

『민법및민특법』 시험장노트

2021. 10. 21.

제1장 민법총칙

I. 서설

- 1) 상대방 있는 단독행위는 동 의·철 회·상 계·추 인·취 소·해 제·해 지·채무면 제 가 그 예이다.
- 2) 처분행위는 물 권 행위·준 물 권 행위(채 권 양도·채 무 면제)가 그 예이다.
- 3) 농지취득자 격 증 명 은 효력요건이 아니다.

II. 법률행위의 목적

- 1) 무허가음식점의 음식물판매행위, 부동산등기특별조치법에 위반한 중간생략 등기의 합의, 「주택법」의 전매행위제한 위반약정은, 단속규정에 위반하여 무효가 아니다.
- 2) 부정행위를 용서받는 대가로 처에게 부동산을 양도하는 것은 무효가 아니다. 그러나 어떤 일이 있어도 이혼하지 않기로 하는 약정은 무효이다.
- 3) 도박계약, 도박채무 변제약정은 무효이지만, 부동산처분에 관한 대리권을 도박 채권자에게 수여한 부분은 유효이다. 도박자금을 대여하는 계약은 동기의 불법 (표시, 알려진)으로서 무효이다.
- 4) 단지 법률행위의 성립과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데에 불과 한 때, 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 한 행위, 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액 보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재한 경우, 범죄행위로 조성된 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 입치한 것은 사회질서에 반하지 않는다.
- 5) 부동산 이중매매의 무효: 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 야 한다(점유취득시효, 명의신탁). 절대적 무효이므로 선의로 전득한 자도 소유 권을 취득하지 못한다.
- 6) 불공정행위에서, 급부와 반대급부의 현저한 불균형이 있어야 한다. 법률행 위 당시에 거래상의 객관적(주관적×) 가치에 의하여 판단한다.
- 7) 공박·경솔 또는 무경험 중 하나만 있으면 족하며, 이때 공박의 원인은 경제적 공박에 한하지 않고 정신적·심리적 공박도 포함된다. 무경험이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험 부족이 아니다.

- 8) 법률행위가 대리인에 의해 이루어진 경우, **궁박은 본인**을 기준으로 판단하여야 한다(경무대).
- 9) 상대방에게 위와 같은 피해자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 **악의**가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.
- 10) **주장자측(피해자)**에서 모든 요건을 **주장·증명**하여야 한다(추정 x).
- 11) 폭리행위로 무효인 행위는 다른 법률행위로 전환될 수 있다(추인 x).
- 12) **증여계약(무상행위)**은 불공정한 법률행위에 해당될 수 없다. **경매**도 같다.

Ⅲ. 흠 있는 의사표시

- 1) 표의자가 진의 아닌 의사표시를 한 경우 원칙적으로 **유효**(상선무)이나, 상대방이 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 **무효**이다.
- 2) 유추적용: 대리인이 **대리권을 남용**한 경우
- 3) '진의'란 표의자가 진정으로 마음속에서 원하는 사항을 뜻하는 것은 아니다.
- 4) 표의자가 **강박**에 의하여서 증여, 퇴직금 수령 및 장래를 위하여 사직원을 제출, 대출금 채무자로서의 명의대여를 해 준 경우, 비진의표시가 아니다.
- 5) 통정허위표시: 채권자는 **채권자대위권·채권자취소권**을 행사할 수 있다.
- 6) 통정허위표시는 당사자 사이에서는 무효이다. 선의(무과실 x)의 제3자에게는 대항할 수 없다.
- 7) 제3자는 선의로 추정되므로, 악의의 입증책임은 무효주장자에게 있다.
- 8) 상속인, 제3자를 위한 계약의 수익자, 대리행위에서 본인, 저당권을 가장포기한 경우의 후순위저당권자, 채권의 가장양도에서 변제 전 채무자는 제3자가 아니다.
- 9) 허위표시에 의하여 감추어진 은닉행위는 유효이다.
- 10) 동기의 착오를 이유로 취소하기 위해서는 "표의자가 그 동기를 상대방에게 표시(합의 x)하면 충분하다." 다만 '동기가 상대방의 부정한 방법에 의해 유발·제공된 경우'에는 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당한다(동기의 불법과 비교).
- 11) 신원보증이라는 착각에 빠져 연대보증의 서면에 기명날인한 경우(사기 x), 채무자의 동일성에 관한 물상보증인의 착오, 매매 목적물에 관한 동일성의 착오, 토지의 현황·경계에 관한 착오는 중요부분의 착오이다.
- 12) 부지의 지분이 부족한 경우, 시가에 관한 착오는 중요부분에 관한 착오라 할 수 없다.
- 13) 착오가 표의자의 **중대한 과실**(경과실 x)로 인한 때에는 취소하지 못한다(상대방 입증). 그러나 중과실이 있어도 상대방이 표의자의 착오를 알면서 이용한 경우에는 취소할 수 있다.

- 14) 공장을 건축할 수 있는지를 관할관청에 알아보지 않은(공적장부를 확인하지 않은) 경우는 중대한 과실이 있지만, 중개업자가 매매계약의 목적물을 다른 점포로 오인한 채 알려준 경우는 중대한 과실이 없다.
- 15) 착오와 하자담보책임 : 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.
- 16) 해제와 취소 : 매도인이 중도금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 해제한 후라도 매수인으로서의 착오를 이유로 취소할 수 있다.
- 17) 목적물의 시가를 묵비하여 고지하지 않거나 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지한 경우라도 사기가 아니다. 공동묘지나 쓰레기매립장이 건설예정인 사실을 고지하지 않은 것은 부작위에 의한 기망행위이다.
- 18) 강박(반·비×)에 의한 법률행위가 무효로 되기 위하여는 의사표시자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈(제한되면 취소○)된 상태에서 이루어져야 한다.
- 19) 불법행위자를 고소·고발하겠다고 하는 경우, 부정한 이익의 취득을 목적으로 하거나 목적이 정당하더라도 행위나 수단 등이 부당한 때에는 위법성이 있어 강박이 될 수 있다.
- 20) 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다. 피용자, 제3자를 위한 계약에서의 수익자는 제3자이나 대리인은 제3자가 아니다. 따라서 대리인이 상대방을 사기·강박한 경우, 상대방은 본인의 선의·악의를 불문하고 취소할 수 있다.
- 21) 법률행위가 사기에 의한 것일 때, 취소의 효과인 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하므로, 선택(중첩×)하여 행사할 수 있다.
- 22) 제3자의 사기로 계약을 체결한 경우, 피해자가 제3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 그 계약을 취소할 필요는 없다.
- 23) 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 내용증명우편이나 등기우편은 추정된다.
- 24) 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
- 25) 격지자 사이에서의 계약의 승낙(청약은 도달주의), 무권대리인의 상대방의 최고에 대한 본인의 확답은 발신주의가 적용된다.

IV. 대리

- 1) 대리인은 중도금·잔금 수령, 매매대금지급기일을 연기해 줄 권한도 가진다(취·해·처분×).

- 2) 권한을 정하지 않은 대리인은 보존행위(무제한), 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위만을 할 수 있다(관리행위). 따라서 예금을 주식으로 바꾸거나, 개인에게 사채로 빌려주는 것은 할 수 없다.
- 3) 대리인은 본인의 허락이 없으면 자기계약·쌍방대리를 하지 못한다. 그러나 채무의 이행(예: 법무사가 쌍방을 대리하여 등기신청)은 할 수 있다.
- 4) 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다.
- 5) 대리권의 공통 소멸원인은 본인의 사망, 대리인의 사망, 성년(한정×)후견의 개시, 파산이다(임의대리: 철·원).
- 6) 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다(착오 주장×). 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에게 그 효과가 발생한다.
- 7) 대리행위의 하자는 대리인을 표준하여 결정하므로, 대리인 乙이 사기나 강박을 당하지 않는 한, 본인 甲은 대리행위를 취소할 수 없다.
- 8) X건물 매매에서 하자를 본인 甲이 알고 지시한 경우에는, 甲은 상대방 丙에게 하자담보책임을 물을 수 없다(궁박은 본인 기준).
- 9) 대리인이 미성년자일 때, 대리행위는 제한능력을 이유로 취소할 수 없다.
- 10) 복대리인은 대리인이 자기 이름(본인의 이름×)으로 선임한 본인(대리인×)의 임의대리인이다.
- 11) 임의대리인은 원칙적으로 복임권이 없으나, 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유로 복대리인을 선임할 수 있고, 그 선임·감독 책임(과실책임)이 있다.
- 12) 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다(책임의 감경).
- 13) 법정대리인은 그 책임(무과실책임)으로 복대리인을 선임할 수 있다. 그러나 부득이한 사유로 선임한 경우에는 선임·감독 책임만 있다.
- 14) 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리인의 복대리권도 소멸한다.
- 15) 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인이 대리행위를 하도록 한 경우에도 대리권소멸 후의 표현대리가 성립할 수 있다.
- 16) 무권대리행위의 추인은 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다.
- 17) 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 알지 못하는 동안에는 주장하지 못하므로 상대방은 철회할 수 있다.
- 18) 추인은 의사표시 전부에 대하여 행하여져야 하고, 일부추인 또는 변경을 가한 추인은 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다.

