

제1장 민법총칙

1절. 법률행위의 목적

1. 목적의 가능

불능의 체계

[1]원시적 불능-전부 불능=무효, 계약 체결상의 과실책임(신뢰이익)

-일부 멸실,수량 부족=유효, 담보책임(해제권,손배청구권,감액청구)

[2]후발적 불능-채무자의 귀책사유 있는 경우=채무불이행책임 -이행 지체,

이행 불능

불완전 이행

미리 거절 표시

***사정 변경**

-쌍방의 귀책 사유 없는 경우 =위험 부담(채무자 위험 부담)

-채권자 위험 부담= 매수인의 과실로 멸실 한 경우

= 채권자 지체 중 쌍방귀책사유 없이 멸실한 경우

부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우 그 매매가 수량을 지정한 매매에 해당할 때 한하여 민법 제574조에 의한 대금감액청구권을 행사함은 별론(別論)으로 하고, 그 매매계약이 그 미달 부분만큼 일부무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조의 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다(대판 2002.4.9. 99다47396)

2. 목적의 적법성

1. 효력규정 : 광업권자, 증권업자의 명의대여계약은 무효

(1) 증권회사 또는 그 임직원의 부당권유행위를 금지하는 증권거래법 제52조 제1호에 위배 되는 주식거래에 관한 투자수익 약정은 무효이다(대판 2000다56952)

(2) 부동산중개업법 등 관련 규정들은 부동산중개의 수수료 약정 중 소정의 한도액을 초과하는 부분

2. 단속규정 : 부동산 등기 특별 조치법상 미등기전매행위는 사법상 무효가 아니다.

3. 탈법행위 : 강행규정을 직접 위반하지는 않았지만, 강행규정이 금지하고 있는 실질적 내용을 다른 수단으로 달성하려는 행위 → 원칙적으로 무효

(1) 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위탈법행위로서 무효이고, 그 무효는 원칙적으로 누구에 대하여서나 주장할 수 있다(대판 1997.6.27)

(2) 광업권자가 조광권자나 광업대리인이 아닌 자에게 채굴의 권리 및 광업의 관리를 일임하는 계약은 광업법 제11조에 위배되어 무효이고, 나아가 광업권자와 채굴자의 공동명의로 광업권등록을 하기로 하는 약정도 무효이다(대판 1995.5.23)

2절. 불공정한 법률행위

1. 객관적 요건

(1) 급부와 반대 급부의 현저한 불균형이 존재할 것.

(2) 채권을 포기하는 행위(단독행위)에도 적용된다.

계 관계로 고소당하여 삼청교육대까지 다녀온 여자가 다시 고소를 당하여 삼청교육대에 갈지 모른다는 정신적 압박을 받는 상태에서 금 1,300만 원 이상의 채권이 있었음에도 일부만을 변제받고 금 1,000만 원 이상의 채권을 포기하는 약정을 맺은 것이 불공정한 법률행위에 해당된다(92대판)

(3) 경매, 증여와 같은 무상행위, 기부행위 등 일방적 급부행위는 불공정한 법률행위의 적용이 없다.

강박에 의한 부동산의 증여행위는 그 성립의 과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용 되었을 뿐이고, 그 목적하는 권리의무의 내용이 사회질서에 위반되는 사항이라고 볼 수 없으며, 이는 의사표시의 흠결 내지는 하자의 문제로서 그 효력을 논의할 수는 있을 것이지만 강박에 의한 법률행위가 무효로 되기 위하여는 강박의 정도가 극심하여 의사표시자의 의사 결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도에 이른 것임을 요한다.

상대방으로부터 아무런 반대급부 없이 일방적으로 증여하는 무상행위에는 불공정행위가 성립하지 않는다.

2. 주관적 요건

(1) 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분한데,

① 여기에서 '궁박'이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며,

② '무경험'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻하고,

(2) 피해당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에 게 위와 같은 피해당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정한 법률행위는 성립하지 않는다.

(3) 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 궁박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다.

3. 입증책임

불공정법률행위로 무효를 주장하는 자가 주관적·객관적 요건을 모두 일일이 입증해야 한다. → 법률행위가 현저하게 공정을 잃었다고 해서 그것이 곧 궁박·경솔 또는 무경험으로 인한 것으로 추정되지는 않는다.

4. 효과

(1) 절대적 무효이므로 선의 제3자에게도 무효를 주장할 수 있다. 선의 3자는 소유권을 취득 하지 못한다

(2) 확정적 무효 → 추인할 수 없다(대판 1994. 6.24)

(3) 불공정한 법률행위에도 민법 제137조 일부무효의 법리가 적용된다(대판 1967. 9.19)

3절. 민법 제103조

1. 의의

(1) 내용 자체는 반사회질서인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 급전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우, 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다(대판 2001. 2.9)

(2) 법률행위의 성립 과정에서 불법적 방법(강박)이 사용된 데 불과한 때(대판 2005. 7.28)는 103조 위반이 아니다.

2. 제103조 위반에 해당하는 경우

(1) 부동산의 2중 매매에서 2매수인이 매도인이 다른 사람과 매매계약이 체결된 것을 안다는 것으로는 부족하고 알면서 요청하거나 유도하여 적극가담하여야 사회정의에 반하는 무효로 된다(78다 724)

① 대리인이 부동산을 이중으로 매수한 경우, 그 매매계약이 반사회적 법률행위인지 여부 판정 기준이 되는 자(98대판) (사시.중개 기출)

대리행위의 하자 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로, 설사 본인이 미리 그 러한 사정을

몰랐거나 반사회성을 야기한 것이 아니라고 할지라도 그로 인하여 매매계약이 가지는 사회질서에 반한다는 장애사유가 부정되는 것은 아니다.

- ② 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하여 무효인 경우, 그에 터잡은 선의의 전득자 명의의 소유권이전등기의 효력(무효) (사시.행시.중개 기출)

부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 이중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었더라도 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다.

- ③ 이중매매의 매수인이 매도인에 대한 **가장채권으로 강제경매를 신청**, 그 절차에서 소유권을 경락 취득한 경우, 동 소유권취득의 효력유무(85대판)

이중매매의 매수인이 매도인과 직접 매매계약을 체결하는 대신에 매도인이 채무를 부담하고 있는 것처럼 거짓으로 꾸며 가장채권에 기한 채무명의를 만들고 그에 따른 강제경매절차에서 매수인이 경락취득하는 방법을 취한 경우,

이는 이중매매의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회적 법률행위로서 민법 제103조에 의하여 무효다.

- ④ 매도인의 배임행위에 가담하여 증여받은 자가 경료한 소유권이전등기에 관하여 매수인의 직접말소 청구의 가부(83대판) (사시.행시.중개 기출)

매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담하여 증여를 받아 이를 원인으로 소유권이 전등기를 경료한 수증자에 대하여 매수인은 매도인을 대위하여 위 등기의 말소를 청구할 수는 있으나 직접 청구할 수는 없다는 것은 형식주의 아래의 등기청구권의 성질에 비추어 당연하다.

- ⑤ 명의신탁부동산의 취득자가 악의인 경우 소유권취득의 효력(91대판)

부동산의 소유자 명의가 신탁된 경우, 외부적으로는 수탁자만이 소유자로서 유효하게 권리를 행사할 수 있으므로 수탁자로부터 그 부동산을 취득한 자는 수탁자에게 매도나 담보의 제공 등을 적극적으로 권유함으로써 수탁자의 배임행위에 적극 가담한 것이 아닌 한 명의신탁 사실을 알았는지의 여부를 불문하고 부동산의 소유권을 유효하게 취득한다.

- (2) 당사자 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관하여 **특별한 청탁**을 하고 이에 대하여 보수를 지급할 것을 내용

- (3) **증권회사 등의 고객에 대하여 증권거래와 관련하여 발생한 손실을 보전하여 주기로 하는 약속이나 그 손실보전행위**

- (4) 부침관계를 맺음에 있어서 **처의 사망 또는 이혼이 있을 경우에 입적한다는 부수적 약정은 103조 위반으로 무효이다.**

- (5) 도박자금에 제공할 목적으로 금전을 대차한 때에 그 대차계약

[주의판례]

대법원 1995.7.14. 선고 94다40147 판결

도박채무의 변제를 위하여 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 그 처분행위가 무효로 되는 범위?

- ㉠ 도박채무 부담행위 및 그 변제약정이 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라 하더라도, 그 무효는 변제약정의 이행행위에 해당하는 위 부동산을 제3자에게 처분한 대금으로 도박채무의 변제에 충당한 부분에 한정되고,
- ㉡ 위 변제약정의 이행행위에 직접 해당하지 아니하는 부동산 처분에 관한 대리권을 도박 채권자에게 수여한 행위 부분까지 무효라고 볼 수는 없으므로,
- ㉢ 위와 같은 사정을 알지 못하는 거래 상대방인 제3자가 도박 채무자부터 그 대리인인 도박 채권자를 통하여 위 부동산을 매수한 행위까지 무효가 된다고 할 수는 없다.

- (6) 소송에서 사실대로 증언하여 줄 것을 조건으로 어떠한 급부를 할 것을 약정한 경우 반사회질서행위가 되는지 여부(변, 사 기출)
 그러한 급부의 내용이 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 경우 정도)을 넘어서, 어느 당사자가 그 증언이 필요함을 기화로 증언하여 주는 대가로 용인될 수 있는 정도를 초과하는 급부를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 금전적 대가가 결부된 경우로 그러한 약정은 **민법 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효**로 된다.

3. 제103조 위반에 해당하지 않는 경우

- (1) 관련판례;
- ㉠ 양도소득세의 회피 및 투기의 목적으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 하지 아니하고 미등기인 채로 매매계약을 체결하고 등기는 3년 후에 넘겨받기로 하는 특약은 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수 없다.
 - ㉡ 매매계약에서 매도인에게 부과될 공과금을 매수인이 책임진다는 취지의 특약을 하였다 하더라도 이는 공과금이 부과되는 경우 그 부담을 누가 할 것인가에 관한 약정으로서 그 자체가 **불법조건이라고 할 수 없고** 이것만 가지고 **사회질서에 반한다고 단정하기도 어렵다.**
 - ㉢ 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다.(2007대판)
- (2) 불륜관계를 단절하면서 그 첩의 생활비, 자녀의 양육비를 지급하는 계약
- (3) 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 대한 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위
- (4) 동종 영업 금지 규약에 위반하는 경우 단전, 단수등의 재제를 규정한 상가 규약
- (5) 지상권과 건물의 소유자가 달라지는 경우
- (6) 백화점 수수료위탁판매장계약에서 임차인이 매출신고를 누락하는 경우 판매수수료의 100배에 해당하고 매출신고누락분의 10배에 해당하는 벌칙금을 임대인에게 배상하기로 한 위약벌의 약정이 공서양속에 반하지 않는다 (92다46905) (변 기출)
- (7) 대법원 1993.1.26. 선고 92다39112
미등기전매행위에 대하여 형사처벌을 규정한부동산등기특별조치법이 중간생략등기합의의 사법상 효력을 무효로 하는 취지인지 여부(소극)
 부동산등기특별조치법상 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다.(빈출)

4. 사회질서위반의 효과 → 절대적 무효

- (1) 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 반사회질서행위를 말하는 것으로서 **강행법 규에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는** 이에 해당하지 않는다(대판 2001. 5.29)
- (2) 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정해진 이자 약정의 효력? (불법성 비교 이론)
 고리사채사건 **(2007 전원합의체판결)**
- ㉠ 금전 소비대차계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 그 이율이 당시의 경제적·사회적 여건에 비추어 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정하여졌다면,
 그와 같이 허용할 수 있는 한도를 초과하는 부분의 이자 약정은 대주가 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이다.

- ㉠ 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 이자를 지급하는 것은 통상 **불법의 원인으로 인한 재산 급여**라고 볼 수 있을 것이나,
- ㉡ 불법원인급여에 있어서도 그 불법원인이 수익자에게만 있는 경우이거나 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 커서 급여자의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우에는 **급여자의 반환청구가 허용되므로**,
- ㉢ 대주가 사회통념상 허용되는 한도를 초과하는 이율의 이자를 약정하여 지급받은 것은 **불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크다고 할 것이어서 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다.**

(3) 불법원인급여와 물권적 청구권의 행사 (79다483 전원합의체 판결)

민법 제746조는 단지 부당이득제도를 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법 의 기본이념으로서, 결국 **사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는** 이상을 표현한 것이므로,

- ㉠ **급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고**
- ㉡ **급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고**
- ㉢ 따라서 **급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다.**

<불법 원인 급여 적용 여부 정리>

- ① 2중 매매에서 2매수인이 적극가담한 경우- 쌍방 불법에 해당.
- ② 첩계약의 대가로 부동산 증여 한 경우- 쌍방 불법에 해당.
- ③ 불공정한 법률행위의 경우- 폭리자 일방의 불법.
- ④ 허위표시- 불법원인 급여에 해당하지 않는다.
- ⑤ 실명법 위반 하여 등기명의를 신탁하는 행위- 불법원인 급여에 해당하지 않는다.

<법률행위의 해석>

105조; 법률행위의 당사자가 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사표시를 한 때는 **그 의사에 의한다.**
 106조; 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우 당사자 의사가 불분명할 때는 **그 관습에 의한다.**

1. 의의

법률행위를 해석한다는 것은 당사자의 내심적 의사를 탐구하는 것은 아니며 당사자가 그 **표시행위**에 부여한 객관적 의미를 명백히 하는 것이다(대판 2000. 11.10)

2. 자연적 해석

- ① 표의자의 진의를 상대방이 알 수 있는 경우 진의대로 해석하는 입장
- ② 표의자의 시각에서 하는 해석(=표의자의 **내심의 효과의사**를 추구)
- ③ 오표시무해 원칙

일반적으로 계약의 해석에 있어서는 형식적인 문구에만 얽매어서는 아니되고 쌍방당사자 의 **진정한 의사가** 무엇인가를 탐구하여야 하는 것이므로, 부동산의 매매계약에 있어 쌍방 당사자가 모두 **특정의 갑(甲) 토지를 계약의 목적물로** 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 **착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 갑 토지와는 별개인 을(乙) 토지로 표시하였다** 하여도

위 **甲 토지**에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있는 이상 위 **매매계약은 갑토지에 관하여 성립한 것으로** 보아야 할 것이고 **乙 토지**에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안될 것이며,

만일 **乙 토지**에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면 이는 원인이 없이 경료된 것으로서 무효라고 하지 않을 수 없다.(93대판)

이 경우 착오로 취소할 수 없다.

3. 규범적 해석

- (1) 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우, 행위자 또는 명의인 중 누구를 계약당사자로 볼 것인가에 관하여
 - ① 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 당사자를 확정하여야 하고.
 - ② 일치하지 아니한 경우에는 그 계약의 제반사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대판 1998. 5.12)
- (2) 음식점 경영을 위하여 임대차계약을 체결하면서 모든 경우의 화재에 대하여도 임차인이 손해를 부담하기로 특약을 하였다면 이는 이른바 불가항력의 경우까지도 포함하는 뜻이라고 해석함이 상당하다(대판 1979. 5.22)
- (3) 의사표시 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표시자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다.
- (4) 어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 "협조를 최대한으로 한다"라고 기재되어 있는 경우, 그러한 의무를 법적으로 부담할 수는 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 상당하다
- (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 임대인이 나중에 임차권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인 하겠다는 뜻이다.(2000대판)
- (6) "총완결"이라는 문언이 부기된 영수증에 있어서 그것으로 모든 결제가 완결된 것으로 해석하는 것이 당사자 의사에 부합하므로 총완결이란 의사표시가 당연무효라고 할 수 없다.(69대판)

4. 보충적 해석

건축중인 상가건물의 특정점포를 임차하면서 계약서에 그 점포의 인도시기(입점시기)를 기재하지 아니하고 건물의 준공예정일에 관한 설명만을 듣고서 그 점포에 관한 임대차계약을 체결한 경우, 그 점포의 인도시기에 관하여 당사자의 합리적인 의사는 확정기한을 이행기로 정한 것이라고 보기는 어렵고 불확정기한을 이행기로 정하는 합의가 이루어진 것으로 보아야 할 것이고, 그 불확정기한의 내용은 그 건설공사의 진척상황 및 사회경제적 상황에 비추어 예상할 수 있는 합리적인 공사지연기간이 경과한 때라고 하는, 매우 폭넓고 탄력적인 것으로 보아야 한다.

5. 예문해석

교통사고 피해자가 합의금을 수령하면서 민·형사상의 소송이나 그 밖의 어떠한 이의도 제기하지 아니한다는 내용의 부동문자로 인쇄된 합의서에 날인한 경우, 합의서의 문구는 단순한 예문에 불과할 뿐 이를 손해 전부에 대한 배상청구권의 포기나 부제소의 합의로는 볼 수 없다 (98대판)

6. 관습법과 사실인 관습

종원지위 (전원합의체판결2005년.)

- ① 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.
- ② 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것을 말하고,

- ③ **사실인 관습**은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바,
- ④ **관습법**은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 **사실인 관습**은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다.
- ⑤ 법령과 같은 효력을 갖는 **관습법**은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정해야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증해야 하나, **사실인 관습**은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이 나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장 입증할 필요가 있다.

<의사와 표시의 불일치>

<1> 비진의 의사표시

- ① 의사표시는 표의자가 **진의 아님을 알고** 한 것이라도 효력이 있다.
그러나 **상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효**로 한다.
- ② 전항의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

1. 요건

- (1) **진의란?** 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 **표의자**가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것이 아니다.
 - 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우 진의 있는 의사 표시에 해당한다.
 - **비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서 나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다. (2003대판)**
- (2) **법률상 또는 사실상의 장애**로 자기 명의로 대출 받을 수 없는 자를 위하여 명의를 빌려 준 경우 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.
- (3) **회사의 지시, 강요**에 어쩔 수 없이 본의의 의사에 반하여 사직서를 제출한 경우 진의 아닌 의사표시에 해당한다.
- (4) 진의 아닌 의사표시인지의 여부는 **효과 의사에 대응하는 내심의 의사가 있는지 여부**에 따라 결정되는 것인 바, 근로자가 **사용자의 지시에 좇아 일괄하여 사직서를 작성 제출**할 당시 그 사직서에 기하여 의원면직 처리될 지 모른다는 점을 인식하였다고 하더라도 이것만으로 그의 **내심에 사직의 의사가 있는 것이라고 할 수 없다.**(90대판)
- (5) 물의를 일으킨 사립대학교의 교수가 사직원이 수리되지 않을 것이라고 믿고 사태수습을 위하여 사직서 제출한 경우 이사장이 알았거나 알 수 있었음을 입증해야 무효로 된다
- (6) 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 **즉시 재입사하는 형식을 취함으로써** 근로자가 그 퇴직후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면 그 사직원제출은 근로자가 퇴직을 할 의사없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니 한다.(1988.5.10. 선고 87다카2578)

2. 적용

- ① **공무원이 사직의 의사표시**를 하여 의원면직처분을 하는 경우 **사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로** 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 유효다.

- ② **소송행위**는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하므로, 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 **소를 취하**하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다.(97대판)
- ③ 유추적용;
배임적 대리행위에 대한 민법 제107조 제1항 단서의 유추적용 여부(2006대판)
 진의 아닌 의사표시가 **대리인**에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 **본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우**에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 **아무런 책임을 지지 않는다**

<2>통정허위표시

1. 의의

- (1) 채권자가 기존 채권을 우선 변제받을 목적으로 **주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약**은 주택임대차계약으로서 통정허위표시에 해당(대판 2002. 3.12)
- (2) **동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령의 적용을 회피하기 위하여 금융기관의 양해하에 제3자**를 형식상의 주채무자로 내세우고, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정 통정허위표시에 해당한다(대판 2001. 5.29, 2001다11765)
- (3) 통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 하는데,
제3자가 금전소비대차약정서 등 대출관련서류에 주채무자 또는 연대보증인으로서 직접 서명·날인하였다면 제3자는 자신이 그 소비대차계약의 채무자임을 금융기관에 대하여 표시한 셈이고,
제3자가 금융기관이 정한 여신제한 등의 규정을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의사가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 하였더라도,
특별한 사정이 없는 한 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐, 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수는 없으므로 제3자의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다 할 것인바(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다17909 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다53290 판결 등 참조),
 구체적 사안에 있어서 위와 같은 특별한 사정의 존재를 인정하기 위해서는, 실제 차주와 명의대여자의 이해관계의 일치 여부, 대출금의 실제 지급 여부 및 직접 수령자, 대출서류 작성과정에 있어서 명의대여자의 관여 정도, 대출의 실행이 명의대여자의 신용에 근거하여 이루어진 것인지 혹은 실제 차주의 담보제공이 있었는지 여부, 명의대여자에 대한 신용조사의 실시 여부 및 조사의 정도, 대출원리금의 연체에 따라 명의대여자에게 채무이행의 독촉이 있었는지 여부 및 그 독촉 시점 기타 명의대여의 경위와 명의대여자의 직업, 신분 등의 모든 사정을 종합하여, 금융기관이 명의대여자와 사이에 당해 대출에 따르는 **법률상의 효과까지 실제 차주에게 귀속시키고 명의대여자에게는 그 채무부담을 지우지 않기로 약정 내지 양해하였음이 적극적으로 입증**되어야 할 것이다. (2008다7772)
- (4) *강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 103 조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다.(15기출)

2. 효과

- (1) 민법 제108조 제2항의 제3자는 **선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다**(대판 2006,3,101)
 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.(98대판) 중요
- (2) 제3자에 해당여부
 ① 가장매매의 매수인으로부터 선의로 **저당권**을 설정받은 자
 ② 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 있는 것으로 믿고 채권자와 보증계약을 체결한 다

음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우 그 **보증인**

③ 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산 이 선고된 경우 **파산관재인**(대판 20.03. 6.24)

④ 통정허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계로 생긴 채권을 **가압류한 자**(2004. 5.28)

(3) 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임차인과 임대인, 제3자 사이의 합의에 따라 임 대목적물에 관하여 제3자 명의로 전세권설정등기를 경료한 후 그 **전세권에 대하여 근저당권이 설정된 경우**, 임대인은 선의의 근저당권자에게 위 전세권설정계약이 통정허위표시에 해당하여 무효임을 주장할 수 없다(대판 2006. 2.9. 2005다59864)

3. 채권자 취소권 여부(97대판)

채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 **채권자 취소권의 대상**이 된다.

4. 실체는 증여를 하면서 세금을 우려하여 **등기원인을 매매로 가장한 경우** 실제와 다른 원인에 의한 등기라도 실제관계에 적합하면 유효하다.(기출)

5. 입증책임

허위의 매매에 의한 매수인으로부터 부동산상의 권리를 취득한 제3자는 선의로 추정할 것이므로 허위표시를 한 **부동산 양도인**이 제3자에 대하여 소유권을 주장하려면 그 제3자의 **악의입을 입증**할 필요가 있다.(71대판).(2006대판)

민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다.

<3>착오

1. 의의

(1) 이른바 동기의 착오는 원칙적으로 착오의 문제가 발생하지 않는다.

① 다만 **당사자 사이에 특히 그 동기를 계약의 내용으로 삼은 때**에 한하여 이를 이유로 당해 계약을 취소할 수 있다(대판 1984. 10.23)

② 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사 표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 **그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야** 한다.

③ 매매대상 토지 중 20~30평 가량만 도로에 편입될 것이라는 중개인의 말을 믿고 주택 신축을 위하여 토지를 매수하였고 그와 같은 사정이 **계약 체결 과정에서 현출**되어 매도인도 이를 알고 있었는데 실제로는 전체 면적의 약 30%에 해당하는 197평이 도로에 편입된 경우, 동기의 착오를 이유로 매매계약의 취소를 인정한 사례.(2000대판)

⇒동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 **합의까지 이루어질 필요는 없다**(대판 1998. 2.10)

(2) 상대방에 의하여 유발된 동기의 착오는 동기가 표시되지 아니하더라도 착오로 취소할 수 있다(대판 1992. 2.25)

① 귀속 해제된 토지인 데도 귀속재산인 줄로 잘못 알고 국가에 증여를 한 경우

② 공무원의 법령오해에 기인한 잘못된 공문에 따라 법률상 증여의무 없는 토지를 국가에 증여한 경우

③ 채무자가 과거연체가 없었다는 채권자의 진술을 믿고 신용보증기금이 보증을 선 경우

④ **자연녹지를 생산녹지로 잘못 알고 매수한 경우**

⑤ 甲이 乙소유 토지를 한우를 사육하기 위해 **축사를 지을 목적**으로 매매계약 체결한 경우 토지가 시설녹지, 자연녹지로 편입되어 **공법상 제한**으로 인해 축사를 지을 수 없게 된 때

(ㄱ) 동기의 착오에 불과하여 취소할 수 없다

(ㄴ) 계약성립 후 잔금일에 자연녹지로 편입되어 축사를 지을 수 없게 되었다면?

담보책임을 물을 수 없다

2. 중요부분의 착오

- (1) 중요부분에 착오가 있는지의 여부는 표의자(주관적)는 물론이고 보통 일반인(객관적)도 표의자의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다(대판 1996. 3.26)
- ① 매매에 따른 양도세 부담을 매수인이 하기로 하는 특약을 하고 세액을 매수인이 계산하여 따로 지급하기로 특약을 한 후에 양도세가 더 부과된 경우 (93다 24810)
매수인도 매도인이 납부하여야 할 세액에 관하여 매도인과 동일한 착오(쌍방이 동일한 착오에 빠진 경우)에 빠져 있었다면,
매도인의 위와 같은 착오는 매매계약의 내용의 중요부분에 관한 것에 해당한다.
- ② 부동산의 양도가 있는 경우에 그에 대하여 **부과될** 양도소득세 등의 세액에 관한 착오가 **미필적인 장래의 불확실한 사실**에 관한 것이라도 민법 제109조 소정의 착오에서 제외되는 것은 아니다.
- ③ 근저당권설정계약에 있어서 채무자의 동일성에 관한 착오는 중요부분의 착오이다.
- ④ 토지의 현황·경계에 관한 착오는 중요부분의 착오이다.
- ⑤ 매매, 임대차를 비롯한 유상계약의 경우 소유권 귀속에 대한 착오는 중요부분의 착오가 아니다. 타인소유물에 대한 임대차는 착오로 취소할 수 없다.
- ⑥ 토지매매에 있어서 시가·면적에 관한 착오는 중요부분의 착오가 아니다
- ⑦ 보증인의 주채무자 신용상태에 관한 착오는 중요부분의 착오가 아니다
- ⑧ 착오로 인하여 표의자가 **경제적 불이익을 입지 아니한 경우**(대판 1985. 4.23)는 중요 부분의 착오가 아니다
첫째, **가압류 동기가 없다고 믿고** 신용보증기금이 보증하였으나 실제조사에서 가압류가 채권없이 등기된 것으로 밝혀진 경우 보증기금이 아무런 경제적인 불이익이 없으므로 중요부분의 착오가 아니다 (대판 19기출)
- 둘째, 주채무자의 **차용금반환채무를 보증할 의사로** 공정증서에 연대보증인으로 서명·날인하였으나 그 공정증서가 주채무자의 **준소비대차계약의 공정증서**이었던 경우
연대보증인은 주채무자가 채권자에게 부담하는 차용금반환채무를 연대보증할 의사가 있었던 이상 착오로 인하여 **경제적인 불이익을 당할 염려도 없으므로** 위와 같은 착오는 연대보증계약의 중요 부분의 착오가 아니다.(2006다41457)
- ⑨ 매수인의 아파트 잔금 지급 계획은 중요부분의 착오가 아니고 동기의 착오에 불과하다.
- ⑩ 계약서에 의해 계약을 체결하였으나 **계약으로 인한 법률효과를 제대로 알지 못하였다** 하더라도 이는 계약체결에 관한 의사표시의 동기의 착오 문제가 될 뿐이다.
- (2) 타인소유의 부동산을 임대한 것이 임대차계약을 해지할 사유는 될 수 없고, 목적물이 반드시 임대인의 소유일 것을 특히 계약내용으로 삼은 경우라야 착오를 이유로 취소할 수 있다(대판 1975. 1.28)
- (3) 쌍방이 甲토지를 잘못하여 乙토지로 표시하였으나 **진의는 서로 일치한 경우**
착오가 성립하지 않으므로 착오로 의사표시를 취소할 수 없다.
- (4) “**매매계약 당시 장차 도시계획이 변경되어 공동주택, 호텔 등의 신축에 대한 인·허가를 받을 수 있을 것이라고 생각하였으나 그 후 생각대로 되지 않은 경우**”,
이는 법률행위 당시를 기준으로 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 것에 불과할 뿐 착오라고 할 수는 없다(2006다15755 판결)

3. 중대한 과실이 없을 것

- (1) 중과실유무의 입증책임은 취소하지 못하게 하는 상대방에게 있다.
- (2) 새로운 공장을 설립할 목적으로 토지를 매수함에 있어 토지상에 공장을 건축할 수 있는 지 여부를 관찰관청에 알아보지 아니한 것.

4. 적용

- (1) 상대방없는 단독행위인 재단법인에 대한 출연행위(서면으로 출연)라고 하여도 착오요건을 갖춘 경우 출연의 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1999. 7.9)
- (2) 매도인이 매수인의 중도금 지급채무 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 착오를 이유로 하여 취소할 수 있다(해제와 취소의 경합, 대판 1991. 8.27)
- (3) 착오가 타인의 기망행위에 기하여 발생한 때에는 착오와 사기가 경합한다(대판 1969. 6.24)
- (4) 착오로 의사표시를 취소하여 상대방에게 손해를 입힌 경우 상대방이 착오자에게 불법행위 책임 물을 수 없다(매우중요)
- (5) 소 취하, 상소포기 같은 소송행위, 공법상행위는 착오로 취소할 수 없다=기출
- (6) 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우, 결국 위와 같은 행위는 강학상 기명날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신 의 의사와 다른 법률효과를 발생 시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기명날인을 하는 이른바 표시상의 착오에 해당하므로, 비록 위와 같은 착오가 제3자의 기망행위에 의하여 일어난 것이라 하더라도 그에 관하여 는 사기에 의한 의사표시에 관한 법리, 특히 상대방이 그러한 제3자의 기망행위 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 의사표시자가 취소권을 행사할 수 없다는 민법 제110조 제2항의 규정을 적용할 것이 아니라, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만을 적용하여 취소권 행사의 가부를 가려야 한다.(2005대판) 중요

<4> 사기·강박에 의한 의사표시

- ① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소 할 수 있다
- ② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ③ 전 2항의 의사표시의 취소는 선의 3자에게 대항하지 못한다.

1. 사기에 의한 의사표시

- (1) 신의칙상 사실을 고지할 의무가 있다고 인정되는 경우에 이를 고지하지 않은 때에는 부작위에 의한 기망을 이유로 취소할 수 있다(대판 1997. 11.28)
⇒ 교환계약의 당사자가 목적물의 시가를 묵비하는 것은 특별한 사정이 없는 한 기망행위에 해당하지 않는다(대판 2002.9.4)
- (2) 상품의 선전 광고에 있어서 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다고 할 것이나, 그 선전 광고에 다소의 과장 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다(2001대판)
- (3) 분양광고나 분양상담에서 언급되었던 분양 점포의 전용면적 등의 내용은 분양계약의 내용에 포함되지 않으며 상품의 선전 광고에 다소의 과장 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다.따라서 분양자의 기망행위가 있었다거나 수분양자의 착오가 있었다고 보기 어렵다(2008다1842)
- (4) 토지의 일부를 매매대상에서 제외하기로 특약한 경우 그 부분만을 일부취소할 수 있는가?(중요)(99대판)
 - ① 매매계약 당시 건물은 다른 인접 토지인 국유지 2필지를 24㎡ 가량 침범하여 건립되어 있었을 뿐만 아니라, 계쟁 부분의 면적은 38㎡에 이르렀는데, 원고는 이를 잘 알고 있으면서도 피고와 이 사건 매매계약을 체결하면서 이 사건 계쟁 부분의 면적이 1, 2평 정도에 불과하다는 취지로 피고를 기망함으로써, 원고의 제안에 따라 이 사건 계쟁 부분을 매매 대상에서 제외시키기로 하는 특약을 둔 사실을 인정한 후, 이에 터잡아, 토지 중 이 사건 계쟁 부분을 제외한 나머지 부분만을 특정하여 매매한 것

이므로 이 사건 계쟁 부분에 대한 피고 명의의 소유권이전등기는 원인무효라고 할 것이나, 계쟁 부분을 매매 대상에서 제외시키기로 하는 특약을 맺은 것은 원고의 기망에 의한 하자 있는 의사표시에 의한 것이고, 일부 무효의 법리를 규정하고 있는 137조를 유추하면 매매계약의 일부인 특약만의 취소도 가능한가?

- ② 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있는 경우에 그 법률행위가 **가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면**, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하고, 또 그 일부의 취소는 법률행위의 **일부**에 관하여 효력이 생긴다
- ③ 이는 어디까지나 어떤 목적물에 대한 법률행위가 존재함을 전제로 하는 것이다.
매매계약의 대상 토지를 특정하여 오히려 이 사건 계쟁 부분에 대하여는 매매계약이 체결되지 아니하였음을 분명히 한 것이지, 이로써 이 사건 계쟁 부분에 대한 어떠한 법률행위가 이루어졌다고 할 수는 없다.
- ④ 계쟁 부분에 대한 피고 명의의 소유권이전등기는 원인무효다.

2. 강박에 의한 의사표시

- (1) **강박행위가 되기 위해서는 구체적으로 어떠한 해악을 하겠다는 고지는 있어야** 하므로 단지 각서에 서명·날인할 것을 강력히 요구한 것만으로는 강박행위가 될 수 없다(대판 1979. 1.16)
- (2) 일반적으로 부정행위에 대한 고소, 고발도 **부정한 이익의 취득을 목적으로** 하는 경우에는 위법한 강박행위가 되는 경우가 있고, **목적이 정당하다 하더라도 행위나 수단 등이 부당한 때에는 위법성이 있는 경우가 있을 수 있다**(대판 1992.12.24)
- (3) 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 **취소되는 것에 그치지 않고, 나아가 무효로** 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 **완전히 박탈한 상태**에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다.(96대판) 빈출

3. 제 3자의 사기·강박

- (1) **상대방의 대리인, 은행출장소장 등 상대방과 동일시할 수 있는 자**의 사기나 강박은 제3 자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999. 2.23)
- (2) 그러나 **단순히 상대방은 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자**는 상대방과 동일시 할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다(대판 1998. 1.23)
- (3) 제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 주택건설사와 사이에 주택에 관한 분양계약을 체결하였다고 하더라도 제3자의 사기행위 자체가 불법행위를 구성하는 이상, 제3자로서는 그 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하는 것이므로, 피해자가 제 3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 **그 분양계약을 취소할 필요는 없다** (97다55829 판결)

4. 타제도와외의 경합

- (1) 사기에 의하여 한 의사표시는 **법률행위의 중요부분에 착오가 없다고 하더라도 이를 취소할 수 있다** (대판 1969. 68다1749)
⇒ 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985.4.5, 85도167)
- (2) 사기에 의한 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 **부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하는 것이므로**, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사 할 수 있지만 중첩적으로 행사 할 수는 없다(대판 1993. 4.27)

<의사표시 효력발생시기>

111조. 의사표시의 효력발생시기

- ① 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한때부터 효력이 생긴다.
- ② 표의자가 통지를 발한 후 사망하거나 행위능력을 상실하여도 의사표시의 효력에 영향이 없다

112조. 의사표시의 수령능력

의사표시의 상대방이 이를 받은 때 무능력자인 경우는 그 의사표시로 대항하지 못한다
그러나 법정대리인이 그 도달을 안 때는 그 의사표시의 도달을 주장할 수 있다.

113조. 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못한 경우 민사소송법에 의한 공시송달로 송달할 수 있다.

1. 도달이란 사회관념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓였다고 인정되는 상태를 말하므로, 그 통지를 현실적으로 수령하였거나 그 통지의 내용을 알았을 것까지는 필요하지 않다(대판 1983.8.23)
2. 채권양도통지서가 들어있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있던 채권양도 통지인이 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 통지는 채무자에게 도달되었던 것이라고 볼 수 없다(대판 1983. 8.23)
3. 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다.
(2008다19973 판결)
4. 내용증명우편물이 발송되고 반송되지 아니하면 특단의 사정이 없는 한 그 무렵에 송달되었다고 볼 것이다(대판 79다1498)
5. 공제료 납입 최고및 해지 안내서를 통상 우편 방법으로 발송한 경우 통상의 도달 기간이 경과 한 때 도달된 것으로 보도록 한 약관은 무효이다(2002대판)
6. 채권양도통지서가 채무자의 주소나 사무소가 아닌 동업자의 사무소에서 그 신원이 분명치 않은 자에게 송달된 경우에는 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정할 수 없다.

<대리제도>

I.대리권

1. 대리권의 범위

118조 대리권의 범위

권한을 정하지 않은 대리인(임의대리. 법정대리 불문)은 다음 각 호의 대리행위만을 할 수 있다

1. 보존행위
2. 대리의 목적인 물건이나 성질이 변하지 않는 범위에서 이용 또는 개량행위

- (1) 임의대리인은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른 바, 수령대리권을 포함한다.
 - ① 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 중도금이나 잔금을 수령할 권한, 약정된 매매대금지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다(대판 1991.2.12)
 - ② 경매입찰 대리인의 대리권의 범위가 경락허가결정이 있는 후 경락인이 된 본인을 대리하여 채권자의 강제경매신청취하에 동의할 권한에까지 미치는 것으로 볼 수는 없다(대결 1983.12.2)
 - ③ 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다.
 - ④ 예금계약의 체결권한을 수입받은 자는 그 예금을 담보로 대출을 받을수 있는 대리권까지 포함되어 있는 것은 아니다.(95대판)

- (2) 민법 제118조는 대리권은 있으나 그 범위가 분명하지 아니한 경우의 보충적 규정에 불과하고 대리권의 범위가 분명한 경우나 표현대리가 성립하는 경우에는 적용되지 않는다(대판 1964.12.08, 64다968)
- (3) 다른 사람에게 부동산에 관한 소유권이전등기 소요서류를 보관시키고 부동산의 관리권을 수여하였다고 하여도 처분에 관한 대리권을 수여하였다고는 할 수 없다(대판 1969.10.14, 69다1384)
- (4) 부동산을 매수할 권한을 수여받은 대리인에게 그 부동산을 처분할 대리권도 있다고 볼 수 없다(86대판)
- (5) 대여금의 영수권한만을 위임받은 대리인이 그 대여금 채무의 일부를 면제하기 위하여는 본인의 특별수권이 필요하다.(83대판)
- (6) 甲이 채권자를 특정하지 아니한 채 부동산을 담보로 제공하여 금원을 차용해 줄 것을 乙에게 위임하였고, 乙은 이를 다시 丙에게 위임하였으며, 병은 丁에게 위 부동산을 담보로 제공하고 금원을 차용하여 乙에게 교부하였다면, 乙에게 위 사무를 위임한 甲의 의사에는 '복대리인 선임에 관한 승낙'이 포함되어 있다.
- (7) 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여(수여)받은 대리인이 수권된 법률행위를 완결하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계(기초적 내부관계)는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료되는 것이고, 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다(민법 제128조),
 - 계약을 대리하여 체결하였다 하여 곧바로 그 사람이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다.(2008.1.31. 선고)

2. 대리권의 제한

- (1) 법정대리인인 친권자가 그 자(子)에 대하여 증여하는 경우와 같이 미성년자에게 이익만 있는 경우에는 자기계약 또는 쌍방대리가 되는 경우라도 그 행위는 유효하다(대판 1981.10.13)
- (2) 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다(대판 2004. 2.13)

II. 대리행위

1. 현명주의

(제114조) 대리행위의 효력

- ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.
- ② 전항의 규정은 대리인에 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 것을 알았거나 알 수 있었을 때에는 직접 본인에게 효력이 있다

- (1) 현명의 방법에는 제한이 없다. 따라서 대리인이 본인을 위하여 대리행위를 한다는 취지를 인식 할 수 있을 정도의 표시만 하면 된다(대판 1982. 5.25)
- (2) 매매위임장을 제시하고 매매계약을 체결하는 자는 특단의 사정이 없는 한 소유자를 대리하여 매매행위 하는 것이라도 보아야 한다(대판 1982. 5.25)
- (3) 본인명의로도 할 수 있다(대판 1982. 5.25)
 - 대리인이 대리인임을 표시하지 않고 본인 명의로 법률행위를 한 경우 유효한 대리행위가 될 수 있다.
 - 계약서에 대리인 乙이 본인 甲의 이름만 적고 甲의 인장만 날인했다면 유효한 대리행위가 될 수 있다.
- (4) 그러나 대리인이 본인명의로 계약을 체결하였다라도 대리인이 본인처럼 행세하여 본인 명의로 계약을 맺었고 상대방도 대리인을 본인으로 안 경우, 이 계약의 효력은 본인에게 미치지 않고 대리인 자신이 법률효과의 당사자가 된다(1974.6.11)
- (5) 계약 당사자 중 일방이 타인 명의를 도용하여 계약을 체결한 경우, 계약 당사자의 특정방법(2003대판)
 - ① 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 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다.

