

## 민법 기출 특강 자료

【문 1】 관습법과 사실인 관습에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 사실인 관습은 사적자치가 인정되는 분야에서는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있다.
- ② 당사자의 의사가 명확하지 않은 경우에 임의규정과 다른 관습이 있으면 그 관습에 따른다.
- ③ 관습법이 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정된다.
- ④ 물권은 관습법에 의하여도 창설될 수 있다.
- ⑤ 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행이므로, 당사자의 주장이나 증거가 없으면 법원이 직권에 의하여 판단할 수 없다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① (O) : 사실인 관습은 사적자치가 인정되는 분야, 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나, 이 이외의, 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983.6.14, 80다3231). ② (O) : 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정(즉 임의규정)과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다(제106조). ③ (O) : 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판 전합 2003.7.24, 2001다48781 ; 대판 전합 2005.7.21, 2002다1178). ④ (O) : 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다(제185조). ⑤ (X) : 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고, 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장·입증하여야 함이 원칙이다(대판 1983.6.14, 80다3231). 그러나 사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속하고, 경험칙은 일종의 법칙으로서 법관이 어떠한 경험칙의 유무를 판단함에 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 직권에 의하여 판단할 수 있다(대판 1976.7.13, 76다983 ; 대판 1977.4.12, 76다1124).

【문 2】 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 민사특별법에는 사정변경의 원칙을 채용한 규정이 있으나, 민법에는 그러한 규정이 존재하지 않는다.
- ② 권리남용에 있어서 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적 사정에 의해 추인될 수도 있다.
- ③ 상속인 중 1인이 피상속인의 생존시에 피상속인에 대하여 상속을 포기하기로 약정하였다면, 상속개시 후 민법이 정하는 절차와 방식에 따라 상속을 포기하지 않았다 하더라도, 상속개시 후에 자신의 상속권을 주장하는 것은 선행행위에 모순되는 행동이어서 허용되지 않는다.
- ④ 신의성실의 원칙 자체가 강행규정적 성질을 가지므로, 그 파생원칙인 금반언의 원칙이 적용된 결과가 다른 강행규정을 위반하게 되더라도 당사자가 그 점을 원용하여 신의칙의 적용을 피할 수 없다.

⑤ 인지청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 장기간 방치하면 인지청구권은 실효될 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (X) : 사정변경의 원칙에 기한 신원보증계약의 해지권(신원보증법 제5조 제3호)·차임이나 보증금의 증감청구권(주택임대차보호법 제7조·상가건물임대차보호법 제11조)과 민사특별법뿐만 아니라, 민법상으로도 사정변경의 원칙에 입각한 개별규정(제218조·제286조·제557조·제627조·제628조·제661조·제689조 등)이 많이 있다. ② (O) : 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다(대판 1998.6.26, 97다42823 ; 대판 2003.11.27, 2003다40422 등). ③ (X) : 상속인 중의 1인이 피상속인의 생존시에 피상속인에 대하여 상속을 포기하기로 약정하였다고 하더라도, 상속개시 후 민법이 정하는 절차와 방식에 따라 상속포기를 하지 아니한 이상, 상속개시 후에 자신의 상속권을 주장하는 것은 정당한 권리행사로써 권리남용에 해당하거나 또는 신의칙에 반하는 권리의 행사라고 할 수 없다(대판 1998.7.24, 98다9021). ④ (X) : 신의칙은 강행규정에 위반하여 적용될 수가 없다. 즉 합법성의 원칙이 신의칙보다 더 우선하게 된다. 즉 특별한 사정이 없는 한, 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2003.4.22, 2003다2390·2406 등). ⑤ (X) : 인지청구권은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수도 없으며 포기하였다더라도 그 효력이 발생할 수 없는 것이고, 이와 같이 인지청구권의 포기가 허용되지 않는 이상 거기에 실효의 법리가 적용될 여지도 없다(대판 2001.11.27, 2001므1353).

【문 3】 권리남용의 효과에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다.
- ② 채무자가 시효 완성 전에 스스로 채권자의 시효 중단을 현저히 곤란하게 하여 채권자가 시효 중단을 할 수 없었던 경우, 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 권리남용으로서 허용될 수 없다.
- ③ 계약효력의 주장이 권리남용에 해당하면 계약의 효력이 발생하지 않지만, 이 경우 법률관계는 위험부담의 원칙에 따라 확정된다.
- ④ 권리남용이 불법행위에 해당하면 상대방은 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.
- ⑤ 항변권이 남용된 경우, 권리의 행사가 저지될 뿐 항변권 자체가 박탈되는 것은 아니다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 대판 2003.11.27, 2003다40422 등. ② (O) : 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효 완성 전에 채권자의 권리행사나 시효 중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효 완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자 보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다(대판 2005.5.13, 2004다71881 ; 대판 2007.3.15, 2006다12701 등). ③ (X) : 계약에 따른 효력의 주장, 즉 권리의 행사가 남용으로 인정되면 권리의 정상적인 행사로서의 법률효과가 발생하지 않는다. 그러나 권리남용이론은 권리 자체의 제한이 아니라 권리행사의 제약에 불과하므로 법의 조력을 받지 못할 뿐이다. 따라서 채무자의 귀책사유 없는 후발적 불능인 경우에 문제되는 위험부담(제537조·제538조)의 원칙이 여기에 적용될 여지가 없다. ④ (O) : 권리행사가 남용으로 되면 위법성을 띠게 되므로 불법행위를 구성하여 상대방은 손해배상을 청구할 수 있게 된다(대판 2001.11.13, 99다32899 등 참조). ⑤ (O) : 권리남용이론은 권리 자체의 제한이 아니라 권리행사의 제약일 뿐이므로 법률에 명문의 규정(제924조)이 없는 한, 권리를 박탈시키는 제도는 아니다. 따라서 일반적으로 동시이행의 관계가 인정되는 경우에는 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과도한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척되어야 한다(대판 1992.4.28,

91다29972 ; (대판 2001.9.18, 2001다9304).

【문 4】 태아의 권리능력에 관한 학설로서 해제조건설의 견해에 따른 것으로 묶은 것은? <공인노무사 제13회 2004년>

- A. 태아는 권리능력이 없으며, 살아서 태어나면 권리능력을 취득하고 그 효력은 권리능력이 문제되는 시점에 소급한다.
- B. 태아가 정상적으로 출산될 확률이 사산의 확률에 비하여 월등히 높다.
- C. 태아에게도 이론상 법정대리인의 존재를 인정할 수 있다.
- D. 夫가 처와 태아를 남기고 사망한 경우에 夫의 유산은 우선 처와 태아가 상속하고, 태아가 사산된 경우에 다른 상속인에게 상속을 회복시킨다.
- E. 타인에게 불측의 손해를 미치지 아니한다고 하는 장점이 있다.

- ① A, B, C
- ② A, C, D
- ③ B, C, D
- ④ B, C, E
- ⑤ C, D, E

□정답□ ③

[해설] [A·E] 정지조건설 : 태아인 동안에는 아직 권리능력을 취득하지 못하나, 살아서 출생한 때에는 그의 권리능력취득의 효과가 문제의 사건발생시까지 소급해서 생긴다는 견해이다(소수설, 판례). 즉 태아가 살아서 출생하는 것을 정지조건으로 하여 권리능력을 인정하자는 것이다. 그 근거로는 i) 현대법은 거래안전보호 및 제3자의 신뢰이익의 보호를 중시하고, ii) 태아가 언제 포태되었는지는 모 자신도 모르는 경우가 있는데 이 경우에 태아를 제외하고 상속이 이루어지면 결국 출생 후 상속회복청구의 문제가 생기고, iii) 모에게 태아의 법정대리인의 지위를 인정함은 의문이라는 점 등을 근거로 든다. 이 견해는 태아의 법정대리인을 인정할 수 없으므로 태아가 취득 또는 상속할 재산을 태아인 동안에 보존·관리할 수 없다는 단점이 있으나, 태아가 사산하더라도 타인에게 불측의 손해를 줄 염려가 없다는 장점이 있다. [B·C·D] 해제조건설 : 이미 출생한 것으로 간주되는 각 경우에 태아는 그 개별적 사항의 범위 안에서 제한된 권리능력을 가지며, 다만 사산인 때에는 그 권리능력취득의 효과가 문제의 사건발생시까지 소급하여 소멸한다고 보는 견해이다(다수설). 즉 태아의 사산을 해제조건으로 하여 권리능력을 인정하는 견해로서, 죽어서 출생한 시기가 과거에 소급한다는 것이다. 그 근거로는 i) 태아에게 개별적·예외적으로 권리능력을 인정하는 경우는 제3자의 이익보호보다는 태아의 보호에 더욱 치중하려는 것이 입법취지이고, ii) 현대의학의 발달로 출산율이 사산율보다 압도적으로 높음으로 해제조건설을 따른다고 해서 제3자에게 불측의 손해를 줄 우려는 정지조건설을 따르는 경우의 태아에게 불이익을 줄 가능성보다 훨씬 낮다는 점 등을 든다. 이 견해는 태아로 있는 동안에도 법정대리인에 의하여 재산의 관리 기타의 권리보전방법을 취할 수 있기 때문에 태아를 보다 두텁게 보호할 수 있다는 장점이 있으나, 태아가 사산한 경우·모가 포태를 모르고 상속에서 제외시킨 경우 등에는 법정대리인의 행위가 소급하여 무효로 되기 때문에 그 상대방 또는 제3자에게 불측의 손해를 줄 염려가 있고, 태아와 모가 공동상속인인 경우 그 상속재산의 분할협의는 이해상반행위(제921조)이므로 특별대리인을 선임하여야야 모가 법정대리권을 행사할 수 없게 된다는 단점이 있다.

【문 5】 다음 중 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 단독으로 행할 수 있는 행위로서 가장 부적당한 것은? <법무사 제12회 2006년>

- ① 미성년자의 채무를 이행하기 위한 변제행위
- ② 제3자를 위한 계약에서 부담 없는 수익의 의사표시
- ③ 부담이 없는 유증에 대한 수락
- ④ 의무만을 부담하는 계약에 대한 무조건 해약
- ⑤ 미성년자가 이미 받은 증여에 대하여 소유권이전등기만을 신청하는 행위

□정답□ ①

[해설] ②③④⑤ O : 단순히 권리만을 얻거나 또는 의무만을 면하는 행위는 법정대리인의 동의 없이 미성년자가 단독으로 유효하게 행위를 할 수 있다(제5조 제1항 단서). ① X : 미성년자의 채무를 이행하기 위한 변제행위는 의무를 면함(채무의 소멸)과 동시에 권리도 상실(재산권의 감소)하게 되므로 민법 제5조 제1항 단서에 해당하지 않는다.

【문 6】 甲은 친구 乙이 한정치산선고를 받았다는 사실을 알면서도 그에게 1천만 원을 빌려주었다. 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제19회 2008년>

- ① 甲은 자신의 의사표시를 철회할 수 있다.
- ② 법정대리인의 동의를 얻어 乙이 甲으로부터 금전을 빌린 경우에는 乙은 그 법률행위를 취소할 수 없다.
- ③ 甲은 乙이 아직 능력이 되지 못한 때에는 乙의 법정대리인에게 그 법률행위의 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다.
- ④ 법률행위 당시 乙이 의사무능력상태에 있었다면, 乙의 법률행위에는 취소사유와 무효사유가 동시에 존재한다.
- ⑤ 법정대리인의 동의를 얻지 않았다는 이유로 乙의 법정대리인이 그 법률행위를 취소하면 부당이득반환문제가 생긴다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 무능력자와 체결한 계약(소비대차)은 무능력자측의 추인이 있기 전까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있으나, 상대방이 계약 당시에 무능력자임을 알았을 때에는 철회권이 인정되지 않는다(제16조 제1항 단서). ② (O) : 한정치산자 법률행위를 하려면 원칙적으로 법정대리인(후견인)의 동의를 얻어야 하는데, 이에 위반한 행위는 한정치산자 본인이나 법정대리인이 취소할 수 있다(제10조·제5조). ③ (O) : 무능력자가 아직 능력이 되지 못한 때에는 그 법정대리인에 대하여 1월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위의 추인 여부의 확답의 최고를 할 수 있고, 법정대리인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제2항). ④ (O) : 동일인이 법률행위 당시 의사무능력의 상태이었고 동시에 행위무능력자(한정치산자)인 경우에는 그 법률행위에 관하여 의사무능력을 이유로 무효를 주장하거나 또는 행위무능력을 이유로 취소할 수 있다(무효·취소의 이중효). ⑤ (O) : 법률행위가 취소된 경우에 당사자 쌍방은 부당이득반환의무를 부담하고, 이 의무는 서로 동시이행의 관계에 있다(대판 1994.9.9, 93다31191 ; 대판 2001.7.10, 2001다3764 등). 다만 무능력자는 취소된 행위에 의하여 받은 이익이 현존하는 한도 내에서만 반환하면 된다(제141조 단서).

【문 7】 무능력자의 상대방을 보호하기 위한 제도에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 무능력자가 사술로써 능력자로 믿게 한 때에 있어서의 사술을 쓴 것이라 함은 적극적으로 기망수단을 쓴 것을 말하는 것이고, 단순히 자기가 능력자로 사언(詐言)함은 사술을 쓴 것이라고 할 수 없다.
- ② 법정대리인이 최고를 받았으나 기간 내에 확답을 발하지 않은 때에는 그 행위를 추인한 것으로 본다.
- ③ 특별한 절차를 요하는 행위에 관하여 유예기간 안에 그 절차를 밟은 확답을 발하지 않으면 취소한 것으로 본다.
- ④ 무능력자도 최고와 철회의 상대방이 될 수 있다.
- ⑤ 금치산자가 자신이 한정치산자라고 말하면서 법정대리인의 동의서를 제시하여 법률행위를 한 때에는 취소권을 잃게 된다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 대판 1971.12.14, 71다2045. ② (O) : 민법 제15조 제2항. ③ (O) : 민법 제15조 제3항. ④ (X) : 상대방의 철회나 거절의 의사표시는 무능력자에 대하여도 할 수 있다(제16조 제3항). 그러나 최고의 상대방은 최고를 수령할 능력과 취소나 추인을 할 수 있는 능력이 있어야 한다. 따라서 무능력자는 능력자로 된 후에만 최고의 상대방이 될 수 있고, 아직 능력이 되지 못한 때에는 그의 법정대리인이 최고의 상대방이 된다(제15조). ⑤ (O) : 금치산자가 미성년자 또는 한정치산자라고 말하면서 법정대리인의 동의서를 제시하여 법률행위를 한 경우에도 민법 제17조 제1항의 금치산자가 사술로써 능력자로 믿게 한 때에 해당하여 취소권을 상실하게 된다(다수설). 이에 대해 금치산자라고 칭하던 한정치산자라고 칭하던 그 주체가 금치산자인 이상 취소권이 상실되지 않는다는 견해(김형배)도 주장되고 있다.

【문 8】 미성년자인 甲은 자신의 소유인 컴퓨터 1대를 200만 원에 팔기로 乙과 매매계약을 체결하였다. 이에 대한 설명으로 옳은 것은 ? <공인노무사 제13회 2004년>

- ① 乙은 계약 당시에 甲이 무능력자임을 알았더라도 甲의 추인이 있을 때까지 철회할 수 있다.
- ② 乙이 무능력자인 甲에 대하여 1월 이상의 기간을 정하여 추인 여부의 확답을 최고한 것은 유효하다.
- ③ 乙의 적법한 최고에 대하여 甲이 일정한 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 취소한 것으로 본다.
- ④ 甲이 사술로써 乙로 하여금 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 때에는 甲은 계약을 취소하지 못한다.
- ⑤ 乙의 적법한 최고에 대하여 甲의 법정대리인의 확답이 일정한 기간 내에 乙에게 도달하지 않은 때에는 취소한 것으로 본다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 무능력자의 계약은 추인 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있으나, 상대방이 계약 당시에 무능력자임을 알았을 때에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항). ② (X) : 무능력자는 그가 능력자로 된 후에만 최고의 상대방이 될 수 있을 뿐이므로(제15조 제1항 참조), 무능력자에 대한 최고는 무효이다. ③ (X) : 무능력자의 상대방은 무능력자가 능력자가 된 후에 이에 대하여 1월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위의 추인 여부의 확답을 최고할 수 있고, 능력자로 된 자가 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제1항). ④ (O) : 미성년자가 사술로써 법정대리인의 동의 있는 것으로 믿게 한 때에는 그 행위를 취소하지 못한다(제17조 제2항). ⑤ (X) : 무능력자의 상대방은 무능력자가 아직 능력자가 되지 못한 때에는 그 법정대리인에 대하여 1월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위의 추인 여부의 확답을 최고할 수 있고 법정대리인이 그 기간 내에 확답을 “발”하지 아니한 때에는 그 행위를 “추인”한 것으로 본다(제15조 제2항).

【문 9】 부재자의 재산관리인에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산매매행위에 대한 법원의 허가결정은 과거의 매매를 추인하는 방법으로는 할 수 없다.
- ② 재산관리인이 무이자부 금전소비대차를 이자부 소비대차로 하는 행위는 법원의 허가를 얻어야 한다.
- ③ 법원에 의해 재산관리인의 선임이 있는 후에, 부재자가 사망한 것으로 확실해진 경우에는 관리인의 권한은 당연히 소멸한다.
- ④ 부재자의 재산관리인의 대리권의 범위는 친권자의 대리권의 범위와 같다.
- ⑤ 법원이 선임한 재산관리인은 법정대리인이지만, 부재자 자신이 선임한 재산관리인은 임의대리인이다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X) : 부재자 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산매매행위에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다(대판 2000.12.26, 99다19278 ; 대판 1982.12.14, 80다872·1873 등). ② (X) : 부재자 재산관리인의 권한은 법원의 명령이 정한 바에 의하지만, 원칙으로는 재산의 관리행위(보존행위 및 물건이나 권리의 성질이 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량행위)를 할 권한만이 있으며, 이를 초과하는 행위(예컨대 재산의 처분행위)에 있어서는 법원의 허가를 얻어야 한다(제25조). 그런데 무이자부 금전소비대차를 이자부 소비대차로 하는 행위는 개량행위(대리의 목적인 물건이나 권리의 사용가치 또는 교환가치를 증가시키는 행위)이다. ③ (X) : 법원에 의하여 부재자 재산관리인의 선임결정이 있는 이상, 가사 부재자가 그 이전에 이미 사망하였음이 밝혀졌다 하여도 법에 의한 절차에 따라 그 선임결정이 취소되지 않는 한 선임된 관리인의 권한은 당연히 소멸되지는 아니하고 그 선임결정이 취소된 경우에도 그 취소의 효력은 장래에 향하여서만 생기는 것이고 그 간의 그 부재자 재산관리인의 적법한 권한 행사의 효과는 이미 사망한 부재자의 재산상속인에게 미친다고 할 것이다(대판 1973.3.13, 72다1405). ④ (X) : 부재자 재산관리인은 원칙적으로 재산관리권만이 있을 뿐이다. 그러나 친권자는 재산관리권(제916조) 외, 인지청구의 소제기(제863조)·입양의 취소청구(제885조·제886조)·과양협의(제899조)

및 재판상 과양청구(제906조)·상속의 승인이나 포기(제1019조·제1020조) 등의 각종 신분상 행위에 대한 대리권도 인정된다. ⑤ (O) : 법원에 의해 선임된 재산관리인은 부채자 본인의 의사에 의하여 선임되는 것이 아니므로 일종의 법정대리인이나, 부채자가 선임한 재산관리인은 부채자의 수입인이며 또한 그의 임의대리인이다.

【문 10】 배우자 乙, 자녀 丙, 부친 丁을 두고 있는 甲은 해외출장을 가던 중 2006년 5월 1일 비행기가 추락하여 실종되었으며 지금까지 아무런 소식이 없다. 甲에 대한 실종선고에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 丙은 법률상 이해관계인이므로 실종선고를 청구할 수 있다.
- ② 丁은 재산상속을 받기 위해 실종선고를 청구할 수 없다.
- ③ 乙이 실종선고를 신청하여 2007년 10월 1일에 실종선고를 받았다면 甲은 다음 날 오전 0시부터 사망한 것으로 간주된다.
- ④ 실종선고에 의하여 甲이 권리능력을 상실하는 것은 아니다.
- ⑤ 실종선고의 청구를 받은 가정법원은 6개월 이상 공시최고를 하여야 한다.

□정답□ ③

【해설】 ① (O) : 민법 제27조의 실종선고를 청구할 수 있는 “이해관계인”이라 함은 배우자·상속인·수유자 등과 같이 부채자의 법률상 사망으로 인하여 직접적으로 신분상 또는 경제상의 권리를 취득하거나 의무를 면하게 되는 사람만을 뜻한다(대결 1986.10.10, 86스20 등). ② (O) : 제1순위의 재산상속인이 있는 경우에 그보다 후순위의 상속인은 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인에 들어가지 않는다(대결 1986.10.10, 86스20 ; 대결 1992.4.14, 92스4·5·6 등). ③ (X) : 기산점이 2006년 5월 2일이므로, 1년 후인 2007년 5월 1일 24시에 사망한 것으로 간주된다(제27조 제2항·제157조·제160조 제2항). ④ (O) : 실종선고는 실종자의 「종래의 주소 또는 거소를 중심으로 하는 사법적 법률관계」만을 종료케 하는 것이며, 자연인의 권리능력을 상실시키는 제도는 아니다. ⑤ (O) : 실종선고를 내리기 전에 공시최고의 절차를 거쳐야 한다. 즉 실종선고의 청구를 받은 가정법원은 6개월 이상의 공고를 하여 부채자 및 부채자의 생사를 알고 있는 자에 대하여 신고하도록 촉구하고, 이 공시최고기간이 지나도록 신고가 없는 때에 비로소 실종선고를 한다(필연적 신고).

【문 11】 甲은 2001. 1. 3. 오전 11시 경에 집을 나간 뒤 소식이 없다. 甲에게는 배우자 乙이 있다. 2005. 7. 3. 현재 甲에게는 부동산 X, 은행예금 5,000만원이 있고, 丙은 甲에 대하여 7,000만원의 채권을 가지고 있다. 甲은 별도의 재산관리인을 선임한 적이 없었다. 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 배우자 乙은 일상가사대리권을 가지고 있기 때문에 丙에게 일부라도 변제하기 위해 甲의 예금을 인출할 수 있다.
- ② 법원이 선임한 甲의 재산관리인이 법원의 허가를 얻는다면, 부동산 X를 처분할 수 있다.
- ③ 乙의 실종선고청구로 2007. 7. 3. 법원이 甲에 대해 실종선고를 하였다면, 甲의 사망시점은 2006. 1. 4. 오전 0시 00분이 된다.
- ④ 甲에 대한 실종선고 후 甲을 단독상속한 乙은 자신의 명의로 소유권이전등기를 한 다음 丙에 대한 채무의 변제에 갈음하여 X부동산의 소유권을 丙에게 이전해 줄 수 있다.
- ⑤ 甲의 실종선고 후 그 취소 전에 乙이 甲의 생존사실을 알고 있던 丙에게 X부동산을 양도한 경우, 甲의 실종선고가 취소되었다면 丙은 X의 소유권을 취득하지 못한다.

□정답□ ①

【해설】 ① (X) : 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다(제827조 제1항). 여기서의 부부간의 일상가사 대리권은 부부가 공동체로서 가정생활상 항시 행하여지는 행위에 한하는 것이다(대판 1993.9.28, 93다16369 등). 따라서 부채자의 예금을 인출하는 행위는 일상가사에 속하지 아니한다. ② (O) : 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한(즉 재산의 관리행위, 예컨대 보존행위 및 물건이나 권리의 성질이 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량행위)을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다(제25조 제1항 전문). 그러한 허가 없이 한 처분행위는 무효이다(대판 1970.1.27, 69다1820 등). ③ (O) : 보통실종기간은 5년이다(제27조 제1항). 그런데 기간을 日·週·月·年으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니하여 익일부터 기산하므로(제157조 본문), 기산일은 2001. 1. 4.이 된다. 그리고 주·월·연의 처음부터 기간을 기산하지 아니한 때에는

최후의 주·월·연에서 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료하므로(제160조 제2항), 만료일은 2006. 1. 3. 24 : 00(즉 1. 4. 0시)이다. ④ (O) : 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계하기 때문이다(제1005조 본문). ⑤ (O) : 실종선고가 취소되더라도 실종선고 후 그 취소 전에 선의로 한 행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다(제29조 제1항 단서). 여기서의 “선의”에 대해서는 일방선의설(상대적 효력설)·절대적 효력설 등도 주장되고 있으나, 계약의 양 당사자가 모두 선의인 경우에만 계약이 유효하고 일방당사자라도 악의인 경우에는 무효로 된다고 해석하는 쌍방선의설이 다수설이다. 이 견해에 의하면 乙·丙이 모두 선의인 경우에는 甲이 그 부동산을 원상회복할 수 없으며 丁이 소유권을 그대로 보유하나, 乙·丙 중의 1인이라도 악의이면 丙은 그 부동산을 甲에게 반환하여야 한다(차단효의 부정).

【문 12】 민법상 법인의 불법행위능력에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 사단법인에서 특별대리인이나 직무대행자는 법인의 대표기관에 해당하지만, 사원총회나 감사는 대표기관이 아니다.
- ② 법인의 불법행위책임을 야기한 이사 기타 대표자는 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.
- ③ 대표기관의 직무와 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라 외형상으로도 대표기관의 직무범위 내의 행위로 볼 수 있으면 직무관련성이 인정된다.
- ④ 대표기관이 개인적 이익을 위하여 대표권한을 남용한 경우도 직무에 관한 행위에 해당하지만, 상대방이 그 사정을 알았던 경우에는 법인이 상대방의 악의를 증명하여 그 효과를 부인할 수 있다.
- ⑤ 대표기관의 행위가 직무집행에 관한 것이 아니라는 점에 대하여 상대방이 선의이면 중대한 과실이 있더라도 법인의 불법행위책임을 인정된다.

□정답□ ⑤

□해설□ ① (O) : 법인의 불법행위(제35조 제1항 전문)가 성립하려면 대표기관의 행위가 있어야 하는데, 그 대표기관에는 이사(제59조) 이외에도 직무대행자(제52조의2·제60조의2)·임시이사(제63조)·특별대리인(제64조)·청산인(제82조·제83조) 등이 있다. 그러나 사원총회·감사와 같이 법인의 대표기관이 아닌 기관이나 이사가 선임한 임의대리인의 행위에 관하여는 법인의 불법행위가 성립하지는 않고, 다만 사용자책임(제756조)만이 문제된다(통설). ② (O) : 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조 제1항 후문). ③ (O) : 민법 제35조 제1항의 「직무에 관하여」에 대해서는 외형이론이 통설·판례(대판 2004.2.27, 2003다15280 등)이다. ④ (O) : 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 법인의 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 법인의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 법인에 대하여 무효가 되는 것이다(대판 2004.3.26, 2003다34045 등). 다만 법인은 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있을 뿐이다(대판 1987.10.13 86다카1522 ; 대판 1990.3.13, 89다카24360). ⑤ (X) : 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다고 할 것이다(대판 2004.3.26, 2003다34045 ; 대판 2005.7.28, 2005다3649 등).

