

2024년(제61)회 변리사 1차 민법개론 해설

변리사스쿨 포인트민법 류호권

※ 포인트민법, 포인트민법 객관식 모두 24년대비판 기준으로 쪽수를 표시하였습니다. 기본적인 지문들은 객관식이나 모의고사 등의 쪽수는 표시하지 않고 포인트민법의 쪽수만 표시하였고, 출제자가 변별력을 가리기 위해 힘을 주었다고 생각되는 지문들은 객관식이나 모의고사, 최신판례자료의 쪽수까지 모두 표시하였습니다.

< 민 법 총 칙 >

【1번】 ①

① (X) : 물상보증인은 채권자가 아니라 채무자를 위해 자기 소유의 부동산을 담보로 제공하는 사람이다. 물상보증인은 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 잃게 되면 채무자에 대한 구상권을 행사할 수 있다. 보증제도는 본질적으로 주채무자의 무자력에 따른 채권자의 위험을 인수하는 것이다. 이러한 사정을 고려하면 물상보증인이 주채무자의 자력에 대하여 조사한 다음 계약을 체결할 것인지 여부를 스스로 결정해야 하고, 채권자가 물상보증인에게 주채무자의 신용 상태를 고지할 신의칙상 의무는 존재하지 않는다(대판 2020. 10. 15, 2017다254051).
⇒ 『포인트민법 객관식』 p.987. [보충지문].

② (O) : 병원은 병실의 출입자를 통제·감독하다가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다(대판 2003. 4. 11, 2002다63275). ⇒ 『포인트민법』 p.545.

③ (O) : 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관의 객실 및 관련시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 불완전 이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다(대판 1994. 1. 28, 93다43590). ⇒ 『포인트민법』 p.544.

④ (O) : 민법상 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범을 말하는 것인바, 사적자치의 영역을 넘어 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 사안에서는 원칙적으로 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 비로소 적용된다고 봄이 상당하다(대판 2021. 6. 10, 2021다207489, 207496).

⑤ (O) : 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1989. 9. 29, 88다카17181). ⇒ 『포인트민법』 p.25.

<Comment(난이도 중)> ①번 지문과 ④번 지문이 생소한 수험생이 있었을 것 같다. 그도 그럴만한 것이 둘 다 비교적 최신판례인데 이 판례들이 나올 당시 공보불게재(미간행) 판례

였다. 이제는 출제자가 변별력을 위해서 공보불게재(미간행) 판례까지 출제한다는 점은 인식하고 있어야 할 것 같다. 물론 그렇다고 해서 공보불게재(미간행) 판례까지 찾아서 빠짐없이 보고 가야한다는 의미는 절대 아니다. ①번 지문의 경우는 2023년 법원행시에 먼저 출제되어 포인트 객관식 문제집에는 [보충지문]으로 넣어두었던 것인데 이번에 출제되었다. 강의 때 타 시험에 기출된 최신 판례는 신경을 좀 쓰시라고 말씀드린 바 있다. ④번 지문은 사실 해당 판례를 본 적이 없어도 신의칙은 사적자치 원칙을 수정하는 면이 있고, 구체적 타당성을 확보해주는 기능을 한다는 이론을 가지고 해결할 수 있는 지문이었다는 점에서 생소한 지문을 만들기 위해 공보불게재(미간행) 판례까지 뒤져가며 출제한 출제자의 의도를 읽을 수 있다. 결국 이 문제는 『포인트민법 객관식』의 [보충지문]까지 꼼꼼하게 확인하여 ①번 지문을 알고 있었던 수험생들은 쉽게 정답을 맞출 수 있었을 것이고, 설령 ①번 지문을 본 적이 없는 수험생도 나머지 지문들이 모두 맞는 지문이므로 ①번 지문을 정답으로 골라낼 수 있었으리라 생각된다.

【2번】 ③

ㄱ. (×), ㄴ. (○) : [1] 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 하는데, 민법 제62조에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조를 위반한 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다. [2] 민법 제35조 제1항은 “법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”라고 정한다. 여기서 ‘법인의 대표자’에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석함이 상당하다. 그리고 이러한 법리는 주택조합과 같은 비법인사단에도 마찬가지로 적용된다 ㉠ 갑 주택조합의 대표자가 을에게 대표자의 모든 권한을 포괄적으로 위임하여 을이 그 조합의 사무를 집행하던 중 불법행위로 타인에게 손해를 발생시킨 데 대하여 불법행위 피해자가 갑 주택조합을 상대로 민법 제35조에서 정한 법인의 불법행위책임에 따른 손해배상청구를 한 사안에서...중략...을은 갑 주택조합을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람으로서 민법 제35조에서 정한 ‘대표자’에 해당한다고 보아야 함에도, 을이 갑 주택조합의 적법한 대표자 또는 대표기관이라고 볼 수 없다는 이유로 갑 주택조합에 대한 법인의 불법행위에 따른 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례(대판 2011. 4. 28, 2008다15438). ⇒ 『포인트민법』 p.83.

ㄷ. (×) : 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상 의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 직무에 관한 것이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다(대판 2004. 2. 27, 2003다15280). ⇒ 『포인트민법』 p.74.

ㄹ. (○) : 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고, 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다(대판 2003. 4. 11, 2002다70044).

<Comment(난이도 하)> 반복하여 출제되는 중요한 판례들로 구성된 문제이므로 반드시 맞

주어야 하는 문제였다. ㄴ지문은 상법에서 더 많이 언급되고 민법교재에는 잘 언급되지 않는 판례여서 생소하게 느껴졌을 수 있지만, 판례의 내용 자체가 너무나 당연한 것이어서 전혀 문제가 되지 않았을 것이다. 그리고 설령 ㄴ지문의 OX 판정을 유보하더라도 나머지 지문만 정확하게 알면 정답을 고를 수 있는 문제였다. 출제자가 이렇게 경계가 애매한 지문을 출제할 때에는 그 지문은 정답과 관련이 없는 경우가 많다.

【3번】④

ㄱ. (X) : 의사무능력자가 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 자신 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 후, 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반하는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다(대판 2006. 9. 22, 2004다51627). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.55. [보충지문]

ㄴ. (○), ㄷ. (○) : 무능력자의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이나, 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다(대판 2009. 1. 15, 2008다58367). ☞ 의사무능력자가 자신이 소유하는 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 금원을 대출받아 이를 제3자에게 대여한 사안에서, 대출로써 받은 이익이 위 제3자에 대한 대여금채권 또는 부당이득반환채권의 형태로 현존하므로, 금융기관은 대출거래약정 등의 무효에 따른 원상회복으로서 위 대출금 자체의 반환을 구할 수는 없더라도 현존 이익인 위 채권의 양도를 구할 수 있다고 본 사례. 나아가 이 판결은 【이유】부분에서 공평의 관념과 신의칙에 비추어 볼 때 원고의 위 채권 양도 의무와 피고 조합의 이 사건 근저당권설정등기말소 의무는 동시이행관계에 있다고 보아야 할 것이라고 하였다. ⇒ 『포인트민법』 p.192, 『포인트민법 객관식』 p.293. [42].

[참고판례] 동시이행의 항변권을 규정한 민법 536조의 취지는 공평관념과 신의칙에 합당하기 때문이며 동조가 동법 549조에 의하여 계약해제의 경우 각 당사자의 원상회복의무이행에 준용되고 있는 점을 생각할 때 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우에도 동시이행관계가 있다고 보아 민법 536조를 준용함이 옳다(대판 1976. 4. 27, 75다1241). ⇒ 『포인트민법』 p.757.

<Comment(난이도 상)> ㄴ지문은 기본서 및 포인트객관식에 소개되어 있고 강의에서도 강조한 부분이어서 어렵지 않았을 것이다. ㄱ지문은 출제의 근거인 2004다51627 판결이 기본서에서는 잘 소개되지 않는 판례여서 생소하게 느꼈을 수 있는데, 2022년 법원행시에 출제된 바 있고 『포인트민법 객관식』에 [보충지문]으로 넣어두었던 판례이다. 그리고 설령 이 [보충지문]까지 꼼꼼하게 보지 못하였다 하더라도, 익히 알고 있는 “강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다는 2003다19961 판결과 같은 취지의 판결이므로 이 판결을 떠올려서 충분히 풀 수 있는 지문이었다고 생각된다. 문제는 ㄷ지문이었다. 보통 판례를 검색할 때 「종합법률정보」 홈페이지를 주로 이용할텐데, 검색을 해보면 판례는 【판시사항】, 【판결요지】, 【참조조문】,

【참조판례】，【전문】으로 구성되어 있고, 이 중 【전문】은 다시 【주문】과 【이유】로 구성되어 있음을 알 수 있다. 우리가 기본서 등에서 “판례”라고 공부하는 부분은 【판시사항】과 【판결요지】이다. 그런데 ㄷ.지문은 【판시사항】과 【판결요지】가 아니라 【이유】 부분에만 서술되어 있는 내용으로서 아마 90점 이상 고득점한 수험생들도 이 ㄷ.지문은 시험장에서 생전 처음 만나는 지문이었을 것이다. 그런데 우리가 알아야 할 것은 이런 지문을 출제한 출제자의 의도가 수험생들에게 【이유】 부분까지 다 보라는 것은 절대 아니라는 점이다. 즉 ㄷ.지문은 의사무능력으로 대출거래약정 등이 무효로 되어 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 상황으로 “쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우에도 동시 이행관계가 있다”는 위 [참고판례]를 떠올려서 문제를 풀라는 것이 출제자의 의도로 보인다. 과연 시험장에서 이러한 출제자의 의도까지 파악해서 정답을 맞춘 수험생이 얼마나 있을까 생각해 보면 이 문제가 올해 문제 중에서 가장 어려웠던 문제 중 하나였다고 생각된다. 이런 수준의 문제는 틀려도 합격하는 데에는 지장이 없고 다만 맞추면 다른 과목의 부족한 점수까지 메워줄 수 있는, 속된 말로 민법 하드캐리를 가능하게 해주는 문제 정도로 생각하면 되겠다.

【4번】 ⑤

① (×) : 횃집으로 사용할 점포 건물에 거의 붙여서 횃감용 생선을 보관하기 위하여 즉 위 점포 건물의 상용에 공하기 위하여 신축한 수족관 건물은 위 점포 건물의 종물이라고 해석할 것이다(대판 1993. 2. 12, 92도3234).  종물은 부동산, 동산을 가리지 않는다. ⇒ 『포인트민법』 p.93.

② (×) : 점유에 기한 권리변동에 대해서는 제100조 제2항이 적용되지 않는다. 예컨대 점유로 인한 주물 시효취득의 효력은 점유하지 않은 종물에는 미치지 않는다. 참고로 유치권, 질권의 경우에도 주물만을 점유한 경우 종물에는 권리가 인정되지 않는다고 한다.

