

결정적 민법

상반기 상인공 민법 기출

2025 edition

변리사 / 가맹거래사 / 감정평가사 / 세무사

박결 편저



여러분 모두의 합격을 진심으로
기원합니다!

 해커스 노무사



박결

2025년 민법기출 특강

변리사

01 관습법과 사실인 관습에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 미등기 무허가건물의 매수인은 그 소유권이전등기를 경료하지 않으면 건물의 소유권을 취득할 수 없지만, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 인정될 수는 있다.
- ② 관습법은 사회의 거듭된 관행과 법적 확신이 없어도 성립된다.
- ③ 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야의 제정법이 임의규정인 경우에는 법률행위의 해석기준이 되므로, 이를 재판의 자료로 할 수 있다.
- ④ 온천에 관한 권리는 관습법상의 물권이나 준물권이라고 볼 수 있다.
- ⑤ 사실인 관습은 당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 한다.

해설

- ① 【X】 미등기 무허가건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 경료하지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다(대판 2006.10.27. 2006다49000).
- ② 【X】 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다(대판 1983.6.14. 80다3231 판결). 관습법은 사회의 거듭된 관행과 법적확신 모두 필요하므로 설문은 옳지 않다.
- ③ 【○】 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983.6.14. 80다3231 판결). 결국 임의규정인 제정법의 해석기준으로 하여 이를 재판의 자료로 할 수 있으므로 옳은 지문이다.
- ④ 【X】 온천에 관한 권리는 관습상의 물권이나 준물권이라 할 수 없고 온천수는 공용수 또는 생활상 필요한 용수에 해당되지 않는다(대판 1972.8.29. 72다1243).
- ⑤ 【X】 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14. 80다3231). 관습법은 법원이므로 원칙적으로 법원의 직권조사사항이고, 사실인 관습은 당사자가 주장·입증하여야 한다.

! 정답 ! ③

02 성년후견, 한정후견 및 특정후견에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 질병으로 인한 정신적 제약으로 특정 사무에 관한 후원이 필요하여 특정후견이 청구된 경우라도 가정법원은 본인의 의사에 반하여 특정후견의 심판을 할 수는 없다.
- ② 한정후견개시의 심판 시에 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정하여야 한다.
- ③ 미성년후견인은 한정후견개시의 심판을 청구할 수 없다.
- ④ 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 대가가 과도하지 않은 일용품의 구입계약을 한 경우에 한정후견인은 이를 취소할 수 있다.
- ⑤ 성년후견개시의 심판을 할 때 가정법원은 그 본인의 의사를 고려할 필요가 없다.

해설

- ① 【○】 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).
- ② 【X】 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항). 본조는 반드시 정해야 하는 기속규정이 아니라, 정할 수 있는 재량규정임을 주의하여야 한다.
- ③ 【X】 한정후견개시심판은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다(제12조 제1항). 이때 미성년후견인도 한정후견개시심판을 청구할 수 있다.
- ④ 【X】 한정후견인의 동이가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다(제13조 제4항).
- ⑤ 【X】 가정법원은 성년후견 개시의 심판을 할 때 사건본인의 의사를 반드시 고려하여야 한다(제9조 제2항). 다만, 그 의사에 기속되어 심판을 할 필요는 없다.

! 정답 ! ①

03 민법상 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 사단법인 목적 범위 외의 행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결을 집행한 사원도 손해배상책임을 진다.
- ② 이사의 대표권 제한이 정관에 기재된 경우, 이를 등기하지 않아도 악의의 제3자에게 대항할 수 있다.
- ③ 비법인사단의 해산에 따른 청산절차에는 사단법인의 청산인에 관한 민법 규정을 유추적용할 수 있다.
- ④ 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다.
- ⑤ 이사의 성명과 주소는 등기사항이지만, 그 변경등기가 경료되기 전이라도 신임 이사가 한 직무행위는 원칙적으로 법인에 대하여 유효하다.

해설

- ① 【○】 법인의 목적범위 외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다(제35조 제2항).
- ② 【×】 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다(제60조). 이때 제3자의 범위와 관련하여 판례는 “악의의 제3자라고 할지라도 등기되지 아니한 대표권의 제한은 제3자에게 대항할 수 없다(대판 1992.2.14. 91다24564).”고 하여 엄격한 태도를 취하고 있다. 따라서 대표권제한을 등기하지 않았다면 악의의 제3자에 대항할 수 없다.
- ③ 【○】 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 한다(대판 1992.10.9. 92다23087). 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되며, 이 경우 해산 당시 그 비법인사단의 총회에서 향후 업무를 수행할 자를 선정하였다면 민법 제82조를 유추하여 그 선임된 자가 청산인으로서 청산 중의 비법인사단을 대표하여 청산업무를 수행하게 된다(대판 2003.11.14. 2001다32687). 즉, 청산절차에도 청산인에 관한 민법 규정을 유추적용할 수 있는 것으로 옳은 지문이다.
- ④ 【○】 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다(제46조).
- ⑤ 【○】 이사의 성명과 주소는 등기사항이고 이때의 등기는 제3자에게 대항하기 위한 요건이다. 따라서 등기를 마치기 전에는 제3자에게 대항할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 다만, 법인과 관계에서는 원칙적으로 그 직무행위가 유효하다.

! 정답 ! ②

04 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가이므로 민법상 과실이다.
- ② 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위해서는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지하는 관계가 있어야 한다.
- ③ 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 특별한 사정이 없는 한, 그 경계는 지적공부상의 경계에 의하여 특정된다.
- ④ 명인방법에 의하여 공시된 수목의 집단은 독립된 소유권의 객체가 될 수 있어 양도담보권을 설정할 수 있다.
- ⑤ 용익물권은 분필절차를 밟지 않아도 1필의 토지의 일부 위에 설정될 수 있다.

해설

- ① 【X】 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가라는 민법상 과실이 아니라 수익자 부담의 원칙에 따라 국립공원의 유지·관리비용의 일부를 국립공원 입장객에게 부담시키고자 하는 것이어서 토지의 소유권이나 그에 기한 과실수취권과는 아무런 관련이 없다(대판 2001.12.28. 2000다27749).
- ② 【O】 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위해서는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지 되어야 하는 관계가 있어야 한다(대판 1988.2.23. 87다카600).
- ③ 【O】 어떤 토지가 지적공부상 1필의 토지로 등록되면 그 지적공부상의 경계가 현실의 경계와 다르다 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 그 경계는 지적공부상의 등록, 즉 지적도상의 경계에 의하여 특정되는 것이다(대판 1997.7.8. 96다36517). 만약, 기술의 발전으로 정밀한 측량방법이 생긴 경우 판례는 “첫째 등록 당시의 측량 방법에 따르고, 둘째 측량 당시의 기준점을 기준으로 하여야 하며, 비록 등록 당시의 측량 방법이나 기술이 발전하지 못하여 정확성이 없다 하더라도 경계복원측량을 함에 있어서는 등록 당시의 측량 방법에 의하여야 하는 것이지 보다 정밀한 측량 방법이 있다 하여 곧바로 그 방법에 의하여 측량할 수는 없다(대판 2003.10.10. 2002다17791,17807).”고 판시하였다. 다만, 지적도를 작성함에 있어서 기점을 잘못 선택하는 등 기술적인 착오로 말미암아 지적도상의 경계선이 진실한 경계선과 다르게 작성되었다는 등과 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 그 토지의 경계는 실제의 경계에 의하여야 한다(대판 1995.4.14. 94다57879).
- ④ 【O】 명인방법은 전 소유관계등을 공시할 수 없는 등 불안정한 공시방법이므로 소유권에 한하여서만 인정되고 질권이나 저당권 등의 제한물권에는 이용될 수 없다.
- ⑤ 【O】 저당권 등 담보권이나 소유권은 1필의 일부에 설정할 수 없음에 주의하여야 한다.

! 정답 ! ①

05 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기간의 계산에 관해 법률행위로 민법과 달리 정할 수 있다.
- ② 기간을 시, 분, 초로 정한 때는 즉시로부터 기산한다.
- ③ 기간을 월(月)로 정한 경우, 월의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때는 최후의 월에서 그 기산일에 해당하는 날의 24시에 기간이 만료한다.
- ④ 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.
- ⑤ 나이는 출생일을 산입하여 만 나이로 계산하고, 1세에 이르지 아니한 경우에는 월수(月數)로 표시할 수 있다.

해설

- ① 【○】 민법에서의 기간에 관한 규정의 적용범위에 관하여, ① 기간계산방법은 사법관계뿐 아니라 공법관계 기타 영역에서도 원칙적으로 적용할 수 있고, ② 기간계산 규정은 임의규정이므로 당사자 사이의 의사표시에 의하여 달리 계산하는 것을 정할 수 있다.
- ② 【○】 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다(제156조).
- ③ 【X】 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당하는 날의 전일로 기간이 만료한다(제160조 제2항). 해당하는 날의 24시가 아닌 0시임을 주의하여야 한다.
- ④ 【○】 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다(제161조).
- ⑤ 【○】 나이는 출생일을 산입하여 만(滿) 나이로 계산하고, 연수(年數)로 표시한다. 다만, 1세에 이르지 아니한 경우에는 월수(月數)로 표시할 수 있다(제158조).

! 정답 ! ③

06 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 파산절차참가는 채권자가 이를 취소하거나 그 청구가 각하된 때에는 시효중단의 효력이 없다.
- ② 변리사의 직무에 관한 채권은 10년의 소멸시효가 적용된다.
- ③ 도급공사 중 발생한 홍수피해의 복구공사로 도급인에 대해 가지는 수급인의 복구공사비채권은 공사도급계약에 부수되는 채권으로 3년의 단기소멸시효에 걸린다.
- ④ 재산을 관리하는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자가 되거나 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 아니한다.
- ⑤ 대여금채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기청구권은 그 피담보채권인 대여금채권과 별개의 권리로 시효기간이 독자적으로 진행된다.

해설

- ① 【○】 파산절차참가는 채권자가 이를 취소하거나 그 청구가 각하된 때에는 시효중단의 효력이 없다(제171조).
- ② 【X】 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권은 3년으로 명시되어 있다(제163조 제 5호). 다만, 세무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간은 10년(대판 2022.8.25. 2021다311111)이라는 것에 주의하여야 한다.
- ③ 【○】 민법 제163조 제3호는 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권으로서 “도급을 받은 자의 공사에 관한 채권”을 들고 있는바, 여기에서 “채권”은 도급받은 공사의 공사대금채권뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함하는 것이다. 따라서 도급공사를 시행하던 중 발생한 홍수피해의 복구공사로 수급인이 도급인에 대하여 갖는 복구공사비 청구채권은, 공사도급계약에 부수되는 채권으로서 그 채권 행사에 법률상 장애가 있었다고 보이지 않으므로 복구공사가 완료한 때부터 3년의 소멸시효가 진행된다(대판 2009.11.12. 2008다41451).
- ④ 【○】 재산을 관리하는 아버지, 어머니 또는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자가 되거나 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 아니한다(제180조).
- ⑤ 【○】 근저당권설정 약정에 의한 근저당권설정등기청구권은 그 피담보채권이 될 채권과 별개로 소멸시효에 걸린다(대판 2004.2.13. 선고 2002다7213).

! 정답 ! ②

07 강행법규 위반의 효과에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 신의성실의 원칙에 반하는 것은 강행법규에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 있어야 법원이 판단할 수 있다.
- ② 강행법규에 위반하여 법률행위가 무효인 경우, 당사자가 무효인 사정을 알고 그 법률행위를 추인하였다면 소급하여 효력이 발생한다.
- ③ 강행법규에 위반하여 무효인 계약은 계약상대방이 선의·무과실이라면 비진의 의사표시의 규정이 유추적용되어 그 효력이 인정된다.
- ④ 의사와 의사 아닌 자가 각 그 재산을 출자하여 함께 병원을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 동등한 비율로 배분하기로 하는 약정은 강행법규 위반의 무효이지만, 병원 운영과 관련하여 얻은 이익이나 부담하게 된 채무 등은 신의칙상 당사자에게 동등한 비율로 배분되는 것이 타당하다.
- ⑤ 강행법규에 위반하여 무효인 법률행위를 원인으로 급부가 이루어진 경우라도 그 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않았다면 급부자는 이행한 급부의 반환을 청구할 수 있다.

해설

- ① 【X】 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1989.9.29. 88다카17181).
- ② 【X】 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다(제139조). 강행법규 위반으로 무효인 법률행위는 추인할 수 없고, 만약 추인할 수 있다 하더라도 새로운 법률행위로 보기 때문에 틀린 지문이다.
- ③ 【X】 강행법규는 선량한 풍속 기타 사회질서 위반과 관련된 규정으로 이를 위반하여 무효인 법률행위가 되면 절대적 무효이다. 따라서 무효인 법률행위의 추인이나 제107조 제1항 단서를 유추적용하여 유효화될 여지가 없다.
- ④ 【X】 의사와 의사 아닌 자가 각 그 재산을 출자하여 함께 병원을 개설한 후 그것을 운영하여 얻은 수입을 동등한 비율로 배분하기로 하는 내용의 약정은 강행법규인 의료법 제30조 제2항 위반으로 무효이므로, 병원 운영과 관련하여 얻은 이익이나 취득한 재산, 부담하게 된 채무 등은 모두 의사 개인에게 귀속되는 것이고, 의사 아닌 동업자는 위 동업약정이 무효로 돌아감에 따라 그 출자물의 반환만을 구할 수 있을 뿐이어서, 대출금 반환 채무는 법적 외관에 있어서 뿐만이 아니라 그 실질에 있어서도 전액 의사 개인의 채무로 보아야 한다(대판 2003.9.23. 2003두1493). 강행법규>신의칙
- ⑤ 【O】 강행법규 위반의 무효행위에 의하여 급부한 것이라 하여도 그 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서를 해치는 것이 아니면 그 이익의 반환 또는 손해배상을 구할 수 있다. 즉, 금원지급의 원인되는 행위가 불법에 위반되는 무효의 것이라 하여도 그 지급행위의 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 불법의 것이라고는 할 수 없다(대판 1969.11.11. 69다925).

Ⅰ 정답 Ⅰ ⑤

08 비진의 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자의 대출의 의사표시가 비진의 의사표시에 해당한다고 하더라도 이러한 사정을 몰랐고 알 수도 없었던 금융기관에 대하여 명의 대여자는 대출금채무를 부담하여야 한다.
- ② 비진의 의사표시에 관한 민법 규정은 공무원이 사직의 의사표시를 하는 것과 같은 사인의 공법행위에도 적용된다.
- ③ 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 않았더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 비진의 의사표시로 볼 수 없다.
- ④ 비진의 의사표시의 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었다는 것은 의사표시의 무효를 주장하는 자가 증명하여야 한다.
- ⑤ 비진의 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고, 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 대리인의 행위에 대하여 본인은 책임을 지지 않는다.

해설

- ① 【○】 법률상 또는 사실상의 장애로 자기 명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자에게 그와 같은 채무부담의 의사가 없는 것이라고는 할 수 없으므로 그 의사표시를 비진의표시에 해당한다고 볼 수 없고, 설령 명의대여자의 의사표시가 비진의표시에 해당한다고 하더라도 그 의사표시의 상대방인 상호신용금고로서는 명의대여자가 전혀 채무를 부담할 의사 없이 진의에 반한 의사표시를 하였다는 것까지 알았다거나 알 수 있었다고 볼 수도 없다고 보아, 그 명의대여자는 표시행위에 나타난 대로 대출금채무를 부담한다(대판 1996.9.10. 96다18182).
- ② 【X】 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발한다(대판 1997.12.12. 97누13962). 의사표시에 관한 규정은 사인의 공법행위에는 적용되지 않음을 주의하여야 한다.
- ③ 【○】 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대판 2003.4.25. 2002다11458)
- ④ 【○】 의사표시에서 선의는 법률상 추정되므로 무효를 주장하는 자가 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었다는 점에 관하여 주장·입증책임을 진다.
- ⑤ 【○】 진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고, 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위는 본인의 행위로 성립할 수 없으므로 본인은 대리인의 행위에 대하여 아무런 책임이 없다 할 것이다(대판 1987.11.10. 86다카371). 이때에 그 상대방이 대리인의 표시의사가 진의아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시의 형성과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.

! 정답 ! ②

09 통정허위표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 통정허위표시가 되기 위하여는 진의 아닌 의사표시에 대한 당사자 사이의 인식만으로는 부족하고 그에 관한 당사자의 합의가 있어야 한다.
- ② 채무자의 법률행위가 통정허위표시로 무효인 경우에도 채권자는 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ③ 가장매매의 매수인으로부터 매매목적물에 가등기를 설정받은 선의의 제3자에 대하여는 통정허위표시의 무효로 대항하지 못한다.
- ④ 당사자들이 표시한 허위의 법률행위 속에 실제로 의욕한 다른 합의가 있는 경우, 그 다른 합의도 효력이 발생하지 않는다.
- ⑤ 통정허위표시의 계약상 지위를 이전받은 자는 선의의 제3자 보호규정을 근거로 계약의 유효를 주장하지 못한다.

해설

- ① 【○】 민법 제108조의 통정허위표시인 법률행위는 무효로 한다. 이때 통정의 의미와 관련하여 판례는 “통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고, 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다(대판 1998.9.4. 98다17909).”고 하여 합의가 있을 것을 요한다.
- ② 【○】 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 할 것이다(대판 1998.2.27. 97다50985).
- ③ 【○】 가장매매에서 보호받는 제3자는 허위표시의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 기초로 새로운 이해관계를 맺은자이다. 이때 허위표시의 무효를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것이므로 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다. 따라서, 가장매매의 매수인으로부터 목적물에 가등기를 설정받은 자도 선의인 경우에는 제108조 제2항의 제3자로 인정될 수 있다(대판 2020.1.30. 2019다280375).
- ④ 【X】 당사자들이 외면적으로 표시된 법률행위(가장행위) 속에 실제로는 다른 행위(은닉행위)를 할 의사를 감추고 그에 관하여 상호 합의가 있는 경우, 내면적으로 의욕한 법률행위는 유효하다(대판 2021.12.10. 2019다239988). 계약은 당사자 의사의 합치로 성립하는 것이 원칙이므로 그것이 외부로 표시되지 않았다 하더라도 당사자 상호간에 합의가 있었다면 유효하게 성립한 것이다.
- ⑤ 【○】 계약상의 지위를 이전받은 사람은 계약당사자로 취급받기 때문에 더 이상 계약에 있어서의 제3자가 아니다. 따라서 제108조 제2항의 제3자 보호규정을 적용받을 여지가 없다.

! 정답 ! ④

10 착오에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률에 관한 착오도 법률행위 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ② 양도소득세 등의 세액에 착오를 일으키지 않았더라면 동일한 내용의 양도계약을 체결하지 않았을 것임이 명백한 경우 법률행위의 중요부분의 착오가 될 수 있다.
- ③ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우라도 하자담보책임이 성립하는 범위에서는 착오로 인한 취소가 허용되지 않는다.
- ⑤ 화해의 목적인 분쟁의 대상에 대한 착오로 화해계약을 체결한 자는 착오를 이유로 이를 취소할 수 없다.

해설

- ① 【○】 ② 【○】 법률에 관한 착오(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 아니하는 것으로 오인)라도 그것이 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1981.11.10. 80다2475).
- ③ 【○】 ‘중대한 과실’이란 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 것을 의미한다. 한편 위 단서 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2023.4.27. 2017다227264).
- ④ 【X】 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우, 매수인이 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018.9.13. 2015다78703). 착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있는 것이다.
- ⑤ 【○】 민법상의 화해계약을 체결한 경우 당사자는 착오를 이유로 취소하지 못하고, 다만 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에 한하여 이를 취소할 수 있으며, 여기서 ‘화해의 목적인 분쟁 이외의 사항’이라 함은 분쟁의 대상이 아니라 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항을 말한다(대판 2004.6.25. 2003다32797).

! 정답 ! ④

11 사기 및 강박에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 교환계약의 일방 당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 상대방에게 고지하지 않은 것은 특별한 사정이 없는 한 기망행위라고 할 수 없다.
- ② 상대방의 기망으로 법률행위의 내용이 되지 않은 동기에 관하여 착오를 일으켜 의사표시를 한 자는 사기를 이유로 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ③ 종전 판매가격을 실제보다 높게 표시하고 대폭 할인하는 것처럼 판매하거나 할인을 기망하는 백화점의 변칙세일은 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘으면 위법성이 인정된다.
- ④ 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 '제3자에 의한 기망'에서의 제3자에 해당하지 아니한다.
- ⑤ 제3자에 의한 기망행위로 계약을 체결한 자는 그 계약을 취소하지 않고 그 제3자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

해설

- ① 【O】 일반적으로 교환계약을 체결하려는 당사자는 서로 자기가 소유하는 교환 목적물은 고가로 평가하고, 상대방이 소유하는 목적물은 염가로 평가하여, 보다 유리한 조건으로 교환계약을 체결하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있다. 따라서 교환계약의 일방 당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 상대방에게 고지하지 않은 것은 특별한 사정이 없는 한 기망행위라고 할 수 없다(대판 2001.7.13. 99다 38583).
- ② 【O】 기망행위로 인하여 법률행위의 중요부분에 관하여 착오를 일으킨 경우 뿐만 아니라 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985.4.9. 85도167).
- ③ 【O】 상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 1993.8.13. 92다52665). 대법원은 이러한 법리를 들어 통상적으로 용인될 수 있는 정도를 넘어선 백화점의 변칙세일에 관하여 기망을 인정한 바 있다.
- ④ 【X】 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 민법 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다(대판 1998.1.23. 96다 41496).
- ⑤ 【O】 제3자에 의한 사기행위로 계약을 체결한 경우, 그 계약을 취소하지 않고 제3자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다(대판 1998.3.10. 97다55829).

! 정답 ! ④

12 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대리는 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, 의사 또는 관념의 통지와 같은 준법률행위에 대리의 규정이 유추적용된다.
- ② 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 법률행위도 대리인으로서 한 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 본인에 대하여 효력이 발생한다.
- ③ 대리인이 상대방에 대하여 사기·강박을 행한 경우, 상대방은 특별한 사정이 없는 한 본인이 그러한 사정을 알았는지와 관계없이 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 민법상 조합대리의 경우에는 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다.
- ⑤ 본인을 대리하여 금전소비대차 내지 담보권설정계약을 체결할 권한을 수여받은 대리인은 본래의 계약을 해제할 권한까지 있다.

해설

- ① 【○】 민법상 대리는 행위자 아닌 자에게 법률행위의 효력을 귀속시키는 제도로서 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이지만, '의사 또는 관념의 통지'와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대판 2024.1.4. 2023다225580).
- ② 【○】 진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 책임을 지지 아니한다(대판 2007.4.12. 2004다51542).
- ③ 【○】 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999.2.23. 98다60828,60835). 따라서 상대방은 특별한 사정이 없는 한 본인이 그러한 사정을 알았는지와 관계없이 의사표시를 취소할 수 있는 것이다.
- ④ 【○】 민법상 조합의 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 조합대리에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다(대판 2009.1.30. 2008다79340).
- ⑤ 【X】 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 2008.6.12. 2008다11276). 따라서 이 경우 대리인이 본래의 계약을 해제하면 무권대리가 된다.

! 정답 ! ⑤

25 채권의 목적에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 선택채권에서 선택권이 있는 제3자가 선택하지 아니하는 경우 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 선택을 최고할 수 있고 제3자가 그 기간 내에 선택하지 아니하면 선택권은 채권자에게 있다.
- ② 채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다.
- ③ 금전채무를 불이행한 경우의 손해배상에 관하여 채권자는 손해를 증명할 필요가 없고, 채무자는 과실이 없다고 항변할 수 없다.
- ④ 원본채권이 양도된 경우 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권의 양도당시 그 이자채권도 양도한다는 의사표시가 없는 한 당연히 양도되지 않는다.
- ⑤ 제한종류채권의 특징에 관하여 합의가 없으면 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에 특징이 이루어진다.

해설

- ① 【X】 제3자가 선택하지 아니하는 경우에는 채권자나 채무자는 상당한 기간을 정하여 그 선택을 최고할 수 있고 제3자가 그 기간내에 선택하지 아니하면 선택권은 채무자에게 있다(제384조 제2항). 선택할 제3자가 선택할 수 없는 경우에는 선택권은 채무자에게 있는 것(제384조 제1항)이 원칙이기 때문에, 최고 후 제3자가 선택하지 아니하면 그 선택권은 채무자에게 귀속되는 것이다.
- ② 【O】 제378조
- ③ 【O】 금전채무불이행에서 손해배상에 관하여는 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고 채무자는 과실없음을 항변하지 못한다(제397조 제2항 ; 손해증명 불요+무과실항변 불가).
- ④ 【O】 이자채권은 원본채권에 대하여 종속성을 갖고 있으나 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권과 분리하여 양도할 수 있고 원본채권과 별도로 변제할 수 있으며 시효로 인하여 소멸되기도 하는 등 어느 정도 독립성을 갖게 되는 것이므로, 원본채권이 양도된 경우 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권의 양도당시 그 이자채권도 양도한다는 의사표시가 없는 한 당연히 양도되지 않는다(대판 1989.3.28. 88다카12803).
- ⑤ 【O】 제한종류채권에서 급부목적물의 특징은, 원칙적으로 종류채권의 급부목적물의 특징에 관한 민법 제375조 제2항이 적용되므로, 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에는 그 물건이 채권의 목적물이 되지만, 당사자 사이에 지정권의 부여 및 지정의 방법에 관한 합의가 없고, 채무자가 이행에 필요한 행위를 하지 아니하거나 지정권자로 된 채무자가 이행할 물건을 지정하지 아니하는 경우에는 선택채권의 선택권 이전에 관한 민법 제381조를 준용하여 채권의 기한이 도래한 후 채권자가 상당한 기간을 정하여 지정권이 있는 채무자에게 그 지정을 최고하여도 채무자가 이행할 물건을 지정하지 않으면 지정권이 채권자에게 이전한다(대판 2003.3.28. 2000다24856)

! 정답 ! ①

26 채무불이행에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 타인의 토지를 점유함으로써 인한 부당이득반환채무는 점유시부터 이행기가 도래하고 지체책임이 발생한다.
- ② 이행거절을 이유로 해제권을 행사하는 경우 그 이행거절의 의사를 표명한 것으로 볼 것인지 여부는 이행거절시를 기준으로 판단한다.
- ③ 위약벌의 약정에 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 있다.
- ④ 재산상 손해액의 확정이 가능한 경우에도 위자료를 증액하는 방법으로 손해의 전보를 피할 수 있다.
- ⑤ 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 같은 손해배상을 청구할 수 있다.

해설

- ① 【X】 타인의 토지를 점유함으로써 인한 부당이득반환채무는 이행의 기한이 없는 채무로서 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다(대판 2008.2.1. 2007다8914).
- ② 【X】 쌍무계약에서 당사자 일방이 미리 이행을 하지 아니할 의사를 표시하거나 상대방이 이행을 제공하더라도 자기의 채무를 이행하지 아니할 것이 객관적으로 명백한 경우에는 상대방은 이를 이유로 계약을 해제할 수 있다고 할 것인바, 당사자 일방이 자기의 채무를 아직 다 이행하지 아니하였으면서도 이미 다 이행하였다고 주장하면서 상대방 채무의 이행을 구하는 제소까지 하였다면 그것이 계산상의 착오 때문이라는 등 특별한 사정이 없는 한 미리 자기의 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 것으로 볼 것이고, 따라서 상대방은 계약을 해제할 수 있다(대판 1993.12.24. 93다26045). 그리고 당사자 일방이 위와 같은 의사를 표명한 것으로 볼 것인지 여부는 계약해제시를 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 2014.10.6. 2014다210531). 이행거절시가 아니라, 계약해제시를 기준으로 한다.
- ③ 【X】 위약벌 약정은 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다(대판[전] 2022.7.21. 2018다248855, 248862).
- ④ 【X】 위자료는 불법행위에 따른 피해자의 정신적 고통을 위자하는 금액에 한정되어야 하므로 발생한 재산상 손해의 확정이 가능한 경우에 위자료의 명목 아래 재산상 손해의 전보를 꾀하는 일은 허용될 수 없고, 재산상 손해의 발생에 대한 증거가 부족한 경우에는 더욱 그러하다(대판 2014.1.16. 2011다108057).
- ⑤ 【O】 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 같은 손해배상을 청구할 수 있다(제395조).