- ② 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자이다.

2. 대리행위의 하자

- ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우 그 사실의 유무는[대리인]을 표준으로 하여 결정한다.
- ② 특정 법률행위를 위임한 경우 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지(不知)를 주장할 수 없다

- (1) 대리행위의 하자는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로 설령 본인에게 착오가 있다할 지라도 대리인에게 착오가 없는 경우 이를 이유로 취소할 수 없다(대판 1996. 2.13)
- (2) 사자에 의한 의사표시의 경우는 물론 본인이 결정한 의사를 대리인으로 하여금 표시한 경우에는 그 의사표시는 대리행위가 아니므로 오로지 본인에 대하여서만 그 지·부지, 착오 등이 문제가 된다 할 것인 바, 본인이 기망을 당하였으면 대리인이 기망당한 일이 없더라도 본인은 의사표시로 취소할 수 있다(대판 1967.4.18)
- (3) 불공정한 법률 행위의 경우 궁박은 본인, 경솔 무경험은 대리인을 기준으로 판단한다.

III. 복대리

(제120조) 임의대리인의 복임권

대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.

(제121조) 임의대리인의 복대리인 선임의 책임

- ① 임의대리인이 본인의 승낙이나 부득이한 사유로 복대리인을 선임한 경우 본인에게 대하여 그 선임 감독에 관한 책임이 있다.
- ② 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부책임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다.

(제122조) 법정대리인의 복임권과 그 책임

법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다, 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 전조 제1항에 정한 책임(선임감독상의 책임)만이 있다.

(제123조) 복대리인의 권한

- ① 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다.
- ② 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.

- 1. 채권자를 특정하지 아니한 채 부동산을 담보로 제공하여 금원을 차용해 줄 것을 위임한 경우에는 복대리인 선임에 관한 승낙이 포함되어 있다고 볼 것이다(대판 1996. 1.26)
- 2. 아파트 분양업무는 그 성질상 대리인의 능력에 따라 분양사업의 성공여부가 결정되는 것이므로 그 성질상 복대리인 선임에 본인의 명시적인 승낙이 필요하다(대판 1999. 9.3)
- 3. 대리의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 않은 경우에는 본인이 복대리금지 의사를 명시하지 않는 한 복대리선임에 관한 묵시적 승낙이 있는 것으로 본다(94다30690)
본인이 복대리 금지의사를 밝힌 경우 복대리인을 선임할 수 없다.

4. 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.(매우중요)
5. 대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결 문제는 생기지 않는다.(98대판)

IV. 표현대리

(제125조) 대리권수여의 표시에 의한 표현대리

제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

(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.

(제129조) 대리권 소멸 후의 표현대리

대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 그러나 제3자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 의의

- (1) 표현대리에 관한 민법 제125조·제126조의 규정에 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하고, 상대방과 거래한 전득자 등은 포함되지 않는다(대판 1997. 11.28)
- (2) 표현대리에도 현명주의는 적용된다.
따라서 종종으로부터 임야의 매각과 관련한 권한을 부여받은 자가 임야의 일부를 실질적으로 자기가 매수하여 그 처분권한이 있다고 하면서 금원을 차용하고 그 담보를 위하여 위 임야에 대하여 양도담보계약을 체결한 경우, 이는 종종을 위한 대리행위가 아니어서 그 효력이 종종에게 미치지 아니하고, 민법 제126조의 표현대리의 법리가 적용될 수도 없다(대판 2001.01.19)
- (3) 표현대리가 성립하기 위해서는 표현대리행위 자체가 유효한 것을 전제로 한다. 행위자체가 강행법규 위반으로 무효인 때에는 본인에게 효과가 귀속될 여지가 없기 때문이다.
⇒ 학교법인을 대표하는 이사장이 이사회의 심의 결의없이 한 학교 법인의 기본재산처분행위는 무효이므로 이에 관해서는 민법 제126조의 표현대리의 규정이 적용되지 않는다(대판 1983.12.27)
- (4) 표현대리는 상대방이 주장 하여야 한다.
⇒ 표현대리가 성립한다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것이 아니므로, 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다(대판 1983.1.13)
- (5) 복대리인의 대리행위에도 표현대리 규정이 적용된다.
⇒ 대리인이 임의로 선임한 사자 또는 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 민법 제126조가 성립될 수 있다(대판 1998. 3.27)
- (6) 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추·적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다(대판 95다 49554)

2. 대리권수여표시에 의한 표현대리 - 제125조

- (1) 단순한 인감증명서만의 교부는 일반적으로 어떤 대리권을 부여하기 위한 행위라고 볼 수 없다(대판 1997.10.10)
- (2) 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수 있다.

3. 권한을 넘은 표현대리 -126조

(1) 기본대리권 여부?

- ① 공법행위는 표현대리를 적용할 수 없으나, **공법상의 대리권을 기본대리권으로한** 사법상의 법률행위에 대해서는 표현대리를 인정할 수 있다(대판 1990. 12.26)
- ② **대리인이 대리권 소멸 후** 직접 상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론 대리인이 **대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위**를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 **알지 못하여** 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고 그와 같이 믿은 데 **과실이 없다면** 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.(98대판)
- ③ 일상가사대리권도 기본대리권이 될수 있다.
처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 표현대리가 되려면 처에게 **일상가사 대리권이 있었다**는 것만이 아니라 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 **대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정**이 있어야 한다.(98대판)
- ④ 임의대리,법정대리 불문하고 대리권만 존재하면 된다.
- ⑤ **단순한 인감증명서만의 교부**는 일반적으로 어떤 대리권을 수여한 것으로 볼 수 없다.(97대판)
- ⑥ 기본대리권은 대리인에 국한하는가 아니면 사실행위를 위한 사자도 가능한가?
증권회사로부터 위임받은 **고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정실적의 제고** 등의 업무는 **사실행위에 불과하므로** 이를 기본대리권으로 하여서는 권한초과의 표현대리가 성립할 수 없다.(91다 32190)
(ㄱ) 대리인이 아니고 **사실행위를 위한 사자**라 하더라도 **의견상 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.(4294민상192)
(ㄴ) **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 경우?**
복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, **그 행위자가 사자**라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 **기본대리권의 흠결 문제**는 생기지 않는다.(97다48982)
- ⑦ 기본대리권과 표현대리행위는 **동종일 필요가 없고 이종이어도 무방**하다(86대판)

(2) 정당한 이유?

- ① 판단기준 :
제126조의 정당한 이유 여부는 **계약성립 당시의 제반사정을 객관적으로 판단하여 결정하여야 하고, 표현대리인의 주관적 사정을 고려하여 그 존부를 결정해야 하는 것은 아니다**(대판 2001. 3.9)
- ② 판단시기 :
정당한 이유의 존재시기는 대리행위(매매계약)가 행하여질 때의 사정을 객관적으로 관찰하여 판단하여야 하는 것이지 당해 법률행위가 이루어지고난 훨씬 뒤의 사정을 고려하여 그 존부를 결정해야 하는 것은 아니다(대판 1987. 7.7)
- ③ 입증책임 :
제126조 입증책임은 그것을 유효하다고 주장하는 자에게 있는 것이다(대판 1968. 6.18)

(3) 수권범위를 초과한 무권대리행위는 전부무효가 아니라 그 수권범위내에서는 본인에게 효력이 있다.

⇒ 본인이 대리인에게 부동산을 담보로 금 2,000만원의 차용을 부탁하였는데 대리인이 위 수권의 범위를 넘어 금 1억 3,000만원으로 하여 근저당권설정계약을 체결한 경우 금2,000만원의 한도 내에서는 대리권의 범위 내에 속하는 것이므로 위 근저당권설정계약은 위금 2,000만원을 담보하는 범위 내에서는 본인에게 그 효력을 미치는 유효한 것이다(9대판 1987. 9.8)

(4) 권한을 넘은 표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고 그로부터 전득자는 제외된다.(96대판)

4. 대리권 소멸 후의 표현대리 - 129조

- (1) 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과의 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(대판 1998. 5.29)
- (2) 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘은 대리행위가 있을 때에도 제 126조 표현대리가 성립될 수 있다(대판 1979. 3.27)

V. 협의의 무권대리

(제130조) 무권대리

대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다

(제131조) 상대방의 최고권

대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간내에 답을 **발**하지 아니한 때에는 [추인을 거절/ 추인]한 것으로 본다.

(제132조) 추인, 거절의 상대방

추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 **안** 때[악의]에는 그러하지 아니하다.

(제133조) 추인의 효력

추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

(제134조) 상대방의 철회권

대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 **상대방이 대리권 없음**을 안 때에는 그러하지 아니하다.

(제135조) 무권대리인의 상대방에 대한 책임

- ① 타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 **상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임**이 있다
- ② 상대방이 **대리권 없음**을 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로 계약한 자가 **행위능력이 없는** 때에는 전항의 규정을 적용하지 아니한다.

136조. 단독행위의 무권대리

- ① 상대방 없는 단독행위(재단법인 설립행위)의 무권대리: 능동대리, 수동대리 불문하고 **언제나 절대적 확정적 무효**이다. 본인이 추인한 경우 **아무런 효력이 없다**
- ② 상대방 있는 단독행위의 무권대리:**[원칙] 무효**
[예외]①능동대리: 무권대리 행위에 **상대방이 동의** 하거나 대리권을 다투지 아니한 때에 한하여 계약의 무권대리 규정을 준용한다 (제130조~제135조)
②수동대리: 무권대리인의 동의를 얻어 단독행위를 한 때 계약의 무권대리규정을 준용

[체계도]

본인	무권대리인	상대방
①추인권		⑤이행책임 또는 손해배상책임		③최고권(선의,악의)
②추인거절		행위능력자일 것		④철회권(선의) ; 추인 전까지

- 1. 추인의 의사표시는 상대방 또는 무권대리인 어느 쪽에 대해서도 할 수 있으며, 여기서 상대방이라 함은 직접 상대방뿐만 아니라 권리 또는 법률관계의 **승계인(전득자)**을 포함한다 (대판 2001. 11.9)

2. 묵시적 추인에 해당하는 경우

- (1) 매매계약을 체결한 무권대리인으로부터 매매대금의 전부 또는 일부를 본인이 받은 경우
- (2) 본인의 장남이 서류를 위조하여 매매한 부동산을 본인이 **매수인에게 명도**하고 10년간 아무런 이의를 제기하지 아니한 경우
- (3) 무권대리인이 차용한 금원의 변제기일에 채권자가 본인에게 그 변제를 독촉하자 본인이 그 **유예를 요청**한 경우

3. 묵시적 추인에 해당하지 않는 경우

본인이 무권대리행위의 사실을 알고 있으면서 이의를 제기하지 않았거나 상당기간 방치한 경우, 형사소추나 민사소송을 제기하지 않았다고 무권대리행위를 추인한 것으로 보지 않는다(대판)

4. 일부에 대하여 추인을 하거나 변경을 가하여 추인을 하여도 상대방의 동의가 없는 한 무효이다(대판 1982. 1.16)

5. 대리권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 단독상속한 후 소유자의 지위에서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기말소 등을 구하는 것이 금반언의 원칙이나 신의칙상 허용될 수 없다(대판 1994. 9.27)

<무효와 취소>

I. 무효

1. 강행법규에 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것이라 고 할 없다.(2004대판)
2. 甲이 지능이 박약한 乙을 꺾어 돈을 빌려주어 유흥비로 쓰게 하고 실제 준 돈의 두 배 가량을 채권최고액으로 하여 근저당권을 설정한 경우, 갑의 기망을 이유로 한 乙의 근저당권설정계약취소의 의사표시가 근저당권설정계약의 전제에 대한 취소의 효력이 있다(2004대판)
3. 1필의 토지가 거래허가대상지역과 거래허가대상지역이 아닌 곳으로 나뉘어 있을 경우에 목적물의 대부분이 자연녹지지역으로서 관할관청으로부터의 토지거래허가를 받아야 하는 데도 허가를 받지 못하였다면 효력이 없고,
민법 제137조에 따라서 원칙적으로 매매계약 전부가 무효가 되며, 다만 그 무효부분이 없더라도 위 매매계약을 체결하였을 것이라고 인정될 때에 한하여 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.(93대판)
4. 타인의 권리를 자기의 이름으로 처분한 후에 본인이 그 처분을 인정하였다면 무권대리에 있어서 본인의 추인의 경우와 같이 그 처분은 본인에 대하여 효력을 발생한다.(81대판)
5. 취소할 수 있는 의사표시를 취소한 후 다시 추인한 경우, 그 추인의 성질?
취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고,
다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있으나, 무효행위의 추인은 그 **무효 원인이 소멸한 후에** 하여야 그 효력이 있다(97대판)

6. 무효행위의 주인

- (a) 법률행위가 사회질서에 위반하여 무효로 된 경우 주인해도 계속 무효이다(94대판)
- (b) 불공정한 법률행위로서 무효인 경우 주인에 의해 무효인 행위가 유효로 될수 없다(94)
- (c) 무효행위의 주인은 무효행위를 사후에 유효로 하는 것이 아니라 '새로운 의사표시'에 의하여 새로운 법률행위가 있는 것으로 간주하는 것이다 (1983 대판)
- (d) 무효인 가등기를 유효한 등기로 전용하기로 한 약정은 그 때부터 유효 (대판)
- (e) 법률행위를 일단 취소한 경우 취소할 수 있는 법률행위의 주인과 무효 행위의 주인 중 어느 것이 가능한가? (97 대판) =무효행위의 주인은 가능
- (f) 취소할수 있는 행위를 주인하면 새로운 법률행위를 한 것으로 본다() 기출
- (g) 무권대리행위의 주인과 무효행위의 주인은 성질이 같다()

7. 무효인 법률행위는 성립시부터 당연히 효력이 발생 않는 것이므로, 무효인 법률 행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있는 경우 그 손해배상을 청구할 수 없다(2003대판) =중요=

유동적 무효

1. 허가 전에도 허용되는 것

- (1) 계약금의 2배 상환하고 해제할 수 있다 (97대판)
- (2) 협력의무 불이행에 따른 손해배상액의 예정이 가능하다. (97대판)
- (3) 사기, 강박, 착오, 허위표시를 주장:
협력거절의사를 명백히 함으로써 계약을 확정적 무효로 하여 협력의무를 면하고 지급된 계약금을 부당이득으로 반환 청구할 수 있다 (1997 대판)

2. 협력의무

- ① 협력의무 불이행시 협력의무 불이행과 인과관계있는 손해배상 청구, 손해배상예정 가능
- ② 허가 받기 전에는 채권적 효력이 없으므로 대금지급의무가 없다. 따라서 매도인은 매수인이 대금채무불이행 이유로 계약 해제할 수 없다
- ③ 매수인의 대금불이행을 이유로 매도인이 협력의무 이행을 거절할 수 없다
협력의무와 대금지급의무는 동시이행관계에 있는가?(1993 대판)아니다 =기출=
- ④ 매도인이 불허가처분을 유도하기 위해 신청서에 허위로 불성실 기재를 함으로써 불허가 처분이 된 경우. 확정적 무효 아니다(1997 대판)
- ⑤ 甲, 乙, 丙, 丁에게 중간생략등기 합의아래 전전매매한 경우 각 매매계약은 확정적 무효이고 각 매수인이 각 매도인에 대해 협력의무이행 청구권을 갖지 않으며 丁이 순차 대위하여 협력의무이행을 대위행사할 수 없다 (96)
- ⑥ 어느 일방이 협력의무이행거절의사를 분명히 한 경우 상대방은 소로써 허가 절차에 협력해 줄 것을 청구할 수 있다 (전합)

3. 계약금의 반환?

매수인이 매매계약에 기해 임의로 지급한 계약금은 유동적 무효상태로 있는 한 부당이득으로서 반환을 청구할 수 없고 확정적 무효가 되었을 때 계약금의 부당이득을 반환청구할 수 있다.(판례)

4. 허가 전 효력? 채권적 효력이나 물권적 효력도 없다.

- (1) 허가 전에는 물권적 효력과 채권적 효력이 모두 인정되지 않으므로 매수인은 자신의 이전등기 청구권을 보존하기 위하여 가등기를 할 수 없다 =판례=
- 허가를 조건으로 장래 이행의 소로서 소유권 이전등기 절차 이행 청구도 할 수 없다(전합)

- (2) 甲,乙,丙 3자합의로 매수인의 지위를 제3자가 이전받기로 합의 한 때는 허가 얻기 전에는 매수인의 지위가 제3자에게 **이전하지 않으며** 제3자가 매도인 甲에게 직접 토지거래허가 절차협력의무 이행을 구할 수 **없다** =중요=99대판
- 중간생략등기 합의가 있어도 甲과 丙사이에 매매계약이 체결되었다는 의미가 아니다.
 - 따라서 丙은 甲에게 **직접** 토지거래허가 절차 협력의무 이행 청구권을 가지지 못한다
 - 중간생략등기는 확정적 무효다.
- (3) 허가신청 청구권은 피보전권리로 하여 처분을 금하는 처분금지가처분을 구할 수 있다.(판례)
- (4) 거래계약이 확정적 무효로 된 경우
- ① 허가 전에 정지조건이 불성취로 확정된 된 경우(택지 전용을 조건으로 허가 전에 매매계약을 체결한 경우)-허가 전에도 정지조건이 불성취 된 때에 계약은 확정적 무효이다.
 - ② 거래계약이 무효로 됨에 있어서 **귀책사유 있는 당사자가 손해배상 의무를 지는 것과 별도로 계약의 무효를 주장할 수 있다**(97 대판)
 - ③ 매도인이 매수인의 잔금 불이행을 이유로 해제통보를 하고 매수인은 계약금 상당액을 가압류한 경우 이는 쌍방이 협력 거절의사를 명백히 한 것으로 확정적 무효다.

5. 최신판례(2006대판)

- (1) 토지거래허가 신청절차에 협력하지 아니하는 경우?
- ① 토지거래계약에 있어서 일방 당사자가 토지거래허가 신청절차에 협력하지 않는 상대방에 대하여 그 협력 의무의 이행을 청구할 수 있다.
 - ② 그 토지거래허가 취득절차의 일환으로 당사자 사이의 약정에 기초하여 그 거래의 목적인 토지이용계획관련 인허가절차의 이행을 소로써 청구할 수 있다.
 - ③ 토지거래허가를 취득하기 이전의 유동적 무효의 상태인 토지거래계약의 일방 당사자가 상대방이 토지거래허가 신청절차에 협력하지 아니한다는 사유만으로 그 거래계약 자체를 일방적으로 해제할 수 **없다**.
 - ④ 공유수면 점용·사용허가 신청절차에 협력하기로 한 경우, 일방 당사자가 상대방이 공유수면 점용·사용허가 신청절차에 대한 협력의무의 이행을 거절함을 이유로 토지거래허가 신청절차에 대한 상대방의 협력 요구에 불응한 것이 그 이행거절의 의사를 중국적으로 분명히 한 경우에 해당하여 위 토지거래계약이 확정적으로 무효로 되었다고 할 수 없다

6. 전원합의체 판례분석

(1) 91년 전원합의체

- 가. 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약의 효력(유동적 무효)
- 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하여 무효다. 다만 허가를 받기 전의 거래계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화 될 여지가 없다.
- 이와 달리 허가받을 것을 전제로 한 거래계약일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률 행위로서 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 거래의 효력이 전혀 발생하지 않는다
- 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없으나 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효화되므로 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다.
- 나. “허가”의 법적 성질
- 규제지역 내의 모든 국민에게 전반적으로 토지거래의 자유를 금지하고 일정한 요건을 갖춘 경우에만 금지를 해제하여 계약체결의 자유를 회복시켜 주는 성질의 것이 아니라 허가를 허가 전의 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띤 것이다.
- 다. 규제구역 내의 토지에 대하여 거래계약이 체결된 경우 쌍방 당사자는 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무가 있다
- 라. 허가를 받기까지는 매매계약이 그 계약내용대로의 효력이 있을 수 없는 것이어서 매수인으로서도 그 계약내용에 따른 대금지급의무가 있다고 할 수 없으며, 설사 계약상 매수인의 대금

지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무에 선행하여 이행하기로

약정되어 있었다고 하더라도, 매수인에게 그 대금지급의무가 없음은 마찬가지여서 매도인으로서 그 **대금지급이 없었음을 이유로 계약을 해제할 수 없다.**(중요)

마. 허가가 있을 것을 조건으로 **소유권이전등기절차의 이행**을 명할 수 없다(중요)

허가신청절차에 협력하지 않는 상대방에 대하여 그 **협력의무의 이행**을 소송으로써 구할 이익이 있다.

(2) 99년 전원합의체

가. 허가구역 안의 토지에 대하여 토지거래허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결한 후 허가구역 **지정 해제** 등이 된 때에는 **토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로 유효**로 된다.

거래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 **계약이 유효적 무효 상태에 있다고 볼 것은 아니다.**

나. 유효적 무효의 상태에 있는 거래계약의 당사자는 상대방이 그 거래계약의 효력이 완성되도록 협력할 의무를 이행하지 아니하였음을 들어 일방적으로 유효적 무효의 상태에 있는 거래계약 자체를 해제할 수 없다.

다. 유효적 무효 상태의 계약은 관할 관청의 불허가처분이 있을 때뿐만 아니라 당사자 쌍방이 허가신청협력 의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우에는 계약관계는 확정적으로 무효가 된다

거래계약이 확정적으로 무효가 된 경우에는 거래계약이 확정적으로 무효로 됨에 있어서 **귀책사유가 있는 자라고 하더라도 그 계약의 무효를 주장할 수 있다.**

7. 주의할 판례

가. 매도인의 토지거래계약허가 신청절차에 협력할 의무와 토지거래허가를 받으면 매매계약 내용에 따라 매수인이 이행하여야 할 **매매대금 지급의무나 이에 부수하여 매수인이 부담하기로 특약한 양도소득세상당금원의 지급의무** 사이에는 상호 이행상의 견련성이 있다고 할 수 없으므로, 매도인으로서 그러한 의무이행의 제공이 있을 때까지 **그 협력의무의 이행을 거절할 수 있는 것은 아니다.**(99)

나. 매매계약을 체결할 당시 당사자 사이에 당사자 일방이 토지거래허가를 받기 위한 협력 자체를 이행하지 아니하거나 허가신청에 이르기 전에 매매계약을 철회하는 경우 상대방에게 **일정한 손해액을 배상하기로 하는 약정을 유효하게 할 수 있다.**

다. 토지거래허가 구역 내의 토지에 관한 매매계약을 체결함에 있어서 당사자 일방의 계약위반으로 계약이 해제된 경우에 대한 손해배상액의 약정은, **당사자 일방이 협력의무를 이행하지 아니하거나 매매계약을 일방적으로 철회하여 그 매매계약이 확정적으로 무효가 된 경우를 포함한다.**

라. 계약금의 반환 청구시기?

유효적 무효 상태의 계약에 기하여 임의로 지급한 계약금 등은 유효적 무효 상태가 **확정적으로 무효가 되었을 때** 비로소 부당이득으로 그 반환을 구할 수 있고,

유효적 무효 상태의 계약이 확정적으로 무효로 되는 경우로서는 관할 도지사에 의한 불허가 처분이 있을 때나 당사자 쌍방이 허가신청협력의무의 이행거절 의사를 명백히 표시한 경우 등이 있다.

마. 어느 일방이 허가신청 협력의무의 이행거절 의사를 분명히 하였다 하더라도 그 상대방은 소로써 허가신청 절차에 협력해 줄 것을 청구할 수 있음은 당연하고, 다만 당사자 쌍방이 허가신청을 하지 아니하기로 의사표시를 명백히 한 경우에는 유효적 무효 상태의 계약은 확정적으로 무효가 된다.

II. 취소

(140조) 취소권자

취소할 수 있는 법률행위는 **무능력자**, 하자있는 의사표시를 한 자. 그 **대리인**, **승계인**에 한하여 취소할 수 있다.

(141조) 취소 효과

법률행위를 취소하면 처음부터 무효로 본다.
단, 무능력자는 현존 이익한도로 반환할 책임이 있다.

(142조) 상대방

취소는 상대방에 대한 의사표시로 한다.

(제143조) 추인의 방법, 효과

취소할 수 있는 법률행위는 **취소권자**가 추인할 수 있고 **추인 후에는 취소하지 못한다**.

추인의 상대방은 취소의 상대방과 같다(전조 규정 준용)

(제144조) 추인의 요건

추인은 **취소원인 종료 후**에 하지 않으면 효력이 없다 (중요)★★★

법정대리인이 추인하는 경우에는 취소 원인 종료 전에도 가능하다(기출)

(제145조) 법정추인

취소할 수 있는 법률행위에 관해 추인 할 수 있는 후에 다음 각 호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다.
그러나 **이의 보류**한 때는 그러하지 아니하다

1. 전부나 일부의 이행
2. 취소권자가 이행을 청구하는 경우/ <주의> 상대방의 이행청구를 받은 경우
3. 경개
4. 담보의 제공(취소권자가 채무에 대신하여 인적담보나 물적 담보를 제공한때)
5. 취소할 수 있는 행위로 취득한 **권리의 전부나 일부의 양도**
(**취소권자가 상대방의 기망으로 취득한 건물을 제3자에게 처분하는 경우 또는 그 건물 위에 제한 물권을 설정하는 행위를 한 경우**)
6. 강제집행

(제146조) 취소권의 소멸

취소권은 추인할 수 있는 날로부터 **3년내**, 법률행위를 한날로부터 10년 내에 행사해야 한다.

1. 취소의 의사표시는 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소권자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족하며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이다(2005. 5.27)
2. 법률행위의 취소를 당연한 전제로 한 소송상의 이행청구나 이를 전제로 한 **이행거절** 가운데는 취소의 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 있다(대판 1993. 9.14)
3. 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있는 경우에 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적 물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 **일부만의 취소도 가능하나, 이는 어디까지나 어떤 목적 혹은 목적물에 대한 법률행위가 존재함을 전제로 한다.**
⇒ 따라서 매매계약 체결 시 토지의 일정부분을 매매대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로 취소할 수 없다(대판 1999. 3.26)
4. 매도인이 매수인의 중도금 지급채무를 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 **손해배상 책임을 지거나 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다**(대판 1991. 8.27)
5. 취소권자가 수인인 경우 **1인이 추인하면 다른 취소권자는 이제 취소할 수 없다.**
6. 무능력자는 능력이 된 후에야 유효한 추인을 할 수 있고 사기, 강박에 의해 의사표시를 한 자는 **그 상태를 벗어난 후에야 추인을 할 수 있다**
7. 법률행위를 취소하면 취소할 수 있는 법률행위로 추인할 수 없지만, **무효행위의 추인은 가능하다.**
-무효행위의 추인이나 취소할 수 있는 행위의 추인은 그 원인이 소멸한 후에야 가능하다

8. 취소권의 제척기간 3년(96대판)

취소권은 “추인할 수 있는 날로부터 3년내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다”고 규정하는데 이는 취소할 수도 있고 추인할 수도 있는 자유로운 상태가 된 날로부터 3년의 소멸시효가 아니라 제척기간에 걸린다(중요)

조건. 기한

(제147조) 조건 성취의 효과

- ① 정지조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 효력이 **생긴다**
- ② 해제조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 **잃는다**
- ③ 당사자가 조건 성취의 효력을 그 성취 전에 **소급하게 할 의사를 표시**한 때는 그 의사에 의할 수 (있다/ 없다)

(제148조) 조건부 권리의 침해금지

조건있는 법률행위의 당사자는 **조건의 성부가 미정인 동안**에 조건 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다.

(제149조) 조건부 권리의 처분

조건의 성취가 미정인 권리 의무는 일반규정에 의하여 **처분, 상속, 담보**로 할 수 있다

(제150조) 신의칙 위반

- ① 조건 성취로 불이익을 받을 당사자가 신의칙에 반하여 조건의 성취를 방해한 때는 상대방은 그 조건이 [성취/ 불성취]한 것으로 (의제된다/ 주장할 수 있다)
- ② 조건 성취로 인하여 이익을 받을 당사자가 신의칙에 반하여 조건을 성취 시킨 때는 상대방은 그 조건이 (성취/ 불성취)한 것으로 (의제 된다/ 주장할 수 있다)

(제151조) 불법조건, 기성조건

- ① 조건이 선량한 풍속 기타 사회 질서에 위반한 때에는 [조건만 무효/그 **법률행위도 무효**]로 한다
- ② 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취한 것인 경우(기성조건), 그 조건이 정지 조건이면 [조건 없는 **법률행위/ 무효**], 해제조건이면 [무효/ 조건 없는 법률행위]
- ③ 조건이 법률행위 당시 이미 성취할 수 없는 것인 경우(불능조건), 그 조건이 해제조건이면 [조건 없는 **법률행위/ 무효**], 정지조건이면 [조건 없는 법률행위/무효]

(제152조) 기한 도래의 효과

- ① 시기 있는 법률행위는 그 **기한이 도래한때부터** 그 효력이 [생긴다/ 잃는다]
- ② 중기 있는 법률행위는 그 기한이 도래한때부터 그 효력을 [잃는다/ 생긴다]

(제153조) 기한이익의 포기

- ① 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 [추정/ 간주]한다
- ② 기한의 이익은 이를 **포기할 수 있다**. 그러나 상대방의 이익을 해하지 못한다.

(제154조) 준용규정;148조, 149조

- ① 기한 있는 법률행위의 당사자는 기한의 도래가 미정인 동안에 기한의 도래로 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다.
- ② **기한의 도래가 미정인 권리 의무**는 일반규정에 의하여 **처분, 상속, 담보**로 할 수 있다.

I.조건

1. 조건은 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관이다.

토지거래허가 전의 거래계약이 정지조건부 계약인 경우에 있어서 그 정지조건이 토지거래허가를 받기 전에 이미 불성취로 확정되었다면 계약관계는 확정적으로 무효가 된다.(98)

2. 조건은 그것이 **외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐**이고, 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(대판 2003. 5.13)
3. **합의내용이 이행되지 않을 경우 합의를 무효로 하기로 한 경우**, 계약당사자가 부도가 난 후 상대방에게 합의서상의 채무를 이행 할 수 없다고 통고하였다면, 이로써 합의서 내용이 불이행된 때라는 조건이 성취되었다고 보는 것이 상당하다(대판 1997. 11.11)
4. 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 경우, 조건이 성취된 것으로 의제되는 시점은 이러한 신의성실에 반하는 행위가 없었더라면 조건이 성취되었으리라고 추산되는 시점이다(대판 1998. 12.22)
5. **해제조건부증여**로 인한 부동산소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 해제조건이 성취되면 그 소유권은 증여자에게 복귀한다고 할 것이고, **조건성취 전에 수증자가 한 처분행위는 조건성취의 효과를 제한하는 한도 내에서는 무효**라고 할 것이고, 다만 그 조건이登記되어 있지 않는 한 그 처분행위로 인하여 권리를 취득한 제3자에게 위 무효를 대항할 수 없다(대판 1992. 5.22)
6. **어떠한 법률행위가 정지조건부 법률행위에 해당하는 사실은 그 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게 주장·입증책임이 있다**(대판 1993. 9.28)
7. 정지조건부 법률행위에 있어서 **조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다**(대판 1983. 4.12)
8. 이행지체를 이유로 일정한 기간을 정하여 채무이행을 최고함과 동시에 그 기간내에 이행이 없을 때에는 계약을 해제하겠다는 의사를 표시한 경우에는 그 기간의 경과로 그 계약은 해제된 것으로 보아야 한다.(79대판)중요
 - 동시이행관계에 있는 의무자 일방이 상대방의 이행지체를 이유로 한 해제권을 취득하기 위하여는 그 이행청구에 표시된 이행기가 일정한 기간 내로 정하여진 경우라면 이행청구한 자가 원칙으로 그 기간 중 이행제공을 계속해야 한다.
 - 소정의 기일 내에 이행을 하지 아니하면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 기간 또는 기일내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사표시를 한 것으로 볼 것이다.
 - 계약당사자의 일방이 다른 일방에게 대하여 일정한 기간을 정하여 그 채무의 이행을 최고함과 동시에 그 기간내에 이행이 없을 때에는 계약을 해제하겠다는 의사표시를 한 경우에는 위의 기간경과로 해제권은 발생됨과 동시에 그 계약은 해제된 것으로 해석하여야 할 것이다.
9. 부처관계의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약은 그 조건만이 무효인 것이 아니라 증여계약 자체가 무효이다.(69대판)

II. 기한

1. 부관이 붙은 법률행위에 있어서 정지조건인지 불확정 기한인지를 판단하는 기준?
 - ① 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행 하지 아니하여도 된다고 보는 것 이 상당한 경우에는 **조건**으로 보아야 하고,
 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 **불확정기한**으로 정한 것으로 보아야 한다.

- ② 변제기가 정해진 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니 하는 것으로 확정된 때에 **불확정 기한이 도래한다.**
- ③ 동야건설 주식회사의 관리인 김동윤이 원고에 대하여 2000. 12. 4.부터 2000. 12. 8.까지 희망퇴직신청을 하는 경우에는 회사정리계획 인가결정일로부터 1개월 이내에 평균임금 3개월분의 퇴직위로금을 지급하겠다는 의사표시는 회사정리계획인가를 조건으로 정한 것이 아니라 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이고,
따라서 회사정리절차가 폐지되어 정리계획인가를 받을 수 없는 것으로 확정되었으므로 그 때에 불확정기 한이 도래하였다.(2003대판)중요
- ④ 대금지급일을 주택사업 승인 후 1개월 내 지급하기로 한 약정은 ?
사업을 양수한 청광실업은 2002년도부터 2004년도까지 법인세 납세실적이 전혀 없고 자본잠식상태인 데 다 뚜렷한 사업실적도 없으며, 실제로 청광실업이 이 사건 사업을 양수한 후에도 별다른 사업진척이 이루어지지 않아, 청광실업이 상당한 기간 안에 지구단위계획입안을 위한 주민제안을 거쳐 지구단위계획결정 및 주택사업승인을 받을 수 있을지는 매우 불투명한 사실 등을 인정할 수 있다.
우선 위 인정과 같이, 이 사건 각 매매계약에서 잔금지급기일을 "사업승인 후 1개월 이내"로 정한 것은 불확정기한에 해당한다.
2. 임대차계약을 체결함에 있어서 임대기한은 '본건 토지를 임차인에게 매도할 때까지'로 정하였다면 위 임대차 계약은 기간의 약정이 없는 것이라고 해석함이 상당하다(대판 1974.5.14)
- 주의 - 도래여부가 불확실하므로 조건에 해당하는 것이지 불확정 기한이 아니다.

제2장 물권법

<물권법 총론>

출제 포인트 물권의 객체

적중률 1위. 합격률 1위

1. 물권의 객체 = 뱀장어 사건(90대판)빈출

- ① **증감변동하는 동산**을 하나의 물건으로 보아 이를 채권 담보의 목적으로 하는 집합물에 대한 양도담보설정 계약도 유효하다
- ② 목적 동산이 다른 물건과 구별될 수 있도록 종류, 수량등이 특정되어 있으면 **증감변동하는 집합물 전부를 하나의 재산권으로 보아 양도담보 설정할 수 있다**
- ③ 성장을 계속하는 어류일지라도 특정 양어장 내의 뱀장어 등 어류 전부에 대한 양도담보계약은 그 담보목적물이 특정되었으므로 유효하게 성립한다.=1물 1권 주의에 위반하지 아니한다.
- ④ 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변형되어도 한 개의 물건으로서 동일성을 잃지 않으므로 양도담보권의 효력은 **항상 현재의 집합물 위에 미친다**
- ⑤ 설정자가 개개의 물건을 반입하였다 하더라도 **그때마다 별도의 양도담보설정계약을 맺을 필요가 없다.**

2. 경매의 대상이 된 토지 위에 **생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목**은 토지의 구성 부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고, 다만 입목에 관한 법률에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다.(2005대판)

- 지적법이 정하는 바에 따른 분할의 절차없이 **등기부에만 분필의 등기**가 되었다 하여도 이러한 등기는 무효이다(대판 1990. 12.7)

<물권법정주의>

- 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다."고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로,
법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니 한다 .
- 관습상의 사도통행권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없으므로 물권법정주의에 위배 된다.(2002대판)
- 미등기 무허가건물의 양수인이라 할지라도 그 소유권이전등기를 경로받지 않는 한 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 그러한 건물의 취득자에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수 없다(98대판)
- 온천권은 관습상 물권에 해당하지 않는다(70대판)

출제 포인트 물권적 청구권

적중률 1위. 합격률 1위

- 일단 **소유권을 상실한 전소유자**는 제3자인 불법점유에 대하여 물권적청구권에 의한 방해배제를 청구권에 의한 방해배제를 청구할 수 없다.(대판 1969. 5.275)
- 불법점유자라 하여도 건물을 다른 사람에게 인도**하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않는 이상, 그 자를 상대로 한 인도 또는 명도청구는 부당하다(대판 1999.7.9)
- 불법점유를 이유로 한 건물명도청구는 **간접점유자를 상대로 청구할 수 있다**(대판 1983. 5.10)
- 건물을 전소유자로부터 매수하여 **등기를 하지 않고 있는 건물점유자**에 대하여도 그 건물에 의하여 불법점유를 당하고 있는 대지소유자는 그 건물의 철거를 요구할 수 있다(대판 1967.2.28)

5.

(1) 건물 철거 청구권을 채권자 대위권의 목적으로 할 수 있는가?

