

2020 9/18일 시행
법무사 2차 기출해설 자료
(합격의 법학원 강사진 제공)

2020. 9. 24.

■ 2021 합격의 법학원의 합격을 위한 특별한 변신 ■

법무사 최종 Plan반

21대비 법무사 2차 프로그램 개편

김미영 법무사 특별 관리 시스템

서울대입구역 **합격의법학원**

■2021 법무사 2차 프로그램

1단계	기본이론 (총100회)	2단계	이론& 기출문제 정리 (총 66회)	3단계	진도별 모의고사 (총 67회)	4단계	전범위 모의고사 (총 66회)
	10/5~1/30		1/11~4/17		4/19~6/29		6/30~9/5

*박승수 변호사 ==> 민법 기본사례특강 + 민소법 기본사례특강 진행(추후 공지예정, 종합반 수강생 무료)

*홍형철 변호사 ==> 형법 기본 특강 + 형법 사례특강 진행(추후 공지예정, 종합반 수강생 무료)

■ 2021 법무사 1차&2차 종합반 수강료

실강	2021 법무사2차 기본이론~전범위 모의고사	5,182,000원 ⇨ 2,591,000원(50% 할인)
동영상	2021 법무사 2차 All In ONE 종합반	1,750,000원
	2021 법무사 1차&2차 All In ONE 종합반	2,600,000원

민 법(이광섭 법무사)

■ 총평

우선 시험보시느라 고생하셨습니다. 좋은 결과가 있기를 간절히 바라겠습니다.

2020년 법무사 2차 민법시험은 예상 가능한 전형적인 문제로서 수업시간에서 항상 강조해 왔던 문제들로서 모의고사 등에서 대부분 다뤄 보았던 문제들이었습니다. 다만, 각 설문의 요건과 관련된 체계적이고 논리적인 답안작성과 논거제시가 합격의 당락을 좌우할 것 같습니다. 그리고 2020년 법무사 2차 민법시험은 주관식 시험임에도 불구하고 그 문항 수가 13개나 되어 시간안배에도 특히 주의를 필요로 했는데, 이것이 부수적으로 출제의 난이도를 상승시키는 요인으로 작용했을 것으로 보입니다. 이는 2020년 법원사무관승진 2차 민법시험(문항 수 12개)에서도 나타난 특징으로 앞으로 이에 대한 대비도 하셔야 될 것으로 보입니다. 구체적인 설문 내용해설은 해설부분을 참고하시되 실제 시험장에서는 해설 내용 보다 훨씬 못 미치고 훨씬 압축해서 서술될 것임도 잊지 말아 주시길 바랍니다.

※ 2021년 법무사 2차 민법 대비

민법은 그 양이 방대하여 쉽게 정리하기가 어려운 과목입니다. 우선 기본서를 택하되 양조절을 위해 법무사 2차 시험에서 자주 출제되는 민법의 중요주제를 중심으로 그 요건 및 효과를 조문과 판례를 확인하며 반복적으로 학습해 나가야 할 것이고, 또한 모의고사를 통하여 여타 기출문제들을 직접 서술해보고 또한 분석·정리해 가신다면 분명히 소기의 목적을 달성하실 수 있을 것입니다.

민법과 관련하여 법무사 2차 시험은 매년 난이도가 다를 수 있고 때론 비전형적인 문제가 출제되기도 합니다. 그러나 수험생은 그에 휘둘릴 필요는 없다고 봅니다. 수험생이 비전형적인 문제에 집착하다 보면 공부량은 무한정 늘어나게 됩니다. 전형적인 문제에 집중하여 철저히 대비하여야 하고 그러다 보면 비전형적인 문제도 상대적으로 정리할 여유를 가질 수 있게 됩니다. 그리고 특히 앞으로는 2020년 법무사 2차 민법시험 및 2020년 법원사무관승진 2차 민법시험에서도 나타났듯이 다수의 문항 출제에 대비하여 각 설문에 간략하게 답안을 작성하는 연습도 익혀 두셔야 할 것 같습니다.

☎ 수고하셨습니다.

■ 2020 법무사 2차 민법 기출문제

[문 1]

1. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (20점)

<기본적 사실관계>

甲은 X토지와 그 지상의 Y건물을 소유한 소유자이고, X토지에는 甲의 차용금채무를 담보하기 위한 저당권자 丁명의로의 저당권이 설정되어 있다. 乙은 2010. 5. 10. 위 저당권의 실행에 따른 임의경매절차에서 X토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다.

가. (추가된 사실관계) 丙은 2011. 2. 5. 甲과 매매계약을 체결하여 Y건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

1) 乙은 2014. 2. 5. 丙을 상대로 Y건물의 철거 및 3년치 토지사용료를 청구한다. 각각의 청구에 대한 인용 여부를 논하시오.

2) 만약 丙이 Y건물을 매매계약으로 매수한 것이 아니라 강제경매절차에서 매수한 것이라면 법률관계에 어떠한 차이가 있는지 논하시오.

나. (추가된 사실관계) 사실 X토지에 설정된 저당권은 X토지와 그 지상의 Z건물을 공동담보로 한 공동저당권으로 설정된 것이었는데 이후 Z건물이 철거됨에 따라 甲이 X토지 지상에 새로 Y건물을 신축한 것이었다.

1) 乙의 甲에 대한 Y건물 철거 청구는 인용될 수 있는지 논하시오.

2) 만약 丁이 X토지에 대한 저당권을 실행하면서 민법 제365조에 의한 일괄경매를 신청하여 乙이 경매절차에서 X토지와 Y건물을 일괄매각대금 6억 원에 취득하였고, X토지와 Y건물을 일괄하여 평가한 전체 감정가액은 4억 원이며, X토지의 감정가액은 나대지 상태에서 2억 원, 지상권의 이용 제한이 있는 상태에서 1억 원으로 평가된 경우라면, 丁에 대한 배당금의 액수와 근거를 논하시오.(단, 丁의 채권액은 3억 5,000만 원이고, 배당에 참가한 다른 채권자는 없으며, 丁은 Y건물에 대하여 별도로 압류나 배당요구를 하지는 않았다고 가정함)

2. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.(각 설문은 상호관련성 없음) (15점)

<기본적 사실관계>

甲은 2009. 5. 1. X토지 지상에 Y건물을 신축하여 자신 명의로 소유권보존등기를 마쳤다. Y건물에 관하여 2009. 12. 1. 甲의 채권자 A에 의한 가압류등기가 마쳐졌고 2010. 5. 1. 위 가압류를 바탕으로 강제경매 개시결정의 등기가 마쳐졌다. 乙은 2010. 3. 1. 甲과 매매계약을 체결하고 Y건물을 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 위 강제경매절차에서 2010. 10. 1. 丁이 Y건물을 매수하여 같은 날 매각대금을

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

완납하였고 2010. 10. 15. Y건물에 관하여 乙 명의의 소유권이전등기가 말소되고 丁 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 경매절차에서 건물 철거에 관한 별도 특약은 없었다.

가. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 丙의 소유였고 乙은 2010. 1. 1. 丙으로부터 X토지를 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다.

이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

나. (추가된 사실관계) X토지는 2001. 1. 1.부터 甲의 소유였고 甲은 공사대금채무를 담보하기 위하여 2009. 6. 1. X토지에 근저당권을 설정하였다. 이후 X토지에 관하여 다른 채권자의 신청에 의한 부동산강제경매가 진행됨에 따라 2009. 10. 1. 乙이 강제경매절차에서 X토지를 매수하고 매각대금을 완납하였으며 이에 따라 근저당권이 소멸하였다.

이 경우 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 논하시오.

3. 다음의 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (15점)

甲은 X토지 및 Y토지와 그 2필지 지상의 Z건물을 소유하고 있다. Y토지에는 2001. 1. 1. A를 근저당권자로 한 근저당권설정등기가 마쳐진 상태이다. 乙은 2010. 1. 1. 甲으로부터 X토지와 Z건물을 매수하고 같은 날 소유권이전등기를 마쳤다. 甲의 채권자 B는 甲과 乙 사이의 Z건물 매매계약이 사해행위에 해당한다며 乙을 상대로 채권자취소 및 원상회복을 청구하였고 2011. 2. 1. 사해행위취소 확정판결을 원인으로 하여 Z건물에 관한 乙명의의 소유권이전등기가 말소되었다. 이후 B의 신청에 따른 Z건물에 대한 강제경매절차에서 2012. 5. 1. 丙이 매수대금을 완납하고 그 소유권을 취득하였다. 한편 Y토지에 설정된 근저당권의 실행에 따른 경매절차에서 2010. 5. 1. 丁이 매수대금을 완납하여 그 소유권을 취득하였다.

가. 사해행위 취소의 효력을 역술하고, Z건물 양도행위가 사해행위로 취소됨에 따라 甲이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

나. 丙이 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

다. 丙이 Y토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하는지 논하시오.

[문 2]

<기본적 사실관계>

마스크 도매업자 甲은 2015. 3. 1. 乙에게, 2015. 3. 9.까지 마스크대금 1,000만 원을 지급받기로 하고 마스크 100박스를 먼저 납품하였다. 한편, 甲에 대하여 400만 원의 대여금채권을 가지고 있던 A가 이 대여금채권을 피보전채권으로 하여 위 마스크대금채권 중 400만 원에 대하여 채권가압류 신청을 하였고, 가압류결정이 2015. 4. 1. 乙에게 송달되었다. 이와 같은 사실관계에서 아래 각 문항에 답하시오.

※ 각 문항은 상호 독립적임

1. 甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점과 그 논거를 설명하시오. (10점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 甲은 乙에게 2018. 2. 11. 미지급한 마스크대금을 변제하라고 독촉을 하였고, 2018. 3. 11.과 2018. 7. 20.에도 재차 독촉을 하였음에도 乙이 변제를 하지 않자, 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였다. 乙은 이 소송에서 “甲의 마스크대금채권은 소멸시효기간이 지났으므로 소멸하였다.” 고 항변하였다. 이 주장에 대해 甲은, “2018. 2. 11.에 이행청구를 하고, 다시 두 차례의 이행청구를 한 후 2018. 8. 15. 본소를 제기하였으므로 채권의 소멸시효는 2018. 2. 11.에 그 진행이 중단되었다” 고 재항변하고 있다. 각 당사자의 주장의 당부와 그 논거를 설명하시오. (10점)

3. (위 기본사실에 추가하여) 乙은 위 소송에서 위 2.와 달리 소멸시효완성의 항변을 하지 않고, “마스크대금 중 400만 원에 대하여 채권가압류결정을 송달받아 甲에게 지급할 수 없는 상태이므로 400만 원 청구부분은 기각되어야 한다.” 고 항변하였다. 이 주장의 당부와 판결의 결론을 설명하시오(각하, 인용, 기각을 명시하고, 일부인용의 경우 인용되는 금액을 특정할 것). (10점)

4. (위 기본 사실에 추가하여) 마스크공급계약을 체결할 당시, 甲은 마스크대금을 지급받기 전에 乙에게 먼저 마스크를 인도하여 주는 것에 난색을 표하였는데, 乙과 함께 찾아온 丙이 乙을 위하여 자신이 마스크대금채무에 대하여 연대보증을 서겠다고 하면서 부탁하여 계약을 체결하게 되었다. 변제기가 지나 乙과 丙에게 수차례 이행청구를 하였음에도 대금을 지급하지 않자 甲은 乙과 丙을 상대로 소를 제기하고자 한다. 甲에게 가장 유리한 형태의 청구취지를 작성하고, 마스크대금과 이에 대한 지연손해금을 구하기 위한 요건사실을 설명하시오. (20점)

■ 2020 법무사 2차 민법 기출해설

[문 1]

[설문 1] - 가 - 1)

I. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 없으나, 3년치 토지사용료 청구는 부당이득반환청구로서 인용될 수 있다.

II. 논거

1. 문제점

토지소유자 乙은 소유권에 기초한 방해배제청구로서 지상건물의 철거를 청구할 수 있다(민법 제214조). 다만, 건물소유자 丙이 토지를 점유할 권리를 가지고 있는 때에는 철거청구가 허용되지 않는다(민법 제213조 단서). 이 때 사안의 경우 점유할 권리로써 민법 제366조의 법정지상권 인정 여부가 문제된다.

2. 甲은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

건물소유자에게 민법 제366조의 법정지상권이 인정되기 위해서는, ① 저당권 설정 당시에 건물이 존재하거나 건물의 존재를 외형상 예상할 수 있어야 하고, ② 저당권설정 당시 토지와 건물의 소유자가 동일하여 하고, ③ 저당권실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라져야 한다(민법 제366조).

사안의 경우 丁이 X토지에 저당권을 설정당시에 X토지 위에 Y건물이 존재하고 있었고, 저당권설정 당시 X토지와 Y건물의 소유자가 모두 甲으로 동일인이었고, 丁의 저당권실행으로 乙이 토지의 소유권을 취득했고, 이로 인해 토지소유자와 건물소유자가 다르게 되었으므로, 甲은 Y건물을 위해 X토지에 민법 제366조의 법정지상권을 취득한다.

3. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

(1) Y건물의 매수인 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

관습상 법정지상권이 붙은 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우에는 법정지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서는 건물의 소유권을 취득한 사실만 가지고는 법정지상권을 취득하였다고 할 수 없어 대지소유자에게 지상권을 주장할 수 없고 그 법정지상권은 여전히 당초의 법정지상권자에게 유보되어 있다고 보아야 한다(대판 1995. 4. 11. 94다39925). 따라서 민법 제366조 법정지상권부 Y건물을 甲으로부터 매수한 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하지는 못했다. 다만, 다음과 같이 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득할 지위에 있다.

(2) Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 전건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있으므로 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구하는 것은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다(대판 1985.4.9. 84다카1131,1132 전원합의체 판결, 대판 1988. 10. 24. 87다카1604). 따라서 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구는 신의성실의 원칙상 인용될 수 없다.

4. 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구가 인용되는지 여부

법정지상권이 있는 건물의 양수인으로서 장차 법정지상권을 취득할 지위에 있어 대지소유자의 건물철거나 대지인도 청구를 거부할 수 있는 지위에 있는 자라고 할지라도, 그 대지의 점거사용으로 얻은 실질적 이득은 이로 인하여 대지소유자에게 손해를 끼치는 한에 있어서는 부당이득으로서 이를 대지소유자에게 반환할 의무가 있다(대판 1995. 9. 15. 94다61144). 따라서 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구는 부당이득반환청구로서 인용될 수 있다.

5. 사안의 해결

민법 제366조 법정지상권부 Y건물을 甲으로부터 매수한 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하지는 못했지만, 민법 제366조의 법정지상권을 취득할 지위에 있는자로서, 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구는 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기를 이행할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다. 또한, 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하지 못하여, 乙은 丙을 상대로 지료를 청구할 수 없으나, 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득할 지위에 있고, 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자 역시 지료 또는 임료상당이득을 대지소유자에게 반환할 의무를 면할 수는 없는 것이므로, 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구는 부당이득반환청구로서 인용될 수 있다.

[설문 1] - 가 - 2)

I. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 없으나, 3년치 토지사용료 청구는 지료청구로서 인용될 수 있다.

II. 논거

1. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

(1) Y건물의 경락인 丙은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 건물의 소유권을 이전받은 매수인

은 매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 매수취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득한다(대판 2014. 12. 24. 2012다73158). 이때 강제경매는 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하고, 임의경매는 민법 제358조 본문 유추적용에 의한다. 따라서 강제경매절차에서 민법 제366조 법정지상권부 Y건물을 경락한 丙은 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 민법 제366조의 법정지상권을 당연히 취득한다.

(2) Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

丙은 건물의 경락취득과 함께 그 법정지상권도 당연히 취득하였고 그 법정지상권으로써 토지소유자에 乙에 대항할 수 있으므로(대판 1991. 6. 28. 90다16214), 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구가 인용될 수 없다.

2 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구가 인용되는지 여부

법정지상권자라고 할지라도 대지소유자에게 지료를 지급할 의무는 있는 것이므로(대판 1988. 10. 24. 87다카1604), 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구는 지료청구로서 인용될 수 있다.

3. 사안의 해결

강제경매절차에서 민법 제366조 법정지상권부 Y건물을 경락한 丙은 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 민법 제366조의 법정지상권을 당연히 취득하였고, 그 법정지상권으로써 토소유자 乙에 대항할 수 있으므로, 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 Y건물의 철거청구가 인용될 수 없다. 또한, 丙은 법정지상권을 취득하였도 지료지급의무가 있으므로, 2014. 2. 5. 乙의 丙에 대한 3년치 토지사용료청구는 지료청구로서 인용될 수 있다.

[설문 1] - 나 - 1)

I. 결론

Y건물의 철거청구는 인용될 수 있다.

II. 논거

1. 乙의 甲에 대한 신축된 Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

(1) 甲은 신축된 Y건물과 관련 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다고 해석하여야 하는바, 그 이유는 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상

건물에 관하여 공동저당권이 설정된 경우에는, 처음부터 지상 건물로 인하여 토지의 이용이 제한 받는 것을 용인하고 토지에 대하여만 저당권을 설정하여 법정지상권의 가치만큼 감소된 토지의 교환가치를 담보로 취득한 경우와는 달리, 공동저당권자는 토지 및 건물 각각의 교환가치 전부를 담보로 취득한 것으로서, 저당권의 목적이 된 건물이 그대로 존속하는 이상은 건물을 위한 법정지상권이 성립해도 그로 인하여 토지의 교환가치에서 제외된 법정지상권의 가액 상당 가치는 법정지상권이 성립하는 건물의 교환가치에서 되찾을 수 있어 궁극적으로 토지에 관하여 아무런 제한이 없는 나대지로서의 교환가치 전체를 실현시킬 수 있다고 기대하지만, 건물이 철거된 후 신축된 건물에 토지와 동순위의 공동저당권이 설정되지 아니하였는데도 그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 해석하게 되면, 공동저당권자가 법정지상권이 성립하는 신축건물의 교환가치를 취득할 수 없게 되는 결과 법정지상권의 가액 상당 가치를 되찾을 길이 막혀 위와 같이 당초 나대지로서의 토지의 교환가치 전체를 기대하여 담보를 취득한 공동저당권자에게 불측의 손해를 입게 하기 때문이다(대판 2003. 12. 18. 98다43601 전원합의체 판결).

