

민법  
총칙

박성렬

73기 (23년 7월 29일 시행)  
경찰간부후보생

매 기수 출제문제 **100% 적중!**

민법총칙  
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

[cafe.naver.com/parklaw](http://cafe.naver.com/parklaw)

경찰간부/소방간부  
민법총칙 합격자 1위

**박성렬**

### 제73기 경찰간부후보생(경위공채) 민법총칙 해설

- 독한경찰 박성렬 교수

【문 01】 권리능력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 태아는 상속순위에 관하여 이미 출생한 것으로 본다.
- ② 법인은 설립 과정에 하자가 없는 한 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 한 때부터 법인격을 취득한다.
- ③ 청산종결등기가 경료된 경우라도 청산사무가 종료되지 않았으면 청산법인으로 존속한다.
- ④ 가족관계등록부에 기재된 사망사실은 그 기재사실에 반하는 증거에 의하여 그 추정이 반복될 수 없다.

□정답□ ④ : 기본서 p78 (3), 기출집 84번 ④, 진도별320제 제1회 7번 ③

[해설] ① (O) : 태아는 상속순위와 유증에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제1000조 제3항, 제1064조).

② (O) : 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(제33조). ⇨ 법인의 설립에는 기본적으로 설립행위와 설립등기가 필요하고, 법인은 설립행위를 거쳐 설립등기를 함으로써 성립함과 동시에 법인격을 취득하게 되어 그로써 법인의 설립은 완성되는 것이므로, 설립등기 없는 법인의 설립은 있을 수 없다(대판 2009.4.9. 2007두26629).

③ (O) : 법인에 대한 청산종결등기가 경료되었다고 하더라도 청산사무가 종결되지 않은 한 그 범위 내에서는 청산법인으로 존속한다(대판 2003.2.11. 99다66427; 대판 2021.6.30. 2018도14261). ⇨ 법인이 해산결의를 하고 잔여재산의 처분을 마쳐 사실상 청산사무를 종결하였더라도 해산등기를 마치지 않은 이상 제3자에 대하여 법인의 소멸을 주장할 수 없다(대판 1984.9.25. 84다카493).

④ (X) : 권리능력은 사망이라는 사실에 의하여 소멸되는 것이지 그 신고나 가족관계등록부에 기재에 의하여 비로소 소멸되는 것은 아니다. 즉 가족관계등록부에 기재된 사항은 진실에 부합하는 것으로 추정된다 할 것이나, 그 기재에 반하는 증거가 있거나 그 기재가 진실이 아니라고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 그 추정은 반복될 수 있다(대판 2013.7.25. 2011두13309).

【문 02】 남편 甲과의 사이에서 태아 丙을 임신한 처 乙이 甲과 함께 택시를 타고 귀가하던 중에 음주상태에서 중앙선을 침범한 A가 운전한 자동차와 충돌하는 사고를 당하였다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 丙은 태아인 동안에도 법정대리인 甲을 통해 조부 소유의 토지를 증여받을 수 있다.
- ② 丙이 출생하면 丙은 甲의 사망으로 인한 자신의 정신적 고통에 따른 위자료를 A에게 청구할 수 있다.
- ③ 丙이 출생하기 전에 乙과 함께 사망한 경우, 丙은 A를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.
- ④ 丙이 출생하기 전에 甲이 사망한 경우, 출생한 丙은 A에 대한 甲의 손해배상청구권을 상속받지 못한다.

□정답□ ② : 기본서 p73 관련판례 ④, 기출집 81번 ⑤, 진도별320제 제1회 5번 B

[해설] ① (X) : 불법행위로 인한 손해배상청구권 또는 상속 등과 같이 개별적으로 태아의 권리능력이 인정되는 경우에도 그 권리능력은 태아인 동안에는 없고 살아서 출생하면 문제된 사건의 시기까지 소급하여 그때에 출생한 것과 같이 법률상 간주되는 것(⇨정지조건설)이므로, 증여에 관하여는 태아의 수증능력이 인정되지 아니하고, 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다(대판 1982.2.9. 81다534).

