

2023년 감정평가사 민법 기출문제분석 및 총평

민법 백운정

1. 기존 5개년 기출분석과 23년 출제테마 비교

			18년	19년	20년	21년	22년	23년	23년 출제테마	
민법 총칙	통칙	민법의 법원		1	1	1	1	1	민법의 법원(§ 1), 형성권	
		법률관계 등		2	1	2	1	1		
	권리 주체	자연인	3	3	3	2	2	2	피후견인, 부재와 실종, 법인의 정관, 법인의 기 관, 비법인사단, 물건	
		법인	3	2	2	3	3	3		
	권리객체(물건)			1	1	1	1	1		
	권리 변동	법률행위		1	1	3	1	2	2	법률행위목적, § 103, § 108, § 109, 상대방 있는 의사표시, 대리구조, 복대리, 무효, 취소, 조건
		의사표시		2	3	3	4	3	3	
		대리		3	2	2	2	2	2	
		무효와 취소		2	1		1	2	2	
		조건과 기한		2	1	1	1	1	1	
기간			1	1						
소멸 시효	요건		1	2	1	1	1	1	기산점, 소멸시효 대상 적격, 중단과 정지, 시효이익의 원용권다	
	중단 · 정지					1	1			
	시효완성		1		1			1		
물권	물권법 총칙				2	2		1	1	물권의 객체, 중간생략등기, 등기의 추 정력, 가등기, 법률규 정에 의한 부동산물권 변동, 선의취득, 자주점유와 타주점유, 점유자와 회복자관계, 상관관계 점유취득시효, 부합. 공동소유, 부실법 관습법상 법정지상권, 제366조 법정지상권, 지역권, 전세권의 처분과 소멸 유치권, 질권, 저당권 의 피담보채권의 범위, 저당권의 효력이 미치 는 범위, 일괄경매청구 권, 근저당
	물권 변동	부동산(등기)		3	3	3	2	1	2	
		동산		1	1	1	1	1	1	
		물권의 소멸			1					
	점유권			2	3	2	2	1	2	
	소 유 권	내용과 한계		2		1		1	1	
		소유권 취득		2	1	3	1	2	2	
		공동소유		1	1	1	4	2	1	
		명의신탁		1	1	1	2		1	
	용익 물권	지상권		2	2	1	2	2	2	
		지역권		1		1		1	1	
		전세권		2	1	1	2	2	1	
	담보 물권	유치권		1	1	1	1	2	2	
		질권		1	1	1	1	1	1	
저당권		1	2	2	2	3	3			
비전형담보										

2. 출제유형 및 출제경향 분석

문제구성		2018년	2019년	2020년	2021년	2022년	2023년
문제 비율	민법총칙	20	20	20(19)	20	20	20
	물권법	20	20	20(21)	20	20	20
형식	지문나열형	35	31	33	34	31	37
	사례형	1	5	5	4	5	2
	박스형 (지문+사례)	4	4	4	3	5	3
				2+2	2+1	4+1	1+2

3. 2023년 민법 기출문제 총평

올해 문제의 출제유형부터 분석해 본다면, 최근의 출제경향이 사례형 문제가 4~5 문제 정도로 점차 늘어나는 추세였으나, 단순한 지문나열형 문제가 37문제가 출제되고, 사례형 문제 2문제가 박스형으로 출제되었습니다.

또한 출제 테마도 기존의 비율과 유사하게 출제되었습니다. 그러나 내용적으로 본다면, 작년 보다는 다소 어렵게 느끼셨으리라 봅니다.

그 이유는 첫 번째가 계약체결상의 과실책임이나 위험부담 등 채권법 영역의 문제가 출제된 것입니다.

두 번째는 지문구성을 살펴 보면, 2022년 문제를 보면 조문이 35%, 판례가 65%의 비율 정도로 출제되었던 것에 비해, 조문이 42%, 판례가 57%로 판례가 줄어든 것처럼 보입니다.

그러나 출제된 판례가 기출된 판례가 아닌 부분이나, 채권편 판례들이 출제되어 다소 어려웠다고 보입니다.

결론적으로 올해 민법문제는 형식상으로는 작년보다 쉬워 보이나, 실질적으로 작년 기준으로 1~2개 정도는 더 난이도가 높게 느껴졌으리라 보입니다.

여러분 시험 보시느라 수고하셨습니다. 좋은 결과 있기 기원합니다.

2023년 제34회 감정평가사 민법 - A형 기출문제

문 1] 민법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 민법 제1조에서 민법의 법원으로 규정한 ‘민사에 관한 법률’은 민법전만을 의미한다.
- ② 민법 제1조에서 민법의 법원으로 규정한 ‘관습법’에는 사실인 관습이 포함된다.
- ③ 대법원이 정한 「공탁규칙」은 민법의 법원이 될 수 없다.
- ④ 헌법에 의하여 체결·공포된 국제조약은 그것이 민사에 관한 것이더라도 민법의 법원이 될 수 없다.
- ⑤ 미등기무허가 건물의 양수인에게는 소유권에 준하는 관습법상의 물권이 인정되지 않는다.

문 2] 제한능력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 성년후견인은 여러 명을 둘 수 있다.
- ② 가정법원은 본인의 청구에 의하여 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 변경할 수 있다.
- ③ 가정법원이 피성년후견인에 대하여 한정후견 개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견의 종료 심판을 하여야 한다.
- ④ 한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 성년후견 개시의 요건을 충족하고 있다면 법원은 본인의 의사를 고려하지 않고 성년후견을 개시할 수 있다.
- ⑤ 특정후견의 심판이 있는 후에 피특정후견인이 특정후견인의 동의 없이 재산상의 법률행위를 하더라도 이는 취소의 대상이 되지 않는다.

문 3] 부재자의 재산관리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 부재자로부터 재산처분권한을 수여받은 재산관리인은 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 받을 필요가 없다.
- ② 부재자가 재산관리인을 정하지 않은 경우, 부재자의 채권자는 재산관리에 필요한 처분을 명할 것을 법원에 청구할 수 있다.
- ③ 법원이 선임한 재산관리인은 법원의 허가 없이 부재자의 재산에 대한 차임을 청구할 수 있다.
- ④ 재산관리인의 처분행위에 대한 법원의 허가는 이미 행한 처분행위를 추인하는 방법으로 할 수 있다.
- ⑤ 부재자가 사망한 사실이 확인되면 부재자 재산관리인 선임결정이 취소되지 않더라도 관리인의 권한은 당연히 소멸한다.

문 4] 민법상 법인의 정관에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 감사의 임면에 관한 사항은 정관의 필요적 기재사항이다.
- ② 정관의 임의적 기재사항은 정관에 기재되더라도 정관의 변경절차 없이 변경할 수 있다.
- ③ 정관변경의 의결정족수가 충족되면 주무관청의 허가가 없어도 정관변경의 효력이 생긴다.
- ④ 재단법인이 기본재산을 편입하는 행위는 주무관청의 허가를 받지 않아도 유효하다.
- ⑤ 재단법인의 기본재산에 관한 저장권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다.

문 5] 비법인사단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 비법인사단의 대표자는 자신의 업무를 타인에게 포괄적으로 위임할 수 있다.
- ② 정관이나 규약에 달리 정함이 없는 한, 사원총회의 결의를 거치지 않은 총유물의 관리행위는 무효이다.
- ③ 고유한 의미의 종중은 종중원의 신분이나 지위를 박탈할 수 없고, 종중원도 종중을 탈퇴할 수 없다.
- ④ 고유한 의미의 종중은 자연발생적 종족단체이므로 특별한 조직행위나 성문의 규약을 필요로 하지 않는다.
- ⑤ 비법인사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.

문 6] 형성권으로만 모두 연결된 것은?

- ① 저장권 - 취소권 - 동의권
- ② 상계권 - 준물권 - 예약완결권
- ③ 해제권 - 취소권 - 지상물매수청구권
- ④ 추인권 - 해지권 - 물권적 청구권
- ⑤ 해지권 - 부양청구권 - 부속물매수청구권

문 7] 민법상 법인의 기관에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 이사의 변경등기는 대항요건이 아니라 효력발생요건이다.
- ② 이사가 수인인 경우, 특별한 사정이 없는 한 법인의 사무에 관하여 이사는 공동으로 법인을 대표한다.
- ③ 사단법인의 정관 변경에 관한 사원총회의 권한은 정관에 의해 박탈할 수 있다.
- ④ 이사회에서 법인과 어느 이사와의 관계사항을 의결하는 경우, 그 이사는 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에 포함된다.
- ⑤ 법인의 대표권 제한에 관한 사항이 등기되지 않았더라도 법인은 대표권 제한에 대해 악의인 제3자에게 대항할 수 있다.

문 11] 통정허위표시에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 통정허위표시에 의한 급부는 특별한 사정이 없는 한 불법원인급여이다.
- ② 대리인이 대리권의 범위 안에서 현명하여 상대방과 통정허위표시를 한 경우, 본인이 선의라면 특별한 사정이 없는 한 그는 허위표시의 유효를 주장할 수 있다.
- ③ 가장행위인 매매계약이 무효라면 은닉행위인 증여계약도 당연히 무효이다.
- ④ 통정허위표시의 무효로부터 보호되는 선의의 제3자는 통정허위표시를 알지 못한 것에 대해 과실이 없어야 한다.
- ⑤ 가장매매계약의 매수인과 직접 이해관계를 맺은 제3자가 악의라 하더라도 그와 다시 법률상 이해관계를 맺은 전득자가 선의라면 가장매매계약의 무효로써 전득자에게 대항할 수 없다.

문 12] 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 매도인의 하자담보책임이 성립하더라도 착오를 이유로 한 매수인의 취소권은 배제되지 않는다.
- ② 계약 당시를 기준으로 하여 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 경우, 착오취소는 인정되지 않는다.
- ③ 동기의 착오는 동기가 표시되어 해석상 법률행위의 내용으로 된 경우에 한해서만 유일하게 고려된다.
- ④ 매매계약에서 매수인이 목적물의 시가에 관해 착오를 하였더라도 이는 원칙적으로 중요부분의 착오에 해당하지 않는다.
- ⑤ 상대방이 표의자의 착오를 알면서 이용하였다면 표의자의 착오에 중대한 과실이 있더라도 착오취소가 인정된다.

문 13] 의사표시의 효력발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 의사표시의 발신 후 표의자가 사망하였다면, 그 의사표시는 상대방에게 도달하더라도 무효이다.
- ② 의사표시의 효력발생시기에 관해 도달주의를 규정하고 있는 민법 제111조는 임의규정이다.
- ③ 상대방이 정당한 사유 없이 의사표시의 수령을 거절하더라도 상대방이 그 의사표시의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있다면 그 의사표시는 효력이 있다.
- ④ 재단법인 설립행위의 효력발생을 위해서는 의사표시의 도달이 요구되지 않는다.
- ⑤ 미성년자는 그 행위능력이 제한되고 있는 범위에서 수령무능력자이다.

문 14] 법률행위의 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 귀책사유가 있는 경우에만 인정된다.
- ② 민법 제124조에서 금지하는 자기계약이 행해졌다면 그 계약은 유동적 무효이다.
- ③ 행위능력자인 임의대리인이 성년후견개시 심판을 받아 제한능력이자 되면 그의 대리권은 소멸한다.
- ④ 대리인이 수인인 경우, 법률 또는 수권행위에서 다른 정함이 없으면 각자가 본인을 대리한다.
- ⑤ 상대방 없는 단독행위의 무권대리는 특별한 사정이 없는 한 확정적 무효이다.

문 15] 복대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 복대리인은 대리인의 대리인이다.
- ② 복대리인은 본인에 대해 어떠한 권리·의무도 부담하지 않는다.
- ③ 복대리인이 선임되면 복대리인의 대리권 범위 내에서 대리인의 대리권은 잠정적으로 소멸한다.
- ④ 대리인이 복대리인을 선임한 후 사망하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 복대리권은 소멸하지 않는다.
- ⑤ 복임권 없는 대리인에 의해 선임된 복대리인의 대리행위에 대해서도 권한을 넘은 표현대리에 관한 규정이 적용될 수 있다.

문 16] 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 무권대리행위에 대한 본인의 추인은 다른 의사표시가 없는 한 소급효를 가진다.
- ② 법률행위의 일부분이 무효일 때, 그 나머지 부분의 유효성을 판단함에 있어 나머지 부분을 유효로 하려는 당사자의 가정적 의사를 고려하여야 한다.
- ③ 토지거래허가구역 내의 토지를 매매한 당사자가 계약체결시부터 허가를 잠탈할 의도였더라도, 그 후 해당 토지에 대한 허가구역 지정이 해제되었다면 위 매매계약은 유효가 된다.
- ④ 무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위해서는 당사자가 그 무효를 알고서 추인하여야 한다.
- ⑤ 처분권자는 명문의 규정이 없더라도 처분권 없는 자의 처분행위를 추인하여 이를 유효하게 할 수 있다.

문 17] 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취소권의 단기제척기간은 취소할 수 있는 날로부터 3년이다.
- ② 취소권의 행사시 반드시 취소원인의 진술이 함께 행해져야 하는 것은 아니다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 그 행위로 취득한 특정의 권리를 양도한 경우, 양수인이 아닌 원래의 상대방에게 취소의 의사표시를 하여야 한다.
- ④ 노무자의 노무가 일정 기간 제공된 후 행해진 고용계약의 취소에는 소급효가 인정되지 않는다.
- ⑤ 매도인이 매매계약을 적법하게 해제한 후에도 매수인은 그 매매계약을 착오를 이유로 취소할 수 있다.