(2) 신축된 Y건물의 철거청구가 인용되는지 여부

토지소유자 乙은 소유권에 기초한 방해배제청구로서 지상건물의 철거를 청구할 수 있는데(민법 제214조), 신축된 Y건물소유자 甲이 토지를 점유할 권리로서 민법 제366조의 법정지상권을 가지고 있는 때에는 철거청구가 허용되지 않는다(민법 제213조 단서). 사안의 경우 甲은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하지 못했으므로, 乙의 甲에 대한 신축된 Y건물의 철거청구는 인용될 수 있다.

2. 사안의 해결

乙은 X토지에 대한 임의경매를 통하여 토지소유권을 취득한 현재 소유자이며, 甲은 신축건물인 Y건물의 소유자이다. 丁은 동일인 甲 소유의 X토지와 그 지상의 Z건물에 공동저당권을 취득하였는데, Z건물이 철거되고 Y건물이 신축되었고, 신축된 Y건물에 X토지와 동순위의 공동저당권이 설정되지 아니 하였는데도 그 신축된 Y건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 해석하게 되면, 당초 나대지로서의 토지의 교환가치 전체를 기대하여 담보를 취득한 공동저당권자 丁에게 불측의 손해를 입게 하기 때문에, X토지에 대한 저당권의 실행으로 X토지와 신축된 Y건물의 소유자가 달라졌더라도 민법 제366조의 법정지상권은 인정되는 않는다. 따라서 乙의 甲에 대한 신축된 Y건물의 철거청구는 인용될 수 있다. 한편, 이때 Y건물이 철거됨은 사회경제적으로 공익에 반하므로, 이에 대한 구제책으로 민법 제365조의 일괄경매청구권이 인정될 수 있다.

[설문 1] - 나 - 2)

I. 결론

丁에 대한 배당금은 3억 원이다.

II. 논거

1. 민법 제365조의 일괄경매청구권의 의의

토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와

함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다(민법 제365조 본문). 이는 민법 제366조의 법정지상권이 인정되지 않아 건물이 철거되는 것을 방지하고 또한 토지저당권의 실행을 용이하게 함에 그 실익이 있다.

2. 일괄경매청구권의 효과

(1) 법원은 민법 제365조의 취지에 따라 토지와 건물을 일괄하여 매수인이 매수하도록 하여야 한다. 그리고 저당권자가 일괄경매를 하더라도 그 건물의 매각대금에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다(민법 제365조 단서). 건물에 관하여는 일반채권자와 같은 지위이다. 따라서 토지의 저당권자가 건물의 매각대금에서 배당을 받으려면 민사집행법 제268조, 제88조의 규정에 의한 적법한 배당요구를 하였거나 그 밖에 달리 배당을 받을 수 있는 채권으로서 필요한 요건을 갖추고 있어야 한다(대판 2012. 3. 15. 2011다54587).

(2) 토지와 신축건물에 대하여 민법 제365조에 의하여 일괄매각이 이루어졌다면 일괄매각대금 중 토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지로 평가하여 산정하여야 한다(대판 2012. 3. 15. 2011다54587).

3. 사안의 해결

사안의 경우 일괄매각대금 6억 원 중 X토지에 안분할 매각대금은 법정지상권 등 이용 제한이 없는 상태의 토지로 평가하여 산정하여야 하는데, X토지와 Y건물을 일괄하여 평가한 전체 감정가액은 4억 원이고, X토지의 감정가액은 나대지 상태에서 2억 원이라면, 일괄매각대금 6억 원 중 X토지에 대한 안분비율은 1/20이 된다. 따라서 丁의 채권액은 3억 5,000만 원이고, 배당에 참가한 다른 채권자는 없으며, 丁은 Y건물에 대하여 별도로 압류나 배당요구를 하지는 않았으므로, 위 일괄경매대금(실제 배당할 금액) 6억 원 중에서 丁에 대한 배당금은 3억 원(6억 원 × 1/2)이다.

[설문 2] - 가

I. 결론

Y건물의 철거를 구할 수 있다.

II. 논거

1. 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 여부

(1) Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부

1) 관습법상 법정지상권이 성립하기 위하여서는 ① 원칙적으로 처분 당시 토지와 건물의 소유권이 동일인에게 속할 것, ② 매매 기타의 적법한 원인으로 소유자가 달라질 것, ③ 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없을 것을 요건으로 한다.

2) 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게

이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다. 그리고 경매의 목적이 된 부동산에 대하여 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 경매절차가 진행된 경우에는, 애초 가압류가 효력을 발생하는 때를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에 속하였는지를 판단하여야 한다(대판 2012. 10. 18. 2010다52140 전원합의체 판결).

3) 사안의 경우 Y건물은 2009. 5. 1.부터 甲의 소유였고 乙은 2010. 3. 1. 甲으로부터 Y건물을 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤으며, X토지는 2001. 1. 1.부터 丙의 소유였고 乙은 2010. 1. 1. 丙으로부터 X토지를 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤으므로, 비록 A가 Y건물에 대하여 2010. 5. 1. 경매 개시결정기입등기(압류효력)할 당시와 경락인 丁이 2010. 10. 1. 매각대금 납부할 당시 X토지와 Y건물의 소유자가 乙로서 동일하다고 하더라도, A가 Y건물에 2009. 12. 1. 가압류효력발생 당시 X토지는 丙의 소유이고이고 Y건물은 甲의 소유로서, 이미 그 소유권이 동일인에게 귀속되어 있지 못하다. 따라서 A의 Y건물에 대한 가압류효력발생 당시 이미 토지와 건물의 소유권이 동일하지 못하므로, Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다.

(2) Y건물의 철거를 구할 수 있는지 여부

토지소유자 乙은 소유권에 기초한 방해배제청구로서 지상건물의 철거를 청구할 수 있는데(민법 제214조), Y건물의 경락인 丁이 토지를 점유할 권리로서 관습법상 법정지상권을 가지고 있는 때에는 철거청구가 허용되지 않는다(민법 제213조 단서). 사안의 경우 Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하지 못했으므로, 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있다.

2. 사안의 해결

사안은 Y건물에 가압류가 있고 그것이 본압류로 이행되어 강제경매절차가 진행된 경우로서, 이때는 관습법상 법정지상권의 토지와 건물의 동일성 판단기준을 가압류효력 발생 당시를 기준으로 하여야 한다. A의 2009. 12. 1. Y건물에 대한 가압류효력발생 당시 이미 X토지와 Y건물의 소유권이 동일하지 못하여 Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하지 못하였으므로, 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있다.

[설문 2] - 나

I. 결론

Y건물의 철거를 구할 수 없다.

II. 논거

1. 乙이 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 있는지 여부

(1) Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부

1) 관습법상 법정지상권이 성립하기 위하여서는 ① 원칙적으로 처분 당시 토지와 건물의 소유권이 동일인에게 속할 것, ② 매매 기타의 적법한 원인으로 소유자가 달라질 것, ③ 당사자 사이에 건물을 철거한다는 특약이 없을 것을 요건으로 한다.

2) 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 그 후 강제경매로 인해 그 저당권이 소멸하는 경우에는, 그 저당권 설정 이후의 특정 시점을 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하게 되면, 저당권자로서는 저당권 설정 당시를 기준으로 그 토지나 지상 건물의 담보가치를 평가하였음에도 저당권 설정 이후에 토지나 그 지상 건물의 소유자가 변경되었다는 외부의 우연한 사정으로 인하여 자신이 당초에 파악하고 있던 것보다 부당하게 높아지거나 떨어진 가치를 가진 담보를 취득하게 되는 예상하지 못한 이익을 얻거나 손해를 입게 되므로, 그 저당권 설정 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하여야 한다(대판 2013. 4. 11. 2009다62059).

3) 사안의 경우 Y건물은 2009. 5. 1.부터 甲의 소유였고 乙은 2010. 3. 1. 甲으로부터 Y건물을 매수하여 같은 날 소유권이전등기를 마쳤으며, X토지는 2001. 1. 1.부터 甲의 소유였고 乙은 2009. 10. 1. 甲으로부터 X토지를 강제경매로 매수하여 매각대금을 납부하였으므로, 비록 A가 Y건물에 대하여 2009.12. 1. 가압류효력 발생 당시 및 2010. 5. 1. 경매개시결정기입등기(압류효력)할 당시 그리고 경락인 丁이 2010. 10. 1. 매각대금 납부할 당시 X토지는 乙의 소유이고 Y건물은 甲의 소유로서, 그 소유권이 동일인에게 귀속되어 있지 않더라도, X토지에 대한 2009. 6. 1. 근저당권설정당시 X토지와 Y건물의 소유자가 甲으로서 동일하다. 따라서 그 근저당권 설정 당시를 기준으로 토지와 그 지상 건물이 동일인에게 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단하여야하므로, Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득한다.

(2) Y건물의 철거를 구할 수 있는지 여부

토지소유자 乙은 소유권에 기초한 방해배제청구로서 지상건물의 철거를 청구할 수 있는데(민법 제214조), Y건물의 경락인 丁이 토지를 점유할 권리로서 관습법상 법정지상권을 가지고 있는 때에는 철거청구가 허용되지 않는다(민법 제213조 단서). 사안의 경우 Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하였으므로, 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 없다.

2. 사안의 해결

사안은 Y건물에 가압류가 있기 이전에 X토지에 근저당권이 설정되어 있었고 이후 가압류가 본압류로 이행되어 강제경매절차가 진행된 경우로서, 이때 관습법상 법정지상권의 토지와 건물의 동일성 판단기준을 근저당권설정 당시를 기준으로 하여야 한다. 2009. 6. 1. X토지에 대한 근저당권설정 당시 이미 X토지와 Y건물의 소유권이 甲으로 동일하여 Y건물의 경락인 丁은 관습법상 법정지상권을 취득하였으므로, 乙은 丁을 상대로 Y건물의 철거를 구할 수 없다.

[설문 3] - 가

I. 결론

甲은 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득하지 못한다.

II. 논거

1. 사해행위 취소의 효력

(1) 상대적 효력

사해행위의 취소는 채권자와 수익자의 관계에서 상대적으로 채무자와 수익자 사이의 법률행위를 무효로 하는 데에 그치고, 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 영향을 미치지 아니한다(대판 2015.11.17. 2012다2743).

(2) 채무자에 대한 효과

취소채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 의하여 채무자에게로 회복된 재산은 취소채권자 및 다른 채권자에 대한 관계에서 채무자의 책임재산으로 취급될 뿐 채무자가 직접 그 재산에 대하여 어떤 권리를 취득하는 것은 아니다. 따라서 회복된 재산으로부터 채권자가 만족을 받고 남은 잉여는 채무자에게 반환되는 것이 아니라 사해행위취소청구를 받아 그 재산을 반환하였던 상대방에게 반환하여야 한다.

(3) 채권자에 대한 효과

1) 채권자취소권행사는 ‘모든 채권자’의 이익을 위하여 효력이 있다(민법 제407조). 따라서 취소채권자는 우선변제를 받지 못하고 강제집행절차에서 평등분배를 받게 된다. 또한 여기서 말하는 채권자는 ‘취소채권자’와 ‘사해행위 이전에 채권을 취득한 채권자’를 의미하고, ‘사해행위 이후에 채권을 취득한 채권자’는 이에 포함되지 않는다(대판 2009.6.23. 2009다18502).

2) 그러나 사해행위의 반환의 목적물이 금전이거나 가액배상을 받는 경우처럼 변제의 수령을 요하는 경우에도 취소채권자는 직접 자기에게 인도할 것을 청구할 수 있다할 것이다. 다만 그 수령한 것은 다시 채무자에게 인도하여야 하지만, 채권자의 채무자에 대한 채권과 위 인도의무가 상계적상에 있을 때에는 상계함으로써 사실상 우선변제를 받을 수 있다.

(4) 수익자·전득자에 대한 효과

수익자·전득자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 된다. 수익자가 원상회복으로서 가액배상을 할 때에 채무자에 대하여 가지는 자기의 채권과의 상계를 주장할 수는 없다. 수익자로 하여금 자기의 채무자에 대한 반대채권으로써 상계를 허용하는 것은 사해행위에 의하여 이익을 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 채권자취소권제도의 취지에 반하기 때문이다.

2. 甲이 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부

(1) 동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권을 취득한다. 그런

데 민법 제406조의 채권자취소권의 행사로 인한 사해행위의 취소와 일탈재산의 원상회복은 채권자와 수익자 또는 전득자에 대한 관계에 있어서만 효력이 발생할 뿐이고 채무자가 직접 권리를 취득하는 것이 아니므로, 토지와 지상 건물이 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그중 건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소되었다고 하더라도, 이는 관습상 법정지상권의 성립요건인 ‘동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우’에 해당한다고 할 수 없다(대판 2014. 12. 24. 2012다73158).

(2) 사안의 경우 동일인 甲 소유에 속하고 있던 X토지와 그 지상 Z건물이 2010. 1. 1. 乙에게 함께 양도되었다가 채권자취소권의 행사에 따라 그 중 Z건물에 관하여만 양도가 취소되고 2011. 2. 1. 수익자 乙 명의의 등기가 말소되고 이후 甲 앞으로 소유권등기가 원상회복된 경우, 이는 사행행위 취소의 상대적 효력으로 인하여 관습법상 법정지상권과 관련 건물과 토지가 동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 甲은 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다.

3. 사안의 해결

甲과 乙사이의 Z건물의 매매계약이 사해행위에 해당하여 甲의 채권자 B가 위 매매계약을 사행행위로 취소하였다고 하더라도, 이는 B와 乙 사이에서만 甲 앞으로 소유권이 복귀된 것이지 그렇다고 하여 甲이 그 권리를 취득한 것이 아니므로, X토지 소유자 乙과 관계에서는 여전히 乙이 Y건물의 소유자가 된다. 따라서 Z건물과 X토지가 동일인의 乙소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 甲은 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다.

[설문 3] - 나

I. 결론

丙은 X토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득한다.

II. 논거

1. 丙이 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하는지 여부

사해행위 취소의 상대적 효력으로 인하여 Z건물과 X토지가 동일인의 乙소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 甲은 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득하지 못한다. 그러나 이후 B의 신청에 따른 Z건물에 대한 강제경매 절차에서 2012. 5. 1. 丙이 매수대금을 완납하고 그 소유권을 취득하였으므로, 관습법상 법정지상권의 성립과 관련하여, 이때 Z건물과 X토지가 동일인의 乙소유에 속하고 있던 토지와 지상 건물이 매매 등으로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 해당한다고 할 수 있으므로, 丙은 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다.

2. 사안의 해결

B의 신청에 따른 Z건물에 대한 강제경매절차에서 2012. 5. 1. 丙이 매수대금을 완납하고 그 소유권을 취득하였고, 동일인 乙소유에 속하고 있던 X토지와 Z건물이 그 소유자를 달리하게 되었으므로, 丙은 X토지에 Z건물을 위한 관습법상 법정지상권을 취득한다.

[설문 3] - 다

I. 결론

丙은 Y토지에 Z건물을 위한 법정지상권을 취득한다.

II. 논거

1. 丙이 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

(1) 乙이 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

1) 토지에 저당권을 설정할 당시 토지의 지상에 건물이 존재하고 있었고 그 양자가 동일 소유자에게 속하였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우, 민법 제366조 소정의 법정지상권을 인정하는 법의 취지가 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상 건물이 각 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물이 철거되는 것과 같은 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 근거하는 점, 저당권자로서는 저당권설정 당시에 법정지상권의 부담을 예상하였을 것이고 또 저당권설정자는 저당권설정 당시의 담보가치가 저당권이 실행될 때에도 최소한 그대로 유지되어 있으면 될 것이므로 위와 같은 경우 법정지상권을 인정하더라도 저당권자 또는 저당권설정자에게는 불측의 손해가 생기지 않는 반면, 법정지상권을 인정하지 않는다면 건물을 양수한 제3자는 건물을 철거하여야 하는 손해를 입게 되는 점 등에 비추어 위와 같은 경우 건물을 양수한 제3자는 민법 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다(대판 1999.11.23. 99다52602).

2) 甲이 2001. 1. 1. Y토지에 관하여 자신의 채권자인 A 앞으로 근저당권을 설정할 당시 Y토지와 그 지상 Z건물은 동일인 甲 소유에 속하고 있었는데, 그 후 A의 임의경매 실행으로 Y토지가 낙찰되기 전에 乙에게 2010. 1. 1. Z건물만이 양도되었을 때 Y토지에 관하여 乙에게 관습상 법정지상권이 성립했으나, 이후 Y토지에 대한 근저당권자의 임의경매에 따라 丁이 2010. 5. 1. 매각대금을 납부함으로써 소유권을 취득하였으므로, 乙이 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득한다(← Z건물의 매수인 乙이 Y토지에 취득한 관습법상 법정지상권은 Y토지에 대한 A의 근저당권 설정 후에 발생한 것이기 때문에 A의 근저당권의 실행에 따른 丁의 매각대금납부로 소멸하게 된다).

(2) 丙이 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득하는지 여부

1) 저당권설정 당시 동일인의 소유에 속하고 있던 토지와 그 지상 건물이 경매로 인하여 소유자가 다르게 된 경우에 건물소유자는 그 건물의 소유를 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득한다. 그리고 건물 소유를 위하여 법정지상권을 취득한 사람으로부터 경매에 의하여 그 건물의 소유권을 이전받은 매수인은

매수 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 건물의 매수 취득과 함께 위 지상권도 당연히 취득하는데, 이러한 법리는 사해행위의 수익자 또는 전득자가 건물의 소유자로서 법정지상권을 취득한 후 채무자와 수익자 사이에 행하여진 건물의 양도에 대한 채권자취소권의 행사에 따라 수익자와 전득자 명의의 소유권이전등기가 말소된 다음 경매절차에서 그 건물이 매각되는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2014.12.24. 2012다73158).

2) Y토지에 대하여는 매수인 乙이 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득한 다음 B의 강제경매절차의 매수인 丙이 2012다 5. 1. Z건물의 매수취득과 함께 민법 제100조 제2항 유추적용에 의해 민법 제366조의 법정지상권도 당연히 취득한다. 그리고 이와 같은 법리는 채권자취소권의 행사에 따라 그 중 Z건물에 관하여만 양도가 취소되고 수익자 乙 명의의 소유권이전등기가 2011. 2. 1. 말소된 경우에도 마찬가지이다(사해행위 취소의 상대적 효력).

2. 사안의 해결

乙이 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득한 후에 丙이 B의 강제경매절차에서 Z건물의 소유권을 취득하였고 민법 제100조 제2항의 유추적용으로 Y토지에 Z건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권도 함께 취득하고, 이는 사해행위취소의 상대적 효력으로 수익자 乙 명의의 소유권이전등기가 2011. 2. 1. 말소된 경우에도 마찬가지이다.

