친생자관계와 똑같은 내용을 갖게 된다.
- ③ 우리 민법은 입양과 관련하여서 부부의 공동입양원칙을 선언하고 있는바 파양을 할 때에도 부부가 공동으로 하여야 하며 이는 양친이 이혼한 때에도 마찬가지라 할 것이다.
- ④ 성전환수술에 의하여 출생 시의 성과 다른 반대의 성으로 성전환이 이미 이루어졌다고 하더라도 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다.

해설 ① 배우자가 있는 사람은 배우자와 공동으로 입양하여야 한다(제874조 제1항). 입양으로 인한 친족관계는 입양의 취소 또는 파양으로 인하여 종료한다(제776조).

② 당사자가 양친자관계를 창설할 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 모두 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 양친자관계는 파양에 의하여 해소될 수 있는 점을 제외하고는 법률적으로 친생자관계와 똑같은 내용을 갖게 되므로 이 경우의 하위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 발휘하게 되는 것이며, 이와 같은 경우 파양에 의하여 그 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 그 호적기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계의 존재를 부인하게 하는 친생자관계부존재확인청구는 허용될 수 없는 것이다.¹⁾

③ 민법 제874조 제1항은 부부의 공동입양원칙을 선언하고 있는바, 파양에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지는 않고 있으나 부부의 공동입양원칙의 규정 취지에 비추어 보면 양친이 부부인 경우 파양을 할 때에도 부부가 공동으로 하여야 한다고 해석할 여지가 없지 아니하나(양자가 미성년자인 경우에는 양자 제도를 둔 취지에 비추어 그와 같이 해석하여야 할 필요성이 크다), 그렇게 해석한다고 하더라도 양친 부부 중 일방이 사망하거나 또는 양친이 이혼한 때에는 부부의 공동파양의 원칙이 적용될 여지가 없다고 할 것이고, 따라서 양부가 사망한 때에는 양모는 단독으로 양자와 협의상 또는 재판상 파양을 할 수 있으며 이는 양부와 양자 사이의 양친자관계에 영향을 미칠 수 없는 것이고, 또 양모가 사망한 양부에 갈음하거나 또는 양부를 위하여 파양을 할 수는 없다고 할 것이며, 이는 친생자부존재확인을 구하는 청구에 있어서 입양의 효력은 있으나 재판상 파양사유가 있어 양친자관계를 해소할 필요성이 있는 이른바 재판상 파양에 갈음하는 친생자관계부존재확인청구에 관하여도 마찬가지라고 할 것이다. 왜냐하면 양친자관계는 파양에 의하여 해소될 수 있는 점을 제외하고는 친생자관계와 똑같은 내용을 갖게 되는데, 진실에 부합하지 않는 친생자로서의 호적기재가 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 효력을 갖게 되었고 사망한 양부와 양자 사이의 이러한 양친자관계는 해소할 방법이 없으므로 그 호적기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계를 부인하게 하는 친생자관계부존재확인청구는 허용될 수 없는 것이기 때문이다.²⁾

④ 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별정정을 허가할 것인지 여부 : 성전환수술에 의하여 출생 시의 성과 다른 반대의 성으로 성전환이 이미 이루어졌고, 정신과 등 의학적 측면에서도 이미 전환된 성으로 인식되고 있다면, 전환된 성으로 개인적 행동과 사회적 활동을 하는 데에까지

1) 대판(전원합의제) 2001. 5. 24, 2000므1493.

2) 대판 2009. 4. 23, 2008므3600.

