

2019년 법무사 민법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

<기본적 사실관계>

甲은 2016. 9. 1. 乙로부터 5,000만 원을 빌리면서 1년 후에 갚기로 하였다.

甲은 2017. 9. 1. 가액이 2억 원 상당으로서 자신이 거주하는 X주택에 관하여 乙에게 매매계약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기를 마쳐주었다. 乙은 같은 날 甲에게 ‘원금 및 이자 상환이 100% 이루어졌을 때 이 사건 가등기를 즉시 해제하여 주겠다’는 내용의 각서를 작성해 주었다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.

(각 설문은 상호관련성 없으며, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례의 다수의견에 따를 것. 이상의 사실관계 및 아래의 각 설문에서 언급되지 않은 사실관계는 상정하지 않는다)

1. X주택에 관한 2017. 9. 1.자 가등기의 성질에 대하여 설명하시오. (5점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 9. 1. 현재 빌려준 돈을 甲으로부터 돌려받는 대신 X주택의 소유권을 취득하기를 원한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하기 위한 요건에 대하여 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 3. 1. X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 같은 날 甲은 X주택에 계속 거주하기로 하고 乙에게 차임으로 월 50만 원씩을 매월 1일에 선불로 지급하기로 하였으며, 그에 따라 차임을 지급하였다. 그 후 2019. 9. 1. 현재 X주택의 가액이 2억 5,000만 원으로 상승하자, 甲은 X주택에 관한 본등기 이전이 무효라고 주장한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하려면 어떻게 하여야 하는지 설명하시오. (20점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 2016. 2. 1. 丙 은행으로부터 1억 5,000만 원을 빌리면서 X주택에 관하여 채무자 甲, 채권자 丙 은행, 채권최고액 1억 7,000만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 그 후 甲은 2017. 9. 1. 위와 같이 乙에게 X주택에 관한 소유권이전등기청구권의 가등기를 마쳐 주면서, 2018. 9. 1.까지 乙에게 차용금을 갚지 못하면 차용금 대신에 X주택을 乙에게 준다는 내용의 각서를 작성해 주었다. 甲이 2018. 9. 1. 차용금을 갚지 못하자 乙은 X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 乙의 본등기의 효력에 대하여 설명하시오. (15점)

제 2 문

(50점)

<기본적 사실관계>

乙은 2019. 1. 1. 그 소유인 Y토지 지상에 X건물을 신축하기 위하여 건축업자인 丙과 다음과 같은 도급계약을 체결하였다.

약정서

- ① 丙이 X건물을 신축하되, X건물의 건축허가 명목과 소유권보존등기 명목은 乙로 함
- ② 공사대금 1억 원은 乙이 완공된 X건물을 인도받음과 동시에 丙에게 지급함
- ③ 위 ②항의 경우, 丙이 공사를 위하여 자신이 고용한 근로자들에게 노임지급을 지체한 경우, 乙은 丙에게 지급할 위 공사대금에서 지체노임 상당액을 공제하고, 乙이 위 근로자들에게 지체된 노임을 직접 지급할 수 있음

丙은 건축공사를 시작하였고, X건물의 기둥, 외벽, 지붕공사는 완료되었으나, 그 내부공사는 아직 완료되지 않았다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 Y토지와 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 지급받은 후 Y토지에 관해서는 그 등기를 甲에게 이전하였으나, X건물에 관해서는 건축허가 명목만을 甲으로 변경하였고 그 등기는 이전해 주지 못하였다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 A는 乙로부터 변제를 받지 못하자 그 이행을 요구하며 X건물을 무단으로 점유하고 있다. 이에 甲은 A를 피고로 하여 X건물의 인도를 구하고자 아래와 같이 소장의 청구취지를 작성하여 귀하에게 법률상담을 구한다. 甲의 청구가 받아들여질 수 있도록 그 이유를 제시하시오. (25점)

청구취지

피고는 원고에게 서울 ○○구 ○○대로 Y토지 지상 철근콘크리트조 X건물을 인도하라.

2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물 건축공사를 진행하면서 자금조달에 어려움이 생기자, 2019. 2. 1. 乙로부터 변제기를 2019. 3. 1.로 하여 1억 원을 차용하였다. 丙은 위 변제기를 도과한 상태에서 2019. 4. 1. 공사를 완료하였고, X건물을 乙에게 인도하였다. 乙이 丙에게 위 대여금 1억 원의 변제를 요구하자, 丙은 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권과 위 대여금채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다. 한편 丙은 자금사정으로 자신이 고용하였던 근로자들에게 아직 노임을 지급하지 못하고 있다. 이 경우 丙의 상계주장은 타당한가? (15점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물의 내부공사를 위하여 丁으로부터 3천만 원 상당의 건축자재를 구입하였으나, 자금사정으로 그 대금을 지급하지 못하였다. 丙이 공사를 완료하고 X건물을 乙에게 인도한 후, 丙은 자신의 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권 중 3천만 원을 丁에게 양도하고 乙에게 이를 통지하였다. 이후 丁은 乙에게 위 공사대금 3천만 원의 지급을 구하였

으나 乙 역시 자력이 없어 그 공사대금을 지급하지 못하자, 丁은 乙에게 민법 제666조에 의하여 X건물에 대한 저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였다. 이에 乙은 X건물에 대하여 丁 앞으로 저당권을 설정하여 주었다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 B는 乙의 저당권설정 행위가 사해행위라고 주장하며 그 취소 및 원상회복의 소를 제기하였다. 위 소송의 결론은 어떻게 예상되는지 설명하시오. (10점)

제 1 문

<기본적 사실관계>

甲은 2016. 9. 1. 乙로부터 5,000만 원을 빌리면서 1년 후에 갚기로 하였다.

甲은 2017. 9. 1. 가액이 2억 원 상당으로서 자신이 거주하는 X주택에 관하여 乙에게 매매계약을 원인으로 한 소유권이전청구권 가등기를 마쳐주었다. 乙은 같은 날 甲에게 ‘원금 및 이자 상환이 100% 이루어졌을 때 이 사건 가등기를 즉시 해제하여 주겠다’는 내용의 각서를 작성해 주었다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.

(각 설문은 상호관련성 없으며, 견해 대립이 있을 경우 대법원 판례의 다수의견에 따를 것. 이상의 사실관계 및 아래의 각 설문에서 언급되지 않은 사실관계는 상정하지 않는다)

1. X주택에 관한 2017. 9. 1.자 가등기의 성질에 대하여 설명하시오. (5점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 9. 1. 현재 빌려준 돈을 甲으로부터 돌려받는 대신 X주택의 소유권을 취득하기를 원한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하기 위한 요건에 대하여 설명하시오. (10점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 2019. 3. 1. X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 같은 날 甲은 X주택에 계속 거주하기로 하고 乙에게 차임으로 월 50만 원씩을 매월 1일에 선불로 지급하기로 하였으며, 그에 따라 차임을 지급하였다. 그 후 2019. 9. 1. 현재 X주택의 가액이 2억 5,000만 원으로 상승하자, 甲은 X주택에 관한 본등기 이전이 무효라고 주장한다. 乙이 X주택의 소유권을 유효하게 취득하려면 어떻게 하여야 하는지 설명하시오. (20점)
4. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 2016. 2. 1. 丙 은행으로부터 1억 5,000만 원을 빌리면서 X주택에 관하여 채무자 甲, 채권자 丙 은행, 채권최고액 1억 7,000만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 그 후 甲은 2017. 9. 1. 위와 같이 乙에게 X주택에 관한 소유권이전등기청구권의 가등기를 마쳐 주면서, 2018. 9. 1.까지 乙에게 차용금을 갚지 못하면 차용금 대신에 X주택을 乙에게 준다는 내용의 각서를 작성해 주었다. 甲이 2018. 9. 1. 차용금을 갚지 못하자 乙은 X주택에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤다. 乙의 본등기의 효력에 대하여 설명하시오. (15점)

I. 설문 1.에 관하여

- 1) 역대로 국가시험에 가담법에 관한 법리가 전면적으로 출제된 적이 없었다. 개인적으로는 예상치 못한 불의의 타격을 가한 출제라 생각하고, 대부분의 수험생 입장도 마찬가지라고 생각한다. 물론 신의 가호가 있어 어느 정도 선방한 수험생도 있을 것이나, 대부분의 수험생에게 제1문이 합격의 당락에 큰 영향을 줄 것이라 보이지는 않는다. 이런 의미에서 해설도 간략히 제시함에 그치도록 한다.

1. 결 론

담보가등기에 해당한다.

2. 이 유

(1) 담보가등기와 청구권보전의 가등기의 구별

양자의 구별은 등기부에 기재된 가등기의 원인을 기준으로 형식적으로 판단할 것이 아니라 실제상의 목적을 기준으로 판단하여야 한다. 판례도 당해 가등기가 담보가등기인지 여부는 당해 가등기가 실제상 채권담보를 목적으로 한 것인지 여부에 의하여 결정되는 것인지 당해 가등기의 등기부상 원인이 매매계약으로 기재되어 있는지 아니면 대물변제계약으로 기재되어 있는가 하는 형식적 기재에 의하여 결정되는 것이 아니라고 하였다.²⁾

(2) 사안의 경우

II. 설문 2.에 관하여

1. 가담법의 적용 여부

가담법이 적용되기 위해서는, ① (준)소비대차에 의한 채무를 담보하기 위하여, ② 대물변제의 예약을 하고, ③ 목적물의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 넘어야 하며, ④ 가등기를 경료하여야 한다.

2. 가등기담보권의 실행방법

(1) 귀속정산과 처분정산

가등기담보권을 실행하는 방법으로는 특단의 약정이 없는 한 처분정산이나 귀속정산중 채권자가 선택하는 방법에 의할 수 있다.³⁾

(2) 권리취득에 의한 실행(귀속정산)

① 채무불이행에 빠진 후 가등기담보권을 귀속정산의 방법으로 실행하겠다는 통지를 하고, ② 통지 후 2월의 청산기간이 경과한 다음, ③ 담보목적물의 정당한 평가액에서 피담보채권액을 공제한 나머지 금액을 청산금으로 지급하며, ④ 청산금의 지급과 상환(동시이행)으로 목적물 인도 및 소유권이전등기청구를 하여 본등기를 함으로써 소유권을 취득할 수 있다. 그리고 이에 반하는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 효력이 없다(가담법 제3조, 4조 등).

III. 설문 3.에 관하여

1. 결 론

사후 적법한 청산절차를 거쳐야 한다.

2. 이 유

2) 대결 1998.10.7, 98마1333

3) 대판 1988.12.20. 87다카2685

(1) 청산절차를 위반한 본등기의 효력 여부

가담법 제3조와 제4조의 규정들은 **강행법규**에 해당하여 이를 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 **본등기는 무효**라고 할 것이고, 이른바 **약한 의미의 양도담보**로서 담보의 목적 내에서는 **유효하다고 할 것이 아니다.**⁴⁾

(2) 실체관계에 부합하는 등기

- ① 다만 가등기권리자가 사후에 **가등기담보법 제3조, 제4조에 정한 절차**에 따라 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 **정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우에는 채무자가 통지를 받은 날부터 2월의 청산기간이 지나면, 위와 같이 무효인 본등기는 실체적 법률관계에 부합하는 유효한 등기로 될 수 있다.**⁵⁾
- ② 이 경우 통지의 내용은 **통지 당시의 목적부동산의 가액과 피담보채권액을 명시**하게 되고, **청산금의 산정은 현재를 기준으로 한다.**⁶⁾ 또한 **피담보채권의 범위**에 대해서는 저당권에 관한 **제360조가 적용된다.**

(3) 채무자가 채권자와 임대차계약을 체결하고 차임을 지급한 경우 차임이 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 되는지 여부

담보가등기에 기하여 마쳐진 본등기가 무효인 경우, 담보목적 부동산에 대한 소유권은 담보가등기 설정자인 채무자 등에게 있고 소유권의 권능 중 하나인 **사용수익권도 당연히 담보가등기 설정자가 보유**한다. 따라서 **채무자가 자신이 소유하는 담보목적 부동산에 관하여 채권자와 임대차계약을 체결하고 채권자에게 차임을 지급하거나 채무자가 자신과 임대차계약을 체결하고 있는 임차인으로 하여금 채권자에게 차임을 지급하도록 하여 채권자가 차임을 수령하였다면, 채권자와 채무자 사이에 위 차임을 피담보채무의 변제와는 무관한 별개의 것으로 취급하기로 약정하였거나 달리 차임이 피담보채무의 변제에 충당되었다고 보기 어려운 특별한 사정이 없는 한 위 차임은 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다.**⁷⁾

(4) 사안의 경우

IV. 설문 4.에 관하여

1. 결론

乙의 본등기는 무효라 볼 수는 없고, 약한 의미의 양도담보로서의 효력이 있다.

2. 이유

(1) 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우 가담법의 적용 여부

- ① 가담법은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 재산의 **예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 적용**되는바, 재산권 이전의 예약 당시 재산에 대하여 **선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 재산의 가액에서 피담보채무액을 공제한 나머지 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에만**

4) 대판 1994.1.25. 92다20132

5) 대판 2002.12.10. 2002다42001; 대판 2017.5.17. 2017다20226 등

6) 대판 1996.7.30. 96다6974,6981

7) 대판 2019.6.13. 2018다300661

적용된다.⁸⁾

- ② 예약당시 丙 은행의 선순위 근저당권이 설정되어 있었고, X주택의 가액 2억 원에서 丙 은행에 대한 피담보채무액 1억 5,000만 원(또는 최고액 1억 7,000만 원) 등을 공제한 나머지 가액은 乙의 가등기에 의한 피담보채무액으로 정한 5,000만 원을 초과한다고 할 수 없으므로, 이 사건 가등기에는 가등기담보법이 적용된다고 할 수 없고, 따라서 乙이 가등기담보법 소정의 청산절차를 거치지 않았다는 이유만으로 본등기가 무효의 등기라고 할 수는 없다.

(2) 가담법이 적용되지 않을 경우의 법률관계

가담법이 적용되지 않는 경우에도 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 후 변제기까지 변제를 받지 못하여 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료한 경우에는, 당사자들 사이에 채무자가 변제기에 피담보채무를 변제하지 아니하면 채권채무관계는 소멸하고 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시의 특약이 없는 한, 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 정산절차를 예정하고 있는 이른바 '약한 의미의 양도담보'가 된다.⁹⁾

(3) 사안의 경우

8) 대판 2006.8.24. 2005다611140

9) 대판 2006.8.24. 2005다611140; 대판 2005.7.15. 2003다46963

제 2 문

<기본적 사실관계>

乙은 2019. 1. 1. 그 소유인 Y토지 지상에 X건물을 신축하기 위하여 건축업자인 丙과 다음과 같은 도급계약을 체결하였다.

약정서

- ① 丙이 X건물을 신축하되, X건물의 건축허가 명목과 소유권보존등기 명목은 乙로 함
- ② 공사대금 1억 원은 乙이 완공된 X건물을 인도받음과 동시에 丙에게 지급함
- ③ 위 ②항의 경우, 丙이 공사를 위하여 자신이 고용한 근로자들에게 노임지급을 지체한 경우, 乙은 丙에게 지급할 위 공사대금에서 지체노임 상당액을 공제하고, 乙이 위 근로자들에게 지체된 노임을 직접 지급할 수 있음

丙은 건축공사를 시작하였고, X건물의 기둥, 외벽, 지붕공사는 완료되었으나, 그 내부공사는 아직 완료되지 않았다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 Y토지와 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 지급받은 후 Y토지에 관해서는 그 등기를 甲에게 이전하였으나, X건물에 관해서는 건축허가 명목만을 甲으로 변경하였고 그 등기는 이전에 주지 못하였다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 A는 乙로부터 변제를 받지 못하자 그 이행을 요구하며 X건물을 무단으로 점유하고 있다. 이에 甲은 A를 피고로 하여 X건물의 인도를 구하고자 아래와 같이 소장의 청구취지를 작성하여 귀하에게 법률상담을 구한다. 甲의 청구가 받아들여질 수 있도록 그 이유를 제시하시오. (25점)

청구취지

피고는 원고에게 서울 ○○구 ○○대로 Y토지 지상 철근콘크리트조 X건물을 인도하라.