[문 2]

[설문 1]

I. 결론

甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점은 2018. 3. 9. 24시이다.

II. 논거

1. 소멸시효의 기산일

(1) 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하는 바(민법 제166조 제1항), 소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효 기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다(대판 1995. 8. 25. 94다35886).

(2) 마스크 도매업자 甲의 乙에 대한 물품금채권은 채권 발생일이 2015. 3. 1.이고, 그 변제기는 2015. 3. 9.인 확정기한부 채권에 해당한다. 소멸시효 기산점은 변론주의가 적용되지만, 사안의 경우 당사자가 소멸

시효 기산일을 별도로 특정한 바 없으므로, 그 변제기를 소멸시효의 기산일로 계산한다.

2. 소멸시효 기간

(1) 채권의 소멸시효기간에 관한 근거사실은 당사자가 주장·증명하여야 하는 것이지만, <어떤 시효기간의 적용을 받는가에 관한 당사자의 주장>은 법률상의 견해에 불과하므로 법원은 이에 구속되지 않는다(대판 1977. 9. 13. 77다832, 대판 2008. 3. 27. 2006다70929,70936). 따라서 소멸시효기간은 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다(대판 2017. 3. 22. 2016다258124).

(2) 상인인 마스크 도매업자 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 물품대금채권으로 상사채권에 해당하여 5년 소멸시효가 적용되어야 하나(상법 제64조 본문), 이보다 단기의 시효인 민법 제163조 제6호에 따라 3년 소멸시효가 적용된다(상법 제64조 단서).

3. 채권가압류와 소멸시효 중단

(1) 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류 또는 가압류한 경우에 채무자에 대한 채권자의 채권에 관하여 시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이나, 압류 또는 가압류된 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 대하여는 민법 제168조 제2호 소정의 소멸시효 중단사유에 준하는 확정적인 시효중단의 효력이 생긴다고 할 수 없다(대판 2003. 5. 13. 2003다16238).

(2) A가 甲에 대한 400만 원의 대여금채권을 보전하기 위하여 甲의 乙에 대한 마스크대금채권을 채권가압류한 것과 관련, 채권가압류로서 확정적 시효중단은 채권가압류의 피보전채권인 A의 甲에 대한 대여금채권에 발생하는 것이지, 甲의 乙에 대한 마스크대금채권에 발생하는 것이 아니다. 따라서 위 채권가압류가 있더라도 甲의 乙에 대한 마스크대금채권에 대하여 가압류로서 소멸시효 중단의 효과는 없다.

4. 사안의 해결

甲의 마스크대금채권의 소멸시효의 기산일은 초일 불산입의 원칙에 따라(민법 제157조 본문) 변제기 다음날인 2015. 3. 10.이고, 소멸시효 기간은 물품대금채권으로 3년이다. 또한 A의 채권가압류는 甲의 마스크대금채권의 소멸시효의 중단효과가 없으므로, 甲의 별도의 민법 제168조의 소멸시효 중단사유가 없는 한, 甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효 완성시점은 2018. 3. 9. 24시이다(민법 제160조 제2항).

[설문 2]

I. 결론

甲과 乙의 주장은 모두 부당하다.

II. 논거

1. 甲의 마스크대금채권의 소멸시효 완성 여부

(1) 甲의 乙에 대한 마스크대금채권은 3년의 소멸시효에 걸리는 채권으로, 2015. 3. 10.을 기산점으로 하여 2018. 3. 9. 24시에 소멸시효가 완성된다. 甲은 소멸시효완성시점이 지난 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였으므로, 甲의 별도의 민법 제168조의 소멸시효 중단사유가 없는 한, 乙의 소멸시효완성주장은 타당할 수 있다.

(2) 그러나 甲은 乙에게 2018. 2. 11. 미지급한 마스크대금을 변제하라고 독촉을 하였고, 2018. 3. 11.과 2018. 7. 20.에도 재차 독촉을 하였음에도 乙이 변제를 하지 않자, 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였다. 甲의 乙에 대한 마스크대금의 변제촉탁은 소멸시효의 중단사유로서 민법 제168조 제1호의 청구 및 민법 제174조의 최고에 해당하고, 甲은 민법 제174조에 따라 위 최고시로부터 6월 내에 재판상청구를 하였으므로, 甲의 마스크대금채권은 6월 내에 있는 최고시점인 2018. 3. 11.로 소급하여 그 소멸시효가 중단된다. 따라서 甲의 마스크대금채권이 소멸시효가 완성되었다는 乙의 주장은 부당하다.

2. 甲의 마스크대금채권의 2018. 2. 11. 소멸시효 중단 여부

(1) 최고를 여러번 거듭하다가 재판상 청구 등을 한 경우에 있어서의 시효중단의 효력은 항상 최초의 최고시에 발생하는 것이 아니라 재판상 청구 등을 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6월 이내에 한 최고시에 발생한다(대판 1987. 12. 22. 87다카2337, 대판 2019. 3. 14. 2018두56435).

(2) 甲은 乙에게 2018. 2. 11.과 2018. 3. 11.과 2018. 7. 20.에 미지급한 마스크대금을 변제하라고 여러 번 거듭 최고를 하였고, 이후 2018. 8. 15. 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기한 경우에 있어서의 소멸시효 중단의 효과는 항상 최초의 최고시인 2018. 2. 11.에 발생하는 것이 아니라 재판상청구를 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6월 이내에 한 2018. 3. 11. 최고시에 발생한다. 따라서 甲의 마스크대금채권의 2018. 2. 11. 소멸시효 중단 주장은 부당하다.

3. 사안의 해결

甲의 乙에 대한 마스크대금채권의 소멸시효가 2018. 3. 9. 24시에 완성되기 전에 甲이 乙을 상대로 미지급한 마스크대금을 변제하라고 여러 번 거듭 최고 하고 이후 6월 내인 2018. 8. 15. 민법 제174조에 따라 재판상청구를 하였으므로, 6월 내에 있는 2018. 3. 11.로 소급하여 소멸시효가 중단된다. 따라서 甲의 마스크대금채권이 소멸시효가 완성되었다는 乙의 주장은 부당하다. 또한 여러 번 거듭 최고 하고 이후 6월 내에 민법 제174조에 따라 재판상청구를 하는 경우에도, 소멸시효 중단의 효과는 항상 최초의 최고시인 2018. 2. 11.에 발생하는 것이 아니라 재판상청구를 한 시점을 기준으로 하여 이로부터 소급하여 6월 이내에 한 2018. 3. 11. 최고시에 발생한다. 따라서 甲의 마스크대금채권의 2018. 2. 11. 소멸시효 중단 주장은 부당하다.

[설문 3]

I. 결론

법원은 청구전부인용의 판결을 하여야 한다.

II. 논거

1. A의 채권가압류의 효력

(1) 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없는 것이 원칙이다. 왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 채무명의를 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있는 경우도 있을 것이며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는데 반하여 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다(대판 2002. 4. 26. 2001다59033).

(2) 다만, 소유권이전등기청구채권에 대한 가압류가 있는 경우 채무자가 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기함에 있어서는, 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로 이와 같은 경우에는 가압류의 해제를 조건으로 하지 아니하는 한 법원은 이를 인용하여서는 안된다(대판 1992. 11. 10. 92다4680 전원합의체판결).

2. 사안의 해결

사안은 甲에 대한 대여금채권자 A가 甲의 乙에 대한 마스크대금채권인 금전채권을 가압류한 경우이므로, 甲이 2018. 8. 15. 乙을 상대로 한 1,000만 원의 물품대금청구의 소에 대하여, 법원은 청구전부인용의 판결을 하여야 한다.

[설문 4]

I. 甲의 마스크대금청구소송의 청구취지

1. 피고 乙과 丙은 연대하여 원고 甲에게 금10,000,000원 및 이에 대하여 2015. 3. 10.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 12%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.
 2. 소송비용은 피고들의 부담으로 한다.
 3. 위 제1항은 가집행 할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

II. 마스크대금과 이에 대한 지연손해금의 청구에 대한 요건사실

(1) 매매계약의 체결

원고 甲은 매매대금청구권의 발생사실로서 피고 乙과의 마스크 매매계약의 체결사실을 주장·증명해야 한다. 그리고, 매매계약의 특정을 위해서는 ㉠ 쌍방 당사자, ㉡ 계약일시, ㉢ 목적물, ㉣ 매매대금의 4가지

사항을 적시하여야 한다. 다만, 매매목적물과 대금은 반드시 계약 체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고, 이를 나중에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있으면 충분하다(대판 2020. 4. 9. 2017다20371). 한편 원고 甲은 피고 丙에게도 피고 乙과 연대하여 마스크 매매대금등 청구를 하기 위해서는 甲과 丙 사이의 연대보증계약의 체결사실도 별도로 주장·증명해야 한다.

(2) 대금지급기한의 도래

사안의 경우처럼 대금지급기한에 관한 약정이 있는 경우 그 기한이 확정기한이라면 확정기한에 관한약정 사실만 주장·증명하면 되고, 그 기한의 도과는 법원에 현저하므로, 이에 대한 별도의 주장·증명은 필요 없다.

(3) 목적물의 인도

일반적으로 쌍무계약에 있어서는 일방 당사자의 상대방에 대한 현실적인 이행 또는 이행의 제공만으로도 상대방을 이행지체에 빠뜨릴 수 있는 것이나 매매계약에 있어서 매도인이 매수인을 이행지체에 빠뜨리기 위하여는 쌍무계약에 있어서의 위와 같은 요건에 추가하여 매도인과 매수인 사이에 목적물의 과실과 대금의 이자 간에 양자의 균형을 유지하려는 민법 587조의 특칙에 따라 매매의 목적물을 매수인에게 현실적으로 인도하였다는 점까지 주장·증명하여야 하는 것이고, 이 경우에만 매수인에게 매매대금에 대한 지연손해금을 청구할 수 있게 된다(대법원 1995. 6. 30. 선고 95다14190). 한편, 채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐 채무 그 자체를 면하게 하는 것이 아니고, 가압류가 있다 하여도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없다(대판 1994. 12. 13. 93다951). 따라서 甲이 乙에게 마스크대금 뿐만 아니라 그 지연손해금을 청구하기 위해서는 甲이 乙에게 마스크를 인도해주 사실을 주장·증명해야한다. 한편, A가 甲의 乙에 대한 마스크대금채권을 가압류한 사실은 乙이 그 지연손해금을 면하려는 데 있어서 유효한 항변사유가 되지 못한다.

(4) 손해의 발생과 그 범위

손해의 발생과 범위는 원래는 원고가 주장·증명하여야 하는 것이나, 매매대금채무와 같이 금전채무를 이행하지 않는 경우에는 민법 397조에서 특칙을 정하고 있다. 즉, <민사법정이율에 의한 지연손해금>을 청구하는 경우에는 별도의 사실을 증명하지 않더라도 민법397조를 적용하여 매매대금에 대한 연 5%의 민사법정이율에 의한 금원을 손해로 인정할 수 있다. <상사법정이율인 연 6%의 비율에 의한 지연손해금을 주장하는 경우>에는 매매대금채무가 상행위로 발생한 사실을 주장·증명하여야 하는데(상법 제54조), 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고(상법 제47조 제2항), 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다(상법 제47조 제1항). 따라서 사안의 마스크 도매업자 甲은 상인이므로, 특별한 사정이 없는 한, 甲은 상사법정이율 6%의 적용을 주장할 수 있게 된다. 원고가 <약정비율에 의한 지연손해금>의 지급을 주장하는 경우에는 지연손해금 비율에 관한 약정사실을 주장·증명하여야 한다. 이러한 약정은 손해배상액의 예정으로서의 성격을 가진다. 한편, 현행 소소촉진 등에 관한 특례법상 소장부분 송달일 다음날 부터는 연 12%의 지연손해금을 청구할 수 있다.

(5) 채무불이행사실에 대한 증명책임 문제

<원고가 본래의 채무이행을 청구하면서 이에 부대하여 지연손해금의 지급을 구하는 경우>에는 비록 지연손해금청구가 채무자인 피고가 이행기에 채무를 이행하지 않은 사실을 전제로 하는 것이긴 하지만, 주된

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

청구인 본래의 채무이행청구의 요건사실에 맞추어 원고가 피고의 채무불이행사실을 주장·증명할 필요는 없고, 오히려 피고가 항변으로 채무를 이행한 사실을 주장·증명하도록 하는 것이 실무의 태도이다.

민사소송법(고태환 교수)

■ 2020 법무사 2차 민사소송법 기출문제 및 해설

【문 1】 (20점)

〈기본적 사실관계〉

甲이 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금지청구의 소를 제기하여 원고(甲)의 청구를 전부 인용하는 가집행선고부 1심판결이 있었고, 乙은 위 가집행선고부 1심판결에 대하여 항소를 하면서 위 가집행선고부 1심판결에 기한 판결인용금액 1억 원을 피공탁자를 甲으로 하여 변제공탁하였다. 그 후 항소심법원은 乙의 항소가 일부 이유가 있다고 판단하여 위 가집행선고부 1심판결 중 4,000만 원 부분에 대해서는 1심판결을 취소하고 甲의 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였다.

(아래의 각 추가된 사실관계는 상호 무관하고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름)

(1) [추가된 사실관계]

乙은 항소심 계속 중 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분을 지급하라는 가지급물반환신청을 하였고, 현재까지 甲은 위 변제공탁금을 수령하지 않은 상태이다. 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분(= 甲의 청구를 기각한 부분 = 4,000만 원)에 관한 위 가지급물반환신청이 인용될 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

(2) [추가된 사실관계]

乙은 위 항소심판결에 대하여 상고를 제기하였으나 상고심법원은 상고기각판결을 선고하였다. 그 후 乙은 위 항소심판결의 사실인정자료가 된 차용증이 위조되었음을 이유로 상고기각판결을 재심대상판결로 기재하여 대법원에 재심의 소를 제기하였다. 이 경우 재심관할법원이 적법한지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여 (10점)

1. 결론

乙의 가지급물반환신청은 인용될 수 없다.

2. 가집행선고의 실효 및 가지급물반환신청

(1) 가집행선고의 실효

가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다(제215조 제1항). 즉, 가집행의 효력은 본집행과 달리 확정적인 것이 아니고, 상급심에서 가집행선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하는 것이다.

(2) 가지급물반환신청

1) 가집행선고부 본안판결 등을 바꾸는 경우 법원은 피고의 신청에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려 줄

것(원상회복)과, 가집행으로 말미암은 손해 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해를 배상할 것(손해배상)을 원고에게 명하여야 한다 (제215조 제2항).

2) 가집행물반환신청은 일종의 소송 중의 소제기와 같으며, 예비적 반소의 성질을 가지며, 가집행물의 반환 또는 손해배상에 대하여는 피고의 신청이 있어야만 판단할 수 있다.¹⁾

3. 변제공탁금이 가집행물에 해당하는지 여부

(1) 문제점

가집행선고부 제1심판결금을 변제공탁한 자체만으로 그 판결금을 가집행금으로 볼 수 있는지가 문제이다.

(2) 판례

판례²⁾는, 가집행선고부 판결에 기한 공탁은 채무를 확정적으로 소멸시키는 원래의 변제공탁이 아니고 상소심에서 가집행선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 가집행선고부 판결이 선고된 후 공탁자가 판결인용금액을 변제공탁 하였다 하더라도 피공탁자가 이를 수령하지 아니한 이상, 그와 같이 공탁된 돈 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다는 입장이다.

(3) 검토 및 사안의 해결

1) 이론적으로는 변제공탁 자체만으로도 그 판결금을 가집행금으로 보는 것도 가능하지만, 가집행으로 인한 변제의 효력은 상소심에서 본안판결 등이 취소되는 것을 해제조건으로 하므로 변제공탁의 효력도 확정적이라 할 수 없어, 공탁한 상태만으로는 판결금이 확정적으로 지급된 상태가 아니라고 봄이 자연스럽다.

2) 사안의 경우, 원고 甲은 현재까지 변제공탁금을 수령하지 않았으므로 그 변제공탁금은 가집행물에 해당하지 않는다. 따라서 乙의 가집행물반환신청은 인용될 수 없다. 乙은 공탁법 제9조 제2항에 따라 공탁의 원인이 소멸하였음을 이유로 공탁물을 회수할 수 있을 뿐이다.

II. 설문 (2)에 대하여 (10점)

1. 결론

乙이 주장하는 재심사유는 항소심판결에 관한 것이므로 항소심법원이 전속관할을 가진다. 따라서 乙이 대법원에 제기한 재심의 소는 전속관할에 위배되어 부적법하다.

2. 재심 관할법원

1) 재심은 일단 종결된 중전 소송절차의 속행을 목적으로 하므로, 재심대상 판결을 한 법원의 전속관할에 속한다(제453조 제1항).

2) 한편, 동일 사건에 관하여 수개의 확정판결이 존재하는 경우³⁾에는 각 확정판결에 대하여 그마다 재심사유가 있다면 원칙적으로 따로따로 재심의 소의 대상이 되고, 상급법원이 병합심리한다(집중관할, 제453조 제2항 본문).⁴⁾

1) 대법원 1970. 2. 10. 선고 65다1629 판결.

2) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다17847 판결.

3) 예컨대, 제1심 중국판결에 대하여 항소각하의 항소심판결 및 그에 대한 상고기각의 상고심판결이 있다면, 동일사건에 대하여 심급을 달리하는 3개의 확정된 중국판결이 존재한다.

4) 다만, 동일심급에 대하여 항소심판결과 상고심판결이 재심대상판결인 경우에는 상고심에서 집중관할할 수 없다(제453조 제2항 단서). 왜냐하면, 상고심법원에서 재심사유가 있다고 판단하고 본안청구의 당부에 대하여 심리할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 원판결을 파기하고 다시 항소심법원에 환송하여야 할 것이므로 소송경제에 반하기 때문이다.

- 3) 다만, 항소심이 본안판결(항소기각)을 한 경우에는 항소심에서 법률상·사실상 전면적 재심을 한 것이므로 항소심판결에 대하여만 재심의 소를 인정하면 족하므로 항소심판결만이 재심의 소의 대상이 된다(제451조 제3항).⁵⁾
- 4) 사안의 경우, 항소심의 본안판결에 대하여 상고기각판결이 있었으므로, 항소심판결과 상고심판결에 각기 재심사유가 있는 한 각각 재심대상판결이 될 수 있다.