【문 13】 법인의 이사에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다.
- ② 이사의 임면에 관한 사항은 정관의 필요적 기재사항은 아니지만 일단 정관에 기재하게 되면 필요적 기재사항과 같은 효력을 가진다.
- ③ 이사의 변경이 있었으나 아직 변경등기를 하지 않은 상태에서 신임 이사가 행한 업무행위라 하더라도 법인에 대하여 효력이 있다고 보는 것이 지배적인 견해이다.
- ④ 이사는 법인의 사무에 관하여 원칙적으로 각자 법인을 대표한다.
- ⑤ 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은 일정한 자의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 하는데, 검사도 청구권자에 포함된다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 민법 제58조 제2항. ② (X) : 이사의 임면에 관한 규정은 정관의 필요적 기재사항이다(제40조 제5호·제43조). ③ (O) : 민법은 설립등기만을 법인의 성립요건으로 하고(제33조), 그 밖의 등기는 모두 대항요건으로 하고 있다(제54조 제1항). 따라서 법인에 대한 등기사항의 변경이 있을 때 그 변경등기는 효력발생요건이 아니고 제3자에 대한 대항요건이므로(대판 1966.2.28, 65다2630), 등기를 하지 않은 경우에도 효력은 발생하되 제3자에게 대항할 수 없을 뿐이다. ④ (O) : 민법 제59조 제1항 본문. ⑤ (O) : 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다(제63조).

【문 14】 민법상 법인에 관한 설명으로 틀린 것은? <감평사 제19회 2008년>

- ① 재단법인의 정관에서 정관의 변경방법을 정하지 않은 경우에도, 일정한 요건하에 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다.
- ② 법인의 이사회와 감사는 필요기관이 아니다.
- ③ 이사의 대표권이 정관에 의하여 제한되어 있다면 이를 등기하지 않아도 제3자에게 대항할 수 있다.
- ④ 이사가 여러 명인 경우에 법인의 사무에 관한 대표권은 각자 행사함이 원칙이다.
- ⑤ 이사는 정관이나 총회의 결의로 금지하지 않은 사항에 관하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다(제46조). ② (O) : 이사가 수인 있는 경우에 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정하며(제58조 제2항), 이러한 이사들의 의결기관이 이사회이다. 그런데 주식회사(상법 제390조)와는 달리 민법상 법인의 이사회는 필요기관이 아니다. 한편 법인은 정관 또는 총회의 결의로 1인 또는 수인의 감사를 둘 수 있다(제66조). 즉 감사는 사단법인이든 재단법인이든 임의기관으로 되어 있다. ③ (X) : 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다(제60조). ④ (O) : 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표한다. 그러나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고, 특히 사단법인은 총회의 의결에 의하여야 한다(제59조 제1항). ⑤ (O) : 민법 제62조.

【문 15】 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 권리능력 없는 사단의 일부 사원도 총유재산의 보존행위로서 소를 제기할 수 있다.
- ② 개신교 교회의 교인 들 중 일부가 집단적으로 탈퇴하는 경우에, 종전 교회의 재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속한다.
- ③ 법인설립등기는 법인의 성립요건인데, 이 점은 다른 법인등기에서와 다르지 않다.
- ④ 재단법인의 정관을 변경하기 위해서는 주무관청의 허가를 받아야 하는데, 이 경우 ‘허가’의 법적 성격은 인가라고 보아야 한다.
- ⑤ 주무관청의 허가가 없더라도 재단법인의 기본재산을 증가시키는 것은 유효하다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 민법 제276조 제1항은 “총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.”, 같은 조 제2항은 “각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다.”라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 전합 2005.9.15, 2004다44971). ② (X) : 교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익할 것인데, 일부 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실하게 되면 탈퇴가 개별적인 것이든 집단적인 것이든 이와 더불어 종전 교회의 총유재산의 관리·처분에 관

한 의결에 참가할 수 있는 지위나 그 재산에 대한 사용·수익권을 상실하고, 종전 교회는 잔존 교인들을 구성원으로 하여 실체의 동일성을 유지하면서 존속하며 종전 교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속됨이 원칙이다(대판 전합 2006.4.20, 2004다37775). ③ (X) : 민법은 설립등기만을 법인의 성립요건으로 하고(제33조), 그 밖의 등기는 모두 대항요건으로 하고 있다(제54조 제1항). ④ (O) : 재단법인의 정관변경시 요구되는 주무관청의 허가는 법률상의 표현이 허가로 되어 있기는 하나 그 성질에 있어 법률행위의 효력을 보충해 주는 것이지 일반적 금지를 해제하는 것이 아니므로 그 법적 성격은 “인가”라고 보아야 할 것이다(대판 전합 1996.5.16, 95누4810). ⑤ (X) : 재단법인에 있어 기본재산은 그 실체인 동시에 정관의 필요적 기재사항이 된다(제43조). 따라서 재단법인의 기본재산의 처분행위는 그 정관의 변경사항이 되므로 기본재산의 처분(감소)에는 주무관청의 허가가 있어야 유효하고(대판 1978.8.22, 78다1038-1039 ; 대판 1991.5.28, 90다8558 등), 또한 기본재산을 증가(편입)시키는 경우에도 정관의 변경이 되므로 주무관청의 허가를 받아야 한다(대판 1969.7.22, 67다568 ; 대판 1982.9.28, 82다카499).

【문 16】 종중에 관한 현재 대법원 판례의 태도라고 할 수 없는 것은? <법무사 제14회 2008년>

- ① 종원 일부만이 참석한 종중회합에서 종중원의 일부를 종원으로 취급하지도 않고 또 일부 종원에 대하여는 영원히 종원으로서의 자격을 박탈하는 것으로 규약을 개정한 것은 종중의 원래의 설립 목적과 종중으로서의 본질에 반하는 것으로서 그 규약개정의 한계를 넘어 무효이다.
- ② 특정지역 내에 거주하는 일부 종중원에 한하여 의결권을 주고 그 밖의 지역에 거주하는 종중원에 대하여는 의결권을 주지 아니하는 방법으로 일부 종중원의 의결권을 박탈할 개연성이 많은 종중규약은 종중의 본질에 반하여 무효이다.
- ③ 종중이 임시총회 결의로써 종중규약을 개정하면서 ‘여손(女孫) 본인이 종원 자격을 원할 경우에 한하여 준종원 자격을 주며, 준종원은 총회에서 의결권을 인정하지 않는다’라고 규정하였다고 하여 종중규약이 여성이 종원으로서 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해한 것으로 볼 수는 없다.
- ④ 종중이 성립된 후에 정관 등 종중규약을 작성하면서 일부 종원의 자격을 임의로 제한하거나 확장한 종중규약은 종중의 본질에 반하여 무효이다.
- ⑤ 종중총회의 결의방법에 있어 종중규약에 다른 규정이 없는 이상 종원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있으므로 일부 종원이 총회에 직접 출석하지 아니하고 다른 출석 종원에 대한 위임장 제출방식에 의하여 종중의 대표자 선임 등에 관한 결의권을 행사하는 것도 허용된다.

□정답□ ③

【해설】 ① O : 대판 1978.9.26, 78다1435. ② O : 대판 1981.2.10, 80다516 ; 대판 1992.9.22, 92다15048. ③ X : 종중의 성격과 법적 성질에 비추어 종중이 그 구성원인 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 처분을 하는 것은 허용되지 않는다(대판 2006.10.26, 2004다47024). 따라서 종중이 임시총회의 결의로써 종중규약을 개정하면서 ‘여손 본인이 종원 자격을 원할 경우에 한하여 준종원 자격을 주며, 준종원은 총회에서 의결권을 인정하지 않는다.’고 규정한 것과 또 다른 임시총회의 결의로 종중 소유의 부동산에 관한 수용보상금의 처리방법을 정하면서 ‘남자 종원 69명에 한하여 1인당 4,000만원씩 대여한다.’고 규정한 것은 모두 여성의 종원으로서의 자격 자체를 부정하는 전제하에서 한 처분이어서 여성들이 종원으로서 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이므로 무효라 할 것이다(대판 2007.9.6, 2007다34982). ④ O : 대판 1997.11.14, 96다25715 등). ⑤ O : 대판 2000.2.25, 99다20155 ; 대판 2001.6.29, 99다32257.

【문 17】 물건에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 장소·종류·수량지정 등의 방법으로 특정할 수 있다면 증감변동하는 동산도 그 전부를 하나의 물건으로 보아 담보의 대상으로 할 수 있다.
- ② 건축주가 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있는 미완성 건물을 타인에게 매도한 후 건축주 명의변경절차를 마쳤더라도 원래의 건축주가 건물을 원시취득한다.
- ③ 온천수는 토지의 구성부분이다.
- ④ 건물의 개수(個數)는 거래관념에 따라 정해지는 것이 아니라, 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽

의 설치 여부와 같은 물리적 구조에 의하여 결정된다.

⑤ 토지소유자의 승낙을 얻지 않고 권원 없이 그 토지 위에 식재한 수목은 토지에 부합한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 일단, 증감변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼는 이른바 유동 집합물에 대한 양도담보설정계약의 경우에, 양도담보의 효력이 미치는 범위를 명시하여 제3자에게 불측의 손해를 입지 않도록 하고 권리관계를 미리 명확히 하여 집행절차가 부당히 지연되지 않도록 하기 위하여 그 목적물을 특정할 필요가 있으므로, 담보목적물은 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류·소재하는 장소 또는 수량의 지정 등의 방법에 의하여 외부적·객관적으로 특정되어 있어야 하고, 목적물의 특정 여부 및 목적물의 범위는 목적물의 종류·장소·수량 등에 관한 계약의 전체적 내용, 계약당사자의 의사, 목적물 자체가 가지는 유기적 결합의 정도, 목적물의 성질, 담보물 관리와 이용방법 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다(대판 2003.3.14, 2002다72385 등). ② (O) : 미완성의 건물이라도 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있는 건물의 경우에는 그 당시의 건축주가 건물을 타에 매도한 후 건축주 명의변경절차를 마쳤다 하더라도 원래의 건축주가 건물을 원시취득한다(대판 2002.3.12, 2000다2414·24191). ③ (O) : 토지의 구성부분(예컨대 암석·토사·지하수 등)은 토지의 일부분이고, 따라서 지하수의 일종인 온천수도 토지의 구성부분에 불과하다. ④ (X) : 건물의 개수를 판단함에 있어서는 물리적 구조뿐만 아니라 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태도 그 개수 판단표준의 중요한 자료가 될 것이며, 이러한 상태를 판별하기 위하여는 주위건물과 접근의 정도·주위의 상황 등 객관적 사정은 물론, 건축한 자의 의사와 같은 주관적 사정도 고려하여야 할 것으로서 단순히 건물의 물리적 구조로서만 그 개수를 판단할 수 없는 것이다(대판 1961.11.23, 60다623·624). ⑤ (O) : 민법 제256조 단서 소정의 “권원”이라 함은 지상권·전세권·임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻하므로, 그와 같은 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음이 없이 그 임차인의 승낙만을 받아 그 부동산 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다(대판 1989.7.11, 88다카9067). 즉 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목은 토지에 부합하여 그 소유권은 토지소유자에게 귀속한다(대판 1998.4.24, 97도3425 등).

【문 18】 물건에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 채권담보를 위해 돼지 10마리의 소유권을 점유개정을 통해 양도하되 점유개정의 방법으로 양도담보설정자가 계속하여 점유·관리하면서 무상으로 사용·수익하기로 약정한 경우, 그 돼지가 출산한 새끼돼지는 다른 특약이 없는 한 양도담보설정자에게 귀속된다.
- ② 토지에 식재된 소나무 1,000그루만을 양도하고 명인방법을 갖춘 경우, 토지소유자가 그 후 토지를 제3자에게 양도하고 소유권이전등기를 경료하였다면, 명인방법의 존속 여부와 무관하게 토지의 양수인이 그 소나무의 소유권을 취득할 수 없다.
- ③ 자기 토지에 사과나무 두 그루를 식재한 후 그 토지가 경락되어 대금을 완납하면 경락인은 사과나무의 소유권도 취득한다.
- ④ 타인 소유의 개(犬)를 자신의 소유로 오신하여 점유하던 중 강아지를 출산하였다면, 그 강아지는 어미개의 소유자에게 귀속되지 않는다.
- ⑤ 공유자 중 1인이 다른 공유자로부터 그의 지분에 대한 사용권을 설정받은 후 그 공유지에 사철나무를 식재한 경우, 그 사철나무는 토지에 부합하지 않고 식재자의 소유에 속한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 돼지를 양도담보의 목적물로 하여 소유권을 양도하되 점유개정의 방법으로 양도담보설정자가 계속하여 점유·관리하면서 무상으로 사용·수익하기로 약정한 경우, 양도담보목적물로서 원물인 돼지가 출산한 새끼돼지는 천연과실에 해당하고 그 천연과실의 수취권은 원물인 돼지의 사용·수익권을 가지는 양도담보설정자에게 귀속되므로, 다른 특별한 약정이 없는 한 천연과실인 새끼돼지에 대하여는 양도담보의 효력이 미치지 않는다(대판 1996.9.10, 96다25463). ② (X) : 명인방법이나 등기나 모두 공시방법으로 우열의 차가 없다. 따라서 먼저 공시방법을 갖춘 자가 수목의 소유권을 취득한다(대판 1972.10.25, 72다1389). 다만 수목의 물권변동시 일단 명인방법이 실시되어도 그 소실 등에 의해 공시의 작용을 행하지 않고 있는 경우에는, 물권변동을 제3자에게 주장(대항)할 수 없다. ③ (O) : 경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 과목은 토지의 구성부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그

과목의 가액을 포함하여 경매대상 토지를 평가하여야 한다(대결 1976.11.24, 76마275). 다만 『입목에 관한 법률』에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지평가에 포함되지 아니한다(대결 1998.10.28. 98마1817). ④ (O) : 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 선의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원(소유권·지상권·임차권 등)이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다(대판 2000.3.10, 99다63350 등). ⑤ (O) : 대지의 공동소유자가 다른 공유자로부터 그의 지분에 대한 사용권을 설정받은 후 그 대지상에 정원수를 심은 것이라면, 그 정원수는 그 대지사용권에 의하여 식재한 것으로서 대지지분권과 상관없이 그 정원수의 소유권을 취득하였다고 보아야 한다(대판 1991.4.12, 90다20220).

【문 19】 종물에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2008년 제 45회>

- ① 종물은 동산이어야 하며, 부동산은 종물이 될 수 없다.
- ② 호텔의 각 방실에 시설된 텔레비전·전화기 등의 집기는 호텔 건물의 종물이 아니다.
- ③ 종물은 주물의 구성부분이 아닌 독립된 물건이다.
- ④ 주유소에 설치된 주유기는 주유소 건물의 종물이다.
- ⑤ 횃감용 생선을 보관하기 위하여 횃집으로 사용할 점포 건물에 거의 붙여서 신축한 수족관 건물은 점포 건물의 종물이다.

□정답□ ①

□해설□ ① X·③ O : 종물은 주물의 구성부분을 이루는 것이 아니라 주물과는 독립한 물건이어야 한다. 법률상 독립한 물건인 이상 동산(예컨대 자물쇠와 열쇠·시계와 시계줄 등)이건 부동산(예컨대 안채와 사랑채·주택과 판 채로 된 광 등)이건 상관없다. ② O : 호텔의 각 방실에 시설된 텔레비전·전화기, 호텔세탁실에 시설된 세탁기·탈수기·드라이크리닝기, 호텔주방에 시설된 냉장고·제빙기, 호텔방송실에 시설된 브이타일(비디오)·앰프 등은 적어도 호텔의 경영자나 이용자의 상용에 공여됨은 별론으로 하고, 주물인 부동산 자체의 경제적 효용에 직접 이바지하지 아니함은 경험칙상 명백하므로 위 부동산에 대한 종물이라고 할 수는 없다(대판 1985.3.26, 84다카269). ④ O : 주유소의 주유기가 비록 독립된 물건이기는 하나 유류저장탱크에 연결되어 유류를 수요자에게 공급하는 기구로서 주유소영업을 위한 건물이 있는 토지의 지상에 설치되었고 그 주유기가 설치된 건물은 당초부터 주유소영업을 위한 건물로 건축되었다는 점 등을 종합하여 볼 때, 그 주유기는 계속해서 주유소건물 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 작용을 하고 있으므로 주유소건물의 상용에 공하기 위하여 부속시킨 종물이다(대판 1995.6.29, 94다6345). ⑤ O : 횃집으로 사용할 점포 건물에 거의 붙여서 횃감용 생선을 보관하기 위하여, 즉 위 점포건물의 상용에 공하기 위하여 신축한 수족관건물은 위 점포건물의 종물이라고 해석할 것이다(대판 1993.2.12, 92도3234).

【문 20】 원물과 과실에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 천연과실은 원물로부터 분리되기 전에는 원물의 구성부분에 지나지 않으므로 어떠한 경우에도 독립한 물건이 될 수 없다.
- ② 원물 사용의 대가를 받을 수 있는 권리도 과실이다.
- ③ 천연과실은 수취할 권리의 존속기간 일수의 비율로 취득한다.
- ④ 저당부동산에 관한 과실수취권은 목적물에 대한 압류가 있기 전에는 저당권설정자에게 있다.
- ⑤ 물건의 사용이익은 과실이 아니므로 사용이익의 귀속에 관해서는 과실수취권에 관한 규정이 유추적용 될 수 없다.

□정답□ ④

□해설□ ① (X) : 천연과실은 원물로부터 분리하기 전에는 원물의 구성부분이며, 분리와 더불어 독립한 물건이 된다. 즉 원물로부터 분리하기 전의 천연과실은 그 자체가 독립한 물건은 아니므로 일반적으로는 독립한 물권의 객체가 되지 못하나, 명인방법이라는 공시방법을 갖춘 때에는 독립한 물건으로 인정되어 타인의 소유권의 객체가 될 수 있다. ② (X) : 원물과 과실은 모두 물건이어야 하므로, 권리는 과실이 될 수 없다. ③ (X) : 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속하고, 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다(제102조). ④ (O) : 원래 저당권은 목적물의 사용·수익을 설정자에게 남겨두는 것이 원칙이

므로 천연과실에 대한 수취권은 저장권설정자에게 있다. 그러나 이 원칙을 무제한으로 관철한다면, 목적물의 소유자가 고의로 경매절차를 지연시켜서 과실을 취득하는 불합리한 일이 발생할 수 있으므로, 민법은 저장부동산에 대한 압류가 행해진 후에 저장권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 대해서는 저장권의 효력이 미치는 것으로 규정하고 있다(제359조 본문). ⑤ (X) : 사용이익이란 물건을 사용하거나 권리를 보유함으로써 얻는 이익(예컨대 타인의 토지를 무단으로 점유하여 사용하는 경우·임대차기간의 만료 후에도 계속 가옥에 거주하는 경우 등)을 말하는데, 사용이익은 그 실질이 과실과 크게 다르지 아니하므로 과실에 준하여 처리하면 될 것이다(대판 1996.1.26, 95다44290).

【문 21】 법률행위 일반에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 처분권 없이 한 채권행위와 물권행위는 모두 무효이다.
- ② 단독행위 중에는 형성권의 행사로서 행해지는 의사표시에 의하여 이루어지지 않는 것도 있다.
- ③ 제2매수인이 매도인의 제1매수인에 대한 배임행위에 적극 가담하여 매매계약을 체결한 경우에 그 매매행위는 무효이다.
- ④ 법률행위의 분류로서 출연행위와 비출연행위의 구별이 있는데, 매매계약은 출연행위에 속한다.
- ⑤ 상대방 없는 단독행위는 요식행위로 되어 있는 경우가 많다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 의무부담행위인 채권행위는 목적이 되는 권리에 대한 처분권이 없는 무권리자도 할 수 있다. 예컨대 타인의 물건을 매매하여도 그 매매계약은 유효하다(제569조). 그러나 처분권 없는 자가 한 처분행위인 물권행위(예컨대 소유권이전행위·질권설정행위 등)는 무효이다. ② (O) : 단독행위이면서 형성권인 법률행위 중에는 채권자취소권(제406조)·재판상 이혼청구권(제840조)·입양취소권(제884조)·재판상 과양권(제905조) 등과 같이 법원의 판결에 의하여 비로소 효과를 발생하는 것도 있다. ③ (O) : 제2매수인이 매도인의 제1매수인에 대한 배임행위에 감언이설·권유 등으로 적극 가담함으로써 이루어진 이중매매계약은 반사회적 법률행위로서 무효이다(대판 1970.10.23, 70다2038 등). ④ (O) : 법률행위에는 자기의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가케 하는 효과를 발생시키는 행위(예컨대 매매·대차·소유권의 양도 등의 보통의 재산행위)와 타인의 재산을 증가케 함이 없이 행위자만의 재산이 감소하거나 또는 직접 재산의 증감을 일어나게 하지 않는 행위(예컨대 소유권의 포기·대리권의 수여 등)가 있는데, 전자를 출연행위라 한다. ⑤ (O) : 상대방 없는 단독행위 중 유언(유증)·재단법인의 설립행위·상속의 포기 등은 요식행위이다.

【문 22】 다음 사례에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

A. 甲은 乙과 도박을 하던 중 돈을 모두 잃었다. 그러자 甲은 乙에게 100만원을 도박자금으로 빌려달라고 하였고, 이에 따라 乙은 甲에게 100만원을 빌려주었다.

B. 丙은 丁에 대한 도박채무를 변제하기 위하여 丁에게 자신의 부동산을 처분하여 그 대금을 변제에 충당하라고 하였다. 이에 丁은 丙을 대리하여 그 부동산을 선의의 제3자에게 매도하고 그 대금으로 변제에 충당하였다.

- ① A의 경우, 甲과 乙 사이의 금전소비대차계약은 무효이다.
- ② A의 경우, 乙은 甲에 대하여 대여금의 반환을 청구할 수 없다.
- ③ B의 경우, 丙의 丁에 대한 도박채무의 부담행위 및 그 변제약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다.
- ④ B의 경우, 제3자는 부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있다.
- ⑤ B의 경우, 도박채무를 이행하기 위해 丁에게 대리권을 수여한 행위는 무효이다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 도박자금에 제공할 목적으로 금전의 대차를 한 때에는 그 대차계약은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위로 무효이다(대판 1973.5.22, 72다2249). ② (O) : 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말

하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다(대판 2003.11.27, 2003다41722 등). 즉 민법 제746조의 규정취지는 민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현한 것이다(대판 1989.9.29, 89다카5994).

③ (O) · ④ (O) · ⑤ (X) : 도박채무의 변제를 위하여 채무자로부터 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 도박채무 부담행위 및 그 변제약정이 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라 하더라도, 그 무효는 변제약정의 이행행위에 해당하는 위 부동산을 제3자에게 처분한 대금으로 도박채무의 변제에 충당한 부분에 한정되고, 위 변제약정의 이행행위에 직접 해당하지 아니하는 부동산 처분에 관한 대리권을 도박채권자에게 수여한 행위부분까지 무효라고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 사정을 알지 못하는 거래상대방인 제3자가 도박채무자로부터 그 대리인인 도박채권자를 통하여 위 부동산을 매수한 행위까지 무효가 된다고 할 수는 없다(대판 1995.7.14, 94다40147).

【문 23】 불공정한 법률행위에 대한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <공인노무사 제15회 2006년>

- ㉠ 공박은 경제적 공박에 한정되며, 정신적 또는 신체적 원인에 기인한 것을 포함하지 않는다.
- ㉡ 대리인에 의한 법률행위에서 공박과 경술은 대리인을 기준으로 판단하여야 한다.
- ㉢ 불공정한 법률행위에 관한 제104조는 증여와 같이 대가적 의미의 출연이 없는 무상행위에는 적용되지 않는다.
- ㉣ 불공정한 법률행위는 추인에 의해서도 유효로 될 수 없다.

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

□정답□ ④

[해설] ㉠ (X) : 공박이란 몹시 가난하거나 기타의 사정으로 곤궁이 절박한 상태, 즉 급박한 곤궁을 의미한다. 반드시 경제적 · 재산적 · 물질적 공박상태뿐 아니라 정신적 · 심리적 · 양심적 공박상태, 나아가 신체적 공박 및 정서적 공박상태도 포함된다고 봄이 통설 · 판례(대판 2002.10.22, 2002다38927 등 참조)이다. ㉡ (X) : 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경술과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 공박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다(대판 2002.10.22, 2002다38927). ㉢ (O) : 민법 제104조가 규정하는 현저히 공정을 잃은 법률행위라 함은 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미하는 것이므로, 증여와 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위는 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다(대판 2000.2.11, 99다56833 등). ㉣ (O) : 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994.6.24, 94다10900).

【문 24】 甲은 자기의 소유에 속한 유일한 재산인 A토지를 乙에게 매각하고 인도하였으나, 아직 A토지에 대한 소유권이전등기를 乙에게 경료하지 않았다. 그런데 丙이 甲으로부터 A토지를 매수하여 소유권이전등기를 먼저 경료받았다. 이 사례에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2003년>

- ① A토지가 乙에게 매도된 사실을 알고 있는 丙이 甲으로부터 A토지를 매수한 경우에는 甲·丙간의 매매계약은 원칙적으로 무효이다.
- ② 甲·丙간의 매매행위가 무효인 경우, 丙이 A토지를 다시 丁에게 전매하고, 丁이 丙으로부터 소유권이전등기를 받은 때에는 丁이 甲·乙간의 매매의 사실에 대하여 선의라고 하더라도 丁은 A토지에 대한 소유권을 취득할 수 없다.
- ③ 선의의 丙이 乙에 대하여 A토지의 명도를 청구한 경우, 乙은 甲에 대한 손해배상청구권을 피담보채권으로 하는 유치권의 성립을 주장하여 A토지의 명도를 거절할 수 있다.
- ④ 丙이 A토지에 대한 甲·乙간의 매매의 사실 및 甲이 무자력인 사실을 甲으로부터 A토지를 매수

한 시점에서 안 경우, 甲·丙간의 A토지의 매매가격이 상당하다고 하더라도 乙은 甲·丙간의 매매를 사해행위로서 취소할 수 있다.

- ⑤ 乙이 A토지의 인도를 받아 점유를 개시한 때로부터 25년이 경과한 경우라고 하더라도 乙이 A토지를 시효취득할 수 있는 여지는 없다.

□정답□ ②

[해설] ① X : 매수인이 그 목적부동산을 매도인이 이미 제3자에게 매각한 사실을 알면서도 매수하였다고 하더라도 그것만으로는 그 매매계약을 반사회적 법률행위라고 단정할 수 없다(대판 1981.1.13, 80다1034 등). ② O : 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 이중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었더라도 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다(대판 1996.10.25, 96다29151). ③ X : 부동산이중매매에서 매도인 甲이 제1매수인 乙에게 부동산을 인도한 후 제2매수인 丙에게 등기를 이전해 준 경우에는, 丙이 乙에게 부동산의 인도청구를 구하더라도 乙은 甲에 대한 손해배상청구권을 피보담채권으로 하는 유치권을 丙에게 주장할 수 없다. 왜냐하면 이 경우의 손해발생은 목적물에서 생긴 것이 아니라 매도인 甲의 배신행위로 인한 것이고, 甲은 목적물을 인도한 때에 손해를 입은 乙에 대하여 목적물의 반환을 청구할 지위에 있지 않으므로 손해를 입은 乙과 배신행위를 한 甲 사이에는 처음부터 유치권이 성립하지 않기 때문이다. ④ X : 채권자대위권과는 달리 특정채권의 보전을 위한 채권자취소권의 행사는 인정되지 아니한다(통설). 그러므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999.4.27, 98다56690 등). 나아가 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보담채권에 해당한다고 할 수 없다(대판 1999.4.27, 98다56690). ⑤ X : 제1매수인의 점유는 그 권원이 매매이므로 자주점유라 할 수 있고(대판 1993.10.12, 93다1886), 또 평온·공연한 점유임이 추정되므로(제197조 제1항), 20년의 경과로 점유취득시효가 완성될 수 있다.