문 18] 법률행위 부관인 조건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 물권행위에는 조건을 붙일 수 없다.
- ② 조건이 되기 위해서는 법률이 요구하는 것이 아니라 당사자가 임의로 부가한 것이어야 한다.
- ③ 조건의 성취를 의제하는 효과를 발생시키는 조건성취 방해 행위에는 과실에 의한 행위도 포함된다.
- ④ 부첩(夫妻)관계의 종료를 해제조건으로 하는 부동산 증여계약은 해제조건뿐만 아니라 증여계약도 무효이다.
- ⑤ 당사자의 특별한 의사표시가 없는 한 정지조건이든 해제조건이든 그 성취의 효력은 소급하지 않는다.

문 19] 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 손해배상청구권에 대해 법률이 제척기간을 규정하고 있더라도 그 청구권은 소멸시효에 걸린다.
- ② 동시이행의 항변권이 붙어 있는 채권은 그 항변권이 소멸한 때로부터 소멸시효가 기산한다.
- ③ 채권양도 후 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 양수인이 채무자를 상대로 소를 제기하면 양도된 채권의 소멸시효는 중단된다.
- ④ 비법인사단이 채무를 승인하여 소멸시효를 중단시키는 것은 사원총회의 결의를 요하는 총유물의 관리·처분행위가 아니다.
- ⑤ 채권의 소멸시효 완성 후 채무자가 채권자에게 그 담보를 위해 저당권을 설정해 줌으로써 소멸시효의 이익을 포기했다면 그 효력은 그 후 저당부동산을 취득한 제3자에게도 미친다.

문 23] 등기의 유효요건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소되더라도 특별한 사정이 없는 한 그 물권의 효력에는 영향을 미치지 않는다.
- ② 미등기건물의 승계취득자가 원시취득자와의 합의에 따라 직접 소유권보존등기를 마친 경우, 그 등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.
- ③ 멸실된 건물의 보존등기를 멸실 후에 신축된 건물의 보존등기로 유용할 수 없다.
- ④ 중복된 소유권보존등기의 등기명의인이 동일인이 아닌 경우, 선등기가 원인무효가 아닌 한 후등기는 무효이다.
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지에 대한 최초매도인과 최후매수인 사이의 중간생략등기에 관한 합의만 있더라도, 그에 따라 이루어진 중간생략등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다.

문 24] 등기를 마치지 않더라도 물권변동의 효력이 발생하는 경우는? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지상권설정계약에 따른 지상권의 취득
- ② 피담보채권의 시효소멸에 따른 저당권의 소멸
- ③ 공익사업에 필요한 토지에 관하여 토지소유자와 관계인 사이의 협의에 의한 토지소유권의 취득
- ④ 공유토지의 현물분할에 관한 조정조서의 작성에 따른 공유관계의 소멸
- ⑤ 당사자 사이의 법률행위를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 소에서의 승소판결에 따른 소유권의 취득

문 25] 동산의 선의취득에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 등기나 등록에 의하여 공시되는 동산은 원칙적으로 선의취득의 대상이 될 수 없다.
- ② 선의취득이 성립하기 위해서는 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 한다.
- ③ 양도인이 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖춘 경우, 선의취득에 필요한 점유의 취득 요건을 충족한다.
- ④ 동산질권의 선의취득을 저지하기 위해서는 취득자의 점유취득이 과실에 의한 것임을 동산의 소유자가 증명하여야 한다.
- ⑤ 양수인이 도품을 공개시장에서 선의·무과실로 매수한 경우, 피해자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

문 26] 자주점유에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 점유매개자의 점유는 타주점유에 해당한다.
- ② 부동산의 매매 당시에는 그 무효를 알지 못하였으나 이후 매매가 무효임이 밝혀지더라도 특별한 사정이 없는 한, 매수인의 점유는 여전히 자주점유이다.
- ③ 양자간 등기명의신탁에 있어서 부동산 명의수탁자의 상속인에 의한 점유는 특별한 사정이 없는 한, 자주점유에 해당하지 않는다.
- ④ 공유토지 전부를 공유자 1인이 점유하고 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 다른 공유자의 지분비율 범위에 대해서는 타주점유에 해당한다.
- ⑤ 자주점유의 판단기준인 소유의 의사 유무는 점유취득의 원인이 된 권원의 성질이 아니라 점유자의 내심의 의사에 따라 결정된다.

문 27] 점유자와 회복자의 관계에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 선의의 점유자라도 점유물의 사용으로 인한 이익은 회복자에게 반환하여야 한다.
- ② 임차인이 지출한 유익비는 임대인이 아닌 점유회복자에 대해서도 민법 제203조 제2항에 근거하여 상환을 청구할 수 있다.
- ③ 과실수취권 있는 선의의 점유자란 과실수취권을 포함하는 본권을 가진다고 오신할 만한 정당한 근거가 있는 점유자를 가리킨다.
- ④ 선의점유자에 대해서는 점유에 있어서의 과실(過失) 유무를 불문하고 불법행위를 이유로 한 손해배상책임이 배제된다.
- ⑤ 점유물이 타주점유자의 책임 있는 사유로 멸실된 경우, 그가 선의의 점유자라면 현존 이익의 범위에서 손해배상책임을 진다.

문 28] 상린관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 인접하는 토지를 소유한 자들이 공동비용으로 통상의 경계표를 설치하는 경우, 다른 관습이 없으면 측량비용은 토지의 면적에 비례하여 부담한다.
- ② 지상권자 상호간에도 상린관계에 관한 규정이 준용된다.
- ③ 주위토지통행권은 장래의 이용을 위하여 인정될 수 있으므로, 그 범위와 관련하여 장래의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 수 있다.
- ④ 건물을 축조함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 한다.
- ⑤ 경계에 설치된 경계표나 담은 특별한 사정이 없는 한, 상린자의 공유로 추정한다.

문 29] 부동산의 점유취득시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 집합건물의 공용부분은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 없다.
- ② 시효완성을 이유로 한 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때로 소급하지 않으며 등기를 함으로써 장래를 향하여 발생한다.
- ③ 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위가 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 토지를 무단점유한 것이 증명된 경우, 그 토지 소유권의 시효취득은 인정되지 않는다.
- ④ 시효완성자는 취득시효의 기산점과 관련하여 점유기간을 통틀어 등기명의인이 동일한 경우에는 임의의 시점을 기산점으로 할 수 있다.
- ⑤ 시효이익의 포기는 특별한 사정이 없는 한, 시효취득자가 취득시효완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 하여야 한다.

문 30] 부합에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 부동산에의 부합 이외에 동산 상호간의 부합도 인정된다.
- ② 동산 이외에 부동산은 부합물이 될 수 없다.
- ③ 동일인 소유의 부동산과 동산 상호간에는 원칙적으로 부합이 인정되지 않는다.
- ④ 분리가 가능하지만 분리할 경우 상호 부착되거나 결합된 물건의 경제적 가치가 심하게 손상되는 경우에도 부합이 인정된다.
- ⑤ 부동산의 소유자는 원칙적으로 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다.

문 31] 공동소유에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다.
- ② 합유는 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 형태이고, 조합원은 자신의 지분을 조합원 전원의 동의 없이 처분할 수 없다.
- ③ 합유물에 대한 보존행위는 합유자 전원의 동의를 요하지 않는다.
- ④ 구조상·이용상 독립성이 있는 건물부분이라 하더라도 구분소유적 공유관계는 성립할 수 없다.
- ⑤ 공유물분할 금지약정은 갱신할 수 있다.

문 32] 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 대한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 명의신탁자에게 법률효과를 직접 귀속시킬 의도의 매매계약을 체결한 사정이 인정되더라도, 부동산매매계약서에 명의수탁자가 매수인으로 기재되어 있다면 계약명의신탁으로 보아야 한다.
- ② 부동산소유권 또는 그 공유지분은 명의신탁 대상이 되지만, 용익물권은 명의신탁의 대상이 될 수 없다.
- ③ 탈법적 목적이 없는 중중재산의 명의신탁에 있어서 중중은 명의신탁재산에 대한 불법점유자 내지 불법등기명의자에 대하여 직접 그 인도 또는 등기말소를 청구할 수 있다.
- ④ 탈법적 목적이 없더라도 사실혼 배우자간의 명의신탁은 무효이다.
- ⑤ 계약당사자인 매수인이 명의수탁자라는 사정을 매도인이 알지 못하였더라도, 매매로 인한 물권변동은 무효이다.

문 33] 지상권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권의 양도는 토지소유자의 동의를 요한다.
- ② 지료합의가 없는 지상권 설정계약은 무효이다.
- ③ 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권의 최단존속기간은 10년이다.
- ④ 지상권이 설정된 토지의 소유자는 그 지상권자의 승낙 없이 그 토지 위에 구분지상권을 설정할 수 있다.
- ⑤ 「장사 등에 관한 법률」 시행 이전에 설치된 분묘에 관한 분묘기지권의 시효취득은 법적 규범으로 유지되고 있다.

문 34] 지역권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지역권은 요역지의 사용가치를 높이기 위해 승역지를 이용하는 것을 내용으로 하는 물권이다.
- ② 요역지와 승역지는 서로 인접한 토지가 아니어도 된다.
- ③ 요역지 공유자 중 1인에 대한 지역권 소멸시효의 정지는 다른 공유자를 위하여도 효력이 있다.
- ④ 지역권자는 승역지의 점유침탈이 있는 경우, 지역권에 기하여 승역지 반환청구권을 행사할 수 있다.
- ⑤ 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 시효취득할 수 있다.

문 35] 전세권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 건물 일부의 전세권자는 나머지 건물 부분에 대해서도 경매신청권이 있다.
- ② 전세권 설정계약의 당사자는 전세권의 사용·수익권능을 배제하고 채권담보만을 위한 전세권을 설정할 수 있다.
- ③ 전세권설정시 전세금 지급은 전세권 성립의 요소이다.
- ④ 전세권자는 특별한 사정이 없는 한 전세권의 존속기간 내에서 전세목적물을 타인에게 전전세 할 수 없다.
- ⑤ 전세권이 소멸된 경우, 전세권자의 전세목적물의 인도는 전세금의 반환보다 선이행되어야 한다.

문 36] 유치권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 유치물의 소유자가 변동된 후 유치권자가 유치물에 관하여 새로이 유익비를 지급하여 가격증가가 현존하는 경우, 유치권자는 그 유익비를 피보전채권으로 하여서도 유치권을 행사할 수 있다.
- ② 다세대주택의 창호공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 그 중 한 세대를 점유하는 유치권 행사는 인정되지 않는다.
- ③ 수급인의 재료와 노력으로 건물을 신축한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 건물에 대한 수급인의 유치권은 인정되지 않는다.
- ④ 유치권의 목적이 될 수 있는 것은 동산, 부동산 그리고 유가증권이다.
- ⑤ 유치권자가 유치물에 대한 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법하다.

문 37] 질권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 점유개정에 의한 동산질권설정은 인정되지 않는다.
- ② 질권자는 채권 전부를 변제받을 때까지 질물 전체에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다.
- ③ 질물이 공용징수된 경우, 질권자는 질권설정자가 받을 수용보상금에 대하여도 질권을 행사할 수 있다.
- ④ 전질은 질물소유자인 질권설정자의 승낙이 있어도 허용되지 않는다.
- ⑤ 부동산의 사용, 수익을 내용으로 하는 질권은 물권법정주의에 반한다.

문 38] 저당권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 제3자

2023년 제34회 감정평가사 민법 - A형 정답 및 해설

문 1] 정답 : ⑤

- ① 민법 제1조의 민사에 관한 ‘법률’이란 형식적 의미의 법률에 한정하지 않고 모든 성문법(제정법)을 의미한다. 따라서 명령, 규칙, 조례, **조약도 포함한다**. 민법전만을 의미하지는 않는다.

제1조 【법 원】 민사에 관하여 **법률**에 규정이 없으면 **관습법**에 의하고 관습법이 없으면 **조리**에 의한다.

비교 제185조 물권법정주의에서의 법률은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률을 말한다.

→ 제185조의 법률이란 국가가 제정하는 **형식적 의미**의 법률만을 의미

→ 제185조의 관습법은 ① 관습법상 법정지상권, ② 분묘기지권, ③ 동산의 양도담보만 해당한다.

- ② **관습법**이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 **사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것**을 말하고, **사실인 관습**은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 **사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것**을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 **사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다**(대판 1983.6.14. 80다3231). 민법 제1조에서 민법의 법원으로 규정한 ‘관습법’에는 사실인 관습이 **포함되지 않는다**.

- ③ 대법원은 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규정을 제정할 수 있다(헌법 제108조). 이 규칙이 민사에 관한 사항을 정한 것이면 민법의 법원이 된다. 대법원이 정한 「공탁규칙」도 이러한 민사에 관한 사항을 정한 것으로 민법의 법원이 될 수 **있다**.

헌법 제108조 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규정을 제정할 수 있다.

- ④ 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 **국내법과 같은 효력을 가지므로**(헌법 제6조), 그것이 민사에 관한 것이더라도 민법의 법원이 될 수 **있다**.

헌법 제6조 ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 **국내법과 같은 효력을 가진다**.

