

제26회 시험대비
민법판례 총정리

제 01 편
민법총칙

권리변동 일반

1 호의동승

제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

(1) 기본판례

- ① 사고차량에 단순히 호의동승을 하였다는 사실만으로는 배상액의 감경사유로 삼을 수는 없다(대판 1996. 3. 22, 95다24302).
- ② 호의동승의 경우 운행목적, 동승자와 운행자의 인적 관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 여러 사정에 비추어 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의법칙이나 형평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 경감할 수 있다(대판 1999. 2. 9, 98다53141).

2 권리변동의 모습

(1) 기본판례

한번 포락(토지가 바닷물이나 적용하천에 잠기는 것)되어 해면 아래에 잠김으로써 복구가 심히 곤란하여 토지로서의 효용을 상실하면 종전의 소유권이 영구히 소멸되고, 그 후 포락된 토지가 다시 성토되어도 종전의 소유자가 다시 소유권을 취득할 수는 없다(대판 1992. 9. 25, 92다24677).

(2) 심화판례

- ① 부동산점유취득시효완성으로 인한 소유권취득은 원시취득이다(대판 2004. 9. 24, 2004다31463).

② 채권양도의 통지는 양도인이 채무자에 대하여 당해 채권을 양수인에게 양도하였다 는 사실을 알리는 관념의 통지이고, 법률행위의 대리에 관한 규정은 관념의 통지에 도 유추적용된다(대판 1997. 6. 27, 95다40977 · 40984).

법률행위

1 법률행위의 종류

(1) 기본판례

- ① 타인의 소유에 속하는 목적물에 대한 매매계약도 계약당사자 간에는 유효하다(대판 1993. 8. 24, 93다24445).
- ② 계약금은 계약체결 시에 교부되는 것이 원칙이나, 계약체결 후 변제기 전에 교부되더라도 당사자가 계약금임을 명백히 한 때에는 계약금으로서 유효하다(대판 1955. 3. 10, 4287민상388).

(2) 심화판례

- ① 타인의 권리를 자기의 이름으로 처분하거나 또는 자기의 권리로 처분한 경우에 본인이 후일 그 처분행위를 인정하면 특단의 사유가 없는 한 무권대리에 있어서의 본인의 추인과 같이 그 처분행위의 효력이 본인에게 미친다(대판 1988. 10. 11, 87다카2238).
- ② 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분한 경우에, 권리자는 후일 이를 추인함으로써 그 처분행위를 인정할 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 이로써 권리자 본인에게 위 처분행위의 효력이 발생함은 사적 자치의 원칙에 비추어 당연하고, 이 경우 추인은 명시적으로뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 가능하며 그 의사표시는 무권대리인이나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하다(대판 2001. 11. 9, 2001다44291).

2 법률행위의 요건

(1) 기본판례

- 「농지법」상 농지취득자격증명이 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력발생요건이 아니므로 농지에 관한 소유권이전등기청구소송에서 농지취득자격증명이 없다는 이유로 그 청구를 거부할 수 없다(대판 2006. 1. 27, 2005다59871).

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

(2) 심화판례

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 규제구역 내의 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약은 유동적 무효이며 이 경우 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요가 없다(대판 전합체 1991. 12. 24, 90다12243).

3 법률행위의 목적 I – 확정성과 가능성

(1) 기본판례

매매 목적물과 대금은 계약체결 당시에 구체적으로 확정될 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 확정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다(대판 1996. 4. 26, 94다34432).

(2) 심화판례

① 매매계약에 있어서 그 목적물과 대금은 반드시 계약체결 당시에 구체적으로 특정할 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있으면 족한 것이고, 이 경우 그 약정된 기준에 따른 대금액의 산정에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 경우에는 법원이 이를 정할 수밖에 없다(대판 2002. 7. 12, 2001다7940).

② 원시적 불능을 목적으로 하는 법률행위는 무효이나 계약체결상의 과실책임이 문제되는 바, 판례는 원시적 불능의 경우에만 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있다(대판 1975. 2. 10, 74다584).

4 법률행위의 목적 II – 적법성

(1) 기본판례

① 「부동산등기특별조치법」상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 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).

② 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 강행법규인 같은 법 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이고, 나아가 같은 법이 거래안전보호 등을 위하여 그 무효를 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 아니한 이상 그 무효는 원칙적으로 누구에 대하여서나

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

주장할 수 있으므로, 그 규정들에 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위 또한 당연무효이다(대판 1996. 4. 26, 94다43207).

(2) 심화판례

- ① 강행법규에 위반되는 행위가 반드시 반사회적 법률행위(불법원인급여)에 해당하는 것은 아니다(대판 2001. 5. 29, 2001다1782).
- ② 증권회사 또는 그 임직원이 고객에 대하여 증권거래와 관련하여 발생한 손실을 보전하여 주기로 하는 약속이나 그 손실보전행위의 효력은 무효이다(대판 2001. 4. 24, 99다30718).
- ③ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 규제구역 내의 토지거래계약은 관할관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생하고 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하여 무효라고 보아야 한다(대판 전합체 1991. 12. 24, 90다12243).
- ④ 부동산중개업법 및 동법시행규칙 소정의 상한을 초과하는 부동산중개수수료 약정은 강행법규에 속하는 것으로서 그 한도액을 초과하는 부분은 무효이다(대판 2002. 9. 4, 2000다54406).
- ⑤ 증권거래법 제52조 제1호를 위반한 투자수익보장약정은 무효이나, 증권거래법 제107조를 위반한 일임매매약정은 유효하다(대판 1996. 8. 23, 94다38199).
- ⑥ 금융기관과의 비실명금융거래계약의 사법상 효력은 유효이다(대판 2001. 12. 28, 2001다17565).
- ⑦ 「주택건설촉진법」상의 전매금지규정에 위반한 국민주택 전매계약의 사법상 효력은 유효이다(대판 1991. 9. 10, 91다21992).
- ⑧ 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관개설을 원칙적으로 금지하고 있는 의료법 제30조 제2항은 강행법규에 속하는 것으로서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효이다(대판 2003. 4. 22, 2003다2390).
- ⑨ 광업권자 아닌 자에게 채굴권을 대여하는 덕대계약은 무효이다(대판 1962. 2. 22, 4294민상168).
- ⑩ 건설업면허의 명의대여에 따른 명의대여료나 소개수수료 지급약정은 모두 무효이다(대판 1988. 12. 27, 86다카2452).
- ⑪ 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장하더라도 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2003. 4. 22, 2003다2390).

5 법률행위의 목적III – 사회적 타당성

제103조 (반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

(1) 기본판례

- ① 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 사회질서에 반하는 경우 그 법률행위는 무효이다(대판 1984. 12. 11, 84다카1402).
- ② 강제집행을 면할 목적으로 부동산을 명의신탁하는 것은 반사회적 법률행위(불법원인급여)에 해당하지 않는다(대판 1994. 4. 15, 93다61307).
- ③ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위 역시 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다(대판 2004. 5. 28, 2003다70041).
- ④ 도박으로 인한 채무의 변제방법으로서 토지를 양도하는 계약은 무효이다(대판 1966. 2. 22, 65다2567).
- ⑤ 반사회적 법률행위에 대해서는 무효행위의 주인이 인정되지 않는다(대판 1973. 5. 22, 72다2249).
- ⑥ 제746조가 규정하는 불법원인급여란 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하고, 불법원인급여를 한 자는 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없다(대판 2004. 9. 3, 2004다27488).

(2) 심화판례

- ① 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서적 법률행위는 법률행위의 목적인 권리의 무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 사회질서에 반하는 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 사회질서에 반하는 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성격을 띠는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다(대판 2002. 9. 10, 2002다21509).
- ② 금전소비대차계약의 당사자 사이의 경제력 차이로 인하여 이율이 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정해진 경우, 그 초과부분의 이자약정은 무효이고, 무효인 부분의 이자약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 이자를 지급한 경우, 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다(대판 전합체 2007. 2. 15, 2004다50426).

- ③ 양도소득세를 회피할 목적으로 한 매매계약은 반사회적 법률행위에 해당하지 않으며(대판 1981. 11. 10, 80다2475), 상속세를 면탈할 목적으로 피상속인의 명의에서 타인 명의로 직접 소유권이전등기를 한 경우라 하더라도 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다(대판 1964. 7. 21, 64다554).
- ④ 국가기관이 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 공권력을 행사한 결과 국민이 그 공권력의 행사에 의해 외포(恐怖)되어 자유롭지 못한 상태에서 의사표시를 하였더라도 그 의사표시의 효력은 의사표시의 하자에 관한 민법의 일반원리에 의하여 판단되어야 하고 그 강박에 의한 의사표시가 항상 반사회성을 띠게 되어 무효로 된다고는 볼 수 없다(대판 1996. 12. 23, 95다40038).
- ⑤ 단지 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적인 방법이 사용된 데 불과한 경우에는 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흡결을 이유로 효력을 논할 수는 있을지언정 반사회적 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다(대판 1992. 11. 27, 92다7719).
- ⑥ 소송사건에서 증언의 대가로 금전을 지급하기로 약정한 경우, 그것이 통상적으로 용인될 수 있는 수준(여비, 일실손해 등)을 초과하는 경우에는 무효이다(대판 1994. 3. 11, 93다40522).
- ⑦ 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 또는 방조한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위는 반사회적 법률행위에 해당되지 않는다(대판 2001. 2. 9, 99다38613).
- ⑧ 부첩관계의 종료를 해제조건으로 하는 중여계약은 조건뿐만 아니라 중여계약 자체가 무효이다(대판 1966. 6. 21, 66다530).
- ⑨ 부정행위를 용서받는 대가로 손해배상을 함과 아울러 가정에 충실하겠다는 서약의 취지에서 처에게 부동산을 양도하되, 부부관계가 유지되는 동안에 처가 임의로 처분할 수 없다는 제한을 붙인 약정은 유효하다(대판 1992. 10. 27, 92다204).
- ⑩ 도박채무를 변제하기 위해 채무자로부터 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 도박채무부담행위와 그 변제의 약정 및 변제약정의 이행행위(부동산처분대금으로 도박채무의 변제에 충당)는 무효이나, 부동산처분에 관한 대리권을 도박채권자에게 수여한 행위는 유효하다. 따라서 도박채권자로부터 위 부동산을 매수한 제3자는 유효하게 소유권을 취득할 수 있다(대판 1995. 7. 14, 94다40147).
- ⑪ 해외연수 후 일정기간 회사에 근무하지 않으면 해외파견소요경비를 배상한다는 약정은 근로계약기간이 아니라 경비반환의 면제기간을 정한 것으로 유효하다(대판 1982. 6. 22, 82다카90).

- ⑫ 백화점 수수료위탁판매 매장계약에서 임차인이 매출신고를 누락하는 경우 판매수수료의 100배에 해당하고 매출신고누락분의 10배에 해당하는 벌칙금을 임대인에게 배상하기로 한 위약별의 약정은 공서양속에 반하지 않는다(대판 1993. 3. 23, 92다46905).
- ⑬ 매매계약체결 후 그 목적물이 범죄행위로 취득된 것을 알게 된 경우에 그 계약의 이행을 구하는 것은 원칙적으로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는다(대판 2001. 11. 9, 2001다44987).
- ⑭ 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 임차한 것은 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다(대판 2001. 4. 10, 2000다49343).
- (3) 고급판례
- ① 국가를 당사자로 하는 계약에 있어서 낙찰자결정이나 그에 기한 계약이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 무효가 되는 것은 아니다(대판 2001. 12. 11, 2001다33604).
- ② 도급인이 일방적으로 공사의 완공이 불가능할 정도의 공기단축을 요구하여 수급인으로 하여금 부득이 이에 응하게 한 경우, 그 단축된 준공기한 위반을 이유로 지체상금을 물게 하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서 위반이 될 수 있다(대판 1997. 6. 24, 97다2221).
- ③ 첨계약은 처의 동의 유무를 불문하고 공서양속에 반하므로 무효이나(대판 1960. 9. 29, 4293민상302), 부첩관계를 해소하면서 그 동안의 첨의 희생에 대하여 배상하고 또 첨의 장래 생활대책을 위하여 금전을 지급하기로 한 약정은 사회질서에 반하지 않는다(대판 1980. 6. 24, 80다458).
- ④ ‘어떠한 일이 있어도 이혼하지 않겠다.’는 의사표시는 무효이다(대판 1969. 8. 19, 69다18).
- ⑤ 사찰이 그 존립에 필요불가결한 재산인 임야를 중여하는 행위는 무효이다(대판 1970. 3. 31, 69다카2293).
- ⑥ 도박자금에 제공할 목적으로 한 대차계약은 반사회질서적 법률행위이므로 무효이다(대판 1973. 5. 22, 72다2249).
- ⑦ 당초부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 탈 목적으로 생명보험계약을 체결하는 경우는 무효이며(대판 2000. 2. 11, 99다49064), 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결하는 경우 역시 무효이다(대판 2005. 7. 28, 2005다23858).

- ⑧ 수사기관에서 참고인으로 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 허위의 진술을 하고 그 대가로 일정한 급부를 받기로 하는 약정은 무효이다(대판 2001. 4. 24, 2000다 71999).
- ⑨ 대출금채무의 담보를 위하여 제공한 주식을 보관하는 자가 별도의 차명 대출을 받으면서 위 주식을 주주들의 동의 없이 무단으로 담보에 제공한 경우, 그와 같은 사정을 잘 알면서 위 주식을 담보로 제공받은 행위는 반사회적인 법률행위로서 무효이다(대판 2005. 11. 10, 2005다38089).
- ⑩ 일반적으로 부녀와의 성행위 자체는 경제적으로 평가할 수 없고, 부녀가 상대방으로부터 금품이나 재산상 이익을 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 약속 자체는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이다(대판 2001. 10. 23, 2001도2991).

6 이중매매의 법률관계

(1) 기본판례

- ① 부동산 이중매매가 무효가 되기 위해서는 제2매수인이 매도사실을 아는 것만으로는 부족하고 매도사실을 알고 적극적으로 매도를 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도가 되어야 한다(대판 1997. 7. 25, 97다362).
- ② 타인으로부터 신탁받은 재산을 매각 횡령한다는 정을 알면서 그 수탁자로부터 이를 아주 싸게 매수하여 폭리를 취득한 행위는 반사회성이 있다(대판 1963. 3. 28, 62다 862).
- ③ 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당되어 무효가 되는 경우 그 무효는 절대적 무효로써 선의의 제3자에게도 대항할 수 있으므로, 위 부동산을丙으로부터 다시 취득한丁은 설사丙이 위 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 부동산의 소유권을 취득하지 못한다(대판 1996. 10. 25, 96다29151).
- ④ 이중매매가 반사회적 법률행위로 되는 경우, 제1매수인은 제2매수인에 대해 직접 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수는 없고, 매도인을 대위(代位)하여 제2매수인에 대해 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 1983. 4. 26, 83다57).
- ⑤ 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으며, 매도인의 소유권이전등기의무가 이행불능으로 됨으로써 제1매수인이 취득한 손해배상청구권은 사해행위가 있은 후에 취득한 것이므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999. 4. 27, 98다56690).

판례를 접하는 자, 합격을 접하는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

(2) 심화판례

- ① 양도담보권자의 배임행위에 매수인이 적극 가담한 매매계약은 반사회적인 법률행위로서 무효이다(대판 1984. 6. 12, 82다카672).
- ② 제3자가 과상속인으로부터 토지를 전전매수하였다는 사실을 알면서도 그 정을 모르는 상속인을 기망하여 결과적으로 그로 하여금 토지를 이중매도하게 하였다면 이는 반사회적 법률행위에 해당한다(대판 1994. 11. 18, 94다37349).
- ③ 주권발행 전 주식의 양도인이 회사에 대한 양도통지 전에 제3자에게 주식을 이중으로 양도한 후 확정일자 있는 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 주어 양수인이 그 제3자에게 대항할 수 없게 되었고, 이러한 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우 제3자에 대한 양도행위는 무효이다(대판 2006. 9. 14, 2005다45537).
- ④ 이미 매도된 부동산에 관하여 체결한 근저당권설정계약이 반사회적 법률행위로 무효가 되기 위하여는 매도인의 배임행위와 근저당권자가 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 이루어진 것으로서 그 적극 가담하는 행위는 근저당권자가 다른 사람에게 그 목적물이 매도된 것을 알고도 근저당권설정을 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도가 되어야 한다고 할 것이다(대판 2002. 9. 6, 2000다41820).

7 불공정한 법률행위

제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

(1) 기본판례

- ① 매도인의 대리인이 매매한 경우에 있어서 그 매매가 불공정한 법률행위인가를 판단함에는 매도인의 경솔, 무경험은 그 대리인을 기준으로 하여 판단하여야 하고 궁박 상태에 있었는지의 여부는 매도인 본인의 입장에서 판단되어야 한다(대판 1972. 4. 25, 71다2255).
- ② 궁박이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있다(대판 2002. 10. 22, 2002다38927).
- ③ 궁박·경솔·무경험은 모두 구비해야 하는 것은 아니고 세 가지 중 어느 하나만 갖추면 충족하다(대판 1993. 10. 12, 93다19924).
- ④ 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다(대판 2002. 10. 22,

판례를 접하는 자, 합격을 접하는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

2002다38927).

⑤ 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994. 6. 24, 94다10900).

⑥ 불공정한 법률행위를 주장하는 자는 스스로 궁박, 경술, 무경험으로 인하였음을 증명 하여야 하고, 그 법률행위가 현저하게 공정을 잃었다 하여 곧 그것이 경술하게 이루 어졌다고 추정하거나 궁박한 사정이 인정되는 것이 아니다(대판 1969. 7. 24, 69다594).

⑦ 증여계약과 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위는 불공정한 법률행위에 해당될 수 없다(대판 2000. 2. 11, 99다56833).

⑧ 경매에 있어서는 제104조가 적용될 여지가 없다(대결 1980. 3. 21, 80마77).

(2) 심화판례

① 제104조는 제103조의 예시규정이다(대판 1964. 5. 19, 63다821).

② 환매권양도 약정이 불공정법률행위에 해당하는지 여부는 약정당시를 기준으로 판단 하여야 할 것이다(대판 1984. 4. 10, 81다239).

③ 무경험이란 특정거래 영역에서의 경험부족이 아니라 일반적인 생활경험의 부족을 의미한다(대판 2002. 10. 22, 2002다38927).

④ 불공정한 법률행위로서 매매계약의 무효를 주장하려면 주장자측에서 대가가 시가에 비하여 훨씬 더 높아서 매매가격이 현저하게 불공정한 것, 매도인에게 궁박, 경술, 무경험 등의 상태가 있었을 것, 매수인측에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었을 것을 주장·입증하여야 한다(대판 1970. 11. 24, 70다2065).

⑤ 합동행위에도 제104조가 적용되므로 어업권 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 이론에 종회의 결의가 현저하게 불공정한 경우 그 결의는 무효이다(대판 1997. 10. 28, 97다27619).

⑥ 단독행위에 대해서도 제104조가 적용되므로 사회적 경험이 부족한 가정부인이 경제적·정신적 궁박상태에서 구속된 남편을 구제하기 위하여 채무자인 회사에 대한 물품와 상대금채권을 포기한 것은 불공정한 법률행위에 해당한다(대판 1975. 5. 13, 75다92).

⑦ 간통죄로 고소하지 않는 대가로 합의금을 받은 것은 피해자가 다소 궁박한 상태에서 약속어음 작성행위를 하였더라도 불공정한 법률행위라고 볼 수 없다(대판 1997. 3. 25, 96다47951).

⑧ 교통사고로 피해자가 사망한 후 5일만에 피해자의 처가 보험회사와 사이에 체결한 부재소 합의는 불공정한 법률행위에 해당한다(대판 1999. 5. 28, 98다58825).

⑨ 농촌에 거주하는 79세의 노인으로부터 감정가의 30%에도 못 미치는 가격으로 토지를 매수하고 계약금으로 매매대금의 3분의 1 이상을 지급하였으며 매매계약 다음 날 중도금을 지급하여 그 합계가 매매대금의 80%에 이르는 것은 불공정한 법률행위에 해당한다(대판 1992. 2. 25, 91다40351).

⑩ 공사도급계약을 체결하기로 하면서 예정 도급인이 이를 어길 경우 예정 공사금액의 10% 상당액을 위약금으로 지급하고, 다시 이 위약금 지급의무를 어길 경우 연 18% 상당의 자연손해금을 가산하여 지급하기로 위약금 약정을 한 경우, 그 위약금약정은 공서양속에 반하거나 불공정한 법률행위에 해당하지 않는다(대판 2000. 7. 28, 99다38637).

⑪ 하나의 계약서로 체결된 아파트분양계약 속에 아파트 자체의 공급계약 및 별도의 비품 공급계약이 동시에 체결된 때에 그 중 비품공급계약이 쌍방의 급부 사이에 현저히 균형을 잃어 불공정한 법률행위인 경우에는 무효이다(대판 1995. 12. 5, 94다39451).

8. 법률행위의 해석

(1) 기본판례

① 부동산매매계약에 있어 쌍방 당사자가 모두 특정의 甲토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약 서상 그 목적물을 甲토지와는 별개인 乙토지로 표시하였다 하여도 甲토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 이상 위 매매계약은 甲토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 할 것이고 乙토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 乙토지에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면 이는 원인이 없이 경료된 것으로서 무효이다(대판 1993. 10. 26, 93다2629 · 2636).

② 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대판 2003. 12. 12, 2003다44059). 13, 14, 17

(2) 심화판례

① 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정

하는 것으로서, 어디까지나 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이다(대판 2001. 3. 23, 2000다40858).

- ② 더 받을 금액이 있는데도 불구하고 영수증에 '총완결'이라고 표시한 경우에는 더 받을 금액을 탐감한 것으로 보아야 한다(대판 1969. 7. 8, 69다563).
- ③ 임대차계약에 있어서 '모든 경우의 화재'에 대하여 임차인이 그 손해를 부담한다는 특약을 맺은 경우 '모든 경우의 화재'에는 불가항력에 의한 화재도 포함하는 것으로 보아야 한다(대판 1979. 5. 22, 79다508).
- ④ '최대한 노력하겠습니다', '최대한 선처하겠습니다', '책임지고 해결하겠습니다' 걱정하지 말고 기다리라', '대출관계서류에 회수책임'이라고 한 경우는 모두 특별한 사정이 없는 한 그러한 의무를 법적으로 부담한 것으로는 볼 수 없다(대판 1994. 3. 25, 93다32668, 대판 1993. 5. 11, 93다1503, 대판 1999. 11. 26, 99다43486, 대판 1992. 5. 26, 91다35571).
- ⑤ 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에 권리금액의 기재 없이 단지 '모든 권리금을 인정함'이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차계약의 갱신을 거절하고 택에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 할 것이다(대판 2000. 10. 6, 2000다27923).

의사표시

1. 비진의표시

제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.
② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

(1) 기본판례

- ① 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다(대판 2003. 4. 25, 2002다11458).
- ② 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대판 2000. 4. 25, 99다34475).
- ③ 비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서나마 중여를 하기로 하고 그에 따른 중여의 의사표시를 한 이상 중여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다(대판 2002. 12. 27, 2000다47361).
- ④ 민법 제107조는 그 성질상 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 공무원이 사직원을 제출하여 의원면직처분을 한 경우 비록 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 표시된 대로 효력을 발생한다(대판 1997. 12. 12, 97누13962).
- ⑤ 근로자가 사용자의 지시에 쫓아 일괄하여 사직서를 작성 제출함에 있어 그 사직서에 기하여 의원면직처리될지 모른다는 점을 인식하였더라도 이는 비진의표시에 해당한다(대판 1991. 7. 12, 90다11554).
- ⑥ 근로자의 자유로운 의사에 의하여 중간퇴직의 의사를 표시하는 것은 비진의표시가 아니다(대판 1999. 1. 26, 98다46198).

(2) 심화판례

- ① 물의를 일으킨 사립대학교 조교수가 사직원이 수리되지 않을 것이라고 믿고 사태수습의 방안으로 형식상 이사장 앞으로 사직원을 제출한 경우 이사회에서 그러한 사실

을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 의사표시에 따라 효력을 발생한다(대판 1980. 10. 14, 79다2168).

- ② 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취한 경우 사직원제출은 근로자의 비진의 표시에 해당하지만, 회사는 사직원제출이 근로자의 진의 아님을 알고 있었다고 보아야 하므로 퇴직의 효과는 발생하지 않는다(대판 1988. 5. 10, 87다카2578).
- ③ 학교법인이 「사립학교법」상의 제한규정 때문에 그 학교의 교직원의 명의를 빌려서 금원을 차용한 경우에 금원을 대여한 자가 그러한 사정을 알고 있었다고 하더라도 위 교직원의 의사는 위 금전의 대차에 관하여 그가 주채무자로서 채무를 부담하겠다는 뜻이라고 해석함이 상당하므로 이를 비진의 표시라고 볼 수 없다(대판 1980. 7. 8, 80다639).
- ④ 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 비진의 표시에 해당한다고 볼 수 없고, 설령 명의대여자의 의사표시가 비진의 표시에 해당한다고 하더라도 그 의사표시의 상대방인 상호신용금고로서는 명의대여자가 전혀 채무를 부담할 의사 없이 진의에 반한 의사표시를 하였다는 것까지 알았거나 알 수 있다고 볼 수도 없으므로, 명의대여자는 표시 행위에 나타난 대로 대출금채무를 부담하여야 한다(대판 1996. 9. 10, 96다18182).
- ⑤ 소의 취하가 내심의 의사에 반한 것이라고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 1983. 4. 12, 80다3251).
- ⑥ 어떠한 의사표시가 비진의 표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입장책임은 그 주장자에게 있다(대판 1992. 5. 22, 92다2295).
- ⑦ 예금주가 예금에 대한 금융기관 임·직원의 비진의 내지 배임적 의사를 알았거나 알 수 있었던 경우 금융기관은 그 예금에 대한 반환책임을 지지 않는다(대판 2007. 4. 12, 2004다51542).

2 통정허위표시

제108조(통정한 허위의 의사표시) ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
 ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

(1) 기본관례

- ① 은행이 동일인 여신한도의 제한을 회피하기 위하여 실질적 주채무자 아닌 제3자와 사이에 제3자를 주채무자로 하는 소비대차계약을 체결한 경우, 제3자가 금융기관을

판례를 잡는 자, 합격을 잡는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명·날인하였다면 제3자는 자신이 당해 소비대차계약의 주채무자임을 금융기관에 대하여 표시한 셈이고, 제3자가 금융기관이 정한 대출규정의 제한을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기에는 어렵다(대판 2003. 6. 24, 2003다7357).

- ② 중여에 의하여 부동산권리를 취득하였으나 등기원인을 매매로 기재하더라도 그 등기는 실체관계에 부합하므로 유효하다(대판 1980. 7. 22, 80다791).
- ③ 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효이다(대판 1998. 2. 27, 97다50985).

(2) 심화관례

- ① 통정이 있다고 하기 위해서는 표의자가 진의 아닌 의사표시를 하는 것을 상대방이 알고 있는 것만으로는 부족하고 그에 관하여 상대방과의 사이에 합의 또는 양해(諒解)가 있어야 한다(대판 1996. 8. 23, 96다18076).
- ② 동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 구「상호신용금고법」(1995. 1. 5, 법률 제4867 호로 개정되기 전의 것) 제12조의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 제3자를 형식상의 주채무자로 내세웠고 상호신용금고도 이를 양해하면서 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류 및 약속어음을 작성받은 경우 이는 통정허위표시로서 무효이다(대판 1996. 8. 23, 96다18076).
- ③ 명의신탁 부동산을 명의수탁자가 임의로 처분할 것에 대비하여 등기원인을 매매계약으로 한 가등기를 하기로 한 명의신탁자와 명의수탁자의 합의는 통정허위표시에 해당하지 않는다(대판 1997. 9. 30, 95다39526).
- ④ 통정한 허위의 의사표시는 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 그 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자를 제외한 누구에 대하여서나 무효이고, 또한 누구든지 그 무효를 주장할 수 있다(대판 2003. 3. 28, 2002다72125).
- ⑤ 허위의 근저당권에 대하여 배당이 이루어진 경우 배당채권자는 채권자취소의 소로써 통정허위표시를 취소하지 않고 무효를 주장하여 배당이의의 소를 제기할 수 있다(대판 2001. 5. 8, 2000다9611).
- ⑥ 특별한 사정없이 없이 동거하는 부부 간에 있어 남편이 처에게 토지를 매도하고 그 소유권이전등기까지 경료하는 것은 아래에 속하는 일로서 가장매매로 추정된다(대

판례를 잡는 자, 합격을 잡는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

판 1978. 4. 25, 78다226).

- ⑧ 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2006. 3. 10, 2002다1321).
- ⑨ 제3자는 선의이면 죽하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004. 5. 28, 2003다70041).
- ⑩ 어음행위에는 제108조가 적용된다(대판 2005. 4. 15, 2004다70024).

3. 제108조 제2항의 제3자

(1) 기본판례

- ① 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하고, 따라서 선의의 제3자에 대한 관계에 있어서는 허위표시도 그 표시된대로 효력이 있다(대판 1996. 4. 26, 94다12074).
- ② 甲이 乙로부터 금전을 차용하고 그 담보로 자기소유의 부동산에 가등기를 하기로 약정한 후, 채권자들의 강제집행을 회피하기 위하여 위 부동산을 丙에게 가장양도한 경우에 丙으로부터 가등기를 경료 받은 乙은 통정허위표시에서의 제3자에 해당하지 않는다(대판 1982. 5. 25, 80다1403).

(2) 심화판례

- ① 가장매매의 매수인으로부터 목적부동산의 소유권을 취득한 자는 제3자에 해당한다(대판 1996. 4. 26, 94다12074).
- ② 가장전세권에 대하여 저당권을 취득한 자는 제3자에 해당한다(대판 1998. 9. 4, 98다20981).
- ③ 가장저당권설정행위에 기한 저당권실행에 의해 목적부동산을 경락받은 자는 제3자에 해당한다(대판 1957. 3. 23, 4289민상580).
- ④ 가장매매의 매수인으로부터 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 가등기를 경료한 자는 제3자에 해당한다(대판 1970. 9. 29, 70다466).
- ⑤ 가장소비대차에 기한 대여금채권의 양수인은 제3자에 해당한다(대판 2004. 1. 15, 2002다31537).
- ⑥ 가장근저당권설정계약이 유효하다고 믿고 그 피담보채권에 대해 가압류한 자는 제3자에 해당한다(대판 2004. 5. 28, 2003다31537).
- ⑦ 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시에 의해 성립된 가장채권을 보유하고 있다가 파산선고가 된 경우의 파산관재인은 제3자에 해당한다(대판 2003. 6. 24,

2002다48214).

- ⑧ 통정허위표시에 의한 채권을 가압류한 자는 제3자에 해당한다(대판 2004. 5. 28, 2003다70041).
- ⑨ 채권의 가장양도에 있어서의 채무자는 제3자에 해당하지 않는다(대판 1983. 1. 18, 82다카594).
- ⑩ 가장소비대차에 있어서 대주의 지위를 이전받은 자(계약이전)는 제3자에 해당하지 않는다(대판 2004. 1. 15, 2002다31537).

4. 착오에 의한 의사표시

제109조 (착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

(1) 기본판례

- ① 매매목적물 1,800m²를 경작이 가능한 농지로 알고 매수하였으나 그 중 1,355m²가 하천부지인 경우(대판 1974. 4. 23, 74다54)와 담(畜) 1,389m²를 전부 경장할 수 있는 농지인줄 알고 매수하였는데 그 중 약 600m²가 하천을 이루고 있는 경우는 성질의 착오로서 중요부분의 착오에 해당하므로 취소할 수 있다(대판 1968. 3. 26, 67다2160).
- ② 매매목적물에 관한 지분의 근소한 부족은 중요부분에 대한 착오에 해당하지 않는다(대판 1984. 4. 10, 83다카1328 · 1329).
- ③ 부동산 매매에 있어서 시가에 관한 착오는 부동산을 매매하려는 의사를 결정함에 있어 동기의 착오에 불과할 뿐 법률행위의 중요부분에 관한 착오라고 할 수 없다(대판 1992. 10. 23, 92다29337).
- ④ 가압류등기가 없다고 믿고 보증하였다라도 그 가압류등기가 원인무효인 것으로 밝혀진 경우에는 표의자가 무슨 경제적 불이익을 입은 것이 아니므로 중요부분의 착오라고 할 수 없다(대판 1998. 9. 22, 98다23706).
- ⑤ 공장을 경영하는 자가 공장이 협소하여 새로운 공장을 설립할 목적으로 토지를 매수함에 있어 토지상에 공장을 건축할 수 있는지 여부를 관찰관청에 알아보지 아니한 것은 중대한 과실에 해당한다(대판 1993. 6. 29, 92다38881).
- ⑥ 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구되므로, 표의자에게 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는

이상, 이를 위법하다고 할 수는 없다(대판 1997. 8. 22, 97다13023).

(2) 심화판례

- ① 매도인에 대한 양도소득세의 부과를 회피할 목적으로 매수인이 주택건설을 목적으로 하는 주식회사를 설립하여 여기에 출자하는 형식을 취하면 양도소득세가 부과되지 않을 것이라고 말하면서 그러한 형식에 의한 매매를 제의하여 매도인이 이를 믿고 매매계약을 체결한 것은 중요부분의 착오에 해당한다(대판 1981. 11. 10, 80다2475).
- ② 부동산의 양도에 부과될 세액의 착오도 제109조 소정의 착오에 해당하며, 매수인이 부담하기로 한 양도세액의 착오를 이유로 매도인도 매매계약을 취소할 수 있다(대판 1994. 6. 10, 93다24810).
- ③ 甲이 채무자란이 백지로 된 근저당권설정계약서를 제시받고 그 채무자가 乙인 것으로 알고 근저당권설정자로 서명날인을 하였는데 그 후 채무자가 丙으로 되어 근저당권설정등기가 경료된 경우는 중요부분의 착오에 해당한다(대판 1995. 12. 22, 95다37087).
- ④ 기술신용보증기금이 잘못 작성된 거래상황확인서를 믿고 보증한 경우(대판 1996. 7. 26, 94다25964)와 금융부실거래자인 기업경영주가 타인의 명의로 신용보증기금의 신용보증을 받은 경우 신용보증기금의 보증행위는 중요부분의 착오에 해당한다(대판 2005. 5. 12, 2005다6228).
- ⑤ 부동산중개업자가 다른 접포를 매매목적물로 잘못 소개하여 매수인이 매매목적물에 관하여 착오를 일으킨 경우는 중요부분의 착오에 해당하고 또한 매수인에게 중대한 과실이 있다고 보기 어려우므로 매수인은 당해 계약을 취소할 수 있다(대판 1997. 11. 28, 97다32772).
- ⑥ 주위토지통행권자가 인접대지 위의 담장이 그 대지의 경계선과 일치하는 것으로 잘못 알고 이 담장을 기준으로 통로폭을 정하여 주위토지소유자의 담장설치에 합의한 경우는 중요부분의 착오에 해당한다(대판 1989. 7. 25, 88다카9364).
- ⑦ 재건축조합이 재건축아파트 설계용역계약을 체결함에 있어서 상대방의 건축사자격 유무에 관한 착오는 중요부분의 착오에 해당하고, 건축사자격 유무를 조사하지 않은 것은 중대한 과실에 해당하지 않는다(대판 2003. 4. 11, 2002다70884).
- ⑧ 합의금을 약정함에 있어서 강제추행을 강간치상으로 오인한 경우는 중요부분의 착오에 해당하지 않는다(대판 1977. 10. 31, 77다1562).
- ⑨ 매매 또는 임대차 목적물이 타인에게 속하는 것을 모른 경우는 중요부분의 착오에 해당하지 않는다(대판 1959. 9. 24, 4290민상627, 대판 1975. 1. 28, 74다2069).
- ⑩ 회사소속 차량에 사람이 치어 부상하였으나 사실은 회사차량 운전수에게는 아무런 과실이 없어 회사에 손해배상책임이 돌아올 수 없는 것임에도 불구하고 회사 사고담

당직원이 회사운전수에게 잘못이 있는 것으로 착각하고 회사를 대리하여 병원경영자와 환자의 입원치료비의 지급을 연대보증하기로 계약한 경우는, 동기의 착오에 불과하므로 특히 그 동기를 계약내용으로 하는 의사를 표시하지 아니한 이상 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다(대판 1979. 3. 27, 78다2493).

- ⑪ 공(空)리스에 있어서 리스물건의 존재 여부에 대한 보증인의 착오는 원칙적으로 법률행위의 중요부분의 착오가 아니고 동기의 착오에 불과하다(대판 2001. 2. 23, 2000다48135).
- ⑫ 공장을 경영하는 자가 공장이 협소하여 새로운 공장을 설립할 목적으로 토지를 매수함에 있어 토지상에 공장을 건축할 수 있는지 여부를 관할관청에 알아보지 아니한 것은 중대한 과실에 해당한다(대판 1993. 6. 29, 92다38881).
- ⑬ 신용보증기금의 신용보증서를 담보로 금융채권자금을 대출해 준 금융기관이 위대출자금이 모두 상환되지 않았음에도 착오로 신용보증기금에게 신용보증서 담보설정해지를 통지한 것은 중대한 과실에 해당한다(대판 2000. 5. 12, 99다64995).
- ⑭ 고려청자로 알고 매수한 도자기가 진품이 아닌 것으로 밝혀진 경우, 매수인이 도자기를 매수하면서 자신의 골동품식별능력과 매매를 소개한 자를 과신한 나머지 고려청자 진품이라고 믿고 소장자를 만나 그 출처를 물어 보지 아니하고 전문적 감정인의 감정을 거치지 아니한 채 그 도자기를 고가로 매수하고 만일 고려청자가 아닐 경우를 대비하여 필요한 조치를 강구하지 아니한 잘못이 있다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 중대한 과실에 해당하지 않는다(대판 1997. 8. 22, 96다26657).

5. 동기의 착오

(1) 기본판례

- ① 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고, 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없다(대판 1998. 2. 10, 97다44737).
- ② 동기의 착오가 상대방에 의해 유발된 경우 동기가 표시되지 않았더라도 중요부분의 착오에 해당하면 취소할 수 있다(대판 1990. 7. 10, 90다카7460).
- ③ 토지를 매수하였는데 법령상의 제한으로 인하여 그 토지를 의도한 목적대로 사용할 수 없게 된 경우는 동기의 착오에 불과하다(대판 1984. 10. 23, 83다카1187).

(2) 심화판례

- ① 착오란 의사표시의 내용과 내심의 의사가 일치하지 않는 것을 표의자가 모르는 것이

- 므로 단순히 내심적 효과의사의 형성과정에 착오가 발생한 이른바 연유의 착오 또는 동기의 착오는 내심적 효과의사와 표시와의 사이에는 불일치가 없다(대판 1985. 4. 23, 84다카890 ※ 동기의 착오는 원칙적으로 착오의 개념에 포함되지 않음).
- ② 우사(牛舍)를 짓기 위해 토지를 매수하였으나 그 토지가 시설녹지, 자연녹지, 도로부지 등으로 편입되어 있어 우사를 지을 수 없는 경우는 동기의 착오에 불과하고 당해 동기가 표시되지 않았으므로 취소할 수 없다(대판 1984. 10. 23, 83다카1187).
- ③ 부동산의 지상에 고층아파트 건설이 가능한 것으로 알고 토지매매계약을 체결하였으나 보안상의 이유로 고층아파트를 건축할 수 없는 경우는 동기의 착오에 불과하고 당해 동기가 표시되지 않았으므로 취소할 수 없다(대판 1990. 5. 22, 90다카).
- ④ 반환소송을 당하게 되면 아무런 보상도 받지 못한 채 부동산을 반환하여야 할 것으로 착각하여 이를 매도하는 매매계약을 체결하였다 하더라도 이는 동기의 착오에 불과하므로 그와 같은 동기를 매매계약의 내용으로 삼았다는 특별한 사정이 없는 한 이를 이유로 매매계약을 취소할 수 없다(대판 1991. 11. 12, 91다10732).
- ⑤ 공장 신축부지로 사용하기 위하여 매입한 토지가 농지의 전용을 제한하는 법령에 의한 복잡한 절차를 거쳐야만 공장부지로 사용할 수 있다는 사실을 알면서도 매매계약을 체결한 경우는 동기의 착오에 불과하고 당해 동기가 표시되지 않았으므로 취소할 수 없다(대판 1997. 4. 11, 96다31109).

