

## 2020년 감정평가사 민법 기출해설

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

- ① 사회구성원이 관습법으로 승인된 관행의 법적 구속력을 확신하지 않게 된 때에는 그 관습법은 효력을 잃는다.
- ② 헌법의 기본권은 특별한 사정이 없으면 사법관계에 직접 적용된다.
- ③ 법원은 당사자의 주장·증명을 기다림이 없이 관습법을 직권으로 조사·확정하여야 한다.
- ④ 우리나라가 가입한 국제조약은 일반적으로 민법이나 상법 또는 국제사법보다 우선적으로 적용된다.
- ⑤ 관습법은 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있다.

#### 해설

- ①, ⑤ **【대판(전) 2005.7.21, 2002다1178】** [1] 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.  
[2] 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.
- ② 헌법상의 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법영역에 그 영향을 미치므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다(대판(전) 2020.8.27. 2016다248998; 대판(전) 2010.4.22. 2008다38288).
- ③ 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부 자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장 입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14, 80다3231).
- ④ 우리나라가 가입한 국제조약은 일반적으로 민법이나 상법 또는 국제사법보다 우선적으로 적용되지만, 적용대상은 조약에서 정한 바에 따라 엄격하게 판단하여야 한다(대판 2016.3.24. 2013다81514).

헌법 제6조 제1항 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

정답 ②

문 2] 미성년자의 행위능력에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 행위능력제도는 자기책임의 원칙을 구현하여 거래의 안전을 도모하기 위한 것이다.
- ② 미성년자가 그 소유의 부동산을 그의 친권자에게 증여하고 소유권이전등기를 마친 경우, 다른 사정이 없으면 적법한 절차를 거친 등기로 추정된다.
- ③ 친권자는 그의 미성년 자(子)의 이름으로 체결한 계약을 자(子)가 미성년임을 이유로 취소할 수 있다.
- ④ 친권자가 그의 친구의 제3자에 대한 채무를 담보하기 위하여 미성년 자(子) 소유의 부동산에 담보를 설정하는 행위는 이해상반행위이다.
- ⑤ 미성년자가 타인을 대리할 때에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다.

해설

- ① 미성년자의 행위능력을 제한하는 제한능력자제도는 **거래의 안전을 희생시키더라도** 제한능력자인 미성년자의 법률행위를 취소할 수 있게 함으로써 미성년자의 개인의 이익을 보호하는 민법의 근본결단이 있다.
- ② 전 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 친권자에게 **이전등기가 경료된 이상**, 특별한 사정이 없는 한, 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 **적법하게 거친 것으로 추정된다**(대판 2002.2.5. 2001다72029).
- ③ 친권을 행사하는 부친은 미성년자인 아들의 법정대리인이 되며 그 법정대리인은 논지에 지적하는 바와 같이 미성년자의 승낙을 받을 필요없이 법정대리인의 이름으로 법률행위를 할 수 있음은 물론 미성년자 본인 이름으로 법률행위를 한 경우에도 법정대리인이 그 행위를 한 이상 **미성년자에게 대하여 법률행위의 효과가 발생한다**(대판 1962.9.20. 62다333). 그러므로 친권자는 그의 미성년 자(子)의 이름으로 체결한 계약을 자(子)가 미성년임을 이유로 취소할 수 없다.
- ④ 민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 **친권자와 그 자(子) 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자(子) 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위**를 가리키는 것으로서, 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는지의 여부는 묻지 않는다(대판 1996.11.22. 96다10270). 따라서 친권자가 그의 친구의 제3자에 대한 채무를 담보하기 위하여 미성년 자(子) 소유의 부동산에 담보를 설정하는 행위는 이해상반행위에 해당하지 않는다.
- ⑤ 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니하므로(제117조), 미성년자라 하더라도 타인의 대리인의 지위에서 하는 대리행위는 법정대리인의 동의 없이 단독으로 유효하게 할 수 있다.

제117조 【대리인의 행위능력】 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.

정답 ②

**문 3] 권리주체에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 의사능력은 자신의 행위의 의미와 결과를 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력으로 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 한다.
- ② 어떤 법률행위가 일상적인 의미만으로 알기 어려운 특별한 법률적 의미나 효과를 가진 경우, 이를 이해할 수 있을 때 의사능력이 인정된다.
- ③ 현행 민법은 태아의 권리능력에 관하여 일반적 보호주의를 취한다.
- ④ 태아의 상태에서는 법정대리인이 있을 수 없고, 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다.
- ⑤ 피상속인과 그의 직계비속 또는 형제자매가 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에도 대습상속이 인정된다.

**해설**

- ①, ② 의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 바, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다고 보아야 하고, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이다(대판 2006.9.22, 2006다29358).
- ③, ④ 판례는 태아의 수증능력을 부정하며, 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로, 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다고 한다. 즉 민법은 태아의 권리능력에 관하여 개별주의를 취하여 태아에게는 일반적으로 권리능력이 인정되지 아니하고 손해배상청구권 또는 상속 등 특별한 경우에 한하여 제한된 권리능력을 인정하였을 따름이므로 증여에 관하여는 태아의 수증능력이 인정되지 아니하고, 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다(대판 1982.2.9, 81다534).
- ⑤ 원래 대습상속제도는 대습자의 상속에 대한 기대를 보호함으로써 공평을 꾀하고 생존 배우자의 생계를 보장하여 주려는 것이고, 또한 동시사망 추정규정도 자연과학적으로 엄밀한 의미의 동시사망은 상상하기 어려운 것이나 사망의 선후를 입증할 수 없는 경우 동시에 사망한 것으로 다루는 것이 결과에 있어 가장 공평하고 합리적이라는 데에 그 입법 취지가 있는 것인바, 상속인이 될 직계비속이나 형제자매(피대습자)의 직계비속 또는 배우자(대습자)는 피대습자가 상속개시 전에 사망한 경우에는 대습상속을 하고, 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 본위상속을 하므로 두 경우 모두 상속을 하는데, 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 본위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면 동시사망 추정 이외의 경우에 비하여 현저히 불공평하고 불합리한 것이라 할 것이고, 이는 앞서 본 대습상속제도 및 동시사망 추정규정의 입법 취지에도 반하는 것이므로, 민법 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 합목적적으로 해석함이 상당하다(대판 2001.3.9. 99다13157). 즉 동시사망으로 추정되는 경우에도 대습상속이 인정된다.

**정답** ③

## ■ 의사능력과 행위능력 비교

	의사능력	행위능력
능력없는 자의 행위	무효	취소
판단기준	개별적·구체적으로 판단	획일적 규정(강행규정)
신의칙과 관계	민법의 기본원칙 > 신의칙	강행규정 > 신의칙
선의의 제3자	대항 가능	대항 가능
법정추인	×	○
부당이득 141조 단서 적용여부	141조 단서 유추적용	141조 단서 적용

### 문 4] 부재자의 재산관리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

2020 감평

- ① 부재자가 스스로 위임한 재산관리인에게 재산처분권까지 준 경우에도 그 재산관리인은 재산처분에 법원의 허가를 얻어야 한다.
- ② 재산관리인의 권한초과행위에 대한 법원의 허가결정은 기왕의 처분행위를 추인하는 방법으로도 할 수 있다.
- ③ 재산관리인이 소송절차를 진행하던 중 부재자에 대한 실종선고가 확정되면 그 재산관리인의 지위도 종료한다.
- ④ 생사불명의 부재자를 위하여 법원이 선임한 재산관리인은 그가 부재자의 사망을 확인한 때에도 선임결정이 취소되지 않으면 계속 권한을 행사할 수 있다.
- ⑤ 생사불명의 부재자에 대하여 실종이 선고되더라도 법원이 선임한 재산관리인의 처분행위에 근거한 등기는 그 선임결정이 취소되지 않으면 적법하게 마친 것으로 추정된다.

#### 해설

- 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 처분행위를 위한 경우뿐만 아니라 기왕의 처분행위를 추인하는 행위를 행위로도 할 수 있다(대판 1982.9.14, 80다3063; 대판 1982.12.14, 80다1872).
- ③ 부재자의 재산관리인에 의하여 소송절차가 진행되던 중 부재자 본인에 대한 실종선고가 확정되면 그 재산관리인으로서의 지위는 종료되는 것이므로 상속인등에 의한 적법한 소송수계가 있을 때까지는 소송절차가 중단된다(대판 1987.3.24. 85다카1151).

④, ⑤ 사망한 것으로 간주된 자가 그 이전에 **생사불명의 부재자**로서 그 재산관리에 관하여 **법원으로부터 재산관리인이 선임되어 있었다면** 재산관리인은 **그 부재자의 사망을 확인했다고 하더라도 선임결정이 취소되지 아니하는 한 계속하여 권한을 행사할 수 있다** 할 것이므로 재산관리인에 대한 선임결정이 취소되기 전에 재산관리인의 처분행위에 기하여 **경료된 등기는 법원의 처분허가 등 모든 절차를 거쳐 적법하게 경료된 것으로 추정된다**(대판 1991.11.26. 91다11810).

정답 ①

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

- ① 법인은 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ② 어느 사단법인과 다른 사단법인의 동일 여부는, 다른 사정이 없으면 사원의 동일 여부를 기준으로 결정된다.
- ③ 법인의 대표자는 그 명칭이나 직위 여하가 아니라 법인등기를 기준으로 엄격하게 확정하여야 한다.
- ④ 행위의 외형상 직무행위로 인정할 수 있으면, 대표자 개인의 이익을 위한 것이거나 법령에 위반한 것이라도 직무에 관한 행위이다.
- ⑤ 대표자의 행위가 직무에 관한 것이 아님을 알았거나 중대한 과실로 모른 피해자는 법인에 손해배상책임을 물을 수 없다.

