

2025년 감평사 1차시험 민법 문제 및 해설

백운정

문 1) 정답 : ③

- ① 소멸시효를 이유로 한 항변권의 행사도 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서 채무자가 소멸시효 완성 후 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 이를 신뢰하게 하였고, 채무자가 그로부터 권리행사를 기대할 수 있는 상당한 기간 내에 자신의 권리를 행사하였다면, 채무자가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다(대판 2013.6.27. 2013다23211).
- ② 사정변경 원칙에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다(대판 2007.3.29. 2004다31302).
- ③ 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다(대판 2007.11.29. 2005다64552).
- ④ 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1995.12.22. 94다42129).
- ⑤ 변호사의 소송위임 사무처리 보수에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 원칙적으로 약정 보수액 전부를 청구할 수 있다. 다만 의뢰인과의 평소 관계, 사건 수임 경위, 사건처리 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여, 약정 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다. 그런데 이러한 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이므로, 법원은 그에 관한 합리적인 근거를 명확히 밝혀야 한다(대판(전) 2018.5.17. 2016다35833).

문 2) 정답 : ⑤

- ① 제8조 【영업의 허락】 ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.
- ② 제10조 【피성년후견인의 행위와 취소】 ② 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
- ③ 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 한 법률행위만 하더라도 한정후견인은 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 피한정후견인의 법률행위를 취소할 수 없다(제13조 제4항 단서).

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.

- ④ 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있으나, 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 법정대리인은 허락을 취소할 수 있다(제7조).

제6조 【처분을 허락한 재산】 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다.
제7조 【동의와 허락의 취소】 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 전2조의 동의와 허락을 취소할 수 있다.

⑤ 성년후견 개시의 심판은 “본인의 의사를 고려하여야”할 뿐이므로 **본인의 의사에 반하여 할 수 있다.**

제9조 【성년후견개시의 심판】 ② 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.
제12조 【한정후견개시의 심판】 ② 한정후견개시의 경우에 제9조 제2항을 준용한다.

비고 제14조의2 【특정후견의 심판】 ② 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.

문 3) 정답 : ④

① 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 제한능력자에게는 계약의 추진여부에 대한 확답을 촉구할 수 없으나, 법정대리인 乙을 상대로는 확답을 촉구할 수 있다(제15조 제2항).

제15조 【제한능력자의 상대방의 확답을 촉구할 권리】

- ① 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 능력이 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추진할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있다. 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추진한 것으로 본다.
 ② 제한능력자가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 제1항의 촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추진한 것으로 본다.

② **제16조 【제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권】** ① 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.

③ **제16조 【제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권】** ② 제한능력자의 **단독행위**는 추인이 있을 때까지 상대방이 **거절**할 수 있다.

④ 민법 제16조 제1항의 철회의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다(제16조 제3항).

제16조 【제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권】

- ③ 제1항의 철회나 제2항의 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다.

⑤ 민법 제17조에서 이른바 속임수를 쓴 것이라 함은 **적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것이고 단순히 자기가 능력자라 사언함은 속임수(사술)를 쓴 것이라고 할 수 없다**(대판 1971.12.14, 71다2045). 적극적인 속임수를 사용하여 자기를 능력자로 믿게 하여 상대방과 계약을 체결한 제한능력자는 제17조 제1항이 적용되어제한능력을 이유로 그 계약을 취소할 수 없다.

제17조 【제한능력자의 속임수】

- ① **제한능력자**가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.

■ 제한능력자의 상대방의 확답촉구권 · 철회권 · 거절권

	권리	권리행사의 요건	권리행사의 상대방	대상행위
제한능력자의 상대방의 권리	확답촉구권	선 · 악의 모두 가능	능력자, 법정대리인	계약, 단독행위
	철회권	선익만 가능	제한능력자 포함	계약
	거절권	선 · 악의 모두 가능	제한능력자 포함	단독행위

문 4) 정답 : ①

- ① 부재자 스스로 위임한 재산관리인이 있는 경우에는, 그 재산관리인의 권한은 그 위임의 내용에 따라 결정될 것이며 그 위임관리인에게 재산처분권까지 위임된 경우에는 그 재산관리인이 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 요하는 것은 아니라 할 것이므로 재산관리인이 법원의 허가 없이 부동산을 처분하는 행위를 무효라고 할 수 없다(대판 1973.7.24, 72다2136).
- ② 법원의 재산관리인의 초과행위허가의 결정은 그 허가받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐 아니라 기왕의 처분행위를 추인하는 방법으로도 할 수 있다. 따라서 관리인이 허가 없이 부재자 소유 부동산을 매각한 경우라도 사후에 법원의 허가를 얻어 이전등기절차를 경료케 하였다면 주인에 의하여 유효한 처분행위로 된다(대판 1982.9.14, 80다3063; 대판 1982.12.14, 80다1872).
- ③ 제23조 【관리인의 개입】 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개입할 수 있다.
- ④ 부동산 소유권이전등기 말소등기절차 이행청구나 인도청구는 보전행위에 불과한 것이므로 법원에 의하여 선임된 부재자재산관리인은 법원의 허가없이 이를 할 수 있다 할 것이고 본법 제950조 소정의 후견인의 권한범위와는 다르다 할 것이다(대판 1964.7.23. 64다108).
- ⑤ 법원이 선임한 재산관리인은 일종의 법정대리인에 해당하고, 재산관리인의 권한은 법원의 명령에 의해 정해지지만, 그 정함이 없는 경우에는 제118조에서 정한 관리행위(보존·이용·개량 행위)만을 할 수 있는 것이 원칙이다. 따라서 그 범위를 넘어 처분행위인 재산의 매각·담보제공 등의 행위를 한 경우에는 법원의 허가를 받아야 한다(제25조).

제25조 【관리인의 권한】 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다.

문 5) 정답 : ②

- ① 호적부(현 가족관계등록부)의 기재사항은 이를 반복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합하는 것으로 추정되고, 특히 호적부의 사망기재는 쉽게 반복할 수 있게 해서는 안 되며, 그 기재내용을 뒤집기 위해서는 사망신고 당시에 첨부된 서류들이 위조 또는 허위조작된 문서임이 증명되거나 신고인이 공정증서원본부실기재죄로 처단되었거나 또는 사망으로 기재된 본인이 현재 생존해 있다는 사실이 증명되고 있을 때, 또는 이에 준하는 사유가 있을 때 등에 한해서 호적상의 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있을 뿐이고, 그러한 정도에 미치지 못한 경우에는 그 추정력을 깰 수 없다 할 것이므로, 호적상 이미 사망한 것으로 기재되어 있는 자는 그 호적상 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있는 자료가 없는 한 그 생사가 불분명한 자라고 볼 수 없어 실종선고를 할 수 없다(대판 1997.11.27, 97스4).
- ② 부재자가 사망할 경우 제1순위의 상속인이 따로 있어 제2순위의 상속인에 불과한 청구인은 특별한 사정이 없는 한 부재자에 대하여 실종선고를 청구할 수 있는 신분상 또는 경제상의 이해관계를 가진 자라고 할 수 없다(대판 1992.4.14. 92스4, 92스5, 926).
- ③ 제28조 【실종선고의 효과】 실종선고를 받은 자는 전조의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.
- ④, ⑤ 제29조 【실종선고의 취소】 ② 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

문 6) 정답 : ②

- ① 제49조 【법인의 등기사항】 ① 법인설립의 허가가 있는 때에는 3주간 내에 주된 사무소 소재지에서

설립등기를 하여야 한다.

- ② 사원자격의 득실에 관한 사항은 사단법인의 필수등기사항이 아니다(제49조 제2항).

제49조 【법인의 등기사항】 ② 전항의 등기사항은 다음과 같다.

