

## 2025년도 제14회 변호사시험 민법 사례형 문제와 해설

### 〈제1문의 4〉

#### 〈 기초적 사실관계 〉

甲은 자기 소유인 X 토지의 매도를 乙에게 부탁하고 일이 성사되면 그에 대한 대가를 지급하기로 하는 위임계약을 乙과 체결하였다. 그 과정에서 甲은 乙에게 대리권을 수여하는 의사표시를 하지 않았으나 X 토지의 매매계약 체결과 그 이행에 관한 대리권을 추단할 수 있는 직함의 사용은 허락하였다. 이에 乙은 甲으로부터 받은 직함을 사용하여 甲의 이름으로 丙과 X 토지에 관한 매매계약을 체결하였다. 그런데 乙은 평소 丙의 도움을 받던 터라 X 토지의 시가가 2억 원 상당임에도 그에 비하여 턱없이 낮은 1억 원의 매매대금을 제시하였다. 매매계약 당시 丙은 乙이 丙을 위하여 현저히 저렴한 가격으로 X 토지를 처분하려는 의도가 있음을 알았으나 乙에게 甲을 대리할 권한이 있다고 믿고 이에 응하였다.

乙은 丙 명의의 소유권이전등기를 마쳐주면서, 丙으로부터 약정한 매매대금 1억 원을 받은 후 甲에게 전달하지 않고 자신의 채권자인 戊에게 채무변제를 위하여 이를 지급하였다. 이 과정에서 戊는 乙이 丙으로부터 받은 매매대금을 甲에게 넘겨주어야 함에도 그 대금을 자신에게 지급한다는 사실을 알고 있었다. 그 후 丙은 X 토지에 대한 분쟁이 발생할 것을 우려하여 이전의 사정을 전혀 알지 못하는 丁과 X 토지에 대한 매매계약을 체결하고 매매대금 2억 원을 지급받음과 동시에 丁 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다.

이러한 사실을 알게 된 甲은 X 토지의 소유권을 회복하거나 최소한 乙이 丙으로부터 받은 매매대금 상당액이라도 받기를 원한다. 이에 甲은 우선 丙과 丁을 피고로 하여 甲과 丙 사이의 매매계약이 무효임을 이유로 X 토지에 관한 그 명의의 각 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다.

甲의 각 소유권이전등기말소 청구에 대하여, 丙과 丁은 ① ‘甲이 乙에게 대리권을 수여함을 표시하였으므로 각 매매계약과 丙·丁 명의의 각 등기는 모두 유효하다.’, ② ‘丁은 乙이 丙의 이익을 위해 매매계약을 체결한다는 사실을

알 수 없었으므로 丁 명의의 등기는 유효하다.’고 하면서 甲의 청구는 이유 없다고 주장하였다.

소송과정에서 甲은 乙에게 대리권을 수여하지 않았으나, 丙이 乙에게 대리권이 있다고 믿은 점에 대한 과실은 없었고, 각 매매계약 체결 당시 乙이 丙의 이익을 위해 매매계약을 체결한다는 사실에 대하여 丙은 이를 알았으나 丁은 이를 알 수 없었음이 밝혀졌다.

[※ 아래 각 설문은 서로 독립적임]

〈 문제 〉

1. 甲의 각 소유권이전등기말소 청구에 대하여 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 서술하시오. (25점)
2. 위 〈 기초적 사실관계 〉와 달리 乙이 丙의 이익을 위해 매매계약을 체결한다는 사실에 대하여 丙이 과실 없이 알지 못한 경우, 甲이 乙과 戊를 상대로 금전지급을 청구할 수 있는 모든 권원과 그 근거를 서술하시오. (20점)

〈제2문의 1〉

〈 기초적 사실관계 〉

乙은 2023. 4. 5. 甲으로부터 甲 소유의 X 건물을 매매대금 10억 원에 매수 하되, 계약금 1억 원은 계약 당일, 중도금 3억 원은 2023. 5. 10.에 각 지급 하고, 잔금 6억 원은 2023. 10. 31. 소유권이전에 필요한 서류를 제공받음과 동시에 지급하기로 하는 내용의 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’ 이라 한다)을 체결한 후 계약금과 중도금을 모두 지급하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

乙이 잔금지급기일에 잔금을 지급하지 아니하자 甲은 여러 차례에 걸쳐 乙에게 잔금의 지급을 청구하였고, 乙은 X 건물이 병원으로 용도변경이 이루어져야 잔금을 지급할 수 있는데 용도변경이 불가능하게 되었으므로 이 사건 매매계약이 실효되었다고 주장하면서 잔금의 지급을 거부하고 甲에게 계약금 및 중도금의 반환을 요구하였다. 이후 甲은 용도변경 여부는 이 사건 매매계약과는 무관하다고 주장하면서 소유권이전에 필요한 서류를 제공하거나, 수령하여 갈 것을 최고함이 없이 거듭 잔금의 지급을 청구하였고, 乙 역시 이 사건 매매계약의 실효를 재차 주장하며 甲에게 계약금 및 중도금의 반환을 요구하였다.