③ (×) : 민법 제100조 제2항의 종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용되고, 위 규정에서의 처분은 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야 하는 점, 저당권의 효력이 종물에 대하여도 미친다는 민법 제358조 본문 규정은 같은 법 제100조 제2항과 이론적 기초를 같이하는 점, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제1항, 제2항에 의하면 구분건물의 대지사용권은 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다(대판 2006. 10. 26, 2006다29020).

④ (×) : 종물은 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 상용에 이바지한다 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서 주물의 소유자나 이용자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(대판 1997. 10. 10, 97다3750). ⇒ 『포인트민법』 p.93.

⑤ (○) : 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 양도되지는 않는다(대판 1989. 3. 28, 88다카12803). ⇒ 『포인트민법』 p.556.

<Comment(난이도 하)> ②번 지문은 판례가 없는 이론문제이고 ③번 지문은 집합건물법에

관한 판례여서 ②번, ③번 지문이 조금 낯설었을 수 있지만 정답지문이 너무 확실하여 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【5번】 ①

ㄱ. (○) : 2중 매매를 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위하여서는 양수인이 2중 양도 사실을 알았다는 사실만으로는 부족하고 양도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 양도가 이루어져야 한다(대판 1995. 2. 10, 94다2534). ⇒ 『포인트민법』 p.122.

ㄴ. (×) : 소외인으로부터 피고에게 소유권이전등기가 경료된 것이 원고에 대한 배임행위로서 반사회적 법률행위에 의한 것이라면 원고는 소외인을 대위하여 피고 앞으로 경료된 등기의 말소를 구할 수 있다(대판 1980. 5. 27, 80다565). ⇒ 『포인트민법』 p.122.

ㄷ. (×) : 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리로서, 특정물 채권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다(대판 1995. 2. 10, 94다2534). ⇒ 『포인트민법』 p.122.

ㄹ. (×) : 부동산의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없는 것이다(대판 2008. 3. 27, 2007다82875). ⇒ 『포인트민법』 p.123.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 이중매매 사례로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【6번】 ②

① (○) : 상대방있는 의사표시에 관하여 제삼자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다(민법 제110조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.141.

② (×) : 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). ⇒ 『포인트민법』 p.806.

③ (○) : 채무불이행은 계약의 유효를 전제로 한다. 계약이 무효인 경우에는 부당이득반환을 청구할 수 있음은 별론으로 하고 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수는 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.774, 『포인트민법 객관식』 p.300. [58] ④

<참고판례> 제3자를 위한 계약은 그 성질상 낙약자의 행위 자체가 불법행위가 되거나 약속이 무효인 경우에는 제3자는 특별한 사정이 없는 한 위 불법행위나 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구는 할 수 없다(대판 1966. 6. 21, 66다674).

④ (○) : 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구되므로, 전문건설공제조합이 계약보증서를 발급하면서 조합원이 수급할 공사의 실제 도급금액을 확인하지 아니한 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 전문건설공제조합이 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다(대판 1997. 8. 22, 97다13023). ⇨ 따라서 취소한 표의자에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.139.

⑤ (○) : 민법 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에

는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있는데, 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 2014. 11. 27, 2013다49794). ⇒ 『포인트민법』 p.138.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【7번】 ③

① (○) : 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다(민법 제111조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.145.

② (○) : 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(민법 제111조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.145.

③ (×) : 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 의사표시자는 그 의사표시로써 대항할 수 없다(민법 제112조). ⇒ 『포인트민법』 p.145.

④ (○) : 상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부함으로써 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태의 형성을 방해한 경우 그러한 상태가 형성되지 아니하였다는 사정만으로 발송인의 의사표시의 효력을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 부당한 수취 거부가 없었더라면 상대방이 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다(대판 2020. 8. 20, 2019두34630). ⇒ 『포인트민법』 p.146.

⑤ (○) : 채권양도의 통지서가 들어 있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있는 통지인인 채권자가 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 우편물의 내용이 무엇인지를 그 가정부가 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없었던 이상 그 채권양도의 통지는 사회관념상 채무자가 그 통지내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 것이라고 볼 수 없으므로 그 통지는 피고에게 도달되었다고 볼 수 없을 것이다(대판 1983. 8. 23, 82다카439). ⇒ 『포인트민법』 p.145.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【8번】 ①

① (×), ② (○) : 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다. 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 전조 제1항에 정한 책임(선임감독에 관한 책임)만이 있다(민법 제122조). ⇒ 『포인트민법』 p.160.

③ (○) : 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다(민법 제120조). ⇒ 『포인트민법』 p.159.

④ (○) : 전조의 규정에 의하여 대리인이 복대리인을 선임한 때에는 본인에게 대하여 그 선임감독에 관한 책임이 있다(민법 제121조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.159.

⑤ (○) : 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). ⇒ 『포인트민법』 p.159.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문

제였다.

【9번】 ⑤

① (○) : i) 본인의 적법한 추인이 있으면 처음부터 유권대리였던 것과 마찬가지로 다루어지므로 법률행위의 효과는 대리인이 아니라 본인에게 귀속된다(민법 제114조). 따라서 상대방은 무권대리인에게 계약상의 책임을 물을 수 없다. ii) 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제135조 제1항). 따라서 본인의 추인을 받은 경우에는 상대방은 무권대리인에게 민법 제135조의 책임(무권대리인의 책임)을 물을 수 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.171, 173.

② (○) : 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). 여기서 철회는 상대방이 계약당시 선의인 경우에 한하여 할 수 있다(민법 제134조). ⇒ 『포인트민법』 p.171, 172.

③ (○) : 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제135조 제1항). 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다(민법 제135조 제2항). 그리고 이러한 무권대리인의 책임은 무과실책임이다(2013다213038). ⇒ 『포인트민법』 p.173.

④ (○) : 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제135조 제1항). 이때 상대방이 계약의 이행을 선택한 경우 무권대리인은 계약이 본인에게 효력이 발생하였더라면 본인이 상대방에게 부담하였을 것과 같은 내용의 채무를 이행할 책임이 있다. 무권대리인은 마치 자신이 계약의 당사자가 된 것처럼 계약에서 정한 채무를 이행할 책임을 지는 것이다. 무권대리인이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 상대방에게 채무불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 진다. 위 계약에서 채무불이행에 대비하여 손해배상액의 예정에 관한 조항을 둔 때에는 특별한 사정이 없는 한 무권대리인은 조항에서 정한 바에 따라 산정한 손해액을 지급하여야 한다. 이 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조가 적용되는 물론이다(대판 2018. 6. 28, 2018다210775). ⇒ 『포인트민법』 p.173.

⑤ (×) : 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). ⇒ 『포인트민법』 p.170.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【10번】 ④

① (×) : 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사 표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(민법 제140조). 그리고 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의를 사유로

들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다(대판 2007. 11. 16, 2005다 71659, 71666, 71673). ⇒ 『포인트민법』 p.190, p.28.

② (×) : 계약을 체결할 수 있는 권한만을 가진 임의대리인이 법률행위를 취소하려면 본인의 특별수권이 필요하다. ⇒ 『포인트민법』 p.156, p.190.

③ (×) : 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다(민법 제117조). 따라서 본인은 대리인의 제한능력을 이유로 대리행위를 취소할 수 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.157.

④ (○) : 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사 표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(민법 제140조). 여기서 승계인에는 포괄승계인 뿐만아니라 특정승계인도 포함된다. 지문에서 “건물양수인”은 특정승계인으로서 취소권자에 포함된다. ⇒ 『포인트민법』 p.190.

⑤ (×) : 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 전조의 규정에 의하여 추인할 수 있는 후에 다음 각호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다. 1. 전부나 일부의 이행(민법 제145조). 지문에서 미성년자가 성년자가 되어 이의없이 결제한 것은 민법 제145조 제1호의 “이행”에 해당하므로 법정추인이 되어 더 이상 취소할 수 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.194.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 이론 및 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【11번】 ③

① (×) : 허가받을 것을 전제로 한 거래계약은 허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않으므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없으나 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효화되므로 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다(대판(전합) 1991. 12. 24, 90다12243). 지문에서 허가가 있을 것을 조건으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 부분에 있어서는 위의 법리와 같이 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없는 것이므로 원심이 이 부분 청구까지도 인용한 것은 같은 법상의 토지거래허가와 거래계약의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 하여 이를 파기한 사례. ⇒ 『포인트민법』 p.186.

② (×) : 국토이용관리법상 규제지역 내 토지의 매매계약이 관할관청으로부터 토지거래허가를 아직 받지 못하였다면, 그 계약내용 대로의 효력이 있을 수 없는 것이어서 당사자는 그 계약 내용에 따른 의무를 부담하지 아니하므로 매매계약내용에 따른 채무불이행을 이유로 하여 계약을 해제할 수 없다(대판 1995. 1. 24, 93다25875). ⇒ 『포인트민법』 p.186.

③ (○) : 거래계약이 확정적으로 무효가 된 경우에는 거래계약이 확정적으로 무효로 됨에 있어서 귀책사유가 있는 자라고 하더라도 그 계약의 무효를 주장할 수 있다(대판 1997. 7. 25, 97다4357, 4364). ⇒ 『포인트민법』 p.187.

④ (×) : 국토이용관리법상 거래허가를 받지 아니하고 계약당사자의 표시와 불일치한 의사(비진의표시, 허위표시 또는 착오) 또는 사기, 강박과 같은 하자 있는 의사에 의하여 토지거래 등이 이루어진 경우에 있어서, 이들 사유에 기하여 그 거래의 무효 또는 취소를 주장할 수 있는 당사자는 그러한 거래허가를 신청하기 전 단계에서 이러한 사유를 주장하여 거래허가 신청절차에 거절의사를 일방적으로 명백히 함으로써 그 계약을 확정적으로 무효화시키고 자신의 거래허가절차에 협력할 의무를 면함은 물론 기왕에 지급된 계약금 등의 반환도 구할 수 있다(대판 1996. 11. 8, 96다35309). ⇒ 『포인트민법』 p.187.

⑤ (×) : 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이

루는 계약이 무효이거나 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다(대판 2010. 8. 19, 2010다31860,31877). ⇒ 『포인트민법』 p.771.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【12번】 ③

① (○) : 최고는 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(민법 제174조). ⇒ 『포인트민법』 p.237.

② (○) : 민사소송법 제265조에 의하면, 시효중단사유 중 하나인 ‘재판상의 청구’(민법 제168조 제1호, 제170조)는 소를 제기한 때 시효중단의 효력이 발생한다. 이는 소장 송달 등으로 채무자가 소 제기 사실을 알기 전에 시효중단의 효력을 인정한 것이다. 가압류에 관해서도 위 민사소송법 규정을 유추적용하여 ‘재판상의 청구’와 유사하게 가압류를 신청한 때 시효중단의 효력이 생긴다고 보아야 한다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다35451). ⇒ 『포인트민법』 p.241.