- 19) 대리권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 상속한 후 무권대리로 무효임을 주장하여 등기말소 등을 구하는 것은 금반언 원칙상 허용될 수 없다.
- 20) 상대방이 악의여도 최고권이 인정되며(확답이 없으면 거절), 선의(악의×)인 경우에 한하여 본인의 추인(거절)이 있기 전까지 계약을 철회할 수 있다.
- 21) 무권대리에서, 상대방(선의·무과실)의 선택에 따라서 무권대리인(제한능력자×)은 계약의 이행 또는 손해배상책임(무과실책임)을 부담한다.
- 22) 표현대리는 무권대리이므로, 유권대리에 관한 주장 속에 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다. 상대방에게 과실이 있어도 과실상계의 법리를 유추적용할 수 없다.
- 23) 법정대리권, 부부간 일상가사대리권, 공법상 대리권(등기신청행위), 복대리권, 표현대리권, 사자도 권한을 넘은 표현대리의 기본대리권이 될 수 있다.
- 24) 대리행위는 기본대리권과 동종·유사한 것을 요구하지 않는다. 가령 등기신청 대리권을 가지고 있는 자가 대물변제를 한 경우에도 권한을 넘은 표현대리가 성립할 수 있다.
- 25) 유효(강행규정 위반 ×)한 대리행위가 있어야 하고, 현명하지 않은 경우에는 표현대리는 성립하지 않는다.
- 26) 권한을 넘은 표현대리에 있어서 정당한 이유(상대방의 선의·무과실)는 대리행위 당시를 기준으로 판정하여야 한다.

V. 법률행위의 무효와 취소

- 1) 계약이 불성립하였다면 무효행위의 전환이나 추인 규정이 적용되지 않는다.
- 2) 유동적 무효인 상태에서, 토지거래허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효하게 된다.
- 3) 허가구역 지정이 해제되거나 지정기간만료 후 재지정하지 아니한 경우, 그때부터 확정적 유효가 된다.
- 4) 불허가처분이 있는 경우, 당사자 쌍방이 허가신청을 하지 않기로 명백히 한 경우, 처음부터 허가를 배제·잠탈할 목적으로 계약을 체결한 경우에는 확정적 무효이다.
- 5) 확정적으로 무효로 됨에 있어서 귀책사유가 있는 자도 그 계약의 무효를 주장할 수 있다.
- 6) 유동적 무효상태에서는 이행청구도 할 수 없으며, 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 없다. 해약금에 의한 해제만 가능하다.
- 7) 유동적 무효상태에서는 계약금을 부당이득반환 청구할 수 없다.

- 8) 허가 협력의무를 불이행하는 경우 소구할 수 있고, 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 거래계약 자체를 해제할 수는 없다.
- 9) 강행규정위반, 사회질서위반, 불공정한 법률행위는 추인하여도 효력이 없다.
- 10) 무효행위는 무효원인 소멸 후 알고 추인하여야 하며, 소급효가 없는 것이 원칙이다(예: 가장매매의 추인, 무효인 가등기를 유효등기로 전용).
- 11) 미성년자도 단독으로 취소할 수 있으며(추인×), 임의대리인이 취소권을 행사하려면 별도의 수권이 있어야 한다.
- 12) 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 확정된 경우에는 그 취소는 그 상대방에 대한 의사표시로 하여야 한다.
- 13) 법률행위의 취소를 당연한 전제로 한 소송상의 이행청구나 이를 전제로 한 이행거절 가운데는 취소의 의사표시가 포함되어 있다(묵시적 취소).
- 14) 하나의 법률행위가 가분적이고, 그 나머지 부분을 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우, 그 일부만의 취소도 가능하다(일부무효의 법리: 일부가).
- 15) 취소할 수 있는 법률행위의 주인은 취소의 원인이 소멸한 후(제·착·사·강×)에 하여야 한다. 다만, 법정대리인은 이러한 제한을 받지 않는다.
- 16) 법정추인: 취소권자가 추인할 수 있는 후에, 전부나 일부의 이행, 이행의 청구, 경개, 담보의 제공, 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도, 강제집행의 사유가 있으면 된다(상청양×). 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다.
- 17) 제척기간: 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(먼저 경과한 기간에 소멸).

VI. 법률행위의 부관(조건·기한)

- 1) 부첩관계의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약(불법조건)은 그 조건만이 무효인 것이 아니라 증여계약 자체가 무효이다.
- 2) 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우(기성조건)에는 그 조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.
- 3) 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우(불능조건)에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.
- 4) 단독행위는 원칙적으로 조건을 붙일 수 없다(붙이면 전부무효). 그러나 상대방의 동의가 있는 경우, 상대방에게 이익만을 주는 경우(채무의 면제, 유증)에는 조건을 붙일 수 있다.
- 5) 조건부 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.

- 6) 조건 성취의 효력은 조건성취시부터 발생한다(소급효×). 단, 당사자의 특약으로 소급효를 인정할 수는 있다(기한과 다름).
- 7) 조건이 성취되지 않으면, 해제조건부 법률행위의 효력은 소멸하지 않는다(정지조건부는 무효).
- 8) 정지조건부라는 사실은 그 법률효과의 발생을 다투려는 자에게, 정지조건이 성취되었다는 사실은 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다.
- 9) 불확정기한의 경우, 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다.
- 10) 기한의 이익은 당사자의 특약이나 법률행위의 성질상 분명하지 않으면 채무자(채권자×)에게 있는 것으로 추정(간주×)된다.
- 11) 기한이익 상실의 특약은 특별한 사정이 없는 한, 형성권적(정지조건부×) 기한이익상실의 특약으로 추정한다.

제2장 물권법

I. 물권적 청구권

- 1) 소유권에 기한 물권적 청구권은 지상권, 전세권에 준용된다. 다만, 지역권과 저당권은 반환청구권이 인정되지 않는다. 유치권에는 준용되지 않는다.
- 2) X토지 소유자 甲은 무단건축한 乙에 대해 Y주택의 철거 및 X토지의 인도를 청구할 수 있다(미등기건물의 매수인에게○). 퇴거를 청구할 수 없다(임차인에게 퇴거청구).
- 3) 물권이 이전하면 물권적 청구권도 이전하므로 소유권을 이전한 종전(현재×)소유자는 더 이상 물권적 청구권을 행사할 수 없다.
- 4) 현재의 직접점유자, 간접점유자 모두 상대방이 될 수 있다(점유보조자×).
- 5) 점유권에 기한 물권적 청구권과 본권에 기한 물권적 청구권은 경합한다. 점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다.
- 6) 점유물반환청구권을 행사할 수 있는 경우는 점유를 침탈(절도·강도)당한 때이다. 따라서 기망당한 자는 점유물반환청구권을 행사하지 못한다.
- 7) 점유물반환청구권은 선의의 특별승계인(매수인)에게는 행사하지 못한다. 다시 악의의 특별승계인에게 점유가 이전된 때에도 같다.
- 8) 점유물반환청구권은 침탈당한 날로부터 1년 내에 행사해야 한다(출소기간).

II. 부동산 물권변동

- 1) 매매·증여·교환에 의한 부동산소유권이전, 지상권·지역권·전세권·저당권 등 제한물권의 설정, 이행판결, 공유물의 협의분할 등은 등기한 때에 효력이 발생한다. 법정지상권이 있는 건물이 매매된 경우에 그 매수인의 법정지상권의 취득도 같다.