! 정답 ! ⑤

27 채권자대위권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 토지거래허가구역 내의 토지가 매매된 경우에 매수인이 매도인에 대하여 가지는 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권은 채권자대위권의 피보전채권이 될 수 있다.
- ② 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥인도가 먼저 이행되어야 할 필요가 있어서 임대인을 대위하여 임차인을 상대로 인도를 구하는 경우에는 임대인의 무자력을 요건으로 하지 않는다.
- ③ 甲의 乙에 대한 채권의 소멸시효가 완성된 경우, 乙에 대한 일반채권자 丙은 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내라 하더라도 乙을 대위하여 소멸시효 주장을 할 수는 없다.
- ④ 채권자대위권을 행사하는 경우, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 채무자에 대하여 가지는 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 재판상 행사하여 패소확정판결을 받았다면 채권자는 채무자의 권리를 대위행사할 수 없다.

해설

- ① 【O】 채권자대위권에서 보전되는 채권은 그 발생원인이 어떠한 보전의 필요성이 인정되고 이행기가 도래한 것이면 족하다고 할 것인데, 국토이용관리법상의 토지거래규제구역 내의 토지에 관하여 관할관청의 허가 없이 체결된 매매계약이라고 하더라도, 거래 당사자 사이에는 그 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있어, 그 매매계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 이러한 의무에 위배하여 허가신청에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 청구할 수 있는 것이므로, 매수인과 매도인 사이의 토지거래규제구역 내에 있는 토지에 대한 매매계약이 관할관청의 허가 없이 체결된 것이라고 하더라도, 매수인은 매도인에 대한 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 제3자 명의의 소유권이전등기의 말소등기 절차이행을 구할 수 있는 것이다(대판 1994.12.27. 94다4806).
- ② 【O】 채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만 임대차보증금반환채권을 양수한 채권자가 그 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선 이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다(대판 1989.4.25. 88다카4253,4260).
- ③ 【X】 甲의 乙에 대한 채권의 소멸시효가 완성된 경우, 乙에 대한 일반채권자 丙은 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 乙을 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있다. 판례에 따르면 채무자의 소멸시효 완성 주장은 채무자의 권리에 속하는 것으로 원칙적으로 채무자만이 행사할 수 있지만, 채무자가 소멸시효 완성을 주장하지 않아 일반 채권자의 채권 보전에 지장을 초래할 경우, 채권자는 채무자를 대위하여 소멸시효를 주장할 수 있다. 이때 일반 채권자가 채무자를 대위하여 소멸시효를 주장할 수 있는 범위는 자신의 채권 보전에 필요한 범위로 제한된다(대판 2012.5.10. 2011다109500).
- ④ 【O】 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자에게 권리를 행사하는 경우, 제3채무자는 채무자에 대하여 가지는 항변으로 채권자에게 대항할 수 있다. 이는 채권자대위권이 채무자의 권리를 채권자가 대신 행사하는 것이므로, 제3채무자의 지위를 채무자가 권리를 행사하는 경우보다 불리하게 만들어서는 안 된다는 원칙에 따른 것이다(대판 1997.7.22. 97다5749).
- ⑤ 【O】 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 이미 재판상 행사하여 패소 확정판결을 받았다면, 채권자는 동일한 권리를 다시 대위 행사할 수 없다(대판 1993.3.26. 92다32876). 채무자가 패소 확정판결을 받았다면, 해당 권리는 이미 소멸한 것으로 간주되고, 확정판결은 당사자에게 기판력을 가지며, 동일한 사항에 대해 다시 다룰 수 없기 때문이다. 또한 동일한 소송을 반복하는 것은 소송 경제에 반한다.

! 정답 ! ③

28 채권자취소권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립한 이상 사해행위 이후에 양도되었다고 하더라도 양수인은 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ② 부동산의 이중매매에서 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 양도인과 제2양수인 사이의 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ③ 채권자의 채권이 정지조건부 채권이라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다.
- ④ 채권자가 전득자를 상대로 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다.
- ⑤ 채권자취소권의 행사를 소송상의 공격방어방법으로 할 수는 없다.

해설

- ① 【○】 채권자취소권의 피보전채권은 사해행위 이전에 발생된 채권이어야 하지만, 반드시 채권자취소권을 행사하는 채권자의 채권일 필요는 없다. 즉, 사해행위 이전에 성립한 채권이 양도되어 양수인이 채권자취소권을 행사하는 경우에도, 양수인은 피보전채권을 근거로 채권자취소권을 행사할 수 있다(대판 2012.2.9. 2011다77146).
- ② 【X】 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제2양수인 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999.4.27. 98다56690).
- ③ 【○】 채권자취소권 행사는 채무 이행을 구하는 것이 아니라 총채권자를 위하여 이행기에 채무 이행을 위태롭게 하는 채무자의 자력 감소를 방지하는 데 목적이 있는 점과 민법이 제148조, 제149조에서 조건부권리의 보호에 관한 규정을 두고 있는 점을 종합해 볼 때, 취소채권자의 채권이 정지조건부채권이라 하더라도 장래에 정지조건이 성취되기 어려울 것으로 보이는 등 특별한 사정이 없는 한, 이를 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사할 수 있다(대판 2011.12.8. 2011다55542).
- ④ 【○】 채권자가 전득자를 상대로 사해행위 취소의 소를 제기하는 경우, 취소의 대상은 채무자와 수익자 사이의 법률행위에 한정된다. 따라서 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다(대판 2004.8.30. 2004다21923).
- ⑤ 【○】 채권자는 사해행위의 취소를 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구해야 하며, 소송상의 공격방어방법으로 주장할 수 없다(대판 1998.3.13. 95다48599,48605). 즉, 소송 진행 중에 피고가 항변으로서 채권자취소권을 행사할 수 없고, 반드시 사해행위 취소의 반소를 제기해야 하는 것이다.

! 정답 ! ②

29 다수당사자의 채권관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 수탁보증인이 주채무자를 위해 출재를 함에 있어 과실이 존재한다면 그와 인과관계가 있는 범위에서는 사후구상권이 발생하지 않는다.
- ② 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금반환채무는 성질상 불가분채무이다.
- ③ 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우 이로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 채무자들이 공동으로 채무를 부담하는 부분이다.
- ④ 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우, 다른 부진정연대채무자에 대하여 절대적 효력이 있다.
- ⑤ 피해자가 공동불법행위자 중 1인에 대하여 한 채무면제의 효력은 다른 공동불법행위자에게는 미치지 아니한다.

해설

- ① 【○】 제441조 제1항에 따르면, 수탁보증인이 과실 없이 변제 기타 출재로 주채무를 소멸시킨 때에 주채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 규정되어 있다. 즉, 수탁보증인이 과실로 인해 불필요한 비용을 지출하거나, 변제할 필요가 없는 채무를 변제하는 등 과실로 인해 발생한 손해에 대해서는 주채무자에게 구상할 수 없다(대판 2024.10.25. 2024다252305).
- ② 【○】 임대인 지위를 공동으로 승계한 공동임대인들의 임차보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당한다. 불가분채무자가 변제 등으로 공동면책을 얻은 때에는 다른 채무자의 부담부분에 대하여 구상할 수 있다(대판 2024.8.1. 2023다318857).
- ③ 【X】 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다(대판 2022.11.30. 2017다841,다858 ; 외측설). 따라서 공동으로 채무를 부담하는 부분이라는 설명은 옳지 않다.
- ④ 【○】 부진정연대채무자 중 1인이 한 상계 내지 상계계약은 다른 부진정연대채무자에게 절대적 효력이 있다(대판[전] 2010.9.16. 2008다97218).
- ⑤ 【○】 피해자가 공동불법행위자 중 1인에 대하여 한 채무면제 또는 합의의 효력은 다른 공동불법행위자에게는 미치지 아니한다(대판 1997.10.10. 97다28391). 피해자가 공동불법행위자 중 甲으로부터 손해배상의 일부를 변제받고 나머지 손해배상채권은 모두 포기하기로 하는 합의를 하였으나 그 사실을 모르는 공동불법행위자 乙이 손해배상금 및 위자료 명목으로 금원을 지급한 경우, 乙이 甲의 변제 사실을 확인해 보지 않았다고 하여 그 지급이 위법 또는 무효라고 할 수는 없다.

! 정답 ! ③

30 채권양도에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 가압류된 채권은 양도할 수 없다.
- ② 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도할 수 있다.
- ③ 부종성 또는 수반성으로 인해 주채무자와 보증인에 대한 채권이 함께 양도되는 경우, 주채권뿐만 아니라 보증채권에 관하여도 대항요건을 갖추어야 한다.
- ④ 채무자는 지명채권의 양도를 승낙하면서 조건을 붙여서 할 수 있다.
- ⑤ 당사자 사이에 양도금지특약이 있는 채권도 압류 및 전부명령에 의하여 이전될 수 있으나, 양도금지특약 사실에 관하여 압류채권자가 악의인 경우에는 전부명령의 효력이 없다.

해설

- ① 【X】 가압류된 채권이라도 양도할 수 있다(대판 2002.4.26. 2001다59033). 다만, 가압류된 채권을 양수받은 양수인은 가압류에 의해 권리가 제한된 상태의 채권을 양수받게 될 뿐이다. 즉, 가압류의 효력은 채권 양도 후에도 유지된다.
- ② 【X】 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라 전세권에서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있으므로, 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2002.8.23. 2001다69122). 다만, 임대차보증금 반환청구권은 양도 가능함에 주의하여야 한다.
- ③ 【X】 보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖출 필요는 없다(대판 2002.9.10. 2002다21509).
- ④ 【O】 지명채권 양도의 대항요건인 채무자의 승낙은 채권양도 사실을 채무자가 승인하는 의사를 표명하는 채무자의 행위라고 할 수 있는데, 채무자는 채권양도를 승낙하면서 조건을 붙여서 할 수 있다(대판 2011.6.30. 2011다8614).
- ⑤ 【X】 당사자 사이에 양도금지특약이 있는 채권도 압류 및 전부명령에 의하여 이전될 수 있으며, 압류채권자의 악의 여부는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 않는다(대판 2002.8.27. 2001다71699).

! 정답 ! ④

31 채무자와 인수인 사이의 계약에 의한 면책적 채무인수에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이다.)

- ① 채무인수에 대하여 채권자가 승낙을 거절한 경우, 그 후 채권자가 다시 승낙을 하더라도 채무인수로서의 효력이 생기지 않는다.
- ② 채무인수 후 이에 대하여 채권자가 승낙한 경우 특별한 사정이 없는 한 승낙한 때로부터 채무인수의 효력이 생긴다.
- ③ 채무자나 인수인은 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있고, 채권자가 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다.
- ④ 채무인수에 대하여 채권자가 승낙하는 경우 채무자나 인수인 가운데 누구에게 하여도 무방하다.
- ⑤ 채권자가 인수인에게 직접 인수채무금의 지급을 청구하였다면 이는 묵시적으로 채무인수를 승낙한 것이다.

해설

- ① 【○】 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다(제454조). 즉, 채권자의 승낙은 채무인수의 효력 발생 요건이다. 따라서 채권자가 일단 승낙을 거절하면, 그 거절의 의사표시는 확정적인 것으로 보아 철회할 수 없으며, 그 후에 다시 승낙하더라도 채무인수로서의 효력이 발생하지 않는다. 판례(대판 1998.11.24. 98다33765)역시 이를 확인한 바 있다.
- ② 【X】 인수인과 채권자가 채무인수에 합의한 경우는 채무자의 반대의사가 없는 한 그 합의시에 즉시 채무가 이전된다. 그러나 면책적 채무인수에서 인수인과 채무자가 채무인수 합의를 한 경우에는 채권자의 승낙이 있으면 인수합의를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다(제457조 제1항)
- ③ 【○】 채무자나 인수인은 상당한 기간을 정하여 채권자에게 승낙 여부의 확답을 최고할 수 있는데, 채권자가 그 기간내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 간주된다(제455조).
- ④ 【○】 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다(제454조 제2항).
- ⑤ 【○】 책적 채무인수의 경우 채권자의 승낙은 반드시 명시적 의사표시에 의하여야 하는 것은 아니고 묵시적 의사표시에 의하여서도 가능하다고 할 것이다(대판 2001.1.19. 2000다31458). 예컨대 인수인에게 채권자가 지급을 청구하였다면 이는 묵시적인 승낙으로 인정된다.

Ⅰ 정답 Ⅰ ②

32 상계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 매도인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에는 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우라도 매수인은 위 손해배상채권을 자동채권으로 상대방의 채권과 상계할 수 없다.
- ② 채권가압류명령을 받을 당시 제3채무자가 압류채무자에 대하여 반대채권(자동채권)을 가지고 있었는데, 그 당시 위 반대채권의 변제기가 도래하지 않았으나 가압류된 채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하면, 제3채무자는 상계로써 가압류채권자에게 대항할 수 있다.
- ③ 제3채무자의 압류채무자에 대한 채권(자동채권)이 피압류채권(수동채권)과 동시이행관계에 있는 경우에는, 압류의 효력이 생긴 후에 자동채권이 발생하였다고 하더라도 제3채무자는 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있다.
- ④ 채권양수인이 양수채권을 자동채권으로 하여 채무자가 채권양수인에 대해 가지고 있던 기존 채권과 상계하였는데, 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였던 경우, 위 상계의 효력은 특별한 사정이 없는 한 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다.
- ⑤ 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 수탁보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다.

해설

- ① 【X】 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지났으나, 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우, 매수인이나 도급인이 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다(대판 2019.3.14. 2018다255648).
- ② 【O】 가압류명령을 받은 제3채무자가 가압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 가압류채권자에게 대항하기 위하여는 가압류의 효력 발생 당시에 양 채권이 상계적상에 있거나, 반대채권이 압류 당시 변제기에 이르지 않는 경우에는 피압류채권인 수동채권의 변제기와 동시에 또는 보다 먼저 변제기에 도달하는 경우이어야 된다(대판 1982.6.22. 82다카200).
- ③ 【O】 대법원(대판 1993.9.28. 92다5579)의 태도에 의해 옳은 지문이다. 가압류된 채권의 제3채무자가 채무자에게 반대 채권이 있는 경우, 상계를 통해 가압류 채권자에게 대항할 수 있는 것이 원칙이다. 다만, 압류 및 전부명령을 받은 제3채무자의 채무자에 대한 자동채권이 피압류채권과 동시이행 관계에 있는 경우에는, 그 자동채권이 압류 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있다. 이는 동시이행 관계의 공평성을 고려한 예외 규정이다.
- ④ 【O】 민법 제493조 제2항은 "상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다."라고 정하고 있으므로 상계의 효력은 상계적상 시로 소급하여 발생한다. 즉, 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였다고 하더라도 상계의 효력은 변제기로 소급하는 것이 아니라 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다(대판 2022.6.30. 2022다200089).
- ⑤ 【O】 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 다른 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되므로 그러한 상계는 허용될 수 없고, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조의 담보제공청구권이 항변권으로 부차되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없으며, 다만 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다(대판 2004.5.28. 2001다81245).

Ⅰ 정답 Ⅰ ①

33 동시이행관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사 자금을 대출받도록 한 경우, 수급인의 근저당권 말소 의무는 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다.
- ② 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사 자금을 대출받도록 한 경우, 도급인이 대출금을 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무는 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다.
- ③ 수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로 말미암아 도급인에게 발생한 하자확대손해에 따른 손해배상채무와 도급인의 보수지급채무는 동시 이행관계에 있다.
- ④ 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채무자의 변제 의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없다.
- ⑤ 가압류등기가 있는 부동산의 매매계약에 있어서 매도인의 가압류 등기의 말소 의무는 매수인의 대금지급 의무와 동시 이행관계에 있다고 볼 수 없다.

해설

- ① 【○】 ② 【○】 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소 의무는 도급인의 공사대금채무와 이행상 견련관계가 인정되어 서로 동시이행관계에 있고, 나아가 도급인이 대출금 등을 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소 의무의 변형물로서 도급인의 공사대금채무와 동시이행관계에 있다(대판 2010.3.25. 2007다35152).
- ③ 【○】 동시이행의 항변권 제도의 취지로 볼 때 비록 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약관계에서 고유의 대가관계가 있는 채무는 아니라고 하더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용 등에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권이 인정되어야 하는 점, 민법 제667조 제3항에 의하여 민법 제536조가 준용되는 결과 도급인이 수급인에 대하여 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 서로 동시이행관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 하자확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무도 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 한다(대판 2005.11.10. 2004다37676).
- ④ 【○】 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자로부터 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제 의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행 관계에 있다고 볼 수 없다. 따라서 채권자가 채무자로부터 제공받은 담보를 반환하기 전에도 특별한 사정이 없는 한 채무자는 이행지체 책임을 진다(대판 2019.10.31. 2019다247651).
- ⑤ 【X】 부동산 매매 계약에서 매도인은 매수인에게 완전한 소유권을 이전할 의무를 부담한다. 따라서 가압류 등기는 매수인의 완전한 소유권 행사를 제한하는 요소이므로, 매도인은 이를 말소하여 완전한 소유권을 이전해야 할 의무가 있다. 결국 가압류 등기가 있는 부동산의 매매 계약에서, 매도인의 가압류 등기 말소 의무는 매수인의 대금 지급 의무와 동시 이행 관계에 있고, 매수인은 가압류 등기가 말소될 때까지 대금지급을 거절할 수 있고, 매도인은 대금을 받기 전에 가압류 등기를 말소해야 한다.

! 정답 ! ⑤

34 계약을 합의하여 해제하거나 해지하는 경우에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 계약이 합의해제된 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상청구는 할 수 없다.
- ㄴ. 매매계약이 합의해제된 경우, 매수인에게 이전되었던 소유권이 당연히 매도인에게 복귀하지 않는다.
- ㄷ. 아파트 분양신청권이 전전매도된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제하면, 최초 매도인은 최종 매수인에게 최초 매매계약의 해제를 주장할 수 없다.
- ㄹ. 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해지로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터 이자를 붙여서 반환할 의무는 없다.

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

해설

- ㄱ. 【○】 계약이 합의해제된 경우에는 그 해제시에 당사자 일방이 상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다(대판 1989.4.25. 86다카1147).
- ㄴ. 【X】 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968).
- ㄷ. 【X】 아파트 분양신청권이 전전매매된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제한 경우, 그 분양신청권을 전전매수한 자는 설사 그가 백지 매도증서, 위임장 등 제반 서류를 소지하고 있다 하더라도 완전한 권리를 취득한 것이라고 할 수 없고, 또한 매매계약을 합의해제한 다음 이를 회수하지 아니하였다고 하여 그에 대하여 매매계약의 해제를 주장할 수 없는 것은 아니다(대판 1996.4.12. 95다49882).
- ㄹ. 【○】 합의해제에서 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 합의 해지로 인해 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 붙여서 반환할 의무는 없다. 이는 계약 해제 시의 원상회복 의무와는 다른 점이다.

| 정답 | ②

35 민법 제565조(해약금)의 계약금계약에 기한 해제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 계약금은 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 한, 손해배상액의 예정으로 볼수 없다.
- ② 유동적 무효 상태인 매매계약도 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 적법하게 해제할 수 있다.
- ③ 교부자가 계약금의 전부를 지급하지 아니하더라도 계약금계약은 성립한다.
- ④ 상대방인 매도인이 매매계약의 이행에는 전혀 착수한 바가 없다 하더라도 중도금을 지급한 매수인은 계약금을 포기하고 매매계약을 해제할 수 없다.
- ⑤ 계약금계약에 기한 해제는 이행에 착수하기 전에만 할 수 있으므로 원상회복의 문제는 생기지 않을 뿐만 아니라 손해배상청구권도 생기지 않는다.

해설

- ① 【○】 채권계약에 있어서 당사자 사이에 교부된 계약금은 해약금으로서의 성질을 가지나, 그 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 한, 당연히는 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것이라고 볼 수 없다(대판 1979.4.24. 79다21).
- ② 【○】 거래허가를 받지 않아 유동적 무효 상태인 매매계약에서도 매도인이 계약금 배액을 상환하고 해제함으로써 매매계약은 적법하게 해제된다(대판 1997.6.27. 97다9369).
- ③ 【X】 계약금계약은 이른바 요물계약으로서, 그 금원을 전부 지급하지 않는 이상 성립하지 않는다. 대법원 역시 약정계약금 중 일부만이 지급된 사안에서 “실제 교부받은 계약금의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다면 이는 당사자가 일정한 금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금액이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하다(대판 2015.4.23. 2014다231378).”고 판시하였다.
- ④ 【○】 민법 제565조 제1항 소정의 '당사자의 일방'의 의미 및 중도금을 지급하여 이행에 착수한 매수인이 계약금을 포기하고 매매계약을 해제할 수 없다(대판 2000.2.11. 99다62074).
- ⑤ 【○】 민법 제565조 제1항의 해제는 당사자 일방이 이행의 착수하기 전에 가능하고, 계약이 소급적으로 소멸하는 것이 아니므로, 당사자는 계약에 따라 이미 이행된 부분에 대해 원상회복 의무를 부담하지 않는다.

| 정답 | ③

36 매매의 효력에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 가등기의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 그 부동산의 소유권을 상실하게 되면, 타인의 권리의 매매에 관한 담보책임 규정인 민법 제570조의 규정이 준용된다.
- ② 매도인이 계약당시에 매매의 목적이 된 권리의 일부가 자기에게 속하지 아니함을 알지 못한 경우 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때는 민법 제571조(선의의 매도인의 담보책임)에 따라 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다.
- ③ 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 특별한 사정이 없는 한 민법 제574조 소정의 '수량을 지정한 매매'이다.
- ④ 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 이와 같은 법률적 제한 내지 장애는 매매목적물의 하자에 해당한다.
- ⑤ 경매의 경우에는 채권자가 권리의 흠결을 알고 경매를 청구한 경우라도 경락인은 그 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다.

해설

- ① 【X】 가등기의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 그 부동산의 소유권을 상실하게 된 때에는 매매의 목적 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 이와 같은 경우 민법 제576조의 규정이 준용된다고 보아 같은 조 소정의 담보책임을 진다고 보는 것이 상당하고 민법 제570조에 의한 담보책임을 진다고 할 수 없다(대판 1992.10.27. 92다21784).
- ② 【X】 매도인이 계약당시에 매매의 목적이 된 권리가 자기에게 속하지 아니함을 알지 못한 경우에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다(제571조 제1항).
- ③ 【X】 일반적으로 담보권실행을 위한 임의경매에 있어 경매법원이 경매목적인 토지의 등기부상 면적을 표시하는 것은 단지 토지를 특정하여 표시하기 위한 방법에 지나지 아니한 것이고, 그 최저경매가격을 결정함에 있어 감정인이 단위면적당 가액에 공부상의 면적을 곱하여 산정한 가격을 기준으로 삼았다 하여도 이는 당해 토지 전체의 가격을 결정하기 위한 방편에 불과하다 할 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 이를 민법 제574조 소정의 '수량을 지정한 매매'라고 할 수 없다(대판 2003.1.24. 2002다65189).
- ④ 【O】 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 위와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당한다 할 것이나, 다만 위와 같은 하자의 존부는 매매 계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이다(대판 2000.1.18. 98다18506).
- ⑤ 【X】 경매의 경우, 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제578조 제3항).

| 정답 | ④

37 임대차에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다.
- ② 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담한다.
- ③ 건물 소유를 목적으로 한 기간약정 없는 토지임대차계약이 임대인의 해지통고로 종료한 경우 임차인은 건물이 현존한 때에는 건물매수청구권을 행사할 수 있다.
- ④ 임차인의 필요비 및 유익비 청구권 등 비용청구 규정은 강행규정이 아니므로 사전 포기 약정은 그 효력이 있다.
- ⑤ 임차인은 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 건물의 유자·존립과 불가분의 일체 관계에 있는 임차 외 건물 부분이 소멸되어 임대인이 입게 된 손해도 채무불이행으로 인한 손해로 배상할 의무가 있다.

해설

- ① 【○】 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다(제622조 제1항).
- ② 【○】 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접임대인에 대하여 의무를 부담한다(제630조 제1항 전단).
- ③ 【○】 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 지상 건물 등이 현존한 때에는 지상물매수청구권을 행사할 수 있다(제643조).
- ④ 【○】 임차인이 임대차관계 종료시에는 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있다(대판 2012.3.29. 2012다360). 즉, 필요비 및 유익비상환청구에 관한 규정은 임의규정으로 당사자 약정으로 포기할 수 있는 것이다.
- ⑤ 【X】 임차 외 건물 부분이 구조상 불가분의 일체를 이루는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리 의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다(대판전지 2017.5.18. 2012다86895). 설문의 설명은 본 전원합의체판결로 변경되기 전 대법원의 입장이므로 틀린 지문이다.

! 정답 ! ⑤

38 조합에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 조합의 해산청구는 별도로 계약해제의 요건을 충족해야 해산의 효과가 발생한다.
- ② 조합의 통상사무는 각 조합원이 진행할 수 있으나 그 사무의 완료 전에 다른 조합원의 이의가 있는 때에는 즉시 중지하여야 한다.
- ③ 조합의 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으로 상계하지 못한다.
- ④ 조합의 존속기간을 정한 때에도 조합원은 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있다.
- ⑤ 조합의 업무를 집행하는 조합원은 그 업무집행의 대리권이 있는 것으로 추정한다.

해설

- ① 【X】 조합원 사이의 신뢰관계가 깨어져서 원만한 조합 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 다른 조합원에게 해지통고를 한 경우, 해지통고를 조합의 해산청구로 볼 수 있다. 이 때 계약 해제 또는 해지의 요건을 별도로 충족하여야 할 필요는 없다(대판 2009.6.11. 2009다21096). 계약 해제는 일반적으로 계약 당사자 일방의 채무 불이행과 같은 특정 사유가 발생했을 때, 그 계약의 효력을 소급적으로 소멸시키는 것을 의미한다. 반면, 조합의 해산은 조합 계약 자체의 종료를 의미하며, 조합 관계 전반을 청산하는 절차를 포함한다. 따라서 조합 해산에는 계약 해제와는 다른 별도의 요건과 절차가 적용되는 것이다. 그러므로 해제의 요건을 별도로 요한다는 설문은 틀렸다.
- ② 【O】 조합의 통상사무는 각 조합원 또는 각 업무집행자가 진행할 수 있다. 그러나 그 사무의 완료전에 다른 조합원 또는 다른 업무집행자의 이의가 있는 때에는 즉시 중지하여야 한다(제706조 제3항).
- ③ 【O】 제715조
- ④ 【O】 제716조 제2항
- ⑤ 【O】 제709조

! 정답 ! ①

39 부당이득에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 수급인은 민법 제203조(점유자의 상환청구권)에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있다.
- ② 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유권원을 가진 경우, 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 상대방에 대하여는 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수 있다.
- ③ 토지임차인이 지상건물에 대하여 적법하게 매수청구권을 행사하면 지상건물의 부지를 계속하여 점유 사용하더라도 부당이득반환의무를 지지 않는다.
- ④ 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 건물의 부지를 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자는 건물부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다.
- ⑤ 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 않다면 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 지지 않는다.

해설

- ① 【X】 계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수 없다(대판 2002.8.23. 99다66564, 66571). 민법 제203조의 비용상환청구권은 그 법적성질이 부당이득반환청구권이므로 설문에서 도급인 외에 수급인에게까지 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자에 해당한다고 볼 수 없다.
- ② 【X】 점유자는 그 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었는지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 비용상환청구권을 행사할 수 있는 것이나, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 법조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다(대판 2003.7.25. 2001다64752).
- ③ 【X】 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 대지임대차에 있어서 임차인이 그 지상건물 등에 대하여 민법 제643조 소정의 매수청구권을 행사한 후에 그 임대인인 대지의 소유자로부터 매수대금을 지급받을 때까지 그 지상건물 등의 인도를 거부할 수 있다고 하여도, 지상건물 등의 점유·사용을 통하여 그 부지를 계속하여 점유·사용하는 한 그로 인한 부당이득으로서 부지의 임료 상당액은 이를 반환할 의무가 있다(대판 2001.6.1. 99다60535).
- ④ 【O】 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 경우에는 미등기건물에 관한 사실상의 처분권자도 건물 부지의 점유·사용에 따른 부당이득반환의무를 부담한다(대판 2022.9.29. 2018다243133, 243140).
- ⑤ 【X】 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없으므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 이 경우 건물의 소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 건물의 소유를 위하여 그 부지를 점유한다고 보아야 한다. 타인 소유의 토지 위에 권원 없이 건물을 소유하는 자는 그 자체로서 건물 부지가 된 토지를 점유하고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 인하여 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 할 것이고, 이는 건물 소유자가 미등기건물의 원시취득자이고 그 건물에 관하여 사실상의 처분권을 보유하게 된 양수인이 따로 존재하는 경우에도 다르지 아니하므로, 미등기건물의 원시취득자는 토지 소유자에 대하여 부당이득반환의무를 진다(대판 2022.9.29. 2018다243133, 243140).

