

## 2018년 법무사 민법 기출문제 해설

### 제 1 문 (50점)

#### <기본적 사실관계>

A남과 B녀는 혼인하여 그 사이에 자녀로 C를 두었다가 이혼하였고, C의 친권자 및 양육자로는 A남이 지정되었다. B녀는 2018. 3. 5. 사망하였는데, 사망 당시 이 사건 토지를 소유하고 있었다.

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

1. (위 기본사실에 추가하여) A남은 자신의 친구인 X로부터 이 사건 토지를 팔라는 부탁을 받아, 2000. 5. 6.생인 C의 대리인 자격으로 2018. 5. 1. X에게 이 사건 토지를 3,000만 원에 매도하는 계약을 체결하고(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다) 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그런데 사실 이 사건 토지의 시가는 1억 5,000만 원 정도이고, A남은 C에게 이 사건 토지를 매도한다는 것을 알리지도 않았으며, X로부터 "이렇게 싸게 팔아도 돼? C는 뭐라고 안 해?"라는 질문을 받아 "개는 바쁜데 이런 건 몰라도 돼."라고 대답했다. 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)
2. (위 기본사실에 추가하여) A남은 1999. 3. 2.생인 C에게 이 사건 토지의 매각을 권유하였으나 C가 이에 응하지 않자, 2018. 5. 1. 공인중개사로부터 소개받은 Y에게 C의 신분증에 자신의 사진을 붙인 신분증을 제시하고, 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 Y에게 이 사건 토지를 1억 5,000만 원에 매매하는 계약을 체결하였다(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다). 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)

**제 2 문**

(50점)

**<기본적 사실관계>**

乙은 2015. 7. 1. A법무사 사무실에서 丙으로부터 그 소유 X토지를 10억 원에 매수하는 매매계약을 체결한 후 계약금은 그 자리에서, 중도금은 한달 후에 지급하였고, 잔금 5억 원은 2016. 1. 1. 丙으로부터 X토지의 소유권이전등기에 필요한 서류 일체(이하 '등기서류'라 함)를 받으면서 지급하기로 하였다. 丙은 2016. 1. 1. X토지의 등기서류를 乙에게 제공하였으나, 乙은 잔금 5억 원을 지급하지 못하여 결국 乙명의로의 소유권이전등기는 이루어지지 않았다.

이후 乙은 2016. 7. 1. 甲에게 X토지를 15억 원에 매도하는 매매계약을 체결하여 甲으로부터 매매대금 전액을 지급받았으나, 아직 甲에게 X토지에 관한 소유권이전등기를 경료해주지 못하고 있다.

이에 甲은 2018. 4. 1. X토지에 관하여 乙을 대위하여 丙을 상대로 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 하여 乙에게 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소(이하 '이 사건 소'라 함)를 제기하였고, 2018. 4. 15. 乙에게 이 사실을 통지하였다.

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

1. **(위 기본사실에 추가하여)** 위 소송 진행 중 乙이 이 사건 소가 제기되기 이전인 2017. 7. 1. 이미 丙을 상대로 X토지에 관하여 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 2017. 12. 1. 패소판결을 선고받아 그 판결이 확정된 사실이 밝혀졌다.

① 채권자대위권의 요건에 대해 약술하고(25줄 이내) (10점), ② 이 경우 법원은 어떠한 판단을 내려야 하는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (5점)

2. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 이 사건 소에서 자신이 乙로부터 위 매매대금 잔금 5억 원을 지급받지 못하였다고 주장하면서 甲의 청구에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 丙의 항변이 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (5점)

3. **(위 기본사실에 추가하여)** ① 丙이 2018. 5. 1. 乙에게 위 매매대금 잔금 5억 원의 지급을 구하자, 乙은 X토지의 등기서류를 받기 전까지는 이에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 乙의 항변은 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). (5점)

② 그러자 丙은 2018. 6. 1. 乙에게 "X토지에 관하여 매매계약을 체결하였던 A법무사 사무실에 X토지의 등기서류를 보관해 놓을테니, 2018. 6. 15.까지 매매 잔대금 5억 원을 지급하고 위 서류를 수령할 것"을 최고하였고, 그 기간 동안 A법무사 사무실에 위 서류를 준비하여 두었다. 乙은 2018. 6. 15.까지 A법무사 사무실에 나타나지 않았고, 잔금 5억 원을 지급하지 않았다. 이에 丙은 2018. 7. 1. 乙에게 위 2015. 7. 1.자 매매계약을 해제한다고 통보하고, 같은 날 丙의 해제 의사표시는 乙에게 도달하였다. 丙의 해제는 적법한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). (10점)

4. 위 3항에서 丙의 해제가 적법하다면, 丙은 이 사건 소에서 자신과 乙사이의 위 매매계약이 해제되었음을 이유로 항변할 수 있는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (15점)

## 제 1 문

### <기본적 사실관계>

A남과 B녀는 혼인하여 그 사이에 자녀로 C를 두었다가 이혼하였고, C의 친권자 및 양육자로는 A남이 지정되었다. B녀는 2018. 3. 5. 사망하였는데, 사망 당시 이 사건 토지를 소유하고 있었다.

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

1. (위 기본사실에 추가하여) A남은 자신의 친구인 X로부터 이 사건 토지를 팔라는 부탁을 받자, 2000. 5. 6. 생인 C의 대리인 자격으로 2018. 5. 1. X에게 이 사건 토지를 3,000만 원에 매도하는 계약을 체결하고(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다) 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그런데 사실 이 사건 토지의 시가는 1억 5,000만 원 정도이고, A남은 C에게 이 사건 토지를 매도한다는 것을 알리지도 않았으며, X로부터 "이렇게 싸게 팔아도 돼? C는 뭐라고 안 해?"라는 질문을 받자 "개는 바쁜데 이런 건 몰라도 돼."라고 대답했다. 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)
2. (위 기본사실에 추가하여) A남은 1999. 3. 2. 생인 C에게 이 사건 토지의 매각을 권유하였으나 C가 이에 응하지 않자, 2018. 5. 1. 공인중개사로부터 소개받은 Y에게 C의 신분증에 자신의 사진을 붙인 신분증을 제시하고, 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 Y에게 이 사건 토지를 1억 5,000만 원에 매매하는 계약을 체결하였다(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다). 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)

## I. 설문 1.에 관하여

### 1. 결 론

무효이다.

### 2. 이 유

#### (1) 문제점

A가 2018. 5. 1. C의 대리인 자격으로 X에게 C 소유의 시가 1억 5,000만 원 상당의 토지를 3,000만 원에 매도함으로써 C에게 경제적 손실을 입혔다는 점에서, ① A의 행위는 불공정한 법률행위에 해당하는 것은 아닌지, ② 이에 해당하지 않더라도 2000. 5. 6. 생인 C는 미성년자이므로 친권자 A의 대리행위는 이해상반행위로서 무권대리인지, ③ 이에 해당하지 않더라도 친권의 남용에 해당하는 것은 아닌지를 검토할 필요가 있다. 만일 유권대리라면 표현대리는 문제될 것이 없다.

#### (2) 불공정한 법률행위 해당여부

① 판례에 따르면 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률

행위는 상대방이 위와 같은 사정이 있음을 알고 이용하려는 의사가 있는 경우 무효로 한다(제104조).

- ② 대리인에 의하여 법률행위가 행해진 경우 **궁박은 본인을 표준**으로 하여 결정하고, **경술·무경험은 대리인을 표준**으로 하여 결정한다.
- ③ 사안의 경우 매매가격이 5배 정도의 차이가 있다고 하여 현저하게 공정을 잃었다고 단정할 수 없다. 나아가 본인 C의 궁박이나 대리인 A의 경술·무경험의 사정은 보이지 않고, 상대방 X의 악의 또한 당연 인정되지 않는다. 결국 이 사건 매매계약은 제104조에 기해 무효라고 볼 수 없다.<sup>1)</sup>

### (3) 무권대리 해당여부

#### 1) 이해상반행위 해당여부

- ① **제920조**에서는 “법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다.”라고 규정하고 있고, 이에 대한 **제한**으로서 **제921조 제1항**은 “법정대리인인 친권자와 그 자 사이에 이해상반 되는 행위를 함에는 친권자는 법원에 그 자의 특별대리인의 선임을 청구하여야 한다.”라고 규정하고 있다.
- ② 이에 대해 판례는 “민법 제921조의 이해상반행위란 **행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서, 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는지 여부는 묻지 않는다**”고 하여 형식적 판단설의 입장을 기본적으로 취하고 있다.

#### 2) 사안의 경우

사안의 경우 친권자인 A가 C 소유의 토지를 X에게 매도한 이 사건 매매계약은 그 행위의 객관적 성질 자체로는 친권자인 A와 그 자 C 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위에 해당하는 것은 아니므로, 이해상반행위에 해당하지 않는다. 따라서 A의 행위는 무권대리에 해당하지 않는다. 결국 표현대리는 문제될 것이 없다.

### (4) 대리권 남용 해당여부<sup>2)</sup>

#### 1) 대리권 남용의 의의 및 적용범위

- ① 대리권 남용이란 대리인이 대리권의 범위 안에서, 본인의 이익에 반하여 대리인 자신 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 대리행위를 하는 경우를 말한다.
- ② 판례는 미성년자의 법정대리인인 친권자의 법률행위에서도 대리권 남용으로부터 **미성년자인 본인을 보호할 필요성**이 있는 바, **대리권 남용의 법리를 친권의 남용의 경우에도 적용**하는 것이 타당하다는 입장이다.

#### 2) 법적 구성 및 요건과 효과

- ① 진의 아님 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 **대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다**고 보아야 하고, 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알

1) 실제 사안에서는 제104조에 대한 주장은 없었다. 따라서 법원은 이 점에 대해 판단할 필요가 없었으므로 수험 경제적으로도 상술할 필요는 없지만, 언급하는 것이 가점사항은 된다고 본다.

2) 3순환 제5회 모의고사 쟁점

았거나 알 수 있었는지는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.

- ② 이와 마찬가지로 법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제 107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하다는 것이 판례의 입장이다.

### 3) 사안의 경우

사안의 경우 시가 1억 5,000만 원 상당의 토지를 3,000만 원의 저렴한 가격에 매도하였고, A는 C에게 이 사건 토지를 매도한다는 것을 알리지도 않았다는 점에서 배임적 대리사가 인정될 수 있고, A가 X로부터 “이렇게 싸게 팔아도 돼? C는 뭐라고 안 해?”라는 질문을 받자 “개는 바쁜데 이런 건 몰라도 돼.”라고 대답한 사정에 비추어 X는 A가 C의 이익이나 의사에 반하여 이 사건 토지를 매각하려 한다는 배임적인 사정을 알고 있었거나 알 수 있었을 것으로 보인다. 따라서 이 사건 매매계약은 무효이다.

## II. 설문 2.에 관하여

### 1. 결 론

A는 무권한자로서 이 사건 매매계약은 채권행위로서 유효하나, 처분행위는 무효이다.

### 2. 이 유

#### (1) 문제점

1999. 3. 2.생인 C는 2018. 5. 1. 이 사건 매매계약 당시 성년자에 해당하므로, A의 법정대리권인 친권은 소멸하였다. 사안의 경우 이 사건 매매계약의 당사자가 C라면 무권대리의 법리가 적용될 수 있겠으나, A가 당사자로 결정된다면 대리에 관한 법리는 적용될 수 없고 무권한자의 처분행위에 관한 법리가 문제된다. 따라서 먼저 누가 이 사건 매매계약의 당사자인지를 결정하여야 한다.

#### (2) 매매계약의 당사자 결정

##### 1) 법률행위 해석에 의한 결정<sup>3)</sup>

- ① 판례는 “계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여, ① 먼저 자연적 해석을 통하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치하는 의사대로 행위자 또는 명의자의 행위로 확정하고, ② 그러한 일치하는 의사가 확정될 수 없는 경우에는 규범적 해석을 통하여 구체적인 경우에 제반사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다.”고 본다.
- ② 따라서 상대방과의 사이에 계약 체결의 행위를 하는 사람이 다른 사람 행세를 하여 그 타

3) 3순환 보충사례 쟁점

인의 이름을 사용하여 계약서 기타 계약에 관련된 서면 등이 작성되었다고 하더라도, 행위자와 상대방이 모두 행위자 자신이 계약의 당사자라고 이해한 경우, 또는 그렇지 아니하다고 하더라도 상대방의 입장에서 합리적으로 평가할 때 행위자 자신이 계약의 당사자가 된다고 보는 경우에는, 행위자가 계약의 당사자가 된다고 본다.

③ 나아가 이 경우에는 대리 또는 표현대리의 법리는 적용될 수 없다는 입장이다.<sup>4)</sup>

## 2) 사안의 경우

사안의 경우 A는 C의 신분증에 자신의 사진을 붙인 신분증을 제시하고, 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 Y에게 이 사건 토지를 1억 5,000만 원에 매매하는 계약을 체결하였는바, A와 Y는 모두 행위자 A가 계약의 당사자라고 이해한 경우에 해당하고 그렇지 않더라도 Y의 입장에서는 A가 자신 소유의 토지를 스스로 매각하는 계약의 당사자가 된다고 이해하였을 것이다. 따라서 A의 행위는 무권대리가 아닌 무권한자 처분행위에 해당한다.

## (3) 무권한자 처분행위의 효력

### 1) 처분행위로서의 효력

① 처분행위인 물권행위가 유효하기 위해서는 처분권한이 있어야 한다. 따라서 처분권한 없는 자의 행위는 그 효력이 없다.

② 다만 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분한 경우에, 권리자는 후일 이를 추인함으로써 그 처분행위를 인정할 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 이로써 권리자 본인에게 위 처분행위의 효력이 발생함은 사적 자치의 원칙에 비추어 당연하고, 이 경우 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 가능하며 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하다.

### 2) 채권계약의 효력

무권리자의 채권행위는 이행기까지 이행하면 되므로 타인의 권리도 매매의 대상으로 삼을 수 있고, 그것은 유효하다. 민법도 제569조 이하에서 타인의 권리매매가 유효함을 전제로 매도인의 담보책임을 규정하고 있으므로, 무권리자의 매매계약 자체 즉 채권행위는 효력이 있다.

## (4) 사안의 경우

사안의 경우 A의 행위는 무권한자의 처분행위로서 이를 권리자 C가 추인한 사정은 보이지 않으므로, 이 사건 매매계약은 채권행위로서 유효하나, 처분행위는 무효이다.

---

4) 사안의 경우 C는 성년자가 되어서 A의 친권은 상실하였으므로, 기본대리권이 인정되지 않는바 제126조의 유추적용도 문제가 되지 않는다.

## 제 2 문

### <기본적 사실관계>

乙은 2015. 7. 1. A법무사 사무실에서 丙으로부터 그 소유 X토지를 10억 원에 매수하는 매매계약을 체결한 후 계약금은 그 자리에서, 중도금은 한달 후에 지급하였고, 잔금 5억 원은 2016. 1. 1. 丙으로부터 X토지의 소유권이전등기에 필요한 서류 일체(이하 '등기서류'라 함)를 받으면서 지급하기로 하였다. 丙은 2016. 1. 1. X토지의 등기서류를 乙에게 제공하였으나, 乙은 잔금 5억 원을 지급하지 못하여 결국 乙명의로의 소유권이전등기는 이루어지지 않았다.

이후 乙은 2016. 7. 1. 甲에게 X토지를 15억 원에 매도하는 매매계약을 체결하여 甲으로부터 매매대금 전액을 지급받았으나, 아직 甲에게 X토지에 관한 소유권이전등기를 경료해주지 못하고 있다.

이에 甲은 2018. 4. 1. X토지에 관하여 乙을 대위하여 丙을 상대로 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 하여 乙에게 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소(이하 '이 사건 소'라 함)를 제기하였고, 2018. 4. 15. 乙에게 이 사실을 통지하였다.

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

1. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송 진행 중 乙이 이 사건 소가 제기되기 이전인 2017. 7. 1. 이미 丙을 상대로 X토지에 관하여 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 2017. 12. 1. 패소판결을 선고받아 그 판결이 확정된 사실이 밝혀졌다.

① 채권자대위권의 요건에 대해 약술하고(25줄 이내) (10점), ② 이 경우 법원은 어떠한 판단을 내려야 하는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (5점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 이 사건 소에서 자신이 乙로부터 위 매매대금 잔금 5억 원을 지급받지 못하였다고 주장하면서 甲의 청구에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 丙의 항변이 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (5점)

3. (위 기본사실에 추가하여) ① 丙이 2018. 5. 1. 乙에게 위 매매대금 잔금 5억 원의 지급을 구하자, 乙은 X토지의 등기서류를 받기 전까지는 이에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 乙의 항변은 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). (5점)

② 그러자 丙은 2018. 6. 1. 乙에게 "X토지에 관하여 매매계약을 체결하였던 A법무사 사무실에 X토지의 등기서류를 보관해 놓을테니, 2018. 6. 15.까지 매매 잔대금 5억 원을 지급하고 위 서류를 수령할 것"을 최고하였고, 그 기간 동안 A법무사 사무실에 위 서류를 준비하여 두었다. 乙은 2018. 6. 15.까지 A법무사 사무실에 나타나지 않았고, 잔금 5억 원을 지급하지 않았다. 이에 丙은 2018. 7. 1. 乙에게 위 2015. 7. 1.자 매매계약을 해제한다고 통보하고, 같은 날 丙의 해제 의사표시는 乙에게 도달하였다. 丙의 해제는 적법한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). (10점)

4. 위 3항에서 丙의 해제가 적법하다면, 丙은 이 사건 소에서 자신과 乙사이의 위 매매계약이 해제되었음을 이 유로 항변할 수 있는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (15점)

## I. 설문 1.에 관하여<sup>5)</sup>

### 1. 설문 ①에 관하여

#### (1) 채권자대위권의 요건

채권의 보전이 필요한 경우 채권자는 채무자의 권리를 행사할 수 있다(제404조). 그 요건으로는 ① 피보전채권이 존재하고, ② 보전의 필요성이 있어야 하며, ③ 채무자 스스로 그 권리를 행사하지 않아야 하고, ④ 피대위권리가 있어야 한다.