1. 목적
2. 명칭
3. 사무소
4. 설립허가의 연월일
5. 존립시기나 해산이유를 정한 때에는 그 시기 또는 사유
6. 자산의 총액
7. 출자의 방법을 정한 때에는 그 방법
8. 이사의 성명, 주소
9. 이사의 대표권을 제한한 때에는 그 제한

- ③ **제94조 【청산종결의 등기와 신고】** 청산이 종결한 때에는 청산인은 3주간 내에 이를 등기하고 주무관청에 신고하여야 한다.

- ④ **제33조 【법인설립의 등기】** 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다

- ⑤ 이사의 변경등기는 설립등기 이외의 등기로 제54조에 따를 때 효력발생요건이 아니라 대항요건이다.

제54조 【설립등기 이외의 등기의 효력과 등기사항의 공고】

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

문 7) 정답 : ①

- ㄱ. (○): 법인의 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가함으로써 법인에 손해배상책임이 인정되는 경우에, 대표자의 행위가 제3자에 대한 불법행위를 구성한다면 그 대표자도 제3자에 대하여 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조 제1항),

제35조 【법인의 불법행위능력】 ① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.

- ㄴ. (×): 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2004.3.26, 2003다34045).

- ㄷ. (×): 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 직무에 관한 것이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다(대판 1969.8.26, 68다2320).

문 8) 정답 : ③

- ① 사단법인의 정관은 정수에 관하여 정관에 달리 정한 특별한 사정이 없는 한 총사원의 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 변경할 수 있다(제42조 제1항)

제42조 【사단법인의 정관의 변경】

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

- ② **제70조 【임시총회】** ② 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에

는 이사는 임시총회를 소집하여야 한다. 이 정수는 정관으로 증감할 수 있다.

- ③ 제78조 【사단법인의 해산결의】 사단법인은 총사원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못한다. 그러나 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.
- ④ 법인 아닌 사단의 총회에서 회의 소집 통지에 목적 사항으로 기재하지 않은 사항에 관하여 결의한 때에는 구성원 전원이 회의에 참석하여 그 사항에 의하여 의결한 경우가 아닌 한 그 결의가 원칙적으로 무효라고 할 것이다(대판 2015.2.16. 2011다101155).

제71조 【총회의 소집】 총회의 소집은 1주간 전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다.

제72조 【총회의 결의사항】 총회는 전조의 규정에 의하여 통지한 사항에 관하여서만 결의할 수 있다. 그러나 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

- ⑤ 사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다고 규정한 민법 제56조의 규정은 강행규정이라고 할 수 없으므로(대판 1992.4.14. 91다26850 참조), **비법인사단에서도 사원의 지위는 규약이나 관행에 의하여 양도 또는 상속될 수 있다**(대판 1997.9.26. 95다6205).

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

문 9) 정답 : ①

- ① 법률상 1개의 부동산으로 등기된 기존 건물이 증축되어 증축 부분이 구분소유의 객체가 될 수 있는 구조상 및 이용상의 독립성을 갖추었다고 하더라도 이로써 곧바로 증축 부분이 법률상 기존 건물과 별개인 구분건물로 되는 것은 아니고, **구분건물이 되기 위하여는 증축 부분의 소유자의 구분소유 의사가 객관적으로 표시된 구분행위가 있어야 한다**(대판 1999.7.27. 98다32540).
- ② 건물은 일정한 면적, 공간의 이용을 위하여 지상, 지하에 건설된 구조물을 말하는 것으로서, **건물의 개수는 토지와 달리 공부상의 등록에 의하여 결정되는 것이 아니라 사회통념 또는 거래관행에 따라 물리적 구조, 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태 등 객관적 사정과 건축한 자 또는 소유자의 의사 등 주관적 사정을 참작하여 결정되는 것이고, 그 경계 또한 사회통념상 독립한 건물로 인정되는 건물 사이의 현실의 경계에 의하여 특정되는 것이다**(대판 1997.7.8., 96다36517).
- ③ 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**(대판 2008.5.8. 2007다36933, 36940).

제100조 【주물, 종물】 ① 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 **자기소유인 다른 물건을 이에 부속**하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다.

- ④ 종물은 주물의 처분에 따른다는 민법 제100조의 제2항은 **임의규정**이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 **특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수 있다**(대판 2012.1.26., 2009다76546).

제100조 【주물, 종물】 ② 종물은 주물의 처분에 따른다.

- ⑤ 특별한 사정이 없는 한 매매계약이 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하지만(제587조), 매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 과실수취권은 매수인에게 귀속된다고 보아야 할 것이다(대판 2021.6.24. 2021다220666).

제587조 【과실의 귀속, 대금의 이자】

매매계약있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

제102조 【과실의 취득】 ① 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다.

문 10) 정답 : ②

- ㄱ. (×): 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 민법 제110조 제2항에서 말하는 제3자의 사기강박에 해당하지 아니한다**(대판 1999.2.23. 98다60828, 60835).
- ㄴ. (×): 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). 제3자가 아니라 취소하려는 자가 제3자의 악의를 입증하여야 한다.
- ㄷ. (○): 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여되나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 2023.7.27. 2022다293395).

문 11) 정답 : ⑤

- ① 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원 제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 **민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다**(대판 1997.12.12, 97누13962).
- ②, ⑤ 표의자의 의사, 즉 진의에 관해서 판례는 **진이란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것**이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 **당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 비진의 의사표시라고 할 수 없다고 하였다**(대판 1996.12.20, 95누16059; 대판 2000.4.25, 99다34475). 이에 따르면 비록 재산을 강제로 빼앗긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하더라도 표의자가 강제에 의해서나마 증명하기로 하였으므로 진의가 없다고 할 수 없다(대판 1993.7.16, 92다41528).
- ③ ‘상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우’에는 그 비진의표시는 **무효**이다(제107조 제1항 단서). 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다. 따라서 비진의라는 사실의 지·부지나 과실의 유무는 행위 시를 표준으로 하여 결정하고, **상대방의 악의 또는 과실의 유무는 무효를 주장하는 자가 입증**해야 한다(대판 1992.5.22, 92다2295).
- ④ 대리행위에서 진의 아닌 의사표시인지 여부 즉 의사의 흠결은 대리인을 표준으로 정한다(제116조 제1항).

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 표준하여 결정**한다.

문 12) 정답 : ③

ㄱ. ㄷ. 2 항목이 옳다.

ㄱ. (○): 매수인이 매도인에게 이중매도할 것을 적극 권유하는 등 그의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 매매계약은 사회정의 관념에 위반된 민법 제103조 소정 반사회적 법률행위에 해당하여 무효이다(대판 1977.1.11. 76다2083). 따라서 제2매매는 제103조에 위반하여 무효이므로, 제2매수인 丙 명의의 소유권이전등기는 원인무효이다.

ㄴ. (×): 부동산의 제2 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 제2 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 제2 매매계약은 절대적으로 무효이므로 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2 매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 제2 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다(대판 1996.10.25. 96다29151). 제2 매매는 제103조에 위반하여 절대적 무효이므로, 설사 丁이 선의라도 제2 계약이 유효하다고 주장할 수 없다.

ㄷ. (○): 거래 상대방이 배임행위를 유인, 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에는 그 실행행위자와 체결한 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위의 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다. 따라서 반사회적 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명목자가 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하는 경우에 그 권리행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다(대판 2016.3.24. 2015다11281). 제2 매매는 제103조에 위반하여 무효이므로 누구나 주장할 수 있으므로 戊는 제2 계약의 무효를 주장할 수 있다.

문 13) 정답 : ②

① 제120조 【임의대리인의 복임권】 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.

