

# 민 법

## 〈24년 감평 기출문제〉

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

- ① 민사에 관한 헌법재판소의 결정은 민법의 법원이 될 수 있다.
- ② 사적자치가 인정되는 분야의 제정법이 주로 임의규정인 경우, 사실인 관습은 법률행위 해석기준이 될 수 있다.
- ③ 법원(法院)은 판례변경을 통해 기존 관습법의 효력을 부정할 수 있다.
- ④ 관습법은 사회 구성원의 법적 확신으로 성립된 것이므로 제정법과 배치되는 경우에는 관습법이 우선한다.
- ⑤ 법원(法院)은 관습법에 관한 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 그 존재를 확정할 수 있다.

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

- ① 숙박계약상 숙박업자는 투숙객의 안전을 배려하여야 할 신의칙상 보호의무를 부담한다.
- ② 입원계약상 병원은 입원환자에 대하여 휴대품 도난 방지를 위하여 필요한 적절한 조치를 할 신의칙상 보호의무가 있다.
- ③ 기획여행계약상 여행업자는 여행객의 신체나 재산의 안전을 배려할 신의칙상 보호의무를 부담한다.
- ④ 계약성립의 기초가 되지 않은 사정의 변경으로 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 되어 손해를 입은 경우, 그 계약의 효력을 그대로 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반한다.
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지에 관해 허가를 받지 않고 매매계약을 체결한 자가 허가가 없음을 이유로 그 계약의 무효를 주장하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하지 않는다.

문 3] 의사무능력자 甲은 乙 은행으로부터 5천만 원을 차용하는 대출거래약정을 체결하면서 그 담보로 자신의 X 부동산에 근저당권을 설정하고 乙명의로 그 설정등기를 마쳐주었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㄱ. 甲과 乙이 체결한 대출거래약정 및 근저당권설정계약은 무효이다.
- ㄴ. 甲은 그 선의·악의를 묻지 않고 乙에 대하여 현존이익을 반환할 책임이 있다.
- ㄷ. 만약 甲이 乙로부터 대출받은 금원을 곧바로 丙에게 다시 대여하였다면, 乙은 甲에게 丙에 대한 부당이득반환채권의 양도를 구할 수 있다.

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

**문 4] 제한능력자에 관한 설명으로 옳은 것은?**

- ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관해서는 법정대리인의 대리권이 소멸한다.
- ② 제한능력을 이유로 하는 취소는 특별한 사정이 없는 한 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
- ③ 제한능력자의 단독행위는 유효한 추인이 있는 후에도 상대방이 거절할 수 있다.
- ④ 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 없다.
- ⑤ 가정법원은 정신적 제약으로 특정한 사무에 관해 후원이 필요한 사람에게 대해서는 본인의 의사에 반하더라도 특정후견 심판을 할 수 있다.

**문 5] 비법인사단 A의 유일한 대표자 甲은 乙에게 대표자로서의 모든 권한을 포괄적으로 위임하고 자신은 이사의 직무를 집행하지 않았다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

ㄱ. 甲의 행위는 이사의 직무상 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 행위이다.  
ㄴ. 乙이 A의 사실상 대표자로서 丙과 금전소비대차계약을 체결한 경우, 그 계약의 효력은 원칙적으로 A에게 미친다.  
ㄷ. 乙이 A의 사실상 대표자로서 사무를 집행하면서 그 직무에 관한 불법행위로 丁에게 손해를 입힌 경우, A는 丁에 대하여 법인의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.

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

**문 6] 사단법인 A의 대표이사 甲이 A를 대표하여 乙과 금전소비대차계약을 체결하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 甲이 A를 위하여 적법한 대표권 범위 내에서 계약을 체결한 경우, 그 계약의 효력은 A에게 미친다.
- ② 甲이 자신의 사익을 도모할 목적으로 대표권 범위 내에서 계약을 체결한 경우, 乙이 이 사실에 대해 알았다면 계약은 A에 대하여 효력이 없다.
- ③ A의 정관에 甲이 금전소비대차계약을 체결할 수 없다는 규정이 있었지만 이를 등기하지 않은 경우, 乙이 이 사실에 대해 알았다면 A는 그 정관 규정으로 乙에게 대항할

수 있다.

- ④ A의 乙에 대한 계약상 채무불이행책임 여부를 판단하는 경우, 원칙적으로 A의 고의·과실은 甲을 기준으로 결정한다.
- ⑤ 만약 계약의 체결이 甲과 A의 이해가 상반하는 사항인 경우, 甲은 계약체결에 대해 대표권이 없다.

**문 7] 민법상 사단법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 설립자가 법인의 해산사유를 정하는 경우에는 정관에 그 사유를 기재하여야 한다.
- ② 사원총회 결의에 의한 정관의 해석은 정관의 규범적 의미와 다르더라도 법인의 구성원을 구속하는 효력이 있다.
- ③ 사원의 지위는 정관에 달리 정함이 없으면 양도할 수 없다.
- ④ 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우, 법인은 특별한 사정이 없는 한 정관에서 정하지 않은 사유로 이사를 해임할 수 없다.
- ⑤ 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중 체결한 계약은 그 후 가처분신청이 취하되었다더라도 무효이다.

**문 8] 권리의 객체에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 토지의 개수는 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 의한 지적공부상 토지의 필수(筆數)를 표준으로 결정된다.
- ② 1필의 토지의 일부가 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률상 분할절차 없이 분필등기가 된 경우, 그 분필등기가 표시하는 부분에 대한 등기부취득시효가 인정될 수 있다.
- ③ 주물에 대한 점유취득시효의 효력은 점유하지 않은 종물에 미치지 않는다.
- ④ 주물의 상용에 제공된 X 동산이 타인 소유이더라도 주물에 대한 경매의 매수인이 선의취득 요건을 구비하는 경우, 그 매수인은 X의 소유권을 취득할 수 있다.
- ⑤ 명인방법을 갖춘 미분리과실은 독립한 물건으로서 거래의 객체가 될 수 있다.

**문 9] 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 불공정한 법률행위에 해당하는지는 원칙적으로 법률행위 시를 기준으로 판단한다.
- ② 대리인에 의한 법률행위의 경우, 공박 상태의 여부는 본인을 기준으로 판단한다.
- ③ 경매에는 불공정한 법률행위에 관한 민법 제104조가 적용되지 않는다.
- ④ 불공정한 법률행위는 추인으로 유효로 될 수 없지만 법정추인은 인정된다.
- ⑤ 불공정한 법률행위는 이를 기초로 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대해서도 무효이다.

**문 10] 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 의사표시자가 통지를 발송한 후 사망하더라도 그 의사표시의 효력에 영향을 미치지 않는다.
- ② 통정허위표시의 경우, 통정의 동기나 목적은 허위표시의 성립에 영향이 없다.
- ③ 통정허위표시로 무효인 경우, 당사자는 가장행위의 채무불이행이 있더라도 이를 이 유로 하는 손해배상을 청구할 수 없다.
- ④ 착오로 인하여 표의자가 경제적 불이익을 입지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 중요부분의 착오라고 할 수 없다.
- ⑤ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이용하였더라도 착오가 표의자의 중대한 과실로 인 한 경우에는 표의자는 착오를 이유로 그 의사표시를 취소할 수 없다.

**문 11] 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 피기망자에게 손해를 가할 의사는 사기에 의한 의사표시의 성립요건이다.
- ② 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지하였다면, 표의자가 이로 말미암아 공포심을 느 끼지 않았더라도 강박에 의한 의사표시에 해당한다.
- ③ 상대방의 대리인이 한 사기는 제3자의 사기에 해당한다.
- ④ 단순히 상대방의 피용자에 지나지 않는 사람이 한 강박은 제3자의 강박에 해당하지 않는다.
- ⑤ 매도인을 기망하여 부동산을 매수한 자로부터 그 부동산을 다시 매수한 제3자는 특 별한 사정이 없는 한 선의로 추정된다.

**문 12] 甲은 乙의 임의대리인이다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 甲이 乙로부터 매매계약체결의 대리권을 수여 받아 매매계약을 체결하였다더라도 특별 한 사정이 없는 한 甲은 그 계약에서 정한 중도금과 잔금을 수령할 권한은 없다.
- ② 甲이 乙로부터 금전소비대차 계약을 체결할 대리권을 수여받은 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲은 그 계약을 해제할 권한도 가진다.
- ③ 乙이 사망하더라도 특별한 사정이 없는 한 甲의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ④ 미성년자인 甲이 乙로부터 매매계약체결의 대리권을 수여 받아 매매계약을 체결한 경우, 乙은 甲이 체결한 매매계약을 甲이 미성년자임을 이유로 취소할 수 없다.
- ⑤ 甲이 부득이한 사유로 丙을 복대리인으로 선임한 경우, 丙은 甲의 대리인이다.

**문 13] 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 표현대리행위가 성립하는 경우, 상대방에게 과실이 있더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.
- ② 상대방의 유권대리 주장에는 표현대리의 주장이 포함되는 것은 아니므로 이 경우 법원은 표현대리의 성립여부까지 판단해야 하는 것은 아니다.
- ③ 민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리 규정은 법정대리에도 적용된다.
- ④ 복대리인의 대리행위에 대해서는 표현대리가 성립할 수 없다.
- ⑤ 수권행위가 무효인 경우, 민법 제129조의 대리권 소멸 후의 표현대리가 적용되지 않는다.

**문 14] 乙은 대리권 없이 甲을 위하여 甲소유의 X토지를 丙에게 매도하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 乙이 丙으로부터 받은 매매대금을 甲이 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲은 위 매매계약을 추인한 것으로 본다.
- ② 甲이 乙을 상대로 위 매매계약의 추인을 한 경우, 그 사실을 丙이 안 때에는 甲은 丙에게 추인의 효력을 주장할 수 있다.
- ③ 甲을 단독상속한 乙이 자신의 매매행위가 무효임을 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.
- ④ 丙이 甲에게 기간을 정하여 그 추인 여부의 응답을 최고하였으나 甲이 기간 내에 응답을 발송하지 않으면 추인은 거절한 것으로 본다.
- ⑤ 甲이 추인을 하더라도 丙은 乙을 상대로 무권대리인의 책임에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.

**문 15] 甲은 토지거래허가구역 내에 있는 자신의 X토지에 대해 허가를 받을 것을 전제로 乙에게 매도하는 계약을 체결하였으나 아직 허가는 받지 않은 상태이다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 乙은 甲에게 계약의 이행을 청구할 수 없다.
- ② 甲이 토지거래허가신청절차에 협력하지 않는 경우, 乙은 이를 이유로 계약을 해제할 수 있다.
- ③ 토지거래허가구역 지정이 해제된 경우, 특별한 사정이 없는 한 위 매매계약은 확정적으로 유효하다.
- ④ 甲과 乙이 토지거래허가를 받으면 위 매매계약은 소급해서 유효로 되므로 허가 후에 새로 매매계약을 체결할 필요는 없다.
- ⑤ 甲의 사기에 의하여 위 매매계약이 체결된 경우, 乙은 토지거래허가를 신청하기 전이라도 甲의 사기를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.

**문 16] 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 매도인에 의해 매매계약이 적법하게 해제된 후에는 매수인은 그 매매계약을 착오를 이유로 취소할 수 없다.
- ② 법률행위의 취소를 전제로 한 이행거절 가운데는 특별한 사정이 없는 한 취소의 의사표시가 포함된 것으로 볼 수 있다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없다.
- ④ 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.
- ⑤ 취소할 수 있는 법률행위의 취소권의 행사기간은 제척기간이다.

**문 17] 조건과 기한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 기성조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위가 된다.
- ② 불능조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위가 된다.
- ③ 불법조건은 그 조건만이 무효가 되고 그 법률행위는 조건 없는 법률행위로 된다.
- ④ 기한은 당사자의 특약에 의해서도 소급효를 인정할 수 없다.
- ⑤ 기한은 원칙적으로 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.

