공인중개사 1



법제처
찾기 쉬운 생활법령

이 정보는 2026년 10월 15일 기준으로 작성된 것입니다.

찾기 쉬운 생활법령은 국민이 실생활에 필요한 법령을 쉽게 찾아보고 이해할 수 있도록 관련 법령정보를 국민의 생활중심으로 재분류하여 제공하고 있습니다. 따라서 제공된 법령정보는 법적 효력을 갖는 유권해석(결정, 판단)의 근거가 되지 않고, 각종 신고, 불복 청구 등의 증거자료로서의 효력은 없습니다. 구체적인 법령에 대한 질의는 담당기관이나 국민 신문고에 문의하시기 바랍니다.

공공데이터 정책에 따라 '찾기 쉬운 생활법령'에서 제공하는 생활법령은 누구에게나 개방되어 있으며, 영리 목적의 이용을 포함하여 자유로운 활용이 보장됩니다. 이 경우 출처가 법제처 찾기 쉬운 생활법령(http://www.easylaw.go.kr)임을 명시해 주시고, 단순 인용이 아닌 영리목적의 이용이거나 자료의 상당 부분을 이용하는 경우에는 해당 사항을 법제처 법제정보담당관(044-200-6900)으로 통지하여 주시기 바랍니다.

※ 다만, '찾기 쉬운 생활법령'에서 제공하는 생활법령 중 제3자가 저작권을 갖는 저작물의 경우에는 원 저작자의 저작권 정책 및 「저작권법」에 따릅니다.

찾기 쉬운 생활법령에서 제공하는 자료를 위조 · 변조하거나 생활법령에 포함된 제3자의 저작권을 침해하는 경우에는 관련 법령(「저작권법」 제136조부터 제138조까지)에 따라 처벌을 받을 수 있으니 유의하시기 바랍니다.

[공인중개사 1]

"공인중개사"란 「공인중개사법」에 따른 공인중개사 시험에 합격하여 자격을 취득한 사람을 말합니다. 공인중개사 업무를 하려면 관할 관청에 중개사무소 개설등록을 해야 합니다. 공인중개사 업무를 수행할 경우에는 「민법」의 총칙과 부동산에 관한 물권법 및 계약법 등에 관한 법령 지식과, 「주택임대차보호법」, 「상가건물 임대차보호법」, 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」, 「가등기담보 등에 관한 법률」, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에 대한 법령지식을 필요로 합니다.

공인중개사 1 1
1. 공인중개사 자격 4
1.1. 공인중개사 자격 취득 4
1.1.1. 공인중개사 개요 4
1.1.2. 공인중개사 자격시험 정보 4
2. 민법(총칙) 7
2.1. 법률행위와 의사표시 7
2.1.1. 법률행위 등 7
2.1.2. 의사표시 14
2.2. 법률행위의 대리 17
2.2.1. 대리 일반론 17
2.2.2. 복대리와 무권대리 20
2.3. 법률행위의 무효·취소와 부관 23
2.3.1. 법률행위의 무효와 취소 24
2.3.2. 조건과 기한 26
3. 민법(물권) 30
3.1. 물권과 물권의 변동 30
3.1.1. 물권 일반론 30
3.1.2. 물권의 변동 31
3.1.3. 부동산물권 등의 변동 39
3.2. 점유권 44
3.2.1. 점유권 44
3.3. 소유권 50
3.3.1. 소유권 일반론 50
3.3.2. 소유권의 취득 55
3.3.3. 물권적청구권과 공동소유 61
3.4. 용익물권 66
3.4.1. 지상권 66
3.4.2. 지역권 71
3.4.3. 전세권 75
3.5. 담보물권 79
3.5.1. 유치권 79
3.5.2. 저당권 82
4. 민법(계약) 90
4.1. 계약 총칙 90
4.1.1. 계약의 성립과 효력 90
4.1.2. 계약의 해제와 해지 94
4.2. 매매, 교환 및 임대차 99
4.2.1. 매매 99
4.2.2. 교환 105
4.2.3. 임대차 106
5. 민사특별법 116
5.1. 주택 및 상가건물 임대차 보호법 116
5.1.1. 주택임대차보호법 116
5.1.2. 상가건물 임대차보호법 122
5.2. 집합건물법, 가등기담보법 및 부동산실명법 127
5.2.1. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 127
5.2.2. 가등기담보 등에 관한 법률 134
5.2.3. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 138

1. 공인중개사 자격

1.1. 공인중개사 자격 취득

1.1.1. 공인중개사 개요

공인중개사 기본정보

공인중개사의 개념

▪ “공인중개사”란 「공인중개사법」에 따른 공인중개사 자격을 취득한 사람을 말합니다(「공인중개사법」 제2조제2호).

▪ 공인중개사가 되려는 사람은 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격해야 합니다(「공인중개사법」 제4조제1항).

공인중개사의 중개업무 범위

▪ 공인중개사는 다음의 중개대상물에 대해 거래당사자간의 매매·교환·임대차나 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선합니다(「공인중개사법」 제2조제1호, 제3조 및 「공인중개사법 시행령」 제2조).

- 토지
- 건축물 그 밖의 토지의 정착물
- 「입목에 관한 법률」에 따른 입목
- 「공장 및 광업재단 저당법」에 따른 공장재단 및 광업재단

중개업을 위한 중개사무소 개설등록

▪ 중개업(다른 사람의 의뢰에 따라 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 것)을 영위하려는 자는 중개사무소(법인의 경우에는 주된 중개사무소를 말함)를 두려는 지역을 관할하는 시장(구가 설치되지 않은 시의 시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말함)·군수 또는 구청장에게 중개사무소의 개설등록을 해야 합니다(「공인중개사법」 제2조제3호 및 제9조제1항).

> **※ 개업 공인중개사가 아닌 변호사의 중개업 가능 여부**
>
> ▪ 甲(갑) 주식회사의 설립·운영자로서 변호사인 피고인이 개업공인중개사가 아님에도 ‘甲(갑) 부동산’이라는 명칭으로 개설한 甲(갑) 회사의 인터넷사이트(홈페이지) 및 블로그, 페이스북을 통하여 부동산 거래를 알선하고 일정한 보수를 받는 등 중개사무소의 개설등록 없이 중개업을 영위하고, 그 과정에서 공인중개사무소, 부동산중개와 유사한 명칭을 사용하고, 위 인터넷사이트에 특정 지역의 매매, 전세 및 월세 등 거래 대상 부동산 총 801개에 대한 정보를 게시하는 방법으로 중개대상물에 대한 표시·광고를 하였다고 하여 「공인중개사법」 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 부동산 거래와 관련하여 법률자문 등 일부 법률사무를 수행하기는 하였으나, 반면 이에 수반된 중개행위를 하고 실질적으로 그 대가에 해당하는 일부 보수를 지급받음으로써 중개사무소 개설등록 없이 중개업을 하였고, ‘甲(갑) 부동산’이라는 명칭으로 인터넷사이트 등을 개설·운영한 것은 일반인으로 하여금 피고인이 공인중개사사무소를 운영하거나 부동산중개를 하는 공인중개사인 것으로 오인하도록 할 위험성이 있어 「공인중개사법」 제18조 제2항에서 금지하는 ‘공인중개사사무소, 부동산중개 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 행위’에 해당하며, 중개업을 영위하면서 특정 지역의 부동산들에 대한 정보를 위 인터넷사이트에 게시한 행위는 「공인중개사법」 제18조의2제2항에서 금지하는 ‘개업공인중개사 아닌 자의 중개대상물 표시·광고 행위’에 해당한다고 합니다(서울고법 2017. 12. 13. 선고 2016노3746 판결).

1.1.2. 공인중개사 자격시험 정보

공인중개사 자격시험

응시제한

▪ 다음의 어느 하나에 해당하는 사람은 공인중개사 자격시험에 응시할 수 없습니다(「공인중개사법」 제4조의3, 제6조, 제35조제1항, 「공인중개사법 시행규칙」 제2조 및 별지 제1호서식).

▸ 시험부정행위 처분에 따른 시험응시자격 제한기간(5년)이 시험시행일 전일까지 경과되지 않은 사람

▸ 다음의 사유로 공인중개사 자격이 취소된 후 3년이 경과되지 않은 사람

√ 부정한 방법으로 공인중개사의 자격을 취득한 경우

√ 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하여 중개업무를 하게 하거나 공인중개사자격증을 양도 또는 대여한 경우

√ 자격정지처분을 받고 그 자격정지기간 중에 중개업무를 행한 경우(다른 개업공인중개사의 소속공인중개사·중개보조원 또는 법인인 개업공인중개사의 사원·임원이 되는 경우를 포함)

√ 「공인중개사법」 또는 공인중개사의 직무와 관련하여 「형법」 제114조, 제231조, 제234조, 제347조, 제355조 또는 제356조를 위반하여 금고 이상의 형(집행유예 포함)을 선고받은 경우

▸ 이미 자격을 취득한 사람

시험과목

▪ 제1차 시험 및 제2차 시험의 시험과목은 다음과 같습니다(「공인중개사법 시행령」 제6조 및 별표 1).

구분	시험과목
제1차 시험	▪ 부동산학개론(부동산감정평가론을 포함) ▪ 「민법」(총칙 중 법률행위, 질권을 제외한 물권법, 계약법 중 총칙·매매·교환·임대차) 및 민사특별법 중 부동산 중개에 관련되는 규정
제2차 시험	▪ 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법령(「공인중개사법」, 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」) 및 중개실무 ▪ 부동산공법(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」·「건축법」·「도시개발법」·「도시 및 주거환경정비법」·「주택법」·「농지법」) 중 부동산 중개에 관련되는 규정 ▪ 부동산공시에 관한 법령(「부동산등기법」, 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2장제4절 및 제3장) 및 부동산 관련 세법

합격기준

구분	합격기준
제1차 시험	▪ 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상 득점한 자(「공인중개사법 시행령」 제10조제1항).
제2차 시험	▪ 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상 득점한 자(「공인중개사법 시행령」 제10조제2항 본문). ※ 다만, 시험시행기관장이 공인중개사의 수급상 필요하다고 인정하여 심의위원회의 의결을 거쳐 선발예정인원을 미리 공고한 경우에는 매과목 40점 이상인 자 중에서 선발예정인원의 범위 안에서 전과목 총득점의 고득점자순으로 합격자를 결정합니다(「공인중개사법 시행령」 제10조제2항 단서).

※ 제1차 시험과 제2차 시험을 동시에 시행하는 경우에는 제1차 시험에 불합격한 자의 제2차 시험은 무효로 합니다(「공인중개사법 시행령」 제5조제3항).

※ 그 밖에 시험방법, 시험일정, 응시료, 자격시험 통계 등 공인중개사 자격시험에 대한 자세한 내용은 『한국산업인력공단, Q-Net 홈페이지』에서 확인하시기 바랍니다.

2. 민법(총칙)

2.1. 법률행위와 의사표시

2.1.1. 법률행위 등

민법의 의의

민법의 개념

▪ “민법”이란 사인(私人)간의 법률관계를 규율하는 사법(私法)의 일반법을 말합니다(『법률구조공단, 법률용어사전』 참조).

민법의 법원(法源)

▪ 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법(慣習法)에 따르고 관습법이 없으면 조리(條理)에 따릅니다(「민법」 제1조).

법률관계와 권리의 변동

법률관계의 개념

▪ “법률관계”란 법에 의하여 규율되는 관계를 말합니다. 법은 사람과 사람간의 관계를 권리와 의무의 관계로 규율하므로 법률관계는 권리·의무의 관계로 나타납니다(『국가법령정보센터-법령용어사전-법률관계』 참조).

권리의 변동

▪ “권리의 변동(變動)”이란 법률관계의 변동을 말합니다. 법률관계의 변동이 일어나려면 일정한 법률요건이 갖추어져야 합니다. 법률요건이 갖추어졌을 때 이루어지는 법률관계의 변동, 즉 권리의 변동에는 ① 권리의 발생, ② 권리의 변경, ③ 권리의 소멸이 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
권리의 발생	▪ 절대적 발생(원시취득) : 종전에 없던 권리가 새로 생기는 것(예: 시효취득, 선의취득, 무주물의 선점) ▪ 상대적 발생(승계취득) : 타인이 가지고 있던 기존의 권리를 다른 사람이 승계받아 취득하는 것으로 설정적 승계와 이전적 승계가 있음 √ 설정적 승계: 소유자로부터 전세권이나 저당권을 설정받는 경우와 같이 이전 권리자의 권리 일부만을 승계받는 것 √ 이전적 승계: 매매나 상속 등과 같이 이전 권리자의 권리를 그대로 승계받는 것으로, 특정승계와 포괄승계로 구분 ① 특정승계: 권리의 개별적 취득원인에 의하여 개개의 권리를 취득하는 것(예: 매매에 의한 소유권취득) ② 포괄승계: 이전 권리자의 모든 권리를 취득하는 것(예: 상속, 포괄유증, 회사의 합병)
권리의 변경	▪ 권리의 동일성을 유지하면서 권리의 주체, 내용 또는 권리의 작용이 변하는 것
권리의 소멸	▪ 절대적 소멸: 기존의 권리가 완전히 없어지는 것(예: 권리의 포기, 화재로 인한 건물의 소멸 등) ▪ 상대적 소멸: 매매나 증여 등으로 소유권이 타인에게로 이전하여 상실하는 것

법률요건과 법률사실

▪ “법률요건(法律要件)”이란 권리·의무의 변동을 위한 조건을 말합니다. 예를 들어, 매매는 ‘당사자의 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약속하고, 상대방이 이에 대하여 대금의 지급을 약속하는 것’에 따라 성립하는

법률요건이며(「민법」 제563조), 또 불법행위는 '고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 입히는 것'에 따라 성립하는 법률요건입니다(「민법」 제750조). 여기서 '고의' 또는 '과실'이라는 개개의 조건을 법률사실(法律事實)이라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

<table>
<tr><th>구분</th><th colspan="3">법률요건의 분류</th></tr>
<tr><td rowspan="3">행위</td><td rowspan="2">▪ 적법행위</td><td>법률행위</td><td>단독행위, 계약, 합동행위</td></tr>
<tr><td>준법률행위</td><td>의사의 통지(채무이행의 최고), 관념의 통지, 감정의 표시</td></tr>
<tr><td>사실행위</td><td>사무관리, 무주물선점, 가공 등</td></tr>
<tr><td colspan="3">▪ 위법행위: 채무불이행, 불법행위</td></tr>
<tr><td>심리상태</td><td colspan="3">▪ 관념적 상태: 선의, 악의 등
▪ 의사적 상태: 소유의사 등</td></tr>
<tr><td>사건</td><td colspan="3">▪ 시간의 경과, 출생, 사망, 물건의 멸실 등</td></tr>
</table>

법률행위

법률행위의 개념

▪ "법률행위"란 일정한 효과의 발생을 목적으로 하고 불가결한 요소로 하는 법률요건을 말합니다. 이러한 법률행위를 통해 권리의 발생, 변경, 소멸과 같은 구체적인 법률효과가 발생합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

법률행위의 종류

<table>
<tr><th colspan="2">구분</th><th>내용</th><th>예</th></tr>
<tr><td rowspan="3">1</td><td>단독행위</td><td>▪ 법률행위의 요소가 되는 의사표시가 일방적인 의사로 구성되는 행위</td><td>계약의 취소, 계약의 해제, 추인, 채무의 면제</td></tr>
<tr><td>계약</td><td>▪ 서로 다른 두 개 이상의 의사표시(청약·승낙)가 서로 반대되는 방향으로 합쳐져 하나의 법률요건이 되는 것</td><td>증여, 매매, 교환, 임대차 등</td></tr>
<tr><td>합동행위</td><td>▪ 평행적·구심적으로 방향을 같이 하는 두 개 이상의 의사표시가 합치하여 성립하는 법률행위</td><td>사단법인의 설립행위</td></tr>
</table>

2	요식(要式)행위	▪ 법률행위의 형식에 대하여 법률에 특히 정함이 있는 것	혼인, 유언 등
	불요식행위	▪ 법률행위의 형식에 대하여 법률에 특별한 정함이 없는 것	대부분의 재산관련 법률행위
3	생전 행위	▪ 법률행위의 효력이 행위자의 사망과는 관계없는 법률행위	매매, 임대차 계약 등
	사후(또는 사인) 행위	▪ 행위자의 사망으로 그 효력이 생기는 법률행위	유언, 사인증여 등
4	채권행위	▪ 행위 당사자 사이에 채권, 채무 관계를 발생시키는 법률행위	교환, 증여, 매매 등
	물권행위	▪ 물권변동을 목적으로 하는 의사표시를 요소로 하는 법률행위	소유권이전의 합의, 지상권 설정계약 등
	준물권행위	▪ 물권 이외의 권리의 변동을 직접 발생시키는 법률행위	채권의 양도, 채무의 면제 등
5	출연행위	▪ 자기의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가시키는 행위 ※ 출연행위는 자기의 출연에 대응하여 상대방의 출연을 목적으로 하는지의 여부에 따라 유상행위·무상행위, 출연의 목적인 원인을 행위의 조건이나 내용으로 하는지의 여부에 따라 유인행위(有因行爲)·무인행위(無因行爲)로 구분	재단법인에 대한 증여나 유증 등(임대차는 유상행위이며, 증여는 무상행위임)
	비출연행위	▪ 자기의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가시키지 않는 행위	

6	주(主)된 행위	▪ 법률행위가 유효하게 성립하기 위해 다른 법률행위의 전제가 되는 행위	매매계약
	종(從)된 행위	▪ 법률행위가 유효하게 성립하기 위해 다른 법률행위의 존재를 전제로 하는 행위	매매계약을 위한 계약금 계약

<출처: 『국가법령정보센터, 법령용어사전』 및 『법률구조공단, 법률용어사전』 참조>

법률행위의 요건

▪ 법률행위의 요건은 크게 ① 성립요건과 ② 효력요건으로 나눌 수 있습니다. 일단 성립요건을 갖추어 적법하게 성립한 법률행위가 유효한 효력을 가지려면 별도의 효력요건을 갖추어야 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분		내용
성립요건	일반적 성립요건	▪ ① 당사자, ② 법률행위의 목적, ③ 의사표시의 존재
	특별 성립요건	▪ ① 일정한 방식, ② 요물성 등
효력요건	일반적 효력요건	▪ ① 당사자가 권리능력·의사능력·행위능력을 가질 것, ② 법률행위의 목적이 확정성·가능성·적법성·사회적 타당성을 가질 것(「민법」 제103조 및 제104조), ③ 의사표시에 관하여 의사와 표시가 일치하고 의사표시에 하자가 없을 것(「민법」 제107조부터 제110조까지)
	특별 효력요건	▪ ① 대리행위에서 대리권의 존재(「민법」 제114조부터 제136조까지 참조), ② 조건부·기한부 법률행위에서 조건의 성취와 기한의 도래(「민법」 제147조부터 제154조까지 참조), ③ 유언에서 유언자의 사망(「민법」 제1073조) 등

법률행위의 목적

▪ 법률행위가 그 효력을 발생하기 위해서는 법률행위의 목적이 ① 확정성, ② 가능성, ③ 적법성 및 ④ 사회적 타당성을 가져야 합니다(『법률구조공단, 법률용어사전』 및 『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	요건
확정성	▪ 법률행위가 유효하려면 법률행위의 목적을 확정할 수 있어야 합니다. 법률행위의 목적은 반드시 법률행위 당시에 확정되어 있을 필요는 없으며, 사후에라도 구체적으로 확정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 됩니다(대법원 1993.6.8. 선고 92다49447 판결). 확정되거나 확정할 수 없는 법률행위는 무효로 됩니다.

가능성	▪ 법률행위가 그 효력을 발생하기 위해서는 법률행위의 목적이 실현가능해야 하며, 불능인 경우에는 법률행위가 무효로 됩니다. ▪ 법률행위의 목적의 불능 여부는 사회관념에 따라 정해지므로, 예를 들어 한강에 가라앉은 보석 한 알을 찾는 계약과 같이 물리적으로 가능하다 하더라도 사회관념상 불가능한 경우 그 법률행위는 무효입니다. ▪ 법률행위의 불능은 ① 법률행위의 성립 당시 이미 그 목적의 실현이 불가능하게 된 원시적 불능과, 법률행위의 성립 당시에는 가능하였으나 이행 전에 불가능하게 된 후발적 불능, ② 법률행위의 목적 전부가 불능인 전부불능과, 일부만 불능인 일부불능, ③ 법률상의 이유에 따른 불능인 법률적 불능과, 자연적·물리적 이유에 의한 불능인 사실적 불능 등으로 구분됩니다.
적법성	**▪ 법률행위의 목적은 강행규정에 위반되지 않아야 하며, 강행규정에 위반한 행위는 무효입니다. 강행규정은 당사자의 의사에 관계없이 언제나 적용되는 규정이며, 이를 판단하는 기준은 특별히 정해 놓은 것은 없고 각 규정의 입법목적과 성질 등을 고려하여 정합니다.** **▪ 단속규정: 행정상 단속을 필요로 하는 행위에 대하여 일정한 금지·제한을 가하거나 또는 어떤 행위에 조건을 붙이도록 하는 규정을 말합니다. 단속규정은 일반적으로 위반행위자에게 징계, 과태료 등의 벌칙이 내려지는 것은 별론으로 하고 행위자체의 효력은 유효하다고 봅니다(국세청, 『법률용어사전』 참조).** **▪ 탈법행위: 강행규정 자체를 정면으로 위반하면 당연히 무효이지만 강행규정을 간접적으로 위반하는 경우, 즉 강행규정을 직접 위반하지는 않지만 회피수단을 통하여 강행규정을 위반하는 결과를 실질적으로 실현하는 행위를 말합니다.** **※ 탈법행위에 해당한다고 한 사례** **▪ 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 강행법규인 구 국유재산법(1976. 12. 31. 법률 제2950호로 개정되기 전의 것) 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효입니다. 그리고 나아가 같은 법이 거래안전의 보호 등을 위하여 그 무효로 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 아니한 이상, 그 무효는 원칙적으로 누구에 대하여서나 주장할 수 있습니다. 그러므로 그 규정들에 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위 또한 당연무효입니다(대법원 1997.6.27. 선고 97다9529 판결).**

사회적 타당성	▪ 선량한 풍속이나 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 합니다(「민법」 제103조). 이 때 법률행위가 무효인지 여부는 그 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단합니다(대법원 2015.7.23. 선고 2015다200111 판결). ※ 반사회질서 법률행위에 해당하여 무효인 경우 ▪ 처음부터 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 체결한 생명보험계약(대법원 2000.2.11. 선고 99다49064 판결). ▪ 수사기관에서 참고인으로서 허위진술을 해주는 대가로 작성된 각서(대법원 2001.4.24. 선고 2000다71999 판결). ▪ 금전소비대차계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 그 이율이 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정해진 경우 그 초과부분의 이자약정(대법원 2007.2.15. 선고 2004다50426 판결). ※ 반사회질서 법률행위에 해당하지 않는 경우 ▪ 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 경우(대법원 2002.12.27. 선고 2000다47361 판결) ▪ 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재한 경우(대법원 2007.6.14. 선고 2007다3285 판결) ▪ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 한 경우(대법원 2004.5.28. 선고 2003다70041 판결) ▪ 불공정한 법률행위(폭리행위): 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 합니다(「민법」 제104조). ※ 불공정한 법률행위의 성립요건 및 '궁박'과 '무경험'의 의미 ▪ 「민법」 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것 입니다. 이는 약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데에 그 목적이 있고, 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분합니다. 여기에서 '궁박'이라 함은 '급박한 곤궁'을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있습니다. 그리고 '무경험'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 뜻합니다. 이때, 당사자가 궁박 또는 무경험의 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 합니다. 한편, 피해 당사자가 궁박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 불공정 법률행위는 성립하지 않습니다(대법원 2002.10.22. 선고 2002다38927 판결). ※ 대리인에 의하여 이루어진 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부의 판단 기준이 되는 사람 ▪ 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 궁박은 본인의 입장에서 판단하여야 합니다(대법원 2002.10.22. 선고 2002다38927 판결).

2.1.2. 의사표시

의사표시의 의의

의사표시의 개념

▪ “의사표시”란 일정한 법률효과를 발생시키려는 의사를 외부로 표시하는 것으로, 법률행위의 본질적 구성부분을 말합니다. 의사표시는 일정한 법률효과의 발생을 원하는 내심의 의사와 외부에 표시하는 행위로 분리할 수 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 법률행위가 유효하려면 의사표시에 관하여 의사와 표시가 일치하고 의사표시에 하자가 없어야 합니다(「민법」 제107조부터 제110조까지 참조).

흠 있는 의사표시

진의 아닌 의사표시(비진의 표시)

▪ “진의 아닌 의사표시”란 농담이나 거짓말과 같이 표의자가 진의와 다른 의사표시를 스스로 알면서 하는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

> ※ **비진의 표시에 해당한다고 한 사례**
>
> ▪ 사직의사가 없는 사기업의 근로자가 사용자의 지시에 좇아 일괄하여 사직서를 작성하여 제출한 경우, 제출할 당시 그 사직서에 기하여 의원면직처리 될지 모른다는 점을 인식하였다고 하더라도 이것만으로 그의 내심에 사직의 의사가 있는 것이라고 할 수 없다고 할 것입니다(대법원 1991.7.12. 선고 90다11554 판결).
>
> ※ **비진의 표시에 해당하지 않는다고 한 사례**
>
> ▪ 학교법인이 사립학교법상의 제한규정 때문에 그 학교의 교직원들인 소외인들의 명의를 빌려서 피고로부터 금원을 차용한 경우에 피고 역시 그러한 사정을 알고 있었다고 하더라도 위 소외인들의 의사는 위 금전의 대차에 관하여 그들이 주채무자로서 채무를 부담하겠다는 뜻이라고 해석함이 상당하므로 이를 진의 아닌 의사표시라고 볼 수 없습니다(대법원 1980.7.8. 선고 80다639 판결).
>
> ▪ 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도 진의 아닌 의사표시에 관한 「민법」 제107조는 그 성질상 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 준용되지 아니하므로 그 의사가 외부에 표시된 이상 그 의사는 표시된 대로 효력을 발합니다(대법원 1997.12.12. 선고 97누13962 판결).

▪ 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있습니다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 합니다. 이러한 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못합니다(「민법」 제107조제1항 및 제2항).

▪ 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있습니다(대법원 1992.5.22. 선고 92다2295 판결).

통정한 허위의 의사표시(통정허위표시)

▪ “통정한 허위의 의사표시”란 표의자가 상대방과 통정(通情)하여 행한 진의와 다른 의사표시를 말합니다. 허위표시는 통정허위표시·가장행위(假裝行爲)라고도 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

> ※ **통정허위표시에 해당한다고 한 사례**

▪ 동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성받았습니다. 이 경우 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자입니다. 그러므로 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위입니다(대법원 2001.5.29. 선고 2001다11765 판결).

※ 통정허위표시에 해당하지 않는다고 한 사례

▪ 제3자가 은행을 직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명·날인하였다면 제3자는 자신이 당해 소비대차계약의 주채무자임을 은행에 대하여 표시한 셈입니다. 그리고 제3자는 은행이 정한 동일인에 대한 여신한도 제한을 회피하여 타인으로 하여금 제3자 명의로 대출을 받아 이를 사용하도록 할 의도가 있었다거나 그 원리금을 타인의 부담으로 상환하기로 했습니다. 그렇다 하더라도, 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 어렵습니다(대법원 1998.9.4. 선고 98다17909 판결).

▪ 상대방과 통정한 허위의 표시는 무효로 합니다. 다만, 이러한 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못합니다(「민법」 제108조제1항 및 제2항).

※ 선의의 제3자에 해당한다고 본 사례

▪ 가장매매의 매수인으로부터 목적부동산을 다시 매수한 자(대법원 1960.2.4. 선고 4291민상636 판결)

▪ 가장 매매예약에 기하여 가등기 및 그에 기한 본등기를 한 자로부터 목적부동산을 매수한 자(대법원 1996.4.26. 선고 94다12074 판결)

▪ 가장전세권자의 전세권부 채권을 가압류한 자(대법원 2013.2.15. 선고 2012다49292 판결)

▪ 가장양수인으로부터 저당권을 설정받은 자(대법원 2008.3.13. 선고 2006다29372 판결)

▪ 가장행위에 기한 근저당권부 채권을 압류한 자(대법원 2004.5.28. 선고 2003다70041 판결)

▪ 임대차보증금반환채권이 양도된 후 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았는데 임대차보증금반환채권 양도계약이 허위표시로서 무효인 경우, 그 채권자(대법원 2014.4.10. 선고 2013다59753 판결)

▪ 이 경우 제3자의 선의 또는 악의의 주장·증명책임은 제3자의 악의를 주장하는 자가 증명해야 합니다(대법원 2006.3.10. 선고 2002다1321 판결).

착오로 인한 의사표시

▪ "착오"란 표의자가 진의와 다르다는 것을 알지 못하고 한 의사표시를 말합니다. 착오는 다음과 같이 분류합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
① 동기의 착오	▪ 머지 않아 철도가 부설될 것으로 오해하여 토지를 고가로 매수한 경우와 같이 의사표시를 하게 된 동기에 착오가 있는 경우 ※ 동기는 의사표시의 내용이 아니므로 원칙적으로 동기의 착오를 이유로 의사표시를 취소할 수 없지만, 동기가 표시되고 「민법」 제109조의 요건을 갖추면 취소 가능(대법원 1998.2.10. 선고 97다44737 판결). 또한 착오가 상대방으로부터 유발되었거나 제공된 경우에는 동기의 착오라도 중요부분의 착오로서 취소 가능(대법원 1992.2.25. 선고 91다38419 판결 등)
② 내용의 착오	▪ 보증채무와 연대채무를 같은 것으로 오해하여 연대채무자가 되는 것을 승낙한 경우, 파운드와 달러를 같은 가치로 오해하여 100파운드로 매수할 것을 승낙한 경우 등 행위의 의미를 잘못 알고 한 경우
③ 표시의 착오	▪ 10만원이라고 기재해야 할 것을 무심히 100만원이라고 잘못 기재한 경우, 부동산거래계약서에 서명·날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명·날인한 경우로서 오기(誤記)·오담(誤談)의 형태
④ 표시기관의 착오	▪ 전보에 의하여 의사표시를 하는 경우나 전신기사의 잘못으로 표의자가 한 것과는 상이한 것이 전하여진 것과 같은 경우. 표시기관의 착오는 표시의 착오와 같은 것으로 판단함

▪ 착오로 인한 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있습니다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못합니다. 다만, 이러한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게는 대항하지 못합니다(「민법」 제109조).

※ 중요부분의 착오에 해당한다고 한 사례

▪ 신원보증서류에 서명날인 한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우(대법원 2005.5.27. 선고 2004다43824 판결)

▪ 근저당권설정계약에 있어서 채무자의 동일성에 착오가 있는 경우(대법원 1995.12.22. 선고 95다37087 판결)

▪ 상대방의 거래상황 확인서를 믿고 제3자를 신용있는 기업으로 착각하여 대출에 대한 신용보증을 해 준 경우(대법원 1996.7.26. 선고 94다25964 판결)

※ 중요부분의 착오에 해당하지 않는다고 한 사례

▪ 부동산 매매에 있어서 시가에 관한 착오(대법원 1992.10.23. 선고 92다29337 판결)

※ 중대한 과실이 있다고 한 사례

▪ 공장을 경영하기 위해 건물을 임차하면서 그 건물에 공장시설이 가능한지 알아보지 않은 경우(대법원 1992.11.24.

선고 92다25830 판결)

▪ 공장설립을 위한 토지를 매수하면서 그 토지상에 공장을 건축할 수 있는지 여부를 관할 관청에 알아보지 않은 경우(대법원 1993.6.29. 선고 92다38881 판결)

사기·강박에 의한 의사표시

▪ 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있습니다(「민법」 제110조제1항).

▪ 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있습니다(「민법」 제110조제2항).

※ 다만, 강박에 의해 자유로운 의사결정의 여지가 완전히 박탈되어 그 외형만 갖춘 의사표시나 법률행위는 무효입니다(대법원 2003.5.13. 선고 2002다73708 판결).

▪ 이러한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못합니다(「민법」 제110조제3항).

※ 사기 또는 강박에 의한 의사표시로 판단한 사례

▪ 아파트를 분양하면서 단지 인근에 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실을 알리지 않은 경우(대법원 2006.10.12. 선고 2004다48515 판결), 공동묘지가 조성되어 있는 사실을 알리지 않은 경우(대법원 2007.6.1. 선고 2005다5812 판결)

▪ 정상가격을 할인 판매된 가격으로 표시한 백화점의 변칙세일 행위(대법원 1993.8.13. 선고 92다52665 판결)

※ 사기 또는 강박에 의한 의사표시로 판단하지 않은 사례

▪ 교환계약의 당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 묵비하여 상대방에게 고지하지 아니하거나 혹은 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지한 경우(대법원 2002.9.4. 선고 2000다54406 판결)

▪ 사기 강박으로 계약을 체결한 경우, 피해자는 그 계약을 취소하지 않고 그 제3자에게 불법행위책임에 따른 책임을 물을 수 있습니다(대법원 2007.4.12. 선고 2004다62641 판결).

의사표시의 효력발생

의사표시의 효력발생시기(도달주의 원칙)

▪ 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생깁니다(「민법」 제111조제1항).

▪ 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 않습니다(「민법」 제111조제2항).

제한능력자에 대한 의사표시의 효력

▪ 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 의사표시자는 그 의사표시로써 대항할 수 없습니다. 다만, 그 상대방의 법정대리인이 의사표시가 도달한 사실을 안 후에는 그렇지 않습니다(「민법」 제112조).

의사표시의 공시송달

▪ 표의자가 과실없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있습니다(「민법」 제113조).

2.2. 법률행위의 대리

2.2.1. 대리 일반론

대리제도의 의의

대리의 개념

▪ “대리”란 대리인 자신이 하는 법률행위가 본인을 위하여 하는 것임을 표시하여(현명주의), 대리인이 하는 법률행위의 효과가 직접 본인에게 귀속하는 법률제도를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구별개념

▪ 대리와 유사한 개념에는 사자(使者)와 간접대리(間接代理)가 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

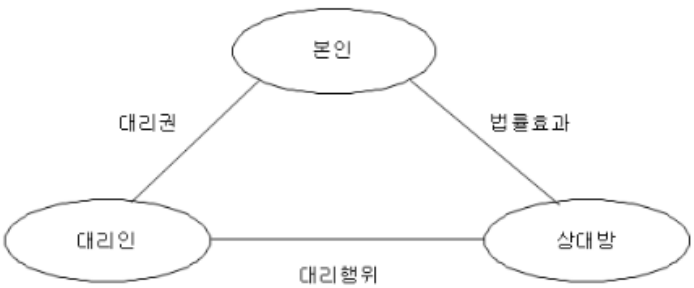
구분	내용
사자(使者)	▪ 사자는 단순히 ① 완성한 의사표시를 전달하는 자(예: 편지를 전달하는 자), ② 타인이 결정한 의사를 상대방에게 표시하여 그 의사표시를 완성시키는 자 등을 말합니다. 대리의 의사표시는 대리인 자신의 의사표시임에 반하여, 사자의 의사는 본인이 결정하고 사자는 이를 표시하는 기관에 불과하다는 점에 차이가 있습니다.
간접대리	▪ “간접대리”란 타인의 계산(計算)하에 자기의 명의로 행하는 행위를 말합니다(예: 위탁매매인, 중매인 등의 행위). 간접대리의 효과는 일단 행위자에게 귀속하고 그 다음에 본인에게 귀속되기 때문에 경제적인 작용은 대리와 비슷하지만 행위자와 그 법률효과의 귀속이 분리되지 않은 점에서 대리와 차이가 있습니다.