2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물 건축공사를 진행하면서 자금조달에 어려움이 생기자, 2019. 2. 1. 乙로부터 변제기를 2019. 3. 1.로 하여 1억 원을 차용하였다. 丙은 위 변제기를 도과한 상태에서 2019. 4. 1. 공사를 완료하였고, X건물을 乙에게 인도하였다. 乙이 丙에게 위 대여금 1억 원의 변제를 요구하자, 丙은 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권과 위 대여금채권을 대등액에서 상계한다고 주장한다. 한편 丙은 자금사정으로 자신이 고용하였던 근로자들에게 아직 노임을 지급하지 못하고 있다. 이 경우 丙의 상계주장은 타당한가? (15점)
3. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X건물의 내부공사를 위하여 丁으로부터 3천만 원 상당의 건축자재를 구입하

였으나, 자금사정으로 그 대금을 지급하지 못하였다. 丙이 공사를 완료하고 X건물을 乙에게 인도한 후, 丙은 자신의 乙에 대한 1억 원의 공사대금채권 중 3천만 원을 丁에게 양도하고 乙에게 이를 통지하였다. 이후 丁은 乙에게 위 공사대금 3천만 원의 지급을 구하였으나 乙 역시 자력이 없어 그 공사대금을 지급하지 못하자, 丁은 乙에게 민법 제666조에 의하여 X건물에 대한 저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였다. 이에 乙은 X건물에 대하여 丁 앞으로 저당권을 설정하여 주었다. 한편 乙에게 대여금 채권을 가지고 있던 B는 乙의 저당권설정행위가 사해행위라고 주장하며 그 취소 및 원상회복의 소를 제기하였다. 위 소송의 결론은 어떻게 예상되는지 설명하시오. (10점)

I. 설문 1.에 관하여¹⁰⁾

1. 결 론

원고 甲은 乙을 대위하여 피고 A를 상대로 X건물의 인도를 청구할 수 있다.

2. 이 유

(1) 甲이 X건물에 대해 소유권을 취득하는지 여부

1) X건물이 독립한 소유권의 객체인지 여부

- ① 판례는 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있었다면 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득하고, 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 할 것이라고 하였다.¹¹⁾
- ② 사안의 경우 당해 건물의 기둥과 외벽, 지붕공사가 완료되었고 내부공사만 남은 상태이므로 건물은 토지와 독립한 소유권의 객체가 된다.

2) X건물의 소유권자 확정

가) 도급계약에 기한 신축건물의 소유권 귀속

- ① 판례는 “건물건축도급계약의 수급인이 건물건축자재 일체를 부담하여 신축한 건물은 특약이 없는 한 도급인에게 인도할 때까지는 수급인의 소유라고 할 것”이라고 판시하여, 원칙적으로 수급인 귀속설의 입장을 취하고 있다.¹²⁾ 다만 당사자 간에 합의를 폭넓게 인정하고 있다. 예컨대 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다고 한다.¹³⁾
- ② 사안의 경우 일응 X건물의 소유권은 乙에게 귀속된다. 다만 乙은 위 X건물을 甲에게 매도하고 대금을 모두 지급받은 후 건축허가 명의를 乙에서 甲으로 변경하였으므로, 이에 따라 甲에게 소유권이 귀속되는지가 문제된다.

10) 3순환 제1회 제2문 설문 3.의 (1) / 사례집 P.914 실전연습 및 종합사례 쟁점 유사

11) 대판 2002.4.26, 2000다16350

12) 대판 1988.12.27, 87다카1138

13) 대판 1990.4.24, 89다카18884; 대판 1992.3.27, 91다34790

나) 乙과 甲 사이의 매매계약에 따른 甲의 소유권 취득 여부

乙이 소유권을 원시취득하였다더라도 그 소유권을 이전하기 위해서는 제187조 단서에 따라 등기를 경료해야 하고, 이에 따라 매수인 甲에게 소유권이전등기를 경료해 주어야 비로소 소유권이 이전된다. 사안의 경우에는 단순히 건축허가 명의만을 변경한 것에 그쳤으므로 甲은 매매에 기한 소유권은 취득하지 못한다.

(2) 甲이 X건물을 인도받을 수 있는 방법

1) 채권자대위권의 요건

채권자대위권이 인정되기 위해서는 ① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자의 권리불행사, ④ 피대위권리가 있어야 한다. 사안의 경우 채무자의 권리불행사는 특별히 문제될 것이 없다.

가) 피보전채권

사안에서 피보전권리로는 매매계약에 따른 甲의 乙에 대한 X건물의 소유권이전등기 및 인도청구권을 들 수 있다.

나) 채권보전의 필요성

피보전채권이 특정채권이라면 채무자의 무자력을 요구하지 않는다. 사안의 경우 甲의 피보전채권은 특정채권이므로 채권보전의 필요성은 문제되지 않는다.

다) 피대위권리

피대위권리로는 무단점유자 A에 대한 乙의 소유권에 기한 반환청구권(제213조 본문)을 들 수 있다. 이와 같은 물권적 청구권도 피대위권리가 됨에는 문제가 없다.

2) 채권자대위권 행사의 내용

금전 기타 물건의 급부를 목적으로 하는 채권과 같이 변제의 수령을 요하는 경우에는, 채무자가 수령하지 않는다면 채권자로서는 그 목적을 달성할 수 없게 될 뿐만 아니라 채권을 대위행사하는 권한에는 당연히 이를 변제수령할 권한도 포함되어 있으므로, 피고(제3채무자)로 하여금 채무자가 아닌 원고 자신에게 직접 이행할 것을 청구할 수도 있다.

II. 설문 2.에 관하여¹⁴⁾

1. 결론

丙의 상계주장은 타당하지 않다.

2. 이유

(1) 丙의 乙에 대한 공사대금채권으로 상계할 수 있는지 여부

1) 상계의 의의 및 상계요건

① 상계란 채권자와 채무자가 동종의 채권·채무를 가지는 경우에, 그 채권과 채무를 대등액에서 소멸시키는 일방적 의사표시를 말한다(제492조).

14) 2순환 제1회 설문 1. / 2순환 제5회 설문 1. / 2순환 제9회 설문 2.의 가. / 2순환 제11회 제2문 설문 2. / 3순환 제1회 제1문 설문 4. / 3순환 제4회 제1문 설문 3. / 3순환 제10회 제1문 설문 1.의 (1) 쟁점

- ② 상계가 유효하기 위해서는 i) 동종의 채권이 서로 대립하고 있을 것, ii) 양 채권이 변제기에 있을 것, iii) 상계가 금지되는 채권이 아닐 것, iv) 상계의 의사표시를 할 것을 요구한다(제492조).

2) 사안의 경우

사안의 경우 ① 乙의 丙에 대한 대여금채권과 丙의 乙에 대한 공사대금채권은 금전채권으로 동종의 채권이며, ② 모두 변제기가 도래하였으며, ③ 상계가 금지된 채권이 아닌 한, 丙은 상계의 의사표시를 함으로써 상계할 수 있다고 할 것이다. 따라서 丙의 乙에 대한 채권이 상계금지채권에 해당하는지 여부가 문제된다.

(2) 채무의 성질에 의한 상계금지 여부

1) 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계의 허용 여부

① 동시이행항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하여 상계함은 그 성질상 허용될 수 없다. 상계를 허용하면 수동채권자가 가지는 동시이행항변권 행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되기 때문이다. 그러나 ② 양 채권이 모두 동시이행관계에 있는 경우라면 현실적 이행의 필요성이 없고 상계를 허용하지 않을 이유가 없다. 그 상계를 허용하는 것이 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있기 때문이다.

2) 사안의 경우

판례는 도급인이 수급인과의 사이에 수급인이 그가 고용한 근로자들에 대한 노임지급을 지체한 경우 도급인이 수급인에 대한 기성공사대금에서 노임 상당액을 공제하여 근로자들에게 직접 지불할 수 있다고 약정하였다면, 수급인이 근로자들에게 노임지급을 지체한 상태에서 도급인에게 기성공사대금의 지급을 구할 경우 도급인으로서 위 약정에 따라 적어도 수급인이 근로자들에게 노임을 지급할 때까지는 기성공사대금 중 수급인이 지체한 노임 상당액의 지급을 거절할 수 있다 할 것이므로, 수급인의 도급인에 대한 위 기성공사대금채권은 도급인이 위와 같이 일정한 경우 그 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있는 채권이라고 할 수 있을 것이라고 하였다.¹⁵⁾

(3) 사안의 경우

III. 설문 3.에 관하여¹⁶⁾

1. 결 론

법원은 청구기각 판결을 선고할 것이다.

2. 이 유

(1) 저당권설정청구권 양도의 효력 유무

민법 제666조에서 정한 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였다는 등의 특

15) 대판 2002.8.23. 2002다25242

16) 3순환 제1회 제2문 설문 3.의 (2) 쟁점

별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다고 봄이 타당하다.¹⁷⁾

(2) 저당권설정행위의 사해행위 해당 여부

1) 사해행위의 의미

사해행위란 채무자가 자신의 무자력을 초래함을 알면서 재산상 법률행위를 하는 것을 말한다. 즉 채무자의 재산행위로 그의 일반재산이 감소하여 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되는 것, 예컨대 채무초과상태에 빠지거나 이미 이른 채무초과상태가 더욱 심화되는 경우를 말한다.

2) 사해행위 해당 여부

판례에 따르면, ① 수급인의 저당권설정청구권을 규정하는 민법 제666조는 부동산공사에서 그 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 그 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는 데 그 취지가 있고, 이러한 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위보다 더 강화되는 것은 아니어서 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해지는 것도 아닌 점 등에 비추어, 신축건물의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 행사에 따라 공사대금채무의 담보로 그 건물에 저당권을 설정하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다.¹⁸⁾ ② 따라서 신축건물의 수급인으로부터 공사대금채권을 양수받은 자의 저당권설정청구에 의하여 신축건물의 도급인이 그 건물에 저당권을 설정하는 행위 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다고 할 것이다.¹⁹⁾

(3) 사안의 경우

17) 대판 2018.11.29. 2015다19827

18) 대판 2008.3.27. 2007다78616·78623

19) 대판 2018.11.29. 2015다19827

총 평

어려운 시험을 보느라 수고하셨습니다.

올해 출제된 형법 문제는 평소에 자주 접하던 문제이므로 평소에 답안 작성연습을 꾸준히 하신 분이 라면 핵심 쟁점을 서술하는데 있어서는 큰 어려움이 없었을 것으로 보입니다. 제1문의 1에서는 카드회 사에게 전화를 걸어 대출을 받은 것이 아니라 신용카드소지자로서 저축은행 대출을 받았다는 점에서 저 축은행을 피해자로 보아야 할 것입니다.

제1문의 1은 컴퓨터등사용사기, 제2문은 절도죄를 논증하는 것이 핵심이며, 다만 여신법 적용여부와 관련해서는 견해 대립이 있으므로 어떠한 결론을 내든 큰 지장은 없을 것으로 보입니다.

제2문은 부진정결과적 가중범의 죄수판단을 묻는 문제입니다. 판례의 태도를 정확하게 서술하는 것이 관건이며 법조경합(1죄)과 상상적 경합(2죄)을 정확히 구분할 줄 알아야 하겠습니다.

제3문은 모욕죄에 해당되는지 여부를 검토하면 되며 가장 평이한 문제라고 볼 수 있습니다.

형법은 쉬운 쟁점으로 보여도 답안 작성연습을 꾸준히 하여야 하고 표현이나 논리상의 오류를 바로잡 아 가는 과정을 거쳐야만 고득점으로 연결될 수 있다는 점을 다시 생각하게 됩니다.

그동안 고생하신 만큼 꼭 합격의 영광을 안으시기를 기원합니다.

2019. 9.
이 재 영 올림

【문 1】 甲은 乙의 허락 없이 마치 乙인 것처럼 가장하여 乙의 명의로 신용카드를 발급받아 사용하고 그와 관련된 대금은 변제하지 않기로 마음먹은 후, 그에 따라 乙의 명의를 모용하여 A카드회사로부터 신용카드를 발급받았다.

1. 甲은 위와 같이 乙의 명의를 모용해 A카드회사로부터 발급받은 신용카드의 카드번호와 비밀번호를 입력하는 ARS 전화서비스를 통하여 B저축은행으로부터 신용대출을 받았다. 甲이 신용대출을 받은 행위가 형법상 어느 죄에 해당하는지, 그 피해자는 누구인지 논하시오. (견해의 대립이 있는 경우에는 대법원 판례에 따른 것) (10점)

2. 甲은 위와 같이 乙의 명의를 모용해 A카드회사로부터 발급받은 신용카드를 이용하여 丙이 관리하는 현금자동지급기에서 현금을 인출하였다. 甲이 현금을 인출한 행위가 형법상 어느 죄에 해당하는지, 그 피해자는 누구인지 논하시오. (견해의 대립이 있는 경우에는 대법원 판례에 따른 것) (10점)

I. 쟁점의 정리

갑이 을인 것처럼 가장하여 카드를 발급받는 행위에 대해서는 사문서위조 및 동행사죄, 카드회사에 대한 사기죄가 성립할 여지가 있다. 그런데 이렇게 발급받은 카드를 갑이 사용을 함에 있어서 형법상 ARS로 신용대출을 받는 행위(제1문)에 대해서 사기죄(형법 제347조)의 포괄일죄에 해당하는지 아니면 컴퓨터등사용사기죄(형법 제347조의2)가 별도로 성립하는지 여부가 문제되며, 현금을 인출하는 행위(제2문)에 대해서도 절도죄(형법 제329조) 혹은 컴퓨터등사용사기죄가 성립하는지 문제된다. 또한 신용카드의 사용행위가 여신전문금융업법위반죄를 구성하는지 여부도 검토되어야 한다.

II. 제1문에 대한 판단

1. 사기죄의 성부

(1) 구성요건

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다.

(3) 사안의 경우

카드회사가 갑에게 을 명의의 신용카드를 사용할 권한을 주었다고 볼 수 없으므로 그 카드 사용행위는 무권한자의 사용행위일 뿐 카드회사를 피기망자로 하는 사기죄가 성립할 수 없다. 또한 ARS 전화서비스를 통하여 B저축은행으로부터 신용대출을 받는 행위에 대해서는 사람을 기망하는 행위가 없고 기계에 대한 기망은 있을 수 없으므로 사기죄는 성립하지 않는다.

2. 컴퓨터등사용사기죄의 성부

(1) 구성요건

컴퓨터등사용사기죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다. ‘권한없이 정보를 입력한다’는 것은 정당한 정보의 권한 없는 사용을 의미한다.

(2) 판례의 태도

타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷

등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니며, 컴퓨터등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터등사용사기죄에 해당한다(대판 2006.7.27. 2006도3126).

(3) 사안의 경우

ARS 전화서비스를 통하여 신용대출을 받는 행위는 컴퓨터등정보처리장치에 권한없는 자가 정보를 입력하는 행위에 해당되고 대출을 받는 것은 재산상 이익을 취득하는 행위로서 구성요건해당성이 인정되며, 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다. 피해자는 대출을 해 준 B저축은행이다.)