한편 X 건물은 2024. 2. 3. 강제수용되어 甲이 수용보상금 4억 3,000만 원을 수령하였다. 甲은 이 사건 매매계약을 체결하면서 구두로 乙이 추진하는 X 건물에 대한 병원으로의 용도변경에 협력하기로 하였고, 위 용도변경은 이 사건 매매계약 체결 이후 관련 법령의 개정으로 사실상 승인되기 어려웠던 것으로 밝혀졌다.

〈 문제 〉

1. 甲이 乙을 상대로 ‘X 건물에 대한 소유권이전등기의무의 이행제공이 있더라도 乙이 정당한 이유 없이 그 수령을 거절하고 잔금지급의무를 이행할 의사 없었음이 명백하므로, X 건물이 수용되어 이에 대한 소유권이전등기

의무를 이행할 수 없게 된 것은 ① 乙의 책임 있는 사유로 인한 것이거나, ② 사실상 乙의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 인한 것'이라고 주장하면서 乙을 상대로 매매잔대금 1억 7,000만 원(= 잔금 6억 원 - 수용보상금 4억 3,000만 원)의 지급을 구하는 소를 제기하였을 경우, 甲의 乙에 대한 청구는 인용될 수 있는지 판단하고 그 근거를 서술하시오. (10점)

2. 乙이 2024. 6. 24. 甲을 상대로 이 사건 매매계약이 강제수용에 의해 종료되었음을 이유로 계약금 1억 원 및 중도금 3억 원과 위 각 돈에 대하여 각 지급일부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈의 지급을 구하는 소를 제기하였고 같은 달 26일에 소장 부분이 甲에게 송달되었을 경우, 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 ① 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)과 ② 그 근거를 서술하시오(지연손해금 및 손해배상은 고려하지 말 것). (10점)

#### < 추가적 사실관계 2 >

乙의 대여금 채권자 丙은 2023. 9. 11. 乙을 대위하여 甲을 상대로 X 건물에 대한 처분금지가처분을 신청하여 인용결정을 받았고, 2023. 9. 14. 乙에게 위 결정문이 송달되었다. 甲은 乙이 이 사건 매매계약에 따른 잔금을 지급하지 아니하자 乙에게 2024. 1. 5.까지 잔금의 지급을 최고하면서 위 기한까지 잔금을 지급하지 아니할 경우 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였다. 그런데 乙이 위 기한까지 잔금을 지급하지 아니하자 甲은 이 사건 매매계약을 해제하고자 2024. 2. 28. 원상회복의무의 이행을 원인으로 하여 계약금을 제외한 중도금 상당액만 공탁하였고, 乙은 아무런 이의 없이 공탁의 취지에 따라 공탁금을 수령하였다. 다만 甲이 소유권이전에 필요한 서류를 제공하거나, 수령하여 갈 것을 최고한 적은 없다.

#### < 문제 >

3. 丙이 乙을 대위하여 2024. 4. 5. 甲을 상대로 X 건물에 대하여 이 사건 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행 및 인도를 구하는 소를 제기하자, 甲은 '이 사건 매매계약은 乙이 공탁금을 공탁의 취지에 따라 수령함으로써 적법하게 해제되었으므로, X 건물에 대한 소유권이전등기절차 및

인도의무의 이행을 청구할 수 없다' 고 주장하였다. 甲의 주장이 타당한지 판단하고 그 근거를 서술하시오(채권자대위권 행사를 위한 다른 요건들은 고려하지 말 것). (10점)

〈제2문의 2〉

〈 기초적 사실관계 〉

상가분양업자인 乙은 2021. 3. 23. 甲 소유의 X 토지 위에 3층 오피스텔인 Y 건물을 신축하고 이를 분양하기 위해 甲으로부터 X 토지를 90억 원에 매수하고 甲에게 계약금과 중도금으로 60억 원을 지급하였다. 그리고 매매잔대금 30억 원의 지급에 갈음하여, 甲과 乙은 乙이 향후 신축하는 Y 건물 1층의 101호 및 102호에 대한 분양권을 甲에게 양도하고, 분양권명의변경 및 소유권이전등기는 甲 또는 甲이 정하는 자에게로 하는 내용의 대물변제합의(이하 '제1차 대물변제약정' 이라 한다)를 하였으며, 乙은 2021. 9. 5. X 토지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다. 다만 분양권명의변경 및 그에 기한 소유권이전등기는 乙이 Y 건물에 대한 소유권보존등기를 마친 후에 해 주기로 하였다.

