

2017년 경찰간부후보생 민법총칙 기출문제 및 해설

【문 1】 공무원용품 도매업을 하는 乙은 2005. 1. 1 사업자금 조달을 위하여 甲은행으로부터 금 3억 원을 월이자 1%, 변제기 2006. 1. 1.로 정하여 차용하면서, 자신이 소유하던 A 부동산에 대하여 근저당권을 설정해 주기로 하는 계약을 체결하였다. (이하 각 문제는 독립적으로 판단하고, 다툼이 있는 경우에는 판례의 입장을 따를 것) (50점)

(1) 甲은행은 2010. 3. 25. 乙을 상대로 근저당권설정계약을 원인으로 하는 근저당권 설정청구의 소를 제기하였다. 이 때 乙의 주장 가능한 항변과, 이에 따른 소송의 결과를 서술하시오 (30점)

(2) 시간이 흘러 乙이 경영하던 사업체는 극심한 경영난에 빠지게 되었다. 乙은 甲은행의 강제집행을 피하기 위해 A 부동산을 자신과 친한 대학선배인 丙에게 허위의 매매계약을 체결하고 등기를 이전해 주었다. 이후 丙은 자신과 乙의 매매가 허위인 사실을 모르는 채권자 丁과 A 부동산에 대한 매매계약을 맺었고, 丁은 우선 A 부동산에 관하여 자신의 소유권이전등기청구권 보존을 위한 가등기를 경료 하였다. 이 때 乙-丙, 乙-丁간의 법률관계를 서술하시오. (20점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 논점의 정리

- 1) 乙의 항변으로는 근저당권설정청구권이 소멸하였다는 주장을 고려할 수 있다. 그런데 사안의 근저당권설정계약에는 특별한 무효·취소사유가 없으며, 피담보채무를 변제하였다는 사정도 없으므로 소멸시효 완성의 항변만이 주된 쟁점이 될 수 있다.
- 2) 먼저 저당권의 부종성과 관련하여 피담보채권의 시효소멸로 저당권설정청구권도 함께 소멸하였다고 주장할 수 있는지를 살피고¹⁾, 피담보채권과 별도로 甲의 乙에 대한 근저당권설정청구권이 독자적으로 시효로 소멸하였는지 검토한다.

2. 소멸시효의 요건

- ① 권리가 소멸시효에 걸리는 권리이고, ② 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 행사하지 않아야 하며, ③ 권리불행사의 상태가 일정기간 계속되어야 권리가 시효로 소멸한다.

3. 乙의 소멸시효완성항변 가능성

(1) 피담보채권의 시효소멸 가능성

- 1) 甲의 피담보채권은 변제기는 2006. 1. 1.이므로 소멸시효의 기산점은 2006. 1. 2.이

1) 주된 계약(소비대차)이 소멸되면, 종된 계약(저당권설정계약)은 그 목적을 상실하므로 부종정상 함께 소멸한다.

다. 한편 甲의 피담보채권은 상사채권으로서 5년의 상사시효가 적용되므로 2011. 1. 1. 24시가 되어야 소멸시효가 완성된다.

2) 甲이 소를 제기한 시점은 2010. 3. 25.이므로 아직 피담보채권의 소멸시효가 완성되지 않았다.¹⁾ 따라서 피담보채권이 시효로 소멸하였다고 주장하여, 甲의 저당권설정청구권도 함께 소멸하였다는 항변은 받아들여 질 수 없다.

(2) 근저당권설정청구권의 시효소멸 가능성

1) 甲의 근저당권설정청구권은 근저당권설정계약에서 발생한 채권적 청구권이므로 소멸시효에 걸리는 권리이다. 한편 甲과 乙은 상인이며 이 사건 근저당권설정계약은 상인간의 거래에서 발생하였다. 따라서 甲의 근저당권설정청구권은 상사채권으로서 5년의 상사시효가 적용된다(상법 제64조).

2) 사안에서 근저당권설정계약은 2005. 1. 1. 체결하였으므로 근저당권설정청구권의 소멸시효 기산점은 2005. 1. 2.이며 그 만료일은 2010. 1. 1. 24시이다. 따라서 甲이 근저당권설정청구의 소를 제기한 시점에 이미 그 소멸시효가 완성되었으므로 乙은 소멸시효완성의 항변을 할 수 있다.

4. 사안의 해결

乙은 피담보채권의 소멸시효 완성의 항변을 할 수 없지만, 근저당권설정청구권의 소멸시효완성의 항변은 할 수 있다. 이에 따라 법원은 甲의 근저당권설정등기청구의 소를 기각하여야 한다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 논점의 정리

丁 명의의 가등기는 丙의 등기를 기초로 한 것이므로 丙의 등기가 유효한지를 먼저 살핀다. 丙의 등기는 강제집행을 피하기 위하여 허위로 맺은 매매계약에 기한 점에서 통정허위표시(제108조)와 반사회질서 법률행위(제103조)가 문제된다.