② (O) : 아버지가 사고로 사망할 당시에 태아였더라도 출생 후에는 평생을 통하여 아버지를 잃은 정신적 고통

을 받을 것이므로 이에 대한 위자료를 청구할 수 있다(대판 1967.9.26. 67다1684).

- ③ (X) : 태아가 손해배상청구권에 관하여는 이미 태어난 것으로 본다는 「민법」 제762조의 취지는 태아가 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아준다고 해석함이 상당하므로, 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못가졌다면 배상청구권을 논할 여지가 없다(대판 1976.9.14. 76다1365).
- ④ (X) : 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제1000조 제3항). 따라서 직계존속에 대한 생명 침해로 인하여 발생한 그 직계존속의 재산적·정신적 손해배상청구권은 일단 사망자인 직계존속이 취득하여 그의 재산이 되므로 태아가 살아서 출생한 이상, 그것을 상속받게 된다.

【문 03】 「민법」상 신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 숙박업자는 투숙객의 안전을 배려해야 할 신의칙상의 보호의무를 부담한다.
- ② 강행법규에 위반하여 무효인 법률행위를 한 자가 스스로 그 법률행위의 무효를 주장하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반한다.
- ③ 계약 성립에 기초가 되지 아니한 객관적 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다라도 특별한 사정이 없는 한, 그 계약 내용의 효력을 그대로 유지하는 것은 신의칙에 반하지 않는다.
- ④ 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자 소유의 부동산을 채무자에게 명의신탁하도록 한 다음 그 부동산에 대하여 강제집행을 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 비추어 허용할 수 없다.

□정답□ ② : 기본서 p50 ②, 기출집 44번, 진도별320제 제8회 27번 ◀

[해설] ① (O) : 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시사용을 위한 임대차계약으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며, 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명·신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다(대판 2000.11.24. 2000다38718).

② (X) : 특별한 사정이 없는 한 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 급반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2006.6.29. 2005다11602).

③ (O) : 사정변경을 이유로 한 계약해제는 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정된다. 그리고 여기서의 ‘변경된 사정’이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 따라서 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약 내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 전합 2013.9.26. 2012다13637).

④ (O) : 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하도록 한 다음 그 부동산에 대하여 강제집행을 하는 따위의 행위는 신의칙에 비추어 허용할 수 없다(대판 1981.7.7. 80다2064).

【문 04】 「민법」상 제한능력자제도에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 법원은 본인의 의사에 반하여 특정후견개시의 심판을 할 수 있다.
- ② 한정후견개시의 원인이 소멸하면 가정법원은 직권으로 한정후견종료의 심판을 하여야 한다.
- ③ 피성년후견인이 속임수를 써서 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하여 부동산매매계약을 체결한 경우, 성년후견인은 그 매매계약을 취소할 수 없다.
- ④ 가정법원은 본인이 성년후견개시를 청구하더라도 의사의 감정 결과 등에 비추어 한정후견 개시의 심판을 할 수 있다.

□정답□ ④: 기본서 p91 ①, 기출집 113번 ④, 진도별320제 제1회 22번 ③

[해설] ① (X): 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항). ⇨ 가정법원은 성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항, 제12조 제2항).

② (X): 한정후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견 종료의 심판을 한다(제14조).

③ (X): 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없고, 미성년자나 피 한정후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 그 행위를 취소할 수 없다(제17조). 따라서 피성년후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 있다.

④ (O): 성년후견이나 한정후견 개시의 청구가 있는 경우 가정법원은 청구 취지와 원인, 본인의 의사, 성년후견 제도와 한정후견제도의 목적 등을 고려하여 어느 쪽의 보호를 주는 것이 적절한지를 결정하고, 그에 따라 필요하다고 판단하는 절차를 결정해야 한다. 따라서 한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 등에 비추어 성년후견개시의 요건을 충족하고 본인도 성년후견의 개시를 희망한다면 법원이 성년후견을 개시할 수 있고, 성년후견개시를 청구하고 있더라도 필요하다면 한정후견을 개시할 수 있다고 보아야 한다(대결 2021.6.10. 2020스596).