3. 상고심판결에 재심사유의 존재 여부

(1) 제451조 제1항 제6호 및 7호의 재심사유

상고심은 사실인정에 관한 한 직권조사사항을 제외하고는 증거조사와 사실인정의 권한이 없고 원심법원의 사실인정의 적법 여부만을 판단하므로, 재심사유 가운데 사실인정 자체에 관한 것, 즉 제451조 제1항 6호(서증의 위변조에 관한 것) 및 7호(거짓진술에 관한 것)에 관하여는 상고심판결을 대상으로 재심의 소를 제기할 수 없고, 원심법원의 판결에 대하여 재심의 소를 제기하여야 한다.⁶⁾

(2) 사안의 해결

- 1) 항소심판결의 사실인정자료가 된 차용증이 위조되었다는 주장은 상고심판결이 아니라 항소심판결을 재심대상판결로 한 것이므로 항소심의 전속관할에 속한다.
- 2) 따라서 乙의 재심의 소는 재심관할법원을 그르쳐 부적법하다. 다만, 전속관할위반을 이유로 각하할 수는 없고 항소심법원에 이송하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.⁷⁾ 이송결정이 확정된 때에는 소송은 처음부터 이송받은 법원에 계속된 것으로 간주되므로(제40조 제1항), 재심기간의 준수여부는 대법원에 제기된 때를 기준으로 한다.

【문 2】 (50점)

〈기본적 사실관계〉

甲은 乙에 대하여 2020. 1. 1. 변제기가 도래한 2억 원의 대여금 채권(이하 ‘이 사건 대여금 채권’)을 가지고 있다. 채무초과 상태에 있던 乙은 2020. 4. 1. 그 소유의 유일한 재산인 A토지를 丙에게 1억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’)을 체결하였다. 한편, 丁은 乙에 대하여 2020. 2. 1. 변제기가 도래한 3억 원의 약정금 채권(이하 ‘이 사건 약정금 채권’)을 가지고 있다.

(각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 매매계약에 기하여 2020. 5. 1. A토지에 관하여 乙로부터 丙 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 甲은 2020. 8. 1. 이 사건 대여금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 ‘이 사건 소송’)을 제기하였다.

(1) 甲이 乙에 대하여 이 사건 대여금 채권과는 별개의 구상금 채권을 가지고 있다고 주장하면서 해당 구상금 채권을 보전하기 위하여 2020. 9. 1. 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 새로운 사해행위취소 및 원상회복청구 소송을 제기하였다면 이는 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (15점)

5) 항소심에서 항소인용판결을 한 경우에는 제1심판결이 취소되어 소멸되었으므로 제1심판결은 재심의 대상이 될 여지가 없다.
 6) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99재다746 판결.
 7) 원고가 항소심판결에서 증거로 원용된 소유권증명이 위조된 것이라고 주장하면서 상소기각판결을 재심대상판결로 기재하여 재심의 소를 제기한 경우에는 그 재심사유가 항소심판결에 관한 것임이 그 주장자체나 소송자료에 의하여 분명하니 재심원고의 의사는 항소심판결을 대상으로 한 것으로서 다만 재심소장에 재심을 할 판결의 표시를 잘못 기재하여 제출하였다 할 것이므로 재심관할 법원인 항소심법원에 이송함이 상당하다(대법원 1984. 4. 16. 선고 84사4 판결).

(2) 丁이 2020. 6. 1. 이 사건 약정금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 ‘이 사건 선행소송’)을 제기하여 진행 중인 사실이 이 사건 소송 계속 중 밝혀졌다면 이 사건 소송이 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (8점)

만약 이 사건 선행소송에서 丁이 승소판결을 받아 확정되고 그에 따라 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소된 후에 甲이 이 사건 소송을 제기한 것이라면 법원은 어떠한 판결(각하, 인용, 기각)을 선고해야 하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (7점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 매매계약 체결 이후 乙이 丙에게 A토지의 소유권을 이전하지 않자 丙은 乙을 상대로 이 사건 매매계약에 기하여 A토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 이에 甲이 丙을 상대로 하여 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소를 구하는 취지의 독립당사자참가신청을 하였다면 이는 적법한지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (20점)

I. 설문 1-(1)에 대하여 (15점)

1. 결론

甲의 이 사건 소송은 중복제소에 해당한다.

2. 중복제소의 의의 및 요건

- 1) 법원에 소송계속 중인 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(제259조). 이는 판결의 모순·저촉을 막기 위함이다.
- 2) 중복제소에 해당하려면, ① 전소 소송계속 중 후소 제기, ② 당사자가 동일할 것, ③ 청구가 동일할 것의 요건이 필요하다.

3. 동일한 채권자가 피보전권리를 달리한 경우

(1) 청구의 동일 여부

채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다.⁸⁾

(2) 사안의 해결

甲이 별개의 구상금 채권을 가지고 있다고 주장하면서 제기한 후소는 전소의 공격방법에 관한 주장을 변경한 것일 뿐이고, 전소와 소송물이 동일하므로 중복제소에 해당한다. 따라서 후소는 부적법하므로 소각하판결을 하여야 한다.

II. 설문 1-(2)에 대하여 (15점)

1. 결론

- 1) 甲의 이 사건 소송은 중복제소에 해당하지 않는다.
- 2) 다만, 丁의 선행소송으로 丙 명의의 소유권이전등기가 말소된 경우에는 권리보호이익이 없으므로 법원은 소각하판결을 하여야 한다.

8) 대판 2012.7.5. 2010다80503.

2. 서로 다른 채권자의 수개의 채권자취소소송이 중복제소에 해당하는지 여부

(1) 소송물의 동일 여부

판례9)에 의하면, “채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 각 채권자가 동시 또는 이시에 채권자취소 및 원상회복소송을 제기한 경우 이들 소송이 중복제소에 해당하는 것이 아니다.” 고 본다.

(2) 당사자의 동일 여부

중복소제기 금지는 판결의 모순·저촉을 막기 위한 제도로써 ① 형식적으로 동일한 당사자이거나, ② 제218조의 기관력의 주관적 범위에 해당하는 자이어야 한다.

채권자취소소송의 채권자는 채권자대위소송과는 달리 제218조 3항의 판결의 효력이 미치는 소송담당자에 해당하지 아니하므로 동일한 당사자가 아니다.

(3) 사안의 해결

甲의 이 사건 소송은 丁의 선행소송과 소송물이 다르고, 당사자도 다르므로 중복제소에 해당하지 않는다.

3. 甲의 이 사건 소송이 적법한지 여부

(1) 문제점

원고가 소에 의하여 신청한 대로 승소판결을 받기 위해서는 i) 소장의 적식(흥결시 재판장의 소장각하명령, 제254조), ii) 소의 적법(흥결시 소각하판결), iii) 주장 자체의 정당성(흥결시 청구기각판결), iv) 주장사실의 증명(흥결시 청구기각판결)이다. 사안은 이미 선행소송의 결과 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되었으므로 甲의 이 사건 소송이 권리보호이익의 흥결된 것인지가 문제이다.

(2) 권리보호이익의 인정 여부

판례10)에 의하면, “어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어지게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.” 고 본다.

(3) 사안의 해결

丁이 선행소송에서 승소확정판결을 받아 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되어 甲이 이 사건 소송을 통해 실현하고자 하는 목적이 이미 만족되었으므로 甲의 이 사건 소송은 권리보호이익이 없어 부적법하다. 따라서 법원은 소각하판결을 하여야 한다.

Ⅲ. 설문 2.에 대하여 (20점)

1. 결론

甲의 독립당사자참가신청은 부적법하다.

9) 대판 2003.7.11. 2003다19558.

10) 대판 2003.7.11. 2003다19558.

2. 독립당사자참가의 의의 및 요건

가. 독립당사자참가의 의의

독립당사자참가란 다른 사람간의 소송 계속 중 제3자가 당사자의 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 원·피고간의 청구와 관련된 자기의 청구에 대하여 동시에 모순 없이 심리·재판을 구하기 위하여 당사자로서 그 소송에 참가하는 것을 말한다(제79조). 여기에는 ① 소송의 목적의 전부 또는 일부가 자기의 권리임을 주장하는 권리주장참가와 ② 소송의 결과로 말미암아 자기의 권리의 침해를 받을 것을 주장하는 사해방지참가가 있다.

나. 독립당사자참가의 요건

독립당사자참가는 ① 타인간의 소송이 계속 중일 것, ② 참가이유가 있을 것, ③ 참가취지, 즉 참가인은 원·피고 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 자기의 청구를 할 것, ④ 소의 병합요건을 갖추고 일반적인 소송요건을 구비한 참가신청이 있을 것을 요건으로 한다

사안은 乙과 丙의 소송이 계속 중이며 소의 병합요건은 구비하였으므로 ②와 ③의 요건에 대하여 살펴본다.

3. 참가취지

- 1) 2002년 개정 민사소송법 제79조 제1항은 독립당사자참가제도의 탄력적 운용을 위하여 「제3자는 당사자의 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다」라고 규정하여, 편면참가를 명문으로 허용하였다.
- 2) 사안의 경우, 甲이 丙만을 상대로 한 편면참가도 개정법상 허용된다.

4. 참가이유

가. 권리주장참가로서 적법한지 여부

- 1) 제79조 제1항 전단의 권리주장참가에서는 참가인이 원고의 본소청구와 양립되지 않는 권리 또는 그에 우선할 수 있는 권리를 주장해야 하는 바, 판례¹¹⁾는 권리주장참가의 참가이유를 판단할 때 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립하지 않는 관계에 있으면 족하며, 본안심리 결과 양 청구가 실제로 양립되면 참가인의 청구를 기각하면 된다고 한다.
- 2) 사안의 경우, 甲의 참가이유는 丙의 본소청구의 원인행위인 매매계약의 존재를 전제로 한 것이므로, 丙의 본소청구와 주장 자체로서 양립가능하며, 본소청구의 목적인 권리가 자기의 권리임을 주장하는 것에 해당하지도 않는다. 따라서 권리주장참가로서는 부적법하다.

나. 사해방지참가로서 적법한지 여부

- 1) 제79조 제1항 후단의 사해방지참가에서는 제3자가 '소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장'해야 하는 바, 판례¹²⁾는 원고와 피고가 소송을 통하여 참가인을 해할 의사를 갖고 있다고 객관적으로 인정되고, 그 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 침해될 염려가 있다고 인정되어야 한다고 본다.
- 2) 본소청구의 원인행위가 사해행위라는 이유의 사해방지참가의 경우 판례¹³⁾는 사해행위취소의 상대적 효력에 의하여, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다는 입장이다.
- 3) 사안의 경우, 甲의 독립당사자참가가 그대로 인용되더라도 乙과 丙의 본소청구에 아무런 영향을 줄 수 없어 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없다. 따라서 甲은 사해방지참가로서도 부적법하다.

11) 대판 1992.12.8. 92다26772, 26789.
 12) 대판 2001.9.28. 99다35331.
 13) 대판 2014.6.12. 2012다47548

다. 사안의 해결

甲은 권리주장참가로도 사해방지참가로도 참가이유가 인정되지 않는다. 따라서 甲의 독립당사자참가신청은 부적법하다.

형 법(이재영 법무사)

■ 총평

올해의 형법 문제는 중요한 쟁점이 있는 부분에서, 나올 수 있는 문제가 나왔다고 볼 수 있습니다. 난이도는 작년과 비슷한 수준으로 출제되었다고 보입니다. 작년에 워낙 고득점자가 많이 나와서 올해는 상대적으로 점수에서 걱정되는 부분이 있었는데 평소에 충실히 학습하시면서 모의고사를 통하여 쓰는 연습을 꾸준히 하신 분이라면 답안 작성에 큰 어려움은 없었을 것으로 보입니다. 세 문제 중에서는 문제 구조상 [문1-2]가 상대적으로 논할 수 있는 쟁점이 많아 보이는데 해당 해설 guide를 참조하시기 바랍니다. 어려운 시기에 많은 과목을 준비하느라 고생하셨습니다. 꼭 고득점 합격의 기쁨을 누리시기 바랍니다.

이재영 올림

■ 2020 법무사 2차 형법 기출문제&해설

【문 1】

甲은 고속버스를 타고 가다가 옆자리에 앉은 승객 A가 두고 내린 지갑을 발견하고, 지갑 안에 있는 50,000원 권 6매와 A의 운전면허증을 꺼내어 들고 내렸다. 며칠 뒤 甲은 소주 1병을 마시고 운전을 하던 중 음주단속에 걸렸고, 겁이 난 甲은 사진이 흐릿하게 나온 A의 면허증을 대신 제시할 생각으로 甲의 휴대폰으로 미리 촬영해둔 A의 운전면허증이 담긴 휴대폰 화면을 경찰관 Z에게 제시하였다. 경찰관 Z은 A의 운전면허증 정보를 토대로 적발처리를 하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (10점) (음주운전으로 인한 도로교통법 위반죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따름)

I. 쟁점의 정리

갑이 지갑 속의 물건을 습득한 행위와 관련하여 절도죄(형법 제329조) 혹은 점유이탈물횡령죄(형법 제360조)의 성부가 문제된다. A가 잃어버린 지갑 안에 있던 물건은 갑의 입장에서 타인의 소유물에 해당된다. 문제는 그것이 타인의 점유물인가 점유이탈물인가에 있다.

갑이 운전면허증의 촬영사진을 경찰관에게 제시한 행위와 관련하여 공문서부정행사죄(형법 제230조)의 성부가 문제되며 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조)에 해당하는지 여부도 검토할 수 있다.

II. 절도죄 혹은 점유이탈물횡령죄의 성부

1. 구성요건

절도죄란 타인소유, 타인점유하의 재물을 절취함으로써 성립하는 범죄이며, 점유이탈물횡령죄는 타인의 점유를 이탈한 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄이다. 점유이탈물횡령죄는 위탁관계를 전제로 하지 않는다는 점에서

단순 횡령죄와 구분된다.

2. 현금과 카드가 타인의 점유에 속하는지 여부

(1) 형법상 점유의 개념

점유가 인정되기 위해서는 ① 객관적 요소로서 사실상의 재물지배가 있어야 하며 ② 주관적 요소로서 점유의사를 요하는 외에 ③ 사회적·규범적 요소로서 사회통념 내지 경험칙에 따라 점유의 범위가 확대되거나 축소되기도 한다.

(2) 판례의 태도

- ① 일단 지배범위에서 벗어난 재물에 대하여도 피해자가 소재를 알고 그 점유를 회복할 수 있는 때에는 피해자의 점유가 그대로 인정된다(대판 1984.2.28. 84도38).
- ② 잘못 두고 온 물건이 다른 사람의 지배범위에 있게 되면 새로운 점유가 개시될 수 있다. 판례에 의하면, 어떤 물건을 잃어버린 장소가 당구장이나 pc방과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일응 그 관리자의 점유에 속하고, 관리자 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물횡령이 아니라 절도죄에 해당한다고 하였다(대판 1988.4.25. 88도409, 대판 2007.3.15. 2006도9338).
- ③ 고속버스 운전사는 고속버스의 관수자로서 차내에 있는 승객의 물건을 점유하는 것이 아니고 승객이 잇고 내린 유실물을 교부받을 권능을 가질 뿐이므로 유실물을 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수 없고, 그 사이에 다른 승객이 유실물을 발견하고 이를 가져 갔다면 절도에 해당하지 아니하고 점유이탈물횡령에 해당한다고 판시하였다(대판 1993.3.16. 92도3170).
- ④ 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바닥이나 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우에도 위 고속버스 유실물의 경우와 동일하게 점유이탈물횡령죄에 해당한다는 것이 판례의 태도이다(대판 1999.11.26. 99도3963).

3. 검토

일반 대중교통수단의 경우 운전자의 배타적 지배가 인정되는 공간이라고 보기 어려우므로 점유이탈물횡령죄를 인정하는 판례의 태도가 타당하다고 본다. 즉 A가 잃어버린 재물은 점유이탈물에 해당한다.

쉽게 운반할 수 있는 재물은 손에 잡거나 호주머니 또는 가방에 넣는 것만으로 기수가 되며, 갑이 지갑 안에 있던 현금과 운전면허증을 꺼내어 들고 내렸다면 그 물건들에 대한 불법영득의사도 인정된다. 결국 갑의 행위는 점유이탈물횡령죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유와 책임조각사유가 없으므로 점유이탈물횡령죄가 성립한다.

Ⅲ. 휴대폰 화면을 경찰관에게 제시한 행위에 대한 판단

1. 공문서부정행사죄의 성부

(1) 공문서부정행사죄의 구성요건

공문서부정행사죄는 공무원 또는 공무원의 문서 또는 도화를 부정행사한 경우에 성립하는 범죄이다.

본죄의 객체는 진정하게 성립한 문서로서, 사용권한자 및 용도가 특정되어 있는 것에 한한다. 운전면허증이나 주민등록증은 사용권한자와 용도가 한정된 것이므로 본죄의 객체에 해당한다.

본죄에서의 부정행사란 사용권한 없는 자가 그 사용권한 있는 것처럼 가장하여 부정한 목적으로 행사한 때 또는 형식상 그 사용권한이 있는 자라도 그 정당한 용법에 반하여 부정하게 행사하는 경우를 말한다.(대판 1998.8.21. 98도1701).

사용권한 없는 자가 공문서를 그 본래의 용도대로 사용한 경우는 부정행사에 해당되나 사용권한 없는 자라도 공문서의 사용용도에 따라 행사한 것이 아닌 경우는 본죄의 부정행사에 해당되지 않는다(대판 2000.2.11. 99도1237).

(2) 판례의 태도

- ① 대법원은 운전면허증은 운전면허증에 표시된 사람이 운전면허시험에 합격한 사람이라는 ‘자격증명’ 과 이를 지니고 있으면서 내보이는 사람이 바로 그 사람이라는 ‘동일인증명’ 의 기능을 동시에 가지고 있으므로, 제3자로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 운전면허증을 제시한 행위는 그 사용목적에 따른 행사로서 공문서부정행사죄에 해당한다고 보고 있다(대판 2001.4.19. 2000도1985 전합).
- ② 그러나 자동차 등의 운전자가 경찰공무원에게 다른 사람의 운전면허증 자체가 아니라 이를 촬영한 이미지파일을 휴대전화 화면 등을 통하여 보여주는 행위는 운전면허증의 특정된 용법에 따른 행사라고 볼 수 없는 것이어서 그로 인하여 경찰공무원이 그릇된 신용을 형성할 위험이 있다고 할 수 없으므로, 이러한 행위는 공문서부정행사죄를 구성하지 아니한다(대판 2019. 12.12. 2018도2560).

