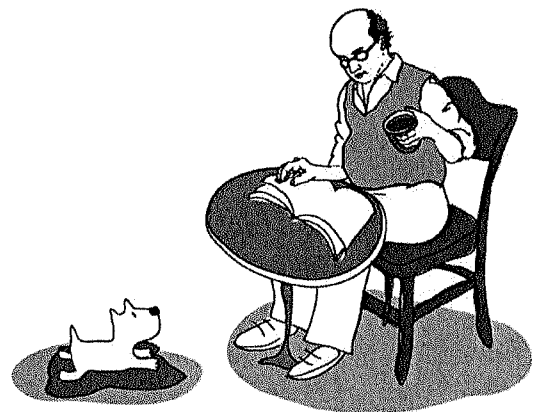


**박효근 법무사의**  
**2014년 법원주사보**  
**민법 기출문제 해설**



1. 대리행위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(2014 법원주사보)

- ① 대리인은 행위능력자이어야 한다.
- ② 대리인이 그 권한 내에서 한 의사표시가 직접 본인에게 그 효력이 생기려면 본인을 위한 것임을 표시하여야 하고, 만약 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 때에는 그 의사표시는 대리인 자기를 위한 것으로 본다.
- ③ 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 당사자를 확정하고, 의사가 일치하지 않는 경우에는 계약 체결 전후의 제반사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다.
- ④ 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기·강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.

**해설** ① 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다(제117조).

② 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항). 그러나 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다(제115조 본문).

③ 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다. 따라서 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자이다.<sup>1)</sup>

④ 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다(제116조 제1항).

☞ ①

2. 매도인의 물건의 하자에 대한 담보책임에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2014 법원주사보)

- ① 매도인이 목적물에 하자가 있는 사실을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 매도인에 대하여 하자담보책임을 물을 수 없다.
- ② 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능하다는 법률적 장애도 매매목적물의 하자에 해당한다.
- ③ 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는

1) 대판 2009. 12. 10. 2009다27513.

매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 않고 하자 없는 물건을 청구할 수 있다.

④ 매도인의 담보책임을 면제하는 당사자 사이의 특약은 유효하다고 볼 수 없다.

**해설** ① **매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항(제한물권 등이 있는 경우의 담보책임)의 규정을 준용한다.** 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때(매수인의 악의 또는 과실)에는 그러하지 아니하다(제580조 제1항). 즉, 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 매도인은 담보책임을 부담하지 않는다.

② **건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 위와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당한다고 할 것이나, 다만 위와 같은 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 하여 판단하여야 한다.**<sup>2)</sup>

③ **매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 특정물 매매의 경우의 담보책임의 규정을 준용한다.** 즉, 매수인은 **계약의 해제 또는 손해배상을 청구할 수 있다**(제581조 제1항, 제580조). 그러나 이 경우에 **매수인(선의·무과실)은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고, 하자 없는 물건을 청구할 수도 있다**(제581조 제2항).

④ **매도인의 담보책임에 관한 규정은 강행규정이 아니므로 당사자는 담보책임을 배제·감경·가중하는 특약을 할 수 있다.** 다만, 매도인은 **담보책임을 면하는 특약을 한 경우에도, 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실 및 제3자에게 권리를 설정 또는 양도한 행위에 대하여는 책임을 면하지 못한다**(제584조).

☞ ④

3. 민법 제35조의 법인의 불법행위책임 요건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2014 법원주사보)

- ① 여기서 말하는 '법인의 대표자'에는 그 명칭이나 직위 여하 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석된다.
- ② 대표자의 '직무에 관한 행위'로 인하여 손해가 발생할 것을 요하는데, 여기서의 '직무에 관한 것'이라는 의미는 외형상 법인 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있을 뿐 아니라 실질상으로도 법인의 직무에 관련된 행위일 것을 요하므로, 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 행위의 경우에는 위 규정이 적용되지 않는다.
- ③ 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다.
- ④ 법인의 대표기관이 직무에 관하여 손해를 가한 경우인 한 강행규정을 위반한 경우에도 위 규정에 의한 불법행위책임이 인정된다.

**해설** ① **민법 제35조 1항**은 "법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다"라고 정한다. 여기서 '법인의 대표자'에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부

2) 대판 2000. 1. 18, 98다18506.

를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다(A는 등기부상 대표자이지만, A가 대표자로서의 모든 권한을 B에게 일임하여 B이 실질적으로 법인의 대표자로서의 사무를 집행한 사안에서, B을 위 대표자에 해당하는 것으로 보았다).<sup>3)</sup>

- ② 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 직무에 관한 것이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다.<sup>4)</sup>
- ③ 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다고 할 것이고, 여기서 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였다라면 대표자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.<sup>5)</sup>
- ④ 대표기관이 권한을 남용하여 부정한 대표행위를 한 경우 또는 법인의 대표자가 강행규정을 위반한 계약을 체결한 경우에도, 외형이론을 기초로 직무관련성이 인정되는 한 법인의 불법행위책임이 인정된다는 것이 判例이다.<sup>6)</sup>

☞ ②

4. 법률행위의 무효에 관한 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우라도 법률행위의 내용 자체가 반사회질서적인 것이 아니라면 그 법률행위는 무효로 볼 수 없다.
- ② 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라면 원칙적으로 효력이 없다.
- ③ 통정허위표시의 당사자는 선의의 제3자에게 무효를 주장할 수 없으나 선의의 제3자는 허위표시의 무효를 주장할 수 있다.
- ④ 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 원칙적으로 그 일부를 무효로 한다.

**해설** ① 민법 제103조에서 정하는 '반사회질서의 법률행위'는, ㉠ 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ㉡ 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법적으로 이를 강제하거나 법률행위에 사회질서의 근간에 반하는 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 그 법률행위가 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 ㉢ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다.<sup>7)</sup> 따라서 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우에도 그 법률행위는 제103조가 적용되어 무효이다.

② 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다(유효). 그러나 상대방이 표의자의

3) 대판 2011. 4. 28, 2008다15438.  
 4) 대판 2004. 2. 27, 2003다15280.  
 5) 대판 2009. 11. 26, 2009다57033.  
 6) 대판 1990. 3. 23, 89다카555; 대판 1987. 11. 10, 87다카473.  
 7) 대판 2009. 9. 10, 2009다37251.

진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(제107조 제1항).

- ③ 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제108조 제2항). 여기서 ‘대항하지 못한다’는 것은 허위표시의 당사자가 허위표시의 무효를 제3자에게 주장하지 못하는 것을 말한다. 그 결과, 허위표시는 그 당사자 간에는 무효이지만, 선의의 제3자에 대한 관계에서는 그 표시된 대로 효력이 생긴다(상대적 무효). 다만 선의의 제3자가 허위표시의 무효를 주장하는 것은 무방하다는 것이 다수설·判例이다.<sup>8)</sup>
- ④ 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다(전부무효의 원칙). 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다(제137조).

☞ ③

5. 권리질권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(2014 법원주사보)

- ① 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리도 양도성이 있는 경우에는 질권의 목적으로 할 수 있다.
- ② 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.
- ③ 지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자가 제3채무자에게 질권설정 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙함이 아니면 이로써 제3채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다.
- ④ 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다.

**해설** ① 권리질권의 목적은 ‘재산권’으로서 ‘양도성’이 있는 것에 한한다(채권 등). 양도성 있는 재산권 중에도, 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 지상권·전세권·부동산임차권 등은 권리질권의 목적이 될 수 없다. 민법은 특히 지상권 또는 전세권은 질권이 아닌 저당권의 목적이 되는 것으로 규정한다(제371조). 따라서 권리질권의 목적이 될 수 있는 것은 채권·주식·지식재산권(특허권·실용신안권·디자인권·저작권·상표권) 등이다.

- ② 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다(제348조).
- ③ 지명채권을 목적으로 한 질권의 설정은 설정자가 제450조의 규정에 의하여 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙함이 아니면 이로써 제3채무자 기타 제3자(채권의 양수인 등)에게 대항하지 못한다(제349조 제1항).
- ④ 질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다(제353조 제1항).

☞ ①

6. 채권자취소권의 행사에 있어 사해행위(=취소되는 채무자의 법률행위)에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2014 법원주사보)

- ① 민사집행법상 강제집행의 대상이 될 수 없는 어업허가를 양도한 행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.

8) 대판 1996. 4. 26, 94다12074.