【문 25】 매도인 甲과 매수인 乙은 지번 969-39에 있는 A토지를 같이 둘러보고 그 토지를 매매의 목적으로 하는 매매계약에 합의를 하였으나, 그 목적물의 지번에 관하여 착각을 일으켜 지번이 969-36으로 되어 있는 甲소유의 B토지를 매매의 목적으로 표시한 매매계약서를 작성하고 말았다. 그 후 乙 앞으로 B토지에 대하여 소유권이전등기가 경료되었고, 乙은 이를 다시 丙에게 처분하고 소유권이전등기까지 마쳤다. 다음 설명 중 타당한 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <변시 2002년 · 1998년 · 1997년 · 2007년>

- ① 甲은 B토지에 관한 매매계약을 착오를 이유로 취소할 수 있고, 이 경우 丙은 민법 제109조 제2항에 의하여 선의인 한 유효하게 소유권을 취득한다.
- ② 매매계약은 A토지에 관하여 성립한다.
- ③ B토지에 관하여 유효하게 매매계약이 성립하였으므로, 현재 B토지의 소유권은 丙에게 있다고 보아야 한다.
- ④ 甲과 乙 사이에 어느 토지를 목적으로 유효한 계약이 체결되었는지와 상관없이 丙은 선의인 한 공신의 원칙에 기하여 유효하게 B토지의 소유권을 취득한다.
- ⑤ 매매계약은 A토지에 관하여 성립하고, 甲은 오표시무해의 원칙에 기하여 이를 취소할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① X : 甲과 乙 양 당사자 사이에는 착오가 없으므로 민법 제109조는 적용되지 아니한다. ② O : 부동산의 매매계약에 있어 쌍방 당사자가 모두 특정의 A토지를 계약의 목적으로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 A토지와는 별개인 B토지로 표시하였다 하여도, A토지에 관하여 이를 매매의 목적으로 한다는 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 이상, 그 매매계약은 A토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 하고 B토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 B토지에 관하여 그 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면, 이는 원인 없이 경료된 것으로서 무효이다(대판 1996.8.20, 96다19581 · 19598 등). ③ X : B토지에 대해서는 매매계약이 성립하지 아니하였으므로 乙 명의의 등기는 무효이다. ④ X : 우리 민법은 부동산에 대해서는 공신의 원칙을 인

정하지 않고 있다. ⑤ X : 오표시무해의 원칙에 기하여 A토지에 관하여 매매계약이 성립되는 한, 甲·乙간에는 착오의 문제가 발생되지 않고, 따라서 취소할 수도 없다.

【문 26】 비진의의사표시에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? <공인노무사 제16회 2007년>

- ① 공무원이 진정으로 사직의 의사가 없음에도 사직서를 제출하여 의원면직처분된 경우에는 그대로 효력이 발생한다.
- ② 표의자가 의사표시 당시의 상황에서 그것이 최선이라고 판단하여 의사표시를 하였더라도 그 의사표시의 내용을 진정으로 의욕하지 않았다면 비진의의사표시에 해당한다.
- ③ 사용자가 사직의 의사가 없는 근로자로 하여금 사직서를 제출케 하여 의원면직한 경우 그 의사표시는 무효이다.
- ④ 대리행위에서 진의 아닌 의사표시인지의 여부 및 상대방이 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는지 여부는 대리인을 기준으로 한다.
- ⑤ 비진의의사표시의 상대방이 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우 그 의사표시는 무효이다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우, 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다(대판 1997.12.12, 97누13962 ; 대판 2001.8.24, 99두9971). ② (X) : 비진의의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니라고 할 것이므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대판 2001.1.19, 2000다51919·51926 등). ③ (O) : 근로자가 상사의 지시 등으로 마지못해 제출한 사직서는 비진의표시로서 무효이므로, 이에 기한 해고는 부당해고이고 또 의원면직의 효과도 발생하지 않는다(대판 1991.7.12, 90다11554 ; 대판 1994.4.29, 93누16185 등). ④ (O) : 이는 민법 제116조에 의해 대리인을 기준으로 정한다(통설). ⑤ (O) : 민법 제107조 제1항 단서.

【문 27】 통정허위표시에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 강제집행을 면할 목적으로 부동산의 소유자 명의를 신탁하는 것이 허위표시에는 해당할 수 있으나, 불법원인급여에 해당한다고 할 수는 없다.
- ② 통정허위표시에 기초하여 새로운 법률적 이해관계를 가지게 된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되므로 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다.
- ③ 통정허위표시에 있어서의 제3자는 그가 비록 선의라 하더라도 과실이 있다면 보호를 받지 못한다.
- ④ 통정허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우, 그 가압류권리자는 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다.
- ⑤ 은닉행위가 법률행위로서의 요건을 구비하고 있다면, 그 은닉행위는 유효하다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 예컨대 채무자가 자기 소유의 부동산에 대한 채권자의 집행을 면하기 위하여 타인과 상의해서 그 자에게 매도한 것으로 하고 등기명의를 옮기는 경우와 같이 표의자가 상대방과 통정하여 허위로 하는 의사표시를 통정허위표시라고 한다. 그런데 불법원인급여를 규정한 민법 제746조 소정의 “불법의 원인”이라 함은 재산을 급여한 원인이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 가리키는 것으로서, 강제집행을 면할 목적으로 부동산의 소유자명의를 신탁하는 것이 위와 같은 불법원인급여에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 1994.4.15, 93다61307 ; 대판 1991.3.12, 90다18524 ; 대판 1980.4.8, 80다1 등). ② (O) : 대판 2006.3.10, 2002다1321 등. ③ (X) : 민법 제108조 제2항에 규정된 통정허위표시에 있어서의 제3자는 그 선의의 여부가 문제이지

이에 관한 과실 유무를 따질 것이 아니다(대판 2006.3.10, 2002다1321 등). ④ (O) : 대판 2004.5.28, 2003다70041. ⑤ (O) : 증여의 의사를 감추고 매매를 가장하는 경우와 같이 진실로 다른 행위를 할 의사가 감추어져 있는 경우에, 매매는 가장행위이나 그 감추어진 행위인 증여는 은닉행위이다. 은닉행위는 진실로 다른 행위를 할 의사가 있으므로 보통의 허위표시로 다를 것이 아니라, 그 감추어진 행위로서의 요건을 갖추었느냐의 여부에 따라 그 효력을 결정해야 한다(대판 1993.8.28, 93다12930 참조).

【문 28】 착오에 의한 의사표시에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다.
- ② 법률에 관한 착오라고 하더라도 그것이 법률행위 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ③ 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있더라도 표의자에게 중대한 과실이 있으면 착오를 이유로 의사표시를 취소할 수 없다.
- ④ 부동산매매에서 시가에 관한 착오는 원칙적으로 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오에 해당한다.
- ⑤ 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오란 표의자에게 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고, 보통 일반인도 표의자의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못한다. 그러나 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제733조 단서). ② (O) : 법률에 관한 착오(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니하는 것으로 오인)라도 그것이 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1981.11.10, 80다2475). ③ (O) : 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(제109조 제1항). 여기서 “중대한 과실”이라 함은 표의자의 직업·행위의 종류·목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 것을 의미한다(대판 2003.4.11, 2002다70884 등). ④ (X) : 부동산매매에 있어서 시가에 관한 착오는 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없다(대판 1992.10.23, 92다29337 등). ⑤ (O) : 대판 1999.4.23, 98다45546 등.

【문 29】 착오에 의한 의사표시 및 계약의 해석방법에 관한 설명 중 틀린 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ㉠ 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오를 하였고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있는바, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사이다.
- ㉡ 재단법인의 설립을 위하여 서면에 의한 증여(출연)를 한 경우에 출연자는 착오에 기한 의사표시를 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있다.
- ㉢ 금융부실거래자인 기업의 실질적 경영주가 자신의 이름으로는 금융기관의 대출이나 신용보증기금의 신용보증을 받을 수 없음을 알고 타인의 명의로 신용보증을 받은 경우, 충분한 신용조사를 통해 신용불량사유가 없음을 확인한 다음 행한 신용보증기금의 이와 같은 보증행위는 법률행위의 중요부분의 착오에 해당되어 취소할 수 있다.
- ㉣ 교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 금원을 받고 일체의 손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 피해자측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다.
- ㉤ 표의자에게 착오가 있는 때에도 취소하지 않는다는 특약을 한 경우에는 착오를 이유로 취소할 수 있다.

① ㉠, ㉡

② ㉡, ㉢

③ ㉢, ㉣

④ ㉣, ㉤

⑤ ㉠, ㉤

□정답□ ⑤

[해설] ㉠ (X) : 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있는바, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적·거래관행·적용법규·신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대판 2006.11.23, 2005다13288). ㉡ (O) : 민법 제47조 제1항에 의하여 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에 준용되는 민법 제555조는 “증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니한 경우에는 각 당사자는 이를 해제할 수 있다”고 함으로써 서면에 의한 증여(출연)의 해제를 제한하고 있으나, 그 해제는 민법총칙상의 취소와는 요건과 효과가 다르므로 서면에 의한 출연이더라도 민법총칙규정에 따라 출연자가 착오에 기한 의사표시라는 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있고, 상대방 없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연행위라고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 1999.7.9, 98다9045). ㉢ (O) : 기업의 실질적 경영주가 『금융기관의 신용정보교환 및 관리규약』에 따라 금융부실거래자로 규제되어 있어서 자기의 이름으로는 금융기관의 대출이나 신용보증기금의 신용보증을 받을 수 없음을 알고 타인의 명의로 사업자등록을 한 후 그의 명의로 신용보증을 신청하고, 신용보증기금은 신청명의인을 보증대상기업의 경영주로 오인하고 그에 대한 신용조사를 하여 그에게 신용불량사유가 없음을 확인한 다음 신용보증을 한 경우, 신용보증기금이 보증대상기업의 실제 경영주가 신청명의인이 아니고 금융부실거래자로 규제되고 있는 자라는 사실을 알았다더라면 위 신용보증을 체결하지 아니하였을 것이 분명하고, 신용보증기금은 위 기업의 경영주가 금융기관대출에 있어서 신용 있는 자임을 착각하고 위 신용보증을 하게 된 것으로서 이는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 경우에 해당한다(대판 2005.5.12, 2005다6228). ㉣ (O) : 교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 금원인 금 700만원만을 받고 일체의 손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방당사자 사이에 다툼이 없어 양보의 대상이 되지 않았던 사실로서 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로 피해자측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다(대판 1997.4.11, 95다48414 ; 대판 1992.7.14, 91다47208). ㉤ (X) : 당사자는 착오가 있더라도 취소할 수 없는 것으로 사전에 합의하더라도 원칙적으로 유효하다(임의규정). 이에 반하여 사기·강박에 의한 의사표시를 취소할 수 없도록 하는 것은, 그러한 위법행위를 유발하게 되므로 허용될 수 없다(강행규정). 따라서 당사자 상호간에 취소권을 배제하는 특약이 있었다고 할지라도 상대방이 사기·강박을 한 경우에는, 이 특약은 무효라고 할 것이다.

【문 30】 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례의 의함) <공인노무사 제17회 2008년>

- ① 사기에 의한 의사표시는 의사와 표시의 불일치가 없다는 점에서 착오에 관한 의사표시와 구별된다.
- ② 강박으로 인해 표의자가 스스로 의사결정을 할 수 있는 여지를 완전히 박탈당한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도에 이른 경우 그 법률행위는 무효이다.
- ③ 매도인의 기망에 의하여 타인의 물건을 매도인의 것으로 잘못 알고 매수한다는 의사표시를 하였고 만일 타인의 물건인 줄 알았다더라면 매수하지 않았을 사정이 있는 경우, 매수인은 매매계약을 취소할 수 있다.
- ④ 제3자의 기망행위에 의하여 신원보증서류에 서명·날인한다는 착각에 빠져 연대보증의 서면에 서명·날인한 자는 상대방이 제3자의 기망행위를 알 수 있었다면 사기를 이유로 이를 취소할 수 있다.
- ⑤ 건물임차권양도계약의 체결시에 임대차기간의 연장이나 임차권양도에 대한 임대인의 동의 여부가 불확실한 상태에서 임대인으로부터 몇 차례에 걸쳐 명도요구를 받았던 양도인이 이 사실을 양수인에게 설명하지 않고 임차권을 양도한 행위는 기망행위이다.

□정답□ ④

【해설】 ① (O)·④ (X) : 사기에 의한 의사표시란 타인의 기망행위로 말미암아 착오에 빠지게 된 결과 어떠한 의사표시를 하게 되는 경우이므로 거기에는 의사와 표시의 불일치가 있을 수 없고, 단지 의사의 형성과정 즉 의사표시의 동기에 착오가 있는 것에 불과하며, 이 점에서 고유한 의미의 착오에 의한 의사표시와 구분되는데, 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우, 결국 위와 같은 행위는 강학상 기망날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기망날인을 하는 이른바 표시상의 착오에 해당하므로, 비록 위와 같은 착오가 제3자의 기망행위에 의하여 일어난 것이라 하더라도 그에 관하여는 사기에 의한 의사표시에 관한 법리, 특히 상대방이 그러한 제3자의 기망행위사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 의사표시자가 취소권을 행사할 수 없다는 민법 제110조 제2항의 규정을 적용할 것이 아니라, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만을 적용하여 취소권 행사의 가부를 가려야 한다(대판 2005.5.27, 2004다43824). ② (O) : 대판 2003.5.13, 2002다73708·73715 등. ③ (O) : 대판 1973.10.23, 73다268. ⑤ (O) : 대판 1996.6.14, 94다41003.

【문 31】 甲은 상가건물을 지어 분양하면서 그 곳에 첨단 오락타운을 조성하고 전문경영인에 의한 위탁경영을 통하여 일정 수익을 보장한다는 취지의 광고를 하였다. 이 광고를 보고 乙은 甲과 분양계약을 체결하였으나 나중에 알고 보니 실제로는 광고와 달랐다. 甲의 광고에 다소의 과장된 점이 있기는 하였으나 그것은 일반상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 정도였다. 이 사안에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례의 입장에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 착오를 이유로 취소할 수도 있고 사기를 이유로 취소할 수도 있다.
- ② 착오를 이유로 취소할 수는 있으나 사기를 이유로 취소할 수는 없다.
- ③ 착오를 이유로 취소할 수는 없으나 사기를 이유로 취소할 수는 있다.
- ④ 착오를 이유로 취소할 수도 없고 사기를 이유로 취소할 수도 없다.
- ⑤ 甲의 행태는 무효에 해당하는 것으로 보아야 한다.

□정답□ ④

【해설】 ④ (O) : (가) 상가를 분양하면서 그 곳에 첨단 오락타운을 조성·운영하고 전문경영인에 의한 위탁경영을 통하여 분양계약자들에게 일정액 이상의 수익을 보장한다는 광고를 하고, 분양계약체결시 이러한 광고내용을 계약상대방에게 설명하였더라도, 체결된 분양계약서에는 이러한 내용이 기재되지 않은 점과, 그 후의 위 상가 임대운영경위 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 광고 및 분양계약체결시의 설명은 청약의 유인에 불과할 뿐 상가 분양계약의 내용으로 되었다고 볼 수 없고, 따라서 분양회사는 위 상가를 첨단 오락타운으로 조성·운영하거나 일정한 수익을 보장할 의무를 부담하지 않는다고 한 사례. (나) 상품의 선전광고에 있어서 거래의 중요한 사항에

관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다고 할 것이나, 그 선전광고에 다소의 과장·허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 할 것이고, 또한 용도가 특정된 특수시설을 분양받을 경우 그 운영을 어떻게 하고, 그 수익은 얼마나 될 것인지와 같은 사항은 투자자들의 책임과 판단하에 결정될 성질의 것이므로, 상가를 분양하면서 그 곳에 첨단 오락타운을 조성하고 전문경영인에 의한 위탁경영을 통하여 일정 수익을 보장한다는 취지의 광고를 하였다고 하여, 이로써 상대방을 기망하여 분양계약을 체결하게 하였다거나 상대방이 계약의 중요부분에 관하여 착오를 일으켜 분양계약을 체결하게 된 것이라 볼 수 없다고 한 사례(대판 2001.5.29, 99다55601·55618).

【문 32】 甲은 전원주택의 신축목적을 乙에게 알리고 그의 토지를 구입하였다. 그러나 그 토지는 관련 법규상 전원주택을 신축할 수 없는 토지였고, 乙은 이 사실을 알고 있었으나 甲에게 알려주지 않았다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 甲은 동기의 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 없다.
- ② 甲은 사기 또는 동기의 착오를 주장하여 매매계약을 취소할 수 있다.
- ③ 甲은 乙에 대하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 없다.
- ④ 甲은 사기를 이유로 매매계약을 취소할 수 없다.
- ⑤ 甲은 乙에 대하여 사기에 의한 계약취소나 불법행위로 인한 손해배상청구권을 선택적으로 행사할 수 있을 뿐이다.

□정답□ ②

[해설] ② (O)·⑤ (X) : 토지의 매매계약서에 매수인의 매수목적, 즉 건물건축의 목적으로 매수한다는 내용이 표시되지 않았다고 하여도 매도인이 그러한 매수인의 매수목적을 알면서 건축이 가능한 것처럼 가장하여 이를 오신한 매수인과 사이에 매매계약이 성립된 것이라면 위와 같은 매도인의 행위는 기망행위에 해당한다. 그리고 기망행위로 인하여 법률행위의 중요부분에 관하여 착오를 일으킨 경우뿐만 아니라 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985.4.9, 85도167). 한편 제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 주택건설사와 사이에 주택에 관한 분양계약을 체결하였다고 하더라도 제3자의 사기행위 자체가 불법행위를 구성하는 이상, 제3자로서는 그 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하는 것이므로, 피해자가 제3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 그 분양계약을 취소할 필요는 없다(대판 1998.3.10, 97다55829). 즉 사기를 이유로 법률행위를 취소하지 않고 바로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수도 있고, 또 취소하고도 손해배상을 청구할 수도 있다. 다만 법률행위가 사기에 의한 것으로서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 결합하여 병존하는 것이므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로 행사할 수는 없다(대판 1993.4.27, 92다56087). 결과적으로 甲은 사기 또는 동기의 착오를 주장하여 매매계약을 취소할 수 있고, 나아가 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수도 있다.

【문 33】 의사표시에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 진의 아님 의사표시에서 진의는 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 의미한다.
- ② 통정허위표시의 무효로 대항할 수 없는 제3자가 되기 위해서는 선의이면 족하고 무과실까지 요구되는 것은 아니다.
- ③ 증여계약을 매매계약으로 가장한 경우에 매매계약 뿐만 아니라 증여계약도 통정허위표시에 해당하여 무효이다.
- ④ 의사표시의 상대방이 의사표시의 수령 당시에 미성년자인 경우, 표의자는 미성년자에 대하여 그 의사표시로 대항할 수 있다.
- ⑤ 무효의 대상이 되는 강박행위는 불법적 해약의 고지로 상대방이 공포를 느끼는 정도에 이르는 것을 의미한다.

□정답□ ②



2003마44). ② (O) : 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(대판 1994.2.8, 93다39379 ; 대판 1991.1.29, 90다9247 ; 대판 1992.4.14, 91다43107). ③ (O) : 대판 1992.4.14, 91다43107. ④ (O) : 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로 특별한 다른 사정이 없는 한 부동산을 매수할 권한을 수여받은 대리인에게 그 부동산을 처분할 대리권도 있다고 볼 수 없다(대판 1991.2.12, 90다7364). ⑤ (O) : 민법 제921조는 이해가 상충하는 경우 그 친권의 공정한 행사를 기대할 수 없다는 이유 때문에 그 친권의 행사를 제한하려는 데 그 취의가 있으므로 그 친권에 복종하는 미성년자에게 이익만이 있는 경우에는 자기계약 또는 쌍방대리가 되는 경우라도 그 행위는 유효하다. 따라서 법정대리인인 친권자가 부동산을 매수하여 이를 그 자에게 증여하는 행위는 미성년자인 자에게 이익만을 주는 행위이므로 친권자와 자 사이의 이해상반행위에 속하지 아니하고, 또 자기계약이지만 유효하다(대판 1981.10.13, 81다649).

【문 36】 대리권을 가지고 있는 대리인이 본인의 이익을 위해서가 아니라 자기 또는 제3자만의 이익을 꾀하기 위하여 대리행위를 한 경우의 효과에 대한 판례의 입장으로 옳은 것은? <주택관리사 2006년>

- ① 무권대리로서 언제나 무효가 된다.
- ② 유권대리로서 언제나 본인이 책임을 부담한다.
- ③ 권한을 넘은 표현대리로서 본인이 책임을 부담한다.
- ④ 본인이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 본인이 책임을 부담한다.
- ⑤ 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 본인은 책임을 부담하지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ⑤ ○ : 대리권남용의 경우에 판례는 민법 제107조 제1항 단서 유추적용설을 취한다. 즉 민법 제107조 제1항에서 규정하고 있는 진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고, 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 동항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위는 본인의 행위로 성립할 수 없으므로 본인은 대리인의 행위에 대하여 아무런 책임이 없다 할 것이다(대판 1987.11.10, 86다카371 ; 대판 1997.12.26, 97다39421 ; 대판 1999.3.9, 97다7721 ; 대판 1999.3.12, 97다22560 ; 대판 2001.1.19, 2000다20694 등).

【문 37】 복대리에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 법정대리에서의 복대리인은 임의대리인의 복임권과 같은 범위에서 복임권을 가진다.
- ② 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있어 임의대리인인 복대리인을 선임한 때에는 본인에게 대하여 그 선임감독에 관한 책임이 있다.
- ③ 임의대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임하였다 하더라도 대리인의 책임이 경감되거나 면제되는 것은 아니다.
- ④ 임의대리인과 달리 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다.
- ⑤ 복대리인은 본인의 대리인이다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 복대리인은 다시 복대리인을 선임할 수 있느냐가 문제되는데, 임의대리인과 동일한 조건(제120조)하에서 복대리인의 복임권도 인정된다(통설). ② (O) : 민법 제120조·제121조 제1항. ③ (X) : 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다(제121조 제2항). ④ (O) : 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(제122조 본문). ⑤ (O) : 영미법에서는 복대리인이 대리인의 대리인이지만, 우리 민법상의 복대리인은 본인의 대리인이다(제123조 제1항).

【문 38】 표현대리에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 어음행위의 대리권을 수여받은 자가 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우에 권한을 넘은 표

현대리가 성립하지 않은 때에는 본인은 수권의 범위 내에서 대리인과 함께 어음상의 채무를 부담한다.

- ② 무능력자의 법정대리인의 대리권은 권한을 넘은 표현대리의 성립요건인 기본대리권에 해당하지 않는다.
- ③ 민법 제129조(대리권소멸 후의 표현대리)에 의하여 인정되는 표현대리권은 권한을 넘은 표현대리의 성립요건인 기본대리권에 해당하지 않는다.
- ④ 권한을 넘은 표현대리에서 정당한 이유가 있는지 여부의 판단은 사실심 변론종결시를 기준으로 한다.
- ⑤ 법정대리에서는 대리권소멸 후의 표현대리가 성립할 여지가 없다.

□정답□ ①

[해설] ① (O) : 어음행위의 대리 또는 대행권한을 수여받은 자가 그 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우에 본인은 그 수권의 범위 내에서는 대리 또는 대행자와 함께 어음상의 채무를 부담한다(대판 2001.2.23, 2000다45303·45310). ② (X) : 민법 제126조 소정의 권한을 넘은 표현대리규정은 거래의 안전을 도모하여 거래 상대방의 이익을 보호하려는 데에 그 취지가 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없고, 따라서 한정지산자의 후견인이 친족회의 동의를 얻지 않고 피후견인의 부동산을 처분하는 행위를 한 경우에도 상대방이 친족회의 동의를 있다고 믿은 데에 정당한 사유가 있는 때에는 본인인 한정지산자에게 그 효력이 미친다(대판 1997.6.27, 97다3828). ③ (X) : 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘은 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다고 할 것이다(대판 1979.3.27, 79다234 ; 대판 1973.7.30, 72다1631 등). ④ (X) : 권한을 넘은 표현대리에 있어서 대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는지의 여부는 대리행위 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 그 이후의 사정은 고려할 것이 아니다(대판 2001.3.9, 2000다67884 등). ⑤ (X) : 대리권소멸 후의 표현대리에 관한 민법 제129조는 법정대리인의 대리권소멸에 관하여도 그 적용이 있다(대판 1975.1.28, 74다1199).

【문 39】 무권대리에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 무권대리인도 추인의 상대방이 될 수 있지만, 상대방이 추인 있었음을 알지 못하였다면 그에 대하여 추인의 효과를 주장하지 못한다.
- ② 대리권이 부존재하더라도 대리행위 자체가 다른 사유에 의해 무효로 된 경우에는 무권대리인의 상대방에 대한 책임(민법 제135조)이 부정된다.
- ③ 무권대리행위의 상대방이 계약 당시 무권대리라는 것을 알았다더라도 최고권은 인정된다.
- ④ 민법 제135조는 그 책임의 내용으로 계약의 이행 또는 손해배상을 들고 있는데, 이에 대해서는 무권대리인이 선택권을 가진다.
- ⑤ 무권대리에 기한 계약이 쌍무계약이고 무권대리인이 급부를 이행하는 경우에 무권대리인은 반대 급부청구권을 취득한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 무권대리의 추인은 무권대리인이나 무권대리인의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있으며, 여기의 상대방이라 함은 무권대리행위의 직접 상대방사자뿐만 아니라 그 무권대리로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인도 포함된다. 그리고 민법 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로, 상대방은 그때까지 민법 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14, 80다2314). ② (O) : 대리권이 존재하지 않더라도 대리행위가 다른 사유로 무효로 되는 경우에는 무권대리인의 책임을 부정할 것이다. 즉 행위의 반사회성·목적의 원시적 불능·관청의 허가의 부존재 등의 무효사유가 있는 경우에는 무권대리인의 책임은 발생하지 않는다. ③ (O) : 무권대리행위의 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조). 이 최고권은 상대방의 선의·악의를 불문하고 인정된다. ④ (X) : 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 “상대방”

의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다(제135조 제1항). ⑤ (O) : 무권대리행위가 쌍무계약인 경우, 무권대리인은 상대방의 선택의 의사표시에 따라 급부를 이행하는 때에는 반대급부를 상대방에게 청구할 수 있고, 양자는 동시이행의 관계(제536조)에 있다.

【문 40】 甲의 무권대리인 乙이 甲소유의 토지를 丙에게 매도하는 계약을 체결하였는데, 丙은 乙이 무권대리인임을 알지 못하였고, 乙의 대리행위가 표현대리에 해당되지 않는다. 다음 중 틀린 것은? <감평사 제19회 2008년>

- ① 甲은 丙에 대하여 乙의 무권대리행위를 추인할 수 있다.
- ② 甲은 丙에 대하여 乙의 무권대리행위의 추인을 거절할 수 있다.
- ③ 乙은 甲에 대하여 자신의 무권대리행위에 대한 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다.
- ④ 추인이 있기 전에 丙은 甲에 대하여 계약을 철회할 수 있다.
- ⑤ 추인이 있기 전에 丙은 乙에 대하여 계약을 철회할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 무권대리행위에 대한 본인의 추인권이 인정된다(제130조·제132조 참조). ② (O) : 본인의 추인 거절권이란 본인이 추인의 의사 없음을 적극적으로 표시하여 무권대리행위를 확정적으로 무효로 만드는 것을 말한다(제132조 참조). ③ (X) : 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 “상대방”은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 받지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조). 즉 최고권은 상대방에게 인정되는 것이지 무권대리인에게 인정되는 것이 아니다. ④ (O)·⑤ (O) : 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 “본인”이나 “그 대리인”에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다(제134조).