(3) 검토

운전자가 운전면허증을 제시하는 것은 현장에서 운전자의 신원과 면허조건 등을 법령에 따라 발급된 운전면허증의 외관만으로 신속하게 확인할 수 있도록 하고자 하는 데 있다고 할 것인바, 운전면허증의 이미지파일 형태를 제시받는 경우에는 그 입수 경위 등을 추가로 조사·확인하지 않는 한 이러한 목적을 달성할 수 없을 뿐만 아니라, 그 이미지파일을 신용하여 적법한 운전면허증의 제시가 있었던 것으로 취급할 수도 없다고 할 것이다. 따라서 A의 운전면허증 자체를 행사하지 않는 한 공문서부정행사죄는 성립하지 아니한다.

2. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부

(1) 구성요건

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 경우에 성립한다. 여기서 위계라 함은 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 일체의 행위를 말한다.

(2) 판례의 태도

범죄행위가 구체적인 공무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 아니한 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(대판 2003.2.11. 2002도4293).

(3) 검토

갑이 운전면허증의 A의 이미지를 제시하고 경찰관이 A에 대하여 음주운전 적발처리를 하였다 하더라도 경찰관은 충분한 수사를 통하여 진범을 발견할 수 있다고 보아야 하므로 경찰관의 공무집행이 저지되거나 현실적으로 곤란하게 되었다고 볼 수 없다. 따라서 위계에 의한 공무집행방해죄는 성립하지 않는다.

IV. 사안의 해결

갑이 현금과 운전면허증을 취득한 행위는 점유이탈물횡령죄에 해당하며, 그 운전면허증의 이미지를 제시한 행위에 대해서는 별죄를 구성하지 않는다.

【문 1-2】

이후 음주운전으로 약식 기소된 사실을 안 A가 경찰서에 와서 항의를 하였고, 경찰관 B는 甲의 인적사항을 탐문하여 찾아가 경찰서에 출석할 것을 요구하였다. 甲은 B와 친분관계 있는 사업가 丙을 찾아가 범죄사실을 무마할 방법을 찾아달라고 부탁하였는데, 丙은 경찰관 B를 이용하여 甲으로부터 돈을 받아내기로 마음먹었다. 경찰관 B는 그동안 자신과 자신의 가족을 살뜰히 챙겨준 丙에게 마음의 빚을 갚을 기회라고 생각하고 丙과 공모하여 甲으로부터 돈을 받아내기로 하였다. B는 甲에게 “범죄사실을 무마하여 줄테니 丙에게 1,000만 원을 전달하라. 그렇지 않으면 검찰에 기소의견으로 송치시키겠다.” 고 하였고, 甲은 겁을 먹고 다음날 현금 1,000만 원을 丙에게 주었다. 甲, B, 丙의 죄책을 논하시오. (20점) (형법상 범인은닉·도피죄와 특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례 다수의견에 따름)

guide) 경찰이 사건을 무마시키는 명목으로 공갈행위를 한 경우에 ① 직무집행의 의사가 없었다면, 즉 직무집행을 빙자한 경우라면 수뢰죄가 성립하지 아니하고(대판 1969.7.22. 65도1166, 1966.4.6. 66도12), ② 반대로 직무집행의 의사가 있었고 직무와 대가관계가 인정되면 수뢰죄의 성립이 가능하게 된다.

필자는 ①로 서술하는 것보다 ②로 서술하는 것이 쟁점이 더 많이 드러나는 것으로 보아 ②로 서술해 보았다. ①로 서술하는 경우의 핵심적인 내용은 아래 각 주를 참고하기 바란다.¹⁴⁾

또한 설문에서 범인도피죄를 논외로 하라고 하였는데 병이 실제로 갑에 대한 범죄를 눈감아 준 경우 범인도피죄가 성립한다는 것을 전제로 하여, ②로 서술할 경우에는 단순수뢰죄가 아니라 수뢰후부정처사죄를 논할 수 있게 되지만 이는 결국 범인도피죄를 검토하여야 하는 쟁점이 되므로 최소한도로 간단히 언급하는 데 그쳤다.

I. 쟁점의 정리

을의 죄책과 관련하여 공갈죄(형법 제350조) 및 수뢰죄(형법 제129조 제1항)의 성부가 문제되며, 이 경우 을이 직무집행의 의사가 있는지, 을의 직무와 대가관계가 있는지 여부가 쟁점이 된다. 기타의 범죄로서 을에게 제3자뇌물수수죄(형법 제130조)나 수뢰후부정처사죄(형법 제131조 제1항) 직무유기죄(형법 제122조)의 해당여부도 함께 검토해 보기로 한다.

병의 죄책과 관련하여 을의 범죄에 대한 공동정범(형법 제30조)의 성립여부가 문제된다.

갑의 죄책과 관련하여 단순한 공갈죄의 피해자에 불과한 것인지 증뢰죄(형법 제133조 제1항)가 성립하는지 여부가 문제된다.

II. 을의 죄책

1. 공갈죄의 성부

(1) 공갈죄의 구성요건

공갈죄는 사람을 공갈하여 타인이 점유하는 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립한다. 공갈이란 폭행 또는 협박으로 공포심을 일으키게 하는 것을 말하며, 피공갈자의 처분행위를 요한다는 점에서 강도죄와 구별된다. 공갈죄의 기수시기는 재물 또는 재산상 이익의 취득시이다.

14) <직무집행의사가 없는 경우> 병의 죄책 : 공갈죄 성립, 수뢰죄 부정
 을의 죄책 : 공갈죄의 공동정범에 해당한다. 수뢰죄는 진정신분범이며 을은 공무원이라는 신분이 없으므로 단독으로는 수뢰죄에 해당되지 않는다.
 갑의 죄책 : 공갈죄의 피해자일 뿐이며 증뢰죄 부정 ← 공무원의 협박의 정도가 피해자의 반항을 억압할 수 있는 정도의 것이 아니고 따라서 피해자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 것이 아니라 할지라도 가해자의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이었다면 그 금품 제공자는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 증뢰죄의 성립은 될 수 없다(대판 1969.7.22. 65도1166).

(2) 사안의 검토

을은 기소의견으로 송치하겠다는 해약을 고지하였고 이에 대해 갑은 겁을 먹고 현금을 지급하는 처분행위를 하였으며 병은 현금을 취득하게 되었다. 을이 현금을 본인이 아닌 병에게 귀속시키려고 하는 의사가 있었다 하더라도 불법 영득의사는 인정된다. 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 을에게는 공갈죄가 성립한다.¹⁵⁾

2. 수뢰죄의 성부

(1) 수뢰죄의 구성요건

수뢰죄는 공무원이 직무에 관하여 뇌물을 수수하였을 때에 성립한다. 뇌물이란 직무에 관한 부당한 이익을 말하며 직무에 대한 대가관계가 있어야 한다.

본죄는 주관적 요건으로 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다. 피해자를 공갈하여 금품을 교부받은 경우에 수뢰죄가 성립할 수 있는지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 공무원이 직무집행의 의사 없이 또는 직무처리와 대가적 관계없이 타인을 공갈하여 재물을 받은 때에는 공갈죄만 성립하며 수뢰죄의 성립을 부정하는 입장이다(대판 1994.12.22. 94도2528).

(3) 사안의 검토

경찰관인 을은 갑을 찾아가 경찰서에 출석할 것을 요구하는 등 직무집행의 의사가 있었던 것으로 볼 수 있으며, 음주운전에 대하여 검찰로 송치할 것인지 무마할 것인지는 을의 직무와 관련성이 있다고 보인다. 따라서 을이 음주운전을 무마하는 조건으로 받은 금품은 직무처리에 대한 대가관계를 인정할 수 있어 수뢰죄의 구성요건해당성이 인정된다. 기타 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 수뢰죄가 성립한다.

3. 기타 문제될 수 있는 범죄

(1) 제3자 뇌물수수죄

1) 구성요건

제3자뇌물수수죄는 공무원이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 뇌물을 공여하게 하는 경우에 성립한다. 사안의 경우 을이 자신이 아닌 병에게 금품을 전달하라고 한 점에서 제3자뇌물수수죄에 해당하는지 여부가 문제된다.

2) 판례

공무원과 뇌물수수죄의 공동정범 관계에 있는 비공무원에게 뇌물을 공여하게 한 경우에는 공동정범의 성질상 공무원 자신에게 뇌물을 공여하게 한 것으로 볼 수 있으며, 공무원과 공동정범 관계에 있는 비공무원은 제3자뇌물수수죄에서 말하는 제3자가 될 수 없다고 본다(대판 2019.8.29. 2018도2738 전합).

3) 사안의 검토

후술하는 바와 같이 병은 을과 수뢰죄의 공동정범관계에 있으며, 수뢰죄의 공동정범이 성립한 이후에 뇌물이 실제로 을과 병 중 누구에게 귀속되었는지는 이미 성립한 뇌물수수죄에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다. 따라서 금품을 병에게 귀속시키기로 공모를 하였다 하더라도 이러한 사정은 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한 이후 뇌물의 처리에 관한 것에 불과하므로 뇌물수수죄가 성립하는 데 영향이 없다. 따라서 제3자뇌물수수죄는 성립할 여지가 없다.

15) 을의 공갈행위는 공무원이 직권을 이용하여 행한 것이므로 형법 제135조에 의하여 제350조에 정한 형의 2분의 1까지 가중된다.

(2) 수뢰후부정처사죄(형법 제131조 제1항)

수뢰후부정처사죄는 공무원이 수뢰죄를 범하여 부정한 행위를 한 때 성립한다. 만약 실제로 을이 갑의 범죄를 무마한 사실까지 인정된다면 본죄로 기중처벌되게 될 것이다. 이 경우 직무유기죄(형법 제122조)도 문제될 수 있으나 직무유기의 불법은 수뢰후부정처사죄에 흡수되어 별도로 성립하지 않는다.

4. 죄수판단

뇌물을 요구하고 약속한 후에 실제로 수수하면 포괄하여 1개의 수뢰죄가 된다. 공갈죄와 수뢰죄는 행위동일성이 있으므로 상상적 경합관계에 해당된다.

Ⅲ. 병의 죄책

1. 공갈죄의 공동정범의 성부

공동정범이 되기 위해서는 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서의 공동가공의 사실을 요한다. 병은 갑으로 돈을 받아 내기로 마음먹고 을과 공모를 하여 공동가공의 의사가 있다고 보아야 하며, 을이 협박을 하고 병이 현금을 수령하는 등 역할분담을 함으로써 공동가공의 사실이 인정된다. 따라서 병은 을과 함께 공갈죄의 공동정범에 해당된다.

2. 수뢰죄의 공동정범의 성부

(1) 공범과 신분관계

수뢰죄는 공무원 또는 중재인이라는 신분을 요하는 진정신분범이다. 공범과 신분에 관한 형법 제33조 본문은 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 신분자와 함께 공동정범이 성립가능함을 규정하고 있다.

(2) 판례의 태도

공무원이 아닌 사람이 공무원과 공동가공의 의사와 이를 기초로 한 기능적 행위지배를 통하여 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 수수하는 범죄를 실행하였다면 공무원이 직접 뇌물을 받은 것과 동일하게 평가할 수 있으므로 공무원과 비공무원에게 형법 제129조 제1항에서 정한 뇌물수수죄의 공동정범이 성립한다(대판 2019.8.29. 2018도2738 전합).

(3) 검토

병은 비공무원으로서 수뢰죄의 단독정범이 될 수는 없지만 을의 범죄에 가담하여 기능적 행위지배를 통하여 금품을 수령하였으므로 수뢰죄의 공동정범에 해당된다고 본다.

Ⅳ. 갑의 죄책

1. 증뢰죄의 구성요건

증뢰죄는 뇌물을 약속·공여하거나 또는 공여의사를 표시함으로써 성립하는 범죄이다. 수뢰죄와는 필요적 공범관계에 있는 범죄로서 그 성립여부는 별도로 검토를 하여야 한다. 갑이 병에게 금품을 건넨 것이 갑의 뇌물 공여의 의사에 기한 것이라고 볼 수 있는지 문제된다.

2. 판례의 태도

- ① 판례는 공무원에게 직무집행의 의사가 없어 수뢰죄가 성립하지 않고 공갈죄만 인정된 사안에서, 공무원의 협박의 정도가 피해자의 반항을 억압할 수 있는 정도의 것이 아니고 따라서 피해자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 것이 아니라 할지라도 가해자의 해악의 고지로 인하여 외포의 결과 금품을 제공한 것이었다면 그 금품 제공자는 공갈죄의 피해자가 될 것이고 증뢰죄의 성립은 될 수 없다고 본다(대판 1969.7.22. 65도1166).
- ② 한편 공무원에게 직무집행의 의사가 있어 수뢰죄가 성립하는 경우에는 공무원의 직무행위를 매수하려는 의사에서 금품을 제공한 행위에 대해 증뢰죄를 인정하고 있다(대판 1994.12.22. 94도2528).

3. 검토

甲은 공무원과 친분관계 있는 병에게 범죄사실을 무마할 방법을 찾아달라고 부탁한 바 있다는 점에서 어느 정도 뇌물을 공여할 의사가 있었다고 볼 여지가 있으며, 비록 겁을 먹었다 하더라도 뇌물을 공여할 것인지에 관한 의사결정의 자유가 있었다고 볼 수 있다. 그렇다면 갑에게도 증뢰죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다고 본다(다수설).

V. 사안의 해결

을과 병은 공갈죄와 수뢰죄의 상상적 경합범에 해당되며, 갑은 자신의 의사에 따라 뇌물을 공여한 것으로 보아 증뢰죄에 해당된다고 본다.

【문 2】

甲은 乙과 함께 프랜차이즈 사업을 하였으나 최근 사업부진으로 사업을 청산하기로 하였다. 그 과정에서 甲은 乙명 의의 상점을 받고, 甲이 乙의 초기투자비용 3억 원을 乙에게 돌려주는 대신 甲이 소유한 丙회사 주식 15,000주(계약 당시 1주당 2만원)를 乙이 양도담보 방식으로 받는 계약을 체결하였다. 이후 甲은 새로운 사업자금 확보를 위해 곧 취득할 乙소유의 상점에 대하여 A와 임대차계약을 체결하였다. 甲은 계약서를 작성하며 A에게 “내가 곧 乙로부터 소유권을 취득할 예정이다. 이전등기를 마치는 대로 당신에게 알려준 뒤 1순위 근저당권자 B은행 다음으로 대항력을 취득할 수 있도록 전입신고와 확정일자 받는데 협력하겠다.” 고 약속하였다. 그러나 甲은 A로부터 임대차보증금을 모두 받고 乙로부터 상점 소유권을 취득하였음에도 A에게 이 사실을 고지하지 않았다. 甲은 추가적인 자금 확보를 위해 C에게 돈을 차용하며 상점에 대한 2순위 저당권설정계약을 체결하고 丙회사 주식 15,000주를 C에게 양도하였으며, D은행에서 대출을 받은 후 위 상점에 D명의로의 2순위 저당권설정등기를 마쳐주었다. 甲의 배임죄 성부에 대하여 논하시오. (20점) (다툼이 있는 경우 결론은 대법원 판례 다수의견에 따르고 그 논거를 설명함)

I. 쟁점의 정리

- ① 주식을 양도담보로 제공하기로 한 후 타인에게 처분한 행위가 을에 대한 배임죄(형법 제355조 제2항)를 구성하는지 여부와
- ② 상점에 대한 소유권을 취득하였음에도 A에게 알리지 않고 추가 저당권을 설정한 행위가 A에 대한 배임죄를 구성하는지 여부가 문제된다.
먼저 배임죄의 구성요건을 검토한 후 각 사례에서 갑에게 배임죄의 주체성을 인정할 수 있는지 여부를 검토하기로 한다.

II. 배임죄의 구성요건

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금

이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 경우에 성립하는 범죄이다.

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 주체가 되는 진정신분범이다. 타인의 사무를 처리하는 자란 타인과의 대내 관계에서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재하는 자를 말하여, 신임관계는 사실상의 신임관계로 족하나 보호할 가치가 있어야 하며 반사회질서적인 경우에는 배임죄에서의 신임관계를 인정할 수 없다.

배임죄에서의 타인의 사무는 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 사무를 의미한다. 어떠한 사무가 타인의 사무로서의 성질과 자기의 사무로서의 성질을 동시에 가지고 있는 경우에는 타인사무가 본질적 내용을 이루고 있다면 타인의 사무에 해당한다.

Ⅲ. 을에 대한 배임죄의 성부

1. 판례의 태도

판례에 의하면, '타인의 사무를 처리하는 자' 라고 하려면, 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다고 하면서, 채무자가 양도담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 내지 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다고 하더라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다고 본다. 따라서 주식에 관하여 양도담보설정계약을 체결한 채무자가 제3자에게 해당 주식을 처분한다하더라도 배임죄에 해당되지 않는다(대판 2020.2.20. 2019도9756 전합).

2. 검토

금전채권채무 관계에서 채권자가 채무자에 대한 신임을 기초로 그의 재산을 보호 또는 관리하는 임무를 부여하였다고 할 수 없고, 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없어 채무자를 타인의 사무처리자에 해당한다고 볼 수 없다. 채무자가 양도담보설정계약에 따라 부담하는 의무는 채무자 자신의 급부의무로서 이를 이행하는 것은 자신의 사무이고, 담보설정계약의 체결이나 담보권 설정 전후를 불문하고 당사자 관계의 전형적·본질적 내용은 여전히 금전채권의 실현 내지 피담보채무의 변제에 있으므로 담보물을 처분하였다 하여 배임죄로 처벌할 수는 없다고 본다.

Ⅳ. A에 대한 배임죄의 성부

1. 판례의 태도

임대차계약을 체결하면서 자신이 소유권을 취득하는 즉시 임차인에게 알려 대항력을 취득할 수 있도록 하기로 약정한 후, 소유권을 취득하였음에도 취득 사실을 고지하지 않고 다른 근저당권을 설정해 준 경우, 피고인과 피해자 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 피고인과 피해자 간의 신임관계에 기초하여 피해자의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있다고까지 보기는 어렵다고 보아 배임죄의 성립을 부정하였다(대판 2015.11.26. 2015도4976).