! 정답 ! ④

35 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 매수인이 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이다.)

- ① 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리함으로써 임의경매절차가 개시되자 매도인이 경매절차의 진행을 막기 위하여 피담보채무를 변제하였다면, 매도인은 매수인에 대하여 이 사유를 들어 매매계약을 해제할 수 있다.
- ② 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 소유권을 상실하면 특별한 사정이 없는 한, 매수인에게 책임있는 사유로 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우이다.
- ③ 매수인이 근저당권의 피담보채무 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 소유권을 상실하면 특별한 사정이 없는 한, 채무자인 매도인에게 과실이 없으므로 채권자인 매수인은 이행불능으로 매매계약을 해제할 수 없다.
- ④ 매매목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우는 위험부담의 법리에 따르면, 채무자인 매도인은 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못한다.
- ⑤ 매매목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우, 이미 이행한 급부를 부당이득으로 반환청구할 수 없다.

해설

- ① 【○】 채무인수인이 인수채무의 일부인 근저당권의 피담보채무의 변제를 게을리 함으로써 매매목적물에 관하여 근저당권의 실행으로 임의경매절차가 개시되고 매도인이 경매절차의 진행을 막기 위하여 피담보채무를 변제하였다면 매도인은 채무인수인에 대하여 손해배상채권을 취득하는 이외에 이 사유를 들어 매매계약을 해제할 수 있다(대판 1993.2.12. 92다23193). 인수계약의 내용인 인수채무의 이행을 다하지 않은 이유로 매도인에게 손해를 입혔으므로 채무불이행에 의한 해제가 가능한 것이다.
- ② 【○】 ③ 【○】 부동산 매수인이 매매목적물에 설정된 근저당권의 피담보채무에 관하여 그 이행을 인수한 경우, 채권자에 대한 관계에서는 매도인이 여전히 채무를 부담한다고 하더라도, 매도인과 매수인 사이에서는 매수인에게 위 피담보채무를 변제할 책임이 있으므로, 매수인이 그 변제를 게을리하여 근저당권이 실행됨으로써 매도인이 매매목적물에 관한 소유권을 상실하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매수인에게 책임 있는 사유로 인하여 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 경우에 해당하고, 거기에 매도인의 과실이 있다고 할 수는 없다(대판 2008.8.21. 2007다8464,8471).
- ④ 【○】 ⑤ 【X】 매매 목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 사안에서, 위험부담의 법리에 따라 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다(대판 2009.5.28. 2008다98655,98662). 결국 위험부담의 법리에 의해 매도인은 반대급부를 청구할 수 없고, 이미 이행한 급부는 부당이득으로 반환할 수 있으므로 5번 선지가 틀린 것이다.

| 정답 | ③



박결

2025년 민법기출 특강

가맹거래사

41 제한능력자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법인도 성년후견인이 될 수 있으며, 성년후견인은 여러 명일 수 있다.
- ② 미성년자에게 특정한 영업에 관하여 허락을 한 법정대리인은 그 허락을 취소할 수 있다.
- ③ 피성년후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하고 체결한 부동산 매매계약은 제한능력을 이유로 취소할 수 없다.
- ④ 제한능력을 이유로 법률행위가 취소된 경우, 제한능력자는 선의·악의를 묻지 않고 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환하면 된다.
- ⑤ 특정한 법률행위를 위하여 특정후견인이 선임되어 법정대리권이 부여된 경우, 피특정후견인은 특정후견인의 동의 없이 스스로 그 법률행위를 할 수 있다.

해설

- ① 【○】 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다. 또한 법인도 성년후견인이 될 수 있다(제930조 제2항 및 제3항).
- ② 【○】 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다. 이때 법정대리인은 전항의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다(제8조).
- ③ 【X】 미성년자나 피한정후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에는 취소권이 배제된다(제17조 제2항). 이와달리 피성년후견인의 경우에는 성년후견인의 동의를 얻더라도 법률행위를 할 수 없으므로 동의를 얻었다고 속임수를 쓰더라도 취소권이 배제되지 않는다.
- ④ 【○】 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환(償還)할 책임이 있다(제141조). 이때 제한능력자의 선악의를 불문한다.
- ⑤ 【○】 후원할 사무의 성질에 따라 특정후견인에게 대리권이 필요한 경우가 있고 이 경우 가정법원은 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있으며, 특정후견인은 그러한 범위 내에서 피특정후견인의 대리인이 된다(제959조의11제1항). 이 경우 가정법원은 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원이나 특정후견감독인의 동의를 받도록 명할 수 있고(제959조의11제2항), 특정후견인은 피특정후견인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다(제920조 단서 및 제959조의12). 피특정후견인은 원칙적으로 제한능력자가 아니므로 특정후견인이 대리권을 부여받는다 하더라도 행위능력이 제한되지 않음에 주의하여야 한다.

! 정답 ! ③

42 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 사기에 의한 의사표시의 표의자가 제3자에 대하여 그 취소를 주장하려면 스스로 제3자의 악의를 증명하여야 한다.
- ② 강박의 수단으로 상대방에게 고지하는 해약의 내용이 법질서에 위배된 경우에는 강박행위의 위법성이 인정된다.
- ③ 어떤 해약의 고지가 아니라 단지 각서에 서명 날인할 것을 강력히 요구한 행위는 강박행위가 아니다.
- ④ 상대방의 대리인의 사기로 의사표시를 한 자는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ⑤ 상대방의 기망행위로 동기에 관하여 착오를 일으킨 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수도 있다.

해설

- ① 【○】 사기에 의한 법률행위의 당사자가 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증하여야 한다(대판 1970.11.24. 70다2155). 제3자의 선의는 추정되므로 취소를 주장하려는 자가 스스로 입증해야 하는 것이다.
- ② 【○】 강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해약을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 하는바, 여기서 어떤 해약을 고지하는 강박행위가 위법하다고 하기 위하여는, 강박행위 당시의 거래관념과 제반 사정에 비추어 해약의 고지로써 추구하는 이익이 정당하지 아니하거나 강박의 수단으로 상대방에게 고지하는 해약의 내용이 법질서에 위배된 경우 또는 어떤 해약의 고지가 거래관념상 그 해약의 고지로써 추구하는 이익의 달성을 위한 수단으로 부적당한 경우 등에 해당하여야 한다(대판 2000.3.23. 99다64049).
- ③ 【○】 강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해약을 고지하므로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 하므로 각서에 서명 날인할 것을 강력히 요구하였다고 실시한 것은 심리미진 또는 강박에 의한 의사표시의 법리를 오해한 것이라 할 것이다(대판 1979.1.16. 78다1968).
- ④ 【X】 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999.2.23. 98다60828,60835). 따라서 설문의 경우, 상대방이 알거나 알 수 있었는지 여부를 묻지 않고 취소할 수 있다.
- ⑤ 【○】 기망행위로 인하여 법률행위의 중요부분에 관하여 착오를 일으킨 경우 뿐만 아니라 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985.4.9. 85도167).

! 정답 ! ④

43 법률행위의 종류에 관한 연결이 옳지 않은 것은?

- ① 준물권행위 - 저당권의 설정
- ② 채권행위 - 임대차계약의 체결
- ③ 요식행위 - 사단법인의 설립
- ④ 상대방 없는 단독행위 - 소유권의 포기
- ⑤ 상대방 있는 단독행위 - 채무의 면제

해설

- ① 【X】 소유권의 이전, 저당권의 설정 등 직접적으로 물권의 변동을 가져오는 법률행위를 물권행위라 한다. 반면 물권 이외의 권리를 종국적으로 변동시키고 이행이라는 문제를 남기지 않는 법률행위를 준물권행위라 한다. 저당권의 설정은 물권행위에 해당한다.
- ② 【O】 임대차계약의 체결은 이행의 문제를 남기는 채권행위이다.
- ③ 【O】 설립자가 경관을 서면에 작성하여 기명날인할 것을 요구하여(민법 제40조), 설립행위를 일종의 요식행위로 규정하고 있다.
- ④ 【O】 소유권의 포기는 의사표시가 상대방에게 도달하지 않아도 효력이 발생하는 법률행위로 상대방 없는 단독행위에 해당한다.
- ⑤ 【O】 채무의 면제 즉, 채권의 포기는 채권자가 채무자에 대한 그의 채권을 무상으로 소멸시키는 상대방 있는 단독행위이다.

! 정답 ! ①

44 민법상 법인에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 감사의 성명과 주소는 설립등기사항이다.
- ② 이사가 특정한 행위를 위하여 선임한 대리인은 법인의 대표기관이 아니다.
- ③ 법인의 청산종결등기가 경료되었다면 청산사무가 종료되지 않았더라도 청산법인은 소멸한다.
- ④ 재단법인의 기본재산으로 새롭게 편입하는 행위는 주무관청의 허가가 없어도 유효하다.
- ⑤ 법인과 이사의 이익이 상반되는 사항에 대하여 법원은 이해관계인 또는 감사의 청구로 임시이사를 선임하여야 한다.

해설

- ① 【X】 현행 민법상 감사는 필요기관이 아닌 임의기관이고, 이사와는 달리 감사의 성명·주소는 등기사항이 아니다.
- ② 【○】 제64조에서의 대리인(특별대리인)이 아닌 이사가 특정한 행위를 위하여 선임한 제62조의 대리인은 법인의 대표기관이 될 수 없다.
- ③ 【X】 법인에 대한 청산종결 등기가 되었더라도 청산사무가 종결되지 않는 한 그 범위 내에서는 청산법인으로 존속한다(대판 2021.6.30. 2018도14261).
- ④ 【X】 재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무부장관의 허가를 받아야 하고 따라서 기존의 기본재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무부장관의 허가가 있어야만 유효하다(대판 1982.9.28. 82다카499).
- ⑤ 【X】 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없다. 이 경우 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다.

! 정답 ! ②

45 민법 제35조의 법인의 불법행위책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대표권이 없는 이사의 행위에 의해서는 법인의 불법행위책임이 성립하지 않는다.
- ② 대표자의 행위가 직무에 관한 것이 아님을 피해자가 안 경우에는 법인에게 불법행위책임을 물을 수 없다.
- ③ 대표자의 행위가 외관상, 객관적으로 직무에 관한 행위로 인정되더라도 그 행위가 법령의 규정에 위배된다면 민법 제35조의 직무에 관한 행위로 볼 수 없다.
- ④ 대표자의 불법행위에 대하여 법인의 불법행위책임이 성립하는 경우에 법인은 민법상 사용자책임을 지지 않는다.
- ⑤ 대표자가 법인의 목적 범위의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 대표자는 민법 제750조의 불법행위책임을 진다.

해설

- ① 【○】 민법 제35조의 '이사 기타 대표자'는 법인의 대표기관을 의미하는 것이고 대표권이 없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니기 때문에 그들의 행위로 인하여 법인의 불법행위가 성립하지 않는다(대판 2005.12.23. 2003다30159)
- ② 【○】 대표자의 행위가 직무에 해당하지 아니함을 피해자가 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우, 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2009.11.26. 2009다57033).
- ③ 【×】 법인이 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다. 법인의 대표자의 행위가 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 외관상 객관적으로 직무에 관한 행위라고 인정할 수 있다면 민법 제35조 제1항의 직무에 관한 행위에 해당한다(대판 2023.6.1. 2020다9268).
- ④ 【○】 민법 제35조 제1항은 “법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 개인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있고, 민법 제756조 제1항은 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 따라서 법인에 있어서 그 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에는 민법 제35조 제1항에 의하여, 법인의 피용자가 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에는 민법 제756조 제1항에 의하여 각기 손해배상책임을 부담한다(대판 2009.11.26. 2009다57033).
- ⑤ 【○】 법인의 목적범위의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다(제35조 제2항). 즉, 각 대표자 등은 제750조 책임을 지고, 이를 부진정연대로 책임을 지는 것이다.

! 정답 ! ③

46 민법상 비법인사단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 비법인사단을 당사자로 하는 화해조서의 효력은 그 구성원들에게 미치지 않는다.
- ② 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분행위로 볼 수 없다.
- ③ 비법인사단의 대표자가 권한 없이 행한 총유물의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용된다.
- ④ 중중을 대표할 권한 없는 자가 중중을 대표하여 소송행위를 하더라도 나중에 총회결의로 그 소송행위를 추인하면 그 행위시로 소급하여 유효하게 된다.
- ⑤ 중중총회의 결의방법에 있어 중중규약에 다른 규정이 없는 한, 총원은 서면으로 결의권을 행사할 수 있다.

해설

- ① 【○】 화해조서의 효력은 화해의 당사자 사이에만 효력을 갖는 것으로 민법상 비법인사단에 해당하는 재건축조합을 당사자로 하는 화해조서의 효력은 그 구성원인 조합원들에게 미치지 않는다고 할 것이고, 또 재건축조합과 체결한 계약의 효력이 직접 조합원들을 구속하는 것은 아니다(대판 2005.6.23. 2004다3864).
- ② 【○】 민법 제275조, 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다(대판[전] 2007.04.19. 2004다60072,60089).
- ③ 【X】 비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다(대판 2009.2.12. 2006다23312).
- ④ 【○】 중중을 대표할 권한 없는 자가 중중을 대표하여 한 소송행위는 그 효력이 없으나 나중에 중중이 총회결의에 따라 위 소송행위를 추인하면 그 행위시로 소급하여 유효하게 되며 이 경우 민법 제133조 단서의 규정은 무권대리행위에 대한 추인의 경우에 있어 배타적 권리를 취득한 제3자에 대하여 그 추인의 소급효를 제한하고 있는 것으로서 위와 같은 하자있는 소송행위에 대한 추인의 경우에는 적용될 여지가 없는 것이다(대판 1991.11.8. 91다25383).
- ⑤ 【○】 일부 총원이 총회에 직접 출석하지 아니하고 다른 출석총원에 대한 위임장 제출방식에 의하여 중중의 대표자선임 등에 관한 결의권을 행사하는 것도 허용된다(대판 1991.11.8. 91다25383).

! 정답 ! ③

47 통정허위표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 통정허위표시의 무효로 대항하기 위한 제3자의 악의에 대해서는 그 허위표시의 무효를 주장하는 자가 증명하여야 한다.
- ② 가장 소비대차계약상의 지위를 이전받은 자는 통정허위표시의 무효에 대항할 수 있는 제3자에 해당한다.
- ③ 통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시자의 진의와 표시의 불일치에 관하여 표의자와 상대방 사이의 합의가 있어야 한다.
- ④ 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위가 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효이다.
- ⑤ 파산관재인은 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한, 통정허위표시의 무효로 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다.

해설

- ① 【○】 통정허위표시에서 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2006.3.10. 2002다1321).
- ② 【X】 계약상의 지위를 이전받은 사람은 계약당사자로 취급받기 때문에 더 이상 계약에 있어서의 제3자가 아니다. 따라서 제108조 제2항의 제3자 보호규정을 적용받을 여지가 없다. 따라서 틀린 지문이다.
- ③ 【○】 통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다(대판 2015.11.26. 2015다47501).
- ④ 【○】 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 할 것이다(대판 1998.2.27. 97다50985).
- ⑤ 【○】 파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와는 독립된 지위에서 파산채권자 전체의 공동이익을 위하여 직무를 행하게 된 자이므로, 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 '제3자'에 해당한다(대판 2003.6.24. 2002다48214. 그리고 이 경우 파산관재인의 선의·악의는 위와 같은 파산관재인의 지위에 비추어 볼 때 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 판단할 것이 아니라 총 파산채권자를 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 '선의의 제3자'라고 할 수밖에 없다 (대판 2006.11.10. 2004다10299).

! 정답 ! ②

48 민법상 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다.
- ② 주물을 처분할 때에는 당사자의 특약으로 종물을 제외할 수 있다.
- ③ 가설건축물은 특별한 사정이 없는 한 토지의 정착물로 볼 수 없다.
- ④ 주물의 소유자의 사용에 공여되는 물건은 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없더라도 종물이 된다.
- ⑤ 주물에 대한 저당권이 설정된 경우, 그 저당권의 효력은 특별한 사정이 없는 한 설정 후의 종물에도 미친다.

해설

- ① 【○】 과실은 수취할 권리자에게 귀속하고, 법정과실은 수취할 권리의 존속기간 일수의 비율로 취득한다(제102조).
- ② 【○】 판례는 제100조제2항은 강행규정은 아니므로, 당사자 간에 별도의 특별한 합의가 있으면 종물을 제외하고 주물만 처분할 수도 있다고 한다. 즉, 대법원은 "종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다." (대판 2012.1.26. 2009다76546)고 판시하였다.
- ③ 【○】 독립된 부동산으로서 건물은 토지에 정착되어 있어야 하는데(제99조 제1항), 가설건축물은 일시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있어 일반적으로 토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다(대판 2021.10. 28. 2020다224821).
- ④ 【X】 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주물의 상용에 이바지되어야 하는 관계가 있어야 하는바, 여기에서 주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것이며, 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과는 직접 관계없는 물건은 종물이 아니다(대판 1994.6.10. 94다11606). 결국 주물 자체의 효용과 직접관련성이 없어도 종물이 된다는 설명이 틀렸다.
- ⑤ 【○】 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다(제358조).

| 정답 | ④

49 반사회질서의 법률행위에 해당하는 것은?

- ① 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 저당권설정등기를 하는 행위
- ② 반사회적 행위에 의해 조성된 비자금을 소극적으로 은닉하기 위해 임치한 행위
- ③ 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결한 행위
- ④ 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 실제로 거래한 매매대금보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재한 행위
- ⑤ 부채관계를 해소하면서 첩의 그동안의 희생을 배상하고 장래 생활 대책을 위해 금전을 지급하기로 한 약정

해설

- ① 【X】 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2004.5.28. 2003다70041).
- ② 【X】 사회적 행위에 의하여 조성된 재산인 이른바 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 임치한 것이 사회질서에 반하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2001.4.10. 2000다49343).
- ③ 【O】 험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우 보험계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다(대판 2017.4.7. 2014다234827).
- ④ 【X】 소득세법령의 규정에 의하여 당해 자산의 양도 당시의 기준시가가 아닌 양도자와 양수자간에 실제로 거래한 가액을 양도가액으로 하는 경우, 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다(대판 2007.6.14. 2007다3285).
- ⑤ 【X】 피고가 원고와의 부채관계를 해소하기로 하는 마당에 그동안 원고가 피고를 위하여 바친 노력과 비용등의 희생을 배상 내지 위자하고 또 원고의 장래 생활대책을 마련해 준다는 뜻에서 금원을 지급하기로 약정한 것이라면 부채관계를 해소하는 마당에 위와 같은 의미의 금전지급약정은 공서양속에 반하지 않는다고 보는 것이 상당하다(대판 1980.6.24. 80다458).

! 정답 ! ③

50 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법률행위가 대리인에 의하여 행해진 경우, 공박은 본인을 기준으로 판단한다.
- ② 폭리행위의 요건에 대한 증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다.
- ③ 불공정한 법률행위에 해당하여 무효이더라도 무효행위의 전환에 관한 민법 규정이 적용될 수 있다.
- ④ 부담 없는 증여에서는 불공정한 법률행위에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ⑤ 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하는지는 특별한 사정이 없는 한 변제기를 기준으로 판단하여야 한다.

해설

- ① 【○】 공박은 본인을, 무경험과 경솔은 대리인을 기준으로 판단한다.
- ② 【○】 불공정한 법률행위를 주장하는 자는 스스로 공박, 경솔, 무경험으로 인하였음을 증명하여야 하고, 그 법률행위가 현저하게 공정을 잃었다 하여 곧 그것이 경솔하게 이루어졌다고 추정하거나 공박한 사정이 인정되는 것이 아니다(대판 1969.7.8. 69다594).
- ③ 【○】 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다(대판 2010.7.15. 2009다50308).
- ④ 【○】 증여계약과 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방적인 급부를 하는 법률행위 또는 경매와 같이 법률규정에 의한 것은 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다(대판 2002.2.11, 선고 99다56833).
- ⑤ 【X】 부동산 환매권의 양도가 폭리행위인가를 판단함에 있어 환매권 양도 당시를 기준으로 그 부동산의 시가를 산정하고 있다(대판 1984.4.10. 81다239). 즉, 원칙적으로 불공정한 법률행위와 관련한 시기적 요건은 변제기가 아닌 법률행위시를 기준으로 하여야 한다.

! 정답 ! ⑤

51 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 본인은 임의대리권의 원인된 법률관계가 종료하기 전에는 수권행위를 철회하여 대리권을 소멸시킬 수 없다.
- ② 법정대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다.
- ③ 대리행위의 하자로 인한 취소권은 원칙적으로 본인에게 귀속된다.
- ④ 부동산 입찰절차에서 동일한 물건에 관하여 1인이 이해관계를 달리하는 2인 이상의 대리인이 된 경우, 그 대리인이 한 입찰행위는 원칙적으로 무효이다.
- ⑤ 대리인이 여러 명인 때에 법률이나 수권행위로 다른 정함이 없으면 각자 본인을 대리한다.

해설

- ① 【X】 법률관계의 종료전에 본인이 수권행위를 철회한 경우, 임의대리는 종료한다(제128조). 따라서 원인된 법률관계 종료하기 전에 본인은 수권행위를 철회하여 대리권을 소멸시킬 수 있다.
- ② 【O】 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(제122조).
- ③ 【O】 대리인이 그 권한내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항). 이때 법률행위의 주된 효과뿐만 아니라 거기에 따르는 부수적인 효과인 취소권, 해제권, 원상회복의무 등도 본인에게 귀속된다. 따라서, 대리행위의 하자가 있는 경우 그 하자는 대리인을 기준으로 판단하고 그에 따라 발생하는 취소권은 본인에게 귀속하는 것이다.
- ④ 【O】 민법 제124조는 "대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다."고 규정하고 있으므로 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다(대결 2004.2.13.자 2003마44).
- ⑤ 【O】 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제119조).

! 정답 ! ①

52 甲은 자기 소유의 X토지를 丙에게 매도하기 위하여 乙에게 X의 매매에 관한 대리권을 수여하였고, 乙은 甲을 대리하여 丙과 X에 대해 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대리권 수여 후, 甲에 대하여 성년후견이 개시되더라도 乙의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ② 丙이 매매대금의 지급을 지체하더라도 특별한 사정이 없는 한 乙은 이행지체를 이유로 매매계약을 해제할 수 없다.
- ③ 丙이 채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 경우, 乙은 丙에게 원상회복의무를 부담한다.
- ④ 甲이 乙에게 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적 대리권을 수여한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 乙은 매매대금의 지급기일을 연기해 줄 권한을 가진다.
- ⑤ 乙이 丙으로부터 잔금을 수령하였다면 특별한 사정이 없는 한 乙이 잔금을 甲에게 전달하지 않았더라도 丙의 잔금지급채무는 소멸한다.

해설

- ① 【○】 대리권은 본인의 사망, 대리인의 사망 또는 성년후견의 개시, 파산일 때 소멸한다. 따라서, 본인의 성년후견의 개시가 있다 하더라도 乙의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ② 【○】 대리인이 그 권한내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제 114조 제1항). 이때 법률행위의 주된 효과뿐만 아니라 거기에 따르는 부수적인 효과인 취소권, 해제권, 원상회복의무 등도 본인에게 귀속된다. 그러므로 丙이 매매대금을 지체하여 채무불이행이 있는 경우라 하더라도 대리인 乙은 특별수권이 없는 이상 매매계약을 해제할 수 없다.
- ③ 【X】 계약이 적법한 대리인에 의하여 체결된 경우에 대리인은 다른 특별한 사정이 없는 한 본인을 위하여 계약상 급부를 변제로서 수령할 권한도 가진다. 그리고 대리인이 그 권한에 기하여 계약상 급부를 수령한 경우에, 그 법률효과는 계약 자체에서와 마찬가지로 직접 본인에게 귀속되고 대리인에게 돌아가지 아니한다. 따라서 계약상 채무의 불이행을 이유로 계약이 상대방 당사자에 의하여 유효하게 해제되었다면, 해제로 인한 원상회복의무는 대리인이 아니라 계약의 당사자인 본인이 부담한다(대판 2011.8.18. 2011다 30871). 결국 해제권과 그 해제권 행사로 인한 원상회복청구권 모두 계약당사자인 甲, 丙에게 있는 것이다.
- ④ 【○】 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 다른 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 수도 있다고 보아야 하고, 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 다른 사정이 없는 한 상대방에 대하여 약정된 매매대금지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 할 것이다(대판 1992.4.14. 91다 43107).
- ⑤ 【○】 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다(대판 1992.4.14. 91다43107) 따라서 설문의 경우 대금수령 이후 이를 본인 甲에게 전달하지 않았다 하여도 丙 변제의 효력은 인정되므로 잔금지급채무는 변제로 소멸한다.

! 정답 ! ③

53 권한을 넘은 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공법상의 행위에 관한 대리권도 기본대리권이 될 수 있다.
- ② 부부간의 일상의 가사에 관한 대리권도 기본대리권이 될 수 있다.
- ③ 상대방의 유권대리 주장에는 표현대리의 주장이 당연히 포함되는 것은 아니다.
- ④ 대리행위가 강행법규에 위반하여 무효인 경우에는 표현대리의 법리가 적용되지 않는다.
- ⑤ 표현대리가 성립하여 본인이 이행책임을 부담하는 경우, 상대방에게 과실이 있으면 과실상계의 법리가 적용된다.

해설

- ① 【○】 기본대리권이 (공법상의 행위인)등기신청행위라 할지라도 표현대리인이 그 권한을 유월하여 대물변제라는 사법행위를 한 경우에는 표현대리의 법리가 적용된다(대판 1978.3.28. 78다282,283).
- ② 【○】 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다(제827조). 그런데, 법정대리권인 이러한 일상가사대리권을 기본대리권으로 하여 제126조 표현대리가 인정될 수 있는 것이 대법원의 태도이다. 즉, 판례는 “일상가사에 관하여 남편인 피고를 대리할 권한이 있는 처가 남편 몰래 남편의 인감도장, 인감증명서 등을 소지하고 그 대리인인 양 행세하여 금원을 차용하고 그 담보로 남편 소유의 부동산에 가등기를 경료하여 준 경우에 그 상대방이 위 처에게 그 남편을 대리할 권한이 있다고 믿음에 정당한 사유가 있다(대판 1981.6.23. 80다609).”고 보았다.
- ③ 【○】 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수 밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다(대판[전] 1983.12.13. 83다카1489).
- ④ 【○】 계약체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이더라도 민법 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리 법리가 적용될 여지는 없다(대판 2016.5.12. 2013다49381).
- ⑤ 【X】 표현대리행위가 성립하는 경우에 본인은 표현대리행위에 기하여 전적인 책임을 져야 하는 것이고 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 감경할 수 없는 것이다(대판 1994.12.22. 94다24985).

! 정답 ! ⑤

54 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다.
- ㄴ. 무효인 가등기를 유효한 등기로 전용하기로 약정하였더라도 그 가등기가 소급하여 유효한 등기로 되지는 않는다.
- ㄷ. 무권대리행위의 추인은 의사표시 전부에 대하여 행하여야 하지만, 상대방의 동의를 얻은 경우에는 그 일부에 대하여 추인할 수도 있다.

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

해설

- ㄱ. 【○】 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994.6.24. 94다10900). 이른바 절대적 무효인 법률행위는 민법 제138조 무효행위의 전환 규정을 적용할 수 있을지언정 제139조 무효행위의 추인에 의해 유효로 될 수는 없다.
- ㄴ. 【○】 무효인 법률행위는 당사자가 무효임을 알고 추인할 경우 새로운 법률행위를 한 것으로 간주할 뿐이고 소급효가 없는 것이므로 무효인 가등기를 유효한 등기로 전용하기로 한 약정은 그때부터 유효하고 이로써 위 가등기가 소급하여 유효한 등기로 전환될 수 없다(대판 1992.5.12. 91다26546).
- ㄷ. 【○】 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에 게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승락을 요하지 않는 단독행위로서 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549). 본 판결의 반대해석상 상대방의 동의를 얻은 경우 일부추인도 인정될 여지가 있다.

| 정답 | ⑤

55 소멸시효 중단사유에 해당하지 않는 것은?