법이 관여할 방법은 없다. 그러나 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다(甲이 乙과 혼인을 하여 미성년자인 자녀 丙을 두고 있었는데 성전환수술 등을 받고 가족관계등록부상의 성별란 정정을 신청한 사안에서, 대법원은 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다고 하며 甲의 성별정정을 불허하였다).¹⁾

☞ ③

38. 성년후견에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2016 법원서기보)

- ① 성년후견은 피성년후견인의 정신적 제약으로 사무처리 능력이 지속적으로 결여된 경우에 한하여 개시되고, 신체적 장애만으로는 성년후견이 개시될 수 없다.
- ② 피성년후견인이 한 법률행위는 피성년후견인 또는 성년후견인이 이를 취소할 수 있음이 원칙이다.
- ③ 성년후견인을 여러 명 두는 것도 가능하고, 다만 성년후견인은 자연인에 한하므로 법인은 성년후견인이 될 수 없다.
- ④ 가정법원은 성년후견개시심판을 하면서 직권으로 여러 사정을 고려하여 성년후견인을 선임하고, 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 또는 일정한 자의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다.

해설 ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 ‘지방자치단체의 장’의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다(제9조 제1항). 즉, ‘정신적 제약’으로 인하여 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어야 성년후견개시의 심판을 할 수 있다. 따라서 ‘신체적 장애(제약)’로 인하여 원활한 의사표시에 어려움이 있는 경우는 성년후견개시의 원인이 되지 않는다(다만, 신체적 장애로 인하여 정신적 제약이 생겼다면 성년후견의 사유가 될 수 있다).

- ② 피성년후견인의 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 있다(제10조 제1항). 한편, 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 따라서 피성년후견인도 자신이 한 법률행위를 취소할 수 있다.
- ③ 미성년후견과는 달리 성년후견의 경우, 1인의 후견인이 피후견인의 재산과 신상에 관한 사무를 모두 처리하도록 하는 것이 적절하지 않은 경우가 있으므로, 이를 고려하여 개정법은 성년후견인을 ‘여러 명’ 둘 수 있도록 하였고(제930조 제2항), 나이가 ‘법인’도 성년후견인이 될 수 있도록 하였다(제930조 제3항).
- ④ 성년후견심판에 의한 후견의 개시)에 따른 성년후견인은 가정법원이 ‘직권’으로 선임한다(제936조 제1항). 가정법원이 성년후견인을 선임할 때에는 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과의 이해관계의 유무(법인이 성년후견인이 될 때에는 사업의 종류와 내용, 법인이나 그 대표자와 피성년후견인 사이의 이해관계의 유무를 말한다) 등의 사정도 고려하여야 한다(제936조 제4항). 또한, 가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조

1) 대판(전원합의제) 2011. 9. 2, 2009스117.

- 르. (○) 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸하게 되면 상속인은 상속인으로서의 지위, 즉 상속에 따라 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(제척기간 만료일이 아님).¹⁾

②

40. 상속에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2016 법원서기보)

- ① 공동상속인 중 1인이 상속등기에 갈음하여 구 부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우, 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다.
- ② 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우, 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다.
- ③ 피상속인이 부담하던 금전채무가 공동상속인들에게 상속된 경우, 공동상속인들은 그와 같은 채무를 상속재산 분할의 대상으로 삼을 수 있고, 이때 상속재산 분할의 효력은 상속 개시 시점으로 소급한다.
- ④ 공동상속인 중 1인이 상속을 포기하더라도 그 포기자의 채권자는 상속포기가 사해행위라는 이유를 취소할 수 없다.

해설 ① 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 사람이나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하고 있는 사람을 가리키는 것으로서, 상속재산인 부동산에 관하여 공동상속인 중 1인 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우 그 등기가 상속을 원인으로 경료된 것이라면 그 등기명의인은 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 사람으로서 참칭상속인에 해당한다. 따라서 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⁾

- ② 민법 제1008조의 취지는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에, 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증 재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 있다. 따라서 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여에 의하여 특별수익을 한 자가 있는 경우에는 민법 제1114조의 규정은 그 적용이 배제되고, 따라서 그 증여는 상속개시 1년 이전의 것인지 여부, 당사자 쌍방이 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부에 관계없이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다.³⁾
- ③ ‘금전채무’와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산분할의 대상이 될 여지가 없다.⁴⁾

1) 대판 1998. 3. 27, 96다37398.