대리와 친하지 않은 행위

▪ 법률행위 중에는 성질상 본인 스스로 해야만 하는 것이 있습니다. 예컨대, 혼인·입양·유언 등은 대리에 친하지 않은 행위이므로 대리행위로 할 수 없습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

대리의 3면관계

▪ 대리관계는 아래와 같이 ① 본인과 대리인(대리권), ② 대리인과 상대방(대리행위), ③ 상대방과 본인(법률효과)의 3면관계로 이루어져 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).



대리권

대리권의 개념

▪ “대리권”이란 대리인이 될 수 있는 지위나 자격을 말합니다. 대리는 대리인이 한 행위의 효과가 직접 본인에게 귀속하므로 대리인에게는 대리권이 필요합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

대리권의 발생원인

▪ 대리권은 법정대리에서는 법률의 규정으로, 임의대리에서는 위임 등 본인의 대리권수여(代理權授與)로 발생합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
법정대리	▪ 본인의 자유의사에 의하지 않고, 법률의 규정이나 법원의 선임으로 대리인을 두도록 규정하고 있는 경우를 말합니다[예: 지정후견인(「민법」 제931조) 등].
임의대리	▪ 본인의 의사에 따라 대리권을 수여(이를 '수권행위'라 함)하여 대리인을 두는 경우를 말합니다. 수권행위는 기초적 내부관계를 발생시키는 법률행위(예: 위임, 고용 등)와 별개의 독립된 행위입니다(대법원 1962.5.24.선고 4294민상251·252).

대리권의 범위

▪ 법정대리권의 범위는 법률의 규정의 해석으로, 임의대리권은 수권행위의 해석에 의해 결정됩니다. 이러한 수권행위의 해석에 의하여도 대리권의 범위가 명확하지 않은 경우 권한을 정하지 않은 대리인은 다음의 행위만을 할 수 있습니다(「민법」 제118조 참조).

- 보존행위
- 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 않는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위

대리권의 제한

▪ 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못합니다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있습니다(「민법」 제124조).

▪ 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리합니다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제119조).

대리권의 소멸

▪ 대리권은 다음의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸합니다(「민법」 제127조).

- 본인의 사망
- 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산

▪ 법률행위에 따라 수여된 대리권은 위의 대리권의 소멸 사유 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 따라 소멸합니다. 법률관계의 종료전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같습니다(「민법」 제128조).

대리행위

현명주의

▪ 대리인이 그 권한내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생깁니다(「민법」 제114조제1항).

▪ 위의 규정은 대리인에게 대한 제3자의 의사표시에 준용하므로, 수동대리에서는 상대방이 본인에 대한 의사표시임을 표시하여야 합니다(「민법」 제114조제2항).

현명하지 않은 대리행위의 효력

▪ 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 때에는 그 의사표시는 대리인 자기를 위한 것으로 봅니다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에게 효력이 생깁니다(「민법」 제115조).

대리행위의 하자

▪ 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정합니다(「민법」 제116조제1항).

▪ 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못합니다(「민법」 제116조제2항).

대리인의 능력

▪ 대리인은 행위능력자임을 요하지 않습니다(「민법」 제117조). 이에 따라 제한능력자라도 법정대리인의 동의 없이도 타인의 대리인이 될 수 있으며, 대리인이 제한능력자라는 이유로 본인은 그 대리행위를 취소할 수 없습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

대리의 효과(법률효과)

대리행위의 효력

▪ 대리인이 대리행위에 기하여 행한 법률행위의 효과는 직접 본인에게 발생합니다(「민법」 제114조 참조).

▪ 따라서 계약상 채무의 불이행을 이유로 계약이 상대방 당사자에 의하여 유효하게 해제되었다면, 해제로 인한 원상회복의무는 대리인이 아니라 계약의 당사자인 본인이 부담합니다(대법원 2011.8.18. 선고 2011다30871 판결).

2.2.2. 복대리와 무권대리

복대리

복대리의 개념

▪ “복대리”란 대리인이 대리권의 범위에 속하는 행위를 할 수 있도록 대리인 자신의 이름으로(즉, 대리인의 권한으로) 선임한 본인의 대리인을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 대리인이 복대리인을 선임할 수 있는 권한을 복임권(複任權)이라 하고, 그 선임행위를 복임행위라 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

대리인의 복임권과 책임

구분	내용
임의대리인의 복임권	▪ 임의대리의 경우 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못합니다(「민법」 제120조). ▪ 이에 따라 대리인이 복대리인을 선임한 때에는 본인에게 대하여 그 선임감독에 관한 책임이 있습니다(「민법」 제121조제1항). ▪ 그러나 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없습니다(「민법」 제121조제2항).
법정대리인의 복임권	▪ 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있습니다. 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 임의대리인과 마찬가지로 선임·감독에 대한 책임만 집니다(「민법」 제122조).

복대리인의 권한

▪ 복대리인은 본인의 대리인이므로 본인의 이름으로 대리행위를 하고, 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있습니다(「민법」 제123조).

복대리권의 소멸

▪ 복대리권은 대리권의 일반적 소멸원인(본인의 사망, 대리인의 사망이나 성년후견의 개시 또는 파산, 「민법」 제127조), 그 원인된 법률관계의 종료(「민법」 제128조 전단), 복임행위에 대한 대리인의 철회(「민법」 제128조 후단) 등에 의하여 소멸합니다.

무권대리

무권대리의 개념

▪ "무권대리"란 대리행위의 다른 요건은 갖추고 있지만 대리권만이 없는 행위를 말합니다. 그 중에서 대리권이 없음에도 불구하고 대리권이 있는 것 같은 외관을 보이는 경우 상대방의 보호를 위해 특별히 대리권이 있는 행위로 보아 본인에게 효과를 귀속시키는 것을 ① 표현대리(表見代理)라고 하고, 그러한 표현대리의 요건조차도 갖추지 못한 것을 ② 협의의 무권대리라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

표현대리

▪ 「민법」에서는 표현대리로서 ① 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리(「민법」 제125조), ② 권한을 넘은 표현대리(「민법」 제126조), ③ 대리권소멸후의 표현대리(「민법」 제129조)의 세 가지를 규정하고 있습니다.

구분	내용
① 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리	▪ 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위내에서 행한 그 타인과 그 제삼자간의 법률행위에 대하여 책임이 있습니다. 그러나 제3자가 대리권없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제125조). ▪ 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며(대법원 1983.12.13.선고 83다카1489 판결), 상대방이 표현대리를 주장하려면 무권대리인과 표현대리에 해당하는 무권대리행위를 특정하여 주장하여야 합니다(대법원 1984.7.24. 선고 83다카1819 판결).
② 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 있습니다(「민법」 제126조). ▪ 권한을 넘은 표현대리의 기본대리권은 대리행위와 같은 종류의 행위에 관한 것일 필요가 없고(대법원 1978.3.28. 선고 78다282 판결), 권한을 넘은 표현대리의 기본대리권에는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 포함되며(대법원 1998.3.27. 선고 97다48982 판결), 정당한 이유에 대한 증명책임은 상대방에게 있습니다(대법원 1968.6.18. 선고 68다694 판결).
③ 대리권소멸후의 표현대리	▪ 대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못합니다. 그러나 제3자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제129조). ▪ 따라서 처음부터 대리권이 없었던 경우에는 「민법」 제129조의 표현대리가 성립할 수 없습니다(대법원 1984.10.10. 선고 84다카780 판결)

협의의 무권대리

▪ 무권대리 중에서 표현대리가 아닌 경우를 협의의 무권대리라고 합니다. 협의의 무권대리는 대리행위가 계약인가 단독행위인가에 따라 차이가 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 계약의 무권대리

구분	내용
① 본인에 대한 효과	▪ 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 않으면 본인에 대하여 효력이 없습니다(「민법」 제130조). ▪ 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 않으면 그 상대방에 대항하지 못합니다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제132조). ▪ 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생깁니다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못합니다(「민법」 제133조). ▪ 무권대리인이 본인을 단독 상속한 경우, 무권대리인은 본인의 지위에서 추인거절권을 행사할 수 없습니다(대법원 1994.9.27. 선고 94다20617 판결).
② 상대방에 대한 효과	▪ 상대방의 최고권: 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있으며, 본인이 그 기간내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 봅니다(「민법」 제131조). ▪ 상대방의 철회권: 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있습니다. 그러나 계약당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제134조).
③ 상대방에 대한 무권대리인의 책임	▪ 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있습니다(「민법」 제135조제1항). ▪ 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임을 부담하지 않습니다(「민법」 제135조제2항).

▪ 단독행위의 무권대리

▹ 단독행위에는 그 행위당시에 상대방이 대리인이라 칭하는 자의 대리권없는 행위에 동의하거나 그 대리권을 다투지 아니한 때에 한하여 위의 계약의 무권대리 규정(「민법」 제130조부터 제135조까지)이 준용됩니다. 대리권 없는 자에 대하여 그 동의를 얻어 단독행위를 한 때에도 같습니다(「민법」 제136조).

2.3. 법률행위의 무효·취소와 부관

2.3.1. 법률행위의 무효와 취소

법률행위의 무효

무효의 개념

▪ “무효”란 법률행위가 성립한 때부터 법률상 당연히 효력이 없는 것으로 확정된 것을 말합니다. 따라서 당사자가 의도한 법률상의 효과는 발생하지 않습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 무효의 취소의 차이(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조)

구분	무효	취소
효력	처음부터 효력이 없음	취소 전에는 일단 유효함
주장할 수 있는 자	누구라도 무효를 주장할 수 있음	취소권자가 취소할 수 있음
주장기간	제한 없음	일정 기간이 경과하면 취소권 소멸
예	▪ 불공정한 법률행위(「민법」 제104조) ▪ 불법조건이 붙은 법률행위(「민법」 제151조제1항)	▪ 사기, 강박에 의한 의사표시(「민법」 제110조제1항) ▪ 착오로 인한 의사표시(「민법」 제109조)

법률행위의 일부무효

▪ 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 합니다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않습니다(「민법」 제137조).

무효행위의 전환

▪ 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가집니다(「민법」 제138조).

> **※ 무효행위의 전환에 관한 사례**
>
> ▪ 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 「민법」 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 「민법」 제138조가 적용될 수 있습니다. 따라서 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립합니다(대법원 2010.7.15. 선고 2009다50308 판결).

무효행위의 추인

▪ 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 않습니다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 봅니다(「민법」 제139조).

> **※ 무효행위 추인에 관한 사례**
>
> ▪ 무효등기의 유용에 관한 합의 내지 추인은 묵시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 묵시적 합의 내지 추인을 인정하려면 무효등기 사실을 알면서 장기간 이의를 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유용할 의사(중략)...가

있어야 합니다(대법원 2007.1.11. 선고 2006다50055 판결).

법률행위의 취소

취소의 개념

▪ "취소"란 일단 유효하게 성립한 법률행위의 효력을 제한(무)능력이나 의사표시의 결함을 이유로 취소권자가 그 효력을 소멸시키는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

취소권자

▪ 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있습니다(「민법」 제140조).

취소의 상대방

▪ 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 확정한 경우에는 그 취소는 그 상대방에 대한 의사표시로 해야 합니다(「민법」 제142조).

취소의 효과

▪ 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 봅니다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환(償還)할 책임이 있습니다(「민법」 제141조).

※ 미성년자의 신용카드 이용계약 취소

▪ 미성년자가 신용카드 발행인과 사이에 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드 거래를 하다가 신용카드 이용계약을 취소하는 경우 미성년자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있습니다. 그러나 신용카드 이용계약이 취소됨에도 불구하고 신용카드 회원과 해당 가맹점 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 신용카드 이용계약 취소와 무관하게 유효하게 존속합니다. 그리고 신용카드 발행인이 가맹점들에 대하여 그 신용카드 사용대금을 지급한 것은 신용카드 이용계약과는 별개로 신용카드 발행인과 가맹점 사이에 체결된 가맹점 계약에 따른 것으로서 유효합니다. 따라서 신용카드 발행인이 가맹점에 신용카드 이용대금을 지급함으로써 신용카드 회원은 자신의 가맹점에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받는 이익을 얻었습니다(이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정됨)(대법원 2005.4.15. 선고 2003다60297 판결).

취소할 수 있는 법률행위의 추인

▪ 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 추인할 수 있고 추인 후에는 취소하지 못합니다(「민법」 제143조제1항).

▪ 이러한 추인의 방법은 취소의 방법과 같으므로, 상대방에 대한 의사표시로 해야 합니다(「민법」 제143조제2항).

▪ 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있습니다. 다만, 법정대리인 또는 후견인이 추인하는 경우에는 이를 적용하지 않습니다(「민법」 제144조).

법정추인

▪ 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 추인할 수 있는 후(즉, 취소의 원인이 소멸된 후)에 다음의 사유가 있으면 추인한 것으로 봅니다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제145조).

- 전부나 일부의 이행

- 이행의 청구
- 경개
- 담보의 제공
- 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도
- 강제집행

취소권의 단기소멸

▪ 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사해야 합니다(「민법」 제146조).

▪ "추인할 수 있는 날"이란 취소의 원인이 종료되어 취소권 행사에 관한 장애가 없어져서 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고 취소할 수도 있는 상태가 된 때를 말합니다(대법원 1998.11.27. 선고 98다7421 판결).

▪ 이 때의 '3년'이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 제척기간이 도과했는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려해야 할 사항입니다(대법원 1996.9.20. 선고 96다25371 판결).

2.3.2. 조건과 기한

조건

조건의 개념

▪ "조건"이란 장래에 어떤 사실이 일어나는지에 따라 법률행위의 효력이 발생하거나 소멸하는 법률행위의 부관을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

조건의 종류(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조)

구분		내용
정지조건과 해제조건	정지조건	▪ 조건성취로 법률행위의 효력이 생겨 불확실한 상태를 '정지'시키는 조건 ▪ 예: 취직을 하면 자동차를 사주겠다는 약정을 하는 경우
	해제조건	▪ 조건성취로 법률행위의 효력이 사라져 역시 불확실한 상태를 '해제'시키는 조건 ▪ 예: 며느리에게 차를 사주면서 이혼하면 차를 되돌려줄 것을 약정하는 경우
수의조건과 비수의조건	수의조건	▪ 조건의 성취가 당사자 일방의 자유의사에만 맡겨져 있는 조건 ▪ 예: '채무자가 원한다면 '이라는 조건을 붙인 경우
	비수의조건	▪ 조건의 성취가 당사자 일방의 자유의사에만 의존하지 않는 조건 ▪ 예: '내년에 홍수가 난다면'이라는 조건을 붙인 경우
가장조건	불법조건	▪ 선량한 풍속이나 기타 사회질서에 위반한 조건으로서, 불법조건이 붙어 있는 법률행위는 무효입니다(「민법」 제151조제1항).
	기성조건	▪ 법률행위 당시 이미 성취한 것인 조건으로서, 그 조건이 정지조건이면 조건없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효입니다(「민법」 제151조제2항).
	불능조건	▪ 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 조건으로서, 그 조건이 해제조건이면 조건없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효입니다(「민법」 제151조제3항).

조건과 친하지 않은 법률행위(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조)

구분	내용
신분행위	▪ 혼인, 입양, 인지, 상속의 승인·포기와 같은 친족법·상속법상의 행위에는 조건을 붙이지 못합니다.
단독행위	▪ 단독행위인 상계와 같은 형성권의 행사(「민법」 제493조제1항)에는 조건을 붙이지 못하는 것이 원칙입니다. 다만, 유증이나 채무의 면제와 같이 상대방의 동의가 있거나 상대방에게 이익만을 주는 단독행위에는 조건을 붙일 수 있습니다.
어음·수표행위	▪ 유통의 안전을 위해 어음·수표행위에는 조건을 붙이는 것이 허용되지 않습니다(「어음법」 제12조, 제26조, 「수표법」 제15조 및 제54조 참조).

조건의 성취와 불성취

▪ 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있습니다(「민법」 제150조제1항).

▪ 조건의 성취로 인하여 이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 때에는 상대방은 그 조건이 성취하지 않은 것으로 주장할 수 있습니다(「민법」 제150조제2항).

조건부 권리의 침해금지 및 처분 등

▪ 조건 있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못합니다(「민법」 제148조).

▪ 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있습니다(「민법」 제149조).

조건 성취의 효과

▪ 정지조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생기며, 해제조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃습니다(「민법」 제147조제1항 및 제2항).

▪ 다만, 당사자가 조건성취의 효력을 그 성취전에 소급하게 할 의사를 표시한 때에는 그 의사에 따릅니다(「민법」 제147조제3항).

기한

기한의 개념

▪ "기한"이란 법률행위 효력의 발생이나 소멸, 채무의 이행이 장래에 발생하는 것이 확실한 사실에 의존케 하는 '법률행위의 부관'을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 기한이 조건과 다른 점은 조건은 성취 여부가 불분명한 사실이지만, 기한은 반드시 도래하는 사실이라는 것입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

기한의 종류(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조)

구분		내용
1	확정기한 (確定期限)	▪ 언제 도래할 것인지 분명한 기한
	불확정기한 (不確定期限)	▪ 언제 도래할 것인지 분명하지 않은 기한
2	시기(始期)	▪ 법률행위의 효력이 발생하는 때와 채무를 이행하여야 하는 때를 말함.
	종기(終期)	▪ 법률행위의 효력이 소멸하는 기한(올해 말까지 매월 2만원씩 지급하는 뜻의 계약에서 '올해 말')

※ '조건'인지 '불확정기한'인지에 대한 구별

▪ 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 합니다(대법원 2003.8.19. 선고 2003다24215 판결).

기한부 법률행위의 효력

▪ 기한부 법률행위의 당사자는 기한의 도래 전에는 기한의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못하며, 기한부 권리도 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있습니다(「민법」 제154조, 제148조 및 제149조).

▪ 시기(始期)있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 생기며, 종기(終期)있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 잃습니다(「민법」 제152조).

기한의 이익

▪ 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정합니다(「민법」 제153조제1항).

▪ 기한의 이익은 포기할 수 있습니다. 그러나 상대방의 이익을 해하지 못합니다(「민법」 제153조제2항).

3. 민법(물권)

3.1. 물권과 물권의 변동

3.1.1. 물권 일반론

물권의 의의

물권의 개념

▪ “물권”이란 물건에 대한 배타적 지배권인 소유권, 지상권·지역권·전세권 등의 용익물권(用益物權), 유치권(留置權)·질권·저당권 등의 담보물권, 점유권을 총칭하는 개념을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

물권과 채권의 차이

▪ 물권은 채권과 같이 재산권의 하나이지만 일반적으로 다음의 점에서 채권과 다릅니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

물권	채권
▪ 물건을 직접, 즉 타인의 아무런 행위도 거치지 않고 지배할 수 있는 권리(배타성 있음)	▪ 어느 특정인(채권자－임차인)이 다른 특정인(채무자－임대인)에 대하여 일정한 행위(예 : 가옥을 인도하여 이용시키는 행위)를 청구할 수 있는 권리(배타성 없음)
▪ 물상청구권(物上請求權)으로 모든 사람에게 주장할 수 있음(절대성)	▪ 원칙적으로 특정인(채무자)에 대하여서만 주장할 수 있음(상대성)

일물일권주의(一物一權主義)

▪ “일물일권주의”란 물건 위에 1개의 물권이 성립하면 그 물건 위에 그와 양립할 수 없는 같은 내용의 물권이 성립할 수 없다는 원칙을 말합니다. 예컨대, 1필의 토지에 2 이상의 소유권은 존재할 수 없습니다. 만일, 이 경우 2 이상의 소유권을 존재하게 하려면 분필절차를 거쳐 1필의 토지를 나누어 각각의 토지에 별도로 등기를 하여야 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

물권의 종류

물권법정주의(物權法定主義)

▪ “물권법정주의”란 물권의 종류와 내용은 법률이 정하는 것으로 한정하고 당사자가 임의로 이와 다른 물권을 창설하지 못한다는 원칙을 말합니다. 계약자유의 원칙이 지배하는 채권과는 달리 물권은 물권법정주의의 범위 안에서만 사적자치를 허용합니다. 물권법정주의를 인정하는 이유는 어떤 물건에 어떤 권리(물권)가 있는지를 외부의 제3자가 예견할 수 있도록 하는 ‘공시제도’ 때문입니다. 즉, 물권의 종류와 내용이 법에 명시하여 있어야만 공시가 용이하여 거래의 안전을 꾀할 수 있기 때문입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 이에 관하여 우리 「민법」 제185조에서는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하고 있습니다(「민법」 제185조 참조).

▪ 여기서 ‘법률’은 형식적 의미의 법률, 즉 「민법」이나 기타 성문의 법률(예 : 「공장 및 광업재단 저당법」, 「입목에 관한 법률」 등)을 의미합니다. 「민법」에서 관습법으로 물권을 창설할 수 있도록 하는 것은 사회변화의 탄력성을 확보하기 위한 것으로, 현대사회의 복잡한 권리관계를 성문법에 명시한 몇 가지만으로 한정하기에는 무리가 있기 때문입니다. 물론 관습법상의 물권도 명인방법 등의 공시방법을 갖추어야

합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 이러한 물권법정주의에 관한 「민법」 제185조는강행규정이므로 이에 위반한 법률행위는 무효입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

물권의 종류

▪ 우리 「민법」에서는 점유권, 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 저당권의 8가지 물권을 규정하고 있습니다(「민법」 제2장부터 제9장까지 참조).

▪ 판례의 따라 인정된 관습법상의 물권에는 ① 분묘기지권(대법원 1982.1.26. 선고 81다1220 판결), ② 관습법상의 법정지상권(대법원 1984.9.11. 선고 83다카2245 판결)이 있습니다.

※ 그러나 온천에 관한 권리(온천권)(대법원 1970.5.26. 선고 69다1239 판결), 근린공원이용권(대법원 1996.5.23. 선고 94마2218 판결), 관습상의 통행권(사도통행권)(대법원 2002.2.26. 선고 2001다64165 판결)은 관습법상의 물권으로 인정하지 않습니다.

물권의 효력

우선적 효력과 물권적 청구권(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조)

구분	내용
우선적 효력	▪ 물권은 채권이나 다른 후순위물권에 우선한다는 효력을 말합니다. ▪ 소유권과 제한물권이 병존하는 경우 제한물권이 우선하며, 시간적으로 먼저 성립한 물권이 후에 성립한 물권에 우선하게 됩니다.
물권적 청구권	▪ 물권의 완전한 실현이 어떤 사정으로 방해받고 있는 경우에 방해자에게 물권의 완전실현을 청구할 수 있는 권리를 말합니다. 이때 방해자의 고의나 과실을 요건으로 하지 않습니다. 물권적청구권의 근거는 물권의 실효성, 즉 목적물에 대한 직접 지배권의 확보에 있습니다. ▪ 물권적청구권의 실정법적 근거는 먼저 점유권에 기한 점유보호청구권(「민법」 제204조부터 제206조까지) 및 소유권에 기한 물권적청구권(「민법」 제213조 및 제214조)에 있으며, 소유권에 관한 규정은 다른 제한물권에 준용됩니다. ▪ 물권적청구권에는 ① 목적물반환청구권, ② 목적물방해배제청구권, ③ 목적물방해예방청구권이 있습니다.

3.1.2. 물권의 변동

물권변동 일반론

물권변동의 의의

▪ “물권의 변동”이란 물권의 발생·변경·소멸을 통틀어서 일컫는 말입니다. 이를 물권의 주체를 중심으로 말한다면 물권의 득실변경이라 표현합니다(국세청, 『법률용어사전』 참조).

물권변동의 원인

▪ 물권의 변동은 법률행위에 따른 경우와 그 밖에 취득시효(「민법」 제245조), 상속(「민법」 제1005조), 무주물선점(「민법」 제252조), 유실물습득(「민법」 제253조), 매장물 발견(「민법」 제254조), 첨부(「민법」 제256조부터 제258조까지), 민법 외의 규정에 의한 공용징수, 몰수, 경매 등 법률의 규정에 따른 경우가 있으며 일정한 판결(「민법」 제187조)에 따른 경우도 있습니다(국세청, 『법률용어사전』 참조).

> ※ 법률행위 및 법률의 규정에 따른 부동산물권, 동산물권 등의 물권변동에 대한 자세한 내용은 이 콘텐츠의 <민법(물권) – 물권과 물권의 변동 – 부동산물권 등의 변동> 에서 확인할 수 있습니다.

공시의 원칙과 공신의 원칙(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
공시(公示)의 원칙	▪ “공시의 원칙”이란 물권의 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 어떤 표상, 즉 공시방법을 수반하여야 한다는 원칙을 말합니다. ▪ 이에 따라 「민법」은 동산에 관하여 인도(「민법」 제188조), 부동산에 관하여는 등기(「민법」 제186조)를 공시방법으로 인정하고 있고, 그 밖에는 판례에서 명인방법이라는 특별한 관습상의 공시방법을 인정하고 있습니다, ▪ 동산 및 부동산 거래에 대해서 이 원칙이 인정됩니다.
공신(公信)의 원칙	▪ “공신의 원칙”이란 공시방법을 신뢰해서 거래한 자가 있는 경우에 비록 그 공시가 진정한 권리관계가 아니더라도 공시한 그대로의 권리가 존재하는 것처럼 다루어 그 자의 신뢰를 보호하여야 한다는 원칙을 말합니다. ▪ 「민법」 제249조의 선의취득제도가 동산에 관한 공신의 원칙을 구현한 가장 대표적인 규정입니다. ▪ 부동산 거래에 대해서는 이 원칙을 인정하지 않습니다.

물권행위

물권행위의 의의

▪ “물권행위”란 물권 자체의 득실변경(발생·변경·소멸)을 직접 내용으로 하는 법률행위를 말합니다. 예를 들어 저당권을 설정하는 행위나, 토지의 소유권을 이전하는 행위가 이에 해당합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

물권행위의 독자성과 유인성·무인성(無因性)

▪ 물권행위는 그것만으로서 하는 경우는 드물고, 채권행위 등에 부수하는 것이 보통입니다. 이 때 물권행위가 그 원인이 되는 채권행위와 별개의 행위로 행하여지는가가 문제가 되는데, 판례는 물권행위의 독자성을 부정하여, 물권행위는 채권행위에 포함되어 있고 독립한 존재가 아니라고 봅니다(대법원 1977.5.24. 선고 75다1394 판결).

▪ 또한 채권계약이 해제되면 변동되었던 물권이 원상태로 복귀하는지가 문제되는데(유인성·무인성 문제), 판례는 계약이 해제되면 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다고 봅니다(대법원 1977.5.24. 선고 75다1394 판결).

부동산등기 일반론

등기의 의의

▪ “등기”란 국가기관(등기공무원)이 등기부라는 공적 장부에 부동산에 관한 권리관계를 기재하는 행위 또는 그 기재 자체를 말합니다. 그 절차나 방법은 원칙적으로 「부동산등기법」에서 규정하고 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

등기의 종류

▪ 등기는 그 내용, 효력, 방법에 따라 다음과 같이 분류할 수 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분		내용
내용에 따른 분류	기입등기	▪ 새로운 등기원인에 따라 어떤 사항을 새로 기입하는 등기
	경정등기	▪ 등기를 마친 후 그 등기에 착오(錯誤)나 빠진 부분이 있음을 발견하였을 경우 이를 바로 잡기 위해 하는 등기
	변경등기	▪ 기존의 등기 일부를 변경하는 등기
	말소등기	▪ 기존의 등기를 말소하는 등기
	회복등기	▪ 멸실된 등기를 다시 회복하는 등기
	멸실등기	▪ 부동산이 멸실된 경우 표제부의 기재를 말소하고 그 등기용지를 폐쇄하는 방법으로 행하여지는 등기
효력에 따른 분류	종국등기 또는 본등기(本登記)	▪ 등기 본래의 효력 즉 물권변동의 효력을 발생하게 하는 등기
	가등기(假登記)	▪ 본등기의 순위를 보전하는 등기
방법에 따른 분류	주등기 (主登記)	▪ 독립한 번호를 부여하는 등기
	부기등기 (附記登記)	▪ 독립된 순위번호를 갖지 않고 기존의 등기에 부기번호(附記番號)를 붙이는 등기

등기부와 대장

구분	내용
등기부	▪ “등기부”란 전산정보처리조직에 의하여 입력·처리된 등기정보자료를 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 편성한 것을 말하며(「부동산등기법」 제2조 제1호) 토지등기부(土地登記簿)와 건물등기부(建物登記簿)로 구분합니다(「부동산등기법」 제14조제1항). ▪ 등기부의 등기기록은 ① 표제부(토지나 건물의 표시와 그 변경에 관한 사항을 기록), ② 갑구(소유권에 관한 사항을 기록), ③ 을구(소유권 이외의 권리에 관한 사항을 기록)로 이루어져 있습니다(「부동산등기법」 제14조 및 제15조 참조).
대장 (臺帳)	▪ “대장”이란 부동산에 대한 과세나 징세 등을 위해 기재된 공적장부를 말합니다. ▪ 대장의 종류에는 ① 토지대장, ② 임야대장, ③ 건축물대장이 있습니다(「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2조제19호, 제71조 및 「건축법」 제38조 참조).

※ 부동산등기부와 대장(臺帳)상의 소유자에 관한 사항이 일치하지 않는 경우, 그 변경 또는 경정 절차

▪ 지적법과 부동산등기법에서 정한 규정들을 종합해서 살펴보면, 지적공부는 등기된 토지에 관해 토지소유자에 관한 사항을 증명하는 것은 아닙니다. 그래서 부동산등기부상의 소유자의 주소와 임야대장상의 소유자의 주소가 다른 경우에는 먼저 진정한 소유자의 신청에 의한 경정등기가 이루어져야 합니다. 그리고 그 다음에 경정등기가 이루어진 등기필증·등기부등본 또는 초본에 의하여 임야대장상의 등록사항 정정이 이루어져야 합니다. 등기된 부동산의 경우 지적공부가 직접 경정등기의 자료로 사용되는 것이 아니기 때문에 부동산 등기에 직접적으로 영향을 미치는 것이 아닙니다. 오히려 등기부에 먼저 소유자에 관한 사항이 변경 또는 경정된 후에 그에 따라 후속적으로 공부의 기재사항이 변경되어야 하는 것이고, 이러한 절차를 거쳐 부동산등기부와 대장상의 소유자에 관한 사항을 일치시키지 않으면 해당 부동산에 대하여 다른 등기를 신청할 수 없습니다(대법원 2003.11.13. 선고 2001다37910 판결).

등기절차

구분	내용
등기의 신청	▪ 등기는 원칙적으로 등기권리자(예 : 토지의 매수인)와 등기의무자(예 : 토지의 매도인)의 공동신청으로 이루어집니다(공동신청주의). 그러나 예외적으로 판결을 받은 자나 상속인 등은 단독으로 등기권리자가 될 수 있습니다(「부동산등기법」 제23조제1항, 제3항 및 제4항). ▪ 등기신청은 등기권리자·등기의무자의 대리인에 의해서도 할 수 있습니다(「부동산등기법」 제24조).
등기신청에 대한 심사	▪ 등기관은 실체법상의 권리관계와 일치하는지 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없으나 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건에 합당한지 여부를 심사할 형식적 심사권한을 갖습니다(대법원 2008.3.27. 선고 2006마920 판결).
등기의 실행	▪ 등기관이 등기를 마쳤을 때에는 신청인 등에게 그 사실을 알려야 합니다(「부동산등기법」 제30조).
등기관의 처분에 대한 이의	▪ 등기관의 결정 또는 처분에 이의가 있는 자는 그 결정 또는 처분을 한 등기관이 속한 지방법원에 이의신청을 할 수 있습니다(「부동산등기법」 제100조).

등기청구권

▪ “등기청구권(登記請求權)”이란 실체권리관계에 부합하는 진실한 권리를 가지고 있는 자가 현재의 등기명의인에게 등기의 변경을 청구할 수 있는 권리를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 등기청구권은 보통 등기권리자가 등기의무자를 상대로 등기에 협력하여 줄 것을 청구하는 형태로 나타나지만, 소유자로서의 민사책임이나 세금의 부담을 피하기 위해 등기의무자가 등기권리자를 상대로 행사하기도 하는데, 이를 등기인수청구권(登記引受請求權)이라 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

※ 등기청구권과 혼동하기 쉬운 것으로 ‘등기신청권’이라는 것이 있는데, 이는 국민이 등기관에게 등기를 신청할 수 있는 절차법상의 권리를 말합니다.

▪ 등기청구권의 발생원인과 법적 성질

구분	내용
법률행위에 의한 물권변동의 경우	▪ 예: 부동산매수인의 소유권이전등기청구권 ▪ 판례는 이러한 등기청구권은 채권행위에서 발생하며 채권적 청구권이라고 함(대법원 1976.11.6. 선고 76다148 판결) ▪ 부동산 매수인이 부동산을 인도받아 사용·수익하고 있는 한 매수인의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않으며, 보다 적극적인 권리행사의 일환으로 제3자에게 그 부동산을 처분하고 점유를 승계해준 경우에도 소멸시효가 진행하지 않습니다(대법원 1976.11.6. 선고 76다148 판결 및 대법원 1999.3.18. 선고 98다32175 판결).
실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우	▪ 예: A가 등기서류를 위조하여 B의 부동산에 대한 소유권이전등기를 한 경우, B의 A에 대한 등기말소청구권 ▪ 이러한 등기청구권에 대해 판례는 물권의 효력으로서 발생하는 물권적 청구권이라고 합니다(대법원 1982.7.27. 선고 80다2968 판결).
점유 취득시효의 경우	▪ 판례는 「민법」 제245조제1항에 따른 점유취득시효로 물권을 취득한 경우에 등기청구권을 채권적 청구권이라고 합니다(대법원 1996.3.8. 선고 95다34866 판결).