- ① 성년후견 개시심판
- ② 지급명령신청
- ③ 파산절차의 참가
- ④ 화해를 위한 소환
- ⑤ 가압류

해설

- ① 【X】 지급명령신청(제172조), 파산절차의 참가(제171조), 화해를 위한 소환(제173조), 가압류(제175조) 등은 법률의 규정에 의한 소멸시효 중단사유이다. 다만, 성년후견 개시심판이 있다 하더라도 소멸시효가 중단되지는 않는다.

| 정답 | ①

56 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 동시이행항변권이 붙어 있는 채권이라 하더라도 약정한 이행기부터 소멸시효가 진행된다.
- ② 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
- ③ 점유취득시효 완성으로 인한 소유권 이전등기청구권은 시효완성자의 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 않는다.
- ④ 수급인인 건설회사의 도급인에 대한 공사대금채권은 상거래에 관한 것으로 5년의 단기 소멸시효에 걸린다.
- ⑤ 실제의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 다른 경우, 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 삼아야 한다.

해설

- ① 【○】 우리 민법은 소멸시효의 기산점을 원칙적으로 "권리를 행사할 수 있는 때"로 정하고 있다(제166조 제1항). 또한 동시이행항변권(제536조)은 채무자의 방어권일 뿐, 채권의 소멸시효 기산점에 영향을 주는 요소는 아니다. 대법원 판례 역시 "동시이행항변권이 인정되는 채권이라도 특별한 사정이 없는 한 약정한 이행기부터 소멸시효가 진행된다"고 보고 있다(대판 1993.12.14. 93다27314).
- ② 【○】 제165조 제1항
- ③ 【○】 토지에 대한 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권(제245조 제1항)은 그 토지에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 아니하고, 여기서 말하는 점유에는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함한다고 해석하여야 한다(대판 1995.2.10. 94다28468). 매매계약에 의한 소유권이전등기청구권과 비교하여 매매계약 소유권이전등기청구권은 제3자에게 목적물을 양도하여도 소멸시효가 진행하지 않지만 점유취득시효 완성을 이유로 한 소유권이전등기청구권은 목적물의 점유를 상실하면 그 때부터 소멸시효가 진행함에 주의하여야 한다.
- ④ 【X】 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(상법 제64조). 즉, 원칙적으로 상사시효는 5년이지만, 민법에서 더 단기의 시효로 정하고 있다면 그 규정이 적용된다. 그런데, 수급인의 건설회사의 도급인에 대한 공사대금채권은 상거래에 관한 것이라 하더라도 민법 제163조 제3호에서 3년으로 정하고 있으므로 이 경우 소멸시효 기간은 3년이 된다.
- ⑤ 【○】 소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이라 할 것이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데(대판 1983.7.12. 83다카437), 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날자를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

Ⅰ 정답 Ⅰ ④

57 조건 또는 기한에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 경우, 그 조건만 무효이고 법률행위는 유효하다.
- ② 조건부 법률행위는 조건이 성취되었을 때에 비로소 법률행위가 성립한다.
- ③ 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 의제되므로 당사자 사이에 기한이익 상실에 관한 특약을 하여도 그 효력이 없다.
- ④ 기한의 도래가 미정한 권리·의무는 일반규정에 의하여 처분하거나 담보로 할 수 없다.
- ⑤ 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우에는 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한이 도래한 것으로 보아야 한다.

해설

- ① 【X】 법률행위의 내용인 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 경우, 그 조건뿐만 아니라 그 법률행위 전체가 무효가 된다(민법 제151조 제1항). 민법 제151조 제1항은 강행규정으로서, 당사자의 의사와 관계없이 적용된다. 이는 사회의 건전한 질서를 유지하고, 정의에 어긋나는 법률효과의 발생을 방지하기 위한 것이다.
- ② 【X】 조건부 법률행위는 조건이 성취되었을 때 효력이 발생하는 것이지, 성립하는 것이 아니다. 즉, 법률행위 자체는 조건이 붙은 상태로 성립하지만, 그 효력은 조건이 충족될 때까지 발생하지 않는다.
- ③ 【X】 기한은 채무자의 이익을 위한 것이므로(제153조), 원칙적으로 채무자가 이를 주장할 수 있다. 하지만 기한의 이익은 포기할 수 있으며(제154조), 따라서 당사자 간에 기한이익 상실 약정을 하는 것도 가능하다. 대법원은 정지조건부 기한이익 상실 특약(대판 1999.7.9. 99다15184), 형성권적 기한이익 상실 특약(대판 2002.9.4. 2002다28340)등을 인정한다.
- ④ 【X】 기한의 도래가 미정한 권리·의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다(제154조, 제149조).
- ⑤ 【O】 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우에 있어서 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야한다(대판 1989.6.27. 88다카 10579).

! 정답 ! ⑤

58 甲 소유 X토지에 관하여 甲과 乙, 乙과 丙 사이에 순차적으로 매매계약이 체결되고, 甲·乙·丙 사이에 중간생략등기의 합의가 있었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 甲·乙·丙 사이의 중간생략등기에 관한 합의는 이를 금지하는 효력규정에 위반하여 무효이다.
- ㄴ. 丙은 甲에게 직접 소유권이전등기를 청구할 수 있으므로, 乙의 甲에 대한 소유권이전등기청구권은 소멸된다.
- ㄷ. 중간생략등기에 관한 합의 후 甲과 乙이 매매대금을 인상하기로 약정한 경우, 甲은 인상된 매매대금이 지급되지 않았음을 이유로 丙의 소유권이전등기청구를 거절할 수 있다.
- ㄹ. 만약 甲·乙·丙 사이에 중간생략등기의 합의가 없는 경우, 丙이 乙의 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 乙로부터 양도받았더라도 그 양도에 甲이 동의하지 않았다면, 丙은 甲을 상대로 채권양도를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 없다.

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

해설

- ㄱ. 【X】 부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다(대판 1993.1.26. 92다39112).
- ㄴ. 【X】 중간생략등기의 합의가 있었다 하더라도 이러한 합의는 중간등기를 생략하여도 당사자 사이에 이의가 없겠고 또 그 등기의 효력에 영향을 미치지 않겠다는 의미가 있을 뿐이지 그러한 합의가 있었다 하여 중간매수인의 소유권이전등기청구권이 소멸된다거나 첫 매도인의 그 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 소멸되는 것은 아니라 할 것이다(대판 1991.12.13. 91다18316). 즉, 판례에 따르면 丙의 권리는 甲, 乙, 丙 사이의 합의에 따라 인정되는 것일 뿐, 乙의 권리가 자동으로 소멸하는 것은 아니다. 따라서 乙이 여전히 甲에게 소유권이전등기를 청구할 수 있는 권리를 가지고 있다.
- ㄷ. 【O】 중간생략등기 합의란 부동산이 전전 매도된 경우 각 매매계약이 유효하게 성립됨을 전제로 그 이행의 편이상 최초 매도인으로부터 최종 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경로하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐이므로, 이러한 합의가 있다고 하여 최초의 매도인이 자신이 당사자가 된 매매계약상의 매수인인 중간자에 대하여 갖고 있는 매매대금청구권의 행사가 제한되는 것은 아니라고 할 것이다. 이에 판례는 중간생략등기의 합의가 있는 후 최초 매도인과 중간 매수인 간에 매매대금을 인상하는 약정이 체결된 경우, 최초 매도인은 인상된 매매대금이 지급되지 않았음을 이유로 최종 매수인 명의로의 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다고 하였다(대판 2005.4.29. 2003다66431)
- ㄹ. 【O】 매매로 인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 이상 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 할 것이므로 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다(대판 2001.10.9. 2000다51216). 따라서 乙이 丙에게 소유권이전등기청구권을 통상의 채권양도의 법리에 따라 통지했다 하더라도 대항요건을 취득할 수 없고 반드시 甲의 동의나 승낙이 있어야 한다.

| 정답 | ③

65 甲은 자기 소유의 X주택을 乙에게 매도하고 계약금과 중도금을 지급받았는데, 그 후 丙의 방화로 인해 X가 소실되어 乙에게 소유권을 이전할 수 없게 되었다. 이에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 甲은 乙에게 잔금의 지급을 청구할 수 있다.
- ② 乙은 甲에게 계약금 및 중도금의 반환을 청구할 수 있다.
- ③ 乙은 甲에게 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하고 전보배상을 청구할 수 있다.
- ④ 乙의 수령지체 중에 X가 소실된 경우라도 甲은 乙에게 매매대금의 지급을 청구할 수 없다.
- ⑤ 만약 乙이 잔금 전액을 甲에게 지급하더라도 甲이 화재사고로 인해 지급 받게 되는 화재보험금에 대해서는 대상청구권을 행사할 수 없다.

해설

- ① 【X】 ② 【O】 사안을 정리해 보면, 甲과 乙의 매매계약이 체결되었고 이에 甲은 목적물의 소유권을 乙에게 이전해야 할 채무가 발생하였다. 다만, 제3자 丙의 방화로 목적물이 멸실된 바 이는 당사자의 책임질 수 없는 사유로 인해 채무자 甲의 채무이행이 불가능하게 된 경우에 해당된다. 그런데, 우리 민법은 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다(제537조)라고 규정하고 있다. 따라서 이 경우 甲은 乙에게 반대급부인 매매대금의 지급을 구할 수 없다. 결국 甲은 乙에게 잔금지급을 청구할 수 없고, 乙은 이미 지급한 계약금 및 중도금은 부당이득으로 반환을 청구할 수 있다.
- ③ 【X】 채무불이행책임을 묻기 위해서는 채무자의 귀책사유가 필요하다. 그런데 목적물 멸실로 인한 이행불능에 채무자 甲의 책임이 없으므로 乙은 채무불이행책임(해제, 손해배상)을 물을 수 없다.
- ④ 【X】 민법 제538조 제1항은 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.”라고 규정하고 있다. 즉, 당사자의 책임 없는 사유로 이행불능이 된 경우라 하더라도 채권자의 수령지체중에 목적물이 멸실된 경우 등으로 이행불능이 되었다면 채무자는 반대급부의 이행을 구할 수 있다. 사안에서 수령지체 중 X가 소실되었으므로 乙에게 귀책사유가 없다 하더라도 甲은 乙에게 반대급부인 잔금의 지급을 청구할 수 있다.
- ⑤ 【X】 대상청구권은 민법의 규정에 의해 인정되는 권리는 아니지만, 판례는 일반적으로 이를 인정한다. 대상청구권을 행사하기 위해서는 목적물의 멸실 등으로 인하여 가치변형물이 생겨야 한다. 이때 채권자가 자신의 의무를 다하면서 그 가치변형물(대상)의 지급을 구할 수 있는 권리가 대상청구권이다. 당사자의 귀책사유등은 요하지 않으므로 乙이 잔금 지급을 다하여 자신의 의무이행을 마쳤다면 甲의 화재보험금에 관하여 대상청구권을 행사할 수 있다.

| 정답 | ②

66 원칙적으로 동시이행의 관계에 있지 않은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 매도인의 토지거래 신청절차에 협력할 의무와 매수인의 매매대금지급의무
- ㄴ. 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 권리금 회수방해로 인한 손해배상의무
- ㄷ. 「주택임대차보호법」상 임차권등기명령에 따라 행해진 임차권등기의 말소의무와 임대차보증금 반환의무
- ㄹ. 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 근저당권자인 채권자가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기 말소청구권을 행사한 경우, 채권자의 배당금반환 채무와 낙찰자의 소유권이전등기 말소의무

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

해설

- ㄱ. 【X】 매도인의 토지거래계약허가 신청절차에 협력할 의무와 토지거래허가를 받으면 매매계약 내용에 따라 매수인이 이행하여야 할 매매대금 지급의무나 이에 부수하여 매수인이 부담하기로 특약한 양도소득세 상당금원의 지급의무 사이에는 상호 이행상의 견련성이 있다고 할 수 없으므로, 매도인으로서 그러한 의무 이행의 제공이 있을 때까지 그 협력의무의 이행을 거절할 수 있는 것은 아니다(대판 1996.10.25. 96다23825). 동시이행관계는 주된급부 상호간에 인정된다. 그런데 토지거래 신청절차의 협력의무는 주된급부의무가 아니므로 매매대금과 동시이행관계가 아닌 것이다.
- ㄴ. 【X】 임차인의 임차목적물 반환의무는 임대차계약의 종료에 의하여 발생하나, 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 상가건물 임대차보호법에서 정한 권리금 회수기회 보호의무 위반을 원인으로 하고 있으므로 양 채무는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 원인에 기하여 발생한 것일 뿐 아니라 공평의 관점에서 보더라도 그 사이에 이행상 견련관계를 인정하기 어렵다(대판 2019.7.10. 2018다242727). 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에서 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니더라도 공평의 관점에서 견련성을 인정해야 할 필요가 있다면 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있는데, 설문의 경우는 이에 해당하지 않음에 주의해야 한다.
- ㄷ. 【X】 임대인의 임차보증금 반환의무가 선이행의무이다(대판 2005.6.9. 2005다4529).
- ㄹ. 【X】 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 채권자(=근저당권자)가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기 말소청구권을 행사하는 경우, 낙찰자가 부담하는 소유권이전등기 말소의무는 채무자에 대한 것인 반면, 낙찰자의 배당금 반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(=근저당권자)에 대한 채권인바, 채권자(=근저당권자)가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금 반환채무와 낙찰자가 채무자에 대하여 부담하는 소유권이전등기 말소의무는 서로 이행의 상대방을 달리하는 것으로서, 채권자(=근저당권자)의 배당금 반환채무가 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자로부터 승계된 채무도 아니므로, 위 두 채무는 동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니다(대판 2006.9.22. 2006다24049).

| 정답 | ⑤

67 민법에서 규정한 전형계약이 아닌 것은?

- ① 조합계약 ② 여행계약 ③ 고용계약
- ④ 소비자계약 ⑤ 종신정기금계약

해설

④ 【X】 소비자계약이라는 계약은 민법에서 규정하고 있는 전형계약의 형태가 아니다.

! 정답 ! ④

68 甲은 자기 소유 X토지를 乙에게 매도하는 매매계약을 체결하면서 매매대금을 乙이 丙에게 지급하기로 하는 제3자를 위한 계약을 추가하였고, 이에 丙은 수익의 의사표시를 하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲은 乙에 대하여 丙에게 매매대금을 지급할 것을 요구할 수 있다.
- ② 乙은 甲과 丙 사이의 법률관계에 기한 항변으로 丙에게 대항하지 못한다.
- ③ 甲과 乙은 특별한 사정이 없는 한 임의로 丙의 권리를 변경 또는 소멸시키지 못한다.
- ④ 乙의 귀책사유로 매매대금의 지급이 지체된 경우, 丙은 乙에게 이행을 최고한 후 매매계약을 해제할 수 있다.
- ⑤ 乙이 丙에게 매매대금을 모두 지급한 후 甲과 乙의 매매계약이 해제되더라도, 특별한 사정이 없는 한 乙은 丙을 상대로 원상회복을 청구할 수 없다.

해설

- ① 【O】 사안을 정리하면, 甲과 乙은 매매계약을 체결하면서 乙의 급부이행을 계약당사자가 아닌 丙에게 지급하는 것을 목적으로 하는 제3자 약관을 추가한 바, 이는 제3자를 위한 계약에 해당한다. 이후 丙이 수익의 의사표시를 하였다면 丙은 乙에게 직접 급부이행을 청구할 수 있는 권리가 생긴다. 사안에서, 甲은 계약내용의 이행을 乙에게 구할 수 있으므로 “丙에게 매매대금 지급을 하라”라는 것을 청구할 수 있다.
- ② 【O】 낙약자는 요약자와 제3자 사이의 대가관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고 요약자도 대가관계의 부존재나 효력상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 약약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다(대판 2003.12.11. 2003다49771). 사안에서 낙약자 乙은 요약자 甲과 제3자 丙사이의 법률관계가 무효·취소되었다는 사정 등을 이유로 丙에게 대항할 수 없다.
- ③ 【O】 제539조의 규정에 의하여 제3자의 권리생긴 후에는 당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못한다(제541조). 따라서 수익의 의사표시 후 요약자와 낙약자가 제3자의 권리를 임의로 변경·소멸시키는 행위(예컨대 합의해제 등)를 한 경우 이는 제3자에게 효력이 없다(대판 2022.1.14. 2021다271183). 따라서 甲과 乙은 특별한 사정이 없는 한 임의로 제3자 丙의 권리를 변경하지 못한다.
- ④ 【X】 ⑤ 【O】 제3자를 위한 계약에서 당사자가 아닌 수익자는 계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권이 있다고 볼 수 없다(대판 1994.8.12. 92다41559). 따라서 乙의 丙에 대한 대금지급의무가 지체되면 甲은 계약을 해제할 수 있으나 丙은 해제할 수 없고, 甲과 乙사이의 매매계약이 해제되면 乙은 丙을 상대로 원상회복을 구할 수 없다.

! 정답 ! ④

69 甲은 자기 소유 X토지를 乙에게 매도한 후, 매매대금을 지급받고 소유권이전 등기를 마쳐주었다. 그 후 甲과 乙이 매매계약을 합의해제한 경우, 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲과 乙의 합의해제는 묵시적 합의로도 가능하다.
- ② X에 관한 甲의 원상회복청구권은 등기말소청구권이므로 소멸시효의 대상이 된다.
- ③ 甲과 乙은 특별한 사정이 없는 한 그 상대방에 대하여 채무불이행을 원인으로 손해배상을 청구할 수 없다.
- ④ 甲은 별도의 약정이 없는 한 매매대금에 관하여 받은 날로부터 이자를 가산하여 반환할 필요가 없다.
- ⑤ 甲과 乙이 매매계약을 합의해제한 후 乙이 X를 선의의 丙에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐준 경우, 丙은 제3자로서 보호된다.

해설

- ① 【○】 계약의 합의해제는 명시적(서면 또는 구두)뿐만 아니라 묵시적으로도 가능하다. 예를 들어, 당사자가 해제에 따른 원상회복 조치를 실제로 이행하는 등의 행동을 하면 묵시적 합의해제로 볼 수 있다. 대법원도 “계약의 합의해제는 묵시적으로 이루어질 수도 있으나, 계약이 묵시적으로 합의해제되었다고 하려면 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현의사의 결여 또는 포기로 인하여 당사자 쌍방의 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치되어야 한다(대판 2021.2.10. 2020다271315).”고 판시하여 묵시적 합의해제를 인정하며 이를 위한 요건을 실시한 바 있다.
- ② 【X】 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968).
- ③ 【○】 계약이 합의에 따라 해제되거나 해지된 경우에는 상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 그와 같은 손해배상의 특약이 있었다거나 손해배상청구를 유보하였다는 점은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다(대판 2021.5.7. 2017다220416).
- ④ 【○】 합의해제 또는 해제계약이라 함은 해제권의 유무에 불구하고 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서, 그 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(대판 1996.7.30. 95다16011). 즉, 합의해제가 있었다면 법정해제의 원상회복 규정이 적용되지 않고 당사자 의사에 의해 급부청산이 이루어지는 것이다.
- ⑤ 【○】 합의해제에서도 법정해제의 제3자 보호규정(제548조 제1항 단서)이 적용되는지와 관련하여 대법원은 “민법 제548조 제1항 단서의 규정상 이러한 합의해제를 가지고서는, 그 해제 전의 분할협의로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가지게 되고 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 제3자의 권리를 해하지 못한다.”고 하여 인정한다. 따라서 합의해제가 있을 후 丙은 제548조 제1항 단서에 의해 보호된다.

| 정답 | ②

70 매매계약에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 해약금 약정에 따라 매매계약이 해제된 경우에도 그 해제로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.
- ② 목적물의 인도와 동시에 대금을 지급하는 경우, 매매대금은 인도장소에서 지급하여야 한다.
- ③ 매매계약에 관한 비용은 당사자 쌍방이 균분하여 부담한다.
- ④ 매매 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에도 매도인이 상당한 담보를 제공 하였다면 매수인은 대금의 지급을 거절할 수 없다.
- ⑤ 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다.

해설

- ① 【X】 약정해제의 한 형태이 해약금해제의 경우 채무불이행을 이유로 하지 않으므로 원칙적으로 손해배상을 청구할 수 없다.
- ② 【O】 매매의 목적물의 인도와 동시에 대금을 지급할 경우에는 그 인도장소에서 이를 지급하여야 한다(제586조).
- ③ 【O】 매매계약에 관한 비용은 당사자 쌍방이 균분하여 부담한다(제566조).
- ④ 【O】 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그렇지 않다(제586조).
- ⑤ 【O】 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다(제585조).

! 정답 ! ①

71 증여에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 증여계약의 성립에는 상대방의 승낙을 필요로 하지 아니한다.
- ② 부담부 증여에서 수증자가 부담의 이행을 완료한 경우, 증여자의 증여 의무 이행이 완료되지 않았다면 증여자는 특별한 사정이 없는 한 증여계약을 해제할 수 있다.
- ③ 서면에 의하지 않았음을 이유로 하는 증여계약의 해제권은 형성권으로서 제척기간의 적용을 받는다.
- ④ 정기의 급여를 목적으로 한 증여는 증여자 또는 수증자의 사망으로 인하여 그 효력을 잃는다.
- ⑤ 수증자가 직계존속인 증여자에 대하여 범죄행위를 한 경우, 증여자가 용서의 의사를 표시하여도 해제권은 소멸하지 않는다.

해설

- ① 【X】 계약은 청약과 승낙에 의한 의사합치로 일반적으로 성립한다. 따라서 증여가 계약인 이상 수증자의 승낙의 의사표시도 당연히 필요하다. 증여가 편무계약이어서 계약성립 후 증여자에게만 의무가 있다는 점과 혼동하면 안됨을 주의해야 한다.
- ② 【X】 부담부증여계약에서 증여자의 증여 이행이 완료되지 않았더라도 수증자가 부담의 이행을 완료한 경우에는, 그러한 부담이 의례적·명목적인 것에 그치거나 그 이행에 특별한 노력과 비용이 필요하지 않는 등 실질적으로는 부담 없는 증여가 이루어지는 것과 마찬가지로 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 각 당사자가 서면에 의하지 않은 증여임을 이유로 증여계약의 전부 또는 일부를 해제할 수는 없다고 봄이 타당하다(대판 2022.9.29. 2021다299976, 299983).
- ③ 【X】 민법 제555조에서 말하는 증여계약의 해제는 민법 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와는 달리 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는 특수한 철회로서, 10년이 경과한 후에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 적법하다(대판 2009.9.24. 2009다37831).
- ④ 【O】 정기의 급여를 목적으로 한 증여는 증여자 또는 수증자의 사망으로 인하여 그 효력을 잃는다(제560조).
- ⑤ 【X】 수증자가 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있을 때에는 증여자는 그 계약을 해제할 수 있다(제556조 제1항 제1호). 하지만, 이 경우 해제권은 해제원인있음을 안 날로부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 때에는 소멸한다(제556조 제2항).

! 정답 ! ④

72 甲이 乙 소유의 X토지 위에 Y건물을 신축하여 소유하고자 乙과 X에 관한 임대차계약을 체결하였다. 이후 임대차의 종료를 이유로 甲이 乙에게 Y의 매수를 청구하는 경우에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 甲의 매수청구가 유효하기 위해서는 乙의 승낙이 있어야 한다.
- ② 특별한 사정이 없는 한, Y가 건축허가를 받은 건물이 아니더라도 매수청구의 대상이 될 수 있다.
- ③ Y가 X와 丙 소유의 Z토지 위에 걸쳐서 건립된 경우, 甲은 Y 전체에 대한 매수청구를 할 수 있다.
- ④ 甲과 乙의 임대차계약이 甲의 채무불이행을 이유로 해지되었다 하더라도 甲은 매수청구를 할 수 있다.
- ⑤ 甲과 乙이 기간의 정함이 없는 임대차계약을 체결한 경우, 乙의 해지통고에 의하여 甲의 임차권이 소멸한 때에는 甲은 매수청구권을 행사할 수 없다.

해설

- ① 【X】 지상물매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 임대인·임차인 사이에 지상물에 관한 매매가 성립하게 되며, 임차인이 지상물의 매수청구권을 행사한 경우에는 임대인은 그 매수를 거절하지 못하고, 이 규정은 강행규정이므로 이에 위반하는 것으로서 임차인에게 불리한 약정은 그 효력이 없다(대판[전] 1995.7.11. 94다34265). 결국 甲의 지상물매수청구권의 행사는 그 의사가 乙에게 도달하면 바로 효력이 발생하는 형성권이므로 乙의 승낙은 필요하지 않다.
- ② 【O】 지상물매수청구권은 국민경제적 관점에서 지상 건물의 잔존 가치를 보존하고, 토지 소유자의 배타적 소유권 행사로 인하여 희생당하기 쉬운 임차인을 보호하기 위한 제도이므로, 특별한 사정이 없는 한 행정관청의 허가를 받은 적법한 건물이 아니더라도 임차인의 지상물매수청구권의 대상이 될 수 있다(대판 2013.11.28. 2013다48364,48371). Y건물이 무허가 또는 미등기 건물이하 하더라도 지상물매수청구권의 취자상 매수청구의 대상이 될 수 있다.
- ③ 【X】 임차인 소유의 건물이 임차토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐있는 경우, 임차 토지를 경계로 그 위에 걸쳐 있는 건물의 부분이 구분소유권의 객체로 될 수 있는 경우에 한해 그 부분만에 대한 매수청구를 할 수 있다(대판[전] 1996.3.21. 93다42634). 甲은 乙 전체에 대한 매수청구를 할 수 없는 것이다.
- ④ 【X】 공작물의 소유 등을 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 임차인의 채무불이행을 이유로 계약이 해지된 경우에는 임차인은 임대인에 대하여 민법 제283조, 제643조에 의한 매수청구권을 가지지 아니한다(대판 2003.4.22. 2003다7685). 甲의 채무불이행으로 임대차계약이 해지되었다면 甲은 지상물 매수청구권을 행사할 수 없다.
- ⑤ 【X】 건물 등의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에서 임대차 기간이 만료되거나 기간을 정하지 않은 임대차의 해지통고로 임차권이 소멸한 경우에 임차인은 민법 제643조에 따라 임대인에게 상당한 가액으로 건물 등의 매수를 청구할 수 있다(대판 2017.4.26. 2014다72449).

! 정답 ! ②

73 도급에 관한 설명으로 옳지 않은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 수급인이 완성한 목적물에 그의 귀책사유로 인한 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 경합적으로 인정된다.
- ㄴ. 완성된 목적물의 하자가 중요하지 않으면서 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우, 도급인은 수급인에게 하자보수를 청구할 수 없고 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하여야 한다.
- ㄷ. 도급인이 수급인에게 하자보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우, 수급인의 손해배상 의무와 도급인의 보수지급의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다.

- ① ㄱ ② ㄴ ③ ㄷ ④ ㄱ, ㄴ ⑤ ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【○】 도급계약에 따라 완성된 목적물에 하자가 있는 경우, 수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다(대판 2020.6.11. 2020다201156).
- ㄴ. 【X】 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있고, 하자의 보수에 갈음하여, 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있으며, 그 하자가 중요하지 않은 경우에, 그 보수에 과다한 비용을 요하는 때에 한하여 도급인은 그 하자의 보수를 청구하지 못하는 것이다(대판 1996.5.14. 95다24975).
- ㄷ. 【○】 도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고, 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다(대판 1991.12.10. 91다33056).

! 정답 ! ②

74 위임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 무상위임의 경우, 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다.
- ② 유상위임의 경우, 위임인은 특별한 이유 없이 위임계약을 해지할 수 없다.
- ③ 수임인이 성년후견 개시의 심판을 받은 경우, 특별한 사정이 없는 한 위임은 종료한다.
- ④ 수임인이 위임사무의 처리를 위해 필요한 비용을 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다.
- ⑤ 당사자 일방이 부득이한 사유없이 상대방의 불리한 시기에 위임계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다.

해설

- ① 【○】 민법 제681조는 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다고 규정하고 있는바, 그 위임이 무상에 의한다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.
- ② 【X】 민법상의 위임계약은 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다(대판 1991.4.9. 90다18968).
- ③ 【○】 위임은 당사자 한쪽의 사망이나 파산으로 종료된다. 수임인이 성년후견개시의 심판을 받은 경우에도 이와 같다(제690조).
- ④ 【○】 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다(제688조 제1항).
- ⑤ 【○】 당사자일방이 부득이한 사유없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다(제689조 제2항).

! 정답 ! ②

75 화해에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 당사자가 임의로 처분할 수 없는 법률관계에 관한 화해계약은 효력이 없다.
- ② 화해 당사자의 자격에 착오가 있는 때에는 화해계약을 취소할 수 있다.
- ③ 화해계약이 사기로 인해 체결된 경우, 이를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다.
- ④ 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 착오가 있는 경우, 이를 이유로 화해의 의사표시를 취소할 수 없다.
- ⑤ 화해계약이 성립되더라도 화해 전 법률관계에 기초한 담보는 특별한 사정이 없는 한 그대로 존속한다.