**해설**

- ① 제33조 **【법인설립의 등기】** 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 **설립등기를 함으로써 성립한다.**
- ② 사단법인은 일정한 목적을 위해 결합한 사람의 단체에 법인격이 인정된 것을 말하고, 사단법인에 있어 사원 자격의 득실변경에 관한 사항은 정관의 기재사항이므로( 민법 제40조 제6호), **어느 사단법인과 다른 사단법인이 동일한 것인지 여부는 그 구성원인 사원이 동일한지 여부에 따라 결정됨이 원칙이다.** 다만, 사원 자격의 득실변경에 관한 정관의 기재사항이 적법한 절차를 거쳐서 변경된 경우에는 구성원이 다르더라도 그 변경 전후의 사단법인은 동일성을 유지하면서 존속하는 것이고, 이러한 법리는 법인 아닌 사단에 있어서도 마찬가지이다(대판 2008.9.25. 2006다37021).
- ③ 민법 제35조에서 말하는 ‘법인의 대표자’에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 **대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다**고 해석함이 상당하다(대판 2011.4.28, 2008다15438).
- ④ 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 **대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 직무행위에 해당한다**(대판 1969.8.26, 68다2320).
- ⑤ 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).

정답 ③

문 6] 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 법인의 대표기관이 법인을 위하여 계약을 체결한 경우, 다른 사정이 없으면 그 성립의 효과는 직접 법인에 미치고 계약을 위반한 때에는 법인이 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 단체의 실체를 갖추어 법인 아닌 사단으로 성립하기 전에 설립주체인 개인이 취득한 권리·의무는 바로 법인 아닌 사단에 귀속된다.
- ③ 법인 아닌 사단은 대표권제한을 등기할 수 없으므로 거래상대방이 사원총회가 대표권 제한을 결의한 사실을 몰랐고 모른데 잘못이 없으면, 제한을 넘는 이사의 거래행위는 유효하다.
- ④ 민법에서 법인과 그 기관인 이사의 관계는 위임인과 수임인의 법률관계와 같다.
- ⑤ 사단법인의 하부조직 중 하나라 하더라도 스스로 단체의 실체를 갖추고 독자활동을 한다면 독립된 법인 아닌 사단으로 볼 수 있다.

예 설

- ① 법인이 대표기관을 통하여 법률행위를 한 때에는 대리에 관한 규정이 준용된다(민법 제59조 제2항). 따라서 적법한 대표권을 가진 자와 맺은 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인인 법인에 귀속하고, 마찬가지로 그러한 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다(대판 2019.5.30. 2017다53265).
- ② 교회가 그 실체를 갖추어 법인 아닌 사단으로 성립한 경우에 교회의 대표자가 교회를 위하여 취득한 권리의무는 교회에 귀속되나, 교회가 아직 실체를 갖추지 못하여 **법인 아닌 사단으로 성립하기 전에 설립의 주체인 개인이 취득한 권리의무는 그것이 앞으로 성립할 교회를 위한 것이**라 하더라도 바로 **법인 아닌 사단인 교회에 귀속될 수는 없고**, 또한 설립중의 회사의 개념과 법적 성격에 비추어, 법인 아닌 사단인 교회가 성립하기 전의 단계에서 설립중의 회사의 법리를 유추적용할 수는 없다(대판 2008.2.28. 2007다37394,37400).
- ③ **비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고**, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, **그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하다**(대판 2003.7.22. 2002다64780).
- ④ **민법상 법인과 그 기관인 이사와의 관계는 위임자와 수임자의 법률관계와 같은 것으로서** 이사의 임기가 만료되면 일단 그 위임관계는 종료되는 것이 원칙이나, 그 후임 이사 선임시까지 이사가 존재하지 않는다면 기관에 의하여 행위를 할 수밖에 없는 법인으로서의 당장 정상적인 활동을 중단하지 않을 수 없는 상태에 처하게 되고, 이는민법 제691조에 규정된 급박한 사정이 있는 때와 같이 볼 수 있으므로, 임기 만료되거나 사임한 이사라고 할지라도 그 임무를 수행함이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 신임 이사가 선임될 때까지 이사의 직무를 계속 수행할 수 있다(대판 1996.1.26. 95다40915).
- ⑤ 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 수 있다(대판 2009.1.30. 2006다60908 등 참조).

정답 ②



경우 위 약정은 **강행법규인 변호사법 제78조 제2호에 위반되는 반사회적 법률행위**로서 무효이다(대판 1990.5.11. 89다카10514).

정답 ③

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

- ① 종물은 주물소유자의 상용에 공여된 물건을 말한다.
- ② 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다.
- ③ 주물과 종물의 관계에 관한 법리는 권리 상호간에도 적용된다.
- ④ 저당권의 효력이 종물에 미친다는 규정은 종물은 주물의 처분에 따른다는 것과 이론적 기초를 같이 한다.
- ⑤ 토지의 개수는 지적공부의 등록단위가 되는 필(筆)을 표준으로 한다.

- ① 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 **주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야** 하고 이는 주물 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것이므로, 주물의 소유자나 이용자의 사용에 공여되고 있더라도 주물 자체의 효용과 관계없는 물건은 종물이 아니다(대판 2007.12.13., 2007도7247).

**제100조 【주물, 종물】 2000다3530**

- ① 물건의 소유자가 **그 물건의 상용에 공하기 위하여** 자기소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다.
- ② 종물은 주물의 처분에 따른다.

- ② 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).
- ③ 민법 제100조 제2항의 종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용된다(대판 2006.10.26, 2006다29020).
- ④ 저당권의 효력이 미치는 저장부동산의 종물이라 함은 민법 제100조가 규정하는 종물과 같은 의미로서 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서, 주물의 소유자나 이용자의 사용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(대결 2000.11.2. 2000마3530).
- ⑤ 토지의 개수는 지적법에 의한 지적공부상의 토지의 필수를 표준으로 하여 결정되는 것으로 1 필지의 토지를 수필의 토지로 분할하여 등기하려면 먼저 위와 같이 지적법이 정하는 바에 따라 분할의 절차를 밟아 지적공부에 각 필지마다 등록이 되어야 하고 지적법상의 분할절차를 거치지 아니하는 한 1개의 토지로서 등기의 목적이 될 수 없는 것이며 설사 등기부에만 분필의 등기가 실행되었다 하여도 이로써 분필의 효과가 발생할 수는 없는 것이므로 결국 이러한 분필등기는 1부동산1부등기용지의 원칙에 반하는 등기로서 무효라 할 것이다(대판 1990.12.7. 90다카25208 ).

정답 ①

문 9] 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 불공정한 법률행위로 무효가 된 행위의 전환은 인정되지 않는다.
- ② 불공정한 법률행위라도 당사자가 무효임을 알고 추인한 경우 유효로 될 수 있다.
- ③ 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부는 그 행위를 한 때를 기준으로 판단한다.
- ④ 불공정한 법률행위의 요건을 갖추지 못한 법률행위는 반사회질서행위가 될 수 없다.
- ⑤ 증여와 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 행위도 불공정한 법률행위가 될 수 있다.

예 설

- ① 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 불공정한 법률행위에 해당하여 무효인 경우에 **무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다.** 이점이 무효행위추인이 부정되는 것과 구별된다(대판 2010.7.15. 2009다50308).
- ② 불공정한 법률행위는 무효이며 선의의 제3자에게도 무효를 주장할 수 있다. 그리고 무효행위의 추인에 의하여 유효로 될 수 없고, 법정추인이 적용될 여지도 없다는 것이 판례의 태도이다(대판 1994.6.24. 94다10900).
- ③ 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).
- ④ 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는 ① **법률행위의 목적인 권리의무의 내용**이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 ② **법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에** ③ **반사회질서적인 조건** 또는 ④ **금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우** 및 ⑤ **표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우**를 포함한다(대판 2001.2.9, 99다38613). 그러므로 불공정한 법률행위에 해당하지 않더라도 성립할 수 있다.
- ⑤ 판례는 “불공정한 법률행위에 해당하기 위해서는 급부와 반대급부의 사이에 현저히 균형을 잃을 것이 요구되므로 이 사건 증여와 같이 상대방에 의한 대가적 의미의 재산관계의 출연이 없이 당사자 일방의 급부만 있는 경우에는 급부와 반대급부 사이의 불균형의 문제는 발생하지 않는다” 고 하여 무상행위에는 적용되지 않는다는 입장이다(대판 1993.7.16, 92다41528).

정답 ③

문 10] 18세의 甲은 乙의 대리인을 사칭하여 그가 보관하던 乙의 노트북을 그 사정을 모르는 丙에게 팔았다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 乙이 丙에게 매매계약을 추인한 때에는 매매계약은 확정적으로 효력이 생긴다.
- ② 乙이 甲에게 추인한 때에도 그 사실을 모르는 丙은 매매계약을 철회할 수 있다.

- ③ 乙이 추인하지 않으면, 甲은 자신의 선택으로 丙에게 매매계약을 이행하거나 손해를 배상하여야 한다.
- ④ 丙이 甲에게 대리권이 없음을 알았더라도 丙은 乙에게 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다.
- ⑤ 乙이 추인한 때에는 甲은 자신이 미성년자임을 이유로 매매계약을 취소하지 못한다.

**예 설**

- ① 무권대리에서 본인 乙이 상대방 丙에게 무권대리행위인 매매계약을 추인한 때에는 유효적 무효 상태였던 매매계약은 확정적 유효 상태로 전환되어 확정적으로 효력이 생긴다.
- ② 무권대리의 추인은 무권대리인이나 무권대리인의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있다. 그러나 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에는 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못하므로, 선의의 상대방은 그때까지 제134조에 의한 철회를 할 수 있다(대판 1981.4.14, 80다2314).  
따라서 본인 乙이 무권대리인 甲에게 추인한 때에도 그 사실을 모르는 선의인 상대방 丙은 매매계약을 철회할 수 있다.

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

- ③ 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 상대방이 대리권 없음에 대해 악의·과실이 있을 때 또는 무권대리인 제한능력자일 때에는 적용되지 않는다(제135조). 그러므로 미성년자인 18세의 甲은 제135조의 책임을 지지 않는다. 또한 제135조의 책임은 무권대리인 甲이 아니라 상대방 丙의 선택에 따라 매매계약을 이행하거나 손해를 배상할 책임을 지게 된다

**제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임)**

- ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다
- ④ 상대방 丙이 甲의 대리권 없음을 알고 있었다 하더라도, 무권대리의 상대방 丙은 乙에 대하여 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다(제131조).

**제131조 【상대방의 최고권】** 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

- ⑤ 본인 乙이 추인한 때에는 매매계약은 소급하여 효력이 생기며, 무권대리인 甲은 자신이 미성년자임을 이유로 매매계약을 취소하지 못한다.