등기의 효력

구분	내용

본등기의 효력	▪ 권리변동적 효력: 등기관이 등기를 마친 경우 그 등기는 접수한 때부터 효력을 발생하며, 등기신청은 해당 부동산이 다른 부동산과 구별될 수 있게 하는 등기신청정보가 전산정보처리조직에 저장된 때 접수된 것으로 봅니다(「부동산등기법」 제6조 및 「부동산등기규칙」 제3조제1항). ▪ 대항적 효력: 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 저당권부채권에 대한 질권 등에 관하여 일정사항이 등기된 때에는 그것에 대해 제3자에게 대항할 수 있습니다(「부동산등기법」 제69조, 제70조, 제72조, 제75조 및 제76조 참조). ▪ 순위확정적 효력: 같은 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기한 순서에 따릅니다(「부동산등기법」 제4조). ▪ 추정적 효력: 부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체가 적법한 등기원인에 의해 등기가 이루어진 것으로 추정됩니다(대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결). ※ 등기의 추정력 관련 판례 ▪ 부동산에 등기가 경료되어 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 원인과 절차에서 적법하게 경료된 것으로 추정합니다(대법원 1995.4.28. 선고 94다23524 판결). ▪ 등기명의인이 등기원인행위의 모습이나 과정을 다소 다르게 주장한다고 하여 이로써 추정력이 깨어지는 것은 아닙니다(대법원 2000.3.10. 선고 99다65462 판결). ▪ 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기는 전 등기명의인뿐만 아니라 제3자에 대해서도 적법한 등기원인에 의해 소유권을 취득한 것으로 추정됩니다(대법원 2000.3.10. 선고 99다65462 판결). ▪ 부동산등기명의인이 매도인인 경우 그를 소유자로 믿고 그 부동산을 매수하여 점유하는 자는 특별한 사정이 없는 한 과실 없는 점유자에 해당합니다(대법원 1994.6.28. 선고 94다7829 판결).

가등기의 효력	▪ 청구권 보전의 효력: 가등기는 물권 또는 부동산임차권의 변동을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위한 것이므로 「부동산등기법」 상의 가등기는 위와 같은 청구권을 보전하기 위해서만 가능합니다(대법원 1982. 11. 23. 선고 81다카1110 판결). ▪ 순위보전의 효력: 가등기는 그 본등기 시에 본등기의 순위를 가등기의 순위에 의하도록 하는 순위보전적 효력만 있을 뿐이고, 가등기만으로는 아무런 실체법상 효력을 갖지 못합니다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다51285 판결). ※ 그러나, 「가등기담보 등에 관한 법률」에 따른 담보가등기의 경우에는 담보계약에 따라 이행이 이루어지지 않은 경우 경매를 청구할 수 있고, 강제경매 등이 개시된 경우에는 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있어 본등기와 동일한 실체법상의 효력을 가집니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제12조제1항 및 제13조).

물권의 소멸

물권의 공통적 소멸원인

구분	내용
목적물의 멸실	▪ 물건이 멸실하면 물권도 소멸합니다.
소멸시효	▪ 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성합니다(「민법」 제162조제2항).
물권의 포기	▪ 부동산 물권을 포기하려면 포기의 의사표시 외에 등기가 있어야 하고(대법원 1997.9.9. 선고 96다16896 판결 참조), 동산 물권을 포기하려면 포기의 의사표시 외에 점유의 포기도 있어야 합니다.
혼동(混同)	▪ 동일한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 동일한 사람에게 귀속한 때에는 다른 물권은 소멸합니다. 그러나 그 물권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 않습니다(「민법」 제191조제1항) ※ 판례는 이 경우 본인의 이익을 위해 그 제한물권을 존속시킬 필요가 있다고 인정되는 경우에도 제한물권이 소멸하지 않는다고 봅니다(대법원 2013.11.19. 선고 2012마745 판결). ▪ 제한물권과 '그 제한물권을 목적으로 하는 다른 제한물권'이 동일한 사람에게 귀속한 경우 '그 제한물권을 목적으로 하는 다른 제한물권'은 소멸합니다. 그러나 이 경우에도 그 물권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 않습니다(「민법」 제191조제2항 참조). ▪ 점유권이 본권과 동일인에게 귀속해도 점유권은 소멸하지 않습니다(「민법」 제191조제3항 참조).

3.1.3. 부동산물권 등의 변동

부동산물권의 변동

법률행위에 의한 부동산의 물권변동

▪ 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 **등기**하여야 그 효력이 생깁니다(「민법」 제186조).

▪ 등기의 유효요건

구분	내용

형식적 유효요건	▪ 등기공무원이 접수 후 등기필증까지 교부했다 하더라도 등기부에 기재되지 않았다면 권리가 변동되는 효력은 발생하지 않으므로(대법원 1972. 8. 22. 선고 72다1059 판결), 실제로 등기가 등기부에 기록되어 있어야 합니다. ▪ 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않습니다(대법원 1982.9.14. 선고 81다카923 판결). **※ 1부동산 1용지주의(2중등기의 문제)** **▪ 동일부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 비록 그 부동산의 매수인에 의하여 이루어진 경우에도 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 무효라고 해석해야 합니다(대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961 판결).**
실질적 유효요건	▪ 담보의 목적으로 부동산을 제공함에 있어 채권자 앞으로 가등기와 근저당권설정등기를 하기로 약정하였는데, 채권자 아닌 제3자 앞으로 소유권이전등기를 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그 등기는 무효입니다(대법원1980.3.11. 선고 80다49 판결).

실질적 유효요건	※ 중간생략등기의 문제 ▪ “중간생략등기”란 부동산물권이 최초의 양도인 A로부터 중간취득자 B에게, 중간취득자로부터 최종취득자 C에게 이전하여야 할 경우 그 중간취득자 B의 등기(중간등기)를 생략해서 최초의 양도인 A와 최종취득자 C 사이에 직접 이루어지는 등기를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조). ▪ 등기가 유효인 경우 √ 중간생략등기는 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위해 「부동산특별조치법」으로 등기하지 않고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 규정하고 있습니다. 그러나 이로써 순차 매도한 당사자 사이의 중간생략등기 합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니므로 중간생략등기는 유효한 등기가 됩니다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92다39112 판결). √ 최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 중간생략등기를 청구하기 위해서는 관계 당사자 전원의 의사합치가 필요하지만, 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 일단 중간생략등기가 이루어졌다면 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로는 중간생략등기가 무효라고 할 수는 없습니다(대법원 2005. 9. 29. 선고 2003다40651 판결). ▪ 등기가 무효인 경우 √ 토지거래허가구역 내의 토지가 토지거래허가 없이 소유자인 최초 매도인으로부터 중간 매수인에게, 다시 중간 매수인으로부터 최종 매수인에게 순차로 매도되었다면 각 매매계약의 당사자는 각각의 매매계약에 관해 토지거래허가를 받아야 합니다(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다33218 판결). √ 설사 최종 매수인이 자신과 최초 매도인을 매매 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권 이전등기를 경료했다고 하더라도 중간 매수인이 토지거래허가를 받지 못했다면 이는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효입니다(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다33218 판결).

등기를 요하지 않는 부동산 물권취득

▪ ① 상속, ② 공용징수, ③ 판결, ④ 경매 ⑤ 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 않습니다. 그러나 등기를 하지 않으면 이를 처분하지 못합니다(「민법」 제187조).

> **※ 등기를 요하지 않는 부동산물권 취득의 예**
>
> - 지상권을 상속으로 취득하는 경우
> - 건물전세권이 법정갱신되는 경우(「민법」 제312조제4항 참조)
> - 건물을 신축하여 소유권을 취득하는 경우(대법원 2002.4.26.선고 2000다16350 판결)

▪ 「민법」 제187조 단서가 등기 없이 취득한 부동산물권은 등기를 하지 않으면 이를 처분하지 못한다고 규정하고 있는 취지는, 같은 조 본문에 의하여 부동산물권을 등기 없이 취득하였더라도 그 권리자가 이를 법률행위에 의하여 처분하려면 미리 물권의 취득을 등기하고 그 후에 그 법률행위를 원인으로 하는 등기를 경료해야 한다는 당연한 원칙을 선언한 것에 불과합니다. 따라서 부동산물권을 등기 없이 취득한 자가, 자기 명의의 등기 없이 이를 처분한 경우 그 처분의 상대방은 부동산물권을 취득하지 못한다는 것일 뿐, 그 처분행위의 채권적 효력까지 부인되는 것은 아닙니다(대법원 1994.10.21. 선고 93다12176 판결).

동산물권의 변동

권리자로부터 취득하는 경우

▪ 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생깁니다(「민법」 제188조제1항).

▪ 그러나 「민법」은 보다 넓게 간이인도(簡易引渡. 「민법」 제188조), 점유개정(「민법」 제189조), 목적물반환청구권의 양도(「민법」 제190조)와 같이 의사표시만으로 하는 인도도 유효한 것으로 보고 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
간이인도	▪ 점유권의 양수인이 이미 물건을 직접 점유하고 있을 때에 현실인도 없이 점유이전의 의사만으로 인도가 끝난 것으로 하는 제도 ▪ 예: 乙(을)이 甲(갑)에게 빌린 자전거를 甲(갑)으로부터 소유권을 취득하는 경우에는 우선 甲(갑)에게 반환하였다가 다시 甲(갑)으로부터 이전을 받는다는 것은 번거로운 일이므로 실제로 물건을 인도하지 않고 甲(갑)과 乙(을)의 의사표시만으로 물건의 인도가 이루어진 것으로 하는 점유이전의 방법
점유개정	▪ 동산에 관한 물권을 인도하는 경우 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하면서도 양수인이 인도받은 것으로 하는 형태로 현실의 인도 없이 인도받은 것으로 보는 것(「민법」 제189조) ▪ 예: 만년필을 甲(갑)에게 판 乙(을)이 계속 그 만년필을 甲(갑)으로부터 빌리는 경우에는, 일단 만년필을 甲(갑)에게 이전한 후에 다시 甲(갑)으로부터 인도를 받는다는 것은 번거로운 일이므로 실제로 물건을 수수하지 않고 甲(갑)과 乙(을)의 의사표시만으로 이루어지는 간편한 인도의 방법
목적물반환청구권의 양도	▪ 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 보는 인도의 방법(「민법」 제190조)

무권리자로부터 취득하는 경우(선의취득)

▪ ① 평온, ② 공연하게 동산을 양수한 자가 ③ 선의이며 ④ 과실없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득합니다(「민법」 제249조)

※ 선의취득 관련 판례

▪ 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로서는 그 요건을 충족할 수 없습니다(대법원 1978.1.17. 선고 77다1872 판결).

▪ 「민법」 제249조의 동산 선의취득제도는 동산을 점유하는 자의 권리외관을 중시하여 이를 신뢰한 자의 소유권 취득을 인정하고 진정한 소유자의 추급을 방지함으로써 거래의 안전을 확보하기 위하여 법이 마련한 제도입니다. 그러므로, 위 법조 소정의 요건이 구비되어 동산을 선의취득한 자는 권리를 취득하는 반면 종전 소유자는 소유권을 상실하게 되는 법률효과가 법률의 규정에 의하여 발생됩니다. 따라서 선의취득자가 임의로 이와 같은 선의취득 효과를 거부하고 종전 소유자에게 동산을 반환받아 갈 것을 요구할 수 없습니다(대법원 1998.6.12. 선고 98다6800 판결).

▪ 「민법」 제249조가 규정하는 선의 무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여 지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진

> 때를 기준으로 해야 합니다(대법원 1991.3.22. 선고 91다70 판결).

▪ 도품과 유실물에 대한 특례

▹ 선의취득의 경우에 그 동산이 도품이나 유실물인 때에는 피해자 또는 유실자는 도난 또는 유실한 날로부터 2년내에 그 물건의 반환을 청구할 수 있습니다. 그러나 도품이나 유실물이 금전인 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제250조).

▹ 양수인이 도품 또는 유실물을 경매나 공개시장에서 또는 동종류의 물건을 판매하는 상인에게서 선의로 매수한 때에는 피해자 또는 유실자는 양수인이 지급한 대가를 변상하고 그 물건의 반환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제251조).

입목등기 및 명인방법에 의한 물권변동

입목에 관한 물권변동

▪ "입목"이란 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 「입목에 관한 법률」에 따라 소유권보존의 등기를 받은 것을 말합니다. 입목은 부동산으로 봅니다. 또한 입목의 소유자는 토지와 분리하여 입목을 양도하거나 저당권의 목적으로 할 수 있습니다(「입목에 관한 법률」 제2조제1호, 제3조제1항 및 제2항).

명인방법에 의한 물권변동

▪ "명인방법"이란 지상물을 토지로부터 분리하지 않은 채 토지의 소유권과는 별도로 그 자체를 독립해서 거래하는데 이용하는 공시방법으로, 제3자가 지상물의 소유권이 누구에게 있는지를 명백하게 알 수 있도록 하는 방법을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

※ 명인방법의 예: 곧 벌채할 목적으로 매수한 나무의 껍질을 벗겨서 먹이나 페인트로 소유자명을 쓰거나, 미분리과실인 경우 새끼를 두르고 표찰을 세워서 미분리과실을 매수한 것을 공시하는 방법

▪ 명인방법은 등기와 같이 복잡한 권리관계를 공시하는 정도의 높은 수단이 아니므로 저당권과 같은 담보물권의 공시방법으로는 이용하지 않는 것이 원칙이고, 이 방법으로 물권을 인정하는 것은 소유권에 한합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

3.2. 점유권

3.2.1. 점유권

점유권 일반론

점유의 의의

▪ "점유"란 물건에 대한 사실상의 지배를 말합니다(「민법」 제192조제1항 참조).

> **※ 물건에 대한 점유의 의미**
>
> ▪ "물건에 대한 점유"란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보이는 객관적 관계를 말하는 것으로서, 사실상의 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인 지배의 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단해야 합니다(대법원 1997.8.22. 선고 97다2665 판결).

점유보조자

▪ "점유보조자"란 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 자를 말합니다(「민법」 제195조 참조).

▪ 가사상, 영업상이나 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 그 타인만을 점유자로 합니다(「민법」 제195조). 이에 따라 점유보조자는 제3자에 대한 관계에서 점유권에 대한 효력이 인정되지 않으므로, 점유를 방해하고 있는 자에 대하여 점유방해배제 청구를 할 수 없습니다(대법원 1976.9.28. 선고 76다1588 판결).

간접점유

▪ "간접점유"란 점유자(간접점유자)와 물건 사이에 타인이 개재하여 그 타인(점유매개자)의 점유를 매개로 하여 하는 점유를 말합니다(예: 임대인의 점유)(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 간접점유자와 점유매개자 사이에 점유매개관계가 있어야 하는데, 「민법」 제194조에서는 점유매개관계를 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치나 기타의 관계라고 규정하고 있습니다(「민법」 제194조 참조).

▪ 간접점유자도 점유권을 갖습니다. 이에 따라 직접점유자가 그의 점유를 침탈당하거나 방해당하고 있는 경우에는 간접점유자도 점유보호청구권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제194조 및 제207조제1항 참조). 그러나 직접점유자가 임의로 점유를 타인에게 양도한 경우에는 점유이전이 간접점유자의 의사에 반하더라도 간접점유자의 점유가 침탈된 경우에 해당하지 않아 점유보호청구권을 행사할 수 없습니다(대법원 1993.3.9. 선고 92다5300 판결).

점유의 모습

구분	내용
자주점유와 타주점유	**▪ 소유의 의사를 가진 점유를 자주점유라 하고, 그렇지 않은 것을 타주점유라 합니다. 사람이 물건을 점유하고 있는 경우에도 소유의 의사 유무에 따라 자주점유와 타주점유로 구별됩니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).** **▪ 자주점유 여부의 판단: 점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정됩니다(대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 판결).** **▪ 자주점유의 추정과 입증책임: 점유자는 소유의 의사로 점유하는 것(자주점유)으로 추정됩니다(「민법」 제197조제1항). 따라서 점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 입증할 책임은 없고, 오히려 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 입증책임이 있습니다(대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 판결).** **▪ 자주점유 추정의 번복: 점유자가 성질상 소유의 의사가 없는 것으로 보이는 권원에 바탕을 두고 점유를 취득한 사실이 증명되었거나, 점유자가 타인의 소유권을 배제하여 자기의 소유물처럼 배타적 지배를 행사하는 의사를 가지고 점유하는 것으로 볼 수 없는 객관적 사정이 증명된 경우에도 그 추정은 깨어집니다. 여기서 "객관적 사정"이란 점유자가 진정한 소유자라면 통상 취하지**

	아니할 태도를 나타내거나 소유자라면 당연히 취했을 것으로 보이는 행동을 취하지 아니한 경우 등 외형적·객관적으로 보아 점유자가 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 아니하였던 것이라고 볼 만한 사정을 뜻합니다. 이에 따라 점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위나 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우, 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것입니다(대법원 1997.8.21. 선고 95다28625 판결). **▪ 점유의 전환: 타주점유의 경우 점유자가 새로운 권원에 기하여 소유의 의사를 가지고 점유를 시작하거나 또는 소유의 의사가 있음을 표시함으로써 자주점유가 되고(대법원 1998.3.27.선고 97다53823판결), 자주점유의 경우 새로운 권원에 기해 타주점유를 취득한 경우(예: 부동산을 타인에게 매도하여 그 인도의무를 지고 있는 매도인의 점유)에는 타주점유가 됩니다(대법원 1997.4.11. 선고 97다5824 판결).**
선의점유와 악의점유	▪ 남의 물건을 훔친 자가 자신이 정당한 권원(본권)이 없다는 것을 알고 있는 점유를 악의점유라 하고, 반대로 타인의 구두를 잘못 바꿔 신고 있는 사람과 같이 정당한 권원이 없음을 알지 못하고 점유하고 있는 것을 선의점유라 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조). ▪ 점유자는 선의로 점유하는 것으로 추정됩니다(「민법」 제197조제1항). 그러나 선의의 점유자라도 본권에 관한 소에 패소한 때에는 그 소가 제기된 때로부터 악의의 점유자로 봅니다(「민법」 제197조제2항).
과실 있는 점유와 과실 없는 점유	▪ 선의의 점유에 관하여 본권이 있다고 오신하는 데 있어서 과실의 유무를 말합니다. 취득시효, 선의취득 등에서 구별의 실익이 있습니다. 무과실에 관하여는 선의점유와 같은 추정이 되지 않기 때문에 이를 주장하는 자가 증명해야 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

하자 있는 점유와 하자 없는 점유	▪ 하자의 유무에 따른 점유형태를 말합니다. 여기서 하자에는 악의·과실·강폭(强暴)·은비(隱秘)·불계속(不繼續) 등 완전한 점유로서의 효력의 발생을 방해하는 모든 사정이 해당합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조). ▪ 점유자의 점유는 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되며, 전후양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정합니다(「민법」 제197조제1항 및 제198조).

점유권의 취득과 소멸 등

점유권의 취득

▪ 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있으며, 상속의 경우에는 상속인이 점유를 취득합니다(「민법」 제192조제1항 및 제193조).

점유의 승계

▪ 점유자의 승계인은 자기의 점유만을 주장하거나 자기의 점유와 전점유자의 점유를 아울러 주장할 수 있습니다. 다만, 전 점유자의 점유를 아울러 주장하는 경우에는 그 하자도 계승합니다(「민법」 제199조).

점유권의 소멸

▪ 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 상실한 때에는 점유권이 소멸합니다. 그러나 「민법」 제204조에 따라 점유를 회수한 때에는 점유권을 상실하지 않습니다(「민법」 제192조제2항).

점유권의 효력

권리의 적법 등의 추정

▪ 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정하고, 전후양시에 점유한 사실이 있는 때에는 그 점유는 계속한 것으로 추정합니다. 또한 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정합니다(「민법」 제197조제1항, 제198조 및 제200조).

점유자와 회복자의 관계

구분	내용
과실취득	**▪ 선의점유자의 과실취득권: 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득합니다. 다만, 선의의 점유자라도 폭력 또는 은비에 의한 점유자는 악의의 점유자로 봅니다(「민법」 제201조제1항 및 제3항).** **▪ 악의점유자의 과실반환의무: 악의의 점유자는 수취한 과실을 반환하여야 하며 소비하였거나 과실로 인하여 훼손 또는 수취하지 못한 경우에는 그 과실의 대가를 보상하여야 합니다(「민법」 제201조제2항).**
점유물의 멸실·훼손에 대한 책임	▪ 점유물이 점유자의 책임 있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 하며 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상하여야 합니다. 소유의 의사가 없는 점유자(타주점유자)는 선의인 경우에도 손해의 전부를 배상하여야 합니다(「민법」 제202조).
점유자의 비용상환청구권	**▪ 「민법」 제203조제2항에 따른 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응해야 할 의무가 있는 경우에 성립하는 것입니다(대법원 2009.3.26. 선고 2008다34828 판결).** **▪ 필요비 상환청구권: 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보존하기 위하여 지출한 금액이나 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있습니다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못합니다(「민법」 제203조제1항).** **▪ 유익비 상환청구권: 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액이나 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있습니다. 점유자가 유익비 상환을 청구하는 경우 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있습니다(「민법」 제203조제2항 및 제3항).**

점유보호청구권

점유보호청구권의 의의

▪ “점유보호청구권”이란 점유자가 점유를 침탈·방해당하거나, 방해당할 염려가 있을 때 방해자에게 방해의 제거를 청구할 수 있는 권리로서, 본권의 유무와는 관계없이 점유 그 자체를 보호하기 위하여

인정되는 일종의 물권적 청구권을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

점유보호청구권의 종류

▪ 점유보호청구권에는 ① 점유물반환청구권, ② 점유물방해제거청구권, ③ 점유물방해예방청구권의 3가지가 있습니다.

구분	내용
점유물 반환청구권	▪ 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제204조제1항). 다만, 사기의 의사표시에 의해 건물을 명도해 준 것이라면 건물의 점유를 침탈당한 것이 아니므로 피해자는 점유회수의 소권을 가진다고 할 수 없습니다(대법원 1992.2.28. 선고 91다17443 판결). ▪ 반환청구권은 침탈자의 특별승계인에 대해서는 행사하지 못합니다. 그러나 승계인이 악의인 때에는 반환청구가 허용됩니다(「민법」 제204조제2항). ▪ 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우에 간접점유자는 그 물건을 점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고 점유자가 그 물건의 반환을 받을 수 없거나 이를 원하지 않는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있습니다(「민법」 제207조제2항). ▪ 반환청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년내에 행사해야 합니다(「민법」 제204조제3항).
점유물 방해제거청구권	▪ 점유자가 점유의 방해를 받은 때에는 그 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제205조제1항). ▪ 방해제거청구권은 방해가 종료한 날로부터 1년내에 행사하여야 합니다(「민법」 제205조제2항). ▪ 공사로 인하여 점유의 방해를 받은 경우에는 공사착수 후 1년을 경과하거나 그 공사가 완성한 때에는 방해의 제거를 청구하지 못합니다(「민법」 제205조제3항).
점유물 방해예방청구권	▪ 점유자가 점유의 방해를 받을 염려가 있는 때에는 그 방해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있습니다(「민법」 제206조제1항). ▪ 공사로 인하여 점유의 방해를 받을 염려가 있는 경우에는 공사착수 후 1년을 경과하거나 그 공사가 완성한 때에는 방해의 예방을 청구하지 못합니다(「민법」 제206조제2항).

점유의 소와 본권의 소와의 관계

▪ 점유권에 기인한 소와 본권에 기인한 소는 서로 영향을 미치지 않습니다. 따라서 점유권에 기인한 소는 본권에

관한 이유로 재판하지 못합니다(「민법」 제208조).

자력구제

자력구제의 의의

▪ "자력구제"란 사인(私人)이 자기의 권리를 보호하거나 실현하기 위하여 국가의 힘을 빌리지 않고 실력을 행사하여 강제하는 제도를 말합니다. 자력구제에는 침해행위가 일어나기 전에 행사하는 ① 자력방위권과 침탈 후 즉시 단시간(사회관념상 가해자를 배제하여 점유를 회복함에 필요하다고 생각되는 시간) 내에 가해자를 배제하여 행사하는 ② 자력탈환권이 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

자력방위권

▪ 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있습니다(「민법」 제209조제1항).

자력탈환권

▪ 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈후 직시 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있습니다(「민법」 제209조제2항).

준점유(準占有)

준점유의 의의

▪ "준점유"란 재산권을 사실상 행사하는 것에 점유의 효과를 부여하는 것을 말합니다. 원래 점유는 물건에 대하여 적용하는 것이지만 권리에 대해서도 그 유사한 관계를 인정하자는 데 취지가 있습니다. 예를 들면, 예금자 명의는 甲(갑)이지만 그 통장과 도장을 乙(을)이 가지고 있는 경우 乙(을)은 예금채권의 준점유자가 되고, 진정한 특허권자는 丙(병)이지만 丁(정)명의로 등록이 되어 있는 경우 丁(정)이 위 특허권의 준점유자가 됩니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

점유권 규정의 준용

▪ 점유권에 관한 규정은 재산권을 사실상 행사하는 경우에 준용합니다(「민법」 제210조).

3.3. 소유권

3.3.1. 소유권 일반론

소유권의 의의

소유권의 개념

▪ "소유권"이란 목적물을 전면적으로 지배하는 절대적인 권리를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

소유권의 내용과 제한

▪ 소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있습니다(「민법」 제211조).

▪ 그러나 이처럼 절대적 권리인 소유권도 그 권리를 행사함에 있어 본질적·제도적 한계와 제한을 받는 경우가 있습니다. 「민법」 상의 상린관계규정(「민법」 제215조 이하), 권리남용금지의 원칙(「민법」 제2조제2항), 그 밖에 특별법(「농지법」 에 따른 소유, 취득 또는 처분의 제한) 등의 제한이 따릅니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

부동산소유권의 범위

토지소유권

▪ 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하(上下)에 미칩니다(「민법」 제212조).

상린관계

▪ 물건의 소유자는 본래 그 물건을 어떻게 이용하여도 좋고, 타인의 간섭은 일체 받지 않는 것이 원칙이지만, 인접한 토지의 소유자가 서로 어느 정도 자기 토지의 이용에 관한 내용을 제한하여 상대방의 토지 이용을 원활하도록 하는 관계를 상린관계라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 「민법」에서 규정하고 있는 상린관계에 관한 규정은 다음과 같습니다.

구분	내용
건물의 구분소유	▪ 수인이 한 채의 건물을 구분하여 각각 그 일부분을 소유한 때에는 건물과 그 부속물중 공용하는 부분은 그의 공유로 추정합니다(「민법」 제215조제1항). ▪ 공용부분의 보존에 관한 비용이나 기타의 부담은 각자의 소유부분의 가액에 비례하여 분담합니다(「민법」 제215조제2항).
인지사용 청구권	▪ 토지소유자는 경계나 그 근방에서 담 또는 건물을 축조하거나 수선하기 위하여 필요한 범위내에서 이웃 토지의 사용을 청구할 수 있습니다. 그러나 이웃 사람의 승낙이 없으면 그 주거에 들어가지 못합니다(「민법」 제216조제1항). ▪ 위의 경우에 이웃 사람이 손해를 받은 때에는 보상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제216조제2항).
생활방해의 금지	▪ 토지소유자는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동이나 기타 이에 유사한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 이웃 거주자의 생활에 고통을 주지 않도록 적당한 조처를 할 의무가 있습니다(「민법」 제217조제1항). ▪ 이웃 거주자는 위의 사태가 이웃 토지의 통상의 용도에 적당한 것인 때에는 이를 인용할 의무가 있습니다(「민법」 제217조제2항).
수도 등 시설권	▪ 토지소유자는 타인의 토지를 통과하지 않으면 필요한 수도, 소수관(疏水管, 송수관을 말함), 까스관, 전선 등을 시설할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 경우에는 타인의 토지를 통과하여 이를 시설할 수 있습니다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여 이를 시설할 것이며 타토지의 소유자의 요청에 의하여 손해를 보상해야 합니다(「민법」 제218조제1항). ▪ 위의 시설을 한 후 사정의 변경이 있는 때에는 타토지의 소유자는 그 시설의 변경을 청구할 수 있습니다. 시설변경의 비용은 토지소유자가 부담합니다(「민법」 제218조제2항).

주위토지 통행권	▪ 어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 않으면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있습니다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택해야 합니다(「민법」 제219조제1항). ▪ 이 경우 통행권자는 통행지소유자의 손해를 보상해야 합니다(「민법」 제219조제2항). ▪ 다만, 분할로 인하여 공로에 통하지 못하는 토지가 있는 때 또는 토지소유자가 그 토지의 일부를 양도한 경우에는 그 토지소유자는 공로에 출입하기 위하여 다른 분할자의 토지를 통행할 수 있습니다. 이 경우에는 보상의 의무가 없습니다(「민법」 제220조제1항). **※ 주위토지통행권 관련 판례** **▪ 통행권이 본래의 기능을 발휘하기 위해 필요한 경우 주위토지통행권자는 담장과 같은 축조물이 통행에 방해가 되는 경우 그 철거를 청구할 수 있습니다(대법원 2006.6.2. 선고 2005다70144 판결).** **▪ 주위토지통행권은 그 소유 토지와 공로 사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 한하여 인정되는 것이므로, 이미 그 소유 토지의 용도에 필요한 통로가 있는 경우에는 그 통로를 사용하는 것보다 더 편리하다는 이유만으로 다른 장소로 통행할 권리를 인정할 수 없습니다(대법원 1995.6.13. 선고 95다1088 판결).** **▪ 주위토지통행권은 법정의 요건을 충족하면 당연히 성립하고 요건이 없어지게 되면 당연히 소멸합니다. 따라서 포위된 토지가 사정변경에 의하여 공로에 접하게 되거나 포위된 토지의 소유자가 주위의 토지를 취득함으로써 주위토지통행권을 인정할 필요성이 없어지게 된 경우에는 통행권은 소멸합니다(대법원 2014.12.24. 선고 2013다11669 판결).** **▪ 주위토지통행권은 어느 토지가 타인 소유의 토지에 둘러싸여 공로에 통할 수 없는 경우뿐만 아니라, 이미 기존의 통로가 있더라도 그것이 당해 토지의 이용에 부적합하여 실제로 통로로서의 충분한 기능을 하지 못하고 있는 경우에도 인정됩니다(대법원 2003.8.19. 선고 2002다53469 판결).**

물에 관한 상린계관	▪ 자연유수의 승수의무와 권리: 토지소유자는 이웃 토지로부터 자연히 흘러오는 물을 막지 못합니다. 고지소유자는 이웃 저지에 자연히 흘러 내리는 이웃 저지에서 필요한 물을 자기의 정당한 사용범위를 넘어서 이를 막지 못합니다(「민법」 제221조). ▪ 소통공사권: 흐르는 물이 저지에서 폐색된 때에는 고지소유자는 자비로 소통에 필요한 공사를 할 수 있습니다(「민법」 제222조). ▪ 저수, 배수, 인수를 위한 공작물에 대한 공사청구권: 토지소유자가 저수, 배수 또는 인수하기 위하여 공작물을 설치한 경우에 공작물의 파손 또는 폐색으로 타인의 토지에 손해를 가하거나 가할 염려가 있는 때에는 타인은 그 공작물의 보수, 폐색의 소통 또는 예방에 필요한 청구를 할 수 있습니다(「민법」 제223조). ▪ 처마물에 대한 시설의무: 토지소유자는 처마물이 이웃에 직접 낙하하지 않도록 적당한 시설을 해야 합니다(「민법」 제225조). ▪ 여수소통권: 고지소유자는 침수지를 건조하기 위하여 또는 가용이나 농, 공업용의 여수를 소통하기 위하여 공로, 공류 또는 하수도에 달하기까지 저지에 물을 통과하게 할 수 있습니다. 이 경우 저지의 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택해야 하며 손해를 보상해야 합니다(「민법」 제226조). ▪ 유수용공작물의 사용권: 토지소유자는 그 소유지의 물을 소통하기 위하여 이웃 토지소유자의 시설한 공작물을 사용할 수 있습니다. 이 경우 공작물을 사용하는 자는 그 이익을 받는 비율로 공작물의 설치와 보존의 비용을 분담해야 합니다(「민법」 제227조). ▪ 여수급여청구권: 토지소유자는 과다한 비용이나 노력을 요하지 아니하고는 가용이나 토지이용에 필요한 물을 얻기 곤란한 때에는 이웃 토지소유자에게 보상하고 여수의 급여를 청구할 수 있습니다(「민법」 제228조). ▪ 수류의 변경: 구거나 기타 수류지의 소유자는 대안의 토지가 타인의 소유인 때에는 그 수로나 수류의 폭을 변경하지 못합니다. 양안의 토지가 수류지소유자의 소유인 때에는 소유자는 수로와 수류의 폭을 변경할 수 있습니다. 그러나 하류는 자연의 수로와 일치하도록 해야 합니다(「민법」 제229조). ▪ 언의 설치, 이용권: 수류지의 소유자가 언을 설치할 필요가 있는 때에는 그 언을 대안에

	접촉하게 할 수 있습니다. 그러나 이로 인한 손해를 보상해야 합니다. 대안의 소유자는 수류지의 일부가 자기소유인 때에는 그 언을 사용할 수 있습니다. 그러나 그 이익을 받는 비율로 언의 설치, 보존의 비용을 분담해야 합니다(「민법」 제230조). ▪ 공유하천용수권: 공유하천의 연안에서 농, 공업을 경영하는 자는 이에 이용하기 위하여 타인의 용수를 방해하지 않는 범위내에서 필요한 인수를 할 수 있습니다. 이 경우 인수를 하기 위하여 필요한 공작물을 설치할 수 있습니다. 이러한 인수나 공작물로 인하여 하류연안의 용수권을 방해하는 때에는 그 용수권자는 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있습니다. 농·공업의 경영에 이용하는 수로나 기타 공작물의 소유자나 몽리자(蒙利者)의 특별승계인은 그 용수에 관한 전소유자나 몽리자의 권리의무를 승계합니다(「민법」 제231조, 제232조 및 제233조). ▪ 공용수의 용수권: 상린자는 그 공용에 속하는 원천이나 수도를 각 수요의 정도에 응하여 타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내에서 각각 용수할 권리가 있습니다. 필요한 용도나 수익이 있는 원천이나 수도가 타인의 건축이나 기타 공사로 인하여 단수, 감수나 기타 용도에 장해가 생긴 때에는 용수권자는 손해배상을 청구할 수 있으며, 이러한 공사로 인하여 음료수나 기타 생활상 필요한 용수에 장해가 있을 때에는 원상회복을 청구할 수 있습니다(「민법」 제235조 및 제236조).
	▪ 경계표, 담의 설치권: 인접하여 토지를 소유한 자는 공동비용으로 통상의 경계표나 담을 설치할 수 있습니다. 이 경우 비용은 쌍방이 절반하여 부담합니다. 그러나 측량비용은 토지의 면적에 비례하여 부담합니다(「민법」 제237조). ▪ 담의 특수시설권: 인지소유자는 자기의 비용으로 담의 재료를 통상보다 양호한 것으로 할 수 있으며 그 높이를 통상보다 높게 할 수 있고 또는 방화벽이나 기타 특수시설을 할 수 있습니다(「민법」 제238조). ▪ 경계표 등의 공유추정: 경계에 설치된 경계표, 담, 구거 등은 상린자의 공유로 추정합니다. 그러나 경계표, 담, 구거 등이 상린자일방의 단독비용으로 설치되었거나 담이 건물의 일부인 경우에는 그렇지 않습니다(「민법」 제239조).