[참조조문] 시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 제260조제2항·제262조제2항 또는 제264조제2항의 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다(민사소송법 제265조). ⇒ 『포인트민법』 p.236.

③ (×) : 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구란, 통상적으로는 권리자가 원고로서 시효를 주장하는 자를 피고로 하여 소송물인 권리를 소의 형식으로 주장하는 경우를 가리키나, 이와 반대로 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 이에 포함되고, 위와 같은 응소행위로 인한 시효중단의 효력은 피고가 현실적으로 권리를 행사하여 응소한 때에 발생하지만, 권리자인 피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에는 민법 제170조 제2항을 유추적용하여 그때부터 6월 이내에 재판상의 청구 등 다른 시효중단조치를 취한 경우에 한하여 응소 시에 소급하여 시효중단의 효력이 있다고 보아야 한다(대판 2012. 1. 12, 2011다78606). ⇒ 『포인트민법』 p.233.

④ (○) : 비록 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상의 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상의 청구에 해당한다(대판 2005. 11. 10, 2005다41818). 그리고 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없지만 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조). ⇒ 『포인트민법』 p.235, p.231.

⑤ (○) : 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인의 소유 부동산이 압류된 경우, 이로써 위 채무자에 대한 채권의 소멸시효는 중단되지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에게 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단의 효력을 다른 연대채무자에 대하여 주장할 수 없다(대판 2001. 8. 21, 2001다22840). 연대채무에서 압류, 가압류 등 이행청구 이외의 시효중단사유는 상대적 효력이 있을 뿐이다. ⇒ 『포인트민법』 p.647.

<Comment(난이도 상)> 보통 조문이나 판례를 응용해서 출제할 때에는 5개의 지문 중 1~2개의 지문만 응용해서 출제하는데, 이 문제는 ⑤번 지문을 제외하고 나머지 4개 지문을 모

두 조문이나 판례 그대로 출제하지 않고 조금씩 변형하거나 응용하여 출제하였다. 수험생의 입장에서 5개 지문 중 4개 지문이 생소하게 느껴졌을 것이어서 어려운 문제였다고 판단된다. 이런 응용문제를 풀어내기 위해서는 아무래도 기출문제를 달달 외우는 등 수박 겉핥기식의 공부로는 한계가 있고, 조문이나 판례를 정확하게 이해하고 반복숙달하여 확실하게 자기 것으로 만들어서 시험장에 들어가야만 할 것이다. 즉 이해도와 숙련도가 승부의 관건이다.

< 물 권 법 >

【13번】 ⑤

ㄱ. (○) : 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다(민법 제186조). 그리고 사인증여는 증여자가 생전에 무상으로 재산의 수여를 약속하고 증여자의 사망으로 약속의 효력이 발생하는 증여계약의 일종이라는 것이 판례의 태도이다(대판 2023. 9. 27, 2022다302237). ☞ 사인증여도 법률행위이므로 민법 제186조에 따라 등기가 필요하다. 지문에서 출제자가 “甲이 사망하여 乙이 X토지를 취득하는 경우”라고 표현했는데, 이는 민법 제187조의 “상속”과 혼동을 유도하려는 출제자의 함정이다. 사인증여가 사망으로 인하여 효력이 생기는 사후행위인 점은 맞지만, 乙이 X토지를 취득하는 원인은 어디까지나 사인증여라는 법률행위이다. ⇒ 『포인트민법』 p.273, p.275, p.796.

ㄴ. (○) : 합유지분 포기가 적법하다면 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물권변동은 합유지분권의 포기라고 하는 법률행위에 의한 것이므로 등기하여야 효력이 있고 지분을 포기한 합유지분권자로부터 잔존 합유지분권자들에게 합유지분권 이전등기가 이루어지지 아니하는 한 지분을 포기한 지분권자는 제3자에 대하여 여전히 합유지분권자로서의 지위를 가지고 있다고 보아야 한다(대판 1997. 9. 9, 96다16896). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.449. [72] ③

ㄷ. (○) : 매매등 법률행위를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 소에서의 원고 승소판결은 부동산물권취득이라는 형성적 효력이 없어 민법 제187조 소정의 판결에 해당하지 않으므로 승소판결에 따른 소유권이전등기 경로시까지의 부동산의 소유권을 취득한다고 볼 수 없다(대판 1982. 10. 12, 82다129). ⇒ 『포인트민법』 p.286.

ㄹ. (○) : 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(민법 제245조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.287, 358.

<Comment(난이도 하)> ㄱ.지문에 출제자의 함정이 있었지만 그리 깊지는 않았던 것 같다. 기본이 탄탄한 수험생이라면 빠지지 않았을 것이다. 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【14번】 ③

① (○) : 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다(민법 제249조). ☞ 명인방법에 의해 공시되는 지상물이라 하더라도 지반으로부터 분리된 이후에는 선의취득의 대상이 될 수 있다. ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.458. [94] ①

② (○) : 서울특별시 무허가 건물을 자진철거하는 시민들을 위하여 건립하는 연립주택의 입주권은 수분양자로서의 지위에 불과한 것이므로 선의취득의 대상이 될 수 없다(대판 1980. 9. 9, 79다2233). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.456. [89]번.

③ (×) : 선의취득이 인정되려면 무권리자와의 거래행위가 유효한 것이어야 한다. 따라서 계약이 취소된 경우에는 선의취득이 인정될 수 없다. ⇒ 『포인트민법』 p.302, 『포인트민법 객관식』 p.464. [100] ㄱ.

④ (○) : 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로서 그 요건을 충족할 수 없다(대판 1978. 1. 17, 77다1872). ⇒ 『포인트민법』 p.303.

⑤ (○) : 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다(민법 제250조). ⇒ 『포인트민법』 p.303.

<Comment(난이도 중)> 기본적인 조문, 판례 및 이론으로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다. 다만 정답지문인 ③번 지문의 경우 출제자의 교묘한 함정이 있었다. 즉 ③번 지문은 얼핏 보면 “제한능력을 이유로 한 취소는 절대적 취소지만 매매목적물이 동산인 경우 제3자의 선의취득은 가능하다”는 법리를 출제했다고 오해하기 쉽다. 그런데 ③번 지문에서 선의취득이 문제되는 자는 “매수한 자”이지 그로부터 전득한 “제3자”가 아니라는 점에서 오해를 하면 안 되었다. 만약 이렇게 오해하여 ③번 지문을 맞는 지문으로 생각한 수험생은 선의취득의 요건에 대해 기본이 튼튼하지 않아서 “선의취득이 인정되려면 무권리자와의 거래행위가 유효한 것이어야 한다”는 법리가 떠오르지 않아 출제자의 함정에 빠진 것이라고 생각된다.

【15번】 ②

① (×) : 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다(민법 제197조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.314.

② (○) : 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 건물의 소유권이 양도된 경우에는 건물의 종전의 소유자가 건물의 소유권을 상실하였음에도 불구하고 그 부지를 계속 점유할 별도의 독립된 권원이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 부지에 대한 점유도 함께 상실하는 것으로 보아야 하며, 이 경우에 건물의 종전의 소유자가 그 건물에 계속 거주하고 있고 건물의 새로운 소유자는 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하고 있지 아니하고 있더라도 결론은 마찬가지이다(대판 1993. 10. 26, 93다2483). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.471. [2]

③ (×) : 전3조의 청구권은 제194조의 규정에 의한 간접점유자도 이를 행사할 수 있다(민법 제207조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.313.

④ (×) : 점유의 승계가 있는 경우 전 점유자의 점유가 타주점유라 하여도 점유자의 승계인이 자기의 점유만을 주장하는 경우에는 현 점유자의 점유는 자주점유로 추정된다(대판 2002. 2. 26, 99다72743). ⇒ 『포인트민법』 p.322.

⑤ (×) : 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다(민법 제203조 제1항 단서). ☞ [참조판례] 과실수취권이 없는 악의의 점유자에 대해서는 위 단서 규정이 적용되지 않는다(대판 2021. 4. 29, 2018다261889). ⇒ 『포인트민법』 p.326, p.327.

<Comment(난이도 하)> ②번 지문이 변리사시험에는 출제된 적이 없어서 조금 낯설었을 수 있지만, 나머지 지문들이 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【16번】 ④

① (○) : 취득시효의 요건인 점유는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함하는 것이고, 점유

매개 관계는 법률의 규정, 국가행위 등에 의해서도 발생하는 것이다(대판 1998. 2. 24, 96다 8888). ⇒ 『포인트민법』 p.352.

② (○) : 취득시효기간 완성후 아직 그것을 원인으로 소유권이전등기를 경료하지 아니한 자는 종전 소유자로부터 그 부동산에 대한 등기부상 소유명의를 넘겨받은 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없으나 취득시효기간 만료 전에 등기명의를 넘겨 받은 시효완성당시의 등기명의자에 대하여는 그 소유권취득을 주장할 수 있다(대판 1989. 4. 11, 88다카5843, 88다카5850). ⇒ 제2원칙 ⇒ 『포인트민법』 p.353.

③ (○) : 취득시효가 완성된 후 점유자가 그 등기를 하기 전에 제3자가 소유권이전등기를 경료한 경우에는 점유자는 그 제3자에 대하여는 시효취득을 주장할 수 없는 것이 원칙이기는 하지만 이는 어디까지나 그 제3자 명의의 등기가 적법 유효함을 전제로 하는 것으로서 위 제3자 명의의 등기가 원인무효인 경우에는 점유자는 취득시효 완성 당시의 소유자를 대위하여 위 제3자 앞으로 경료된 원인무효인 등기의 말소를 구함과 아울러 위 소유자에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있고, 또 위 제3자가 취득시효 완성 당시의 소유자의 상속인인 경우에는 그 상속분에 한하여는 위 제3자에 대하여 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다(대판 2002. 3. 15, 2001다77352, 77369). ⇒ 『포인트민법』 p.356.

④ (×) : 민법 제247조 제2항은 ‘소멸시효의 중단에 관한 규정은 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득기간에 준용한다.’고 규정하고, 민법 제168조 제2호는 소멸시효 중단사유로 ‘압류 또는 가압류, 가처분’을 규정하고 있다. 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유이어야 하는데, 민법 제168조 제2호에서 정하는 ‘압류 또는 가압류’는 금전채권의 강제집행을 위한 수단이거나 그 보전수단에 불과하여 취득시효기간의 완성 전에 부동산에 압류 또는 가압류 조치가 이루어졌다고 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고는 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다(대판 2019. 4. 3, 2018다296878). ⇒ 『포인트민법』 p.349.