**제133조 【추인의 효력】** 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

**정답** ③

**문 11] 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 계약체결의 권한을 수여받은 대리인은 체결한 계약을 처분할 권한이 있다.

- ② 본인이 이의제기 없이 무권대리행위를 장시간 방치한 것을 추인으로 볼 수는 없다.
- ③ 매매계약의 체결과 이행에 관한 대리권을 가진 대리인은, 특별한 사정이 없으면 매수인의 대금지급기일을 연기할 수 있는 권한을 가진다.
- ④ 본인이 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙한 경우, 수권행위가 있는 것으로 볼 수 있다.
- ⑤ 무권대리행위가 제3자의 위법행위로 야기된 경우에도, 본인이 추인하지 않으면 무권대리인은 계약을 이행하거나 손해를 배상하여야 한다.

**해설**

- ① 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 2008.6.12. 2008다11276).
- ② 무권대리행위에 대하여 본인이 그 직후에 그것이 자기에게 효력이 없다고 이의를 제기하지 아니하고 이를 장시간에 걸쳐 방치하였다고 하여 무권대리행위를 추인하였다고 볼 수 없다(대판 1990.3.27. 88다카181).
- ③ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 다른 사정이 없는 한 상대방에 대하여 약정된 매매대금지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 본다(대판 1992.4.14. 91다43107).
- ④ **민법 제125조가 규정하는 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리**는 본인과 대리행위를 한 자 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 직접적인 관계가 없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에는 성립될 수가 있고, 또 본인에 의한 대리권 수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수 있다(대판 1998.6.12. 97다53762).
- ⑤ 민법 제135조 제1항은 “타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 위 규정에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 책임은 부정되지 아니한다(대판 2014.2.27. 2013다213038).

**정답** ①

**문 12] 착오에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 매도인이 매매대금 미지급을 이유로 매매계약을 해제한 후에도 매수인은 착오를 이유로 이를 취소할 수 있다.
- ② 보험회사의 설명의무 위반으로 보험계약의 중요사항을 제대로 이해하지 못하고 착오에 빠져 계약을 체결한 고객은 그 계약을 취소할 수 있다.
- ③ 계약서에 X토지를 목적물로 기재한 때에도 Y토지에 대하여 의사의 합치가 있었다면

Y토지를 목적으로 하는 계약이 성립한다.

- ④ 착오에 관한 민법규정은 법률의 착오에 적용되지 않는다.
- ⑤ 취소의 의사표시는 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 없애려는 의사가 드러나면 충분하다.

**예 설**

- ① 매도인이 매수인의 중도금 지급채무 불이행을 이유로 **매매계약을 적법하게 해제한 후라도** 매수인으로서 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 **착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다**(대판 1996.12.6. 95다24982).
- ② 보험회사 또는 보험모집종사자가 설명의무를 위반하여 고객이 보험계약의 중요사항에 관하여 제대로 이해하지 못한 채 착오에 빠져 보험계약을 체결한 경우, 그러한 착오가 동기의 착오에 불과하다고 하더라도 그러한 착오를 일으키지 않았더라면 보험계약을 체결하지 않았거나 아니면 적어도 동일한 내용으로 보험계약을 체결하지 않았을 것이 명백하다면, 위와 같은 착오는 보험계약의 내용의 중요부분에 관한 것에 해당하므로 이를 이유로 보험계약을 취소할 수 있다(대판 2018.4.12. 2017다229536).
- ③ 부동산의 매매계약에 있어 쌍방당사자가 모두 특정의 甲 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 甲 토지와는 별개인 乙 토지로 표시하였다 하여도 甲 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있는 이상 위 매매계약은 甲 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 할 것이고 乙 토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이라고 판시하였다. 따라서 계약서에 X 토지가 기재되었다고 하더라도 Y토지에 대하여 의사의 합치가 있었다면 Y토지를 목적으로 하는 계약이 성립한다(대판 1993.10.26, 93다2629).
- ④ **법률에 관한 착오**(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니하는 것으로 오인)라도 그것이 **법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있고**, 또 매도인에 대한 양도소득세의 부과를 회피할 목적으로 매수인이 주택건설을 목적으로 하는 주식회사를 설립하여 여기에 출자하는 형식을 취하면 양도소득세가 부과되지 않을 것이라고 말하면서 그러한 형식에 의한 매매를 제의하여 매도인이 이를 믿고 매매계약을 체결한 것이라 하더라도 그것이 곧 사회질서에 반하는 것이라고 단정할 수 없으므로 이러한 경우에 역시 의사표시의 착오의 이론을 적용할 수 있다(대판 1981.11.10. 80다2475).
- ⑤ 취소의 의사표시란 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이므로, 신원보증서류에 서명날인하는 것으로 잘못 알고 이행보증보험약정서를 읽어보지 않은 채 서명날인한 것일 뿐 연대보증약정을 한 사실이 없다는 주장은 위 연대보증약정을 착오를 이유로 취소한다는 취지로 볼 수 있다(대판 2005.5.27. 2004다43824).

**정답** ④

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

- ① 상대방 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
- ② 표의자가 의사표시의 통지를 발송한 후 제한능력자가 되어도 그 의사표시의 효력은 영향을 받지 아니한다.
- ③ 상대방이 현실적으로 통지를 수령하거나 그 내용을 안 때에 도달한 것으로 본다.
- ④ 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우, 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생긴다.
- ⑤ 등기우편으로 발송된 경우, 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정된다.

**해설**

①, ② 제111조 【의사표시의 효력발생시기】

- ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
- ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

- ③ 의사표시의 도달이라 함은 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정되는 상태를 지칭한다고 해석되므로, 채무자가 이를 현실적으로 수령하였다거나 그 통지의 내용을 알았을 것까지는 필요로 하지 않는다(대판 2008. 6.12. 2008다19973).
- ④ 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대판 2008. 6.12. 2008다19973).
- ⑤ 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다(대판 2002.7.26, 2000다25002).

**정답** ③

**문 14]** 甲은 乙의 기망으로 그 소유의 X토지를 丙에게 팔았고, 丙은 그의 채권자 丁에게 X토지에 근저당권을 설정하였다. 甲은 기망행위를 이유로 매매계약을 취소하려고 한다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 甲은 丙이 그의 잘못없이 기망사실을 몰랐을 때에만 매매계약을 취소할 수 있다.
- ② 丙의 악의 또는 과실은 甲이 증명하여야 한다.
- ③ 甲은 매매계약을 취소하지 않고 乙에게 불법행위책임을 물을 수 있다.
- ④ 丁의 선의는 추정된다.
- ⑤ 매매계약을 취소한 甲은, 丁이 선의이지만 과실이 있으면 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다.

**해설**

- ① 사안은 계약의 당사자가 아닌 제3자 乙의 사기이므로 민법 제110조 2항에 의하면, 甲은 제3자 乙이 기망을 한 사실을 계약의 상대방인 丙이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 취소할 수 있다. 즉 상대방 丙이 기망사실을 몰랐고 모른 데 과실이 없다면, 甲은 매매계약을 취소할 수 없게 된다.



ㄴ. (○): 적법한 절차에 의하여 이루어진 경매에 있어서 경락가격이 경매부동산의 시가에 비하여 저렴하다는 사유는 경락허가결정에 대한 적법한 불복이유가 되지 못하는 것이고 경매에 있어서는 불공정한 법률행위 또는 채무자에게 불리한 약정에 관한 것으로서 효력이 없다는 민법 제104조, 제608조는 적용될 여지가 없다(대결 1980.3.21. 80마77).

**제104조 【불공정한 법률행위】** 당사자의 공박, 경술 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

ㄷ. (○): 도박자금으로 금원을 대여함으로써 인하여 발생한 채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기가 경료되었을 뿐인 경우와 같이 수령자가 그 이익을 향수하려면 경매신청을 하는 등 별도의 조치를 취하여야 하는 경우에는, 그 불법원인급여로 인한 이익이 종국적인 것이 아니므로 등기 설정자는 무효인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다(대판 1995.8.11. 94다54108).

정답 ⑤

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

- ① 법률행위의 조건은 그 조건의 존재를 주장하는 사람이 증명하여야 한다.
- ② 정지조건부 법률행위에서 조건이 성취된 사실은 조건의 성취로 권리를 취득하는 사람이 증명하여야 한다.
- ③ 불능조건이 정지조건인 경우 그 법률행위는 무효이다.
- ④ 조건의 성취로 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 경우, 처음부터 조건없는 법률행위로 본다.
- ⑤ 기한이익 상실의 약정은 특별한 사정이 없으면 형성권적 기한이익 상실의 약정으로 추정한다.

**해설**

- ① 조건은 법률행위의 당사자가 그 의사표시에 의하여 그 법률행위와 동시에 그 법률행위의 내용으로서 부가시켜 그 법률행위의 효력을 제한하는 법률행위의 부관이므로 구체적인 사실관계가 어느 법률행위에 붙은 조건의 성취에 해당하는지 여부는 의사표시의 해석에 속하는 경우도 있다고 할 수 있지만, 어느 법률행위에 어떤 조건이 붙어 있었는지 아닌지는 사실인정의 문제로서 그 조건의 존재를 주장하는 자가 이를 입증하여야 한다고 할 것이다(대판 2006.11.24. 2006다35766).
- ② 어떠한 법률행위가 조건의 성취시 법률행위의 효력이 발생하는 소위 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실은 그 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게 주장입증책임이 있다(대판 1993.9.28. 93다20832).
- ③ **제151조 제3항 【불법조건, 기성조건】** 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.
- ④ **제150조 제1항 【조건성취, 불성취에 대한 반신의행위】** 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다.
- ⑤ 기한이익 상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익

상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 **형성권적 기한이익 상실의 특약**의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익 상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익 상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 **형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다**(대판 2002.9.4. 2002다28340).

정답 ④

문 17] 형성권에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ㄱ. 형성권의 행사는 상대방에 대한 일방적 의사표시로 한다.
- ㄴ. 다른 사정이 없으면, 형성권의 행사에 조건 또는 기한을 붙이지 못한다.
- ㄷ. 다른 사정이 없으면, 형성권은 그 일부를 행사할 수 있다.
- ㄹ. 다른 사정이 없으면, 형성권은 제척기간의 적용을 받는다.