6 착오규정의 적용범위와 타제도와의 경합

(1) 기본판례

- ① 착오가 타인의 기망행위에 의해 발생한 경우 표의자는 각각 그 요건을 입증하여 주장할 수 있다(대판 1969. 6. 24, 68다1749).
- ② 제3자의 기망행위에 의하여 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우는 제110조 제2항에 정한 사기에 의한 의사표시의 법리가 적용되지 않는다(대판 2005. 5. 27, 2004다43824).

(2) 심화판례

- ① 관재당국의 매각처분 처분행위에는 제109조 규정이 적용되지 않는다(대판 1962. 11. 22, 62다655).
- ② 소송상의 화해는 소송행위로서 사법상의 화해와는 달리 사기나 착오를 이유로 취소할 수는 없다(대판 1979. 5. 15, 78다1094).
- ③ 사기 또는 착오를 원인으로 하여 소취하 등 소송행위를 취소할 수 없다(대판 1964. 9. 15, 64다92).

7 사기 · 강박에 의한 의사표시

제110조(사기, 강박에 의한 의사표시) ① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.
 ② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
 ③ 전2항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

(1) 기본판례

- ① 교환계약의 당사자가 목적물의 시가를 목비하거나 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 기망행위에 해당하지 않는다(대판 2002. 9. 4, 2000다54406 · 54413).
- ② 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 않고 나아가 무효로 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다(대판 2003. 5. 13, 2002다73708 · 73715).
- ③ 부정한 이익을 취득할 목적으로 한 고소 · 고발(목적의 위법성)과 목적이 정당하더라도 불법한 수단을 사용하는 것(수단의 위법성)은 각각 위법성이 인정된다(대판 2000. 3. 23, 99다64049).
- ④ 민법상의 법률행위에 관한 규정은 「민사소송법」상의 소송행위에는 특별한 규정 기타 특별한 사정이 없는 한 적용이 없는 것이므로 소송행위가 강박에 의하여 이루어진 것임을 이유로 취소할 수는 없다(대판 1997. 10. 10, 96다35484).
- ⑤ 기망에 의하여 하자 있는 물건을 매수한 경우 매수인은 담보책임과 사기에 의한 취소권을 각각 주장할 수 있다(대판 1973. 10. 23, 73다268).
- ⑥ 제3자의 사기로 인하여 매매계약을 체결하여 손해를 입은 자는 제3자에 대해 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하기 위해서 먼저 상대방과의 매매계약을 취소할 필요는 없다(대판 1998. 3. 10, 97다55829).

(2) 심화판례

- ① 임차권 양도에 관한 임대인의 동의 여부 및 임대차 계약 여부에 대한 설명 없이 임차권을 양도한 것은 기망행위에 해당한다(대판 1996. 6. 14, 94다41003).
- ② 상가를 분양하면서 운영방법 및 수익보장에 대하여 다소의 과장허위광고를 한 경우

는 위법성이 없다(대판 2001. 5. 29, 99다55601 · 55618).

③ 판매가격을 실제보다 높게 표시하고 할인판매를 가장한 대형백화점의 변칙세일행위는 위법성이 있다(대판 1993. 8. 13, 92다52665).

④ 강박에 의한 의사표시라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 한다(대판 2003. 5. 13, 2002다73708).

⑤ 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자는 제110조 제2항의 제3자에 해당하지 않으나, 상대방의 피용자는 제110조 제2항의 제3자에 해당한다(대판 1998. 1. 23, 96다41496).

⑥ 이행인수계약에 있어서 채권자는 이행인수의 변제를 받는 것 외에는 그 계약에 기초하여 아무런 새로운 이해관계를 맺은 자가 아니므로 제110조 제3항의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2005. 1. 13, 2004다54756).

⑦ 귀속재산불하의 취소는 행정처분이므로 민법의 착오규정이 당연히 적용되는 것은 아니다(대판 1959. 10. 1, 4292민상174).

⑧ 국유잡종재산 매각행위의 취소는 그 성질이 사법행위에 해당하므로 취소로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(대판 1970. 6. 30, 70다708).

⑨ 리스회사와 리스물건 공급자 사이의 리스물건에 관한 매매계약 체결시, 리스이용자와 공급자 사이에서 미리 결정된 매매가격이 거래관념상 극히 고가로 이례적인 것이어서 리스회사에게 불측의 손해를 가할 염려가 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 리스물건 공급자는 이를 리스회사에게 고지하여 승낙을 받을 신의칙상의 의무가 있고, 이를 위반한 경우 리스회사는 부작위에 의한 기망을 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 1997. 11. 28, 97다26098).

8 의사표시의 효력발생

(1) 기본관례

① 도달은 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌을 때를 지칭하고 상대방이 이를 현실적으로 수령하였거나 그 통지의 내용을 알았을 것까지는 필요하지 않다(대판 1983. 8. 23, 82다카439).

② 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없다(대판 2002. 7. 26, 2000다25002).

(2) 심화관례

① 우편법에 따라 우편물이 배달되었다고 하더라도 언제나 상대방에게 도달하였다고

볼 수는 없다(대판 1993. 11. 26, 93누17478).

② 우편물이 내용증명우편이나 등기취급의 방법으로 발송되고 반송되지 않은 경우에는 그 무렵에 도달한 것으로 볼 수 있다(대판 1997. 2. 25, 96다38322, 대판 1992. 3. 27, 91누3819).

③ 아파트 경비원이 집배원으로부터 우편물을 수령한 후 이를 우편함에 넣어 둔 사실만으로 수취인이 그 우편물을 수취하였다고 볼 수 없다(대판 2006. 3. 24, 2005다66411).

④ 채권양도의 통지서를 가정부가 수령한 직후 한집에 사는 채권양도인이 우편물을 바로 회수한 경우에는 채무자에게 도달한 것으로 볼 수 없다(대판 1997. 11. 25, 97다31281).

⑤ 법원의 공시송달명령이 없는 한, 일간신문에 공고를 내었다 할지라도 공고를 통한 통지가 상대방에게 도달되었다는 입증이 없다면 상대방이 그 공고를 알았다고 인정할 수 없다(대판 1964. 10. 30, 64다65).

법률 행위의 대리

1 대리권

제118조(대리권의 범위) 권한을 정하지 아니한 대리인은 다음 각 호의 행위만을 할 수 있다.

1. 보존행위
2. 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위

(1) 기본판례

- ① 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(대판 1994. 2. 8. 93다39379).
- ② 통상 사채알선업자가 전주(錢主)를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 1997. 9. 30. 97다23372).
- ③ 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 아무런 책임을 지지 않는다(대판 2001. 1. 19. 2000다20694).

(2) 심화판례

- ① 부동산에 관한 서류를 구비하여 타인에게 교부한 경우에 상대방을 특정하지 않은 때에는 타인에게 부동산처분에 관한 대리권을 수여한 것으로 볼 수 있다(대판 1959. 7. 2. 4291민상329).
- ② 부동산관리인에게 인감을 보관시킨 것은 처분권 부여행위가 아니다(대판 1973. 6. 5. 72다2617).
- ③ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 약정된 매매대금의 지급기일을 연기하여 줄 권한을 가진다(대판 1992. 4. 14. 91다43107).
- ④ 예금계약의 체결을 위임받은 자의 대리권에 그 예금을 담보로 하여 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 권한은 포함되지 않는다(대판 2002. 6. 14. 2000다38992).

⑤ 대여금의 영수권한에는 대여금채무의 면제에 관한 권한은 포함되지 않으므로, 대여금채무의 일부를 면제하기 위해서는 본인의 특별수권이 필요하다(대판 1981. 6. 23. 80다3221).

- ⑥ 매매계약체결의 대리권에는 계약해제권 등의 처분권을 포함한다고 볼 수 없다(대판 1987. 4. 28. 85다카971).
- ⑦ 민법 제118조는 대리권은 있으나 그 범위가 분명하지 아니한 경우에 적용되는 보충적 규정이므로 대리권의 범위가 분명하거나 표현대리가 성립하는 경우에는 적용되지 않는다(대판 1964. 12. 8. 64다698).
- ⑧ 부동산 입찰절차에서 동일한 물건에 관하여 1인이 2인 이상의 대리인이 된 경우 그 대리인이 한 입찰행위의 효력을 무효이다(대결 2004. 2. 13. 2003마44).
- ⑨ 원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다(대판 1995. 7. 28. 94다44903).

2 대리 행위

제114조(대리행위의 효력) ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.

② 전항의 규정은 대리인에게 대한 제3자의 의사표시에 준용한다.

제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정을 준용한다.

제116조(대리행위의 하자) ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.

② 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 쫓아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다.

(1) 기본판례

- ① 매매위임장을 제시하고 매매계약서에 대리관계의 표시없이 그 자신의 이름을 기재하였더라도 특단의 사정이 없는 한 소유자를 대리하는 것으로 보아야 한다(대판 1982. 5. 25. 81다카1349).

② 대리인이 본인을 위하여 대리행위를 한다는 취지를 인식할 수 있을 정도의 표시만으로도 대리관계의 표시로 볼 수 있다(대판 1973. 12. 26, 73다1436).

③ 대리인이 부동산을 이중으로 매수한 경우 그 매매계약이 반사회적 법률행위인지 여부의 판단기준이 되는 자는 대리인이다. 즉, 대리인이 본인을 대리하여 매매계약을 체결함에 있어서 매매대상 토지에 관한 저간의 사정을 잘 알고 그 배임행위에 가담하였다면, 대리행위의 하자 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로, 설사 본인이 미리 그러한 사정을 몰랐거나 반사회성을 야기한 것이 아니라고 할지라도 그 매매계약은 반사회적 법률행위로서 무효이다(대판 1998. 2. 27, 97다45532).

3. 복대리

(1) 기본관례

법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에 본인이 복대리 금지의 의사를 명시하지 않는 경우에 한하여 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 볼 수 있다(대판 1996. 1. 26, 94다30690).

(2) 심화관례

① 채권자를 특정하지 아니한 채 부동산을 담보로 제공하여 금원을 차용해 줄 것을 위임한 자의 의사에는 복대리인 선임에 관한 승낙이 포함되어 있다고 볼 수 있다(대판 1993. 8. 27, 93다21156).

② 제120조는 본인과 대리인과의 위임관계가 불명확한 경우에 있어서의 임의대리인의 복임권에 관한 보충규정일 뿐 복임권 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 대리 행위는 어떠한 경우를 막론하고 권한을 넘는 표현대리가 될 수 없다는 취지까지 정한 것은 아니다(대판 1967. 11. 21, 66다2197).

4. 협의의 무권대리

(1) 기본관례

① 무권대리행위의 주인은 무권대리인, 무권대리행위의 직접의 상대방 및 그 무권대리 행위로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인에 대하여도 할 수 있다(대판 1981. 4. 14, 80다2314).

② 무권대리의 주인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 주인을 하거나 그 내용을 변경하여 주인한 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982. 1. 26, 81다카549).

③ 무권대리행위에 대하여 이의 제기없이 장시간 방치하였다 하더라도 무권대리행위를 주인한 것으로 볼 수는 없다(대판 1990. 3. 27, 88다카181).

④ 대리권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 상속한 후 소유자의 지위에서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기말소 등을 구하는 것은 금반언원칙이나 신의칙에 반하므로 허용될 수 없다(대판 1994. 9. 27, 94다20617).

⑤ 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 주인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 주인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로 상대방은 그때까지 무권대리행위를 철회를 할 수 있다(대판 1981. 4. 14, 80다2314).

(2) 심화관례

① 무권대리행위의 주인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위이다(대판 2000. 9. 8, 99다58471).

② 신용협동조합의 이사장이 이사회에 결의없이 조합원에 대한 대출계약을 체결한 후 신용협동조합이 파산한 경우 그 무권대표행위의 주인권을 행사할 수 있는 자는 파산 관재인이다(대판 2004. 1. 15, 2003다56625).

③ 본인이 무권대리인 행위를 알고 상대방으로부터 매매대금의 전부 또는 일부를 수령한 것은 무권대리행위를 묵시적으로 주인한 것으로 볼 수 있다(대판 1963. 4. 11, 63다64).

④ 무권대리인이 차용한 금원의 변제기일에 채권자가 본인에게 그 변제를 독촉하자 본인이 변제기간의 유예를 요청한 것은 무권대리행위를 묵시적으로 주인한 것으로 볼 수 있다(대판 1973. 1. 30, 72다2309 · 2310).

⑤ 본인이 자신의 장남이 서류를 위조하여 매도한 부동산을 상대방에게 인도하고 10여년간 아무런 이의를 제기하지 않았다면 장남의 무권대리행위를 묵시적으로 주인한 것으로 볼 수 있다(대판 1984. 4. 14, 81다151).

⑥ 상대방 명의의 영수증을 받은 본인이 무권대리인이 체결한 임대차계약상의 차임의 일부를 지급한 것은 임대차계약을 주인한 것으로 볼 수 있다(대판 1984. 12. 11, 83다카1531).

⑦ 모가 자의 부동산에 가등기 및 소유권이전등기를 하고 금원을 차용한 데 대하여 자가 차용금을 갚아주겠다고 하면서 등기말소를 요청하였다는 사실만으로는 묵시적 주인으로 볼 수 없다(대판 1974. 5. 14, 73다148).

5 표현대리 일반

(1) 기본판례

- ① 표현대리가 성립하기 위해서는 대리행위 자체는 일단 유효하여야 하므로 대리행위가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에는 표현대리의 법리가 준용될 여지가 없다(대판 1996. 8. 23, 94다38199).
- ② 표현대리행위가 성립하는 경우에 본인은 표현대리행위에 기하여 전적인 책임을져야 하는 것이고 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 감경할 수는 없다(대판 1994. 12. 22, 94다24985).
- ③ 표현대리가 성립하는 것은 표현대리행위의 직접 상대방에 한하고, 상대방으로부터 전득한 자는 이에 포함되지 않는다(대판 1994. 5. 27, 93다21521).

(2) 심화판례

- ① 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다(대판 전합체 1983. 12. 13, 83다카1489).
- ② 소송행위에는 표현대리규정이 적용될 수 없으나(대판 1983. 2. 8, 81다카621), 지방자치단체가 사경제추제로서 법률행위를 한 경우에는 표현대리규정이 적용될 수 있다(대판 1961. 12. 28, 4294민상204).

6 제125조의 표현대리(대리권수여의 표시에 의한 표현대리)

제125조(대리권수여의 표시에 의한 표현대리) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자 간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

(1) 기본판례

- ① 인감증명서의 교부만으로는 어떤 대리권을 수여하였다고 볼 수 없다(대판 1978. 10. 10, 78다75).
- ② 대리권수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권수여의 표시가 있은 것으로 볼 수 있다(대판 1998. 6. 12, 97다53762).

(2) 심화판례

- ① 제125조가 규정하는 대리권수여의 표시에 의한 표현대리는 본인과 대리행위를 한 자 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 관계가 없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에 성립하는 것이다(대판 2001. 8. 21, 2001다31264).
- ② 명의대여도 대리권수여의 표시로 볼 수 있다(대판 1987. 3. 24, 86다카1348).
- ③ 본인이 중개인에게 오피스텔의 분양중개를 부탁한 것만으로는 오피스텔 분양에 관련한 어떤 대리권을 수여한 것이라고 볼 수도 없다(대판 1997. 3. 25, 96다51271).
- ④ 제125조의 표현대리는 법정대리에는 적용되지 않는다(대판 1955. 5. 12, 4287민상208).

7 제126조의 표현대리(권한을 넘는 표현대리)

제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

(1) 기본판례

- ① 제126조의 표현대리가 성립하기 위해서는 적어도 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 한다(대판 1992. 5. 26, 91다32190).
- ② 기본대리권이 등기신청행위라 할지라도 표현대리인이 그 권한을 유월하여 대물변제라는 사법행위를 한 경우에는 표현대리의 법리가 적용된다(대판 1978. 3. 28, 78다282 · 283).
- ③ 대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는 제126조의 표현대리가 성립한다(대판 1998. 3. 27, 97다48982).
- ④ 제129조의 대리권 소멸 후의 표현대리로 인정되는 경우에, 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 제126조의 표현대리가 성립될 수 있다(대판 1979. 3. 27, 79다234).
- ⑤ 대리인이 아니고 사실행위를 위한 사자라 하더라도 외견상 그에게 어떠한 권한이 있는 것의 표시 내지 행동이 있어 상대방이 그를 믿었고 또 그를 믿음에 있어 정당한 사유가 있다면 표현대리의 법리에 의하여 본인에게 책임이 있다(대판 1962. 2. 8, 4294민상192).

- ⑥ 부부 간의 일상가사대리권은 제126조 표현대리에 있어서의 기본대리권에 해당한다
(대판 1970. 10. 30, 70다1812, 대판 1998. 7. 10, 98다18988 등).
- ⑦ 월권행위는 기본대리권과 동종·유사할 필요도 없고(대판 1978. 3. 28, 78다282·283), 문제된 법률행위와 수여받은 대리권 사이에 아무런 관계가 없는 경우에도 제126조가 적용된다(대판 1963. 11. 21, 63다418).
- ⑧ 대리인이 자기 앞으로 소유권이전등기를 경료한 후 자기 소유물이라 하여 매각한 경우에는 표현대리의 법리가 적용되지 않는다(대판 1972. 12. 12, 72다1530).
- ⑨ 정당한 이유가 있는 지의 여부는 대리행위 당시 존재하는 제반사정을 객관적으로 결정하여야 한다(대판 1989. 4. 11, 88다카13219 ※ 대리행위 이후의 사정은 고려하지 않음).
- ⑩ 건물의 관리권한을 위임받은 자가 부동산을 처분한 경우에도 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1989. 4. 25, 87다카2672).
- ⑪ 부부 일방의 행위가 일상가사에 속하지 않더라도 그 행위에 특별수권이 주어졌다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 경우에는 제126조의 표현대리가 성립한다(대판 1981. 6. 23, 80다609).
- ⑫ 제126조의 표현대리는 법정대리에도 적용된다(대판 1997. 6. 27, 97다3828).

(2) 심화판례

- ① 이장인 동시에 이동농협조합장이 균농협으로부터 비료, 농약, 영농자금을 배정받기 위하여 부탁민이 맡긴 인장을 이용하여 비료외상판매증서를 작성하였다면 제126조의 표현대리가 성립된다(대판 1971. 11. 30, 71다2166).
- ② 정당한 이유가 있는 지의 여부는 보통인의 입장에서 대리권이 있는 것으로 믿는 것 이 당연하다고 생각되는지를 판단하는 것이다(대판 2000. 2. 11, 99다47525).
- ③ 대리인이 사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 제126조의 표현대리는 성립할 수 없다(대판 2002. 6. 28, 2001다49814).
- ④ 종종으로부터 임야의 매각과 관련한 권한을 부여받은 甲이 임야의 일부를 실질적으로 자기가 매수하여 그 처분권한이 있다고 하면서 乙로부터 금원을 차용하고 그 담보를 위하여 임야에 대하여 양도담보계약을 체결한 경우에는 제126조의 표현대리의 법리가 적용될 수 없다(대판 2001. 1. 19, 99다67598).

8. 제129조의 표현대리(대리권소멸 후의 표현대리)

제129조(대리권소멸 후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 그러나 제3자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

(1) 기본판례

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 제129조의 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1998. 5. 29, 97다55317).

(2) 심화판례

- ① 처음부터 대리권이 없는 경우에는 제129조의 표현대리가 성립할 여지가 없다(대판 1984. 10. 10, 84다카780).
- ② 제129조의 표현대리는 법정대리에도 적용된다(대판 1975. 1. 28, 74다1199).

무효와 취소

1 무효 일반

(1) 기본판례

- ① 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에도 동시에 이행관계가 있다(대판 1993. 8. 13, 93다5871).
- ② 불법원인급여의 경우 급여자는 부당이득반환을 청구할 수 없음은 물론 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없다(대판 전합체 11. 13, 79다483).

(2) 심화판례

- ① 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있더라도 법률효과의 침해에 따른 손해는 없는 것이므로 그 손해배상을 청구할 수는 없다(대판 2003. 3. 28, 2002다72125).
- ② 쌍무계약이 취소된 경우 선의의 매도인은 과실취득권이 있으므로 대금의 운용이익 내지 법정이자를 반환할 필요가 없다(대판 1993. 5. 14, 92다45025).

2 일부무효의 법리

제137조(법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

(1) 기본판례

- ① 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적 이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다고 할 것이고, 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다(대판 2002. 9. 10, 2002다21509).
- ② 매매계약 체결시 토지의 일정부분을 매매대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 이는 매매계약의 대상 토지를 특정하여 그 일정부분에 대하여는 매매계약이 체결되지 않

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

았음을 분명히 한 것으로써 그 부분에 대한 어떠한 법률행위가 이루어진 것으로는 볼 수 없으므로, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로서 취소할 수는 없다(대판 1999. 3. 26, 98다56607).

(2) 심화판례

- ① 기망에 의하여 금전소비대차계약을 체결하고 근저당권을 설정해 준 경우, 근저당권 설정계약의 취소는 금전소비대차계약을 포함한 전체에 대하여 취소의 효력이 생긴다(대판 1994. 9. 9, 93다31191).
- ② 간척지에 대한 임차권과 장차 불허받게 되는 특정의 토지의 매매계약에 있어 임차권의 양도가 무효로 되는 경우 당연히 계약전부가 무효로 되는 것은 아니다(대판 1994. 5. 24, 93다58332).
- ③ 상호신용금고의 담보제공약정이 효력규정인 구 상호신용금고법 제18조의2 제4호에 위반하여 무효라고 하더라도, 상호신용금고법의 입법취지를 고려해 볼 때 그와 일체로 이루어진 대출약정까지 무효로 된다고는 할 수 없다(대판 2004. 6. 11, 2003다1601).

3 무효행위의 전환

제138조(무효행위의 전환) 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.

(1) 심화판례

- ① 타인의 자를 자기의 자로서 출생신고를 한 경우 입양의 요건을 갖추는 한 입양으로서의 효력이 있다(대판 전합체 1977. 7. 26, 77다492).
- ② 혼인 외의 출생자를 혼인 중의 출생자로 출생신고를 한 경우 인지의 요건을 갖추는 한 인지로서의 효력이 있다(대판 1971. 11. 15, 71다1983).
- ③ 무효인 광업권임대계약을 조광권설정계약으로 전환할 수 없다(대판 1981. 7. 28, 81다145).

4 무효행위의 추인

제139조(무효행위의 추인) 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다.

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

(1) 기본판례

- ① 무효행위의 추인이란 법률행위로서의 효과가 '확정적으로 발생하지 않는' 무효행위를 뒤에 유효케 하는 의사표시를 말하는 것으로 무효인 행위를 사후에 유효로 하는 것이 아니라 새로운 의사표시에 의하여 새로운 행위가 있는 것으로 그때부터 유효케 되는 것이다(대판 1983. 9. 27, 83다22).
- ② 무효인 가등기를 유효한 등기로 전용기로 한 약정은 그때부터 유효하고 이로써 위 가등기가 소급하여 유효한 등기로 전환될 수 없다(대판 1992. 5. 12, 91다26546).
- ③ 무효행위의 추인은 그 무효원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있다(대판 1997. 12. 12, 95다38240 ※ 반사회적 법률행위와 불공정한 법률행위는 무효행위의 추인이 인정되지 않음).

(2) 심화판례

- ① 무효인 채권행위에 대해 당사자의 약정에 의해 소급적으로 추인하는 것은 가능하다 (대판 1949. 3. 22, 4281민상361).
- ② 15세로 된 후 망인과 자신 사이에 친생자관계가 없는 등의 사유로 입양이 무효임을 알면서도 망인이 사망할 때까지 아무런 이의를 제기하지 않은 경우는 목시적으로 입양을 추인한 것으로 볼 수 있다(대판 1990. 3. 9, 89다389).
- ③ 제139조는 재산법에 관한 총칙규정이며 신분법에 관하여는 그대로 적용될 수 없으므로, 협의이혼을 한 후 배우자 일방이 일방적으로 다시 혼인신고를 한 경우 상대방이 그 사실을 알면서 혼인생활을 계속한 때에는 무효인 혼인을 추인한 것으로 볼 수 있다(대판 1965. 12. 28, 65다61).
- ④ 위조서류에 의한 혼인신고가 된 후 피위조자가 위조자와 몇 차례의 육체관계를 맺은 것만으로는 무효인 혼인을 추인한 것으로 볼 수 없다(대판 1993. 9. 14, 93다430).
- ⑤ 무효등기의 유용에 관한 합의 내지 추인은 목시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 목시적 합의 내지 추인을 인정하려면 무효등기 사실을 알면서 장기간 이의를 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유용할 의사에서 비롯되어 장기간 방치된 것이라고 볼 수 있는 특별한 사정이 있어야 한다(대판 2007. 1. 11, 2006다50055).

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

⑤ 유동적 무효의 법률관계

(1) 기본판례

- ① 토지거래의 허가를 요하는 규제구역 내의 토지에 대한 거래계약은 허가받기 전의 상태에서는 채권적 효력도 전혀 발생하지 아니하여 계약의 이행청구를 할 수 없다(대판 1997. 7. 25, 97다4357 · 4364).
- ② 유동적 무효상태에서는 거래계약의 당사자로서는 허가받기 전의 상태에서 상대방의 거래계약상 채무불이행을 이유로 거래계약을 해제하거나 그로 인한 손해배상을 청구할 수 없다(대판 1997. 7. 25, 97다4357 · 4364).
- ③ 매도인의 토지거래허가신청절차 협력의무와 매수인의 대금지급의무는 동시이행관계가 아니므로 매도인이 그 대금지급채무의 변제 시까지 협력의무의 이행을 거절할 수 있는 것은 아니다(대판 1993. 8. 27, 93다15366).
- ④ 유동적 무효상태에 있는 매매계약에 대하여 허가를 받을 수 있도록 허가신청을 하여야 할 협력의무를 이행하지 아니하고 매수인이 그 매매계약을 일방적으로 철회함으로써 매도인이 손해를 입은 경우에 매수인은 이 협력의무 불이행과 인과관계가 있는 손해는 이를 배상하여야 할 의무가 있다(대판 1995. 4. 28, 93다26397).
- ⑤ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효상태인 매매계약에 있어서 매도인은 계약금의 배액을 제공하고 계약을 해제할 수 있고, 이로써 계약은 적법하게 해제된다(대판 1997. 6. 27, 97다9369).
- ⑥ 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효 상태에 있는 거래계약에 관하여도 사기 또는 강박에 의한 계약취소를 주장할 수 있다(대판 1997. 11. 14, 97다36118).
- ⑦ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 거래허가를 받지 아니하여 매매계약이 유동적 무효상태에 있는 경우, 이미 지급한 계약금에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 없다(대판 1993. 7. 27, 91다33766).
- ⑧ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 토지거래허가를 받지 아니한 매매계약의 효력은 유동적 무효이며, 그 계약에 의해 지급된 계약금 등의 부당이득반환 청구가 허용되는 시기는 거래계약이 확정적으로 무효가 된 때이다(대판 1997. 11. 11, 97다36965 · 36972).
- ⑨ 중간생략등기의 합의하에 최종매수인과 최초매도인을 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최초매도인으로부터 최종매수인 앞으로 경료된 소유권이 전등기의 효력을 무효이다(대판 1997. 3. 14, 96다22464).
- ⑩ 거래계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약인 경우에는 허가 여부를 기다릴 필요도 없이 확정적으로 무효로 된다(대판 1996. 6. 28, 96다3982).

판례를 접는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

- ⑪ 당사자 쌍방이 허가신청 협력의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우 그 계약관계는 확정적으로 무효라고 인정되는 상태에 이른다(대판 1995. 6. 9, 95다2487).
- ⑫ 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 매도인이 매수인에게 채무불이행을 이유로 해약통지를 하자 매수인이 계약금 상당액을 청구금액으로 하여 위 토지에 대한 가압류를 경료한 경우, 위 매매계약은 가압류 당시 쌍방이 토지거래허가신청을 하지 않기로 하는 의사표시를 명백히 함으로써 확정적 무효가 되었다고 볼 여지가 있다(대판 2000. 6. 9, 99다72460).
- ⑬ 토지거래허가구역 내의 토지에 대한 매매계약의 정지조건이 허가 전에 불성취로 확정된 경우 그 매매계약은 확정적 무효로 된다(대판 1998. 3. 27, 97다36996).
- ⑭ 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 토지거래허가구역으로 지정된 토지에 대한 거래계약이 유동적 무효인 상태에서 그 토지에 대한 토지거래허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간이 만료되었음에도 허가구역 재지정을 하지 아니한 경우, 그 토지거래계약은 확정적으로 유효로 된다(대판 전합체 1999. 6. 17, 98다40459).

(2) 심화판례

- ① 허가를 전제로 체결한 계약이 관할관청의 허가를 받으면 소급해서 유효가 되므로 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요가 없다(대판 1991. 12. 24, 90다12243).
- ② 관할관청의 '허가'의 법적 성질은 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성 시켜 주는 인가적 성질을 띤 것으로 보아야 한다(대판 전합체 1991. 12. 24, 90다12243).
- ③ 토지거래허가구역 내의 토지에 대하여 거래계약이 체결된 경우 쌍방 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 허가신청절차에 협력하지 않는 상대방에 대하여 그 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있다(대판 전합체 1991. 12. 24, 90다12243).
- ④ 토지거래계약이 유동적 무효상태인 경우 매수인이 매도인에 대하여 가지는 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권도 채권자대위권의 행사에 의하여 보전될 수 있는 채권에 해당한다(대판 1995. 9. 5, 95다22917).
- ⑤ 협력의무 불이행을 이유로 일방적으로 유동적 무효의 상태에 있는 거래계약을 해제할 수는 없다(대판 전합체 1999. 6. 17, 98다40459).
- ⑥ 토지거래허가구역 내의 토지에 대한 매매계약 체결시 당사자 일방의 계약위반으로 인한 손해배상액의 약정을 한 경우 그 약정은 유효하다(대판 1998. 3. 27, 97다36996).
- ⑦ 유동적 무효인 계약이 확정적으로 무효가 된 경우 그에 관해 귀책사유가 있는 당사자도 계약의 무효를 주장할 수 있다(대판 1997. 7. 25, 97다4357).

- ⑧ 토지거래허가구역 내의 토지와 지상건물을 일괄하여 매매한 경우 토지에 대한 매매거래허가 전에 건물만의 소유권이전등기를 청구할 수 없다(대판 1994. 1. 11, 93다22043).
- ⑨ 토지거래허가구역 내의 토지를 중간생략등기의 합의 아래 전매차익을 얻을 목적으로 전전매매한 경우 그 각 매매계약은 확정적 무효이다. 따라서 각 매수인은 각 매도인에 대하여 토지거래허가 신청절차 협력의무의 이행청구권을 가지고 있다고 할 수 있으므로 최종양수인은 이들을 순차 대위하여 최초양도인에 대한 토지거래허가신청절차 협력의무의 이행청구권을 대위행사할 수도 없다(대판 1996. 6. 28, 96다3982).
- ⑩ 유동적 무효상태에 있는 토지거래허가의 일방 당사자만이 임의로 토지거래허가신청에 대한 불허가처분을 유도할 의도로 허가신청서에 기재하도록 되어 있는 계약내용과 토지의 이용계획 등에 관하여 사실과 다르게 기재하여 이로 인해 실제로 토지거래허가신청에 대한 불허가처분이 있었더라도 위 토지거래계약은 여전히 유동적 무효이다(대판 1997. 11. 11, 97다36965).

6 취소 일반

(1) 기본판례

- ① 매도인이 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인은 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 1996. 12. 6, 95다24982 · 24999).
- ② 제146조는 취소권은 주인할 수 있는 날로부터 3년 이내에 행사하여야 한다고 규정하고 있는바, 이때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간이다(대판 1996. 9. 20, 96다25371).

(2) 심화판례

- ① 어떤 법률행위를 한 당사자 쌍방이 각기 그 법률행위를 취소하는 의사표시를 하였으나 그 취소사유가 없는 경우 그 법률행위의 효력은 상실되지 않는다(대판 1994. 7. 29, 93다58431).
- ② 강박을 이유로 증여의 의사표시를 취소함에 있어서는 그 상대방에 대하여 적어도 그 의사표시 자체에 하자가 있으므로 이를 취소한다거나 또는 강박에 의한 증여이니 그 목적물을 반환하라는 취지가 어느 정도 명확하게 표명되어야 한다(대판 2002. 9. 24, 2002다11847).
- ③ 미성년자가 신용카드거래 후 신용카드 이용계약을 취소한 경우 현존이익 한도에서

상환할 책임이 있는바, 이 경우 현존이익이란 가맹점과의 매매계약을 통하여 얻은 물품이 아니라 가맹점에 대한 매매대금 지급채무이다(대판 2005. 4. 15, 2003다 60297).

- ④ 제146조 전단에서 취소권의 제척기간의 기산점으로 삼고 있는 '추인할 수 있는 날'이란 취소의 원인이 종료되어 취소권 행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때를 말한다(대판 1998. 11. 27, 98다7421).

조건과 기한

1 조건부 법률행위

(1) 기본판례

- ① 소유권유보부 매매는 정지조건부 매매이다(대판 1996. 6. 28, 96다14807).
- ② 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다(대판 1983. 4. 12, 81다카692).

(2) 심화판례

- ① 조건은 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관으로서 당해 법률행위를 구성하는 의사표시의 일체적인 내용을 이루는 것이므로, 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사, 즉 조건의사와 그 표시가 필요하며, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(대판 2003. 5. 13, 2003다10797).
- ② 임차인이 특정한 날짜까지 임차부분에 입점하지 아니하면 임대차계약이 자동적으로 해지된다는 특약이 있는 경우 그 불이행 자체로써 계약은 자동적으로 해지된다(대판 2003. 1. 24, 2000다5336).
- ③ 귀속재산을 매수한 자가 그 소유권을 취득하기 전이라도 소유권 취득을 정지조건으로 하여 이를 매매할 수 있다(대판 1969. 12. 9, 69다1785).
- ④ 주택건설을 위한 토지매매계약에 앞서 당사자 간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 계약은 해제조건부 매매계약이다(대판 1983. 8. 23, 83다카552).
- ⑤ 약혼예물의 수수는 혼인불성립을 해제조건으로 하는 증여계약에 해당한다(대판 1996. 5. 14, 96다5506).
- ⑥ 매매토지 중 공장부지로 편입되지 아니한 부분을 매도인에게 원가로 반환한다는 약정은 공장부지로 사용되지 아니하기로 확정된 때에는 그 부분토지에 관한 매매는 해제되어 원상태로 돌아간다는 해제조건부 매매계약에 해당한다(대판 1981. 6. 9, 80다3195).

- ⑦ 부첩관계의 종료를 해제조건으로 하는 중여계약은 조건뿐만 아니라 중여계약 자체가 무효이다(대판 1966. 6. 21, 66다530).
- ⑧ 합의내용이 이행되지 않은 경우 합의를 무효로 하기로 한 경우 계약당사자가 부도가 난 후 상대방에게 합의서상의 채무를 이행할 수 없다고 통고한 것은 합의서 내용이 불이행된 때라는 조건이 성취한 것으로 볼 수 있다(대판 1997. 11. 11, 96다36579).
- ⑨ 도급공사의 완공을 정지조건으로 하여 공사대금채무를 부담한 경우 도급인이 수급인의 공사장 출입을 통제한 것은 신의성실에 반하여 조건성취를 방해한 경우에 해당한다(대판 1998. 12. 22, 98다42356).
- ⑩ 조건성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건성취를 방해한 경우 조건의 성취로 의제되는 시점은 방해한 시점이 아니라 신의성실에 반하는 행위가 없었다면 조건이 성취되었으리라고 추산되는 시점이다(대판 1998. 12. 22, 98다42356).
- ⑪ 법률행위에 조건이 붙어 있는지 여부에 대한 입증책임은 사실인정의 문제이므로 조건의 존재를 주장하는 자에게 있다(대판 2006. 11. 24, 2006다35766).
- ⑫ 조건성취사실에 대한 입증책임은 조건성취로 인하여 이익을 얻는 자에게 있다. 따라서 정지조건의 경우에는 조건성취로 인하여 권리를 취득하고자 하는 자가 입증하여야 하고, 해제조건의 경우에는 조건성취로 인하여 의무를 면하게 되는 자가 입증하여야 한다(대판 1984. 9. 25, 84다카967).
- ⑬ 조건부·부담부 청구권도 가처분의 피보전권리가 될 수 있다(대판 2002. 8. 23, 2002다1567).

2 기한부 법률행위

(1) 기본판례

- ① 법률행위의 부관이 조건인가 아니면 불확정기한인가 하는 것은 결국 법률행위의 해석문제이다(대판 2006. 12. 21, 2005다40754).
- ② 임대차계약을 체결함에 있어서 임대기한을 ‘임차인에게 매도할 때까지’로 정하였다면 별다른 사정이 없는 한 기한을 정한 것이라고 볼 수 있으므로 위 임대차계약은 기간의 약정이 없는 것이라고 해석함이 상당하다(대판 1974. 5. 14, 73다631).

(2) 심화판례

- ① 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도

판례를 잡는 자, 합격을 잡는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

- 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 보아야 한다(대판 2003. 8. 19, 2003다24215).
- ② 상가분양계약에서 중도금지급기일을 ‘1층 골조공사 완료시’로 정한 것은 불확정기한에 해당한다(대판 2005. 10. 7, 2005다38546).
- ③ 기한이의 상실투약은 정지조건부 기한이의 상실투약으로 불만한 특별한 사정이 없는 한 형성권적 기한이의 상실투약으로 추정된다(대판 2002. 9. 4, 2002다29340).

판례를 잡는 자, 합격을 잡는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

제02 편 물권법

물권법 일반

① 물권의 객체

(1) 기본판례

구분등기를 하지 않는 한 1동의 건물 중 일부에 관한 소유권보존등기는 허용되지 않는다(대판 2000. 10. 27, 2000다39582).

(2) 심화판례

① 성장을 계속하는 어류일지라도 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 물건으로 보아 이에 대한 양도담보계약은 유효하게 성립되었다 할 것이다(대판 1990. 12. 2, 88다카20224).

② 토지의 개수는 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」에 의한 지적공부상의 토지의 필수를 표준으로 결정되는 것으로 1필의 토지를 수필의 토지로 분할하여 등기 하려면 먼저 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」이 정하는 바에 따라 분할절차를 밟아 지적공부에 각 필지마다 등록이 되어야 하고, 「측량·수로조사 및 지적에 관한 법률」상의 분필절차를 거치지 아니하는 한 1개의 토지로서 등기의 목적이 될 수 없는 것이며, 설사 등기부에만 분필의 등기가 실행되었다 하여도 이로써 분필의 효과가 발생할 수 없는 것이므로, 결국 이러한 분필등기는 1부동산 1등기용지의 원칙에 반하는 등기로서 무효이다(대판 1990. 12. 7, 90다카25208).

② 물권의 종류

(1) 기본판례

온천권은 관습법상의 물권으로 볼 수 없다(대판 1970. 5. 26, 69다1239).

(2) 심화판례

- ① 사도통행권은 관습법상의 물권이 아니다(대판 2002. 2. 26, 2001다64165).
- ② 근린공원이용권은 관습법상의 물권으로 볼 수 없다(대결 1995. 5. 23, 94마2218).
- ③ 미등기 무허가건물의 양수인이라도 그 소유권이전등기를 경료하지 않는 한 그 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없다(대판 2006. 10. 27, 2006다49000).
- ④ 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2002. 2. 26, 2001다64165).

③ 물권적 청구권

(1) 기본판례

소유권에 기한 물권적 청구권은 소유권과 분리하여 양도할 수 없으므로 소유권을 상실한 전소유자는 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하지 못한다(대판 전합체 1969. 5. 27, 68다725).