⑤ (○) : 부동산에 대한 취득시효가 완성되면 점유자는 소유명의자에 대하여 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 소유명의자는 이에 응할 의무가 있으므로 점유자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료하지 아니하여 아직 소유권을 취득하지 못하였다고 하더라도 소유명의자는 점유자에 대하여 점유로 인한 부당이득반환청구를 할 수 없다(대판 1993. 5. 25, 92다51280). [참고판례] 취득기간의 만료로 인한 소유권이전등기청구권이 확정적으로 있는 점유자에 대하여 그 소유명의자는 그 등기절차를 이행하여 점유를 개시한 때 소급하여 소유권을 취득케 할 의무가 있으므로 그 소유명의자는 그 부동산의 점유로 인한 손해의 배상을 청구할 수 없다(대판 1966. 2. 15, 65다2189). ⇒ 『포인트민법』 p.353, 『포인트민법 객관식』 p.528. [70] ②

<Comment(난이도 하)> 취득시효에 관한 기본적인 판례들로 구성된 문제로 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【17번】 ④

① (×) : 공유자는 그 지분을 처분할 수 있고 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있다(민법 제263조). ⇒ 『포인트민법』 p.373.

② (×) : 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다(민법 제264조). ⇒ 공유물의 처분, 변경에는 전원의 동의가 필요하다. ⇒ 『포인트민법』 p.374.

③ (×) : 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다. 그러나 보존행위

는 각자가 할 수 있다(민법 제265조). ⇒ 『포인트민법』 p.374.

[비교조문] 조합의 업무집행은 조합원의 과반수로서 결정한다(민법 제706조 제2항).

④ (○) : 합유자는 전원의 동의없이 합유물에 대한 지분을 처분하지 못한다(민법 제273조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.387.

⑤ (×) : 총유물의 보존에 있어서는 공유물의 보존에 관한 민법 제265조의 규정이 적용될 수 없고, 민법 제276조 제1항의 규정에 따른 사원총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 하므로, 법인 아닌 사단인 교회가 총유재산에 대한 보존행위로서 소송을 하는 경우에도 교인 총회의 결의를 거치거나 정관이 정하는 바에 따른 절차를 거쳐야 한다(대판 2014. 2. 13, 2012다112299,112305). 또한 판례는 『민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결(대판 2005. 9. 15, 2004다44971)』이라고 한다. ⇒ 『포인트민법』 p.390.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【18번】 ①

① (×) : 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 그 목적이 된 토지 위에 차후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로써 그 목적물의 담보가치가 저감하는 것을 막는 것을 주요한 목적으로 하여 채권자 앞으로 아울러 지상권을 설정하였다면, 그 피담보채권이 변제 등으로 만족을 얻어 소멸한 경우는 물론이고 시효소멸한 경우에도 그 지상권은 피담보채권에 부종하여 소멸한다(대판 2011. 4. 14, 2011다6342). ⇒ 『포인트민법』 p.415.

② (○) : [민법 제283조] ① 지상권이 소멸한 경우에 건물 기타 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있다. ② 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 아니하는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 전항의 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있다. 지상권설정자가 거절하면 지상권은 갱신되지 않고 지상권자가 지상물매수청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. ⇒ 『포인트민법』 p.413.

③ (○) : [민법 제285조] ① 지상권이 소멸한 때에는 지상권자는 건물 기타 공작물이나 수목을 수거하여 토지를 원상에 회복하여야 한다. ② 전항의 경우에 지상권설정자가 상당한 가액을 제공하여 그 공작물이나 수목의 매수를 청구한 때에는 지상권자는 정당한 이유 없이 이를 거절하지 못한다. ⇒ 『포인트민법』 p.414.

④ (○) : 지상권은 타인의 토지에서 건물 기타의 공작물이나 수목을 소유하는 것을 본질적 내용으로 하는 것이 아니라 타인의 토지를 사용하는 것을 본질적 내용으로 하고 있으므로 지상권 설정계약 당시 건물 기타의 공작물이나 수목이 없더라도 지상권은 유효하게 성립할 수 있고, 또한 기존의 건물 기타의 공작물이나 수목이 멸실되더라도 존속기간이 만료되지 않는 한 지상권이 소멸되지 아니하는 것은 소론이 지적하는 바와 같다(대판 1996. 3. 22, 95다49318). ⇒ 『포인트민법』 p.409.

⑤ (○) : 지상권 또는 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의없이 지상권 또는 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다(민법 제371조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.443, p.517.

<Comment(난이도 하)> 조문과 기본적인 판례 및 이론으로 구성된 문제여서 반드시 맞추어

야 하는 문제였다.

【19번】 ⑤

① (X) : 전세권이 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있다는 점 및 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수는 없다(대판 1995. 2. 10, 94다18508). ⇒ 『포인트민법』 p.435.

② (X) : 전세권의 존속기간을 약정하지 아니한 때에는 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸한다(민법 제313조). ⇒ 『포인트민법』 p.442.

③ (X) : 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되는 것이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다(대판 1995. 2. 10, 94다18508). ⇒ 『포인트민법』 p.436.

④ (X) : 전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있다. 그러나 설정행위로 이를 금지한 때에는 그러하지 아니하다(민법 제306조). [비교조문] 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다(민법 제629조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.434.

⑤ (○) : 지상권을 가지는 건물소유자가 그 건물에 전세권을 설정하였으나 그가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 지상권설정자, 즉 토지소유자의 청구로 지상권이 소멸하는 것(민법 제287조 참조)은 전세권설정자가 전세권자의 동의 없이는 할 수 없는 위 민법 제304조 제2항 상의 “지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위”에 해당하지 아니한다...중략...또한 건물에 대하여 전세권 또는 대항력 있는 임차권을 설정하여 준 지상권자가 그 지료를 지급하지 아니함을 이유로 토지소유자가 한 지상권소멸청구가 그에 대한 전세권자 또는 임차인의 동의가 없이 행하여졌다고 해도 민법 제304조 제2항에 의하여 그 효과가 제한된다고 할 수 없다(대판 2010. 8. 19, 2010다43801). ⇒ 『포인트민법』 p.439~440.

<Comment(난이도 하)> 사례형이지만 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【20번】 ⑤

① (○) : 유치권은 타물권인 점에 비추어 볼 때 수급인의 재료와 노력으로 건축되었고 독립한 건물에 해당되는 기성부분은 수급인의 소유라 할 것이므로 수급인은 공사대금을 지급받을 때까지 이에 대하여 유치권을 가질 수 없다(대판 1993. 3. 26, 91다14116). ⇒ 『포인트민법』 p.450.

② (○) : 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다(대판 1994. 10. 14, 93다62119). ⇒ 『포인트민법』 p.451.

③ (○) : 제한물권은 이해관계인의 이익을 부당하게 침해하지 않는 한 자유로이 포기할 수 있는 것이 원칙이다. 유치권은 채권자의 이익을 보호하기 위한 법정담보물권으로서, 당사자는 미리 유치권의 발생을 막는 특약을 할 수 있고 이러한 특약은 유효하다. 유치권 배제 특약이 있는 경우 다른 법정요건이 모두 충족되더라도 유치권은 발생하지 않는데, 특약에 따른 효력은 특약의 상대방뿐 아니라 그 밖의 사람도 주장할 수 있다(대판 2018. 1. 24, 2016다

234043). ⇒ 『포인트민법』 p.454.

④ (○) : 유치권자가 유치물을 점유하기 전에 발생한 채권(건축비채권)이라도 그 후 그 물건(건물)의 점유를 취득했다면 유치권은 성립한다(대판 1965. 3. 30, 64다1977). ⇒ 『포인트민법』 p.451.

⑤ (×) : 유치권의 성립요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계없지만, 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타에 임대할 수 있는 처분권한이 없으므로(민법 제324조 제2항 참조), 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없다(대결 2002. 11. 27, 자 2002마3516). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.683. [13-2]

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례들로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【21번】 ④

① (○) : 질권설정자에게 목적물에 관한 처분권이 없는 경우에도 상대방은 선의취득의 요건을 갖춘 때에는 질권을 선의취득한다(민법 제343조에 의하여 준용되는 민법 제249조 내지 제251조). ☞ 참고로 우리 민법상 선의취득이 가능한 권리는 동산의 소유권과 질권이다. ⇒ 『포인트민법』 p.463.

② (○) : 저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다(민법 제348조). ⇒ 『포인트민법』 p.478.

③ (○) : 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우 근질권의 피담보채권은 근질권자가 위와 같은 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다고 봄이 타당하다(대판 2009. 10. 15, 2009다43621). ⇒ 『포인트민법』 p.465.

[비교판례] 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 한다(대판 1999. 9. 21, 99다26085).

④ (×) : 원칙적으로 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 물상보증인에게 적용되지 아니하고 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다(대판 2009. 7. 23, 2009다19802, 19819). ⇒ 『포인트민법』 p.470.

⑤ (○) : 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자는 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사할 수 있다(대법원 1996. 7. 12. 선고 96다21058). ⇒ 『포인트민법』 p.468.

<Comment(난이도 하)> 조문과 기본적인 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【22번】 ②

① (○) : 본장의 규정은 지상권 또는 전세권을 저당권의 목적으로 한 경우에 준용한다(민법 제371조 제1항). ☞ 지상권 또는 전세권은 저당권의 목적이 될 수 있다. 구분지상권도 마찬가지이다. ⇒ 『포인트민법』 p.517.

② (×) : 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 마쳐졌다가 등기가 위조된 관계서류에 기하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니지만, 부동산이 경매절차에서 매각되면 매각부동산에 존재하였던 저당권은 당연히 소멸하는 것이므로(민사집행법 제91조 제2항, 제268조 참조) 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행된다

매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 소멸한다. 따라서 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면 매각부동산에 설정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 더 이상 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 된다(대판 2014. 12. 11, 2013다28025). ⇒ 『포인트민법』 p.484.

③ (○) : 실질관계의 소멸로 무효로 된 등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에 한하여 허용된다(대판 1989. 10. 27, 87다카425). ⇒ 『포인트민법』 p.276.

④ (○) : 민법 제359조 전문은 “저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다.”라고 규정하고 있는데, 위 규정상 ‘과실’에는 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함되므로, 저당부동산에 대한 압류가 있으면 압류 이후의 저당권설정자의 저당부동산에 관한 차임채권 등에도 저당권의 효력이 미친다(대판 2016. 7. 27, 2015다230020). ⇒ 『포인트민법』 p.486.

⑤ (○) : 부동산등기법 제143조에 의하여 일정한 금액을 목적으로 하지 아니한 채권을 금전으로 평가하여 그 평가액을 등기한 경우에는 채권자는 제3자에 대한 관계에 있어서 그 등기된 평가액의 한도에서만 저당권의 효력을 주장할 수 있다(대결 1980. 9. 18.자 80마75).

<Comment(난이도 하)> ⑤번 지문이 기출된 적도 없고 기본서에도 없는 판례여서 좀 생소할 수 있었겠지만 나머지 지문들이 조문과 기본적인 판례들로 구성된 문제였고, 특히 정답 지문인 ②번 지문은 수업시간에 많이 강조한 판례여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【23번】 ①

ㄱ. (○) : 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다(민법 제368조 제1항). ⇨ 공동저당의 목적물이 모두 채무자 소유이고 동시배당하는 경우이다. 3억 원 $\times$ 4/6 = 2억 원, 3억 원 $\times$ 2/6 = 1억 원. ⇒ 『포인트민법』 p.511.