② 복대리인이 선임되더라도 대리인의 대리권은 소멸하지 않는다(제127조, 제128조 반대해석)

③ 복대리권은 대리인의 대리권을 전제로 인정되는 권리이므로, 대리인의 대리권이 소멸하면 당연히 복대리권도 소멸한다.

④ 제123조 【복대리인의 권한】 ② 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.

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

문 14) 정답 : ②

① 무권대리행위에 대한 본인의 추인은 재판상·재판 외에서 명시적·묵시적으로도 할 수 있다. 예컨대, 매매계약을 체결한 무권대리인으로부터 매매대금의 일부를 본인이 수령한 경우 특별한 사정이 없는 한 본인이 무권대리행위를 묵시적으로 추인한 것으로 본다(대판 2009.11.12. 2009다46828).

② 민법 제134조에서 정한 상대방의 철회권은 무권대리 행위가 본인의 추인에 따라 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로

무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다(대판 2017.6.29. 2017다213838).

제134조 【상대방의 철회권】

대리권 없는 자가 한 계약은 **본인의 추인이 있을 때까지** 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

- ③ 민법 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로 상대방은 그때까지 민법 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

제132조 【추인, 거절의 상대방】 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

- ④, ⑤ 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, **무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위**로서 의사표시의 **전부에 대하여** 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 **상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효**이다. 무권대리행위의 추인은 대리행위 전부에 대하여 행해져야 한다(대판 1982.1.26, 81다카549).

문 15] 정답 : ④

- ① 국토이용관리법상 토지거래허가를 받지 않아 거래계약이 유동적 무효의 상태에 있는 경우 그와 같은 유동적 무효 상태의 계약은 관할 관청의 불허가처분이 있을 때뿐만 아니라 당사자 쌍방이 허가신청협력의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우에는 허가 전 거래계약관계 주, 계약의 유동적 무효 상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다(대판 1998.3.27. 97다36996).
- ② 유동적 무효상태에 있어도 당사자 간 협력의무는 있다. 따라서 甲과 乙은 상대방에 대하여 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무를 부담한다. 만일 甲이 이러한 의무에 위배하여 허가신청절차에 협력하지 않으면 乙은 甲에 대하여 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있다(대판 1998.12.22, 98다44376).
- ③ 국토이용관리법상 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 거래계약은 관할관청으로부터 **허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 아니하여 무효**이므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없고, 따라서 상대방의 거래계약상 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수도 없다(대판 2000.1.28, 99다40524). 토지거래허가가 있기 전에는 계약은 효력은 발생하지 않으므로 乙은 매매계약에 따른 대금지급의무가 없다.
- ④ 국토이용관리법상 토지거래허가를 받지 않고 매매계약을 체결한 경우 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 **소급해서 유효**로 되므로, 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다(대판 1991.12.24, 90다12243). 따라서 허가를 받을 때부터 유효가 아니라, **계약체결시에 소급**하여 유효가 된다.
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지가 토지거래허가 없이 소유자인 최초 매도인으로부터 중간 매수인에게, 다시 중간 매수인으로부터 최종 매수인에게 순차로 매도되었다면 각 매매계약의 당사자는 각각의 매매계약에 관하여 토지거래허가를 받아야 하며, 위 당사자들 사이에 최초의 매도인이 최종 매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 경료하기로 하는 중간생략등기의 합의가 있었다고 하더라도 이러한 **중간생략등기의 합의란 부동산이 전전 매도된 경우 각 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편의상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐, 그러한 합의가 있었다고 하여**

최초의 매도인과 최종의 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니므로 최초의 매도인과 최종 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다고 볼 수 없고, **실사 최종 매수인이 자신과 최초 매도인을 매매 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다고 하더라도 이는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로써 무효이다**(대판 1997.11.11. 97다33218).

문 16) 정답 : ③

- ① 민법 제169조는 시효중단의 효력이 당사자 및 그 승계인 간에 미친다고 규정하고 있다. 여기서 **당사자라 함은 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고** 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며, 승계인이라 함은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리 또는 의무를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대판원 2015.5.28. 2014다81474).
- ② 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다(대판 1999.6.11. 99다16378).
- ③ 민법 제168조에서 가압류와 재판상의 청구를 별도의 시효중단사유로 규정하고 있는데 비추어 보면, **가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다**(대판 2000.4.25. 2000다11102). 가압류에 의한 소멸시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다(대판 2006.7.4. 2006다32781).
- ④ **제296조 【소멸시효의 중단, 정지와 불기분생】** 요역지가 수인의 공유인 경우에 그 1인에 의한 지역권 소멸시효의 중단 또는 정지는 다른 공유자를 위하여 효력이 있다.
- ⑤ 소멸시효의 **중단사유로서의 승인**은 시효이익을 받을 당사자인 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 것이므로 이는 **소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능**하고 그 이전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지는 않는다고 할 것이고, 또한 현존하지 아니하는 장래의 채권을 미리 승인하는 것은 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고서 한 것이라고 볼 수 없어 허용되지 않는다고 할 것이다(대판 2001.11.9. 2001다52568).

문 17) 정답 : ①

- ① 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 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**(대판 2005.11.8. 2005마541).
- ② 조건은 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관으로서 당해 법률행위를 구성하는 의사표시의 일체적인 내용을 이루는 것이므로, **의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사 즉 조건의사와 그 표시가 필요하며, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다**(대판 2003.5.13. 2003다10797).
- ③ **제153조 【기한의 이익과 그 포기】** ① 기한은 **채무자**의 이익을 위한 것으로 추정한다.
- ④ 주택건설을 위한 원·피고간의 토지매매계약에 앞서 양자간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가 신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 본건 계약은 해제조건부 계약이다(대판 1983.8.23. 83다카552).
- ⑤ 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 그 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다(대판 2007.5.10. 2005다6735).

문 18) 정답 : ②

- ① 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 **소유권에 기한 물건적 청구권**이라고 할 것이고 이는 **소멸시효의 대상이 되지 아니한다**(대판 1982. 7.27. 80다2968)
- ② 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).
- ③ 민법 제163조 제1호에서 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것으로 규정한 **‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권**을 말하는 것으로서(대판 1996.9.20, 96다25302 참조) 1개월 단위로 지급되는 집합건물의 관리비채권은 이에 해당한다고 할 것이다(대판 2007.2.22., 2005다65821).

제163조 【3년의 단기소멸시효】 다음 각 호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 **1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권**

- ④ 채권의 소멸시효는 그 이행기가 도래한 때로부터 진행되지만 그 이행기일이 도래한 후에 채권자가 채무자에 대하여 **기한을 유예한 경우에는 유예시까지 진행된 시효는 포기한 것으로서 유예한 이행기일로부터 다시 시효가 진행된다고 볼 것이다**(대판 1992.12.22, 92다40211).
- ⑤ 민사소송법 제474조, 민법 제165조 제2항에 의하면, **지급명령에서 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효기간이 10년으로 연장된다고 할 것이다**(대판 2009. 9.24. 2009다39530).

제165조 【판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효】

- ① 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
- ② **과산절차에 의하여 확정된 채권 및 채권상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권도 전항과 같다.**
- ③ 전2항의 규정은 **판결확정 당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권에 적용하지 아니한다.**

문 19) 정답 : ⑤

- ①②③④ 모두 반사회질서 법률행위가 아니므로 무효가 아니다.
- ① **양도소득세의 일부를 회피할 목적으로** 매매계약서에 실제로 거래한 금액보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재한 것만으로 **그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 되지 않는다**(대판 2007.6.14, 2007다3285).
- ② 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2004.5.28, 2003다70041).
- ③ 반사회적 행위에 의하여 조성된 재산인 이른바 **비자금**을 **소극적으로 은닉하기 위하여 임치한 경우에는 사회질서에 반하는 법률행위로 볼 수 없다**(대판 2001.4.10, 2000다49343).
- ④ 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위가 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당하지 않는다(대판 2001.2.9. 99다38613).
- ⑤ 보험계약자가 **다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우** 보험계약은 **민법 제103조에서 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효**이다(대판 2019.7.25. 2016다224350).

