

NATIONAL ASSEMBLY HIGHER CIVIL SERVICE EXAM

입법고등고시

2차 기출 완성

제3권 민법

2016~2024년 제2차시험 기출 · 자습용 · 2026년 10월 판

차례

일러두기	3
제0장 시험 이해와 답안 쓰는 법	4
0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 민법 사례형 답안 쓰는 법	6
0-5 학습 계획	7
제1장 민법총칙 — 의사표시·대리·법인	8
1-1 핵심 개념	9
1-2 기출 풀이	12
2019 제1문 위작 서화 매매 — 착오 취소와 하자담보책임	12
2020 제2문 공유 토지의 무권대리 매도와 선의 전득자	15
2021 제4문 대리권의 남용	18
2024 제3문 이사의 대표권 제한과 비법인사단	20
제2장 물권 — 소유권·공유·취득시효	22
2-1 핵심 개념	23
2-2 기출 풀이	26
2018 제2문 대지 소유자 명의로 지은 다세대주택과 수분양자	26
2020 제3문 시효기간 중 소유자 변경과 협의매수 보상금	28
2021 제2문 소수지분권자의 독점 점유와 인도청구	30
제3장 부동산 명의신탁	32
3-1 핵심 개념	33
3-2 기출 풀이	35
2016 제2문 3자간 등기명의신탁에서 신탁자의 소유권 취득	35
2019 제2문 계약명의신탁 수탁자의 처분과 수탁자 채권자	37
2023 제2문 계약명의신탁자의 청구와 상속인의 시효취득	39
제4장 담보물권과 주택임대차	41
4-1 핵심 개념	42
4-2 기출 풀이	45
2016 제3문 저당부동산의 제3취득자의 지위	45
2017 제1문 강제경매로 분리된 토지·주택과 임차권 양수인의 순위	47
2024 제2문 임차인이 맡긴 기계 수리와 소유자	50
제5장 책임재산의 보전 — 채권자대위권·채권자취소권	53
5-1 핵심 개념	54
5-2 기출 풀이	57
2020 제1문 계약명의신탁 수탁자의 연대보증채권자	57
2021 제1문 이중매매와 제1매수인의 대위·취소	60
2021 제3문 대위 사실을 안 채무자와 합의해제	62
2024 제1문 채무초과 채무자의 근저당권 설정과 채권자취소	64
제6장 채권의 이전과 소멸 — 채권양도·변제·상계	67
6-1 핵심 개념	68
6-2 기출 풀이	71
2017 제3문 제3자의 변제와 법정대위의 관계	71
2018 제1문 매매대금채권의 양도와 압류·특약·가장매매	73
2023 제3문 상계의 요건	76
제7장 계약 — 매매·해제·위험부담	78
7-1 핵심 개념	79
7-2 기출 풀이	81

2017 제2문 타인 부동산 매매의 이행불능과 악의 매수인	81
2018 제3문 쌍무계약에서의 위험부담	83
2023 제1문 토지 매매의 해제 네 장면	84
제8장 불법행위와 가족법	87
8-1 핵심 개념	88
8-2 기출 풀이	90
2016 제1문 미성년자의 오토바이 사고와 사실혼 유족·태아	90
2019 제3문 친생부인의 소	93
부록 참조 자료	95
부록 A 연도별 문항 일람	96
부록 B 주제 색인	97
부록 C 핵심 조문과 판례	99

일러두기

이 권의 구성. 이 책은 2016~2024년 입법고등고시 제2차시험 민법 기출 25개 대문(2016~2021년, 2023~2024년 8개년)을 주제별로 재배열하고, 문항마다 출제 포인트, 등장인물과 쟁점 지도, 예시답안을 붙인 자습서이다. 0장에서 시험 구조와 민법 답안 쓰는 법을 정리하고, 1~8장에서 주제별 핵심 개념 카드와 기출 풀이를 제공한다. 부록에는 연도별 문항 일람(A), 주제 색인(B), 이 책에서 쓴 핵심 조문과 판례(C)를 실었다. 2022년 문제지는 이 책의 원자료에 포함되어 있지 않아 신지 않았다.

공부법. 각 장은 ‘핵심 개념 → 기출 풀이’ 순서이다. 기출 풀이에서는 문제지 원문을 읽은 뒤 바로 해설을 보지 말고, 먼저 **등장인물의 관계를 표로 그리고** 누가 누구에게 무엇을 청구하는지 적어 본 다음 ‘쟁점 지도’와 비교하기를 권한다. 예시답안은 하나의 모범 구성일 뿐이며, 같은 결론에 이르는 다른 논리 구성도 가능하다. 학설이 나뉘는 쟁점(대리권 남용의 법적 구성, 대표권 제한의 제3자 범위 등)은 판례를 중심으로 두되 반대 견해를 한두 문장으로 언급하면 충분하다.

표기 기준.

- 법령: 민법은 조문 번호만 적었다(예: 제406조). 특별법은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」을 ‘부동산실명법’으로, 「주택임대차보호법」을 ‘주임법’으로 줄였고, 그 밖의 법률은 이름을 밝혔다.
- 판례: 법리는 “판례는 …라는 입장이다”처럼 태도로 적었다. 사건번호는 정확하다고 확인한 전원합의체 판결 등에만 붙였고, 확신이 없는 경우에는 번호 없이 법리만 서술하였다.
- 금액 계산이 있는 문항(2017-1, 2017-2, 2018-1, 2019-1, 2020-1, 2020-2, 2020-3, 2023-1, 2024-1)은 권 풀더의 check/ 아래 Python 파일로 계산과 날짜를 검산하였다.
- 문제지 원문의 甲乙丙丁, 「」, 따옴표, 날짜 표기는 그대로 옮겼다. 반각 꺾쇠(〈사례〉 등)만 전각으로 바꾸었다. 2016~2019년 문제지는 HWP 원본의 텍스트를, 2020년 이후는 공개 PDF를 렌더한 이미지를 기준으로 대조하였다.

출처와 주의. 기출 문항은 국회사무처 국회채용시스템 자료실에 공개된 문제지에서 옮겼다. 외부 배포·판매 전에 이용 조건을 확인해야 한다. 예시답안은 출제 당시 법령·판례를 기준으로 하며, 이후 개정은 직접 확인해야 한다(주임법 갱신거절 통지기간 등 출제 후 개정된 사항은 해당 답안에 한 줄 주를 달았다). 예시답안과 해설은 이 책의 저자가 작성한 것으로 출제기관의 공식 답안이 아니다.

제0장

시험 이해와 답안 쓰는 법

배점 구조 · 8개년 출제 지도 · 주제별 빈도 · 민법 사례형 답안의 네 단계 · 학습 계획

이 장에서 다루는 내용

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 민법 사례형 답안 쓰는 법	6
0-5 학습 계획	7

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조

2016~2024년(2022년 제외) 민법 문제지는 **대문 3개**(2021년만 4개)로 구성되며, 대문 배점의 합계는 매년 100점이다. 제1문은 40~60점의 대형 사례, 마지막 문항은 15~25점의 약술형(제도 설명)이 되풀이된다. 2020년부터는 〈공통된 사실관계〉에 〈추가된 사실관계〉·〈변형된 사실관계〉를 덧붙여 소문별로 사실을 바꾸는 형식이 자리 잡았다.

연도	제1문	제2문	제3문	제4문
2016	50점(소문 3)	25점(단일)	25점(약술)	—
2017	50점(소문 3)	30점(단일)	20점(약술)	—
2018	60점(소문 3)	25점(단일)	15점(약술)	—
2019	40점(단일)	35점(단일)	25점(약술)	—
2020	40점(소문 2)	30점(소문 3)	30점(소문 2)	—
2021	40점(소문 2)	20점(단일)	20점(단일)	20점(약술)
2023	50점(소문 4)	30점(소문 2)	20점(약술)	—
2024	50점(소문 3)	30점(소문 2)	20점(약술)	—

문제지 표제는 ‘20XX년도 제XX회 입법고시 제2차시험’(2016년 제32회 ~ 2024년 제40회)이다. **2025~2026년 공개 문제지에는 이 과목이 없다. 시험 과목 편성은 공고로 확인할 것.** 시험 시간, 답안지 분량, 선택·필수 구분 등 문제지에 나타나지 않는 사항도 매년 국회사무처 공고로 확인해야 한다.

배점에서 읽을 것

소문 배점은 5점에서 30점까지 폭이 넓다. 5~10점 소문은 결론과 핵심 근거 하나(판례 한 줄)만, 20점 이상 소문은 ‘청구의 근거 → 요건 → 항변 → 결론’을 모두 갖추라는 신호이다. 이 책의 예시답안은 점수당 약 50~70자를 기준으로 했다(50점 대문 약 2,500~3,500자).

0-2 8개년 출제 지도

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
2016	1	미성년자 오토바이 사고, 사실혼 유족·태아 / 감독자 책임·상속·인지	불법행위·가족(8장)	50
	2	3자간 등기명의신탁 / 신탁자의 소유권 취득 방법	명의신탁(3장)	25
	3	저당부동산 제3취득자의 지위(약술)	담보물권(4장)	25
2017	1	강제경매로 분리된 토지·주택, 임차권 양수인 / 법정지상권·주임법	담보·임대차(4장)	50
	2	타인 부동산 매매의 이행불능 / 담보책임·채무불이행	계약(7장)	30
	3	제3자 변제와 법정대위(약술)	채권 소멸(6장)	20
2018	1	채권양도와 압류·전부명령, 양도금지특약, 가장매매	채권양도(6장)	60
	2	대지 소유자 명의로 지은 다세대주택 / 양도담보·수분양자	물권(2장)	25
	3	쌍무계약의 위험부담(약술)	계약(7장)	15
2019	1	위작 서화 매매 / 착오 취소·하자담보 경합	총칙(1장)	40
	2	계약명의신탁 수탁자의 처분 / 수탁자 채권자의 취소권	명의신탁(3장)	35
	3	친생부인의 소(약술)	가족(8장)	25
2020	1	계약명의신탁과 연대보증채권자 / 대위·취소·가액배상	책임재산(5장)	40

연도	문	소재와 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
	2	공유 토지의 무권대리 매도 / 보존행위·추인·과실취득	총칙(1장)	30
	3	시효완성 토지의 협의매수 / 완성 당시 소유자·대상청구권	물권(2장)	30
2021	1	이중매매와 제1매수인 / 적극 가담·피보전채권	책임재산(5장)	40
	2	소수지분권자의 독점 점유 / 인도·방해배제	물권(2장)	20
	3	대위 후 합의해제 / 제405조 제2항	책임재산(5장)	20
	4	대리권의 남용(약술)	총칙(1장)	20
2023	1	토지 매매 해제 네 장면 / 계약금·제3자·이중매매·손해배상	계약(7장)	50
	2	계약명의신탁자의 청구, 상속인의 시효취득	명의신탁(3장)	30
	3	상계의 요건(약술)	채권 소멸(6장)	20
2024	1	채무초과 채무자의 근저당권 설정 / 사해성·피고적격·배당금	책임재산(5장)	50
	2	임차인이 맡긴 기계 수리 / 전용물소권·유치권	담보물권(4장)	30
	3	제60조와 비법인사단(약술)	총칙(1장)	20

0-3 주제별 빈도와 경향

장	주제	대문 수	배점 합계
1	민법총칙 — 의사표시·대리·법인	4	110
2	물권 — 소유권·공유·취득시효	3	75
3	부동산 명의신탁	3	90
4	담보물권과 주택임대차	3	105
5	책임재산의 보전 — 대위·취소	4	150
6	채권의 이전과 소멸 — 양도·변제·상계	3	100
7	계약 — 매매·해제·위험부담	3	95
8	불법행위와 가족법	2	75
	합계	25	800

경향 세 가지

- ① **채권자대위·취소와 명의신탁이 양대 축이다.** 두 주제가 7개 대문, 240점을 차지하고, 서로 얹혀 나온다 (2019-2, 2020-1). 명의신탁으로 소유자를 정한 뒤 그 재산을 두고 대위·취소를 묻는 구조를 익혀 두자.
- ② **전원합의체 판결이 곧 출제된다.** 2021-2는 직전 해의 공유물 인도청구 전원합의체 판결(2020. 5. 21. 선고 2018다287522)을, 2021-3은 대위 후 해제에 관한 전원합의체 판결(2012. 5. 17. 선고 2011다87235)을 거의 그대로 옮겼다. 시험 전 1~2년의 민사 전원합의체 판결은 반드시 정리해야 한다.
- ③ **날짜와 금액이 결론을 바꾼다.** 제척기간(2019-1, 2020-1), 시효기간(2020-3, 2023-2), 대항력 발생일(2017-1), 도달일(2018-1)이 결론을 정하고, 가액배상(2020-1)·손해배상(2023-1)은 숫자로 답해야 한다. 사례의 날짜는 먼저 시간 순서로 줄 세운다.

0-4 민법 사례형 답안 쓰는 법

민법 사례형 답안은 **청구권을 중심으로** 쓴다. 소문마다 “누가 누구에게 무엇을 어떤 근거로 청구하는가”를 먼저 정하고 다음 네 단계를 반복한다.

단계	할 일	예시(2021-2)
① 청구의 근거	청구권의 근거 조문을 특정	“A는 공유물 보존행위(제265조 단서)로서 C에게 토지 인도를 구한다.”
② 요건	요건을 나열하고 사실을 하나씩 대입	“C는 과반수 지분권자가 아니므로 협의 없이 토지 전부를 독점할 권원이 없다.”
③ 상대방의 항변	항변·재항변과 판례의 태도	“전원합의체 판결은 소수지분권자의 인도청구를 허용하지 않는다.”
④ 결론	청구의 인용·기각을 분명히	“인도청구는 기각되고, 소나무 수거청구는 인용된다.”

실전 팁

등장인물 관계도를 먼저 그린다. 甲乙丙丁이 네 명 이상 나오면 시험지 여백에 ‘매도인 → 매수인 → 전득자’, ‘채권자 → 채무자 → 수익자’처럼 화살표로 관계를 그린 뒤 답안을 시작한다. 이 책의 ‘등장인물과 쟁점 지도’ 표가 그 관계도를 표로 옮긴 것이다. 답안 첫머리(문제의 소재)에서는 “이 문제는 ①…, ②…를 묻는다”처럼 쟁점의 지도를 한두 문장으로 보여 주면 충분하다.

자주 하는 실수

- **청구의 상대방을 틀리는 것.** 채권자취소의 피고는 수익자·전득자이지 채무자가 아니고(2024-1), 3자간 명의신탁의 신탁자는 수탁자에게 직접 청구하지 못한다(2016-2).
- **원칙만 쓰고 판례의 예외 요건을 빠뜨리는 것.** 이중매매는 ‘적극 가담’(2021-1), 대상청구권은 ‘이행불능 전의 시효 주장’(2020-3), 해제의 제3자는 ‘해제 전후’(2023-1)가 결론을 가른다.
- **특별법 조문을 부정확하게 쓰는 것.** 부동산실명법 제4조, 주임법 제3조·제3조의2처럼 확실한 조문만 번호로 쓰고, 확신이 없으면 내용만 정확히 쓴다.
- **계산을 생략하는 것.** 금액을 묻는 소문은 ‘얼마’로 답해야 한다. 계산 과정(시가 - 공제액, 한도 비교)을 한 줄로 보여 준다.

0-5 학습 계획

단계	기간(예시)	할 일
1	1~2주	3장(명의신탁)과 5장(대위·취소)을 먼저 익힌다. 8개년 중 가장 많은 배점이 이 두 장에 몰려 있고, 다른 장의 사례가 이 구조 위에서 움직인다.
2	3~5주	1·2·4·7장. 장마다 개념 카드 → 문제만 보고 관계도와 청구권 목록 작성(15분) → 쟁점 지도와 비교 → 예시답안 정독.
3	6~7주	6·8장의 약술형과 부록 C의 조문·판례 표. 약술형은 ‘의의 → 근거 → 요건 → 효과 → 쟁점 → 평가’의 틀로 1,000~1,500자를 써 본다.
4	8주 이후	연도별로 실제 시간에 맞추어 작성(시험 시간은 공고 확인). 써봄(writegrow.net) 같은 첨삭 도구나 스튜디오 피드백을 받는다.

제1장

민법총칙 — 의사표시·대리·법인

동기의 착오 · 착오와 담보책임의 경합 · 무권대리와 추인 · 대리권 남용 · 대표권 제한과 비법인사단 | 기출 4

문항: 2019-1, 2020-2, 2021-4, 2024-3

이 장에서 다루는 내용

1-1 핵심 개념	9
1-2 기출 풀이	12
2019 제1문 위작 서화 매매 — 착오 취소와 하자담보책임	12
2020 제2문 공유 토지의 무권대리 매도와 선의 전득자	15
2021 제4문 대리권의 남용	18
2024 제3문 이사의 대표권 제한과 비법인사단	20

1-1 핵심 개념

총칙 문항은 두 갈래이다. 하나는 착오·무권대리처럼 사례 속에서 ‘계약의 효력이 본인에게 미치는가’를 묻는 유형(2019-1, 2020-2)이고, 다른 하나는 대리권 남용·대표권 제한처럼 제도를 설명하게 하는 약술형(2021-4, 2024-3)이다. 두 유형 모두 ‘원칙(효과 귀속) → 예외(상대방이 알았거나 알 수 있었던 경우) → 제3자 보호’의 3단 구조로 정리된다.

동기의 착오와 취소

의사표시는 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있으면 취소할 수 있으나, 표의자에게 중대한 과실이 있으면 취소하지 못한다(제109조 제1항). 착오 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제2항). 목적물의 성상·내력에 관한 착오는 동기의 착오이다. 판례는 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 해석상 법률행위의 내용으로 된 경우 취소를 인정하며, 상대방이 착오를 유발한 경우에는 표시가 없어도 취소를 인정한다. 중요부분은 표의자와 일반인 모두 착오가 없었으면 의사표시를 하지 않았을 정도이고 표의자가 경제적 불이익을 입은 경우이다. 중과실의 증명책임은 상대방에게 있다.

대립 구도

동기의 표시·내용화 ↔ 상대방이 유발한 동기착오 · 쌍방 공통착오 → 먼저 보충적 해석

쓰이는 기출 2019-1

답안 속 문장

“서화가 진품이라는 점은 계약 체결의 동기이나, 당사자 모두 이를 전제로 대금을 정하였으므로 법률행위의 내용이 되었고, 이는 거래 통념상 중요부분에 해당한다.”

착오와 하자담보책임의 경합

특정물의 하자는 매도인의 담보책임(제580조)과 매수인의 착오 취소(제109조)를 동시에 문제 삼게 한다. 담보책임은 무과실책임이지만 매수인이 안 날부터 6월의 짧은 제척기간(제582조)에 걸린다. 착오 취소는 추인할 수 있는 날부터 3년, 법률행위를 한 날부터 10년(제146조)이다. 판례는 두 제도의 취지와 요건이 다르므로 담보책임이 성립하더라도 매수인은 착오를 이유로 취소를 할 수 있다고 본다(경합 긍정).

대립 구도

담보책임 우선설(특칙) ↔ 경합설(판례)

쓰이는 기출 2019-1

답안 속 문장

“하자담보책임의 제척기간이 지났더라도, 착오 취소는 그와 별개의 제도이므로 제146조의 기간 안에서는 여전히 행사할 수 있다.”

무권대리와 본인의 추인

대리권 없는 자가 한 계약은 본인이 추인하지 않으면 본인에게 효력이 없다(제130조). 추인은 다른 의사표시가 없으면 계약 시로 소급하나 제3자의 권리를 해하지 못한다(제133조). 추인은 무권대리인·상대방·승계인에게 할 수 있으나, 상대방에게 하지 않으면 상대방이 안 때까지 대항하지 못한다(제132조). 추인을 거절하면 확정적으로 무효가 된다. 상대방은 본인에게 추인 여부의 확답을 최고할 수 있고(제131조), 선의

의 상대방은 추인 전까지 철회할 수 있다(제134조). 무권대리인은 상대방의 선택에 따라 이행 또는 손해배상 책임을 진다(제135조).

대립 구도

추인(소급 유효) ↔ 추인거절(확정 무효) · 상대방의 최고권·철회권

쓰이는 기출 2020-2 (2)

답안 속 문장

“A는 甲과 乙을 각각 대리하였으므로, 乙은 자기 지분의 처분에 관한 무권대리행위를 독자적으로 추인할 수 있고, 추인은 계약 시인 2017. 2. 1.로 소급한다.”

대리권의 남용

대리인이 대리권 범위 안에서 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 배임적 의도로 대리행위를 한 경우이다. 판례는 상대방이 그 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우 제107조 제1항 단서를 유추하여 본인에게 효력이 없다고 한다. 친권자의 법정대리권 남용에도 같은 법리가 적용되고, 그 무효는 제107조 제2항 유추로 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 학설로는 권리남용설(신의칙설)과 무권대리설도 있다.

대립 구도

제107조 유추설(판례, 경과실도 보호 배제) ↔ 권리남용설(악의·중과실) ↔ 무권대리설

쓰이는 기출 2021-4

답안 속 문장

“대리인의 배임적 의도를 상대방이 알았거나 알 수 있었다면, 제107조 제1항 단서의 유추에 따라 그 대리행위는 본인에게 효력이 없다.”

법인 대표권 제한의 대항요건(제60조)

이사의 대표권 제한은 정관에 기재하여야 효력이 있고(제41조), 등기하지 않으면 제3자에게 대항하지 못한다(제60조). 판례는 등기하지 않은 대표권 제한은 악의의 제3자에게도 대항할 수 없다고 본다. 등기된 제한을 위반한 대표행위는 무권대표로서 추인이 없으면 무효이다(제59조 제2항, 제130조).

대립 구도

무제한설(판례: 등기 없으면 악의자에게도 대항 불가) ↔ 제한설(악의자에게는 대항 가능)

쓰이는 기출 2024-3

답안 속 문장

“제60조의 제3자에는 선의·악의를 묻지 않으므로, 대표권 제한을 등기하지 않은 법인은 이를 알고 거래한 상대방에게도 제한을 주장할 수 없다.”

비법인사단의 대표권 제한과 총유물 처분

비법인사단에는 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 사단법인 규정이 유추된다. 그러나 등기를 전제로 하는 제60조는 유추되지 않는다. 판례는 비법인사단 대표자가 정관상 대표권 제한을 위반한 거래는 상대방

이 제한을 알았거나 알 수 있었던 경우가 아니면 유효하고, 그 증명책임은 비법인사단에 있다고 한다. 반면 총유물의 관리·처분은 사원총회 결의에 의하므로(제276조 제1항) 결의 없는 처분은 무효이고 표현대리 법리도 적용되지 않는다. 단순한 채무부담행위(보증 등)는 총유물의 관리·처분이 아니다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결).

대립 구도

정관상 대표권 제한(상대방 신뢰 보호) ↔ 총유물 처분(결의가 효력요건)

쓰이는 기출 2024-3

답안 속 문장

“비법인사단은 대표권 제한을 등기할 수 없으므로 제60조가 적용되지 않으며, 거래 상대방이 그 제한을 알았거나 알 수 있었음을 비법인사단이 증명한 경우에만 거래가 무효가 된다.”

1-2 기출 풀이

2019 제1문

위작 서화 매매 — 착오 취소와 하자담보책임

40점 · 단일 물음 · 동기착오, 공통착오, 제척기간, 경합

제1문.

(40점)

평소 단원 김홍도 선생의 그림을 소장하고 싶어 했던 甲은 2015. 5. 7. 이를 소장하고 있다고 알려진 乙의 화랑(畫廊)을 방문하여 ‘단원 산수화’라고 전시되어 있는 서화 1점을 대금 1억 원에 매수하는 매매계약을 체결하였다. 계약체결 당시 乙은 甲에게 위 서화가 단원 산수화라고 표기된 감정서를 제시하였고, 이에 甲과 乙 모두 위 서화가 진품 단원 산수화라고 생각하였다. 그로부터 며칠 후 乙은 甲으로부터 대금을 지급받고 甲에게 위 서화를 인도하였다. 우연한 기회에 위 서화가 진품인지에 대한 의혹이 제기되자, 甲은 2018. 10. 15. 한국미술품감정평가원에 서화가 진품인지에 대한 감정을 의뢰하였고, 2018. 10. 25. 이 서화가 위작이라는 회신을 받았다. 이 경우 2019. 5. 20. 甲과 乙 사이의 법률관계에 관하여 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 판례가 착오와 하자담보책임의 경합을 정면으로 인정한 사안을 그대로 옮겼다. 날짜를 촘촘히 준 것은 기간 계산을 하라는 뜻이다. **연결 개념** 동기착오의 내용화, 중요부분, 중과실, 제582조 6월, 제146조 3년·10년, 쌍무계약 무효 시 반환관계. **함정** ‘현재 2019. 5. 20.’을 놓치고 담보책임으로만 결론을 내리면 핵심이 빠진다. 2018. 10. 25.부터 6월이 이미 지났다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

쟁점	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
①	甲 → 乙 (매수인 → 화랑 운영 매도인)	하자담보 해제·손해배상 (제580조, 제575조) — 특정물 하자, 매수인 선의·무과실	제척기간: 안 날(2018. 10. 25.)부터 6월(제582조)	2019. 4. 25. 경 약 700자 과 → 불 가	
②	甲 → 乙	착오 취소(제109조) — 동기의 내용화, 중요부분, 중과실 없음	공통착오·보충적 해석 / 취소기간(제146조) 미경과	취소 가능	약 1,000자
③	甲 ↔ 乙	경합 여부, 취소 후 부당이득(제741조)	판례: 경합 긍정·동시이행 · 제587조 유추	1억 원과 서화 상환 반환	약 700자

예시답안 — 2019 제1문

I. 문제의 소재

甲과 乙은 모두 서화를 진품으로 믿고 1억 원에 매매하였으나 위작으로 밝혀졌다. 2019. 5. 20. 현재 甲이 ① 매도인의 하자담보책임(제580조)을 물을 수 있는지, ② 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있는지(제109조), ③ 두 제도가 경합하는지와 취소 후의 반환관계가 문제된다.

II. 하자담보책임(제580조)

(1) 청구의 근거와 요건. 특정물 매매에서 목적물에 하자가 있으면 매수인은 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있으며, 그 밖의 경우에는 손해배상만 청구할 수 있다(제580조 제1항, 제575조 제1항). 하자란 목적물이 거래 통념상 또는 계약상 예정된 성질을 갖추지 못한 것을 말한다. 진품 단원 산수화로 특정하여 매매한 서화가 위작이라면 계약상 예정된 성질이 결여된 것이므로 하자에 해당한다. 매수인이 하자를 알았거나 과실로 알지 못한 경우에는 책임이 성립하지 않지만(제580조 제1항 단서), 甲은 화랑이 제시한 감정서를 믿었으므로 선의·무과실이다.

(2) 상대방의 항변 — 제척기간. 하자담보책임에 기한 해제권과 손해배상청구권은 매수인이 그 사실을 알날부터 6월 내에 행사하여야 한다(제582조). 甲이 위작임을 알 날은 감정 회신을 받은 2018. 10. 25.이므로 2019. 4. 25. 무렵 제척기간이 만료한다. 그때까지 甲이 재판상·재판외에서 권리를 행사한 사정이 없으므로, 2019. 5. 20. 현재 乙은 제척기간 경과를 주장하여 담보책임을 면할 수 있다. 甲은 상인이 아니므로 상인 간 매매에 관한 상법 제69조는 문제되지 않는다.

III. 착오에 의한 취소(제109조)

(1) 착오의 유형. 서화가 진품인지는 목적물의 성상에 관한 인식으로서 의사 형성 과정의 착오, 즉 동기의 착오이다. 판례는 동기의 착오도 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 해석상 법률행위의 내용으로 된 경우에는 취소할 수 있고, 별도의 합의까지 필요한 것은 아니라는 입장이다. 또한 상대방이 착오를 유발한 경우에는 동기가 표시되지 않았더라도 취소를 인정한다. 사안에서 서화는 ‘단원 산수화’로 전시되었고 乙은 진품이라는 감정서를 제시하였으며 당사자 모두 진품임을 전제로 1억 원의 대금을 정하였다. 진품이라는 성상은 계약 내용으로 되었다.

(2) 법률행위 내용의 중요부분. 표의자가 그 착오가 없었더라면 의사표시를 하지 않았을 것이고 보통 일반인도 그러하였으리라고 인정될 정도로 중요하며, 표의자가 경제적 불이익을 입어야 한다. 위작은 진품과 시장가치가 전혀 다르고 甲은 진품 소장을 목적으로 거액을 지급하였으므로 중요부분의 착오이다.

(3) 중대한 과실의 부존재. 표의자에게 중대한 과실이 있으면 취소할 수 없고(제109조 제1항 단서), 그 증명책임은 취소를 다투는 상대방에게 있다. 甲은 전문 화랑에서 감정서까지 확인하고 매수하였으므로 중대한 과실이 없다.

(4) 공통의 착오. 쌍방이 같은 착오에 빠진 경우 당사자의 가정적 의사에 따른 보충적 해석으로 계약 내용을 수정할 수 있는지가 먼저 검토된다. 그러나 甲은 위작이라면 대금을 낮추어서라도 사려 했을 것이라고 볼 사정이 없으므로 보충적 해석으로 해결할 수 없고, 착오 취소의 문제로 남는다.

(5) 취소기간. 취소권은 추인할 수 있는 날부터 3년, 법률행위를 한 날부터 10년 내에 행사하여야 한다(제146조). 착오 상태를 벗어난 2018. 10. 25.부터 3년이 지나지 않았으므로 2019. 5. 20. 현재 취소할 수 있다.

IV. 두 제도의 경합과 취소의 효과

(1) 경합 여부. 하자담보책임이 성립하는 경우 착오 취소를 배제할 것인지에 관하여 담보책임이 특칙으로 우선한다는 견해가 있다. 그러나 판례는 진품이 아닌 서화 매매 사안에서 착오 취소와 하자담보책임은 취

지와 요건이 다르므로, 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있으면 매수인은 하자담보책임의 성립 여부와 관계없이 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다고 보았다. 따라서 담보책임의 제척기간이 지났더라도 甲은 착오 취소를 할 수 있다.

(2) 효과. 취소하면 매매계약은 처음부터 무효가 된다(제141조). 乙은 매매대금 1억 원을, 甲은 서화를 부당이득으로 반환하여야 하고(제741조), 두 반환의무는 동시이행관계에 있다. 판례는 쌍무계약이 무효·취소된 경우 제587조를 유추하여, 선의의 매도인은 대금의 운용이익을, 매수인은 목적물의 사용이익을 서로 반환하지 않아도 된다고 본다. 乙은 진품이라고 믿었으므로 기망이 없어 사기 취소(제110조)나 불법행위책임은 문제되지 않는다.