#### (2) 피보전권리

- ① 제404조 본문에서는 ‘채권’으로 규정되어 있으나, 채권뿐만 아니라 널리 청구권을 포함한다. 또한 채권자의 채권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리(피대위채권)보다 먼저 성립되어 있을 필요도 없다.
- ② 피보전권리는 반드시 금전채권에 한하지 않고, 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 할 수 있다.
- ③ 채권자의 채권은 이행기가 도래하여야 한다(제404조 제2항). 다만 예외적으로 ① 재판상 대위의 경우 채권의 기한이 도래하기 전이라도 법원의 허가가 있으면 대위권을 행사할 수 있다(제404조 제2항). 또한 ② 보전행위는 이행기 전이라도 법원의 허가 없이 대위행사할 수 있다(제404조 제2항 단서).

#### (3) 보전의 필요성

- ① 채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는바, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우이어야 한다.
- ② 채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만, 특정채권을 보전할 수 있는 경우에는 채무자의 무자력을 요하지 않는다.

#### (4) 채무자 권리불행사

- ① 채무자가 그의 권리를 행사하지 않은 경우에만 채권자대위권을 행사할 수 있고, 이 경우에는 채무자가 대위행사에 대한 반대의 의사를 표시한 경우에도 가능하다.
- ② 다만 채무자 스스로 권리를 행사하고 있는 경우에는 그 행사가 채권자에게 유리한가 불리한가에 관계없이 채권자대위권을 행사할 수 없다.

#### (5) 피대위권리

5) 2순환 제14회 쟁점

- ① 채무자의 일신에 전속하는 권리(행사상 일신전속권)에 대해서는 채권자대위권을 행사할 수 없다(제404조 제1항 단서). 따라서 자유의사에 맡겨진 권리로서 계약의 승낙과 청약이나 채권 양도의 통지는 대위할 수 없다. 그러나 소이권이전등기청구권, 말소등기청구권과 같은 물권적 청구권, 채권자대위권, 등기신청권 등은 대위행사의 대상이 된다.
- ② 채권자대위권의 행사로서 소유권이전등기를 구하는 경우, 대위권자인 채권자는 제3채무자에 대하여 채무자에게로 소유권이전등기를 청구함은 모르되 자신에게로 소유권이전등기를 구하는 것은 법률상 근거가 없다.

## 2. 설문 ②에 관하여

### (1) 결 론

소각하 판결을 선고하여야 한다.

### (2) 이 유

#### 1) 채권자대위소송의 법적성질

판례는 “채권자대위소송은 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이다”라고 하여 법정 소송담당설과 같은 태도이다. 이에 의하면 “① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자의 권리불행사는 당사자적격의 요소”가 되고, 피대위권리는 소송물로서 본안요건이 된다. 따라서 ①, ②, ③의 흠결시에는 원고적격의 흠결로 부적법하고, ④의 흠결시에는 청구가 이유 없게 된다.

#### 2) 채권자대위소송의 당사자적격 구비여부

채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이므로, 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소확정판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 권리를 행사할 당사자적격이 없다.<sup>6)</sup>

#### 3) 사안의 경우

사안의 경우 甲이 乙을 대위하여 이 사건 소를 제기하기 전에 이미 채무자인 乙이 제3채무자인 丙을 상대로 이 사건 소와 동일한 내용의 소를 제기하였다가 패소판결을 받아 확정되었으므로, ‘대위할 채권에 대한 채무자 스스로의 권리 불행사’라는 요건이 결여되어 甲은 乙을 대위하여 권리를 행사할 당사자적격이 없게 된다. 따라서 甲이 제기한 채권자대위소송은 부적법하여 법원은 소각하 판결을 선고하여야 한다.

## II. 설문 2.에 관하여<sup>7)</sup>

### 1. 결 론

丙의 동시이행의 항변은 타당하다.

6) 대판 1993.3.26. 92다32876 등 ; 채권자의 대위권행사가 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로 보거나 (대판 1979. 3. 13.) 대위에 의한 채무자의 권리주장이 이유 없는 것으로 돌아간다고 보아 채권자의 청구를 기각해야 한다는 견해도 있으나, ‘채무자의 권리불행사’도 소송요건에 해당하므로, 채무자가 권리를 행사한 경우에는 설사 채무자가 패소의 확정판결을 받았더라도, 당사자적격의 흠결로 소를 각하하여야 할 것이다.

7) 3순환 제7회 쟁점

## 2. 이유

### (1) 동시이행항변의 당부

- ① 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이고, 제3채무자로서는 채무자 자신이 권리를 행사하는 경우보다 불리한 지위에 놓일 이유가 없으므로 채무자에 대하여 가지는 모든 항변사유로 대위채권자에게 대항할 수 있다.
- ② 한편 부동산 매매계약이 체결된 경우 매수인의 잔대금 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다.

### (2) 사안의 경우

사안의 경우 乙의 매매대금 잔금 5억 원의 지급의무와 丙의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로, 丙은 동시이행의 항변을 함으로써 甲의 청구에 응할 수 없다고 주장할 수 있다.

## III. 설문 3.에 관하여<sup>8)</sup>

### 1. 설문 ①에 관하여

#### (1) 결론

乙의 동시이행의 항변은 타당하다.

#### (2) 이유

##### 1) 동시이행항변의 당부

판례는 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니므로, 일시적으로 당사자 일방의 의무의 이행제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없다고 하였다.

##### 2) 사안의 경우

丙은 2016. 1. 1. X토지의 등기서류를 乙에게 한번 제공하였으나 그 이행의 제공이 계속되지 않았으므로, 乙의 동시이행의 항변권은 소멸하지 않았다. 따라서 乙은 X토지의 등기서류를 받기 전까지는 잔금 5억 원을 지급할 수 없다고 동시이행의 항변을 할 수 있다.

### 2. 설문 ②에 관하여

#### (1) 결론

丙의 해제는 적법하다.

#### (2) 이유

---

8) 3순환 제4회와 제7회 쟁점

## 1) 이행지체에 기한 계약해제의 가부

### 가) 이행지체를 원인으로 한 계약해제의 요건

이행지체를 원인으로 계약이 해제되기 위해서는 ① 채무자의 책임 있는 사유로 인한 이행지체가 있을 것, ② 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고할 것, ③ 최고기간 내에 이행되지 아니하였을 것, ④ 해제의 의사표시와 그 도달을 요건으로 한다(제544조).

### 나) 이행지체의 성립 여부

- ① 이행지체가 성립하기 위해서는 i) 채무의 이행기가 도래하였을 것, ii) 채무의 이행이 가능함에도 이행하지 아니하였을 것, iii) 이행이 늦은 데 대하여 채무자에게 귀책사유가 있을 것, iv) 이행하지 않는 것이 위법할 것 등의 요건이 갖추어져야 한다.
- ② 쌍무계약에서는 동시이행의 항변권이 존재하는 것만으로 상대방 채무는 이행지체에 빠지지 않으므로, 해제를 주장하는 자는 자기채무의 이행제공사실이 있어야 한다. 이 경우 쌍무계약의 일방 당사자가 이행기에 한번 이행제공을 하여서 상대방을 이행지체에 빠지게 한 경우에는 그 채무 이행의 제공을 계속할 필요는 없다. 다만 상대방이 최고기간 내에 이행 또는 이행제공을 하면 계약해제권은 소멸하게 되므로, 상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비가 되어 있어야 한다.

## 2) 사안의 경우

사안의 경우 丙은 확정기한인 2016. 1. 1. X토지의 등기서류를 乙에게 제공하였으나, 乙은 잔금 5억 원을 지급하지 못하였고, 乙의 잔금지급채무는 금전채무로서 이행이 가능하며, 乙은 채무불이행에 과실 없음을 항변하지 못한다(제397조 제2항). 또한 丙은 2018. 6. 1. 乙에게 “X토지에 관하여 매매계약을 체결하였던 A법무사 사무실에 X토지의 등기서류를 보관해 놓을테니, 2018. 6. 15.까지 매매 잔대금 5억 원을 지급하고 위 서류를 수령할 것”을 최고하였고, 그 기간 동안 A법무사 사무실에 위 서류를 준비하여 두었음에도 乙은 2018. 6. 15.까지 A법무사 사무실에 나타나지 않았고, 잔금 5억 원을 지급하지 않았다. 이에 丙은 2018. 7. 1. 乙에게 매매계약의 해제의 의사표시를 하고 같은 날 乙에게 도달하였으므로, 이 사건 매매계약은 적법하게 해제되었다.

## IV. 설문 4.에 관하여9)

### 1. 결론

丙은 매매계약이 해제되었음을 이유로 甲에게 항변할 수 있다.

### 2. 이유

#### (1) 통지 후 처분행위의 금지

채권자가 채권자대위소송을 제기한 때에는 채무자에게 통지하여야 하고(제405조 제1항), 위 통지를 받은 채무자는 그 후에 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다(동조 제2항). 판례는 “위 조항의 취지는 채권자대위권을 행사한 후에도 채무자에게 대위의 목적인 권리의 포기 등 처분행위를 허용할 경우라면 채권자에 의한 대위권행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다.”고 하였다.

9) 2순환 제14회와 3순환 제6회 관련쟁점

## (2) 법정해제의 허용여부

① 중대 판례는 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 있도록 한 경우 이는 피대위권리를 처분하는 것에 해당하여 그 계약해제로써 대항할 수 없다고 하였으나, ② 최근 판례는 이를 변경하여, “채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이를 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다고 할 것이다.”라고 하였다.<sup>10)</sup>

## (3) 사안의 경우<sup>11)</sup>

사안의 경우 丙은 이 사건 소에서 丙과 乙 사이의 매매계약이 乙의 채무불이행을 이유로 적법하게 해제되었음을 이유로 甲에게 항변할 수 있다.

10) 대판(전) 2012.5.17, 2011다87235

11) 사안에서 甲이 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당한다고 주장하는 것은 주장 자체로 이유 없다. 이는 甲과 丙 사이의 독자적인 사정에 기한 사유에 불과하기 때문이다.

## 총 평

어려운 시험을 보느라 수고하셨습니다.

올해 출제된 형법 문제는 한마디로 “기본”을 충실히 하였느냐를 묻는 문제라고 할 수 있습니다.

제1문과 제2문 모두 긍정하는 입장과 부정하는 입장의 논거를 적도록 하고 있는데 이는 결국 판례의 결론만 외울게 아니라 문제되는 쟁점이 무엇이며 어떠한 이유로 판결이 관시되었는지를 정확하게 알고 있느냐를 묻는 문제라 할 수 있습니다.

제1문의 범인도피교사의 문제는 2004년과 2011년에 출제된 바 있습니다.

갑의 범인도피교사죄의 성부를 묻고 있지만, 공범종속성상 정범 없이 공범을 논하는 것은 있을 수 없으므로 간략하게나마 병의 범인도피죄를 검토하여 이를 인정한 다음에 갑의 죄책으로 넘어가야 합니다.

자기방어권(비호권)의 남용인지 여부를 판단하는 것이 핵심입니다.

제2문의 대물변제예약 문제는 30점짜리의 다소 큰 문제인 점을 유념하셔야 합니다.

출제위원의 의도를 고려해 볼 때, 각 논거를 설명함에 있어 부동산 이중매매나 이중저당의 경우가 반드시 언급되어야 하고 배임죄를 인정한 판례와 부정한 판례에서 대물변제예약과 어떠한 차이점이 있고 어떠한 공통점이 있는지 배임죄의 주체에 관한 전체적인 이해가 되어 있다는 점을 답안지에 잘 현출해야 할 것입니다.

아래의 예시답안과 실전에서의 수험생 각자의 자기 문장으로 표현한 답안은 많은 차이가 있을 것으로 보입니다만 큰 줄기에 있어서는 대동소이하고 답안을 작성함에 있어서 큰 어려움은 없었을 것으로 짐작됩니다.

그동안 고생하신 만큼 꼭 합격의 영광을 안으시기를 기원합니다.

2018. 9.  
이 재 영 올림

**【제1문】**

갑과 을은 2017. 6. 20. 다툼을 벌이다 서로 상대방에게 상해를 가하였다. 갑은 당시 이미 폭력 전과가 다수 있어 위 상해행위로 중한 처벌을 받을 것을 염려하여 위 상해행위 직후 수사기관의 소환에 불응한 채 도피하기 시작하였다. 갑은 2017. 7. 무렵부터 2017. 12. 무렵까지 평소 가깝게 지내왔던 후배인 병으로 하여금 자신이 거주하던 수원 일대에서 병이 운행하는 승용차로 갑 자신이 원하는 목적지까지 이동시켜 줄 것을 요구하거나 속칭 ‘대포폰’을 구하여 줄 것을 요구하였고, 병이 이에 응하여 갑의 도피를 도와주었다. 이 경우 갑이 병에 대한 범인도피교사의 죄책을 지는지(형법 제151조 제1항, 제31조 제1항)에 관하여 논하시오.(다툼이 있는 경우 각 견해와 그 논거를 설명하고, 결론과 논거는 판례에 의함) (20점)

**I. 쟁점의 정리**

갑의 병에 대한 범인도피교사죄가 성립하기 위해서는 공범종속성의 원칙상 병의 행위가 범인도피죄의 구성요건 해당성과 위법성이 인정될 것을 전제로 하므로, 먼저 병의 범인도피죄의 죄책이 검토되어야 한다.

갑에 관하여는 범인 스스로 도피하는 행위 즉 자기도피는 범인도피죄의 구성요건 해당성이 인정되지 않음에도, 타인에게 자신을 도피하게 하는 행위가 자기도피와 동일하게 평가될 수 있는지 아니면 이른바 자기방어권의 남용으로서 교사범으로 처벌되는지 여부가 문제된다.

**II. 병의 범인도피죄의 성부**

**1. 범인도피죄의 구성요건**

**① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄**

범인도피죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 도피하게 함으로써 성립하는 범죄이다(제151조 제1항).

사안의 경우, 상해죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 범죄에 해당한다(제257조 제1항).

**② 죄를 범한 자**

판례에 의하면, 본죄에서 ‘죄를 범한 자’라 함은 진범일 필요가 없고 범죄의 혐의를 받아 수사 대상이 되어 있는 자를 포함한다(대판 1982.1.26. 81도1931).

사안의 경우, 갑의 행위는 상해죄의 구성요건에 해당할 뿐만 아니라 싸움에 있어서는 원칙적으로 방위 의사를 인정할 수 없어 정당방위로 위법성이 조각되지도 않으므로 갑은 벌금 이상의 형에 해당하는 범죄를 범한 자에 해당된다. 또한 갑이 수사기관의 소환에 불응하였다는 점에서 수사 대상이 되어 있다는 점도 인정된다.

**③ 도피하게 하는 행위**

판례에 의하면, ‘도피하게 하는 행위’는 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다. 그 방법에는 어떠한 제한이 없고, 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니한다(대판 2004.3.26. 2003도8226).

사안의 경우, 병이 승용차로 갑을 태워다 주고 대포폰을 구해 주는 행위는 범인을 발견하고 체포하는 것을 곤란하게 하는 행위로서 범인도피죄의 구성요건 해당성이 인정된다고 본다.

**2. 위법성 및 책임**

사안의 경우, 병에게 별도의 위법성 조각사유나 책임 조각사유가 없으므로 범인도피죄가 성립한다.

**III. 갑의 범인도피교사죄의 성부**

1. 자기도피가 범죄가 되는지 여부

범인도피죄의 주체는 범인 자신이 아니면 제한이 없다. 그러나 도피행위의 성질상 본죄의 객체는 자기 아닌 타인이라고 보아야 하므로 범인 자신의 자기도피는 본죄의 구성요건해당성이 없다고 보아야 한다.

2. 자기도피의 교사범이 성립할 수 있는지 여부

(1) 문제점

범인이 제3자를 교사하여 자신을 도피하게 한 경우에 범인도피죄의 교사범으로 처벌할 수 있는가 문제된다.

(2) 견해의 대립

긍정설 ① 타인에게 범죄를 교사하는 것은 자기 변호권을 남용한 경우에 해당하고, ② 정범의 범죄를 유발한 이상 교사범의 성립도 인정할 수 있고, ③ 타인의 범죄를 교사하는 경우까지 적법행위에 대한 기대가능성이 없다고 할 수 없다는 것을 논거로 한다.

부정설은 ① 타인에게 범죄를 교사하더라도 자기 변호권의 연장에 불과하고, ② 불법이 중한 정범으로 처벌되지 않는 자가 불법이 그 보다 경한 공범으로 가담하면 처벌된다는 것은 부당하다는 것을 논거로 한다. ③ 범인도피죄는 필요적 공범 중 대항범의 성격을 갖기 때문에 범인 자신에 대하여 도피를 교사하는 행위는 필요적 공범의 내부관계에 해당하여 원칙적으로 불가벌이라고 보는 견해도 있다.

(3) 판례의 태도

① 판례에 의하면, 범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당한다고 하며, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니라고 하면서, 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피교사죄를 구성한다고 하였다(대판 2006.12.7. 2005도3707).

② 그러나 범인이 평소 가깝게 지내던 후배에게 대포폰을 요청하여 개설하도록 하고, 그 후배가 운전하는 자동차를 타고 이동하여 다닌 사건에서는, 피고인 스스로가 하는 통상적 도피의 한 유형으로 볼 여지가 충분하다고 보면서, 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 아니하므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하며, 범인의 요청에 응하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지로 판시하였다(대판 2014.4.10. 2013도12079).

③ 판례에 의하면, 방어권의 남용이라고 볼 수 있는지 여부는, 범인을 도피하게 하는 것이라고 지목된 행위의 태양과 내용, 범인과 행위자의 관계, 행위 당시의 구체적인 상황, 형사사범의 작용에 영향을 미칠 수 있는 위험성의 정도 등을 종합하여 판단하여야 한다고 본다(대판 2014.4.10. 2013도12079).

(4) 검토

범인 스스로 도피하는 행위가 처벌되지 않는다고 하여 타인의 범죄를 유발하는 것까지 허용된다고 볼 수는 없고 자기 방어권의 남용으로 볼 수 있는 경우 교사범으로 처벌될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 그러나 설문의 경우는 丙이 평소 가깝게 지내던 후배인 점, 甲이 자신의 휴대폰을 사용할 경우 소재가 드러날 것을 염려하여 대포폰을 개설하여 받고, 승용차를 타고 이동하여 다닌 정도에 불과하므로 甲자신이 스스로 도피한 행위와 다를 바 없다고 판단된다. 따라서 甲의 행위는 방어권의 남용에 해당하지 않아 범인도피교사죄가 성립하지 않는다.