- ② 상속포기는 재산권에 관한 법률행위에 해당하지 아니하므로 채권자취소권의 대상이 되지 못한다.
- ③ 취소 대상이 되는 법률행위는 원칙적으로 유효하여야 하므로, 통정허위표시는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.
- ④ 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

**해설** ① 어업허가를 양도한 행위가 사해행위 취소의 대상이 될 수 있는지 여부 : 사해행위취소권은 채무자와 수익자간의 사해행위를 취소함으로써 채무자의 책임재산을 보전하는데 그 목적이 있으므로, 공법상의 허가권 등의 양도행위가 사해행위로서 채권자취소권의 대상이 되기 위해서는, 행정관청의 허가 없이 그 허가권 등을 자유로이 양도할 수 있는 등으로 그 허가권 등이 독립한 재산적 가치를 가지고 있어 민사집행법 제251조 소정의 ‘그 밖의 재산권’에 대한 집행방법에 의하여 강제집행할 수 있어야 할 것이다. 그런데 구 수산업법(2009. 4. 22. 법률 제9626호로 전부 개정되기 전의 것) 제43조는 허가어업을 하려는 자는 어선 또는 어구마다 행정관청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 위 법 제48조는 어업면허권의 이전 등에 관한 제18조, 제19조, 제21조, 제28조의 어업허가에 대한 준용을 제외하는 등으로 어업허가의 양도·양수에 관한 규정을 따로 두고 있지 않을 뿐만 아니라 수산업법의 위임에 의한 농림수산물부령인 ‘어업허가 및 신고 등에 관한 규칙’은 허가받은 어선의 소유권을 양도하는 등의 경우, 양도인은 종전의 허가어업에 대한 폐지신고를 하고 양수인은 새로운 어업허가를 받아야 함을 전제로 하는 여러 규정들을 두고 있으며, 위 법 제48조는 제37조 제4호를 어업허가에도 준용하여 어업허가를 받은 자 이외의 자가 실질상 당해 어업의 경영을 지배하는 경우에는 어업허가를 취소할 수 있도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 법 제43조에서 규정하는 어업허가의 양도는 허용되지 않는다고 할 것이므로, (다만 현행 수산업법 제44조는 어업허가를 받은 자로부터 어선 등을 매입한 자는 그 어업허가를 받은 자의 지위를 승계한다고 규정함으로써 어업허가를 포함한 어선 등의 양도는 허용하고 있다), 결국 민사집행법 제251조 소정의 강제집행의 대상이 될 수 없는 어업허가를 양도한 행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.<sup>9)</sup>

- ② 상속의 포기는 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 이를 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니라 오히려 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 가지는 점, 상속포기의 의사표시에 채권자취소권의 적용이 있다고 하면 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 점, 상속의 포기가 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지는 아니하는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 상속의 포기는 민법 제406조 제1항에서 정하는 “재산권에 관한 법률행위”에 해당하지 아니하여 사해행위 취소의 대상이 되지 못한다고 할 것이다.<sup>10)</sup>
- ③ 취소의 대상이 되는 법률행위는 실제로 책임재산을 이전시키는 효과가 있어야 하므로 원칙적으로 유효하여야 한다. 다만, 判例는, “법률행위가 처음부터 존재하지 아니하거나 무효인 경우에는 취소의 대상이 될 수 없으나, 통정허위표시는 채권자취소권 행사의 대상이 된다.”고 한다.<sup>11)</sup>
- ④ 채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되는지 여부는 처분행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.<sup>12)</sup>

9) 대판 2010. 4. 29, 2009다105734.

10) 대판 2011. 6. 9, 2011다29307.

11) 대판 1998. 2. 27, 97다50985.

12) 대판 2002. 11. 8, 2002다41589.

7. 공유물 분할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2014 법원주사보)

- ① 공유물 분할청구권은 형성권으로, 분할절차에는 공유자 전원이 참여하여야 한다.
- ② 공유물의 분할은 우선 협의에 의하여 행하여지며 협의가 이루어지지 않을 경우 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다.
- ③ 재판에 의한 분할의 경우, 법원은 현물분할을 하는 것이 원칙이고, 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 경매를 명하여 대금분할을 할 수 있다.
- ④ 구분소유적 공유관계(상호명의신탁)인 경우에도 그 공유관계 해소를 위하여 해당 부동산 전체에 대한 공유물분할청구를 할 수 있다.

- 해설**
- ① 공유자는 다른 공유자 모두를 상대로 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 다른 공유자는 이에 따라 분할의 협의를 하여야 할 의무가 있고, 이 점에서 **분할청구권은 형성권**이다. 공유물의 분할은 **협의상 또는 재판상 분할을 막론하고 공유자 전원이 분할절차에 참여하여야 한다.**<sup>13)</sup>
  - ② **공유물의 분할은 우선 협의에 의하여 행하여지며(협의에 의한 분할=협의분할), 협의가 이루어지지 않을 경우 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다(재판에 의한 분할=재판상 분할. 제269조 제1항).**
  - ③ **재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에는 현물로 분할하는 것이 원칙이고, 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할하게 되면 그 가액이 현저히 감소될 염려가 있는 때에 비로소 물건의 경매를 명하여 대금분할을 할 수 있는 것이므로, 위와 같은 사유가 없음에도 경매를 명함은 위법하다.**<sup>14)</sup>
  - ④ 상호명의신탁관계 내지 **구분소유적 공유관계에서** 건물의 특정 부분을 구분소유하는 자는 그 부분에 대하여 신탁적으로 지분등기를 가지고 있는 자를 상대로 하여 **그 특정 부분에 대한 명의신탁 해지를 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행을 구할 수 있을 뿐 그 건물 전체에 대한 공유물분할을 구할 수는 없다.**<sup>15)</sup>

☞ ④

8. 계약금에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 매매에 있어 계약금은 특별한 약정이 없는 한 해제권을 유보하는 효력을 가지는데 이러한 경우의 계약금을 해약금이라 한다.
- ② 해약금에 의한 해제는 당사자가 이행에 착수할 때까지만 할 수 있으므로 소급효도 없고 원상회복의 문제도 발생하지 않는다.
- ③ 계약금은 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다.
- ④ 매매 당사자 사이에 수수된 계약금에 대하여 위약금약정이 있는 경우에는 특별한 사정이

13) 대판 1968. 5. 21, 68다414.  
 14) 대판 1997. 4. 22, 95다32662.  
 15) 대판 2010. 5. 27, 2006다84171.

없는 한 그 계약금은 손해배상액의 예정의 성질 뿐 아니라 계약금의 성질도 가지는 것으로 본다.

- ① 매매에 있어서 계약금의 교부는 해제권의 발생을 저지하는 당사자간의 '다른 약정'이 없는 한 해제권을 유보하는 의미·효력을 가지게 되는데(제565조 제1항), 이러한 경우의 계약금을 '계약금'이라고 한다.
- ② 계약금에 의한 해제도 '해제'이므로, 소급효가 있다. 다만, 계약금에 의한 해제는 당사자 일방의 이행의 착수 전에만 가능하므로 따로 원상회복의 문제는 발생하지 않고, 채부불이행을 원인으로 하지 않기 때문에 손해배상의 문제도 생기지 않는다(제565조 제2항).
- ③ 유상계약(매매계약)을 체결함에 있어서 계약금이 수수된 경우 계약금은 계약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다.<sup>16)</sup>
- ④ 매매당사자 사이에 수수된 계약금에 대하여 매수인이 위약하였을 때에는 이를 무효로 하고 매도인이 위약하였을 때에는 그 배액을 상환할 뜻의 약정이 있는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 계약금은 민법 제398조 제1항 소정의 손해배상액의 예정의 성질을 가질 뿐 아니라 민법 제565조 제1항 소정의 계약금의 성질도 가진 것으로 보아야 한다(즉, 判例는 위약금 약정이 있다는 것만으로 곧바로 계약금의 추정이 깨어지는 것은 아니고, 원칙적으로 위약금과 계약금은 병존 가능하다고 본다).<sup>17)</sup>

☞ ②

9. 법률행위의 취소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
(2014 법원주사보)

- ① 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있고 표의자에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ② 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년의 제척기간 내에 행사하여야 한다.
- ③ 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부를 양도하면 추인한 것으로 본다.
- ④ 제한능력자의 법률행위를 취소할 수 있는 경우에 법정대리인이 취소하여야 하고 제한능력자가 단독으로 직접 취소권을 행사할 수 없다.

- ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(제109조 제1항).
- ② 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(제146조).
- ③ 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 추인할 수 있는 후에 다음 각 호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다. 1. 전부나 일부의 이행, 2. 이행의 청구, 3. 경계, 4. 담보의 제공, 5. 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도, 6. 강제집행(제145조)

16) 대판 2010. 4. 29, 2007다24930.

17) 대판 1992. 5. 12, 91다2151.



조).

- ④ 취소할 수 있는 법률행위는 **제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다**(법률행위의 취소권자 제140조). 따라서 **제한능력자도 법정대리인의 동의가 없더라도 단독으로 법률행위를 취소할 수 있다.**

☞ ④

**10. 위임에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다.
- ② 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다.
- ③ 위임사무의 처리에 비용을 요하는 때에는 위임인은 수임인의 청구에 의하여 이를 선급하여야 한다.
- ④ 수임인이 보수를 받을 때에는 위임사무 처리를 개시하면 이를 청구할 수 있다.

- 해설**
- ① 수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다(무상위임의 원칙. 제686조 제1항).
  - ② 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다(제681조).
  - ③ 위임사무의 처리에 비용을 요하는 때에는 위임인은 수임인의 청구에 의하여 이를 선급하여야 한다(비용선급청구권. 제687조).
  - ④ 수임인이 보수를 받을 경우(유상위임의 경우)에는 위임사무를 완료한 후가 아니면 이를 청구하지 못한다(보수의 지급시기의 정함이 없으면 '후급'이 원칙. 제686조 제2항).

☞ ④

**11. 변제공탁의 효과에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 변제공탁이 적법하다면 채권자가 공탁물출급청구를 하였는지에 관계없이 그 공탁을 한 때 변제의 효력이 발생한다.
- ② 변제공탁은 채무전액에 대한 공탁이어야 하나, 일부에 대한 공탁이더라도 그 공탁 부분에 관하여는 원칙적으로 채무소멸의 효과가 발생한다.
- ③ 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 변제공탁은 무효이다.
- ④ 채무자가 채권자에 대하여 동시이행의 항변권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 그 의무이행을 하지 않으면 공탁물을 수령할 수 없다.

- 해설**
- ① 채무자는 공탁에 의하여 채무를 면한다(제487조). 변제공탁이 적법하다면 채권자가 공탁물출급청구를 하였는지 여부와 관계없이 그 공탁을 한 때 변제의 효력이 발생하고 채무가 소멸한다.
  - ② 변제공탁이 유효하려면 채무 전부에 대한 변제의 제공 및 채무 전액에 대한 공탁이 있어야 하고, 채무 전액이 아닌 일부에 대한 공탁은 그 부족액이 아주 근소하다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를

제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다.<sup>18)</sup>

- ③ 변제공탁에 있어서 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 변제공탁은 무효이다.<sup>19)</sup>
- ④ 채권자의 공탁물출급청구권은 본래의 급부청구권과 동일한 것이므로, 본래의 급부청구권에 선이행 또는 동시이행의 항변권이 있는 경우에는, 채권자는 자기의 급부를 이행하지 않으면 공탁물을 수령하지 못한다.(제491조).