**【문 05】 「민법」상 부재에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 부재자는 자연인에 한하며 법인에 대하여는 부재자에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ② 법원에 의하여 선임된 재산관리인이 법원의 허가 없이 한 처분행위는 특별한 사정이 없는 한 무효이다.
- ③ 재산관리인의 처분행위에 대한 법원의 허가는 과거의 처분행위에 대한 추인의 방법으로서는 할 수 없다.
- ④ 재산관리인을 바꾸어야 할 상황에 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없음에도 별다른 조사과정도 없이 그 재산관리인을 개임한 것은 재량권을 벗어난 것으로 위법하다.

□정답□ ③: 기본서 p106 관련판례 (2)①, 기출집 158번 ②, 진도별320제 제1회 28번 ③

[해설] ① (O): 법인은 부재자가 될 수 없다. 따라서 법인을 부재자라 하여 그 재산관리인을 선임할 수 없다(대결 1965.2.9. 64스9).

② (O): 부재자를 위하여 법원에서 선임한 재산관리인이 법원의 허가 없이 그 관리하던 부재자 소유 재산을 매도(처분)한 행위는 무효이다(대판 1960.4.21. 58다252; 대판 1970.1.27. 69다1820).

③ (X): 부재자 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산매매행위에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다(대판 2000.12.26. 99다19278).

④ (O): 부재자 재산관리인의 선임이나 해임이 법원의 재량행위라 하더라도 부재자 재산관리제도의 취지에 비추어 부재자들과 그 재산의 공유관계에 있는 기하 선임된 재산관리인에 대하여 그 부적성을 나타내주는 사유가 있다는 등 재산관리인을 바꾸어야 할 상황에 있다고 볼 만한 특별한 사정이 엿보이지 않음에도 불구하고 별다른 조사과정도 없이 쉽사리 그 재산관리인을 개임한 것은 재량권을 매우 벗어난 것으로 위법하다(대판 1986.8.26.



86프1).

【문 06】 실종선고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 甲이 침몰한 선박 중에 있었던 경우, 실종선고의 기산점은 선박이 침몰한 때이다.
- ② 乙이 가족관계등록부에 이미 사망한 것으로 기재되어 있는 경우, 그 추정력을 번복할 수 있는 자료가 없더라도 실종선고를 할 수 있다.
- ③ 丙이 잠수장비를 착용하고 바다에 입수하였다가 부상하지 아니한 채 행방불명이 된 경우, 이는 「민법」 제27조 제2항에서 정하는 사망의 원인이 될 위난이라고 할 수 없다.
- ④ 부재자에게 법률상 배우자가 있는 경우, 부재자의 친형 丁은 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인에 해당하지 않는다.

□정답□ ②: 기본서 p110 (1)1)③, 기출집 165번 ②, 진도별320제 제1회 37번 ①

[해설] ① (O): 전지에 입한 자, 침몰한 선박 중에 있던 자, 추락한 항공기 중에 있던 자, 기타 사망의 원인이 될 위난을 당한 자의 생사가 전쟁종지 후 또는 선박의 침몰, 항공기의 추락, 기타 위난이 종료한 후 1년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다(제27조 제2항).

② (X): 가족관계등록부(구 호적)상 이미 사망한 것으로 기재되어 있는 자는 그 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있는 자료가 없는 한 그 생사가 불분명한 자라고 볼 수 없어 실종선고를 할 수 없다(대결 1997.11.27. 97스4).

③ (O): 「민법」 제27조 제2항에서 정하는 ‘사망의 원인이 될 위난’이라고 함은 화재·홍수·지진·화산 폭발 등과 같이 일반적·객관적으로 사람의 생명에 명백한 위험을 야기하여 사망의 결과를 발생시킬 가능성이 현저히 높은 외부적 사태 또는 상황을 가리킨다. 따라서 甲이 잠수장비를 착용한 채 바다에 입수하였다가 부상(浮上)하지 아니한 채 행방불명되었다 하더라도, 이는 ‘사망의 원인이 될 위난’이라고 할 수 없다(대결 2011.1.31. 2010스165). ⇨ 특별실종(x), 보통실종(O)

④ (O): 부재자가 사망할 경우 선순위의 상속인이 있으면 후순위의 상속인은 위 부재자에 대한 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인이 될 수 없다(대결 1992.4.14. 92스4; 대결 1980.9.8. 80스27). ⇨ 상속의 순위는 (1) 피상속인의 직계비속과 배우자, (2) 피상속인의 직계비속이 없으면 직계존속과 배우자, (3) 피상속인의 형제자매, (4) 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족이다(제1000조 제1항, 제1003조 제1항).