이후 甲은 乙 및 丁에게 각 15억 원씩을 차용하였는데 이를 변제하지 못하자, 甲은 2022. 9. 13. 위 각 차용금채무의 변제에 갈음하여 乙의 승낙을 받아 101호에 대한 분양권을 다시 乙에게 양도하고, 102호에 대한 분양권은 甲이 丁에게 양도하는 내용의 각 대물변제합의(乙, 丁에 대한 분양권 양도를 통틀어 이하 '제2차 대물변제약정'이라 한다)를 하였다. 마찬가지로 분양권명의변경 및 그에 기한 소유권이전등기는 乙이 Y 건물에 대한 소유권보존등기를 마친 후에 해 주기로 하였다.

한편 甲에게 30억 원의 대출금 채권을 가지고 있던 丙은 2023. 2. 1. 위 대출금 채권을 청구채권으로 하고 甲을 채무자, 乙을 제3채무자로 하여 제1차 대물변제약정에 따라 甲이 乙에 대하여 가지는 101호 및 102호에 대한 분양권에 관하여 양도·처분을 금지하는 내용의 가압류를 신청하였고, 인용된 가압류 결정문이 2023. 2. 22. 乙에게 송달되었다. 그 후 丙이 甲을 상대로 30억 원

의 대출금지급청구의 소를 제기하여 2023. 6. 7. 丙의 전부승소 판결이 확정되었다.

2023. 7. 5. Y 건물에 대한 소유권보존등기를 마친 후 乙은 丙의 가압류결정에도 불구하고, 2023. 7. 13. 101호에 대한 분양권을 戊에게 16억 원에 매도하고 戊 명의로 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 해 주었고, 102호에 대해 丁 명의로 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 해 주었다.

### < 소송의 경과 >

丙이 乙을 상대로, 101호 및 102호에 대해 戊 및 丁에게 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 丙의 가압류결정을 위반한 불법행위라며 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 대해 乙은 다음과 같은 이유를 들어 丙의 가압류는 무효이므로 불법행위책임을 부담하지 않는다고 주장한다.

- ① 丙의 가압류결정 이전에 이미 대물변제로 甲의 101호 및 102호에 대한 분양권이 소멸하였다.
- ② 제2차 대물변제약정은 실질적으로 제1차 대물변제약정을 합의해제한 것이므로 甲의 101호 및 102호에 대한 분양권은 소멸하였다.
- ③ 나아가 101호의 경우, 乙이 제2차 대물변제약정에 의해 甲의 101호에 대한 분양권을 이전 받았으므로 甲의 101호에 대한 분양권은 소멸하였다.

그러자 丙은 乙의 각 주장에 대응하여 다음과 같이 반박한다.

- ① 제2차 대물변제약정만 체결되었을 뿐 그에 따른 분양권명의변경과 소유권이전등기가 이루어지지 않았으므로 제1차 대물변제약정에 따른 甲의 101호 및 102호에 대한 분양권은 소멸하지 않았다.
- ② 제2차 대물변제약정을 제1차 대물변제약정에 대한 합의해제로 볼 수 없으며, 설령 합의해제로 보더라도 그 해제로써 丙에게 대항할 수 없다.
- ③ 제2차 대물변제약정으로 甲의 101호에 대한 분양권이 소멸하지 않았고, 설령 소멸하였더라도 그 채권의 양도에 대하여 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 갖추지 않았으므로 丙에게 대항할 수 없다.

### < 문제 >

乙 및 丙의 각 주장의 타당성을 검토하고 법원의 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)을 서술

하시오. (40점)

〈제2문의 3〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2004. 7. 8. 친구인 乙에게 자신을 대신하여 시가 상승이 예상되는 X 토지에 관한 매수인이 되어 줄 것을 부탁하였고, 乙이 이를 승낙함에 따라 甲과 乙 사이에 X 토지에 관한 명의신탁약정이 체결되었다. 더불어 甲과 乙은 같은 날 'X 토지의 소유자가 甲임을 인정하고, 甲이 요구하는 경우 乙은 즉시 甲에게 X 토지를 반환한다'는 취지의 반환약정(이하 'X 토지 반환약정'이라 한다)을 체결하였다. 乙은 2004. 8. 9. X 토지의 소유자인 丙으로부터 X 토지를 매수하기로 하는 매매계약을 체결하였다. 乙은 2004. 9. 9. 甲으로부터 X 토지 매수자금을 제공받아 위 매매계약에 따른 대금을 모두 丙에게 지급하고, 같은 날 X 토지에 관하여 자신 명의의 소유권이전등기를 마쳤다.

[※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

丙은 甲과 乙 사이에 X 토지에 관한 명의신탁약정이 체결되었다는 사정을 모르고 있었다. 乙은 X 토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 이후 계속하여 X 토지를 점유하였다. 甲은 2024. 10. 15. 乙을 상대로 X 토지를 반환할 것을 요구하였으나, 乙은 이를 거절하였다. 이에 甲은 2024. 12. 10. 乙을 상대로 X 토지에 관하여 자신 명의로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

위 소송에서 甲의 주요 주장은 아래 ①, ②와 같다.