☞ ②

12. 유언에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 하는데, 자필유언증서에 연·월만 기재하고 일의 기재가 없더라도 무효로 볼 수 없다.
- ② 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기·낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.
- ③ 비밀증서에 의한 유언이 그 방식에 흠결이 있는 경우에 그 증거가 자필증서의 방식에 적합한 때에는 자필증서에 의한 유언으로 본다.
- ④ 구수증서에 의한 유언은 질병 기타 급박한 사유가 있는 경우에 하는 유언 방식으로 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유의 종료한 날로부터 7일내에 법원에 그 검인을 신청하여야 한다.

**해설** ① 민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없다. 민법 제1066조 제1항은 “자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 연월일·주소·성명을 자서하고 날인하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 연월일의 기재가 없는 자필유언증서는 효력이 없다. 그리고 자필유언증서의 연월일은 이를 작성한 날로서 유언능력의 유무를 판단하거나 다른 유언증서와 사이에 유언 성립의 선후를 결정하는 기준일이 되므로 그 작성일을 특정할 수 있게 기재하여야 한다. 따라서 연·월만 기재하고 ‘일(日)’의 기재가 없는 자필유언증서는 그 작성일을 특정할 수 없으므로 효력이 없다.<sup>20)</sup>

- ② 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기 낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 ‘서명 또는 기명날인’하여야 한다(제1068조).
- ③ 비밀증서에 의한 유언이 그 방식에 흠결이 있는 경우에 그 증거가 자필증서의 방식에 적합한 때에는 자필증서에 의한 유언으로 본다(제1071조).
- ④ 구수증서에 의한 유언은 질병 기타 급박한 사유로 인하여 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서의 방식에 의할 수 없는 경우에 유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하고

18) 대판 2005. 10. 13, 2005다37208.

19) 대판 1984. 4. 10, 84다77.

20) 대판 2009. 5. 14, 2009다9768.

그 구수를 받은 자가 이를 필기 낭독하여 유언자의 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 '서명 또는 기명날인'하여야 한다(제1070조 제1항). 구수증서에 의한 유언은 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유의 종료한 날로부터 7일내에 법원에 그 검인을 신청하여야 한다(제1070조 제2항). 유언자가 질병으로 인하여 구수증서의 방식으로 유언을 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 유언이 있는 날에 급박한 사유가 종료한 것으로 보아야 하므로 유언이 있는 날로부터 7일내에 법원에 검인을 신청해야 하고, 그 기간이 경과된 후에 제기된 검인신청은 부적법하다.<sup>21)</sup>

☞ ①

13. 임대차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 임차인의 채무불이행을 이유로 토지 임대차계약이 해지되는 경우에도 임차인은 지상물 매수청구권을 행사할 수 있다.
- ② 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.
- ③ 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.
- ④ 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.

**해설** ① 지상물매수청구권은 임대차계약이 기간의 만료로 종료한 경우에 인정되며, 토지임차인의 차임연체 등 채무불이행을 이유로 임대차계약이 해지되는 경우 토지임차인으로서는 토지임대인에 대하여 지상건물의 매수를 청구할 수 없다.<sup>22)</sup>

- ② 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다(제623조).
- ③ 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다(필요비 상환청구권. 제626조 제1항).
- ④ 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다(제629조 제1항).

☞ ①

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

(2014 법원주사보)

- ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있고, 이는 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때에도 같다.
- ② 사용자책임이 생기더라도 피용자 자신의 책임이 면제되지는 아니한다.
- ③ 사용자의 면책사유에 관하여는 사용자측에서 입증하여야 한다.
- ④ 사용자와 피용자의 관계는 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 의사에 따라 사무를

21) 대결 1989. 12. 13, 89스11.

22) 대판 1997. 4. 8, 96다54249 등.

집행하는 관계에 있으면 족하다.

- 해설**
- ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자(사용자)는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다(제756조).
  - ② 사용자책임이 생기더라도 피용자 자신의 책임이 면제되는 것은 아니다. 따라서 피용자는 민법 제750조에 의해 불법행위책임을 진다.
  - ③ 민법 제756조 제1항 및 제2항의 책임에 있어서 사용자나 그에 갈음하여 사무를 감독하는 자는 그 피용자의 선임과 사무감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 손해배상의 책임이 없으나, 이러한 사정은 사용자 등이 주장 및 입증을 하여야 한다.<sup>23)</sup>
  - ④ 민법 제756조의 사용자와 피용자의 관계는 반드시 유효한 고용관계가 있는 경우에 한하는 것이 아니고, 사실상 어떤 사람이 다른 사람을 위하여 그 지휘·감독 아래 그 의사에 따라 사업을 집행하는 관계에 있을 때에도 그 두 사람 사이에 사용자·피용자의 관계가 있다고 할 수 있다(사실상의 지휘·감독관계).<sup>24)</sup>

☞ ①

15. 상계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 고의로 불법행위로 인한 손해배상채권은 이를 수동채권으로 하여 상계할 수 없다.
- ② 상계를 하기 위하여는 자동채권뿐만 아니라 수동채권도 반드시 변제기가 도래하여야 한다.
- ③ 압류금지채권을 수동채권으로 하여서는 상계할 수 없다.
- ④ 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.

- 해설**
- ① 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계는 허용되지 않는다(제496조). 그러나 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 '자동채권'으로 하는 상계는 허용된다.
  - ② 상계를 하기 위하여는 자동채권은 반드시 이행기에 있어야 한다. 그렇지 않으면 상대방은 이유 없이 기한의 이익을 잃게 되기 때문이다. 그러나 수동채권은 채무자가 기한의 이익을 포기할 수 있으므로, 이행기 도래 전이라도 이를 포기하고 상계할 수 있다(제468조 본문).

- ③ 부양청구권, 급료·임금청구권 등 압류금지채권을 수동채권으로 하는 상계는 허용되지 않는다(제497조). 그러나 자동채권이 압류금지채권인 경우에는 상계가 금지되지 않는다.
- ④ 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다(제495조).

☞ ②

16. 행위능력 등과 관련한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014 법원주사보)

- ① 미성년자가 법률행위를 하려면 법정대리인의 동의를 얻어야 하지만, 단순히 권리만을

23) 대판 1998. 5. 15, 97다58538.

24) 대판 2003. 12. 26, 2003다49542.

얻거나 의무만을 면하는 행위는 단독으로 할 수 있다.

- ② 가정법원이 질병, 장애, 노령 등으로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 검사 등의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.
- ③ 피성년후견인의 법률행위는 언제든지 취소할 수 있으나, 성년후견인의 동의를 받아 한 행위는 취소할 수 없다.
- ④ 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다.

**해설** ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다(제5조 제1항). 즉, 단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 미성년자가 단독으로 할 수 있다.

② 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다. 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조).

③ 피성년후견인의 법률행위는 (원칙적으로) 취소할 수 있다. 그러나 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(제10조 제1항·제2항). 또한, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(제10조 제4항).

④ 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항). 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다(제13조 제4항).

☞ ③

**17. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다)에 대한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 부동산에 관한 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 수탁자로부터 신탁재산을 취득한 제3자는 선의·악의를 불문하고 소유권을 취득한다.
- ② 중중재산의 명의신탁이나 부부간의 명의신탁은 조세포탈이나 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하는 경우를 제외하고는 유효하다.
- ③ 계약명의신탁 약정에 따라 선의의 매도인으로부터 명의수탁자로의 등기가 부동산실명법 시행 후에 이루어진 경우 명의신탁자는 매수자금을 부당이득반환청구 할 수 있다.
- ④ 3자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 부동산실명법에서 정한 유예기간 경과 후에 자의로 명의신탁자에게 바로 소유권을 이전해 주는 경우 그 등기는 무효이다.

**해설** ① 명의신탁약정과 등기의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(부동산실명법 제4조 제3항). 여기서 '제3자'란,

수탁자가 물권자임을 기초로 그와 새로운 이해관계를 맺은 자를 말하고, 선의·악의를 불문한다.

- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 조세 포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조부터 제7조까지 및 제12조 제1항부터 제3항까지를 적용하지 아니한다(이 한도에서는 종래의 判例이론이 그대로 통용될 수 있다). 1. 중증이 보유한 부동산에 관한 물권을 중증(중증과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함한다) 외의 자의 명의로 등기한 경우, 2. 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우, 3. 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우(부동산실명법 제8조).
- ③ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항, 제2항에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 '계약명의신탁 약정'을 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 부동산실명법 '시행 후'에 이루어진 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 매수자금만을 부당이득한다고 할 것이다.<sup>25)</sup>
- ④ 명의신탁자가 소유자로부터 부동산을 양도받으면서 명의수탁자와 사이에 명의신탁약정을 하여 소유자로부터 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 하는 이른바 3자간 등기명의신탁에 있어서, 명의수탁자가 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에서 정한 유예기간 경과 후에 자의로 명의신탁자에게 바로 소유권이전등기를 경료해 준 경우, 같은 법에서 정한 유예기간의 경과로 기존 명의신탁약정과 그에 의한 명의수탁자 명의의 등기가 모두 무효로 되고, 명의신탁자는 명의신탁약정의 당사자로서 동법 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 아니하므로 명의신탁자 명의의 소유권이전등기도 무효가 된다고 할 것이지만, 한편 동법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 유예기간 경과 후에도 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 있으므로, 명의수탁자가 명의신탁자 앞으로 바로 경료해 준 소유권이전등기는 결국 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.<sup>26)</sup>

☞ ④

18. 금전채무에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(2014 법원주사보)

- ① 금전채무 불이행의 경우 채권자는 손해의 발생 및 손해액을 증명할 필요가 없다.
- ② 금전채무의 채무자는 채무불이행이 자신에게 책임 없는 사유로 인한 것임을 증명하면 책임을 면할 수 있다.
- ③ 금전채무의 이행지체로 인하여 발생하는 지연손해금은 그 성질이 손해배상금이다.
- ④ 금전채무 불이행의 경우 손해배상액은 법정이율에 의하여 산정한다. 다만, 법정이율과 다른 이자율 약정이 있거나 지연손해금 약정이 있는 경우에는 그에 의한다.

