

1. ④ - 대법원 1983. 6. 14. 선고 80다323

법적 규범이란 소송으로 갔을 때 원고 주장과 피고 주장 중에서 어느 주장이 더 타당한가 그 타당성을 판단하는 기준이다. 규범이란 용어는 뭔가 옳고 그름을 판단하는 기준이라는 말인데, 그 옳고 그름을 어디서 가져와서 판단하느냐에 따라 규범에 붙는 앞의 말이 달라진다. 법정에서 옳고 그름을 판단하는 기준은 법적 규범이다. 일정 집단에서의 옳고 그름을 판단하는 기준은 사회 규범이라 한다. 개인의 차원에서 옳고 그름을 판단하는 기준은 윤리 규범이라 한다. 지문을 살펴본다.

① (○) ② (○) ③ (○) ⑤ (○) 판례의 표현 문구 그대로이다. 암기하면 된다.

④ (×) 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다.

=> 이 의미는 사실인 관습은 임의규정에서는 법률행위의 해석 기준이 되거나 의사 보충 기능을 수행하는데, 강행규정에서는 특별한 사정이 없는 한 법률행위의 해석 기준이 되기도 어렵고 의사 보충 기능도 수행할 수 없다는 의미이다.

2. ②

① (○) 민법상 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말한다. 법률관계의 한쪽 당사자가 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있음에도, 이러한 상대방의 신의에 반하는 주장을 하거나 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이른 경우 신의성실의 원칙 위배를 이유로 그 일방의 주장을 배척하거나 권리행사를 부정할 수 있다.(대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결)

=> 판례를 이해해 본다. 이 판결에서 중요한 표현은 추상적 규범이라는 표현이다. 추상적이라는 말은 판례가 구체적 상황마다 그때그때 신의성실의 원칙에 관한 가장 타당한 법리를 형성해 가며 해결한다는 의미이다. 그럼에도 이 판결을 보면 신의성실의 원칙이 적용되는 일정 범위를 미루어 짐작해 볼 수 있는데, 그것은 첫째, 법률관계의 한쪽 당사자가 상대방에게 신의를 공여하였을 것 아니면 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있을 것, 둘째, 상대방의 신의에 반하는 주장을 할 것, 아니면 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이를 것이다. 신의성실원칙이 적용되면 나타나는 효과도 매우 독특하다. 첫째는 그 일방의 주장을 배척하는 것이다. 이는 당연히 민사소송에서 발생하는 것이다. 둘째는 권리자의 권리행사를 부정하는 것이다. 권리자임을 부인하는 것이 아님을 주의한다. 즉 일방은 권리자이기는 하나 그 권리자로서의 권리주장을 부정한다는 것이다.

② (×) 회사의 임원이나 직원의 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래에서 발생하는 회사의 채무를 연대보증한 사람이 그 후 회사에서 퇴직하여 임직원의 지위에서 떠난 때에는 연대보증계약의 기초가 된 사정이 현저히 변경되어 그가 계속 연대보증인의 지위를 유지하도록 하는 것이 사회통념상 부당하다고 볼 수 있다. 이러한 경우 연대보증인은 특별한 사정이 없는 한 연대보증계약을 일방적으로 해지할 수 있다고 보아야 한다.

=> 이 판례에서 중요 표현은 회사의 임원이나 직원의 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래에서 발생하는 회사의 채무를 연대보증한 경우라는 점이다. 따라서 연대보증을 하게 된 이유인 그 지위를 그만두면 그 지위 때문에 하게 된 연대보증 역시도 해제되어야 한다고 본다. 그 이유는 사회통념상 부당하기 때문이다.

③ (○) 신의칙에 반하는 것은 당사자의 주장이 없어도 법원은 직권으로 이를 판단할 수 있다.

=> 주장과 입증은 당연한 사실, 현저한 사실, 명백한 사실, 법리에 관하여 요구되지 않는다. 다만 실무에서 법원에게 알려지지 않는다면 불이익한 판결을 면치 못하므로 그런 위험을 회피하기 위하여 주장·입증이 필요하다고 하는 것이다. 신의칙에 반하는 것은 강행규정 위반이므로 법리에 관한 것이므로 법원은 직권으로 판단할 수 있게 되는 것이다.

④ (○) 신의칙은 민사상 실체법뿐만 아니라 강제집행법, 소송법, 공법상의 실체법에도 포괄적으로 적용된다.

=> 통설·판례에 의하면 신의칙은 재산법뿐만 아니라 가족법, 강제집행법, 소송법, 행정법규 등 공법 영역, 노동법 등에도 포괄적으로 적용된다. 이는 신의칙이 법원리적 규정으로서 강행규정이기 때문이다. 재산법과 가족법은 민사상 실체법이고, 행정법규 등 공법 영역, 노동법은 공법상의 실체법이므로 옳은 표현이다.

⑤ (○) 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 객관적 요건 이외에 주관적으로는 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 한다.

=> 판례를 이해해 본다. 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로는 그 권리행사의 목적이 오직 상

대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다(대판 2002.9.4. 2002다22083·22090 등). 권리행사가 권리의 남용이 된다는 것은 권리행사의 결과 권리행사자의 이익과 권리행사를 당한 상대방의 손해 사이의 소위 이익형량으로 판단하는 것이 아님을 명확히 한 판례이다. 오로지 권리행사자의 측면과 권리행사의 사회질서측면을 보고 판단하는 것이다. 즉 권리행사를 당한 상대방의 손해와 같은 어떤 사정도 전혀 고려하는 것이 아니다. 다만, 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우를 입증하기란 매우 어렵다는 점에서 판례는 객관적 요건이 존재하는 경우에는 주관적 요건이 추정된다고 함으로써 권리행사의 상대방이 객관적 요건의 입증에 성공하면 권리행사자가 자신에게 주관적 요건이 부존재함을 입증하여야 한다고 판시하였다.

3. ③

① (×) 제한능력자의 법률행위는 누구라도 취소할 수 있다.

=> 제한능력자의 법률행위는 취소될 수 있는데, 취소권을 제한능력자 측만이 가지므로 옳은 지문이 아니다.

② (×) 제한능력자의 단독행위는 주인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다. 반면에 단독행위와 달리 미성년자와 부동산 매매계약을 체결한 상대방이 미성년자의 친권자에게 주인 여부의 확인을 최고하였으나 상당한 기간 내에 확인을 받지 않은 때에는 거절한 것으로 본다.

=> 제한능력자 제도는 법률이 정하는 제도이므로 그 제도를 언급하고 있는 민법 규정으로 해결한다. 민법 제16조 제2항에 의하면 제한능력자의 단독행위는 주인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다고 하므로 옳은 표현이다. 민법 제15조 제2항에 의하면 제한능력자가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 제1항(그 취소할 수 있는 행위를 승인할 것인지 여부의 확인)의 추구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확인을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 승인한 것으로 본다 하므로 거절한 것으로 본다는 표현은 틀린 표현이다.

③ (○) 제한능력자와 계약을 체결한 자는 그 상대방이 계약 당시 제한능력자임을 알았을 경우에는 자신의 의사표시를 철회할 수 없다.

=> 제한능력자 제도는 법률이 정하는 제도이므로 그 제도를 언급하고 있는 민법 규정으로 해결한다. 민법 제16조 제1항에 의하면 제한능력자가 맺은 계약은 주인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다고 하므로 옳은 표현이다.

④ (×) 제한능력자는 아직 능력이 되기 전에는 주인 여부의 확인을 못하므로 철회나 거절의 의사표시도 제한능력자에 대하여 할 수 없다.

=> 제한능력자 제도는 법률이 정하는 제도이므로 민법 규정으로 해결한다. 민법 제16조 제3항에 의하면 제1항의 철회나 제2항의 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다고 하므로 틀린 표현이다.

⑤ (×) 피성년후견인이 성년후견인의 동의가 있다는 확인서를 제시하고 자전거에 대한 매매계약을 체결한 경우에는 그 계약을 취소할 수 없다.

=> 제한능력자 제도는 법률이 정하는 제도이므로 그 제도를 언급하고 있는 민법 규정으로 해결한다. 민법 제17조 제2항에 의하면 미성년자나 피한정후견인이 속임수써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 제1항과 같다(그 행위를 취소할 수 없다.)고 하므로 틀린 표현이다. 피성년후견인은 성년후견인의 동의가 있더라도 민법 제10조 제1항에 의하여 취소할 수 있으므로 표현과 같이 피성년후견인이 성년후견인의 동의가 있다는 확인서를 제시한다 하더라도 어차피 취소할 수 있다는 점에서 계약을 취소할 수 없다는 표현은 틀린 표현이다.

4. ⑤

① (×) 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 하는데, 민법 제62조에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조를 위반한 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다.(대판 2011.4.28. 2008다15438)

=> 이 판례의 숨은 의도는 사단법인에 관한 민법 제62조를 비법인사단에 유추적용한다는 것이다. 따라서 비법인사단의 대표자도 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있으므로 포괄적 위임을 한 것은 민법 제62조 위반이 되고 그 효력은 무효가 된다는 것이다.

② (×) 갑 주택조합의 대표자가 을에게 대표자의 모든 권한을 포괄적으로 위임하여 을이 그 조합의 사무를 집행하던 중 불법행위로 타인에게 손해를 발생시킨 데 대하여 불법행위 피해자가 갑 주택조합을 상대로 민법 제35조에서 정한 법인의 불법행위책임에 따른 손해배상청구를 한 사안에서, 갑 주택조합의 등기부상 대표자는 조합 설립 시부터 을에게 대표자로서의 모든 권한을 일임하여 을이 조합의 도장, 대표자의 신분증 등을 소지하면서 조합 대표자로서 사무를 집행한 점, 갑 주택조합의 등기부상 대표자는 을로부터 월급을 받는 직원에 지나지 아니하여 을의 사무집행에 관여할 지위에 있지 않았고, 실제로도 일절 대표자로서의 사무를 집행하지 않은 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 을은 갑 주택조합을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람으로서 민법 제35조에서 정한 '대표자'에 해당한다고 보아야 함에도, 을이 갑 주택조합의 적법한 대표자 또는 대표기관이라고 볼 수 없다는 이유로 갑 주택조합에 대한 법인의 불법행위에 따른 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.(대법원 2011. 4. 28. 선고 2008다15438 판결)

=> 이 판례는 비법인사단에 민법 제35조를 유추 적용하여 해결한 사안이다. 판례는 민법 제35조의 대표자를 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람으로 보고 있다. 이런 점에서 이사는 민법 제62조에 의하여 특정의 법률행위를 대리하는 법인의 대리인을 선임할 수 있다는 것과 이들의 불법행위에 대해서는 민법 제756조에 의하여 사용자로서 배상책임을 질 수 있을지언정 법인 자체의 불법행위는 성립하지 않는다는 것과 비교하여 알아 두어야 한다. ①번 지문과 연관지어 이해한다면 위임 자체는 적법하나 그 위임의 내용이 포괄적 위임이라면 민법 제62조 위반으로 무효인 위임이 되고 그 위임에 기하여 행한 것도 법인에게 법적 효과가 발생하지 않는다는 것이다. 반면에 포괄적 위임을 받아 행위한 자는 법인의 대표자의 위치에서 행한 행위가 되어 민법 제35조에 의하여 법인이 불법행위책임을 진다는 것이다. 법인에 대한 법률행위의 효력과 법인의 불법행위책임을 잘 분별하여 기억한다.

③ (×) 사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다고 규정한 민법 제56조의 규정은 강행규정이라고 할 수 없으므로, 비법인사단에서의 사원의 지위는 규약이나 관행에 의하여 양도 또는 상속될 수 있다.(대판 1997.9.26. 95다6205) 비법인사단의 재산은 민법 제275조 제1항에 의하여 사원의 총유로 하고, 소유권 이외의 재산권은 민법 제278조에 의하여 사원의 준총유로 한다.

=> 법인은 사회를 구성하는 제도적 측면이 있으므로 그에 관한 규정들은 일반적으로 강행규정이다. 즉 사람만이 법률행위를 할 수 있으므로 법으로 사람을 만들어서 법률행위를 하도록 하는 매우 인위적인 법 제도의 산물이다. 따라서 관련규정을 살펴 보아야 한다. 문제는 비법인사단의 경우인데, 이는 법인규정의 유추적용을 통하여 해결한다. 특히 강행규정인지 강행규정이 아닌지 잘 살펴보아야 한다. 참고로 총유재산의 처분은 정관이 정하는 바에 따르고 정관이 없으면 총회결의에 따라서 하여야 한다.

④ (×) 부동산등기법 제26조 제1항에 의하면 종중, 문중, 그 밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기관리자 또는 등기의무자로 한다.

=> 부동산등기법은 부동산에 관한 공법이므로 당연히 계약당사자들 간의 의사표시에 의하여 배척할 수 있는 것이 아니다.

⑤ (○) 우리 민법이 사단법인에 있어서 구성원의 탈퇴나 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속하면서 종전 사단법인에게 귀속되었던 재산을 소유하는 방식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니한다. 그 법리는 법인 아닌 사단에 대하여도 동일하게 적용되며 법인 아닌 사단의 구성원들의 집단적 탈퇴로써 사단이 2개로 분열되고 분열되기 전 사단의 재산이 분열된 각 사단들의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 결과를 초래하는 형태의 법인 아닌 사단의 분열은 허용되지 않는다(대판[전합] 2006.4.20. 2004다37775).

=> 이 판례는 교회의 분열에 관한 것이다. 즉 기존의 교회가 2개로 분열된 경우 기존교회를 계승하는 교회와 기존교회에 반기를 들고 새로 생긴 교회 사이에 기존교회에 각종 헌금 등의 명목으로 기존교회의 재산형성에 기여한 사람들이 어떻게 하면 기존교회에서 새로 생긴 교회로 가져올 수 있느냐의 문제이다. 판례의 결론은 의외로 심플하다. 기존교회에 반기를 들고 새로 생긴 교회의 구성원은 기존교회에서 탈퇴한 자들이라는 것이다. 판례는 이는 법인의 구성원의 탈퇴라고 본다. 탈퇴한 구성원은 자신이 탈퇴한 법인의 재산처분이나 관리에 관하여 어떠한 권한도 가지지 못하게 된다. 기존교회에 남은 구성원들의 총유로 여전히 있게 된다. 즉 가져올 수 없다는 결론이다.

5. ④

① (×) 종물은 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용

을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(신·구폐수처리시설이 그 기능면에서는 전체적으로 결합하여 유기적으로 작용함으로써 하나의 폐수처리장을 형성하고 있지만, 신폐수처리시설이 구폐수처리시설 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 시설이라고 할 수 없으므로 종물이 아니라고 한 사례)(대판 1997.10.10. 97다3750)

=> 이 판례에서 주의 깊게 보아야 할 표현은 ‘주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것’이라는 표현이다. 여기에는 2개가 숙지해야 할 것인데, 첫째는 종물이 이바지하는 대상은 주물이라는 것이고 두 번째는 종물이 이바지하는 내용은 경제적 효용을 다하게 한다는 것이다. 지문의 표현 중에서 주물 소유자의 사용에 공여되고 있으면 종물에 해당한다는 표현은 옳지 않은 표현이다. 주물소유자는 종물이 이바지하는 대상이 아니기 때문이다.

② (×) 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다(대판 2012.1.26. 2009다76546).

=> 민법의 규정은 대부분 이익조절규정이기 때문에 계약 당사자들이 서로 간의 이익을 조절하는 과정에서 민법규정과 다르게 계약 내용을 정할 수 있다. 이런 규정을 임의규정이라 한다. 민법에서 계약 내용을 정할 때 반드시 따라야 하는 강행규정은 오히려 예외적이기 때문에 반드시 접할 때마다 암기하여야 한다. 재산의 처분은 재산소유권자의 어찌면 마음먹기에 달려 있기 때문에 재산의 처분에 관한 규정은 원칙적으로 임의규정이라 생각하면 된다. 주물의 처분시 종물을 어떻게 처분해야 할 것인가에 관한 규정인 민법 제100조 제2항 역시 임의규정이다. 그러므로 민법규정과 다른 내용의 계약서 작성이 가능하다. 이것을 특약이라 한다. 종물은 주물의 처분에 따라야 하므로, 당사자의 특약으로 종물만을 별도로 처분할 수 없다는 표현은 옳지 않은 지문이다.

③ (×) 종물은 주물과는 독립한 물건이어야 하고, 주물의 일부이거나 구성부분을 이루는 것은 종물이 아니다(민법 제100조 제1항)

=> 어떤 물건에 부속되는 물건(부속물)에는 독립의 물건이었다가 독립성이 소멸되어 처분시에는 반드시 함께 처분하여야 하는 구성부분과 여전히 독립성을 유지하기는 하나 경제적 차원에서 나누어 처분하면 물건 자체의 가치가 떨어지기 때문에 민법규정으로 함께 처분하는 것이 좋겠다는 종물이 있다. 민법 제100조 제1항에 의하면 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다. 여기에 자기소유인 다른 물건이라는 표현이 나온다. 다른 물건은 주물과는 독립적인 물건을 의미한다. 종물은 주물의 일부이거나 구성부분이어야 한다는 지문은 옳은 지문이 아니다.

④ (○) 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지되어야 하는 관계가 있어야 한다.(대판 1988.2.23. 87다카600)

=> 민법 제100조 제1항의 그 물건의 ‘상용’은 판례에 의하면 ‘계속적인 경제적 효용’을 의미한다. 즉 ‘상’은 계속적 이바지를 말하고, ‘용’은 ‘경제적 효용’을 말한다. 옳은 표현이다.

⑤ (×) 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로(민법 제100조 제1항) 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다(대판 2008.5.8. 2007다36933·36940).

=> 이 표현도 민법규정으로 해결한다. 민법 제100조 제1항에 의하면 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다. 자기소유인 다른 물건이어야 하므로 자기소유가 아닌 다른 사람, 주물의 소유자가 아닌 사람의 물건은 종물이 될 수 없다. 그 이유는 주물의 처분시 종물을 어떻게 처분할 것인가가 종물을 다루는 이유인데, 자신의 소유도 아닌 타인의 재산을 함부로 처분할 수는 없기 때문이다.

6. ②

① (×) 통정한 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 가압류한 경우, 그 가압류권자는 허위표시에 기초하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되므로 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한 민법 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28. 2003다70041).

=> 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것인바, 허위표시를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것이므로, 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위 표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다.(대판 2000. 7. 6. 선

고 99다51258)는 판례에 의하면 가장근저당권설정계약이 유효하다고 믿고 그 피담보채권을 가압류한 자는 선의의 제3자로 보호될 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다. 피담보채권이란 담보로 잡혀진 채권을 말한다. 근저당권설정계약이란 저당권의 종류 중에서 근저당권을 설정하는 계약이란 의미인데, 근저당권이란 특정의 채무관계를 담보하기 위한 저당권이 아니라 변동하는 채무관계를 담보하기 위한 저당권이다.

② (○) 채권자는 채무자가 채권자를 해할 목적으로 수익자와 통정한 허위의 의사표시으로써 그 재산권을 목적으로 한 법률행위를 하였다면, 사행행위 취소를 청구할 수 있다.(대판 1975.2.25. 74다2114 등)

=> 통정허위표시에 의한 법률행위 자체가 사행행위에 해당하면 채권자취소권의 행사가 가능하다는 판례이다. 옳은 표현이다.

③ (×) 민법 제108조 제1항에서 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 무효로 규정하고, 제2항에서 그 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는데, 여기에서 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2006.3.10. 2002다1321).

=> ‘추정’이라는 말의 의미를 정확하게 학습할 수 있게 되었다. 선의의 제3자에게 대항하지 못한다라고 하고 있으므로 대항력을 얻으려는 제3자가 선의임을 증명하여야 한다. 그런데 판례는 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이라고 하고 있으므로 추정되는 선의의 반대인 악의에 대한 증명책임은 그 허위표시가 제3자에게도 무효라고 주장하는 자에게 있게 되는 것이다. 甲이 乙로부터 부동산을 매수하여 이전등기를 마친 丙을 상대로 허위표시를 이유로 그 명의의 등기말소소송을 제기한 경우 선의의 증명책임은 丙에게 있는 것이 아니라 그 부동산 매매계약이 무효임을 주장하는 갑에게 丙이 악의임을 증명할 책임이 있다는 점에서 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 민법 제109조 제1항에 의하면 법률행위내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 착오에 중대한 과실이 없는 표의자는 법률행위를 취소할 수 있고, 민법 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 하자가 있는 사실을 과실 없이 알지 못한 매수인은 매도인에 대하여 하자담보책임을 물어 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있다. 착오로 인한 취소제도와 매도인의 하자담보책임제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018.9.13. 2015다78703).

=> 위조된 그림을 진품으로 알고 매수한 것은 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당하므로, 甲이 乙에게 하자담보책임을 주장할 수 있는지 여부와 상관없이 그 착오를 이유로 위 매매계약을 취소할 수 있다는 점에서 甲은 매매계약에 따른 하자담보책임을 乙에게 물을 수 있으므로 착오를 이유로 의사표시를 취소할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 민법 제748조 제2항에 의하면 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다. 부당이득의 반환의 경우 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익 상당이라 할 것이다.(대법원 1997. 7. 11. 선고 96다31581 판결) 일반적으로 수익자가 법률상 원인 없이 이득한 재산을 처분함으로써 인하여 원물반환이 불가능한 경우에 있어서 반환하여야 할 가액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 대가이나, 이 경우에 수익자가 그 법률상 원인 없는 이득을 얻기 위하여 지출한 비용은 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 하고, 수익자가 자신의 노력 등으로 부당이득한 재산을 이용하여 남긴 이른바 운용이익도 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 것이 아닌 한 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 한다.(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다25551 판결)

=> X토지의 가액(2억원), 임대수익, 가액 2억 토지를 2억4천만원에 매도함으로써 인하여 발생한 전매차익 4천만원이 반환되어야 하는지 문제된다. 甲은 악의의 수익자이므로, 乙은 甲에 대하여 X토지의 가액(2억원)과 임대수익의 반환을 청구할 수 있으나, 전매차익 4천만원은 운용이익에 해당하고 그 운용이익 4천만원은 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 것이라고 보이지 않으므로 그 반환을 청구할 수 없다. 왜냐하면 손실자인 乙은 가액 2억원의 토지를 1억5천만원에 매도한 자이기 때문에 사회통념상 甲의 행위가 개입되지 아니하였더라도 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 이득이라고 보이지 않기 때문이다. 을 상대로 하여 임대수익 및 전매차익 전부의 반환을 청구할 수 있다는 옳은 표현이 아니다.

7. ③

① (○) 대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인

【시대에듀 법무사 1차 민법 40문 해설】

이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결문제는 생기지 않는다(대판 1998.3.27. 97다48982)

=> 乙은 甲으로부터 甲의 부동산을 담보로 3천만원을 차용할 수 있는 대리권을 수여받았다고 하면서 甲을 대리하여 丙과 소비대차계약을 체결하였다. 甲으로부터 위와 같은 권한을 적법하게 부여받은 乙이 선임한 복대리인 丁이 丙으로부터 5천만원을 차용하는 계약을 체결한 경우 복대리인 丁은 권한을 넘은 표현대리가 된다. 민법 제126조에 의하여 대리인이 그 권한외의 법률행위를 한 경우에 제삼자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다. 그러므로 丙이 丁에게 그런 권한이 있었다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었다면 3천만원을 초과하는 부분에 대해서는 甲은 권한을 넘은 표현대리의 책임을 진다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있으며, 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대판 2016.5.26. 2016다203315).