(2) 심화판례

- ① 건물이 건립되어 있어 불법으로 점유를 당하고 있는 토지소유자는 등기를 갖추지 아니한 건물매수인에게 그 철거를 구할 수 있다(대판 1986. 12. 23, 86다카1751).
- ② 물권적 청구권을 피보전권리로 하는 채권자대위권은 인정된다(대판 2007. 5. 10, 2006다82700).
- ③ 채권담보의 목적으로 이루어지는 부동산 양도담보의 경우에 있어서 피담보채무가 변제된 이후에 양도담보권설정자가 행사하는 등기청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 소멸시효에 걸리지 않는다(대판 1979. 2. 13, 78다2412).
- ④ 매매계약이 (합의)해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로, (합의)해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982. 7. 27, 80다2968).

물권의 변동

1 공시의 원칙과 공신의 원칙

(1) 심화판례

- ① 현행 등기제도 하에서는 등기의 공신력이 인정되지 않는다(대판 1969. 6. 10, 68다199).
- ② 기업자가 과실 없이 등기부상 소유명의자를 피수용자로 하여 한 토지수용의 효력을 유효하므로 수용목적물의 소유자가 누구임을 막론하고 이미 가지고 있던 소유권은 소멸함과 동시에 기업자가 완전하고 확실하게 그 권리를 취득하게 된다(대판 1993. 11. 12, 93다34756).

2 물권 행위

(1) 심화판례

우리의 법제는 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않다(대판 1977. 5. 24, 75다1394).

(3) 등기의 종류와 절차

(1) 기본판례

불법하게 말소된 것을 이유로 한 근저당권설정등기 회복등기청구는 그 등기말소 당시의 소유자를 상대로 하여야 한다(대판 1969. 3. 18, 68다1617). [13](#)

(2) 심화판례

- ① 부동산의 표시에 관한 경정등기는 등기용지의 표제부에 등기된 부동산의 물리적 현황이 객관적 사항에 합치하지 아니하고 그 등기가 착오 또는 유류로 인하여 생긴 경우에 동일성이 인정되는 범위 내에서 이를 바로 잡는 것을 목적으로 하여 행하여지는 등기이다(대판 1992. 2. 28, 91다34967).
- ② 건물에 대한 소유권보존등기사무를 처리하는 등기관은 이미 등기된 건물과 동일한 경우인지 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없고 오직 신청서류와 등기부에 의하여 등기요건에 합당한지 여부를 심사할 형식적 심사권한밖에 없다(대판 1995. 5. 12, 95다9471).

4 등기청구권

(1) 기본판례

- ① 부동산의 매수인이 부동산을 인도받아 사용·수익하고 있는 한 매수인의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다(대판 1976. 11. 6, 76다148).
- ② 부동산의 매수인이 부동산을 인도받아 사용·수익하고 있다가 '보다 적극적인 권리 행사의 일환'으로 제3자에게 그 부동산을 처분하고 점유를 승계하여 준 경우에도 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 진행하지 않는다(대판 1999. 3. 18, 98다32175).
- ③ 소유권이전등기를 경료받기 전에 토지를 인도받은 매수인으로부터 다시 토지를 매수하여 점유·사용하고 있는 자에 대하여 매도인은 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없고(대판 1998. 6. 26, 97다42823), 이러한 법리는 대물변제 약정에 의하여 매매와 같이 부동산의 소유권을 이전받게 되는 자가 이미 당해 부동산을 점유·사용하고 있거나, 그로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2001. 12. 11, 2001다45355).
- ④ 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 외에 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 직접 구하는 것도 허용되어야 한다(대판 전합체 1990. 11. 27, 89다카12398).

(2) 심화판례

- ① 부동산등기법 제29조에 따라 등기의무자는 소의 방법으로 등기권리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구할 수 있다(대판 2001. 2. 9, 2000다60708).
- ② 부동산의 매수인은 소유권을 전제로 한 물권적 청구권에 의하여 소유권이전등기를 청구할 수 있으나 매매계약에 따라 물권을 이전하라는 채권적 청구권에 의하여 소유권이전등기를 청구할 수 있다(대판 1962. 5. 10, 4294민상1232).

5 청구권보전의 가등기의 효력

(1) 기본판례

- ① 가등기는 본등기 시에 본등기의 순위를 가등기의 순위에 의하도록 하는 순위보전적 효력만이 있을 뿐이고, 가등기만으로는 아무런 실체법상 효력을 갖지 아니하므로 본등기를 경료하기까지는 중복된 소유권보존등기가 무효이더라도 가등기권리자는 그

말소를 청구할 권리가 없다(대판 2001. 3. 23, 2000다51285).

- ② 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 있다 하여, 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되지 않는다(대판 1979. 5. 22, 79다239).
- ③ 가등기권자는 가등기의무자인 전소유자를 상대로 본등기청구권을 행사할 것이고 제3자를 상대로 할 것이 아니다(대결 전합체 1962. 12. 24, 4294민재형675).
- ④ 가등기는 그 성질상 본등기의 순위보전에 효력만이 있고 후일 본등기가 경료된 때에는 본등기의 순위가 가등기한 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분이 본등기보다 후순위로 되어 실효될 뿐이고 본등기에 의한 물권변동의 효력이 가등기한 때로 소급하여 발생하는 것은 아니다(대판 1982. 6. 22, 81다1298·1299 ※ 따라서 가등기 후부터 가등기에 기한 본등기가 경료 전까지 중간처분의 등기를 경료한 자는 그 기간까지의 과실을 적법하게 취득할 수 있음).
- ⑤ 가등기 이후에 부동산을 취득한 제3자는 가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효완성으로 소멸되었다면, 가등기권리자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 가등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 1991. 3. 12, 90다카27570).

(2) 심화판례

- ① 물권적 청구권의 보전을 위한 가등기는 할 수 없다(대판 1982. 11. 23, 81다카1110).
- ② 가등기의 목적이 된 부동산을 매수한 사람이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써 그 부동산의 소유권을 상실하게 된 때에는 매매의 목적부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로, 민법 제576조의 규정이 준용되어 같은 조 소정의 담보책임을 진다고 보는 것이 상당하고 민법 제570조에 의한 담보책임을 진다고 할 수 없다(대판 1992. 10. 27, 92다21784).
- ③ 등기관이 직권으로 가등기 후에 경료된 제3자의 등기를 말소한 경우 그 후에 그 가등기에 기한 본등기가 원인무효 등의 사유로 말소된 때에는 등기판은 직권으로 그 말소회복등기를 하여야 한다(대판 1995. 5. 26, 95다6878).
- ④ 가등기가 되어 있는 부동산의 소유자가 필요비나 유익비를 지출한 것은 가등기에 의한 본등기가 된 경우에는 타인의 물건에 대하여 비용을 투입한 것이 된다(대판 1976. 10. 26, 76다2079).
- ⑤ 가등기에 의하여 순위 보전의 대상이 되어 있는 물권변동청구권이 양도된 경우 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경료할 수 있다(대판 전합체 1998. 11. 19, 98다24105).

⑥ 등기의 추정력

(1) 기본판례

- ① 토지의소유권이전등기명의자는 등기의 효력으로서 그 토지에 대한 소유권자로 추정을 받는다(대판 1983. 11. 22, 83다카894).
- ② 어느 부동산에 관하여 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에 있어서 적법하게 경료된 것으로 추정된다(대판 1995. 4. 28, 94다23524).
- ③ 부동산에 관하여 소유권이전등기가 마쳐져 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여뿐만 아니라, 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정된다(대판 2000. 3. 10, 99다65462).
- ④ 등기부상의 명의인과 매도인이 동일인인 경우 그를 소유자로 믿고 그 부동산을 매수하여 점유하는 자는 특별한 사정이 없는 한 과실 없는 점유자에 해당한다(대판 1994. 6. 28, 94다7829).
- ⑤ 등기의무자의 사망 전에 등기원인이 이미 존재한 상태에서 등기의무자의 사망 후 그로부터 경료된 등기는 추정력이 있다(대판 1997. 11. 28, 95다51991).
- ⑥ 건물 소유권 보존등기의 명의인이 건물을 신축하지 않은 것으로 밝혀진 경우 등기의 추정력은 깨어진다(대판 2005. 5. 26, 2002다43417).
- ⑦ 혼인으로부터 등기를 이어받은 소유권이전등기는 원인무효라 할 것이어서 그 등기명의자에 대한 소유권추정은 깨트려진다(대판 1985. 11. 12, 84다카2494).

(2) 심화판례

- ① 말소회복등기를 마치기 전이라도 말소된 소유권이전등기의 최종명의인은 적법한 권리자로 추정된다(대판 1982. 9. 14, 81다카923).
- ② 등기명의자가 등기원인 행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장하더라도 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수 없다(대판 2005. 9. 29, 2003다40651).
- ③ 소유권이전등기가 전등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우라도 현등기명의인의 등기가 적법하게 이루어진 것으로 추정된다(대판 1995. 5. 9, 94다41010).
- ④ 소유권보존등기의 명의인이 부동산을 양수받은 것이라 주장하는데 전소유자가 양도 사실을 부인하는 경우 보존등기의 추정력은 깨어진다(대판 1982. 9. 14, 82다카707).
- ⑤ 당해 토지를 사정(查定)받은 자가 따로 있음이 밝혀진 경우에는 소유권보존등기의 추정력이 깨어진다(대판 2005. 5. 26, 2002다43417).

- ⑥ 특별조치법에 의한 보존등기는 보증서나 확인서가 위조 내지 허위라는 점까지 입증되어야 등기의 추정력이 변복된다(대판 전합체 1987. 10. 13, 86다카2928).
- ⑦ 토지대장등본에 토지의 소유자로 등재되어 있는 자는 그의 소유토지로 추정을 받을 수 있다(대판 1976. 9. 28, 76다1431).

7 등기의 형식적 유효요건

(1) 기본판례

- ① 등기는 물권의 효력발생요건이고, 그 존속요건은 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에도 그 물권의 효력에는 아무런 변동이 없으며, 그 말소된 등기의 회복등기를 청구할 수 있다(대판 1988. 12. 27, 87다카2431).
- ② 근저당권설정등기가 불법말소된 후 목적 부동산이 경매절차에서 경락된 경우 근저당권은 당연히 소멸한다. 이 경우 근저당권자는 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환 청구로서 그 배당금의 한도 내에서 그 근저당권설정등기가 말소되지 아니하였더라면 배당받았을 금액의 지급을 구할 수 있을 뿐이고, 현소유자를 상대로 말소회복등기를 청구할 수는 없다(대판 1998. 10. 2, 98다27197).
- ③ 동일 부동산에 관하여 등기용지를 달리하여 동일인명의로 소유권보존등기가 중복되어 등재되어 있는 경우에는 시간적으로 뒤에 경료된 중복등기는 그것이 실체권리 관계에 부합되는 여부를 가릴 것 없이 무효이다(대판 1979. 1. 16, 78다1648).

(2) 심화판례

- ① 등기부에 등기사항을 기입하고 등기관이 날인함으로서 등기가 완성되는 것이지만 등기기재의 적정 여부를 확인하는 등기관의 교합인이 누락되었다 하여 그것만으로 그 등기가 부존재한다고 할 수 없다(대판 1977. 10. 31, 77마262).
- ② 동일건물에 관하여 이중으로 보존등기가 된 경우에 선등기가 실지건물과 그 지번 및 구조, 평수에 있어서 현저한 차이가 있고 후등기가 실지건물과 부합한다면 후등기를 유효한 등기로 볼 것이다(대판 1959. 11. 19, 4292민상234).
- ③ 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 비록 그 부동산의 매수인에 의하여 이루어진 경우에도 1부동산1용지 주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 무효이다(대판 전합체 1990. 11. 27, 87다카2961).
- ④ 동일 부동산에 관하여 중복된 소유권보존등기에 터잡아 각각의 소유권이전등기가 경료되었다가 등기부의 멸실로 멸실회복의 소유권이전등기가 중복으로 경료된 경우

각 등기의 우열은 소유권이전등기의 선후에 의하여 판단할 것이 아니고 각 소유권이 전등기의 바탕이 된 소유권보존등기의 선후를 기준으로 판단하여야 한다(대판 전합체 2001. 2. 15, 99다66915).

- ⑤ 동일 부동산에 관하여 하나의 소유권보존등기가 경료된 후 이를 바탕으로 순차로 소유권이전등기가 경료되었다가 그 등기부가 멸실된 후 등기명의인을 달리하는 소유권이전등기의 각 회복등기가 중복하여 이루어진 경우에는 중복등기의 문제는 생겨나지 않고 멸실 전 먼저 된 소유권이전등기가 잘못 회복등재된 것이므로 그 회복등기 때문에 나중 된 소유권이전등기의 회복등기가 무효로 되지 않는다(대판 전합체 2001. 2. 15, 99다66915).
- ⑥ 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 멸실회복에 의한 각 소유권이전등기가 중복등재되고 각 그 바탕이 된 소유권보존등기가 동일등기인지 중복등기인지, 중복등기라면 각 소유권보존등기가 언제 이루어졌는지가 불명인 경우에는 각 회복등기 일자의 선후를 기준으로 우열을 가려야 한다(대판 전합체 2001. 2. 15, 99다66915).

8 등기의 실질적 유효요건

(1) 기본판례

- ① 당사자 사이에 甲건물에 대하여 소유권을 이전하기로 약정하였음에도 불구하고 그와 전혀 별개인 乙건물에 대하여 소유권이전등기를 한 경우에는 乙건물에 대한 소유권취득의 효력이 없다(대판 1962. 6. 21, 62다51).
- ② 원시취득자와 승계취득자 사이의 합치된 의사에 따라 승계취득자 앞으로 직접 소유권보존등기를 경료하더라도 그 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합되어 적법한 등기로서의 효력을 가진다(대판 1995. 12. 26, 94다44675).
- ③ 위조된 등기신청서류에 의하여 경료된 소유권이전등기라 할지라도 그 등기가 실체적 권리관계에 부합되는 경우에는 유효하다(대판 1965. 5. 25, 65다365).
- ④ 증여에 의하여 부동산권리를 취득하였으나 등기원인을 매매로 기재하더라도 그 등기는 실체관계에 부합하므로 유효하다(대판 1980. 7. 22, 80다791).
- ⑤ 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 중간생략등기가 이루어진 이상, 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 사유만으로는 그 소유권이전등기를 무효라고 할 수 없다(대판 2005. 9. 29, 2003다40651).
- ⑥ 중간생략등기의 합의하에 최종매수인과 최초매도인을 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 최초매도인으로부터 최종매수인 앞으로 경료된 소유권이전등기의 효력은 무효이다(대판 1997. 3. 14, 96다22464).

- ⑦ 부동산의 소유권매매계약이 차례로 여러 사람들 사이에 전전 이루어진 경우에 그 최종수인이 등기부상의 현명의자로부터 직접 그 소유권 명의를 넘겨오려면 소위 중간등기생략에 관한 합의가 관계당사자 전원들 사이에 있어야 한다(대판 1967. 5. 30, 67다588).
- ⑧ 중간생략등기의 합의가 없다면 부동산의 전전매수인은 매도인을 대위하여 그 전매 도인인 등기명의자에게 매도인 앞으로의 소유권이전등기를 청구할 수 있다(대판 1969. 10. 28, 69다1351).
- ⑨ 중간생략등기의 합의가 있었다 하더라도 중간매수인의 소유권이전등기청구권이 소멸된다거나 첫 매도인의 그 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 소멸되는 것은 아니다(대판 1991. 12. 13, 91다18316).
- ⑩ 최초매도인과 중간매수인, 중간매수인과 최종매수인 사이에 순차로 매매계약이 체결되고 이들 간에 중간생략등기의 합의가 있은 후에 최초매도인과 중간매수인 간에 매매대금을 인상하는 약정이 체결된 경우, 최초매도인은 인상된 매매대금이 지급되지 않았음을 이유로 최종매수인 명의로의 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다(대판 2005. 4. 29, 2003다66431).
- ⑪ 최종양수인이 중간자로부터 소유권이전등기청구권을 양도받았다고 하더라도 최초양도인이 그 양도에 대하여 동의하지 않고 있다면 최종양수인은 최초양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 소유권이전등기절차이행을 청구할 수 없다(대판 1995. 8. 22, 95다15575).
- ⑫ 멸실건물의 등기부에 신축건물에 관한 등기를 등재한 경우의 그 등기의 효력은 무효이다(대판 1980. 11. 11, 80다441).

(2) 심화관례

- ① 채권담보의 목적으로 소유권이전등기를 한 경우에는 그 채권의 일부가 무효라고 하더라도 나머지 채권이 유효인 이상 채무자는 그 채무를 변제함이 없이 말소등기절차를 구할 수 없다(대판 1970. 9. 17, 70다1250).
- ② 사망자를 등기의무자로 하여 경료된 등기라도 그의 상속인들의 의사에 따라 이루어진 것이라면 실체상 권리관계에 합치되는 유효한 등기이다(대판 1964. 11. 24, 64다685).
- ③ 최종양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초양도인에게 직접 소유권이전등기청구권을 행사하기 위하여는 관계당사자 전원의 의사합침, 즉 중간생략등기에 대한 최초양도인과 중간자의 동의가 있는 외에 최초양도인과 최종양수인 사이에도 그 중간등기생략의 합의가 있었음이 요구된다(대판 1994. 5. 24, 93다47738).
- ④ 실질관계의 소멸로 무효로 된 등기의 유통은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에는 허용된다(대

판 2002. 12. 6, 2001다2846).

9 부동산물권변동

제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

(1) 기본관례

- ① 원인행위(매매, 증여 등)가 무효·취소된 경우 물권행위도 소급적으로 무효가 되고 물권변동은 처음부터 없었던 것으로 되므로, 물권은 말소등기없이 당연히 복귀한다(대판 1977. 5. 24, 75다1394).
- ② 출연재산이 부동산인 경우 출연자와 법인 사이에는 설립등기 외에 소유권이전등기를 필요로 하는 것은 아니지만, 제3자에 대한 관계에 있어서 출연행위는 법률행위이므로 출연재산이 법인에게 귀속하기 위해서는 등기가 필요하다(대판 전합체 1979. 12. 11, 78다481·482).
- ③ 제187조의 판결은 형성판결에 한하고, 이행판결은 이에 포함되지 않는다(대판 1970. 6. 30, 70다568).
- ④ 건축공사의 중단 시점에 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 정도의 형태와 구조를 갖춘 경우가 아닌 경우에는 이를 인도받아 자기의 비용과 노력으로 완공한 자가 그 건물의 원시취득자가 된다(대판 2006. 5. 12, 2005다68783).

(2) 심화관례

- ① 포괄유증을 받은 자는 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득한다(대판 2003. 5. 27, 2000다73445).
- ② 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 추정력도 없으므로 건축허가서에 건축주로 기재된 자가 건물의 소유권을 취득하는 것은 아니므로, 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득한다(대판 2002. 4. 26, 2000다16350).
- ③ 건축주의 사정으로 건축공사가 중단되었던 미완성의 건물을 인도받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우, 그 건물이 공사가 중단된 시점에서 이미 사회통념상 독립한

건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있었다면 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득한다(대판 2002. 4. 26, 2000다16350).

- ④ 귀속재산의 매수를 원인으로 한 소유권취득의 경우에는 매수자가 매수대금을 완납 하면 등기없이 소유권을 취득한다(대판 전합체 1984. 12. 11, 84다카557).
- ⑤ 건물소유자는 관습법상의 법정지상권을 등기없이 취득한다(대판 1966. 9. 20, 66다1434).
- ⑥ 농지의 수분배자는 상환을 완료하면 제187조 소정의 법률규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득으로서 등기를 경료하지 아니하여도 소유권을 취득한다(대판 1983. 3. 22, 83다4).
- ⑦ 부동산물권을 등기 없이 취득한 자가 자기 명의의 등기 없이 이를 처분한 경우 그 처분의 상대방은 부동산물권을 취득하지 못한다는 것일 뿐 그 처분행위의 채권적 효력까지 부인되는 것은 아니다(대판 1994. 10. 21, 93다12176).
- ⑧ 미등기건물의 소유자와 양수인 사이의 합의로 직접 양수인명의로 한 소유권보존등기는 부동산에 관한 현재의 진실한 권리상태와 합치하므로 무효라고 할 수 없다(대판 1964. 9. 15, 64다180).

10 동산물권변동

제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ① 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.

② 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.

제189조(점유개정) 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하는 때에는 양수인이 인도받은 것으로 본다.

제190조(목적물반환청구권의 양도) 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.

(1) 기본판례

점유개정의 방법으로 동산에 대한 이중의 양도담보설정계약이 체결된 경우, 뒤에 설정 계약을 체결한 후순위채권자는 양도담보권을 취득할 수 없다(대판 2005. 2. 18, 2004다37430 ※ 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자로서는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 점유개정의 방법으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로 결국 뒤의 채권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없음).

(2) 심화판례

① 현실의 인도가 있었다고 하려면 양도인의 물건에 대한 사실상의 지배가 동일성을 유지한 채 양수인에게 완전히 이전되어 양수인은 목적물에 대한 지배를 계속적으로 확고하게 취득하여야 하고, 양도인은 물건에 대한 점유를 완전히 종결하여야 한다(대판 2003. 2. 11, 2000다66454).

② 동산의 소유자가 각각 점유개정의 방법으로 이를 이중으로 양도한 경우에 양수인간에는 먼저 현실의 인도를 받아 점유를 한 자가 소유권을 취득한다(대판 1989. 10. 24, 88다카26802).

③ 주권의 점유를 취득하는 방법에는 현실의 인도(교부) 외에 간이인도, 반환청구권의 양도가 있으며, 양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 주권을 제3자에게 보관시킨 경우에 반환청구권의 양도에 의하여 주권의 선의취득에 필요한 요건인 주권의 점유를 취득하였다고 하려면, 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추어야 한다(대판 2000. 9. 8, 99다58471).

11 동산의 선의취득

제249조(선의취득) 평온, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.

제250조(도품, 유실물에 대한 특례) 전조의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그러하지 아니하다.

제251조(도품, 유실물에 대한 특례) 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있다.

(1) 기본판례

제251조는 제249조와 제250조를 전제로 하고 있는 규정이므로 무과실도 당연한 요건이라고 해석하여야 한다(대판 1991. 3. 22, 91다70).

(2) 심화판례

① 연립주택의 입주권은 선의취득의 대상이 될 수 없다(대판 1980. 9. 9, 79다2233).

② 이득상환청구권은 선의취득의 대상이 될 수 없다(대판 1980. 5. 13, 80다537).

③ 저당권은 선의취득의 대상이 될 수 없다(대판 1985. 12. 24, 84다카2428).

④ 자동차에 관하여서는 선의취득규정이 적용될 여지가 없다(대판 1964. 9. 8, 64다650).

⑤ 불도저에 관하여는 선의취득규정이 적용될 여지가 없다(대판 1966. 1. 25, 65다

2137).

- ⑥ 집행관이 유체동산을 가압류하였다 하더라도 종전 소유자에게 계속하여 그 보관을 명한 경우에는 그 동산을 매수한 자는 선의취득에 의하여 소유권을 취득할 수 있다 (대판 1966. 11. 22, 66다1545).
- ⑦ 동산의 선의취득은 양도인이 무권리자라고 하는 점을 제외하고는 아무런 흠이 없는 거래행위이어야 성립한다(대판 1995. 6. 29, 94다22071).
- ⑧ 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 간이인도에 의한 점유취득으로 그 요건은 충족된다(대판 1981. 8. 20, 80다2530).
- ⑨ 양도인이 소유자로부터 보관을 위탁받은 동산을 제3자에게 보관시킨 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추었을 때에는 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득요건을 충족한다(대판 1999. 1. 26, 97다48906).
- ⑩ 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로써는 그 요건을 충족할 수 없다(대판 1964. 5. 5, 63다775).
- ⑪ 제249조가 규정하는 선의·무과실의 기준시점은 물권행위가 완성하는 때이므로 물권행위가 인도보다 먼저 행해지면 인도된 때를, 인도가 물권행위보다 먼저 행해지면 물권행위가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다(대판 1991. 3. 22, 91다70).
- ⑫ 선의취득에 있어 무과실의 입증책임은 점유한 자에게 있다(대판 1962. 3. 22, 4294 민상1174).
- ⑬ 제249조의 동산의 선의취득제도는 동산을 점유하는자의 권리외관을 중시하여 이를 신뢰한자의 소유권취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위하여 법이 마련한 제도이므로, 위 법조 소정의 요건이 구비되어 동산을 선의취득한 자는 권리를 취득하는 반면 종전 소유자는 소유권을 상실하게 되는 법률효과가 법률의 규정에 의하여 발생되므로, 선의취득자가 임의로 이와 같은 선의취득 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것을 요구할 수 없다(대판 1998. 6. 12, 98다6800).
- ⑭ 사기, 공갈, 횡령의 경우는 제250조와 제251조의 도품 및 유실물에 해당하지 않는다 (대판 1991. 3. 22, 91다70).
- ⑮ 제251조의 규정은 선의취득자에게 그가 지급한 대가의 변상을 받을 때까지는 그 물건의 반환청구를 거부할 수 있는 항변권만을 인정한 것이 아니고 피해자가 그 물건의 반환을 청구하거나 어떠한 원인으로 반환을 받은 경우에는 그 대가변상의 청구권이 있다는 취지이다(대판 1972. 5. 23, 72다115).

12 명인방법에 의한 물권변동

(1) 기본판례

- ① 특정하지 않고 매수한 입목에 대하여 그 입목을 특정하지 않은 채 명인방법을 한 경우에는 물권변동의 효력이 발생하지 않는다(대판 1975. 11. 25, 73다1323).
- ② 물권변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법하에서는 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산에 있어서는 등기를, 동산에 있어서는 인도를 필요로 함과 마찬가지로 쪽파와 같은 수확되지 아니한 농작물에 있어서는 명인방법을 실시함으로써 그 소유권을 취득한다(대판 1996. 2. 23, 95도2754).

(2) 심화판례

- ① 입목에 새끼줄을 치거나 철인으로 ○표를 하고 요소에 소유자를 게시한 것은 유효한 명인방법으로 볼 수 있다(대판 1976. 4. 27, 76다72).
- ② '입신금지 소유자 ○○○'이라는 표기를 써서 붙인 것은 유효한 명인방법으로 볼 수 있다(대판 1967. 12. 18, 66다2382).
- ③ 권리변동이 있음을 일반인에게 알리는 문구를 기재한 풋말을 쉽게 볼 수 있는 곳에 설치한 것은 명인방법으로 볼 수 있다(대판 1972. 2. 29, 71다2573).
- ④ 포포라의 표피에 흰 페인트칠을 하고 편의상 그 위에 일련번호를 붙인 것은 명인방법으로 볼 수 없다(대판 1990. 2. 13, 89다카23022).
- ⑤ 甲이 제3자를 상대로 입목소유권확인판결을 받아 확정된 후 법원으로부터 집행문을 부여받아 집행관에게 의뢰하여 그 집행으로 집행관이 임야의 입구부근에 그 지상 입목들이 甲의 소유에 속한다는 공시문을 붙인 팻말을 세웠다면 명인방법으로서 유효하다고 볼 수 있다(대판 1989. 10. 13, 89다카9064).
- ⑥ 입목에 대한 매매계약을 체결함에 있어서 매도인이 그 입목에 대한 소유권을 매매계약과 동시에 매수인에게 이전하여 준다는 의사표시를 한 경우에는 잔대금 지급 전이라 할지라도 매수인이 명인방법을 실시하면 다른 특별한 사정이 없는 한 매수인은 그 입목의 소유권을 취득한다(대판 1969. 11. 25, 69다1346).
- ⑦ 입목의 이중매매에 있어서는 관습법에 의하여 입목소유권의 변동에 관한 공시방법으로 인정되어 있는 명인방법을 먼저 한 사람에게 입목의 소유권이 이전된다(대판 1967. 2. 28, 66다2442).

13 물권의 소멸

제191조(혼동으로 인한 물권의 소멸) ① 동일한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 동일한 사람에게 귀속한 때에는 다른 물권은 소멸한다. 그러나 그 물권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 아니한다.
 ② 전항의 규정은 소유권 이외의 물권과 그를 목적으로 하는 다른 권리가 동일한 사람에게 귀속한 경우에 준용한다.
 ③ 점유권에 관하여는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.

(1) 기본판례

- ① 한번 포락(토지가 바닷물이나 적용하천에 잠기는 것)되어 해면 아래에 잠김으로써 복구가 심히 곤란하여 토지로서의 효용을 상실하면 종전의 소유권이 영구히 소멸되고, 그 후 포락된 토지가 다시 성토되어도 종전의 소유자가 다시 소유권을 취득할 수는 없다(대판 1992. 9. 25, 92다24677).
- ② 甲소유의 부동산에 乙, 丙이 지상권을 취득한 후 乙, 丙이 甲에 대한 채권담보목적의 소유권이전등기를 공동명의로 받은 경우 甲, 乙, 丙 사이에는 甲이 여전히 소유권을 가지므로 乙, 丙의 지상권지분은 혼동으로 소멸하지 않는다(대판 1980. 12. 23, 80다2176).
- ③ 부동산에 대한 소유권과 임차권이 동일인에게 귀속하게 되는 경우 임차권은 혼동에 의하여 소멸하는 것이 원칙이지만, 그 임차권이 대항요건을 갖추고 있고 또한 그 대항요건을 갖춘 후에 저당권이 설정된 때에는 혼동으로 인한 물권소멸 원칙의 예외규정인 제191조 제1항 단서를 준용하여 임차권은 소멸하지 않는다(대판 2001. 5. 15, 2000다12693).
- ④ 근저당권자가 소유권을 취득하면 그 근저당권은 혼동에 의하여 소멸하지만 그 뒤 그 소유권취득이 무효인 것이 밝혀지면 소멸하였던 근저당권은 당연히 부활한다(대판 1971. 8. 31, 71다1386).

(2) 심화판례

- ① 어떠한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 동일한 사람에게 귀속한 경우 그 제한물권은 혼동에 의하여 소멸하는 것이 원칙이지만, 본인 또는 제3자의 이익을 위하여 그 제한물권을 존속시킬 필요가 있다고 인정되는 경우에는 제191조 제1항 단서의 해석에 의하여 혼동으로 소멸하지 않는다(대판 1998. 7. 10, 98다18643).
- ② 대항력을 갖춘 주택 임차인이 당해 주택을 양수한 경우 임대인의 보증금반환채무는 소멸하고 양수인인 임차인이 임대인의 자신에 대한 보증금반환채무를 인수하게 되

어, 결국 임차인의 보증금반환채권은 혼동으로 인하여 소멸하게 된다(대판 1996. 11. 22, 96다38216).

- ③ 명의신탁자가 장차 소유권이전등기청구권 보전을 위한 가등기를 경료한 후 가등기와는 상관없이 별도의 소유권이전등기를 넘겨받은 경우 가등기에 기한 본등기청구권이 혼동으로 소멸되지 않는다(대판 1995. 12. 26, 95다29888).

점유권

1 점유의 개념

제192조(점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.
 ② 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. 그러나 제204조의 규정에 의하여 점유를 회수한 때에는 그러하지 아니하다.

(1) 기본판례

건물소유자가 현실적으로 건물이나 그 부지를 점거하지 않더라도 특별한 사정이 없는 한 건물의 부지에 대한 점유가 인정된다(대판 2003. 11. 13, 2002다57935).

(2) 심화판례

- ① 물건에 대한 점유란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보이는 객관적 관계를 말하는 것으로서, 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인 지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대판 1997. 8. 22, 97다2665).
- ② 토지소유권은 원칙적으로 토지의 상하에 미치는 것이므로 지하에 하수도시설을 하였다면 그 토지를 점유하였다 할 것이다(대판 1972. 3. 28, 72다146).
- ③ 일반공중의 통행에 제공되고 있는 공로에 연결되는 골목길을 甲이 일상통로로 사용하고 있는 것만으로는 그 골목길이 甲의 점유하에 있다고 볼 수 없다(대판 1974. 7. 16, 73다923).
- ④ 10세에 불과한 상속인도 상속토지에 대한 자주점유가 인정된다(대판 1990. 12. 26, 90다5733).

2 점유의 관념화

제193조(상속으로 인한 점유권의 이전) 점유권은 상속인에 이전한다.
 제194조(간접점유) 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임차 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다.
 제195조(점유보조자) 가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 그 타인만을 점유자로 한다.

(1) 기본판례

처가 남편과 시부모와 함께 토지 및 건물을 점유·사용하면서 소유자의 명도요구를 거부하고 있는 경우, 처는 소유자에 대한 관계에서 단순한 점유보조자에 불과한 것이 아니라 공동점유자로서 이를 불법점유하고 있다고 봄이 상당하다(대판 1998. 6. 26, 98다16456 · 16463).

(2) 심화판례

- ① 건물을 원시취득한 자의 동거가족들(모와 처)은 소유자와 그 건물에서 동거하는 동안은 점유자인 소유자의 점유보조자에 불과하다(대판 1980. 7. 8, 79다1928).
- ② 父가 농지를 동거가족인 미혼의 딸 甲의 이름으로 분세받아 경작하는 경우에 甲은 점유권에 터잡은 점유물방해제거청구권을 행사할 수 없다(대판 1976. 9. 28, 76다1588).
- ③ 직접점유자가 간접점유자의 의사에 반하여 점유를 양도하였더라도 이는 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않는다(대판 1993. 3. 9, 92다5300).

3 자주점유와 타주점유

(1) 기본판례

- ① 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 권리의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이다(대판 전합체 1997. 8. 21, 95다28625).
- ② 자주점유의 추정은 국가나 지방자치단체가 점유하는 도로의 경우에도 적용되고, 지방자치단체가 도로개설공사의 시공자로서 사후 감정가격에 의하여 보상하기로 하고 소유자의 승낙을 얻어 토지를 점유하는 것은 자주점유이다(대판 1997. 3. 14, 96다55211).
- ③ 부동산을 매수하여 이를 점유하게 된 자는 그 매매가 무효가 된다는 사정이 있음을 알았다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 점유의 시초에 소유의 의사로 점유한 것이다(대판 1994. 12. 27, 94다25513).
- ④ 토지매수인이 매매계약에 의하여 목적토지의 점유를 취득한 경우, 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다는 사실만으로 자주점유의 추정이 변복되지 않고, 매도인에게 처분권한이 없다는 것을 잘 알면서 이를 매수하였다는 등의 다른 특별한 사정이 입증되어야 한다(대판 전합체 2000. 3. 16, 97다37661).

- ⑤ 타인의 토지 위에 분묘를 설치 또는 소유하는 자는 그 분묘의 보존 및 관리에 필요한 범위 내에서만 타인의 토지를 점유하는 것이므로, 점유권원의 성질상 소유의 의사가 추정되지 아니한다(대판 1994. 11. 8, 94다31549).
- ⑥ 자주점유의 요건인 소유의 의사는 객관적으로 점유권원의 성질에 의하여 그 존부를 결정하는 것이나, 다만 그 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 제197조 제1항에 의하여 소유의 의사로 점유한 것으로 추정된다(대판 2000. 3. 24, 99다56765).
- ⑦ 점유권원의 성질이 분명하지 않을 때에는 제197조 제1항에 의하여 소유의 의사로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 스스로 그 점유권원의 성질에 의하여 자주점유임을 입증할 책임이 없고, 점유자의 점유가 소유의 의사 없는 타주점유임을 주장하는 상대방에게 타주점유에 대한 입증책임이 있다(대판 2000. 3. 24, 99다56765).
- ⑧ 점유자가 스스로 매매 또는 증여와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 이와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 변복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고는 볼 수 없다(대판 전합체 1983. 7. 12, 82다708).
- ⑨ 점유자가 점유개시 당시에 소유권취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인소유의 부동산을 무단 점유한 것임이 입증된 경우에는 자주점유의 추정이 변복된다(대판 전합체 1997. 8. 21, 95다28625).
- ⑩ 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 '증명'되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정, 즉 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정이 '증명'된 경우에 자주추정이 깨어진다(대판 2006. 4. 27, 2004다38150).
- ⑪ 타주점유가 자주점유가 되기 위하여는 점유자가 소유자에 대하여 소유의 의사가 있는 것을 표시하거나 새로운 권원에 의하여 다시 소유의 의사로써 점유를 시작하여야만 한다(대판 1997. 5. 30, 97다2344).
- ⑫ 부동산을 다른 사람에게 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유는 특별한 사정이 없는 한 타주점유로 변경된다(대판 2004. 9. 24, 2004다27273).
- ⑬ 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인이 새로운 권원(매매, 증여, 교환 등)에 의하여 자기 고유의 점유를 시작하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없다(대판 2004. 9. 24, 2004다27273).

(2) 심화판례

- ① 토지를 증여받은 자와 토지를 매수한 자의 점유는 자주점유에 해당하고(대판 1972. 10. 31, 72다1540, 대판 1981. 11. 24, 80다3083), 지상권자, 전세권자, 임차인, 소작계약에 의하여 토지를 경작하는 자, 데릴사위로서 처가의 농토를 경작한 자의 점유는 타주점유에 해당한다(대판 1990. 11. 13, 90다카21381, 대판 1976. 1. 17, 75다236, 1984. 3. 27, 83다카2406).
- ② 명의신탁에 의하여 부동산의 소유자로 등기된 자의 점유는 그 권원의 성질상 자주점유라 할 수 없다(대판 1991. 12. 10, 91다27655).
- ③ 공유자 1인이 공유토지의 전부를 점유하더라도 다른 공유자의 지분비율의 범위 내에서는 타주점유이다(대판 1968. 4. 30, 67다2862).
- ④ 점유에 있어 소유의 의사 유무는 점유취득의 원인사실에 의하여 외형적·객관적으로 정하여져야 할 것인 즉, 토지매수인이 매매계약에 기하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우에는 그 매매가 설사 타인의 토지의 매매로서 그 소유권을 취득할 수는 없다 하여도 다른 특별한 사정이 없는 이상 매수인의 점유는 소유의 의사로써 하는 것이라고 해석된다(대판 1981. 11. 24, 80다3083).
- ⑤ 토지를 매수·취득하여 점유를 개시함에 있어서 매수인이 인접 토지와의 경계선을 정확하게 확인하여 보지 아니하여 착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수·취득한 토지에 속하는 것으로 믿고서 인접 토지의 일부를 현실적으로 인도받아 점유하고 있다면 인접 토지의 일부에 대한 점유는 소유의 의사에 기한 것이라고 보아야 한다(대판 2000. 9. 29, 99다58570 · 58587).
- ⑥ 매매 대상 건물 부지의 면적이 등기부상의 면적을 상당히 초과하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하며, 이러한 경우에는 매도인이 그 초과 부분에 대한 소유권을 취득하여 이전하여 주기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 초과 부분은 단순한 점용권의 매매로 보아야 하고 따라서 그 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당한다(대판 1999. 6. 25, 99다5866).
- ⑦ 점유자가 타인의 선대를 위하여 그 선산과 분묘 등을 돌보면서 이를 관리하여 온 경우, 이를 토지에 대한 점유자의 점유는 그 권원의 성질상 처음부터 타주점유이고 이를 상속 등의 방법으로 승계한 자의 점유 역시 특단의 사정이 없는 한 피상속인의 점유의 성질을 그대로 승계하여 타주점유라고 보아야 한다(대판 1998. 2. 13, 97다42625).
- ⑧ 귀속재산의 점유자는 권원의 성질상 타주점유에 해당하나, 귀속재산을 불하받아 그 상환을 원료한 날부터는 그 불하받은 부분에 대한 점유는 자주점유로 보아야 한다(대판 1992. 4. 28, 91다27259 · 27266).