25) 대판 2008. 2. 14, 2007다69148, 69155.

26) 대판 2004. 6. 25, 2004다6764.

- 해설** ① 일반적으로 손해배상을 구하는 채권자가 손해의 발생 및 그 액을 증명하여야 하지만(제390조), 금전채무 불이행의 경우에는 그 증명이 곤란할 뿐만 아니라 금전은 일정한 과실을 얻는 것이 보통이므로, 채권자는 손해의 발생 및 손해액을 증명할 필요가 없다(제397조 제2항 전단).<sup>27)</sup>
- ② 일반적으로 채무자는 자신의 귀책사유에 기한 것이 아닌 채무불이행에 대하여 책임을 지지 않지만(제390조 단서), 금전채무의 채무자는 채무불이행이 자신에게 책임 없는 사유로 인한 것임을 증명하더라도 책임을 면할 수 없다. 즉, 금전채무불이행에 대하여 채무자는 과실 없음을 항변하지 못한다(제397조 제2항 후단).
- ③ 금전채무의 이행지체로 인하여 발생하는 지연손해금은 그 성질이 손해배상금이지 이자가 아니며, 민법 제163조 제1호가 규정한 ‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이 아니므로 3년의 단기소멸시효의 대상이 되지 아니한다.<sup>28)</sup>
- ④ 금전채무불이행에 의한 손해배상액은 ‘법정이율’에 의해 정해진다(제397조 제1항 본문). 따라서 채권자에게 실제로 발생한 손해가 법정이율에 의해 산정된 액보다 많거나 적더라도 채무자는 법정이율에 따라 산정된 금액을 손해배상액으로 지급하여야 한다. 그러나 법정이율과 다른 이자율의 약정이나 지연손해금의 약정이 있는 경우에 손해배상액은 그에 의해 산정된다(제397조 제1항 단서).

☞ ②

19. 채권자대위권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
(2014 법원주사보)

- ① 대위행사의 효과는 채무자에게 귀속하지만 변제의 수령은 채권자가 채무자에 갈음하여 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수도 있다.
- ② 피보전채권이 특정채권인 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다.
- ③ 채권자대위권도 채권자취소권과 마찬가지로 반드시 재판상 행사하여야 한다.
- ④ 채권자대위소송의 기판력은 소송이 제기된 사실을 어떠한 사정에 의하든 채무자가 알았을 때에는 채무자에게 미친다.

- 해설** ① 채권자대위권은 채권자가 채무자의 권리를 행사하는 것이므로, 그 행사의 효과는 직접 채무자에게 귀속된다. 다만, 금전 기타 물건의 급부를 목적으로 하는 채권과 같이 변제의 수령을 요하는 경우에는, 채무자가 수령하지 않는다면 대위권행사의 목적을 달성할 수 없으므로, 채권자는 제3채무자에 대해 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수도 있다.<sup>29)</sup>
- ② 채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리(소유권이전등기청구권·환매권 등)를 대위하여 행사할 수 있고, 그 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다.<sup>30)</sup>
- ③ 채권자대위권의 요건이 갖추어지면, 채권자는 ‘자기의 이름으로’ 채무자의 권리를 대위 행사할 수 있다. 한편, 채권자취소권과는 달리 반드시 재판상으로 행사하여야 하는 것은 아니다.

27) 대판 2000. 2. 11, 99다49644.

28) 대판 1998. 11. 10, 98다42141.

29) 대판 1962. 1. 11, 4294민상195.

30) 대판 1992. 10. 27, 91다483.

- ④ 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우에 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 것을 알았다면 그 판결의 효력은 채무자에게 미친다.<sup>31)</sup>

☞ ③

20. 채권의 준점유자에 대한 변제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 스스로 채권자라고 하여 채권을 행사하는 경우가 아닌 채권자의 대리인이라고 하면서 채권을 행사하는 때에는 채권의 준점유자로 볼 수 없다.
- ② 예금명의자가 아니고 예금통장도 소지하지 않은 예금행위자에 불과한 자는 금융실명제가 시행된 후에는 극히 예외적인 특별한 사정이 인정되지 않는 한 예금채권을 준점유하는 자에 해당되지 않는다.
- ③ 채권가압류나 압류가 경합된 경우에 있어서는 그 압류채권자의 한 사람이 전부명령을 얻더라도 그 전부명령은 무효가 되지만, 이 경우에도 그 전부채권자는 채권의 준점유자로 볼 수 있다.
- ④ 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다.

**해설** ① 채권의 준점유자라 함은, 변제자의 입장에서 볼 때 일반의 거래관념상 채권을 행사할 정당한 권한을 가진 것으로 믿을 만한 외관을 가지는 사람을 말하므로, 준점유자가 스스로 채권자라고 하여 채권을 행사하는 경우뿐만 아니라 채권자의 '대리인'이라고 하면서 채권을 행사하는 때에도 채권의 준점유자에 해당한다.<sup>32)</sup>

- ② 예금명의자도 아니고 예금통장도 소지하지 않은 예금행위자에 불과한 자는 금융실명제가 시행된 이후에는 극히 예외적인 특별한 사정이 인정되지 않는 한 예금채권을 준점유하는 자에 해당될 수가 없다.<sup>33)</sup>
- ③ 채권압류가 경합된 경우에 그 압류채권자 중의 한 사람이 전부명령을 얻은 경우 그 전부명령은 무효이지만 제3채무자가 선의·무과실로 그 전부채권자에게 전부금을 변제하였다면 이는 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하므로 제3채무자의 채무자에 대한 채무는 소멸되고 제3채무자는 압류채권자에 대하여 이중 변제의 의무를 부담하지 아니하며, 전부채권자에 대하여 전부명령의 무효를 주장하여 부당이득반환청구도 할 수 없다.<sup>34)</sup>
- ④ 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다(제470조).

☞ ①

21. 채권양도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 가압류된 채권도 이를 양도하는데 아무런 제한이 없다 할 것이나, 다만 가압류된 채권을 양수받은 양수인은 그러한 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받는다.

31) 대판 1995. 7. 11, 95다9945.  
 32) 대판 2004. 4. 23, 2004다5389.  
 33) 대판 2006. 12. 21, 2004다41194.  
 34) 대판 1980. 9. 30, 78다1292.



- ② 채권양도의 통지는 양도인이 직접 하여야 하고 양수인이 양도인의 사자 또는 대리인으로서 한 채권양도 통지는 그 효력이 없다.
- ③ 채무자는 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있거나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있는바, 양수인의 악의 또는 중과실은 채무자가 이를 주장·증명하여야 한다.
- ④ 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다.

**해설** ① 가압류된 채권도 이를 양도하는데 아무런 제한이 없다 할 것이나, 다만 가압류된 채권을 양수받은 양수인은 그러한 가압류에 의하여 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받는다고 보아야 할 것이고, 이는 채권을 양도받았으나 확정일자 있는 양도통지나 승낙에 의한 대항요건을 갖추지 아니하는 사이에 양도된 채권이 가압류된 경우에도 동일하다.<sup>35)</sup>

② 채권양도의 통지는 '양도인'이 하여야 한다. 그러나 양도인이 직접 하지 아니하고 사자를 통하여 하거나 대리인으로 하여금 하게 하여도 무방하고, 채권의 양수인도 양도인으로부터 채권양도통지 권한을 위임 받아 대리인으로서 그 통지를 할 수 있다.<sup>36)</sup>

③ 채무자는 제3자가 채권자로부터 채권을 양수한 경우 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있고, 여기서 말하는 '중과실'이란 통상인에게 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 그 특약의 존재를 알 수 있음에도 불구하고 그러한 주의조차 기울이지 아니하여 특약의 존재를 알지 못한 것을 말하며, 제3자의 악의 내지 중과실은 채권양도금지의 특약으로 양수인에게 대항하려는 자(채무자)가 이를 주장·증명하여야 한다.<sup>37)</sup>

④ 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다(제452조 제1항).

☞ ②

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

(2014 법원주사보)

- ① 상속인 중 1인이 다른 공동상속인과 협의하여 상속재산분할을 한 때에는 민법 제1026조 제1호에 규정된 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에 해당하여 단순승인을 한 것으로 보게 되어 이를 취소할 수 없는 것이므로 그 뒤 상속포기신고를 하여 수리되더라도 상속 포기 효력은 생기지 않는다.
- ② 상속재산의 협의분할은 반드시 한 자리에서 이루어질 필요는 없고 순차적으로 이루어질 수도 있다.
- ③ 상속재산분할협약은 일종의 계약이므로 그 전부 또는 일부를 공동상속인 전원의 합의에

35) 대판 2002. 4. 26, 2001다59033.

36) 대판 2004. 2. 13, 2003다43490.

37) 대판 2010. 5. 13, 2010다8310.

의하여 해제한 다음 다시 새로운 분할협의를 할 수 있다.

- ④ 공동상속인 중 1인이 제3자에게 상속부동산을 매도한 뒤 그 제3자 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에 그 부동산을 매도인 외의 다른 상속인 1인의 소유로 하는 상속재산분할협의를 이루어져 그 상속인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 등기를 경료하지 않은 제3자는 원칙적으로 민법 제1015조(분할의 소급효) 단서 소정의 소급효가 제한되는 제3자에 해당되어 보호받을 수 있다.