문 20) 정답 : ③

- 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, ③ 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 **공박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그중 일부만 갖추어져도 충분**한데, 여기에서 ‘**공박**’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 **정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며**, ‘**무경험**’이라 함은 **일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻한다**(대판 2002.10.22, 2002다38927).
- ④ 대리인이 매매계약을 체결한 경우, 경솔과 무경험은 그 대리인을 기준으로 판단하고 **공박상태에 있었는지의 여부는 본인의 입장에서 판단해야 한다**(대판 2002.10.22, 2002다38927).
- ⑤ 민법 제104조의 불공정한 법률행위에서 ‘**현저하게 공정을 잃었는지**’는 단순히 시가와 거래대금의 차액만으로 판단할 수 있는 것은 아니고 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 하며, 당사자의 주관적 가치가 아닌 **거래상의 객관적 가치에 따라 판단하여야 한다**(대판 2017.5.30. 2017다201422).

문 21) 정답 : ③

- ① 물권의 객체는 물건이나 **예외적으로 준점유(제210조), 권리질권(제345조), 지상권이나 전세권을 목적으로 하는 저당권(제371조) 등 특별한 규정인 있는 경우 권리도 대상이 된다.**
- ② 민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”라고 정하여 물권법정주의를 선언하고 있다. 물권법의 강행법규성에 따라 **법률과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류나 내용의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는다**(대판 2023.4.27. 2022다273018).
- ③ **미등기 무허가건물의 매수인은 그 소유권이전등기를 마치지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다**(대판 2014.2.13. 2011다64782).
- ④ 도시공원법상 근린공원으로 지정된 공원은 일반 주민들이 다른 사람의 공동 사용을 방해하지 않는 한 자유로이 이용할 수 있지만 그러한 사정만으로 인근 주민들이 누구에게나 주장할 수 있는 공원이용권이라는 배타적인 권리를 취득하였다고는 할 수 없고, 골프연습장 설치인가처분에 하자가 있다는 이유만으로는 근린공원 내의 개인 소유 토지상에 골프연습장을 설치하는 것이 인근 주민들에 대한 불법행위가 된다고 할 수도 없다(대판 1995.5.23. 94마2218).
- ⑤ 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 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료**하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 **허용되지 아니한다**(대판 2000.10.27. 2000다39582).

문 22) 정답 : ①

- ㄱ. 항목의 경우에만 등기가 필요하지 않다.

- ㄱ. (○) : 우리의 법제가 물건행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 제548조 제1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물건은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다고 봄이 타당하다(대판 1977.5.24. 75다1394). 즉 계약이 해제되면 원인행위인 채권이 무효가 되어 변경등기 없이 바로 매도인에게 소유권이 복귀한다.
- ㄴ. (×) : 화해조서가 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하더라도 그 내용이 채무자가 신탁계약 해제의 사실을 인정하고 부동산 소유권이전등기 절차이행의 의사를 표시한 것에 불과하므로 민법 제187조가 적용되지 않는다(대판 1964.9.8. 64다165). 형성판결 아닌 한 이전등기가 필요하다.
- ㄷ. (×) : 공유물분할의 소송절차 또는 조정절차에서 공유자 사이에 공유토지에 관한 현물분할의 협의가 성립하여 그 합의사항을 조서에 기재함으로써 조정이 성립하였다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 재판에 의한 공유물분할의 경우와 마찬가지로 그 즉시 공유관계가 소멸하고 각 공유자에게 그 협의에 따른 새로운 법률관계가 창설되는 것은 아니고, 공유자들이 협의한 바에 따라 토지의 분필절차를 마친 후 각 단독소유로 하기로 한 부분에 관하여 다른 공유자의 공유지분을 이전받아 등기를 마침으로써 비로소 그 부분에 대한 대세적 권리로서의 소유권을 취득하게 된다(대판(전) 2013.11.21. 2011두1917).

문 23) 정답 : ④

- ① 부동산 매매계약에 기해 매수인이 매도인에 대하여 등기청구권은 채권행위로부터 발생하는 채권적 청구권이다(대판 1962.5.10. 4294민상1232)이다.
- ②, ⑤ 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권이므로 10년의 소멸시효에 걸리지만 매수인이 매매 목적물인 부동산을 인도받아 점유하고 있는 이상 매매대금의 지급 여부와는 관계 없이 그 소멸시효가 진행되지 아니한다(대판 1991.3.22. 90다9797).
- ③ 매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양도는 특별한 사정이 없는 이상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다(대판 2018.7.12. 2015다36167).
- ④ 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 그 이전등기청구권의 행사 여부에 관하여 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 이전등기청구권의 소멸시효는 마찬가지로 진행되지 않는다(대판(전) 1999.3.18. 98다32175).

■ 법률행위로 인한 등기청구권의 소멸시효

	법적 성질	점유 계속 중	점유상실	
			적극적 권리행사	제3자의 침탈
매매에 기한 소유권이전등기청권	채권 10년 소멸시효	소멸시효 진행 ×	진행 ×	진행 ○
점유시효취득에 기한 소유권이전등기청권	채권 10년 소멸시효	소멸시효 진행 ×	진행 ○	진행 ○

문 24) 정답 : ④

- ① 부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우, 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전의 소유자에 대하여도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 이를 다투는 측에서 무효사유를 주장·입증하여야 한다(대판 2013.1.10. 2010다75044,

75051).

비고 보존등기의 경우 당사자 간의 추정력이 인정되지 않는다. 즉, 보존등기명의인은 양수했다고 주장하나 상대방은 양도 사실을 부인하는 경우 보존등기의 추정력은 인정되지 않는다.

- ② 신축된 건물의 소유권은 이를 건축한 사람이 원시취득하는 것이므로, 건물 소유권보존등기의 명의자가 이를 신축한 것이 아니라면 그 등기의 권리 추정력은 깨어지고, 등기 명의자가 스스로 적법하게 그 소유권을 취득한 사실을 입증하여야 한다(대판 1996.7.30, 95다30734).
- ③ 대법원 2001. 1.16. 98다20110 화암사 사건, 대법원 2010. 2.11. 2009다68408 근저당 불법말소 손해배상청구 사건
- ④ **소유권이전청구권의 보전을 위한 기등기가 있다 하여** 반드시 소유권이전등기할 어떤 계약관계가 있었던 것이라 단정할 수 없으므로 **소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정이 되는 것도 아니다**(대판 1979.5.22. 79다239).
- ⑤ 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정하는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 **별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야** 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 **피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 관한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다**(대판 2012.4.12. 2010다27847).

문 25) 정답 : ②

- ① 물건에 대한 **점유**는 사회관념상 어떤 사람의 **사실적 지배에 있다고 할 수 있는 객관적 관계**를 가리키는 것으로서, 여기서 말하는 **사실적 지배**는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니라 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 종합적으로 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대판 2012.1.27, 2011다74949).
- ② 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없으므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 이 경우 **건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 볼 수 있다**(대판 2023.8.18. 2021다249810).
- ③ 공터로 형성되어 공중의 이용에 제공되고 있었던 토지 부분을 공로로 나가는 통로로 사용한 것에 불과하다면 그 사용자가 이를 점유하였다고 볼 수 없다(대판 1995.3.3. 94다49953).
- ④ 건물 공유자 중 일부만이 당해 건물을 점유하고 있는 경우라도 그 건물의 부지는 건물 소유를 위하여 공유명의자 전원이 공동으로 이를 점유하고 있는 것으로 볼 것이다(대판 2003.11.13. 2002다57935).
- ⑤ 건물의 유치권자는 건물의 소유자가 아니므로 그 건물의 부지 부분을 점유·사용하였다고 볼 수 없다(대판 2009.9.10. 2009다28462).