=> 판례표현을 그대로 지문화하였다. 이 판례에서 강조하는 것은 첫째, 대리권 수권행위는 반드시 문서로 하여야 하는 요식행위는 아니다. 둘째, 문서가 아닌 의사표시로 하는 경우에는 명시적이든 묵시적이든 상관없다. 셋째, 수권행위가 있음이 추단되기도 하는데, 이는 어떤 사람이 대리인의 외양(대리권수여증서, 대리인이라는 명함 등)을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이의를 제기하지 아니하고 방임하는 경우이다.

③ (×) 민법 제134조에 의하면 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

=> 무권대리인과 계약을 체결한 상대방은 본인의 추인이 있을 때까지 철회할 수 있으나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 철회하지 못한다. 따라서 丙은 乙과의 매매계약 체결 당시에 乙에게 대리권 없음을 안 경우에도 甲의 추인이 있을 때까지 乙에 대하여 매매계약을 철회할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 민법 제134조에 의하면 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

=> 철회권은 무권대리인과 계약한 선의의 상대방에게만 인정되는 권리이다. 丙이 계약 당시 乙에게 대리권이 없음을 안 경우, 丙은 乙에게 한 매수의 의사표시를 철회할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 민법 제131조에 의하면 대리권없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 응답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간내에 응답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

=> 甲의 무권대리인 乙은 甲 소유의 X토지에 대한 관련 서류를 위조하여 甲의 이름으로 丙과 매매계약을 체결하였다. 乙의 표현대리가 인정되지 않은 경우는 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 해당한다. 따라서 丙이 상당한 기간을 정하여 매매계약의 추인 여부에 대한 응답을 최고하였으나 甲이 그 기간 내에 응답을 발하지 않으면 추인을 거절한 것으로 본다는 표현은 옳은 표현이다.

8. ④

① (○) 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다.(대판 2003.8.19. 2003다24215).

=> 부관의 하나인 기한에는 확정기한과 불확정기한이 있다. 어떤 사실의 발생 여부에 법률효과를 걸리게 하면 조건이 된다. 어떤 사실의 발생 여부가 아니라 어떤 사실이 발생하는 것이 확정되거나 발생하지 아니하는 것이 확정된 것을 법률효과에 걸리게 하면 기한이 된다. 그것을 어렵게 말하여 발생 여부에 거는 것이 아니라 발생 여부가 확정된 것에 거는 것이라고 하는 것이다. 발생 여부가 확정되는 것은 특정 일자에 되는 것이 아니므로 불확정기한이라 하는 것이다. 따라서 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생한 때뿐만 아니라 발생하지 않는 것으로 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 본다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 계약당사자 사이에 일정한 사유가 발생하면 채무자는 기한의 이익을 잃고 채권자의 별도의 의사표시가 없더라도 바로 이행기가 도래한 것과 같은 효과를 발생케 하는 이른바 정지조건부 기한이익 상실의 특약을 한 경우에는 그 특약에 정한 기한이익의 상실사유가 발생함과 동시에 기한의 이익을 상실케 하는 채권자의 의사표시가 없더라도 이행기 도래의 효과가 발

생하고, 채무자는 특별한 사정이 없는 한 그때부터 이행지체의 상태에 놓이게 된다(대판 1989.9.29. 88다카14663).

=> 이 판례에서 중요한 것은 조건의 성취가 되면 어떤 법률효과를 발생하기 위하여 또 다시 별도의 의사표시를 하지 아니하여도 된다는 것이다. 정지조건이란 특약의 효력이 그 조건의 성취로 발생한다는 부관이다. 기한이익상실의 효과를 발생하기 위하여 장래 발생이 불확실한 사실에 붙이고 있으므로 정지조건이라 한다. 장래 발생이 불확실한 사실이 발생하면 기한이익상실의 효과를 발생하도록 하는 계약내용을 정지조건부기한이익상실의 특약이라 한다. 기한이익이 상실되면 별도로 채권자의 이행청구가 없더라도 이행기가 도래한다. 즉 채무자는 돈을 즉시 갚아야 한다. 따라서 채무자는 돈을 갚지 아니하면 이행지체가 되는 것이다. 계약당사자가 정지조건부 기한이익 상실의 특약을 한 경우에는, 그 특약에 정한 기한이익의 상실사유가 발생하면 즉시 이행기가 도래한다는 표현은 옳은 표현이다.

③(○) 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다 할 것이므로, 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다(대판 1983.4.12. 81다카692).

=> 민사소송에 있어서 주장과 입증은 민사소송의 일반원칙에 따라 당사자 간에 분배된다. 적극적 요건은 법률효과가 발생하기를 원하는 측이 입증하여야 하고 소극적 요건은 법률효과를 발생을 저지하는 측이 입증하여야 한다. 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되어 어떤 법률효과가 발생하는 경우 그 입증은 권리자 측에서 하여야 한다. 정지조건부채권양도는 어떤 사실이 확실하게 발생하는 것이 분명해지면 채권양도라는 법률효과가 발생하는 것을 말한다. 따라서 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자가 증명해야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

④(×) 민법 제151조 제2항에 의하면 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.

=> 조건이 법률행위 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 그 법률행위는 조건 없는 법률행위로 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤(○) 조건은 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관으로서 당해 법률행위를 구성하는 의사표시의 일체적인 내용을 이루는 것이므로, 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사 즉 조건의사와 그 표시가 필요하며, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다.(대판 2003.5.13. 2003다10797)

=> 이 판례에서 중요한 것은 다음과 같다. 첫째, 조건을 비롯한 부관은 당해 법률행위를 구성하는 의사표시의 일체적인 내용을 이루는 것이라는 것 둘째, 부관을 붙이려면 의사표시의 일반원칙에 따라 의사와 표시가 있어야 한다는 것 셋째, 의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니라는 것이다. 따라서 조건부 법률행위에서 조건은 외부에 표시되지 않으면 그 법률행위의 동기에 불과하다는 표현은 옳은 표현이다.

9. ①

①(○) 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다.(대판 2006.8.24. 2004다26287 · 26294)

=> 민법 제440조가 “주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.”고 정한 것은 민법 제169조에서 “시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.”고 정한 것에 대한 예외를 인정한 것으로, 이는 보증채무의 부종성에 기인한 당연한 법리를 선언한 것이라기보다 채권자보호 내지 채권담보의 확보를 위하여 마련한 특별 조항인바, 위 조항은 상충하는 채권자와 보증채무자의 이해관계를 조절하는 조항이라는 점을 고려하면 이를 해석함에 있어서는 가급적 문언에 충실함이 바람직하다 할 것인데, 위 조항의 문언상 의미는 주채무자에 대한 시효중단의 사유가 발생하였을 때는 그 보증인에 대한 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것에 불과하고 중단된 이후의 시효기간까지 당연히 보증인에게도 그 효력이 미친다고 하는 취지는 아니다. 한편, 민법 제165조 제1항이 “판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.”고 정한 것은 단기소멸시효가 적용되는 채권이라도 판결에 의하여 채권의 존재가 확정되면 그 성립이나 소멸에 관한 증거자료의 일실 등으로 인한 다툼의 여지가 없어지고, 법률관계를 조속히 확정할 필요성도 소멸하며, 채권자로 하여금 단기소멸시효 중단을 위해 여러 차례 중단절차를 밟도록 하는 것은 바람직하지 않기 때문이다. 그런데 보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 원래 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무이며

서 채권자와 주채무자 사이에서 주채무가 판결에 의하여 확정되었다고 하더라도 이로 인하여 보증채무 자체의 성립 및 소멸에 관한 분쟁까지 당연히 해결되어 보증채무의 존재가 명확하게 되는 것은 아니므로, 채권자가 보증채무에 대하여 뒤늦게 권리행사에 나선 경우 보증채무 자체의 성립과 소멸에 관한 분쟁에 대하여 단기소멸시효를 적용하여야 할 필요성은 여전히 남는다.(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결) 이 판례가 강조하는 것은 다음과 같다. 첫째, '주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다'에서 시효중단의 효력은 보증인에게 미치는 것이지 보증인의 시효기간에까지 미치는 것은 아니다. 둘째, 보증채무의 시효기간은 단기소멸시효기간이 여전히 적용된다.

② (○) 소멸시효의 진행은 당해 청구권이 성립한 때로부터 발생하고 원칙적으로 권리의 존재나 발생을 알지 못하였다고 하더라도 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다고 할 것이지만, 법인의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환청구권처럼 법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 이사회결의부존재확인판결의 확정과 같이 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다(대판 2003.4.8. 2002다64957·64964).

=> 부당이득반환청구권의 소멸시효는 청구권이 성립한 때로부터 진행하고, 원칙적으로 권리의 존재나 발생을 알지 못하였다고 하더라도 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다는 표현은 옳은 표현이다. 권리의 존재나 발생을 알지 못하였다고 하더라도 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 되면 소멸시효가 진행되므로 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다. 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다는 것과 언제부터 소멸시효가 진행되느냐를 구별하는 사고를 하여야 한다.

③ (○) 형사소송은 피고인에 대한 국가형벌권의 행사를 그 목적으로 하는 것이므로, 피해자가 형사소송에서 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 배상명령을 신청한 경우를 제외하고는 단지 피해자가 가해자를 상대로 고소하거나 그 고소에 기하여 형사재판이 개시되어도 이를 가지고 소멸시효의 중단사유인 재판상의 청구로 볼 수는 없다(대판 1999.3.12. 98다18124)

=> 소멸시효의 중단사유인 재판상의 청구는 원칙적으로 민사소송상의 청구를 말하는 것이다. 甲이 乙을 사기죄로 고소하여 형사소송이 제기되었고, 그 소송과정에서 배상명령을 신청하지 않았으므로 그 형사소송은 재판상의 청구가 되지 아니하므로 甲의 대여금채권의 소멸시효는 중단되지 않는다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 원금채무에 관하여는 소멸시효가 완성되지 아니하였으나 이자채무에 관하여는 소멸시효가 완성된 상태에서 채무자가 채무를 일부변제한 때에는 액수에 관하여 다툼이 없는 한 원금채무에 관하여 묵시적으로 승인하는 한편 이자채무에 관하여 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정된다.(대판 2013.5.23. 2013다12464)

=> 원금채무는 소멸시효가 완성되지 아니하였으므로 금전청구권을 행사하면 된다. 이자채무가 소멸시효가 완성된 상태라면 이자채무는 소멸한다. 채무자가 채무를 일부변제한 때에 원금채무의 일부변제인가 소멸시효가 완성된 이자채무의 일부변제인가가 문제된다. 이 경우 판례는 원금채무의 묵시적 승인과 이자채무의 시효완성의 이익포기로 본다. 변제충당은 민법 제479조, 제477조에 따른 법정변제충당의 순서에 따라 충당되어야 한다고 한다, 민법 제479조에 따라서 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다.

⑤ (×) 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 사람에 한정되는바, 채권담보의 목적으로 매매예약의 형식을 빌어 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료된 부동산을 양수하여 소유권이전등기를 마친 제3자는 당해 가등기담보권의 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자이므로, 그 가등기담보권에 의하여 담보된 채권의 채무자가 아니더라도 그 피담보채권에 관한 소멸시효를 원용할 수 있고, 이와 같은 직접수익자의 소멸시효원용권은 채무자의 소멸시효원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것으로서 채무자를 대위하여서만 시효이익을 원용할 수 있는 것은 아니며, 가사 채무자가 이미 그 가등기에 기한 본등기를 경료하여 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 그 시효이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하므로 채무자 이외의 이해관계자에 해당하는 담보부동산의 양수인으로서는 여전히 독자적으로 소멸시효를 원용할 수 있다(대판 1995.7.11. 95다12446).

=> 담보부동산의 양수인은 저당부동산의 제3취득자이자 채무자 이외의 이해관계자에 해당한다. 등기담보권의 피담보채권에 대한 소멸시효가 완성된 이상 그 피담보채권의 시효소멸을 원용할 수 있고, 비록 시효원용 이전에 이미 피담보채권이 시효소멸된 담보가등기에 기하여 위 부동산에 관하여 채권자들 앞으로 본등기가 경료되었다고 하더라도 달리 볼 것은 아니며, 가사 위 가등기에 기한 본등기 경료를 채무자의 채권자들에 대한 시효이익의 포기로 볼 수 있다고 하더라도 그 시효이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하여 채무자 이외의 이해관계자에 해당하는 원고들로서는 여전히 독자적으로 시효를 원용할 수 있다. 따라서 여전히 독자적으로 시효를 원용할 수 있으므로 근저당권부 피담보채권에 대한 소멸시효가 완성된 후의 시효이익의 포기의 효력은 저당부동산의 제3취득자에게도 미친다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

10. ①

① (○) 최초 매도인과 중간 매수인, 중간 매수인과 최종 매수인 사이에 순차로 매매계약이 체결되고 이들 간에 중간생략등기의 합의가 있는 후에 최초 매도인과 중간 매수인 간에 매매대금을 인상하는 약정이 체결된 경우, 최초 매도인은 인상된 매매대금이 지급되지 않았음을 이유로 최종 매수인 명의로의 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다.(대판 2005.4.29. 2003다66431)

=> 중간생략등기의 합의 이후 甲과 乙 사이에 매매대금을 인상하는 약정이 체결되었다하여 최초의 매도인이 중간 매수인에게 가지는 동시이행항변권이 없어지는 것은 아니므로 甲은 乙이 인상된 매매대금을 지급하지 않았음을 이유로 丙 명의로의 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다. 그 이유는 중간생략등기의 합의란 부동산이 전전 매도된 경우 각 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편의상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이 전등기를 경료하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐이어서 중간생략등기의 합의가 있는 후에도 최초매도인과 중간 매수인 사이의 계약내용의 수정이 가능하기 때문이다.

② (×) 계약의 합의해제에 있어서도 계약해제의 경우와 같이 이로써 제3자의 권리를 해할 수 없으나 그 대상토지를 전득한 매수자라도 완전한 권리를 취득하지 못한 자는 위 제3자에 해당되지 아니한다(대판 1980.5.13. 79다932).

=> 최초매도인과 중간매수인이 계약을 합의해제 한다 하더라도 최초매도인은 그 합의해제한 사실을 가지고 제3자에게 대항하지 못한다. 문제는 최종매수인이 대항하지 못하는 제3자인가이다. 최종매수인은 아직 그 대상토지를 완전하게 자신의 것으로 하지 못하였으므로 대항하지 못하는 제3자에 해당하지 않는다. 따라서 甲은 대항할 수 있으므로 丙의 이전등기청구를 거절할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 합유지분 포기가 적법하다면 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물권변동은 합유지분권의 포기라고 하는 법률행위에 의한 것이므로 등기하여야 효력이 있고 지분을 포기한 합유지분권자로부터 잔존 합유지분권자들에게 합유지분권 이전등기가 이루어지지 아니하는 한 지분을 포기한 지분권자는 제3자에 대하여 여전히 합유지분권자로서의 지위를 가지고 있다(대판 1997.9.9. 96다16896).

=> 이 판례가 강조하는 부동산물권의 변동이 법률행위에 의하여 이루어진다면 반드시 등기를 하여야 한다는 것을 기억한다. 어떤 합유자의 합유지분권의 포기에 의하여 다른 합유자들의 합유지분권의 변동이 발생한다면 이는 어떤 합유자의 합유지분권 포기라는 일방적 법률행위에 의한 것이므로 반드시 등기를 하여야 하고, 만약 그것을 등기하지 아니하였다면 등기하기까지 그 합유지분을 포기한 합유자는 여전히 합유물의 지분 범위 내에서 제3자에게 소유자가 된다.

④ (×) 기존 건물이 멸실된 후 그곳에 새로이 건축한 건물의 물권변동에 관한 등기를 멸실된 건물의 등기부에 하여도 이는 진실에 부합하지 아니하는 것이고 비록 당사자가 멸실건물의 등기로서 신축된 건물의 등기에 갈음할 의사를 가졌다 하여도 그 등기는 무효이니 이미 멸실된 건물에 대한 근저당권설정등기에 신축된 건물에 대한 근저당권이 설정되었다고는 할 수 없으며 그 등기에 기하여 진행된 경매에서 신축된 건물을 경락받았다 하더라도 그로써 소유권 취득을 내세울 수는 없다(대판 1976.10.26. 75다2211).

=> 부동산등기부는 물건 중 부동산에 대한 일물일가의 원칙이 적용되는 물권의 전형적인 외부적 표현임을 기억한다. 등산은 점유가 외부적 표현이므로 그 권리관계를 드러내기에 딱히 문제될 것은 없다. 그러나 부동산은 외부적으로 권리관계가 가시적으로 보이는 것이 없다는 문제가 있다. 그래서 등기부를 통한 권리변동을 외부적으로 드러내게 한 것이다. 기존건물이 멸실되면 그 멸실된 건물에 대한 등기부는 부동산 물권변동을 기재하는 기능을 완전히 상실하게 된다. 이것은 확정적인 것이다. 신축된 건물에 대해서는 새로이 등기부를 만들어야 한다.

⑤ (×) 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전의 효력만이 있어 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급하는 것뿐이지 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다(대판 1992.9.25. 92다21258).

=> 가등기에 의하여 본등기를 할 때 비로소 등기의 순위가 가등기시로 소급되지만, 가등기만 있고 본등기가 없는 상태에서는 아무런 실체법적 효력이 없다(통설·판례). 가등기에는 본등기 순위보전의 효력이 있으나 물권변동의 시기는 본등기를 한 때라는 점에 유의한다. 가등기 후 본등기 전까지는 그 사이에 다른 본등기한 자의 소유권이 유효한 것이므로 다른 본등기한 자가 그 부동산을 임대하는 것은 정당하며 따라서 이때의 월세와 같은 차임은 부당이득이 되지 않는다. 다만 가등기 권리자는 가등기 의무자를 상대로 하여 본등기를 해야 하며, 이 등기가 있으면 가등기 후 다른 본등기가 미리 있었다고 해도 등기 공무원이 직권으로 가등기 후 행한 다른 본등기를 말소해야 한다고 판례는 판시한다.

11. ④

① (○) 전 등기명의인이 미성년자이고 당해 부동산을 친권자에게 증여하는 행위가 이해상반행위라 하더라도 일단 친권자에게 이전등기가 경료된 이상, 특별한 사정이 없는 한, 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다(대판 2002.2.5. 2001다72029).

=> 판례는 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다고 보고 있다. 묻는 지문이 등기원인이 아니라 등기절차에 관하여 언급하는 것임을 기억한다. 그 이전등기에 관하여 필요한 절차를 적법하게 거친 것으로 추정된다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 등기는 물권의 효력발생요건이고 존속요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정된다(대판 2002.10.22. 2000다59678).

=> 판례의 중요한 포인트는 등기는 물권의 효력발생요건이지 존속요건은 아니라는 것이다. 따라서 권리자가 권리를 행사하기 위하여 등기를 계속 유지할 필요는 없다. 다만 물권변동을 하려면 그 물권변동을 기재하는 등기가 다시 필요할 뿐이다. 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정된다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고 주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서의 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었다든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임(=입증책임)을 진다(대판 2009.9.24. 2009다37831).

=> 판례는 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다고 보고 있다. 추정이라는 말을 기억한다. 추정은 민사소송의 본안에서 일정 사실이 있게 되면 원고(피고)가 해야 할 입증책임이 상대방에게 넘어가는 것을 말한다. 예를 들어 등기에 대하여 다툼이 있게 되면 소유권말소등기청구소송을 하게 된다. 본래는 피고(현 등기명의인)가 그 등기경료가 적법한 원인에 기하여 적법한 절차를 밟아서 이루어졌음을 입증하여야 한다. 그런데 판례가 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다고 보고 있기 때문에 원고(전 등기명의인)에게 특별한 사정으로서 그 반대인 등기원인이 없다거나 등기절차가 적법하지 않다는 것을 입증해야 한다는 것이다. 丙 명의의 등기가 원인무효임을 이유로 말소하기 위해서는 甲(전 등기명의인)이 乙에게 대리권이 없다는 사실을 증명(=입증)하여야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (×) 신축된 건물의 소유권은 이를 건축한 사람이 원시취득하는 것이므로, 건물소유권보존등기의 명의자가 이를 신축한 것이 아니라면 그 등기의 권리추정력은 깨어지고, 등기명의자가 스스로 적법하게 그 소유권을 취득한 사실을 입증하여야 한다(대판 1996.7.30. 95다30734).

=> 이 판례에서 강조하는 것은 신축된 건물의 소유권은 이를 건축한 사람이 원시취득하는 것이라는 것이다. 승계취득이 아니라 원시취득이다. 승계취득이라면 등기원인과 등기절차가 추정되는데, 원시취득이므로 등기원인과 등기절차가 추정되지 않는다. 따라서 신축된 건물의 건축자가 아니라면 등기원인인 소유권을 적법하게 취득한 사실을 입증(=증명)하여야 하므로 다른 사람이 건물을 신축한 사실이 드러나더라도 추정력은 깨어지지 않는다는 표현은 옳지 않은 표현이다.

⑤ (○) 부동산에 관한 소유권이전등기는 권리의 추정력이 있으므로, 이를 다투는 측에서 그 무효사유를 주장·입증하지 아니하는 한, 등기원인사실에 관한 입증이 부족하다는 이유로 그 등기를 무효라고 단정할 수 없다(대판 1979.6.26. 79다741).