- ⑨ 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서 부동산을 취득하거나 어떠한 법률행위가 무효임을 알면서 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 점유하게 된 경우 그 점유는 타주점유이다(대판 2000. 9. 29, 99다50705).
- ⑩ 주무관청의 허가 없이는 처분할 수 없는 재산임을 알고 한 점유는 타주점유이다(대판 1998. 5. 8, 98다2945).
- ⑪ 경락으로 인한 소유권 상실로써 종전 소유자의 점유는 타주점유로 전환된다(대판 1996. 11. 26, 96다29335).
- ⑫ 점유자가 소유자로부터 보상 요구를 받고 차후 보상하겠다고 회답한 경우 자주점유의 추정이 변복된다(대판 1996. 1. 26, 95다17441).
- ⑬ 점유자가 취득시효기간 경과 후 매수를 제의하더라도 이를 타주점유로 볼 수는 없다(대판 전합체 1983. 7. 12, 82다708).
- ⑭ 토지소유권이전등기의 말소등기청구소송에서 폐소확정된 토지점유자는 그 소제기시부터 악의의 점유자로 간주되고, 폐소판결 확정 후부터 타주점유로 전환된다(대판 1996. 10. 11, 96다19857).
- ⑮ 토지점유자가 소유자를 상대로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다가 폐소하고 그 판결이 확정되었다면 자주점유의 추정이 변복되어 타주점유로 전환되는 것은 아니다(대판 1999. 9. 17, 98다63018).

④ 선의 · 평온 · 공연점유

(1) 심화판례

- ① 제197조에 의하여 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되고, 권원 없는 점유였음이 밝혀졌다고 하여 곧 그 동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 볼 것은 아니다(대판 2000. 3. 10, 99다63350).
- ② 제197조 제2항 소정의 '본권에 관한 소'에는 소유권에 기한 반환청구소송은 물론 소유권 침해를 이유로 한 부당이득반환청구소송도 포함된다(대판 2002. 11. 22, 2001 다6213).
- ③ 제197조 제2항의 '본권에 관한 소에 폐소한 때'란 종국판결에 의하여 폐소로 확정한 경우를 말한다(대판 1974. 6. 25, 74다128).
- ④ 취득시효 완성 후 소유자가 점유자를 상대로 소송을 제기하였으나 점유자가 시효취득 주장을 하지 아니하여 소유자가 승소한 경우 그 토지에 대한 점유자의 점유가 평온 · 공연한 점유가 아니게 되는 것은 아니다(대판 1996. 10. 29, 96다23573).
- ⑤ 점유가 불법이라고 이의를 받거나 점유물의 소유권을 둘러싸고 법률상의 분쟁이 있었다는 사실만으로 점유의 평온 · 공연성이 상실되는 것은 아니다(대판 1994. 12. 9,

94다25025).

- ⑥ 무허가건물에 대한 행정관청의 철거시도가 있었다 하더라도 점유의 평온 · 공연성이 상실되거나 타주점유로 변경되는 것은 아니다(대판 1991. 8. 27, 91다20364).
- ⑦ 대지경계 문제로 상호분쟁이 있었다는 사정만으로는 점유의 평온 · 공연성이 상실되거나 타주점유로 변경되는 것은 아니다(대판 1989. 5. 23, 88다카17785).

⑤ 점유의 취득과 소멸

- 제192조(점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.
 ② 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸한다. 그러나 제204조의 규정에 의하여 점유를 회수한 때에는 그러하지 아니하다.
- 제196조(점유권의 양도) ① 점유권의 양도는 점유물의 인도로 그 효력이 생긴다.
 ② 전항의 점유권의 양도에는 제188조 제2항, 제189조, 제190조의 규정을 준용한다.
- 제199조(점유의 승계의 주장과 그 효과) ① 점유자의 승계인은 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있다.
 ② 전점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 하자도 계승한다.

(1) 심화판례

- ① 경작권은 토지에 농작물을 식부 재배하는 토지에 대한 일종의 점유권이므로 타인의 토지를 무단히 개간 경작하였다고 하더라도 경작권을 취득할 수 있고 그러한 경작권의 매매를 법률상 당연무효라고 할 수 없다(대판 1981. 2. 24, 80다2811).
- ② 부동산의 자주점유자가 사망하고 상속인 중 일부만이 점유를 계속한 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 그 점유를 승계한 상속인들은 그 부동산 전체를 소유의 의사로 점유하는 것이고 그 점유가 계속되어 제245조 제1항의 기간이 만료되면 등기를 함으로써 그 부동산의 소유권을 취득하게 된다(대판 1989. 4. 11, 88다카17389).
- ③ 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).
- ④ 동일인 소유의 토지와 지상건물 중 건물만을 양수 · 점유한 자나 그 승계인은 토지와 건물을 같이 소유하고 있던 전 소유자의 점유까지 토지시효취득의 기초가 되는 점유로 함께 주장할 수는 없다(대판 1997. 1. 21, 96다40080).

⑥ 점유의 추정적 효력

제197조(점유의 태양) ① 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정 한다.

② 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 폐소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 본다.

제198조(점유계속의 추정) 전후양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정한다.

제200조(권리의 적법의 추정) 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정한다.

(1) 기본판례

제200조의 점유의 권리적법 추정력은 특별한 사정이 없는 한 부동산물권에 대하여는 적용되지 않는다(대판 1982. 4. 13, 81다780).

(2) 심화판례

① 제198조 소정의 점유계속 추정은 동일인이 전후 양 시점에 점유한 것이 증명된 때에만 적용되는 것이 아니고 전후 양 시점의 점유자가 다른 경우에도 점유의 승계가 입증되는 한 점유계속은 추정된다(대판 1996. 9. 20, 96다24279 · 24286).

② 점유의 권리적법추정은 소유자와 그로부터 점유를 취득한 자 사이에는 적용되지 않으므로 다른 사람의 물건을 점유하는 자는 전점유자에 대하여 그 점유가 정당한 권원에 의한 것임을 주장·증명하여야 한다(대판 1964. 12. 8, 64다714).

⑦ 점유자와 회복자의 관계

제201조(점유자와 과실) ① 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.

② 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.

③ 전항의 규정은 폭력 또는 은비에 의한 점유자에 준용한다.

제202조(점유자의 회복자에 대한 책임) 점유물이 점유자의 책임있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 한다. 소유의 의사가 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다.

제203조(점유자의 상환청구권) ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다.

② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현준한 경우에 한하여 회복자의 선책에 죽어 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.

③ 전항의 경우에 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.

(1) 기본판례

① 건물을 사용함으로써 얻는 이득은 그 건물의 과실에 준하여 취급된다(대판 1996. 1. 26, 95다44290).

② 선의의 점유자는 비록 법률상 원인 없이 타인의 건물을 점유·사용하고 이로 말미암아 그에게 손해를 입혔다고 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무는 없다(대판 1996. 1. 26, 95다44290).

③ 기계장치를 점유·사용한 자가 지출한 수리비 등을 통상의 필요비에 해당한다(대판 1996. 7. 12, 95다41161).

④ 유익비상환청구권은 현재의 소유자에게 청구할 수 있다(대판 1966. 6. 15, 65다598).

⑤ 점유자가 회복자로부터 점유물의 반환을 청구 받거나 회복자에게 점유물을 반환한 때에 비로소 회복자에 대하여 유익비상환청구권이 발생하므로 회복자가 소유권이전 등기의 말소만을 구하는 경우에는 점유자는 비용상환청구권으로 유치권 항변을 할 수 없다(대판 1976. 3. 23, 76다172).

⑥ 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유권원을 가진 경우에는 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 상대방에 대하여 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 청구할 수 없다(대판 2003. 7. 25, 2001다64752).

(2) 심화판례

① 토지를 사용함으로써 얻는 이득은 그 토지로 인한 과실에 준하여 취급된다(대판 1987. 9. 22, 86다카1996).

② 제201조 제1항의 선의의 점유자란 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다(대판 2000. 3. 10, 99다63350).

③ 선의점유자의 과실취득권과 불법행위로 인한 손해배상책임은 병존할 수 있으므로 선의점유자에게 과실취득권이 있다 하더라도 불법행위로 인한 손해배상책임이 배제

되는 것은 아니다(대판 1966. 7. 19, 66다994).

- ④ 악의점유자의 과실반환의무를 규정한 제201조 제2항은 악의점유자에게 과실취득권을 인정하지 않는다는 취지이지 악의점유자의 이자지급의무까지 배제하는 것은 아니므로 악의점유자는 그 받은 이익에 이자까지 붙여 반환하여야 한다(대판 2003. 11. 14, 2001다61869).
- ⑤ 유익비상환청구가 있는 경우 실제 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 산정하여 애 한다(대판 2002. 11. 22, 2001다40381).

8 점유보호청구권

제204조(점유의 회수) ① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다. 그러나 승계인이 악의인 때에는 그려하지 아니하다.

③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년 이내에 행사하여야 한다.

제205조(점유의 보유) ① 점유자가 점유의 방해를 받은 때에는 그 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

② 전항의 청구권은 방해가 종료한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

③ 공사로 인하여 점유의 방해를 받은 경우에는 공사착수 후 1년을 경과하거나 그 공사가 완성한 때에는 방해의 제거를 청구하지 못한다.

제206조(점유의 보전) ① 점유자가 점유의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 그 방해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

② 공사로 인하여 점유의 방해를 받을 염려가 있는 경우에는 전조 제3항의 규정을 준용한다.

(1) 기본판례

- ① 사기의 의사표시에 의해 건물을 명도해 준 것은 건물의 점유를 침탈당한 것이 아니라 피해자는 점유물반환청구권이 없다(대판 1992. 2. 28, 91다17443).
- ② 제204조 제3항과 제205조 제2항 소정의 점유보호청구권의 행사기간은 출소기간(出訴其間)이므로 반드시 1년의 기간 내에 소를 제기하여야 한다(대판 2002. 4. 26, 2001다8097 · 8103).

(2) 심화판례

- ① 이미 점유를 상실한 점유침탈자에 대해서는 점유희수청구권을 행사할 수 없다(대판 1995. 6. 30, 95다12927).
- ② 점유권에 의한 방해배제청구권은 물권에 대한 사실상의 지배상태(점유권)에 대한

방해행위가 있으면 성립되고 점유를 정당화할 권리가 있음을 요하지 아니한다(대판 1970. 6. 30, 68다1416).

- ③ 점유권에 의한 방해배제청구권은 물건 자체에 대한 사실상의 지배상태를 점유침탈 이외의 방법으로 침해하는 방해행위가 있을 때 성립된다(대판 1987. 6. 9, 86다카2942).

9 자력구제

제209조(자력구제) ① 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로 씨 이를 방위할 수 있다.

② 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈 후 직시 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있다.

(1) 심화판례

- ① 위법한 강제집행에 의하여 부동산의 명도를 받는 것은 공권력을 빌려서 상대방의 점유를 침탈하는 것이 되므로 강제집행이 종료한 후 불과 2시간 이내에 자력으로 그 점유를 탈환한 것은 민법상의 점유자의 자력구제권의 행사에 해당한다(대판 1987. 6. 9, 86다카1683).
- ② 점유자의 자력탈환권을 규정한 제209조 제2항 소정의 ‘직시(直時)’란 ‘객관적으로 가능한 한 신속히’ 또는 ‘사회관념상 가해자를 배제하여 점유를 회복하는 데 필요하다고 인정되는 범위 안에서 되도록 속히’라는 뜻으로 해석할 것이므로 점유자가 침탈사실을 알고 모르고와는 관계없이 침탈을 당한 후 상당한 시간이 흘렀다면 자력탈환권을 행사할 수 없다(대판 1993. 3. 26, 91다14116).

소유권

1 토지소유권의 범위

제212조 (토지소유권의 범위) 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다.

(1) 심화관례

- ① 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률에 의하여 어떤 토지가 지적공부에 1필지의 토지로 등록되면 그 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 및 경계는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 등록으로써 특정되고, 토지소유권의 범위는 현실의 경계와 관계없이 지적공부상의 경계에 의하여 확정되는 것이다(대판 1995. 4. 14, 94다57879).
- ② 지적공부를 작성함에 있어 기점을 잘못 선택하는 등의 기술적인 착오로 말미암아 지적공부상의 경계가 진실한 경계선과 다르게 잘못 작성되었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 토지의 경계는 지적공부에 의하지 않고 실제의 경계에 의하여 확정하여야 하지만, 그 후 그 토지에 인접한 토지소유자 등 이해관계인들이 그 토지의 실제의 경계선을 지적공부상의 경계선에 일치시키기로 합의하였다면 적어도 그때부터는 지적공부상의 경계에 의하여 그 토지의 공간적 범위가 특정된다(대판 2006. 9. 22, 2006다24971).
- ③ 임야 내의 자연석을 조각하여 제작한 석불은 임야와는 독립한 소유권 객체가 된다 (대판 1970. 9. 22, 70다1494).

2 상린관계 일반

(1) 심화관례

- ① 지하시설을 하는 경우에 있어서 경계로부터 두어야 할 거리에 관한 사항 등을 규정 한 제244조는 강행규정으로 볼 수 없다(대판 1982. 10. 26, 80다1634).
- ② 폭파작업장으로부터 나오는 소음·진동은 그 작업장으로부터 100미터 내지 190미터 거리에 있는 양계장에 대해서도 생활방해가 될 수 있다(대판 1974. 11. 12, 74다1321).
- ③ 병원시체실의 설치로 그 인접지 거주자가 받을 피해와 고통이 사회관념상 일반적으

로 수인하여야 할 정도의 것일 때에는 거주자가 이를 수인하여야 하나 그 정도를 초과할 때에는 수인의무가 없고 오히려 방해사유의 제거 내지 예방조치를 청구할 수 있다(대판 1974. 12. 24, 68다1489).

- ④ 인접 대지 위에 건축 중인 아파트가 24층까지 완공되는 경우 대학교육으로서는 그 방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것에 해당하는지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다(대판 1995. 9. 15, 95다23378).
- ⑤ 새로운 지하수 개발 및 취수로 인하여 인근 토지소유자의 기존 생활용수에 장해가 생기거나 장해의 염려가 있는 경우 인근 토지소유자는 그 생활용수 방해의 제거(원상회복)나 예방을 청구할 수 있다(대판 1998. 4. 28, 97다48913).

3 주위토지통행권

제219조(주위토지통행권) ① 어느 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다.

- ② 전항의 통행권자는 통행지 소유자의 손해를 보상하여야 한다.
- 제220조(분할, 일부양도와 주위통행권) ① 분할로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있는 때에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있다. 이 경우에는 보상의 의무가 없다.
- ② 전항의 규정은 토지소유자가 그 토지의 일부를 양도한 경우에 준용한다.

(1) 기본관례

- ① 주위토지통행권은 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 이미 기준의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정된다(대판 2003. 8. 19, 2002다53469).
- ② 이미 그 소유 토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 그 통로를 사용하는 것보다 더 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없다(대판 1995. 6. 13, 95다1088).
- ③ 「건축법」에 건축과 관련하여 도로에 관한 폭 등의 제한규정이 있다 하더라도 이는 건물신축이나 증·개축 허가시 그와 같은 범위의 도로가 필요하다는 행정법규에 불

과할 뿐 위 규정만으로 당연히 포위된 토지소유자에게 그 반사적 이익으로서 「건축법」에서 정하는 도로의 폭이나 면적 등과 일치하는 주위토지통행권이 바로 생긴다고 할 수 없다(대판 1991. 6. 11, 90다12007).

④ 제219조는 통행권자로 하여금 통행지 소유자의 손해를 보상하도록 규정하고 있으므로 주위토지 소유자는 주위토지통행권자의 허락을 얻어 사실상 통행하고 있는 차에 대하여 손해의 보상을 청구할 수 없다(대판 1991. 9. 10, 91다19623).

⑤ 분할 또는 토지의 일부 양도로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 생긴 경우에 분할 또는 일부 양도 전의 총전 토지소유자가 그 포위된 토지를 위하여 인정한 통행사용권은 직접 분할자, 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되므로, 포위된 토지 또는 괴통 행지의 특정승계인의 경우에는 주위토지통행권에 관한 일반원칙으로 돌아가 그 통행권의 범위를 따로 정하여야 한다(대판 1996. 11. 29, 96다33433 · 33440).

(2) 심화판례

① 주위토지통행권은 그 소유 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 한하여 인정되는 것이므로, 이미 그 소유 토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 그 통로를 사용하는 것보다 더 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없다(대판 1995. 6. 13, 95다1088 · 1095).

② 통로가 있기는 하지만 그것이 일상생활을 하기에 불편한 정도이거나 그 토지의 용도에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하는 경우에는 주위토지통행권이 인정된다(대판 2003. 8. 19, 2002다53469).

③ 위요지의 소유자는 그 토지의 가치를 유지하고 또한 언제라도 그 토지에 대하여 상당한 이용을 개시할 수 있는 상태에 둘 권리를 갖고 있으므로 반드시 이를 현실적으로 이용하고 있는지의 여부에 관계없이 주위토지에 대하여 상당한 범위 내에서 장래의 이용에 필요한 통행권이 인정되어야 한다(대판 1988. 2. 9, 87다카1156).

④ 일단 주위토지통행권이 발생하였다고 하더라도 나중에 그 토지에 접하는 공로가 개설됨으로써 주위토지통행권을 인정할 필요성이 없어진 때에는 그 통행권은 소멸한다(대판 1998. 3. 10, 97다47118).

⑤ 주위토지통행권은 통행권자가 그 소유 토지 및 지상주택에서 일상생활을 영위하기 위하여 출입을 하고 물건을 운반하기에 필요한 범위는 허용되어야 한다(대판 1989. 7. 25, 88다카9364).

⑥ 토지의 이용방법에 따라서는 자동차 등이 통과할 수 있는 통로의 개설도 허용되지만 단지 토지이용의 편의를 위해 다소 필요한 상태라고 여겨지는 정도에 그치는 경우까지 자동차의 통행을 허용할 것은 아니다(대판 2006. 6. 2, 2005다70144).

⑦ 통행권의 범위는 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정할 수 있을 뿐, 장래의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다(대판 2006. 10. 26, 2005다30993).

⑧ 주위토지통행권의 본래적 기능발휘를 위해서는 그 통행에 방해가 되는 담장과 같은 축조물도 위 통행권의 행사에 의하여 철거되어야 한다(대판 2006. 6. 2, 2005다70144).

⑨ 주위토지통행권의 경우 통행지에 대한 소유자의 점유까지 배제되는 것은 아니므로 통행권자가 통행지를 통행함에 그치지 아니하고 이를 배타적으로 점유하고 있다면 통행지 소유자는 통행권자에 대하여 그 인도를 청구할 수 있다(대판 1993. 8. 24, 93다25479).

⑩ 행정재산인 토지에 대하여도 주위토지통행권을 인정할 수 있다(대판 1994. 6. 24, 94다14193).

⑪ 토지소유자 자신이 토지와 공로 사이에 공로를 막는 건물을 축조한 경우에는 타인 소유의 주위의 토지를 통행할 권리가 생긴다고 할 수 없다(대판 1972. 1. 31, 71다2113).

④ 취득시효 일반

(1) 기본판례

① 자기소유의 부동산에 대하여도 시효취득이 가능하다(대판 2001. 7. 13, 2001다17572).

② 잡종재산에 대한 취득시효가 완성된 후 그 잡종재산이 행정재산으로 된 경우, 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 없다(대판 1997. 11. 14, 96다10782).

(2) 심화판례

① 건물을 소유하기 위하여 그 건물부지를 평온·공연하게 20년간 점유함으로써 건물부지에 대한 지상권을 시효취득할 수 있다(대판 1994. 10. 14, 94다9849).

② 지방자치단체인 군은 국도의 점유자로서 이를 시효취득할 수 있다(대판 1987. 2. 10, 86다카1215).

③ 성명불상자의 소유물에 대하여 시효취득을 인정할 수 있다(대판 1992. 2. 25, 91다9312).

④ 학교법인의 기본재산에 대하여도 시효취득이 인정되고, 이 경우 감독청의 허가를 필요로 하지 않는다(대판 1978. 7. 11, 78다208).

- ⑤ 토지의 공유지분 일부에 대하여도 시효취득이 가능하다(대판 1979. 6. 26, 79다639
※ 시효취득자의 점유에 속한다는 것을 인식할 수 있는 객관적 징표가 계속 존재할 필요는 없음).
- ⑥ 행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 될 수 없으므로 취득시효의 대상이 되지 않는다(대판 1994. 3. 22, 93다56220).
- ⑦ 자연공물은 시효취득의 대상이 되지 않는다(대판 1994. 8. 12, 94다12593).

5. 점유취득시효

제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

(1) 기본판례

- ① 시효기간 중 등기명의자가 동일하고 그간에 취득자의 변동이 없는 경우에는 시효기간의 기산점을 임의로 선택할 수 있다(대판 1976. 6. 22, 76다487 · 488).
- ② 부동산취득시효 완성 후 소유자의 변동이 있으나, 그 시점을 새로운 기산점으로 삼아 다시 취득시효기간이 완성되는 경우에는 소유권변동시점을 새로운 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있다(대판 1999. 2. 12, 98다40688).

(2) 심화판례

- ① 취득시효는 그 기간 동안 등기명의자가 동일하고 취득자의 변동이 없는 경우가 아닌 한 그 기초되는 점유의 개시일로부터 기산하여야 하고 임의로 기산일을 정할 수 없다(대판 1989. 4. 25, 88다카3618).
- ② 시효취득을 주장하는 점유승계인이 전 점유자의 점유를 원용하는 경우 어느 단계의 점유자의 점유까지 아울러 주장할 것인지에 대한 선택권이 있지만, 그 점유의 개시시기를 전 점유자의 점유기간 중의 임의의 시점을 선택할 수 없는 원칙이다(대판 1998. 4. 10, 97다56822).
- ③ 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간과 통산하면 20년이 경과한 경우에 있어서도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있고 이는 소유권에 변동이 있더라도 그 이후 계속해서 취득시효기간이 경과하도록 등기명의자가 동일하다면 그 소유권 변동 이후 전 점유자의 점유기간과 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에 있어서도 마찬가지이다(대판 1998. 5. 12, 97다34037).

- ④ 농지개혁법상 무효인 소작관계에 기하여 소작인을 점유매개자로 하여 농지를 간접적으로 점유하고 있는 자는 부동산을 시효로 취득할 수 있다(대판 1991. 10. 8, 91다25116).
- ⑤ 미등기 부동산의 점유자는 점유취득시효기간의 완성만으로 등기 없이 그 부동산의 소유권을 취득하는 것은 아니다(대판 2006. 9. 28, 2006다22074).
- ⑥ 부동산점유취득시효완성으로 인한 소유권 취득은 원시취득에 해당하나, 취득시효기간이 완성되었으나 점유자 앞으로 등기가 마쳐지지 않은 경우 그 부동산에 설정된 소유권이전등기청구권 가등기에 의하여 보전된 매매예약상의 권리는 소멸하지 않는다(대판 2004. 9. 24, 2004다31463).

6. 취득시효완성 후 등기 전의 법률관계

(1) 기본판례

- ① 점유취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권이다(대판 1970. 9. 29, 70다1875).
- ② 취득시효가 완성된 대지의 점유자에 대하여 위 대지의 소유명의자는 불법점유임을 이유로 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수 없다(대판 1988. 5. 10, 87다카1979).
- ③ 부동산에 대한 점유취득시효가 완성하였으나 아직 소유권이전등기를 경료하지 아니한 점유자에 대하여 소유명의자는 점유로 인한 부당이득반환청구를 할 수 없다(대판 1993. 5. 25, 92다51280).
- ④ 취득시효기간 완성 후 아직 그것을 원인으로 소유권이전등기를 경료하지 아니한 자는 종전 소유자로부터 그 부동산에 대한 등기부상 소유명의를 넘겨받은 제3자에 대하여 시효취득을 주장할 수 없다(대판 1989. 4. 11, 88다카5843).
- ⑤ 취득시효완성 후 소유자로부터 제3자 앞으로 경료된 소유권이전등기가 원인무효인 경우 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권을 가진 자는 취득시효완성 당시의 소유자를 대위하여 제3자 앞으로 경료된 원인무효인 등기의 말소를 구할 수 있다(대판 1989. 1. 31, 87다카2561).
- ⑥ 취득시효완성 후 그 등기 전에 제3자에게 소유권이전등기가 경료되었다가 그 후 취득시효완성 당시의 소유자에게로 소유권이 회복된 경우에는 시효취득을 주장할 수 있다(대판 1991. 6. 25, 90다14225).
- ⑦ 부동산 소유자가 자신의 부동산에 대하여 취득시효가 완성된 사실을 알고 이를 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무를 이행불능에 빠뜨려 시효취득을 주장하는 자에게 손해를 입혔다면 불법행위를 구성한다(대판 1995. 6. 30, 94다52416).

⑧ 부동산 소유자의 처분행위가 불법행위를 구성하는 경우 시효완성자는 소유자를 대 위하여 제3자에 대하여 그 등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 1989. 2. 28, 87다카 1489).

(2) 심화판례

① 토지에 대한 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 그 토지에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 아니하고, 여기서 말하는 점유에는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함된다(대판 1995. 2. 10, 94다28468).

② 취득시효가 완성된 점유자가 점유를 상실한 경우 시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권이 바로 소멸하는 것은 아니나 점유를 상실한 때로부터 소멸시효가 진행한다(대판 1996. 3. 8, 95다34866).

③ 전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니므로 부동산을 취득시효기간 만료 당시의 점유자로부터 양수하여 점유를 승계한 현 점유자는 자신의 전 점유자에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있을 뿐, 전 점유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없다(대판 전합체 1995. 3. 28, 93다47745).

④ 취득시효가 완성된 점유자는 점유권에 기하여 등기부상의 명의인을 상대로 점유방해의 배제를 청구할 수 있다(대판 2005. 3. 25, 2004다23899).

⑤ 시효취득자는 원소유자에 의하여 취득시효가 완성된 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제한 후 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 구상권을 행사하거나 부당이득반환청구권을 행사할 수 없다(대판 2006. 5. 12, 2005다75910).

⑥ 취득시효완성 사실을 알면서 소유자로부터 그 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마친 자에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 있다고 볼 수 없다(대판 1994. 4. 12, 93다50666).

⑦ 부동산소유자가 취득시효가 완성된 부동산을 제3자에게 처분하더라도 채무불이행책임은 성립하지 않는다(대판 1995. 7. 11, 94다4509).

⑧ 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능으로 되었다고 하여 대상청구권을 행사하기 위하여는, 그 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산 소유권 취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였어야 한다(대판 1996. 12. 10, 94다43825).

⑨ 취득시효가 완성된 토지가 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 의무가 이행불능이 된 경우에는 그 소유권이전등기 청구권자가 대상청구권의 행사로서 그 토지의 소유자가 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다고 하더라도, 시효취득자가 직접 토지의 소유자를 상대로 공탁된 토지 수용보상금의 수령권자가 자신이라는 확인을 구할 수는 없다(대판 1995. 7. 28, 95다2074).

7 취득시효의 중단 · 정지 · 포기

제247조(소유권취득의 소급효, 중단사유) ① 전2조의 규정에 의한 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다.

② 소멸시효의 중단에 관한 규정은 전2조의 소유권취득기간에 준용한다.

(1) 심화판례

① 부동산취득시효기간 완성 전에 등기부상 소유명의가 변경되더라도 이는 점유취득시효의 중단사유가 될 수 없다(대판 1993. 5. 25, 92다52764).

② 국가나 지방자치단체가 국 · 공유지 점유자에게 사용료를 부과 · 고지한 것만으로는 점유취득시효가 중단된다고 할 수 없다(대판 1995. 11. 7, 95다33948).

③ 취득시효의 중단사유가 되는 재판상 청구에는 시효취득의 대상인 목적물의 인도 내지는 소유권존부 확인이나 소유권에 관한 등기청구소송은 말할 것도 없고, 소유권침해의 경우에 그 소유권을 기초로 하는 방해배제 및 손해배상 혹은 부당이득반환청구소송도 이에 포함된다(대판 1997. 4. 25, 96다46484).

④ 권리자가 시효를 주장하는 자로부터 제소당하여 직접 응소행위로서 상대방의 청구를 적극적으로 다투면서 자신의 권리를 주장하여 그것이 받아들여진 경우에는 시효중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구에 해당한다(대판 1997. 12. 12, 97다30288).

⑤ 점유자가 소유자를 상대로 제기한 '매매'를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에서 소유자가 응소한 것은 '취득시효'의 중단사유인 재판상 청구에 해당하지 않는다(대판 1997. 12. 12, 97다30288).

⑥ 취득시효완성 후에 한 매수의 의사표시는 시효이익의 포기로 볼 수 없다(대판 1980. 8. 26, 79다1).

⑦ 취득시효완성 후 여러 차례 국유재산 대부계약을 체결하거나 그 계약 전에 밀린 점용료를 변상금이란 명목으로 납부한 것은 시효이익의 포기로 볼 수 있다(대판 1998. 3. 10, 97다53304).

⑧ 취득시효완성 후 소유자가 점유자를 상대로 소송을 제기하였으나 점유자가 시효취득 주장을 하지 아니하여 소유자가 승소한 경우는 시효의 중단 또는 시효이익의 포기로 볼 수 없다(대판 1996. 10. 29, 96다23573).

8 등기부취득시효

제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간) ② 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실 없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다.

(1) 기본판례

등기부취득시효가 완성된 후 점유자명의의 등기가 말소되거나 적법한 원인 없이 다른 사람 앞으로 소유권이 전등기가 경료되더라도 점유자는 취득한 소유권을 상실하지 않는다(대판 2001. 1. 16, 98다20110).

(2) 심화판례

- ① 등기부취득시효의 요건으로서의 소유자로 등기한 자란 적법·유효한 등기를 마친 자일 필요는 없고 무효의 등기를 마친 자라도 상관없다(대판 1994. 2. 8, 93다23367).
- ② 중복등기 중 선등기가 원인무효가 아니어서 후등기가 무효로 된 경우 후등기를 근거로 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없다(대판 전합체 1996. 10. 17, 96다12511).
- ③ 등기부취득시효에 의하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞사람의 등기까지 아울러 그 기간 동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다(대판 전합체 1989. 12. 26, 87다카2176).
- ④ 등기부취득시효에 있어서 선의 무과실은 등기에 관한 것이 아니고 점유취득에 관한 것으로서, 그 무과실에 관한 입증책임은 그 시효취득을 주장하는 사람에게 있다(대판 1995. 2. 10, 94다22651).
- ⑤ 등기부취득시효에 있어서 선의·무과실이 요구되는 시점은 점유개시 당시이다(대판 1994. 11. 11, 93다28089).

9 무주물선점·유실물습득·매장물발견

(1) 심화판례

① 지번이 부여되지 아니한 미등록의 토지는 특별한 사정이 없는 한 무주의 토지에 해당한다. 따라서 상속인 부존재의 경우에 필요한 절차를 거치지 않아도 국유로 된다(대판 1997. 11. 28, 96다30199).

② 부동산 소유자가 행방불명된 경우 그의 사망 및 상속인의 부존재에 대한 입증이나 민법에 따른 국가귀속 절차 없이 단순히 국유재산법상의 공고절차만을 거친 경우에는 그 부동산을 국유로 할 수 없다(대판 1999. 2. 23, 98다59132).

③ 구 토지조사령에 따라 토지조사부가 작성되어 누군가에게 사정된 토지를 국가가 무주부동산으로 취급하여 국유재산법령의 절차를 거쳐 국유재산으로 등기를 마쳤더라도 국가에게 소유권이 귀속되지 않는다(대판 2005. 5. 26, 2002다43417).

10 첨부

제256조(부동산에의 부합) 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권리에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.

제257조(동산 간의 부합) 동산과 동산이 부합하여 혼순하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합 당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.

제258조(혼화) 전조의 규정은 동산과 동산이 혼화하여 식별할 수 없는 경우에 준용한다.

제259조(가공) ① 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다.

② 가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전형의 증가액에 가산한다.

(1) 기본판례

- ① 주유소의 지하에 매설된 유류저장탱크는 토지로부터 분리하는 데 과다한 비용이 들고, 이를 분리하여 밸굴할 경우 그 경제적 가치가 현저히 감소할 것이 분명한 경우에는, 그 유류저장탱크는 토지에 부합된다(대판 1995. 6. 29, 94다6345).
- ② 적법한 권리없이 타인의 토지를 경작하였더라도 그 농작물이 성숙하여 독립한 물건으로서의 존재를 갖추었으면 농작물의 소유권은 경작자에게 있다(대판 1979. 8. 28, 79다784).

(2) 심화판례

① 부합이란 혼순하지 아니하면 분리할 수 없거나 분리에 과다한 비용을 요하는 경우는 물론 분리하게 되면 경제적 가치가 심히 감소하는 경우도 포함된다(대판 1962. 1.

31, 4294민상445).

- ② 증축건물이 기준건물보다 가치가 훨씬 큰 경우라도 거래상의 독립성이 인정되지 않으면 기준 건물에 부합한다(대판 1981. 12. 8, 80다2821).
- ③ 제256조 단서의 규정은 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우에 한하여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지이므로 분리하여도 경제적 가치가 없는 경우에는 원래의 부동산 소유자의 소유에 귀속되는 것이다(대판 1975. 4. 8, 74다1743).
- ④ 건물이 증축된 경우에 증축부분의 기준 건물에의 부합 여부는 증축부분이 기준 건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라 그 용도와 기능면에서 기준 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다(대판 1996. 6. 14, 94다53006).
- ⑤ 임차인이 임차한 건물에 그 권원에 의하여 증축한 부분이 구조상·이용상으로 기준 건물과 구분되는 독립성이 있는 경우 그 증축부분은 독립한 소유권의 객체가 될 수 있다(대판 1999. 7. 27, 99다14518).
- ⑥ 기준 건물에 부합된 증축부분이 기준 건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니한 경우라도 경락인은 증축부분의 소유권을 취득한다(대판 2002. 10. 25, 2000다63110).
- ⑦ 타인의 토지상에 권원 없이 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 귀속하고 권원에 의하여 식재한 경우에는 그 소유권은 식재한 자에게 있다(대판 1998. 4. 24, 97도3425).
- ⑧ 토지소유자의 승낙을 받음이 없이 토지임차인의 승낙만 받고 그 지상에 식재한 수목의 소유권은 토지소유자에게 있다(대판 1989. 7. 11, 88다카9067).

11 소유권에 기한 물권적 청구권

제213조 (소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.
제214조 (소유물방해제거, 방해예방청구권) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

(1) 기본관례

- ① 불법점유자라고 하여도 그 목적물을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유하고

있지 않는 경우에는 소유권에 기한 명도 또는 인도청구를 할 수 없다(대판 1999. 7. 9, 98다9045).

- ② 건물의 소유자가 그 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다고 하더라도 그 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수는 없다(대판 1999. 7. 9, 98다57457 · 57464).

(2) 심화관례

- ① 지상권을 설정한 토지소유자는 불법점유자에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 있으나, 지상권이 존속하는 한 토지를 사용·수익할 수 없으므로 불법점유자에 대하여 손해배상은 청구할 수 없다(대판 1974. 11. 12, 74다1150).
- ② 미등기 건물을 매수하였으나 소유권이전등기를 하지 못한 자는 건물소유권을 원시 취득한 매도인을 대위하여 불법점유자에 대하여 명도청구를 할 수 있고 이때 불법점유자에 대하여 직접 자기에게 명도할 것을 청구할 수도 있다(대판 1980. 7. 8, 79다1928).
- ③ 토지매도인은 매매계약의 이행으로서 인도한 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다(대판 1988. 4. 25, 87다카1682).
- ④ 신탁자는 수탁자를 대위함이 없이 제3자에 대하여 직접 신탁재산에 대한 침해의 배제를 청구할 수 없다(대판 전합체 1979. 9. 25, 77다1079 ※ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 시행 이전의 관례임).
- ⑤ 쓰레기 매립으로 조성한 토지에 소유권자가 매립에 동의하지 않은 쓰레기가 매립되어 있다 하더라도 이는 과거의 위법한 매립공사로 인하여 생긴 결과로서 소유권자가 입은 손해에 해당하므로, 그 쓰레기가 현재 소유권에 대하여 별도의 침해를 지속하고 있다고 볼 수 없으므로 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다(대판 2003. 3. 28, 2003다5917).

12 공유 일반

제262조 (물건의 공유) ① 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 된 때에는 공유로 한다.
② 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정한다.

(1) 심화관례

- ① 공유는 물건에 대한 공동소유의 한 형태로서 물건에 대한 1개의 소유권이 분량적으로 분할되어 여러 사람에게 속하는 것이다(대판 1991. 11. 12, 91다27228).

- ② 각 공유자는 그 지분권을 다른 공유자의 동의가 없는 경우라도 양도 기타의 처분을 할 수 있는 것이며 공유자끼리 그 지분을 교환하는 것도 그것이 지분권의 처분에 해당하는 이상 다른 공유자의 동의를 요하는 것은 아니다(대판 1972. 5. 23, 71다2760).
- ③ 공유자 간의 공유물에 대한 사용 · 수익 · 관리에 관한 특약은 공유자의 특정승계인에 대하여도 당연히 승계되고, 특약 후에 공유자에 변경이 있고 특약을 변경할 만한 사정이 있는 경우에는 공유자의 지분의 과반수의 결정으로 기준 특약을 변경할 수 있다(대판 2005. 5. 12, 2005다1827).

13. 공유의 주장

(1) 기본관례

- ① 공유자의 1인은 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 등기 전부의 말소를 구할 수 있다(대판 1993. 5. 11, 92다52870 ※ 학설은 지분에 기해서도 할 수 있다고 하나, 판례는 지분에 기해서는 할 수 없다고 함).
- ② 수인의 공유로 된 부동산에 관하여 그 공유자 중의 1인이 부정한 방법으로 공유물 전부에 관한 소유권이전등기를 그 단독명의로 경료한 경우 공유자 중의 1인은 공유물의 보존행위로서 단독명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 그 공유자의 공유지분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다(대판 1988. 2. 23, 87다카961).
- ③ 공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와의 협의 없이 자신의 지분범위를 초과하여 공유물의 전부 또는 일부를 배타적으로 점유하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도나 명도를 청구할 수 있다(대판 전합체 1994. 3. 22, 93다9392).
- ④ 과반수지분의 공유자로부터 사용 · 수익을 허락받은 점유자에 대하여 소수지분의 공유자는 건물의 철거나 퇴거 등 점유배제를 청구할 수 없다(대판 2002. 5. 14, 2002다9738).
- ⑤ 과반수지분의 공유자로부터 공유물의 특정부분의 사용 · 수익을 허락받은 점유자는 소수지분권자에 대하여 부당이득을 얻었다고 할 수 없다(대판 2002. 5. 14, 2002다9738).
- ⑥ 공유토지에 관하여 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성 당시의 공유자를 일부로부터 과반수에 미치지 못하는 소수지분을 양수 · 취득한 제3자는 나머지 과반수지분에 관하여 취득시효에 의한 소유권이전등기를 경료 받아 과반수 지분권자가 될 지위에 있는 시효취득자(점유자)에 대하여 지상 건물의 철거와 토지의 인도 등 점유배제를 청구할 수 없다(대판 2001. 11. 27, 2000다33638 · 33645).

(2) 심화판례

- ① 공유자 중 어느 1인이 공유물을 배타적으로 사용 · 수익하는 경우에 다른 공유자는 보존행위를 근거로 공유물 전부의 반환을 청구할 수 있다(대판 1983. 2. 22, 80다1280).
- ② 일부 공유자가 공유 토지의 전부를 배타적으로 점유 · 사용하고 있는 경우, 공유 토지를 전혀 사용 · 수익하지 않고 있는 다른 공유자에 대하여 그 지분에 상응하는 부당 이득반환의무가 있다(대판 2002. 10. 11, 2000다17803).
- ③ 각 공유자는 자기의 지분을 부인하는 다른 공유자 또는 제3자를 상대로 단독으로 지분 확인의 소를 제기할 수 있다(대판 1970. 7. 28, 70다853 ※ 필수적 공동소송이 아님).
- ④ 공유자가 전체로서의 공유관계를 제3자에게 주장하기 위해서는 공유자 전원이 공동으로 하여야 한다(대판 1961. 12. 7, 4293민상306 ※ 필수적 공동소송에 해당함).
- ⑤ 공유자는 그 지분을 부인하는 제3자에 대하여 각자 그 지분권을 주장하여 지분의 확인을 소구하여야 하는 것이고, 공유자가 다른 공유자의 지분권을 대외적으로 주장하는 것은 공유물의 보존행위에 속한다고 할 수 없다(대판 1994. 11. 11, 94다35008).