2. 검토

일반적으로 임차인이 전입신고를 하고 확정일자를 받는 것은 임대인의 도움 없이 임차인이 일방적으로 할 수 있는 것이며 갑이 소유권 취득 사실을 고지하지 않은 상태에서 A가 전입신고를 하기는 어려웠던 사정은 있으나, 그렇다

고 하여 갑과 A의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 신임관계에 기초하여 A의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있다고까지 보기는 어려운 점에 비추어 배임죄의 성립을 부정하는 판례의 입장이 타당하다.

V. 사안의 해결

갑에게는 배임죄가 성립하지 않는다. 배임죄를 부정하는 판례에 대하여는 부동산 2중매매의 경우 배임죄를 인정하거나 담보가치 훼손행위에 대해 배임죄를 인정하는 기존의 판례와 일관성이 없다는 비판이 있다. 그러나 배임죄는 재산상 이익을 객체로 하고 그 구성요건이 매우 추상적으로 되어 있으므로, 이를 지나치게 확대해석하는 것은 형법이 국가의 형벌권의 한계를 명백히 하여 자의적인 형벌로부터 국민의 자유와 권리를 보장한다는 형법의 보장적 기능에 반할 소지가 있다. 계약관계에서의 이익대립관계가 존재하는 경우 민사상의 문제에 대한 형법의 개입을 억제하고자 하는 판례의 태도가 타당하다고 본다.

형사소송법(홍형철 변호사)

■ 2020 법무사 2차 형사소송법 기출문제

[문 1] 아래의 각 물음에 답하시오(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원전원 합의체 판례의 다수의견에 따름).

1. 피고인은 2018.6.11. 수원지방법원에서 절도죄, 각 사기죄 등으로 벌금 300만 원의 약식 명령을 받은 후 정식재판을 청구하였다(검사는 정식재판을 청구하지 않음). 제1심 법원은 위 정식재판 사건(2018고정000)을 2018고단0000 점유이탈물횡령 등 사건에 병합하였고, 이후 7건의 사건을 추가로 병합하였다. 제1심은 2019.7.12. 판시 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음 이를 경합범으로 처단하여 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였고, 이에 피고인과 검사는 각 양형부당을 이유로 항소를 제기하였다. 항소심은 2019.10.11. 피고인과 검사의 각 양형부당 항소를 모두 기각하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)
2. 서울중앙지방법원은 2019.9.5. 피고인에 관한 2019고단0000 사건(이하 ‘제1사건’ 이라고 한다)에서 각 사기죄, 상해죄 등을 유죄로 인정하고 징역 1년 2월을 선고하였다. 한편 서울중앙지방법원은 2018.11.26. 피고인에 대하여 폭행죄, 모욕죄로 벌금 300만 원의 약식명령을 하였고, 이후 피고인의 정식재판회복청구가 받아들여진 2019고정0000(이하 ‘제2사건’ 이라고 한다. 검사는 정식재판을 청구하지 않았음)에서 2019.09.26. 위 폭행죄, 모욕죄에 대하여 유죄로 인정되어 벌금 300만 원이 선고되었다. 항소심은 2019.12.12. 제1사건의 항소사건(쌍방 항소함)과 제2사건의 항소사건(피고인만 항소함)이 병합되었음을 이유로 위 제1심판결들을 모두 파기한 다음, 위 각 죄에 대하여 유죄로 인정하고 징역형을 각 선택한 후 누범가중과 경합범가중을 하여 그 처단형의 범위 안에서 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

[문 2] 아래의 각 물음에 답하시오(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원전원 합의체 판례의 다수의견에 따름).

1. 甲은 피고인이 경영하는 병원의 사무국장으로 근무하면서 2011.8.23.부터 2012.2.21.까지 총 43회에 걸쳐 합계 23,490,000원을 환자 소개의 대가 명목으로 교부하면서 환자를 소개·알선·유인하는 행위를 저질렀다. 이와 관련하여 피고인은 양벌규정인 의료법 제91조를 적용법조로 하여 기소되었다. 피고인은 제1심 제3회 공판기일에서 검사가 증거로 제출한 사법경찰관 작성의 甲에 대한 피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않고 그 내용을 부인하였으나, 제1심은 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제3항이 적용되는 ‘검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서’가 아니라 같은 조 제4항의 ‘사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다고 보아, 甲이 이미 사망하였으므로 공판기일에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하고 그의 경찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 인정된다는 이유로 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 인정

하였다 이에 따라 제1심은 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다. 제1심의 증거능력에 대한 판단이 적법한지 설명하시오.(10점)

2. (기초사실) 피고인은 2018.3.20.부터 2018.3.26.까지 총 18회에 걸쳐 휴대전화기의 카메라 등을 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다는 이유로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소되었다. 피고인은 제1심과 항소심에서 공소사실에 대해 자백하였고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거를 동의하였다(아래 가, 나항은 상호 관련 없음).

가. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검사가 법원에 제출한 증거에는 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일이 있었다(위 휴대전화기와 관련하여 별도로 사후에 영장을 받은 사실은 없다). 현행범 체포 당시 임의제출 방식 자체는 적법하였다는 전제 하에 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하시오. (5점)

나. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검찰이 법원에 제출한 증거는 오로지 2018.3.26.자 범행과 관련하여 작성한 위 휴대전화기에 대한 압수조서와 피고인에 대한 검사작성의 피의자신문조서만이 있었는데, 위 압수조서에는 “2018.3.26. 07:30경 지하철 O호선 A역 승강장 등에서 경찰관이 비노출 잠복근무 중 검정 재킷, 검정 바지, 흰색 운동화를 착용한 20대 가량의 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다” 는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에는 2018.3.26.자 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있었다. 이 경우 피고인의 각 범행에 관하여 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하시오. (5점, 만약 범행별로 그 여부가 달라질 경우 이를 구분하여 설명할 것)

3. 피고인은 새마을금고 이사장 선거와 관련하여 대의원인 甲에게 자신을 지지해 달라고 부탁하면서 현금 50만 원을 제공하였다는 이유로 새마을금고법 위반으로 기소되었다. 검사는 사법경찰관 작성의 공범 甲에 대한 피의자신문조서 및 진술조서를 증거로 제출하고, 검사가 신청한 증인 乙은 법정에서 출석하여 ‘甲으로부터 피고인에게서 50만 원을 받았다는 취지의 말을 들었다’ 고 증언하였다. 피고인은 공판기일에서 공소사실을 부인하였고 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서의 내용을 모두 부인하였다. 한편 공범이자 공동피고인인 甲은 현금 50만 원을 받았단느 취지의 공소사실을 부인하면서도 위 피의자신문조서와 진술조서의 성립의 진정은 인정하였다. 이 경우 피고인에 대하여 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서, 그리고 乙의 법정진술의 증거능력 유무에 대하여 설명하시오. (10점)

■ 2020 법무사 2차 형사소송법 기출해설

[문 1]

I. 설문 1.에 대하여

1. 형종 상향 금지의 원칙 및 불이익변경금지의 원칙

피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다(형

사소송법 제457조의2 제1항).

판례는 이러한 형중 상향 금지의 원칙은 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용된다는 입장에서, 피고인이 벌금 300만 원의 약식명령을 발령받은 후 정식재판을 청구하였는데, 제1심법원이 위 사건과 다른 사건을 병합한 후 각 죄에 대해 모두 징역형을 선택한 다음 경합범으로 처단하여 징역형을 선고한 경우, 위 판결은 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 잘못이 있다고 판시하였다.¹⁶⁾

2. 사안의 검토 및 결론

피고인은 수원지방법원에서 절도죄 등으로 벌금 300만원의 약식명령을 받은 후 정식재판을 청구하였고, 이에 대해서는 형사소송법 제457조의2 제1항에 따라 위 벌금보다 중한 종류의 형을 선고할 수 없고, 이는 위 약식명령에 대한 정식재판 과정에서 다른 사건이 병합된 경우에도 마찬가지이다. 그럼에도 불구하고 제1심은 절도죄에 대하여 징역형을 선택하여 형을 선고하였으므로 이러한 제1심의 판결은 위법하다.

따라서 위법한 제1심판결에 대한 피고인과 검사의 항소를 모두 기각함으로써 이를 그대로 유지한 항소심판결 역시 제457조의2 제1항을 위반하여 위법하다.

II. 설문 2.에 대하여

1. 형중 상향 금지의 원칙 및 불이익변경금지원칙

앞서 살펴본 바와 같이 형사소송법 제457조의2 제1항은 정식재판청구 사건에서의 형중 상향 금지의 원칙을 정하고 있고, 이는 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용되고, 약식명령에 대한 정식재판의 경우뿐만 아니라 그 정식재판에 대한 상소심에서도 적용된다.

판례 역시 같은 입장에서 1심법원이 징역형을 선고한 제1사건과 벌금형 약식명령에 대한 정식재판에서 역시 벌금형을 선고한 제2사건이 항소심에서 병합된 후, 이에 대하여 각 죄를 모두 유죄로 인정하고 징역형을 각 선택한 후 피고인에게 징역형을 선고한 항소심 판결이 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형중 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 판시하였다.¹⁷⁾

16) 피고인이 절도죄 등으로 벌금 300만 원의 약식명령을 발령받은 후 정식재판을 청구하였는데, 제1심법원이 위 정식재판청구 사건을 통상절차에 의해 공소가 제기된 다른 점유이탈물횡령 등 사건들과 병합한 후 각 죄에 대해 모두 징역형을 선택한 다음 경합범으로 처단하여 징역 1년 2월을 선고하자, 피고인과 검사가 각 양형부당을 이유로 항소한 사안에서, 형사소송법 제457조의2 제1항은 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.”라고 규정하여 정식재판청구 사건에서의 형중 상향 금지의 원칙을 정하고 있는데, 제1심판결 중 위 정식재판청구 사건 부분은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건인데도 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하여 형을 선고하였으므로 여기에 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형중 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있고, 제1심판결에 대한 피고인과 검사의 항소를 모두 기각함으로써 이를 그대로 유지한 원심판결에도 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 잘못이 있다고 한 사례(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도15700).

17) [1] 형사소송법 제457조의2 제1항은 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.”라고 규정하여, 정식재판청구 사건에서의 형중 상향 금지의 원칙을 정하고 있다. 위 형중 상향 금지의 원칙은 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용된다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도15700 판결 참조). [2] (1) 서울중앙지방법원은 2019. 9. 5. 피고인에 관한 위 법원 2019고단1760 사건(이하 ‘제1사건’이라고 한다)에서 각 사기죄, 상해죄, 업무방해죄에 대하여 유죄로 인정하고 징역 1년 2월을

2. 사안의 검토 및 결론

제2사건의 경우 벌금 300만원의 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였으므로 형사소송법 제457조의2 제1항의 형종 상향 금지 원칙이 적용되고, 이는 위 제2사건에 대한 정식재판 결과에 대하여 피고인이 항소한 경우에도 마찬가지이다.

따라서 벌금 300만원의 약식명령이 발령되었고, 이에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 제2사건에 대하여 징역형을 선택하여 형을 선고한 항소심의 판단은 위법하다.

[문 2]

I. 설문 1.에 대하여

1. 공범에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력

사법경찰관이 작성한 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건, 즉 적용규정 및 제312조 제3항이 적용되는 경우 내용인정의 주체가 누구인지가 문제된다.

이에 대해 판례는 피고인 내용인정설의 입장에서 ‘당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 동등피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다’고,¹⁸⁾ 위와 같은 ‘공범’에는 형법 총칙상 공범, 필요적 공범뿐만 아니라 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 사이 역시 포함된다고 판시하였다.¹⁹⁾

선고하였다. (2) 서울중앙지방법원은 2018. 11. 26. 피고인에 대하여 폭행죄, 모욕죄로 벌금 300만 원의 약식명령을 하였고 이후 피고인의 정식재판회복청구가 받아들여진 위 법원 2019고정1468 사건(이하 ‘제2사건’이라고 한다)에서 2019. 9. 26. 위 각 죄에 대하여 유죄로 인정되어 벌금 300만 원이 선고되었다. (3) 원심은 2019. 12. 12. 제1사건의 항소사건과 제2사건의 항소사건이 병합되었음을 이유로 위 제1심판결들을 모두 파기한 다음, 위 각 죄에 대하여 유죄로 인정하고 징역형을 각 선택한 후 누범가중과 경합범가중을 하여 그 처단형의 범위 안에서 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였다. [3] 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 제2사건은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건이므로 형종 상향 금지의 원칙에 따라 그 각 죄에 대하여는 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하지 못하고, 나아가 제2사건이 항소심에서 제1사건과 병합·심리되어 경합범으로 처단되더라도 제2사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다. 그런데도 원심은 제2사건의 항소심에서 각 죄에 대하여 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택한 다음 경합범가중 등을 거쳐 제1사건의 각 죄와 제2사건의 각 죄에 대하여 하나의 징역형을 선고하고 말았다. 이러한 원심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형종 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2020도355 판결).

18) 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다. 그리고 이러한 경우 그 공동피고인이 법정에서 경찰수사 도중 피의자신문조서에 기재된 것과 같은 내용으로 진술하였다는 취지로 증언하였다고 하더라도, 이러한 증언은 원진술자인 공동피고인이 그 자신에 대한 경찰 작성의 피의자신문조서의 진정성립을 인정하는 취지에 불과하여 위 조서와 분리하여 독자적인 증거가치를 인정할 것은 아니므로, 앞서 본 바와 같은 이유로 위 조서의 증거능력이 부정되는 이상 위와 같은 증언 역시 이를 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도1889 판결).

19) 형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 해당 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라도 해당 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없

2. 형사소송법 제314조의 적용범위

형사소송법 제312조 및 제313조의 규율대상이 되는 조서나 서류 가운데 원진술자의 진술에 의하여 진정성립이 인정되지 않는 진술조서·검증조서·감정서 등, 공범이지만 공동피고인이 아닌 자에 대한 검사 작성의 피의자신문조서나 공범관계에 있지 아니한 자에 대한 피의자신문조서에 대하여는 제314조가 적용된다. 그러나 당해피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로, 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 원진술자가 사망 등의 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에도 본 조에 의하여 증거능력이 인정될 수 없다는 것이 판례의 태도이다.²⁰⁾

3. 사안의 검토 및 결론

양벌규정에 따라 처벌되는 피고인의 증업원인 甲에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제3항에 따라 ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 공판준비 또는 공판기일에 그 (당해)피고인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력이 인정될 수 있다. 또한 위 조서에는 제314조는 적용되지 아니한다.

따라서 甲에 대한 피의자신문조서에 대해 제312조 제4항이 적용됨을 전제로 제314조에 의하여 증거능력을 인정한 제1심의 판단은 적법하지 아니하다.

II. 설문 2의 가에 대하여

피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다(형사소송법 제310조). 이러한 자백보강법칙 적용에 있어 보강증거가 되기 위하여는 ① 증거능력 있는 증거이어야 하고, ② 자백과는 독립된 증거이어야 한다.

또한 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있고(형사소송법 제218조), 이러한 임의제출물 압수의 경우 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다. 판례 역시 같은 입장에서 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다고 판시하였다.²¹⁾

고, 그 당연한 결과로 위 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다. 그리고 이러한 법리는 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에서만 아니라, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결).

20) [1] 형사소송법 제312조 제2항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용되는바, 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다. [2] 피의자가 경찰수사 단계에서 작성한 진술서에 대하여는 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서와 동일하게 제312조 제2항을 적용하여야 한다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결).

사안의 경우, 검사가 법원에 제출한 압수한 피고인 소유의 휴대전화기는 적법하게 임의제출 받은 것이므로 위법수집증거(형사소송법 제308조의2)에 해당하지 아니하여 증거능력이 인정되고, 이에 기초하여 수집한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일 역시 독수의 과실이론에 의해 증거능력이 부정되지 아니한다. 또한 위 휴대전화기 등은 피고인의 자백과는 독립된 증거에 해당한다.

따라서 검사가 법원에 제출한 압수된 휴대전화기 등은 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 될 수 있다.²²⁾

III. 설문 2의 나.에 대하여

1. 자백보강법칙 및 죄수

판례는 사안과 유사한 사실관계에서 압수된 휴대전화기에 대한 압수조서 진술기재 중 피고인의 범행을 직접 목격하 사법경찰관리의 진술 부분은 압수된 휴대전화기와는 별개의 독립적인 증거에 해당하고, 이는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서(형사소송법 제312조 제5항)에 해당하고, 이에 대해 피고인이 증거동의(제318조 제1항)하였으므로 증거능력이 인정되며, 자백과 독립한 증거이므로 피고인의 자백을 보강하는 증거가 될 수 있다고 판시하였다.

다만, 자백보강법칙(형사소송법 제310조) 적용에 있어 경합범은 수죄이므로 개별 범죄에 대하여 각각 보강증거가 필요하다.

2. 사안의 검토 및 결론

피고인의 2018. 3. 26.자 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄에 대하여는 압수된 휴대전화기에 대한 압수조서의 진술기재 중 사법경찰관리의 범행 목격 진술 부분은 압수된 휴대전화기 등과 독립한 증거이고, 이에 대하여 피고인이 증거동의하였으므로 증거능력이 인정되며, 피고인의 자백과는 독립한 증거에 해당한다.

따라서 위 조서의 사법경찰관리 진술 부분은 피고인의 2018. 3. 26.자 범행에 대하여 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 될 수 있다.

그러나, 2018. 3. 26.자 범행을 제외한 나머지 총 17회 공소사실에 대하여는 2018. 3. 26.자 범행에 대한 압수조서의 진술기재 외의 별도의 보강증거가 필요하다.

21) 범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(형사소송법 제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결).

22) 위 문제 사실관계의 출제근거가 된 대법원 2019도13290 판결에서는 압수된 휴대전화기 등의 제출의 임의성에 의심이 있음에도 검사가 제출의 임의성을 별도로 입증하지 아니하였음을 이유로 증거능력을 부정하였고, 이에 따라 휴대전화기 등의 보강증거성 역시 부정하였다. 그러나 이번 시험 문제의 경우 휴대전화기 임의제출 자체는 적법함을 전제로 하였고, 그 제출의 임의성에 있어 의심할만한 사실관계를 특별히 설시하지 않고 있다는 점을 고려할 때, 적법한 임의제출물 압수로 평가하여 증거능력을 인정하였다. 본문과 달리 제출의 임의성에 대한 별도 증명이 없다고 보아 증거능력을 부정할 수도 있다.