IV. 사안의 해결

병에게 범인도피죄가 성립한다 하더라도 갑에게는 교사범의 성립이 부정된다. 범인 단독으로는 범인도피죄의 주체가 될 수 없지만 타인의 범죄를 유발하는 행위에 대한 형사정책적 대처의 필요성과 죄형법정주의의 원칙상 범죄성립 요건에 대해서는 엄격하게 해석해야 한다는 점을 고려해 볼 때 자기도피를 교사하는 행위는 방어권의 남용이 있을 경우에 한정되어야 할 것이다.

**【제2문】**

채무자 甲은 채권자 乙에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하였다. 위 부동산에 관하여 유증을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤음에도 甲은 이를 제3자에게 매도하였다. 甲에게 배임죄가 성립하는지 여부 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (다툼이 있는 경우 결론은 판례의 다수의견에 의하되, 각 논거를 모두 설명함) (30점)

**I. 쟁점의 정리**

대물변제예약을 한 자가 소유권이전등기절차 협력의무를 지는 것을 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무처리자’에 해당하는지 여부가 문제된다.

판례에 의하면 이른바 채무자의 채무불이행 혹은 담보가치를 감소하는 행위가 있을 경우 배임죄를 인정한 사례도 있고 부정한 사례도 있는 바, 대물변제예약의 경우는 기존의 판례의 입장과 어떠한 구별점이 있는지 검토되어야 한다.

먼저 배임죄의 구성요건을 살펴 본 후, 배임죄를 긍정하는 견해와 부정하는 견해의 논거를 설명하기로 한다.

**II. 배임죄의 구성요건**

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는 범죄이다(제355조 제2항).

- ① 판례에 의하면, ‘타인의 사무’를 처리한다고 하려면 당사자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무 관계를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이어야 한다(대판 2017.2.3. 2016도 3674).
- ② 배임죄는 타인과의 신임관계를 전제로 하며 그 신임관계의 근거는 법령·계약·관습·사무관리를 불문하고 사실상의 신임관계가 있으면 족하다. 그러나 내부관계의 계약이 원인무효로서 처음부터 신임관계가 발생하지 않았다고 평가되거나, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 형법적 보호가치가 없는 경우에는 배임죄가 성립할 수 없다.
- ③ 사무의 성질이 타인의 사무가 아니라 자기 사무에 속하는 것이라면 배임죄가 성립하지 않는다. 타인의 사무가 되기 위해서는 타인의 재산을 보호·관리해야 할 의무가 신임관계의 본질적 내용이 되어야 하며, 타인의 사무로서의 성질과 자기의 사무로서의 성질을 동시에 가지고 있는 경우에는 타인사무가 본질적 내용을 이루고 있다면 타인의 사무에 해당한다.
- ④ 배임행위란 신임관계에 위배하여 본인에게 손해를 가하고 자기 또는 제3자가 이익을 취하는 행위인데 판례에 의하면, 배임죄에서 재산상의 손해에는 현실적인 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단에 의하지 않고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대판 2017.7.20. 2014도1104 전원합의체).

**III. 배임죄의 성부에 관한 검토**

**1. 판례의 태도**

판례에 의하면, 대물변제예약을 한 갑이 채권자에 대하여 타인의 사무처리자의 지위에 있는지 여부가 문제된 사안에서 과거에는 배임죄의 주체가 되는 것으로 보았으나 현재는 배임죄의 주체성을 부정하고 목적 부동산을 제3자에게 처분하더라도 배임죄가 성립하지 않는다고 판시하였다(대판 2014.8.21. 2014도3363 전합). 배임죄가 성립하지 않는다는 다수의견과 성립한다는 소수의견의 논거는 다음과 같다.

## 2. 배임죄의 성립을 부정하는 견해(다수 의견)

### (1) 자기사무에 해당한다는 점

채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다.

### (2) 채무자가 소유권이전 의무에서 벗어날 수 있다는 점

채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다.

### (3) 채권자의 주된 관심은 ‘변제’라는 점

채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다.

### (4) 대물변제예약의 궁극적 목적

대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용 이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수는 없다.<sup>1)</sup>

## 3. 배임죄의 성립을 긍정하는 견해(소수 의견)

### (1) 기존의 판례와 논리적 일관성 결여

대물변제예약 사례에서 배임죄를 부정하는 것은 재산의 이중적 처분(매매, 근저당권설정, 전세권설정, 채권양도 등)의 경우 배임죄를 인정하여 온 아래와 같은 판례의 확립된 태도와 논리적으로 부합하지 않는다고 본다.

#### ① 부동산 이중매매의 경우

판례에 의하면, 부동산 매매에서 매도인이 중도금을 수령한 후에는 그 계약의 내용에 좇아 소유권이전등기를 하여야 하는 의무를 이행하는 것은 채무자로서의 자기 사무의 처리라는 측면과 상대방의 재산보전에 협력하는 타인 사무의 처리라는 성격을 동시에 가지므로, 이러한 단계에 이른 후에 매도인이 그 부동산을 제3자에게 처분하는 행위는 매수인을 위한 등기협력의무를 위반하는 것으로서 배임죄에 해당한다고 본다(대판 1986.7.8. 85도1873).

이는 부동산 거래에서 형성되어 온 매도인과 매수인 사이의 강한 신뢰관계에 기초를 둔 것으로서, 매매계약의 이행 내지 등기에 관한 협조·협력의무는 그와 같은 신뢰관계에 따른 의무로 평가될 수 있고, 그와 같은 신뢰관계 아래에서 협조·협력의무를 지는 매도인의 지위는 매수인의 권리 취득에 관한 사무를 처리하는 자로 평가될 수 있다고 보는 것이다.

1) 다수의견에 대한 보충의견) 판례에 의하면, 동산의 이중매매는 본 사안과 동일하게 배임죄의 성립을 부정하고 있는바, 판례가 등기협력의무를 근거로 하여 배임죄의 성립을 인정해 온 데에는 부동산이 다른 재산과 달리 그 재산적 가치가 커서 거래당사자를 보호할 필요 역시 상대적으로 컸고, 의사주의의 잔재가 남아 있었던 거래현실을 무시할 수 없었던 점에 기인한다. 그렇지만 이제는 부동산보다 중요한 가치를 가진 재산도 많아졌고 판례가 동산과 부동산의 이중양도 사안과 부동산 매매계약과 대물변제예약 사안에서 보인 일관성 없는 태도를 버리고, 이제는 원칙으로 돌아가 당사자 사이의 채권채무 관계에서 그 내용이 매매계약이든 대물변제예약이든 그 대상이 부동산이든 동산이든 묻지 않고 민사상 채무불이행에 불과한 사안을 배임죄로 처벌할 수 없다고 보아야 한다는 보충의견이 있다.

## ② 이중저당 등의 경우

판례에 의하면, 근저당권설정계약을 체결한 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 부동산을 처분하거나 근저당권설정등기를 하여 준 경우(대판 2008.3.27. 2007도9328, 대판 2011.11.10. 2011도11224), 부동산에 대한 전세권설정계약이나 양도담보설정계약 후 그에 따른 등기절차를 이행하기 전에 제3자에게 근저당권설정등기나 전세권설정등기를 하여 줌으로써 담보능력 감소의 위험을 발생시킨 경우(대판 1993.9.28. 93도2206, 대판 1997.6.24. 96도1218) 등에도 배임죄의 성립을 인정하였다.

이러한 판례의 축적을 통하여, 등기협력의무 등 거래 상대방의 재산보전에 협력하여야 할 의무가 있는 사람이 고의로 임무를 위반하여 상대방에게 회복하기 어려운 손해를 입힌 경우에는 배임죄로 처벌받을 수 있다는 것이 우리 사회의 확립된 법원칙으로서 자리매김하게 되었고, 이러한 법리는 전형적인 배신행위에 대하여는 형벌법규의 개입이 정당하다는 사회적 합의에 의해 지지되고 있는 것이다.

## (2) 채권자의 소유권이전청구에 대한 항변 불가

매매의 경우 매도인이 중도금만 받은 단계에서는 매수인의 소유권이전등기청구에 대하여 매도인이 잔금과의 동시이행 항변을 주장할 수 있음에도 불구하고 이중매매 시 배임죄를 인정하고 있는바(대판 1988.12.13. 88도750), 대물변제예약을 한 경우에는 장차 채권자가 예약완결권을 행사하면 채무자로서는 그러한 항변조차 못하며 실제로 채권자가 예약완결권을 행사한 후에는 그 소유권 이전이 종국적인 의무가 된다. 따라서 당해 부동산을 다시 제3자에게 처분하면 배임죄가 성립한다고 하는 것이 논리적이다.

## (3) 담보가치에 대한 채권자의 신뢰를 보호할 필요성

담보계약을 통해 채권자가 취득하는 담보권은 그 자체로 독립된 재산적 가치가 있을 뿐만 아니라, 담보물의 담보가치에 대한 채권자의 신뢰 또한 형사법에 의해 보호되어야 할 고유한 법률상 이익에 해당한다. 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공하기로 한 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 그 신임관계를 위반하여 당해 부동산을 제3자에게 처분함으로써 채권자로 하여금 부동산의 소유권 취득을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면 이러한 행위는 대물변제예약에서 비롯되는 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다고 보아야 한다.

## 4. 검토

부동산 이중매매 사안에서 중도금을 수령한 매도인은 매수인의 대금지급의무의 불이행을 이유로 계약을 해제하지 않는 한 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 길이 없으나, 매도인이 계약금만 교부 받은 상태에서는 계약금의 배액을 상환하고 소유권이전의무에서 벗어날 수 있고 이 경우 배임죄의 주체를 부정하는 것이 판례이다.

그런데 대물변제예약의 경우는 채무자가 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다.

이처럼 부동산 이중매매와 대물변제예약의 사례에서 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐줄 의무가 있다는 점은 유사하지만, 그 의무의 내용과 구속력의 정도에 있어서는 현저한 차이가 있으므로 대물변제예약의 경우 채무자에게 타인의 사무처리자의 지위를 부정하는 판례 다수의견이 타당하다고 본다.

## IV. 사안의 해결

대물변제예약을 한 채무자가 소유권을 이전해야 할 의무는 배임죄에서의 타인의 사무에 해당하지 않고 따라잡에게 배임죄는 성립하지 않는다.

배임죄의 행위 태양은 일정한 행위 유형에 국한되지 않고 다양한 형태로 발현될 수 있으나, 그렇다고 거래관계에서 발생하는 모든 신뢰위반행위를 배임죄로 처벌할 수는 없으므로 형벌법규의 해석을 통하여 일정한 범위로 가별적 배임행위를 제한할 수밖에 없다. 따라서 배임죄를 인정하기 위한 신임관계는 엄격하게 판단할 필요가 있으며, 이러한 해석은 형법의 적용범위는 최소한에 그쳐야 한다는 형법의 보장적 기능에 부합한다 할 것이다.

## 2018년 제24회 법무사 형사소송법 기출문제 분석표(2018.9.14)

	출제범위(쟁점)				
	제1문	제2문		제3문 / 제4문	
2012년	포괄범죄의 기판력		공범자의 소송관계		항소제기의 방식
2013년	증거개시	고소의 주관적 불가분	공소취소의 의제	압수영장 유효기간의 성질	번복 진술조서의 증거능력
2014년	공소장변경의 허부		국선변호인		증언거부권 행사와 제314조 적용 여부
2015년	위법한 공소장달과 상소권회복		공범과 시효의 정지		반의사불벌죄와 고소의 주관적 불가분 원칙
2016년	현행범 체포시 체포의 필요성 여부 [사시 2015]	변호인의 참여권 침해와 피의자신문조서 [법원사 2014, 법행 2010 등]	친고죄의 고소취소의 요건, 방법		공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력 [각종기출 다수]
2017년	법정 외 증인신문시 당사자의 참여권 침해와 하자의 치유 (15점)		전문증거와 본래증거 (5점×4)		청구국선과 법원의 조치 (15점)

## 2018년 형사소송법 분석

	쟁 점	비 고	
		김영환 형사소송법(학연, 2018년)(이하 '기본서') 사례연습 형사소송법(학연, 2018년) Blackbox(학연, 2018년)	
1문	법정대리인의 고소권(6점) ☞법 06	기본서 144~145p 사례연습[사례25], 78~79p Blackbox 32p	
	고소의 대리(4점) ☞법 16 유사	기본서 146p (box 판례)	
	합의서제출 후 번복과 고소취소(5점) ☞법 16 유사	기본서 150p (대판 2001.12.14. 2001도4283)	
	공소장변경과 공소시효(8점) ☞사 08	기본서 315~316, 322p (Case) 사례연습[사례65], 220~222p Blackbox 68p	
	공범과 공소시효 정지(7점) ☞법 15	기본서 320~321p 사례연습[사례66], 223~225p Blackbox 69~70p(Tip, Case)	
2문	항소권회복과 항소심에서 처벌불원의 의사표시의 허부 (10점) ☞법 15 유사(상소권회복)	기본서 148p (고소취소의 시기) 사례연습[사례134] 450p 이하 Black Box 38p (box 판례)	
	항소심판결 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구의 적법성 (10점) ☞법 15 유사(상소권회복)	기본서 104~106, 637~639p 사례연습[사례134] 450p 이하 Blackbox 204~206p (대결 2017.3.30. 2016모2874)	

## 제24회 법무사시험 형사소송법 총평

### 1. 먼 저

유난히 무더웠던 날씨에도 묵묵히 공부하던 여러분의 모습이 눈에 선합니다. 고생하셨던 여러분에게 수고하셨다는 말씀을 드리고 싶습니다.

올해의 형사소송법 문제는 문제의 수(7문제)나 그 배점(4, 5, 6, 7, 8, 10, 10점), 문제의 양(3p), 특히 2015년, 2016년 등 근래 출제되었던 쟁점(기출문제 분석표 참조)이 다수 출제되었고, 결정적으로는 그 동안 자부(?) 해왔던 저의 졸저(拙著)에도 빠져있는 판례(문 2의 2의 대결 2017.3.30. 2016모2874)가 출제되어 적지 않게 여러분을 멘붕 상태로 빠뜨렸을 것으로 생각합니다. 문제를 모두 읽어보지도 못한 분들, 최근의 기출문제의 쟁점이라 막판에 그냥 넘어간 분들(이 부분은 저의 책임도 통감하고 있습니다), 공소시효의 완성 여부와 관련하여 썬을 잘못하여 결론을 그르친 분들, 문 1을 출제자의 요구대로 결론과 논거의 순으로 하지 않고, 문제점, 쟁점, 문제의 해결의 순으로 작성하고, 오히려 문 2는 결론과 논거의 순으로 작성한 분들의 한숨소리가 ...

### 2. 구체적인 검토

#### 【문 1】

[1. 가]는 고소가 소송조건이 되는 친고죄인 모욕죄에 있어서 피해자가 고소능력이 있는 미성년자(16세)로서 고소 후 고소를 취소하였는데도 법정대리인이 미성년자의 반대에도 불구하고 고소한 경우, 그 효력이 인정되어 검사의 공소제기가 적법한지가 제225조 제1항의 피해자의 법정대리인의 고소권의 성질과 관련하여 문제되는데, 통설·판례인 고유권설에 따르면 법정대인의 고소는 적법·유효하여 그 공소제기는 적법합니다.

[1. 나]는 제236조의 고소의 대리와 관련하여, 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 충분하고, 고소의 방식에도 특별한 제한은 없으므로 반드시 위임장을 제출하거나 '대리'라는 표시를 해야 하는 것은 아니고, 또 법정대리인 B가 건강상 이유로 동생 C에게 고소위임 했다고 함으로 대리권의 수여로 볼 수 있으므로, 사안은 대리인에 의한 고소로 적법하여 검사의 공소제기는 적법합니다.

[2]는 합의서 제출 후 번복된 경우 고소취소(반의사불벌죄의 철회)로 볼 수 있는지와 관련하여, 합의서 제출만으로는 고소취소로 일률적으로 판단하여서는 아니 되고 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여, 특히 고소인의 진정한 의사를 고려하여 고소취소의 여부를 판단하여야 하는 것이 원칙이지만, 사안처럼 합의의 조건을 이행하지 않는다는 이유로 합의서 제출 후 의사를 번복하여 다시 고소(처벌의사)하더라도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론, 처벌불원의사를 철회할 수 없다는 대판 2001.12.14. 2001도4283을 기초로 한 문제입니다.

[3. 가] 공소장변경이 된 경우에 공소시효와 관련하여, 공소시효 판단의 법정형과 공소시효 완성 여부의 기준시점이 문제되는데, 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 되며, 공소제기시를 기준으로 공소시효완성 여부를 판단하여야 한다는 통설·판례에 따르면, 사안처럼 사기죄에서 횡령죄로 공소장이 변경된 경우에 변경된 횡령죄의 공소시효기간(7년)을 기준으로 범죄종료의 시점(2011. 4. 5.)으로부터 공소제기의 시점(2018. 2. 1.)까지 아직 7년의 공소시효가 완성되지 않았다는 결론이 나옵니다. 사적으로는 구법하의 시효기간을 전제로 한 문제는 아닌지 약간의 의문이 듭니다.

[3. 나] 근래(법무사 2015년)의 기출문제의 쟁점으로, 공소시효의 정지에 대한 공범의 특례 규정인 제253조 제2항의 ‘공범’에 사안과 같은 뇌물취득죄와 뇌물교부죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다는 대판 2015.2.12. 2012도4842를 기초로 한 문제입니다. 따라서 뇌물취득죄의 기소가 있더라도 뇌물교부죄의 공소시효는 정지되지 않고 계속 진행된다는 전제에서, 甲에 대한 2018. 6. 29.의 공소제기는 뇌물교부죄의 범죄종료시인 2010. 2. 3.로부터 공소시효기간 7년이 경과한 후이므로 법원은 공소시효의 완성을 이유로 면소판결(제326조 제3호)을 선고하여야 합니다.