해설

- ① 【○】 조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서, 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 설령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였더라도 효력이 없어 당연무효이다(대판 2012.9.13. 2010다97846).
- ② 【○】 화해계약에 관하여는 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적이 된 분쟁 이외의 사항으로서 그 화해계약의 요소가 된 사항에 관한 착오가 있을 때에 한하여 그 착오를 이유로 화해계약의 효력을 다룰 수 있고 또 취소 사유가 있을시는 그 취소를 주장할 수 있다(대판 1960.8.25. 4293민상101). 즉, 자격에 관한 착오가 있을 때에 화해계약을 취소할 수 있다.
- ③ 【○】 민법 제733조의 규정에 의하면, 화해계약은 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 경우를 제외하고는 착오를 이유로 취소하지 못하지만, 화해계약이 사기로 인하여 이루어진 경우에는 화해의 목적인 분쟁에 관한 사항에 착오가 있는 때에도 민법 제110조에 따라 이를 취소할 수 있다고 할 것이다(대판 2008.9.11. 2008다15278).
- ④ 【○】 ⑤ 【X】 화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한, 그 창설적 효력에 의하여 중전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되고 계약 당사자 간에는 중전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것이므로, 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다(대판 2004.8.20. 2002다20353). 또한 창설적 효력에 의해 전 법률관계가 소멸하므로 부종성에 의해 그에 기초한 담보 역시 소멸한다.

! 정답 ! ⑤

76 민법상 소비대차에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 소비대차계약은 요물계약이다.
- ② 대여금에 대한 이자나 변제기에 대한 합의가 없다면 소비대차는 성립할 수 없다.
- ③ 이자 있는 소비대차는 특별한 사정이 없는 한 차주가 목적물을 인도받은 때로부터 이자를 계산하여야 한다.
- ④ 금전대차의 경우에 차주가 약정금액에 같음하여 유가증권 기타 물건의 인도를 받았더라도 그 인도시의 가액이 아니라 약정금액을 차용액으로 한다.
- ⑤ 준소비대차는 구채무가 소비대차인 경우에는 이를 기초로 성립할 수 없다.

해설

- ① 【X】 소비대차계약은 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고, 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 성립(제598조)하는 낙성계약이다. 요물계약이 아니므로 틀린 설명이다.
- ② 【X】 소비대차는 이자나 변제기에 대한 합의가 없어도 성립할 수 있다. 민법 제598조에 따르면, 당사자가 소비대차 계약을 체결하기만 하면 성립하며, 이자 지급 여부나 변제기 설정은 필수 요건이 아니다.
- ③ 【O】 이자 있는 소비대차는 차주가 목적물의 인도를 받은 때로부터 이자를 계산하여야 하며 차주가 그 책임있는 사유로 수령을 지체할 때에는 대주가 이행을 제공한 때로부터 이자를 계산하여야 한다(제600조).
- ④ 【X】 금전대차의 경우에 차주가 금전에 같음하여 유가증권 기타 물건의 인도를 받은 때에는 그 인도시의 가액으로써 차용액으로 한다(제606조). 약정한 금액이 아니라 인도시의 가액을 차용액으로 한다.
- ⑤ 【X】 기존 채무의 목적인 금전 기타의 대체물을 새로운 소비대차의 목적으로 하는 것에 대한 쌍방의 합의인 준소비대차(제605조)는 구채무가 소비대차일 경우에도 성립할 수 있다. 준소비대차가 이루어진 경우 구채무가 당연히 소멸한다고 볼 수는 없고 그 소멸 여부는 당사자의 의사에 따를 것이지만, 원칙적으로 구채무는 동일성을 유지하면서 소비대차의 형태로 존속(대판 1994.5.13. 94다8440)는 것으로 보아야 한다.

! 정답 ! ③

77 사용대차에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 사용대차는 낙성·유상계약이다.
- ② 수인이 공동으로 물건을 차용한 때에는 그 수인은 균등한 비율로 분할된 채권과 채무를 부담한다.
- ③ 차주는 대주에게 차용물의 통상의 필요비의 상환을 청구할 수 없다.
- ④ 차주는 대주의 승낙이 없더라도 제3자에게 차용물을 사용·수익하게 할 수 있다.
- ⑤ 계약 성립 후 아직 대주가 목적물을 인도하기 전이라면 대주는 차주가 입은 손해를 배상하지 않고 언제든지 계약을 해제할 수 있다.

해설

- ① 【X】 사용대차는 물건의 사용·수익을 목적으로 하는 낙성·무상·편무·불요식의 계약이다.
- ② 【X】 수인이 공동하여 물건을 차용한 때에는 연대하여 그 의무를 부담한다(제616조).
- ③ 【O】 차주는 차용물의 통상의 필요비를 부담한다(제611조 제1항). 따라서 특별한 사정이 없다면 차주는 대주에게 차용물의 통상의 필요비를 청구할 수 없다.
- ④ 【X】 차주는 대주의 승낙이 없으면 제2자에게 차용물을 사용, 수익하게 하지 못한다(제610조 제2항).
- ⑤ 【X】 사용대차에서 당사자는 목적물의 인도전에는 언제든지 계약을 해제할 수 있다. 그러나 상대방에게 생긴 손해가 있는 때에는 이를 배상하여야 한다. 따라서 손해를 배상하지 않고 해제할 수 있다는 설명은 옳지 않다.

! 정답 ! ③

78 민법상 토지임차인에게 인정될 수 있는 권리가 아닌 것은?

- ① 부속물매수청구권 ② 계약갱신청구권 ③ 차임감액청구권
- ④ 유익비상환청구권 ⑤ 필요비상환청구권

해설

① 【X】 부속물매수청구권은 건물임차인이 임대차기간 종료 후 임대인에게 행사할 수 있는 권리이므로 토지임차인에게 인정될 수는 없는 권리이다.

| 정답 | ①

79 민법상 임치에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 수치인은 임치물을 임치인의 주소지에서 반환하여야 한다.
- ② 수치인은 임치인의 동의가 없는 한 임치물을 사용할 수 없다.
- ③ 수치인은 원칙적으로 임치 받은 물건을 스스로 보관하여야 한다.
- ④ 임치기간의 약정이 있더라도 임치인은 언제든지 계약을 해지할 수 있다.
- ⑤ 임치기간의 약정이 없는 경우, 수치인은 언제든지 계약을 해지할 수 있다.

해설

- ① 【X】 임치물은 보관 장소에서 반환하는 것이 원칙(제700조)이며, 특별한 약정이 없는 한 임치인의 주소지가 반환 장소가 아니다.
- ② 【O】 수치인은 임치인의 동의없이 임치물을 사용하지 못한다(제694조).
- ③ 【O】 임치는 신뢰 관계를 바탕으로 한 계약이므로, 수치인은 원칙적으로 자신이 직접 보관해야 한다. 다만, 임치인의 동의를 받거나 부득이한 사정이 있을 경우 타인에게 보관을 맡길 수 있을 것이다.
- ④ 【O】 임치기간의 약정이 있는 때에는 수치인은 부득이한 사유없이 그 기간만료 전에 계약을 해지하지 못한다. 그러나 임치인은 언제든지 계약을 해지할 수 있다(제698조).
- ⑤ 【O】 임치기간의 약정이 없는 때에는 각 당사자는 언제든지 계약을 해지할 수 있다(제699조).

| 정답 | ①

80 甲과 乙은 공동사업의 경영을 위하여 A조합을 설립하는 계약을 체결하면서甲은 1억 원을 출자하기로 하고, 乙은 노무만을 제공하기로 하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① A조합의 채무자 丙은 그 채무와 甲에 대한 그의 채권으로 상계하지 못한다.
- ② 甲이 출자의무를 이행하였더라도 乙의 채무불이행을 이유로 A조합 설립계약을 해제하고 乙을 상대로 원상회복청구권을 행사할 수 없다.
- ③ A조합의 사업 경영으로 인한 이익을 乙에게는 분배하지 않고 甲에게만 분배하기로 약정한 경우에도 A조합관계는 유효하다.
- ④ 甲과 乙이 이익분배의 비율만을 정한 경우, 그 비율은 이익과 손실에 공통된 것으로 추정한다.
- ⑤ 乙이 사망하더라도 특별한 사정이 없는 한 A조합은 해산되지 않는다.

해설

- ① 【○】 조합에 대한 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으로 상계할 수는 없는 것이므로(제715조), 조합으로부터 부동산을 매수하여 잔대금 채무를 지고 있는 자가 조합원 중의 1인에 대하여 개인 채권을 가지고 있다고 하더라도 그 채권과 조합과의 매매계약으로 인한 잔대금 채무를 서로 대등액에서 상계할 수는 없다.
- ② 【○】 동업계약과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담시킬 수는 없다(대판 1994.5.13. 94다7157).
- ③ 【X】 내부적인 조합관계가 있다고 하려면 서로 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하여야 하며, 영리사업을 목적으로 하면서 당사자 중의 일부만이 이익을 분배받고 다른 자는 전혀 이익분배를 받지 않는 경우에는 조합관계(동업관계)라고 할 수 없다(대판 2000.7.7. 98다44666).
- ④ 【○】 민법 제711조 제1항은 “당사자가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 정한다”고 규정하고 있고, 제2항은 “이익 또는 손익에 대하여 분배의 비율을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 공통된 것으로 추정한다”고 규정하고 있다 따라서 옳은 지문이다.
- ⑤ 【○】 조합원이 사망하면 그 조합에서 탈퇴된다(제717조 제1호). 또한 2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 종료되지만 특별한 사정이 없는 한 조합이 해산되지 아니하고, 조합원의 합유에 속하였던 재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하게 되어 기존의 공동사업은 청산절차를 거치지 않고 잔존자가 계속 유지할 수 있다.(대판 2006.3.9. 2004다49693, 49709). 즉, 乙의 사망으로 1인 조합이 된다 하더라도 원칙적으로 A조합이 곧바로 해산되는 것은 아니다.

! 정답 ! ③



박결

2025년 민법기출 특강

감정평가사

01 신의성실의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 채무자의 소멸시효를 이유로 한 항변권의 행사도 신의성실의 원칙의 지배를 받는다.
- ② 사정변경으로 인한 계약해제에 있어 ‘사정’에는 일방 당사자의 주관적인 사정은 포함되지 않는다.
- ③ 강행규정을 위반한 법률행위를 한 자가 그 법률행위의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 신의칙에 위배된다.
- ④ 법원은 신의성실의 원칙의 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있다.
- ⑤ 변호사의 민사소송 위임사무에 관한 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙에 반하는 경우, 변호사는 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다.

해설

- ① 【○】 채무자의 소멸시효에 기초한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다(대판 2002.10.25. 2002다32332).
- ② 【○】 사정변경을 이유로 한 계약 해제는 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정된다. 그리고 여기서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정을 말한다(대판 [전] 2013.9.26. 2013다26746). 따라서 일방 당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 이유로 그 계약을 해제할 수는 없다.
- ③ 【X】 강행규정을 위반한 법률행위를 한 사람이 스스로 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정의 입법취지를 몰각시키는 결과가 되므로 그러한 주장은 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 다만 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추고 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에는 강행규정을 위반한 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배될 수 있다(대판 2021.11.25. 2019다277157).
- ④ 【○】 신의성실의 원칙 위반 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1989.9.29. 88다카17181).
- ⑤ 【○】 변호사의 소송위임 사무처리 보수에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 원칙적으로 약정 보수액 전부를 청구할 수 있다. 다만 의뢰인과의 평소 관계, 사건 수임 경위, 사건처리 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여, 약정 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다. 그런데 이러한 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이므로, 법원은 그에 관한 합리적인 근거를 명확히 밝혀야 한다. 위와 같은 특별한 사정의 존재에 대한 증명책임은 약정된 보수액이 부당하게 과다하다고 주장하는 측에 있다(대판 2023.8.31. 2022다293937).

! 정답 ! ③

02 제한능력자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.
- ② 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
- ③ 한정후견인은 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 피한정후견인의 법률행위를 취소할 수 없다.
- ④ 범위를 정하여 미성년자의 재산처분을 허락한 법정대리인은 미성년자가 그 재산을 처분하기 전에 그 허락을 취소할 수 있다.
- ⑤ 성년후견개시의 심판은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.

해설

- ① 【○】 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다(제8조 제1항).
- ② 【○】 ① 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다. ② 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(제10조).
- ③ 【○】 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다(제13조 제4항).
- ④ 【○】 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다(제6저).
- ⑤ 【X】 성년후견개시의 심판을 할 때에는 본인의 의사를 고려해야 한다고 규정(제9조)되어 있을 뿐, 본인의 의사에 반하여 할 수 있다.

! 정답 ! ⑤

03 제한능력자의 상대방보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상대방은 제한능력자의 법정대리인에게 1개월 이상의 기간을 정하여 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 응답을 촉구할 수 있다.
- ② 계약 당시에 당사자가 제한능력자임을 알지 못한 상대방은 추인이 있을 때까지 제한능력을 이유로 취소할 수 있는 계약의 의사표시를 철회할 수 있다.
- ③ 제한능력자의 취소할 수 있는 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다.
- ④ 상대방은 제한능력을 이유로 취소할 수 있는 계약에 대한 철회를 제한능력자에게 할 수 없다.
- ⑤ 적극적인 속임수를 사용하여 자기를 능력자로 믿게 하여 상대방과 계약을 체결한 제한능력자는 제한능력을 이유로 그 계약을 취소할 수 없다.

해설

- ① 【○】 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 응답을 촉구할 수 있다. 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 응답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제1항).
- ② 【○】 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항).
- ③ 【○】 제한능력자의 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다(제16조 제2항).
- ④ 【X】 제한능력자의 법률행위 상대방의 민법 제16조 제1항의 철회 또는 제2항의 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다(제16조 제3항). 따라서 철회를 제한능력자에게 할 수 있다.
- ⑤ 【○】 제한능력자가 속임수로서 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다(제17조). 판례는 이때의 속임수와 관련하여 “민법 제17조의 “제한능력자가 속임수로서 자기를 능력자로 믿게 한 경우”에 있어서의 속임수라 함은 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것이고 단순히 자기가 능력자라 사언함은 속임수를 쓴 것이라고 할 수 없다(대판 1971.12.14. 71다2045).”는 입장이다.

! 정답 ! ④

04 부재자의 재산관리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부재자로부터 위임받은 재산처분권이 있는 재산관리인은 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 받아야 한다.
- ② 부재자 소유의 부동산에 관한 재산관리인의 매매행위에 대한 법원의 허가결정은 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다.
- ③ 재산관리인을 선임한 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에 법원은 이해관계인의 청구에 의하여 재산관리인을 개임할 수 있다.
- ④ 법원이 선임한 재산관리인은 법원의 허가없이 보존행위로서 부동산 소유권이전등기 말소등기절차 이행청구를 할 수 있다.
- ⑤ 법원이 선임한 재산관리인이 부재자의 재산을 처분하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 법원의 허가를 받아야 한다.

해설

- ① 【X】 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다(제25조). 설문은 부재자로부터 위임을 받은 재산관리인이 재산처분권을 가지고 있는 경우이므로 별도의 법원허가를 얻을 필요가 없다. 판례(대판 1973.7.24. 72다2136)의 입장도 같다.
- ② 【O】 부재자 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산 매매행위에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다(대판 2000.12.26. 99다19278).
- ③ 【O】 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개임할 수 있다(제23조).
- ④ 【O】 부동산 소유권이전등기 말소등기절차 이행청구나 인도청구는 보존행위에 불과한 것이므로 법원에 의하여 선임된 부재자재산관리인은 법원의 허가없이 이를 할 수 있다(대판 1964.7.23. 64다108).
- ⑤ 【O】 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다(제25조).

! 정답 ! ①

05 실종선고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 가족관계등록부상 사망한 것으로 기재되어 있는 자에 대해서는 그 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있는 자료가 없는 한 실종선고를 할 수 없다.
- ② 부재자가 사망할 때에 1순위의 상속인이 있는 경우, 2순위의 상속인은 특별한 사정이 없더라도 그 부재자에 대한 실종선고를 청구할 수 있다.
- ③ 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.
- ④ 실종선고의 취소가 있을 때에 실종선고를 직접원인으로 재산을 취득한 자가 선의인 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있다.
- ⑤ 실종선고의 취소가 있을 때에 실종선고를 직접원인으로 재산을 취득한 자가 악의인 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상해야 한다.

해설

- ① 【○】 호적부(현재의 가족관계등록부)의 기재사항은 이를 반복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합하는 것으로 추정되고, 특히 호적부의 사망기재는 쉽게 반복할 수 있게 해서는 안되며, 그 기재내용을 뒤집기 위해서는 사망신고 당시에 첨부된 서류들이 위조 또는 허위조작된 문서임이 증명되어야 하는데, 그러한 정도에 미치지 못한 경우에는 그 추정력을 깰 수 없다 할 것이므로, 호적상 이미 사망한 것으로 기재되어 있는 자는 그 호적상 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있는 자료가 없는 한 그 생사가 불분명한 자라고 볼 수 없어 실종선고를 할 수 없다(대결 1997.11.27.자 97스4).
- ② 【X】 부재자에 대하여 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인의 의의나, 부재자가 사망할 경우 제1순위의 상속인이 따로 있어 제2순위의 상속인에 불과한 부재자의 종손자인 청구인은 특별한 사정이 없는 한 위 부재자에 관하여 실종선고를 청구할 수 있는 신분상 또는 경제상의 이해관계를 가진 자가 아니다(대결 1992.4.14.자 92스4).
- ③ 【○】 실종선고를 받은 자는 전조의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(제28조).
- ④ 【○】 ⑤ 【○】 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(제29조 제2항).

! 정답 ! ②

06 법인의 등기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 법인설립의 허가가 있는 때에는 3주간 내에 주된 사무소 소재지에서 설립등기를해야한다.
- ② 사원자격의 득실에 관한 사항은 사단법인의 필수 등기사항이다.
- ③ 청산이 종결한 때에는 청산인은 3주간 내에 이를 등기해야 한다.
- ④ 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ⑤ 이사변경등기는 제3자에 대한 대항요건이다.

해설

- ① 【○】 법인설립의 허가가 있는 때에는 3주간내에 주된 사무소소재지에서 설립등기를 하여야 한다(제49조 제1항).
- ② 【X】 사원자격의 득실에 관한 사항은 민법 제49조 제2항 각호의 등기사항에 포함되어 있지 않다.
- ③ 【○】 청산이 종결한 때에는 청산인은 3주간내에 이를 등기하고 주무관청에 신고하여야 한다(제94조).
- ④ 【○】 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(제33조).
- ⑤ 【○】 설립등기이외의 본질의 등기사항은 그 등기후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다(제54조). 변경등기 역시 제3자 대항요건에 불과하다.

! 정답 ! ②

07 법인의 불법행위책임에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 법인이 대표이사의 직무상 불법행위로 인해 손해배상책임이 있는 경우, 그 이사는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.
- ㄴ. 비법인사단의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 중대한 과실로 알지 못한 피해자는 그 사단에게 손해배상책임을 물을 수 있다.
- ㄷ. 외형상 법인의 대표자의 직무행위로 인정되는 행위가 법령에 위배된 것인 경우에는 법인의 직무에 관한 행위에 해당하지 않는다.

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

해설

- ㄱ. 【○】 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조 제1항).
- ㄴ. 【X】 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있고, 비법인사단의 대표자의 행위가 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 외관상, 객관적으로 직무에 관한 행위라고 인정할 수 있다면 민법 제35조 제1항의 직무에 관한 행위에 해당한다 할 것이나, 한편 그 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 비법인사단에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2008.1.18. 2005다34711).
- ㄷ. 【X】 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다(대판 1969.8.26. 68다2320).

| 정답 | ①

08 사단법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 사단법인의 정관은 특별한 사정이 없는 한 총사원의 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 변경할 수 있다.
- ② 총사원의 5분의 1 이상이 회의의 목적사항을 제시하여 임시총회의 소집을 청구한 경우, 이사는 특별한 사정이 없는 한 임시총회를 소집해야 한다.
- ③ 사단법인은 특별한 사정이 없는 한 총사원의 5분의 3이 동의한 경우에 해산을 결의할 수 있다.
- ④ 총회 소집통지에 목적 사항으로 기재되지 않은 사항에 대한 결의는 구성원 전원이 그 총회에 참석하여 의결한 경우가 아니면 원칙적으로 무효이다.
- ⑤ 비법인사단의 사원의 지위는 규약에 의하여 상속될 수 있다.

해설

- ① 【○】 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(제42조 제1항).
- ② 【○】 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 한다(제70조 제2항).
- ③ 【X】 사단법인은 총사원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못한다(제78조). 즉, 5분의 3이 동의한 경우가 아니라 4분의 3 이상의 동의가 필요하다. 다만 정관에 다른 규정이 있을 때에는 그에 의한다.
- ④ 【○】 총회의 소집은 1주간전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다(제71조). 다만, 회의 소집 통지에 목적 사항으로 기재하지 않은 사항에 관하여 결의한 때에는 구성원 전원이 회의에 참석하여 그 사항에 관하여 의결한 경우가 아닌 한 그 결의는 무효라고 할 것이다(대판 1993.10.12. 92다50799).
- ⑤ 【○】 사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다고 규정한 민법 제56조의 규정은 강행규정이라고 할 수 없으므로, 비법인사단에서도 사원의 지위는 규약이나 관행에 의하여 양도 또는 상속될 수 있다(대판 1997.9.26. 95다6205).

! 정답 ! ③

09 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 기존 건물에 증축을 한 소유자의 구분행위가 없더라도 증축 부분이 구조상·이용상의 독립성을 갖춘 경우, 그 부분에 대한 구분소유권은 성립된다.
- ② 건물의 개수는 사회통념 또는 거래관념에 따라 물리적 구조 등 객관적 사정과 건축한자의 의사 등 주관적 사정을 참작하여 결정된다.
- ③ 타인 소유의 물건은 종물이 될 수 없다.
- ④ 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있다.
- ⑤ 매매목적물의 인도 전에도 매수인이 매매대금을 완납한 후 발생한 그 목적물의 과실에 대한 수취권은 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 귀속된다.

해설

- ① 【X】 구분소유권이 인정되기 위해서는 ① 구조상·이용상의 독립성을 갖추고, ② 당사자의 구분행위가 필요하다. 판례 역시 증축부분에 관한 구분소유권에 관하여 “임차인이 임차한 건물에 그 권원에 의하여 증축을 한 경우에 증축된 부분이 부합으로 인하여 기존 건물의 구성 부분이 된 때에는 증축된 부분에 별개의 소유권이 성립할 수 없으나, 증축된 부분이 구조상으로는 이용상으로 기존 건물과 구분되는 독립성이 있는 때에는 구분소유권이 성립하여 증축된 부분은 독립한 소유권의 객체가 된다(대판 1999.7.27. 99다14518).”라고 하였다.
- ② 【O】 건물은 일정한 면적, 공간의 이용을 위하여 지상, 지하에 건설된 구조물을 말하는 것으로서, 건물의 개수는 토지와 달리 공부상의 등록에 의하여 결정되는 것이 아니라 사회통념 또는 거래관념에 따라 물리적 구조, 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태 등 객관적 사정과 건축한자 또는 소유자의 의사 등 주관적 사정을 참작하여 결정되는 것이다(대판 1997.7.8. 96다36517).
- ③ 【O】 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로(제100조 제1항) 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다(대판 2008.5.8. 2007다36933,36940).
- ④ 【O】 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다(대판 2012.1.26. 2009다76546).
- ⑤ 【O】 특별한 사정이 없는 한 매매계약이 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하나, 매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 과실수취권은 매수인에게 귀속된다(대판 1993.11.9. 93다28928).

Ⅰ 정답 Ⅰ ①

10 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 상대방의 대리인에 의한 강박은 제3자의 강박에 해당한다.
- ㄴ. 제3자가 사기에 의한 의사표시의 취소에 대항하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 자신의 선의를 증명해야 한다.
- ㄷ. 거래의 중요한 사항에 관한 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 것은 기망행위에 해당한다.

- ① ㄱ ② ㄷ ③ ㄱ, ㄴ ④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【X】 상대방있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다(제110조 제2항). 다만, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999.2.23. 98다60828, 60835).
- ㄴ. 【X】 제3자의 선의는 추정된다. 따라서 의사표시의 하자를 주장하는 자가 제3자의 악의를 주장·입증하여야 한다. 판례 역시 “사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산의 권리를 취득한 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로 사기로 인하여 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 할 것이다(대판 1970.11.24. 70다2155).”라고 판시한 바 있다.
- ㄷ. 【O】 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여되나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 2023.7.27. 2022다293395).

| 정답 | ②

11 진의 아닌 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 공무원의 사직의 의사표시에는 적용되지 않는다.
- ② 진의 아닌 의사표시에서 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말한다.
- ③ 진의 아닌 의사표시의 무효를 주장하는 경우, 상대방의 악의 또는 과실은 그 주장자가 증명해야 한다.
- ④ 대리행위에서 진의 아닌 의사표시인지 여부는 대리인을 표준으로 정한다.
- ⑤ 표의자가 강박에 의하여 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 하였더라도 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다면 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이다.

해설

- ① 【○】 민법 제107조의 규정은 사인의 공법행위에는 적용되지 않는다. 판례도 이른바 1980년의 공직자숙정계획의 일환으로 일괄사표의 제출과 선별수리의 형식으로 공무원에 대한 의원면직처분이 이루어진 사건에서, “사직원 제출행위가 강압에 의하여 의사결정의 자유를 박탈당한 상태에서 이루어진 것이라고 할 수 없고 민법상 비진의 의사표시의 무효에 관한 규정은 사인의 공법행위에 적용되지 않는다는 등의 이유로 그 의원면직처분을 당연무효라고 할 수 없다(대판 2001.8.24. 99두9971).”고 판시하였다.
- ② 【○】 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다(대판 2001.1.19. 2000다51919,51926).
- ③ 【○】 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 증명책임은 주장자에게 있다(대판 1992.5.22. 92다2295). 또한 이때 상대방의 선의는 추정되므로 상대방의 악의 또는 과실은 그 사실을 주장하는 자가 입증하여야 한다.
- ④ 【○】 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다(제116조 제1항). 따라서, 의사표시의 하자 즉, 진의 아닌 의사표시인지 여부는 대리인을 기준으로 판단하여야 한다.
- ⑤ 【X】 비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여 서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다(대판 1993.7.16. 92다41528).

! 정답 ! ⑤

12 甲은 자신 소유의 X토지에 관하여 乙과 유효하게 매매계약(제1 계약)을 체결한 후 乙로부터 매매대금 전액을 지급받았다. 丙은 제1 계약과 관련한 甲의 배임행위에 적극 가담하여 甲과 X토지에 관한 매매계약(제2 계약)을 체결한 후, 이를 원인으로 甲으로부터 소유권이전등기를 경료받았다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. X토지에 관하여 경료된 丙명의의 소유권이전등기는 원인무효이다.
- ㄴ. 만약 丙이 X토지를 丁에게 매도하고 소유권이전등기를 경료하여 주었다면, 丁은 제2 계약이 유효하다고 주장할 수 있다.
- ㄷ. 만약 丙이 X토지를 무단점유하고 있는 戊에 대하여 X토지의 소유권에 기한 반환을 주장하는 경우, 戊는 제2 계약의 무효를 주장할 수 있다.

- ① ㄱ ② ㄴ ③ ㄱ, ㄷ ④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【○】 부동산의 이중양도에서, 제2매수인이 배임행위에 적극 가담한 경우, 이는 반사회적 법률행위로서 무효이다. 판례는 이때 가담정도에 관하여 “이중양도의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2양수인이 양도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데, 이때에는 제2양수행위의 상당성과 특수성 및 제2양도계약의 성립과정, 경위, 양도인과 제2양수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다(대판 2008.2.28. 2007다77101).”라고 판시하였다.
- ㄴ. 【X】 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 이중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었더라도 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다(대판 1996.10.25. 96다29151). 따라서, 丁이 선의라 하더라도 제2 계약은 절대적무효이므로 丁은 그 계약의 유효를 주장할 수 없다.
- ㄷ. 【○】 사안의 제2 계약과 같이 법률행위가 공서양속에 반하면 무효이다(제103조). 이러한 무효는 절대적이므로 그 무효를 주장할 이익이 있는 사람이라면 누구나 주장할 수 있다(대판 2016.3.24. 2015다11281). 따라서 戊는 반환을 거부하기 위하여 제2 계약의 무효를 주장할 수 있다.

| 정답 | ③

13 복대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 임의대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.
- ② 복대리인이 적법하게 선임되면 대리인의 대리권은 소멸한다.
- ③ 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리인의 대리권도 소멸한다.
- ④ 복대리인은 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.
- ⑤ 복임권 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 권한을 넘은 표현대리의 기본 대리권이 될 수 있다.