V. 결론

2019. 5. 20. 현재 甲의 하자담보책임에 기한 권리는 제척기간이 지나 행사할 수 없다. 그러나 甲은 중요부분의 동기착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있고, 취소하면 서화 반환과 상환으로 1억 원의 반환을 청구할 수 있다.

근거: 민법 제109조, 제141조, 제146조, 제575조, 제580조, 제582조, 제587조, 제741조 · 착오와 담보책임의 경합에 관한 판례

2020 제2문

공유 토지의 무권대리 매도와 선의 전득자

30점 · 소문 3개 · 보존행위, 추인의 소급효, 선의 점유자의 과실취득

제2문.

(30점)

甲과 乙은 각각 1/4, 3/4의 지분으로 X토지를 공유하고 있다. 2017. 2. 1. A는 대리권이 없는데도 불구하고 甲과 乙을 대리하여 X토지에 대해 丙과 매매계약을 체결하고, 丙으로부터 매매대금을 수령한 다음, 2017. 4. 1. 등기관관련서류를 위조하여 丙의 명의로 소유권(공유지분) 이전등기를 마쳐주었다. 丙은 이러한 등기취득과정을 알지 못하는 丁과 2018. 3. 1. X토지에 대해서 매매계약을 체결하였고, 2018. 4. 1. 丁에게 X토지의 인도 및 소유권 이전등기를 마쳐주었다. 이러한 상황에서 乙은 2019. 4. 1. 丙과 丁을 상대로 X토지에 관한 각 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다.

- (1) 乙이 제기한 위 각 소유권이전등기말소청구는 인용될 수 있는가? (8점)
- (2) 乙은 A와 丙의 매매계약을 추인할 수 있는가? 만약 추인한다면 언제부터 유효한가? (7점)
- (3) 乙은 丁이 X토지를 인도받아 점유·사용한 2018. 4. 1.부터 丁이 X토지를 반환하는 시점까지 월 임료 상당(X토지의 임료상당액은 월 100만 원)의 부당이득반환을 청구하였다. 乙의 이 청구가 인정될 수 있는 범위는 어떠한가? (이자 및 지연손해금은 고려하지 않음) (15점)

출제 포인트

출제 의도 무권대리·등기 공신력 부정(물권), 추인(총칙), 점유자·회복자 관계(물권)를 한 사안에서 연결한다. **연결 개념** 제265조 단서 보존행위, 제130조·제133조, 제201조와 제197조 제2항. **함정** (1)에서 乙이 ‘자기 지분만’ 말소를 구할 수 있다고 쓰는 것, (3)에서 제741조만 쓰고 제201조를 빠뜨리는 것. 반대로 제201조만 쓰고 제197조 제2항(소 제기 시부터 악의 의제)을 놓치면 범위를 잘못 정한다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	乙(3/4) → 丙, 丁	제214조 방해배제 · 원인 무효 등기 · 제265조 단서 보존행위	丁 의 선의(등기 공신력 없음) · 등기부취득시효 미완성	전부 말소 인용	약 600자
(2)	乙 → A·丙·丁(추인)	제130조, 제132조, 제133조	추인거절· 철회(제134조)의 한계	추인 가능, 2017. 2. 1.로 소급	약 600자
(3)	乙 → 丁	부당이득(제741조) — 지분 3/4, 월 75만 원	선의 점유자 과실취득(제201조 제1항) ↔ 본권 소 패소(제197조 제2항)	2019. 4. 1.부터 반환 시까지 월 75만 원	약 900자

예시답안 — 2020 제2문

I. 문제의 소재

3/4 지분권자 乙이 등기 전부의 말소를 구할 수 있는지(1문), 무권대리를 추인할 수 있는지(2문), 선의의 丁에게 사용이익을 어느 범위에서 청구할 수 있는지(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 각 소유권이전등기 말소청구

(1) 청구의 근거. 乙은 소유권(공유지분)에 기한 방해배제청구권(제214조)으로 말소를 구한다. 요건은 乙이 공유자이고, 丙·丁 명의 등기가 원인무효라는 것이다.

(2) 등기의 효력. A는 대리권이 없었으므로 매매계약은 본인 甲·乙에게 효력이 없고(제130조), 위조 서류에 의한 丙 명의 등기는 원인무효이다. 기본대리권이 없으므로 표현대리도 성립하지 않는다. 우리 민법은 등기의 공신력을 인정하지 않으므로, 무권리자 丙으로부터 매수한 丁은 선의라도 소유권을 취득하지 못한다. 등기부취득시효(제245조 제2항)도 10년이 지나지 않았다.

(3) 말소청구의 범위 — 보존행위. 공유자는 단독으로 보존행위를 할 수 있다(제265조 단서). 판례는 공유물에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 등기가 마쳐진 경우 공유자 한 사람이 보존행위로서 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다고 본다. 따라서 乙은 자기 지분 3/4뿐 아니라 甲의 지분을 포함한 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.

(4) 결론. 각 말소청구는 전부 인용된다.

III. 설문 (2) — 추인의 가능성과 효력 시기

(1) 추인의 가부. 무권대리행위는 본인이 추인하면 본인에게 효력이 생긴다(제130조). A는 甲과 乙 각자를 대리하였으므로 乙은 자기 지분 3/4의 처분에 관한 부분을 독자적으로 추인할 수 있다. 상대방 아닌 자에게 한 추인은 상대방이 알 때까지 대항하지 못한다(제132조).

(2) 한계. 본인이 추인을 거절하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 다시 추인할 수 없다. 선의의 상대방이 추인 전에 철회한 경우(제134조)에도 같다. 말소청구 소 제기는 추인거절로 평가될 여지가 있으나, 확정적 거절의 의사표시로 볼 사정이 없다면 乙은 여전히 추인할 수 있다.

(3) 효력 시기. 추인은 다른 의사표시가 없으면 계약 시에 소급하여 효력이 생긴다(제133조 본문). 따라서 매매계약은 2017. 2. 1.부터 乙 지분 범위에서 유효하다. 다만 제3자의 권리를 해하지 못하는데(제133조 단서), 丁은 丙의 승계인으로서 추인으로 오히려 이익을 얻으므로 해당하지 않는다. 추인하면 丙과 丁 명의 등기는 3/4 지분 범위에서 실체관계에 부합하여 유효가 된다.

IV. 설문 (3) — 부당이득반환의 범위

(1) 청구의 근거와 요건. 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 이익을 얻고 그로 인해 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다(제741조). 丁은 무효 등기에 기해 X토지를 점유·사용하여 임료 상당의 이익을 얻었고, 乙은 지분 비율에 따른 사용수익을 하지 못하였다. 乙이 청구할 수 있는 것은 자기 지분에 상응하는 월 75만 원(100만 원 $\times$ 3/4)이다. 이하는 (2)의 추인이 없음을 전제로 한다.

(2) 丁의 항변 — 선의 점유자의 과실취득권. 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다(제201조 제1항). 판례는 건물이나 토지를 사용하여 얻는 이익도 과실에 준하는 것으로 보고, 선의 점유자는 그 사용이익을 반환할 의무가 없다고 한다. 선의란 과실수취권을 포함하는 본권이 있다고 오신하고 그 오신에 정당한 근거가 있는 경우이다. 丁은 등기를 믿고 매수하여 인도받았으므로 선의 점유자이다.

(3) 재항변 — 본권의 소 패소. 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때부터 악의의 점유자로 본다(제197조 제2항). 乙의 말소청구는 소유권에 기한 본권의 소이고 (1)에서 본 대로 丁이 패소한다. 따라서 丁은 소 제기 시인 2019. 4. 1.부터 악의의 점유자로 의제되고, 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 한다(제201조 제2항).

(4) 결론. 乙의 청구는 2019. 4. 1.부터 X토지 반환 시까지 월 75만 원의 범위에서 인정된다. 2018. 4. 1.부터 2019. 3. 31.까지의 사용이익(12개월, 900만 원)은 선의 점유자의 과실취득권 때문에 청구할 수 없다.

근거: 민법 제130조, 제132조~제134조, 제197조 제2항, 제201조, 제214조, 제245조 제2항, 제265조, 제741조 · 계산 검사
check/civil_2020_2.py

2021 제4문

대리권의 남용

20점 · 약술형 · 제107조 유추, 학설, 친권 남용, 제3자 보호

제4문.

(20점)

대리권의 남용에 대하여 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 대리 제도의 대표적 이론 쟁점을 설명형으로 묻는다. **연결 개념** 제114조 효과 귀속 원칙, 제107조 제1항 단서·제2항 유추, 대표권·친권 남용. **합정** 대리권 남용을 ‘권한을 넘은 행위(제126조)’와 혼동하는 것. 남용은 권한 ‘안’의 행위이다.

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례·학설	분량
I	의의 — 권한 내 행위 + 배임적 의도	제114조	약 250자
II	법적 구성 학설과 검토	제107조 유추설 · 권리남용설 · 무권대리설	약 350자
III	판례 — 임의대리·대표·친권	제107조 제1항 단서 유추, 제2항 유추(선의 제3자)	약 300자
IV~V	요건·효과·평가	증명책임(본인), 손해배상, 추인	약 350자

예시답안 — 2021 제4문

I. 의의

대리권의 남용이란 대리인이 형식적으로는 대리권의 범위 안에서 행위하였으나 실질적으로는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 배임적 의도로 대리행위를 한 경우를 말한다. 현명하고 대리권 범위 안에서 한 행위의 효과는 본인에게 귀속하는 것이 원칙이다(제114조). 그러나 상대방이 배임적 의도를 알았거나 알 수 있었는데도 본인에게 효과를 귀속시키는 것은 공평에 반하므로, 거래 안전과 본인 보호를 조정할 필요가 있다.

II. 학설

① 제107조 제1항 단서 유추적용설은 대리인의 배임적 의도를 진의 아닌 의사표시에 준하여, 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었으면 대리행위가 무효라고 한다. ② 권리남용설(신의칙설)은 대리행위는 유효하나 악의 또는 중과실 있는 상대방이 본인에게 효과를 주장하는 것은 권리남용이라고 한다. ③ 무권대리설은 배임적 대리행위를 대리권 범위 밖의 행위로 보아 표현대리로 상대방을 보호한다. 무권대리설은 대리권과 내부적 의무를 혼동한다는 비판을 받는다.

III. 판례

판례는 대리인이 본인의 이익이 아니라 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 권한 내의 행위를 하였고 상대방이 그 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우, 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 행위는 본인의 대리행위로 성립할 수 없어 본인은 책임이 없다고 한다. 이 법리는 법인 대표자의 대표권 남용과 친권자의 법정대리권 남용에도 적용된다. 친권 남용 사안에서 판례는 그 무효를 제107조 제2항을 유추하여 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 보았다.

IV. 요건과 효과

요건은 ① 대리권 범위 안의 행위, ② 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 배임적 의도, ③ 상대방의 악의 또는 과실이다. ③의 증명책임은 무효를 주장하는 본인에게 있다. 요건이 갖추어지면 효과는 본인에게 귀속하지 않으나 본인은 추인할 수 있다. 대리인은 본인에게 손해배상책임을 지고, 상대방과 공모하였다면 공동불법행위책임도 진다.

V. 평가

판례의 구성은 상대방의 경과실만으로도 본인을 보호하여 거래 안전에 소홀하다는 비판이 있다. 그러나 배임 위험을 알 수 있었던 상대방은 확인할 기회가 있었으므로 보호 가치가 낮고, 선의의 제3자는 제107조 제2항 유추로 따로 보호되므로 균형을 갖춘 해결이라고 평가할 수 있다.

근거: 민법 제107조, 제114조, 제126조, 제130조 · 대리권·대표권·친권 남용에 관한 판례

2024 제3문

이사의 대표권 제한과 비법인사단

20점 · 약술형 · 제60조의 제3자, 비법인사단 유추 부정, 총유물 처분

제3문.

(20점)

민법 제60조(이사의 대표권에 대한 제한의 대항요건)에 대하여 설명하고, 비법인사단에 대하여 위 조항을 적용할 수 있는지 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 법인 규정의 비법인사단 유추라는 총칙의 고전적 쟁점을 제60조에 맞추어 묻는다. **연결 개념** 제41조(효력요건)와 제60조(대항요건), 비법인사단 유추의 한계, 제276조와 전원합의체 판결. **합정** 비법인사단에 ‘등기 없으니 대항 불가’라고 제60조를 그대로 적용하는 것. 총유물 처분과 단순 채무부담을 구별하지 않는 것.

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례·학설	분량
I	제60조의 의의·취지	제41조, 제49조 제2항, 제59조, 제60조	약 250자
II	제3자의 범위	무제한설(판례) ↔ 제한설 · 등기된 제한 위반 = 무권대표	약 400자
III	비법인사단 유추 부정과 판례 기준	상대방의 악의·과실 증명(사단 측) · 제276조 · 2004다60072 전합	약 600자
IV	결론	—	약 150자

예시답안 — 2024 제3문

I. 제60조의 의의와 취지

이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표하고(제59조 제1항), 그 대표권은 정관이나 사원총회 결의로 제한할 수 있다. 대표권 제한은 정관에 기재하지 않으면 효력이 없고(제41조), 등기하지 않으면 제3자에게 대항하지 못한다(제60조). 대표권 제한은 법인 내부 사정이어서 거래 상대방이 알기 어려우므로, 등기라는 공시를 갖춘 경우에만 제3자에게 주장하게 하여 거래 안전을 보호하려는 것이다. 정관 기재는 효력요건, 등기는 대항요건이다.

II. ‘제3자’의 범위와 효과

등기하지 않은 대표권 제한을 악의의 제3자에게는 대항할 수 있는지에 관하여, 문언대로 선의·악의를 묻지 않는다는 무제한설과 악의자까지 보호할 이유가 없다는 제한설이 대립한다. 판례는 등기하지 않은 대표권 제한은 이를 알고 있는 악의의 제3자에게도 대항할 수 없다고 하여, 등기를 기준으로 획일적으로 처리한다. 제한이 등기되어 있으면 법인은 선의의 제3자에게도 대항할 수 있고, 제한을 위반한 대표행위는 무권대표로서 법인이 추인하지 않는 한 효력이 없다(제59조 제2항, 제130조).

III. 비법인사단에서의 적용 여부

(1) 유추의 한계. 비법인사단에는 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 사단법인 규정이 유추적용된다. 그러나 제60조는 등기를 전제로 한다. 비법인사단은 대표권 제한을 등기할 방법이 없으므로, 제60조를 유

추하면 어떤 제3자에게도 제한을 주장할 수 없게 되어 부당하다. 판례도 비법인사단에는 제60조를 준용할 수 없다고 본다.

(2) 판례의 기준. 비법인사단 대표자가 정관상 대표권 제한을 위반하여 거래한 경우, 상대방이 그 제한을 알았거나 알 수 있었던 경우가 아니라면 거래는 유효하다. 상대방의 악의나 과실은 이를 주장하는 비법인사단 측이 주장·증명하여야 한다.

(3) 총유물 처분과의 구별. 총유물의 관리·처분은 정관에 정함이 없으면 사원총회 결의에 의한다(제276조 제1항). 결의 없는 처분은 상대방의 선의 여부와 관계없이 무효이고 표현대리 법리도 적용되지 않는다. 다만 판례는 보증처럼 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 않는 단순한 채무부담행위는 이에 해당하지 않는다고 하였다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결). 이 경우에는 (2)의 기준에 따른다.

IV. 결론

제60조에 따라 등기하지 않은 대표권 제한은 악의의 제3자에게도 대항할 수 없다. 비법인사단은 등기할 수 없으므로 제60조가 적용되지 않고, 상대방이 제한을 알았거나 알 수 있었던 경우에만 거래가 무효가 된다.

근거: 민법 제41조, 제59조, 제60조, 제130조, 제276조 · 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결

제2장

물권 — 소유권·공유·취득시효

물권적 청구권 · 공유물의 보존·관리 · 소수지분권자의 독점 점유 · 점유취득시효와 대상청구권 · 신축 건물의
 소유권 귀속 | 기출 3문항: 2018-2, 2020-3, 2021-2 (관련: 2020-2, 2023-2)

이 장에서 다루는 내용

2-1 핵심 개념	23
2-2 기출 풀이	26
2018 제2문 대지 소유자 명의로 지은 다세대주택과 수분양자	26
2020 제3문 시효기간 중 소유자 변경과 협의매수 보상금	28
2021 제2문 소수지분권자의 독점 점유와 인도청구	30

2-1 핵심 개념

물권 사례의 기본 문장은 “누가 소유자인가 → 소유자는 점유자·등기명의자에게 무엇을 구할 수 있는가 → 상대방은 어떤 점유할 권리나 항변을 가지는가”이다. 이 장의 세 문항은 각각 소유권 귀속(2018-2), 공유자 사이의 청구(2021-2), 시효완성자와 소유자 사이의 관계(2020-3)를 묻는다. 무권대리와 공유가 결합한 2020-2는 제1장에, 명의신탁자의 시효취득을 묻는 2023-2는 제3장에 실었다.

소유권에 기한 물권적 청구권

소유자는 소유물을 점유한 자에게 반환을 청구할 수 있으나, 점유자가 점유할 권리가 있으면 거부할 수 있다(제213조). 소유권을 방해하는 자에게는 방해 제거를, 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에게는 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(제214조). 원인무효 등기의 말소청구는 방해배제청구이다. 우리 민법은 등기의 공신력을 인정하지 않으므로, 무권리자로부터 등기를 넘겨받은 자는 선의라도 소유권을 취득하지 못하고, 등기부취득시효(제245조 제2항)나 선의 제3자 보호 규정이 있는 경우에만 보호된다.

대립 구도

반환청구(제213조) ↔ 방해배제(제214조) · 점유할 권리(제213조 단서)

쓰이는 기출 2018-2, 2020-2 (1), 2021-2

답안 속 문장

“丁은 무권리자 丙으로부터 등기를 넘겨받았으므로 선의라도 소유권을 취득하지 못하며, 그 명의의 등기는 원인무효로서 말소되어야 한다.”

공유물의 사용·관리·보존

공유자는 공유물 전부를 지분 비율로 사용·수익하고(제263조), 공유물의 처분·변경은 공유자 전원의 동의가 필요하다(제264조). 관리에 관한 사항은 지분의 과반수로 정하고, 보존행위는 각자 할 수 있다(제265조). 판례는 공유물에 관한 제3자 명의 원인무효 등기에 대하여 공유자 한 사람이 보존행위로 등기 전부의 말소를 구할 수 있다고 한다. 반면 부당이득반환이나 손해배상은 자기 지분 범위에서만 청구할 수 있다.

대립 구도

보존행위(각자, 전부) ↔ 관리행위(과반수) ↔ 처분·변경(전원) · 금전 청구는 지분 범위

쓰이는 기출 2020-2 (1)(3), 2021-2

답안 속 문장

“공유자 한 사람은 보존행위로서 제3자 명의 원인무효 등기 전부의 말소를 구할 수 있으나, 임료 상당 부당이득은 자기 지분 비율로만 청구할 수 있다.”

소수지분권자의 독점 점유

대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결은 소수지분권자가 협의 없이 공유물을 독점적으로 점유하는 경우 다른 소수지분권자는 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 없고, 자신의 지분권에 기한 방해배제청구권으로 방해 상태의 제거나 공동점유 방해행위의 금지를 청구할 수 있다고 하였다. 종래 인도청구를 허용하던 판례는 변경되었다. 과반수 지분권자는 관리행위로서 공유물의 사용 방법을 정할 수 있으므로, 과반수 지분권자의 인도청구와는 구별된다.

대립 구도

인도청구(부정) ↔ 방해 제거·방해 금지(긍정) · 소수지분권자 ↔ 과반수 지분권자

쓰이는 기출 2021-2

답안 속 문장

“원고 역시 소수지분권자로서 공유물을 독점할 권원이 없으므로 인도청구는 보존행위가 될 수 없고, 원고는 지분권에 기하여 지상물 제거 등 방해배제만을 구할 수 있다.”

점유취득시효의 요건

20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권을 취득한다(제245조 제1항). 점유자는 소유의 의사로 선의·평온·공연하게 점유한 것으로 추정된다(제197조 제1항). 자주점유는 권원의 성질에 따라 객관적으로 정하며, 판례는 타인 소유임을 알면서 무단점유한 경우 자주점유의 추정이 깨진다고 한다(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결). 간접점유도 점유이고, 전 점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있다(제199조). 1필지 일부도 객관적 징표가 있으면 시효취득할 수 있다.

대립 구도

자주점유(매수 등 권원) ↔ 타주점유(임차, 명의신탁자 등) · 악의의 무단점유 → 추정 번복

쓰이는 기출 2020-3 (1), 2023-2 (2)

답안 속 문장

“C는 매수하여 점유를 시작하였으므로 권원의 성질상 자주점유이며, 지상건물을 임대한 이후에도 간접점유로 점유를 계속하고 있다.”

시효완성 전후의 소유자 변경과 대상청구권

판례에 따르면 ① 시효기간 중 소유자가 바뀌어도 시효는 중단되지 않고, 점유자는 완성 당시의 소유자에게 등기를 청구한다. ② 시효완성 후 등기 전에 소유자가 제3자에게 처분하여 등기를 넘기면 점유자는 그 제3자에게 대항하지 못한다. ③ 시효완성 사실을 알면서 처분한 소유자는 불법행위책임을 진다. ④ 점유를 계속하는 한 시효취득자의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다. ⑤ 시효완성 토지가 수용·협의취득되어 등기의무가 이행불능이 되면 보상금에 대한 대상청구권이 문제되는데, 이행불능 전에 등기명의자에게 시효취득을 주장하였거나 등기청구권을 행사하였어야 한다.

대립 구도

완성 전 소유자 변경(대항 가능) ↔ 완성 후 처분(대항 불가) · 대상청구권의 선행 주장 요건

쓰이는 기출 2020-3, 2023-2 (2)

답안 속 문장

“대상청구권을 행사하려면 이행불능 전에 등기명의자에게 취득시효를 주장하였거나 그에 기한 등기청구권을 행사하였어야 하는데, C에게는 그러한 사정이 없다.”

신축 건물의 소유권과 대지 소유자 명의 등기

건물은 자기 비용과 노력으로 지은 자가 원시취득한다. 판례는 건축업자가 대지 대금을 담보하기 위하여 대지 소유자 명의로 건축허가를 받고 보존등기를 한 경우, 건축업자가 원시취득한 후 담보 목적으로 대지 소유자에게 소유권을 이전한 것(양도담보)으로 본다. 양도담보권자는 담보 목적 범위에서만 권리를 가지므로 사용·수익권이 없고, 변제기 후 정산 절차를 거쳐 담보권을 실행할 수 있다. 피담보채권이 소비대차가 아니면 「가등기담보 등에 관한 법률」은 적용되지 않는다.

대립 구도

원시취득자(건축업자) ↔ 등기명의자(대지 소유자, 양도담보권자)

쓰이는 기출 2018-2

답안 속 문장

“甲 명의의 보존등기는 대지 대금채권을 담보하기 위한 것이므로, 甲은 양도담보권자로서 사용·수익권이 없고 乙의 분양을 승낙한 이상 수분양자에게 인도를 구할 수 없다.”

2-2 기출 풀이

2018 제2문

대지 소유자 명의로 지은 다세대주택과 수분양자

25점 · 단일 물음 · 원시취득, 양도담보, 인도청구와 이전등기청구

제2문.

(25점)

甲은 자신이 소유한 대지를 건축업자 乙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 乙은 甲의 명의로 건축허가를 받아 그 지상에 다세대주택을 건축하여 분양한 대금 중 일부를 매매대금으로 甲에게 지급하기로 약정하였다. 乙은 甲의 명의로 건축허가를 받은 다음 자신의 비용과 노력으로 다세대주택을 신축하였고, 甲의 명의로 소유권보존 등기를 마쳤다.

丙은 다세대주택 중 한 세대를 乙로부터 분양받아 그 대금을 완납한 다음, 이를 인도받아 점유·사용하고 있다. 乙은 丙으로부터 받은 분양대금을 甲에게 지급하지 않았다.

대지에 대한 매매대금의 지급이 지체되자, 甲은 丙에 대해 주택의 인도를 청구하였다. 이에 대해 丙은 甲에 대해 주택의 소유권이전등기를 청구하였다.

양 청구의 당부에 대해서 판단하시오.

출제 포인트

출제 의도 ‘건축주 명의 = 소유자’라는 직관을 깨고, 판례의 양도담보 구성을 출발점으로 두 청구를 판단하게 한다. **연결 개념** 원시취득, 양도담보권자의 지위, 점유할 권리(제213조 단서), 채권자대위와 제3채무자의 항변. **합정** 甲을 완전한 소유자로 보고 인도청구를 인용하거나, 반대로 甲의 분양 승낙만으로 丙의 직접 이전등기청구를 인용하는 것. 두 청구는 근거가 다르므로 따로 판단해야 한다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

단계	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
전제	甲(대지 매도인·등기명의)·乙(건축업자)·丙(수분양자)	건물 원시취득자 乙, 甲 명의 등기의 성격	판례: 대지 대금 담보 목적 → 양도담보	甲 = 양도담보권자	약 400자
①	甲 → 丙	소유물반환(제213조)	사용·수익권 없음, 분양 승낙 → 점유할 권리, 신의칙	기각	약 500자
②	丙 → 甲	직접 청구 근거 없음 / 乙 대위(제404조)	피담보채무 미변제 항변·丙의 제3자 변제(제469조)	현재로서는 기각	약 600자

예시답안 — 2018 제2문

I. 문제의 소재

다세대주택은 乙이 자기 비용과 노력으로 지었으나 건축허가와 보존등기는 대지 매도인 甲 명의로 되어 있다. 먼저 주택 소유권의 귀속과 甲 명의 등기의 성격을 정한 뒤, 甲의 인도청구와 丙의 이전등기청구를 차례로 검토한다.

II. 주택 소유권의 귀속

신축 건물의 소유권은 자기 비용과 노력으로 건물을 지은 자가 원시취득하는 것이 원칙이다. 판례는 건축업자가 대지를 매수하고 대금을 다 지급하지 못한 상태에서 대지 대금 채무를 담보하기 위하여 대지 소유자 명의로 건축허가를 받고 보존등기를 한 경우, 완성된 건물의 소유권은 일단 건축업자가 원시취득한 후 대지 소유자 명의로 보존등기를 함으로써 담보 목적의 범위 안에서 대지 소유자에게 이전된 것으로 본다. 이는 양도담보의 성격을 가진다. 사안에서 乙은 분양대금으로 대지 대금을 갚기로 하고 甲 명의로 허가와 등기를 하였으므로, 甲은 대지 대금채권을 담보하기 위한 양도담보권자이다. 피담보채권이 소비대차가 아닌 매매대금채권이므로 가등기담보법은 적용되지 않는다.

III. 甲의 인도청구

(1) 청구의 근거와 요건. 甲은 등기 명의인으로서 소유물반환청구권(제213조)에 기해 점유자 丙에게 인도를 구한다.

(2) 丙의 항변. ① 양도담보권자는 담보 목적의 범위에서만 소유권을 가지며, 목적물의 사용·수익권은 설정자에게 있다. 甲은 피담보채무의 변제기가 지나 담보권을 실행하는 경우가 아니면 인도를 구할 수 없고, 실행하려면 정산 절차를 거쳐야 한다. ② 甲은 乙이 주택을 분양하여 그 대금으로 대지 대금을 지급하는 것을 약정으로 예정하였다. 이는 乙의 분양을 승낙한 것이므로, 丙이 乙로부터 분양을 받아 대금을 완납하고 인도받은 것은 甲에게 대항할 수 있는 정당한 점유이다(제213조 단서). ③ 乙의 대금 미지급이라는 위험을 분양대금을 완납한 수분양자에게 돌리는 것은 약정의 취지와 신의칙에 반한다.

(3) 결론. 甲의 인도청구는 기각된다.

IV. 丙의 소유권이전등기청구

(1) 직접 청구의 근거. 丙의 분양계약 상대방은 乙이므로 丙은 乙에게만 소유권이전등기청구권을 가진다. 甲이 乙의 분양을 승낙하였다는 사정만으로 甲이 분양계약의 당사자가 되거나 丙에게 등기의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 丙은 甲에게 직접 이전등기를 청구할 계약상 근거가 없다.

(2) 대위 청구(제404조)와 甲의 항변. 丙은 乙에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위하여 乙을 대위할 수 있다. 특정채권 보전을 위한 대위이므로 乙의 무자력은 필요 없다. 그러나 대위할 乙의 권리는 피담보채무를 변제한 때 담보 목적의 등기를 돌려받을 권리이므로, 대지 대금이 지급되지 않은 이상 甲은 피담보채무의 존속을 들어 거절할 수 있다. 제3채무자 甲은 채무자 乙에게 가진 항변으로 대위채권자에게 대항할 수 있다.

(3) 丙의 대응. 丙은 변제할 이해관계 있는 제3자로서 대지 대금을 대신 변제하고(제469조), 그 후 乙을 대위하여 甲에게 이전등기를 청구할 수 있다. 변제한 금액은 乙에게 구상한다.

(4) 결론. 대지 대금이 지급되지 않은 현재로서는 丙의 이전등기청구도 기각된다. 결국 양 청구 모두 기각된다. 다만 甲이 분양 승낙을 넘어 수분양자에게 직접 등기를 넘겨주기로 약정하였다고 해석되는 사정이 있다면 결론이 달라질 수 있다.

근거: 민법 제213조, 제404조, 제469조 · 대지 소유자 명의 건축허가·보존등기를 양도담보로 본 판례

2020 제3문

시효기간 중 소유자 변경과 협의매수 보상금

30점 · 소문 2개 · 완성 당시 소유자, 소멸시효, 대상청구권의 요건

제3문.

(30점)

서울특별시 노원구 소재 X임야 50,000㎡는 A의 소유였는데, A는 2003. 12. 6. 이를 B에게 매각했고 B 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

한편 C는 1986. 11. 8. A로부터 X임야 가운데 3,000㎡(Y임야) 및 Y임야 상의 지상건물을 매수하여 직접 사용하다가 2010. 5. 1.부터 D에게 지상건물을 임대하여 매년 2백만 원의 차임을 받고 있다.

(1) 2020. 8. 15. 현재 C는 B를 상대로 Y임야에 대한 취득시효완성의 효과를 주장하여 소유권이전등기를 청구할 수 있는가? (10점)

(2) X토지 전체에 관하여 서울특별시와 B 사이에 협의매수가 이루어져 서울특별시가 B에게 평방미터(㎡)당 9만원으로 계산된 45억 원의 보상금을 지급했고 2018. 12. 1. 매매를 원인으로 하여 서울특별시 명의의 소유권이전등기가 행해졌다면, C는 B가 수령한 보상금 중 일부의 반환을 청구할 수 있는가? (20점)

출제 포인트

출제 의도 취득시효 완성 전후의 소유자 변경을 구별하고, 수용·협의취득 보상금에 대한 대상청구권의 판례 요건을 정확히 아는지 묻는다. **연결 개념** 제245조 제1항, 간접점유, 1필지 일부의 시효취득, 이행불능과 대상청구권.