- ⑤ 미등기 무허가건물의 양수인에게 소유권에 준하는 관습법상의 물권을 인정할 수 없다(대판 2006.10.7. 2006다49000).

비교 관습법상 물권 : 분묘기지권, 관습법상 법정지상권, 동산의 양도담보

문 2] 정답 : ④

- ① 민법은 후견사무의 확대와 전문화에 따라 한 명의 후견인이 모든 후견사무를 할 수 있는 상황 등을 대비해 **보수의 성년후견인을 선임할 수 있도록 함**으로써 전문적이고 효율적인 후견을 보장하고 있습니다(제930조 제2항).

제930조 【후견인의 수와 자격】

① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.

② **성년후견인은** 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 **여러 명을 둘 수 있다**.

- ③ 법인도 성년후견인이 될 수 있다.
- ② 가정법원은 피성년후견인이 단독으로 할 수 있는 법률행위의 범위를 정할 수 있고(제10조 제2항), 일정한 자의 청구에 의해 그 범위를 변경할 수 있다(제10조 제3항).

제10조 【피성년후견인의 행위와 취소】

- ① 피성년후견인의 법률행위는 **취소**할 수 있다.
- ② 제1항에도 불구하고 가정법원은 **취소할 수 없는** 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
- ③ 가정법원은 **본인, 배우자, 4촌 이내의 친족 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장**의 청구에 의하여 제2항의 범위를 **변경할 수 있다**.
- ③ 가정법원이 피성년후견인에 대하여 한정후견 개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견의 종료 심판을 하여야 한다. 왜냐하면 능력의 범위가 차이가 있기 때문이다(제14조의3 제2항).

제14조의3 【심판 사이의 관계】

- ② 가정법원이 **피성년후견인 또는 피특정후견인에 대하여 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견 또는 특정후견의 종료 심판을 한다**.
- ④ **성년후견이나 한정후견에 관한 심판 절차는** 가사소송법 제2조 제1항 제2호 (가)목에서 정한 **가사비송사건으로서**, 가정법원이 당사자의 주장에 구애받지 **않고 후견적 입장에서 합목적적으로 결정할 수 있다**. 이때 **성년후견이든 한정후견이든 본인의 의사를 고려하여 개시 여부를 결정한다는 점은 마찬가지이다**(민법 제9조 제2항, 제12조 제2항)

따라서 **한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 등에 비추어 성년후견 개시의 요건을 충족하고 본인도 성년후견의 개시를 희망한다면 법원이 성년후견을 개시할 수 있고**, 성년후견 개시를 청구하고 있더라도 필요하다면 한정후견을 개시할 수 있다고 보아야 한다(대결 2021.6.10. 2020스596). 한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 성년후견 개시의 요건을 충족하고 있다 하더라도 법원은 **본인의 의사를 고려하지 않고 성년후견을 개시할 수 없다**.

제12조 【한정후견개시의 심판】 ② 한정후견개시의 경우에 제9조 제2항을 준용한다.

제9조 【성년후견개시의 심판】 ② 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.

비교 제14조의2 제2항 **【특정후견의 심판】** 특정후견은 **본인의 의사에 반하여** 할 수 없다.

- ⑤ **피특정후견인은 완전한 행위능력자이다**. 일시적으로 또는 특정한 사무에 대하여 후원을 받을 뿐이다. 따라서 특정후견의 심판이 있는 후에 피특정후견인이 특정후견인의 동의 없이 재산상의 법률행위를 하더라도 이는 유효한 법률행위로서 취소의 대상이 되지 않는다.

정답 ④

■ 피후견인의 비교

내용	피성년후견인	피한정후견인	피특정후견인
요건	정신적 제약		
	사무처리능력 지속적 결여	사무처리능력 부족	일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원필요
청구권자 ¹⁾	본인, 배우자, 4촌 이내 친족 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장	본인, 배우자, 4촌 이내 친족 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장	본인, 배우자, 4촌 이내 친족 미성년후견인, 미성년후견감독인, × × ²⁾ 검사 또는 지방자치단체의 장
심판	• 개시심판 시 본인 의사 고려 • 개시심판과 종료심판이 있음	• 개시심판 시 본인 의사 고려 • 개시심판과 종료심판이 있음	• 심판시 본인 의사에 반하면 안됨 • 개시심판과 종료심판이 없음 ³⁾
능력	• 원칙 : 제한능력자로서 단독으로 법률행위 불가 • 예외 ① 법원이 단독으로 할 수 있는 범위 정할 수 있음 ② 일용품 구입 등 일상행위는 단독 가능	• 원칙 : 행위능력 있음 • 예외 : 법원이 한정후견인의 동의를 받도록 정한 행위에 한하여 한정후견인의 동의가 필요 • 예외의 예외 : 일용품 구입 등 일상행위는 단독 가능	• 제한능력자 아님 행위능력 있고 제한되지 않음
후견인	• 성년후견개시심판 시 가정법원인 직권으로 선임 • 성년후견인은 법정대리인임	• 한정후견개시심판 시 가정법원인 직권으로 선임 • 한정후견인은 법정대리인 × 한정후견인에게 가정법원의 대리권 수여심판시 대리권 인정	• 특정후견 따른 보호조치로 가정법원 특정후견인 선임가능 • 특정후견인은 법정대리인 × 특정후견인에게 가정법원의 대리권 수여심판시 대리권 인정

문 3] 정답 : ㉔

- ① 부재자 스스로 위임한 재산관리인이 있는 경우에는 그 재산관리인의 권한은 그 위임의 내용에 따라 결정될 것이며 그 위임관리인에게 **재산처분권까지 위임된 경우에는 그 재산관리인이 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 요하는 것은 아니라 할 것**이므로 재산관리인이 법원의 허가 없이 부동산을 처분하는 행위를 무효라고 할 수 없다(대판 1973.7.24. 72다2136).
- ② 종래의 주소나 거소를 떠난 부재자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 **법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여** 재산관리에 관하여 **필요한 처분을 명하여야 한다**(제22조). 이때 이해관계인에는 부재자의 재산보존에 **법률상 이해관계를 가진 자**로서 추정상속인, 배우자, 수증자, **채권자**, 공동채무자, 보증인 등이 포함된다. 따라서 부재자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 **부재자의 채권자는 법률상 이해관계인으로서** 재산관리에 필요한 처분을 명할 것을 **법원에 청구할 수 있다**.

제22조 【부재자의 재산의 관리】

- ① 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 **법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여** 재산관리에 관하여 **필요한 처분을 명하여야 한다**. 본인의 부재중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다.
- ③ 법원이 선임한 재산관리인이 부재자의 재산에 대해 보존행위와 이용·개량하는 관리행위를 함에는 처분행위와는 달리 법원의 허가를 받을 필요가 없다(제25조). 따라서 **‘부재자 재산에 대한 차입청구나 불법행위로 인한 손해배상청구’**는 **보존행위인** 점에서 법원의 허가 없이 할 수 있다.

1) 법원의 **직권으로는 안됨**
 2) **유의** : 성년후견인, 성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인은 청구권자 아님
 3) 특정후견의 기간이나 사무의 범위를 정한 이후, 기간이 지나거나 사무처리의 종결에 의해 특정후견도 자연히 종결됨

제25조 【관리인의 권한】

법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다.

제118조 【대리권의 범위】

권한을 정하지 아니한 대리인은 다음 각 호의 행위만을 할 수 있다.

1. 보존행위

2. 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위

- ④ 법원의 재산관리인의 초과행위허가의 결정은 그 허가받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐 아니라 기왕의 처분행위를 추인하는 방법으로도 할 수 있다. 따라서 관리인이 허가 없이 부재자 소유 부동산을 매각한 경우라도 사후에 법원의 허가를 얻어 이전등기절차를 경로케 하였다면 추인에 의하여 유효한 처분행위로 된다(대판 1982.9.14, 80다3063; 대판 1982.12.14, 80다1872).
- ⑤ 법원에 의하여 부재자재산관리인으로 선임된 자는 그 부재자의 사망이 확인된 후라 할지라도 위 선임결정이 취소되지 않는 한 관리인으로서의 권한이 소멸하지 않고 계속하여 권한을 행사할 수 있다(대판 1991.11.26, 91다11810),

문 4] 정답 : ⑤

- ① 감사는 이사와 달리 임의기관으로, 감사의 임면에 관한 사항은 정관의 필요적 기재사항이 아니다.

제66조 【감사】 법인은 정관 또는 총회의 결의로 감사를 둘 수 있다.

제40조 【사단법인의 정관】

사단법인의 설립자는 다음 각 호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

- 1. 목적
- 2. 명칭
- 3. 사무소의 소재지
- 4. 자산에 관한 규정
- 5. 이사의 임면에 관한 규정
- 6. 사원자격의 득실에 관한 규정
- 7. 존립시거나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유

- ②, ③ 법인의 정관은 필요적 기재사항이든 임의적 기재사항이든 기재되면 동일한 효력이 있는 것으로 변경을 위해서는 모두 주무관청의 허가가 있어야 효력이 발생한다. 정관의 임의적 기재사항이 정관에 기재되더라도 정관의 변경절차 없이는 변경할 수 없다. 또한 정관변경의 의결정족수가 충족되었다도 주무관청의 허가가 없이는 정관변경의 효력이 생기지 않는다.

제42조 【사단법인의 정관의 변경】

① 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

② 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다.

- ④ 재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무장관의 허가를 받아야 하고, 따라서 기존의 기본재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무장관의 허가가 있어야 유효하고, 또 일단 주무장관의 허가를 얻어 기본재산에 편입하여 정관 기재사항의 일부가 된 경우에는 비록 그것이 명의신탁관계에 있었던 것이라 하더라도 이것을 처분(반환)하는 것은 정관의 변경을 초래하는 점에 있어서는 다를 바 없으므로 주무장관의 허가 없이 이를 이전등기할 수는 없다(대판 1991.5.28, 90다8558).

제45조 【재단법인의 정관변경】

- ③ 제42조 제2항의 규정은 전2항의 경우에 **준용**한다.
- ⑤ 민법상 재단법인의 기본재산에 관한 저당권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 정관의 기재사항을 변경하여야 하는 경우에 해당하지 않으므로, 그에 관하여는 주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다(대결 2018.7.20. 2017마1565).

문 5] 정답 : ①

- ① 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추 적용하여야 할 것인바, 민법 제62조의 규정에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 **비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없다** 할 것이므로, 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조의 규정에 위반된 것이어서 비법인사단에 대하여는 그 효력이 미치지 아니한다(대판 1996.9.6., 94다 18522).

제62조 【이사의 대리인선임】

이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다.

- ② 법인 아닌 사단의 총유물의 관리 및 처분행위에 대해 정관에 달리 정한 바가 없으면 사원총회의 결의를 요하며, 비록 대표자에 의한 총유물의 처분이라도 위와 같은 절차를 거치지 않은 처분행위는 무효이다(대판 2014.2.13. 2012다112299 등).
- ③ **중증의 그 구성원인 종원에 대하여 그 자격을 박탈하는 소위 할종이라는** 징계처분은 비록 그와 같은 관행이 있다 하더라도 이는 **공동선조의 후손으로서 혈연관계를 바탕으로 하여 자연적으로 구성되는 종족단체인 중증의 본질에 반하는 것이므로** 그러한 관행이나 징계처분은 위법 무효하여 피징계자의 **중증원으로서의 신분이나 지위를 박탈하는 효력이 생긴다고 할 수 없다**(대판 1983.2.8. 80다1194).
- ④ **고유 의미의 중중이란** 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 **자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고**, 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없다(대판 1995.12.22. 95다12736).
- ⑤ **제275조 【물건의 총유】** ① 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.

문 6] 정답 : ③

형성권이란 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률관계의 발생·변경·소멸을 일으키는 권리를 말한다. 제한능력자의 법률행위에 대한 법정대리인의 **동의권**(제5조, 제10조, 제13조), 제한능력을 이유로 한 제한능력자와 그 대리인 및 그 승계인의 **취소권**(제5조, 제10조, 제13조, 제140조), 착오에 의해 의사표시를 한 표의자와 그 대리인 및 승계인의 **취소권**(제109조 제1항, 제140조), **추인권**(제143조), 제한능력자 상대방의 **최고권**(제15조)과 **철회권** 및 **거절권**(제16조), 상계권(제492조), 계약의 **해제권과 해지권**(제543조), 매매의 **일방예약완결권**(제564조), 약혼해제권(제805조) 등이 이에 속한다.

- ① 취소권이나 동의권은 형성권이나, 저당권은 물권으로 지배권이다.
- ② 상계권과 예약완결권은 형성권이나, 광업권, 어업권 등의 준물권은 지배권이다.
- ③ 해제권과 취소권은 형성권이며, 지상물매수청구권(제283조),은 청구권이라는 명칭에 구애받지

않고 그 성질상 형성권이다. 모두 형성권이다.

- ④ 추인권과 해지권은 형성권이나, 물권적 청구권은 물권에 근거한 청구권이다.
- ⑤ 해지권은 형서권이고, 부속물매수청구권(제316조)은 청구권이라는 명칭에 구애받지 않고 그 성질상 형성권이다. 그러나 부양청구권은 청구권이다.