【문 41】 취소와 무효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 법률행위가 성립한 후 채무자의 귀책사유로 이행이 불가능하게 된 경우, 그 법률행위는 무효이다.
- ② 사회질서에 반하여 무효가 된 법률행위라도 이를 알고 추인하면 새로운 법률행위가 된다.
- ③ 강박에 의한 의사표시의 취소는 약의 제3자에 대하여도 대항할 수 없다.
- ④ 토지소유자가 사기를 당하여 지상권을 설정한 후에 그 토지가 포괄승계된 경우, 포괄승계인은 지상권설정계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자는 상대방의 협력의무 불이행을 이유로 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 원시적(객관적 전부)불능이 있으면 그 법률행위는 무효로 된다. 그러나 후발적 불능의 경우에는 법률행위가 무효로 되지는 않는다. 다만 채무자의 귀책사유가 있으면 채무불이행(이행불능)으로 인한 손해배상(제390조)·계약해제(제546조) 및 대상청구권이 문제되고, 채무자의 귀책사유가 없으면 위험부담(제537조·제538조)이 문제된다. ② (X) : 반사회질서의 법률행위이어서 그 법률행위가 무효로 된 것인 경우에는, 당사자가 그 무효임을 알고 추인하여도 새로운 법률행위를 한 효과마저 생길 수 없는 것이다(대판 1973.5.22, 72다2249). ③ (X) : 사기·강박에 의한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제110조 제3항). ④ (O) : 취소할 수 있는 법률행위는 무능력자·하자 있는 의사표시를 한 자·그 대리인 또는 승계인에 한하여 취소할 수 있다(제140조). 여기서의 『승계인』에는 포괄승계인과 특정승계인이 모두 포함된다. 예컨대 토지소유자가 사기를 당하여 지상권을 설정한 후에 그 토지를 상속으로 포괄승계되었거나 양도로 특정승계되었다면, 그 토지의 상속인이나 양수인은 승계인으로서 지상권설정행위를 취소할 수가 있다. ⑤ (X) : 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(대판 전합 1999.6.17, 98다40459).

【문 42】 다음 중 무효와 취소에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18

회 2007년>

- ① 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』(구 국토이용관리법)상 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 거래계약은 관할관청으로부터 허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 발생하지 아니하여 무효이지만, 권리의 이전 도는 설정에 관한 내용의 이행청구는 가능하다.
- ② 무효등기의 유효에 관한 합의는 목시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 목시적 합의를 인정하려면 무효등기사실을 알면서 장기간 이의를 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유효할 의사에서 비롯되어 장기간 방치된 것이라고 볼 수 있는 특별한 사정이 있어야 한다.
- ③ 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다.
- ④ 토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부계약인 경우에 있어서 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면 장차 토지거래허가를 받는다고 하더라도 그 거래계약의 효력이 발생되지 않는다.
- ⑤ 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 주인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다.

□정답□ ①

【해설】 ① (X) : 구 국토이용관리법상 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 거래계약은 관할관청으로부터 허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 아니하여 무효이므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없고, 따라서 상대방의 거래계약상 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수도 없다(대판 2000.1.28, 99다40524 ; 대판 전합 1991.12.24, 90다12243 등). ② (O) : 무효등기의 유효에 관한 합의 내지 주인은 목시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 목시적 합의 내지 주인을 인정하려면 무효등기사실을 알면서 장기간 이의를 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유효할 의사에서 비롯되어 장기간 방치된 것이라고 볼 수 있는 특별한 사정이 있어야 한다(대판 2007.1.11, 2006다50055). ③ (O) : 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있는 경우에 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하고, 또 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다고 할 것이나, 이는 어디까지나 어떤 목적 혹은 목적물에 대한 법률행위가 존재함을 전제로 한다(대판 1999.3.26, 98다56607 ; 대판 2002.9.4, 2002다18435 ; 대판 2002.9.10, 2002다21509 등). ④ (O) : 토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부계약인 경우에 있어서 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면 장차 토지거래허가를 받는다고 하더라도 그 거래계약의 효력이 발생될 여지는 없게 되었다고 할 것이므로, 이와 같은 경우에도 또한 허가 전 거래계약의 유동적 무효상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다(대판 1998.3.27, 97다36996). ⑤ (O) : 대판 1994.6.24, 94다10900 등.

【문 43】 미성년자 甲은 법정대리인 모친 乙소유의 보석을 무단으로 丙에게 매각하고 인도한 후에 대금 50만 원 중 30만 원을 받고, 그 중 20만 원을 유희비로 소비했다. 한편 丙은 甲에게 잔금을 지급하지 않았다. 이 경우에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? <공인노무사 제15회 2006년>

- ① 甲이 미성년자임을 이유로 甲·丙간의 매매를 취소한 경우, 甲은 丙에게 30만 원을 반환하면 된다.
- ② 甲이 성년에 달한 후에는 미성년자인 것을 이유로 甲·丙간의 매매를 취소할 수 없다.
- ③ 甲이 미성년자임을 이유로 甲·丙간의 매매가 취소되지 않은 한 丙에게 보석의 반환을 청구할 수 없다.
- ④ 乙은 甲·丙간의 매매가 취소되지 않은 한 丙에게 보석의 반환을 청구할 수 없다.
- ⑤ 甲이 乙의 동의를 얻어 丙에게 잔금 20만 원을 청구한 경우, 甲은 미성년자임을 이유로 甲·丙간의 매매를 취소할 수 없다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X) : 무능력자는 취소된 행위에 의하여 받은 이익이 현존하는 한도 내에서 상환할 책임이 있다(§141 단서). 따라서 유흥비로 소비한 20만원은 반환할 의무가 없으므로 10만원만 반환하면 된다. ② (X) : 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(제146조). 여기서 ‘추인할 수 있는 날’이란 취소의 원인이 종료되어 취소권 행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때를 가리킨다(대판 1998.11.27, 98다7421). 따라서 甲이 성년에 달한 때로부터 3년 내에는 그 매매를 취소할 수가 있다. ③ (X)·④ (X) : 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분한 경우에는 권리자의 추인이 없는 한 무효이다(대판 1981.1.13, 79다2151 ; 대판 2001.11.9, 2001다44291 등 참조). 따라서 무능력을 이유로 취소하지 않더라도 무효임을 이유로 甲이나 乙이 보석의 반환을 청구할 수 있다. ⑤ (O) : 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻어서 ‘이행의 청구’를 한 경우에는 법정추인이 되어 이제 취소할 수 없게 된다(제145조 제2호 참조).

【문 44】 조건과 기한에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 부관이 붙은 법률행위에서 부관에 표시된 사실이 발생하지 않으면 채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 상당한 경우에 그 부관은 조건이 아니라 불확정기한에 해당한다.
- ② 건축허가를 받지 못한 때에는 토지매매계약을 무효로 하기로 한 약정은 해제조건부 법률행위에 해당한다.
- ③ 정지조건부 법률행위에서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 자에게 증명책임이 있다.
- ④ 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우에는 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다(대판 2003.8.19, 2003다24215). ② (O) : 주택건설을 위한 원·피고간의 토지매매계약에 앞서 양자간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 계약은 해제조건부 계약이다(대판 1983.8.23, 83다카552). ③ (O) : 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다 할 것이므로, 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다(대판 1983.4.12, 81다카692). ④ (O) : 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 하고, 이때 불확정한 사실의 발생이 불가능하게 된 것인지 여부를 구체적으로 판단함에 있어서는 당사자의 의사·불확정기한사실의 종류와 특성 및 경과한 기간의 정도 등을 감안하여야 할 뿐만 아니라, 불확정기한사실이 사회경제적 상황에 영향을 받는 경우에는 이 점도 폭넓게 참작하여 사회통념에 따라 그 불가능 여부를 신중하게 판정하여야 한다(대판 2006.12.21, 2005다40754 ; 대판 2002.3.29, 2001다41766 등). ⑤ (O) : 민법 제149조.

【문 45】 조건과 기한에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 정지조건의 성취에 대한 증명책임은 그 조건의 성취로 법률행위의 효력이 발생하였다고 주장하는 자에게 있다.
- ② 조건이 법률행위 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는, 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 된다.
- ③ 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여, 조건의 성취를 방해한 경우에, 조건성취로 의제되는 시점은 신의칙에 반하는 방해행위가 없었다면 조건이 성취되었으리라

고 추정되는 시점이다.

- ④ 조건을 붙이는 것이 허용되지 않는 법률행위에 조건을 붙인 경우에, 법률에 규정이 없다면, 그 조건만이 무효로 된다.
- ⑤ 기한이익상실의 특약이 있는 경우에 원칙적으로 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정할 것이다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다 할 것이므로, 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다(대판 1983.4.12, 81다카692). ② (O) : 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제3항). ③ (O) : 대판 1998.12.22, 98다42356. ④ (X) : 조건부 법률행위에 있어 조건 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8, 2005마541). ⑤ (O) : 기한이익상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 형성권적 기한이익상실의 특약의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대판 2002.9.4, 2002다28340).

【문 46】 법률행위의 무효에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 변호사 아닌 자가 승소를 조건으로 그 대가로 소송당사자로부터 소송목적물 일부를 양도받기로 한 약정은 반사회적 법률행위로서 무효이다.
- ② 양도소득세 회피를 위하여 매매계약을 체결하였다도 계약의 효력은 인정된다.
- ③ 이미 매도된 부동산에 관하여 매도인의 채권자가 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 저당권설정계약을 체결한 경우에 저당권설정계약은 유효하다.
- ④ 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 경우에는 조건뿐만 아니라 법률행위 전부가 무효로 된다.
- ⑤ 토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부 계약이었는데 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정된 경우에는 허가 전의 거래계약관계는 확정적으로 무효로 된다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 변호사 아닌 甲과 소송당사자인 乙이 甲은 乙이 소송당사자로 된 민사소송사건에 관하여 乙을 승소시켜주고 乙은 소송물의 일부인 임야지분을 그 대가로 甲에게 양도하기로 약정한 경우, 위 약정은 강행법규인 변호사법 제78조 제2호에 위반되는 반사회적 법률행위로서 무효이다(대판 1990.5.11, 89다카10514 등). ② (O) : 양도소득세의 회피 및 투기의 목적으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 하지 아니하고 미등기인 채로 매매계약을 체결하였다 하여 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수 없다(대판 1993.5.25, 93다296 ; 대판 1981.11.10, 80다2475). ③ (X) : 이미 매도된 부동산에 관하여 체결한 저당권설정계약이 반사회적 법률행위로 무효가 되기 위하여는 매도인의 배임행위와 저당권자가 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 이루어진 것으로서, 적극 가담하는 행위는 저당권자가 다른 사람에게 목적물이 매도된 것을 안다는 것만으로는 부족하고, 적어도 매도사실을 알고도 저당권설정을 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도가 되어야 한다(대판 1998.2.10, 97다26524). ④ (O) : 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제1항). 즉 조건부 법률행위에 있어 조건 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8, 2005마541). ⑤ (O) : 토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부 계약인 경우에 있어서 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면 장차 토지거래허가를 받는다고 하더라도 그 거래계약의 효력이 발생될 여지는 없게 되었다고 할 것이므로, 이와 같은 경우에도 또한 허가 전 거래계약의 유효적

무효상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다(대판 1998.3.27, 97다36996).

【문 47】 기간에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 기간의 계산은 법률행위로서 당사자가 법률과 달리 정할 수 있다.
- ② 무권리자 甲으로부터 부동산을 매수하여 2000. 3. 3. 소유권이전등기를 경료받고, 2000. 3. 20. 오후 2시경 점유를 이전받은 乙은 2010. 3. 3.이 만료하여야 그 부동산등기부시효취득에 필요한 10년의 기간이 경과한다.
- ③ 만 60세가 정년인 직장에 근무하는 자의 생년월일이 1958. 9. 1. 오후 2시라면, 그의 정년일은 2018. 9. 1.이다.
- ④ 납입금을 2007. 7. 8.(일요일)까지 납부하여야 할 경우, 그 납입금을 2007. 7. 9.까지 납입하면 지체에 빠지지 않는다.
- ⑤ 이사회의 소집통지가 회의일자의 1주일 전까지 이사의 주소지를 도달되도록 정관에서 규정한 경우, 2007. 7. 13. 오전 10시 이사회를 개최하려고 한다면, 소집통지는 2007. 7. 6. 오전 0시까지는 이사의 주소지에 도달하여야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 민법 제157조는 “기간을 일·주·월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다”고 규정하여 초일불산입을 원칙으로 정하고 있으나, 민법 제155조에 의하면 법령이나 법률행위 등에 의하여 위 원칙과 달리 정하는 것도 가능하다(대판 2007.8.23, 2006다62942). ② (X) : 등기기간과 점유기간이 모두 10년 이상이어야 한다(제245조 제2항). 따라서 2000. 3. 21.이 기산일이므로(제157조), 2010. 3. 20. 24시가 10년의 만료일이다. ③ (O) : 연령계산에는 출생일을 산입하며(제158조), 정년이 60세라 함은 만 60세에 도달하는 날을 말하는 것이지, 만 60세가 만료하는 날을 의미하지는 않는다(대판 1973.6.12, 71다2669). 따라서 1958. 9. 1.이 기산일이고, 만료점은 2018. 8. 31. 24시, 즉 9. 1. 0시부터 정년에 걸리게 된다. ④ (O) : 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다(제161조). ⑤ (O) : 민법의 기간에 대한 계산방법은 일정한 기산일로부터 과거에 소급하여 역산되는 기간에도 유추적용되어(대판 1989.4.11, 87다카2901), 초일을 산입하지 않는다(제157조 본문). 즉 7월 12일이 기산일이고, 6일 오전 0시로 만료된다. 따라서 늦어도 5일 오후 12시까지 는 소집통지가 이사의 주소지에 도달하여야 한다.

【문 48】 乙은 甲 소유의 X 토지를 매수하면서 매매대금의 일부만을 지급하고 점유를 이전받았다. 그 후 乙은 소유권이전등기를 경료받기 전에, 다시 X 토지를 매매대금 전부를 받고 丙에게 전매하고 점유를 이전하면서 乙이 甲에 대하여 가지고 있는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구권을 丙에게 양도하였다. 그리고 乙은 이 사실을 甲에게 통지하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2008년 제45회>

- ① 乙은 현재 X 토지를 점유하고 있지 않으므로 乙의 甲에 대한 소유권이전등기청구권은 점유를 상실한 때로부터 소멸시효가 진행된다.
- ② 甲의 乙에 대한 잔대금지급청구권은 변제기로부터 소멸시효가 진행된다.
- ③ 丙의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은 X 토지를 인도받은 때로부터 소멸시효가 진행된다.
- ④ 丙은 甲에게 X 토지에 대한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
- ⑤ 丙은 乙을 대위하여 甲에게 X 토지에 대한 소유권이전등기를 청구할 수 없다.

□정답□ ②

[해설] ① X : 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상, 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리행사의 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, 그 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다(대판 전합 1999.3.18, 98다32175). ② O : 부동산에 대한 매매대금채권이 소유권이전등기청구권과 동시이행관계에 있다고 할지라도, 매도인은 매매대금의 지급기일 이후 언제나라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할 수 있는데 지나지 아니하므로 매매대금청구권은 그 지급기일

이후 시효의 진행에 걸린다(대판 1991.3.22, 90다9797). ③ X : 부동산매수인의 소유권이전등기청구권도 형식주의를 취하고 있는 현행민법하에서는 채권적 청구권이므로 10년의 소멸시효에 걸리지만, 매수인이 매매목적물인 부동산을 인도받아 점유하고 있는 이상 매매대금의 지급 여부와는 관계없이 그 소멸시효가 진행되지 아니한다(대판 전합 1976.11.6, 76다148 등). 왜냐하면 부동산에 관하여 인도·등기 등의 어느 한 쪽만에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없기 때문이다(대판 전합 1999.3.18, 98다32175). ④ X : 부동산이 전전 양도된 경우에 중간생략등기의 합의가 없는 한 그 최종양수인은 최초양도인에 대하여 직접 자기 명의의 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 부동산의 양도계약이 순차 이루어져 최종양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초양도인에게 직접 그 소유권이전등기청구권을 행사하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치, 즉 중간생략등기에 대한 최초양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초양도인과 최종양수인 사이에도 그 중간등기생략의 합의가 있었음이 요구되므로, 비록 최종양수인이 중간자로부터 소유권이전등기청구권을 양도받았다 하더라도 최초양도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 최종양수인은 최초양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차 이행을 청구할 수 없다(대판 1997.5.16, 97다485 ; 대판 2005.3.10, 2004다67653·67660 등). ⑤ X : 중간생략등기의 합의가 없다면 부동산의 전전매수인은 매도인을 대위하여 그 전매도인인 등기명의자에게 매도인 앞으로의 소유권이전등기를 구할 수는 있다(대판 1969.10.28, 69다1351).

【문 49】 소멸시효의 기산점에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 권리자의 개인적 사정이나 법률지식의 부족, 권리존재의 부지 또는 채무자의 부재 등 사실상 장애는 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 않는다.
- ② 수분양자의 건물에 관한 소유권이전등기청구권에 있어서 그 목적물인 건물이 완공되지 아니하여 이를 행사할 수 없었다는 사유는 법률상의 장애사유에 해당하지 않는다.
- ③ 정지조건부 권리의 경우에는 조건미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없으므로 소멸시효가 진행되지 않는다.
- ④ 소유권이전등기 말소등기의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효는 말소등기의무가 이행불능상태에 빠진 때부터 진행된다.
- ⑤ 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 원칙적으로 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행되고(제166조 제1항), 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않는바, ‘권리를 행사할 수 없는 경우’라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는다(대판 전합 1992.3.31, 91다32053 ; 대판 2005.4.28, 2005다3113 ; 대판 2006.4.27, 2006다1381 ; 대판 2007.5.31, 2006다63150 등). 따라서 사실상의 장애(질병·장기여행 등)나 주관적 사정(권리의 부지·법률지식의 부족 등)은 문제되지 않는다. ② (X) : 수분양자의 건물에 관한 소유권이전등기청구권에 있어서 그 목적물인 건물이 완공되지 아니하여 이를 행사할 수 없었다는 사유는 법률상의 장애사유에 해당하므로 그 건물의 완공시부터 그 소멸시효가 진행된다(대판 2007.8.23, 2007다28024·28031). ③ (O) : 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하며, 여기서 ‘권리를 행사할 수 있는 때’라 함은 권리행사에 법률상의 장애가 없는 때를 말하므로, 정지조건부 권리의 경우에는 조건미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없는 것이어서 소멸시효가 진행되지 않는다(대판 1992.12.22, 92다28822). ④ (O) : 대판 2002.12.27, 2000다47361 ; 대판 2005.9.15, 2005다29474 등. ⑤ (O) : 소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효 기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로, 이는 변론주의의 적용대상이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다(대판 1995.8.25, 94다35886 ; 대판 1983.7.12, 83다카437).

【문 50】 1996년 4월 15일 甲과 乙과의 소비대차계약에 따라 금전 1억원을 10년 동안 빌려주었다. 이

자율은 10년간 50%로 약정하면서, 이 50%의 이자를 매 2년마다 한 번에 10%(1,000만원)씩 5회로 분할하여 지급하기로 합의하였다. 이 경우에 2년마다 변제기가 도래하는 이자채권의 소멸시효기간은 몇 년인가? <감평사 제18회 2007년>

- ① 20년
- ② 10년
- ③ 5년
- ④ 3년
- ⑤ 1년

□정답□ ②

[해설] ② (O) : 민법 제163조 제1호 소정의 ‘이자·부양료·급료·사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권’이라 함은 1년 이내의 정기에 지급되는 채권을 의미하는 것이고 변제기가 1년 이내의 채권을 말하는 것이 아니므로, 1회의 변제로써 소멸되는 소비대차의 원리금채권은 물론이고 이자채권이라고 하더라도 1년 이내의 정기에 지급하기로 한 것이 아닌 이상 위 규정 소정의 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것이 아니다(대판 1996.9.20, 96다25302 ; 대판 1977.1.25, 76다2224 등).

【문 51】 시효에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 소유권이전등기 말소등기의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효는 말소등기의무가 이행불능의 상태가 된 때로부터 진행한다.
- ② 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않는바, 기간의 미도래나 조건불성취는 ‘권리를 행사할 수 없는 경우’에 해당한다.
- ③ 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 하여 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니다.
- ④ 시효중단사유로서의 재판상 청구에는 반소의 제기가 포함되지 않는다.
- ⑤ 민법 제169조는 “시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다.”고 정하고 있는데 여기에서의 ‘승계인’은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받을 권리를 그 중단효과 발생 이후에 승계한 자를 말한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 대판 2002.12.27, 2000다47361 ; 대판 2005.9.15, 2005다29474 등. ② (O) : 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고(제166조 제1항), 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않는바, ‘권리를 행사할 수 없는 경우’라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는다(대판 전합 1992.3.31, 91다32053 ; 대판 2005.4.28, 2005다3113 ; 대판 2006.4.27, 2006다1381 ; 대판 2007.5.31, 2006다63150 등). ③ (O) : 민법 제165조가 판결에 의하여 확정된 채권, 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다고 규정하는 것은 당해 판결 등의 당사자 사이에 한하여 발생하는 효력에 관한 것이고, 채권자와 주채무자 사이의 판결 등에 의해 채권이 확정되어 그 소멸시효가 10년으로 되었다 하여도 위 당사자 이외의 채권자와 연대보증인 사이에 있어서는 위 확정판결 등은 그 시효기간에 대하여는 아무런 영향이 없고, 채권자의 연대보증인의 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다고 보아야 한다(대판 1986.11.25, 86다카1569 ; 대판 2006.8.24, 2004다26287·26294). ④ (X) : 시효중단사유로서의 재판상 청구는 이행의 소·확인의 소·형성의 소 등 소의 종류를 불문하고, 또 본소·반소, 나아가 재심의 소의 제기도 시효중단의 효력이 인정된다. ⑤ (O) : 시효중단의 효력은 당사자 및 그 승계인간에만 미치는데, 여기서 “당사자”라 함은 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며, “승계인”이라 함은 ‘시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리를 그 중단효과 발생 이후에 승계한 자’를 뜻하고, 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대판 1997.4.25, 96다46484 ; 대판 1998.6.12, 96다26961).

【문 52】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 시효중단의 효력은 원칙적으로 당사자 및 그 승계인 사이에서만 효력이 있다.
- ② 재판상 청구가 있더라도 소의 기각이 있으면 시효중단의 효력이 있지만, 소의 각하가 있는 경우에는 시효중단의 효력이 없다.
- ③ 근저당권설정등기청구의 소제기도 그 피담보채권이 될 채권에 대한 소멸시효 중단사유로 된다.
- ④ 가압류의 집행행위가 시효의 이익을 받을 자에 대하여 행하여지지 않은 때에는 이를 그 자에게 통지한 후가 아니면 중단의 효력은 없다.
- ⑤ 시효 완성 후에 채무를 승인한 때에는 시효 완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 추정할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 민법 제169조. ② (X) : 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다(제170조 제1항). ③ (O) : 원고의 근저당권설정등기청구권의 행사는 그 피담보채권이 될 금전채권의 실현을 목적으로 하는 것으로서, 근저당권설정등기청구의 소에는 그 피담보채권이 될 채권의 존재에 관한 주장이 당연히 포함되어 있는 것이고, 피고로서도 원고가 원심에 이르러 금전지급을 구하는 청구를 추가하기 전부터 피담보채권이 될 금전채권의 소멸을 항변으로 주장하여 그 채권의 존부에 관한 실질적 심리가 이루어져 그 존부가 확인된 이상, 그 피담보채권이 될 채권으로 주장되고 심리된 채권에 관하여는 근저당권설정등기청구의 소의 제기에 의하여 피담보채권이 될 채권에 관한 권리의 행사가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권설정등기청구의 소의 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효중단의 효력을 생기게 한다고 봄이 상당하다(대판 2004.2.13, 2002다7213). ④ (O) : 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받을 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다(제176조). ⑤ (O) : 대판 1967.2.7, 66다2173 ; 대판 1992.5.22, 92다4796.

【문 53】 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 용역물권에 관하여는 공시방법을 갖추지 않더라도 일물일권주의의 예외가 인정된다.
- ② 어떤 물건에 관하여 물권과 채권이 대립하는 경우에, 원칙적으로 그 성립의 시간적 선후에 관계없이 물권이 우선하지만, 그에 대한 예외가 인정되는 경우에는 시간적 선후에 관계없이 채권이 우선한다.
- ③ 소유권을 양도함에 있어서 소유권에 기한 물권적 청구권을 양도인에게 유보하는 특약은 유효하다.
- ④ 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로, 소멸시효의 대상이 아니다.
- ⑤ 근저당부동산이 양도된 경우에 근저당권설정자인 양도인은 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 근저당권의 말소를 청구할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 용역물권은 부동산의 일부 위에 설정할 수 있는 예외가 인정되나, 등기는 하여야 한다(부동산등기법 제136조·제137조·제139조 제2항). ② (X) : 동일물체에 대하여 물권과 채권이 병존하는 경우에는, 그 성립의 선후와는 관계없이 물권이 우선함이 원칙이다. 그러나 등기된 부동산임차권(제621조)·대항요건(인도와 주민등록)과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 주택임차권(주택임대차보호법 제3조의2 제2항)·대항요건(인도와 사업자등록의 신청)과 임대차계약서상의 확정일자를 받은 상가건물임차권(상가건물임대차보호법 제3조의2 제2항) 등의 경우에는 물권과 동등한 지위를 인정하여 그 성립의 시기에 따라 우선적 효력을 부여하고 있다. 다만 근로기준법상의 임금채권우선변제특권·주택(상가건물)임대차보호법상의 소액보증금(전세금)에 관한 최우선특권 등과 같이 법률이 정책적으로 특정채권을 물권에 우선시키는 경우도 있다. ③ (X) : 소유권에 기한 물상청구권을 소유권과 분리하여 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 행사시킬 수 없는 것이므로, 소유권을 상실한 전소유자는 제3자인 불법점유자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권에 의한 방해배제를 구할 수 없다(대판 1980.9.9, 80다7). ④ (O) : 부동산매매계약이 합의해제되면 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라 할 것이고, 따라서 이는 소멸시효의 대상이 아니다(대판 1982.7.27, 80다2968). ⑤ (X) : 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자

도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로, 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(대판 전합 1994.1.25, 93다16338).

