

법원사무관 일반승진 1차 민법(객)(2022. 4. 16.)

【문 1】 명의신탁에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례 및 예규에 의함, 이하 [문40]까지 같음)

- ① 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 규정의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등을 종합하면, 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다. 그러나 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 부동산실명법이 시행되기 전에 계약명의신탁 약정을 한 명의수탁자가 이러한 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 자신의 명의로 소유권이전등기를 마치면서 장차 위 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하기로 하는 정산약정을 한 경우 정산약정 이후에 같은 법이 시행되었다거나 부동산의 처분이 같은 법 시행 이후에 이루어졌다는 사정만으로 정산약정이 당연 무효가 되는 것은 아니다.
- ③ 계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결한 사정이 인정된다면 명의신탁자가 계약당사자라고 할 것이므로, 이 경우의 명의신탁관계는 3자간 등기명의신탁으로 보아야 한다.
- ④ 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면 설령 계약의 상대방인 매도인이 그 명의신탁관계를 알고 있었다고 하더라도, 계약명의자인 명의수탁자가 아니라 명의신탁자에게 계약에 따른 법률효과를 직접 귀속시킬 의도로 계약을 체결하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한, 그 명의신탁관계는 계약명의신탁에 해당한다고 보아야 함이 원칙이다.

해설)①(X) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 한다) 규정의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등을 종합하면, 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지이다(대판 (전) 2019.6.20. 2013다218156).

【문 2】 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 매매로 인한 부동산소유권이전채무가 이행불능됨으로써 매수인이 매도인에 대하여 갖게 되는 손해배상채권은 그 부동산소유권의 이전채무가 이행불능된 때에 발생하는 것이고 그 계약체결일에 생기는 것이므로 위 손해배상채권의 소멸시효는 계약체결일이 아닌 소유권이전채무가 이행불능된 때부터 진행한다.
- ② 일반적으로 임대차계약에 있어서 임대인의 채무불이행으로 인하여 임차인이 임차의 목적을 달성할 수 없게 되어 손해가 발생한 경우에는 임차인이 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 임대인이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.
- ③ 채무불이행을 이유로 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 있다.
- ④ 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전등기 의무가 이행불능이 됨으로 말미암아 매수인이 입는 손해액은 원칙적으로 그 이행불능이 될 당시의 목적물의 시가 상당액이고, 그 이후 목적물의 가격이 등귀하였다 하여도 그로 인한 손해는 특별손해로서도 청구할 수 없다.

해설)④(X) 채무자가 부동산을 타인에게 매각함으로써 소유권이전등기 의무가 이행불능이 된 경우 통상의 손해는 매각대금액 (당시의 시가액으로 확정) 상당이라 할 것이고 부동산의 현시가 상당액은 물가등귀라는 특별사정으로 인한 손해액이라 할 것이다(대판 1967.11.21. 67다2158).

【문 3】 부당이득에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 국유재산법에 의한 변상금 부과·징수권은 민사상 부당이득반환청구권과 법적 성질을 달리하므로, 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.
- ② 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있을 뿐이고 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다.
- ③ 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다.
- ④ 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한된 경우에는 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사는 허용되지 않는다.

해설)④(X) 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실제법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행을 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다(대판 2013.9.13. 2013다45457).

【문 4】 등기의 추정력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 등기의 추정력으로 등기가 절차상 유효요건을 갖추어 적법하게 이루어진 것이라고 추정하는 ‘등기절차의 적법추정’이 인정된다.
- ② 소유권보존등기의 명의인도 소유자로 추정받으나, 그 토지를 사정(査定)받은 사람이 따로 있고 그가 양도 사실을 부인한 경우에는 그 등기가 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 것이 아닌 한 그 추정력은 깨어진다.
- ③ 전 소유자가 사망한 이후 그 명의로 신청되어 경료된 소유권이전등기라도 특별한 사정이 없는 한 그 등기의 추정력이 인정된다.
- ④ 등기가 일단 원인 무효로 된 경우 그 등기가 실제관계에 부합하는 유효한 등기라는 점은 등기명의자가 주장·증명하여야 한다.

해설)③(X) 전소유자가 사망한 이후에 그 명의의 신청에 의하여 이루어진 이전등기는 일단 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실제관계와 부합함을 입증할 책임이 있다(대판 1983.8.23. 83다카597).