14. 공유물 분할

제268조 (공유물의 분할청구) ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년 내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다.

- ② 전항의 계약을 개신한 때에는 그 기간은 개신한 날로부터 5년을 넘지 못한다.
③ 전2항의 규정은 제215조, 제239조의 공유물에는 적용하지 아니한다.

(1) 기본관례

- ① 공유물분할청구권은 형성권이다(대판 1981. 3. 24, 80다1888 · 1889).
- ② 공유자 사이에 이미 분할에 관한 협의가 성립된 경우에는 또다시 공유물분할의 소를 제기하거나 이미 제기한 공유물분할의 소를 유지하는 것은 허용되지 않는다(대판 1995. 1. 1. 2, 94다30348).
- ③ 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이다(대판 2003. 12. 12, 2003다44615 · 44622).
- ④ 재판에 의한 공유물분할은 원칙적으로 현물분할에 의하고, 그것이 불가능하거나 또는 그것으로 인하여 분할된 토지 상호 간에 간격의 차이가 생기거나 그 가격을 감소 할 염려가 있는 경우에만 예외적으로 경매대금의 분할방법에 의할 수 있다(대판

1980. 9. 9, 79다1131 · 1132).

- ⑤ 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다(대판 2004. 10. 14, 2004다30583).
- ⑥ 부동산의 공유지분 위에 설정된 근저당권 등 담보물권은 특단의 합의가 없는 한 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속하는 것이고 근저당권설정자 앞으로 분할된 부분에 당연히 집중되는 것은 아니다(대판 1989. 8. 8, 88다카24868).
- ⑦ 공유지상에 공유자의 1인 또는 수인 소유의 건물이 있을 경우 위 공유지의 분할로 그 대지와 지상건물이 소유자를 달리하게 될 때에는 다른 특별사정이 없는 한 건물 소유자는 그 건물부지상에 그 건물을 위하여 관습상의 지상권을 취득한다(대판 1974. 2. 12, 73다353).
- ⑧ 공유토지 위에 건물을 소유하고 있는 토지공유자 중 1인이 그 토지지분만을 전매한 경우 관습상의 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 1987. 6. 23, 86다카2188).

(2) 심화관례

- ① 상호명의신탁의 경우에는 명의신탁 해지를 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행을 구하면 되고, 이에 같음하여 공유물분할청구를 할 수는 없다(대판 1996. 2. 23, 95다8430).
- ② 여러 사람이 공유하는 물건을 현물분할하는 경우에는 분할청구자의 지분한도 안에서 현물분할을 하고 분할을 원하지 않는 나머지 공유자는 공유자로 남는 방법도 허용될 수 있다(대판 1991. 11. 12, 91다27228).

15 합유와 총유

제271조(물건의 합유) ① 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전부에 미친다.
 ② 합유에 관하여는 전항의 규정 또는 계약에 의하는 외에 다음 3조의 규정에 의한다.

제275조(물건의 총유) ① 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.
 ② 총유에 관하여는 사단의 정관 기타 규약에 의하는 외에 다음 2조의 규정에 의한다.

(1) 기본관례

- ① 부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하지 못한다(대판 1996. 12. 10, 96다23238).
- ② 교인들이 집단적으로 교회를 탈퇴한 경우, 법인 아닌 사단인 교회가 2개로 분열되고 분열되기 전 교회의 재산이 분열된 각 교회의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 형태의 교회의 분열은 인정되지 않으며, 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실한 경우 종전 교회재산은 잔존 교인들의 총유이다(대판 전합체 2006. 4. 20, 2004다37775).

(2) 심화관례

- ① 부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 해당 부동산은 잔존 합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존 합유자의 합유로 귀속되고 잔존 합유자가 1인인 경우에는 잔존 합유자의 단독소유로 귀속된다(대판 1996. 12. 10, 96다23238).
- ② 합유재산을 합유자의 1인 명의로 소유권보존등기한 것은 원인무효의 등기이며, 합유자는 전원의 동의없이는 합유물에 대한 지분을 처분하지 못하는 것이므로 그 동의가 없는 이상 지분매매도 할 수 없다(대판 1970. 12. 29, 69다22).
- ③ 동업을 목적으로 하는 조합이 조합재산으로 취득한 부동산에 관하여 합유등기를 하지 아니하고 조합원 1인의 명의로 소유권이전등기를 한 경우 이는 조합체가 그 조합원에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다(대판 2006. 4. 13, 2003다25256).
- ④ 공유수면매립면허 공동명의자의 권리의무는 그들의 합유에 속하고, 합유물에 관한 소송은 보존행위가 아닌 한 원칙적으로 필요적 공동소송이다(대판 1991. 6. 25, 90누5184).
- ⑤ 조합재산의 처분·변경에 관한 행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 조합의 특별사무에 해당하는 업무집행이며, 업무집행조합원이 수인 있는 경우에는 조합의 통상사무의 범위에 속하지 아니하는 특별사무에 관한 업무집행은 제706조 제2항에 따라 원칙적으로 업무집행조합원의 과반수로써 결정한다(대판 2000. 10. 10, 2000다28506 ※ 제707조 제2항은 제272조 본문의 특별규정임).
- ⑥ 합유자가 지분을 포기한 경우 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물권변동은 합유지분권의 포기라고 하는 법률행위에 의한 것이므로 등기하여야 효력이 있다. 따라서 지분이전등기가 경료되지 않은 경우 지분을 포기한 합유자는 제3자에 대한 관계에서 여전히 지분권자로서의 지위를 갖는다(대판 1997. 9. 9, 96다16896).
- ⑦ 비법인사단인 어촌계가 가지는 어업권의 소멸로 인한 보상금은 어촌계의 총유에 속한다(대판 1996. 12. 10, 95다57159).

- ⑧ 주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당하고, 재건축조합이 주체가 되어 신축 완공한 상가건물은 조합원 전원의 총유에 속한다(대판 2001. 5. 29, 2000다10246).
- ⑨ 주택조합의 대표자가 조합원총회의 결의를 거치지 아니하고 건물을 처분한 행위에 관하여는 제126조 표현대리에 관한 규정을 준용할 수 없다(대판 2003. 7. 11, 2001다73626).
- ⑩ 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 전합체 2005. 9. 15, 2004다44971
※ 법인 아닌 사단의 구성원 개인은 총유재산의 보존을 위한 소를 제기할 수 없음).

용의물권

1 지상권의 성립

제279조(지상권의 내용) 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다.

(1) 기본관례

입목에 대한 별채권의 확보를 위하여 지상권을 설정하였다 할지라도 지상권에는 부종성이 인정되지 아니하므로 별채권이 소멸했더라도 지상권마저 소멸하는 것은 않는다(대판 1991. 11. 8, 90다15716).

(2) 심화관례

① 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 않는다(대판 1996. 3. 22, 95다49318).

② 지상권자는 지상권을 유보한 채 지상물 소유권만을 양도할 수도 있고 지상물 소유권을 유보한 채 지상권만을 양도할 수도 있는 것이어서 지상권자와 그 지상물의 소유권자가 반드시 일치하여야 하는 것은 아니며, 또한 지상권설정시에 그 지상권이 미치는 토지의 범위와 그 설정 당시 매매되는 지상물의 범위를 다르게 하는 것도 가능하다(대판 2006. 6. 15, 2006다6126).

③ 타인의 토지에 관하여 그 지상건물의 소유를 위한 지상권의 점유취득시효가 인정되려면, 그 토지의 점유사실 외에도 그것이 임대차나 사용대차관계에 기한 것이 아니고 지상권자로서의 점유에 해당함이 객관적으로 표시되고 계속되어야 하고 그 입증책임은 시효취득을 주장하는 자에게 있다(대판 1993. 9. 28, 92다50904).

2 지상권의 존속기간

제280조(존속기간을 약정한 지상권) ① 계약으로 지상권의 존속기간을 정하는 경우에는 그 기간은 다음 연한보다 단축하지 못한다.

1. 석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물이나 수목의 소유를 목적으로 하는 때에는 30년
2. 전호 이외의 건물의 소유를 목적으로 하는 때에는 15년
3. 건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때에는 5년
- ② 전항의 기간보다 단축한 기간을 정한 때에는 전항의 기간까지 연장한다.

제281조(존속기간을 약정하지 아니한 지상권) ① 계약으로 지상권의 존속기간을 정하지 아니한 때에는 그 기간은 전조의 최단존속기간으로 한다.

- ② 지상권설정 당시에 공작물의 종류와 구조를 정하지 아니한 때에는 지상권은 전조 제2호의 건물의 소유를 목적으로 한 것으로 본다.

(1) 기본판례

- ① 제280조 제1항 제1호가 정하는 견고한 건물인지의 여부는 그 건물이 갖고 있는 물리적·화학적 외력 또는 화재에 대한 저항력 및 건물해체의 난이도 등을 종합하여 판단하여야 하므로 상당기간 내구력을 가지며 용이하게 해체할 수 없는 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권의 존속기간은 약정이 없으면 30년이다(대판 2003. 10. 10, 2003다33165).
- ② 지상권의 존속기간을 영구로 약정할 수 있다(대판 2001. 5. 29, 99다66410).

(2) 심화판례

- ① 최단존속기간에 관한 규정(제280조)은 지상권자가 건물이나 수목 등의 소유를 목적으로 지상권을 설정하는 경우를 그 대상으로 하는 것이므로, 기존 건물의 사용을 목적으로 지상권을 설정하는 경우에는 그 적용이 없다(대판 1996. 3. 22, 95다49318).
- ② 제281조 제2항은 당사자가 지상권설정의 합의를 함에 있어서 다만 그 존속기간을 정하지 아니하고 지상권을 설정할 토지상에 소유한 공작물의 종류와 구조가 객관적으로 확정되지 않을 경우에 한하여 적용되는 것이다. 따라서 비록 무허가 또는 미등기건물이라 하더라도 그 건물의 종류와 구조가 확정되어 있는 경우에는 제281조 제1항에 의하여 존속기간을 정하여야 한다(대판 1988. 4. 12, 87다카2404).

3 지상권의 효력

(1) 기본판례

- ① 토지양수인은 지상권자의 지료지급이 2년 이상 연체되었음을 이유로 지상권소멸청구를 함에 있어서 종전 소유자에 대한 연체기간의 합산을 주장할 수 없다. 따라서 지상권자의 지료지급 연체가 토지소유권의 양도 전후에 걸쳐 이루어진 경우 토지양수인에 대한 연체기간이 2년이 되지 않는다면 양수인은 지상권소멸청구를 할 수 없다(대판 2001. 3. 13, 99다17142).
- ② 지상권에 있어서 유상인 지료에 관하여 지료액 또는 그 지급시기 등의 약정은 이를 등기하여야만 그 뒤에 토지소유권 또는 지상권을 양수한 사람 등 제3자에게 대항할 수 있다(대판 1999. 9. 3, 99다24874).
- ③ 지료에 관하여 등기되지 않은 경우에는 무상의 지상권으로서 지료증액청구권도 발생할 수 없다(대판 1999. 9. 3, 99다24874).

(2) 심화판례

- ① 수목의 소유를 목적으로 하는 지상권을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 그 임야에 대한 지상권설정 당시 현존하는 임목의 소유권도 취득한 것이라고 추정된다(대판 1972. 10. 25, 72다1389).
- ② 토지를 매수한 후 소유권이전청구권보전을 위한 가등기를 경료하고 그 토지상에 타인이 건물 등을 축조하여 점유·사용하는 것을 방지하기 위하여 지상권을 설정한 뒤 가등기에 기한 본등기청구권이 시효의 완성으로 소멸하면 지상권도 그 목적을 상실하였으므로 소멸한다(대판 1991. 3. 12, 90다카27570).
- ③ 토지소유자가 지상권자의 지료연체를 이유로 지상권소멸청구를 하여 지상권이 소멸된 경우 지상물매수청구권이 인정되지 않는다(대판 1993. 6. 29, 93다10781).

4 분묘기지권

(1) 기본판례

- ① 타인소유의 토지에 소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 경우에는 20년간 평온, 공연하게 그 분묘의 기지를 점유하면 지상권 유사의 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다(대판 1996. 6. 14, 96다14036).
- ② 분묘기지권의 존속기간에 관하여는 민법의 지상권에 관한 규정에 따를 것이 아니라, 당사자 사이에 약정이 있으면 그에 의하고, 약정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의

수호와 봉사를 계속하는 한 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속하는 것으로 보아야 한다(대판 1982. 1. 26, 81다1220).

- ③ 지료의 지급은 지상권의 요소가 아니고 또 지료에 관한 약정이 없으면 지료지급을 청구할 수 없으므로 분묘기지권을 시효취득하는 경우에는 지료를 지급할 필요가 없다(대판 1995. 2. 28, 94다37912).
- ④ 분묘기지권은 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 인정되므로 이러한 특성상 분묘기지권은 등기 없이 취득한다(대판 1996. 6. 14, 96다14036).

(2) 심화판례

- ① 타인의 토지에 합법적으로 분묘를 설치한 자는 관습상 그 토지 위에 지상권에 유사한 일종의 물권을 취득한다(대판 1962. 4. 26, 4294민상1451).
- ② 자기소유 토지에 분묘를 설치하고 이를 태에 양도한 경우에는 당사자 간에 특별한 의사표시가 없으면 판 사람은 분묘소유를 위하여 산 사람의 토지에 대하여 지상권 유사의 물권을 취득한다(대판 1967. 10. 12, 67다1920).
- ③ 현재 시신이 안장되어 있지 아니한 장래 묘소로서 외형상 분묘의 형태만 갖추었을 뿐인 경우에는 지상권 유사의 물권이 생길수 없다(대판 1976. 10. 26, 76다1359).
- ④ 분묘기지권은 분묘를 소유하기 위한 권리이므로 분묘를 소유할 수 있는 종손만이 분묘기지권을 시효로 취득할 수 있다. 다만 분묘에 안치된 선조의 자손도 종손의 권리에 터잡아 분묘의 기지를 사용할 수는 있다(대판 1959. 4. 30, 4291민상182).
- ⑤ 분묘기지권에는 그 효력이 미치는 범위 내라고 할지라도 기준의 분묘 외에 새로운 분묘를 설치하거나 원래의 분묘를 다른 곳으로 이장할 권능은 포함되지 않는다(대판 2007. 6. 28, 2007다16885).
- ⑥ 기존의 분묘기지권이 미치는 지역적 범위 내에서 부부 합장을 위한 쌍분형태의 분묘를 새로이 설치할 수 없다(대판 1997. 5. 23, 95다29086).
- ⑦ 부부 중 일방이 먼저 사망하여 이미 그 분묘가 설치되고 그 분묘기지권이 미치는 범위 내에서 그 후에 사망한 다른 일방을 단분형태로 합장하여 분묘를 설치하는 것도 허용되지 않는다(대판 2001. 8. 21, 2001다28367).

5 관습법상의 법정지상권

(1) 기본판례

- ① 토지매매에 수반하여 토지소유자가 매수인으로부터 토지대금을 다 받기 전에 그 토지 위에 건물을 신축할 수 있도록 토지사용을 승낙하였다 하더라도 특별한 사정이

없는 한 매매당사자 사이에 그 토지에 관한 지상권설정의 합의까지 있었던 것이라고 할 수 없고, 당해 매매계약이 해제된 경우 토지매수인은 신축건물의 부지로 점유할 권원을 상실하게 되는 것이고 또 당초에 건물과 그 대지가 동일인의 소유였다가 매매 기타 사유로 소유자를 달리하게 되는 경우도 아니므로 관습법상의 법정지상권도 성립되지 아니한다(대판 1988. 6. 28, 87다카2895).

- ② 원래 동일인에게의 소유권귀속이 원인무효(위조서류에 의한 등기 등)로 이루어졌다 가 그 뒤 그 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라지게 된 경우에는 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다(대판 1999. 3. 26, 98다64189).
- ③ 구분소유적 공유관계에 있는 자가 자신의 특정소유가 아닌 부분에 건물을 신축한 경우에는 관습법상의 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 1994. 1. 28, 93다49871).
- ④ 동일인의 소유에 속하였던 토지와 건물이 매매, 증여, 통상의 강제경매, 국세징수법에 의한 공매 등으로 그 소유권자를 달리하게 된 경우에 그 건물을 철거한다는 특약이 없는 한 건물소유자는 그 건물의 소유를 위하여 그 부지에 관하여 관습상의 법정지상권을 취득한다(대판 1988. 4. 12, 87다카2404).
- ⑤ 환지처분으로 인하여 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라진 경우에는 관습법상 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 2001. 5. 8, 2001다4101).
- ⑥ 미등기건물을 대지와 함께 매수하였으나 대지에 관하여만 소유권이 전등기를 넘겨받고 대지에 대하여 저당권을 설정한 후 저당권이 실행된 경우, 저당권 설정 당시에 이미 대지와 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하고 있었으므로 제366조 소정의 법정지상권이 성립하지 않으며, 또한 건물소유자로 하여금 토지를 계속 사용하게 하려는 것이 당사자의 의사라고 인정되므로 관습법상의 법정지상권도 성립하지 않는다(대판 전합체 2002. 6. 20, 2002다9660).
- ⑦ 동일인 소유였던 토지와 그 지상건물의 소유권이 분리되어 건물소유자가 관습상의 법정지상권을 취득한 후 토지소유자와 건물소유를 위한 임대차계약을 체결하고 임차권을 취득한 경우에는 관습상의 법정지상권을 포기한 것으로 보아야 한다(대판 1979. 6. 5, 79다572).
- ⑧ 관습상 법정지상권이 붙은 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우에는 법정지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서는 건물의 소유권을 취득한 사실만 가지고는 법정지상권을 취득하였다고 할 수 없다(대판 1995. 4. 11, 94다39925).

(2) 심화판례

- ① 관습법상의 법정지상권이 성립되기 위하여는 토지와 건물 중 어느 하나가 처분될 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속하였으면 즉하고 원시적으로 동일인

의 소유였을 필요는 없다(대판 1995. 7. 28, 95다9075).

- ② 강제경매로 인하여 관습상의 법정지상권이 성립되기 위하여 경락 당시에 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유이면 족하다(대판 1970. 9. 29, 70다1454).
- ③ 무허가 또는 미등기건물을 소유하기 위한 관습상의 법정지상권도 인정된다(대판 1988. 4. 12, 87다카2404).
- ④ 대지상에 담보가등기가 경료되고 나서 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축한 후 본 등기가 경료되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우 건물을 위한 관습상 법정지상권은 성립하지 않는다(대판 1994. 11. 22, 94다5458).
- ⑤ 甲과 乙이 1필지의 대지를 구분소유적으로 공유하고 乙이 자기 뜻의 대지 위에 건물을 신축하여 점유하던 중 乙의 대지지분만을 甲이 경락 취득한 경우 乙은 관습상의 법정지상권을 취득한다(대판 1990. 6. 26, 89다카24094).
- ⑥ 건물이 장차 철거될 것임을 예상하면서 건축한 경우에는 관습상의 법정지상권이 인정되지 않는다(대판 1994. 12. 22, 94다41072).
- ⑦ 명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 신탁자에게 환원된 경우 수탁자는 관습상의 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 1986. 5. 27, 86다카62).
- ⑧ 대지를 매수하였으나 그 명의로 소유권이전등기를 적법하게 마치지 아니하고 이를 타인 명의로 신탁한 경우에는 신탁자는 대지와 그 지상건물이 동일인의 소유임을 전 제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 1991. 5. 28, 91다7200).
- ⑨ 귀속재산처리법상의 불하처분에 의하여 동일소유자에 속한 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우 관습상의 법정지상권이 성립한다(대판 1986. 9. 9, 85다카2275).
- ⑩ 관습상의 법정지상권의 성립에 있어 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등 특별한 사정의 존재에 관한 주장·입증책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 쪽에 있다(대판 1988. 9. 27, 87다카279).
- ⑪ 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 구 건물을 철거하되 그 지상에 자신의 이름으로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우는 관습상의 법정지상권의 발생을 배제하는 건물철거의 합의로 볼 수 없다(대판 1999. 12. 10, 98다58467).
- ⑫ 관습상의 법정지상권도 2년분 이상의 지료를 연체할 경우 지상권소멸청구의 의사표시에 의하여 소멸한다(대판 1993. 6. 29, 93다10781).
- ⑬ 관습상의 법정지상권자는 그 대지의 소유자가 변경되었을 때 그 지상권의 등기없이 그 대지의 신소유자에게 대하여 지상권을 주장할 수 있다(대판 1967. 11. 28, 67다1831).

6 지역권

제291조(지역권의 내용) 지역권자는 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기토지의 편익에 이용하는 권리가 있다.

(1) 기본관례

- ① 통행지역권은 요역지의 소유자가 승역지 위에 도로를 설치하여 승역지를 사용하는 객관적 상태가 민법 제245조에 규정된 기간 계속된 경우에 한하여 그 시효취득을 인정할 수 있다(대판 1995. 6. 13, 95다1088).
- ② 통행지역권은 토지소유자, 지상권자, 전세권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되므로 요역지의 소유자가 아니라는 사정만으로는 취득시효가 부정되는 것은 아니다(대판 1976. 10. 29, 76다1694).

(2) 심화관례

- ① 토지의 불법점유자는 주위토지통행권이나 통행지역권의 시효취득 주장을 할 수 없다(대판 1976. 10. 29, 76다1694).
- ② 지역권을 시효취득한 자는 등기함으로써 그 지역권을 취득하는 것으로 취득시효 기간은 경과하였으나 지역권을 등기하지 않은 상태에서 승역지의 소유자로부터 그 토지를 매수하여 소유권이전등기를 경료한 제3자에게는 이를 주장할 수 없다(대판 1990. 10. 30, 90다카20395).

7 전세권

(1) 기본관례

- ① 전세금의 지급은 전세권의 성립요소이지만 그렇다고 하여 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음 할 수도 있다(대판 1995. 2. 10, 94다18508).
- ② 전세권의 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환청구권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있다(대판 2002. 8. 23, 2001다69122).
- ③ 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 소멸하므로 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우에는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배

당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다(대판 1999. 9. 17, 98다31301).

- ④ 전세권이 성립한 후 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 전세권은 전세권자와 목적물의 소유권을 취득한 신소유자 사이에서 계속 동일한 내용으로 존속하고, 목적물의 신소유자는 전세권이 소멸하는 때에 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담한다(대판 2006. 5. 11, 2006다6072).
- ⑤ 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우 그 전세권자는 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 별론으로 하고 경매신청권은 없다(대판 1992. 3. 10, 91마256).

(2) 심화판례

- ① 전세권은 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비하고 있으며 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아니다(대판 1995. 2. 10, 94다18508).
- ② 전세권의 법정갱신(제312조 제4항)은 법률규정에 의한 부동산물권변동이므로 전세권갱신에 관한 등기를 필요로 하지 아니하고 전세권자는 등기없이도 전세권설정자나 그 목적물을 취득한 제3자에 대하여 그 권리를 주장할 수 있다(대판 1989. 7. 11, 88다카21029).
- ③ 전세권만의 양도는 인정되지 않는다. 따라서 전세권을 전세금반환청구권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다(대판 1997. 11. 25, 97다29790).
- ④ 전세금반환청구권의 양도는 원칙적으로 전세권의 양도를 수반한다. 따라서 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환청구만을 전세권과 분리하여 양도하는 것은 허용되지 않는다(대판 2002. 8. 23, 2001다69122).
- ⑤ 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나 전세계약의 합의해지 또는 당사자 간의 특약에 의하여 전세권반환청구권의 양도에도 불구하고 전세권의 처분이 따르지 않는 경우 등의 특별한 사정이 있는 때에는 전세금반환청구권만의 양도도 가능하다. 다만 전세권이 전세금반환청구권의 양도에 수반하지 않는다는 특약을 한 경우 채권양수인은 전세권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고, 전세권은 소멸한다(대판 1997. 11. 25, 97다29790).
- ⑥ 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능은 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권도 그 피담보채권인 전세금반환청구권과 함께 제3자에게 양도할 수 있다(대판 2005. 3. 25, 2003다35659).
- ⑦ 전세권자는 전세목적물인도의 이행제공 없이 전세금반환채권을 원인으로 한 경매절차청구를 할 수 없고, 우선 전세권설정자에 대하여 전세목적물의 인도의무 및 전세권설정기말소의무의 이행제공을 완료하여 전세권설정자를 이행지체에 빠뜨려야 한다(대판 1977. 4. 13, 77마90).

⑧ 전세권자로부터 전세권목적물을 인도받은 전세권설정자가 전세권자에 대하여 전세권설정등기의 말소와 동시이행을 주장하면서 전세금의 반환을 거부하는 경우 전세권설정자에게는 전세금에 대한 이자 상당액의 부당이득 반환의무가 없다(대판 2002. 2. 5, 2001다62091).

담보물권

1 유치권의 성립요건

제320조(유치권의 내용) ① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.

② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

(1) 기본판례

- ① 목적물에 지출한 비용상환청구권은 목적물과의 관련성이 인정되므로 유치권이 성립한다(대판 1967. 11. 28, 66다2111).
- ② 보증금반환청구권은 채권과 목적물 사이의 관련성이 인정되지 않으므로 유치권이 성립할 수 없다(대판 1976. 5. 11, 75다1305).
- ③ 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 있으므로 그와 같은 체권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다(대판 1994. 10. 14, 93다62119).
- ④ 임대차종료 시에 임차인이 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있어 임차인은 유치권을 주장을 할 수 없다(대판 1975. 4. 22, 73다2010).
- ⑤ 부속물매수청구권의 행사로 취득한 매매대금채권은 목적물과의 관련성이 인정되지 않으므로 유치권이 성립하지 않는다(대판 1977. 12. 13, 77다115).
- ⑥ 도급계약에서 도급인과 수급인 사이에 특약으로 완성물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 한 경우 주택건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금채권이 있는 경우, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있다(대판 1995. 9. 15, 95다16202).
- ⑦ 유치권자가 유치물을 점유하기 전에 발생된 채권이라도 그 후 그 물건의 점유를 취득한 경우에는 유치권이 성립한다(대판 1965. 3. 30, 64다1977).
- ⑧ 불법점유의 경우에는 유치권은 성립하지 않는다(대판 1966. 6. 7, 66다600 · 601).

(2) 심화판례

- ① 유치권자의 점유하에 있는 유치물의 소유자가 변동하더라도 유치권자의 점유는 유치물에 대한 보존행위로서 하는 것이므로 적법하고 그 소유자변동 후 유치권자가 유치물에 관하여 새로이 유익비를 지급하여 그 가격의 증가가 현존하는 경우에는 이 유익비에 대하여도 유치권을 행사할 수 있다(대판 1972. 1. 31, 71다2414).
- ② ①의 말 2필이 乙의 밭에 들어가 농작물을 먹어치운 경우 乙은 손해배상청구권을 담보하기 위하여 말을 유치할 수 있다(대판 1969. 11. 25, 69다1592).
- ③ 물건과 원채권과 사이에 관련관계가 있는 경우에는 그 손해배상채권과 그 물건과의 사이에도 관련관계가 있다할 것으로 채무불이행에 의한 손해배상채권에 관하여 유치권을 주장할 수 있다(대판 1976. 9. 28, 76다582).
- ④ 피해자를 기망하여 물건을 취득한 자가 이를 제3자에게 임차한 경우 수치인이 장물이라는 정을 몰랐다면 임차료청구권을 담보하기 위하여 유치권을 주장할 수 있다(대결 1984. 7. 16, 84모38).
- ⑤ 제3자에게 가지는 건물에 관한 유치권으로 건물철거청구권을 갖는 대지소유자에게 대항할 수 없다(대판 1989. 2. 14, 87다카3073).

2 유치권의 효력

(1) 기본판례

- ① 물건의 인도청구소송에서 피고의 유치권항변이 인용되는 경우, 법원은 그 물건에 관하여 생긴 채권의 변제와 상환으로 물건을 인도할 것을 명하여야 한다(대판 1969. 11. 25, 69다1592).
- ② 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에게 임대할 수 있는 처분권한이 없으므로 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대차의 효력을 주장할 수 없다(대결 2002. 11. 27, 2002마3516).
- ③ 유치권자가 채무자의 승낙없이 유치물을 제3자에게 임대한 경우, 제3자는 경매절차에서의 매수인(경락인)에게 그 임대차의 효력을 주장할 수 없다(대결 2002. 11. 27, 2002마3516).

(2) 심화판례

- ① 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(대판 1996. 8. 23, 95다8713).

- ② 건물의 유익비상환청구권에 기인한 유치권을 행사하여 임차건물을 사용·수익한 임차인은 임대인에 대하여 차임상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다(대판 1963. 7. 11, 63다235).
- ③ 제327조의 상당한 담보란 유치물의 가격이 채권액에 비하여 과다한 경우에는 채권액 상당의 가치가 있는 담보를 말한다(대판 2001. 12. 11, 2001다59866 ※ 유치물 가액에 상당한 담보를 의미하는 것이 아님).
- ④ 유치권자가 점유를 상실한 경우 현점유자는 전점유자를 대위하여 유치권을 주장할 수 없다(대판 1972. 5. 30, 72다548).

3 저당권의 성립

제356조 (저당권의 내용) 저당권자는 채무자 또는 제3자가 점유를 이전하지 아니하고 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.

(1) 기본판례

- ① 근저당권설정계약상의 채무자 아닌 제3자를 채무자로 하여 된 근저당권설정등기는 근저당권의 부종성에 비추어 원인 없는 무효의 등기이다(대판 1981. 9. 8, 80다1468).
- ② 제3자를 채권자로 등기한 경우에도 제3자의 명의로 저당권등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 저당권등기도 유효하다(대판 2000. 12. 12, 2000다49879).
- ③ 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수부동산을 태에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다(대판 전합체 2001. 3. 15, 99다48948).

(2) 심화판례

- ① 제3자를 채무자로 등기한 경우 채권자와 제3자 사이에 피담보채무의 내용을 채무자의 채권자에 대한 채무로 하기로 하는 점에 관하여 합의가 있는 경우에는 유효하다(대판 1997. 11. 14, 97다32055).
- ② 저당권설정 등기비용은 당사자 간에 특별한 약정이 없는 한 채무자가 부담함이 거래상 원칙이다(대판 1962. 2. 15, 4294민상291).

- ③ 저당권의 피담보채권 소멸 후 그 말소등기 경료 전에 그 저당권부채권을 가압류하고 압류 및 전부명령을 받아 저당권이전의 부기등기를 경료하더라도 저당권을 취득할 수 없고 그 저당권설정등기는 말소되어야 한다(대판 2002. 9. 24, 2002다27910).

4 저당권의 효력

제358조 (저당권의 효력의 범위) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.
 제359조 (과실에 대한 효력) 저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다. 그러나 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에 대하여는 압류한 사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못한다.
 제360조 (피담보채권의 범위) 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다.

(1) 기본판례

가압류등기 후에 경료된 근저당권설정등기는 가압류에 의한 처분금지의 효력 때문에 그 집행보전의 목적을 달성하는 데 필요한 범위 안에서 가압류채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효이다. 이 경우 근저당권자는 선순위 가압류채권자에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없으므로 1차로 채권액에 따른 안분비례에 의하여 평등배당을 받는다(대결 1994. 11. 29, 94마417).

(2) 심화판례

- ① 부합물이 저당권설정 당시에 부합한 것이든 그 후에 부합한 것이든 원칙적으로 저당권의 효력이 미치고(대판 1974. 12. 12, 73다298), 종물도 저당권설정 전부터 존재하였던 것뿐만 아니라 그 설정등기 후에 새로이 생긴 것이든 원칙적으로 저당권의 효력이 미친다(대결 1971. 12. 10, 71마757).
- ② 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 한 지상권에도 미친다(대판 1996. 4. 26, 95다52864).
- ③ 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 건물소유권을 취득한 경우 건물의 소유를 목적으로 한 토지임차권도 건물소유권과 함께 경락인에게 이전된다(대판 1993. 4. 13, 92다24950).
- ④ 채무자나 저당권설정자는 저당권자에 대하여 제360조 단서에 따른 피담보채권의 제한을 주장할 수 없다(대판 1992. 5. 12, 90다8855).

⑤ 제366조의 법정지상권

제366조(법정지상권) 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

(1) 기본판례

- ① 건물이 없는 토지에 대하여 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 위에 건물을 건축한 경우에는 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 1978. 8. 22, 78다630).
- ② 토지에 관한 저당권 설정 당시에 존재하는 건물이 미등기이더라도 법정지상권이 성립한다(대판 2004. 6. 11, 2004다13533).
- ③ 법정지상권 성립 후 건물이 증·개축되거나 신축된 경우에도 법정지상권의 효력이 미친다(대판 1997. 1. 21, 96다40080).
- ④ 동일인 소유에 속하는 토지와 건물에 대하여 공동저당권이 설정된 후 그 건물이 철거되고 신축된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지소유자와 그 신축건물의 소유자가 다르게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 전합체 2003. 12. 18, 98다43601).
- ⑤ 토지에 저당권을 설정할 당시 그 지상에 건물이 존재하였고 그 양자가 동일인의 소유였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우, 건물을 양수한 제3자는 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다(대판 1999. 11. 23, 99다52602).
- ⑥ 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권설정등기를 경료함이 없이 건물을 양도하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이므로 법정지상권자는 지상권설정등기를 한 후에 건물 양수인에게 이의 양도등기절차를 이행하여 줄 의무가 있는 것이고 따라서 건물양수인은 건물양도인을 순차대위하여 토지소유자에 대하여 건물소유자였던 최초의 법정지상권자에의 법정지상권설정등기절차이행을 청구할 수 있다(대판 1988. 9. 27, 87다카279).
- ⑦ 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 양도받기로 한 자에 대하여 대지소유자가 건물철거청구를 하는 것은 신의칙에 반하므로 허용되지 않는다(대판 전합체 1985. 4. 9, 84다카1131 · 1132).
- ⑧ 법정지상권이 있는 건물의 양수인은 대지의 점거·사용으로 얻은 실질적 이득을 대지소유자에게 부당이득으로 반환하여야 한다(대판 1995. 9. 15, 94다61144 ※ 불법

점유로 인한 손해배상책임은 불성립).

- ⑨ 법정지상권은 건물의 소유에 부속되는 종속적인 권리가 되는 것이 아니며 하나의 독립된 법률상의 물권으로서의 성격을 지니고 있는 것이기 때문에 건물소유자는 건물과 법정지상권 중 어느 하나만을 처분하는 것도 가능하다(대판 2001. 12. 27, 2000다1976).

(2) 심화판례

- ① 지상건물이 없는 토지에 관하여 근저당권설정 당시 근저당권자가 건물의 건축에 동의하더라도 제366조의 법정지상권은 성립하지 않는다(대판 2003. 9. 5, 2003다26051).
- ② 토지에 관한 저당권설정 당시 토지소유자에 의하여 그 지상에 건물이 건축 중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기동과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립한다(대판 2004. 6. 11, 2004다13533).
- ③ 무허가건물이라고 하여도 법정지상권이 성립할 수 있다(대판 1991. 8. 13, 91다16631).
- ④ 제366조 소정의 법정지상권은 저당권설정 당시의 건물과 재건축 또는 신축된 건물 사이에 동일성이 없어도 성립한다. 그러나 법정지상권의 내용인 존속기간·범위 등은 구건물을 기준으로 하여야 한다(대판 2001. 3. 13, 2000다48517).
- ⑤ 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 토지소유자는 제366조 소정의 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 2004. 2. 13, 2003다29043).
- ⑥ 제366조의 법정지상권에서 말하는 경매는 담보권실행경매를 말하고 강제경매는 이에 포함되지 않는다(대판 1970. 9. 29, 70다1454).
- ⑦ 대지에 대하여 저당권을 설정할 당시 저당권자를 위하여 동시에 지상권을 설정하여 주었더라도 저당권의 실행으로 그 지상권도 소멸한 경우 제366조의 법정지상권이 성립한다(대판 1991. 10. 11, 91다23462).
- ⑧ 법정지상권이 미치는 범위는 반드시 그 건물의 기지만에 한하는 것이 아니며 지상건물이 창고인 경우에는 그 본래의 용도인 창고로서 사용하는데 일반적으로 필요한 그물레의 기지에 미친다(대판 1977. 7. 26, 77다921).

- ⑨ 법정지상권의 존속기간은 성립 후 그 지상목적물의 종류에 따라 규정하고 있는 제280조 제1항 소정의 각 기간으로 봄이 상당하다(대판 1992. 6. 9, 92다4857).
- ⑩ 법정지상권에 관한 지료가 결정되지 않은 경우 지료지급이 2년 이상 연체되었다는 이유로 지상권소멸청구를 할 수 없다(대판 2001. 3. 13, 99다17142).
- ⑪ 법정지상권자가 지급할 지료를 산정함에 있어 그 건물이 건립되어 있어 토지소유권이 제한받는 사정을 참작해서는 안 된다(대판 1995. 9. 15, 94다61144).

6 제365조의 일괄경매청구권

제365조(저당지상의 건물에 대한 경매청구권) 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다.

(1) 기본판례

- ① 저당권설정 당시에 저당목적물인 토지상에 건물의 축조가 진행되어 있던 경우 일괄경매청구권규정이 적용되지 않는다(대판 1987. 4. 28, 86다카2856).
- ② 제365조에 기한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조하여 소유하고 있는 경우에 한한다(대결 1994. 1. 24, 93마1736).
- ③ 저당권설정자로부터 저당토지에 용의권을 설정 받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 일괄경매청구권이 인정된다(대판 2003. 4. 11, 2003다3850).
- ④ 일괄경매청구권은 권리이자 의무가 아니므로 저당권자는 토지만을 경매신청할 수도 있다(대판 1977. 4. 26, 77다77).

(2) 심화판례

- ① 제365조가 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권은 담보물의 교환가치의 취득을 목적으로 할 뿐 담보물의 이용을 제한하지 아니하여 저당권설정자로서는 저당권설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는데, 후에 그 저당권의 실행으로 토지가 제3자에게 경락될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되어 이를 방지할 필요가 있으므로 이러한 이해관계를 조절하고, 저당권자에게도 저당토지상의 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권의 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다(대판 2003. 4. 11, 2003다3850).

- ② 저당토지의 매각대금으로부터 충분히 피담보채권을 변제받을 수 있는 경우에도 일괄경매를 청구할 수 있다(대판 1961. 3. 20, 4294민재항50).
- ③ 제365조에 기한 일괄경매청구권은 토지의 저당권자가 토지에 대하여 경매를 신청한 후에도 그 토지상의 건물에 대하여 토지에 관한 경매기일 공고시까지는 일괄경매의 추가신청을 할 수 있고, 이 경우에 집행법원은 두 개의 경매사건을 병합하여 일괄경매절차를 진행함이 상당하다(대결 2001. 6. 13, 2001마1632).
- ④ 토지와 그 지상건물의 소유자가 이에 대하여 공동저당권을 설정한 후 건물을 철거하고 그 토지상에 새로이 건물을 축조하여 소유하고 있는 경우에는 일괄경매를 청구할 수 있다(대판 1998. 4. 28, 97마2935).

7 제3취득자의 지위

(1) 기본판례

물상보증인이 담보부동산을 제3취득자에게 매도하여 제3취득자가 근저당권의 피담보채무를 인수한 경우, 이행인수는 매매당사자 사이의 내부적인 계약에 불과하여 이로써 물상보증인의 책임이 소멸하지 않으므로 담보권실행으로 인한 구상권의 귀속주체는 제3취득자가 아니라 원래의 물상보증인이다(대판 1997. 5. 30, 97다1556).

(2) 심화판례

- ① 후순위근저당권자는 제364조의 저당권소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 않는다(대판 2006. 1. 26, 2005다17341).
- ② 저당물에 관한 소유권을 취득한 자도 제367조의 비용상환청구권이 인정되는 제3취득자에 해당한다(대판 2004. 10. 15, 2004다36604).
- ③ 저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 제364조 규정은 적용될 여지가 없다(대판 2002. 5. 24, 2002다7176).