3. 여신전문금융업법위반죄의 성부

(1) 법규정

여신전문금융업법 제70조 제1항 제6호는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 타인의 신용카드 정보를 보유하거나 이를 이용하여 신용카드로 거래한 자를 처벌하는 규정을 두고 있다.

(2) 사안의 경우

갑은 을 명의로 신용카드를 발급받은 것이고, 이는 이미 존재하는 타인의 신용카드 정보를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 다음 이를 이용하여 신용카드에 의한 거래를 한 경우에 해당하지 아니하므로, 여신전문금융업법 제70조 제1항 제6호 위반죄는 성립하지 아니한다.

III. 제2문에 대한 판단

1. 컴퓨터등사용사기죄의 성부

판례에 의하면, 컴퓨터등사용사기죄의 객체를 재물이 아닌 재산상의 이익으로만 규정하고 있으므로, 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 이를 위 컴퓨터등사용사기죄로 처벌할 수는 없다고 하였다(대판 2003.5.13. 2003도1178).

현금은 재물에 해당하고 재물과 재산상 이익을 구별해야 하는 이상 컴퓨터등사용사기죄는 성립하지 않는다.

2. 절도죄의 성부

(1) 구성요건

절도죄는 타인소유 타인점유하의 재물을 절취함으로써 성립한다. 절취란 타인이 점유하고 있는 타인의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 피고인이 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄에 해당한다(대판 2006.7.27. 2006도3126).

(3) 검토

현금지급기 관리자의 의사는 카드의 정당한 사용권한자에게만 그 인출을 허용하겠다는 의사로 보아야 한다. 을 명의 카드에 대하여 갑이 사용권한이 없는 이상 절도죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유나

1) 카드회사에 전화를 하여 ARS 신용대출을 받았다면 카드회사가 피해자이다. 사안은 카드소지자임을 전제로 하여 저축은행대출을 받은 경우로서 대출을 해 준 저축은행을 피해자로 보아야 할 것이다.

책임조각사유가 없으므로 절도죄가 성립한다. 그 피해자는 현금지급기 관리자인 丙이다.

3. 여신전문금융업법위반죄의 성부

(1) 법규정

여신전문금융업법 제70조 제1항 제4호는 사람을 기망(欺罔)하여 취득한 신용카드를 사용한 행위를 처벌하고 있다.

(2) 사안의 경우

견해의 대립이 있으나, 카드회사에 대하여 타인명의를 모용하여 카드를 발급받은 경우에는 사람을 기망하여 취득한 신용카드에 해당하지 않으므로 현금을 인출한 행위는 여신전문금융업법위반죄는 해당되지 않는다.

IV. 사안의 해결

갑이 을명의를 모용하여 발급받은 카드로 ARS 신용대출을 받은 행위는 컴퓨터등사용사기죄에 해당하고 현금을 인출한 행위는 절도죄에 해당된다.

【문 2】 甲은 2019. 8. 10. 자동차운전면허 없이 승용차를 운전하고 가던 중 음주단속을 하는 경찰관 乙을 발견하고 그대로 도주하였고, 이에 乙은 순찰차를 타고 추격하여 甲의 차량을 따라잡은 후 순찰차에서 내려 甲에게 하차할 것을 요구하였다. 그러나 甲은 이에 불응하고 위 승용차를 운전하여 乙이 서 있는 방향으로 진행하면서 乙의 오른쪽 무릎을 위 차량 앞범퍼로 들이 받아 乙에게 약 4주간의 치료를 요하는 우측 슬관절 파열 등의 상해를 가하였다. 이에 검사는 甲을 특수공무집행방해치상죄(형법 제144조 제2항)와 특수상해죄(형법 제258조의2 제1항)의 상상적 경합으로 기소하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼 있는 경우 대법원 판례에 따를 것) (15점)

I. 쟁점의 정리

갑이 을을 들이 받아 상해를 입힌 행위와 관련하여, 특수공무집행방해치상죄(형법 제144조 제2항)의 성부가 문제된다. 자동차로 경찰관을 들이 받은 것을 “위험한 물건”을 “휴대하여” 폭행한 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제되며, 본죄가 이른바 부진정 결과적가중범으로서 상해에 대하여 과실 있는 경우뿐만 아니라 고의 있는 경우에도 성립하는지 문제되고 상해에 대한 고의가 있는 경우 특수상해죄(제258조의2 제1항)와의 죄수관계는 어떻게 되는지 문제된다.

II. 특수공무집행방해치상죄의 성부

1. 구성요건

특수공무집행방해치상죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 공무집행방해죄를 범하여 공무원에 상해에 이르게 한 때 성립하는 결과적 가중범이다(제144조 제2항). 결과적 가중범이 성립하기 위하여는 ① 고의의 기본범죄, ② 중한 결과의 발생, ③ 기본범죄와 중한 결과와의 인과관계, ④ 중한 결과에 대한 과실을 요한다. 그런데 본죄는 상해에 대한 과실뿐만 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 부진정결과적 가중범이며, 부진정결과적 가중범을 인정하는 것이 판례의 입장이다(대판 1995.1.20. 94도2842).

사안의 경우 자동차가 위험한 물건인지, 자동차를 이용한 폭행이 위험한 물건을 휴대한 행위로 볼 수 있는지

문제된다.

2. ‘위험한 물건’의 의미

(1) 판례

위험한 물건이란 그 물건의 객관적 성질과 사용방법에 따라서는 사람을 살상할 수 있는 물건을 말한다. 판례에 의하면, 위험한 물건인지의 여부는 구체적인 사안에 따라서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 그 상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있는가의 여부에 따라 이를 판단하여야 한다고 한다.

판례에 의하면, 차량이 모두 정차하여 있다가 막 출발하는 상태에서 소형승용차(라노스)로 중형승용차(쏘나타)를 충격한 사안에서 충격 당시 차량의 크기, 속도, 손괴 정도 등 제반 사정에 비추어 소형승용차를 위험한 물건에 해당되지 않는다고 판시한 바 있으나(대판 2009.3.26. 2007도3520), 피해자가 견인료를 납부하라고 요구하면서 승용차의 앞을 가로막자 승용차 앞 범퍼부분으로 피해자의 다리를 들이받은 경우 승용차를 위험한 물건으로 평가하였다(대판 1997.5.30. 97도597).

(2) 검토

사안의 경우 갑이 몰던 승용차는 객관적 성질상 사람의 생명, 신체에 위해를 가할 수 있고, 사람을 들이받는 그 사용방법에 있어서도 상대방이나 제3자가 곧 위험성을 느낄 수 있다고 판단된다. 따라서 갑의 승용차는 본죄의 위험한 물건에 해당된다.

3. ‘휴대하여’의 의미

(1) 판례

판례에 의하면, ‘휴대하여’라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함하고 있다고 보면서 견인료 납부를 요구하는 교통관리직원을 승용차 앞범퍼 부분으로 들이받아 폭행한 경우, 위험한 물건을 휴대한 경우에 해당한다고 하였다.

(2) 검토

‘휴대’의 개념에 ‘이용’의 개념까지 포함하는 것은 ‘휴대’라는 문언의 일상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의의 유추해석금지에 반한다는 비판이 있으나, 행위자가 위험한 물건을 손으로 조종할 수 있다면 굳이 몸에 지니지 않더라도 무방하다 할 것이고, 자동차를 이용하는 경우 객관적 위험성이 증대된 경우이므로 그 처벌에 대한 형사정책적 필요성을 부정할 수는 없으므로 판례의 태도가 타당하다고 본다.

4. 사안의 경우

음주단속을 하면서 음주운전의 혐의가 있는 자에게 하차를 요구하는 행위는 적법한 공무집행에 해당하고 갑은 위험한 물건을 휴대하여 공무집행을 방해하였다. 또한 승용차로 사람을 들이 받았다면 상해의 미필적 고의를 충분히 인정할 수 있을 것으로 보이고, 공무집행방해행위와 상해의 결과 사이의 인과관계도 인정된다. 따라서 갑의 행위는 특수공무집행방해치상죄의 구성요건에 해당하며 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유도 보이지 않으므로 본죄가 성립한다.

Ⅲ. 특수상해죄의 성부

1. 구성요건

특수상해죄는 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 때 성립하는 범죄이다(제258조의2 제1항). 특수공무집행방해치상죄와 같은 부진정결과적 가중범에 있어서 중한 결과에 대한 고의 범이 따로 성립하는지 문제된다.

2. 판례

판례에 의하면, 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생하게 한 경우에 가중 처벌하는 부진정결과적가중범에서, 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 범조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다고 하면서 직무를 집행하는 공무원에 대하여 위험한 물건을 휴대하여 고의로 상해를 가한 경우에는 특수공무집행방해치상죄만 성립할 뿐, 이와는 별도로 특수상해죄를 구성하지 않는다고 판시하였다(대판 2008.11.27. 2008도7311).

3. 검토

부진정결과적 가중범과 중한결과에 대한 고의범의 죄수관계는 법정형을 비교하는 판례의 태도가 적정한 형벌을 과하고자 하는 형사정책적 고려에 부합하는 것으로 보인다. 따라서 사안의 경우 특수공무집행방해치상죄(3년 이상의 유기징역)보다 형이 낮은 특수상해죄(1년 이상 10년 이하의 징역)는 범조경합에 해당하여 별도로 성립하지 않는다.

IV. 사안의 해결

갑이 을에게 상해를 가한 행위는 부진정결과적 가중범인 특수공무집행방해치상죄의 1죄에 해당하고 상상적 경합범관계에 해당되지 않는다.

【문 3】 A 아파트 입주자대표회의 감사인 甲은 2019. 7. 10. 아파트 관리소장인 乙의 외부특별감사에 관한 업무처리에 항의하기 위해 아파트 관리소장실을 방문하여 언쟁을 하는 과정에서 乙에게 “야, 이따위로 일할래?”라고 말하였고, 이에 乙이 “나이가 몇 살인데 반말을 하느냐”고 말하자, 다시 乙에게 “나이 처먹은 게 무슨 자랑이냐?”라고 말하였다. 당시 관리소장실 안에는 甲과 乙만 있었으나 관리소장실의 문이 열려 있었고, 관리소장실 밖의 관리사무소에는 직원 4~5명이 업무를 하고 있었다. 甲의 죄책을 논하시오. (다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따를 것) (15점)

I. 쟁점의 정리

갑의 죄책과 관련하여 을의 사회적 평가를 저하시키는 행위로서 모욕죄(형법 제311조)가 성립하는지 여부가 문제된다. 또한 을의 업무처리에 항의하면서 언쟁을 벌이는 행위가 위력에 의한 업무방해죄에 해당하는지 여부도 문제될 수 있다.

II. 모욕죄의 성부

1. 성립요건

모욕죄는 사람의 가치에 대한 사회적 평가를 의미하는 외부적 명예를 보호법익으로 하는 범죄로서, 모욕죄에서 말하는 모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적

감정을 표현하는 것을 의미한다. 모욕죄는 명예훼손죄와 동일하게 공연성을 요건으로 하며 사실을 적시하지 않는다는 점에서 명예훼손죄와 구별된다.

2. 공연성에 대한 판단

공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다. 사안의 경우 관리소장실의 문이 열려 있었고 소장실 밖에 직원들이 업무를 하고 있어 갑의 표현을 인식할 수 있는 상태에 있었다고 보이므로 공연성은 인정된다. 문제는 모욕행위에 해당하는지 여부이다.

3. 판례의 태도

- ① 판례에 의하면, 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다고 본다.
- ② 판례에 의하면, 입주자대표회의 감사가 아파트 관리소장에게 “나이 처먹은 게 무슨 자랑이냐.”라고 말한 경우 이러한 발언을 하게 된 경위와 발언 전후의 정황 등을 고려하여, 위 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다고 판시한 바 있다(대판 2015.9.10. 2015도2229).
- ③ 판례에 의하면, 사안의 경우와 같이 노조활동을 하는 피고인이 15세 연장자인 부사장을 향해 이름을 부른 경우 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 예의에 벗어난 표현이기는 하지만 객관적으로 을의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다(대판 2018.11.29. 2017도2661).

4. 사안의 경우

을의 주관적인 명예감정은 모욕죄의 보호법익에 해당되지 않으며, 갑과 을의 관계, 갑이 발언을 하게 된 경위와 발언의 횟수, 발언의 의미와 전체적인 맥락 등에 비추어 보면, 갑의 위 발언은 을을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 공소외인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 모욕죄는 성립하지 않는다.

Ⅲ. 업무방해죄의 성부

1. 구성요건

업무방해죄는 허위의 사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄의 업무는 보호할 가치 있는 업무로 제한된다. 여기서 위력이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말하며, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하며, 폭행·협박은 물론 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압박 등을 포함한다.

2. 사안의 경우

관리소장인 乙의 외부특별감사에 관한 업무는 형법상 보호할 가치있는 업무에 해당된다. 그러나 사안의 사실 관계에서 갑의 항의방문이나 언쟁을 벌인 행위만 가지고는 업무방해의 위험성이 있는 위력행사에 해당되기

어렵다고 본다. 따라서 업무방해죄는 성립하지 않는다.

IV. 사안의 해결

형법의 보장적 기능에 입각하여 범죄의 성립요건은 엄격하게 해석하여야 한다. 갑이 을에게 다소 무례하고 저속한 표현을 하였다 할지라도 형법상 범죄에 해당하지는 않는다.

2019년 제25회 법무사시험 2차 시험

형사소송법

【문 1】

<기본적 사실관계>

甲은 상습으로 2016. 10. 5.부터 2017. 10. 25.까지 15회에 걸쳐 피해자들의 신용카드와 체크카드 18장을 절취하고, 같은 기간 동안 위와 같이 절취한 카드를 이용하여 현금인출기에서 40회에 걸쳐 피해자들 소유의 현금 합계 111,500,000원을 절취하였다.

(각 설문은 상호관련성이 없으며, 절취한 신용카드 사용과 관련된 여신전문금융업법 위반죄는 고려하지 말 것)

1. (위 기본사실에 추가하여) 甲의 위 행위 중 2017. 10. 25.의 범행에 대하여만 단순절도죄(형법 제329조)로 2018. 3. 5. 공소가 제기되어, 2018. 7. 3. 피고인 甲을 징역 6개월에 처하는 판결이 선고되어 2018. 7. 12. 확정되었다. 이후 2018. 9. 3. 피고인 甲의 나머지 범행들 중 절도범행 전체에 대하여 형법상 상습절도죄로 공소가 제기되었다. 1심 법원은 검사의 공소제기에 대하여 어떤 판결을 내려야 하는지 설명하시오.
(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (10점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 피고인 甲은 위 범죄 행위 이전에 2007. 12. 10. A고등법원에서 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다) 위반(절도)죄 등으로 징역 4년을 선고받고, 2016. 1. 5. B지방법원에서 상습절도죄 등으로 징역 4년을 선고받았다 [위의 2016. 1. 5. 선고 판결은 2013년에 특정범죄가중법 위반(절도)죄 등에 관하여 선고된 판결을 대상으로 한 재심판결임].

피고인 甲에 대하여는 위 범죄행위 이전에 저지른 범행과 관련하여 다음과 같은 재심판결도 확정된 바 있다. 피고인 甲은 상습으로 2003. 2. 1.부터 2003. 8. 20.까지 신용카드를 절취하고 절취한 신용카드를 이용하여 현금을 인출하였다는 범죄사실로 2003. 10. 20. B지방법원에서 특정범죄가중법 위반(절도)죄 등으로 징역 2년을 선고받았고 2003. 12. 19. 그 판결이 확정되었다. 위 판결에 적용되었던 법률조항인 그 특정범죄가중법(2010. 3. 31. 법률 제 10210호로 개정된 것, 이하 같다) 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 부분 등이 헌법에 위반된다는 헌법재판소 결정(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16 등 전원재판부 결정)이 나오자, 피고인 甲은 위 판결에 대한 재심을 청구하여 같은 법원에서 상습절도로 공소장이 변경된 다음 2016. 8. 10. 상습절도죄 등으로 징역 2년을 선고받고 항소하였다가 2016. 12. 15. 항소기각판결을 선고받았고, 2016. 12. 20. 위 재심판결이 확정되었다(이하 ‘이 사건 제1재심판결’이라 한다).