【문 54】 등기에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 위조문서에 의한 등기는 그것이 실제관계에 부합하거나 그 등기에 부합하는 물권행위가 있는 한 유효하다.
- ② 소유권보존등기 명의인이 동일인이 아닌 경우에는 비록 나중에 이루어진 보존등기라 할지라도 그것이 실제관계에 부합하면 유효하다.
- ③ 중간생략등기의 합의하에 최종매수인과 최초매도인을 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최초매도인으로부터 최종매수인 앞으로 경료된 소유권이전등기는 무효이다.
- ④ 등기명의인을 달리하여 중복등기가 된 경우에는 원칙적으로 제2등기가 무효이지만, 예외적으로 제1등기가 원인무효이고 제2등기가 실제관계에 부합하는 경우에는 제2등기가 유효하다.
- ⑤ 동일인 명의로 소유권보존등기가 중복등기된 경우, 그 실제관계의 부합 여부를 가릴 것 없이 먼저 행하여진 등기가 유효하다.

□정답□ ②

【해설】 ① (O) : 공부상 공시된 등기가 실제적 권리관계에 부합한다 함은 그 등기절차에 문서의 위조 등 어떤 하자가 있다 하더라도 진실한 권리관계와 합치되는 것을 말하는 것이다(대판 1985.4.9, 84다카130·131). 따라서 乙이 소유자 甲의 문서를 위조하여 甲으로부터 양수한 등기를 하고, 이를 丙에게 양도하여 이전등기를 한 때에는 일반적으로 무효(즉 丙은 소유권을 취득하지 못함)이나, 그것이 실제관계에 부합하거나 또는 그 등기에 부합하는 물권행위가 있는 때에는 유효하다(대판 1982.12.14, 80다459). ② (X)·④ (O) : 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아닌 한 뒤에 된 소유권보존등기는 실제관계에 부합한다고 하더라도 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이고, 이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다(대판 2008.2.14, 2007다63690). ③ (O) : 구 국토이용관리법(현 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』)상 허가구역 안에 있는 토지에 관한 매매계약을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 받아야 하는바, 소유자인 최초매도인이 중간매수인에게 매도하고 이어 중간매수인이 최종매수인에게 순차 매도하였다면 각 매매계약의 당사자는 각각의 매매계약에 관하여 토지거래허가를 받아야 하는 것이며, 당사자들 사이에 최초의 매도인으로부터 최종매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 경료하기로 하는 중간생략등기의 합의가 있었다고 하더라도, 최초의 매도인과 최종 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니므로 최초매도인과 최종매수인 사이에 매매계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 따라서 최종매수인은 최초매도인에 대하여 직접 그 토지에 관한 토지거래허가신청절차의 협력의무이행청구권을 가지고 있다고 할 수 없으며, 설사 최종매수인이 자신과 최초매도인을 매매당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권이전등기를 경료하였더라도 그러한 최종매수인 명의의 소유권이전등기는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효이다(대판 1997.3.14, 96다22464). ⑤ (O) : 하나의 부동산에 관하여 등기부용지를 달리하여 동일인 명의로 소유권보존등기가 중복되어 있는 경우에는 1물 1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법상 시간적으로 뒤에 경료된 중복등기는 그것이 실제관계 부합 여부를 가릴 것 없이 무효이다(대판 1981.10.24, 80다3265 등).

【문 55】 다음 중 중간생략등기에 대한 판례의 태도 중 옳은 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 『부동산등기 특별조치법』은 등기하지 않고 제3자에게 전매하는 행위를 형사처벌하므로, 순차 매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의는 무효이다.
- ② 부동산이 전전 양도된 경우 최종양수인이 최초양도인에게 직접 소유권이전등기절차 이행을 청구하려면 중간생략등기에 대한 최초양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초양도인과 최종양수인 사이에 중간등기생략의 합의가 있었음이 요구된다.
- ③ 중간생략등기의 합의가 있었다면 중간매수인의 소유권이전등기청구권이 소멸되거나 첫 매도인의

그 매수인에 대한 소유권이전등기의무는 소멸된다.

- ④ 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 중간생략등기가 이루어졌더라도 중간생략등기에 대한 합의가 없었다면 해당 소유권이전등기는 무효이다.
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지를 토지거래허가 없이 순차로 매매한 후 최종매수인이 중간생략등기의 합의하에 자신과 최초매도인을 매매당사자로 하는 토지거래허가를 받아 소유권이전등기를 경료했다면 당사자 사이에 합의가 있는 이상 무효라고 할 수는 없다.

□정답□ ②

[해설] ① (X) : 『부동산등기 특별조치법』상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나, 이로써 순차 매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다(대판 1993.1.26, 92다39112). ② (O) : 부동산의 양도계약이 순차 이루어져 최종양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초양도인에게 직접 그 소유권이전등기청구권을 행사하기 위하여는 관계당사자 전원의 의사합치, 즉 중간생략등기에 대한 최초양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초양도인과 최종양수인 사이에도 그 중간등기생략의 합의가 있었음이 요구된다(대판 1994.5.24, 93다47738 등). ③ (X) : 중간생략등기의 합의가 있었다 하더라도 이러한 합의는 중간등기를 생략하여도 당사자 사이에 이의가 없었고 또 그 등기의 효력에 영향을 미치지 않겠다는 의미가 있을 뿐이지 그러한 합의가 있었다 하여 중간매수인의 소유권이전등기청구권이 소멸된다거나 첫 매도인의 그 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 소멸되는 것은 아니다(대판 1991.12.13, 91다18316). ④ (X) : 최종양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초양도인에게 직접 중간생략등기를 청구하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치가 필요하지만, 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 일단 중간생략등기가 이루어진 이상 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로는 중간생략등기가 무효라고 할 수는 없다(대판 2005.9.29, 2003다40651 등). ⑤ (X) : 구 국토이용관리법(현 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』)상 허가구역 안에 있는 토지에 관한 매매계약을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 받아야 하는바, 소유자인 최초매도인이 중간매수인에게 매도하고 이어 중간매수인이 최종매수인에게 순차 매도하였다면 각 매매계약의 당사자는 각각의 매매계약에 관하여 토지거래허가를 받아야 하는 것이며, 당사자들 사이에 최초의 매도인으로부터 최종매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 경료하기로 하는 중간생략등기의 합의가 있었다고 하더라도, 이러한 중간생략등기의 합의란 부동산이 전진 매도된 경우 각각의 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편익상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐 그러한 합의가 있다고 하여 최초의 매도인과 최종의 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니므로 최초매도인과 최종매수인 사이에 매매계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 따라서 최종매수인은 최초매도인에 대하여 직접 그 토지에 관한 토지거래허가신청절차의 협력의무이행청구권을 가지고 있다고 할 수 없으며, 설사 최종매수인이 자신과 최초매도인을 매매당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권이전등기를 경료하였더라도 그러한 최종매수인 명의의 소유권이전등기는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효이다(대판 1997.3.14, 96다22464).

【문 56】 甲은 자신이 소유하고 있던 X토지를 乙에게 매도하였다. 乙은 매매대금을 모두 지급하고 X토지를 인도받아 점유·사용하고 있으나 乙 앞으로 소유권이전등기는 하지 않은 상태이다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 미등기자인 乙이 丙에게 X토지를 매도하고 인도하였다면, 甲은 丙에 대하여 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 행사할 수 있다.
- ② 乙이 X토지를 인도받은 지 10년이 경과한 경우에는 甲은 乙에게 등기청구권의 소멸시효를 원용하면서 X토지의 반환을 청구할 수 있다.
- ③ 제3자 丙이 X토지상에 무단으로 건물을 신축하였다면, 乙은 甲의 丙에 대한 물권적 청구권을 대위행사할 수 없다.
- ④ 甲은 자신의 소유권에 기하여 乙에게 X토지에 대해서 소유물반환청구권을 행사할 수 없다.
- ⑤ 제3자 丙이 무단으로 X토지에 건물을 신축하고 그 건물을 丁에게 임대하고 있다면, 甲은 丙에 대하여 건물철거청구를 할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X)·④ (O) : 매수인은 소유권이전등기를 경료받기 전에도 그 인도받은 부동산에 대한 점유·사용권

이 인정되므로, 매도인은 매수인에게 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수는 없다(대판 1998.6.26, 97다42823 등). 또 매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유·사용권을 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다(대판 2001.12.11, 2001다45355 등). ② (X) : 부동산에 관하여 인도·등기 등의 어느 한 쪽만에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이므로, 매수인이 목적부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다(대판 전합 1999.3.18, 98다32175 ; 대판 전합 1976.11.6, 76다148). ③ (X) : 매수인은 대세적 효력이 있는 물권을 취득하는 것이 아니라 매도인에 대하여 채권을 가지고 있는 것에 불과하므로, 소유자인 매도인을 대위하여서만 그 방해배제를 청구할 수 있고 직접 제3자에 대하여 청구할 수는 없다(대판 1980.7.8, 79다1928 참조). ⑤ (X) : 토지소유자는 자기의 토지 위에 권한 없이 건물을 소유하고 있는 자에 대하여 그 철거를 구할 수 있다(대판 1988.5.10, 87다카1737 등 참조).

【문 57】 다음 중 등기를 요하지 않고 부동산소유권을 취득할 수 있는 것은? (다툼이 있을 경우 판례에 의함) <법무사 제14회 2008년>

- ① 취득시효 완성으로 인한 소유권의 취득
- ② 포괄유증으로 인한 소유권의 취득
- ③ 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 명하는 판결이 있는 경우
- ④ 소유권이전의 약정을 내용으로 하는 화해조서가 있는 경우
- ⑤ 소유권확인판결이 있는 경우

□정답□ ②

[해설] ① 등기 요 : 민법은 20년간 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권을 취득한다고 하여, 부동산물권의 점유취득시효에 관하여 등기를 시효취득의 요건으로 규정하여 민법 제187조의 예외를 인정하고 있다(제245조 제1항). 이 경우, 소유권을 상실하게 되는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 하는 방법에 의한다(대판 1997.4.25, 96다53420). ② 등기 불요 : 포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 된다(대판 2003.5.27, 2000다73445). ③ 등기 요 : 매매 등 법률행위를 원인으로 한 소유권이전등기절차이행의 소에서의 원고승소판결은 부동산물권취득이라는 형성적 효력이 없어 민법 187조 소정의 판결에 해당하지 않으므로 승소판결에 따른 소유권이전등기 경로까지는 부동산의 소유권을 취득한다고 볼 수 없다(대판 2003.9.2, 2001다21717). ④⑤ 등기 요 : 판결의 확정으로 권리변동이 일어나는 것은 형성판결뿐이다(대판 1965.8.17, 64다1721). 따라서 화해조서나 인낙조서가 작성된 경우에도, 그 내용이 당사자간의 법률관계의 형성에 관한 것일 때에 한하여 그 조서도 민법 제187조의 판결에 포함된다(대판 1964.9.8, 64다165).

【문 58】 가등기에 관한 다음의 설명 중 가장 타당하지 않은 것은? <법원행시 제25회 2007년>

- ① 甲에 대한 저당권설정의 가등기가 있는 후에 乙에 대한 저당권설정의 본등기가 되었고, 그 후 甲에 대한 위 가등기에 기해 저당권설정의 본등기가 있었다면, 甲의 저당권은 1순위가 되고 乙의 저당권은 2순위가 된다.
- ② 가등기에 의하여 순위 보전의 대상이 되는 물권변동청구권이 양도된 경우, 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경로할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.
- ③ 청구권 보전의 가등기의 경우 본등기와 같이 가등기원인에 대한 적법추정력이 있으므로 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정된다는 것이 판례의 태도이다.
- ④ 가등기는 본등기의 순위 보전의 효력이 있지만 이것이 물권변동의 시기가 가등기한 때로 소급한다는 것을 의미하지는 않는다.
- ⑤ 가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의·악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 것이 판례의 입장이다.

□정답□ ③

[해설] ① O : 가등기에 기해 후에 본등기가 행하여지면, 그 본등기의 순위는 가등기의 순위에 의한다(부동산등기법 제6조 제2항). ② O : 가등기는 원래 순위를 확보하는 데에 그 목적이 있으나, 순위 보전의 대상이 되는 물건변동의 청구권은 그 성질상 양도될 수 있는 재산권일 뿐만 아니라 가등기로 인하여 그 권리가 공시되어 결과적으로 공시방법까지 마련된 셈이므로, 이를 양도한 경우에는 양도인과 양수인의 공동신청으로 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부가등기의 형식으로 경료할 수 있다고 보아야 한다(대판 전합 1998.11.19, 98다24105). ③ X : 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있다 하여 반드시 소유권이전등기할 어떠한 계약관계가 있었다고 단정할 수 없으므로, 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되는 것은 아니다(대판 1975.5.22, 79다239). ④ O : 통설·판례(대판 1992.9.25, 92다21258)에 의하면 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전의 효력만이 있어 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기할 때로 소급하는 것뿐이지 본등기에 의한 물건변동의 효력이 가등기할 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다(대판 1992.9.25, 92다21258). ⑤ O : 가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의·악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있으므로, 가등기가 부적법하게 말소된 후 가처분등기·근저당권설정등기·소유권이전등기를 마친 제3자는 가등기의 회복등기절차에서 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙의무가 있다(대판 1997.9.30, 95다39526).

【문 59】 등기청구권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 부동산의 매수인이 부동산을 인도받아 사용·수익하다가 그 부동산을 다른 사람에게 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다.
- ② 매매계약이 합의해제된 경우 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기말소청구권은 소멸시효에 걸린다.
- ③ 소유권이전등기청구권을 매수인으로부터 양도받은 양수인은 매도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 매도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없다.
- ④ 당사자간의 약정에 기초하여 환매권보류에 관한 등기청구권을 행사하는 경우, 그 청구권의 법적 성질은 채권적이다.
- ⑤ 근저당권설정약정에 따른 근저당권설정등기청구권은 그 피담보채권이 되는 대여금채권과는 별개의 청구권으로서 시효기간 또한 독자적으로 진행된다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리행사의 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(대판 전합 1999.3.18, 98다32175). ② (X) : 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물건적 청구권이라고 할 것이고, 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27, 80다2968). ③ (O) : 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 물권의 이전을 목적으로 하는 매매의 효과로서 매도인이 부담하는 재산권이전의무의 한 내용을 이루는 것이고, 매도인이 물권행위의 성립요건을 갖추도록 의무를 부담하는 경우에 발생하는 채권적 청구권으로 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(대판 2005.3.10, 2004다67656 ; 대판 2001.10.9, 2000다51216). ④ (O) : 환매등기에 있어서의 등기청구권은 당사자 사이의 계약에 의하여 발생하고, 그 성질은 채권적 청구권이다(통설). ⑤ (O) : 대판 2004.2.13, 2002다7213.

【문 60】 등기의 추정력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <사시

2007년 제49회>

- ① 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있다고 하여 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되는 것은 아니다.
- ② 소유권이전등기 명의자는 제3자에 대하여서 뿐만 아니라 그 前소유자에 대하여도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정된다.
- ③ 확정판결에 의하여 소유권이전등기가 말소되었으나 그 후 그 판결이 취소되었다면, 말소된 등기의 등기명의자는 여전히 적법한 소유자로 추정된다.
- ④ 등기명의자가 등기부상 기재된 등기원인에 의하지 아니하고 다른 원인으로 부동산을 적법하게 취득하였다고 주장하는 경우, 등기원인 행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없다.
- ⑤ 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에서 적법하게 경료된 것으로 추정되지만, 등기명의자에게 불이익한 경우에는 추정력이 인정되지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ① ○ : 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있다 하여 반드시 소유권이전등기할 어떠한 계약관계가 있었다고 단정할 수 없으므로, 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되는 것은 아니다 (대판 1979.5.22, 79다239). ② ○ : 부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우에는 그 등기명의자는 제3자에 대하여 뿐 아니라 그 前소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되는 것이므로, 이를 다투는 측에서 그 무효사유를 주장·입증하여야 한다(대판 1994.9.13, 94다10160 ; 대판 2004.9.24, 2004다27273 등). ③ ○ : 소유권이전등기가 형식적으로 확정된 판결에 의하여 말소되었으나 그 후 그 판결이 취소되었다면, 결국 위 소유권이전등기는 부적법하게 말소된 것이므로 말소된 등기의 등기명의자는 여전히 적법한 소유자로 추정되고, 따라서 그 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효사유를 주장·입증하여야 한다(대판 1999.9.17, 98다63018 등). ④ ○ : 부동산등기는 현재의 진실한 권리상태를 공시하면 그에 이른 과정이나 태양을 그대로 반영하지 아니하였어도 유효한 것으로서, 등기명의자가 전소유자로부터 부동산을 취득함에 있어 등기부상 기재된 등기원인에 의하지 아니하고 다른 원인으로 적법하게 취득하였다고 하면서 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 이러한 주장만 가지고 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없을 것이므로, 이러한 경우에도 이를 다투는 측에서 등기명의자의 소유권이전등기가 전 등기명의인의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 무효라는 주장·입증을 하여야 한다(대판 2001.8.21, 2001다23195 ; 대판 2005.9.29, 2003다40651 등). ⑤ × : 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다(대판 2002.2.5, 2001다72029 등). 등기의 추정력은 등기명의인의 이익을 위해서 뿐만 아니라 불이익에 대해서도 인정된다. 예컨대 부동산에 대한 과세가 있는 경우에 그 등기부상의 소유자가 그것을 면하려면 자기가 소유자가 아님을 입증하여야 한다.

【문 61】 점유개정(占有改定)에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? ( 다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 점유개정이 있었다라도, 현실의 인도가 없는 이상, 양도인의 자주점유가 타주점유로 바뀌지는 않는다.
- ② 양수인은 양도인의 점유를 매개하여 간접점유를 취득한다.
- ③ 동산의 소유자가 점유개정의 방법으로 동산을 이증으로 양도한 경우에, 먼저 현실의 인도를 받은 양수인이 소유권을 취득한다.
- ④ 점유개정에 의하여 질권이 성립될 수 없다.
- ⑤ 점유개정에 의한 양도담보는 허용된다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 점유개정이란 물건의 양도인이 양도 후에도 종래와 같이 점유를 계속하면서 양수인과의 사이에 점유매개관계를 설정함으로써 양수인에게 간접점유를 취득시키는 한편 스스로는 양수인의 점유매개자가 되는 경우에 양수인이 인도받은 것으로 보는 것을 말한다(제189조). 점유개정은 절차를 생략하여 인도주의를 간소화시키고, 양도인의 자주점유를 타주점유로 전환시킨다. ② (O) : 목적물을 양도한 후에도 양도인이 계속해서 점

유하는 경우에는 점유이전의 합의만으로서 점유가 이전되고, 양수인은 양도인을 직접점유자로 하여서 스스로는 간접점유를 취득하는 것이 된다(제196조 제2항·제189조). ③ (O) : 동산소유자가 2중으로 매도하고 각 점유개정의 방법으로 매도인이 점유하는 경우 매수인들 간에 있어서는 후에 현실인도받은 자만이 소유권을 취득한다(대판 1975.1.28, 74다1564). ④ (O) : 질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못한다(제332조). 즉 질권에 있어서는 점유개정이 금지된다. ⑤ (O) : 점유개정은 특히 목적물을 채무자의 점유하에 두는 양도담보를 가능케 하기 위하여 발달한 인도방법이다. 따라서 양도담보는 대부분 점유개정의 인도방법에 의한다(대판 2004.10.28, 2003다30463 ; 대판 2004.12.24, 2004다45943 등).

**【문 62】** 인도의 방법으로 민법은 현실인도, 간이인도, 반환청구권의 양도, 점유개정의 네 가지를 규정하고 있다. 판례에 따를 때, 이 중 선의취득의 요건으로서의 인도로 인정되는 것을 모두 고르면?  
<감평사 제18회 2007년>

- ① 현실인도, 간이인도, 반환청구권의 양도, 점유개정
- ② 현실인도, 간이인도, 반환청구권의 양도
- ③ 현실인도, 간이인도
- ④ 현실인도
- ⑤ 현실인도, 반환청구권의 양도

□정답□ ②

[해설] ② (O) : 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실의 인도는 물론, 이미 현실적인 점유를 하고 있는 양수인에게는 간이인도에 의한 점유취득으로도 그 요건은 충족된다(대판 1981.8.20, 80다2530). 그리고 양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득요건을 충족한다(대판 1999.1.26, 97다48906). 그러나 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로서의 그 요건을 충족할 수 없다(대판 1978.1.17, 77다1872 ; 대판 1964.5.5, 63다775).

**【문 63】** 선의취득에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2007년 제44회>

- ① 명인방법에 의해 공시되는 지상물이라 하더라도 지반으로부터 분리된 이후에는 선의취득의 대상이 될 수 있다.
- ② 반환청구권의 양도 및 그 대항요건을 갖춘 경우에는 선의취득에 필요한 점유의 취득요건이 충족된다.
- ③ 취득자의 선의·무과실의 기준시점은 물권적 합의와 인도 중에서 나중에 갖추어진 요건이 완성되는 때이다.
- ④ 취득자의 선의·무과실은 선의취득을 부정하는 자가 증명하여야 한다.
- ⑤ 甲이 丙소유의 물건을 乙에게 매각하여 乙이 그 물건의 소유권을 선의취득하였다면, 甲은 매매로 인하여 취득한 이익을 부당이득으로서 丙에게 반환하여야 한다.

□정답□ ④

[해설] ① ○ : 수목·미분리의 과실과 같은 지상물은 토지의 일부(입목등기부예의 소유권보존등기나 명인방법을 갖추지 못한 경우)이거나 토지와 독립한 부동산(입목등기부예의 소유권보존등기나 명인방법을 갖춘 경우)이므로 선의취득의 객체가 되지 못한다. 다만 토지로부터 별채로 지반으로부터 분리된 수목은 선의취득의 대상이 될 수 있다. ② ○ : 양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득요건을 충족한다(대판 1999.1.26, 97다48906). ③ ○ : 민법 제249조가 규정하는 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로, 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다(대판 1991.3.22, 91다70). ④ × : 선의취득자의 선의는 추정되므로(제197조 제1항), 선의취득을 부정하는 자가 선의취득자의 점유취득시에 악의이었음을 증명(입증)하여야 한다(통설). 그러나 선의취득자의 무과실은 추정되지 아니

하브로(제197조 제1항 참조), 선의취득을 주장하는 자가 점유취득시에 무과실이었다는 점을 입증(증명)하여야 한다(대판 2002.2.5, 2000다38527 등). 주의할 것은 동산질권의 선의취득에 있어서, 무과실은 물론 선의에 관하여도 동산질권의 선의취득자가 입증하여야 하는 것으로 판시한 판결(대판 1981.12.22, 80다2910)도 있다는 점이다. ⑤ ○ : 무권리자인 양도인이 타인의 동산을 처분하여 제3자에게 선의취득하게 한 경우에는, 이에 의하여 얻은 이익을 부당이득으로서 진정한 권리자에게 반환할 의무가 있다(제741조).

【문 64】 물권의 소멸에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 유치물에 관하여 이해관계를 가지고 있는 자인 채무자나 유치물의 소유자가 상당한 담보를 제공하면 유치권소멸청구의 의사표시를 할 수 있다.
- ② 토지가 포락되어 그 효용을 상실한 경우에는 그 후 포락된 토지가 성토되더라도 종전의 소유자가 토지소유권을 다시 취득할 수 없다.
- ③ 승역지소유자가 그 소유권을 지역권자에게 이전시키는 의사표시를 하고 등기를 경료한 경우에 지역권은 소멸된다.
- ④ 근저당권자가 소유권을 취득하면 근저당권은 혼동에 의하여 절대적으로 소멸하므로, 그 소유권 취득이 무효이더라도 소멸하였던 근저당권은 부활하지 않는다.
- ⑤ 대항력을 갖춘 임대차의 목적물에 저당권이 설정된 후, 임차인이 임차목적물의 소유권을 취득하더라도 임차권은 혼동으로 소멸되지 않는다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 민법 제327조에 의하여 제공하는 담보가 상당한가의 여부는 그 담보의 가치가 채권의 담보로서 상당한가, 태양에 있어 유치물에 의하였던 담보력을 저하시키지는 아니한가 하는 점을 종합하여 판단하여야 할 것인바, 유치물의 가격이 채권액에 비하여 과다한 경우에는 채권액 상당의 가치가 있는 담보를 제공하면 족하다고 할 것이고, 한편 당해 유치물에 관하여 이해관계를 가지고 있는 자인 채무자나 유치물의 소유자는 상당한 담보가 제공되어 있는 이상 유치권소멸청구의 의사표시를 할 수 있다(대판 2001.12.11, 2001다59866). ② (O) : 포락으로 당시에 이미 그 토지에 관한 소유권은 (말소등기 없이도 당연히) 소멸된다(대판 1995.8.25, 95다18659 등). 그 후 포락된 토지가 다시 성토화되었다고 할지라도 종전의 사권이 다시 되살아나 종전의 소유권자가 다시 소유권을 취득할 수는 없는 것이다(대판 1984.11.27, 84다카1072 ; 대판 1992.9.25, 92다24677 ; 대판 2002.6.14, 2002두1823 등). ③ (O) : 계약에 의하여 승역지소유자가 자기의 비용으로 지역권의 행사를 위하여 공작물의 설치 또는 수선의 의무를 부담한 때에는 승역지소유자의 특별승계인도 그 의무를 부담하는데(제298조), 승역지의 소유자는 지역권에 필요한 부분의 토지소유권을 지역권자에게 위기하여 이 의무를 면할 수 있다(제299조). 여기서 “위기(委棄)”란 토지소유권을 지역권자에게 이전한다는 일방적 의사표시를 말하며, 위기에 의하여 소유권이 지역권자에게 이전하면 지역권은 혼동에 의하여 소멸한다(제191조 제2항). ④ (X) : 근저당권자가 소유권을 취득하면 그 근저당권은 혼동에 의하여 소멸하지만, 그 뒤 그 소유권취득이 무효인 것이 밝혀지면 소멸하였던 근저당권은 당연히 부활한다(대판 1971.8.31, 71다1386). ⑤ (O) : 부동산에 대한 소유권과 임차권이 동일인에게 귀속하게 되는 경우 임차권은 혼동에 의하여 소멸하는 것이 원칙이지만, 그 임차권이 대항요건을 갖추고 있고 또한 그 대항요건을 갖춘 후에 저당권이 설정된 때에는 혼동으로 인한 물권소멸원칙의 예외규정인 민법 제191조 제1항 단서를 준용하여 임차권은 소멸하지 않는다(대판 2001.5.15, 2000다12693).

【문 65】 점유에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 직접점유자가 임의로 점유를 타인에게 양도한 경우에는 그 점유이전이 간접점유자의 의사에 반한다고 하더라도 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않는다.
- ② 타주점유가 자주점유로 되기 위해서는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야 한다.
- ③ 점유자가 취득시효기간 경과 후, 등기부상의 권리자에게 매수의사를 표시하는 것은 특별한 사정이 없는 한 시효이익의 포기로 볼 수 없다.
- ④ 지상건물과 함께 그 대지를 매수한 자가 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에

속하는 것으로 믿고 인도받아 점유하고 있는 경우는 자주점유로 볼 수 있다.

- ⑤ 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정된다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 대판 1993.3.9, 92다5300. ② (O) : 대판 2004.9.24, 2004다27273 ; 대판 1996.10.11, 96다19857 등. ③ (O) : 점유로 인한 부동산소유권의 취득기간이 경과한 뒤에 점유자가 소유자에게 그 부동산을 매수하자고 제의한 일이 있었다는 것만으로는 점유자가 위 부동산이 그 소유자의 소유임을 승인하여 타주점유로 전환되었다거나 시효의 이익을 포기하였다고는 보기 어렵고, 나아가 악의의 점유로 간주할 수 없다(대판 1992.9.1, 92다26543 ; 대판 1989.4.11, 88다카5843 등). ④ (O) : 지상건물과 함께 그 대지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접 토지와와의 경계선을 정확하게 확인하여 보지 아니하여 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 대지에 속하는 것으로 믿고 위 인접 토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하여 왔다면 특별한 사정이 없는 한 인접 토지에 대한 점유 역시 소유의 의사가 있는 자주점유라고 보아야 한다(대판 1999.6.25, 99다5866·5873 등). ⑤ (X) : 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이다(대판 전합 1997.8.21, 95다28625 등).