- ① 甲과 乙 사이에 X 토지에 관한 명의신탁약정과 더불어 X 토지 반환약정이 유효하게 체결된 이상 乙은 甲에게 X 토지 반환약정을 원인으로 X 토지에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.
- ② 甲은 X 토지 반환약정에 기하여 乙의 X 토지에 관한 직접점유를 통해 X 토지를 간접점유하였고, 위와 같은 甲의 간접점유 기간이 20년을 경과한 이상 甲의 X 토지에 관한 점유취득시효가 완성되었으므로, 乙은 甲에게 X 토지에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의

무가 있다.

〈 문제 〉

1. 甲의 각 주장이 타당한지 판단하고 그 근거를 서술하시오(X 토지 반환약정과 관련된 소멸시효는 고려하지 말 것). (20점)

〈 추가적 사실관계 2 〉

甲은 乙이 X 토지에 관한 소유권이전등기를 마친 2004. 9. 9.부터 X 토지를 계속 점유하며 사용·수익하다가 2024. 10. 10. 지병으로 사망하였다. 甲의 아들 丁이 甲의 지위를 단독으로 상속하였고, 현재까지 X 토지를 점유하고 있다.

한편 丙이 甲과 乙 사이에 X 토지에 관한 명의신탁약정이 체결된 사정을 알고 있었는지 여부는 밝혀지지 않았고, 甲이 X 토지를 20년 이상 평온·공연하게 점유한 사실은 인정된다. 丁은 ‘甲의 X 토지에 관한 점유취득시효가 완성된 이상 丁은 X 토지에 관하여 소유권을 취득할 수 있다’는 주장을 하고자 한다.

〈 문제 〉

2. 丁의 주장이 타당한지 판단하고 그 근거를 서술하시오. (10점)



**<제1문의 4> <문제 1.>에 관하여(25점) (이하 민법명 생략함)**

**I. 논점의 정리<sup>1)</sup>**

사안에서 甲의 丙과 丁에 대한 말소등기청구권과 표현대리 인정 여부, 대리권 남용 인정 여부, 丁의 선의 제3자 주장 인정 여부가 문제된다.

**II. 甲의 丙과 丁에 대한 말소등기청구권의 인정 여부**

甲의 말소등기청구는 소유권에 기한 방해배제로 ① 甲은 X토지의 소유권자이고, ② 丙과 丁의 소유권이전등기가 있으며, ③ 乙은 甲으로부터 대리권을 수여받지 않고 丙과 매매계약을 체결하였으므로 무권대리행위로 무효이며, 유인성에 의해서 丙의 소유권이전등기는 무효이며, 丁의 등기도 무권리자 처분행위이고, 丁이 선의라도 등기의 공신력이 인정되지 않으므로 무효이다. 따라서 甲의 말소등기청구는 일단 인정된다.

**III. 표현대리 인정 여부**

사안에서 ① 甲은 乙에게 대리권을 수여하지는 않았지만 대리권을 추단할 수 있는 직함의 사용을 허락하여 대리권 수여표시를 하였고, ② 乙은 이 직함을 사용하여 丙과 매매계약을 체결하여 대리행위를 하였으며, ③ 丙은 乙에게 甲을 대리할 권한이 있다고 믿었으므로, 민법 제125조 대리권 수여표시에 의한 표현대리가 성립한다. 따라서 甲과 丙과의 매매계약은 일단 유효하다.

**IV. 대리권 남용 인정 여부**

그러나 사안에서 ① 乙은 X 토지의 시가가 2억 원임에도 그보다 낮은 1억 원의 매매대금을 제시하여 매매계약을 체결하였으므로 본인 甲을 위해서가 아니라 丙을 위해서 대리권 남용행위를 하였고, ② 매매계약 당시 丙은 乙이 丙을 위하여 현저히 저렴한 가격으로 처분하려는 의도가 있음을 알았으므로 ③ 판례에 의하면 매매계약은 민법 제107조 제1항 단서 유추적용에 의해서 무효라고 본다.

**V. 丁의 선의 제3자 주장 인정 여부**

판례는 대리권 남용행위에 의해서 형성된 법률관계를 기초로 하여 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 민법 제107조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없다고 본다. 판례에 의하면 사안에서 丁은 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 해당한다. 따라서 丁은 甲의 말소등기청구에 대해서 민법 제107조 제2항의 제3자에 해당한다고 항변할 수 있으므로 甲의 丁에 대한 청구는 이유 없다.

**VI. 결론**

사안에서 丙도 丁이 선의 제3자로 丁명의 등기는 유효하다고 주장하였는바, 이는 丙의 등기의 이행불능의 항변으로 인정되므로 법원은 甲의 丙에 대한 청구와 丁에 대한 청구 모두 청구기각판결을 해야 한다.

**<제1문의 4><문제 2.>에 관하여(20점)**

1) 본 변호사가 사례풀이구조로 항상 강조하던 유권 - 무권 - 표대 - 남용 - 제107조 제2항 유추적용의 문제가 출제되었다. 본 변호사 기본사례집에 유사문제도 많고 모의시험에서 많이 연습한 문제로 무난히 득점할 수 있는 문제라고 본다.

