2017년 법무사 민법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

<전제사실>

甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하였다. 그런데 乙은 수입이 없어 사정이 너무 어렵다며 2016. 3. 31.이 되도록 1,000만 원을 전혀 갚지 않고 있다.

<주의사항>

① 아래의 각 설문은 위 전제사실을 토대로 한 개별적인 사안임. 다만 답안 작성시 이전 설문의 답안 내용을 반복하여 설시할 필요가 있는 경우 "위 (1)에서 기재한 것과 같이" 등의 방법으로 간략히 기재할 수 있음.

② 학설의 다툼이 있을 경우에는 판례에 따를 것.

③ 답안의 내용을 뒷받침하는 법률상 근거조항 내지 판례가 있을 경우 그 근거조항 내지 판례를 소괄호 안에 최대한 명시할 것. 예: "乙의 행위는 불법행위(민법 제750조)에 해당하므로", "소멸시효의 기산일은 변론주의의 적용 대상이므로(판례)"

(1) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기만 정하고, 이자 약정은 하지 않았다면, 甲이 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 '1,000만 원'과 '1,000만 원에 대하여 2016. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈'을 각 청구할 권리가 있는지를 설명하시오. (20점)

(2) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기 이외에 '이자 연 3%'로 정하였다면, 甲이 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 1,000만 원 이외에 별도로 '1,000만 원에 대하여 2015. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈'을 청구할 권리가 있는지를 설명하시오. (20점)

(3) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기 이외에 '변제기를 어길 경우의 연체이율은 연 7%'라고 별도로 약정한 경우, 위 약정의 법적 의미를 설명하시오. (10점)

제 2 문 (50점)

甲은 2016. 5. 15. 乙에게 자기 소유의 X토지를 10억 원에 매도하면서, 계약금 1억 원은 계약 당일, 중도금 4억 원은 2016. 6. 15.에 각 지급받고, 잔금 5억 원은 2016. 7. 15. 소유권이전등기에 필요한 서류의 교부와 동시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 따라 甲은 위 계약 당일 乙로부터 계약금 1억 원을 지급받았다. 이와 같은 사실관계를 기초로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항은 상호관련성이 없고, 공휴일 여부는 고려하지 말 것)

1. (위 기본사안에 추가하여) 甲은 위 계약 당일 乙로부터 계약금 1억 원을 수령하면서, '만약 매도인이 위약하면 매도인은 계약금의 배액을 매수인에게 상환하고, 매수인이 위약하면 매도인은 매수인의 계약금을 몰수한다.'는 취지의 약정도 하였다. 한편 甲은 2016. 5.말경 주변지역 개발계획이 발표되어 X토지의 가격이 상승하자 乙에게 대금의 인상을 요청하였다. 그러나 乙은 이를 거절하고 바로 2016. 6. 7. 중도금 4억 원을 甲의 계좌로 송금하였다. 이에 甲은 2016. 6. 10. 乙에게 찾아가 계약금의 배액인 2억 원을 제공하면서 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (20점)

2. (위 기본사안에 추가하여) 乙은 위 매매계약에 따라 2016. 6. 15. 甲에게 중도금 4억 원을 지급하였다. 한편, 乙은 X토지의 주변지역 개발계획이 곧 발표될 것이라는 소문을 듣고 위 매매계약을 체결하게 되었는데, 중도금 지급 며칠 후 개발계획이 무산되었다는 소식을 듣고 2016. 6. 30. 甲에게 계약금을 포기하고 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)

3. (위 기본사안과 달리) 乙은 계약 당일 계약금 1억 원 중 3,000만 원만 우선 지급하고, 나머지 계약금은 2016. 5. 20.까지 甲의 계좌로 송금하기로 하였다. 그 후 乙은 자금사정의 악화로 나머지 계약금을 지급하지 못하고 있었다. 이런 와중에 甲은 A로부터 X토지를 12억 원에 매수하겠다는 제의를 받자, 2016. 6. 10. 乙에게 찾아가 3,000만 원의 배액인 6,000만 원을 제공하면서 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)

제 1 문

<전제사실>

甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하였다. 그런데 乙은 수입이 없어 사정이 너무 어렵다며 2016. 3. 31.이 되도록 1,000만 원을 전혀 갚지 않고 있다.

<주의사항>

① 아래의 각 설문은 위 전제사실을 토대로 한 개별적인 사안임. 다만 답안 작성시 이전 설문의 답안 내용을 반복하여 설시할 필요가 있는 경우 "위 (1)에서 기재한 것과 같이" 등의 방법으로 간략히 기재할 수 있음.

② 학설의 다툼이 있을 경우에는 판례에 따를 것.

③ 답안의 내용을 뒷받침하는 법률상 근거조항 내지 판례가 있을 경우 그 근거조항 내지 판례를 소괄호 안에 최대한 명시할 것. 예: "乙의 행위는 불법행위(민법 제750조)에 해당하므로", "소멸시효의 기산일은 변론주의의 적용 대상이므로(판례)"

(1) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기만 정하고, 이자 약정은 하지 않았다면, 甲이 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 '1,000만 원'과 '1,000만 원에 대하여 2016. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈'을 각 청구할 권리가 있는지를 설명하시오. (20점)

(2) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기 이외에 '이자 연 3%'로 정하였다면, 甲이 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 1,000만 원 이외에 별도로 '1,000만 원에 대하여 2015. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈'을 청구할 권리가 있는지를 설명하시오. (20점)

(3) 만약 甲이 1,000만 원을 빌려줄 당시 乙과의 사이에 변제기 이외에 '변제기를 어길 경우의 연체이율은 연 7%'라고 별도로 약정한 경우, 위 약정의 법적 의미를 설명하시오. (10점)

Ⅰ. 설문 (1)에 관하여

1. 결 론

모두 청구할 권리가 있다

2. 근 거

(1) 청구의 병합

① 소비대차계약에 기한 청구와 ② 이행지체로 인한 손해배상의 청구는 **각 소송물**을 **달리**하는 별개의 청구로서 객관적 병합에 해당한다. 또한 원금청구가 지연손해금청구의 선결관계에 있는 경우로서 **관련적 병합**에 해당한다. 따라서 이를 각별로 판단할 필요가 있다.

(2) 대여금청구에 관하여

① 대여금반환청구가 인정되기 위해서는 ⅰ) **소비대차계약의 체결사실**, ⅱ) **금전**을 **지급**한 사실, ⅲ) **변제기 도래사실**이 있을 것이 요구된다(민법 제598조, 제603조).

② 사안의 경우 甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하였는바, 甲은 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 '1,000만 원'의 대여금지급청구를 할 수 있다.

(3) 지연손해금청구에 관하여

1) 요 건

① 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있고, 이행지체에 기한 지연손해금청구가 인정되기 위해서는 ⅰ) **원금채권의 발생**과 **채무의 이행기가 도래하였을 것**, ⅱ) **채무의 이행이 가능함에도 이행하지 아니하였을 것**, ⅲ) **채무자에게 귀책사유가 있을 것**, ⅳ) **이행하지 않는 것이 위법할 것** 등의 요건이 갖추어져야 한다(민법 제390조).

② 다만 **금전채권의 채무자는 과실 없음을 항변하지 못하고**, **손해의 발생 및 손해액의 증명이 필요 없다**(민법 제397조 2항). 결국 금전채무의 불이행을 이유로 한 지연손해금청구가 인정되기 위해서는 ⅰ) **원금채권의 발생**, ⅱ) **반환시기 및 그 도과**, ⅲ) **손해의 발생과 그 범위**의 요건이 필요하다.

③ 나아가 채무의 이행에 확정기한이 있는 경우에는 그 **기한이 도래한 때**로부터 지체책임을 진다(제387조 제1항 전문). 기한도래시라고 규정되어 있으나, 이는 **기한도래한 날의 다음 날**을 **의미**한다(판례).

2) 손해의 발생·범위

① 금전채무의 불이행의 경우에는 그 손해배상액은 법정이율 또는 약정이율에 의하되(민법 제397조 제1항), 민사법정이율은 연 5푼으로 한다(민법 제379조).

② 따라서 대주로서는 특약이 없더라도 연 5%의 민사법정이율에 의한 법정지연손해금을 구할 수 있다.

3) 사안의 경우

사안의 경우 甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하되, 이자 약정은 하지 않았는바, 甲은 변제기가 지난 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 원금채권 1,000만 원에 대하여 2016. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 청구할 권리가 있다.

Ⅱ. 설문 (2)에 관하여

1. 결 론

甲은 乙을 상대로, ① 2015. 1. 1.부터 2015. 12. 31까지는 연 5%가 아닌 연 3%의 비율로 계산한 이자를 청구할 권리가 있고, ② 2016. 1. 1.부터 다 갚는 날까지는 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 청구할 권리가 있다.

2. 근 거

(1) 2015. 1. 1.부터 2015. 12. 31.까지의 이자청구에 관하여

① 이자청구가 인정되기 위해서는 ⅰ) **원금채권의 발생**, ⅱ) **금전**을 **지급**한 사실, ⅲ) **이자의 약정**이 필요하다.

② 즉 소비대차계약은 **원칙**적으로 **무상계약**이므로 이자의 약정이 반드시 수반되는 것은 아니므로, 이자의 지급을 구하기 위해서는 **이자의 약정사실**이 필요하다. 또한 이자는 차주가 **금전을 지급 받은 때부터 계산**한다(제600조).

③ 사안의 경우 甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하고, 그 외에 이자 연 3%로 이자를 약정한 사실이 인정되는바, 甲은 乙을 상대로 원금채권 1,000만 원 이외에 별도로 1,000만 원에 대하여 2015. 1. 1.부터 2015. 12. 31.까지의 연 3%의 비율로 계산한 이자를 청구할 권리가 있다.

(2) 2016. 1. 1.부터 발생한 지연손해금청구에 관하여

1) 요 건

지연손해금청구가 인정되기 위해서는 위 설문 (1)에서 기재한 것과 같은 요건이 필요한데, 사안의 경우 위 설문 (1)에서 기재한 것과 같이 乙은 원금채권 1,000만 원에 대하여 2016. 1. 1.부터 이행지체가 성립되어 지연손해의 책임을 부담한다.

2) 손해의 발생·범위

① **금전채무불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다**. 그러나 **법령의 제한에 위반하지 아니한 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다**(제397조 제1항). 따라서 대주로서는 특약이 없더라도 연 5%의 민사법정이율에 의한 지연손해금을 구할 수 있고, 이를 초과하는 약정이율의 약정이 있는 경우에는 이를 입증함으로써 약정이율에 의한 지연손해금을 구할 수 있다.

② 이 경우 **소비대차에서 변제기 후의 지연손해금에 관한 이율약정이 없는 경우** 특별한 의사표시가 없는 한 변제기가 지난 후에도 **당초의 약정이자를 지급하기로 한 것**으로 보는 것이 당사자의 의사이다(판례).

③ **다만** 민법 제397조 제1항의 **단서규정은 약정이율이 법정이율 이상인 경우에만 적용**되고, **약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 그 본문으로 돌아가 법정이율에 의하여 지연손해금을 정할 것**이다(판례). 우선 금전채무에 관하여 아예 이자약정이 없어서 이자청구를 전혀 할 수 없는 경우에도 채무자의 이행지체로 인한 지연손해금은 법정이율에 의하여 청구할 수 있으므로, 이자를 조금이라도 청구할 수 있었던 경우에는 더욱이나 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 하여야 한다는 취지이다.

3) 사안의 경우

사안의 경우 甲은 2015. 1. 1. 친구인 乙에게 현금 1,000만 원을 직접 건네며 빌려주면서 변제기는 2015. 12. 31.로 정하고, 그 외에 이자 연 3%로 이자를 약정한 사실이 인정된다. 다만 지연손해금에 관한 이율약정이 없는 경우에는 당초의 약정이자를 지급하기로 한 것으로 보는데, 甲과 乙 사이의 약정이율은 연 3%로 법정이율인 연 5%보다 낮다. 따라서 甲은 변제기가 지난 현재(2016. 3. 31.) 乙을 상대로 원금채권 1,000만 원에 대하여 2016. 1. 1.부터 乙이 다 갚는 날까지 법정이율에 따른 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금을 청구할 권리가 있다.

Ⅲ. 설문 (3)에 관하여

1. 결 론

손해배상액의 예정을 의미한다.

2. 근 거

(1) 손해배상액의 예정

1) 의의 및 성질·취지

① **당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다**(제398조 제1항). 손해배상액의 예정이란 채무불이행의 경우에 채무자가 지급해야 할 손해배상액을 당사자 사이에서 미리 계약으로 정하는 것을 말한다. 이는 채무불이행을 정지조건으로 하는 **조건부 계약**이고, 기본채권관계에 부수하여 체결되는 **종된 계약**의 성질을 갖는다.

② 민법 제398조에서 손해배상액의 예정에 관하여 규정한 목적은 **손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증의 곤란을 덜고 분쟁의 발생을 미리 방지**하여 법률관계를 쉽게 해결할 뿐 아니라 채무자에게 심리적 경고를 함으로써 채무의 이행을 확보하려는 것에 그 취지가 있다(판례).

2) 이행지체에 대비한 지연손해금률 약정의 의미

① **위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다**(제398조 제4항). 이와 달리 위약벌로 인정되기 위해서는 별도의 특약이 존재한다는 점이 주장·증명되어야 한다(판례).

② **금전채무에 관하여 이행지체에 대비한 지연손해금 비율을 약정**한 경우 이는 일종의 **손해배상액을 예정**한 것으로 본다(판례).

3) 효 과

가) 예정배상액의 청구 및 배상액의 범위

① 채권자는 채무불이행사실만 증명하면 족하고, 손해의 발생 및 손해액의 입증은 불필요하다. ② **실손해가 예정액보다 크다는 것을 증명하더라도 별도의 손해배상청구는 할 수 없다**(판례). ③ 당사자간 특약이 없는 한 채무불이행으로 인한 통상손해는 물론 **특별손해까지도 예정액에 포함된다**(판례).

나) 예정배상액의 감액

손해배상액의 예정인 경우 법원은 그 예정액이 부당히 과다한 경우에는 이를 적당히 감액할 수 있다(제398조 제2항). ① 동 규정의 적용에 따라 **손해배상의 예정액이 부당하게 과다한지 및 그에 대한 적당한 감액의 범위를 판단하는 데 있어서는**, 법원이 구체적으로 그 판단을 하는 때 즉, **사실심의 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 사이에 발생한 위와 같은 모든 사정을 종합적으로 고려**하여야 한다. 이때 **감액사유에 대한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항**이다(판례). ② 법원이 손해배상의 예정액이 부당히 과다하다고 하여 감액을 한 경우에는 손해배상액의 예정에 관한 약정 중 **감액 부분에 해당하는 부분은 처음부터 무효**라고 할 것이다(판례).

(2) 사안의 경우

제 2 문

甲은 2016. 5. 15. 乙에게 자기 소유의 X토지를 10억 원에 매도하면서, 계약금 1억 원은 계약 당일, 중도금 4억 원은 2016. 6. 15.에 각 지급받고, 잔금 5억 원은 2016. 7. 15. 소유권이전등기에 필요한 서류의 교부와 동시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 따라 甲은 위 계약 당일 乙로부터 계약금 1억 원을 지급받았다. 이와 같은 사실관계를 기초로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항은 상호관련성이 없고, 공휴일 여부는 고려하지 말 것)

1. (위 기본사안에 추가하여) 甲은 위 계약 당일 乙로부터 계약금 1억 원을 수령하면서, '만약 매도인이 위약하면 매도인은 계약금의 배액을 매수인에게 상환하고, 매수인이 위약하면 매도인은 매수인의 계약금을 몰수한다.'는 취지의 약정도 하였다. 한편 甲은 2016. 5.말경 주변지역 개발계획이 발표되어 X토지의 가격이 상승하자 乙에게 대금의 인상을 요청하였다. 그러나 乙은 이를 거절하고 바로 2016. 6. 7. 중도금 4억 원을 甲의 계좌로 송금하였다. 이에 甲은 2016. 6. 10. 乙에게 찾아가 계약금의 배액인 2억 원을 제공하면서 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (20점)

2. (위 기본사안에 추가하여) 乙은 위 매매계약에 따라 2016. 6. 15. 甲에게 중도금 4억 원을 지급하였다. 한편, 乙은 X토지의 주변지역 개발계획이 곧 발표될 것이라는 소문을 듣고 위 매매계약을 체결하게 되었는데, 중도금 지급 며칠 후 개발계획이 무산되었다는 소식을 듣고 2016. 6. 30. 甲에게 계약금을 포기하고 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)

3. (위 기본사안과 달리) 乙은 계약 당일 계약금 1억 원 중 3,000만 원만 우선 지급하고, 나머지 계약금은 2016. 5. 20.까지 甲의 계좌로 송금하기로 하였다. 그 후 乙은 자금사정의 악화로 나머지 계약금을 지급하지 못하고 있었다. 이런 와중에 甲은 A로부터 X토지를 12억 원에 매수하겠다는 제의를 받자, 2016. 6. 10. 乙에게 찾아가 3,000만 원의 배액인 6,000만 원을 제공하면서 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 이 경우 위 매매계약이 해제되었는지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)

Ⅰ. 설문 1.에 관하여[1)]

1. 결 론

해제되지 않았다.