해설

- ① 【○】 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다(제120조).
- ② 【X】 복대리인은 그 권한내에서 본인을 대리할 권한이 있을 뿐이다. 따라서, 복대리인이 선임되었다 하더라도 대리인의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ③ 【○】 복대리인은 대리인에 의해 선임된 자이므로 대리인의 감독을 받을 뿐만 아니라 대리권의 존립과 범위에 있어 대리인의 대리권에 의존한다. 따라서 복대리인의 권한은 대리인의 권한을 초과할 수 없고, 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리인의 복대리권도 소멸한다.
- ④ 【○】 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다(제123조 제2항).
- ⑤ 【○】 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있다(대판 1998.3.27. 97다48982).

! 정답 ! ②

14 무권대리행위의 추인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 무권대리행위의 추인은 묵시적인 방법으로도 할 수 있다.
- ② 상대방이 유효하게 무권대리행위를 철회한 후에도 본인은 추인할 수 있다.
- ③ 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다.
- ④ 무권대리행위의 추인은 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는다.
- ⑤ 무권대리행위의 일부에 대한 추인은 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다.

해설

- ① 【○】 무권대리행위의 추인에 특별한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적인 방법만 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있고, 그 추인은 무권대리인, 무권대리행위의 직접의 상대방 및 그 무권대리행위로 인한 권리 또는 법률 관계의 승계인에 대하여도 할 수 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).
- ② 【X】 민법 제134조는 “대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 민법 제134조에서 정한 상대방의 철회권은, 무권대리행위가 본인의 추인에 따라 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서, 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다(대판 2017.6.29. 2017다213838). 결국 상대방이 이미 유효하게 무권대리행위를 철회하였다면 본인은 추인할 수 없음으로 틀린 지문이다.
- ③ 【○】 민법 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로 상대방은 그때까지 민법 제 134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).
- ④ 【○】 ⑤ 【○】 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위로서 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549).

! 정답 ! ②

15 甲은 토지거래허가구역 내에 있는 자신의 X토지에 관하여 乙과 매매계약을 체결하고, 일정 기간 내에 토지거래허가를 받기로 합의하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 甲과 乙 쌍방이 토지거래허가신청을 하지 않기로 하는 의사를 명백히 표시한 경우, 매매계약은 확정적으로 무효가 된다.
- ② 甲이 허가신청절차에 협력하지 않는다면 乙은 甲에 대하여 협력의무의 이행을 소구할 수 있다.
- ③ 토지거래허가가 있기 전에는 乙은 매매계약에 따른 대금지급의무가 없다.
- ④ 甲과 乙이 토지거래허가를 받으면 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 허가를 받은 때부터 유효가 된다.
- ⑤ 만약 丙이 乙로부터 X토지를 매수한 후 자신과 甲을 당사자로 하는 토지거래 허가를 받아 甲으로부터 소유권이전등기를 경료받았다면 그 등기는 무효이다.

해설

- ① 【○】 유동적 무효 상태의 계약은 관할 도지사에 의한 불허가처분이 있을 때뿐만 아니라 당사자 쌍방이 허가신청 협력의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우에는 허가 전 거래계약관계, 즉 계약의 유동적 무효 상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다(대판 1996.11.22. 96다31703). 사안에서, 당사자인 甲과 乙이 허가신청을 하지 않기로 하는 의사를 명백히 하였으므로 이 매매계약은 확정적으로 무효가 된다.
- ② 【○】 유동적 무효 상태에 있는, 토지거래허가구역 내 토지에 관한 매매계약에서 계약의 쌍방 당사자는 공동허가신청절차에 협력할 의무가 있고, 이러한 의무에 위배하여 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 소구할 수도 있다(대판 2009.4.23. 2008다50615). 사안에서 당사자 일방인 甲이 허가신청절차에 협력하지 않았으므로 乙은 그 이행을 소구할 수 있고, 의사를 명하는 판결을 통해 토지거래허가 신청을 할 수 있다.
- ③ 【○】 토지거래허가구역에 있는 토지의 거래계약이 토지거래허가를 전제로 체결된 경우에는 유동적 무효의 상태에 있고 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않는다(대판 2013.5.23. 2010다50014). 따라서 허가 전에 매수인 乙은 그 채권계약의 효력인 대금지급의무가 없다.
- ④ 【X】 판례는 허가를 받지 못한 매매 등의 거래행위의 효력은 무효이지만 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효가 되고 이와 달리 불허가가 된 때에는 무효로 확정되므로 허가를 받기 전까지는 유동적 무효의 상태에 있다고 한다(대판 1991.12.24. 90다12243). 즉, 허가를 받은 때로부터가 아니라 처음부터(소급하여)유효가 되는 것이다.
- ⑤ 【○】 사안은, 토지거래허가구역 내에서 중간생략등기가 있는 경우에 해당한다. 판례는 :국토이용관리법에 의하여 허가를 받아야 하는 토지거래계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약인 경우에는 허가 여부를 기다릴 것도 없이 확정적으로 무효로서 유효화될 여지가 없는바, 토지거래허가구역 내의 토지가 거래허가를 받거나 소유권이전등기를 경료할 의사 없이 중간생략등기의 합의 아래 전매차익을 얻을 목적으로 소유자 갑으로부터 부동산중개업자인 을, 병을 거쳐 정에게 전전매매한 경우, 그 각각의 매매계약은 모두 확정적으로 무효라 판시하였다(대판 1996.6.28. 96다3982).

| 정답 | ④

16 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 시효중단의 효력이 미치는 당사자란 중단행위에 관여한 당사자를 말한다.
- ② 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 원인채권에 기하여 청구한 것만으로는 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다.
- ③ 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다면 가압류에 의한시효중단의 효력은 재판상 청구에 흡수되어 소멸된다.
- ④ 요역지가 수인의 공유인 경우에 그 1인에 의한 지역권 소멸시효의 중단은 다른 공유자를 위하여 효력이 있다.
- ⑤ 소멸시효의 중단 사유로서의 승인은 소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능하다.

해설

- ① 【○】 시효중단의 효력은 당사자 및 그 승계인 간에만 미치는 바, 여기서 당사자라 함은 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며, 승계인이라 함은 '시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리를 그 중단효과 발생 이후에 승계한 자'를 뜻하고, 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대판 1997.4.25. 96다46484).
- ② 【○】 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다(대판 1999.6.11. 99다16378).
- ③ 【X】 민법 제168조에서 가압류와 재판상의 청구를 별도의 시효중단사유로 규정하고 있는데 비추어 보면, 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다(대판 2000.4.25. 2000다11102). 따라서 흡수되어 소멸된다는 설명이 틀린 지문이다.
- ④ 【○】 요역지가 수인의 공유인 경우에 그 1인에 의한 지역권소멸시효의 중단 또는 정지는 다른 공유자를 위하여 효력이 있다(제296조). 다만, 이 지문은 공인노무사 시험의 범위를 넘어서는 물권법에 해당하는 지문임을 알아야 한다. 따라서 낯선 조문이라고 두려워할 필요가 전혀 없다.
- ⑤ 【○】 소멸시효의 중단사유로서의 승인은 시효이익을 받을 당사자인 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 것이므로 이는 소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능하고 그 이전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지는 않는다고 할 것이다(대판 2001.11.9. 2001다52568).

! 정답 ! ③

17 조건과 기한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 조건을 붙이는 것이 허용되지 않는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만 무효로 된다.
- ② 법률행위의 부관으로서의 조건이 되기 위해서는 법률행위에 조건을 붙이고자 하는 의사와 그 표시가 필요하다.
- ③ 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.
- ④ 건축허가를 받지 못하면 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 토지매매계약은 해제조건부 계약이다.
- ⑤ 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에는 그 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다.

해설

- ① 【X】 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8.자 2005마541).
- ② 【O】 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사 즉 조건 의사와 그 표시가 필요하며, 조건 의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(대판 2003.5.13. 2003다10797).
- ③ 【O】 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다(제153조 제1항).
- ④ 【O】 주택건설을 위한 원·피고간의 토지매매계약에 앞서 양자간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가 신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 본건 계약은 해제조건부계약이다(대판 1983.8.23. 83다카552).
- ⑤ 【O】 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한이 도래한 것으로 보아야 한다(대판 2007.5.10. 2005다67353).

! 정답 ! ①

18 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.
- ② 정지조건부 권리는 조건 미성취의 동안에도 소멸시효가 진행된다.
- ③ 3년의 단기소멸시효가 적용되는 ‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말한다.
- ④ 채권의 이행기가 도래한 후 채권자와 채무자가 이행기를 유예하기로 합의한 경우, 소멸시효는 변경된 이행기가 도래한 때부터 다시 진행된다.
- ⑤ 변제기가 도래하여 지급명령에서 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효기간이 10년으로 연장된다.

해설

- ① 【○】 소유권은 그 절대성, 항구성의 성질에 따라 소멸시효에 걸리지 않는다. 따라서 소유권에 기한 물권적 청구권(제213조, 제214조)도 소멸시효에 걸리지 않는다(대판 1982.7.27. 80다2968).
- ② 【X】 제166조 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다.”에서 권리를 행사할 수 있을 때란, 법률상의 장애가 없을 때를 말한다. 판례는, 정지조건부 권리는 그 조건의 성취가 미정인 때에는 소멸시효가 진행하지 않는다고 보았다(대판 1999.12.22. 92다28822).
- ③ 【○】 민법 제163조 제1호는 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정하고 있다. 이는 기본 권리인 정기금채권에 기하여 발생하는 지분적 채권의 소멸시효를 정한 것으로서, 여기서 ‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말한다(대판 2018.2.28. 2016다45779).
- ④ 【○】 민법 제166조는 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다.”라고 규정하고 있으므로, 기한이 있는 채권의 소멸시효는 이행기가 도래한 때부터 진행하지만, 이행기가 도래한 후 채권자와 채무자가 기한을 유예하기로 합의한 경우에는 유예된 때로 이행기가 변경되어 소멸시효는 변경된 이행기가 도래한 때부터 다시 진행된다(대판 2017.4.13. 2016다274904).
- ⑤ 【○】 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다(제165조 제1항). 판례는 지급명령에서 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효기간이 10년으로 연장된다고 할 것이라(대판 2009.9.24. 2009다39530)보았다.

! 정답 ! ②

19 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효인 것은?

- ① 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실거래가액보다 낮은 금액을 매매 대금으로 기재한 매매계약
- ② 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권 설정등기를 경료하는 행위
- ③ 반사회적 행위에 의하여 조성된 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 임치한 행위
- ④ 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인한 상태에서 한 종교법인의 주지 임명행위
- ⑤ 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 체결한 보험계약

해설

- ① 【유효】 대판 2007.6.14. 2007다3285
- ② 【유효】 대판 1994.4.15. 93다61307
- ③ 【유효】 대판 2001.4.10. 2000다49343
- ④ 【유효】 대판 2001.2.9. 99다38613
- ⑤ 【무효】 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우, 이러한 목적으로 체결된 보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 되므로, 이와 같은 보험계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 할 것이다. 그리고 보험계약자가 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지에 관하여는 이를 인정할 직접적인 증거가 없다면 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수 보험계약의 체결 시기와 경위, 보험계약의 규모와 성질, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대판 2005.7.28. 2005다23858).

! 정답 ! ⑤

20 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 매매계약이 불공정한 법률행위에 해당하는지는 계약체결 당시를 기준으로 판단해야 한다.
- ② 궁박은 심리적 원인에 기인할 수도 있다.
- ③ 무경험은 특정영역에서의 경험부족을 뜻한다.
- ④ 대리행위의 경우에 궁박은 본인을 기준으로 판단한다.
- ⑤ 현저하게 공정을 잃었는지는 거래상의 객관적 가치에 따라 판단해야 한다.

해설

- ① 【○】 불공정 법률행위에 해당하는지는 법률행위가 이루어진 시점을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 할 문제이다(대판 2013.9.26. 2010다42075). 즉, 어떠한 법률행위가 민법 제103조 또는 제104조를 위반했는지 여부는 그 법률행위시를 기준으로 판단해야 한다는 것이 판례의 태도이다.
- ② 【○】 '궁박'이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있다(대판 2002.10.22. 2002다38927).
- ③ 【X】 '무경험'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻하고, 당사자가 궁박 또는 무경험의 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다(대판 2002.10.22. 2002다38927). 따라서 특정영역에서의 경험 부족이라는 설명이 틀렸다.
- ④ 【○】 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 궁박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다(대판 1972.4.25. 71다2255).
- ⑤ 【○】 '현저하게 공정을 잃었는지는' 단순히 시가와 거래대금의 차액만으로 판단할 수 있는 것은 아니고 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 하며, 당사자의 주관적 가치가 아닌 거래상의 객관적 가치에 따라 판단하여야 한다(대판 2017.5.30. 2017다201422).

! 정답 ! ③



박결

2025년 민법기출 특강

세무사

41 민법상 사단법인의 설립을 위하여 반드시 필요한 것이 아닌 것은?

- ① 정관의 작성 ② 설립등기의 경로 ③ 주무관청의 허가 취득
- ④ 기본재산의 출연 ⑤ 법인 목적의 비영리성

해설

- ① 【○】 사단법인의 설립자는 다음 각호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다(제40조).
- ② 【○】 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(제33조).
- ③ 【○】 ⑤ 【○】 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다(제32조).
- ④ 【X】 기본재산의 출연은 재단법인의 설립요건이다(제43조). 따라서 사단법인 설립을 위해 반드시 필요한 요건이 아니므로 틀린 지문이다.

| 정답 | ④

42 실종선고에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 실종선고를 받은 자가 살아서 돌아오더라도 실종선고가 법원에 의하여 취소되지 않는 한 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다.
- ② 실종선고를 받은 자는 실종선고가 확정된 날에 사망한 것으로 본다.
- ③ 실종기간이 만료한 때와 다른 시기에 사망한 사실이 확인된 경우에도 사망으로 인한 효과가 유지되어야 하므로 실종선고를 취소할 수 없다.
- ④ 실종선고가 취소되더라도 실종선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의이면 현존 이익을 반환할 필요가 없다.
- ⑤ 순위가 다른 상속인이 여러 명인 경우에 후순위 상속인도 실종선고를 청구할 수 있다.

해설

- ① 【○】 민법 제28조는 "실종선고를 받은 자는 민법 제27조 제1항 소정의 생사불명기간이 만료된 때에 사망한 것으로 본다"고 규정하고 있으므로 실종선고가 취소되지 않는 한 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다(대판 1995.2.17. 94다52751).
- ② 【X】 실종선고를 받은 자는 실종선고가 확정된 날이 아니라, 제27조의 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(제28조).
- ③ 【X】 실종자의 생존한 사실 또는 다른시기에 사망한 사실의 증거가 있으면 법원은 본인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 실종선고를 취소하여야 한다(제29조 제1항). 따라서 다른 시기에 사망한 사실은 실종선고 취소사유에 해당하므로 틀린 지문이다.
- ④ 【X】 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(제29조 제2항). 따라서 선의로 재산을 취득한 자는 현존이익의 반환의무가 있다.
- ⑤ 【X】 부재자의 생사가 5년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다(제27조 제1항). 여기서 '이해관계인'이란, 부재자의 법률상 사망으로 인하여 직접적으로 신분상 또는 재산상의 권리를 취득하거나 의무를 면하게 되는 사람만을 뜻한다(배우자, 1순위 법정상속인, 보험금수익자 등). 따라서 제2순위 상속인에 불과한 자는 이해관계인이 될 수 없다(대결 1986.10.10. 86스20). 그러므로 후순위 상속인도 실종선고를 할 수 있다는 설문의 설명은 틀렸다.

! 정답 ! ①

43 법인과 이사의 책임에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대표권이 없는 이사의 행위에 의해서는 민법 제35조에 의한 법인의 불법행위가 성립하지 않는다.
- ② 대표기관의 직무상 불법행위에 대해서 법인은 민법 제756조의 사용자책임을 지지 않는다.
- ③ 법인의 불법행위책임과 관련하여 외형상 법인 대표자의 직무행위라고 인정된다면, 그 행위가 법령에 위배된 것이라도 직무에 관한 행위로 인정된다.
- ④ 법인의 대표자가 목적범위 외의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 그 사항의 의결에 찬성한 이사는 손해배상책임을 진다.
- ⑤ 대표자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 것을 피해자 자신이 알았던 경우에도 법인에 손해배상책임을 물을 수 있다.

해설

- ① 【○】 ③ 【○】 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다(제35조 제1항). 여기서 '직무에 관하여'의 해석이 문제되는데, 우리 판례는 행위의 외형을 기준으로 판단한다(외형이론). 즉 직무에 관한 행위인지 여부는 주관적·구체적으로 판단할 것이 아니라 객관적·추상적으로 판단하여야 하는(대판 2004.2.27. 2003다15280)것으로 본다. 다만, 대표기관(이사, 이사의 직무대행자, 임시이사, 특별대리인, 청산인 등)의 행위여야 하므로 대표권 없는 이사, 이사에 의해 선임된 특정행위에 관한 대리인(제62조), 지배인, 사원총회, 감사 등 대표기관이 아닌자의 행위는 제35조의 책임이 성립하지 않는다.
- ② 【○】 인에 있어서 그 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에는 제35조 제1항에 의하여, 법인의 피용자가 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에는 제756조 제1항에 의하여 각 손해배상책임을 부담한다(대판 2009.11.26. 2009다57033). 결국, 제35조 책임이 인정되면 제756조 사용자책임을 적용되지 않는다.
- ④ 【○】 법인의 목적범위외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다(제35조 제2항).
- ⑤ 【X】 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2003.7.25. 2002다27088). 따라서, 피해자가 알았던 경우에 법인에 손해배상책임을 물을 수 있다는 설명은 틀린 것이다.

! 정답 ! ⑤

44 제한능력자의 법률행위에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 미성년자가 무이자로 돈을 빌리는 경우에는 법정대리인의 동의를 받을 필요가 없다.
- ② 미성년자가 자신의 법률행위를 취소하기 위해서는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다.
- ③ 피성년후견인이 대가가 과도하지 않은 일용품의 구입한 경우 성년후견인은 이를 취소할 수 없다.
- ④ 법원이 한정후견인의 동의를 받도록 한 법률행위를 피한정후견인이 단독으로 한 경우 그 법률행위는 무효이다.
- ⑤ 계약체결 당시 일방이 제한능력자임을 알고 있었던 상대방은 자신의 의사표시를 철회할 수 있다.

해설

- ① 【X】 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다(제5조 제1항). 여기서 미성년자에게 이익이 되는지 여부는 경제적 관점이 아닌 법적 효과를 기준으로 해야 하므로 부담부 증여를 받는 행위, 경제적으로 유리한 매매계약의 체결, 상속의 승인 등은 의무도 함께 부담하므로 단독으로 할 수 없다. 결국, 미성년자가 무이자로 돈을 빌리는 경우라 하더라도 이는 미성년자에게 의무를 부담시키는 것으로서 법정대리인의 동의가 필요하다.
- ② 【X】 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 미성년자는 동의 없이 추인은 할 수 없으나, 단독으로 취소권을 행사할 수는 있다.
- ③ 【O】 법률행위를 취소할 수 있는 자는 피성년후견인 본인과 그의 법정대리인인 성년후견인이다(제140조). 다만 예외적으로 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(민법 제10조 제4항).
- ④ 【X】 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다(제13조 제4항). 무효가 아닌 취소임에 주의하여야 한다.
- ⑤ 【X】 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항). 약의 상대방에게는 철회권이 제한된다.

! 정답 ! ③

45 태아인 동안 인정되는 법적 지위가 아닌 것은?

- ① 타인의 불법행위로 부(父)가 사망한 경우, 가해자에 대한 위자료 청구
- ② 태아 자신이 입은 불법행위에 대한 손해배상청구
- ③ 조부(祖父)로부터의 유증
- ④ 증여계약에서의 수증
- ⑤ 부(父)로부터의 재산상속

해설

- ① 【○】 ② 【○】 법률상 태아를 보호하는 방식에 관하여 우리 민법은 중요한 법률관계에 한정하여 개별적으로 출생한 것으로 보는 개별적 보호주의를 취하고 있다. 태아는 불법행위에 기한 손해배상청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제762조). 본조는 태아 자신이 불법행위에 의한 직접 피해자가 되는 경우에 한하여 적용된다. 따라서 ㉠ 직계존속의 생명침해에 대하여 태아 자신이 위자료를 청구하는 경우(752조) ㉡ 태아 자신이 입은 불법행위에 대하여 손해배상을 청구하는 경우(제750조)에는 적용된다.
- ③ 【○】 유증에 관해서는 상속에서의 태아의 권리능력에 관한 규정이 준용된다(제1064조).
- ④ 【X】 증여는 계약이므로 태아의 수증능력을 인정할 수 없다고 보아야 한다. 판례 역시 “증여에서 태아의 수증능력이 인정되지 아니하고, 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다(대판 1982.2.29. 81다534)”고 보았다.
- ⑤ 【○】 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제1000조 제3항). 태아는 살아서 출생하는 것을 조건으로 하여 상속개시시에 소급하여 재산을 상속하고 대습상속, 유류분권도 인정된다(제1001조 및 제1118조).

! 정답 ! ④

46 부재자의 재산관리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부재자로부터 재산처분권까지 위임받은 재산관리인도 그 재산을 처분하려면 특별한 사정이 없는 한 법원의 허가를 받아야 한다.
- ② 법원은 그 선임한 재산관리인에 대해 부재자의 재산으로 보수를 지급할 수 있다.
- ③ 법원이 선임한 재산관리인이 법원의 허가 없이 부재자 소유 부동산을 매각한 후 법원의 허가를 얻어 이전등기를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 유효한 처분행위가 된다.
- ④ 법원이 선임한 재산관리인은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다.
- ⑤ 부재자로부터 재산처분권을 위임받은 재산관리인이 부재자의 실종을 이유로 개임된 후 부재자의 재산을 처분하려면 법원의 허가를 받아야 한다.

해설

- ① 【X】 부재자가 재산관리인을 둔 경우, 그 부재자는 일종의 임의대리인이다. 따라서 특별한 사정이 없다면 재산관리인은 처분행위를 할 수 없는 것이 원칙이다. 즉, 재산관리인은 제118조에 규정한 관리행위를 자유롭게 할 수 있으며, 이를 초과하는 행위(처분행위)를 하고자 할 때는 가정법원의 허가를 받아야 하는 것이다. 다만, 설문에서 그 재산관리인이 처분권까지 위임받은 바, 법원의 허가를 받지 않아도 된다고 해석해야 한다. 대법원 역시 “부재자로부터 재산처분권까지 위임받은 재산관리인은 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 요하는 것은 아니다(대판 1973.7.24. 72다2136).”라고 판시하였다.
- ② 【O】 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수 있다(제26조 제2항).
- ③ 【O】 부재자가 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산 매매행위에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위 뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다(대판 2000.12.26. 99다19278).
- ④ 【O】 법원이 선임한 재산관리인은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다(제24조 제1항).
- ⑤ 【O】 실종을 이유로 개임된 후 부재자 재산처분에 있어서는 권한 초과 행위 허가를 받아야 하며 그 허가를 받지 아니하고 한 부재자의 재산매각은 무효이다(대판 1977.3.22. 76다1437).

! 정답 ! ①

47 종중의 법률관계에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 공동선조의 후손 중 특정지역 내의 자들만으로 단체를 구성하여 활동하는 경우에는 본래 의미의 종중이 될 수 없다.
- ② 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별없이 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 된다.
- ③ 자(子)의 복리를 위하여 자의 성과 본을 모(母)를 따라 변경한 경우에도 자는 부(父)가 속한 종중의 구성원으로 보아야 한다.
- ④ 종중이 관례에 따라 시제를 지내는 날 정기총회를 계속 개최해 온 경우 따로 소집통지를 하지 않아도 그 총회의 결의는 유효하다.
- ⑤ 소집절차에 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 종중총회의 결의를 그 후에 적법하게 소집된 총회에서 추인하면 그 결의는 소급하여 유효로 된다

해설

- ① 【○】 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사의 권리능력 없는 사단이 될 수 있을 뿐이다(대판 2020.4.9. 2019다216411).
- ② 【○】 종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호 간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다(대판 2022.5.26. 2017다260940). 효력을 잃은 기존의 관습법을 대체하는 새로운 관습법으로서의 인정이 아닌 조리로 인정되는 것에 주의해야 한다.
- ③ 【X】 민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본을 변경할 필요가 있어 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다(대판 2022.5.26. 2017다260940). 그러므로 아버지가 속한 종중의 구성원으로 보아야 한다는 설명이 틀렸다.
- ④ 【○】 종중규약의 제정을 전후하여 시제 장소를 정기총회 장소로 하는 관행이 존재하고 종중규약이 정기총회에 관하여 그 일자를 시제일로 정하고 있을 뿐 그 장소를 규정하고 있지 않은 경우, 시제 장소를 정기총회 장소라고 인정하여 총회 소집권자의 정기총회 소집통지가 필요하지 않다(대판 1998.11.27. 97다4104).
- ⑤ 【○】 소집절차에 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 종중총회의 결의라도 추후에 적법하게 소집된 종중총회에서 이를 추인하면 처음부터 유효로 된다(대판 1996.6.14. 96다2729).

| 정답 | ③

48 민법상 법인의 사원총회에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 사단법인은 매년 1회 이상 통상총회를 개최하여야 한다.
- ② 회의의 목적사항이 기재된 총회의 소집통지는 정관에 특별한 규정이 없으면 개최 1주 전에 사원에게 도달하여야 한다.
- ③ 총사원의 5분의 1 이상으로부터 적법한 총회소집청구가 있는 후 2주 이내에 이사가 총회 소집절차를 밟지 않은 때에는 청구한 사원이 법원의 허가를 얻어 총회를 소집할 수 있다.
- ④ 사단법인의 사무는 정관으로 이사 또는 기타 임원에게 위임한 사항 외에는 총회의 결의에 의하여야 한다.
- ⑤ 정관에 다른 규정이 없으면 총회는 사원들에게 미리 통지한 사항에 관해서만 결의할 수 있다.

해설

- ① 【○】 제69조
- ② 【X】 총회의 소집은 1주간전에 그 회의의 목적사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다(제71조). 도달이 아닌 발신주의를 취하고 있음에 주의해야한다.
- ③ 【○】 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 한다. 이 정수는 정관으로 증감할 수 있다. 이때 청구있는 후 2주간내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 사원은 법원의 허가를 얻어 이를 소집할 수 있다(재70조 제2항 내지 제3항).
- ④ 【○】 제68조
- ⑤ 【○】 제72조

! 정답 ! ②

49 민법상 청산법인의 청산사무에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 청산인은 취임한 날로부터 2월 내에 3회 이상의 공고로 채권자에 대하여 일정한 기간 내에 그 채권을 신고할 것을 최고하여야 한다.
- ② 채권신고기간 동안 채권자에게 변제하지 않더라도 법인은 지연손해배상의무를 부담하지 않는다.
- ③ 청산인은 알고 있는 채권자에 대하여는 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다.
- ④ 청산 중의 법인은 변제기에 이르지 아니한 채권에 대해서도 변제할 수 있다.
- ⑤ 청산 중 법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 청산인은 지체없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다.

해설

- ① 【○】 청산인은 취임한 날로부터 2월내에 3회이상의 공고로 채권자에 대하여 일정한 기간내에 그 채권을 신고할 것을 최고하여야 한다(제88조 제1항).
- ② 【X】 청산인은 위의 제88조제1항의 채권신고기간내에는 채권자에 대하여 변제하지 못한다. 그러나 법인은 채권자에 대한 지연손해배상의 의무를 면하지 못한다(제90조). 따라서 채권신고기간동안에 법인이 지연손해배상의무를 부담하지 않는다는 설명은 옳지 않다.
- ③ 【○】 청산인은 알고 있는 채권자에게 대하여는 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다. 알고 있는 채권자는 청산으로부터 제외하지 못한다(제89조).
- ④ 【○】 청산 중의 법인은 변제기에 이르지 아니한 채권에 대하여도 변제할 수 있다(제91조 제1항).
- ⑤ 【○】 청산중 법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 청산인은 지체없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다(제93조 제1항).