【문 66】 자주점유에 관한 대법원 판례의 태도라고 할 수 없는 것은? <법무사 제13회 2007년>

- ① 타주점유가 자주점유로 전환하기 위해서는 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로 점유하거나 자기에게 점유시킨 자에게 소유의 의사가 있음을 표시하여야 한다.
- ② 점유자의 점유가 자주점유인지 아니면 타주점유인지의 여부는 점유자의 주관적인 내심의 의사에 의하여 결정된다.
- ③ 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 그러한 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다고 볼 수 없다.
- ④ 공유자 중 1인이 공유물 전부를 점유하고 있다 하더라도 다른 공유자의 지분비율범위 내에서는 타주점유이다.
- ⑤ 매매 대상 토지의 면적이 공부상 면적을 상당히 초과하는 경우 그 초과부분에 대한 점유는 타주점유이다.

□정답□ ②

[해설] ① O : 대판 1993.4.27, 92다51723·51730 ; 대판 1996.10.11, 96다19857 등. ② X : 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이다(대판 전합 1997.8.21, 95다28625 등). ③ O : 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 이와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고는 볼 수 없다(대판 전합 1983.7.12, 82다708·709 ; 대판 2002.2.26, 99다72743). ④ O : 공유부동산은 공유자 1인이 전부를 점유하고 있다고 하여도 다른 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 다른 공유자의 지분비율의 범위 내에서는 타주점유라고 볼 수밖에 없다(대판 1995.1.12, 94다19884 ; 대판 2002.1.11, 2001다50531 등). ⑤ O : 통상 부동산을 매수하려는 사람은 매매계약을 체결하기 전에 그 등기부등본이나 지적공부 등에 의하여 소유관계 및 면적 등을 확인한 다음 매매계약을 체결하므로 매매 대상 토지의 면적이 공부상 면적을 상당히 초과하는 경우에는 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하며, 그러한 경우에는 매도인이 그 초과부분에 대한 소유권을 취득하여 이전하여 주기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 초과부분은 단순한 점용권의 매매로 보아야 할 것이므로 그 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당하고, 매매가 아닌 증여라고 하여 이를 달리 볼 것은 아니다(대판 2004.5.14, 2003다61054 ; 대판 2000.4.25, 2000다348 등).

【문 67】 점유자와 회복자 사이의 관계에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<감평사 제18회 2007년>

- ① 과실수취권을 포함하지 않는 권원이 있다고 믿은 점유자는 민법 제201조의 선의의 점유자로 볼 수 없다.
- ② 악의의 점유자도 필요비상환청구권을 가진다.
- ③ 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 過失로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.
- ④ 건물을 사용함으로써 얻는 이득은 과실이 아니므로 선의의 점유자는 법률상 원인 없이 타인의 건물을 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입었다면 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무가 있다.
- ⑤ 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손된 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며, 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 선의의 점유자란 과실수취권을 포함하는 본권(소유권·전세권·임차권 등)을 가지고 있다고 오신하는 점유자를 가리키며(대판 2000.3.10, 99다63350 등), 이를 포함하지 않는 본권(질권·유치권 등)을 가지는 것으로 오신하는 자는 이에 해당하지 않는다. ② (O) : 점유자의 비용상환청구권(제203조)은 점유자의 선의·악의를 구별하지 않고서 인정된다. ③ (O) : 민법 제201조 제2항. ④ (X) : 민법 제201조 제1항에 의하면 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다”고 규정하고 있는바, 건물(또는 토지)을 사용함으로써 얻는 이득은 그 건물(또는 토지)의 과실에 준하는 것이므로, 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 건물(또는 토지)을 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입었다고 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무는 없다(대판 1996.1.26, 95다44290 ; 대판 1987.9.23, 86다카1996·1997). ⑤ (O) : 민법 제202조 전문.

【문 68】 주위토지통행권에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 공로에 이르는 상당한 폭의 우회도로가 있다면 주위토지를 이용하여 공로에 이르는 것이 보다 편리하다는 이유만으로 주위토지통행권을 주장할 수는 없다.
- ② 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 주위토지통행권이 인정된다.
- ③ 분할로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있는데, 이 경우 토지소유자는 보상의무를 진다.
- ④ 주위토지통행권은 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다.
- ⑤ 비록 당초에는 적법하게 설치되었던 축조물이라 하더라도 그것이 주위토지통행권의 본래적 기능을 발휘하기에 방해가 되는 때에는 주위토지통행권의 행사에 의하여 철거되어야 한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 주위토지통행권은 그 소유 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 한하여 인정되는 것이므로, 이미 그 소유토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 그 통로를 사용하는 것보다 더 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없다(대판 1995.6.13, 95다1088·1095 등). 따라서 주거지역에서 공로에 이르는 길로 폭 2미터의 우회도로가 있다면 주위토지를 이용하여 공로에 이르는 것이 보다 편리하다는 이유만으로 주위토지통행권을 주장할 수 없다(대판 1991.4.23, 90다15167). ② (O) : 주위토지통행권은 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정된다(대판 2003.8.19, 2002다53469 등). ③ (X) : 이 경우에는 보상의 의무가 없다(제220조 제1항). ④ (O) : 주위토지통행권은 통상적으로는 사람이 주택에 출입하여 다소의 물건을 공로로 운반하는 등의 일상생활을 영위하는 데 필요한 범위의 노폭까지 인정되고, 또 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 더 나아가 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다(대판 1996.11.29, 96다33433·33440 ; 대판 2006.10.26, 2005다30993 등). ⑤ (O) : 주위토지통행권의 본래적 기능발휘를 위하여는 그 통행에 방해가 되는 담장과 같은 축조물도 위 통행권의 행사에 의하여 철거되어야 하는 것이고, 그 담장이 비록 당초에는 적법하게 설치되었던 것이라 하더라도 그 철거의 의무에는 영향이 없다(대판 1990.11.13, 90다5238·90

다카27761 ; 대판 2006.6.2, 2005다70144).

【문 69】 건물의 구분소유에 관한 설명으로 옳은 것은? <감평사 제19회 2008년>

- ① 공용부분은 공유자 전원에게 공동으로 귀속되므로 일부 구분소유자에게만 귀속될 수는 없다.
- ② 구분소유자간의 규약으로 건물의 공용부분이 성립할 수 없다.
- ③ 전유부분은 구조상의 독립성과 기능상의 독립성을 모두 가져야 한다.
- ④ 공유자의 공용부분에 대한 지분은 균등함이 원칙이다.
- ⑤ 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 지분을 처분할 수 있다.

□정답□ ③

【해설】 ① (X) : 공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한다. 다만, 일부의 구분소유자만의 공용에 제공되는 것이 명백한 공용부분(이하 “일부공용부분”이라 한다)은 이들 구분소유자의 공유에 속한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제10조 제1항). ② (X) : 구분소유권의 목적이 되는 건물부분과 부속의 건물은 규약으로써 공용부분으로 정할 수 있다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제3조 제2항). ③ (O) : “전유부분”이라 함은 구분소유권의 목적인 건물부분을 말한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제2조 제2호). 구분건물이 되기 위하여는 객관적·물리적인 측면에서 구분건물이 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시, 즉 구분행위가 있어야 하는 것으로서, 소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축부분이 구조상·이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다(대판 1999.7.27, 98다35020). ④ (X) : 각 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 면적의 비율에 의한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제12조 제1항). ⑤ (X) : 공유자의 공용부분에 대한 지분은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르고, 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 공용부분에 대한 지분을 처분할 수 없다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제13조 제1항·제2항).

【문 70】 취득시효에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개 인가? (다툼이 있으면 판례에 의함)  
<감평사 제18회 2007년>

- ㉠ 1필의 토지의 일부에 대해서는 점유취득시효가 인정되지 않는다.
- ㉡ 점유취득시효에 있어서 점유매개관계가 있는 경우 소유권을 취득하는 자는 직접점유자가 아니고 간접점유자이다.
- ㉢ 취득시효기간의 만료로 점유자가 소유권이전등기청구권을 취득하였다면 그 후 부동산에 대한 점유가 중단되었다 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 없는 한 소유권이전등기청구권은 소멸하지 않는다.
- ㉣ 계속되고 표현된 것이 아닌 지역권에 대해서도 취득시효가 인정된다.
- ㉤ 취소권과 저장권도 취득시효의 대상이 된다.

- ① 1개                      ② 2개                      ③ 3개                      ④ 4개                      ⑤ 5개

□정답□ ②

【해설】 ㉠ (X) : 일필의 토지의 일부에 대한 시효취득도 인정된다. 다만 이를 인정하기 위하여는 그 부분이 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표가 계속하여 존재할 것을 요한다(대판 1997.3.11, 96다37428 등). ㉡ (O) : 취득시효의 요건인 점유는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함하는 것이고, 점유매개관계는 법률의 규정·국가행위 등에 의해서도 발생하는 것이다(대판 1998.2.24, 96다8888). 따라서 제3자를 점유매개자로 하여 농지를 간접적으로 점유하여 온 자는 비록 그가 농민이 아니라고 하더라도 농지를 시효취득할 수 있다(대판 1998.2.24, 97다49053 등). ㉢ (O) : 원래 취득시효제도는 일정한 기간 점유를 계속한 자를 보호하여 그에게 실체법상의 권리를 부여하는 제도이므로, 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공인하게 점유한 자는 민법 제245조 제1항에 의하여 점유부동산에 관하여 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 취득하게 되며, 점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니한다(대판 전합 1995.3.28, 93다47745 등). ㉣ (X) : 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 취득시효가 인정된다(제294조). 따라서 비계속·비표현의 지역권에 대해서는 취득시효가 인정되지 아니

한다. ㉔ (X) : 취소권·해제권·환매권 등의 형성권은 한 번 행사하면 소멸하는 권리이므로 취득시효의 대상이 될 수 없고, 또 저당권은 점유를 수반하지 않는 물권이므로 취득시효의 대상이 될 수 없다.

【문 71】 甲명의로 등기되어 있는 X토지에 대해 乙이 점유취득시효의 요건을 모두 갖추었다. 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 乙은 甲에게 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 청구권의 법적 성질은 채권적 청구권이다.
- ② 甲이 취득시효가 완성된 사실을 알고 X토지를 제3자 丙에게 양도하고 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 乙에 대한 소유권이전등기의무를 이행불능에 빠지게 한 경우, 甲은 乙에게 불법행위책임을 진다.
- ③ 乙이 소유권이전등기를 하기 전에 甲이 X토지를 제3자 丙에게 양도하고 이전등기를 해 준 경우, 乙은 甲에게 채무불이행책임을 물을 수 없다.
- ④ 乙이 소유권이전등기를 하기 전에 甲이 X토지를 제3자 丙에게 양도하고 이전등기를 해 준 경우, 丙이 乙의 취득시효사실을 알면서 소유권을 취득하였다더라도 특별한 사정이 없는 한 甲의 乙에 대한 소유권이전등기의무를 丙이 승계하는 것은 아니다.
- ⑤ 乙이 소유권이전등기를 하기 전에 甲이 X토지를 제3자 丙에게 양도하고 이전등기를 해 준 경우, 丙이 乙의 취득시효사실을 알고서 X토지를 양도받은 경우라면 乙은 丙에게 시효취득을 주장할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 민법 제245조 제1항에 의하여 점유 부동산에 관하여 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 취득하게 되며(대판 전합 1995.3.28, 93다47745 등), 이 부동산에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로서, 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(대판 1995.12.5, 95다24241). ② (O) : 취득시효가 완성된 토지에 관한 소유자의 처분행위가 불법행위가 되기 위하여는 소유자가 시효취득사실을 알았거나 알 수 있어야 할 것이다(대판 1994.4.12, 93다60779 등). 따라서 부동산소유자가 취득시효가 완성된 사실을 알고 그 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠지게 되어 시효취득을 주장하는 자가 손해를 입었다면 불법행위를 구성한다고 할 것이고, 부동산을 취득한 제3자가 부동산소유자의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효라고 할 것이다(대판 2002.3.15, 2001다77352·77369 등). ③ (O) : 부동산점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로, 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행책임을 물을 수 없다(대판 1995.7.11, 94다4509). ④ (O) : 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무를 부담하는 자는 취득시효기간 완성 당시의 소유자이고, 취득시효 완성사실을 알면서 소유자로부터 그 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 자라고 하더라도, 소유자와의 사이에서 소유자의 소유권이전등기의무를 인수하여 이행하기로 묵시적 또는 명시적으로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 위의 의무를 승계한다고 볼 수는 없다(대판 1994.4.12, 93다50666·50673). ⑤ (X) : 취득시효 완성에 의한 등기를 하기 전에 먼저 소유권이전등기를 경로하여 부동산소유권을 취득한 제3자에 대하여는 그 제3자 명의의 등기가 무효가 아닌 한 그 시효취득을 주장할 수 없다(대판 1992.9.25, 92다21258 등).

【문 72】 등기부취득시효에 관한 설명으로 틀린 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>



비로소 구분소유권이 성립된다(대판 1999.7.27, 98다35020). ③ (X) : 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로는 그 요건을 충족할 수 없다(대판 1978.1.17, 77다1872 ; 대판 1964.5.5, 63다775). ④ (X) : 부합의 경우에 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다(제261조). ⑤ (X) : 예고등기는 등기원인의 무효나 취소로 인한 등기의 말소 또는 회복의 소가 제기된 경우(패소한 원고가 재심의 소를 제기한 경우를 포함한다)에 한다. 그러나 그 무효나 취소로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(부동산등기법 제4조).

【문 74】 부합 등의 법률관계에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2007년 제44회>

- ① 甲은 자기 소유의 대지와 그 지상의 2층건물에 대해 乙에게 근저당권을 설정해 준 후 위 건물에 3층부분을 증축하고, 2층부분은 점포로 그리고 3층부분은 주택으로 이용하고 있다. 만일 乙이 대지와 3층건물 전체에 대해 경매를 청구하였다면 3층부분의 매각대금에 대해서는 우선변제권이 없다.
- ② 甲은 자기 소유의 토지를 乙에게 임대하였고, 丙은 乙의 승낙을 받았지만 甲의 승낙을 받지 않고 그 토지에 나무를 심었다면 丙은 甲에게 나무의 소유권을 주장할 수 없다.
- ③ 甲이 권원 없이 乙소유의 토지에 농작물을 경작한 경우, 그 소유권은 경작자인 甲에게 있지만 乙은 甲에게 부당이득반환 내지 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ 甲이 임차한 乙소유의 토지에서 경작한 쪽파를 수확하지 않은 채 丙에게 매도한 경우, 丙이 명인방범을 갖추면 그 쪽파의 소유권을 취득한다.
- ⑤ 甲이 권원 없이 乙소유의 토지에 잣나무를 식재한 후 잣을 수취한 경우 乙은 甲에게 잣에 대한 소유물반환을 청구할 수 없다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① ○ : 건물이 증축된 경우에 증축부분의 기존 건물에 부합 여부는 증축부분이 기존 건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다(대판 2002.5.10, 99다24256 등). 따라서 건물의 일부만이 구조상이나 이용상으로 다른 부분과 구분되는 독립성이 있으면 구분소유권의 객체로 될 수 있다 할 것인바, 건물의 증축부분이 기존 건물부분과 벽으로 구분되어 있고 기존 건물부분과 무관한 용도로 사용되고 있다면 구조상이나 이용상으로 독립되어 있어 구분소유권의 객체가 될 수 있다(대판 1996.8.20, 94다44705·44712). 즉 증축부분이 기존 건물의 구성부분이거나 이에 부합된 것이 아닌 별개의 건물이고 이를 구분건물로 할 의사였다면 구분소유권이 인정되므로, 기존 건물에 설정된 지당권의 효력이 별개의 건물인 증축부분에 미칠 수는 없다(대판 1999.7.27, 98다32540). ② ○ : 민법 제256조 단서 소정의 “권원”이라 함은 지상권·전세권·임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻하므로, 그와 같은 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음 없이 그 임차인의 승낙만을 받아 그 부동산 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다(대판 1989.7.11, 88다90067). ③ ○ : 타인 소유의 토지에 사용·수익의 권원 없이 농작물을 경작한 경우에, 그 농작물의 소유권은 경작한 사람에게 귀속된다(대판 1970.3.10, 70도82 ; 대판 1979.8.28, 79다784 등). 그러나 토지에 대한 권원 없는 악의점유자로서의 경작자는 물론(대판 1961.6.29, 4293민상704), 과실취득권이 인정되는 권원 없는 선의점유자로서의 경작자도 불법행위로 인한 손해배상책임이 있다(대판 1966.7.19, 66다994). 그리고 타인 소유물에 대한 권원 없는 악의점유자로서의 수익자의 부당이득금반환범위에 있어서 민법 제201조 제2항이 민법 제748조 제2항의 특칙이라거나 우선적으로 적용되는 관계를 이루는 것은 아니다(대판 2004.2.27, 2003다36799). 즉 타인 소유물을 권원 없이 점유함으로써 얻은 사용이익을 반환하는 경우 민법은 선의점유자를 보호하기 위하여 제201조 제1항을 두어 선의점유자에게 과실수취권을 인정함에 대하여, 이러한 보호의 필요성이 없는 악의점유자에 관하여는 민법 제201조 제2항을 두어 과실수취권이 인정되지 않는다는 취지를 규정하는 것으로 해석되는바, 따라서 악의수익자가 반환하여야 할 범위는 민법 제748조 제2항에 따라 정하여지는 결과 그는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 하며, 위 이자의 이행지체로 인한 지연손해금도 지급하여야 한다(대판 2003.11.14, 2001다61869). 다만 민법 제201조 제1항에 의하면 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다고 규정하고 있고, 한편 토지를 사용함으로써 얻는 이득은 그 토지로 인한 과실과 동시할 것이므로, 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 토지를 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 그 타인에게 반환할 의무는 없다(대판 1987.9.23, 86다

카1996-1997 ; 대판 1981.9.22, 81다233 등). ④ ○ : 물권변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법 하에서는 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산에 있어서는 등기를, 동산에 있어서는 인도를 필요로 함과 마찬가지로, 쪽파와 같은 수확되지 아니한 농작물에 있어서는 명인방법을 실시함으로써 그 소유권을 취득한다. 따라서 쪽파의 매수인이 명인방법을 갖추지 않은 경우, 쪽파에 대한 소유권을 취득하였다고 볼 수 없고 그 소유권은 여전히 매도인에게 있다(대판 1996.2.23, 95도2754). ⑤ × : 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있다(대판 1998.4.24, 97도3425 ; 대판 1980.9.30, 80도1874 등).

【문 75】 물권적 청구권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제 19회 2008년>

- ① 불법점유를 이유로 한 건물명도청구를 하려면 현실적으로 불법점유하고 있는 사람을 상대로 하여야 하지만, 그렇지 않는 경우에는 간접점유자를 상대로 명도를 청구할 수 있다.
- ② 사기에 의해 물건을 인도한 자는 점유회수의 소를 제기할 수 없다.
- ③ 소유권을 양도한 前소유자는 제3자인 불법점유자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권에 의한 방해배제를 구할 수 있다.
- ④ 점유물방해제거청구권은 방해가 종료한 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는데, 그 기간은 출소기간으로 해석된다.
- ⑤ 인근의 소음으로 생활이익이 침해된 건물의 소유자는 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에 소유권에 기하여 소음피해의 제거청구나 예방을 위한 유지청구를 할 수 있다.

□정답□ ③

【해설】 ① (O) : 대판 1983.5.10, 81다187. ② (O) : 사기의 의사표시에 의해 건물을 명도해 준 것이라면 건물의 점유를 침탈당한 것이 아니므로 피해자는 점유회수의 소권을 가진다고 할 수 없다(대판 1992.2.28, 91다17443). ③ (X) : ② 소유권에 기한 물상청구권을 소유권과 분리하여 소유권 없는 前소유자에게 유보하여 행사시킬 수 없는 것이므로, 소유권을 상실한 前소유자는 제3자인 불법점유자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권에 의한 방해배제를 구할 수 없다(대판 1980.9.9, 80다7 ; 대판 전합 1969.5.27 68다725). ④ (O) : 민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해를 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로 일정한 기간을 지난 후에는 원상회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판외에서 권리행사를 하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다(대판 2002.4.26, 2001다8097). ⑤ (O) : 건물의 소유자 또는 점유자가 인근의 소음으로 인하여 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘어서는 경우에 건물의 소유자 또는 점유자는 그 소유권 또는 점유권에 기하여 소음피해의 제거나 예방을 위한 유지청구를 할 수 있다(대판 2007.6.15, 2004다37904·37911).

【문 76】 共有에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 재판에 의한 공유물의 분할을 청구하는 공유자는 그 나머지 공유자 전원을 피고로 하여야 한다.
- ② 공유토지에 관하여 과반수 지분을 가진 자는 공유자 사이에 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없더라도, 그 자신이 공유토지의 특정부분을 배타적으로 사용·수익할 것을 정할 수 있다.
- ③ 현물분할의 판결이 확정되면 분할된 부동산의 각각에 대하여 등기가 없더라도 단독소유권이 인정된다.
- ④ 제3자 명의의 원인무효등기가 경료된 경우에 공유자 각자는 그 등기 전부의 말소를 청구할 수 있다.
- ⑤ 위 ②의 경우에 과반수 지분권자가 소수 지분권자에 대하여 임료 상당의 부당이득을 하고 있는 것은 아니다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① (O) : 공유물분할청구의 소는 필요적 공동소송이며, 공유자 전원이 소송당사자로 되어야 한다. 따라서 피고가 되는 자는 원고를 제외한 그 밖의 다른 공유자 전원이다. ② (O) : 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수 지분의 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수 지분의 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다고 할 것이므로, 과반수 지분의 공유자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자에 대하여 소수 지분의 공유자는 그 점유자가 사용·수익하는 건물의 철거나 퇴거 등 점유배제를 구할 수 없다(대판 2002.5.14. 2002다9738). ③ (O) : 공유물분할판결은 형성판결이므로 민법 제187조에 의해 등기 없이도 물권변동의 효과가 생긴다. 따라서 법원은 각 공유자의 지분 비율에 따라 공유물을 현물 그대로 수 개의 물건으로 분할하고 분할된 물건에 대하여 각 공유자의 단독소유권을 인정하는 판결을 하여야 한다(대판 2004.7.22, 2004다0183·10190 등). ④ (O) : 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다(대판 1993.5.11, 92다52870 ; 대판 1996.2.9, 94다61649). ⑤ (X) : 과반수 지분의 공유자는 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관하여 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로 과반수 지분의 공유자는 그 공유물의 관리방법으로서 그 공유토지의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용·수익할 수 있으나, 그로 말미암아 지분은 있으나 그 특정 부분의 사용·수익을 전혀 하지 못하여 손해를 입고 있는 소수 지분권자에 대하여 그 지분에 상응하는 임료 상당의 부당이득을 하고 있다 할 것이므로 이를 반환할 의무가 있다 할 것이나, 그 과반수 지분의 공유자로부터 다시 그 특정 부분의 사용·수익을 허락받은 제3자의 점유는 다수지분권자의 공유물관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 그 제3자는 소수 지분권자에 대하여도 그 점유로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻고 있다고는 볼 수 없다(대판 2002.5.14. 2002다9738 등).

【문 77】 특정건물을 甲·乙·丙이 공유하고 있는 경우의 법률관계에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2007년 제44회>

- ① 甲·乙·丙 사이에 지분처분금지의 특약이 있더라도 甲으로부터 지분을 양수한 A는 乙과 丙에 대하여 자기가 공유자임을 주장할 수 있다.
- ② 甲·乙·丙의 지분이 불명한 경우에 甲이 그 건물을 배타적으로 사용·수익하고 있다면 乙이나 丙은 보존행위로서 그 건물의 인도를 청구할 수 있다.
- ③ 甲이 과반수의 지분을 가지는 경우에 단독으로 그 건물을 B에게 임대할 수 있고, B는 乙이나 丙의 방해제거청구에 대항할 수 있다.
- ④ 위 ③의 경우에 甲이 B로부터 받은 차임에 관하여 乙이나 丙은 지분의 범위 내에서 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.
- ⑤ 그 건물이 C소유의 토지에 무단으로 신축된 것이라면 C는 그 건물의 철거를 구하기 위하여 甲·乙·丙 전원을 상대로 하여야 하고 그들 중 일부에 대한 철거청구는 부적법하여 각하된다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① O : 공유자간에 지분처분금지특약을 하더라도 이는 채권적 효력을 가질 뿐이다(통설). 그리고 이 특약은 등기할 수 있는 방법이 없다. ② O : 지분을 소유하고 있는 공유자나 그 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자라고 할지라도 다른 공유자와의 협의 없이는 공유물을 배타적으로 점유하여 사용·수익할 수 없는 것이므로, 다른 공유권자는 자신이 소유하고 있는 지분이 과반수에 미달되더라도 공유물을 점유하고 있는 자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도나 명도를 청구할 수 있다(대판 전합 1994.3.22, 93다9392). ③ O : 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수 지분의 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수 지분의 공유자가 그 공유물의 특정부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다고 할 것이므로, 과반수 지분의 공유자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자에 대하여 소수 지분의 공유자는 그 점유자가 사용·수익하는 건물의 철거나 퇴거 등 점유배제를 구할 수 없다(대판 2002.5.14, 2002다9738). ④ O : 과반수 지분의 공유자는 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관하여 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로 과반수 지분의 공유자는 그

공유물의 관리방법으로서 그 공유토지의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용·수익할 수 있으나, 그로 말미암아 지분은 있으며 그 특정부분의 사용·수익을 전혀 하지 못하여 손해를 입고 있는 소수 지분권자에 대하여 그 지분에 상응하는 임료 상당의 부당이득을 하고 있다 할 것이므로 이를 반환할 의무가 있다 할 것이나, 그 과반수 지분의 공유자로부터 다시 그 특정부분의 사용·수익을 허락받은 제3자의 점유는 다수 지분권자의 공유물 관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 그 제3자는 소수지분권자에 대하여도 그 점유로 인하여 법률상 원인 없이 이득을 얻고 있다고는 볼 수 없다(대판 2002.5.14, 2002다9738). ⑤ × : 공유물의 철거에 관한 소송은 필요적 공동소송이 아니므로 공유자 각자에 대하여 그의 지분권의 한도 내에서 인도 또는 철거를 청구할 수 있다(대판 1969.7.22, 69다609 ; 대판 1980.6.24, 80다756 등).

【문 78】 공동소유에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 부동산에 관하여 과반수의 지분을 가진 자는 다른 공유자와 협의가 없더라도 공유물의 관리에 관한사항을 단독으로 결정할 수 있다.
- ② 공유물분할방법으로 공유물을 공유자 중 1인의 단독소유로 하고 그로 하여금 다른 공유자에게 그 지분의 가격을 배상시키는 방법은 허용되지 않는다.
- ③ 공유물에 대한 소수의 지분권자는 그 공유물을 배타적으로 점유하는 다른 소수 지분권자를 상대로 자신에게 공유물을 반환할 것을 청구할 수 없다.
- ④ 합유자가 사망한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 한 그 상속인이 합유지분을 상속한다.
- ⑤ 법인 아닌 사단의 실질을 가진 교회가 사실상 분열된 경우 교회재산은 분열된 교회의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속된다.