2. 이 유

1) 3순환 제5회 제2문 모의고사 출제문제 적중

(1) 해약금에 의한 해제

1) 요 건

해약금에 기한 해제의 효과가 인정되기 위해서는 ① **계약금**을 **교부**하였을 것, ② **다른 약정이 없을 것**, ③ **당사자 일방이 이행에 착수하기 전**에, ④ **교부자는 포기하고 수령자는 배액을 상환**하여, ⑤ **해제의 의사표시(도달)**를 하였을 것이 필요하다(제565조 1항). 사안의 경우에는 위 ②,③의 요건과 관련하여 살펴볼 필요가 있다.

2) 위약금 약정이 다른 특약에 해당하는지 여부

판례는 **위약금 약정이 있는 것만으로**는 **해약금 추정을 배제하는 묵시적 합의가 있는 것으로 볼 수 없으며, 이행의 착수 전에는 그 계약금은 해약금의 성질을 가진다는 입장이다**.

3) 당사자 일방의 이행착수 전

가) 당사자 일방의 의미

당사자 일방이란 **매매 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고, 상대방이라 국한하여 해석할 것이 아니다**. 즉, **매매계약의 일부이행에 착수한 당사자뿐만 아니라, 어느 일방이 착수한 경우에는 그 상대방도 해제권을 행사할 수 없다**.

나) 이행의 착수의 의미

① 이행의 착수란 단순히 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하고, 중도금의 제공 등과 같이 **채무의 이행행위의 일부를 행하거나 이행에 필요한 전제행위**를 하는 것을 말한다.

② 판례는 매도인이 매수인에 대하여 매매계약의 이행을 최고하고 **매매잔대금의 지급을 구하는 소송을 제기한 것만으로**는 **이행에 착수하였다고 볼 수는 없다**고 하였고, 같은 취지에서 **가격의 상승으로 대금의 인상을 요청한 것만으로 이행에 착수하였다고 볼 수 없다**.

다) 이행기 전 이행착수의 허용여부

이행기 전 이행이 이행의 착수에 해당하는지 문제되는데, 판례는 ① 이행기의 약정이 있다 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 **특별한 사정이 없는 한 그 이행기 전에 이행에 착수할 수도 있다**고 하면서, ② **특별한 사정에 관해서**는 "매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 해약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 이상 **중도금 지급기일은 매도인을 위하여서도 기한의 이익이 있다고 보는 것이 옳고**, 따라서 이 경우에는 **매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당**하여 매수인은 매도인의 의사에 반하여 이행할 수 없다고 보는 것이 옳으며, 매수인이 이행기 전에, 더욱이 매도인이 정한 해약금 수령기한 이전에 일방적으로 이행에 착수하였다고 하여도 매도인의 계약해제권 행사에 영향을 미칠 수 없다."고 하였다. 나아가 ③ 매매계약 체결 후 **매매계약의 대상인 부동산의 시가가 상승하자 매도인이 매매대금의 인상을 요청한 사실**만으로 **이행기 전 이행착수를 불허할 만한 특별한 사정이 있는 것도 아니**라고 하였다.[2)]

(2) 사안의 경우

사안의 경우 甲은 2016. 5. 15. 乙에게 자기 소유의 X토지를 10억 원에 매도하면서, 계약 당일 乙로부터 계약금 1억 원을 수령하였다. 이 경우 甲과 乙 사이에 위약금 약정이 있어도 해약금 해제를 방해하지 않으며, 甲이 2016. 5.말경 주변지역 개발계획이 발표되어 X토지의 가격

2) 대판 2006.2.10. 2004다11599

이 상승하자 乙에게 대금의 인상을 요청한 것만으로 이행에 착수하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이행기 전의 이행착수를 불허할 만한 특별한 사정이 있는 것도 아니다. 다만 乙이 이를 거절하고 바로 2016. 6. 7. 중도금 4억 원을 甲의 계좌로 송금한 것은 이행착수에 해당하며, 비록 이행기(2016. 6. 15.) 전의 이행착수에 해당하나 사안의 경우 이를 금지할 만한 특별한 사정은 보이지 않는다. 따라서 甲이 2016. 6. 10. 乙에게 찾아가 계약금의 배액인 2억 원을 제공하면서 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였더라도 甲과 乙 사이의 매매계약이 제565조 제1항에 기해 해제되었다고 볼 수 없다.

Ⅱ. 설문 2.에 관하여

1. 결 론

해제되지 않았다.

2. 이 유

(1) 해약금에 의한 해제

1) 요 건

① **매매의 당사자 일방이 계약 당시에 계약금을 상대방에게 교부하고**, ② **당사자 간에 다른 특약이 없을 때**, ③ **당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지**, ④ **교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여** 매매계약을 해제할 수 있다(제565조 제1항). 사안의 경우 중도금까지 지급한 乙이 스스로 계약금을 포기하고 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였는바, 이와 관련해서 위 ③의 요건이 문제된다.

2) 당사자 일방의 이행착수 전

가) 당사자 일방의 의미

당사자 일방이란 **매매 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고, 상대방이라 국한하여 해석할 것이 아니다**. 즉, **매매계약의 일부이행에 착수한 당사자뿐만 아니라, 어느 일방이 착수한 경우에는 그 상대방도 해제권을 행사할 수 없다**.

나) 이행의 착수의 의미

① 이행의 착수란 단순히 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하고, **채무의 이행행위의 일부를 행하거나 이행에 필요한 전제행위**를 하는 것을 말한다.

② **중도금의 제공 및 지급**이 **이행착수**에 **해당**함은 의문의 여지가 없다. 판례도 마찬가지이다.

(3) 사안의 경우

사안의 경우 매수인 乙은 위 매매계약에 따라 2016. 6. 15. 甲에게 중도금 4억 원을 지급하였는바, 이미 이행에 착수하였고, 이 경우 이행에 착수한 당사자인 乙또한 더 이상 계약금을 포기하고 제565조 제1항에 기해 매매계약을 해제할 수는 없다.

Ⅲ. 설문 3.에 관하여[3)]

3) 2순환 제7회 모의고사 출제문제 적중

1. 결 론

해제되지 않았다.

2. 이 유

(1) 해약금에 의한 해제

1) 요 건

① **매매의 당사자 일방이 계약 당시에 계약금을 상대방에게 교부하고**, ② **당사자 간에 다른 특약이 없을 때**, ③ **당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지**, ④ **교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여** 매매계약을 해제할 수 있다(제565조 제1항).

사안의 경우 계약금을 수령한 매도인 甲이 甲과 乙의 이행착수 전에 해제의 통보를 하였으므로, 위 ②,③의 요건은 문제가 없으나, 위 **①,④의 요건과 관련하여 문제**이다.

2) 계약금계약의 성립여부 및 배액의 범위

판례는 ① 계약금계약은 **요물계약**(금전 기타 유가물의 교부를 요건)이므로, **교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다** 할 것이고, ② '실제 교부받은 계약금'의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다면 이는 당사자가 일정한 금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금원이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하기 때문에, **계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도 해약금의 기준이 되는 금원은 '실제 교부받은 계약금'이 아니라 '약정 계약금'이라고 봄이 타당**하므로, **매도인이 계약금의 일부로서 지급받은 금원의 배액을 상환하는 것으로는 매매계약을 해제할 수 없다**고 하였다.

(2) 사안의 경우

사안의 경우 乙이 계약금 일부를 지급한 것만으로 甲은 해약금에 의한 해제를 할 수 없는 것이 원칙이고, 설사 해제가 가능하다고 하더라도 약정된 계약금 1억 원의 배액을 상환하지 않는 한 甲의 제565조 제1항에 의한 계약해제는 부적법하다.

2017 법무사 제23회 민사서류작성 답안례 - 이천교 법무사

소 장

*** 소가 150,000,000원
내역) 1) 물품대금 청구 70,000,000원
2) 전부금 청구 80,000,000원
(대위 청구하는 건물인도가액은 전부금 청구의 수단청구이므로 전부금 청구소가에 흡수)
*** 인지액 655,000 원
내역) 150,000,000원 x 40/10,000 + 55,000

원 고 김갑동 (680529-1325114)
서울 서초구 서초대로 50, 103동 104호(방배동, 한빛아파트)
전화번호 : 010-1234-4119, 전자우편 : kkd68@hanmail.net

피 고 1. 이하응 (950324-1043211)
2. 이하민 (021110-3065862)
피고 이하민은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 모 김동미
피고1,2의 주소 : 서울 종로구 새문안로 13
3. 박병정 (680320-1038645)
서울 강남구 개포로 339, 4동 507호 (개포동, 소망아파트)
전화번호 : 010-4567-8102
4. 김춘자(700608-2654758)
서울 서초구 반포로4길 15(반포동)
전화번호 : 010-6547-8548

물품대금 등 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고 이하응, 이하민은 원고에게 각 35,000,000원 및 이에 대하여 2015. 1. 1부터 이 사건 소장부본 송달일까지는 월 1%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 망 소외 이을남(650210-1017542)으로부터 각 상속받은 재산의 범위 내에서 지급하라.
2. 가. 피고 박병정은 피고 김춘자에게 서울 강남구 개포로 339, 4동 507호 80㎡를 인도하고,
나. 피고 김춘자는 피고 박병정으로부터 위 가항기재 건물을 인도받음과 동시에 원고에게 80,000,000원에서 2017. 5. 1. 부터 위 건물의 인도완료일까지 월 1,000,000원의 비율로 계산한 금액을 공제한 나머지 돈을 지급하라.
3. 소송비용은 피고들이 부담한다.
4. 제1, 2항은 가집행할 수 있다.
라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 피고 이하응과 이하민에 대한 청구

1) 2014. 8. 1. 원고는 망 이을남과 사이에 그간의 자전거 부품외상 미수금을 70,000,000원으로 정산하면서, 이을남이 2014. 12. 31.까지 위 정산금을 지급하되, 연체할 경우 다 갚는 날까지 월 1%비율의 지연손해금을 가산하여 지급하기로 약정하였습니다.

2) 그 후 위 이을남이 2016. 12.23. 사망하여 상속인으로 직계비속인 피고 이하응과 이하민이 있으나 이들이 2017. 2. 6. 서울가정법원 2017드단1001호로 상속한정승인 심판을 신고하여 2017. 3. 2. 수리한다는 심판을 받았으므로, 피고 이하응과 이하민은 원고에게 각 35,000,000원 및 이에 대하여 2015. 1. 1부터 이 사건 소장부본 송달일 까지는 월 1%의 그 다음날부터 다 갚는 날 까지는 소송촉진등에관한법률 소정의 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 망 이을남으로부터 각 상속받은 재산 범위내에서 지급할 의무가 있습니다.

2. 피고 박병정과 김춘자에 대한 청구

1) 피고 박병정는 2015. 6. 15. 소외 정양무로부터 서울 강남구 개포로 339, 4동 507호 80㎡(이하 ‘이 사건 아파트“라 칭합니다)를 임차보증금 80,000,000원, 차임 월 100만원, 임차기가 2015. 7. 1.부터 2017. 6. 30.까지로 하는 임대차계약을 체결하고, 2015. 7. 10. 전입신고를 한 후 그 무렵부터 지금까지 거주하고 있는 대항력 있는 주택임차인입니다.

2) 원고는 2015. 10. 1. 피고 박병정에게 90,000,000원을 변제기 2015. 12. 31. 이자 월 2%로 대여한 후, 위 대여금 채권 보전을 위해 피고 박병정이 소외 정양무에 대하여 가지는 이 사건 아파트에 대한 위 임차보증금에 대하여 2016. 1. 20 서울중앙지방법원 2016카단 1098호로 채권가압류를 하였고, 이 결정문이 2016. 2. 1. 정양무에게 송달되었습니다. 그 후 원고는 피고 박병정을 상대로 위 법원 2016가단374527호로 대여금 청구위 소를 제기하여 2016. 7. 20. 위 법원으로부터 90,000,000원과 이에 대한 지연손해금의 지급을 명하는 판결을 받았고, 위 판결은 그 무렵 확정되었습니다.

3) 그런데, 그 후 2016. 12. 15. 위 정양무가 피고 김춘자에게 이 사건 아파트를 매도한 후 2017. 2. 15 이전등기를 마침으로서 이 사건 아파트에 대한 임대인의 지위를 피고 김춘자가 승계하였는 바, 주택임대차보호법 제3조 제3항 및 같은 조 제1항이 정한 대항요건을 갖춘 주택임차인의 임대차보증금반환채권이 가압류된 상태에서 임대주택이 양도되면 양수인이 채권가압류의 제3채무자의 지위도 승계하고, 가압류권자 또한 임대주택의 양도인이 아니라 양수인에 대하여만 위 가압류의 효력을 주장할 수 있다고 보아야 한다는 것이 판례이므로,

원고는 위 판결을 집행권원으로 삼아 이러한 사실을 소명하고 2017. 4. 20. 위 채권가압류를 본압류로 이전하는 채권압류 및 전부명령(위 법원 2017타채1705, 청구금액 90,000,000원)을 받아, 그 결정정본이 2017. 4. 26. 피고 김춘자에게 송달되고 2017. 5. 18. 확정되었습니다. 그러므로 이 사건 아파트의 임대차가 종료되는 2017. 6. 30 위 전부명령의 효력이 확정적으로 발생하여, 당시 존재하는 피고 박병정의 위 임차보증금 80,000,000원의 반환청구채권은 원고에게 전부되었습니다.

4) 그런데 피고 박병정은 이미 임대차가 종료되었음에도 불구하고 피고 김춘자에게 이 사건 아파트를 인도하지 않은채 2017. 5. 1.부터 차임을 연체하고 있고, 피고 김춘자는 피고 박병정에게 건물인도청구권을 행사하지 않고 있으므로 ,

원고는 위 전부금채권을 보전하기 위하여 피고 김춘자를 대위하여 피고 박병정에게 이 사건 아파트의 인도를 구하고, 동시에 피고 김춘자에게는 피고 박병정으로부터 이 사건 아파트를 인도받음과 동시에 원고에게 80,000,000원에서 2017. 5. 1. 부터 위 건물의 인도완료일까지 월 1,000,000원의 비율로 계산한 금액을 공제한 나머지 돈의 지급을 구하는 바입니다.

3. 결언

이상과 같은 이유로 원고는 청구취지와 같은 판결을 구하기 위하여 본 소를 제기하기에 이르렀습니다.

입 증 방 법

1. 갑 제1호증 정산서
1. 갑 제2호증의1내지3 가족관계증명서 등
1. 갑 제3호증 한정승인심판서
1. 갑 제4호증 차용증
1. 갑 제5호증 부동산임대차계약서
1. 갑 제6호증의1,2 채권가압류결정문 등
1. 갑 제7호증의1내지3 가압류에서 본압류로 이전하는채권압류및전부명령 등
1. 갑 제8호증 부동산등기사항증명서

첨 부 서 류

1. 위 입증방법 각 5통
1. 소장부본 4통
1. 송달료 납부서 1통
1. 토지대장 및 건축물대장
1. 서류작성 및 제출위임장 1통

2017. 9. 16.

위 원고 김갑동(인)

서울중앙지방법원 귀중

제23회 민사서류 작성과목에 대한 사견

사실 이 번 민사서류 문제는 그 사례 자체가 어려웠다기 보다는 시간내에 답안지를 제대로 기재하기가 매우 어려운 문제였습니다.

서로 관련 없는 2개의 사례를 한 번에 소장을 작성하는 내용으로 출제되었는데, 첫 번째 사례는 물품대금 정산후 사망하여 한정승인한 사례였고, 두 번째 사례는 임차보증금에 대한 채권가압류와 본압류 이전 및 전부명령과 제3채무자인 임대인의 지위가 승계된 사례에 대한 것으로서, 앞의 문제는 상속 한정승인 부분관련 청구취지 기재 방법이 생소하였을 것으로 보이며, 뒷 사례는 그동안 이미 기출되기도 하였고 연습되던 사례인데 다만 제3채무자인 임대인의 지위가 승계된 부분을 추가한 문제였습니다. 이 임대인 지위 승계 사례 자체는 대부분 공부가 되어 있는 부분이었고 알 수 없는 판례이거나 한 것은 아니었을 것입니다.