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

해설

- ㄱ. (○): ㄷ. (×): 형성권이란 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률관계의 발생·변경·소멸을 일으키는 권리를 말한다. 따라서 상대방의 동의나 승낙은 필요 없다. **형성권은 권리자의 일방적인 의사에 의해 법률관계의 변동이 생긴다는 점에서 사적자치에 반할 소지가 있어 반드시 당사자의 약정 또는 법률의 근거가 있어야 한다. 따라서 형성권은 상대방의 동의가 없는 한 그 일부만을 행사할 수 없고, 전부를 행사하여야 한다.**
- ㄴ. (○): 형성권은 단독행위이며, 단독행위는 일반적으로 하는데 여기에다가 조건을 붙이면 상대방의 지위가 조건에 좌우되어 너무 불안하므로 상대방을 지나치게 불리하게 만들 수 있으므로 형성권 행사의 의사표시에는 조건을 붙일 수 없는 것이 원칙이다.
- ㄹ. (○): 형성권은 제척기간의 적용을 받는다.

정답 ②

문 18] 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 인도받은 부동산을 소유권이전등기를 하지 않고 제3자에게 처분·인도한 매수인의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다.
- ② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 손해배상을 청구한 때부터 진행한다.
- ③ 채권자가 보증인을 상대로 이행을 청구하는 소를 제기한 때에도 주채무의 소멸시효가 완성하면 보증인은 주채무가 시효로 소멸되었음을 주장할 수 있다.

- ④ 재산권이전청구권과 동시이행관계에 있는 매매대금채권의 소멸시효는 지급기일부터 진행한다.
- ⑤ 등기 없는 점유취득시효가 완성하였으나 등기하지 않은 토지점유자가 토지의 점유를 잃은 경우, 그로부터 10년이 지나면 등기청구권은 소멸한다.

**매 설**

- ① 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리행사의 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 위 두 어느 경우에도 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보아야 한다(대판 1999.3.18. 98다32175).
- ② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 채무불이행시로부터 진행한다(대판 2005.1.14. 2002다57119).
- ③ 주채무에 대한 소멸시효가 완성되어 보증채무가 소멸된 상태에서 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인하였다고 하더라도, 주채무자가 아닌 보증인의 위 행위에 의하여 주채무에 대한 소멸시효 이익 포기 효과가 발생된다고 할 수 없으며, 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시한 경우 등과 같이 그 부종성을 부정하여야 할 다른 특별한 사정이 없는 한 보증인은 여전히 주채무의 시효소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다(대판 2012.7.12. 2010다51192).
- ④ 부동산에 대한 매매대금 채권이 소유권이전등기청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할지라도 매도인은 매매대금의 지급기일 이후 언제라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할 수 있는 데 지나지 아니하므로 매매대금 청구권은 그 지급기일 이후 시효의 진행에 걸린다(대판 1991.3.22. 90다9797).
- ⑤ 토지에 대한 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 그 토지에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 아니하고, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 바로 소멸되는 것은 아니나, 취득시효가 완성된 점유자가 점유를 상실한 경우 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 이와 별개의 문제로서, 그 점유자가 점유를 상실한 때로부터 10년간 등기청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(대판 1996.3.8. 95다34866,34873).

**정답** ②

**■ 법률행위로 인한 등기청구권의 소멸시효**

	법적성질	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 19] 소멸시효이익의 포기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 시효이익은 미리 포기하지 못한다.
- ② 금전채무에 대한 시효이익의 포기는 채무 전부에 대하여 하여야 한다.
- ③ 시효이익을 포기한 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다.
- ④ 시효이익의 포기는 철회하지 못한다.
- ⑤ 채권의 시효이익을 포기한 경우, 이는 채권자와 채무자의 관계에서만 효력이 생긴다.

해설

- ① 제184조 제1항 **【시효의 이익의 포기 기타】** 소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다.
- ② 금전채무와 같은 가분채무의 일부에 대해서도 시효이익의 포기는 가능하다(대판 2012.5.10. 2011다109500).
- ③ 채무자가 소멸시효 완성 후에 채권자에 대하여 채무를 승인함으로써 그 시효의 이익을 포기한 경우에는 그때부터 새로이 소멸시효가 진행된다(대판 2009.7.9. 2009다14340).
- ④ **소멸시효 이익의 포기는, 시효의 완성으로 권리를 상실한 자 또는 그 대리인에 대하여 시효에 의한 이익, 즉 시효에 의하여 권리를 취득 또는 의무를 면한다는 이익을 받지 않겠다고 하는 의사를 표시하는 것으로서, 그로써 권리를 취득하거나 의무를 면하는 지위를 상실하는 것이 되므로, 포기하는 자는 처분의 능력 내지 권한이 있어야 할 것이고, 그 의사표시가 상대방에게 적법하게 도달한 때에 효력이 발생된다고 할 것이다**(대판 2008.11.27. 2006다18129). 따라서 시효 이익 포기의 의사표시가 상대방에게 도달한 경우에는 철회하지 못한다.
- ⑤ 시효이익의 포기는 상대적 효과만 있으므로, 포기자 이외의 다른 자에게는 영향을 미치지 않는다. 따라서 채권의 시효이익을 포기한 경우, 이는 채권자와 채무자의 관계에서만 효력이 생긴다.

정답 ②

문 20] 소멸시효와 등기 없는 취득시효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 취득시효기간 동안 계속하여 등기명의인이 동일한 때에도 반드시 점유를 개시한 때를 기산점으로 하여야 한다.
- ② 점유자가 전(前)점유자의 점유를 아울러 주장할 때에는 그 점유의 개시시기를 어느 점유자의 점유기간 중 임의의 시점으로 선택할 수 있다.
- ③ 채권의 소멸시효가 완성하면 그 채무자의 다른 채권자는 직접 그 완성을 원용할 수 있다.
- ④ 압류 또는 가압류는 소멸시효와 취득시효의 중단사유이다.
- ⑤ 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 것이어야 한다.

해설

- ① **취득시효기간 중 계속해서 등기명의자가 동일한 경우에는 그 기산점을 어디에 두든지 간에 취득시효의 완성을**

주장할 수 있는 시점에서 보아 그 기간이 경과한 사실만 확정되면 충분하므로, 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에 있어서도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼을 수 있다(대판 1998.5.12, 97다8496·8502).

- ② 취득시효의 기초가 되는 점유가 법정기간 이상으로 계속되는 경우, 취득시효는 그 기초가 되는 점유가 개시된 때를 기산점으로 하여야 하고 취득시효를 주장하는 사람이 임의로 기산일을 선택할 수는 없으나, 점유가 순차 승계된 경우에 있어서는 취득시효의 완성을 주장하는 자는 자기의 점유만을 주장하거나 또는 자기의 점유와 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있는 선택권이 있으며, 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에도 어느 단계의 점유자의 점유까지를 아울러 주장할 것인가도 이를 주장하는 사람에게 선택권이 있고, 다만 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 점유의 개시 시기를 어느 점유자의 점유기간 중의 임의의 시점으로 선택할 수 없는 것인바, 이와 같은 법리는 반드시 소유자의 변동이 없는 경우에만 적용되는 것으로 볼 수 없다(대판 1998.4.10, 97다56822).
- ③ 소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정되므로, 채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다(대판 1997.12.26, 97다22676).
- ④, ⑤ 민법 제247조 제2항은 '소멸시효의 중단에 관한 규정은 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득기간에 준용한다.'고 규정하고, 민법 제168조 제2호는 소멸시효 중단사유로 '압류 또는 가압류, 가처분'을 규정하고 있다. 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유이어야 하는데, 민법 제168조 제2호에서 정하는 '압류 또는 가압류'는 금전채권의 강제집행을 위한 수단이거나 그 보전수단에 불과하여 취득시효기간의 완성 전에 부동산에 압류 또는 가압류 조치가 이루어졌다고 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고는 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다(대판(전) 2009.7.16, 2007다15172·15189).

정답 ⑤

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

- ① 특별한 사정이 없으면, 물건의 일부는 물권의 객체가 될 수 없다.
- ② 권원 없이 타인의 토지에 심은 수목은 독립한 물권의 객체가 될 수 없다.
- ③ 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법으로 특정할 수 있으면 수량이 변동하는 동산의 집합도 하나의 물권의 객체가 될 수 있다.
- ④ 소유권을 비롯한 물권은 소멸시효의 적용을 받지 않는다.
- ⑤ 소유권을 상실한 전(前)소유자는 물권적 청구권을 행사할 수 없다.

**해설**

- ① 물권은 절대성·배타성의 당연한 귀결로서 하나의 물건 위에는 그 내용이 서로 용납되지 않는 물권은 하나밖에 존재할 수 없다는 일물일권주의가 지배하기 때문에 특별한 사정이 없는 한 물건의 일부는 물권의 객체가 될 수 없다.
- ② 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속되고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권이 식재한 자에게 있다(대판 1980.9.30, 80도1874). 즉 권원 없이

타인의 토지에 심은 수목은 독립한 물권의 객체가 될 수 없어 토지에 부합하여 토지소유자에게 귀속된다.

- ③ 일반적으로 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른바 집합물에 대한 양도담보설정계약체결도 가능하며 이 경우 그 목적 동산이 담보 설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 담보권의 설정이 된 것으로 볼 수 있다(대판 1990.12.26. 88다카20224).
- ④ 소유권은 항구성이 있고, 점유권은 점유상태만으로 인정되는 권리이므로 소멸시효 대상이 아니다. 그러나 용익물권인 지상권, 지역권 등은 소멸시효의 대상이 된다.
- ⑤ 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생하는 물상청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권의 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없는 것으로서, **소유권을 상실한 전소유자는 제3자인 불법점유자에 대하여 물권적청구권에 의한 방해배제를 청구할 수 없다**(대판(전) 1969.5.27. 68다725).