- 해설**
- ① 상속인 중 1인이 다른 공동재산상속인과 협의하여 상속재산을 분할(상속재산의 협의분할)한 때는 민법 제1026조 제1호에 규정된 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에 해당되어 단순승인을 한 것으로 보게 되어 이를 취소할 수 없는 것이므로, 그 뒤 가정법원에 상속포기신고를 하여 수리되었다 하여도 포기의 효력이 생기지 않는다.<sup>38)</sup>
  - ② 상속재산의 협의분할은 공동상속인 간의 일종의 계약으로서 공동상속인 전원이 참여하여야 하고 일부 상속인만으로 한 협의분할은 무효라고 할 것이나, 반드시 한 자리에서 이루어질 필요는 없고 순차적으로 이루어질 수도 있으며, 상속인 중 한 사람이 만든 분할 원안을 다른 상속인이 후에 돌아가며 승인하여도 무방하다.<sup>39)</sup>
  - ③ 상속재산 분할협의를 공동상속인들 사이에 이루어지는 일종의 계약으로서, 공동상속인들은 이미 이루어진 상속재산 분할협의를 전부 또는 일부를 전원의 합의에 의하여 해제한 다음 다시 새로운 분할협의를 할 수 있다.<sup>40)</sup>
  - ④ 공동상속인 중 1인이 제3자에게 상속 부동산을 매도한 뒤 그 앞으로 소유권이전등기가 경료되기 전에 그 매도인과 다른 공동상속인들 간에 그 부동산을 매도인 외의 다른 상속인 1인의 소유로 하는 내용의 상속재산 협의분할이 이루어져 그 앞으로 소유권이전등기를 한 경우, 그 상속재산 협의분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 효력이 발생하므로 등기를 경료하지 아니한 제3자는 민법 제1015조 단서에서 말하는 소급효가 제한되는 제3자에 해당하지 아니한다(다만, 이 경우 상속재산 협의분할로 부동산을 단독으로 상속한 자가 협의분할 이전에 공동상속인 중 1인이 그 부동산을 제3자에게 매도한 사실을 알면서도 상속재산 협의분할을 하였을 뿐 아니라, 그 매도인의 배임행위를 유인·교사하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담한 경우에는 그 상속재산 협의분할 중 그 매도인의 법정상속분에 관한 부분은 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당한다).<sup>41)</sup>

☞ ④

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

(2014 법원주사보)

- ① 원시적 불능인 경우에는 법률행위가 무효가 되나, 후발적 불능인 경우에는 법률행위는 유효이고, 불능에 채무자의 귀책사유가 있으면 채무불이행책임이, 없으면 위험부담이 문제된다.
- ② 불능의 여부는 사회관념에 따라 결정되므로, 물리적으로 급부가 가능하다더라도 이행불능이 인정될 수 있다.
- ③ 이행불능으로 인해 손해가 발생한 경우 채권자는 그 손해배상을 청구할 수 있다.

38) 대판 1983. 6. 28, 82도2421.

39) 대판 2010. 2. 25, 2008다96963.

40) 대판 2004. 7. 8, 2002다73203.

41) 대판 1996. 4. 26, 95다54426, 54433.

- ④ 계약에 의하여 발생한 채무가 채무자의 책임 있는 사유로 이행불능이 된 경우에도 채권자는 상당한 기간을 정하여 최고한 후 계약을 해제할 수 있다.

- 해설** ① 채권성립 당시 또는 그 이전에 급부가 불능인 경우가 '원시적 불능'이고, 채권성립 이후에 비로소 불능으로 된 경우가 '후발적 불능'이다. 이 중 법률행위가 무효로 되는 것은 원시적 불능에 한한다.<sup>42)</sup> 후발적 불능의 경우에는 법률행위는 유효하고, 다만 그 불능에 채무자의 귀책사유가 있는지 여부에 따라 채무불이행책임(제390조) 또는 쌍무계약에서의 위험부담의 문제(제537조·제538조)로 처리된다.
- ② 채무의 이행이 '불능'이라는 것은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에 있어서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.<sup>43)</sup> 따라서 물리적으로 급부가 가능하더라도 이행불능이 인정될 수 있다.
- ③ 이행불능으로 인해 손해가 발생한 경우에 채권자는 그 손해배상을 청구할 수 있으며(제390조), 이때의 손해배상을 이행지체에서의 '자연배상'과 구별하여 '전보배상'이라고 한다. 즉, 이행의 '전부'가 불능으로 된 때에는 본래의 급부를 목적으로 하는 청구권은 소멸하고 그에 갈음하여 손해배상청구권이 성립한다(채무 내용의 변경으로서 채무는 그 동일성을 유지한다).
- ④ 채무자의 귀책사유로 이행불능이 된 때에는, 이행기를 기다릴 필요 없이 그 때부터 또 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(제546조).

☞ ④

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

(2014 법원주사보)

- ① 계약의 해제로 인한 원상회복에 관하여, 판례는 물권적 효과설의 입장에서 계약이 해제되면 그 계약이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복구한다고 보고 있다.
- ② 다만 계약해제의 경우 제3자의 권리를 해하지 못하는데, 여기서 제3자란 등기나 인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하며 제3자의 선의·악의는 불문한다.
- ③ 판례는 해제 후 권리외관의 제거 전에 새로운 이해관계를 맺고 공시방법을 갖춘 자의 경우 비록 선의의 자라 하더라도 이를 위 제3자에 포함되지 않는 것으로 보고 있다.
- ④ 해제로 인한 원상회복은 부당이득반환의 성질을 가진다.

- 해설** ① 해제의 효과에 관해, 判例는, '직접효과설' 중 '물권적 효과설'의 입장에서, "우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 제548조 제1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때, 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복구한다."고 한다.<sup>44)</sup>
- ② 민법 제548조 제1항 단서 소정의 '제3자'란, 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로

42) 대판 1994. 10. 25, 94다18232.  
 43) 대판 2003. 1. 24, 2000다22850.  
 44) 대판 1977. 5. 24, 75다1394.

완전한 권리를 취득한 자를 말한다.<sup>45)</sup> 계약 자체의 흠결로 인한 소급적 실효의 경우가 아니므로 제3자의 선의·악의는 불문한다.

③ 判例는, 거래의 안전을 위하여 해제 후라 하더라도 권리의관의 제거(말소등기 등 원상회복) 전에 새로운 이해관계를 맺고 공시방법을 갖춘 '선의'의 제3자도 여기의 '제3자'에 포함되는 것으로 본다. 즉, 계약해제시 계약은 소급하여 소멸하게 되어 해약당사자는 각 원상회복의 의무를 부담하게 되나 이 경우 계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없고, 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·입증책임은 계약해제를 주장하는 자에게 있다.<sup>46)</sup>

④ 계약을 해제하면 계약은 소급하여 실효되므로, 이미 이행된 급부는 법률상 원인 없이 수령한 것이 되어 부당이득으로서 반환되어야 한다. 따라서 원상회복은 부당이득반환의 성질을 가진다. 그러나 이에 관해서는 부당이득의 반환범위에 관한 민법 제748조가 적용되는 것이 아니라 민법 제548조가 그 특칙으로 적용된다.

☞ ③

**25. 선의취득에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
(2014 법원주사보)

- ① 점유개정에 의하여 점유를 취득한 경우에는 선의취득이 인정되지 않는다.
- ② 동산의 선의취득은 거래행위뿐만 아니라 상속이나 회사합병과 같은 포괄승계의 경우에도 가능하다.
- ③ 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매절차에서 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인은 동산의 소유권을 선의취득할 수 있다.
- ④ 동산이라 하더라도 등기, 등록에 의하여 공시되는 경우에는 선의취득의 대상이 될 수 없다.

**해설** ① 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로는 선의취득의 요건을 충족할 수 없다.<sup>47)</sup>

② 선의취득은 거래의 안전을 보호하기 위한 제도이므로, '거래행위'에 의한 동산 소유권·질권의 특정승계의 경우에 한하여 인정된다. 따라서 상속이나 합병과 같은 포괄승계의 경우에는 선의취득이 적용되지 않는다.

③ 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우에도 경매절차에서 그 동산을 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인은 특별한 사정이 없는 한 소유권을 선의취득한다.<sup>48)</sup>

④ 선의취득이 인정되는 것은 '동산'에 한한다. 동산이라도 법률에 의해 점유가 아닌 등기·등록으로써 공시되는 것(자동차·선박·건설기계·항공기 등)에는 선의취득이 인정되지 않는다.<sup>49)</sup>

☞ ②

45) 대판 2003. 1. 24, 2000다22850.

46) 대판 2005. 6. 9, 2005다6341.

47) 대판 1964. 5. 5, 63다775.

48) 대판 1998. 3. 27, 97다32680.

49) 대판 1966. 1. 25, 65다2137.

26. 유치권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 유치권은 법정담보물권이므로 당사자간에 유치권을 배제하는 약정은 효력이 없다.
- ② 건축자재대금채권은 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없으므로 이를 피담보채권으로 하여 완성된 건물에 유치권을 행사할 수 없다.
- ③ 근저당권설정 후 경매로 인한 압류의 효력 발생 전에 취득한 유치권이 상사유치권이 아닌 이상 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다.
- ④ 유치권은 경매청구권을 가지지만 그 매각대금으로부터 우선변제를 받을 권능이 없다.