그러나, 피고의 수가 많고 청구취지 내용도 긴 편인데다가, 민사소송법도 함께 보아야 하는 부담 속에서 짧은 시간 내에 소가에서부터 당사자 그리고 청구취지 및 청구원인까지 작성하기에는, 대부분 시간이 부족하여 제대로 작성하기가 쉽지 않았을 것입니다.

이하 이번 민사서류 시험 관련하여 저의 개인적인 검토의견을 밝혀 보겠습니다.

<u> 소가 부분</u>**

소가는 물품대금 청구부분(정산금으로 해도되고, 상속채무금으로 해도 될 것으로 생각합니다) 소가 7,000만원과 전부금 청구 부분 8,000만원 합계 1억 5천만원인 것으로 보입니다. 특히, 대위로 청구하는 인도청구 부분은 전부금 청구의 수단인 청구이므로 전부금 청구 소가만 산정을 하였습니다.

물론 건물인도청구 자체의 소가는 지방세시가표준액 x 30/100 x 1/2인데, 시험문제가 공동주택가격만 주어져서 지방세시가표준액은 알 수 없기도 하지만, 인도청구를 대위로 구하는 경우에는 대위 청구 소가는 피보전채권액과 피대위가액 중 적은 것으로 하므로, 대위 임도청구의 소가는 주된 청구인 전부금 청구소가 보다 클 없고, 수단청구의 소가가 주된 청구보다 크지 않다면 주된청구만 소가로 하므로 결국 주된 청구인 전부금 청구액을 소가로 해야할 것입니다. 그러므로 주택공시가격은 혼선을 주기 위하여 기재한 것으로 보여집니다.

<u> 당사자 표시</u>**

피고는 1. 이하응 2. 이하민 3. 박병정 4. 김춘자 4인으로 해야하고, 특히 이하민은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 모를 기재하여야 할 것입니다. 그리고 당사자의 주소와 법정대리인의 주소가 동일하므로 별도로 법정대리인의 주소지는 기재하지 않아도 될 것으로 보입니다. 그리고 박병정에게는 본안 판결문이 있으므로 별도로 소를 제기할 것이 없습니다.

<u> 사건명</u>**

피고, 이하응 이하민의 경우 사건명은 물품대금, 정산금 또는 상속채무금 모두 가능해 보입니다. 그리고 피고 박병정에게는 건물인도 청구이고, 피고 김춘자에게는 전부금 청구가 될 것입니다. 그러므로 이 중 1개만 사건명으로 쓰고 뒤에 등자를 붙이면 될 것입니다. 저는 순서대로 앞의 사건으로 기재해서 물품대금 등으로 기재해 보았습니다.

** 청구취지

1. 물품대금 청구구분.

망이을남이 협의이혼 한 후 사망하였으므로 협의이혼한 전처 김동미는 상속인이 아니고, 이하응과 이하민만 피고가 되며 둘이서 7,000만원을 각 3,500만원씩 분할하여 채무를 상속하게 됩니다. 그런데 들다 모두 상속의 한정승인심판을 받았으므로, 망 이을남으로부터 각 상속받은 재산 범위내에서 지급하라는 형식이 될 것입니다. 다만, 이 경우 망 이을남으로부터 각 상속받은 재산 범위내에서 지급하라는 문구를 어느 위치에 기재하는지 및 그 기재문구 표시방법은 조금 달라도 무방해 보입니다.

저의 경우 서울고등법원 2005. 7. 15. 선고 2005나7971 판결례를 참조해서 망 이을남으로부터 각 상속받은 재산 범위내에서 지급하라는 부분이 뒤에 위치하도록 작성해본 것인데 참고로 서울고등법원 2011. 2. 24. 선고 2010나60570 판결례를 보면, ...피고들은 각 소외 망 이을남으로부터 상속받은 재산의 범위 내에서700,000,000원 및 이에 대하여 ... 비율에 의한 돈을 지급하라는 방식으로 기재하여, 상속받은 재산의 범위 내에서 ...부분을 압쪽에 기재하고 있기도 합니다. 그리고 상속받은 재산의 범위내에서를 "상속받은 재산의 한도에서"라고 기재한 사례가 있기도 합니다(법원공무원교육원 교재 요건사실론).

2. 대위인도청구와 전부금 부분

이 부분은 수단인 대위인도 청구와 주된 청구인 전부금 청구를 별개항으로 하지 않고 모두 같은 2항 내에서 가 "대위인도청구" 나"전부금 청구"로 구분하여 작성해 보았습니다. 그리고 9,000만원을 청구채권으로 하여 전부명령을 받았어도, 실제로 존재하지 않는 부분은 압류나 전부가 무효이므로, 실제 임차보증금 80,000,000원만 전부되는 것으로 작성을 하였습니다.

3. 기타 소송비용과 가집행 부분을 기재하면 될 것입니다.

** 청구원인

1) 이 번 시험은 소가와 당사자 그리고 청구취지를 기재하는 것만 해도 상당한 시간이 걸리는 상황이었습니다. 그런데다가 사례까지 길어서, 청구원인을 길게 쓰다가는 민사소송법 시간확보에 큰 차질을 가져올 상황이었습니다. 그렇다고 원고 피고 등 당사자 표시와 청구취지 기재는 어떻게 줄일 수가 없는 상황입니다. 그래서 저로서는 청구원인 부분을 가능하면 압축해서 간결하게 기재하여보려고 하였습니다.

2) 그리고 가능하면 일일이 상대방의 주장을 반박하는 내용을 별도로 기재하지 않았습니다(시험에서도 상대방의 내용을 반박하는 내용으로 작성하라는 요구가 없기도 했고, 승소가능성 있는 것으로 청구한다는 것 자체가 상대방의 주장이 틀리다는 것을 알고 있다는 것이기도 하므로 시간관계상 별도로 기재하지 않았습니다).

그래서 한정승인 관련 부분 피고들의 항변 부분은 "망 이을남으로부터 상속받은 재산의 범위 내"에서라는 변제할 의무가 있다는 문구를 기재하는 것만으로 하였고, 이것만으로도 충분하다고 생각합니다.

그리고 상사법정이율(연6%)이 아니라 약정지연손해금을 구하는 경우이므로 상인인 사실 등은 기재할 필요가 없어 보입니다.

3) 다만, 임대인의 지위승계에 따른 판례(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다49523 판결 등)의 법리 부분은 언급을 해주어야 할 것 같아 이를 언급함으로서 피고 김춘자의 항변에 대하여 반박을 하는 내용도 동시에 겸하게 되도록 기재하여 보았습니다. 그리고 전부금 청구를 위한 대위인도청구에서 임대인의 무자력은 요건이 아니라는 점도 특별히 쟁점화 되지 않고 있어서 시간관계상 언급하지 않았습니다.

4) 그러나 이렇게 해도 상당한 시간이 걸렸을 것으로 보입니다.

** 입증방법 이하

입증방법도 자료가 많은 편이라 이를 기재하는 부분도 시간이 걸렸을 것으로 보입니다.

2017년 법무사 민소법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

[기본적 사실관계]

乙은 2014. 10. 1. 丙으로부터 1억 원을 이자 월 2%, 변제기 2016. 9. 30.로 정하여 차용하고, 이 차용 원리금 채무(이하 '이 사건 차용금 채무'라고 한다)의 변제를 담보하기 위하여 丙에게 乙 소유 X 부동산에 관하여 채권최고액 1억 5,000만 원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳐주었다.

甲은 2016. 10. 1. 乙로부터 X 토지를 대금 2억 원에 매수하면서 계약금은 5,000만 원으로 하고, 중도금 1억 원은 2016. 11. 1.에, 잔금 5,000만 원은 2016. 12. 1.에 각 지급하되, 잔금은 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 후 소유권이전등기관계서류의 교부와 동시에 지급하기로 약정(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)하고 계약금과 중도금까지 지급하였다.

한편 乙은 丙에게 이 사건 차용금 채무를 모두 변제하였으므로 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 달라고 요구하였으나, 丙은 이 사건 차용금 채무가 일부 남아 있다는 이유로 乙의 요구를 거절하였다.

甲은 이 사건 근저당권설정등기가 말소되지 않아 잔금을 지급하고 있지 않다가, 2017. 3. 20. 乙과 丙을 상대로 X 토지에 관하여, ① 乙에게는 2016. 10. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를, ② 丙에게는 이 사건 차용금 채무가 모두 변제되었다는 것을 이유로 乙을 대위하여 이 사건 차용금 채무가 부존재한다는 확인 및 이 사건 근저당권설정등기말소를 청구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라고 한다)를 제기하였고, 이 사건 소장 부본은 2017. 3. 27. 乙과 丙에게 각 적법하게 송달되었다.

(아래의 각 추가적 사실관계는 상호 무관함. 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례에 따를 것)

1. [추가적 사실관계]

이 사건 소송에서 乙은 답변서를 제출하고 변론기일에 출석하여 이 사건 매매계약은 적법하게 해제되었다고 주장하였고, 심리 결과 乙의 주장 사실은 인정되었다. 丙은 답변서를 제출하지 않았고 공시송달에 의하지 아니한 적법한 통지를 받고도 계속 변론기일에 출석하지 않았다.

이 사건 청구 중 丙에 대한 각 청구에 관한 법원의 판결결론(각하, 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (20점)

2. [추가적 사실관계]

乙의 채권자 丁은 乙의 甲에 대한 매매잔금 채권 5,000만 원에 대하여 압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2016. 11. 10. 제3채무자인 甲에게 송달되었다.

이 사건 소송에서 乙은 甲으로부터 잔금 5,000만 원을 지급받아야 소유권이전등기절차를 이행할 수 있다고 항변하면서 甲을 상대로 잔금 5,000만 원의 지급을 구하는 반소를 제기하였고, 甲은 丁의 압류 및 추심명령이 송달된 이상 乙의 동시이행의 항변 및 잔금 지급청구는 부당하다고 항

변하였다.

이 사건 청구 중 ① 甲의 乙에 대한 청구, ② 乙의 甲에 대한 반소 청구에 관한 법원의 각 판결결론(각하, 전부 인용, 일부 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

3. [추가적 사실관계]

甲은 이 사건 차용금 채무가 모두 변제되었다고 주장하고, 丙은 이 사건 채용금 채무 중 4,000만 원이 변제되지 않고 남아 있어 말소 청구에 응할 수 없다고 주장하였는데, 심리결과 甲의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지만, 이 사건 차용금 채무 중 3,000만 원이 남아 있는 것으로 밝혀졌다.

이 사건 청구 중 丙에 대한 각 청구에 관한 법원의 판결결론(각하, 전부 인용, 일부 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

제 2 문 (20점)

※ 다음의 사실관계를 잘 읽고 아래 각 문항에 대하여 답하시오.

甲 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있었던 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 하는 乙 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이 사실을 알게 된 甲은 2017. 3. 20. 乙을 상대로 乙 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라 한다)를 제기하였다.

이 사건 소송에서 乙은 X 토지에 관한 등기사항증명서 및 매매계약서를 서증으로 제출하였다. 증거조사 결과 甲과 乙 사이에서 직접 매매계약이 체결된 것이 아니라 甲의 대리인이라 고 칭하는 소외 A와 乙 사이에 매매계약이 체결된 사실이 밝혀졌다. 이에 甲은 A에게 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여한 사실이 없었다고 주장하고, 乙은 甲으로부터 대리권을 수여받은 A로부터 적법하게 X 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다고 주장하였다.

심리 결과 A가 甲으로부터 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여받았는지 여부는 분명하지 않다.

1. 위 밑줄 친 甲의 주장을 소송법적으로 어떻게 취급해야 하는지 설명하시오. (17점)

2. 이 사건 소송에 관한 법원의 판결결론(각하, 인용, 기각 등)과 그 이유를 간략히 기재하시오. (3점)

제 1 문

[기본적 사실관계]

乙은 2014. 10. 1. 丙으로부터 1억 원을 이자 월 2%, 변제기 2016. 9. 30.로 정하여 차용하고, 이 차용 원리금 채무(이하 '이 사건 차용금 채무'라고 한다)의 변제를 담보하기 위하여 丙에게 乙 소유 X 부동산에 관하여 채권최고액 1억 5,000만 원으로 하는 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 마쳐주었다.

甲은 2016. 10. 1. 乙로부터 X 토지를 대금 2억 원에 매수하면서 계약금은 5,000만 원으로 하고, 중도금 1억 원은 2016. 11. 1.에, 잔금 5,000만 원은 2016. 12. 1.에 각 지급하되, 잔금은 이 사건 근저당권설정등기가 말소된 후 소유권이전등기관계서류의 교부와 동시에 지급하기로 약정(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)하고 계약금과 중도금까지 지급하였다.

한편 乙은 丙에게 이 사건 차용금 채무를 모두 변제하였으므로 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여 달라고 요구하였으나, 丙은 이 사건 차용금 채무가 일부 남아 있다는 이유로 乙의 요구를 거절하였다.

甲은 이 사건 근저당권설정등기가 말소되지 않아 잔금을 지급하고 있지 않다가, 2017. 3. 20. 乙과 丙을 상대로 X 토지에 관하여, ① 乙에게는 2016. 10. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를, ② 丙에게는 이 사건 차용금 채무가 모두 변제되었다는 것을 이유로 乙을 대위하여 이 사건 차용금 채무가 부존재한다는 확인 및 이 사건 근저당권설정등기말소를 청구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라고 한다)를 제기하였고, 이 사건 소장 부본은 2017. 3. 27. 乙과 丙에게 각 적법하게 송달되었다.

(아래의 각 추가적 사실관계는 상호 무관함. 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례에 따를 것)

1. [추가적 사실관계]

이 사건 소송에서 乙은 답변서를 제출하고 변론기일에 출석하여 이 사건 매매계약은 적법하게 해제되었다고 주장하였고, 심리 결과 乙의 주장 사실은 인정되었다. 丙은 답변서를 제출하지 않았고 공시송달에 의하지 아니한 적법한 통지를 받고도 계속 변론기일에 출석하지 않았다.

이 사건 청구 중 丙에 대한 각 청구에 관한 법원의 판결결론(각하, 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (20점)

2. [추가적 사실관계]

乙의 채권자 丁은 乙의 甲에 대한 매매잔금 채권 5,000만 원에 대하여 압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2016. 11. 10. 제3채무자인 甲에게 송달되었다.

이 사건 소송에서 乙은 甲으로부터 잔금 5,000만 원을 지급받아야 소유권이전등기절차를 이행할 수 있다고 항변하면서 甲을 상대로 잔금 5,000만 원의 지급을 구하는 반소를 제기하였고, 甲은 丁의 압류 및 추심명령이 송달된 이상 乙의 동시이행의 항변 및 잔금 지급청구는 부당하다고 항변하였다.

이 사건 청구 중 ① 甲의 乙에 대한 청구, ② 乙의 甲에 대한 반소 청구에 관한 법원의 각 판결결론(각하, 전부

인용, 일부 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

3. [추가적 사실관계]
甲은 이 사건 차용금 채무가 모두 변제되었다고 주장하고, 丙은 이 사건 채용금 채무 중 4,000만 원이 변제되지 않고 남아 있어 말소 청구에 응할 수 없다고 주장하였는데, 심리결과 甲의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지만, 이 사건 차용금 채무 중 3,000만 원이 남아 있는 것으로 밝혀졌다.
이 사건 청구 중 丙에 대한 각 청구에 관한 법원의 판결결론(각하, 전부 인용, 일부 인용, 기각 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

Ⅰ. 설문 1.에 관하여[1)]

1. 결 론

(1) 채무부존재확인의 소

법원은 원고 甲의 청구에 대해서 각하판결을 하여야 한다.

(2) 근저당권설정등기의 말소청구의 소

법원은 원고 甲의 청구에 대해서 각하판결을 하여야 한다.

2. 이 유

(1) 공동소송의 형태 및 심리방법

① **乙과 丙은 실체법상 관리처분권이 공동으로 귀속된 경우가 아니므로 통상공동소송관계**에 있으며, 이러한 경우 **공동소송인 독립의 원칙**(제66조)에 의해 규율된다. 따라서 ① **소송요건의 존부는 각 공동소송인마다 개별 심사처리**하여야 하며, ② **공동소송인의 한 사람의 소송행위는** 유리·불리를 가리지 않고 원칙적으로 **다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니하며**(소송자료의 독립), ③ 공동소송인의 한 사람에 관한 사항은 다른 공동소송인에 영향이 없고(소송진행의 독립), ④ **판결의 통일이 요구되지 않는다**(판결의 불통일).