=> 판례는 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다고 보고 있다. 추정이라는 말을 기억한다. 다투는 측(전 등기명의인)에서 등기원인이 없음을 입증하여야 한다. 따라서 다투는 측에서 그 무효사유를 주장·입증하지 아니하는 한, 등기원인사실에 관한 입증이 부족하다는 이유로 그 등기를 무효라고 단정할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

12. ③

① (○) 구분소유적 공유관계에 있는 토지 중 공유자 1인이 독점적으로 소유하고 있는 부분에 대하여 취득시효가 완성된 경우, 구분소유적 공유관계로써 제3자인 시효취득자에게 대항할 수는 없으므로, 다른 공유자들도 그 토지 부분에 관한 '각각의 공유지분비율'로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.(97다1730)

=> 丙은 구분소유적 공유관계에 있는 다른 공유자이다. 甲은 丙에 대하여도 그 토지 부분에 관한 각각의 공유지분에 대하여

취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없고, 그에 따라 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없다. 따라서 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다고 본다.(대판 2018.7.12. 2015다36167)

=> 판례에 의하면 양도제한의 법리란 부동산매매계약에서 매도인과 매수인은 서로 동시이행관계에 있는 일정한 의무를 부담하므로 이행과정에 신뢰관계가 따른다. 특히 매도인으로서의 매매대금 지급을 위한 매수인의 자력, 신용 등 매수인이 누구인지에 따라 계약유지 여부를 달리 생각할 여지가 있다. 이러한 이유로 매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양도는 특별한 사정이 없는 이상 양도가 제한되고 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다는 것을 말한다. 그러나 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없고, 그에 따라 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없다. 따라서 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않으므로 甲이 등기명의인 乙에게 양도사실을 통지하기만 하면 乙에 대한 대항력이 생긴다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (×) 점유자가 취득시효기간이 경과한 후에 상대방에게 토지의 매수제의를 한 일이 있다 하더라도 일반적으로 점유자는 취득시효가 완성한 후에도 소유권자와의 분쟁을 간편히 해결하기 위하여 매수를 시도하는 사례가 허다함에 비추어 이와 같은 매수 제의를 하였다는 사실을 가지고 점유자가 시효의 이익을 포기한다는 의사표시로 보거나 악의의 점유로 간주된다고 할 수 없다.(85다카771)

=> ‘본다’는 ‘간주’의 다른 말이다. 간주도 추정처럼 민사소송의 본안에서 발생하는 것이다. 추정은 이미 본 것처럼 입증책임이 상대방에게 넘어가는 것을 말한다. 간주는 일정 사실이 있으면 법률효과가 발생하는 것으로 취급하므로 그 간주 되는 법률효과를 부정할 수 없다. 간주 되는 법률효과를 부정하려면 일정 사실이 발생하지 않았음을 입증하는 수밖에 없다. 매수제의를 한 사실만으로는 시효이익의 포기라는 법률효과가 생긴다고 보지 않는다. 따라서 현 등기명의인이자 소유자는 시효완성자가 매수제의를 내용이 시효이익을 포기했음을 적극적으로 입증하여야 한다. 甲이 취득시효기간 만료로 소유권이전등기청구권을 취득한 후 乙에게 X 토지의 매수 제의를 하였다면, 甲은 시효의 이익을 포기한 것으로 보아야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 취득시효기간이 완성되었다고 하더라도 그것만으로 바로 소유권취득의 효력이 생기는 것이 아니라, 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생하는 것에 불과하고, 미등기 부동산의 경우라 하여 취득시효기간의 완성만으로 등기 없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없다.(2012다5834)

=> 부동산물권의 변동은 반드시 등기기재로 완성된다는 것을 기억한다. 판례의 표현을 보면, 취득시효기간이 완성되었다. -> 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생한다. -> 소유권등기가 경료되면 소유권을 취득한다. 소유권 확인은 소유권이 미리 발생한 자가 자신에게 소유권이 있음을 확인하는 것이다. 따라서 등기 없이 그 취득기간이 경과하였다는 사유만으로 소유권이 발생하지 않으므로 소유권이 미리 발생한 자에 해당하지 않아서 소유권의 확인을 구할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 부동산 양도담보의 경우에도 마찬가지로, 양도담보권설정자가 양도담보부동산을 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유하였다고 하더라도, 양도담보권자를 상대로 피담보채권의 시효소멸을 주장하면서 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 별론으로 하고, 점유취득시효를 원인으로 하여 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없고, 이와 같은 효과가 있는 양도담보권설정자 명의의 소유권이전등기를 구할 수도 없다.(2014다21649)

=> 부동산양도담보이므로 소유권이전등기를 담보목적으로 경료해 준 사건이다. 소유권이전등기상태로 양도담보권설정자가 양도담보부동산을 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유한 것이다. 그 경우 점유취득시효는 인정되지 않고 피담보채권의 시효소멸을 주장할 수 있다. 따라서 피담보채권의 시효소멸을 주장하면서 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 가능하나, 점유취득시효를 원인으로 하여 담보 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없고, 소유권이전등기 역시 구할 수 없다. 甲은 乙을 상대로 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 없는 표현은 옳은 표현이다.

이 법리는 다음의 판례에서 나온 것이다. 부동산점유취득시효는 원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하는 것이지만, 진정한 권리자가 아니었던 채무자 또는 물상보증인이 채무담보의 목적으로 채권자에게 부동산에 관하여 저장권설정등기를 경료해 준 후 그 부동산을 시효취득하는 경우에는, 채무자 또는 물상보증인은 피담보채권의 변제 의무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저장권

의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이므로, 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리는 소멸하지 않는다.(2014다21649) 이 판례를 분석해 본다. 첫째, 부동산점유취득시효는 원시취득에 해당한다. 둘째, 원시취득이므로 부동산에 대하여 어떤 제한도 없는 완전한 내용의 소유권을 취득한다. 셋째, 진정한 권리자가 아니었던 채무자 또는 물상보증인이 저당부동산을 시효취득했다. 원시취득하므로 동일하게 기존의 저당권등기가 없어지는가. 넷째, 채무자 또는 물상보증인은 피담보채권의 변제 의무 내지 책임이 있는 사람으로서 이미 저당권의 존재를 용인하고 점유하여 온 것이다. 그 점유의사에 비추어보면 어떤 평가를 하여야 할까? 다섯째, 결론적으로 저당목적물의 시효취득으로 저당권자의 권리는 소멸하지 않는다.

13. ①

① (○) 甲이 건물을 제외한 채 대지와 부근의 토지들을 함께 乙에게 매도하여 건물과 대지가 소유자를 달리하게 되었다더라도 甲이 위 대지(A 토지)를 다시 매수하고 그 대신 乙에게 위 대지(A토지)와 인접한 다른 토지(C토지)를 넘겨주기로 하는 특약을 맺었다면, 매수인으로 하여금 아무런 제한 없는 토지를 사용하게 하려는 의사가 있었다고 보아야 하므로, 위 특약이 매도인 甲의 귀책사유로 이행불능된 이상 매도인은 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 주장하지 못하고 건물을 철거하여 매수인(乙)에게 제한 없는 토지를 인도할 의무가 있다.(2005다41771)

=> 이 판례를 분석한다. 첫째, 甲이 건물을 제외한 채 대지와 부근의 토지들을 함께 乙에게 매도하여 건물과 대지가 소유자를 달리하게 되었다. 둘째, 甲이 위 대지(A 토지)를 다시 매수하고 그 대신 乙에게 위 대지(A토지)와 인접한 다른 토지(C토지)를 넘겨주기로 하는 특약을 맺었다. 셋째, 특약의 내용은 의사표시의 해석상 매수인으로 하여금 아무런 제한 없는 토지를 사용하게 하려는 의사가 있었다고 보아야 한다. 다섯째, 매도인 甲의 귀책사유로 이행불능된 이상 매도인은 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 주장하지 못하고 건물을 철거하여 매수인(乙)에게 제한 없는 토지를 인도할 의무가 있다. 따라서 특약이 甲측의 귀책사유로 이행불능된 경우, 甲은 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 주장하지 못한다는 표현은 옳은 표현이다.

② (×) 관습상의 법정지상권은 처분 당시'에 건물이 존재하여야 한다. 따라서 토지소유자가 건축할 당시 이미 토지를 타에 매도하여 소유권을 이전하여 줄 의무를 부담하고 있었다면, 그 건물은 장차 철거되어야 하는 운명에 처하게 될 것이고, 토지소유자가 이를 예상하면서도 건물을 건축하였다면 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권은 생기지 않는다.(94다41072)

=> 관습상의 법정지상권은 처분 당시 토지와 건물이 동일 소유자에게 속해 있어야 성립한다. 즉 건물이 존재하여야 한다. 토지소유자가 '건축할 당시'라고 하고 있으므로 토지 매도 당시 건축은 아직 완공 전이어서 처분 당시'에 건물이 존재하지 않는다. 토지소유자가 이를 예상하면서도 건물을 건축하였더라도 건물을 위한 관습상의 법정지상권은 성립한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 원래 동일인에게의 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 원인무효임이 밝혀져 등기가 말소됨으로써 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우 말소 당시 토지와 건물의 소유자가 동일한 경우가 아니므로 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다.(98다6418)

=> 토지를 매수하여 이전등기를 받은 매수인이 그 지상에 건물을 신축하였으나 그 후 토지의 소유권등기가 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 건물과 토지의 소유자가 달라진 경우, 등기말소의 원인이 소유권 귀속이 원인무효이므로 건물등기부는 유효하나 토지등기부가 말소되어서 건물과 토지의 소유자가 동일한 경우가 아니게 된 경우이다. 이는 말소 당시 토지와 건물의 소유자가 동일한 경우에 해당하지 않는다. 따라서 관습법상의 법정지상권이 인정된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 지상권자의 지료연체를 이유로 토지소유자가 그 지상권소멸청구를 하여 이에 터 잡아 지상권이 소멸된 경우에는 매수청구권이 인정되지 않는다.(대판 1993.6.29. 93다10781)

=> 민법 제283조 제2항의 지상물매수청구권은 지상권자의 갱신청구권에 대하여 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에 지상권자에게 인정되는 권리이기 때문이다. 따라서 토지소유자가 지상권자의 지료연체를 이유로 지상권소멸청구를 하여 지상권이 소멸된 경우에도 지상권자는 토지소유자를 상대로 현존하는 건물 기타 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 민법 제287조에 의하면 지상권자가 그 권리의 목적이 된 토지의 특정한 소유자에 대하여 2년분 이상의 지료를 지불하지 아니한 경우에 그 특정의 소유자는 선택에 따라 지상권의 소멸을 청구할 수 있으나, 지상권자의 지료지급 연체가 토지소유권의 양도 전후에 걸쳐 이루어진 경우 토지양수인에 대한 연체기간이 2년이 되지 않는다면 양수인은 지상권소멸청구를 할 수 없다. 법정지상권의 경우 당사자 사이에 지료에 관한 협의가 있었다거나 법원에 의하여 지료가 결정되었다는 아무런 입증이 없다면, 법정지상권자가 지료를 지급하지 않았다고 하더라도 지료지급을 지체한 것으로는 볼 수 없으므로, 법정지상권자가

2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 하는 토지소유자의 지상권소멸청구는 이유가 없고, 지료액 또는 그 지급시기 등 지료에 관한 약정은 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 것이고, 법원에 의한 지료의 결정은 당사자의 지료결정청구에 의하여 형식적 형성소송인 지료결정판결로 이루어져야 제3자에게도 그 효력이 미친다.(대판 2001.3.13. 99다17142)
=> 법정지상권자의 지료연체와 관련하여 판례의 태도를 숙지한다. 첫째, 법정지상권의 지료는 당사자 사이에 지료에 관한 약정이나 법원에 의한 지료결정으로 결정된다. 둘째, 결정된 지료가 있어야 지료지급 지체가 발생한다. 지료지급지체가 2년분 이상이 되면 지상권의 소멸을 청구할 수 있다. 다만 지료지급지체가 2년분 이상이 되려면 특정의 소유자 또는 양수인 각자에 대하여 2년분 이상이 되어야 한다. 셋째, 제3자에 대하여 대항력이 발생하려면 지료에 관한 당사자간의 약정은 이를 등기하여야 하고, 법원에 의한 지료의 결정은 당사자의 지료결정청구에 의하여 형식적 형성소송인 지료결정판결로 이루어져야 한다. 따라서 지상권자가 토지소유권의 양도 전후에 걸쳐서 지료지급을 지체한 경우, 양도인과 양수인에 대하여 연체된 지료의 합이 2년분에 이르면 양수인은 지상권의 소멸을 청구할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

14. ①

① (×) 판례는 전세권저당권자가 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사한 경우, 종전 저당권의 효력은 물상대위의 목적이 된 전세금반환채권에 존속하여 저당권자가 그 전세금반환채권으로부터 다른 일반채권자보다 우선변제를 받을 권리가 있으므로, 설령 전세금반환채권이 ‘압류된 때’에 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 그 반대채권과 전세금반환채권이 상계적상에 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 전세권설정자가 전세권저당권자에게 상계로써 대항할 수는 없다. 그러나 전세금반환채권은 전세권이 성립하였을 때부터 이미 발생이 예정되어 있다고 볼 수 있으므로, ‘전세권저당권이 설정된 때’에 이미 전세권설정자가 전세권자에 대하여 반대채권을 가지고 있고 그 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우와 같이 전세권설정자에게 합리적 기대 이익을 인정할 수 있는 경우에는 전세권설정자는 그 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계함으로써 전세권저당권자에게 대항할 수 있다고 본다.(2013다91672)

=> 전세금반환채권을 수동채권(상계 당하는 권리)으로 하고, 전세권설정자가 전세권자에 대하여 가지는 대여금채권을 자동채권(상계하는 권리)으로 하는 상계로 전세권저당권자에게 대항하기 위해서는 전세권설정자는 자동채권이 전세권저당권 설정 전에 발생하였고, 전세권저당권설정 후에 변제기가 도래하였고 전세금채권의 변제기보다 먼저 또는 동시에 도래하는 경우여야 한다. 따라서 전세권설정자가 전세권저당권설정 이후에 전세권자에 대하여 대여금채권을 취득한 경우이므로 전세권저당권자에게 상계로 대항할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (○) 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세권설정등기의 효력은 존속한다. 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다 할 것이지만 이 경우에는 민법 제450조 제2항 소정의 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권의 압류·전부 채권자 등 제3자에게 위 전세보증금반환채권의 양도사실로써 대항할 수 없다. 즉, i) 채권양도의 대항요건은 갖추지 않았으나 전세권의 이전등기만 마친 경우 아직 채권은 확정적으로 양도된 것이 아니며, ii) 이 채권양수인은 먼저 확정일자 있는 증서에 의해 대항요건을 갖춘 채권의 이중 양수인이나, 압류·전부명령을 받은 자에 대항할 수 없으며, 먼저 대항요건을 갖춘 자가 채권을 우선 취득한다고 본다.(2003다35659)

=> 전세기간 만료 이후 전세금반환채권이 양도된 경우에 전세권 이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없으므로 전세금반환채권의 압류 전부 채권자에게 대항할 수 없다. 전세권 이전의 부기등기는 확정일자 있는 증서라 보지 않는다. 따라서 전세금반환채권의 압류 전부 채권자에게 대항할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 위 판례(2003다35659)에 의하면 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다.

=> 전세권의 존속 기간이 만료되면 전세권자는 피담보채권과 함께 전세권을 제3자에게 양도할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 전세권이 기간 만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하는 것이므로 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없다.(98다31301)

=> 판례의 논리를 잘 알아. 첫째, 전세권이 별 다른 귀책사유 없이 정상적으로 기간 만료로 종료하였다. 둘째, 기간만료로 종

료된 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸한다. 셋째, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸한다. 넷째, 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없다. 따라서 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우 그 전세권자는 민법 제303조 제1항의 규정에 의하여 그 건물 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있고, 민법 제318조의 규정에 의하여 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있는 것이나, 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 별론으로 하고 경매신청권은 없으므로, 위와 같은 경우 전세권자는 전세권의 목적이 된 부분을 초과하여 건물 전부의 경매를 청구할 수 없다고 할 것이고, 그 전세권의 목적이 된 부분이 구조상 또는 이용상 독립성이 없어 독립한 소유권의 객체로 분할할 수 없고 따라서 그 부분만의 경매신청이 불가능하다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

=> 판례 논리를 잘 알자. 첫째, 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우이다. 둘째, 전세권자는 민법 제303조 제1항의 규정에 의하여 그 건물 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다. 셋째, 전세권자는 민법 제318조의 규정에 의하여 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있으나 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 별론으로 하고 경매신청권은 없다. 넷째, 전세권의 목적이 된 부분이 구조상 또는 이용상 독립성이 없어 독립한 소유권의 객체로 분할할 수 없고 따라서 그 부분만의 경매신청이 불가능하다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 즉 경매신청권이 없다. 따라서 그 건물 전부에 대하여 후순위권리자 기타 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있지만, 그 건물 전부에 대하여 경매를 청구할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이다.

15. ④

① (○) 유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있는바, 이와 같은 유치권의 불가분성은 유치권의 목적물이 분할 가능하거나 수 개의 물건인 경우에도 적용된다.(2018다301350)

=> 판례 표현을 그대로 옮겨 적은 표현에 불과하므로 옳은 표현이다.

② (○) 유치권은 법정담보물권이기는 하나 채권자의 이익보호를 위한 채권담보의 수단에 불과하므로 이를 포기하는 특약은 유효하고, 유치권을 사전에 포기한 경우 다른 법정요건이 모두 충족되더라도 유치권이 발생하지 않는 것과 마찬가지로 유치권을 사후에 포기한 경우 곧바로 유치권은 소멸한다. 그리고 유치권 포기로 인한 유치권의 소멸은 유치권 포기의 의사표시의 상대방뿐 아니라 그 이외의 사람도 주장할 수 있다.(2014다52087)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 유치권은 법정담보물권이다. 즉 당사자의 합의로 만들 수 있는 담보물권이 아니다. 둘째, 채권자의 이익보호를 위한 채권담보의 수단에 불과하다. 채권자가 자신의 이익 차원에서 불필요하다면 채권자의 포기특약도 유효하고, 포기특약이 사전에 있으면 유치권이 발생하지 않고, 사후에 있으면 포기 그 즉시 발생한 유치권이 소멸한다. 셋째, 유치권 포기로 인한 유치권의 소멸은 법정담보물권의 소멸이므로 유치권 포기의 의사표시의 상대방뿐 아니라 그 이외의 사람도 주장할 수 있다. 판례 표현을 그대로 옮겨 적은 표현에 불과하므로 옳은 표현이다.

③ (○) 건물의 임대차에 있어서 임차인의 임대인에게 지급한 임차보증금 반환청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차 목적대로 사용못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 민법 제320조의 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없다.(75다1305)

=> 임차보증금 반환청구권이나 건물을 임차 목적대로 사용못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 임대차계약으로부터 발생한 채권이지 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없다. 따라서 임차보증금 반환청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차 목적대로 사용못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권을 담보하기 위하여 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다. 판례 표현을 그대로 옮겨 적은 표현에 불과하므로 옳은 표현이다.

④ (×) 유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다고 할 것이나, 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담하는 점 등에 비추어 보면, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수는 없다.(2009다39530)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다. 둘째, 매수인은 유치권자에게 채무자의 채무와는 별개의 독립된 채무를 부담하는 것이 아니라 단지 채무자의 채무를 변제할 책임을 부담한다. 셋째, 유치권의 피담보채권의 소멸시효기간이 확정판결 등에 의하여 10년으로 연장된 경우 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이

연장된 효과를 부정할 수 없다. 결론적으로 매수인에게 판결로 확정된 소멸시효기간의 연장을 긍정하고 있다. 따라서 유치권이 성립된 부동산을 그 판결확정 이후 매수한 매수인은 그 채권의 소멸시효기간이 연장된 효과를 부정하고 종전의 단기소멸시효기간을 원용할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 매도인이 대금을 수령하지도 않은 채 매수인에게 소유권이전등기를 해주었고 매수인이 전매하여 소유권이전등기를 해준 경우, 전득자가 매도인에게 매매목적물의 인도 청구를 한 경우 매도인은 유치권을 행사할 수 없다.(2011마2380)

=> 매도인은 '동시이행항변권을 행사하지 않은 선이행의 위험을 부담'해야 하기 때문에 매매대금채권을 피담보채권으로 하여 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자에게 유치권을 주장할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다. 물권법정주의를 절대로 잊지 아니하도록 주의한다.

16. ④

① (○) 민법 제352조에 의하면 타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정한 경우 질권설정자는 질권자의 동의없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다. 이는 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이다. 따라서 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 민법 제353조 제2항에 따라 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 제3채무자가 질권자의 동의없이 질권설정자와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지로 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다(대판 2018.12.27. 2016다265689).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제352조에 의하면 타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정할 수 있다. 채무자가 자신이 누군가(제3채무자라 한다)에게 받을 수 있는 권리를 담보로 타인에게 돈을 빌리는 것이다. 둘째, 질권설정자(채무자)는 질권자(채권자)의 동의없이 질권의 목적된 권리(누군가(제3채무자라 한다)에게 받을 수 있는 권리)를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다. 셋째, 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정하여 대항력을 갖추려면 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙하여야 한다. 그렇게 하면 제3채무자가 질권자의 동의없이 질권의 목적인 채무를 채무자(질권설정자)에게 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 다섯째, 제3채무자가 질권자의 동의없이 질권설정자와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지이다. 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 따라서 질권자는 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 민법 제348조에 의하면 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.

=> 민법 제348조를 그대로 옮겨 적은 것이므로 옳은 표현이다.

③ (○) 민법 제352조가 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다고 규정한 것은 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이므로, 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하는 행위를 하였다고 하더라도 이는 질권자에 대한 관계에 있어 무효일 뿐이어서 특별한 사정이 없는 한 질권자 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다.(대판 1997.11.11. 97다35375)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제352조가 보호하는 것은 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능이다. 배타적이므로 질권자만 주장 가능하다. 둘째, 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하는 행위를 하였다고 하더라도 이는 민법 제352조 위반이므로 질권자에 대한 관계에 있어 무효이다. 둘째, 그 무효는 배타적 지배권능을 해치는 것이므로 질권자만 주장 가능하여 질권자 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 乙 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (×) 민법 제361조는 “저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다”라고 정하고 있을 뿐 피담보채권을 저당권과 분리해서 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다고 정하고 있지 않다. 채권담보라고 하는 저당권 제도의 목적에 비추어 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 저당권의 처분도 당연히 포함된다고 볼 것이지만, 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 저당권도 함께 처분된다고는 할 수 없다. 따라서 저당권으로 담보된 채권에 질권을 설정한 경우 원칙적으로는 저당권이 피담보채권과 함께 질권의 목적이 된다고 보는 것이 합리적이지만, 질권자와 질권설

정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하고 이는 저당권의 부종성에 반하지 않는다. 이는 저당권과 분리해서 피담보채권만을 양도한 경우 양도인이 채권을 상실하여 양도인 앞으로 된 저당권이 소멸하게 되는 것과 구별된다.(대판 2020.4.29. 2016다235411)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제361조에 의하면 피담보채권을 저당권과 분리해서 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다고 정하고 있지 않다. 둘째, 피담보채권의 처분에는 저당권의 처분도 당연히 포함된다. 따라서 저당권으로 담보된 채권에 질권을 '설정'한 경우 원칙적으로는 저당권이 피담보채권과 함께 질권의 목적이 된다고 보는 것이 합리적이다. 셋째, 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하고 이는 저당권의 부종성에 반하지 않는다. 넷째, 이는 저당권과 분리해서 피담보채권만을 '양도'한 경우 양도인이 채권을 상실하여 양도인 앞으로 된 저당권이 소멸하게 되는 것과 구별된다. 따라서 저당권의 부종성에 반하여 허용되지 않는다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 민법 제342조, 제355조에 의하면 동산질권뿐만 아니라 권리질권 또한 물상대위가 인정된다.

=> 법률규정을 옮겨 적은 것이므로 옳은 표현이다.