! 정답 ! ②

50 법인의 소멸에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 법인의 해산사유는 사단법인과 재단법인 모두 정관의 필요적 기재사항이다.
- ② 청산법인이 한 청산의 목적과 관계없는 행위도 유효하다.
- ③ 정관 또는 총회결의로 달리 정한 바가 없으면 파산의 경우를 제외하고는 해산한 때의 이사가 청산인이 된다.
- ④ 청산인은 파산의 경우를 제외하고는 해산의 사유 등을 관할법원에 신고하여야 한다.
- ⑤ 법인에 대한 청산종결의 등기가 이루어졌다면 청산사무가 종결되지 않았더라도 법인은 소멸한다.

해설

- ① 【X】 사단법인은 정관에 존립시거나 해산사유를 기재해야 하나(제40조 제7호), 재단법인은 이것이 필요적 기재사항이 아니다(사단법인·목적명사자임+특존 / 재단법인·목적명사자임).
- ② 【X】 해산한 법인은 청산의 목적범위내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다(제81조). 판례는 목적과 관계 없는 청산법인의 행위를 무효로 보았다(대판 1980.4.8. 79다2036).
- ③ 【○】 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제외하고는 이사가 청산인이 된다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 있으면 그에 의한다(제82조).
- ④ 【X】 청산인은 파산의 경우를 제외하고는 그 취임후 3주간내에 전조제1항의 사항을 주무관청에 신고하여야 한다(제86조 제1항). 따라서, 관할법원에 신고해야한다는 설명이 틀렸다.
- ⑤ 【X】 법인에 대한 청산종결 등기가 되었더라도 청산사무가 종결되지 않는 한 그 범위 내에서는 청산법인으로 존속한다(대판 2021.6.30. 2018도14261).

! 정답 ! ③

51 의사표시 또는 법률행위의 해석에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 계약당사자가 누구인지는 계약에 참여한 당사자의 의사해석의 문제이다.
- ② ‘그릇된 표시는 해가 되지 않는다’는 법리는 자연적 해석과 관련된 것이다.
- ③ 규범적 해석은 상대방의 시각에서 그가 주관적으로 이해한 대로 계약의 내용을 결정하는 것이다.
- ④ 계약당사자 쌍방이 계약의 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오를 하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면 법원은 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있다.
- ⑤ 의사표시와 관련하여 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는지 확정하는 것은 사실인정의 문제이지만 이렇게 확정된 표시를 토대로 그 의미를 탐구하는 해석은 법률적 판단의 문제이다.

해설

- ① 【○】 계약은 당사자 의사의 합치로 성립한다. 이때 의사의 합치는 객관적으로 어떤 내용의 계약을 체결할 것인지, 주관적으로 누구를 당사자로 할 것인지를 합의를 의미한다. 따라서 계약당사자를 확정하는 문제는 결국 의사의 해석문제로 귀결된다. 판례 역시 “계약의 당사자가 누구인지는 계약에 참여한 당사자의 의사 해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다(대판 2022.12.16. 2022다245129).”라고 판시한 바 있다.
- ② 【○】 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이다(대판 1996.10.25. 96다16049). 따라서 그릇된 표시가 있는 경우라 하더라도 당사자 의사의 합치가 있다면 그 계약은 성립한 것이다. 이를 오표시 무해의 원칙이라 한다.
- ③ 【X】 규범적 해석이란, 의사표시 상대방 입장에서 표시행위의 객관적 의미를 밝히는 법률행위의 해석방법을 말한다. 따라서, 주관적으로 상대방이 이해한 것이 무엇인지를 밝혀 그것으로 계약의 내용을 결정하는 것이 아니다.
- ④ 【○】 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있는바, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대판 2006.11.23. 2005다13288).
- ⑤ 【○】 의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석문제이다(대판 2011.1.13. 2010다69940).

! 정답 ! ③

52 법률행위의 종류가 바르게 연결된 것은?

- ① 근보증계약 - 요식행위
- ② 소유권의 포기 - 상대방 있는 단독행위
- ③ 채무면제 - 채권행위
- ④ 유언 - 생전행위
- ⑤ 어음행위 - 유인행위

해설

① 【○】 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다(제428조의 2 제1항). 따라서 보증계약은 민법의 규정에 따른 방식을 따라야 성립하는 것으로서 요식행위이다.

| 정답 | ①

53 강행규정이나 효력규정을 위반하여 무효(일부무효 포함)인 법률행위가 아닌 것은?

- ① 법령의 제한을 초과하는 부동산 중개수수료 약정
- ② 임대사업자의 동의를 받아 무주택 세대구성원이 아닌 자에게 공공건설임대주택의 임차권을 양도하는 행위
- ③ 문화재수리업자의 명의대여계약
- ④ 개업공인중개사가 자신에게 중개를 의뢰한 자와 직접 거래하는 행위
- ⑤ 사모투자전문회사의 업무집행사원이 투자자에게 사원이 될 것을 권유하면서 행한 이익보장약정

해설

- ① 【○】 (효력규정) 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다(대판[전] 2007.12.20. 2005다32159).
- ② 【○】 (효력규정) 구 임대주택법 등 관련 법령이 원칙적으로 임대주택 임차인의 임차권 양도를 금지하되 예외적으로 임차권의 양도를 허용하면서 그 요건으로 양수인이 ‘무주택 세대구성원’일 것을 정하고, 이에 동의하는 임대사업자로 하여금 미리 양수인의 주택소유 여부를 확인하도록 정한 취지는 국민의 주거안정을 위해 공급되는 임대주택이 투기 또는 투자 목적으로 거래되는 것을 사전에 차단하여 실제 주거 수요를 충족시킴으로써 무주택 서민의 주거권을 확보하려는 데에 있고, 임차권의 양도에 관한 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정들은 강행법규에 해당한다(대판 2022.10.27. 2020다266535).
- ③ 【○】 (효력규정) 문화재수리 등에 관한 법률은 제21조에서 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지하면서도 이를 위반한 법률행위의 효력에 관해서는 명확하게 정하지 않고 있다. 문화재수리업자의 명의대여 행위를 금지한 문화재수리법 제21조는 강행규정에 해당하고, 이를 위반한 명의대여 계약이나 이에 기초하여 대가를 정산하여 받기로 하는 정산금 약정은 모두 무효라고 보아야 한다(대판 2020.11.12. 2017다228236).
- ④ 【X】 (단속규정) 개업공인중개사의 자기거래를 금지한 공인중개사법 제33조 제6호의 규정은 단속규정으로 보아야 한다는 것이 판례의 태도이다. 즉, 대법원은 “위 규정을 효력규정으로 보아 이에 위반한 거래행위를 일률적으로 무효라고 할 경우 중개의뢰인이 직접 거래임을 알면서도 자신의 이익을 위해 한 거래 등도 단지 직접 거래라는 이유로 그 효력이 부인되어 거래의 안전을 해칠 우려가 있으므로 위 규정은 강행규정이 아니라 단속규정이라고 보아야 한다(대판 2017.2.3. 2016다 259677).”라고 판시하였다.
- ⑤ 【○】 구 간접투자자산운용업법 등에서는 사모투자전문회사의 업무집행사원이 ‘원금 또는 일정한 이익의 보장을 약속하는 등의 방법’으로 사원이 될 것을 부당하게 권유하는 행위를 금지하고 있는데, 판례는 이를 효력규정으로 보고 있다(대판 2021.9.15. 2017다282698).

| 정답 | ④

54 공서양속 위반의 반사회적 법률행위에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 2중매매를 하는 매도인의 배임행위에 대리인이 적극 가담하면서 본인을 위하여 부동산을 매수한 경우, 본인이 그러한 사정을 과실 없이 몰랐다면 위 부동산 매매계약은 유효하다.
- ② 피보험자를 살해하여 보험금을 부정취득할 목적으로 생명보험계약을 체결한 경우, 이는 동기의 불법에 해당하므로 보험회사가 그러한 동기를 인식한 경우에 한하여 해당 보험계약이 무효로 된다.
- ③ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 반사회적 법률행위로서 무효이다.
- ④ 변호사가 민사사건에서 성공보수약정을 하는 것은 공서양속 위반행위로 무효이다.
- ⑤ 도박채무자가 도박 빚을 갚기 위한 자금을 마련하기 위해 도박채권자에게 부동산의 처분을 위임하면서 대리권을 수여하였고, 그 채권자의 대리행위를 통해 선의의 제3자가 위 부동산을 매수하였다면 해당 매매계약은 무효가 아니다

해설

- ① 【X】 부동산의 2중양도에서 제2매수인이 배임행위에 적극가담한 경우에는 민법 제103조에 해당하여 그 법률행위는 무효이다. 대법원도 “2중 매매를 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위하여서는 양수인이 2중 양도 사실을 알았다는 사실만으로서서는 부족하고 양도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 양도가 이루어져야 한다(대판 1995.2.10. 94다2534).”라고 판시한바 있다.
- ② 【X】 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 체결한 생명보험계약은 사회질서에 위배되는 행위로서 무효이다(대판 2000.2.11. 99다49064). 즉, 동기가 불법인 것이 아니라 그 법률행위의 내용 자체가 반사회질서 법률행위에 해당하여 무효이므로 틀린 지문이다.
- ③ 【X】 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다(대판 2004.5.28. 2003다70041).
- ④ 【X】 형사사건에 관하여 체결된 성공보수약정이 가져오는 여러 가지 사회적 폐단과 부작용 등을 고려하면, 그 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 평가할 수 있다(대판[전] 2015.7.23. 2015다200111). 하지만 민사사건의 경우 위와 같은 법리를 적용할 수 없는 바, 이를 제103조 위반으로 볼 수 없다.
- ⑤ 【O】 도박채무의 변제를 위하여 채무자로부터 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 도박채무 부담행위 및 그 변제약정이 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효이다(대판 1995.7.14. 94다40147). 다만 주의할 것은, 무효로 되는 범위는 변제약정의 이행행위에 해당하는 위 부동산을 제3자에게 처분한 대금으로 도박채무의 변제에 충당한 부분에 한정되고, 위 변제약정의 이행행위에 직접 해당하지 아니하는 부동산 처분에 관한 대리권을 도박 채권자에게 수여한 행위 부분까지 무효라고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 사정을 알지 못하는 거래 상대방인 제3자가 도박 채무자부터 그 대리인인 도박 채권자를 통하여 위 부동산을 매수한 행위까지 무효가 된다고 할 수는 없다는 것이다.

Ⅰ 정답 Ⅰ ⑤

55 진의 아닌 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 진의 아닌 의사표시는 표시행위에 상응하는 내심의 효과의사가 존재하지 않음을 표의자가 알고 있는 경우를 말한다.
- ② 상급자의 강요에 의해 공무원이 사직서를 제출한 경우 비록 실제로 사직할 내심의 의사가 없었다고 하더라도 표시된 대로 효과가 발생한다.
- ③ 혼인과 입양에는 진의 아닌 의사표시에 관한 민법 제107조는 적용되지 않는다.
- ④ 대리권이 남용되어 민법 제107조 제1항 단서를 유추적용하는 경우, 선의의 제3자 보호에 관한 동조 제2항은 유추적용되지 않는다.
- ⑤ 진의 아닌 의사표시가 행해진 경우 상대방이 과실로 진의 아님을 알지 못했다면 그 의사표시는 무효이다.

해설

- ① 【○】 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다(제107조 제1항). 진의 아닌 의사표시란 표의자가 스스로 한 표시행위가 자신의 진의와 다르다는 것을 알면서 한 의사표시를 말한다. 제107조의 취지는 거짓의 표의자를 보호하지 아니하는 한편 그 불일치 사실에 대한 상대방을 보호하기 위함이다(대판 1987.7.7. 86다카1004).
- ② 【○】 민법 제107조는 그 성질상 사인의 공법행위에 적용되지 아니하므로 사직원제출을 받아들여 의원면직 처분한 것을 당연무효라고 할 수 없다(대판 1992.8.14. 92누909). 따라서 비록 실제로 사직할 내심의 의사가 없었다고 하더라도 표시된 대로 효과가 발생한다.
- ③ 【○】 가족법상의 법률행위는 당사자의 진의를 절대적으로 존중하여야 하는 신분행위이므로 이에 대하여는 본조가 적용되지 않으며 언제나 무효이다. 혼인·입양에 관하여는 이 뜻을 명문으로 규정하고 있다(제815조 제1호, 제883조 제1호)
- ④ 【X】 대리권 남용에 있어서 제107조 제1항 뿐만 아니라, 제2항 역시 유추적용된다는 것이 최근 대법원의 태도이다. 판례는 “법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자(子)에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2016.4.28. 2016다3201).”고 판시한 바 있다.
- ⑤ 【○】 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(제107조 제1항). 즉, 상대방이 과실로 그 진의아님을 알지 못했다면 그 의사표시는 무효이다.

! 정답 ! ④

56 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 장래에 발생할 막연한 사정을 기대하고 법률행위를 한 경우 그 기대와 다른 사정이 발생한 때에는 특별한 사정이 없는 한 착오를 이유로 법률행위를 취소할 수 있다.
- ② 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 것은 이른바 표시상의 착오에 해당한다.
- ③ 토지교환계약에서 기준으로 삼은 경계가 실제의 경계와 불일치하여 교환으로 제공받은 토지의 대부분이 원래 자신 소유의 토지였음이 밝혀졌다면 특별한 사정이 없는 한 법률행위 내용의 중요부분의 착오로 인정된다.
- ④ 동기의 착오가 상대방에 의해 유발된 경우, 동기의 표시 여부와 무관하게 의사표시의 취소가 인정될 수 있다.
- ⑤ 고예술품을 과실 없이 진품이라 생각하고 그에 상응하는 가격으로 매수하였으나 그것이 위작으로 판명되었다면, 매수인은 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 있으며 아울러 착오를 이유로 취소권을 행사할 수도 있다.

해설

- ① 【X】 표의자가 행위를 할 당시에 장래에 있을 어떤 사항의 발생이 미필적임을 알아 그 발생을 예기한 데 지나지 않는 경우는, 표의자의 심리상태에 인식과 대조에 불일치가 있다고 할 수 없어 착오로 다룰 수는 없다(대판 2010.5.17. 2009다94841). 예를 들어 대법원은 ① 공장을 설립할 목적으로 매수한 임야가 법률상 제한으로 공장설립이 불가능하게 된 사안 ② 매매계약 당시 공동주택, 호텔의 신축에 대한 인허가를 받을 수 있을 것이라고 생각하였으나 그 후 생각대로 되지 않은 경우에서 착오취소를 인정하지 않았다.
- ② 【O】 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우, 결국 위와 같은 행위는 강학상 기명날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기명날인을 하는 이른바 표시상의 착오에 해당한다(대판 2005.5.27. 2004다43824).
- ③ 【O】 외형적인 경계를 기준으로 하여 甲, 乙 사이에 인접토지에 관한 교환계약이 이루어졌으나 그 경계가 실제의 경계와 일치하지 아니함으로써, 결국 乙이 그 소유대지와 교환으로 제공받은 甲의 대지 또한 그 대부분이 乙의 소유인 것으로 판명되었다면, 이는 토지의 경계(소유권의 귀속)에 관한 착오로서 특단의 사정이 없는 한 법률행위의 중요부분에 관한 착오라 봄이 상당하다(대판 1993.9.28. 93다31634, 93다31641).
- ④ 【O】 동기의 착오가 상대방에 의해 유발된 경우 판례는 동기 표시 여부를 묻지 않고 취소를 인정하였다(대판 1996.7.26. 94다25964 등). 예를 들어 귀속재산이 아닌데도 공무원이 귀속재산이라고 하여 토지소유자가 토지를 국가에 증여한 사례(대판 1978.7.11. 78다719)에서 증여자의 동기의 착오에 의한 의사표시는 표시여부와 무관하게 취소할 수 있다고 보았다.
- ⑤ 【O】 설문의 사안에서 판례는 “ 착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018.9.13. 2015다78703).”고 판시하였다.

! 정답 ! ①

57 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 편무계약인 단순증여는 불공정한 법률행위임을 이유로 무효로 될 수 없다.
- ② 피해자가 스스로 초래한 공박은 불공정한 법률행위의 요건인 공박에 포함될 여지가 없다.
- ③ 불공정한 법률행위를 하면서 그 불공정성을 소송상 다룰 수 없도록 하는 부제소합의를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그러한 합의는 무효이다.
- ④ 무경험은 해당 법률행위가 속하는 특정영역에서의 경험부족이 아니라 거래 일반의 경험 부족을 의미한다.
- ⑤ 폭리자에게 피해자의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사가 없었다면, 다른 요건이 모두 충족되더라도 불공정한 법률행위는 성립하지 않는다.

해설

- ① 【○】 제104조 불공정한 법률행위가 인정되기 위해서는 급부와 반대급부사이의 현저한 불균형이 필요한데, 단순증여의 경우 반대급부가 예정되어 있는 계약이 아니므로 이 경우 제104의 성립이 부정되어야 한다. 판례 역시 “아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위는 그 공정성여부를 운위할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다(대판 1993.3.23. 92다52238).”고 판시하였다.
- ② 【×】 공박이란, 급박한 곤궁을 의미하는 것으로 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있다(대판 1996.6.14. 94다46374). 판례는 스스로 자초한 공박에 관하여 “당사자가 계약을 지키지 않는 경우 얻을 이익이 이로 인해 입을 불이익보다 크다고 판단하여 불이익의 발생을 예측하면서도 이를 감수할 생각으로 계약에 반하는 행위를 함으로써 계약 상대방과의 관계에서 급박한 곤궁 상태를 자초한 경우, 이를 민법 제104조의 공박이라고 쉽게 보아서는 안된다(대판 2024.3.12. 2023다301712).”고 판시하여 “당사자가 계약을 지키지 않는 경우 얻을 이익이 이로 인해 입을 불이익보다 크다고 판단하여 계약에 반하는 행위를 하였고, 이에 의하여 계약 상대방과의 관계에서 그가 주장하는 급박한 곤궁 상태에 이르렀다면, 이와 같이 자신이 자초한 상태를 공박으로 인정하는 것은 매우 신중해야 한다.”는 입장을 보였다. 그런데 설문에서 “공박에 포함될 여지가 없다”라고 표현하였으므로 이는 틀린 지문이 된다.
- ③ 【○】 매매계약과 같은 쌍무계약이 급부와 반대급부와의 불균형으로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효라고 한다면, 그 계약으로 인하여 불이익을 입는 당사자로 하여금 위와 같은 불공정성을 소송 등 사법적 구제수단을 통하여 주장하지 못하도록 하는 부제소합의 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 것이다 (대판 2010.7.15. 2009다50308)
- ④ 【○】 ‘무경험’이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻하고, 당사자가 공박 또는 무경험의 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다(대판 2009.3.16. 2008다1842).
- ⑤ 【○】 법률행위가 제104조에 의해 무효가 되려면 피해자의 공박·경솔·무경험의 사정을 알고 이용하려는 폭리자의 의사가 존재해야 한다(대판 2011.1.27. 2010다53457).

! 정답 ! ②

58 甲과 乙 사이에 행해진 통정허위표시의 무효로써 대항할 수 없는 丁을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 甲과 乙 사이에 허위의 전세권설정등기가 마쳐진 후 乙의 채권자인 丙의 위 전세권에 근저당권설정등기를 마쳤는데, 丙의 채권자인 丁이 전세권근저당권부 채권을 압류한 경우
- ㄴ. 甲과 乙 사이의 X부동산에 관한 가장매매예약에 기해 乙이 가등기를 마친 후 그 가장매매예약이 철회되었음에도 乙이 허위의 서류를 이용하여 가등기에 기한 본등기를 경료하였고, 이를 믿은 丁이 乙로부터 X부동산을 전득한 경우
- ㄷ. 甲과 乙 사이에 행해진 가장소비대차에 기한 대여금채권을 과실 있는 丁이 양수한 경우

- ① ㄱ ② ㄱ, ㄴ ③ ㄱ, ㄷ ④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【○】 제108조 제2항은 통정허위표시에 의한 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있는데, 사안은 여기서 丁이 제3자에 해당하는지 여부를 묻고 있다. 가장의 계약에 기한 채권의 양수인, 그 채권을 가압류 또는 압류한 자, 추심·전부채권자는 여기서 말하는 제3자에 해당한다(대판 2013.2.15. 2012다49292). 설문의 사안에서, 丙의 전세권근저당권부 채권은 통정허위표시에 의하여 외형상 형성된 전세권을 목적물로 하는 전세권근저당권의 피담보채권이고, 丁은 이러한 丙의 전세권근저당권부 채권을 가압류하고 압류명령을 얻음으로써 그 채권에 관한 담보권인 전세권근저당권의 목적물에 해당하는 전세권에 대하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되었으므로, 丁이 통정허위표시에 관하여 선의라면 비록 丙이 약이라 하더라도 허위표시자는 그에 대하여 전세권이 통정허위표시에 의한 것이라는 이유로 대항할 수 없다.
- ㄴ. 【X】 제108조 제2항의 제3자는 허위표시에 의해 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자를 말한다(대판 2000.7.6. 99다51258). 사안은 가등기에 기한 본등기를 경료한 행위에서 乙 등기의 효력이 문제되는데, 판례는 乙 명의의 본등기는 甲과 乙 사이의 허위 가등기 설정이라는 통정한 허위의 의사표시 자체에 기한 것이 아니다(대판 2020.1.30. 2019다280375)라고 판시하였다. 따라서 이러한 통정한 허위의 의사표시가 철회된 이후에 乙의 등기는 원인무효의 등기가 되었고, 이에 따라 乙 명의의 본등기를 비롯하여 그 후 丁에 이르는 등기는 부동산등기에 관하여 공신력이 인정되지 아니하는 우리 법제하에서는 특별한 사정이 없는 한 무효임을 면할 수 없다고 보아야 한다.
- ㄷ. 【○】 가장소비대차에 기한 대여금채권의 양수인이나 가장매매에 기한 대금채권의 양수인 기타 가장채권의 양수인도 제3자에 해당한다(대판 2004.1.15. 2002다31537).

! 정답 ! ③

59 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부작위에 의한 기망행위도 인정될 수 있다.
- ② 이른바 절대적 폭력에 의하여 표의자가 스스로 의사결정을 할 수 있는 여지를 완전히 박탈당한 상태에서 행한 의사표시는 무효이다.
- ③ 횡령의 범죄를 저지른 자로부터 적절한 손해배상을 얻기 위하여 그를 횡령죄로 고소한 경우 이러한 고소는 원칙적으로 위법한 강박에 해당한다.
- ④ 甲과 乙의 매매계약 체결시 甲의 대리인으로 행위한 丙이 乙을 기망하였다면 乙은 이에 대한 甲의 인식 여부에 상관없이 甲과의 매매계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 사기·강박에 의한 의사표시의 취소로 대항할 수 없는 선의의 제3자에게는 그 취소 후에 취소된 법률행위를 기초로 하여 이해관계를 맺은 자도 포함될 수 있다.

해설

- ① 【○】 부작위에 의한 기망은 상대방이 착오에 빠져 있는 것을 지시하면서 법률상 고지의무가 있음에도 불구하고 이를 고지하지 아니하고 사실을 묵비 하는 것을 말한다(대판 1980.7.8. 79도2734). 부작위에 의한 기망은 고지 또는 법적, 계약상, 관습상 설명의무가 전제되어야 한다(대판 2014.7.24. 2013다97076). 대법원은 아파트 분양계약에서 인근에 쓰레기 매립장 건설이 예정된 경우 이를 고지할 신의칙상의 의무가 있음에도 고지하지 않은 경우(대판 2006.10.12. 2004다48515) 등에서 이러한 사기를 인정하였다.
- ② 【○】 강박의 정도가 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어진 경우에는 그 의사표시는 무효가 된다(대판 1997.3.11. 96다49353).
- ③ 【X】 일반적으로 부정행위에 대한 고소·고발이나 언론에의 제보 등은 그것이 부정한 이익을 목적으로 하는 것이 아닌 때에는 정당한 권리행사가 되어 위법하다고 할 수 없으나, 부정한 이익의 취득을 목적으로 하거나 그 목적이 정당하다 하더라도 행위나 수단 등이 부당한 때에는 위법성이 있는 경우가 있을 수 있다(대판 1992.12.24. 92다25120). 대법원은 사안의 경우 위법성을 인정하지 아니한 바 있다.
- ④ 【○】 상대방 있는 의사표시를 제3자의 사기·강박으로 인해 한 때에는 상대방이 그 사실을 알거나 알 수 있었을 경우에 한하여 표의자가 그 의사표시를 취소할 수 있다(제110조 제2항). 다만, 상대방의 대리인등 상대방과 동일시 할 수 있는 자의 사기·강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 않는다(대판 1999.2.23. 98다60828). 결국 甲의 인식여부와 관계없이 乙은 계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 【○】 사기를 이유로 한 법률행위의 취소로써 대항할 수 없는 민법 제110조 제3항 소정의 제3자라 함은 사기에 의한 의사표시의 당사자 및 포괄승계인 이외의 자로서 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 법률원인으로써 이해관계를 맺은 자를 의미한다(대판 1997.12.26. 96다44860).

! 정답 ! ③

60 상대방 있는 의사표시의 효력발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 도달주의 원칙은 채권양도의 통지에도 적용된다.
- ② 표의자가 과실없이 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」의 공시송달 규정에 의하여 송달될 수 있다.
- ③ 상대방이 정당한 사유 없이 의사표시의 수령을 거절하더라도 상대방이 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생긴다.
- ④ 의사표시의 발송 후 도달 전에 표의자에 대한 성년후견이 개시되었다면 그 의사표시는 도달하더라도 효력을 발하지 못한다.
- ⑤ 제한능력자는 원칙적으로 의사표시의 수령무능력자이다.

해설

- ① 【○】 채권양도의 통지는 그 법적성질이 “관념의 통지”이다. 이러한 준법률행위에도 민법 제111조 의사표시의 효력발생시기를 적용할 수 있을지 문제되는데, 판례는 관념의 통지도 상대방에게 도달한 때 그 효력이 발생한다는 것을 명확히 하고 있다(대판 2005.6.23. 2004다29279).
- ② 【○】 의자가 과실없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다(제113조).
- ③ 【○】 제111조에서 상대방 있는 의사표시의 경우, 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 판례는 이때의 도달의 의미에 관하여 “도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는다. 그러므로 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대판 2008.6.12. 2008다19973).”고 판시하였다.
- ④ 【X】 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제111조 제2항). 따라서 옳지 않은 설명이다.
- ⑤ 【○】 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 의사표시자는 그 의사표시으로써 대항할 수 없다. 다만, 그 상대방의 법정대리인이 의사표시가 도달한 사실을 안 후에는 그러하지 아니하다(제112조).

| 정답 | ④

61 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 대법원규칙이 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 될 수 있다.
- ② 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.
- ③ 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다면, 그 후 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었더라도 법적 규범으로 효력이 유지된다.
- ④ 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 될 수 있다.
- ⑤ 지방자치단체가 제정한 조례가 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 될 수 있다.

해설

- ① 【○】 ② 【○】 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다(제1조). 이때 “법률”의 의미에 관하여 좁은 의미의 법률, 즉 국회에서 의결되어 대통령이 공포한 것(헌법 제 53조) 뿐만 아니라 명령·규칙·조약·자치법규 등을 포함한 개념으로 널리 성문법(제정법) 전반을 가리킨다. 따라서 대법원 규칙이라 하더라도 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 될 수 있다.
- ③ 【X】 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판[전] 2005.7.21. 2002다 1178).
- ④ 【○】 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 따라서 헌법상 절차에 따라 체결된 조약은 공포를 거쳐서 비로소 국내 법으로 수용, 국내법과 같은 효력을 가지게 된다.
- ⑤ 【○】 지방자치단체의 조례(헌법 117조1항) 등과 같은 성문법규에도 민사에 관한 내용을 포함하는 것이 있으므로 민사관계의 법원이 될 수 있다.

! 정답 ! ③

62 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 권리는 물건이다.
- ② 관리할 수 있는 전기는 동산이다.
- ③ 금전은 동산이다.
- ④ 신체로부터 분리된 머리카락은 동산이다.
- ⑤ 「입목에 관한 법률」에 따라 소유권보존등기를 한 수목의 집단인 입목은 토지와 별개의 부동산으로 본다.