**문 18] 소멸시효의 기산점이 잘못 연결된 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 불확정기한부 채권 - 기한이 객관적으로 도래한 때
- ② 부당이득반환청구권 - 기한의 도래를 안 때
- ③ 정지조건부 권리 - 조건이 성취된 때
- ④ 부작위를 목적으로 하는 채권 - 위반행위를 한 때
- ⑤ 선택채권 - 선택권을 행사할 수 있을 때

**문 19] 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 응소행위로 인한 시효중단의 효력은 원고가 소를 제기한 때에 발생한다.
- ② 물상보증인이 제기한 저당권설정등기 말소등기청구의 소에 응소한 채권자 겸 저당권자의 행위는 시효중단사유가 아니다.
- ③ 재판상의 청구로 중단된 시효는 재판이 확정된 때부터 새로이 진행한다.
- ④ 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류신청을 한 때에 소급한다.
- ⑤ 채권의 양수인이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하는 것은 소멸시효 중단사유에 해당한다.

문 20] 통정허위표시의 무효를 이유로 대항할 수 없는 '제3자'에 해당하지 않는 자는? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 가장소비대차의 계약상의 지위를 이전 받은 자
- ② 가장매매의 목적물에 대하여 저당권을 취득한 자
- ③ 가장의 금전소비대차에 기한 대여금채권을 가압류한 자
- ④ 가장매매에 의한 매수인으로부터 목적 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 자
- ⑤ 가장의 전세권설정계약에 기하여 등기가 마쳐진 전세권에 관하여 저당권을 취득한 자

문 21] 물권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 적법한 분할절차를 거치지 않은 채 토지 중 일부만에 관하여 소유권보존등기를 할 수 없다.
- ② 온천에 관한 권리는 관습법상의 물권이 아니다.
- ③ 1필 토지의 일부도 점유취득시효의 대상이 될 수 있다.
- ④ 부속건물로 등기된 창고건물은 분할등기 없이 원채인 주택과 분리하여 경매로 매각될 수 있다.
- ⑤ 지상권은 저당권의 객체가 될 수 있다.

문 22] 甲이 乙소유 X토지에 권원없이 Y건물을 신축하여 소유하고 있다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 乙은 Y를 관리하는 甲의 직원 A에게 X의 반환청구를 할 수 있다.
- ② 甲이 법인인 경우 乙은 甲의 대표이사 B 개인에게 X의 반환청구를 할 수 있다.
- ③ 乙이 甲에게 X의 반환청구를 하여 승소한 경우, 乙은 甲에게 Y에서 퇴거할 것을 청구할 수 있다.
- ④ 미등기인 Y를 丙이 매수하여 인도받았다면 乙은 丙을 상대로 건물철거 청구를 할 수 있다.
- ⑤ 乙은 甲에 대한 X의 반환청구권을 유보하고 X의 소유권을 丁에게 양도할 수 있다.

문 23] 등기에 의하여 추정되지 않는 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 환매특약등기 - 특약의 진정성립
- ② 대리인에 의한 소유권이전등기 - 적법한 대리행위의 존재
- ③ 저당권등기 - 피담보채권의 존재
- ④ 부적법하게 말소된 등기 - 말소된 등기상 권리의 존재
- ⑤ 토지등기부의 표제부 - 등기부상 면적의 존재

문 24] 甲이 乙소유 X도자기에 관해 무단으로 丙에게 질권을 설정해 주었고, 丙은 질권의 선의 취득을 주장하고 있다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 丙은 평온·공연하게 X의 점유를 취득하였어야 한다.
- ② 丙은 甲이 소유자가 아니라는 사실에 대하여 그 자신이 선의이고 무과실이라는 사실을 증명하여야 한다.
- ③ 丙이 甲과 질권설정계약을 체결할 당시 선의였다면 질물의 인도를 받을 때 악의라도 丙의 선의취득은 인정된다.
- ④ 丙이 X에 대하여 甲이 직접점유를 취득하는 형태로 점유를 취득한 경우, 丙의 선의 취득은 인정되지 아니한다.
- ⑤ 만약 甲이 미성년자임을 이유로 丙과의 질권설정계약을 취소하면 丙은 선의취득을 할 수 없다.

문 25] 점유자와 회복자의 관계에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지상권자는 선의점유자라도 자주점유자가 아니므로 과실수취권이 인정되지 아니한다.
- ② 타주점유자가 점유물을 반환하는 경우, 점유자는 특별한 사정이 없는 한 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액의 상환을 청구할 수 있다.
- ③ 악의의 점유자는 과실(過失)없이 과실(果實)을 수취하지 못한 경우에도 그 대가를 보상하여야 한다.
- ④ 점유물이 점유자의 책임있는 사유로 멸실된 경우, 선의의 타주점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다.
- ⑤ 점유자가 점유물에 유익비를 지출한 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 회복자에 대하여 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 점유자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.

문 26] 상린관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 경계에 설치된 담이 공유인 경우, 공유자는 그 분할을 청구할 수 있다.
- ② 인접하여 토지를 소유한 자는 다른 관습이 없으면 공동비용으로 통상의 경계표나 담을 설치할 수 있다.
- ③ 경계표 설치를 위한 측량비용은 다른 관습이 없으면 토지의 면적에 비례하여 부담한다.
- ④ 인접지의 수목뿌리가 경계를 넘은 경우, 토지소유자는 임의로 그 뿌리를 제거할 수 있다.
- ⑤ 건물을 축조함에는 특별한 관습 또는 약정이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 한다.



문 27] 시효취득의 대상이 아닌 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 지상권                                      ② 저당권
- ③ 소유권                                      ④ 계속되고 표현된 지역권
- ⑤ 동산질권

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

- ① 부동산에 부합되어 동산의 소유권이 소멸한 때에는 그 동산을 목적으로 한 다른 권리도 소멸한다.
- ② 부합한 동산 간의 주종을 구별할 수 없는 때에는 특약이 없는 한 동산의 소유자는 부합 당시 가액의 비율로 합성물을 공유한다.
- ③ X토지 소유자의 승낙 없이 토지임차인의 승낙만 받아 제3자가 X에 수목을 심은 경우, 그 수목은 X에 부합하지 않으므로 제3자가 식재한 수목임을 알지 못하는 X의 양수인은 그 수목을 별채할 수 없다.
- ④ 타인의 권원에 기하여 부동산에 부합된 물건이 부동산의 구성부분이 된 경우, 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 없다.
- ⑤ 건물의 증축부분이 축조 당시 독립한 권리의 객체성을 상실하여 본건물에 부합된 후 구조의 변경 등으로 독립한 권리의 객체성을 취득하게 된 때에는 본건물과 독립하여 거래의 대상이 될 수 있다.

문 29] 물권의 소멸에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① X토지에 甲이 1번 저당권, 乙이 2번 저당권을 취득하고, 丙이 X토지를 가압류한 후 乙이 X토지를 매수하여 소유권을 취득한 경우 乙의 저당권은 혼동으로 소멸하지 않는다.
- ② 유치권자가 유치권 성립 후에 이를 포기하는 의사표시를 한 경우에도 점유를 반환하여야 유치권은 소멸한다.
- ③ 점유권과 소유권은 혼동으로 소멸하지 아니한다.
- ④ 지역권은 20년간 행사하지 않으면 시효로 소멸한다.
- ⑤ 후순위 저당권이 존재하는 주택을 대항력을 갖춘 임차인이 경매절차에서 매수한 경우, 임차권은 혼동으로 소멸한다.

문 30] 甲은 그 소유 X토지에 대한 배타적 사용·수익권을 포기하고 타인(사인, 국가 등 일반 공중)의 통행을 위한 용도로 제공하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 그 타인에 대하여 X의 인도청구를 할 수 없다.
- ② 甲이 X에 대한 소유권을 보유한 채 사용·수익권을 대세적·영구적으로 포기하는 것은 허용되지 않는다.
- ③ 甲은 일반 공중의 통행을 방해하지 않는 범위에서 X를 처분할 수 있다.
- ④ 甲의 상속인의 X에 대한 배타적 사용·수익권도 제한된다.
- ⑤ 만약 甲이 X를 일반 공중의 통행목적이 아니라 지상건물의 소유자만을 위하여 배타적 사용·수익권을 포기한 경우, 특별한 사정이 없는 한 X의 매수인의 배타적 사용·수익권 행사는 제한된다.

문 31] X토지를 3분의 1씩 공유하는 甲, 乙, 丙의 법률관계에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲이 乙과 丙의 동의 없이 X토지 중 3분의 1을 배타적으로 사용하는 경우, 乙은 방해배제를 청구할 수 없다.
- ② 甲과 乙이 협의하여 X토지를 매도하면 그 효력은 丙의 지분에도 미친다.
- ③ 丁이 X토지의 점유를 무단으로 침해하고 있는 경우, 甲은 X토지 중 자신의 지분에 한하여 반환을 청구할 수 있다.
- ④ 甲이 자신의 지분을 포기하더라도 乙과 丙이 이전등기를 하여야 甲의 지분을 취득한다.
- ⑤ 丙이 1년 이상 X토지의 관리비용을 부담하지 않은 경우, 甲과 乙은 丙의 지분을 무상으로 취득할 수 있다.

문 32] X토지를 3분의 1씩 공유하는 甲, 乙, 丙의 공유물분할에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 乙과 丙의 동의를 얻지 않고서 공유물의 분할을 청구할 수 있다.
- ② 甲, 乙, 丙이 3년간 공유물을 분할하지 않기로 합의한 것은 유효하다.
- ③ 공유물분할의 소에서 법원은 X를 甲의 단독소유로 하고 乙과 丙에게 지분에 대한 합리적인 가액을 지급하도록 할 수 있다.
- ④ 甲의 지분 위에 설정된 근저당권은 공유물분할이 되어도 특단의 합의가 없는 한 X전부에 관하여 종전의 지분대로 존속한다.
- ⑤ 甲, 乙, 丙사이에 공유물분할에 관한 협의가 성립하였으나 분할협의를 따른 지분이 전등기에 협조하지 않으면 공유물분할의 소를 제기할 수 있다.

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

- ① 저당물의 담보가치를 유지하기 위해 설정된 지상권은 피담보채권이 소멸하면 함께 소멸한다.
- ② 기존 건물의 사용을 목적으로 설정된 지상권은 그 존속기간을 30년 미만으로 정할

수 있다.

- ③ 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우, 특약이 없는 한 지상권자가 존속기간 중 심은 수목의 소유권은 지상권설정자에게 귀속된다.
- ④ 양도가 금지된 지상권의 양수인은 양수한 지상권으로 지상권설정자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 토지양수인이 지상권자의 지료 지급이 2년 이상 연체되었음을 이유로 지상권소멸청구를 하는 경우, 종전 토지소유자에 대한 연체기간의 합산을 주장할 수 없다.

**문 34] 토지전세권에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

ㄱ. 전세권의 존속기간이 만료하면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸한다.

ㄴ. 전세금의 지급은 전세권의 성립요소가 되는 것이므로 기존의 채권으로 전세금 지급을 대신할 수 없다.

ㄷ. 전세권 존속기간이 시작되기 전에 마친 전세권설정등기도 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 추정된다.

ㄹ. 당사자가 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였으나 설정과 동시에 목적물을 인도하지 않았다면, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하기로 하였더라도 그 전세권은 무효이다.

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

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

- ① 피담보채권이 존재한다면 타인의 물건에 대한 점유가 불법행위로 인한 것인 때에도 유치권이 성립한다.
- ② 유치권자가 유치물 소유자의 승낙 없이 유치물을 임대한 경우, 특별한 사정이 없는 한 유치물의 소유자는 유치권의 소멸을 청구할 수 없다.
- ③ 목적물에 대한 점유를 상실한 경우, 유치권자가 점유회수의 소를 제기하여 점유를 회복할 수 있다는 것만으로는 유치권이 인정되지 않는다.
- ④ 채무자를 직접점유자로 하여 채권자가 간접점유를 하였더라도 채권자는 유효하게 유치권을 취득할 수 있다.
- ⑤ 저당물의 제3취득자가 저당물의 개량을 위하여 유익비를 지출한 때에는 민법 제367조에 의한 비용상환청구권을 피담보채권으로 삼아 유치권을 행사할 수 있다.