정답 ④

## 문 22] 물권적 청구권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 물권적 청구권은 물권과 분리하여 양도하지 못한다.
- ② 물권적 청구권을 보전하기 위하여 가등기를 할 수 있다.
- ③ 미등기건물을 매수한 사람은 소유권이전등기를 갖출 때까지 그 건물의 불법점유자에게 직접 자신의 소유권에 기하여 인도를 청구하지 못한다.
- ④ 토지소유자는 권원 없이 그의 토지에 건물을 신축·소유한 사람으로부터 건물을 매수하여 그 권리의 범위에서 점유하는 사람에게 건물의 철거를 청구할 수 있다.
- ⑤ 소유권에 기한 말소등기청구권은 소멸시효의 적용을 받지 않는다.

### 해설

- ① 소유권을 양도함에 있어 소유권에 의하여 발생하는 물상청구권을 소유권과 분리, 소유권 없는 전소유자에게 유보하여 제3자에게 대하여 이를 행사케 한다는 것은 소유권의 절대적 권리인 점에 비추어 허용될 수 없는 것이다(대판(전) 1969.5.27. 68다725).
- ② 부동산등기법 제88조에서 말하는 가등기의 대상인 청구권은 동법 제3조에 규정된 물권 또는 부동산임차권의 변동을 목적으로 하는 청구권을 말하는 것이라 할 것이므로 물권적 청구권 보전을 위한 가등기는 인정되지 않지만, 채권적 청구권인 저당권설정등기청구권을 보전하기 위한 가등기는 인정된다.
- ③ 제259조 제1항 【가공】 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다.
- ④ 건물철거는 그 소유권의 중국적 처분에 해당하는 사실행위이므로 원칙으로는 그 소유자(등기명의자)에게만 그 철거처분권이 있다고 할 것이나 그 건물을 매수하여 점유하고 있는 자는 등기부상 아직 소유자로서의 등기명의가 없다 하더라도 그 권리의 범위 내에서 그 점유 중인 건물에 대하여 법률상 또는 사실상 처분을 할 수 있는 지위에 있고 그 건물이 건립되어 있어 불법으로 점유를 당하고 있는 토지소유자는 위와 같은 지위에 있는 건물점유자에게 그 철거를 구

할 수 있다(대판 1986.12.23. 86다카1751).

- ⑤ 명의신탁해지로 인한 소유권이전등기청구권이나 말소등기청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 소멸시효대상이 아니라고 한다(대판 1991.11.26, 91다34387).

정답 ②

**문 23] 부동산 물권변동에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ① 소유권이전등기를 마친 등기명의인은 제3자에 대하여 적법한 등기원인으로 소유권을 취득한 것으로 추정되지만 그 전(前)소유자에 대하여는 그렇지 않다.
- ② 미등기건물의 원시취득자는 그 승계인과 합의하여 승계인 명의로 소유권보존등기를 하여 건물소유권을 이전할 수 있다.
- ③ 등기는 물권의 존속요건이 아니므로 등기가 원인 없이 말소되더라도 그 권리는 소멸하지 않는다.
- ④ 미등기건물의 소유자가 건물을 그 대지와 함께 팔고 대지에 관한 소유권이전등기를 마친 때에는 매도인에게 관습법상 법정지상권이 인정되지 않는다.
- ⑤ 저당권설정등기가 원인 없이 말소된 때에도 그 부동산이 경매되어 매수인이 매각대금을 납부하면 원인 없이 말소된 저당권은 소멸한다.

**해설**

- ① 소유권이전등기명의자는 제3자뿐만 아니라, 그 전 소유자에 대하여는 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것이라는 등기의 추정력을 주장할 수 있다(대판 1982.6.22. 81다792 등).

※ 비교: 보존등기의 경우 당사자간의 추정력이 인정되지 않는다.

즉, 보존등기명의인은 양수했다고 주장하나 상대방은 양도사실을 부인하는 경우 보존등기의 추정력은 인정되지 않는다

- ② 미등기건물을 등기할 때에는 소유권을 원시취득한 자 앞으로 소유권보존등기를 한 다음 이를 양수한 자 앞으로 이전등기를 함이 원칙이라 할 것이나, 원시취득자와 승계취득자 사이의 합치된 의사에 따라 그 주차장에 관하여 승계취득자 앞으로 직접 소유권보존등기를 경료하게 되었다면, 그 소유권보존등기는 실제적 권리관계에 부합되어 적법한 등기로서의 효력을 가진다(대판 1995.12.26. 94다44675).
- ③ 등기는 물권의 효력발생요건이고, 그 존속요건은 아니므로 물권에 관한 등기가 원인없이 말소된 경우에도 그 물권의 효력에는 아무런 변동이 없다(대판 1988.12.27. 87다카2431).
- ④ 미등기건물을 그 대지와 함께 매도하여 대금이 완납되었으나 건물이 미등기인 관계로 대지에 관하여만 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 매도인에게 관습상의 법정지상권은 인정되지 않는다(대판(전) 2002.6.20. 2002다9660).
- ⑤ 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 등기서류에 의하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이지만, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 근저당권은 당연히 소멸하는 것이므로, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 근저당 목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 경매신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권은 이에 의하여 소멸한다(대판 1998.10.2. 98다27197).

정답 ①

문 24] 등기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 경정등기는 원시적으로 진실한 권리관계와 등기가 일부 어긋나는 경우 이를 바로잡는 등기이다.
- ② 소유자만이 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
- ③ 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구의 상대방은 현재의 등기명의인이다.
- ④ 증여로 부동산을 취득하였으나 등기원인을 매매로 기재하였다면 그 등기는 무효등기이다.
- ⑤ 그 이유가 무엇이든 당사자가 자발적으로 말소등기한 경우 말소회복등기를 할 수 없다.

해설

- ① 경정등기는 착오나 원시적으로 진실한 권리관계와 등기가 일부 어긋나는 경우 이를 바로잡는 등기이다.(대판 1962.1.13, 4294민상445).
- ②, ③ 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 자기 명의로 소유권의 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자가 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 소유권에 기하여 진정한 등기명의의 회복을 구하는 것이므로, 진정한 소유자가 아닌 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다(대판 1997.3.11. 96다47142; 대판 2003.5.13. 2002다64148 등 참조).
- ④ 부동산 등기는 현실의 권리관계에 부합하는 한 그 권리취득의 경위나 방법 등이 사실과 다르다고 하더라도 그 등기의 효력에는 아무런 영향이 없는 것이므로 증여에 의하여 부동산을 취득하였지만 등기원인을 매매로 기재하였다고 하더라도 그 등기의 효력에는 아무런 하자가 없다(대판 1980.7.22. 80다791).
- ⑤ 부동산등기법 제75조의 말소회복등기란 어떤 등기의 전부 또는 일부가 실체적 또는 절차적 하자로 부적합하게 말소된 경우에 말소된 등기를 회복하여 말소당시에 소급하여 말소가 없었던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하는 것이므로 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다(대판 1990.6.26. 89다카5673).

정답 ④

문 25] 甲소유의 X토지에 乙명의로 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 한 경우에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 乙은 부기등기의 형식으로는 가등기된 소유권이전청구권을 양도하지 못한다.
- ② 가등기가 있으면 乙이 甲에게 소유권이전을 청구할 법률관계가 있다고 추정된다.
- ③ 乙이 가등기에 기하여 본등기를 하면 乙은 가등기된 때부터 X토지의 소유권을 취득한다.
- ④ 가등기 후에 甲이 그의 채권자 丙에게 저당권을 설정한 경우, 가등기에 기하여 본등기를 마친 乙은 丙에 대하여 물상보증인의 지위를 가진다.
- ⑤ 乙이 별도의 원인으로 X토지의 소유권을 취득한 때에는, 특별한 사정이 없으면 가등기로 보전된 소유권이전청구권은 소멸하지 않는다.

매 설

- ① 가등기는 원래 순위를 확보하는 데에 그 목적이 있으나, 순위 보전의 대상이 되는 물건변동의 청구권은 그 성질상 양도될 수 있는 재산권일 뿐만 아니라 가등기로 인하여 그 권리가 공시되어 결과적으로 공시방법까지 마련된 셈이므로, 이를 양도한 경우에는 양도인과 양수인의 공동신청으로 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경료할 수 있다고 보아야 한다(대판 1998.11.19, 98다24105).
- ② 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료되어 있다하더라도 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되지 아니한다(대판 1979.5.22, 79다239).
- ③ 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전의 효력만이 있어 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급하는 것뿐이지 본등기에 의한 물건변동의 효력이 가등기한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다(대판 1992.9.25, 92다21258). 따라서 乙이 가등기에 기하여 본등기를 하면 乙은 본등기한 때부터 X토지의 소유권을 취득한다.
- ④ 소유권이전청구권보전을 위한 가등기는 부동산의 물건변동에 있어 순위보전의 효력이 있는 것이므로 그 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 한 경우에는 그 가등기 후에 경료된 근저당권 설정등기와 경매신청의 기입등기는 가등기권자의 본등기 취득으로 인한 등기순위와 물권의 배타성에 의하여 실질적으로 등기의 효력을 상실한다 할 것이니 등기공무원은부동산등기법 제175조 내지 제177조 및제55조 제2호에 의하여 가등기 후에 한 제3자(본건의 재항고인)의 본건 추가근저당권설정등기 및 경매신청의 기입등기를 직권으로 말소할 수 있는 것이라고 할 것이고 위 경매신청의 기입등기가 경매법원의 촉탁에 의하여 하여진 것이거나 집행법원의 소론 경매 개시결정의 취소가 없다 하여도 위 이론에 소장이 있을 수는 없는 것이다(대판 1975.12.27. 74마100). 따라서 가등기 후에 甲이 그의 채권자 丙에게 저당권을 설정한 경우, 가등기에 기하여 본등기를 마치면 중간처분인 丙의 저당권은 직권 말소되므로 乙은 丙에게 어떠한 책임도 없다.
- ⑤ 가등기에 기하여 본등기가 된 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효되는 것이므로 가등기에 기한 본등기청구와 단순한 소유권이전등기청구는 비록 그 등기원인이 동일하다고 하더라도 이는 서로 다른 청구로 보아야 한다(대판 1994.4.26., 92다34100). 따라서 乙이 별도의 원인으로 X토지의 소유권을 취득한 때에는, 특별한 사정이 없으면 가등기로 보전된 소유권이전청구권은 소멸하지 않는다.