### 【문 2】

[1]은 제345조의 항소권회복과 항소심에서 처벌불원 의사표시 허부와 관련된 문제로, 친고죄의 고소취소(반의사불벌죄의 처벌불원의 의사표시)는 제1심판결 선고 전까지 가능한바(제233조 제1항, 제3항), 항소권회복청구가 인용된 항소심 절차에서는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시를 할 수 없다는 대판 2016.11.25. 2016도9470을 기초로 한 문제입니다. 따라서 판례에 따르면, 항소권회복청구를 인용한 항소법원은 다시 피고인에게 공소장부분과 소환장을 송달한 후 소송행위를 새로이 한 다음 항소심에서의 증거조사 등에 기초하여 다시 유죄·무죄의 실체재판을 하여야 할 것입니다.

[2]는 제345조의 항소권회복과 관련하여 항소심판결 후에 동일한 제1심판결에 대한 항소권회복청구가 가능한지의 문제로, 제1심판결에 대하여 검사가 항소하여 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되므로 원칙적으로 제1심판결에 대한 항소권회복청구와 항소는 부적법하며, 이는 제1심 또는 항소심 재판이 소송촉진법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이므로, 항소권회복청구를 받은 법원은 피고인의 제1심판결에 대한 항소권회복청구에 대하여 제347조 제1항에 의하여 결정으로 기각하여야 한다는 대결 2017.3.30. 2016도2874(상소권회복기각결정에대한재항고) [항소심판결 선고 후 제1심판결에 대하여 항소권회복청구한 사건]을 기초로 한 문제입니다.

### 3. 맺으며

준비한 만큼 제대로 옹기지 못했다는 생각에 잠을 설치거나 풀이 죽은 분들도 계시겠지만, 불의타였다면 대부분의 수험생에게도 마찬가지로 느껴질 것입니다.

너무 상심하지 말고, 다가오는 추석명절은 즐겁게 보내기를 바랍니다.

다시 한 번 수고하셨다는 말씀을 드리며, 좋은 결과가 나오기를 빕니다.

## 제24회 법무사시험 형사소송법

## 【문 1】

1. 모욕죄의 피해자인 A는 고소의 의미를 충분히 이해하는 미성년자(만 16세)로서 2018. 5. 1. 피고인 甲을 모욕죄로 고소하였다가, 2018. 8. 2. 자유로운 의사에 기하여 위 고소를 취소하였다. 그런데 피해자 A의 법정대리인 B는 A의 고소취소를 뒤늦게 알고 심하게 나무라면서, A가 B의 고소에 반대했음에도 고소기간 내인 2018. 8. 4. 피고인 甲을 같은 모욕죄로 고소하는 B 자신의 명의로 된 고소장을 수사기관에 제출하였다. 검사는 법정대리인 B의 고소장 제출이 있자 이후 피고인 甲에 대한 모욕죄로 공소제기하였다. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

가. 위 공소제기는 적법한지 그 결론과 논거를 설명하십시오. (6점)

나. 만약 B가 건강상 문제로 2018. 8. 4. 직접 자기 명의로 고소하지 못하여 B의 동생이자 A의 작은 아버지인 C에게 고소를 위임하였고, C가 B의 의사에 따라 고소를 진행하면서 B 명의로 아닌 C의 명의로 고소하고, B명의로 위임장 제출이나 ‘대리’라는 표시도 하지 않은 경우, 위 공소제기가 적법한지 그 결론과 논거를 설명하십시오. (4점)

2. 甲은 운전 중 업무상 과실로 교통사고를 일으켜 피해자 A에게 상해를 입혔으나, 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서에 해당하는 사정은 없었다. 피해자 A는 甲이 이 사건 교통사고로 인한 피해자 A의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 더 이상 민·형사상 문제삼지 아니하기로 甲과 합의하면서 甲으로부터 일부 합의금 명목으로 150만 원을 수령하였다. 피해자 A는 甲에게 甲이 직접 수사기관에 제출하라면서 ‘더 이상 甲의 처벌을 원하지 않는다’는 내용이 담긴 합의서를 작성·교부해 주었고, 甲은 위 합의서를 수사기관에 제출하였다. 그런데 甲이 이후 태도를 바꾸어 피해자 A에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니하였다. 검사는 甲이 수사기관에 제출한 위 합의서에는 치료비 전액 부담 조건이 전혀 기재되어 있지 않았지만, 피해자 A로부터 ‘甲이 치료비 전액을 부담하는 것을 조건으로 합의해 놓고는 그 지급을 거부하고 있으니 다시 처벌하여 달라’는 이야기를 듣고 甲을 통해 그 사실관계가 맞다는 것을 확인한 후 甲에 대하여 A의 상해와 관련된 교통사고처리특례법위반죄로 공소를 제기하였다. 피고인 甲에 대한 공소제기의 적법성 및 법원이 취할 조치에 관하여 그 결론과 논거를 설명하십시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함) (5점)

3. 공소시효와 관련하여 아래의 질문에 답하십시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

가. 피고인 甲에 대하여, ‘피고인 甲은 토지를 매입하여 주겠다고 피해자 A를 속여 피해자 A로부터 2011. 3. 5. 토지대금을 송금받아 편취하였다’는 내용을 공소사실로 하여 2018. 2. 1. 단순사기죄(형법 제347조 제1항)로 공소가 제기되었다. 1심 진행 중 검사는 2018. 4. 25.에 이르러 피고인 甲에 대한 공소사실을 ‘피고인 甲은 위 토지대금을 2011. 4. 5. 임의로 소비하여 횡령하였다’는 내용으로 변경하고 죄명과 적용법조를 사기죄에서 단순횡령죄(형법 제355조 제1항)로 변경하는 공소장변경신청을 하였다. 1심 법원은 2018. 5. 1.에 열린 공판기일에서 검사의 공소장변경신청을 허가하였다. 1심 법원이 최종적으로 피고인 甲에 대한 공소제기와 관련하여, 공소시효 완성여부에 관하여 어떤 판단을 하여야 하는지에 관하여 결론과 논거를 설명하십시오. (8점)

나. 검사는 2018. 6. 29. 피고인 甲에 대하여 ‘피고인 甲은 2010. 2. 3. 공소의 乙에게, A지역의 체비지를 싸게 매입할 수 있도록 ○○시청 체비지 담당공무원 丙에게 전달해 달라며 7,000만 원을 교부하였다’는 내용을 공소사실로 하여 공소를 제기하였다. 한편 공소의 乙, 丙에 대하여는 2011. 1. 10. 각각 제3자 뇌물취득죄, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)죄로 공소가 제기되어, 2012. 4. 20. ○○고등법원에서 각각 유죄판결이 내려진 후 상고가 기각되어 2012. 7. 27. 확정되었다. 乙, 丙에 대한 공소제기 후 유죄판결이 확정된 것이 甲에 대한 공소시효 진행에 미치는 영향은 어떠한지, 법원은 피고인 甲에 대한 공소제기와 관련하여 최종적으로 공소시효 완성여부에 관하여 어떤 판단을 하여야 하는지에 관하여 결론과 논거를 설명하십시오. (7점)

**【문 2】**

<기본적 사실관계>

甲은 乙을 폭행하여 폭행죄로 기소되었다. 제1심 법원은 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소송촉진법'이라고 함) 제23조에 의해 공시송달의 방법으로 공소장부분과 소환장을 송달하였다. 제1심 법원은 甲이 불출석한 상태에서 심리를 진행하여 유죄를 선고하였다.

(다음 각 설문은 상호관련성이 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) 이후 甲은 확정된 제1심 판결에 대하여 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신에 항소권회복청구를 하였고, 위 항소권회복청구가 인용되었다. 甲은 항소심 재판을 받게 되었고, 이 항소심 절차에서 피해자 乙은 더 이상 피고인 甲에 대한 처벌을 원하지 않는다는 합의서를 제출하였다. 이 경우 항소법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 설명하십시오. (10점)
  
2. (위 기본사실에 추가하여) 검사 S는 양형부당을 이유로 제1심 판결에 대해서 항소하였으나 항소를 기각하는 판결이 선고되었고 이 항소심판결은 확정되었다. 甲은 해외여행 중이어서 소환장을 받을 수 없었고, 이는 자신이 책임질 수 없는 사유에 의해 항소기간을 도과하였기 때문에 항소권이 회복되어야 한다고 주장하면서 위 제1심 판결에 대하여 항소권회복청구를 하였다. 이 경우 甲의 항소권회복청구가 적법한지 여부와 법원은 어떤 조치를 해야 하는지 설명하십시오 (단, 항소심의 공시송달 등의 절차는 적법함). (10점)

**【문 1의 1】 공소제기의 적법성**

**[설문 가] 법정대리인의 고소권** (6점)

**I. 결 론**

검사의 甲에 대한 모욕죄의 공소제기는 적법하다.

**II. 논 거**

**1. 피해자의 법정대리인의 고소권**

**(1) 법정대리인의 범위**

피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다(제225조 제1항). 법정대리인이란 친권자·후견인과 같은 무능력자의 행위를 일반적으로 대리할 수 있는 자를 말한다.

**(2) 고소권의 성질**

① 고소권은 일신전속적이며 친고죄에서 법률관계의 불안정을 피하기 위해서는 독립대리권으로 보아야 한다는 독립대리권설과 ② 무능력자를 보호하기 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이라는 고유권설(다수설)이 대립한다.

판례는 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이므로,

① 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있고, ② 피해자의 명시한 의사에 반하여도 행사할 수 있고(대판 1999.12.24. 99도3784), ③ 고소기간도 법정대리인 자신이 범인을 알게 된 날로부터 진행한다고 하여(대판 1987.6.9. 87도857), 고유권설의 입장이다.

생각건대 무능력자보호의 취지를 철저히 하기 위하여 고유권설이 타당하다.

**2. 사안의 경우**

사안에서 친고죄인 모욕죄의 피해자 A는 고소능력이 있는 미성년자로서 甲을 모욕죄로 고소하였다가 고소를 취소하였지만, A의 법정대리인 B는 A의 반대에도 불구하고 고소기간 내에 甲을 같은 모욕죄로 고소하였는바, 다수설·판례인 고유권설에 따르면 법정대리인 B의 고소는 적법하다.

따라서 친고죄인 모욕죄의 소송조건은 구비되었으므로 검사의 甲에 대한 모욕죄의 공소제기는 적법하다.

## [설문 나] 고소의 대리 (4점)

### I. 결 론

검사의 甲에 대한 모욕죄의 공소제기는 적법하다.

### II. 논 거

#### 1. 고소의 대리

- ① 고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다(제236조).
- ② 대리인에 의한 고소의 경우 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 충분하고, 고소의 방식에도 특별한 제한은 없다.
- ③ 판례도 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 족하고, 반드시 위임장을 제출하거나 ‘대리’라는 표시를 해야 하는 것은 아니고, 또 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산하며(대판 2001.9.4. 2001도3081), 대리인은 구술에 의한 방식으로 할 수 있고(대판 2002.6.14. 2000도4595), 피고인에 대한 합의서의 작성·교부도 대리권의 수여로 볼 수 있다(대판 1983.9.27. 83도516[무고·모욕] 참조).
- ④ 한편 고소대리의 범위에 대하여는 표시대리설, 의사대리설 등 견해가 대립하지만, 의사표시 전달에 관한 대리로는 표시대리설이 타당하다(대판 2010.11.11. 2010도11550 참조).

#### 2. 사안의 경우

사안에서 고소권자인 B가 건강상 문제로 C에게 고소를 위임하였고, C가 B명의로 아닌 C의 명의로 고소하면서 B명의로 위임장 제출이나 ‘대리’라는 표시도 하지 않았더라도, 이는 대리인에 의한 고소로 적법하다.

따라서 친고죄인 모욕죄의 소송조건은 구비되었으므로 검사의 甲에 대한 모욕죄의 공소제기는 적법하다.

## 【문 1의 2】 합의서 제출 후 번복과 고소취소의 허부 (5점)

### I. 결 론

피고인 甲에 대한 공소제기는 부적법하며, 따라서 법원은 공소기각판결(제327조 제2호)을 선고하여야 한다.

### II. 논 거

#### 1. 합의서 제출과 고소취소

##### (1) 고소취소의 방식

- ① 고소취소의 방법은 고소와 같다(제239조). 공소제기 전에는 고소사건을 담당하는 수사기관에, 공소제기 후에는 고소사건의 수소법원에 대하여 명시적으로 하여야 한다(대판 2012.2.23. 2011도17264).
- ② 범인과 피해자 사이에 합의서가 작성된 것만으로는 아직 고소취소라고 할 수 없고(대판 1983.9.27. 83도516 등), 피해자가 단순히 관대한 처벌을 바란다는 취지의 진술을 한 것만으로는 고소를 취소한 것이라고 보기 어렵다(대판 1981.1.13. 80도2210).

##### (2) 합의서 제출과 고소취소

- ① 피해자 명의의 “당사자간에 원만히 합의되어 민·형사상 문제를 일체 거론하지 않기로 한다.”는 취지의 합의서가 수사기관 또는 법원에 제출된 경우, 이러한 합의서 제출만으로 고소취소로 볼 수 있는지가 문제된다.
- ② 판례는 합의서가 수사기관 또는 법원에 제출되거나(대판 2002.7.12. 2001도6777, 대판 2008.2.29. 2007도11339) 합의서와 함께 탄원서가 제출된 경우(대판 1981.11.10. 81도1171)에는 고소를 취소한 것으로 보지만, 합의서 제출 후 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하거나(대판 1981.10.6. 81도1968), 합의서 제출 후에 고소인이 법정에서 나와 그 합의서는 강요에 의한 것이며 고소취소의 의사가 없다고 진술하였다면(대판 1980.10.27. 80도1448[합의번복 사건]) 고소는 취소되지 아니한 것으로 본다.
- ③ 특히, 판례는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 철회와 관련하여, “피해자가 피고인과 사이에 피고인이 교통사고로 인한 피해자의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 민·형사상 문제삼지 아니하기로 합의하고 피고인으로부터 합의금 일부를 수령하면서 피고인에게 합의서를 작성·교부하고, 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 경우, 피해자는 그 합의서를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고, 이에 따라 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 이상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었으며, 이후 피고인이 피해자에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니한 경우에도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론으로 하고 처벌불원의사를 철회할 수 없다.”고 한다(대판 2001.12.14. 2001도4283).<sup>1)2)</sup>

- ⑤ 생각건대 합의서 제출을 일률적으로 고소취소로 볼 것이 아니라, 탄원서나 법정진술 등과 함께 합의서의 기재내용과 제출경위 등 고소취소권자의 진정한 의사를 고려하여 구체적으로 판단하는 것이 타당하다고 본다.

## 2. 사안의 경우

판례에 따르면, 사안처럼 합의 조건의 사실관계가 사실이라 하더라도 민사상 치료비에 관한 합의 금지급체부가 남는 것은 별론, 적법한 고소취소(처벌불원의 의사표시)가 있는 것이므로, 재고소금지(제232조 제3항, 제2항)에 따라 다시 고소(처벌의 의사표시)를 할 수 없고 고소가 있더라도 무효이다.

따라서 검사의 피고인 甲에 대한 교통사고처리특례법위반죄의 공소제기는 고소가 취소(처벌불원의 의사표시) 되었음에도 불구하고 공소제기하였으므로 부적법하고, 법원은 제327조 제2호를 근거로 공소기각판결을 선고하여야 한다.

- 
- 1) 사안과 같은 운전 중 업무상과실치상죄 등은 **반의사불벌죄**에 해당한다(교통사고처리특례법 제3조 제2항 본문). ⇨ 따라서 제1심판결 선고 전에 처벌불원의 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우에는 다시 고소할 수 없고(제232조 제3항), 재고소가 있더라도 법원은 공소기각판결(제327조 제6호)을 선고하여야 한다.
  - 2) 합의 내용의 불이행을 이유로 고소취소를 반복하는 사례가 많은 현실을 반영한 판결로 평가된다.

## 【문 1의 3. 가】 공소장변경과 공소시효<sup>1)</sup> (8점)

### I. 결 론

변경된 횡령죄도 아직 공소시효가 완성되지 않았다. 따라서 법원은 유·무죄의 실체재판을 하여야 한다.<sup>2)</sup>

### II. 논 거

#### 1. 공소장변경과 공소시효

##### (1) 법정형의 문제 (= 공소장변경시 공소시효 판단의 법정형)

- ① 공소장변경에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에 공소장 변경 전후의 공소사실 중 어느 것에 대한 법정형을 기준으로 공소시효 완성여부를 판단할 것인가가 문제된다.
- ② 생각건대 심판대상론에 관한 이원설(통설·판례)에 따라 공소장변경에 의하여 변경된 공소사실이 현실적 심판대상이 되므로, 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다고 본다.
- ③ 판례도 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다고 한다(대판 2001.8.24. 2001도2902[절도죄 → 인정된 죄명은 건조물침입[병록지절취사건]).

##### (2) 판단기준시 (= 공소장변경시 공소시효완성 여부의 기준시점)

- ① 공소제기후 소송계속 중 공소장이 변경된 경우(제298조)에 공소시효의 완성 여부를 (i) 공소제기시를 기준으로 판단할 것인지 아니면 (ii) 공소장변경시를 기준으로 판단할 것인가가 문제된다.
- ② 생각건대 공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실에 대해서도 미치므로(제248조 제2항. 공소불가분의 원칙), 공소제기시를 기준으로 공소시효의 완성 여부를 판단하는 것이 타당하다.
- ③ 판례도 공소장변경시 공소제기시를 기준으로 공소시효완성 여부를 판단한다(대판 2004.7.22. 2003도8153).

#### 2. 사안의 경우

사안처럼 사기죄의 공소사실이 공소장변경에 의하여 횡령죄의 범죄사실로 변경된 경우, 변

1) 사시 2008 유사.

2) 합리적 의심 : 필자의 사건으로는 구범하의 시효기간을 전제로 출제된 것은 아닌지 의심이 듭니다. 만일 2007년 개정 형사소송법 이전의 구법(사기죄의 시효는 7년, 횡령죄의 시효는 5년)에 따르면, 사안의 경우 변경된 횡령죄에 대하여 법원은 공소시효 완성을 이유로 면소판결(제326조 제3호)을 선고하여야 할 것입니다.