17. ⑤

① (×) 근저당권이라 함은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말하고, 이 경우 그 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 근저당권에 영향을 미치지 아니하므로, 근저당부동산에 대하여 소유권을 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 채권최고액의 범위 내에서 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다고 할 것이며, 피담보채무는 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래계약에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 확정되지만, 이 경우에도 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 그 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라 하더라도 근저당권설정자는 계약을 해지하고 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있고, 한편 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권의 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르되 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다(대판 2002.5.24. 2002다7176).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 근저당권이라 함은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말한다. 둘째, 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 근저당권에 영향을 미치지 아니한다. 셋째, 근저당부동산에 대하여 소유권을 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 채권최고액의 범위 내에서 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다. 넷째, 피담보채무는 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래계약에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 확정된다. 다섯째, 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권의 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르되 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다. 근저당권에 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 경우, 근저당권설정자는 근저당권자에 대한 해지의 의사표시로써는 피담보채권을 확정시킬 수 없다는 표현은 옳지 않은 표현이다.

② (×) 근저당권이라고 함은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이어서, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감변동하는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다 할 것이나, 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남은 부분은 저당권의 일부 이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다(대판 2002.7.26. 2001다53929).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다. 둘째, 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남은 부분은 저당권의 일부 이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다. 따라서 옳은 표현이 아니다. 근저당 거래관계가 계속 중인 경우와 경매가 실행된 경우를 분리하여 생각한다.

③ (×) 근저당권의 목적이 된 부동산의 제3취득자는 근저당권의 피담보채무에 대하여 채권최고액을 한도로 당해 부동산에 의

한 담보적 책임을 부담하므로, 제3취득자로서는 채무자 또는 제3자의 변제 등으로 피담보채권이 일부소멸하였다고 하더라도 잔존피담보채권이 채권최고액을 초과하는 한 담보부동산에 의한 자신의 책임이 그 변제 등으로 인하여 감축되었다고 주장할 수 없다(대판 2007.4.26. 2005다38300).

=> 변제 등의 행위가 있더라도 채권최고액을 변제하지 못하는 한 담보부동산에 의한 책임감축은 없다는 표현이다. 따라서 근저당권의 목적이 된 부동산의 제3취득자는 채무자 또는 제3자의 변제 등으로 피담보채무의 일부가 소멸하였으나 그 잔존채무가 채권최고액을 초과하는 경우, 자신이 담보부동산에 의하여 부담하는 책임이 그 변제 등으로 인하여 감축되었음을 항변할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 물상보증인이 근저당권의 채무자의 계약상의 지위를 인수한 것이 아니라 다만 그 채무만을 면책적으로 인수하고 이를 원인으로 하여 근저당권 변경의 부기등기가 경료된 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 변경등기는 당초 채무자가 근저당권자에 대하여 부담하고 있던 것으로서 물상보증인이 인수한 채무만을 그 대상으로 하는 것이지, 그 후 채무를 인수한 물상보증인이 다른 원인으로 근저당권자에 대하여 부담하게 된 새로운 채무까지 담보하는 것으로 볼 수는 없다(대판 1999.9.3. 98다40657).

=> 판례를 이해하려면 판례가 기초하고 있는 상황을 정확히 알아야 한다. 첫째, 판례가 기초하고 있는 상황은 물상보증인이 근저당권의 채무자의 채무만을 면책적으로 인수하고 이를 원인으로 하여 근저당권 변경의 부기등기가 경료된 상황이다. 둘째, 특별한 사정이 없는 한 그 변경의 부기등기의 대상은 당초 채무자가 근저당권자에 대하여 부담하고 있던 것으로서 물상보증인이 인수한 채무만이다. 셋째, 따라서 그 후 채무를 인수한 물상보증인이 다른 원인으로 근저당권자에 대하여 부담하게 된 새로운 채무까지 담보하는 것으로 볼 수는 없다. 그 변경등기는 당초 물상보증인이 인수한 채무 뿐만 아니라 새로운 채무까지 담보대상으로 한다는 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 등기서류에 의하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이지만, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 근저당권은 당연히 소멸하는 것이므로, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 경매신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권은 이에 의하여 소멸한다(대판 1998.10.2. 98다27197).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 등기서류에 의하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니다. 둘째, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 근저당권은 당연히 소멸하는 것이다. 경락은 원시적 취득이기 때문이다. 셋째, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 경매신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 경락의 원시적 취득이라는 법적 성질에 의하여 소멸한다. 따라서 원인 없이 말소된 근저당권은 이에 의하여 소멸한다는 표현은 옳은 표현이다.

18. ①

① (○) 사해행위의 취소에 따른 가액배상의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 비로소 발생하므로 그 판결이 확정된 다음 날부터 이행지체 책임을 지게 되고, 사해행위취소의 소는 장래의 이행을 청구하는 소에 해당하므로 소촉법 제3조 1항의 본문이 아니라 단서가 적용된다. 따라서 그 지연손해금에는 소촉법 소정의 이율(연 12%)은 적용되지 않고 민법 소정의 법정이율(연 5%)이 적용된다.(2007다61618)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 사해행위의 취소에 따른 가액배상의무는 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때에 곧바로 발생한다. 둘째, 사해행위취소판결이 확정된 다음 날부터 이행지체 책임을 지게 된다. 셋째, 지연손해금에는 소촉법 소정의 이율과 민법 소정의 법정이율 중 민법 소정의 법정이율이 적용된다. 따라서 옳은 표현이 된다.

② (×) 민법 제387조 제1항 2문에 의하면 채무이행의 불확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다.

=> 불확정기한부 채무는 채무자가 기한 도래를 안 때부터 이행지체에 빠지므로 기한이 도래한 날의 다음 날부터 지연이자가 발생한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무가 있고, 이 경우 반환할 금전에는 받은 날로부터 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 여기서 가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 지연손해금이 아니다. 따라서 당사자 사이에 그 이자에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정이율이 우선 적용되고 약정이율이 없으면 민사 또는 상사 법정이율이 적용된다. 반면 원상회복

의무가 이행지체에 빠진 이후의 기간에 대해서는 부당이득반환의무로서의 이자가 아니라 반환채무에 대한 지연손해금이 발생하게 되므로 거기에는 지연손해금률이 적용되어야 한다. 그 지연손해금률에 관하여도 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 그에 따라야 할 것이고, 설사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 마찬가지이다.(2011다50509)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 판례는 이자의 종류를 해제로 인한 원상회복으로 반환할 금전에 받은 날로부터 가산하는 이자와 원상회복으로 반환할 금전의 이행을 지체하는 경우의 이자를 분리하여 보고 있다. 둘째, 원상회복으로 반환할 금전에 받은 날로부터 가산하는 이자는 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 지연손해금이 아니라고 보면서 약정이율이 우선 적용되고 약정이율이 없으면 법정이율이 적용된다고 본다. 셋째, 원상회복으로 반환할 금전의 이행을 지체하는 경우의 이자에도 원칙적으로 약정이율이 적용되나 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 본다. 따라서 계약해제에 따른 원상회복의무의 이행지체에 대비하여 지연이자율을 약정한 경우, 그 약정이율이 법정이율보다 낮으면 법정이율이 적용된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 계약상의 이자로서 이자제한법 소정의 제한이율을 초과하는 부분은 무효(이자제한법 제2조 제3항)이고, 이러한 제한초과의 이자에 대하여 자동채권으로 상계의 의사표시를 하더라도 그 상계의 효력은 발생하지 않는다.(대판 1998.10.13. 98다17046)

=> 따라서 이자제한법상 제한이자를 초과하는 이자채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하면 그 상계의 효력이 발생한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채권자가 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 법원이 채무자에게 그 이행을 명함에 있어서는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환시세를 우리나라 통화로 환산하는 기준으로 삼아야 한다.(대판 2007.7.12. 2007다13640)

=> 따라서 채권자는 대용급부권을 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

19. ②

① (X) 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 되었다고 할지라도, 그 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다.(2000다50497)

=> 민법 제546조에 의하면 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다. 이행불능을 이유로 채권자가 계약을 해제하기 위해서는 그 이행불능이 채무자의 귀책사유에 의한 경우여야만 한다. 따라서 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우임에도 매수인이 매도인의 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (○) 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 제3자의 처분금지가처분의 등기가 기입되었다 할지라도, 이는 단지 그에 저촉되는 범위 내에서 가처분채권자에게 대항할 수 없는 효과가 있다는 것일 뿐 그것에 의하여 곧바로 채무자가 그 부동산을 임의로 타에 처분하는 행위 자체를 금지하는 것은 아니므로, 그 가처분등기로 인하여 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다.(2000다47361)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 처분금지가처분의 등기는 가처분등기에 저촉되는 범위 내에서 가처분채권자에게 대항할 수 없는 효과가 있다는 것일 뿐이다. 둘째, 대항할 수 없음을 감수하고라도 채무자가 그 부동산을 임의로 타에 처분하는 행위 자체를 금지하는 것은 아니다. 셋째, 가처분등기가 되었다는 것으로 인하여 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다. 따라서 처분금지가처분이 되어 있다는 것만으로 매도인의 채무가 이행불능이 되는 것은 아니라는 표현은 옳은 표현이다.

③ (×) 민법이 타인의 권리의 매매를 인정하고 있는 것처럼 타인의 권리의 증여도 가능하며, 이 경우 채무자는 권리를 취득하여 채권자에게 이전하여야 하고, 이 같은 사정은 계약 당시부터 예정되어 있으므로, 매매나 증여의 대상인 권리가 타인에게 귀속되어 있다는 이유만으로 채무자의 계약에 따른 이행이 불능이라고 할 수는 없다.(2016다200729)

=> 따라서 증여의 대상인 권리가 계약 당시 타인에게 귀속되어 있다면 증여자의 계약에 따른 이행은 불능이라고 보아야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 매매목적물인 부동산에 근저당권설정등기나 가압류등기가 있는 경우에 매도인으로서 위 근저당권설정등기나 가압류등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무를 부담한다고 할 것이지만, 매매목적물인 부동산에 대한 근저당권설정등기나 가압류등기가 말소되지 아니하였다고 하여 바로 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능으로 되었다고 할 수 없고, 매도인이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우가 아닌 한, 매수인이 매도인에게 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에 한하여 계약을 해제할 수 있다.(2000다50688)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매매목적물인 부동산에 근저당권설정등기나 가압류등기가 있는 경우에 매도인으로서 위 근

저당권설정등기나 가압류등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무를 부담한다. 둘째, 매매목적물인 부동산에 대한 근저당권설정등기나 가압류등기가 말소되지 아니하였다고 하여 바로 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능으로 되었다고 할 수 없다. 셋째, 매도인이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 이행불능이 된다. 넷째, 매수인이 매도인에게 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에 이행불능이 된다. 따라서 매매목적물이 가압류되었다면 특별한 사정이 없는 한 매도인의 소유권이전등기의무는 이행불능이 된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 채권의 가압류(가처분)는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐 채무 그 자체를 면하게 하는 것이 아니므로, 가압류가 있다 하여도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다.(93다951)

=> 따라서 채권이 가압류되거나 지급금지가처분이 이루어진 경우에는 채무자가 이행기에 이행을 하지 않더라도 위법성이 없어 지체책임을 지지 않는다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

20. ①

① (○) 임대인이 임차인과의 임대차계약상의 약정에 따라 제3자에게 도급을 주어 임대차목적시설물을 수선한 경우에는 그 수급인도 임대인에 대하여 종속적인지 여부를 불문하고 이행보조자로서의 피용자라고 보아야 할 것이고, 이러한 수급인이 시설물수선공사 등을 하던 중 수급인의 과실로 인하여 화재가 발생한 경우에는 임대인은 민법 제391조에 따라 위 화재발생에 귀책사유가 있다 할 것이어서 임차인에 대한 채무불이행상의 손해배상책임이 있다(대판 2002.7.12. 2001다44338).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 임대인이 임차인과의 임대차계약상의 약정에 따라 제3자에게 도급을 주어 임대차목적시설물을 수선한 경우이다. 이 경우 임대인은 도급인이 된다. 둘째, 이 경우 수급인은 임대인에 대하여 피용자로서 이행보조자이다. 셋째, 수급인이 시설물수선공사 등을 하던 중 수급인의 과실로 인하여 화재가 발생한 경우에는 임대인은 민법 제391조에 따라 피용자인 수급인의 과실은 임대인 자신의 과실로 간주하므로 위 화재발생에 임대인 자신의 귀책사유가 있다. 넷째, 임대인은 임차인에 대한 채무불이행상의 손해배상책임이 있다. 따라서 임대인이 임대차계약에 따라 임대물에 추가시설을 설치하기 위하여 제3자에게 공사를 맡긴 경우, 공사 중 제3자의 과실로 화재가 발생하였다면 임대인은 임차인에게 채무불이행책임을 진다는 표현은 옳은 표현이 된다.

② (○) 민법 제391조는 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 본다고 규정하고 있는데, 이러한 이행보조자는 채무자의 의사관여 아래 채무이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로, 그가 채무자에 대하여 종속적 또는 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않으며, 이행보조자가 채무의 이행을 위하여 제3자를 복이행보조자로서 사용하는 경우에도 채무자가 이를 승낙하였거나 적어도 묵시적으로 동의한 경우에는 채무자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여 민법 제391조에 의하여 책임을 부담한다.(대판 2011.5.26. 2011다1330)

=> 채무자의 묵시적 동의하에 이행보조자가 채무의 이행을 위하여 제3자를 복이행보조자로 사용하는 경우, 복이행보조자의 고의·과실에 관하여도 채무자가 그 책임을 진다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 채무의 변제는 원칙적으로 채무자뿐만 아니라 제3자도 할 수 있고, 채무의 성질상 반드시 변제자 본인의 행위에 의해서만 가능한 것이 아닌 이상 제3자를 이행보조자 내지 이행대행자로 사용하여 대위변제할 수도 있다.(대판 2001.6.15. 99다13515)

=> 따라서 옳은 표현이다.

④ (×) 민법 제391조의 이행보조자로서의 피용자라 함은 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행 행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 또는 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다.(대판 2008.2.15. 2005다69458).

=> 이행보조자는 채무자의 지시·감독을 받아야 하므로 채무자에 대한 관계에서 종속적인 지위에 있어야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 이행보조자의 행위가 채무자에 의하여 그에게 맡겨진 이행업무와 객관적, 외형적으로 관련을 가지는 경우에는 채무자는 그 행위에 대하여 책임을 져야 하고, 채무의 이행에 관련된 행위이면 가사 이행보조자의 행위가 채권자에 대한 불법행위가 된다고 하더라도 채무자가 면책될 수는 없다.(대판 2008.2.15. 2005다69458)

=> 따라서 옳은 표현이다.

21. ④

① (○) 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재(出財)로 공동면책을 얻은 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있고 이때 부담부분은 균등한 것으로 추정된다(민법 제425조 제1항, 제424조). 그러나 연대채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무의 부담과 관련하여 각 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 이러한 법리는 민법 제411조에 따라 연대채무자의 부담부분과 구상권에 관한 규정이 준용되는 불가분채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책을 얻은 때 다른 불가분채무자를 상대로 구상권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 불가분채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 따라서 불가분채무자가 변제 등으로 공동면책을 얻은 때에는 다른 채무자의 부담부분에 대하여 구상할 수 있다.(2020. 7. 9. 선고 2020다208195)

=> 민법 제411조가 적용되기 때문이다. 따라서 옳은 지문이다. 판례를 이해해 본다. 첫째, 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재(出財)로 공동면책을 얻은 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있고 이때 부담부분은 균등한 것으로 추정된다. 둘째, 균등한 것으로 추정되는 효력을 깨는 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무의 부담과 관련하여 각 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 셋째, 구상할 수 있는 부담부분을 결정하는 기준 및 이러한 법리는 불가분채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책을 얻은 때 다른 불가분채무자를 상대로 구상권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

② (○) 민법 제428조의2 제1항 전문은 "보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다."라고 규정하고 있는데, '보증인의 서명'은 원칙적으로 보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하므로 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 않지만, '보증인의 기명날인'은 타인이 이를 대행하는 방법으로 하여도 무방하다.(2019. 3. 14. 선고 2018다282473)

=> 판례를 그대로 옮긴 것에 불과하므로 옳은 지문이다.

③ (○) 민법 제428조의3 제1항과 제2항은 보증인이 보증을 함에 있어 자신이 지게 되는 법적 부담의 한도액을 미리 명확하게 알 수 있도록 함으로써 보증인을 보호하려는 데에 입법 취지가 있다. 위와 같은 민법의 규정 및 입법 취지에 비추어 볼 때, 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증채무의 최고액이 서면으로 특정되어 보증계약이 유효하다고 하기 위해서는, 보증인의 보증의사가 표시된 서면에 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있어야 하고, 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있지 않더라도 서면 자체로 보아 보증채무의 최고액이 얼마인지를 객관적으로 알 수 있는 등 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도의 구체적인 기재가 필요하다고 봄이 타당하다.(2019. 3. 14. 선고 2018다282473)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제428조의3 제1항과 제2항은 보증인 보호규정이다. 둘째, 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증채무의 최고액이 서면으로 특정되어야 보증계약이 유효하다. 셋째, 서면은 보증인의 보증의사가 표시되어 있어야 한다. 넷째, 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재된 서면이어야 한다. 다섯째, 명시적 기재가 없더라도 서면 자체로 보아 보증채무의 최고액이 얼마인지를 객관적으로 알 수 있는 등 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도의 구체적인 기재가 되어 있으면 된다. 따라서 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증채무의 최고액이 서면으로 특정되어 보증계약이 유효하다고 하기 위해서는, 보증인의 보증의사가 표시된 서면에 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있어야 하고, 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도의 기재가 필요하다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (X) 보증인보호법 제7조 제1항에 의하면 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 보고, 보증인보호법 제7조 제2항에 의하면 보증기간은 갱신할 수 있되 보증기간의 약정이 없는 때에는 계약체결 시의 보증기간을 그 기간으로 본다. 이러한 보증인보호법 제7조 제1항의 취지는 보증채무의 범위를 특정하여 보증인을 보호하는 것이므로 이 규정에서 정한 '보증기간'은 특별한 사정이 없는 한 보증인이 보증책임을 부담하는 주채무의 발생기간이라고 해석함이 타당하고, 보증채무의 존속기간을 의미한다고 볼 수 없다.(2020. 7. 23. 선고 2018다42231)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 보증인보호법은 말 그대로 보증인을 보호하기 위한 법이다. 둘째, 보증인보호법에서 정하는 보증기간도 보증인 보호의 차원에서 해석을 해야 한다. 셋째, 따라서 '보증기간'은 특별한 사정이 없는 한 보증인이 보증책임을 부담하는 주채무의 발생기간이라고 해석함이 타당하고, 보증채무의 존속기간을 의미한다고 볼 수 없다. 그러므로 '보증기간'은 특별한 사정이 없는 한 보증인이 보증책임을 부담하는 보증채무의 존속기간이라고 해석함이 타당하고, 주채무의 발생기간을 의미한다고 볼 수 없다는 표현은 옳지 않은 표현이다.

⑤ (○) 계속적 채권관계에서 발생하는 주계약상의 불확정 채무에 대하여 보증한 경우 그 보증채무는 통상적으로 주계약상의 채무가 확정된 때에 이와 함께 확정된다. 그러나 채권자와 주채무자 사이에서 주계약상의 거래기간이 연장되었으나 보증인과

사이에서 보증기간이 연장되지 아니하는 등의 사정으로 보증계약 관계가 먼저 종료된 때에는 그 종료로 보증채무가 확정되므로, 보증인은 그 당시의 주계약상의 채무에 대하여 보증책임을 지고, 그 후의 채무에 대하여는 보증책임을 지지 아니한다.(2021. 1. 28. 선고 2019다207141)

=> 판례를 그대로 옮겨 적었으므로 옳은 표현이다.

22. ②

① (○) 이행인수는 인수인이 채무자에 대하여 그 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자와 인수인 간의 계약으로서, 인수인은 채무자와 사이에 채권자에게 채무를 이행할 의무를 부담하는 데 그치고 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아니므로 채권자는 직접 인수인에게 채무를 이행할 것을 청구할 수 없으나, 채무자는 인수인이 그 채무를 이행하지 아니하는 경우 인수인에 대하여 채권자에게 이행할 것을 청구할 수 있고, 그에 관한 승소의 판결을 받은 때에는 금전채권의 집행에 관한 규정을 준용하여 강제집행을 할 수도 있다. 이러한 채무자의 인수인에 대한 청구권은 그 성질상 재산권의 일종으로서 일신전속적 권리라고 할 수는 없으므로, 채권자는 채권자대위권에 의하여 채무자의 인수인에 대한 청구권을 대위행사할 수 있다.(대판 2009.6.11. 2008다75072)

=> 판례를 옮겨 적은 것에 불과하므로 옳은 표현이다.

② (×) 채권자가 채권자대위소송을 제기한 경우, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변권이나 형성권 등과 같이 권리자에 의한 행사를 필요로 하는 사유를 들어 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다툴 수 없지만, 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생 원인이 된 법률행위가 무효라거나 위 권리가 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하고, 이 경우 법원은 제3채무자의 주장을 고려하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부에 관하여 직권으로 심리·판단하여야 한다.(대판 2015.9.10. 2013다55300)

=> 따라서 채권자대위소송에서 제3채무자는 직접 채무자가 아니므로 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생 원인이 된 법률행위가 무효라거나 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지를 다툴 수 없다는 표현은 옳지 않은 표현이다.

③ (○) 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우에 채무자가 그의 유일한 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제로 제공하는 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 되지만, 채권자들의 공동담보가 되는 채무자의 총재산에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 가지는 채권자는 처음부터 채무자의 재산에 대한 환가절차에서 다른 채권자에 우선하여 배당을 받을 수 있는 지위에 있으므로, 그와 같은 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다.(대판 2008.2.14. 2006다33357)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 채무자의 재산이 채무의 전부를 변제하기에 부족한 경우임에도 채무자가 그의 유일한 재산을 어느 특정 채권자에게 대물변제로 제공하는 행위를 하였다. 둘째, 대물변제로 제공받은 어느 특정 채권자의 지위를 살펴보아야 한다. 셋째, 우선변제권을 가진 채권자라면 그 대물변제행위는 사해행위가 되지 않는다. 넷째, 우선변제권이 없는 채권자에 대한 대물변제행위는 사해행위가 된다. 병에 대한 대물변제행위는 우선변제권이 없는 채권자에 대한 대물변제행위이므로 사해행위가 된다. 따라서 옳은 표현이다.

④ (○) 민법 제406조에서 정하는 채권자취소권의 대상인 '사해행위'란 채무자가 적극재산을 감소시키거나 소극재산을 증가시킴으로써 채무초과상태에 이르거나 이미 채무초과상태에 있는 것을 심화시킴으로써 채권자를 해하는 행위를 가리킨다.(대판 2013.4.26. 2012다118334)

=> 사해행위의 유형들이 제시되고 있다. 첫째, 적극재산을 감소시키기, 둘째, 소극재산을 증가시키기, 셋째, 기존의 채무초과상태를 심화시키기이다. 사해행위는 채무자가 재산을 처분하기 이전에 이미 채무초과상태에 있는 경우는 기존의 채무초과상태를 심화시킨다는 점에서, 문제된 처분행위로 말미암아 비로소 채무초과상태에 빠지는 경우는 소극재산을 증가시킨다는 점에서 사해행위의 유형에 해당한다. 따라서 옳은 표현이다.