정답 ⑤

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

- ① 점유권과 유치권은 선의취득할 수 없다.
- ② 점유개정의 방법으로 양도담보를 설정한 동산소유자가 다시 제3자와 양도담보설정계약을 맺고 그 동산을 점유개정으로 인도한 경우, 제3자는 양도담보권을 선의취득하지 못한다.
- ③ 인도가 물권적 합의보다 먼저 이루어진 경우, 선의·무과실의 판단은 인도를 기준으로 한다.
- ④ 선의취득자는 임의로 소유권취득을 거부하지 못한다.
- ⑤ 선의취득자는 권리를 잃은 전(前)소유자에게 부당이득을 반환할 의무가 없다.

해설

- ① 선의취득에 의해 취득할 수 있는 동산물권은 실질적으로 소유권과 질권에 한한다. 점유권과 유치권은 선의취득할 수 없다.
- ② 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정의 방법으로 인도하고 채무자가 이를 계속 점유하기로 약정한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 동산의 소유권은 신탁적으로 이전되는 것에 불과하여, 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서는 채무자가 소유권을 보유하나 대외적인 관계에서의 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자로서는 양도담보권을 취득할 수 없는데, **현실의 인도가 아닌 점유개정의 방법으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로** 결국 뒤의 채권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없다(대판 2005.2.18. 2004다37430).
- ③ 민법 제249조가 규정하는 선의 무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, **인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다**(대판 1991.3.22, 91다70).
- ④ 선의취득은 원시취득으로, 선의취득자는 임의로 선의취득의 효과를 거부하고 중전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것을 요구할 수 없다(대판 1998.6.12, 98다6800).
- ⑤ 선의취득이 인정되는 때에는, 그 선의취득이 이익을 보유할 수 있는 법률상 원인이 되므로 선의취득자는 목적물의 본래의 권리자에게 부당이득반환의무를 부담하지 않는다(대판 1998.6.12, 98다6800).

정답 ③

문 27] 점유자와 회복자의 관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.
- ② 과실의 수취에 관하여 점유자의 선·악의는 과실이 원물에서 분리되는 때를 기준으로 판단한다.
- ③ 악의의 점유자는 그가 소비한 과실의 대가를 보상하여야 한다.
- ④ 그의 책임 있는 사유로 점유물을 멸실·훼손한 선의의 타주점유자는 손해 전부를 배상하여야 한다.
- ⑤ 과실을 취득한 점유자는 그가 지출한 비용 전부를 청구할 수 있다.

해설

- ① 제201조 【점유자와 과실】 ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.
- ② 천연과실의 경우 과실을 수취할 수 있는 점유자인지 여부에 대한 선·악의의 판단기준 시기는 원물로부터 분리할 때이다(제102조).

**제102조 【과실의 취득】**

- ① 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다.
- ② 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다.

- ③ 제201조 【점유자와 과실】 ② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.

- ④ 타주점유자가 그의 책임 있는 사유로 점유물을 멸실 또는 훼손한 때에는 그가 선의로 점유했다더라도 손해의 전부를 배상하여야 한다(제202조).
- ⑤ 점유자가 과실을 취득하였다면 통상의 필요비는 청구할 수 없다(제203조 제1항).

**제203조 【점유자의 상환청구권】**

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

정답 ⑤

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

- ① 점유매개자의 점유는 자주점유이다.
- ② 점유는 사실상 지배로 성립한다.
- ③ 다른 사정이 없으면, 건물의 소유자가 그 부지를 점유하는 것으로 보아야 한다.
- ④ 점유매개관계가 소멸하면 간접점유자는 직접점유자에게 점유물의 반환을 청구할 수 있다.
- ⑤ 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정한다.

**해설**

- ① 점유매개관계에 기한 **지상권자, 전세권자, 임차인**, 수치인, 질권자 등이 점유매개자이며, 이들 점유는 타인이 소유자임을 전제하는 점유이므로 **타주점유**이다.
- ② 물건에 대한 **점유**는 사회관념상 어떤 사람의 **사실적 지배에 있다고 할 수 있는 객관적 관계**를 가리키는 것으로서, 여기서 말하는 사실적 지배는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니라 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인 지배의 배제가능성 등을 종합적으로 고려하여 사회관념에 따라 합목적으로 판단하여야 한다(대판 2012.1.27., 2011다74949).

**제192조 【점유권의 취득과 소멸】** ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.

- ③ 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이고, **건물의 소유자는 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않더라도 그 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다**(대판 1991.6.25. 91다10329).
- ④ 간접점유란 점유매개관계에 기해 간접점유자가 반환청구권을 가지고 있어야 하고, 점유매개관계가 소멸하면 간접점유자는 직접점유자에게 점유물의 반환을 청구하여 점유권을 회복하게 된다.
- ⑤ **제197조 【점유의 태양】** ① 점유자는 **소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정한다.**

정답 ①

**문 29] 甲이 乙명의로 X토지에 대하여 점유취득시효기간을 완성한 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**



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

- ① 매도인은 매매계약의 이행으로 토지를 인도받았으나 소유권이전등기를 하지 않고 점유·사용하는 매수인에게 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.
- ② 토지의 경계는 지적공부에 의하여 확정된다.
- ③ 토지가 포락되어 사회통념상 원상복구가 어려워 토지로서의 효용을 상실한 때에는 그 토지의 소유권이 소멸한다.
- ④ 도급계약에서 신축집합건물의 소유권을 수인의 도급인에게 귀속할 것을 약정한 경우, 그 건물의 각 전유부분의 소유관계는 공동도급인의 약정에 의한다.
- ⑤ 소유권에 기한 방해배제청구권에서 '방해'는 현재 지속되고 있는 침해를 의미한다.

해설

- ① 부동산의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 않았다고 하더라도 매매계약의 이행으로 그 부동산을 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기는 것이고, 매수인이 그 부동산을 이미 사용하고 있는 상태에서 부동산의 매매계약을 체결한 경우에도 특별한 약정이 없는 한 매수인은 그 매매계약을 이행하는 과정에서 이를 점유·사용할 권리를 가진다. 이러한 부동산에 대한 점유·사용이 법률상 원인이 없는 이득이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다(대판 1996.6.25. 95다12682,12699).
- ② 어떤 특정한 토지가 지적공부에 의하여 일필의 토지로 등록되었다면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 확정되었다고 할 것이므로 1. **그 토지의 소유권의 범위는 지적공부상의 경계에 의하여 확정하여야 할 것이고**, 다만 2. 지적도를 작성함에 있어서 그 기지점을 잘못 선택하는 등 기술적 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성된 경우와 같은 특별한 사정이 있는 때에는 그 토지의 경계는 실제의 경계에 의하여 한다(대판 1990.12.21, 88다카19712).
- ③ 토지가 포락되어 사회통념상 원상복구가 어려워 토지로서의 효용을 상실하였을 때에는 그에 대한 소유권은 소멸되는 것이며, 그 소멸 여부는 포락 당시를 기준으로 가려지는 것이지 지적법 시행령의 규정에 따른 등록사항말소사실의 통지시를 기준으로 소유권이 소멸되는 것은 아니다(대판 1992.4.10, 91다31562).
- ④ 신축건물의 소유권은 원칙상 자기의 노력과 재료를 들여 이를 건축한 사람이 원시취득하는 것임은 물론이나, 건물신축도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성 하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하기로 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속되는바, 이때 신축건물이 집합건물로서 여러 사람이 공동으로 건축주가 되어 도급계약을 체결한 것이라면, 그 집합건물의 각 전유부분 소유권이 누구에게 원시적으로 귀속되는냐는 공동 건축주들의 약정에 따라야 한다(대판 2005.11.25. 2004다36352).
- ⑤ 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것이어서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 아니되며(이는 손해배상의 영역에 해당한다 할 것이다) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 한다(대판 2003.3.28. 2003다5917).

정답 ①

문 31] 민법이 명문으로 공유물분할청구를 금지하는 경우는?

- ① 구분소유하는 건물과 그 부속물 중 공용하는 부분의 경우
- ② 주종을 구별할 수 없는 동산이 부합된 경우
- ③ 수인이 공동으로 매장물을 발견한 경우
- ④ 수인이 공동으로 유실물을 습득한 경우
- ⑤ 수인이 공동으로 무주물을 선점한 경우

해설

공유물분할청구는 건물을 구분소유하는 경우의 공용부분(제215조), 경계에 설치된 경계표·담·구거 등(제239조)는 법률상 분할이 금지된다.

제268조 【공유물의 분할청구】

- ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다.
- ② 전항의 계약을 갱신한 때에는 그 기간은 갱신한 날부터 5년을 넘지 못한다.
- ③ 전2항의 규정은 제215조, 제239조의 공유물에는 적용하지 아니한다.

정답 ①

문 32] 침부에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 타인이 그의 권원에 의하여 부동산에 부속한 물건은 이를 분리하여도 경제적 가치가 없으면 부동산소유자의 소유로 한다.
- ② 저당권의 효력은 다른 사정이 없으면 저당부동산에 부합된 물건에 미친다.
- ③ 동일인 소유의 여러 동산들이 결합하는 것은 부합이 아니다.
- ④ 부합의 원인은 인위적이든 자연적이든 불문한다.
- ⑤ 타인의 동산에 가공한 때에는 가공물의 소유권은 가공자의 소유로 한다.

해설

① 부합물에 관한 소유권 귀속의 예외를 규정한 민법 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라고 할지라도 그 부속된 물건을 분리하여도 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지이지, 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이다. 그리고 경제적 가치의 판단은 부속시킨 물건에 대한 일반 사회통념상의 경제적 효용의 독립성 유무를 그 기준으로 하여야 한다(대판 2017.7.18. 2016다38290).

- ② 제358조 【저당권의 효력의 범위】 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 증물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.
- ③ 부합은 소유자를 달리하는 여러 개의 물건이 결합하여 1개의 물건으로 되는 것을 말한다. 여러 동산들이 결합하는 경우라도 동일인 소유하면 부합은 아니다.
- ④ 부합이란 분리 훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 경우는 물론 분리하게 되면 경제적 가치를 심히 감소케 하는 경우도 포함하고, 부합의 원인은 인공적인

경우도 포함한다(대판 2012.1.26. 2009다76546; 1962.1.31. 4294민상445 참조).

- ⑤ 제259조 【가공】 ① 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다.