## I. 논점의 정리<sup>2)</sup>

사안에서 甲이 乙과 戊를 상대로 금전지급을 청구할 수 있는 모든 권원과 그 근거가 문제된다.

## II. 甲의 乙에 대한 청구 권원

사안에서 乙이 丙의 이익을 위해 매매계약을 체결한다는 사실에 대하여 丙이 과실 없이 알지 못한 경우 표현대리가 성립하므로 丙은 유효하게 X 토지의 소유권을 취득하고 甲은 소유권을 상실하는 손해를 입었다. 따라서 ① 甲은 乙에 대해서 위임계약상 선량한 관리자의 주의의무 위반으로 인한 채무불이행을 이유로 손해배상청구를 할 수 있고, 또한, ② 乙의 고의, 과실에 의한 가해행위로 인하여 甲에게 손해를 가했으므로 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수도 있다. ③ 그리고 乙은 丙으로부터 매매대금 1억 원을 받은 후 甲에게 전달하지 않고 자신의 채권자인 戊에게 채무변제를 위하여 이를 지급하였으므로 법률상 원인 없이 乙은 1억의 이익을 얻고, 甲은 1억원의 손해를 입었으며 인과관계도 있으므로 부당이득반환청구도 할 수 있다.

## III. 甲의 戊에 대한 청구 권원

사안에서 ① 甲과 戊는 계약관계가 없으므로 채무불이행을 이유로 손해배상청구를 할 수 없다. ② 다음으로 甲이 戊에게 乙이 횡령한 돈 1억 원으로 戊에게 채무를 변제하였으므로 이를 이유로 부당이득반환청구를 할 수 있는지 문제된다. 판례는 채무자가 피해자로부터 횡령한 금전을 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 i) 피해자의 손실과 채권자의 이득 사이에 인과관계가 있음이 명백하고, ii) 채무자가 횡령한 금전으로 채권자에게 채무를 변제하는 경우 채권자가 횡령한 사실에 대해서 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것으로 보나, iii) 채권자가 단순히 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득이 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것이 아니라고 본다. 사안에서 戊는 乙이 丙으로부터 받은 매매대금을 甲에게 넘겨주어야 함에도 그 대금을 자신에게 지급한다는 사실을 알고 있었으므로 甲은 戊에 대해서 부당이득반환청구를 할 수 있다. ③ 또한, 戊는 乙의 횡령한 돈이라는 사실에 대해서 악의이므로 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담한다고 본다.

## IV. 결론

甲은 乙에 대해서 채무불이행과 불법행위로 인한 손해배상청구 및 부당이득반환청구를, 戊에게는 부당이득반환청구와 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다.

---

2) 횡령한 돈의 변제와 횡령자와 변제받은 채권자에 대한 책임 근거와 유무에 대한 문제로 이 문제 역시 본 변호사 기본사례집에 유사문제와 모의시험에서 출제된 문제로 청구근거만 정확히 찾아 내면 무난히 고득점할 수 있는 문제라고 본다.

[제2문](100점)

〈제2문의 1)〉<sup>3)</sup> 〈문제 1.〉에 관하여(10점)

I. 논점의 정리

사안에서 제538조 제1항 제1문과 제2문이 적용되어 매매잔대금 청구가 인정되는지 여부가 문제된다.

II. 민법 제538조 제1항 제1문의 적용여부

사안에서 乙은 용도변경이 불가능하게 되었다는 이유로 잔금지급을 이행거절한 것이 채무자 甲의 이행실현을 방해하고, 신의칙상 비난받을 수 있는 경우라고 할 수 없으므로 채권자의 책임 있는 사유로 볼 수 없다. 따라서 甲은 乙에게 제538조 제1항 1문의 적용을 주장하여 매매대금지급청구를 할 수 없다.

III. 민법 제538조 제1항 제2문의 적용여부

판례는 乙의 수령거절의사가 확고하여, 채권자의 영구적 불수령에 해당한다고 하더라도, 甲은 乙을 제538조 제1항 제2문의 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 해당하기 위해서는 이행제공이 필요하다고 본다. 그럼에도 甲은 이행제공을 하지 아니하였으므로 乙은 수령지체 중에 있었다고 보기 어렵다. 따라서 甲은 乙에게 제538조 제1항 제2문의 적용을 주장하여 매매대금지급청구를 할 수 없다.

IV. 결론

따라서 甲의 乙에 대한 청구는 인용될 수 없다.

〈문제 2.〉에 관하여(10점)

I. 논점의 정리

사안에서 민법 제537의 적용여부와 乙의 甲에 대한 부당이득반환청구 가부와 범위가 문제된다.