합정 (2)에서 '대상청구권이 인정된다'로 바로 가는 것. 판례는 이행불능 전에 시효취득을 주장하였을 것을 요구한다. 지상건물 임대(연 2백만 원)는 점유 계속을 보여 주는 사실이지 계산 대상이 아니다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	C(점유자) → B(2003년 매수인)	제245조 제1항 — 1986. 11. 8.부터 20년, 자주점유, 간접점유	완성 당시 소유자 = B · 점유 계속 중 소멸시효 불 진행	이전등기 청구 가능	약 700자
(2)	C → B(보상금 45억 원 수령)	대상청구권(Y 부분 2억 7천만 원) · 불법행위 · 부당이득	이행불능 전 시효 주장 필요 · B의 선의	원칙적으로 부정	약 1,000자

예시답안 — 2020 제3문

I. 문제의 소재

C는 1986. 11. 8.부터 Y임야를 점유해 왔다. 시효기간 중 소유자가 A에서 B로 바뀐 경우 누구에게 등기를 청구하는지(1문), 시효완성 후 B가 토지를 서울특별시에 팔아 보상금을 받은 경우 C가 그 일부를 청구할 수 있는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — B에 대한 소유권이전등기청구

(1) 청구의 근거와 요건. 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권을 취득한다(제245조 제1항). C는 매수하여 점유를 시작하였으므로 권원의 성질상 자주점유이고, 평온·공연한 점유는 추정된다(제197조 제1항). 2010. 5. 1. 이후 지상건물을 D에게 임대한 것은 간접점유로서 점유의 계속에 영향이 없다. 1필지의 일부도 다른 부분과 구분되어 시효취득자의 점유에 속함을 인식할 객관적 징표가 계속 존재하면 시효취득할 수 있는데, Y임야에는 C의 지상건물이 있다. 따라서 2006. 11. 8. 무렵 시효가 완성되었다.

(2) 청구의 상대방. 판례는 시효기간 진행 중에 소유자가 바뀌어도 시효가 중단되지 않으므로, 점유자는 시효완성 당시의 소유자에게 등기를 청구할 수 있다고 본다. B는 시효기간 중인 2003. 12. 6. 소유권을 취득하여 완성 당시의 소유자이므로 C는 B에게 청구할 수 있다.

(3) B의 항변 — 소멸시효. 시효취득을 원인으로 한 등기청구권은 채권적 청구권이지만, 판례는 점유자가 점유를 계속하는 동안에는 소멸시효가 진행하지 않는다고 한다. C는 간접점유를 계속하고 있으므로 이 항변은 받아들여지지 않는다.

(4) 결론. C는 B에게 Y임야 부분을 분할한 다음 2006. 11. 8. 무렵의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

III. 설문 (2) — 보상금 일부의 반환청구

(1) 서울특별시에 대한 관계. 협의매수는 사법상 매매이고, 시효완성 후 등기를 마친 서울특별시는 C에게 대항할 수 있는 제3자이다. C의 B에 대한 등기청구권은 2018. 12. 1. 이행불능이 되었다. Y임야 부분의 보상금은 $3,000\text{m}^2 \times 9\text{만 원} = 2\text{억 } 7\text{천만 원}$ 이다.

(2) 대상청구권. 이행불능을 일으킨 것과 같은 원인으로 채무자가 목적물에 갈음하는 이익을 얻으면 채권자는 그 이익의 반환을 청구할 수 있다(대상청구권). 판례는 이를 해석으로 인정하고, 시효완성 토지가 수용되거나 협의취득된 경우에도 보상금에 대한 대상청구권을 인정한다. 그러나 판례는 대상청구권을 행사하려면 이행불능 전에 등기명의자에게 취득시효를 주장하였거나 그 시효를 기초로 등기청구권을 행사하였어야 한다고 본다. 시효완성 사실을 모르는 소유자는 처분을 제한받을 이유가 없기 때문이다. 사안에서 C가 2018. 12. 1. 전에 B에게 시효취득을 주장한 사정이 없으므로 대상청구권은 인정되지 않는다.

(3) 불법행위·부당이득. 시효완성 사실을 알고 있는 소유자가 이를 처분하여 등기의무를 이행불능에 빠뜨리면 불법행위가 된다. 그러나 C의 주장이 없었던 이상 B가 시효완성 사실을 알았다고 보기 어렵다. 또 시효완성자는 등기 전에는 소유권을 취득하지 못하므로, 등기명의자의 처분과 보상금 수령은 법률상 원인 없는 이득이 아니다.

(4) 결론. C는 B가 수령한 보상금 중 Y 부분 상당액 2억 7천만 원의 반환을 청구할 수 없다. 다만 C가 이행불능 전에 B에게 시효취득을 주장한 사실을 증명한다면 그 금액에 대한 대상청구권을 행사할 수 있다.

근거: 민법 제197조, 제245조 제1항, 제390조, 제750조 · 대상청구권과 취득시효 완성 후 처분에 관한 판례 · 계산 검산
check/civil_2020_3.py

2021 제2문

소수지분권자의 독점 점유와 인도청구

20점 · 단일 물음 · 2018다287522 전원합의체 판결

제2문.

(20점)

A, B, C는 각각 1/3의 지분으로 X토지를 공유하고 있는데, C는 A와 B에게 동의를 얻지 않고 X토지 전부에 대하여 소나무를 심어 토지를 점유하고 있다. 위 사실을 알게 된 A는 C를 상대로 소나무의 수거와 X토지의 인도를 구하는 소를 제기하였다. 법원은 A의 각 청구를 인용할 수 있는지 근거를 들어 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 직전 해에 나온 전원합의체 판결을 그대로 출제하였다. **연결 개념** 제263조, 제265조 보존행위의 의미, 지분권에 기한 방해배제. **함정** 종래 판례대로 인도청구를 인용하는 것. 두 청구에 대해 각각 결론을 내야 한다(수거 인용, 인도 기각).

■ 등장인물과 쟁점 지도

청구	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
인도	A(1/3) → C(1/3, 독점 점유)	보존행위(제265조 단서)	2018다287522 전합: 소수지분권자의 인도청구 불가	기각	약 600자
수거	A → C	지분권에 기한 방해배제(제214조)	같은 판결: 방해 제거·금지 청구 가능	인용	약 400자

예시답안 — 2021 제2문

I. 문제의 소재

1/3 지분권자 C가 다른 공유자의 동의 없이 X토지 전부에 소나무를 심어 독점적으로 점유하고 있다. 같은 소수지분권자인 A가 보존행위로 토지 인도를 구할 수 있는지, 소유권에 기한 방해배제로 소나무 수거를 구할 수 있는지가 쟁점이다.

II. 공유자의 사용·수익과 관리

공유자는 공유물 전부를 지분 비율로 사용·수익할 수 있다(제263조). 공유물의 관리에 관한 사항은 지분의 과반수로 결정하고, 보존행위는 각자 할 수 있다(제265조). C는 과반수 지분권자가 아니므로 협의 없이 토지 전부를 독점할 권원이 없고, 그 점유는 다른 공유자의 지분권을 침해한다.

III. 토지 인도청구

(1) 청구의 근거. A는 공유물 보존행위(제265조 단서)로서 C에게 X토지 전부의 인도를 구한다. 종래 판례는 소수지분권자도 공유물을 독점하는 다른 소수지분권자에게 보존행위로서 인도를 청구할 수 있다고 보았다.

(2)판례의 변경. 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결은 이를 변경하여, 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 다른 소

수지분권자는 공유물의 인도를 청구할 수 없다고 하였다. 그 이유는 ① 인도청구를 허용하면 피고의 정당한 지분 범위의 공동점유까지 빼앗게 되고, ② 인도받은 원고 역시 소수지분권자로서 공유물을 독점할 권원이 없어 또 다른 위법 상태가 생기며, ③ 이는 공유자 모두를 위한 보존행위라고 보기 어렵기 때문이다.

(3) 결론. A의 인도청구는 기각된다.

IV. 소나무 수거청구

(1) 청구의 근거. 공유자는 자기 지분권에 기하여 공유물에 대한 방해의 제거를 청구할 수 있다(제214조). 같은 전원합의체 판결은 다른 소수지분권자는 자신의 지분권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 독점적 점유를 하는 공유자에게 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동점유를 방해하는 행위의 금지를 청구할 수 있다고 하였다.

(2) 포섭. C가 다른 공유자의 동의 없이 토지 전부에 심은 소나무는 A의 공동 사용·수익을 방해하는 상태를 만든다. 이 방해 상태의 제거는 A 자신의 지분권 행사이므로 단독으로 구할 수 있다. 따라서 A는 C에게 소나무의 수거를 구할 수 있다.

(3) 결론. 소나무 수거청구는 인용된다.

V. 결론

법원은 소나무 수거청구는 인용하고, 토지 인도청구는 기각하여야 한다. A는 이와 별도로 지분 비율에 따른 임료 상당 부당이득의 반환을 C에게 구할 수 있다.

근거: 민법 제214조, 제263조, 제265조 · 대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결

제3장

부동산 명의신탁

부동산실명법 제4조·3자간 등기명의신탁·계약명의신탁과 매도인의 선의·신탁자의 부당이득반환청구·신탁자의 점유와 취득시효·수탁자 채권자의 사해행위취소 | 기출 3문항: 2016-2, 2019-2, 2023-2 (관련: 2020-1)

이 장에서 다루는 내용

3-1 핵심 개념	33
3-2 기출 풀이	35
2016 제2문 3자간 등기명의신탁에서 신탁자의 소유권 취득	35
2019 제2문 계약명의신탁 수탁자의 처분과 수탁자 채권자	37
2023 제2문 계약명의신탁자의 청구와 상속인의 시효취득	39

3-1 핵심 개념

입법고시 민법에서 명의신탁은 거의 매년 다른 모습으로 등장한다(2016, 2019, 2020, 2023). 사례를 받으면 가장 먼저 **누가 매매계약의 당사자인가**를 확인하여 유형을 정해야 한다. 신탁자가 스스로 매수인이 되었으면 3자간 등기명의신탁, 수탁자가 매수인이 되었으면 계약명의신탁이다. 유형이 정해지면 소유권 귀속과 신탁자의 구제 수단이 자동으로 따라온다. 계약명의신탁을 전제로 채권자대위·취소를 묻는 2020-1은 제5장에 실었다.

부동산실명법 제4조의 구조

① 명의신탁약정은 무효이다(제4조 제1항). ② 그 약정에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동도 무효이다(제2항 본문). ③ 다만 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자가 약정을 알지 못한 경우에는 물권변동이 유효하다(제2항 단서). ④ 제1항·제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(제3항). 종중, 배우자, 종교단체의 명의신탁은 조세 포탈·강제집행 면탈·법령상 제한 회피 목적이 아니면 제4조 등의 적용이 없다(제8조). 명의신탁의 유형은 계약 당사자가 누구인지에 따라 정해진다.

대립 구도

2자간·3자간 등기명의신탁(제2항 본문) ↔ 계약명의신탁(매도인 선의면 제2항 단서)

쓰이는 기출 2016-2, 2019-2, 2020-1, 2023-2

답안 속 문장

“명의수탁자가 매수인으로서 매도인과 계약하였고 매도인이 명의신탁약정을 알지 못하였으므로, 부동산 실명법 제4조 제2항 단서에 따라 수탁자가 소유권을 취득한다.”

3자간 등기명의신탁

신탁자가 매수인이 되어 매도인과 계약하고 등기만 수탁자 명의로 넘긴 경우이다. 명의신탁약정과 수탁자 명의 등기는 무효이므로 소유권은 매도인에게 남는다. 매도인·신탁자 사이의 매매계약은 유효하므로, 신탁자는 매도인을 대위하여 수탁자 명의 등기의 말소(또는 진정명의회복 등기)를 구하고 매도인에게 이전 등기를 구한다. 신탁자가 수탁자에게 직접 이전등기를 구할 수는 없다. 수탁자가 임의로 신탁자에게 넘긴 등기는 실체관계에 부합하여 유효하다.

대립 구도

소유자: 매도인 · 신탁자의 권리: 매도인에 대한 이전등기청구권 + 대위

쓰이는 기출 2016-2

답안 속 문장

“3자간 등기명의신탁에서 甲은 乙에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위해 乙을 대위하여 丙 명의 등기의 말소를 구한 뒤 乙에게 이전등기를 청구할 수 있다.”

계약명의신탁 — 매도인의 선의·악의

수탁자가 매수인이 된 경우이다. 매도인이 선의이면 수탁자가 완전한 소유권을 취득하고(제4조 제2항 단서), 신탁자는 수탁자에게 매수자금 상당의 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이다. 매도인이 악의이면 물권 변동은 무효이고 소유권은 매도인에게 남으며, 매도인과 수탁자 사이의 매매계약도 무효로 보는 것이 일

반적이다. 선의 여부는 계약 체결 당시를 기준으로 한다. 분양계약처럼 조합원 자격을 회피하려고 타인 명의로 계약한 경우도 상대방이 몰랐다면 같다(2020-1).

대립 구도

매도인 선의 → 수탁자 소유 · 신탁자는 매수자금 부당이득 ↔ 매도인 악의 → 매도인 소유

쓰이는 기출 2019-2, 2020-1, 2023-2 (1)

답안 속 문장

“丙은 명의신탁약정을 알지 못하였으므로 乙이 소유권을 취득하였고, 甲은 乙에게 제공한 매수자금 상당의 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이다.”

명의신탁자의 부당이득반환청구권

판례는 실명법 시행 후 계약명의신탁에서 신탁자가 수탁자에게 제공한 매수자금이 부당이득이라고 본다. 이 청구권은 금전채권으로서 수탁자가 소유권을 취득한 때부터 10년의 소멸시효에 걸리고, 신탁자가 부동산을 점유하더라도 시효 진행에 영향이 없다. 매수자금 반환채권은 부동산 자체로부터 생긴 채권이 아니므로 유치권의 피담보채권이 될 수 없다는 것이 판례이다. 수탁자가 이 채무의 이행으로 부동산을 신탁자에게 넘기면 그 합의는 유효한 대물변제가 될 수 있으나, 수탁자의 다른 채권자에게는 사해행위가 될 수 있다.

대립 구도

부동산 자체(청구 불가) ↔ 매수자금(부당이득) · 대물변제(유효) ↔ 사해행위(수탁자 채권자에 대한 관계)

쓰이는 기출 2019-2, 2020-1, 2023-2 (1)

답안 속 문장

“채무초과 상태의 수탁자가 유일한 재산을 신탁자에게 넘긴 것은 신탁자에 대한 부당이득반환채무의 대물변제로서 다른 채권자에 대한 사해행위가 된다.”

명의신탁자의 점유와 취득시효

판례는 계약명의신탁에서 명의신탁자는 매매계약의 당사자가 아니고 명의신탁약정도 무효이므로, 부동산의 소유권을 취득할 수 없다는 것을 알면서 점유한 것으로 보아 특별한 사정이 없으면 자주점유를 부정한다. 상속인은 피상속인의 점유의 성질을 그대로 승계하므로, 상속인이 새로운 권원으로 소유의 의사를 표시하지 않는 한 자주점유가 이어진다.

대립 구도

자주점유 추정(제197조) ↔ 권원의 성질에 따른 번복

쓰이는 기출 2023-2 (2)

답안 속 문장

“甲은 Y토지를 乙 명의로 등기할 것을 스스로 부탁하였으므로 소유자가 乙임을 알고 점유한 것이어서 자주점유의 추정이 깨진다.”

3-2 기출 풀이

2016 제2문

3자간 등기명의신탁에서 신탁자의 소유권 취득

25점 · 단일 물음 · 실명법 제4조, 대위, 진정명의회복, 제8조 특례

제2문.

(25점)

명의신탁자 甲이 스스로 매수인이 되어 乙 소유의 X 부동산을 매수하고서 명의신탁약정을 체결한 丙 명의로 소유권이전등기를 경료하는 3자간 등기명의신탁에서 甲이 X 부동산의 소유권을 취득할 수 있는 방법을 검토해 보시오.

출제 포인트

출제 의도 3자간 등기명의신탁의 기본 구조를 설명형에 가깝게 묻는다. **연결 개념** 실명법 제4조 제1항·제2항, 매매계약의 유효, 채권자대위, 진정명의회복, 수탁자의 임의 이전, 제8조 특례. **합정** 계약명의신탁의 제4조 제2항 단서를 적용하는 것, 신탁자가 수탁자에게 해지를 원인으로 직접 이전등기를 구할 수 있다고 쓰는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

방법	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
전제	甲 (신탁자·매수인) · 乙(매도인) · 丙(수탁자)	실명법 제4조 제1항·제2항 본문	제2항 단서 부적용	소유자 = 乙	약 350자
①	甲 → 丙(乙 대위), 甲 → 乙	제404조 · 말소 또는 진정명의회복 · 매매에 관한 이전등기	특정채권 보전 → 무자력 불요 · 동시이행 · 소멸시효	가능	약 600자
②	甲 → 丙(직접)	해지·부당이득	약정 무효, 丙은 소유권 미취득	불가	약 200자
③	丙 → 甲(임의 이전) · 부부 특례	실체관계 부합 · 제8조	—	유효 / 해지 후 이전	약 300자

예시답안 — 2016 제2문

I. 문제의 소재

3자간 등기명의신탁에서는 매매계약의 당사자는 甲과 乙이고 등기만 丙 명의로 되어 있다. 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」(이하 ‘부동산실명법’) 아래에서 X 부동산의 소유권이 누구에게 있는지를 정한 뒤, 甲이 소유권을 취득할 수 있는 경로를 검토한다.

II. 3자간 등기명의신탁의 법률관계

(1) 명의신탁약정과 등기의 효력. 명의신탁약정은 무효이고(부동산실명법 제4조 제1항), 그 약정에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동도 무효이다(제4조 제2항 본문). 제4조 제2항 단서(매도인이 선의인 계약

명의신탁)는 3자간 등기명의신탁에는 적용되지 않는다. 따라서 丙 명의 등기는 무효이고 소유권은 여전히 매도인 乙에게 있다.

(2) 매매계약의 효력. 甲과 乙 사이의 매매계약은 명의신탁약정과 별개로 유효하다. 따라서 甲은 乙에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 가지고, 乙은 丙에게 무효 등기의 말소나 진정명의회복을 구할 수 있다. 명의신탁의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다(제4조 제3항).

III. 甲이 소유권을 취득하는 방법

(1) 乙을 대위한 말소청구와 乙에 대한 이전등기청구. 甲은 乙에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위하여 乙을 대위하여(민법 제404조) 丙에게 등기 말소를 구하고, 이어 乙에게 매매를 원인으로 한 이전등기를 청구할 수 있다. 특정채권 보전을 위한 대위이므로 乙의 무자력은 요건이 아니다. 판례는 3자간 등기명의 신탁에서 명의신탁자가 이 방법으로 소유권을 회복할 수 있다고 본다.

(2) 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기의 대위. 말소 대신 乙을 대위하여 丙에게 乙 앞으로 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 구할 수도 있다. 판례는 무효 등기의 말소청구와 진정명의회복 이전등기 청구를 같은 목적의 청구로 본다.

(3) 丙에 대한 직접 청구의 가부. 명의신탁약정이 무효이므로 甲은 그 약정의 해지를 원인으로 丙에게 이전등기를 구할 수 없다. 또 丙은 소유권을 취득하지 못하였으므로 甲은 丙에게 부동산 자체를 부당이득으로 반환하라고 구할 수도 없다. 판례도 명의신탁자는 매도인을 대위하는 방법으로 등기를 회복해야 한다는 입장이다.

(4) 丙의 임의 이전. 丙이 스스로 甲에게 이전등기를 넘겨준 경우, 甲과 乙 사이에 유효한 매매계약이 있으므로 그 등기는 실체관계에 부합하여 유효하다고 보는 것이 판례이다.

(5) 상대방의 항변 — 소멸시효와 동시이행. 甲의 乙에 대한 이전등기청구권은 채권이지만, 판례는 매수인이 목적물을 인도받아 점유하는 동안에는 소멸시효가 진행하지 않는다고 한다. 甲이 점유하지 않았다면 10년의 소멸시효가 문제될 수 있다. 대금이 남아 있다면 乙은 동시이행항변을 할 수 있다.

(6) 특례가 적용되는 경우. 甲과 丙이 부부이고 조세 포탈, 강제집행 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않았다면 명의신탁약정은 유효하다(제8조). 이 경우 대외적으로는 丙이 소유자이므로 甲은 명의신탁을 해지하고 丙에게 이전등기를 구하는 방법으로 소유권을 취득한다.

IV. 결론

3자간 등기명의신탁에서 소유권은 乙에게 남아 있다. 甲은 乙을 대위하여 丙 명의 등기를 말소하거나 乙 앞으로 진정명의회복 등기를 하게 한 다음 乙에게 매매를 원인으로 이전등기를 청구하는 방법으로 소유권을 취득한다. 丙이 임의로 甲에게 등기를 넘겨주면 그 등기도 유효하다.

근거: 부동산실명법 제4조, 제8조 · 민법 제404조 · 3자간 등기명의신탁에 관한 판례

2019 제2문

계약명의신탁 수탁자의 처분과 수탁자 채권자

35점 · 단일 물음 · 매도인 선의, 대물변제의 사해성, 원상회복

제2문.

(35점)

甲은 무주택자인 친구 乙에게 X아파트를 구입하여 乙명의로 소유할 것을 부탁하면서, 매수에 필요한 자금 5억 원을 건네주었다. 이에 乙은 2016. 7. 10. X아파트의 소유자인 丙과 X아파트의 매매계약을 체결하고, 2016. 8. 12. 매매대금을 완불하면서 2016. 8. 13. 자신 명의로 이 전등기를 마쳤다.

그 후 乙은 2018. 6. 5. 사업자금이 필요하여 丁으로부터 2억 원을 차용하였다. 丁은 乙에게 자금을 대여할 당시 ‘乙이 X아파트 이외에는 다른 재산이 없지만, X아파트가 시가 8억 원에 상당하니 아무 문제가 없겠다’고 생각하여 담보 없이 2억 원을 빌려주었다. 2019. 2. 5. 乙은 X아파트가 甲의 것이라고 생각하고 甲에게 X아파트의 소유권등기를 이전하여 주었다. 乙은 시가 8억 원 상당의 X아파트 이외에 보유한 재산은 없다.

이 경우 丁이 자신의 채권확보를 위하여 취할 수 있는 법적 조치에 대해 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 계약명의신탁에서 수탁자가 소유자가 된다는 결론을 수탁자 채권자의 입장에서 활용하게 한다. **연결 개념** 실명법 제4조 제2항 단서, 매수자금 부당이익, 대물변제와 사해행위, 사해의사, 원물반환, 처분금지가처분. **합정** ‘乙은 X아파트가 甲의 것이라고 생각’이라는 사실에 끌려 사해의사를 부정하는 것. 丙이 선의인지 문제지에 명시되지 않았으므로 악의인 경우의 결론도 한 줄 적어 두면 좋다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

쟁점	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
전제	甲 (신탁자, 5억 제공) · 乙(수탁자·매수인) · 丙 (매도인) · 丁(乙의 채권자 2억)	실명법 제4조 제2항 단서	丙 악의면 X아파트는 乙의 책임재산 아님	丙 선의 → 乙 소유	약 500자
①	丁 → 甲(수익자)	사해행위취소(제406조) — 피보전채권 선행, 대물변제의 사해성, 사해의사	수익자 선의 증명 · 제척 기간	취소 + 등기 말소	약 1,100자
②	丁 → 甲(대위)	제404조	乙의 이전은 유효한 대물변제 → 대위할 권리 없음	부정	약 200자

예시답안 — 2019 제2문

I. 문제의 소재

甲이 자금을 대고 乙이 자기 이름으로 丙과 계약하여 등기를 받았으므로 계약명의신탁이다. 丁이 乙의 채권자로서 X아파트를 책임재산으로 삼을 수 있는지는 ① X아파트가 乙의 소유였는지, ② 乙의 甲 앞 이전 등기가 사해행위인지에 달려 있다.

II. X아파트의 소유권 귀속

명의신탁약정은 무효이다(부동산실명법 제4조 제1항). 다만 명의수탁자가 계약 당사자가 되어 상대방과 계약하고 그 상대방이 명의신탁약정을 알지 못한 경우에는 수탁자 명의 등기에 의한 물권변동이 유효하다(제4조 제2항 단서). 사안에서 丙이 甲·乙 사이의 약정을 알았다는 사정이 없으므로 丙은 선의이고, 乙은 X아파트의 완전한 소유권을 취득하였다. 판례에 따르면 甲은 乙에게 부동산 자체가 아니라 제공한 매수자금 5억 원 상당의 부당이득반환채권만을 가진다(민법 제741조). 만약 丙이 악의였다면 소유권은 丙에게 남아 X아파트는 乙의 책임재산이 아니므로, 이하에서 불채권자취소는 문제되지 않는다.

III. 丁의 채권자취소권(민법 제406조)

(1) 피보전채권. 丁의 대여금채권(2억 원)은 2018. 6. 5. 성립하여 乙의 처분행위(2019. 2. 5.) 전에 존재하였다. 금전채권이므로 피보전채권이 될 수 있다.

(2) 사해행위. 乙의 甲 앞 이전등기는 乙의 부당이득반환채무(5억 원)에 대한 대물변제의 성격을 가진다. 판례는 채무초과 상태의 채무자가 유일한 재산을 특정 채권자에게 대물변제로 넘기는 것은 다른 채권자의 공동담보를 감소시키므로 원칙적으로 사해행위라고 본다. 乙의 적극재산은 X아파트(8억 원)뿐이고 소극재산은 甲에 대한 5억 원과 丁에 대한 2억 원이며, 처분으로 乙은 무자력이 되었다. 시가 8억 원의 재산을 5억 원의 채무 변제에 충당하였다는 점에서도 공동담보가 감소한다. 乙이 'X아파트가 甲의 것'이라고 생각하였더라도, 법률상 자기 소유인 유일한 재산을 넘긴 이상 결론은 같다.

(3) 사해의사와 수익자의 악의. 사해의사는 공동담보가 부족해진다는 인식으로 족하다. 乙은 X아파트 외에 재산이 없음을 알고 있었으므로 사해의사가 인정된다. 수익자 甲의 악의는 추정되므로 甲이 선의를 증명하지 못하면 취소를 면할 수 없다(제406조 제1항 단서).

(4) 행사 방법과 기간. 丁은 수익자 甲을 피고로 하여 사해행위의 취소와 원상회복을 법원에 청구하여야 한다. 원상회복은 원물반환이 원칙이므로 甲 명의 등기의 말소(또는 乙 앞으로의 진정명의회복 등기)를 구한다. 취소 범위는 원칙적으로 丁의 채권액 범위이나, 부동산처럼 불가분인 목적물은 전부를 취소하고 원물로 반환시킬 수 있다. 소는 丁이 취소원인을 안 날부터 1년, 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 제기하여야 한다(제406조 제2항).

(5) 보전처분. 丁은 소 제기 전에 甲을 상대로 X아파트에 대한 처분금지가처분을 하여 전득자의 출현을 막을 수 있다. 원상회복된 X아파트에 대하여는 乙에 대한 집행권원을 얻어 강제집행한다. 그 효력은 모든 채권자의 이익을 위하여 미친다(제407조).

IV. 채권자대위권의 가능성

乙 앞으로 등기가 회복되기 전에 丁이 乙을 대위하여 甲에게 등기 말소를 구하려면 乙에게 甲에 대한 말소청구권이 있어야 한다. 그러나 乙의 이전은 대물변제로서 유효하므로 대위할 권리가 없다. 따라서 丁의 수단은 채권자취소권이다. 결국 丁은 甲을 상대로 처분금지가처분을 한 뒤 사해행위 취소와 등기 말소를 구하고, 회복된 X아파트에 강제집행하여 채권을 확보한다.

근거: 부동산실명법 제4조 · 민법 제404조, 제406조, 제407조, 제741조 · 계약명의신탁과 대물변제의 사해성에 관한 판례

2023 제2문

계약명의신탁자의 청구와 상속인의 시효취득

30점 · 소문 2개 · 매수자금 부당이득, 소멸시효, 명의신탁자 점유의 성질

제2문.

(30점)

〈공통된 사실관계〉

甲은 1998. 4. 10. 그의 친구 乙에게 丙이 소유한 Y토지의 매입자금을 제공하면서, 乙이 직접 丙과 Y토지에 대한 매매계약을 체결하고 乙명의로 등기할 것을 부탁하였다. 이에 乙은 1998. 4. 18. 위와 같은 약정을 알지 못하는 丙과 Y토지에 대한 매매계약을 체결하고, 1998. 5. 20. 자신 명의로 Y토지에 대한 소유권이전등기를 마쳤다. Y토지는 1998. 5. 20.부터 甲이 점유하여 사용하고 있다. (아래 각 설문은 별개임)

- (1) Y토지의 소유권은 누구에게 있는지를 논하고, 甲은 乙에게 어떠한 청구를 할 수 있는지를 설명하시오. (15점)
- (2) 甲이 2022. 4. 5. 사망하였고, 甲의 단독상속인 丁은 취득시효 완성을 이유로 乙에게 Y토지의 소유권이전등기를 청구하였다. 丁의 청구가 인용될 수 있는지 여부를 논하시오. (15점)

출제 포인트

출제 의도 1998년이라는 오래된 날짜를 주어 ① 부당이득반환청구권의 소멸시효와 ② 20년 점유취득시효를 동시에 떠올리게 한다. **연결 개념** 실명법 제4조 제2항 단서, 매수자금 부당이득, 제162조, 유치권 부정, 제197조 자주점유 추정, 반복, 상속에 의한 점유 승계. **합정** (2)에서 점유기간 20년만 계산하고 자주점유를 검토하지 않는 것. (1)에서 ‘甲은 매수자금 반환을 청구할 수 있다’로 끝내고 소멸시효를 빠뜨리는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	甲 (신탁자·점유자) → 乙(수탁자·매수인)	이전등기(약정 무효로 불가) · 매수자금 부당이득 (제741조)	1998. 5. 20.부터 10년 소멸시효 (제162조) · 유치권 부정	乙 소유 · 부당이득도 시효로 소멸	약 900자
(2)	丁(상속인) → 乙	점유취득시효(제245조) — 1998. 5. 20.부터 20년, 점유 승계	명의신탁자 점유 = 타주 점유(판례)	기각	약 800자

예시답안 — 2023 제2문

I. 문제의 소재

甲이 자금을 대고 乙이 매수인이 되어 乙 명의로 등기하였으므로 부동산실명법 시행(1995. 7. 1.) 이후의 계약명의신탁이다. 소유권 귀속과 甲의 청구(1문), 명의신탁자의 점유에 기한 취득시효(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 소유권 귀속과 甲의 청구

(1) 소유권 귀속. 명의신탁약정은 무효이나(제4조 제1항), 수탁자가 계약 당사자가 되고 상대방이 약정을 알지 못한 경우 수탁자 명의 등기에 의한 물권변동은 유효하다(제4조 제2항 단서). 丙은 약정을 알지 못하였으므로 Y토지의 소유권은 乙에게 있다.