(조치원 버스정류장 철거 청구 사건)

가. 사실 관계

甲소유 토지와 건물 2채 중에서 토지와 건물 한 채는 경매로 경락인 乙에게 넘어 가고 버스정류장 건물은 그대로 남아있게 된 후 버스정류장 소유자 甲이 丙에게 건물을 기간 약정 없이 임대를 준 경우

나. 그 후 다시 토지들과 그 지상 건물에 관하여 임의경매절차가 진행되어 원고가 그 소유권을 취득하게 되었는데, 이 사건 건물은 근저당권 설정자인 소외인의 소유가 아니었기 때문에 원고 역시 그에 대한 소유권을 취득하지 못하였다.

다. 피고 1, 피고 2는 1999. 1. 31.부터 기간을 각 12개월로 정하여, 조치원 버스정류장으로부터 건물의 일부씩을 임차한 이래 현재까지 그 판시와 같은 부분을 점유하고 있다.

라. 원고는 제1심법원에 소를 제기하면서 주위적으로는 건물에 대한 소유권자로서 이 사건 건물의 명도를 구하고, 예비적으로는 이 사건 토지들에 관한 소유자로서 이 사건 건물의 소유자인 조치원버스정류장을 상대로는 철거청구, 그 점유자인 피고들에 대하여는 퇴거청구를 하였다

(그 외에 조치원버스정류장을 대위하여 피고들을 상대로 이 사건 건물에 관한 명도청구를 하였다).

(2) 토지 소유권에 근거하여 그 토지상 건물의 임차인들을 상대로 건물에서의 퇴거를 청구할 수 있었다더라도 퇴거청구와 건물의 임대인을 대위하여 임차인들에게 임대차계약의 해지를 통고할 수 있다.

피보전채권이 특정채권이라 하여 반드시 순차매도 또는 임대차에 있어 소유권이전등기청구권이나 인도청구권 등의 보전을 위한 경우에만 한하여 채권자대위권이 인정되는 것은 아니며, 물권적 청구권에 대하여도 채권자대위권에 관한 민법 제404조의 규정과 위와 같은 법리가 적용될 수 있다.

임대인의 임대차계약 해지권은 오로지 임대인의 의사에 행사의 자유가 맡겨져 있는 행사상의 일신전속권에 해당하는 것으로 볼 수 없다.(출처 2007.5.10. 선고 2006다82700판결)

(3) 귀속재산인 토지를 국가로부터 임차한 임차인은 그 임차권을 보전하기 위하여 소유권자인 국가를 대위하여 위 토지상에 권원없이 건물을 소유하고 있는 자에 대하여 위 건물의 철거를 청구할 수 있다.(1960.11.18)

6. 미등기 매수인의 점유할 권리(2001대판) 중요

- ① 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 **매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리**가 생긴다.
- ② **매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자**는 토지의 점유사용권을 취득한다
매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다
- ③ 대물변제 약정에 의하여 매매와 같이 **부동산의 소유권을 이전받게 되는 자가** 이미 당해 부동산을 점유·사용하고 있거나, **그로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 경우**에도 마찬가지로 적용된다.
- ④ 연립주택 신축공사의 수급인이 공사대금의 지급에 갈음하여 이전방기로 한 연립주택의 일부를 **소유권이전등기를 경료받지 않은 상태에서 제3자에게 임대**한 경우, **소유자인 건축주는 위 제3자에게 소유권에 기한 명도청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다.**
- ⑤ 소유권이전등기를 경료받기 전에 토지를 인도받은 **매수인으로부터 다시 토지를 매수하여 점유·사용하고 있는 자**에 대하여 매도인이 토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다.
- ⑥ 토지의 매수인이 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 **점유사용할 권리**가 생기게 된 것으로 보아야 하고
- 또 **매수인이 그 토지 위에 건축한 건물**을 취득한 자는 그 토지에 대한 매수인의 위와 같은 **점유사용권**까지 아울러 취득한 것으로 봄이 상당하므로 매도인은 매매계약의 이행으로서 인도한 토지 위에 매수인이 건축한 건물을 취득한 자에 대하여 **토지소유권에 기한 물권적청구권을 행사할 수 없다.** (출처 : 대법원 1988.4.25. 선고, 87다카1682)
- 비록 매수인이 **매매계약상의 잔대금을 전액 지급하지 않았다** 하더라도 전액 지불한 것과 마찬가지로 그 대지를 점유 사용할 권리가 있다(대법원 1992.7.28. 선고 92다 10197)
- 이 경우 매도인은 매수인에게 **미지급 잔대금에 대한 법정이자 상당의 지급**을 구함은 별론으로 하고, 위 매매계약 후의 전득자의 부동산에 대한 점유·사용이 법률상 원인이 없는 이득이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다(출처 대법원 선고 95다12682)

7. 지상권을 설정한 토지소유권이 제3자에게 방해되는 경우?

- (1) 소유자가 그 소유토지에 대하여 지상권을 설정하여도 그 소유자는 그 토지를 불법으로 점유하는 자에 대하여 **방해배제를 구할 수 있는 물권적청구권**이 있다.
- (2) 지상권을 설정한 토지소유권자는 지상권이 존속하는 한 토지를 사용 수익할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 불법점유자에게 **손해배상**을 청구할 수 없다.(선고 74다1150 판결 가옥철거등)

8. 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우?

현재의 소유자가 자신의 **소유권에 기하여** 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정 등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 **중전의 소유자**도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 **계약상 권리**가 있다(94전합) (2007.5.10. 선고 2006다82700)

9. 등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 부실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의 인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 사람에 대하여 **소유권에 기한 방해배제**로서 등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체명의 등기의 말소를 구할 수 있다.(2008마615)

10. 임차인은 그 임차권을 보전하기 위하여 **소유권자를 대위**하여 위 토지상에 권원없이 건물을 소유하고 있는 자에 대하여 위 건물의 철거를 청구할 수 있다.<사시,변시>

-토지매수인이 등기 없이 점유하는 토지를 제3자가 불법점유하면 매수인은 매도인의 물권적 청구권을 대위 행사할 수 있다.(1960.11.18)<감평사 08>

11. 甲소유 토지위에 乙이 무단으로 건물을 신축하여 丙에게 매도한 경우 토지소유자 甲은 乙이 아닌 丙에게 건물<철거청구>, 토지<인도청구>할수 있으나 건물에서 <퇴거 청구>할 수 없다<감평08,증개사>

Ⅲ. 법률행위로 인한 부동산물권변동 = 물권행위와 등기

등기청구권

186조 = 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 한다.
187조 = 상속,공용징수(수용),형성판결,경매 기타 법률규정에 의한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

1. 부동산 매수인이 매도인을 상대로 소유권이전등기에 협력을 요구하는 것은 채권적 청구권이지 물권적 청구권의 행사가 아니다(대판76)
 - ① 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다.(98전합)
 - ② 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 경우 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리의 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 위 두 어느 경우에도 이전 등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다(98전합)
2. 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로서, 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.(98대판)
3. 甲은 실제적 권리관계에 일치하지 않는 (위조된 등기) 乙명의 등기를 말소하기 위하여 등기청구권이 인정되어야하고 이때의 등기청구권은 물권자가 물권의 효력으로서 발생하는 물권적 청구권이다(64대판)
4. 피담보채무를 채무자가 변제한 이후 양도담보 설정자가 행하는 말소등기청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이다(79대판)
5. 매도인甲이 매수인乙에게 부동산을 매매하여 소유권이전등기 해주었으나 매수인의 채무불이행으로 매도인이 계약을 해제한 경우? 물권적 청구권이므로 소멸시효에 안 걸린다.
6. 매매계약이 합의 해제 된 경우 ? (변시95. 사시)
매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복 청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 소멸시효의 대상이 아니다 (82)
7. 소유권이전등기청구권을 압류한 경우 이를 위반하여 처분한 경우?
채권자가 제3채무자나 채무자로부터 이전등기를 경료한 제3자에 대하여 위 이전등기의 말소를 청구할 수 없다. 제3채무자가 위 압류결정을 무시하고 채무자에게 이전등기를 이행하고 채무자가 다시 제3자에 게 이전등기를 경료해 주어 채권자에게 손해를 입힌 경우 불법행위가 성립한다.(2007.9.21.)
8. 명인방법
 - (1) 입인삼에 대한 소유권취득의 유효요건인 공시방법으로서는 입인삼의 점유이전만으로는 불충분하고, 권리의 변동이 있음을 일반에게 알리는 문구를 기재한 풋말을 본건 인삼포를 통과하는 사람이면 누구나 쉽게 볼 수 있는 곳에 설치한 명인방법으로 족하다(71다2573판결)

- (4) 동일부동산에 관하여 **중복된 소유권 보존등기**에 터잡아 등기명의인을 달리하는 각 소유권 이전등기가 경료된 경우 등기의 효력은?(전합)
소유권이전등기의 선후가 아닌 **보존등기의 선후**로 판단한다.
- (5) 동일부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 멸실회복에 의한 각 소유권 이전등기가 중복등재 되고 각 바탕이 된 소유권보존등기가 동일등기인지 중복등기인지 **불명**이거나, 중복등기라면 각 소유권 보존등기가 언제 이루어졌는지 **불명**인 경우 각 회복등기간 우열은? **회복등기의 일자로** 판단한다(전,합)

5. 중간생략등기-부동산등기 특별조치법에서 금지하나 이를 위반하여도 사법상 무효는 아니다.

- (1) ① 3자 합의 있으면 직접 최초 매도인에서 최종 매수인으로 등기할 수 있다.
② 3자 합의 없으면 중간자를 대위하여 중간자에서, 최종양수인으로 순차 대위해야 한다.
중간 생략등기의 **합의가 없는** 경우, 부동산의 **최종 매수인**은 중간자를 대위하여도 최초양도인에 대하여 **직접 자기 앞으로** 소유권 이전등기를 청구할 수 **없다**.
- ③ 최초매도인이 동의하지 않는 경우 중간자가 갖는 등기청구권을 채권 양도 통지만으로 등기청구권을 양도할 수 없다. 최초 매도인의 승낙을 얻어야 한다.
- ④ 이미 **중간생략등기가 된 경우에는**, 당사자 사이에 적법한 원인관계가 있는 이상, 중간생략 등기의 **합의가 없었다는 사유**로써 이를 무효로 할 수 없다(대판 1979. 7.10)
- (2) 국토의계획및이용에관한법률상 허가구역 내에 있는 토지에 관한 매매계약에 있어서 최종 매수인이 최초 매도인을 매매당사자로 하는 중간생략등기는 무효이다(대판 1997. 11.11)
- (3) **미등기건물을 승계취득자 앞으로 직접 소유권보존등기를 하더라도**, 중간생략등기의 법리에 따라 유효하다(대판 1995. 12.26)
- (4) 중간생략등기의 합의가 있었다고 하더라도 **중간매수인의 소유권이전등기 청구권이 소멸된다거나** 첫 매도인의 그 매수인에 대한 소유권이전등기의무가 소멸되는 것은 아니다(대판1991. 12.13)
- (5) 중간생략등기의 합의가 없는 경우, 부동산의 최종 매수인은 중간자를 대위하여도 최초 양도인에 대하여 직접 자기 앞으로 소유권이전등기를 구할 수 없다.
⇒ 최종양도인은 단지 **중간자를 대위하여** 최초매도인에게 **중간자에게 이전등기할 것**을 청구할 수 있을 뿐이다.
- (6) 3자 사이에 중간생략등기의 합의가 있는 후, **최초매도인과 중간자 사이에 종전 매매대금을 인상하는 약정**이 체결된 경우, 최초매도인은 인상분의 미지급을 이유로 최종양수인의 소유권이전등기청구를 거절할 수 있다(대판 2005. 4.29)
- (7) 甲,乙,丙3자간에 중간생략등기를 하기로 합의한 경우에, 최초매도인甲과 중간자 乙사이의 토지에 관한 **매매계약을 해제하기로 합의한 경우** 최종매수인丙은 완전한 권리를 취득한 자라고 할 수 없으니 합의해제에 의하여 권리를 해하지 못하는 **제3자에 해당 된다고는 할 수 없다.(80대판)**

6. 무효등기의 유용

- (1) 기존건물이 멸실된 후 그곳에 새로이 건축한 건물의 물권변동에 관한 등기를 멸실된 건물의 등기부에 하여도 이는 진실에 부합하지 아니하는 것으로 그 등기는 무효이다(대판 1980. 11.11)
- (2) 등기의 유용은 그 등기를 유용에 관한 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 **제 3자가 생기지 않는 경우에 한하여 허용된다**(대판 1989. 10.27)

7. 가등기

- (㉑) 가등기 자체에는 아무런 실체법상 효력이 인정되지 아니한다
- (㉒) 가등기에 기해 본등기를 경료하면 본등기의 순위가 가등기시로 소급한다()
;물권변동의 효력이 가등기시로 소급한다()
- (㉓) 중간취득등기는 가등기권리자가 본등기를 경료하면 직권말소한다(전합)
- (㉔) 가등기에 기해 본등기 경료할 때 본등기의무자는? 가등기당시의 소유자를 상대로 한다
- (㉕) 가등기권리자가 본등기를 하지 아니하여 가등기의 원인이 소멸시효에 걸리면 중간취득자는 가등기의 말소를 청구할 수 있다(98대판)
- (㉖) 판례는 가등기권리자가 이전등기의 방법으로 가등기의 가등기를 인정한다
- (㉗) 乙이 본등기하면 丙은 매도인 甲에게 저당권 실행으로 인한 담보책임을 물을 수 있다
- (㉘) 가등기권리자가 본등기 전에 중복된 소유권 보존등기가 무효이더라도 가등기 권리자는 그 말소를 청구할 수 없다(2000대판)

8. 등기의 추정력

- (1) 등기명의가 등기부상 기재된 등기원인에 의하지 아니하고, 다른 원인으로 적법하게 취득하였다고 하면서 등기원인행위의 태양이나 과정을 다소 다르게 주장 한다고 하여 이러한 주장만 가지고 그 등기의 추정력이 깨어진다고 할 수는 없다(대판 2001. 11.22)
- (2) 근저당권설정등기가 경료되어 있으면 이에 상응하는 피담보채권의 존재도 추정된다(대판 1969.2.18)
- (3) 전등기명의인이 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현등기명의인이 그 제3자가 전등기명의인의 대리인이라고 주장하면 현소유명의인의 등기가 적법하게 이루어진 것으로 추정된다(대판 1992. 4.24)
그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 전 등기명의인으로서 제3자에게 전 등기명의인을 대리할 권한이 없었다든지 또는 그 제3자가 전 등기명의인의 등기서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 입증책임을 진다(대판 1993.10.12).
- (4) 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 있다고 하여 소유권이전등기를 청구할 어떤 법률관계가 있다고 추정되지는 않는다.
- (5) 소유권이전등기가 경료 되어 있는 경우는 그 등기명의자는 제3자에 대해서 뿐만 아니라 그 전소유자에 대해서도 적법한 등기원인에게 소유권을 취득한 사실을 추정된다(대판 2004. 9.24)
- (6) 부동산소유권보존등기는 건물 소유권보존등기의 명의자가 이를 신축한 것이 아닌 경우, 보존등기 명의자가 보존등기 하기 이전의 소유자로부터 부동산을 양수한 것이라고 주장하고 전소유자는 양도사실을 부인하는 경우에는 그 보존등기의 추정력은 깨어진다(대판 1996. 7.30)

-최근판례-

- ① 토지에 관한 소유권보존등기의 추정력은 그 토지를 사정받은 사람이 따로 있음이 밝혀진 경우에는 깨어지고 등기명의인이 구체적으로 그 승계취득 사실을 주장·입증하지 못하는 한 그 등기는 원인 무효이다(대법원 2005. 5. 26. 선고 2002다43417 판결).
 - ② 그리고 소유권보존등기는 새로 등기용지를 개설함으로써 그 부동산을 등기부상 확정하고 이후 이에 대한 권리변동은 모두 보존등기를 시발점으로 하게 되는 까닭에 등기가 실체법상의 권리관계와 합치할 것을 보장하는 관문이며,
 - ③ 따라서 소유권보존등기는 소유권이 진실하게 보존되어 있다는 사실에 관하여서만 추정력이 있고 소유권보존 이외의 권리변동이 진실하다는 점에 관하여서는 추정력이 없다 할 것인바,
 - ④ 이와 같은 보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원시취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨어진다 (선고 2007다46138)
- (7) 소유권이전등기의 원인으로 주장된 계약서가 진정하지 않은 것으로 증명된 이상 그 등기의 추정은 복멸되는 것이고 계속 다른 적법한 등기원인이 있을 것으로 추정할 수는 없다(대판1998. 9.22)

- (8) 부동산에 관한 등기부상 소유권이전등기가 경료되어 있는 이상 일응 그 절차 및 원인이 정당한 것이라는 추정을 받게 되고 그 절차 및 원인의 부당을 주장하는 당사자에게 이를 입증할 책임이 있는 것이나, 등기 절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 불만한 의심스러운 사정이 있음이 입증되는 경우에는 그 추정력은 깨어진다(선고 2007다91756 판결)
- 등기의 일괄신청을 허용하지 않던 구 부동산등기법을 위반하여 등기의무자가 甲부동산과 동일한 등기원인, 접수일, 접수번호로 乙부동산에 관한 소유권이전등기를 마친 경우, 乙부동산에 관한 등기의 추정력이 깨어졌다.(선고 2007다91756)
- (9) 등기를 신뢰하고 거래한 자는 선의, 무과실로 추정된다(대판 1982. 5. 11).
- 그러나 등기에 기재되어 있는 사실을 알지 못하는 것이 등기부를 조사하지 아니하였다는 점에서 선의이어도 과실이 있는 것으로 추정된다.
- 추정의 효과는 등기명의인의 이익 뿐만 아니라 불이익을 위해서도 인정되고 등기명의인뿐만 아니라 제3자도 이를 원용할 수 있다.

〈법률행위에 의하지 않은 부동산물권의 변동〉

- (1) 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 추정력도 없으므로, 자기 비용과 노력으로 건물을 신축한 자는 그 건축허가가 타인의 명의로 된 여부에 관계없이 그 소유권을 원시취득한다.(대판 2002. 4. 26)
- (2) 건물의 구조와 형태가 구분소유권의 객체가 될 수 있을 정도에 이르고 토지의 부합물로 볼 수 없는 미완성 건물을 건축주로부터 양수 받아 나머지 공사를 진행하여 그 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정될 정도로 건물을 축조한 경우, 그 건물소유권의 원시취득자는 양수인이다(대판 2006. 11.9)
- (3) **제1, 2순위의 근저당권설정등기 사이에 소유권이전등기청구권 보전의 가등기가 경료된 부동산에 대하여 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납된 경우 ?**
 위 가등기 및 그에 기한 본등기상의 권리는 모두 소멸하고, 위 각 등기는 민사집행법 제144조 제1항 제2호에 규정된 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하여 말소촉탁의 대상이 되며, 이와 같은 매각허가결정의 확정으로 인한 물권변동의 효력은 그에 관한 등기에 관계없이 이루어지는 것이다 (대법원 2007.12.13)

1. 선의취득

1. 연립주택의 입주권은 수분양자의 지위에 불과한 것이므로 선의취득의 대상이 될 수 없다.
2. 소위 점유개정에 의해서는 선의취득 할 수 없다(대판 1964. 5.5)
3. 선의취득자가 임의로 이와 같은 선의취득 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환 받아 갈 것을 요구할 수 없다(대판 1998. 6.12)
4. 위탁물 횡령의 경우는 물론 점유보조자 내지 소지기관의 횡령처럼 형법상 절도죄가 되는 경우도 민법 제250조 도품·유실물에 해당하지 않는다(대판 1991. 3.22)

2. 물권의 소멸

1. 부동산에 대한 소유권과 임차권이 동일인에게 귀속하게 되는 경우, 그 임차권이 대항요건을 갖추고 있고 또한 그 대항요건을 갖춘 후에 저당권이 설정된 때에는 임차권은 소멸하지 않는다(대판 2001. 5.15)
2. 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기 경료 이후에 다른 가압류등기가 경료되었다면, 그 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 별도로 가등기권자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우?
 토지를 乙에게 명의신탁하고 장차의 소유권이전의 청구권 보전을 위하여 자신의 명의로 가등기를 경료한 甲이, 乙에 대하여 가지는 가등기에 기한 본등기청구권은 채권으로서,
甲이 乙을 상속하거나 乙의 가등기에 기한 본등기 절차 이행의 의무를 인수하지 아니하는 이상, 갑이 가등기에 기한 본등기 절차에 의하지 아니하고 乙로부터 별도의 소유권이전등기를 경료받았다고 하여 혼동의

법리에 의하여 甲의 가등기에 기한 본등기청구권이 소멸하는 것은 아니다.(95대판)

3. 최근 판례

- (1) 甲소유 7층 건물 일부에 임차인 乙이 보증금 4천만원에 임차하여 거주 중 건물에 유치권을 가진 채권자 丙이 건물을 매수하여 소유권이전등기를 한 그날에 저당권을 설정한 경우

유치권은 혼동으로 소멸하지 않는가?

- (2) 위 건물에 한국렌탈 주식회사가 건물소유자 甲과 발전기 설비, 닥트설비, 소방설비, 변전실 설비등을 임대차하여 사용 중에 건물이 경매로 경락되었다. 경락인은 위 렌탈설비를 다시 한국렌탈로부터 임차하면서 차임을 조정하는 계약을 다시 체결하였다. 이 경우 위 시설물은 분리가 어렵고 분리하더라도 복구가 심히 곤란할 뿐만 아니라 이 건물의 효용에 직접 이바지 하는 경우?

렌탈 목적물 중 **종물의 성격을 가지는 물건**은 건물과는 소유자가 다르다고 보는 한에 있어서는 종물이 아니므로 이 사건 건물에 관한 소유권이나 저당권의 효력이 거기에 미칠 수 없고, 따라서 이 사건 건물이 경매되었다고 하여 이 사건 렌탈 목적물 중 종물의 성격을 가지는 물건까지도 경매된 것으로는 볼 수 없다. (2007다36933,36940)

4. 甲이 자기소유 부동산에 대해 乙에게 지상권을 설정 해준 후 甲이 乙에게 1억의 채권 담보조로 동일한 부동산에 소유권이전등기(양도담보)를 경료 해준 경우 乙의 지상권은 혼동으로 소멸하는가?(1980.12.23)소멸하지 않는다.

5. 근저당권자가 소유권을 취득하면 그 근저당권은 혼동에 의하여 소멸하지만 그 뒤 그 소유권 취득이 무효인 것이 밝혀지면 소멸하였던 근저당권은 당연히 부활한다(96대판)

6. 포락

- (1) 토지소유권의 상실 원인이 되는 포락이라 함은 토지가 바닷물이나 하천법상의 적용 하천의 물에 개떡어 무너져 바다나 적용 하천에 떨어져 그 원상복구가 과다한 비용이 요하는 등 사회통념상 불가능한 상태에 이르렀을 때를 말하고, 그 **원상회복의 불가능 여부**는 포락 당시를 기준으로 결정되어야 한다.

- (2) 해변에 있는 토지가 1972년 이전부터 바닷물에 잠겨 있었고, 그러한 상태로 계속 방치되어 오다가 1988년경 하구 독 건설을 위하여 방파제를 축조하면서 성토된 것이라면, 그 토지는 1972년 이전부터 포락되었고 이러한 상태가 일시적이 아니고 장기간 계속된 것으로 보아 현재와 같은 대규모적인 장비와 인력의 동원이 어려웠던 당시로서는 과다한 비용을 들이지 않고는 그 복구가 매우 어렵게 되었다고 할 것이니, 포락으로 당시에 이미 그 토지에 관한 소유권은 소멸된 것으로 봄이 타당하다 (선고 95다18659 판결)

- (3) 한번 포락되어 해변 아래에 잠김으로써 복구가 심히 곤란하여 토지로서의 효용을 상실하면 **종전의 소유권이 영구히 소멸**되고, 그 후 **포락된 토지가 다시 성토**되어도 종전의 소유자가 다시 소유권을 취득할 수는 없다.(선고 92다24677)

<1>의의

건물의 소유자는 현실로 건물이나 그 대지를 점거하고 있지 않더라도 건물의 부지를 점유하는 것이다(대판 1967. 9.19)

<2>자주점유와 타주점유

1. 판단기준

- (1) 자주점유란 **소유의 의사**를 가지고서 하는 점유, 즉 물건을 마치 소유자인 것처럼 지배하려는 자연적 의사를 가지고 하는 점유를 의미하고, **소유권을 가지고 있거나 또는 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니다**(대판 1996. 10.11)
- (2) 자주·타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유취득의 원인이 된 **권원의 성질에 따라 외형적·객관적으로 결정** 되어야 한다(대판 1998. 8.21)
- (3) 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률요건이 없다는 **사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단 점유**한 것임이 입증된 경우, 자주점유라는 추정은 깨어진다(대판 2006. 8.21)
- (4) 점유자가 **진정한 소유자라면 통상 취하지 아니할 태도**를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 사정이 증명된 경우에는 자주점유의 추정은 깨어진다(대판 2006. 2.23)

2. 입증책임 : 점유자 스스로 자주점유를 입증할 책임이 없고 자주점유를 부인하는 상대방측에서 타주점유임을 입증해야 한다

3. 자주점유로 본 판례

- (1) 지방자치단체가 도로개설공사의 시공자로서 **사후 감정가격에 의하여 보상**하기로 하고 소유자의 승낙을 얻어 토지를 점유
- (2) 매매계약체결 후에 매도인들이 처분권한이 없다는 사실을 알게 된 경우
-주의- 타인 토지의 매매시 매수인의 점유?
점유권원의 성질이 분명하지 아니한 때에는 민법 제197조 제1항에 의하여 점유자는 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 것으로 추정된다.
점유자의 점유가 **타주점유임을 주장하는 상대방에게** 이를 입증할 책임이 있다. (대법원 1998. 6. 23.), 매도인으로부터 점유를 넘겨받게 되는 토지 중 일부분이 **매도인에게 처분권한이 없는 타인 소유의 토지**라는 사실을 매수인이 알고 있는 경우에는 매수인은 그 타인 소유 토지의 **매수인 점유 부분 전체에 대하여** 타주점유를 하는 것이라고 볼 것이지, 그 점유 부분 중 **일부 지상에 매수인이 소유하게 되는 건물**이 있다고 하여 매수인이 그 건물이 건축된 토지 부분에 대하여만 따로 소유의 의사로서 점유를 한다고 볼 것은 아니다.(2007대판)
- 토지 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우, 그 계약이 **타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다는 사실만으로 자주점유의 추정이 번복되거나 타주점유로 볼 수 없다**(전,합)
- 임야에 대하여 소유권보존등기를 경료하고 점유를 개시한 **지방자치단체가 점유권원을 주장·증명하지 못한다는 사정만으로 자주점유의 추정이 깨어지지 않는다**.(2005대판)
- 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 **사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수 없다** (대법원 2008.5.8.)
- (3) 점유자가 취득시효시간 경과 후 상대방에게 토지의 매수를 제의한 경우
- (4) **착오로 인접 토지의 일부를 그가 매수 취득한 대지에 속하는 것으로 믿고** 점유하여 온 경우

- (5) 국가나 지방자치단체가 부동산을 점유하는 경우에도 자주점유는 추정된다(대판 2007. 2. 8)
- (6) 국가나 지방자치단체가 취득시효의 완성을 주장하는 토지의 취득절차에 관한 서류를 제출하지 못하고 있다는 사정(6,26전란 등의 사유)만으로 자주점유의 추정이 반복되지 않는다(2007 다42112 판결)
- (7) 점유자가 스스로 **매매 또는 증여와 같이 자주점유의 권원을 주장하였으나** 이것이 인정되지 않는 경우에도 **원래 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상** 그 주장의 점유권원이 인정되지 않는다는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다(2007.2.8. 선고)
- (8) 점유의 승계가 있는 경우 전 점유자의 점유가 타주점유라 하여도 점유자의 승계인이 자기의 점유만을 주장하는 경우에는 현 점유자의 점유는 자주점유로 추정된다.(2002대판)
- (9) 부동산을 매수하여 이를 점유한 자는 그 매매가 무효라는 사정을 알고 있었다는 등의 특별한 사유가 없는 한 그 점유의 시초에 소유의 의사로 점유한 것이라고 할 것이며 후에 그 매도인에게 처분권원이 없었다는 사실을 알게 된 경우 ; 자주점유가 타주점유로 전환되지 아니한다(98대판)

4. 타주점유로 본 판례

- (1) **신탁관계에 있어서 수탁자의 점유**
- (2) 타인의 토지 위에 분묘를 설치하여 점유하는 자.
- (3) **처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서** 부동산을 취득하거나 어떠한 **법률행위가 무효임을 알면서** 그 법률행위에 의하여 부동산을 취득하여 **점유를 시작한 때에는** 그 점유의 시작에 있어 이미 자신이 그 부동산의 진정한 소유자의 소유권을 배제하고 마치 자기의 소유물처럼 **배타적 지배를 할 수 없다는 것을 알면서** 점유하는 자이므로 점유 시작 당시에 소유의 의사가 있다고 할 수 없다(2004다63484 판결)
- (4) 공유자 1인이 다른 공유자의 지분을 포함한 공유토지 전부를 점유하는 경우 **다른 공유자의 지분비율의 범위 내일 때.**
- (5) 매매 대상 토지의 면적이 공부상 면적을 상당히 초과하는 경우에는 계약 당사자들이 이러한 사실을 알고 있었다고 보는 것이 상당하며, 그러한 경우에는 그 초과 부분은 단순한 점용권의 매매로 보아야 할 것이므로 그 점유는 권원의 성질상 타주점유에 해당하고 매매가 아닌 증여라고 하여 이를 달리 볼 것은 아니다.
보존등기 없는 건물과 대지를 증여 받은 경우 증여로 주장한 대지면적(300평)보다 2배에 해당하는 600평을 대지가 아닌 전(田)으로 경작하여 점유하는 경우? 타주점유이다
- (6) 국유지로서 그 위에 무허가 불량주택을 원고들에게 주택을 매도한 소외인들은 그 점유의 개시당시에 국유지에 해당한다는 사정을 알면서도 그 각 토지를 점유한 경우?
토지 위에 주택을 신축하면서 시작된 각 토지에 대한 점유는 성질상 타주점유에 해당할 뿐만 아니라 외형적, 객관적으로 보아 타인의 소유권을 배척하고 이 사건 각 토지를 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것으로 보인다.(무허가 판자촌사건)
재개발사업 진행과정에서 토지 위에 주택을 신축하고 자신들 명의로 소유권보존등기를 경료하였다고 하여 그 때부터 자주점유로 전환된다고 볼 수도 없다(2006대판)
- 타주점유자가 자기명의로 소유권보존등기를 한 경우 자주점유로 전환된다()
- (7) 지방자치단체나 국가가 자신의 부담이나 기부의 채납 등 토지를 점유할 수 있는 일정한 권원 없이 사유지를 도로부지에 편입시킨 사안(토지수용절차나 토지소유자와 사후 보상하기로 합의 하는 등의 절차 없이 점유개시하는 경우)?
자주점유의 추정이 깨어진다(2001. 3. 27. 선고 2000다64472 판결)

5. 점유형태의 전환

- (1) 타주점유가 자주점유로 전환되기 위해서는 **새로운 권원에 의하여** 다시 소유의 의사로 점유하거나 자기에게 **타주점유 시킨 자에게 소유의 의사가 있음을 표시**하여야 한다. 타주점유자가 그 명의로 소유권이전등기를 경료한 것만으로는 점유시킨 자에 대하여 소유의 의사를 표시함으로써 자주점유로 전환 되었다고 볼 수 없다(대판 1993. 7.16)

- (2) 상속에 의하여 점유권을 취득한 경우에는 상속인은 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한 **피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장 할 수 없다**(대판 1992.9.22)
- (3) 토지의 점유자가 이전에 소유자를 상대로 그 토지에 관하여 소유권이전등기말소 절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 패소하고 그 판결이 확정되었다고 하더라도 토지점유자의 자주점유의 추정이 반복되는 것은 아니다(대판 1999. 9. 178)
- (4) 진정한 소유자가 자신의 소유권을 주장하여 점유자를 상대로 토지에 관한 점유자 명의의 소유권이전등기 말소등기청구소송을 제기하여 그 소송사건에서 점유자가 패소로 확정되었다면 점유자는 **패소확정 후** 부터는 타주점유로 전환된다(대판 2000. 12. 8)
- (5) **경락에 의한 소유권이전등기**가 있으면 종전소유자의 점유는 자주점유에서 타주점유로 전환된다(1968. 7.30)
- (6) 부동산을 타인에게 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유는 타주점유로 전환된다(2004. 9.24)

<3> 추정력

- (1) 민법 제197조에 의하여 점유자는 선의로 점유한 것으로 추정되고, 권원 없는 점유였음이 밝혀졌다고 하여 곧 그 동안의 점유에 대한 선의의 추정이 깨어졌다고 볼 것은 아니다. (2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결)
- (2) 등기명의인이 소유권이전등기말소청구소송의 제1심에서 패소확정되었다 하더라도 그 사유만으로는 그들로부터 부동산을 매수하여 점유한 자에게 그 점유에 관하여 악의나 과실이 있다고 볼 수 없다.(80다3198 판결)
- (3) **평온한 점유**라 함은 점유자가 점유를 취득 또는 보유하는 데 있어 법률상 용인될 수 없는 강포 행위를 쓰지 아니하는 점유이고, 공연한 점유라 함은 은비의 점유가 아닌 점유를 말하는 것이므로 점유가 불법이라고 주장하는 자로부터 수차에 걸쳐 **임료를 지급하거나 점유부동산을 매수할 것을 요구받는 등으로 분쟁이 있었다** 하더라도 그러한 사실만으로는 그 점유가 평온, 공연성이 상실된다고 할 수 없다. (92다52764,52771)
- (4) 점유자의 권리추정 규정은 부동산 물권에는 적용되지 않는다.
- (5) 다른 사람의 물건을 점유하는 자는 그 점유가 불법이 아니라는 것을 주장하려면 그 점유가 정당한 권원에 의한 것이라는 점을 입증해야 한다.-등기의 추정력과 달리 점유의 추정력은 전소유자에 대해서는 주장할 수 없고 스스로 점유권원을 입증해야 한다.

<4> 점유자와 회복자

<p>(제201조) 점유자의 과실 수취권</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 선의의 점유자는 점유물의 <u>과실</u>을 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. <p>(제202조) 점유자의 회복자에 대한 책임</p> <p>점유물이 점유자의 책임있는 사유로 인하여 <u>멸실 또는 훼손</u>한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상 하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 <u>현존</u>하는 한도에서 배상하여야 한다</p> <p>소유의 의사가 없는 점유자는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 한다</p> <p>(제203조) 점유자의 상환청구권</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 <u>점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의필요비</u>는 청구하지 못한다. ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 <u>그가액의 증가가 현존</u>한 경우에 한하여 <u>회복자의 선택</u>에 좇아 그 지출 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다 . ③ 전항의 경우에 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 <u>상환기간</u>을 허여 할 수 있다.

1. 과실수취권

- (1) 민법 제201조 제1항에서의 선의의 점유자라 함은 **과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자**를 말하고 다만, 그와 같은 오신을 함에는 오신할만한 정당한 근거가 있어야 한다(대판 2006. 3.10)
- (2) 선의의 점유자라 하여도 **불법행위로 인한 손해배상의 책임이 배제되는 것은 아니다**(대판 1966. 7.19)
선의의 점유자의 과실 취득권과, 불법행위로 인한, 손해배상책임과의 관계(67대판)
토지의 선의의 점유자로 그 과실을 취득할 권리가 있어 **경작한 농작물의 소유권을 취득 할 수 있다** 하더라도 법령의 부지로 상속인이 될 수 없는 사람을 상속인이라고 생각하여 본건 토지를 점유하였다면 피고에게 과실(過失)이 있다고 아니할 수 없고,
따라서 피고의 본건 토지의 점유는 진정한 소유자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상 의 책임이 있는 것이며 **선의의 점유자도 과실취득권이 있다하여 불법행위로 인한 손해배상책임이 배제되는 것은 아니다**
- (3) 건물 사용대가도 과실에 준하여 취급한다.
- (4) 선의 점유자는 법률상 원인 없이 타인의 토지를 사용하여 소유자에게 손해를 입혔어도 그 점유사용으로 인한 이득을 반환 할 필요가 없다.
- (5) 점유자가 점유물을 이용한 경우 점유자는 회복자에게 통상의 필요비를 청구하지 못한다.
기계의 점유자가 기계를 사용함에 따라 기계장치가 마모되거나 손상된 부품을 교체하는데 드는 비용은 통상의 필요비에 해당하고 점유자가 물건을 사용한 경우 이를 상환 청구할수 없다.

2. 점유자의 비용상환청구권

- (1) 점유자의 **비용상환청구권은 점유자가 회복자로부터 점유물의 반환을 청구 받거나 회복자에게 점유물을 반환할 때 비로소 발생**한다(대판 1993. 12. 281)
- (2) 민법 제203조의 **유익비상환청구권은 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아** 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것이므로, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 **적법한 점유의 권원을 가진 경우에는**, 점유자는 그 계약관계 등의 상대방에 대하여 해당 범조항이나 법리에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 **점유회복 당시의 소유자**에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다(대판 2003. 7.25)

3. 점유보호청구권

(제204) 점유의 회수

- ① 점유자가 점유의 **침탈**을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 **손해의 배상**을 청구할 수 있다.
- ② 전항의 청구권은 침탈자의 **특별 승계인**에 대하여는 행사하지 못한다. 그러나 **승계인이 악의인** 때에는 그러하지 아니한다.
- ③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 **1년내**에 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 1년내**에 행사하여야 한다.
- ③ 공사로 인하여 점유의 방해를 받은 경우에는 공사착수 후 1년을 경과하거나 그공사가 **완성한** 때에는 방해의 제거를 청구하지 못한다.

(제206조) 점유의 보전

- ① 점유자가 점유의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 그 방해의 **예방 또는 손해배상의 담보**를 청구할 수 있다.
- ② 공사로 인하여 점유의 방해를 받을 염려가 있는 경우에는 전 조 제3항(행시기간)의 규정을 준용

(제208조) 점유의 소와 본권의 소와의 관계

- ① 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 **서로 영향을 미치지 아니한다.**
- ② 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다.