II. 乙의 甲에 대한 부당이득반환청구 가부

사안에서 대가위험에 대한 제538조 제1항 제1문과 제2문에 해당하지도 않으므로, 제537조 채무자위험부담주의가 적용되어 甲은 乙에 대하여 매매대금의 지급을 청구하지 못한다. 판례는 제537조가 적용되면 매매계약은 소급적으로 무효가 된다고 보므로 법률상 원인이 없게 되었고, 甲은 계약금 1억과 중도금 3억 원을 지급받아 이익을 얻고, 乙은 계약금과 중도금 상당의 손해를 입었으며, 인과관계가 있으므로 乙은 甲에게 부당이득반환청구를 할 수 있다.

III. 부당이득반환 범위

사안에서 부당이득반환청구는 기한의 정함이 없는 청구이므로 이행청구 받은 날 다음날부터 지체책임을 지고, 소송촉진특례법상 연 12%의 지연이자를 지급할 의무가 있다. 다만 처

3) 이 문제는 본 변호사가 강조하던 영구적 불수령에 대한 2001다79013 판례사안 문제로 본 변호사 기본사례집 사례 83번 문제와 동일한 문제로 제538조 제1항 제1문 - 제2문 - 제537조 순으로 사안에 포섭하여 서술하고, 그리고 제537조가 적용되면 매매계약이 무효가 되므로 부이반을 청구할 수 있다고 서술하면 고득점할 수 있는 문제라고 본다.

분권주의에 의해 乙의 청구에 따라 법원은 계약금 1억 원 및 중도금 3억 원과 위 각 돈에 대하여 소장부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈의 지급하라는 일부 인용판결을 해야 한다.

#### IV. 결론

법원은 乙의 청구에 대해서 일부인용 판결을 해야 한다.

#### 〈문제 3.〉에 관하여(10점)<sup>4)</sup>

##### I. 논점의 정리

##### II. 甲과 乙 사이의 매매계약의 해제 효력

판례는 매도인이 잔대금 지급기일 경과 후 계약 해제를 주장하여 이미 지급받은 계약금과 중도금을 반환하는 공탁을 하였을 때, 매수인이 아무런 이의 없이 공탁금을 수령하였다면 위 매매계약은 합의해제된 것으로 본다. 따라서 사안은 甲과 乙사이에 합의해제의 효력은 인정된다.

##### III. 합의해제로 채권자 丙에 대한 가부

판례는 채권자대위권 행사사실을 채무자가 알게 된 후에는 채무자가 권리를 처분하여도 채권자에게 대항하지 못하는바, 채권자 丙이 채무자 乙과 제3채무자 甲사이에 체결된 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 채무자 乙을 대위하여 제3채무자 甲의 부동산에 대한 처분금지가처분결정을 받은 경우에는 채무자 乙이 채권자대위권 행사 사실을 알게 된 후에 매매계약을 합의해제함으로써 채권자대위권의 객체인 소유권이전등기청구권을 소멸시켰다 하더라도 이로써 채권자 丙에게 대항할 수 없고, 그 결과 제3채무자 甲도 합의해제로써 채권자 丙에게 대항할 수 없다고 본다.

#### IV. 결론

甲의 주장은 타당하지 않다.

#### 〈제2문의 2〉에 관하여(40점)<sup>5)</sup>

##### I. 논점의 정리

##### II. 丙의 乙에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구권의 인정 여부

불법행위로 인한 손해배상청구는 고의과실로 위법하게 가해행위를 하여 손해를 가하고 인과관계가 있을 것을 요한다. 사안에서 甲의 채권자 丙은 甲을 채무자, 乙을 제3채무자로 하여

4) 이 문제는 민법 제405조 제2항에 대한 2006다85921 판례사안 문제로 본 변호사 기본사례집 사례 53번 문제와 유사한 문제로 합의해제라는 사실과 민법 제405조 제2항에 의해서 채권자대위사실을 채무자가 알게 된 후 합의해제로 채권자에게 대항할 수 없다고 서술하면 고득점할 수 있는 문제라고 본다.

5) 이 문제는 채권양도와 혼동에 대한 2019다272855(22년) 판례사안을 기초로 만든 문제로 수험생들이 접해보지 않은 사실관계를 40점 배점으로 상당히 많은 양으로 출제하였다. 이번 변호사 시험에서 가장 불의의 문제라고 본다. 다만 채권양수인이 채무자로서 혼동으로 채권이 소멸하고 소멸된 채권에 대한 가압류는 무효라는 위 판례의 내용은 어느 정도 알고 있을 것이므로 이를 기초로 질문에 대한 답을 문제 자체에서 추출하고 기본논점의 요건사실들을 기초로 포섭하면 어느 정도 기본점수는 얻을 수 있었다고 본다. 이런 문제는 대부분의 수험생들이 당황하고 잘 쓰지 못하기 때문에 점수 차이가 많이 나지 않는 문제라고 본다. 따라서 위 판례와 법전을 기초로 최선을 다해서 답안을 작성하면 의외의 득점도 기대할 수 있는 문제라고 본다.