(2) 이전등기청구의 가부. 명의신탁약정이 무효이므로, 甲은 약정에 기하여 乙에게 이전등기를 구할 수 없다. 명의신탁약정과 함께 한 ‘요구하면 신탁자에게 이전한다’는 약정도 무효인 약정의 일부이다. 甲은 Y토지 자체를 부당이득으로 구할 수도 없다. 甲이 잃은 것은 토지가 아니라 매수자금이기 때문이다.

(3) 매수자금의 부당이득반환청구. 판례는 실명법 시행 후 계약명의신탁에서 신탁자는 수탁자에게 제공한 매수자금 상당액을 부당이득으로 반환청구할 수 있다고 한다(민법 제741조). 다만 이 청구권은 수탁자가 소유권을 취득한 1998. 5. 20.부터 10년의 소멸시효에 걸린다(제162조 제1항). 시효중단 사유가 없다면 2008. 5. 20. 무렵 시효가 완성되었으므로, 乙이 시효를 원용하면 甲의 청구는 기각된다. 甲이 토지를 점유하고 있어도 금전채권의 소멸시효 진행에는 영향이 없다. 또 판례는 매수자금 반환채권이 토지 자체로부터 생긴 채권이 아니므로 이를 피담보채권으로 한 유치권도 인정하지 않는다.

(4) 결론. 소유권은 乙에게 있고, 甲은 매수자금 상당의 부당이득반환만을 청구할 수 있으나 소멸시효 항변에 걸린다.

III. 설문 (2) — 丁의 취득시효 주장

(1) 청구의 근거와 요건. 丁은 甲의 점유를 승계하여(제193조, 제199조) 1998. 5. 20.부터 20년이 지난 2018. 5. 20. 무렵 점유취득시효(제245조 제1항)가 완성되었다고 주장한다. 상속인은 피상속인의 점유를 그대로 이어받으므로, 甲의 점유가 자주점유였는지가 관건이다.

(2) 자주점유의 추정과 번복. 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되나(제197조 제1항), 점유 권원의 성질상 소유의 의사가 없다고 볼 객관적 사정이 증명되면 추정이 깨진다. 판례는 계약명의신탁에서 명의신탁자는 매매계약의 당사자가 아니고 명의신탁약정도 무효이므로, 신탁자는 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없다는 것을 알면서 점유한 것이어서 특별한 사정이 없으면 자주점유로 볼 수 없다고 한다. 甲은 乙 명의로 등기할 것을 스스로 부탁하였으므로 소유자가 乙임을 알고 점유하였다.

(3) 乙의 항변. 乙은 甲의 점유가 타주점유라는 사정을 들어 자주점유 추정의 번복을 주장할 수 있다. 상속인 丁의 점유는 甲의 점유 성질을 그대로 승계하므로, 丁이 새로운 권원에 의하여 소유의 의사를 표시한 사정도 없다.

(4) 결론. 丁의 청구는 기각된다.

근거: 부동산실명법 제4조 · 민법 제162조, 제193조, 제197조, 제199조, 제245조, 제320조, 제741조 · 계약명의신탁자의 점유에 관한 판례

제4장

담보물권과 주택임대차

저당부동산의 제3취득자 · 관습법상 법정지상권 · 주택임차인의 대항력과 우선변제권 · 임차권 양도와 순위 승
계 · 유치권과 전용물소권 | 기출 3문항: 2016-3, 2017-1, 2024-2

이 장에서 다루는 내용

4-1 핵심 개념 42

4-2 기출 풀이 45

 2016 제3문 저당부동산의 제3취득자의 지위 45

 2017 제1문 강제경매로 분리된 토지·주택과 임차권 양수인의 순위 47

 2024 제2문 임차인이 맡긴 기계 수리와 소유자 50

4-1 핵심 개념

담보물권 문항은 ‘누가 먼저인가’(순위)와 ‘누구에게 대항할 수 있는가’(대항력)를 묻는다. 저당권·법정지상권·유치권은 민법에, 임차인의 대항력과 우선변제권은 「주택임대차보호법」(이하 ‘주임법’)에 있다. 날짜가 촘촘히 주어지면 **각 권리의 효력 발생일을 줄 세우는 것이** 첫 작업이다.

저당부동산 제3취득자의 보호

저당부동산에 소유권·지상권·전세권을 취득한 제3자는 피담보채권을 변제하고 저당권 소멸을 청구할 수 있고(제364조), 근저당권은 채권최고액까지만 변제하면 된다(판례). 경매에서 매수인이 될 수 있고(제363조 제2항), 지출한 필요비·유익비는 경매대가에서 우선상환을 받는다(제367조). 변제할 정당한 이익이 있어 법정대위하나(제481조), 보증인에 대해서는 대위하지 못한다(제482조 제2항 제2호). 매도인에게는 제576조의 담보책임을 묻는다.

대립 구도

채무자(채권 전액 변제) ↔ 제3취득자(최고액 한도) · 물상보증인과 유사(제370조, 제341조 유추)

쓰이는 기출 2016-3

답안 속 문장

“제3취득자는 근저당권의 채권최고액만 변제하면 근저당권의 말소를 청구할 수 있다. 공시된 담보 범위를 신뢰한 자를 보호하려는 것이다.”

관습법상 법정지상권

토지와 건물이 동일인 소유였다가 매매·증여·강제경매 등으로 소유자가 달라지고 철거 특약이 없으면 건물 소유자가 법정지상권을 취득한다(판례). 강제경매에서는 압류(가압류가 선행하면 가압류)의 효력 발생시를 기준으로 동일인 소유 여부를 판단한다(판례, 전원합의체). 등기 없이 취득하며(제187조), 지료는 협의가 없으면 법원이 정한다. 저당권 실행 경매로 생기는 법정지상권은 제366조가 따로 규율한다.

대립 구도

제366조(저당권 실행 경매) ↔ 관습법상 법정지상권(매매·강제경매 등)

쓰이는 기출 2017-1 (1)(2)

답안 속 문장

“X토지와 Y주택은 압류 당시 모두 甲 소유였고 강제경매로 소유자가 달라졌으므로, 乙은 관습법상 법정지상권을 취득하여 甲에게 대항할 수 있다.”

주택임차인의 대항력·우선변제권

주택의 인도와 주민등록을 마치면 그 다음 날부터 제3자에게 대항력이 생긴다(주임법 제3조 제1항). 대항요건과 확정일자를 갖추면 경매·공매 시 후순위권리자 등보다 우선하여 보증금을 변제받는다(제3조의2 제2항). 보증금을 받으려면 주택을 매수인에게 인도하여야 하고(제3조의2 제3항), 선순위 대항력 있는 임차권은 보증금 전액을 받을 때까지 경매로 소멸하지 않는다(제3조의5). 임대인이 기간 만료 전 법정 기간 안에 갱신거절 통지를 하지 않으면 같은 조건으로 갱신되고 기간은 2년으로 본다(제6조).

대립 구도

대항력(매수인에게 계속 거주 주장) ↔ 우선변제권(배당요구로 순위에 따라 배당)

쓰이는 기출 2017-1 (3)

답안 속 문장

“B는 2013. 4. 1. 대항요건과 확정일자를 갖추었으므로 2013. 4. 2. 0시를 기준으로 2015. 8. 10. 설정된 丙의 저당권보다 선순위의 우선변제권을 가진다.”

임차권의 적법한 양도와 순위 승계

임차권 양도에는 임대인의 동의가 필요하다(제629조). 판례는 적법한 임차권 양도·전대의 경우 양수인·전차인이 원래 임차인의 주민등록 퇴거일부터 주민등록법상 전입신고 기간 안에 전입신고를 마치고 주택에 입주하면, 원래 임차인의 대항력은 동일성을 유지한 채 존속하고 우선변제권도 승계된다고 본다. 양수인이 따로 받은 확정일자로 순위가 새로 정해지는 것이 아니다.

대립 구도

원 임차인의 순위 승계(동의 + 기간 내 전입) ↔ 무단 양도(임대인에게 대항 불가)

쓰이는 기출 2017-1 (3)

답안 속 문장

“丁은 임대인의 동의를 얻어 B의 퇴거일에 바로 입주·전입하였으므로 B의 대항력과 우선변제권을 그 순위 그대로 승계한다.”

유치권

타인의 물건을 점유한 자는 그 물건에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있으면 변제를 받을 때까지 유치할 수 있다(제320조 제1항). 점유가 불법행위로 인한 경우에는 성립하지 않는다(제2항). 목적물이 채무자 소유일 필요는 없고, 물건이므로 소유자를 포함한 누구에게나 주장할 수 있다. 채무자는 상당한 담보를 제공하여 소멸을 청구할 수 있다(제327조). 계약명의신탁자의 매수자금 반환채권처럼 물건 자체로부터 생기지 않은 채권은 건련성이 없다.

대립 구도

건련성 긍정(수리대금, 필요비·유익비) ↔ 부정(매수자금 반환, 권리금 등)

쓰이는 기출 2024-2 (2), 2023-2 (1)

답안 속 문장

“수리대금채권은 기계 자체에 관하여 생긴 채권이므로 丙은 소유자 甲에게도 유치권을 주장하여 인도를 거절할 수 있다.”

전용물소권과 점유자의 비용상환청구

계약상 급부가 계약 상대방이 아닌 제3자의 이익이 된 경우, 급부한 자가 제3자에게 직접 부당이득반환을 구할 수 있는가의 문제이다(전용물소권). 판례는 이를 부정한다. 계약 상대방의 무자력 위험을 제3자에게

넘기고 채권자평등에 반하며 제3자의 항변을 침해하기 때문이다. 같은 이유로 판례는 점유자가 계약관계에 기하여 비용을 지출한 경우 제203조가 아니라 그 계약관계에 따라 정산하게 하고, 임차인에게서 수리를 맡은 수급인이 소유자에게 제203조의 비용상환을 구하는 것을 부정하였다.

대립 구도

계약 상대방에 대한 청구(긍정) ↔ 제3자에 대한 부당이득·제203조 청구(부정)

쓰이는 기출 2024-2 (1)

답안 속 문장

“丙의 급부는 乙과의 도급계약에 따른 것이므로 丙은 乙에게 대금을 청구할 수 있을 뿐, 그 이익이 소유자 甲에게 돌아갔다는 이유로 甲에게 부당이득반환을 구할 수 없다.”

4-2 기출 풀이

2016 제3문

저당부동산의 제3취득자의 지위

25점 · 약술형 · 제364조, 제367조, 제481조·제482조, 제576조

제3문.

(25점)

저당부동산의 제3취득자의 지위에 관하여 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 저당권 편에 흩어진 제3취득자 보호 규정을 모아 체계적으로 설명하게 한다. **연결 개념** 제364조와 근저당권의 채권최고액, 제363조 제2항, 제367조, 변제자대위, 소멸시효 원용권, 매도인 담보책임. **함정** 조문만 나열하고 ‘왜 보호하는가’(피담보채무를 부담하지 않으면서 책임만 지는 지위)를 쓰지 않는 것.

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례	분량
I	의의 — 책임만 지는 제3자	제364조	약 250자
II	실행 전 — 변제권, 법정대위, 시효 원용	제360조, 제364조, 제469조, 제481조, 제482조 제2항 · 채권최고액 판례	약 550자
III	실행과 그 후 — 경매 참가, 비용 우선상환, 담보책임, 구상	제363조 제2항, 제367조, 제576조, 제370조·제341조 유추	약 500자
IV	쟁점과 평가	채무인수 시 구상 제한	약 250자

예시답안 — 2016 제3문

I. 의의

저당부동산의 제3취득자란 저당권이 설정된 부동산에 관하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자를 말한다(제364조 참조). 제3취득자는 피담보채무를 부담하지 않으면서도 저당권 실행으로 자기 권리를 잃을 위험을 진다는 점에서 물상보증인과 비슷하다. 민법은 이러한 지위를 보호하기 위하여 변제권, 경매 참가권, 비용상환 우선권 등을 둔다.

II. 저당권 실행 전의 지위

(1) 제364조의 변제권. 제3취득자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다. 변제 범위는 제360조가 정한 저당권의 피담보채권 범위이므로, 지연배상은 원본의 이행기일을 지난 후 1년분에 한한다. 근저당권의 경우 판례는 제3취득자는 채권최고액까지만 변제하면 근저당권의 말소를 청구할 수 있다고 본다. 채무자 자신은 채권 전액을 변제해야 하는 것과 구별된다.

(2) 제3자 변제와 법정대위. 제3취득자는 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 채무자의 의사에 반하여도 변제할 수 있고(제469조), 변제로 당연히 채권자를 대위한다(제481조). 다만 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못하고(제482조 제2항 제2호), 보증인은 미리 대위의 부기등기를 하지 않으면 제3취득자에 대하여 대위하지 못한다(같은 항 제1호).

(3) 소멸시효의 원용. 판례는 저당부동산의 제3취득자가 피담보채권의 소멸로 직접 이익을 받는 자로서 피담보채권의 소멸시효를 원용할 수 있다고 본다.

III. 저당권 실행과 그 후의 지위

(1) 경매 참가. 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 경매인(매수인)이 될 수 있다(제363조 제2항).

(2) 비용상환의 우선권. 제3취득자가 그 부동산의 보존·개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 제203조 제1항·제2항의 규정에 의하여 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다(제367조). 저당권자도 그 비용으로 이익을 얻었기 때문이다.

(3) 매도인에 대한 담보책임. 저당권의 행사로 매수인이 소유권을 취득할 수 없거나 잃은 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있고, 매수인이 출제하여 소유권을 보존한 때에는 매도인에게 상환을 청구할 수 있으며, 손해가 있으면 배상을 청구할 수 있다(제576조). 매수인의 선의·악의는 묻지 않는다.

(4) 채무자에 대한 구상. 제3취득자가 변제하거나 저당권 실행으로 소유권을 잃은 경우 채무자에게 구상할 수 있다. 물상보증인의 구상권에 관한 제370조, 제341조가 유추된다. 매수 시 피담보채무를 인수하고 대금에서 공제한 경우(이행인수)에는 매도인에 대한 구상이 제한된다.

IV. 쟁점과 평가

제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 채무자에 대한 관계에서 자기 채무를 변제한 것이 되어 구상권이 문제되지 않는다. 또한 근저당권에서 채권최고액 변제로 말소를 허용하는 판례는 저당권의 공시된 담보 범위를 신뢰한 제3취득자를 보호하려는 것으로 타당하다. 결국 제3취득자 보호 규정은 ‘공시된 범위의 부담만 진다’는 원칙과 ‘저당권자가 이익을 얻은 비용은 우선 돌려받는다’는 원칙으로 정리할 수 있다.

근거: 민법 제203조, 제341조, 제360조, 제363조, 제364조, 제367조, 제370조, 제469조, 제481조, 제482조, 제576조

2017 제1문

강제경매로 분리된 토지·주택과 임차권 양수인의 순위

50점 · 소문 3개 · 관습법상 법정지상권, 퇴거청구, 주임법상 순위 승계

제1문.

다음 사례를 읽고 아래의 문제에 대해 답을 하시오(사례를 제외한 각 문제는 서로 독립적임).

(50점)

〈사례〉

甲은 자신의 X토지에 Y주택을 신축하여 소유하고 있었는데, 甲의 채권자 A가 Y주택에 대하여 강제집행을 신청하여 그 경매절차에서 2013. 1. 10. 매수인 乙이 Y주택의 소유권을 취득하였다. 그 후 乙은 Y건물에 대하여 임차인 B와 존속기간은 2년(2013. 4. 1.부터 2015. 3. 31.까지), 임대보증금은 2억 원으로 하는 임대차계약을 체결하였다. B는 임대차기간의 개시일에 Y주택으로 이사하면서 관할 주민센터에 전입신고(주민등록)와 임대차계약증서상에 확정일자를 받았다.

1. 현재 X토지의 소유자인 甲은 乙을 상대로 Y주택의 철거 및 토지의 인도를 청구한다. 甲의 청구는 타당한가? (20점)
2. X토지의 소유자인 甲은 B가 Y주택에 현재에도 거주하고 있다면, B를 상대로 Y주택에서 퇴거를 청구할 수 있는가? (5점)
3. 2015. 8. 10. 乙은 丙에 대한 채무 2억 원을 담보하기 위하여 丙 앞으로 Y주택에 대하여 저당권설정등기를 마쳐주었다. 그 후 丙이 신청한 경매절차에서 Y주택이 C에게 3억 원에 매각되고 2017. 5. 10. 매각대금의 완납으로 C가 Y주택의 소유권을 취득하였다. 한편 2016. 10. 10. 丁은 乙의 동의를 얻어 B로부터 임차권을 양수하고 입주하면서 같은 날 주민등록의 이전과 임대차계약서상의 확정일자를 갖추었다. 丁이 Y주택의 매각대금에 관하여 저당권자 丙보다 우선변제를 받을 수 있는가? (25점)

출제 포인트

출제 의도 물권(법정지상권)과 특별법(주임법)을 한 사안에 묶었다. 날짜 다섯 개(2013. 1. 10., 2013. 4. 1., 2015. 3. 31., 2015. 8. 10., 2016. 10. 10.)를 줄 세우는 것이 핵심이다. **연결 개념** 강제경매와 관습법상 법정지상권, 퇴거청구의 요건, 주임법 제3조·제3조의2·제6조, 임차권 양도와 순위 승계. **함정** 강제경매인데 제366조를 근거로 드는 것. (3)에서 丁 자신의 전입일(2016. 10. 10.)로 순위를 정해 丙에게 뒤진다고 결론 내는 것. 사례에 ‘Y건물’로 적힌 부분은 원문 그대로이다(Y주택을 가리킨다).

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
1	甲(토지) → 乙(경매로 주택 취득)	제213조, 제214조 철거·인도	관습법상 법정지상권(압류 시 동일인 소유) · 지료 청구 가능	부당	약 900자
2	甲 → B(乙의 임차인)	퇴거청구	乙의 토지 이용권 → B 점유도 적법	불가	약 300자
3	丁(양수인, 보증금 2억) ↔ 丙(저당 2억)	주임법 제3조의2 제2항 우선변제	B의 2013. 4. 2. 순위 승계(판례) · 묵시적 갱신 · 배당요구·인도	丁 2억, 丙 1억	약 1,400자

예시답안 — 2017 제1문

I. 문제의 소재

甲 소유의 토지와 주택 중 주택만 강제경매로 乙에게 넘어갔다. 乙에게 토지 이용권이 있는지(1문), 그 결과 임차인 B에게 퇴거를 구할 수 있는지(2문), 임차권 양수인 丁이 저당권자 丙보다 우선변제를 받을 수 있는지(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 1 — 甲의 철거·토지인도 청구

(1) 청구의 근거. 甲은 X토지 소유자로서 토지를 점유하는 Y주택 소유자 乙에게 소유물방해제거·반환(제214조, 제213조)으로 주택 철거와 토지 인도를 구한다.

(2) 乙의 항변 — 관습법상 법정지상권. 판례는 토지와 건물에 동일인 소유였다가 매매 기타 원인으로 소유자가 달라지고 건물 철거 특약이 없으면 건물 소유자가 관습법상 법정지상권을 취득한다고 한다. 강제경매도 ‘기타 원인’에 해당한다. 저당권 실행 경매에 관한 제366조는 적용되지 않는다. 판례(전원합의체)는 강제경매에서 동일인 소유 여부를 매각대금 완납 시가 아니라 압류(가압류가 선행하면 가압류)의 효력이 생긴 때를 기준으로 판단한다. 사안에서 X토지와 Y주택은 압류 당시부터 甲 소유였으므로 요건이 충족된다. 법률 규정에 의한 물권 취득이어서 등기가 필요 없다(제187조).

(3) 甲의 재항변. 철거 특약은 없다. 甲은 철거 대신 지료를 청구할 수 있는데, 당사자의 협의가 없으면 법원이 정한다(제366조 단서 유추). 지료가 확정된 후 2년 이상 지체되면 지상권 소멸을 청구할 수 있다(제287조). 존속기간은 약정이 없으므로 건물의 종류에 따라 제281조, 제280조가 정하는 기간이 된다.

(4) 결론. 乙은 법정지상권으로 토지를 점유할 권리가 있으므로 甲의 청구는 타당하지 않다.

III. 설문 2 — B에 대한 퇴거청구

토지 소유자는 철거청구권이 있는 경우 건물 점유자에게 퇴거를 구할 수 있고, 건물 임차인이 대항력을 갖추었다는 사정만으로 토지 소유자에게 대항할 수는 없다. 그러나 사안에서는 乙이 법정지상권으로 토지를 이용할 권리가 있고 B는 乙의 적법한 임차인으로 주택을 점유하므로 토지 소유권을 방해하는 것이 아니다. 甲은 B에게 퇴거를 구할 수 없다.

IV. 설문 3 — 丁과 丙의 우선순위

(1) B의 대항력과 우선변제권. 주택 임차인은 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음 날부터 제3자에게 대항력이 생기고(주택임대차보호법 제3조 제1항), 대항요건과 확정일자를 갖추면 경매 시 후순위권리자와 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받는다(제3조의2 제2항). B는 2013. 4. 1. 입주·전입하고 확정일자를 받았으므로 2013. 4. 2. 0시에 대항력과 우선변제권을 취득하였다.

(2) 갱신. 2015. 3. 31. 기간이 끝났으나 임대인이 기간 만료 전 일정 기간 안에 갱신거절을 통지하지 않은 사정이 없으므로 같은 조건으로 묵시적으로 갱신되고, 존속기간은 2년으로 본다(제6조). 대항력과 우선변제권은 그대로 유지된다.

(3) 임차권 양수인 丁의 지위. 丁은 임대인 乙의 동의를 얻어 임차권을 양수하였다(민법 제629조). 판례는 적법한 임차권 양도의 경우 양수인이 원래 임차인의 주민등록 퇴거일부부터 주민등록법상 전입신고 기간 안에 전입신고를 하고 주택에 거주하면 원래 임차인의 대항력이 소멸하지 않고 동일성을 유지한 채 양수인에게 존속하며, 우선변제권도 함께 승계된다고 본다. 丁은 B의 퇴거와 같은 날인 2016. 10. 10. 입주하고 주민등록을 이전하였으므로 B의 2013. 4. 2. 순위를 승계한다. 丁이 그날 받은 확정일자도 독자적 의미가 없다.

(4) 丙의 항변. 丙은 丁의 대항요건·확정일자가 2016. 10. 10.이어서 2015. 8. 10. 저당권보다 뒤진다고 주장할 것이다. 그러나 (3)에 따라 丁은 B의 순위를 승계하므로 이 주장은 받아들여지지 않는다.

(5) 우선변제의 실현. 丁은 배당요구 종기까지 배당요구를 하여야 하고, 보증금을 받으려면 주택을 매수인 C에게 인도하여야 한다(제3조의2 제3항). 대항력이 선순위이므로 丁은 배당요구 대신 C에게 대항력을 주장하여 보증금을 돌려받을 때까지 거주할 수도 있다(제3조의5 단서). 배당요구를 하면 매각대금 3억 원에서 丁이 보증금 2억 원을 먼저 받고, 丙은 나머지 1억 원을 받는다(집행비용 등은 고려하지 않음).

(6) 참고 — 매수인 C의 토지 이용권. 건물에 대한 저당권의 효력은 종된 권리인 건물 소유 목적의 지상권에 미치므로(제358조), 경매로 Y주택을 취득한 C는登記 없이 乙의 법정지상권도 함께 취득한다는 것이 판례이다. 따라서 매각 후에도 Y주택의 존립 기반은 유지되고, 丁이 대항력을 주장하여 계속 거주하는 데에도 지장이 없다.

(7) 결론. 丁은 B의 순위를 승계하므로 저당권자 丙보다 우선변제를 받을 수 있다.

V. 결론

乙은 관습법상 법정지상권을 가지므로 甲의 철거·인도 청구와 B에 대한 퇴거청구는 모두 받아들여지지 않는다. 丁은 B의 대항력과 우선변제권을 승계하여 2013. 4. 2.의 순위로 저당권자 丙에 우선한다.

근거: 민법 제187조, 제213조, 제214조, 제280조, 제281조, 제287조, 제358조, 제366조, 제629조 · 주택임대차보호법 제3조, 제3조의2, 제3조의5, 제6조 · 관습법상 법정지상권과 임차권 양도에 관한 판례 · 계산 검사 check/civil_2017_1.py · 갱신거절 통지기간은 2020년 개정으로 '6개월 전부터 2개월 전까지'가 되었다.

2024 제2문

임차인이 맡긴 기계 수리와 소유자

30점 · 소문 2개 · 전용물소권, 제203조의 적용 범위, 유치권

제2문.

(30점)

X기계의 소유자인 甲은 乙에게 X기계를 1년간 임대하였다. 당시 甲과 乙은 사용 도중 발생하는 고장으로 인한 수리비에 대해서는 乙이 부담하기로 약정하였다. 乙이 X기계를 인도받아 사용하던 중 기계의 핵심 부품이 부러지자 乙은 기계수리업자 丙에게 수리를 맡겼다. 丙은 현장에서 이를 수리할 수 없어서 X기계를 丙이 운영하는 정비공장에 입고하여 수리를 마쳤다. 丙이 X기계의 수리를 마치고 乙에게 “수리대금 1억 원을 지급하고 X기계를 받아가라.”고 했으나 예상 외로 수리비 액수가 커지자 乙은 수리비 지급을 차일피일 미루고 있다. 그러던 중 甲과 乙 사이의 임대기간이 만료되었다.

(1) 丙은 甲을 찾아가 X기계 수리비의 지급을 요구하면서 그 근거로 ① 丙이 고장 난 X기계를 수리함으로써 기계의 소유자인 甲이 이득을 얻었고 丙 자신은 재료와 노무비를 사용하여 그 상당의 손해를 입었는바, 丙은 甲에 대해 민법 제741조 소정의 부당이득반환의무가 있고, ② 丙은 乙로부터 수리를 위해 X기계를 인도받아 점유하던 중 필요비를 투입했는바, 민법 제203조에 따라 회복자인 甲이 丙에게 필요비상환의무가 있다고 주장하였다. 丙 주장의 타당성을 검토하고 甲에게 수리비 지급의무가 있는지 밝히시오. (20점)

(2) 甲이 丙에게 X기계의 인도를 요구하자 丙은 수리비를 지급할 때까지는 X기계를 인도할 수 없다고 주장하였다. 丙의 주장은 타당한가? (10점)

출제 포인트

출제 의도 판례가 부정한 전용물소권과 수급인의 비용상환청구를 그대로 묻고, 같은 사안에서 유치권은 긍정되는 대비를 보게 한다. **연결 개념** 제741조, 제203조와 계약관계의 우선, 제626조와 수리비 부담 특약, 제320조, 제327조. **합정** (1)에서 甲이 이득을 얻었다는 사실만으로 부당이득을 인정하는 것. (2)에서 ‘甲은 채무자가 아니므로 유치권을 주장할 수 없다’고 쓰는 것. (1) ①의 “丙은 甲에 대해 … 부당이득반환의무가 있고”는 원문 그대로이며, 문맥상 ‘甲은 丙에 대해’의 뜻이다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)①	丙(수리업자) → 甲(소유자·임대인)	부당이득(제741조)	전용물소권 부정(판례) · 甲·乙의 수리비 부담 약정	부당	약 600자
(1)②	丙 → 甲	필요비상환(제203조)	계약관계 있으면 계약에 따름 · 지출자는 도급인 乙(판례)	부당 → 지급의무 없음	약 500자
(2)	甲 → 丙 인도청구 / 丙의 거절	제213조 ↔ 유치권(제320조)	타인 물건·관련성·변제기·적법 점유 · 제327조	丙 주장 타당	약 600자

예시답안 — 2024 제2문

I. 문제의 소재

임차인 乙의 수리 위탁으로 수리업자 丙이 소유자 甲의 기계를 수리하였다. 계약 상대방이 아닌 소유자 甲에게 丙이 수리비를 청구할 수 있는지(1문), 수리비를 받을 때까지 甲에게 기계 인도를 거절할 수 있는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 丙 주장의 타당성

(1) 부당이득반환청구(제741조) — 이른바 전용물소권. 丙은 수리로 甲의 기계 가치가 회복되었으므로 甲이 법률상 원인 없이 이득을 얻었다고 주장한다. 그러나 판례는 계약상 급부가 계약 상대방뿐 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약 당사자는 계약 상대방에게 계약상 반대급부를 청구할 수 있을 뿐 제3자에게 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다고 한다. 이를 허용하면 ① 자기 책임 아래 계약을 맺은 자가 상대방의 무자력 위험을 제3자에게 넘기는 것이 되고, ② 채권자평등 원칙에 반하여 다른 채권자보다 우선변제를 받게 되며, ③ 제3자가 계약 상대방에게 가지는 항변을 침해하기 때문이다. 丙의 급부는 乙과의 도급계약에 따른 것이므로, 丙은 乙에게 수리대금을 청구할 수 있을 뿐이다. 또 甲과 乙은 수리비를 乙이 부담하기로 약정하였으므로, 甲이 얻은 이익에는 乙과의 임대차계약이라는 법률상 원인이 있다.

(2) 필요비상환청구(제203조). 점유자가 점유물을 반환할 때 회복자에게 필요비 상환을 청구할 수 있다(제203조 제1항). 그러나 이 규정은 점유자와 회복자 사이에 계약관계가 없는 경우를 규율한다. 점유자가 계약관계에 기하여 비용을 지출한 경우에는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 약정이 적용된다. 판례는 이와 유사한 사안에서, 임차인이 수리를 맡긴 경우 수급인이 들인 비용은 도급계약에 따라 도급인을 위하여 지출된 것이므로 비용을 지출한 자는 도급인이고, 수급인은 소유자에게 제203조의 비용상환을 청구할 수 없다고 보았다. 비용 지출자인 乙도 임대차계약에서 수리비를 스스로 부담하기로 하였으므로 甲에게 필요비 상환(제626조 제1항)을 구할 수 없다.

(3) 결론. 丙의 두 주장은 모두 타당하지 않고, 甲은 丙에게 수리비 지급의무가 없다.