② 사안의 경우 乙에 대한 청구의 당부와 상관없이 丙에 대한 甲의 청구에 대해 별도로 판단하면 족하다. 다만 甲은 丙을 상대로 乙을 대위하여 채무부존재확인 및 근저당권설정등기말소를 청구하는 소를 제기하였는바, 이와 관련하여 먼저 채권자대위소송의 법적 성질을 살펴볼 필요가 있다.

(2) 채권자대위소송의 법적 성질

판례는 "채권자대위소송은 **채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이다**"라고 하여 법정 소송담당설과 같은 태도이다. 이에 의하면 "① **피보전채권**, ② **보전의 필요성**, ③ **채무자의 권리불행사**는 **당사자적격의 요소**"가 되나, ④ 피대위권리는 소송물에 해당한다고 보게 된다.

(3) 피보전채권의 인정 여부

1) 2순환 제7회 모의고사 출제문제 적중

1) 자백간주의 성립여부

① **당사자 일방의 기일 불출석의 경우 또는 피고의 답변서 부제출의 경우**라면, 법원은 **자백간주**(제257조, 제150조)에 따라 또는 이에 기한 무변론 판결(제257조)이 가능하다.

② **그러나** 피보전채권은 소송요건으로서 **직권조사사항**이므로 **재판상의 자백이나 자백간주의 대상이 될 수 없다**. 따라서 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 **법원은 증거조사를 통해 피보전채권의 존부를 심리·판단**하여야 한다.

2) 피보전채권에 흠이 있는 경우 법원의 조치

① **채권자대위소송**에 있어서 **대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우**에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 **당사자적격이 없게 되므로**, 그 대위소송은 **부적법**하여 **각하**할 수밖에 없다.

② 사안의 경우 법원은 甲과 乙 사이의 매매계약이 해제되었음이 인정된다고 판단하였으므로, 법원은 당사자적격의 흠을 이유로 소를 부적법 각하하여야 한다.

(4) 사안의 경우

丙은 답변서를 제출하지 않았고 공시송달에 의하지 아니한 적법한 통지를 받고도 계속 변론기일에 출석하지 않은 상태이지만, 당사자적격은 소송요건으로서 직권조사사항이고, 심리결과 甲과 乙 사이의 매매계약이 적법하게 해제되었음이 인정되었므로 甲이 乙을 대위하여 丙을 상대로 한 차용금채무의 부존재 확인 및 근저당권설정등기의 말소청구의 소는 피보전권리가 인정되지 않는다. 따라서 甲의 丙에 대한 이 사건 소송은 모두 부적법하므로 각하하여야 한다.

Ⅱ. 설문 2.에 관하여[2)]

1. 결 론

(1) 甲의 乙에 대한 본소 청구

법원은 일부 인용판결(상환이행판결)을 하여야 한다.

(2) 乙의 甲에 대한 반소 청구

법원은 각하판결을 하여야 한다.

2. 이 유[3)]

(1) 甲의 乙에 대한 본소 청구

1) 매매계약체결사실의 인정여부

항변이란 **제한부 자백**으로서 **원고의 주장사실**을 **인정**하면서 **양립가능한 별개의 사실을 진술**하는 것을 말하는데, 乙의 **동시이행의 항변은 권리행사의 저지사실의 주장**에 **해당**한다. 따라서 **법원은 원고 주장사실을 인정할 수밖에 없다**.

2) 乙의 동시이행항변의 가부

2) 3순환 제2회 및 제9회 쟁점과 유사
3) 해설은 이해의 편의상 상세히 하였다.

① 추심명령이 있더라도, **채권의 귀속주체는 여전히 집행채무자**이므로 집행채권자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서는 **피압류채권에 관해 채권자로서의 권리를 갖는다**.

② 판례도 **추심명령은** 강제집행절차에서 **추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것**이므로, 이로 인하여 **채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니어서, 추심채무자로서는 제3채무자에 대하여 피압류채권에 기하여 그 동시이행을 구하는 항변권을 상실하지 않는다**고 하였다.[4)]

3) 사안의 경우

乙의 동시이행의 항변에 의해 甲과의 매매계약체결사실은 자백이 성립되는바, 법원은 이에 구속되어 판단할 수밖에 없다. 다만 사안에서 甲과 乙은 잔금 5,000만 원은 이 사건 근저당권 설정등기가 말소된 후 소유권이전등기관계서류의 교부와 동시에 지급하기로 약정하였는바, **乙의 동시이행의 항변은 이유가 있다**. 따라서 법원은 원고 甲의 청구에 대해 일부 인용(상환이행판결)을 하여야 한다. 이렇게 본다고 하더라도 원고 甲의 통상의사에 부합하여 **처분권주의에 반하지 않는다**.

(2) 乙의 甲에 대한 반소 청구

1) 반소의 의의와 요건

① 반소라 함은 **피고가** 소송계속 중에 그 소송절차를 이용하여 **원고에 대하여 제기하는 소**를 말한다(제269조).

② 반소는 ⅰ) **본소와 동종절차에 의할 것과 반소가 다른 법원의 전속관할에 속하지 아니할 것**, ⅱ) **본소와 상호관련성이 있을 것**, ⅲ) **본소절차를 현저히 지연시키지 않을 것**, ⅳ) **사실심 변론종결 전일 것과** ⅴ) 반소도 소송 중의 소이므로 **소의 이익 등 일반적 소송요건을 구비**하여야 한다.

③ 사안의 경우는 ⅱ)의 요건인 본소와 상호관련성이 있는지 여부와 ⅴ)의 요건인 일반적 소송요건을 구비했는지 여부가 문제이다.

2) 상호관련성 구비 여부

① 본소청구와 상호관련성이란 **소송물 또는 그 권리의 대상이나 발생원인에 있어 법률상 또는 사실상으로 공통성**이 있음을 의미하고, 본소의 방어방법과 상호관련성이란 반소청구가 **본소청구에 대한 항변사유와 그 내용 또는 발생원인에 있어서 법률상 또는 사실상 공통점**을 가지는 때이다.

② 그리고 본소의 방어방법과 상호관련된 반소는 그 **방어방법이** 반소제기 당시에 **현실적으로 제출되어야 하며 또한 적법하여야 한다**.

③ 사안의 경우 乙의 잔금채무의 이행을 구하는 반소 제기는 乙이 이미 **제출·주장한 동시이행의 항변과 내용 또는 발생원인에 있어서 공통성이 인정**되고, 乙의 동시이행의 항변은 **현실로 제출되었고 부적법한 사유도 없으므로 乙의 반소는 본소의 방어방법과 상호관련성이 있다**.

3) 일반적 소송요건으로서 당사자적격의 유무

가) 채권에 대한 압류 및 추심명령의 성질 및 효과

4) 대판 2001. 3. 9. 2000다73490

판례는 채권에 대한 유효한 압류 및 추심명령이 있으면 **제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고**, **채무자는** 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 **당사자적격을 상실**한다고 본다. 즉 **추심채권자는**, 실체법상의 청구권은 채무자인 집행채무자(원래의 채권자)에게 있으면서 **소송법상의 관리권만을 이전받는 제3자 법정소송담당의 관계에 있게 된다**. 따라서 **채무자는 원고로서의 당사자적격을 상실**한다.

나) 압류 및 추심명령의 효력발생 시기 및 범위

압류 및 추심명령의 **효력발생 시기는 제3채무자에 대한 송달일**이고(민사집행법 제227조 3항, 제229조 4항), 제3채무자에게 송달된 이상 채무자에게 송달되지 않았다 하더라도 효력발생에는 아무런 영향이 없다.

4) 사안의 경우

사안의 경우, 乙의 甲에 대한 5,000만 원의 매매대금채권에 대한 丁의 압류 및 추심명령이 제3채무자인 甲에게 송달되었으므로, 丁의 **압류 및 추심명령의 효력발생으로 인해 乙은 피압류채권에 대한 이행청구 소송을 제기 할 당사자적격을 상실**하였다. 따라서 법원은 乙의 甲을 상대로 한 잔금지급을 구하는 반소 청구에 대하여 당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하 판결을 하여야 한다.

Ⅲ. 설문 3.에 관하여[5]

1. 결 론

(1) 채무부존재확인의 소

법원은 원고 甲의 청구에 대해서 각하판결을 하여야 한다.

(2) 근저당권설정등기의 말소청구의 소

법원은 원고 甲의 청구에 대해서 일부 인용판결(선이행판결)을 하여야 한다.

2. 이 유[6]

(1) 채권자대위소송의 법적성질

(2) 채무부존재확인의 소

1) 확인의 소의 적법성

가) 확인의 소의 대상적격

확인의 소는 원칙적으로 자기의 현재의 권리·법률관계를 대상으로 하여야 한다. 다만 **제3자의 권리·법률관계도 자기의 권리관계에 영향을 미치는 한, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있다**. 판례도 마찬가지이다.

나) 확인의 이익 유무

확인의 이익이 인정되기 위해서는 ① 원고의 **권리 또는 법률상 지위에**, ② **위험·불안이 현존**하고, ③ 이것을 제거하기 위하여 **확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단**이어야 한다.

---

5) 2순환과 3순환 2회 출제문제와 유사

6) 해설은 이해의 편의상 상세히 하였다.

다) 확인의 소의 보충성

① **이행의 소가 가능함에도 불구하고 그 청구권에 관하여 확인을 구하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다**. 직접 **이행판결을 구하는 것이** 집행의 면에도 충족하고 보다 더 효율적인 **발본적 해결**이 되기 때문이다.

② 그러나 예외적으로 ① **손해액수의 불분명**, ② 확인판결로 피고의 **임의이행이 기대가능한 경우**에는 확인의 이익이 인정된다. 나아가 ③ 기본이 되는 법률관계로부터 파생하는 이행청구권을 주장하여 이행의 소가 가능한 경우라도, 당해 **기본이 되는 권리관계(선결적 법률관계)의 확인의 소**는 허용되고, 또 기본이 되는 권리관계의 확인청구와 함께 그 파생되는 청구권에 기한 이행의 소를 아울러 제기하여도 상관이 없다.

2) 피담보채무 부존재확인의 소의 확인의 이익 유무 – 확인의 소의 보충성

판례는 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용되는바, 근저당권설정자가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 **근저당권설정자로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로, 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다**고 하였다.

3) 소송요건 심리의 선순위성

판례는 소송요건은 본안판결의 요건이므로 본안판결에 앞서 미리 조사하여야 하고, 따라서 **소송요건의 존부에 관한 문제를 남겨 놓고 먼저 원고청구의 기각판결을 함은 허용될 수 없다**고 하였다.

4) 사안의 경우

사안의 경우 甲의 丙에 대한 차용금채무의 부존재확인의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다. 또한 심리결과 차용금 채무가 남아 있는 것으로 밝혀져 채무부존재 확인을 구하는 청구가 이유없다 하더라도 법원은 청구기각판결을 할 수 없고 부적법 각하 판결을 하여야 한다.

(3) 저당권설정등기 말소청구

1) 처분권주의와 일부인용판결

① 처분권주의란 **절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종결에 대해 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 입장**을 말한다. 이에 심판의 대상 및 범위는 원고의 의사에 의하여 특정되고 한정되기 때문에 법원으로서는 당사자가 **신청한 사항**에 대하여, **신청의 범위 내**에서만 **판단**하여야 한다(제203조).

② 법원은 신청한 소송물의 범위 내에서 **소송물의 일부가 인용될 수 있을 경우에는 청구취지의 변경이 없이도 일부인용의 판결**을 해야 한다. 그것이 **원고의 통상의 의사**에 **부합**한다.

2) 현재 이행의 소의 경우에 장래 이행판결(선이행판결)의 가부

사안과 같이 현재의 이행의 소에서 심리결과 원고에게 청구권은 있는데 이행조건이 미성취일 때, 판례는 원고의 청구를 바로 기각할 것이 아니라 **① 원고의 의사에 반하는 것이 아니하고, ② 장래이행의 소로서 미리청구할 필요가 있으면** 장래이행판결을 할 수 있다고 하였다.

3) 사안의 경우

① 피담보채무의 전부 소멸을 이유로 저당권설정등기의 말소를 구하였지만 소송과정에서 피담보채무가 남아 있는 경우, **원고의 다른 반대의 의사표시가 없는 한 원고의 청구에는 잔존 피담보채무의 지급을 조건으로 회복을 구하는 취지도 포함**되어 있다고 봄이 판례이다. 따라서 사안의 경우에도 법원은 선이행판결을 하더라도 처분권주의에 반한다고 할 수 없다.

② 다만 장래이행의 소로서 미리 청구할 필요가 있어야 하는데, 판례는 **채권자가 피담보채무의 액수를 다투는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다**는 입장이다. 따라서 사안의 경우 법원은 일부인용으로서 선이행판결을 할 것이다.

제 2 문 [7]

※ 다음의 사실관계를 잘 읽고 아래 각 문항에 대하여 답하시오.

甲 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있었던 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 하는 乙 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이 사실을 알게 된 甲은 2017. 3. 20. 乙을 상대로 乙 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(이하 '이 사건 소송'이라 한다)를 제기하였다.

이 사건 소송에서 乙은 X 토지에 관한 등기사항증명서 및 매매계약서를 서증으로 제출하였다. 증거조사 결과 甲과 乙 사이에서 직접 매매계약이 체결된 것이 아니라 甲의 대리인이라 고 칭하는 소외 A와 乙 사이에 매매계약이 체결된 사실이 밝혀졌다. 이에 甲은 A에게 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여한 사실이 없었다고 주장하고, 乙은 甲으로부터 대리권을 수여받은 A로부터 적법하게 X 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다고 주장하였다.

심리 결과 A가 甲으로부터 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여받았는지 여부는 분명하지 않다.

1. 위 밑줄 친 甲의 주장을 소송법적으로 어떻게 취급해야 하는지 설명하시오. (17점)

2. 이 사건 소송에 관한 법원의 판결결론(각하, 인용, 기각 등)과 그 이유를 간략히 기재하시오. (3점)

Ⅰ. 설문 1.에 관하여

1. 결 론

甲의 주장은 주요사실(요건사실)의 주장으로서 등기의 추정력상 甲이 증명책임을 부담하는 요증사실의 주장으로 취급하여야 한다.

2. 이 유

(1) 甲의 말소등기청구의 요건사실

1) 甲의 말소등기청구는 민법 제214조 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 요건사실은 ① **甲이 소유권자일 것**, ② **乙이 甲의 소유권을 방해하고 있을 것, 즉 ⅰ) 甲 소유의 부동산에 乙의 등기가 경료되어 있고, ⅱ) 그 등기가 원인무효일 것**을 요한다.

2) 사안에서 **甲의 A의 무권대리행위로 乙 명의의 등기는 무효라는 사실에 대한 乙의 유권대리사실의 주장은** 원고 **甲의 주장사실과 양립되지 않는 별개의 사실을 진술**하는 것으로서 **간접부인에 해당한다**. 다만 심리 결과 A가 甲으로부터 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여받았는지 여부는 분명하지 않다고 하는바, A에게 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여한 사실이 없었다는 무권대리의 주장에 대해 **누가 증명책임을 지는지 여부**가 **문제**이고, 이는 **등기의 추정력**과 관련하여 **문제**되므로 이를 살펴보아야 한다.

(2) 증명책임의 의의와 분배기준

7) 2순환 제5회 모의고사 출제문제 적중

① 증명책임이란 **소송상 어느 요증사실의 존부가 확정되지 않을 때에 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익**을 말한다. 이러한 증명책임의 분배에 대해 판례는 **법률요건분류설**에 따라 각 당사자는 자기에게 유리한 법류의 요건사실의 존부에 대해 증명책임을 지는 것으로 분배시키고 있다.

② 구체적으로는, ⅰ) **권리의 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실에 대한 주장·증명책임**을 지고, ⅱ) **그 존재를 다투는 상대방은 반대규정의 요건사실에 대한 증명책임**을 지게 된다.

(3) 등기의 추정력

1) 성 질

판례는 **소유권이전등기는 권리의 추정력이 있으며, 이러한 등기의 추정력을 사실상 추정이 아닌 증명책임의 전환을 초래하는 법률상 추정**으로 보고 있다. 즉 부동산에 관한 소유권이전등기는 **권리의 추정력**이 있으므로, **이를 다투는 측에서 그 무효사유를 주장·입증**하여야 한다고 하였다.