정답 ⑤

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

- ① 종중재산이 여러 사람에게 명의신탁된 경우, 그 수탁자들 상호간에는 형식상 공유관계가 성립한다.  
② 3자간 등기명의신탁관계의 명의신탁자는 수탁자에게 명의신탁된 부동산의 소유권이 전등기를 청구하지 못한다.  
③ 채무자는 채권을 담보하기 위하여 채권자에게 그 소유의 부동산에 관한 소유권이전 등기를 할 수 있다.  
④ 부부 사이에 유효하게 성립한 명의신탁은 배우자 일방의 사망으로 잔존배우자와 사망한 배우자의 상속인에게 효력을 잃는다.  
⑤ 계약 상대방이 명의수탁자임을 알면서 체결한 매매계약의 효력으로 소유권이전등기를 받은 사람은 소유권을 취득한다.

해설

- ① 종중재산이 여러 사람에게 명의신탁된 경우 그 수탁인들 상호간에는 형식상 공유관계가 성립한다(대판 1992.9.8. 92다18184).  
② 부동산실권리자명의등기에관한법률에 의하면, 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 같은 법에서 정한 유예기간 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로, 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있게 되고, 한편 같은 법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하여 유예기간 경과 후로도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, **명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수 있고, 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수도 있다**(대판 2002.3.15, 2001다61654). 즉 명의신탁약정이 무효이므로 3자간 등기명의신탁관계의 명의신탁자는 수탁자에게 명의신탁된 부동산의 소유권이전등기를 직접 청구하지 못한다.  
③ 채권의 담보를 목적으로 함에도 소유권 이전의 형식을 취하는 양도담보는 실질적인 목적과 형식이 불일치하여, 이에 대한 유효성에 다툼이 있으나, 판례는 민법상 신탁의 하나로서 유효한 것을 인정하고 있다. 또한 가등기담보 등에 관한 법률도 “매도담보를 비롯한 모든 양도담보에 있어서 청산절차를 밟아야 한다”고 규정함으로써 약한 의미의 양도담보만을 유효한 것으로 보고 있다.  
④ 부동산실명법 제8조 제2호에 따라 부부간 명의신탁이 일단 유효한 것으로 인정되었다면 그 후 배우자 일방의 사망으로 부부관계가 해소되었다 하더라도 그 명의신탁약정은 사망한 배우자의 다른 상속인과의 관계에서도 여전히 유효하게 존속한다고 보아야 한다(대판 2013.1.24. 2011다99498).  
⑤ 명의신탁약정과 등기의 무효를 가지고 제3자에게 대항할 수 없다(부실법 제4조 제3항), 여기서

의 ‘제3자라 함은, 수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺는 자를 말하고, 여기에는 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 압류 또는 가압류채권자도 포함되며, **제3자의 선의·악의를 묻지 않는다**(대판 2000.3.28, 99다56529 등 참조). 따라서 명의신탁계약의 명의수탁자임을 알면서 새로이 체결한 매매계약하고 이에 기해 소유권이전등기를 받은 사람은 부실법 제4조 제3항의 제3자에 해당하여 악의자라도 소유권을 취득한다.

정답 ④

**문 34] 법정지상권에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

- ㄱ. X토지에 Y건물의 소유를 위한 법정지상권을 가진 甲의 Y건물을 경매에서 매수한 乙은, 건물철거의 매각조건 등 특별한 사정이 없으면 당연히 법정지상권을 취득한다.
- ㄴ. X토지를 소유하는 甲이 乙과 함께 그 지상에 Y건물을 신축·공유하던 중 X토지에 저당권을 설정하였고 그의 실행에 의한 경매에서 丙이 X토지의 소유권을 취득한 경우, Y건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다.
- ㄷ. 甲소유의 X토지와 그 지상건물에 공동저당권이 설정된 후 지상건물을 철거하고 Y건물을 신축하였고 저당권의 실행으로 X토지와 Y건물이 다른 소유자에게 매각된 경우, 특별한 사정이 없으면 Y건물을 위한 법정지상권이 성립한다.
- ㄹ. X토지에 저당권을 설정한 甲이 저당권자 乙의 동의를 얻어 Y건물을 신축하였으나 저당권의 실행에 의한 경매에서 丙이 X토지의 소유권을 취득한 경우, Y건물을 위한 법정지상권이 성립한다.

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

**해설**

[ㄴ, ㄷ, ㄹ]이 부당하다.

- ㄱ. (○): 건물(Y) 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람(甲)으로부터 경매에 의하여 건물(Y)의 소유권을 이전 받은 매수인(乙)은 매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 매수취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득한다(대판 2014.12.24, 2012다73158).
- ㄴ. (×): 건물공유자의 1인이 그 건물의 부지인 토지를 단독으로 소유하면서 그 토지에 관하여만 저당권을 설정하였다가 위 저당권에 의한 경매로 인하여 토지의 소유자가 달라진 경우, 건물공유자들은 민법 제366조에 의하여 토지 전부에 관하여 건물의 존속을 위한 법정지상권을 취득한다고 보아야 한다(대판 2011.1.13, 2010다67159).
- ㄷ. (×): 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을

설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다(대판(전) 2003.12.18, 98다43601).

ㄹ. (×): 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 그 지상에 토지소유자에 의한 건물의 건축이 개시되기 이전이었다면, 건물이 없는 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 근저당권자가 토지소유자에 의한 건물의 건축에 동의하였다고 하더라도 그러한 사정은 주관적 사항이고 공시할 수도 없는 것이어서 토지를 낙찰받는 제3자로서는 알 수 없는 것이므로 그와 같은 사정을 들어 법정지상권의 성립을 인정한다면 토지 소유권을 취득하려는 제3자의 법적 안정성을 해하는 등 법률관계가 매우 불명확하게 되므로 법정지상권이 성립되지 않는다(대판 2000.12.8. 2000다14934·14941).

정답 ④

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

- ① 지역권은 점유를 요건으로 하는 물권이다.
- ② 지역권은 독립하여 양도·처분할 수 있는 물권이다.
- ③ 통행지역권은 지료의 약정을 성립요건으로 한다.
- ④ 통행지역권의 시효취득을 위하여 지역권이 계속되고 표현되면 충분하고 승역지 위에 통로를 개설할 필요는 없다.
- ⑤ 통행지역권을 시효취득한 요역지소유자는, 특별한 사정이 없으면 승역지의 사용으로 그 소유자가 입은 손해를 보상하여야 한다.

#### 예 설

- ① 지역권은 승역지 소유자의 용익권능을 전면적으로 배제하는 것이 아니다. 즉 대상토지를 전면적으로 사용하는 지상권이나 전세권 등과 달리 점유를 요건으로 하지 않는 물권이다.
- ② 지역권은 요역지를 위한 종된 권리이므로 요역지와 분리하여 양도하지 못한다(제292조).

#### 제292조 【부종성】

② 지역권은 요역지와 분리하여 양도하거나 다른 권리의 목적으로 하지 못한다.

- ③ **통행지역권의 경우에 지역권의 대가로서의 지료는 그 요건이 아니다.** 그렇지만 통행지역권의 취득시효가 인정되면, 도로가 개설된 상태에서 승역지가 이용되고 또한 다른 사정이 없는 한 그 존속기간에 제한이 없어 승역지 소유자의 승역지에 대한 사용 및 소유권 행사에 상당한 지장을 주게 되므로 그에 따른 불이익에 대하여 승역지 소유자를 적절히 보호할 필요가 있다. 한편 통행지역권의 취득시효는 승역지 위에 도로를 설치하여 늘 사용하는 객관적 상태를 전제로 하는데, **도로 개설에 의한 종전의 승역지 사용이 무상으로 이루어졌다는 특별한 사정이 없다면 취득시효 전에는 그 사용에 관한 지료 지급의무를 지거나 부당이득반환의무를 지므로,** 이러한 상태에서의 도로 개설·사용을 전제로 하여 시효취득이 이루어진다고 할 수 있다(대판 2015.3.20, 2012다17479).
- ④ 민법 제294조에 의하여 지역권을 취득함에 있어서는 요역지의 소유자가 승역지상에 통로를 개설하여 승역지를 항시 사용하고 있는 객관적 상태가 민법 제245조에 규정된 기간 계속한 사실이 있어야 하는 것이다(대판 1966.9.6, 65다2305·2306).

즉 요역지 소유자가 도로를 개설하여야 한다.

**제294조 【지역권 취득기간】** 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 제245조의 규정을 준용한다.

- ⑤ 도로 설치에 의한 사용을 근거로 영구적인 통행지역권이 인정되는 통행지역권의 취득시효에 관한 여러 사정들과 아울러 주위토지통행권과의 유사성 등을 종합하여 보면, 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).

정답 ⑤

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

- ① 수급인은 특별한 사정이 없으면 그의 비용과 노력으로 완공한 건물에 유치권을 가지지 못한다.
- ② 물건의 소유자는 그 물건을 점유하는 제3자가 비용을 지출할 때에 점유권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 몰랐음을 증명하여 비용상환청구권에 기한 유치권의 주장을 배척할 수 있다.
- ③ 채권과 물건 사이에 견련관계가 있더라도, 그 채무불이행으로 인한 손해배상채권과 그 물건 사이의 견련관계는 인정되지 않는다.
- ④ 저당권의 실행으로 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 이루어지기 전에 유치권을 취득한 사람은 경매절차의 매수인에게 이를 행사할 수 있다.
- ⑤ 토지 등 그 성질상 다른 부분과 쉽게 분할할 수 있는 물건의 경우, 그 일부를 목적으로 하는 유치권이 성립할 수 있다.