**문 36] 유치권이 유효하게 성립할 수 있는 경우는? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 주택수선공사를 한 수급인이 공사대금채권을 담보하기 위하여 주택을 점유한 경우
- ② 임대인이 지급하기로 약정한 권리금의 반환청구권을 담보하기 위하여 임차인이 상가 건물을 점유한 경우
- ③ 매도인이 매수인에 대한 매매대금채권을 담보하기 위하여 매매목적물을 점유한 경우
- ④ 주택신축을 위하여 수급인에게 공급한 건축자재에 대한 대금채권을 담보하기 위하여 그 공급자가 주택을 점유한 경우
- ⑤ 임차인이 임차보증금반환채권을 담보하기 위하여 임차목적물을 점유한 경우

**문 37] 질권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?**

- ① 질물보다 다른 재산이 먼저 경매된 경우, 질권자는 그 매각대금으로부터 배당을 받을 수 없다.
- ② 질권자가 채권 일부를 변제받았더라도 질물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다.
- ③ 질물이 멸실된 경우에도 그로 인하여 질권설정자가 받을 금전을 압류하면 질권의 효력이 그 금전에 미친다.
- ④ 정당한 이유있는 때에는 질권자는 채무자 및 질권설정자에게 통지하고 감정자의 평가에 의하여 질물로 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다.
- ⑤ 질권자는 그 권리의 범위 내에서 자기의 책임으로 질물을 전질할 수 있다.

**문 38] 저당권의 효력이 미치는 범위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 담보권 실행을 위하여 저당부동산을 압류한 경우, 저당부동산의 압류 이후 발생한 차임채권에는 저당권의 효력이 미친다.
- ② 주물 그 자체의 효용과는 직접 관계없지만 주물 소유자의 상용에 공여되고 있는 물건이 경매목적물로 평가되었다면 경매의 매수인이 소유권을 취득한다.
- ③ 구분건물의 전유부분에 대한 저당권의 효력은 특별한 사정이 없는 한 대지사용권에도 미친다.
- ④ 기존건물에 부합된 증축부분이 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였더라도 경매의 매수인이 증축부분의 소유권을 취득한다.
- ⑤ 특약이 없는 한 건물에 대한 저당권의 효력은 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다.

문 39] 법정지상권이 성립하는 경우를 모두 고른 것은? (특별한 사정은 없고, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㄱ. X토지에 저당권을 설정한 甲이 저당권자 乙의 동의를 얻어 Y건물을 신축하였으나 저당권 실행 경매에서 丙이 X토지의 소유권을 취득한 경우
- ㄴ. 甲소유의 X토지와 그 지상건물에 공동저당권이 설정된 후 지상건물을 철거하고 Y건물을 신축하였고 저당권의 실행으로 X토지의 소유자가 달라진 경우
- ㄷ. X토지를 소유하는 甲이 乙과 함께 그 지상에 Y건물을 신축·공유하던 중 X토지에 저당권을 설정하였고 저당권 실행 경매에서 丙이 X토지의 소유권을 취득한 경우

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

문 40] 甲은 乙에 대한 3억 원의 채권을 담보하기 위하여 乙소유 X토지와 丙소유 Y토지에 대하여 각각 1번 공동저당권을 취득하였고, 丁은 X에 대하여 피담보채권액 2억 원의 2번 저당권을 취득하였다. 그 후, 甲이 Y에 대한 경매를 신청하여 매각대금 2억 원을 배당받은 후 X에 대한 경매를 신청하여 X가 3억 원에 매각된 경우, 丁이 X의 매각대금에서 배당받을 수 있는 금액은? (경매비용·이자 등은 고려하지 않으며, 다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 0원
- ② 5천만 원
- ③ 1억 원
- ④ 1억 5천만 원
- ⑤ 2억 원

# 민법해설

## 〈24 감평 기출해설〉

문 1] 정답: ④

- ① **헌법재판소의 결정**은 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 기속하므로, 그 결정내용이 **민사**에 관한 것인 한, **민법의 법원이 될 수 있다.**

### 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

- ② **사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983.6.14., 80다3231).**

**비교** 제106조 【사실인 관습】 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.

→ 법률행위 해석: 사실인 관습 > 임의규정

- ③ **중중 구성원의 자격에 관한 대법원의 견해의 변경은 관습상의 제도로서 대법원 판례에 의하여 법률관계가 규율되어 왔던 중중제도의 근간을 바꾸는 것인바, 대법원이 이 판결에서 중중 구성원의 자격에 관하여 '공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다'고 견해를 변경하는 것은 그동안 중중 구성원에 대한 우리 사회일반의 인식 변화와 아울러 전체 법질서의 변화로 인하여 성년 남자만을 중중의 구성원으로 하는 종래의 관습법이 더 이상 우리 법질서가 지향하는 남녀평등의 이념에 부합하지 않게 됨으로써 그 법적 효력을 부정하게 된 데에 따른 것일 뿐만 아니라, 위와 같이 변경된 견해를 소급하여 적용한다면, 최근에 이르기까지 수십 년 동안 유지되어 왔던 종래 대법원 판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력을 일시에 좌우하게 되고, 이는 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰보호를 내용으로 하는 법치주의의 원리에도 반하게 되는 것이므로, 위와 같이 변경된 대법원의 견해는 이 판결 선고 이후의 중중 구성원의 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 함이 상당하다(대판(전) 2005.7.21, 2002다1178).**

- ④ **가족례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다(대판 1983.6.14. 80다3231).** 따라서 제정법과 배치되는 관습법은 효력이 없다.

- ⑤ 법령과 같은 효력을 갖는 **관습법**은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 **법원이 직권**으로 이를 확정하여야 하고 **사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야** 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, **법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장 입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14. 80다3231).**

문 2) 정답 : ④

- ① 공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 **숙박계약**은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 **일종의 일시 사용을 위한 임대차계약**으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 **숙박업자**는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 **고객에게 위협이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담**하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 **신의칙상 인정되는 부수적인 의무**로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명·신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 부담하고, 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반 사실을 주장·입증하여야 하며 숙박업자로서는 통상의 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 그 채무불이행에 관하여 자기에게 과실이 없음을 주장·입증하지 못하는 한 그 책임을 면할 수는 없다(대판 2000.11.24. 2000다38718, 38725).
- ② **환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우**에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실에서의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 **입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다**고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다(대판 2003.4.11. 2002다63275).
- ③ 기획여행업자는 통상 여행 일반은 물론 목적지의 자연적·사회적 조건에 관하여 전문적 지식을 가진 자로서 우월적 지위에서 행선지나 여행시설 이용 등에 관한 계약 내용을 일방적으로 결정하는 반면, 여행자는 안전성을 신뢰하고 기획여행업자가 제시하는 조건에 따라 여행계약을 체결하는 것이 일반적이다. 이러한 점을 감안할 때, **기획여행업자는 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여** 여행목적지·여행일정·여행행정·여행서비스기관의 선택 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 여행계약 내용의 실시 도중에 여행자가 부딪칠지 모르는 위험을 미리 제거할 수단을 강구하거나, 여행자에게 그 뜻을 고지함으로써 여행자 스스로 위험을 수용할지에 관하여 선택할 기회를 주는 등 합리적 조치를 취할 **신의칙상 안전배려의무를 부담**한다(대판 2011.5.26. 2011다1330).
- ④ **계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어** 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약목적 달성을 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 **특별한 사정이 없는 한** 그 계약 내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 **신의칙에 반한다고 볼 수도 없다**(대판 2014.5.16. 2011다5578).
- ⑤ **강행법규인 구 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제7항을 위반하였을 경우에 있어서 위반한 자 스스로가 무효를 주장함이** 신의성실의 원칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 투기 거래 계약의 효력 발생을 금지하려는 국토이용관리법의 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 되므로, 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 **신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다**(대판 1995.11.21. 94다20532).

문 3) 정답 : ⑤

모든 항목이 옳다.

- ㄱ. (○) : 의사무능력자가 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 자신 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 후 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반하는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다(대판 2006.9.22.2004다51627). 의사무능력자 甲과 乙이 체결한 대출거래약정 및 근저당권설정계약은 무효이다.
- ㄴ. (○) : 무능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이나, 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다(대판 2009.1.15. 2008다58367).
- ㄷ. (○) : 의사무능력자가 자신이 소유하는 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 금원을 대출받아 이를 제3자에게 대여한 사안에서, 대출로써 받은 이익이 위 제3자에 대한 대여금채권 또는 부당이득반환채권의 형태로 현존하므로, 금융기관은 대출거래약정 등의 무효에 따른 원상회복으로서 위 대출금 자체의 반환을 구할 수는 없더라도 현존 이익인 위 채권의 양도를 구할 수 있다(대판 2009.1.15. 2008다58367).

문 4) 정답 : ①

- ① 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 미성년자는 성년자와 동일한 행위능력을 가지므로, 그 범위에서 법정대리권이 소멸한다(제8조).

**제8조 【영업의 허락】**  
 ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.

- ② 제한능력을 이유로 하는 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 있다(제5조 제2항, 제10조 제1항, 제13조 제4항).

**제5조 【미성년자의 능력】** ② 전항의 규정에 위반한 행위는 취소할 수 있다  
**제10조 【피성년후견인의 행위와 취소】** ① 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다.  
**제13조 【피한정후견인의 행위와 동의】** ④ 한정후견인의 동의를 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

- ③ 제16조 【제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권】 ② 제한능력자의 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다.
- ④ 가정법원은 피성년후견인이 성년후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위의 범위를 정할 수 있는 것이 아니라, 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있는 것이다(제10조 제2항).

**제10조 【피성년후견인의 행위와 취소】**  
 ② 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.



- ⑤ 피특정후견인은 완전한 행위능력자이다. 일시적으로 또는 특정한 사무에 대하여 후원을 받을 뿐이다. 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).

**제14조의2 【특정후견의 심판】**

- ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 특정후견의 심판을 한다  
 ② 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.

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

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

문 5) 정답 : ③

- ㄱ. (○) : 대표자로서의 모든 권한을 포괄적으로 타인에게 위임하고 자신은 이사의 직무를 집행하지 않은 甲의 '직무유기'는 그 자체로 이사의 선관주의의무를 위반한 행위이다.

**제61조 【이사의 주의의무】** 이사는 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 행하여야 한다.

- ㄴ. (×) : 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 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, 94다18522). 대표자 甲의 포괄 위임에 근거한 A의 사실상 대표자로서 乙이 丙과 체결한 계약의 효력은 A에게 미치지 않는다.

**제62조 【이사의 대리인선임】** 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다.

- ㄷ. (○) : 민법 제35조 제1항은 "법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다"라고 정한다. 여기서 '법인의 대표자에는 그 명칭이나 직위 여부 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다. 그리고 이러한 법리는 주택조합과 같은 비법인사단에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2011.4.28. 2008다15438 구성 스윗닷홈주택조합 사건) A는 丁에 대하여 법인의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.

문 6) 정답 : ③

- ①, ④ 법인이 대표기관을 통하여 법률행위를 한 때에는 대리에 관한 규정이 준용된다(민법 제59조 제2항). 따라서 적법한 대표권을 가진 자와 맺은 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인의 법인에 귀속하고, 마찬가지로 그러한 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다. 또한, 민법 제391조는 법정대리인 또는 이행보조자의 고의·과실을 채무자 자신의 고의·과실로 간주함으로써 채무불이행책임을 채무자 본인에게 귀속시키고 있는데, 법인의 경우도 법률행위에 관하여 대표기관의 고의·과실에 따른 채무불이행책임의 주체는 법인으로 한정된다.(대판

2019.5.30. 2017다53265). 따라서 ①대표자 甲이 A를 위하여 적법한 대표권 범위 내에서 계약을 체결한 경우, 그 계약의 효력은 본인이 사단법인 A에게 미친다. 그러나 ④ A의 乙에 대한 계약상 채무불이행책임 여부를 판단하는 경우, 원칙적으로 A의 고의·과실은 행위를 하는 **대표자 甲을 기준으로 결정**한다(제116조 제2항).