【문 07】 법인의 불법행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 법인 대표자의 차금행위가 법인에 대하여 불법행위가 되는 경우에는 「민법」상 사용자책임과 법인의 불법행위책임이 경합적으로 병존하게 된다.
- ② 대표권이 없는 이사의 행위로 인한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법인의 불법행위가 성립하지 않는다.
- ③ 법인의 사원은 특별한 사정이 없는 한 사원총회의 의결에 찬성하였다는 이유만으로는 제3자에 대하여 불법행위책임을 부담하지 않는다.
- ④ 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자가 안 경우에는 법인의 불법행위책임을 성립하지 않는다.

□정답□ ①: 기본서 p134 관련판례 ①, 기출집 209번 ③, 진도별320제 제2회 13번 ④

[해설] ① (X): 학교법인의 대표자였던 자에 의한 차금행위가 불법행위가 된다면, 이는 「민법」상 사용자의 배상책임이 아니고 「민법」 제35조에 의한 법인 자체의 불법행위가 되어 배상책임이 있다(대판 1978.3.14. 78다132). 즉 법인에 있어서 그 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에는 「민법」 제35조 제1항에 의하여, 법인의 피용자가 사무집행에 관하여 불법행위를 한 경우에는 「민법」 제756조 제1항에 의하여 각기 손해배상책임을 부담한다(대판 2009.11.26. 2009다57033). ⇨ 청구권경합(x), 범조경합(O)

②(O): 「민법」 제35조에서 말하는 ‘이사 기타 대표자’는 법인의 대표기관을 의미하는 것이고 대표권이 없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니기 때문에 그들의 행위로 인하여 법인의 불법행위가 성립하지 않는다(대판 2005.12.23. 2003다30159).

③(O): 법인의 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가함으로써 법인에 손해배상책임이 인정되는 경우에, 대표자의 행위가 제3자에 대한 불법행위를 구성한다면 그 대표자도 제3자에 대하여 손해배상책임을 면하지 못하며(제35조 제1항), 또한 사원도 위 대표자와 공동으로 불법행위를 저질렀거나 이에 가담하였다고 볼 만한 사정이 있으면 제3자에 대하여 위 대표자와 연대하여 손해배상책임을 진다. 그러나 사원총회·대의원총회·이사회회의 의결은 원칙적으로 법인의 내부행위에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 그 사항의 의결에 찬성하였다는 이유만으로 제3자의 채권을 침해한다거나 대표자의 행위에 가공 또는 방조한 자로서 제3자에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수는 없다(대판 2009.1.30. 2006다37465). ⇨ “법인의 목적 범위 외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다.”는 「민법」 제35조 제2항은 법인의 불법행위책임이 인정되지 않는 경우에 적용되는 규정임

④(O): 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 ‘중대한 과실’로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2004.3.26. 2003다34045; 대판 2009.11.26. 2009다57033).

【문 08】 「민법」상 법인에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 법인은 이사의 임기가 만료하기 전에는 원칙적으로 정당한 이유 없이 이사를 해임할 수 없다.
- ② 법인의 대표이사가 직무집행정지 가처분결정에 의해 대표권이 정지된 기간 중에 체결한 계약은 절대적 무효이므로, 그 후 가처분신청이 취하되더라도 그 계약이 유효로 되지 않는다.
- ③ 사단법인의 정관변경은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있으면 주무관청의 허가가 없더라도 그 효력이 발생한다.
- ④ 사단법인의 사원들이 정관의 규범적 의미 내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명한 경우, 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 사원을 구속하는 효력이 있다.