6. **통행권자의 허락을 얻어 사실상 통행하고 있는 자에게는 그 손해의 보상을 청구할 수 없다**(대판 1991. 9.10)
7. 주위토지통행권은 통행을 위한 지역권과는 달리 통행료가 항상 특정한 장소로 고정되어 있는 것이 아니고 **주위토지의 사용방법이 변화된 경우, 예컨대 그 지상에 건축물의 축조가 있는 경우에는 이에 따라 이동될 수 있다**(대판 2004. 5.13)
8. 통행지 소유자는 원칙적으로 통행권자의 통행을 수인할 소극적 의무를 부담할 뿐 **통로개설 등 적극적인 작위의무를 부담하는 것은 아니고**, 다만 통행지 소유자가 주위토지통행권에 기한 통행에 방해가 되는 담장 등 축조물을 설치한 경우에는 통행지 소유자가 그 철거의무를 부담한다.
9. 주위토지통행권이 인정된다고 하여 통행지 소유자에게 통행지에 설치된 배수로의 철거의무까지 있는 것은 아니며, **주위토지통행권자는 그 통로개설이나 유지비용을 부담하여야 한다**(대판 2006. 10.26)
10. **원소유자에 의해 사용·수익권이 포기된 통행로 부분을 승계취득한 자도 특별한 사유가 없는 한 원소유자와 마찬가지로 분할토지의 소유자들의 무상통행을 수인하여야 할 의무를 진다**(대판 2002. 5.31)
11. 통행권자가 **보상의무를 이행하지 않는 경우에도 통행권이 소멸하지 않는다.**
12. 동일인 소유의 토지의 일부가 양도되어 발생하는 주위토지통행권은 **일부 양도전의 양도인 소유의 종전 토지에 대하여만 생기고 다른 사람(제3자) 소유의 토지에 대하여는 인정되지 아니한다**, (2004대판)
-양도인이 포위된 토지의 소유자에 대하여 '가'항과 같은 무상의 주위토지통행을 허용하지 아니함으로써 포위된 토지의 소유자가 할 수 없이 주위의 다른 토지의 소유자와 일정 기간 동안 사용료를 지급하기로 하고 그 다른 토지의 일부를 공로로 통하는 통로로 사용하였다고 하더라도 포위된 토지의 소유자가 민법 제220조 소정의 무상의 주위토지통행권을 상실하지 않는다.
13. 토지의 소유자 또는 지상권자, 전세권자 등 토지사용권을 가진 자에게 인정되는 권리이다. 따라서 **명의신탁자에게는 주위토지통행권이 인정되지 아니한다.**
토지의 명의신탁자는 토지에 관하여 개발행위허가를 받았다거나 전소유자가 주위토지의 전소유자로부터 통행로에 해당하는 부분에 대한 사용승낙을 받은 적이 있다는 등의 사정으로는 주위토지의 현소유자에게 대항할 수 없다. (2008.5.8.)
14. 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 **공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 어떤 통로가 이미 있다고 하더라도 그 통로가 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정될 수 있다**(2005.12.9.)

15. 상린관계규정의 성격(80대판)

- (1) **지하시설을 하는 경우에 있어서 경계로부터 두어야 할 거리에 관한 사항 등을 규정한 민법 제244조는 강행규정이라고는 볼 수 없으므로 이와 다른 내용의 당사자간의 특약을 무효라고 할 수 없다.**
- (2) **민법 제242조는** 건물을 건축함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 하고 이를 위반한 경우 인접토지소유자는 건물의 변경이나 철거를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, **건축법 제50조의2 제1항 제1호에 의하면, 상업지역이나 시장·군수·구청장이 도시미관 등을 위하여 건축조례로 정하는 구역에서 도시미관 등을 위하여 2 이상의 건축물의 벽을 맞벽(벽과 벽 사이가 50cm 미만인 경우를 말한다)으로 하여 건축하는 경우에는 민법 제242조의 규정을 적용하지 아니한다.**
인접대지경계선으로부터의 이격거리 등 국민에게 과도한 부담을 주는 규제를 폐지하는 등 국민편의를 도모하고 건축관련 민원의 발생소지를 없애기 위하여 규정한 것이다.
민법 제242조는 당사자 사이의 특약에 의하여 그 적용을 배제할 수 있는 것이다.

1. 1필지의 토지 중 **일부를 매도**하면서 토지가 등기부상 분할되어 있지 아니하였던 관계로 전부에 관하여 매도인으로부터 매수인에게 소유권이전등기를 경료한 경우?
 - (1) 매도인이 매수인에게 매도하지 아니하였던 토지 부분에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 두 사람 사이에 명의신탁관계가 성립되었다.
 - (2) 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 **중복된 소유권보존등기가 경료된** 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아닌 한 뒤에 된 소유권보존등기는 실체관계에 부합한다고 하더라도 무효이다,
이러한 법리는 뒤에 된 소유권보존등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득한 경우에도 그대로 적용된다.
 - (3) 동일 부동산에 관하여 **이미 소유권이전등기가 경료되어 있음에도 그 후 중복하여 소유권보존등기를 경료한 자가** 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 뒤에 경료된 소유권보존등기는 실체적 권리관계에 부합하는지의 여부에 관계없이 무효이므로, **뒤에 된 소유권보존등기의 말소를 구하는 것이 신의칙위반이나 권리남용에 해당한다고 할 수 없다**(대판 2008.2.14.)
2. 점유취득시효 완성 당시의 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효인 경우, 시효취득자의 권리행사 방법?
 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 시효 완성 당시의 소유자를 상대로 하여야 하므로 시효 완성 당시의 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효라면 원칙적으로 그 등기명의인은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없다,
 이 경우 시효취득자는 **소유자를 대위하여 위 무효등기의 말소**를 구하고 다시 위 소유자를 상대로 취득시효 완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 한다. (2007.7.26.)
3. 미등기 토지에 대한 점유취득시효 완성 당시 소유권을 가지고 있던 자가 취득시효 완성 후에 **자신 명의로 소유권보존등기**를 마치거나, **소유자의 상속인 명의로 소유권보존등기**를 마친 경우, 점유자가 그 등기명의인에게 취득시효 완성을 주장할 수 있다(2007.6.14. 선고)
4. 취득시효기간의 완성만으로는 **소유권취득의 효력이 바로 생기는 것이 아니라, 다만 이를 원인으로 하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생한다** 할 것이고(대법원 1981. 9. 22. 선고 80다3121 판결 참조), 미등기 부동산의 경우라고 하여 **취득시효기간의 완성만으로 등기없이도 점유자가 소유권을 취득한다고 볼 수 없다**.(2006다22074)
5. 토지 소유권 등기가 국가에게 보존등기되었으나 따로 사정 받은 사람이 있는 경우 이 토지를 취득시효 한자의 등기 청구방법?
 - (1) 토지조사령(1912. 8. 13. 제령 제2호)에 의한 **토지의 사정명의인**은 당해 토지를 원시취득 하므로 적어도 구 토지조사령에 따라 토지조사부가 작성되어 누군가에게 사정되었다면 그 사정명의인 또는 그의 상속인이 토지의 소유자가 된다.
 - (2) 설령 국가가 이를 무주부동산으로 취급하여 국유재산법령의 절차를 거쳐 국유재산으로 등기를 마치더라도 국가에게 소유권이 귀속되지 않는다.
 - (3) 토지에 관한 소유권보존등기의 추정력은 그 토지를 **사정받은 사람이 따로 있음이 밝혀진 경우에는 깨어지고 등기명의인이 구체적으로 그 승계취득 사실을 주장·입증하지 못하는 한 그 등기는 원인무효**이다.
 - (4) 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 하여야 하므로 시효완성 당시의 소유권보존등기 또는 이전등기가 무효라면 원칙적으로 그 등기명의인은 시효취득을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 상대방이 될 수 없고,

이 경우 시효취득자는 **소유자를 대위하여 위 무효등기의 말소**를 구하고 다시 위 소유자를 상대로 취득시효완성을 이유로 한 소유권이전등기를 구하여야 한다(2005. 5. 26.대판)

6. 미등기건물을 양수하여 건물에 관한 사실상의 처분권을 보유하게 됨으로써 그 양수인이 건물 부지 역시 아울러 점유하고 있다고 볼 수 있는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한, **건물의 소유명의자가 아닌 자**로서는 실제로 그 건물을 점유하고 있다고 하더라도 그 건물의 부지를 점유하는 자로는 볼 수 없다.(2002다 57935 판결)

7. 취득시효가 완성된 후 점유자가 그 등기를 하기 전에 제3자가 소유권이전등기를 경료한 경우?

(1) 점유자는 그 제3자에 대하여는 시효취득을 주장할 수 없는 것이 원칙이지만 이는 어디까지나 그 제3자 명의의 등기가 적법 유효함을 전제로 한다.

-판례-

부동산에 관한 점유취득시효기간이 경과한 후 원래의 소유자의 위탁에 의하여 소유권이전등기를 마친 **신탁법상의 수탁자(재건축조합)**는 그 점유자가 시효취득을 주장할 수 없는 새로운 이해관계인인 제3자에 해당한다.(2004대판)

(2) 위 **제3자 명의의 등기가 원인무효인** 경우에는 점유자는 취득시효 완성 당시의 소유자를 **대위하여** 위 제3자 앞으로 경료된 **원인무효인 등기의 말소**를 구함과 아울러 위 소유자에게 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다.

(3) 제3자가 취득시효 **완성 당시의 소유자의 상속인인** 경우에는 그 상속분에 한하여는 위 제3자에 대하여 직접 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 있다.

(4) 부동산 소유자가 취득시효가 완성된 사실을 **알고 그 부동산을 제3자에게 처분**하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 **소유권이전등기의무가 이행불능**에 빠지게 되어 시효취득을 주장하는 자가 손해를 입었다면 **불법행위를 구성**한다.

(5) 부동산을 취득한 제3자가 부동산 소유자의 이와 같은 불법행위에 **적극 가담**하였다면 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효라고 할 것이다.

(6) 취득시효 완성 후 경료된 무효인 제3자 명의의 등기에 대하여 시효완성 당시의 소유자가 **무효행위를 추진**하여도 그 제3자 명의의 등기는 그 소유자의 불법행위에 제3자가 적극 가담하여 경료된 것으로서 사회질서에 반하여 무효다. (2001다77352,판결)

8. 취득시효가 완성된 점유자는 점유권에 기하여 등기부상의 명의인을 상대로 **점유방해의 배제**를 청구할 수 있다(선고 2004다23899,판결)

9. 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료되어 점유자가 그 제3자에게 시효취득으로 대항할 수 없게 된 경우?

(1) 점유자가 취득시효 당시의 소유자에 대한 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권을 상실하게 되는 것이 아니라 단지 그 소유자의 점유자에 대한 소유권이전등기의무가 이행불능으로 된 것에 불과하므로, 그 후 어떠한 사유로 취득시효 완성 당시의 소유자에게로 **소유권이 회복**되면 그 소유자에게 시효취득의 효과를 주장할 수 있다.,

(2) 기산점은 그 부동산에 대한 소유 명의자가 동일하고 그 변동이 없는 경우가 아니라면 원칙적으로 시효취득의 기초가 되는 점유가 개시된 시점이 기산점이 되고, 당사자가 기산점을 임의로 선택할 수 없다. 그 기산점을 기초로 취득시효가 일단 **완성된 후에** 제3 취득자가 소유권이전등기를 마친 경우에는 그 자에 대하여 취득시효로 대항할 수 없다.

(3) 취득시효가 **완성된 후에 제3 취득자가 소유권이전등기를 마친** 경우에도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고, 또 **소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 완성되는 경우에는** 취득시효를 주장하는 점유자로서는 소유권 변동시를 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 취득시효의 완성을 주장할 수 있지만, 이 경우에도 그 점유 기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다.(선고 98다40688판결)

10. 시효완성 후 점유자가 등기 전(前) 소유자의 처분행위나 근저당권 설정시?

- (1) 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 경료되기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다(2006대판)
- (2) 취득시효완성 사실을 모르고 있던 원소유자가 그 대지 부분에 건물을 신축한 후에 취득 시효완성을 원인으로 소유권이전등기를 경료한 경우 점유자는 건물의 철거를 청구할 수 없다(97대판)
- (3) 원소유자가 취득시효의 완성 이후 그 등기가 있기 전에 토지를 제3자에게 처분하거나 제한물권의 설정 등 소유자로서의 권리를 행사하였다 하여 시효취득자에 대한 관계에서 불법행위가 성립하는 것이 아니다.
- (4) 처분행위를 통하여 그 토지의 소유권이나 제한물권 등을 취득한 제3자에 대하여 취득시효의 완성 및 그 권리취득의 소급효를 들어 대항할 수도 없다(2006대판)

<쟁점> 시효완성 후 점유자가 등기 전에 원소유자가 점유자에게 대지의 명도를 청구할 수 있나?

乙이 甲소유의 대지를 취득시효 완성한 경우 乙은 甲에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고 甲은 이에 응할 의무가 있으므로 乙이 대지에 관하여 소유권이전등기를 경료하지 못한 상태에 있다고 해서 甲이 乙에 대하여 그 대지에 대한 불법점유임을 이유로 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수는 없다.(빈출)

<쟁점>취득시효 완성으로 인한 등기청구권?

- (1) 성질 : 채권적 청구권으로 소멸시효에 걸린다
- (2) 점유자가 점유를 계속하면 소멸시효가 진행하지 않는다(전원합의체)
- (3) 여기서 점유는 직접점유와 간접점유도 포함한다(95대판)
- (4) 상대방 : 시효완성당시의 소유자
- (요주의) *상속인은 제3자가 아니므로 상속인에게 직접 이전등기청구 가능하다
*시효 완성 후 유효한 명의신탁이 해지되어 등기명의가 수탁자로부터 신탁자에게 이전된 경우 그 신탁자는 시효완성 후에 소유권을 새로 취득한 자에 해당하므로 점유자는 그에게 시효취득을 주장할 수 없다(사시 2005)
- (5) 점유승계인의 지위-
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 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없다(95전원 합의체)
- (6) 점유자가 취득시효기간의 만료로 소유권이전등기청구권을 취득한 후 점유를 상실한 경우, 그 소유권이전등기청구권이 소멸되는지 여부
-점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다 고 하더라도 이를 시효이익의 포기라 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 아니한다.
- 나) 취득시효가 완성된 점유자가 점유를 상실한 경우 그 점유자가 점유를 상실한 때로부터 10년간 등기청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.(96대판)
- 다) 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 대위행사 할 수 있을 뿐, 전 점유자의 취득시효 완성의 효과를 주장하여 직접 자기에게 소유권이전등기를 청구할 권원은 없다.

이 없는 한, **과실 없는 점유자**로 보아야 한다. (95다22481 판결)

- (ㄷ) 부동산에 대한 임의경매절차에서 등기부상의 기재를 신뢰하여 경매 목적 부동산이 등기명의인의 소유라고 믿고 그 부동산의 매수신고를 하여 경매법원으로부터 경락을 허가받아 부동산을 점유하게 된 경우에는, 경락인이 그 부동산의 점유를 개시하게 된 때에는 과실이 없다(96다14326 판결)
- 4. 명의수탁자로 등기된 자는 그 점유권원의 성질상 자주점유라 할 수 없고 수탁자의 상속인은 피상속인의 법률상의 지위를 그대로 승계하는 것이므로 수탁자의 상속인으로서는 시효의 효과로 인하여 신탁물인 부동산의 소유권을 취득할 수 없다.(85대판)
- 5. 父명의로 등기된 부동산을 10년간 상속인이 점유한 경우 상속인은 자기명의로 등기 없이도 등기부시효취득할 수 있다(2003대판)
- 6. 등기의 승계여부?(89전원합의체)
 - (1) 변경된 판례:등기부취득시효에 의하여 소유권을 취득하는 자는 **10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞 사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다**
 - (2) 종전 판례 : 부동산의 소유자로 등기된 기간 점유기간이 때를 같이하여 다같이 10년임을 요한다
 - (3) **등기가 불법 말소된 경우에도 시효취득자는 소유권을 상실하지 않는다.**등기는 효력 발생 요건이지 존속 요건이 아니기 때문이다.

III. 첨부

부합

- 1. 지하 1층, 지상 7층의 주상복합건물을 신축하면서 불법으로 위 건물 중 주택 부분인 7층의 복층으로 같은 면적의 상층을 건축하였고, 그 상층은 독립된 외부 통로가 없이 하층 내부에 설치된 계단을 통해서만 출입이 가능하고, 별도의 주방시설도 없이 방과 거실로만 이루어져 있으며, 위와 같은 사정으로 상·하층 전체가 단일한 목적물로 임대되어 사용된 경우, 그 상층 부분은 하층에 부합되었다.(2003대판)
- 2. 건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다.(2003대판)
- 3. 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시킨 경우에도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다.(85대판)
- 4. 임차인이 임차한 건물에 그 권원에 의하여 증축을 한 경우에 증축된 부분이 부합으로 인하여 기존 건물의 구성 부분이 된 때에는 증축된 부분에 별개의 소유권이 성립할 수 없으나, 증축된 부분이 구조상으로는나 이용상으로 기존 건물과 구분되는 독립성이 있는 때에는 구분소유권이 성립하여 증축된 부분은 독립한 소유권의 객체가 된다.
- 5. 대지 상에 있으나 제3자 소유인 별개의 독립된 건물을 채무자 소유 건물의 부합물로 경락을 받았다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.(90대판)
- 6. 저당건물과는 별개의 독립된 건물을 저당건물의 부합물이나 종물로 보아 경매법원에서 저당건물과 같이 경매를 진행하고 경락허가를 하였다고 하여 위 건물의 소유권에 변동이 초래될 수는 없다.(90대판)
- 7. 토지 지하에 설치된 유류저장탱크와 건물에 설치된 주유기가 토지에 부합되거나 건물의 상용에 공하기 위하여 부속시킨 종물로서 토지 및 건물에 대한 경매의 목적물이 된다.
- 8. 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음이 없이 그 임차인의 승낙만을 받아 그 부동산위에 나무를 심었다면 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다.

<1> 공유

1. 공유에 대내관계 - 공유자 1인이 배타적으로 사용·수익하는 경우

- (1) **현재 점유자가 과반수 지분에 미달하는 공유자인 경우** 다른 공유자는 자신의 지분이 과반수에 미달되더라도 공유물의 보존행위로서 공유자에 대해 공유를 **전부의 인도나 명도**를 청구할 수 있다(대판 1994. 3.220)
⇒ 다만, 그에 따른 부당이득반환청구는 **자신의 지분비율**에 해당하는 만큼만 청구할 수 있다.
- (2) **현재 점유자가 과반수 지분의 공유자인 경우**, 그 공유토지의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용·수익할 것을 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하다(대판 2002. 5.14)
- (3) **과반수 지분의 공유자로부터 사용·수익을 허락받은 제3자의 점유**는 다수지분권자의 공유물관리권에 터잡은 적법한 점유이므로 다른 점유자는 **건물의 철거나 퇴거** 등 점유배제를 구할 수 없고, 부당이득 반환을 구할 수 없다
- (4) 공유자 간의 공유물에 대한 사용수익·관리에 관한 특약은 공유자의 특정승계인에 대하여도 **당연히 승계**된다고 할 것이나,
위와 같은 특약 후에 공유자에 변경이 있고 특약을 변경할 만한 사정이 있는 경우에는 공유자의 지분의 과반수의 결정으로 기존 특약을 변경할 수 있다. -사시07-
- (5) 과반수의 지분을 가진 공유자가 그 공유물의 특정 부분을 배타적으로 사용·수익하기로 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하며, 다만 그 사용·수익의 내용이 공유물의 기존의 모습에 본질적 변화를 일으켜 '관리' 아닌 '처분'이나 '변경'의 정도에 이르는 것이어서는 안 될 것이고,
예컨대 다수지분권자라 하여 나대지에 새로이 건물을 건축한다든지 하는 것은 '관리'의 범위를 넘는 것이 될 것이다.(2001대판)
- (6) 공유자 1인이 공유물중 일부를 특정하여 타인에게 증여하는 경우 권한 없는 자의 처분행위에 해당한다.
-공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 특정부분을 매도하여 타인명의로 등기를 마쳤다면 매도토지 부분에 관한 소유권이전등기는 처분공유자의 지분범위내에서 유효한 등기다.
- (7) 소수지분권자1인이 단독으로 제3자에게 임대하여 보증금을 수령한 경우 다른 공유자는 **임대보증금이 아니라 차입상당액을 지분비율만큼 부당이득으로 반환** 청구할 수 있다.

2. 공유의 대외관계

- (1) 지분권에 기한 청구
 - ① 제3자가 공유물의 사용을 방해하는 경우에는 각 공유자는 그의 **지분에 기하여 단독으로 공유를 전부의 반환이나 방해제거를 청구할 수 있다**(대판 1968. 9.17)
 - ② 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권 이전 등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 **제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다**(대판 1993. 5.11)
 - ③ 불법행위를 이유로 하는 **손해배상청구권**은 각 공유자가 지분 비율의 **한도 내에서만** 이를 행사할 수 있다.
- (2) 공유관계에 기한 청구 - 전원이 공동으로

3. 공유물 분할

- (1) 공유자 사이에 이미 분할에 관한 합의가 성립된 경우에는 일부 공유자가 분할에 따른 이전등기에 협조하지 않거나 분할에 관하여 다툼이 있더라도 또 다시 소로써 그 분할을 청구할 수 없다(대판 1995. 1. 125)
- (2) 재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에는 **현물분할**이 원칙이고, 현물로 분할할 수 없거나, **현재히 가액의 감소될 염려가 있는 때에 비로소 경매에 의한 대금분할**을 할 수 있다(대판 1997.4.22)

- (3) 원래의 공유자들 사이에서는 등기부상 지분과 실제의 지분이 다르다는 사실이 인정된다면 여전히 **실제의 지분을 기준으로** 삼아야 할 것이고 등기부상 지분을 기준으로 하여서는 아니된다(대판 2001.3.9)
- (4) 甲과 乙이 공유하고 있는 부동산 중 甲의 지분 위에 설정된 근저당권 등 담보물권은 특의 합의가 없는 한 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속하고 근저당권설정자인 甲 앞으로 분할된 부분에 당연히 집중하는 것은 아니다(대판 1989.8.8)

4. 공유관계와 법정지상권 성립 여부

- (1) 토지공유자 1인이 공유토지 위에 건물신축하여 **토지지분만을 전매**한 경우 건물소유를 위해 관습상 법정지상권이 성립하지 않는다(88대판)중요
- (2) 토지공유자가 **다른 지분권자 과반수 동의 얻고 건물신축**하여도 관습상 법정지상권은 성립하지 않는다.(89대판)
- (3) 공유자 중 1인(또는 수인)이 소유하는 건물이 있는 대지를 분할하여 대지의 소유권이 공유에서 단독소유로 바뀐 경우 건물소유자는 관습상 법정지상권을 취득한다.(67대판)기출
- (4) 구분소유적 공유관계에 있는 토지의 공유자들이 그 토지 위에 각자 독자적으로 **별개의 건물을 소유**하면서 그 **토지 전체에 대하여 저당권을 설정**하였다가 그 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우, 법정지상권의 성립 한다.(2004대판)

<2> 합유

- 1. **합유재산을 합유자의 1인 명의로 소유권보존등기한 것은 원인무효의 등기**이며, 합유자는 전원의 동의 없이는 합유물에 대한 지분을 처분하지 못한다(대판 1970. 12.29)
- 2. 조합원이 사망한 경우 그 조합원은 조합에서 탈퇴되고, 그 조합원의 지위는 일신전속적인 **권리의무관계로서 상속인에게 상속되지 않는다**(대판 1981. 7.28)

<3> 총유

- 1. **주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합**은 민법상의 비법인사단에 해당하므로 재산소유관계는 조합의 총유에 속하나, 재건축조합이 재건축사업의 시행을 위하여 **설계용역계약을 체결하는 것은 단순한 채부담행위에 불과하여 총유물 그 자체에 대한 관리 및 처분행위라고 볼 수 없다**(대판 2003. 7.22)
-총유물의 관리및 처분에 관하여 재건축 조합의 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고 정관이나 규약이 없으면 조합원 총회의 결의에 의하여야 한다.
- 2. 총유물은 관리·처분행위는 물론 총유물의 보존행위도 사원 각자가 할 수 없고 사원총회의 결의에 의하여야 한다(대판 1994. 10.25)
- 3. 일부교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서 지위를 상실하게 되면 총회의 의결에 참가할 지위나 사용·수익할 권리는 상실하고, 종전교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속된다(대판 2006. 4.20)
- 4. **종중재산,교회재산,재건축조합<총유-비법인 사단>**
첫째, 지분이 없고 분할청구할 수 없다.
둘째, 상속등기가 허용될 수 없다.
셋째, 보존행위로 소제기를 하는 경우 단독으로 할수 없고 총회결의를 얻거나 전원의 이름으로 행사해야 한다.
넷째, 교회의 분열을 인정하지 않으며 탈퇴한 교인들은 종전 교회재산에 대한 사용수권을 상실한다. 종전 교회재산은 잔존교인들의 총유로 된다.
다섯째, 소속교단의 변경은 사단법인 정관변경에 준하여 2/3의 찬성을 요한다.
탈퇴나 교단변경을 위해 교인2/3이상의 찬성에 의한 결의를 필요로 하며 위 요건을 갖춘 경우 종전교회재산은 “탈퇴한 교인들의 총유”로 된다 (2004다 37775전합)

<4>구분소유적 공유

1. 필지의 토지 중 일부를 특정하여 매수하고 다만 그 소유권이전등기는 그필지 전체에 관하여 공유지분권이전등기를 한 경우에는 그 특정부분 이외의 부분에 관한 등기는 상호 명의신탁을 하고 있는 것으로서,
2. 그 지분권자는 내부관계에 있어서는 특정부분에 한하여 소유권을 취득하고 이를 배타적으로 사용, 수익할 수 있고,
3. 다른 구분소유자의 방해행위에 대하여는 소유권에 터잡아 그 배제를 구할 수 있으나, 외부관계에 있어서는 1필지 전체에 관하여 공유관계가 성립되고 공유자로서의 권리만을 주장할 수 있는 것이므로, 제3자의 방해행위가 있는 경우에는 자기의 구분소유 부분뿐 아니라 전체토지에 대하여 공유물의 보존행위로서 그 배제를 구할 수 있다. (93다42986 판결)
4. 공유지분등기명의자 일방이 지분권을 주장하지 않고 소유권을 주장하는 자는 상호명의신탁을 원인으로 이전등기를 청구할 수 있으나 공유물분할을 청구할 수 없다.
5. 甲과 乙이 구분소유적으로 공유하는 토지 위에 甲이 배타적으로 사용하는 부분위에 乙이 건물을 건축한 후 대지의 분할등기가 이루어져 건물부지가 甲의 단독소유로 된 경우 乙의 건물에는 법정지상권이 성립하지 않는다.<19기출>

출제 포인트 지상권

적중률 1위. 합격률 1위

I.의의

1. 지상권은 타인의 토지를 사용 하는 것을 본질로 하므로 설정당시 건물이나 수목이 없더라도 유효하게 성립할 수 있고, 기존 건물이 멸실해도 존속기간이 만료되지 않는 한 지상권은 소멸하지 않는다(98대판)
2. 지상권과 건물이 다른 소유자에게 속하여도 가능한가?(2006대판)중요
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 아니다.
3. 토지에 관하여 저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우, 당해 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다. 지상권자로서는 제3자에 대하여 목적 토지 위에 건물을 축조하는 것을 중지하도록 요구할 수 있다.(2004대판)
4. 지상권의 존속기간을 영구로 약정하는 것도 허용된다.
5. 지상권 설정계약 당시 건물이나 수목이 없더라도 지상권은 유효하게 성립하며 건물이나 수목이 멸실해도 존속기간이 만료하지 않는 한 지상권은 소멸하지 않는다.
6. 기존건물 사용목적인 경우 최단기간의 적용이 없다.

II. 지료

1. 최단존속기간에 관한 규정은 기존 건물의 사용을 목적으로 설정된 경우에는 적용되지 않는다(대판)
2. 지료에 관한 유상약정이 없는 이상 지료의 지급을 청구할 수 없고, 지료에 관하여 등기되지 않은 경우에는 무상의 지상권으로서 지료증액청구권도 발생할 수 없다(대판 1999.9.3)
3. 지료의 등기를 하지 않은 이상 토지소유자는 구 지상권자의 지료연체 사실을 들어 지상권을 이전받은 자에게 대항하지 못한다.
4. 지상권자의 지료지급 연체가 토지소유권의 양도 전후에 걸쳐 이루어진 경우 토지양수인에 대한 연체기간이 2년이 되지 않는다면 양수인은 지상권소멸청구를 할 수 없다(대판 2001. 3.13)
5. 법정지상권의 경우 당사자 사이에 지료에 관한 합의가 있었다거나 법원에 의하여 지료가 결정되었다는 아무런 입증이 없다면, 지료를 지급하지 않았다고 하더라도 지료지급을 지체한 것으로는 볼 수 없다 (대판 2001.3.13)

III. 지상권의 소멸 -지상물 매수청구권

1. 2년 연체로 설정자가 지상권소멸청구한 경우 지상물매수청구권이 인정되지 않는다(대판 1980. 12.23)
2. 건물에 저당권이 설정되어 있어도 지상물매수청구권이 가능하다(대판 1972. 5.23)

IV. 분묘기지권

1. 존속기간은 공작물의 존속기간인 5년에 해당한다(들림)
2. 공동선조의 후손들로 구성된 종중이 선조 분묘를 수호 관리하여 왔다면 분묘의 관리권 내지 분묘기지권은 종중에 귀속한다(대판 2007.6.28)
3. 분묘가 일시적으로 멸실된 경우에도 유골이 존재하고 분묘의 원상회복이 가능하다면 분묘기지권은 소멸하지 않고 존속한다(대판 2007. 6. 28)

V. 민법 제366조 저당권 설정으로 인한 법정지상권

1. 건물 없는 토지에 대하여 저당권이 설정되었는데 그 후에 설정자가 그 위에 건물을 건축 한 경우에는 **근저당권자가 건물의 건축에 동의하였다**고 하더라도 법정지상권이 성립되지 않는다(대판 2003. 9.5)
2. 대법원 2008.2.15.
 - (1) 동일인이 소유하던 토지와 그 지상건물이 매매 기타 원인으로 각각 소유자를 달리하게 되었으나 그 **토지의 점유·사용에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 것으로 볼 수 있는 경우**, 관습법상의 법정지상권이 성립하지 않는다.
 - (2) 갑이 건물을 제외한 채 그 대지와 부근의 토지들을 함께 을에게 매도하여 건물과 대지가 소유자를 달리하게 되었더라도 갑이 위 대지 부분을 다시 매수하고 그 대신 을에게 위 토지와 인접한 다른 토지를 넘겨주기로 하는 특약을 맺었다면, 당사자 사이에 매수인으로 하여금 아무런 제한 없는 토지를 사용하게 하려는 의사가 있었다고 보아야 하므로, 위 특약이 매도인칙의 귀책사유로 이행불능된 이상 매도인은 위 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 주장하지 못하고 건물을 철거하여 매수인에게 아무런 제한 없는 토지를 인도할 의무가 있다.

3. 건물 헐고 신축한 경우

(1) 단독 저당 설정

토지에 저당권설정 당시 건물이 존재한 이상 그 이후에 건물을 개축 또는 증축하는 경우는 물론이거니와 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하며, 이 경우 신·구 건물 사이에 동일성이 있거나 소유자가 동일할 것을 요하는 것은 아니라 할 것이지만, 그 법정지상권의 내용인 존속기간, 범위 등은 구 건물을 기준으로 하여야 한다(대판 2000. 12.12)

(2) 공동저당권 설정 후 신축

동일인 소유에 속하는 토지 및 그 지상건물에 대하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상건물이 철거되고 신축된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에게 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다(대판 2003. 12.18)

4. 토지에 저당권을 설정할 당시 지상에 건물이 존재하고 양자가 동일 소유자에게 속하였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 매각되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우에도 민법 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다(대판 1995. 7.28)
5. 법 제366조 소정의 법정지상권 건물의 소유자는 건물과 법정지상권 중 어느 하나만을 처분하는 것도 가능하다(대판 2001. 12. 27)
6. 토지와 지상건물을 소유하다가 건물을 타인에게 명의신탁한 후 신탁자가 토지에 저당권을 설정하고 그 저당권이 실행된 경우, 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다(대판 2004. 2. 13)

VI. 관습법상의 법정지상권

1. (1) 관습상 법정지상권 성립 여부

미등기건물을 그 대지와 함께 매도하였다면 비록 매수인에게 그 대지에 관하여만 소유권이전등기가 경료되고 건물에 관하여는 등기가 경료되지 아니하여 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다(대판 2002. 6.20)

(2) 법정지상권 성립 여부

또한 미등기 건물을 그 대지와 함께 양수한 사람이 그 대지에 관하여서만 소유권이전등기를 넘겨받고 그 대지에 저당권을 설정하고 저당권의 실행으로 경매되어 소유자가 달라진 경우에도, 제366조 법정지상권이 발생할 수 없다(대판 1983. 7. 269)

2. (1) 원래 동일인에게 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 뒤 원인무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 그 건물과 토지의 소유자가 달라진 경우에는 관습상의 법정지상권을 허용할 수 없다(대판 1999. 3.26)

(2) 토지의 매매에 수반하여 토지소유자가 매수인으로부터 토지대금을 다 받기 전에 그 토지위에 건물을 신축할 수 있도록 토지 사용을 승낙하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약이 적법하게 해제된 경우에는 관습에 의한 법정지상권이 성립되지 아니한다(대판 1988.6.28, 87다카2895)

3. 토지의 명의신탁에서 수탁자가 토지상에 건물을 신축하고, 그 후 소유명의가 신탁자명으로 회복되는 경우 관습상의 지상권을 취득할 수 없다(대판 1986. 5.27)

4. 공유관련 법정지상권 유무

(1) 토지의 공유자 중의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만을 전매한 경우에도 법정지상권은 성립될 수 없다(대판 1988. 9.27)

(2) 공유지상에 공유자의 1인 또는 수인 소유의 건물이 있을 경우 위 공유지의 분할로 그 대지와 지상건물이 소유자를 달리하게 된 경우에도9즉, 공유지의 소유자가 전부 바뀐 경우) 건물지상권이 성립한다(대판 1974. 2.13)

(3) 토지공유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축한 후 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 토지에 관하여 관습법상의 법정지상권이 성립되지 않는다(대판 1993. 4.13)

5. 대지상의 건물만을 매수하면서 대지에 관한 임대차계약을 체결하였다면 위 건물매수로 인하여 취득하게 될 관습상의 법정지상권을 포기하였다고 볼 것이다(대판 1991. 5.14)

6. 토지와 건물의 소유자가 토지만을 타인에게 증여한 후 구 건물을 철거하되 그 지상에 자신의 이름으로 건물을 다시 신축하기로 합의한 경우 관습법상 법정지상권이 인정된다(대판 1999.12.10)

7. 관습법 법정지상권이 있는 건물의 소유자가 건물을 제3자에게 처분한 경우?

첫째, 건물 양수인은 지상권에 관한 등기를 경료하지 아니한 자로서 대지소유자에게 지상권을 주장할 수 없다.(대판 1988.9.27)

-건물 양수인이 지상권을 승계 취득하려면 등기해야 한다.

둘째, 건물 양수인은 토지 소유자에게 직접 지상권 설정을 청구할 수 없고 건물 양도인을 순차대위하여 설정 및 이전을 청구할 수 있다.

셋째, 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도 받기로 한 사람에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거 및 대지의 인도를 구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다.(대판 1988. 9.27)

넷째, 건물 양수인은 대지사용에 대하여 부당이득반환의무를 부담한다.

지료가 결정 되지 않았다면 설정자의 지상권 소멸청구는 허용될 수 없다

다섯째, 대지만 양도된 경우 대지의 전득자에게 건물의 양도인은 지상권을 등기 없이 주장할 수 있으나 건물 양수인은 지상권을 주장할 수 없다.

여섯째, 건물소유를 위하여 **법정지상권을 취득한 자로부터 경매에 의하여 그 건물을 이전받은 경락인은 등기가 없어도 위 지상권도 당연히 취득한다.**(1979. 8. 297)

- 8. 채권 담보를 위해 건물이 없는 토지에 가등기후 본등기가 경료되어 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우 관습상 법정지상권이 성립하지 않는다(71대판).
- 9. 토지소유자의 승낙 얻고 지은 건물에 대해서 토지소유자가 토지에 저당권 설정하여 경매 된 경우 지상권 성립 않는다(2001대판)
- 10. 甲이 乙로부터 대지를 매수하여 소유권이전등기를 경료하지 않은 채 그 지상에 건물을 신축한 후 건물이 채권자의 강제경매로 처분되어 丙이 낙찰받은 경우 丙은 건물에 관습상 법정지상권을 취득하지 못한다.<08감평사>

법정지상권 테마 정리

01. 관습법상 법정 지상권에 관한 설명 중 틀린 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 공유지상에 공유자의 1인 또는 수임 소유의 건물이 있을 경우 공유지의 분할로 그 대지와 지상건물이 소유자를 달리하게 될 때에는, 건물소유자는 관습상 지상권을 취득한다.
- ② 甲과 乙이 공유하는 토지 위에 甲소유의 건물이 있고 甲이 공유토지의 공유지분1/2에 저당권을 설정한 후 저당권이 실행되어 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에는 법정지상권이 성립하지 않는다.
- ③ 관습법상의 법정 지상권이 성립되기 위해서는, 원래부터 토지와 건물의 소유자가 동일인이어야 한다.
- ④ 지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 경우의 지상권소멸청구에 있어서 만일 토지소유권이 양도된 경우에는, 그 양수인에 대해서만 체납된 지료액이 통산하여 2년분 이상이어야만 한다.
- ⑤ 기존의 건물을 사용할 목적으로 지상권이 설정된 경우에는 지상권의 최단존속기간에 관한 민법의 규정은 적용되지 않는다.

02. 관습법상 법정지상권을 인정하면 (○), 이를 인정하지 않으면 (×)로 표시한다. 맞는 연결은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 토지소유자의 한 사람이 다른 공유자의 지분 과반수의 동의를 얻어 건물을 건축 한 후 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우
- ㉡ 대지상에 담보가등기가 경료 되고 나서 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축 한 후 본등기가 경료 되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우
- ㉢ 법정지상권 성립 후 건물이 증·개축 되거나 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우
- ㉣ 명의신탁의 토지에 수탁자가 건물을 신축한 후 건물을 소유하고 있는 동안 명의신탁이 해지된 경우
- ㉤ 원래 동일인에게의 소유권 귀속이 원인무효로 이루어졌다가 그 원인이 무효임이 밝혀져 그 등기가 말소됨으로써 건물과 토지의 소유자가 다르게 된 경우

- ① ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (○), ㉣ (×), ㉤ (○)
- ② ㉠ (○), ㉡ (×), ㉢ (×), ㉣ (×), ㉤ (○)
- ③ ㉠ (×), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (○), ㉤ (×)
- ④ ㉠ (×), ㉡ (×), ㉢ (○), ㉣ (×), ㉤ (×)
- ⑤ ㉠ (○), ㉡ (○), ㉢ (×), ㉣ (○), ㉤ (○)

03. 관습법상 법정 지상권에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 지상권 설정등기 없이도 관습법상의 법정 지상권을 취득하지만, 이를 양도하거나 담보 제공을 하기 위해서는 먼저 그 설정등기를 요한다.
- ② 관습법상의 법정지상권은 그 설정등기가 없어도 대지소유자에게 이를 주장할 수 있다.
- ③ 건물만을 양수한 자가 토지의 사용에 관하여 토지소유자와 임대차계약을 체결하였더라도, 건물의 양수인은 관습법상의 법정지상권을 취득한다.
- ④ 법정지상권에 관한 설정등기가 아직 되지 않은 경우, 그 건물을 양수한 자는 지상권을 취득할 수 없으나 토지소유자에 대하여 지상권 설정등기청구권을 대위행사할 수 있다
- ⑤ 건물의 철거에 관한 특약이 있다는 사실을 입증하면, 특별한 사정이 없는 한 법정지상권이 성립하지 않는다.