- 2) 점유취득시효 완성을 이유로 한 부동산물권의 취득은 등기를 하여야 한다.
- 3) 상속, 공용징수(수용), (형성)판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분(매매)하지 못한다.
- 4) 건물신축에 의한 소유권취득, 혼동에 의한 물권의 소멸, 법정지상권·법정저당권, 관습법상 법정지상권·분묘기지권의 취득, 법정갱신, 용익물권의 존속기간 만료로 인한 소멸, 피담보채권의 소멸로 인한 담보물권의 소멸, 법률행위의 무효·취소·해제, 합의해제에 의한 물권의 복귀는 등기를 요하지 아니한다.
- 5) 매매로 인한 등기청구권은 채권적 청구권이지만(소멸시효○), 매수인이 인도받아 사용·수익하는 경우와 전득자에게 처분하고 점유를 승계해 준 경우 소멸시효에 걸리지 않는다.
- 6) 점유취득시효 완성으로 인한 등기청구권은 채권적 청구권으로서 원칙적으로 점유상실시 부터 10년(즉시×)의 소멸시효에 걸린다.
- 7) 말소등기청구권(실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우 / 무효·취소·해제, 합의해제, 해제조건 성취 등), 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 물권적 청구권이다(소멸시효×).
- 8) 등기는 물권의 효력발생요건이고, 그 존속요건은 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에도 그 물권의 효력에는 아무런 변동이 없다.
- 9) 이미 경료된 중간생략등기는 실체관계와 부합하면 유효하다. 그러나 토지거래허가구역 내 중간생략등기는 무효이다.
- 10) 중간생략등기청구권이 인정되기 위해서는 전원의 합의가 있어야 한다. 따라서 최종양수인은 최초양도인에 대하여 채권양도를 원인으로 하여 등기를 직접 청구할 수는 없다(대위○).
- 11) 중간생략등기의 합의가 있었다 하여 중간매수인의 등기청구권이 소멸되는 것은 아니며, 최초매도인은 인상된 매매대금이 지급되지 않으면 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다.

Ⅲ. 부동산등기

- 1) 등기가 있으면 그에 상응하는 실체적 권리관계의 존재가 추정된다. 저당권 등기가 있으면 피담보채권의 존재(기본계약×)도 추정된다. 이를 부인하려는 상대방이 입증책임을 부담한다.
- 2) 원인과 절차도 추정되며, 제3자가 등기를 한 경우 그의 대리권이 추정된다.
- 3) 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 제3자 뿐만 아니라, 그 전소유자(권리변동의 당사자 사이)에 대하여서도 추정된다.

- 4) 소유권이전등기(승계취득의 추정)의 원인으로 주장된 계약서가 진정하지 않은 것으로 증명된 이상 복멸된다(허무인·사망자의 등기신청도).
- 5) 소유권보존등기는 소유권보존의 사실(원시취득)에 관하여만 추정력이 있고, 보존등기명의인이 원시취득한 것이 아니라는 사실이 밝혀진 경우, 전 소유자가 양도사실을 부인하는 경우에는 보존등기의 추정력은 깨진다.
- 6) 가등기는 그 본등기시(물권변동)에 본등기의 순위를 가등기의 순위에 의하도록 하는 순위보전의 효력만이 있다.
- 7) 가등기만으로는 아무런 실체법상 효력을 갖지 아니한다(무효등기말소청구·추정력×).
- 8) 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기(가등기의 가등기)의 형식으로 경료할 수 있다.

IV. 물권의 소멸(혼동)

- 1) 甲의 토지 위에 乙이 지상권, 丙이 저당권을 가지고 있는 경우, 丙이 그 소유권을 취득하면 丙의 저당권은 소멸한다. 乙이 그 소유권을 취득하면 乙의 지상권은 소멸하지 않는다.
- 2) 甲의 지상권에 대하여 乙이 저당권을 취득한 경우, 甲이 소유권을 취득하더라도 甲의 지상권은 소멸하지 않는다.
- 3) 혼동이 일어나면 부동산물권은 등기 없이 당연히 소멸한다. 다만, 혼동을 생기게 한 원인이 취소, 해제 등으로 실효된 경우에는 소멸된 물권은 당연히 부활한다.
- 4) 점유권, 광업권은 혼동으로 소멸하는 권리가 아니다.

V. 점유권

- 1) 점유보조자: 물권적 청구권을 행사할 수도 없고, 물권적 청구권의 상대방이 될 수도 없다. 다만, 자력구제권은 행사할 수 있다.
- 2) 간접점유자: 점유보호청구권을 갖고, 소유물반환청구의 상대방이 될 수 있다.
- 3) 자주점유인지 여부는 권원의 객관적 성질(주관적 의사×)에 따라 결정된다.
- 4) 매수인·수증자·절도범의 점유는 자주점유이나, 지상권자·전세권자·임차인(점유매개관계의 직접점유자), 분묘기지권자, 명의수탁자, 다른 공유자의 지분비율의 범위에서의 점유는 타주점유이다.
- 5) 매매계약이 무효인 경우에도, 매수인이 착오로 인접토지의 일부를 점유를 하여 왔다면 자주점유이다. 다만, 처분권한이 없는 자로부터 그 사실을 알면서, 법률행위가 무효임을 알면서 부동산을 취득하여 점유하게 된 경우, 실제 면적이 등기된 면적을 상당히 초과한 경우, 타주점유이다.

- 6) 자주점유로 추정 되므로 타주점유임을 주장하는 상대방에게 입증책임이 있다. 악의로 무단점유한 것임이 입증된 경우, 자주점유라는 추정은 깨진다.
- 7) 점유자가 매매 또는 증여를 주장하였으나 패소한 경우에도, 자주점유의 추정이 번복된다거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다.
- 8) 소유자가 소유권을 주장하여 점유자의 패소로 확정되면, 점유자는 그 소송의 제기시부터는 악의의 점유자로 간주되고, 패소판결 확정 후부터는 타주점유로 전환된다.
- 9) 매도인의 점유는 타주점유이다. 자주점유로 전환되려면 새로운 권원(매매○, 상속×), 자기에게 점유시킨 자에게 소유의 의사를 표시하여야 한다.
- 10) 점유자는 소유의 의사로 선의·평온·공연하게 계속·적법 점유한 것으로 추정되나(상대방 증명), 무과실은 추정되지 않는다(점유자 증명).
- 11) 점유자의 승계인(매수인○, 상속인×)은 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장(하자도 승계)할 수 있다.
- 12) 선의 점유자는 과실취득권이 있다(부당이득×).
- 13) 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실(태풍×)로 훼손 또는 수취하지 못하면 그 과실의 대가를 보상하여야 한다.
- 14) 점유물의 멸실훼손에 대하여, 선의의 자주점유자는 이익이 현존이익을 배상하면 된다(그 외는 전부 배상).
- 15) 악의(불법)점유자라도 비용상환청구권을 점유회복 당시의 소유자 즉, 회복자에 대하여 행사할 수 있다(점유물 반환○, 등기말소청구×).
- 16) 선의의 점유자가 과실을 수취하면 통상의 필요비는 청구하지 못한다.
- 17) 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다. 법원은 상당한 상환기간을 허여(유치권 소멸)할 수 있다.

VI. 소유권

- 1) 상린관계 규정(임의규정)은 부동산 소유자 상호간의 이용의 조절을 한다(지상권·전세권에 준용).
- 2) 주위토지통행권은 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되며, 더 나아가 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다.
- 3) 무상의 주위토지통행권은 직접 분할자, 일부 양도의 당사자 사이에만 적용되므로, 특정승계인의 경우에는 일반원칙으로 돌아가 그 통행권의 범위를 따로 정하여야 한다.