문 26) 정답 : ④

- ① 자주점유의 요건인 소유의 의사라고 함은 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 말하므로 **지상권·전세권·임차권 등과 같은 전형적인 타주점유의 권원에 의하여 점유함이 증명된 경우는 물론이거니와 이러한 전형적인 타주점유의 권원에 의한 점유가 아니라도 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 인정되는 때에도 자주점유의 추정은 반복된다**(대판 1997.4.11. 96다50520). 乙의 X토지에 대한 점유는 임차권에 기한 점유이므로 타주점

유이다.

- ② 임대차계약이라는 점유매개관계에 기하여 임차인 乙에게 점유를 이전한 경우로 甲은 간접점유자에 해당한다.

제194조 【간접점유】 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다.

- ③ 임대차에 기해 乙이 점유하여 현재도 점유하고 있으므로, 제198조으로 양 점유 사이에 계속되는 것으로 추정된다.

제198조 【점유계속의 추정】 전후 양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.

- ④ 타인 소유의 토지를 소유 의사가 없이 점유하던 자가 그 지상에 단지 그 소유의 건물을 건축하였다는 사실만으로는 그 토지에 대한 소유의 의사를 표시한 것으로 볼 수 없다(대판 1985.3.26. 84다카2317).
- ⑤ 종중은 공동선조의 봉제사, 분묘의 수호 및 종원 상호간의 친목도모를 목적으로 하는 종족의 자연적 집단으로서 민법상 인격 없는 사단이므로, 종중이 어떤 부동산에 관하여 임대차를 점유매개관계로 하여 간접점유를 취득하였다고 하기 위하여는 그 임대차관계를 성립시킨 자가 사실 상으로나마 종중의 대표기관 내지는 집행기관이거나 그 대리인이어야 하고, 종원이 단지 종중과 무관하게 사인의 자격에서 임대한 것에 불과하다면 그 간접점유의 귀속주체는 어디까지나 그 개인일 뿐 종중이 그를 통하여 당해 부동산을 간접점유하였다고 볼 수 없다(대판 1999.2.23. 98다50593).

문 27) 정답 : ⑤

- ① 사기의 의사표시에 의해 건물을 명도해 준 것이라면 건물의 점유를 침탈당한 것이 아니므로 피해자는 점유회수의 소권을 가진다고 할 수 없다(대판 1992.2.28. 91다17443).

제204조 【점유의 회수】 ① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

- ② 직접점유자가 임의로 점유를 타에 양도한 경우에는 점유 이전이 간접점유자의 의사에 반한다 하더라도 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않는다(대판 1993.3.9. 92다5300).

제207조 【간접점유의 보호】

① 전3조의 청구권은 제194조의 규정에 의한 간접점유자도 이를 행사할 수 있다.

② 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우에 간접점유자는 그 물건을 점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고 점유자가 그 물건의 반환을 받을 수 없거나 이를 원하지 아니하는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있다.

- ③ 제204조 【점유의 회수】 ② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다. 그러나 승계인이 악의인 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ 간접점유자도 점유권을 가지므로 점유에 관한 규정이 적용되며(제194조), 점유보호청구권이 인정된다. 이 경우 간접점유자는 1. 우선 그 물건을 직접점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고, 2. 점유자가 그 물건의 반환을 받을 수 없거나 이를 원하지 아니하는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있다(제207조 제2항).
- ⑤ 민법 제204조 제3항과 제205조 제2항에 의하면 점유를 침탈당하거나 방해를 받은 자의 침탈자 또는 방해자에 대한 청구권은 그 점유를 침탈당한 날 또는 점유의 방해행위가 종료된 날로부터 1년 내에 행사하여야 하는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 제척기간의 대상이 되는 권리는 형성권이 아니라 통상의 청구권인 점과 점유의 침탈 또는 방해의 상태가 일정한 기간을 지나게 되면 그대로 사회의 평온한 상태가 되고 이를 복구하는 것이 오히려 평화질서의 교란으로 볼 수 있게 되므로, 일정한 기간을 지난 후에는 원상

회복을 허용하지 않는 것이 점유제도의 이상에 맞고 여기에 점유의 회수 또는 방해제거 등 청구권에 단기의 제척기간을 두는 이유가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 위의 제척기간은 재판 외에서 권리행사하는 것으로 족한 기간이 아니라 반드시 그 기간 내에 소를 제기하여야 하는 이른바 출소기간으로 해석함이 상당하다(대판 2002.4.26., 2001다8097).

■ **물권적 청구권**

	점유권에 기한 물권적 청구권	소유권에 기한 물권적 청구권 ¹⁾
내용	① 점유물반환청구권 ② 점유물방해제거청구권 ③ 점유물방해예방청구권	① 소유물반환청구권 ²⁾ ② 소유물방해제거청구권 ③ 소유물방해예방청구권
청구권자	침탈당한 자 (사기 ×, 유실 ×)	소유자(양도인 × → 양수인 ○)
상대방	① 침탈자 ② 포괄승계인 ③ 악의의 특별승계인	• 반환: 현재 점유하는 자 • 방해제거: 처분권한 있는 자
행사기간	1년 = 제척기간 → 출소기간	소멸시효 ×
고의·과실	×	×

문 28) 정답 : ②

- ① 공유자 甲은 특별한 사정이 없는 한 다른 공유자 乙, 丙의 동의 없이 X토지에 관한 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있다.

제263조 【공유지분의 처분과 공유물의 사용, 수익】

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

- ② 나대지에 건물을 신축하는 것은 공유물에 대한 처분·변경행위에 해당하는 것이 판례의 입장이다(대판 2001.11.27, 2000다33638·33645). 따라서 다른 공유자 전원의 동의가 있어야 한다(제264조). 따라서 甲, 乙은 丙과의 협의 없이 X토지에 건물을 신축할 수 없다. 따라서 신축하여 임대하기로 결정하는 것은 관리방법이 아니라 처분행위이다.
- ③ **제268조 【공유물의 분할청구】** ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다.
- ④ 공유자 자신의 지분이 과반수에 미달하면 소수지분권자에 지나지 않으므로 배타적으로 공유물을 점유하는 다른 과반수 미달의 공유자를 전면적으로 배제하고 자신만이 단독으로 공유물을 점유하도록 인도해 달라고 청구할 권원은 없다. 대법원은 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우, 다른 소수지분권자지는 배타적으로 점유하고 있는 소수지분권자에게 공유물의 인도를 청구할 수는 없다고 한다(대판(전) 2020.5.21., 2018다287522).

비고 그러나 소나무 등 설치한 지상물에 대한 제거 등 방해배제는 청구할 수 있다고 판시했다(대판(전) 2020.5.21, 2018다287522).

- ⑤ 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것을 공유물의 멸실·훼손을 방지하고 공유물의 현상을 유지하는 사실적·법률적 행위인 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없다(대판 1994.11.11. 94다35008). 공유자 중 丙의 지분 위에 원인무효의 저당권 등기가 마쳐진 경우라도 다른 공유자 甲은 X토지의 보존행위로서 丙의 지분 위에 저당권 등기의 말소를 청구할 수는 없다.