04. 법정지상권의 성립 여부에 관한 연결 중 틀린 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 토지와 건물이 동일인의 소유인 경우, 건물만 저당권 설정을 하였다가 그 저당권의 실행으로 제3자가 건물 만에 관하여 경락을 받아 건물의 소유권을 취득한 때
- ② 대지의 소유자가 대지에 대하여 1번 저당권을 설정한 후 그 대지 위에 건물을 신축하고 다시 그 대지에 대하여 2번 저당권을 설정하였다. 이 경우 2번 저당권의 실행으로 그 대지가 경매되어 제 3자가 이를 경락받은 때
- ③ 토지에 대하여 저당권을 설정한 당시 그 토지 위에 있는 건물이 소유권보존등기를 하지 않았더라도, 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라진 때
- ④ 타인 소유의 대지 위에 그 승낙을 받아 건물을 신축 한 때
- ⑤ 건물이 있는 토지에 저당권을 설정하고 난 후 에 그 건물에 대하여 개축이나 재축을 한 경우, 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라진 때

05. 법정지상권에 관한 설명 중 틀린 것은?

- ① 甲소유의 토지 위에 甲과 乙이 공유하는 건물이 있는 경우, 甲이 그 건물의 공유지분 1/2에 저당권을 설정하였다. 그 후 저당권이 실행되어 丙이 건물의 공유지분에 대하여 경락을 받은 경우, 법정지상권이 성립한다.
- ② 甲과 乙이 공유하는 토지 위에 甲소유의 건물이 있는 경우, 甲이 토지의 공유지분1/2에 저당권을 설정하였다. 그 후 저당권이 실행되어 丙이 토지의 공유지분을 경락받은 경우, 법정 지상권이 성립하지 않는다.
- ③ 법정지상권이 있는 건물의 양수인이 그 대지를 점유 사용함으로써 인하여 얻은 이득은 부 당 이득이 아니므로 이를 반환하지 않아도 된다.
- ④ 甲으로부터 대지와 건물이 乙에게 매도되었으나 대지에 관하여만 乙명의로 소유권이전 등기가 경료 되고 건물의 소유명의를 아직 甲에게 남아있는 경우, 관습법상 법정지상권을 성립하지 않는다.
- ⑤ 무허가의 미등기 건물을 甲이 그 대지와 함께 乙에게 양도하고, 이를 양수한 乙이 대지에 대하여만 소유권이전등기를 경료하고 위의 건물에 대하여는 소유권이전등기를 경료 하지 않은 경우, 乙은 자기로부터 위대지의 소유권을 전매하여 양수한 丙에게 관습법상법정 지상권을 주장할 수 없다.

06. 다음 중 법정 지상권이 성립될 수 없는 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 대지와 건물을 양수하였어도 대지에 대하여서만 소유권이정증기절차를 경료하고, 그 지상 건물에 대하여서는 등기를 하지 아니한 채 우선 대지만을 타인에 양도하여 그 이전등기를 경료하고, 그 뒤에 가서 비로소 그 건물에 대하여 자기 명의로 소유권보존등기를 경료한 경우
- ㉡ 매매된 토지의 매매대금의 완불 전에 매도인이 매수인에 대하여 당해 토지 위에 건물의 신축을 승낙한 경우 또는 당해 매매계약이 해제된 경우
- ㉢ 토지만 증여하고 건물을 청거한다는 약정이 있는 경우
- ㉣ 대지와 그 지상의 건물이 원래 甲의 소유이었는데, 甲이 대지와 건물을 乙에게 매도하고, 乙은 건물에 관하여는 소유권이전등기를 하지 아니하고 대지에 관하여만 자기 이름으로 소유권이전 등기를 경료 한 경우
- ㉤ 건물에 대하여 전세권이 설정되고 토지의 소유자가 변경된 경우

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

07. 저당물의 경매로 인하여 대지소유자는 丙으로, 그 지상건물의 소유자는 甲으로 되어 대지상에 법정지상권을 취득한 건물소유자 甲이 丙으로부터 법정지상권의 설정등기를 경료함이 없이 그 건물을 乙에게 양도하고, 乙에게 건물의 소유권이전등기를 하였다. 위 사안의 법률관계에 관한 설명 중 틀린 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 건물의 양수인 乙은 그 지상권의 이전등기 없이는 법정지상권을 취득할 수 없다.
- ② 지상권자 甲은 지상권설정등기를 한 후에 건물양수인 乙에게 지상권의 이전등기절차를 이행하여 줄 의무가 있다.
- ③ 건물의 양수인 乙은 건물양도인 甲을 순차 대위하여 대지소유자 丙에 대하여 건물 소유자 甲에의 법정지상권설정등기절차의 이행을 청구 할 수 있다.
- ④ 대지소유자 丙이 건물의 양수인 乙을 상대로 하여 건물의 철거를 청구할 수 없음은 신의 성실의 원칙상 당연하다.
- ⑤ 乙이 甲으로부터 건물만을 매수 하면서 丙과 대지에 관한 임대차계약을 체결하였다더라도, 위 건물매수로 인하여 취득하게 될 관습상 법정지상권을 포기한 것은 아니다.

08. 관습법상 법정지상권이 성립될 수 있는 경우는?

- ㉠ 공유토지 위에 건물을 소유하고 있는 토지공유자 중 1인이 그 토지지분만을 전매 한 경우
- ㉡ 토지를 매수하여 사실상 처분권한을 가지는 자가 그 지상에 건물을 신축한 후, 그 건물이 강제경매가 된 경우
- ㉢ 구분소유적 공유관계에 있는 자가 자신의 특정 소유가 아닌 부분에 건물을 신축한 경우
- ㉣ 대지와 무허가 건물 또는 미등기 건물이 처음에는 동일인 소유이었다가 토지만 매매하여 소유자가 달라진 경우
- ㉤ 대지 위에 담보가등기가 경료 되고 나서, 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축한 후 건물의 강제경매절차 진행 중에 본등기가 경료 되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우

- ① ㉠,㉡,㉣ ② ㉢,㉣ ③ ㉠,㉢,㉤ ④ ㉡ ⑤ ㉢,㉣,㉤

09. 법정지상권에 관한 다음 설명 중 옳지 못한 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 법정지상권자는 대지의 사용에 대하여 불법점유를 이유로 하여 손해배상의무가 없다.
- ② 甲과乙이 공유하는 토지 위에 甲소유의 건물이 있고 甲이 공유토지의 공유지분 1/2에 저당권을 설정한 후 저당권이 실행되어 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에는 법정지상권이 성립하지 않는다.
- ③ 구분 소유적 공유관계에 있는 토지공유자 2인이 각자 1동씩 건축하여 소유하면서 토지전체를 저당권설정 후 그 실행으로 토니와 구분소유자가 달라지게되면, 법정지상권이 성립한다.
- ④ 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 건물소유자는 법정지상권을 취득할 수 없다.
- ⑤ 저당물의 경매로 법정지상권을 취득한 건물소유자 B가 건물을C에게 양도하는 경우 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도양도하는 채권적 계약까지 있다고 볼 수는 없다

10. 대지와 건물을 동일인이 소유하고 있었으나 적법한 원인에 의하여 그 소유자를 달리한 경우, 관습상 법정지상권이 성립한다. 다음 중 그 적법한 원인이라고 볼 수 없는 것은 몇 개인가?

㉠ 증여	㉡ 매매	㉢ 공매
㉣ 환지처분	㉤ 대물변제	㉥ 공유토지의분할

- ① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개 ⑤ 5개

11. 법정지상권에 대한 설명으로 옳은 것은?

- ① 甲소유의 토지에 존재하는 그 소유 건물에만 설정된 저당권 실행으로 乙이 건물의 소유권을 취득한 경우 乙은 법정지상권을 취득 하지 못한다.
- ② ①의 경우, 乙로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 넘겨받기로 한 丙에 대하여 甲은 건물철거 및 대지의 인도를 구할 수 있다.
- ③ 甲소유의 나대지에 乙이 저당권을 취득한 후 甲이 그 나대지에 건물을 신축한 경우, 저당권실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 되어도 법정지상권은 성립한다.
- ④ 乙이 甲으로부터 甲소유 토지와 지상의 미등기건물을 매수하여 토지에 대해서만 소유권 이전 등기를 받은 후, 토지에 乙이 설정해 준 저당권이 실행되어 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우, 법정지상권이 성립한다.
- ⑤ 甲소유의 토지 및 그 지상건물에 乙이 공동저당권을 취득한 甲이 건물을 철거하고 그 토지에 건물을 신축한 경우, 특별한 사정이 없는 한 저당권의 실행으로 토지와 신축건물의 소유자가 다르게 되면 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다.

12. (관습상)법정지상권에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 법정지상권은 등기 없이 특별·포괄승계취득을 할 수 있다.
- ② 건물소유자가 토지소유자와 건물소유를 목적으로 하는 토지임대차계약을 체결한 경우 관습상 법정지상권을 포기하였다고 볼 수 없다.
- ③ 토지의 매수인이 이전등기를 하지 않은 상태에서 매도인의 승낙을 받아 건물을 신축한 후 매매계약이 해제된 경우에도 매수인은 관습상 법정지상권을 취득한다.
- ④ 법정지상권이 있는 건물이 증축된 경우에는 법정지상권은 성립하나, 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에는 법정지상권이 소멸한다.
- ⑤ 관습법상 법정지상권이 불성립을 위한 당사자 간에 건물을 철거한다는 특약의 내용에는 토지의 계속사용을 중지하는 별도의 합의를 더 필요로 한다.

17. 甲소유의 대지에 甲이 건물을 신축하여 대지와 건물을 일체로 乙에게 매도하였으나 대지에 관하여만 乙앞으로 소유권이전등기 경료되었다. 그런데 乙이 丙에 대한 채무를 이행하지 못하자 이 대지가 경매되어 丁에게 매각되었다. 이에 관한 설명 중 판례의 입장에 부합하는 것은?

- ① 대지 소유권이 甲으로부터 乙에게 이전됨으로써 형식적으로 대지와 건물의 소유권자가 다르게 되었더라도, 甲에게 관습(법)상의 법정지상권을 인정할 필요는 없다.
- ② 乙은 丁이 매수(경락)받은 대지에 대하여 관습(법)상의 법정지상권을 취득하였다.
- ③ 甲이 관습(법)상의 법정지상권을 취득하고 그 법정지상권을 乙이 이전받았다고 보아야 한다.
- ④ 乙은 甲을 대위하여 丁에 대해 甲 앞으로 관습(법)상의 법정지상권의 등기를 청구할 수 있고, 이어 甲에 대해 그 법정지상권의 이전등기를 청구할 수 있다.
- ⑤ 甲은 丁이 매수(경락)받은 대지에 대해 관습(법)상 법정지상권이 아니라 민법 제 366조의 법정지상권을 취득한다.

18. 법정지상권에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (단 다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 관습법상의 법정 지상권이나 민법 제366조의 법정지상권 모두 건물의 사회적 효용을 위해 인정되는 권리라는 점에서 당사자에 의해 포기 될 수 없다.
- ② 미등기건물을 그 대지와 함께 양수 한 사람이 그 대지에 관해서만 소유권 이전등기를 넘겨 받은 상태에서 대지가 경매되어 소유자가 달라지는 경우에는 관습법상의 법정지상권이나 민법 제 366조의 법정지상권이 모두 발생할 수 없다.
- ③ 원래 동일인에게의 소유권의 귀속이 원인 무효임이 밝혀져 그 등기가 말소되어 건물과 토지의 소유자가 다르게 된 경우, 관습상 법정지상권이 성립되지 않는다.
- ④ 건물이 없는 토지에 저당권을 설정한 후에 저당권설정자가 저당권자로부터 법정지상권의 성립을 인정한다는 양해를 얻어 건물을 신축한 경우에도 민법 366조의 법정지상권은 인정되지 않는다.
- ⑤ 관습법상 법정지상권을 취득한 건물의 소유자가 지상권설정등기를 경료하지 않은 채 그 건물을 양도한 경우, 건물의 양수인은 대지 소유자에 대해 자신의 지상권을 주장할 수 없다.

19. 법정지상권에 대한 다음 기술 중 잘못된 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ① 동일인소유의 토지와 그 지상건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 건물이 철거되고 다른 건물이 신축된 경우, 저당물의 경매로 인하여 토지와 신축건물이 서로 다른 소유자에게 속하게 되면 법정지상권이 성립한다.
- ② 구분건물의 소유자가 그 구분건물과 공유지분에 대하여 저당권을 설정하고 실행하여 토지와 구분소유자가 다르게 된 경우, 법정지상권이 성립한다.
- ③ 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 대지에 관하여만 소유권 이전등기를 넘겨 받은 상태에서, 그 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지가 다른 사람의 소유로 된 경우 법정지상권이 성립되지 않는다.
- ④ 영구무한의 구분지상권이 성립될 수 있다.
- ⑤ 법정지상권에 관한 자료가 결정되지 않았다면, 지료지급이 2년 이상 연체되었다는 이유로 토지소유자가 지상권소멸청구를 할 수 없다.

출제 포인트 지역권

적중률 1위. 합격률 1위

1. 통행지역권의 시효취득이 인정되기 위해서는 **요역지 소유자가 승역지 상에 통로를 개설하여 항시 사용하는 객관적 상태가 시효기간동안 계속한 사실**이 있어야 한다(대판 2001. 4. 13)
2. 분양택지들을 매각하면서 토지 중 일부를 분양택지들을 위한 도로로 제공한 것이 아니라 다만 다른 택지소유자들의 **통행을 묵인한 것에 불과하다면 지역권은 성립되지 않는다**(대판 1993. 5.11)
3. 토지의 **불법점유자는 통행지역권의 시효취득을 주장할 수 없다**(대판 1976.10.29)
4. **지역권의 점유시효취득도 등기 하여야** 지역권을 취득한다(대판 1990.10.30)
이 경우 승역지의 새로운 소유자에게는 시효취득을 주장할 수 없다.

1. 전세금의 지급은 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다(대판 1995. 2.10)
2. 당사자가 주로 채권담보의 목적으로 전세권을 설정하였고, 그 설정과 동시에 목적물을 인도하지 아니한 경우라 하더라도, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것이 아니라면, 그 전세권의 효력을 부인할 수 없다(대판 1995. 2.10)
3. 전세권자와 전세권설정자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 그 전세권자의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하다(대판 1995. 2.10)
 - ⇒ 임대차계약에 바탕을 두고 이에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인, 임차인 및 제3자 사이의 합의에 따라 제3자 명의로 경료된 전세권설정등기는 유효하다 할 것이다(대판 1998. 9.41)
4. 전세권과 전세금 반환채권의 분리양도 여부?
 - (1) 전세권이 존속기간의 만료로 소멸한 경우이거나, 전세계약의 합의 해지 등의 경우 당사자간의 특약에 의하여 전세권이 없는 전세금반환채권만 양도할 수 있다(대판 1997. 11.25)
 - (2) 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002. 8.23)
 - (3) 전세권존속기간 만료 후 전세권을 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 양도할 수 있지만, 이 경우 채권양도통지의 절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권을 압류한 제 3자에게 대항 할 수 없다(대판 2005. 3.25)
5. 전세권이 성립한 후 목적물의 소유권이 이전되는 경우, 전세권자와 구소유자간의 전세권 관계가 신소유자에게 이전되고, 전세금반환의무 역시 신소유자에게 이전된다(대판 2000. 6.9)
6. 건물일부에만 전세권이 설정되었다가 그 건물이 집합건물로 된 후 그 전세권이 구분건물의 전유부분에만 관한 전세권으로 이기된 경우, 그 전세권의 효력은 그 대지권에까지 미친다(대판 2002. 6.14)
7. 전세권 목적으로 저당권 설정한 경우?
 - (1) 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 그 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 이 경우 전세권을 목적으로 하는 저당권도 당연히 소멸한다.
 - (2) 이 경우 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다.
 - (3) 전세권이 소멸하면 더 이상 전세권자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없고, 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자의 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사 할 수 있을 뿐이다.
8. 건물 중 일부를 목적으로 한 전세권이 경락으로 인하여 소멸한다고 하더라도 그 전세권보다 나중에 설정된 전세권이 건물의 다른 부분을 목적물로 하고 있었던 경우에는 아직 존속기간이 남아 있는 후순위 전세권까지 경락으로 인하여 함께 소멸한다고 볼 수 없다(대판 2000. 2.25)
9. 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에 전세권의 목적물이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 우선변제권은 변론으로 하고 경매신청권은 없다(대판 1992. 3.10)
 - ⇒ 그 전세권의 목적이 된 부분이 구조상 또는 이용상 독립성이 없어 독립한 소유권의 객체로 분할 할 수 없고 따라서, 그 부분만의 경매신청이 불가능하다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대결 2001. 7.2)
10. 전세권자인 채권자가 전세목적물에 대한 경매를 청구하려면 우선 전세권설정자에 대하여 전세목적물의 인도 의무 및 전세권설정등기 말소 의무의 이행제공을 완료하여 전세권설정자를 이행지체에 빠뜨려야 한다(대판 1977. 4.13)
11. 실제로는 전세권설정계약이 없으면서도 임대차계약에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적 또는 금융기관으로부터 자금을 융통할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 근저당권이 설정된 경우, 가사 위 전세권설정계약만 놓고 보아 그것이 통정허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 이로써 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 근저당권자에 대하여는 그와

같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다.(2008.3.13. 선고 2006다58912 판결)

12. 토지임차인의 건물 기타 공작물의 매수청구권에 관한 민법 제643조의 규정은 성질상 토지의 전세권에도 유추 적용될 수 있다고 할 것이지만, 그 매수청구권은 토지임차권 등이 건물 기타 공작물의 소유 등을 목적으로 한 것으로서 기간이 만료되어야 하고 건물 기타 지상시설이 현존하여야만 행사할 수 있는 것이다. (2007.9.21. 선고 2005다41740)

출제 포인트 유치권

적중률 1위. 합격률 1위

1. 유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다(대법원 2008.4.11. 선고)
2. (1) 민법 제320조 제1항에서 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함하고,
(2) 민법 제321조는 “유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다.
(3) 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다(2007.9.7. 선고)
2. 유치권자가 유치물을 점유하기 전에 발생한 채권(건축비채권이라도 그 후 그 건물의 점유를 취득했다면 유치권은 성립한다(대판 1965. 3.30)
3. 수급인의 재료와 노력으로 건축되었고 독립한 건물에 해당되는 기성부분은 수급인의 소유라 할 것이므로, 수급인은 유치권을 가질 수 없다(대판 1993. 3.26)
4. 임차인의 임대인에 대한 보증금의 반환청구권이나 권리금반환청구권, 부속물매수청구권으로 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다(대판)
5. 임대인이 임대차계약을 해지하였는데(권원 없는 점유로 된다)임차인이 계속 건물을 점유하여, 유익비를 지출한 경우 유치권을 행사할 수 없다(대판 1967. 1.24)
6. 비록 건물에 대한 점유를 승계한 사실이 있다 하더라도 전점유자를 대위하여 유치권을 주장할 수는 없는 것이다(대판 1972. 5.30)
7. 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)
8. 건물임차인이 건물에 대한 유익비상환청구권에 터잡아 취득하게 되는 유치권은 임차건물의 유지사용에 필요한 범위 내에서 임차대지부분에도 그 효력이 있다(대판 1980. 12.14)
9. 소유자의 동의없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자는 경락인에게 대항 할 수 없으며, 이 경우 유치권자가 임차인으로부터 취득한 차임은 부당이득으로 채무자에게 반환하여야 한다 (대결 2002.11.27)
10. 피담보채권이 10만원이고 유치물 가액이 1천만원인 경우, 채무자나 유치물 소유자는 1천만원이 아닌 10만원에 상당하는 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(대판 2001. 12.11)

I. 저당권의 성립 - 당사자, 목적, 등기.

1. 저당권 설정계약의 당사자(2001전원합의체)중요

- (ㄱ) 저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 저당권자는 동일인이 되어야 하지만, 제3자를 저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도등 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 저당권설정등기도 유효하다(2001전합)
- (ㄴ) 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 등기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다.
- (ㄷ) 매매잔대금 채권의 이전 없이 단순히 명의만을 제3자에게 신탁한 것으로 볼 것은 아니고(명의신탁 약정에 해당하지 않으므로 무효가 아니다), 제3자 명의의 저당권설정등기는 그 피담보채무가 엄연히 존재하고 있어 부종성에 반하는 무효의 등기라고 볼 수 없다.

2. 저당권 설정 등기

- (ㄱ) 등기는 물권의 효력발생요건이지 존속요건이 아니므로 저당권의 등기가 불법말소되어도 저당권자체가 소멸하는 것은 아니다(대판 95)
- (ㄴ) 실질관계의 소멸로 무효로 된 등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에는 허용된다.(98대판)
- (ㄷ) 피담보채권이 소멸하면 저당권은 그 부종성에 의하여 당연히 소멸하게 되므로, 그 말소등기가 경료되기 전에 그 저당권부채권을 가압류하고 압류 및 전부명령을 받아 저당권 이전의 부기등기를 경료한 자라할 지라도, 그 근저당권을 취득할 수 없다.(2001대판)

II. 저당권의 효력

1. 민법 제350조 피담보채권의 범위는?

저당권자의 제3자에 대한 관계에서의 제한이며 채무자나 저당권설정자가 저당권자에 대하여 대항 할 수 있는 것이 아니다(대판 1992. 12.89)

-지연이자 1년분의 제한은 후순위저당권이 있을 때 적용되면 후순위자가 없을 때는 제한 없다.

2. 저당권의 목적물의 효력 범위

- (1) 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물에 중된 권리인 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권(임차권)에도 미치게 되므로, 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 건물소유를 위한 지상권(임차권)도 민법 제187조의 규정에 따라 등기없이 당연히 취득하게 된다(대판 1996. 4.26)
- (2) 저당권의 실행으로 부동산이 경매된 경우에 그 부동산에 부합된 물건은 그것이 부합될 당시에 누구의 소유이었던지를 가릴 것 없이 그 부동산을 낙찰받은 사람이 소유권을 취득하지만, 그 부동산의 상용에 공하여진 물건일지라도 그 물건이 부동산의 소유자가 아닌 다른 사람의 소유인 때에는 이를 중물이라고 할 수 없으므로 부동산에 대한 저당권의 효력에 미칠 수 없어 부동산의 낙찰자가 당연히 그 소유권을 취득하는 것은 아니다.(2008.5.8. 선고 2007다36933)
- (3) 저당부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에도 타인이 권원에 의하여 이를 부합시킨 경우에는 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속되는 것인바 저당권의 효력은 부합된 물건에도 효력이 미친다.(84다카2428 판결)
- (4) 소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상, 이용상의 독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고, 소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다.

이 경우에 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 이와 같이 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다.(1999. 7. 27. 선고 98다35020)

- (5) 민법 제249조의 선의취득은 점유인도를 물권변동의 요건으로 하는 동산의 소유권취득에 관한 규정으로서 저당권의 취득에는 적용될 수 없으므로 **공장건물에 설치한 건조로**가 공장 건물의 종물이라면 경락인이 점유를 취득해야 하는 것은 아니다(84다카 2428 판결)
- (6) 구분건물의 전유부분만에 관하여 설정된 저당권의 효력은 그 전유부분이 소유자가 사후에 취득한 대지 사용권에까지 미친다(대판 1995. 8.22)
- (7) 토지에 설정한 저당권의 효력 범위는?
 - 설정자가 토지에 심은 수목에 미친다()
 - 제3자가 무단으로 경작하여 수확기에 있는 농작물에 미친다()
 - 명인방법을 갖춘 수목의 집단에 미친다()
 - 토지의 지상권자가 신축한 건물에 미친다()
 - 부동산에 부합물과 종물에 효력이 미치려면 점유를 인도해야만 효력이 미친다()

3. 물상대위

- (1) 특례법에 따른 협의취득은 사법상의 매매계약과 같은 성질을 가진 것에 불과하여 토지수용법상의 공용징수에 해당되지 아니하므로 본건 토지의 소유권이 피고에 이전된다 할지라도 저당권자인 원고는 저당권으로서 본건 토지에 추급할 수 있다 할 것이니 협의에 따라 지급받을 보상금(실질은 매매대금)에 대하여 물상대위권을 행사할 수 없다 (선고 80다2109)
- (2) 저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 다른 채권자가 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구 할 수 없다 (대판 2002. 10.11)

4. 지분상의 저당권의 효력?

甲, 乙의 공유인 부동산 중 **甲의 지분위에 설정된 근저당권 등 담보물권**은 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속하고 근저당권설정자인 甲 앞으로 **분할된 부분에 당연히 집중되는 것은 아니다.**(88다카24868 판결)

5. 일괄경매신청권

- (1) **대지만의 매각대금으로 피담보채권을 변제하는데 충분하다고 하더라도 일괄경매 신청 할 수 있다**
- (2) 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정 받은 자가 건물을 축조한 경우라도 **그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는** 일괄경매를 청구할 수 있다(대판 2003. 4.11)

6. 법정지상권

- (1) 토지와 건물을 함께 소유하던 토지·건물의 소유자가 건물에 대하여 전세권을 설정하여 주었는데 그 후 토지가 타인에게 경락되어 민법 제305조 제1항에 의한 법정지상권을 취득한 상태에서 다시 건물을 타인에게 양도한 경우,
그 건물을 양수하여 소유권을 취득한 자는 법정지상권을 취득할 지위를 가지게 되고, 다른 한편으로는 전세권 관계도 이전받게 되는데, 민법 제304조 등에 비추어 건물 양수인이 토지 소유자와의 관계에서 전세권자의 동의 없이 법정지상권을 취득할 지위를 소멸시켰다고 하더라도, 그 건물 양수인은 물론 토지 소유자도 그 사유를 들어 전세권자에게 대항할 수 없다. (2007.8.24. 선고 2006다14684)
- (2) 건물 없는 토지에 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 위에 건물을 건축하였다가 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 경매로 인하여 그 토지와 지상 건물이 소유자를 달리하였을 경우에는, 민법 제366조의 법정지상권이 인정되지 아니할 뿐만 아니라 관습상의 법정지상권도 인정되지 아니한다. (1995. 12. 11. 자 95마1262)
- (3) 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 **공동저당권이 설정된 후** 그 지상 건물이 철거

되고 새로 건물이 신축된 경우에는 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 아니한다(2004. 3. 25. 선고 2003다1359)

- (4) 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 제3자가 법정지상권을 취득한다.(대법원 1999. 11. 23.)

7. 제3취득자의 지위

-첫째, 제3취득자는 채무자의 의사에 반하여도 **담보된 채권(모든 채권이 아니라)만을** 변제하고 저당권의 말소를 청구할 수 있다. 이때 구상권이 생긴다.

둘째, 이때, 종전 소유자는 계약상 권리에 기해, 현소유자<제3취득자>는 소유권에 기해서 저당권의 말소를 청구할 수 있다.<전합>

근저당권이라면 제3취득자는 최고액만을 변제하면 족하다.

셋째, 저당권이 설정된 부동산을 매매할 때 시가(5억)에서 채권액(1억)을 공제한 경우 그 성질은?

매도자와 매수인 둘의 계약만으로 체결하면 이행인수에 해당한다.

<판례> 물상 보증인이 담보부동산을 제3취득자에게 매도하고 제3취득자가 담보부동산에 설정된 근저당권의 채무의 **이행을 인수**한 경우,

그 이행인수는 **당사자간의 내부관계**에 불과하여 이로써 물상보증인의 책임이 소멸하는 것은 아니다.

따라서 담보부동산에 대해 저당권이 실행된 경우에도 제3취득자가 아닌 원래의 물상 보증인이 채무자에 대해 구상권을 취득한다(97대판 97 다1556) <19기출>

넷째, 여기서 매수인이 채무를 떠 안고 매입한 경우 매수인은 저당권 실행되어 소유권을 잃어도 담보책임을 물을 수 없다.(대판)<기출>

다섯째, 제3취득자가 보존비, 유익비를 지출한 경우 저당물의 경매대가에서 **선순위저당권보다 우선상환** 받는다.

Ⅲ. 저당권의 양도, 침해, 소멸

- (1) 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 **채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도** 경매신청을 할 수 있으며, 그 경매신청인은 양수채권의 변제를 받을 수도 있다(선고2004다29279판결)
- (2) 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 **물권적 합의는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고** 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라 할 것이다.(대법원 2005. 6. 10.) 사시기출
- (3) 전세권의 존속기간이 만료하면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 **그 전세권에 대한 저당권자는 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고,** 이러한 경우에는 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 **전세금반환채권에 대하여 추심명령 또는 전부명령**을 받거나, 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있고, 적법한 기간 내에 적법한 방법으로 물상대위권을 행사한 저당권자는 전세권자에 대한 일반채권자보다 우선변제를 받을 수 있다. (2008.3.13.)
- (4) 우리 민법상 저당권은 담보물권을 목적으로 할 수 없으므로, 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 전세권이 기간만료로 종료되면 전세권을 목적으로 하는 저당권은 당연히 소멸된다 (2008.4.10. 선고 2005다47663)

IV.저당권침해에 대한 보호

- (1) 토지에 관하여 **저당권을 취득함과 아울러 그 저당권의 담보가치를 확보하기 위하여 지상권을 취득하는 경우**, 그 지상권은 저당권이 실행될 때까지 제3자가 용익권을 취득하거나 목적 토지의 담보가치를 하락시키는 침해행위를 하는 것을 배제함으로써 저당 부동산의 담보가치를 확보하는 데에 그 목적이 있다고 할 것이므로, **제3자가 저당권의 목적인 토지 위에 건물을 신축하는 경우에는** 지상권자는 그 방해배제 청구로서 신축중인 건물의 철거와 대지의 인도 등을 구할 수 있다(2008.2.15. 2005다47205)
- (2) 제3자가 지상권설정자에 대하여 해당 토지를 사용·수익할 수 있는 채권적 권리(토지 주인에게 건물 건축에 동의 얻은 경우)를 가지고 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 지상권자에 대항할 수는 없다

V. 공동저당

1. 동시배당 = 경매대가에 비례하여 배당

- (1) 동시배당에 있어서의 부담의 안분에 관한 규정은 **후순위저당권자가 없는 경우에도 적용된다.**
- (2) **공동저당권자가 수개의 부동산 중 피담보채권액 중 일부만을 청구하여 배당받았다고 하더라도, 나머지 피담보채권액에 대하여 아직 경매가 실시되지 아니한 다른 부동산에 관한 저당권을 포기한 것으로 볼 수 없다**(대판 1997. 12.23)

2. 이시배당

- (1) **채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 중 채무자소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어진 경우**, 채무자 소유의 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 공동저당권을 대위할 수 없다(대판 1996. 3.8)
-이 경우 물상보증인 부동산 위의 저당권은 말소되어야 한다.
- (2) **물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 채무자소유의 부동산에 1번 저당권을 대위취득하고 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인이 대위취득한 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다**(대판 1994. 5.10)
-이 경우 채무자소유 부동산 위의 1번 저당권은 말소등기가 아니라 물상보증인에게 이전등기되어야 한다.
-이 경우 채무자부동산 위의 후순위자보다 물상 보증인 부동산의 후순위자가 우선한다.
- (3) 동일한 채권의 담보로 부동산과 선박에 대하여 저당권이 설정된 경우에는 선박에 대한 담보권이 실행되더라도 **선박에 대한 후순위저당권자는 부동산에 대한 선순위저당권자의 저당권을 대위할 수 없다** (대판 2002. 7.12)

VI. 근저당권

1. 채무액이 채권최고액을 초과하는 경우에 **채무자 겸 저당권설정자가** 최고액만을 변제하고 근저당설정등기의 말소를 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1981. 11.10)
2. **채무자가 아닌 근저당권설정자가**(이른바 물상보증인) 채무를 대위변제 할 경우에 있어서는 채권최고액을 초과하는 부분까지 부담하는 것은 아니다(대판 1974. 12.10)
3. **피담보채무가 확정되기 전에 채무의 범위나 또는 채무자를 변경한 경우**, 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 당해근저당권에 의하여 담보된다(대판1995. 5.14)
4. 물상보증인이 근저당권의 채무자의 계약상의 지위를 인수하는 것이 아니라 **그 채무만을 면책적으로** 인수하고 그 변경등기(부기등기)를 한 경우 특별한 사정이 없는 한 인수한 채무만 담보하는 것이지 신채무자(채무인수인)가 다른 원인으로 부담하게 된 새로운 채무까지 담보하는 것으로 볼 수는 없다(대판 2002.11.26)
5. 근저당권의 피담보채권이 **확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우** 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다(대판 2000.12.26, 2000다54451)
6. 피담보채권이 일단 확정되면 그 후에 발생하는 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 못한다(대판 1988.10.11)
7. **근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에** 근저당권의 피담보채권액이 확정된다(대판 1998. 10.27)

⇒ 이 경우 경매개시결정이 있는 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 반복되는 것은 아니다.

8. 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 경락인은 **경락대금을 완납할 때**에 확정된다.
9. **존속기간을 정하지 않은 경우에는** 다른 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자는 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬수 있고, 이러한 해지권한은 근저당부동산의 제3취득자도 원용할 수 있다(대판 1996. 10.29)
10. 근저당에 관한 피담보채권이 소멸하고 설정자가 거래를 더 이상 계속할 의사가 없는 경우에는 **결산기전이라도 설정자는 계약을 해지**하고 등기의 말소를 구할 수 있다(대판2001. 11.9)
11. 여러 채권자가 같은 기회에 어느 부동산에 관하여 하나의 근저당권을 설정받아 이를 **준공유하는 경우** 그 근저당권은 준공유자들의 피담보채권액을 모두 합쳐서 채권최고액까지 담보하게 되고, 피담보채권이 확정되기 전에는 근저당권에 대한 준공유비율을 정할 수 없으나 피담보채권액이 확정되면 각자 그 확정된 채권액의 비율에 따라 근저당권을 준공유하는 것이 되므로, 준공유자는 각기 그 채권액의 비율에 따라 변제 받는 것이 원칙이다

제3장 계약법

출제 포인트 계약 성립

적중률 1위. 합격률 1위

1. 청약과 청약의 유인

- (1) 청약은 이에 대응하는 상대방의 승낙과 결합하여 일정한 내용의 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 확정적인 의사표시인 반면 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립하는 것으로서 서로 구분되는 것이다. 그리고 위와 같은 구분기준에 따르자면, 상가나 아파트의 분양광고의 내용은 청약의 유인으로서의 성질을 갖는데 불과한 것이 일반적이라 할 수 있다(2007.6.1. 선고 2005다5843)
- (2) 분양안내책자, 모델하우스 설치 등을 통하여 아파트의 입지조건이나 주변 자연환경, 교통환경, 시설 등에 관하여 다소 과장되게 광고를 하였다고 하더라도 그러한 광고내용이 분양계약서에 포함되어 있지 않은 경우에는 그것이 상거래 관행이나 신의칙에 비추어 그 상당성을 인정할 수 있는 한도 내에서는 '청약의 유인'에 불과할 뿐 분양계약의 내용이 되었다고 볼 수 없다.
아파트 신축업체가 분양안내책자에 전철역까지 걸리는 시간, 원격진료시스템 등의 시설 등에 관하여 다소 과장되게 광고하였지만, 이러한 분양광고는 청약의 유인에 불과할 뿐 분양계약의 내용이 되었다고 볼 수 없고, 일반 상거래의 관행이나 신의칙에 비추어 충분히 시인될 수 있는 한도 내로 보여 기망행위에 해당한다고 볼 수 없다
- (3) 입찰참가회사에 대한 견적서제출요청이나 입찰기일통지 등의 입찰안내는 단순한 청약의 유인에 불과한 것으로 보아야 한다.

2. 공동묘지 존재사실에 대한 고지의무 위반 여부

부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며,

이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다. (2007.6.1. 선고 2005다5843)

3. -청약은 구체적, 확정적 의사표시이다.

4. 청약은 함에는 승낙기간을 정해도 되고 정하지 않아도 되는 내용결정의 자유가 있다.

-승낙자는 승낙여부를 결정할 자유가 있다(일정기간 내에 회답하지 않아도 계약은 성립하지 않는다)

5. 연착된 승낙?

<p>기간을 충분히 두고 발송하였으나 연착된 때 <사고로 연착한때></p>	<p>청약자는 연착통지의무가 있다 (ㄱ)연착통지를 안하면-연착되지 않은 것. -계약은 발송한때 성립 (ㄴ)연착통지를 하면 -연착으로 본다 -새로운 청약이다.</p>
<p>승낙기간 직전에 발송하였으나 연착한때</p>	<p>청약자가 가만히 내버려 두고 방치하면 -새로운 청약일뿐이다.(계약은 불성립) 청약자가 승낙의사를 표시하면 계약은 성립한다.</p>

<약관 >

(1) 계약의 일방 당사자가 약관 형식의 계약서를 미리 마련하여 두었으나 계약서상의 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭을 거친 경우, 그 특정조항이 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상이 되는지 여부 (2008.7.10. 선고)

① 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위해서 일정한 형식에 의하여 미리 계약서를 마련하여 두었다가 어느 한 상대방에게 이를 제시하여 계약을 체결하는 경우에도 그 상대방과 **특정 조항에 관하여 개별적인 교섭(또는 흥정)을 거침으로써** 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면, 그 특정 조항은 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다 (2008.7.10. 선고)

② 부동산임대업자가 미리 부동산자로 인쇄한 임대차계약서를 제시하여 임대차계약을 체결한 사안에서, 그 계약서에 기재된 임대차계약 종료일로부터 인도 또는 복구된 날까지의 통상 차임 및 관리비와 임대차보증금에 대한 월 1%의 비율에 의한 이자의 합산액의 2배를 배상액으로 정하고 있는 **‘임대차목적물의 명도 또는 원상복구 지연에 따른 배상금’ 조항은 개별적인 교섭을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다고 할 수 없어** 약관에 해당한다.

③ 회원 가입시에 일정 금액을 예탁하였다가 탈퇴 등의 경우에 그 예탁금을 반환받는 이른바 예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 운영에 관한 법률관계는 회원과 클럽을 운영하는 골프장 경영 회사의 계약상 권리·의무관계이고,

그 운영에 관한 회칙은 불특정 다수의 입회자에게 획일적으로 적용하기 위하여 골프장을 경영하는 회사가 제정한 것으로서 이를 승인하고 클럽에 가입하려는 회원과 회사와의 계약상 권리·의무의 내용을 구성하며, 그 중 회원 자격의 탈퇴 절차와 같은 당사자의 권리·의무에 관한 규정은 약관으로서의 성질을 가진다.