만일 丙의 등기가 무효이더라도 丁의 등기가 유효할 수 있는지 '제3자 보호 규정'을 살핀다.

2. 丙 명의의 등기의 효력

(1) 통정허위표시(제108조)로서 무효인지 여부

상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이다(제108조). 乙은 오직 강제집행을 면탈할 목적으로 친한 대학선배인 丙과 허위의 매매계약을 체결하였다. 이러한 매매계약은 매매 목적물의 소유권을 이전하겠다는 진의가 결여된 것이므로 통정허위표시에 해당하여 무효이다. 따라서 丙 명의의 등기 역시 무효이다(유인성).

1) 저당권설정청구권을 재판상 행사하면 피담보채권의 소멸시효도 함께 중단된다. 다만 이 사안의 경우에는 뒤에서 보듯이 저당권설정청구권의 행사가 이미 소멸시효가 완성된 뒤의 것이어서 부적법하므로, 피담보채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다.

(2) 반사회질서의 법률행위(제103조)로서 무효인지 여부

1) 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는 법률행위의 목적인 권리의무 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되거나, 그 내용자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 ① 법률적으로 이를 강제하거나 ② 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 ③ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 말한다. 그러나 단순한 '강제집행 면탈', '세금회피', '투기' 목적의 약정은 제103조 위반이 아니라는 것이 판례이다.

2) 丙 명의의 등기는 비록 통정허위표시에 해당하여 무효이지만, 제103조에 위배되는 반사회질서의 행위에는 해당하지 않는다.

(3) 소결

丙 명의의 등기는 그 원인된 매매계약이 통정허위표시에 해당하므로 무효이다.

3. 丁의 가등기의 효력

(1) 제108조 2항

상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이지만, 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제108조 2항). 여기서 '제3자'란 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서, 허위표시 행위를 기초로 새로운 이해관계를 맺은 자를 말하며, 나아가 그 제3자로부터 전득한 자도 제3자에 해당한다.

(2) 소결

丁은 통정허위표시에 의해 이루어진 丙 명의의 등기를 진정한 것으로 신뢰하고, 그에 기초하여 매매계약이라는 새로운 이해관계를 맺은 자이다. 따라서 丙의 등기가 통정허위표시에 해당하여 무효라는 주장을 丁에 대한 관계에서는 할 수 없다(상대적 무효). 결국 丁의 가등기는 유효한 것으로 다루어진다.

4. 사안의 해결

(1) 乙-丙간의 법률관계

丙 명의의 등기는 통정허위표시에 기한 것이므로 무효이다. 따라서 乙은 丙을 상대로 소유권에 기하여 丙 명의의 등기말소를 청구할 수 있다(제214조).

(2) 乙-丁간의 법률관계

丁은 제108조 2항의 선의의 제3자에 해당하므로, 乙은 丁의 가등기가 무효라고 주장할 수 없다. 따라서 丁의 가등기는 유효한 것으로 다루어지므로 乙은 丁에게 가등기말소청구를 할 수 없다.

【문 2】 관습법과 사실인 관습에 대하여 약술하시오. (20점)

I. 의 의

관습법은 사회의 '거듭된 관행'이 사회구성원의 법적 확신에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고(제1조), 사실인 관습은 '거듭된 관행'이 사회의 법적 확신을 얻지 못하여 법규범으로 인정받지 못하고 '법률행위의 해석기준(제106조)'으로서 작용하는 것을 말한다.

II. 양자의 관계

1. 문제점

제1조와 제106조의 해석상 법적 확신이 없는 '사실인 관습'이 관습법보다 오히려 우선 적용되는 것처럼 보인다. 이에 두 조문의 관계가 모순되는 것은 아닌지 문제된다.

2. 학설 및 판례

① 구별긍정설은 관습법은 법원이고 사실인 관습은 법률행위의 해석기준일 뿐이므로, 양자는 그 성질·효력·적용범위에 차이가 있다고 본다. ② 구별부정설은 양자 모두 법률행위의 해석기준으로서 작용하며 사적자치의 영역에서는 양자를 구별할 필요가 없다고 본다.

판례는 “제1조는 관습법의 법원으로서의 보충적 효력을 인정한 것이고, 제106조는 사실인 관습이 사적자치에 인정되는 분야에서 법률행위의 해석기준을 정한 것이다”라고 하여 구별설의 입장이다.