□정답□ ①

[해설] ① (O) : 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수 지분의 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수 지분의 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다고 할 것이므로, 과반수 지분의 공유자로부터 사용·수익을 허락받은 점유자에 대하여 소수 지분의 공유자는 그 점유자가 사용·수익하는 건물의 철거나 퇴거 등 점유배제를 구할 수 없다(대판 2002.5.14, 2002다9738). ② (X) : 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치·분할방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다(대판 2004.10.14, 2004다30583). ③ (X) : 지분을 소유하고 있는 공유자나 그 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자라고 할지라도 다른 공유자와의 협의 없이는 공유물을 배타적으로 점유하여 사용·수익할 수 없는 것이므로, 다른 공유권자는 자신이 소유하고 있는 지분이 과반수에 미달되더라도 공유물을 점유하고 있는 자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도나 명도를 청구할 수 있다(대판 전합 1994.3.22, 93다9392). ④ (X) : 부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로, 해당 부동산은 잔존 합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존 합유자의 합유로 귀속되고 잔존 합유자가 1인인 경우에는 잔존 합유자의 단독소유로 귀속된다(대판 1994.2.25, 93다39225). ⑤ (X) : 교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익할 것인데, 일부 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실하게 되면 종전 교회는 잔존 교인들을 구성원으로 하여 실체의 동일성을 유지하면서 존속하며 종전 교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속됨이 원칙이다(대판 2007.12.27, 2007다17062 ; 대판 전합 2006.4.20, 2004다37775).

【문 79】 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』에 관하여 다음 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 3자간의 명의신탁에서 명의신탁약정뿐만 아니라, 부동산취득의 원인계약인 선의의 前소유자와 명의신탁자 사이에 매매계약도 무효로 된다.

- ② 종중에 대한 명의신탁의 유효성은 무제한적으로 인정된다.
- ③ 3자간의 명의신탁에서 前소유자는 명의수탁자에 대하여 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있지만, 명의신탁자는 前소유자를 대위하더라도 그러한 청구를 할 수 없다.
- ④ 등기나 등록에 의하여 공시되는 동산물권에 있어서는 명의신탁이 원칙적으로 허용된다.
- ⑤ 부동산의 명의신탁은 신탁자와 수탁자의 합의만으로 성립하며, 수탁자 명의로의 등기는 요하지 않는다.

□정답□ ④

[해설] ① (X)·③ (X) : 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』에 의하면, 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 같은 법에서 정한 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로, 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 한편 같은 법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 유예기간 경과 후로도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다(대판 2002.3.15, 2001다61654 ; 대판 1999.9.17, 99다21738). ② (X) : 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중(종중과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함한다) 외의 자의 명의로 등기한 경우로서 조세포탈·강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조 내지 제7조 및 제12조 제1항·제2항의 규정을 적용하지 아니한다(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 제1호). ④ (O)·⑤ (X) : 명의신탁약정이란 부동산에 관한 소유권 기타 물권(즉 부동산에 관한 물권)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(즉 실권리자)가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우를 포함)을 말한다(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제2조 제1호). 따라서 종래 판례상 인정되었던 등기·등록에 의하여 공시되는 동산, 즉 선박(대판 1988.11.8, 87다카2188)·자동차(대판 1996.6.25, 96다12009)·중기나 건설기계(대판 2007.1.11, 2006도4498) 등의 명의신탁은 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』상 금지되는 명의신탁에 포함되지 아니한다. 다만 일반적인 동산은 공부상 그 소유관계가 공시될 수 없기 때문에 그에 대한 명의신탁이 성립할 여지가 없다(대판 1994.10.11, 94다16175).

【문 80】 甲은 2007년 3월 5일 자기 소유의 X 토지를 乙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 그런데 乙은 재산상황을 은폐하기 위하여 X 토지에 대한 소유권이전등기를 친척인 丙 명의로 하기로 미리 丙의 양해를 얻어 두었다. 乙은 甲에게 매매대금의 지급을 완제한 후 소유권이전등기를 丙 명의로 해 줄 것을 부탁하였고, 甲은 그 부탁대로 丙에게 소유권이전등기를 해 주었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <변시 2008년 제45회>

- ① 乙과 丙 사이에는 명의신탁약정이 있는 것으로 볼 수 있고, 이러한 약정은 무효가 된다.
- ② 甲으로부터 丙으로의 소유권이전등기는 무효이므로, X 토지에 대한 소유권자는 여전히 甲이다.
- ③ 甲으로부터 丙으로의 소유권이전등기는 무효이므로, 乙은 甲에 대하여 매매대금의 반환을 청구할 수 있다.
- ④ 乙은 甲을 대위하여 丙 명의의 소유권이전등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다.
- ⑤ 丙이 X 토지를 丁에게 팔고 그 소유권이전등기도 경료해 주었다면, 丁은 선의·악의를 불문하고 보호를 받을 수 있다.

□정답□ ③

[해설] 본 문제는 중간생략형(3자간) 등기명의신탁에 관한 사례이다. ① O : 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』 제4조 제1항. ② O : 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다(부동산실명법 제4조 제2항 본문). 따라서 수탁자명의로 등기되었더라도 명의수탁자는 소유권을 취득하지 못하고, 여전히 소유권은 매도인이 보유하게 된다(대판 2002.3.15, 2001다61654 참조). ③ X : 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』에 의하면, 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되나, 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하므로 그 매매계약은 유효하다(대판 2004.6.25, 2004다6764 등 참조). 따라서 명의신탁자가 매도인에 대하여 매매대금의 반환을 구하는 것은 신의칙상 허용되지 아니한다(대판 2002.3.15, 2001다61654 참조). ④ O : 『부동산 실권리자명의 등기

에 관한 법률』에 의하면, 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되고, 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로, 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 한편 같은 법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다(대판 2002.3.15, 2001다61654 ; 대판 1999.9.17, 99다21738 등). ⑤ O : 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산의 물권변동은 무효로 되나, 그 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(부동산실명법 제4조 제3항). 여기에서 말하는 제3자라 함은 명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다고 할 것이고(대판 2004.8.30, 2002다48771), 그 제3자의 선의·악의는 묻지 아니한다.

【문 81】 甲은 乙과 乙명의로 丙의 부동산을 매수한 뒤 甲의 요청이 있으면 매수부동산의 소유권을 甲에게 이전시켜 주기로 합의한 다음, 매수자금 2억원을 乙에게 지급하였다. 乙은 그 돈으로 丙의 부동산을 매수한 뒤 丙으로부터 소유권이전등기를 경료받았다. 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 甲·乙 사이의 계약은 명의신탁계약으로서 무효이다.
- ② 丙이 甲·乙 사이에 명의신탁약정이 있었다는 사실을 알지 못한 경우에는 乙·丙간의 매매계약은 유효하고, 乙은 부동산의 소유권을 취득한다.
- ③ 丙이 선의인 경우에는 乙은 甲에게 매매대금 2억원을 반환할 의무가 있다.
- ④ 丙이 선의인 경우에 乙이 부동산의 소유권을 甲에게 이전해 주었다면 대물변제로서 甲은 그 소유권을 취득할 수 있다.
- ⑤ 乙이 甲의 지시로 甲과 명의신탁계약을 체결한 丁명의로 소유권이전등기를 경료해 주면, 甲은 丁에게 소유권이전등기청구권을 가진다.

□정답□ ⑤

【해설】 본 문제는 계약명의신탁에 관한 사례이다. ① (O) : 명의신탁약정은 무효로 한다(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항). ② (O) : 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』 제4조 제1항·제2항의 규정에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁약정을 맺고, 이에 따라 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권변동 자체는 유효한 것으로 취급되어 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 된다(대판 2002.12.26, 2000다21123 ; 대판 2000.3.24, 98도4347 등). ③ (O)·④ (O) : 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』 제4조 제1항·제2항에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐이라 할 것인데, 그 계약명의신탁약정이 『부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률』 시행 후인 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득하였다고 할 것이다(대판 2005.1.28, 2002다66922). 이 경우, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 합의로 매수자금 대신 부동산 자체를 대물변제할 수 있다. ⑤ (X) : 명의신탁약정의 무효 및 그로 인한 물권변동의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항).

【문 82】 지상권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 지상권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존하고 있으면 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있으며, 지상권설정자는 이를 거절할 수 없다.

- ② 토지소유자는 법정지상권이 성립한 후에 증축된 건물부분에 대하여 그 철거를 청구할 수 없다.
- ③ 구분지상권에 의하여 소유할 수 있는 목적물에는 일반지상권과 달리 수목은 포함되지 않는다.
- ④ 당사자가 계약으로 지상권의 존속기간을 약정하지 않아도 지상권은 유효하게 성립할 수 있다.
- ⑤ 지상권자가 2년 이상의 지료지급을 지체한 경우, 지상권설정자는 지료지급이 지체되었음을 이유로 지상권의 소멸을 청구할 수 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다(제283조 제1항). 이 지상권자의 갱신청구권의 성질은 형성권이 아니라 청구권, 즉 행사 당시의 토지소유자에게 계약갱신의 의사표시를 요구하는 권리이다. 따라서 지상권자의 갱신청구로 곧 계약갱신의 효과가 발생하지는 않으며, 지상권설정자가 갱신청구에 응하여 갱신계약을 체결함으로써 갱신의 효과가 생긴다. 만약 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때, 즉 갱신청구를 거절한 경우에는 지상권자는 상당한 가액으로 그 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다(제283조 제2항). 이 지상권자의 지상물매수청구권은 형성권이다. ② (O) : 관습법상의 법정지상권이 성립된 토지에 대하여는 법정지상권자가 건물의 유지 및 사용에 필요한 범위를 벗어나지 않은 한 그 토지를 자유로이 사용할 수 있는 것이므로, 지상건물이 법정지상권이 성립한 이후에 증축되었다 하더라도 그 건물이 관습법상의 법정지상권이 성립하여 법정지상권자에게 점유·사용할 권한이 있는 토지 위에 있는 이상 이를 철거할 의무는 없다(대판 1995.7.28, 95다9075). ③ (O) : 지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 “건물 기타 공작물”을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다(제289조의2 제1항 전문). 즉 구분지상권은 건물 기타 공작물을 소유하기 위해서만 설정될 수 있고, 일반지상권과는 달리 수목의 소유를 목적으로 구분지상권을 설정할 수는 없다. ④ (O) : 계약으로 지상권의 존속기간을 정하지 아니한 때에는 지상물의 종류와 구조에 따라 민법 제280조에 정한 최단존속기간을 그 지상권의 존속기간으로 한다(제281조 제1항). 그러나 지상권설정 당시에 공작물(지상물이 수목인 때에는 그 존속기간은 언제나 30년 이므로 수목은 제외)의 종류와 구조를 정하지 않은 경우에는 그 지상권의 존속기간은 15년이다(제281조 제2항). ⑤ (O) : 민법 제287조.

【문 83】 관습법상의 법정지상권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)  
 <감평사 제19회 2008년>

- ① 관습법상의 법정지상권이 성립하려면 토지와 건물의 소유권이 분리될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였어야 한다.
- ② 적법하게 명의신탁된 토지 위에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우, 수탁자는 토지에 대하여 관습법상의 법정지상권을 취득하지 못한다.
- ③ 관습법상의 법정지상권은 관습법에 의하여 성립하는 것이므로 등기 없이도 취득한다.
- ④ 관습법상의 법정지상권을 취득한 자는 이를 취득할 당시의 토지소유자에게는 등기 없이도 그 지상권을 주장할 수 있지만, 토지소유자로부터 소유권을 양수한 제3자에게는 등기를 하여야만 그 지상권을 주장할 수 있다.
- ⑤ 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 양도받기로 한 자에 대하여 토지소유자가 건물철거 및 대지의 인도를 구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 관습법상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 토지와 건물 중 어느 하나가 처분될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였으면 족하고 원시적으로 동일인의 소유였을 필요는 없다(대판 1995.7.28, 95다9075 등). ② (O) : 명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우, 수탁자가 관습상의 법정지상권을 취득하는지 여부(소극) : 토지소유권을 명의신탁하면서 수탁자의 임의처분을 방지하기 위해 신탁자 명의의 소유권이전등기청구권 보전의 가등기를 함께 경료해 둔 후 수탁자가 위 명의신탁 중 동 토지상에 건물을 신축하고 그 후 명의신탁이 해지되어 소유권회복의 방법으로 신탁자 명의로 위 가등기에 기한 본등기가 경료된 경우, 위 명의수탁자는 신탁자와의 대내적 관계에 있어서 그 토지가 자기 소유에 속하는 것이었다고 주장할 수 없고, 따라서 위 건물은 어디까지나 명의신탁자 소유의 토지 위에 지은 것이라 할 것이므로 그 후 소유 명의가 신탁자 명의로 회복될 당시 위 수탁자가 신탁자들에 대하여 지상건물의 소유를 위한 관습상의 지상권을 취득하였다고 주장할 수 없다(대판 1986.5.27, 86다카62). ③ (O) · ④ (X) : 관습상의 지상권은 법률행위로 인한 물권의 취득이 아니고 관습법에 의한 부동산물권의 취득이므로

등기를 필요로 하지 아니하고 지상권취득의 효력이 발생하고, 이 관습상의 법정지상권은 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 토지소유자나 이로부터 소유권을 전득한 제3자에게 대하여도 등기 없이 위 지상권을 주장할 수 있다(대판 1988.9.27, 87다카279 ; 대판 전합 1965.9.23, 65다1222 등). ⑤ (O) : 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 양도받기로 한 사람에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거 및 대지의 인도를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다(대판 1988.9.27, 87다카279 등).

【문 84】 다음 사안 중 乙 또는 丙이 관습법상 법정지상권을 취득하는 경우는? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 乙은 甲의 소유인 대지와 그 지상건물 중 건물만을 양수하여 소유권이전등기를 하면서 甲과의 사이에 대지에 대한 임대차계약을 체결한 경우, 乙은 관습법상의 법정지상권을 취득한다.
- ② 乙은 甲의 승낙하에 甲소유 토지에 건물을 신축하였고, 그 후 신축된 건물을 丙이 취득한 경우, 丙은 관습법상 법정지상권을 취득한다.
- ③ 乙은 甲과 공유하는 대지 위해 乙 단독으로 건물을 소유하고 있던 중, 甲과 합의하여 공유물을 분할한 결과 그 건물부지의 일부가 甲의 단독소유로 된 경우, 乙은 건물 중 甲의 대지 위에 있는 부분에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득한다.
- ④ 甲이 건물에 관하여 관습법상 법정지상권을 취득하였으나 등기가 경료되지 않은 상태에서 乙에게 위 건물을 매도한 경우, 乙은 관습법상 법정지상권을 취득한다.
- ⑤ 甲이 乙로부터 대지를 매수하여 소유권이전등기를 경료하지 아니한 채 그 지상에 건물을 신축하였는데, 그 후 건물에 관한 통상의 강제경매절차에서 丙이 그 건물을 낙찰받은 경우, 丙은 건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다.

□정답□ ③

【해설】 ① (X) : 대지와 건물의 소유자가 건물만을 양도하고 동 양수인과 대지에 대하여 임대차계약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 동 양수인은 본건 대지에 관한 관습상의 법정지상권을 포기하였다고 볼 것이다(대판 1991.5.14, 91다1912 ; 대판 1968.1.31, 67다2007). ② (X) : 토지와 그 위의 건물의 소유자가 각기 달리고 있던 중 토지 또는 건물만이 경매 기타 원인으로 다시 다른 사람에게 소유권이 이전된 경우에는 관습에 의한 법정지상권을 인정할 수 없다(대판 1988.9.27, 88다카4017). ③ (O) : 공유자간에 그 중 1인 또는 수인 소유의 건물이 있는 “공유대지를 분할”하여 각기 단독소유로 귀속케 한 결과 그 대지와 지상건물이 소유자를 달리하게 된 경우에 건물소유자는 그 건물부분을 철거한다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 건물의 부지와 아울러 건물의 유지 및 사용에 필요한 범위 내에서 인접 토지에 대하여 관습에 의한 지상권을 취득한다(대판 1974.2.12, 73다353). ④ (X) : 관습상 법정지상권이 붙은 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우에는 법정지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서는 건물의 소유권을 취득한 사실만 가지고는 법정지상권을 취득하였다고 할 수 없어 대지소유자에게 지상권을 주장할 수 없고, 그 법정지상권은 여전히 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있다고 보아야 한다(대판 1995.4.11, 94다39925). ⑤ (X) : 토지를 매수하여 사실상 처분권한을 가지는 자가 그 지상에 건물을 신축하여 건물의 소유권을 취득하였다고 하더라도 토지에 관한 소유권을 취득하지 아니한 이상 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다고 할 수는 없는 것이므로 이러한 상태의 건물에 관하여 강제경매절차에 의하여 그 소유권자가 다르게 되었다고 하여 건물을 위한 관습상의 법정지상권이 성립하는 것은 아니다(대판 1994.4.12, 93다56053).

【문 85】 지역권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 요역지가 공유관계에 있는 경우 공유자 1인이 지역권을 시효로 취득한 때에는 다른 공유자도 지역권을 취득한다.
- ② 지역권은 요역지와 분리하여 처분할 수 없다.
- ③ 乙이 甲소유 토지의 일부를 평온·공연하게 20년 이상 통행하고 있다면, 스스로 통로를 개설하지 않았더라도 통행지역권을 시효취득한다.
- ④ 도자기 생산업자가 도자기를 만들기 위해 이웃 토지의 토사를 채취할 목적의 지역권을 취득할

수 없다.

- ⑤ 지역권을 취득한 甲이 乙에게 요역지를 처분하여 소유권이전등기를 마치면 특별한 사정이 없는 한 지역권의 이전등기가 없더라도 지역권이전의 효력이 생긴다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 공유자 1인이 지역권을 취득한 때(예컨대 공유자 중 1인이 지역권을 시효취득한 경우)에는 다른 공유자도 이를 취득한다(제295조 제1항). ② (O) : 지역권은 요역지와 분리하여 양도하거나 다른 권리의 목적으로 하지 못한다(제292조 제2항). ③ (X) : 민법 제294조는 “지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 민법 제245조의 규정을 준용한다”고 규정하고 있으므로, 요역지의 소유자가 승역지에 통로(도로)를 개설(설치)하여 그 통로를 사용하는 상태가 민법 제254조에 규정된 기간 계속된 경우에 한하여 통행지역권의 시효취득을 인정할 수 있다(대판 2001.2.27, 2000다28728 ; 대판 1995.6.13, 95다1088). ④ (O) : 요역지의 편익에 이용한다는 것은 요역지의 사용가치를 증대케 하는 것을 의미한다. 따라서 요역지에 거주하는 사람의 개인적인 이익(예컨대 동물학자의 곤충채집·도자기공의 토사채취·화가의 회화제작 등)을 위하여서는 지역권을 설정하지 못한다. ⑤ (O) : 지역권은 요역지의 소유권에 대하여 수반성을 가진다. 따라서 요역지의 소유권이 이전되거나 또는 다른 권리의 목적이 되는 때에는 지역권도 이와 법률적 운명을 같이한다(제292조 제1항 본문). 지역권의 이전만을 목적으로 하는 특별한 의사표시(물권행위)는 필요로 하지 않는다. 다만 이러한 수반성은 설정행위로 배제할 수 있다(제292조 제1항 단서).

【문 86】 다음 중 전세권자에게 인정되는 권리 또는 그에게 부과되는 의무로 볼 수 없는 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 경매청구권
- ② 통상의 필요비상환청구권
- ③ 원상회복의무
- ④ 부속물매수청구권
- ⑤ 전세권의 소멸통고

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권자는 민사집행법의 정한 바에 의하여 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있다(제318조). ② (X) : 전세권자는 목적물의 현상을 유지하고 그 통상의 관리에 속한 수선을 하여야 한다(제309조). 따라서 전세권자는 목적부동산의 통상적 유지 및 관리를 위하여 필요비를 지출한 경우에도 그 비용의 상환을 청구하지 못한다. ③ (O) : 전세권이 그 존속기간의 만료로 인하여 소멸한 때에는 전세권자는 그 목적물을 원상에 회복하여야 하며 그 목적물에 부속시킨 물건은 수거할 수 있다(제316조 제1항 본문). ④ (O) : 제316조 제1항의 경우에 그 부속물건이 전세권설정자의 동의를 얻어 부속시킨 것인 때에는 전세권자는 전세권설정자에 대하여 그 부속물건의 매수를 청구할 수 있다. 그 부속물건이 전세권설정자로부터 매수한 것인 때에도 같다(제316조 제2항). ⑤ (O) : 전세권의 존속기간을 약정하지 아니한 때에는 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다(제313조).

【문 87】 전세권에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 전세권은 저당권의 목적이 된다.
- ② 전세권의 법정갱신은 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 변동으로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 않지만, 전세권자가 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에게 그 권리를 주장하기 위해서는 등기를 하여야 한다.
- ③ 전세권자는 설정행위로 금지하지 않는 이상 전세권을 양도하거나 전전세할 수 있다.
- ④ 특별한 사정이 없는 한, 전세권자는 전세기간 중 전세보증금채권을 전세권과 분리하여 양도할 수 없다.
- ⑤ 존속기간을 약정하지 않은 전세권은 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고, 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 지상권·전세권을 목적으로 한 저당권도 설정할 수 있다(제371조). ② (X) : 전세권의 법정갱신

(민법 제312조 제4항)은 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고, 전세권자는 그 등기 없이도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대하여 그 권리를 주장할 수 있다(대판 1989.7.11, 88다카21029). ③ (O) : 전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간 내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다. 그러나 설정행위로 이를 금지한 때에는 그러하지 아니하다(제306조). ④ (O) : 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 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002.8.23, 2001다69122). ⑤ (O) : 민법 제313조.

【문 88】 전세권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 건물의 일부에 대하여만 전세권이 설정된 경우라도 전세권자는 건물 전부에 대하여 후순위권리자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다.
- ② 전세권의 존속 중이라도 장래 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환청구권이 발생하는 것을 조건으로 한 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있다.
- ③ 타인의 토지에 있는 건물에 전세권을 설정해 준 자는 전세권자의 동의 없이 그 건물의 소유를 목적으로 하는 자신의 지상권을 소멸시키지 못한다.
- ④ 전세금액은 필요적 등기사항으로서, 등기된 금액에 대하여는 제3자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 1번 저당권이 설정된 후 전세권이 설정되고 그 후 2번 저당권이 설정된 경우, 2번 저당권자가 경매를 신청하여 전세목적물이 매각되었다면 전세권은 소멸하지 않는다.

□정답□ ⑤

□해설□ ① (O) : 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우 그 전세권자는 민법 제303조 제1항의 규정에 의하여 그 건물 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다(대결 2001.7.2, 2001마212 등). ② (O) : 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002.8.23, 2001다69122). ③ (O) : 타인의 토지에 있는 건물에 전세권을 설정한 때에는 전세권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권에 미치고, 이 경우에 전세권설정자는 전세권자의 동의 없이 지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다(제304조). ④ (O) : 전세금의 지급은 전세권의 요소이며(제303조 제1항 참조), 이 전세금은 등기해야 하며(부동산등기법 제139조 제1항 본문), 등기된 액에 한하여 제3자에게 대항할 수 있다. ⑤ (X) : 저당권과 전세권이 경합하는 경우에는 어느 것이 먼저 성립했는지에 따라 다르다. 즉 선전세권설정과 후저당권설정의 경우에, 전세권자가 경매를 신청하면 양자 모두 소멸하고, 배당순위는 설정등기의 선후에 의한다(제303조·제356조, 민사집행법 제145조, 부동산등기법 제5조·제6조 참조). 그러나 저당권자가 경매를 신청하면 전세권은 소멸하지 않는다(민사집행법 제91조 제4항 본문). 다만 전세권자는 배당요구를 할 수 있고(민사집행법 88조 제1항), 그 때에는 전세권은 매각으로 소멸한다(민사집행법 제91조 제4항). 한편 선저당권설정과 후전세권설정의 경우에는, 저당권자나 전세권자의 어느 쪽이 경매를 신청하든 양자 모두 소멸하고, 배당순위는 설정등기의 선후에 의하게 된다. 주의할 것은 전세권이 저당권의 실행에 의하여 소멸되느냐 여부는, 경매를 신청한 저당권이 최후순위라 하더라도 그 부동산 위의 최선순위의 저당권과의 사이의 우열로 정하여진다는 점이다(대판 1999.4.23, 98다32939 등).

【문 89】 물상대위에 관한 설명으로 다음 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① “멸실·훼손 또는 공용징수”에 의하여 저당권이 소멸하거나 저당물의 가치가 감소된 경우에만 인정된다.

- ② 화재보험계약이라는 별도의 요건이 기재된 화재보험금청구권은 물상대위의 객체로 되지 못한다.
- ③ 압류는 반드시 저당권자에 의하여 행하여져야 한다.
- ④ 물상대위권의 행사는 늦어도 배당요구의 종기까지 하여야 하며, 그 후에는 물상대위권자로서의 우선변제권을 행사할 수 없다.
- ⑤ 물상대위권자의 압류 전에 보상금채권이 타인에게 이전되면, 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 질권은 질물의 멸실·훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있고, 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다(제342조). 이 민법 제342조는 권리질권·저당권에 준용된다(제355조·제370조). 즉 담보물권의 부종성은 유치권을 제외한 모든 담보물권에 인정된다. ② (X) : 물상대위의 객체는 담보물의 멸실·훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자나 저당권설정자가 받을 「금전 기타의 물건」이다. 예컨대 손해배상청구권·보험금지급청구권·손실보상금청구권·환지청구권 등이다. ③ (X) : 민법 제370조에 의하여 저당권에 준용되는 제342조 후문이 “저당권자가 물상대위권을 행사하기 위하여서는 저당권 설정자가 지급받을 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다”라고 규정한 취지는, 물상대위의 목적이 되는 금전 기타 물건의 특정성을 유지하여 제3자에게 불측의 손해를 입히지 아니하려는 데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자는 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사할 수 있다(대판 1996.7.12, 96다21058 등). ④ (O) : 민법 제370조·제342조에 의한 저당권자의 물상대위권의 행사는 민사집행법 제273조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하거나, 민사집행법 제247조에 의하여 배당요구를 하는 방법에 의하여 하는 것이고, 이는 늦어도 민사집행법 제247조 제1항 각 호 소정의 배당요구의 종기까지 하여야 하는 것으로 그 이후에는 물상대위권자로서의 우선변제권을 행사할 수 없다고 하여야 할 것인바, 물상대위권자로서의 권리행사의 방법과 시한을 위와 같이 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전하고 평등배당을 기대한 다른 일반 채권자의 신뢰를 보호하는 등 제3자에게 불측의 손해를 입히지 아니함과 동시에 집행절차의 안정과 신속을 꾀하고자 함에 있다(대판 2003.3.28, 2002다13539 등). ⑤ (X) : 물상대위권자의 압류 전에 양도 또는 전부명령 등에 의하여 보상금채권이 타인에게 이전된 경우라도 보상금이 직접 지급되거나 보상금지급청구권에 관한 강제집행절차에 있어서 배당요구의 종기에 이르기 전에는 여전히 그 청구권에 대한 추급이 가능하다(대판 2000.6.23, 98다31899).