2) 추정력의 범위

등기가 있으면, ① **등기된 권리의 존재 및 귀속, 등기원인의 존재 및 유효성 또는 등기절차의 적법성이 법률상 추정**되며, ② 매매계약 및 등기가 대리인에 의해 행해진 경우 **대리인이 대리권을 수여받아 유효한 대리행위를 하였다는 점**도 **추정**된다고 본다. 또한 ③ **소유권이전등기의 경우 종전 소유자에 대하여 추정력이 미친다**.

3) 효 과

① 추정되는 사실은 불요증사실이 되고, 상대방이 추정되는 사실의 부존재에 대하여 증명책임을 진다는 의미에서 **증명책임이 전환**되는 효과가 발생한다. 이 경우 추정을 번복하기 위해 세우는 증거는 **본증**(반대사실의 증거)이고 반증이 아니다.

② 판례 역시 "**등기명의인이 제3자를 소유자의 대리인이라고 주장하더라도 당해 등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정**되므로 그 **등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 소유자로서는 그 반대사실, 즉 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 없었다던가, 또는 그 제3자가 등기에 필요한 서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대해 증명책임을 진다**"고 하였다.

(4) 사안의 경우

사안의 경우 등기의 추정력에 의해 乙명의 등기는 적법하고, A가 甲으로부터 **대리권을 수여받아 유효한 대리행위를 하였다는 점도 추정**된다. 따라서 **甲은 A에게 대리권을 수여한 사실이 없기 때문에 A와 乙과의 매매계약은 무권대리행위로서 무효이고 따라서 乙명의 등기도 원인무효라는 사실에 대해서 주장·증명책임을 진다**고 할 것이다. 그 결과 甲의 주장은 주요사실(요건사실)의 주장으로서 등기의 추정력상 甲이 증명책임을 부담하는 요증사실의 주장으로 취급하여야 한다.

Ⅱ. 설문 2.에 관하여

1. 결 론

청구기각판결을 하여야 한다.

2. 이 유

①심리 결과 대리권 수여여부가 분명하지 아니한 것으로 밝혀졌으므로 증명책임을 누가 부담하는지가 문제인데, 등기의 추정력에 기해 **A에게 대리권이 없음에 대한 증명책임**은 **甲이 부담**한다.

② 사안의 경우 甲은 A에게 X 토지의 매매에 관한 대리권을 수여한 사실이 없음을 증명하지 못하였으므로 등기의 원인무효사실은 인정되지 않는다. 따라서 법원은 甲의 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구에 대해 기각판결을 하여야 한다.

【문1】 가처분등기에 대하여 다음 물음에 답하시오

(1) 피상속인 소유의 부동산에 대하여 상속인을 등기의무자로 한 처분금지가처분등기가 촉탁된 경우 촉탁에 따른 가처분등기를 할 수 있는가?(7점)

1. 상속인과의 원인행위에 따른 가처분기입등기촉탁이 있는 경우

상속인이 상속받은 부동산에 대하여 채권자가 상속인과의 원인행위(매매, 증여 등)에 따른 등기청구권을 보전하기 위하여 상속인을 등기의무자로 가처분결정을 받은 경우에는 그 가처분기입등기는 상속등기가 선행되기 전에는 등기부에 기입할 수 없다.

민법 제187조의 규정에 따라 상속인이 상속받은 부동산을 처분하기 위해서는 먼저 상속등기를 하여야 제3자에게 처분행위를 할 수 있는 것이며, 상속등기를 하지 않고 제3자에의 처분행위의 등기를 신청하면 등기기록상 등기의무자('피상속인')와 등기신청서상 등기의무자('상속인')의 표시가 일치하지 않게 되어 이는 부동산등기법 제29조 제7호의 각하사유에 해당하게 된다. 따라서 이 경우에는 채권자가 먼저 대위로 상속등기를 하여야 순차적으로 채권자에로의 등기를 신청할 수 있으며, 마찬가지로 채권자가 상속인과의 원인행위에 따라 상대로 가처분결정을 받은 경우에도 채권자의 신청에 의한 대위상속등기를 먼저 경료하여야 가처분이 기입될 수 있다.

대위상속등기를 하지 않은 상태에서 가처분기입등기촉탁이 있는 경우에는 등기기록상 등기의무자('피상속인')와 등기촉탁서상 등기의무자('상속인')의 표시가 일치하지 않게 되어 이는 부동산등기법 제29조 제7호의 각하사유에 해당하게 된다.

2. 피상속인과의 원인행위에 따른 가처분기입등기촉탁이 있는 경우

상속인이 상속받은 부동산에 대하여 채권자가 피상속인과의 원인행위(매매, 증여 등)에 따른 등기청구권을 보전하기 위하여 상속인을 등기의무자로 가처분결정을 받은 경우에는 그 가처분기입등기는 상속등기가 선행되지 않은 상태에서도 등기부에 기입할 수 있다.

채권자가 피상속인과의 원인행위가 있었으나 등기를 이행하기 전에 피상속인이 사망한 경우에는 상속등기를 하지 않고도 부동산등기법 제27조 규정에 따라 피상속인의 상속인이 등기의무자가 되어 채권자에게 등기를 이행하여 주면 된다. 부동산등기법 제27조의 경우에는 부동산등기법 제29조 제7호의 적용이 배제되는 것이기 때문이다. 이러한 법리는 상속인들이 협조하지 않아서 채권자가 상속인을 등기의무자로 하여 처분금지가처분결정을 받은 경우에도 마찬가지이다.

따라서 가처분권리자가 피상속인과의 원인행위에 의한 권리의 이전·설정의 등기청구권을 보전하기 위하여 상속인들을 상대로 처분금지가처분신청을 하여 집행법원이 이를 인용하고, 피상속인 소유 명의의 부동산에 관하여 상속관계를 표시하여(등기의무자를 '망 000의 상속인 000' 등으로 표시함) 가처분기입등기를 촉탁한 경우에는 상속등기를 거침이 없이 가처분기입등기를 할 수 있다(1997. 9. 11. 등기예규 제881호).

(2) 부동산의 처분금지가처분채권자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부해 소유권이전등기 또는 소유권이전등기의 말소등기를 신청하는 경우 당해 가처분등기 이후에 마쳐진 제3자 명의의 등기의 말소등기 절차에 대하여 설명하시오 (25점)

1. 개 요

가처분채권자가 본안소송에서 승소확정판결을 받아 소유권이전(말소)등기 등을 신청하는 경우 그 승소판결에 의한 등기는 통상의 판결에 의한 등기절차와 동일한데, 가처분과 저촉되는 등기는 모두 말소처리하는 것을 원칙으로 하고 있다. 다만, 그 말소절차는 가처분의 피보전권리와 실효되는 등기의 종류 등에 따라 다르다. 이하에서는 부동산등기법 제94조, 규칙 제152조 ~ 제153조 및 등기예규 제1412호를 중심으로 말소절차를 살펴보기로 한다.

2. 처분금지가처분채권자가 본안사건에서 승소하여 그 승소판결에 의한 소유권이전등기를 신청하는 경우

⑴ 당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소

㈎ 일반적인 절차

부동산의 처분금지가처분채권자(이하 가처분채권자라 한다)가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있을 때에는 '반드시' 위 소유권이전등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 가처분권리자의 소유권이전등기를 하여야 한다.

㈏ 말소할 수 없는 등기

위 ㈎의 경우, 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기가 가처분등기에

우선하는 저당권 또는 압류에 의한 경매절차에 따른 매각을 원인으로 하여 이루어진 것인 때에는 가처분권리자의 말소신청이 있다 하더라도 이를 말소할 수 없고 가처분에 의한 소유권이전등기도 할 수 없다.

⑵ 당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기 이외의 등기의 말소

㈎ 일반적인 절차

가처분권리자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기를 제외한 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류등기, 국세체납에 의한 압류등기, 경매개시결정등기 및 처분금지가처분등기 등이 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소하고 가처분권리자의 소유권이전등기를 하여야 한다.

㈏ 말소할 수 없는 등기

다만, ① 가처분등기 전에 마쳐진 가압류에 의한 강제경매개시결정등기 ② 가처분등기 전에 마쳐진 담보가등기, 전세권 및 저당권에 의한 임의경매개시결정등기 ③ 가처분채권자에 대항할 수 있는 임차인 명의의 주택임차권등기, 주택임차권설정등기, 상가건물임차권등기 및 상가건물임차권설정등기 등이 있는 경우에는 이를 말소하지 아니하고 가처분채권자의 소유권이전등기를 하여야 한다(규칙 제152조 제1항).

㈐ 동시신청의무 여부

위 ㈎의 경우 가처분권리자가 그 가처분에 의한 소유권이전등기만 하고 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권 이외의 등기의 말소를 동시에 신청하지 아니하였다면 그 소유권이전등기가 가처분에 의한 소유권이전등기였다는 소명자료를 첨부하여 다시 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 말소를 신청하여야 한다.

⑶ 피보전권리가 말소등기청구권인 가처분에 의하여 이전등기를 한 경우

<u>피보전권리인 소유권이전등기말소청구권인 가처분과 조정(판결)에 의한 소유권이전등기가 비록 그 등기유형이 상이하더라도 그 청구의 기초의 동일성이 인정된다면 가처분에 의한 소유권이전등기를 신청할 수 있다.</u>

⑷ 가처분등기가 경료된 후 피보전채권을 양수한 자가 양도인이 한 가처분등기의 효력을 원용할 수 있는지 여부

㈎ 일반적인 경우

부동산이 최초양도인(갑), 중간자(을), 최종양수인(병)으로 전전 양도된 경우 소유권이전등기는 먼저 체결된 계약에 따라 순차적으로 이루어져야 하므로(부동산등기특별조치법 제2조 제2항, 제3항), 위 계약을 토대로 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하는 을 명의의 가처분등기가 경료된 후 병이 그 피보전채권을 양수하였다 하더라도 갑으로부터 바로 병 명의로 소유권이전등기를 신청할 수 없다.

㈏ 계약당사지지위 이전계약을 체결한 경우

갑과 소유권이전계약을 체결한 을이 반대급부의 이행이 완료되기 전에 병과 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결한 때에는 병은 갑과 공동신청 또는 갑을 상대로 소유권이전등기절차를 이행하라는 승소확정판결을 받아 단독으로 소유권이전등기를 신청할 수 있는 바, 이 경우 을 명의의 가처분등기가 경료되었다면 병은 그 피보전권리의 승계인임을 소명하여 소유권이전등기신청과 함께 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 가등기, 가압류등기, 처분금지가처분등기 등에 대한 말소등기를 신청할 수 있다(2009. 12. 10. 부동산등기과-2582).

3. 가처분권리자가 본안사건에서 승소하여 그 승소판결에 의한 소유권이전등기의 말소등기(소유권보존등기말소등기를 포함한다. 이하 같다)를 하는 경우

⑴ 당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소

가처분권리자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기말소등기신청과 동시에 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소도 단독으로 신청하여 그 가처분등기 이후의 소유권이전등기를 말소하고 위 가처분에 의한 소유권이전등기말소등기를 하여야 한다.

⑵ 당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기이외의 등기의 말소

㈎ 일반적인 절차

가처분채권자가 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부하여 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 소유권이전등기를 제외한 가등기, 소유권 이외의 권리에 관한 등기, 가압류등기, 국세체납에 의한 압류등기, 경매신청등기와 처분금지가처분등기 등이 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기말소등기신청과 함께 단독으로 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소하고 가처분채권자의 소유권이전등기의 말소등기를 하

여야 한다.

㈏ 말소할 수 없는 등기

다만, 가처분등기 전에 마쳐진 ① 가압류에 의한 강제경매개시결정등기 ② 가처분등기 전에 마쳐진 담보가등기, 전세권 및 저당권에 의한 임의경매개시결정등기 ③ 가처분채권자에 대항할 수 있는 임차인 명의의 주택임차권등기, 주택임차권설정등기, 상가건물임차권등기 및 상가건물임차권설정등기등이 가처분등기 이후에 경료된 때에는 그러하지 아니하다. 이 경우 가처분권채권자가 가처분채무자의 소유권이전등기의 말소등기를 신청하기 위해서는 위 권리자의 승낙이나 이에 대항할 수 있는 재판이 있음을 증명하는 정보를 제공하여야 한다(규칙 제152조 제2항).

㈜ 피보전권리가 이전등기청구권인 가처분에 의하여 말소등기를 한 경우

피보전권리가 소유권이전등기청구권인 가처분과 조정(판결)에 의한 소유권말소등기가 비록 그 등기유형이 상이하더라도 그 청구의 기초의 동일성이 인정된다면 가처분에 의한 소유권말소등기를 신청할 수 있다.

4. 가처분권리자가 승소판결에 의하지 아니하고 가처분채무자와 공동으로 신청하는 경우

한편, 가처분권자가 본안소송에서 승소한 판결로서 등기를 신청하지 않고 가처분채무자와 공동으로 가처분에 의한 등기를 신청하는 경우에도 가처분과 저촉되는 등기는 실효하게 된다. 가처분권리자가 가처분에 의한 것이라는 소명자료를 첨부하여 가처분채무자와 공동으로 소유권이전등기 또는 소유권이전등기말소등기를 신청하는 경우의 당해 가처분등기 및 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 말소에 관하여도 위 1. 및 2.의 절차에 의한다.

5. 당해 가처분등기의 직권말소

등기관이 위 2. 부터 4. 까지의 규정에 따라 가처분채권자의 신청에 의하여 가처분등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 직권으로 그 가처분등기도 말소하여야 한다(법 제94조 제2항). 다만 위 규정은 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 법 제94조 제2항에서 가처분이후의 제3자의 등기를 말소한 경우에만 그 가처분등기가 직권으로 말소된다고 하고 있기 때문이다. 따라서 가처분 이후의 제3자의 등기가 없거나, 제3자의 등기에 대하여 말소신청을 하지 아니한 경우에는 해당 가처분등기는 등기관이 직권으로 말소할 수 없다.

다른 한편 가처분권자가 가처분의 대상인 등기를 말소하는 때에는, 가처분권자는 그 등기의 말소에 관하여 등기상 이해관계인이지만 동시에 그 말소등기에 관한 등기권리자이므로 당연히 등기말소에 대한 승낙이 있는 것으로 보아 등기관이 직권으로 그 가처분등기를 말소할 수 있고, 이러한 법리는 그 피보전권리가 소유권말소등기청구권이건(1990. 6. 21. 등기선

례 제3-769호), 이전등기청구권이건(2006. 10. 04. 부동산등기과 - 2964 질의회답) 마찬가지이다.

	해당 가처분등기의 말소방법	
	가처분이후의 등기를 말소한 경우	가처분이후의 등기를 말소하지 아니한 경우(가처분이후의 등기가 없는 경우 포함)
소유권이전등기를 하는 경우	직권말소	직권말소못함
소유권말소등기를 하는 경우	직권말소	직권말소

6. 가처분등기 이후의 등기의 말소를 신청하는 경우의 등기원인

가처분등기 이후의 등기의 말소를 신청하는 경우에는 등기원인을 '가처분에 의한 실효'라고 기재하여야 한다. 이 경우 등기원인일은 신청정보의 내용으로 등기소에 제공할 필요가 없다(규칙 제154조).

7. 가처분등기 등을 말소한 경우의 집행법원 등에의 통지

1) 등기관이 위 2. 부터 4. 까지의 규정에 따라 가압류등기, 가처분등기, 경매개시결정등기, 주택임차권등기, 상가건물임차권등기를 말소한 경우와 4.에 따라 가처분등기를 직권으로 말소한 때에는 지체없이 그 뜻을 집행법원에 통지하여야 한다(2011. 10. 11. 등기예규 제1368호).

2) 위 경우에 말소하는 이유 등을 명시하여 지체없이 말소된 권리의 등기명의인에게도 통지하여야 한다(법 제94조 제3항, 2014. 05. 16. 등기예규 제1519호).

(3) 제한물권 또는 임차권 등 소유권이외의 권리의 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분채권자가 가처분의 본안사건에서 승소하여 그 확정판결의 정본을 첨부해 그 가처분에 기하여 보전하여야 할 소유권이외의 권리의 설정등기를 신청하는 경우 당해 가처분등기 이후에 마쳐진 제3자 명의의 등기의 처리절차에 대하여 설명하시오 (18점)

1. 개 요

제한물권 또는 임차권 등 소유권 이외의 권리의 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금

지가처분채권자가 그 가처분에 의하여 보전하여야 할 소유권 이외의 권리의 설정등기를 신청하는 경우, 그 소유권 이외의 권리의 설정등기의 방법 및 당해 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 처리절차를 2011. 10. 12. 등기예규 제1413호를 기준으로 살펴본다.