ㄴ. (○) : 전항의 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(민법 제368조 제2항). ⇨ 공동저당의 목적물이 모두 채무자 소유이고 이시배당하는 경우이다. 동시배당하는 경우 丙은 X토지에서 2억 원을 배당받을 수 있었는데 이시배당으로 甲이 X토지에서 먼저 3억 원을 배당받아감으로 인하여 1억 원 밖에 배당받지 못한다. 따라서 丙은 Y토지에 대하여 1억 원의 범위에서 甲의 1번 저당권을 대위할 수 있다. ⇒ 『포인트민법』 p.512.

ㄷ. (×) : 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다(대판 2015. 3. 20, 2012다99341). ⇒ 『포인트민법』 p.512.

ㄹ. (×) : 선순위 공동저당권자가 피담보채권을 변제받기 전에 공동저당 목적 부동산 중 일부에 관한 저당권을 포기한 경우에는, 후순위저당권자가 있는 부동산에 관한 경매절차에서, 저

당권을 포기하지 아니하였더라면 후순위저당권자가 대위할 수 있었던 한도에서는 후순위저당권자에 우선하여 배당을 받을 수 없다(대판 2011. 10. 13, 2010다99132). ㉠ 甲이 Y토지에 대한 저당권을 포기하였기 때문에 丙도 Y토지에 대하여 甲의 저당권을 대위할 수 없다. 대신 甲은 X토지의 매각대금으로부터 丙이 대위할 수 있었던 1억 원의 한도에서 丙에 우선하여 배당을 받을 수 없다. 따라서 甲은 X토지의 매각대금으로부터 3억 원이 아니라 2억 원만 배당 받을 수 있다. ⇒ 『포인트민법』 p.512.

<Comment(난이도 중)> 사례형 계산문제여서 시간도 좀 걸리고 ㄷ.지문과 ㄹ.지문이 기본판례라기보다는 응용판례에 해당되어 쉬운 문제는 아니었지만 수업시간에 자세히 설명드린 부분이기도 하고 특별한 함정이 없었으므로 이 정도 사례형 계산문제는 충분히 맞출 수 있었으리라 판단된다.

【24번】 ㉡

① (○) : 가등기담보 등에 관한 법률은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되므로, 매매대금 채무를 담보하기 위하여 가등기를 한 경우에는 가등기담보법이 적용되지 아니한다(대판 2016. 10. 27, 2015다63138, 63145). ⇒ 『포인트민법』 p.522.

② (×) : 저당권등기와 달리 담보가등기는 피담보채권에 관하여는 일체 기재하지 아니한다. 따라서 등기부상의 기재만으로는 담보가등기와 순위보전을 위한 가등기를 구별하기 어렵다. ㉠ 출제자는 이러한 현행 등기제도의 문제점을 지적하고자 이 지문을 출제한 것으로 보인다. 참고로 이렇게 담보가등기에서 피담보채권액 등이 등기부에 공시되지 않는 등 불편한 현행 등기제도는 개선될 필요가 있다는 주장이 있다.

③ (○) : 채권자와 채무자가 가등기담보권설정계약을 체결하면서 가등기 이후에 발생할 채권도 후순위권리자에 대하여 우선변제권을 가지는 가등기담보권의 피담보채권에 포함시키기로 약정할 수 있고, 가등기담보권을 설정한 후에 채권자와 채무자의 약정으로 새로 발생한 채권을 기존 가등기담보권의 피담보채권에 추가할 수도 있으나, 가등기담보권 설정 후에 후순위권리자나 제3취득자 등 이해관계 있는 제3자가 생긴 상태에서 새로운 약정으로 기존 가등기담보권에 피담보채권을 추가하거나 피담보채권의 내용을 변경, 확장하는 경우에는 이해관계 있는 제3자의 이익을 침해하게 되므로, 이러한 경우에는 피담보채권으로 추가, 확장한 부분은 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서는 우선변제권 있는 피담보채권에 포함되지 않는다고 보아야 한다(대판 2011. 7. 14, 2011다28090). ⇒ 『포인트민법』 p.524.

④ (○) : 채권자가 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여 채무자 등에게 하는 담보권 실행의 통지에는 채권자가 주관적으로 평가한 통지 당시의 목적부동산의 가액과 피담보채권액을 명시함으로써 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하면 족하다(대판 1996. 7. 30, 96다6974, 6981). ⇒ 『포인트민법』 p.526, 『포인트민법 객관식』 p.789.

[17] ④

⑤ (○) : 담보가등기권리자는 그 선택에 따라 제3조에 따른 담보권을 실행하거나 담보목적부동산의 경매를 청구할 수 있다. 이 경우 경매에 관하여는 담보가등기권리를 저당권으로 본다(가등기담보 등에 관한 법률 제12조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.525.

<Comment(난이도 중)> 다른 지문들은 기본적인 조문과 판례로 구성되었으나 정답지문인 ㉡번 지문이 아마 수험생들이 시험장에서 처음 만났을 지문이어서 어렵게 느껴졌을 것 같다. 담보가등기에서 피담보채권액 등이 등기부에 공시되지 않아 불편한 현행등기제도를 개선하자는 움직임이 있어서 출제자가 ㉡번 지문을 출제한 것으로 보이는데, 변리사 1차 민법 개론 수험생들에게 물어볼 문제는 아니었던 것 같다. 하지만 항상 말씀드리듯이 이러한 지문을 출제하는 출제자의 의도는 수험생들에게 ㉡번 지문까지 알고 있을 것을 요구하는 것이

아니다. 이 문제도 다른 지문들만 정확하게 알면 정답을 골라낼 수 있도록 출제되었다.

< 채 권 법 >

【25번】 ②

① (○), ② (×) : 민법 제587조에 의하면, 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하고, 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다(①)고 규정하고 있는바, 이는 매매당사자 사이의 형평을 꾀하기 위하여 매매 목적물이 인도되지 아니하더라도 매수인이 대금을 완제한 때에는 그 시점 이후의 과실은 매수인에게 귀속되지만, 매매목적물이 인도되지 아니하고 또한 매수인이 대금을 완제하지 아니한 때에는 매도인의 이행지체가 있더라도 과실은 매도인에게 귀속되는 것(②)이므로 매수인은 인도의무의 지체로 인한 손해배상금의 지급을 구할 수 없다(대판 2004. 4. 23, 2004다8210). ⇒ 『포인트민법』 p.804.

③ (○) : 채권자대위권은 채무자의 채권을 대위행사함으로써 채권자의 채권이 보전되는 관계가 존재하는 경우에 한하여 이를 행사할 수 있으므로 특정물에 관한 채권자는 채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 그 특정물에 관한 권리만을 대위행사할 수 있다(대판 1993. 4. 23, 93다289).

④ (○) : 원고와 피고들간에 체결된 아파트분양계약이 아파트의 6층 607호, 1층 102호 등으로 특정된 아파트 1동씩을 특정하여 매매한 것이므로 이는 수량을 지정한 매매가 아니라 특정물을 목적으로 한 매매로서 설사 분양안내 카타로그가 잘못되어 피고들이 분양받은 아파트의 실제면적이 분양계약서상에 표시된 분양면적보다 다소 넓다 하더라도 피고들이 법률상 원인없이 이득을 얻은 것이라 할 수 없다(대판 1991. 3. 27, 90다13888).

[비교판례] 목적물이 일정한 면적(수량)을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정하여지는 아파트분양계약은 이른바 수량을 지정한 매매라 할 것이다(대판 2002. 11. 8, 99다58136). ⇒ 『포인트민법』 p.809.

⑤ (○) : 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리로서, 특정물 채권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다(대판 1995. 2. 10, 94다2534). ⇒ 『포인트민법』 p.617.

<Comment(난이도 중)> 특정물채권이라는 공통점을 빌어 민법 제587조, 채권자대위, 담보책임, 채권자취소 등 민법 전반에 대한 지문들이 골고루 출제되었다. 그리고 각 지문들이 전형적으로 출제되는 판례들이라기보다는 살짝 주변에 있는 판례들이 출제되었다. 하지만 기본적인 조문과 판례들을 잘 알고 있었다면 충분히 정답을 골라낼 수 있는 문제였다고 생각된다.

【26번】 ②

① (○) : 민법 제391조는 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 본다고 정하고 있는데, 이러한 이행보조자는 채무자의 의사 관여 아래 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 충분하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다. 따라서 그가 채무자에 대하여 종속적인 지위에 있는지, 독립적인 지위에 있는지는 상관없다(대판 2018. 2. 13, 2017다275447). ⇒ 『포인트민법』 p.564.

② (×) : 채무에 이행기의 정함이 없는 경우에는 채무자가 이행의 청구를 받은 다음 날부터 이행지체의 책임을 지는 것이나, 한편 지명채권이 양도된 경우 채무자에 대한 대항요건이 갖추어질 때까지 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없으므로, 이행기의 정함이 없는 채권을 양수한 채권양수인이 채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기하고 소송 계속 중 채무자에 대한 채권양도통지가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 채권양도통지가 도달된 다음 날부터 이행지체의 책임을 진다(대판 2014. 4. 10, 2012다29557). ⇒ 『포인트민법』 p.567.

③ (○) : 매매목적물에 관하여 이중으로 제3자와 매매계약을 체결하였다는 사실만 가지고는 매매계약이 법률상 이행불능이라고 할 수 없고, 채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적, 물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에 있어서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다(대판 1996. 7. 26, 96다14616). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.858. [48] ㄱ, p.863. [54] ④

④ (○) : 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 채무자인 매도인의 매매목적물에 대한 인도의무가 이행불능이 되었다면, 채권자인 매수인은 화재사고로 매도인이 지급받게 되는 화재보험금, 화재공제금에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있다(대판 2016. 10. 27, 2013다7769). ⇒ 『포인트민법』 p.574.

⑤ (○) : 임대인이 임차인과의 임대차계약상의 약정에 따라 제3자에게 도급을 주어 임대차목적물에 시설물을 설치하던 중 원인불명의 화재가 발생하였는데, 제반 사정에 비추어 그 설치공사를 맡은 수급인이 임대차목적물의 전력용량을 초과한 전기용접기를 연결하여 계속 사용함으로써 과부하로 인한 전선의 발열로 인하여 화재가 발생한 것으로 추정함이 타당하여 공사수급인에게 화재발생에 대한 과실이 인정되는 경우, 공사수급인은 임대차계약에 따른 임대인의 이행보조자라 할 것이어서 임대인은 민법 제391조에 따라 위 화재발생에 귀책사유가 있으므로 임차인에 대한 채무불이행상의 손해배상책임이 있다(대판 1999. 4. 13, 98다51077, 51084). ⇒ 『포인트민법』 p.563.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례들로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【27번】 ③

① (×) : 숙박업자가 숙박계약상의 고객 보호의무를 다하지 못하여 투숙객이 사망한 경우, 숙박계약의 당사자가 아닌 그 투숙객의 근친자가 그 사고로 인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 숙박업자의 그 망인에 대한 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다(대판 2000. 11. 24, 2000다38718, 38725). ⇒ 『포인트민법』 p.946.