경된 횡령죄의 공소시효기간인 7년(형법 제355조, 형사소송법 제249조 제1항 제4호)이 기준이 되고, 또한 당초의 공소제기시(2018. 2. 1.)를 기준으로 횡령죄의 범죄종료의 시점(2011. 4. 5.)으로부터 공소시효 완성 여부를 판단하여야 한다.

따라서 사안의 경우 변경된 횡령죄도 공소제기의 시점(2018. 2. 1.)에 범죄종료의 시점(2011. 4. 5.)으로부터 아직 7년의 시효가 경과하지 않은 상태이다.

## 【문 1의 3. 나】 공범과 공소시효의 정지<sup>1)</sup> (7점)

### I. 결 론

乙, 丙에 대한 공소제기 후 유죄판결의 확정된 것은 대항범 관계에 있는 甲에 대한 공소시효 진행에 아무런 영향을 미치지 못한다. 따라서 법원은 뇌물교부죄의 피고인 甲에 대하여 공소시효의 완성을 이유로 변소판결(제326조 제3호)을 선고하여야 한다.

### II. 논 거

#### 1. 공소시효의 정지와 공범의 특례

- ① 공범의 1인에 대한 공소시효정지는 다른 공범자에게도 효력이 미치고, 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(제253조 제2항).
- ② 이 처럼 공범에 대하여 공소시효정지의 효력에 대한 특칙규정을 두어 그 범위를 확장한 이유는 공범간의 처벌상의 공평을 도모하기 위한 것이다.

#### 2. 뇌물공여죄와 뇌물수수죄와 같은 대항범 관계에 있는 자 사이에 공범의 특례규정의 준용 여부

제253조 제2항의 ‘공범’에 사안과 같은 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자가 포함되는지가 문제된다.

판례는 제253조 제2항의 ‘공범’을 해석할 때 고려하여야 할 사항으로, … 종합적으로 고려하여야 하고, 특히 위 조항이 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석해서는 아니 되며, … 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다. 따라서 형사소송법 제253조 제2항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다는 입장이다(대판 2015.2.12. 2012도4842 [제3자뇌물교부]).

1) 변시 2015·2017(3), 사시 2015 유사, 법무사 2015 유사.

### 3. 사안의 경우

판례에 따르면, 사안처럼 甲과 乙, 丙이 뇌물수수죄와 뇌물공여죄와 같은 대항적 공범관계에 있는 경우, 乙, 丙이 기소되더라도 甲의 공소시효는 정지되지 않고 계속 진행된다.

따라서 乙, 丙의 각각 제3자 뇌물취득죄, 특가법위반(뇌물)죄의 공소제기가 있더라도 甲의 뇌물교부죄(형법 제133조. 5년 이하 법정형이므로, 형사소송법 제249조 제1항 제4호에 의해 시효는 7년)의 시효는 정지되지 아니하므로, 甲에 대한 2018. 6. 29.의 공소제기는 뇌물교부죄의 범죄종료시인 2010. 2. 3.로부터 공소시효기간 7년이 경과한 후임이 명백하다.

## 【문 2의 1】 항소권회복과 항소심에서 처벌불원 의사표시 허부<sup>1)</sup> (10점)

### I. 문제점

친고죄의 고소취소(반의사불벌죄의 처벌불원의 의사표시)는 제1심판결 선고 전까지 가능한바, 항소권 회복청구가 인용된 항소심절차에서 고소취소가 가능한지가 항소권회복청구가 인용된 항소심 절차의 성격과 관련하여 문제된다.

### II. 항소권회복과 항소심에서 처벌불원의 의사표시의 허부

#### 1. 고소취소의 시기

- ① 친고죄의 고소는 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있다(제232조 제1항). 따라서 제1심판결 후에는 고소가 취소되더라도 고소취소로서의 효력은 발생하지 않는다.
- ② 반의사불벌죄에 있어서도 처벌희망의 의사표시의 철회는 제1심판결 선고 전까지 하여야 하며(제232조 제3항, 제1항), 제1심판결 선고 후의 처벌희망 의사표시의 철회는 그 효력이 없다.
- ③ 위 규정들은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적에서 그 철회 시한을 확일적으로 제1심 판결 선고 시까지로 제한한 것으로 볼 수 있다(대판(全합) 1999.4.15. 96도1922[소위 롯데슈퍼할아버지 사건] 참조).

#### 2. 상소권회복청구

##### (1) 상소권회복

- ① 상소권의 회복이란 상소권자가 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간이 경과한 후에 법원의 결정에 의하여 소멸된 상소권을 회복시키는 것을 말한다(제345조 참조). 이 경우 상소권회복의 청구와 동시에 상소를 제기하여야 한다(제346조 제3항).

1) Blackbox 38면 box 판례 참조.

② 따라서 위법한 공시송달(제63조, 소송촉진법 제23조, 소송촉진특례규칙 제18조, 제19조) 등에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차가 진행되어 유죄판결이 선고되어 피고인이 상소제기기간 내에 상소하지 못하였다면 상소권회복청구로 다룰 수 있다(대판 2014.10.16. 2014도1557 등).

## (2) ‘소송촉진법’상 재심과 상소권회복의 구별

- ① ‘소송촉진법’ 제23조의2의 재심은 확정된 판결이 있을 때 책임질 수 없는 사유로 불이익을 받게 될 위험을 처한 자를 구제한다는 점에서 상소권의 회복과 유사하다.
- ② 그러나 전자가 제1심의 유죄판결이 확정되었을 때에 대비한 구제방법인데, 후자는 유죄판결을 포함한 모든 형태의 재판을 대상으로 하고, 전자는 재심절차의 형식을 취하므로 원판결을 내린 제1심법원에서 절차가 개시되지만, 후자는 상소심법원에서 절차가 진행된다. 그리고 전자는 일단 확정판결이 존재한 상태에서 절차가 진행되지만, 후자는 유효한 상소제기가 있는 것으로 되어 일단 발생하였던 재판의 확정력이 배제된다는 점에서 구별된다.

## 3. 항소권회복과 항소심에서 처벌불원의 의사표시의 허부

판례는 “제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진법 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우, 만일 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었음을 이유로 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심 법원에 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려졌다면 피해자는 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다(대판 2002.10.11. 2002도1228 참조). 그러나 피고인이 제1심 법원에 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구(제345조)를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다.”고 판시하여(대판 2016.11.25. 2016도9470), 항소권회복청구가 인용된 항소심 절차에서는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시를 할 수 없다는 입장이다.

## 4. 사안의 경우

판례에 따르면, 항소권회복청구가 인용된 항소심 절차에서는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시를 할 수 없다는 판례에 따르면, 폭행죄의 피해자 乙이 처벌을 원하지 않는다는 합의서를 제출하였다더라도 그 효력이 없다.

## Ⅲ. 문제의 해결

판례에 따르면, 항소권회복청구를 인용한 항소법원은 다시 피고인 甲에게 공소장부분과 소환장을 송달한 후 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 다음 항소심에서의 진술과 증거조사 등 심리 결과에 기초하여 다시 유죄·무죄의 실체재판을 하여야 한다(대판 2014.10.27. 2014도11273 참조).

(만일 사안과 달리 甲이 소촉법상의 재심을 청구하여 제1심 절차가 진행된다면, 제1심 법원은 처벌불원의 의사표시를 이유로 폭행죄에 대하여 공소기각판결(제327조 제6호)을 선고하여야 할 것이다)

## 【문 2의 2】 항소심판결 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구<sup>1)</sup> (10점)

### I. 문제점

항소심판결 선고 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구가 적법한지, 그리고 부적법하다면 항소권회복의 청구를 받은 법원의 조치가 문제된다.

## II. 항소심판결 선고 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구

### 1. 위법한 공시송달과 항소권회복청구

#### (1) 공시송달

- ① 공시송달이란 피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때 또는 피고인이 우리 법원의 재판권이 미치지 아니하는 장소에 있는 경우에 다른 방법으로 송달할 수 없는 때에 할 수 있는데(제63조), 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원계시장에 공시하여 행하는 송달을 말한다(제64조 제2항, 민사소송법 제195조). 공시송달은 피고인의 방어권 및 상소권 행사에 사실상 중대한 장애를 초래할 수 있으므로 그 요건은 엄격하게 하고, 그 절차는 신중하게 하여야 한다.
- ② 공시송달은 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 법원이 명한 때에 한하여 할 수 있다(법 제64조 제1항, 소송촉진법 제23조). 특히 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 소재조사촉탁, 구인장발부, 검사에 대한 주소보정요구 등의 조치를 취했음에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에 비로소 그 후 공시송달의 방법에 의할 수 있다(소송촉진특례규칙 제19조 제1항).
- ③ 사안은 불분명하지만 추가한 해외여행 중이어서 소환장을 받을 수 없었다는 사실관계에 비추어 보면, 피고인이 제1심의 소송이 계속된 사실을 알면서도 외국으로의 출국 등 거주지 변경신고를 하지 않은 상태에서, 기록에 나타난 피고인의 휴대전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인해 보는 등의 조치를 취하지 아니한 채 곧바로 공시송달을 명하는 것으로 볼 수 있는바, 이는 형사소송법 제63조, 제64조, 소송촉진법 제23조 및 소송촉진특례규칙 제19조 제1항 등에 위반한 위법한 공시송달로 판단된다(대결 2014.10.16. 2014모1557[인도네시아 출국 사건] 등 참조).

#### (2) 위법한 공시송달과 항소권회복청구

- ① 상소권회복청구(제345조)의 사유인 '상소권자 또는 그 대리인이 책임질 수 없는 사유'란 상소불능의 사유가 상소권자 본인 또는 그 대리인의 고의·과실에 기하지 아니한 것을 의미한다.

1) 법무사 2015 유사. ☞ 공시송달의 하자과 상소권회복청구의 상제는 변사기 사례연습[사례134] 450면(2017년판 [사례128] 438면) 이하 참조.

② 판례는 피고인이 소송이 계속 중인 사실을 알면서도 법원에 거주지 변경 신고를 하지 않았다 하더라도, 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것이라고 하여(대결 2014.10.16. 2014모1557[인도네시아 출국 사건]), 위법한 공시송달에 의하여 피고인이 불출석한 상태에서의 판결이 선고되고 항소제기기간이 도과한 경우는 항소권회복청구의 사유에 해당한다는 입장이다.

## 2. 항소심판결 선고 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구의 허부

① 사안처럼 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대한 항소권회복청구가 적법한지, 부적법하다면 법원이 취할 조치가 문제된다.

② 판례는 “제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다.

따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어, 법원은 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.”는 입장이다(대결 2017.3.30. 2016모2874(상소권회복기각결정에대한재항고) [항소심판결 선고 후 제1심판결에 대하여 항소권회복청구한 사건]).

## III. 문제의 해결

판례에 따르면, 위법한 공시송달로 인하여 피고인이 출석하지 않은 상태에서 제1심판결이 선고되고 항소제기기간이 도과되어 항소권회복청구의 사유에 해당하더라도, 사안처럼 이미 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후에는 피고인 甲이 동일한 제1심판결에 대한 항소권회복청구는 부적법하다.

따라서 항소권회복청구를 받은 법원은 피고인 甲의 제1심판결에 대한 항소권회복청구에 대하여 기각결정을 하여야 한다(제347조 제1항). (이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(동조 제2항))

## 2018년 법무사 민소법 기출문제 해설

### 제 1 문 (50점)

#### <기본적 사실관계>

甲은 乙소유 X토지에 관하여 乙과 2016. 5. 1. 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결하고 매매대금을 모두 지급하였다고 주장하면서, 乙을 상대로 X토지에 관하여 이 사건 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함)

1. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송 계속 중 丙은 甲을 상대로 이 사건 매매계약은 통정허위표시에 의한 가장매매로 무효라고 주장하면서 이 사건 매매계약의 무효확인청구를 하고, 乙을 상대로 丙과 乙사이의 2016. 3. 15.자 대물변제계약에 따라 乙로부터 X토지의 소유권을 이전받기로 약정하였다고 주장하면서 소유권이전등기절차의 이행청구를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

위 丙의 참가신청이 '권리주장참가'로서 적법한지 여부에 관하여 약술하시오. (8점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송의 제1심 계속 중 丙은 이 사건 매매계약을 체결함에 있어 사정상 계약서에 甲의 이름을 기재하였지만 실제 매수인은 자신이고 매매대금 역시 모두 자신이 지급하였다고 주장하면서, 甲을 상대로 ① 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 '①청구'라고 한다)를 하고, 乙을 상대로 ② 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 '②청구'라고 한다)를 하면서 ③ 2016. 5. 1.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행청구(이하 '③청구'라고 한다)를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

가. 위 丙의 참가신청이 적법한지 여부에 관하여 약술하시오. (6점)

나. 乙은 변론기일에서 이 사건 매매계약에 있어 甲이 매수인이라는 점에 대하여는 다툼이 없다고 진술하였다. 위 진술의 효력에 관하여 약술하시오. (6점)

다. 심리결과 제1심법원은 丙을 이 사건 매매계약의 매수인으로 인정하여 甲의 청구를 기각하고 丙의 ③청구를 인용하는 등의 판결(이하 '제1심판결'이라고 한다)을 선고하였다. 제1심판결 중 丙의 甲에 대한 ①청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기각, 청구인용)과 그 이유(12점), 丙의 乙에 대한 ②청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기각, 청구인용)과 그 이유(4점)를 약술하시오.

라. (위 다.의 사실관계에 추가하여) 위 제1심판결에 대하여, 乙만이 丙의 ③청구를 인용한 판결 부분이 부당하다며 항소하였다. 항소심 심리결과 제1심과 달리 甲이 이 사건 매매계약의 매수인으로 판명되었다. 항소심은 어떠한 판결을 해야 하는지 결론 및 그 이유를 설명하시오. (14점)

**제 2 문**

(20점)

**<기본적 사실관계>**

甲은 X토지(임야)를 경매절차를 통해 매수하여 그 대금을 모두 지급하고 소유권을 취득하였다. 甲은 2010. 9. 1. 乙을 상대로 乙이 X토지 위에 Y건물(통신중계소)을 설치 및 이용하면서 X토지를 무단으로 점유·사용하고 있다고 주장하며, X토지의 인도 및 Y건물의 철거, 임료상당 부당이득의 반환을 구하는 소(이하 '전소'라고 한다)를 제기하여 '甲의 토지인도 및 건물철거 청구는 권리남용에 해당하여 기각하되, 乙은 甲에게 2010. 9. 1.부터 X토지의 인도완료일까지 월 60만 원의 비율에 의한 돈을 지급한다'는 취지의 판결을 선고 받았고, 위 판결은 그대로 확정되었다. 전소 판결이 확정된 후 丙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 매매대금을 모두 지급하고 X토지에 관하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함).

1. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 乙을 상대로 토지소유권에 기한 방해배제청구의 일환으로 X토지의 인도 및 Y건물의 철거를 구하는 소(이하 'A소'라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 丙의 청구원인 사실이 모두 인정되고 丙의 청구가 권리남용에 해당하는 것으로 볼 수 없었다.

A소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (8점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 X토지의 지가가 급등하자 'X토지에 관한 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 바뀌어 전소 확정판결에서 정한 임료는 당사자 사이의 형평을 크게 침해하므로, 전소 확정판결의 정기금의 액수는 변경되어야 한다'고 주장하면서, 乙을 상대로 '전소 확정판결을 변경하여 전소 확정판결에서 지급을 명한 정기금에 추가하여 이 사건 소제기일부터 X토지의 인도완료일까지 매월 400만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라'는 소(이하 'B소'라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수 없었다.

B소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (12점)

## 제 1 문

### <기본적 사실관계>

甲은 乙소유 X토지에 관하여 乙과 2016. 5. 1. 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결하고 매매대금을 모두 지급하였다고 주장하면서, 乙을 상대로 X토지에 관하여 이 사건 매매를 원인으로 하는 소유권이 전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함)<sup>1)</sup>

1. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송 계속 중 丙은 甲을 상대로 이 사건 매매계약은 통정허위표시에 의한 가장 매매로 무효라고 주장하면서 이 사건 매매계약의 무효확인청구를 하고, 乙을 상대로 丙과 乙사이의 2016. 3. 15.자 대물변제계약에 따라 乙로부터 X토지의 소유권을 이전받기로 약정하였다고 주장하면서 소유권이전등기 절차의 이행청구를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

위 丙의 참가신청이 '권리주장참가'로서 적법한지 여부에 관하여 약술하시오. (8점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송의 제1심 계속 중 丙은 이 사건 매매계약을 체결함에 있어 사정상 계약서에 甲의 이름을 기재하였지만 실제 매수인은 자신이고 매매대금 역시 모두 자신이 지급하였다고 주장하면서, 甲을 상대로 ① 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 '①청구'라고 한다)를 하고, 乙을 상대로 ② 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 '②청구'라고 한다)를 하면서 ③ 2016. 5. 1.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행청구(이하 '③청구'라고 한다)를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

가. 위 丙의 참가신청이 적법한지 여부에 관하여 약술하시오. (6점)

나. 乙은 변론기일에서 이 사건 매매계약에 있어 甲이 매수인이라는 점에 대하여는 다툼이 없다고 진술하였다. 위 진술의 효력에 관하여 약술하시오. (6점)

다. 심리결과 제1심법원은 丙을 이 사건 매매계약의 매수인으로 인정하여 甲의 청구를 기각하고 丙의 ③청구를 인용하는 등의 판결(이하 '제1심판결'이라고 한다)을 선고하였다. 제1심판결 중 丙의 甲에 대한 ①청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기각, 청구인용)과 그 이유(12점), 丙의 乙에 대한 ②청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기각, 청구인용)과 그 이유(4점)를 약술하시오.

라. (위 다.의 사실관계에 추가하여) 위 제1심판결에 대하여, 乙만이 丙의 ③청구를 인용한 판결 부분이 부당하다며 항소하였다. 항소심 심리결과 제1심과 달리 甲이 이 사건 매매계약의 매수인으로 판명되었다. 항소심은 어떠한 판결을 해야 하는지 결론 및 그 이유를 설명하시오. (14점)

1) 3순환 제9회 관련쟁점

## I. 설문 1.에 관하여

### 1. 결 론

부적법하다.