⑤ (○) 채권자취소권 행사는 채무이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 채무자의 자력감소를 방지하고, 일탈된 채무자의 책임재산을 회수하여 채권의 실효성을 확보하는 데 목적이 있으므로, 피보전채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않은 경우라고 하더라도 채권자취소권의 피보전채권이 된다.(대판 2018.6.28. 2016다1045)

=> 따라서 甲의 대여금채권이 乙과 丙 사이의 매매계약 전에 성립되었다면 그 액수나 범위가 구체적으로 확정되지 않아도 피보전채권이 된다는 표현은 옳은 표현이다.

23. ③

① (×) 보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추 필요는 없다.(2002다21509)

=> 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추어야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 민법 제451조 제1항 본문에서 양수인에게 대항하지 못하는 사유는 협의의 항변권에 한정되지 않고 넓게 채권의 성립·존속·행사를 저지하거나 배척하는 사유를 포함한다. 그러나 채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 그러나 이의를 보류하지 않은 승낙으로 말미암아 채무자가 양도인에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 감안하면, 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다.(대법 2019. 6. 27. 선고 2017다222962)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 양수인에게 대항하지 못하는 사유는 협의의 항변권에 한정되지 않고 넓게 채권의 성립·존속·행사를 저지하거나 배척하는 사유를 포함한다. 둘째, 양수인에게 대항하지 못하게 하는 이의를 보류하지 아니한 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 셋째, 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다. 따라서 채무자가 이 조항에 따른 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것을 요구한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (○) 채권양도가 있기 전에 사전채권양도통지는 채무자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 되어 원칙으로 허용될 수 없다할 것이지만 사전통지가 있더라도 채무자에게 법적으로 아무런 불안정한 상황이 발생하지 않는 경우에까지 그 효력을 부인할 것은 아니다. 사전에 채권양도인의 확정일자부 채권양도통지와 채무자의 확정일자부 채권양도승낙이 모두 있는 후에 채권양도계약이 체결된 경우, 실제로 채권양도계약이 체결된 날 위 채권양도의 제3자에 대한 대항력이 발생한다.(2009다90740)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 채권양도가 있기 전에 사전채권양도통지는 원칙으로 허용될 수 없다. 둘째, 사전에 채권양도인의 확정일자부 채권양도통지와 채무자의 확정일자부 채권양도승낙이 모두 있는 후에 채권양도계약이 체결된 경우에는 채무자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 되지 않으므로 허용된다. 셋째, 다만 그 제3자에 대한 대항력의 발생 시기는 실제로 채권양도계약이 체결된 날이다. 지문은 판례를 그대로 옮겨 적은 것이므로 옳은 표현이다.

④ (×) 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 그 이행 과정에 신뢰 관계가 따르므로, 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.(2000다51216)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산의 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다. 그 이유는 그 이행 과정에 신뢰 관계가 따르기 때문이다. 둘째, 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않는다. 셋째, 그 이행 과정에 신뢰 관계가 따르기 때문에 양도인의 채무자에 대한 통지에 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다. 따라서 통상의 채권양도와 같이 양도인의 채무자에 대한 통지나 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 양도금지특약을 위반하여 채권을 제3자에게 양도한 경우에 채권양수인이 양도금지특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다. 반대로 양수인이 중대한 과실 없이 양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면 채권양도는 유효하게 되어 채무자는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 채무 이행을 거절할 수 없다. 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다.(대법 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 양도금지특약(채권양도를 금지하는 특약)을 위반하여 채권을 제3자에게 양도하였다. 둘째, 채권양수인이 양도금지특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 채권 이전의 효과가 생기지 아니한다. 셋째, 양수인이 중대한 과실 없이 양도금지특약의 존재를 알지 못하였다면 채권양도는 유효하게 되어 채무자는 양수인에게 양도금지특약을 가지고 채무이행을 거절할 수 없다. 넷째, 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자가 주장·증명하여야 한다. 따라서 채권양수인의 악의 내지 중과실은 양수인이 주장·증명하여야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

24. ④

① (×) 채무인수계약은 구 채무자의 채무의 동일성을 유지하면서 신 채무자가 이를 부담하는 것이므로 특별한 의사표시가 없으면 채무인수자의 구 채무자에 대한 항변사유로서는 채권자에게 대항할 수는 없다고 해석된다.(대판 1966.11.29. 66다1861) 이와 달리 채무인수인은 민법 제458조에 의하여 전(前) 채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.

=> 구 채무자에 대한 항변사유와 전 채무자의 항변할 수 있는 사유를 잘 분별하여야 한다. 구 채무자에 대한 항변사유는 채무인수된 채권의 채권자와 무관하게 채무인수인이 가지는 항변사유이고, 전 채무자의 항변할 수 있는 사유는 전 채무자가 채무인수된 채권의 채권자에 대하여 가지는 항변사유이다. 따라서 채무인수인은 특별한 의사표시가 없으면 전(前) 채무자에 대한 항변사유를 가지고 채권자에게 대항할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 사정이 없는 이상, 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 그 채무를 현실적으로 변제할 의무를 부담한다고도 해석할 수 없으며, 이 약정의 내용은 매도인과 매수인과의 계약으로 매수인이 매도인의 채무를 변제하기로 하는 것으로서 매수인은 제3자의 지위에서 매도인에 대하여만 그의 채무를 변제할 의무를 부담함에 그치는 것이다. 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무에 관하여 그 이행을 인수한 경우, 채권자에 대한 관계에서는 매도인이 여전히 채무를 부담한다고 하더라도, 매도인과 매수인 사이에서는 매수인에게 위 피담보채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이므로, 매수인이 그 변제를 게을리 하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당하고, 거기에 매도인의 과실이 있다고 할 수는 없다.(2009다5193)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정하였다. 둘째, 다른 특별한 사정이 없는 이상, 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수이다. 셋째, 이 약정의 내용은 매수인은 제3자의 지위에서 매도인에 대하여만 그의 채무를 변제할 의무를 부담함에 그치는 것이다. 넷째, 채권자에 대한 관계에서는 매도인이 여전히 채무를 부담한다. 다섯째, 매도인과 매수인 사이에서는 매수인에게 위 피담보채무를 변제할 책임이 있다. 여섯째, 매수인이 그 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당한다. 일곱째, 그 이행불능에 매도인의 과실이 있다고 할 수는 없다. 따라서 이행인수에 불과하므로 매도인은 매매대금에서 그 채무액을 공제한 나머지를 잔금으로서 지급받으면 되는 것이고, 근저당권에 대한 채무자로서의 지위에서는 벗어난다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 임차인의 승낙은 반드시 명시적 의사표시에 의하여야 하는 것은 아니고 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능하나, 이는 임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대차보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.(2012다84370)

=> 면책적 채무인수는 임차인 자신의 채권을 처분하는 행위이므로 만약 임대차보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시로 보아 채권 처분행위로 쉽사리 보아서는 아니된다는 점에서 의문시되는 상황이라도 임차인의 배당요구가 있으면 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 묵시적 승낙의 의사표시에 해당한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 부동산의 매수인이 매매 목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 매도인을 면책시키는 면책적 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 면책적 채무인수로 보기 위하여는 이에 대한 채권자인 임차인의 승낙이 있어야 한다.(2000다69026)

=> 토지의 매수인이 그 토지의 임대차보증금 반환채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정하고 임차인으로부터 그 약정에 관한 승낙을 받았다면, 이는 면책적 채무인수로 본다는 표현은 약정의 존재와 승낙의 존재가 있으므로 옳은 표현이다.

⑤ (×) 채무자에 대한 채권을 상실시키는 효과가 있는 '면책적 채무인수'의 경우 '채권자의 승낙'을 계약의 '효력발생요건'으로 보아야 하는 것과는 달리, 채무자와 인수인의 합의에 의한 '중첩적 채무인수'의 경우 '채권자의 수익의 의사표시'는 그 계약의 성립요건이나 효력발생요건이 아니라, '채권자가 인수인에 대하여 채권을 취득하기 위한 요건'이다.(2011다5603)

=> 계약의 효력발생요건과 권리취득요건을 분별하면 된다. 따라서 채무자와 인수인의 합의에 의한 '중첩적 채무인수'의 경우 '채권자의 수익의 의사표시'는 그 계약의 성립요건이나 효력발생요건이라는 표현은 옳은 표현이 아니다.

25. ⑤

① (○) 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사할지 여부는 채권자가 자유롭게 선택할 수 있는 영역에 속하는 것이므로 채권자가 제3자에 대하여 자신의 채권이나 담보권을 성실하게 행사하여야 할 의무를 부담하는 특단의 사정이 없는 한 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사하지 않거나 포기하였다고 하여 이를 불법행위에 해당한다고 할 수는 없는 것이고, 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 채권자의 담보 상실 또는 감소 행위를 들어 민법 제485조 소정의 면책을 주장할 수 있음은 별론으로 하더라도 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 있다는 사정만으로 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 성실히 행사하여야 할 의무를 부담한다고는 할 수 없다.(2001다42677)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사할지 여부는 채권자가 자유롭게 선택할 수 있는 영역에 속하는 것이다. 둘째, 채권자가 제3자에 대하여 자신의 채권이나 담보권을 성실하게 행사하여야 할 의무를 부담하는 특단의 사정이 없는 한 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사하지 않거나 포기하였다고 하여 이를 불법행위에 해당한다고 할 수는 없는 것이다. 셋째, 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 있음에도 채권자가 담보 상실 또는 감소 행위를 하면 어떻게 봐야 할까? 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자는 민법 제485조 소정의 면책을 주장할 수 있다. 그러나 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 성실히 행사하여야 할 의무를 부담한다고는 할 수 없다. 즉 의무 위반이 없으므로 불법행위책임이 없다. 따라서 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 있다는 사정만으로 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 성실히 행사하여야 할 의무를 부담한다고 할 수는 없으므로, 특단의 사정이 없는 한 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사하지 않거나 포기하였다고 하여 이를 불법행위에 해당한다고 할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출제한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다.(대판 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전합제)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃었다. 둘째, 물상보증인은 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출제한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있다. 셋째, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 따라서 무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 근저당권이라고 함은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래 채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이어서, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감·변동하는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다 할 것이나, 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남는 부분은 저당권의 일부 이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다고 보아 변제자 대위를 할 수 있다.(2001다53929)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 근저당권이라고 함은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래 채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이다. 둘째, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감·변동하는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지는 없다. 셋째, 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남는 부분은 저당권의 일부 이전의 부기등기의 경로 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다. 따라서 피담보채권이 확정되기 전이라면 대위변제자는 채권자를 대위할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 채무를 변제 할 이익이 있는 자가 채무를 대위변제한 경우에 통상 채무자에 대하여 구상권을 가짐과 동시에 민법 제481조에 의하여 당연히 채권자를 대위하나, 위 구상권과 변제자대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리이므로, 대위변제자와 채무자 사이에 구상금에 관한 지연손해금 약정이 있더라도 이 약정은 구상금을 청구하는 경우에 적용될 뿐, 변제자대위권을 행사하는 경우에는 적용될 수 없다.(2005다32418)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 채무를 변제 할 이익이 있는 자가 채무를 대위변제한 경우에 통상 채무자에 대하여 구상권을 가짐과 동시에 민법 제481조에 의하여 당연히 채권자를 대위한다. 둘째, 구상권과 변제자대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리이다. 셋째, 대위변제자와 채무자 사이에 구상금에 관한 지연손해금

약정이 있더라도 이 약정은 구상금을 청구하는 경우에 적용될 뿐, 변제자대위권을 행사하는 경우에는 적용될 수 없다. 따라서 구상권과 변제자 대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리이므로, 대위변제자와 채무자 사이에 구상금에 관한 지연손해금 약정이 있더라도 이 약정은 변제자대위권을 행사하는 경우에는 적용될 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (×) 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 되고 따라서 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부대위변제에 따른 저당권의 일부이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다 할 것이나 이 경우에도 채권자는 일부대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지고 있다.(대판 1988.9.27. 88다카1797)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제하였다. 둘째, 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 된다. 셋째, 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부대위변제에 따른 저당권의 일부 이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다. 넷째, 채권자는 일부대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지고 있다. 따라서 근저당권으로 담보된 채무의 일부를 변제한 제3자는 변제한 가액의 범위에서 채권자가 가졌던 채권과 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하여 채권자에 우선하여 변제받을 권리가 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

26. ④

① (○) 타인의 채무를 담보하기 위하여 그 소유의 부동산에 저당권을 설정한 물상보증인이 타인의 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 저당물의 소유권을 잃은 때에는 채무자에 대하여 구상권을 취득한다(민법 제370조, 제341조). 그런데 구상권 취득의 요건인 ‘채무의 변제’라 함은 채무의 내용인 급부가 실현되고 이로써 채권이 그 목적을 달성하여 소멸하는 것을 의미하므로, 기존 채무가 동일성을 유지하면서 인수 당시의 상태로 종래의 채무자로부터 인수인에게 이전할 뿐 기존 채무를 소멸시키는 효력이 없는 면책적 채무인수는 설령 이로 인하여 기존 채무자가 채무를 면한다고 하더라도 이를 가리켜 채무가 변제된 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무인수의 대가로 기존 채무자가 물상보증인에게 어떤 급부를 하기로 약정하였다는 등의 사정이 없는 한 물상보증인이 기존 채무자의 채무를 면책적으로 인수하였다는 것만으로 물상보증인이 기존 채무자에 대하여 구상권 등의 권리를 가진다고 할 수 없다.(2019. 2. 14. 선고 2017다2747030)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 물상보증인의 채무자에 대한 구상권 취득의 요건인 ‘채무의 변제’라 함은 채무의 내용인 급부가 실현되고 이로써 채권이 그 목적을 달성하여 소멸하는 것을 의미한다. 둘째, 기존 채무가 동일성을 유지하면서 인수 당시의 상태로 종래의 채무자로부터 인수인에게 이전할 뿐 기존 채무를 소멸시키는 효력이 없는 면책적 채무인수는 채무가 변제된 경우에 해당한다고 할 수 없다. 셋째, 물상보증인이 기존 채무자의 채무를 면책적으로 인수하였다는 것만으로 물상보증인이 기존 채무자에 대하여 구상권 등의 권리를 가진다고 할 수 없다. 따라서 면책적 채무인수는 이로 인하여 기존 채무자가 채무를 면하므로 채무가 변제된 경우에 해당하지 않으므로 물상보증인이 기존 채무자의 채무를 면책적으로 인수하였다면 물상보증인이 기존 채무자에 대하여 구상권 등의 권리를 가진다고 할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우에는, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다. 이 경우에 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로, 그 자동채권은 민법 제498조의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하고, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다.(대판 2010.3.25. 2007다35152)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있는 경우이다. 둘째, 압류명령이 제3채무자에게 송달되어 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다. 셋째, 자동채권이 발생한 기초가 되는 원인은 수동채권이 압류되기 전에 이미 성립하여 존재하고 있었던 것이므로, 그 자동채권은 민법 제498조의 ‘지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자가 그 후에 취득한 채권’에 해당하지 않는다. 넷째, 제3채무자는 그 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다. 따라서 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행의 관계에 있고 수동채권이 가압류되기 전에 이미 자동채권 발생의 기초가 되는 원인이 존재하여 제3채무자에게 가압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생한 경우, 제3채무자는 그 상계를 주장할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 다른 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시

에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되므로 그러한 상계는 허용될 수 없고, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조의 담보제공청구권이 항변권으로 부차되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 원칙적으로 허용될 수 없다.(2019. 2. 14. 선고 2017다274703)

④ (×) 제3채무자가 압류채무자에 대한 사전구상권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위해서는, 압류당시 여전히 사전구상권에 담보제공청구의 항변권이 부차되어 있는 경우에는 제3채무자의 면책행위 등으로 인해 위 항변권을 소멸시켜 사전구상권을 통한 상계가 가능하게 된 때가 피압류채권의 변제기보다 먼저 도래하여야 한다.(2019. 2. 14. 선고 2017다274703)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 제3채무자가 압류채무자에 대한 사전구상권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하려고 한다. 둘째, 압류 당시 여전히 사전구상권에 담보제공청구의 항변권이 부차되어 있는 경우에는 제3채무자의 면책행위 등으로 인해 위 항변권을 소멸시켜야 한다. 셋째, 사전구상권을 통한 상계가 가능하게 된 때가 피압류채권의 변제기보다 먼저 도래하여야 한다. 따라서 사전구상권을 통한 상계가 가능하게 된 때가 피압류채권의 압류시보다 먼저 도래하여야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 매도인의 담보책임을 기초로 한 매수인의 손해배상채권 또는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권이 각각 상대방의 채권과 상계적상에 있는 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되었거나 정산될 것으로 기대하는 것이 일반적이므로, 그 신뢰를 보호할 필요가 있다. 이러한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 그 기간이 지나기 전에 상대방에 대한 채권·채무관계의 정산 소멸에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 있다는 점은 소멸시효가 완성된 채권의 경우와 아무런 차이가 없다. 따라서 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 봄이 타당하다.(2018다255648)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매도인의 담보책임을 기초로 한 매수인의 손해배상채권 또는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권이 각각 상대방의 채권과 상계적상에 있는 경우이다. 둘째, 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다. 따라서 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

27. ④

① (○) 부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이고, 이 경우 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기의무를 지는 것이므로 매매목적 부동산에 가압류등기 등이 되어 있는 경우에는 매도인은 이와 같은 등기도 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 하는 것이고, 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약에 있어서는 매도인의 소유권이전등기의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다고 할 것이다.(대판 2000.11.28. 2000다8533)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산의 매매계약이 체결된 경우 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이다. 둘째, 매도인의 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 완전한 소유권이전등기의무이다. 셋째, 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약에 있어서는 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다. 따라서 가압류등기가 있는 부동산의 매매계약에서 매도인의 소유권이전등기의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계이라는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 당사자 쌍방이 각각 별개의 약정으로 상대방에 대하여 채무를 지게 된 경우에는 자기의 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 건련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 없다면 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 볼 수 없다.(대판 1989.2.14. 88다카10753)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 당사자 쌍방이 각각 별개의 약정으로 상대방에 대하여 채무를 지게 된 경우에는 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 볼 수 없다. 둘째, 다만 자기의 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 건련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 있다면 동시이행의 항변권이 생긴다. 따라서 쌍방의 채무가 별개

의 계약에 기한 것이라도 당사자들은 특약으로 동시이행의 항변권을 성립시킬 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 매수인이 선이행하여야 할 중도금 지급을 하지 아니한 채 잔대금지급일을 경과한 경우에는 매수인의 중도금 및 이에 대한 지급일 다음 날부터 잔대금지급일까지의 지연손해금과 잔대금의 지급채무는 매도인의 소유권이전등기의무와 특별한 사정이 없는 한 동시이행관계에 있다.(대판 1991.3.27. 90다19930)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매수인이 선이행하여야 할 중도금 지급을 하지 아니한 채 잔대금지급일을 경과한 경우이다. 둘째, 매수인은 중도금 및 이에 대한 지급일 다음 날부터 잔대금지급일까지의 지연손해금과 잔대금의 지급채무를 진다. 셋째, 매수인의 중도금 및 이에 대한 지급일 다음 날부터 잔대금지급일까지의 지연손해금과 잔대금의 지급채무는 매도인의 소유권이전등기의무와 특별한 사정이 없는 한 동시이행관계에 있다. 따라서 매수인이 선이행해야 할 중도금을 지급하지 않은 채 잔대금지급일을 경과한 경우, 매수인의 중도금과 지연손해금 및 잔대금지급채무와 매도인의 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행관계에 있다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (×) 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 채권자(= 근저당권자)가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기말소청구권을 행사하는 경우, 낙찰자가 부담하는 소유권이전등기말소의무는 채무자에 대한 것인 반면, 낙찰자의 배당금반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(= 근저당권자)에 대한 채권인바, 채권자(=근저당권자)가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금반환채무와 낙찰자가 채무자에 대하여 부담하는 소유권이전등기말소의무는 서로 이행의 상대방을 달리하는 것으로서, 채권자(= 근저당권자)의 배당금반환채무가 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자로부터 승계된 채무도 아니므로, 위 두 채무는 동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니하다.(대판 2006.9.22. 2006다24049)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 채권자(= 근저당권자)가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기말소청구권을 행사하는 경우이다. 둘째, 낙찰자가 부담하는 소유권이전등기말소의무는 채무자에 대한 것인 반면, 낙찰자의 배당금반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(= 근저당권자)에 대한 채권이다. 셋째, 채권자(= 근저당권자)가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금반환채무와 낙찰자가 채무자에 대하여 부담하는 소유권이전등기말소의무는 서로 이행의 상대방을 달리하는 것이다. 넷째, 채권자(= 근저당권자)의 배당금반환채무는 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자로부터 승계된 채무도 아니다. 다섯째, 두 채무는 동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니하다. 따라서 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 된 경우, 매수인의 채무자에 대한 소유권이전등기말소의무와 근저당권자의 매수인에 대한 배당금반환의무는 동시이행관계에 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행의무를 부담하고 있는데 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있고, 이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다.(대판 1999.7.9. 98다13754 · 13761).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행의무를 부담하고 있는데 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우이다. 둘째, 민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다. 셋째, 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다. 따라서 부동산 매도인이 동시이행의 항변권을 가지는 경우에는 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 않았더라도 동시이행의 항변권으로 인해 이행지체책임이 발생하지 않는다는 표현은 옳은 표현이다.