경계에 관한 상린관계	▪ 수지, 목근의 제거권: 인접지의 수목가지가 경계를 넘은 때에는 그 소유자에 대하여 가지의 제거를 청구할 수 있습니다. 이러한 청구에 응하지 않은 때에는 청구자가 그 가지를 제거할 수 있으며, 인접지의 수목뿌리가 경계를 넘은 때에는 임의로 제거할 수 있습니다(「민법」 제240조). ▪ 토지의 심굴금지: 토지소유자는 인접지의 지반이 붕괴할 정도로 자기의 토지를 심굴하지 못합니다. 그러나 충분한 방어공사를 한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제241조). ▪ 경계선부근의 건축: 건물을 축조함에는 특별한 관습이 없으면 경계로부터 반미터 이상의 거리를 두어야 합니다. 인접지소유자는 이에 위반한 자에 대하여 건물의 변경이나 철거를 청구할 수 있습니다. 그러나 건축에 착수한 후 1년을 경과하거나 건물이 완성된 후에는 손해배상만을 청구할 수 있습니다(「민법」 제242조). ▪ 차면시설의무: 경계로부터 2미터 이내의 거리에서 이웃 주택의 내부를 관망할 수 있는 창이나 마루를 설치하는 경우에는 적당한 차면시설을 해야 합니다(「민법」 제243조). ▪ 지하시설 등에 대한 제한: 우물을 파거나 용수, 하수 또는 오물 등을 저치할 지하시설을 하는 때에는 경계로부터 2미터 이상의 거리를 두어야 하며 저수지, 구거 또는 지하실공사에는 경계로부터 그 깊이의 반 이상의 거리를 두어야 합니다. 이러한 공사를 함에는 토사가 붕괴하거나 하수 또는 오액이 이웃에 흐르지 않도록 적당한 조처를 해야 합니다(「민법」 제244조).

3.3.2. 소유권의 취득

소유권 취득원인

소유권의 특수한 취득원인

▪ 「민법」 제245조부터 제261조까지는 소유권의 특수한 취득 원인으로 ① 취득시효, ② 선의취득, ③ 선점, ④ 습득, ⑤ 발견, ⑥ 부합, ⑦ 혼화, ⑧ 가공, ⑨ 첨부를 규정하고 있습니다.

> ※ 소유권 취득원인 중 선의취득에 대한 자세한 사항은 이 콘텐츠의 <민법(물권)-물권과 물권의 변동-부동산물권 등의 변동>에서 확인할 수 있습니다.

취득시효

취득시효의 의의

▪ “취득시효”란 일정한 사실상태가 계속된 경우에 그것에 대해 일정한 효과, 즉 권리의 취득을 부여하는 것을 말합니다. 시효로 취득할 수 있는 권리는 소유권과 그 밖의 재산으로서, 점유를 수반하지 않는 물권(저당권), 가족관계를 전제로 하는 부양을 받을 권리, 법률의 규정에 의해 성립하는 권리(점유권·유치권), 한번 행사하면 소멸하는 권리(취소권, 환매권, 해제권)는 성질상 또는 법률상 취득시효가 인정되지 않습니다(한국법제연구원 법령용어검색 참조).

취득시효 종류

▪ 「민법」은 취득시효의 유형으로서 ① 부동산소유권의 취득시효, ② 동산소유권의 취득시효, ③ 소유권 이외의 재산권의 취득시효를 인정하고 있습니다(한국법제연구원 법령용어검색 참조).

▪ 부동산소유권의 취득시효

구분	내용
점유 취득시효	▪ 20년간 ① 소유의 의사로 ② 평온, ③ 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득합니다(「민법」 제245조제1항). ▪ 이 경우 점유자의 자주점유와, 평온·공연한 점유는 추정되므로(「민법」 제197조제1항 참조), 그러한 점유가 아니라는 사실은 시효취득을 막으려는 사람이 증명해야 합니다(대법원 1986.2.25.선고 85다카1891판결).

점유 취득시효	※ 점유 취득시효 관련 판례 ▪ 토지에 대한 취득시효의 완성을 이유로 소유권이전등기를 청구하려면 시효완성 당시의 소유자를 상대로 하여야 합니다(대법원 1999.2.23. 선고 98다59132 판결). ▪ 등기명의인인 부동산 소유자가 그 부동산의 점유·사용관계를 잘 알고 있고, 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송의 소장 부본을 송달받은 상태에서 제3자에게 그 부동산을 처분함으로써 그 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠진 경우, 시효취득자에 대하여 손해배상책임을 부담합니다(대법원 1999.9.3. 선고 99다20926 판결). ▪ 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 「민법」 제245조제1항에 의하여 점유부동산에 관하여 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 취득하게 됩니다. 따라서 점유자가 취득시효기간의 만료로 일단 소유권이전등기청구권을 취득한 이상, 그 후 점유를 상실하였다고 하더라도 이를 시효이익의 포기로 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 이미 취득한 소유권이전등기청구권은 소멸되지 않습니다. 또한 전 점유자의 점유를 승계한 자는 그 점유 자체와 하자만을 승계하는 것이지 그 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아닙니다. 그러므로 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 없습니다(대법원 1995.3.28. 선고 93다47745 판결). ▪ 취득시효가 완성된 후 점유자가 그 취득시효를 주장하거나 이로 인한 소유권이전등기청구를 하기 이전에는, 특별한 사정이 없는 한 그 등기명의인인 부동산 소유자로서는 그 시효취득 사실을 알 수 없는 것이므로, 이를 제3자에게 처분하였다고 하더라도 불법행위가 성립하는 것은 아닙니다. 따라서 부동산 점유자에게 시효취득으로 인한 소유권이전등기청구권이 있다고 하더라도 이로 인하여 부동산 소유자와 시효취득자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 성립하는 것은 아니므로, 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행 책임을 물을 수 없습니다(대법원 1995.7.11. 선고 94다4509 판결).

등기부 취득시효	▪ 부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 ① 소유의 의사로 ② 평온 ③ 공연하게 ④ 선의이며 ⑤ 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득합니다(「민법」 제245조제2항). ※ 등기부취득시효에 있어서 선의 무과실은 등기에 관한 것이 아니고 점유취득에 관한 것으로서, 그 무과실에 관한 입증책임은 그 시효취득을 주장하는 사람에게 있습니다(대법원 1995.2.10. 선고 94다22651 판결). **※ 등기부 취득시효 관련 판례** **▪ 「민법」 제245조제2항의 규정에 위하여 소유권을 취득하는 자는 10년간 반드시 그의 명의로 등기되어 있어야 하는 것은 아니고 앞 사람의 등기까지 아울러 그 기간동안 부동산의 소유자로 등기되어 있으면 된다고 할 것입니다(대법원 1989.12.26. 선고 87다카2176 판결).** **▪ 「민법」 제245조제2항의 '등기'는 「부동산등기법」 제15조가 규정한 1부동산 1용지주의에 위배되지 않은 등기를 말하므로, 어느 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 소유권보존등기가 2중으로 경료된 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 아니어서 뒤에 된 소유권보존등기가 무효로 되는 때에는, 뒤에 된 소유권보존등기나 이에 터잡은 소유권이전등기를 근거로 하여서는 등기부취득시효의 완성을 주장할 수 없습니다(대법원 1996.10.17. 선고 96다12511 판결).**

▪ 동산소유권의 취득시효

▸ 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 동산을 점유한 자는 그 소유권을 취득합니다. 그리고 이러한 점유가 선의이며 과실없이 개시된 경우에는 5년을 경과함으로써 그 소유권을 취득합니다(「민법」 제246조).

▪ 소유권 이외의 재산권의 취득시효

▸ 위 규정에 따른 부동산 및 동산소유권의 취득시효에 관한 규정(「민법」 제245조부터 제247조까지)은 소유권 이외의 재산권의 취득시효에 준용합니다(「민법」 제248조).

소유권취득의 효과

구분	내용
소급효	▪ 소유권취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급합니다(「민법」 제247조제1항).
취득시효의 중단과 정지	▪ 소멸시효의 중단에 관한 규정은 취득시효에 있어서도 준용됩니다(「민법」 제247조제2항).
시효이익의 포기	▪ 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권 이전등기 절차 이행청구의 소에서 적극적으로 시효의 이익을 포기하겠다고 표명한 바 없을지라도 소송 계속중 원고가 그 토지에 대한 피고의 소유를 인정하여 피고와 합의하여 위 소송을 취하한 것이라면 또 그때 취득시효가 완성되었던 것이 인정된다면 특별한 사정이 없는 한 이는 원고가 그 취득시효의 완성을 알면서 그 시효의 이익을 피고에게 포기하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당합니다(대법원 1973.9.29. 선고 73다762 판결).

선점, 습득, 발견

무주물의 선점

▪ 무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 그 소유권을 취득합니다. 다만, 학술, 기예 또는 고고의 중요한 재료가 되는 물건에 대하여는 선점이 인정되지 않으며 국유로 합니다. 이 경우에 선점한 자는 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제252조제1항 및 제255조).

▪ 무주의 부동산은 국유로 합니다(「민법」 제252조제2항).

▪ 야생하는 동물은 무주물로 하고 사양하는 야생동물도 다시 야생상태로 돌아가면 무주물로 합니다(「민법」 제252조제3항).

유실물의 습득

▪ 유실물은 법률에 정한 바에 의하여 공고한 후 6개월 내에 그 소유자가 권리를 주장하지 않으면 습득자가 그 소유권을 취득합니다(「민법」 제253조).

▪ 다만, 학술, 기예 또는 고고의 중요한 재료가 되는 물건에 대하여는 국유로 합니다. 이 경우에 습득자는 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제255조).

매장물의 발견

▪ 매장물은 법률에 정한 바에 의하여 공고한 후 1년내에 그 소유자가 권리를 주장하지 않으면 발견자가 그 소유권을 취득합니다. 그러나 타인의 토지나 기타 물건으로부터 발견한 매장물은 그 토지나 기타 물건의 소유자와 발견자가 절반하여 취득합니다(「민법」 제254조).

▪ 다만, 학술, 기예 또는 고고의 중요한 재료가 되는 물건에 대하여는 국유로 합니다. 이 경우에 매장물의 발견자는 국가에 대하여 적당한 보상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제255조).

첨부(添附)

첨부의 개념 및 종류

▪ “첨부”란 부합·혼화·가공을 총칭하는 개념으로, 소유자가 다른 두 개 이상의 물건이 결합하여 사회통념상 분리하는 것이 불가능하게 되거나(부합, 혼화) 물건과 이에 가하여진 노력이 결합하여

사회관념상 분리하는 것이 불가능하게 된 때(가공), 이를 원래대로 회복시키는 것이 물리적으로 가능하다 하더라도 사회경제상 대단히 불리하므로 복구를 허용하지 않고 그것을 하나의 물건으로 어느 누구의 소유에 귀속시키려는 제도를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

부합(附合)

▪ "부합"이란 소유자를 달리하는 여러 개의 물건이 결합하여 1개의 물건으로 되는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 부합은 다음과 같이 ① 부동산에의 부합(「민법」 제256조)과 ② 동산간의 부합(「민법」 제257조)으로 구분할 수 있습니다.

구분	내용
부동산에의 부합	▪ 부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득합니다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그렇지 않습니다(「민법」 제256조). ※ 여기서 말하는 "권원"이란 지상권, 전세권, 임차권 등과 같이 타인의 부동산에 자기의 동산을 부속시켜서 그 부동산을 이용할 수 있는 권리를 뜻합니다. 그러므로 그와 같은 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음이 없이 그 임차인의 승낙만을 받아 그 부동산 위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없습니다(대법원 1989.7.11. 선고 88다카9067 판결). ▪ 다만, 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 그 부동산과 일체를 이루는 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속됩니다(대법원 2008.5.8. 선고 2007다36933 판결).
동산간의 부합	▪ 동산과 동산이 부합하여 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속합니다. 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합당시의 가액의 비율로 합성물을 공유합니다(「민법」 제257조).

혼화(混和)

▪ "혼화"란 곡물, 금전 등이 서로 혼합하거나 술, 기름 등이 서로 융화하는 것처럼 물건이 동종의 다른 물건과 섞여서 원물을 식별할 수 없게 되는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 「민법」은 혼화를 동산간의 부합의 일종으로 보고 부합에 관한 규정을 준용하고 있습니다(「민법」 제258조).

가공(加工)

▪ 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속합니다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 합니다(「민법」 제259조제1항).

▪ 가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 위의 증가액에 가산합니다(「민법」 제259조제2항).

첨부의 효과와 구상권

▪ 첨부로 인하여 동산의 소유권이 소멸한 때에는 그 동산을 목적으로 한 다른 권리도 소멸합니다(「민법」 제260조제1항).

▪ 동산의 소유자가 합성물, 혼화물 또는 가공물의 단독소유자가 된 때에는 위의 권리는 합성물, 혼화물 또는 가공물에 존속하고 그 공유자가 된 때에는 그 지분에 존속합니다(「민법」 제260조제2항).

▪ 첨부로 인하여 손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제261조).

3.3.3. 물권적청구권과 공동소유

소유권에 기한 물권적청구권

소유권에 기한 물권적청구권의 의의

▪ "소유권에 기한 물권적청구권"이란 소유권의 완전한 실현이 어떤 사정으로 방해받고 있는 경우에 방해자에게 소유권의 완전실현을 청구할 수 있는 권리를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 소유권에 기한 물권적청구권에는 ① 소유물반환청구권, ② 소유물방해제거청구권, ③ 방해예방청구권의 3가지가 있습니다(「민법」 제213조 및 제214조 참조).

소유물반환청구권

▪ 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있습니다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있습니다(「민법」 제213조).

▹ 이 경우 미등기 무허가건물의 양수인이라 할지라도 그 소유권이전등기를 경료받지 않는 한 그 건물에 대한 소유권을 취득할 수 없고, 그러한 상태의 건물 양수인에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고 볼 수도 없습니다. 그러므로 건물을 신축하여 그 소유권을 원시취득한 자로부터 그 건물을 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 갖추지 못한 자는 그 건물의 불법점거자에 대하여 직접 자신의 소유권 등에 기하여 명도를 청구할 수는 없습니다(대법원 2007.6.15. 선고 2007다11347 판결).

▹ 한편, 점유자에게 불법점유를 이유로 하여 그 명도 또는 인도를 청구하려면 현실적으로 그 목적물을 점유하고 있는 자를 상대로 하여야 하고 불법점유자라 하여도 그 물건을 다른 사람에게 인도하여 현실적으로 점유를 하고 있지 않은 이상, 그 자를 상대로 한 인도 또는 명도청구는 부당하다고 할 것입니다(대법원 1999.7.9. 선고 98다9045 판결).

소유물방해제거청구권

▪ 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있습니다(「민법」 제214조).

▹ 소유권에 기한 방해배제청구권에 있어서 '방해'라 함은 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미하고, 법익 침해가 과거에 일어나서 이미 종결된 경우에 해당하는 '손해'의 개념과는 다르다 할 것입니다. 그래서, 소유권에 기한 방해배제청구권은 방해결과의 제거를 내용으로 하는 것이 되어서는 안되며(이는 손해배상의 영역에 해당함) 현재 계속되고 있는 방해의 원인을 제거하는 것을 내용으로 합니다(대법원 2003.3.28. 선고 2003다5917 판결).

방해예방청구권

▪ 소유자는 소유권을 방해할 염려있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있습니다(「민법」 제214조).

공동소유

공동소유의 형태

▪ “공동소유”란 하나의 물건을 2인 이상의 다수인이 공동으로 소유하는 것을 말합니다. 「민법」에서는 공동소유의 형태를 다음과 같이 ① 공유, ② 총유, ③ 합유의 3가지로 구분하고 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

공유(共有)

▪ “공유”란 여러 사람이 1개의 물건 위에 1개의 소유권을 분량적으로 분할하여 소유하는 형태를 말합니다. 각 공유자는 지분을 갖고 그 처분이 자유이므로 언제든지 공동소유관계를 소멸시키고 단독으로 전환할 수 있기 때문에 개인적인 색채가 강하다는 특징을 갖습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
공유의 지분	▪ 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 된 때에는 공유로 합니다(「민법」 제262조제1항). ▪ 공유자의 지분은 균등한 것으로 추정합니다(「민법」 제262조제2항). ▪ 공유자는 그 지분을 처분할 수 있고 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있습니다(「민법」 제263조). 지분을 처분할 때에는 다른 공유자의 동의는 필요로 하지 않습니다(대법원 1972.5.23.선고 71다2760판결). ▪ 공유자가 그 지분을 포기하거나 상속인없이 사망한 때에는 그 지분은 다른 공유자에게 각 지분의 비율로 귀속합니다(「민법」 제267조).

공유의 지분	※ 공유관련 판례 ▪ 건물의 공유지분권자는 동 건물 전부에 대하여 보존행위로서 방해배제 청구를 할 수 있습니다(대법원 1968.9.17. 선고 68다1142 판결). ▪ 지분을 소유하고 있는 공유자나 그 지분에 관한 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자라고 할지라도 다른 공유자와의 협의 없이는 공유물을 배타적으로 점유하여 사용 수익할 수 없는 것이므로, 다른 공유권자는 자신이 소유하고 있는 지분이 과반수에 미달되더라도 공유물을 점유하고 있는 자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도나 명도를 청구할 수 있습니다(대법원 1994.3.22. 선고 93다9392 전원합의체 판결). ▪ 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권보존등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있습니다. 그러나 그 제3자가 해당 부동산의 공유자 중의 1인인 경우에는 그 소유권보존등기는 동인의 공유지분에 관하여는 실체관계에 부합하는 등기라고 할 것입니다. 그러므로 이러한 경우 공유자의 1인은 단독 명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 그 공유자의 공유지분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여만 소유권보존등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있습니다(대법원 1988.2.23. 선고 87다카961 판결). ▪ 공유건물에 관하여 과반수지분권을 가진 자가 공유건물의 특정된 한 부분을 배타적으로 사용·수익할 것을 정하는 것은 공유물의 관리방법으로서 적법하지만, 이 경우 비록 그 특정 부분이 자기의 지분비율에 상당하는 면적의 범위 내라 할지라도 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용·수익은 전혀 하고 있지 아니함으로써 손해를 입고 있는 자에 대하여는 과반수지분권자를 포함한 모든 사용·수익을 하고 있는 공유자가 그 자의 지분에 상응하는 부당이득을 하고 있다고 보아야 합니다(대법원 2014.2.27. 선고 2011다42430 판결).

공유자 간의 법률관계	▪ 공유물의 관리, 보존: 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정합니다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있습니다(「민법」 제265조). ▪ 공유물의 처분, 변경: 공유자는 다른 공유자의 동의없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못합니다(「민법」 제264조). ▪ 공유물의 부담: 공유자는 그 지분의 비율로 공유물의 관리비용이나 기타 의무를 부담합니다. 공유자가 1년 이상 이러한 의무이행을 지체한 때에는 다른 공유자는 상당한 가액으로 지분을 매수할 수 있습니다(「민법」 제266조).
공유물의 분할	▪ 공유물의 분할청구: 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있습니다. 그러나 5년내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있으며, 이러한 계약을 갱신한 때에는 그 기간은 갱신한 날로부터 5년을 넘지 못합니다(「민법」 제268조제1항 및 제2항). ※ 위의 규정은 「민법」 제215조(건물의 구분소유) 및 제239조(경계에 설치된 경계표·담·구거 등)의 공유물에는 적용하지 않습니다(「민법」 제268조제3항). ▪ 분할의 방법: 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 않은 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있으며, 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저히 그 가액이 감손될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있습니다(「민법」 제269조). ※ 공유물을 경매에 붙여 매각대금을 분배할 것을 명하는 판결은 경매를 조건으로 하는 특수한 형성판결에 해당합니다(대법원 2017.5.31. 선고 2017다216981 판결). ▪ 분할로 인한 담보책임: 공유자는 다른 공유자가 분할로 인하여 취득한 물건에 대하여 그 지분의 비율로 매도인과 동일한 담보책임이 있습니다(「민법」 제270조).

총유(總有)

▪ “총유”란 법인 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유하는 공동소유의 형태로 물건의 관리·처분의 권한은 단체에 속하고, 그 물건을 사용·수익하는 권한은 각 단체원에 속하는 것으로 공동소유형태 중 가장 개인적인 색채가 약한 형태를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
총유관계의 성립	▪ 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 합니다(「민법」 제275조제1항). ※ 총유의 법률관계는 사단의 정관이나 기타 계약에 따르지만, 정한 것이 없으면 아래의 법률관계에 따릅니다(「민법」 제275조제2항).
총유의 법률관계	▪ 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 따릅니다(「민법」 제276조제1항). ▪ 각 사원은 정관이나 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용, 수익할 수 있습니다(「민법」 제276조제2항).
총유물에 관한 권리·의무의 취득과 상실	▪ 총유물에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득·상실함으로써 취득·상실됩니다(「민법」 제277조).

합유(合有)

▪ “합유”란 조합의 소유형태로서 공유와 총유의 중간에 해당하며, 각자가 지분을 가지고 있어도 자유롭게 양도할 수 없고 분할도 제한되어 있습니다. 공동의 목적을 위하여 어느 정도 개인적인 입장을 구속하고 있지만, 각자가 지분을 가지고 있는 점에서 총유보다는 개인적 색채가 강합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
합유관계의 성립	▪ **법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 합니다(「민법」 제271조제1항 전단).** **※ 합유관계에 관하여는 개별 계약에서 정하며, 그러한 계약이 없으면 아래의 법률관계에 따릅니다(「민법」 제271조제2항).**
합유의 법률관계	▪ 합유자의 권리는 합유물 전부에 미칩니다(「민법」 제271조제1항 후단). ▪ 합유물을 처분 또는 변경할 때에는 합유자 전원의 동의가 있어야 합니다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있습니다(「민법」 제272조). ▪ 합유자는 전원의 동의없이 합유물에 대한 지분을 처분하지 못하며, 합유자는 합유물의 분할을 청구하지 못합니다(「민법」 제273조).
합유의 종료	▪ 합유는 조합체의 해산 또는 합유물의 양도로 인하여 종료합니다(「민법」 제274조제1항). ▪ 이 경우에 합유물의 분할에 관하여는 공유물의 분할에 관한 규정을 준용합니다(「민법」 제274조제2항).

준공동소유

▪ 공동소유에 관한 규정은 소유권 이외의 재산권에 준용합니다. 그러나 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 그에 따릅니다(「민법」 제278조).

3.4. 용익물권

3.4.1. 지상권

지상권의 의의

지상권의 개념

▪ "지상권"이란 타인의 토지에 건물, 그 밖의 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리를 말합니다(「민법」 제279조 참조).

지상권의 특징

▪ 지상권은 타인의 토지에서 건물 기타의 공작물이나 수목을 소유하는 것을 본질적 내용으로 하는 것이 아니라 타인의 토지를 사용하는 것을 본질적 내용으로 하고 있으므로 지상권 설정계약 당시 건물 기타의 공작물이나 수목이 없더라도 지상권은 유효하게 성립할 수 있고, 또한 기존의 건물 기타의 공작물이나 수목이 멸실되더라도 존속기간이 만료되지 않는 한 지상권이 소멸되지 않습니다(대법원 1996.3.22. 선고 95다49318 판결).

▪ 지상권은 독립된 물권으로서 다른 권리에 부종함이 없이 그 자체로서 양도될 수 있으며 그 양도성은 「민법」 제282조 및 제289조에 의하여 절대적으로 보장되고 있으므로 소유자의 의사에 반하여도 자유롭게 타인에게 양도할 수 있습니다(대법원 1991.11.8. 선고 90다15716 판결).

지상권의 취득

법률행위에 의한 취득

▪ 지상권은 토지소유자와 그 토지위에 지상권을 설정하려는 지상권자가 지상권설정계약을 체결하고 지상권 설정 등기를 하여야 성립합니다(「민법」 186조 참조).

법률의 규정에 의한 취득

▪ 지상권은 상속, 공용징수, 판결, 경매나 그 밖의 법률의 규정에 따라 취득할 수 있으며 이러한 지상권의 취득은 등기를 필요로 하지 않습니다(「민법」 187조).

지상권의 존속기간

존속기간을 약정한 지상권

▪ 계약으로 지상권의 존속기간을 정하는 경우에는 그 기간은 다음 연한보다 단축하지 못합니다(「민법」 제280조제1항).

구분		연한
1.	석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물이나 수목의 소유를 목적으로 하는 때	30년
2.	위의 1.이외의 건물의 소유를 목적으로 하는 때	15년
3.	건물 이외의 공작물의 소유를 목적으로 하는 때	5년

▪ 당사자가 위의 기간보다 단축한 기간을 정한 때에는 위의 기간까지 연장합니다(「민법」 제280조제2항).

> **※ 지상권의 존속기간을 영구로 약정할 수 있는지 여부**
>
> ▪ 「민법」상 지상권의 존속기간은 최단기만이 규정되어 있을 뿐 최장기에 관하여는 아무런 제한이 없으며, 존속기간이 영구(永久)인 지상권을 인정할 실제의 필요성도 있고, 이러한 지상권을 인정한다고 하더라도 지상권의 제한이 없는 토지의 소유권을 회복할 방법이 있을 뿐만 아니라, 특히 구분지상권의 경우에는 존속기간이 영구라고 할지라도 대지의 소유권을 전면적으로 제한하지 아니한다는 점 등에 비추어 보면, 지상권의 존속기간을 영구로 약정하는 것도 허용됩니다(대법원 2001.5.29. 선고 99다66410 판결).

존속기간을 약정하지 않은 지상권

▪ 계약으로 지상권의 존속기간을 정하지 않은 때에는 그 기간은 위 표의 최단존속기간으로 합니다(「민법」 제281조제1항).

▪ 지상권설정당시에 공작물의 종류와 구조를 정하지 않은 때에는 지상권은 위의 제2호의 건물(15년)의 소유를 목적으로 한 것으로 봅니다(「민법」 제281조제2항).

계약의 갱신

▪ 갱신청구권

▹ 지상권이 소멸한 경우에 건물, 그 밖의 공작물이나 수목이 현존한 때에는 지상권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있습니다(「민법」 제283조제1항).

▪ 지상물매수청구권

▹ 지상권설정자가 계약의 갱신을 원하지 않는 때에는 지상권자는 상당한 가액으로 공작물이나 수목의 매수를 청구할 수 있습니다(「민법」 제283조제2항).

▪ 당사자가 계약을 갱신하는 경우에는 지상권의 존속기간은 갱신한 날로부터 위의 최단존속기간보다 단축하지 못합니다. 그러나 당사자는 이보다 장기의 기간을 정할 수 있습니다(「민법」 제284조).

지상권의 효력

지상권의 토지사용권

▪ 지상권자는 토지를 사용할 권리가 있습니다. 토지를 사용할 때에는 상린관계에 관한 규정이 지상권자간 또는 지상권자의 인지소유자간에 준용됩니다(「민법」 제290조제1항).

▪ 또한 지상권자는 토지를 점유할 권리가 있으므로, 지상권이 침해된 경우 점유권이 기한 물권적 청구권과 지상권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제204조, 제205조, 제206조 및 제290조제1항 참조).

지상권의 양도, 임대

▪ 지상권자는 타인에게 그 권리를 양도하거나 그 권리의 존속기간 내에서 그 토지를 임대할 수 있으며(「민법」 제282조), 지상권자는 지상권 위에 저당권을 설정할 수도 있습니다(「민법」 제371조제1항).

지료의 지급

▪ 당사자가 지료의 지급을 약정한 경우에는 지상권자는 지료를 지급하여야 합니다. 다만, 지상권의 지료액 또는 그 지급시기 등 지료에 관한 약정은 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있으므로, 지료의 등기를 하지 않은 이상 토지소유자는 구 지상권자의 지료연체 사실을 들어 지상권을 이전받은 자에게 대항하지 못합니다(대법원 1996.4.26.선고 95다52864 판결).

▪ 지료가 토지에 관한 조세, 기타 부담의 증감이나 지가의 변동으로 인하여 상당하지 않게 된 때에는 당사자는 그 증감을 청구(지료증감청구권)할 수 있습니다(「민법」 제286조).

지상권의 소멸

일반적인 소멸원인

▪ 지상권은 토지가 멸실되거나 존속기간이 만료되거나 약정한 지상권소멸사유가 발생하거나 토지수용 등의 사유가 발생하면 소멸합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

지료체납 시 지상권설정자의 지상권소멸청구권

▪ 지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니한 때에는 지상권설정자는 지상권의 소멸을 청구할 수 있습니다(「민법」 제287조).

▪ 다만, 지상권이 저당권의 목적인 때 또는 그 토지에 있는 건물, 수목이 저당권의 목적이 된 때에는 위의 청구는 저당권자에게 통지한 후 상당한 기간이 경과함으로써 그 효력이 생깁니다(「민법」 제288조).

지상권 소멸의 효과

▪ 지상권이 소멸한 때에는 지상권자는 건물, 기타 공작물이나 수목을 수거하여 토지를 원상에 회복하여야 합니다(「민법」 제285조제1항).

▪ 이 경우에 지상권설정자가 상당한 가액을 제공하여 그 공작물이나 수목의 매수를 청구한 때에는 지상권자는 정당한 이유없이 이를 거절하지 못합니다(「민법」 제285조제2항).

> ※ **편면적 강행규정**

▪ 「민법」 제280조부터 제287조까지의 규정(지상권의 존속기간, 지상권의 양도와 임대, 지상권자의 갱신청구권, 지상물매수청구권, 지료증감청구권 등)은 편면적 강행규정으로서 이에 위반되는 계약으로 지상권자에게 불리한 것은 그 효력이 없습니다(「민법」 제289조).

특수지상권

구분지상권

▪ "구분지상권"이란 건물이나 그 밖의 공작물을 소유하기 위해 타인 토지의 지상이나 지하의 공간에 범위를 정하여 사용하는 지상권의 일종을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 지하 또는 지상의 공간은 상하의 범위를 정하여 건물이나 그 밖의 공작물을 소유하기 위한 지상권의 목적으로 할 수 있습니다. 이 경우 설정행위로써 지상권의 행사를 위하여 토지의 사용을 제한할 수 있습니다(「민법」 제289조의2제1항).

▪ 이러한 구분지상권은 제3자가 토지를 사용·수익할 권리를 가진 때에도 그 권리자 및 그 권리를 목적으로 하는 권리를 가진 자 전원의 승낙이 있으면 이를 설정할 수 있습니다. 이 경우 토지를 사용·수익할 권리를 가진 제3자는 그 지상권의 행사를 방해해서는 안 됩니다(「민법」 제289조의2제2항).

분묘기지권

▪ "분묘기지권"이란 타인의 토지 위에 분묘를 소유하기 위해 분묘의 기지부분의 토지를 사용할 것을 내용으로 하는, 관습으로 인정되는 지상권 유사의 물권을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 판례는 ① 토지소유자의 승낙을 얻어 분묘를 설치한 경우(대법원 2000.9.26. 선고 99다14006 판결), ② 토지소유자의 승낙 없이 분묘를 설치한 때에는 20년간 평온·공연하게 분묘를 점유한 경우(분묘기지권의 시효취득)(대법원 1996.6.14. 선고 96다14036 판결), ③ 자기 소유의 토지 위에 분묘를 설치한 후 그 분묘기지에 대한 소유권을 유보하거나 분묘이전의 약정 없이 토지를 처분한 경우에 분묘기지권을 인정하고 있습니다.

※ 다만, 위의 ②의 분묘기지권의 경우 「장사 등에 관한 법률」에 따라 그 시행일인 2001.1.13.이전에 설치된 분묘에 관하여 적용됩니다(대법원 2017.1.19. 선고 2013다17292 전원합의체 판결).

▪ 분묘기지권자는 분묘기지권을 시효로 취득하더라도 토지 소유자가 분묘기지에 관한 지료를 청구하면 그 청구한 날부터의 지료를 지급할 의무가 있습니다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결).

▪ 분묘기지권의 존속기간에 관하여는 「민법」의 지상권에 관한 규정에 따를것이 아니라 당사자 사이에 약정이 있는 등 특별한 사정이 있으면 그에 따를 것이며, 그러한 사정이 없는 경우에는 권리자가 분묘의 수호와 봉사를 계속하며 그 분묘가 존속하고 있는 동안은 분묘기지권은 존속합니다(대법원. 1995.8.26. 선고 94다28970 판결).

법정지상권

▪ "법정지상권"이란 토지와 건물이 동일인에 속하는 상태에서 건물에만 제한물권이 설정되었다가 나중에 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 건물소유자를 보호하기 위하여 법률로 인정하는 지상권을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 법정지상권은 법률상 당연히 성립하는 지상권(관습법상 지상권을 포함)이므로 등기 없이 성립하는 물권입니다(「민법」 제187조 참조).

▪ 법률상 법정지상권이 인정되는 경우

구분	내용
① 전세권 설정 후 토지소유자가 다르게 된 경우	▪ 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 봅니다(「민법」 제305조제1항).
② 저당권을 실행하여 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우	▪ 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 봅니다(「민법」 제366조).
③ 담보가등기의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우	▪ 토지와 그 위의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우 그 토지나 건물에 대하여 소유권을 취득하거나 담보가등기에 따른 본등기가 행하여진 경우에는 그 건물의 소유를 목적으로 그 토지 위에 지상권(地上權)이 설정된 것으로 봅니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제10조).
④ 입목경매 등의 사유로 토지와 입목의 소유자가 다르게 된 경우	▪ 입목의 경매나 그 밖의 사유로 토지와 그 입목이 각각 다른 소유자에게 속하게 되는 경우에는 토지소유자는 입목소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 봅니다(「입목에 관한 법률」 제6조제1항).

관습법상의 법정지상권

▪ “관습법상의 법정지상권”이란 토지와 건물이 동일소유자에게 속하였다가 토지이용권에 관한 합의 없이 매매 등으로 토지와 건물소유자가 달라진 경우에 지상권의 성립을 인정하는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 성립요건

구분	내용
① 토지와 그 지상건물이 동일인의 소유에 속할 것	▪ 관습법상의 법정지상권은 토지와 그 지상 건물이 동일인의 소유에 속하였는지에 따라 관습상 법정지상권의 성립 여부를 판단합니다(대법원 2013.4.11. 선고 2009다62059 판결).
② 토지와 건물이 매매 그 밖의 사유로 소유자가 다르게 되었을 것	▪ 판례에 따르면, 토지와 건물이 매매(대법원 1997.1.21. 선고 96다40080 판결), 대물변제(대법원 1992.4.10. 선고 91다45356 판결), 증여(대법원 1963.5.9. 선고 63아11 판결), 공유지 분할(대법원 1974.2.12.선고 73다353 판결), 강제경매(저당권실행이 아닌 압류로 인한 경매)(대법원 2013.4.1. 선고 2009다62059 판결), 「국세징수법」에 의한 공매(대법원 1967.11.28. 선고 67다1831 판결) 등이 그 원인입니다.
③ 건물철거 특약이 없을 것	▪ 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매나 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 되었더라도, 당사자 사이에 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었던 경우에는 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득할 수 없습니다(대법원 1999.12.10. 선고 98다58467 판결). ▪ 동일인 소유의 토지와 그 토지상에 건립되어 있는 건물 중 어느 하나만이 타에 처분되어 토지와 건물의 소유자를 각 달리하게 된 경우에는 관습상의 법정지상권이 성립한다고 할 것이나, 건물 소유자가 토지 소유자와 사이에 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차계약을 체결한 경우에는 관습상의 법정지상권을 포기한 것으로 봅니다(대법원 1992.10.27. 선고 92다3984 판결).