### 2. 이 유<sup>2)</sup>

#### (1) 독립당사자참가의 의의 및 요건

- ① 독립당사자참가란 타인 간 소송의 계속 중 제3자가 원·피고 양쪽(쌍면참가) 또는 한쪽(편면참가)을 상대방으로 하여 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나(권리주장참가), 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하면서(사해방지참가) 당사자로서 그 소송절차에 참가하는 것을 말한다(제79조).
- ② 적법한 독립당사자참가가 되기 위해서는 참가요건과 일반적 소송요건을 구비하여야 하는데, 이 중 참가요건으로는 i) 타인간의 소송이 계속 중일 것, ii) 참가취지 즉 참가인이 원·피고 일방 또는 쌍방에 대하여 자기 자기의 청구를 할 것, iii) 참가이유가 있을 것, iv) 소의 병합요건을 갖출 것이 요구된다.

#### (2) 권리주장참가로서 참가이유 구비여부

##### 1) 권리주장참가의 의의

제3자가 “소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장”하면서 당사자로 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다.

##### 2) 참가이유 인정여부의 판단기준

판례는 “권리주장참가의 참가이유를 판단할 때 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립하지 않는 관계에 있으면 족하며, 본안심리 결과 양청구가 실제로 양립되면 참가인의 청구를 기각하면 된다.”고 한다.<sup>3)</sup>

#### (3) 사안의 경우

사안의 경우 甲은 乙을 상대로 X토지에 관하여 이 사건 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기 절차의 이행을 구하는 소를 제기하였고, 위 소송 계속 중 丙은 乙을 상대로 丙과 乙사이의 2016. 3. 15.자 대물변제계약에 따른 소유권이전등기절차의 이행청구를 하는 경우로서, 양자는 합일확정을 필요로 하는 동일한 권리관계에 관한 것이 아니어서 서로 양립될 수 있으므로 독립당사자참가는 부적법하다. 즉 甲의 소송목적의 전부나 일부가 丙 자신의 권리라고 주장하는 경우에 해당하지 않는다.

## II. 설문 2.의 가.에 관하여

2) 설문이 丙의 독립당사자참가 자체의 적법여부를 묻고 있지 않고, ‘권리주장참가’로서 적법한지 여부에 한정하여 묻고 있으며, 배점이 8점으로 주어진 사정을 고려해 볼 때, 매매계약의 무효확인청구의 소의 이익은 살펴보지 않아도 되겠다.

3) 대판 1992.12.8. 92다26772

## 1. 결 론

적법하다.

## 2. 이 유<sup>4)</sup>

### (1) 참가이유 인정여부

- ① 판례는 매매의 사실이 한 개일 때, 채권적 권리라도 서로 권리의 주체라고 주장하는 경우 어느 한쪽의 권리가 인정되면 다른 쪽은 권리가 인정될 수 없어 양립할 수 없는 관계가 되므로, 이러한 경우에는 독립당사자참가가 적법하다고 한다.<sup>5)</sup>
- ② 사안의 경우 甲의 乙에 대한 소유권이전등기청구권과 丙의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은, 당사자참가가 인정되지 아니하는 이중매매 등 통상의 경우와는 달리 하나의 계약에 기초한 것(단일매매의 경우)으로서 어느 한쪽의 이전등기청구권이 인정되면 다른 한쪽의 이전등기청구권은 인정될 수 없는 것이므로 그 각 청구가 서로 양립할 수 없는 관계에 있음은 물론이고, 이는 하나의 판결로써 모순 없이 일시에 해결할 수 있는 경우에 해당하므로, 丙의 독립당사자참가는 적법하다.

### (2) 甲에 대한 丙의 매수인지위의 존재확인 이익

- ① 자기의 권리 또는 법률상의 지위가 타인으로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해를 받는 경우에는 그 타인을 상대로 그 권리 또는 법률관계의 확인을 구할 이익이 있다.
- ② 사안의 경우, 甲은 乙과 사이에 체결된 매매계약의 매수당사자가 甲이라고 주장하면서 그 소유권이전등기절차의 이행을 구하고 있고, 이에 대해 丙은 자기가 그 매수당사자라고 주장하는 경우로서, 丙은 甲에 의하여 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인당하고 있다고 할 것이고, 그 불안을 제거하기 위하여 매수인으로서의 권리의무가 참가인에 있다는 확인의 소를 제기하는 것이 유효적절한 수단이라고 보여지므로, 결국 丙이 乙에 대하여 그 소유권이전등기절차의 이행을 구함과 동시에 甲에 대하여 매매계약상의 매수인지위가 丙에게 있다는 확인의 소를 구하는 것은 확인의 이익이 있다.

## Ⅲ. 설문 2.의 나.에 관하여

### 1. 결 론

乙의 진술은 효력이 없다.

### 2. 이 유

#### (1) 본안의 심리·판단

- ① 독립당사자참가소송은 원고도 피고도 참가인도 각 독립적으로 소송활동을 전개하는 것이지만, 참가인·원고·피고 3자 사이의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결하려는 소송형태이므로

4) 설문의 배점이 6점이고, 사실 甲에 대한 확인청구(①청구 부분)와 乙에 대한 확인청구(②청구 부분)에 대해서는 설문 2.의 다.에서 별도로 배점이 총 16점으로 묻고 있다는 점을 고려할 때, 설문 2.의 가.에서는 특히 문제가 되는 점만을 다루는 것이 중언부언하지 않고 답안경제상 그리고 출제의도에 부합한다고 본다.

5) 대판 1988.3.8, 86다148~150,86다카762~764

필수적 공동소송에 있어서와 마찬가지로 ‘소송자료의 통일’과 ‘소송진행의 통일’을 확보하지 않으면 안 된다. 따라서 판단자료와 심리의 공통을 위하여 제67조 필수적 공동소송의 특별규정을 준용하고 있다(제79조 제2항).

- ② 당사자 가운데 한사람의 소송행위는 참가인에게 불이익이 되는 한도에서는 그 효력이 생기지 않는다(제67조 1항). 참가인이 한 소송행위에도 마찬가지이다. 불이익이 되는 소송행위의 예로서는 자백이나 청구의 포기·인낙 등을 들 수 있다.

## (2) 乙의 인정진술의 법적 성질

甲의 乙을 상대로 한 X토지에 관한 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기청구의 경우, 그 주요사실은 甲과 乙 사이의 매매계약 체결사실이고 甲이 매수인이라는 점은 법률적 사실에 대한 인정진술로 그 진술이 구체적인 사실관계의 표현으로서 사실상의 진술도 포함하는 경우에는 그 범위 내에서 자백이 성립한다.

## (3) 사안의 경우

乙은 변론기일에서 이 사건 매매계약에 있어 甲이 매수인이라는 점에 대하여는 다툼이 없다고 진술하였다고 하더라도, 참가인 丙이 甲과 乙에 대하여 이 사건 매매계약상의 매수인 지위의 확인을 구하고 있어 3당사자 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 이 사건에 있어서 위와 같은 진술은 그 효력이 없다고 할 것이므로, 법원은 그 진술에 기속되어 판단하여야 하는 것은 아니다.<sup>6)</sup>

# IV. 설문 2.의 다.에 관하여

## 1. 결론

### (1) 丙의 甲에 대한 ①청구

청구인용판결을 하여야 한다.

### (2) 丙의 乙에 대한 ②청구

각하판결을 하여야 한다.

## 2. 이유

### (1) 법원의 심판 방법

3자 사이의 판결의 내용은 논리적으로 모순이 없어야 하는 합일확정이 필요하다. 즉 세 당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결을 선고함으로써 위 세 당사자들 사이에서 합일확정적인 결론을 내려야 하고, 법원이 변론을 분리하여 일부판결을 할 수도 없다.

### (2) 확인의 소의 적법성

#### 1) 확인의 소의 대상적격

① 원칙적으로 자기의 현재의 권리·법률관계를 대상으로 하여야 한다. 다만 ② 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있다. 그 법률관계의 확인이 확인의 이익이 있기 위하여는 그 법률관계

6) 대판 2009.1.30. 2007다9030,9047 참고

에 따라 제소자의 권리 또는 법적지위에 현존하는 위험·불안이 야기되어야 하고, 그 위험·불안을 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 한 확인판결에 의하여 즉시 확정할 필요가 있으며 또한 그것이 가장 유효·적절한 수단이 되어야 한다.

## 2) 확인의 이익 유무

- ① 확인의 이익이 인정되기 위해서는 i) 원고의 권리 또는 법률상 지위에, ii) 위험·불안이 현존하고, iii) 이것을 제거하기 위하여 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단이어야 한다.
- ② 판례는 확인의 소에서 법률관계의 확인을 구할 이익이 있다고 하기 위하여는 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안이 있어 그 법률관계를 확인판결에 의해 즉시 확정할 필요가 있고 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 한다. 따라서 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위험을 받거나 방해 받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 하며, 그렇지 않고 원고가 자신의 주장과 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고에 대하여 원고의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인의 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니라는 점에서 확인의 이익이 있다고 할 수 없다고 하였다.

## 3) 확인의 소의 보충성

이행의 소가 가능함에도 불구하고 그 청구권에 관하여 확인을 구하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 직접 이행판결을 구하는 편이 집행의 면에도 충족하고 보다 더 효율적인 발본적 해결이 되기 때문이다. 다만 예외적으로 ① 손해액수의 불분명, ② 확인판결로 피고의 임의이행이 기대가능한 경우에는 확인의 이익이 인정된다. 나아가 ③ 기본이 되는 법률관계로부터 파생하는 이행청구권을 주장하여 이행의 소가 가능한 경우라도, 당해 기본이 되는 권리관계(선결적 법률관계)의 확인의 소는 허용되고, 또 기본이 되는 권리관계의 확인청구와 함께 그 파생되는 청구권에 기한 이행의 소를 아울러 제기하여도 상관이 없다.

## (3) 설문의 해결

### 1) 丙의 甲에 대한 ①청구에 관하여

- ① 사안의 경우, 丙은 甲에 의하여 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인당하고 있다고 할 것이고, 그 불안을 제거하기 위하여 매수인으로서의 권리의무가 참가인에 있다는 확인의 소를 제기하는 것이 유효적절한 수단이라고 보여지므로, 결국 甲에 대하여 매매계약상의 매수인지위가 丙에게 있다는 확인의 소를 구하는 것은 확인의 이익이 있어 적법하다.
- ② 심리결과 제1심법원은 丙을 이 사건 매매계약의 매수인으로 인정하여 甲의 청구를 기각하고 丙의 ③청구를 인용하는 판결을 선고하는 경우로서, 이와 모순 없이 판결해야 하므로, 丙의 甲에 대한 ①청구는 인용하는 판결을 하여야 한다.

### 2) 丙의 乙에 대한 ②청구에 관하여

丙은 매매계약상의 매수인 지위가 자신에게 있음을 주장하면서 매매를 원인으로 하는 소유권이 전등절차의 이행을 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이고, 丙의 甲에 대한 ①청구가 인용되면 그 소송목적은 달성될 수 있다. 따라서 별도로 乙을 상대로

매매계약상의 매수인 지위가 자신에게 있다는 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없어 부적법하다. 따라서 제1심판결은 각하판결을 하여야 한다.

## V. 설문 2.의 라.에 관하여

### 1. 결론

항소심은 제1심판결을 취소하고 '甲의 乙에 대한 청구를 인용', '丙의 甲에 대한 ①청구와 丙의 乙에 대한 ③청구'를 기각하는 재판을 하여야 한다.

### 2. 이유

#### (1) 확정차단 및 이심의 범위

판례는 “민사소송법 제79조에 의한 독립당사자참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고, 참가인이 서로간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서, 독립당사자참가가 적법하다고 인정되어 원고, 피고, 참가인간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 위 세 당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결을 선고함으로써 위 세 당사자들 사이에서 합일확정적인 결론을 내려야 하고, 이러한 본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우에는 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다.”고 하였다.<sup>7)</sup>

#### (2) 항소하지 않은 자의 지위

항소하지 않은 자의 지위에 대하여 판례는 “1인의 항소로 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기는 것이므로 독립당사자참가인도 항소심에서의 당사자라고 할 것이다”라고 판시하여 단순한 상소심 당사자라고 본다.<sup>8)</sup>

#### (3) 항소심의 심판대상 및 범위

① 상소심에서의 불이익변경금지의 원칙(제415조)을 독립당사자참가소송에서의 합일확정의 요청과 어떻게 조화시킬 것인가가 문제되는데, 판례는 “항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위에 한정하되 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 하고, 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다.”고 하였다.<sup>9)</sup>

② 나아가 독립당사자참가소송에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경할 수 있는 것은 참가인의 참가신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다는 입장이다.<sup>10)</sup>

#### (4) 사안의 경우

7) 대판 2007.10.26, 2006다86573·86580

8) 대판 1981.12.8, 80다577

9) 대판 2007.10.26, 2006다86573,86580

10) 대판 2007.12.14, 2007다37776·37783

사안의 경우 부적법한 丙의 ②청구를 제외하고, '甲의 乙에 대한 청구', '丙의 甲에 대한 ①청구', '丙의 乙에 대한 ③청구' 모두 본안판결이 필요하여 합일확정이 요구된다. 따라서 불이익변경금지원칙이 적용되지 않는다.

결국, 항소심 심리결과 제1심과 달리 甲이 이 사건 매매계약의 매수인으로 판명되었는바, 항소심은 제1심판결을 취소하고 '甲의 乙에 대한 청구를 인용', '丙의 甲에 대한 ①청구와 丙의 乙에 대한 ③청구'를 기각하는 자판을 하여야 한다. 이렇다 하더라도 불이익변경금지원칙을 위반한 것이 아니다.

## 제 2 문

### <기본적 사실관계>

甲은 X토지(임야)를 경매절차를 통해 매수하여 그 대금을 모두 지급하고 소유권을 취득하였다. 甲은 2010. 9. 1. 乙을 상대로 乙이 X토지 위에 Y건물(통신중계소)을 설치 및 이용하면서 X토지를 무단으로 점유·사용하고 있다고 주장하며, X토지의 인도 및 Y건물의 철거, 임료상당 부당이득의 반환을 구하는 소(이하 '전소'라고 한다)를 제기하여 '甲의 토지인도 및 건물철거 청구는 권리남용에 해당하여 기각하되, 乙은 甲에게 2010. 9. 1.부터 X토지의 인도완료일까지 월 60만 원의 비율에 의한 돈을 지급한다'는 취지의 판결을 선고 받았고, 위 판결은 그대로 확정되었다. 전소 판결이 확정된 후 丙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 매매대금을 모두 지급하고 X토지에 관하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함).

1. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 乙을 상대로 토지소유권에 기한 방해배제청구의 일환으로 X토지의 인도 및 Y건물의 철거를 구하는 소(이하 'A소'라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 丙의 청구원인 사실이 모두 인정되고 丙의 청구가 권리남용에 해당하는 것으로 볼 수 없었다. A소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (8점)
2. (위 기본사실에 추가하여) 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 X토지의 지가가 급등하자 'X토지에 관한 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 바뀌어 전소 확정판결에서 정한 임료는 당사자 사이의 형평을 크게 침해하므로, 전소 확정판결의 정기금의 액수는 변경되어야 한다'고 주장하면서, 乙을 상대로 '전소 확정판결을 변경하여 전소 확정판결에서 지급을 명한 정기금에 추가하여 이 사건 소제기일부터 X토지의 인도완료일까지 매월 400만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라'는 소(이하 'B소'라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수 없었다. B소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (12점)

### I. 설문 1.에 관하여<sup>11)</sup>

#### 1. 결 론

청구인용판결을 하여야 한다.

#### 2. 이 유

##### (1) 기판력 저촉 여부

11) 2순환 제8회와 3순환 제6회 관련쟁점

## 1) 기판력의 주관적 범위

- ① 기판력은 소송의 대립 당사자 사이에만 생기는 것을 원칙(상대성의 원칙)으로 한다(제218조 제1항). 다만 예외적으로 기판력이 당사자 이외에 제3자에게 미치는 경우가 있는데, 이러한 예외로서 민사소송법 제218조 제1항에서는 “확정판결은 변론종결 뒤의 승계인에 대하여 그 효력이 있다”고 규정하고 있다.
- ② 따라서 사안의 경우 丙이 변론종결 뒤의 승계인에 해당되어 판결의 효력이 미치는지 여부가 문제된다.

## 2) 변론종결 뒤 승계인 해당여부

판례는 ① “토지소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은 토지소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로, 그 토지인도소송의 사실심변론종결후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고, 또 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지인도청구권은 적법하게 승계한 토지소유권의 일반적 효력으로서 발생한 것이고 위 토지인도소송의 소송물인 패소자의 토지인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다.”고 하였다.<sup>12)</sup> ② 이는 건물소유권에 기한 건물명도소송의 사실심 변론종결 후 패소자인 건물 소유자로부터 건물을 매수하고 소유권이전등기를 마친 제3자도 마찬가지로 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않는다고 하였다.

## (2) 사안의 경우

사안의 경우 丙은 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않으므로 丙이 乙을 상대로 제기한 후소는 전소 확정판결의 기판에 저촉되지 않는다. 또한 심리결과 丙의 청구원인 사실이 모두 인정되고 丙의 청구가 권리남용에 해당하는 것으로 볼 수 없었다고 하였으므로, 법원은 청구인용판결을 하여야 한다.

## II. 설문 2.에 관하여<sup>13)</sup>

### 1. 결론

소각하 판결을 하여야 한다.

### 2. 이유

#### (1) 정기금판결에 대한 변경의 소

12) 대판 1984.9.25. 84다카148 : 동 판례에 대해서는 기판력의 주관적 범위를 그 객관적 범위와 연계시킨 문제점이 있으며, 그와 혼동하여 기판력의 주관적 범위를 축소시킨 문제점이 있다고 지적하며 비판하는 견해가 일반적이다. 즉 피고가 변론종결 후의 승계인이라고 주장하였기 때문에 위와 같은 판시를 하였을 것이나, 엄격히 보면 기판력의 객관적 범위와 작용국면이 쟁점인 사안이지 주관적 범위가 쟁점이 되는 사안은 아니라는 것이다.