III. 설문 (2) — 유치권에 기한 인도 거절

(1) 甲의 청구. 임대기간이 끝났으므로 甲은 소유자로서 점유자 丙에게 기계의 반환을 구할 수 있다(제213조 본문).

(2) 丙의 항변 — 유치권(제320조). 타인의 물건을 점유한 자는 그 물건에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. ① 丙은 임차인 乙로부터 수리를 위하여 기계를 인도받았으므로 점유가 불법행위로 인한 것이 아니다(제320조 제2항). ② 수리대금채권은 기계 자체에 관하여 생긴 채권으로 관련성이 있다. ③ 丙이 수리를 마치고 대금을 청구하였으므로 변제기가 도래하

였다. ④ 유치권 배제 특약도 없다. 유치권의 목적물은 채무자 소유일 필요가 없으므로, 기계가 乙이 아닌 甲의 소유라도 유치권이 성립한다.

(3) 대항력. 유치권은 물권이므로 채무자 아닌 소유자 甲에게도 주장할 수 있고, 이는 제213조 단서의 ‘점유할 권리’에 해당한다. 甲은 수리비 지급의무가 없으나, 기계를 돌려받으려면 수리대금을 대신 변제하고(제469조) 乙에게 구상하거나, 상당한 담보를 제공하여 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(제327조).

(4) 결론. 丙의 인도 거절 주장은 타당하다.

근거: 민법 제203조, 제213조, 제320조, 제327조, 제469조, 제626조, 제741조 · 전용물소권과 수급인의 비용상환청구를 부정한 판례

제5장

책임재산의 보전 — 채권자대위권·채권자취소권

대위의 요건과 피대위권리 · 대위 후 채무자의 처분 제한 · 이중매매의 반사회성 · 피보전채권 · 사해행위의 유형 · 원상회복과 가액배상 | 기출 4문항: 2020-1, 2021-1, 2021-3, 2024-1 (관련: 2016-2, 2018-2, 2019-2)

이 장에서 다루는 내용

5-1 핵심 개념	54
5-2 기출 풀이	57
2020 제1문 계약명의신탁 수탁자의 연대보증채권자	57
2021 제1문 이중매매와 제1매수인의 대위·취소	60
2021 제3문 대위 사실을 안 채무자와 합의해제	62
2024 제1문 채무초과 채무자의 근저당권 설정과 채권자취소	64

5-1 핵심 개념

입법고시 민법에서 가장 자주, 가장 큰 배점으로 나온 영역이다(2019, 2020, 2021, 2024에 걸쳐 대문 5개). 두 제도는 목적은 같지만 구조가 다르다. 대위권은 **채무자가 가진 권리**를 대신 행사하므로 ‘피대위권리가 있는가’가 관건이고, 취소권은 **채무자의 유효한 행위**를 뒤집으므로 ‘피보전채권·사해행위·사해의사·원상회복’의 네 단계를 밟는다. 사례에서 등기가 원인무효이면 대위권, 유효하지만 책임재산을 줄였으면 취소권이다.

채권자대위권의 요건

채권자는 자기 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다(제404조 제1항). 요건은 ① 피보전채권의 존재, ② 보전의 필요성(금전채권은 채무자의 무자력, 특정채권은 무자력 불요), ③ 채무자의 권리 불행사, ④ 피대위권리의 존재이다. 채권의 기한 전에는 보존행위가 아니면 법원의 허가가 필요하다(제2항). 제3채무자는 채무자에게 가진 항변으로 대위채권자에게 대항할 수 있다.

대립 구도

금전채권(무자력 필요) ↔ 이전등기청구권 등 특정채권(무자력 불요)

쓰이는 기출 2016-2, 2018-2, 2020-1 (1), 2021-1 (1), 2021-3, 2023-1 (3)

답안 속 문장

“B는 이전등기청구권이라는 특정채권을 보전하려는 것이므로 A의 무자력은 필요 없으나, 대위할 A의 C에 대한 말소청구권이 존재하여야 한다.”

대위 후 채무자의 처분 제한(제405조)

채권자가 대위권 행사를 채무자에게 통지한 후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 채권자에게 대항하지 못한다(제405조 제2항). 채무자가 대위 사실을 알게 된 경우도 같다(판례). 채무자의 채무불이행으로 제3채무자가 계약을 해제한 것은 처분이 아니어서 대항할 수 있으나, 합의해제나 실질상 합의해제인 경우에는 대항할 수 없다(대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결).

대립 구도

채무불이행 해제(대항 가능) ↔ 합의해제·가장 해제(대항 불가)

쓰이는 기출 2021-3

답안 속 문장

“乙이 대위 사실을 안 후 이의 없이 공탁금을 수령하여 계약이 합의해제되었으므로, 이는 제405조 제2항의 처분에 해당하여 甲은 丙에게 대항할 수 없다.”

부동산 이중매매의 효력

이중매매는 원칙적으로 유효하고 먼저 등기한 매수인이 소유권을 취득한다. 판례는 매도인의 배임행위에 제2매수인이 적극 가담한 경우 제103조 위반으로 무효라고 한다. 적극 가담은 이중매매 사실을 아는 것을 넘어 매도인에게 매도를 요청하여 계약에 이르는 정도를 말한다. 계약금만 수령한 단계에서는 매도인이 배액상환으로 해제할 수 있으므로(제565조) 배임행위로 보기 어렵다. 반사회적 이중매매는 절대적 무효이므로, 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인 명의 등기의 말소를 구할 수 있다.

대립 구도

단순 약의(유효) ↔ 적극 가담(무효) · 계약금 단계(해약금 해제 가능) ↔ 중도금 수령 후(배임)

쓰이는 기출 2021-1 (1), 2023-1 (3)

답안 속 문장

“C는 이중매매 사실을 알았으나 A의 간곡한 요청에 못 이겨 매수한 것이어서 적극 가담이 없으므로, A·C 사이의 매매는 유효하다.”

채권자취소권의 피보전채권

채권자취소권은 총채권자의 공동담보를 보전하는 제도이므로(제406조, 제407조), 피보전채권은 원칙적으로 금전채권이어야 하고 사해행위 전에 성립하여야 한다. 이행기 도래는 필요 없다. 예외적으로 사해행위 당시 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 있고, 가까운 장래에 채권이 성립할 고도의 개연성이 있으며, 실제로 성립한 경우에는 피보전채권이 된다(판례). 특정물 이전등기청구권은 피보전채권이 될 수 없고, 이 중양도로 비로소 생긴 손해배상채권으로 그 이중양도를 취소할 수도 없다(판례).

대립 구도

금전채권(가능) ↔ 특정채권(불가) · 사해행위 전 성립 ↔ 예외적 장래채권

쓰이는 기출 2019-2, 2020-1 (2), 2021-1 (2), 2024-1 (1)

답안 속 문장

“B의 손해배상채권은 바로 A·C 사이의 이중양도로 비로소 성립한 것이므로, 그 이중양도를 사해행위로 취소하기 위한 피보전채권이 될 수 없다.”

사해행위의 유형별 판단

판례가 정리한 기준은 다음과 같다. ① 무상 증여: 채무초과를 초래·심화하면 사해행위. ② 유일한 부동산의 매각: 상당한 가격이라도 원칙적으로 사해행위(소비하기 쉬운 금전으로 바뀌므로). ③ 특정 채권자에 대한 대물변제: 채무초과 상태에서는 원칙적으로 사해행위. ④ 기존 채권자에 대한 담보 제공: 채무초과 상태라면 원칙적으로 사해행위이나, 사업 계속을 위한 신규 자금 융통에 따른 담보 제공은 예외가 될 수 있다. 사해의사는 공동담보 부족의 인식으로 족하고, 수익자·전득자의 약의는 추정된다(제406조 제1항 단서).

대립 구도

증여·대물변제·기존채무 담보(원칙 사해) ↔ 신규 자금 융통 담보(예외)

쓰이는 기출 2019-2, 2020-1, 2024-1 (1)

답안 속 문장

“채무초과 상태의 乙이 유일한 재산에 기존 채권자 丙을 위한 근저당권을 설정한 것은 다른 채권자의 공동담보를 줄이는 사해행위이다.”

원상회복 — 원물반환과 가액배상

원상회복은 원물반환이 원칙이고, 불가능하거나 현저히 곤란하면 가액배상을 한다. 저당권이 있던 부동산이 이전된 후 저당권이 변제로 말소되면, 부동산 가액에서 사해행위 당시의 피담보채무액(채권최고액이 아님)을 공제한 범위에서 가액배상을 명한다. 가액은 사실심 변론종결 시를 기준으로 하고, 취소채권자의 채권액을 한도로 하며, 취소채권자는 직접 자기에게 지급을 구할 수 있다. 사해행위인 근저당권이 경매로 말소되고 배당금이 아직 지급되지 않았으면, 수익자가 배당금지급채권을 채무자에게 양도하고 국가에 통지하는 방법으로 원상회복한다(판례).

대립 구도

원물반환(등기 말소) ↔ 가액배상(저당권 말소 등) ↔ 배당금지급채권의 양도(미수령)

쓰이는 기출 2020-1 (2), 2024-1 (3), 2019-2

답안 속 문장

“근저당권이 변제로 말소되었으므로 시가 3억 원에서 피담보채무 4,200만 원을 뺀 2억 5,800만 원의 범위에서, G은행의 채권액 1억 500만 원을 한도로 가액배상을 명하여야 한다.”

취소의 소의 피고와 기간

취소의 효력은 채권자와 수익자·전득자 사이에서만 상대적으로 생기므로, 피고는 수익자 또는 전득자이고 채무자는 피고적격이 없다(판례). 소는 취소원인을 안 날부터 1년, 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 제기하여야 하며(제406조 제2항), 이 기간은 제척기간으로서 소송요건이다. 원상회복된 재산은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다(제407조).

대립 구도

수익자·전득자(피고) ↔ 채무자(피고적격 없음 → 각하)

쓰이는 기출 2024-1 (2), 2020-1 (2)

답안 속 문장

“채권자취소의 소는 수익자나 전득자를 피고로 하여야 하므로, 채무자 乙을 피고로 한 소는 부적법하여 각하된다.”

5-2 기출 풀이

2020 제1문

계약명의신탁 수탁자의 연대보증채권자

40점 · 소문 2개 · 원인무효 등기와 대위, 증여의 사해성, 저당권 말소 후 가액배상

제1문.

(40점)

〈공통된 사실관계〉

A는 2018. 1. 10. 조합원 자격 결여 등의 사유 때문에 甲조합이 분양하는 X아파트의 분양계약을 직접 체결할 형편이 못 되자 사위인 B에게 부탁하여 B 명의로 甲조합과 분양계약을 체결하도록 하였고, 이런 사실을 알지 못하는 甲조합은 B와 분양계약을 체결하였다. A는 2018. 2. 20. 분양대금 2억 8천만 원을 B 명의 통장에 입금해 주었다. B는 2018. 2. 28. 분양대금을 완납하였고, 甲조합은 B 앞으로 소유권이 전등기를 마쳐주었다. B의 동생인 D는 2018. 6. 2. 사업자금으로 사용하기 위해 G은행으로부터 1억 원을 연이자 7%, 변제기 2019. 6. 2.로 한 소비대차계약을 체결하여 대출받았다. B는 D의 부탁으로 위 대출금채무를 연대보증하였다.

〈추가된 사실관계〉

2018. 6. 30. A의 요청으로 B는 A의 처 C에게 매매를 원인으로 X아파트의 소유권이전등기를 마쳐주었다. B와 C는 매매계약을 체결한 적이 없지만 A의 요청에 따라 C 명의로 소유권이전등기를 마쳐준 것이었다. A는 2018. 12. 10. X아파트에 대한 소유권을 취득하기 위해 C에게 요청하여, X아파트에 대해 A 명의로 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 설정 받았다.

(1) 2020. 2. 2. B의 채권자 G은행은 B에 대한 보증채권을 보전하기 위해 A를 피고로 가등기의 말소를 청구하고, C를 피고로 소유권이전등기의 말소를 청구하고자 한다. G 은행은 어떤 권리·권한에 근거하여 위 각 청구를 할 수 있는지, 위 각 청구는 인용될 수 있는지 근거를 제시하여 설명하시오. (단, B는 무자력임을 전제한다) (15점)

〈변형된 사실관계〉

G은행으로부터 D가 대출을 받은 후 2018. 9. 27. D는 거래정지처분을 받았다. 그 후 2019. 5. 10. B는 자신의 처인 E 앞으로 X아파트를 증여하고 소유권이전등기를 마쳐주었다. X아파트를 증여하기 이전인 2018. 4. 25. B는 乙은행에 채권최고액 6천만 원의 근저당권설정등기를 해주고 4천만 원을 대출받았다. E가 위 증여계약 이후 2019. 5. 17. 乙은행에 대한 피담보채무 원리금 전액인 4천 2백만 원을 변

제하고 2019. 5. 19. 위 근저당권설정등기를 말소하였다.

한편 G은행은 변제기가 지난 후인 2019. 8. 30. 채무관계자의 재산을 조사한 결과 D는 무자력이고, B도 유일한 재산인 X아파트를 처 E에게 증여함으로써 다른 재산이 없다는 사실을 알게 되었다. X아파트의 시가는 2018. 6.경부터 현재까지 3억 원이다.

(2) 2020. 8. 10. 현재 G은행은 B에 대한 보증채권(원금 및 이자 1억 500만 원. 이하 지연이자 등은 고려하지 않는다)을 실현하기 위해 누구를 피고로 어떤 권리를 행사하여야 할지 근거를 제시하여 설명하시오. (25점)

출제 포인트

출제 의도 명의신탁(제3장)으로 소유자를 확인한 뒤, 같은 재산을 두고 대위권(1문)과 취소권(2문)을 구별하여 쓰게 한다. **연결 개념** 실명법 제4조 제2항 단서, 원인무효 등기와 방해배제, 연대보증, 무상 증여의 사해성, 가액배상의 공제액과 한도, 제척기간 계산. **합정** (1)에서 매매가 없는 등기를 사해행위로만 다루는 것(원인무효이면 대위가 정공법이다). (2)에서 채권최고액 6천만 원을 공제하거나, 원물반환(등기 말소)을 구하는 것. 계산은 check/civil_2020_1.py로 확인하였다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
전제	A(신탁자·장인) · B(수탁자·사위) · 甲 조합(선의) · D(주채무자) · G 은행	실명법 제4조 제2항 단서	—	B 소유, A는 2억 8천만 원 부당이득채권	약 300자
(1)	G은행 → C(등기), A(가등기)	대위(제404조) — B 무자력, 원인무효 → 제214조 말소청구권	대물변제·실체관계 부합 항변 → 배척 / 예비적으로 취소권	각 청구 인용	약 900자
(2)	G은행 → E(수익자)	취소권(제406조) — 증여, 사해의사, 2019. 8. 30.부터 1년 내	근저당권 말소 → 가액배상(3억 - 4,200만 원)	1억 500만 원 지급 청구	약 1,200자

예시답안 — 2020 제1문

I. 문제의 소재

A가 분양대금을 대고 B가 자기 이름으로 甲조합과 분양계약을 체결하였으며 甲조합은 이를 알지 못하였다. 따라서 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우로서 B가 X아파트의 소유권을 취득하였다(부동산실명법 제4조 제2항 단서). A는 B에게 분양대금 2억 8천만 원의 부당이득반환채권을 가질 뿐이다. 이를 전제로 B의 연대보증채권자 G은행이 X아파트를 책임재산으로 회복하는 방법을 검토한다.

II. 설문 (1) — C 명의 등기와 A 명의 가등기의 말소

(1) 채권자대위권(제404조). ① 피보전채권: G은행의 연대보증채권은 2018. 6. 2. 성립하였고 주채무의 변제기(2019. 6. 2.)가 지났다. ② 보전의 필요: 금전채권이므로 채무자 B의 무자력이 필요한데, 문제에서 전제되어 있다. ③ 채무자의 권리 불행사: B는 아무런 조치를 하지 않고 있다. ④ 피대위권리: B와 C 사이에는 매매계약이 없으므로 ‘매매’를 원인으로 한 C 명의 등기는 원인무효이다. 따라서 X아파트는 여전히 B 소유이고, B는 C에게 소유권에 기한 말소청구권(제214조)을 가진다. A의 가등기는 무권리자 C로부터 설정받은 것이어서 역시 무효이고(등기의 공신력 부정), B는 A에게도 방해배제로 가등기 말소를 구할 수 있다. A와 C는 명의신탁약정의 당사자 쪽에 있는 사람이므로 부동산실명법 제4조 제3항의 보호받는 제3자도 아니다.

(2) 상대방의 항변. C와 A는 B가 A의 요청에 따라 넘긴 것이므로 A의 부당이득반환채권에 대한 대물변제로서 실체관계에 부합한다고 주장할 수 있다. 그러나 A의 채권은 금전채권이므로, B와 A 사이에 X아파트로 대물변제하기로 하는 합의가 있었다는 사정은 나타나 있지 않다. 따라서 이 항변은 받아들여지기 어렵다.

(3) 예비적 구성 — 채권자취소권(제406조). 만약 B와 A 사이의 대물변제 합의가 인정되어 등기가 유효하다면, 무자력인 B가 유일한 재산을 특정 채권자 A에게 대물변제한 것이므로 사해행위가 된다. 이때 G은행은 수익자 C를 상대로 사해행위 취소와 이전등기 말소를, 그 위에 가등기를 설정받은 전득자 A를 상대로 가등기 말소를 구할 수 있다. 수익자·전득자의 악의는 추정된다.

(4) 결론. G은행은 B를 대위하여 C에게 이전등기 말소를, A에게 가등기 말소를 구할 수 있고, 각 청구는 인용된다.

III. 설문 (2) — 증여 후 근저당권이 말소된 경우

(1) 행사할 권리와 피고. B가 유일한 재산인 X아파트를 처 E에게 증여한 것은 사해행위이므로, G은행은 수익자 E를 피고로 채권자취소권(제406조)을 행사하여야 한다. 채무자 B는 피고가 될 수 없다.

(2) 요건. ① 피보전채권: 연대보증채권은 2018. 6. 2. 성립하여 사해행위(2019. 5. 10.) 전에 존재하였다. 사해행위 당시 주채무의 변제기가 도래하지 않았어도 무방하다. 연대보증인에게는 최고·검색의 항변권이 없으므로(제437조 단서) G은행은 B에게 직접 청구할 수 있다. ② 사해행위: 무상 증여로 B는 무자력이 되었다. ③ 사해의사: 주채무자 D가 2018. 9. 27. 거래정지처분을 받아 보증채무의 현실화가 예상되는 상황에서 B가 유일한 재산을 처에게 무상으로 넘겼으므로 사해의사가 인정된다. ④ 수익자 E의 악의는 추정된다. ⑤ 제척기간: G은행이 취소원인을 안 날은 2019. 8. 30.이므로 2020. 8. 10.은 1년 안이고, 행위일 부터 5년도 지나지 않았다(제406조 제2항).

(3) 원상회복의 방법 — 가액배상. 원상회복은 원물반환이 원칙이다. 그러나 판례는 저당권이 설정된 부동산이 사해행위로 이전된 후 그 저당권이 변제로 말소된 경우, 원물반환을 명하면 당초 일반채권자의 공동담보가 아니던 부분까지 회복시키는 것이 되어 공평에 반하므로, 부동산 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 가액배상을 명하여야 한다고 본다. 공제되는 것은 채권최고액이 아니라 사해행위 당시의 실제 피담보채무액이다.

(4) 금액. 공동담보 가액은 시가 3억 원에서 피담보채무액 4,200만 원을 뺀 2억 5,800만 원이다. 취소 범위는 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 한도로 하므로, 2억 5,800만 원과 G은행의 채권액 1억 500만 원 중 적은 1억 500만 원이 가액배상액이 된다. 판례는 가액배상금을 취소채권자에게 직접 지급하라고 청구할 수 있다고 하므로, G은행은 수령한 배상금 반환채무와 B에 대한 보증채권을 상계하여 사실상 채권을 회수할 수 있다.

(5) 결론. G은행은 E를 피고로 B·E 사이의 증여계약을 1억 500만 원의 범위에서 취소하고, E에게 1억 500만 원을 G은행에 지급하라고 청구하여야 한다.

근거: 부동산실명법 제4조·민법 제214조, 제404조, 제406조, 제407조, 제437조·저당권 말소 후 가액배상에 관한 판례·계산 검사 check/civil_2020_1.py

2021 제1문

이중매매와 제1매수인의 대위·취소

40점 · 소문 2개 · 적극 가담, 피대위권리, 피보전채권

제1문.

(40점)

A는 2020. 9. 1. 자신이 소유한 X주택을 B에게 5천만 원에 매도하는 계약을 체결하였다. 계약 당일 B는 A에게 계약금으로 1천만 원을 지급하였고, 나머지 대금 4천만 원은 같은 해 12. 1. X주택의 소유권이전등기를 넘겨받으면서 지급하기로 약정하였다. C는 A와 B의 매매계약 사실을 알았으나 A의 간곡한 요청에 못 이겨 2020. 10. 15. X주택을 7천만 원에 A로부터 매수하기로 하는 계약을 체결하였고, A는 같은 해 11. 20. C에게 X주택을 인도하고 소유권이전등기를 넘겨주면서 대금 7천만 원을 모두 받았다.

(1) B는 A에 대한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 A를 대위하여 C 명의의 소유권이전등기말소를 청구할 수 있는가? (20점)

(2) B는 A에 대한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구권 또는 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 보전하기 위하여 A와 C 사이의 매매계약에 대한 손해행위취소와 C 명의 등기의 말소를 청구할 수 있는가? (20점)

출제 포인트

출제 의도 이중매매에서 제1매수인이 쓸 수 있는 채권자 보호 제도의 한계를 정확히 아는지 묻는다. **연결 개념** 제103조와 적극 가담, 계약금 단계의 해약금 해제, 특정채권 보전을 위한 대위, 취소권의 피보전채권. **합정** C의 악의만으로 반사회성을 인정하는 것. (2)에서 손해배상채권에 '고도의 개연성' 예외를 적용해 피보전채권을 인정하는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	B(제1매수인, 계약금 1천만 원) → C(대위)	제404조 · 피대위권리 = A의 말소청구권(제103조 무효 전제)	적극 가담 없음 · 계약금 단계는 배임 아님	기각	약 1,000자
(2)	B → C(수익자)	제406조 · 이전등기청구권 / 손해배상채권	특정채권 불가·이중양도로 생긴 채권 불가(판례)	기각 · 해제·손해 배상만 가능	약 1,000자

예시답안 — 2021 제1문

I. 문제의 소재

A는 X주택을 B에게 팔고 계약금만 받은 상태에서, 그 사실을 아는 C에게 다시 팔아 등기를 넘겼다(이중매매). 제1매수인 B가 채권자대위권으로 C 명의 등기를 말소할 수 있는지(1문), 채권자취소권으로 A·C 사이 매매를 취소할 수 있는지(2문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 채권자대위에 의한 말소청구

(1) 청구의 근거와 요건. B는 A에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 A의 C에 대한 등기말소청구권을 대위행사한다(제404조). ① 피보전채권은 매매에 기한 이전등기청구권으로서 특정채권이다. 판례는 특정채권 보전을 위한 대위에서는 채무자의 무자력을 요구하지 않는다. ② 이행기는 2020. 12. 1. 이나, 보존행위가 아니므로 이행기 전이면 법원의 허가가 필요하다(제404조 제2항). ③ 채무자 A는 권리를 행사하지 않고 있다. ④ 핵심은 피대위권리, 즉 A가 C에게 말소청구권을 가지는지이다.

(2) 이중매매의 효력. 이중매매도 원칙적으로 유효하고, 먼저 등기를 마친 C가 소유권을 취득한다. 판례는 예외적으로 ① 매도인의 배임행위와 ② 제2매수인이 이에 적극 가담한 경우 제2매매가 반사회적 법률행위로서 무효라고 한다(제103조). 적극 가담은 제2매수인이 이중매매 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 매도인에게 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도가 되어야 한다.

(3) 사안의 포섭. ① B는 계약금만 지급하였으므로 A는 이행에 착수하기 전까지 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제할 수 있었다(제565조). 이 단계의 이중매매를 배임행위로 평가하기 어렵다. ② C는 A·B 사이의 매매를 알았으나 'A의 간곡한 요청에 못 이겨' 매수하였으므로, A의 배임행위를 유도하거나 적극 가담하였다고 볼 수 없다.

(4) 결론. A·C 사이의 매매는 유효하고 C 명의 등기는 실체관계에 부합하므로, A에게 말소청구권이 없다. B의 대위청구는 피대위권리가 없어 기각된다.

III. 설문 (2) — 사해행위취소와 등기 말소

(1) 채권자취소권의 요건. 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하면 채권자는 그 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다(제406조). 취소권은 총채권자의 공동담보인 책임재산을 보전하는 제도이므로 피보전채권은 원칙적으로 금전채권이어서 하고, 사해행위 이전에 성립하여야 한다.

(2) 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하는 경우. 특정물에 대한 이전등기청구권은 그 목적물에 대한 채무자의 처분을 막으려는 것이지 책임재산 보전을 위한 것이 아니다. 판례는 특정물 인도청구권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사할 수 없고, 부동산 제1매수인이 이전등기청구권을 보전하기 위하여 이중양도행위를 사해행위로 취소할 수 없다고 한다. 따라서 이 구성은 허용되지 않는다.

(3) 손해배상청구권을 피보전채권으로 하는 경우. B의 손해배상채권은 A가 C에게 이전등기를 마쳐 B에 대한 의무가 이행불능이 된 2020. 11. 20.에 비로소 성립한다. 판례는 사해행위 당시 이미 채권 성립의 기초가 되는 법률관계가 있고, 가까운 장래에 채권이 성립할 고도의 개연성이 있으며, 실제로 그 채권이 성립한 경우에는 예외적으로 피보전채권이 될 수 있다고 한다. 그러나 이중양도로 인한 손해배상채권은 바로 그 이중양도행위에 의하여 비로소 생기는 것이어서, 판례는 제1매수인이 이 채권을 보전하기 위하여 이중양도행위의 취소를 구할 수 없다고 본다. 결국 손해배상채권도 피보전채권이 될 수 없다.

(4) 사해성 판단의 부요. 피보전채권이 인정되지 않으므로 A가 시가 상당의 7천만 원을 받고 매도한 행위가 사해행위인지는 더 나아가 판단할 필요가 없다.

(5) 결론. B의 사해행위취소 및 말소청구는 기각된다.

IV. B의 다른 구제수단

B는 A의 이행불능을 이유로 계약을 해제하고(제546조) 계약금 1천만 원의 반환(제548조)과 손해배상(제551조, 제390조)을 청구할 수 있다. 해제하지 않고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수도 있다. 손해배상은 이행불능 당시의 시가를 기준으로 한 이행이익이다.

근거: 민법 제103조, 제390조, 제404조, 제406조, 제546조, 제548조, 제551조, 제565조 · 이중매매와 채권자취소권에 관한 판례

2021 제3문

대위 사실을 안 채무자와 합의해제

20점 · 단일 물음 · 제405조 제2항, 2011다87235 전원합의체 판결

제3문.

(20점)

甲은 2020. 1. 5. 자신의 X토지를 乙에게 매도하는 계약을 체결하였고 乙은 2020. 3. 5. 이를 다시 丙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 이에 丙은 2020. 4. 5. 乙의 甲에 대한 X토지에 관한 소유권이전등기청구권을 대위하여 행사하였다. 丙이 대위행사의 사실을 乙에게 통지하지 않았으나, 乙은 2020. 4. 7. 대위행사의 사실을 알게 되었다. 甲은 2020. 5. 7. 乙에 대해 해제의 의사표시를 하였고, 원상회복의 방법으로 그 계약으로 받은 매매대금을 적법하게 공탁하였다. 乙은 2020. 6. 7. 아무런 이의없이 위 공탁금을 수령하였다. 법원은 丙의 대위청구에 대하여 어떠한 판결을 선고하여야 하는지 근거를 들어 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 제405조 제2항의 ‘처분’에 해제가 포함되는지에 관한 전원합의체 판결을 사례로 묻는다. **연결 개념** 통지가 없어도 안 때부터 처분 제한, 채무불이행 해제와 합의해제의 구별, 이의 없는 공탁금 수령. **합정** 통지가 없었다는 사실만으로 제405조를 배제하는 것. 해제가 있었으니 피대위권리가 소멸했다고 바로 결론 내는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

단계	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
①	丙(전득 매수인) → 甲(대위, 乙 명의 이전등기)	제404조 · 특정채권 보전	—	요건 충족	약 250자
②	甲의 해제 항변	乙 2020. 4. 7. 인지 → 제 405조 제2항	2011다87235 전합 · 이의 없는 공탁금 수령 = 합의 해제	대항 불가	약 900자
③	판결	—	乙의 채무불이행이 있었다면 반대	청구 인용	약 250자

예시답안 — 2021 제3문

I. 문제의 소재

丙이 乙을 대위하여 甲에게 이전등기를 청구한 후, 이를 알게 된 乙과 甲 사이에서 매매계약이 해제되었다. 그 해제를 대위채권자 丙에게 주장할 수 있는지가 쟁점이다(제405조 제2항).

II. 대위청구의 요건

丙은 乙에 대한 이전등기청구권(특정채권)을 보전하기 위하여 乙의 甲에 대한 이전등기청구권을 대위행사하므로(제404조) 乙의 무자력은 필요 없다. 피보전채권, 보전의 필요, 채무자의 권리 불행사가 모두 인정된다. 문제는 피대위권리가 해제로 소멸하였는지이다.

III. 대위 후 채무자의 처분 제한

- (1) 제405조 제2항. 채권자가 대위권 행사를 채무자에게 통지한 후에는 채무자가 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다. 판례는 통지가 없더라도 채무자가 대위권 행사 사실을 알게 된 이후에는 같다고 본다. 乙은 2020. 4. 7. 대위 사실을 알았으므로 그 이후 乙의 처분은 丙에게 대항할 수 없다.
- (2) 채무불이행 해제와 합의해제의 구별. 판례(대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결)는 채무자가 대위 사실을 안 후 채무를 이행하지 않아 제3채무자가 계약을 해제한 것은 채무자의 ‘처분’이 아니므로 제3채무자는 그 해제로 대위채권자에게 대항할 수 있다고 하였다. 그러나 채무자와 제3채무자가 계약을 합의해제한 경우, 또는 형식은 채무불이행 해제이지만 실질은 합의해제나 채무자의 처분으로 볼 수 있는 경우에는 대항할 수 없다고 하였다.