▪ 관습법상의 법정지상권은 법률의 규정에 따른 물권변동이므로 등기가 없어도 취득을 합니다. 다만, 처분하는 경우에는 등기를 하여야 합니다(「민법」 제187조 참조).

▪ 관습상으로 인정된 법정지상권에 대하여는 다른 특별한 사정이 없는 한, 「민법」의 지상권에 관한 규정이 준용됩니다(대법원 1968.8.30. 선고 68다1029 판결).

3.4.2. 지역권

지역권의 의의

지역권의 개념

▪ "지역권"이란 설정행위에서 정한 일정한 목적을 위해 타인의 토지(승역지)를 자기의 토지(요역지)의 편익에 이용하는 용익물권을 말합니다. 지역권은 요역지의 편익을 위해 승역지에 설정하는 권리로 주로 통행·인수를 위한 권리를 의미합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

상린관계와의 차이점

▪ 지역권은 2개의 토지 사이의 이용 조절을 목적으로 한다는 점에서 상린관계와 비슷하나, 상린관계가 최소한도의 이용 조절을 목적으로 법률상 당연히 생기는 것임에 대하여, 지역권은 원칙적으로 계약으로 설정합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	지역권	상린관계
발생원인	당사자간의 계약	법률의 규정
성질	소유권에 독립한 물권	소유권의 내용
기능	인접토지의 고도의 이용 조절	인접토지의 최소한도의 이용 조절
인접성	불요	필요
소멸시효	20년	소멸시효에 걸리지 않음

지역권의 특성

구분	내용
부종성	▪ 지역권은 요역지소유권에 부종하여 이전하며 또는 요역지에 대한 소유권이외의 권리의 목적이 됩니다. 그러나 다른 약정이 있는 때에는 그 약정에 따릅니다(「민법」 제292조제1항). ▪ 지역권은 요역지와 분리하여 양도하거나 다른 권리의 목적으로 하지 못합니다(「민법」 제292조제2항).
불가분성	▪ 토지공유자의 1인은 지분에 관하여 그 토지를 위한 지역권 또는 그 토지가 부담한 지역권을 소멸하게 하지 못합니다(「민법」 제293조제1항). ▪ 토지의 분할이나 토지의 일부양도의 경우에는 지역권은 요역지의 각 부분을 위하여 또는 그 승역지의 각 부분에 존속합니다. 그러나 지역권이 토지의 일부분에만 관한 것인 때에는 다른 부분에 대하여는 그렇지 않습니다(「민법」 제293조제2항). ▪ 공유자의 1인이 지역권을 취득한 때에는 다른 공유자도 이를 취득합니다(「민법」 제295조제1항). ▪ 점유로 인한 지역권취득기간의 중단은 지역권을 행사하는 모든 공유자에 대한 사유가 아니면 그 효력이 없습니다(「민법」 제295조제2항). ▪ 요역지가 수인의 공유인 경우에 그 1인에 의한 지역권소멸시효의 중단 또는 정지는 다른 공유자를 위하여 효력이 있습니다(「민법」 제296조).

지역권의 취득 및 효력

지역권의 취득

▪ 지역권의 취득은 일반적으로 단독행위이지만, 설정계약에 의한 취득으로 ① 설정계약과 등기 ② 유언·양도·상속 ③ 요역지의 소유권이나 사용권의 이전에 수반하여 이전합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 또한 지역권은 계속되고 표현된 것에 한하여 취득시효에 관한 「민법」 제245조의 규정을 준용하므로, 지역권을 시효로 취득하는 것도 가능합니다(「민법」 제294조).

지역권의 효력

구분	내용
지역권자의 권리	▪ 승역지 이용권: 지역권자는 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기토지의 편익에 이용할 수 있습니다(「민법」 제291조). ▪ 용수(用水)지역권: 용수승역지의 수량이 요역지 및 승역지의 수요에 부족한 때에는 그 수요정도에 의하여 먼저 가용(家用)에 공급하고 다른 용도에 공급해야 합니다. 그러나 설정행위에 다른 약정이 있는 때에는 그 약정에 따릅니다. 또한 승역지에 수개의 용수지역권이 설정된 때에는 후순위의 지역권자는 선순위의 지역권자의 용수를 방해하지 못합니다(「민법」 제297조). ▪ 공작물의 공동사용: 승역지의 소유자는 지역권의 행사를 방해하지 않는 범위 내에서 지역권자가 지역권의 행사를 위하여 승역지에 설치한 공작물을 사용할 수 있습니다. 이 경우 승역지의 소유자는 수익정도의 비율로 공작물의 설치, 보존의 비용을 분담해야 합니다(「민법」 제300조). ▪ 물권적 청구권의 행사: 지역권이 침해되는 경우에는 방해제거청구권 및 방해예방청구권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제301조 및 제214조).
승역지 소유자의 의무	▪ 승역지 소유자는 지역권자가가 일정한 목적을 위해 승역지를 편익에 이용할 수 있도록 할 의무가 있습니다(「민법」 제291조 참조). ▪ 승역지 소유자의 의무와 승계: 계약에 의해 승역지 소유자가 자기의 비용으로 지역권의 행사를 위하여 공작물의 설치 또는 수선의 의무를 부담한 때에는 승역지 소유자의 특별승계인도 그 의무를 부담합니다(「민법」 제298조). ▪ 위기(委棄)에 의한 부담면제: 승역지의 소유자는 지역권에 필요한 부분의 토지소유권을 지역권자에게 위기(委棄)하여 위의 부담을 면할 수 있습니다(「민법」 제299조).

지역권의 소멸 및 특수지역권

지역권의 소멸

▪ 지역권은 물권의 일반적인 소멸원인에 의해 소멸하며, 승역지의 시효취득이나 지역권의 소멸시효 등에 의해서도 소멸합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

특수지역권

▪ 어느 지역의 주민이 집합체의 관계로 각자가 타인의 토지에서 초목, 야생물 및 토사의 채취, 방목이나 기타 수익을 하는 권리가 있는 경우에는 관습에 의하는 외에 지역권에 관한 규정을 준용합니다(「민법」 제302조).

3.4.3. 전세권

전세권의 의의

전세권의 개념

▪ “전세권”이란 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 점유하여 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익하며, 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자나 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리를 말합니다(「민법」 제303조제1항).

전세권의 특성

구분	내용
타인의 부동산에 대한 권리	▪ 전세권은 타인의 부동산에 대한 권리로서, 토지와 건물이 전세권의 목적이 됩니다. 그러나 농경지는 전세권의 목적으로 하지 못합니다(「민법」 제303조 참조).
용익물권	▪ 전세권자는 부동산의 용도에 좇아 토지 또는 건물을 사용·수익하는 권리를 갖습니다(「민법」 제303조 참조).
전세금의 지급	▪ 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 됩니다. 다만, 전세금의 지급이 반드시 현실적으로 수수되어야만 하는 것은 아니고 기존의 채권으로 전세금의 지급에 갈음할 수도 있습니다(대법원 1995.2.10. 선고 94다18508 판결).
담보물권	▪ 전세권자는 그 부동산 전부에 대하여 후순위권리자나 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리를 갖습니다. 따라서 전세권자는 전세금 반환을 위해서 목적부동산에 대하여 경매권과 우선변제권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제303조제1항 참조).

전세권의 취득과 존속기간

전세권의 취득

▪ 전세권은 전세권설정계약과 등기에 의하여 성립합니다(「민법」 제186조 참조). 또한 전세금의 지급은 전세권 성립의 요소가 되므로 전세권이 성립하려면 전세금을 주고 받아야 합니다. 다만, 목적물의 인도는 전세권의 성립요건이 아닙니다(대법원 1995.2.10.선고 94다18508 판결).

전세권의 존속기간과 계약의 갱신

구분	내용
기간을 약정한 경우	▪ 전세권의 존속기간은 10년을 넘지 못합니다. 당사자의 약정기간이 10년을 넘는 때에는 이를 10년으로 단축합니다(「민법」 제312조제1항). ▪ 건물에 대한 전세권의 존속기간을 1년 미만으로 정한 때에는 이를 1년으로 합니다(「민법」 제312조제2항).
기간을 약정하지 않은 경우	▪ 전세권의 존속기간을 약정하지 않은 때에는 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있고 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6개월이 경과하면 전세권은 소멸합니다(「민법」 제313조).
계약의 갱신	**▪ 약정갱신: 전세권의 설정은 이를 갱신할 수 있습니다. 그 기간은 갱신한 날로부터 10년을 넘지 못합니다(「민법」 제312조제3항).** **▪ 법정갱신(묵시의 갱신): 건물의 전세권설정자가 전세권의 존속기간 만료 전 6개월부터 1개월 사이에 전세권자에게 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 않으면 갱신하지 않는다는 뜻의 통지를 하지 않은 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전전세권과 동일한 조건으로 다시 전세권을 설정한 것으로 봅니다. 이 경우 전세권의 존속기간은 그 정함이 없는 것으로 봅니다(「민법」 제312조제4항).**

전세권의 효력

전세권자의 사용·수익권

▪ 전세권자는 그 부동산의 용도에 좇아 사용·수익할 권리가 있습니다(「민법」 제303조제1항).

▪ 그러나 전세권자가 전세권설정계약 또는 그 목적물의 성질에 따라 정해진 용법으로 이를 사용, 수익하지 않은 경우에는 전세권설정자는 전세권의 소멸을 청구할 수 있으며, 전세권설정자는 전세권자에 대하여 원상회복 또는 손해배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제311조).

건물의 전세권, 지상권, 임차권에 대한 효력

▪ 타인의 토지에 있는 건물에 전세권을 설정한 때에는 전세권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 한 지상권 또는 임차권에 미칩니다(「민법」 제304조제1항).

▪ 이 경우에 전세권설정자는 전세권자의 동의없이 지상권 또는 임차권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못합니다(「민법」 제304조제2항).

법정지상권의 성립

▪ 대지와 건물이 동일한 소유자에 속한 경우에 건물에 전세권을 설정한 때에는 그 대지소유권의 특별승계인은 전세권설정자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 봅니다. 그러나 지료는 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를

정합니다(「민법」 제305조제1항).

▪ 이 경우에 대지소유자는 타인에게 그 대지를 임대하거나 이를 목적으로 한 지상권 또는 전세권을 설정하지 못합니다(「민법」 제305조제2항).

전세권자의 유지·수선의무

▪ 전세권자는 목적물의 현상을 유지하고 그 통상의 관리에 속한 수선을 해야 합니다(「민법」 제309조).

상린관계 규정의 준용

▪ 상린관계에 관한 규정은 전세권자간 또는 전세권자와 인지소유자 및 지상권자간에 이를 준용합니다(「민법」 제319조).

전세금 증감청구권

▪ 목적 부동산에 관한 조세·공과금, 기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 전세금이 상당하지 않게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있습니다. 그러나 증액의 경우에는 약정한 전세금의 20분의 1을 초과하지 못하며, 전세금의 증액청구는 전세권설정계약이 있은 날 또는 약정한 전세금의 증액이 있은 날부터 1년이내에는 이를 하지 못합니다(「민법」 제312조의2, 「민법」 제312조의2 단서의 시행에 관한 규정」 제2조 및 제3조).

전세권자의 물권적청구권

▪ 전세권자는 전세권에 대한 침해가 있는 경우에 반환청구권, 방해제거청구권, 방해예방청구권을 행사할 수 있으며, 점유권에 기한 물권적청구권도 행사할 수 있습니다(「민법」 제319조, 제213조, 제214조 및 제204조부터 제206조까지 참조).

전세권의 처분

전세권의 양도, 임대 등

▪ 전세권자는 전세권을 타인에게 양도 또는 담보로 제공할 수 있고 그 존속기간내에서 그 목적물을 타인에게 전전세 또는 임대할 수 있습니다. 그러나 설정행위로 이를 금지한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제306조).

전세권양도의 효력

▪ 전세권양수인은 전세권설정자에 대하여 전세권양도인과 동일한 권리의무가 있습니다(「민법」 제307조).

전전세 등의 경우의 책임

▪ 전세권의 목적물을 전전세 또는 임대한 경우에는 전세권자는 전전세 또는 임대하지 아니하였으면 면할 수 있는 불가항력으로 인한 손해에 대하여 그 책임을 부담합니다(「민법」 제308조).

> **※ 전세권이 존속하는 동안에 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도할 수 있는지 여부**
>
> ▪ 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 않습니다. 이처럼 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 않는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있습니다. 그러므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않습니다. 다만, 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐입니다(대법원 2002.8.23. 선고 2001다69122 판결).

전세권의 소멸

전세권의 소멸청구와 소멸통고

▪ 전세권자가 전세권설정계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정해진 용법으로 이를 사용, 수익하지 않은 경우에는 전세권설정자는 전세권의 소멸을 청구할 수 있고, 전세권의 존속기간을 약정하지 않은 때에는 각 당사자는 언제든지 상대방에 대하여 전세권의 소멸을 통고할 수 있으며 상대방이 이 통고를 받은 날로부터 6월이 경과하면 전세권은 소멸합니다(「민법」 제311조제1항 및 제313조).

전세권 목적물의 멸실

구분	내용
① 불가항력으로 인하여 멸실된 때	▪ 이 경우 그 멸실된 부분의 전세권은 소멸합니다. 다만, 일부멸실의 경우에 전세권자가 그 잔존부분으로 전세권의 목적을 달성할 수 없는 때에는 전세권설정자에 대하여 전세권전부의 소멸을 통고하고 전세금의 반환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제314조).
② 전세권자의 책임있는 사유로 인하여 멸실된 때	▪ 전세권자는 전세권설정자에게 손해를 배상할 책임이 있습니다. 전세권설정자는 전세권이 소멸된 후 전세금으로써 손해의 배상에 충당하고 잉여가 있으면 반환해야 하며 부족이 있으면 다시 청구할 수 있습니다(「민법」 제315조).

전세권 소멸의 효과

구분	내용
① 전세권의 소멸과 동시이행	▪ 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환해야 합니다(「민법」 제317조).
② 전세금의 우선변제권 및 전세권자의 경매청구권	▪ 전세권자는 그 부동산에 대해서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있으며, 전세권설정자가 전세금의 반환을 지체한 때에는 전세권자는 「민사집행법」에서 정한 바에 따라 전세권의 목적물의 경매를 청구할 수 있습니다(「민법」 제303조제1항 및 제318조).
③ 부속물수거권 및 부속물매수청구권	▪ 전세권이 그 존속기간의 만료로 인하여 소멸한 때에는 전세권자는 그 목적물을 원상회복해야 하며 그 목적물에 부속시킨 물건은 수거할 수 있습니다. 그러나 전세권설정자가 그 부속물건의 매수를 청구한 때에는 전세권자는 정당한 이유없이 거절하지 못합니다(「민법」 제316조제1항). ▪ 위의 경우에 그 부속물건이 전세권설정자의 동의를 얻어 부속시킨 것인 때에는 전세권자는 전세권설정자에 대하여 그 부속물건의 매수를 청구할 수 있습니다. 그 부속물건이 전세권설정자로부터 매수한 것인 때에도 같습니다(「민법」 제316조제2항).
④ 전세권자의 유익비상환청구권	▪ 전세권자가 목적물을 개량하기 위하여 지출한 금액이나 기타 유익비에 관해서는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제310조제1항). ▪ 위의 경우에 법원은 소유자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있습니다(「민법」 제310조제2항).

3.5. 담보물권

3.5.1. 유치권

유치권의 의의

유치권의 개념

▪ “유치권”이란 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리를 말합니다(「민법」 제320조제1항).

▪ 유치권자는 채권전부의 변제를 받을 때까지 유치물전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있습니다(「민법」 제321조).

유치권과 동시이행항변권의 차이

구분	유치권	동시이행항변권
공통점	▪ 서로 동시에 병존하는게 가능함 ▪ 공평의 원칙에 기인함 ▪ 이행거절의 효력을 가짐	
차이점	▪ 독립한 물권	▪ 이행거절권능
	▪ 점유가 성립요건	▪ 점유가 성립요건이 아님
	▪ 누구에게나 주장가능	▪ 계약의 상대방에게 주장가능

유치권의 성립요건

타인소유의 물건이나 유가증권

▪ 유치물이 타인의 물건(부동산 및 동산) 또는 유가증권이어야 합니다(「민법」 제320조제1항 참조).

적법한 점유일 것

▪ 유치권은 유치하려는 목적물의 점유가 필요하며, 점유는 간접점유로도 가능합니다(대법원 2002.11.27. 선고 2002마3516 판결). 또한 그 점유가 불법행위로 인한 경우(예: 점유침탈한 경우)에는 적용되지 않습니다(「민법」 제320조제1항 및 제2항 참조).

채권의 변제기가 도래할 것

▪ 유치권이 성립하려면 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권의 변제기가 도래해야 합니다(「민법」 제320조제1항 참조).

유치권 배제특약이 없을 것

▪ 당사자간에 유치권을 배제한다는 특약이 없어야 합니다. 유치권은 채권자의 이익을 보호하기 위한 법정담보물권으로서, 당사자는 미리 유치권의 발생을 막는 특약을 할 수 있고 이러한 특약은 유효하며, 이러한 특약에 따른 효력은 특약의 상대방뿐 아니라 그 밖의 사람도 주장할 수 있습니다(대법원 2018.1.24. 선고 2016다234043 판결).

채권과 목적물 사이에 견련관계가 있을 것

▪ 유치권이 성립하기 위해서는 채권이 유치권의 목적물에 관하여 생긴 채권이어야 합니다(「민법」 제320조제1항 참조).

> ※ **견련관계가 부정되는 경우**
>
> ▪ 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없습니다(대법원 1994.10.14. 선고 93다62119 판결).
>
> ▪ 甲(갑)이 건물 신축공사 수급인인 乙(을) 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 사안에서, 甲(갑)의 건축자재대금채권은 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과할 뿐 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수는 없습니다(대법원 2012.1.26. 선고 2011다96208 판결).

유치권의 효력

유치권자의 권리

구분	내용
① 경매권 및 간이변제충당	▪ 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있습니다(「민법」 제322조제1항). ▪ 다만, 정당한 이유있는 때에는 유치권자는 감정인의 평가에 의하여 유치물로 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있습니다. 이 경우에는 유치권자는 미리 채무자에게 통지해야 합니다(「민법」 제322조제2항).
② 과실수취권	▪ 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있습니다. 그러나 과실이 금전이 아닌 때에는 경매해야 합니다(「민법」 제323조제1항). ▪ 과실은 먼저 채권의 이자에 충당하고 그 잉여가 있으면 원본에 충당합니다(「민법」 제323조제2항).
③ 유치물 사용권	▪ 유치권자는 채무자의 승낙이 있으면 유치물을 사용할 수 있습니다. 다만, 유치물의 보존에 필요한 경우에는 승낙 없이도 사용이 가능합니다(「민법」 제324조제2항 참조).
④ 비용상환청구권	▪ 유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제325조제1항). ▪ 유치권자가 유치물에 관하여 유익비를 지출한 때에는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있습니다. 그러나 법원은 소유자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있습니다(「민법」 제325조제2항).

유치권자의 의무

▪ 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유해야 합니다(「민법」 제324조제1항).

▪ 유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못합니다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그렇지 않습니다(「민법」 제324조제2항).

▪ 유치권자가 위의 의무를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있습니다(「민법」 제324조제3항).

유치권의 소멸

유치권의 소멸사유

▪ 유치권은 물권의 일반적인 소멸원인인 목적물의 전부멸실, 혼동, 포기 등의 사유가 있으면 소멸합니다(「민법」 제191조 등 참조).

▪ 또한 유치권의 행사는 채권의 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 않습니다(「민법」 제326조). 따라서 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 유치권은 소멸합니다(「민법」 제162조 및 제163조 참조).

▪ 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있습니다(「민법」 제327조).

▪ 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸합니다(「민법」 제328조).

3.5.2. 저당권

저당권의 의의

저당권의 개념

▪ "저당권"이란 채무자 또는 제3자가 점유를 이전하지 않고 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리를 말합니다(「민법」 제356조).

저당권의 성립

법률행위에 의한 저당권의 성립

▪ 저당권은 물권이므로 저당권설정계약과 등기가 있어야 성립합니다(「민법」 제186조 참조).

구분	내용
① 저당권설정계약의 당사자	▪ 저당권자는 피담보채권의 채권자여야 합니다. 다만, 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 할 것입니다(대법원 2011.1.13. 선고 2010다69940 판결). ▪ 저당권설정자는 채무자 또는 제3자(물상보증인)입니다(「민법」 제356조 참조).
② 저당권의 객체	▪ 등기나 등록이 가능한 것만이 저당권의 객체가 될 수 있습니다. 따라서 부동산(「민법」 제356조), 지상권 및 전세권(「민법」 제371조), 광업권(「광업법」 제11조), 어업권(「수산업법」 제16조제2항), 자동차(「자동차 등 특정동산 저당법」 제3조) 등이 저당권의 객체가 됩니다.
③ 피담보채권	▪ 피담보채권은 소비대차에 따른 금전채권이 대부분이지만 그 밖의 채권도 피담보채권으로 할 수 있습니다. 또한 장래의 채권을 피담보채권으로 할 수도 있습니다(「민법」 제357조 및 대법원 1993.5.25. 선고 93다6362 판결 참조).

법률의 규정에 의한 저당권의 성립

구분	내용
① 법정저당권	▪ 토지임대인이 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있습니다(「민법」 제649조).
② 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권	▪ 부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있습니다(「민법」 제666조).

저당권의 효력

저당권의 효력이 미치는 범위

구분	내용
① 저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위	**▪ 저당권 효력의 범위: 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미칩니다. 그러나 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 있으면 그렇지 않습니다(「민법」 제358조).** **▪ 과실에 대한 효력: 저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있은 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미칩니다. 그러나 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에 대하여는 압류한 사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못합니다(「민법」 제359조).** **▪ 물상대위: 저당권자는 저당물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 저당권설정자가 받을 금전이나 그 밖의 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있습니다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도전에 압류해야 합니다(「민법」 제370조 및 제342조).**
② 저당권의 효력이 미치는 피담보채권의 범위	**▪ 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보합니다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제360조).** **▪ 불가분성: 저당권자는 채권전부의 변제를 받을 때까지 저당물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있습니다(「민법」 제370조 및 제321조).**

우선변제적 효력

▪ 저당권자는 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있으며, 이에 따라 저당권자는 그 채권의 변제를 받기 위해 저당물의 경매를 청구할 수 있습니다(「민법」 제356조 및 제363조제1항).

▪ 이 경우 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 경매인이 될 수 있습니다(「민법」 제363조제2항).

▪ 저당권자는 저당물에 의하여 변제를 받지 못한 부분의 채권에 한하여 채무자의 다른 재산으로부터 변제를 받을 수 있습니다(「민법」 제370조 및 제340조제1항).

▪ 다만, 저당물보다 먼저 다른 재산에 관한 배당을 실시하는 경우에는 적용하지 않습니다. 그러나 다른 채권자는 저당권자에게 그 배당금액의 공탁을 청구할 수 있습니다(「민법」 제370조 및 제340조제2항).

저당권과 용익관계

저당권과 용익권의 관계

▪ 매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸됩니다. 그리고 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸됩니다(「민사집행법」 제91조제2항 및 제3항).

▪ 또한 매각된 부동산의 매수인은 유치권자(留置權者)에게 그 유치권(留置權)으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있습니다(「민사집행법」 제91조제5항).

법정지상권

▪ “법정지상권”이란 토지와 건물이 동일인에 속하는 상태에서 건물에만 제한물권이 설정되었다가 나중에 토지와 건물의 소유자가 달라진 경우에 건물소유자를 보호하기 위하여 법률로 인정하는 지상권을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 봅니다(「민법」 제366조 전단).

▪ 법정지상권의 성립요건

구분	내용
① 저당권 설정 당시에 건물이 존재할 것	▪ 건물 없는 토지에 저당권이 설정된 후 저당권설정자가 그 위에 건물을 건축했다가 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 경매로 인하여 그 토지와 지상 건물이 소유자를 달리하였을 경우에는, 「민법」 제366조의 법정지상권이 인정되지 않습니다(대법원 1995.12.11. 선고 95마1262 판결). ▪ 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않습니다(대법원 2003.12.18. 선고 98다43601 전원합의체 판결).
② 저당권 설정당시에 토지와 건물이 동일인의 소유에 속할 것	▪ 「민법」 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시에 동일인의 소유에 속하는 토지와 건물이 저당권의 실행에 의한 경매로 인하여 각기 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물의 소유를 위하여 인정되는 것입니다. 그러므로 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전 받지 못하고 있다가, 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지가 경매되어 다른 사람의 소유로 된 경우에는, 그 저당권의 설정 당시에 이미 대지와 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하고 있었으므로 법정지상권이 성립될 여지가 없습니다(대법원 2002.6.20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결).
③ 저당권의 설정	▪ 토지 또는 건물 중 어느 하나에 또는 모두에 저당권이 설정되어 있어야 합니다.
④ 경매로 소유자가 달라질 것	▪ 토지와 건물이 저당권의 실행에 의한 경매로 인하여 각기 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우여야 합니다(「민법」 제366조 전단 참조).

▪ 법정지상권의 성립시기는 매수인이 매각대금을 지급한 때이며, 법정지상권은 「민법」 제187조에 따른 물권변동(법률의 규정에 의한 물권변동)이므로 법정지상권이 성립하기 위해 등기를 요하지 않습니다. 다만, 타인에게 그 권리를 처분하려면 먼저 자신의 명의로 지상권설정등기를 하여야 합니다(「민법」 제187조 참조).

※ 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 지상권까지 양도 받기로 한 자에 대한 대지소유자의 건물철거청구의 적법성

> ▪ 법정지상권을 가진 건물소유자로부터 건물을 양수하면서 법정지상권까지 양도받기로 한 자는 채권자대위의 법리에 따라 전건물소유자 및 대지소유자에 대하여 차례로 지상권의 설정등기 및 이전등기절차이행을 구할 수 있다 할 것입니다. 따라서 이러한 법정지상권을 취득할 지위에 있는 자에 대하여 대지소유자가 소유권에 기하여 건물철거를 구함은 지상권의 부담을 용인하고 그 설정등기절차를 이행할 의무있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없습니다(대법원 1985.4.9. 선고 84다카1131 전원합의체 판결).

▪ 한편, 법정지상권이 성립한 경우 지료는 당사자의 청구에 의해 법원이 이를 정합니다(「민법」 제366조 후단).

일괄경매권

▪ 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있습니다. 그러나 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없습니다(「민법」 제365조).

제3취득자의 지위

구분	내용
① 경매의 매수인이 될 수 있는 권리	▪ 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 경매인이 될 수 있습니다(「민법」 제363조제2항).
② 제3취득자의 변제	▪ 저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있습니다(「민법」 제364조).
③ 제3취득자의 비용상환청구권	▪ 저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 「민법」 제203조제1항 및 제2항에 따라 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있습니다(「민법」 제367조).

저당권의 침해에 대한 구제

구제방법

구분	내용
① 물권적 청구권	▪ 저당권자는 저당권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 소유권을 방해할 염려있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있습니다(「민법」 제370조 및 제214조).
② 손해배상청구권	▪ 저당권에 대한 침해행위가 고의 또는 과실로 인한 위법행위인 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있습니다(「민법」 제750조).
③ 담보물보충청구권	▪ 저당권설정자의 책임있는 사유로 인하여 저당물의 가액이 현저히 감소된 때에는 저당권자는 저당권설정자에 대하여 그 원상회복 또는 상당한 담보제공을 청구할 수 있습니다(「민법」 제362조).
④ 즉시변제청구권	▪ 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때에는 채무자는 기한의 이익을 주장하지 못합니다(「민법」 제388조제1호). 이에 따라 저당권자는 즉시변제를 청구하거나 저당권을 실행할 수 있습니다.

저당권의 처분 및 소멸

저당권의 처분제한

▪ 저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못합니다(「민법」 제361조).

▪ 따라서 저당권을 양도할 때에는 저당권과 피담보채권을 함께 양도하여야 하므로, 채권양도에 관한 규정(「민법」 제449조부터 제452조까지)이 적용되고 물권적 합의와 함께 등기라는 요건도 갖춰야 합니다(「민법」 제186조).

저당권의 소멸

▪ 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성이나 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸합니다(「민법」 제369조).

▪ 지상권 또는 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의없이 지상권 또는 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못합니다(「민법」 제371조제2항).

특수저당권

공동저당

▪ “공동저당”이란 동일한 채권을 담보하기 위해 수개의 부동산 위에 저당권을 설정하는 것을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

※ 예를 들면, 채권자 甲(갑)에게 300만원을 빌리면서 X(시가 300만원), Y(시가 200만원), Z(시가 100만원)라는 3개의 부동산을 모두 저당한 경우 甲(갑)은 X, Y, Z의 어느 것에 대해서도 우선변제를 받을 수 있는데, 이처럼 채권자 甲(갑)은 저당목적물의 멸실·훼손, 가격의 하락 등에 대비하여 여러 개의 목적물에 위험을 분산시킬 수 있는 이점이 있습니다.

▪ 공동저당의 효력

구분	내용
① 동시(同時)배당의 경우	▪ 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정합니다(「민법」 제368조제1항).
② 이시(異時)배당의 경우	▪ 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있습니다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 위 규정에 따라 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제368조제2항).

※ 물상보증인과의 관계

▪ 공동저당에 제공된 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 가운데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 선순위공동저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권을 대위취득하며, 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인이 대위취득한 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있습니다(대법원 2017.4.26. 선고 2014다221777, 221784 판결).

▪ 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인 소유인 경우 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 「민법」 제368조제1항은 적용되지 않고, 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하며, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 해야 합니다. 그리고 이러한 이치는 물상보증인이 채무자를 위한 연대보증인의 지위를 겸하고 있는 경우에도 마찬가지입니다(대법원 2016.3.10. 선고 2014다231965 판결).

근저당

▪ "근저당"이란 계속적인 거래에서 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있습니다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 않습니다(「민법」 제357조제1항).

▪ 이 때 채무의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 봅니다(「민법」 제357조제2항).

※ 근저당 관련 판례

▪ 근저당권자의 채권의 총액이 채권최고액을 초과하는 경우, 근저당권자와 그 채무자 겸 근저당권설정자 사이에서는 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용 등 그 채권 일부의 변제가 있더라도 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당권의 효력이 잔존채무에 미칩니다(대법원 2010.5.13. 선고 2010다3681 판결).

▪ 근저당부동산에 대하여 소유권을 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 채권최고액의

범위 내에서 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다고 할 것이며, 근저당권의 물상보증인은 「민법」 제357조에서 말하는 채권의 최고액만을 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 변제할 의무가 있는 것이 아닙니다(대법원 1974.12.10. 선고 74다998 판결 및 대법원 2002.5.24. 선고 2002다7176 판결).

▪ 근저당권은 당사자 사이의 계속적인 거래관계로부터 발생하는 불특정채권을 어느 시기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액 범위 내에서 담보하는 저당권으로서 보통의 저당권과 달리 발생 및 소멸에 있어 피담보채무에 대한 부종성이 완화되어 있는 관계로 피담보채무가 확정되기 이전이라면 채무의 범위나 또는 채무자를 변경할 수 있습니다. 그래서 채무의 범위나 채무자가 변경된 경우에는 당연히 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 해당 근저당권에 의하여 담보되고, 변경 전의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되는 채무의 범위에서 제외됩니다(대법원 1999.5.14. 선고 97다15777, 15784 판결).

4. 민법(계약)

4.1. 계약 총칙

4.1.1. 계약의 성립과 효력

계약의 의의

계약의 개념

▪ “계약”이란 서로 대립하는 2개 이상의 의사표시가 합치하는, 채권의 발생을 목적으로 하는 법률행위를 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

계약의 종류(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
① 전형계약과 비전형계약	▪ “전형계약”이란 「민법」이 규정하고 있는 14가지 계약을 말합니다(증여·매매·교환·소비대차·사용대차·임대차·고용·도급·현상광고·위임·임치·조합·종신정기금·화해). ▪ “비전형계약”이란 위의 전형계약에 속하지 않는 계약을 말합니다.
② 쌍무계약과 편무계약	▪ “쌍무계약”이란 계약당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 급부를 하는 계약을 말합니다. 예를 들어 매매계약에 있어서는 매도인이 상대방에게 상품을 급부할 의무를 부담하고, 매수인이 상대방에게 대금을 급부할 의무를 부담하는데, 여기서 2개의 급부는 서로 대가관계에 있습니다. 특히 동시이행항변권(「민법」 제536조제1항)과 위험부담(「민법」 제537조) 등의 문제는 쌍무계약에서 발생합니다. ▪ “편무계약”이란 증여의 경우와 같이 당사자 일방만이 급부를 하고, 상대방은 이에 대응하는 반대급부를 하지 않는 계약을 말합니다. 이것은 쌍무계약과는 달리 동시이행항변권이나 위험부담 등의 문제가 발생하지 않습니다.
③ 유상계약과 무상계약	▪ “유상계약”이란 매매나 임대차의 경우와 같이 계약당사자 쌍방이 서로 대가적인 의미를 가지는 출손(대금이나 차임)을 하는 계약을 말합니다. 민법은 유상계약에 관하여 매매의 규정을 준용하도록 규정하고 있습니다(「민법」 제567조). ▪ “무상계약”이란 증여계약 등과 같이 경제적인 출손(出損)을 하는 것은 일방뿐이고, 상대방은 이에 대응하는 반대급부를 하지 않는 계약을 말합니다.
④ 낙성계약과 요물계약	▪ “낙성계약”이란 당사자 사이의 의사표시가 합치하기만 하면 계약이 성립하고, 그 밖에 다른 형식이나 절차를 필요로 하지 않는 계약을 말합니다. ▪ “요물계약”이란 당사자 사이의 합의 외에 물건의 인도나 그 밖에 급부가 있어야만 성립하는 계약을 말합니다.

계약의 성립

계약의 성립요건

▪ 계약은 서로 대립하고 있는 의사표시의 합치에 의하여 성립하는데, 보통 청약·승낙이라고 하는 서로 대립하는 두 의사표시의 합치에 의하여 성립합니다. 다만, 예외적으로 청약만으로 성립하거나[예 : 호텔방을 예약하는 행위(의사실현)], 쌍방의 당사자가 동일내용의 청약(교차청약)을 하는 경우에도 계약이 성립하기도 합니다(「민법」 제533조).