- 4) 경계선 부근의 건축시 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두지 않은 건물에 대해서는 인접지 소유자는 그 건물의 철거를 청구할 수 있다. 그러나 건축에 착수한 후 1년을 경과하거나 건물이 완성된 후에는 손해배상만을 청구할 수 있다(건물철거청구x).
- 5) 분필 전 1필의 토지의 일부, 공유지분 일부에 대하여도 시효취득이 가능하다. 그러나 집합건물의 공용부분은 시효취득의 대상이 될 수 없다.
- 6) 일반(잡종)재산에 대한 취득시효가 완성된 후 그 잡종재산이 행정재산으로 된 경우에는 취득시효완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 없다.
- 7) 시효진행 중에 목적부동산이 전전양도된 후 시효가 완성된 경우, 시효완성자는 시효완성 당시의 소유자에게 등기청구권(채권적 청구권: 점유상실시부터 10년의 소멸시효)이 발생한다. 등기가 무효라면, 시효취득자는 소유자를 대위하여 무효등기의 말소를 구하고 소유권이전등기를 구하여야 한다.
- 8) 시효완성자로부터 양수하여 점유를 승계한 현 점유자는 소유권이전등기청구권을 대위(직접x)행사할 수 있다. 채권양도는 가능하다.
- 9) 시효완성 후 등기명의자가 제3자에게 처분한 경우, 제3자(선·악불문)에게 점유취득시효를 주장할 수 없다. 이 경우 소유자가 변동된 시점을 새로운 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다. 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지이다.
- 10) 취득시효완성 후 원소유자에 의하여 설정된 근저당권의 피담보채무를 시효취득자가 변제하는 것은 구상권을 행사하거나 부당이득반환청구권을 행사할 수는 없다.
- 11) 시효취득자가 취득시효를 주장하거나 소유권이전등기청구소송을 제기하여 소유자가 시효취득사실을 알면서 부동산을 제3자에게 처분하여 이행불능에 빠졌다면 불법행위를 구성한다(계약상 채권관계x, 채무불이행x).
- 12) 제3자가 적극 가담하였다면 무효이다. 따라서 시효완성자는 등기명의인을 대위(직접x)하여 등기를 말소하고 소유권이전등기를 할 수 있다.
- 13) 취득시효에 의한 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다. 따라서 점유로 인한 손해배상청구 및 부당이득의 반환청구도 할 수 없다.
- 14) 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건(부동산 가격을 초과할지라도)의 소유권을 취득한다(건물·농작물은 부합x).
- 15) 수목은 토지에 부합한다. 다만 권원(지상권·임차권·사용대차○, 임차인의 승낙x)에 기하여 수목을 심은 경우에는 수목을 심은 자에게 소유권이 있다.
- 16) 공유자는 자기의 지분을 다른 공유자의 동의 없이 자유롭게 처분할 수 있다(저당권설정).

- 17) 제3자가 공유물을 불법점유하고 있는 경우, 각 공유자는 그의 지분에 기하여 단독으로 전부의 반환이나 방해의 제거를 청구할 수 있다(손해배상·부당이득: 지분비율). 공유자의 1인은 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우, 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.
- 18) 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우 다른 소수지분권자는 공유물의 보존행위로서 그 인도를 청구할 수는 없고, 다만 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있다.
- 19) 공유물의 이용(사용·수익) 및 개량 등 공유물의 관리에 관한 사항으로서 공유자의 지분의 과반수로서 결정한다(임대차계약·해지).
- 20) 소수지분의 공유자는 공유물을 배타적으로 점유하고 있는 과반수 지분권자에게 공유물의 반환이나 방해배제를 구할 수 없다(부당이득○).
- 21) 소수지분의 공유자는 과반수 지분의 공유자로부터 사용·수익을 허락받아 점유하는 제3자(임차인)에 대하여 점유배제나 지분상당의 부당이득반환을 청구할 수 없다.
- 22) 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의를 얻지 않고 공유부동산을 처분하여 소유권이전등기가 경료된 경우, 처분공유자의 공유지분 범위 내에서는 유효한 등기이다(매매계약은 전부 유효).
- 23) 공유물 분할의 자유는 5년 내의 기간으로 분할금지의 약정에 의하여 제한될 수 있으며, 이 계약은 갱신할 수 있다.
- 24) 공유물분할 시, 협의분할(1차적)이든 재판상 분할이든 반드시 공유자 전원이 참가해야 한다.
- 25) 재판상 분할은 현물분할이 원칙이나 현물분할이 불가능하거나 분할로 인하여 현저한 가액감소의 우려가 있는 경우에는 경매하여 대금을 분할한다.
- 26) 공유지분 위에 설정된 근저당권은 특단의 합의가 없는 한 공유물분할이 된 뒤에도 종전의 지분비율대로 공유물 전부의 위에 그대로 존속(집중×)한다.

VII. 지상권

- 1) 현재 건물 또는 공작물이나 수목이 없더라도 지상권은 유효하게 성립하고 또한 지상물이 멸실하더라도 지상권은 계속 존속할 수 있다.
- 2) 담보지상권은, 피담보채권이 소멸하면 그 지상권도 소멸한다. 소유자 또는 제3자가 토지를 점유, 사용하면, 손해배상이나 부당이득반환을 청구할 수 없다(물권적 청구권○). 교환가치가 피담보채권액 미만으로 하락하면 저당권침해를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

- 3) 지상권설정 당시 공작물의 종류와 구조를 정하지 않은 경우에는 15년이다(수목은 30년).
- 4) 지상권자는 토지소유자의 동의 없이 지상권을 양도할 수 있다. 이에 반하는 약정으로서 지상권자에게 불리한 것은 효력이 없다(무효).
- 5) 지료지급 연체가 토지소유권의 양도 전후에 이루어진 경우 양수인에 대한 연체기간이 2년이 되지 않는다면, 토지양수인은 소멸청구를 할 수 없다.
- 6) 지상권이 저당권의 목적인 때에는 소멸청구는 저당권자에게 통지한 후 상당한 기간(즉시x)이 경과함으로써 그 효력이 생긴다.
- 7) 대지와 지상건물이 동일소유자에게 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때, 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자(전세권자x)에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.
- 8) 법정지상권은, (최선순위)저당권설정 당시부터 토지 위에 건물이 존재(나대지x)하는 경우에만 성립한다. 무허가건물이나 미등기건물이라도 상관없다.
- 9) 법정지상권은, 건물이 있는 토지에 저당권을 설정하고 나서 그 건물을 개축·증축 또는 재건축(공동저당x)한 경우에도 성립한다. 범위와 내용은 구건물을 기준으로 한다.
- 10) 저당권설정 당시 토지와 건물이 동일인 소유에 속해야 한다(최선순위 저당권 기준). 저당권 설정 후 어느 하나를 제3자에게 양도한 경우에도 법정지상권은 성립한다.
- 11) 미등기건물을 대지와 함께 매수(일괄매매)하여 대지만 소유권이전등기를 넘겨받은 후, 대지에 저당권을 설정하고 경매된 경우에는, 법정지상권이 성립될 여지가 없다. 그리고 미등기건물을 대지와 함께 매도하였다면, 형식적으로 대지와 건물이 그 소유 명의자를 달리하게 되었다 하더라도 매도인에게 관습상의 법정지상권을 인정할 이유가 없다.
- 12) 법정지상권을 배제하는 약정은 무효이다(강행규정).
- 13) 강제경매의 경우에는 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 토지와 건물이 동일인에 속하였는지 여부를 판단한다. 가압류 후 본압류 및 강제경매가 이루어지는 경우, 가압류의 효력 발생 시를 기준으로 한다.
- 13) 나대지상에 환매특약의 등기가 마쳐진 상태에서 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축한 경우, 환지처분의 경우, 토지공유자 중의 1인이 공유토지 위에 건물을 소유하고 있다가 토지지분만을 전매한 경우에는 관습법상 법정지상권이 성립하지 않는다.
- 15) 공유물분할의 경우와, 구분소유적으로 공유하던 자가 그 몫의 대지 위에 건물을 신축하여 사용한 경우, 관습상의 법정지상권은 성립한다.
- 16) 건물을 철거한다는 특약이 없어야 관습상의 법정지상권을 취득할 수 있다. 임대차계약을 체결하였다면, 관습상의 법정지상권을 포기하였다.

- 17) 법정지상권은 취득할 당시의 토지소유자나 소유권을 전득한 제3자에게 대하여도 등기 없이 위 지상권을 주장할 수 있다.
- 18) 건물양수인은 법정지상권자인 건물양도인을 대위(직접×)하여 청구할 수 있다. 토지소유자는 건물양수인에게 건물철거를 청구할 수는 없다(부당이득○).

VIII. 지역권

- 1) 요역지는 1필의 토지이어야 하고, 승역지는 1필의 토지의 일부라도 무방하다.
- 2) 지역권은 요역지의 소유권에 부종한다. 따라서 지역권은 요역지와 분리하여 지역권만을 양도하거나 다른 권리의 목적으로 할 수 없다(저당권×).
- 3) 지역권은 별도의 지역권 이전등기 없이도 요역지 소유권의 이전에 따라 함께 이전된다. 그러나 다른 약정이 있는 때에는 그 약정에 따른다.
- 4) 공유자의 1인은 지역권을 소멸(소멸시효 중단○)하게 하지 못한다. 공유자 1인이 지역권을 취득한 경우 다른 공유자도 이를 취득(취득시효 중단×)한다(지역권의 불가분성).
- 5) 통행지역권은 요역지의 소유자(지상권자·전세권자○, 불법점유자×)가 승역지 위에 도로를 개설하여 사용하는 객관적 상태가 20년간 계속된 경우에 시효취득할 수 있다(손실보상○).
- 6) 승역지의 소유자는 승역지에 설치한 공작물을 사용할 수 있다(비용 부담○).