**제59조 【이사의 대표권】**

- ① 이사는 법인의 사무에 관하여 **각자** 법인을 **대표**한다. 그러나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고 특히 사단법인은 총회의 의결에 의하여야 한다.
- ② 법인의 대표에 관하여는 **대리**에 관한 규정을 **준용**한다.

**제116조 【대리행위의 하자】**

- ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받은 경우에 그 사실의 유무는 **대리인을 표준으로 하여 결정**한다.

- ② 대표이사의 대표권한 범위를 벗어난 행위라 하더라도 그것이 회사의 권리능력의 범위 내에 속한 행위이기만 하면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자가 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿은 신뢰는 보호되어야 하고, **대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는** 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 **자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단** 회사의 행위로서 **유효**하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 **알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것**이다(대판 2013.7.11. 2013다16473).
- ③ 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 사단법인 A는 등기 없이는 대표권 제한에 관한 정관의 규정에 대해 악의인 제3자 乙에 대해서도 대항할 수 없다.

**제60조 【이사의 대표권에 대한 제한의 대항요건】**

이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다.

- ⑤ 만약 계약의 체결이 대표자 甲과 법인 A의 이해가 상반하는 사항인 경우, 甲은 계약체결에 대해 대표권이 없다(제64조). 이 경우 특별대리인을 선임하여야 한다.

**제64조 【특별대리인의 선임】**

**법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없다.** 이 경우에는 전조의 규정에 의하여 **특별대리인**을 선임하여야 한다.

문 7) 정답 : ②

- ① 사단법인의 경우 해산사유를 정하는 때에는 그 사유는 정관에 필수적 기재사항이다(제40조 제7호).

**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 특실에 관한 규정
7. 존립시거나 **해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유**

- ② 사단법인의 정관은 법적 성질이 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하므로, 어느 시점의 사단법인의 사원들이 정관의 규범적인 의미내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명하였다고 하더라도 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 구성원인 사원이나 법인을 구속할 수 없다(대판 2000.11.24, 99다12437).
- ③ “사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다”고 한 민법 제56조의 규정은 강행규정은 아니라고 할 것이므로, 정관에 의하여 이를 인정하고 있을 때에는 양도·상속이 허용된다(대판 1992.4.14, 91다26850). 따라서 정관에 달리 정함이 없으면 제56조가 적용되어 사원의 지위는 양도할 수 없다.

**제56조 【사원권의 양도, 상속금지】** 사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다.

- ④ 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 하는 위임 유사의 관계이다. 민법 제689조 제1항에 따르면 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다. 그러므로 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 언제든지 이사를 해임할 수 있다. 다만 이러한 민법 규정은 임의규정이므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도 규정을 둘 수 있다. 이러한 규정은 법인과 이사의 관계를 명확히 하는 것 외에 이사의 신분을 보장하는 의미도 아울러 가지고 있으므로 이를 단순히 주의적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상 법인은 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다(대판 2024. 1.4. 2023다263537).
- ⑤ 법원의 직무집행정지 가치분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가치분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로, 가치분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다(대판 2008.5.29, 2008다4537).

문 8) 정답 : ②

- ① 토지의 개수는 지적법에 의한 지적공부상의 토지의 필수를 표준으로 하여 결정되는 것으로 1필지의 토지를 수필의 토지로 분할하여 등기하려면 먼저 위와 같이 지적법이 정하는 바에 따라 분할의 절차를 밟아 지적공부에 각 필지마다 등록이 되어야 하고 지적법상의 분할절차를 거치지 아니하는 한 1개의 토지로서 등기의 목적이 될 수 없는 것이며 설사 등기부에만 분필의 등기가 실행되었다 하여도 이로써 분필의 효과가 발생할 수는 없는 것이므로 결국 이러한 분필등기는 1부동산1부등기용지의 원칙에 반하는 등기로서 무효라 할 것이다(대판 1990.12.7. 90다카25208).
- ② 등기부상 만으로 어떤 토지 중 일부가 분할되고 그 분할된 토지에 대하여 지번과 지적이 부여되어 등기되어 있어도 지적공부 소관청에 의한 지번, 지적, 지목, 경계확정 등의 분필절차를 거친 바가 없다면 그 등기가 표상하는 목적물은 특정되었다고 할 수는 없으니, 등기부에 소유자로 등기된 자가 등기부에 기재된 면적에 해당하는 만큼의 토지를 특정하여 점유하였다고 하더라도 그 등기는 그가 점유하는 토지부분을 표상하는 등기로 볼 수 없어 그 점유자는 등기부취득시효의 요건인 '부동산의 소유자로 등기한 자에 해당하지 아니하므로 등기부시효취득을 할 수는 없다(대판 1995.6.16. 94다4615건).
- ③ 점유 기타 사실관계의 기한 권리변동에 있어서는 제100조 제2항이 적용되지 않는다. 주물을 점유하고 있다 하더라도, 현실적으로 점유하고 있지 않는 종물에 대한 점유가 인정되지 않는다. 주물에 대한 점유취득시효의 효력은 점유하지 않은 종물에 미치지 않는다.

제100조 【주물, 종물】 ② 종물은 주물의 처분에 따른다.

- ④ 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로(민법 제100조 제1항) **주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다.** 저당권의 실행으로 부동산이 경매된 경우에 그 부동산에 부합된 물건은 그것이 부합될 당시에 누구의 소유이었던지를 가릴 것 없이 그 부동산을 낙찰받은 사람이 소유권을 취득하지만, 그 부동산의 상용에 공하여진 물건일지라도 그 물건이 부동산의 소유자가 아닌 다른 사람의 소유인 때에는 이를 종물이라고 할 수 없으므로 부동산에 대한 저당권의 효력에 미칠 수 없어 부동산의 낙찰자가 당연히 그 소유권을 취득하는 것은 아니며, 나아가 **부동산의 낙찰자가 그 물건을 선의취득하였다고 할 수 없으려면 그 물건이 경매의 목적물로 되었고 낙찰자가 선의이며 과실 없이 그 물건을 점유하는 등으로 선의취득의 요건을 구비하여야 한다**(대판 2008.5.8. 2007다36933, 36940).
- ⑤ **미분리의 천연과실과 수목의 집단은 토지의 일부이지만 명인방법을 갖춘 경우에는 독립한 부동산이다**(대판 1977.4.12, 76도2887).

문 9] 정답 : ④

- ① 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 **법률행위 시를 기준으로** 판단하여야 한다. 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용을 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면 **사후에 외부적 환경의 급격한 변화로 인하여 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다**(대판(전) 2013.9.26, 2013다26746; 대판 2015.1.15, 2014다216072).
- ② 대리인이 매매계약을 체결한 경우, 경솔과 무경험은 그 대리인을 기준으로 판단하고 **궁박상태에 있었는지의 여부는 본인의 입장에서 판단해야 한다**(대판 2002.10.22, 2002다38927).
- ③ 적법한 절차에 의하여 이루어진 경매에 있어서 경락가격이 경매부동산의 시가에 비하여 저렴하다는 사유는 경락허가결정에 대한 적법한 불복이유가 되지 못하는 것이고 **경매에 있어서는 불공정한 법률행위 또는 채무자에게 불리한 약정에 관한 것으로서 효력이 없다는 민법 제104조, 제608조는 적용될 여지가 없다**(대결 1980.3.21, 80마77).
- ④, ⑤ 불공정한 법률행위는 무효이며 **선의의 제3자에게도 무효를 주장할 수 있다.** 그리고 **무효행위의 추인에 의하여 유효로 될 수 없고, 법정추인이 적용될 여지도 없다**(대판 1994.6.24, 94다10900)

■ 민법상 추인 비교

1. 무효행위의 추인		제139조	효과
①	강행법규 위반, 반사회적 법률행위, 불공정한 법률행위 등 무효	적용 ×	추인하여도 여전히 무효
②	통정허위표시로 무효, 무효의 가등기의 유용, 무효인 명의신탁 등 무효	적용 ○	무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률로 본다(소급효 없다).
③	유동적 무효 : ㉠ 무권대리행위 ㉡ 무권리자 처분행위 ㉢ 토지거래허가를 받지 않고 한 토지매매 계약 등	적용 ×	추인이나 허가를 받으면 소급하여 효력 발생
2. 취소할 수 있는 행위의 추인(취소권의 포기)		제141조 ○	유동적 유효 → 확정적 유효(소급효 ×)

문 10] 정답 : ⑤

- ① 제111조 【의사표시의 효력발생시기】 ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
- ② 통정허위표시는 표의자 스스로 그의 진의와 표시행위의 의미가 일치하지 않는다는 것을 알고, 그에 대하여 상대방과의 통정이 있으면 성립하는 것으로, 통정의 동기나 목적은 허위표시의 성립요건이 아니므로 허위표시의 성립에 영향이 없다.

제108조 【통정한 허위의 의사표시】 ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.

- ③ 무효인 법률행위는 그 법률행위가 성립한 당초부터 당연히 효력이 발생하지 않는 것이므로, 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있다고 하여도 법률효과의 침해에 따른 손해는 없는 것이므로 그 손해배상을 청구할 수는 없다(대판 2003.3.28. 2002다72125).
- ④ 착오가 법률행위 내용의 중요 부분에 있다고 하기 위하여는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하고, 만일 그 착오로 인하여 표의자가 무슨 경제적인 불이익을 입은 것이 아니라고 한다면 이를 법률행위 내용의 중요 부분의 착오라고 할 수 없다(대판 1999.2.23. 98다47924).
- ⑤ 민법 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 단서 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2014.11.27. 2013다49794).

문 11] 정답 : ⑤

- ① 민법 제110조는 표의자의 재산의 보호가 아니라 표의자의 의사결정의 자유를 보호하는 데 그 목적이 있으므로 피기망자에게 손해를 가할 의사는 사기에 의한 의사표시의 성립요건이 아니다.
- ② 일반적으로 강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 한다(대판 1996.4.26. 94다34432).
- ③ 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999.2.23. 98다60828·60835).
- ④ 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다(대판 1998.1.23. 96다41496).
- ⑤ 사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산의 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로 사기로 인하여 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다(대판 1970.11.24., 70다2155).

문 12) 정답 : ④

- ① 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한, 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한이 있다(대판 1994.2.8, 93다39379).
- ② 통상 사채알선업자가 전주(錢主)를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 1997.9.30, 97다23372).
- ③ 본인의 사망은 대리권 소멸사유이다(제127조). 본인 乙이 사망한다면 특별한 사정이 없는 한 임의대리인 甲의 대리권은 소멸한다.

**제127조 【대리권의 소멸사유】**  
 대리권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.  
 1. 본인의 사망  
 2. 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산

- ④ 대리인은 행위능력을 요하는 것이 아니기 때문에 대리인 甲이 제한능력자인 미성년자임을 이유로 매매계약을 취소할 수 없다.

**제117조 【대리인의 행위능력】** 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.

- ⑤ 복대리인은 대리인이 대리권의 범위 내에서 대리인 자신의 이름으로 선임한 본인의 대리인이다. 임의대리인 甲이 부득이한 사유로 丙을 복대리인으로 선임한 것은 적법하며(제120조), 이때 복대리인 丙은 본인 乙을 대리한다(제123조 제1항). 丙은 대리인 甲의 대리인이 아니다.

**제120조 【임의대리인의 복임권】**  
 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.  
**제123조 【복대리인의 권한】** ① 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다.

문 13) 정답 : ④

- ① 표현대리가 성립하면 그 본인은 표현대리행위에 대하여 전적인 책임을 지야 하고 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 그의 책임을 감경할 수 없다(대판 1996.7.12, 95다49554).
- ② 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전을 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다고 하였다(대판 1983.12.13, 83다카1489).
- ③ 민법 제126조 소정의 권한을 넘는 표현대리 규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 그 취지가 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없다(대판 1997.6.27, 97다3828)
- ④ 복대리에도 표현대리법리가 적용된다. 따라서 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 대리행위를 하도록 한 경우, 대리권 소멸 후의 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1998.3.27, 97다48982).