**해설** ① 당사자간의 약정으로 유치권의 성립을 배제하기로 하는 것은 유효하므로(통설), 유치권이 성립하려면 이러한 특약이 없어야 한다.

② 甲이 건물 신축공사 수급인인 乙 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 사안에서, 대법원은 유치권의 피담보채권은 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’이어야 하는데, 甲의 건축자재대금채권은 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과할 뿐 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수는 없으므로(즉, 甲의 건축자재대금채권과 그 신축건물 사이에는 건련관계가 인정되지 않으므로) 위 건물에 관한 유치권의 피담보채권이 될 수 없다고 하였다.<sup>50)</sup>

③ 부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.<sup>51)</sup> [비교판례] 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자가 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서 상사유치권으로 대항할 수 있는지 여부 : 상사유치권은 민사유치권과 달리 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 ‘채무자 소유’일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 ‘채무자 소유의 물건’에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 건련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다. 그러므로 채무자

50) 대판 2012. 1. 26, 2011다96208.

51) 대판 2009. 1. 15, 2008다70763.

소유의 부동산에 관하여 이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다.<sup>52)</sup>

- ④ 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다(제322조 제1항). 그러나 경매대금으로부터 우선변제를 받을 수는 없다.

☞ ①

**27. 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있다 (민법 제387조 제2항). 기한의 정함이 없는 채무의 이행지체에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 타인의 토지를 점유함으로써 인한 부당이득반환채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.
- ② 신원보증인의 채무는 피보증인의 불법행위로 인한 손해배상채무 그 자체가 아니고 신원보증계약에 기하여 발생한 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무이므로 채권자로부터 이행청구를 받지 않으면 지체의 책임이 생기지 않는다.
- ③ 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 부담한다.
- ④ 소비대차의 경우에도 반환시기의 약정이 없는 경우에는 이행청구를 받은 때로부터 이행지체가 성립된다.

- 해설**
- ① 타인의 토지를 점유함으로써 인한 부당이득반환채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.<sup>53)</sup>
  - ② 신원보증인의 채무는 피보증인의 불법행위로 인한 손해배상채무 그 자체가 아니고 신원보증계약에 기하여 발생한 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무이므로 채권자로부터 이행청구를 받지 않으면 지체의 책임이 생기지 않는다.<sup>54)</sup>
  - ③ 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때로부터 지체책임을 부담하게 된다.<sup>55)</sup>
  - ④ ‘반환시기의 약정이 없는 소비대차’에서는, 대주는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고하여야 하므로(제603조 제2항), 그 상당기간이 경과한 때부터 이행지체가 된다.

☞ ④

52) 대판 2013. 2. 28, 2010다57350.

53) 대판 2008. 2. 1, 2007다8914.

54) 대판 2009. 11. 26, 2009다59671.

55) 대판 2004. 7. 9, 2004다11582.

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

(2014 법원주사보)

- ① 부진정연대채무는 연대채무자 상호간에 출연분담에 관한 주관적 연대관계가 없어 본래 의미의 부담부분 내지 구상관계가 존재하지 않는다는 점에서 보통의 연대채무와 구별된다.
- ② 공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후 다른 공동불법행위자가 피해자에게 자기 부담부분을 넘는 손해를 배상하였을 경우, 손해를 배상한 공동불법행위자는 손해배상채무가 시효소멸한 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사할 수 있다.
- ③ 부진정연대채무에 있어 구상관계가 인정되는 경우에는 연대채무에 관한 규정이 유추적용되고, 따라서 연대채무자 상호간의 통지의무에 관한 제426조도 유추적용된다.
- ④ 구상할 수 있는 범위에는 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타의 손해배상이 포함된다.

**해설** ① 부진정연대채무는 채무자 수만큼의 복수의 채무가 독립하여 존재하고 급부실현(채권만족)이라는 공동의 목적이 있다는 점에서는 연대채무와 같지만, 수인의 채무자간에 연대채무에서처럼 채무를 공동으로 부담한다고 하는 주관적 공동관계가 없어 본래 의미의 부담부분 내지 구상관계가 존재하지 않는다는 점, 또 '1인의 채무자에게 생긴 사항'은 급부의 실현을 가져오는 것(변제 등) 외에는 상대적 효력이 있을 뿐이라는 점에서 연대채무와 구별된다.

② 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권은 피해자의 다른 공동불법행위자에 대한 손해배상채권과는 그 발생원인 및 성질을 달리하는 별개의 권리이고, 연대채무에 있어서 소멸시효의 절대적 효력에 관한 민법 제421조의 규정은 공동불법행위자 상호간의 부진정연대채무에 대하여는 그 적용이 없으므로, 공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후에 다른 공동불법행위자 1인이 피해자에게 자기의 부담부분을 넘는 손해를 배상하였을 경우에도, 그 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사할 수 있다.<sup>56)</sup>

③ 출연분담에 관한 주관적인 밀접한 연관관계가 없고 단지 채권만족이라는 목적만을 공통으로 하고 있는 부진정연대채무에 있어서는 그 변제에 관하여 채무자 상호간에 통지의무 관계를 인정할 수 없고, 변제로 인한 공동면책이 있는 경우에 있어서는 채무자 상호간에 어떤 대내적인 특별관계에서 또는 형평의 관점에서 손해를 분담하는 관계가 있게 되는데 불과하다고 할 것이므로, 부진정연대채무에 해당 하는 공동불법행위로 인한 손해배상채무에 있어서도 채무자 상호간에 구상요건으로서의 통지에 관한 민법 제426조의 위 규정을 유추 적용할 수는 없다.<sup>57)</sup>

④ 공동불법행위자 중 1인이 피해자로부터 손해배상청구소송을 당하여 그 판결에서 인용된 손해배상금을 지급함으로써 공동면책된 때에는, 그것이 부당응소라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공동면책된 금액 중 다른 공동불법행위자의 과실비율에 상당하는 금액은 물론이고 그에 대한 공동면책일 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타의 손해배상(제425조 제2항)을 구상할 수 있다.<sup>58)</sup>

☞ ③

56) 대판 1997. 12. 23, 97다42830.

57) 대판 1998. 6. 26, 98다5777.

58) 대판 1997. 4. 8, 96다54232.

29. 공유에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 부동산의 공유자 중 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우, 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.
- ② 과반수의 지분을 가진 공유자라도 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의 없이 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 부적법하다.
- ③ 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와의 협의 없이 자신의 지분 범위를 초과하여 공유물의 전부 또는 일부를 배타적으로 점유하고 있는 경우, 다른 소수지분권자가 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 있다.
- ④ 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다.

- 해설**
- ① 부동산의 공유자 각자는 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 공유물에 관한 보존행위로서 제3자를 상대로 그 등기 전부의 말소를 청구할 수 있다.<sup>59)</sup>
  - ② 공유자 사이에 공유물을 사용·수익할 구체적인 방법을 정하는 것은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 할 것이고, 과반수의 지분을 가진 공유자는 다른 공유자와 사이에 미리 공유물의 관리방법에 관한 협의가 없었다 하더라도 공유물의 관리에 관한 사항을 단독으로 결정할 수 있으므로, 과반수의 지분을 가진 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다.<sup>60)</sup>
  - ③ 토지나 건물에 관하여 지분을 소유하고 있는 공유자나 그 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자(소수지분권자의 배타적 사용·수익의 경우)라고 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.<sup>61)</sup>
  - ④ 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다(국가 소유로 귀속하는 것이 아님. 제267조).

☞ ②

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

(2014 법원주사보)

- ① 임대인의 임대차보증금 반환의무와 임차인의 임차권등기말소의무는 동시이행관계에 있다.
- ② 일방 당사자가 선이행의무를 부담하더라도 타방 당사자의 채무의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 선이행의무자는 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무

59) 대판 1993. 5. 11, 92다52870.

60) 대판 2001. 11. 27, 2000다33638.

61) 대판(전원합의제) 1994. 3. 22, 93다9392.



이행을 거절할 수 있다.

- ③ 매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 잔대금 지급일이 도래하면, 특별한 사정이 없는 한 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요서류의 제공은 동시이행 관계에 있다.
- ④ 채권자의 차용증 반환의무와 채무자의 변제의무는 동시 이행관계에 있지 않다.

- 해설** ① 임대인의 임대차보증금 반환의무와 임차인의 주택임대차보호법 제3조의3에 의한 임차권등기에 대한 임차인의 말소 의무는 동시이행관계에 있지 않고, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소 의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다.<sup>62)</sup>
- ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에도 '상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때'에는 선이행의무자에게도 동시이행의 항변권이 인정된다(제536조 제2항). 이를 '불안의 항변권'이라고 한다.
- ③ 부동산매수인이 선이행의무가 있는 중도금을 지급하지 않은 채 잔대금지급일이 도래한 경우, 매수인의 중도금 및 (이에 대한 중도금지급일 다음날부터 잔금지급일까지의 지연손해금과) 잔대금의 지급채무는 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 서며, 매수인은 잔금지급일 이후부터는 중도금을 지급하지 아니한 데 따른 이행지체의 책임을 부담하지 않게 된다.<sup>63)</sup>
- ④ 채권자의 채권증서(차용증) 반환의무와 채무자의 변제의무는 동시이행관계에 있지 않다.<sup>64)</sup>

☞ ①

31. 협의이혼에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
(2014 법원주사보)

- ① 협의이혼의 당사자는 가정법원으로부터 이혼에 관한 안내를 받은 날부터, 양육하여야 할 자가 있는 경우에는 3개월, 없는 경우에는 1개월이 각 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있다.
- ② 협의이혼을 하고자 하는 부부 사이에 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 양육에 관한 사항과 친권자 결정에 관한 각 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다.
- ③ 협의이혼은 가정법원의 확인을 받아 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 정한 바에 의하여 신고하여야 하는데, 이혼의 효력은 가정법원에서 이혼의사를 확인한 때 발생하므로 위 신고는 보고적 신고이다.
- ④ 법원의 결정이나 조정을 통하여 자의 양육에 관한 사항이 정해진 후 특별한 사정변경이 없더라도 제반 사정에 비추어 부당하다고 인정되는 경우에는 그 사항을 변경할 수 있다.