제1차 대물변제약정에 따라 甲이 乙에 대하여 가지는 101호 및 102호에 대한 분양권에 관하여 양도·처분을 금지하는 내용의 가압류결정을 받았는바, 가압류가 유효하다면 乙이 101호 및 102호에 대해 戊 및 丁에게 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 丙의 가압류결정을 위반한 불법행위라고 할 것이므로 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다. 이에 乙은 丙의 가압류는 무효이므로 불법행위책임을 부담하지 않는다고 주장하므로 丙의 가압류가 유효한지 문제된다.

### III. 가압류결정 이전에 대물변제로 甲의 분양권 소멸하였다는 주장의 당부

① 판례는 대물변제는 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급부가 현실적으로 행하여질 것을 요하는 요물계약으로 본다. ② 사안에서 제2차 대물변제약정만 체결되었을 뿐 그에 따른 분양권명의변경과 소유권이전등기가 이루어지지 않았으므로 제1차 대물변제약정에 따른 甲의 101호 및 102호에 대한 분양권은 소멸하지 않는다. 따라서 이미 대물변제로 甲의 분양권이 소멸하였다는 乙의 주장은 타당하지 않다.

### IV. 제2차 대물변제약정이 제1차대물변제 약정의 합의해제로 甲의 분양권 소멸주장의 당부

사안에서 제2차 대물변제약정은 甲의 乙 및 丁에 대한 각 차용금채무의 변제에 갈음하여 乙의 승낙을 받아 101호에 대한 분양권을 다시 乙에게 양도하고, 102호에 대한 분양권은 甲이 丁에게 양도하는 내용의 각 대물변제합의로 제1차 대물변제약정으로 발생한 분양권의 양도이지, 제1차대물변제 약정의 합의해제가 아니라고 본다. 따라서 합의해제로 甲의 분양권이 소멸하였다는 주장도 타당하지 않다.

### V. 제2차 대물변제 약정으로 甲의 101호에 대한 분양권이 소멸하였다는 주장의 당부

사안에서 乙이 제2차 대물변제약정에 의해 甲의 101호에 대한 분양권을 이전받았으므로 甲의 101호에 대한 분양권은 소멸하였는지 문제된다. 이에 대해서 판례는 채권양도에 의하여 채권은 그 동일성을 잃지 않고 양도인으로부터 양수인에게 이전되는데, 이와 같은 채권의 귀속주체 변경의 효과는 원칙적으로 채권양도에 따른 처분행위 시 발생하는바, 지명채권 양수인이 ‘양도되는 채권의 채무자’ 인 경우에는 채권양도에 따른 처분행위 시 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에 해당하므로 민법 제507조 본문에 따라 채권이 혼동에 의하여 소멸한다. 사안에서 제2차 대물변제약정에서 甲은 乙에 대한 101호 분양권을 乙에게 양도하였는데, 지명채권 양수인이 양도되는 채권의 채무자인 乙이므로 양도된 채권은 혼동으로 소멸한다. 따라서 이에 대한 乙의 주장은 타당하다.

### VI. 채권의 양도에 대하여 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 갖추지 않았으므로 丙에게 대항할 수 없다는 주장의 당부

민법 제450조 제2항에 의하면 채무자 이외의 ‘제3자’ 에 대하여 채권양도로 대항하기 위해서는 ‘확정일자 있는 증서’ 로 통지 또는 승낙을 할 것을 요한다. 사안에서 가압류채권자 丙이 甲의 乙에 대한 채권양도의 제3자에 해당하는지 문제된다.

판례는 민법 제450조 제2항에서 정한 지명채권양도의 제3자에 대한 대항요건은 양도된 채권이 존속하는 동안에 채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 제3자가 있는 경우에 적용된다. 따라서 지명채권 양수인이 ‘양도되는 채권의 채무자’ 여서 양도된 채권이 위와 같이 혼동에 의하여 소멸한 경우에는 그 후에 그 채권에 관한 가압류결정

이 제3채무자에게 송달되더라도 가압류결정은 존재하지 아니하는 채권에 대한 것으로서 무효이고, 그 압류 또는 가압류채권자는 민법 제450조 제2항에서 정한 제3자에 해당하지 아니한다고 본다. 사안에서 甲은 乙에 대한 101호 분양권을 乙에게 양도하였고, 乙이 채무자이므로 양도된 채권은 혼동으로 소멸한다. 따라서 丙의 가압류는 존재하지 않는 채권에 대한 것으로 무효이므로, 가압류채권자 丙은 민법 제450조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다. 그러므로 이에 대한 丙의 주장은 타당하지 않다.

#### IV. 법원의 결론

사안에서 법원은 ① 乙이 101호에 대한 분양권을 戊에게 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 불법행위가 아니므로 청구기각판결을, ② 乙이 102호에 대한 분양권을 丁에게 분양권명의변경 및 소유권이전등기를 마쳐 준 행위는 불법행위가 되므로 청구인용판결을 해야 한다.