1) 준용규정 有: 지상권, 전세권, 지역권, 저당권

준용규정 無: 유치권; 물권적 청구권 인정 ×

질권; 통설은 입법의 불비로 보아 인정

2) 지역권과 저당권은 반환청구권 인정 안 됨. 점유하지 않기 때문

문 29) 정답 : ⑤

- ① 행정목적에 위하여 공용되는 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상도 될 수 없다(대판 1983.6.14, 83다카181).
- ② 시효로 인한 부동산 소유권의 취득은 원시취득으로서 취득시효의 요건을 갖추면 곧 등기청구권을 취득하는 것이고 또 타인의 소유권을 승계취득하는 것이 아니어서 시효취득의 대상이 반드시 타인의 소유물이어야 하거나 그 타인이 특정되어 있어야만 하는 것은 아니므로 **성명불상자의 소유물**에 대하여 **시효취득을 인정**할 수 있다(대판 1992.2.25, 91다9312).
- ③ 부동산에 관하여 **적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우**에는 특별한 사정이 없는 한 사실상태를 권리관계로 하여 보호할 필요가 없고, 부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대한 소유권을 적법하게 보유하는 것으로 추정되어 소유권에 대한 증명의 곤란을 구제할 필요 역시 없으므로, **그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다**. 다만 그 상태에서 다른 사람 명의로 소유권이전등기가 되는 등으로 소유권의 변동이 있는 때에 비로소 취득시효의 요건인 점유가 개시된다고 볼 수 있을 뿐이다(대판 2016.10.27., 2016다224596).

비고 시효취득의 목적물은 타인의 부동산임을 요하지 않고 **자기 소유의 부동산이라도 시효취득의 목적물이 될 수 있다**고 할 것이고, 취득시효를 규정한 민법 제245조가 '타인의 물건인 점'을 규정에서 빼놓은 것도 같은 취지에서라고 할 것이다(대판 2001.7.13, 2001다17572).

- ④ **1필의 토지의 일부에 대한 시효취득을 인정**하기 위하여는 그 부분이 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식하기에 족한 객관적인 징표가 계속하여 존재할 것을 요한다(대판 1989.4.25. 88다카9494, 대판 1997.3.11. 96다37428).
- ⑤ 1동의 건물의 구분소유자들은 전유부분을 구분소유하면서 공용부분을 공유하므로 특별한 사정이 없는 한 건물의 대지 전체를 공동으로 점유한다. **이는 집합건물의 대지에 관한 점유취득시효에서 말하는 '점유'에도 적용되므로 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 집합건물을 구분소유한 사람은 등기함으로써 대지의 소유권을 취득할 수 있다**(대판 2017.1.25., 2012다72469). 구분소유자들의 건물 대지 전체에 대한 공동점유는 대지 소유권의 시효취득의 요건인 점유에 해당한다.

문 30) 정답 : ①

- ㄱ. 항목만 옳다.
- ㄱ. (○): 소유권에 기한 물건적 청구권은 점유하는 자에게 요구하는 권리이다. 따라서 소유자는 현재 점유하고 있지 않은 자를 상대로 소유물의 반환을 청구할 수 없다(대판 1991.6.25. 91다10329).
- ㄴ. (×): 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 사람에 대하여 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다**(대판 2022.6.30. 2021다276256).

■ 건물의 토지 무단점유시 토지소유자의 권리

상대방	건물철거청구	건물퇴거(명도)청구
건물 소유자 (미등기매수인 포함)	○	×
건물 점유자 (건물의 임차인)	×	○

- ㄷ. (×): **乙이 甲소유의 대지 일부를 소유의 의사로 평온, 공연하게 20년간 점유하였다면 乙은 甲에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 甲은 이에 응할 의무가 있으므로 乙이 위 대지에 관하여 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에 있다고 해서 甲이 乙에 대하여 그 대지**

에 대한 불법점유임을 이유로 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다(대판 1988.5.10. 87다카1979).

문 31) 정답 : ③

- ① 어떠한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 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(대판 1998.7.10. 98다18643). 따라서 지상권에 저당권을 설정해 준 지상권자가 지상권의 목적인 토지를 매수하여 지상권과 소유권이 동일인에게 귀속한다 하더라도 혼동으로 지상권이 소멸하면 지상권 위의 저당권도 소멸하기 때문에 제3자를 위하여 지상권은 혼동으로 소멸하지 않는다(제191조 제1항 단서).

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.

- ② 저당권이 실행되어 경락된 경우 저당목적물의 용익권이 소멸하는지 여부는 대항력 있는 용익권(전세권, 지상권, 대항력 있는 임차권)과 저당권의 설정순위에 따라 결정된다. 위 권리의 순서가 저당권보다 늦으면 경매절차에서 소멸한다(민사집행법 제91조 제2항, 제3항). 이 때 순위 비교는 실행된 저당권과 비교하는 것이 아니라 언제나 최선순위저당권과 용익권의 순위를 비교한다. 따라서 토지에 저당권, 지상권, 저당권이 순차적으로 설정된 경우 나중에 설정된 저당권이 실행되더라도 최선순위저당권이 소멸되므로 지상권도 소멸한다.
- ③ 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있다(제289조 제2항). 즉 구분지상권은 지상권이 설정된 경우라도 지상권이 설정된 토지의 소유자가 지상권자의 승낙 얻어 설정할 수 있는 것이지 지상권자가 설정할 수 있는 권리는 아니다. 지상권자는 타인에게 그 권리를 양도하거나 그 권리의 존속기간 내에서 그 토지를 임대할 수 있을 뿐이다(제282조의2).

제289조의2 【구분지상권】

- ① 지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물 기타 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있다. 이 경우 설정행위로써 지상권의 행사를 위하여 토지의 사용을 제한할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있다. 이 경우 토지를 사용·수익할 권리를 가진 제3자는 그 지상권의 행사를 방해하여서는 아니 된다.

- ④ 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, 2011다 6342).
- ⑤ 제288조 【지상권 소멸청구와 저당권자에 대한 통지】 지상권이 저당권의 목적인 때 또는 그 토지에 있는 건물, 수목이 저당권의 목적이 된 때에는 전조의 청구는 저당권자에게 통지한 후 상당한 기간이 경과함으로써 그 효력이 생긴다.

문 32) 정답 : ①

- ① 동일인의 소유에 속하였던 토지와 건물이 매매, 증여, 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으

로 그 소유권자를 달리하게 된 경우에 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 그 건물의 소유를 위하여 그 부지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득하는 것이고 그 건물은 건물로서의 요건을 갖추고 있는 이상 무허가건물이거나 미등기건물이거나를 가리지 않는다(대판 1988.4.12. 87다카2404). 자신의 토지에 미등기건물을 건축한 자는 등기 없이도 건물의 소유권을 취득한 것이므로, 건물의 철거특약 없이 토지를 매도하여 한 경우 관습법상 법정지상권을 취득한다.

- ② 관습법상 법정지상권이 성립하기 위해서는 처분 당시에 토지에 건물이 존재하여야 하는데, 토지소유자가 토지 매도시 토지 위에 건물이 존재하지 않은 경우이므로 관습상의 법정지상권이 성립하지 않는다.
- ③ 강제경매의 목적이 된 토지 또는 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 지상 건물이 동일인에 속하였는지 여부가 판단되어야 한다(대판(전) 2012.10.18. 2010다52140). 압류의 효력이 발생하는 때, 즉 통상 경매개시결정의 등기가 된 이후에 건물과 대지가 동일인에게 속하게 되었으므로 관습상의 법정지상권은 성립하지 않는다.
- ④ 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이 성립되는 것으로 보게 되면 이는 토지공유자의 1인으로 하여금 자신의 지분을 제외한 다른 공유자의 지분에 대하여서까지 지상권설정의 처분행위를 허용하는 셈이 되어 부당하다(대판 2014.9.4. 2011다73038, 73045).
- ⑤ 채권을 담보하기 위하여 나대지 상에 가등기가 경료되었고 그 뒤 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축하였는데, 그 후 가등기에 기한 본등기가 경료되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 관습상 법정지상권을 인정하면 애초에 대지에 채권담보를 위하여 가등기를 경료한 사람의 이익을 크게 해하게 되기 때문에 특별한 사정이 없는 한 건물을 위한 관습상 법정지상권이 성립한다고 할 수 없다. 따라서 가등기에 기한 본등기 당시에 대지와 건물의 소유자였던 사람은 관습상 법정지상권을 취득한다고 볼 수 없다(대판 1994.11.22. 94다5458).