28. ③

① (×) 계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있으나, 묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 계약이 체결되어 그 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다. 이 경우에 당사자 쌍방이 계약을 실현할 의사가 없거나 포기할 의사가 있었는지 여부는 계약이 체결된 후의 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.(대판 2011.2.10. 2010다77385)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 계약의 합의해제는 명시적으로뿐만 아니라 당사자 쌍방의 묵시적인 합의에 의하여도 할 수 있다. 둘째, 묵시적인 합의해제를 한 것으로 인정되려면 계약이 체결되어 그 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방치한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나

계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다. 셋째, 당사자 쌍방이 계약을 실현할 의사가 없거나 포기할 의사가 있었는지 여부는 계약이 체결된 후의 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 계약이 일부이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 않고 이를 방치한 것만으로도 묵시적 합의해제가 인정된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 소제기로써 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로 그 행사의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다(대판 1982.5.11. 80다916).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 소제기로써 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다. 둘째, 해제권은 형성권이므로 그 해제권 행사의 효력에는 아무런 영향을 미치지 아니한다. 셋째, 따라서 매수인이 매도인의 채무불이행을 이유로 계약금 반환을 구하는 소를 제기함으로써 계약해제권을 행사하고 그 소장이 송달된 후 그 소를 취하하고 본래의 매매계약의 이행을 구하는 소를 제기하더라도, 이미 해제의 효과는 발생하였으므로 매도인은 매매계약상의 의무를 이행할 필요가 없다. 그러므로 매수인이 매도인의 채무불이행을 이유로 계약금 반환을 구하는 소를 제기함으로써 계약해제권을 행사하고 그 소장이 송달된 후, 그 소를 취하하고 본래의 매매계약의 이행을 구하는 소를 제기하면 매도인은 매매계약상의 의무를 이행하여야 한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (○) 매도인의 매매계약상의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제함에 있어서는 상대방의 잔대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있다고 하더라도 그 이행의 제공을 필요로 하는 것이 아니다.(대판 2003.1.24. 2000다22850)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매도인의 매매계약상의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제한다. 둘째, 본래 상대방의 잔대금지급의무는 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있다. 셋째, 이 경우 매수인이 계약해제를 하기 위하여 잔대금지급의무의 이행의 제공을 필요로 하는 것은 아니다. 따라서 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능임을 이유로 매매계약을 해제함에 있어서, 상대방의 잔대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있더라도 그 이행의 제공을 필요로 하지 않는다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (×) 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자의 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이므로, 일방당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있다.(대판 2001.6.29. 2001다21441·21458)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 계약의 해제권은 일종의 형성권이다. 둘째, 당사자의 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이다. 셋째, 일방당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있다. 따라서 일방당사자의 계약위반을 이유로 상대방이 계약을 해제하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 계약을 위반한 당사자는 계약해제의 효과를 주장할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다.(대판 2005.11.25. 2005다53705·53712)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면 주된 채무의 불이행이어야 한다. 둘째, 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다. 따라서 계약의 목적 달성과 관련이 없는 부수적 채무의 위반만을 이유로 한 해제권의 행사도 허용된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

29. ①

① (×) 부동산을 매수하고 소유권이전등기까지 넘겨받았지만, 진정한 소유자가 제기한 등기말소청구소송에서 매도인과 매수인 앞으로 된 소유권이전등기의 말소를 명한 판결이 확정됨으로써 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능된 경우, 그 손해배상액 산정의 기준시점은 위 판결이 확정된 때이다.(92다25946) 덧붙여 타인권리매매로 인한 담보책임의 본질은 채무불이행책임이라 할 것이므로 그 손해배상의 범위는 이행이익으로 보며, 손해배상액 산정의 기준시점은 이행불능시이다.

=> 따라서 그 손해배상액 산정의 기준시점은 위 판결이 선고된 때이다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (○) 타인의 물건을 매도한 경우에, 매도인이 그 소유권을 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 매매

계약을 해제할 수 있으며, 매수인이 계약당시 그 물건의 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알지 못한 때에는 손해배상도 청구할 수 있다 함은 민법 제570조가 규정하고 있는 바이나, 이 경우 매수인이 그 물건의 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알지 못한 것이 그의 과실로 인한 것이라면 손해배상액의 산정에 있어서 그와 같은 과실을 참작하는 것이 형평의 원칙에 비추어 타당하다.(71다218)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제570조에 의하여 타인의 물건을 매도한 경우에, 매도인이 그 소유권을 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 매매계약을 해제할 수 있으며, 매수인이 계약당시 그 물건의 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알지 못한 때에는 손해배상도 청구할 수 있다. 둘째, 매수인이 그 물건의 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알지 못한 것이 그의 과실로 인한 것이라면 손해배상액의 산정에 있어서 그와 같은 과실을 참작한다. 셋째, 이는 형평의 원칙에 비추어 과실상계를 한 것이다. 따라서 타인의 물건 매매에 있어서, 매수인이 그 물건의 소유권이 매도인에게 속하지 아니함을 알지 못한 것이 매수인의 과실에 기인한 경우에는 매도인의 배상액을 산정함에 있어서 이를 참작하여야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우에 매도인은 매수인에 대하여 그 하자로 인한 담보책임을 부담한다 할 것이고, 한편 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 위와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매 목적물의 하자에 해당한다 할 것이나, 다만 위와 같은 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이다.(98다18506)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매도인이 매수인에 대하여 매매 목적물의 하자로 인하여 부담하는 담보책임을 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우에 발생한다. 둘째, 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 것도 법률적 제한 내지 장애로서 매매 목적물의 하자에 해당한다. 셋째, 매매 목적물의 하자가 있는지는 매매계약 성립시를 기준으로 판단한다. 넷째, 매매계약 성립시 이후에 발생하는 매매 목적물의 하자는 채무불이행책임이나 위험부담의 법리가 적용된다. 따라서 매매의 목적물의 하자로 인한 담보책임에 있어서 그 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 판단한다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 제582조의 제척기간이 적용되고, 이는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는 데에 취지가 있다. 그런데 하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없으며, 이때 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다고 해석함이 타당하다.(2011다10266)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 제582조의 제척기간이 적용된다. 둘째, 하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정도 적용된다. 셋째, 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다. 넷째, 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행된다. 따라서 매도인에 대한 목적물의 하자담보에 따른 손해배상청구권은 다른 특별한 사정이 없는 한 매수인이 매매목적물을 인도받은 때로부터 소멸시효가 진행된다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 민법 제582조에 의하면 하자담보책임은 매수인이 하자의 존재를 안 날로부터 6월내에 행사하여야 한다.

=> 따라서 매수인은 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 그 하자가 있다는 사실을 안 날로부터 6월내에 하자담보책임에 따른 권리를 행사하여야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

30. ⑤

① (×) 건물의 임대차에 있어서 임차인의 임대인에게 지급한 임차보증금반환청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차목적대로 사용 못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 민법 제320조에 규정된 소위 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 원심판결이 이와 같은 취지에서 보증금반환채권과 손해배상채권에 관한 피고의 유치권 주장을 배척한 조치는 정당하다.(75다1305)

=> 임차인은 보증금반환채권을 위하여는 유치권을 주장할 수 없으나, 임대인과 사이에 건물인도시 권리금을 반환하기로 약정한 경우에는 이를 가지고 임차물에 대한 유치권을 행사할 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 통상 권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없는 것이므로 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에 권리금액의 기재 없이 단지 '모든 권리금을 인정함'이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차계약의

갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 할 것이다.(2000다4517)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 통상 권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없는 것이다. 둘째, 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에 권리금액의 기재 없이 단지 '모든 권리금을 인정함'이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없다. 셋째, 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차계약의 갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 할 것이다. 따라서 이는 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하기로 약정한 것으로 볼 수 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 부동산임대차에 있어서 임차인이 임대인에게 지급하는 임대차보증금은 임대차관계가 종료되어 목적물을 반환하는 때까지 그 임대차관계에서 발생하는 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 임대인의 임대차보증금 반환의무는 임대차관계가 종료되는 경우에 그 임대차보증금 중에서 목적물을 반환받을 때까지 생긴 연체차임 등 임차인의 모든 채무를 공제한 나머지 금액에 관하여서만 비로소 이행기에 도달하는 것이므로, 그 임대차보증금 반환 채권을 양도함에 있어서 임대인이 아무런 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였어도 임차 목적물을 개촉하는 등 하여 임차인이 부담할 원상복구비용 상당의 손해배상액은 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다 할 것이나, 임대인과 임차인 사이에서 장래 임대목적물 반환시 위 원상복구비용의 보증금 명목으로 지급하기로 약정한 금액은, 임대차관계에서 당연히 발생하는 임차인의 채무가 아니라 임대인과 임차인 사이의 약정에 기하여 비로소 발생하는 채무에 불과하므로, 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있는 것은 아니라 할 것이어서, 임대차보증금 반환 채권을 양도하기 전에 임차인과 사이에 이와 같은 약정을 한 임대인이 이와 같은 약정에 기한 원상복구비용의 보증금 청구 채권이 존재한다는 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였다면 민법 제451조 제1항이 적용되어 그 원상복구비용의 보증금 청구 채권으로 채권양수인에게 대항할 수 없다.(2002다52657)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산임대차에 있어서 임차인이 임대인에게 지급하는 임대차보증금은 임대차관계가 종료되어 목적물을 반환하는 때까지 그 임대차관계에서 발생하는 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이다. 둘째, 임대인의 임대차보증금 반환의무는 임대차관계가 종료되는 경우에 그 임대차보증금 중에서 목적물을 반환받을 때까지 생긴 연체차임 등 임차인의 모든 채무를 공제한 나머지 금액에 관하여서만 비로소 이행기에 도달하는 것이다. 셋째, 임대차보증금 반환 채권을 양도함에 있어서 임대인이 아무런 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였어도 임차 목적물을 개촉하는 등 하여 임차인이 부담할 원상복구비용 상당의 손해배상액은 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있다. 넷째, 임대인과 임차인 사이에서 장래 임대목적물 반환시 위 원상복구비용의 보증금 명목으로 지급하기로 약정한 금액은 임대인과 임차인 사이의 약정에 기하여 비로소 발생하는 채무에 불과하므로 반환할 임대차보증금에서 당연히 공제할 수 있는 것은 아니다. 다섯째, 임대차보증금 반환 채권을 양도하기 전에 임차인과 사이에 이와 같은 약정을 한 임대인이 이와 같은 약정에 기한 원상복구비용의 보증금 청구 채권이 존재한다는 이의를 보류하지 아니한 채 채권양도를 승낙하였다면 민법 제451조 제1항이 적용되어 그 원상복구비용의 보증금 청구 채권으로 채권양수인에게 대항할 수 없다. 따라서 임대차보증금반환채권 양도에 있어서 임대인이 아무런 이의를 보류하지 아니하고 채권양도를 승낙하였다면 임차목적물을 개촉하는 등으로 임차인이 부담할 원상복구비용 상당의 손해배상액은 반환할 임대차 보증금에서 당연히 공제할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (×) 부동산 임대차에 있어서 수수된 보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이므로, 임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그 때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다.(2004다56554)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부동산 임대차에 있어서 수수된 보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것이다. 둘째, 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이다. 셋째, 임대보증금이 수수된 임대차계약에서 차임채권에 관하여 압류 및 추심명령이 있었다 하더라도, 당해 임대차계약이 종료되어 목적물이 반환될 때에는 그때까지 추심되지 아니한 채 잔존하는 차임채권 상당액도 임대보증금에서 당연히 공제된다. 따라서 임대인이 임대차 계약에 기하여 임차인에게 갖는 차임채권에 대하여 채권압류 및 추심명령이 있었다면 임차인에게 채권압류 및 추심명령이 송달된 이후의 차임은 임대보증금에서 공제할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (○) 임대차 보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 인도할 때까지 발생하는, 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이므로, 임대인은 임대차 보증금에서 그 피담보채무를 공제한

나머지만을 임차인에게 반환할 의무가 있다고 할 것이나, 임대차 보증금에서 피담보채무 등을 공제하려면 임대인은 피담보채무인 연체차임 등을 임대차 보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 하고 나아가 임대차 보증금에서 공제될 차임 채권 등의 발생 원인에 관하여 주장·입증을 하여야 하는 것이며, 다만 그 발생한 채권이 변제 등의 이유로 소멸하였는지에 관하여는 임차인이 주장·입증책임을 부담한다.(2005다8323,8330)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 임대차 보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 인도할 때까지 발생하는, 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것이다. 둘째, 임대인은 임대차 보증금에서 그 피담보채무를 공제한 나머지만을 임차인에게 반환할 의무가 있다. 셋째, 임대차 보증금에서 피담보채무 등을 공제하려면 임대인은 피담보채무인 연체차임 등을 임대차 보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 하고 나아가 임대차 보증금에서 공제될 차임 채권 등의 발생 원인에 관하여 주장·입증을 하여야 하는 것이다. 다섯째, 그 발생한 채권이 변제 등의 이유로 소멸하였는지에 관하여는 임차인이 주장·입증책임을 부담한다. 따라서 임대차계약 종료 후 임대차 보증금에서 그 피담보채무 등을 공제하려면 임대인으로서의 그 피담보채무인 연체차임, 연체관리비 등을 임대차 보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 하여야 하고 나아가 그 임대차 보증금에서 공제될 차임채권, 관리비채권 등의 발생 원인에 관하여 주장·입증하여야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

31. ②

① (○) 민법 제668조에 의하면 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 건물 기타 토지의 공작물에 대하여는 그러하지 아니하다.

=> 완성된 건물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없더라도 도급인은 계약을 해제할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

② (×) 도급인이 수급인의 채무불이행을 이유로 도급계약 해제의 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행의 요건을 갖추지 못한 것으로 밝혀진 경우, 도급계약의 당사자 사이에 분쟁이 있었다고 하여 그러한 사정만으로 위 의사표시에 민법 제673조에 따른 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수는 없다.(2022다246757)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 도급인이 수급인의 채무불이행을 이유로 도급계약 해제의 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행의 요건을 갖추지 못한 것으로 밝혀졌다. 둘째, 도급계약의 당사자 사이에 분쟁이 있었다는 사정만으로 도급계약 해제의 의사표시에 민법 제673조에 따른 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수는 없다. 따라서 수급인의 공사지연에 따른 이행지체를 이유로 계약을 해제하겠다는 도급인의 의사표시에는 수급인이 일을 완성하기 전에 손해를 배상하고 도급계약을 해제하겠다는 의사표시가 포함되어 있다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (○) 민법 제665조 제1항에 의하면 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 한다. 그러나 목적물의 인도를 요하지 아니하는 경우에는 그 일을 완성한 후 지체없이 지급하여야 한다.

=> 수급인의 완성물 인도와 도급인의 보수지급 사이에는 동시이행관계가 인정되므로 이행기에 서로 이행하지 않으면 위법성이 없어 동시이행항변을 하지 않더라도 이행지체책임을 면한다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 건축공사도급계약이 수급인의 채무불이행을 이유로 해제된 경우에 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되고 수급인은 해제한 상태 그대로 건물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다. 건축공사도급계약이 중도 해제된 경우 도급인이 지급하여야 할 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총 공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이지 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다. 기성고 비율은 공사대금 지급의무가 발생한 시점, 즉 수급인이 공사를 중단할 당시를 기준으로 이미 완성된 부분에 들어간 공사비에다 미시공 부분을 완성하는 데 들어갈 공사비를 합친 전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 비용이 차지하는 비율을 산정하여 확정하여야 한다.(2014다11574)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 건축공사도급계약이 수급인의 채무불이행을 이유로 해제된 경우이다. 둘째, 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에 도급계약은 미완성부분에 대하여만 실효된다. 셋째, 수급인은 해제한 상태 그대로 건물을 도급인에게 인도하며, 도급인은 특별한 사정이 없는 한 인도받은 미완성 건물에 대한 보수를 지급하여야 하는 권리의무관계가 성립한다. 넷째, 건축공사도급계약이 중도 해제된 경우 도급인이 지급하여야 할 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총 공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이지 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다. 따라서 수급인의 채무불이행으로 계약이 해제되더라도 수급인은 해제시점까지 총공사비에 기성고 비율을 적용한 금액을 도급인에게 청구할 수 있다는 표현은

옳은 표현이다.

⑤ (○) 민법 제757조에 의하면 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 손해를 배상할 책임이 있다.

=> 도급인에게 도급이나 지시에 관하여 중대한 과실이 없다면 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다는 표현은 옳은 지문이다.

32. ③

① (○) 조합원은 다른 조합원 전원의 동의가 있으면 그 지분을 처분할 수 있으나 조합의 목적과 단체성에 비추어 조합원으로서의 자격과 분리하여 그 지분권만을 처분할 수는 없으므로, 조합원이 지분을 양도하면 그로써 조합원의 지위를 상실하게 되며, 이와 같은 조합원 지위의 변동은 조합지분의 양도양수에 관한 약정으로써 바로 효력이 생긴다.(2006다28454)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 조합원은 다른 조합원 전원의 동의가 있으면 그 지분을 처분할 수 있다. 둘째, 조합의 목적과 단체성에 비추어 조합원으로서의 자격과 분리하여 그 지분권만을 처분할 수는 없다. 셋째, 조합원이 지분을 양도하면 그로써 조합원의 지위를 상실하게 되며, 이와 같은 조합원 지위의 변동은 조합 지분의 양도양수에 관한 약정으로써 바로 효력이 생긴다. 따라서 조합원이 다른 조합원 전원의 동의하에 자신의 지분을 양도하면 그로써 조합원의 지위를 상실하게 되며, 이와 같은 조합원의 지위의 변동은 조합지분의 양도양수에 관한 약정으로써 바로 효력이 생긴다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 조합에 관한 민법의 규정은 임의규정이므로 당사자 사이에 특별한 의사표시가 있으면 민법의 규정에 우선하여 당사자 사이의 의사표시에 따라야 하는 것이고 공동 광업권 상호 간에 탈퇴 원인에 관하여도 위와 같은 특약은 허용된다.(87다카1448)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 조합에 관한 민법의 규정은 '임의규정'이다. 둘째, 당사자 사이에 특별한 의사표시가 있으면 민법의 규정에 우선하여 당사자 사이의 의사표시에 따라야 하는 것이다. 셋째, 공동 광업권 상호 간에 탈퇴 원인에 관하여도 위와 같은 특약은 허용된다. 따라서 조합에 관한 민법의 규정은 임의규정이므로, 탈퇴사유에 대해 조합계약에서 정한 바가 있으면, 그 규정이 우선 적용된다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (×) 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인이 임의로 조합의 채무자에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없는 것이므로, 조합원 중 1인의 채권자가 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행하는 경우, 다른 조합원으로서의 보존행위로서 제3자이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 있다.(2000다68924)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 조합의 채권은 조합원 전원에게 합유적으로 귀속하는 것이다. 둘째, 특별한 사정이 없는 한 조합원 중 1인이 임의로 조합의 채무자에 대하여 출자지분의 비율에 따른 급부를 청구할 수 없는 것이다. 셋째, 조합원 중 1인의 채권자가 그 조합원 개인을 집행채무자로 하여 조합의 채권에 대하여 강제집행하는 경우, 다른 조합원으로서의 보존행위로서 제3자이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 있다. 따라서 다른 조합원으로서의 보존행위로서 제3자이의의 소를 제기하여 그 강제집행의 불허를 구할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 조합 관계에 있어서는 일반적으로 조합계약에서 정한 사유의 발생, 조합원 전원의 합의, 조합의 목적인 사업의 성공 또는 성공 불능, 해산청구 등에 의하여 조합 관계가 종료되고, 조합 관계가 종료된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상, 청산절차를 밟는 것이 통례로서 조합원들에게 분배할 잔여재산과 그 가액은 청산절차가 종료된 때에 확정되는 것이므로 원칙적으로 청산절차가 종료되지 아니한 상태에서 잔여재산의 분배를 청구할 수는 없는 것이지만, 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고, 다만 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요가 없이 각 조합원은 자신의 잔여재산분배비율의 범위 내에서 그 분배비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 바로 잔여재산의 분배를 청구할 수 있다.(97다31472) 조합이 해산된 경우 조합에 합유적으로 귀속된 채권의 추심이나 채무의 변제 등의 사무가 완료되지 아니한 상황이라면 그 청산절차를 거치지 아니하고 바로 잔여재산의 분배를 구할 수 없음이 원칙이나, 그 추심이나 변제 등이 완료되지 않은 상태에서도 조합원들 사이에서 공평한 잔여재산의 분배가 가능한 경우라면 그 청산절차를 거치지 아니하더라도 예외적으로 잔여재산의 분배가 허용된다.(2008다79234)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 조합 관계가 종료된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 원칙적으로 청산절차가 종료되지 아니한 상태에서 잔여재산의 분배를 청구할 수는 없는 것이다. 둘째, 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고, 다만 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요가 없이 각 조합원은 자신의 잔여재산분배비율의 범위 내에서 그 분배비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 바로 잔여재산의 분배를 청구할 수 있다. 셋째, 그 추심이나 변제 등이 완료되지 않은 상태에서도 조합원들 사이에서 공평한 잔여재산의 분배가 가능한 경우라면 그 청산절차를 거치지

아니하더라도 예외적으로 잔여재산의 분배가 허용된다. 따라서 조합이 해산된 경우 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 다만 잔여재산의 분배만이 남아 있는 경우에는 별도로 청산절차를 밟을 필요가 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 민법 제719조 제1항에 의하면 탈퇴한 조합원과 다른 조합원간의 계산은 탈퇴 당시의 조합재산상태에 의하여 한다. 동조 제2항에 의하면 탈퇴한 조합원의 지분은 그 출자의 종류여하에 불구하고 금전으로 반환할 수 있다.

=> 따라서 법률 규정을 그대로 옮겨 적은 것이므로 옳은 표현이다.

33. ③

① (×) 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 ‘제3자의 변제’ 또는 민법 제744조의 ‘도의관념에 적합한 비채변제’에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없고, 그에 따라 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 되므로, 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다.(2012다54478)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 경과실이 있는 공무원이 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당한다. 둘째, 이는 민법 제469조의 ‘제3자의 변제’ 또는 민법 제744조의 ‘도의관념에 적합한 비채변제’에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없다. 셋째, 피해자의 국가에 대한 손해배상청구권이 소멸하여 국가는 자신의 출연 없이 채무를 면하게 된다. 넷째, 공무원은 국가에 대하여 국가의 피해자에 대한 손해배상책임을 범위 내에서 공무원이 변제한 금액에 관하여 구상권을 취득한다. 따라서 피해자에게 손해를 직접 배상한 경과실이 있는 공무원은 국가에 대하여 구상권을 취득하지 못한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 채무자가 피해자로부터 편취한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우, 채권자가 변제를 수령할 때 금전이 편취된 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있으며, 채권자가 ‘단순한 경과실’만 있는 경우에는 법률상 원인이 없어 부당이득청구를 할 수 없다.(2012다44358)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 채무자가 피해자로부터 편취한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용한다. 둘째, 채권자가 변제를 수령할 때 금전이 편취된 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있다. 셋째, 채권자가 ‘단순한 경과실’만 있는 경우에는 법률상 원인이 없어 부당이득청구를 할 수 없다. 따라서 다른 채권자가 변제를 수령할 때 금전이 편취된 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없더라도 다른 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (○) 민법 제746조는 “불법행위의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다.”라고 하여 불법원인급여에 해당하면 부당이득반환청구를 할 수 없도록 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘불법’이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다.(2013다79887)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 불법원인급여에 해당하면 부당이득반환청구를 할 수 없다. 둘째, 불법원인급여의 ‘불법’은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우를 의미한다. 따라서 판례표현을 그대로 옮겼으므로 옳은 표현이다.