**해설**

- ① 유치권은 타물권인 점에 비추어 볼 때 수급인의 재료와 노력으로 건축되었고 독립한 건물에 해당되는 기성부분은 수급인의 소유라 할 것이므로 수급인은 공사대금을 지급받을 때까지 이에 대하여 유치권을 가질 수 없다(대판 1993.3.26. 91다14116).
- ② 어떠한 물건을 점유하는 자는 소유의 의사로 선의 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정될 뿐만 아니라 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하는 것으로 추정되므로 점유물에 대한 유익비상환청구권을 기초로 하는 유치권의 주장을 배척하려면 적어도 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 유익비지출 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 이를 알지 못함이 중대한 과실에 기인하였다고 인정할만한 사유의 상대방 당사자의 주장입증이 있어야 한다(대판 1966.6.7. 66다600,601).
- ③ 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 원채권의 연장이라 보아야 할 것이므로 물건과 원채권과 사이에 견련관계가 있는 경우에는 그 손해배상채권과 그 물건과의 사이에도 견련관계가 있다할 것으로서 손해배상채권에 관하여 유치권항변을 내세울 수 있다할 것이다(대판 1976.9.28. 76다582).
- ④ 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 이

전함으로써 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).

- ⑤ 타인이 임야의 일부를 개간한 자가 그 개간부분에 대하여 유치권을 항변하였는데 거래상 개간 부분과는 다른 부분과의 분할이 가능성이 용이하게 추지되는 경우 그 **유치권의 객체는 임야중 개간부분에 한하는 것이었다고** 할 것임에도 불구하고 인도청구 전부를 배척한 것은 위법이다(대판 1968.3.5. 67다2786).

정답 ③

문 37] 전세권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이다.
- ② 전세권이 존속하는 중에 전세권자는 전세권을 그대로 둔 채 전세금반환채권만을 확정적으로 양도하지 못한다.
- ③ 전세목적물이 처분된 때에도 전세권을 설정한 양도인이 전세권관계에서 생기는 권리·의무의 주체이다.
- ④ 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이 전세기간의 만료로 당연히 소멸하지만, 전세권저당권이 설정된 때에는 그렇지 않다.
- ⑤ 전세권저당권이 설정된 경우, 제3자의 압류 등 다른 사정이 없으면 전세권이 기간만으로 소멸한 때에 전세권설정자는 저당권자에게 전세금을 지급하여야 한다.

해설

- ① 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 **목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점** 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다(대판 1995.2.10, 94다18508).
- ② **전세권이 존속하는 동안**은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 **장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐**이라 할 것이다(대판 2002.8.23, 2001다69122).
- ③ 전세권이 성립한 후 전세목적물의 소유권이 이전된 경우, 전세권은 **전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신 소유자 사이에서 동일한 내용으로 존속**한다(대판 2006.5.11, 2006다6072).
- ④ 전세권을 목적으로 한 **저당권이 설정된 경우, 전세권의 존속기간이 만료하면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸**하기 때문에 그 전세권에 대한 저당권자는 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 된다(대판 2008.3.13, 2006다29372 등).
- ⑤ 전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만으로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 **전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담**한다고 보아야 한다(대판 1999.9.17. 98다31301).

정답 ②

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

- ① 질권은 질물 전부에 효력이 미친다.
- ② 저당권으로 담보된 채권에 설정된 질권은 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 저당권에 효력이 미친다.
- ③ 금전채권에 질권을 취득한 질권자는 자기채권액의 범위에서 직접 추심하여 변제에 충당할 수 있다.
- ④ 질권설정자는 피담보채무의 변제기 이후의 약정으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 이전할 수 있다.
- ⑤ 금전채무자가 채권자에게 담보물을 제공한 경우, 특별한 사정이 없으면 채무자의 변제의무와 채권자의 담보물반환의무는 동시이행관계에 있다.

해설

- ① 질권은 불가분성이 있어서 질권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 질물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(제343조, 제321조).
- ② 제348조 【저당채권에 대한 질권과 부기등기】 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.
- ③ 제353조 【질권의 목적이 된 채권의 실행방법】 ② 채권의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 직접 청구할 수 있다.
- ④ 채무변제기 전 유질계약은 공박한 상태의 채무자가 폭리행위에 의해 희생될 수 있으므로 금지되는 것이지만, 채무의 변제기 후에 하는 유질계약은 일종의 대물변제로서 유효하다.  

제339조 【유질계약의 금지】 질권설정자는 채무변제기전의 계약으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 취득하게 하거나 법률에 정한 방법에 의하지 아니하고 질물을 처분할 것을 약정하지 못한다.
- ⑤ 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자로부터 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다(대판 2019.10.31. 2019다247651).

정답 ⑤

문 39] 저당권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 저당권의 효력은 천연과실뿐만 아니라 법정과실에도 미친다.
- ② 저당권으로 담보된 채권을 양수하였으나 아직 대항요건을 갖추지 못한 양수인도 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추면 경매를 신청할 수 있다.
- ③ 후순위담보권자가 경매를 신청한 경우, 선순위근저당권의 피담보채권은 매수인이 경락대금을 완납하여 그 근저당권이 소멸하는 때에 확정된다.
- ④ 저당권의 이전을 위하여 저당권의 양도인과 양수인, 그리고 저당권설정자 사이의 물권적 합의와 등기가 있어야 한다.
- ⑤ 공동저당관계의 등기를 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이라고는 할 수 없다.

해설

- ① 민법 제359조 전문은 “**저당권의 효력은** 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.”라고 규정하고 있는데, 위 규정상 ‘과실’에는 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함되므로, 저당부동산에 대한 압류가 있으면 압류 이후의 저당권설정자의 저당부동산에 관한 차임채권 등에도 저당권의 효력이 미친다(대판 2016.7.27. 2015다230020).
- ② 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있으며, 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 할 것이나, 이러한 절차를 통하여 채권 및 근저당권의 양수인의 신청에 의하여 개시된 경매절차가 실효되지 아니한 이상 그 경매절차는 적법한 것이고, 또한 그 경매신청인은 양수채권의 변제를 받을 수도 있다(대판 2005.6.23. 2004다29279).
- ③ 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다(대판 1999.9.21, 99다26085).  
**비교:** 근저당권자 자신이 경매신청한 경우 : **그 경매신청시에 근저당권은 확정**
- ④ 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부 채권의 양도는 언제나 저당권의 양도와 채권양도가 결합되어 행해지므로 저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율되므로 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라 할 것이고, 단지 채무자에게 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있으면 채권양도를 가지고 채무자에게 대항할 수 있게 되는 것이다(대판 2005.6.10. 2002다15412,15429).
- ⑤ 부동산등기법 제149조는같은 법 제145조의 규정에 의한 공동담보등기의 신청이 있는 경우 각 부동산에 관한 권리에 대하여 등기를 하는 때에는 그 부동산의 등기용지 중 해당 구 사항란에 다른 부동산에 관한 권리의 표시를 하고 그 권리가 함께 담보의 목적이라는 뜻을 기재하도록 규정하고 있지만, 이는 공동저당권의 목적물이 수 개의 부동산에 관한 권리인 경우에 한하여 적용되는 등기절차에 관한 규정일 뿐만 아니라, 수 개의 저당권이 피담보채권의 동일성에 의하여 서로 결속되어 있다는 취지를 공시함으로써 권리관계를 명확히 하기 위한 것에 불과하므로, 이와 같은 공동저당관계의 등기를 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이라고 할 수 없다(대판 2010.12.23. 2008다57746).

정답 ④

문 40] 저당권에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

- ① 저당부동산의 소유권이 제3자에게 양도된 후 피담보채권이 변제된 때에는 저당권을 설정한 종전소유자도 저당권설정등기의 말소를 청구할 권리가 있다.
- ② 저당권을 설정한 사람이 채무자가 아닌 경우, 그는 원본채권이 이행기를 경과한 때부터 1년분의 범위에서 지연배상을 변제할 책임이 있다.
- ③ 근저당권의 채무자가 피담보채권의 일부를 변제한 경우, 변제한 만큼 채권최고액이

축소된다.

- ④ 저당권자는 배당기일 전까지 물상대위권을 행사하여 우선변제를 받을 수 있다.
- ⑤ 대체물채권을 담보하기 위하여 저당권을 설정한 경우, 피담보채권액은 채권을 이행할 때의 시가로 산정한 금액으로 한다.

**예 설**

- ① 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 **현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여** 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, **근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서** 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 **계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다**고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(대판(전) 1994.1.25, 93다16338).
- ② 저당권의 피담보채무의 범위에 관하여 민법 제360조가 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는 것은 저당권자의 제3자에 대한 관계에서의 제한이며 채무자나 저당권설정자가 저당권자에 대하여 대항할 수 있는 것이 아니다(대판 1992.5.12, 90다8855). 따라서 채무자는 아니나 저당권을 설정한 사람은 제360조 범위에 제한되지 않고, 전부를 배상하여야 한다.

**제360조 【피담보채권의 범위】** 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다.

- ③ 근저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 근저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 이것이 근저당에 있어서의 채권최고액을 초과하는 경우에 근저당권자로서는 그 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 그 채무의 일부인 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용만을 받고 근저당권을 말소시켜야 할 이유는 없을 뿐 아니라, 채무금 전액에 미달하는 금액의 변제가 있는 경우에 이로써 우선 채권최고액 범위의 채권에 변제충당한 것으로 보아야 한다는 이유도 없으니 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당의 효력은 잔존채무에 여전히 미친다고 할 것이다(대판 2010.5.13, 2010다3681).
- ④ 민법 제370조, 제342조에 의한 **저당권자의 물상대위권의 행사**는 구 민사소송법 제733조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하거나, 구 민사소송법 제580조에 의하여 배당요구를 하는 방법에 의하여 하는 것이고, 이는 늦어도 구 민사소송법 제580조 제1항 각 호 소정의 **배당요구의 종기까지 하여야 하는 것으로** 그 이후에는 물상대위권자로서의 우선변제권을 행사할 수 없다(대판 2003.3.28, 2002다13539).
- ⑤ 저당권의 피담보채권은 보통 금전채권이다. 그러나 채무불이행의 경우에 금전채권(손해배상청구권)으로 전환할 수 있는 것도 피담보채권이 될 수 있다. 다만, 일정한 금액을 목적으로 하지 않은 채권의 담보를 위하여 저당권설정등기를 신청할 때에는 그 채권의 가격(평가액)을 기재해야 한다(부동산등기법 제77조). 저당권에 관한 다른 이해관계인을 보호하기 위한 조치이다. 따라서 일정한 금액을 목적으로 하지 않은 채권인 대체물채권을 담보하기 위하여 저당권을 설정한 경우에 피담보채권액은 저당권설정등기를 신청할 때의 시가로 산정한 금액이 된다.

**정답** ①