② (×) : 채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이지만, 그에 갈음하여 그 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있다고 할 것이고, 그 신뢰이익 중 계약의 체결과 이행

을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지의 여부와는 관계없이 그 배상을 구할 수 있고, 이를 초과하여 지출되는 비용은 특별한 사정으로 인한 손해로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 그 배상을 구할 수 있다고 할 것이고, 다만 그 신뢰이익은 과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수 없다(대판 2002. 6. 11, 2002다2539). ⇒ 『포인트민법』 p.786.

③ (○) : 이행지체에 의한 전보배상에 있어서의 손해액 산정은 본래의 의무이행을 최고하였던 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 하고, 이행불능으로 인한 전보배상액은 이행불능 당시의 시가 상당액을 표준으로 해야 할 것인바, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은 채무자가 이행거절의 의사를 명백히 표시하여 최고 없이 계약의 해제나 손해배상을 청구할 수 있는 경우에는 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 할 것이다(대판 2008. 5. 15, 2007다37721). ⇒ 『포인트민법』 p.570.

④ (×) : 당사자 사이의 계약에서 채무자의 채무불이행으로 인한 손해배상액이 예정되어 있는 경우, 채무불이행으로 인한 손해의 발생 및 확대에 채권자에게도 과실이 있더라도 민법 제398조 제2항에 따라 채권자의 과실을 비롯하여 채무자가 계약을 위반한 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상 예정액을 감액할 수는 있을지언정 채권자의 과실을 들어 과실상계를 할 수는 없다(대판 2016. 6. 10, 2014다200763, 200770). ⇒ 『포인트민법』 p.596.

⑤ (×) : 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약별로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는바, 당사자 사이의 도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 계약보증금을 위약별로 보기는 어렵다(대판 2000. 12. 8, 2000다35771). ⇒ 『포인트민법』 p.597.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례들로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【28번】 ③

① (○) : 농지취득자격증명 발급신청권은 채권자대위권의 행사대상이 될 수 있다(대판 2018. 7. 11, 2014두36518).

② (○) : 채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이므로 채권자대위소송의 제기로 인한 소멸시효 중단의 효과 역시 채무자에게 생긴다(대판 2011. 10. 13, 2010다80930). ⇒ 『포인트민법』 p.613.

③ (×) : 취득시효의 대상인 부동산의 소유자가 취득시효 완성 후에 이를 처분하여 채권자의 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 침해되었음을 이유로 하는 경우에는 채권자취소권을 인정할 수 없다(대판 1992. 11. 24, 92다33855, 33862). ⇒ 『포인트민법』 p.617, 『포인트민법 객관식』 p.917. [156-2]

④ (○) : 채권자가 채권자취소권을 행사할 때에는 원칙적으로 자신의 채권액을 초과하여 취소권을 행사할 수 없다(대판 2002. 10. 25, 2002다42711). ☞ 취소채권자의 채권액의 범위를

넘어 약속어음 발행행위 전부를 사해행위로 취소한 원심판결을 위법하다고 보아 파기자판한 사례. ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.923. [177-1, 2]

[비교판례] 사해행위 취소의 범위는 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 취소채권자의 채권액을 넘어서까지도 취소를 구할 수 있다(대판 2009. 1. 15, 2007다61618).

⑤ (○) : 사해행위인지가 문제되는 법률행위가 대리인에 의하여 이루어진 때에는 수익자의 사해의사 또는 전득자의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인을 표준으로 결정하여야 한다(대판 2006. 9. 8, 2006다22661). ☞ “의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.”는 민법 제116조에 따른 판례이다. ⇒ 『포인트민법』 p.156.

<Comment(난이도 중)> ①번 지문은 행정법 판례에 민법 쟁점이 살짝 언급된 판례인데 출제자가 출제하여 수험생들이 시험장에서 처음 본 지문이었을 것이고 OX 판단이 어려웠을 것이다. 하지만 계속 말씀드리듯이 이런 지문을 출제한 출제자의 의도가 수험생들에게 행정법 판례까지 모두 공부하라는 취지는 아닐 것이다. 이 문제 역시 정답지문인 ③번 지문이 특정채권을 피보전채권으로는 채권자취소권을 행사할 수 없다는 기본적인 법리를 물어본 것이어서 결국 출제자의 의도는 ③번 지문의 OX를 정확하게 판단할 수 있는지를 물어보는 것이었다. 혹시 이 문제를 틀렸다면 ①번 지문을 몰라서 틀린 것이 아니라(①번 지문은 누구나 다 모른다), ③번 지문을 몰라서 틀린 것이다. 따라서 이런 문제를 보고 민법 쟁점이 조금이라도 언급된 판례라면 행정법 판례까지 다 보아야 한다고 생각한다면 공부방향을 잘못 잡는 것이다. 항상 강조하듯이 알아야 할 것을 정확하고 선명하게 아는 방향으로 공부하는 것이 올바른 공부방향이다. 그리고 ⑤번 지문도 판례 자체는 기출된 적이 없는 판례였지만 민법 제116조가 그대로 적용된 판례여서 민법 제116조만 잘 알고 있었다면 어렵지 않았을 것이다.

【29번】 ④

① (○) : 어느 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다(민법 제416조). 따라서 이행청구로 인한 소멸시효 중단의 효과 역시 다른 연대채무자들에게 미친다. ⇒ 『포인트민법』 p.646.

② (○) : 상계할 채권이 있는 연대채무자가 상계하지 아니한 때에는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자가 상계할 수 있다(민법 제418조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.650.

③ (○) : 어느 연대채무자와 채권자간에 채무의 경계가 있는 때에는 채권은 모든 연대채무자의 이익을 위하여 소멸한다(민법 제417조). ⇒ 『포인트민법』 p.646.

④ (×) : 어느 연대채무자에 대한 채무면제는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자의 이익을 위하여 효력이 있다(민법 제419조). ☞ 연대채무에서 면제는 부담부분형 절대효사유이므로 乙과 丙의 채무는 1억 원의 범위에서만 소멸하고, 乙과 丙은 丁에 대하여 여전히 2억 원의 연대채무를 부담한다. ⇒ 『포인트민법』 p.648.

⑤ (○) : 어느 연대채무자와 채권자 간에 혼동이 있는 때에는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자도 의무를 면한다(민법 제420조). 따라서 丙이 丁으로부터 3억 원의 채권을 양수받은 경우, 1억 원의 범위에서 甲과 乙의 채무도 소멸한다. 그리고 나머지 채무 2억 원에 대하여는 채권을 양수받은 丙이 채권자가 된다. ⇒ 『포인트민법』 p.659, 『포인트민법 객관식』 p.969. [14] ⑤

[주의해야 할 점] 1.(문제의 제기) 출제자는 “甲과 乙은 丙에게 각 1억 원을 변제하여야 한다.”라고 하면서 맞는 지문으로 출제하였는데, 이에 대해서는 논란의 여지가 있다. 지문과 같은 사

안의 경우 甲과 乙이 나머지 채무 2억 원에 대하여 丙에게 연대채무를 부담한다는 견해가 존재하기 때문이다(사실 다수의 교수님 저서에 이렇게 기술되어 있다). 이러한 견해에 따르면 丙은 甲이나 乙에게 나머지 채무 2억 원 전액의 이행을 청구할 수 있다는 결과가 되고, 그렇다면 “甲과 乙은 丙에게 각 1억 원을 변제하여야 한다.”는 지문을 틀린 지문으로 볼 수도 있다. 다만 이 ⑤번 지문의 논란의 소지에도 불구하고 정답지문인 ④번 지문이 조문에 명백히 반하여 확실하게 틀린 지문이어서 복수정답으로까지 인정되기는 어려웠을 것 같다.

2.(참고사항) 구(舊)민법에서는 혼동이 일어난 연대채무자가 “변제를 한 것으로 간주한다.”고 규정하고 있었다. 이러한 구(舊)민법에 따르면 지문과 같은 사안에서 甲과 乙은 채무를 전부 면하고 다만 丙에 대하여 구상의무를 부담할 뿐이므로 “甲과 乙은 丙에게 각 1억 원을 변제하여야 한다.”는 것으로 해석될 수 있었다. 그러나 개정된 현행민법 제420조에 따르면 甲과 乙은 부담부분인 1억 원의 한도에서 채무를 면할 뿐 나머지 2억 원에 관하여는 여전히 丙에 대하여 연대채무를 부담하는 것으로 해석되는 것이다.

3.(드리고 싶은 말씀) 이 지문이 다른 지문과의 관계상 맞는 지문으로 처리되었고 복수정답이 인정되기 어렵다고 해서 이 지문을 절대적으로 맞는 지문으로 오해하면 안 된다. 출제자에 따라 “甲과 乙이 나머지 채무 2억 원에 대하여 丙에게 연대채무를 부담한다”는 지문이 맞는 지문으로 출제될 수 있음을 생각해두시기 바란다.

<Comment(난이도 하)> 사례문제였지만 기본적인 조문들로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다. ⑤번 지문이 논란의 소지가 있는 지문이었지만 정답지문인 ④번 지문이 조문에 명백히 반하여 확실하게 틀린 지문이어서 정답을 맞히는 데는 지장이 없었을 것 같다.

【30번】 ④

① (×) : 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 2005. 3. 10, 2004다67653, 67660). ⇒ 『포인트민법』 p.676.

② (×) : 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 채권양도가 이루어진 경우 그 채권양도가 신탁법상의 신탁에 해당하지 않는다고 하여도 신탁법 제6조가 유추적용되므로 이는 무효이다(대판 2018. 10. 25, 2017다272103). ⇒ 『포인트민법』 p.677.

③ (×) : 보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추 필요는 없다(대판 2002. 9. 10, 2002다21509). ⇒ 『포인트민법』 p.661.

④ (○) : 채권양도의 대항요건의 흠결의 경우 채권을 주장할 수 없는 채무자 이외의 제3자는 양도된 채권 자체에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자에 한하므로, 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자보다 후순위의 근저당권자는 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다(대판 2005. 6. 23, 2004다29279). ⇒ 『포인트민법』 p.680.

⑤ (×) : 통지나 승낙이 확정일자 있는 증서에 의한 것이 아니면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못하므로(민법 제450조 제2항), 양수인은 대항요건을 구비하기 위해 채권자에게 채권양도통지절차의 이행을 청구할 수 있다(대판 2022. 10. 27, 2017다243143). ⇒ 『포인트민법』 p.679.