청약과 승낙에 의한 계약성립

▪ 예컨대 A가 토지를 팔겠다고 의사표시를 하고 B가 그것을 사겠다고 의사표시를 하여 두 개의 의사표시가 합치하는 경우(계약의 성립)에 A의 의사표시를 ‘청약’이라고 하고, B의 의사표시를 ‘승낙’이라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
① 청약	▪ '청약의 유인(誘引)'과의 구별: "청약의 유인"이란 타인을 꾀어내어 자기에게 청약을 하게 하려는 행위로서, 청약을 하기 전의 흥정, 준비행위이고, 청약은 계약을 체결하려는 구속력 있는 의사표시를 말합니다. 대표적인 청약의 유인으로는 구인광고, 물품판매광고, 상품목록배부, 기차시간표의 게시 등을 들 수 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조). ▪ 청약의 구속력: 계약의 청약은 이를 철회하지 못합니다(「민법」 제527조). ▪ 승낙기간을 정한 계약의 청약: 승낙의 기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃습니다(「민법」 제528조제1항). 승낙의 통지가 위의 기간 후에 도달한 경우에 보통 그 기간 내에 도달할 수 있는 발송인 때에는 청약자는 지체없이 상대방에게 연착의 통지를 해야 합니다. 그러나 그 도달 전에 지연의 통지를 발송한 때에는 연착의 통지를 요구하지 않습니다. 다만, 청약자가 이러한 통지를 하지 않은 때에는 승낙의 통지는 연착되지 않은 것으로 봅니다(「민법」 제528조제2항 및 제3항). ▪ 승낙기간을 정하지 않은 계약의 청약: 승낙의 기간을 정하지 않은 계약의 청약은 청약자가 상당한 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃습니다(「민법」 제529조).
② 승낙	▪ 연착된 승낙의 효력: 위의 경우에 연착된 승낙은 청약자가 이를 새 청약으로 볼 수 있습니다(「민법」 제530조). ▪ 격지자간의 계약성립시기: 원칙적으로 특별규정이 없다면 승낙은 도달주의의 일반원칙에 따라 승낙이 청약자에게 도달한 때에 효력이 발생합니다(「민법」 제111조 제1항 참조). 그러나 격지자간 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립합니다(「민법」 제531조). ▪ 변경을 가한 승낙: 승낙자가 청약에 대해 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 봅니다(「민법」 제534조).

의사실현에 의한 계약성립

▪ 청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 않은 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립합니다(「민법」 제532조).

교차청약에 의한 계약성립

▪ 당사자간에 동일한 내용의 청약이 상호교차된 경우에는 양청약이 상대방에게 도달한 때에 계약이 성립합니다(「민법」 제533조).

계약체결상의 과실책임

의의

▪ "계약체결상의 과실책임"이란 목적이 불능한 계약을 체결할 때, 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자에게 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해(신뢰이익)의 배상을 청구하는 것을 말합니다(「민법」 제535조제1항 참조).

요건

구분	내용
① 계약이 원시적 불능일 것	▪ 계약체결상의 과실책임은 목적이 불능한 계약을 체결하였을 때 발생합니다(「민법」 제535조제1항 참조).
② 가해자의 악의나 과실이 있을 것	▪ 계약을 할 때 가해자가 그 불능을 알았거나 알 수 있었어야 합니다(「민법」 제535조제1항 참조).
③ 상대방이 선의이며 무과실 일 것	▪ 계약체결상의 과실책임은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용되지 않습니다(「민법」 제535조제2항).

효과

▪ 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상해야 합니다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인해 생길 이익액을 넘지 못합니다(「민법」 제535조제1항).

▪ 그리고 배상의 범위는 목적물건의 검사비용과 교통비, 그 밖에 다른 유리한 계약을 이행하지 못했기 때문에 발생한 손해와 은행으로부터 매수대금을 차용하기 위하여 사전에 지급한 이자와 같은 신뢰이익 정도입니다. 여기서 신뢰이익이 이행이익보다 클 때에는 이행이익의 범위 내에서 배상합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

계약의 효력

동시이행의 항변권

▪ "동시이행의 항변권"이란 쌍무계약의 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 권리를 말합니다. 동시이행의 항변권은 매매의 경우뿐만 아니라 모든 쌍무계약에서 발생하는데, 보통 쌍무계약에서는 쌍방의 채무가 서로 대가관계에 있기 때문입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있습니다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 않은 때에는 채무이행을 거절할 수 없습니다(「민법」 제536조제1항).

▪ 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행해야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 채무이행을 거절할 수 있습니다(「민법」 제536조제2항).

※ 동시이행 관련 판례

▪ 동시이행관계에 있는 채무를 부담하는 쌍방 당사자 중 일방이 먼저 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 했더라도, 그 이행의 제공이 계속되지 않았다면 과거에 이행제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하지는 않습니다. 또한 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다고 할 것입니다(대법원 2014.4.30. 선고 2010다11323 판결).

위험부담

▪ 쌍무계약에서 일방의 채무가 채무자에게 책임 없는 사유로 이행불능이 되어 소멸한 경우에, 그에 대응하는 타방의 채무의 운명은 어떻게 되는지 문제가 됩니다. 위험부담의 법리는 일반적으로 '채무의 독립성'과 '쌍무계약의 견련성'이라는 두 성격의 조화를 꾀하려는 제도로서, 채무의 후발적 불능을 둘러싸고 일어나는 문제의 해결을 위한 것입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 위험부담의 문제는 쌍무계약 및 채무의 후발적 불능의 경우에 발생합니다. 또한 위험부담은 후발적 불능이 채무자에게 책임 없는 사유로 생긴 때에 문제가 됩니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 예컨대 주택을 매매하는 계약을 체결한 후에 그 목적인 주택이 화재로 소실한 때에는 이 쌍무계약에서 생긴 일방의 채무인 주택인도의 채무는 이행불능으로 소멸하게 되는데 이 경우 다른 일방이 부담하는 대금지급채무의 운명은 어떻게 되는지 문제가 됩니다. 만약 운명을 함께하여 소멸한다고 하면 매도인은 대금을 청구할 수 없게 되므로, 쌍무계약의 일방의 채무가 소멸되었다고 하는 손실은 그 소멸된 채무의 채무자(매도인)가 부담하게 되고 이에 반하여 만약 다른 채무만은 존속한다고 하면 매도인은 대금을 청구할 수 있으므로 위의 손실은 채권자(매수인)의 부담으로 됩니다. 이 경우 전자를 ① 채무자위험부담주의(債務者危險負擔主義)라 하고, 후자를 ② 채권자위험부담주의(債權者危險負擔主義)라 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 우리 「민법」은 원칙적으로 채무자위험부담주의를 취하고 있으며, 이에 따라 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못하도록 하고 있습니다(「민법」 제537조).

▪ 반면, 예외적인 경우 채권자위험부담주의를 적용하는데, 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있도록 하고 있습니다. 또한 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같습니다. 이 경우 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 합니다(「민법」 제538조).

제3자를 위한 계약

▪ "제3자를 위한 계약"이란 제3자에게 권리를 취득하게 할 목적으로 양 당사자가 체결하는 계약을 말합니다. 예컨대 甲(갑)·乙(을)간의 계약으로 乙(을)이 제3자인 丙(병)에게 10만원의 채무를 이행할 것을 약정한 때 丙(병)은 乙(을)에게 직접 10만원의 채무이행을 청구하는 권리를 취득하는 것과 같이, 丙(병)을 계약의 당사자에 넣지 않고 丙(병)에게 권리를 취득시키는 甲(갑)·乙(을)간의 계약을 말합니다. 이때 甲(갑)을 요약자(채권자), 乙(을)을 낙약자(채무자), 丙(병)(병)을 수익자(제3자)라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 제3자를 위한 계약은 요약자와 낙약자의 채권계약에 의하여 낙약자가 제3자에게 이행할 것을 약정한 때에 성립합니다(「민법」 제539조제1항 참조).

▪ 요약자, 낙약자 및 수익자의 지위

구분	내용
① 수익자의 지위	▪ 제3자를 위한 계약이 체결된 경우 그 제3자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있습니다. 이 경우 제3자의 권리는 그 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생깁니다(「민법」 제539조). ▪ 이 경우에 채무자는 상당한 기간을 정하여 계약의 이익의 향수여부의 확답을 제3자에게 최고할 수 있으며, 채무자가 그 기간 내에 확답을 받지 못한 때에는 제3자가 계약의 이익을 받을 것을 거절한 것으로 봅니다(「민법」 제540조). ▪ 위 규정에 따라 제3자의 권리가 생긴 후에는 당사자는 이를 변경 또는 소멸시키지 못합니다(「민법」 제541조).
② 요약자의 지위	▪ 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우, 낙약자는 이미 제3자에게 급부한 것에 대해 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없습니다(대법원 2005.7.22. 선고 2005다7566,7573 판결) ▪ 제3자를 위한 유상 쌍무계약의 경우 요약자는 낙약자의 채무불이행을 이유로 제3자의 동의 없이 계약을 해제할 수 있습니다(대법원 1970.2.24. 선고 69다1410, 1411 판결).
③ 낙약자의 지위	▪ 낙약자(채무자)는 제3자를 위한 계약에 기한 항변으로 그 계약의 이익을 받을 제3자에게 대항할 수 있습니다(「민법」 제542조).

4.1.2. 계약의 해제와 해지

계약의 해제

해제의 의의

▪ “해제”란 일단 유효하게 성립한 계약을 소급하여 소멸시키는 일방적인 의사표시를 말합니다. 그리고 이러한 일방적인 의사표시에 의하여 계약을 해소시키는 권리를 해제권이라고 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

해제권의 발생원인

▪ 해제권에는 ① 약정해제권과 ② 법정해제권이 있습니다. 약정해제권은 계약의 당사자가 해제권 보류에 관하여 특약을 한 경우에 계약에 의하여 발생하는 해제권입니다. 법정해제권은 법률의 규정으로 당연히 발생하는 해제권을 말하는데, 「민법」에서는 이행지체(「민법」 제544조 및 제545조)와 이행불능(「민법」 제546조) 두 가지를 규정하고 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 법정해제권의 발생

구분	내용
이행지체의 경우	▪ 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 않는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 않은 때에는 계약을 해제할 수 있습니다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 않을 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 않습니다(「민법」 제544조). **※ 관련 판례** **▪ 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제요건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니며 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다고 할 것이고, 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 있습니다(대법원 1994.11.25. 선고 94다35930 판결).** ▪ 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 않으면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하지 않고 계약을 해제할 수 있습니다(「민법」 제545조).

이행불능의 경우	▪ 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있습니다(「민법」 제546조). **※ 관련판례** **▪ 이행불능을 이유로 계약을 해제하기 위해서는 그 이행불능이 채무자의 귀책사유에 의한 경우여야만 한다 할 것이므로(「민법」 제546조), 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 되었다고 할지라도, 그 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없습니다(대법원 2002.4.26. 선고 2000다50497 판결).**

※ 부수적 채무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있는지 여부

▪ 「민법」 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 해당 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 않으면 계약의 목적이 달성되지 않아 채권자가 그 계약을 체결하지 않았을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무여야 하고, 그렇지 않은 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 않는 경우에는 계약을 해제할 수 없습니다(대법원 2005.11.25. 선고 2005다53705, 53712 판결).

해제권의 행사

▪ 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해제의 권리가 있는 때에는 그 해제는 상대방에 대한 의사표시로 합니다(「민법」 제543조제1항).

▪ 이러한 해제의 의사표시는 철회하지 못합니다(「민법」 제543조제2항).

▪ 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 해야 하고, 이 경우 해제의 권리가 당사자 1인에 대하여 소멸한 때에는 다른 당사자에 대해서도 소멸합니다(「민법」 제547조).

해제의 효과

구분	내용

① 계약의 소급적 실효	▪ 해제의 소급효: 「민법」 제548조제1항 본문에 따르면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케 할 의무를 부담합니다. 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때 그 이론 구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나, 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 「민법」 제548조제1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것입니다(대법원 1977.5.24. 선고 75다1394 판결). ▪ 제3자의 보호문제: 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 제3자의 권리를 해하지 못합니다(「민법」 제548조제1항 단서). ※ 제3자에 해당하는 경우 ▪ 해제된 매매계약의 매수인으로부터 목적물을 매수하여 소유권을 취득한 자(대법원 1999.9.7. 선고 99다14877 판결) ▪ 매수인과 매매예약을 체결한 후 그에 기한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마친 사람(대법원 2014.12.11. 선고 2013다14569 판결) ※ 제3자에 해당하지 않는 경우 ▪ 계약상의 채권을 양도받은 양수인(대법원 2000.8.22. 선고 2000다23433 판결) ▪ 건축주 허가명의만을 양수한 자(대법원 2007.4.26. 선고 2005다19156 판결) ▪ 계약상의 채권 자체를 압류 또는 전부한 자(대법원 2000.4.11. 선고 99다51685 판결)

② 원상회복 의무	▪ 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있습니다(「민법」 제548조제1항 본문). **※ 원상회복 반환의 범위** **▪ 계약 해제의 효과로서 원상회복의무를 규정하는 「민법」 제548조제1항 본문은 부당이득에 관한 특별규정의 성격을 가지는 것으로서, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 청구인의 선의·악의를 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부입니다(대법원 2014.3.13. 선고 2013다34143 판결)** ▪ 이 경우 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 합니다(「민법」 제548조제2항).
③ 손해배상	▪ 계약의 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않습니다(「민법」 제551조). **※ 상대방의 고의, 과실 필요 여부** **▪ 계약 상대방의 채무불이행을 이유로 한 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니하지만, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 손해배상책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의 또는 과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 않습니다(대법원 2016.4.15. 선고 2015다59115 판결).**
④ 동시이행의 문제	▪ 해제 시 각 당사자의 원상회복 의무는 동시이행의 관계에 있습니다(「민법」 549조). 다만, 판례는 원상회복의무뿐만 아니라 손해배상의무의 경우에도 동시이행관계에 있다고 합니다(대법원 1996.7.26. 선고 95다25138, 25145 판결).

해제권의 소멸

▪ 해제권의 행사의 기간을 정하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 해제권행사여부의 확답을 해제권자에게 최고할 수 있습니다. 다만, 이 기간내에 해제의 통지를 받지 못한 때에는 해제권은 소멸합니다(「민법」 제552조).

▪ 또한 해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인하여 다른 종류의 물건으로 변경된 때에는 해제권은 소멸합니다(「민법」 제553조).

계약의 해지

해지의 의의

▪ “해지”란 계속적인 계약을 장래에 향하여 실효시키는 것을 말합니다. 이것은 장래에 향하여 계약을 소멸시키는 점에서 해제의 소급적 효력과는 구별하여야 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

해지권의 발생

▪ 해지권도 당사자의 계약 또는 법률의 규정에 의하여 발생합니다(「민법」 제543조제1항 참조).

해지권의 행사

▪ 해지는 상대방에 대한 의사표시로 하고, 해지의 의사표시는 철회하지 못합니다(「민법」 제543조제1항 및 제2항).

▪ 당사자 일방 또는 쌍방이 수인이 경우에는 계약의 해지는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 합니다. 이 경우에 해지의 권리가 당사자 1인에 대하여 소멸한 때에는 다른 당사자에 대하여도 소멸합니다(「민법」 제547조).

해지의 효과

▪ 당사자 일방이 계약을 해지한 때에는 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃습니다(「민법」 제550조).

▪ 계약의 해지는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않습니다(「민법」 제551조).

4.2. 매매, 교환 및 임대차

4.2.1. 매매

매매의 의의

매매의 개념

▪ “매매”란 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고, 상대방은 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말합니다(「민법」 제563조). 매매는 낙성(諾成)·쌍무·유상계약입니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

유상계약에의 준용

▪ 매매에 관한 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용합니다. 그러나 그 계약의 성질이 이를 허용하지 않는 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제567조).

매매의 성립

매매의 예약

▪ “매매의 예약”이란 예컨대 가옥을 5천만원으로 매매한다고 하는 것을 미리 약속하는 것(예약)을 말합니다. 매매의 예약은 크게 4가지로 분류할 수 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

구분	내용
① 편무예약(片務豫約)과 쌍무예약(雙務豫約)	▪ 일방이 본계약을 체결하려고 하는 청약을 하면 타방이 이것을 승낙할 의무를 부담하는 것으로서, 청약할 권리를 일방만이 가지고 있는 때에는 편무예약(片務豫約)이라고 하고, 쌍방이 가지고 있는 때에는 쌍무예약(雙務豫約)이라고 합니다.
② 일방예약(一方豫約)과 쌍방예약(雙方豫約)	▪ 일방이 본계약을 성립시키려고 하는 의사표시(예약완결의 의사표시)를 하면 타방의 승낙을 요하지 않고 본계약이 성립하는 것으로서, 이 완결권을 일방만이 가지고 있는 것을 일방예약(一方豫約)이라고 하고, 쌍방이 가지고 있는 것을 쌍방예약(雙方豫約)이라고 합니다.

※ 당사자가 원하는 바에 따라 위의 4가지 중 어느 것이라도 유효하게 성립시킬 수 있습니다. 그러나 「민법」은 특히 '일방예약'의 규정을 두고 있으므로(「민법」 제564조), 당사자의 의사가 분명하지 않을 때에는 일방예약으로 추정됩니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 매매의 일방예약은 상대방이 매매를 완결할 의사(이를 '예약완결권'이라 함)를 표시하는 때에 매매의 효력이 생깁니다(「민법」 제564조제1항).

▪ 위의 의사표시의 기간을 정하지 않은 때에는 예약자는 상당한 기간을 정하여 매매완결여부의 확답을 상대방에게 최고할 수 있습니다. 만약 예약자가 이 기간 내에 확답을 받지 못한 때에는 예약은 그 효력을 잃습니다(「민법」 제564조제2항 및 제3항).

해약금

▪ 매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전이나 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있습니다(「민법」 제565조제1항).

▪ 위 규정에 따라 매매계약을 해제한 경우 손해배상을 청구할 수 없습니다(「민법」 제565조제2항 및 제551조).

※ 계약금은 특약이 없는 경우에도 위약금의 성질을 갖는지 여부

▪ 유상계약을 체결함에 있어서 계약금이 수수된 경우 계약금은 해약금의 성질을 가지고 있어서, 이를 위약금으로 하기로 하는 특약이 없는 이상 계약이 당사자 일방의 귀책사유로 인하여 해제되었다 하더라도 상대방은 계약불이행으로 입은 실제 손해만을 배상받을 수 있을 뿐 계약금이 위약금으로서 상대방에게 당연히 귀속되는 것은 아닙니다(대법원 1996.6.14. 선고 95다54693 판결).

매매계약의 비용 부담

▪ 매매계약에 관한 비용은 당사자 쌍방이 균분하여 부담합니다(「민법」 제566조).

매매의 효력

재산권 이전의무

▪ 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전해야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급해야

합니다(「민법」 제568조제1항).

▪ 이러한 쌍방의무는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행해야 합니다(「민법」 제568조제2항).

매도인의 담보책임

▪ "매도인의 담보책임"이란 계약의 목적인 권리 또는 물건의 하자에 관하여 이를 제공한 자가 상대방에 대하여 부담하는 손해배상이나 기타 책임을 말합니다[법제처·한국법제연구원, 법령용어사례집 참조].

▪ 매도인의 담보책임은 크게 ① 권리에 하자가 있는 경우(「민법」 제569조부터 577조까지), ② 매매 목적물에 하자가 있는 경우(「민법」 제580조부터 제582조까지), ③ 채권매매의 경우(「민법」 제579조), ④ 경매 목적물 또는 권리에 하자가 있는 경우(「민법」 제578조)로 구분할 수 있습니다.

구분	내용
	(1) 권리의 전부가 타인에게 속하는 경우 ▪ 타인권리의 매매: 매매의 목적이 된 권리가 타인에게 속한 경우에는 매도인은 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전해야 합니다(「민법」 제569조). ▪ 계약해제권 및 손해배상청구권: 위의 경우 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있습니다. 그러나 매수인이 계약당시 그 권리가 매도인에게 속하지 않음을 안 때에는 손해배상을 청구하지 못합니다(「민법」 제570조). ▪ 선의의 매도인의 해제권: 매도인이 계약당시에 매매의 목적이 된 권리가 자기에게 속하지 않음을 알지 못한 경우에 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매도인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있습니다. 이 경우에 매수인이 계약 당시 그 권리가 매도인에게 속하지 않음을 안 때에는 매도인은 매수인에 대하여 그 권리를 이전할 수 없음을 통지하고 계약을 해제할 수 있습니다(「민법」 제571조). (2) 권리의 일부가 타인에게 속하는 경우 ▪ 대금감액청구권: 매매의 목적이 된 권리의 일부가 타인에게 속함으로 인하여 매도인이 그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는 매수인은 그 부분의 비율로 대금의 감액을 청구할 수 있습니다(「민법」 제572조제1항). ▪ 계약해제권: 위의 경우에 잔존한 부분만이면 매수인이 이를 매수하지 않았을 때에는 선의의 매수인은 계약전부를 해제할 수 있습니다(「민법」 제572조제2항). ▪ 손해배상청구권: 선의의 매수인은 감액청구 또는 계약해제외에 손해배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제572조제3항).

① 권리에 하자에 대한 담보책임	▪ 제척기간: 이러한 권리는 매수인이 선의인 경우에는 사실을 안 날로부터, 악의인 경우에는 계약한 날로부터 1년 내에 행사해야 합니다(「민법」 제573조). (3) 수량부족, 일부멸실이 있는 경우 ▪ 위(2)의 경우 수량을 지정한 매매의 목적물이 부족되는 경우와 매매목적물의 일부가 계약 당시에 이미 멸실된 경우에 매수인이 그 부족 또는 멸실을 알지 못한 때에 준용합니다(「민법」 제574조). (4) 재산권이 타인의 권리에 의해 제한받고 있는 경우 ▪ 제한물권이 있는 경우: 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있습니다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있습니다. 이 규정은 매매의 목적이 된 부동산을 위하여 존재할 지역권이 없거나 그 부동산에 등기된 임대차계약이 있는 경우에 준용합니다(「민법」 제575조제1항 및 제2항). ※ 이러한 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년내에 행사해야 합니다(「민법」 제575조제3항). ▪ 저당권, 전세권의 제한이 있는 경우: 매매의 목적이 된 부동산에 설정된 저당권 또는 전세권의 행사로 인하여 매수인이 그 소유권을 취득할 수 없거나 취득한 소유권을 잃은 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있습니다. 다만, 매수인의 출재로 그 소유권을 보존한 때에는 매도인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있습니다. 이 경우, 매수인이 손해를 받은 때에는 그 배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제576조). ▪ 지상권, 전세권이 저당권의 목적이 된 경우: 위의 「민법」 제576조는 저당권의 목적이 된 지상권 또는 전세권이 매매의 목적이 된 경우에 준용합니다(「민법」 제577조).

② 매매목적물에 하자에 대한 담보책임(하자담보책임)	**▪ 특정물 매매의 경우: 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 매수인은 계약을 해제함과 동시에 손해배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제580조제1항 본문 및 제575조제1항). 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제580조제1항 단서).** **※ 이 규정은 경매의 경우에 적용하지 않습니다(「민법」 제580조제2항). 경매는 아래의 ④의 「민법」 제578조가 적용됨** **▪ 종류물 매매의 경우: 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에도 위의 특정물의 매매의 경우와 같습니다. 다만, 이 경우 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상을 청구를 하지 아니하고 하자 없는 물건을 청구할 수 있습니다(「민법」 제581조).**
③ 채무자의 자력에 대한 담보책임	▪ 채권의 매도인이 채무자의 자력을 담보한 때에는 매매계약당시의 자력을 담보한 것으로 추정합니다(「민법」 제579조제1항). ▪ 변제기에 도달하지 아니한 채권의 매도인이 채무자의 자력을 담보한 때에는 변제기의 자력을 담보한 것으로 추정합니다(「민법」 제579조제2항).
④ 경매 목적물 또는 권리에 하자에 대한 담보책임	**▪ 1차 책임: 경매의 경우에는 경락인은 위의 규정에 의하여 채무자에게 계약의 해제 또는 대금감액의 청구를 할 수 있습니다(「민법」 제578조제1항).** **▪ 2차 책임: 만약 채무자가 자력이 없는 때에는 경락인은 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금전부나 일부의 반환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제578조제2항).** **▪ 손해배상책임: 위의 경우 채무자가 물건 또는 권리의 흠결을 알고 고지하지 아니하거나 채권자가 이를 알고 경매를 청구한 때에는 경락인은 그 흠결을 안 채무자나 채권자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있습니다(「민법」 제578조제3항).**

▪ 담보책임과 동시이행

▸ 「민법」 제536조의 동시이행 항변권에 관한 규정은 위의 「민법」 제572조부터 제575조까지, 제580조 및 제581조의 경우에 준용합니다(「민법」 제583조).

▪ 담보책임면제의 특약

▹ 매도인은 위 규정에 따른 담보책임을 면하는 특약을 한 경우에도 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실 및 제3자에게 권리를 설정 또는 양도한 행위에 대하여는 책임을 면하지 못합니다(「민법」 제584조).

매수인의 대금지급 의무

▪ 매수인은 매도인에게 매매 대금을 지급해야 합니다(「민법」 568조제1항).

구분	내용
동일기한의 추정	▪ 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정합니다(「민법」 제585조).
대금지급장소	▪ 매매의 목적물의 인도와 동시에 대금을 지급할 경우에는 그 인도장소에서 이를 지급하여야 합니다(「민법」 제586조).
과실의 귀속 및 대금의 이자	▪ 매매계약있은 후에도 인도하지 아니한 목적물로부터 생긴 과실은 매도인에게 속합니다. 매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 합니다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제587조).
대금지급거절권	▪ 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있습니다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제586조). ※ 이 경우에 매도인은 매수인에 대하여 대금의 공탁을 청구할 수 있습니다(「민법」 제589조).

환매(還買)

환매의 의의

▪ “환매”란 매도인이 매매계약과 동시에 환매할 권리를 보류한 후, 그 영수한 대금 및 매수인이 부담한 매매비용을 반환하고 그 목적물을 다시 매수할 수 있도록 한 것을 말합니다(「민법」 제590조제1항 참조).

환매의 요건

구분	내용
① 환매특약 시기	▪ 환매의 특약은 매매계약과 동시에 해야 합니다(「민법」 제590조제1항 참조).
② 환매대금	▪ 환매대금에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정에 따르며, 목적물의 과실과 대금의 이자는 특별한 약정이 없으면 이를 상계한 것으로 봅니다(「민법」 제590조제2항 및 제3항).
③ 환매기간	▪ 환매기간은 부동산은 5년, 동산은 3년을 넘지 못합니다. 약정기간이 이를 넘는 때에는 부동산은 5년, 동산은 3년으로 단축합니다(「민법」 제591조제1항). ▪ 환매기간을 정한 때에는 다시 이를 연장하지 못합니다(「민법」 제591조제2항). ▪ 환매기간을 정하지 않은 때에는 그 기간은 부동산은 5년, 동산은 3년으로 합니다(「민법」 제591조제3항).
④ 환매등기	▪ 매매의 목적물이 부동산인 경우에 매매등기와 동시에 환매권의 보류를 등기한 때에는 제3자에 대하여 그 효력이 있습니다(「민법」 제592조).

환매의 실행

▪ 매도인은 기간내에 대금과 매매비용을 매수인에게 제공하지 아니하면 환매할 권리를 잃습니다(「민법」 제594조제1항).

▪ 매수인이나 전득자가 목적물에 대하여 비용을 지출한 때에는 매도인은 「민법」 제203조의 규정에 의하여 이를 상환해야 합니다. 그러나 유익비에 대하여는 법원은 매도인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있습니다(「민법」 제594조제2항).

환매권의 대위행사와 매수인의 권리

▪ 매도인의 채권자가 매도인을 대위하여 환매하고자 하는 때에는 매수인은 법원이 선정한 감정인의 평가액에서 매도인이 반환할 금액을 공제한 잔액으로 매도인의 채무를 변제하고 잉여액이 있으면 이를 매도인에게 지급하여 환매권을 소멸시킬 수 있습니다(「민법」 제593조).

공유지분의 환매

▪ 공유자의 1인이 환매할 권리를 보류하고 그 지분을 매도한 후 그 목적물의 분할이나 경매가 있는 때에는 매도인은 매수인이 받은 또는 받을 부분이나 대금에 대하여 환매권을 행사할 수 있습니다. 그러나 매도인에게 통지하지 아니한 매수인은 그 분할이나 경매로써 매도인에게 대항하지 못합니다(「민법」 제595조).

4.2.2. 교환

교환의 의의

교환의 개념

▪ “교환”이란 A의 토지와 B의 토지를 교환하는 것처럼, 당사자 쌍방이 서로 ‘금전이외의 재산권’을 이전할

것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

교환의 성립과 효력

교환의 성립

▪ 교환은 낙성계약이므로 당사자 쌍방이 금전 이외의 재산권을 상호이전할 것을 약정하면 교환계약이 성립합니다(「민법」 제596조 참조).

금전의 보충지급

▪ 자기의 물건이 상대방의 물건보다 가격이 쌀 때에는 재산권이전(財産權移轉)과 동시에 금전으로 보충지급을 합니다. A의 토지와 B의 가옥에 30만원을 현금으로 가산하여 교환하는 경우가 여기에 해당합니다. 이 경우의 30만원을 금전의 보충지급(補充支給)이라 합니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

▪ 당사자 일방이 재산권이전과 금전의 보충지급을 약정한 때에는 그 금전에 대하여는 매매대금에 관한 규정을 준용합니다(「민법」 제597조).

교환의 효력

▪ 교환에는 매매에 관한 규정이 준용됩니다(「민법」 제567조). 교환은 유상계약이면서 쌍무계약이므로 담보책임에 관한 규정(「민법」 제569조부터 제584조까지), 동시이행의 항변권(「민법」 제536조), 위험부담(「민법」 제537조 및 제538조) 등의 관한 규정이 적용됩니다.

4.2.3. 임대차

임대차의 의의

임대차의 개념

▪ "임대차"란 당사자 일방(임대인)이 상대방(임차인)에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말합니다(「민법」 제618조).

임대차의 성립과 존속기간 등

임대차의 성립

▪ 임대차는 임대인과 임차인 사이에 목적물을 사용·수익하고자 하는 약정에 의하여 성립합니다(「민법」 제618조 참조). 다만, 농지의 경우에는 임대차를 원칙적으로 제한하고 예외적인 경우에만 인정을 하고 있습니다(「농지법」 제23조 참조).

임대차의 존속기간

▪ 임대차의 존속기간은 당사자의 약정으로 정할 수 있습니다. 「민법」의 임대차 규정에는 최단기간에 대한 보장규정이 없지만, 「주택임대차보호법」 제4조에서는 2년, 「상가건물 임대차보호법」 제9조에서는 1년, 지상권은 30년, 15년, 5년 등(「민법」 제280조제1항)의 최단기간의 보장규정을 각각 두고 있습니다. 반면, 최장기간에 대한 제한규정은 과거 「민법」 제651조에서 규정하고 있었지만, 헌법재판소의 위헌결정에 따라 효력을 상실하여 최장존속기간에 대한 제한은 없습니다(헌재 2013.12.26. 2011헌바234 참조).

▪ 존속기간을 약정하지 않은 경우에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있습니다(「민법」 제635조제1항).

단기임대차의 존속기간

▪ 처분의 능력 또는 권한없는 자가 임대차를 하는 경우에는 그 임대차는 다음의 기간을 넘지 못합니다(「민법」 제619조).

- 식목, 채염 또는 석조, 석회조, 연와조 및 이와 유사한 건축을 목적으로 한 토지의 임대차는 10년
- 기타 토지의 임대차는 5년

- 건물 기타 공작물의 임대차는 3년
- 동산의 임대차는 6월

▪ 위의 기간은 갱신할 수 있습니다. 그러나 그 기간만료 전 토지에 대하여는 1년, 건물 기타 공작물에 대하여는 3개월, 동산에 대하여는 1개월 내에 갱신해야 합니다(「민법」 제620조).

임대차의 갱신

▪ 당사자는 존속기간이 만료한 경우 갱신을 할 수 있습니다. 다만, 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목이나 기타 지상시설이 현존한 때에는 「민법」 제283조의 규정(지상권자의 갱신청구권)을 준용합니다(「민법」 제643조).

▪ 또한 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간내에 이의를 하지 않은 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 봅니다. 그러나 이 경우 「민법」 제635조에 따라 기간의 약정이 없는 임대차로 보아 당사자는 언제든지 해지의 통고를 할 수 있습니다(「민법」 제639조제1항).

- 이 경우에 전임대차에 대하여 제3자가 제공한 담보는 기간의 만료로 인해 소멸합니다(「민법」 제639조제2항).

임대차의 효력

임대인의 권리와 의무

▪ 임대인의 권리

구분	내용
① 차임증감청구권	▪ 임대물에 대한 공과부담의 증감이나 기타 경제사정의 변동으로 인해 약정한 차임이 상당하지 않게 된 때에는 임대인은 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있습니다(「민법」 제628조).
② 목적물반환청구권	▪ 임대차가 종료한 경우 임대인은 목적물의 소유자로서 임차인에게 목적물의 반환을 청구할 수 있습니다(「민법」 제213조 참조).

▪ 임대인의 의무

구분	내용
① 목적물을 임차인이 사용·수익하게 할 의무	▪ 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담합니다(「민법」 제623조). ▪ 이러한 임대인의 의무에는 ① 임차물을 임차인에게 인도할 목적물 인도의무, ② 임차물에 대한 제3자의 방해를 제거할 방해제거의무, ③ 임차물의 사용·수익에 필요한 수선의무가 있습니다.
② 비용상환의무	▪ 임대인은 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 그 비용을 상환해주어야 하며, 임차인이 유익비를 지출하여 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 상환해 주어야 할 의무가 있습니다. 이 경우 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있습니다(「민법」 제626조).
③ 임대인의 담보책임	▪ 임대차에는 유상계약에 관한 규정이 준용되므로, 임대인은 매도인과 같은 담보책임을 부담합니다(「민법」 제567조).

임차인의 권리와 의무

▪ 임차인의 권리

구분	내용
① 임차권	▪ 임차인은 계약 또는 그 목적물의 성질에 따라 정해진 용법으로 목적물을 사용·수익할 수 있습니다(「민법」 제654조 및 제610조제1항). ▪ 부동산임차인은 당사자간에 반대약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있습니다. 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자에 대하여 효력이 생깁니다(「민법」 제621조). ▪ 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 않은 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생깁니다. 다만, 건물이 임대차기간만료전에 멸실 또는 후폐한 때에는 효력을 잃습니다(「민법」 제622조).