■ 명칭은 청구권이지만 형성권인 권리

명칭에 구애받지 않고 그 성질에 따라 공유물분할청구권(제268조), 지상권자의 지상물매수청구권(제283조), 지료증감청구권(제286조), 부속물매수청구권(제316조), 임차인과 전차인의 매수청구권(제643조~제647조)은 형성권이다.

문 7] 정답 : ④

- ① 이사의 변경등기는 설립등기 이외의 등기로 제54조에 따를 때 효력발생요건이 아니라 대항요건이다.

제54조 【설립등기 이외의 등기의 효력과 등기사항의 공고】

① 설립등기 이외의 본 절의 등기사항은 그 등기 후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다.

- ② 이사가 수인인 경우, 원칙적으로 법인의 사무에 관하여 이사는 각자으로 법인을 대표하고, 특별한 사정이 있을 때 예외적으로 공동으로 대표할 수 있다.

제59조 【이사의 대표권】

① 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표한다. 그러나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고 특히 사단법인은 총회의 의결에 의하여야 한다.

- ③ 사단법인의 정관의 변경은 해산결의와 함께 사원총회의 전권사항으로, 이러한 사원총회의 권한은 정관으로도 박탈할 수 없다.

- ④ 민법 제74조는 사단법인과 어느 사원과의 관계사항을 의결하는 경우 그 사원은 의결권이 없다고 규정하고 있으므로, 민법 제74조의 유추해석상 민법상 법인의 이사회에서 법인과 어느 이사와의 관계사항을 의결하는 경우에는 그 이사는 의결권이 없다. 이 때 의결권이 없다는 의미는 상법 제368조 제4항, 제371조 제2항의 유추해석상 이해관계 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고, 다만 결의 성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니한다고 풀이함이 상당하다(대판 2009.4.9. 2008다1521).

- ⑤ 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기되어 있지 않다면 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대판 1992.2.14. 91다24564). 즉 등기 없이는 대표권 제한에 관한 정관의 규정에 대해 악의인 제3자에 대해서도 대항할 수 없다.

제60조 【이사의 대표권에 대한 제한의 대항요건】

이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다.

문 8] 정답 : ②

- ① 주물과 중물은 독립한 물건이어야 하므로 주물의 구성부분은 중물이 될 수 없다(대판 1993.12.10. 93다42399).

- ② ‘일물일권주의’의 원칙에 따라 물건의 일부나 구성부분 또는 물건의 집단은 원칙적으로 물권의 객체가 되지 못한다. 즉 물건은 원칙적으로 독립성이 있는 물건이어야 한다(독립성). 다만 물권의 대상이 되기에 적합한 특정성을 구비하고 공시방법이 있으며 사회적 필요가 있다면 물건의 일부나 집단에 물권이 인정될 수 있다. 토지의 일부에 대한 지상권, 부동산의 일부에 대한 전세권 등이 이에 해당

한다. 즉 1필의 토지의 일부는 분필절차를 거치지 않는 한 용익물권의 객체가 될 수 있다.

- ③ 자연공원법(1995.12.30, 법률 제5122호로 개정된 것) 제26조 및 제33조의 규정내용과 입법목적을 종합하여 보면, **국립공원의 입장료는 토지의 사용대가라는 민법상 과실이 아니라 수익자 부담의 원칙에 따라 국립공원의 유지·관리비용의 일부를 국립공원 입장객에게 부담시키고자 하는 것이어서 토지의 소유권이나 그에 기한 과실수취권과는 아무런 관련이 없고, 국립공원의 유지·관리비는 원칙적으로 국가가 부담하여야 할 것이지만 형평에 따른 수익자부담의 원칙을 적용하여 국립공원 이용자에게 입장료를 징수하여 국립공원의 유지·관리비의 일부에 충당하는 것도 가능하다고 할 것이다**(대판 2001.12.28. 2000다27749).
- ④ 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고 이는 주물 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것이므로, 주물의 소유자나 이용자의 사용에 공여되고 있더라도 **주물 자체의 효용과 관계없는 물건은 종물이 아니다**(대판 2007.12.13, 2007도7247).
- ⑤ 민법 제358조에 따르면, 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미치나, 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다. 즉, "저당권의 효력이 종물에 미치지 않는다"는 약정이 있는 경우, 이를 등기하지 않으면 그 약정으로써 제3자에게 대항할 수 없다.

제358조 【저당권의 효력의 범위】

저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

문 91 정답 : ⑤

해설

불능의 종류에는 ① 법률행위 성립 당시에 이미 불능인 **원시적 불능**과 법률행위 성립 당시에는 가능하였지만 그 후에 불능인 **후발적 불능**이 있다. **원시적 불능의 경우**는 ① 법률행위의 목적이 원시적·객관적·전부불능인 경우 그 법률행위는 **무효**이다. ② 민법은 제535조 제1항에서 원시적·객관적·전부 불능의 경우를 규율하고 있다. 즉 원시적 불능을 목적으로 하는 법률행위는 무효이지만 채무자가 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그 상대방이 계약을 유효로 믿었기 때문에 받은 손해를 배상할 책임 즉, **계약체결상 과실책임**을 지게 된다. 후발적 불능의 경우는 계약체결 후 이행기 전에 불능이 된 경우에는 귀책사유가 있으면 **채무불이행책임**(제390조, 제546조)이 문제되고 귀책사유가 없으면 **위험부담**(제537조)이 문제된다.

ㄱ. (○): 甲이 乙에게 매도한 건물이 계약체결 후 甲의 방화로 전소하여 乙에게 이전할 수 없게 된 경우는 후발적 불능이 채무자가 甲의 방화로 전소되었으므로 채무자가 귀책사유로 인한 채무불이행에 대하여 甲의 손해배상책임(제390조)이 문제될 수 있다.

제390조 【채무불이행과 손해배상】

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

ㄴ. (○): 甲이 乙에게 매도한 토지가 계약체결 후 재결수용한 경우이므로, 후발적 불능이 채무자의 귀책사유가 아닌 공용수용으로 인한 것이므로, 위험부담(제537조)이 문제될 수 있다.

제537조 【채무자위험부담주의】

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

ㄷ. (○): 甲이 乙에게 매도하기로 한 건물이 계약체결 전에 지진으로 전파(全破)된 경우이므로,

원시적·객관적·전부불능으로 그 법률행위는 **무효**이나, 계약체결상의 과실책임(제535조 제1항)이 문제될 수 있다.

제535조 【계약체결상의 과실】

- ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.
- ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.

문 10] 정답 : ①

① **민사사건**은 대립하는 당사자 사이의 사법상 권리 또는 법률관계에 관한 쟁송으로서 형사사건과 달리 그 결과가 승소와 패소 등으로 나누어지므로 사적 자치의 원칙이나 계약자유의 원칙에 비추어 보더라도 **성공보수약정이 허용됨에 아무런 문제가 없고**, 의뢰인이 승소하면 변호사보수를 지급할 수 있는 경제적 이익을 얻을 수 있으므로, 당장 가진 돈이 없어 변호사보수를 지급할 형편이 되지 않는 사람도 성공보수를 지급하는 조건으로 변호사의 조력을 받을 수 있게 된다는 점에서 제도의 존재 이유를 찾을 수 있다. 그러나 형사사건의 경우에는 재판결과에 따라 변호사와 나눌 수 있는 경제적 이익을 얻게 되는 것이 아닐 뿐 아니라 법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 국선변호인을 선정하여야 하므로(형사소송법 제33조), **형사사건에서의 성공보수약정을 민사사건의 경우와 같이 볼 수 없다**(대판(전) 2015.7.23, 2015다200111).

※ **성공보수약정** ① 비변호사: 당연 무효

② 변호사: → 형사사건: 당연 무효

→ 민사사건: 유효

② 도박자금에 제공할 목적으로 금전의 대차를 한 때에는 그 대차계약은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위로 무효이다(대판 1973.5.22, 72다2249).

③ 매도인이 매수인에게 목적부동산을 매도한 사실을 알고서 **수증자가 매도인으로부터 증여를 원인으로 하여 소유권이전등기를 함으로써 매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담한 결과에 이르렀다면**, 이는 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 될리가 없고 **반사회질서의 행위로서 무효이다**(대판 1983.4.26, 83다카57).

④ 민법 제746조의 규정취의는 민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현한 것이고 부당이득반환청구만을 제한하는 규정이 아니므로 불법의 원인으로 급여를 한 사람이 그 원인행위가 무효라고 주장하고 그 결과 급여물의 소유권이 자기에게 있다는 주장으로 소유권에 기한 반환청구를 하는 것도 허용할 수 없는 것이니, **도박채무가 불법무효로 존재하지 않는다는 이유로 양도담보조로 이전해 준 소유권이전등기의 말소를 청구하는 것은 허용되지 않는다**(대판 1995.12.22, 95다12736). 불법인 마약거래행위를 원인으로 한 **마약대금채무의 변제로서 토지를 양도하기로 한 계약도 반사회질서의 행위로서 무효이다**

⑤ 당초부터 **오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 체결된 생명보험계약**에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 되므로, 이와 같은 생명보험계약은 **사회질서에 위배되는 법률행위로서 무효이다**(대판 2000.2.11, 99다49064).

문 11] 정답 : ⑤

해설

- ① 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2004.5.28. 2003다70041). 통정허위표시에 의한 급부는 특별한 사정이 없는 한 제103조 위반이 아니어서 불법원인급부에 해당하지 않는다.
- ② 제3자란 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자를 말한다. 그러므로 허위표시로 형성된 법률관계에 새로운 이해관계를 맺은 자가 아닌 대리인의 통정허위표시에서 본인은 계약이 당사자로서 선의라 할지라도 특별한 사정이 없는 한 그는 허위표시의 유효를 주장할 수 없다.
- ③ 은닉행위란 가장행위 뒤에 숨어 있는 당사자가 진실로 달성하고자 하는 법률행위를 말한다. 그 예가 증여를 하면서 증여세를 면탈하기 위하여 매매를 가장한 경우, 증여행위가 이에 해당한다. 이러한 은닉행위는 허위표시와는 달리 그 법률행위의 요건을 구비하는 한 유효하다(대판 1993.8.28. 93다12930).
- ④ 민법 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28. 2003다70041). 선의의 제3자는 통정허위표시를 알지 못한 것에 대해 과실이 없어야 하는 것은 아니다.
- ⑤ 선의의 제3자가 보호될 수 있는 법률상 이해관계는 계약의 당사자를 상대로 하여 직접 법률상 이해관계를 가지는 경우 외에도 그 법률상 이해관계를 바탕으로 하여 다시 위 계약에 의하여 형성된 법률관계와 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되는 경우도 포함된다(대판 2013.2.15. 2012다49292). 제3자는 악의이나 제3자로부터의 전득자가 선의라면 전득자에게 통정허위표시의 무효로 대항할 수 없다.

문 12] 정답 : ③

- ① 민법 제109조 제1항에 의하면 법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 착오에 중대한 과실이 없는 표의자는 법률행위를 취소할 수 있고, 민법 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 하자가 있는 사실을 과실 없이 알지 못한 매수인은 매도인에 대하여 하자담보책임을 물어 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있다. 착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관 없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018.9.13. 2015다78703).
- ② 민법 제109조에서 규정한 바와 같이 의사표시에 착오가 있다고 하려면 법률행위를 할 당시에 실제로 없는 사실을 있는 사실로 잘못 깨닫거나 아니면 실제로 있는 사실을 없는 것으로 잘못 생각하듯이 표의자의 인식과 그 대조사실이 어긋나는 경우라야 하므로, 표의자가 행위를 할 당시 장래에 있을 어떤 사항의 발생이 미필적임을 알아 그 발생을 예기한 데 지나지 않는 경우는 표의자의 심리상태에 인식과 대조의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수는 없다(대판 2012.12.13. 2012다65317 등).
- ③ 의사표시의 동기에 착오가 있는 경우에는 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼았을 때에 한하여 의사표시의 내용의 착오가 되는 것이고 이와 같은 의사표시의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 않았으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이면 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1989.1.17. 87다카1271 등). 또한 동기의 착오가 상대방에 의해 유발된 경우 동기가 표시되지 않더라도 의사표시의 취소 사유인 착

오에 해당할 수 있다(대판 1990.7.10. 90다카7460). 따라서 동기의 착오는 동기가 표시되어 해석상 법률행위의 내용으로 된 경우에 한해서만 유일하게 고려되는 것은 아니다.

- ④ 매매목적물의 시가에 대한 착오는 **중요부분에 대한 착오에 해당하지 않는다**. 따라서 시가에 대한 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 없다(대판 1992.10.23. 92다29337).
- ⑤ **민법 제109조 제1항 단서**는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 단서 규정은 **표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것**이므로, **상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다**(대판 2014.11.27. 2013다49794).

	조문	성립요건	적용범위
착오에 기한 의사 표시	제109조 【착오로 인한 의사표시】 ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분 에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실 로 인한 때에는 취소 하지 못한다. ② 전항의 의사표시의 취소 는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.	① 의사표시의 존재 ② 의사 ≠ 표시 ③ 표의자가 불일치를 모르고(착오) ④ 법률행위의 내용 ⑤ 중요부분 → 취소 ⑥ 중과실이 없을 것 : 상대방이 주장, 증명	※ 동기의 착오 원칙: 제109조의 착오에 해당 × 예외: → 상대방에게 표시 and 해석상 법률행위의 내용 으로 된 경우 ○ (합의×) → 유발된 동기의 착오 ○ (상대방에게서 표시여부 불문) ☞ 혼동하지 말자 ※ 동기의 불법 원칙: 계약 내용의 불법 × → 제103조에 포함 × 예외: 표시 or 상대방에게 알려진 경우 → 제103조에 포함 ○

문 13] 정답 : ①

- ① 의사표시의 도달은 이미 완성된 의사표시의 효력발생요건이므로 **발신 후 표의자가 사망**하였다더라도, **그 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니하므로, 그 의사표시는 유효하다**(제111조 제2항).