□정답□ ②: 기문서 p145 관련판례, 기출집 239번 ④, 진도별320제 제2회 20번 ③

[해설] ①(X): 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 한 위임 유사의 관계로 볼 수 있는데, 「민법」 제689조 제1항에서는 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다고 규정하고 있으므로, 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 이사를 해임할 수 있지만, 이러한 「민법」의 규정은 임의규정에 불과하므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도의 규정을 두는 것도 가능하다(대판 2013.11.28. 2011다41741).

②(O): 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가처분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로, 가처분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다(대판 2008.5.29. 2008다4537).

③(X): 「민법」 제42조(사단법인의 정관의 변경) ① 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다. ② 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다.

④(X): 사단법인의 정관은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면, 그 법적 성질은 계약이 아니라 자치법규로 보는 것이 타당하므로, 이는 어디까지나 객관적인 기준에 따라 그 규범적인 의미 내용을 확정하는 법규해석의 방법으로 해석되어야 하는 것이지, 작성자의 주관이나 해석 당시의 사원의 다수결에 의한 방법으로 자의적으로 해석될 수는 없다 할 것이어서, 어느 시점의 사단법인의 사원들이 정관의 규범적인 의미 내용과 다른 해석을 사원총회의 결의라는 방법으로 표명하였

다 하더라도 그 결의에 의한 해석은 그 사단법인의 구성원인 사원들이나 법원을 구속하는 효력이 없다(대판 2000.11.24. 99다12437).

【문 09】 법인 아닌 사단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
<2023년 경찰간부>

- ① 법인의 권리능력의 범위에 관한 「민법」 제34조는 법인 아닌 사단에 유추적용될 수 있다.
- ② 법인 아닌 사단인 입주자대표회의가 사업주체에 대하여 갖는 하자보수청구권의 관리·처분은 정관 기타 규약 등에 달리 정한 바가 없으면 총회의 결의를 거쳐야 한다.
- ③ 법인 아닌 사단의 구성원은 특별한 사정이 없는 한 총유재산의 보존을 위한 소를 단독으로 제기할 수 없다.
- ④ 법인 아닌 사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물의 관리·처분행위에 해당한다.

□정답□ ④ : 기본서 p170 관련판례 ②, 기출집 296번 ②, 진도별320제 제2회 40번 ㄱ

[해설] ① (O) : 「민법」 제34조(법인의 권리능력)는 비법인사단에 유추적용된다(대판 2010.5.27. 2006다72109 ; 대판 1997.1.24. 96다39721).

② (O) : 구 「주택건설촉진법」 및 구 「공동주택관리령」의 규정에 의하여 구성된 공동주택의 입주자대표회의는 법인 아닌 사단으로 보아야 하므로 입주자대표회의가 사업주체에 대하여 갖는 하자보수청구권은 입주자대표회의의 구성원들의 준총유에 속하는 재산권이라고 할 것이다. 따라서 입주자대표회의가 사업주체에 대한 하자보수청구권을 관리·처분하려면 입주자대표회의의 정관 기타 규약에 따르거나 그러한 규약이 없는 경우에는 「민법」 제275조의 규정에 따라 입주자대표회의의 구성원 총회의 결의에 의하여야 한다(대판 2007.1.26. 2002다73333).

③ (O) : 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설명 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳐다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 전합 2005.9.15. 2004다44971 ; 대판 2007.7.26. 2006다64573).

④ (X) : 「민법」 제275조·제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무보증행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단의 대표자가 채무보증계약을 체결하면서 규약에서 정한 사원총회의 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다(대판 전합 2007.4.19. 2004다60072).

【문 10】 법률행위의 효력발생요건으로 볼 수 없는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 농지에 관한 매매계약에서 ‘농지취득자격증명’
- ② 유효한 정지조건부 법률행위에서 ‘조건이 성취’
- ③ 유효한 시기부 법률행위에서 ‘기한의 도래’
- ④ 토지거래허가구역 내의 일반적인 토지매매계약에 관한 ‘관할 관청의 허가’

□정답□ ① : 기본서 p214 관련판례, 기출집 760번 ①, 진도별320제 제3회 24번 ②

[해설] ① (X) : 「농지법」 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서, 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니다(대판 2006.1.27. 2005다59871 ; 대판 2008.2.1. 2006다27451).