【문 5】 혼인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사실혼은 주관적으로는 혼인의 의사가 있고, 또 객관적으로는 사회통념상 가족질서의 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 실체가 있는 경우에 성립한다.
- ② 당사자 사이에 일응 법률상의 부부라는 신분관계를 설정할 의사는 있었다고 인정되는 경우라도 그것이 단지 다른 목적을 달성하기 위한 방편에 불과한 것으로서 그들간에 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 없을 때에는 그 혼인은 민법 제815조 제1호의 규정에 따라 그 효력이 없다고 해석하여야 할 것이다.
- ③ 현재 시행 중인 민법 제807조에 따르면 남자는 만 18세, 여자는 만 16세에 달한 때에 부모의 동의 없이

혼인할 수 있다.

- ④ 혼인 중에 부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소되었다는 사정만으로 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이 취득한 것이라고는 볼 수 없다.

해설)③(X) 만18세가 된 사람은 혼인할 수 있다(제807조). 즉 혼인적령에 관해 현행민법은 남녀불문한다.

【문 6】 매매계약에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 민법 제587조에 의하면 매매계약 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속하므로, 매수인이 대금을 완제하였다도 매매목적물이 매수인에게 인도되지 아니하였다면 목적물로부터 생긴 과실은 여전히 매도인에게 귀속된다.
- ② 가압류등기가 있는 부동산의 매매계약에 있어서 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기의 말소 의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다.
- ③ 매매계약 당시 매수인이 중도금 일부의 지급에 갈음하여 매도인에게 제3자에 대한 대여금채권을 양도하기로 약정하고, 그 자리에 제3자도 참석한 경우 매수인은 매매계약과 함께 채무의 일부 이행에 착수하였으므로, 매도인은 민법 제565조 제1항에서 정한 해제권을 행사할 수 없다.
- ④ 소속 공무원의 과실이 관여되어 허위로 마쳐진 소유권이전등기를 믿고 부동산을 취득함으로써 손해를 입었다면 국가도 피해자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담한다고 할 것이고 피해자가 반드시 그 부동산의 양도인을 상대로 매도인의 담보책임에 기한 손해배상청구를 먼저 혹은 동시에 하여야 하는 것은 아니다.

해설)①(X) 매수인이 매매대금을 완납한 후에는 비록 목적물에 대한 인도 또는 등기를 갖추지 않았다고 하더라도 매도인이 대금과 과실의 이중이득을 취하는 것은 부당하므로, 매수인이 과실수취권을 가지는 것으로 보아야 한다(대판 1993.11.9. 93다28928).

【문 7】 표현대리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 유권대리에 관한 주장 속에 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다.
- ② 처가 제3자를 남편으로 가장시켜 관련 서류를 위조하여 남편 소유의 부동산을 담보로 대출받은 경우 남편을 본인으로 하는 대리행위가 있었다고 할 수 없으므로 남편을 본인으로 하는 민법 제126조의 표현대리책임은 성립하지 않는다.
- ③ 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 일상가사에 속하지 않는 법률행위를 한 경우 그것이 민법 제126조의 표현대리가 되려면 처에게 일상가사대리권이 있었고 상대방이 처가 남편으로부터 그 법률행위에 관한 대리권을 받았다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다.
- ④ 인감증명서는 일반적으로 재산의 처분에 있어 당사자의 신원 또는 그 의사를 확인하기 위하여 사용되므로 인감증명서의 교부만으로 특정 재산의 처분에 관한 대리권을 부여한 것으로 해석될 수 있다.

해설)④(X) 인감증명서는 인장사용에 부수해서 그 확인방법으로 사용되며 인장사용과 분리해서 그것만으로서 어떤 증명방법으로 사용되는 것이 아니므로 인감증명서만의 교부는 일반적으로 어떤 대리권을 부여하기 위한 행위라고 볼 수 없다(대판 1978.10.10. 78다75).

【문 8】 채권자대위권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 유류분반환청구권은 유류분권리자에게 그 권리행사의 확정적 의사가 있다고 인정되는 경우가 아니라면 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.
- ② 후견인이 민법 제950조 제1항 각호의 행위를 하면서 친족회의 동의를 얻지 아니한 경우 제2항의 규정에 의하여 피후견인 또는 친족회가 그 후견인의 행위를 취소할 수 있는 권리(취소권)는 행사상의 일신전속권이므로 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.
- ③ 토지거래허가구역 내의 토지매매에서 토지거래허가 신청절차 협력의무 이행청구권은 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.

- ④ 상소의 제기과 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.

해설)③(X)토지거래허가구역 내의 토지매매에서 신청절차협력의무의 이행청구권도 대위의 목적일 수 있다(대판 1996.10.25. 96다23825).