제111조 【의사표시의 효력발생시기】
 ① **상대방이 있는 의사표시**는 상대방에게 **도달한 때**에 그 **효력이 생긴다**.
 ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다

- ② 민법 제111조는 도달주의의 원칙을 정하고 있고, 이는 임의규정이므로 당사자는 약정으로 의사표시의 효력발생시기를 달리 정할 수 있다.
- ③ 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대판 2008.6.12. 2008다19973).
- ④ **재단법인의 설립행위**는 재단에 법인격취득의 효과를 발생시키려는 의사표시를 요소로 하는 **‘상대방 없는 단독행위’**에 해당한다(대판 1999.7.9. 98다9045). 상대방 없는 의사표시는 원칙적으로 표시행위가 완료된 때 의사표시의 효력이 발생한다. 따라서 상대방 없는 단독행위인 재단법인 설립행위의 효력발생을 위해서는 의사표시의 도달이 요구되지 않는다.
- ⑤ 민법은 제한능력자를 보호하기 위하여 모든 제한능력자를 의사표시의 수령무능력자라고 본다.

제112조 【제한능력자에 대한 의사표시의 효력】
 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 의사표시자는 그 의사표시로써 대항할 수 없다. 다만, 그 상대방의 법정대리인이 의사표시가 도달한 사실을 안 후에는 그러하지 아니하다.

문 14] 정답 : ①

① 민법 제135조 제1항은 “타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다.” 고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 책임은 부정되지 아니한다. (대판 2014.2.27. 2013다213038).

② 자기계약·쌍방대리의 금지규정(제124조)에 위반하는 행위는 절대적 무효가 아니라, 무권대리로 유효적 무효가 된다. 따라서 본인이 사후에 추인하여 완전한 대리행위로 할 수 있다.

제124조 【자기계약, 쌍방대리】

대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다.

③ 대리인의 성년후견의 개시는 대리권 소멸사유이다(제127조). 이는 대리인은 행위능력자임을 요하지 않으므로(제117조), 성년후견의 개시 또는 파산은 대리인으로 선임된 후에 성년후견이 개시 또는 파산 선고를 받은 경우에 대리권이 소멸한다는 의미이다. 주의할 것은 한정후견의 개시는 제외된다는 점이다..

제127조 【대리권의 소멸사유】

대리권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.

1. 본인의 사망
2. 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산

④ 제119조 【각자대리】 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

⑤ 상대방 없는 단독행위의 무권대리는 절대적 무효이며, 본인은 추인할 수도 없고 추인하여도 확정적 무효이다.

문 15] 정답 : ⑤

① 복대리인은 대리인이 대리권의 범위 내에서 대리인 자신의 이름으로 선임한 본인의 대리인이다.

② 제123조 【복대리인의 권한】 ② 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.

③ 복대리인을 선임해도 대리인의 대리권은 소멸하지 않으며, 반대로 대리권이 소멸하면 복대리권도 소멸한다.

④ 복대리인은 대리인에 의해 선임된 자이므로 대리인의 지휘·감독을 받게 되며, 복대리인의 대리권은 대리인이 가지는 대리권의 존재 및 범위에 의존한다(부종성). 따라서 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리인의 복대리권도 소멸한다. 따라서 대리인이 복대리인을 선임한 후 사망하였다면 대리인 사망으로 대리권이 소멸하므로, 특별한 사정이 없는 한 그 복대리권은 소멸한다.

⑤ 대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결 문제는 생기지 않는다(대판 1998.3.27. 97다48982).

문 16] 정답 : ㉓

- ① 제133조 【추인의 효력】 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.
- ② 민법 제137조의 규정에 비추어 보면, 하나의 법률행위의 일부분에 무효사유가 있더라도 그 법률행위가 부분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가법적 의사가 인정되는 경우, 그 일부만을 무효로 하고 나머지 부분은 유효한 것으로 유지하는 것도 가능하다(대판 2015.12.10. 2013다207538).

제137조 【법률행위의 일부무효】 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

- ③ 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(2016. 1. 19. 법률 제13797호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국토계획법’ 이라고 한다)에서 정한 토지거래계약 허가구역 내 토지에 관하여 허가를 배제하거나 접탈하는 내용으로 매매계약이 체결된 경우에는, 강행법규인 구 국토계획법 제118조 제6항에 따라 계약은 체결된 때부터 확정적으로 무효이다. 계약체결 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간 만료 이후 재지정을 하지 아니한 경우라 하더라도 이미 확정적으로 무효로 된 계약이 유효로 되는 것이 아니다(대판 2019.1.31. 2017다2286184).
- ④ 무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여서는 당사자가 이전의 법률행위가 무효임을 알고 그 행위에 대하여 추인하여야 한다(대판 2014.3.27. 2012다106607).
- ⑤ 법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자 또는 처분권한이 있는 자의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다. 그러나 이러한 경우에 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 스스로의 의사에 따라 형성할 수 있다는 사적 자치의 원칙에 따라 허용된다. 이러한 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있으며, 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 해도 무방하다(대판 2017.6.8. 2017다3499).

문 17] 정답 : ㉑

- ① 제146조 【취소권의 소멸】 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.
- ② 취소의 의사표시란 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이므로, 신원보증서류에 서명날인하는 것으로 잘못 알고 이행보증보험약정서를 읽어보지 않은 채 서명날인한 것일 뿐 연대보증약정을 한 사실이 없다는 주장은 위 연대보증약정을 착오를 이유로 취소한다는 취지로 볼 수 있다(대판 2005.5.27. 2004다438242).
- ③ 취소권은 법률행위의 직접 상대방에게 취소함이 원칙이므로 전득자는 취소의 상대방이 아니다. 따라서 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 그 행위로 취득한 특정의 권리를 양도한 경우, 양수인이 아닌 원래의 상대방에게 취소의 의사표시를 하여야 한다.

제142조 【취소의 상대방】
취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 확정된 경우에는 그 취소는 그 상대방에 대한 의사표시로 하여야 한다.

- ④ 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것

을 목적으로 체결된 계약으로서(근로기준법 제2조 제1항 제4호) 기본적으로 그 법적 성질이 사법상 계약이므로 계약 체결에 관한 당사자들의 의사표시에 무효 또는 취소의 사유가 있으면 상대방은 이를 이유로 근로계약의 무효 또는 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과의 발생을 부정하거나 소멸시킬 수 있다.

다만 그와 같이 **근로계약의 무효 또는 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로** 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, **취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다**고 보아야 한다(대판 2017.12.22, 2013다25194, 2013다25200).

- ⑤ 매도인이 매수인의 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도, 매수인으로서 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 **착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다**(대판 1991.8.27. 91다11308).

문 18] 정답 : ①

- ① 조건을 붙이게 되면 법률행위의 효력이 불안정하게 되므로 그 효과가 즉시 발생해야 하거나 확정적으로 존속해야 하는 것에는 조건을 붙일 수 없다. 예를 들면 단독행위, 신분행위, 어음·수표행위 등이 있다. 이에 해당하지 않는 물건행위에는 조건을 붙일 수 있다.
- ② 조건은 법률행위의 내용으로서 당사자들이 임의로 정한 것이므로 법률이 정한 조건인 법정조건은 조건이 아니다.
- ③ **고의에 의한 경우만이 아니라 과실에 의한 경우에도 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에 해당**한다고 할 것이므로, 그 상대방은 민법 제150조 제1항의 규정에 의하여 그 조건이 성취된 것으로 주장할 수 있다(대판 1998.12.22, 98다42356).

제150조 【조건성취, 불성취에 대한 반신의행위】
 ① 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다.

- ④ 부침관계인 부부생활의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약은 그 조건만이 무효인 것이 아니라 증여계약 자체가 무효이다(대판 1966.6.21, 66다530).

제151조 【불법조건, 기성조건】
 ① 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다.

- ⑤ 조건성취의 효력은 **소급하지 않고 그 성취된 때로부터 법률효과가 발생하고 소멸하는 것이 원칙**이다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 않는 한 당사자의 의사표시로 소급효를 허용할 수 있다(제147조 제3항).

제147조 【조건성취의 효과】
 ③ 당사자가 조건성취의 효력을 그 성취 전에 소급하게 할 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다.

비교 기한은 당사자의 의사표시로 소급효를 인정하는 규정이 없다.

문 19] 정답 : ②

- ① 하자담보책임에 기한 매수인의 **손해배상청구권과 관련하여 민법 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소**

멸시효 규정의 적용이 배제되지는 않는다. 즉 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법 제582조의 제척기간이 적용되고, 이는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는데 취지가 있다. 그런데 **하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 민법 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없으며, 이때 다른 특별한 사정이 없는 한 무엇보다도 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다고 해석함이 타당하다**(대판 2011.10.13. 2011다10266).

- ② 부동산에 대한 매매대금 채권이 소유권이전등기청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할지라도 매도인은 **매매대금의 지급기일 이후 언제라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할 수 있는 데 지나지 아니하므로 매매대금 청구권은 그 지급기일 이후 시효의 진행에 걸린다**(대판 1991.3.22, 90다9797). 소멸시효의 기산점은 **권리를 행사할 수 있는 때로부터** 진행하기 때문에 동시이행의 항변권이 붙어 있는 채권이라도 **그 이행기로부터** 진행한다.
- ③ 민사소송법 제265조에 의하면 시효중단사유 중 하나인 ‘재판상의 청구’ (민법 제168조 제1호, 제170조)는 소를 제기한 때 시효중단의 효력이 발생한다. 그런데 **채권양도로 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되며 이러한 법리는 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 마찬가지로 마찬가지인 점, 민법 제149조의 “조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.” 라는 규정은 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못하더라도 채권양도로 채권을 이전받은 양수인의 경우에도 그대로 준용될 수 있는 점, 채무자를 상대로 재판상 청구를 한 채권 양수인을 ‘권리 위에 잠자는 자’라고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 비록 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 해당한다고 보아야 한다**(대판 2018.6.15. 2018다10920).
- ④ 비법인사단이 총유물에 관한 매매계약을 체결하는 행위는 총유물 그 자체의 처분이 따르는 채무부담행위로서 총유물의 처분행위에 해당하나, 그 매매계약에 의하여 부담하고 있는 채무의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시하는 데 불과한 **소멸시효 중단사유로서의 승인은 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르는 행위가 아니어서 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 없다**(대판 2009.11.26. 2009다64383).
- ⑤ **소멸시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이어서 다른 사람에게는 영향을 미치지 아니함이 원칙이나, 소멸시효 이익의 포기 당시에는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받을 수 있는 이해관계를 맺은 적이 없다가 나중에 시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자는 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 없다** (대판 2015.6.11. 2015다200227). 채권의 소멸시효 완성 후 채무자가 채권자에게 그 담보를 위해 저당권을 설정해 줌으로써 소멸시효의 이익을 포기했다면 그 효력은 **소멸시효 이익 포기 후 저당부동산을 취득한 제3자에게도 미친다.**

문 20] 정답 : ②

- ㄱ. (○) : 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는바, **사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는, 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하고 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸하면 그와 같은 이익의 상실을 면하는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다**(대판 2007.11.29. 2007다54849).
- ㄴ. (×) : 소멸시효가 완성된 경우에, **채무자에 대한 일반 채권자는** 자기의 채권을 보전하기 위하여

필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐, **채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다**(대판 2014.5.16. 2012다20604).

ㄷ. (○) : **유치권이 성립된 부동산의 매수인은** 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 **직접적인 이익을 받는 자에 해당**하므로 **소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다**고 할 것이나, 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담하는 점 등에 비추어 보면, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다(대판 2009.9.24. 2009다39530).

ㄹ. (×) : 소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정된다. 후순위 담보권자는 선순위 담보권의 피담보채권이 소멸하면 담보권의 순위가 상승하고 이에 따라 피담보채권에 대한 배당액이 증가할 수 있지만, 이러한 배당액 증가에 대한 기대는 담보권의 순위 상승에 따른 반사적 이익에 지나지 않는다. **후순위 담보권자는 선순위 담보권의 피담보채권 소멸로 직접 이익을 받는 자에 해당하지 않아 선순위 담보권의 피담보채권에 관한 소멸시효가 완성되었다고 주장할 수 없다**고 보아야 한다(대판 2021.2.5. 2016다232597).

문 21] 정답 : ②

① 물권의 객체는 물건이 원칙이나, 예외적으로 지상권과 전세권도 저당권의 객체가 될 수 있다.

제371조 【지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권】

① 본장의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.

② 일반적으로 **일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아** 이를 채권담보의 목적으로 삼으려는 **이른바 집합물에 대한 양도담보설정계약체결도 가능**하며 이 경우 그 목적 동산이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 담보권의 설정이 된 것으로 볼 수 있다(대판 1990.12.26. 88다카20224).

③ 저당권은 부동산을 목적으로 하고 질권은 동산이나 재산을 목적으로 하므로, 하나의 물건에 관하여 양 권리가 동시에 성립할 수는 없다.