IV. 설문 3.에 대하여²³⁾²⁴⁾

1. 甲에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서 및 진술조서의 증거능력

위 설문 1.에서 살펴본 바와 같이, 공범에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 대하여는 형사소송법 제312조 제3항에 따라 ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 공판준비 또는 공판기일에 그 (당해)피고인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력이 인정될 수 있다.

또한 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이 라면 그것이 진술조서라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다²⁵⁾

사안의 경우, 甲에 대한 피의자신문조서 및 진술조서는 모두 공범에 대한 사법경찰관 작성 피의자신문 조서에 해당한다.²⁶⁾ 따라서 피고인이 공판기일에서 위 조서들의 내용을 모두 부인한 이상 위 조서들의 증거능력은 모두 부정된다(형사소송법 제310조의2).

3. 乙의 법정진술의 증거능력

피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다(형사소송법 제316조 제2항).

사안의 경우, 乙의 법정진술은 피고인 아닌 甲의 진술을 내용으로 하는 전문진술에 해당하고, 그 원진 술자인 甲이 이 사건 법정에 증인으로 출석하고 있으므로 필요성 요건을 갖추지 못하여 증거능력이 부정된다(형사소송법 제310조의2).

23) 해당 문제는 대법원 2019도11552 판결 사실관계에서 직접 출제되었다. 다만, 위 판례 법리는 기존의 법리를 재확인 한 것에 불과하므로, 위 판례를 따로 적시하지 않고 기존의 일반법리에 따라 답안을 적시하였다.

24) 피고인이 새마을금고 이사장 선거와 관련하여 대의원 갑에게 자신을 지지해 달라고 부탁하면서 현금 50만 원을 제공하였다고 하여 새마을금고법 위반으로 기소되었는데, 검사는 사법경찰관 작성의 공범 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서를 증거로 제출하고, 검사가 신청한 증인 을은 법정에 출석하여 ‘갑으로부터 피고인에게서 50만 원을 받았다는 취지의 말을 들었다’고 증언한 사안에서, 갑이 법정에 출석하여 위 피의자신문조서 및 진술조서의 성립의 진정을 인정하였더라도 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 모두 부인한 이상 이는 증거능력이 없고, 한편 제1심 및 원심 공동피고인인 갑은 원심에 이르기까지 일관되게 피고인으로부터 50만 원을 받았다는 취지의 공소사실을 부인한 사실에 비추어 원진술자 갑이 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 아니하여 갑의 진술을 내용으로 하는 을의 법정증언은 전문증거로서 증거능력이 없으며, 나아가 피고인은 일관되게 갑에게 50만 원 자체를 교부한 적이 없다고 주장하면서 적극적으로 다툰 점, 이에 따라 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서의 내용을 모두 부인한 점, 을의 법정증언이 전문증거로서 증거능력이 없다는 사정에 대하여 피고인 또는 변호인에게 의견을 묻는 등의 적절한 방법으로 고지가 이루어지지 않은 채 증인신문이 진행된 다음 증거조사 결과에 대한 의견진술이 이루어진 점, 을이 위와 같이 증언하기에 앞서 원진술자 갑이 피고인으로부터 50만 원을 제공받은 적이 없다고 이미 진술한 점 등을 종합하면 피고인이 을의 법정증언을 증거로 삼는 데에 동의하였다고 볼 여지는 없고, 을의 증언에 따른 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였더라도 달리 볼 수 없으므로, 결국 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서와 을의 전문진술은 증거능력이 없다는 이유로, 위 각 증거의 증거능력을 인정하여 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼은 원심의 조치에 형사소송법 제312조, 제316조 등에서 정한 증거능력에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다고 한 사례(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도11552 판결).

25) 피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면 그것이 진술조서라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없다(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588 판결).

26) 다만 문제에서 甲에 대한 진술조서 작성 근거가 된 조사의 실질이 참고인조사가 아닌 피의자신문이라는 내용이 구체적으로 설시되어 있지 아니하므로, 2019도11552 판결 결론과 달리 甲에 대한 진술조서에 대하여는 제312조 제4항을 적용하여 검토할 수도 있다.

민사사건 관련서류의 작성(배병한 법무사)

■ 2020 법무사 2차 민사사건관련서류의 작성 기출문제

[문1]

김갑동(주민등록번호 :750401-1111111, 주소 : 서울 서초구 서초중앙로 101,101동 101호(서초동, 서초아파트) 전화번호 : 010-1234-1111, 전자우편 : kkd@kmail.com)은 2020.9.10. 법무사 사무실에 찾아와 다음과 같은 내용을 설명하고 자신이 가져온 별첨 서류를 제시하면서 소장 작성을 의뢰하였다. 이에 적합한 소장을 작성하시오. (30점)

<다음>

○ 저는 전자부품을 대기업에 납품하는 사업을 운영하고 있는데, 최근 경기 불황으로 사업자금이 부족하였습니다. 그래서 고향 동생이면서 같은 업종에 종사하는 친한 동생인 이을남 [주민등록번호 : 790326-2222222, 주소 : 서울 서초구 서초중앙로 202, 202동 202호(방배동, 방배아파트), 전화번호 : 010-1234-2222, 전자우편 : len@kmail.com]에게 2019.1.1.에 원금 5천만 원, 이자 월 1%(매달 말일 지급), 변제기를 2019.6.30.로 하여 돈을 빌렸습니다.(1차 채무). 이후 경기 불황이 장기화 되면서 사업 운영이 점차 어려워져서 2019.1.1.에 빌린 돈의 이자도 지급할 수 없는 상황이 되었고, 사업 운영 자금이 더 필요하게 되었습니다. 그래서 친구에게 명목이 없었지만, 이을남으로부터 2019.2.1.에 원금 3천만 원, 이자 월 1%(매달 말일 지급), 변제기를 2019.7.31.로 하여 돈을 더 빌렸습니다.(2차 채무). 이 때 이을남은 전에 빌려준 돈의 이자도 받지 못한 상태에서 또 다시 큰 돈을 빌려주는 것이 불안하다며 담보를 요구하여, 차용증을 작성함과 동시에 이을남에게 별지 기재 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’)에 대하여 채권최고액을 1억 원으로 하는 근저당권설정계약을 맺고, 같은 날인 2019.2.1. 이을남에게 근저당권설정등기를 마쳐 주었습니다.

○ 2019.2.1.에 작성한 근저당권설정계약서에는 채권자 겸 근저당권자 : 이을남, 채무자 겸 근저당권설정자 : 김갑동, 채권최고액 :1억 원이며, 피담보채무의 범위에 관하여 “근저당권설정자겸 채무자는 채권최고액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 있거나 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용증서상의 모든 채무” 라고 기재되어 있습니다.

○ 1차 채무의 변제기일 2019.6.30.이 지나고 2차 채무의 변제기인 2019.7.31.이 지났지만, 저는 1차 채무의 원금, 이자, 지연이자과 2차 채무의 원금, 이자, 지연이자 중 어느 것도 변제하지 못했습니다. 이에 이을남은 저에게 몇 차례 채무독촉을 한 이후 2019.9.1. 근저당권에 기한 임의경매를 신청하였습니다.

○ 이에 깜짝 놀란 저는 이 사건 부동산이 경매로 다른 사람에게 넘어가는 것을 방지하기 위해 부인의 친구로부터 돈을 빌려, 1차 채무의 원금 5천만 원, 이자 3백만 원과 그때까지의 지연이자를 모두 변제하고 경매 취하를 부탁하였습니다. 이에 이을남은 저의 부탁을 받고 2019.10.1. 경매신청을 취하해 주었습니다.

○ 이후 저와 이을남은 다시 사이가 좋아졌지만, 저의 사업운영은 더욱 어려워져 이을남으로부터

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

2019.11.1.에 원금 1천만 원, 이자 월 1%(매달 말일 지급), 변제기 2019.12.31.로 돈을 더 빌렸습니다.(3차 채무).

○ 이후 이 사건 부동산에 대해 좋은 가격에 매수의사를 보이는 사람이 있어 저는 부동산을 팔려고 하였으나 매수인측이 매매 협상 시 근저당권이 설정되어 있는 사실을 알고 부동산의 근저당권을 말소시켜주는 것을 매매의 조건으로 삼았습니다. 이에 저는 2020.1.10.에 채무를 변제하려고 이을남을 찾아갔으나 이을남은 2차 채무의 원금, 이자, 지연이자와 3차 채무의 원금, 이자, 지연이자를 모두 돌려받지 못하면 근저당권을 말소시켜 줄 수 없다고 하였습니다. 이와 같은 사실은 이을남이 저에게 2020.1.20.에 보낸 내용증명서에서도 동일한 주장을 하고 있습니다.

○ 저는 부동산을 하루라도 빨리 매매하여 어려운 사업 운영자금으로 사용하고 싶어, 이을남이 주장하는 내용이 정확한지 아는 지인에게 물어보니 2차 채무액만 변제하면 근저당권을 말소할 수 있다는 답변을 들었습니다. 하지만 지인도 법률적 지식이 정확한 것은 아니니 법률 전문가에게 상담을 해보라고 하였습니다. 이후 근저당권을 말소하는 소송을 제기하려고 준비 중에 부동산 등기사항증명서를 확인해보니 이을남의 근저당권이 2020.2.10.자에 박병호[주민등록번호 : 780626-13333333, 주소 : 서울 서초구 서초중앙로 303, 301동 301호(반포동, 반포아파트), 전화번호 : 010-1234-3333, 전자우편 : pph@kmail.con]에게 근저당권 이전의 부기등기가 된 것을 알았습니다. 이후 박병호와 어렵게 전화통화가 되어 전후 사정을 이야기하니 박병호도 이을남과 동일하게 2차 채무자의 원금, 이자, 지연이자와 3차 채무의 원금, 이자, 지연이자를 모두 돌려받지 못하면 근저당권 말소절차에 협력하지 않겠다고 하였습니다. 이에 저는 누구를 상대로 얼마를 변제하여야 하는지 잘 몰라서 혼자서는 소송을 진행할 수가 없었습니다.

○ 저는 하루라도 빨리 근저당권을 말소하여 별지 기재 부동산을 매매하고 싶어 정당한 채무금액이라면 이를 지급하는 것을 조건으로라도 위 근저당권을 말소 받고 싶습니다.

[소장 작성 시 유의사항]

○ 김갑동의 위 진술 내용은 모두 진실한 것으로 보고 의사를 존중하여 2020.9.19.자로 김갑동에게 가장 유리하고 적법하며 승소가능성이 있는 내용으로 서울중앙지방법원에 접수할 소장을 작성하시기 바랍니다 (작성일자가 공휴일인지 여부는 고려할 필요가 없습니다).

○ 여러 명에 대하여 소를 제기할 필요가 있는 경우, 병합 요건을 고려하지 말고 하나의 소장으로 작성하십시오.

○ 소장에는 당사자, 청구취지, 청구원인을 갖추어 기재하되, 청구원인을 요건사실 위주로 기재하고 별첨 서류들을 참조하여 입증방법과 첨부서류도 소장에 함께 적시하시기 바랍니다.

○ 소장의 오른쪽 윗부분에 소가와 납부할 인지액을 그 각 계산내역과 함께 기재하십시오(별지 기재 부동산인 토지의 2020년도 개별공시지가는 1㎡ 800,000원인 것으로 가정함).

○ 위 사례에 등장하는 사람 이름, 주민등록번호, 주소 지번, 전화번호, 부동산 등기사항증명서 등은 모두 가공의 것이고, 별첨 서류들은 모두 시험용으로 만든 것이므로 실제와 다를 수 있습니다.

■ 2020 법무사 2차 민사사건관련서류의 작성 기출해설

소 장

소가 30,000,000원²⁷⁾
인지 140,000
(30,000,000×45/10,000+5,000)

원고 김갑동(750401-1111111)

서울 서초구 서초중앙로 101, 101동 101호(서초동, 서초아파트)

전화번호 : 010-1234-1111

전자우편 : kka@kmail.com

피고 박병호(780626-1333333)

서울 서초구 서초중앙로 303, 301동 301호(반포동, 반포아파트)

전화번호 : 010-1234-3333

전자우편 : ppk@kmail.com

근저당권 말소등기 청구의 소

청구취지

1. 피고는 원고로부터 30,000,000원 및 이에 대한 2019. 2. 1.부터 다 갚는날까지 연12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 서울 서초구 서초동 180 대 100㎡에 관하여 서울중앙지방법원 등기국 접수일자 2019. 2. 1. 접수번호 제1355로 경료된 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
 2. 소송비용은 피고가 부담한다.
- 라는 판결을 구합니다.

청구원인

1. 당사자의 기초적 사실관계

원고는 근저당권자인 소외 이을남으로부터 금전을 차용한 채무자이고, 피고는 소외 이을남의 근저당권부 채권에 대해 압류 및 전부명령으로 이전의 부기등기를 경료받은 자입니다(갑 제1호증).

2. 근저당권 설정

가. 차용금 채무를 담보하기 위한 근저당권의 설정

원고는 소외 이을남으로부터 2019. 1. 1. 50,000,000원을(1차 채무) 2019. 2. 1. 30,000,000원을(2차 채무) 각 월1%로 차용하였습니다(갑 제2호증의 1, 2). 또한 이를 담보하기 위해 원고 소유 부동산에 채권최고액을 100,000,000원으로 하는 근저당권을 설정계약을 하였고(갑 제3호증), 이에 기하여 근저당권 설정등기가 이루어졌습니다(갑 제1호증).

나. 근저당권의 피담보채권의 확정

소외 이을남은 원고 소유 부동산에 대하여 2019. 9. 1. 근저당권에 기한 경매를 신청 하였는 바, 따라서 근저당권은 그 날짜에 피담보채권이 확정되었습니다. 비록 소외 이을남이 경매개시결정 이후인 2019. 10. 1.

경매신청을 취하하였다 하더라도 확정된 효과는 반복되는 것은 아닙니다. 확정된 이후에는 보통 저당권이 되므로 확정 이후 새로이 발생한 채권은 더 이상 근저당권이 담보하는 것은 아닙니다. 따라서 2019. 11. 1. 에 차용한 10,000,000원의 채무(3차 채무)는 더 이상 담보하지 않습니다. 즉, 3차 채무는 무담보채무가 되는 것입니다.

다. 근저당권의 이전

한편 소외 이을남의 근저당부 채권에 대해서 피고가 압류 및 전부명령을 받아 그 근저당권은 2020. 2. 10. 접수 제1015호 이전의 부기등기가 경료되었습니다(갑 제1호증).

라. 근저당권이 이전된 경우 말소소송의 피고적격

근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것으로서 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것일 뿐 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아니므로, 피담보채무가 소멸된 경우에는 근저당권의 현재의 명의인인 양수인을 상대로 주등기인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있으므로 이에 원고를 양수인인 피고를 상대로 근저당권 설정등기의 말소를 구하는 것입니다.

3. 미리청구 할 필요

원고가 피담보채무의 일부가 남아 있음을 시인하면서 그 변제를 조건으로 저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 청구하였지만 피담보채무의 범위에 관한 견해 차이로 그 채무 전액을 소멸시키지 못하였거나 변제하겠다는 금액만으로는 소멸시키기에 부족한 경우에, 그 청구 중에는 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석하여야 하고, 이러한 경우에는 장래 이행의 소로서 그 저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 할 것입니다.

원고가 생각하는 피담보채무액과 피고가 요구하는 피담보채무액이 각 상이하므로(갑 제4호 증), 이에 원고는 장래 이행의 소를 제기하는 것입니다.

4. 청구권의 내용

이에 피고는 원고로부터 30,000,000원과 이에 대한 2019. 2. 1.부터 다 갚는날까지 연12%의 비율로 계산한 돈을 지급받은 다음 원고에게 서울 서초구 서초동 180 대 100㎡에 관하여 서울중앙지방법원 등기국 접수일자 2019. 2. 1. 접수번호 제1355로 경료된 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라는 소를 제기하는 바입니다.

입증방법

갑 제1호증	등기사항증명서
갑 제2호증의 1,2	차용증
갑 제3호증	근저당권설정계약서
갑 제4호증	내용증명서

첨부서류

1. 위 입증방법	각 2통
1. 소장부분	1통
1. 영수필확인서	1통
1. 토지대장등본 ²⁸⁾	1통
1. 송달료 납부서	1통

2020. 9. 19.

위 원고 김갑동(인)

서울중앙지방법원 귀중

27) 저당권의 경우에는 목적물의 값(100×800,000×50/100=40,000,000원)을 한도로 한 피담보채권액(30,000,000원)이므로 적은 금액인 30,000,000원이 소가이다. 형식상으로는 근저당권(근저당권의 경우에는 채권최고액)이지만 피담보채권이 확정된 이후이므로 보통저당권이다.

28) 소가 산정을 위해 첨부하여야 한다.

부동산등기법(김미영 법무사)

■ 2020 법무사 2차 부동산등기법 기출문제&해설

[문 1] X토지의 소유명의인인 甲이 B의 채무를 담보하기 위해 채권자 丙과 X토지에 대하여 근저당권설정 계약을 체결한 후 근저당권설정등기신청을 법무사 A에게 위임하였고 법무사 A는 관할 등기소에 방문하여 위임에 따른 등기를 신청하였다.

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

1. 등기관이 신청서류를 심사하는 과정에서 신청서에 X토지에 관한 등기필정보의 기재가 누락되었음을 이유로 이를 기재하라는 내용의 보정명령을 하였다. 법무사 A가 甲에게 확인한 결과 甲이 X토지에 대한 등기필정보통지서를 분실하여 등기필정보를 기재하는 방법으로 보정할 수 없게 되었음을 알게 되었다. 보정명령의 이행을 위해 법무사 A가 취할 수 있는 방법에 대해 설명하시오. (10점)

1. 의의

원칙적으로 권리에 관한 등기를 공동으로 신청하는 경우 등기필정보를 제공하여야 하나, 이를 제공할 수 없는 경우 확인조서, 확인서면, 공증을 받는 방법으로 이를 대신할 수 있다(법 제50조 제2항, 법 제51조 등). 다만 본 사안에서 법무사 A가 취할 수 있는 방법에 대해 설명하기로 한다.