예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 운영회칙에 의하면, 입회보증금은 5년 거치 후에도 이사회 승인이 있어야만 반환받을 수 있다고 해석할 여지가 있더라도, 골프클럽 운영회사가 회원으로부터 입회보증금을 예탁받으면서 “5년 거치 후 증서의 기명인으로부터 반환요구가 있을 때 입회보증금을 반환한다”고 기재된 회원자격보증예탁증서를 교부하였다면, 이 기재내용은 회원과 골프클럽 운영회

사 간의 개별약정으로 위 **운영회칙에 우선하므로** 골프클럽 운영회사는 이사회 승인 여부와 관계 없이 입회보증금을 위 약정에 따라 5년의 거치기간 경과 후 반환을 요구한 회원에게 반환할 의무가 있다(2007가합4281 판결)

- (2) 분양계약의 목적물인 아파트의 외형·재질에 관하여 **별다른 내용이 없는** 분양계약서는 그 자체로서 완결된 것이라고 보기 어려우므로 위 아파트 분양계약은 목적물의 외형·재질 등이 **건본주택(모델하우스) 및 각종 인쇄물에 의하여 구체화될 것을 전제로 하는 것이라고 보아, 광고 내용 중 도로확장 등 아파트의 외형·재질과 관계가 없을 뿐만 아니라** 사회통념에 비추어 보더라도수분양자들 입장에서 분양자가 그 광고 내용을 이행한다고 기대할 수 없는 것은 **그 광고 내용이 그대로 분양계약의 내용을 이룬다고 볼 수 없지만, (따라서 고객은 광고내용대로 도로확장을 이행하라고 청구 할수 없다=분양자에게는 도로확장의무가 없다)**

이와 달리 **온천 광고, 바닥재(원목마루) 광고, 유실수단지 광고 및 테마공원 광고는 아파트의 외형·재질 등에 관한 것으로서, 콘도회원권 광고는 아파트에 관한 것은 아니지만 부대시설에 준하는 것이고 또한 이행 가능하다는 점에서, 각 분양계약의 내용이 된다**

- (3) 구속력의 근거?

보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 계약이기 때문이 아니라

보험계약당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이다.

- (4) 계약이 해제된 경우 반환할 금전에 그 받은 날로부터 이자를 가산하여야 한다고 규정하고 있으므로 계약해제로 인하여 사업자가 이미 받은 금전을 반환함에 있어 이자의 반환의무를 배제하는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되어 이를 정당화할 합리적인 사유가 없는 한 무효라고 보아야 할 것이다. (2008다75393 판결)

- (5) 약관에 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 사항이라면, 그러한 사항에 관하여까지 보험자에게 명시·설명 의무가 있다고는 할 수 없다.**

- (6) [1]보험계약을 체결함에 있어 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지고 있으므로, 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명 의무를 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다.

[2] 약관에 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 사항이라면, 그러한 사항에 관하여까지 보험자에게 명시·설명 의무가 있다고는 할 수 없다.**

[3] 피보험자동차의 양도에 관한 통지의무를 규정한 보험약관은 **거래상 일반인들이 보험자의 개별적인 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항인 점 등에 비추어 보험자의 개별적인 명시·설명 의무의 대상이 되지 않는다(2006다87453 판결)**

4. 계약교섭 중 부당파기

첫째. 장보고 조형물 건립사건

- [1] 계약의 성립을 위한 의사표시의 객관적 합치의 정도
- [2] 청약의 의사표시의 방법과 내용
- [3] 계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는지 여부(적극)
- [4] 계약교섭의 부당한 중도파기로 인한 손해배상책임의 범위(=신뢰손해) 및 신뢰손해의 의미
- [5] 계약교섭의 부당한 중도파기로 인하여 인격적 법익이 침해된 경우 그 정신적 고통에 대한 별도의 손해배상을 구할 수 있는지 여부(적극)

-사실관계-

계약의 교섭단계에서 피고가 원고 등 조각가 4인에게 시안의 작성을 의뢰하면서 시안이 선정된 작가와 조형물 제작·납품 및 설치에 관한 이 사건 계약을 체결할 것을 예고한 다음 이에 응하여 작가들이 제출한 시안 중 원고가 제출한 시안을 당선작으로 선정하고

원고에게 그 사실을 통보한 바 있었으므로 당선사실을 통보받은 시점에 이르러 원고로서는 이러한 피고의 태도에 미루어 이 사건 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 가지게 되었다고 할 것이고 그 과정에서 원고는 그러한 신뢰에 따라 피고가 요구하는 대로 이 사건 조형물 제작을 위한 준비를 하는 등 행동을 하였을 것임에도, 앞서 본 바와 같이 피고가 원고와는 무관한 자신의 내부적 사정만을 내세워 근 3년 가까이 원고와 계약체결에 관한 협의를 미루다가 이 사건 조형물 건립사업의 철회를 선언하고 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부한 채 다른 작가에게 의뢰하여 해상왕 장보고 상징조형물을 건립한 것은 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다. (2003. 4. 선고 2001다53059)

【판결요지】

- [1] 계약이 성립하기 위하여는 당사자의 서로 대립하는 수개의 의사표시의 객관적 합치가 필요하고 객관적 합치가 있다고 하기 위하여는 당사자의 의사표시에 나타나 있는 사항에 관하여는 모두 일치하고 있어야 하는 한편, **계약 내용의 '중요한 점'** 및 계약의 객관적 요소는 아니더라도 특히 **당사자가 그것에 중대한 의의를 두고 계약성립의 요건으로 할 의사를 표시한 때에는** 이에 관하여 합치가 있어야 계약이 적법·유효하게 성립한다.
- [2] 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 **구체적, 확정적 의사표시**여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요하다.
- [3] 어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 **상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부**하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 **불법행위를 구성한다**.
- [4] 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 체결된다고 믿었던 것에 의하여 입었던 손해 즉 신뢰손해에 한정된다고 할 것이고,**
이러한 신뢰손해란 예컨대, 그 **계약의 성립을 기대하고 지출한 계약준비비용**과 같이 그러한 신뢰가 없었더라면 통상 지출하지 아니하였을 비용상당의 손해라고 할 것이며,
아직 계약체결에 관한 확고한 신뢰가 부여되기 이전 상태에서 계약교섭의 당사자가 계약체결이 **좌절되더라도 어쩔 수 없다고 생각하고 지출한 비용, 예컨대 경쟁입찰에 참가하기 위하여 지출한 제안서, 견적서 작성비용** 등은 여기에 포함되지 아니한다.
- [5] 침해행위와 피해법익의 유형에 따라서는 계약교섭의 파기로 인한 불법행위가 인격적 법익을 침해함으로써 상대방에게 **정신적 고통을 초래**하였다고 인정되는 경우라면 그러한 정신적 고통에 대한 손해에 대하여는 별도로 배상을 구할 수 있다.(2003. 4. 11. 2001다53059)

둘째, 잔여공사 완성 요구 사건(추가 공사비용의 지급을 전제로 잔여 공사 이행을 원고에게 요구하여 공사를 진행하였으나 국회에서 예산삭감으로 그 공사비지급을 거부하는 경우)

계약교섭 단계에서는 아직 계약이 성립된 것이 아니므로 당사자 중 일방이 계약의 이행행위를 준비하거나 이를 착수하는 것은 이례적이라고 할 것이므로 **설령 이행에 착수하였다고 하더라도 이는 자기의 위험 판단과 책임에 의한 것**이라고 평가할 수 있지만 만일 이행의 착수가 상대방의 적극적인 요구에 따른 것이고, 바로 위와 같은 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 손해가 상당인과관계 있는 손해에 해당한다고 할 것이다. (2004. 5. 28. 선고 2002다32301)

계약체결상의 과실

㉔ 요건 = ① 원시적 전부 불능일것

② 일방의 악의 또는 과실 있을것+상대방이 선의이고 과실 없을 것
(과실 있는 경우에는 신뢰이익 배상책임 없다)

㉕ 관련문제

- 부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우에는 그 매매가 수량지정매매에 해당할 때에 한하여 대금감액청구권을 행사함은 별론으로 하고,
그 매매계약이 그미달 부분만큼 일부 무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조가 규정하는 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다(기출2004대판)
- 점포의 불법 용도변경으로 인하여 그 위법사항이 시정되지 않는 한 이 사건 점포의 용도가 소극장에서 단란주점으로서의 변경이 허가될 수 없고 그 결과 단란주점영업도 허가될 수 없는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없다는 이유로 계약체결상의 과실책임을 물을수 없다(96대판)
- 입목매매가 당초부터 이행불능의 목적물에 대한 무효의 것이었으므로 그 입목의 소유권을 취득하지 못하게 되었음을 청구의 원인으로하는 경우에는 계약체결상의 과실을 이유로 하는 손해배상을 청구할 수 있을지언정 그 계약이 유효하게 성립되었던 것임을 전제로 하는 이행이익에 관한 손해배상청구는 할 수 없다.(71대판)
- 계약교섭 중 부당파기**
어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입었다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다(판례는 계약체결상의 과실로 문제를 해결하고 있지 않다)
- 계약의 당사자 확정**
어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 명의를 그 타인 명의로 하기로 하였다면, 이와 같은 매수인 명의의 신탁관계는 그들 사이의 내부적인 관계에 불과한 것이어서 대외적으로는 그 타인을 매매당사자로 보아야 하므로, 그 본인은 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자라고 볼 수 없다.
반면에, 계약의 일방 당사자가 타인의 이름을 임의로 사용하여 법률행위를 한 경우에는 누가 그 계약의 당사자인가를 먼저 확정하여야 할 것인데,
행위자 또는 명의자 가운데 누구를 당사자로 할 것인지에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자의 행위 또는 명의인의 행위로서 확정하여야 할 것이지만,
그러한 일치하는 의사를 확정할 수 없을 경우에는 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하고, 이에 터잡아 계약의 성립 여부와 효력을 판단하여야 한다. (2008.3.27. 선고 2007도7393)
- 계약의 해석**
계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하지만,
그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석하여야 하고, 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(2008.3.14. 선고 2007다11996)

7. 계약 체결의 대리권과 해제권.

어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여(수여)받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계(기초적 내부관계)는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료되는 것이고, 법률행위에 의하여 수여(수여)된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였다 하여 곧바로 그 사람이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(2008.1.31. 선고)

8. 계약의 합의 해제에 대한 승낙

원고가 피고와 사이에 체결한 주식회사 월간국제골프사의 주식양도계약을 해제할 테니 원상회복 및 손해배상 등으로서 즉시 1억 원을 지급하여 달라는 것이고,

이에 대하여 위 피고가 2004. 5. 7. 원고에게 발송한 내용증명에는 위 피고가 원고의 해제의사표시를 승낙한다고만 기재되어 있을 뿐 위 1억 원을 지급하겠다는 내용은 없고,

오히려 위 피고가 2004. 5. 10. 원고에게 발송한 내용증명에는 원고에게 2004. 5. 31.까지 5,000만 원, 2004. 6. 30.까지 25,154,810원 등 합계 75,154,810원 만을 지급하겠다는 것인바,

위 피고의 위와 같은 통지내용은 이를 새로운 해제계약의 청약으로는 볼 수 있을지언정, 원고의 해제계약의 청약을 그대로 받아들이기로 승낙을 한 것으로 볼 수는 없고,

한편 기록상 원고와 위 피고 사이에 계약해제의 원상회복 및 손해배상액 등에 관하여 다툼이 계속되어 온 사정이 엿보이는 점에 비추어 위 피고의 위 새로운 해제계약의 청약에 대하여 원고의 승낙이 있었다고 볼 수도 없다. (2007.11.29. 선고)

9. 계약의 성립

(1) 예금계약은 예금자가 예금의 의사를 표시하면서 금융기관에 돈을 제공하고 금융기관이 그 의사에 따라 그 돈을 받아 확인을 하면 그로써 성립하며, 금융기관의 직원이 그 받은 돈을 금융기관에 실제로 입금하였는지 여부는 예금계약의 성립에는 아무런 영향을 미치지 아니한다(2007.9.7. 선고)

(2) 계약이 성립하기 위하여는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니나 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법에 관한 합의는 있어야 한다(2005다39594 판결)

가계약서에 잔금 지급시기가 기재되지 않았고 후에 그 정식계약서가 작성되지 않았다 하더라도, 위 가계약서 작성 당시 매매계약의 중요 사항인 매매목적물과 매매대금 등이 특정되고 중도금 지급방법에 관한 합의가 있었으므로 원·피고 사이에 이 사건 부동산에 관한 매매계약은 성립되었다

(3) 매도인이 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 매수인이 이행에 착수할 때까지 하여야 할 것인바, 여기에서 이행에 착수한다는 것은 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무의 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말한다 중도금 일부의 지급에 갈음하여 원고의 이회완에 대한 대여원리금채권을 피고에게 양도하기로 약정함으로써 위 계약 성립과 함께 위 채권은 양도되었고, 그 채무자인 이회완도 위 계약에 참석하였기 때문에 위 채권양도의 통지도 그 자리에서 이루어졌다고 봄이 상당하므로, 원고는 위 매매계약과 함께 그 채무의 일부 이행에 착수한 것이고, 따라서 계약금의 배액상환을 원인으로 한 피고의 해제 의사표시는 원고가 이미 이행에 착수한 이후에 이루어진 것으로서 그 효력이 없다(2006.11.24. 선고)

10. 급부의 부당이득 반환 처리?

계약당사자 사이에서 그 계약의 이행으로 급부된 것은 그 급부의 원인관계가 적법하게 실효되지 아니하는 한 부당이득이 될 수 없는 것이고, 한편 계약에 따른 어떤 급부가 그 계약의 상대방 아닌 제3자의 이익으로 된 경우에도 급부를 한 계약당사자는 계약상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있을 뿐이고 그 제3자에 대하여 직접 부당이득을 주장하여 반환을 청구할 수 없다.(2005. 4. 15. 선고)

<쌍무계약>

1. 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 **피담보채무, 가압류채무, 임대차보증금반환채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 매수인은 매매대금에서 위 채무액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급의무를 다하는 것이다**(2008.4.24. 선고 2008다3053,)
2. **쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우, 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 되므로 각 당사자의 반환의무는 동시이행관계에 있다**(출처 2005다38843 판결)
3. 쌍무계약에서 당사자의 일방이 미리 자기 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 때에는 상대방은 이행의 최고나 자기 채무의 이행의 제공 없이 계약을 해제할 수 있다.(2007다4196 판결)
4. 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다.(2007다3285 판결)
5. 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 매도인이 그 채무를 대신 변제하였다면 매수인의 구상채무와 매도인의 소유권이전의무가 동시이행의 관계에 있다(2007다3285 판결)
6. 쌍무계약 당사자 쌍방의 급부가 모두 이행불능이 된 경우, 당사자 일방이 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다(95다6601 판결)

<요물계약> 계약금 지급 없는 계약의 효력?

<p>- 계약금의 수수가 없는 매매계약을 체결한 경우 일방의 귀책사유가 없는 한 임의로 매매계약을 해제할 수 없다(대판 08중요)</p>
<p>-계약금의 일부만 지급한 경우 계약금계약은 성립하지 않았다.</p>
<p>(㉠)계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 일방이 이행착수 전에 일방이 임의 해제를 할 수 있다.</p>
<p>(㉡)계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정한 단계에서는 계약금을 배액상환하고 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다.</p>
<p>(㉢)당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있으나,</p>
<p>(㉣)교부자가 계약금의 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약<매매계약>을 해제할 수는 없다. (2008.3.13. 선고 2007다73611)</p>
<p>(㉤)계약금이 교부되지 아니한 이상 아직 계약금계약은 성립되지 아니하였다고 할 것이니, 매도인 측은 매수인의 채무불이행이 없는 한 이 사건 매매계약을 임의로 해제할 수 없다.</p>

<예약>

매매의 일방예약에서 예약자의 상대방이 매매예약 완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 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 기간을 지난 때에는 예약 완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다.(2003. 1. 10. 선고 2000다26425)

I. 성립요건

가. 대가적 의미 있는 하나의 쌍무계약의 존재

1. 건물매매계약에서 매도인의 소유권이전 의무와 매수인의 잔금지급 의무는 동시이행관계 있으므로 목적물이 미등기 건물이라도 동일하다(80대판)
2. 전세권자의 전세권등기말소 및 목적물인도의 의무와 설정자의 전세금 반환 의무는 동시이행관계 있다.
3. 토지 임차인의 매수청구권 행사로 지상 건물에 대하여 시가에 의한 매매 유사 법률관계가 성립된 경우에는 임차인의 건물명도 및 그 소유권이전등기의 의무와 토지 임대인의 건물대금지급 의무는 서로 대가관계에 있는 채무가 되므로, 임차인이 임대인에게 매수청구권이 행사된 건물들에 대한 명도와 소유권이전등기를 마쳐주지 아니하였다면 임대인에게 그 매매대금에 대한 지연손해금을 구할 수 없다.(98대판)
4. 근저당권설정등기(가압류등기)가 있는 부동산 매매계약에서 매도인의 소유권 이전등기 의무 및 근저당말소 의무와 매수인의 대금지급 의무 사이에는 동시이행관계 있다.(89대판)
5. 양도소득세를 매수인이 부담하기로 특약하는 경우 매도인의 소유권이전등기 의무와 매수인의 양도소득세 납부 의무(96대판)
6. 가등기담보에서 채권자의 청산금 지급 의무와 채무자의 목적물인도의 의무
7. 채무의 이행 확보를 위하여 어음을 발행한 경우 채무의 이행과 어음의 반환(99대판)
8. 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상 채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다.(2000대판)
9. 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우에도 동시이행관계가 있다(76대판)
10. 부동산 매매계약이 체결된 경우에는 매도인은 제한이나 부담이 없는 소유권이전등기의 의무를 지는 것이므로, 매매 목적 부동산에 처분금지, 가처분등기와 소유권말소예고등기가 기입되어 있는 경우에는 매도인은 이와 같은 등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있다. (94대판)

[주의할 것] 동시이행관계 있지 않은 경우

1. 임대인의 임대보증금 반환 의무와 임차인의 임차권등기 말소 의무(2005대판)
2. 매도인의 토지 거래허가 협력 의무와 매수인의 잔대금지급 의무(99대판)
3. 특정채무를 담보하기 위해 경료된 저당권(가등기담보, 양도담보)에서 채무자의 채무변제와 저당권(가등기, 양도담보권말소 의무)
4. 경매가 무효인 경우 경락인의 소유권이전등기 의무(채무자에게), 경락대금 반환 청구(채권자)이므로 그 상대방을 달리한 것으로 동시이행관계가 아니다.

나. 변제기 도래 할 것

1. 쌍무계약인 매매계약에서 매수인이 선이행 의무인 분양잔대금 지급 의무를 이행하지 않고 있는 사이에 매도인의 소유권이전등기 의무의 이행기가 도과한 경우, 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 동시이행 관계에 놓이게 된다.(2001대판)
2. 쌍무계약의 당사자 일방이 계약상 선이행 의무를 부담하고 있는데 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불투명하게 된 경우에는 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행 의무의 이행을 거절할 수 있고, 이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다. (중요 97대판)
3. 쌍무계약인 매매계약에서 매수인이 선이행 의무인 잔금지급 의무를 이행하지 않던 중 매도인도 소유권이전등기 의무의 이행을 제공하지 아니한 채 소유권이전등기 의무의 이행기를 도과한 경우, 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 동시이행 관계에 놓이게 된다.

다. 자기채무의 이행제공 없이 이행 청구하였을 것

1. 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니다.

(중요 96대판)

2. 부동산매매계약에 있어서 매수인이 잔대금 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있는 경우?(실권약관) (98대판)

매수인의 잔대금지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인이 잔대금지급기일에 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다

매수인이 그 약정기한을 초과하였다라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 대금 미지급으로 계약이 자동해제된다고는 볼 수 없다.

II. 효과

1. 이행지체 저지효

일시적으로 당사자 일방의 의무의 이행제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없다

따라서 그 이행의 제공이 중지된 이후에 상대방의 의무가 이행지체 되었음을 전제로 하는 손해배상청구도 할 수 없다.(96대판)

이 경우 수령지체에 빠진 자도 여전히 동시이행 항변권을 행사할 수 있다

2. 임차인이 임대차계약종료 이후에도 동시이행의 항변권을 행사하는 방법으로 목적물의 반환을 거부하기 위하여 임차건물부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 않는다 (2002대판)

=관련 판례=

임대차계약 종료 후에도 임차인이 동시이행의 항변권을 행사하여 임차건물을 계속 점유하여 온 것이라면, 임차인의 그 건물에 대한 점유는 불법점유라고 할 수 없으며, 따라서 임차인으로서는 이에 대한 손해배상의무도 없다.

3. 존재효과설

이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니다.(2001대판)중요

대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다.(2003대판)

4. 임대인이 목적물에 대한 수선의무를 불이행하여 임차인이 목적물을 전혀 사용할 수 없을 경우에는 임차인은 차임전부의 지급을 거절할 수 있으나,

수선의무불이행으로 인하여 부분적으로 지장이 있는 상태에서 그 사용수익이 가능할 경우에는 그 지장이 있는 한도내에서만 차임의 일부지급을 거절할 수 있을 뿐 그 전부의 지급을 거절할 수는 없다.

5. 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타인의 채무와 상계를 허용하면 일방의 의사표시에 의해 상대방의 항변권 행사기회를 상실하게 되므로 허용될 수 없다.(74)

6. 동시이행관계에 있는 반대급부의무를 지고 있는 채권자는 채무자의 변제의 제공이 없음을 이유로 채무자에게 채무불이행의 책임을 묻거나 혹은 계약해제를 하기 위하여는 스스로의 채무의 변제제공을 하여야 한다.(2000대판)

7. 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우,

매수인이 인수하기로 한 채무는 매매대금 지급채무에 갈음한 것으로서 매도인이 그 채무를 대신 변제하였다면 그로 인한 매수인의 매도인에 대한 구상채무는 인수채무의 변형으로서 매매대금 지급채무에 갈음한

것의 변형이므로, 매수인의 구상채무와 매도인의 소유권이전의무는 대가적 의미가 있어 이행상 건련관계에 있다고 인정되고, 따라서 양자는 동시이행의 관계에 있다(2007 대판)

8. 분양권매매계약의 체결 당시 양도소득세의 일부 회피 목적으로 매매계약서상의 명목상 매매대금을 실제 매매대금보다 줄여서 기재하고 그 차액에 해당하는 금원에 관해 따로 현금보관증을 작성하여 둔 사안에서 그 금원도 매매대금의 일부에 해당하므로 매수인의 위 금원 지급의무와 매도인의 수분양자명의 변경절차 이행의무가 서로 대가관계에 있는 것으로 동시이행의 관계에 있다.(2007.4.26)

<제3자를 위한 계약>

1. 낙약자의 제3자에 대한 급부의 내용에는 제한이 없어 낙약자가 제3자에 대하여 가지는 청구권을 행사하지 않도록 하는 것도 급부에 해당한다(2006대판)
2. 계약관계의 해제로 인한 부당이득반환의 문제?
낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 있는가?(2005대판)

[사안]

소진성으로부터 물건을 매수하고, 매매대금은 소진성이 피고에게 부담하고 있는 채무금 상당의 금원을 피고에게 지급함으로써 소진성에 대한 매매대금의 지급에 갈음하기로 한 경우?

(㉠) 원고를 낙약자, 소진성을 요약자, 피고를 제3자(수익자)로 하여 원고와 소진성 사이에 기본관계 및 소진성과 피고 사이에 위와 같은 대가관계(원인관계)가 모두 존재한다.

(㉡) 제3자를 위한 계약에 해당하며, 동시에 위 약정은 원고가 소진성의 피고에 대한 채무를 인수하는 병존적 채무인수에도 해당한다

(㉢) 고명숙이 이미 이 사건 물건의 소유권을 취득함으로써 소진성의 원고에 대한 물건의 소유권이전의무가 이행불능 상태에 빠졌음을 이유로 이 사건 매매계약을 해제하였으므로, 피고는 해제에 따른 원상회복으로서 원고로부터 지급받은 이 사건 매매계약의 매매대금 2,600만원을 반환할 의무가 있는가?

계약관계의 청산은 매매계약의 당사자인 원고와 소진성 사이에 이루어져야 할 것이고, 제3자인 수익자를 상대로 하여 해제에 따른 원상회복 또는 위 매매대금을 지급받은 것이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구할 수는 없다 (중요)

낙약자는 미지급급부에 대해서는 민법 제542조에 따라 계약해제에 따른 항변으로 제3자에게 그 지급을 거절할 수 있는 것이나,

이는 이미 지급한 급부에 대해 계약해제에 따른 원상회복을 구하는 것과는 다른 경우로서 동일한 법리가 적용될 수는 없는 것이다(중요)

3. ① 요약자와 제3자(수익자) 사이의 법률관계(이른바 대가관계)의 효력은 요약자와 낙약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)의 성립이나 효력에 영향을 미치지 아니하므로
 ② 낙약자는 요약자와 수익자 사이의 법률관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항하지 못하고,
 ③ 요약자도 대가관계의 부존재나 효력의 상실을 이유로 자신이 기본관계에 기하여 낙약자에게 부담하는 채무의 이행을 거부할 수 없다.(2003대판)중요
4. 제3자가 민법 제539조 제2항에 따라 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.(2000대판)중요

5. 부동산을 매매하면서 매도인과 매수인 사이에 매매대금을 매도인의 채권자에게 직접 지급하기로 약정한 경우, 이는 매도인의 채권자로 하여금 매매대금청구권을 취득하게 하는 제3자를 위한 계약으로서 병존적 채무인수에 해당된다(97대판)
6. 제3자를 위한 유상 쌍무계약의 경우 요약자는 낙약자의 채무불이행을 이유로 제3자의 동의 없이 계약을 해제할 수 있다.(70대판)
7. 대한민국과 건설회사간 난지도쓰레기 건설계약(94대판)
 - ① 제3자를 위한 계약의 당사자가 아닌 수익자는 계약의 해제권이나 해제를 원인으로 한 원상회복청구권이 있다고 볼 수 없다.(중요)
 - ② 제3자를 위한 계약에 있어서 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.
8. 계약의 당사자가 제3자에 대하여 가진 채권에 관하여 그 채무를 면제하는 계약도 제3자를 위한 계약에 준하는 것으로서 유효하다.(2004대판)
9. 제3자의 의의
제3자를 위한 계약이 단순히 제삼자에게 권리를 수여하는 계약에 한하지 않고 제3자에게 권리를 수여하는 동시에 그 제3자로 하여금 반대급부를 부담케하는 계약을 포함한 것이라고 볼 것이다 따라서 제3자를 위한 매매의 예약도 유효하며 제3자가 이를 승낙하고 수익의 의사표시를 하므로써 제3자는 직접 동 예약상의 권리를 취득하는 것이다

해제

가. 발생 원인

1. 이행지체

- ① 동시이행관계에 있는 반대급부의무를 지고 있는 채권자는 채무자의 변제의 제공이 없음을 이유로 채무자에게 채무불이행의 책임을 묻거나 혹은 계약해제를 하기 위하여는 스스로의 채무의 변제제공을 하여야 한다.(2000대판)
- ② 매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다 할 것이어서 그때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니한다.(2002대판)
- ③ 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제조건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니며 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다
매도인이 매수인에게 중도금을 지급하지 아니하였으니 매매계약을 해제하겠다는 통고를 한 때에는 이로써 중도금 지급의 최고가 있었다고 보아야 하며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 매수인이 중도금을 지급하지 아니하였다면 매도인은 매매계약을 해제할 수 있다.(94대판)
- ④ 매도인의 소유권이전등기 및 근저당권말소 의무가 매수인의 잔대금지급의무보다 선이행의무라 하더라도 매도인과 매수인 쌍방이 자기 채무의 이행을 제공하지 아니한 채 잔대금지급기일이 도과한 이상 그때부터는 쌍방의 의무는 동시이행의 관계에 놓이게 된다.(99대판)
- ⑤ 매도인이 매수인의 중도금지급의무의 불이행을 이유로 매매계약을 해제하지 않고 있는 상태에서 잔금지급기일이 도래하였는데도 매수인이 약정대로 잔금을 지급하지 않았다면, 매수인의 중도금을 포함한 매매잔대금의 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는, 동시이행의 관계에 있는 것이라고 봄이 상당하므로 매도인으로서의 소유권이전등기의무의 이행을 제공하지 아니한 채 매수인의 매매잔대금지급의무의 불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 없다.

2. 이행불능

- ① 매도인의 매매계약상의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제함에 있어서는 상대방의 잔대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 **동시이행관계에 있다고 하더라도 그 이행의 제공이나 이행최고를 필요로 하는 것이 아니다.**(2003대판)
- ② 이행불능을 이유로 계약을 해제하기 위해서는 그 이행불능이 **채무자의 귀책사유에 의한 경우**여야만 한다 할 것이므로(민법 제546조), **이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다. (2002대판)**
- ③ 매매목적물에 대하여 가압류 또는 처분금지가처분 집행이 되어 있다고 하여 매매에 따른 소유권이전등기가 이행불능은 아니다.
이러한 법리는 가압류 또는 가처분집행의 대상이 매매목적물 자체가 아니라 매도인이 매매목적물의 **원소유자에 대하여 가지는 소유권이전등기청구권 또는 분양권에 대한 압류나 가처분이 있는 경우 매도인의 소유권이전 의무는 이행불능이 아니다.**(따라서 매수인은 즉시 해제할수 없다) (2006.6.16. 선고 2005다39211)

3. 미리거절

- ① 수인의 공유자 사이에서의 공유물분할협약에 따른 각 공유자들의 지분소유권 이전등기의무와 관련하여서도 **공유자의 일방이 미리 자기 채무를 이행하지 아니할 의사를 표명한 때에는 다른 공유자는 그 이행의 최고 없이** 계약을 해제할 수 있다
- ② 쌍무계약에 있어서 계약당사자의 일방은 상대방이 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에는 **최고나 자기 채무의 이행제공 없이** 그 계약을 적법하게 해제할 수 있으나, 그 **이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우** 상대방으로서는 자기 채무의 이행을 제공하고 상당한 기간을 정하여 **이행을 최고한 후**가 아니면 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다.(2003대판)
- ③ 당사자의 일방이 이행을 제공하더라도 상대방이 그 채무를 이행하지 아니할 것이 객관적으로 명백한 경우는 그 **일방이 이행을 제공하지 아니하여도 상대방은 이행지체의 책임을 지고 이를 이유로 계약을 해제할 수 있다고 할 것이고, 그 일방은 자신의 채무의 이행을 제공하지 않더라도 상대방의 이행 지체를 이유로 계약을 해제할 수 있다.**
- ④ 부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무 **이행기일까지 기다릴 필요 없이** 이를 이유로 매매계약을 해제할 수 있다(93대판)

4. 사정 변경

- (1) 매매계약체결 후 9년이 지났고 **시가가 폭등했다는 사정만으로 사정변경을 이유로 매매계약을 해제할** 권리는 생기지 않는다.그런 사정 변경이 있다하여 매수인의 소유권 이전등기 절차이행 청구가 신의칙에 위배된다고도 할 수 없다.(91대판)
- (2) 사정변경으로 해제하기 위한 요건?
 - 문제된 사안 -
지방자치단체로부터 매수한 토지가 공공용지에 편입되어 매수인이 의도한 음식점 등의 건축이 불가능하게 되었더라도 이는 매매계약을 해제할 만한 사정변경에 해당하지 않고,
매수인이 의도한 주관적인 매수목적을 달성할 수 없게 되어 손해를 입었다 하더라도 매매계약을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 있는가?.(2007대판)
 - 원심판단 -
토지에 대한 개발제한구역 지정이 해제됨에 따라 원고가 건축 등이 가능한 토지로 알고 당시의 객관적인 시가보다 훨씬 비싼 가격에 이 사건 토지를 피고로부터 매수하였는데, 그 후 피고에 의하여 이 사건 토지가 공공용지로 지정되어 건축개발이 불가능해지고,
공공용지개발계획에 따라 이 사건 토지가 수용될 상황이 되는 등 이 사건 매매계약 당시에 원고가 예상하지도 않았고 예상할 수도 없었던 현저한 사정변경이 생겼고,

이러한 사정변경은 원고에게 책임을 돌릴 수 없는 것으로서, 이로 인해 원고에게 이 사건 매매계약 당시에는 예상하지 못한 엄청난 손해가 발생하게 되어 이 사건 매매계약을 그대로 유지하는 것은 신의칙에 반한다고 보아 원고는 사정변경 또는 신의칙을 사유로 하여 이 사건 매매계약을 해제할 수 있다고 판단하였다.

-대법원 판단-

- ① 이른바 사정변경으로 인한 계약해제는, 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경 이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서,
- ② 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고,
- ③ 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다.
- ④ 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다. (2007.3.29. 선고 2004다31302 판결)
- ④ 이 매매계약은 일반 매수예상자들을 대상으로 한 피고의 공개매각절차를 거쳐 이루어진 것으로서, 공개매각조건에는 이 사건 토지가 개발제한구역에 속해 있고, 이 사건 토지의 매각 후 행정상의 제한 등이 있을 경우 피고가 이에 대하여 책임을 지지 아니한다는 내용이 명시되어 있으며, 토지상의 건축가능 여부는 원고가 이 사건 토지를 매수하게 된 주관적인 목적에 불과할 뿐 이 사건 매매계약의 성립에 있어 기초가 되었다고 보기 어렵다 할 것이므로, 이 사건 매매계약 후 이 사건 토지가 공공용지에 편입됨으로써 원고가 의도한 음식점 등의 건축이 불가능하게 되었다 하더라도 이러한 사정변경은 이 사건 매매계약을 해제할 만한 사정변경에 해당한다고 할 수 없다

이러한 사정변경으로 인하여 원고가 의도한 주관적인 매수목적을 달성할 수 없게 되어 손해를 입었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 매매계약의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다

그럼에도, 원심은 위와 같이 변경된 사정이 계약해제권을 발생시키는 사정변경에 해당한다거나, 이 사건 매매계약의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 위배된다고 보아 원고에게 이 사건 매매계약에 대한 해제권이 발생한다고 판단하였으니, 원심판결에는 사정변경이나 신의칙에 의한 계약해제에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법이 있다(2007.3.29. 선고 2004다31302)

5. 부수적 채무불이행

민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결한 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다.(98대판) :임야매매에서 분묘이장의무는 부수적 채무에 불과하다(98)

나. 최고여부

이행불능.미리 거절.정기행위=최고할 필요 없다

이행지체.이행거절의사가 적법하게 철회된 경우=최고가 필요하다.

-판례-

쌍무계약인 부동산 매매계약에서 매도인이 매수인에게 지체의 책임을 지워 매매계약을 해제하려면?

매수인이 이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고, 매도인이 소유권이전등기신청에 필요한 일체의 서류를 상대방이 수리할 수 있을 정도로 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하여야 하는 것이 원칙이고,

또 상당한 기간을 정하여 상대방의 잔대금채무이행을 최고한 후 매수인이 이에 응하지 아니한 사실이 있어야 하는 것인데,

매수인이 계약의 이행에 비협조적인 태도를 취하면서 잔대금의 지급을 미루는 등 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 아니한 경우에는 매도인으로서도 부동산매도용 인감증명서를 발급받아 놓고 인감도장과 등기권리증 등을 준비하여 잔대금수령과 동시에 법무사 등에게 위임하여 소유권이전등기신청행위에 필요한 서류를 작성할 수 있도록 준비하였다면 이행의 제공은 이로써 충분하다.(2007.6.15. 선고 2007다4196)

다. 해제권 행사 : 전원이 전원에게 행사할 것.

서면이나 구두 모두가능하다. 상대방 동의 없이 철회할 수 없다.

1. 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 소멸한다.**
2. 계약의 일부의 이행이 불능인 경우에는 이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달할 수 없을 경우에만 계약 전부의 해제가 가능하다 (97대판)
3. 1인이 해제권 상실하면(고의로 훼손,변조) 다른 해제권자 모두 해제권을 상실한다.
4. 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 잔금을 수령할 권한과 약정된 매매대금지급기일을 연기하여 줄 권한도 가지나 계약 해제권은 본인의 수권 없이 갖지 못한다(98대판)

라. 해제효과 = 소급효(해방효)+원상회복+손해배상청구+제3자 보호.

1. 물권계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 그 계약이 없었던 원상태로 말소등기 없이 당연히 복귀한다
=따라서 매도인은 등기회복 없이도 소유권을 주장할 수 있다.
=해제 후 목적물을 점유하는 매수인의 점유는 이제부터 타주점유로 전환된다(2003대판)
2. 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 **새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이다.**(2005대판)
3. 계약해제의 효과로서의 원상회복의무를 규정한 민법 제548조 제1항 본문은 **부당이득에 관한 특별 규정**의 성격을 가진 것이라 할 것이어서, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 받은 이익의 전부라고 할 것이다.(98.12.23.)
4. 계약금 반환문제?
계약금이 수수된 경우 계약금은 해약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 **위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 경우** 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 해도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다.(중요.98대판)
5. 이자반환
 - ㉠ 계약해제로 인한 원상회복의무의 이행으로 반환하는 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가산하여야 하므로 이자의 반환은 원상회복의무의 범위에 속하는 것으로 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이지 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상은 아니다.(97대판) **중요**
 - ㉡ 부동산 매매계약이 해제된 경우 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기말소등기 절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이 매도인이 반환하여야 할 매매대금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법 소정의 법정이율인 연 5분의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 하고, 이와 같은 법리는 **약정된 해제권을 행사하는 경우라 하여 달라지는 것은 아니다.**(98대판)
6. 과실반환(사용이익)
 - ㉠ 계약 해제로 인하여 계약 당사자가 원상회복의무를 부담함에 있어서 당사자 일방이 목적물을 이용한 경우에는 그 사용에 의한 이익을 상대방에게 반환하여야 한다.(89대판)
 - ㉡ 부동산을 점유·사용함으로써 받은 이익은 임료 상당액이라 할 것이므로, 매수인이 부동산을 인도받아 그 용도대로 사용한 경우, 그 부동산을 사용하여 영위한 **영업이 전체적으로 적자**였다고 하더라도 사용으로 인한 이익 자체를 부정할 수는 없다. (89대판)

- ㉔ 양도인은 양수인이 양도 목적물을 인도받은 후 사용하였다 하더라도 양도계약의 해제로 인하여 양수인에게 그 사용에 의한 이익의 반환을 구할수 있고, 양도 목적물 등이 양수인에 의하여 사용됨으로 인하여 감가 내지 소모가 되는 요인이 발생하였다 하여도 그것을 훼손으로 볼 수 없는 한 그 **감가비상당은 원상회복의무로서 반환할 성질의 것은 아니다.**
7. 일방당사자의 채무불이행을 이유로 계약의 해제를 통지한 경우 계약을 위반한 당사자도 해제권자가 본래계약의 이행을 청구해오면 당해계약이 소멸했음을 들어 그 이행을 거절할 수 있다.(2001대판.기출)
8. 계약이 해제되면 계약당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무와 손해배상의무를 부담하는데, 계약당사자가 부담하는 원상회복의무뿐만 아니라 손해배상의무도 함께 동시이행의 관계에 있다.(96대판)
9. 임대차종료로 인한 임차인의 원상회복의무에는 임차인이 사용하고 있던 부동산의 점유를 임대인에게 이전하는 것은 물론 임대인이 임대 당시의 부동산 용도에 맞게 다시 사용할 수 있도록 협력할 의무도 포함한다. 따라서 임대인 또는 그 승낙을 받은 제3자가 임차건물 부분에서 다시 영업허가를 받는 데 방해가 되지 않도록 임차인은 임차건물 부분에서의 영업 허가에 대하여 폐업신고절차를 이행할 의무가 있다.(2008다 34903 판결)
- 10.계약의 일방 당사자인 피고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제되는 경우에는 위약금 약정을 두지 않고 그 상대방인 원고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에 대해서만 위약금 약정을 두었다 하더라도, 원고에 대한 위약금 규정이 있다고 하여 공평의 원칙상 그 상대방인 피고의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 원고의 귀책사유로 인한 해제의 경우와 마찬가지로 피고에게 위약금 지급의무가 인정되는 것은 아니다.(2006다37892)
- 11.계약을 합의해제할 때에 원상회복에 관하여 반드시 약정을 하여야 하는 것은 아니지만, 매매계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 계약금, 중도금의 반환 및 손해배상금에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 매매계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다(출 2006다2490,2506 판결)
12. 매도인의 매매대금반환의무는 매매계약 해제로 인한 원상회복의무인 반면 상대방의 소유권이전등기 말소 의무는 매매계약 해제로 인하여 발생한 것이 아니라 매매계약이 이미 해제되었음에도 상대방이 원인 없이 소유권이전등기를 함으로써 발생한 것인 경우, 양 의무는 별개의 발생원인에 기한 것이어서 이행상의 견련 관계가 없다(2005다53866 판결)
- 13.매매계약이 취소된 경우에 당사자 쌍방의 원상회복의무는 동시이행의 관계에 있다고 할 것이고,쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행지체가 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이며 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 **반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니다**
따라서 동시이행관계에 있는 쌍무계약상 자기채무의 이행을 제공하는 경우 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 것이다(2001다3764 판결)
- 14.계약 해제로 인하여 계약 당사자가 원상회복의무를 부담함에 있어서 당사자 **일방이 목적물을 이용한 경우**에는 그 사용에 의한 이익을 상대방에게 반환하여야 하는 것이므로, 양도인은 양수인이 양도 목적물을 인도받은 후 사용하였다 하더라도 양도계약의 해제로 인하여 양수인에게 그 사용에 의한 이익의 반환을 구함은 별론으로 하고, 양도 목적물 등이 양수인에 의하여 사용됨으로 인하여 감가 내지 소모가 되는 요인이 발생하였다 하여도 그것을 훼손으로 볼 수 없는 한 그 감가비 상당은 원상회복의무로서 반환할 성질의 것은 아니다.(97다30066 판결)
- 15.계약의 해제로 인한 고객의 원상회복청구권을 부당하게 포기하도록 하는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되고 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 무효라고 보아야 한다. (98다 33260 판결)

16.계약 해제 후 취소가능 여부?