【문 90】 유치권에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 유치권에는 우선변제적 효력이 없으므로 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권에 충당할 수 없다.
- ② 대지임차인이 부속물매수청구권을 행사한 경우 부속물대금채권과 대지의 반환의무 사이에는 견련성이 인정되므로 대지에 대한 유치권을 주장할 수 있다.
- ③ 甲소유 건물을 임차하여 임차기간 중에 투하한 유익비상환청구권을 피담보채권으로 한 乙의 유치권이 성립되는 경우, 乙이 유치할 수 있는 효력의 범위는 위 건물뿐만 아니라 그 건물의 유지·사용에 필요한 범위에서 임차건물의 대지부분에도 미친다.
- ④ 임대차 종료시에 임차인이 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정하였다고 해도 그와 같은 약정은 무효이므로 임차인은 비용상환청구권이 있음을 전제로 유치권을 행사할 수 있다.
- ⑤ 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있는 경우에는 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 있으므로 건물에 대한 유치권을 행사할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (X) : 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(제323조 제1항 본문). ② (X) : 임차인의 부속물매수청구권은 그가 건물 기타 공작물을 임대차한 경우에 생기는 것(제646조)이므로, 토지임차인은 임차지상에 해 놓은 시설물에 대한 매수청구권으로서 임대인에게 임차물인

토지에 대한 유치권을 주장할 수 없다(대판 1977.12.13, 77다115). ③ (O) : 건물임차인이 건물에 관한 유익비상 환청구권에 터잡아 취득하게 되는 유치권은 임차건물의 유지사용에 필요한 범위 내에서 임차대지부분에도 그 효력이 미친다(대판 1980.10.14, 79다1170). ④ (X) : 건물의 임차인이 임대차관계 종료시에는 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있어 임차인은 유치권 주장을 할 수 없다(대판 1975.4.22, 73다2010). ⑤ (X) : 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다(대판 1994.10.14, 93다62119).

【문 91】 甲은 자기 소유 X건물의 전면적 수리를 乙에게 의뢰하였고, 대금지급기일이 경과했음에도 그 대금을 지급함이 없이 수리를 완료한 乙에게 건물의 반환을 요구한다. 다음 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <공인중개사 2006년>

- ① 乙은 甲이 수리대금을 지급할 때까지 X건물을 유치할 수 있다.
- ② 乙은 X건물을 경매할 수 있다.
- ③ 乙은 X건물을 선량한 관리자의 주의로 점유하여야 한다.
- ④ 乙이 보존행위로서 X건물을 사용한 경우, 乙은 甲에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 지지 않는다.
- ⑤ 乙의 과실 없이 X건물이 소실된 경우, 乙의 권리는 甲의 화재보험금청구권 위에 미친다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① O : 타인의 물건을 점유한 자는 그 물건에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 권리가 있다(제320조 제1항). 그러므로 X건물에 대한 수리계약(도급계약)에 기한 수리대금채권은 그 건물에 관하여 생긴 채권이므로 乙은 그 채권을 변제받을 때까지 X건물을 유치할 권리가 있다(대판 1995.9.15, 95다16202). ② O : 민법 제322조 제1항. ③ O : 민법 제324조 제1항. ④ O : 유치권자가 유치물에 대한 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법행위이므로 불법점유로 인한 손해배상책임이 없는 것이다(대판 1972.1.31, 71다2414). ⑤ X : 담보물권의 물상대위성이란 담보물권의 목적물이 멸실·훼손 또는 공용정수되어 그 목적물에 갈음하는 금전 기타의 물건으로 변하여 담보물권설정자에게 귀속하게 된 경우에, 그 담보물권이 그 목적물에 갈음하는 것(예컨대 손해배상청구권·보험금지급청구권·손실보상금청구권 등)에 관하여 존속하는 성질을 말한다(제342조·제370조). 그러나 물상대위성은 우선변제적 효력이 있는 담보물권에만 인정된다. 따라서 목적물을 유치하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 목적으로 하고, 교환가치의 취득을 목적으로 하지 않는 유치권에 있어서는 인정되지 않는다.

【문 92】 질권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 甲에 대한 지명채권을 갖고 있는 乙은 그 채권을 담보로 제공하고 丙으로부터 돈을 빌렸다. 이 경우 丙의 권리질권이 성립하기 위해서는, 丙이 甲에 대해 그 채권의 입질을 통지해야 한다.
- ② 지명채권의 질권설정에 대해 채무자가 이의를 보류하지 아니하고 승낙한 경우에는 원칙적으로 승낙 당시까지 질권설정자에 대하여 생긴 사유로써 질권자에게 대항할 수 없다.
- ③ 불법행위로 인한 손해배상청구권을 담보하기 위하여 동산질권을 설정할 수 없다.
- ④ 양도금지의 약정이 있는 동산은 질권의 객체가 될 수 없다.
- ⑤ 질권자는 피담보채권의 이행을 구하기 위하여 필요한 범위에서만 질물을 유치할 수 있고, 질물에 전질권을 설정하는 경우에는 항상 질권설정자의 동의를 얻어야 한다.

□정답□ ②

【해설】 ① (X) : 지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자가 제450조의 규정에 의하여 제3채무자에게 질권 설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙함이 아니면 이로써 제3채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다(제349조 제1항). 따라서 채권질권설정자 乙이 甲에게 통지하거나 채권질권자 丙이 승낙하여야 한다. ② (O) : 민법 제349조 제2항이 제451조의 규정을 준용하고 있다. 따라서 채무자가 이의를 보류하지 아니하고 채권질권설정에 대해 승낙한 때에는 채권질권설정자에게 대항할 수 있는 사유로써 채권질권자에게 대항하지 못한다(제451조 제1항 본문). ③ (X) : 질권에 의하여 담보되는 채권의 종류에는 아무런 제한이 없다. 따라서 유치권에 있어서와 같이 목적물에 관하여 생긴 채권이어서 할 필요는 없으며, 또한 그 발생원인이 계약이든 또

는 불법행위에 기한 손해배상청구권과 같이 법률상의 원인이든 묻지 않는다. ④ (X) : 질권은 양도할 수 없는 물건(예컨대 국보·아편·위조통화 등)을 목적으로 하지 못한다(제331조). 그러나 질권에 관한 민법규정은 원칙적으로 강행규정이므로 당사자간의 양도금지약정이 있더라도 질권의 객체가 될 수 있다. ⑤ (X) : 질권자는 피담보채권의 변제를 받을 때까지 질물을 유지할 수 있다(제335조 본문). 한편 민법은 질권설정자의 승낙을 얻어서 원질권에 우선하는 질권의 설정을 인정(승낙전질, 제324조 제2항)하는 동시에, 설정자의 승낙(동의)가 없더라도 질권자의 책임하에 원질권의 범위 안에서 다시 전질할 수 있는 책임전질(제336조)을 인정하고 있다.

【문 93】 권리질권에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 지시채권의 입질은 그 증서에 배서하여 질권자에게 교부하여야 효력이 생긴다.
- ② 양도금지의 특약이 있는 채권은 질권의 대상으로 할 수 없지만, 양도금지의 특약으로 선의의 제3자에게는 대항할 수 없으므로, 질권자가 선의라면 유효하게 질권을 취득할 수 있다.
- ③ 채권질권자가 질권의 목적인 채권을 ‘직접 청구할 수 있다’는 의미는 질권설정자의 이름으로 청구하고 추심할 권한을 갖는다는 것을 말한다.
- ④ 무기명채권의 입질은 증서를 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다.
- ⑤ 은행이 대출채권의 담보로 자기에 대한 예금채권을 질권의 목적으로 하는 경우와 같이, 질권자 자신에 대한 채권도 질권의 대상이 된다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 지시채권을 질권의 목적으로 한 질권의 설정은 증서에 배서하여 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다(제350조). ② (O) : 권리질권의 목적으로 될 수 있는 것은 양도성을 가지는 재산권이어야 한다(제355조·제331조). 따라서 당사자의 특약으로 양도가 금지된 채권도 질권의 목적이 될 수 없다(제449조 제2항 본문). 그러나 이러한 당사자의 특약은 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로(제449조 제2항 단서), 질권자가 이를 모르고(판례에 의하면 정확히는 선의·무중과실 요) 질권의 설정을 받은 경우에는 유효하게 질권을 취득할 수 있다. ③ (X) : 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다(제353조 제1항). 여기서 「직접 청구할 수 있다」고 하는 것은 제3채무자에 대한 집행권원·질권설정자의 추심위임 등을 요하지 않으며, 또한 재판상 청구하여야 하는 것도 아니고, 질권자는 질권설정자의 대리인으로서가 아니라 자기의 이름으로 청구하는 것을 의미한다. ④ (O) : 무기명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 증서를 채권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다(제351조). ⑤ (O) : 채권은 원칙적으로 양도성을 가지며(제449조 제1항 본문), 그 추심·환가에 의하여 피담보채권을 만족시키기에 적합한 재산권이므로 질권의 목적이 될 수 있는 것이 원칙이다. 예컨대 매수인에 대한 매매대금채권·도급인에 대한 공사대금채권·금전소비대차의 차주에 대한 대여금채권·은행에 대한 예금채권 등은 채권질권의 목적이 될 수 있다. 그리고 은행이 자기에 대한 정기예금채권 위에 질권을 취득하고 예금자에게 금융을 주거나, 보험회사가 자기에 대한 보험금청구권 위에 질권을 취득하고 보험가입자에게 금융을 주는 것 등과 같이 채권이 질권자 자신에 대한 것이더라도 상관없다.

【문 94】 저당권에 관한 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 채권과 그 채권을 담보하는 저당권은 그 주체를 달리할 수 없는 것이 원칙이다.
- ② 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 그 지상건물의 등기부상 소유명의가 타인에게 신탁된 경우, 그 후 저당권이 실행되었다면 신탁자는 그 건물에 관한 법정지상권의 성립을 주장할 수 없다.
- ③ 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 그의 선택에 따라 토지에 대하여만 경매를 신청할 수도 있고, 토지와 건물을 일괄하여 경매를 신청할 수도 있다.
- ④ 등기는 물권의 효력발생요건이자 존속요건이므로 유효하게 경료된 저당권등기가 불법말소된 경우에 원래의 저당권자는 말소된 등기의 회복등기를 해야만 대외적으로 저당권을 주장할 수 있다.
- ⑤ 피담보채권이 담보권과 분리 양도된 경우에 채권의 처분에 따르지 않는 담보권은 소멸한다.

□정답□ ④

【해설】 ① (O) : 채권과 그를 담보하는 저당권은 담보물권의 부수성에 의하여 원칙적으로 그 주체를 달리할 수 없으나, 채권담보를 위하여 저당권을 설정하는 경우 제3자 명의로 저당권등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자명의의 저당권등기도 유효하다(대판 1995.9.26, 94다33583). ② (O) : 건물의 등기부상 소유 명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 건물이 자기의 소유임을 주장할 수 없고, 따라서 그 건물과 부지인 토지가 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 2004.2.13, 2003다29043 등). ③ (O) : 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다(제365조). 즉 일괄경매권의 행사가 권리남용에 해당한다는 특별한 사정이 없는 한 자신의 자유로운 선택에 따라 토지만에 대하여 경매를 청구하거나 아니면 토지·건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있다(대판 1977.4.26, 77다77). ④ (X) : 등기는 물권의 효력발생요건이고 존속요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정된다(대판 2002.10.22, 2000다59678 등). ⑤ (O) : 담보권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보권도 함께 처분된다는 것이 아니라 채권담보라고 하는 담보권제도의 존재목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 피담보채권의 처분이 있음에도 불구하고, 담보권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 채권양수인은 담보권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 채권의 처분에 따르지 않은 담보권은 소멸한다(대판 2004.4.28, 2003다61542).

【문 95】 甲은 乙에게 1억원을 빌리면서 자기 소유 건물에 저당권을 설정해 주었다. 丙은 토목공사 중 과실로 甲의 건물을 붕괴시켰다. 이 때 乙의 甲에 대한 채권은 원금 1억원, 이자 500만원이었고, 건물의 시가는 1억 5천만 원이었다. 그 후 채무의 변제기가 1년이 지난 현재의 시점에서 원금 1억원, 이자(연체이자 및 지연이자 포함) 1,500만 원이다. 다음 설명 중 틀린 것은? <감평사 제18회 2007년>

- ① 乙은 건물붕괴의 시점에서 甲에게 저당물보충청구권을 행사할 수 없다.
- ② 乙은 건물붕괴의 시점에서 甲에게 기한이익의 상실을 주장할 수 없다.
- ③ 乙은 건물붕괴의 시점에서 丙에 대해 1억 500만 원의 불법행위에 기한 손해배상청구권을 즉시 취득한다.
- ④ 甲은 건물붕괴의 시점에서 丙에 대해 1억 5,000만 원의 불법행위에 기한 손해배상청구권을 즉시 취득한다.
- ⑤ 변제기로부터 1년이 지난 시점에서 乙이 저당권에 기해 甲의 채권을 압류하면 현재 1억 500만 원의 한도에서 우선변제를 받을 수 있다.

□정답□ ⑤

【해설】 ① (O) : “저당권설정자의 책임 있는 사유”로 인하여 저당물의 가액이 현저히 감소된 때에는 저당권자는 저당권설정자에 대하여 그 원상회복 또는 상당한 담보제공을 청구할 수 있다(제362조). ② (O) : “채무자”가 담보를 손상·감소 또는 멸실하게 한 때에는 기한의 이익을 상실한다(제388조 제1호). 따라서 저당권자는 즉시 변제를 청구할 수 있고, 그 변제가 없으면 저당권을 실행할 수 있게 된다. ③ (O) : 저당권이 침해되는 경우에는 불법행위가 성립하므로, 저당권자는 손해배상을 청구할 수 있다(제750조). 이 경우 저당권의 실행을 기다릴 필요 없이 그 이전이더라도 불법행위 당시의 손해(1억 500만 원)에 대한 배상을 청구할 수 있다. ④ (O) : 소유권이 침해되어 불법행위가 성립하여, 소유권자는 손해배상을 청구할 수 있다(제750조). 이 경우 불법행위 당시의 시가 상당액(1억 5,000만 원)에 대한 배상을 청구할 수 있다. ⑤ (X) : 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다(제360조 본문). 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있고(제360조 단서), 이자채권은 저당권에 의하여 무제한으로 담보된다. 따라서 1억 500만 원이 아니라 1억 5,000만 원의 한도에서 우선변제를 받을 수 있다.

【문 96】 저당권에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)  
<감평사 제19회 2008년>



[해설] ① (O) : 계속적 거래계약에 기한 채무를 담보하기 위하여 존속기간의 약정이 없는 근저당권을 설정한 경우에 그 거래관계가 종료됨으로써 피담보채무로 예정된 원본채무가 더 이상 발생할 가능성이 없게 된 때에는 그 때까지 잔존하는 채무가 근저당권에 의하여 담보되는 채무로 확정되며, 이 때 근저당권을 설정한 채무자나 물상보증인은 근저당권자에 대한 의사표시으로써 피담보채무의 확정을 구할 수 있고 그 확정 당시에 피담보채무가 존재하지 아니하게 되었다면 근저당권의 말소를 구할 수 있다(대판 1996.10.29, 95다2494). ② (X) : 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 “경매신청서”에 근저당채무액이 확정된다(대판 2002.11.26, 2001다73022). 그러나 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시되었음을 선순위 근저당권자가 안 때 이후의 어떤 시점에 선순위 근저당권의 피담보채무액이 증가하더라도 채권최고액의 한도 안에 있다면 경매를 신청한 후순위 근저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 되었다고 볼 수 없는 반면에, 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 경락으로 인하여 근저당권을 상실하는 처지에 있어서 거래의 안전을 해치지 않는 한도 안에서 선순위 근저당권의 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 함이 타당하므로, 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 “경락인이 경락대금을 완납한 때”에 확정된다고 보아야 한다(대판 1999.9.21, 99다26085). ③ (O) : 근저당권에 있어서는 종국적 피담보채권 총액과 그 잔여 담보가치가 얼마인가 하는 것이 목적물소유자·일반채권자·후순위 저당권자에게 중대한 관심사이므로 담보되는 채권의 최고액은 등기해야 한다(부동산등기법 제140조 제2항 전문). 그러나 근저당권의 존속기간이나 기존 거래관계의 결산기에 관한 약정은 필요적 등기사항이 아니므로, 이러한 약정을 등기하지 않았더라도 근저당권의 등기는 유효하다. ④ (O) : 근저당권은 계속적인 거래관계로부터 발생·소멸하는 불특정다수의 채권 중 그 결산기에 잔존하는 채권을 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 것으로서 그 거래가 종료하기까지 그 피담보채권은 계속적으로 증감·변동하는 것이므로, 근저당거래관계가 계속되는 관계로 근저당권의 피담보채권이 확정되지 아니하는 동안에는 그 채권의 일부가 대위변제되었다 하더라도 그 근저당권이 대위변제자에게 이전될 수 없다(대판 2000.12.26, 2000다54451). ⑤ (O) : 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청서에 근저당채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는데, 위와 같이 경매신청을 하여 경매개시결정이 있는 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 반복되는 것은 아니다(대판 2002.11.26, 2001다73022 등).

【문 98】 『가등기담보 등에 관한 법률』(이하 ‘가등기담보법’이라 함)에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 공사대금채권을 담보할 목적으로 가등기가 경료된 경우에는 가등기담보법이 적용되지 않는다.
- ② 가등기담보법은 등기 또는 등록할 수 있는 부동산소유권 이외의 권리의 취득을 목적으로 하는 담보계약에도 준용되지만, 저당권의 취득을 목적으로 하는 담보계약에는 준용되지 않는다.
- ③ 가등기담보권자가 채무자 등에게 통지한 청산금의 액수가 객관적인 청산금의 평가액에 미치지 못하더라도, 담보권 실행의 통지로서의 효력이나 청산기간의 진행에는 아무런 영향이 없다.
- ④ 가등기담보권자의 청산금지급채무와 가등기담보권설정자의 소유권이전등기 및 목적물인도채무는 동시이행의 관계에 있다.
- ⑤ 채권자의 청산금평가액 자체에 이의가 있는 후순위권리자는 청산기간 내에 자기 채권의 변제가 도래한 경우에 한하여 독자적으로 경매를 청구할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 『가등기담보 등에 관한 법률』은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산을 권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되는 것이므로, 공사대금채권을 담보할 목적으로 가등기가 경료된 경우에는 위 법률이 적용되지 아니한다(대판 1992.4.10, 91다45356). ② (O) : 등기 또는 등록할 수 있는 부동산소유권 이외의 권리(질권·저당권 및 전세권은 제외한다)의 취득을 목적으로 하는 담보계약에 관하여는 제3조부터 제17조까지의 규정을 준용한다(가등기담보법 제18조). ③ (O) : 채권자가 나름대로 평가한 청산금의 액수가 객관적인 청산금의 평가액에 미치지 못한다고 하더라도 담보권 실행의 통지로서의 효력이나 청산기간의 진행에는 아무런 영향이 없고, 다만 채무자 등은 정당하게 평가된 청산금을 지급 받을 때까지 목적부동산의 소유권이전등기 및 인도 채무의 이행을 거절하면서 피담보채무 전액을 채권자에게 지급하고 채권담보의 목적으로 마쳐진 가등기의 말소를 구할 수 있을 뿐이다(대판 1996.7.30, 96다6974·6981 ; 대판 2008.4.11, 2005다36618). ④ (O) : 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행에 관하여는 동시이행의 항변권에 관한 민법 제536조를 준용한다(가등기담보법 제4조 제3항). ⑤ (X) : 후순위권리자는 청산기간에 한정하여 그 피담보채권의 변제기도래 전이라도 담보목적부동산의 경매를 청구할 수 있다(가등기담보법 제12조 제2항).

【문 99】 다음 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <감평사 제18회 2007년>

- ① 『가등기담보 등에 관한 법률』은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되므로 매매대금채권을 담보하기 위하여 가등기를 한 경우에는 위 법률은 적용되지 않는다.
- ② 『가등기담보 등에 관한 법률』은 대항력이 있는 임차권을 취득한 자에게는 비록 그것이 담보가등기가 설정된 후에 취득한 것이라 하더라도, 목적물의 인도의무와 보증금의 반환의무는 청산금의 범위 내에서 동시이행의 관계에 있다고 규정한다.
- ③ 가등기담보채무를 변제하여 가지는 구상금채권은 가등기담보의 피담보채권에 포함되지 않는다.
- ④ 가등기담보권의 실행통지의 상대방이 수인인 경우, 그들 모두에게 실행의 통지를 하여야 하고, 일부에 대하여 통지가 누락되면 통지로서의 효력이 발생하지 않는다.
- ⑤ 채권자는 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산기간 경과 후 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 대판 2002.12.24, 2002다50484 ; 대판 2007.12.13, 2005다52214 등. ② (O) : 담보가등기 후에 대항력 있는 임차권을 취득한 자에게는 청산금의 범위에서 동시이행의 항변권에 관한 민법 제536조를 준용한다(가등기담보법 제5조 제5항). ③ (X) : 가등기담보채권자가 가등기담보권을 실행하기 이전에 그의 계약상의 권리를 보전하기 위하여 가등기담보채무자의 제3자에 대한 선순위 가등기담보채무를 대위변제하여 구상권이 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 이 구상권도 가등기담보계약에 의하여 담보된다고 보는 것이 상당하다(대판 2002.6.11, 99다41657). ④ (O) : 『가등기담보 등에 관한 법률』에 의하면, 가등기담보권자가 담보권실행을 위하여 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권의 변제기 후에 소정의 청산금 평가액 또는 청산금이 없다고 하는 뜻을 채무자 등에게 통지하여야 하고(제3조 제1항), 이 때의 채무자 등에는 채무자와 물상보증인뿐만 아니라 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3취득자가 포함되는 것이므로(제2조 제2호), 위 통지는 이들 모두에게 하여야 하는 것으로서 채무자 등의 전부 또는 일부에 대하여 위 통지를 하지 않으면 청산기간이 진행할 수 없게 되고, 따라서 가등기담보권자는 그 후 적절한 청산금을 지급하거나 실제 지급할 청산금이 없다고 하더라도 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없으며, 실령 편법으로 본등기를 마쳤다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다(대판 2002.4.23, 2001다81856). ⑤ (O) : 채권자는 담보목적부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 마친 경우에는 청산기간이 지난 후 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 담보목적부동산의 소유권을 취득하며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 있다(가등기담보법 제4조 제2항).

【문 100】 양도담보에 관한 설명으로 틀린 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) <감평사 제19회 2008년>

- ① 양도담보가 설정된 경우 특별한 사정이 없는 한 목적부동산에 대한 사용·수익권은 양도담보설정자에게 있으므로, 목적부동산을 임대할 권한은 양도담보설정자에게 있다.
- ② 사용·수익할 수 있는 정당한 권한이 있는 양도담보설정자로부터 그 권한을 승계한 자에 대하여 양도담보권자는 사용·수익을 하지 못한 것을 이유로 임료 상당의 손해배상이나 부당이득반환을 청구할 수 없다.
- ③ 부동산의 양도담보권설정자는 그 부동산의 등기명의를 양도담보권자 앞으로 되어 있더라도 그 부동산의 불법점유자인 제3자에 대하여는 실질적 소유자임을 주장하여 불법점유의 상태의 배제권을 행사할 수 있다.
- ④ 양도담보권자는 담보권의 실행을 위하여 담보채무자가 아닌 제3자에 대하여도 담보물의 인도를 구할 수 있다.
- ⑤ 점유개정의 방법으로 동산에 대하여 이중으로 양도담보설정계약이 체결된 경우, 뒤에 설정계약을 체결한 자가 양도담보권을 선의취득한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적부동산에 대한 사용·수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있는 것이므로, 설정자와 양도담보권자 사이에 양도담보권자가 목적물을 사용·수익하기로 하는 약정이 없는 이상 목적부동산을 임대할 권한은 양도담보설정자에게 있다 (대판 2001.12.11, 2001다40213). ② (O) : 일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적부동산에 대한 사용·수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있는 것이므로, 양도담보권자는 사용·수익할 수 있는 정당한 권한이 있는 채무자나 채무자로부터 그 사용·수익할 수 있는 권한을 승계한 자에 대하여는 사용·수익을 하지 못한 것을 이유로 임료 상당의 손해배상이나 부당이득반환청구는 할 수 없다 (대판 2008.2.28, 2007다37394·37400 ; 대판 1988.11.22, 87다카2555). ③ (O) : 대판 1988.4.25, 87다카2696·2697. ④ (O) : 양도담보권자는 담보권의 실행을 위하여 담보채무자가 아닌 제3자에 대하여도 담보물의 인도를 구할 수 있고, 인도를 거부하는 경우에는 담보권실행이 방해된 것을 이유로 하는 손해배상을 구할 수는 있으나, 그러한 경우에도 양도담보권자에게는 목적부동산에 대한 사용·수익권이 없으므로 임료 상당의 손해배상을 구할 수는 없다(대판 1991.10.8, 90다9780 등). ⑤ (X) : 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와의 사이에 양도담보설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도를 하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 현실의 인도가 아닌 점유개정으로선 선의취득이 인정되지 아니하므로, 결국 뒤의 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없다 (대판 2004.10.28, 2003다30463 ; 대판 2004.12.24, 2004다45943).

【문 101】 양어장을 시설하여 향어 양식을 하는 甲은 乙로부터 금전을 차용하기 위하여 양어장 내의 향어 전부에 대하여 양도담보를 설정하기로 합의하였다. 이 사안에 대한 다음 설명 중 판례의 입장으로 보기 어려운 것은? <변시 2004년>

- ① 증감 변동하는 동산의 집합물이라 하더라도 대상을 특정할 수 있고 그렇게 목적물이 특정된다면 그에 대한 양도담보설정계약은 유효하다.
- ② 집합물에 대한 양도담보권설정계약이 이루어지면 그 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변형되더라도 한 개의 물건으로서 동일성을 잃지 않는 것으로 보아야 한다.
- ③ 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치는 것으로 볼 수 있다.
- ④ 양도담보권자가 담보권설정계약 당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방법으로 그 점유를 취득하게 되면 그 후 양도담보설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였다 하더라도 그때마다 별도의 양도담보권설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하여야 하는 것은 아니다.
- ⑤ 동산양도담보에 관한 법리구성에 관한 판례의 입장은 “가등기담보 등에 관한 법률”의 제정을 계기로 하여 큰 변화를 보이고 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① O : 일반적으로 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른 바 집합물에 대한 양도담보설정계약 체결도 가능하며, 이 경우 그 목적동산이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류·장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 담보권의 설정이 된 것으로 볼 수 있다(대판 1990.12.26, 88다카20224). ②③④ O : 집합물에 대한 양도담보권설정계약이 이루어지면 그 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변형되더라도 한 개의 물건으로서 동일성을 잃지 아니하므로 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치는 것이고, 따라서 양도담보권자가 담보권설정계약 당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방법으로 그 점유를 취득하면 그 후 양도담보설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였다 하더라도 그때마다 별도의 양도담보권 설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하여야 하는 것은 아니다(대판 1990.12.26, 88다카20224). ⑤ X : 부동산양도담보와는 달리 동산양도담보에 대해서는 “가등기담보 등에 관한 법률”이 적용되지 아니하고, 따라서 종래와 마찬가지로 신탁적 양도설(소유권이전설)이 통설·판례이다. 즉 동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용·수익권은 없지만, 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 물건의 소유자임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있다(대판 1994.8.26, 93다44739).