13) 3순환 제6회 쟁점

## 1) 의의 및 입법취지

정기금판결에 대한 변경의 소란 정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀐 경우에 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 말한다(제252조). → 종전 판례(유보된 일부청구의제이론)에 대한 비판(해석론의 한계 일탈) → 입법적 해결

## 2) 법적성질 및 소송물

- ① 정기금의 지급을 명한 확정판결을 변경할 것을 구하는 소 → 소송법상의 형성의 소 : 기판력의 변경을 목적 → 판례도 정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 한다고 하여 마찬가지이다.
- ② 변경의 소의 소송물이 전소판결의 소송물과 동일한지 여부에 대해서는 견해가 대립하고 있으나, 변경의 소는 형평의 관념에서 전소판결의 기판력을 배제하는 것이므로 전소의 소송물과 동일하다고 보는 소송물동일설(형평설)이 타당하다.

## 3) 변경의 소의 요건

### 가) 변경의 소의 소송요건

- ① 전소 「제1심판결법원」에 제소할 것(전속판할), ② 전소 확정된 정기금판결의 당사자 또는 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력을 받는 제3자일 것, ③ 「정기금」의 「지급」을 명하는 판결이 있을 것, ④ 정기금 지급에 대한 「기판력 있는 확정판결」이 있을 것(정기금의 지급을 내용으로 하는 재판상 화해조서 등에 대해서도 기판력을 긍정하는 바에 따르면 그 대상이 될 수 있다고 본다), ⑤ 기타 일반적인 소송요건을 갖출 것이 필요하다.

### 나) 변경의 소의 본안요건 - 현저한 사정변경

정기금판결의 변론종결 이후 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 침해할 특별한 사정이 생겼어야 한다.

### 다) 사안의 경우

원고적격으로서 정기금지급에 대한 확정판결의 기판력이 미치는 제3자에 해당하는지, 즉 제218조 제1항의 변론종결 후 승계인에 해당하는지 여부가 문제이다. 만일 이에 해당하지 않는다면 심리결과 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수 없다고 하였으므로 청구기각할 사정과 소각하할 사정이 경합된 경우로 이때 법원은 어떻게 판결할 것인지도 문제이다.

## (2) 변론종결 뒤의 승계인에 해당하는지 여부

### 1) 판례의 태도

판례는 “토지의 소유자가 소유권에 기하여 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득 반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다.”고 하였다.

### 2) 사안의 경우

따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지

아니하므로, 토지의 새로운 소유자가 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 14) 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다.

### (3) 소송요건심리의 선순위성

판례는 우선 소송요건의 존부가 조사되고, 소송요건이 존재한다는 것이 확정되어야 비로소 본안청구에 이유가 있는지 여부가 판단된다는 입장이다(소송요건의 선순위성 긍정).

### (4) 사안의 경우

사안의 경우 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경된 경우가 아니어서 청구기각판결을 하는 경우에 해당하지만, 丙은 정기금판결 변경의 소를 제기할 당사자적격이 없는바, 법원은 부적법 소각하 판결을 하여야 한다.

---

14) 丙이 乙을 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였다면 기판력의 주관적 범위에 해당하지 않으므로 후소는 전소 기판력에 저촉되지 않는다.

## 소 장

\*\*\* 소가 62,000,000원  
내역) 1) 임차보증금 42,000,000원  
2) 손해배상 20,000,000원  
\*\*\* 인지액 284,000 원  
내역) 62,000,000원 x 40/10,000 + 55,000

**원 고** 김선우 (680529-1325114)  
서울 서초구 중앙로 2  
전화번호 : 010-1234-1600, 전자우편 : ksw@kmail.com

**피 고** 차영수 (551211-1525312)  
서울 강남구 삼성로51길5 2동 202호(대치동, 대치아파트)

### 임차보증금반환 등 청구의 소

## 청 구 취 지

1. 피고는 원고에게 62,000,000원 및 이에 대하여 2018. 7. 20.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
  3. 소송비용은 피고가 부담한다.
  4. 제1항은 가집행할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

## 청 구 원 인

1. 원고는 2016. 7. 5. 소외 이경미가 운영하는 커피숍 ‘카페로’를 2천만원의 권리금을 주고 위 이경미에게서 인수하고, 같은 날 위 ‘카페로’가 위치한 건물에 관하여 피고와 사이에 임대차보증금 5,천만원, 월차임 400만원, 임차기간 2016. 7. 19.부터 2년으로 하는 임대차계약을 체결(이하 “이 사건 임대차”)하고 임차보증금 5,000만원을 지급하였습니다.

그 후 원고는 2018. 5월경 피고에게 임대차계약 갱신을 하지 않겠다는 의사를 통지하여 이 사건 임대차는 2018. 7. 19. 기간만료로 종료하였고, 같은 날 피고에게 위 상가를 인도하였으며, 원고의 연체차임은 800만원(2018.4월과 5월)에 이릅니다.

그러므로 피고는 원고에게 위 연체차임을 공제한 임차보증금 4천2백만원 (=5천만원-800만원) 및 이에 대하여 2018. 7. 20.부터 이 사건 소장부본 송달일까지는 상법 소정의 연6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진에관한특례법소정에 의한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.

2. 한편, 원고는 피고의 동의하에 새로운 임차인을 물색하고 피고를 설득하여 보증금 5,000만원, 월차임 300만원에 신규임대차 계약을 체결하기로 광고를 하여, 이 사건 임대차 기간이 끝나기 3개월 전인 2018. 7. 5. 위 상가를 새로이 임차하려는 소외 박은경과 사이에 권리금 2,000만원을 받기로 약정한 후 2018. 7. 19. 피고와 새로운 임대차계약을 체결하기로 하였는데,

피고가 갑자기 보증금 1억원, 월차임 600만원을 받아야 한다면서 위 상가에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하고, 정당한 사유 없이 계약을 거부하여 계약이 무산되어 원고는 권리금 2천만원을 회수하지 못하는 손해를 입었으므로,

피고는 원고에게 상가건물 임대차보호법 제10조의4 제1항 3호 및 4호와 같은조 제3항에 의거 위 2,000만원 및 이에 대하여 2018. 7. 20.부터 이 사건 소장부본 송달일까지는 상법 소정의 연6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진에관한 특례법소정에 의한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있습니다.

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

## 입 증 방 법

- 1. 갑 제1호증 상가임대차권리금계약서
- 1. 갑 제2호증 상가임대차계약서
- 1. 갑 제2호증 등기사항증명서

## 첨 부 서 류

- 1. 위 입증방법 각 2통
- 1. 소장부본 1통
- 1. 송달료 납부서 1통
- 1. 서류작성 및 제출위임장 1통

2018. 9. 15. 위 원고 김선우(인)

서울중앙지방법원 귀중

## 제24회 민사서류 작성과목에 대한 사건

### 1. 24회 시험문제 관련 분석과 총평

#### 가. 전체적으로,

작년 23회 민사서류가 너무 분량이 많아 많은 이야기가 있어서였는지 금년에는 예년에 비해 분량을 대폭적으로 배려해주었습니다. 사례도 기본적으로는 통상적인 상가건물 임대차 사례로서 연체차임 공제 후 임차보증금 반환, 이미 건물을 인도 하였으므로 단순히 행정청구 및 지연손해청구 등 아주 평이하고 무난한 내용이었습니다. 그래서 시간 배분만 실수하지 않았으면, 작년처럼 청구취지 밖에 못쓰다거나 아니면 청구원인 조금 작성하다가 마무리 못하는 등의 일은 없이 대부분 기본적인 소장내용은 완성하였을 것으로 보입니다.

#### 나. 부분적으로,

##### 1) 권리금 문제는

상가건물임대차보호제도가 생긴지 아직 3년여 밖에 되지 않아 대출 그런 내용이 있다는 정도만 알고 있었을 뿐, 사실 사례 자체를 아직 제대로 연습해보지 못한 것이어서 아마 거의 대부분 생소한 사례였을 것입니다. 다만, 그럼에도 주어진 사례가 단순하고 명확해서 상가건물임대차보호법상 권리금보호 조항만 알아도 해결할 수 있는 문제이기는 하였습니다.

##### \*\*\* 참고) 상가건물임대차보호법 제10조의4(권리금 회수기회 보호 등)

① 임대인은 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. ...중략

3. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위

4. 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위

... 중략

③ 임대인이 제1항을 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 그 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못한다.

## 2) 천장누수 보수비용은,

객관적으로 판단하기에는 조금 어려운 부분이 있어 보입니다.

① 천장누수보수 비용의 성격이 유익비가 아니라 필요비인 점은 명백합니다. 따라서 원칙적으로 임대인인 피고에게 청구할 수 있습니다(3순환 최종정리집 101, 102면=사법연수원 46기 공식자료집 임차인의 유익비상환청구및부속물.지상물매수청구 부분 4-5면 각 참조).

② 그런데, 필요비나 유익비 상환청구권에 관한 민법 제626조는 강행규정이 아니며 따라서 이를 포기할 수 있는바, 이와 관련하여 주어진 상가건물임대차계약서 제5조(원상회복)에 “임대인의 승낙 여부에 불구하고 임차인이 개·보수한 시설은 임대차계약이 종료되면 위 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구 하여야 한다.....는 부분으로 인해 이것이 필요비상환청구권을 포기한 것으로 볼 것이냐가 문제입니다.

\*\*\* 대법원 95다12927판결에 의하면, 임대차계약에서 “임차인은 임대인의 승인 하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구 키로 한다” 라고 약정한 경우, 이는 임차인이 임차목적물에 지출한 각종 유익비의 상환청구권을 포기하기로 한 취지의 특약이라고 봄이 상당하다(대법원 95다12927판결)는 부분이 통상적이고 이 부분은 비교적 명백합니다.

또한 대법원 1975. 4. 22. 선고 73다2010 판결 등에 의하면 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 주장을 할 수 없다고 합니다.

그렇다면 이 번 시험문제의 경우도 주어진 상가건물임대차계약서 제5조(원상회복)에 “임대인의 승낙 여부에 불구하고 임차인이 개·보수한 시설은 임대차계약이 종료되면 위 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구 하여야 한다고 하고 있으므로, 원고는 피고에게 천장누수보수 400만원을 청구할 수가 없게됩니다.

\*\*\* 그러나 한편, 임차목적물을 임차인이 증개축하는 등 적극적 변형을 가해서 이를 나중에 임차인이 원상회복을 하는 경우가 아니라 임차목적물의 천장에 누수가 있는 손상이 발생되어 있고, 그 것도 임차인의 귀책사유로 발생한 것이 아닌데, 나중에 임차인이 다시 누수 상태로 원상복구한다는 것도 얼핏 이례적으로 보이긴 합니다.

이와 관련하여, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다91336,91343 판결은, 임대차계약에 있어서 임대인은 임차목적물을 계약 존속 중 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하는 것이므로, 임차목적물에 임차인이 계약에 의하여 정해진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태로 될 정도의 파손 또는 장해가 생긴 경우 그것이 임차인이 별 비용을 들이지 아니하고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이 아니라면 임대인은 수선의무를 부담하지 않지만, 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정해진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태로 될 정도의 것이라면 임대인은 그 수선의무를 부담한다 할 것이고, 이러한 임대인의 수선의무는 특약에 의하여 이를 면제하거나 임차인의 부담으로 돌릴 수 있으나, 그러한 특약에서 수선의무의 범위를 명시하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 특약에 의하여 임대인이 수선의무를 면하거나 임차인이 그 수선의무를 부담하게 되는 것은 통상 생길 수 있는 파손의 수선 등 소규모의 수선에 한한다 할 것이고, 대파손의 수리, 건물의 주요 구성부분에 대한 대수선, 기본적 설비부분의 교체 등과 같은 대규모의 수선은 이에 포함되지 아니하고 여전히 임대인이 그 수선의무를 부담한다고 해석함이 상당하다 할 것이다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다34692, 94다34708 판결 참조)라고 하고 있기도 하고,

대법원 1998. 10. 20. 선고 98다31462 판결에 의하면, 임대차계약서는 처분문서로서 특별한 사정이 없는 한 그 문언에 따라 의사표시의 내용을 해석하여야 한다고 하더라도, 그 계약 체결의 경위와 목적, 임대차기간, 임대보증금 및 임료의 액수 등의 여러 사정에 비추어 볼 때 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 명시적·묵시적으로 일정한 범위 내의 비용에 대하여만 유익비 상환청구권을 포기하기로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에는 당사자의 의사에 따라 그 약정의 적용 범위를 제한할 수 있다고 할 것이다. 이 사건 임대차계약서는 원고가 평소 그 소유의 부동산을 관리하면서 사용하던 임대차계약서의 양식을 기초로 하여 작성된 탓으로 필요비 및 유익비의 상환청구권은 그 비용의 용도를 묻지 아니하고 이를 전부 포기하는 것으로 기재되었다고 하더라도, 계약 당사자의 의사는 이 사건 토지를 대지로 조성한 후 이를 임차 목적에 따라 사용할 수 있는 상태에서 새로이 투입한 비용만에 한정하여 피고가 그 상환청구권을 포기한 것이고, 대지조성비는 그 상환청구권 포기의 대상으로 삼지 아니한 취지로 약정한 것이라고 해석하는 것이 합리적이라고 할 것이라는 등의 판례가 있기도 합니다.

\*\*\* 그러나 그렇다해도,

① 상가건물임대차계약서 제5조(원상회복)에 “ 임대인의 승낙 여부에 불구하고 임차인이 개·보수한 시설은 임대차계약이 종료되면 위 부동산의 반환기일 전에 임차

인의 부담으로 원상복구 하여야 한다고 하여 ” 개축 “뿐 아니라 ” 임대인의 승낙을 얻어 “보수” 한 부분도 임차인의 부담으로 원상복구 하기로 명시적으로 특약을 하였고,

② 비용상환청구권 규정이 임의규정이 아니므로 당사자 사이에 임대차 계약시 그 조건으로 포기약정이 가능하고, 그 보수비용이 400만원(임차보증금 5,000만원에 월차임 400만원으로 2년계약 중 1개월간의 월차임 상당액)으로 이를 과연 대규모의 수선으로 볼 수 있을지 의문이고, 이 정도는 계약시 영업을 하려는 임차인이 감수하고 계약할 수도 있어 보이며, 임대차관계 종료시 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 내용 관련 판례들이 대부분 필요비와 유익비를 구분하지 않고 있는 점 등을 고려하여 볼 때,

저의 개인적인 의견으로는 필요비상환청구권을 포기한 것으로 보아 원고는 피고에게 천장누수보수 400만원을 청구할 수 없는 것으로 답안을 구성해 보았습니다. (어디까지나 저의 개인적인 의견이고, 다른 견해도 있을 수 있습니다). 그래서 영수증은 증거서류에서 기재하지 않았습니

\*\*\* 그러나 만일 천장 누수 보수비용을 필요비로 청구한다면, 유익비상환청구권은 계약기간 종료후에만 청구할 수 있지만 필요비상환청구권은 그 비용이 발생한 시점에서 청구가 가능한 바, 시험 문제에는 그 날자가 명확하게 나오지 않습니다. 다만 제시된 증거자료인 영수증에 날자가 2016. 7. 25.로 나오므로 그 날자로부터 청구를 하여야 하고 이 영수증도 증거서류로 기재를 하여야 할 것으로 생각을 합니다.

### 3) 기타

① 상가건물 임대차는 차임연체가 3기 이상이어야 해지사유가 되므로 이 사건은 2기의 차임연체(2018. 4월과5 월)와 해지는 무관합니다.

② 지연이자는 상사채권으로 연 6%로 답안을 구성해보았고, 다만, 권리금 손해배상에 대한 지연손해 발생일자를 언제부터로 해야 하는지가 조금 문제될 수 있으나, 아직 이 부분에 대한 별도의 공식적인 내용이 없고, 원칙적으로 임대차와 관련해서 임대차 종료시 발생하는 문제이므로 임차보증금반환과 동일하게 묶어서 함께 청구해도 무리가 없어 보입니다(사건)

③ 이 밖에 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못한다고 되어 있는데, 사례에서는 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금만 나와 있고, 임대차 종료 당시의 권리

금이 주어져 있지 않으므로 다소 애매한데, 그렇다고 수험생이 임대차 종료 당시의 권리금을 임의로 기재할 수도 없으므로, 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금으로 답안을 구성해도 불이익은 있을 수 없는 문제로 보입니다(사건).

## 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 실제 시험에서는, 짧은 시간동안에 민사소송법도 함께 보아야 하고, 올해 민소법 문제가 독립당사자 문제 등으로 상당히 부담이 있어서 자칫 시간배분의 어려움 등은 있을 수 있고,

한편 이렇게 예년에 비해 평이한 문제라 해도 권리금 부분은 모두가 상당히 생소하였을 것이고, 필요비 부분도 포기여부를 판단하기가 고민스러웠을 문제였으며, 그것도 막상 주어진 시간에 생소한 사례를 읽으면서 순간적으로 검토하고 판단한 후 소가, 당사자 표시, 사건명, 청구취지, 특히 청구원인, 입증방법, 첨부서류, 날자, 관할법원 까지 소장 전체를 잘 정리해서 충실하게 작성하기에는 그 서류작성의 물리적인 량만 해도 3-40분 시간에는 사실상 매우 어렵습니다. 모두가 다 같은 상황이었을 것입니다.

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, 이제 부터 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.

그리고 시험으로 모든 것이 끝나는 것이 아닙니다.

합격을 한다고 해도, 또 다른 새로운 세계의 무대가 기다리고 있을 것입니다.

점점 전문가들 사이에서도 무한경쟁의 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 실  
무적인 공부를 해야 합니다. 요즘 사법시험이나 로스쿨 출신 변호사들도 점점 무한  
경쟁의 상황속에 놓여지고 있습니다. 발표때 까지도 시간을 잘 활용하시길 바랍니  
다.

모두 모두 건승을 기원합니다.

모두 수고들 많으셨습니다.

법) 이천교

## <1-1문>

## (주관식 부동산등기법 개정8판 p.370-371)

### 1. A, B, 구분소유자 전원의 동시신청

1동의 건물을 구분한 건물에 있어서는 1동의 건물에 속하는 전부에 대하여 1개의 등기기록을 사용하기 때문에(법 제15조 제1항 단서), 구분건물의 소유권보존등기는 1동의 건물에 속하는 구분건물의 전부를 소유하는 자가 일괄신청하거나, 각 구분건물의 소유자가 다른 경우에는 각자 자기 소유의 구분건물에 관한 보존등기를 동시에 신청하여야 한다.