④ 토지소유권은 토지의 상하에 미치나(제212조), 지상공간의 일부만을 대상으로 하는 구분지상권도 원칙적으로 **허용된다**(제289조의 2 제1항).

제212조 【토지소유권의 범위】 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.

제289조의2 【구분지상권】 ① 지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다. 이 경우 설정행위로써 지상권의 행사를 위하여 토지의 사용을 제한할 수 있다.

⑤ 지적법에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록되면 그 토지는 특별한 사정이 없는 한 등록으로써 특정되므로, 지적도를 작성함에 있어서 기술적 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 **토지 소유권의 범위는 현실의 경계에 관계없이 지적공부상의 경계에 의하여 확정되어야 한다**(대판 2012.1.12. 2011다72066).

문 22] 정답 : ①

- ① 유치권은 법률규정에 의하여 당연히 생기는 **법정담보물권**이므로, 당사자의 의사로 설정할 수 없다. **다만** 당사자 사이에 **특약**으로 유치권의 성립을 **배제할 수 있다**(대결 2011.5.13. 2010마1544).

제320조 【유치권의 내용】
① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.

- ②, ④, ⑤ 채권질권, 전세권저당권, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보권은 당사자의 의사표시에 의해 발생하는 **약정**담보물권이다.

제345조 【권리질권의 목적】 질권은 **재산권**을 그 목적으로 할 수 있다. 그러나 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리는 그러하지 아니하다.

제371조 【지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권】

- ① 본장의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.

동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제3조 【동산담보권의 목적물】

- ① 법인 또는 「부가가치세법」에 따라 사업자등록을 한 사람(이하 "법인 등"이라 한다)이 담보약정에 따라 동산을 담보로 제공하는 경우에는 담보등기를 할 수 있다.

- ③ 법정지상권은 법률규정에 의하여 당연히 생기는 **법정용익**물권이다.

제305조 【건물의 전세권과 법정지상권】

- ① 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 **전세권설정자**에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

제366조 【법정지상권】 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

문 23] 정답 : ⑤

- ① 등기는 **물권의 효력 발생요건**이고 **효력 존속요건**이 아니므로 **물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다**고 봄이 타당한 바, 등기공무원이 관할지방법원의 명령에 의하여 소유권이전등기를 직권으로 말소하였으나 그 후 동 명령이 취소 확정된 경우에는 말소등기는 결국 원인 없이 경료된 등기와 같이 되어 말소된 소유권이전등기는 회복되어야 하고 회복등기를 마치기 전이라도 말소된 소유권이전등기의 최종명의인은 적법한 권리자로 추정된다(대판 1982.9.14. 81다카923).

- ② 미등기건물을 등기할 때에는 소유권을 원시취득한 자 앞으로 소유권보존등기를 한 다음 이를 양수한 자 앞으로 이전등기를 함이 원칙이라 할 것이나, 원시취득자와 승계취득자 사이의 합치된 의사에 따라 그 주차장에 관하여 승계취득자 앞으로 직접 소유권보존등기를 경료하게 되었다면, 그 **소유권보존등기는 실제적 권리관계에 부합되어 적법한 등기로서의 효력을 가진다**(대판 1995.12.26. 94다44675).

- ③ 판례는 '무효등기의 유용'과 관련하여 **표제부의 유용은 허용되지 않는다**고 한다. 즉 판례는 "**멸실된 건물과 신축된 건물**이 위치나 기타 여러가지 면에서 서로 같다고 하더라도 그 두 건물이 동일한 건물이라고는 할 수 없으므로 신축건물의 물권변동에 관한 등기를 멸실건물의 등기부에 등재하여도 그 등기는 무효이고 가사 신축건물의 소유자가 **멸실건물의 등기를 신축건물의 등기로 전용할 의**

사로서 멸실건물의 등기부상 표시를 신축건물의 내용으로 표시 변경 등기를 하였다"고 하더라도 그 등기가 무효임에는 변함이 없다"고 한다(대판 1980.11.11. 80다441).

- ④ 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경로된 경우에는, 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한, 뒤에 된 소유권보존등기는 실체권리관계에 부합되는지의 여부를 따질 필요도 없이 무효이다(대판(전) 1996.10.17. 96다12511).

비교 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복하여 보존등기가 이루어진 경우와는 달리, 동일인 명의로 소유권 보존등기가 중복되어 있는 경우에는, 먼저 경로된 등기가 유효하고 뒤에 경로된 중복등기는 그것이 실체관계에 부합하는 여부를 가릴 것 없이 무효이다(대판 1981.11.18. 81다13401).

- ⑤ 중간생략등기의 합의란 부동산이 전전 매도된 경우 각각의 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편의상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경로하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐, 최초의 매도인과 최종의 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니므로, 최초매도인과 최종매수인 사이에 매매계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 설사 최종매수인이 자신과 최초매도인을 매매당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권이전등기를 경로하였다더라도 그러한 최종매수인 명의의 소유권이전등기는 적절한 토지거래허가 없이 경로된 등기로서 무효이다(대판 1997.11.11. 97다33218).

문 24] 정답 : ㉔

- ① 지상권설정계약이라는 법률행위에 기한 지상권의 취득은 제186조가 적용되어 등기가 필요하다.

제186조 【부동산물권변동의 효력】

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

- ② 저당권의 피담보채권의 시효소멸에 따른 저당권의 소멸은 제369조의 법률규정에 따른 것이므로 제187조가 적용되어 말소등기 없이 물권변동의 효력이 발생한다.

제187조 【등기를 요하지 아니하는 부동산물권 취득】

상속, 공용징수, 판결, 경매, 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

제369조 【부종성】 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다.

- ③ 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령(이하 '공익사업법령' 이라고 한다)에 의한 협의취득은 사법상의 법률행위이므로 당사자 사이의 자유로운 의사에 따라 채무불이행책임이나 매매대금 과부족금에 대한 지급의무를 약정할 수 있다. 그리고 협의취득을 위한 매매계약을 해석함에 있어서도 처분문서 해석의 일반원칙으로 돌아와 매매계약서에 기재되어 있는 문언대로의 의사 표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 그 문언의 내용, 그러한 약정이 이루어진 동기와 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 다만 공익사업법은 공익사업의 효율적인 수행을 통하여 공공복리의 증진과 재산권의 적정한 보호를 도모하는 것을 목적으로 하고 협의취득의 배후에는 수용에 의한 강제취득 방법이 남아 있어 토지 등의 소유자로서는 협의에 불응하면 바로 수용을 당하게 된다는 심리적 강박감이 자리 잡을 수밖에 없으며 협의취득 과정에는 여러 가지 공법적 규제가 있는 등 공익적 특성을 고려하여야 한다(대판 2012.2.23. 2010다91206). 따라서 협의취득은 사법상 법률행위이므로 제186조가 적용되어 등기가 필요하다.

비교 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법령(이하 '공익사업법령'이라고 한다)에 의한 강제취득으로서의 재결수용은 제187조의 공용징수에 해당하여 등기 없이 재결수용시에 등기 없이 취득한다.

- ④ 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 **공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도**, 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 **그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써** 비로소 그 부분에 대한 **대세적 권리로서의 소유권을 취득**하게 된다고 보아야 한다(대판(전) 2013.11.21. 2011두1917).
- ⑤ 매매 등 법률행위를 원인으로 한 **소유권이전등기절차 이행의 소에서의 원고 승소판결은** 부동산물권취득이라는 형성적 효력이 없어 **민법 제187조 소정의 판결에 해당하지 않으므로** 승소판결에 따른 소유권이전 등기 **경료시까지**는 **부동산의 소유권을 취득한다고 볼 수 없다**(대판 1982.10.12. 82다129).

문 25] 정답 : ④

- ① **자동차관리법 제6조는 “자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다.”** 라고 규정하고 있다. 이는 현대사회에서 자동차의 경제적 효용과 재산적 가치가 크므로 민법상 불완전한 공시방법인 ‘인도’가 아니라 공적 장부에 의한 체계적인 공시방법인 ‘등록’에 의하여 소유권 변동의 공시함으로써 자동차 소유권과 이에 관한 거래의 안전을 한층 더 보호하려는 데 취지가 있다. 따라서 자동차관리법이 적용되는 **자동차의 소유권을 취득함에는 민법상 공시방법인 ‘인도’에 의할 수 없고 나아가 이를 전제로 하는 민법 제249조의 선의취득 규정은 적용되지 아니함이 원칙이다**(대판 2016.12.15. 2016다205373).

제249조 【선의취득】

평은 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 **소유권을 취득한다.**

- ② 양도인이 무권리자라는 점을 제외하고는 거래행위는 아무런 흠이 없이 유효하게 성립한 것이어야 한다(대판 1995.6.29. 94다22071). 따라서 거래행위가 제한능력, 의사의 흠결 등으로 무효·취소된 때에는 **선의취득은 성립하지 않는다.**
- ③ 선의취득에서 양수인의 점유취득에는 목적물 반환청구권의 양도에 의한 선의취득은 인정된다. 즉 양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득 요건을 충족한다(대판 1999.1.26. 97다48906).
- ④ 동산질권을 선의취득하기 위하여는 질권자가 평은, 공연하게 선의이며 과실없이 질권의 목적동산을 취득하여야 하고, 그 취득자의 선의, **무과실은 동산질권자가 입증하여야** 한다(대판 1981.12.22. 80다29106).

제343조 【준용규정】

제249조 내지 제251조, 제321조 내지 제325조의 규정은 동산질권에 준용한다.

- ⑤ 민법 제251조는 민법 제249조와 제250조를 전제로 하고 있는 규정이므로 **무과실도 당연한 요건이라고 해석하여야** 한다(대판 1991.3.22. 91다70). 양수인이 도품을 공개시장에서 선의·무과실로 매수한 경우, 피해자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(제251조).

제251조 【도품, 유실물에 대한 특례】

양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동 종류의 물건을 판매하는 상인에게서 **선의로** 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다

문 26] 정답 : ㉔

- ① 점유매개관계에 기한 **지상권자, 전세권자, 임차인, 수치인, 질권자 등이 점유매개자이며**, 이들 점유는 타인이 소유자임을 전제하는 점유이므로 **타주점유이다**.
- ② **부동산을 매수하여 이를 점유하게 된 자는 그 매매가 무효가 된다는 사정이 있음을 알았다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 점유의 시초에 소유의 의사로 점유한 것이며, 나중에** 매도자에게 처분권이 없었다는 등의 사유로 그 매매가 **무효인 것이 밝혀졌다 하더라도 그와 같은 점유의 성질이 변하는 것은 아니다**(대판 1996.5.28. 95다40328).
- ③ 등기명이가 실탁되었다면 특별한 사정이 없는 한 **명의수탁자의 부동산에 관한 점유는 그 권원의 성질상 자주점유라고 할 수 없고**, 다시 **명의수탁자로부터 상속에 의하여 점유를 승계한 자의 점유도 상속 전과 그 성질 내지 태양을 달리하는 것이 아니어서, 특별한 사정이 없는 한 그 점유가 자주점유로는 될 수 없고** 그 점유가 자주점유로 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야만 한다(대판1996.6.11. 96다7403).
- ④ **공유자 1인이** 공유토지 전부를 점유하고 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 **다른 공유자의 지분 비율 범위**에 대해서는 **타주점유**에 해당한다(대판 2008.9.25. 2008다31485).
- ⑤ **점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라** 점유 취득의 원인이 된 **권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 한다**(대판(전) 1997.8.21. 95다286259).

문 27] 정답 : ㉓

- ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득하는데, 여기의 과실은 천연과실과 법정과실을 포함하고, 물건을 현실적으로 사용하여 얻는 이익인 **사용이익도 과실에 준하는 것으로** 취급된다(대판 1996.1.26. 95다44290). 선의의 점유자가 직접 물건을 사용함으로써 얻은 이득도 과실에 준하는 것으로 취급되므로 **회복자에게 반환할 필요가 없다**.
- ② 민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 이 경우 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, **점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서**, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 **계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다**(대판 2003.7.25. 2001다64752).
- ③ 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”라고 규정하고 있는바, 여기서 선의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다(대판 2000.3.10. 99다63350).
- ④ 피고가 본건 **토지의 선의의 점유자로 그 과실(果實)을 취득할 권리가 있어 경작한 농작물의 소유권을 취득할 수 있다** 하더라도 **법령의 부지로 상속인이 될 수 없는 사람을 상속인이라고 생각하여 본건 토지를 점유하였다면 피고에게 과실(過失)이 있다**고 아니할 수 없고 따라서 피고의 본건 토지의 점유는 진정한 소유자에 대하여 불법행위를 구성하는 것이라 아니할 수 없는 것이고 피고에게는 그 불법행위로 인한

손해배상의 책임이 있는 것이며 선의의 점유자도 과실취득권이 있다하여 불법행위로 인한 손해 배상책임이 배제되는 것은 아니다(대판 1966.7.19. 66다994).

- ⑤ 점유자의 멸실·훼손의 책임은 원칙적으로 전부 배상이고, 소유 의사로 선의인 점유자만 현존이익을 배상한다. **선의라 해도 타주점유자는 전부 배상하여야 한다**(제202조 단서).