<Comment(난이도 하)> ②번 지문이 좀 낯설었을 수 있는데 나머지 지문들이 기본적인 판례들로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【31번】 ②

ㄱ. (○) : 중첩적 채무인수는 채권자와 채무인수인과의 합의가 있는 이상 채무자의 의사에 반하여서도 이루어질 수 있다(대판 1988. 11. 22, 87다카1836). ⇒ 『포인트민법』 p.691.

ㄴ. (○) : 면책적 채무인수가 있는 경우, 인수채무의 소멸시효기간은 채무인수와 동시에 이루어진 소멸시효 중단사유, 즉 채무승인에 따라 채무인수일로부터 새로이 진행된다(대판 1999. 7. 9, 99다12376). ⇒ 『포인트민법』 p.245.

ㄷ. (×) : 채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수는 일종의 제3자를 위한 계약이라고 할 것이므로, 채권자는 인수인에 대하여 채무이행을 청구하거나 기타 채권자로서의 권리를 행사하는 방법으로 수익의 의사표시를 함으로써 인수인에 대하여 직접 청구할 권리를 갖게 된다(대판 2013. 9. 13, 2011다56033). ⇒ 『포인트민법』 p.691~692.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 판례들로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【32번】 ⑤

ㄱ. (○) : 법정변제충당의 순위를 정함에 있어서 변제의 유예가 있는 채무에 대하여는 유예기까지 변제기가 도래하지 않은 것과 같게 보아야 한다(대판 1999. 8. 24, 99다22281, 22298). ⇒ 『포인트민법』 p.708.

ㄴ. (×) : 채권자의 태도로 보아 채무자가 설사 채무의 이행제공을 하였더라도 그수령을 거절하였을 것이 명백한 경우에는 채무자는 이행의 제공을 하지 않고 바로 변제공탁할 수 있다(대판 1994. 8. 26, 93다42276). ⇒ 『포인트민법』 p.722.

ㄷ. (×) : 변제공탁이 적법한 경우에는 채권자가 공탁물 출급청구를 하였는지와 관계없이 공탁을 한 때에 변제의 효력이 발생하고, 그 후 공탁물 출급청구권에 대하여 가압류 집행이 되더라도 변제의 효력에 영향을 미치지 아니한다(대판 2011. 12. 13, 2011다11580).

ㄹ. (×) : 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 봄이 타당하다(대판 2019. 3. 14, 2018다255648). ⇒ 『포인트민법』 p.732~733.

<Comment(난이도 중)> ㄷ.지문에서 잘 출제되지 않던 공탁 판례가 출제되어 생소할 수 있었겠지만 나머지 지문들이 기본적인 판례 문제였고, 지문의 조합상 ㄱ, ㄴ, ㄹ지문만 잘 알면 ㄷ.지문을 몰라도 정답을 맞출 수 있는 문제였다.

【33번】 ①

① (×) : 계약이 의사의 불합치로 성립하지 아니한 경우 그로 인하여 손해를 입은 당사자가 상대방에게 부당이득반환청구 또는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있는지는 별론으로 하고, 상대방이 계약이 성립되지 아니할 수 있다는 것을 알았거나 알 수 있었음을 이유로 민법 제535조를 유추적용하여 계약체결상의 과실로 인한 손해배상청구를 할 수는 없다(대판 2017. 11. 14, 2015다10929). ⇒ 『포인트민법』 p.754.

② (○) : 예금계약은 예금자가 예금의 의사를 표시하면서 금융기관에 돈을 제공하

고 금융기관이 그 의사에 따라 그 돈을 받아 확인을 하면 그로써 성립하며, 금융기관의 직원이 그 받은 돈을 금융기관에 입금하지 아니하고 이를 횡령하였다고 하더라도 예금계약의 성립에는 아무런 소장이 없다(대판 1996. 1. 26, 95다26919). ⇒ 『포인트민법』 p.747.

③ (○) : 당사자간에 동일한 내용의 청약이 상호교차된 경우에는 양청약이 상대방에게 도달한 때에 계약이 성립한다(민법 제533조). ⇒ 『포인트민법』 p.746~747.

④ (○) : 매매계약 당사자 중 매도인이 매수인에게 매매계약을 합의해제할 것을 청약하였다고 할지라도, 매수인이 그 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 민법 제534조의 규정에 비추어 보면 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 보게 되는 것이고, 그로 인하여 종전의 매도인의 청약은 실효된다(대판 2002. 4. 12, 2000다17834). ⇒ 『포인트민법』 p.746.

⑤ (○) : 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립한다. 따라서 임대인은 임차인으로 하여금 그 목적물을 완전하게 사용·수익하게 할 의무가 있고, 또한 임차인은 이러한 임대인의 의무가 이행불능으로 되지 아니하는 한 그 사용·수익의 대가로 차임을 지급할 의무가 있으며, 그 임대차관계가 종료되면 임차인은 임차목적물을 임대인에게 반환하여야 할 계약상의 의무가 있다(대판 2009. 9. 24, 2008다38325). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.1225. [86]

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【34번】 ①

① (×), ④ (○), ⑤ (○) : 민법 제538조(채권자귀책사유로 인한 이행불능) ①쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다(지문 ④). 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다(지문 ⑤). ②전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다(지문 ①). ⇒ 『포인트민법』 p.765.

② (○) : 제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다. ⇒ 『포인트민법』 p.765.

③ (○) : 민법 제537조는 채무자위험부담주의를 채택하고 있는바, 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무가 이행불능된 경우 채무자는 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못하므로, 쌍방 급부가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환청구할 수 있다(대판 2009. 5. 28, 2008다98655,98662). ⇒ 『포인트민법』 p.766.

<Comment(난이도 하)> 민법 제538조 제1항은 자주 출제되어왔지만 제2항은 잘 출제되지 않던 조문이었는데 이번에 ①번 지문으로 출제되었다. 평소에 조문을 꼼꼼히 보지 않은 수험생에게는 ①번 지문이 낯설게 느껴졌을 것이다. 하지만 나머지 지문들이 기본적인 조문과

판례로 구성되어 반드시 맞추어야 하는 문제였다고 생각된다.

【35번】 ①

① (×) : 상대부담 있는 증여에 대하여는 민법 제561조에 의하여 쌍무계약에 관한 규정이 준용되어 부담의무 있는 상대방이 자신의 의무를 이행하지 아니할 때에는 비록 증여계약이 이미 이행되어 있다 하더라도 증여자는 계약을 해제할 수 있고, 그 경우 민법 제555조와 제558조는 적용되지 아니한다(대판 1997. 7. 8, 97다2177). ⇒ 『포인트민법』 p.795.

② (○) : 민법 제555조 소정의 증여의 의사가 표시된 서면의 작성시기에 관하여는 법률상 아무런 제한이 없으므로 증여계약이 성립한 당시에는 서면이 작성되지 않았다 하더라도 그 후 위 계약이 존속하는 동안 서면을 작성한 때에는 그때부터 서면에 의한 증여로서 당사자가 임의로 이를 해제할 수 없다(대판 1992. 9. 14, 92다4192). ⇒ 『포인트민법』 p.792.

③ (○) : 민법 제47조 제1항에 의하여 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에 준용되는 민법 제555조는 "증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니한 경우에는 각 당사자는 이를 해제할 수 있다."고 함으로써 서면에 의한 증여(출연)의 해제를 제한하고 있으나, 그 해제는 민법 총칙상의 취소와는 요건과 효과가 다르므로 서면에 의한 출연이더라도 민법 총칙규정에 따라 출연자가 착오에 기한 의사표시라는 이유로 출연의 의사표시를 취소할 수 있고, 상대방 없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연 행위라고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 1999. 7. 9, 98다9045). ⇒ 『포인트민법』 p.792.

④ (○) : 민법 제555조에서 말하는 해제는 일종의 특수한 철회일 뿐 민법 제543조 이하에서 규정한 본래 의미의 해제와는 다르다고 할 것이어서 형성권의 제척기간의 적용을 받지 않는다(대판 2003. 4. 11, 2003다1755). ⇒ 『포인트민법』 p.793.

⑤ (○) : 정기의 급여를 목적으로 한 증여는 증여자 또는 수증자의 사망으로 인하여 그 효력을 잃는다(민법 제560조). ⇒ 『포인트민법』 p.796.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【36번】 ④

ㄱ. (×) : 민법 제673조에서 도급인으로 하여금 자유로운 해제권을 행사할 수 있도록 하는 대신 수급인이 입은 손해를 배상하도록 규정하고 있는 것은 도급인의 일방적인 의사에 기한 도급계약 해제를 인정하는 대신, 도급인의 일방적인 계약해제로 인하여 수급인이 입게 될 손해, 즉 수급인이 이미 지출한 비용과 일을 완성하였다면 얻었을 이익을 합한 금액을 전부 배상하게 하는 것이라 할 것이므로, 위 규정에 의하여 도급계약을 해제한 이상은 특별한 사정이 없는 한 도급인은 수급인에 대한 손해배상에 있어서 과실상계나 손해배상예정액 감액을 주장할 수는 없다(대판 2002. 5. 10, 2000다37296, 37302). ⇒ 『포인트민법』 p.864.

ㄴ. (○) : 민법 제666조에서 정한 수급인의 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 인정되는 채권적 청구권으로서 공사대금채권에 부수하여 인정되는 권리이므로, 당사자 사이에 공사대금채권만을 양도하고 저당권설정청구권은 이와 함께 양도하지 않기로 약정하였

다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공사대금채권이 양도되는 경우 저당권설정청구권도 이에 수반하여 함께 이전된다고 봄이 타당하다. 따라서 신축건물의 수급인으로부터 공사대금채권을 양수받은 자의 저당권설정청구에 의하여 신축건물의 도급인이 그 건물에 저당권을 설정하는 행위 역시 다른 특별한 사정이 없는 한 사해행위에 해당하지 아니한다(대판 2018. 11. 29, 2015다19827). ⇒ 『포인트민법』 p.853.

ㄷ. (×) : 완성된 목적물에 하자가 있어 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구한 경우에, 도급인은 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상액에 상응하는 보수액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐이고 그 나머지 보수액은 지급을 거절할 수 없다고 할 것이므로, 도급인의 손해배상 채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금 채권은 공사잔대금 채권 중 위 손해배상 채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금 채권은 위 손해배상 채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다(대판 1996. 6. 11, 95다12798). ⇒ 『포인트민법』 p.762.

ㄹ. (×) : 하자가 중요한 경우의 그 손해배상의 액수 즉 하자보수비는 목적물의 완성시가 아니라 하자보수 청구시 또는 손해배상 청구시를 기준으로 산정함이 상당하다(대판 1998. 3. 13, 95다30345). ⇒ 『포인트민법』 p.857.