3. 검토

제1조는 법원으로서 법적용의 순서를 정한 것이고, 제106조는 법률행위 해석의 기준에 관한 규정으로서 양자는 존재의 평면을 달리하므로 서로 모순되지 않는다. 따라서 양자는 그 성질·효력·적용범위에 있어 차이가 있다고 보는 '구별긍정설'이 타당하다.

II. 양자의 비교

1. 성립요건의 차이

관습법은 법적 확신이 필요하지만, 사실인 관습은 그러하지 아니하다.

2. 효력 및 적용의 차이

1) 관습법은 성문법규에 대하여 보충적인 법원으로서 작용한다. 즉 성문법규가 강행법규이든 임의법규이든 이에 위반하여 관습법이 성립할 수는 없다(관습법의 보충성).

2) 반면에 사실인 관습은 사적자치의 영역, 즉 임의규정의 영역에서 당사자의 의사가 명확하지 않을 때 법률행위의 해석기준이 된다.

3. 변론주의와의 관계

관습법은 당사자의 주장 증명을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하지만, 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 증명하여야 한다.

다만 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 법적 확신에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 모두 주장증명할 필요가 있다는 것이 판례이다.

III. 결 어

관습법은 법원의 일종이고(제1조), 사실인 관습은 법률행위 해석의 기준일 뿐이므로(제106조) 양자는 그 적용국면을 달리한다. 따라서 제1조와 제106조는 그 적용순서에 관한 문언에도 불구하고 서로 모순되지 아니한다.

【문 3】 피한정후견인에 대하여 약술하시오. (30점)

I. 서 설

- 1) 종래 행위무능력자로는 미성년자, 한정치산자, 금치산자가 있었으며 그 행위능력 범위도 획일적으로 결정되었다. 이러한 무능력 제도는 그들의 개별적 능력의 차이를 무시하여 현실과 괴리된 문제점이 있었다.
- 2) 이에 개정법에서는 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인으로 분류를 달리하였다. 후견제도를 보다 구체적으로 도입하면서 피후견인의 행위능력도 획일적 무능력으로 하지 않고, 되도록 정상적인 사회생활을 할 수 있는 영역을 넓히는 방향으로 마련하였다.
- 3) 피한정후견인은 종래의 한정치산자에 대응하는 개념이지만, 전자의 행위능력 범위는 후자보다 훨씬 넓다.

II. 한정후견개시의 심판

1. 요 건

(1) 실질적 요건

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람이어야 한다(제12조 1항).

(2) 형식적 요건

본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구가 있어야 한다.

2. 심 판

앞의 요건이 갖추어지면 가정법원은 한정후견개시의 심판을 한다. 이때 가정법원은 본인의 의사를 고려하여야 한다(제12조 2항, 제9조 2항). 본인의 의사를 고려하면 족하므로 본인의 의사에 반하여도 한정후견개시의 심판을 할 수 있다(특정후견과의 차이점).

III. 피한정후견인의 행위능력

1. 제한능력

- 1) 피한정후견인은 피성년후견인과 달리 원칙적으로 행위능력을 가진다. 다만 가정법원이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있고(제13조 1항), 그 범위에서 행위능력이 제한되므로 이를 위반한 행위는 취소할 수 있다(동조 4항).
- 2) 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 피한정후견인이 단독으로 할 수 있다(제13조 4항).

2. 제한능력자의 상대방 보호

제한능력을 이유로 한 취소제도는 제한능력자를 보호하기 위한 것이지만, 다른 한편으로는 법적 안정성 및 거래의 안전을 해할 염려가 공존한다. 이에 우리 민법은 제한능력자의 상대방을 보호하기 위해 확정촉구권(제15조), 철회권·거절권(제16조), 취소권의 배제(제17조)를 규정하고 있다.

IV. 법정대리인

1) 한정후견개시의 심판이 있는 경우, 피한정후견인에게는 한정후견인을 두어야 한다(제959조의2). 다만 한정후견인은 성년후견인과 달리 당연히 법정대리인이 되는 것이 아니다. 즉 가정법원이 대리권 수여심판을 하여야만 그 범위에서 대리권을 가진다(제959조의4 1항).

2) 한정후견인의 동의를 필요로 하는 행위에 대하여 한정후견인이 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 그 동의를 하지 아니하는 때에는 가정법원은 피한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다(제13조 3항).

V. 한정후견종료의 심판

1) 한정후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견종료의 심판을 한다(제14조).

2) 한정후견종료의 심판은 장래를 향하여 효력을 가지므로, 그 종료심판 전에 행하여진 행위의 효력에 영향을 주지 않는다.

VI. 결 어