위의 판결들과 관련하여 피고인 甲은 2016. 9. 5. 최종적으로 형의 집행을 종료하였다. 2017. 11. 20. 피고인 甲의 2016. 10. 5부터 2017. 10. 25까지 위의 절취 범행들에 관하여, 두 번 이상 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 상습적으로 절도죄를 범하였다는 이유로 특정범죄가중법 위반(절도)죄로 공소가 제기되었다. 확정된 이 사건 제1재심판결의 기판력이 위 공소사실 중 제1재심판결 선고 전에 범한 2016. 0. 5.자 각 절도 범죄에 미치는지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따른 것) (10점)

【문 2】

甲, 乙은 한약사로서 A와 공모하여 한약사 자격이 없는 A가 한약국을 개설하여 다이어트 한약을 판매할 수 있게 하였다. 甲은 자신이 개설한 한약국에서 보건복지부장관이 정한 조제방법을 따르지 않았음에도 불구하고 한의사의 처방전 없이 한약을 조제하고, 전화 상담만을 받고 고객들에게 이를 택배로 판매하였다. 위 각 사실을 공소사실로 하여 甲, 乙에 대하여 각 약사법 위반죄로 공소가 제기되었다. 제1심은 피고인 甲, 乙(이하 甲, 乙을 함께 지칭할 때는 ‘피고인들’이라고 한다)에게 유죄를 인정하면서 각 벌금 1,000만 원의 형을 선고하였다. 이에 대해 피고인 乙은 양형부당만을 이유로 항소하였으나 피고인 甲은 항소하지 않았고 검사는 피고인들에 대해 양형부당을 이유로 항소하였다. 2심 법원은 검사의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인 甲에 대해 징역 6월 및 집행유예 1년, 피고인 乙에 대해 벌금 2,000만 원의 형을 선고하였다. 피고인들은 원심판결에 대하여 논리와 경험칙에 반하여 사실을 잘못 인정하고 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 법리를 오해하였다는 점을, 피고인 乙은 이에 덧붙여 양형이 부당하다는 점을 상고이유로 삼아 상고하였다. 위와 같은 상고이유들이 적법한지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (10점)

【문 3】 공소장 변경과 관련하여 다음 질문에 답하시오.

1. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 A, B와 합동하여 2019. 8. 8. 01:00경 피해자 X를 둘러싼 다음 돈을 내라고 요구하였으나 이에 불응하자 피해자 X의 가슴과 얼굴을 구타하여 항거 불능케 하고 피해자 X로부터 현금 20만 원을 강취하였다는 특수강도죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 이에 대하여 1심 법원은 공소장 변경절차를 거치지 않고, 피고인 甲과 A, B가 합동하여 피해자 X에게 가한 폭행이 재물을 제공케 할 수단으로서 피해자를 외포케 함에 그치고 그 반항을 억압할 정도에 이르지 아니하였다고 보아 특수강도죄가 아닌 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)죄로 처단하는 유죄판결을 내렸다. 위 유죄판결이 적법한지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (5점)

2. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 피해자 A를 강제추행하여 외음부 열상을 입게 하였다는 강제추행치상죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 이에 대하여 1심 법원은 공소장 변경절차를 거치지 않고 강제추행 사실을 인정함 다음 피해자 A가 입은 상해는 극히 경미한 것으로 이로 인하여 신체의 완전성이 손상되었다거나 건강 상태가 불량하게 변경되었다고 볼 수 없으므로 강제추행치상죄에 있어서의 상해에 해당하지 아니한다고 판단하여 피고인 甲을 강제추행죄로 처단하는 유죄판결을 내렸다. 위 유죄판결이 적법한지 설명하시오.
(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (5점)

3. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 사실상 혼인관계에 있던 피해자 A의 집에서 동거 생활을 하던 중, 피해자 A가 ‘술 사먹을 돈은 있고 애들 학비 줄 돈은 없느냐’고 말하자 격분하여 피해자 A의 얼굴을 수회 때리고 배를 걷어찬 후 피해자 A의 양쪽 손과 발목을 테이프로 묶은 후 피해자 A를 베란다로 끌고 가 베란다 창문을 열고 난간 밖으로 밀어 12층에서 떨어지게 하여 살해하였다는 살인죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 피고인 甲은 피해자 A를 때리고 양쪽 손과 발목을 테이프로 묶었다는 등 살인의 점을 제외한 나머지 공소사실을 전부 시인하였다. 이에 대하여 1심 법원은 피고인 甲이 피해자 A를 베란다로 끌고 가 떨어뜨린 사실을 인정할 증거는 없으나, ‘피해자 A를 베란다로 끌고 가 베란다 창문을 열고 난간 밖으로 밀어 12층에서 떨어지게 하여 살해하였다’는 점을 제외한 나머지 공소사실은 모두 인정된다고 판단하였다. 아래 질문에 답하시오.
(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것)

가. 1심 법원이 검사에게 공소 제기된 사실에 포함된 더 가벼운 범죄사실인 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄로 공소장 변경을 요구하여야 하는지에 관하여 설명하시오. (5점)

나. 1심 법원이 공소장 변경 없이 직권으로 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 경우 그 적법 여부에 관하여 설명하시오. (5점)

【문 1. 1】 포괄일죄(상습범)의 일부 확정판결의 기판력¹⁾

I. 문제점

상습절도죄에 대한 법원의 조치는 포괄일죄의 일부의 기판력이 어디까지 미치는지와 관련하여 문제된다.

II. 포괄일죄(상습범)의 일부 확정판결의 기판력

1. 학 설

- ① 실체판결설 : 별개의 범죄사실이므로 후소에 대하여 실체판결을 하여야한다는 견해이다.
- ② 면소판결설 : 포괄일죄는 소송법상 일죄로 공소사실의 동일성이 인정되므로 기판력의 효력에 의하여 면소판결을 하여야 한다는 견해이다.

2. 판 례

- ① 종래 면소판결설의 입장이었지만(대판(全합) 1978.2.14. 77도3564),
- ② 근래 상습범으로서 포괄일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 기판력이 미치기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 한다고 하여(대판(全합) 2004.9.16. 2001도3206[인천신공항사기 사건][다수의견]), 부분적으로 실체판결설로 태도를 변경하여, 상습사기죄가 포괄일죄의 기판력을 인정받기 위하여 범인이 처음부터 상습사기죄로 기소되어 확정판결을 받아야 한다는 입장이다.

3. 검 토

포괄일죄 일부의 기판력이 지나치게 확장되는 것을 방지하자는 관점에서는 전원합의체의 다수의견도 일면 이해할 수도 있다.

(그러나 이러한 판례의 태도는 공소불가분의 원칙(제248조 제2항)이나 일사부재리의 법리(헌법 제13조 제1항 후단, 법 제326조 제1호)에 어긋나므로, 이론적으로는 면소판결설이 타당하다고 본다.)

III. 문제의 해결

대법원 전원합의체 다수의견에 따르면, 단순절도죄의 기판력은 후소인 상습절도에 미치지 아니하므로, 법원은 후소인 상습절도에 대하여 실체판결을 하여야 한다.

(다만, 면소판결설에 따른다면, 전소(단순절도)의 기판력은 후소(상습절도)에 미치므로, 법원은 면소판결(제326조 제1호)을 하여야 할 것이다.)

1) 법무사 2012, 법행 2017 등. ☞ 상세는 사례연습 [사례 138], Blackbox 178p, 마무리특강자료 99p 등 참조.

【문 1. 2】 상습범에 대한 재심판결의 기판력의 범위 등1)

I. 문제점

포괄일죄인 상습절도에 대한 재심판결의 기판력이 재심판결 선고 전의 범죄에 미치는지 여부가 문제된다.

II. 상습범에 대한 재심판결의 기판력의 범위

1. 판례의 입장

근래 전원합의체판결[다수의견]은 “상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라 하더라도 **재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않는다.**”고 판시하여(대판(全합) 2019.6.20. 2018도20698[재심판결에 관한 기판력의 범위, 재심판결을 확정판결로 하여 후단 경합범이 성립할 수 있는지 문제된 사건] [다수의견]),

선행범죄에 대한 재심판결의 기판력은 재심판결 선고 전의 후행범죄에 미치지 않는다는 입장을 분명히 하였다.

2. 논 거

- ① 재심심판절차에서는 공소장변경 또는 추가기소 후 이를 재심대상사건에 병합·심리하는 것이 허용되지 않으므로 **재심심판절차에서는 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없고,**
- ② 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 **분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범**이 되고,
- ③ 만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 이는 처벌의 공백을 초래하고 형평에 반한다는 점을 논거로 든다.

III. 문제의 해결

대법원 전원합의체 다수의견에 따르면, 상습범에 대한 재심판결의 기판력은 재심판결 선고 전의 범죄(후행사건)에는 **미치지 않는다.**

(이에 따르면, 법원은 후행사건에 대하여 면소판결이 아닌 **실체재판을 진행**하여야 한다.)

1) 2019 3순환 모의고사(1회). ⇨ 상세는 Blackbox 205-206p, 마무리특강자료 118p 등 참조.

【문 2】 항소심에서 심판되지 않은 사항에 대한 상고이유의 허부1)

I. 문제점

사안의 상고이유의 적법성은 소위 ‘상고이유 제한에 관한 법리’ 등과 관련하여 문제된다.

II. 상고이유의 제한

1. 형사소송법의 관련규정

- ① 검사·피고인은 항소심판결에 대하여 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있다(제338조 제1항, 제371조).
- ② 상고이유의 제한(제383조) (생략)

2. 판례

- ① 종래부터, 피고인은 상고심에서 사실오인이나 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 내세울 수 없고, 피고인은 원심판결에 대하여 채증법칙위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등 잘못이 있다는 등 새로운 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 하였다.
즉, 상고심은 항소심에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판 범위가 아니므로 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 않거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도9919 등 참조).
- ② 상고이유를 제한하는 법리는 상고심의 사후심 구조에서 유래한 것으로, 항소이유로 주장하지 않거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 적법한 상고이유가 아니다.

3. 상고이유 제한 법리의 논거 - 대판(全合) 2019.3.21. 2017도16593[처방전 없는 한약 조제·판매 사건]

- ① 상고심의 사후심 구조(제379조 제1항, 제2항, 제384조 본문, 제391조, 제393조 내지 제397조 등)
 - ② 법령 해석·적용의 통일 및 직권심판(제364조 제2항, 제384조 단서 등)
 - ③ 피고인의 절차적 권리 보장과의 관계(제370조, 제390조 제1항, 제389조의2 등)
- ☞ 결국 양형이 원칙적으로 재량 판단이라는 점을 감안하면, 항소심이 검사의 양형부당에 관한 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 보다 높은 형을 선고한 것은 심급제도 하에서 부득이하게 발생된 결과이다. 따라서 제1심과 항소심 사이의 양형 판단이 피고인에게 불리한 내용으로 달라졌다는 사정변경이 사후심 구조에 따른 상고이유 제한 법리의 타당성 등에 영향을 미칠 만한 것이라고 보기는 어렵다.

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 피고인 甲, 乙의 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 상고이유 주장은 항소심의 심판대상이 되지 않은 사유로서 상고심에 이르러 새로이 주장되는 것이므로 적법한 상고이유가 아니고, 또한 피고인 乙의 양형부당의 주장도 피고인에게 벌금형이 선고된 사건으로 형사소송법 제383조 제4호에 반하지 않으므로 적법한 상고이유가 아니다.

1) 2019 3순환 모의고사(1회). ☞ 상세는 Blackbox 188-189p, 마무리특강자료 106-107p 등 참조.

【문 3. 1】 공소장변경의 필요성¹⁾

I. 문제점

위 유죄판결의 적법성은 법원이 구체적으로 어느 범위에서 공소장변경 없이 직권으로 공소사실과 다른 사실을 인정할 수 있는지, 즉 공소장변경의 필요성(요부)과 관련하여 문제된다.

II. 공소장변경 필요성의 판단기준

① 동일벌조설, ② 법률구성설, ③ 사실기재설(통설)이 대립하지만,

판례는 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없는 때에는 법원이 공소장변경 없이 직권으로 공소사실과 다른 사실을 인정할 수 있다고 하여, 사실기재설(실질적 불이익설)의 입장이다.

생각건대, 공소장변경의 주된 취지가 피고인의 방어권보장에 있으므로 사실기재설(실질적 불이익설)이 타당하다.

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 법원이 특수강도의 공소사실을 공소장변경 없이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)죄로 유죄판결을 한 것은 위법하다(대판(全합) 1968.9.19. 68도995).

【문 3. 2】 공소장변경의 필요성과 축소사실의 인정²⁾

I. 문제점

위 유죄판결의 적법성은 공소장변경의 필요성에 있어서 축소사실을 인정하는 경우의 문제이다.

II. 공소장변경의 필요성과 축소사실을 인정하는 경우

법원이 인정하고자 하는 구성요건을 달리하는 사실이 ‘공소장에 기재된 공소사실’에 포함되는 경우에는 축소사실을 인정하더라도 일반적으로 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있다(통설·판례).

판례도 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 강제추행죄로 유죄판결을 할 수 있다는 입장이다(대판(全합) 1999.4.15. 96도1922[소위 롯데슈퍼할아버지 사건][다수의견]).

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 법원이 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 상해에 해당하지 않는다고 판단하여 강제추행죄로 유죄판결을 한 것은 적법하다.

1) 사시 2016 등 다수, 변시 다수, 입시 2014·2015 등. ☞ 상세는 Blackbox 77p, 마무리특강자료 44p 등 참조.

2) 사시 2016 등 다수, 변시 다수. ☞ 상세는 기본서 339p (2) 1) ②, Blackbox 77p, 마무리특강자료 44p 등 참조.

【문 3. 3. 가】 법원의 공소장변경요구¹⁾

I. 문제점

법원이 검사에게 공소장변경을 요구하여야 하는지는 법원의 검사에 대한 공소장변경요구(제298조 제2항)의 법적 성격과 관련하여 문제된다.

II. 법원의 검사에 대한 공소장변경요구의 법적 성격

① 실체진실발견 및 제298조 제2항 문언상 법원의 의무라는 의무설, ② 법원의 권리일 뿐 의무는 아니라는 재량설, ③ 원칙적으로 법원의 재량이지만, 무죄판결을 하는 것이 현저히 정의에 반하는 경우(증거의 명백성, 범죄의 중대성)에 한하여 예외적으로 의무가 된다는 예외적 의무설이 대립한다.

판례는 “법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구할 것인지의 여부는 법원의 재량에 속하는 것이므로 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고는 볼 수 없다.”고 하여(대판 2009.5.14. 2007도616 등),²⁾ 재량설의 입장이다.

생각건대, 당사자주의를 강화한 현행법의 해석상 재량설이 타당하다.

III. 문제의 해결

판례에 따르면, 1심 법원이 살인죄의 공소사실에 포함된 더 가벼운 범죄사실인 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄로 공소장변경을 요구하여야 하는 것은 아니다.

1) 사시 2016·2013, 변시 다수. ☞ 상세는 Blackbox 79p, 마무리특강자료 46-47p 등 참조.

2) 살인죄의 공소사실을 상해치사 또는 감금치사죄로 공소장변경을 요구하지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다는 사례.