- ⑤ 수권행위가 무효라면 처음부터 대리권이 존재하지 않았던 경우이므로 대리권 소멸 후의 표현대리에 관한 민법 제129조는 적용되지 않는다.

문 14) 정답 : ⑤

- ① 무권대리인에 의한 매매계약에서 본인이 무권대리인이나 상대방으로부터 대금을 수령한 경우에는 특단의 사유가 없는 한 무권대리인의 매매계약을 추인하였다고 볼 것이다(대판 1963.4.11, 63다64; 대판 1992.2.28, 91다15584).
- ② 무권대리의 추인은 무권대리인이나 무권대리인의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있다. 그러나 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에는 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효력을 주장하지 못하므로, 선의의 상대방은 그때 까지 제134조에 의한 철회를 할 수 있다(대판 1981.4.14, 80다2314). 무권대리인에게 추인한 사실을 상대방 丙이 안 경우이므로 본인 甲은 丙에게 추인의 효력을 주장할 수 있다(제132조 단서).

**제132조 【추인, 거절의 상대방】**

추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다

- ③ 판례는 “甲은 乙의 무권대리인으로서 제135조 제1항의 규정에 의하여 매수인인 丙에게 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그러한 지위에 있는 甲이 乙로부터 부동산을 상속받아 그 소유자가 되어 소유권이전등기이행의무를 이행하는 것이 가능하게 된 시점에서 자신이 소유자라고 하여 자신으로부터 부동산을 전전매수한 丁에게 원래 자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효였다는 이유로 丁 앞으로 경료된 소유권이전등기가 무효의 등기라고 주장하여 그 등기의 말소를 청구하거나 부동산의 점유로 인한 부당이득금의 반환을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다(대판 1994.9.27, 94다20617)”고 판시하여 무권대리인이 본인을 단독상속한 경우에 관하여 당연히 유효로 되는 것은 아니고 무권대리인이 본인의 지위에서 추인을 거절하는 것은 금반언의 원칙이나 신의칙상 허용되지 않는다고 본다.
- ④ 상대방 丙이 甲에게 기간을 정하여 그 추인 여부의 확답을 최고하였으나 본인 甲이 기간 내에 확답을 발송하지 않으면 추인은 거절한 것으로 본다(제131조).

**제131조 【상대방의 최고권】**

대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

- ⑤ 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다(제135조 제1항). 반대 해석상 본인 甲이 매매계약을 추인하면 상대방 丙은 본인에게 계약을 책임을 물을 수 있으므로, 乙을 상대로 무권대리인의 책임을 물을 수 없다.

**제135조 【상대방에 대한 무권대리인의 책임】**

① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

문 15) 정답 : ②

- ① 국토이용관리법상 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 거래계약은 관할관청으로부터 허가 받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 아니하여 무효이므로 권리의 이전 또

- 는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없고, 따라서 상대방의 거래계약상 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수도 없다(대판 2000.1.28, 99다40524).
- ② 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자는 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수 없다(대판(전) 1999.6.17, 98다40459), 협력의무는 부수적 채무에 불과하기 때문이다.
  - ③ 허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 대하여 토지거래허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결한 후 허가구역 지정해제 등이 된 때에는 그 토지거래계약이 허가구역 지정이 해제되기 전에 확정적으로 무효로 된 경우를 제외하고는, 더 이상 관할 행정청으로부터 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로 유효로 되어 거래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 계약이 유동적 무효상태에 있다고 볼 것은 아니다(대판(전) 1999.6.17, 98다40459),
  - ④ 국토이용관리법상 토지거래허가를 받지 않고 매매계약을 체결한 경우 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효로 되므로, 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다(대판 1991.12.24, 90다12243).
  - ⑤ 계약당사자의 표시와 불일치한 의사(비진의표시, 허위표시 또는 착오) 또는 사기, 강박과 같은 하자 있는 의사에 의하여 토지거래 등이 이루어진 경우에 있어서, 이들 사유에 기하여 그 거래의 무효 또는 취소를 주장할 수 있는 당사자는 그러한 거래허가를 신청하기 전 단계에서 이러한 사유를 주장하여 거래허가 신청협력에 거절의사를 일방적으로 명백히 함으로써 그 계약을 확정적으로 무효화시키고 자신의 거래허가절차에 협력할 의무를 면함은 물론 기왕에 지급된 계약금 등의 반환도 구할 수 있다(대판 1996.11.8, 96다35309).

문 16) 정답 : ①

- ① 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).
- ② 법률행위의 취소는 상대방에 대한 의사표시로 하여야 하나 그 취소의 의사표시는 특별히 재판상 행하여짐이 요구되는 경우 이외에는 특정한 방식이 요구되는 것이 아니고, 취소의 의사가 상대방에 의하여 인식될 수 있다면 어떠한 방법에 의하더라도 무방하다고 할 것이고, 법률행위의 취소를 당연한 전제로 한 소송상의 이행청구나 이를 전제로 한 이행거절 가운데는 취소의 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 있다(대판 1993.9.14, 93다13162).
- ③ 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고, 다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있다(대판 1997.12.12, 95다38240).
- ④ 제146조 【취소권의 소멸】 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.
- ⑤ 민법 제146조는 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는바, 이 때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대판 1996.9.20, 96다25371).



문 17) 정답 : ③

- ① 기성조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 하고, 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다 (제151조 제2항).

**제151조 【불법조건, 기성조건】**  
 ② 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.

- ② 불능조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고, 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다 (제151조 제3항).

**제151조 【불법조건, 기성조건】**  
 ③ 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.

- ③ 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용이 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8, 2005마541).

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

- ④ 기한부 법률행위의 효력은 어떤 기한이든 기한도래시부터 생기며 절대적으로 소급할 수 없다. 이는 당사자의 특약으로도 소급효를 인정할수 없는데, 기한에 소급효를 인정하면 기한을 붙이는 것과 모순되기 때문이다(제152조).

**비고** 조건과 달리 기한은 당사자의 의사표시로 소급효를 인정하는 규정이 없다.

- ⑤ 제153조 【기한의 이익과 그 포기】 ① 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다. |

문 18) 정답 : ②

- ① 확정기한부 채권은 기한이 도래한 때, 불확정 기한부 채권은 기한이 객관적으로 도래한 때부터 소멸시효가 진행된다.

- ② 부당이득반환청구권은 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 성립하며, 그 성립과 동시에 권리를 행사할 수 있으므로 청구권이 성립한 때부터 소멸시효가 진행된다(대판 2017.7.18, 2017다9039, 9046).

- ③ 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하며 여기서 권리를 행사할 수 있는 때라 함은 권리행사에 법률상의 장애가 없는 때를 말하므로 정지조건부권리의 경우에는 조건 미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없는 것이어서 소멸시효가 진행되지 않는다(대판 1992.12.22, 92다28822).

- ④ 제166조 【소멸시효의 기산점】 ② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행된다.

- ⑤ 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있는 것인바 이 상대방이 가지는 계약이행 또는 손해배상청구권의 소멸시효는 그 선택권을 행사할 수 있는 때로부터 진행한다 할 것이고 또 선택권을 행사할 수 있는 때라고 함은 대리권의 증명 또는 본인의 추인

을 얻지 못한 때라고 할 것이다(대판 1965.8.24. 64다1156).

문 19) 정답 : ①

- ① 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구라 함은 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키지만, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 마찬가지로 이에 포함되는 것으로 해석함이 타당하고 또한 **응소행위로 인한 시효중단의 효력**은 피고가 **현실적으로 권리를 행사하여 응소한 때에 발생**한다(대판 2005.12.23. 2005다59383, 59390).
- ② **물상보증인이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한** 저당권설정등기 말소등기 절차이행청구소송에서 **채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다**고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 민법 제168조 제1호 소정의 **‘청구에 해당하지 아니한다**(대판 2004.1.16, 2003다30890).
- ③ **제178조 【중단 후의 시효진행】** ② 재판상의 청구로 인하여 중단된 시효는 전항의 규정에 의하여 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행한다.
- ④ 가압류를 시효중단사유로 규정한 이유는 **가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문**이다. 가압류채권자의 권리행사는 가압류를 신청한 때에 시작되므로, 이 점에서 **가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류신청을 한 때에 소급한다**(대판 2017.4.7, 2016다35451).
- ⑤ 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).

문 20) 정답 : ①

- ②③④⑤ 모두 민법 제108조 제2항의 '제3자'에 해당한다.  
 제108조 제2항의 제3자란 **당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자**를 말한다.  
 따라서 1. **가장매매의 매수인으로부터 그 목적부동산을 다시 매수한 자나 저당권의 설정을 받은 자**, 2. 가장매매의 매수인으로부터 매매계약에 의한 소유권이전청구권보전을 위한 가등기를 취득한 자, 3. 가장의 금전소비대차에 기한 **대여금채권을 가압류한 자**, 4. 가장의 전세권설정계약에 기하여 등기가 경료된 전세권에 관하여 저당권을 취득한 자는 모두 제3자에 해당한다.
- ① 구 상호신용금고법 소정의 **계약이전은 금융거래에서 발생한 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 것**이므로 계약이전을 받은 금융기관은 계약이전을 요구받은 금융기관과 대출채무자 사이의 통정허위표시에 따라 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상

이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2004.1.15. 2002다 31537).

- ② 가장매매의 매수인으로부터 그 목적부동산을 다시 매수한 자나 저당권의 설정을 받은 자도 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자이다
- ③ 통정한 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우, 그 가압류권자는 허위표시에 기초하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되므로 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한 민법 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28, 2003다70041).
- ④ 허위표시를 원인으로 한 가등기 및 본등기와 이를 바탕으로 그 후에 이루어진 소유권이전등기는 제108조 제2항에 의해 유효하다(대판 1996.4.26. 94다12074).
- ⑤ 실제로는 전세권설정계약이 없으면서도 임대차계약에 기한 임차보증금 반환채권을 담보할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 근저당권이 설정된 경우, 실령 위 전세권설정계약만 놓고 보아 그것이 통정허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 이로써 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 근저당권자에 대하여는 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다(대판 2008.3.13. 2006다29372).

문 21) 정답 : ④

- ① 일물일권주의(一物一權主義)의 원칙상, 물건의 일부분, 구성부분에는 물권이 성립할 수 없는 것이어서 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부부분에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2000.10.27. 2000다39582).
- ② 온천권은 이를 관습법상의 물권이라고 볼 수 없고 온천수는 민법 제235조, 제236조 소정의 공유수 또는 생활상 필요한 용수에 해당하지 아니한다고 본다(대판 1970.5.26, 69다1239).
- ③ 1필의 토지의 일부에 대한 시효취득을 인정하기 위하여는 그 부분이 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적 징표가 계속하여 존재할 것을 요한다 할 것이다(대판 2015.4.9, 2012다2408).
- ④ 1동의 건물은 그 전체를 경락허가의 대상으로 삼아야 할 것이고 그 일부분을 분리하여 따로 경락허가의 대상으로 삼을 수는 없는 것인바, 경매의 대상이 된 건물인 1동의 주택 및 창고와 부속건물 4동이 한 개의 건물로 등기되어 있고 미등기인 창고 2동이 있는데 경매법원이 등기된 건물 중 원채인 주택 및 창고와 부속건물 중 1동을 제외한 부속건물 3동을 따로 떼어 경락허가한 것은 일물일권주의에 위반되어 위법하고, 미등기인 창고 2동은 그것이 등기된 건물에 부속된 것이라면 같은 이유로 위법하고 따로 독립된 건물이라면 경매신청이 없는데 경락을 허가한 허물이 있다(대판 1990.10.11. 90마679).
- ⑤ 제371조 【지상권, 전세권을 목적으로 하는 저당권】 ① 본장의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다.