④ (×) 계약무효의 경우 각 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 반환의무는 성질상 부당이득반환의무로서 악의의 수익자는 그 받은 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 하므로(민법 제748조 제2항), 매매계약이 무효로 되는 때에는 매도인이 악의의 수익자인 경우 특별한 사정이 없는 한 매도인은 반환할 매매대금에 대하여 민법이 정한 연 5%의 법정이율에 의한 이자를 붙여 반환하여야 한다. 그리고 위와 같은 법정이자의 지급은 부당이득반환의 성질을 가지는 것이지 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상이 아니므로, 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없다.(2016다47478)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 계약무효의 경우 각 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 반환의무는 성질상 부당이득반환의무이다. 둘째, 민법 748조 제2항에 의하여 악의의 수익자는 그 받은 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 한다. 셋째, 매매계약이 무효로 되는 때에는 매도인이 악의의 수익자인 경우 특별한 사정이 없는 한 매도인은 반환할 매매대금에 대하여 민법이

정한 연 5%의 법정이율에 의한 이자를 붙여 반환하여야 한다. 넷째, 법정이자 지급은 부당이득반환의 성질을 가지는 것이므로 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없다. 다섯째, 이행지체로 인한 지연손해는 동시이행항변권의 존재로 발생하지 않아서 청구 못하나 이자는 청구할 수 있다. 따라서 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는 경우라면 이와 같은 법정이자의 지급은 매도인의 매매대금 반환의무의 종된 의무이므로 역시 동시이행의 관계가 성립한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

⑤ (×) 민법 제387조 제2항에 의하면 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다. 부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 다음 날부터 비로소 지체책임을 진다.(2016다253297)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이다. 둘째, 채무자는 이행청구를 받은 다음 날부터 비로소 지체책임을 진다. 따라서 그 채무자는 이행청구를 받은 날부터 지체책임을 진다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

34. ⑤

① (○) 민법 제756조에 규정된 사용자책임의 요건인 '사무집행에 관하여'라 함은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동, 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보일 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려하지 않고 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이다. 피용자가 다른 사람에게 가해행위를 한 경우 그 행위가 피용자의 사무집행 그 자체는 아니더라도 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것이라면 외형적·객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임이 성립한다.(2018다285106)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 사무집행에 관하여'라 함은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동, 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보일 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려하지 않고 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이다. 둘째, 피용자가 다른 사람에게 가해행위를 한 경우 그 행위가 사용자의 사업과 시간적·장소적으로 근접하고 피용자의 사무의 전부 또는 일부를 수행하는 과정에서 이루어지거나 가해행위의 동기가 업무처리와 관련된 것이라면 외형적·객관적으로 사용자의 사무집행행위와 관련된 것이라고 보아 사용자책임이 성립한다. 따라서 피용자의 가해행위가 사용자의 사업과 시간적 장소적으로 근접하고 가해행위의 동기가 업무처리와 관련되어 있다면 사무집행관련성이 인정된다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 민법 제756조에 규정된 사용자책임의 요건인 '사무집행에 관하여'라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이고, 여기에서 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험 창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다.(2000다34426)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, '사무집행에 관하여'라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 이를 사무집행에 관하여 한 행위로 본다는 것이다. 둘째, 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험 창출과 방지조치 결여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 또는 사무집행행위와 관련되어 있다고 보인다면 피용자의 주관적 사정을 고려하지 않고 사무집행관련성이 인정된다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 있어서 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용, 근로조건이나 근무태도, 가해행위의 상황, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 그 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.(94다17246)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행해진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 될 수 있다. 둘째, 사용자는 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분산이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 그 구상권을 행사할 수 있다. 따라서 사용자가 손해를 배상한 경우에 사용자의 피용자에 대한 구상권의 범위는 신의칙상 상당하다고 인정되는 범위로 제한된다는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 민법 제756조에 의한 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이고, 같은 조 제1항에서 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 책임을 면할 수 있도록 규정함으로써 사용자책임에서 사용자의 과실은 직접의 가해행위가 아닌 피용자의 선임·감독에 관련된 것으로 해석되는 점에 비추어 볼 때, 피용자의 고의의 불법행위로 인하여 사용자책임이 성립하는 경우에 민법 제496조의 적용을 배제하여야 할 이유가 없으므로 사용자책임이 성립하는 경우 사용자는 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수는 없다.(2004다63019)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제756조에 의한 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이다. 둘째, 사용자책임에서 사용자의 과실은 직접의 가해행위가 아닌 피용자의 선임·감독에 관련된 것으로 해석된다. 셋째, 피용자의 고의의 불법행위로 인하여 사용자책임이 성립하는 경우에 민법 제496조의 적용을 배제하여야 할 이유가 없다. 넷째, 사용자책임이 성립하는 경우 사용자는 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수는 없다. 즉 채무가 고의의 불법행위로 인한 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다. 따라서 피용자의 고의의 불법행위로 인한 사용자책임에 있어서 사용자는 피해자의 사용자에게 대한 손해배상채권을 수동채권으로 상계할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (×) 사용자가 피용자의 과실에 의한 불법행위로 인한 사용자책임을 부담하는 경우와 마찬가지로 피용자의 고의에 의한 불법행위로 인하여 사용자책임을 부담하는 경우에도 피해자에게 그 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있다면 사용자책임을 범위를 정함에 있어서 이러한 피해자의 과실을 고려하여 그 책임을 제한할 수 있고, 손해배상 청구소송에 있어 피해자의 과실의 인정여부 및 그 비율의 적정성에 대한 판단은 특별한 사정이 없는 한 사실심 법원의 전권에 속한다.(2000다56952)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 사용자는 피용자의 불법행위가 고의에 의하든 과실에 의하든 사용자책임을 부담한다. 둘째, 피해자에게 그 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있어야 한다. 셋째, 사용자책임을 범위를 정함에 있어서 이러한 피해자의 과실을 고려하여 그 책임을 제한할 수 있다. 따라서 피용자의 고의의 불법행위로 인한 사용자책임에 있어서 피해자에게 손해의 발생에 기여한 과실이 있더라도 사용자의 책임범위를 제한할 수 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

35. ①

① (×) 원·피고 사이의 사실혼관계가 불과 1개월 만에 파탄된 경우, 혼인생활에 사용하기 위하여 결혼 전후에 원고 자신의 비용으로 구입한 가재도구 등을 피고가 점유하고 있다고 하더라도 이는 여전히 원고의 소유에 속한다고 할 것이어서, 원고가 소유권에 기하여 그 반환을 구하거나 원상회복으로 반환을 구하는 것은 별론으로 하고, 이로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고 할 수 없다는 이유로 그 구입비용 상당액의 손해배상청구를 배척하였다(대판 2003.11.14. 2000므1257).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 사실혼관계가 단기간에 해소된 경우 혼인생활에 사용하기 위하여 결혼 전후에 원고 자신의 비용으로 구입한 가재도구 등을 피고가 점유하고 있다고 하더라도 이는 여전히 원고의 소유에 속한다. 둘째, 원고는 소유권에 기하여 그 반환을 구하거나 원상회복으로 반환을 구하는 것은 가능하다. 셋째, 피고에게 구입비용 상당액의 손해배상청구를 하는 것은 가능하지 않다. 따라서 구입비용 상당액의 손해배상을 청구할 수 있다는 표현은 손해배상청구를 하는 것은 가능하지 않다는 표현과 어울리지 않으므로 옳은 표현이 아니다.

② (○) 약혼예물의 수수는 약혼의 성립을 증명하고 혼인이 성립한 경우 당사자 내지 양가의 정리를 두텁게 할 목적으로 수수되는 것으로 혼인의 불성립을 해제조건으로 하는 증여와 유사한 성질을 가지므로, 예물의 수령자 측이 혼인 당초부터 성실히 혼인을 계속할 의사가 없고 그로 인하여 혼인의 파국을 초래하였다고 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 신의칙 내지 형평의 원칙에 비추어 혼인 불성립의 경우에 준하여 예물반환의무를 인정함이 상당하나, 그러한 특별한 사정이 없는 한 일단 부부관계가 성립하고 그 혼인이 상당 기간 지속된 이상 후일 혼인이 해소되어도 그 반환을 구할 수는 없으므로, 비록 혼인 파탄의 원인이 며느리에게 있더라도 혼인이 상당 기간 계속된 이상 약혼예물의 소유권은 며느리에게 있다.(대판 1996.5.14. 96다5506)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 약혼예물의 수수는 혼인의 불성립을 해제조건으로 하는 증여와 유사한 성질을 가진다. 둘째, 예물의 수령자 측이 혼인 당초부터 성실히 혼인을 계속할 의사가 없고 그로 인하여 혼인의 파국을 초래하였다고 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 신의칙 내지 형평의 원칙에 비추어 혼인 불성립의 경우에 준하여 예물반환의무를 인정함이 상당하다. 셋째, 일단 부부관계가 성립하고 그 혼인이 상당 기간 지속된 이상 후일 혼인이 해소되어도 그 반환을 구할 수는 없다. 넷째, 비록 혼인 파탄의 원인이 며느리에게 있더라도 혼인이 상당 기간 계속된 이상 약혼예물의 소유권은 며느리에게 있다. 따라서 혼인이 해소되어도 약혼예물의 반환을 구할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (○) 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미친다. 그러므로 부모

가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다. 민법 제837조, 제909조 제4항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5) 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다(대판 2012.4.13. 2011므4719).

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무이다. 둘째, 부모가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다. 셋째, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니다. 넷째, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다. 따라서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니라는 표현은 옳은 표현이다.

④ (○) 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다.(대판 1999.4.9. 98다58016)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정이다. 둘째, 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다. 따라서 옳은 표현이다.

⑤ (○) 재판상 이혼사유에 관한 민법 제840조는 동조가 규정하고 있는 각 호 사유마다 각 별개의 독립된 이혼사유를 구성하는 것이고, 이혼청구를 구하면서 위 각 호 소정의 수개의 사유를 주장하는 경우 법원은 그중 어느 하나를 받아들여 청구를 인용할 수 있다.(대판 2000.9.5. 99므1886)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 재판상 이혼사유에 관한 민법 제840조는 동조가 규정하고 있는 각 호 사유마다 각 별개의 독립된 이혼사유를 구성하는 것이다. 둘째, 이혼청구를 구하면서 위 각 호 소정의 수개의 사유를 주장하는 경우 법원은 그중 어느 하나를 받아들여 청구를 인용할 수 있다. 따라서 옳은 표현이다.

36. ④

① (×) 민법 제860조는 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리에 의하여 제한받는다라는 취지를 규정하면서 민법 제1014조는 상속개시 후의 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동상속인이 된 자는 그 상속분에 상응한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다고 규정하여 제860조 소정의 제3자의 범위를 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 혼인 외의 출생자가 부의 사망 후에 인지의 소에 의하여 친생자로 인지받은 경우 피인지자보다 후순위 상속인인 피상속인의 직계존속 또는 형제자매 등은 피인지자의 출현과 함께 자신이 취득한 상속권을 소급하여 잃게 되는 것으로 보아야 하고, 그것이 민법 제860조 단서의 규정에 따라 인지의 소급효 제한에 의하여 보호받게 되는 제3자의 기득권에 포함된다고는 볼 수 없다.(대판 1993.3.12. 92다48512)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제860조는 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리에 의하여 제한받는다라는 취지를 규정하면서 민법 제1014조는 상속개시 후의 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동상속인이 된 자는 그 상속분에 상응한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다고 규정하여 제860조 소정의 제3자의 범위를 제한하고 있다. 둘째, 혼인 외의 출생자가 부의 사망 후에 인지의 소에 의하여 친생자로 인지받은 경우 피인지자보다 후순위 상속인인 피상속인의 직계존속 또는 형제자매 등은 피인지자의 출현과 함께 자신이 취득한 상속권을 소급하여 잃게 되는 것으로 보아야 한다. 셋째, 피인지자보다 후순위 상속인인 피상속인의 직계존속 또는 형제자매 등은 피인지자의 출현과 함께 자신이 취득한 상속권은 민법 제860조 단서의 규정에 따라 인지의 소급효 제한에 의하여 보호받게 되는 제3자의 기득권에 포함된다고는 볼 수 없다. 따라서 인지의 소급효 제한에 의하여 보호받게 되는 제3자에 포함된다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

② (×) 양육자로 지정된 양육친이 비양육친을 상대로 제기한 양육비 청구 사건에서 제1심 가정법원이 자녀가 성년에 이르기 전날을 종기로 삼아 장래양육비의 분담을 정한 경우, 항고심법원이 양육에 관한 사항을 심리한 결과 일정 시점 이후에는 양육자로 지정된 자가 자녀를 양육하지 않고 있는 사실이 확인된다면 이를 반영하여 장래양육비의 지급을 명하는 기간을 다시 정하여야 한다.(대결 2022.11.10. 2021스766)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 양육자로 지정된 양육친이 비양육친을 상대로 제기한 양육비 청구 사건에서 제1심 가정법원이 자녀가 성년에 이르기 전날을 종기로 삼아 장래양육비의 분담을 정하였다. 둘째, 항고심법원이 양육에 관한 사항을 심리한 결과 일정 시점 이후에는 양육자로 지정된 자가 자녀를 양육하지 않고 있는 사실이 확인되었다. 셋째, 항고심법원은 이를 반영하여 장래양육비의 지급을 명하는 기간을 다시 정하여야 한다. 따라서 이를 반영하여 장래양육비의 지급을 명하는 기간을 다시 정할 수는 없다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

③ (×) 민법 규정은 후견계약이 등기된 경우에는 사적 자치의 원칙에 따라 본인의 의사를 존중하여 후견계약을 우선하도록 하고, 예외적으로 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에 한하여 법정후견(성년후견, 한정후견 또는 특정후견을 가리킨다)을 개시할 수 있도록 하고 있다. 민법 제959조의2 제1항에서 후견계약의 등기 시점을 특별히 제한하지 않고 제2항 본문에서 본인에 대해 이미 법정후견이 개시된 경우에는 임의후견감독인을 선임하면서 종전 법정후견의 종료 심판을 하도록 한 점 등에 비추어 보면, 위 제1항은 본인에 대해 법정후견 개시심판 청구가 제기된 후 심판이 확정되기 전에 후견계약이 등기된 경우에도 적용된다고 보아야 하고, 그 경우 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정할 때에만 법정후견 개시심판을 할 수 있다.(대결 2021.7.15. 2020오547)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 규정은 후견계약이 등기된 경우에는 사적 자치의 원칙에 따라 본인의 의사를 존중하여 후견계약을 우선하도록 하고, 예외적으로 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에 한하여 법정후견(성년후견, 한정후견 또는 특정후견을 가리킨다)을 개시할 수 있도록 하고 있다. 둘째, 민법 제959조의2 제1항은 본인에 대해 법정후견 개시심판 청구가 제기된 후 심판이 확정되기 전에 후견계약이 등기된 경우에도 적용된다. 셋째, 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정할 때에만 법정후견 개시심판을 할 수 있다. 따라서 민법 제959조의2 제1항은 본인에 대해 한정후견개시심판 청구가 제기된 후 심판이 확정되기 전에 후견계약이 등기된 경우에는 적용되지 않는다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 입양은 출생이 아니라 법에 정한 절차에 따라 원래는 부모·자녀가 아닌 사람 사이에 부모·자녀 관계를 형성하는 제도이다. 조부모와 손자녀 사이에는 이미 혈족관계가 존재하지만 부모·자녀 관계에 있는 것은 아니다. 민법은 입양의 요건으로 동의와 허가 등에 관하여 규정하고 있을 뿐이고 존속을 제외하고는 혈족의 입양을 금지하고 있지 않다(민법 제877조 참조). 따라서 조부모가 손자녀를 입양하여 부모·자녀 관계를 맺는 것이 입양의 의미와 본질에 부합하지 않거나 불가능하다고 볼 이유가 없다.(대결[전합] 2021.12.23. 2018스5)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 입양은 출생이 아니라 법에 정한 절차에 따라 원래는 부모·자녀가 아닌 사람 사이에 부모·자녀 관계를 형성하는 제도이다. 둘째, 조부모와 손자녀 사이에는 이미 혈족관계가 존재하지만 부모·자녀 관계에 있는 것은 아니다. 셋째, 민법은 입양의 요건으로 동의와 허가 등에 관하여 규정하고 있을 뿐이고 존속을 제외하고는 혈족의 입양을 금지하고 있지 않다. 넷째, 조부모가 손자녀를 입양하여 부모·자녀 관계를 맺는 것이 입양의 의미와 본질에 부합하지 않거나 불가능하다고 볼 이유가 없다. 따라서 조부모가 손자녀를 입양하여 부모·자녀 관계를 맺는 것도 가능하다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (×) 처를 부와 함께 입양당사자로 하는 현행 민법 아래에서는(1990.1.13. 개정 전 민법 제874조 제1항은 “처가 있는 자는 공동으로 함이 아니면 양자를 할 수 없고 양자가 되지 못한다”고 규정하였고, 개정 후 현행 민법 제874조 제1항은 “배우자 있는 자가 양자를 할 때에는 배우자와 공동으로 하여야 한다”고 규정하고 있다) 부부공동입양제가 되어 처도 부와 마찬가지로 입양당사자가 되기 때문에 양부모가 이혼하였다고 하여 양모를 양부와 다르게 취급하여 양모자관계만 소멸한다고 볼 수는 없는 것이다.(대판[전합] 2001.5.24. 2000므1493)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 처를 부와 함께 입양당사자로 하는 현행 민법 아래에서는 부부공동입양제가 되어 처도 부와 마찬가지로 입양당사자가 된다. 둘째, 양부모가 이혼하였다고 하여 양모를 양부와 다르게 취급하여 양모자관계만 소멸한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 양부자관계는 존속하지만 양모자관계는 소멸한다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

37. ②

① (○) 친생자와 관련된 민법 규정, 특히 민법 제844조 제1항(이하 ‘친생추정 규정’이라 한다)의 문언과 체계, 민법이 혼인 중 출생한 자녀의 법적 지위에 관하여 친생추정 규정을 두고 있는 기본적인 입법 취지와 연혁, 헌법이 보장하고 있는 혼인과 가족제도 등에 비추어 보면, 아내가 혼인 중 남편이 낳 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우에도 친생추정 규정을 적용하여 인공수정으로 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정된다고 보는 것이 타당하다(대판[전합] 2019.10.23. 2016므2510).

=> 따라서 아내가 혼인 중 인공수정으로 출생한 자녀는 남편의 자녀로 추정된다는 표현은 옳은 표현이다.

② (×) 민법 제959조의2 제1항 전문은 후견계약이 등기된 경우에는 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에만 법정후견

심판을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐이고 임의후견감독인이 선임되어 있을 것을 요구하고 있지 않다. 또한 법정후견 청구권자로 ‘임의후견인 또는 임의후견감독인’을 정한 것은 임의후견에서 법정후견으로 원활하게 이행할 수 있도록 민법 제9조 제1항, 제12조 제1항, 제14조의2 제1항에서 정한 법정후견 청구권자 외에 임의후견인 또는 임의후견감독인을 추가한 것이다. 민법 제959조의20 제1항 후문은 “이 경우 후견계약은 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.”고 정하고 있고, ‘이 경우’는 같은 항 전문에 따라 법정후견 심판을 한 경우를 가리킨다. 이러한 규정의 문언, 체제와 목적 등에 비추어 보면, 후견계약이 등기된 경우 본인의 이익을 위한 특별한 필요성이 인정되어 민법 제9조 제1항 등에서 정한 법정후견 청구권자, 임의후견인이나 임의후견감독인의 청구에 따라 법정후견 심판을 한 경우 후견계약은 임의후견감독인의 선임과 관계없이 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료한다고 보아야 한다.(대결 2021.7.15. 2020오547)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제959조의20 제1항 전문은 후견계약이 등기된 경우에는 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에만 법정후견 심판을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐이고 임의후견감독인이 선임되어 있을 것을 요구하고 있지 않다. 둘째, 법정후견 청구권자로 ‘임의후견인 또는 임의후견감독인’을 정한 것은 임의후견에서 법정후견으로 원활하게 이행할 수 있도록 민법 제9조 제1항, 제12조 제1항, 제14조의2 제1항에서 정한 법정후견 청구권자 외에 임의후견인 또는 임의후견감독인을 추가한 것이다. 셋째, 민법 제959조의20 제1항 후문은 “이 경우 후견계약은 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.”고 정하고 있고, ‘이 경우’는 같은 항 전문에 따라 법정후견 심판을 한 경우를 가리킨다. 넷째, 후견계약이 등기된 경우 본인의 이익을 위한 특별한 필요성이 인정되어 민법 제9조 제1항 등에서 정한 법정후견 청구권자, 임의후견인이나 임의후견감독인의 청구에 따라 법정후견 심판을 한 경우 후견계약은 임의후견감독인의 선임과 관계없이 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료한다.

③ (○) 협의이혼에 있어서 이혼의사는 법률상 부부관계를 해소하려는 의사를 말하므로 일시적으로나마 법률상 부부관계를 해소하려는 당사자 간의 합의하에 협의이혼신고가 된 이상 협의이혼에 다른 목적이 있더라도 양자 간에 이혼의사가 없다고는 말할 수 없고 따라서 이와 같은 협의이혼은 무효로 되지 아니한다.(대판 1993.6.11. 93트171)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 협의이혼에 있어서 이혼의사는 법률상 부부관계를 해소하려는 의사를 말한다. 둘째, 일시적으로나마 법률상 부부관계를 해소하려는 당사자 간의 합의하에 협의이혼신고가 된 이상 협의이혼에 다른 목적이 있더라도 양자 간에 이혼의사가 없다고는 말할 수 없다. 셋째, 협의이혼은 무효로 되지 아니한다. 따라서 옳은 표현이다.

④ (○) 민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는가의 여부는 묻지 아니하는 것이라 할 것인바 공동상속재산분할협의는 그 행위의 객관적 성질상 상속인 상호간에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위라고 할 것이므로 공동상속인인 친권자와 미성년인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에는 미성년자 각자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자인 자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 하고 만약 친권자가 수인의 미성년자의 법정대리인으로서 상속재산분할협의를 한 것이라면 이는 민법 제921조에 위반된 것으로서 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산분할협이는 피대리자 전원에 의한 주인이 없는 한 무효라고 할 것이므로 이러한 주인사실을 확정하 바 없이 위 상속재산분할협의를 유효하다고 한 원심은 민법 제921조의 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이라 할 것이고 이를 지적하는 논지는 이유 있다.(대판 1993.4.13. 92다54524)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것이다. 둘째, 이해상반행위는 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는가의 여부는 묻지 아니하는 것이다. 셋째, 공동상속재산분할협의는 그 행위의 객관적 성질상 상속인 상호간에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위이다. 넷째, 공동상속인인 친권자와 미성년인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에는 미성년자 각자마다 특별대리인을 선임하여 그 각 특별대리인이 각 미성년자인 자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 하고 만약 친권자가 수인의 미성년자의 법정대리인으로서 상속재산분할협의를 한 것이라면 이는 민법 제921조에 위반된 것이다. 다섯째, 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산분할협이는 피대리자 전원에 의한 주인이 없는 한 무효라고 할 것이다. 따라서 이러한 대리행위에 의하여 성립된 상속재산분할협이는 피대리자 전원에 의한 주인이 없는 한 무효이다라는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 민법 제860조는 “인지는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 따라서 인지판결 확정으로 법률상 부양의무가 현실화되는 것이기는 하지만 부모의 법률상 부양의무는 인지판결이 확정되면 그 자의 출생 시로 소급하여 효력이 생기는 것이므로, 양육자는 인지판결의 확정 전에 발생한 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당한 범위 내에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 보아야 한다.(대결 2023.10.31. 2023스643)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제860조는 “인지는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 둘째, 인지판결 확정으로 법률상 부양의무가 현실화되는 것이기는 하지만 부모의 법률상 부양의무는 인지판결이 확정되면 그 자

의 출생 시로 소급하여 효력이 생기는 것이다. 셋째, 양육자는 인지판결의 확정 전에 발생한 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당한 범위 내에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 따라서 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당한 범위 내에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 보아야 한다는 표현은 옳은 표현이다.