IX. 전세권

- 1) 전세권의 존속기간이 만료되면 용익물권적 권능은 당연히 소멸하고, 담보물권적 권능은 전세금의 반환시까지 존속한다.
- 2) 전세권 존속기간이 시작되기 전에 마친 전세권설정등기도 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 추정된다. 전세금의 지급은 요소가 되지만, 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있다.
- 3) 전세권은 10년의 최장기간의 제한이 있다. 건물 전세권의 존속기간을 1년 미만으로 정한 때에는 이를 1년으로 한다(토지전세권×).
- 4) 건물(토지×)전세권은 법정갱신(등기 불요)을 인정한다. 이 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 본다(당사자의 소멸통고).
- 5) 전세목적물의 소유권이 이전된 경우 목적물의 신 소유자는 전세권설정자의 지위에서 전세금반환의무를 부담하게 된다.
- 6) 전세권의 처분은 당사자가 설정행위로서 이를 금지(지상권×)할 수 있다.
- 7) 전세권저당권의 경우, 전세권이 소멸하면 그 전세권 자체에 대해서 저당권을 실행할 수 없다. 전세금반환채권을 압류하여 물상대위하여야 한다.

- 8) 건물 일부에 전세권을 설정한 경우, 전세권자는 건물 전부에 대하여 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있으나 경매를 청구할 수 없다.
- 9) 건물 기타 공작물의 매수청구권은 성질상 토지의 전세권에도 유추적용된다.
- 10) 전세권자는 필요비 상환을 청구할 수 없다(유익비○).

IX. 유치권

- 1) 유치권은, 우선변제권이 없으므로 물상대위는 인정되지 않는다(물권적 청구권 x, 점유보호청구권○).
- 2) 목적물에 대한 수리비채권, 공사대금채권, 비용상환청구권(필요비·유익비)에 관하여 유치권이 인정된다.
- 3) 채권이 발생한 후에 점유를 취득한 경우에도 유치권이 성립한다. 법원이 유익비상환청구권에 유예기간을 인정한 경우, 목적물을 유치할 수 없다.
- 4) 유치권자의 점유는 간접점유도 무방하다(예외: 채무자를 직접점유자로 x).
- 5) 유치권에서 점유는 적법한 점유(유치권자가 증명 x)이어야 한다.
- 6) 유치권의 발생을 배제하는 특약(임대차 종료시 원상복구 약정)은 유효하다. 상대방뿐 아니라 제3자도 주장할 수 있다
- 7) 압류의 효력 발생 전 유치권을 취득한 자는 경락인에게도 유치권을 행사할 수 있다. 다만, 유치권자가 경락인에게 채권의 변제를 청구할 수는 없다.
- 8) 경매개시결정의 기입등기(압류)가 된 후에 유치권을 취득하게 한 경우, 채권자는 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항하지 못한다.
- 9) 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다(소유자 x). 채무자의 승낙 없이 사용·대여 또는 담보로 제공하지 못한다(위반하면 소멸청구).
- 10) 유치권자가 유치물인 주택에 거주하더라도 이는 보존에 필요한 사용에 해당하지만, 차임 상당의 이득을 유치물의 소유자에게 반환할 의무가 있다.
- 11) 유치권의 행사는 피담보채권의 소멸시효에 영향을 미치지 않는다.
- 12) 채무자(유치권자 x)는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.

X. 저당권

- 1) 저당권의 객체는 부동산과 지상권·전세권(지역권 x), 등기된 입목(명인방법 x)이다.
- 2) 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상(이행기일 경과 후의 1년분) 및 저당권의 실행비용을 담보한다.
- 3) 저당권의 효력은 부합물, 중물·중된 권리(지상권·임차권·대지사용권)에 당연히 미친다. 그러나 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다(임의규정). 저당권설정 전·후는 묻지 않는다.

- 4) 건물의 증축부분이 부합된 경우, 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 그 부합된 증축부분의 소유권을 취득한다.
- 5) 저당목적물에 대한 과실(예: 차임)에 대해서는 원칙적으로 저당권의 효력이 미치지 않는다. 다만, 저당부동산에 대해 압류가 행하여진 후에는 미친다.
- 6) 물상대위는 저당물의 멸실·훼손 또는 공용징수로 인하여 설정자가 받을 금전 또는 물건(매매대금·협의취득에 따른 보상금 x)에 대하여 그 지급 또는 인도 전에 압류(제3자의 압류○)하여 행사할 수 있다.
- 7) 일괄경매권(의무 x)은 나대지에 저당권을 설정한 후 저당권설정자가 건물을 축조하고 소유하고 있어야 한다. 저당권설정자로부터 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에도 인정된다.
- 8) 제3취득자(후순위 저당권자 x)는 경매인이 될 수 있다. 그 부동산으로 담보된 채권(근저당에서는 최고액)만 변제하면 되고, 경매대가에서 비용을 우선변제를 받을 수 있다.
- 9) 모두 채무자 소유인 공동저당에서 동시배당의 경우, 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담(안분배당)을 정한다.
- 10) 근저당의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위 변제한 경우 근저당권이 이전할 여지는 없다(부종성·수반성의 완화).
- 11) 근저당권의 피담보채무가 확정되기 이전 채무의 범위나 채무자가 변경된 경우, 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 담보된다.
- 12) 근저당권의 채권최고액이란 저당목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는 한도액을 의미하고, 책임의 한도액을 의미하는 것은 아니다.
- 13) 최고액에는 최고액에 채무의 이자, 지연이자는 1년 제한 없이 포함되나, 경매 실행비용은 포함되지 않는다(별도로 최우선변제).
- 14) 확정된 채권액이 채권최고액을 초과하는 경우, 채무자는 전액, 제3취득자나 물상보증인은 최고액만을 변제하고 근저당권의 말소를 청구할 수 있다.
- 15) 근저당권자가 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 확정되므로, 경매개시 결정 후 경매신청이 취하되었더라도 채무확정의 효과는 반복되지 않는다.
- 16) 후순위권리자에 의하여 경매가 신청된 경우, 선순위자는 경락대금 완납시에 확정된다.
- 17) 근저당권의 피담보채권이 확정되었을 경우, 확정 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금채권은 채권최고액의 범위 내에서 근저당권에 의하여 여전히 담보되는 것이다.

제3장 계약법

I. 서론

- 1) 매매·교환·임대차는 쌍무·유상·낙성·불요식 계약이다. 계약금·계약·현상·광고는 요물 계약이다.
- 2) 모든 쌍무계약은 유상계약이다. 그러나 모든 유상계약이 쌍무계약은 아니다.

II. 계약의 성립

- 1) 주관적·객관적 합치에 의해 계약이 성립한다. 계약의 본질적인 내용에 대하여 무의식적 불합의가 있는 경우, 계약은 불성립이며 취소할 수 없다.
- 2) 청약은 확정적 의사표시이며, 청약의 유인(예: 수익보장광고)과 구별된다.
- 3) 청약은 불특정 다수인에 대하여 할 수 있으나(예: 자판기), 승낙은 특정인(청약자)에게 하여야 한다.
- 4) 청약이 효력을 발생한 후에는 임의로 철회하지 못한다(도달 전 철회 ○).
- 5) 청약자가 미리 정한 기간 내에 이의를 하지 아니하면 승낙한 것으로 간주한다는 뜻을 청약시 표시하였더라도 상대방을 구속하지 않는다(회답할 의무×).
- 6) 조건을 붙이거나 변경을 가한 승낙, 연착된 승낙은 계약은 성립하지 않는다. 다만, 청약자가 이를 새로운 청약으로 볼 수 있다.
- 7) 연착된 승낙이라 하더라도 보통 승낙기간 내에 도달할 수 있는 발송인 때에는, 청약자가 지체 없이 승낙자에게 연착의 통지를 하지 아니하면 승낙의 통지는 연착되지 아니한 것으로 본다.
- 8) 격지자 간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다(청약은 도달주의).
- 9) 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 않은 경우, 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때 성립한다(의사실현에 의한 계약성립).
- 10) 당사자 사이에 동일한 내용의 청약이 서로 교차된 경우, 양 청약이 상대방에게 모두 도달한 때에 계약이 성립한다.