②(O), ③(O): 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의(제5조), 대리행위에 있어서의 대리권의 존재(제114조~제136조), 조건부·기한부 법률행위에 있어서의 조건의 성취·기한의 도래(제147조~제154조), 유언에 있어서의 유언자의 사망(제1073조), 유증에 있어서의 유언자의 사망·수유자의 생존(제1089조) 등은 법률행위의 특별 효력요건이다.

④(O): 구 「국토이용관리법」(현 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」)상의 토지거래허가구역 안에 있는 토지에 관한 매매계약 등 거래계약은 관할 관청의 허가를 받아야만 효력이 발생한다(대판 1997.11.11. 97다8427).

**【문 11】 「민법」상 관습법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 「헌법」에 위반되는 관습법은 위헌법률심판의 대상이 된다.
- ② 성문민법과 다른 관습은 법령으로서의 효력을 가지지 못한다.
- ③ 미등기 무허가 건물의 양수인이 그 소유권이전등기를 경료받지 않은 경우, 그 양수인에게 소유권에 준하는 관습상의 물권이 인정되지 않는다.
- ④ 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 그 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정된다.

□정답□ ①: 기본서p15 관련판례①, 기출집 11번 ②

[해설] ①(△): 「헌법」 제111조 제1항 제1호 및 「헌법재판소법」 제41조 제1항에서 규정하는 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하고, 또한 민사에 관한 관습법은 법원에 의하여 발견되고 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원이 되는 것에 불과하여, 관습법이 「헌법」에 위반되는 경우 법원이 그 관습법의 효력을 부인할 수 있으므로, 결국 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니라 할 것이다(대결 2009.5.28. 2007카기134). ⇔ 「헌법」 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 「헌법재판소법」 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함되므로, 법률과 같은 효력을 가지는 관습법도 헌법소원심판의 대상이 되고, 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없다(헌재 2020.10.29. 2017헌바208).

②(O): 관습법은 바로 법원(法源)으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14. 80다3231).

③(O): 미등기 무허가 건물의 매수인(양수인)은 소유권이전등기를 마치지 않는 한 건물의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권에 준하는 관습상의 물권이 있다고도 할 수 없으며, 현행법상 사실상의 소유권이라고 하는 포괄적인 권리 또는 법률상의 지위를 인정하기도 어렵다(대판 2014.2.13. 2011다64782 ; 대판 2006.10.27. 2006다49000).

④(O): 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판 전합 2005.7.21. 2002다1178).

**【문 12】 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 토지에서 분리된 수목은 동산이다.
- ② 1필의 토지 일부는 분필을 하지 않는 한 그 일부의 토지 위에 지상권을 설정할 수 없다.
- ③ 다른 물건과 외부적·객관적으로 구별되고 특정되어 있는 집합동산은 양도담보의 대상이 될 수 있



다.

- ④ 경매의 대상이 된 토지 위에 생립하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 명인방법을 갖추는 등 특별한 사정이 없는 한 그 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가한 후 이를 최저경매가격으로 공고하여야 한다.

□정답□ ② : 기본서 p194 ⑥, 기출집 327번 ④, 진도별320제 제3회 7번 ㄹ

[해설] ① (O) : 토지 위에 식재된 입목은 토지의 구성부분으로 토지의 일부일 뿐 독립한 물건으로 볼 수 없다(대판 2021.8.19. 2020다266375). 그러나 토지로부터 분리된 수목은 동산으로 된다.

② (X) : 일물일권주의의 원칙상 물건의 일부는 원칙적으로 권리의 객체가 되지 못하나, 예외적으로 분할(분필)하지 않은 부동산의 일부라도 용의물권의 객체가 될 수 있다(부동산등기법 제69조 제6호, 제70조 제5호, 제72조 제6호). 따라서 1필지의 일부에 지상권·지역권·전세권을 설정할 수 있고, 한 동의 건물 중 일부에 전세권을 설정할 수 있다.