문 33) 정답 : ④

- ① 지역권은 요역지의 소유권과 법률적 운명을 같이 한다. 따라서 요역지가 이전되면 별도로 지역권이전의 합의와 등기는 필요 없다. 다만 지역권이 함께 이전되지 않도록 달리 정하는 당사자약정은 유효하다(제292조 제1항). 이를 등기할 수 있다(부동산등기법 제70조 제4호).

제292조 【부종성】

① 지역권은 요역지 소유권에 부종하여 이전하며 또는 요역지에 대한 소유권 이외의 권리의 목적이 된다. 그러나 다른 약정이 있는 때에는 그 약정에 의한다.

부동산 등기법 제70조 【지역권의 등기사항】

등기관이 승역지의 등기기록에 지역권설정의 등기를 할 때에는 제48조제1항제1호부터 제4호까지에서 규정한 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다. 다만, 제4호는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.

1. 지역권설정의 목적
2. 범위
3. 요역지
4. 「민법」 제292조제1항 단서, 제297조제1항 단서 또는 제298조의 약정
5. 승역지의 일부에 지역권설정의 등기를 할 때에는 그 부분을 표시한 도면의 번호

- ② 제298조 【승역지 소유자의 의무와 승계】 계약에 의하여 승역지 소유자가 자기의 비용으로 지역권의 행사를 위하여 공작물의 설치 또는 수선의 의무를 부담한 때에는 승역지 소유자의 특별승

계인도 그 의무를 부담한다.

- ③ 제297조 【용수지역권】 ② 승역지에 수개의 용수지역권이 설정된 때에는 후순위의 지역권자는 선순위의 지역권자의 용수를 방해하지 못한다.
- ④ 지역권은 20년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다(제162조 제2항). **전망지역권도 소멸시효에 걸린다.**

제162조 【채권, 재산권의 소멸시효】

② 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

- ⑤ 종전의 승역지 사용이 무상으로 이루어졌다는 등의 다른 특별한 사정이 없다면 통행지역권을 취득시효한 경우에도 주위토지통행권의 경우와 마찬가지로 요역지 소유자는 승역지에 대한 도로 설치 및 사용에 의하여 승역지 소유자가 입은 손해를 보상하여야 한다고 해석함이 타당하다(대판 2015.3.20, 2012다17479).

문 34) 정답 : ④

- ①, ②, ③ 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 마친 경우 그 전세금의 지급은 임대차보증금반환채권으로 갈음한 것이고, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것도 아니므로 그 전세권설정등기는 유효하다(대판 2021.12.30. 2018다233860). 따라서 ① 乙은 甲에게 임차권과 전세권을 모두 주장할 수 있다. 또한 ② 전세권은 물권으므로 乙은 丙에게도 전세권을 주장할 수 있다. ③ 甲이 보증금의 반환을 지체하면 乙은 전세권에 기한 경매를 신청할 수 있다(제318조)

제318조 【전세권자의 경매청구권】 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권자는 민사집행법의 정한 바에 의하여 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있다.

- ④, ⑤ 이때 임대인과 임차인이 그와 같은 전세권설정등기를 마치기 위하여 전세권설정계약을 체결하여도 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하는 것이므로 임대인과 임차인은 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제하고 남은 돈을 전세금으로 하는 약정을 하였다고 보아야 한다(지문 ④). 그러나 그 전세권설정계약은 외관상으로는 그 내용에 차임지급 약정이 존재하지 않고 이에 따라 전세금이 연체차임으로 공제되지 않는 등 임대인과 임차인의 진의와 일치하지 않는 부분이 존재한다. 따라서 그러한 전세권설정계약은 위와 같이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 통정허위표시에 해당하여 무효라고 봄이 타당하다. 다만 그러한 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대하여는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다(지문 ⑤). 따라서 임대차계약에 따른 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권설정등기를 마친 경우 임대차계약에 따른 연체차임 공제는 전세권설정계약과 양립할 수 없으므로 전세권설정자는 선의의 제3자에 대하여 그 연체차임 공제 주장으로 대항할 수 없다(대판 2021.12.30. 2018다233860). 따라서 ④ 甲은 보증금에서 임대차계약의 당사자인 乙이 연체한 차임을 공제한 금액을 반환하면 된다. 그러나 ⑤ 제3자 丁에게는 甲과 乙의 임대차 관계를 안 경우만 주장할 수 있다. 사안의 경우 **丁은 약의이므로 甲은 丁에게 乙의 연체차임으로 대항할 수 있다.**

문 35) 정답 : ①

- ① 건물의 임대차에 있어서 임차인의 **임대인에게 지급한 임차보증금반환청구권**이나 임대인이 건물시설을 아

- 니하기 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).
- ② 점유자의 비용상환청구권은 '물건에 관하여 생긴 채권'이므로, 필요비·유익비에 대하여 유치권을 행사할 수 있다(제320조).
- ③ 임차인이 임대인에 대한 비용상환청구권으로 임차물을 유치할 수 있으나, 건물의 임차인이 임대차관계 종료시에는 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있어 임차인은 유치권을 주장할 수 없다(대판 1975.4.22, 73다2010).
- ④ 주택건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있다고 할 것이고, 이러한 유치권은 수급인이 점유를 상실하거나 피담보채무가 변제되는 등 특단의 사정이 없는 한 소멸되지 않는다(대판 1995.9.15, 95다16202·16219).
- ⑤ 임차물과 그 하자로부터 생긴 수차인의 손해배상채권은 그 임차하는 물건 자체로 인한 손해배상청구권이므로 채권과 목적물 사이의 견련관계가 인정되어 유치권이 인정된다(제697조).

제697조 【임차물의 성질 하자로 인한 임차인의 손해배상책임】 임차인은 임차물의 성질 또는 하자로 인하여 생긴 손해를 수차인에게 배상하여야 한다. 그러나 수차인이 그 성질 또는 하자를 안 때에는 그러하지 아니하다.

문 36) 정답 : ③

- ① **제323조 【과실수취권】** ① 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다. 그러나 과실이 금전이 아닌 때에는 경매하여야 한다.
- ② 유치권자는 채무자 또는 소유자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에게 임대할 수 있는 권한이 없으므로(민법 제324조 제2항 참조), 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없다. 따라서 소유자의 승낙 없는 유치권자의 임대차에 의하여 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 민사집행법 제136조 제1항 단서에서 규정하는 '매수인에게 대항할 수 있는 권원'에 기한 것이라고 볼 수 없다(대결 2017.2.8. 2015마2025).
- ③ 하나의 채권을 피담보채권으로 하여 여러 필지의 토지에 대하여 유치권을 취득한 유치권자가 그 중 일부 필지의 토지에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다면 특별한 사정이 없는 한 위반행위가 있었던 필지의 토지에 대하여만 유치권 소멸청구가 가능하다(대판 2022.6.16. 2018다301350).
- ④ 민법 제322조 제1항에 의하여 실시되는 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 봄이 상당하다(대판 2011.8.18. 2011다35593).
- ⑤ 부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권

취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2009.1.15. 2008다70763)

문 37) 정답 : ⑤

- ① 유치적 효력의 확보를 위하여 질권설정자가 계속 점유하는 방식인 **점유개정에 의한 질권설정**을 금지한다(제332조). 또한 질권에 있어 목적물의 점유는 질권의 **존속요건**이기도 하다.