III. 민법상 불능

- 1) 계약체결상 과실책임(신뢰이익의 배상)이 인정되기 위하여는, 상대방은 그 원시적 불능에 대하여 선의·무과실이어서 한다.
- 2) 계약교섭의 부당한 중도파기가 불법행위를 구성하는 경우, 신뢰손해에 한정된다. 경쟁입찰에 참가하기 위하여 지출한 제안서, 견적서 작성비용 등은 여기에 포함되지 아니한다.

- 3) 채무자 위험부담(원칙): 쌍무계약(예: 매매계약)에서 쌍방의 책임 없는 사유(예: 낙뢰·태풍·수용)로 후발적 불능이 된 때에는, 채무자는 자기의 채무를 면하는 한편 상대방의 이행을 청구하지 못한다. 따라서 지급받은 계약금은 부당이득으로 반환하여야 한다. 매수인은 수용보상금청구권의 양도를 청구할 수 있다(대상청구권).
- 4) 채권자 위험부담(예외): 후발적 불능이 채권자(예: 매수인)의 귀책사유로 되거나 수령지체 중 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 된 경우에는, 채무자는 자기의 채무는 면하면서 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 다만, 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다.

IV. 동시이행의 항변권

- 1) 원칙적으로 동일한 쌍무계약(별개의 약정 x)이어야 한다.
- 2) 동시이행의 관계에 있는 어느 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다.
- 3) 매수인이 중도금을 지급하지 않고 있던 중 잔대금지급일이 되면 매도인의 소유권이전등기와 동시이행의 항변권을 인정한다. 단, 그 때까지의 이행지체책임은 부담한다.
- 4) 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 상대방의 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니다.
- 5) 동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용(직권 x)한 때에 비로소 그 기능을 발휘한다(행사효). 상환이행판결을 한다.
- 6) 동시이행의 항변권을 행사하지 않더라도 이행지체책임을 지지 않는다(존재효), 자동채권에 동시이행의 항변권이 붙은 경우 상계할 수 없다.
- 7) 전세권 소멸시 전세권설정자의 전세금 반환의무와 전세권자의 목적물인도 및 전세권말소등기의무, 임대차가 종료된 경우에 임대인의 보증금 반환의무와 임차인의 목적물반환의무는 동시이행관계이다.
- 8) 계약의 무효·취소·해제로 인한 원상회복의무는 동시이행관계이다.
- 9) 채무변제와 영수증의 교부는 동시이행관계이나, 채무변제(선이행 의무)와 차용증 등 채권증서의 반환의무, 피담보채권의 변제와 저당권의 말소등기는 동시이행관계에 있지 않다.
- 10) 임대인의 임대차보증금의 반환의무(선이행 의무)와 임차권등기명령에 의해 경료된 임차인의 임차권등기 말소의무는 동시이행관계에 있지 않다.
- 11) 근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 된 경우, 채권자가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금 반환채무와 낙찰자의 소유권이전등기 말소의무는 동시이행관계에 있지 않다.

- 12) 매도인의 토지거래허가 신청절차 협력의무(선이행 의무)와 매수인의 매매대금 지급의무는 동시이행관계에 있지 않다.

V. 제3자를 위한 계약

- 1) 요약자와 낙약자 사이의 기본관계의 흠결이나 하자는 계약의 효력에 영향을 미치고, 낙약자는 기본관계에서 생기는 동시이행의 항변권으로 제3자에게 대항할 수 있다.
- 2) 요약자와 수익자 간의 관계인 대가관계의 흠결이나 하자는 영향을 미치지 않는다.
- 3) 수익의 의사표시는 낙약자에게 하여야 하며, 제3자의 권리발생요건이다(계약의 성립요건 x).
- 4) 제3자의 수익의 의사표시를 한 후에는 당사자의 합의로 변경 또는 소멸시킬 수는 없다(예외: 동의·유보).
- 5) 제3자는 해제권이나 취소권을 행사할 수는 없으며, 해제를 원인으로 한 원상회복청구권도 행사할 수 없다. 다만, 요약자가 낙약자의 채무불이행을 이유로 계약을 해제(제3자의 동의 x)하는 경우에 수익자는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다.
- 6) 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복을 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다.

VI. 계약의 해제

- 1) 채무자가 이행거절 의사를 명백히 표시한 때에는 채권자는 최고할 필요 없이 해제할 수 있다. 다만, 이행거절의사를 적법하게 철회했다면 최고를 한 이후에 해제권이 발생한다.
- 2) 정기행위는 최고를 하지 않고 계약을 해제할 수 있다. 다만, 해제의 의사표시를 해야 한다.
- 3) 이행불능(가압류 x)이 채무자의 귀책사유(수용 x)에 의한 경우, 계약을 해제할 수 있다.
- 4) 이행불능의 경우에 채권자는 최고 없이, 이행기까지 기다릴 필요 없이, 이행제공할 필요 없이 계약을 해제할 수 있다.
- 5) 당사자가 수인인 경우에는 계약의 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다.
- 6) 계약이 해제되면 그 계약은 소급하여 무효로 된다. 따라서 계약을 위반한 당사자도 당해 계약의 이행을 거절할 수 있다.
- 7) 해제권을 행사하기 전에 권리를 취득한 제3자(선·악 불문)에게는 대항할 수 없고, 해제권을 행사한 후라도 권리를 취득한 선의의 제3자에게도 대항할 수 없다.

- 8) 부동산을 가압류한 채권자, 대항요건을 갖춘 임차인은 제3자이다. 그러나 계약상의 채권을 양수한 자나 그 채권 자체를 압류·가압류한 자, 토지매수인으로부터 건물을 매수한 자는 제3자가 아니다.
- 9) 금전은 받은 날로부터 이자를 붙여서 반환하여야 한다(원상회복).
- 10) 합의해제: 손해배상을 청구할 수 없으며, 금전에 이자를 가하여야 할 것도 아니다.
- 11) 계약의 합의해제에 있어서도 제3자의 권리를 해할 수 없다.

VII. 매매계약

- 1) 계약금계약은 요물계약이며(전액 지급), 주된 매매계약의 종된 계약이다. 따라서 매매계약이 무효이거나 취소되면 계약금계약의 효력도 소멸한다.
- 2) 계약금: 증약금·해약금, 위약금으로 되려면 반드시 특약이 있어야 한다.
- 3) 해약금에 의한 해제는 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 약정된(실제 교부받은 x) 계약금의 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다.
- 4) 매도인이 계약을 해제하려면 계약해제의 의사표시 외에 계약금 배액의 이행의 제공이 있으면 족하고, 이를 공탁할 필요는 없다.
- 5) 매수인이 중도금을 지급, 잔금을 준비하여 등기절차를 밟기 위해 등기소에 동행할 것을 촉구하여 이행에 착수를 하였다면 매도인이나 매수인의 해제는 허용되지 않는다.
- 6) 토지거래허가를 받았더라도, 이행을 최고하고 소송을 제기한 것만으로는 이행에 착수하였다고 볼 수 없다.
- 7) 해약금 해제의 경우 원상회복의무는 발생할 여지가 없으며, 따로 손해배상을 청구할 수 없다.
- 8) 매매계약에 관한 비용은 당사자 쌍방이 균분하여 부담한다.
- 9) 매매계약 후 목적물의 인도 전에 목적물에서 발생하는 과실은 원칙적으로 매도인에 귀속된다. 그러나 매수인이 매매대금을 지급한 경우에는 매수인에 속한다.
- 10) 매수인이 '악의'인 때에도 담보책임이 인정되는 경우는, 전부 타인의 권리매매에서 해제권, 일부 타인의 권리매매에서 대금감액청구권, 저당권·전세권의 행사이다.
- 11) 대금감액청구권이 인정되는 것은, 일부 타인의 권리매매(매수인의 선·악 불문), 수량부족, 일부멸실(매수인의 선의)의 경우이다.
- 12) 담보책임의 제척기간은 권리의 하자는 1년, 물건의 하자는 6월로서, 기산점은 매수인이 선의인 경우는 안날부터, 악의인 경우에는 계약일로부터이다. 제척기간이 없는 경우는, 전부 타인의 권리매매와 저당권·전세권의 행사이다.