38. ③

① (○) 민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다. 피대습인이 생전에 피상속인으로부터 특별수익을 받은 경우 대습상속이 개시되었다고 하여 피대습인의 특별수익을 고려하지 않고 대습상속인의 구체적인 상속분을 산정한다면 대습상속인은 피대습인이 취득할 수 있었던 것 이상의 이익을 취득하게 된다. 이는 공동상속인들 사이의 공평을 해칠 뿐만 아니라 대습상속의 취지에도 반한다. 따라서 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 경우 그 생전 증여는 대습상속인의 특별수익으로 봄이 타당하다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다267620)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제1008조는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정할 때 이를 참작하도록 하려는 데 그 취지가 있다. 둘째, 피대습인이 생전에 피상속인으로부터 특별수익을 받은 경우 대습상속이 개시되었다고 하여 피대습인의 특별수익을 고려하지 않고 대습상속인의 구체적인 상속분을 산정한다면 대습상속인은 피대습인이 취득할 수 있었던 것 이상의 이익을 취득하게 된다. 셋째, 피대습인이 대습원인의 발생 이전에 피상속인으로부터 생전 증여로 특별수익을 받은 경우 그 생전 증여는 대습상속인의 특별수익으로 봄이 타당하다. 따라서 옳은 표현이다.

② (○) 피상속인의 사망으로 상속이 개시된 후 상속인이 상속을 포기하면 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(민법 제1042조). 따라서 제1순위 상속권자인 배우자와 자녀들이 상속을 포기하면 제2순위에 있는 사람이 상속인이 된다. 상속포기의 효력은 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에까지 미치지 않는다. 대습상속은 상속과는 별개의 원인으로 발생하는 것인 데다가 대습상속이 개시되기 전에는 이를 포기하는 것이 허용되지 않기 때문이다. 이는 종전에 상속인의 상속포기로 피대습자의 직계존속이 피대습자를 상속한 경우에도 마찬가지이다. 또한 피대습자의 직계존속이 사망할 당시 피대습자로부터 상속받은 재산 외에 적극재산이든 소극재산이든 고유재산을 소유하고 있었는지에 따라 달리 볼 이유도 없다. 따라서 피상속인의 사망 후 상속채무가 상속재산을 초과하여 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 하였는데, 그 후 피상속인의 직계존속이 사망하여 민법 제1001조, 제1003조 제2항에 따라 대습상속이 개시된 경우에 대습상속인이 민법이 정한 절차와 방식에 따라 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 간주된다. 위와 같은 경우에 이미 사망한 피상속인의 배우자와 자녀들에게 피상속인의 직계존속의 사망으로 인한 대습상속도 포기하려는 의사가 있다고 볼 수 있지만, 그들이 상속포기의 절차와 방식에 따라 피상속인의 직계존속에 대한 상속포기를 하지 않으면 효력이 생기지 않는다. 이와 달리 피상속인에 대한 상속포기를 이유로 대습상속 포기의 효력까지 인정한다면 상속포기의 의사를 명확히 하고 법률관계를 획일적으로 처리함으로써 법적 안정성을 꾀하고자 하는 상속포기제도가 잠탈될 우려가 있다.(대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 피상속인의 사망으로 상속이 개시된 후 상속인이 상속을 포기하면 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 생긴다(민법 제1042조). 둘째, 제1순위 상속권자인 배우자와 자녀들이 상속을 포기하면 제2순위에 있는 사람이 상속인이 된다. 셋째, 상속포기의 효력은 피상속인의 사망으로 개시된 상속에만 미치고, 그 후 피상속인을 피대습자로 하여 개시된 대습상속에까지 미치지 않는다. 넷째, 피상속인의 사망 후 상속채무가 상속재산을 초과하여 상속인인 배우자와 자녀들이 상속포기를 하였는데, 그 후 피상속인의 직계존속이 사망하여 대습상속이 개시된 경우에 대습상속인이 민법이 정한 절차와 방식에 따라 한정승인이나 상속포기를 하지 않으면 단순승인을 한 것으로 간주된다. 따라서 옳은 표현이다.

③ (×) 민법 제1000조 제1항, 제1001조, 제1003조의 각 규정에 의하면, 대습상속은 상속인이 될 피상속인의 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 사망자 또는 결격자의 직계비속이나 배우자가 있는 때에는 그들이 사망자 또는 결격자의 순위에 갈음하여 상속인이 되는 것을 말하는 것으로, 대습상속이 인정되는 경우는 상속인이 될 자(사망자 또는 결격자)가 피상속인의 직계비속 또는 형제자매인 경우에 한한다 할 것이므로, 상속인이 될 자(사망자 또는 결격자)의 배우자는 민법 제1003조에 의하여 대습상속인이 될 수는 있으나, 피대습자(사망자 또는 결격자)의 배우자가 대습상속의 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우, 그 배우자에게 다시 피대습자로서의 지위가 인정될 수는 없다.(대법원 1999. 7. 9. 선고 98다64318,64325)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 대습상속은 상속인이 될 피상속인의 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결

격자가 된 경우에 사망자 또는 결격자의 직계비속이나 배우자가 있는 때에는 그들이 사망자 또는 결격자의 순위에 갈음하여 상속인이 되는 것을 말하는 것이다. 둘째, 대습상속이 인정되는 경우는 상속인이 될 자(사망자 또는 결격자)가 피상속인의 직계비속 또는 형제자매인 경우에 한한다. 셋째, 상속인이 될 자(사망자 또는 결격자)의 배우자는 민법 제1003조에 의하여 대습상속인이 될 수는 있으나, 피대습자(사망자 또는 결격자)의 배우자가 대습상속의 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우, 그 배우자에게 다시 피대습자로서의 지위가 인정될 수는 없다. 따라서 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 피상속인의 자녀가 상속개시 전에 전부 사망한 경우 피상속인의 손자녀는 본위상속이 아니라 대습상속을 한다고 봄이 상당하다.(대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157)

=> 따라서 옳은 표현이다.

⑤ (○) 원래 대습상속제도는 대습자의 상속에 대한 기대를 보호함으로써 공평을 꾀하고 생존 배우자의 생계를 보장하여 주려는 것이고, 또한 동시사망 추정규정도 자연과학적으로 엄밀한 의미의 동시사망은 상상하기 어려운 것이나 사망의 선후를 입증할 수 없는 경우 동시에 사망한 것으로 다루는 것이 결과에 있어 가장 공평하고 합리적이라는 데에 그 입법 취지가 있는 것인바, 상속인이 될 직계비속이나 형제자매(피대습자)의 직계비속 또는 배우자(대습자)는 피대습자가 상속개시 전에 사망한 경우에는 대습상속을 하고, 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 본위상속을 하므로 두 경우 모두 상속을 하는데, 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 본위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면 동시사망 추정 이외의 경우에 비하여 현저히 불공평하고 불합리한 것이라 할 것이고, 이는 앞서 본 대습상속제도 및 동시사망 추정규정의 입법 취지에도 반하는 것이므로, 민법 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 합목적적으로 해석함이 상당하다.(대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 상속인이 될 직계비속이나 형제자매(피대습자)의 직계비속 또는 배우자(대습자)는 피대습자가 상속개시 전에 사망한 경우에는 대습상속을 하고, 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 본위상속을 하므로 두 경우 모두 상속을 한다. 둘째, 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 본위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면 동시사망 추정 이외의 경우에 비하여 현저히 불공평하고 불합리한 것이라 할 것이다. 셋째, 민법 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 합목적적으로 해석함이 상당하다. 따라서 옳은 표현이다.

39. ③

① (○) 민법 제1008조의2가 정한 기여분제도는 공동상속인 중에 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였을 경우 이를 상속분 산정에 고려함으로써 공동상속인 간의 실질적 공평을 도모하려는 것인바, 기여분을 인정하기 위해서는 공동상속인 간의 공평을 위하여 상속분을 조정하여야 할 필요가 있을 만큼 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 상속재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였다는 사실이 인정되어야 한다.(대법원 2014. 11. 25.자 2012스156,157)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제1008조의2가 정한 기여분제도는 공동상속인 중에 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였을 경우 이를 상속분 산정에 고려함으로써 공동상속인 간의 실질적 공평을 도모하려는 것이다. 즉 공동상속인이어야 한다. 둘째, 기여분을 인정하기 위해서는 공동상속인 간의 공평을 위하여 상속분을 조정하여야 할 필요가 있을 만큼 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 상속재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였다는 사실이 인정되어야 한다. 따라서 乙은 사실혼 배우자이어서 공동상속인이 아니므로 기여분 권리자가 될 수 없다는 점에서 기여분을 주장할 수 없다는 표현은 옳은 표현이다.

② (○) 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에는 단순승인을 한 것으로 보는바, 상속인이 피상속인의 채권을 추심하여 변제받는 것도 상속재산에 대한 처분행위에 해당한다. 상속인이 피상속인의 甲에 대한 손해배상채권을 추심하여 변제받는 행위는 상속재산의 처분행위에 해당하고, 그것으로써 단순승인을 한 것으로 간주되었다고 할 것이므로, 그 이후에 한 상속포기는 효력이 없다.(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다84936) 민법 제1026조 제1호는 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에는 단순승인을 한 것으로 본다고 규정하고 있다. 그런데 상속의 한정승인이나 포기의 효력이 생긴 이후에는 더 이상 단순승인으로 간주할 여지가 없으므로, 이 규정은 한정승인이나 포기의 효력이 생기기 전에 상속재산을 처분한 경우에만 적용된다. 한편 상속의 한정승인이나 포기는 상속인의 의사표시만으로 효력이 발생하는 것이 아니라 가정법원에 신고를 하여 가정법원의 심판을 받아야 하며, 심판은 당사자가 이를 고지받음으로써 효력이 발생한다. 이는 한정승인이나 포기의 의사표시의

존재를 명확히 하여 상속으로 인한 법률관계가 확일적으로 처리되도록 함으로써, 상속재산에 이해관계를 가지는 공동상속인이거나 차순위 상속인, 상속채권자, 상속재산의 처분 상대방 등 제3자의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 도모하고자 하는 것이다. 따라서 상속인이 가정법원에 상속포기의 신고를 하였더라도 이를 수리하는 가정법원의 심판이 고지되기 이전에 상속재산을 처분하였다면, 이는 상속포기의 효력 발생 전에 처분행위를 한 것이므로 민법 제1026조 제1호에 따라 상속의 단순승인을 한 것으로 보아야 한다.(대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다73520)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때에는 단순승인을 한 것으로 본다. 둘째, 상속인이 피상속인의 채권을 추심하여 변제받는 것도 상속재산에 대한 처분행위에 해당한다. 셋째, 상속인이 피상속인에 대한 손해배상채권을 추심하여 변제받은 행위 이후에 한 상속포기는 효력이 없다. 넷째, 상속의 한정승인이나 포기의 효력이 생긴 이후에는 더 이상 단순승인으로 간주할 여지가 없으므로, 이 규정은 한정승인이나 포기의 효력이 생기기 전에 상속재산을 처분한 경우에만 적용된다. 다섯째, 상속의 한정승인이나 포기는 상속인의 의사표시만으로 효력이 발생하는 것이 아니라 가정법원에 신고를 하여 가정법원의 심판을 받아야 하며, 심판은 당사자가 이를 고지받음으로써 효력이 발생한다. 여섯째, 상속인이 가정법원에 상속포기의 신고를 하였더라도 이를 수리하는 가정법원의 심판이 고지되기 이전에 상속재산을 처분하였다면, 이는 상속포기의 효력 발생 전에 처분행위를 한 것이므로 민법 제1026조 제1호에 따라 상속의 단순승인을 한 것으로 보아야 한다. 따라서 단순승인으로 간주된다는 표현은 옳은 표현이다.

③ (×) 민법 제1022조에 의하면 상속인은 그 고유재산에 대해서는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하여야 한다.

=> 그러나 단순승인 또는 포기한 때에는 그러하지 아니하다. 상속포기의 효력이 생기기까지 상속인은 상속재산에 관한 관리의무를 부담하고, 상속인의 상속재산 관리의무의 정도는 선량한 관리자의 주의의무 정도가 아니라 고유재산에 대해서는 것과 동일한 주의의무를 부담한다. 따라서 선량한 관리자의 주의로 관리할 의무를 진다는 표현은 옳은 표현이 아니다.

④ (○) 상속인은 상속개시된 때부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조 본문). 다만 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있고(민법 제1019조 제1항 본문), 상속의 포기는 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1042조). 상속인은 상속포기를 할 때까지는 그 고유재산에 대해서는 것과 동일한 주의로 상속재산을 관리하여야 한다(민법 제1022조). 상속인이 상속을 포기할 때에는 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 가정법원에 포기의 신고를 하여야 하고(민법 제1041조), 상속포기는 가정법원이 상속인의 포기신고를 수리하는 심판을 하여 이를 당사자에게 고지한 때에 효력이 발생하므로, 상속인은 가정법원의 상속포기신고 수리 심판을 고지받을 때까지 민법 제1022조에 따른 상속재산 관리의무를 부담한다. 이와 같이 상속인은 아직 상속 승인, 포기 등으로 상속관계가 확정되지 않은 동안에도 잠정적으로나마 피상속인의 재산을 당연 취득하고 상속재산을 관리할 의무가 있으므로, 상속채권자는 그 기간 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류결정을 받아 이를 집행할 수 있다. 그 후 상속인이 상속포기로 인하여 상속인의 지위를 소급하여 상실한다고 하더라도 이미 발생한 가압류의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 위 상속채권자는 종국적으로 상속인이 된 사람 또는 민법 제1053조에 따라 선임된 상속재산관리인을 채무자로 한 상속재산에 대한 경매절차에서 가압류채권자로서 적법하게 배당을 받을 수 있다.(대법원 2021. 9. 15. 선고 2021다224446)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 상속인은 아직 상속 승인, 포기 등으로 상속관계가 확정되지 않은 동안에도 잠정적으로나마 피상속인의 재산을 당연 취득하고 상속재산을 관리할 의무가 있다. 둘째, 상속채권자는 그 기간 동안 상속인을 상대로 상속재산에 관한 가압류결정을 받아 이를 집행할 수 있다. 셋째, 상속인이 상속포기로 인하여 상속인의 지위를 소급하여 상실한다고 하더라도 이미 발생한 가압류의 효력에 영향을 미치지 않는다. 넷째, 상속채권자는 종국적으로 상속인이 된 사람 또는 민법 제1053조에 따라 선임된 상속재산관리인을 채무자로 한 상속재산에 대한 경매절차에서 가압류채권자로서 적법하게 배당을 받을 수 있다. 따라서 경매절차에서 가압류채권자로서 배당을 받을 수 있다는 표현은 옳은 표현이다.

⑤ (○) 상속에 관한 입법례와 민법의 입법 연혁, 민법 조문의 문언 및 체계적·논리적 해석, 채무상속에서 상속포기자의 의사, 실무상 문제 등을 종합하여 보면, 피상속인의 배우자와 자녀 중 자녀 전부가 상속을 포기한 경우에는 배우자가 단독상속인이 된다고 봄이 타당하다.(대법원 2023. 3. 23.자 2020그42 전합)

=> 따라서 戊가 단독상속인이 된다는 표현은 옳은 표현이다.

40. ②

① (○) 상속분 양도는 상속재산분할 전에 적극재산과 소극재산을 모두 포함한 상속재산 전부에 관하여 공동상속인이 가지는 포괄적 상속분, 즉 상속인 지위의 양도를 뜻한다. 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당하므로, 그 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다고 보아야 한다.(대법원 2021. 7. 15. 선고 2016다210498)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 상속분 양도는 상속재산분할 전에 적극재산과 소극재산을 모두 포함한 상속재산 전부에 관하여 공동상속인이 가지는 포괄적 상속분, 즉 상속인 지위의 양도를 뜻한다. 둘째, 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당한다. 셋째, 그 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다. 따라서 옳은 표현이다.

② (×) 유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 이는 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정하는 데 참작하도록 하기 위한 것이다. 여기서 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다.

따라서 피상속인으로부터 생전 증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전 증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 여기서 피상속인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전 증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전 증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 다만 유류분제도가 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산 형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 그 목적이 있는 점을 고려할 때, 피상속인의 생전 증여를 만연히 특별수익에서 제외하여 유류분제도를 형해화시키지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다230083(본소), 2021다230090(반소))

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 둘째, 여기서 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 당해 생전 증여가 장차 상속인으로 될 자에게 돌아갈 상속재산 중 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정하여야 한다. 셋째, 피상속인으로부터 생전 증여를 받은 상속인이 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하였고, 피상속인의 생전 증여에 상속인의 위와 같은 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는 경우와 같이 상속인이 증여받은 재산을 상속분의 선급으로 취급한다면 오히려 공동상속인들 사이의 실질적인 형평을 해치는 결과가 초래되는 경우에는 그러한 한도 내에서 생전 증여를 특별수익에서 제외할 수 있다. 넷째, 피상속인이 한 생전 증여에 상속인의 특별한 부양 내지 기여에 대한 대가의 의미가 포함되어 있는지 여부는 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 당사자들의 의사가 명확하지 않은 경우에는 피상속인과 상속인 사이의 개인적 유대관계, 상속인의 특별한 부양 내지 기여의 구체적 내용과 정도, 생전 증여 목적물의 종류 및 가액과 상속재산에서 차지하는 비율, 생전 증여 당시의 피상속인과 상속인의 자산, 수입, 생활수준 등을 종합적으로 고려하여 형평의 이념에 맞도록 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다. 따라서 당사자들의 의사보다는 사회통념에 따라 판단해야 한다는 표현은 당사자들의 의사에 따라 판단하되, 사회일반의 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 한다는 표현과 어울리지 않으므로 옳은 표현이 아니다.

③ (○) 유류분권리자의 유류분 부족액은 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하는 방법으로 산정하는데, 피상속인이 상속개시 시에 채무를 부담하고 있던 경우 유류분액은 민법 제1113조 제1항에 따라 피상속인이 상속개시 시에 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산액을 확정하는 다음, 거기에 민법 제1112조에서 정한 유류분 비율을 곱하여 산정한다. 그리고 유류분액에서 공제할 순상속분액은 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에서 유류분권리자가 부담하는 상속채무를 공제하여 산정하고, 이때 유류분권리자의 구체적인 상속분보다 유류분권리자가 부담하는 상속채무가 더 많다면 그 초과분을 유류분액에 가산하여 유류분 부족액을 산정하여야 한다.(대법원 2022. 1. 27. 선고 2017다265884)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 유류분권리자의 유류분 부족액은 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하는 방법으로 산정한다. 둘째, 피상속인이 상속개시 시에 채무를 부담하고 있던 경우 유류분액은 민법 제1113조 제1항에 따라 피상속인이

상속개시 시에 가진 재산의 가액에 증여재산의 가액을 가산하고 채무의 전액을 공제하여 유류분 산정의 기초가 되는 재산액을 확정하는 다음, 거기에 민법 제1112조에서 정한 유류분 비율을 곱하여 산정한다. 셋째, 유류분액에서 공제할 순상속분액은 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에서 유류분권리자가 부담하는 상속채무를 공제하여 산정하고, 이때 유류분권리자의 구체적인 상속분보다 유류분권리자가 부담하는 상속채무가 더 많다면 그 초과분을 유류분액에 가산하여 유류분 부족액을 산정하여야 한다. 따라서 옳은 표현이다.

④ (○) 유류분제도는 피상속인의 재산처분행위로부터 유족의 생존권을 보호하고 법정상속분의 일정 비율에 해당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속인의 상속재산형성에 대한 기여와 상속재산에 대한 기대를 보장하는 데 입법 취지가 있다. 유류분에 관한 민법 제1118조에 의하여 준용되는 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 공동상속인 중 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 특별수익자가 있는 경우에 공동상속인들 사이의 공평을 기하기 위하여 그 수증재산을 상속분의 선급으로 다루어 구체적인 상속분을 산정함에 있어 이를 참작하도록 하려는 데 취지가 있다. 이러한 유류분제도의 입법 취지와 민법 제1008조의 내용 등에 비추어 보면, 공동상속인 중 특별수익을 받은 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정할 때에는 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하여야 하고, 이때 공제할 순상속분액은 당해 유류분권리자의 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에 기초하여 산정하여야 한다.(대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다235791)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제1118조에 의하여 준용되는 민법 제1008조는 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 규정하고 있다. 둘째, 공동상속인 중 특별수익을 받은 유류분권리자의 유류분 부족액을 산정할 때에는 유류분액에서 특별수익액과 순상속분액을 공제하여야 한다. 셋째, 공제할 순상속분액은 당해 유류분권리자의 특별수익을 고려한 구체적인 상속분에 기초하여 산정하여야 한다. 따라서 옳은 표현이다.

⑤ (○) 유류분에 관한 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여로 민법 제1008조의 특별수익을 받은 사람이 있으면 민법 제1114조가 적용되지 않으므로, 그 증여가 상속개시 1년 이전의 것인지 여부 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부와 관계없이 증여를 받은 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다.

상속분 양도는 상속재산분할 전에 적극재산과 소극재산을 모두 포함한 상속재산 전부에 관하여 공동상속인이 가지는 포괄적 상속분, 즉 상속인 지위의 양도를 뜻한다. 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당하므로, 그 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다고 보아야 한다. 유류분 산정의 기초재산에 산입되는 증여에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 피상속인의 재산처분행위의 법적 성질을 형식적·추상적으로 파악하는 데 그쳐서는 안 되고, 재산처분행위가 실질적인 관점에서 피상속인의 재산을 감소시키는 무상처분에 해당하는지 여부에 따라 판단하여야 한다.(대법원 2021. 7. 15. 선고 2016다210498)

=> 판례를 이해해 본다. 첫째, 민법 제1118조에 따라 준용되는 민법 제1008조는 ‘특별수익자의 상속분’에 관하여 “공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자가 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다.”라고 정하고 있다. 둘째, 공동상속인 중에 피상속인으로부터 재산의 생전 증여로 민법 제1008조의 특별수익을 받은 사람이 있으면 민법 제1114조가 적용되지 않으므로, 그 증여가 상속개시 1년 이전의 것인지 여부 또는 당사자 쌍방이 유류분권리자에 손해를 가할 것을 알고서 하였는지 여부와 관계없이 증여를 받은 재산이 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다. 셋째, 상속분 양도는 상속재산분할 전에 적극재산과 소극재산을 모두 포함한 상속재산 전부에 관하여 공동상속인이 가지는 포괄적 상속분, 즉 상속인 지위의 양도를 뜻한다. 넷째, 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 자신의 상속분을 양도하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유류분에 관한 민법 제1008조의 증여에 해당한다. 다섯째, 공동상속인이 다른 공동상속인에게 무상으로 양도하는 자신의 상속분은 양도인의 사망으로 인한 상속에서 유류분 산정을 위한 기초재산에 산입된다. 여섯째, 유류분 산정의 기초재산에 산입되는 증여에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 피상속인의 재산처분행위의 법적 성질을 형식적·추상적으로 파악하는 데 그쳐서는 안 되고, 재산처분행위가 실질적인 관점에서 피상속인의 재산을 감소시키는 무상처분에 해당하는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 따라서 옳은 표현이다.