8 저당권의 침해와 구제

(1) 심화판례

- ① 저당목적물의 소유자 또는 제3자가 저당목적물을 물리적으로 멸실·훼손하는 경우는 물론 그 밖의 행위로 저당부동산의 교환가치가 하락할 우려가 있는 등 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과가 발생한다면 저당권자는 저당권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 방해행위의 제거를 청구할 수 있다(대판 2006. 1. 27, 2003다58454).
- ② 대지의 소유자가 나대지 상태에서 저당권을 설정한 다음 대지상에 건물을 신축하기

시작하였으나 피담보채무를 변제하지 못함으로써 저당권이 실행에 이르렀거나 실행이 예상되는 상황인데도 소유자 또는 제3자가 신축공사를 계속하는 것은 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 저감시켜 결국 저당권자가 지배하는 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정에 해당한다(대판 2006. 1. 27, 2003다58454).

- ③ 공장저당권의 목적 부동산이 저당권자의 동의를 얻지 아니하고 설치된 공장으로부터 반출된 경우에는 저당권자는 일탈한 저당목적물을 저당권자 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만, 저당목적물이 제3자에게 선의취득되지 아니하는 한 방해배제권의 행사로서 원래의 설치장소에 원상회복할 것을 청구할 수 있다(대판 1996. 3. 22, 95다55184).
- ④ 담보물을 권한 없이 멸실·훼손하거나 담보가치를 감소시키는 행위는 위법한 행위로서 불법행위를 구성하며, 이때 채권자가 입게 되는 손해는 담보 목적물의 가액의 범위 내에서 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액으로 확정될 뿐 그 피담보채무의 변제기가 도래하여 그 담보권을 실행할 때 비로소 발생하는 것은 아니다(대판 1998. 11. 10, 98다34126).

9 저당권의 처분과 소멸

(1) 기본판례

- ① 저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부 채권의 양도는 언제나 저당권의 양도와 채권양도가 결합되어 행해지므로 저당권부 채권의 양도는 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율되므로 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전되고, 채무자에게 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있어야 채권양도를 가지고 채무자에게 대항할 수 있다(대판 2005. 6. 10, 2002다15412 · 15429).
- ② 근저당권 이전의 부기등기가 경료된 경우 피담보채무의 소멸 또는 근저당권설정등기의 원인무효를 이유로 근저당권설정등기 말소청구의 상대방은 양수인이다(대판 2000. 4. 11, 2000다5640).
- ③ 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우, 현재의 소유자는 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 근저당권등기의 말소를 청구할 수 있고, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약상의 권리에 기초하여 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 1994. 1. 25, 93다16338).

10 공동저당

제368조(공동저당과 대가의 배당, 차순위자의 대위) ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매 대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.

② 전항의 저당부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권 전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위 저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

(1) 기본판례

- ① 채무자와 물상보증인 소유의 부동산에 대해 각각 1번 저당권을 가진 자가 채무자 소유의 부동산에 대해 경매를 실행한 경우 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인 소유의 부동산에 대해 대위권을 행사할 수 없다(대판 1996. 3. 8, 95다36596).

- ② 공동저당의 목적물의 일부가 물상보증인(또는 제3취득자)의 소유인 경우, 그 부동산이 경매되는 경우에 물상보증인은 변제자대위규정(제481조·제482조)에 의해 구상권을 취득하고 다른 부동산에 대하여 공동저당권자를 대위한다. 그리하여 후순위저당권자의 대위 사이의 충돌이 생기게 되는데, 이 경우 판례는 물상보증인을 우선시키는 입장이다(대판 2001. 6. 1, 2001다21854).

(2) 심화판례

- ① 제368조 제1항 및 제2항은 공동근저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자 스스로 경매를 실행하는 경우는 물론 타인이 실행한 경매에서 우선배당을 받는 경우에도 적용된다(대판 2006. 10. 27, 2005다14502).
- ② 주택임차인이 소액보증금에 대하여 대지와 건물 모두로부터 배당을 받는 경우 공동저당에 관한 제368조 제1항이 유추적용하여 대지와 건물의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 한다(대판 2003. 9. 5, 2001다66291).
- ③ 사용자 소유의 수개의 부동산 중 일부가 먼저 경매되어 그 경매대가에서 선순위임금채권자들이 우선변제를 받은 경우 동시에 배당에 비하여 불이익을 받는 저당권자는 제368조 제2항 후문(후순위저당권자의 대위)을 유추적용하여 임금채권자가 사용자 소유의 수개의 부동산으로부터 동시에 배당받았다면 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있었던 금액의 한도 내에서 선순위자인 임금채권자를 대위하여 다른 부동산의 경매절차에서 우선하여 배당받을 수 있다(대판 2002. 12. 10, 2002다

48399).

- ④ 동일한 채권의 담보로 부동산과 선박에 대하여 저당권이 설정된 경우에는 차순위자 의 대위에 관한 제368조 제2항 후문의 규정을 유추적용할 수 없다(대판 2002. 7. 12, 2001다53264).

⑪ 근저당

제357조(근저당) ① 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다.
② 전항의 경우에는 채무의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 본다.

(1) 기본판례

- ① 채권최고액이란 근저당권에 의하여 담보되는 한도액, 즉 담보목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는 한도액을 말하는 것이지 최고액의 범위 내의 채권에 한해서만 변제를 받을 수 있다는 책임의 한도액을 말하는 것이 아니다(대판 1992. 5. 26, 92다1896).
② 확정된 피담보채권액이 채권최고액을 초과하는 경우에 채무자 겸 근저당권설정자는 확정된 피담보채권액 전부를 변제하여야 근저당권의 소멸을 청구할 수 있고, 채무자 이외의 자는 채권최고액까지만 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다(대판 1974. 12. 10, 74다998).
③ 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 않는다(대판 1988. 10. 11, 87다카545).
④ 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권의 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르되 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다(대판 2002. 5. 24, 2002다7176).
⑤ 근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우, 근저당권의 피담보채무액은 경매신청 시에 확정된다(대판 2002. 11. 26, 2001다73022).
⑥ 피담보채권과 분리하여 근저당권의 양도는 허용되지 않으며, 피담보채권이 없는 근저당권의 양도는 무효이다(대판 1968. 2. 20, 67다2543).
⑦ 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한다 하더라도 근저당권은 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다(대판 1996. 6. 14, 95다53812).

- ⑧ 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 그 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라 하더라도 근저당권설정자는 계약을 해지하고 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 2002. 5. 24, 2002다7176).

(2) 심화판례

- ① 근저당권이 유효하기 위해서는 근저당권설정행위와 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 필요하다(대판 2004. 5. 28, 2003다70041).
② 근저당권 실행비용(경매비용)은 채권최고액에 포함되지 않는다(대결 1971. 5. 15, 71마251).
③ 근저당권의 피담보채무가 확정되기 전에는 채무의 범위나 채무자를 변경할 수 있다. 이 경우에는 당연히 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 당해 근저당권에 의하여 담보되고 변경 전의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권은 그 근저당권의 피담보채무에서 제외된다(대판 1999. 5. 14, 97다15777).

제 03 편 계약법

계약법 총론

1 약관

(1) 기본관례

- ① 약관이 계약당사자 사이에 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규법이거나 또는 법규법적 성질을 가지기 때문이 아니라 당사자가 그 약관의 규정을 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이다(대판 1998. 9. 8. 97다53663).
- ② 예탁금회원제 골프장의 회칙 중 회원권의 양도·양수절차와 같은 당사자의 권리의무에 관한 규정은 약관으로서의 성질을 가진다(대판 2000. 3. 10. 99다70884).
- ③ 사업자가 약관의 명시·설명의무에 위반하여 계약을 체결한 경우 그 약관의 내용을 계약의 내용으로 주장할 수 없으므로 그 약관내용을 계약의 내용으로 주장하는 자가 입증하여야 한다(대판 1998. 11. 27. 98다32564).
- ④ 당해 거래계약에 당연히 적용되는 법령에 규정되어 있는 사항은 그것이 약관의 중요한 내용에 해당한다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 사업자가 이를 따로 명시·설명할 의무는 없다(대판 1999. 9. 7. 98다19240).
- ⑤ 약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 해석하여야 한다(대판 2007. 2. 22. 2006다72093).
- ⑥ 고객보호의 측면에서 약관내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한해석하여야 한다(대판 1998. 10. 23. 98다20752).

(2) 심화관례

- ① 일반적으로 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있으므로 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다(대판 2004. 4. 27. 2003다7302).
- ② 보험자가 보험약관의 명시·설명의무를 위반한 경우 보험계약자의 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다(대판 1998. 4. 10. 97다47255).
- ③ 자동차종합보험계약상 가족운전자 한정운전특별약관은 보험자의 명시·설명의무의 대상이 되는 약관에 해당한다(대판 2003. 8. 22. 선고 2003다27054).
- ④ 은행거래약관에 예금채권의 양도금지특약이 포함되어 있는 경우 은행은 고객에 대하여 약관내용을 명시·설명할 의무가 있다(대판 1998. 11. 10. 98다20059).
- ⑤ 보험약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항에 대하여서는 보험자에게 명시·설명의무가 인정된다고 할 수 없고, 또 보험계약자나 그 대리인이 이미 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우 및 어느 약관 조항이 당사자 사이의 약정의 취지를 명백히 하기 위한 확인적 규정에 불과한 경우에는 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다(대판 2004. 11. 25. 2004다28245, 대판 1998. 2. 27. 96다8277).
- ⑥ 신의성실의 원칙에 반하는 약관조항은 법원에 의한 내용통제 즉 수정해석의 대상이 되며, 수정해석은 조항 전체가 무효사유에 해당하는 경우뿐만 아니라 조항 일부가 무효사유에 해당하고 그 무효부분을 추출배제하여 잔존부분만으로 유효하게 존속시킬 수 있는 경우에도 가능하다(대판 전합체 1991. 12. 24. 90다카23899).
- ⑦ 자동차종합보험보통약관상 ‘보험증권에 기재된 피보험자 또는 그 부모, 배우자 및 자녀가 죽거나 다친 경우에는 보상하지 아니합니다’라는 면책조항의 ‘배우자’에는 사실 혼관계의 배우자도 포함된다(대판 1994. 10. 25. 93다39942).
- ⑧ 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 약관조항이나, 계약해제로 인한 고객의 원상회복청구권을 부당하게 포기하도록 하는 약관조항 및 고객에게 부당하게 불리한 재판관합합의에 관한 약관조항은 무효이다(대판 1996. 9. 10. 96다19758, 대판 1999. 3. 26. 98다33260, 대판 1998. 6. 29. 98마863).

2 계약의 성립

(1) 기본판례

- ① 계약이 성립하기 위하여는 당사자 사이에 의사의 합의가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합의는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니나 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합의가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 한다(대판 2001. 3. 23, 2000다51650).
- ② 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요하다(대판 2003. 4. 11, 2001다53059).
- ③ 민사매매에서 청약의 상대방에게 청약을 받아들일 것인지 여부에 관하여 회답할 의무가 있는 것은 아니므로, 청약자가 미리 정한 기간 내에 이의를 하지 아니하면 승낙한 것으로 간주한다는 뜻을 청약 시에 표시하였다고 하더라도 이는 상대방을 구속하지 않는다(대판 1999. 1. 29, 98다48903).

(2) 심화판례

- ① 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 근로계약의 해지통고로 볼 수 있으므로 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 경우 근로자는 사용자의 동의 없이는 그 의사표시를 철회할 수 없다(대판 2000. 9. 5, 99두8657).
- ② 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 청약의 의사표시를 철회할 수 있다(대판 1994. 8. 9, 94다14629 ※ 명예퇴직의 신청도 마찬가지임).
- ③ 근로계약의 합의해지 후 당사자 일방은 이를 임의로 철회할 수 없다(대판 1994. 8. 9, 94다14629 ※ 명예퇴직의 합의 후에도 마찬가지임).

3 계약체결상의 과실책임

제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.
 ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.

(1) 기본판례

- ① 어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 불법행위를 구성한다(대판 2003. 4. 11, 2001다53059).
- ② 계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우 그러한 불법행위로 인한 손해는 일방이 신의에 반하여 상당한 이유 없이 계약교섭을 파기함으로써 계약체결을 신뢰한 상대방이 입게 된 상당인과관계 있는 손해로서 계약이 유효하게 체결된다 고 믿었던 것에 의하여 입었던 손해 즉 신뢰손해에 한정된다(대판 2003. 4. 11, 2001다53059).
- ③ 신뢰손해에는 계약준비비용은 포함되나, 경쟁입찰에 참가하기 위하여 지출한 제안서, 견적서 작성비용 등을 포함되지 않는다(대판 2003. 4. 11, 2001다53059).
- ④ 만일 이행의 착수가 상대방의 적극적인 요구에 따른 것이고, 이행에 들인 비용의 지급에 관하여 이미 계약교섭이 진행되고 있었다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 중 일방이 계약의 성립을 기대하고 이행을 위하여 지출한 비용 상당의 손해도 상당인과관계 있는 손해에 해당한다(대판 2004. 5. 28, 2002다32301).
- ⑤ 계약교섭의 부당한 중도파기로 인하여 인격적 법익이 침해된 경우 그 정신적 고통에 대한 별도의 손해배상을 청구할 수 있다(대판 2003. 4. 11, 2001다53059).
- ⑥ 수량지정매매의 경우 담보책임규정상의 대금감액청구권 행사하는 것 외에 별도로 부당이득반환청구를 하거나 계약체결상의 과실책임의 이행을 청구할 수는 없다(대판 2002. 4. 9, 99다47396).

(2) 심화판례

학교법인(전주우석대학)이 사무직원 채용통지를 하였다가 채용하지 않은 경우 학교법인은 불법행위자로서 상대방이 최종합격자 통지와 계속된 발령 약속을 신뢰하여 직원으로 채용되기를 기대하면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다(대판 1993. 9. 10, 92다42897).

4 동시이행의 항변권

제536조(동시이행의 항변권) ① 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.
 ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

(1) 기본판례

- ① 동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도이다(대판 2006. 6. 9, 2004다24557).
- ② 당사자 쌍방이 각각 별개의 약정으로 상대방에 대하여 채무를 지게 된 경우에는 자기의 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 견련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 없다면 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 볼 수 없다(대판 1990. 4. 13, 89다카23794).
- ③ 동시이행관계에 있는 어느 일방의 챈권이 양도되더라도 그 동일성이 인정되는 한 동시이행관계는 존속한다(대판 1989. 10. 27, 89다카4298).
- ④ 선이행의무를 이행하지 않고 있는 동안 상대방 채무의 변제기가 도래한 경우 이행을 지체한 선이행의무자도 상대방의 청구에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다(대판 1991. 3. 27, 90다19930).
- ⑤ 매수인이 선이행하여야 할 중도금지급을 하지 아니한 채 잔대금지급기일을 경과한 경우에는 매수인의 중도금 및 이에 대한 지급일 다음 날부터 잔대금지급일까지의 지연손해금과 잔대금의 지급채무는 매도인의 소유권이전등기의무와 특별한 사정이 없는 한 동시이행관계에 있으므로 ‘그때부터는’ 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 않는다(대판 2002. 3. 29, 2000다577).
- ⑥ 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않은 경우에는 과거에 한번 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가진 동시이행의 항변권이 소멸하지는 않는다(대판 1995. 3. 14, 94다26646).
- ⑦ 쌍무계약에 있어서 동시이행관계에 있는 채무의 이행지체를 이유로 계약을 해제하기 위해서는 먼저 자기 채무의 이행의 제공을 하여 상대방을 이행지체에 빠뜨린 후 상당기간 동안 ‘변제의 제공을 계속적으로 하여야’(이행에 필요한 상태를 유지하는 것을 말함) 해제권이 발생하게 된다(대판 2004. 12. 9, 2004다49525).
- ⑧ 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는다(대판 2001. 7. 10, 2001다3764).

(2) 심화판례

- ① 동시이행의 항변권은 상대방으로부터 이행의 제공을 받기까지 자기채무의 이행을 지급을 거절할 수 있는 권리이다(대판 1991. 3. 22, 90다9797).

- ② 불안의 항변권(제536조 제2항)에서의 ‘상대방의 채무이행이 곤란할 현저한 사유’란 계약성립 후 상대방의 신용불안이나 재산상태의 악화 등 사정으로 반대급부를 이행 받을 수 없게 될지도 모를 사정변경이 생기고 이로 인하여 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평의 관념과 신의칙에 반하게 되는 경우를 말한다(대판 2002. 9. 4, 2001다1386).
- ③ 매수인이 매도인을 상대로 매매목적 부동산 중 일부에 대해서만 소유권이전등기의무의 이행을 구하고 있는 경우 매도인은 매매잔대금 전부에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다(대판 2006. 2. 23, 2005다53187).
- ④ 동시이행의 관계에 있는 쌍무계약에 있어서 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려고 하는 자는 동시이행관계에 있는 자기채무의 이행을 제공하여야 하고, 그 채무를 이행함에 있어 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고, 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있는 것이며, 단순히 이행의 준비태세를 갖추고 있는 것만으로는 안 된다(대판 1994. 10. 11, 94다24565).
- ⑤ 동시이행의 항변권은 당사자가 원용하여야 법원도 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있다(대판 2006. 2. 23, 2005다53187).
- ⑥ 동시이행의 항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하여 상계하도록 한다면 상계자의 일방적 의사표시에 의하여 상대방이 가지는 항변권을 부당하게 상실시키는 결과가 되므로 성질상 허용할 수 없다(대판 1975. 10. 21, 75다48).
- ⑦ 동시이행관계에 있는 당사자 쌍방이 이행기일을 다같이 도과한 경우 위 쌍방채무는 기한의 정합이 없는 채무가 된다(대판 1959. 11. 12, 4292민상413).

5. 동시이행관계인지 문제되는 경우

(1) 기본판례

- ① 부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무 및 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있다(대판 2000. 11. 28, 2000다8533).
- ② 매수인이 양도소득세를 부담하기로 하는 특약이 있는 경우, 매도인의 소유권이전등기의무와 매수인의 양도소득세액 제공의무는 동시이행의 관계에 있다(대판 1995. 3. 10, 94다27977).
- ③ 채무의 담보를 위하여 소유권이전등기를 경료한 채무자는 그 채무를 완제하지 않고는 그 소유권이전등기의 말소청구는 물론 자기 앞으로의 이전등기를 청구할 수도 없다(대판 1981. 6. 23, 80다3108).

- ④ 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에는 동시이행관계가 있고(대판 1993. 8. 13, 93다5871), 매매계약이 취소된 경우에 당사자 쌍방의 원상회복의무도 동시이행의 관계에 있다(대판 2001. 7. 10, 2001다3764).
- ⑤ 채무의 이행확보를 위하여 어음을 발행한 경우 원인채무의 이행과 어음반환의무는 동시이행의 관계에 있다(대판 1992. 12. 22, 92다8712).
- ⑥ 임대차 종료 후 임차인의 임차목적물명도의무와 임대인의 연체차임 기타 손해배상금을 공제하고 남은 임대차보증금반환채무와는 동시이행의 관계에 있다(대판 1989. 2. 28, 87다카2114).
- ⑦ 동시이행관계에 있는 쌍방 채무 중 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무도 다른 채무와 동시이행관계에 있다(대판 2000. 2. 25, 97다30066).
- ⑧ 근저당권설정등기가 되어 있는 부동산을 매매하는 경우 매수인이 근저당권의 피담보채무를 인수하여 그 채무금 상당을 매매잔대금에서 공제하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인의 근저당권말소 및 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행관계에 있다(대판 1991. 11. 26, 91다23103).
- ⑨ 소비대차계약에 있어서 채무의 담보목적으로 저당권설정등기를 경료한 경우에 채무자의 채무변제는 저당권설정등기 말소등기에 앞서는 선행의무이며 채무의 변제와 동시이행 관계에 있는 것이 아니다(대판 1969. 9. 30, 69다1173).
- ⑩ 가압류등기가 있는 부동산의 매매계약에 있어서 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기의 말소의무도 매수인의 대금지급의무와 동시이행 관계에 있다 (대판 2000. 11. 28, 2000다8533).
- ⑪ 근저당권실행을 위한 경매가 무효가 된 경우, 낙찰자의 채무자에 대한 소유권이전등기말소의무와 근저당권자의 낙찰자에 대한 배당금반환의무는 동시이행관계가 아니다(대판 2006. 9. 22, 2006다24049).

(2) 심화판례

- ① 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무뿐만 아니라 손해배상의무도 함께 동시에 있다(대판 1996. 7. 26, 95다25138).
- ② 도급인의 하자보수청구권 또는 손해배상청구권은 수급인의 보수지급청구권과 동시 이행관계에 있다(대판 2001. 6. 15, 2001다21632).
- ③ 기존채무와 어음·수표채무가 병존하는 경우 원인채무의 이행과 어음·수표의 반환이 동시이행관계에 있다 하더라도 채권자는 어음·수표의 반환을 제공하지 않더라도 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 있고, 채무자는 원인채무의 이행기를 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 진다(대판 1993. 11. 9, 93다11203).

- ④ 토지임차인이 건물매수청구권을 행사한 경우 토지임차인의 건물명도 및 소유권이전등기의무와 토지임대인의 건물대금지급의무는 동시이행관계에 있다(대판 1998. 5. 8, 98다2389).
- ⑤ 부동산매매계약에 있어 매수인이 부가가치세를 부담하기로 약정한 경우 특별한 사정이 없는 한 부가가치세를 포함한 매매대금 전부의 지급의무와 부동산소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있다(대판 2006. 2. 24, 2005다58656).
- ⑥ 교환계약의 당사자 일방이 인수한 교환 목적물에 관한 근저당권의 피담보채무 지급의무와 상대방의 소유권이전등기의무가 모두 각 이행기에 이행되지 않은 채 이행기가 도과한 경우 양 채무는 동시이행의 관계에 있다(대판 1998. 7. 24, 98다13877).
- ⑦ 부동산매매계약과 함께 이행인수계약이 이루어진 경우 매수인의 인수채무불이행 또는 매도인의 임의변제로 인한 매수인의 손해배상채무 또는 구상채무는 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있다(대판 2004. 7. 9, 2004다13083).
- ⑧ 임대차계약 해제에 따른 임차인의 목적물반환의무와 임대인의 목적물을 사용·수익하게 할 의무불이행에 대하여 손해배상하기로 한 약정에 따른 의무는 동시이행관계가 아니다(대판 1990. 12. 26, 90다카25383).
- ⑨ 건물매수인이 소유권을 취득하지 아니한 채 매도인의 동의를 얻어 제3자에게 임대하였으나 매수인(임대인)의 채무불이행으로 매매계약이 해제된 경우 임차인의 건물명도의무와 매수인(임대인)의 보증금반환의무는 동시이행관계가 아니다(대판 1990. 12. 7, 90다카24939).

6. 위험부담

제537조 (채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

제538조 (채권자귀책사유로 인한 이행불능) ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.

② 전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다.

(1) 심화판례

- ① 제538조 제1항 소정의 '채권자의 책임 있는 사유'란 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미한다(대판 2004. 3. 12, 2001다79013).

- ② 제538조 제1항 소정의 '채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실의 제공이나 구두제공이 필요하다(대판 2004. 3. 12, 2001다79013).
- ③ 사용자의 근로자에 대한 퇴직처분이 무효인 경우 근로자는 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있다(대판 2002. 5. 31, 2000다18127).
- ④ 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에서 근무하여 지급받은 임금은 제538조 제2항에 규정된 자기채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위와 같은 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있다. 그러나 근로자가 지급받을 수 있는 임금 액 중 「근로기준법」 제38조 소정의 휴업수당의 범위 내의 금액은 중간수입으로 공제 할 수 없으므로 휴업수당을 초과하는 금액만을 중간수입으로 공제하여야 한다(대판 1993. 11. 9, 93다37915).
- ⑤ 영상을 제작공급채무가 그 이행에 도급인의 협력이 필요하고 성질상 정기행위인 사안에서, 도급인의 협력거부로 수급인의 채무가 이행불능으로 된 경우 수급인은 약정 대금 전부의 지급을 청구할 수 있다(대판 1996. 7. 9, 96다14364).

7 제3자를 위한 계약

제539조(제3자를 위한 계약) ① 계약에 의하여 당사자 일방이 제3자에게 이행할 것을 약정한 때에는 그 제3자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다.
 ② 전 항의 경우에 제3자의 권리는 그 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생긴다.

(1) 기본판례

- ① 설립 중인 재단법인은 제3자를 위한 계약의 제3자가 될 수 있다(대판 1960. 7. 21, 4292민상773).
- ② 계약의 당사자가 제3자에 대하여 가진 채권에 관하여 채무를 면제하는 계약도 제3자를 위한 계약에 준하여 유효하다(대판 2004. 9. 3, 2002다37405).
- ③ 제3자를 위한 계약에 있어서, 제3자가 수익의 의사표시를 함으로써 제3자에게 권리가 확정적으로 귀속된 경우에는, 요약자와 낙약자의 합의에 의하여 제3자의 권리를 변경·소멸시킬 수 있음을 미리 유보하였거나, 제3자의 동의가 있는 경우가 아니면 계약의 당사자인 요약자와 낙약자는 제3자의 권리를 변경·소멸시키지 못하고, 만일 계약의 당사자가 제3자의 권리를 임의로 변경·소멸시키는 행위를 한 경우 이는 제3자에 대하여 효력이 없다(대판 2002. 1. 25, 2001다30285).

- ④ 제3자는 계약의 당사자가 아니므로 계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복 청구권을 행사할 수 있으나, 요약자가 계약을 해제한 경우 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(대판 1994. 8. 12, 92다41559).
- ⑤ 제3자를 위한 계약의 경우 요약자는 낙약자의 채무불이행을 이유로 제3자의 동의 없이 계약을 해제할 수 있다(대판 1970. 2. 24, 69다1410).
- ⑥ 요약자와 수익자 사이의 관계를 대가관계라 하는데, 대가관계의 흠결이나 하자는 제3자를 위한 계약에 영향을 미치지 않는다(대판 2003. 12. 11, 2003다49771).

(2) 심화판례

- ① 주택건설사업자와 주택건설촉진법상의 등록업체 사이에 체결된 주택분양보증약정은 제3자를 위한 계약에 해당한다(대판 2006. 5. 25, 2003다45267).
- ② 제3자를 위한 물권계약도 가능하다(대판 1980. 9. 24, 78다709).
- ③ 제3자에게 권리를 부여하면서 일정한 부담을 주는 계약도 가능하다(대판 1965. 1. 9, 65다1620).
- ④ 제3자를 위한 계약에서 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우, 낙약자는 이미 제3자에게 급부한 것에 대해 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 청구할 수 없다(대판 2005. 7. 22, 2005다7566).

8 해제권의 발생원인

제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 죄고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 죄고를 요하지 아니한다.

제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 죄고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.

제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

(1) 기본판례

- ① 계약조항상의 부수적 의무위반을 이유로 약정해제권을 행사한 경우 손해배상을 청구할 수 없다(대판 1983. 1. 18, 81다89).

- ② 계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제할 수 있다(대판 2005. 8. 19, 2004다53173).
- ③ 부수적 채무의 불이행을 이유로는 계약을 해제할 수 없다(대판 2001. 11. 13, 2001다20394).
- ④ 매매계약체결 후 9년이 지났고 시가가 올랐다는 사정만으로 계약을 해제할 만한 사정변경이 있다고 볼 수 없고, 매도인은 사정변경의 원칙을 내세워 그 매매계약을 해제할 수는 없다(대판 1991. 2. 26, 90다19664).

(2) 심화판례

- ① 약정해제권의 유보 또는 위약별에 관한 특약은 채무불이행으로 인한 법정해제권의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다(대판 1990. 3. 27, 89다카14110).
- ② 채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고 과도하게 최고하여 채권자의 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지인 경우에는 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다. 그러나 그 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고 이러한 최고에 터잡은 계약의 해제는 그 효력이 없다(대판 2004. 7. 9, 2004다13083, 대판 1994. 5. 10, 93다47615).
- ③ 이행지체를 이유로 계약을 해제하는 경우 그 전제요건인 이행의 최고에 반드시 일정 기간을 명시하여야 하는 것은 아니다(대판 1994. 11. 25, 94다35930).
- ④ 매도인의 소유권이전등기의무의 이행불능을 이유로 매수인이 매매계약을 해제하는 경우 잔대금지급의무의 이행제공이 필요한 것은 아니다(대판 2003. 1. 24, 2000다22850).
- ⑤ 매수인의 귀책사유에 대하여 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 된 경우 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다(대판 2002. 4. 26, 2000다50497).
- ⑥ 영상물제작공급계약에서 예정된 일자에 시사회를 행하여야 할 의무, 토지매도인의 분묘이전의무, 제품공급 시에 하기로 한 선전의무 및 수급인의 배출시설 첨부서류 사용제공의무는 부수적 의무에 해당하므로 이를 위반하더라도 계약을 해제할 수 없다(대판 1996. 7. 9, 96다14363, 대판 1976. 4. 27, 74다2151, 대판 1976. 10. 12, 73다584, 대판 2005. 11. 25, 2005다53705).
- ⑦ 이사의 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 은행 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 연대보증인이 된 자가 그 후 퇴사하여 이사의 지위를 떠난 경우 사정변경을 이유로 연대보증계약을 해지할 수 있다(대판 1992. 5. 26, 92다2332).

9. 해제권의 행사

제543조(해지, 해제권) ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.
② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다.

제547조(해지, 해제권의 불가분성) ① 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다.

② 전항의 경우에 해지나 해제의 권리가 당사자 1인에 대하여 소멸한 때에는 다른 당사자에 대하여도 소멸한다.

(1) 심화판례

- ① 소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 이행청구는 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다(대판 1992. 12. 22, 92다28549).
- ② 매도인이 공동매수인 중 1인의 대금지체를 이유로 그 1인에 대하여만 매매계약을 해제한다고 주장하더라도, 민법 제547조 제1항을 배제하기로 하는 특약이 존재하지 않는 한 해제의 효력은 발생되지 않는다(대판 1994. 11. 18, 93다46209).
- ③ 해제의 불가분성에 관한 제547조 규정은 임의규정이다(대판 1994. 11. 18, 93다46209).
- ④ 수탁자의 사망으로 인하여 수탁자의 지위가 공동상속되었을 때 신탁해지의 의사표시가 그 공동상속인 일부에게만 이루어졌을 때에는 해제·해지의 불가분성에 관한 제547조 규정은 적용되지 않으므로 그 일부에 한하여 신탁해지의 효과가 발생한다(대판 1992. 6. 9, 92다9579).

10. 해제의 효과

제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.
② 전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.

제549조(원상회복의무와 동시이행) 제536조의 규정은 전조의 경우에 준용한다.

제551조(해지, 해제와 손해배상) 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

(1) 기본판례

- ① 계약이 해제되면 그 효력이 소급적으로 소멸함에 따라 이미 그 계약상 의무에 기하여 이행된 급부는 원상회복을 위하여 부당이득으로 반환되어야 하는 것이다(대판 1995. 3. 24, 94다10061).
- ② 계약해제의 효과로서의 원상회복의무를 규정한 제548조 제1항 본문은 부당이득에 관한 특별규정의 성격을 가진 것이라 할 것이어서, 그 이익반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부라고 할 것이다(대판 1998. 12. 23, 98다43175).
- ③ 계약해제로 인해 당사자 일방이 수령한 금전을 반환함에 있어 그 받은 날로부터 법정이자를 가산하도록 하고 있는바, 이는 원상회복의 범위에 속하는 것이며 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 것이 아니다(대판 2000. 6. 9, 2000다9123).
- ④ 채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 그 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다(대판 2002. 6. 11, 2002다2539 ※ 이행이익의 배상에 갈음하여 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있음).
- ⑤ 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다(대판 1977. 5. 24, 75다1394).

(2) 심화판례

- ① 계약당사자의 일방이 계약해제와 아울러 하는 손해배상청구도 채무불이행으로 인한 손해배상과 다를 것이 없다(대판 1983. 5. 24, 82다카1667).
- ② 매매계약 해제 후 매도인이 이의없이 일부 변제를 수령한 경우 해제된 계약은 부활하며, 매도인은 새로운 이행의 최고 없이는 해제권을 행사할 수 없다(대판 1992. 10. 27, 91다483).

■ 제548조 제1항 단서의 제3자

(1) 기본판례

- ① 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자란 일반적으로 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기, 인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말한다(대판 2002. 10. 11, 2002다33502).

- ② 계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없다(대판 2005. 6. 9, 2005다6341).
- ③ 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차 받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 같은 법 소정의 대항요건을 갖춘 임차인은 등기된 임차권자와 마찬가지로 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당된다(대판 1996. 8. 20, 96다17653).
- ④ 매도인의 매매대금수령 이전에 해제조건부로 임대권한을 부여받은 매수인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차하여 「주택임대차보호법」상의 대항요건을 갖춘 임차인은 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자에 해당하지 않는다(대판 1995. 12. 12, 95다32037).
- ⑤ 해제된 매매계약에 의하여 채무자의 책임재산이 된 부동산을 가압류 집행한 가압류채권자도 원칙적으로 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자에 포함된다(대판 2005. 1. 14, 2003다33004).
- ⑥ 계약상의 채권을 양수한 자(아파트 분양신청권이 전전 매매된 후 최초의 매매당사자가 계약을 합의해제한 경우 그 분양신청권을 전전매수한 자)나 그 채권 자체를 압류 또는 전부한 채권자는 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자에 해당하지 않는다(대판 2000. 4. 11, 99다51685).

(2) 심화판례

- ① 계약에 기한 급부의 목적인 물건이나 권리의 취득한 양수인은 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자에 포함된다(대판 1999. 9. 7, 99다14877).
- ② 甲이 乙과의 교환계약에 의하여 취득한 토지를 丙이 甲으로부터 전득하고 자신의 앞으로 바로 소유권이전등기를 마친 경우 丙은 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당한다(대판 1997. 12. 26, 96다44860).
- ③ 실권특약부 매매계약에 기하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료된 후 매수인에 대한 체납처분의 일환으로 압류등기를 경료한 자는 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당한다(대판 2000. 4. 21, 2000다584).
- ④ 토지를 매도하였다가 대금지급을 받지 못하여 그 매매계약을 해제한 경우에 있어 그 토지 위에 신축된 건물의 매수인은 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자에 해당하지 않는다(대판 1991. 5. 28, 90다카16761).
- ⑤ 계약이 해제되기 전에 계약상의 채권을 양수하여 이를 피보전권리로 하여 처분금지가처분결정을 받은 자는 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2000. 8. 22, 2000다23433).

- ⑥ 건축주 허가 명의만을 양수한 자는 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않는다
(대판 2007. 4. 26, 2005다19156).

12 해제권의 소멸과 합의해제 등

(1) 기본판례

- ① 일방 당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있다(대판 2001. 6. 29, 2001다21441).
- ② 해제계약(합의해제)은 기준 계약을 해소하기로 하는 당사자 사이의 계약이므로 해제계약의 요건과 효력은 합의의 내용에 따라 결정되므로 단독행위를 전제로 하는 민법의 해제권에 관한 규정은 적용되지 않는다(대판 1997. 11. 14, 97다6193).
- ③ 계약이 합의해제된 경우에는 그 해제 시에 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).

(2) 심화판례

- ① 제552조에 의하여 해제권의 행사의 기간을 정하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 해제권 행사 여부의 확답을 해제권자에게 최고할 수 있고, 그 기간 내에 해제의 통지를 받지 못한 때에는 해제권은 소멸하는 것이지만, 이로 인하여 그 후 새로운 사유에 의하여 발생한 해제권까지 행사할 수 없게 되는 것은 아니다(대판 2005. 12. 8, 2003다41463).
- ② 계약의 합의해제에 있어서도 제3자의 권리를 해하지 못한다(대판 2005. 6. 9, 2005다6341).
- ③ 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다(대판 1982. 7. 27, 80다2968).
- ④ 합의해제 후 그 계약상의 채무를 이행하지 않더라도 이를 이유로 합의해제를 다시 해제할 수는 없다(대판 1992. 8. 18, 92다6266).
- ⑤ 계약의 합의해제 또는 합의해지로 인하여 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 할 의무가 없다(대판 1996. 7. 30, 95다16011, 대판 2003. 1. 24, 2000다5336).
- ⑥ 계약이 합의해지되기 위하여는 기준 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸시키기로 하는 내용의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 그 요건으로

한다. 그리고 계약의 합의해지는 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적으로 이루어질 수 있는 것이므로 계약 후 당사자 쌍방의 계약 실현의사의 결여 또는 포기가 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용에 의하여 객관적으로 일치하는 경우에는 계약이 묵시적으로 해지되었다고 볼 수 있다(대판 2003. 1. 24, 2000다5336).

- ⑦ 임차인이 특정한 날짜까지 임차부분에 입점하지 아니하면 임대차계약이 자동적으로 해지된다는 특약이 있는 경우 그 불이행 자체로써 계약이 자동적으로 해지된 것으로 보아야 한다(대판 2003. 1. 24, 2000다5336).
- ⑧ 매매계약에 있어서 매수인이 중도금을 약정한 일자에 지급하지 아니하면 그 계약을 무효로 한다고 하는 특약이 있는 경우 매수인이 약정한대로 중도금을 지급하지 아니하면 해제의 의사표시 없이도 계약은 그 날짜에 자동적으로 해제된다고 보아야 한다(대판 1991. 8. 13, 91다13717).
- ⑨ 부동산 매매계약에 있어서 매수인이 잔금지급일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도 매수인이 그 약정 기한을 도과하였더라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 잔금미지급으로 계약이 자동해제된 것으로 볼 수는 없다(대판 1998. 6. 12, 98다505).
- ⑩ 매도인이 위약 시에는 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 위약 시에는 지급한 계약금을 매도인이 취득하고 계약은 자동적으로 해제된다는 조항은 해제권 유보조항이라 할 것이므로 최고나 통지 없이 해제할 수 있다는 특약이라고 볼 수는 없다(대판 1982. 4. 27, 80다851).

매 매

1. 매매의 예약

제564조(매매의 일방예약) ① 매매의 일방예약은 상대방이 매매를 완결할 의사를 표시하는 때에 매매의 효력이 생긴다.
 ② 전항의 의사표시의 기간을 정하지 아니한 때에는 예약자는 상당한 기간을 정하여 매매완결 여부의 확답을 상대방에게 최고할 수 있다.
 ③ 예약자가 전항의 기간 내에 확답을 받지 못한 때에는 예약은 그 효력을 잃는다.

(1) 기본판례

매매예약의 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다(대판 2000. 10. 13, 99다18725).

(2) 심화판례

매매의 예약은 당사자의 일방이 매매를 완결할 의사를 표시한 때에 매매의 효력이 생기는 것이므로 적어도 일방예약이 성립하려면 그 예약에 터잡아 맺어질 본계약의 요소가 되는 매매목적물, 이전방법, 매매가액 및 지급방법 등의 내용이 확정되어 있거나 확정할 수 있어야 한다(대판 1993. 5. 27, 93다4908).

2. 계약금계약

제565조(해약금) ① 매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다.
 ② 제551조의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 아니한다.

(1) 기본판례

① 계약금은 계약체결 시에 교부되는 것이 원칙이나 계약체결 후 변제기 전에 교부되더라도 당사자가 계약금임을 명백히 한 때에는 계약금으로서 유효하다(대판 1955. 3. 10, 4287민상388).

② 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 제565조 제1항의 계약해제권이 발생하는지 않는다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 전금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정되지 않는 한, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 않더라도 당사자는 임의로 주계약을 해제할 수 없다(대판 2008. 3. 13, 2007다73611).

③ 유상계약을 체결함에 있어서 계약금이 수수된 경우 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다(대판 2006. 1. 27, 2005다52078).

④ 계약금을 위약금으로 하는 특약이 없는 경우에는 계약금을 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다(대판 1996. 6. 14, 95다11429).

⑤ 매도인이 매매계약의 이행에는 전혀 착수한 바가 없다 하더라도 매수인이 중도금을 지급하여 이미 이행에 착수한 이상 매수인은 제565조에 의하여 계약금을 포기하고 매매계약을 해제할 수 없다(대판 2000. 2. 11, 99다62074).