② 비용상환청구권	▪ 임차인이 임차물의 보존에 관한 필요비를 지출한 때에는 임대인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있으며, 임차인이 유익비를 지출한 경우에도 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 임대인에게 상환청구할 수 있습니다(「민법」 제626조제1항 및 제2항 전단).
③ 부속물 매수청구권	▪ 건물이나 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있습니다. 임대인으로부터 매수한 부속물에 대하여도 같습니다(「민법」 제646조). ※ 이는 편면적 강행규정이며, 일시사용을 위한 임대차에는 적용되지 않습니다(「민법」 제652조 및 제653조).
④ (토지임대차의 경우)갱신청구권 및 지상물매수청구권	▪ 건물이나 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 임차권자는 계약의 갱신을 청구할 수 있으며, 임대인이 계약의 갱신을 원하지 않는 때에는 임차권자는 상당한 가액으로 매수를 청구할 수 있습니다(「민법」 제643조 및 제283조). ※ 이는 편면적 강행규정입니다(「민법」 제652조).
⑤ 차임감액청구 및 계약해지권(일부멸실의 경우)	▪ 임차물의 일부가 임차인의 과실없이 멸실이나 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있습니다. 이 경우에 그 잔존부분으로 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제627조). ※ 이는 편면적 강행규정입니다(「민법」 제652조).
⑥ 차임증감청구권	▪ 임대물에 대한 공과부담의 증감이나 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 임차인은 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있습니다(「민법」 제628조). ※ 이는 편면적 강행규정이며, 일시사용을 위한 임대차에는 적용되지 않습니다(「민법」 제652조 및 제653조).

▪ 임차인의 의무

구분	내용
① 차임지급의무	▪ 임차인은 임대인에게 차임을 지급할 의무가 있습니다(「민법」 제618조 참조). ▪ 차임은 동산, 건물이나 대지에 대하여는 매월말에, 기타 토지에 대하여는 매년말에 지급해야 합니다. 그러나 수확기있는 것에 대하여는 그 수확 후 지체없이 지급해야 합니다(「민법」 제633조).
② 통지의무	▪ 임차물의 수리를 요하거나 임차물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 때에는 임차인은 지체없이 임대인에게 이를 통지해야 합니다. 그러나 임대인이 이미 이를 안 때에는 그렇지 않습니다(「민법」 제634조).
③ 임차인의 보존행위에 대한 인용의무	▪ 임대인이 임대물의 보존에 필요한 행위를 하는 때에는 임차인은 이를 거절하지 못합니다(「민법」 제624조).
④ 원상회복의무	▪ 임차인이 임대물을 반환하는 때에는 이를 원상에 회복하여야 합니다. 이에 부속시킨 물건은 철거할 수 있습니다(「민법」 제654조 및 제615조).

임차권의 양도와 임차물의 전대

임차권의 양도

구분		내용
임대인의 동의 있는 양도의 경우		▪ 임차권은 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전하므로, 임대차관계에서 발생하는 권리와 의무는 양수인에게 모두 이전되며(대법원 2010.6.10. 선고 2009다101275 판결), 양도인은 임대차관계에서 벗어납니다.
임대인의 동의 없는 양도의 경우	양도인과 양수인의 관계	▪ 임대인의 동의를 받지 아니하고 임차권을 양도한 계약도 이로써 임대인에게 대항할 수 없을 뿐 임차인과 양수인 사이에는 유효한 것이고 이 경우 임차인은 양수인을 위하여 임대인의 동의를 받아 줄 의무가 있습니다(대법원 1986.2.25.선고 85다카1812 판결).
	임대인과 양수인의 관계	▪ 양수인의 점유는 불법점유이므로 임대인은 양수인에게 소유권에기한 물권적 청구권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제213조 및 제214조).
	임대인과 양도인(임차인)의 관계	▪ 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하지 못하므로, 임차인이 이를 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제629조).

임차물의 전대

구분		내용
	전대인과 전차인의 관계	▪ 임차인과 전차인 사이에는 별개의 새로운 임대차계약이 성립하므로 임차인은 전차인에 대하여 차임을 청구할 수 있습니다(대법원 2017.12.28. 선고 2017다265266 판결).

임대인의 동의 있는 전대의 경우	임대인과 전차인의 관계	▪ 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담합니다. 이 경우 전차인은 전대인에 대한 차임의 지급으로써 임대인에게 대항하지 못합니다(「민법」 제630조제1항 전단). ▪ 임대인과 전대인(임차인)의 합의로 계약을 종료한 때에도 전차인의 권리는 소멸하지 않습니다(「민법」 제631조). ▪ 건물이나 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임차인이 적법하게 그 토지를 전대한 경우에 임대차 및 전대차의 기간이 동시에 만료되고 건물, 수목이나 기타 지상시설이 현존한 때에는 전차인은 임대인에 대하여 전전대차와 동일한 조건으로 임대할 것을 청구할 수 있습니다. 다만, 임대인이 임대할 것을 원하지 않는 때에는 건물, 수목이나 기타 지상시설의 매수를 청구할 수 있습니다(「민법」 제644조). ※ 이 규정은 지상권자가 그 토지를 임대한 경우에 준용합니다(「민법」 제645조). ▪ 건물이나 기타 공작물의 임차인이 적법하게 전대한 경우에 전차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 전대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있습니다. 임대인으로부터 매수하였거나 그 동의를 얻어 임차인으로부터 매수한 부속물에 대하여도 같습니다(「민법」 제647조).

	임대인과 전대인(임차인)의 관계	▪ 임대인의 임차인에 대한 권리행사에 영향을 미치지 않으므로, 임대인은 전대인(임차인)에게도 권리를 행사할 수 있습니다(「민법」 제630조제2항).
임대인의 동의 없는 전대의 경우	전대인과 전차인의 관계	▪ 임대인의 동의 유무와 관계없이 전대인과 전차인간의 전대차계약은 유효하므로, 전차인은 전대인에게 임차권을 취득하고 전대인은 전차인에게 차임지급을 청구할 수 있습니다. 그리고 전대인은 전차인을 위해 임대인의 동의를 얻을 의무를 부담합니다(대법원 1986.2.25.선고 85다카1812 판결).
	임대인과 전차인의 관계	▪ 전차인의 점유는 불법점유이므로 임대인은 전차인에게 소유권에기한 물권적 청구권을 행사할 수 있습니다(「민법」 제213조 및 제214조). ▪ 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물을 사용·수익하게 하더라도, 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하거나 그 밖의 다른 사유로 임대차계약이 적법하게 종료되지 않는 한 임대인은 임차인에 대하여 여전히 차임청구권을 가지므로, 임대차계약이 존속하는 한도 내에서는 제3자에게 불법점유를 이유로 한 차임상당 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 없습니다(대법원 2008.2.28. 선고 2006다10323 판결).
	임대인과 전대인(임차인)의 관계	▪ 임차인은 임대인의 동의 없이 임차물을 전대하지 못하므로, 임차인이 이를 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제629조).

임차권의 종료

해지통고

▪ 임대차기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있습니다. 이 경우 상대방이 계약해지의 통고를 받은 날로부터 다음의 기간이 경과하면 해지의 효력이 생깁니다(「민법」 제635조).

▸ 토지, 건물이나 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6개월, 임차인이 해지를 통고한 경우에는 1개월

▸ 동산에 대하여는 5일

※ 이는 편면적 강행규정입니다(「민법」 제652조).

▪ 임대차기간의 약정이 있는 경우에도 당사자일방 또는 쌍방이 그 기간내에 해지할 권리를 보류한 때에는 위의 기간의 약정없는 임대차의 해지통고를 준용합니다(「민법」 제636조).

▪ 또한 임차인이 파산선고를 받은 경우에는 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 「민법」 제635조에 따라 계약해지의 통고를 할 수 있습니다. 이 경우 각 당사자는 상대방에 대하여 계약해지로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구하지 못합니다(「민법」 제637조).

해지통고의 전차인에 대한 통지

▪ 임대차계약이 해지의 통고로 인하여 종료된 경우에 그 임대물이 적법하게 전대되었을 때에는 임대인은 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 아니하면 해지로써 전차인에게 대항하지 못합니다(「민법」 제638조제1항).

▪ 전차인이 위의 통지를 받은 때에는 「민법」 제635조제2항을 준용합니다(「민법」 제638조제2항).

즉시해지가 가능한 경우

구분	내용
① 임대인이 임차인의 의사에 반해 보존행위를 하는 경우	▪ 임대인이 임차인의 의사에 반하여 보존행위를 하는 경우에 임차인이 이로 인하여 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제625조).
② 일부멸실 후 잔존부분으로 임차목적을 달성할 수 없는 경우	▪ 임차물의 일부가 임차인의 과실없이 멸실이나 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있는데, 그 잔존부분으로 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제627조).
③ 임차권을 동의없이 양도, 전대한 경우	▪ 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못하는데, 임차인이 이를 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제629조).
④ 2기의 차임액을 연체한 경우	▪ 건물이나 기타 공작물의 임대차에는 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있습니다(「민법」 제640조). ▪ 건물이나 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 경우에도 2기의 차임액의 연체가 있는 경우 계약을 해지 할 수 있습니다. 이 경우 그 지상에 있는 건물이나 기타 공작물이 담보물권의 목적이 된 때에는 「민법」 제288조를 준용합니다(「민법」 제641조 및 제642조). ※ 이는 편면적 강행규정이며, 일시사용을 위한 임대차에는 적용되지 않습니다(「민법」 제652조 및 제653조).

5. 민사특별법

5.1. 주택 및 상가건물 임대차 보호법

5.1.1. 주택임대차보호법

「주택임대차보호법」의 목적

입법목적

▪ 「주택임대차보호법」은 주거용 건물의 임대차에 관하여 「민법」에 대한 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 합니다(「주택임대차보호법」 제1조).

※ 주택임대차는 당사자간 합의에 의해 성립되는 계약임에도 불구하고, 「주택임대차보호법」을 위반하여 임차인에게 불리한 것은 효력이 없습니다(「주택임대차보호법」 제10조). 이 때 '임차인에게 불리한 것은 효력이 없다'는 것은 「주택임대차보호법」 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고 그 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 않은 것은 유효합니다(대법원 1995. 10. 12. 선고 95다22283 판결).

「주택임대차보호법」의 적용 범위

「주택임대차보호법」의 보호대상(인적 적용범위)

구분	내용
자연인	▪ 「주택임대차보호법」은 자연인인 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 하기 때문에, 그 보호 대상은 원칙적으로 대한민국의 국적을 가진 사람입니다(「주택임대차보호법」 제1조 참조).
외국인 및 재외동포	▪ 주택을 임차한 외국인이 외국인등록을 하고 전입신고에 준하는 체류지 변경신고를 했다면 예외적으로 「주택임대차보호법」의 보호 대상이 됩니다(「출입국관리법」 제31조, 제88조의2제2항 및 대법원 2016.10.13. 선고 2015다14136 판결).
법인	▪ 법인은 특별한 사정이 없는 한 「주택임대차보호법」의 보호를 받지 못합니다. 법인이 「주택임대차보호법」의 보호를 받기 위해 주민등록을 자신의 명의로 할 수 없을 뿐만 아니라, 사원 명의의 주민등록으로 대항력을 갖추어도 이를 법인의 주민등록으로 인정할 수 없기 때문입니다(대법원 1997. 7. 11. 선고 96다7236 판결). ▪ 예외적으로, 한국토지주택공사와 주택사업을 목적으로 설립된 지방공사는 「주택임대차보호법」의 보호대상이 됩니다(「주택임대차보호법」 제3조제2항 후단 및 「주택임대차보호법 시행령」 제2조). ▪ 또한, 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인이 소속 직원의 주거용으로 주택을 임차한 후 그 법인이 선정한 직원이 해당 주택을 인도받고 주민등록을 마쳤을 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생깁니다. 임대차가 끝나기 전에 그 직원이 변경된 경우에는 그 법인이 선정한 새로운 직원이 주택을 인도받고 주민등록을 마친 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생깁니다(「주택임대차보호법」 제3조제3항).

「주택임대차보호법」의 적용범위(물적 적용범위)

▪ 「주택임대차보호법」은 주택, 즉 주거용 건물의 전부 또는 일부에 대해 임대차하는 경우에 적용되고 그 임차주택의 일부를 주거 외의 목적으로 사용하는 경우에도 적용됩니다(「주택임대차보호법」 제2조).

▪ 「주택임대차보호법」은 전세권등기를 하지 않은 전세계약(미등기 전세)에도 적용됩니다(「주택임대차보호법」 제12조).

▪ 다만, 일시 사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 「주택임대차보호법」이 적용되지 않습니다(「주택임대차보호법」 제11조).

대항력과 우선변제권

대항력

▪ "대항력"이란 임차인이 제3자, 즉 임차주택의 양수인, 임대할 권리를 승계한 사람, 그 밖에 임차주택에 관해 이해관계를 가지고 있는 사람에게 임대차의 내용을 주장할 수 있는 법률상의 힘을 말합니다(「주택임대차보호법」 제3조제1항).

▪ 요건

구분	내용
① 주택의 인도	▪ 「주택임대차보호법」에 따른 대항력을 획득하기 위해서는 '주택의 인도'가 필요합니다(「주택임대차보호법」 제3조제1항).
② 주민등록 (전입신고)	▪ 「주택임대차보호법」에 따른 대항력을 획득하기 위해서는 임차인이 주민등록을 마쳐야 하며, 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 봅니다(「주택임대차보호법」 제3조제1항).

※ 대항력 관련 판례

▪ 대항력을 취득한 임차인이 그 가족과 함께 일시적이나마 주민등록을 다른 곳으로 이전하면 전체적으로나 종국적으로 주민등록을 이탈한 것이므로 대항력은 전출로 인해 소멸되고, 그 후 임차인이 다시 임차주택의 주소로 전입신고를 하였더라도 소멸했던 대항력이 회복되는 것이 아니라 새로운 전입신고를 한 때부터 새로운 대항력을 취득하는 것입니다(대법원 1998.1.23. 선고 97다43468 판결).

▪ 대항력을 취득한 임차인이 그 가족과 함께 그 주택에 대한 점유를 계속하고 있으면서 그 가족의 주민등록을 그대로 둔 채 임차인만 주민등록을 일시적으로 옮긴 경우라면, 전체적으로나 종국적으로 주민등록의 이탈이라고 볼 수 없으므로 제3자에 대한 대항력을 상실하지 않습니다(대법원 1996.1.26. 선고 95다30338 판결).

▪ 효력발생 시기

▸ 대항력은 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생기고, 전입신고를 한 때에 주민등록을 마친 것으로 봅니다(「주택임대차보호법」 제3조제1항).

※ 여기에서 "그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다."고 함은, 다음 날 오전 0시부터 대항력이 생긴다는 취지입니다(대법원 1999. 5. 25. 선고 99다9981 판결).

우선변제권

▪ “우선변제권”이란 임차주택이 경매 또는 공매되는 경우에 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리를 말합니다(「주택임대차보호법」 제3조의2제2항).

▪ 요건

▹ 우선변제권은 임차인이 ① 대항요건(주택의 인도 및 전입신고)과 ② 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 경우에 취득됩니다(「주택임대차보호법」 제3조의2제2항).

※ “확정일자”란 증서가 작성된 날짜에 주택임대차계약서가 존재하고 있음을 증명하기 위해 법률상 인정되는 일자를 말합니다(대법원 1998. 10. 2. 선고 98다28879 판결).

※ 우선변제권 관련 판례

▪ 임차인이 주택의 인도와 전입신고를 마친 당일 또는 그 이전에 주택임대차계약서에 확정일자를 갖춘 경우에는 주택의 인도와 전입신고를 마친 다음날 오전 0시부터 우선변제권이 생깁니다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다46938 판결).

▪ 우선변제권을 행사하기 위해서는 우선변제권의 요건이 경매절차에 따르는 배당요구의 종기인 경락기일까지 존속되고 있어야 합니다(대법원 1997. 10. 10. 선고 95다44597 판결).

보증금 중 일정액의 보호(최우선변제권)

▪ 임차인이 비록 확정일자가 늦어 선순위로 변제를 받지 못하는 경우라도 임차주택에 대하여 선순위담보권자의 경매신청 등기 전에 대항력[① 주택의 인도, ② 주민등록(전입신고)]을 갖춘 경우에는 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있습니다(「주택임대차보호법」 제3조제1항 및 제8조제1항).

▪ 이에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택임대차위원회의 심의를 거쳐 다음 구분에 따른 금액 이하로 합니다. 다만, 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함)의 2분의 1을 넘지 못합니다(「주택임대차보호법」 제8조제3항, 「주택임대차보호법 시행령」 제10조제1항 및 제11조).

구분	임차인의 범위	보증금중 일정액의 범위
서울특별시	1억6천500만원	5천500만원
「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시는 제외한다), 세종특별자치시, 용인시, 화성시 및 김포시	1억4천500만원	4천800만원
광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외한다), 안산시, 광주시, 파주시, 이천시 및 평택시	8천500만원	2천800만원
그 밖의 지역	7천500만원	2천500만원

※ 위 규정은 2021년 5월 11일 당시 존속 중인 임대차계약에 대해서도 적용하되, 2021년 5월 11일 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대해서는 종전의 규정에 따릅니다[「주택임대차보호법 시행령」(대통령령 제31673호) 부칙 제2조].

임차권등기명령제도

임차권등기명령제도의 의의

▪ “임차권등기명령제도”란 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 이사를 가려해도 이사를 가게 되면 주민등록의 계속성과 주택인도의 원칙상 대항력을 잃게 되어 이사를 갈 수 없는 문제가 있기 때문에 임차인의 보호를 위하여 임차인이 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 경우에 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권 등기가 되면 보증금을 받지 않고 주소를 옮겨도 대항력 또는 우선변제권이 유지되어 마음 놓고 이사를 갈 수 있도록 보완한 제도입니다(『대한법률구조공단, 홈페이지 법률정보』 참조).

신청요건 및 방법

▪ ① 임대차가 끝난 후 ② 보증금이 반환되지 않은 경우 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제3조의3제1항).

임차권 등기의 효력

▪ 임차인은 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기를 마치면 대항력과 우선변제권을 취득합니다. 다만, 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력이나 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력이나 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에는 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력이나 우선변제권을 상실하지 않습니다(「주택임대차보호법」 제3조의3제5항).

▪ 임차권등기명령의 집행에 따른 임차권등기가 끝난 주택(임대차의 목적이 주택의 일부분인 경우에는 해당 부분으로 한정)을 그 이후에 임차한 임차인은 우선변제를 받을 권리가 없습니다(「주택임대차보호법」 제3조의3제6항).

비용의 청구

▪ 임차인은 위의 규정에 따른 임차권등기명령의 신청과 그에 따른 임차권등기와 관련하여 든 비용을 임대인에게 청구할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제3조의3제8항).

임대차기간, 묵시적 갱신 및 차임증감청구권 등

최단존속기간의 보장

▪ 기간을 정하지 않거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 봅니다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제4조제1항).

▪ 임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속되는 것으로 봅니다(「주택임대차보호법」 제4조제2항).

계약의 묵시적 갱신

▪ 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절(更新拒絶)의 통지를 하지 않거나 계약조건을 변경하지 않으면 갱신하지 않는다는 뜻의 통지를 하지 않은 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 봅니다. 임차인이 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 않은 경우에도 또한 같습니다(「주택임대차보호법」 제6조제1항).

※ 다만, 2기(期)의 차임액(借賃額)에 달하도록 연체하거나 그 밖에 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 임차인에 대하여는 이를 적용하지 않습니다(「주택임대차보호법」 제6조제3항).

> ※ 위 「주택임대차보호법」 제6조제1항의 개정규정은 2020년 12월 10일 이후 최초로 체결되거나 갱신된 임대차부터 적용합니다[「주택임대차보호법」 (법률 제17363호) 부칙 제2조].

▪ 이 경우 임대차의 존속기간은 2년으로 봅니다. 그러나 계약이 갱신된 경우 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지(契約解止)를 통지할 수 있으며, 이러한 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생합니다(「주택임대차보호법」 제6조제2항 및 제6조의2).

계약갱신 요구 등

▪ 위의 규정에도 불구하고 임대인은 임차인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못합니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제1항 본문 및 제6조제1항).

▪ 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 계약갱신을 거절할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제1항 단서).

1. 임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 주택의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
5. 임차인이 임차한 주택의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 주택의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 주택의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 주택의 점유를 회복할 필요가 있는 경우

√ 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우

√ 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우

√ 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우

8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우
9. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

▪ 임차인은 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있고, 이 경우 갱신되는 임대차의 존속기간은 2년으로 봅니다. 그러나 계약이 갱신된 경우 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지(契約解止)를 통지할 수 있으며, 이러한 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생합니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제2항·제4항 및 제6조의2단서).

▪ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 봅니다. 다만, 차임과 보증금은 「주택임대차보호법」 제7조의 범위에서 증감할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제3항).

▪ 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함)이 목적 주택에 실제 거주하려는 사유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 갱신요구가 거절되지 않았더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상해야 합니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제5항).

▪ 위 따른 손해배상액은 거절 당시 당사자 간에 손해배상액의 예정에 관한 합의가 이루어지지 않는 한 다음의 금액 중 큰 금액으로 합니다(「주택임대차보호법」 제6조의3제6항).

- 갱신거절 당시 월차임(차임 외에 보증금이 있는 경우에는 그 보증금을 「주택임대차보호법」 제7조의2 각 호 중 낮은 비율에 따라 월 단위의 차임으로 전환한 금액을 포함함. 이하 "환산월차임"이라 함)의 3개월분에 해당하는 금액

- 임대인이 제3자에게 임대하여 얻은 환산월차임과 갱신거절 당시 환산월차임 간 차액의 2년분에 해당하는 금액
- 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함)이 목적 주택에 실제 거주하려는 사유로 인한 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해액

차임 등의 증감청구권

- 당사자는 약정한 차임이나 보증금이 임차주택에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 적절하지 않게 된 때에는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제7조제1항 전단).
- 이 경우 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임이나 보증금의 증액이 있은 후 1년 이내에는 하지 못합니다(「주택임대차보호법」 제7조제1항 후단).
- 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 5%의 금액을 초과하지 못합니다. 다만, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장 여건 등을 고려하여 5%의 범위에서 증액청구의 상한을 조례로 달리 정할 수 있습니다(「주택임대차보호법」 제7조제2항).

임차권의 승계

- 임차인이 상속인 없이 사망한 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자가 임차인의 권리와 의무를 승계합니다(「주택임대차보호법」 제9조제1항).
- 임차인이 사망한 때에 사망 당시 상속인이 그 주택에서 가정공동생활을 하고 있지 않은 경우에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인 관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계합니다(「주택임대차보호법」 제9조제2항).
- 다만, 임차인이 사망한 후 1개월 이내에 임대인에게 위의 승계 대상자가 반대의사를 표시한 경우에는 권리와 의무를 승계하지 않습니다(「주택임대차보호법」 제9조제3항).
- 위의 경우에 임대차 관계에서 생긴 채권·채무는 임차인의 권리의무를 승계한 자에게 귀속됩니다(「주택임대차보호법」 제9조제4항).

> ※ 그 밖에 주택임대차에 관한 자세한 내용은 이 사이트의 <주택임대차> 콘텐츠에서 확인할 수 있습니다.

5.1.2. 상가건물 임대차보호법

「상가건물 임대차보호법」의 목적

입법목적

- 「상가건물 임대차보호법」은 상가건물 임대차에 관하여 「민법」에 대한 특례를 규정하여 국민 경제생활의 안정을 보장하는 것을 목적으로 합니다(「상가건물 임대차보호법」 제1조).

  ※ 상가건물 임대차에 대해서는 「상가건물 임대차보호법」의 규정이 「민법」보다 우선적으로 적용되고, 그 밖의 일반사항에 관해서는 「민법」 채권편의 임대차에 관한 규정이 적용됩니다.

「상가건물 임대차보호법」의 적용 범위

법의 적용대상

- 「상가건물 임대차보호법」이 보호하는 임차목적물은 사업자등록의 대상이 되는 상가건물에 적용되고, 임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우에도 적용됩니다(「상가건물 임대차보호법」 제2조제1항 본문).

※ 상가건물에 대해 등기를 하지 않은 전세계약에도 「상가건물 임대차보호법」이 적용됩니다(「상가건물 임대차보호법」 제17조).

▪ 다만, 모든 상가건물 임대차에 적용되는 것은 아니고 상가건물임대차위원회의 심의를 거쳐 지역별로 정해진 보증금 이하로 임차하는 경우에 적용되는 것으로서 지역별 보증금의 범위는 아래와 같습니다(「상가건물 임대차보호법」 제2조제1항 및 「상가건물 임대차보호법 시행령」 제2조제1항).

구분	보증금의 범위
서울특별시	9억원 이하
「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시 제외) 및 부산광역시	6억 9천만원 이하
광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역, 부산광역시는 제외), 세종특별자치시, 파주시, 화성시, 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시	5억 4천만원 이하
그 밖의 지역	3억7천만원 이하

▪ 보증금 이외에 차임이 있는 경우에는 월 단위의 차임액에 1분의 100을 곱하여 보증금과 합산한 금액이 임차보증금입니다(「상가건물 임대차보호법」 제2조제2항, 「상가건물 임대차보호법 시행령」 제2조제2항 및 제3항).

적용제외 대상

▪ 일시사용을 위한 상가건물 임대차임이 명백한 경우에는 「상가건물 임대차보호법」이 적용되지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제16조).

대항력과 우선변제권

대항력

▪ 임대차는 채권이므로 원칙적으로 대항력이 없지만, 「상가건물 임대차보호법」이 적용되는 상가건물 임대차는 그 등기를 하지 않았다 하더라도 임차인이 ① 상가건물을 인도받았고, ② 사업자등록을 신청했다면 그 다음 날부터 제3자에 대해 대항력을 주장할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제3조제1항).

▪ 임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 봅니다(「상가건물 임대차보호법」 제3조제2항).

우선변제권

▪ "우선변제권"이란 「상가건물 임대차보호법」상 임차인이 임차보증금을 우선 변제받을 수 있는 권리를 말하며, 임차인이 위의 ① 대항요건(상가건물 인도, 사업자등록)과 ② 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 경우에 인정됩니다. 우선변제권이 있는 임차인은 임차상가건물이 경매 또는 공매에 붙여졌을 때 임차건물(임대인 소유의 대지 포함)의 환가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제5조제2항, 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005다64002 판결).

보증금 중 일정액의 보호(소액임차인의 최우선변제)

▪ 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있습니다. 이 경우 임차인은 건물에 대한 경매신청의 등기 전에 위의 대항력 요건(① 상가건물 인도, ② 사업자등록 신청)을 갖추어야 합니다(「상가건물 임대차보호법」 제14조제1항).

▪ 이에 따라 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 임대건물가액(임대인 소유의

대지가액을 포함)의 2분의 1 범위에서 해당 지역의 경제 여건, 보증금 및 차임 등을 고려하여 상가건물임대차위원회의 심의를 거쳐 정하며, 다음의 구분에 따른 금액 이하로 합니다(「상가건물 임대차보호법」 제14조제3항, 「상가건물 임대차보호법 시행령」 제6조 및 제7조제1항).

구분	임차인의 범위	보증금의 범위
서울특별시	6천500만원	2천200만원
「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역(서울특별시 제외)	5천500만원	1천900만원
광역시(「수도권정비계획법」에 따른 과밀억제권역에 포함된 지역과 군지역은 제외), 안산시, 용인시, 김포시 및 광주시	3천8백만원	1천300만원
그 밖의 지역	3천만원	1천만원

임차권등기명령제도

임차권등기명령제도의 의의

▪ "임차권등기명령제도"란 상가건물을 인도받고 사업자등록을 해야 대항력을 가지게 되고 이를 유지해야 대항력이 존속하는데, 임차인이 임대차계약기간이 만료된 후 보증금을 돌려받지 못하고 이사를 가게 되면 종전에 취득하였던 대항력 및 우선변제권이 상실되어 보증금을 돌려받기 어려워지게 되는 문제를 해결하기 위해 임차인에게 대항력 및 우선변제권을 유지하게 하면서 임차상가건물에서 자유롭게 이사할 수 있게 하는 제도입니다(『대한법률구조공단, 홈페이지 법률정보』 참조).

신청요건 및 방법

▪ 임대차등기명령은 ① 임대차가 종료된 후, ② 보증금이 반환되지 않은 경우 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원, 지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제6조제1항).

임차권 등기의 효력

▪ 임차인이 임차권등기명령 이전에 대항력이나 우선변제권을 취득하지 못한 경우에, 임차권등기가 마쳐지면 대항력과 우선변제권을 취득하게 됩니다(「상가건물 임대차보호법」 제6조제5항 본문).

▪ 다만, 임차인이 임차권등기명령 이전에 이미 대항력이나 우선변제권을 취득한 경우에, 그 대항력이나 우선변제권은 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력이나 우선변제권을 상실하지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제6조제5항 단서).

▪ 임차권등기가 끝난 상가건물을 그 이후에 임차한 임차인은 「상가건물 임대차보호법」 제14조에 따른 우선변제를 받을 권리가 없습니다(「상가건물 임대차보호법」 제6조제6항).

비용의 청구

▪ 임차인은 임차권등기명령의 신청 및 그에 따른 임차권등기와 관련하여 든 비용을 임대인에게 청구할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제6조제8항).

임대차기간, 계약갱신 요구, 차임증감 청구 등

최단존속기간의 보장

▪ 기간을 정하지 않거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 봅니다. 다만, 임차인은 1년

미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제9조제1항).

▪ 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 돌려받을 때까지는 임대차 관계는 존속하는 것으로 봅니다(「상가건물 임대차보호법」 제9조제2항).

계약갱신의 요구

▪ 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못합니다. 다만, 다음의 어느 하나의 경우에는 그러하지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조제1항).

- 임차인이 3기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
- 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
- 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
- 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
- 임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
- 임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
- 임대인이 다음의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 건물의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
  - √ 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
  - √ 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
  - √ 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
- 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

▪ 임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 10년을 초과하지 않는 범위에서만 행사할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조제2항).

▪ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 봅니다. 다만, 차임과 보증금은 「상가건물 임대차보호법」 제11조에 따른 범위에서 증감할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조제3항).

계약의 묵시적 갱신

▪ 임대인이 6개월 전부터 1개월 전까지의 기간 이내에 임차인에게 갱신 거절의 통지 또는 조건 변경의 통지를 하지 않은 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 봅니다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 1년으로 봅니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조제4항).

▪ 이 경우 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인이 통고를 받은 날부터 3개월이 지나면 효력이 발생합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조제5항).

차임 등의 증감청구권

▪ 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 제1급감염병 등에 의한 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 않게 된 경우에는 당사자는 장래의 차임 또는 보증금에 대하여 증감을 청구할 수 있습니다. 그러나 증액의 경우에는 청구당시의 차임 또는 보증금의 100분의 5의 금액을 초과하지 못합니다(「상가건물 임대차보호법」 제11조제1항 및 「상가건물 임대차보호법 시행령」 제4조).

▪ 차임 등의 증액청구는 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있은 후 1년 이내에는 하지 못합니다(「상가건물 임대차보호법」 제11조제2항).

▪ 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 제1급감염병에 따른 경제사정의 변동으로 차임 등이 감액된 후 임대인이 위에 따라 증액을 청구하는 경우에는 증액된 차임 등이 감액 전 차임 등의 금액에 달할 때까지는 증액의 경우에는 청구당시의 차임 또는 보증금의 100분의 5의 금액을 초과하지 못한다는 규정을 적용하지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제11조제3항).

※ 위 규정은 「상가건물 임대차보호법」 시행 당시 존속 중인 임대차에 대해서도 적용합니다[「상가건물 임대차보호법」 (법률 제17490호) 부칙 제2조].

폐업으로 인한 임차인의 해지권

▪ 임차인은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호에 따른 집합 제한 또는 금지 조치(「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제49조제1항제2호의2에 따라 운영시간을 제한한 조치 포함)를 총 3개월 이상 받음으로써 발생한 경제사정의 중대한 변동으로 폐업한 경우에는 임대차계약을 해지할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제11조의2제1항).

▪ 해지는 임대인이 계약해지의 통고를 받은 날부터 3개월이 지나면 효력이 발생합니다(「상가건물 임대차보호법」 제11조의2제2항).

※ 위 규정은 「상가건물 임대차보호법」 시행 당시 존속 중인 임대차에 대해서도 적용합니다[「상가건물 임대차보호법」 (법률 제18675호) 부칙 제2조].

권리금

권리금의 정의

▪ "권리금"이란 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의3제1항).

▪ "권리금계약"이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의3제2항).

권리금 회수기회의 보호

▪ 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해해서는 안 됩니다. 다만, 「상가건물 임대차보호법」 제10조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그렇지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의4제1항).

1. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 권리금을 요구하거나 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 수수하는 행위
2. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로 하여금 임차인에게 권리금을 지급하지 못하게 하는 행위
3. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위
4. 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위

▪ 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위의 4.의 정당한 사유가 있는 것으로 봅니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의4제2항).

▹ 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 보증금 또는 차임을 지급할 자력이 없는 경우

- 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 임차인으로서의 의무를 위반할 우려가 있거나 그 밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 사유가 있는 경우
- 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 않은 경우
- 임대인이 선택한 신규임차인이 임차인과 권리금 계약을 체결하고 그 권리금을 지급한 경우

▪ 임대인이 위를 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있습니다. 이 경우 그 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의4제3항).

- 이에 따라 임대인에게 손해배상을 청구할 권리는 임대차가 종료한 날부터 3년 이내에 행사하지 않으면 시효의 완성으로 소멸합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의4제4항).

▪ 임차인은 임대인에게 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자의 보증금 및 차임을 지급할 자력 또는 그 밖에 임차인으로서의 의무를 이행할 의사 및 능력에 관하여 자신이 알고 있는 정보를 제공하여야 합니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의4제5항).

권리금 적용 제외

▪ 다만, 위 권리금 회수기회의 보호에 관한 규정은 다음의 어느 하나에 해당하는 상가건물 임대차의 경우에는 적용하지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의5).

- 임대차 목적물인 상가건물이 「유통산업발전법」 제2조에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우(다만, 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제2조제1호에 따른 전통시장은 제외)
- 임대차 목적물인 상가건물이 「국유재산법」에 따른 국유재산 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산인 경우

차임연체와 해지

▪ 임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의8).

계약 갱신요구 등에 관한 임시 특례

▪ 임차인이 「상가건물 임대차보호법」(법률 제17490호 일부개정법률 2020. 9. 29. 개정·시행) 시행일부터 6개월까지의 기간 동안 연체한 차임액은 「상가건물 임대차보호법」 제10조제1항제1호, 제10조의4제1항 단서 및 제10조의8의 적용에 있어서는 차임연체액(이 경우 연체한 차임액에 대한 임대인의 그 밖의 권리는 영향을 받지 않음)으로 보지 않습니다(「상가건물 임대차보호법」 제10조의9).

※ 이 특례규정은 「상가건물 임대차보호법」 시행 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용합니다[「상가건물 임대차보호법」 (법률 제17490호) 부칙 제2조].

> ※ 그 밖에 상가건물 임대차에 관한 자세한 내용은 이 사이트의 <상가건물 임대차> 콘텐츠에서 확인할 수 있습니다.

5.2. 집합건물법, 가등기담보법 및 부동산실명법

5.2.1. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률

건물의 구분소유

건물의 구분소유

▪ 1동의 건물 중 구조상 구분된 여러 개의 부분이 독립한 건물로서 사용될 수 있을 때에는 그 각 부분은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제1조).