제332조 【설정자에 의한 대리점유의 금지】 질권자는 설정자로 하여금 질물의 점유를 하게 하지 못한다.

- ② 책임전질의 경우에 질권자에게 채무자가 승낙을 한 때에는 전질권자의 동의 없이 질권자에게 채무를 변제하여도 이로써 전질권자에게 대항하지 못한다(제337조 제2항).

제337조 【전질의 대항요건】

- ② 채무자가 전질의 통지를 받거나 승낙을 한 때에는 전질권자의 동의 없이 질권자에게 채무를 변제하여도 이로써 전질권자에게 대항하지 못한다.

- ③ 담보물권인 질권은 교환가치 취득이 목적이므로 물건이 멸실되더라도 그 물건의 가치변형물에도 주장할 수 있는 물상대위가 인정된다. 물상대위는 질물의 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 경우여야 하므로, **매매 등은 목적물의 멸실이 아니며 질권으로 목적물에 직접 추급이 가능하기 때문에 매매대금채권에 대하여 질권을 행사할 수 없다.**

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

- ④ 동산질권을 선의취득하기 위하여는 질권자가 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 질권의 목적동산을 취득하여야 하고, **그 취득자의 선의, 무과실은 동산질권자가 입증하여야 한다**(대판 1981.12.22. 80다2910).
- ⑤ 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우 근질권의 피담보채권은 근질권자가 **강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때**에 확정된다(대판 2009.10.15., 2009다43621).

문 38) 정답 : ⑤

- ① 양도성을 가지는 재산권일 것을 요하기 때문에 채권·주식·무체재산권 등은 권리질권의 목적이 될 수 있다. 다만 양도성이 있는 재산권인 경우에도 **부동산의 사용·수익을 목적으로 하는 권리는 목적이 될 수 없다**(제345조 단서). 임차보증금반환청구권은 채권질권의 목적이 될 수 있다.

제345조 【권리질권의 목적】

질권은 재산권을 그 목적으로 할 수 있다. 그러나 부동산의 사용, 수익을 목적으로 하는 권리는 그러하지 아니하다.

- ② **제347조 【설정계약의 요물성】** 채권을 질권의 목적으로 하는 경우에 채권증서가 있는 때에는 질권의 설정은 그 증서를 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다.
- ③ **제353조 【질권의 목적이 된 채권의 실행방법】** ④ 채권의 목적물이 금전 이외의 물건인 때에는 질권자는 그 변제를 받은 물건에 대하여 질권을 행사할 수 있다.
- ④ 질권의 목적인 채권의 양도행위는 민법 제352조 소정의 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당되지 않으므로 질권자의 동의를 요하지 아니한다(대판 2005.12.22. 2003다55059).
- ⑤ **민법 제352조가 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다고 규정한 것은 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환**

가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이므로 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하는 행위를 하였다고 하더라도 이는 질권자에 대한 관계에 있어 무효일 뿐이어서, 특별한 사정이 없는 한 **질권자 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다**(대판 1997.11.11. 97다35375).

문 39) 정답 : ③

ㄱ. ㄷ .2 항목이 옳다.

ㄱ. (○): 부동산의 종물은 주물의 처분에 따르고 저당권은 목적 부동산의 종물에 대하여도 효력이 미치기 때문에 저당권의 실행으로 개시된 경매절차에서 부동산을 경락받은 자와 그 승계인은 종물의 소유권을 취득하고, 저당권이 설정된 이후에 종물에 대하여 강제집행을 한 자는 경락인과 그 승계인에게 강제집행의 효력을 주장할 수 없다(대판 1993.8.13. 92다43142).

ㄴ. (×): 저당권이 실행되면 제3자에 대항력 있는 용익권(지상권, 지역권, 전세권, 대항력 있는 임차권 등)은 저당권설정과의 선후에 따라 존속여부가 결정된다. 즉 저당권이 설정되기 전에 제3자가 대항력 있는 용익권을 취득했다면 저당권이 실행되더라도 그 용익권자는 매수인에게 대항할 수 있으나(제370조, 제333조), 저당권이 설정된 후 용익권을 취득한 자는 저당권이 실행되면 매수인에게 대항할 수 없고 경매절차에서 소멸한다(민사집행법 제91조 제3항).

따라서 **저당권이 설정된 후 용익권을 취득한 지상권자는 경매절차에서 매수인에게 지상권을 주장할 수 없으므로, 지상권자에게 인정되는 지상물매수 청구권도 인정될 수 없다**(제283조 제1항·제2항).

ㄷ. (○): 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 된다(대판 1996.4.26. 95다52864).

문 40) 정답 : ④

① 공동저당에 제공된 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 가운데 **물상보증인 소유 부동산이 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). 이시배상은 경우 선순위저당권자인 Z은 Y건물의 경매절차에서 채권 전액을 변제받을 수 있다(제368조 제2항 본문).

제368조 【공동저당과 대가의 배당, 차순위자의 대위】

- ① 동일한 채권의 담보로 수 개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 **동시에 배당**하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.
- ② 전항의 저당부동산 중 일부의 경매대가를 **먼저 배당하는 경우**에는 그 대가에서 그 **채권전부의 변제를 받을 수 있다**. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

② 공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 중 **채무자 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져** 경매대금의 교부에 의하여 1번 공동저당권자가 변제를 받더라도 **채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 1번 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 없다**(대판 2008.4.10. 2007다78234). X토지의 후순위저당권자는 Y건물에 대한 채무자 Z의 저당권을 대

위행사할 수 없다. X토지의 현재 소유자는 채무자인 甲이 아니라 제3취득자인 丁이지만 이 X토지를 매수할 때 매매대금에서 저당권으로 담보된 채권 상당액을 공제하였다고 보아야 하므로 이 판례의 법리가 그대로 적용될 수 있다. 이는 ④ 해설도 마찬가지이다.

- ③ 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출제한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다(대판(전) 2014.12.18. 2011다50233). 물상보증인 丙은 X토지에 대한 乙의 저당권을 대위 행사할 수 있다.

- ④ 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인 소유인 경우 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니하고, 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다(대판 2016.3.10. 2014다231965). 乙은 채무자 甲소유인 X토지의 경매대가에서 먼저 배당받고, 변제받지 못한 부분에 한하여 물상보증인 丙소유 Y건물의 경매대가에서 배당받는다.

- ⑤ 민법 제367조가 저당물의 제3취득자가 그 부동산에 관한 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다고 규정한 취지는 저당권설정자가 아닌 제3취득자가 저당물에 관한 필요비 또는 유익비를 지출하여 저당물의 가치가 유지·증가된 경우, 매각대금 중 그로 인한 부분은 일종의 공익비용과 같이 보아 제3취득자가 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있도록 한 것이므로 저당물에 관한 지상권, 전세권을 취득한 자만이 아니고 소유권을 취득한 자도 민법 제367조 소정의 제3취득자에 해당한다(대판 2016.3.10. 2014다231965). 제367조의 규정의 의해 저당물의 제3취득자인 丁은 유익비에 대하여 乙의 저당권을 대위하는 丙보다 우선하여 상환받을 수 있다.

■ 공동저당

목적물 전부가 채무자 소유 또는 물상보증인 소유인 경우	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 변제받을 수 있는 금액의 한도에서 공동저당권자를 대위하여 저당권행사 가능
목적물 일부는 채무자 소유, 목적물 일부는 물상보증인 소유인 경우	1. 동시배당 : 제368조 제1항 적용 × → ① 채무자소유 : 먼저 배당 ○ ② 부족 시 : 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