### <제2문의 3><문제 1.><sup>6)</sup>(20점)

#### I. 논점의 정리

#### II. 甲의 ①주장의 당부(이하 부동산실명법을 부실법이라고 함)

##### 1. 명의신탁약정의 효력

사안에서 甲은 乙과 명의신탁약정을 체결한 다음, 乙은 甲으로부터 제공받은 자금으로 매매 대금을 모두 지급하면서, 명의신탁약정을 모르는 丙으로부터 丙의 소유인 X토지를 매수하였는바, 甲과 乙의 명의신탁은 계약명의신탁에 해당한다. 부실법 제4조 제1항에 의해 甲과 乙 사이의 명의신탁약정은 무효이다.

##### 2. 반환약정의 효력

판례는 계약명의신탁관계가 성립한 경우, 명의신탁자의 요구에 따라 부동산을 반환하기로 약정하였다 하더라도, 이는 부실법에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 명의신탁 부동산의 반환을 구하는 범주에 속하는 것이어서 무효이므로, 이 약정에 기한 청구를 부정한다. 따라서 명의신탁약정과 반환약정을 원인으로 X 토지에 관하여 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다는 甲의 주장은 타당하지 않다.

#### III. 甲의 ②주장의 당부

##### 1. 甲의 점유시효취득 거부

점유시효취득이 인정되기 위해서는 ① 20년간 점유를 계속하였을 것, ② 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하였을 것을 요한다(제245조 제1항). 사안에서 명의신탁자인 甲에게 간접점유와 자주점유가 인정되는지 문제된다.

##### 2. 甲의 간접점유 인정 여부

간접점유가 인정되기 위해서는 직접점유자와 간접점유자 사이의 점유매개관계가 있을 것을 요하는바, 사안에서 판례는 점유매개자인 乙의 직접점유는 인정되지만, 명의수탁자 乙과 명의신탁자 甲 사이에 명의신탁약정은 무효이므로 점유매개관계를 인정할 수 없어 명의신탁

6) 이 문제는 2021다244617 <22> 판례사안문제로 본 변호사 기본서와 암기장에서 출제가능한 판례라고 강조하고 최종 실전모의고사에서 출제했던 문제가 그대로 출제되었다. 따라서 위 판례내용을 기초로 사안에 포섭하면 고득점할 수 있는 문제라고 본다.

탁자 甲의 간접점유도 인정할 수 없다고 본다.

### 3. 甲의 자주점유 인정 여부

판례는 계약명의신탁에서 명의신탁자 甲은 명의신탁약정에 따라 부동산을 점유한다면 명의신탁자 甲은 소유권 취득의 원인이 되는 법률요건이 없이 그와 같은 사실을 잘 알면서 타인의 부동산을 점유한 것으로 보아 명의신탁자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 가지지 않았다고 보아 자주점유의 추정은 깨어진다고 본다. 따라서 甲의 간접점유가 인정되더라도 타주점유이므로 점유취득시효가 완성되었다는 甲의 주장도 타당하지 않다.

### IV. 결론

甲의 각 주장은 모두 타당하지 않다.

## 〈문제 2.〉(10점)<sup>7)</sup>

### I. 논점의 정리

### II. 丁의 점유시효취득 가부

#### 1. 甲의 점유시효취득 가부

사안에서 甲은 2004. 9. 9.부터 2024. 9. 9.까지 X토지의 20년 점유가 인정되며, 제197조와 제198조에 의하여 소유의 의사로 평온, 공연하게 20년간 점유를 계속한 것으로 추정되므로 일단 2024. 9. 9.에 X 토지를 점유시효취득한다(제245조 제1항). 다만, 명의신탁자인 甲의 자주점유의 추정이 복멸되는지 문제된다.

#### 2. 甲의 자주점유 추정의 복멸 여부

사안에서 판례는 계약명의신탁에서 명의신탁자 甲은 소유자 丙이 명의신탁약정을 알았는지 여부와 관계없이 명의신탁약정에 따라 부동산을 점유한다면 소유권 취득의 원인이 되는 법률요건이 없이 그와 같은 사실을 잘 알면서 타인의 부동산을 점유한 것으로 보아 자주점유의 추정은 깨어진다고 본다. 따라서 타주점유가 된다. 따라서 甲의 점유취득시효는 인정될 수 없다.

#### 3. 丁의 타주점유 상속

甲의 상속인 丁은 독자적인 자주점유의 권원없이 피상속인 甲의 점유를 승계하므로 丁의 점유도 타주점유이므로 丁의 점유시효취득도 인정될 수 없다.

### IV. 결론

丁의 주장은 타당하지 않다.

7) 이 문제 역시 2019다249428(22년) 판례 사안으로 명의신탁자의 악의의 무단점유를 인정한 판례로 본 변호사 기본서와 암기장에서 출제가능한 판례라고 강조하고 최종 실전모의고사에서 출제했던 문제가 그대로 출제되었다. 따라서 위 판례내용을 기초로 사안에 포섭하면 고득점할 수 있는 문제라고 본다.