해설

- ① 【X】 ② 【O】 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다(제98조). 물건은 권리(물권)의 객체를 말하는 것이고 권리 그 자체를 일컫는 것이 아니다.
- ③ 【O】 금전은 그 존재형태는 동산이지만, 그 물건 자체보다는 그것이 나타내는 가치에 중점을 두게되는 특수한 동산이다. 따라서, 금전은 물건으로서의 특성을 지니지 않는 추상적 가치 자체이므로 물권적 청구권을 인정할 여지가 없고, 일정한 가액을 청구할 수 있는 채권적 반환청구권만이 인정된다.
- ④ 【O】 물건은 관리가능성 (배타적 지배가능성)이 있고, 외계의 일부 (비인격성) 즉, 사람이 아닌 외계의 일 부여야 한다. 따라서 신체로부터 분리된 머리카락은 동산으로 볼 수 있다.
- ⑤ 【O】 수목의 경우 그 소유자가 입목에 관한 법률에 따라 소유권보존의 등기를 받은 경우에 한하여 토지와 분리된 부동산으로 볼 수 있다(입목에 관한 법률 제3조 제1항).

! 정답 ! ①

63 신의성실의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 강행법규에 위반한 법률행위를 한 자가 그 위반을 이유로 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 신의성실의 원칙에 반하지 아니한다.
- ② 해제권에도 실효의 원칙이 적용된다.
- ③ 계약자유 원칙은 신의성실의 원칙에 의하여 제한될 수 있다.
- ④ 계약의 무권대리인이 본인을 단독상속한 경우에 본인의 지위에서 자신이 한 무권대리행위의 추인을 거절하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의성실의 원칙에 반하지 아니한다.
- ⑤ 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자 명의로 명의신탁시킨 후 그 부동산에 대하여 강제집행을 하는 것은 신의성실의 원칙에 비추어 허용될 수 없다.

해설

- ① 【○】 강행규정에 위반되는 선행행위를 한 이후, 그 행위의 무효를 주장하는 경우, 신의칙의 적용으로 강행법규의 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과를 가져온다면 신의칙의 적용은 허용되지 않는다(대판 2021.11.25. 2019다277157).
- ② 【○】 원칙적으로 권리의 실효는 모든 권리에 적용이 있다. 따라서 소멸시효나 제척기간이 정하여진 권리는 물론 형성권인 해제권(대판 1994.11.25. 94다12234), 소송법상의 권리인 항소권(대판 1996.7.30. 94다51840)에 대하여도 실효의 원칙이 적용된다.
- ③ 【○】 사적 자치나 계약자유도 신의칙에 따라 제한될 수 있고, 구체적 사안에서 그 적용 범위가 문제될 뿐이다(대판[전] 2018.5.17. 2016다35833).
- ④ 【X】 무권대리인이 본인의 상속인 지위에서 추인거절권을 행사하는 것은 금반언의 원칙에 반한다(대판 1994.9.27. 94다20617).
- ⑤ 【○】 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하도록 한 다음 동 부동산에 대하여 강제집행을 하는 따위의 행위는 신의칙에 비추어 허용할 수 없다(대판 1981.7.7. 80다2064).

| 정답 | ④

64 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 소멸시효의 대상이 아니다.
- ② 미등기매수인이 목적 부동산을 인도받아 점유하고 있는 경우에 매수인의 소유권이전등기청구권은 소멸시효에 걸리지 아니한다.
- ③ 토지점유취득시효 완성자가 제3자에게 점유를 이전하였다면, 완성자가 그 점유를 상실한 때로부터 10년 동안 그의 소유권이전등기청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
- ④ 부동산 매매계약의 합의해제에 따른 물권적 청구권으로서의 매도인의 등기말소청구권은 소멸시효의 대상이 아니다.
- ⑤ 근저당권설정 약정에 의한 근저당권설정등기청구권은 그 피담보채권과는 별도로 소멸시효에 걸리지 아니한다.

해설

- ① 【○】 ④ 【○】 소유권은 그 절대성, 항구성의 성질에 따라 소멸시효에 걸리지 않는다. 따라서 소유권에 기한 물권적 청구권(제213조, 제214조)도 소멸시효에 걸리지 않는다(대판 1982.7.27. 80다2968). 그런데, 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구권의 법적성질은 말소등기청구권으로서 물권적청구권이다(대판 2013.2.28. 2010다89814). 따라서 소멸시효의 대상이 될 수 없다. 판례 역시 “매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복구하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968).”고 판시하였다.
- ② 【○】 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권이므로 10년의 소멸시효에 걸리지만 매수인이 매매목적물인 부동산을 인도받아 점유하고 있는 이상 매매대금의 지급 여부와는 관계 없이 그 소멸시효가 진행되지 아니한다고 할 것이다(대판1976.11.6. 76다148).
- ③ 【○】 점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니한다(대판[전] 1995.3.28. 93다47745). 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권에 대하여는 점유자가 그 점유를 계속하는 동안 소멸시효가 진행되지 않는 것이지만, 그 점유를 상실한 때부터 10년의 소멸시효가 걸린다(대판 1990.11.13. 90다카25352).
- ⑤ 【X】 근저당권설정 약정에 의한 근저당권설정등기청구권이 그 피담보채권이 될 채권과 별개로 소멸시효에 걸린다(대판 2004.2.13. 2002다7213). 다만, 근저당권설정등기청구의 소 제기를 하였다면 그 피담보채권이 될 채권이 법원에서 판단되기 때문에 그 피담보채권의 소멸시효는 중단된다.

! 정답 ! ⑤

65 소멸시효와 그 효과에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 정지조건부 권리는 그 조건이 미성취인 동안은 소멸시효가 진행하지 않는다.
- ② 채권의 시효가 완성된 경우 그 채권의 담보를 제공한 물상보증인은 소멸시효의 완성을 주장할 수 있다.
- ③ 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다.
- ④ 주채무자의 시효이익 포기는 보증인에게 효력이 미치지 아니한다.
- ⑤ 채무 이행을 청구할 수 있는 기간을 그 채무의 소멸시효기간보다 짧게 정하고 그 청구 기간이 경과하면 채무가 소멸하도록 하는 약정은 무효이다.

해설

- ① 【○】 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고, 여기서 권리를 행사할 수 있는 때라 함은 권리행사에 법률상의 장애가 없는 때를 말하므로, 정지조건부 권리에 있어서 조건 미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없어 소멸시효가 진행되지 아니한다(대판 2006.12.7. 2005다21029).
- ② 【○】 소멸시효 완성의 원용권자를 묻는 질문이다. 판례는 물상보증인에 관하여 “타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있다(대판 2004.1.16. 2003다30890)”고 보았다.
- ③ 【○】 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다(제166조 제2항).
- ④ 【○】 주채무자의 시효이익의 포기는 보증인에게는 효력이 없다(제433조).
- ⑤ 【X】 특정한 채무의 이행을 청구할 수 있는 기간을 제한하고 그 기간을 도과할 경우 채무가 소멸하도록 하는 약정은 민법 또는 상법에 의한 소멸시효기간을 단축하는 약정으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제184조 제2항에 의하여 유효하다(대판 2006.4.14. 2004다70253). 채무자에게 특별히 불리하지 않기 때문이다.

| 정답 | ⑤

66 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 시효의 완성을 주장하는 채무자가 원고가 되어 제기한 소에 대하여 채권자가 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 행사하여 시효중단을 주장하고 그것이 받아들여진 경우에 소멸시효가 중단된다.
- ② 피해자가 형사소송에서 한 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 따른 배상명령의 신청은 소멸시효 중단사유가 될 수 있다.
- ③ 특별한 사정이 없는 한 이미 소멸시효가 완성된 후에는 시효중단을 인정할 수 없다.
- ④ 시효중단을 위한 후소로서 전소의 승소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 재판상의 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 새로운 방식의 확인소송도 허용된다.
- ⑤ 채무자는 현존하지 아니하는 장래의 채권을 미리 승인할 수 있다.

해설

- ① 【○】 민법 제170조는 재판상청구를 소멸시효의 중단사유로 인정하는 바, 상대방이 제기한 소송에서 응소하여 자신의 권리를 주장하는 것도 재판상 청구에 해당하지 문제된다. 대법원은 “시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우에도 마찬가지로 이에 포함되는 것으로 해석함이 타당하다(대판[전] 1993.12.21. 92다47861).”고 인정하였다.
- ② 【○】 형사소송은 국가형벌권의 행사가 목적이므로 피해자가 가해자를 고소하였거나 형사재판절차가 개시되었다 하더라도 시효중단 되지 않는다. 다만, 「소송촉진 등에 관한 특례법」상 ‘배상명령신청’은 재판상 청구에 해당한다(대판 1999.3.12. 98다18124).
- ③ 【○】 소멸시효가 완성되면 당사자의 원용이 없이도 시효완성의 사실로써 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자가 그것을 포기하지 않고 실제 소송에서 시효소멸의 이익을 받았다고 주장하지 않은 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없는 효과가 발생할 뿐이다(대판 1979.2.13. 78다2157). 따라서 시효이익을 받을 채무자가 소멸시효가 완성된 후 시효중단 행위를 하더라도 이것이 소멸시효중단으로서의 효력이 발생하지는 않고, 시효이익의 포기로 인정될 뿐이다(대판 2013.2.28. 2011다21556).
- ④ 【○】 시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 재판상의 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 ‘새로운 방식의 확인소송’이 허용된다(대판[전] 2018.10.18. 2015다232316).
- ⑤ 【X】 소멸시효의 진행이 개시되기 전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지 않는다. 또한 장래의 채권은 미리 승인하는 것은 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고서 한 것이라고 볼 수 없어 허용되지 않는다(대판 2001.11.9. 2001다52568).

! 정답 ! ⑤

67 소멸시효기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 세무사의 직무에 관한 채권에는 3년의 단기시효기간이 적용된다.
- ② 리조트 객실 사용료를 월 단위로 지급하기로 약정한 경우에 그 리조트 사용료 채권에는 1년의 단기시효기간이 적용된다.
- ③ ‘채권 및 소유권’ 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
- ④ 파산절차에 의하여 확정된 채권으로 확정 당시에 변제기가 도래한 경우에는 그 채권이 단기소멸시효에 해당하는 것이라도 그 시효기간은 10년으로 한다.
- ⑤ 주채무와 보증채무 모두 단기소멸시효에 걸리는 경우, 판결로 확정되어 다시 진행되는 주채무의 시효기간이 10년으로 연장된다고 하더라도 보증채무의 시효기간까지 연장되는 것은 아니다.

해설

- ① 【X】 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효기간을 3년으로 정한 민법 제163조 제5호가 세무사 등 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여 유추적용되지 않는다(대판 2022.8.25. 2021다311111). 따라서 세무사 직무에 관한 채권은 원칙적으로 10년의 소멸시효기간이 적용되어야 할 것이다.
- ② 【O】 건설업을 하는 甲 주식회사가 공사에 투입한 인원이 공사 기간 중에 리조트의 객실과 식당을 사용한 데에 대한 사용료를 乙에게 매월 말 지급하기로 약정하였는데, 숙박료와 음식료로 구성되어 있는 위 리조트 사용료 채권의 소멸시효기간이 문제 된 사안에서, 甲 회사가 리조트 사용료를 월 단위로 지급하기로 약정하였더라도, 리조트 사용료 채권은 민법 제164조 제1호에 정한 ‘숙박료 및 음식료 채권’으로서 소멸시효기간은 1년이다(대판 2020.2.13. 2019다271012).
- ③ 【O】 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제162조 제2항).
- ④ 【O】 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다(제165조 제2항).
- ⑤ 【O】 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다(대판 2006.8.24. 2004다26287,26294).

! 정답 ! ①

68 민법상 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 나이의 계산에서 1세에 이르지 아니한 경우에는 월수(月數)로 표시할 수 있다.
- ② 기간의 말일이 토요일인 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.
- ③ 나이는 출생일을 산입하여 만(滿) 나이로 계산한다.
- ④ 정년이 60세라 함은 만 60세에 도달하는 날을 말한다.
- ⑤ 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에도 그 기간이 오전 0시부터 시작하는 경우에는 기간의 초일을 산입한다.

해설

- ① 【○】 ③ 【○】 나이는 출생일을 산입하여 만(滿) 나이로 계산하고, 연수(年數)로 표시한다. 다만, 1세에 이르지 아니한 경우에는 월수(月數)로 표시할 수 있다(제158조).
- ② 【X】 기간의 만료점에 관하여 민법은 “기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다(제159조).”고 규정하고 있다. 더불어 “기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다(제161조).”라고 한다. 여기서 “공휴일”은 「관공서의 공휴일에 관한 규정」(대통령령)으로 구체적으로 명시하고 있다. 따라서 기간의 말일이 토요일일 때에는 기간은 (공휴일이 아닌)월요일에 만료한다.
- ④ 【○】 정년이 60세라는 의미에 관하여 대법원은 만 60세에 도달하는 날을 말하는 것이지만 60세가 만료되는 날을 의미하는 것은 아니다(대판 1973.6.12. 71다2669).
- ⑤ 【○】 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다(제157조). 제157조 단서의 취지는 첫날이 24시간을 충족하므로 초일을 산입하지 않을 이유가 없기 때문이다.

! 정답 ! ②

69 주물과 종물에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 종물은 주물로부터 독립한 물건으로 동산이어야 한다.
- ② 주물, 종물의 이론은 물건 상호간에만 적용되고 권리 상호간에는 유추적용되지 아니한다.
- ③ 주물의 소유자의 상용에 제공되고 있으면 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건이라도 종물이다.
- ④ 주물을 점유에 의하여 시효취득한 때에는 그 효력은 점유하지 아니한 종물에 미치지 않는다.
- ⑤ 주물에 설정된 저당권의 효력은 다른 정함이 없으면 종물에 미치지 않는다

해설

- ① 【X】 종물은 주물로부터 독립된 물건이어야 한다. 주물의 일부이거나 구성부분을 이루는 것은 종물이 아니다. 한편, 종물은 독립한 물건이면 되므로 동산에 한하지 않는다(대판 1991.5.14. 91다2779).
- ② 【X】 민법 제100조 제2항은 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용된다. 다만, 어떤 권리를 다른 권리에 대하여 종된 권리라고 할 수 있으려면 종물과 마찬가지로 다른 권리의 경제적 효용에 이바지 하는 관계에 있어야 한다(대판 2014.6.12. 2012다92159·92166).
- ③ 【X】 어느 물건이 종물이기 위해서는 주물의 상용에 공하여야(이바지하여야) 한다. 이는 주물 자체의 경제적 효용을 높이는 작용을 하는 것을 의미한다. 따라서 주물의 소유자등의 사용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 관계없으면 종물이 아니다(대판 1985.3.26. 84다카269).
- ④ 【O】 종물은 주물의 처분에 따른다(제100조 제2항). 여기서 “처분”에는 점유에 의한 권리변동에 대하여는 적용되지 않는다. 따라서 주물에 대한 점유의 효력이 종물에도 미치는 것은 아니므로 주물의 점유로 취득한 시효취득의 효력은 실제로 점유하지 않은 종물에 미치지 않는다.
- ⑤ 【X】 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다(제358조). 종물에 미치지 않는다는 설명은 틀린 것이다.

! 정답 ! ④

70 강행규정과 임시규정에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 초일 불산입에 관한 규정은 임의규정이다.
- ② 사단법인 사원권의 양도·상속금지에 관한 규정은 강행규정이다.
- ③ 천연과실의 귀속에 관한 규정은 임의규정이다.
- ④ 신의성실의 원칙에 관한 규정은 강행규정이다.
- ⑤ 권리능력에 관한 규정은 강행규정이다.

해설

- ① 【○】 민법에서는 계약기간 계산 시 초일을 산입하지 않는 것을 원칙으로 한다(제157조). 그러나 '사적 자치'가 적용되는 계약에서는 이러한 민법상의 초일 불산입 원칙이 임의규정이므로 당사자 사이에서 초일을 넣어서 기간을 넣는 방식을 취할 수도 있다(대판 2004.6.11. 2003다1601).
- ② 【X】 "사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다"고 한 민법 제56조의 규정은 강행규정은 아니라고 할 것이므로, 정관에 의하여 이를 인정하고 있을 때에는 양도·상속이 허용된다(대판 1992.4.14. 91다26850).
- ③ 【○】 물건의 용법에 의하여 수취하는 산출물은 천연과실이다(제101조 제1항). 이는 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다(제102조 제1항). 판례는 특별한 사정이 없다면 천연과실의 수취권은 원물인 돼지의 사용수익권을 가지는 양도담보권설정자에게 있다고 하면서(대판 1996.9.10. 96다25463), 당사자의 의사에 의해 천연과실 귀속을 정할 수 있다고 하였다. 결국 제101조는 임의규정인 것이다.
- ④ 【○】 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1995.12.22. 94다42129).
- ⑤ 【○】 민법에서는 권리 주체의 '능력'에 대한 규정을 두고 있으며, 이는 모두 강행규정이요 당사자의 특약으로 달리 정할 수 없다.

! 정답 ! ②

71 조건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 조건부 법률행위에서 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다.
- ② 해제조건이 법률행위 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 법률행위는 무효로 한다.
- ③ 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우, 특별한 사정이 없으면 그 조건만 무효로 된다.
- ④ 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 담보로 할 수 있다.
- ⑤ 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다.

해설

- ① 【○】 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반한 것인 때 그 조건을 불법조건이라고 하고, 불법조건이 붙은 법률행위는 불법조건만 무효가 되는 것이 아니라 법률행위 자체가 무효가 된다(대판 1966. 6.21. 66다530).
- ② 【○】 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제2항).
- ③ 【X】 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8. 자 2005마541).
- ④ 【○】 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다(제149조).
- ⑤ 【○】 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다(제150조 제1항).

! 정답 ! ③

72 기한에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 기한은 법률행위 효력의 발생이나 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성립 여부에 의존하게 하는 법률행위의 부관이다.
- ② 중기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 생긴다.
- ③ 기한은 원칙적으로 채권자의 이익을 위한 것으로 추정한다.
- ④ 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실의 발생이 불가능하게 되었다면 기한은 도래하지 않은 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 기한이익 상실의 특약은 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정된다.

해설

- ① 【X】 조건은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존하게 하는 법률행위의 부관이다. 반면 장래의 사실이라도 그것이 장래 반드시 실현되는 사실이면 실현되는 시기가 비록 확정되지 않더라도 이는 기한으로 보아야 한다(대판 2018.6.28. 2018다201702). 기한은 “확실한 사실”의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관이므로 틀린 설명이다.
- ② 【X】 중기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 ‘잃는다’(제152조).
- ③ 【X】 기한은 ‘채무자의 이익’을 위한 것으로 추정한다(제153조).
- ④ 【X】 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한이 도래한 것으로 보아야 한다는 것이 판례의 일관된 태도이다(대판 2007.5.10. 2005다67353).
- ⑤ 【○】 기한이익 상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익 상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대판 2002.9.4. 2002다28340).

! 정답 ! ⑤

73 복대리에 관한 설명으로 옳은 것은?

- ① 복대리인은 그 권한 내에서 대리인을 대리한다.
- ② 대리인의 대리권이 소멸하더라도 복대리인의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ③ 복대리인의 선임으로 대리인의 대리권은 소멸한다.
- ④ 복대리인은 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.
- ⑤ 임의대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 않은 경우, 본인이 복대리 금지의 의사를 명시하지 않았다면 복대리인의 선임에 관하여 본인의 묵시적인 승낙이 있는 것으로 볼 수는 없다.

해설

- ① 【X】 ④ 【○】 복대리인은 그 권한내에서 '본인'을 대리한다(제123조 제1항). 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다(동조 제2항).
- ② 【X】 복대리권은 대리권의 일반적 소멸원인(본인의 사망, 대리인의 사망이나 성년후견의 개시 또는 파산 ; 제 127조), 원인된 법률관계의 종료(제128조 전단), 복임행위에 대한 대리인의 철회(제128조 후단) 등에 의하여 소멸한다. 대리권이 소멸하면 복대리권도 당연히 소멸하게 되는 것이다.
- ③ 【X】 대리인이 복대리인을 선임하더라도 대리인의 대리권은 소멸하는 것이 아니라 존속한다. 따라서 본인, 대리인, 복대리인 3자의 행위가 경합할 수도 있는 것이다.
- ⑤ 【X】 대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리 금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다(대판 1996.1.26. 94다30690). 다만, 판례는 오피스텔 분양업무와 같이 대리인의 능력에 따라 결과가 달라지는 사무처리를 위임한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 묵시적 승낙이 있었다고 볼 수 없다고 보았다.

! 정답 ! ④

74 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 대리인이 한 입찰은 무효이다.
- ② 피성년후견인이 아닌 자가 대리인으로 된 후 그에 대해 성년후견이 개시된 경우, 그의 대리권은 소멸되지 않는다.
- ③ 특정한 법률행위를 위임받은 임의대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다.
- ④ 법정대리인이 부득이한 사유로 복대리인을 선임한 때에는 본인에 대하여 그 선임감독에 관한 책임만 있다.
- ⑤ 임의대리권의 범위는 원칙적으로 수권행위에 의해 정해진다.

해설

- ① 【○】 민법 제124조는 "대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률 행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다."고 규정하고 있으므로 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다(대결 2004.2.13. 자 2003마44).
- ② 【X】 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산이 있는 경우 대리권은 소멸된다(제127조). 따라서 설문의 경우 대리권은 소멸되므로 틀린 지문이다.
- ③ 【○】 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다(제116조 제2항).
- ④ 【○】 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다. 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 그 선임감독에 관한 책임만 있다.
- ⑤ 【○】 임의대리는 대리권 수여행위(수권행위)에 의하여 발생하므로, 그 범위도 수권행위에 의하여 정해진다. 따라서 그 범위가 명확하지 않는다면 법률행위의 해석방법에 의해 범위를 정하여야 한다.

! 정답 ! ②

75 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 표현대리가 성립되더라도 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니다.
- ② 강행법규에 위반되어 무효인 대리행위에도 표현대리의 법리가 적용된다.
- ③ 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.
- ④ 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.
- ⑤ 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함의 사용을 본인이 승낙한 경우에도 민법 제125조의 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수 있다.

해설

- ① 【○】 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니다(대판[전] 1983.12.13. 83다카1489).
- ② 【X】 표현대리는 대리행위가 유효한 경우에 성립하기 때문에, 강행법규 위반으로 무효인 경우에는 성립할 수 없다. 대법원 역시 “강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이더라도 표현대리 법리가 적용될 여지는 없다(대판 2016.5.12. 2013다49381)”고 판시한 바 있다..
- ③ 【○】 민법 제129조의 대리권 소멸 후의 표현대리로 인정되는 경우에, 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조의 표현대리가 성립될 수 있다(대판 1979.3.27. 79다234).
- ④ 【○】 대리인이 대리권 소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1998.5.29. 97다55317).
- ⑤ 【○】 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우도 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수 있다 (대판 1998.6.12. 97다53762).

! 정답 ! ②

76 甲은 토지거래허가구역 내에 있는 자신의 X토지에 관하여 관할관청의 거래허가를 받을 것을 전제로 乙과 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 甲과 乙이 거래허가를 받으면 허가 후에 새로이 매매계약을 체결할 필요는 없다.
- ㄴ. 만약 甲과 乙이 모두 허가신청 협력의무의 이행 거절 의사를 명백히 표시하였다면, 위 매매계약은 확정적으로 무효가 된다.
- ㄷ. 만약 위 매매계약이 정지조건부 계약으로서 그 정지조건이 거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면, 위 매매계약은 확정적으로 무효가 된다.

- ① ㄱ ② ㄷ ③ ㄱ, ㄴ ④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【○】 토지거래허가구역 내의 토지를 대상으로 관할관청의 거래허가를 전제로 매매계약을 체결하였다면 그 매매계약의 효과는 유동적무효이다. 판례는 이러한 경우 “국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래계약 허가구역 내의 토지에 관한 매매계약에서 그 허가가 있기 전에는 채권계약 자체도 무효이지만, 허가를 받을 것을 전제로 한 계약은 유동적무효로 보아 후에 허가가 있으면 소급적으로 유효한 계약이 된다(대판[전] 1991.12.24. 90다12243).”라고 하였다. 결국 허가가 있으면 소급적으로 유효한 계약이 되므로 별도의 매매계약을 새로 체결할 필요는 없다.
- ㄴ. 【○】 관할관청의 불허가처분이 있을 때 뿐만 아니라 당사자가 허가신청협력의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우(대판 2010.8.19. 2010다31860 ; 일방, 쌍방 모두) 그 매매계약은 확정적으로 무효가 된다.
- ㄷ. 【○】 토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부 계약인 경우에 있어서 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면 장차 토지거래허가를 받는다고 하더라도 그 거래계약의 효력이 발생될 여지는 없게 되었다고 할 것이므로, 이와 같은 경우에도 또한 허가 전 거래계약의 유동적 무효 상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다(대판 1998.3.27. 97다36996).

| 정답 | ⑤

77 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 특별한 사정이 없는 한 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다.
- ② 제한능력을 이유로 법률행위가 취소된 경우, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위를 유효하게 추인한 후에는 취소하지 못한다.
- ④ 제한능력을 이유로 취소할 수 있는 법률행위에 대한 법정대리인의 추인은 그 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다.
- ⑤ 강박에 의한 의사표시에 대한 취소권의 행사기간은 제척기간이다.

해설

- ① 【○】 ② 【○】 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다(제141조).
- ③ 【○】 취소할 수 있는 법률행위는 제140조에 규정한 자가 추인할 수 있고 추인후에는 취소하지 못한다(제143조 제1항).
- ④ 【X】 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다. 다만 법정대리인 또는 후견인이 추인하는 경우에는 그렇지 아니하다(제144조). 따라서 취소원인 소멸 후에 대리인의 취소권행사가 가능하다는 설문의 설명은 옳지 않다.
- ⑤ 【○】 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 이내, 법률행위를 한 날로부터 10년 이내에 행사해야 하고, 이 기간은 제척기간이다(제146조).

| 정답 | ④

78 무권대리로 성립한 계약의 추인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 상대방이 유효한 철회를 한 후에도 본인은 무권대리행위를 추인할 수 있다.
- ② 의사표시의 일부에 대한 추인은 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다.
- ③ 본인이 추인을 거절한 후에는 다시 추인할 수 없다.
- ④ 추인은 단독행위로서 묵시적으로도 할 수 있다.
- ⑤ 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생기나, 제3자의 권리를 해하지 못한다.

해설

- ① 【X】 제134조에서 정한 상대방의 철회권은, 무권대리행위가 본인의 추인에 따라 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서, 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다(대판 2017.6.29. 2017다213838).
- ② 【O】 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승락을 요하지 않는 단독행위로서 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549).
- ③ 【O】 일단 추인거절의 의사표시가 있는 이상 그 무권대리행위는 확정적으로 무효로 귀착되므로 그 후에 다시 이를 추인할 수는 없다 할 것이다(대판 2008.8.21. 2007다79480).
- ④ 【O】 추인은 무권대표행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이든 묵시적이든 묻지 않는다(대판 2010.12.23. 2009다37718). 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 한다.
- ⑤ 【O】 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다(제133조).

! 정답 ! ①

79 법률행위의 확정적 무효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?

- ① 무효인 법률행위는 그 법률행위가 성립한 때부터 당연히 효력이 발생하지 않는다.
- ② 무효인 법률행위의 추인은 그 무효 원인이 소멸한 후에 하여야 효력이 있다.
- ③ 무효인 법률행위의 추인은 당사자가 무효임을 알고 하여야 한다.
- ④ 법률행위의 일부무효에 관한 민법 제137조는 임의규정이다.
- ⑤ 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에는 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 없다.

해설

- ① 【○】 무효인 법률행위는 처음부터 효력이 없는 것으로 본다(대판 2024.6.17. 2020다291531).
- ② 【○】 ③ 【○】 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다(제139조). 무효행위의 추인은 그 무효 원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있다(대판 1997.12.12. 95다38240).
- ④ 【○】 민법 제137조는 임의규정으로서 의사자치의 원칙이 지배하는 영역에서 적용된다고 할 것이다(대판 2004.6.25. 2004다2199).
- ⑤ 【X】 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용되어 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립할 수 있다(대판 2010.7.15. 2009다50308).

| 정답 | ⑤

80 대리에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 본인의 허락이 있으면 쌍방대리도 할 수 있다.
- ㄴ. 쌍방대리라 할지라도 새로운 이해관계를 생기게 하지 않는 채무의 이행은 할 수 있다.
- ㄷ. 민법 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임이다.

- ① ㄱ ② ㄷ ③ ㄱ, ㄴ ④ ㄴ, ㄷ ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ

해설

- ㄱ. 【○】 ㄴ. 【○】 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다(제124조). 따라서 본인의 허락이 있으면 쌍방대리가 가능하며, 이미 발생하여 새로운 이해관계를 생기게 하지 않는 채무의 이행도 자유롭게 할 수 있다.
- ㄷ. 【○】 제135조 제1항 규정에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니다(대판 2014.2.27. 2013다213038).

| 정답 | ⑤