⑥ 해약금에 의한 계약해제의 시적한계인 ‘이행에 착수할 때까지’란 채무의 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로서 단순히 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하다(대판 1993. 5. 25, 93다1114).

⑦ 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려고 할 때 해제통고만으로 계약해제의 효력이 발생하지 않으며, 수령한 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행의 제공을 하여야 계약을 해제할 수 있다(대판 1992. 7. 28, 91다33612).

⑧ 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 계약해제 의사표시 이외에 계약금 배액의 이행의 제공이 있으면 즉하고 상대방이 이를 수령하지 않더라도 이를 공탁하여야 유효한 것은 아니다(대판 1992. 5. 12, 91다2151).

⑨ ‘대금불입 불이행시 계약은 자동 무효가 되고 이미 불입된 금액은 일체 반환하지 않는다.’고 되어 있는 매매계약에 기하여 계약금이 지급된 경우 이는 계약금을 위약금으로 한다는 특약에 해당하므로 그 계약금은 해약금으로서의 성질과 손해배상 예정으로서의 성질을 함께 가진다(대판 1996. 10. 25, 95다33726).

⑩ 위 ⑨의 경우 매수인이 중도금을 지급기일에 지급하지 아니한 채 이미 지급한 계약금 중 과다한 손해배상의 예정으로 감액되어야 할 부분을 제외한 나머지 금액을 포기하고 해약금으로서의 성질에 기하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하면서 감액되어야 할 금액에 해당하는 금원의 반환을 청구한 경우, 매수인의 주장취지에는 매수인의 채무불이행을 이유로 매도인이 물취한 계약금은 손해배상 예정액으로서는 부당히 과다하므로 감액되어야 하고 그 감액 부분은 부당이득으로서 반환하여야 한다는 취지도 포함되어 있다고 해석함이 상당하며 계약금이 손해배상 예정액으로서 과다하다면 감액 부분은 반환되어야 한다(대판 1996. 10. 25, 95다33726).

(2) 심화판례

- ① 매수인이 매도인에게 현금보관증을 작성·교부하였다면 계약금계약이 체결된 것으로 볼 수 있다(대판 1991. 5. 28, 91다9251).
- ② 계약금은 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 매수인은 이를 포기하고 매도인은 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있는 해약금의 성질을 가지고 있고, 다만 당사자의 일방이 위약한 경우 그 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에만 손해배상액의 예정으로서의 성질을 갖는다(대판 1987. 2. 24, 86누438).
- ③ 제565조 제1항에서 말하는 당사자의 일방이라는 것은 매매 '쌍방 중 어느 일방'을 지칭하는 것이고, 상대방이라 국한하여 해석할 것은 아니다(대판 2000. 2. 11, 99다62074).
- ④ 이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다(대판 1993. 1. 19, 92다31323).

3. 매매의 일반적 효력

제568조 (매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다.

② 전항의 쌍방의무는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행하여야 한다.

제587조 (과실의 귀속, 대금의 이자) 매매계약 있은 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속한다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

(1) 기본판례

매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 과실수취권은 매수인에게 귀속된다(대판 1993. 11. 9, 93다28928).

(2) 심화판례

- ① 매수인이 매매대금을 완제하지 않은 경우 매도인의 매매목적물 인도의무의 지체로 인한 손해배상을 청구할 수 없다(대판 2004. 4. 23, 2004다8210).
- ② 근저당권설정등기가 있어 완전한 소유권이전을 받지 못할 우려가 있는 경우 매수인은 그 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 등기상의 담보한도금액에 상당한 대금지급을 거절할 수 있다(대판 1988. 9. 27, 87다카1029).

4. 매도인의 담보책임

(1) 기본판례

- ① 타인의 소유에 속하는 목적물에 대한 매매계약도 계약당사자 간에는 유효하다(대판 1993. 8. 24, 93다24445).
- ② 타인의 권리가 매매한 자가 권리이전을 할 수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에게 이행불능 당시를 표준으로 한 이행이익 상당을 배상하여야 한다(대판 1979. 4. 24, 77다2290).
- ③ 전부 타인권리의 매매에 있어서 권리이전을 할 수 없게 된 매도인은 선의의 매수인에 대하여 불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익을 배상할 의무가 있다(대판 1980. 3. 11, 80다78).
- ④ 제574조에서 규정하는 수량을 지정한 매매란 당사자가 매매의 목적인 특정물이 일정한 수량을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 그 수량을 기준으로 하여 정한 경우를 말한다(대판 2003. 1. 24, 2002다65189).
- ⑤ 목적물이 일정한 면적(수량)을 가지고 있다는 데 주안을 두고 대금도 면적을 기준으로 하여 정하여지는 아파트분양계약은 수량을 지정한 매매에 해당한다(대판 2002. 11. 8, 99다58136).
- ⑥ 수량지정매매의 경우 담보책임규정상의 대금감액청구권 행사하는 것 외에 별도로 부당이득반환청구를 하거나 계약체결상의 과실책임의 이행을 청구할 수는 없다(대판 2002. 4. 9, 99다47396).
- ⑦ 가동기의 목적이 된 부동산의 매수인이 그 뒤 가동기에 기한 본동기가 경료됨으로써 소유권을 상실하게 된 경우 이는 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 취득한 소유권을 상실한 경우와 유사하므로 제576조 규정(저당권에 의한 제한)이 준용된다(대판 1992. 10. 27, 92다21784).
- ⑧ 매수인이 매도인과의 특약으로 저당권에 의하여 담보된 채권을 인수하기로 한 때에는 매도인은 제576조 소정의 담보책임을 부담하지 않는다(대판 2002. 9. 4, 2002다11151).

⑨ 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다(대판 1993. 5. 25, 92다15574).

⑩ 매도인이 매수인에게 기계를 공급하면서 카탈로그와 검사성적서를 제시한 경우 매도인은 그 기계가 카탈로그와 검사성적서에 기재된 바와 같은 정도의 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 보증하였다고 할 것이다(대판 2000. 10. 27, 2000다30554).

16

⑪ 특정물에 대한 하자의 존부는 매매계약성립 시를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2000. 1. 18, 98다18506).

⑫ 매도인의 하자담보책임에도 과실상계 규정이 유추적용될 수 있다(대판 1995. 6. 30, 94다23920).

(2) 심화판례

① 매매목적물의 하자로 인하여 선의의 매수인이 손해배상을 청구하는 경우 매도인은 고의·과실이 없더라도 그 손해를 배상하여야 한다(대판 1957. 10. 31, 4290민상552).

② 타인의 권리매매에 있어서 매도인의 귀책사유로 이행불능이 된 경우 매수인은 채무불이행규정(제546조, 제390조)에 따라 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(대판 1993. 11. 23, 93다37328).

③ 매매의 목적물인 특정물에 하자가 있는 경우 제580조의 하자담보책임과 채무불이행책임이 경합적으로 인정된다(대판 2004. 7. 22, 2002다51586).

④ 매매목적물의 하자로 인한 화대손해에 대하여 매도인에게 배상책임을 지우기 위해서는 매도인에게 귀책사유가 있어야 한다(대판 2003. 7. 22, 2002다35676).

⑤ 부동산매수인이 소유권이전등기 없이 이를 제3자에게 전매한 것은 제569조에서 말하는 '타인의 권리 매매'에 해당하지 않는다(대판 1996. 4. 12, 95다55245).

⑥ 매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속한 경우의 매도인의 담보책임에 관한 제572조의 규정은 단일한 권리의 일부가 타인에 속하는 경우에만 한정하여 적용되는 것이 아니라 수개의 권리를 일괄하여 매매의 목적으로 정한 경우에도 그 가운데 이전할 수 있게 된 권리부분이 차지하는 비율에 따른 대금산출이 불가능한 경우 등 특별한 사정이 없는 한 역시 적용된다(대판 1989. 11. 14, 88다카13547).

⑦ 제573조 소정의 권리행사기간의 기산점인 선의의 매수인이 '사실을 안 날'이란 단순히 권리의 일부가 타인에게 속한 사실을 안 날이 아니라 그 때문에 매도인이 이를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없게 되었음이 확실하게 된 사실을 안 날을 말한다(대판 1991. 12. 10, 91다27396).

⑧ 수량을 지정한 매매계약 후에 수량부족이 발생한 경우에는 제574조에 의한 담보책

임을 물을 수 없다(대판 1996. 12. 10, 94다56098).

⑨ 제578조 제1항의 채무자는 임의경매에 있어서의 물상보증인도 포함된다(대판 1988. 4. 12, 87다카2641).

⑩ 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우에 매도인은 매수인에 대하여 그 하자로 인한 담보책임을 부담한다(대판 2000. 1. 18, 98다18506).

⑪ 건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능하다는 법률적 장애는 물건의 하자에 해당한다(대판 2000. 1. 18, 98다18506).

⑫ 제582조 소정의 매도인의 하자담보책임에 관한 매수인의 권리행사기간은 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간이고 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니다(대판 1985. 11. 12, 84다카2344).

5 환매

제590조(환매의 의의) ① 매도인이 매매계약과 동시에 환매할 권리를 보유한 때에는 그 영수한 대금 및 매수인이 부담한 매매비용을 반환하고 그 목적물을 환매할 수 있다.

② 전항의 환매대금에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 규정에 의한다.

③ 전 2항의 경우에 목적물의 과실과 대금의 이자는 특별한 약정이 없으면 이를 상계한 것으로 본다.

(1) 심화판례

① 특별법(「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 등)상의 환매는 민법상 환매와 성질을 달리하므로 특별법상의 환매권은 제3자에게 양도할 수 없다(대판 2001. 5. 29, 2001다11567).

② 환매특약의 등기가 부동산의 매수인의 처분권을 금지하는 효력을 가지는 것은 아니므로 그 매수인은 환매특약의 등기 이후 부동산을 전득한 제3자에 대하여 여전히 소유권이전등기절차의 이행의무를 부담한다(대판 1994. 10. 25, 94다35527).

임대차

교환

1 교환 일반

제596조(교환의 의의) 교환은 당사자 쌍방이 금전 이외의 재산권을 상호 이전할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

(1) 기본판례

- ① 교환계약의 당사자가 목적물의 시가를 둑비하거나 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 기망행위에 해당하지 않는다(대판 2002. 9. 4, 2000다 54406 · 54413).
- ② 교환계약의 당사자 일방이 인수한 교환목적물에 관한 근저당권의 피담보채무지급의무와 상대방의 소유권이전등기의무가 모두 각 이행기에 이행되지 않은 채 이행기가 도과한 경우, 양 채무는 동시에 이행의 관계에 있다(대판 1998. 7. 24, 98다13877).

(2) 심화판례

- ① 교환계약이 이행된 후 이전받은 재산권에 하자가 있는 경우 당사자는 계약을 해제할 수 있다(대판 1966. 3. 22, 66다76).
- ② 당사자 간에 교환계약이 해제된 경우에는 당사자 쌍방이 부담하는 원상회복의무는 동시에 이행관계에 있으므로, 당사자 일방이 위 계약에 의하여 이전받은 건물의 소유권이 다시 제3자의 명의로 이전되고 동인이 이를 접수하게 되어 위 건물을 상대방에게 명도할 수 없는 상태에 이르렀다면, 특별한 사정이 없는 한 손해배상의무와 상대방의 반환의무도 역시 동시에 이행관계에 있는 것이다(대판 1965. 11. 30, 65다1805).

1 임대차의 성립

제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

(1) 심화판례

- ① 임대인에게 임대목적물에 대한 소유권 기타 임대권한이 없더라도 임대차계약은 성립할 수 있다(대판 1996. 9. 6, 94다54641).
- ② 타인소유의 부동산을 임대한 것이 임대차계약을 해지할 사유는 될 수 없고, 목적물이 반드시 임대인의 소유일 것을 특히 계약의 내용으로 삼은 경우라야 착오를 이유로 임차인이 임대차계약을 취소할 수 있다(대판 1975. 1. 28, 74다2069).
- ③ 리스(시설대여)계약은 형식에서는 임대차계약과 유사하나 실질은 물적 금융이므로 민법의 임대차에 관한 규정이 바로 적용되지 않는다(대판 1996. 8. 23, 95다 51915).
- ④ 법정 개신(목시적 개신)규정인 제639조는 강행규정이다(대판 1964. 12. 8, 64누 62).
- ⑤ 법정개신의 경우 제3자가 제공한 담보는 기간의 만료로 소멸하는 바, 여기서 말하는 제3자가 제공한 담보란 질권, 저당권, 보증 등을 말하는 것이고 보증금은 이에 포함되지 않는다(대판 1977. 6. 7, 76다951).
- ⑥ 법정개신의 경우 제3자가 제공한 담보는 기간의 만료로 소멸하는 바, 이 내용은 당사자들의 합의에 따라 임대차기간을 연장하는 경우에는 적용되지 않는다(대판 2005. 4. 14, 2004다63293).

2 임대인의 권리와 의무

(1) 기본판례

- ① 임대인이 제628조에 의하여 장래에 대한 차임의 증액을 청구하고 법원이 증액청구를 상당하다고 인정한 경우에 차임증액청구의 효력은 증액청구 시에 발생한다(대판 1974. 8. 30, 74다1124).
- ② 목적물에 파손 또는 장해가 생긴 경우 그것이 임차인이 별비용을 들이지 않고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이

아니라면 임대인은 수선의무를 부담하지 않는다(대판 2008. 3. 27, 2007다91336).

- ③ 임대인의 수선의무는 특약에 의하여 이를 면제하거나 임차인의 부담으로 돌릴 수 있다(대판 1994. 12. 9, 94다34692).
- ④ 임대인은 목적물이 통상의 사용·수익에 필요한 상태를 유지하여 주면 족하고, 계약 당시 예상하지 아니한 임차인의 특별한 용도를 위한 사용·수익에 적합한 상태를 유지하게 할 의무는 없다(대판 1996. 11. 26, 96다28172).
- ⑤ 통상의 임대차관계에 있어서 임대인은 임차인에 대하여 안전배려 또는 도난방지 등의 보호의무까지 부담한다고 볼 수 없다(대판 1999. 7. 9, 99다10004).
- ⑥ 일시사용을 위한 임대차에 해당하는 숙박계약에 있어서는 숙박업자는 투숙객에 대해 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담한다(대판 2000. 11. 24, 2000다38718·38725).

(2) 심화관례

- ① 차임불증액의 특약이 있더라도 그 특약을 그대로 유지시키는 것이 신의칙에 반하고 인정될 정도의 사정변경이 있는 경우에는 형평의 원칙상 임대인에게 차임증액청구를 인정할 수 있다(대판 1996. 11. 12, 96다34061).
- ② 임대인의 방해행위로 임차인의 임대차 목적물을 대한 사용·수익이 사회통념상 불가능하게 되어 임대차계약이 종료된 경우 임대인이 배상하여야 할 손해의 범위는 휴업손해(그 임대차 목적물을 대신할 다른 목적물을 마련하기 위하여 합리적으로 필요한 기간 동안 그 목적물을 이용하여 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 이익)에 한정되며 일실수입의 손해(장래 그 목적물의 임대차기간 만료시까지 계속해서 그 목적물을 사용·수익할 수 없음으로 인한 손해)는 이에 포함되지 않는다(대판 2006. 1. 27, 2005다16591).
- ③ 임차인이 건물면적의 일정한 수량이 있는 것으로 믿고 계약을 체결하였고 임대인도 그 일정 수량이 있는 것으로 명시적 또는 묵시적으로 표시하였으며 임대차보증금과 월임료 등도 그 수량을 기초로 하여 정하여진 경우 그 임대차는 수량을 지정한 임대차에 해당한다(대판 1995. 7. 14, 94다38342).

3 임차인의 권리와 의무

(1) 기본관례

- ① 건물소유를 목적으로 하는 토지임차인이 그 지상건물을 등기하기 전에 제3자가 토지에 관하여 물권취득의 등기를 한 경우, 그 이후에 그 지상건물을 등기하더라도 제3

자에 대해 임대차의 효력이 발생하지 않는다(대판 2003. 2. 28, 2000다65802).

- ② 임대차계약에서 '임차인은 임대인의 승인 하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구키로 한다.'라고 약정한 경우 이는 임차인이 임차목적물에 지출한 각종 유익비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 봄이 상당하다(대판 1995. 6. 30, 95다12927).

(2) 심화관례

- ① 제626조 소정의 필요비란 임차인이 임차물의 보존을 위하여 지출한 비용을 말하고, 유익비란 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용을 말한다(대판 1980. 10. 14, 80다1851).
- ② 다방경영에 필요한 시설을 하기 위하여 지급한 비용, 삼계탕집을 경영하기 위하여 지급한 비용, 간이음식점을 경영하기 위하여 지출한 간판설치비는 필요비 또는 유익비에 해당하지 않는다(대판 1968. 12. 17, 68다1923, 대판 1993. 10. 8, 93다25738, 대판 1994. 9. 30, 94다20389).
- ③ 임차인이 일체의 유지비를 부담하기로 하고 임대인에게 그 비용을 청구하지 않기로 약정한 경우 임차인도 원상회복의무를 부담하지 않는다(대판 2002. 11. 22, 2002다38828).
- ④ 임차한 가옥에 대한 유익비의 상환을 청구할 경우에는 지출한 금액은 물론 현준 증가액에 대하여도 임차인에게 입증책임이 있다(대판 1962. 10. 18, 62다437).
- ⑤ 임차인은 임차목적물을 명도할 때까지 선량한 관리자의 주의로 이를 보존할 의무가 있으므로 이러한 주의의무를 위반하여 임대목적물이 멸실·훼손된 경우에는 그에 대한 손해를 배상할 채무가 발생하며, 임대목적물이 멸실·훼손된 경우 임차인이 그 책임을 면하려면 그 임차건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 입증하여야 한다(대판 1991. 10. 25, 91다22605).
- ⑥ 임대인의 귀책사유로 임대차계약이 해지된 경우에도 임차인은 원상회복의무를 부담한다(대판 2002. 12. 6, 2002다42278).

4 건물임차인의 부속물매수청구권

제646조(임차인의 부속물매수청구권) ① 건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편의를 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료 시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다.

② 임대인으로부터 매수한 부속물에 대하여도 전항과 같다.

(1) 기본판례

- ① 제646조가 규정하는 건물임차인의 매수청구권의 대상이 되는 부속물이란 건물에 부속된 물건으로 임차인의 소유에 속하고, 건물의 구성부분이 되지 아니한 것으로서 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건이라 할 것이므로, 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때는 이를 부속물매수청구권의 대상이 되는 물건이라 할 수 없다(대판 1993. 2. 26, 92다41627).
- ② 임대차계약이 임차인의 채무불이행으로 인하여 해지된 경우에는 임차인은 제646조에 의한 부속물매수청구권이 없다(대판 1990. 1. 23, 88다카7245).

(2) 심화판례

- ① 기존건물과 분리되어 독립한 소유권의 객체가 될 수 없는 중축부분이나 임대인의 소유에 속하기로 한 부속물은 매수청구의 대상이 될 수 없다(대판 1982. 1. 19, 81다1001).
- ② 임차인의 지위가 전전승계된 경우 부속물매수청구권도 함께 승계되므로 현 임차인은 임대인에 대하여 부속물매수청구권을 행사할 수 있다(대판 1995. 6. 30, 95다12927).
- ③ 임차인이 부속물매수청구권을 포기하는 약정을 하였더라도 보증금과 차임이 과격적으로 저렴하거나 원상회복의무를 면하여 주는 사정이 있는 때에는 임차인에게 불리하지 않으므로 무효가 아니다(대판 1982. 1. 19, 81다1001, 대판 1996. 8. 20, 94다44705).

⑤ 토지임차인의 개신청구권과 지상물매수청구권

제643조(임차인의 개신청구권, 매수청구권) 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 제283조의 규정을 준용한다.

(1) 기본판례

- ① 제643조 소정의 지상물매수청구권은 지상물의 소유자에 한하여 행사할 수 있다(대판 1993. 7. 27, 93다6386).
- ② 지상물매수청구의 상대방은 임차권소멸 당시의 토지소유자이다(대판 1996. 6. 14, 96다14517).

- ③ 임차인의 지상물매수청구권의 대상이 되는 건물은 임대차계약 당시의 기존건물이거나 임대인의 동의를 얻어 신축한 것에 한정되지 않는다(대판 1993. 11. 12, 93다34589).
- ④ 지상건물의 객관적인 경제적 가치나 임대인에 대한 효용 여부는 제643조 소정의 토지임차인의 지상물매수청구권의 행사요건이 아니다(대판 2002. 5. 31, 2001다42080).
- ⑤ 무허가건물도 토지의 임대목적에 반하여 축조되고 임대인이 예상할 수 없을 정도의 고가의 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 제643조 소정의 토지임차인의 건물매수청구권의 대상이 될 수 있다(대판 1997. 12. 23, 97다37753).
- ⑥ 임차인 소유 건물이 임차토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐 있는 경우 임차인은 임차지상에 서 있는 건물부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 매수청구권을 행사할 수 있다(대판 전합체 1996. 3. 21, 93다42634).
- ⑦ 임대인의 해지통고에 의하여 기간의 정함이 없는 토지임차권이 소멸하는 경우, 토지임차인은 계약갱신청구의 유무를 불문하고 지상물매수청구권을 행사할 수 있다(대판 1995. 12. 26, 95다42195).
- ⑧ 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차가 종료한 경우 토지임차인의 지상물매수청구권은 그 행사에 특정의 방식을 요하지 않으므로 재판상으로 뿐만 아니라 재판 외에서도 행사할 수 있으며 그 행사시기에 대하여도 제한이 없다(대판 2002. 5. 31, 2001다42080).
- ⑨ 지상물매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 임대인·임차인 사이에 지상물에 관한 매매가 성립하게 되며, 임차인이 지상물매수청구권을 행사한 경우에는 임대인은 그 매수를 거절하지 못한다(대판 전합체 1995. 7. 11, 94다34265).
- ⑩ 제643조의 지상물매수청구권을 행사하면 임대인과 임차인 사이에 임차지상의 건물에 대하여 매수청구권 행사 당시의 건물시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생하는 것뿐이므로 임대인이 임차인이 임차지상의 건물을 신축하기 위하여 지출한 모든 비용을 보상할 의무를 부담하게 되는 것은 아니다(대판 2002. 11. 13, 2002다46003).
- ⑪ 임차인의 채무불이행을 이유로 토지임대차계약이 해지된 경우 토지임차인은 지상물매수청구권을 행사할 수 없다(대판 2003. 4. 22, 2003다7685).
- ⑫ 토지임대인과 임차인 사이에 임대차기간 만료 시에 임차인이 지상건물을 양도하거나 이를 철거하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한, 제643조 소정의 임차인의 지상물매수청구권을 배제하기로 하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것임으로 제652조의 규정에 의하여 무효라고 보아야 한다(대판 1998. 5. 8, 98다2389).
- ⑬ 건물의 소유를 목적으로 한 토지임차인이 임대차가 종료하기 전에 임대인과의 사이에 건물 기타 지상시설 일체를 포기하기로 한 약정은 특별한 사정이 없는 한 임차인

에게 불리한 것으로서 제652조에 의하여 효력이 없다(대판 2002. 5. 31, 2001다42080).

(2) 심화판례

- ① 노점상이 간이천막을 설치하기 위하여 토지를 임차한 경우에는 건물매수청구권이 인정되지 않는다(대판 1994. 4. 12, 93다37649).
- ② 화초의 판매용지로 임차한 자가 그 위에 비닐하우스를 설치한 경우에도 비닐하우스에 대한 매수청구권이 인정되지 않는다(대판 1997. 2. 14, 96다46668).
- ③ 임차인이 자신의 건물매수청구권을 제1심에서 행사하였다가 철회한 후 항소심에서 다시 행사하더라도 무방하다(대판 2002. 5. 31, 2001다42080).
- ④ 토지임차인이 건물매수청구권을 행사한 경우 그 건물의 매수가격은 매수청구권 행사 당시 건물이 현재하는 대로의 상태에서 평가된 시가이다(대판 2002. 11. 13, 2002다46003).

6 임차권의 양도와 전대

제629조 (임차권의 양도, 전대의 제한) ① 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.
 ② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

(1) 기본판례

- ① 임대인의 임대차계약 해지권은 행사상의 일신전속권이 아니다(대판 2007. 5. 10, 2006다82700).
- ② 임차인이 임대인의 동의없이 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없다(대판 2007. 11. 29, 2005다64255).

(2) 심화판례

- ① 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 건물소유권을 취득한 경우 건물의 소유를 목적으로 한 토지임차권도 건물소유권과 함께 경락인에게 이전된다. 그러나 경락인은 임대인에 대하여 임차권의 취득을 가지고 대항할 수 없고, 임대인도 자신의 동의 없이 임차권이 이전되었다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없다(대판 1993. 4. 13, 92다24950).
- ② 임대인의 동의없는 임차권의 양도는 당사자 사이에서는 유효하다 하더라도 다른 특약

이 없는 한 임대인에게는 대항할 수 없는 것이고 임대인에 대항할 수 없는 임차권의 양수인으로서는 임대인의 권한을 대위행사할 수 없다(대판 1985. 2. 8, 84다카188).

- ③ 임차인은 양수인을 위하여 임대인의 동의를 받아 줄 의무가 있다(대판 1986. 2. 25, 85다카1812).
- ④ 임대차보증금반환채권이 가압류 또는 압류된 후 임차인이 임대인의 승낙하에 임차권을 양도한 경우 임대차보증금반환채권은 임대인의 임차권 양도 승낙시에 이행기에 도달하게 된다(대판 1998. 7. 14, 96다17202).
- ⑤ 임차인이 임차물을 전대하여 그 임대차기간 및 전대차기간이 모두 만료된 경우 전차인은 목적물을 임대인에게 직접 명도함으로써 임차인(전대인)에 대한 목적물명도의무를 면한다(대판 1995. 12. 12, 95다23996).
- ⑥ 소유자가 임대차계약 해지의 의사표시에 의하여 전차인에 대하여 목적물의 반환과 차임 상당의 손해배상을 청구한 경우, 그 청구를 한 날 이후에는 전차인은 임차인(전대인)에게 차임 상당 부당이득을 반환할 의무가 없다(대판 2005. 5. 26, 2005다4048).

7 보증금과 권리금 등

(1) 기본판례

- ① 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 인도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하므로 특별한 사정이 없는 한 임대차계약이 종료되었으나 그 목적물이 명도 되지 않은 경우 임차인은 임대차보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절할 수 없다(대판 1999. 7. 27, 99다24881).
- ② 임대차계약에 기한 보증금 및 임료의 지급사실에 대한 증명책임은 임차인에게 있다(대판 2005. 1. 13, 2004다19647).
- ③ 임차인이 임대차 종료 후 임차건물을 계속 점유하였으나 본래 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니한 경우에는 이로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 않는다(대판 2003. 4. 11, 2002다59481).

(2) 심화판례

- ① 부동산임대차에 있어서 수수된 보증금은 임료채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차관계에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서, 그 폐답보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다(대판 1999. 12. 7, 99다

50729).

- ② 임대차보증금에서 공제될 차임채권 등의 발생원인에 관한 주장·증명책임은 임대인에게 있고, 그 발생한 채권의 소멸에 관한 주장·증명책임은 임차인에게 있다(대판 2005. 9. 28., 2005다8323).
- ③ 임대차보증금반환채권의 양도통지 후 임대차계약의 갱신이나 임대차기간 연장에 관한 합의가 있더라도 보증금반환채권의 양수인에게는 효력이 미치지 않는다(대판 1989. 4. 25., 88다카4253).
- ④ 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정 기간 동안의 이용대가라고 볼 것이고, 임대인은 원칙적으로 그 권리금의 반환의무를 지지 않는다. 그러나 임대인이 그 임대차의 종료에 즈음하여 그 재산적 가치를 도로 양수한다든지 권리금 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시켜 그 가치를 이용해 하기로 약정하였음에도 임대인의 사정으로 중도 해지된 경우에는 그 권리금 전부 또는 일부의 반환의무를 진다(대판 2000. 9. 22., 2000다26326).
- ⑤ 임대차기간중 임차목적물의 소유권을 취득한 제3자의 요구로 임차인이 그 임차목적물을 인도한 경우 임대차계약은 당사자의 해지의 의사를 기다릴 필요없이 당연히 종료된다(대판 1996. 3. 8., 95다15087).

제04 편 민사특별법

주택임대차보호법

① 적용범위

(1) 기본판례

주거용 건물에 해당하는지 여부는 임대차목적물의 공부상의 표시만을 기준으로 할 것이 아니라 그 실지 용도에 따라서 정하여야 한다(대판 1995. 3. 10., 94다52522).

(2) 심화판례

① 방 2개와 주방이 떨린 다방은 「주택임대차보호법」 제2조 후문의 주거용 건물에 해당하지 않는다(대판 1996. 3. 12., 95다51953).

② 임대차계약 체결 당시에는 주거용 건물부분이 존재하지 아니하였는데 임차인이 그 후 임의로 주거용으로 개조한 경우 임대인이 그 개조를 승낙하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 「주택임대차보호법」의 적용은 있을 수 없다(대판 1986. 1. 21., 85다카1367).

③ 미등기 또는 무허가 건물도 「주택임대차보호법」의 적용대상이 되므로 미등기 주택의 임차인은 임차주택 대지의 환가대금에 대하여 「주택임대차보호법」상 우선변제권을 행사할 수 있다(대판 전합제 2007. 6. 21., 2004다26133).

④ 주택의 소유자는 아니지만 그 주택에 대한 적법한 임대권한을 가지는 명의신탁자와 체결된 주택임대차에 대해서도 「주택임대차보호법」이 적용되므로, 임차인은 등기부상의 주택소유자인 명의수탁자에 대해서도 적법한 임대차임을 주장할 수 있다(대판 1995. 10. 12., 95다22283).

⑤ 법인이 주택을 임차하면서 그 소속직원 명의로 주민등록을 하고 확정일자를 구비하였더라도 법인은 「주택임대차보호법」상의 우선변제권을 주장할 수 없다(대판 1997. 7. 11., 96다7236).

⑥ 주택임차인이 법인인 경우 주택의 양수인은 임대인의 지위를 당연히 승계하는 것이 아니므로 임대인의 법인에 대한 임차보증금반환채무는 소멸하지 않는다(대판 2003.

7. 25, 2003다2918).

② 대항력의 취득

(1) 기본판례

- ① 주택임차인에게 대항력이 발생하는 시점은 인도와 주민등록을 모두 갖춘 다음 날의 오전 0시부터이다(대판 1999. 5. 25, 99다9981).
- ② 임차인이 주택의 인도를 받고 전입신고와 확정일자를 받은 익일에 동일자로 저당권이 설정되고 그 저당권이 실행된 경우에도 임차권자는 경락인에게 대항할 수 있다(대판 1999. 5. 25, 99다9981).
- ③ 「주택임대차보호법」상의 대항요건인 주민등록에는 임차인 본인뿐만 아니라 배우자나 자녀의 주민등록도 포함된다(대판 1996. 1. 26, 95다30338).
- ④ 임차인이 대항력을 취득한 후 가족과 함께 일시 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다가 재전입한 경우 원래의 대항력은 소멸하고 재전입시부터 새로운 대항력을 취득하는 것이다(대판 1998. 1. 23, 97다43468, 다만 가족의 주민등록을 그대로 둔 경우는 대항력이 유지됨).
- ⑤ 주택임차인이 임대인의 승낙을 얻어 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 주민등록을 마친 때에는 그때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다(대판 1994. 6. 24, 94다3155).
- ⑥ 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으며, 임차인과의 점유매개관계에 기하여 당해 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다(대판 2001. 1. 19, 2000다55645).
- ⑦ 자기 명의의 주택을 매도하면서 동시에 그 주택을 임차하는 경우 매도인이 임차인으로서 가지는 대항력은 매수인 명의의 소유권이전등기가 경료된 다음 날부터 효력이 발생한다(대판 2000. 2. 11, 99다59306).
- ⑧ 乙이 A회사 소유 임대아파트의 임차인인 甲으로부터 아파트를 임차하여 전입신고를 마치고 거주하던 중, 甲이 A회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기명의로 소유권이 전등기를 경료한 후 丙에게 근저당권을 설정한 경우에 乙은 甲명의로 소유권이전등기가 경료되는 즉시 대항력을 취득한다(대판 2001. 1. 30, 2000다58026 · 58033).
- ⑨ 주택임차인의 의사와 무관하게 임차인의 주민등록이 행정기관에 의해 직권발소된 경우에도 원칙적으로 임차권은 대항력을 상실한다(대판 2002. 10. 11, 2002다20957).

⑩ 주민등록 직권발소 후 「주민등록법」 소정의 이의절차에 의하여 재등록이 이루어진 경우, 그 재등록이 이루어지기 전에 임차주택에 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대해서도 기존의 주택임차권의 대항력은 유지된다(대판 2002. 10. 11, 2002다20957).

⑪ 주민등록이 직권발소된 후 임차인이 「주민등록법」 소정의 이의절차에 의하여 말소된 주민등록을 회복한 것이 아니라면, 직권발소 후 재등록이 이루어지기 이전에 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 임차권으로 대항할 수 없다(대판 2002. 10. 11, 2002다20957).

⑫ 당해 임대차계약이 통정허위표시에 의한 계약이어서 무효라는 등의 특별한 사정이 있는 경우는 별론으로 하고 임대차계약 당사자가 기존 채권을 임대차보증금으로 전환하여 임대차계약을 체결하였다는 사정만으로 임차인이 같은 법 제3조 제1항 소정의 대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없다(대판 2002. 1. 8, 2001다47535).

(2) 심화판례

- ① 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것으로서, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다(대판 2001. 1. 30, 2000다58026 ※ 사회통념상 그 주민등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 주소 또는 거소를 가진 자로 등록되어 있다고 인식할 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 의미임).
- ② 대항요건은 대항력의 취득 시에만 구비하면 충분한 것이 아니고 대항력을 유지하기 위하여 계속 존속하여야 한다(대판 2002. 10. 11, 2002다20957).
- ③ 주민등록이 주택임차인의 의사에 의하지 않고 제3자에 의하여 임의로 이전되었고 그와 같이 주민등록이 잘못 이전된 데 대하여 주택임차인에게 책임을 물을 만한 사유도 없는 경우에는 주택임차인이 이미 취득한 대항력을 주민등록의 이전에도 불구하고 그대로 유지된다(대판 2000. 9. 29, 2000다37012).
- ④ 임차인이 착오로 임대차건물의 지번과 다른 지번에 주민등록(전입신고)을 하였다가 그후 관계공무원이 직권정정을 하여 실제지번에 맞게 주민등록이 정리되었다면 임차인은 주민등록이 정리된 이후에 비로소 대항력을 취득하게 된다(대판 1987. 11. 10, 87다카1573).
- ⑤ 임차인이 올바르게(즉, 임차건물 소재지 지번으로) 전입신고를 하였으나, 담당공무원의 착오로 주민등록표상에 신거주지 지번이 다소 틀리게 기재된 경우에는 「주택임대차보호법」상의 대항력을 취득한다(대판 1991. 8. 13, 91다18113).

- ⑥ 건축 중인 주택을 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록상의 주소 기재가 당시의 주택 현황과 일치하였으나 그 후 사정변경으로 등기부상 주택의 표시가 달라진 경우, 입찰절차에서의 이해관계인 등이 그러한 사정을 알고 있었더라도 그 주민등록은 공시방법으로서의 효력이 없다(대판 2003. 5. 16, 2003다10940).
- ⑦ 다가구용 단독주택의 경우 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖추기 위해서는 지번만 기재하면 된다(대판 1998. 1. 23, 97다47828).
- ⑧ 다가구용 단독주택으로 소유권보존등기된 건물의 일부를 임차한 사람이 그 지번을 기재하여 전입신고를 함으로써 대항력을 취득한 후에 위 건물이 다세대 주택으로 변경된 경우 이미 취득한 대항력을 그대로 유지된다(대판 2007. 2. 8, 2006다70516).
- ⑨ 다세대주택, 연립주택, 아파트와 같은 공동주택의 경우에는 지번뿐만 아니라 동·호수까지 정확히 기재하여야 대항력을 취득할 수 있다(대판 1996. 3. 12, 95다46104 등). 따라서 지번만 기재하거나, 실제의 동·호수와 다르게 기재한 경우, 임차 당시의 동·호수로 전입신고를 하였으나 후에 준공검사시 동·호수가 바뀐 경우, 현관문에 부착된 호수의 표시대로 전입신고를 하였으나 그것이 등기부상의 표시와 다른 경우에는 유효한 공시방법으로 볼 수 없다.
- ⑩ 부동산등기부상 「에이(A)동」이라고 표시된 연립주택의 임차인이 '가'동이라고 전입신고를 한 경우, 임차인의 주민등록은 유효한 공시방법으로 볼 수 있다(대판 2003. 6. 10, 2002다59351).
- ⑪ 주택의 소유권보존등기가 이루어진 후 토지의 분할 등으로 인하여 지적도, 토지대장, 건축물대장 등의 주택의 지번 표시가 등기부상 지번과 상이하게 된 경우, 토지대장 및 건축물대장상의 지번에 따른 주민등록은 유효한 임대차의 공시방법으로 될 수 있다(대판 2001. 12. 27, 2001다63216).
- ⑫ 동일 지번 대지 위에 단독주택과 다세대 주택이 함께 건립되어 있고 등기부상으로 그 각 구분소유 부분에 대하여 그 동·호수가 달리 표시되어 있으며 단독주택에 대하여는 등기부와 같은 내용의 집합건축물관리대장까지 작성되어 있는 경우에는 단독주택의 임차인은 그 지번 외에 등기부와 집합건축물관리대장상의 동·호수까지 전입신고를 마쳐야만 그 임대차의 유효한 공시방법을 갖추었다고 할 것이다(대판 2002. 3. 15, 2001다80204).

③ 대항력의 내용

(1) 기본판례

- ① 주택임차인이 제3자에 대한 대항력을 갖춘 후 임차주택의 소유권이 양도되어 그 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는, 임대차보증금의 반환채무도 부동산소

유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금반환채무는 소멸한다(대판 1996. 2. 27, 95다35616).

- ② 대항력 있는 주택임대차에 있어 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 상태에서 임차주택이 양도되었으나 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우, 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기하면 양도인의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다(대판 2002. 9. 4, 2001다64615).
- ③ 임대차의 목적이 된 주택을 담보목적으로 「신탁법」에 따라 신탁한 경우에 수탁자는 「주택임대차보호법」 제3조 제3항에 의하여 임대인의 지위를 승계한다(대판 2002. 4. 12, 2000다70460).
- ④ 후순위 저당권의 실행으로 목적 부동산이 경락된 경우에는 선순위 저당권까지도 당연히 소멸하는 것이므로 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸한다. 따라서 그 경락인은 「주택임대차보호법」 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 임차인은 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다(대판 2000. 2. 11, 99다59306).
- ⑤ 법인에게 주택을 임대한 경우에는 법인은 「주택임대차보호법」 제3조 제1항 소정의 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없으므로 임대인이 위 임대주택을 양도하더라도 그 양수인이 「주택임대차보호법」에 의하여 임대인의 지위를 당연히 승계하는 것이 아니다(대판 2003. 7. 25, 2003다2918).

(2) 심화판례

- ① 소유권을 취득하였다가 주택에 대한 매매계약의 해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차 받아 주택임대차보호법상의 대항요건을 갖춘 임차인에 대하여 계약해제로 소유권을 회복한 제3자는 임차주택의 양수인으로서 임대인의 지위를 승계하므로 보증금반환채무를 부담한다(대판 2003. 8. 22, 2003다12717).
- ② 매도인의 매매대금수령 이전에 해제조건부로 임대권한을 부여받은 매수인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차하여 「주택임대차보호법」상의 대항요건을 갖춘 임차인에 대하여 계약해제로 소유권을 회복한 원소유자인 매도인은 임차주택의 양수인에 해당하지 않는다(대판 1995. 12. 12, 95다32037).
- ③ 임차주택의 양도담보권자는 주택임대차보호법 제3조 제3항의 임차주택의 양수인에 해당하지 않는다(대판 1993. 11. 23, 93다4083).
- ④ 임차주택의 대지만을 경락받은 자는 주택임대차보호법 제3조 제3항의 임차주택의 양수인에 해당하지 않는다(대판 1998. 4. 10, 98다3276).