매도인이 매수인의 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서의 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다.(98대판)빈출

마. 제3자 보호 = 계약의 해제는 제3자의 권리를 해하지 못한다.

(1) 민법 제548조 제1항 단서에서 규정하고 있는 제3자란 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말한다.

(2) 해제시에 보호되는 제 3자에 해당하는 경우

㉠ 해제된 계약에 의하여 채무자의 책임재산이 된 계약의 목적물을 가압류한 가압류채권자는 제3자에 포함된다.(2000)

㉡ 소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로

임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있고, 이 경우 계약해제로 소유권을 회복한 제3자는 주택임대차보호법제3조 제2항에 따라 임대인의 지위를 승계한다. (2003대판) 중요

㉢ 계약해제시 계약은 소급하여 소멸하게 되어 해약당사자는 각 원상회복의 의무를 부담하나 계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률 관계를 가지게 되었고 계약해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없다.(2003 대판)

(3) 해제시에 보호되는 제3자에 해당하지 않는 경우

㉠ 계약상의 채권을 양수한 자는 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다.
계약이 해제된 경우 계약해제 전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약 해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다.

㉡ 계약이 해제되기 이전에 계약상의 채권을 양수하여 이를 피보전권리로 하여 처분금지처분결정을 받은 경우, 그 채권자는 '제3자'에 해당하지 아니한다

㉢ 계약상의 채권을 양도받은 양수인은 특별한 사정이 없는 이상 이에 포함되지 않는다.

㉣ 아파트 분양신청권이 전전매수된 후 최초의 매매 당사자가 계약을 합의해제한 경우, 그 분양신청권을 전전매수한 자는 제3자가 아니다.(89대판)

㉤ 오피스텔매수인이 목적물을 매수하여 점유하고 있으나 등기하지 않고 제3자에게 임대차계약을 체결한 경우에 전입신고를 마친 임차인은 계약해제시에 보호되는 제3자가 아니므로 매도인의 원상회복요구를 거절할 수 없다

바. 합의해제(해제계약)

1. 합의해제 또는 해제계약이라 함은 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀시킬 것을 내용으로 하는 새로운 계약으로서,
2. 그 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다
3. 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다.(98대판 기출)
4. 합의해제로 인한 상대방에 대한 이전등기 말소 청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권으로 소멸시효에 걸리지 않는다.
5. 계약의 합의해제에 있어서도 민법 제548조의 계약해제의 경우와 같이 이로써 제3자의 권리를 해할수 없다 (98대판)

사. 실권약관부 해제

1. 부동산매매계약에 있어서 매수인이 **잔대금** 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있는 경우?
매도인이 잔대금지급기일에 등기서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다고 보아야 하고 매수인이 그 약정기한을 초과하였다라도 매도인이 이행제공이 없다면 대금미지급으로 계약이 자동해제된 것으로 볼 수 없다.(94대판) 중요
2. 매매계약 당시 매수인이 매도인에게 **중도금**을 그 약정일자에 지급하지 아니할 때에는 매매계약이 취소되는 것으로 하되, 이미 지급한 대금은 반환하지 않기로 약정하였는데, 그 후 매수인이 중도금을 그 약정일자에 지급하지 아니하였다면 위 불이행 자체로써 위 매매계약은 그 일자에 자동적으로 해제된 것으로 보아야 한다.
3. **이행지체에 빠진 상대방**에게 상당기간 내에 이행이 없으면 별도의 최고 없이 자동으로 해제한 것으로 보겠다는 조건은 유효하다(2001대판)
(판례보충)
계약의 해제로 인한 고객의 원상회복청구권을 부당하게 포기하도록 하는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되고 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 무효라고 보아야 한다.(98대)

<계약금>

1. 유상계약을 체결함에 있어서 계약금 등 금원이 수수된 경우, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 그와 같은 특약이 없는 경우에는 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다. (선고 94다51109 판결),
2. 여기에서 이행에 착수한다는 것은 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무의 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말한다 **중도금 일부의 지급에 갈음하여 원고의 이회완에 대한 대여원리금채권을 피고에게 양도하기로 약정함으로써 위 계약 성립과 함께 위 채권은 양도된 경우?**
그 채무의 일부 이행에 착수한 것이고, 따라서 계약금의 배액상환을 원인으로 해제 의사표시는 이미 이행에 착수한 이후에 이루어진 것으로서 그 효력이 없다(2006.11.24. 선고)
3. 계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우,
교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고,
교부자가 **계약금의 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다.**
4. 이행기 전에 이행 착수 가능 여부?(2006.2.12)
이행기의 약정이 있는 경우라 하더라도 당사자가 채무의 이행기 전에는 착수하지 아니하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 이행기 전에 이행에 착수할 수 있다.
5. 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제하려면 계약해제 의사표시 이외에 계약금 배액의 이행의 제공이 있으면 족하고 상대방이 이를 수령하지 아니한다 하여 이를 공탁하여야 유효한 것은 아니다.(98대판.기출)
6. 일방이란 어느 일방을 지칭함으로써 매수인이 중도금을 이행에 착수한 경우 매수인은 매도인이 아직 이행에 착수 하지 않음을 들어 계약금을 포기하고 해제 할수 없다(2000대판)

7. 이행의 착수란 채무이행행위의 일부를 이행하거나 이행에 필요한 전제행위를 하는 것을 말하고 이행의 준비를 하는 것만으로는 부족하다.
(예)채무를 이행할 것을 최고하면서 지급하여야 할 중도금 및 잔금 액수를 초과하는 금원이 예치되어 있는 예금통장의 사본을 제시한 사실을 인정하면서도 이는 중도금 및 잔금의 준비에 불과할 뿐 원고가 중도금 및 잔금의 지급에 관하여 적법하게 이행 제공을 한 것이 아니다. (98대판)
8. 유동적 무효의 상태에서 거래계약의 당사자가 계약금의 배액을 제공하여 거래계약을 해제할 수 있다.
9. 계약금이 수수된 경우 계약금은 해약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 경우 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 해도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아니다.(중요.98대판)=

매매의 효력

1. 부동산 매매계약이 체결된 경우에는 매도인은 매매 목적 부동산에 처분금지가처분등기와 소유권말소예고 등기가 기입되어 있는 경우에는 그 등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 할 의무가 있다.(98대판)
2. 가처분등기로 인하여 소유권이전등기절차 이행이 불가능하게 되어 바로 계약이 이행불능으로 되는 것은 아니다.(98대판)
3. 특정한 매매의 목적물이 타인의 소유에 속하는 경우라 하더라도, 그 매매계약이 원시적 이행불능에 속하는 내용을 목적으로 하는 당연무효의 계약이라고 볼 수 없다(유효).(93대판)
4. 특별한 사정이 없는 한 매매계약이 있는 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속 하나, 매매목적물의 인도 전이라도 매수인이 매매대금을 완납한 때에는 그 이후의 과실수취권은 매수인에게 귀속된다.(93대판)
5. 부동산매매에 있어 목적부동산을 제3자가 점유하고 있어 인도받지 아니한 매수인이 명도소송제기의 방편으로 미리 소유권이전등기를 경료받았다고 하여도 아직 매매대금을 완급하지 않은 이상 부동산으로부터 발생하는 과실은 매수인이 아니라 매도인에게 귀속되어야 한다.(92대판)
6. 매매당사자 사이의 형평을 꾀하기 위하여 매매목적물이 인도되지 아니하더라도 매수인이 대금을 완제한 때에는 그 시점 이후의 과실은 매수인에게 귀속되지만,
매매목적물이 인도되지 아니하고 또한 매수인이 대금을 완제하지 아니한 때에는 매도인의 이행지체가 있더라도 과실은 매도인에게 귀속되는 것이므로 매수인은 인도의무의 지체로 인한 손해배상금의 지급을 구할 수 없다(95대판)
7. 매매목적물에 대해 권리를 주장하는 자가 있어 매수인이 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 경우 그 위험의 한도에서 대금의 일부나 전부의 지급을 거절할 수 있고 이 경우 매도인은 상당한 담보를 제공 하고 대금의 공탁을 청구할 수 있다.(588조.)

<담보책임>

1. 선의 매도인의 손해배상 범위(66전원합의체)
타인의 권리를 매매한 자가 권리이전을 할수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에 대하여 불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익을 배상할 의무가 있다.
2. 원시적 수량부족:
부동산매매계약에 있어서 실제면적이 계약면적에 미달하는 경우에는 그 매매가 수량 지정매매에 해당할때에 한하여 대금감액청구권을 행사함은 별론으로 하고,
그 매매계약이 그 미달 부분만큼 일부 무효임을 들어 이와 별도로 일반 부당이득반환청구를 하거나 그 부분의 원시적 불능을 이유로 민법 제535조가 규정하는 계약체결상의 과실에 따른 책임의 이행을 구할 수 없다.(2002대판)

- 3. 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 것으로 매매대금의 지급에 갈음하기로 약정한 경우에는 매수인으로서 매도인에 대하여 담보책임을 면제하여 준 것이므로,(중요)
매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무 중 일부만을 인수한 경우 매도인으로서 자신이 부담하는 피담보채무를 모두 이행한 이상 매수인이 인수한 부분을 이행하지 않음으로써 근저당권이 실행되어 매수인이 취득한 소유권을 잃게 되더라도 담보책임을 부담하게 되는 것은 아니다.(2002대판)중요
- 4. 법률적 장애
건축을 목적으로 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우, 위와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당한다 할 것이나, 다만 위와 같은 하자의 존부는 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 할 것이다.(200대판)기출
- 5. 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 경우에 매도인은 매수인에 대하여 그 하자로 인한 담보책임을 부담한다,

<하자담보책임(물건의 하자)>

- ① 매도인 하자담보책임은 법이 특별히 인정한 법정 무과실책임으로서 여기에는 과실 상계규정이 적용되지 않는다(95대판),다만 손해배상 범위를 산정할 경우 과실을 참작한다 :기출
- ② 하자의 판단?
 - (1) 매도인이 매수인에게 기계를 공급하면서 기계의 카탈로그와 검사성적서를 제시한 경우?
그 기재된 정도의 품질과 성능을 보증한 것이다(2000대판)
 - (2) 매수인 스스로 매도인이 제공하는 카탈로그 등에 의하여 자신이 매수하여 가공·완성할 제품의 제원과 사용 방법을 고려하여 성능이 다른 여러 종류의 제품 중 특정 종류를 선택하였다면?
매수인으로서 매도인에게 매매 목적물에 관한 성능과 용량의 차이로 인한 결함을 들어 하자담보책임을 물을 수 없다 (95대판)
- ③매매 목적의 토지 상에 공동주택, 호텔 등을 건축할 수 없는 법률상의 장애가 있다 해도 매매계약상 목적물의 하자에 해당하지 않는다
매매계약 당시 장차 도시계획이 변경되어 공동주택, 호텔 등의 신축에 대한 인·허가를 받을 수 있을 것이라고 생각하였으나 그 후 생각대로 되지 않은 경우, 이는 법률행위 당시를 기준으로 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빚나간 것에 불과할 뿐 착오라고 할 수는 없다 (2006다15755)

6. 경매하자 :

- 물건의 하자에는 성립하지 아니한다.
- 1차적으로 채무자에게 2차적으로 배당받은 채권자에게.
- 손해배상을 소유자였던 채무자에게 물을 수 없다.
- ① 경매하자로 인한 담보책임은 경매절차는 유효하게 이루어졌으나 경매의 목적이 된 권리의 전부 또는 일부가 타인에게 속하는 등의 하자로 경락인이 완전한 소유권을 취득할 수 없거나 이를 잃게 되는 경우에 인정되는 것이고 경매절차 자체가 무효인 경우에는 경매의 채무자나 채권자의 담보책임은 인정될 여지가 없다.(98대판)
- ② 선순위 근저당권의 존재로 후순위 임차권이 소멸하는 것으로 알고 부동산을 낙찰받았으나, 그 후 채무자가 후순위 임차권의 대항력을 존속시킬 목적으로 선순위 근저당권의 피담보채무를 모두 변제하고 그 근저당권을 소멸시키고도 이 점에 대하여 낙찰자에게 아무런 고지도 하지 않아 낙찰자가 대항력 있는 임차권이 존속하게 된다는 사정을 알지 못한 채 대금지급일에 낙찰대금을 지급하였다면, 채무자는 민법 제 578조 제3항의 규정에 의하여 낙찰자가 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다.(2001대판)

7. 매매목적물에 하자가 존재하는지 판단시기는 매매계약 성립시를 기준으로 판단하여야 한다(2000대판)

8. 담보책임과 채무불이행 책임의 경합 여부?

타인권리를 매매목적으로 한 경우 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 된 경우 매수인이 악의시에 담보책임에 관한 규정으로 손해배상 책임을 물을 수 없으나, 채무불이행을 물어 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다(93다37328)

임대차

1. 성질

임대차에서 임대인이 반드시 그 목적물에 대한 소유권이나 처분권을 가져야 하는 것은 아니다(65대판)

2. 임대차의 대항력(준물권화)

- ① 건물소유목적 토지 임대차는 토지임대차를 등기하지 않아도 임차인이 지상 건물을 등기할 때는 제3자에게 토지 임차권을 대항 할 수 있다.(622조)중요
 - 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임차인으로부터 건물을 양수한 자가 임대인이나 그 토지의 제3취득자에게 그 임차권으로 대항할 수 있으려면 건물양수인이 토지소유자의 동의를 얻어 건물의 전소유자의 임차권을 적법히 양수한 경우라야 한다
 - 건물소유 목적 토지 임차인이 신축한 건물에 설정한 저당권이 실행된 경우

㉠ 건물의 소유를 목적으로 하여 토지를 임차한 사람이 그 토지 위에 소유하는 건물에 저당권을 설정한 때에는 민법 제358조 본문에 따라서 저당권의 효력이 건물뿐만 아니라 건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차권에도 미친다.

건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 건물의 소유권을 취득한 때에는 특별한 다른 사정이 없는 한 건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차권도 건물의 소유권과 함께 경락인에게 이전된다.

㉡ 위 “가”항의 경우에도 민법 제629조가 적용되기 때문에 토지의 임대인에 대한 관계에서는 그의 동의를 없는 한 경락인은 그 임차권의 취득을 대항할 수 없다.

민법 제622조 제1항은 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 토지에 관하여 권리를 취득한 제3자에 대하여 임대차의 효력을 주장할 수 있음을 규정한 취지임에 불과할 뿐,

건물의 소유권과 함께 건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차권을 취득한 사람이 토지의 임대인에 대한 관계에서 그의 동의가 없어도 임차권의 취득을 대항할 수 있는 것까지 규정한 것이라고는 볼 수 없다.

㉢ 다만 위와 같은 경우에도 임차인의 변경이 당사자의 개인적인 신뢰를 기초로 하는 계속적법률관계인 임대차를 더 이상 지속시키기 어려울 정도로 당사자간의 신뢰관계를 파괴하는 임대인에 대한 배신행위가 아니라고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는, 임대인은 자신의 동의 없이 임차권이 이전되었다는 것만을 이유로 민법 제629조 제2항에 따라서 임대차계약을 해지할 수 없다

그와 같은 특별한 사정이 있는 때에 한하여 경락인은 임대인의 동의가 없더라도 그 임차권의 이전을 임대인에게 대항할 수 있다.

위와 같은 특별한 사정이 있는 점은 경락인이 주장·입증하여야 한다,

이 사건 대지의 임차인의 변경에 관하여 위와 같은 특별한 사정이 있는 점에 관하여는 주장조차도 전혀 하지 않고 있음이 분명하다.

그렇다면 피고가 이 사건 대지에 관한 임차권의 취득을 원고에게 대항할 수 없다고 본 원심의 판단은 결론이 정당하고,

이 사건 대지의 임대인인 원고는 민법 제629조 제2항에 따라서 위 박지홍과 사이의 임대차계약을 해지하지 않더라도 임대인인 자신의 동의 없이 임차권을 취득한 피고에게 직접 이 사건 대지의 반환을 청구할 수 있다

- ② 건물소유목적 토지임차인이 그 토지 위에 제3자(지상권자)가 물권 취득의 등기를 한 후에 그 지상 건물의 등기를 한 경우에는 그 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생기지 아니한다(95대판)기출
- ③ 임차인이 임차권을 등기하여 대항력을 취득한 경우 임차권을 양도하는데 여전히 임대인의 동의를 받아야 한다(96대판)기출
- ④ “저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다.”
이 규정은 저당부동산에 종된 권리에도 유추적용되어 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다.

3. 임대차의 효력(칙 3)

(1) 비용상환 청구권

- ① 유익비란 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용을 말한다.
- ② 임대차계약서에 "개축 할 수 있으나 계약대상물을 명도시에는 임차인이 일체 비용을 부담하여 원상 복구하여야 함."이라는 내용이 인쇄되어 있기는 하나, 임차인은 보수비용의 상환청구권을 포기하는 것으로 유효하며 유치권이 성립하지 않는다(90대판)
- ③ 임차인이 "임차건물을 증·개축하였을 시는 임대인의 승낙유무를 불구하고 그 부분이 무조건 임대인의 소유로 귀속된다" 고 하는 약정은 임차인이 원상회복의무를 면하는 대신 투입 비용의 변상을 포기 하는 내용으로 유효하다.(83대판)
- ④ 건물자체의 수선 내지 증·개축부분은 건물자체의 구성부분을 이루고 독립된 물건이라고 보이지 않으므로 임차인의 부속물 매수청구권의 대상이 될 수 없다.
- ⑤ 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는, 점유자는 그 계약관계의 상대방에 대하여 해당 법조항에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여 민법 제203조 제2항에 따른 지출 비용의 상환을 구할 수는 없다.(03)

(2) 부속물 매수청구권:

“임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건』 이어야

- ① 부속물이란 건물에 부속된 물건으로서 임차인의 소유에 속하고, 건물의 구성부분으로는 되지 아니한 것으로서 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건이라고 할 것이므로, 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때에는 이에 해당하지 않는다(93대판)중요
- ② 5층 건물 중 공부상 용도가 음식점인 1,2층을 임차하여 대중음식점을 경영하면서 음식점영업의 편익을 위하여 한 시설물(계단,정화조,유리문.)이 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 것이다.
(주의)
임차건물이 근린생활시설에다가 삼계탕집 경영을 위해 온돌방,보일러,전등을 시설한 경우 자신의 특수목적에 위한 것이므로 유익비라 할수 없다
- ③ 건물임차인의 매수청구의 대상이 되는 부속물이란 건물 자체에 부속된 물건으로서 건물의 구성부분으로 는 되지않는 임차인 소유의 물건 중 건물의 사용에 객관적 편익을 가져오는 것에 한한다.
따라서 기존건물과 분리되어 독립한 소유권의 객체가 될 수 없는 증축부분이나 임대인의 소유에 속하기로 한 부속물은 매수청구의 대상이 될 수 없다.(98대판)
- ④ 점포의 최초 임차인이 임대인 측의 묵시적 동의하에 유리 출입문, 새시등 영업에 필요한 시설을 부속시킨 후, 그 점포의 소유권이 임차보증금 반환채무와 함께 현 임대인에게 이전되고 점포의 임차권도 임대인과의 사이에 시설비 지급 여부에 관한 아무런 논의 없이 현 임차인에게 전전승계되어 온 경우?
그 시설 대금이 임차인의 지위가 승계될 당시 유리 출입문 등의 시설은 양도대상에서 특히 제외하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 중전 임차인의 지위를 승계한 현 임차인으로서는 임차기간의 만료로 임대차가 종료됨에 있어 현임대인에 대하여 부속물매수청구권을 행사할 수 있다.(95)
- ⑤ 건물 임차인이 자신의 비용을 들여 증축한 부분을 임대인 소유로 귀속시키기로 하는 약정은 임차인이 원상회복의무를 면하는 대신 투입비용의 변상이나 권리주장을 포기하는 내용이 포함된 것으로서 특별한 사정이 없는 한 유효하므로,
그 약정이 부속물매수청구권을 포기하는 약정으로서 강행규정에 반하여 무효라고 할 수 없고 또한 그 증축 부분의 원상회복이 불가능하다고 해서 유익비의 상환을 청구할 수도 없다.

(3) 지상물매수청구권 : 갱신청구권 행사 하고 임대인이 거절하면 지상물 매수청구 할 수 있다

토지를 보증금 2,000만 원, 월차임 270만 원, 기간 1998. 4. 1.부터 2002. 3. 31.까지로 정하여 임대하면서, 피고는 이 사건 토지 위에 흙으로 초가를 건축하여 사용하다가 기간이 만료되면 원상으로 회복하여 원고에게 이 사건 토지를 인도하고, 원상복구가 되지 아니할 때에는 지상 건축물과 시설물을 원고에게 귀속시키며 원상복구비는 보증금에서 공제하기로 하고, 피고는 이 사건 토지와 그 지상에 신축될 건물에 관한 권리를 원고의 동의 없이 제3자에게 양도할 수 없으며, 위 약정에 위배할 경우에 원고는 피고에게 임차기간 중이라도 바로 인도를 요구할 수 있고 피고는 보증금을 포기하기로 약정하였다. 그런데 피고는 원고로부터 이 사건 토지를 인도받아 그 위에 이 사건 건물을 신축하여 사용하던 중 원고의 동의 없이 그 일부씩을 제1심 공동피고 조미숙, 문재정, 강효순에게 전대하고, 원고에게 1999. 4. 1. 이후의 차임을 지급하지 아니한 사실을 인정한 다음, 원고가 피고의 위와 같은 채무불이행을 이유로 이 사건 임대차계약을 해지하고 이 사건 건물의 소유권 또는 약정에 따른 명도청구권을 행사하여 이 사건 건물의 명도를 청구하였다.

① 대상 건물 :

- (㉠) 건물을 사용하는 데 객관적인 편익을 주는 부속물이나 부속시설 등이 포함되는 것이지만, 이와 달리 임차인이 자신의 특수한 용도나 사업을 위하여 설치한 물건이나 시설은 이에 해당하지 않는다.(2004대판)
- (㉡) 계약시 기존 건물이거나 임대인의 동의 얻고 신축한 것에 한정되지 않는다(98대판)
- (㉢) 건물 소유를 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 임차인 소유 건물이 임대인이 임대한 토지 외에 임차인 또는 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는, 임차지 상에 서 있는 건물 부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다.(96전원합의)
- (㉣) 건물이 임대인에게 경제적 효용이 있는가와 관계없이 인정된다(94대판)기출
- (㉤) 무허가,미등기건물도 가능하다.

② 상대방 :

- (㉠) 원칙적으로 임차권 소멸 당시의 토지소유자인 임대인이고, 임대인이 임차권 소멸 당시에 이미 토지소유권을 상실한 경우에는 그에게 지상건물의 매수청구권을 행사할 수는 없으며, 이는 임대인이 임대차계약의 종료 전에 토지를 임의로 처분하였다 하여 달라지는 것은 아니다.(94대판)
- (㉡) 기간의 만료로 인한 임차권 소멸 당시 토지소유자인 임대인뿐만 아니라 임차권 소멸후 임대인이 그 토지를 제3자에게 양도하는 등 그 소유권이 이전되었을 때에는 그 건물에 대하여 보존등기를 필하여 제3자에 대하여 대항할 수 있는 차지권을 가지고 있는 토지임차인은 그 신소유자에 대하여도 위 매수청구권을 행사할 수 있다.(75다348)

③ 청구권자 : 지상물매수청구권은 지상물의 소유자에 한하여 행사할 수 있다.(93대판)

- (㉠) 건물양도하여 소유권을 상실한 양도인은 임대인에게 지상물 매수청구 할수 없고 건물과 임차권을 양수한 양수인이 행사해야 한다.
- (㉡) 전차인의 임대청구권과 매수청구권은 토지임차인이 토지임대인의 승낙하에 적법하게 그 토지를 전대한 경우에만 인정되는 권리이므로(1969.대판), 무단전대한 경우 임대인이 임대차계약을 해지하지 아니한 채 임대차기간이 만료된 경우에도 동일하게 적용된다

④ 방법 : 갱신청구권(1차) 행사하고 임대인이 거절하면 지상물 매수청구(2차)한다

- (㉠) 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에 있어서, 토지 임차인의 지상물매수청구권은 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인에 의한 해지통고에 의하여 그 임차권이 소멸한 경우에도, 임차인의 계약갱신 청구없이 곧 바로 지상물매수청구할수 있다(98대판)
- (㉡) 토지임차인의 지상물매수청구권은 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인에 의한 해지통고에 의하여 그 임차권이 소멸된 경우에도 마찬가지로 인정된다. (95전원 합의)
- (㉢) 지상물매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 임대인·임차인 사이에 지상물에 관한 매매가 성립하게 되며, 임차인이 지상물의 매수청구권을 행사한 경우에는 임대인은 그 매수를 거절하지 못하고, 이 규정은 강행규정이므로 이에 위반하는 것으로서 임차인에게 불리한 약정은 그 효력이 없다.(95전합)

⑤ 한계 :

- (ㄱ) 공작물의 소유 등을 목적으로 하는 토지임대차에 있어서 임차인의 채무불이행을 이유로 계약이 해지된 경우에는 임차인은 임대인에 대하여 매수청구권을 가지지 아니한다(2006대판)
- (ㄴ) 임차인이 **임차목적에 위반(공작물 소유목적 임대차인데 건물신축한 경우)하여 신축한 건물일 경우 인정되지 않는다(97대판)**

⑥ 효과 : 임대인의 승낙과 관계 없이 지상물에 대한 매매가 성립한다

- (ㄱ) 임차지상의 건물에 대하여 매수청구권 행사 당시의 건물시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생한다 (2001)
- (ㄴ) **임차인의 건물명도의무와 임대인의 대금지급의무는 동시이행 관계 있다.따라서 임차인이 건물 명도를 하지 않고 있는 경우 임대인은 대금에 대한 지체책임을 부담하지 않는다(2004대판)**
- (ㄷ) 임대인이 기존 건물의 철거비용을 포함하여 임차인이 임차지상의 건물을 신축하기 위하여 지출한 모든 비용을 보상할 의무를 부담하게 되는 것은 아니다.(2004대판
- (ㄹ) 근저당권의 채권최고액이나 피담보채무액을 공제한 금액을 매수가격으로 정할 것은 아니다. 다만, 매수청구권을 행사한 지상건물 소유자가 위와 같은 근저당권을 말소하지 않는 경우 토지소유자는 민법 제588조에 의하여 위 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 채권최고액에 상당한 대금의 지급을 거절할 수 있다. (2008.5.29. 선고 2007다4356 판결)

⑦ 법적 성격:

토지 임대인과 임차인 사이에 임대차기간 만료시에 임차인이 지상 건물을 양도하거나 이를 철거하기로 하는 약정은 임차인의 지상물매수청구권을 배제하기로 하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이므로 민법 제652조의 규정에 의하여 무효다.(98대판전합)

(4) 수선의무 면제특약의 효력은? 여관 보일러 물바다 사건(94대판)중요

- ① 임대인은 목적물을 계약 존속 중 그 **사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하는** 것이므로, 목적물에 파손 또는 장애가 생긴 경우 그것이 임차인이 별 비용을 들이지 아니하고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 **사소한 것**이면 임대인은 수선의무를 부담하지 않지만, 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정해진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태로 될 정도의 것이라면 임대인은 그 수선의무를 부담한다.
- ② 임대인의 수선의무는 특약에 의하여 이를 면제하거나 임차인의 부담으로 돌릴 수 있다.
- ③ **임대인이 수선의무를 면하거나 임차인이 그 수선의무를 부담하게 되는 것은 통상 생길 수 있는 파손의 수선 등 소규모의 수선에 한한다**
- ④ 대파손의 수리, 건물의 주요 구성부분에 대한 대수선, 같은 **대규모의 수선면제특약은 효력이 없다**

(5) 임대인은 임차인의 특별사용목적에 적합한 상태를 유지할 의무 있는가?

- ① 임대인으로서 그 목적물이 통상의 사용수익에 필요한 상태를 유지하여 주면 족하고 임차인의 특별한 용도인 단란주점영업을 위한 사용수익에 적합한 구조나 정상 기타 상태를 유지하게 할 의무까지 있다고 할 수는 없다(98대판)중요
- ② **소극장용 건물**을 임대차하여 **단란주점영업을 위해 사용하려 한 경우?**
단란주점영업이라는 **특정한 용도를 위하여 임차한다는 것을 계약의 내용으로 하지 않았고** 달리 피고가 단란주점영업허가가 불가능한 사실을 알고도 이를 고지하지 않았다고 볼 사정도 없는 이상 위 주장과 같은 하자담보책임은 발생할 수 없다. 또한 계약체결상의 과실 책임도 인정되지 않는다.
- ③ **스탠드바영업을 내용으로 하는 임대차**를 체결하면서 보증금의 일부로 금 5천 만 원을 지급하였고 점포를 명도하였으며, 점포에서 **스탠드바를 개업하기 위하여** 금 150,065,710원 상당의 시설비 등을 지출하였으나, 점포의 용도가 **근린생활시설로 되어 있어서** 위 영업허가를 받기 위하여는 그 용도를 **위락 시설로 변경**하여야 하는데 그 **변경허가를 받지 못하여 임차의 목적을 달성할 수 없게 된 사실, 그 후 원고가 임료를 제대로 지급하지 아니하고 연체하자 피고가 위 제소 전 화해조서에 기하여 점포에 대한 명도집행을 한 사실과 그때까지의 임료채권이 금 231,862,210원인 경우** 계약을 해제하였으므로 차임연체가 발생할

수 없는가?(93다61321)

임차목적물을 명도받아 점유를 계속하여 온 경우에는 임차목적물에 있는 법률적 제한으로 말미암아 임차의 목적을 달할 수 없게 되었으므로 임대인의 담보책임을 묻는다 하더라도 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸하게 하는 해지를 할 수는 있다할 것이나, 그 효력을 소급적으로 소멸시키는 해제를 할 수는 없다

(6) 임차건물 화재시 책임?(2006대판)

임차인의 임차물반환채무가 이행불능이 된 경우, 임차인이 그 이행불능으로 인한 손해배상책임을 면하려면 그 이행불능이 임차인의 귀책사유로 말미암은 것이 아님을 입증할 책임이 있다.

(7) 종료 후 사용한 이익은?

임차인이 임대차계약관계가 소멸된 이후에도 임차목적물을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차 계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 않는다.

(8) 임대차계약의 종료에 의하여 발생한 임차인의 목적물반환의무와 임대인의 연체차임을 공제한 나머지 보증금의 반환의무는 동시이행의 관계에 있으므로,

임대차계약 종료 후에도 임차인이 동시이행의 항변권을 행사하여 임차건물을 계속 점유하여 온 것이라면, 임차인의 건물에 대한 점유는 불법점유라고 할 수 없으며, 따라서 임차인으로서는 이에 대한 손해배상의 무도 없다.

4. 보증금, 권리금

① 계약 존속 중 보증금으로 차임에 충당 여부는 임대인의 자유이므로 **임차인은 보증금의 존재를 이유로 차임 지급을 거절 할 수 없다.**

② 보증금반환 지체를 이유로 **유치권 행사는 불가능하나 동시이행항변권은 가능하다**
이 경우 임차인의 점유는 불법점유라고 할수 없다.

③ 임대인은 특약으로 **보증금 양도금지특약**을 할수 있다(2002대판)

④ **임차권 양도금지특약**이 당사자 간에 존재하여도 **보증금 양도**까지 금지되는 것은 아니다.(2001대판)

⑤ 임대인이 그 임대차의 종료에 즈음하여 그 재산적 가치를 도로 양수한다든지 **권리금** 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시켜 그 가치를 이용케 하기로 약정하였음에도 임대인의 사정으로 중도 해지됨으로써 약정기간 동안의 그 재산적 가치를 이용케 해주지 못하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에만 임대인은 그 권리금 전부 또는 일부의 반환의무를 진다

⑥ 임차인의 임차보증금반환청구채권이 전부된 경우에도 채권의 동일성은 그대로 유지되는 것이어서 동시이행관계도 당연히 그대로 존속한다

임대차계약이 해지된 후에 임대인이 잔존임차보증금반환청구채권을 전부된 경우 임차인의 목적물에 대한 점유는 동시이행의 항변권에 기한 것이어서 **불법점유라고 볼 수 없다.**

(2002. 7. 26. 선고 2001다68839)

<차임>

① 임대차계약에 있어서 차임부증액의 특약이 있더라도 **그 약정 후 그 특약을 그대로 유지시키는 것이 신의칙에 반한다고 인정될 정도의 사정변경이 있다고 보여지는 경우에는** 형평의 원칙상 임대인에게 차임증액청구를 인정하여야 한다.

② 임대차계약에 있어서 차임은 당사자간에 합의가 있어야 하고, 임대차기간 중에 당사자의 일방이 차임을 변경하고자 할 때에도 상대방의 동의를 얻어서 하여야 하며, 그렇지 아니한 경우에는 민법 제628조에 의하여 차임의 증감을 청구하여야 할 것이고, 만일 **임대차계약 체결시에 임대인이 일방적으로 차임을 인상할 수 있고 상대방은 이의를 할 수 없다고 약정하였다면,** 이는 강행규정인 민법 제628조에 위반하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것이므로 민법제652조에 의하여 효력이 없다.

제4장 민사특별법

[주택임대차보호법 중요판례정리]

1. 대항요건

- (1) 주택의 임차인이 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면, 그 후 다시 원래의 주소지로 재전입하였다 하더라도 **재전입한 때부터 그와는 동일성이 없는 새로운 대항력이 재차 발생하는 것이다**(대판 1998. 1.23)
- (2) 건축 중인 주택을 임차하여 주민등록을 마친 임차인의 주민등록이 그 후 사정변경으로 **등기부상 주택의 표시가 달라진 경우** 그 주민등록은 제3자에 대한 관계에서 유효한 임대차의 공시방법이 될 수 없다(대판 2003. 5.16)
- (3) 다가구용 단독주택이 다세대 주택으로 변경시?
처음에 다가구용 단독주택으로 소유권보존등기가 경료된 건물의 일부를 임차한 임차인은 이를 인도받고 임차 건물의 지번을 정확히 기재하여 전입신고를 하면 주택임대차보호법소정의 대항력을 적법하게 취득하고, 나중에 다가구용 단독주택이 다세대 주택으로 변경되었다는 사정만으로 임차인이 이미 취득한 대항력을 상실하게 되는 것은 아니다.
(2007대판)
- (4) 주택임대차보호법이 적용되는 임대차로서는 **반드시 임차인과 주택의 소유자인 임대인 사이에 임대차계약이 체결된 경우에 한정된다고 할 수는 없고,** 주택의 소유자는 아니지만 주택에 관하여 **적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한(적법한 임대권한)을 가진 임대인과 임대차계약이 체결된 경우도 포함된다.**
(2008.4.10.선고 2007다38908)
- (5) 주택임차인의 의사에 의하지 아니하고 주민등록법 및 동법시행령에 따라 시장·군수 또는 구청장에 의하여 직권조치로 주민등록이 말소된 경우, **직권말소 후 소정의 이의 절차에 따라 그 말소된 주민등록이 회복되거나 재등록이 이루어짐으로써 주택임차인에게 주민등록을 유지할 의사가 있었다는 것이 명백히 그러한 경우에는 소급하여 그 대항력이 유지된다.** 그 직권말소가 주민등록법 소정의 이의절차에 의하여 회복된 것이 아닌 경우에는 직권말소 후 재등록이 이루어지기 이전에 주민등록이 없는 것으로 믿고 임차주택에 관하여 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 임차인은 대항력의 유지를 주장할 수 없다.

(6) 간접점유(동의 얻은 전대차)

- ① 주택임차인이 그 주택의 양수인 등 제3자에 대하여 대항력을 취득하기 위하여는 임차인이 **그 자신 또는 그의 동거가족 등 이른바 점유보조자에 의하여 임차주택을 점유하면서 본인 또는 점유보조자의 주민등록을 마치지 아니하면 아니된다**고 해석되고,

다만 위와 같은 대항력을 갖춘 주택임차인이 **임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대**하여 그 양수인이나 전차인이 주민등록을 마치고 주택을 인도받아 점유를 계속하고 있다면 임차인의 위 대항력은 그 양도나 전대 이후에도 존속된다.

- 주택임차인이 임차주택에 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그 때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다
- 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없으

며, 임차인과의 점유대개관계에 기하여 당해 주택에 실제로 거주하는 직접점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 비로소 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다.

- 대항력을 갖춘 주택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우에 있어서 양수인이나 전차인이 임차인의 주민등록퇴거일로부터 주민등록법상의 전입신고기간내에 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 점유를 계속하고 있다면
비록 위 임차권의 양도나 전대에 의하여 임차권의 공시방법인 점유와 주민등록이 변경되었다 하더라도 원래의 임차인이 갖는 임차권의 대항력은 소멸되지 아니하고 동일성을 유지한 채로 존속한다.
- 임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 전차인은 그 전대차나 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다
결국 임차인의 대항요건은 전차인의 직접 점유 및 주민등록으로써 적법, 유효하게 존속한다(2007.11.29. 선고 2005다64255)

(7) 법인에 적용여부?

법인에게 주택을 임대한 경우에는 법인은 대항요건의 하나인 주민등록을 구비할 수 없으므로 임대인이 위 임대주택을 양도하더라도 그 양수인이 주택임대차보호법에 의하여 임대인의 지위를 당연히 승계하는 것이 아니다.