【문 3. 3. 나】 축소사실의 인정과 법원의 심판의무(소위 ‘판결편의주의’)¹⁾

I. 문제점

위 무죄판결의 적법성은 법원이 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있는데, 법원이 축소사실에 대하여 유죄판결을 하여야 하는 것이 법원의 의무인지 아니면 축소사실에 대하여 무죄판결을 하여도 적법한 판결인지가 소위 ‘판결편의주의’와 관련하여 문제된다.

II. 공소장변경의 필요성과 소위 ‘판결편의주의’

판례는 “공소장변경이 없는 경우에 반드시 축소사실을 인정해야 하는 것은 아니나, 축소사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지 볼 수는 없다.”고 판시하여(대판 1993.12.28. 93도3058[목사부인폭행 사건] 등), 소위 ‘판결편의주의’ 를 인정하고 있다.

생각건대, ① 사안의 중대성과, ② 정의·형평을 고려하여 판단하는 판례의 입장이 타당하다.

다만, ‘현저히 정의와 형평’에 반하여 축소사실에 대하여 유죄판결을 해야 할 경우에는 법원은 석명권(규칙 제141조)을 발동하여 검사에게 공소장변경을 요구(제298조 제2항)하는 것이 바람직하다고 본다.

III. 문제의 해결

판례에 따르면, ① 사안의 중대성과 ② 정의·형평에 비추어, 법원이 공소장 변경 없이 직권으로 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 것은 위법하다(대판 2009.5.14. 2007도616).

1) 사시 다수, 변시 다수, 입시 2016 등. ⇨ 상세는 Blackbox 78p, 마무리특강자료 44-45p 등 참조.

2019년 법무사 민소법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

<기본적 사실관계>

甲은 乙에게 1억 원(이하 '이 사건 대여금'이라 한다)을 대여하였다는 취지로 주장하며, 2019. 2. 1. 乙을 상대로 이 사건 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

※ 위 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항에서 추가로 제시되는 사실관계는 서로 무관하고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판결의 다수의견에 따를 것)

- (위 기본적 사실관계에 추가하여)** 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서 甲은 乙의 인장이 날인된 차용증(갑 제1호증)을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙은 '차용증상의 인영이 자신의 것은 맞지만, 자신은 백지에 인장을 날인하여 주었을 뿐이고 누가 추후 그 내용을 기재하였는지는 모르겠다.'라고만 진술하고, 그 구체적인 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 아니하였다. 이러한 경우 차용증(갑 제1호증)의 진정성립이 추정되는지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
- (위 기본적 사실관계에 추가하여)** 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서, 乙은 甲에 대하여 4,000만 원의 약정금 채권(이하 '약정금 채권'이라 한다)과 1억 원의 투자금반환 채권(이하 '투자금 채권'이라 한다)을 가지고 있다고 주장하며, 위 약정금 채권과 투자금 채권을 자동채권으로 하여 甲의 이 사건 대여금 채권과 상계한다고 항변하였다. 법원은 변론을 종결한 후 甲의 이 사건 대여금 청구 중 6,000만 원 부분만을 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결문의 이유 부분에서는 이 사건 대여금 채권 1억 원이 존재한다고 인정한 다음, 乙의 상계항변에 대하여 ① 약정금 채권 4,000만 원을 자동채권으로 한 상계항변은 모두 받아들이고, ② 투자금 채권 1억 원을 자동채권으로 한 상계항변은 그 원인사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척한다는 취지로 기재되어 있다. 이에 대하여 甲과 乙이 모두 항소하지 아니하여 위 판결은 그대로 확정되었다. 위 확정 판결로 乙의 甲에 대한 투자금 채권이 부존재한다는 판단의 기판력이 발생한 금액 범위를 밝히고, 그 이유를 간략하게 설명하시오(이자 및 지연손해금은 고려하지 말 것). (15점)
- (위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원은 소장에 기재된 주소지와 보정명령에 따라 보정된 주민등록 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 모두 이사불명을 이유로 乙에게 송달되지 아니하자, 공시송달의 방법으로 소장 부분, 변론기일 통지서 등을 송달한 후 변론을 진행하였다. 그 후 제1심 법원은 원고 승소 판결을 하였고, 제1심 판결 정보는 공시송달의 방법으로 2019. 6. 1. 乙에게 송달되었다. 그런데 乙은 이 사건 대여금 청구의 소 제기 전인 2019. 1. 15. 이미 사망하였고, 乙의 상속인 丙은 2019. 7. 1. 제1심 판결에 대하여 추후보완 항소를 제기하면서 소송수계신청을 하였다. 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청이 적법한지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
- (위 기본적 사실관계에 추가하여)** 甲의 채권자인 丁은 甲에 대한 1억 원의 집행력 있는 약속어

음 공정증서 채권에 기하여 甲의 이 사건 대여금 채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2019. 5. 10. 乙에게 송달되었다. 甲이 乙을 상대로 제기한 이 사건 대여금 청구 소송이 계속되고 있는 상태에서, 丁은 2019. 5. 20. 乙을 상대로 추심금 지급을 구하는 별개의 소를 제기하였다. 丁이 제기한 추심금 지급의 소가 적법한지에 관하여 결론과 그 이유를 약술 하시오. (15점)

제 2 문

(20점)

<기본적 사실관계>

甲은 자신의 노트북을 乙에게 100만 원에 팔기로 계약하였는데, 乙은 현재 돈이 없으니 일단 노트북을 인도해 주면 일주일 내 노트북 매매대금을 주겠다고 하여 甲은 乙의 말을 믿고 노트북을 乙에게 인도해 주었다. 그런데 일주일 지나서도 乙이 노트북 매매대금을 주지 않자, 甲은 乙을 피고로 하여 노트북 매매대금 100만 원을 구하는 매매대금청구(이하 '주위적 청구'라고 한다)의 소를 제기하였다. 한편, 위 매매계약이 무효임을 대비하여 인도받은 노트북을 부당이득으로 구하는 청구(이하 '예비적 청구'라고 한다)도 함께 제기하였다(부대항소는 제기하지 않은 것으로 본다).

※ 각 문항은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따를 것

1. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 이에, 甲이 기각된 주위적 청구와 판단하지 않은 예비적 청구에 대해서 항소를 하였으나, 항소심 법원 또한 甲의 항소를 기각하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않았으며, 甲이 상고를 제기하지 않아 그대로 판결이 확정되었다. 이 경우 제1심 법원과 항소심 법원에서 예비적 청구를 판단하지 않은 것이 재판의 누락인지, 판단 누락인지에 대하여 설명하고(3점), 甲이 예비적 청구에 대하여 별소를 제기할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유(7점)를 기재하시오.
2. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였는데, 항소심 법원에서 심리한 결과 오히려 주위적 청구가 이유 있고 예비적 청구는 이유 없다는 결론에 이르렀다. 이 경우 항소심 법원은 어떠한 판결(항소각하, 항소기각, 항소인용, 항소일부인용 등)을 해야 하는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)
3. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였다. 이 경우 乙이 항소심 변론기회에서 주위적 청구를 인낙할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)

제 1 문

<기본적 사실관계>

甲은 乙에게 1억 원(이하 '이 사건 대여금'이라 한다)을 대여하였다는 취지로 주장하며, 2019. 2. 1. 乙을 상대로 이 사건 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

※ 위 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항에서 추가로 제시되는 사실관계는 서로 무관하고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판결의 다수의견에 따를 것)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서 甲은 乙의 인장이 날인된 차용증(갑 제1호증)을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙은 '차용증상의 인영이 자신의 것은 맞지만, 자신은 백지에 인장을 날인하여 주었을 뿐이고 누가 추후 그 내용을 기재하였는지는 모르겠다.'라고만 진술하고, 그 구체적인 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 아니하였다. 이러한 경우 차용증(갑 제1호증)의 진정성립이 추정되는지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서, 乙은 甲에 대하여 4,000만 원의 약정금 채권(이하 '약정금 채권'이라 한다)과 1억 원의 투자금반환 채권(이하 '투자금 채권'이라 한다)을 가지고 있다고 주장하며, 위 약정금 채권과 투자금 채권을 자동채권으로 하여 甲의 이 사건 대여금 채권과 상계한다고 항변하였다. 법원은 변론을 종결한 후 甲의 이 사건 대여금 청구 중 6,000만 원 부분만을 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결문의 이유 부분에서는 이 사건 대여금 채권 1억 원이 존재한다고 인정 한 다음, 乙의 상계항변에 대하여 ① 약정금 채권 4,000만 원을 자동채권으로 한 상계항변은 모두 받아들이고, ② 투자금 채권 1억 원을 자동채권으로 한 상계항변은 그 원인사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척한다는 취지로 기재되어 있다. 이에 대하여 甲과 乙이 모두 항소하지 아니하여 위 판결은 그대로 확정되었다. 위 확정 판결로 乙의 甲에 대한 투자금 채권이 부존재한다는 판단의 기판력이 발생한 금액 범위를 밝히고, 그 이유를 간략하게 설명하시오(이자 및 지연손해금은 고려하지 말 것). (15점)
3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원은 소장에 기재된 주소지와 보정명령에 따라 보정된 주민등록 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 모두 이사불명을 이유로 乙에게 송달되지 아니하자, 공시송달의 방법으로 소장 부분, 변론기일 통지서 등을 송달한 후 변론을 진행하였다. 그 후 제1심 법원은 원고 승소 판결을 하였고, 제1심 판결 정보는 공시송달의 방법으로 2019. 6. 1. 乙에게 송달되었다. 그런데 乙은 이 사건 대여금 청구의 소 제기 전인 2019. 1. 15. 이미 사망하였고, 乙의 상속인 丙은 2019. 7. 1. 제1심 판결에 대하여 추후보완 항소를 제기하면서 소송수계신청을 하였다. 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청이 적법한지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
4. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 甲의 채권자인 丁은 甲에 대한 1억 원의 집행력 있는 약속어음 공정증서

채권에 기하여 甲의 이 사건 대여금 채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2019. 5. 10. 乙에게 송달되었다. 甲이 乙을 상대로 제기한 이 사건 대여금 청구 소송이 계속되고 있는 상태에서, 丁은 2019. 5. 20. 乙을 상대로 추심금 지급을 구하는 별개의 소를 제기하였다. 丁이 제기한 추심금 지급의 소가 적법한지에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (15점)

I. 설문 1.에 관하여1)

1. 결 론

차용증(갑 제1호증)의 진정성립은 추정된다.

2. 이 유

(1) 진정성립의 추정 여부

- ① 사문서의 진정성립에 대해서는 거증자측이 그 성립의 진정을 증명하여야 한다. 그런데 제358조에서는 낯인사실이 증명된 경우 사문서의 진정성립이 추정됨을 규정하고 있다.
- ② 사안의 경우 乙은 그 차용증(갑 제1호증)에 찍혀 있는 인영이 자신의 것으로서 자신이 낯인한 사실을 인정하였으므로, 제358조에 의하여 차용증서 전체의 진정성립도 추정된다고 할 것이다.

(2) 백지문서에 낯인한 경우 진정성립 추정의 특별 여부

- ① 인영의 진정이 인정되면 문서의 진정성립이 추정되는데, 백지문서임이 증명되면 2단의 추정에서 두 번째 단계의 추정이 특별되는지, 즉 제358조의 추정이 특별되는지 여부가 문제이다.
- ② 판례는 이에 대해 i) 문서에 낯인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 인정되는 경우에는 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이고 작성명의인의 낯인만 되어 있고 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우, 그 문서 전체의 진정성립의 추정은 배제된다고 하여 추정을 부정하고 있다.²⁾ 또한 ii) 일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다고 하였다.³⁾

(3) 사안의 경우

사안의 경우 乙은 문서의 교부 당시 백지 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점에 대해 법관에게 확신을 주어야 하는데, 그에 대한 구체적 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 못하였는바, 제358조에 기한 추정은 깨지지 않았다.

1) 2순환 제7회 제2문 설문 1. / 3순환 제5회 제1문 설문 (4) / 사례집 P.272 설문 (4) 쟁점
2) 대판 2000.6.9, 99다37009
3) 대판 2013.8.22. 2011다100923

II. 설문 2.에 관하여⁴⁾

1. 결 론

6천만 원의 범위에서 기판력이 발생한다.

2. 이 유

(1) 기판력의 객관적 범위

기판력은 판결주문에 포함된 판단에만 생기고(제216조 제1항), 판결이유 속에서 판단되는 피고의 항변에 대해서는 기판력이 생기지 않는 것이 원칙이다.

(2) 상계항변에 대한 기판력 발생

1) 의의 및 인정취지

다만 상계항변만은 이중분쟁의 방지를 위해서 그 대항한 액수의 한도에서 기판력이 생기는 것으로 하고 있다(제216조 제2항). 이와 같이 판결이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지는, 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권(또는 자동채권, 이하 '반대채권'이라고만 한다)의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 반대채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라, 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이다.

2) 기판력의 발생요건

상계항변에 대한 기판력이 발생하기 위하여는, ① 자동채권의 존부에 대하여 실질적으로 판단을 한 경우에 한하므로, i) 상계가 허용되지 않거나 ii) 상계항변이 실질한 공격방어방법으로 각하된 경우이거나 iii) 부적상을 이유로 배척된 경우에는 기판력이 발생하지 않는다. 또한 ② 상계주장에 관한 판단에 기판력이 생기는 것은 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일한 경우(원고가 상계를 주장하면서 청구이의의 소를 제기하는 경우)에 한한다.

3) 기판력의 발생범위

판례는 ① 반대채권이 부존재한다는 판결이유 중의 판단의 기판력은 특별한 사정이 없는 한 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였다더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하였고, ② 피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권(또는 자동채권, 이하 '반대채권'이라고만 한다)을 주장하였는데 법원이 그중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, 수동채권 중 위와 같이 상계로 소멸하는 것으로 판단된 부분은 피고가 주장하는 반대채권들 중 그 존재가 인정되지 않은 채권들

4) 2순환 제9회 설문 2. / 3순환 제7회 제2문 쟁점

에 관한 분쟁이나 그에 관한 법원의 판단과는 관련이 없어 기관력의 관점에서 동일하게 취급할 수 없으므로, 그와 같이 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기관력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 법원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 이때 '부존재한다고 판단된 반대채권'에 관하여 법원이 그 존재를 인정하여 수동채권 중 일부와 상계하는 것으로 판단하였을 경우를 가정하더라도, 그러한 상계에 의한 수동채권과 당해 반대채권의 차액 계산 또는 상계충당은 수동채권과 당해 반대채권의 상계적상의 시점을 기준으로 하였을 것이고, 그 이후에 발생하는 이자, 지연손해금 채권은 어차피 그 상계의 대상이 되지 않았을 것이므로, 위와 같은 가정적인 상계적상 시점이 '실제 법원이 상계항변을 받아들인 반대채권'에 관한 상계적상 시점보다 더 뒤라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 앞에서 본 기관력의 범위의 상한이 되는 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'은 수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다고 보아야 한다고 하였다.⁵⁾

(3) 사안의 경우

III. 설문 3.에 관하여⁶⁾

1. 결론

부적법하다.

2. 이유

(1) 문제점

추완항소가 적법하려면 상소요건을 갖추어야 하고 불변기간인 상소기간이 도과되어야 하는데, 이와 관련하여 사안의 경우 ① 무효인 판결에 대해서는 추완항소는 부적법하므로, 제소 전 당사자의 사망을 간과한 판결의 효력이 당연무효인 판결인지 여부와 ② 망인에 대한 공시송달이 유효한지 여부를 살펴 볼 필요가 있다.