문 22) 정답 : ④

- ① 소유권에 기한 물권적 청구권은 점유하는 자에게 요구하는 권리이다. 따라서 소유자는 현재 점유하고 있지 않은 자를 상대로 소유물의 반환을 청구할 수 없다, 사회통념상 건물은

그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이고, **건물의 소유자는** 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않더라도 **그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다**(대판 1991.6.25. 91다10329). 乙소유 X토지를 점유하는 자는 건물소유자인 甲이며, Y 건물을 관리하는 甲의 직원 A은 점유자인 甲의 지시에 따라 즉 점유보조관계에 기해서 사실상 지배를 하는 자로서 민법 제195조에 의해 **점유자로 인정되지 않는** 점유보조자일 뿐이다. 토지 소유자 乙은 Y를 관리하는 甲의 **직원 A에게는 토지 점유자가 아니므로 X의 반환청구를 할 수 없다.**

**제213조 【소유물반환청구권】**

소유자는 그 소유에 속한 물건을 **점유한 자에 대하여** 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

- ② 甲이 법인인 경우 甲법인 자체가 건물의 소유자이므로(제34조), X토지의 소유자 乙은 甲의 **대표이사 B 개인에게 아니라** 토지 점유자인 **甲법인에게 X의 반환청구를 할 수 있다.**
- ③ 건물의 소유자가 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 토지 소유자로서는 건물의 철거와 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐 **자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수는 없다**(대판 1999.7.9. 98다57457, 57464). 乙은 건물소유자인 甲에게 Y건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다.
- ④ 건물철거는 그 소유권의 중국적 처분에 해당되는 사실행위이므로 원칙으로는 **그 소유자에게만 그 철거처분권이 있다** 할 것이고, 예외적으로 건물을 전소유자로부터 매수하여 점유하고 있는 등 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자에게도 그 철거처분권이 있다(대판 2003.1.24. 2002다61521). 토지 소유자 乙은 丙이 매수하여 인도받았다면 **건물에 대하여 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있는 자이므로 丙을 상대로 건물철거 청구를 할 수 있다.**
- ⑤ **소유권에 의하여 발생하는 물상청구권은 소유권과 분리하여 이를 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 행사시킬 수는 없다**(대판 1980.9.9. 80다7). 토지의 반환청구권만 유보하고 소유권을 丁에게 양도할 수는 없다.

문 23) 정답 : ⑤

- ① 환매기간을 제한하는 환매특약이 등기부에 기재되어 있는 때에는 반증이 없는 한 등기부 기재와 같은 환매특약이 진정하게 성립된 것으로 추정함이 상당하다(대판 1991.10.11. 91다13700).
- ② 소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 **제3자가 그 처분 행위에 개입된 경우** 현 등기명의인이 **그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고 주장하더라도 현 소유 명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정**되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서 그 반대사실 즉, 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다던가, 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 입증책임을 진다(대판 1997.4.8. 97다416).
- ③ 저당권등기가 있으면 저당권의 존재뿐만 아니라 피담보채권의 존재도 추정된다.
- ④ 등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 **등기가 원인 없이 말소된 경우**에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 **말소된 등기의 등기 명의인은 적법한 권리자로 추정**되므로 원인 없이 말소된 등기의 효력을 다투는 쪽에서 그 무효사유를 주장·입증하여야 한다(대판 1997.9.30. 95다39526).
- ⑤ **토지등기부의 표제부는 사실의 등기**이지 권리의 등기가 아니므로 추정력이 없다. 따라서 그로 인하여 **등기부상 면적의 존재가 추정된다고 할 수 없다.** 또한 토지의 면적은 지적공부에 따른다(대판 1991.2.22. 90다12977).

문 24) 정답 : ③

- ①, ② 민법 제330조, 제343조, 제249조에 의하면 **동산질권을 선의취득하기 위하여는 질권자가 평은 공연하게 선의이며 과실없이 질권의 목적동산을 취득하여야 하고, 그 취득자의 선의 무과실은 동산질권자가 입증하여야 한다**(대판 1981.12.22. 80다2910). 따라서 丙이 질권을 선의취득하기 위해서는 평은 공연하게 X의 점유를 취득하였어야 하고, 丙 자신이 甲이 소유자가 아니라는 사실에 대하여 선의이고 무과실이라는 사실을 증명하여야 한다.

**제249조 【선의취득】**  
 평은 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

**제343조 【준용규정】**  
 제249조 내지 제251조, 제321조 내지 제325조의 규정은 동산질권에 준용한다.

- ③ 민법 제249조가 규정하는 **선의 무과실의 기준시점은 물건행위가 완성되는 때**인 것이므로 물건적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물건적 합의보다 먼저 행하여지면 물건적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다(대판 1991.3.22. 91다70) **丙이 계약을 체결할 당시 선의였다라도 X를 인도받을 때에도, 즉 물건행위가 완성된 때까지 선의·무과실이 계속되어야 한다. 따라서 인도받을 때 악의였다면 丙의 선의취득은 인정되지 않는다.**
- ④ 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로서 그 요건을 충족할 수 없다(대판 1978.1.17. 77다1872). 甲이 직접점유를 취득하는 형태로 丙이 점유를 취득한 것은 점유개정에 해당하므로 丙의 선의취득은 인정되지 않는다.
- ⑤ 동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래 행위이어야 성립한다(대판 2008.5.8. 2007다36933, 36940). **따라서 거래행위가 제한능력, 의사 의 흠결 등으로 무효·취소된 때에는 선의취득은 성립하지 않는다.** 甲이 계약을 취소하면 丙은 선의취득을 할 수 없다.

문 25) 정답 : ②

- ① 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”라고 규정하고 있는 바, 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). **지상권자는 타주점유자이지만 용익물권자로서 과실수취권이 인정된다.**
- ② 물건을 통상 사용하는데 적합한 상태로 보존하고 관리하는 데 지출되는 비용은 필요비를 말하는데, 점유자가 **선의·악의나 소유의사를 묻지 않고 회복자에 대하여 필요비의 상환을 청구할 수 있다.** 다만 **점유자가 과실을 취득한 경우에 통상의 필요비는 청구하지 못한다**(제203조 제1항 단서). 타주점유자는 특별한 사정이 없는 한 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액의 상환을 청구할 수 있다.

**제203조 【점유자의 상환청구권】**  
 ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다.

- ③ 악의의 점유자가 **과실(過失) 없이 과실(果)을 수취하지 못한 경우에는 그 대가를 보상할 필요가 없다.**



**제201조 【점유자와 과실】**

② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 **과실로** 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.

④ 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.**

⑤ **제203조 【점유자의 상환청구권】** ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 **유익** 비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 **회복지**의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.

문 26) 정답 : ①

① 경계에 설치된 담이 공유인 경우, 제268조 제3항에 의해 **법률상 공유물분할청구가 금지된다.**

**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.  
 ③ 전항의 규정은 **제215조, 제239조**의 공유물에는 적용하지 아니한다.

②, ③ 인접하여 토지를 소유한 자가 통상의 경계표나 담을 설치하는 경우 별다른 관습이나 특약이 없는 한 그 설치비용은 절반씩, **측량비용은 토지 면적비율로 부담**한다(제237조).

**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 부담**한다.

④ **제240조 【수지, 목근의 제거권】** ③ 인접지의 수목 **뿌리**가 경계를 넘은 때에는 **임의로 제거할 수 있다.**

⑤ **제242조 【경계선부근의 건축】** ① 건물을 축조함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 한다.

문 27) 정답 : ②

① 건물을 소유하기 위하여 그 건물 부지를 평온·공연하게 20년간 점유함으로써 건물부지에 대한 **지상권을 시효취득한다**(대판 1994.10.14, 94다9849).

② **저당권**은 그 성질상 점유를 수반하지 않기 때문에 **시효취득의 대상이 되지 않는다.**

③ **제245조 【점유로 인한 부동산소유권의 취득기간】** ① **20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득**한다

④ **민법 제294조에 의하여 지역권을 계속되고 표현된 것에 한하여** 같은 법 제245조의 규정을 준용하게 되어 있으므로 **지역권을 시효취득한 자는 등기함으로써 그 지역권을 취득하는 것**이라고 보아야 할 것인데 원고가 지역권을 등기한 바 없고 그 대지는 취득시효 기간이 지난 뒤에 피고가 소유자로부터 매수하여 소유권이전등기까지 경료하였다면 원고가 지역권을 승계취득하였다 고 하더라도 피고에 대하여 이를 주장할 수 없다(대판 1990.10.30, 90다카20395).

⑤ 동산질권도 시효취득의 대상이 된다(제248조).

제248조 【소유권 이외의 재산권의 취득시효】 전3조의 규정은 소유권 이외의 재산권의 취득에 준용한다.

문 28) 정답 : ③

- ① 동산이 부동산에 부합하여 동산의 소유권이 소멸한 때에는 그 동산을 목적으로 한 다른 권리도 소멸한다(제260조 제1항)

제260조 【첨부의 효과】

① 전4조의 규정에 의하여 동산의 소유권이 소멸한 때에는 그 동산을 목적으로 한 다른 권리도 소멸한다.

- ② 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합 당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다(제257조).

제257조 【동산 간의 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 부합 당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.

- ③ 민법 제256조 단서 소정의 '권원'이라 함은 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻하므로 그와 같은 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음이 없이 그 임차인의 승낙을 받아 그 부동산 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다(대판 1989.7.11. 88다카9067). X토지의 양수인은 자신의 소유인 수목을 벌채할 수 있다.

제256조 【부동산에의 부합】

부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

- ④ 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되어 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 없지만(대판 1985.12.4. 84다카2428: 2008.5.8. 2007다36933, 36940 등 참조), 부합물이 위와 같은 요건을 충족하지 못해 그 물건의 소유권이 부동산의 소유자에게 귀속되었다고 볼 수 없는 경우에는 부동산의 소유자는 방해배제청구권에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 있다.
- ⑤ 일반적으로 건물의 증축부분이 축조 당시는 본건물의 구성부분이 됨으로써 독립의 권리의 객체성을 상실하여 본건물에 부합되었다고 할지라도 그후 구조의 변경등으로 독립한 권리의 객체성을 취득하게 된 때에는 본건물과 독립하여 거래의 대상이 될 수 있다(대판 1982.1.26. 81다519).

문 29) 정답 : ②

- ① 어떠한 물건에 대한 소유권과 다른 물건이 동일한 사람에게 귀속한 경우 그 제한물권은 혼동에 의하여 소멸하는 것이 원칙이지만, 본인 또는 제3자의 이익을 위하여 그 제한물권을 존속시킬 필요가 있다고 인정되는 경우에는 민법 제191조 제1항 단서의 해석에 의하여 혼동으로 소멸하지 않는다고 보아야 할 것이다(대판1998. 7.10. 98다18643). X토지에 甲이 1번 저당권, 乙이 2번 저당권을 취득하고, 丙이 X토지를 가압류한 후 乙이 X토지를 매수하여 소유권을 취득한 경우 乙의 후순위 저당권이 혼동으로 소멸하게 된다면, 가압류한 丙은 이로 인하여 부

당한 이득을 얻게 되는 반면 乙은 손해를 보게 되는 불합리한 결과가 되므로, 乙의 저당권은 그 이후의 소유권 취득에도 불구하고 혼동으로 소멸하지 않는다.

- ② 유치권은 법정담보물권이기는 하나 채권자의 이익보호를 위한 채권담보의 수단에 불과하므로 이를 표기하는 특약은 유효하고, 유치권을 사전에 포기한 경우 다른 법정요건이 모두 충족되더라도 유치권이 발생하지 않는 것과 마찬가지로 **유치권을 사후에 포기한 경우 곧바로 유치권은 소멸**하며, 채권자가 유치권의 소멸 후에 그 목적물을 계속하여 점유한다고 하여 여기에 적법한 유치의 의사나 효력이 있다고 인정할 수 없고 다른 법률상 권원이 없는 한 무단점유에 지나지 않는다(대판 2011.5.13. 2010마1544).
- ③ 혼동으로 물권이 소멸하기 위해서는 1) 양립될 수 없는 물권이, 2) 동일인에게 귀속되는 경우이어야 한다. 따라서 **점유권에 대해서는 혼동의 법리가 적용되지 않는다**. 점유권은 다른 물권과 양립할 수 있기 때문이다(제191조 제3항 참조).

**제191조 【혼동으로 인한 물권의 소멸】**  
 ① 동일한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 동일한 사람에게 귀속한 때에는 다른 물권은 소멸한다. 그러나 그 물권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 아니한다.  
 ③ 점유권에 관하여는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.