상가건물의 구분소유

▪ 1동의 건물이 다음에 해당하는 방식으로 여러 개의 건물부분으로 이용상 구분된 경우에 그 건물부분(이하 "구분점포"라 함)은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 각각 소유권의 목적으로 할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제1조의2).

- 구분점포의 용도가 「건축법」 제2조제2항제7호의 판매시설 및 같은 항 제8호의 운수시설일 것
- 경계를 명확하게 알아볼 수 있는 표지를 바닥에 견고하게 설치할 것
- 구분점포별로 부여된 건물번호표지를 견고하게 붙일 것

구분소유권과 전유부분

▪ "구분소유권"이란 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제1조 또는 제1조의2에 규정된 건물부분[「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제3조제2항 및 제3항에 따라 공용부분(共用部分)으로 된 것은 제외]을 목적으로 하는 소유권을 말합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호).

▪ "전유부분"(專有部分)이란 구분소유권의 목적인 건물부분을 말합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제2조제3호).

구분소유자의 권리와 의무

구분소유자의 개념

▪ "구분소유자"란 구분소유권을 가지는 자를 말합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제2조제2호).

구분소유자의 권리와 의무

▪ 구분소유자는 건물의 보존에 해로운 행위나 그 밖에 건물의 관리 및 사용에 관하여 구분소유자 공동의 이익에 어긋나는 행위를 해서는 안 됩니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제5조제1항).

▪ 전유부분이 주거의 용도로 분양된 것인 경우에는 구분소유자는 정당한 사유 없이 그 부분을 주거 외의 용도로 사용하거나 그 내부 벽을 철거하거나 파손하여 증축·개축하는 행위를 해서는 안 됩니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제5조제2항).

▪ 구분소유자는 그 전유부분이나 공용부분을 보존하거나 개량하기 위하여 필요한 범위에서 다른 구분소유자의 전유부분 또는 자기의 공유(共有)에 속하지 않는 공용부분의 사용을 청구할 수 있습니다. 이 경우 다른 구분소유자가 손해를 입었을 때에는 보상하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제5조제3항).

공용부분의 관리

공용부분

▪ 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자 전원 또는 일부의 공용(共用)에 제공되는 건물부분은 구분소유권의 목적으로 할 수 없습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제3조제1항).

공용부분의 귀속 등

▪ 공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속합니다. 다만, 일부공용부분은 그들 구분소유자의 공유에 속합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제10조제1항).

공유자의 사용권 및 지분권

▪ 각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제11조).

▪ 각 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 면적 비율에 따릅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제12조제1항).

▪ 위의 경우 일부공용부분으로서 면적이 있는 것은 그 공용부분을 공용하는 구분소유자의 전유부분의 면적 비율에 따라 배분하여 그 면적을 각 구분소유자의 전유부분 면적에 포함합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제12조제2항).

일부공용부분의 관리

▪ 일부공용부분의 관리에 관한 사항 중 구분소유자 전원에게 이해관계가 있는 사항과 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제29조제2항의 규약으로써 정한 사항은 구분소유자 전원의 집회결의로써 결정하고, 그 밖의 사항은 그것을 공용하는 구분소유자만의 집회결의로써 결정합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제14조).

공용부분의 관리

▪ 공용부분의 관리에 관한 사항은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조제1항 본문 및 제15조의2의 경우를 제외하고는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제38조제1항에 따른 통상의 집회결의로써 결정합니다. 다만, 보존행위는 각 공유자가 할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제16조제1항).

▪ 구분소유자의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자는 집회에 참석하여 그 구분소유자의 의결권을 행사할 수 있습니다. 다만, 구분소유자와 점유자가 달리 정하여 관리단에 통지한 경우에는 그렇지 않으며, 구분소유자의 권리·의무에 특별한 영향을 미치는 사항을 결정하기 위한 집회인 경우에는 점유자는 사전에 구분소유자에게 의결권 행사에 대한 동의를 받아야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제16조제2항).

▪ 위의 사항은 규약으로써 달리 정할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제16조제3항).

공용부분의 변경

▪ 공용부분의 변경에 관한 사항은 관리단집회에서 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상의 결의로써 결정합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조제1항 본문).

▹ 다만, 공용부분의 개량을 위한 것으로서 지나치게 많은 비용이 드는 것이 아닐 경우에는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제38조제1항에 따른 통상의 집회결의로써 결정할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조제1항 단서 및 제1호).

▪ 위의 경우에 공용부분의 변경이 다른 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 받아야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조제2항).

▪ 위의 규정에도 불구하고 건물의 노후화 억제 또는 기능 향상 등을 위한 것으로 구분소유권 및 대지사용권의 범위나 내용에 변동을 일으키는 공용부분의 변경에 관한 사항은 관리단집회에서 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상의 결의로써 결정합니다. 다만, 「관광진흥법」 제3조제1항제2호나목에 따른 휴양 콘도미니엄업의 운영을 위한 휴양 콘도미니엄의 권리변동 있는 공용부분 변경에 관한 사항은 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상의 결의로써 결정합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조의2제1항).

공용부분의 부담·수익 등

▪ 각 공유자는 규약에 달리 정한 바가 없으면 그 지분의 비율에 따라 공용부분의 관리비용과 그 밖의 의무를 부담하며 공용부분에서 생기는 이익을 취득합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제17조).

▪ 공유자가 공용부분에 관하여 다른 공유자에 대하여 가지는 채권은 그 특별승계인에 대하여도 행사할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제18조).

관리단 및 관리단집회

관리단의 당연 설립 및 구성

▪ 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 설립됩니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제23조제1항).

▪ 일부공용부분이 있는 경우 그 일부의 구분소유자는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제28조제2항의 규약에 따라 그 공용부분의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 구성할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제23조제2항).

관리단의 의무

▪ 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사하거나 이행하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제23조의2).

관리단집회의 권한 및 의장

▪ 관리단의 사무는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 또는 규약으로 관리인에게 위임한 사항 외에는 관리단집회의 결의에 따라 수행합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제31조).

▪ 관리단집회의 의장은 관리인 또는 집회를 소집한 구분소유자 중 연장자가 됩니다. 다만, 규약에 특별한 규정이 있거나 관리단집회에서 다른 결의를 한 경우에는 그렇지 않습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제39조제1항).

관리단집회의 소집

▪ 관리인은 매년 회계연도 종료 후 3개월 이내에 정기 관리단집회를 소집하여야 하고(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제32조), 필요하다고 인정할 때에는 관리단집회를 소집할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제33조제1항).

▪ 구분소유자의 5분의 1 이상이 회의의 목적 사항을 구체적으로 밝혀 관리단집회의 소집을 청구하면 관리인은 관리단집회를 소집하여야 합니다. 이 정수(定數)는 규약으로 감경할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제33조제2항).

▪ 관리인이 없는 경우에는 구분소유자의 5분의 1 이상은 관리단집회를 소집할 수 있습니다. 이 정수는 규약으로 달리 감경할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제33조제4항).

의결권

▪ 각 구분소유자의 의결권은 규약에 특별한 규정이 없으면 다음의 지분비율에 따릅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제37조제1항 및 제12조).

  ▸ 각 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 면적 비율에 따릅니다.

  ▸ 위의 경우 일부공용부분으로서 면적이 있는 것은 그 공용부분을 공용하는 구분소유자의 전유부분의 면적 비율에 따라 배분하여 그 면적을 각 구분소유자의 전유부분 면적에 포함합니다.

▪ 전유부분을 여럿이 공유하는 경우에는 공유자는 관리단집회에서 의결권을 행사할 1인을 정합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제37조제2항).

▪ 구분소유자의 승낙을 받아 동일한 전유부분을 점유하는 자가 여럿인 경우에는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제16조제2항, 제24조제4항, 제26조의2제2항 또는 제26조의4제5항에 따라 해당 구분소유자의 의결권을 행사할 1인을 정하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제37조제3항).

의결방법

▪ 관리단집회의 의사는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 또는 규약에 특별한 규정이 없으면 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수로써 의결합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제38조제1항).

▪ 의결권은 서면이나 전자적 방법(전자정보처리조직을 사용하거나 그 밖에 정보통신기술을 이용하는 방법으로서 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」으로 정하는 방법을 말함)으로 또는 대리인을 통하여 행사할

수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제38조제2항).

서면에 의한 결의 등

▪ 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 또는 규약에 따라 관리단집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 관하여 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상이 서면이나 전자적 방법 또는 서면과 전자적 방법으로 합의하면 관리단집회를 소집하여 결의한 것으로 봅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제41조제1항).

▪ 위에도 불구하고 다음의 경우에는 그 구분에 따른 의결정족수 요건을 갖추어 서면이나 전자적 방법 또는 서면과 전자적 방법으로 합의하면 관리단집회를 소집하여 결의한 것으로 봅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제41조제2항).

- 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조제1항제2호의 경우: 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수
- 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조의2제1항 본문, 제47조제2항 본문 및 제50조제4항의 경우: 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상
- 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제15조의2제1항 단서 및 제47조제2항 단서의 경우: 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상

▪ 구분소유자들은 미리 그들 중 1인을 대리인으로 정하여 관리단에 신고한 경우에는 그 대리인은 그 구분소유자들을 대리하여 관리단집회에 참석하거나 서면 또는 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제41조제3항).

규약 및 관리단집회의 결의의 효력

▪ 규약 및 관리단집회의 결의는 구분소유자의 특별승계인에 대하여도 효력이 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제42조제1항).

▪ 점유자는 구분소유자가 건물이나 대지 또는 부속시설의 사용과 관련하여 규약 또는 관리단집회의 결의에 따라 부담하는 의무와 동일한 의무를 집니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제42조제2항).

결의취소의 소

▪ 구분소유자는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 집회 결의 사실을 안 날부터 6개월 이내에, 결의한 날부터 1년 이내에 결의취소의 소를 제기할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제42조의2).

- 집회의 소집 절차나 결의 방법이 법령 또는 규약에 위반되거나 현저하게 불공정한 경우
- 결의 내용이 법령 또는 규약에 위배되는 경우

관리인의 권한과 의무

관리인의 선임 등

▪ 구분소유자가 10명 이상일 때에는 관리단을 대표하고 관리단의 사무를 집행할 관리인을 선임하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제1항).

▪ 관리인은 구분소유자일 필요가 없으며, 그 임기는 2년의 범위에서 규약으로 정합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제2항).

※ 이에 따라 집합건물의 임차인도 관리인이 될 수 있습니다.

▪ 관리인은 관리단집회의 결의로 선임되거나 해임됩니다. 다만, 규약으로 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의3에 따른 관리위원회의 결의로 선임되거나 해임되도록 정한 경우에는 그에 따릅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제3항).

▪ 구분소유자의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자는 위의 관리단집회에 참석하여 그 구분소유자의 의결권을

행사할 수 있습니다. 다만, 구분소유자와 점유자가 달리 정하여 관리단에 통지하거나 구분소유자가 집회 이전에 직접 의결권을 행사할 것을 관리단에 통지한 경우에는 그렇지 않습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제4항).

▪ 관리인에게 부정한 행위나 그 밖에 그 직무를 수행하기에 적합하지 않은 사정이 있을 때에는 각 구분소유자는 관리인의 해임을 법원에 청구할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제5항).

▪ 전유부분이 50개 이상인 건물(「공동주택관리법」에 따른 의무관리대상 공동주택 및 임대주택과 「유통산업발전법」에 따라 신고한 대규모점포등관리자가 있는 대규모점포 및 준대규모점포는 제외)의 관리인으로 선임된 자는 선임일부터 30일 이내에 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 별지 서식의 관리인 선임 신고서에 선임사실을 입증할 수 있는 다음의 어느 하나에 해당하는 자료를 첨부하여 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장, 군수 또는 자치구의 구청장에게 신고해야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조제6항 및 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 제5조의5).

- 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제39조제2항에 따른 관리단집회 의사록
- 규약 및 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 제11조제2항에 따른 관리위원회 의사록
- 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제24조의2제1항에 따른 임시관리인 선임청구에 대한 법원의 결정문

관리인의 권한과 의무

▪ 관리인은 다음의 행위를 할 권한과 의무를 가집니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제25조제1항).

- 공용부분의 보존행위
- 공용부분의 관리 및 변경에 관한 관리단집회 결의를 집행하는 행위
- 공용부분의 관리비용 등 관리단의 사무 집행을 위한 비용과 분담금을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위
- 관리단의 사업 시행과 관련하여 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판 외의 행위
- 소음·진동·악취 등을 유발하여 공동생활의 평온을 해치는 행위의 중지 요청 또는 분쟁 조정절차 권고 등 필요한 조치를 하는 행위
- 그 밖에 규약에 정하여진 행위

▪ 관리인의 대표권은 제한할 수 있습니다. 다만, 이로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제25조제2항).

관리인의 보고의무

▪ 관리인은 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」으로 정하는 바에 따라 매년 1회 이상 구분소유자 및 그의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자에게 그 사무에 관한 보고를 하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조제1항).

※ 이를 위반하여 보고를 하지 않거나 거짓 보고를 한 관리인은 200만원 이하의 과태료를 부과받습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제66조제3항제4호).

▪ 전유부분이 50개 이상인 건물의 관리인은 관리단의 사무 집행을 위한 비용과 분담금 등 금원의 징수·보관·사용·관리 등 모든 거래행위에 관하여 장부를 월별로 작성하여 그 증빙서류와 함께 해당 회계연도 종료일부터 5년간 보관해야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조제2항).

▪ 이해관계인은 관리인에게 위의 보고 자료, 장부나 증빙서류의 열람을 청구하거나 자기 비용으로 등본의 교부를 청구할 수 있습니다. 이 경우 관리인은 다음의 정보를 제외하고 이에 응해야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조제3항).

- 「개인정보 보호법」 제24조에 따른 고유식별정보 등 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 정보
- 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 정보

※ 「공동주택관리법」에 따른 의무관리대상 공동주택 및 임대주택과 「유통산업발전법」에 따라 신고한 대규모점포등관리자가 있는 대규모점포 및 준대규모점포에 대해서는 제1항부터 제3항까지를 적용하지 않습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조제4항).

▪ 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 또는 규약에서 규정하지 않은 관리인의 권리의무에 관하여는 「민법」의 위임에 관한 규정을 준용합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조제5항).

회계감사

▪ 전유부분이 150개 이상으로서 다음에 해당하는 건물의 관리인은 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제2조제7호에 따른 감사인의 회계감사를 매년 1회 이상 받아야 합니다. 다만, 관리단집회에서 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상이 회계감사를 받지 아니하기로 결의한 연도에는 그러지 않습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의2제1항 및 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 제6조의2제1항).

1. 직전 회계연도에 구분소유자로부터 징수한 관리비(전기료, 수도료 등 구분소유자 또는 점유자가 납부하는 사용료를 포함)가 3억원 이상인 건물
2. 직전 회계연도 말 기준으로 적립되어 있는 수선적립금이 3억원 이상인 건물

▪ 전유부분이 50개 이상 150개 미만으로서 다음에 해당하는 건물의 관리인은 구분소유자의 5분의 1 이상이 연서(連署)하여 요구하는 경우에는 감사인의 회계감사를 받아야 합니다. 이 경우 구분소유자의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자가 구분소유자를 대신하여 연서할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의2제3항 및 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 제6조의2제2항).

- 위 1. 또는 2.에 해당하는 건물
- ① 직전 회계연도에 구분소유자로부터 징수한 관리비가 1억원 이상인 건물
- ② 직전 회계연도 말 기준으로 적립되어 있는 수선적립금이 1억원 이상인 건물

▪ 관리인은 위에 따라 회계감사를 받은 경우에는 감사보고서 등 회계감사의 결과를 제출받은 날부터 1개월 이내에 해당 결과를 구분소유자 및 그의 승낙을 받아 전유부분을 점유하는 자에게 서면으로 보고해야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의2제4항 및 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 시행령」 제6조의4제1항).

관리위원회의 설치

▪ 관리단에는 규약으로 정하는 바에 따라 관리위원회를 둘 수 있으며, 관리위원회는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 또는 규약으로 정한 관리인의 사무 집행을 감독합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의3제1항 및 제2항).

▪ 관리위원회의 위원은 구분소유자 중에서 관리단집회의 결의에 의하여 선출합니다. 다만, 규약으로 관리단집회의 결의에 관하여 달리 정한 경우에는 그에 따릅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제26조의4제1항).

규약

규약의 보충성

▪ 건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」에서 규정하지 않은 사항은 규약으로써 정할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제28조제1항).

▪ 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백한 공용부분(이하 ´일부공용부분´이라 함)에 관한 사항으로써 구분소유자 전원에게 이해관계가 있지 않은 사항은 구분소유자 전원의 규약에 따로 정하지 않으면 일부공용부분을 공용하는 구분소유자의 규약으로써 정할 수 있습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제28조제2항).

규약의 설정, 변경 및 폐지

▪ 규약의 설정·변경 및 폐지는 관리단집회에서 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상의 찬성을 얻어서 합니다. 이 경우 규약의 설정·변경 및 폐지가 일부 구분소유자의 권리에 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 받아야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제29조제1항).

▪ 구분소유자 전원의 규약의 설정·변경 또는 폐지는 그 일부공용부분을 공용하는 구분소유자의 4분의 1을 초과하는 자 또는 의결권의 4분의 1을 초과하는 의결권을 가진 자가 반대할 때에는 할 수 없습니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제29조제2항).

재건축

재건축결의

▪ 건물 건축 후 상당한 기간이 지나 건물이 훼손되거나 일부 멸실되거나 그 밖의 사정으로 건물 가격에 비하여 지나치게 많은 수리비·복구비나 관리비용이 드는 경우 또는 부근 토지의 이용 상황의 변화나 그 밖의 사정으로 건물을 재건축하면 재건축에 드는 비용에 비하여 현저하게 효용이 증가하게 되는 경우에 관리단집회는 그 건물을 철거하여 그 대지를 구분소유권의 목적이 될 새 건물의 대지로 이용할 것을 결의할 수 있습니다. 다만, 재건축의 내용이 단지 내 다른 건물의 구분소유자에게 특별한 영향을 미칠 때에는 그 구분소유자의 승낙을 받아야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제47조제1항).

▪ 위의 결의는 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상의 결의에 따릅니다. 다만, 「관광진흥법」 제3조제1항제2호나목에 따른 휴양 콘도미니엄업의 운영을 위한 휴양 콘도미니엄의 재건축 결의는 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상의 결의에 따릅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제47조제2항).

결의사항

▪ 재건축을 결의할 때에는 다음의 사항을 정해야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제47조제3항).

1. 새 건물의 설계 개요
2. 건물의 철거 및 새 건물의 건축에 드는 비용을 개략적으로 산정한 금액
3. 위의 2.에 규정된 비용의 분담에 관한 사항
4. 새 건물의 구분소유권 귀속에 관한 사항

구분소유권 등의 매도청구 등

▪ 재건축의 결의가 있으면 집회를 소집한 자는 지체 없이 그 결의에 찬성하지 않은 구분소유자(그의 승계인을 포함)에 대하여 그 결의 내용에 따른 재건축에 참가할 것인지 여부를 회답할 것을 서면으로 촉구하여야 합니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제48조제1항).

▪ 위의 촉구를 받은 구분소유자는 촉구를 받은 날부터 2개월 이내에 회답해야 하며, 이 기간 내에 회답하지 않은 경우 그 구분소유자는 재건축에 참가하지 아니하겠다는 뜻을 회답한 것으로 봅니다(「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제48조제2항 및 제3항).

5.2.2. 가등기담보 등에 관한 법률

가등기담보 등에 관한 법률 개관

법률의 목적

▪ 「가등기담보 등에 관한 법률」은 차용물(借用物)의 반환에 관하여 차주(借主)가 차용물을 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약할 때 그 재산의 예약 당시 가액(價額)이 차용액(借用額)과 이에 붙인 이자를 합산한 액수를 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약(擔保契約)과 그 담보의 목적으로 마친 가등기(假登記) 또는 소유권이전등기(所有權移轉登記)의 효력을 정함을 목적으로 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제1조).

「가등기담보 등에 관한 법률」 적용 대상

▪ 「가등기담보 등에 관한 법률」은 아래와 같은 비전형담보(변칙담보)를 규제하기 위한 법입니다.

구분	내용
양도담보	▪ 채권담보의 목적으로 물건의 소유권을 채권자에게 이전하고 채무자가 이행하지 않는 경우 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받게되지만, 채무자가 후일 이를 이행하는 경우에는 목적물을 소유자에게 다시 반환하는 담보형태(한국법제연구원 법령용어검색 참조).
매도담보	▪ 금전을 차용하는 자가 자기의 소유물을 채권자에게 매도하여 소유권을 완전히 이전하되, 일정한 기한 내에 약정한 매매대금을 지급함으로써 그 목적물을 반환받을 수 있도록 하는 담보형태(한국법제연구원 법령용어검색 참조).
가등기담보	▪ 가등기(본등기를 할 수 있을 만한 실질적 또는 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에 장래 그 요건이 갖추게 된 때에 행하여질 본등기를 위해 미리 그 순위를 보전해 두는 효력을 가지는 예비등기의 일종)의 형식을 갖춘 담보형태(한국법제연구원 법령용어검색 참조).

권리취득에 의한 담보권의 실행

담보권 실행의 통지

▪ 채권자가 담보계약에 따른 담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위하여는 그 채권(債權)의 변제기(辨濟期) 후에 청산금(淸算金)의 평가액을 채무자, 담보가등기목적 부동산의 물상보증인(物上保證人), 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3자(이하 “채무자등”이라 함)에게 통지해야 합니다. 이 경우 청산금이 없다고 인정되는 경우에는 그 뜻을 통지해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제3조제1항 및 제2조제2호).

※ 담보권 실행의 통지는 구속력을 가지므로, 채권자는 그가 통지한 청산금의 금액에 관하여 다툴 수 없습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제9조).

▪ 담보권 실행의 통지에는 통지 당시의 담보목적부동산의 평가액과 「민법」 제360조에 규정된 채권액을 밝혀야 합니다. 이 경우 부동산이 둘 이상인 경우에는 각 부동산의 소유권이전에 의하여 소멸시키려는 채권과 그 비용을 밝혀야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제3조제2항).

▪ 채무자등 외의 권리자에 대한 통지

▹ 채권자는 통지가 채무자등에게 도달하면 지체 없이 후순위권리자(담보가등기 후에 등기된 저당권자·전세권자 및 담보가등기권리자를 말함)에게 그 통지의 사실과 내용 및 도달일을 통지하여야

합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제6조제1항 및 제2조제5호).

▹ 통지가 채무자등에게 도달한 때에는 담보가등기 후에 등기한 제3자(통지를 받을 자를 제외하고, 대항력 있는 임차권자를 포함)가 있으면 채권자는 지체 없이 그 제3자에게 통지를 한 사실과 그 채권액을 통지하여야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제6조제2항).

▹ 위의 통지는 통지를 받을 자의 등기부상의 주소로 발송함으로써 그 효력이 있습니다. 그러나 대항력 있는 임차권자에게는 그 담보목적부동산의 소재지로 발송해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제6조제3항).

청산기간의 경과

▪ 위의 통지가 채무자등에게 도달한 날부터 2개월(이하 "청산기간"이라 함)이 지나야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제3조제1항 전단 참조).

▪ 청산기간 경과 전 청산금에 대한 처분 제한

▹ 채무자가 청산기간이 지나기 전에 한 청산금에 관한 권리의 양도나 그 밖의 처분은 이로써 후순위권리자에게 대항하지 못합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제7조제1항).

▹ 채권자가 청산기간이 지나기 전에 청산금을 지급한 경우 또는 채무자 등 외의 권리자에 대한 통지를 하지 않고 청산금을 지급한 경우에도 또한 같습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제7조제2항).

청산금의 지급

▪ 채권자는 담보권 실행 통지 당시의 담보목적부동산의 가액에서 그 채권액을 뺀 금액(이하 "청산금"이라 함)을 채무자등에게 지급해야 합니다. 이 경우 담보목적부동산에 선순위담보권(先順位擔保權) 등의 권리가 있을 때에는 그 채권액을 계산할 때에 선순위담보 등에 의하여 담보된 채권액을 포함합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제4조제1항).

▪ 청산금의 공탁

▹ 청산금채권이 압류되거나 가압류된 경우에 채권자는 청산기간이 지난 후 이에 해당하는 청산금을 채무이행지(債務履行地)를 관할하는 지방법원이나 지원(支院)에 공탁(供託)하여 그 범위에서 채무를 면(免)할 수 있습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제8조제1항).

▹ 채권자는 공탁을 한 경우에는 채무자등과 압류채권자 또는 가압류채권자에게 지체 없이 공탁의 통지를 해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제8조제4항).

소유권의 취득

▪ 채권자는 담보목적부동산에 관하여 이미 소유권이전등기를 마친 경우에는 청산기간이 지난 후 청산금을 채무자등에게 지급한 때에 담보목적부동산의 소유권을 취득하며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 그 가등기에 따른 본등기(本登記)를 청구할 수 있습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제4조제2항).

▪ 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무(引渡債務)의 이행에 관하여는 동시이행의 항변권(抗辯權)에 관한 「민법」 제536조를 준용합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제4조제3항).

※ 위의 규정에 어긋나는 특약(特約)으로서 채무자등에게 불리한 것은 그 효력이 없습니다. 다만, 청산기간이 지난 후에 행하여진 특약으로서 제3자의 권리를 침해하지 않는 것은 그렇지 않습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제4조제4항).

후순위권리자의 권리행사

▪ 후순위권리자는 그 순위에 따라 채무자등이 지급받을 청산금에 대하여 통지(위의 담보권 실행의 통지를 말함)된 평가액의 범위에서 청산금이 지급될 때까지 그 권리를 행사할 수 있고, 채권자는 후순위권리자의 요구가 있는 경우에는 청산금을 지급해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조제1항).

▪ 후순위권리자는 이러한 권리를 행사할 때에는 그 피담보채권(被擔保債權)의 범위에서 그 채권의 명세와 증서를 채권자에게 교부해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조제2항).

▪ 채권자가 명세와 증서를 받고 후순위권리자에게 청산금을 지급한 때에는 그 범위에서 청산금채무는 소멸합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조제3항).

▪ 이러한 권리행사를 막으려는 자는 청산금을 압류(押留)하거나 가압류(假押留)해야 합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조제4항).

▪ 담보가등기 후에 대항력(對抗力) 있는 임차권(賃借權)을 취득한 자에게는 청산금의 범위에서 동시이행의 항변권에 관한 「민법」 제536조를 준용합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조제5항).

법정지상권의 취득

▪ 토지와 그 위의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우 그 토지나 건물에 대하여 위에 따른 소유권을 취득하거나 담보가등기에 따른 본등기가 행하여진 경우에는 그 건물의 소유를 목적으로 그 토지 위에 지상권(地上權)이 설정된 것으로 봅니다. 이 경우 그 존속기간과 지료(地料)는 당사자의 청구에 의하여 법원이 정합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제10조).

채무자 등의 말소청구권

▪ 채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환할 때까지의 이자와 손해금을 포함)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있습니다. 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그렇지 않습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제11조).

경매에 의한 가등기담보권의 실행

담보가등기권리자의 경매청구

▪ 담보가등기권리자는 그 선택에 따라 「가등기담보 등에 관한 법률」 제3조에 따른 담보권을 실행하거나 담보목적부동산의 경매를 청구할 수 있습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제12조제1항 전단).

▪ 이 경우 경매에 관하여는 담보가등기권리를 저당권으로 봅니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제12조제1항 후단).

후순위권리자의 경매청구

▪ 후순위권리자는 청산기간에 한정하여 그 피담보채권의 변제기 도래 전이라도 담보목적부동산의 경매를 청구할 수 있습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제12조제2항).

가등기담보권자의 배당참가

우선변제청구권

▪ 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등(강제경매와 담보권 실행 등을 위한 경매를 말함)이 개시된 경우에 담보가등기권리자는 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있습니다. 이 경우 그 순위에 관하여는 그 담보가등기권리를 저당권으로 보고, 그 담보가등기를 마친 때에 그 저당권의 설정등기(設定登記)가 행하여진 것으로 봅니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제13조 및 제2조제4호).

강제경매등의 경우의 담보가등기

▪ 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없습니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제14조).

담보가등기권리의 소멸

▪ 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매등이 행하여진 경우에는 담보가등기권리는 그 부동산의 매각에

의하여 소멸합니다(「가등기담보 등에 관한 법률」 제15조).

5.2.3. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률

명의신탁의 개념

명의신탁의 의의

▪ “명의신탁”이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖에 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려는 자(이하 “실권리자”라 함)가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정(위임·위탁매매의 형식에 의하거나 추인에 의한 경우 포함)을 말합니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제2조제1호 본문).

명의신탁의 제한

▪ 명의신탁은 탈세나 강제집행의 회피를 위한 목적으로 악용되는 문제가 발생하여, 현재 시행중인 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에 의하여 제한을 받고 있습니다(『국가법령정보센터, 법령용어사전』 참조).

법률의 적용범위

적용대상

▪ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」은 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 경우에 적용됩니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제2조제1호 본문 참조).

적용제외 대상

▪ 다음의 경우는 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」의 적용대상에서 제외합니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제2조제1호 단서).

- 채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전(移轉)받거나 가등기하는 경우
- 부동산의 위치와 면적을 특정하여 2인 이상이 구분소유하기로 하는 약정을 하고 그 구분소유자의 공유로 등기하는 경우
- 「신탁법」 또는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 신탁재산인 사실을 등기한 경우

종중, 배우자 및 종교단체에 대한 특례

▪ 다음의 어느 하나에 해당하는 경우로서 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 않는 경우에는 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조부터 제7조까지 및 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제12조제1항부터 제3항까지를 적용하지 않습니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제8조).

- 종중(宗中)이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중(종중과 그 대표자를 같이 표시하여 등기한 경우를 포함) 외의 자의 명의로 등기한 경우
- 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우
- 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우

명의신탁의 효력

명의신탁약정의 무효

▪ 명의신탁약정은 무효로 합니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제1항).

물권변동의 무효

▪ 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 합니다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을

알지 못한 경우에는 그렇지 않습니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제2항).

제3자에 대한 효력

▪ 위의 명의신탁약정 및 물권변동의 무효는 제3자에게 대항하지 못합니다(「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제3항).

「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」의 적용을 받는 명의신탁의 유형 및 법률관계

2자간 명의신탁

▪ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」이 규정하는 명의신탁약정은 부동산에 관한 물권의 실권리자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말하는 것일 뿐이므로, 그 자체로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당한다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 법률은 원칙적으로 명의신탁약정과 그 등기에 기한 물권변동만을 무효로 하고 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않는 대신, 명의신탁자에 대하여 행정적 제재나 형벌을 부과함으로써 사적자치 및 재산권보장의 본질을 침해하지 않도록 규정하고 있으므로, 위 법률이 비록 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정되었다고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없습니다(대법원 2003.11.27.선고 2003다41722판결).

중간생략등기형 명의신탁(3자간 등기명의신탁)

▪ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에 의하면, 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 같은 법에서 정한 유예기간의 경과에 의하여 기존 명의신탁약정과 그에 의한 등기가 무효로 되고 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있습니다.

▪ 이때에도 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하므로 명의신탁자는 그 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자를 상대로 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있습니다.

▪ 한편 부동산의 매수인이 목적물을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 소멸시효가 진행되지 않는다 할 것이고, 이러한 법리는 위와 같이 3자간 등기명의신탁에 의한 등기가 유효기간의 경과로 무효로 된 경우에도 마찬가지로 적용된다 할 것입니다.

▪ 따라서 그 경우 목적 부동산을 인도받아 점유하고 있는 명의신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권 역시 소멸시효가 진행되지 않는다고 할 것입니다(대법원 2013.12.12.선고 2013다26647 판결).

계약명의신탁

▪ 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제1항, 제2항에 의하면, 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와의 사이에 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 부당이득반환의무를 부담하게 될 뿐입니다.

▪ 그런데 계약명의신탁약정이 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 시행 후에 이루어진 경우에는 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없었으므로 위 명의신탁약정의 무효로 명의신탁자가 입은 손해는 당해 부동산 자체가 아니라 명의수탁자에게 제공한 매수자금이고, 따라서 명의수탁자는 당해 부동산 자체가 아니라 명의신탁자로부터 제공받은 매수자금만을 부당이득합니다.

▪ 그 경우 계약명의신탁의 당사자들이 명의신탁약정이 유효한 것, 즉 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가지는 것을 전제로 하여 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정을 하였다면 이는 명의신탁약정을 무효라고 정하는 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제1항에 좇아 무효입니다.

▪ 그러나 명의수탁자가 앞서 본 바와 같이 명의수탁자의 완전한 소유권 취득을 전제로 하여 사후적으로 명의신탁자와의 사이에 위에서 본 매수자금반환의무의 이행에 갈음하여 명의신탁된 부동산 자체를 양도하기로 합의하고 그에 기하여 명의신탁자 앞으로 소유권이전등기를 마쳐준 경우에는 그 소유권이전등기는 새로운 소유권 이전의 원인인 대물급부의 약정에 기한 것이므로 약정이 무효인 명의신탁약정을 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 불과한 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 대물급부의 목적물이 원래의 명의신탁부동산이라는 것만으로 유효성을 부인할 것은 아닙니다(대법원 2014.8.20.선고 2014다30483 판결).

※ **계약명의신탁에서 매도인이 악의인 경우**(대법원 2013.9.12.선고 2010다95185판결)

▪ 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 매매계약을 체결한 소유자도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정을 알면서 그 매매계약에 따라 명의수탁자 앞으로 당해 부동산의 소유권이전등기를 마친 경우 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조제2항 본문에 의하여 명의수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이므로, 당해 부동산의 소유권은 매매계약을 체결한 소유자에게 그대로 남아 있게 되고, 명의수탁자가 자신의 명의로 소유권이전등기를 마친 부동산을 제3자에게 처분하면 이는 매도인의 소유권 침해행위로서 불법행위가 됩니다.

▪ 그러나 명의수탁자로부터 매매대금을 수령한 상태의 소유자로서는 그 부동산에 관한 소유명의를 회복하기 전까지는 신의칙 내지 「민법」 제536조제1항 본문의 규정에 의하여 명의수탁자에 대하여 이와 동시이행의 관계에 있는 매매대금 반환채무의 이행을 거절할 수 있는데, 이른바 계약명의신탁에서 명의수탁자의 제3자에 대한 처분행위가 유효하게 확정되어 소유자에 대한 소유명의 회복이 불가능한 이상, 소유자로서는 그와 동시이행관계에 있는 매매대금 반환채무를 이행할 여지가 없습니다.

▪ 또한 명의신탁자는 소유자와 매매계약관계가 없어 소유자에 대한 소유권이전등기청구도 허용되지 아니하므로, 결국 소유자인 매도인으로서는 특별한 사정이 없는 한 명의수탁자의 처분행위로 인하여 어떠한 손해도 입은 바가 없습니다.