2. 가처분의 기입

가처분의 피보전권리가 소유권 이외의 권리설정등기청구권으로서 소유명의인을 가처분채무자로 하는 경우에는 그 가처분등기를 등기기록중 갑구에 한다(규칙 제151조 제2항).

3. 처분금지가처분에 의한 소유권 이외의 권리의 설정등기의 방법

소유권 이외의 권리의 설정등기청구권을 보전하기 위한 처분금지가처분에 의하여 그 보전하여야 할 소유권 이외의 권리의 설정등기를 하는 때에는 그 설정등기가 가처분에 기초한 것이라는 뜻을 기록하여야 한다(법 제95조). 이는 그 등기의 목적 아래에 '○년 ○월 ○일 접수 제○○○호 가처분에 기함'이라고 기록하는 방식으로 한다.

4. 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 처리

⑴ 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기를 말소하여야 하는 경우

㈎ 일반적인 절차

처분금지가처분에 의하여 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 소유권 이외의 권리(지상권, 전세권, 임차권, 주택임차권, 상가건물임차권, 다만 지역권은 제외)의 설정등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 제3자 명의의 소유권 이외의 권리(지상권, 지역권, 전세권, 임차권, 주택임차권, 상가건물임차권)의 설정등기 또는 주택임차권등기나 상가건물임차권등기가 경료되어 있는 때에는, 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소하고 가처분채권자의 등기를 하여야 한다.

㈏ 가처분권자에게 대항할 수 있는 등기가 있는 경우

가처분채권자에게 대항할 수 있는 임차인 명의의 주택임차권등기, 주택임차권설정등기, 상가건물임차권등기, 상가건물임차권설정등기가 가처분등기 이후에 경료되어 있는 때에는 그러하지 아니하다. 이 경우 가처분에 의한 설정등기를 신청하기 위해서는 먼저 위 대항력 있는 임차인 명의의 주택임차권등기, 주택임차권설정등기, 상가건물임차권등기, 상가건물임차권설정등기를 말소하여야 한다.

⑵ 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기를 말소하지 아니하는 경우

㈎ 말소할 수 없는 등기

처분금지가처분에 의하여 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 소유권 이외의 권리(지상권, 전세권, 임차권, 주택임차권, 상가건물임차권, 다만 지역권은 제외)의 설정등기를 하는 경우, 그 설정등기와 양립할 수 있는 용익물권설정등기, 임차권설정등기, 주택임차권등기, 주택임차권설정등기, 상가건물임차권등기, 상가건물임차권설정등기와 부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 소유권 이외의 권리(지상권, 지역권, 전세권, 임차권)가 아닌 제3자 명의의 등기(소유권이전등기, 가등기, 가압류, 국세체납에 의한 압류등기, 처분금지가처분등기, 저당권 등)는 가처분등기 이후에 경료된 것이라도 이를 말소하지 아니한다.

㈏ 처분금지가처분에 의하여 지역권설정등기 또는 저당권설정등기를 하는 경우

가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기는 이를 말소하지 아니한다.

5. 가처분권리자가 승소판결에 의하지 아니하고 가처분채무자와 공동으로 신청하는 경우

한편, 가처분권자가 본안소송에서 승소한 판결로서 등기를 신청하지 않고 가처분채무자와 공동으로 가처분에 의한 등기를 신청하는 경우에도 가처분과 저촉되는 등기는 실효하게 된다. 가처분권리자가 가처분에 의한 것이라는 소명자료를 첨부하여 가처분채무자와 공동으로 소유권 이외의 권리의 설정등기를 신청하는 경우의 당해 가처분등기 및 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기의 처리방법에 관하여도 위 4.의 절차에 의한다.

6. 당해 가처분등기의 말소

등기관이 법 제94조 제1항(위 3.항목)에 따라 가처분채권자의 신청에 의하여 가처분등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 직권으로 그 가처분등기도 말소하여야 한다(법 제94조 제2항). 다만 이 경우에도 가처분 이후의 제3자의 등기가 없거나, 제3자의 등기에 대하여 말소신청을 하지 아니한 경우에는 해당 가처분등기는 등기관이 직권으로 말소할 수 없다.

7. 가처분등기 이후의 등기의 말소를 신청하는 경우의 등기원인

등기원인을 '가처분에 의한 실효'라고 하여야 한다. 이 경우 등기원인일은 신청정보의 내용으로 등기소에 제공할 필요가 없다(규칙 제154조).

8. 가처분에 의해 실효된 권리의 등기명의인에 대한 통지

등기관이 법 제94조 제1항(위 4.항목)에 따라 가처분등기 이후의 등기를 말소하였을 때에는 말소하는 이유 등을 명시하여 지체없이 말소된 권리의 등기명의인에게 통지하여야 한다(법 제94조 제3항, 2014. 05. 16. 등기예규 제1519호).

【문2】 임차권등기를 민법과 주택임대차보호법에 따른 유형으

로 구분하여 각 유형의 등기절차 및 그 등기의 효력을 설명하시오 (20점)

Ⅰ. 서 설

1. 임차권의 의의

임대차라 함은 당사자의 일방이 상대방에 대하여 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제618조).

2. 임차권등기의 유형

임차권등기는 1) 민법 제621조에 따른 임차권설정등기 2) 주택임대차보호법에 따른 주택임차권등기로 나누어 지는데 후자는 다시 당사자의 신청에 의한 주택임차권설정등기와 주택임차권등기명령에 의한 주택임차권등기로 나누어 진다.

Ⅱ. 신 청 인

1) 임차권설정자가 등기의무자가 되고 임차권자가 등기권리자가 되어 공동으로 신청하여야 한다. 임차인은 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 임차권등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있는 것이므로(민법 제621조), 임대인이 임차권설정등기절차에 협력하지 않으면 '임차권설정등기절차를 이행하라'는 취지의 이행판결을 받아 등기권리자 단독으로 신청할 수 있다(법 제23조 제4항). 지상권자도 자기가 가진 권리의 범위내에서(존속기간 내에서) 그 토지위에 임차권을 설정하여 줄 수 있다(민법 제645조).

2) 주택임대차의 경우에는 임차인이 임차권등기명령신청을 하면 법원에서 관할등기소로 임차권 등기촉탁을 하는 방식에 의한 임차권등기가 가능하다(주택임대차보호법 제3조의3).

Ⅲ. 등기소에 제공하여야 하는 신청정보

등기소에 제공하여야 하는 일반적인 신청정보는 규칙 제43조에 규정되어 있으므로 여기에서는 임차권등기와 관련하여서 특별히 요구되는 신청정보에 대하여서만 살펴본다.

1. 필요적 신청정보(기재사항)

임차권설정등기를 신청하는 경우에는 임차권의 차임을 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조; 규칙 제130조 제1항).

(1) 임차권의 차임

(가) 민법 제621조에 의한 임차권설정등기(이하 '임차권설정등기'라 한다)의 경우

신청서에 부동산등기법 제74조 제1항에서 정한 사항을 기재하여야 하나 차임을 정하지 아니하고 보증금의 지급만을 내용으로 하는 임대차 즉 '채권적 전세'의 경우에는 차임을 기재하지 아니한다.

(나) 주택임대차보호법 제3조의4에 의한 주택임차권설정등기(이하 '주택임차권설정등기'라 한다)의 경우

주택임차인이 주택임대차보호법 제3조의4 제2항의 규정에 의하여 임대인의 협력을 얻어 주택임차권설정등기를 신청하는 때에는, 신청서에 위㈎에서 정한 사항 이외에 주민등록을 마친 날과 임차주택을 점유한 날을 기재하여야 하고, 주택임차인이 주택임대차보호법 제3조의2 제2항의 요건을 갖춘 때에는 임대차계약증서상의 확정일자를 받은 날도 기재하여야 한다. 주택임대차보호법 제3조 제2항의 규정에 따라 대항력을 취득한 법인(한국토지주택공사법에 따른 한국토지주택공사 및 지방공기업법 제49조의 규정에 따라 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사에 한함)이 임차권자인 경우, 지방자치단체장 또는 해당 법인이 선정한 입주자가 주민등록을 마친 날과 그 주택을 점유하기 시작한 날을 기재한다(2011. 10. 11. 등기예규 제1382호).

(2) 임차권의 범위

임차권의 목적이 토지 또는 건물의 일부인 때에는 그 신청(또는 촉탁)서에 임차권의 범위를 특정하여 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(2011. 10. 11. 등기예규 제1382호). 또한 법령의 규정이 없으므로 토지의 공중공간이나 지하공간에 상하의 범위를 정하여 구분임차권등기를 할 수는 없다(2003. 6. 12. 등기선례 7-284; 2003. 6. 3. 등기선례 7-283).

2. 임의적 신청정보(기재사항)

임차권설정등기를 신청하는 경우에는, 차임지급시기, 존속기간(다만, 처분능력 또는 처분권한 없는 임대인에 의한 민법 제619조의 단기임대차인 경우에는 그 뜻도 기재한다), 임차보증금, 임차권의 양도 또는 임차물의 전대에 대한 임대인의 동의 등의 약정이 있는 때에는, 이를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조; 규칙 제130조 제1항).

(1) 임차권의 존속기간

임대차의 존속기간에 대한 당사자 간의 약정이 있는 경우에는 이를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조, 규칙 제130조 제1항). 다만 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다는 민법 제651조 규정은 제정 당시에 비해 현저히 변화된 현재의 사회경제

적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치는 것이 아니라, 당사자가 20년이 넘는 임대차를 원할 경우 우회적인 방법을 취할 수밖에 없게 함으로써 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 왜곡하고 있다는 이유로 헌법위반결정을 받아서 삭제되었으므로(2013. 12. 26. 2011 헌바234), 20년을 넘는 기간을 약정하여 임차권설정등기를 할 수 있다.

(2) 차임의 지급시기

차임은 동산, 건물이나 대지에 대하여서는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년말에 지급하여야 하는 것, 즉 후급이 원칙이지만(민법 제633조), 차임지급시기에 대한 별도의 특약이 있는 경우에는 이를 이를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조; 규칙 제130조 제1항).

(3) 임차보증금

임차인의 채무를 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 지급하는 금전 기타의 유체물을 말한다. 이러한 보증금의 약정이 있으면 이를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조; 규칙 제130조 제1항).

(4) 임차권의 양도나 임차물의 전대에 대한 임대인의 동의

건물의 임차인이 그 건물의 소부분을 타인에게 사용케 하는 경우를 제외하고는(민법 제632조) 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다(민법 제629조). 다만 특약사항으로 임차권의 양도나 임차물의 전대를 허용한 경우에는 이를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(법 제74조; 규칙 제130조 제1항).

IV. 등기소에 제공하여야 하는 첨부정보

1. 등기원인을 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제1호)

약정에 의한 임차권설정등기신청의 경우에는 임차권설정계약서를, 판결에 의한 임차권설정등기신청의 경우에는 판결정본과 확정증명(송달증명은 불필요)을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다.

2. 등기원인에 대하여 제3자의 허가, 동의 또는 승낙이 필요한 경우에는 이를 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제2호)

공익법인이 기본재산을 매도, 증여, 임대, 교환, 용도변경, 담보제공 등을 하려고 하는 때에는 주무관청의 허가를 받아야 한다(공익법인의 설립 및 운영에 관한 법률 제11조 제3항; 1997. 9. 11. 등기예규 제886호). 학교법인의 경우에도 마찬가지이다.

3. 신청인이 법인인 경우에는 그 대표자의 자격을 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제4호)

'신청인이 법인인 경우에는 그 대표자의 자격을 증명하는 정보를 첨부정보로서 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제4호). 이 경우의 대표자의 자격을 증명하는 정보라 함은 법인등기사항전부증명서 혹은 일부증명서를 의미한다. 다만, 법인이 부동산등기를 신청하는 경우 부동산 소재지를 관할하는 등기소와 그 법인의 법인등기가 되어있는 등기소가 동일한 경우에는 그 법인등기사항증명서의 제공을 생략할 수 있다(규칙 제46조 제5항).

4. 대리인에 의하여 등기를 신청하는 경우에는 그 권한을 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제5호)

대리인에 의하여 임차권등기를 신청하는 경우에는 대리인의 권한을 증명하는 정보를 첨부정보로 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호). 대리인은 임의대리인·법정대리인·법인·법인 아닌 사단(재단)의 대표자·관리인을 지칭하므로 대리권한을 증명하는 서면은 대리인의 자격에 따라 상이하다.

5. 임차권자의 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호를 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제6호)

임차권등기를 신청하는 경우에는 등기권리자(새로 등기명의인이 되는 경우로 한정한다)의 주민등록번호(또는 부동산등기용등록번호)를 증명하는 정보를 신청정보와 함께 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호).

6. 임차권자의 주소를 증명하는 정보(규칙 제46조 제1항 제6호)

임차권설정등기를 신청하는 경우에는 새로이 등기명의인의 주소(또는 사무소소재지)가 등기기록에 기입되므로 임차권자의 주소(또는 사무소소재지)를 증명하는 정보를 첨부정보로써 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호).

7. 임차권설정자의 인감증명(규칙 제60조 제1항 제1호), 본인서명사실확인서 또는 전자본인서명확인서 발급증

소유권목적의 임차권설정등기를 신청하는 경우에는 그 등기의무자의 인감증명을 첨부정보로 제공하여야 한다(규칙 제60조 제1항 제1호). 그러므로 지상권에 대하여 임차권을 설정하는 경우에는 등기의무자의 인감증명은 필요없다.

8. 지적도(규칙 제130조 제2항)

임차권설정의 범위가 부동산의 일부인 경우에는 그 부분을 표시한 지적도나 건물도면을

첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제130조 제2항).

도면이나 지적도의 제출방법은 규칙 제63조에 따른다. 즉 방문신청을 하는 경우라도 등기소에 제공하여야 하는 도면·지적도는 전자문서로 작성하여야 하며, 그 제공은 전산정보처리조직을 이용하여 등기소에 송신하는 방법으로 하여야 한다. 다만, 규칙 제63조 단서(① 자연인 또는 법인 아닌 사단이나 재단이 직접 등기신청을 하는 경우 ② 자연인 또는 법인 아닌 사단이나 재단이 자격자대리인이 아닌 사람에게 위임하여 등기신청을 하는 경우)에 해당하는 경우에는 그 도면·지적도를 서면으로 작성하여 등기소에 제출할 수 있다.

9. 주택임대차에서의 첨부서면의 특칙

주택임차권설정등기를 신청할 때에는 위 1 ~ 8에 규정된 서면 외에 임차주택을 점유하기 시작한 날을 증명하는 서면(예: 임대인이 작성한 점유사실확인서)과 주민등록을 마친 날을 증명하는 서면으로 임차인(주택임대차보호법 제3조 제2항의 경우에는 지방자치단체장 또는 해당 법인이 선정한 입주자를 말한다)의 주민등록등(초)본을 첨부정보로 제공하여야 한다(2011. 10. 11. 등기예규 제1382호).

10. 등록면허세영수필확인서, 등기신청수수료

임차권설정등기를 신청할 때에는 월임대차금액의 1,000분의 2에 해당하는 등록면허세(지방세법 제28조 제1항 1. 나목. 5) 및 그 등록세액의 100분의 20에 해당하는 지방교육세를 납부하고, 등록면허세영수필확인서를 첨부정보로 제공한다. 또한 차임이 없거나 위와 같이 산출한 등록면허세 금액이 6,000원에 미달하는 경우에는 6,000원의 등록면허세를 납부하여야 한다. 등기신청수수료로 부동산별로 15,000원에 해당하는 금액을 납부하여야 하지만(전자표준양식에 의한 경우는 13,000원, 전자신청의 경우는 10,000원), 국민주택채권이나 인지는 매입할 필요가 없다. 임차권등기명령에 의한 임차권등기시는 가압류절차가 준용되기 때문에 등기신청수수료는 3,000원을 납부한다.

한편, 임대차계약의 내용은 사적 자치의 원칙에 의해 당사자들이 자유롭게 정할 수 있으므로 차임에 대해서도 임차인의 연매출의 일정비율로 정하는 계약도 가능하며, 등기기록상 차임에 대한 기록을 가변적인 비율(예를 들어, 연 매출이 400억 미만일 경우: 차임 없음, 연매출이 400억 이상 500억 미만일 경우: 연매출의 2.0%, 연매출이 500억 이상 600억 미만일 경우: 연매출의 2.5%, 연매출이 600억 이상 700억 미만일 경우: 연매출의 3.0%, 연매출이 1,000억원 이상일 경우: 연매출의 4.2%)로 하더라도 차임등기의 제도적 취지에 반하지 않으므로 이러한 임차권설정등기를 신청할 수 있다(민법 제618조, 제621조; 부동산등기법 제74조; 2010. 8. 27. 부동산등기과 - 1691 질의회답).