### 2. A 또는 B가 자기 소유의 구분건물에 대하여만 보존등기를 신청하는 경우

1동의 건물에 속하는 구분건물의 소유자가 여러 명인 경우, 각 구분소유자는 각자 소유권보존등기를 신청할 수는 있으나, 그와 함께 반드시 소유권보존등기를 신청하지 아니한 나머지 구분건물의 표시에 관한 등기를 동시에 신청하여야 한다. 즉 1동의 건물에 속하는 구분건물 중 일부만에 관하여 소유권보존등기를 신청하는 경우에는 나머지 구분건물의 표시에 관한 등기를 동시에 신청하여야 한다(법 제46조 제1항). 이 경우 보존등기를 신청하는 구분건물의 소유자는 1동에 속하는 다른 구분건물의 소유자를 대위하여 그 건물의 표시에 관한 등기를 신청할 수 있다(법 제46조 제2항).

따라서 어느 일부 구분건물에 대하여 소유권보존등기를 신청하면서 동시에 나머지 구분건물에 대한 표시등기를 신청하지 아니하였거나, 1동의 건물에 속하는 구분건물 전체에 대해 일괄하여 보존등기를 신청하였으나 그 등기사항 중 일부분에 대하여 각하사유가 있는 경우에는, 그 등기신청 전체를 부동산등기법 제29조 제2호에 의하여 각하하여야 한다.

## <1-2문>

## (주관식 부동산등기법 개정8판 p.377)

### 1. 1동의 건물의 표제부에 하는 대지권등기 : 대지권의 목적인 토지의 표시

1동의 건물의 등기기록의 표제부중 대지권의 목적인 토지의 표시란에는, 표시번호, 대지권의 목적인 토지의 일련번호(토지가 1필지뿐이라도 생략할 수 없다), 대지권의 목적인 토지의 소재·지번·지목·면적, 등기원인 및 기타 사항을 기록하여야 한다(법 제40조 제3항). 본 사안의 경우 1동의 건물의 표제부 중 대지권의 목적인 토지의 표시란 중 '소재지번란'에는 '1. 서울특별시 서초구 서초동 1', '지목란'에는 '대', '면적란'에는 '200㎡'라고 기재한다.

### 2. 전유부분인 건물의 표제부 : 대지권의 표시

대지권의 목적인 토지의 일련번호와 그 토지에 대한 대지권종류를 기록한다. 건물의 대지가 수필지인 경우에 그 대지사용권의 종류가 같은 때에는 '1,2 소유권대지권'과 같이 일괄하여 기록하고, 종류가 다를 때에는 '1,2 소유권대지권, 3 지상권대지권, 4 임차권대지권'과 같이 각 대지마다 권리의 종류를 표시한다.

### 3. 첨부서면 - 규약이나 공정증서

(1) 원칙 : 구분건물에 대하여 '대지권'의 등기를 신청할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 해당 규약이나 공정증서를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제2항).

#### 1) 대지권의 목적인 토지가 규약상 대지인 경우

대지권의 목적인 토지가 집합건물법 제4조에 따른 규약상 대지인 때에는 신청서에 그 규약이나 공정증서를 첨부정보로 제공하여야 한다(규칙 제46조 제2항 제1호).

#### 2) 대지권의 비율이 전유부분의 면적의 비율에 따르지 아니한 경우

구분소유자가 2개 이상의 전유부분을 소유한 때에는 각 전유부분의 처분에 따르는 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 면적의 비율에 의함이 원칙이나(집합건물법 제21조 제1항 본문), 규약이나 공정증서로서 이를 달리 정할 수 있다(동조 제1항 단서, 동조 제2항). 따라서 구분건물의 보존 등기를 신청함에 있어서 2개 이상 전유부분을 소유하는 자가 대지권의 비율을 전유부분의 면적의 비율에 의하지 아니하고자 할 때에는 이에 관한 공정증서를 첨부정보로 제공하여야 한다(규칙 제46조 제2항 제2호).

#### 3) 법정대지나 규약상 대지에 대하여 가지는 대지사용권이 대지권이 아닌 경우

(2) 본 사안의 경우에는 법정대지에 대하여 전유부분의 면적비율에 따라 대지권등기를 하는 경우에는 규칙 제46조 제2항 제1호나 제2호에 해당하지 아니하므로 규약이나 공정증서를 제공할 필요가 없다.

## <1-3문> (주관식 부동산등기법 개정8판 p.377)

### 1. 대지권의 종류

대지권이라 함은 대지사용권으로써 분리처분이 불가능한 것을 말하는데(규칙 제46조), 분리처분 가능규약이 별도로 없으므로 구분건물 소유자 A, B는 토지에 대하여 대지권을 가지게 된다. 한편 A, B는 토지에 대하여 소유권을 가지고 있으므로 '대지권종류란'에는 '1. 소유권대지권'이라고 기재한다.

### 2. 대지권의 비율

본 사안의 경우에 A, B는 토지에 대한 2분의 1 지분을 가지고 있으므로 A가 가지는 대지권의 비율의 합계는 200분의 100이고, B가 가지는 대지권의 비율도 마찬가지로이다. 대지권이라 함은 토지에 대한 지분비율을 의미하므로 위 지분비율과 달리 약정을 맺을 수는 없다.

한편 집합건물의 소유자가 여러 개의 전유부분을 가지고 있는 경우에 대지권의 비율은 전유부분의 면적비율에 의하지만 이는 규약으로 달리 맺을 수 있다(집합건물법 제21조). 그러나 본 사안의 경우에는 A나 B가 대지권의 비율에 대한 별도의 규약을 정하지 않았으므로, A가 소유하는 구분건물의 대지권의 비율은 각 200분의 50이고, B가 소유하는 구분건물의 대지권의 비율은 각 200분의 50이다.

## <1-4문> (주관식 부동산등기법 개정8판 p.377)

### 1. 건물등기부 갑구 또는 을구 - 건물만에 관한 것이라는 뜻의 기록

- 1) 건물 등기기록에 대지권의 등기를 한 경우에는 건물에 관하여 소유권보존등기와 소유권이전등기 외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 외의 권리에 관한 등기가 있을 때에는 그 등기에 건물만에 관한 것이라는 뜻과 등기년월일을 기록하여야 한다(규칙 제92조 제1항 본문).
- 2) 구분건물과 대지사용권이 있는 당해 토지에 공동담보로 설정되어 있는 저당권이 있는 경우에는 위 건물만에 관한 것이라는 뜻의 기록을 하지 아니하며 이때에는 대지권등기 후 토지등기기록에 경료된 저당권등기를 직권으로 말소하여야 한다(규칙 제92조 제1항 단서). 이는 건물에 대한 저당권에 건물만에 관한 취지를 부기하는 것보다는 대지권등기에 의하여 저당권이 토지에 대하여도 미치는 것으로 공시하는 것이 간명하기 때문이다

### 2. 건물등기부 - 전유부분의 표제부 : 별도의 등기가 있다는 뜻의 기록

대지권등기를 한 이후에 대지권의 목적인 토지의 등기기록에 대지권이라는 뜻의 등기를 한 경우로서, 그 토지 등기기록에 소유권보존등기나 소유권이전등기 외의 소유권에 관한 등기 또는 소유권 외의 권리에 관한 등기가 있을 때에는 등기관은 그 건물의 등기기록 중 전유부분 표제부에 '토지등기기록에 별도의 등기가 있다'는 뜻을 기록하여야 한다(규칙 제90조 제1항 본문). 본 사안의 경우에 토지등기부에 가압류가 있으므로 토지등기부에 별도등기가 있다는 취지의 등기를 각 구분건물 전유부분의 표제부에 전부 기록하여야 한다. 그 가압류는 A의 소유권과 B의 소유권 전부에 미치기 때문이다.

### 3. 토지등기부 갑구 또는 을구 - 대지권이라는 뜻의 등기

등기관이 대지권등기를 하였을 때에는 직권으로 대지권의 목적인 토지의 등기기록에 소유권, 지상권, 전세권 또는 임차권이 대지권이라는 뜻을 기록하여야 한다(법 제40조 제4항). 대지권이라는 뜻의 등기는 토지 등기기록에도 그 권리가 전유부분과 분리하여 처분할 수 없다는 것을 공시하기 위한 등기로서 이러한 대지권이라는 뜻의 등기는 대지권등기와 동시에 등기관이 직권으로 행하여야 한다.

## <2-1문>

## (주관식 부동산등기법 개정8판 p.574)

### 1. 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기

1) 갑, 을 공동소유인 부동산에 관하여 갑 단독 소유로 소유권보존등기가 경료된 경우 갑 명의의 소유권보존등기는 일부가 무효이나 갑 소유지분 부분은 유효하다. 이 경우 갑과 을이 공동으로 갑 단독 소유를 갑, 을 공동소유로 경정하는 경정등기를 신청하여 경정등기를 할 수 있다. 이는 갑 명의 등기의 일부 말소와 을 명의 지분의 보존등기를 기술적으로 경정등기의 형태로 처리한 것이다.

2) 갑 단독소유인 부동산에 관하여 갑, 을 공동소유로 소유권보존등기가 경료된 경우 을 명의의 소유권보존등기부분은 무효이나 갑 명의 부분은 유효하다. 이 경우도 갑과 을이 공동으로 갑, 을 공동소유를 갑 단독소유로 경정하는 경정등기를 신청하여 경정등기를 할 수 있다. 이는 을 명의 등기의 말소와 갑 명의지분의 보존등기를 기술적으로 경정등기의 형태로 처리한 것이다.

### 2. 전부이전을 일부이전으로 또는 일부이전을 전부이전으로 하는 경정등기

1) 갑으로부터 을로 2분의 1지분이 이전되었으나 착오로 소유권이 전부이전등기가 된 경우도 을의 소유권이전등기를 소유권일부이전등기로 경정할 수 있다. 이는 일부 말소등기를 경정등기의 형태로 처리한 것이다.

2) 갑으로부터 을로 소유권이 전부 이전되었으나 착오로 소유권일부이전등기가 된 경우도 을의 소유권일부이전등기를 소유권이전등기로 경정할 수 있다. 이는 일부 말소등기를 경정등기의 형태로 처리한 것은 아니고 일부 이전등기를 경정등기의 형태로 처리한 것이다.

### 3. 공유지분의 경정등기

공유자들의 지분만 잘못된 경우도 경정등기를 할 수 있는 데 이 또한 일부말소등기와 일부 이전 등기를 경정등기의 형태로 처리한 것이다.

### 4. 협의분할에 의한 상속등기 후 지분일부말소 의미의 경정등기

상속재산협의분할을 원인으로 “갑” 단독명의로 소유권이전등기가 완료된 부동산에 대하여, 공동 상속인 중 1인(을)이 그 상속재산협의분할은 공동상속인 전원의 동의를 얻지 못하였다는 이유로 “갑”의 상속지분(6/21)을 초과한 지분 전부가 아니라 자기의 상속지분(4/21)만에 대한 소유권일부 말소를 명한 확정판결을 받은 경우, “을”은 그 확정판결과 상속을 증명하는 서면을 첨부하여 위 부동산의 소유자를 “갑”에서 “갑(지분 17/21)과 을(지분 4/21)”로 경정하는 지분일부말소 의미의 경정등기를 신청할 수 있다. 다만, 위 경정등기에 대하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 신청서에 그 자의 승낙 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다(2008. 1. 16. 등기선례 8-202).

## <2-2문>

## (주관식 부동산등기법 개정8판 p.577)

### 1. 일부말소 의미의 경정등기

일부말소 의미의 경정등기는 등기상 이해관계인의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본이 첨부된 경우에만 부기등기의 방식으로 의하여 등기한다. 일부말소 의미의 경정등기는 본질적으로 말소등기에 해당하므로 만약 승낙서 등이 첨부되지 않은 경우에는 그 등기를 주등기로 하는 것이 아니라 등기신청을 각하하여야 한다(법 제29조 제9호).

#### (1) 이해관계인의 등기를 말소하여야 하는 경우

갑, 을 공유부동산 중 을 지분에 대해서만 처분제한 또는 담보물권의 등기가 되어 있는 상태에서 갑 단독소유로 하는 경정등기(을 지분 말소 의미의)를 하는 경우 등, 이해관계인의 등기가 경정등기로 인하여 '상실되는 지분'만을 목적으로 하는 경우.

#### (2) 이해관계인의 등기를 경정하여야 하는 경우

갑, 을 공유 부동산 전부에 대하여 처분제한 또는 담보물권의 등기가 되어 있는 상태에서 갑 단독 소유로 하는 경정등기(을 지분 말소 의미의)를 하는 경우 등, 이해관계인의 등기가 경정등기로 인하여 '상실되는 지분 이외의 지분'도 목적으로 하는 경우.

#### (3) 용익물권의 등기

부동산의 공유지분에 대해서는 용익물권(지상권 등)을 설정·존속시킬 수 없으므로 위 나.에 의해서 처분제한 등의 등기를 경정(일부말소 취지의)하는 경우에도 '용익물권의 등기'는 이를 전부 말소한다.

### 2. 경정등기

일부말소 의미의 경정등기는 법 제57조의 말소등기 방식으로 하는 반면에, 권리경정등기는 법 제52조의 방식에 의해서 하여야 한다. 따라서 권리경정등기시에는 등기상 이해관계인이 없거나 등기상 이해관계인의 승낙서를 첨부한 경우에는 부기등기로 그 등기를 할 수 있고, 등기상 이해관계인의 승낙서를 첨부하지 못한 경우에는 주등기로 그 변경등기를 하는 것이 일반적이다(법 제52조). (다만 전세권저당권자가 있는 상태에서 전세권의 전세금을 더 작은 금액으로 경정등기를 하고자 할 때에는 이해관계인의 승낙서를 첨부하지 못하면 그 등기는 허용되지 않는 예외도 있다).

소 유 권 일 부 이 전 등 기 신 청 (판 결)

접 수	년 월 일	처 리 인	등기관 확인	각종 통지	
	제 호				
부 동 산 의 표 시					
경기도 행복시 사랑면 화목리 77 전 1,000㎡ -이상-					
등기원인과 그 연월일		2018년 8월 3일 공유물분할			
등 기 의 목 적		1번일본국인아라이히로미치지분전부, 2번박을순지분전부이전			
이 전 할 지 분		3분의 2			
구 분	성 명	주민등록번호	주 소	지분 (개인별)	
등기 의무자	일본국인 아라이 히로미치	730307-5567890	광주광역시 서구 내방로 111 (치평동)	3분의1	
	박을순	810308-2123456	대전광역시 서구 둔산중로 78 (둔산동)	3분의1	
등기 권리자	홍길동	760907-1532678	서울특별시 종로구 세종대로 209 (세종로)	3분의2	

**시가표준액 및 국민주택채권매입금액**

부동산 표시	부동산별 시가표준액	부동산별 국민주택채권매입금액	
		금	원
		금	원
국민주택채권매입총액		금	원
국민주택채권발행번호			
취득세 금 원		지방교육세 금	원
		농어촌특별세 금	원
세액합계		금	원
등기신청수수료		금	원
	납부번호 :		

**첨 부 서 면 <간인>**

1. 판결정본	1통	1. 주민등록표등(초)본	1통
1. 확정증명	1통	1. 토지대장등본	1통
1. 승계집행문	1통	1. 위임장	1통
1. 등록면허세영수필확인서/납부확인서	1통		
1. 등기신청수수료영수필확인서	1통		

2018년 9월 14일

신청인

위 대리인

**법 무 사 임 껍 정**

**직 인**

(전화 : 02-456-5678)

서울특별시 서초구 법원로3길 14 (서초동)

**수원지방법원 행복등기소 귀중**

## [강평]

본 문제는 서류작성 기본서 (831페이지, 신정8판)에 나오는 공유물분할판결에 따른 문제와 유형이 거의 흡사하다. 위 서류작성 기본서와 모의고사 등을 통하여 연습을 충분히 한 수험생에게는 올해 출제문제는 거의 평이한 문제였다고 말할 수 있다.

신청서의 표제는 ‘소유권이전등기신청’이 아닌 ‘소유권일부이전등기신청’으로, 등기의 목적은 ‘1번일본국인아라이히로미치지분전부, 2번박을순지분전부이전’으로, 이전할 지분은 ‘3분의2’라고 기재하는 것이 등기예규 및 등기기록레집과 일치한다.

### 1. 판결정본

등기원인을 증명하는 정보로써 판결정본을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제1호, 규칙 제66조).

### 2. 확정증명

판결에 의한 등기를 단독신청할 수 있기 위하여서는 그 판결은 확정판결이어야 하므로 법원으로부터의 확정증명을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제1호).

### 3. 승계집행문

변론종결 이후에 피고측에 승계가 있는 경우에는 재판장의 명에 의한 승계집행문을 부여받아야 한다(2004. 2. 2. 부등 3402-50).

### 4. 등록면허세영수필확인서/등록면허세납부확인서

시장, 구청장, 군수 등으로부터 등록면허세납부서(OCR용지)를 발급받아 세금을 납부한 후 등록면허세영수필확인서를 신청서의 취득세액표시란의 좌측상단 여백에 첨부하거나, 또는 지방세인터넷납부시스템에서 출력한 등록면허세납부확인서를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(지방세법 제30조, 법 제29조 제10호). 등록면허세도 1건으로 납부한다.

## 5. 등기신청수수료영수필확인서

등기신청수수료는 현금으로 납부하여야 하므로 법원행정처장이 지정하는 현금수납금융기관에 현금으로 납부한 후 영수필확인서를 첨부한다(법 제22조 제3항). 등기신청수수료는 1건을 납부한다.

## 6. 주민등록표등(초)본

등기권리자로서 새로이 주소가 등기부에 기입되는 경우에 주소 및 주민등록번호증명서면으로 주민등록표등(초)본을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호). 판결에 의한 등기이므로 등기의무자의 주소증명을 제출할 필요는 없다. 변론종결 이후의 승계에 대하여서는 견해의 다툼이 있을 수 있다.

## 7. 토지대장등본

토지에 대한 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 토지의 표시를 증명하는 토지대장등본을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제7호).

## 8. 위임장

등기신청을 법무사 등 대리인에게 위임하는 경우이므로 대리권한을 증명하는 정보로 위임장을 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제5호).