- 해설** ① 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 '이혼에 관한 안내'를 받아야 하고(필수적 사항), 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다(임의적 사항). 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청한 당사자는 제1항의 안내를

62) 대판 2005. 6. 9, 2005다4529.  
 63) 대판 1991. 3. 27, 90다19930.  
 64) 대판 2005. 8. 19, 2003다22042.

받은 날부터 다음 각 호의 기간(이혼숙려기간)이 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있다. 1. 양육하여야 할 자(포태 중인 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 있는 경우에는 3개월, 2. 제1호에 해당하지 아니하는 경우(양육하여야 할 자가 없는 경우)에는 1개월(제836조의2 제1항·제2항).

- ② 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 제837조에 따른 자(子)의 양육과 제909조 제4항에 따른 자(子)의 친권자결정에 관한 협의서 또는 제837조 및 제909조 제4항에 따른 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다(제836조의2 제4항).
- ③ 협의이혼을 하려는 당사자 쌍방은 이혼하고자 하는 부부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원에 부부가 함께 출석하여 이혼의사의 확인을 신청하고, 관할법원으로부터 협의이혼의사의 확인을 받아, 그 중 1인이라도 이혼의사확인서등본을 첨부하여 관할 가족관계등록관서에 이혼신고를 함으로써 이혼의 효력이 발생한다. 따라서 위 신고는 '창설적 신고'이다.
- ④ 법원의 결정이나 조정을 통하여 자의 양육에 관한 사항이 정해진 후 특별한 사정변경이 없더라도 그 사항이 민법 제837조 제2항에 정한 제반 사정에 비추어 부당하다고 인정되는 경우에는 가정법원이 그 사항을 변경할 수 있는지 여부 : 민법 제837조 제2항의 규정에 의하여 가정법원이 일단 결정한 양육에 필요한 사항을 그 후 변경하는 것은 당초의 결정 후에 특별한 사정변경이 있는 경우뿐만 아니라, 당초의 결정이 위 법률규정 소정의 제반 사정에 비추어 부당하게 되었다고 인정될 경우에도 가능한 것이며, 당사자가 조정을 통하여 그 자의 양육에 관한 사항을 정한 후 가정법원에 그 사항의 변경을 청구한 경우에 있어서도 가정법원은 심리를 거쳐서 그 조정조항에서 정한 사항이 위 법률규정 소정의 제반 사정에 비추어 부당하다고 인정되는 경우에는 언제든지 그 사항을 변경할 수 있고 조정의 성립 이후에 특별한 사정변경이 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있는 것은 아니다.<sup>65)</sup>

☞ ③

32. 최근 개정된 가족법의 내용에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (2014 법원주사보)

- ① 법정후견인제도를 폐지하여 미성년자에게 지정후견인이 없는 경우 가정법원에서 후견인을 선임하도록 하였다.
- ② 이혼 등으로 단독 친권자로 정하여진 부모의 일방이 사망하거나 친권을 상실하는 등 친권을 행사할 수 없는 경우에 다른 일방의 친권이 자동적으로 부활하는 것이 아니라, 가정법원의 심리를 거쳐 부모 중 다른 일방을 친권자로 지정하거나 미성년후견인을 선임할 수 있도록 하였다.
- ③ 미성년자를 입양할 때는 가정법원의 허가를 받도록 하고 미성년자에 대한 과양은 재판으로만 할 수 있도록 하였다.
- ④ 종래 친양자가 될 자가 미성년자이면 친양자 입양이 가능하였으나 개정민법에서는 15세 미만인 자만 친양자 입양이 가능하도록 연령제한을 강화하였다.

**해설** ① 2013. 7. 1.부터 시행되는 개정 후견제도는, 종래의 후견인의 법정순위(최근친, 연장자순)를 폐지하고, 가정법원이 후견인을 선임하는 것으로 바꾸었다(법정후견인제도의 폐지).

② 2011년 친권에 관한 개정법은 이혼 등으로 단독친권자로 정해진 부모의 일방이 사망하거나 친권을 상실하는 등 친권을 행사할 수 없는 경우에 가정법원의 심리를 거쳐 친권자로 정해지지 않았던 부모의 다른

65) 대결 2006. 4. 17, 2005스18.

일방을 친권자로 지정하거나 후견이 개시되도록 하고, 입양이 취소되거나 파양된 경우 또는 양부모가 사망한 경우에도 가정법원의 심리를 거쳐 친생부모 또는 그 일방을 친권자로 지정하거나 후견이 개시되도록 하여, 부적격의 부 또는 모가 당연히 친권자가 됨으로써 미성년자의 복리에 악영향을 미치는 것을 방지하고 있다.

- ③ 2012. 2. 10. 개정법은 미성년자인 양자의 복리를 좀 더 충실하게 실현할 수 있도록 미성년자를 입양할 때에는 ‘가정법원의 허가’를 받도록 하고(제867조), ‘미성년자에 대한 파양’은 재판상으로만 할 수 있도록 하였으며(제898조 단서), 부모의 소재를 알 수 없는 등의 경우에는 ‘부모의 동의 없이도 입양’이 가능하게 하였다(제869조 3항, 제870조 제1항 단서).
- ④ 친양자 입양 가능 연령을 현실에 맞게 종래 15세 미만에서 ‘미성년자’로 완화하였다(제908조의2 제1항 제2호).

☞ ④

33. 혼인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(2014 법원주사보)

- ① 만18세 미만자의 혼인은 무효가 아니고 당사자나 법정대리인이 취소할 수 있을 뿐이다.
- ② 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다. 다만, 중혼은 당연무효는 아니고 당사자 등이 그 취소를 청구할 수 있을 뿐이다.
- ③ 혼인무효의 판결은 소급효가 있고, 다만 무효인 혼인 중 출생한 자를 그 가족관계등록부에 출생신고하여 등재하면 그 자에 대하여는 인지의 효력이 있다.
- ④ 혼인의 취소도 소급효가 있으므로, 그 취소 전에 이루어진 상속관계 역시 소급하여 무효가 된다.

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

② 배우자 있는 자는 다시 혼인하지 못한다(제810조). 당사자 및 그 배우자, 직계'혈족'(직계존속과 직계비속 모두 포함), 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사는 제810조를 위반한 혼인의 취소를 청구할 수 있다(제818조).

③ 혼인무효판결이 확정되면 그 혼인은 처음부터 없었던 것이 된다. 따라서 혼인 당사자는 처음부터 부부가 아니었던 것으로 된다. 이와 같이 혼인무효의 판결은 소급효가 있으며, 제3자에 대하여도 효력이 있다(가사소송법 제21조). 다만, 혼인신고가 위법하여 무효인 경우에도 무효인 혼인 중 출생한 자를 그 가족관계등록부에 출생신고하여 등재한 이상 그 자에 대한 인지의 효력이 있다.<sup>66)</sup>

④ 민법 제824조는 “혼인의 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니한다.”고 규정하고 있을 뿐 재산상속 등에 관해 소급효를 인정할 별도의 규정이 없는바, 혼인 중에 부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소되었다는 사정만으로 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이 취득한 것이라고는 볼 수 없다.<sup>67)</sup>

☞ ④

66) 대판 1971. 11. 15, 71다1983.

67) 대판 1996. 12. 23, 95다48308.

34. 선택채권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

(2014 법원주사보)

- ① 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 금액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.
- ② 채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 채권자에게 있다.
- ③ 선택의 효력은 그 채권이 발생한 때에 소급한다.
- ④ 채권성립 후에 선택권 없는 당사자의 과실로 인하여 이행불능이 된 급부가 있으면 채권의 목적은 잔존한 급부로 특정되지 않는다.

**해설** ① 제203조 제2항.

- ② 채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 '채무자'에게 있다(제380조).
- ③ 선택의 효력은 그 채권이 발생한 때에 소급한다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다(제386조).
- ④ 채권의 목적으로 선택할 수개의 행위 중에 처음부터 불능한 것이나 또는 후에 이행불능하게 된 것이 있으면 채권의 목적은 잔존한 것에 존재한다(잔존급부로 당연히 선택. 제385조 제1항). 그러나 선택권 없는 당사자의 과실로 인하여 이행불능이 된 때에는 전항의 규정을 적용하지 아니한다(선택권자는 불능급부 선택 가능. 제385조 제2항). 따라서 선택권을 갖지 않는 자의 과실로 이행불능이 된 경우에는 선택권의 행사에 아무런 영향을 주지 않는다. 즉, 잔존한 급부로 특정되지 않는다. 예컨대, 채권자가 선택권자인데 채무자의 과실로 불능이 되면 채권자는 잔존급부를 선택할 수도 있고, 또는 불능으로 된 급부를 선택하여 그에 갈음하여 손해배상을 청구할 수도 있다.

☞ ②

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

(2014 법원주사보)

- ① 법률행위에 불법조건이 붙은 경우에는 조건뿐만 아니라 그 법률행위 전부가 무효로 된다.
- ② 기성조건의 경우 그것이 정지조건이면 그 법률행위는 무효이고, 해제조건이면 그 법률행위는 조건 없는 법률행위가 된다.
- ③ 법률행위의 효력이 확정적으로 발생할 것이 요구되는 혼인, 입양 등의 경우에는 조건을 붙일 수 없다.
- ④ 조건 있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정인 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다.

**해설** ① 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 조건(불법조건)을 붙인 법률행위는 그 조건만이 무효가 아니라 그 법률행위 전체가 무효로 된다(제151조 제1항).

② 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우(기성조건의 경우)에는 그 조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 하고, 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제2항).