2) 대판 2010. 1. 14, 2009다41199.

3) 대판 1996. 2. 9, 95다1788.

4) 대판 1997. 6. 24, 97다8809.

- ④ **상속의 포기**는 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 이를 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니라 오히려 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 가지는 점, 상속포기의 의사표시에 채권자취소권의 적용이 있다고 하면 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정의 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 점, 상속의 포기가 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지는 아니하는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 상속의 포기는 민법 제406조 제1항에서 정하는 “재산권에 관한 법률행위”에 해당하지 아니하여 사해행위 취소의 대상이 되지 못한다고 할 것이다.¹⁾

③

41. 유언, 유증 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
(2016 법원서기보)

- ① 정지조건 있는 유증은 수증자가 그 조건 성취 전에 사망하더라도 수증자의 상속인이 있는 경우에는 그 상속인에게 대습상속된 후 그 조건이 성취하면 그때 유증의 효력이 생긴다.
- ② 만 17세에 달하면 유언을 할 수 있다.
- ③ 적법한 유언은 민법 제1091조에서 규정하고 있는 유언증서에 대한 법원의 검인이나 민법 제1092조에서 규정하는 유언증서의 개봉절차를 거치지 않더라도 유언자의 사망에 의하여 곧바로 그 효력이 생기는 것이며, 검인이나 개봉절차의 유무에 의하여 유언의 효력이 영향을 받지 아니한다.
- ④ 유언자의 날인이 없는 유언장은 자필증서에 의한 유언으로서의 효력이 없다.

해설 ① 유증은 유언자의 사망 전에 수증자가 사망한 때에는 그 효력이 생기지 아니한다. 정지조건 있는 유증은 수증자가 그 조건성취 전에 사망한 때에는 그 효력이 생기지 아니한다(제1089조). 그리고 유증이 그 효력이 생기지 아니하거나 수증자가 이를 포기한 때에는 유증의 목적인 재산은 상속인에게 귀속한다(제1090조). 따라서 정지조건 있는 유증은 수증자가 그 조건 성취 전에 사망한 경우 수증자의 상속인이 있는 경우에도 그 효력이 생기지 아니하므로, 유증의 목적인 재산은 원칙적으로 유언자의 상속인에게 귀속된다.

- ② 만 17세에 달하지 못한 자는 유언을 하지 못한다(제1061조). 따라서 미성년자라도 만 17세 이상이기만 하면 ‘단독’으로 유언을 할 수 있다.
- ③ 민법 제1091조, 제1092조 소정의 검인·개봉절차를 거치지 아니한 유언증서의 효력(유효) : 민법 제1091조에서 규정하고 있는 유언증서에 대한 법원의 검인은 유언증서의 형식·태양 등 유언의 방식에 관한 모든 사실을 조사·확인하고 그 위조·변조를 방지하며, 또한 보존을 확실히 하기 위한 일종의 검증절차 내지는 증거보전절차로서, 유언이 유언자의 진의에 의한 것인지 여부나 적법한지 여부를 심사하는 것이 아님은 물론 직접 유언의 유효 여부를 판단하는 심판이 아니고, 또한 민법 제1092조에서 규정하는 유언증서의 개봉절차는 봉인된 유언증서의 검인에는 반드시 개봉이 필요하므로 그에 관한 절차를 규정한 데에 지나지 아니하므로, 적법한 유언은 이러한 검인이나 개봉절차를 거치지 않더라도 유언자의 사망에 의하여 곧바로 그 효력이 생기는 것이며, 검인이나 개봉절차의 유무에 의하여 유언의 효력이 영향을 받지 아니한다.²⁾
- ④ 민법 제1066조 제1항은 “자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고

1) 대판 2011. 6. 9, 2011다29307.

2) 대판 1998. 6. 12, 97다38510.

날인하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 유언자의 ‘날인’이 없는 유언장은 자필증서에 의한 유언으로서의 효력이 없다.¹⁾

 ①

1) 대판 2006. 9. 8, 2006다25103.