11. 등기의무자의 등기필증

등기를 신청할 때에는 등기의무자의 등기필정보를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 하는 것이 원칙이지만(규칙 제43조 제1항 제7호), 이 법 시행(2011. 10. 13.) 전에 등기필증이나 등기완료통지서를 받은 자는 위 등기필정보의 제공에 갈음하여 그 등기필증 또는 등기완료통지서를 등기소에 첨부정보로 제공하여야 한다(부칙 제2조 참조).

Ⅴ. 등기의 실행

1) 임차권등기는 목적 부동산의 등기기록 을구에 독립등기로서 이를 기록하며), 임차권설정의 범위가 토지의 일부인 경우에는 그 부분을 표시한 도면의 번호를 기록하여야 한다.. 등기의 목적은 '임차권설정'으로 등기원인은 '설정계약'으로 기록하여야 한다. 임차권설정시 차임은 반드시 기록하고, 차임지급시기·존속기간·양도나 전대를 허용하는 취지의 약정이 있는 경우에는 이를 기록한다.

2) 다만 지상권을 목적으로 하는 임차권설정등기는 부기등기로 한다(법 제52조)

Ⅵ. 임차권등기의 효력

1. 임차권설정등기의 효력

임차권은 채권으로서 등기를 하지 아니하여도 임대인과 임차인간에는 효력이 있으나 이를 등기하면 제3자에게 대항할 수 있다(민법 제621조). 또한 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차는 임차권등기를 하지 아니하여도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에게 임차권의 내용을 주장할 수 있다(민법 제622조).

2. 주택임대차의 경우

주택임대차보호법이 적용되는 주거용 건물의 임대차에 있어서는 임차권등기를 하지 아니하여도 임차인이 그 주택의 인도와 주민등록(전입신고)을 마친 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(주택임대차보호법 제3조 제1항). 국민주택기금을 재원으로 하여 저소득층 무주택자에게 주거생활 안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인이 주택을 임차한 후 지방자치단체의 장 또는 그 법인이 선정한 입주자가 그 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에도 마찬가지이다(동조 제2항).

3. 주택임차권등기명령의 경우

임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 주택임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원 지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다(주택임대차보호법 제3조의3 제1항). 법원의 임차권등기촉탁에 의하여 임차권등기가 경료되면, 대항력과 우선변제권이 없었던 자는 이를 새로이 취득하며, 대항력과 우선변제권을 가지고 있던 자가 임차권등기명령에 의한 임차권등기를 취득하면, 주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 이전한 경우에도 종전의 대항력과 우선변제권은 그대로 유지된다.

<제1문의 해설>

Ⅰ. 쟁점의 정리

(1) 을에 대한 공무집행방해죄의 성부와 관련해서는 공무집행방해죄의 구성요건요소로서 직무집행의 적법성을 요하는지 그리고 본 사안의 경우 직무집행의 적법성을 갖추었다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.
(2) 을에 대한 상해죄의 성부와 관련해서는 상해죄의 위법성조각사유로서 정당방위에 해당될 수 있는지 여부가 문제된다.

Ⅱ. 공무집행방해죄의 성부(형법 제136조 제1항)

1. 공무집행방해죄의 구성요건

공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립한다.

(1) 직무집행의 적법성

직무집행은 공무원이 자신의 지위·권한에 따라 처리하도록 위임된 일체의 사무를 행하는 것을 말한다. 형법은 '직무집행의 적법성'을 명문으로 규정하고 있지 않지만 직무집행의 적법성을 요한다고 보는 것이 판례·통설이다. 법치국가의 원리상 위법한 직무집행에 대해서는 복종할 의무가 없다고 보아야 하기 때문이다.

직무집행의 적법성의 체계적 지위와 관련해서는 이를 구성요건요소로 보는 것이 판례·다수설이다.

(2) 적법성의 요건

적법한 직무집행이 되기 위해서는 ① 직무행위가 당해 공무원의 추상적 직무권한에 속할 것, ② 직무행위가 당해 공무원의 구체적 직무권한에 속할 것, ③ 법정의 방식과 절차를 준수할 것 등의 요건을 갖추어야 한다.

(3) 적법성의 판단기준과 시기

판례에 의하면, 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적·합리적으로 판단하여야 하고 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니라고 한다(대판 1991.05.10. 91도453).

2. 적법성을 갖추지 못한 공무집행에 관한 판례

(1) 검사나 사법경찰관이 수사기관에 자진출석한 사람을 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였음에도 실력으로 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 자진출석한 사람이 검사나 사법경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니다(대판 2006.9.8. 2006도148).
(2) 현행범인을 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 할 것임이 명백하므로, 경찰관이 위 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고 이에 대해 상해를 가하였다고 하더라도 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(대판

2006.11.23. 2006도2732).

3. 사안의 검토

을과 병은 갑에 대해 현행범체포를 하였던 바, 현행범체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법상 요건을 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 적법절차원칙을 준수한 것이어야 한다.

현행범인을 체포하는 경우에는 반드시 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제213조의2, 제200조의5). 이와 같은 고지는 체포를 위한 실력행사에 들어가기 전에 미리 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 고지하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체없이 고지하여야 한다(대판 2010.6.24. 2008도11226).

사안의 경우 을과 병은 단순히 현행범으로 체포한다는 말만 하였을 뿐 위와 같은 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 갑을 연행하려고 하였다. 따라서 을과 병의 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없고 이를 거부하기 위한 행위는 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 않는다(대판 2006.11.23. 2006도2732).

Ⅲ. 상해죄의 성부(형법 제257조 제1항)

1. 상해죄의 구성요건

상해죄는 사람의 신체를 상해함으로써 성립하는 범죄이다. 상해란 생리적 기능의 훼손을 말한다.

사안의 경우 약 2주간의 치료를 요하는 안면부 다발성좌상은 외부적인 상처가 생긴 경우로서 생리적 기능의 훼손에 해당하고 사람의 얼굴을 주먹으로 가격하는 경우 최소한 상해에 대한 미필적 고의는 있는 것으로 판단되며, 갑의 행위와 상해의 결과간에 인과관계도 인정된다. 따라서 갑의 행위는 상해죄의 구성요건에 해당한다.

2. 위법성

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위는 정당방위로서 위법성이 조각된다(제21조 제1항).

여기서 ① 현재의 침해란 침해가 급박한 경우를 말하며(통설), ② 부당한 침해란 위법한 침해를 말한다. 또한 ③ 상당한 이유란 방위행위가 객관적으로 사회상규에 위배되지 않는 것을 말한다.

앞서 본 바와 같이 을의 현행범 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 현행범이 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관의 얼굴을 주먹으로 가격한 행위는 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 상당성을 갖춘 행위로 보아야 할 것이다. 따라서 갑의 행위는 정당방위에 해당하여 상해죄가 성립하지 않는다(대판 2006.11.23. 2006도2732)..

Ⅳ. 사안의 해결

① 공무집행방해죄와 관련하여 을의 직무집행이 적법절차를 준수하지 못함으로 인하여 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하지 않으며,
② 상해죄와 관련하여 상해죄의 구성요건에는 해당하나 불법한 체포에 대해 방위하기 위한 행위로서 위법성이 조각된다.

<제2문의 해설>

guide)
① 갑이 을의 사기범행에 대하여 알고 있었다는 이야기가 없는 이상 통장을 빌려 준 행위에 대해 금융실명법 위반은 별론으로 하고 A와 B를 피해자로 하는 사기죄의 방조범은 인정될 여지가 없습니다.
② 만약 갑이 을의 사기범행을 알고도 통장을 빌려 주었다면 A와 B를 피해자로 하는 사기죄의 방조범이 성립하며, 횡령죄의 성부(부정), 장물취득죄의 성부(부정)도 문제되는 사안이 됩니다.
③ 문제의 설문이 "은행에 대한 사기죄"에 한정하였으므로 위와 같이 논의를 확대해서 적는 것은 문제의 취지를 벗어나는 것이므로 주의를 요합니다. 본 해설지에서는 결론에서 한 줄 언급하는 정도로 그쳤습니다.

Ⅰ. 쟁점의 정리

갑이 자신의 계좌에서 돈을 출금한 행위가 은행에 대한 사기죄를 구성하는지 여부와 관련하여 사기죄의 구성요건으로서 기망행위가 인정되는지 여부와 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것인지 여부가 문제된다.

이를 검토하기 위해서는 A와 B로부터 송금된 돈 20만 원에 대해 수취인인 갑이 어떠한 권리를 가지게 되는지 계좌이체의 법률관계를 살펴볼 필요가 있다.

Ⅱ. 사기죄의 성부(형법 제347조)

1. 사기죄의 구성요건

사기죄가 성립하기 위해서는 객관적 구성요건으로 ① 기망행위, ② 피기망자의 착오, ③ 처분행위, ④ 재물 또는 재산상 이익의 취득이 있어야 한다. 그러나 현실적인 재산상 손해는 요하지 않는다는 것이 판례의 태도이다. 주관적 구성요건으로 고의와 불법영득의 의사가 필요하다.

기망이라 함은 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다. 판례에 의하면, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다고 본다.

사기죄에서의 처분행위란 직접 재산상의 손해를 초래하는 작위 또는 부작위를 말한다. 판례에 의하면, 처분행위에는 처분의사가 필요하다고 보며, 처분의사에는 피기망자가 어떤 행위를 한다는 인식이 있으면 족하고, 그 행위가 가져오는 결과에 대한 인식까지 요하는 것은 아니다.

2. 송금의뢰인·수취인·은행 간의 법률관계

① 계좌이체를 한 경우 수취인과 은행 사이의 예금계약의 성립 여부를 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 의하여 좌우되도록 별도로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없다면, 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체 등의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인과 은행 사이에는 계좌이체금액 상당의 예금계약이 성립하고, 수취인은 은행에 대하여 위 금액 상당의 예금채권을 취득한다.
② 수취인이 예금채권을 취득한 경우에, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 부당이득반환청구권을 가지게 된다.
③ 은행은 이익을 얻은 것이 없으므로 송금의뢰인은 은행에 대하여는 부당이득반환청구권을 가지지 않는다(대판 2010.5.27. 2010도3498).

3. 수취인의 예금인출에 관한 판례

송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 계좌이체 등을 한 이후, 수취인이 은행에 대하여 예금반환을 청구함에 따라 은행이 수취인에게 그 예금을 지급하는 행위는 계좌이체금액 상당의 예금계약의 성립 및 그 예금채권 취득에 따른 것으로서 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 결국 이러한 행위는 은행을 피해자로 한 사기죄에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다(대판 2010.5.27. 2010도3498).

4. 검토

설문의 은행계좌의 예금주는 갑이고, 갑은 예금주로서 은행에 대하여 예금반환을 청구할 수 있는 권한을 가진 자이다. 비록 A와 B로부터 송금된 20만 원이 을로부터 편취당한 돈이라 하더라도 예금주인 갑이 자신의 예금계좌에 송금된 예금을 반환해 달라고 요구하는 것을 권한 없는 자의 예금반환청구로 볼 수는 없다할 것이다. 따라서 갑은 은행에 대해 신의칙에 반하는 기망행위를 하였다고 볼 수 없고 은행이 착오에 빠져 처분행위를 한 것으로 볼 수도 없다.

Ⅳ. 사안의 해결

갑이 을의 사기 범행을 알면서도 현금카드 등을 빌려 주었다면 A와 B를 피해자로 하는 사기죄의 방조범이 성립할 수는 있겠으나, 본 사안의 경우 은행을 피해자로 한 사기죄는 성립하지 않는다.

<제3문의 해설>

Ⅰ. 의의

1. 예비죄

예비란 범죄실현을 위한 준비행위로서 아직 실행의 착수에 이르지 않은 일체의 행위를 말한다(형법 제28조). 실행의 착수 이전의 준비행위라는 점에서 미수와 구별된다.

2. 종범

종범이란 정범의 범행결의를 강화하거나 범죄실행을 용이하게 한 자를 말한다(형법 제32조). 종범의 행위는 정신적 또는 물질적으로 정범의 실행행위를 돕는 방조행위로서 그 방법에는 제한이 없다.

Ⅱ. 예비죄에 대한 방조범의 성부

1. 구체적인 예시

예컨대 갑이 A를 살해할 고의를 가지고 살인을 준비하였으나 실행의 착수에 나아가지 않아 살인예비죄가 성립되는 사안에서, 을이 갑에게 범행도구로 쓸 수 있는 칼을 구입해주는 것과 같이 갑의 살인예비죄를 도와주었을 경우 을에게 종범이 성립할 수 있는지가 문제된다.

예비죄의 교사범에 대해서는 예비에 준해 처벌한다는 제31조 제2항의 규정을 두고 있으나, 예비죄의 종범이 성립하는지에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립된다.

2. 판례의 태도

판례에 따르면 형법 제32조 제1항의 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다는 규정의 타인의 범죄란 정범이 범죄를 실현하기 위하여 착수한 경우를 말하는 것이라고 할 것이므로 종범이 처벌되기 위하여는 정범의 실행의 착수가 있는 경우에만 가능하고 정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 이를 종범으로 처벌할 수 없다고 한다.

예비죄의 실행행위는 무정형 무한정한 행위이고 종범의 행위도 무정형 무한정한 것이고 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석하는 것을 금지하고 있기 때문이다(대판 1976.5.25. 75도1549).

3. 검토

공범의 성립은 정범의 불법에 종속한다는 공범종속성설이 판례·통설이다. 공범종속성설에

의하는 한 종범이 성립하기 위해서는 정범의 실행행위는 어느 정도에 달할 것, 즉 정범이 실행에 착수할 것을 요한다고 보아야 한다. 또한 예비의 종범을 인정하는 것은 형법이 방조의 미수에 관한 규정을 두지 않은 취지에도 반한다. 따라서 예비죄에 대한 종범은 이를 부정함이 타당하다.

2017년 제23회 법무사 2차 시험
형사소송법

【문 1】

1. 甲은 사기죄로 기소가 되었다. 제1심 재판부는 제1회 공판기일에 피고인 甲에 대한 인정신문, 공소사실에 대한 신문을 마치고, 검사가 신청한 증인 A, B를 채택하고, 제2회 공판기일을 지정하면서, 위 증인에 대한 증인신문을 하겠다고 甲에게 고지하였다. 제2회 공판기일에 피고인 甲은 불출석하였고, 증인 A, B는 출석하였다. 제1심 재판부는 제2회 공판기일을 연기하고, 출석한 증인 A, B에 대하여 공판기일 외 증인신문을 하고, 증인신문조서를 작성하였다. 다음 기일에 피고인 甲은 출석하였고, 제1심 재판부는 위 증인신문조서의 요지를 甲에게 고지하였다. 甲은 이에 대해 이의를 제기하지 않았다. 이후 제1심 재판부는 피고인신문을 거쳐 변론을 종결하였다. 제1심 재판부는 A, B의 증언 및 기타 증거를 근거로 사기죄의 유죄를 인정하고 甲에게 징역 1년을 선고하였다. 甲은 제1심법원이 자신이 출석하지 않은 상태에서 A, B에 대하여 행한 증인신문은 위법하다고 주장하면서 항소하였다. 甲의 이 주장이 타당한지 검토하시오. (15점)

2. 아래 각 사례에서 나타난 증거가 전문증거로서 전문법칙이 적용되는지 여부를 논거를 들어 기술하시오. (20점)

가. 甲은 乙에게 수명의 혐의자 중 절도범이 누구인지 지적하여 달라고 하자, 乙은 A를 지적하였고, 이후 甲은 법정에서 '乙은 A를 지적하였다'고 증언한 경우, 甲의 증언

나. 甲은 乙에게 공포·불안감을 유발하는 내용의 문자메시지를 반복하여 수차례 보냈고, 乙은 이 문자메시지를 휴대전화기 화면에 표시하여 촬영하였고, 검사가 이 사진을 甲의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반죄(음란물유포 등)에 대한 증거로 공판정에 제출한 경우, 이 사진

다. 피고인 甲의 정신상태를 나타나기 위해 乙이 "평소 甲이 자신은 신이라고 말하였다"고 증언한 경우, 乙의 증언

라. 피고인 甲은 건축허가와 관련된 알선수뢰혐의로 기소가 되었고, 증인으로 출석한 乙이 "甲과 전화통화하면서 '건축허가 담당 공무원이 4,000만 원을 요구하는데 사례비로 2,000만 원을 주어야 한다.'는 말을 들었다."라고 증언한 경우, 乙의 증언

3. 甲은 사기죄로 불구속 상태로 기소가 되자, ‘빈곤 기타 사유’로 소명자료를 제출하면서 국선변호인 선정청구를 하였고, 제1심 재판부는 이를 받아들여 국선변호인을 선정하였다. 이후 제1심 재판부는 甲에게 징역 10월을 선고하였으나, 피해자와 합의를 위해서 법정구속은 하지 않았다. 甲은 별건으로 구속되었고, 항소를 제기하면서 다시 국선변호인 선정청구를 하였다. 항소심은 이에 대한 별다른 결정 없이 공판기일을 진행하고 최종변론과 심리를 마쳤다. 항소심 재판부는 판결선고 기일에 국선변호인 선정청구를 기각하면서 甲의 항소를 기각하였다. 이러한 항소심의 판결이 적법한지 논거를 들어 설명하시오.(다른 위법한 절차는 없음) (15점)

[1] 법정 외 증인신문시 당사자의 참여권 침해와 하자의 치유[1)]

Ⅰ. 문제점

공판기일 외에서의 증인신문(형사소송법(이하 법명 생략) 제165조)의 시일·장소를 피고인에게 통지하지 않아 위법한 증인신문이, 법원이 차회 공판기일에 그 증인신문조서의 요지를 피고인에게 고지하였는데 피고인이 이의하지 않음으로써 **책문권의 포기로 그 하자가 치유되는지**의 문제이다.