- ③ 법률행위에 조건을 붙이면 그 효력의 발생이나 존속(소멸)이 불확실하게 되므로, 법률행위의 효력이 확정적으로 발생할 것이 요구되는 혼인·이혼·입양·인지·상속의 포기 등 신분상의 행위의 경우에는 조건을 붙일 수 없다.
- ④ 조건 있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다(제148조).

☞ ②

36. 계약의 해제 또는 해지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 채무의 이행지체를 이유로 하는 계약해제에 있어서 그 전제조건인 이행최고는 반드시 미리 일정한 기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니고 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다.
- ② 이자 없는 소비대차의 당사자는 목적물의 인도 전에는 언제든지 계약을 해제할 수 있다.
- ③ 건물 기타 토지의 공작물에 대한 도급계약에서 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다.
- ④ 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다.

**해설** ① 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제조건인 이행최고는 미리 일정한 기간을 명시하여 최고하여야 하는 것이 아니고, 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다고 할 것이며, 일정한 기간을 정하여 채무이행을 최고함과 동시에 그 기간 내에 이행이 없을 때에는 계약을 해제하겠다는 의사를 표시한 경우에는 그 기간의 경과로 그 계약은 해제된 것으로 보아야 한다.<sup>68)</sup>

- ② 이자 없는 소비대차(무이자 소비대차)의 당사자는 목적물의 인도 전에는 언제든지 계약을 해제할 수 있다. 그러나 상대방에게 생긴 손해가 있는 때에는 이를 배상하여야 한다(제601조).
- ③ 도급인이 완성된 '목적물'의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 '건물' 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다(제668조). 즉, 완성된 목적물이 '건물 기타 토지의 공작물'인 경우에는 아무리 중대한 하자가 있더라도 해제할 수 없고, 도급인은 하자의 보수나 손해배상을 청구하는 것으로 만족할 수밖에 없다.
- ④ 제689조 제1항.

☞ ③

37. 소멸시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 상인이 판매한 상품의 대가는 3년의 소멸시효에 걸린다.
- ② 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서, 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행하고 채권자가 특히 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여

68) 대판 1979. 9. 25, 79다1135.

전액에 대하여 그 때부터 소멸시효가 진행된다.

- ③ 부동산의 매수인이 매매목적물을 인도받아 이를 사용·수익하다가 그 부동산을 다른 사람에게 처분하고 점유를 승계하여 준 경우에 점유상실 시점으로부터 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행된다.
- ④ 본래 소멸시효의 대상이 아닌 권리가 확정판결을 받았다고 하여 10년의 소멸시효에 걸리는 것은 아니다.

- 해설**
- ① 생산자 및 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가, 즉 상인의 물품대금채권은 3년의 단기소멸시효에 걸린다(제163조 제6호).
  - ② 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 경우에는 그 특약은 채권자의 이익을 위한 것으로서 기한이익의 상실 사유가 발생하였다고 하더라도 채권자가 나머지 전액을 일시에 청구할 것인가 또는 종래대로 할부변제를 청구할 것인가를 자유로이 선택할 수 있으므로, 이와 같은 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서는 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행하고, 채권자가 특히 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그 때부터 소멸시효가 진행된다.<sup>69)</sup>
  - ③ 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계해 준 경우에도, 그 이전등기청구권의 행사 여부에 관해 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다.<sup>70)</sup>
  - ④ 민법 제165조의 규정은 단기소멸시효에 걸리는 것이라도 확정판결을 받은 권리의 소멸시효는 10년으로 한다는 뜻일 뿐, 10년보다 장기의 소멸시효를 10년으로 단축한다는 의미도 아니고, 본래 소멸시효의 대상이 아닌 권리가 확정판결을 받음으로써 10년의 소멸시효에 걸린다는 뜻도 아니다.<sup>71)</sup>

☞ ③

**38. 전세권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 건물 일부에 대한 전세권자도 건물 전부에 대하여 경매를 청구할 수 있고 그 전부에 대하여 우선변제권이 있다.
- ② 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않으며, 다만 장래에 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 채권을 양도할 수 있을 뿐이다.
- ③ 전세권자는 설정행위로 금지된 경우가 아닌 한 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간 내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다.
- ④ 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸한다.

**해설**

69) 대판 2002. 9. 4, 2002다28340.  
 70) 대판(전원합의제) 1999. 3. 18, 98다32175.  
 71) 대판 1981. 3. 24, 80다1888.

- ① 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 있고, 민법 제318조의 규정에 의하여 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있는 것이나, 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 별론으로 하고 경매신청권은 없으므로, 위와 같은 경우 전세권자는 전세권의 목적이 된 부분을 초과하여 건물 전부의 경매를 청구할 수 없다고 할 것이고, 그 전세권의 목적이 된 부분이 구조상 또는 이용상 독립성이 없어 독립한 소유권의 객체로 분할할 수 없고, 따라서 그 부분만의 경매신청이 불가능하다고 하여 달리 볼 것은 아니다.<sup>72)</sup>
- ② 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는다. 전세금은 전세권의 요소인데, 전세금 없는 전세권을 인정하는 결과를 초래하기 때문이다. 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 ‘장래의 조건부 채권을 양도’할 수 있을 뿐이다.<sup>73)</sup>
- ③ 전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간 내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다. 그러나 설행행위로 이를 금지한 때에는 그러하지 아니하다.(제306조).
- ④ 전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고, 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속한다.<sup>74)</sup>

☞ ①

39. 폭리행위 규제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2014 법원주사보)

- ① 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다.
- ② 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 이를 이용하려는 의사가 없었다거나 또는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.
- ③ 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 이자를 지급하는 것은 불법원인급여이므로 차주가 대주에게 임의로 지급한 이자의 반환을 청구할 수 없다.
- ④ 이자제한법은 금전소비대차에서의 약정이자에 대해서만 적용된다.

**해설** ① 반사회질서의 행위는 물론이고, 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다.<sup>75)</sup>

② 피해 당사자가 궁박한 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의

72) 대결 2001. 7. 2, 2001마212.

73) 대판 2002. 8. 23, 2001다69122.

74) 대판 2005. 3. 25, 2003다35659.

75) 대판 1994. 6. 24, 94다10900.

사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 객관적으로 **급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 제104조의 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.**<sup>76)</sup>

- ③ **금전 소비대차계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 그 이율이 당시의 경제적·사회적 여건에 비추어 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정하여졌다면, 그와 같이 허용할 수 있는 한도를 초과하는 부분의 이자 약정은 대주가 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이다(선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 이자를 지급하는 것은 통상 불법의 원인으로 인한 재산 급여라고 볼 수 있을 것이나, 불법원인급여에 있어서도 그 불법원인이 수익자에게만 있는 경우이거나 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 커서 급여자의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우에는 급여자의 반환청구가 허용되므로, 대주가 사회통념상 허용되는 한도를 초과하는 이율의 이자를 약정하여 지급받은 것은 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것으로서 그 불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크다고 할 것이어서 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다.)<sup>77)</sup>**
- ④ **이자제한법은 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율을 제한한다(동법 제2조 제1항). 즉, 금전소비대차의 '약정이자'에 대해서만 적용된다.**

☞ ③

**40. 부동산 점유취득시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?** (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2014 법원주사보)

- ① 시효기간의 기산점은 소송상 취급에 있어 간접사실에 불과하므로 법원은 당사자 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 시기를 인정할 수 있다.
- ② 점유취득시효 완성에 의한 소유권취득은 원시취득이고 다만 그 등기를 보존등기가 아닌 소유권이전등기로 하도록 되어 있다.
- ③ 시효완성 후 부동산의 소유권이 매매 등 특정승계에 의하여 이전되더라도 시효완성 당시의 점유자는 새로운 소유자에게 시효완성을 주장할 수 있다.
- ④ 시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로 시효완성자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하게 된다.

**해설** ① 시효취득에서 점유기간의 산정기준이 되는 **취득시효의 기산점(점유개시의 시기)**은 취득시효의 요건사실인 점유기간을 판단하는 데 간접적이고 수단적인 구실을 하는 **간접사실에 불과하므로, 법원은 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송자료에 의하여 점유의 개시시점을 인정할 수 있다.**<sup>78)</sup>

② **判例**는 점유취득시효 완성에 의한 소유권 취득은 **원시취득**이며,<sup>79)</sup> 다만 **그 등기를 소유권보존등기가 아니라 소유권이전등기로 하도록 하고 있다.**<sup>80)</sup> 따라서 실무상으로는 **등기명의자인 소유자와 점유자**

76) 대판 2011. 1. 27. 2010다53457.  
 77) 대판(전원합의체) 2007. 2. 15. 2004다50426.  
 78) 대판 1998. 5. 12. 97다34037.  
 79) 대판 2004. 9. 24. 2004다31463.  
 80) 대판 2002. 3. 15. 2001다77352.



의 공동신청에 의해 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 하는 방식을 취하고 있다. 미등기 부동산을 시효취득하는 경우에도 점유자가 소유자를 대위하여 보존등기를 한 다음에 점유자의 명의로 이전등기를 하여야 한다.

- ③ 부동산 점유취득시효는 등기함으로써 그 소유권을 취득하며, 그 전에는 취득시효 완성 당시의 소유자에 대해 채권적 청구권으로서의 소유권이전등기청구권을 가질 뿐이므로, 그 등기를 하기 전에 먼저 소유권을 취득한 제3자에 대하여는 이중양도의 법리에 따라 취득시효를 주장할 수 없다.<sup>81)</sup>
- ④ 부동산점유취득시효는 20년의 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고, 민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며,<sup>82)</sup> 이 소유권이전 등기청구권은 채권적 청구권이다.<sup>83)</sup>

☞ ③

81) 대판 1965. 7. 6, 65다914.

82) 대판 2004. 9. 24, 2004다31463.

83) 대판 1995. 12. 5, 95다24241.