- ④ 지역권은 20년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다(제162조 제2항).

**제162조 【채권, 재산권의 소멸시효】**  
 ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.  
 ② 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

- ⑤ 임차주택의 양수인에게 대항할 수 있는 주택임차인이 당해 임차주택을 경락받아 그 대금을 납부함으로써 임차주택의 소유권을 취득한 때에는, 그 주택임차인은 임대인의 지위를 승계하는 결과, **그 임대차계약에 기한 채권이 혼동으로 인하여 소멸하게 되므로 그 임대차는 종료된 상태가 된다**(대판 1998.9.25. 97다28650). 경매절차이므로 소멸주의에 따라 후순위 저당권도 소멸하게 되고, 따라서 임차권을 존치시킬 이유가 없다.

문 30) 정답 : ⑤

- ① 토지 소유자가 그 소유의 토지를 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공한 경우에 소유자가 토지를 소유하게 된 경위와 보유기간, 소유자가 토지를 공공의 사용에 제공한 경위와 그 규모, 토지의 제공에 따른 소유자의 이익 또는 편익의 유무, 해당 토지 부분의 위치나 형태, 인근의 다른 토지들과의 관계, 주위 환경 등 여러 사정을 종합적으로 고찰하고, 토지 소유자의 소유권 보장과 공공의 이익 사이의 비교형량을 한 결과 **소유자가 그 토지에 대한 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있다면 타인(사인(私人))뿐만 아니라 국가·지방자치단체도 이에 해당할 수 있다. 이하 같대이 그 토지를 점유·사용하고 있다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그로 인해 토지 소유자에게 어떤 손해가 생긴다고 볼 수 없으므로** 토지 소유자는 그 타인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없고 **토지의 인도 등을 구할 수도 없다**(대판(전) 2019.1.24. 2016다264556). 甲은 그 타인에 대하여 X토지의 인도청구를 할 수 없다.
- ②, ③ **소유권의 핵심적 권능에 속하는 사용·수익 권능의 대세적·영구적인 포기는 물권법정주의에 반하여 허용할 수 없으므로** 토지 소유자의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사가 제한되는 것으로 보는 경우에도 일반 공중의 무상 이용이라는 토지이용현황과 양립 또는 병존하기 어려운 토지 소유자의 독점적이고 배타적인 사용·수익만이 제한될 뿐이고, **토지 소유자는 일반 공중의 통행 등 이용을 방해하지 않는 범위 내에서는 그 토지를 처분하거나 사용·수익할 권능을 상실하지**



- 않는다(대판(전) 2019.1.24. 2016다264556). ② 甲이 X토지의 사용·수익권을 대세적·영구적으로 포기하는 것은 허용되지 않는다. ③ 甲은 일반 공중의 통행을 방해하지 않는 범위에서 X토지를 처분할 수 있다.
- ④ 상속인은 피상속인의 일신에 전속한 것이 아닌 한 상속이 개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리·의무를 승계하므로 피상속인이 사망 전에 그 소유 토지를 일반 공중의 이용에 제공하여 독점적·배타적인 사용·수익권을 포기한 것으로 볼 수 있고 그 토지가 상속재산에 해당하는 경우에는 피상속인의 사망 후 그 토지에 대한 상속인의 독점적·배타적인 사용·수익권의 행사 역시 제한된다(대판(전) 2019.1.24. 2016다264556).
- ⑤ 토지소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사 제한의 법리는 토지가 도로, 수도시설의 매설 부지 등 일반 공중을 위한 용도로 제공된 경우에 적용되는 것이어서 토지가 건물의 부지 등 지상 건물의 소유자들만을 위한 용도로 제공된 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 토지소유자가 그 소유 토지를 건물의 부지로 제공하여 지상 건물소유자들이 이를 무상으로 사용하도록 허락하였다고 하더라도 그러한 법률관계가 물권의 설정 등으로 특정승계인에게 대항할 수 있는 것이 아니라면 채권적인 것에 불과하여 특정승계인이 그러한 채권적 법률관계를 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인의 그 토지에 대한 소유권 행사가 제한된다고 볼 수 없다(대판 2019.11.14. 2015다211685) 특별한 사정이 없는 한 X토지의 매수인의 배타적 사용·수익권 행사는 제한되지 않는다.

문 31) 정답 : ④

- ① 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 그 인도를 청구할 수는 없고, 다만 자신의 지분권에 기초하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다(대판(전) 2020.5.21. 2018다287522). 토지의 1/3 지분을 소유하고 있는 소수지분권자 乙은 甲에게 자신의 공유지분권에 기초하여 X토지에 대한 방해배제청구를 할 수 있다.
- ② 공유물을 처분하기 위해서는 전원의 동의가 있어야 한다(제264조). 甲과 乙이 협의하여 X토지를 매도하였다 하더라도 공유자 丙의 동의가 없어 공유물인 X토지의 처분의 효력은 없다. 다만, 甲과 乙의 지분처분으로 효력이 있을 뿐이므로(제263조), 丙의 지분에는 미치지 않는다.

**제263조 【공유지분의 처분과 공유물의 사용, 수익】**

공유자는 그 지분을 처분할 수 있고 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있다.

**제264조 【공유물의 처분, 변경】**

공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다.

- ③ 공유물을 점유할 아무런 권리가 없는 제3자에 대해서는 각 공유자는 단독으로 반환을 청구할 수 있고, 이 때 자신에게 목적물 전부를 반환할 것을 청구할 수 있다. 판례는 보존행위를 근거로 한다. 丁이 X토지의 점유를 무단으로 침해하고 있는 경우, 공유자 아닌 제3자인 丁에게 甲은 X토지 중 자신의 지분에 한하지 않고, 전부에 대해 반환을 청구할 수 있다.
- ④ 민법 제267조는 ‘공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인 없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속한다.’고 규정하고 있다. 여기서 공유지분의 포기는 법률행위로서 상대방 있는 단독행위에 해당하므로, 부동산 공유자의 공유지분 포기의 의사표시가 다른 공유자에게 도달하더라도 이로써 곧바로 공유지분 포기에 따른 물권변동의 효력이 발생하는 것은 아니고, 다른 공유자는 자신에게 귀속될 공유지분에 관하여 소유권이전등기청구권을 취득하며, 이후 민법 제186조에 의하여 등기를 하여야 공유지분 포기에

다른 물권변동의 효력이 발생한다(대판 1965.6.15, 65다301 참조). 그리고 부동산 공유자의 공유지분 포기에 따른 등기는 해당 지분에 관하여 다른 공유자 앞으로 소유권이전등기를 하는 형태가 되어야 한다(대판 2016.10.27, 2015다52978). 甲이 자신의 지분을 포기하더라도 乙과 丙이 이전등기를 하여야 甲의 지분을 취득한다.

- ⑤ 공유자가 1년 이상 관리비용 기타 의무이행을 지체한 때에는 다른 공유자는 **상당한 가액으로 지분을 매수할 수 있다**(제266조 제2항). 甲, 乙은 丙의 지분을 무상으로 취득할 수는 없다.

**제266조 【공유물의 부담】**

② 공유자가 1년 이상 전항의 의무이행을 지체한 때에는 다른 공유자는 상당한 가액으로 지분을 매수할 수 있다.

문 32) 정답 : ⑤

- ① **공유자는 다른 약정이 없으면 언제든지 공유물의 분할을 청구할 수 있다**(민법 제268조). 공유는 공동소유자 상호 간에 아무런 인적 결합관계 없이 각기 독립적으로 목적물을 지배할 수 있는 공동소유 형태로서, 물건에 대한 1개의 소유권이 분량적으로 분할되어 여러 사람에게 속하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 각 공유자는 공유물의 분할을 청구하여 기존의 공유관계를 해소하고 각 공유자 간에 공유물을 분배하는 법률관계를 실현하는 일반적인 권리를 가진다(대판 1991.11.12, 91다27228 등 참조). 甲은 乙과 丙의 동의를 얻지 않고서 공유물의 분할을 청구할 수 있다.
- ② 5년 내의 기간으로 분할금지약정이 가능하므로, 甲, 乙, 丙이 3년간 공유물을 분할하지 않기로 합의한 것은 유효하다(제268조 제1항).

**제268조 【공유물의 분할청구】**

① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 **5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다**.

- ③ 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다(대판 2004.10.14, 2004다30583).
- ④ 甲, 乙의 공유인 부동산 중 **甲의 지분 위에 설정된 근저당권 등 담보물권은 특단의 합의가 없는 한 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속하고 근저당권설정자인 甲 앞으로 분할된 부분에 당연히 집중되는 것은 아니므로**, 甲과 담보권자 사이에 공유물분할로 甲의 단독소유로 된 토지부분 중 원래의 乙지분부분을 근저당권의 목적물에 포함시키기로 합의하였다 하더라도 이런 합의가 乙의 단독소유로 된 토지부분 중 甲지분부분에 대한 피담보채권을 소멸시키기로 하는 합의까지 내포한 것이라고는 할 수 없다(대판 1989.8.8, 88다카24868).
- ⑤ **공유물분할은 협의분할을 원칙으로 하고 협의가 성립되지 아니한 때에는 재판상 분할을 청구할 수 있으므로** 공유자 사이에 **이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우에는** 일부 공유자가 분할에 따른 이전등기에 협조하지 않거나 분할에 관하여 다툼이 있더라도 그 분할된 부분에 대한 소유권이전등기를 청구하든가 소유권확인을 구함은 별문제이나 **또다시 소로써 그 분할을 청구하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지함은 허용되지 않는다**(대판 1995.1.12., 94다30348·30355).

**제269조 【분할의 방법】**

① 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다.

문 33) 정답 : ③

- ① 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 그 목적이 된 토지 위에 차후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로써 그 목적물의 담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 채권자 앞으로 아울러 지상권을 설정하였다면, 그 피담보채권이 변제 등으로 만족을 얻어 소멸한 경우는 물론이고 시효소멸한 경우에도 그 지상권은 피담보채권에 부종하여 소멸한다(대판 2011.4.14., 2011다6342).
- ② 민법 제280조 제1항 제1호가 석조·석회조·연와조 또는 이와 비슷한 견고한 건물이나 수목의 '소유를 목적으로 하는' 지상권의 경우 그 존속기간은 30년보다 단축할 수 없다고 규정하고 있음에 비추어 볼 때, 같은 법조 소정의 **최단 존속기간에 관한 규정은 지상권자가 그 소유의 건물 등을 건축하거나 수목을 식재하여 토지를 이용할 목적으로 지상권을 설정한 경우에만 그 적용이 있다**(대판 1996.3.22, 95다49318). **기존 건물의 사용을 목적으로 지상권이 설정된 경우에는 적용되지 않아** 그 존속기간을 30년 미만으로 정할 수 있다. .
- ③ 부동산에 부합한 물건이 타인이 적법한 권원에 의하여 부속한 것인 때에는 민법 제256조 단서에 따라 그 물건의 소유권은 그 타인의 소유에 귀속되는 것이다. **지상권자가 존속기간 중 심은 수목의 소유권은 그 지상권자에게 귀속되는 것**이고, 경우에 따라 지상권자는 수목에 대해 지상물매수청구권을 행사할 수 있다.
- ④ 지상권자는 지상권설정자의 동의 없이 타인에게 그 권리를 양도하거나 그 권리의 존속기간 내에 그 토지를 임대할 수 있다(제282조). 이는 편면적 강행규정으로(제289조), 이를 금지하는 특약은 무효이다. 따라서 양도가 금지된 지상권의 양수인은 양수한 지상권으로 지상권설정자에게 대항할 수 있다.

**비교** 전세권 양도규정 : 임의규정 → 전세권 금지특약 : 유효

**제282조 【지상권의 양도, 임대】**

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

**제289조 【강행규정】**

제280조부터 제287조의 규정에 위반되는 계약으로 지상권자에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

- ⑤ 대법원은 **연속해서 2년 이상일 필요가 없고**, 특정당사자 간 2년분 이상이면 요건을 충족하고, **전소유자에게 연체된 부분의 합산을 신소유자는 주장하지 못한다**고 한다(대판 2001.3.13, 99다17142).