Ⅱ. 법정 외 증인신문시 당사자의 참여권 침해와 하자의 치유

1. 법정 외 증인신문과 증인신문의 통지 등

법원은 **법정 외의 증인신문**을 하기 위하여는 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 물어 증거결정을 하여야 하고(제165조), 참여권이 있는 피고인 등에게 그들이 참여하지 않는다는 의사를 명시한 일이 없는 한 필요적으로 증인신문의 시일·장소를 통지하여야 하며(제163조 제2항), 피고인 또는 변호인의 참여없이 증인신문한 경우에 피고인에게 예기하지 아니한 불이익의 증언이 진술된 때에는 반드시 그 진술내용을 피고인 또는 변호인에게 알려주어야 한다(제164조 제2항).

2. 절차상 하자와 그 치유

① **법정 외 증인신문시** 절차상 위와 같은 사항에 흠결이 있으면 법정 외 증인신문은 위법하므로 그 증언 또는 증인신문조서는 증거능력이 없다(대판 1967.7.4. 67도613; 대판 1992.2.28. 91도2337 참조).

② 다만, 판례는 피고인에게 증인신문기일을 통지하지 않고 **법정 외 증인신문**을 한 경우(제165조 참조)에 차회 공판기일에 공판정에서 그 증인신문조서에 대한 증거조사를 하면서 그 증인신문결과를 고지하였던바 피고인이나 변호인이 이의가 없다고 진술한 경우에는, **책문권의 포기**로 보아 그 **하자가 치유**된다는 입장이다(대판 1974.1.15. 73도2967; 대판(全合) 1980.5.20. 80도306 참조).[2)]

Ⅲ. 문제의 해결

판례에 따르면, 제1심법원이 피고인 甲이 불출석한 상태에서 공판기일 외에서 증인신문을 하면서 미리 甲에게 시일·장소를 통지하지 않은 증인신문은 당사자의 참여권을 침해하여 위법하지만, 제1심 재판부가 다음 공판기일에 위 증인신문조서의 요지를 甲에게 고지하였는데 甲이 이의를 제기하지 않았는바, 위 증인신문의 하자는 책문권의 포기로 치유되었다고 본다.

따라서 피고인 甲이 제1심법원이 자신이 출석하지 않은 상태에서 A, B에 대하여 행한 증인신문은 위법하다고 주장하면서 항소한 경우, 甲의 이 주장은 **타당하지 않다**.

---

1) 졸저 형사소송법(2016년) 458p (2) 특히 대판 1974.1.15. 73도2967, 동차반 기본서(2017년) 393p, Blackbox 23p 3. (2) 참조.

2) [유제] **피고인의 퇴정과 반대신문권의 보장 및 하자의 치유** [사15, 변13]
피고인이 퇴정한 상태에서 증인신문(제297조)을 한 뒤 반대신문기회를 주지 않았더라도 다음 공판기일에 피고인에게 증인신문결과를 고지하고 이의여부를 물었다면 증거로 쓸 수 있다(대판 2010.1.14. 2009도9344; 대판 2012.2.23. 2011도15608). ☞ 책문권 포기의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문 기회를 부여받지 못한 **하자가 치유**되었다고 한 사례.

[2] 전문법칙의 적용범위(개념요소)[1]

Ⅰ. 서

1. 전문증거의 특징

형사소송법은 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하면서(제310조의2. 전문법칙), 예외적으로 인정하고 있다(제311조~제316조. 전문법칙의 예외). 여기서 **전문증거**란 요증사실에 대한 보고를 내용으로 하는 원진술(原陳述)이 간접적 형태로 법원에 보고되는 것이다. 따라서 전문증거의 핵심 요소는 어디까지나 원진술이다. **원진술의 특징**은 ① 반대신문이 가능한 **진술증거**이어야 하고, ② **요증사실**과의 관계에서 결정되는 상대적 개념이며, ③ **공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술**일 것을 요한다.

2. 전문증거 또는 본래증거 판단기준 – 설문 나, 라 관련

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 **요증사실과의 관계**에서 정해진다. 따라서 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 **전문증거**이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 **본래증거**이지 전문증거가 아니다.

Ⅱ. 가 : 전문으로서의 행동 → 전문법칙 적용vs.부적용

원진술은 언어적 형태로 표현된 진술증거이어야 하므로, 전문(傳聞)으로서의 행동(行動), 즉 원진술자의 진술이 언어적 행동으로 사용된 경우에 전문법칙의 적용여부에 대하여는 견해가 대립한다.[2]

설문의 乙**의 지적**은 언어적 진술과 다름이 없으므로, 이후 甲이 법정에서 '乙은 A를 지적하였다'고 증언한 경우, **甲의 증언**은 실질적으로 전문증거에 해당하여 전문법칙이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다(통설).

(이에 따르면, 甲의 증언은 피고인 아닌 자의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술에 해당하여 제318조 제1항의 증거동의가 있거나 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 증거능력이 인정될 수 있다)

Ⅲ. 나 : 본래증거 → 전문법칙 부적용

형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 전문법칙을 선언하고 있다.

---

1) 졸저 형사소송법(2016년) 562-565p 특히 564p [Tip], 동차반 기본서(2017년) 468-471p, Blackbox 112p 참조. [변시 2012, 사시 2009·2013 등]

2) 다만, 설문과 달리 甲이 乙에게 수명의 협의자 중 절도범이 누구인지 지적하여 달라고 하자, 乙이 A라는 진술을 하였고, 이후 甲이 법정에서 '乙은 A라고 진술을 하였다'고 증언한 경우, 甲**의 증언**은 전문증거로 전문법칙이 적용됨은 물론이다(제316조 제2항의 피고인 아닌 타인의 진술을 원진술로 하는 피고인 아닌 자의 전문진술).

따라서 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 전문법칙이 적용될 여지가 없다(대판 2008.11.13. 2006도2556).

(다만, 검사는 휴대전화기 이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있는데, 이를 증거로 사용하려면 문자정보가 저장된 휴대전화기를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다.)

Ⅳ. 다 : 정황증거 → 전문법칙 부적용

원진술자의 심리적·정신적 상태를 증명하기 위하여 원진술자의 말을 인용하는 경우, 즉 원진술자의 진술을 그 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용하는 경우에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다(대판 2000.2.25. 99도1252).

따라서 설문처럼 피고인 甲의 정신상태를 나타나기 위해 乙이 "평소 甲이 자신은 신이라고 말하였다"고 증언한 경우, **乙의 증언**은 단순히 원진술자의 심리적·정신적 상태(피고인 甲의 정신이상)을 증명하기 위한 정황증거로 사용하는 경우이므로, 형식적으로는 전문증거처럼 보이지만 전문증거에 해당하지 않으므로 처음부터 전문법칙이 적용되는 경우가 아니다.

Ⅴ. 라 : 본래증거 → 전문법칙 부적용

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 **요증사실과의 관계**에서 정하여지는 바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 **전문증거**이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 **본래증거**이지 전문증거가 아니다(대판 2008.9.25. 2008도5347 등 참조).

따라서 피고인 甲의 위와 같은 원진술의 존재 자체가 이 사건 알선수재죄에 있어서의 요증사실이므로, **이를 직접 경험한 乙이 피고인 甲으로부터 위와 같은 말들을 들었다고 하는 증언은** 전문증거가 아니라 **본래증거**에 해당하므로, 전문법칙은 적용되지 않는다(대판 2008.11.13. 2008도8007[특가법 위반(알선수재) 등]).

[3] 청구국선과 법원의 조치[1)]

Ⅰ. 문제점

항소심에서 피고인이 다시 국선변호인 선정청구를 하였는데 이에 대해 아무런 결정도 하지 않고 공판기일을 진행하여 국선변호인 선정청구를 기각하고 판결을 선고한 항소심의 판결이 적법한지가 헌법 제12조 제4항 단서, 형사소송법 제33조 제2항 등과 관련하여 문제된다.

Ⅱ. 청구국선과 법원의 조치

1. 청구국선

법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인의 청구가 있는 때에는 변호인을 선정하여야 한다(제33조 제2항). 빈곤 등을 이유로 국선변호인의 선임청구가 있음에도 법원이 아무런 결정을 하지 아니한 것은 원칙적으로 **위법**하다(대판 1995.2.28. 94도2880).

2. 제1심에서의 국선변호인 선정이 있었던 경우, 상소법원의 조치

헌법 제12조 제4항 단서 및 제33조 제2항의 규정에 따라 국선변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못하며(제282조 본문), 이러한 규정은 **항소의 심판에 준용**된다(제370조).

그리고 **형사소송규칙 제17조 제3항**은 피고인이 법 제33조 제2항의 규정에 의하여 국선변호인 선정청구를 한 경우 법원은 지체 없이 국선변호인을 선정하도록 하고 있고, 한편 **국선변호에 관한 예규 제8조 제1항**은, **항소법원 및 상고법원은** 피고인으로부터 법 제33조 제2항에 의한 국선변호인 선정청구가 있는 경우 즉시 국선변호인을 선정하고, 원심에서 피고인의 청구 또는 직권으로 국선변호인이 선정되어 공판이 진행된 경우에는 특별한 사정변경이 없는 한 국선변호인을 선정하도록 하고 있다(대판 2013.7.11. 2012도16334).

따라서 이러한 제반규정 등에 비추어 보면, 이러한 항소심의 조치에는 국선변호인 선정에 관한 형사소송법의 규정을 위반함으로써 피고인이 국선변호인의 조력을 받지 못하고 효과적인 방어권을 행사하지 못한 결과를 가져오게 하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대판 2013.7.11. 2012도16334; 同旨 대판 2013.7.11. 2013도351).

Ⅲ. 문제의 해결

항소심 재판부는 특별한 사정이 없는 한 지체 없이 국선변호인 선정결정을 하여 선정된 변호인으로 하여금 공판심리에 참여하도록 하였어야 함에도, 국선변호인 선정청구에 대하여 아무런 결정도 하지 아니한 채 판결선고 기일에 국선변호인 선정청구를 기각하면서 甲의 항소를 기각한 항소심 판결은, 국선변호인 선정에 관한 형사소송법 규정(헌법 제12조 제4항 단서, 법 제33조 제2항, 규칙 제17조 제3항, 국선변호에 관한 예규 제8조 제1항 등)을 위반하여 **위법**하다.

---

1) 졸저 형사소송법(2016년) 86p (나) 청구국선 ② 대판 2013.7.11. 2012도16334, 동차반 기본서(2017년) 72p, Blackbox 15p 등 참조.

구분건물소유권보존등기신청

접 수	년 월 일	처 리 인	등기관 확인	각종 통지
	제 호			

부동산의 표시
1동의 건물의 표시 **서울특별시 서초구 서초대로 100** **철근콘크리트조 슬래브지붕 서초맨션** **1층 250㎡ 2층 250㎡** **전유부분의 건물의 표시** **1. 건물의 번호 : 1-101** **구 조 : 철근콘크리트조** **면 적 : 제1층 제101호 120㎡** **2. 건물의 번호 : 1-102** **구 조 : 철근콘크리트조** **면 적 : 제1층 제102호 120㎡** **3. 건물의 번호 : 2-201** **구 조 : 철근콘크리트조** **면 적 : 제2층 제201호 140㎡** **4. 건물의 번호 : 2-202** **구 조 : 철근콘크리트조** **면 적 : 제2층 제202호 100㎡** **각 전유부분의 대지권의 표시** **대지권의 목적인 토지의 표시 : 1. 서울특별시 서초구 서초대로 100 대300㎡** **대지권의 종류 : 1. 소유권** **대지권의 비율 : 1-101 300분의 60 1-102 300분의 60** **2-201 300분의 120 2-202 300분의 60** **등기원인과 그 연월일 : 2017년 8월 31일 대지권 –이상-**

등기원인과 그연월일	
등기의 목적	**소유권보존**
신청 근거 규정	**부동산등기법 제65조 제1호**

구분	성 명 (상호·명칭)	주민등록번호 (등기용등록번호)	주 소 (소 재 지)	지 분 (개인별)
신청인	**홍 길 동**	**701225-1234567**	**서울특별시 서초구 서초대로 100**	

시가표준액 및 국민주택채권매입금액		
부동산 표시	부동산별 시가표준액	부동산별 국민주택채권매입금액
1.	금 원	금 원
2.	금 원	금 원
국 민 주 택 채 권 매 입 총 액		금 원
국 민 주 택 채 권 발 행 번 호		

취득세(등록면허세) 금 원	지 방 교 육 세 금 원
	농어촌특별세 금 원
세 액 합 계	금 원
등 기 신 청 수 수 료	금 원
	납부번호 :
	일괄납부 : 건 원

첨 부 서 면 **<간인>**	
1.집합건축물대장등본 **5**통	6.위임장 **1**통
2.취득세영수필확인서 **1**통	
3.등기신청수수료 영수필확인서 **1**통	
4.주민등록표등(초)본 **1**통	
5.공정증서 **1**통	

2017년 **9**월 **16**일

위 신청인 (전화 :)

위 대리인 **법무사 나법무** **<직인>** (전화 : **550-5000**)
서울특별시 서초구 서초대로 200

서울중앙 지방법원 **등기국** 귀중

- 신청서 작성요령 -

* 1. 부동산표시란에 2개 이상의 부동산을 기재하는 경우에는 그 부동산의 일련번호를 기재하여야 합니다.
2. 신청인란 등 해당란에 기재할 여백이 없을 경우에는 별지를 이용합니다.
3. 담당 등기관이 판단하여 위의 첨부서면 외에 추가적인 서면을 요구할 수 있습니다.

유의사항

1. 부동산의 표시 : 설문에서 주어진 사항 외에는 고려할 필요가 없다고 하고 있으므로 출제자의 출제의도를 파악하여 주어진 도로명주소를 지번주소로 사용함.

   * 지번방식의 주소는 기재하지 않고 도로명주소만 기재하는 것도 무방

2. 집합건축물대장은 1동의 건물 자체에 대한 집합건축물대장(표제부) 1통과 각 전유부분에 대한 집합건축물대장(전유부) 각 1통, 합계하여 5통을 첨부한다.

3. 전유부분의 면적비율에 따라 대지권을 설정하는 것이 아니므로 규약 내지 공정증서를 제출하여야 하지만(부동산등기규칙 제46조 제2항), 소유자가 1인이어서 규약을 제출할 수는 없으므로 공정증서를 제출한다.

4. 첨부서면 근거

   (1) 집합건축물대장등본 : 규칙 제46조 제1항 제1호, 규칙 제121조 제2항
   (2) 취득세영수필확인서 : 지방세법시행령 제36조, 부동산등기법 제29조 제10호
   (3) 등기신청수수료영수필확인서 : 부동산등기법 제22조 제3항
   (4) 공정증서 : 부동산등기규칙 제46조 제2항
   (5) 위임장 : 부동산등기규칙 제46조 제1항 제5호