(2) 제소 전 사망자임을 간과한 판결의 효력 및 소송수계신청 및 추완항소의 적법 여부

판례는 법원이 피고가 사자임을 간과하고 본안판결을 하였을 때, 판결이 확정되어도 그 판결은 이당사자대립구조의 흠결을 간과한 판결로서 당연무효라고 하였다. 즉 판례는 "사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다"고 하였다.⁷⁾

(3) 망인에 대한 공시송달의 효력 유무

① 공시송달의 요건에 흠이 있다 하여도 재판장이 공시송달을 명하여 공시송달이 이루어진 경우에는 그 뒤에 요건의 흠이 판명된다고 하더라도 그 공시송달은 유효하다고 보는 것이

5) 대판 2018.8.30. 2016다46338

6) 2순환 제1회 설문 (3) / 2순환 제8회 설문 가.의 (3) / 3순환 제1회 제1문 설문 2.의 (3) 쟁점

7) 대판 2015.1.29, 2014다34041.

판례이다. 그러나 ② 공시송달의 요건에 흠이 있다 하더라도 재판장의 명령에 의해 유효하다고 보는 것은 통상의 송달이 가능함을 전제로 공시송달의 요건만 구비되지 아니한 경우에 국한되며, 송달 일반의 무효사유가 있는 경우에는 공시송달이라도 무효이다.⁸⁾

(4) 사안의 경우

사안의 경우 제1심 법원이 乙의 제소 전 이미 사망한 자임을 간과하고 甲 승소판결을 선고하였더라도, 이는 당연무효인 판결로서 이에 대한 상속인 丙의 추완항소는 부적법하고, 나아가 실질적 소송관계가 이루어지지 않은 이상 소송수계신청도 부적법하다. 또한 판결정본도 망인에게 공시송달의 방법으로 송달하였는바, 이러한 송달은 위법·무효이므로 불변기간인 상소기간이 진행될 수도 없으므로 추완항소의 문제는 발생하지 아니한다. 따라서 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청은 부적법하다.

IV. 설문 4.에 관하여⁹⁾

1. 결론

적법하다.

2. 이유

(1) 채권에 대한 압류 및 추심명령의 성질 및 효과

1) 법정소송담당으로서의 효과

- ① 추심채권자는, 실체법상의 청구권은 채무자인 집행채무자(원래의 채권자)에게 있으면서 소송법상의 관리권만을 이전받는 제3자 법정소송담당의 관계에 있게 된다. 따라서 채무자는 원고로서의 당사자적격을 상실한다. 나아가 추심금청구소송의 소송물은 피압류채권이다.
- ② 판례도 채권에 대한 유효한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고, 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다고 하였다.

2) 압류 및 추심명령의 효력발생 시기

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

3) 사안의 경우

사안의 경우, 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금채권에 대한 丁의 압류 및 추심명령이 제3채무자인 乙에게 송달되었으므로, 丁의 압류 및 추심명령의 효력발생으로 인해 甲은 피압류채권에 대한 이행청구 소송을 제기 할 당사자적격을 상실하였다. 따라서 법원은 甲의 乙에 대한 대여금청구소송에 대하여 당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하 판결을 하여야 한다.

(2) 丁의 추심금소송이 중복제소에 해당하는지 여부

1) 중복제소금지의 의의·취지

8) 대판 2007.12.14, 2007다52997; 대판 2005.10.14, 2004다52705 참고

9) 2순환 제3회 제2문 설문 1. / 3순환 제9회 제1문 설문 2. 쟁점

이미 법원에 소송계속 중인 사건과 동일한 사건에 관하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하는 데(제259조), 판결의 모순·저촉의 방지를 위한 것이다.

2) 요 건

- ① 중복소제기로 금지가 되기 위해서는 i) 전·후 양소의 당사자가 동일할 것, ii) 전·후 양소의 소송물이 동일할 것, iii) 전소가 소송계속 중일 것이 요구된다.
- ② 사안의 경우, 甲의 乙을 상대로 한 전소는 당사자적격의 흠을 이유로 부적법하므로 각하되어야 하지만, 실제 각하되지 않는 한 소송계속은 인정된다. 또한 전소의 소송물은 甲의 乙에 대한 대여금채권이고 후소의 소송물도 피압류채권인 甲의 乙에 대한 대여금채권이므로 전·후 양소의 소송물은 동일하다. 나아가 당사자가 甲과 丁으로서 서로 다른 경우이지만 판결의 효력이 미치는 관계라고 본다면 중복제소에 해당한다고 볼 여지가 있으므로, 이에 대해 살펴본다.

3) 중복제소 해당 여부

이에 대해 판례는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없으며, 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도 압류채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자를 상대로 압류채권자가 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다고 하였다.¹⁰⁾

(3) 사안의 경우

丁의 추심금 청구의 소는 중복제소에 해당하지 않고, 그 외 소송요건의 흠이 있다는 사정은 보이지 않으므로 적법하다.

10) 대판(전) 2013.12.18, 2013다202120

제 2 문

<기본적 사실관계>

甲은 자신의 노트북을 乙에게 100만 원에 팔기로 계약하였는데, 乙은 현재 돈이 없으니 일단 노트북을 인도해 주면 일주일 내 노트북 매매대금을 주겠다고 하여 甲은 乙의 말을 믿고 노트북을 乙에게 인도해 주었다. 그런데 일주일 지나서도 乙이 노트북 매매대금을 주지 않자, 甲은 乙을 피고로 하여 노트북 매매대금 100만 원을 구하는 매매대금청구(이하 '주위적 청구'라고 한다)의 소를 제기하였다. 한편, 위 매매계약이 무효임을 대비하여 인도받은 노트북을 부당이득으로 구하는 청구(이하 '예비적 청구'라고 한다)도 함께 제기하였다(부대항소는 제기하지 않은 것으로 본다).

※ 각 문항은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따를 것

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 이에, 甲이 기각된 주위적 청구와 판단하지 않은 예비적 청구에 대해서 항소를 하였으나, 항소심 법원 또한 甲의 항소를 기각하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않았으며, 甲이 상고를 제기하지 않아 그대로 판결이 확정되었다. 이 경우 제1심 법원과 항소심 법원에서 예비적 청구를 판단하지 않은 것이 재판의 누락인지, 판단 누락인지에 대하여 설명하고(3점), 甲이 예비적 청구에 대하여 별소를 제기할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유(7점)를 기재하시오.
2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였는데, 항소심 법원에서 심리한 결과 오히려 주위적 청구가 이유 있고 예비적 청구는 이유 없다는 결론에 이르렀다. 이 경우 항소심 법원은 어떠한 판결(항소각하, 항소기각, 항소인용, 항소일부인용 등)을 해야 하는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)
3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였다. 이 경우 乙이 항소심 변론기일에서 주위적 청구를 인낙할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)

I. 설문 1.에 관하여¹¹⁾

1. 결론

별소를 제기함은 부적법하여 허용되지 않는다.

2. 이유

11) 사례집 P.472

(1) 예비적 병합에서 일부판결의 허용 여부 및 취급 - 판단누락인지 여부

판례는 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 '① 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 ② 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기 되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라고 하였다.

따라서 사안의 판결은 허용되지 않는 일부판결을 한 경우로서 판단누락에 준하는 위법이 있다고 할 것이다.

(2) 예비적 병합에서 일부판결을 한 경우의 구제방법

1) 상소 또는 재심의 소 가부

판례는 ① 일부판결이 허용되지 않는 소송에서는 재판의 누락이 있을 수 없으므로 추가판결로 시정할 것이 아니고, 그러한 일부판결을 위법한 전부판결로 보아 판결하지 않은 부분은 판단 누락에 준하여 취급해야 하므로, 그 구제는 상소 또는 재심(제451조 제1항 9호)에 의해야 한다고 본다(판단누락설 내지 상소·재심설). 그리고 ② 위법한 판결에 대한 상소가 제기되면 판단누락된 부분도 모두 상소심으로 이심이 되어, 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라고 한다.

2) 별소제기의 가부

- ① 어느 분쟁해결을 위하여 적정한 판단을 받을 수 있도록 마련된 보다 더 간편한 절차를 이용할 수 있었음에도 그 절차를 이용하지 않았다는 사정은 소송제기에 있어 소극적 권리 보호요건인 직권조사사항이다.
- ② 예비적 병합소송에서 청구의 일부에 대한 판단을 누락한 경우 그 청구를 별소로써 구하는 것은 허용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.¹²⁾ 즉 판례는 누락된 청구 부분은 판단이 된 바 없으므로 기판력 저촉의 문제는 생기지 않으나, 위법한 판결로 인하여 불이익을 받게 된 당사자는 별소를 제기할 필요가 없이 간편하게 그 소송절차 내에서 상소를 통하여 그 분쟁해결을 위한 적정한 판단을 구할 길이 열려져 있기에, 당사자가 그를 시정하기 위한 상소절차를 이용할 수 있었음에도 그를 이용하지 아니하고 당연무효가 아닌 그 판결을 확정시켰다면 그 판결은 위법한 오류가 있는 그대로 확정됨과 동시에 당사자로서는 그 단계에서 주어진 보다 더 간편한 분쟁해결수단인 상소절차 이용권을 스스로 포기한 것이 되어, 그 후에는 상소로 다투었어야 할 그 분쟁을 별소로 다시 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한, 그의 권리보호를 위한 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 소제기이어서 허용될 수 없다고 하였다. 즉 보다 더 간편한 절차를 이용하지 않고 별소를 이용하는 것은 권리보호의 이익이 없다는 것이다.

II. 설문 2.에 관하여¹³⁾

1. 결론

12) 대판 2002.9.4. 98다17145

13) 3순환 제8회 제2문 쟁점

항소인용을 해야 한다.

2. 이유

(1) 일부항소의 경우 항소심 법원의 조치

- ① 판례는 예비적 병합에서 주위적 청구기각·예비적 청구인용의 경우에는 원고는 주위적 청구가 기각된 데 대해, 피고는 예비적 청구가 인용된 데 대해 항소의 이익이 있다고 하였다.
- ② 판례는 “제1심 법원이 원고들의 주위적 청구와 예비적 청구를 병합 심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만이 항소한 경우, 항소제기에 의한 이심의 효력은 당연히 사건 전체에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이지만, 항소심의 심판범위는 이에 관계없이 피고의 불복신청의 범위에 한하는 것으로서 예비적 청구를 인용한 제1심 판결의 당부에 그치고 원고의 부대항소가 없는 한 주위적 청구는 심판대상이 될 수 없다.”고 하였다.¹⁴⁾
- ③ 다만 항소심 법원은 주위적 청구가 이유 있다고 판단되는 경우 구체적으로 어떠한 판결을 선고하여야 하는지가 문제되는데, 이에 대해 판례는 피고가 항소한 예비적 청구에 대해 항소를 인용하여 예비적 청구를 인용한 제1심 법원의 판결을 취소하고 예비적 청구에 대해 기각판결을 선고하여야 한다고 하였다.¹⁵⁾

(2) 사안의 경우

Ⅲ. 설문 3.에 관하여

1. 결론

주위적 청구를 인낙할 수 있다.

2. 이유

(1) 주위적 청구에 대한 인낙의 가부

판례는 “제1심 법원이 원고의 주위적 청구와 예비적 청구를 병합심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만 항소를 하더라도, 항소의 제기에 의한 이심의 효력은 피고의 불복신청의 범위와는 관계없이 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이므로, 피고가 항소심의 변론에서 원고의 주위적 청구를 인낙하여 그 인낙이 조서에 기재되면 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것이고, 따라서 그 인낙으로 인하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 병합심판을 구한 예비적 청구에 관하여는 심판할 필요가 없어 사건이 그대로 종결되는 것이다.”라고 하였다.¹⁶⁾

(2) 사안의 경우

14) 대판 1995.2.10, 94다31624

15) 대판 1995.2.10, 94다31624

16) 대판 1992.6.9, 92다12032

< 2019년 제25회 법무사2차 민사서류작성 >

1. 25회 시험문제 관련 분석과 총평

가. 전체적으로,

금년 민사서류 문제는 최근의 시험문제 중 그래도 가장 무난하고 기본적인 문제로 출제되었고, 세심하게 청구취지의 틀까지 제시해주었습니다.

그래서 시간 배분만 실수하지 않았으면, 예전처럼 청구취지 밖에 못쓰다거나 아니면 청구원인 조금 작성하다가 마무리 못하는 등의 일은 없이 대부분 기본적인 소장내용은 완성하였을 것으로 보입니다.

나. 부분적으로,

변제총당을 염두에 두면 되는 부분이었는데, 그 변제총당 역시 비교적 간단하고 단순하게 주어졌으며, 계산내역까지 미리 제시해 주었습니다.

2. 마치며

1) 답안례나 의견은 어디까지나 저의 개인적인 사건에 불과합니다. 그리고 제가 예시한 답안례는 물론 100% 완벽답안도 아니고 참고례에 불과 합니다. 다만, 저는 충분한 시간을 가진 상태에서, 실제 시간내에 작성가능 할 수 있을 만큼 가능하면 압축해서 답안례를 만들어 보고 여러번 다듬어 보았는데, 그럼에도 불구하고 단지 이것을 그냥 물리적으로 손으로 베껴쓰는 것만 해도 상당한 시간이 필요합니다.

2) 그러므로 늘 같은 상황이지만, 실제 시험에서는 짧은 시간동안에 민사소송법도 함께 보아야 하고, 민소법 문제도 상당한 분량이고 여러개 분설되어 출제되는 상황에서 3-40분 시간에 완벽하게 작성하기는 쉽지 않아 자칫 시간배분의 어려움 등을 있을 수 있습니다.

3) 모두 수고들 많으셨습니다. 이제 모두 지나간 일이며, 시험이 끝나면 늘 아쉬운 점이 남습니다. 문제가 평이하면 평이한대로 어려우면 어려운대로 모든 수험생들에게 공통된 상황이었을 것이고, 논문식 시험의 특성상 어디까지나 상대적으로 점수평가가 있을 것입니다.

4) 그리고 지금까지 누구도 예외없이 늘 그래왔고, 앞으로도 그럴 것이 듯이, 이제부터 발표시 까지는 누구나 할 것 없이 불안정한 시간을 보내야 합니다. 특히 1차 시험보다도 2차 시험의 경우 상대적으로 채점결과를 예측하기 어려워, 발표시 까지는 결과를 확신하기가 어렵습니다. 그러나 이러한 과정 역시 모든 수험생이면 반드시 거쳐야만 하는 과정일 것입니다.

5) 그리고 시험으로 모든 것이 끝나는 것이 아닙니다. 합격을 한다고 해도, 또 다른 새로운 세계의 무대가 기다리고 있을 것입니다. 점점 전문가들 사이에서도 무한 경쟁의 시대가 되어 가고 있습니다. 합격했다고 해서 고생이 끝난 것이 아니고 누가 앞길을 보장해주는 것도 아닙니다.

합격 후 전문가로서 제대로 활동하려면 더욱 많은 실력이 필요하고 많은 분야의 실무적인 공부를 해야 합니다. 요즘 사법시험이나 로스쿨 출신 변호사들도 점점 무한경쟁의 상황속에 놓여지고 있습니다. 발표때 까지도 시간을 잘 활용하시길 바랍니다.

모두 모두 건승을 기원합니다.

모두 수고들 많으셨습니다.