- 13) 담보책임 면제특약이 있는 경우에도 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실에 대해서는 책임을 면하지 못한다.
- 14) 전부 타인의 권리를 매매(유효)한 경우, 이전할 수 없게 된 때에는, 매수인이 선의인 때에는 해제(선·악)를 하면서 손해배상(이행이익의 배상)도 청구할 수 있다.
- 15) 전부(일부×) 타인권리매매의 경우, 선의인 매도인은 매수인에게 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다.
- 16) 일부 타인권리매매의 경우, 대금감액청구권(선·악), 계약해제권, 손해배상청구권이 인정된다. 수량부족·일부멸실의 경우, 매수인이 선의인 경우에 준용된다.
- 17) 저당권의 실행(경매)으로 인하여 소유권 등을 취득할 수 없거나 상실하는 경우에 매수인은 선의·악의를 불문하고 해제권과 손해배상청구권이 인정된다.
- 18) 매매된 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우와 같은 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당한다.
- 19) 경매에서의 담보책임은 권리(물건×)의 하자에 대해서만 인정된다.
- 20) 하자 발생 및 그 확대에 가공한 매수인의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정함이 상당하다.

VIII. 임대차계약

- 1) 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차의 경우에는 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 토지임차권은 대항력을 가진다.
- 2) 임대인에게 수선의무가 있으므로 임차인은 필요비를 지출한 즉시 임대차 존속 중에도 임대인에게 그 상환을 청구할 수 있다.
- 3) 유익비상환청구권은 임대차 종료시 가액의 증가가 현존한 경우에 그 지출금액 또는 그 증가액을 임대인의 선택에 따라 청구할 수 있다. 법원이 상환기간을 허용할 수 있다(유치권 소멸).
- 4) 임차인의 비용상환청구규정은 임의규정으로서, 원상복구 약정을 한 경우 임차인의 유익비상환청구권을 포기하기로 특약한 것으로 본다(유치권 소멸).
- 5) 임차인이 임대인에게 목적물을 반환(임대차 종료×)한 경우에는 6월 이내에 비용상환청구권을 행사하여야 한다.
- 6) 건물임차인은 임대인의 동의를 얻어 부속한 물건 또는 임대인으로부터 매수한 물건에 대하여 임대차 종료시에 그 물건의 매수를 청구할 수 있다.
- 7) 부속물이란 건물의 사용에 객관적인 편익(임차인의 특수목적×)을 가져오게 하는 물건이다.

- 8) 기간의 약정 없는 토지임대차에서 임대인이 해지통고(채무불이행으로 해지 x)를 한 경우에는 갱신청구 없이 곧바로 지상물매수청구를 할 수 있다.
- 9) 지상건물이 무허가건물, 객관적으로 경제적 가치가 있는지 여부나 임대인에게 소용이 있는지 여부는 문제가 되지 않는다(유익비·부속물과 다름).
- 10) 지상물매수청구권은 지상물의 소유자에 한하여 행사할 수 있다.
- 11) 지상물매수청구권이 행사되면 당시의 건물시가를 대금으로 하는 매매계약이 체결된 것과 같은 효과가 발생한다(근저당권의 채권최고액 공제 x).
- 12) 건물이 제3자 소유의 토지 위에 걸쳐서 건립되어 있는 경우에는, 임차지상에 있는 건물 부분 중 구분소유의 객체가 될 수 있는 부분에 한하여 임차인에게 매수청구가 허용된다.
- 13) 임대차종료 전 지상물 일체를 포기하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이다(편면적 강행규정).
- 14) 임대인의 차임증액청구에 대해 법원이 차임증액을 결정한 경우, 차임은 증액청구의 의사표시를 한 때에 소급하여 그 효력이 생기는 것이다. 한편 차임감액금지의 특약은 효력이 없고(무효), 차임증액금지의 특약은 유효하다.
- 15) 임차인은 임대인의 동의 없이 임의로 임차권의 양도 및 전대를 할 수 없으며, 이에 위반한 경우 임대인은 임대차계약을 해지(배신적 행위일 때)할 수 있다.
- 16) 무단양도 및 전대계약 자체는 유효하다. 임대인의 동의는 대항요건이다. 따라서 양수인은 임대인에 대한 관계에서는 불법점유가 되며, 임대인에게 임차권의 취득을 주장하지 못한다. 임대인은 임대차를 해지하지 않는 한 양수인에게 부당이득·손해배상청구를 할 수 없다.
- 17) 임대인의 동의 있는 전대의 경우, 전차인은 임대인에 대해 직접 의무를 부담하나, 전차인이 직접 권리를 취득하는 것은 아니다(편면적 의무규정).
- 18) 적법한 전대차의 경우, 임대인과 임차인이 합의해지해도 전차인의 권리는 소멸하지 않는다. 전차인은 지상물매수청구권·부속물매수청구권을 갖는다.
- 19) 적법한 전대차의 경우, 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하여 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우, 전차인에 대해 그 사유의 통지 없이도 해지로서 대항할 수 있다.

제4장 민사특별법

I. 주택임대차보호법

- 1) 주거용건물(대지 포함)의 임대차(일시 사용·채권회수 목적 x)에 적용되며, 임차주택이 미등기·무허가 건물인 경우에도 적용된다.

- 2) 주택임차인이 법인인 경우에는 주택임대차보호법이 적용되지 않는다. 저소득층의 무주택자에게 주거생활안정을 목적으로 전세임대주택을 지원하는 법인, 중소기업인 경우에는 적용된다.
- 3) 대항력: 임차인이 주택의 인도와 주민등록(전입신고 및 행정청의 수리)을 마친 때에는 그 다음날부터 임차주택(대지 x)의 양수인(경락인 O/양도담보권자 x)이 임대인의 지위를 승계하여 보증금을 반환할 의무를 부담한다.
- 4) 주민등록 직권말소 후 「주민등록법」 소정의 이의절차에 의하여 재등록이 이루어진 경우, 기존의 주택임차권의 대항력은 소급하여 유지된다.
- 5) 임차인이 전대를 한 경우, 전차인이 점유를 하고 주민등록을 갖춘 경우에는 임차인이 대항력을 취득한다.
- 6) 공동주택(아파트, 연립, 다세대)은 지번뿐 아니라 동·호수까지 정확히 기재하여야 하나, 다가구용 단독주택은 지번만 기재하는 것으로 충분하다.
- 7) 자기명의로 주택을 매도하면서 동시에 그 주택을 임차하는 경우, 대항력은 매수인 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 다음날부터 효력이 생긴다.
- 8) 甲이 丙회사 소유 임대아파트의 임차인인 乙로부터 아파트를 임차하여 전입신고를 마치고 거주하던 중, 乙이 丙회사로부터 위 아파트를 분양받아 자기명의로 소유권이전등기를 경료한 경우, 甲은 乙 명의의 소유권이전등기가 경료되는 즉시 대항력을 취득한다.
- 9) 임차인이 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계를 벗어날 수 있으며, 그러한 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금반환채무는 소멸하지 않는다.
- 10) 최선순위 저당권설정일보다 늦게 대항력을 갖춘 임차인은 경매시 경락인에게 대항하지 못한다.
- 11) 주택임대차보호법상 임차인과 최선순위 전세권자로서의 지위를 함께 가지고 있는 자가 임차인으로서 배당요구를 한 경우, 최선순위 전세권은 경매절차에서의 매각으로 소멸되지 않고 매수인에게 인수되는 것이다(별개).
- 12) 임차인이 강제경매를 신청하는 경우(임차권에 기한 경매신청 x), 반대채무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시요건으로 하지 않는다(주택 인도와 보증금 반환은 동시이행관계).
- 13) 임차인은 보증금 중 일정액(소액보증금)을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 경매개시결정등기 전에 대항요건을 갖추어야 한다(확정일자 x).
- 14) 임대차가 종료된 후(전 x) 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지(임대인 주소지 x)를 관할하는 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다(대항력·우선변제권의 취득·유지). 비용을 임대인에게 청구할 수 있다.

- 15) 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료된 주택을 그 이후에 임차한 임차인은 소액보증금의 최우선변제를 받을 권리가 없다.
- 16) 임차인은 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있다(차임과 보증금의 증액청구는 5% 초과×). 갱신되는 임대차의 존속기간은 2년으로 본다.
- 17) 임대인(직계존속·직계비속 포함)이 목적 주택에 실제 거주하려는 사유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우, 임차인이 입은 손해를 배상하여야 한다(손해배상액의 예정에 관한 합의).