IV. 사안의 포섭

甲의 해제 의사표시에 앞서 乙에게 채무불이행이 있었다는 사정은 나타나 있지 않다. 甲은 해제를 통지하고 대금을 공탁하였을 뿐이고, 乙은 대위 사실을 안 후인 2020. 6. 7. 아무런 이의 없이 공탁금을 수령하였다. 판례는 해제의 적법 여부를 다투지 않고 원상회복으로 공탁된 대금을 이의 없이 수령한 경우 당사자 사이에 해제의 효과를 받아들이는 합의, 즉 묵시적 합의해제가 성립한 것으로 본다. 결국 매매계약의 소멸은 乙의 공탁금 수령이라는 처분행위에 의한 것이므로, 甲은 이를 丙에게 주장할 수 없다.

만약 乙의 채무불이행으로 甲의 해제가 그 자체로 적법하였다면, 甲은 해제로 丙에게 대항할 수 있고 丙의 청구는 기각된다.

V. 결론

사안에서 매매계약의 소멸은 乙이 대위 사실을 안 후 이의 없이 공탁금을 수령하여 이루어진 합의해제이므로, 甲은 이를 丙에게 대항할 수 없다. 법원은 丙의 대위청구를 인용하여 “甲은 乙에게 X토지에 관하여 2020. 1. 5. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라”는 판결을 선고하여야 한다. 甲은 乙에 대한 동시이행항변(대금 지급)이 있다면 이를 丙에게도 주장할 수 있다.

근거: 민법 제404조, 제405조, 제536조, 제543조 · 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결

2024 제1문

채무초과 채무자의 근저당권 설정과 채권자취소

50점 · 소문 3개 · 담보 제공의 사해성, 피고적격, 미수령 배당금의 원상회복

제1문.

(50점)

乙은 유일한 재산인 X부동산(시가 4억 원)의 소유자인데, 2022. 2. 5. 甲에게 2억 원의 대여금채무(이행기 2023. 2. 5.)와 3억 원의 물품대금채무(이행기 2023. 5. 7.)를 부담하고 있다. 甲은 위 2억 원의 대여금채권을 피보전채권으로 하여 X부동산을 가압류하였다. 丙은 乙이 甲에게 채무 전부를 이행할만한 자력이 없다는 사실을 알고 있었지만, 乙에 대한 1억 원의 대여금채권을 담보하기 위하여 2023. 6. 2. X부동산에 대하여 채무자 乙, 근저당권자 丙으로 하는 근저당권설정계약을 체결하고 같은 날 X부동산에 근저당권등기를 경료하였다(채권최고액 1억 3천만 원). (각 설문은 독립적임)

(1) 위 근저당권설정계약이 甲에 대하여 사해행위가 될 수 있는지 검토하시오. (20점)

(2) 甲이 乙에 대하여 위 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 청구하는 소를 제기하였다. 위 채권자취소의 소의 적법성을 검토하시오. (10점)

(3) 丙의 경매신청으로 임의경매절차가 진행된 결과 위 근저당권설정등기는 경락으로 인하여 말소되었다. 丙에게 1억 원을 배당하는 배당표가 확정되었으나, 甲이 제기한 배당금지급금지가처분신청이 인용되어 丙은 위 배당금을 수령하지 못하였다. 甲은 丙에 대하여 위 근저당권설정계약의 취소 및 원상회복을 청구하는 소를 제기하였다. 甲이 채권자취소의 소로 청구하는 원상회복의 내용을 설명하시오. (20점)

출제 포인트

출제 의도 채권자취소권의 요건(1문), 소송요건(2문), 효과(3문)를 한 사안에서 차례로 묻는다. **연결 개념** 가압류의 상대적 효력과 안분·흡수배당, 기존채무 담보 제공의 사해성, 채무초과 계산, 피고적격, 배당금지급채권의 양도·통지. **함정** 가압류채권자는 이미 보전되어 있으므로 취소권이 없다고 쓰는 것. (3)에서 丙이 받지도 않은 1억 원의 가액배상을 명하는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	甲 (대여 2억·가압류, 물품 3억) → 丙 (근저당권자, 약의)	제406조 — 피보전채권 선행, 채무초과(4억 < 6억), 사해의사	가압류채권자의 지위·신규 자금 융통 예외 불해당	사해행위	약 1,100자
(2)	甲 → 乙(채무자)	취소의 소	채무자 피고적격 없음	부적법 각하	약 350자
(3)	甲 → 丙	원상회복	원물반환 불능·배당금 미수령 → 배당금지급채권 양도·통지(판례)	1억 원 채권 양도 + 국가에 통지	약 900자

예시답안 — 2024 제1문

I. 문제의 소재

채무초과 상태의 乙이 유일한 재산에 기존 채권자 丙을 위한 근저당권을 설정하였다. 그 행위가 甲에 대한 사해행위인지(1문), 채무자 乙을 피고로 한 취소의 소가 적법한지(2문), 근저당권이 경매로 말소되고 배당금이 지급되지 않은 경우 원상회복의 내용이 무엇인지(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 근저당권설정계약의 사해성

(1) 피보전채권. 甲의 대여금채권 2억 원과 물품대금채권 3억 원은 모두 근저당권설정(2023. 6. 2.) 전에 성립하였다. 피보전채권은 사해행위 전에 성립하면 족하고 그 당시 이행기가 도래할 필요는 없다.

(2) 가압류채권자의 지위. 甲은 대여금채권으로 X부동산을 가압류하였다. 가압류 후의 근저당권설정은 가압류채권자에게 대항할 수 없으나, 이는 처분금지의 상대적 효력일 뿐이고 가압류채권자에게 우선변제권을 주는 것은 아니다. 판례에 따르면 배당절차에서 가압류채권자와 그 후의 근저당권자는 일단 같은 순위로 안분하되, 근저당권자는 자기보다 후순위인 일반채권자의 안분액에서 자기 채권액에 이를 때까지 흡수하여 배당받는다. 근저당권이 없었다면 丙은 일반채권자로서 안분에 참가할 뿐이었으므로, 근저당권 설정으로 甲의 배당액은 줄어든다. 가압류되지 않은 물품대금채권 3억 원은 더욱 그렇다. 따라서 가압류의 존재는 甲의 취소권 행사에 장애가 되지 않는다.

(3) 사해행위. 사해행위는 채무자의 행위로 책임재산이 감소하여 채무초과 상태가 되거나 이를 심화시키는 것이다. 근저당권설정 전 乙의 적극재산은 X부동산 4억 원이고, 소극재산은 甲에 대한 5억 원과 丙에 대한 1억 원 합계 6억 원이었으므로 乙은 이미 채무초과 상태였다. 판례는 채무초과 상태의 채무자가 그 소유의 유일한 재산을 일부 채권자에게 담보로 제공하는 행위는 다른 채권자에 대한 관계에서 원칙적으로 사해행위가 된다고 한다. 다만 사업을 계속하기 위하여 신규 자금을 융통받으면서 담보를 제공한 경우 처럼 특별한 사정이 있으면 예외가 인정된다. 丙의 근저당권은 기존 대여금채권을 담보하기 위한 것이고 신규 자금 융통이 아니므로 예외에 해당하지 않는다.

(4) 사해의사와 수익자의 약의. 채무자의 사해의사는 공동담보가 부족해진다는 인식으로 족하며, 채무초과 상태에서 유일한 재산을 담보로 제공한 경우 추정된다. 수익자의 약의는 추정되는데(제406조 제1항 단서), 丙은 乙이 甲에게 채무를 전부 이행할 자력이 없음을 알고 있었으므로 약의가 증명된다.

(5) 결론. 근저당권설정계약은 甲에 대한 사해행위가 된다.

III. 설문 (2) — 채무자를 피고로 한 소의 적법성

채권자취소의 소에서 취소의 효력은 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 생긴다. 판례는 이에 따라 채권자취소의 소는 수익자 또는 전득자를 피고로 하여야 하고, 채무자는 피고적격이 없다고

한다. 甲이 채무자 乙을 피고로 한 소는 피고적격을 갖추지 못하여 부적법하므로 각하된다. 소 제기 기간 (취소원인을 안 날부터 1년, 행위가 있는 날부터 5년)도 소송요건이므로, 피고를 바로잡아 제기할 때에는 이 기간을 지켜야 한다(제406조 제2항).

IV. 설문 (3) — 원상회복의 내용

(1) 원물반환의 불능. 원상회복은 원물반환이 원칙이고, 근저당권설정계약을 취소하면 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 보통이다. 그러나 근저당권설정등기는 경락으로 이미 말소되었으므로 원물반환은 불가능하다.

(2) 가액배상과 배당금지급채권의 반환. 수익자가 배당금을 이미 수령하였다면 그 금액을 가액으로 배상하여야 한다. 그러나 사안에서는 배당표가 확정되었으나 甲의 배당금지급금지가처분으로 丙이 배당금을 수령하지 못하였다. 판례는 이 경우 원상회복은 수익자가 취득한 배당금지급채권을 채무자에게 반환하는 방법, 즉 丙이 그 배당금지급채권을 乙에게 양도하고 그 채권양도 사실을 배당금 지급의무자인 국가(대한민국)에 통지하는 방법으로 하여야 한다고 본다. 수익자가 현실로 받지 않은 금전을 지급하게 하는 것은 수익자에게 이중의 부담을 지우기 때문이다.

(3) 범위. 취소와 원상회복은 원칙적으로 취소채권자의 채권액을 한도로 한다. 甲의 채권액은 5억 원으로 배당금 1억 원을 넘으므로, 근저당권설정계약 전부를 취소하고 배당금지급채권 1억 원 전부를 반환시킬 수 있다.

(4) 그 후의 처리. 배당금지급채권이 乙에게 회복되면 이는 모든 채권자의 이익을 위한 공동담보가 된다(제407조). 甲은 乙에 대한 집행권원으로 이 채권을 압류·추심하여 채권을 회수할 수 있다.

(5) 결론. 甲은 丙을 피고로 근저당권설정계약의 취소와 함께, 丙이 대한민국에 대한 1억 원의 배당금지급채권을 乙에게 양도하고 그 양도 사실을 대한민국에 통지할 것을 청구한다.

V. 결론

근저당권설정계약은 甲에 대한 사해행위이다. 채무자 乙을 피고로 한 취소의 소는 피고적격이 없어 각하된다. 근저당권이 말소되고 배당금이 미수령 상태이면, 원상회복은 배당금지급채권의 양도와 그 통지를 구하는 방법으로 한다.

근거: 민법 제406조, 제407조, 제450조 · 채권자취소의 피고적격, 담보 제공의 사해성, 미수령 배당금의 원상회복에 관한 판례 · 계산 검사 check/civil_2024_1.py

제6장

채권의 이전과 소멸 — 채권양도·변제·상계

채권양도의 대항요건 · 양도통지와 압류의 경합 · 양도금지특약 · 허위표시와 제3자 · 제3자 변제와 변제자대위 · 상계의 요건과 압류 | 기출 3문항: 2017-3, 2018-1, 2023-3

이 장에서 다루는 내용

6-1 핵심 개념	68
6-2 기출 풀이	71
2017 제3문 제3자의 변제와 법정대위의 관계	71
2018 제1문 매매대금채권의 양도와 압류·특약·가장매매	73
2023 제3문 상계의 요건	76

6-1 핵심 개념

채권총론의 ‘이전’(채권양도)과 ‘소멸’(변제·상계)은 약술형(2017-3, 2023-3)과 대형 사례(2018-1, 60점)로 나왔다. 사례에서는 **도달의 선후**와 **제3자의 선의**가 결론을 가르고, 약술형에서는 조문 체계(제449조~제452조, 제469조~제485조, 제492조~제499조)를 순서대로 펼치는 능력이 점수가 된다.

지명채권 양도의 대항요건

지명채권 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하고(제450조 제1항), 채무자 이외의 제3자에게는 확정일자 있는 증서로 하여야 한다(제2항). 내용증명우편은 확정일자 있는 증서이다. 채무자는 통지를 받을 때까지 양도인에게 생긴 사유로 양수인에게 대항할 수 있고(제451조 제2항), 이의를 보류하지 않은 승낙을 하면 양도인에게 대항할 수 있는 사유로 양수인에게 대항하지 못한다(제1항).

대립 구도

채무자에 대한 대항요건(단순 통지·승낙) ↔ 제3자에 대한 대항요건(확정일자)

쓰이는 기출 2018-1

답안 속 문장

“양수인과 압류채권자의 우열은 확정일자의 선후가 아니라 확정일자 있는 통지의 도달 일시와 압류명령의 송달 일시의 선후로 정한다.”

양도통지와 압류의 동시도달

대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결은 확정일자 있는 양도통지와 압류명령이 동시에 도달한 경우 양수인과 압류채권자 모두 제3채무자에게 완전한 대항력을 가지므로 각자 전액의 이행을 청구할 수 있고, 제3채무자는 누구에게든 변제하면 면책되며, 동시도달을 이유로 변제를 거절할 수 없고 채권자 불확지를 이유로 공탁할 수 있다고 하였다. 양수인과 압류채권자는 내부적으로 채권액에 따라 안분 정산한다. 도달 선후가 불명이면 동시도달로 추정한다.

대립 구도

통지 선도달(전부명령 무효) ↔ 압류 선송달(양수인 대항 불가) ↔ 동시도달(각자 전액 청구, 내부 안분)

쓰이는 기출 2018-1 (1)

답안 속 문장

“양도통지와 압류·전부명령이 같은 날 도달하여 선후를 알 수 없으므로 동시도달로 추정되고, B는 C의 전액 청구를 거절할 수 없다.”

양도금지특약

당사자의 반대 의사표시가 있으면 채권은 양도하지 못하나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제449조 제2항). 판례는 중과실을 악의와 같이 보고, 악의·중과실 양수인에 대한 양도는 무효라고 본다(물권적 효력설, 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결). 악의·중과실의 증명책임은 채무자에게 있다. 악의의 양수인으로부터 선의로 전득한 자는 유효하게 채권을 취득하고, 채무자가 사후 승낙하면 승낙 시부터 유효해진다.

대립 구도

물권적 효력설(판례) ↔ 채권적 효력설 · 선의·무중과실 보호

쓰이는 기출 2018-1 (2)

답안 속 문장

“E가 특약을 알았더라도 F가 선의이고 중대한 과실이 없으면 F는 유효하게 채권을 취득하므로, B는 F의 악의·중과실을 증명하여야 지급을 거절할 수 있다.”

통정허위표시와 제3자

상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제108조). 제3자는 허위표시의 외형을 토대로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자로서, 가장채권의 양수인, 가장매수인으로부터의 매수인·저당권자, 가장채권의 압류채권자 등이 해당한다. 선의는 추정되고 무과실은 필요 없다(판례).

대립 구도

당사자·포괄승계인(제3자 아님) ↔ 새로운 이해관계인(제3자)

쓰이는 기출 2018-1 (3)

답안 속 문장

“가장매매로 생긴 대금채권의 양수인 C는 제108조 제2항의 제3자이고 선의가 추정되므로, B가 C의 악의를 증명하지 못하면 무효로 대항할 수 없다.”

제3자 변제와 변제자대위

채무는 제3자도 변제할 수 있으나, 성질상·약정상 허용되지 않으면 그렇지 않고, 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다(제469조). 변제한 제3자는 구상권을 확보하기 위하여 채권자의 권리를 대위한다. 정당한 이익이 있는 자는 당연히 대위하고(제481조, 법정대위), 그 밖의 자는 채권자의 승낙을 얻어 대위한다(제480조, 임의대위 — 제450조~제452조 준용). 대위는 구상할 수 있는 범위에서 하고(제482조 제1항), 일부대위자는 채권자와 함께 권리를 행사하며(제483조), 채권자의 고의·과실로 담보가 감소하면 법정대위자는 그 한도에서 면책된다(제485조).

대립 구도

이해관계 있는 제3자 = 정당한 이익(법정대위) ↔ 이해관계 없는 제3자(채무자 의사에 반하면 불가, 임의대위)

쓰이는 기출 2017-3, 2016-3, 2018-2

답안 속 문장

“물상보증인이나 제3취득자는 변제할 정당한 이익이 있으므로 채무자의 의사에 반하여도 변제할 수 있고, 변제로 당연히 채권자를 대위한다.”

상계의 요건과 압류

상계적상은 ① 채권의 대립, ② 같은 종류의 목적, ③ 자동채권의 변제기 도래(수동채권은 기한 이익 포기 가능), ④ 성질상 허용·항변권 부존재, ⑤ 금지 사유 부존재(약정 제492조 제2항, 고의 불법행위 제496조, 압류금지 제497조, 지급금지 후 취득 제498조)이다. 상계는 의사표시로 하고 상계적상 시로 소급한다(제493조). 시효완성 전에 상계적상이었던 채권은 시효완성 후에도 상계할 수 있다(제495조). 압류 당시 자동채권의 변제기가 피압류채권의 변제기보다 먼저 또는 동시에 도래하면 제3채무자는 상계로 대항할 수 있다(대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결).

대립 구도

자동채권(변제기 필수) ↔ 수동채권(기한 이익 포기) · 변제기 선도래설(판례)

쓰이는 기출 2023-3, 2020-1 (2)

답안 속 문장

“자동채권에 동시이행항변권이 붙어 있으면 상대방의 항변권을 빼앗게 되므로 상계할 수 없다.”

6-2 기출 풀이

2017 제3문

제3자의 변제와 법정대위의 관계

20점 · 약술형 · 제469조, 제480조~제485조

제3문.

(20점)

제3자의 변제와 법정대위의 관계를 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 ‘이해관계 있는 제3자’(제469조)와 ‘정당한 이익이 있는 자’(제481조)를 연결하는 체계 이해를 묻는다.

연결 개념 제3자 변제의 요건, 구상권, 임의대위와 법정대위, 대위의 범위·효과, 담보보존의무. **합정** 변제자대위를 ‘새로운 채권 발생’으로 쓰는 것. 대위는 소멸할 채권과 담보가 법률상 이전되는 것이다.

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례	분량
I	제3자 변제의 요건과 효과	제469조 제1항·제2항, 구상권	약 300자
II	변제자대위의 의의, 임의대위·법정대위	제480조, 제481조, 제450조~제452조 준용	약 300자
III	정당한 이익의 범위	제481조	약 250자
IV	두 제도의 관계와 대위의 효과	제482조, 제483조, 제485조	약 500자

예시답안 — 2017 제3문

I. 제3자 변제의 의의와 요건

채무는 제3자도 변제할 수 있다(제469조 제1항 본문). 다만 ① 채무의 성질이 이를 허용하지 않거나(일신 전속적 급부), ② 당사자의 의사표시로 제3자 변제를 허용하지 않은 때에는 그렇지 않다(같은 항 단서). 또 ③ 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다(제2항). 여기서 이해관계는 법률상 이해관계를 말하며, 물상보증인, 저당부동산의 제3취득자, 후순위 담보권자 등이 이에 해당한다. 변제자는 채무자에게 구상권을 가진다.

II. 변제자대위의 의의

변제자대위는 제3자나 공동채무자가 변제하여 채무자에게 구상권을 가지게 된 경우, 그 구상권을 확보하기 위하여 변제로 소멸할 채권자의 채권과 담보에 관한 권리를 변제자가 행사할 수 있게 하는 제도이다. 채권자의 권리가 법률상 변제자에게 이전되는 것이다. 대위에는 채권자의 승낙을 얻어야 하는 임의대위(제480조)와 당연히 생기는 법정대위(제481조)가 있다. 임의대위는 지명채권 양도의 대항요건에 관한 제450조부터 제452조까지가 준용되지만(제480조 제2항), 법정대위는 대항요건이 필요 없다.

III. 법정대위의 요건 — ‘변제할 정당한 이익’

변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다(제481조). 정당한 이익이 있는 자는 변제하지 않으면 채권자로부터 집행을 받거나 자기 권리를 잃게 되는 법률상 지위에 있는 자이다. 보증인·연대채무자, 물상보증인·제3취득자, 후순위 담보권자 등이 해당하고, 사실상·경제적 이해관계만 있는 자

는 해당하지 않는다. 제469조 제2항의 ‘이해관계 있는 제3자’와 제481조의 ‘정당한 이익이 있는 자’는 대체로 같은 범위로 이해된다.

IV. 제3자 변제와 법정대위의 관계

(1) 연결. 이해관계 있는 제3자는 채무자의 의사에 반하여도 변제할 수 있고(제469조), 그 변제로 당연히 채권자를 대위한다(제481조). 따라서 두 제도는 ‘이해관계 있는 제3자’를 매개로 결합한다. 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하지 않는 범위에서 변제할 수 있으나, 대위하려면 채권자의 승낙이 필요하다(임의대위).

(2) 대위의 범위와 효과. 대위자는 자기 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(제482조 제1항). 일부 변제의 경우 대위자는 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 권리를 행사한다(제483조 제1항).

(3) 법정대위자 상호간. 보증인·제3취득자·물상보증인 상호간의 대위 순서와 비율은 제482조 제2항이 정한다(예: 제3취득자는 보증인에 대하여 대위하지 못함).

(4) 채권자의 담보보존의무. 법정대위를 할 자가 있는 경우 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실·감소되면, 법정대위자는 그로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 책임을 면한다(제485조). 법정대위자의 대위 기대를 보호하는 규정이다.

근거: 민법 제469조, 제480조~제485조

2018 제1문

매매대금채권의 양도와 압류·특약·가장매매

60점 · 소문 3개 · 동시도달, 양도금지특약과 전득자, 제108조 제2항의 제3자

제1문.

다음 사례를 읽고 아래의 문제에 대해 답을 하시오(〈사례〉를 제외한 각 문제는 서로 독립적임).

(60점)

〈사례〉

A는 2017. 5. 2. B에 대한 1억 원의 매매대금채권을 C에게 양도하고, 내용증명우편으로 B에게 위 채권 양도의 사실을 통지하여 2017. 5. 4. 도달하였다.

(1) A의 채권자 D는 A의 B에 대한 위 채권 중 7천만 원에 대해 압류 및 전부명령을 신청하여, 2017. 5. 2. 자 압류 및 전부명령이 2017. 5. 4. B에게 송달되었다. C가 양수한 채권 전액(1억 원)을 B에게 청구한 경우에 B, C, D 사이의 법률관계를 설명하시오. (30점)

(2) A와 B는 위 매매대금채권을 타인에게 양도하지 않기로 합의하였다. 그러나 A는 자신의 채무를 변제하기 위해 위 채권을 E에게 양도하였고, E는 다시 위 채권을 F에게 양도하였다. B는 A와의 양도금지특약을 이유로 F에 대해 매매대금의 지급을 거절할 수 있는가? (20점)

(3) A와 B사이의 매매계약은 A가 채권자로부터 강제집행을 면탈할 목적으로 B와 가장하여 체결된 것으로 밝혀졌다. C의 양수채권 지급청구에 대하여, B는 위 매매계약이 무효임을 이유로 지급을 거절할 수 있는가? (10점)

출제 포인트

출제 의도 채권양도의 세 가지 대표 쟁점을 독립된 소문으로 묻는다. 60점으로 이 과목 기출 중 배점이 가장 크다. **연결 개념** 제450조 제2항, 93다24223 전원합의체, 변제공탁(제487조), 전부명령의 효력, 제449조 제2항과 2016다24284 전원합의체, 제108조 제2항. **합정** (1)에서 압류·전부명령 결정일(5. 2.)과 양도일(5. 2.)을 비교하는 것. 기준은 도달·송달 일시이다. (2)에서 E의 악의만 보고 F의 청구를 배척하는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	C(양수인 1억) → B(채무자) / D(전부채권자 7천만)	양수금 청구 · 확정일자 통지 5. 4. 도달	압류·전부명령 5. 4. 송달 → 동시도달(93다24223 전합) · 공탁	B 지급 거절 불 가, C·D 안분 정 산	약 1,600자
(2)	F(전득자) → B	양수금 청구	제449조 제2항 · 2016다 24284 전합 · 선의 전득 자 보호	F 약의·중과실 증 명 시만 거절	약 900자
(3)	C → B	양수금 청구	제108조 제1항 무효 ↔ 제2항 선의 제3자(선의 추정)	C 약의 증명 못하 면 거절 불가	약 500자

예시답안 — 2018 제1문

I. 문제의 소재

A의 B에 대한 매매대금채권 1억 원이 C에게 양도되었다. 같은 채권에 대한 압류·전부명령과 양도통지가 같은 날 도달한 경우의 우열(1문), 양도금지특약에 위반한 양도의 전득자 보호(2문), 가장매매로 생긴 채권의 양수인 보호(3문)가 쟁점이다.

II. 설문 (1) — 양도통지와 압류·전부명령의 경합

(1) 우열의 기준. 지명채권 양도는 확정일자 있는 증서로 통지하거나 승낙하지 않으면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못한다(제450조 제2항). 내용증명우편은 확정일자 있는 증서이다. 판례는 양수인과 압류채권자 사이의 우열을 확정일자의 선후가 아니라 확정일자 있는 통지가 채무자에게 도달한 일시와 압류명령이 제3채무자에게 송달된 일시의 선후로 정한다. 압류·전부명령의 결정일이 2017. 5. 2.이라는 점은 의미가 없다.

(2) 동시도달. 양도통지와 압류·전부명령은 모두 2017. 5. 4. B에게 도달하였고 그 선후를 알 수 없다. 판례는 선후가 불명인 경우 동시에 도달한 것으로 추정한다. 참고로 선후가 밝혀진다면 결론이 달라진다. 양도통지가 먼저 도달하였으면 채권은 이미 C에게 이전되었으므로 D의 압류·전부명령은 존재하지 않는 채권에 대한 것이어서 효력이 없다. 압류가 먼저 송달되었으면 C는 압류의 처분금지효에 따라 7천만 원 부분에 관하여 D에게 대항할 수 없고, 나머지 3천만 원만 C에게 귀속된다.

(3) 동시도달의 효과. 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결에 따르면, 확정일자 있는 양도통지와 압류명령이 동시에 도달한 경우 양수인과 압류채권자는 모두 제3채무자에게 완전한 대항력을 갖추었으므로, 각자 제3채무자에게 채권 전액의 이행을 청구할 수 있고 제3채무자는 그 중 누구에게 변제하더라도 면책된다. 제3채무자는 동시도달을 이유로 변제를 거절할 수 없고, 이중변제의 위험을 피하려면 채권자 불확지를 이유로 변제공탁을 할 수 있다(제487조). 양수인과 압류채권자는 내부적으로 각 채권액에 비례하여 안분 정산할 관계에 있다.

(4) B, C, D의 관계. ① B는 C의 1억 원 청구에 대하여 D의 전부명령을 이유로 지급을 거절할 수 없다. B가 C에게 1억 원을 지급하면 D에 대하여도 면책된다. B는 1억 원을 공탁하여 면책될 수도 있다. ② D도 전부금 7천만 원을 B에게 청구할 수 있으나, B가 이미 C에게 변제하였다면 D의 청구는 기각된다. ③ C와 D 사이에서는 수령한 돈을 채권액 비율로 나누어야 한다. 판례의 안분 기준을 그대로 적용하면, 1억 원은

C의 양수채권 1억 원과 D의 전부채권 7천만 원의 비율(10 : 7)로 나뉘어 C에게 약 5,882만 원, D에게 약 4,118만 원이 귀속된다. C가 전액을 받았다면 D는 C에게 자기 몫의 반환을 부당이득으로 구할 수 있다.

(5) 전부명령의 효력. 전부명령은 확정되면 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 효력이 생긴다(민사집행법 제229조, 제231조). 전부명령 송달 전에 다른 압류 등이 경합하면 전부명령은 효력이 없으나(같은 법 제229조 제5항), 채권양도는 압류의 경합에 해당하지 않는다. 사안은 동시도달의 법리로 해결된다.

III. 설문 (2) — 양도금지특약과 전득자 F

(1) 특약의 효력. 채권은 당사자의 반대 의사표시가 있으면 양도하지 못하나, 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제449조 제2항). 판례는 양수인이 특약을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 그 양도는 무효라고 보고(물권적 효력설), 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결도 이를 유지하였다. 특약은 채권의 양도성 자체를 제한하는 것이므로, 악의의 양수인에게는 채권이 이전되지 않는다는 것이다. 중과실은 악의와 같이 다루어진다. 양수인의 악의·중과실은 채무자가 증명하여야 한다.

(2) 전득자의 보호. 판례는 양도금지특약을 알고 양수한 악의의 양수인으로부터 다시 선의로 양수한 전득자는 유효하게 채권을 취득한다고 본다. 따라서 ① E와 F가 모두 선의·무중과실이면 F는 유효하게 채권을 취득한다. ② E가 악의라도 F가 선의·무중과실이면 F는 채권을 취득한다. ③ F가 악의 또는 중과실이면 E의 선악과 관계없이 B는 F에게 특약을 주장할 수 있다. 다만 E가 선의여서 E가 이미 유효하게 채권을 취득하였다면, F는 악의라도 E의 지위를 승계하므로 B는 대항할 수 없다고 보아야 한다.

(3) 사후 승낙. B가 특약 위반 양도를 사후에 승낙하면 그 양도는 유효해지나, 판례는 양도 시로 소급하지 않고 승낙 시부터 유효해진다고 본다.

(4) 결론. B는 F의 악의 또는 중과실을 증명한 경우에만 지급을 거절할 수 있다.

IV. 설문 (3) — 가장매매와 양수인 C

통정한 허위의 의사표시는 무효이나, 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제108조). 제3자는 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 새로운 이해관계를 맺은 자이다. 판례는 가장 소비대차에 기한 채권의 양수인을 제3자로 인정하고 있으며, 가장매매로 생긴 대금채권의 양수인 C도 같다. 제3자의 선의는 추정되므로 무효를 주장하는 B가 C의 악의를 증명하여야 하고, C의 무과실은 요구되지 않는다. 채무자는 통지를 받을 때까지 양도인에게 생긴 사유로 양수인에게 대항할 수 있으나(제451조 제2항), 허위표시의 무효는 제108조 제2항에 의하여 선의의 C에게 주장할 수 없다. 따라서 B는 C의 악의를 증명하지 못하는 한 지급을 거절할 수 없다.

V. 결론

(1) 양도통지와 전부명령이 동시에 도달하였으므로 B는 C의 청구를 거절할 수 없고 C 또는 D에게 변제하거나 공탁하여 면책되며, C와 D는 내부적으로 안분 정산한다. (2) B는 F의 악의·중과실을 증명하여야 지급을 거절할 수 있다. (3) B는 C의 악의를 증명하지 못하면 가장매매의 무효로 대항할 수 없다.

근거: 민법 제108조, 제449조, 제450조, 제451조, 제487조 · 민사집행법 제229조, 제231조 · 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결 · 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 · 안분 계산 check/civil_2018_1.py

2023 제3문

상계의 요건

20점 · 약술형 · 상계적상, 상계 금지, 압류와 상계

제3문.