- ⑤ 가압류등기 후 부동산을 임차한 주택임차인은 경락인에 대하여 자신의 주택임차권을 주장할 수 없다(대판 1983. 4. 26, 83다카116).
- ⑥ 임차주택의 양수인이 임차보증금반환채무를 부담하게 된 이후에 임차인이 주민등록을 옮기더라도 이미 발생한 임차보증금반환채무가 소멸하는 것은 아니다(대판 1993. 12. 7, 93다36615).
- ⑦ 임차주택의 양수인이 임차인에게 임대차보증금을 반환하였다 하더라도, 이는 자신의 채무를 변제한 것에 불과할 뿐, 양도인의 채무를 대위변제한 것이라거나, 양도인이 위 금액 상당의 반환채무를 면함으로써 법률상 원인없이 이익을 얻고 양수인이 그로 인하여 위 금액 상당의 손해를 입었다고 할 수 없다(대판 1993. 7. 16, 93다17324).

④ 우선변제권

(1) 기본판례

- ① 주택임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서 상에 확정일자를 갖춘 경우 우선변제권의 발생시기는 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음 날이다(대판 1999. 3. 23, 98다46938).
- ② 「주택임대차보호법」상의 대항요건을 갖춘 임차인은 임차주택의 양수인에게 대항하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리와 보증금에 관하여 임차주택의 가액으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리를 겸유하므로 위 두 가지 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있다(대판 1993. 12. 24, 93다39676).

(2) 심화판례

- ① 「주택임대차보호법」 제3조의2 제2항의 확정일자의 요건을 규정한 것은 임대인과 임차인 사이의 담합으로 임차보증금의 액수를 사후에 변경하는 것을 방지하고자 하는 취지일 뿐, 대항요건으로 규정된 주민등록과 같이 당해 임대차의 존재 사실을 제3자에게 공시하고자 하는 것은 아니다(대판 1999. 6. 11, 99다7992).
- ② 「주택임대차보호법」 제3조의2 제1항의 임차주택에는 건물뿐만 아니라 그 대지도 포함된다(대결 2000. 3. 15, 99마4499).
- ③ 주택임차인이 임차권의 대항력을 취득하고 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 후 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다가 재전입한 경우, 임차인은 다시 확정일자를 받을 필요없이 재전입 이후에 그 주택에 관하여 담보물권을 취득한 자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있다(대판 1998. 12. 11, 98다34584).
- ④ 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 순위에 따른

배당이 실시되더라도 배당받을 수 없는 보증금 잔액이 있는 경우, 그 잔액에 대하여 경락인에게 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다(대판 1997. 8. 22, 96다53628).

- ⑤ 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 보증금 전액을 배당받지 못한 경우, 후행 경매절차에서는 우선변제권에 의한 배당을 받을 수 없다(대판 2001. 3. 27, 98다4552).
- ⑥ 「임차인은 임차주택을 양수인에게 인도하지 아니하면 보증금을 수령할 수 없다」는 주택임대차보호법 제3조의2 제3항의 의미는 임차인이 보증금을 수령하기 위해서는 임차주택을 명도한 증명을 하여야 한다는 의미이지, 주택인도의무가 보증금반환의무보다 선이행되어야 한다는 의미는 아니다(대판 1994. 2. 22, 93다55241).
- ⑦ 우선변제권을 갖는 주택임차인과 선순위의 가압류채권자와의 배당관계는 평등배당이다(대판 1992. 10. 13, 92다30597 ※ 비교기준은 확정일자와 가압류일자임).
- ⑧ 대항력을 갖춘 임차인이 저당권설정등기 이후에 임대인과의 합의에 의하여 보증금을 증액한 경우 보증금 중 증액부분에 관해서는 저당권에 기하여 건물을 경락받은 소유자에게 대항할 수 없다(대판 1990. 8. 24, 90다카11377).
- ⑨ 주택임대차로서의 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권이 인정되지 않는다(대판 2003. 7. 22, 2003다21445).

⑤ 최우선변제권

(1) 기본판례

- ① 「주택임대차보호법」상의 소액보증금반환채권은 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당하므로, 적법한 배당요구를 하지 아니하여 배당에서 제외된 경우 배당받은 후순위채권자를 상대로 부당이득 반환청구를 할 수 없다(대판 2002. 1. 22, 2001다70702).
- ② 「주택임대차보호법」 소정의 소액임차보증금의 임차인이라 할지라도 당해 목적물의 경매절차에서 소액보증금의 지급을 받지 못한 이상 그 임차주택의 경락인에 대하여 소액보증금의 우선변제를 요구할 수는 없다(대판 1988. 4. 12, 87다카844).
- ③ 소액보증금의 우선변제는 대지에 관한 저당권설정 당시에 이미 그 지상건물이 존재하는 경우에만 적용될 수 있는 것이고, 대지에 관한 저당권설정 후 지상에 건물이 신축된 경우 건물의 소액임차인에게는 그 저당권실행에 따른 환가대금에 대한 우선변제권이 없다(대판 1999. 7. 23, 99다25532).

(2) 심화판례

판례를 접하는 자, 합격을 접는다!!!

판례정복, 그를 만나면 가능하다!!!

- ① 최우선변제의 요건인 대항력은 최우선변제권 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 배당요구의 종기까지 계속 존속하여야 한다(대판 1997. 10. 10, 95다44597).
- ② 다가구용 단독주택의 대지 및 건물에 관한 근저당권자가 그 대지 및 건물에 관한 경매를 신청하였다가 그 중 건물에 대한 경매신청만을 취하함으로써 이를 제외한 대지 부분만이 낙찰되었다고 하더라도, 그 주택의 소액임차인은 그 대지에 관한 낙찰대금 중에서 소액보증금을 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있다(대판 1996. 6. 14, 96다7595).
- ③ 주택임대차보호법 제8조 소정의 우선변제권의 한도가 되는 주택가액의 2분의 1에서 '주택가액'이란 낙찰대금에서 입찰보증금에 대한 배당기일까지의 이자, 몰수된 입찰보증금 등을 포함한 금액에서 집행비용을 공제한 실제 배당할 금액을 말한다(대판 2001. 4. 27, 2001다8974).
- ④ 주택임대차보호법 제8조 소정의 우선변제권 있는 소액임차인이 배당요구를 하지 아니하여 근저당권자가 소액임차인이 배당받아야 할 임차보증금 상당의 금원까지 배당받았다면 이에 의하여 실체법상의 권리가 확정되는 것이 아니므로 소액임차인은 근저당권자에 대하여 소액보증금 상당의 부당이득반환청구권을 갖게 된다(대판 1990. 3. 27, 90다카315).
- ⑤ 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 데 있는 것이 아니고 소액임차인으로 보호받아 기존채권을 회수하려는 데에 있는 경우에는 「주택임대차보호법」상의 소액임차인으로 보호받을 수 없다(대판 2001. 5. 8, 2001다14733).

6. 임차권등기명령 제도

(1) 기본판례

임대인의 임대차보증금반환의무와 임차인의 「주택임대차보호법」 제3조의3에 의한 임차권등기말소의무는 동시에행관계가 아니라, 임대인의 임대차보증금반환의무가 임차인의 임차권등기말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다(대판 2005. 6. 9, 2005다4529).

(2) 심화판례

임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 민사집행법 제148조 제4호에 정한 채권자에 준하여 배당요구를 하지 않아도 배당을 받을 수 있다(대판 2005. 9. 15, 2005다33039).

7. 경매시 임차권의 소멸 여부

(1) 기본판례

후순위 저당권의 실행으로 목적 부동산이 경락된 경우에는 선순위 저당권까지도 당연히 소멸하는 것이므로 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸한다. 따라서 그 경락인은 「주택임대차보호법」 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것으로 임차인은 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다(대판 2000. 2. 11, 99다59306). 13, 15주가, 17

(2) 심화판례

- ① 「주택임대차보호법」상의 대항력과 우선변제권을 가지고 있는 임차인이 임차주택에 대한 경매절차에서 보증금 전액을 배당받을 수 있는 경우 임차권의 소멸시기는 임차인에 대한 배당표가 확정될 때이다. 따라서 임차인에 대한 배당표가 확정될 때까지 임차인에 의한 임차주택의 사용·수익은 낙찰대금을 납부한 경락인과의 관계에서 부당이득으로 되지 않는다(대판 2004. 8. 30, 2003다23885).
- ② 부동산 경매절차에 있어서 「주택임대차보호법」 제3조에 정한 대항요건을 갖춘 임차권보다 선순위 저당권이 있는 경우, 낙찰로 인하여 선순위 저당권이 소멸하면 그보다 후순위의 임차권은 그 대항력을 상실하지만, 낙찰대금지급기일 이전에 선순위 저당권이 다른 사유로 소멸한 경우에는 임차권의 대항력을 소멸하지 않는다(대판 2003. 4. 25, 2002다70075).
- ③ 「주택임대차보호법」 제3조의5 단서에서 말하는 경락에 의하여 소멸하지 아니하는 임차권의 내용은 대항력에 한하고, 우선변제권은 당연히 포함되는 것으로 볼 수 없다(대판 2006. 2. 10, 2005다21166).

8. 기타사항

(1) 심화판례

- ① 「주택임대차보호법」 제4조 제1항에 정한 최소 2년간의 임대차기간 보장규정의 의미는 임차인 보호를 위하여 최소한 2년간의 임대차기간을 보장하여 주려는 규정이므로, 그 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고 그 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 않은 것은 유효하다(대판 1996. 4. 26, 96다5551).

- ② 임차인이 2년 미만으로 정한 임대차기간의 만료를 주장할 수 있는 경우는 임차인 스스로 그 약정 임대차기간이 만료되어 임대차가 종료되었음을 이유로 그 종료에 터잡은 임차보증금반환채권 등의 권리를 행사하는 경우에 한된다. 따라서 임대차가 묵시적으로 갱신되는 경우에는 2년의 기간보다 짧은 약정 임대차기간을 주장할 수 없다(대판 1996. 4. 26, 96다5551).

③ 주택임대차보호법 제7조의 차임 등의 증감청구권 규정은 임대차계약의 존속 중 당사자 일방이 약정한 차임 등의 증감을 청구한 때에 한하여 적용되고, 임대차계약이 종료된 후 재계약을 하거나 또는 임대차계약 종료 전이라도 당사자의 합의로 차임 등이 증액된 경우에는 적용되지 않는다(대판 1993. 12. 7, 93다30532).

(1) 기본판례

사업자등록은 대항력 또는 우선변제권의 취득요건일 뿐만 아니라 존속요건이기도 하므로, 배당요구의 종기까지 존속하고 있어야 한다(대판 2006. 1. 13, 2005다64002).

(2) 심화판례

① 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 임차 건물의 전대차 등으로 당해 사업을 개시하지 않거나 사실상 폐업한 경우에는 그 사업자등록은 「부가가치세법」 및 「상가건물임대차보호법」이 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자 등록이라고 볼 수 없고, 이 경우 임차인이 「상가건물임대차보호법」상의 대항력 및 우선변제권을 유지하기 위해서는 건물을 직접 점유하면서 사업을 운영하는 전차인이 그 명의로 사업자등록을 하여야 한다(대판 2006. 1. 13, 2005다64002).

② 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기가 경료된 후에 「상가건물임대차보호법」상 대항력을 취득한 임차인은 그 가등기에 기하여 본등기를 경료한 자에 대하여 임대차의 효력으로써 대항할 수 없다(대판 2007. 6. 28, 2007다25599).

2 기타사항

(1) 심화판례

상가건물임대차보호법 제10조 제2항은 '임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차 기간을 포함한 전체 임대차 기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서만 행사할 수 있다'라고 규정하고 있는바, 이때의 '최초의 임대차 기간'이란 위 법 시행 이후에 체결된 임대차 계약에 있어서나 위 법 시행 이전에 체결되었다가 위 법 시행 이후에 갱신된 임대차 계약에 있어서 모두 당해 상가건물에 관하여 최초로 체결된 임대차계약의 기간을 의미한다(대판 2006. 3. 23, 2005다74320).

상가건물임대차보호법

1 대항력

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

1 구분소유권과 전유부분

(1) 기본판례

- ① 1동의 건물 중 구분된 각 부분이 구조상, 이용상 독립성을 가지고 있는 경우에 그 각 부분을 1개의 구분건물로 하는 것도 가능하고, 그 1동 전체를 1개의 건물로 하는 것도 가능하기 때문에, 이를 구분건물로 할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 소유자의 의사에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 구분건물이 되기 위하여는 객관적, 물리적인 측면에서 구분건물이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추어야 하고, 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사표시 즉 구분행위가 있어야 하는 것이다(대판 1999. 7. 27, 98다35020).
- ② 담보책임을 물을 수 있는 자는 수분양자이나, 수분양자가 집합건물을 양도한 경우 양도 당시 양도인이 이를 행사하기 위하여 유보하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 하자담보추급권은 현재의 집합건물의 구분소유자에게 귀속한다(대판 2003. 2. 11, 2001다47733). ¹⁸

(2) 심화판례

- ① 구조상의 독립성은 주로 소유권의 목적이 되는 객체에 대한 물적 지배의 범위를 명확히 할 필요성 때문에 요구되므로 구조상의 구분에 의하여 구분소유권의 객체 범위를 확정할 수 없는 경우에는 구조상의 독립성이 있다고 할 수 없다(대판 1999. 11. 9, 99다46096).
- ② 완공된 집합건물의 하자로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 수분양자는 이를 이유로 분양계약을 해제할 수 있다(대판 2003. 11. 14, 2002다2485).
- ③ 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제9조의 담보책임은 건물의 건축상의 하자 외에 대지부분의 권리상의 하자에까지 적용되는 것은 아니다(대판 2002. 11. 8, 99다58136).

2 공용부분

(1) 기본판례

- ① 집합건물의 어느 부분이 전유부분인지 공용부분인지 여부는 구분소유가 성립한 시점, 즉 원칙적으로 건물 전체가 완성되어 당해 건물에 관한 건축물대장에 구분건물로 등록된 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 건물 개조나 이용상황의 변화 등은 전유부분인지 공용부분인지 여부에 영향을 미칠 수 없다(대판 1999. 9. 17, 99다1345).
- ② 공동주택의 공용부분인 공동대피소로 건축된 부분을 주거용 방실로 개조하여 주거용으로 사용케 하더라도 구분소유의 목적이 될 수 없다(대판 1992. 4. 10, 91다46151).

(2) 심화판례

- ① 아파트 지하실은 구분소유의 목적이 될 수 없다(대판 1995. 3. 3, 94다4691).
- ② 집합건물인 상가건물의 지하주차장은 독립된 구분소유의 대상이 될 수 있다(대판 1995. 12. 26, 94다44675).

3 대지사용권

(1) 기본판례

- 매수인이 전유부분에 대한 소유권이전등기만 경료 받고 대지지분에 대하여는 이전등기를 경료 받지 못하였더라도 그 매수인은 매매계약의 효력으로써 건물의 대지를 점유·사용할 권리를 가지고, 이러한 대지의 점유·사용권은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제2조 제6호에서 정한 대지사용권에 해당한다(대판 전합체 2000. 11. 16, 98다45652 · 45669).

(2) 심화판례

- ① 집합건물의 전유부분에 대하여만 소유권이전등기를 받은 매수인이 대지지분에 대한 소유권이전등기를 받기 전에 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있으며, 또한 매수인이 전유부분 및 장래 취득할 대지지분을 다른 사람에게 양도하여 그 종전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료하여 준 다음 사후에 취득한 대지지분을 전유부분의 소유권을 취득한 양수인이 아닌 제3자에게 분리처분할 수도 있으므로 이에 위반한 대지사용권만의 처분행위는 무효이다(대판 전합체 2000. 11. 16, 98다45652 · 45699).

② 집합건물의 전유부분과 대지사용권의 일체성에 관한 규정인 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조의 규정의 취지는 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다(대판 2006. 3. 10, 2004다742).

③ 구분건물의 전유부분에 대한 소유권이 전동기만 경료되고 대지지분에 대한 소유권이 전동기가 경료되기 전에 전유부분만에 관하여 설정된 저당권의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 대지사용권에까지 미친다(대판 2001. 9. 4, 2001다22604).

4 구분소유자의 권리 · 의무

(1) 기본관례

① 공유자의 특별승계인에게 그 승계의사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제18조에서 특별규정을 두고 있는바, 위 관리규약 중 공용부분 관리비에 관한 부분은 위 규정에 터잡은 것으로서 유효하다고 할 것으로, 아파트의 특별승계인은 전 입주자의 체납관리비 중 공용부분에 관하여는 이를 승계하여야 한다고 봄이 타당하다(대판 전합제 2001. 9. 20, 2001다8677).

② 공용부분 관리비에 대한 연체료는 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다(대판 2006. 6. 29, 2004다3598 · 3604).

③ 적법한 절차에 따라 제정된 집합건물의 규약은 그 내용이 강행법규에 위반된다거나 구분소유자의 소유권을 필요하고 합리적인 범위를 벗어나 과도하게 침해 내지 제한함으로써 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다고 볼 정도로 사회관념상 현저히 타당성을 잃었다고 여겨지는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 이를 유효하다. 따라서 구분소유자가 집합건물의 규약에서 정한 업종준수의무를 위반할 경우, 단전 · 단수 등 제재조치를 할 수 있다고 규정한 집합건물 규약의 내용은 특별한 사정이 없는 한 유효하다(대판 2004. 5. 13, 2004다2243).

④ 입주자대표회의는 공동주택의 관리에 관한 사항을 결정하여 시행하는 등의 관리권 한만을 가질 뿐으로, 입주자대표회의가 공동주택의 구분소유자를 대리하여 공용부분 등의 구분소유권에 기초한 방해배제청구 등의 권리를 행사할 수 있다고 규정한 공동주택관리규약은 무효이다(대판 2003. 6. 24, 2003다17774).

(2) 심화관례

제3자의 불법점유에 대한 방해배제와 부당이득반환 또는 손해배상청구는 제1차적으로

구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 관리단이 구성되고 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다(대판 2003. 6. 24, 2003다17774).

5 관리단

(1) 기본관례

① 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체이다(대판 2002. 12. 27, 2002다45284).

② 분양대금을 완납하였음에도 분양자측의 사정으로 소유권이 전동기를 경료 받지 못한 수분양자도 관리단의 구성원이 되어 의결권을 행사할 수 있다(대결 2005. 12. 16, 2004마515)

(2) 심화관례

① 관리단집회에서 적법하게 결의된 사항은 그 결의에 반대한 구분소유자에 대하여도 효력을 미친다(대판 1995. 3. 10, 94다49687).

② 관리단 설립 후 집합건물의 관리로 인한 책임은 종국적으로 관리단에게 귀속되고, 만일 관리단이 그의 재산으로 채무를 완제할 수 없는 때에는 구분소유자는 규약으로써 그 부담부분을 달리 정하지 않는 한 그가 가지는 전유부분의 면적의 비율에 따라 결정되는 공유지분의 비율로 관리단의 채무를 변제할 책임을 진다(대판 1997. 8. 29, 97다19625).

6 재건축

(1) 기본관례

① 하나의 단지 내에 여러 동의 건물이 있는 경우, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 소정의 재건축 결의는 각각의 건물마다 있어야 한다(대판 1998. 3. 13, 97다41868).

② 재건축 비용의 분담액 또는 산출기준을 확정하지 않은 재건축결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대판 2005. 4. 29, 2004다7002).

③ 「주택건설촉진법」에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당하고,

재건축조합이 주체가 되어 신축 완공한 상가건물은 조합원 전원의 총유에 속하며, 총유물의 관리 및 처분에 관하여 재건축조합의 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 조합원 총회의 결의에 의하여 약 한다(대판 2001. 5. 29, 2000다10246).

(2) 심화판례

- ① 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제49조에 의하여 의제된 합의내용인 재건축결의 내용의 변경을 위해서는 조합원 5분의 4 이상의 결의가 필요하고, 재건축 결의내용을 변경하는 결의는 서면결의로도 가능하다(대판 전합체 2005. 4. 21, 2003다4969).
- ② 재건축결의 당시에는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 소정의 정족수를 갖추지 못하였으나, 그 후 재건축불참자 중 일부가 재건축결의에 찬성함으로써 정족수를 충족하더라도 당초 재건축결의의 하자가 치유되는 것은 아니다(대판 2002. 9. 27, 2000다10048).
- ③ 여러 동의 건물 중 일부 동에 대해서만 재건축결의의 요건을 갖춘 경우 그 일부 동의 재건축결의에 찬성하지 아니한 구분소유자에 대하여 먼저 매도청구권을 행사할 수 있다(대판 2002. 9. 24, 2000다22812).

가등기담보 등에 관한 법률

1 적용범위

- 목적물의 공시가 가능할 것
- 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과할 것
- 채권담보 목적의 계약이 있을 것
- 소비대차에 기한 채권일 것

(1) 기본판례

- ① 「가등기담보 등에 관한 법률」은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 그 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 한하여 그 적용이 있다(대판 1993. 10. 26, 93다27611).
- ② 매매대금채권을 담보하기 위하여 소유권이전등기를 경료한 경우에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 2001. 1. 5, 2000다47682).
- ③ 공사대금채권을 담보하기 위한 가등기에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1996. 11. 15, 96다31116).
- ④ 가등기의 주된 목적이 매매대금채권(또는 공사대금채권)의 확보에 있고, 대여금채권의 확보는 부수적 목적인 경우에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 2002. 12. 24, 2002다50484).
- ⑤ 매매대금채권의 담보를 위하여 양도담보권이 설정된 후 대여금채권이 그 피담보채권에 포함되게 된 경우 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 2001. 3. 23, 2000다29356 · 29363).
- ⑥ 가등기담보 채권자가 그의 권리를 보전하기 위하여 가등기담보 채무자의 제3자에 대한 선순위 가등기담보채무를 대위변제하여 가지는 구상금채권도 담보가등기의 피담보채권에 포함된다(대판 2002. 6. 11, 99다41657).

(2) 심화판례

- ① 물품대금선급금 반환채권을 담보할 목적으로 이루어진 가등기에 관하여 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1992. 10. 27, 92다22879).
- ② 불하대금채권을 담보할 목적으로 이루어진 가등기에 관하여 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1995. 4. 21, 94다26080).

- ③ 매매계약의 해제에 따른 대금반환채권을 담보할 목적으로 이루어진 가등기에 관하여 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1996. 11. 29, 96다31895).
- ④ 낙찰자로서의 권리를 포기하는 대가로 채무자가 지급한 금전을 담보하기 위하여 가등기한 경우에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1998. 6. 23, 97다1495).
- ⑤ 가등기나 소유권이전등기가 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무와 그 외의 원인으로 발생한 채무를 동시에 담보할 목적으로 경료되었으나 그 후 금전 소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무만이 남게 된 경우에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용된다(대판 2004. 4. 27, 2003다29968).
- ⑥ 대물변제약정을 하였으나 그에 기한 소유권이전등기를 경료하지 않은 경우에는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판 1999. 2. 9, 98다51220).

2 가등기담보권 일반

(1) 기본판례

- ① 채권담보를 목적으로 가등기를 하는 경우에는 원칙적으로 채권자와 가등기명의자가 동일인이 되어야 하지만, 채권자 아닌 제3자의 명의로 가등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나, 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는, 그 제3자 명의의 가등기도 유효하다(대판 2002. 12. 24, 2002다50484).
- ② 담보가등기인지 여부는 등기부상의 등기원인에 의하여 형식적으로 결정될 것이 아니고 거래의 실정과 당사자의 의사해석에 따라 결정된다(대판 1992. 2. 1, 91다36932).

(2) 심화판례

- ① 채권자와 채무자 또는 물상보증인이 가등기담보권설정계약을 체결함에 있어 가등기 이후에 발생될 채무도 피담보채무의 범위에 포함시키기로 한 약정은 유효하다(대판 1993. 4. 13, 92다12070 ※ 근거등기담보도 유효하다는 내용임).
- ② 일반적으로 담보목적으로 가등기를 경료한 경우 담보물에 대한 사용·수익권은 가등기담보권설정자인 소유자에게 있으나, 가등기담보권의 실행으로 청산절차가 종료된 후 담보목적물에 대하여 사용·수익권을 가지는 자는 가등기담보권자인 채권자이다(대판 2001. 2. 27, 2000다20465).

3 가등기담보권의 실행

(1) 기본판례

- ① 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보 목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 「가등기담보 등에 관한 법률」상 허용되지 않는다(대판 2002. 12. 10, 2002다42001).
- ② 채권자가 주관적으로 평가한 청산금 액수가 객관적인 청산금 평가액에 미치지 못하는 경우라도 담보권 실행통지로서의 효력은 있다(대판 1996. 7. 30, 96다6974).
- ③ 「가등기담보 등에 관한 법률」 제3조, 제4조 소정의 정산절차를 거치지 아니하고 가등기담보권자가 경료한 소유권이전등기는 원칙적으로 무효이다(대판 2002. 6. 11, 99다41657).
- ④ 가등기담보권자는 선택적으로 청산금지급에 의한 소유권취득이나 저당권실행의 경우와 같이 경매청구를 할 수 있다(대판 1998. 12. 20, 97다카2685).
- ⑤ 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있으므로 청산기간이 경과된 후에도 채무자는 피담보채무 전액 등을 지급하고 가등기의 말소를 구할 수 있다(대판 1994. 6. 28, 94다3087 · 94다3094).
- ⑥ 채권담보의 목적으로 건물을 양도 받은 채권자가 채권이 변제로 소멸된 후 그 건물을 제3자에게 매도한 경우 그 매수인은 소유권을 취득할 수 없다(대판 1990. 11. 9, 90다4457).

(2) 심화판례

- ① 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보 목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 「가등기담보 등에 관한 법률」상 허용되지 않는다(대판 2002. 12. 10, 2002다42001).
- ② 「가등기담보 등에 관한 법률」에 기한 귀속정산절차에 있어서 통지의 상대방은 채무자등이다. 이 때의 채무자등에는 채무자와 물상보증인뿐만 아니라 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3취득자가 포함되므로 실행통지는 이들 모두에게 하여야 한다. 따라서 실행통지 흡결시 가등기담보권자는 소유권을 취득할 수 없다(대판 2002. 4. 23, 2001다81856).

1994. 8. 26, 93다44739).

- ② 양도담보의 목적물인 데지가 출산한 새끼돼지에 대하여 양도담보의 효력이 미치지 않는다(대판 1996. 9. 10, 96다25463).
- ③ 피담보채권의 범위에 관한 민법 제360조 규정은 양도담보에도 준용된다(대판 1992. 5. 12, 90다8855).

④ 가등기담보권의 소멸

(1) 심화판례

- ① 「가등기담보 등에 관한 법률」의 규정에 따른 청산절차 진행 전에 신청된 강제경매에 의하여 제3자에게 소유권이전이 된 경우 가등기담보권자는 더 이상 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없다(대판 1992. 2. 11, 91다36932).
- ② 담보가등기가 경료된 부동산이 경매되어 경락인이 소유권을 취득한 후 담보가등기에 기하여 경료된 본등기의 효력은 무효이다(대판 1994. 4. 12, 93다52853).

⑤ 양도담보

(1) 기본판례

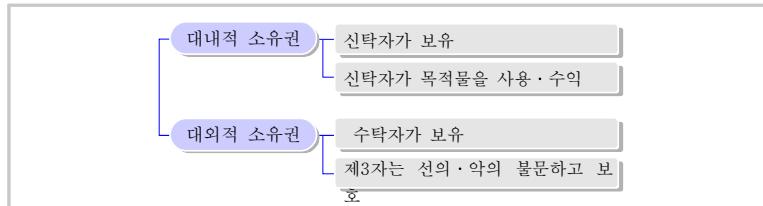
- ① 채무의 담보를 위하여 채무자가 자신의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가 명의를 채권자 명의로 한 경우, 이는 완성될 건물을 양도담보로 제공하기로 하는 담보권 설정의 합의로 볼 수 있다(대판 2001. 1. 5, 2000다47682).
- ② 완성된 건물에 관하여 소유권보존등기를 마친 채권자는 피담보채무가 이행지체에 빠진 경우 담보권 실행으로서 채무자 또는 채무자로부터 점유를 이전받은 제3자를 상대로 그 건물의 명도청구를 할 수 있다(대판 2001. 1. 5, 2000다47682).
- ③ 「상가건물임대차보호법」 소정의 대항요건을 갖춘 상가건물임차인은 그에 앞서 담보권을 취득한 담보권자 또는 그 담보권에 기한 환가절차에서 당해 주택을 취득하는 취득자에 대하여 자신의 임차권을 주장할 수 없다(대판 2001. 1. 5, 2000다47682).
- ④ 토지매도인과 매수인이 매매대금의 지급을 담보하기 위하여 매도인 명의로 건축허가를 받아 건물을 신축하고 그 건물을 처분하여 그 대금으로 토지 매매대금에 충당하기로 약정한 후 그 약정에 기하여 매수인이 그 신축 건물을 제3자에게 임대한 경우, 그 건물에 대한 매도인의 담보권은 이미 실행되어 소멸된 것으로 보거나 매도인이 그 부분에 한하여 담보권 주장을 포기한 것으로 볼 수 있다(대판 2001. 1. 5, 2000다47682).
- ⑤ 일반적으로 부동산을 채권담보의 목적으로 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 목적 부동산에 대한 사용·수익권은 채무자인 양도담보설정자에게 있다(대판 1988. 11. 22, 87다카2555).

(2) 심화판례

- ① 동산의 양도담보에 대해서는 「가등기담보 등에 관한 법률」이 적용되지 않는다(대판

부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률

① 명의신탁의 법률관계 – 부동산설명법 제정 전의 논의



(1) 기본판례

- ① 신탁자는 언제든지 명의신탁약정을 해지하여 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 그리고 신탁자의 일반채권도 신탁자를 대위하여 명의신탁 해지권을 행사하여 신탁 재산을 신탁자 명의로 환원시킬 수 있다(대판 1960. 4. 21, 4292민상667).
- ② 대외적인 관계에 있어서는 수탁자만이 소유권자로서 그 재산에 대한 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있으며, 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리(?)를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없다(대판 전합체 1979. 9. 25, 77다1079).
- ③ 명의신탁재산에 대한 침해배제를 구하는 것은 대외적 소유권자인 수탁자만이 가능한 것이며, 신탁자는 수탁자를 대위하여 그 침해에 대한 배제를 구할 수 있을 뿐이므로, 명의신탁사실이 인정된다고 할지라도 신탁자는 제3자에 대하여 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 할 수 있는 진정한 소유자의 지위에 있다고 볼 수 없다(대판 2001. 8. 21, 2000다36484).
- ④ 명의신탁재산이 처분된 경우 수탁자로부터 부동산을 양수한 제3자는 선의·악의를 불문하고 소유권을 취득한다(대판 1987. 3. 10, 85다카2508).
- ⑤ 명의신탁계약해지의 효과는 소급하지 않고 장래에 향하여 효력이 있음에 불과하므로 수탁자가 신탁자 앞으로 등기 명의를 이전하기 전에 수탁자로부터 부동산을 취득한 자는 그 취득행위에 무효 또는 취소사유가 없는 한 적법하게 소유권을 취득한다(대판 1991. 8. 27, 90다다19848).

② 심화판례

- ① 동산에 관하여는 공부상 그 소유관계를 공시할 수 없으므로 명의신탁관계가 성립할 수 없다(대판 1994. 10. 11, 94다16175).
- ② 부동산의 소유자로 등기된 수탁자는 그 점유권의 성질상 자주점유라 할 수 없으므로 신탁부동산의 소유권을 시효취득할 수 없다(대판 2002. 4. 26, 2001다8097).
- ③ 명의신탁된 토지상에 수탁자가 건물을 신축한 후 명의신탁이 해지되어 토지소유권이 수탁자에게 환원된 경우 수탁자는 관습법상의 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 1986. 5. 27, 86다카62).
- ④ 대지의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 대지가 자기의 소유임을 주장할 수 없고 따라서 대지와 그 지상건물이 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 1993. 6. 25, 92다20330).
- ⑤ 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 토지소유자는 제366조 소정의 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 2004. 2. 13, 2003다29043).
- ⑥ 명의신탁자가 신탁 부동산을 매도하더라도 타인의 권리매매에 해당하지 않는다(대판 1996. 8. 20, 96다18656).
- ⑦ 주택의 명의신탁자와 임대차계약을 체결한 임차인에 대하여 명의수탁자는 자신이 소유권을 내세워 주택의 명도를 청구할 수 없고, 주택의 명의신탁자가 임대차계약을 체결한 후 명의수탁자가 명의신탁자로부터 그 주택의 처분권한을 종국적으로 이전 받은 경우 명의수탁자는 주택임대차보호법 제3조 제3항 소정의 임차주택의 양수인에 해당한다(대판 1999. 4. 23, 98다49753).
- ⑧ 부동산 취득자가 명의수탁자의 범죄적인 처분행위에 적극 가담하여 처분이 이루어진 경우 그 취득행위는 반사회적 법률행위로서 무효이다(대판 1992. 3. 31, 92다1148).
- ⑨ 수탁자의 사망으로 인하여 수탁자의 지위가 공동상속되었을 때 신탁해지의 의사표시가 그 공동상속인 일부에게만 이루어졌다면 신탁해지의 효과는 그 일부 상속인에게만 발생하는 것이고, 이때에는 해제·해지의 불가분성에 관한 민법 제547조의 규정은 그 적용이 없다(대판 1992. 6. 9, 92다9579).

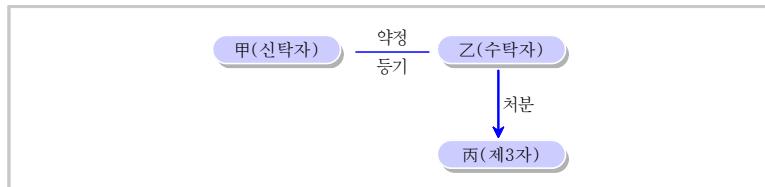
② 부동산설명법의 적용범위

(1) 기본판례

- ① 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제8조 제2호 소정의 '배우자'에 사실혼 관계의 배우자는 포함되지 않는다(대판 1999. 5. 14, 99두35).
- ② 명의신탁등기가 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에 따라 무효가 된 후 신탁

자와 수탁자가 혼인하여 그 등기명의자가 배우자로 된 경우에는 혼인한 때로부터 같은 법 제8조 제2호의 특례가 적용된다(대판 2002. 10. 25, 2002다23840).

3. 이자 간 명의신탁



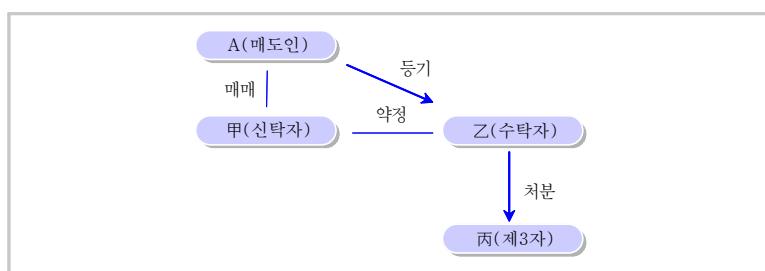
(1) 기본판례

명의신탁약정이 무효이므로 신탁자는 수탁자에게 명의신탁해지를 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수는 없다(대판 1998. 12. 11, 98다43250).

(2) 심화판례

- ① 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 소정의 유예기간 내에 실명등기를 하지 아니하여 명의신탁약정이 무효로 된 경우, 종전에 명의신탁 대상 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료한 적이 있던 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기를 청구할 수 있다(대판 2002. 9. 6, 2002다35157).
- ② 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반되어 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기를 경료하더라도 불법원인급여에 해당하지 않는다(대판 2003. 11. 27, 2003다41722).

4. 등기명의신탁



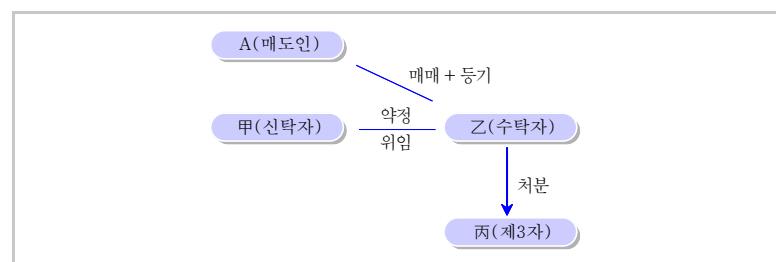
(1) 기본판례

등기명의신탁(중간생략형 명의신탁)의 경우 신탁자는 자신에게 소유권이전등기를 하기 위해서는 매도인을 대위하여 수탁자를 상대로 등기말소를 구하고 다시 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구하여야 한다(대판 2002. 3. 15, 2001다61654).

(1) 심화판례

- ① 이른바 3자 간 등기명의신탁에 있어서 명의수탁자가 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에서 정한 유예기간 경과 후에 자의로 명의신탁자에게 바로 소유권이전등기를 경료해 준 경우 그 등기는 결국 실체관계에 부합하는 등기이므로 유효하다(대판 2004. 6. 25, 2004다6764).
- ② 이른바 3자 간 등기명의신탁에 있어서 명의신탁등기가 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 시행에 의하여 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우, 매도인은 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 없으므로 매도인은 수탁자에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다(대판 2002. 3. 15, 2001다61654).

5. 계약명의신탁



(1) 기본판례

- ① 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제2항 단서에 따라 계약명의신탁에 있어서 매도인이 선의인 경우 매매계약과 등기에 의한 물권변동은 유효하다(대판 2000. 3. 24, 98도4347).

- ② 「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」 시행 전에 이른바 계약명의신탁에 따라 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자로부터 명의수탁자 앞으로 소유권 이전등기가 경료되고 같은 법 소정의 유예기간이 경과하여 명의수탁자가 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에게 반환하여야 할 부당이득의 대상은 당해 부동산 자체이다(대판 2002. 12. 26, 2000다21123). 그러나 「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」 시행 후에 이른바 계약명의신탁약정을 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에게 반환하여야 할 부당이득의 대상은 매수자금이다(대판 2005. 1. 28, 2002다66922).
- ③ 부동산경매절차에서 매수대금의 실질적 부담자와 명의인 간에 명의신탁관계가 성립한 경우, 그들 사이에 매수대금의 실질적 부담자의 지시에 따라 부동산의 소유명의를 이전하거나 그 처분대금을 반환하기로 약정하였다 하더라도, 이는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 의하여 무효인 명의신탁약정을 전제로 명의신탁 부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로 역시 무효이다(대판 2006. 11. 9, 2006다35117).
- ④ 이른바 계약명의신탁에서 매도인이 명의신탁약정의 존재를 알았던 경우에 해당하여 매매계약이 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조에 의하여 무효인 경우, 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니다(대판 2003. 9. 5, 2001다32120).
- ⑤ 부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 매수대금을 자신이 부담하면서 다른 사람의 명의로 매각허가결정을 받기로 약정하여 그에 따라 매각허가가 이루어진 경우, 경매목적 부동산의 소유권을 취득하는 자는 명의인이고, 매수대금의 실질적 부담자와 명의인 간에는 명의신탁관계가 성립한다(대판 2005. 4. 29, 2005다664).

(2) 심화판례

- ① 계약명의신탁에 있어서 매도인이 선의인 경우 수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득한다(대판 2002. 12. 26, 2000다21123).
- ② 명의수탁자로부터 명의신탁된 부동산의 소유명의를 이어받은 자(오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단기 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것 같은 외관을 갖춘 자)는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항의 제3자에 해당하지 않으므로 그 제3자 명의의 등기는 무효이다. 또한 무효인 등기에 기초하여 새로운 법률원인으로 이해관계를 맺은 자 명의의 등기 역시 무효이고, 위 이해관계를 맺은 자는 동법 제4조 제3항 소정의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2005. 11. 10, 2005다34667).