**제287조 【지상권 소멸청구권】**

지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는 지상권설정자는 지상권의 소멸을 청구할 수 있다.

문 34) 정답 : ②

[정답해설]

ㄱ. ㄷ. 2 항목이 옳다.

ㄱ. (○) : 전세권이 갱신 없이 존속기간이 만료되면 그 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 소멸한다(대판 1999.9.17, 98다31301).

ㄴ. (×) : 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지

급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다(대판 2009.1.30, 2008다67217).

- ㄷ. (○) : 전세권자는 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다(민법 제303조 제1항). 이처럼 전세권이 용익물권적인 성격과 담보물권적인 성격을 모두 갖추고 있는 점에 비추어 전세권 존속기간이 시작되기 전에 마친 전세권설정등기도 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 추정된다. 한편 부동산등기법 제4조 제1항은 “같은 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기한 순서에 따른다.” 라고 정하고 있으므로, 전세권은 등기부상 기록된 전세권설정등기의 존속기간과 상관없이 등기된 순서에 따라 순위가 정해진다(대판 2018.1.25, 2017마1093).
- ㄹ. (×) : 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).

문 35) 정답 : ③

- ① 유치권은 점유가 불법행위로 개시된 경우에는 인정되지 않는다(제320조 제2항).

**제320조 【유치권의 내용】**

② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

- ② 유치권은 점유하는 물건으로써 유치권자의 피담보채권에 대한 우선적 만족을 확보하여 주는 법정담보물권이다(민법 제320조 제1항, 상법 제58조). 한편 유치권자가 민법 제324조 제2항을 위반하여 유치물 소유자의 승낙 없이 유치물을 임대한 경우 유치물의 소유자는 이를 이유로 민법 제324조 제3항에 의하여 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. 민법 제324조에서 정한 유치권소멸 청구는 유치권자의 선량한 관리자의 주의의무 위반에 대한 제재로서 채무자 또는 유치물의 소유자를 보호하기 위한 규정이므로, 특별한 사정이 없는 한 민법 제324조 제2항을 위반한 임대행위가 있는 뒤에 유치물의 소유권을 취득한 제3자도 유치권소멸청구를 할 수 있다. (대판 2023.8.31, 2019다295278).
- ③ 점유회수의 소를 제기하여 승소판결을 받아 점유를 회복하면 점유를 상실하지 않았던 것으로 되어 유치권이 되살아나지만, 위와 같은 방법으로 점유를 회복하기 전에는 유치권이 되살아나는 것이 아니다(대판 2012.2.9, 2011다72189).
- ④ 유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다(대판 2008.4.11, 2007다27236).
- ⑤ 민법 제367조에 의한 우선상환은 제3취득자가 경매절차에서 배당받는 방법으로 민법 제203조 제1, 2항에서 규정한 비용에 관하여 경매절차의 매각대금에서 우선변제받을 수 있다는 것이지 이를 근거로 제3취득자가 직접 저당권설정자, 저당권자 또는 경매절차 매수인 등에 대하여 비용상환을 청구할 수 있는 권리가 인정될 수 없다. 따라서 제3취득자는 민법 제367조에 의한 비용상환청구권을 피담보채권으로 주장하면서 유치권을 행사할 수 없다(대판 2023.7.13, 2022다265093).

문 36) 정답 : ①

- ① 주택건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유지할 권리가 있다고 할 것이고, 이러한 유치권은 수급인이 점유를 상실하거나 피담보채무가 변제되는 등 특단의 사정이 없는 한 소멸되지 않는다(대판 1995.9.15, 95다16202·16219).
- ② 임대인과 임차인 사이에 건물명도 시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다(대판 1994.10.14, 93다62119).
- ③ 부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주어 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 동시이행의 항변권 외에 물권적 권리인 유치권까지 인정할 것은 아니다. 따라서 매도인이 부동산을 점유하고 있고 소유권을 이전받은 매수인에게서 매매대금 일부를 지급받지 못하고 있다고 하여 매매대금채권을 피담보채권으로 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자를 상대로 유치권을 주장할 수 없다(대결 2012.1.12, 2011마2380).
- ④ 甲이 건물 신축공사 수급인인 乙주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 경우 甲의 건축자재대금채권은 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과할 뿐 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없다(대판 2012.1.26, 2011다96208).
- ⑤ 건물의 임대차에 있어서 임차인의 임대인에게 지급한 임차보증금반환청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차목적대로 사용 못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 민법 제320조 소정 소위 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없다(대판 1976.5.11, 75다1305).

문 37) 정답 : ①

- ① 질물보다 먼저 채무자의 다른 재산에 관한 배당을 실시하는 경우에는 제340조 제1항은 적용하지 않으며, 따라서 **질권자는 채권 전액을 가지고 배당에 참가하여 배당받을 수 있다**(제340조 제2항 본문). 그러나 다른 채권자는 질권자에게 그 배당금액의 공탁을 청구할 수 있다(제340조 제2항 단서).

**제340조 【질물 이외의 재산으로부터의 변제】**  
 ① 질권자는 질물에 의하여 변제를 받지 못한 부분의 채권에 한하여 채무자의 다른 재산으로부터 변제를 받을 수 있다.  
 ② 전항의 규정은 **질물보다 먼저 다른 재산에 관한 배당을 실시하는 경우에는 적용하지 아니한다.** 그러나 다른 채권자는 질권자에게 그 배당금액의 공탁을 청구할 수 있다.

- 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 **입류하여야** 한다.
- ④ **제338조 【경매, 간이변제충당】** ② **정당한 이유 있는 때에는** 질권자는 감정인의 평가에 의하여 질물로 직접변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다. 이 경우에는 질권자는 미리 채무



자 및 질권설정자에게 통지하여야 한다.

- ⑤ 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.

문 38) 정답 : ②

- ① 민법 제359조 전문은 “저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.” 라고 규정하고 있는데, 위 규정상 ‘과실’에는 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함되므로, 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 있는 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.

- ② 종물은 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 상용에 이바지한다 함은 주를 그 주체의 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(대판 1997.10.10. 97다3750). 기존건물의 상용에 공하기 위하여 부속된 종물이라거나 기존건물에 부합된 부속건물이라고 할 수 없는 건물을 경매신청된 기존건물의 부합물이나 종물로 보아 경매법원에서 경매를 같이 진행하여 경락허가를 하였다 하더라도 이 사건 건물에 대한 경락은 당연히 무효이고 따라서 그 경락인은 이 사건 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없다(대판 1988.2.23. 87다카600).
- ③ 집합건물 구분소유자의 대지사용권은 전유부분과 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되므로, 구분건물의 전유부분에 대한 저당권 또는 경매개시결정과 압류의 효력은 당연히 종물 내지 종된 권리인 대지사용권에까지 미치고, 그에 터 잡아 진행된 경매절차에서 전유부분을 경락받은 자는 그 대지사용권도 함께 취득한다(대판 2008.3.13. 2005다15048).
- ④ 건물의 증축부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축부분의 소유권을 취득한다(대판 1992.12.8. 92다26772·26789).
- ⑤ 저당권의 효력이 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다는 민법 제358조 본문을 유추하여 보면 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물에 종된 권리인 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미치게 되므로, 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건에서 경매되었다는 등 특별한 사정이 없는 한, 경락인은 건물 소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 취득하게 되고, 한편 이 경우에 경락인이 건물을 제3자에게 양도한 때에는, 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하다(대판 1996.4.26. 95다52864).

문 39) 정답 : ②

- ㄷ. 항목의 경우에만 법정지상권이 성립한다.

- ㄱ. (×) : 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시부터 저당권의 목적되는 토지 위에 건물이 존재할 경우에 한하여 인정되며, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 그 지상에 토지소유자에 의한 건물의 건축이 개시되기 이전이었다면, **건물이 없는 토지에 관하여 저당권이 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).
- ㄴ. (×) : 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 **공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는** 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 **저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다**(대판(전) 2003.12.18, 98다43601).
- ㄷ. (○) : 건물공유자의 1인이 그 건물의 부지인 토지를 단독으로 소유하면서 그 토지에 관하여만 저당권을 설정하였다가 위 저당권에 의한 경매로 인하여 토지의 소유자가 달라진 경우, 건물공유자들은 민법 제366조에 의하여 토지 전부에 관하여 건물의 존속을 위한 법정지상권을 취득한다고 보아야 한다(대판 2011.1.13, 2010다67159).

문 40) 정답 : ①

최근 대법원은 **공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우** 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 **민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고** 봄이 상당하다고 하면서 이러한 경우 경매법원으로는 **채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다고** 보았다(대판 2010.4.15, 2008다41475). 사안의 경우가 **甲의 3억원 채권담보를 위해 채무자 乙소유의 X토지와 물상보증인 丙소유의 Y토지에 각각 1번의 공동저당권이 설정된 경우이다.** 따라서 동시배당되는 경우라도 제368조 제1항은 적용되지 않는다. 이러한 판례의 따르면 동시배당의 경우 **甲은 채무자 乙소유의 X토지에서 경매대가인 3억원 모두를 우선 변제받고, 후순위 저당권자인 丁은 배당받을 것이 없게 된다.**

[1] 사안의 정리

토지	소유자	매각대금	순위 1번 및 채권	순위 2번 및 채권
X	乙(채무자)	3억원	공동저당권자 甲 3억원	저당권자 丁 2억원
Y	丙(물상보증인)	2억원	공동저당권자 甲 3억원	

[2] 동시배당

- (1) 부동산 경매대가 : 乙(채무자) X토지 3억원 + 丙(물상보증인) Y토지 2억원  
 (2) **甲이 배당받는 금액 : 乙(채무자) X토지 3억원 + 丙(물상보증인) Y토지 0원**  
**丁이 배당받는 금액 : 乙(채무자) X토지 0원**  
**丙이 배당받는 금액 : 丙(물상보증인) Y토지 2억원**

사안은 물상보증인 丙소유의 Y토지가 우선 매각으로 공동저당권자 甲이 우선 2억원을 배당받은 후, 채무자 乙소유의 X토지가 배당되는 이시배당이 실시되는 경우이다.

판례는 **공동저당에 제공된 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 가운데 물상보증인 소유 부동산**

이 먼저 경매되어 매각대금에서 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대한 선순위 공동저당권을 대위취득한다(대판 2018.7.11. 2017다292756). Y토지의 매각대금(2억원)에서 甲이 2억원을 배당받았으므로 남은 채권액 1억원을 X토지의 매각대금(3억원)에서 甲이 1억원을 우선배당을 받는다. 매각대금 중 나머지 2억원은 물상보증인 丙이 변제자대위에 의하여 채무자 乙소유의 X토지에 대한 선순위 공동저당권자 甲을 대위하여 배당받는다. 결국 丁이 배당받을 수 있는 금액은 없게 된다.

■ 공동저당

<p>목적물 전부가 채무자 소유 또는 물상보증인 소유인 경우</p>	<p>1. 동시배당: 제368조 제1항 적용 → 각 부동산의 경매대가에 비례하여 채권분담 2. 이시배당: 제368조 제2항 적용 → 전문: 공동저당권자는 먼저 경매된 부동산의 대가에서 채권 전부변제수령 가능 → 후문: 이 경우 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자는 동시에 배당하였으면 공동저당권자가 다른 부동산에서 변제 받을 수 있는 금액의 한도에서 공동저당권자를 대위하여 저당권행사 가능</p>
<p>목적물 일부는 채무자 소유, 목적물 일부는 물상보증인 소유인 경우</p>	<p>1. 동시배당: 제368조 제1항 적용 × → ① 채무자소유: 먼저 배당 ○ ② 부족시: 물상보증인 ○ 2. 이시배당 (1) 채무자 소유가 먼저 경매된 경우: 제368조 제2항 대위 × (2) 물상보증인 소유가 먼저 경매된 경우 ① 물상보증인: 법정대위(제481조) ② 후순위저당권자(= 물상보증인에게 돈을 대여한 자): 물상대위</p>