【문 9】 법률행위의 취소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 권리금계약이 임차권양도계약과 결합하여 전체가 경제적·사실적으로 일체로 행하여진 것으로서, 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우에는 권리금계약 부분만을 따로 떼어 취소할 수 없다.
- ② 민법 제146조에 규정된 취소권의 존속기간은 제척기간이라고 보아야 할 것이고, 그 제척기간 내에 소를 제기하는 방법으로 권리를 재판상 행사하여야만 한다.
- ③ 매도인이 매수인의 중도금지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다.
- ④ 근로계약의 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다.

해설)②(X) 법률행위의 취소는 상대방에 대한 의사표시로 하여야 하나 그 취소의 의사표시는 특별히 재판상 행하여짐이 요구되는 경우 이외에는 특정한 방식이 요구되는 것이 아니고, 취소의 의사가 상대방에 의하여 인식될 수 있다면 어떠한 방법에 의하더라도 무방하다고 할 것이고, 법률행위의 취소를 당연한 전제로 한 소송상의 이행청구나 이를 전제로 한 이행거절 가운데는 취소의 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 있다(대판 1993.9.14. 93다13162).

【문10】 물건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위하여는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 된다.
- ② 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우라도 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰다면 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되지 않는다.
- ③ 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로(민법 제100조 제1항) 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다.
- ④ 종물은 주물의 처분에 수반된다는 민법 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다.

해설)②(X) 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다(대판 2008.5.8. 2007다36933,36940).

【문11】 소멸시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소유권이전등기의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효는 이전등기의무가 이행불능 상태에 돌아간 때로부터 진행되는 것이 아니라, 본래의 채권을 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.
- ② 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하며 여기서 권리를 행사할 수 있는 때라 함은 권리행사에 법률상의 장애가 없는 때를 말하므로 정지조건부권리의 경우에는 조건 미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없는 것이어서 소멸시효가 진행되지 않는다.

- ③ 주택임대차보호법에 따른 임대차에서 그 기간이 끝난 후 임차인이 보증금을 반환받기 위해 목적물을 점유하고 있는 경우 보증금반환채권에 대한 소멸시효는 진행하지 않는다고 보아야 한다.
- ④ 보조참가도 시효중단사유인 재판상 청구에 해당할 수 있다.

해설)①(X) 소유권이전등기의무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권의 소멸시효는 이전등기의무가 이행불능 상태에 돌아간 때로부터 진행된다고 할 것이고, 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 제3자의 처분금지가처분의 등기가 기입되었다 할지라도, 이는 단지 그에 저촉되는 범위 내에서 가처분채권자에게 대항할 수 없는 효과가 있다는 것일 뿐 그것에 의하여 곧바로 부동산 위에 어떤 지배관계가 생겨서 채무자가 그 부동산을 임의로 타에 처분하는 행위 자체를 금지하는 것은 아니라 하겠으므로, 그 가처분등기로 인하여 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다(대판 2002.12.27. 2000다47361).

【문12】 취득시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① ‘집합건물의 공용부분’은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 있다.
- ② ‘성명불상자의 소유물’에 대하여도 시효취득이 인정된다.
- ③ 특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유사실만을 증명하면 20년 간 계속 점유 사실을 주장·증명할 필요가 없다.
- ④ 점유기간 중에 당해 부동산의 소유권자의 변동이 있는 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없고, 법원이 진정한 점유 개시시기를 인정하고 이를 바탕으로 취득시효 주장의 당부를 판단해야 한다.

해설)①(X) 집합건물의 공용부분은 취득시효에 의한 소유권 취득의 대상이 될 수 없다(대판 2013.12.12. 2011다78200).

【문13】 물권적 청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 건물을 신축하여 그 소유권을 원시취득한 자로부터 그 건물을 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 갖추지 못한 자는 그 건물의 불법점거자에 대하여 직접 자신의 소유권 등에 기하여 명도를 청구할 수는 없다.
- ② 재산을 타인에게 신탁한 경우 대외적인 관계에 있어서는 수탁자만이 소유권자로서 그 재산에 대한 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있으며, 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없다.
- ③ 공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 다른 소수지분권자인 원고는 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수 있다.
- ④ 등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산의 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

해설)③(X) 공유물의 소수지분권자인 피고가 다른 공유자와 협의하지 않고 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유하는 경우 소수지분권자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구할 수는 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 공유자 중 1인인 피고가 공유물을 독점적으로 점유하고 있어 다른 공유자인 원고가 피고를 상대로 공유물의 인도를 청구하는 경우, 그러한 행위는 공유물을 점유하는 피고의 이해와 충돌한다. 애초에 보존행위를 공유자 중 1인이 단독으로 할 수 있도록 한 것은 보존행위가 다른 공유자에게도 이익이 되기 때문이라는 점을 고려하면, 이러한 행위는 민법 제265조 단서에서 정한 보존행위라고 보기 어렵기 때문이다(대판 (전) 2020.5.21. 2018다287522).