(20점)

상계의 요건을 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 상계의 요건을 조문 순서대로 정확히 쓰는지를 본다. **연결 개념** 제492조~제499조, 자동채권과 수동채권의 구별, 항변권 부착 채권, 2011다45521 전원합의체. **함정** '쌍방 변제기 도래'를 기계적으로 쓰고 수동채권의 기한 이익 포기를 빠뜨리는 것. 제496조를 '불법행위 채권 일반'으로 넓히는 것(고의의 불법행위에 한정).

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례	분량
I	의의와 기능	제492조, 제493조	약 200자
II	상계적상 ①~⑤	제418조, 제434조, 제494조, 제153조 제2항, 제492조 제2항, 제496조~제498조 · 2011다45521 전합	약 900자
III~IV	상계적상의 현존·예외, 의사표시와 소급효	제493조, 제495조	약 300자

예시답안 — 2023 제3문

I. 상계의 의의

상계는 서로 같은 종류의 채권·채무를 가진 당사자가 일방적 의사표시로 대등액에서 소멸시키는 것이다(제492조, 제493조). 상계하는 쪽의 채권을 자동채권, 상계당하는 쪽의 채권을 수동채권이라 한다. 상계는 간이결제와 담보적 기능을 가진다. 상계가 유효하려면 상계적상과 상계의 의사표시가 필요하다.

II. 상계적상

- (1) 채권의 대립. 상계하는 자와 상대방 사이에 서로 채권이 있어야 한다. 제3자의 채권으로는 원칙적으로 상계할 수 없으나, 연대채무자·보증인에게는 예외가 있다(제418조 제2항, 제434조).
- (2) 같은 종류의 목적. 두 채권은 같은 종류의 급부를 목적으로 하여야 하므로, 보통 금전채권 사이에서 문제된다. 이행지가 달라도 상계할 수 있으나 손해를 배상하여야 한다(제494조).
- (3) 쌍방 채무의 변제기 도래. 자동채권은 반드시 변제기에 있어야 한다. 그렇지 않으면 상대방의 기한 이익을 빼앗게 되기 때문이다. 수동채권은 상계자가 기한의 이익을 포기할 수 있으므로 변제기 전이라도 상계할 수 있다(제153조 제2항).
- (4) 채무의 성질상 상계가 허용될 것. 서로 현실로 이행하여야 의미가 있는 채무(예: 부작위채무, 하는 채무)는 상계할 수 없다(제492조 제1항 단서). 또 자동채권에 동시이행항변권 등 항변권이 붙어 있으면 상계할 수 없다.
- (5) 상계 금지 사유가 없을 것. ① 당사자의 상계금지 의사표시가 있으면 상계할 수 없으나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제492조 제2항). ② 채무가 고의의 불법행위로 인한 것이면 그 채무자는 상계로 채

권자에게 대항하지 못한다(제496조). ③ 채권이 압류하지 못할 것이면 그 채무자는 상계로 대항하지 못한다(제497조). ④ 지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권으로 상계하여 지급금지 명령 신청채권자에게 대항하지 못한다(제498조). 판례(대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결)는 압류 당시 자동채권의 변제기가 도래하지 않았더라도 그 변제기가 피압류채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하면 제3채무자는 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 하였다.

III. 상계적상의 현존과 그 예외

상계적상은 원칙적으로 상계의 의사표시를 할 때까지 존재하여야 한다. 다만 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 채권자는 상계할 수 있다(제495조). 당사자의 상계 기대를 보호하는 예외이다.

IV. 상계의 의사표시와 효과

상계는 상대방에 대한 의사표시로 하며, 조건이나 기한을 붙이지 못한다(제493조 제1항). 상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다(제493조 제2항). 즉 상계적상시로 소급한다.

근거: 민법 제153조, 제418조, 제434조, 제492조~제499조 · 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결

제7장

계약 — 매매·해제·위험부담

계약금과 해약금 해제 · 해제의 효과와 제3자 · 이행불능 해제와 손해배상 · 타인 권리 매매의 담보책임 · 위험 부담 | 기출 3문항: 2017-2, 2018-3, 2023-1 (관련: 2019-1, 2021-1)

이 장에서 다루는 내용

7-1 핵심 개념	79
7-2 기출 풀이	81
2017 제2문 타인 부동산 매매의 이행불능과 약의 매수인	81
2018 제3문 쌍무계약에서의 위험부담	83
2023 제1문 토지 매매의 해제 네 장면	84

7-1 핵심 개념

계약 문항은 매매를 무대로 한다. 사례를 받으면 ① 계약이 유효하게 성립했는가, ② 해제할 수 있는가(약정·해약금·법정), ③ 해제하면 무엇을 돌려주고 무엇을 배상하는가, ④ 그 사이 끼어든 제3자는 보호되는가의 순서로 정리한다. 금액이 주어지면 원상회복(원금 + 받은 날부터의 이자)과 손해배상(이행이익)을 구분하여 계산한다.

계약금과 해약금 해제(제565조)

계약금은 특약이 없으면 해약금으로 추정되고, 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 포기, 수령자는 배액 상환으로 해제할 수 있다. 위약금(손해배상 예정)으로 보려면 별도 약정이 필요하다(제398조 제4항). 계약금계약은 요물계약이고, 판례는 계약금 일부만 지급된 경우 해약금의 기준은 실제 교부액이 아니라 약정 계약금이라고 한다. 중도금 지급은 이행 착수에 해당한다.

대립 구도

해약금(추정) ↔ 위약금(특약) · 실제 교부액 ↔ 약정 계약금(판례 기준)

쓰이는 기출 2023-1 (1), 2021-1, 2017-2

답안 속 문장

“해약금의 기준은 약정 계약금이므로, 乙이 실제 지급한 5천만 원만 포기하고 한 해제 통지는 효력이 없다.”

해제의 효과와 제3자 보호(제548조)

해제하면 각 당사자는 원상회복의무를 지고, 금전을 반환할 때는 받은 날부터 이자를 붙인다(제548조). 판례는 물권적 효과설을 취하여 이전된 물권이 당연히 복귀한다고 본다. 제3자의 권리는 해하지 못하는데, 제3자는 해제된 계약을 기초로 새로운 이해관계를 맺고 등기·인도 등 완전한 권리를 취득한 자이다. 해제의 의사표시 전의 제3자는 선의·악의를 불문하고, 해제 후 말소등기 전의 제3자는 선의인 경우에만 보호된다(판례). 원상회복의무는 동시이행관계이고(제549조), 손해배상청구는 해제와 함께 할 수 있다(제551조).

대립 구도

해제 전 제3자(선악 불문) ↔ 해제 후 말소 전 제3자(선의만) · 말소등기 ↔ 진정명의회복 이전등기

쓰이는 기출 2023-1 (2)(4), 2017-2

답안 속 문장

“丙은 해제 의사표시 전에 저당권등기를 마쳤으므로 제548조 제1항 단서의 제3자로서 선의·악의를 묻지 않고 보호된다.”

이행불능과 해제·손해배상

채무자의 귀책사유로 이행이 불능이 되면 채권자는 최고 없이 해제할 수 있고(제546조), 손해배상을 청구할 수 있다(제390조, 제551조). 귀책사유가 없다는 증명책임은 채무자에게 있다. 부동산 매도인이 제3자에게 이전등기를 마치면 특별한 사정이 없으면 이행불능이다. 이행불능의 경우 채권자는 이행기 전에도, 자기 채무의 이행 제공 없이도 해제할 수 있다. 손해배상은 이행이익이며 판례는 이행불능 당시의 시가를 기준으로 한다(해제 시 시가 - 대금).

대립 구도

해제 + 이행이익(시가 - 대금) ↔ 해제 없는 전보배상(시가 - 미지급 대금)

쓰이는 기출 2023-1 (4), 2017-2, 2021-1

답안 속 문장

“해제로 잔대금 지급의무를 면하므로, 乙의 손해는 이행불능 당시 시가 7억 원에서 대금 6억 원을 뺀 1억 원이다.”

타인 권리 매매와 담보책임(제569조, 제570조)

타인 권리 매매도 유효하고 매도인은 권리를 취득하여 이전할 의무를 진다(제569조). 이전할 수 없으면 매수인은 선의·악의를 묻지 않고 해제할 수 있으나, 손해배상은 선의 매수인만 청구할 수 있다(제570조). 전부 타인 권리의 경우 행사기간 제한이 없다. 판례는 매도인의 귀책사유로 이전할 수 없게 된 경우 악의 매수인도 채무불이행 규정에 따라 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.

대립 구도

담보책임(무과실, 악의 매수인은 해제만) ↔ 채무불이행책임(귀책사유, 악의라도 손해배상)

쓰이는 기출 2017-2

답안 속 문장

“乙은 타인 소유임을 알았으므로 제570조 단서에 따라 담보책임상 손해배상은 청구할 수 없으나, 甲의 귀책사유로 이행불능이 된 것이라면 채무불이행으로 이행이익의 배상을 구할 수 있다.”

위험부담(제537조, 제538조)

쌍무계약에서 한쪽 채무가 쌍방의 책임 없는 사유로 후발적 불능이 되면 채무자는 반대급부를 청구하지 못한다(제537조, 채무자위험부담). 채권자의 책임 있는 사유로 불능이 되거나 채권자의 수령지체 중 쌍방의 책임 없는 사유로 불능이 되면 채무자는 반대급부를 청구할 수 있되, 면한 이익은 상환한다(제538조). 판례는 대상청구권을 인정하며, 채권자가 대상을 청구하면 자기 반대급부도 이행하여야 한다.

대립 구도

제537조(채무자 부담) ↔ 제538조(채권자 귀책·수령지체) · 반대급부 면제 ↔ 대상청구

쓰이는 기출 2018-3

답안 속 문장

“위험부담은 쌍방 모두 책임 없는 후발적 불능의 문제이므로, 채무자의 귀책사유가 있는 경우(채무불이행)나 원시적 불능(제535조)과 구별된다.”

7-2 기출 풀이

2017 제2문

타인 부동산 매매의 이행불능과 악의 매수인

30점 · 단일 물음 · 제570조 단서, 채무불이행책임과의 경합

제2문.

(30점)

甲은 2017. 2. 7. A소유의 X부동산을 乙에게 2억 원에 매도하는 계약을 체결하면서 X부동산이 A소유임을 밝혔다. 매매계약 당시 甲은 乙로부터 계약금 2,000만 원을 수령하고, 중도금 약정일인 2017. 4. 7.에 1억 원을 수령하였다. 그 후 甲은 A로부터 X부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하여 乙에게 X부동산의 소유권이전등기를 해 줄 수 없는 상태에 이르렀다. 이 경우 乙은 甲에게 어떠한 권리를 주장할 수 있는가?

출제 포인트

출제 의도 매도인이 ‘타인 소유임을 밝혔다’는 한 문장으로 제570조 단서(악의 매수인의 손해배상 배제)를 작동시키고, 채무불이행책임으로 보완할 수 있는지를 묻는다. **연결 개념** 제569조, 제570조, 제390조와 귀책사유의 증명책임, 제546조, 제548조, 제551조, 계약금의 성질. **함정** ‘악의이므로 아무 권리도 없다’고 쓰거나, 반대로 담보책임으로 손해배상을 인정하는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

쟁점	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
①	乙(매수인, 악의) → 甲(매도인)	제570조 해제 · 원상회복 1억 2천만 원 + 이자	—	가능	약 400자
②	乙 → 甲	제570조 손해배상	제570조 단서(악의)	불가	약 200자
③	乙 → 甲	제390조·제546조·제551조 — 귀책사유 있는 이행불능	귀책 없음 증명(甲) · 판례: 악의 매수인도 가능	귀책 있으면 이행이익 배상	약 800자

예시답안 — 2017 제2문

I. 문제의 소재

甲은 A 소유임을 밝히고 X부동산을 乙에게 팔았고, 계약금과 중도금 합계 1억 2천만 원을 받은 뒤 소유권을 취득하지 못하였다. 乙이 ① 매도인의 담보책임(제570조)과 ② 채무불이행책임(제390조, 제546조)으로 어떤 권리를 주장할 수 있는지가 쟁점이며, 乙이 타인 소유임을 알았다는 점이 결론을 가른다.

II. 타인 권리 매매의 효력

매매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 의무가 있다(제569조). 타인 권리 매매도 유효하므로 원시적 불능(제535조)의 문제가 아니다. 甲은 A로부터 소유권을 취득하지 못하여 이전등기를 할 수 없게 되었으므로 후발적 이행불능 상태이다.

III. 담보책임에 기한 권리(제570조)

(1) 해제권. 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다(제570조 본문). 해제권은 매수인의 선의·악의를 묻지 않고, 매도인의 귀책사유도 필요 없다(무과실 책임). 따라서 乙은 계약을 해제하고 원상회복으로 계약금 2,000만 원과 중도금 1억 원, 합계 1억 2천만 원과 각 받은 날부터의 이자를 청구할 수 있다(제548조 제2항).

(2) 손해배상청구권. 매수인이 계약 당시 그 권리가 매도인에게 속하지 아니함을 안 때에는 손해배상을 청구하지 못한다(제570조 단서). 甲은 계약 당시 A 소유임을 밝혔으므로 乙은 악의이고, 담보책임에 기한 손해배상은 청구할 수 없다.

(3) 기간. 타인 권리 매매의 담보책임에는 제573조와 같은 기간 제한 규정이 없다.

IV. 채무불이행책임에 기한 권리

(1) 담보책임과의 관계. 판례는 타인 권리 매매에서 매도인이 권리를 이전할 수 없게 된 것이 매도인의 귀책사유로 인한 때에는, 매수인이 악의여서 제570조 단서에 따라 담보책임상 손해배상을 청구할 수 없더라도 채무불이행 일반 규정(제390조, 제546조)에 따라 손해배상을 청구할 수 있다고 한다. 담보책임과 채무불이행책임은 요건과 효과를 달리하는 별개의 제도이기 때문이다.

(2) 요건. 甲의 이행불능이 甲의 귀책사유로 인한 것이어야 한다. 귀책사유가 없다는 증명책임은 채무자 甲에게 있다(제390조 단서). 예컨대 甲이 A와의 매수 교섭을 게을리하였거나 A에게 대금을 지급하지 않아 취득하지 못한 경우에는 귀책사유가 인정된다. 반면 A가 처음부터 매도를 거절하였고 甲이 이를 예견할 수 없었다면 귀책사유가 부정될 수 있다.

(3) 효과. 귀책사유가 인정되면 乙은 최고 없이 계약을 해제할 수 있고(제546조), 원상회복과 함께 손해배상을 청구할 수 있다(제551조). 손해배상의 범위는 이행이익으로서, 원칙적으로 이행불능 당시 X부동산의 시가에서 매매대금 2억 원을 뺀 금액이다. 해제하지 않고 이행에 갈음한 손해배상(전보배상)을 청구할 수도 있는데, 이때는 시가 상당액에서 아직 지급하지 않은 잔대금 8천만 원을 공제한 금액이 된다.

V. 그 밖의 문제

계약금은 특약이 없으면 해약금으로 추정될 뿐 위약금이 아니므로(제565조, 제398조 제4항), 乙은 계약금의 배액 상환을 청구할 수 없다. 또 甲이 이행불능의 대가로 대상(代償)을 얻은 사정이 없으므로 대상청구권도 문제되지 않는다.

VI. 결론

乙은 담보책임에 기하여 계약을 해제하고 1억 2천만 원과 이자의 반환을 청구할 수 있으나, 악의이므로 담보책임상 손해배상은 청구할 수 없다. 다만 甲의 귀책사유로 이행불능이 된 경우에는 채무불이행을 이유로 해제와 함께 이행이익의 배상(이행불능 당시 시가와 대금의 차액)을 청구할 수 있다.

근거: 민법 제390조, 제398조, 제535조, 제546조, 제548조, 제551조, 제565조, 제569조, 제570조 · 계산 검산 check/civil_2017_2.py

2018 제3문

쌍무계약에서의 위험부담

15점 · 약술형 · 제537조, 제538조, 대상청구권

제3문.

(15점)

쌍무계약에 있어서 “위험부담”에 대해 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 위험부담의 원칙과 예외를 조문 중심으로 정리하게 한다. **연결 개념** 채무불이행·원시적 불능과의 구별, 수령지체(제400조), 이익 상황, 대상청구권. **합정** 15점 문항에 분량을 과하게 쓰는 것(1,000자 안팎이면 충분).

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례	분량
I	의의와 구별	제390조, 제535조, 제546조	약 200자
II	채무자위험부담 원칙	제537조	약 150자
III	채권자위험부담 예외와 이익 상황	제538조 제1항·제2항, 제400조	약 300자
IV	대상청구권과의 관계	판례	약 200자

예시답안 — 2018 제3문

I. 의의

위험부담은 쌍무계약의 한쪽 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 후발적으로 이행불능이 되어 소멸한 경우, 그 상대방의 반대채무도 소멸하는지의 문제이다. 채무자에게 귀책사유가 있으면 채무불이행(제390조, 제546조)의 문제가 되고, 원시적 불능이면 계약체결상 과실(제535조)의 문제가 되므로 위험부담과 구별된다. 민법은 채무자위험부담주의를 원칙으로 한다.

II. 채무자위험부담의 원칙(제537조)

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다. 이미 받은 반대급부는 부당이득으로 반환한다.

III. 채권자위험부담의 예외(제538조)

- (1) 채권자에게 책임 있는 사유. 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다(제538조 제1항 제1문).
- (2) 채권자의 수령지체 중 불능. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다(같은 항 제2문).
- (3) 이익의 상황. 이 경우 채무자는 자기 채무를 면함으로써 얻은 이익을 채권자에게 상환하여야 한다(제538조 제2항). 부당해고 기간의 임금 청구에서 다른 곳에서 얻은 수입을 공제하는 것이 그 예이다.

IV. 관련 쟁점

- (1) 대상청구권과의 관계. 이행불능과 같은 원인으로 채무자가 보험금·수용보상금 같은 대상을 얻은 경우, 판례는 채권자가 그 대상의 인도를 청구할 수 있다고 인정한다. 채권자가 대상청구권을 행사하면 자기의 반대급부 의무도 이행하여야 하므로, 제537조에 따라 반대급부를 면하는 것과 선택의 관계에 있다.

근거: 민법 제390조, 제400조, 제535조, 제537조, 제538조, 제546조 · 대상청구권에 관한 판례

2023 제1문

토지 매매의 해제 네 장면

50점 · 소문 4개 · 약정 계약금, 해제와 제3자, 반사회적 이중매매, 이행불능 해제의 금액

제1문.

(50점)

〈공통된 사실관계〉

甲은 2023. 2. 20. 乙에게 자기 소유의 X토지를 매매대금 6억 원에 매도하는 계약을 체결하면서 계약금 1억 원은 계약 당일, 중도금 2억 원은 2023. 3. 20, 잔금 3억 원은 2023. 4. 20. 소유권이전등기와 상환으로 지급하기로 약정하였다. (아래 각 설문은 별개임)

(1) 乙은 계약 당일 5천만 원밖에 없어서 일단 5천만 원만 甲에게 지급하고, 나머지 5천만 원은 다음 날 지급하기로 하였다. 그런데 그 날 밤 乙은 계약한 것을 후회하고, 다음 날 일찍 甲에게 자신이 지급한 5천만 원을 포기할 터이니 계약을 해제한다고 통지하였다. 乙의 해제는 적법한가? (5점)

(2) 乙은 위 계약에 따라 甲에게 계약금 및 중도금을 지급하였다. 그런데 乙은 2023. 4. 1. 甲에게 부탁하여 X토지의 등기명의를 넘겨받고(점유는 그대로 甲이 가지고 있었다), 자신의 채권자 丙을 위하여 X토지에 저당권을 설정해 주었다. 그 후 乙은 약속과 달리 잔대금을 끝내 지급하지 않았다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 적법하게 하였다. 이 경우 甲은 丙에 대하여 해제로 대항할 수 있는지, 그리고 어떻게 자신의 등기명의를 회복할 수 있는지를 설명하시오. (20점)

〈추가된 사실관계〉

乙은 위 계약에 따라 2023. 3. 20. 甲에게 중도금을 지급하였으나, 甲은 바로 그 다음날인 2023. 3. 21. 평소부터 X토지를 구입하고자 하였던 丁에게 7억 원(당시 시가)에 매도하고 이전등기까지 마쳐주었다. (아래 각 설문은 별개임)

(3) 乙은 甲과 丁의 매매의 효력을 부인하고, X토지의 소유권이전등기를 받고자 한다. 乙은 매매의 효력을 부인하기 위하여 어떠한 사실을 주장·증명하여야 하는지, 그리고 X토지의 소유권이전등기를 받기 위하여 구체적으로 누구를 상대로 어떠한 청구를 하여야 하는지를 각각 설명하시오. (10점)

(4) 乙은 丁의 X토지에 관한 소유권 취득사실을 알고 甲과의 매매계약을 바로 해제하였다. 이 경우 乙의 해제가 유효한지, 그리고 乙은 원상회복과 손해배상으로 얼마를 받을 수 있는지를 설명하시오. (15점)

출제 포인트

출제 의도 한 매매계약을 놓고 해제의 네 가지 장면을 독립 설문으로 묻는다. 각 설문 배점(5·20·10·15점)에 맞춰 분량을 조절하는 것도 평가 대상이다. **연결 개념** 제565조와 약정 계약금, 제548조 제1항 단서와 해제 전 제3자, 진정명의회복과 부동산등기법 제57조, 제103조 이중매매, 대위, 제546조·제548조 제2항·제551조. **합정** (2)에서 말소등기만 쓰고 丙의 승낙 문제를 놓치는 것. (4)에서 계약금 배액을 손해배상으로 더하는 것. 금액은 check/civil_2023_1.py로 확인하였다.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
(1)	乙(매수인) → 甲	계약금 해제(제565조) — 5천만 원 포기	약정 계약금 기준(판례)	부적법	약 400자
(2)	甲(매도인) → 乙, 丙(저당권자)	법정해제 후 원상회복(제548조)	丙 = 해제 전 제3자 · 말소 시 丙 승낙 필요	대항 불가 · 진정 명의회복 이전 등기	약 1,000자
(3)	乙 → 甲(대위로 丁)	제103조 무효 · 제404조 · 이전등기	배임 + 적극 가담 증명 · 직접 청구 불가	대위 말소 + 이전 등기	약 600자
(4)	乙 → 甲	이행불능 해제(제546조) · 원상회복 · 손해배상	최고·이행 제공 불요 · 시가 7억 - 대금 6억	3억 원 + 이자, 1억 원	약 700자

예시답안 — 2023 제1문

I. 문제의 소재

甲·乙 사이 X토지 매매(대금 6억 원, 계약금 1억 원·중도금 2억 원·잔금 3억 원)를 두고, 계약금 일부만 지급한 경우의 계약금 해제(1문), 해제와 제3자(2문), 반사회적 이중매매(3문), 이행불능 해제의 원상회복과 손해배상(4문)을 묻는다.

II. 설문 (1) — 계약금 일부 지급 후 매수인의 해제

계약금이 교부된 때에는 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고, 수령자는 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다(제565조 제1항). 계약금계약은 금전 등의 교부를 요건으로 하는 요물계약이다. 판례는 계약금 일부만 지급된 경우 계약금의 기준은 실제 교부된 금액이 아니라 약정 계약금이라고 본다. 실제 교부된 금액을 기준으로 하면 소액만 지급하고 쉽게 해제할 수 있게 되어 계약의 구속력이 약해지기 때문이다. 따라서 乙이 해제하려면 약정 계약금 1억 원 전부를 포기하여야 하고(나머지 5천만 원도 지급), 이미 낸 5천만 원만 포기한다는 해제 통지는 효력이 없다. 乙의 해제는 부적법하다.

III. 설문 (2) — 해제와 저당권자 丙, 등기명의 회복

(1) 해제의 효과와 제3자 보호. 계약이 해제되면 각 당사자는 원상회복의무를 지나, 제3자의 권리를 해하지 못한다(제548조 제1항). 판례는 해제의 효과로 이전된 물건이 당연히 복귀한다고 보면서(물권적 효과설), 제3자를 해제된 계약으로 생긴 법률효과를 기초로 새로운 이해관계를 맺고 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자로 본다. 해제 의사표시 전에 이해관계를 맺은 제3자는 선의·악의를 묻지 않고 보호된다. 해제 후 말소등기 전에 이해관계를 맺은 자는 해제 사실을 몰랐을 때만 보호된다.

(2) 포섭. 丙은 甲의 해제 의사표시 전에 乙 명의의 X토지에 저당권설정등기를 마쳤으므로 제548조 제1항 단서의 제3자이다. 甲은 해제로 丙에게 대항할 수 없고, 丙의 저당권은 그대로 존속한다.

(3) 등기명의의 회복 방법. 甲은 乙을 상대로 원상회복으로 ① 乙 명의 소유권이전등기의 말소, 또는 ② 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 판례는 진정한 소유자가 무효 등기 명의인을 상대로 말소 대신 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 구하는 것을 허용한다. 그런데 말소등기는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있으면 그의 승낙이 필요하고(부동산등기법 제57조), 보호받는 丙이 승낙할 의무는 없다. 따라서 甲은 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 받는 방법이 현실적이며, 이 경우 X토지는 丙의 저당권이 붙은 채로 甲에게 돌아온다.

(4) 동시이행과 부담의 처리. 甲의 계약금·중도금 3억 원(받은 날부터의 이자 포함) 반환의무와 乙의 등기회복의무는 동시이행관계에 있다(제549조). 저당권 부담을 남긴 것은 乙의 원상회복 불완전이므로 甲은 손해배상을 청구할 수 있고(제551조), 피담보채무를 대신 변제하여 저당권을 소멸시킨 뒤 乙에게 구상할 수도 있다(제469조). 甲은 이들 채권으로 반환할 금액과 상계할 수 있다.

IV. 설문 (3) — 이중매매의 무효 주장과 청구 방법

(1) 주장·증명할 사실. 이중매매는 원칙적으로 유효하므로, 乙은 제103조 위반의 요건 사실을 주장·증명하여야 한다. ① 甲의 배임행위: 甲이 중도금을 받아 계약금 해제를 할 수 없게 된 후(이행 착수) 같은 토지를 丁에게 팔고 등기를 넘겼다는 사실. ② 丁의 적극 가담: 丁이 甲·乙 사이의 매매 사실을 알았을 뿐 아니라 甲에게 매도를 요청하거나 유도하는 등 배임행위에 적극 가담하였다는 사실. 단순히 알았다는 것만으로는 부족하다.

(2) 청구의 상대방과 내용. 반사회적 이중매매는 절대적 무효이나, 乙은 丁과 계약관계가 없으므로 직접 丁에게 말소를 구할 수 없다. 乙은 甲에 대한 이전등기청구권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여(제404조) 丁에게 丁 명의 등기의 말소를 청구하고, 甲에게는 잔금 3억 원의 지급과 상환으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한다. 채권자취소권은 특정채권 보전에 쓸 수 없으므로 활용할 수 없다.

V. 설문 (4) — 이행불능 해제와 금액

(1) 해제의 유효성. 매도인이 목적물을 제3자에게 이전등기한 경우 특별한 사정이 없으면 매도인의 이전등기의무는 이행불능이 된다. 이행불능의 경우 채권자는 최고 없이 바로 해제할 수 있고(제546조), 잔금 지급기일 전이라도, 또 자기 채무의 이행 제공 없이도 해제할 수 있다. 乙의 해제는 유효하다.

(2) 원상회복. 甲은 받은 계약금 1억 원과 중도금 2억 원, 합계 3억 원을 반환하고, 각 받은 날(2023. 2. 20., 2023. 3. 20.)부터 반환할 때까지의 법정이자(연 5%, 제379조)를 붙여야 한다(제548조 제2항).

(3) 손해배상. 해제는 손해배상청구에 영향을 미치지 않는다(제551조). 배상 범위는 이행이익으로, 판례는 이행불능 당시의 목적물 시가를 기준으로 한다. 乙은 해제로 잔대금 지급의무도 면하므로, 손해는 이행불능 당시 시가 7억 원에서 매매대금 6억 원을 뺀 1억 원이다. 계약금은 위약금 특약이 없으면 해약금으로 추정될 뿐이므로 따로 배액을 구할 수는 없다.

(4) 결론. 乙은 원상회복으로 3억 원과 각 받은 날부터의 연 5% 이자, 손해배상으로 1억 원, 합계 4억 원과 이자를 받을 수 있다.

근거: 민법 제103조, 제379조, 제404조, 제469조, 제546조, 제548조, 제549조, 제551조, 제565조 · 부동산등기법 제57조 · 계산 검산 check/civil_2023_1.py

제8장

불법행위와 가족법

책임능력 있는 미성년자와 감독자 책임 · 생명침해와 손해배상청구권의 상속 · 사실혼 배우자 · 태아의 권리능
력과 인지 · 친생추정과 친생부인의 소 | 기출 2문항: 2016-1, 2019-3

이 장에서 다루는 내용

8-1 핵심 개념	88
8-2 기출 풀이	90
2016 제1문 미성년자의 오토바이 사고와 사실혼 유족·태아	90
2019 제3문 친생부인의 소	93

8-1 핵심 개념

불법행위와 가족법은 2016년(사망 사고와 상속)과 2019년(친생부인)에만 출제되었지만, 두 문항은 서로 연결된다. 사망 사고 사례에서 ‘누가 상속인인가’를 정하려면 혼인과 친자관계, 태아의 지위, 인지를 알아야 하기 때문이다. 이 장은 손해배상 채권이 어떻게 생기고 누구에게 넘어가는지를 한 흐름으로 정리한다.

책임능력 있는 미성년자와 감독의무자

미성년자가 행위의 책임을 변식할 능력이 없으면 배상책임이 없고(제753조), 이 경우 감독의무자가 책임을 진다(제755조, 감독의무 해태 없음을 증명하면 면책). 판례(대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원 합의체 판결)는 미성년자에게 책임능력이 있어 스스로 책임지는 경우에도 감독의무자의 의무 위반과 손해 사이에 상당인과관계가 있으면 감독의무자가 제750조의 일반 불법행위책임을 진다고 한다. 이때 의무 위반과 인과관계의 증명책임은 피해자에게 있다. 자동차 사고에서는 「자동차손해배상 보장법」 제3조의 운전자책임도 함께 검토한다.

대립 구도

책임무능력자 → 제755조(증명책임 전환) ↔ 책임능력자 → 감독의무자 제750조(피해자 증명)

쓰이는 기출 2016-1

답안 속 문장

“甲은 만 17세로 책임능력이 있으므로 乙에게 제755조를 적용할 수 없고, 乙의 감독의무 위반과 사고 사이의 상당인과관계가 증명되면 乙은 제750조에 따라 책임을 진다.”