따라서 임대인의 법인에 대한 임차보증금반환채무는 소멸하지 아니한다.

(8) 주인이 세입자와 바뀐 경우?

甲이 주택에 관하여 소유권이전등기를 경료하고 주민등록 전입신고까지 마친 다음 처와 함께 거주하다가 을에게 매도함과 동시에 그로부터 이를 다시 임차하여 계속 거주하기로 약정하고 처 명의의 임대차계약을 체결한 후에야 을 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우, 갑의 처가 주택임대차보호법상 임차인으로서 대항력을 갖는 시기(始期)는?

(=乙 명의의 소유권이전등기 익일부터)

- 비교판례 -

X회사 임대아파트의 임차인 甲이 乙에게 전대하고 을이 주민등록 마치고 점유 중에 을로 소유권이전등기 하는 날에 저당권을 설정한 경우 ?

전차인의 대항력 취득시기는 을로 소유권이전등기 익일이 아니라 즉시 취득한다.

따라서 경락인에게 대항 할 수 있다.(대판 2000.2.11)

- (9) 낙찰인이 경매목적물의 주민등록은 되어 있으나 대항력없는 종전 임차인과 새롭게 임대차 계약을 체결한 경우 종전 임차인은 당해 부동산에 관하여 낙찰인이 낙찰대금을 납부하여 소유권을 취득하는 즉시 임차권의 대항력을 취득한다(대판 2002. 11.8)

2. 대항력의 내용

- (1) 대항력을 구비한 후에 그 주택의 소유권이 양도된 경우에는 임대차보증금반환채무도 주택의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이며 이에 따라 양도인의 임차보증금반환채무는 소멸하는 것이다(대판 1989. 10.24)
- (2) 다만, 대항력 있는 주택임대차에 있어 임대차가 종료된 후 임차주택이 양도된 경우 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기한 경우에는 양도인(임대인)의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다(대판 2002. 9.4)

- (3) **법인에게 주택을 임대한 경우** 임대인이 위 임대주택을 양도하더라도 **임대인의 법인에 대한 임차보증금 반환채무는 소멸하지 아니한다**(대판 2003. 7.25)
- (4) **미등기인 관계로 그 건물에 대하여 아직 소유권 이전등기를 경료하지는 못하였지만 그 건물에 대하여 사실상 소유자로서의 권리를 행사하고 있는 자도** 양수인으로서 임대인의 지위를 승계한다(대판 1986. 3.24)
- (5) 후순위권리자의 실행으로 목적부동산이 경락되어 그 선순위저당권이 함께 소멸하는 경우 선순위저당권자 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권도 함께 소멸하므로 이 경우 경락인은 양수인에 포함되지 않는다(대판 1987.3.10)
- (6) 주택임대차보호법 제3조 제2항에서 말하는 임대주택의 양수인이라 함은 임대차의 목적이 된 주거용 건물의 양수인을 의미하고, 그 대지를 경락받은 자를 위에서 말하는 임대주택의 양수인이라고 할 수는 없다(대판 1998. 4.10)
- (7) 임대차계약의 주된 목적이 **주택을 사용 수익하려는 데 있는 것이 아니고 소액임차인으로 보호받아 기존채권을 회수하려는 데에 있는 경우**, 주택임대차보호법상의 소액임차인으로 보호받을 수 없다<빈출> --<비교판례>
 당해 임대차계약이 통정허위표시에 의한 계약이어서 무효라는 등의 특별한 사정이 있는 경우는 별론으로 하고 임대차계약 당사자가 **기존 채권을 임대차보증금으로 전환하여 임대차계약을 체결하였다**는 사정만으로 임차인이 같은 법 제3조 제1항 소정의 대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없다.
- (8) 임대인의 지위가 면책적으로 양수인에게 승계되고 양도인의 보증금 반환채무는 소멸한다. 따라서 임차인은 양수인에게만 보증금반환을 청구할수 있다.
- <대판>** 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편 그 채무액을 매대대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 특별한 사정이 없는 이상 매도인을 면책시키는 **면책적 채무인수가 아니라 이행인수**로 보아야 하고, 면책적 채무인수로 보기 위해서는 이에 대한 **채권자 즉 임차인의 승낙이 있어야** 한다(대판 2008다39663)
- (9) 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 전부명령이 확정되어 임차인의 임대차보증금반환채권이 채권자에게 이전된 후 임대인이 주택을 양도한 경우 보증금반환의무는 승계되나?
 임대인으로서 임차인에 대하여 부담하고 있던 채무를 집행채권자에 대하여 부담하게 될 뿐 그가 임대차목적물인 **주택의 소유자로서 이를 제3자에게 매도할 권능은 그대로** 보유하는 것이며, 소유자인 임대인이 당해 주택을 매도한 경우 **주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 전부채권자에 대한 보증금지급의무를 면하게 되므로, 결국 임대인은 보증금지급의무를 부담하지 않는다** <대판2008>

3. 보증금 우선변제

(1) 기존채권을 보증금으로 하는 계약?

주택임대차로서의 우선변제권을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니한 계약에는 주택임대차보호법이 정하고 있는 우선변제권을 부여할 수 없다.

- ① 임대차계약의 주된 목적이 **주택을 사용 수익하려는 데 있는 것이 아니고 소액임차인으로 보호받아 기존채권을 회수하려는 데에 있는 경우**, 주택임대차보호법상의 소액임차인으로 보호받을 수 없다
- ② 당해 임대차계약이 통정허위표시에 의한 계약이어서 무효라는 등의 특별한 사정이 있는 경우는 별론으로 하고 임대차계약 당사자가 **기존 채권을 임대차보증금으로 전환하여 임대차계약을 체결하였다**는 사정만으로 임차인이 같은 법 제3조 제1항 소정의 대항력을 갖지 못한다고 볼 수는 없다.
- ③ 채권자가 주택임대차보호법상의 대항력을 취득하는 방법으로 **기존 채권을 우선변제 받을 목적으로** 주택임대차계약의 형식을 빌려 **기존 채권을 임대차보증금으로** 하기로 하고 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차로서의 대항력을 취득한 것처럼 외관을 만들었을 뿐 실제 주택을 주거용으로 사용·수익할 목적을 갖지 아니 한 계약은 주택임대차계약으로서 **통정허위표시에 해당되어 무효**라고 할 것이므로 이에 주택임대차보호법이 정하고 있는 대항력을 부여할 수는 없다.

- (2) 우선변제권을 갖는 임차보증금채권자도 **선순위의 가압류채권자와는 평등배당의 관계**이다. 이 경우 가압류채권자가 우선변제권이 있는 주택임차인보다 선순위인지 여부는 임대차계약서상의 확정일자부여일을 기준으로 삼아야 한다(대판 1992. 10.13)
- (3) **주택임대차보호법상 소정의 대항력과 우선변제요건을 모두 갖춘 임차인**은 임차주택의 양수인에게 대항하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장 할 수 있는 권리와 보증금에 관하여 임차주택의 가액으로부터 우선변제를 받을 권리를 점유하고 있다고 해석된다. 임차인은 이 두가지 권리 중 **하나를 선택하여 행사 할 수 있다**(대판1987. 2.10)
- (4) **설령 소액임차인에 해당하더라도 배당요구를 하지 아니하면 배당에서 제외**된다. 따라서 원래 배당받지 못할 후순위권리자가 배당받은 경우 그 배당을 받은 **후순위채권자를 상대로 부당이득의 반환을 청구 할 수 없다**(대판 2002. 1.22)
- (5) 확정일자를 입주 및 주민등록일과 같은 날 또는 그 이전에 갖춘 경우에는 우선변제적 효력을 대항력과 마찬가지로 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다(대판1997. 12.12)
 ⇒ 전출했던 임차인이 다시 임차주택의 소재지로 주민등록을 이전하였다면 재전입한 때로부터 새로운 대항력이 발생하나, 전출 이전에 이미 임대차계약서상에 확정일자를 갖추었다면 다시 확정일자를 받을 필요없이 재전입 이후에 그 주택에 담보물권을 취득한 자보다 우선하여 변제 받을 수 있다(대판 1998. 12. 114)

II. 소액임차인의 최우선변제

1. 주택건물과 대지 중 대지부분만 낙찰되었다면 그 주택의 소액임차인은 **그 대지에 관한 낙찰대금중에서 소액보증금을 담보물권자보다 우선하여 변제 받을 수 있다**(대판 1996. 6.14)
2. **미등기 주택**을 임차한 임차인의 대항요건과 확정일자를 갖춘 경우 임차주택의 등기 없이 그 주택의 대지만 경매된 경우 그 대지의 **환가대금에 대하여 우선변제권을 행사 할 수 있다** [2007.전원합의체]
 - (1) 대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다.
 - (2) 소액임차인의 우선변제권에 관한 같은 법 제8조 제1항이 그 후문에서 ‘이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에’ 대항요건을 갖추어야 한다고 규정하고 있으나, 이는 소액보증금을 배당받을 목적으로 배당절차에 임박하여 가장 임차인을 급조하는 등의 폐단을 방지하기 위하여 소액임차인의 대항요건의 구비시기를 제한하는 취지이지, 반드시 임차주택과 대지를 함께 경매하여 임차주택 자체에 경매신청의 등기가 되어야 한다거나 임차주택에 경매신청의 등기가 가능한 경우로 제한하는 취지는 아니라 할 것이다.
미등기 주택의 경우에 소액임차인의 대지에 관한 우선변제권을 배제하는 규정에 해당한다고 볼 수 없다.
 -주의-
 건물이나 토지의 경락대금에서 우선변제를 받기 위해서는 그 임대차의 목적물인 주택에 관하여 그 임대차 **후에라도 소유권등기가 거쳐져 경매신청의 등기가 되는 경우이어야 한다.**
 (2001대판 .폐기된 중전 판례)
 - 대지에 저당권 설정당시 미등기 건물의 소액임차인은 그 대지에 관한 낙찰대금 중에서 소액보증금을 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있다()
 - 대지에 관한 저당권 설정 후 지상에 건물이 신축된 경우, 건물의 소액임차인에게 그 저당권실행에 따른 환가대금에 대한 우선변제권이 인정되지 않는다().
 - 미등기무허가 건물을 양도받아 사실상 소유권을 행사하는 양수인도 임대주택 양수인에 해당한다.()
3. **저당권이 설정된 후 대지에 건물을 신축**하고, 그 건물의 소액임차인은 그 대지의 저당권의 환가 대금에서 우선변제권이 인정되지 않는다(대판 1999. 7.23)
4. 대지와 건물이 동시에 매각되어 주택임차인에게 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 소액보증금 우선변제는 민법 제368조 제1항을 유추·적용하여 **대지와 건물의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 한다**(대판 2003. 9.51)

5. 임대차계약의 주된 목적이 주택을 사용·수익하려는 것에 있는 것이 아니고, 실제적으로는 소액임차인으로 보호받아 선순위 담보권자에 우선하여 채권을 회수하려는 것에 주된 목적이 있었던 경우에는 그러한 임차인을 주택임대차보호법상 소액임차인으로 보호 할 수 없다(대판 2001다 14733)

<기타>

1. 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계가 아니다, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무이다.

2. 해제시 보호되는 제3자?

소유권을 취득하였다가 계약해제로 인하여 소유권을 상실하게 된 임대인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있고, 이 경우 계약해제로 소유권을 회복한 제3자(매도인)는 임대인의 지위를 승계한다.(05대판)

3. 목시갱신된 후 2년 전에 임대인이 해지 가능 여부?

임대차계약이 목시적으로 갱신되면 그 임대차기간은 2년으로 된다.

원심이 같은 취지에서, 이 사건 임대차는 목시적으로 갱신된 뒤 2년의 임대차기간이 만료되지 아니하였고, 임대인인 원고가 위 임대차기간의 만료 이전에 이 사건 임대차계약의 해지통고를 하였다고 하더라도 그 효력이 없다.

4. 상가임대차에서 사업자등록은 대항력 또는 우선변제권의 취득요건일 뿐만 아니라 존속요건이기도 하므로, 배당요구의 종기까지 존속하고 있어야 하는 것이며, 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 폐업한 경우에는 그 사업자등록은 상가건물 임대차보호법이 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자등록이라고 볼 수 없다. 그 사업자가 폐업신고를 하였다가 다시 같은 상호 및 등록번호로 사업자등록을 하였다고 하더라도 상가건물 임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권이 그대로 존속한다고 할 수 없다.

이 경우 임차인이 상가건물 임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 유지하기 위해서는 건물을 직접 점유하면서 사업을 운영하는 전차인이 그 명의로 사업자등록을 하여야 한다.

[부동산실명법 중요 판례정리]

1. 실명법 제정 전 1970년에 명의신탁해 둔 경우?

법 시행 전에 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 명의로登記하거나 하도록 한 명의신탁자는 법 시행일부터 1년의 기간 이내에 실명등기를 하여야 하고, 그 기간 이내에 실명등기 하지 아니하면 그 이후에는 명의신탁약정은 무효가 되고, 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산의 물권변동도 무효가 된다

① 신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우에 있어서 신탁자와의 명의신탁약정에 의하여 행하여진 수탁자 명의의 소유권이전등기는 법의 유효기간이 경과한 1996. 7. 1. 이후에는 원인무효로서 말소되어야 하므로,

- ㉠ 수탁자로서는 신탁자는 물론 제3자에 대한 관계에서도 수탁된 부동산에 대한 소유권자임을 주장할 수 없고, 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수도 없다
- ㉡ 신탁자도 명의신탁약정의 해지로 인한 소유권이전등기청구권을 갖지 못한다.
- ㉢ 수탁자의 상속인으로서 수탁된 토지에 대한 소유권자임을 주장할 수 없고, 소유권에 기한 물권적 청구권으로서 신탁자의 상속인 명의의 가등기에 대한 말소등기청구권을 행사할 수도 없다.

2. 무효인 명의신탁약정에 기하여 경료된 타인 명의의 등기가 불법원인급여에 해당하는가?
(2006대판) 아니다. 따라서 신탁약정의 무효를 원인으로 부당이득반환을 청구할 수 있다.

3. 여기에서 말하는 제3자라 함은 ?

명의수탁자가 물권자임을 기초로 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말한다

이와 달리 오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경료받은 것 같은 외관을 갖춘 자는 위 법률조항의 제3자에 해당되지 아니한다.

이러한 자로서는 무효인 명의신탁등기에 터 잡아 경료된 자신의 등기의 유효를 주장할 수는 없다.

피고들 명의의 각 등기 역시 부도 위기에 직면하여 자신에 대한 강제집행을 면탈할 목적으로 피고들과 각기 새로운 명의신탁약정을 맺고 그들 명의를 빌려 윤덕영 명의의 위 각 등기에 이어 순차 경료한 등기라는 사실을 능히 인정할 수 있으므로,

피고들 명의의 등기는 법 제4조 제2항의 규정에 의해서도 모두 무효다.)(2004대판)

4. 甲이 乙과 직접 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 그 대금을 모두 지급하였으나 丙에게 명의를 신탁하여 그 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우의 법률관계?(2002대판)

甲이 乙과 직접 부동산에 관한 매매계약을 체결하고 그 대금을 모두 지급하였으나 丙에게 명의를 신탁하여 그 앞으로 소유권이전등기를 경료한 경우,

부동산에 관하여 乙로부터 丙 앞으로 이루어진 소유권이전등기의 원인이 된 명의신탁약정은 명의신탁자인 갑이 매매계약의 당사자로 되었으나 등기명의만을 명의수탁자인 병에게 신탁한 것으로서

명의수탁자가 계약당사자가 된 경우가 아니어서 을에서 병으로 소유권이전등기는 무효다.

甲으로서서는 여전히 을에 대하여 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다고 할 것이므로, 乙을 대위하여 병에게 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.

5. 명의신탁 해지 후 제3자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우 신탁자에 대한 소유권이전등기의무의 이행 불능 여부(적극)(82다카984)

부동산의 명의수탁자가 명의신탁이 해지된 후 그 명의신탁자 명의로 신탁해지에 따른 등기의 회복이 있기 전에 그 부동산을 제3자에게 매도하여 그에 따른 소유권이전등기가 제3자 명의로 경료된 경우에는 위의 제3자는 명의신탁자에 앞서 보호되어야 할 것이므로 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 부담하고 있는 소유권이전등기의무는 이행불능상태에 있는 것이라고 보아야 할 것이다

6. 신탁자가 수탁자를 대위함이 없이 제3자에 대하여 직접 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 있는지 여부 (77년 전원합의체)

재산을 타인에게 신탁한 경우 대외적인 관계에 있어서는 수탁자만이 소유권자로서 그 재산에 대한 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있으며, 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없다.

7. 부동산경매절차에서 대금을 부담하는 자가 타인의 명의로 경락허가결정을 받기로 약정하여 그에 따라 경락이 이루어진 경우?

그 경매절차에서 경락인의 지위에 서게 되는 사람은 어디까지나 그 명의인이므로 경매 목적 부동산의 소유

권은 경락대금을 실질적으로 부담한 자가 누구인가와 상관없이 대외적으로는 물론 대내적으로도 그 명의인이 취득하는 것이기는 하나, 그 경우 대금을 부담한 사람과 이름을 빌려 준 사람 사이에는 명의신탁관계가 성립한다(2005.4.28)

8. 이른바 계약명의신탁에서 매도인이 명의신탁약정의 존재를 알았던 경우 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 명의신탁자에게 귀속되는 것은 아니다.
9. 타인 명의로 부동산을 매수하기로 하는 약정을 한 경우의 매매 당사자(=타인) 어떤 사람이 타인을 통하여 부동산을 매수함에 있어 매수인 및 소유권이전등기 명의를 타인 명의로 하기로 하였다 하더라도 이와 같은 약정은 그들 사이에 있어서만 효력이 있을 뿐이므로 그 타인 이름으로 매매계약이 체결된 경우 특별한 사정이 없는 한 그 타인이 매매 당사자가 되는 것이고 그 후 그들 사이의 위와 같은 약정이 해제되었다고 하여 매매계약상의 매수인의 지위가 당연히 매수를 의뢰한 사람에게 귀속되는 것은 아니다.
10. 계약 명의신탁에서 신탁자와 수탁자간 부동산 처분의 위임 약정 효력은?

계약명의신탁에 있어서 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁 부동산의 소유권을 완전히 취득하고 단지 신탁자에 대하여 명의신탁약정의 무효로 인한 부당이득반환의무를 부담할 뿐인바, 그와 같은 부당이득반환의무는 명의신탁약정의 무효로 인하여 수탁자가 신탁자에 대하여 부담하는 통상의 채무에 불과할 뿐 아니라, 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정이 무효인 이상, 신탁자와 수탁자 간에 명의신탁약정과 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 역시 무효다.

또한, 이러한 계약명의신탁의 법리는 수탁자가 신탁 부동산에 관한 등기를 이전받기 전에 소유자와 사이의 합의로 매매계약을 해제한 후 그 매매대금을 반환받았다고 하더라도 마찬가지로 적용된다(2007대판)

12. 법률 시행 전에 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 유예기간이 경과하기까지 명의신탁자가 그 명의로 당해 부동산을 등기이전하는 데 법률상 장애가 있었던 경우(농지자격을 취득하지 못한 경우)에는, 명의신탁자는 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로, 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금을 부당이득하였다. (2008.5.15. 선고 2007다74690)

13. 제3자 명의 저당권 유효여부?
채권담보를 목적으로 근저당권설정등기를 하는 경우에는 원칙적으로 채권자와 근저당권자가 동일인이 되어야 하지만, 채권자 아닌 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 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 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기도 유효하다
이와 같이 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 유효하게 볼 수 있는 경우에는 그 근저당권설정등기를 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 금지하고 있는 실권리자 아닌 자 명의의 등기라고 할 수 없다.(2008.5.15. 선고 2007다23807)

14. 명의신탁 목적물이 반드시 신탁자의 자금으로 취득되어야만 명의신탁이 성립하는 것은 아니다. 아버지가 건설업 운영하면서 딸들 명의로 부동산을 타인으로부터 매입하면서 자기 돈이 아니라 은행에서 돈을 용자 받아 구입한 경우 명의신탁에 해당한다(2008.2.14. 선고 2007다69148)
15. 계약명의신탁약정이 부동산실명법 시행 후에 이루어진 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이라 할 것이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금만을 부당이득한다.(2008.2.14. 선고 2007다6914)
16. 혼인한 경우?
어떠한 명의신탁등기가 위 법률에 따라 무효가 되었다고 할지라도 그 후 신탁자와 수탁자가 혼인하여 그 등기의 명의자가 배우자로 된 경우에는 조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 한 이 경우에도 위 법률 제8조 제2호의 특례를 적용하여 그 명의신탁등기는 당사자가 혼인한 때로부터 유효하게 된다

[가담법 중요 판례정리]

1. 신축건물의 양도담보제공

- ① 채무의 담보를 위하여 채무자가 자신의 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가명의를 채권자 명의로 한 경우, 이는 완성될 건물을 양도담보로 제공하기로 하는 담보권 설정의 합의로 본다.
완성된 건물에 관하여 소유권보존등기를 마친 채권자는 피담보채무가 이행지체에 빠진 경우 담보권 실행으로서 채무자 또는 채무자로부터 점유를 이전받은 제3자(임차인)를 상대로 그 건물의 명도청구를 할 수 있다.
- ② 주택임대차보호법 소정의 대항요건을 갖춘 주택임차인이 그에 앞서 담보권을 취득한 담보권자에 대하여 자신의 임차권을 주장할 수 없다.
- ③ 토지 매도인과 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 본다.
- ④ 매매대금의 지급을 담보하기 위하여 부동산의 소유권을 이전하는 경우, 가등기담보등에관한법률이 적용되지 않는다.

2. 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 예약 당시 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우, '가등기담보 등에 관한 법률'의 적용 요건 (2007대판)

가등기담보 등에 관한 법률은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 적용되는바,
재산권 이전의 예약 당시 재산에 대하여 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 재산의 가액에서 피담보채무액을 공제한 나머지 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에만 적용된다.

3. 제3자명의 가등기?

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 있는 경우 그 제3자 명의의 가등기도 유효하다(2006대판)

4. 가등기의 주된 목적이 매매대금채권의 확보에 있고, 대여금채권의 확보는 부수적 목적인 경우 가등기담보등에관한법률이 적용되지 않는다

5. '처분정산'형의 담보권실행?

채가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 '처분정산'형의 담보권실행은 가등기담보등에 관한 법률상 허용되지 아니한다.

6. 가등기담보등에 관한 법률에 의하면, 가등기담보권자가 담보권실행을 위하여 담보 목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여는

- 그 채권의 변제기 후에 소정의 청산금 평가액 또는 청산금이 없다고 하는 뜻을 채무자 등에게 통지하여야 하고(제3조 제1항),
- 이 때의 채무자 등에는 채무자와 물상보증인뿐만 아니라 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3취득자가 포함 되는 것이므로(제2조 제2호),
- 위 통지는 이들 모두에게 하여야 하는 것으로서 채무자 등의 전부 또는 일부에 대하여 위 통지를 하지 않으면 청산기간이 진행할 수 없게 되고,
- 따라서 가등기담보권자는 그 후 적절한 청산금을 지급하거나 실제 지급할 청산금이 없다고 하더라도 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없으며, 설령 편법으로 본등기를 마쳤다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.

7. 선순위 가등기담보채무를 대위변제하여 생긴 구상권?

가등기담보 채권자가 가등기담보권을 실행하기 이전에 그의 계약상의 권리를 보전하기 위하여 가등기담보채무자의 제3자에 대한 선순위 가등기담보채무를 대위변제하여 구상권이 발생하였다면 특별한 사정이 없는 한 이 구상권도 가등기담보계약에 의하여 담보된다고 보는 것이 상당하다.

8. 가등기담보권의 실행으로 청산절차가 종료된 후 담보목적물에 대하여 사용·수익권을 가지는 자(=채권자) 일반적으로 담보목적물로 가등기를 경료한 경우 담보물에 대한 사용·수익권은 가등기설정자인 소유자에게 있다고 할 것이나,

가등기담보약정은 채무자가 본래의 채무를 이행하지 못할 경우 채권자에게 담보목적물의 소유권을 이전하기로 하는 예약으로서 유상계약인 쌍무계약적 재산권이전약정에 해당하므로 그 성질에 반하지 않는 한 매매에 관한 민법 규정이 준용된다 (민법 제567조),

채권자가 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여 가등기담보등에 관한 법률에 따라 채무자에게 담보권 실행을 통지한 경우 청산금을 지급할 여지가 없는 때에는 2월의 청산기간이 경과함으로써 청산절차는 종료되고,

이에 따라 채권자는 더 이상의 반대급부의 제공 없이 채무자에 대하여 소유권이전등기청구권 및 목적물 인도청구권을 가진다.

채무자가 소유권이전등기의무 및 목적물 인도의무의 이행을 지연하면서 자신이 담보목적물을 사용·수익할 수 있다고 하는 것은 심히 공평에 반하여 허용될 수 없으므로 이러한 경우 담보목적물에 대한 과실수취권 등을 포함한 사용·수익권은 청산절차의 종료와 함께 채권자에게 귀속된다.

9. 어떤 부동산에 관하여 채권 담보를 위한 가등기가 경료된 후에 매매에 의하여 그 소유권을 취득한 제3자가 채무원리금을 변제함으로써 피담보채무가 전부 소멸하였음에도 불구하고

등기부상 가등기가 그대로 남아있음을 이용하여 가등기 명의자가 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료하고

나아가 타인 명의로 가등기까지 경료하였다 하더라도 피담보채무의 소멸 후의 위 담보가등기는 원인무효이고, 위 가등기에 기하여 경료된 본등기 및 타인 명의의 가등기도 원인무효이다.(97.9.24)

10. 담보가등기를 경료한 토지를 인도받아 점유할 경우 담보가등기의 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 담보가등기의 피담보채권이 시효로 소멸한 이상 위 담보가등기 및 그에 기한 소유권이전등기는 결국 말소되어야 할 운명의 것이다. (2007대판)

[집합건물법 최근판례]

1. ① 체납관리비의 승계 범위에 관하여

집합건물의 관리규약에서 체납관리비 채권 전체에 대하여 입주자의 지위를 승계한 자에 대하여도 행사할 수 있다.

다만, **집합건물의 공용부분**은 전체 공유자의 이익에 공여하는 것이어서 공동으로 유지·관리해야 하고 그에 대한 적절한 유지·관리를 도모하기 위하여는 소요되는 경비에 대한 공유자 간의 채권은 이를 특히 보장할 필요가 있어 공유자의 특별승계인에게 그 승계의사의 유무에 관계없이 청구할 수 있도록 집합건물법 제18조에서 특별규정을 두고 있는바,

위 관리규약 중 **공용부분 관리비에 관한 부분은 위 규정에 터잡은 것으로서 유효하다**

집합건물의 특별승계인은 전 입주자의 체납관리비 중 공용부분에 관하여는 이를 승계하여야 한다(대법원 2001. 9. 20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결 참조).

② 연체료의 승계 여부에 관하여

관리비 납부를 연체할 경우 부과되는 연체료는 위약벌의 일종이고

집합건물의 특별승계인이 전 입주자가 체납한 공용부분 관리비를 승계한다고 하여 전 입주자가 관리비 납부를 연체함으로 인해 이미 발생하게 된 법률효과까지 그대로 승계하는 것은 아니므로,

공용부분 관리비에 대한 연체료는 집합건물의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다3598, 3604 판결 참조).

2. 관리단 설립?

관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체라 할 것이므로,

집합건물의 분양이 개시되고 입주가 이루어져서 공동관리의 필요가 생긴 때에는 그 당시의 **미분양된 전유부분의 구분소유자를 포함한** 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 관리단이 설립된다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다45496 판결 등 참조).

한편, “관리단집회에서 결의할 것으로 정해진 사항에 관하여 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면에 의한 합의가 있는 때에는 관리단집회의 결의가 있는 것으로 본다.”고 규정하고 있고,

관리인선임 결의는 관리단집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 해당하므로, 관리인선임 결의 역시 집합건물법 제41조 제1항에 의한 서면결의가 가능하고, 이러한 서면결의는 관리단집회가 열리지 않고도 관리단집회의 결의가 있는 것과 동일하게 취급하고자 하는 것이어서 그와 같은 서면결의를 함에 있어서는 관리단집회가 소집, 개최될 필요가 없다

3. 재건축 결의

① 의제된 합의 내용인 재건축결의 내용의 변경을 위한 의결정족수

합의 내용인 재건축결의의 내용을 변경함에 있어서는 그것이 구성원인 조합원의 이해관계에 미치는 영향에 비추어 재건축 결의시의 의결정족수를 규정한 같은 법 제47조 제2항을 유추적용하여 조합원 5분의 4 이상의 결의가 필요하다.

② 재건축결의 역시 제41조 제1항에 의한 서면결의가 가능하고,

이에 따라 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면에 의한 합의가 있는 때에는 관리단집회의 결의가 있는 것으로 보아야 할 것이고, 위와 같은 서면결의는 관리단집회가 열리지 않고도 관리단집회가 있는 것과 동일하게 취급하고자 하는 것이어서 그와 같은 서면결의를 함에 있어서는 관리단집회가 소집·개최될 필요가 없음은 당연하다.

③ 재건축비용의 분담에 관한 사항을 포함하지 않은 결의는 무효다.

4. 관리비?

- ① 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제18조의 입법 취지 및 전(前) 구분소유자의 특별승계인에게 전 구분소유자의 채납관리비를 승계하도록 한 관리규약의 효력(=공용부분 관리비에 한하여 유효)
- ② 집합건물의 전(前) 구분소유자의 특정승계인에게 승계되는 공용부분 관리비의 범위 및 공용부분 관리비에 대한 연체료가 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함되지 않는다.
- ③ 상가건물의 관리규약상 관리비 중 일반관리비, 장부기장료, 위탁수수료, 화재보험료, 청소비, 수선유지비 등이 전(前) 구분소유자의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비에 포함된다
 상가건물의 관리규약상 관리비 중 일반관리비, 장부기장료, 위탁수수료, 화재보험료, 청소비, 수선유지비 등은, 모두 입주자 전체의 공동의 이익을 위하여 집합건물을 통일적으로 유지·관리해야 할 필요에 의해 일률적으로 지출되지 않으면 안 되는 성격의 비용에 해당하는 것으로 인정되고,
 전(前) 구분소유자의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 관리비로 보아야 한다.
- ④ 집합건물의 관리단이 전(前) 구분소유자의 특별승계인에게 특별승계인이 승계한 공용부분 관리비 등 전 구분소유자가 채납한 관리비의 징수를 위해 단전·단수 등의 조치를 취한 사안에서, 관리단의 위 사용방행위가 불법행위를 구성한다.

5. 재건축 반대자?

재건축결의에 찬성하지 아니하는 구분소유자에 대하여 매도청구권을 행사하기 위한 전제로서의 **최고는 반드시 서면으로** 하여야 하는바,
 이는 최고를 받은 구분소유자가 재건축결의의 구체적 사항을 검토하여 재건축에 참가할지 여부를 판단하도록 하기 위한 것이므로

최고서에는 **재건축결의사항이 구체적으로 적시되어** 있어야 하나,

다만 그러한 사항들이 재건축사업의 추진과정에서 총회의 결의나 재건축에의 참여 권유 또는 중용 등을 통하여 최고의 대상자들에게 널리 알려지고, 소송의 변론과정에서도 주장이나 입증 등을 통하여 그 내용이 알려짐에 따라 재건축 참가의 기회가 충분히 부여되었다면, 재건축결의사항이 누락되었다고 하더라도 그 참가 최고는 적법하다.

- 6. 합의 내용인 재건축 결의의 내용을 변경함에 있어서는 그것이 구성원인 조합원의 이해관계에 미치는 영향에 비추어 재건축 결의시의 의결정족수를 규정한 같은 법 제47조 제2항을 유추적용하여 조합원 5분의 4 이상의 결의가 필요하다.
- 7. 구분소유자가 집합건물의 규약에서 정한 업종준수의무를 위반할 경우, 단전·단수 등 제재조치를 할 수 있다고 규정한 집합건물 규약의 내용이 103조 위반으로 무효라고 볼수 없다.
- 8. 매도청구의 상대방은, 재건축에의 참가 여부를 회답할 것을 서면으로 최고 받고 2월 내에 참가하지 아니하는 뜻을 회답한(같은 기간 내에 회답하지 아니한 경우 재건축에 참가하지 아니하는 뜻을 회답한 것으로 본다.)
- 9. 대지의 분·합필 및 환지절차의 지연등으로 인하여 전유부분에 대한 소유권보존등기 및 이전등기만 경로되고, 대지지분에 대한 소유권이전등기는 상당기간 지체되는 경우가 종종 생기고 있는데,
 - ① 매매계약의 이행으로 대지를 인도받아 그 지상에 집합건물을 건축하였다면 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것이고,
 이러한 점유·사용권은 단순한 점유권과는 차원을 달리하는 본권으로서 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리인 대지사용권에 해당한다.
 - ② 대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리이므로 반드시 소유권일 필요는 없으나
 적어도 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리여야 하고,
 단순히 구분건물과 함께 그 대지지분을 매수한 자로서 매도인에게 매매를 원인으로 하여 그 대지지분에 관하여 가지는 소유권이전등기청구권과 같은 것은 같은 법 소정의 대지사용권에 해당하지 아니한다.

10. 집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우에 그 제3자에 대하여 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상을 청구하는 법률관계는?
구분소유자에게 **단체적으로 귀속되는 법률관계가 아니고** 공용부분 등의 공유지분권에 기초한 것이어서 그와 같은 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 나아가 집합건물에 관하여 구분소유관계가 성립하면 동시에 법률상 당연히 구분소유자의 전원으로 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사항의 시행을 목적으로 하는 단체인 관리단이 구성되고, 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다.
11. 구분소유자 전원의 공용에 제공되는 건물 부분으로 그들의 공유에 속할 뿐 따로 구분소유의 목적이 될 수 없다.
지상 주택의 구분소유자 전원의 공용에 제공된 건물 부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한 것이기는 하나, 공유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 이에 대한 지분을 처분할 수 없다.
12. 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.
13. 1동 건물의 증축 부분이 구분건물로 되기 위한 요건(=구조상·이용상의 독립성과 소유자의 구분행위) 및 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 건물표시변경등기를 한 경우, 이를 구분건물로 하려는 의사로 볼 수 없다.
소유자가 기존 건물에 증축을 한 경우에도 증축 부분이 구조상, 이용상의 **독립성을 갖추었다는 사유만으로 당연히 구분소유권이 성립된다고 할 수는 없고**,
소유자의 구분행위가 있어야 비로소 구분소유권이 성립된다.
이 경우에 소유자가 기존 건물에 마쳐진 등기를 이와 같이 증축한 건물의 현황과 맞추어 1동의 건물로서 증축으로 인한 건물표시변경등기를 경료한 때에는 이를 구분건물로 하지 않고 그 전체를 1동의 건물로 하려는 의사였다고 봄이 상당하다.
14. 건물의 영업제한에 관한 규약을 설정하거나 변경할 수 있는 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립되는 단체가 아니라 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되고, 그 의결권도 구분소유자 전원이 행사한다고 할 것이며, 여기서 구분소유자라 함은 일반적으로 구분소유권을 취득한 자(등기부상 구분소유권자로 등기되어 있는 자)를 지칭하는 것이나, 다만 수분양자로서 분양대금을 완납하였음에도 분양자측의 사정으로 소유권이전등기를 경료받지 못한 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 수분양자도 구분소유자에 준하는 것으로 보아 관리단의 구성원이 되어 의결권을 행사할 수 있다.(2005대판)
15. 재건축 비용의 분담에 관한 사항은 재건축 결의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분으로서, 재건축의 실행단계에서 다시 비용 분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 하고 이를 정하지 아니한 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이다.

<대지 사용권>

- 구분건물의 소유권이 대지권등기가 되지 않은 채 수분양자로부터 전전양도 되고 이 후 분양자가 대지사용권을 취득한 경우, **구분건물의 현소유자**는 분양자로부터 직접 대지권을 이전 받기 위하여 **분양자를 상대로 부동산등기법시행규칙 제60조의2에 의한 대지권변경등기를 직접 청구 할 수 있다**(대판 2004. 7.8).
- 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 **전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력**은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, **종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다**(대판 2006. 10.26).
- 대지권에 대한 등기가 마쳐져 있지 않은 상태에서 **전유부분만 경락받은 자는, 수분양자가 분양대금을 완납하지 못한 경우에도 대지사용권을 취득한다**(대판 2006.10.02).

<관리단, 관리관계>

1. 집합건물의 분양이 개시되고 입주가 이루어져서 공동관리의 필요가 생긴 때에는 그 당시의 **미분양된 전유 부분의 구분소유자를 포함한 구분소유자 전원을 구성원으로** 하는 관리단이 설립된다(대판 2002.12.27)
2. 관리단은 그 존립형식·명칭에 불구하고 관리단의 역확을 수행할 수 있으며, **구분소유자와 구분소유자가 아닌 자로 구성된 단체라 하더라도** 구분소유자만으로 구성된 관리단의 성격을 겸할 수도 있다(대판 1996. 8.23). ⇒ 상가변영회
3. 집합건물에 있어서 공용부분이나 구분소유자의 공유에 속하는 건물의 대지 또는 부속시설을 제3자가 불법으로 점유하는 경우 방해배제와 부당이득의 반환 또는 손해배상의 청구는 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있고, 관리단집회의 결의에서 관리인이 선임되면 관리인이 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 그와 같은 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다.
⇒ 따라서 공동주택관리규약에서 **입주자대표회의**가 공동주택의 구분소유자를 대리하여 공용부분 등의 구분소유권에 기초한 방해배제청구 등의 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 이러한 규약내용은 효력이 **없다**(대판 2003. 6.24).
4. 공동주택의 입주자대표회의는 법인 아닌 사단으로 보아야 하므로(대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결) 입주자대표회의가 사업주체에 대하여 갖는 하자보수청구권은 입주자대표회의 구성원들의 준총유에 속하는 재산권이라고 할 것이다.
따라서 입주자대표회의가 사업주체에 대한 하자보수청구권을 관리·처분하려면 입주자대표회의의 정관 기타 규약에 따르거나 그러한 규약이 없는 경우에는 민법 제275조의 규정에 따라 입주자대표회의 구성원 총회의 결의에 의하여야 한다. (2007대판)
5. 구분소유자가 집합건물의 규약에서 정한 **업종준수의무를 위반할 경우, 단전·단수 등 제재조치를 할 수 있다고** 규정한 집합건물 규약의 내용은 무효가 아니다(대판 2004. 5.13).

<매도청구권>

1. 매도청구권은 형성권으로서 **행사기간 내(회답기간 만료일로부터 2개월 이내)에 이를 행사하지 아니하면 그 효력을 상실**하는 것이고, 매도청구권행사에 따른 소송이 계속 중이라고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2002. 9.24).
2. 매도청구권을 행사하기 위한 최고는 반드시 서면으로 하여야 하고 최고서에는 재건축결의사항이 **구체적으로 적시**되어 있어야 한다(대판2006. 2.23).
3. 재건축에 참가하는 구분소유자들만으로 구성되어 주택건설촉진법에 의한 설립인가를 받은 **재건축 조합도 전체 구분소유자에 갈음하여 매도청구권을 행사할 수 있다**(대판 1999. 12.10).