【문14】 가등기담보에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 가등기담보 등에 관한 법률(이하 '가등기담보법'이라 한다)은 매매대금채권을 담보하기 위하여 가등기를 한 경우에도 적용된다.
- ② 채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적부동산을 타에 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다.
- ③ 가등기담보법 제13조, 제14조, 제15조에 의하면, 같은 법에 따른 청산절차를 거치기 전에 강제경매 등의 신청이 행하여진 경우 담보가등기권자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없고, 그 가등기가 부동산의 매각에 의하여 소멸하되 다른 채권자보다 자기 채권을 우선변제받을 권리가 있을 뿐이다.
- ④ 가등기담보법은 공사대금채권을 담보할 목적으로 가등기가 경료된 경우에는 적용되지 아니한다.

해설)①(X) 가등기담보등에관한법률은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되므로 매매대금채권을 담보하기 위하여 가등기를 한 경우에는 위 법률은 적용되지 아니한다(대판 2002.12.24, 2002다50484).

【문15】 이행불능에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법령에 따라 토지분할에 행정관청의 분할허가를 받아야 하는 토지 중 일부를 특정하여 매매계약이 체결되었으나, 그 부분의 면적이 법령상 분할허가가 제한되는 토지분할 제한면적에 해당하여 분할이 불가능하다면, 매도인이 그 부분을 분할하여 소유권이전등기절차를 이행할 수 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 매도인의 소유권이전등기의무는 이행이 불가능하다고 보아야 한다.
- ② 소유권이전등기의무자가 그 부동산상에 제3자 명의로 가등기를 마쳐 주었다 하여도 그 가등기만으로는 소유권이전등기의무가 이행불능이 된다고 할 수 없다.
- ③ 甲과 乙 사이의 토지교환계약후 甲 소유의 교환목적토지에 관하여 丙 명의로 소유권이전등기가 경료되었다고 하더라도 甲과 丙 사이에 명의신탁관계가 성립된 것으로서 甲이 丙으로부터 그 소유권을 회복하여 乙에게 소유권이전등기절차를 이행할 수 있는 특별한 사정이 있다면 그 교환목적토지의 소유권이전등기절차이행은 아직 이행불능이 확정되었다고 볼 수 없다.
- ④ 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 제3자의 처분금지가처분의 등기가 기입되었다면 바로 계약이 이행불능으로 되었다고 볼 것이다.

해설)④(X) 매매의 목적이 된 부동산에 관하여 제3자의 처분금지가처분의 등기가 기입되었다 할지라도, 이는 단지 그에 저촉되는 범위 내에서 가처분채권자에게 대항할 수 없는 효과가 있다는 것일 뿐, 그것에 의하여 곧 바로 부동산 위에 어떤 지배관계가 생겨서 채무자가 그 부동산을 임의로 타에 처분하는 행위 자체를 금지하는 것은 아니라 하겠으므로, 그 가처분등기로 인하여 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다(대판 2002.12.27, 2000다47361).

【문16】 변제로 인한 대위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 물상보증인이 채무자의 채무를 변제한 경우에 가지는 구상권과 변제자 대위권은 그 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 그 내용이 다른 별개의 권리로서, 물상보증인은 고유의 구상권을 행사하던 대위하여 채권자의 권리를 행사하던 자유이다.
- ② 채무인수의 대가로 기존 채무자가 물상보증인에게 어떤 급부를 하기로 약정하였다는 등의 사정이 없는 한 물상보증인이 기존 채무자의 채무를 면책적으로 인수하였다는 것만으로 물상보증인이 기존 채무자에 대하여 구상권 등의 권리를 가진다고 할 수 없다. 따라서 변제로 인한 대위도 할 수 없다.
- ③ 민법 제481조는 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다고 규정하고 있는바, 위 조항에서 말하는 '변제할 정당한 이익'은 법률상 이익뿐만 아니라 사실상의 이해관계까지 포함한다.
- ④ 보증인과 물상보증인이 여럿 있는 경우 어느 누구라도 각자의 부담 부분을 넘는 대위변제 등을 하지 않으면 다른 보증인과 물상보증인을 상대로 채권자의 권리를 대위할 수 없다.