제202조 【점유자의 회복자에 대한 책임】

점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손된 때에는 **악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사가 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다.**

■ 점유자와 회복자 관계4)

	점유자의 과실 ⁵⁾ 취득	점유자의 멸실·훼손의 책임	점유자의 비용상환청구권
효과	① 선의의 점유자 선의(본권이 있다고 오신)+ 오신할 만한 정당한 근거가 有 → 과실취득권 인정 ⁶⁾ ② 본권에 관한 소에서 패소한 때 소가 제기된 때부터 악의로 간주 (제197조 제2항) ③ 악의의 점유자의 구체적 반환범위 제201조 제2항 × 제748조 제2항 적용 (받은 이익+이자+지연손해금) ④ 악의 점유자=폭력·은비의 점유자	① 원칙: 전부 배상 ② 예외: 선의&자주 = 현존이익 배상	① 선의·악의 및 자주·타주 불문: 비용상환청구 가능 ② 계약관계가 존재한 경우: 제203조는 적용 × ③ 필요비: 과실을 취득한 경우(선의)에 통상 의 필 요비는 청구× ④ 유익비 i) 가액의 증가가 현존 ii) 회복자의 선택채권 iii) 상당기간 허여 가능 ⑤ 필요비·유익비에 기한 유채권 인정 ⁷⁾ ⑥ 필요비·유익비의 상환청구시기: 반환하거나 반환청구 받은 때

문 28] 정답 : ㉓

- ① 인접하여 토지를 소유한 자가 통상의 경계표나 담을 설치하는 경우 별다른 관습이나 특약이 없는 한 **그 설치비용은 절반씩, 측량비용은 토지 면적비율로 부담**하며(제237조), 설치된 경계표 등은 상린자의 공유로 추정된다(제239조).

제237조 【경계표, 담의 설치권】

- ① 인접하여 토지를 소유한 자는 공동비용으로 통상의 경계표나 담을 설치할 수 있다.
 ② 전항의 비용은 쌍방이 절반하여 부담한다. 그러나 측량비용은 토지의 면적에 비례하여 부담한다.
 ③ 전2항의 규정은 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다.

- ② 지상권자 상호간에도 상린관계에 관한 규정이 준용된다(제290조 제1항).

제290조 【준용규정】

- ① 제213조, 제214조, 제216조부터 제244조의 규정은 지상권자 간 또는 지상권자와 인지소유자

4) 소유자와 반환의무를 부담하는 점유자(불법점유자나 무단점유자 등)와의 법률관계 규율

5) 여기서의 과실은 **사용이익을 포함**(판례)

6) 과실을 취득할 수 있는 범위 내에서 **부당이득은 성립하지 않는다.**

7) 비용상환청구권은 '물건에 관하여 생긴 채권'이기 때문이다.

간에 이를 준용한다.

- ③ 주위토지통행권은 주위토지 소유자의 토지에 대한 독점적 사용권을 제한하는 권리로서 인접한 토지 소유자간의 이해를 조정하는 데 목적이 있으므로 사람이 출입하고 다소의 물건을 공로로 운반할 정도의 폭만 확보할 수 있다면 주위토지 소유자의 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 하고, 또 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 더 나아가 **질차의 이용상황까지를 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다**(대판 1992.12.22. 92다30528).
- ④ **제242조 【경계선부근의 건축】** ① 건물을 축조함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 **반미터** 이상의 거리를 두어야 한다.
- ⑤ 경계에 설치된 경계표나 담은 특별한 사정이 없는 한, 상린자의 공유로 추정한다(제239조).

제239조 【경계표등의 공유추정】 경계에 설치된 경계표, 담, 구거(도랑) 등은 상린자의 공유로 추정한다. 그러나 경계표, 담, 구거(도랑) 등이 상린자 일방의 단독비용으로 설치되었거나 담이 건물의 일부인 경우에는 그러하지 아니하다.

문 29] 정답 : ②

- ① **집합건물의 공용부분**은 구분소유자 전원의 공유에 속하나(집합건물법 제10조 제1항), 그 공유는 민법상의 공유와는 달리 건물의 구분소유라고 하는 공동의 목적을 위하여 인정되는 것으로 집합건물법 제13조는 공용부분에 대한 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따를 뿐 전유부분과 분리하여 처분할 수 없도록 규정하고 있다. 또한 공용부분을 전유부분으로 변경하기 위하여는 집합건물법 제15조에 따른 구분소유자들의 집회결의와 그 공용부분의 변경으로 특별한 영향을 받게 되는 구분소유자의 승낙을 얻어야 한다. 그런데 공용부분에 대하여 취득시효의 완성을 인정하여 그 부분에 대한 소유권취득을 인정한다면 전유부분과 분리하여 공용부분의 처분을 허용하고 일정 기간의 점유로 인하여 공용부분이 전유부분으로 변경되는 결과가 되어 집합건물법의 취지에 어긋나게 된다. 따라서 **집합건물의 공용부분은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 없다**고 봄이 타당하다(대판 2013.12.12. 2011다78200·78217).
- ② 시효완성을 이유로 한 소유권취득의 효력은 **점유를 개시한 때로 소급**하며(제245조 제1항), 등기함으로써 **점유를 개시한 때로 소급하여** 그 소유권을 취득한다(제247조 제1항).

제245조 【점유로 인한 부동산소유권의 취득기간】

① 20년간 소유의 의사(자주)로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

제247조 【소유권취득의 소급효, 중단사유】

① 전2조의 규정에 의한 소유권 취득의 효력은 **점유를 개시한 때**에 소급한다.

- ③ 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 **무단점유한 것임이 입증된 경우**, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다(대판(전) 1997.8.21. 95다28625). 결국 **자주점유 추정이 깨어져 취득시효는 인정되지 않는다**.
- ④ 취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 그 기산점을 어디에 두든지 간에 취득시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 그 기간이 경과한 사실만 확정되면 충분하므로 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에 있어서도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼을 수 있다(대판 1998.5.12. 97다8496·8502).
- ⑤ **시효이익의 포기**와 같은 **상대방 있는 단독행위**는 그 의사표시로 인하여 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에게 도달하는 때에 효력이 발생한다 할 것인바, **특별한 사정이 없는 한** 시효취득자가 **취득시**

효완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 하여야 그 효력이 발생하는 것이지 원인무효인 등기의 등기부상 소유명의자에게 그와 같은 의사를 표시하였다고 하여 그 효력이 발생하는 것은 아니라 할 것이다(대판 1994.12.23. 94다40734).

문 30] 정답 : ②

- ① 민법은 부동산에의 부합(제256조)과 동산간의 부합(제257조)도 인정한다.
- 제256조 【부동산에의 부합】** 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

제257조 【동산간의 부합】 동산과 동산이 부합하여 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. 부합된 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.
- ② 건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다(대판 2002.10.25. 2000다63110). 건물의 증축부분인 부동산도 부합이 될 수 있다.
- ③ 부합은 소유자를 달리하는 여러 개의 물건이 결합하여 1개의 물건으로 되는 경우 그 물건의 소유권을 정하기 위한 규정이다. 따라서 여러 동산들이 결합하는 경우라도 동일인 소유라면 부합은 인정되지 않는다.
- ④ 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성 부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다(대판 2012.1.26. 2009다76546). 즉 구성 부분으로서 부합이 된다.
- ⑤ 제256조 【부동산에의 부합】 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

문 31] 정답 : ④

- ① 제264조 【공유물의 처분, 변경】 공유자는 다른 공유자의 동의없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다.
- ② 합유는 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 형태이고(제271조 제1항), 조합원은 자신의 지분을 조합원 전원의 동의 없이 처분할 수 없다(제273조 제1항).
- 제271조 【물건의 합유】**

① 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전부에 미친다.

제273조 【합유지분의 처분과 합유물의 분할금지】

① 합유자는 전원의 동의없이 합유물에 대한 지분을 처분하지 못한다.
- ③ 제272조 【합유물의 처분, 변경과 보존】 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가

있어야 한다. 그러나 **보존행위는 각자가 할 수 있다.**

- ④ **등기만은 편의상 각 구분소유의 면적에 해당하는 비율로 공유지분등기를 하여 높은 경우 구분소유자들 사이에 공유지분등기의 상호명의신탁관계 내지 건물에 대한 구분소유적 공유관계가 성립**하지만, 1동 건물 중 각 일부분의 위치 및 면적이 **특정되지 않거나 구조상·이용상 독립성이 인정되지 아니한 경우에는** 공유자들 사이에 이를 구분소유하기로 하는 취지의 약정이 있다 하더라도 일반적인 공유관계가 성립할 뿐, 공유지분등기의 상호명의신탁관계 내지 건물에 대한 **구분소유적 공유관계가 성립한다고 할 수 없다**(대판 2014.2.27. 2011다42430).
- ⑤ 공유물분할 금지약정은 갱신할 수 있다(제268조 제2항). 그러나 그 기간은 갱신한 날부터 5년을 넘지 못할 뿐이다.

제268조 【공유물의 분할청구】

- ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다.
- ② 전항의 계약을 갱신한 때에는 그 기간은 갱신한 날부터 5년을 넘지 못한다.

문 32] 정답 : ④

- ① 명의신탁약정이 3자 간 등기명의신탁인지 아니면 계약명의신탁인지의 구별은 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로 귀결되고, **계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결한 사정이 인정된다면** 명의신탁자가 계약당사자이므로, 이 경우의 명의신탁관계는 **3자 간 등기명의신탁으로 보아야 한다**(대판 2016.10.27. 2016두43091).
- ② 부동산실명법상 “명의신탁약정”이란 부동산에 관한 **소유권이나 그 밖의 물권 즉 “부동산에 관한 물권”**을 대상으로 한다(부동산실명법 제2조 제1호). 부동산 물권인 부동산소유권 또는 그 공유지분뿐만 아니라 **용익물권도 명의신탁의 대상이 될 수 있다.**

부동산실명법 제2조 【정의】

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “명의신탁약정”이란 부동산에 관한 **소유권이나 그 밖의 물권**(이하 “부동산에 관한 물권”이라 한다)을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자(이하 “실권리자”라 한다)가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함한다. 이하 같다)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인(追認)에 의한 경우를 포함한다)을 말한다.

- ③ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 제1호에 의하면 **중중이 보유한 부동산에 관한 물권을 중중 이외의 자의 명의로 등기하는 명의신탁의 경우 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는** 같은 법 제4조 내지 제7조 및 제12조 제1항·제2항의 규정의 적용이 배제되어 중중이 같은 법 시행 전에 명의신탁한 부동산에 관하여 같은 법 제11조의 유예기간 이내에 실명등기 또는 매각처분을 하지 아니한 경우에도 **그 명의신탁약정은 여전히 그 효력을 유지하는 것이지만, 부동산을 명의신탁한 경우에는 소유권이 대외적으로 수탁자에게 귀속하므로 명의신탁자는 신탁을 이유로 제3자에 대하여 그 소유권을 주장할 수 없고** 특별한 사정이 없는 한 신탁자가 수탁자에 대해 가지는 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 집행채권자에게 대항할 수 있는 권리가 될 수 없으므로 결국 **명의신탁자인 중중은 명의신탁된 부동산에 관하여 제3자이익의 소의 원인이 되는 권리를 가지고 있지 않다**고 할 것이다(대판 2007.5.10. 2007다7409). 명의신탁자인 중중은 명의신탁재산에 대한 불법점유자 내지 불법등기명의자에 대하여 직접 그 인도 또는 등기말소를 청구할 수 **없다.**
- ④ 부동산실권리자명의등기에관한법률 제5조에 의하여 부과되는 과징금에 대한 특례를 규정한 같

은 법 제8조 제2호 소정의 '배우자'에는 **사실혼 관계에 있는 배우자는 포함되지 아니한다**(대판 1999.5.14. 99두35). 특례에 해당하지 않아 여전히 무효이다.

- ⑤ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서는 부동산 거래의 상대방을 보호하기 위한 것으로 **상대방이 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 채 물권을 취득하기 위한 계약을 체결한 경우 그 계약과 그에 따른 등기를 유효라고 한 것이다**(대판 2018.4.10. 2017다257715). 즉 **물권변동은 유효**하고, 명의수탁자는 완전한 소유권을 취득한다.

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 【명의신탁약정의 효력】

- ① 명의신탁약정은 무효로 한다.
- ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

문 33] 정답 : ⑤

- ① 지상권자는 **지상권설정자인 토지소유자의 동의 없이** 타인에게 그 권리를 양도하거나 그 권리의 존속기간 내에 그 토지를 임대할 수 있다(제282조).

제282조 【지상권의 양도, 임대】

지상권자는 타인에게 그 권리를 양도하거나 그 권리의 존속기간 내에서 그 토지를 임대할 수 있다.

- ② 토지사용의 대가인 지료는 지상권의 요소가 아니므로, **지료합의가 없는 지상권 설정계약도 유효**하다(제279조). 지상권에 있어서 지료의 지급은 그의 요소가 아니어서 지료에 관한 유상 약정이 없는 이상 지료의 지급을 구할 수 없다(대판 1999.9.3. 99다24874).

비교 약정지상권 : 지료지급의무 × / 법정지상권 : 지료지급의무 ○

제279조 【지상권의 내용】

지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다

- ③ 수목의 소유를 목적으로 한 지상권의 **최단존속기간은 30년**이다(제280조 제1항).

제280조 제1항 【존속기간을 약정한 지상권】

계약으로 지상권의 존속기간을 정하는 경우에는 그 기간은 다음 연한보다 단축하지 못한다.