2. 법무사 A가 취할 수 있는 방법 (법 제51조, 규칙 제111조)

(1) 확인서면

- ① 등기신청을 위임받은 자격자대리인 A는 등기의무자 갑을 주민등록증을 등을 통해 본인인지 여부를 확인하여 확인서면을 작성하여야 한다.
- ② 갑을 주민등록증 등으로 확인한 후 그 신분증 사본을 등기신청서에 첨부하여야 한다.
- ③ 등기의무자가 소유권 외의 등기명의인인 경우 그의 인감증명서를 제공하여야 하나, 본 사안에서 갑은 규칙 제60조 제1항 제1호에 의하여 인감증명서를 제공하는 것이지 제3호를 이유로 제공하는 것은 아니다.

(2) 공증서면

- ① 공증은 등기소 출석의무를 갈음하는 것이므로 등기신청위임장을 작성한 등기의무자 갑 본인이 그 작성부분에 대하여 공증인 앞에 직접 출석하여 공증을 받아 제출하여야 한다.
- ② 등기의무자로부터 위임을 받은 대리인 법무사 A가 출석할 것이 아니다. 등기의무자 갑이 직접 공증사무실에 출석하여 작성할 것이 요구된다.

2. 위 신청에 따라 X토지에 근저당권설정등기가 마쳐진 후 동일한 채권을 담보하기 위해 甲소유의 Y토지에 대하여 추가로 근저당권설정등기를 신청하고자 한다. 이 경우 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 할 사항과 등기관의 등기실행방법에 관하여 설명하시오. (10점)

1. 의의

X토지를 목적으로 근저당권설정의 등기를 한 후 동일한 채권에 대하여 Y토지를 추가로 하는 근저당권 설정등기를 신청하고자 하는 경우, 그 신청정보와 등기실행방법에 대해 설명하기로 한다(법 제77조 제4항 등).

2. 신청정보 (규칙 제43조, 규칙 제134조 등)

- ① 등기원인과 그 연월일은 “추가설정계약, 계약체결일”, 등기의 목적은 “근저당권설정” 으로 제공한다.
- ② 채권최고액과 채무자 B의 성명 및 주소는 X토지에 대해 근저당권설정 당시에 제공하였던 동일한 내용을 제공한다.
- ③ 종전에 등기한 X토지에 대한 소재·지번을 제공하면서 X토지상의 종전 근저당권을 순위번호와 접수년월일 및 접수번호로 특정하여 제공하여야 한다.
- ④ 추가되는 Y토지의 등기필정보를 제공하여야 하며, X토지에 대한 등기필정보는 제공할 필요는 없다.

3. 등기실행방법(법 제77조 제4항 등)

등기관은 채권최고액, 채무자 등을 Y토지의 등기기록에 기록하면서, 그 등기와 종전의 등기한 X토지가 함께 근저당권의 목적으로 제공된 뜻을 기록하여야 한다.

3. 채무자 B가 사망하였다. 상속인으로 C와 D가 존재하고 이들 상속인의 합의로 C가 단독으로 채무자가 되려는 경우 채무자를 변경하기 위한 등기절차에 대해 설명하시오. (15점)

1. 의의

근저당권설정등기가 경료된 후 등기사항의 일부인 채무자 B의 사망으로 그 상속인 C로 채무자를 변경하는 것은 근저당권변경등기로 이를 신청하여야 한다.

2. 신청인 (법 제23조 제1항)

- ① 채무자 변경으로 인한 근저당권변경등기는 설정계약 당사자인 근저당권자 병(등기권리자)과 근저당권설정자 갑(등기의무자)이 공동으로 신청하여야 한다.
- ② 채무자의 상속인인 C는 등기신청권이 없다.

3. 신청정보(규칙 제43조 등)

- ① "계약인수" 또는 "확정채무의 면책적 인수"를 등기원인으로, “계약서 작성일” 을 등기원인일자를 신청정보로 제공하여야 한다.
- ② 등기의 목적은 “0번 근저당권변경”, 변경할 사항은 변경하고자 하는 근저당권을 접수년월일, 접수일자로 특정한 후 구채무자인 B에서 신채무자를 C로 변경하고자 한다는 뜻을 제공하여야 한다.
- ③ 공동신청이므로, 등기의무자 갑의 등기필정보를 제공하여야 한다.
- ④ 이하 규칙 제43조에 의한다.

4. 첨부정보 (규칙 제46조, 규칙 제60조 제1항 등)

- ① 근저당권설정자와 근저당권자가 작성한 근저당권변경계약을 등기원인증서로 제공하여야 한다.

- ② 등기의무자가 소유권등기명의인 갑이므로 그의 인감증명서를 제공하여야 한다(규칙 제60조 제1항 제1호).
- ③ 이하 규칙 제46조 등에 의한다.

5. 등기관의 심사 등(법 제29조 등)

- ① 등기관은 형식적 심사권한 내에서 법 제29조에 해당하는 각하사유가 없는 한 이를 수리하여야 한다.
- ② 신채무자 C로 변경하는 등기는 부기등기로 실행하되, 종전 채무자인 B는 말소하는 표시를 하여야 한다(규칙 제112조 제1항 본문).
- ③ 권리자를 추가하는 근저당권변경등기가 아니므로 등기필정보를 작성·통지할 필요는 없으나, 등기 완료의 뜻은 통지하여야 한다(규칙 제53조 등).

4. 甲이 자신 소유의 X토지에 대해 乙에게 소유권을 이전하였으나 乙명의의 소유권이전등기가 부적법하게 말소된 이후 위 신청에 따라 丙명의의 근저당권설정등기가 마쳐졌다.

가. 말소회복등기의 요건에 대해 간략히 약술하고(20줄 이내)(10점)

- (1) 등기가 부적법하게 말소되었을 것.
 - ① 부적법 말소란 실체상, 절차적 하자인지 불문하고 말소등기 자체가 무효이어야 한다.
 - ② 당사자가 자발적으로 말소한 등기이거나 말소된 것이 실제관계에 부합한다면 회복등기를 할 수 없다.
- (2) 말소된 등기 그 자체를 회복하려는 것일 것
말소된 등기 그 자체가 회복등기의 대상이다.
- (3) 등기상 이해관계인이 있는 경우 그의 승낙서 등을 첨부할 것
 - ① 회복등기로 인하여 등기기재 형식상 손해를 입을 염려가 있는 자를 등기상 이해관계인이라 한다.
 - ② 등기상 이해관계인인지 여부는 회복등기시를 기준으로 한다.
 - ③ 회복되는 등기와 양립할 수 없는 등기는 선 말소 대상이지, 등기상 이해관계인에 해당하지 않는다.
 - ④ 본 사안에서 근저당권자 병은 등기상 이해관계인에 해당하므로, 그의 승낙서 등은 반드시 제공하여야 한다.

나. 乙명의의 소유권이전등기의 말소회복등기가 적법하게 신청된 경우 등기관의 등기실행방법에 대해 설명하시오. (5점)

- ① 등기관이 등기를 회복할 때에는 주등기로 회복의 등기를 한 후 다시 말소된 등기와 같은 등기를 하여야 한다. 즉 말소된 등기의 순위번호와 말소된 소유권이전등기의 등기사항을 그대로 기록하여야 한다.
- ② 병의 승낙서 등을 제공하였다고 하여 근저당권설정등기를 말소하는 표시는 하지 않는다. 회복된 소유권자 을이 이를 부담하는 것이므로, 말소대상은 아니다.

[문 2] 가압류등기와 관련하여 아래의 질문에 답하시오.

1. 가압류등기의 효력에 대하여 약술하시오. (10점)

1. 의의

부동산에 대한 가압류의 집행은 가압류재판에 관한 사항을 등기부에 기입하여야 한다(민사집행법 제 293조 제1항).

2. 가압류등기의 효력

(1) 처분금지의 효력 및 상대적 효력

- ① 가압류의 집행으로 그 등기가 이루어지면 해당 부동산에 대하여 채무자가 매매·증여·근저당권 설정, 그 밖에 일체의 처분을 금지하는 효력이 생긴다.
- ② 가압류등기 후에 처분행위를 하였다라도 그 처분행위는 처분행위 당사자간에는 유효하나, 가압류 채권자에 대하여 집행보전의 목적을 달성하는 데 필요한 범위 안에서는 주장할 수 없는 상대적 효력을 가진다.
- ③ 상대적 효력에 따라 가압류등기 후 소유권을 이전받은 제3취득자와 근저당권 등을 취득한 자는 가압류권자에게 대항할 수 없다.

(2) 우선적 효력 부정 등

가압류등기 이후에도 동일 부동산에 대하여 가압류등기, 가처분등기, 체납압류등기 등도 가능하나, 이후 경료된 등기에 우선하는 효력은 없다.

(3) 일반적인 등기의 효력인 물권변동의 효력, 점유적 효력 등은 인정되지 않는다.

2. 가압류채권자 甲은 A부동산에 대하여 채무자를 丙으로 하여 가압류결정을 받았다. 그런데 A부동산의 등기기록상 소유자는 丙의 피상속인인 乙명의로 되어 있다. (아직 乙의 상속인인 丙앞으로 상속등기가 경료되지 않음) 이때 가압류등기를 하기 위한 절차에 대하여 설명하시오. (10점)

1. 대위상속등기 선행

상속등기를 하지 아니한 부동산에 대하여 가압류결정이 있을 때 가압류채권자는 그 기압등기촉탁 이전에 먼저 대위에 의하여 상속등기를 함으로써 결정문의 등기의무자(병)의 표시가 등기기록의 등기명 의인(을)과 부합하도록 하여야 한다.

2. 등기신청절차

- ① 가압류채권자 갑은 상속인인 병을 대위하여 단독으로 상속등기를 신청하여야 한다(법 제23조 제3항).
- ② 법정상속등기와 관련된 신청정보 외에 (a) 피대위자인 병의 성명, 주소, 주민등록번호, (b) 신청인이 대위자, (c) 대위자 갑의 성명, 주소 (d) 대위원인으로 "○년 ○월 ○일 ○○지방법원의 가압류 결정"을 신청정보로 제공하여야 한다(규칙 제50조).
- ③ 법정상속등기와 관련된 첨부정보 외에 대위원인증명정보로 가압류결정문을 제공하여야 한다(규칙 제50조).

등기신청서류의 작성(김미영 법무사)

■ 2020 법무사 2차 등기신청서류의 작성 기출문제&해설

[문 1] 법무사 최우선은 아래 부동산에 대한 소유권이전등기신청을 위임받았다. 제시된 부동산 및 사실관계와 답안작성 유의사항에 따라 법무사 최우선의 등기신청서를 작성하고 필요한 첨부정보에 대하여 간략하게 설명하십시오. (서면의 의한 방문신청임을 전제로 함) (30점)

1. 부동산

서울특별시 서초구 서초동 123-45 대 250㎡
(서울중앙지방법원 등기국의 관할에 속하는 부동산임)

2. 사실관계

가. 위 부동산은 등기기록상 현재 김일남과 김이선이 공유하고 있다(각 공유지분은 2분의 1). 김일남과 김이선은 1993. 9. 15.에 그들 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. A종중의 대표자 홍길동은 종중의 은행 예금으로 나대지인 위 부동산을 매수하여 그 지상에 종중회관을 건립하기로 생각하였다. 홍길동은 종중 총회를 소집하였고, 2020. 5. 30. 개최된 총회에서 위 부동산의 매수를 승인하고 취득(소유권이전등기 등)에 필요한 일체의 권한을 종중 대표자 홍길동에게 위임하기로 하는 내용의 결의가 적법하게 이루어졌다. 2020. 6. 19. 홍길동은 A종중을 대표하여 김일남, 김이선과 위 부동산에 대한 매매계약을 체결하고, 2020. 8. 28. 잔금을 지급하면서 소유권이전등기신청에 필요한 서류들을 받아 동석한 법무사 최우선에게 건네주었다.

나. 주소(또는 사무소 소재지), 주민등록번호(또는 부동산등기용등록번호) 등

- 김일남 : 서울특별시 서초구 서초대로 987, 750621-1234567
- 김이선 : 서울특별시 서초구 서초대로 654, 770306-2234568
- A종중 : 서울특별시 강동구 양재대로 456, 123456-3456789
- 홍길동 : 서울특별시 강동구 양재대로 789, 420107-1311115
- 법무사 최우선 : 서울특별시 서초구 서초대로 123, 전화번호 010-1234-1234

다. 거래신고 관리번호 : 12345-2020-4-1234567, 거래가액 : 1,700,000,000원

3. 답안작성 유의사항

가. 첨부서면란 등이 부족할 경우에는 답안지에 기재할 수 있습니다.

나. 첨부서면으로는 그 명칭과 통수를 기재하고, 제공해야 하는 이유와 근거를 답안지에서 간략하게 설명하시기 바랍니다. 첨부서면 중 대체할 수 있는 것이 있으면 그 대체 서면에 대하여도 답안지에서 설명하십시오.

다. 위임장은 작성하지 않아도 됩니다. 다만, 첨부서면으로는 기재하고 그 내용(위임인 등)도 답안지에 적으시기 바랍니다.

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

- 라. 시가표준액 및 국민주택채권매입금액, 취득세(등록면허세), 등기신청수수료 등 설문에서 정보가 주어지지 않은 것은 신청서에 기재하지 않으셔도 됩니다. 그 밖에 설문에서 주어지지 않은 사항은 고려할 필요가 없습니다.
- 마. 날인이 필요한 곳에는 “(인)” 이라고 기재합니다. 신청서 작성일자는 답안 작성일자로 합니다(답안 작성일자가 공휴일인지 여부는 고려할 필요가 없습니다).
- 바. 제시된 거래신고 관리번호, 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호는 법령상의 부여 규칙이나 구성체계 등과 맞지 않을 수 있으나, 이 점은 고려하지 않으셔도 됩니다. 또한, 설문의 부동산과 사실관계는 모두 가상의 것임을 알려 드립니다.

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

시가표준액 및 국민주택채권매입금액			
부동산 표시	부동산별 시가표준액		부동산별 국민주택채권매입금액
1.	금	원	금 원
2.	금	원	금 원
3.	금	원	금 원
국민주택채권매입총액			금 원
국민주택채권발행번호			
취득세(등록면허세) 금 원		지방교육세 금 원	농어촌특별세 금 원
세액합계		금 원	원
등기신청수수료		금 원	원
		납부번호 :	
		일괄납부 : 건	원
등기의무자의 등기필정보			
부동산고유번호			
성명(명칭)		일련번호	비밀번호
첨 부 서 면 간 인			
· 취득세영수필확인서	1통	· 주민등록표초본(김일남, 김이선, 홍길동)	3통
· 등기신청수수료영수필확인서	1통	· 정관	1통
· 등기필증	2통	· 대표자자격증명서면(성년2인 인감날인)	1통
· 매매계약서	1통	· 부동산등기용등록번호증명서	1통
· 부동산거래신고필증	1통	· 토지대장등본	1통
· 토지이용계획확인서	1통		
· 위임장(김일남, 김이선의 인감날인)	1통		
· 인감증명서	4통		
2020 년 9 월 26 일			
위 신청인		① (전화 :)	
		② (전화 :)	
(또는)위 대리인	법무사 최우선	직 인 (전화 : 010-1234-1234)	
서울특별시 서초구 서초대로 123			
서울중앙지방법원 등기국 귀중			

- 신청서 작성요령 -

* 1. 부동산표시란에 2개 이상의 부동산을 기재하는 경우에는 부동산의 일련번호를 기재하여야 합니다.
 2. 신청인란등 해당란에 기재할 여백이 없을 경우에는 별지를 이용합니다.
 3. 담당 등기관이 판단하여 위의 첨부서면 외에 추가적인 서면을 요구할 수 있습니다.

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!
제출서면에 대한 설명

1. 취득세영수필확인서 및 등기신청수수료영수필확인서 (규칙 제45조 등)

매매대금을 기준으로 하여 산정된 취득세 등과 등기신청수수료를 납부한 그 영수필확인서를 제공하여야 한다.

2. 등기필증 (법 제50조 제2항 등)

권리에 관한 등기를 공동으로 신청하므로, 등기의무자들이 소유권 취득 당시에 교부받은 등기필증을 제공하여야 한다.

3. 매매계약서 및 부동산거래신고필증 (규칙 제46조 제1항 제1호 등)

매매 대상인 부동산의 표시, 계약당사자 등이 기재된 매매계약서와 이를 원인서면으로 소유권이전등기를 신청하므로 부동산거래신고를 하여야 한다.

4. 토지이용계획확인서 (규칙 제46조 제1항 제2호 등)

본 토지가 토지거래허가구역 내 토지가 아님을 소명하기 위해 토지이용계획확인서를 제공한다.

5. 위임장 및 인감증명서 (규칙 제46조 제1항 제5호, 규칙 제60조 제1항 제1호)

- ① 법무사에게 등기신청을 위임하였으므로, 부동산의 표시, 위임인 등과 등기의무자인 공유자들의 인감을 날인한 위임장을 제공하고, 개인별로 인감증명서를 제공하여야 한다.
- ② 매매를 원인으로 하므로, 매수인인 기재된 부동산매도용 인감증명서를 제공하여야 한다.

6. 주민등록표초본 (규칙 제46조 제1항 제6호, 규칙 제48조 제4호) 및 부동산등기용등록사항증명서 (법 제49조 등)

- ① 새롭게 권리자로 기록되는 종중 대표자 홍길동의 주소와 주민등록번호를 증명하는 서면으로 주민등록표등(초)본을 제공하여야 한다.
- ② 새롭게 권리자로 기록되는 종중의 부동산등기용등록번호를 증명하는 서면을 제공하여야 한다.
- ③ 소유권이전등기를 공동으로 신청하므로, 등기의무자인 공유자의 과거주소변동내역을 기재된 주민등록표초본을 제공하여야 한다.

7. 정관 (규칙 제48조 제1호)

실체를 증명하기 위해서 종중의 명칭, 사무소소재지, 대표자 임면방법 등이 기재된 정관을 제공하여야 한다.

8. 대표자자격증명서면(규칙 제48조 제2호) 및 성년 2인의 인감증명(규칙 제60조 제1항 제8호 등)

- ① 대표자자격증명서면을 제공하되, 성년 2인 이상이 상위 없음과 성명을 기재하고 인감

2021 법무사 2차 프로그램 10/5 민소법(박승수 변호사) Start!!

을 날인한 후 그의 인감증명서면을 제공하여야 한다.

② 본 사안에서는 성년 2인으로 한다.

9. 토지대장등본 (규칙 제46조 제1항 제7호)

토지에 대하여 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 토지대장등본을 제공하여야 한다.

10. 유효기간 (규칙 제62조)

인감증명서, 주민등록등(초)본, 토지대장등본 등은 발행일로부터 3개월 이내 하여야 한다.