생명침해와 손해배상청구권의 상속

판례는 즉사의 경우에도 피해자가 손해배상청구권을 취득하고 이것이 상속인에게 상속된다고 본다(시간적 간격설). 상속되는 것은 일실수입과 피해자 본인의 위자료이고, 위자료청구권도 피해자가 생전에 청구의사를 표시할 필요 없이 상속된다. 이와 별도로 피해자의 직계존속·직계비속·배우자는 고유의 위자료를 청구할 수 있다(제752조). 피해자의 과실은 과실상계로 참작된다(제763조, 제396조).

대립 구도

상속받는 손해(일실수입·본인 위자료) ↔ 고유의 손해(근친자 위자료·장례비)

쓰이는 기출 2016-1 (1)

답안 속 문장

“丙에게는 직계비속이 없고 사실혼 배우자는 상속권이 없으므로, 어머니 戊가 단독으로 丙의 일실수입과 위자료청구권을 상속한다.”

사실혼 배우자의 지위

사실혼은 혼인의 실체가 있으나 혼인신고가 없는 관계이다. 사실혼 배우자는 상속권이 없다(제1003조는 법률상 배우자). 그러나 판례는 제752조를 예시 규정으로 보아 사실혼 배우자에게도 고유의 위자료를 인정한다. 부양이익 상실을 독자의 손해로 청구할 수 있는지는 학설상 논의된다. 사실혼 중 출생한 자녀는 혼인 외의 자이므로 부와의 법률상 부자관계는 인지로 생긴다.

대립 구도

법률혼(상속권·친생추정) ↔ 사실혼(상속권 없음, 고유 위자료 인정, 자녀는 인지 필요)

쓰이는 기출 2016-1 (2)(3)

답안 속 문장

“丁은 사실혼 배우자여서 丙을 상속하지 못하지만, 판례에 따라 제750조, 제751조에 근거한 고유의 위자료를 甲과 乙에게 청구할 수 있다.”

태아의 권리능력과 인지

태아는 손해배상청구권(제762조), 상속(제1000조 제3항), 유증(제1064조)에 관하여 이미 출생한 것으로 본다. 판례는 정지조건설에 따라 살아서 출생하면 문제의 시점으로 소급하여 권리능력을 취득하고, 태아인 동안 법정대리인이 대신 권리를 행사할 수 없다고 한다. 혼인 외의 자녀는 인지로 부자관계가 생기고, 부가 사망하면 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기한다(제864조). 인지는 출생 시로 소급하나 제3자가 취득한 권리를 해하지 못한다(제860조). 판례는 인지 전에 상속재산을 취득한 후순위 상속인은 여기의 제3자가 아니라고 본다.

대립 구도

정지조건설(판례) ↔ 해제조건설 · 공동상속인(제1014조 가액청구) ↔ 후순위 상속인(상속회복청구)

쓰이는 기출 2016-1 (3)

답안 속 문장

“태아는 살아서 출생하고 인지가 확정되면 丙의 직계비속으로서 1순위 상속인이 되어, 이미 상속한 戊에게 상속회복을 청구할 수 있다.”

친생추정과 친생부인의 소

혼인 중 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정되고, 혼인 성립일부터 200일 후 또는 혼인관계 종료일부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중 임신한 것으로 추정된다(제844조). 이 추정은 친생부인의 소로만 깨뜨릴 수 있다. 부 또는 처가 다른 일방 또는 자녀를 상대로 사유를 안 날부터 2년 내에 제기하고(제847조), 출생 후 친생자임을 승인하면 제기할 수 없다(제852조). 동거 결여가 외관상 명백한 경우에는 친생추정이 미치지 않는다(대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결). 2017년 개정으로 혼인관계 종료 후 300일 이내 출생자에 대한 친생부인 허가 청구(제854조의2)가 신설되었다.

대립 구도

친생부인의 소(추정 받는 자녀) ↔ 친생자관계부존재확인의 소(추정이 미치지 않는 자녀, 제865조)

쓰이는 기출 2019-3, 2016-1 (3)

답안 속 문장

“친생추정을 받는 자녀에 대해서는 혈연관계가 없더라도 친생부인의 소에 의해서만 부자관계를 부정할 수 있고, 그 소는 사유를 안 날부터 2년 내에 제기하여야 한다.”

8-2 기출 풀이

2016 제1문

미성년자의 오토바이 사고와 사실혼 유족·태아

50점 · 소문 3개 · 감독의무자의 제750조 책임, 손해배상청구권의 상속, 태아와 인지

제1문.

다음 사례를 읽고 아래의 문제에 대해 답을 하시오.

(50점)

〈사례〉

만 17세의 고등학교 3학년에 재학 중인 甲은 아버지 乙이 사 준 오토바이를 타고서 과속으로 운전하던 중 도로를 무단횡단하던 丙을 치어 丙이 그 자리에서 즉사하였다. 丙은 사망 당시 사실혼 배우자 丁, 어머니 戊가 있었고, 다른 자녀는 없었다.

- 1) 甲과 乙을 상대로 戊가 청구할 수 있는 권리와 그 내용에 관하여 논하시오. (25점)
- 2) 甲과 乙을 상대로 丁이 청구할 수 있는 권리와 그 내용에 관하여 논하시오. (10점)
- 3) 만약 사실혼 배우자 丁에게 丙 사망 당시 태아가 있었다면 그 태아의 손해배상청구권과 상속에 관해 논해 보시오. (15점)

출제 포인트

출제 의도 불법행위(책임 주체)와 상속(권리 주체)을 결합하였다. ‘사실혼’, ‘다른 자녀는 없었다’, ‘태아’라는 단서가 상속인 판단을 바꾸도록 설계되어 있다. **연결 개념** 제750조·제753조·제755조와 93다13605 전원합의체, 자동차손해배상 보장법 제3조, 즉사와 상속, 제752조, 사실혼 배우자의 위자료, 제762조·제1000조 제3항, 사후 인지와 제860조. **함정** 乙에게 바로 제755조를 적용하는 것. 3)에서 사실혼 중의 태아를 곧바로 丙의 상속인으로 보고 인지를 빠뜨리는 것.

■ 등장인물과 쟁점 지도

소문	누가 → 누구에게	청구의 근거·요건	상대방 항변·판례	결론	분량
공통	甲 (17세, 가해자) · 乙(아버지) · 丙(사망, 무단횡단)	甲: 제750조, 자배법 제3조 · 乙: 제750조(감독의무 위반)	제755조 부적용(93다13605 전합) · 과실상계	부진정연대	약 800자
1)	戊(어머니, 단독상속인) → 甲·乙	상속: 일실수입·丙 위자료 · 고유: 제752조 위자료·장례비	즉사도 상속(판례) · 丁 상속권 없음	인정(과실상계)	약 700자
2)	丁(사실혼 배우자) → 甲·乙	고유 위자료(제750조·제751조) · 부양이익 상실(학설)	상속권 없음	위자료 인정	약 350자
3)	태아 → 甲·乙 / 태아 ↔ 戊	제762조, 제752조 · 제1000조 제3항	정지조건설·인지(제864조) · 제860조 단서와 후순위 상속인 · 제470조	출생·인지 시 단독상속, 戊 배제	약 1,000자

예시답안 — 2016 제1문

I. 문제의 소재

만 17세 甲의 과속 운전으로 丙이 즉사하였다. 먼저 甲과 아버지 乙의 책임 근거를 정하고, ① 丙의 상속인인 어머니 戊(1문), ② 상속권 없는 사실혼 배우자 丁(2문), ③ 丙 사망 당시의 태아(3문)가 각각 무엇을 청구할 수 있는지 검토한다.

II. 甲과 乙의 책임 근거(공통)

(1) 甲의 책임. 甲은 과속 운전이라는 과실로 丙을 사망하게 하였으므로 불법행위책임을 진다(제750조). 미성년자라도 행위의 책임을 변식할 지능이 있으면 책임능력이 있는데(제753조 반대해석), 만 17세 고등학생은 책임능력이 인정된다. 또 甲은 자기를 위하여 오토바이를 운행한 자로서 「자동차손해배상 보장법」 제3조의 운행자책임도 진다.

(2) 乙의 책임. 감독의무자의 책임(제755조)은 책임무능력자의 행위에 대한 것이므로 책임능력 있는 甲의 행위에는 적용되지 않는다. 그러나 판례(대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결)는 미성년자가 책임능력이 있어 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 감독의무자의 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 제750조에 따라 책임을 진다고 한다. 이때 감독의무 위반과 인과관계는 피해자가 증명한다. 乙이 오토바이를 사 주기도 안전운전 지도나 과속 방지 등 감독을 게을리한 사정이 증명되면 乙도 제750조의 책임을 진다. 乙이 오토바이의 운행을 지배하고 그 이익을 누리는 지위에 있었다면 운행자로서 자동차손해배상 보장법 제3조의 책임도 진다.

(3) 책임의 관계와 과실상계. 甲과 乙의 책임은 부진정연대채무 관계이다. 丙이 도로를 무단횡단한 과실은 손해배상액을 정할 때 참작된다(제763조, 제396조).

III. 설문 1) — 戊의 권리

(1) 丙의 상속인. 丙에게는 직계비속이 없고, 사실혼 배우자 丁은 상속인이 아니므로(제1003조의 배우자는 법률상 배우자), 직계존속인 戊가 단독상속인이다(제1000조 제1항 제2호).

(2) 丙의 손해배상청구권의 상속. 즉사의 경우 피해자에게 손해배상청구권이 생기지는가 문제되나, 판례는 치명상과 사망 사이에 시간적 간격이 있다고 보아 피해자 본인이 손해배상청구권을 취득하고 이것이

상속된다고 한다. 따라서 戊는 ① 丙의 일실수입(사망 당시부터 가동연한까지 얻을 수입에서 생활비를 공제한 금액)과 ② 丙 본인의 위자료청구권을 상속하여 甲과 乙에게 청구할 수 있다. 판례는 위자료청구권도 피해자가 생전에 청구 의사를 표시하지 않았어도 상속된다고 본다.

(3) 戊 고유의 권리. 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속, 배우자에게 재산상 손해 없는 경우에도 손해배상책임이 있다(제752조). 戊는 자기 고유의 위자료를 청구할 수 있고, 장례비 등을 지출하였다면 그 적극적 손해도 청구할 수 있다.

(4) 소결. 戊는 甲과 乙에게 상속한 일실수입·위자료와 고유의 위자료·장례비를 청구할 수 있고, 丙의 과실 비율만큼 감액된다.

IV. 설문 2) — 丁의 권리

(1) 상속권의 부재. 丁은 사실혼 배우자이므로 丙의 손해배상청구권을 상속하지 못한다.

(2) 고유의 위자료. 제752조는 위자료청구권자를 예시한 규정이고, 판례는 사실혼 배우자에게도 제750조, 제751조에 따라 고유의 위자료를 인정한다. 丁은 甲과 乙에게 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다.

(3) 부양이익의 상실. 丁이 丙으로부터 부양을 받고 있었다면 부양이익의 상실을 丁 자신의 재산적 손해로 청구할 수 있다는 견해가 유력하다. 상속권 없는 사실혼 배우자를 보호하기 위한 것이나, 상속인이 청구하는 일실수입과 중복되지 않도록 조정이 필요하다.

V. 설문 3) — 태아의 손해배상청구권과 상속

(1) 태아의 권리능력. 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 보고(제762조), 상속순위에 관하여도 같다(제1000조 제3항). 판례는 태아가 살아서 출생하면 불법행위 시나 상속개시 시로 소급하여 권리능력을 취득한다고 보고(정지조건설), 태아 상태에서 모 등이 대리하여 권리를 행사할 수는 없다고 한다.

(2) 부자관계의 확정 — 인지. 丁과 丙은 법률상 혼인관계가 아니므로 태아는 출생하면 혼인 외의 자가 되고, 생부 丙과의 법률상 부자관계는 인지로 생긴다. 丙이 이미 사망하였으므로 자녀나 그 법정대리인은 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기하여야 한다(제863조, 제864조). 인지는 출생 시로 소급하여 효력이 있다(제860조 본문).

(3) 손해배상청구권. 살아서 출생하고 인지가 확정되면 子는 丙의 직계비속으로서 甲과 乙에게 고유의 위자료를 청구할 수 있다(제762조, 제752조).

(4) 상속. 子는 丙의 직계비속으로서 1순위 상속인이 되므로(제1000조 제1항 제1호, 제3항), 戊는 소급하여 상속인의 지위를 잃는다. 따라서 丙의 일실수입과 위자료청구권은 子가 단독으로 상속한다. 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리를 해하지 못하나(제860조 단서), 판례는 인지 전에 상속재산을 취득한 후순위 상속인은 여기의 제3자가 아니라고 본다. 공동상속인이 아니므로 가액지급청구에 관한 제1014조도 적용되지 않는다. 따라서 子는 戊에게 상속회복을 청구할 수 있다(제999조). 다만 인지 전에 甲·乙이 상속인으로 보이는 戊에게 선의·무과실로 변제하였다면 채권의 준점유자에 대한 변제로 유효할 수 있다(제470조). 戊는 상속인이 아니게 되어도 제752조의 고유 위자료는 그대로 청구할 수 있다.

VI. 결론

戊는 상속한 권리와 고유 위자료를, 丁은 고유 위자료를 甲·乙에게 청구한다. 태아는 출생·인지되면 고유 위자료를 청구하고 단독상속인이 되어 戊에 우선한다.

근거: 민법 제396조, 제470조, 제750조~제753조, 제755조, 제760조, 제762조, 제763조, 제860조, 제863조, 제864조, 제999조, 제1000조, 제1003조, 제1014조 · 자동차손해배상 보장법 제3조 · 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결

2019 제3문

친생부인의 소

25점 · 약술형 · 친생추정의 범위, 원고·피고·제소기간, 승인, 허가 청구

제3문.

(25점)

친생부인의 소에 대해 설명하시오.

출제 포인트

출제 의도 2017년 개정(제844조, 제854조의2)이 시행된 직후의 출제로, 개정 내용을 반영해 쓰는지가 관건이다.**연결 개념** 친생추정, 추정이 미치지 않는 자녀(외관설), 제846조~제852조, 제854조의2, 친생자관계부존재확인
의 소. **합정** 제소기간을 개정 전의 '출생을 안 날부터 1년'으로 쓰는 것. 친생추정이 미치지 않는 자녀에게도 친생
부인의 소를 쓰라고 하는 것.

■ 답안 개요

순서	항목	쓸 조문·판례	분량
I	의의 — 형성의 소, 엄격한 요건	제844조 제1항	약 200자
II	친생추정의 범위와 예외	제844조 제2항·제3항 · 82므59 전합(외관설) · 제865조	약 350자
III	원고·피고·제소기간·승인	제846조~제852조, 제854조	약 600자
IV~V	효과, 허가 청구, 혈연과 추정	제854조의2 · 2019년 전원합의체(출제 이후)	약 450자

예시답안 — 2019 제3문

I. 의의

친생부인의 소는 친생자로 추정되는 자녀가 실제로는 남편의 자녀가 아님을 주장하여 그 추정을 깨뜨리는 형성의 소이다. 혼인 중 포태한 자녀는 남편의 자녀로 추정되며(제844조 제1항), 이 추정은 친생부인의 소에 의해서만 번복된다. 가정의 평화와 자녀의 신분 안정을 위하여 원고적격과 제소기간을 엄격히 제한하는 것이 특징이다.

II. 친생추정의 범위

(1) 제844조. 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀와 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정된다(제844조 제2항, 제3항). 이 조항은 헌법재판소의 헌법 불합치결정을 계기로 2017년 개정되었다.

(2) 친생추정이 미치지 않는 자녀. 판례(대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결)는 처가 남편의 자녀를 임신할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정, 예컨대 남편의 장기 해외 체류나 수감 등으로 부부가 동거하지 않은 경우에는 친생추정이 미치지 않는다고 한다. 이 경우에는 친생부인의 소가 아니라 친생자관계부존재확인 소(제865조)로 다룬다.

III. 요건

(1) 원고적격. 부 또는 처가 제기한다(제846조, 제847조 제1항). 부부 일방이 피성년후견인이면 성년후견인이 성년후견감독인의 동의를 받아 제기할 수 있다(제848조). 부 또는 처가 유언으로 부인의 의사를 표

시한 때에는 유언집행자가 제기한다(제850조). 부가 자녀의 출생 전에 사망하거나 부 또는 처가 제소기간 내에 사망한 때에는 그 직계존속이나 직계비속이 그 사망을 안 날부터 2년 내에 제기할 수 있다(제851조).

(2) 피고. 다른 일방 배우자 또는 자녀를 상대로 한다. 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 한다(제847조 제2항). 자녀가 사망한 후에도 그 직계비속이 있으면 그 모를, 모가 없으면 검사를 상대로 할 수 있다(제849조).

(3) 제소기간. 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 제기하여야 한다(제847조 제1항). 종래 ‘출생 안 날부터 1년’이던 기간이 헌법불합치결정 이후 개정된 것이다.

(4) 승인에 의한 소멸. 자녀의 출생 후에 친생자임을 승인한 자는 다시 친생부인의 소를 제기하지 못한다(제852조). 다만 사기 또는 강박으로 승인한 경우에는 취소할 수 있다(제854조).

IV. 효과

부인 판결이 확정되면 자녀는 출생 시로 소급하여 남편의 자녀가 아니게 되어 혼인 외의 자가 된다. 판결은 제3자에게도 효력이 있다(대세효). 생부는 그 후 인지할 수 있다.

V. 관련 제도와 쟁점

(1) 친생부인의 허가 청구. 2017년 개정으로 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀에 대하여는 어머니 또는 어머니의 전 남편이 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있게 되었다(제854조의 2). 소송보다 간이한 절차이나, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 청구할 수 없다.

(2) 혈연과 친생추정. 유전자 검사로 혈연관계가 없음이 밝혀진 경우에도 친생추정이 배제되는지에 관하여, 대법원은 출제 이후인 2019. 10. 23. 선고한 전원합의체 판결에서 혈연관계가 없다는 사정만으로는 친생추정이 미치지 않는다고 볼 수 없다는 입장을 유지하였다. 혈연 진실주의와 가정 평화의 조화는 제소기간과 승인 제도로 피하고 있다.

근거: 민법 제844조, 제846조~제852조, 제854조, 제854조의2, 제865조 · 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결

부록

참조 자료

A 연도별 문항 일람 · B 주제 색인 · C 핵심 조문과 판례

이 장에서 다루는 내용

부록 A 연도별 문항 일람	96
부록 B 주제 색인	97
부록 C 핵심 조문과 판례	99

부록 A 연도별 문항 일람

연도	문	주제	배점	수록 장
2016	1	미성년자의 불법행위, 손해배상청구권의 상속, 태아	50	8장
	2	3자간 등기명의신탁	25	3장
	3	저당부동산 제3취득자의 지위	25	4장
2017	1	관습법상 법정지상권, 주택임차권 양수인의 순위	50	4장
	2	타인 권리 매매의 담보책임과 채무불이행	30	7장
	3	제3자 변제와 법정대위	20	6장
2018	1	양도통지·전부명령 동시도달, 양도금지특약, 허위표시	60	6장
	2	대지 소유자 명의 건물과 수분양자	25	2장
	3	위험부담	15	7장
2019	1	착오 취소와 하자담보책임의 경합	40	1장
	2	계약명의신탁과 수탁자 채권자의 취소권	35	3장
	3	친생부인의 소	25	8장
2020	1	계약명의신탁, 채권자대위, 사해행위와 가액배상	40	5장
	2	공유 토지의 무권대리, 추인, 선의 점유자	30	1장
	3	점유취득시효와 대상청구권	30	2장
2021	1	이중매매와 대위·취소의 피보전채권	40	5장
	2	소수지분권자의 인도청구와 방해배제	20	2장
	3	대위 후 합의해제(제405조 제2항)	20	5장
	4	대리권의 남용	20	1장
2023	1	계약금, 해제와 제3자, 반사회적 이중매매, 손해배상	50	7장
	2	계약명의신탁자의 부당이득과 시효취득	30	3장
	3	상계의 요건	20	6장
2024	1	근저당권 설정의 사해성, 피고적격, 배당금 원상회복	50	5장
	2	전용물소권, 제203조, 유치권	30	4장
	3	제60조와 비법인사단	20	1장

부록 B 주제 색인

개념에서 기출 문항으로 찾아가는 색인이다. 굵은 글씨의 문항이 그 개념을 중심 쟁점으로 다룬다.

개념	기출 문항
동기의 착오, 공통착오	2019-1
착오와 하자담보책임의 경합, 제척기간	2019-1
무권대리와 추인(제130조, 제133조)	2020-2
대리권·대표권·친권의 남용	2021-4
법인 대표권 제한(제60조), 비법인사단, 총유물 처분	2024-3
소유권에 기한 물권적 청구권, 등기 공신력 부정	2020-2 , 2018-2, 2021-2
공유물의 보존행위·관리	2021-2 , 2020-2
점유취득시효, 자주점유	2020-3 , 2023-2
시효완성 후 처분, 대상청구권	2020-3 , 2018-3
선의 점유자의 과실취득, 본권 소 패소	2020-2
신축 건물의 원시취득, 양도담보	2018-2
3자간 등기명의신탁	2016-2
계약명의신탁(매도인 선의), 매수자금 부담이득	2019-2 , 2020-1 , 2023-2
저당부동산 제3취득자	2016-3
관습법상 법정지상권	2017-1
주택임차인의 대항력·우선변제권, 임차권 양도	2017-1
유치권	2024-2
전용물소권, 제203조의 적용 범위	2024-2
채권자대위권의 요건, 특정채권 보전	2020-1 , 2021-1 , 2021-3 , 2016-2, 2018-2, 2023-1
대위 후 처분 제한(제405조)	2021-3
이중매매의 반사회성(제103조)	2021-1 , 2023-1
채권자취소권의 피보전채권	2021-1 , 2019-2, 2024-1
사해행위(증여·대물변제·담보 제공)	2019-2 , 2020-1 , 2024-1
원상회복, 가액배상, 배당금지급채권	2020-1 , 2024-1
채권자취소의 소의 피고적격	2024-1
채권양도의 대항요건, 동시도달	2018-1
양도금지특약	2018-1
통정허위표시와 제3자	2018-1
제3자 변제와 변제자대위	2017-3 , 2016-3, 2018-2
상계의 요건, 압류와 상계	2023-3
계약금과 해약금 해제	2023-1
해제의 효과와 제3자, 진정명의회복	2023-1
이행불능 해제와 손해배상	2023-1 , 2017-2 , 2021-1

개념	기출 문항
타인 권리 매매의 담보책임	2017-2
위험부담, 대상청구권	2018-3
책임능력 있는 미성년자의 감독의무자 책임	2016-1
생명침해와 손해배상청구권의 상속, 사실혼 배우자	2016-1
태아의 권리능력, 사후 인지	2016-1
친생추정과 친생부인의 소	2019-3

부록 C 핵심 조문과 판례

■ C-1 자주 쓰는 민법 조문

조문	요지	쓰인 문항
제103조	선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위는 무효	2021-1, 2023-1
제108조	통정허위표시 무효, 선의의 제3자에게 대항 불가	2018-1
제109조	중요부분 착오 취소, 중과실이면 불가, 선의 제3자에게 대항 불가	2019-1
제130조~제135조	무권대리: 추인, 최고, 추인의 소급효, 철회, 무권대리인의 책임	2020-2
제146조	취소권: 추인할 수 있는 날부터 3년, 법률행위를 한 날부터 10년	2019-1
제197조, 제201조	자주·선의 점유 추정, 본권 소 패소 시 소 제기 시부터 악의·선의 점유자의 과실취득	2020-2, 2023-2
제213조, 제214조	소유물반환(점유할 권리 항변)·방해제거·예방	2017-1, 2018-2, 2020-2, 2021-2, 2024-2
제245조	20년 점유취득시효(제1항)·10년 등기부취득시효(제2항)	2020-3, 2023-2
제263조~제265조	공유자의 사용·수익, 처분·변경, 관리·보존행위	2020-2, 2021-2
제320조, 제327조	유치권의 성립·담보 제공에 의한 소멸청구	2024-2
제364조, 제367조	제3취득자의 변제와 저당권 소멸청구·비용 우선상환	2016-3
제404조, 제405조	채권자대위권·대위 통지 후 채무자의 처분 제한	2020-1, 2021-1, 2021-3
제406조, 제407조	채권자취소권(안 날부터 1년, 행위일부터 5년)·모든 채권자를 위한 효력	2019-2, 2020-1, 2021-1, 2024-1
제449조~제451조	양도금지특약·대항요건(확정일자)·채무자의 항변	2018-1
제469조, 제480조~제485조	제3자 변제·임의대위·법정대위, 대위의 효과, 담보보존의무	2017-3, 2016-3
제492조~제498조	상계적상, 상계의 의사표시·소급효, 시효완성 채권, 상계 금지	2023-3
제537조, 제538조	채무자위험부담·채권자 귀책·수령지체 시 채권자위험부담	2018-3
제546조, 제548조, 제551조	이행불능 해제·원상회복과 제3자·손해배상	2017-2, 2023-1

조문	요지	쓰인 문항
제565조	해약금 해제(이행 착수 전)	2023-1
제569조, 제570조	타인 권리 매매 · 해제(선약 불문), 손해배상(선의만)	2017-2
제580조, 제582조	하자담보책임 · 안 날부터 6월	2019-1
제750조~제755조	일반 불법행위, 위자료, 책임능력, 감독자 책임	2016-1
제762조, 제1000조 제3항	태아의 손해배상청구권·상속순위	2016-1
제844조~제854조의2	친생추정, 친생부인의 소, 친생부 인의 허가 청구	2019-3

■ C-2 특별법 조문

조문	요지	쓰인 문항
부동산실명법 제4조	명의신탁약정 무효(제1항), 등기에 의한 물권변동 무효(제2항 본문), 매도인 선의 계약명의신탁은 유효(제2항 단서), 제3자 에게 대항 불가(제3항)	2016-2, 2019-2, 2020-1, 2023-2
부동산실명법 제8조	종중·배우자·종교단체 명의신탁의 특례(조 세 포탈 등 목적이 없을 때)	2016-2
주임법 제3조 제1항	인도 + 주민등록 → 다음 날부터 대항력	2017-1
주임법 제3조의2	대항요건 + 확정일자 → 우선변제권(제2 항), 양수인에게 인도해야 보증금 수령(제 3항)	2017-1
주임법 제3조의5	경매로 임차권 소멸, 보증금 미변제 대항 력 있는 임차권은 예외	2017-1
주임법 제6조	목시적 갱신, 기간은 2년(갱신거절 통지기 간은 2020년 개정)	2017-1
자동차손해배상 보장법 제3조	자기를 위하여 자동차를 운행하는 자의 배 상책임	2016-1

■ C-3 이 책에서 인용한 전원합의체 판결

판결	요지	쓰인 문항
대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59	동거 결여가 외관상 명백하면 친생추정이 미치지 않음	2019-3
대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605	책임능력 있는 미성년자의 감독의무자도 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 제750조 책임	2016-1
대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223	양도통지와 압류명령의 동시도달 — 각자 전액 청구, 변제시 면책, 내부 안분	2018-1
대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625	악의의 무단점유는 자주점유 추정이 깨짐	2023-2
대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089	비법인사단의 보증 등 단순 채무부담은 총유물의 관리·처분이 아님	2024-3
대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521	압류와 상계 — 자동채권 변제기가 먼저 또는 동시 도래하면 상계로 대항 가능	2023-3
대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235	대위 후 채무불이행 해제는 처분 아님, 합의해제는 대항 불가	2021-3
대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284	양도금지특약 위반 양도는 악의·중과실 양수인에게 무효(물권적 효력)	2018-1
대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522	소수지분권자는 다른 소수지분권자에게 인도 청구 불가, 방해배제는 가능	2021-2

■ C-4 사건번호 없이 인용한 주요 판례 법리

법리	쓰인 문항
착오 취소와 하자담보책임은 경합한다(진품 아닌 서화 매매)	2019-1
쌍무계약 무효·취소 시 제587조 유추(선의 당사자의 운용이익·사용이익 반환 불요)	2019-1
대지 대금 담보 목적의 대지 소유자 명의 건축허가·보존등기는 양도담보	2018-2
대상청구권은 이행불능 전에 시효취득을 주장한 경우에만 인정	2020-3
계약명의신탁자의 점유는 특별한 사정이 없으면 타주점유	2023-2
저당권 말소 후의 사해행위 취소는 피담보채무액 공제 후 가액배상	2020-1
미수령 배당금의 원상회복은 배당금지급채권의 양도와 통지	2024-1
이중양도로 생긴 손해배상채권으로 그 이중양도를 취소할 수 없음	2021-1
계약금 일부 지급 시 해약금의 기준은 약정 계약금	2023-1
적법한 임차권 양도 시 양수인은 원 임차인의 대항력·우선변제권 승계	2017-1
전용물소권 부정, 수급인의 소유자에 대한 제203조 청구 부정	2024-2

AI 논술 첨삭 서비스

써봄

writegrow.net

직접 쓴 답안, 이제 바로 첨삭받으세요.

Google Gemini 3.1 Pro를 활용한 한국어 논술 자동 첨삭 서비스

네 개 영역으로 나누어 점수를 매기고, 고칠 곳을 짚어 줍니다

논리구조

단락의 배치와 흐름이 논지를 따르는가

근거타당성

이론·조문·자료가 주장을 실제로 뒷받침하는가

주장명확성

입장과 결론이 처음부터 끝까지 분명한가

언어표현

문장이 정확하고 간결한가

영역별 점수와 함께 **강점 · 개선점 · 구체적 제언**을 담은 상세 피드백을 제공하고, 첨삭 결과는 PDF 리포트로 내려받을 수 있습니다. PDF·DOCX·TXT 파일을 올릴 수 있고, 여러 편을 한 번에 올리는 일괄 첨삭(최대 10편)도 지원합니다.

이 책과 함께 쓰는 법

- 1 기출 문항을 실전처럼 시간을 재고 씁니다**
예시답안을 보기 전에 답안 개요를 세우고 끝까지 씁니다.
- 2 답안을 써봄에 올려 첨삭을 받습니다**
손글씨 답안은 옮겨 적어 TXT·DOCX로 올리면 됩니다. 영역별 점수와 고칠 곳이 바로 나옵니다.
- 3 책의 출제 포인트·예시답안과 비교해 다시 씁니다**
첨삭에서 약하게 나온 영역을 중심으로 같은 문항을 한 번 더 씁니다.

회원가입하면 3회 무료 분석

요금제	월 이용료
개인 — 수험생	9,900원
교사 — 교사·학원	29,900원

요금과 제공 내용은 2026년 9월 writegrow.net 기준이며 변경될 수 있습니다.



writegrow.net

QR 코드로 바로 접속