- 1. 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물이나 **수목의 소유를 목적으로 하는 때에는 30년**
- 2. 전호 이외의 건물의 소유를 목적으로 하는 때에는 15년
- 3. 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때에는 5년

- ④ 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 **그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있다**(제289조 제2항). 즉 지상권이 설정된 토지의 소유자는 그 지상권자의 승낙 없이 그 토지 위에 구분지상권을 설정할 수 **없다**.

제289조의2 【구분지상권】

① 지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다. 이 경우 설정행위로서 지상권의 행사를 위하여 토지의 사용을 제한할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수

있다. 이 경우 토지를 사용·수익할 권리를 가진 제3자는 그 지상권의 행사를 방해하여서는 아니된다.

- ⑤ 2001.1.13.부터 시행된 ‘장사 등에 관한 법률’(이하 개정 전후를 불문하고 ‘장사법’이라고 한다) 부칙 규정들에 의하면, 토지 소유자의 승낙 없이 설치된 분묘에 대하여 토지 소유자가 이를 개장하는 경우에 분묘의 연고자는 당해 토지 소유자에 대항할 수 없다는 내용의 규정들은 장사법(법률 제6158호) 시행 후 설치된 분묘에 관하여만 적용한다고 명시하고 있으므로, 위 법률 시행 전에 설치된 분묘에 대한 분묘기지권의 존립 근거가 위 법률의 시행으로 상실되었다고 볼 수 없다(대판(전) 2017.1.19. 2013다17292).

문 34] 정답 : ④

- ① 지역권은 요역지의 사용가치를 높이기 위해 타인의 토지인 승역지를 이용하는 것을 내용으로 하는 물권이다(제291조)

제291조 [지역권의 내용] 지역권자는 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기 토지의 편익에 이용하는 권리가 있다.

- ② 요역지와 승역지는 반드시 인접하고 있을 필요는 없다. 상린관계와 차이점이다.
 ③ **제296조 [소멸시효의 중단, 정지와 불가분성]** 요역지가 수인의 공유인 경우에 그 1인에 의한 지역권 소멸시효의 중단 또는 정지는 다른 공유자를 위하여 효력이 있다.
 ④ 지역권은 방해제거청구권, 방해예방청구권은 인정된다(제301조, 제214조). 그러나 승역지를 점유하는 권능이 없기 때문에 승역지의 점유침탈이 있는 경우라도 지역권에 기한 승역지 반환청구권은 행사할 수 없다.

제301조 [준용규정] 제214조의 규정은 지역권에 준용한다.

- ⑤ **제294조 [지역권 취득기간]** 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 제245조의 규정을 준용한다.

문 35] 정답 : ③

- 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(대판 2001.7.2. 2001마212).

비교 일부전세의 경우 → 나머지 경매 ×, 우선변제 ○
 즉, 전세권의 목적이 된 부분을 초과한 경매 ×, 불가분관계에 있다 하더라도
 ✓ but 우선변제권은 전부에서 가능

- ② 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 **목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점** 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다(대판 1995.2.10. 94다18508). 그러나 전세권자가 전세권의 핵심적 내용에 속하는 사용·수익의 권능을 완전

히 배제하고 채권담보만을 위하여 전세권을 설정하는 것은 법률이 정하지 않은 새로운 유형의 전세권을 창설하는 것이므로 **물권법정주의에 반하여 허용되지 않고**, 이러한 전세권설정등기는 무효라고 보아야 한다(대판 2021.12.30. 2018다267238, 267245).

- ③ 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다(대판 2009.1.30. 2008다67217).

제303조 【전세권의 내용】

① 전세권자는 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다.

- ④ 제306조 【전세권의 양도, 임대 등】 전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간 내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다. 그러나 설정행위로 이를 금지한 때에는 그러하지 아니하다.

- ⑤ 제317조 【전세권의 소멸과 동시이행】 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다.

문 36] 정답 : ②

- ① 유치권자의 점유하에 있는 유치물의 소유자가 변동하더라도 유치권자의 점유는 유치물에 대한 보존행위로서 하는 것이므로 적법하고 그 소유자변동후 유치권자가 유치물에 관하여 새로이 유익비를 지급하여 그 가격의 증가가 현존하는 경우에는 이 유익비에 대하여도 유치권을 행사할 수 있다(대판 1972.1.31. 71다2414).

- ② [1] 민법 제320조 제1항에서 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함하고, 한편 민법 제321조는 “유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다.

[2] 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다(대판 2007.9.7. 2005다16942).

- ③ 유치권은 타물권인 점에 비추어 볼 때 수급인의 재료와 노력으로 건축되었고 독립한 건물에 해당되는 기성부분은 수급인의 소유라 할 것이므로 수급인은 공사대금을 지급받을 때까지 이에 대하여 유치권을 가질 수 없다(대판 1993.3.26. 91다14116).

- ④ 유치권의 목적이 될 수 있는 것은 물건인 동산과 부동산, 그리고 유가증권이다(제320조 제1항).

제320조 【유치권의 내용】

① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.

- ⑤ 유치권자가 유치물에 대한 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법행위이므로 불법점유로 인한 손해배상책임이 없는 것이다(대판 1972.1.31. 71다2414).

제324조 【유치권자의 선관의무】

② 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다.

문 37] 정답 : ④

- ① 제330조의 「인도」에는 현실의 인도, 간이인도, 목적물반환청구권의 양도가 포함되나, 유치적 효력의 확보를 위하여 점유개정에 의한 질권설정을 금지한다(제332조). 또한 질권에 있어 목적물의 점유는 질권의 존속요건이기도 하다.

제330조 【설정계약의 요물성】

질권의 설정은 질권자에게 목적물을 인도함으로써 그 효력이 생긴다.

제332조 【설정자에 의한 대리점유의 금지】

질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못한다.

- ② 질권자는 채권 전부를 변제받을 때까지 질물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(제321조, 제343조).

제321조 【유치권의 불가분성】 유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다.

제343조 【준용규정】 제249조부터 제251조, 제321조부터 제325조의 규정은 동산질권에 준용한다.

- ③ **제342조 【물상대위】** 질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다.

- ④ 전질은 질권설정자의 승낙이 있어야 인정되는 승낙전질(제324조 제2항, 제343조)과 제336조에 근거하여 질권설정자의 승낙없이 자신의 책임으로 가능한 책임전질이 인정된다. 전질은 질물소유자인 질권설정자의 승낙이 있으면 허용될 수 있을 뿐만 아니라, 승낙이 없는 경우에도 인정될 수 있다.

제336조 【전질권】

질권자는 그 권리의 범위 내에서 자기의 책임으로 질물을 전질할 수 있다. 이 경우에는 전질을 하지 아니하였으면 면할 수 있는 불가항력으로 인한 손해에 대하여도 책임을 부담한다.

- ⑤ **제345조 【권리질권의 목적】** 질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다. 그러나 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리는 그러하지 아니하다.

문 38] 정답 : ②

- ① 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 한다. 다만 근저당권설정등기상 근저당권자가 다른 사람과 함께 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 그들 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다(대판 2021.4.29. 2017다294585, 2017다294592).

- ② 근저당권은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말한다. 근저당권설정계약이나 그 기본계약에서 결산기를 정하거나 근저당권의 존속기간이 있는 경우라면 원칙적으로 결산기가 도래하거나 존속기간이 만료한 때에 그 피담보채무가 확정된다. 여기에서 결산기의 지정은 일반적으로 근저당권 피담보채무의 확정시기와 방법을 정한 것으로서 피담보채무의 이행기에 관한 약정과는 구별된다.

근저당권의 존속기간이나 결산기를 정하지 않은 때에는 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르고, 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 **계약 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다**(대판 2017.10.31. 2015다65042).

③ 당사자가 무효로 된 처음의 근저당권설정등기를 유효하기로 합의하고 새로 거래를 계속하는 경우 **유용합의 이전에 등기부상 이해관계 있는 제3자가 없는 때에는** 그 근저당권설정등기는 **유효하다**(대판 1963.10.10. 63다583).

④ **제367조 【제3취득자의 비용상환청구권】** **저당물의 제3취득자가** 그 부동산의 보존, **개량을 위하여** 필요비 또는 **유익비를 지출한 때에는** 제203조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 **저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다.**

⑤ 민법 제359조 전문은 “저당권의 효력은 저당부동산에 대한 **압류가 있을 후에** 저당권설정자가 그 부동산으로부터 **수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.**” 라고 규정하고 있는데, 위 규정상 ‘**과실**’에는 천연과실뿐만 아니라 **법정과실도 포함**되므로, **저당부동산에 대한 압류가 있으면 압류 이후의 저당권설정자의 저당부동산에 관한 차입채권 등에도 저당권의 효력이 미친다**(대판 2016.7.27. 2015다230020).

제359조 【과실에 대한 효력】 저당권의 효력은 저당부동산에 대한 **압류가 있을 후에** 저당권설정자가 그 부동산으로부터 **수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.** 그러나 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에 대하여는 압류한 사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못한다.

문 39] 정답 : ③

ㄱ. (○) : 乙명의를 저당권이 설정되어 있는 甲소유의 X토지 위에 저당권설정자인 甲이 Y건물이 신축된 경우, 저당권자 乙은 Y건물에 대한 경매도 토지와 함께 신청할 수 있으나, Y건물의 경매대가에서 우선변제를 받을 수는 없다(제365조).

제365조 【저당지상의 건물에 대한 경매청구권】 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다.

ㄴ. (×) : 민법 제365조가 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권은 담보물의 교환가치의 취득을 목적으로 할 뿐 담보물의 이용을 제한하지 아니하여 저당권설정자로서는 저당권설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는데, 후에 그 저당권의 실행으로 토지가 제3자에게 경락될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되어 이를 방지할 필요가 있으므로 이러한 이해관계를 조절하고, 저당권자에게도 저당 토지 상의 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권의 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다고 풀이되며, 그러한 규정 취지에 비추어 보면 **민법 제365조에 기한 일괄경매청구권은 원칙적으로 토지소유자인 저당권설정자가 축조하여 그가 소유하고 있는 건물이어야 한다**(대결 1994.1.24. 93마1736). 따라서 토지에 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자인 甲이 그 토지에 건축한 경우라도 건물의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 일괄경매청구권이 인정되지 않는다. 따라서 **乙은 Y건물에 대한 경매는 함께 신청할 수 없다.**

ㄷ. (○) : **다만,** 저당권설정자가 원시취득한 건물에 한하지 않으므로, **저당권설정자로부터 저당토지에 대한 응익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여 경매를 청구할 수 있다**(대

판 2003.4.11. 2003다3850). 따라서 Y건물이 X토지의 지상권자인 丙에 의해 건축되었다가 지상권설정자인 甲이 Y건물의 소유권을 취득하였다면 지상권자 乙은 Y건물에 대한 경매도 함께 신청할 수 있다.

문 40] 정답 : ①

- ① 민법 제366조의 법정지상권은 지상권 설정 당시부터 지상권의 목적되는 토지 위에 건물이 존재할 경우에 한하여 인정되며, 토지에 관하여 지상권이 설정될 당시 그 지상에 토지소유자에 의한 건물의 건축이 개시되기 이전이었다면, **건물이 없는 토지에 관하여 지상권이 설정될 당시 근저당권자가 토지소유자에 의한 건물의 건축에 동의하였다고 하더라도** 그러한 사정은 주관적 사항이고 공시할 수도 없는 것이어서 토지를 낙찰받는 제3자로서는 알 수 없는 것이므로 그와 같은 사정을 들어 법정지상권의 성립을 인정한다면 토지 소유권을 취득하려는 제3자의 법적 안정성을 해하는 등 법률관계가 매우 불명확하게 되므로 **법정지상권이 성립되지 않는다**(대판 2003.9.5. 2003다26051).
- ② 독립된 부동산으로서 건물은 토지에 정착되어 있어야 하는데(민법 제99조 제1항), **가설건축물은** 일시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있어 일반적으로 **토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다**. 민법상 건물에 대한 법정지상권의 최단 존속기간은 견고한 건물이 30년, 그 밖의 건물이 15년인 데 비하여, 건축법령상 가설건축물의 존치기간은 통상 3년 이내로 정해져 있다. 따라서 **가설건축물은 특별한 사정이 없는 한 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추지 못하여 법정지상권이 성립하지 않는다**(대판 2021.10.28. 2020다2248214).
- ③ 토지와 그 지상의 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 토지 또는 건물이 매매나 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에는 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 지상권을 취득하게 되고, **그 건물은 반드시 등기가 되어 있어야만 하는 것이 아니고 무허가건물이라고 하여도 상관 없다**(대판 1991.8.13. 91다16631).
- ④ 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 **관습법상의 법정지상권이 성립되는 것으로 보게 되면** 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 **다른 공유자의 지분에 대하여까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다**. 그리고 **이러한 법리는 민법 제366조의 법정지상권의 경우에도 마찬가지로 적용된다**(대판 2014.9.4. 2011다73038, 73045). 즉 법정지상권이 성립하지 않는다.
- ⑤ 동일인 소유의 토지와 건물 중 건물에 전세권이 설정된 후 토지소유자가 바뀐 경우, **전세권설정자인 건물소유자가** 그 토지에 대하여 지상권을 취득한 것으로 본다(제305조 제1항).

제305조 【건물의 전세권과 법정지상권】 ① 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 **전세권설정자에** 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 자료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.