법) 이천교

▶ 답안례

소 장

*** 소가 240,000,000원
산출내역 1) 1차 차용금 2억원
2) 2차 차용금 4,000만원

*** 인지액 1,015,000원
계산내역) 240,000,000원 x 40/10,000 + 55,000

원 고 김상훈 (701104-1122333)
서울 서초구 서초중앙로 123
전화번호 : 010-1234-7777, 전자우편 : ksh@kmail.com

피 고 하용주 (770201-1987654)
서울 강남구 자곡로 337
전화번호 : 010-4321-9876

대여금 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고는 원고에게 200,000,000원 및 이에 대하여 2019. 1. 1. 부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 월 0.5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
 2. 피고는 원고에게 40,000,000원 및 이에 대하여 2019. 1. 1. 부터 다 갚는 날까지 월 1.5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
 3. 소송비용은 피고가 부담한다.
 4. 제1, 2항은 가집행할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 원고는 피고에게 2017. 1. 1. 2억 원을 변제기 2018. 12. 31. 이자 월 0.5%로 정하여 대여하였고(이하 “1차 차용금”), 2018. 1. 1. 1억 원을 변제기 2018. 12. 31. 이자 월 1.5%로 정하여 대여(이하 “2차 차용금”) 하였습니다.
2. 피고는 이중 1차 차용금에 대한 2017. 12. 31.까지의 이자만 지급하고 나머지는 전혀 지급하지 아니한 채 지내오던 중, 2018. 12. 31. 위 1,2차 차용금 중 어느 차용금에 변제충당 한다는 합의나 변제충당의 지정 없이 9,000만원을 입금(이하 “이 사건 지급금”) 하였습니다.
3. 그러므로 2018. 12. 31.기준으로 이 사건 지급금을 법정 변제충당하면 아래와 같습니다

(아 래)

가. 1차 차용금 2억 원 및 이에 대하여 2018. 1. 1.부터 2018. 12. 31. 까지 월 0.5%의 비율로 계산한 약정이자 1,200만원과 2차 차용금 1억 원 및 이에 대하여 2018. 1. 1.부터 2018. 12. 31.까지 월 1.5%의 비율로 계산한 약정이자 1,800만원이 존재합니다.

나. 그런데 위 1,2차 차용금의 이행기가 모두 도래하였고, 1차 차용금의 이율은 월 0.5%인 반면 2차 차용금의 이율은 월 1.5%이므로 2차 대여금 채무가 채무자인 피고에게 변제이익 더 많은 채무에 해당하므로, 민법 제477조 제2호에 따라 이 사건 지급금은 2차 차용금 채무의 변제에 우선충당 되어야 할 것입니다. 다만, 위와 같이 충당하는 경우에도 이자 채무 등 부수적 채무가 딸린 복수 채무의 법정충당의 경우, 변제충당에 관한 규정인 민법 제479조 제1항이 우선 적용되는 것이므로, 이 사건 지급금은 위 조항에 따라 1차 차용금에 대한 위 약정이자 1,200만원 및 2차 차용금에 대한 위 약정이자 1,800만원의 변제에 먼저 충당되고 잔액 6,000만원(=9,000만원-1,200만원-1,800만원)을 2차 차용금의 원금 채무 변제에 충당하면 잔액은 4,000만원(=1억원-6,000만원)이 됩니다.

4. 따라서 피고는 원고에게 1차 차용금 2억 원 및 이에 대하여 2019. 1. 1.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 약정이율 월 0.5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을, 2차 차용금 잔액 4,000만원 및 이에 대하여 2019. 1. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1.5%의 약정이율로 계산한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있습니다.

5. 이상과 같은 이유로 청구취지 기재와 같은 판결을 구하기 위하여 본 소를 제기하기에 이르렀습니다.

입 증 방 법

1. 갑 제1호증의 1 내지 2 차용증 및 이체확인증
2. 갑 제2호증의 1 내지 2 차용증 및 이체확인증
3. 갑 제3호증의 1 내지 2 변제요청서 및 변제요청에 대한 답변서
4. 갑 제4호증 입·출금 거래내역

첨 부 서 류

1. 위 입증방법 각 2통
2. 소장부분 1통
3. 송달료 납부서 1통
4. 서류작성 및 제출위임장 1통

2019. 9. 21.

위 원고 김상훈(인)

서울중앙지방법원

귀중

부동산등기법 해설

법무사 유석주 제공

<총평>

2019년 제25회 법무사 2차 시험문제 중 부동산등기법 문제는 최근에 출제되었던 문제 중에서 가장 평이하게 출제된 문제라고 생각된다. 학원강의를 열심히 듣고 모의고사에 빠짐없이 응시하여 실전 연습을 한 수험생이라면 시험장에서 큰 부담감을 느끼지 않고 답안지를 작성할 수 있었을 것으로 생각된다. 수험생의 합격을 빈다. 세부적으로 보면 다음과 같다.

【문 1】은 기본 강의와 2차 강의(2순환 1, 5, 7회차, 3순환 6회차, 동차반 9회차)를 통하여, 【문 2】 역시 기본 강의와 2차 강의(2순환 3회차, 3순환 3일차)등을 통하여 거듭 강조하고 반복연습하였던 문제이다. 위 2문제 모두 마무리특강자료집 9번 문제, 24번 문제, 34번 문제로 수록되어있는 문제이다. 기본서를 탐독하고 기본강의를 열심히 들었던 수험생은 답안지를 작성하는데 어려움이 없었을 것으로 판단한다.

【등기신청서류작성】 기본적으로 소유권이전 및 신탁말소등기신청서인데 이는 신청서류작성문제집에 예시되어 있는 문제이다. 매매를 원인으로 소유권이전등기 및 신탁말소등기를 하는 이외에 수익자의 동의서를 첨부하는 것이 유의하여야 할 사항에 불과한 평범한 문제이다.

【문 1】

소유명의인이 갑(甲)인 X토지에 대하여 을(乙)을 가등기권리자로 하는 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기와 병(丙)을 전세권자로 하는 전세권설정등기(전세금 금 3억 원) 및 정(丁)을 근저당권자로 하는 근저당권설정등기(채권최고액 금 3억 원)가 순차로 마쳐졌다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음)

1. 소유명의인 갑(甲)이 교회인 경우 갑(甲)과 을(乙)이 등기소에 방문하여 가등기에 기한 본 등기 신청 시 제공하여야 할 첨부정보에 관하여 설명하시오. (15점)

가. 원칙

소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기권리자가 본등기를 한다는 것은 소유권이전등기를 의미하고, 등기의무자는 교회로써 법인 아닌 사단에 해당하기 때문에 필요한 첨부정보를 부동산등기규칙 제46조, 제48조, 제60조, 제61조, 제124조를 참조하여 설명한다.

(1) 등기원인을 증명하는 서면

등기원인이 매매라면 매매계약서, 증여라면 증여계약서를 첨부한다(부동산등기규칙(이하 '규칙'이라 한다) 제46조 제1항 제1호). 다만 일정시점에 매매예약완결의 의사표시가 있는 취지의 약정이 있었던 경우에는 별도의 매매계약서를 첨부하지 아니하고 매매예약서를 제출하면 된다. 증여계약서에 의한 소유권이전본등기라면 등기원인을 증명하는 서면에 시장·군수·구청장의 검인을 받아야 한다.

(2) 등기원인에 대한 제3자의 허가·동의·승낙서

위 지역이 농지라면 농지취득자격증명을, 토지거래허가지역이라면 토지거래허가서를 첨부한다(규칙 제46조 제1항 제2호).

(3) 등기상 이해관계인의 승낙서

가등기에 의한 본등기시에는 등기상 이해관계인의 승낙서는 첨부할 것이 아니다(규칙 제46조 제1항 제3호). 병의 전세권이나 정의 근저당권등기는 직권말소되기 때문에 병·정은 등기상 이해관계인에 해당하지 않는다.

(4) 법인등기사항증명서

을이 법인이라면 그 대표자의 자격을 증명하는 정보로 법인등기사항증명서를 제출한다(규칙 제46조 제1항 제4호).

(5) 주소를 증명하는 서면

소유권이전등기를 하는 경우에는 등기의무자 및 등기관리자의 주소를 증명하는 서면을 제출하여야 하므로 등기의무자인 갑 교회의 주소를 증명하는 서면(정관이나 회의록 등) 및 등기관리자인 을의 주소를 증명하는 서면(주민등록표초본)을 제출한다(규칙 제46조 제1항 제6호). 등기관리자 을이 법인이라면 법인등기사항증명서를 제출하여야 하고, 외국인·재외국민이라면 등기예규 제1665호에 따른다.

(6) 주민등록번호를 증명하는 서면

등기관리자의 주민등록번호가 새로이 기입되는 경우이므로 등기관리자인 을의 주민등록번호증명서면을 제출한다(규칙 제46조 제1항 제6호). 등기관리자 을이 법인이라면 부동산등기용등록번호증명서면으로 법인등기사항증명서를 제출하고, 외국인·재외국민이라면 등기예규 제1665호에 따른다.

(7) 토지대장·임야대장·건축물대장 등

소유권이전등기를 하는 경우이므로 토지대장·임야대장·건축물대장이나 그 밖에 부동산의 표시를 증명하는 정보를 제출한다(규칙 제46조 제1항 제7호).

(8) 인감증명·본인서명사실확인서·전자본인서명확인서 발급증

소유권의 등기명의인이 등기의무자인 경우이므로 등기의무자인 갑 교회의 대표자의 인감증명을 제출한다(규칙 제60조 제1항 제1호). 등기원인이 매매인 경우에는 매도용 인감증명을 제출한다. 그 인감증명은 대표자나 관리인의 개인인감증명을 의미하는데(규칙 제61조 제1항), 이는 본인서명사실확인서·전자본인서명확인서 발급증으로 갈음할 수 있다.

(9) 부동산거래계약신고필증

「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제3조제1항에서 정하는 계약을 등기원인으로 하는 소유권이전본등기를 신청하는 경우에는 시장·군수 또는 구청장으로부터 제공받은 거래계약신고필증정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제124조 제1항).

(10) 취득세·등기신청수수료영수필확인서 등

소유권이전등기를 하는 경우에는 취득세 및 등기신청수수료를 납부하여야 하므로 취득세영수필확인서 및 등기신청수수료영수필확인서를 제출한다(지방세법시행령 제36조, 규칙 제22조).

(11) 정관

법인아닌 사단이 등기를 신청하는 경우이므로 법인아닌 사단의 실체를 증명하는 서면으로 정관이나 그 밖의 규약을 제출한다(규칙 제48조 제1호).

(12) 대표자나 관리인임을 증명하는 정보.

법인아닌 사단의 경우에 그 대표자나 관리인이 등기를 신청하므로 대표자나 관리인임을 증명하는 정관이나 회의록등을 제출한다(규칙 제48조 제2호). 다만 등기되어 있는 대표자나 관리인이 신청하는 경우에는 그러하지 아니하다(위 2호 단서).

(13) 사원총회결의서

법인아닌 사단이 물건을 소유하는 경우에는 이를 총유로 보는 것이므로 교회가 등기의무자가 되어 올에게 소유권이전등기를 하는 경우에는 민법 제276조 규정에 따라 총유물의 관리 및 처분을 위한 사원총회결의서를 첨부한다(규칙 제48조 제3호). 다만 정관에 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(14) 대표자나 관리인의 주소 및 주민등록번호를 증명하는 정보

법인아닌 사단이 등기를 신청하는 경우에는 대표자나 관리인의 주소 및 주민등록번호를 증명하는 정보를 제공하여야 한다(규칙 제48조 제1호). 이는 등기되어있는 대표자 등이 신청하는 경우에도 마찬가지이다.

(15) 2인 이상 성년자의 인감증명 등

위 (13)(14)의 서면에는 그 사실을 확인하는 데 상당하다고 인정되는 2인 이상의 성년자가 ‘사실과 상위없다’는 취지와 성명을 기재하고 인감을 날인하여야 하며, 날인한 인감에 관한 인감증명을 제출하여야 한다(규칙 제60조 제1항 제8호).

(16) 등기의무자의 등기필증

등기의무자가 등기필정보가 아니라 등기필증을 가지고 있는 경우에는 그 등기필증을 제출하고(부칙

제2조), 등기의무자가 등기필정보나 등기필증이 없는 경우에는 등기관으로부터 확인을 받거나, 공증 받은 등기신청서를 제출한다(법 제51조).

2. 을(乙)이 갑(甲)에 대한 소유권이전청구권을 무(戊)에게 양도하고 을(乙)과 무(戊)가 가등기상의 소유권이전등기청구권의 이전등기를 신청하는 경우 이러한 등기신청이 허용되는 이유와 등기신청 시 등기소에 제공하여야 할 첨부정보에 관하여 설명하시오. (10점)

가. 가등기의 이전등기의 의의

가등기의 이전등기라 함은 가등기상의 관리자가 가지는 청구권(소유권이전등기청구권·근저당권설정등기청구권 등)을 제3자에게 양도한 경우에 이를 등기기록에 공시하는 절차이다.

나. 허용여부

종래에는 가등기는 순위보전의 효력만 있지 가등기에 의하여 어떠한 특별한 권리를 취득하는 것이 아닌만큼 가등기를 한 자가 아직 본등기를 하기 전에 그 가등기명의인 스스로를 등기의무자로 하여 다시 그 부동산에 대한 권리의 이전의 등기, 즉 가등기의 이전등기를 할 수 없다고 하는 것이 대법원의 입장이었다(대결 1972. 6. 2. 72마399).

다만 등기실무상으로는 “소유권이전의 청구권을 보전하기 위한 가등기는 부동산등기법 제88조에 의하여 등기사항임이 명백하고 따라서 그 가등기상의 권리 자체의 처분을 금지하는 가처분은 동법 제3조에서 말하는 처분의 제한에 해당됨이 분명하니 이것이 등기사항이라고 함에는 의심할 여지가 없다”라는 대법원판례에 근거하여 가등기상의 권리의 이전등기를 허용하여 왔고, 그 가등기의 이전등기는 부기등기로 하여 왔었다.

그런데 1998년 대법원전원합의체판례에서는 “① 가등기는 원래 순위를 확보하는 데에 그 목적이 있으나, 순위 보전의 대상이 되는 물건변동의 청구권은 그 성질상 양도될 수 있는 재산권이며 ② 가등기 자체에 대한 공시방법도 있으므로, 가등기상의 권리를 양도한 경우에는 양도인과 양수인의 공동신청으로 가등기의 이전등기를 신청할 수 있으며 이는 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경료된다”고 하여 가등기의 이전등기를 정면으로 인정하였고(대판 1998. 11. 19. 98다24105 30합) 이에 따라 판례와 실무례가 일치하게 되었다.

따라서 을(乙)이 갑(甲)에 대한 소유권이전청구권을 무(戊)에게 양도하고 을(乙)과 무(戊)가 가등기상의 소유권이전등기청구권의 이전등기를 신청하는 경우 이는 허용되어야 한다.

다. 신청인

가등기상 권리를 제3자에게 양도한 경우에 양도인과 양수인은 공동신청으로 그 가등기상 권리의 이전등기를 신청할 수 있다. 가등기가처분에 의하여 이루어진 가등기도 역시 이전등기의 대상이 될 수 있고 본등기시에 동일한 효력이 인정된다.

라. 등기소에 제공하여야 하는 첨부정보

첨부정보에 대하여서는 부동산등기규칙 제46조에 규정되어 있는 바, 이중 유의할 것만 아래에서 설명한다.

(1) 토지거래허가서

가등기를 이전하는 경우에도 그 목적물이 소유권이전청구권가등기이거나 지료가 있는 지상권설정청구권가등기라면 토지거래허가서를 첨부하여야 할 것이다.

(2) 등기필증 혹은 등기필정보

가등기이전등기신청시 제출하여야 하는 등기필증으로는 가등기권리자가 가지고 있는 등기필증을 제출하거나 등기필정보를 제공하여야 하고(법 부칙 제2조), 등록면허세 등은 가등기에 준하여 납부한다.

(3) 인감증명

소유권에 관한 가등기를 이전하는 경우에는 등기의무자의 인감증명은 필요하지 않다(규칙 제60조 제1항 제2호 참조).

마. 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 대한 양도담보를 원인으로 하는 가등기의 이전등기가 가능한지 여부(적극) 및 제공하여야 할 첨부정보

(1) 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 소유권이전청구권가등기를 마친 상태에서 제3자에 대한 채무를 담보하기 위하여 소유권이전등기청구권을 양도한 경우에는, 양도담보를 원인으로 가등기된 권리의 이전등기를 신청할 수 있다.