해설)③(X) 민법 제469조 제2항은 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다고 규정하고, 민법 제481조는 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다고 규정하고 있는바, 위 조항에서 말하는 '이해관계' 내지 '변제할 정당한 이익'이 있는 자는 변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나 또는 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는 지위에 있기 때문에 변제함으로써 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상 이익을 가지는 자를 말하고, 단지 사실상의 이해관계를 가진 자는 제외된다 (대결 2009.5.28. 2008마109).

【문17】 양자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피성년후견인도 성년후견인의 동의를 받아 입양할 수 있으나 가정법원의 허가를 받아야 한다.
- ② 양자가 될 자는 그가 성년인지 여부와 관계없이 원칙적으로 부모의 동의를 얻어야 한다.
- ③ 친양자 입양의 성립이 확정된 때로부터 친양자의 종전 친족관계는 장래를 향하여 종료하므로 친양자에게 이미 발생하였던 상속권에는 영향이 없다.
- ④ 양자가 될 사람이 13세 이상의 미성년자인 경우에는 법정대리인이 그를 갈음하여 입양을 승낙한다.

해설)④(X) 양자가 될 사람이 13세 미만인 경우에는 법정대리인이 그를 갈음하여 입양을 승낙한다(제869조 2항). 양자가 될 자가 13세 이상의 미성년자인 경우에는 법정대리인의 동의를 받아 입양을 승낙한다(제869조 1항).

【문18】 계약의 해제에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하였다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 봄이 타당하다.
- ② 채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고 과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이다.
- ③ 부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에는 이행의 최고 없이도 매매계약을 해제할 수 있으나, 이행기는 도래하여야 한다.
- ④ 소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다.

해설)③(X) 부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무 이행기일까지 기다릴 필요 없이 이를 이유로 매매계약을 해제할 수 있다(대판 1993.06.25. 93다11821).

【문19】 부재와 실종에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부재자가 재산관리인을 정하였으나 부재자의 생사가 분명하지 아니하여 가정법원이 재산관리인을 개입하는 경우 종전 수임인이 재산관리인으로 되었다면 종전 수임인의 재산관리 처분권한은 종료되지 아니한다.
- ② 사망한 것으로 간주된 자가 그 이전에 생사불명의 부재자로서 재산관리에 관하여 법원으로부터 재산관리인이 선임되어 있었다면 재산관리인은 그 부재자의 사망을 확인했다고 하더라도 재산관리인에 대한 선임결정이 취소되기 전에 재산관리인의 처분행위에 기하여 경료된 등기는 법원의 처분허가 등 모든 절차를 거쳐 적법하게 경료된 것으로 추정된다.
- ③ 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.

- ④ 피상속인의 사망 후에 실종선고가 이루어졌으나 실종기간이 피상속인의 사망 이전에 만료된 경우 실종선고된 자가 상속인이 될 수 없는 경우도 생길 수 있다.

해설)①(X) 부재자가 6.25사변 전부터 가사 일체와 재산의 관리 및 처분의 권한을 그 모인 "갑"에 위임하였다 가정하더라도 "갑"이 부재자의 실종후 법원에 신청하여 동 부재자의 재산관리인으로 선임된 경우에는 부재자의 생사가 분명하지 아니하여 민법 제23조의 규정에 의한 개임이라고 보지 못할바 아니므로 이때부터 부재자의 위임에 의한 "갑"의 재산관리 처분권한은 종료되었다고 봄이 상당하고, 따라서 그 후 "갑"의 부재자 재산처분에 있어서는 민법 제25조에 따른 권한 초과 행위 허가를 받아야 하며 그 허가를 받지 아니하고 한 부재자의 재산매각은 무효이다(대판 1977.3.22. 76다1437).

【문20】 도급에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 도급인이 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있다.
- ② 민법 제667조 내지 제671조에 규정된 수급인의 하자담보책임기간은 재판상 또는 재판외의 권리행사기간인 제척기간이므로, 그 기간의 도과로 하자담보추급권은 당연히 소멸한다.
- ③ 건축공사도급계약이 중도해제된 경우 도급인이 지급하여야 할 보수는 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 한다.
- ④ 지체상금에 관한 약정은 손해배상액의 예정으로서 지체상금이 부당히 과다한 경우에는 민법 제398조 제2항에 의하여 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다.

해설)③(X) 건축공사도급계약이 중도해제된 경우 도급인이 지급하여야 할 보수는 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 약정한 총공사비에 기성고 비율을 적용한 금액이지 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 할 것은 아니다(대판 2017.1.12. 2014다11574,11581).