<Comment(난이도 하)> ㄹ.지문에 잘 출제되지 않던 판례가 출제되었으나 나머지 지문들이 기본적인 판례로 구성된 문제여서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【37번】 ⑤

① (○) : 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다(민법 제681조). 위임에서 수임인은 유상위임이든 무상위임이든 선관의무를 부담한다. ⇒ 『포인트민법』 p.870.

② (○) : 민법 제684조 제1항에 의하면 수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실이 있을 경우에는 이를 위임인에게 인도하여야 한다고 규정하고 있는바, 이때 인도 시기는 당사자간에 특약이 있거나 위임의 본뜻에 반하는 경우 등과 같은 특별한 사정이 있지 않는 한 위임계약이 종료한 때이므로, 수임인이 반환할 금전의 범위도 위임종료시를 기준으로 정해진다(대판 2007. 2. 8, 2004다64432). ⇒ 『포인트민법』 p.872.

③ (○) : 위임은 당사자 한쪽의 사망이나 파산으로 종료된다. 수임인이 성년후견개시의 심판을 받은 경우에도 이와 같다(민법 제690조). 수임인의 성년후견개시만이 위임종료사유이고 위임인의 성년후견개시는 위임종료사유가 아니다. ⇒ 『포인트민법』 p.876.

④ (○) : 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다(민법 제689조 제1항). 판례도 “위임계약은 원래 해지의 자유가 인정되어 쌍방 누구나 정당한 이유 없이도 언제든지 위임계약을 해지할 수 있고, 다만 불리한 시기에 부득이한 사유 없이 해지한 경우에 한하여 상대방에게 그로 인한 손해배상책임을 질 뿐(대판 2000. 4. 25, 98다47108)”이라고 한다. ⇒ 『포인트민법』 p.874.

⑤ (×) : 수임인이 전항의 규정에 의하여 제삼자에게 위임사무를 처리하게 한 경우에는 제121조, 제123조의 규정을 준용한다(민법 제682조 제2항). 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인

에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다(민법 제121조 제2항). ☞ 수임인이 복수임인을 선임한 경우 선임감독에 관한 책임을 지는 것이 원칙이나(민법 제121조 제1항), 위임인의 지명에 의하여 복수임인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다(민법 제121조 제2항). ⇒ 『포인트민법』 p.871.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례들로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【38번】 ⑤

① (×) : 관리자가 사무관리를 함에 있어서 과실없이 손해를 받은 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 그 손해의 보상을 청구할 수 있다(민법 제740조). ☞ 위임의 경우에는 민법 제688조 제3항에 따라 전액의 배상을 청구할 수 있다는 점과 구별하여야 할 것이다. ⇒ 『포인트민법』 p.898.

② (×) : 관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다(민법 제739조 제1항). 관리자가 본인의 의사에 반하여 관리한 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 상환을 청구할 수 있다(민법 제739조 제3항). 지문은 “본인의 의사에 부합하게” 관리한 경우이므로 현존이익의 한도로 제한되지 않는다. ⇒ 『포인트민법』 p.897~898.

③ (×) : 의무 없이 타인의 사무를 처리한 자는 그 타인에 대하여 민법상 사무관리 규정에 따라 비용상환 등을 청구할 수 있으나, 제3자와의 약정에 따라 타인의 사무를 처리한 경우에는 의무 없이 타인의 사무를 처리한 것이 아니므로 이는 원칙적으로 그 타인과의 관계에서는 사무관리가 된다고 볼 수 없다(대판 2013. 9. 26, 2012다43539). ⇒ 『포인트민법』 p.896.

④ (×) : 사무관리가 성립하기 위하여는 우선 그 사무가 타인의 사무이고 타인을 위하여 사무를 처리하는 의사, 즉 관리의 사실상의 이익을 타인에게 귀속시키려는 의사가 있어야 하며, 나아가 그 사무의 처리가 본인에게 불리하거나 본인의 의사에 반한다는 것이 명백하지 아니할 것을 요한다. 여기에서 ‘타인을 위하여 사무를 처리하는 의사’는 관리자 자신의 이익을 위한 의사와 병존할 수 있고, 반드시 외부적으로 표시될 필요가 없으며, 사무를 관리할 당시에 확정되어 있을 필요가 없다(대판 2013. 8. 22, 2013다30882). ⇒ 『포인트민법』 p.895.

⑤ (○) : 관리자가 타인의 생명, 신체, 명예 또는 재산에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 그 사무를 관리한 때에는 고의나 중대한 과실이 없으면 이로 인한 손해를 배상할 책임이 없다(민법 제735조). ⇒ 『포인트민법』 p.897.

<Comment(난이도 하)> 기본적인 조문과 판례들로 구성된 문제로서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【39번】 ③

① (×) : 공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후 다른 공동불법행위자가 피해자에게 자기 부담 부분을 넘는 손해를 배상했을 경우, 손해를 배상한 공동불법행위자는 손해배상채무가 시효 소멸한 다른 공동불법행위자에게 구상권

을 행사할 수 있는지 여부(적극) : 공동불법행위자 중 1인의 손해배상채무가 시효로 소멸한 후에 다른 공동불법행위자 1인이 피해자에게 자기의 부담 부분을 넘는 손해를 배상하였을 경우에도, 그 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자에게 구상권을 행사할 수 있다(대판 1997. 12. 23, 97다42830). ⇒ 『포인트민법』 p.655.

② (×) : 민법 제761조 제2항 소정의 “급박한 위난”에는 가해자의 고의나 과실에 의하여 조성된 위난은 포함되지 아니한다(대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1592).

③ (○) : 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제758조 제1항). ☞ 점유자책임은 1차적 책임이며 중간책임이고, 소유자책임은 2차적 책임이며 무과실책임이다. ⇒ 『포인트민법』 p.932.

④ (×) : 피용자와 제3자가 공동불법행위로 피해자에게 손해를 가하여 그 손해배상채무를 부담하는 경우에 피용자와 제3자는 공동불법행위자로서 서로 부진정연대관계에 있고, 한편 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이어서 사용자도 제3자와 부진정연대관계에 있다고 보아야 할 것이므로, 사용자가 피용자와 제3자의 책임비율에 의하여 정해진 피용자의 부담 부분을 초과하여 피해자에게 손해를 배상한 경우에는 사용자는 제3자에 대하여도 구상권을 행사할 수 있다(대판 2006. 2. 9, 2005다28426). ⇒ 『포인트민법』 p.655.

⑤ (×) : 불법행위로 인하여 건물이 훼손된 경우 그 손해는 수리가 가능하다면 그 수리비, 수리가 불가능하다면 그 교환가치(시가)가 통상의 손해이고, 사용 및 수리가 불가능한 경우 통상 불법행위로 인한 손해배상액의 기준이 되는 건물의 시가에는 건물의 철거비용은 포함되지 않는다(대판 1995. 7. 28, 94다19129). ⇒ 『포인트민법 객관식』 p.864. [56]

<Comment(난이도 하)> 긴급피난에 관한 ②번 지문은 시험에서 잘 출제되지 않던 판례여서 수험생들이 시험장에서 처음 본 지문이었을 것이다. 하지만 나머지 지문들이 기본적인 조문과 판례들로 구성되었고 정답지문인 ③번 지문이 어렵지 않아서 반드시 맞추어야 하는 문제였다.

【40번】 ④

ㄱ. (○) : 타인의 권리를 매매한 자가 권리이전을 할수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에 대하여 불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익을 배상할 의무가 있다[대판(전합) 1967. 5. 18, 66다2618]. ⇒ 『포인트민법』 p.808.

ㄴ. (○) : 전2조의 규정은 수량을 지정한 매매의 목적물이 부족되는 경우와 매매목적물의 일부가 계약당시에 이미 멸실된 경우에 매수인이 그 부족 또는 멸실을 알지 못한 때에 준용한다(민법 제574조). ☞ 일부타인권리 매매(제572조)의 경우와 달리 수량부족, 일부멸실의 경우 매수인이 선의인 경우에만 대금감액청구권을 행사할 수 있다. ⇒ 『포인트민법』 p.810.

ㄷ. (×) : 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을

청구할 수 있다(민법 제575조 제1항). ⇒ 『포인트민법』 p.810.

ㄴ. (○) : 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 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이다(대판 2000. 1. 18. 98다18506). ⇒ 『포인트민법』 p.815, 『포인트민법 객관식』 p.1202. [49] □.

<Comment(난이도 중)> ㄷ.지문은 조문 문제이긴 하나 출제자가 시험에서 잘 물어보지 않던 부분을 물어보아서 수험생들이 조금 어렵게 느꼈을 것 같다. 하지만 평소에 조문을 꼼꼼히 읽어 둔 수험생이라면 쉽게 맞출 수 있었을 것이다.

< 마지막으로 드리고 싶은 말씀 >

아무리 공부를 많이 하고 시험장에 들어가도 생전 처음 보는 지문을 만날 수밖에 없습니다. 실제로 90점 이상 고득점한 수험생들에게 모든 지문을 다 알고 풀었냐고 물어보면 생전 처음 보는 지문이나 애매한 지문도 있었지만 확실하게 보이는 정답지문이 있어서 고득점이 가능했다고 대답합니다. 이런 문제의 정답을 맞추기 위해서 생소한 지문까지 모두 알아야 하는 것은 아닙니다. 출제자가 5개의 지문을 모두 생소한 지문으로 구성할 수는 없습니다. 보통 5개 지문 중 1개, 많으면 2개 정도 생소한 지문을 끼워 넣는데, 나중에 검토해보면 아시겠지만 그 생소한 지문을 몰라도 정답지문, 나머지 지문만 정확하게 알고 있으면 풀리는 문제가 대다수입니다. 결국은 출제자의 의도도 그 생소한 지문을 아느냐를 물어보는 것이 아니라 나머지 지문을 얼마나 정확하게 알고 있느냐를 평가하는 문제가 대부분이라는 점을 명심하셔야 합니다. 기본기가 잘 되어있는 수험생들은 생소한 지문을 만나도 당황하지 않습니다. 다른 지문을 보고 충분히 정답을 골라낼 수 있기 때문입니다. 반면에 기본기가 약한 수험생들은 생소한 지문을 만나고 다른 지문의 OX 판단이 애매한 경우 두 지문을 놓고 고민하다가 결국 문제를 틀리게 되고 이런 문제가 많으면 시험 전체가 어렵게 느껴지고 패닉상태에 빠져 실력 차이보다 점수 차이가 더 벌어지게 됩니다. 강의시간에 항상 강조드리지만 판례를 이해하고 있는 정도로는 그 판례를 안다고 할 수 없고, 반복숙지를 통하여 완전히 자기 것으로 만드는 정도가 되어야 비로소 그 판례를 안다고 할 수 있습니다. 연습하고 또 연습하여 합격의 기쁨을 누리시는 수험생 여러분들 되시기 바랍니다.