II. 상가건물임대차보호법

1. 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법의 비교

구 분	주택임대차보호법	상가건물임대차보호법
적용범위	모든 주택(대지○)임대차(일시사용을 위한 임대차×, 주택의 마등기 전세○)	① 대통령령이 정하는 보증금액 이하 (서울: 9억 원)의 사업자등록의 대상이 되는 상가건물의 임대차 *환산보증금=보증금+(차임×100) ② 예외적 적용: 대항력, 계약갱신요구권, 권리금, 차임연체에 의한 해지
대항요건	주택의 인도와 주민등록(전입신고+수리)	상가건물의 인도와 사업자등록신청
대항력	전입신고 다음날 0시부터	사업자등록신청 다음날 0시부터
우선변제권	대항력과 확정일자	대항력과 확정일자(세무서장)
소액보증금 최우선변제	주택가액의 1/2 범위 내에서 대통령령으로 정한 금액	건물가액의 1/2 범위 내에서 대통령령으로 정한 금액
최단기간	2년(임차인은 2년 미만 주장○)	1년(임차인은 1년 미만 주장○)
계약갱신 요구권	1회, 2년 거절: 2합중대, 실제 거주	최초 임대차기간을 포함하여 10년까지 임차인의 계약갱신요구권 인정
법정갱신과 임차인의 해지통고	○ (2년 의제, 해지통고-3개월) (임차인○, 임대인×)	○ (1년 의제, 해지통고-3개월) (임차인○, 임대인×)
차임 등의 증액청구제한	1/20(5%) 초과제한(조례), 증액 후 1년 이내 증액제한	5/100(5%) 초과제한(제1급감영병에 의한 감액 후 증액), 증액 후 1년 이내 증액 제한

월차임 전환시 산정률 제한	연 1할(10%) 또는 기준금리+2% 중 낮은 비율 초과×	연 1할2푼(12%) 또는 기준금리×4.5 중 낮은 초과×
권리금 보호	×	○

- 1) 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있는 경우: 임차인이 3기(2기×)의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우, 서로 합의(일방적×)하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우, 임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실(경과실×)로 파손한 경우, 목적 건물의 전부 또는 대부분(일부×)을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
- 2) 임차인의 갱신요구권에 관하여 전체 임대차기간을 10년으로 제한하는 규정은 법정갱신에 대하여는 적용되지 아니한다.
- 3) 임차인에게 계약갱신요구에 대한 거절사유(3합중대)가 있는 경우, 임대인은 권리금회수의 기회를 보장할 필요가 없다.
- 4) 임차인이 주선한 신규임차인으로 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절할 수 있는 경우: 자력이 없는, 의무위반 우려, 1년6개월 이상, 권리금 지급
- 5) 손해배상청구권(낮은 금액)은 임대차가 종료한 날(방해가 있는 날×)부터 3년 이내에 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

III. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

- 1) 구분소유가 성립하기 위해서는 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라, 구분행위가 있어야 한다. 구분건물이 객관적·물리적으로 완성되면 아직 그 건물이 집합건축물대장에 등록되거나 구분건물로서 등기부에 등기되지 않았더라도 그 시점에서 구분소유가 성립한다.
- 2) 대지사용권은 전유부분의 처분에 따른다(예: 저당권의 효력, 압류). 즉 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없는 것이 원칙이다(규약으로 달리 정할 수 있다).
- 3) 공용부분의 변경에 관한 사항은 관리단집회에서 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상의 결의로써 결정한다.
- 4) 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의(=구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수)로써 결정한다. 다만, 보존행위는 각 공유자가 할 수 있다.
- 5) 아파트의 전 입주자가 체납한 관리비는 공용부분(전유부분×)에 관한 관리비에 한해서는 그 특별승계인에게 승계된다. 이 때 연체료는 승계되지 않는다.

- 6) 구분소유자가 10인 이상이면 관리인을 선임하여야 한다. 관리인은 구분소유자일 필요가 없다.
- 7) 관리단에는 규약으로 정하는 바에 따라 관리위원회를 둘 수 있다. 관리위원회의 위원은 구분소유자 중에서 관리단 집회의 결의에 의하여 선출한다.
- 8) 규약의 설정, 변경 및 폐지는 구분소유자 및 의결권의 각 $\frac{3}{4}$ 이상의 찬성이 있어야 한다.
- 9) 관리단 집회는 구분소유자 전원의 동의가 있으면 소집절차를 생략할 수 있다.
- 10) 재건축의 결의(구분소유자 및 의결권의 각 $\frac{4}{5}$ 이상의 찬성)는 하나의 단지 내에 있는 여러 동 전부건물을 일괄하여 재건축하고자 하는 경우에도 개개의 각 건물마다 있어야 한다.

IV. 가등기담보 등에 관한 법률

- 1) 소비대차(공사대금·매매대금 x)로 인한 대물변제예약, 가등기나 소유권이전등기의 경우에 적용한다(동산 양도담보 x).
- 2) 예약당시 담보목적물의 가액(선순위 근저당권의 피담보채권액을 공제)이 피담보채권액을 초과하는 경우에 한하여 적용한다.
- 3) 가등기담보권자는 사적실행으로서 권리취득에 의한 실행(귀속청산○, 처분청산 x)이나 공적실행으로서 경매(처분청산, 가등기담보권을 저당권으로 봄)에 의한 실행을 선택할 수 있다.
- 4) 변제기 후 청산금의 평가액(통지 당시의 목적부동산의 평가액 - 피담보채권액 - 선순위담보권자의 채권액)을 채무자, 물상보증인, 제3취득자 등 모두에게 통지를 하여야 한다.
- 5) 청산금이 없는 경우에도 실행통지는 하여야 한다.
- 6) 채권자가 나름대로 평가한 청산금의 액수가 객관적인 청산금의 평가액에 미치지 못한 경우에도 담보권실행의 통지로서의 효력이나 청산기간의 진행은 효력이 있다. 채권자는 그가 통지한 청산금의 액에 대하여 다룰 수 없다.
- 7) 실행통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2개월이 경과하면 가등기담보권자는 청산금을 지급하고 소유권이전등기를 함으로써 소유권을 취득할 수 있다(동시이행관계○).
- 8) 후순위 권리자는 청산기간 내에 변제기 도래 전이라도 경매를 청구할 수 있다. 이 경우 가등기담보권자의 귀속청산은 중단되며 그 경매절차에서 배당참가를 할 수 있을 뿐이다.
- 9) 가등기담보법을 위반하여 본등기를 한 경우에는 무효이고, 다만 가등기권리자가 정당한 청산금을 지급한 경우에는 유효한 등기가 될 수 있다.

10) 사용·수익권은 청산절차 종료 전에는 담보설정자에게 있다.

V. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률

- 1) 구분소유적 공유관계: 내부관계에 있어서는 특정부분에 한하여 소유권을 취득하고, 외부관계에서는 1필지 전체에 관하여 공유관계가 성립되므로 제3자의 방해행위가 있는 경우에는 자기의 구분소유 부분뿐 아니라 전체토지에 대하여 공유물의 보존행위로서 그 배제를 구할 수 있다.
- 2) 구분소유적 공유관계: 특정부분에 대한 명의신탁해지(공유물분할청구×)를 원인으로 한 지분이전등기절차의 이행만을 구하면 될 것이다(동시이행관계○).
- 3) 종중·배우자(법률혼○, 사실혼×)·종교단체의 명의신탁 등기는 유효하다. 사실혼 배우자는 혼인한 때로부터(소급×) 유효하게 된다.
- 4) 종중의 명의신탁에서, 명의신탁자는 언제든지 명의신탁을 해지하고 소유권에 기하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다(소멸시효×). 제3자에 대한 물권적 청구권: 신탁자는 수탁자를 대위(직접×)하여 행사할 수 있다.
- 4) 명의신탁약정은 무효(해지×)이며, 부동산에 관한 물권변동 역시 무효로 한다. 명의신탁약정 및 부동산물권변동의 무효는 제3자(선의·악의 불문)에게 대항하지 못한다.
- 5) 중간생략형 명의신탁에서, 명의신탁약정 및 수탁자명의의 등기도 모두 무효이다. 따라서 소유권은 매도인에게 남아 있으므로 수탁자에게 등기말소청구를 할 수 있다. 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로, 서로 부동산·매매대금의 반환을 청구할 수는 없고, 신탁자는 등기하기 위해서 매도인을 대위(직접×)하여 수탁자명의의 등기를 말소한 후, 소유권이전등기를 하여야 한다.
- 6) 계약명의신탁에서, 매도인이 명의신탁약정에 관하여 선의(악의×)인 경우에는 수탁자명의의 등기는 유효하다(경매에서는 악의라도 유효). 따라서 수탁자가 반사적으로 소유권을 취득한다. 명의신탁약정은 무효이므로 신탁자는 수탁자에게 매수자금만을 부당이득반환을 청구할 수 있다.