(2) 다만, 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 매도인의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로(대법원 2001. 10. 9. 선고 2000다51216 판결 참조), 위 가등기의 이전등기를 신청하는 경우에는 매도인인 소유명의인의 승낙이 있음을 증명하는 정보와 인감증명을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다.

(3) 또한, 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권을 양도하는 경우이므로 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제3조 제2항을 유추적용하여 채무자, 채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻의 정보도 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(2018. 03. 07. 부동산등기과 - 493 질의회답)

3. 병(丙)이 A를 근저당권자로 하여 자신의 전세권을 목적으로 하는 근저당권설정등기를 마친 상태에서 갑(甲)과 전세금을 금 2억 원으로 감액하는 전세권변경계약을 맺고 이에 따라 전세권변경등기를 신청하는 경우 등기상 이해관계인의 승낙여부에 따른 등기실행 방법에 관하여 설명하시오. (10점)

가. 권리변경등기의 일반 원칙

부동산등기법 제52조의 일반 원칙에 따르면 권리변경등기를 함에 있어서 등기상 이해관계인이 없거나 그의 승낙을 얻은 경우에는 부기등기로 변경등기를 하게 되고, 등기상 이해관계이 있음에도 불구하고 그의 승낙을 얻지 못한 경우에는 그 변경등기는 주등기로 할 수 있거나 경우에 따라서는 주등기로도 하지 못한다(법 제52조).

나. 근저당권자가 이해관계인인지의 문제

전세권에 대한 근저당권은 소유권이외의 권리를 목적으로 하는 권리로서 부기등기형식으로 등기부에 기입된다(법 제52조 제3호). 따라서 전세금에 대한 근저당권자의 입장에서는 모태가 되는 전세권의 전세금이 감액된다면 형식상 불리한 위치에 서기 때문에 전세권근저당권이 있는 상태에서 전세금을 감액하는 것에 대하여서는 당연 이해관계가 있다고 보아야 하고, 이는 그 근저당권이 채무가 변제되고 기본계약이 해지되어 실질적으로 소멸한 경우라도 마찬가지라고 볼 것이다.

다. 근저당권자 A가 전세금감액등기에 대하여 승낙을 한 경우

이 경우에는 전세금의 감액등기를 부기등기로 할 수 있다(법 제52조 제5호). 이와 같이 권리변경등기를 부기등기로 하는 경우에는 부동산등기규칙 제112조 제1항 규정에 따라 변경 전 전세금에 대

하여 말소하는 표시를 하여야 한다.

라. 근저당권자 A가 전세금감액등기에 대하여 승낙을 하지 않은 경우

권리변경등기시에 등기상 이해관계인의 승낙이 없어도 항상 그 등기를 주등기로 할 수 있는 것은 아니다. 전세권에 대한 저당권의 부기등기가 있는 상태에서, 전세권의 전세금을 감액하는 등기에 대하여 등기상 이해관계인인 근저당권자의 승낙이 없으면 그 변경등기는 주등기로도 할 수 없다. 등기의 말소를 신청하는 경우에 그 말소에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 제3자의 승낙이 있어야만 말소등기를 할 수 있는바(법 제57조 제1항), 그 승낙이 없어서 말소등기를 할 수 없는 경우라도 전세금의 감액등기를 주등기 형식으로 할 수 있다고 한다면 이는 균형에 맞지 않기 때문이다.

4. 갑(甲)이 사망한 이후 을(乙)이 가등기된 권리 중 2분의 1지분에 대한 본등기를 신청하는 경우의 등기신청절차에 관하여 설명하고, 등기관이 그 신청에 따라 본등기실행 시 병(丙)명의 전세권설정등기와 정(丁)명의 근저당권설정등기의 처리 절차에 관하여 설명하시오. (15점)

가. 갑이 사망한 경우 그에 따른 상속등기를 하여야 을이 본등기를 할 수 있는 지

가등기를 마친 후에 가등기의무자가 사망한 경우, 가등기의무자의 상속인은 상속등기를 할 필요없이 상속을 증명하는 서면과 인감증명 등을 첨부하여 가등기권리자와 공동으로 본등기를 신청할 수 있다.

가등기에 의한 본등기시에는 가등기당시의 소유자가 등기의무자가 되지만 이와 같이 상속이 개시된 경우에는 가등기당시의 소유자의 상속인이 등기의무자가 될 것이고, 이와 같은 법리는 상속인 중 1인 앞으로 이미 협의분할에 의하여 소유권이 이전된 경우에도 마찬가지라고 볼 것이다.

이 경우에는 가등기권리자가 본등기를 신청함에 있어서는 가등기당시의 소유자(갑)의 등기필정보를 제공하는 것이 원칙이지만, 갑의 상속인에게로 상속등기가 경료된 경우라면 그 상속인의 등기필정보를 제공하여야 한다.

나. 가등기된 권리 중 2분의 1지분에 대한 본등기

종전 판례에 의하면, 가등기에 의한 본등기명의인은 가등기명의인과 일치하여야 하므로 가등기권리

자 중 일부 사람이, 그 지분 내지 예약완결권의 포기를 하는 등 특별한 사정이 없는 한, 자기 지분만에 관하여는 본등기할 수 없었다(大判 1984. 6. 12. 83다카2282).

그러나 공유자가 다른 공유자의 동의없이 공유물을 처분할 수는 없으나 그 지분은 단독으로 처분할 수 있으므로, 복수의 권리자가 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 권리자 중 한 사람은 자신의 지분에 관하여 단독으로 그 가등기에 의한 본등기를 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 가등기에 의한 본등기 신청은 가등기된 권리 중 일부지분에 관해서도 할 수 있다.

다. 전세권과 근저당권의 처리절차

(1) 일반적인 경우

가등기 후 본등기 전에 경료된 근저당권 등 제한물권의 설정등기는 등기관이 직권으로 모두 말소하여야 한다.

(2) 지분에 대한 가등기에 의한 본등기의 경우

가등기된 이후 본등기 전에 제한물권이 설정되었고 그 가등기권리자가 일부 지분에 대하여서만 본등기를 하는 경우 그 중간처분의 제한물권 등기가, (i) 전세권 등 용익물권인 경우, (ii) 근저당권인 경우 처리방법에 차이가 있다.

(가) 용익물권: 부동산전부에 전세권등 용익물권의 설정등기가 경료된 후 가등기에 의한 지분이전의 본등기를 하는 경우에는 용익물권은 지분에 대하여는 존속할 수 없는 권리이므로 그 전부를 직권말소하여야 한다(1987. 9. 3. 등기선례 2-551). 따라서 본 사안의 경우에 병 명의의 전세권설정등기는 직권말소의 대상이 된다.

(나) 담보물권: 근저당권은 지분위에 존속할 수 있으므로 근저당권이 담보하는 범위를 일부말소 의미의 경정등기로 축소하여야 한다. 따라서 본 사안의 경우에 정 명의의 근저당권설정등기는 등기관이 갑(갑의 상속인)의 지분만에 관한 것으로 감축하는 의미의 직권경정등기를 하여야 한다.

【문 2】 재외국민 및 외국인의 등기신청

1. 처분권한의 위임과 대리인의 등기신청

- ① 등기명의인인 재외국민이나 외국인이 국외에서 부동산의 처분권한을 대리인에게 수여한 경우에는 처분대상 부동산과 처분의 목적이 되는 권리 및 대리인의 인적사항을 구체적으로 특정하여 작성한 처분위임장을 등기소에 첨부정보로서 제공하여야 한다.
- ② 권리의 처분권한을 수여받은 대리인은 본인의 대리인임을 현명하고 대리인의 자격으로 작성한 원인증서를 제공하여야 한다.
- ③ 부동산등기규칙 제60조제1항제1호부터 제3호까지에 해당하는 등기신청을 하는 경우에는 제1항의 처분위임장에 등기명의인의 인감을 날인하고 그 인감증명을 제출하여야 한다. 이 경우 인감증명을 제출하여야 하는 자가 재외국민인 경우에는 아래 3.을, 외국인인 경우에는 아래 4.를 준용한다.
- ④ 제3항의 경우 권리의 처분권한을 수여받은 대리인이 본인을 대리하여 등기를 신청할 때에는 등기신청서에, 자격자대리인 등에게 등기신청을 위임할 때에는 등기신청위임장에 대리인의 인감을 날인하고 그 인감증명을 제출하여야 한다. 다만, 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 신청하는 경우에 대리인의 인감증명은 매도용으로 발급받아 제출할 필요가 없다.

2. 상속재산분할협의 권한을 위임하는 경우

- ① 상속인인 재외국민이나 외국인이 상속재산분할협의에 관한 권한을 대리인에게 수여하는 경우에는 분할의 대상이 되는 부동산과 대리인의 인적사항을 구체적으로 특정하여 작성한 상속재산분할협의 위임장을 등기소에 첨부정보로서 제공하여야 한다.
- ② 상속재산분할협의 권한을 수여받은 대리인은 본인의 대리인임을 현명하고 대리인의 자격으로 작성한 상속재산분할협의서를 등기소에 원인증서로서 제공하여야 한다.
- ③ 제1항의 상속재산분할협의 위임장에는 상속인 본인의 인감을 날인하고 그 인감증명을 제출하여야 한다. 이 경우 인감증명을 제출하여야 하는 자가 재외국민인 경우에는 아래 3.을, 외국인인 경우에는 아래 4.를 준용한다.
- ④ 제2항의 상속재산분할협의서에는 대리인의 인감을 날인하고 그 인감증명을 제출하여야 한다. 다

만, 상속재산분할협의서를 대리인이 작성하였다는 뜻의 공증을 받은 경우에는 인감증명을 제출할 필요가 없다.

3. 재외국민의 인감증명 제출

① 재외국민이 규칙 제60조제1항제1호부터 제3호까지에 해당하는 등기신청을 하거나 같은 항 제4호부터 제7호까지의 서류를 작성하는 경우에 체류국을 관할하는 대한민국 재외공관(「대한민국 재외공관 설치법」 제2조에 따른 대사관, 공사관, 대표부, 총영사관과 영사관을 의미하며, 공관이 설치되지 아니한 지역에서 영사사무를 수행하는 사무소를 포함한다, 이하 같다)에서 인감을 날인해야 하는 서면에 공증을 받았다면 인감증명을 제출할 필요가 없다.

② 제1항의 경우 중 규칙 제60조제1항제1호부터 제3호까지에 해당하는 등기신청을 하는 경우에는 등기의무자가 재외국민임을 증명하는 정보로서 재외국민등록부등본을 등기소에 제공하여야 한다.

③ 1항에 따른 공증은 인감을 날인해야 하는 서면 그 자체에 받아야 하는 것이며, 그 서면과 별도의 문서에 서명이나 날인을 하고 그에 대한 공증을 받은 것이어서는 안된다.

4. 외국인의 인감증명 제출

① 인감증명을 제출하여야 하는 자가 외국인인 경우에는 「출입국관리법」에 따라 외국인등록을 하거나 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」에 따라 국내거소신고를 하여 「인감증명법」에 따라 신고한 인감증명을 제출하거나 본국의 관공서가 발행한 인감증명(예: 일본, 대만)을 제출하여야 한다.

② 외국인등록이나 국내거소신고를 하지 않아 「인감증명법」에 따른 인감증명을 발급받을 수 없고 또한 본국에 인감증명제도가 없는 외국인은 인감을 날인해야 하는 서면이 본인의 의사에 따라 작성되었음을 확인하는 뜻의 본국 관공서의 증명이나 본국 또는 대한민국 공증인의 인증(대한민국 재외공관의 인증을 포함한다, 이하 같다)을 받음으로써 인감증명의 제출을 갈음할 수 있다. 이 경우 위 4. ③을 준용한다.

5. 외국 공문서에 대한 확인

① 첨부정보가 외국에서 발행된 공문서(외국 공증인이 공증한 문서를 포함한다. 이하 같다)인 경우에는 규칙 제46조제9항에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 확인을 받아 등기소에 제공하여야 한다.

(1) 「외국공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약」(이하 ‘협약’이라 한다)을 체결한 국가(한 국가 내의 특수한 지역을 포함한다, 이하 같다. 협약국의 예: 미국, 일본, 호주, 러시아, 홍콩)에서 발행한 공문서의 경우에는 해당 국가의 아포스티유(Apostille) 발행 권한기관(예: 외교부, 국무부, 법원, 교육청 등 국가마다 상이함)에서 발행한 아포스티유 확인

(2) 협약을 체결하지 않은 국가(예: 캐나다, 중국, 싱가포르, 대만, 베트남)에서 발행한 공문서의 경우에는 「재외공관 공증법」제30조제1항 본문에 따라 해당 국가에 주재하는 대한민국 공증담당영사의 확인

6. 번역문의 첨부

① 등기소에 제공하는 첨부정보가 외국어로 작성된 경우에는 규칙 제46조제8항에 따라 번역문을 붙여야 한다.

② 번역문에는 번역인이 원문과 다름이 없다는 뜻과 번역인의 성명 및 주소를 기재하고 날인 또는 서명하여야 하며 번역인의 신분증 사본을 제공하여야 한다. 다만, 번역문을 인증받아 제출하는 경우에는 그러하지 아니하다.

등기신청서류작성 해설

소유권이전 및 신탁말소등기신청 (매매)

접 수	년 월 일 제 호	처 리 인	등기관 확인	각종 통지
--------	------------------	-------------	--------	-------

부 동 산 의 표 시

서울특별시 중구 서소문동 37 [도로명주소] 서울특별시 중구 서소문로 11 철근콘크리트조 슬래브지붕 3층 단독주택 지하층 120㎡ 1층 150㎡ 2층 150㎡ 3층 80㎡ -이상 거래신고관리번호 : 12345-2019-6-1234560 거래가액 금800,000,000원				
등 기 원 인 과 그 연 월 일		2019년 6월 20일 매매		
등 기 의 목 적		소유권이전 및 3번신탁등기말소		
신 탁 말 소 의 원 인		신탁재산의 처분		
구 분	성 명	주민등록번호	주 소	지분 (개인별)
등기 의무자	이 을 순	790513-2052134	등기부상 주소 : 서울특별시 용산구 원효로 10 (원효로1가) 현재주소 : 서울특별시 광진구 독섬로 20 (자양동)	
등기 권리자	최 정 순	800204-2456789	서울특별시 마포구 마포로 34(공덕동)	

시가표준액 및 국민주택채권매입금액					
부동산 표시	부동산별 시가표준액	부동산별 국민주택채권매입금액			
1		금	원		
2		금	원		
국민주택채권매입총액		금	원		
국민주택채권발행번호					
취득세	금	원	지방교육세	금	원
			농어촌특별세	금	원
세액합계		금			원
등기신청수수료		금	30,000		원
		납부번호 :			
등기의무자의 등기필정보					
부동산고유번호					
성명 (명칭)		일련번호		비밀번호	
첨부서면				<간인>	
1. 매매계약서	1통	1. 수익자의 동의서	1통		
1. 취득세영수필확인서	1통	1. 수익자의 인감증명	1통		
1. 등기신청수수료영수필확인서	1통	1. 건축물대장등본	1통		
1. 등기위임장	1통	1. 부동산거래계약신고필증	1통		
1. 매도용 인감증명	1통				
1. 주민등록표등(초)본	2통				
2019년 9월 20일					
신청인				(전화 :)	
위 대리인		법무사 정 박사 (인) 직인		(전화 : 02-432-8765)	
서울특별시 서초구 법원로 26(서초동)					
서울중앙지방법원 중부등기소 귀중					

- 신청서 작성요령 -

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