③ (O) : 일단의 증감변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼는 이른바 유동집합물에 대한 양도담보설계계약의 경우, 그 양도담보목적물은 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 소재하는 장소 또는 수량의 지정 등의 방법에 의하여 외부적·객관적으로 특정되어 있어야 한다(대판 2013.2.15. 2012다87089).

④ (O) : 경매의 대상이 된 토지 위에 생립(生立)하고 있는 채무자 소유의 미등기 수목은 토지의 구성부분으로서 토지의 일부로 간주되어 특별한 사정이 없는 한 토지와 함께 경매되는 것이므로 그 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고, 다만 「입목에 관한 법률」에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다(대결 1998.10.28. 98마1817).

【문 13】 주물과 종물에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 종물은 주물의 일부이거나 구성부분이어야 한다.
- ② 지당권의 효력은 원칙적으로 당해 지당부동산의 종물에 미치지 않는다.
- ③ 주물을 처분할 때에는 특약으로 종물을 제외할 수 있고, 종물만을 별도로 처분할 수도 있다.
- ④ 물건이 주물의 소유자의 상용에 이바지하고 있다면, 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없더라도 종물이 된다.

□정답□ ③ : 기본서 p202 2, 기출집 352번 ⑤, 진도별320제 제3회 15번 ㄹ

[해설] ① (X) : 종물은 주물의 처분에 따르므로(제100조 제2항), 종물은 주물과 법률적 운명을 같이 한다. 그러나 종물은 주물의 일부나 구성부분이 되는 것이 아니라 주물과는 독립한 물건이다.

② (X) : 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 없는 한, 지당권의 효력은 지당부동산의 종물에 미친다(제358조). 즉 주물 위에 지당권이 설정된 경우에 그 지당권의 효력은 지당권설정 당시의 종물은 물론 설정 후의 종물에 대해서도 미친다.

③ (O) : 종물은 주물의 처분에 수반된다는 「민법」 제100조 제2항은 입의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때 특약으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다(대판 2012.1.26. 2009다76546).

④ (X) : 어느 물건이 주된 물건의 종물이기 위하여는 주물의 상용에 이바지하는 관계에 있어야 하고, 주물의 ‘상용에 이바지한다’ 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것으로서, 주물의 소유자나 이용자의 사용에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과 직접 관계가 없는 물건은 종물이 아니다(대결 2000.11.2. 2000마3530 ; 대판 2007.12.13. 2007도7247).

【문 14】 다음 중 권리의 원시취득에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ㄱ. 매장물을 발견하여 적법하게 소유권을 취득한 경우  
 ㄴ. 상속인이 피상속인의 사망으로 상속재산을 취득한 경우  
 ㄷ. 돈을 빌려주면서 채무자 소유의 토지에 저당권을 설정받은 경우  
 ㄹ. 점유취득시효가 완성되어 그 점유자 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄹ      ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ      ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

□정답□ ②: 기본서 p208, 기출집 378번과 379번, 진도별320제 제3회 23번

[해설] ㄱ. (O): 권리의 발생 중 원시취득이란 어떤 권리가 타인의 권리에 기함이 없이 특정인에게 새로 발생하는 것을 말한다. 예컨대 건물의 신축에 의한 소유권 취득, 선의취득(제249조), 무주물선점(제252조), 유실물습득(제253조), 매장물발견(제254조) 등이 그것이다.

ㄴ. (X), ㄷ. (X): 권리의 발생 중 승계취득이란 어떤 권리가 타인의 권리에 기하여 특정인에게 승계적으로 발생하는 것을 말하는데, 여기에는 구권리자에 속하고 있었던 권리가 그 동일성을 유지하면서 그대로 신권리자에게 이전되는 '이전적 승계'와 구권리자의 권리는 그대로 존속하면서 신권리자가 그 권리의 내용의 일부에 어떤 권리를 취득하는 '설정적 승계'(예컨대 소유권자로부터 지상권·저당권 등의 제한물권이나 임차권을 설정받는 경우)가 있다. 그리고 이전적 승계에는 개개의 권리가 개개의 취득원인에 의해 취득되는 '특정승계'(예컨대 매매·교환 등)와 하나의 취득원인에 의해 다수의 권리가 일괄적으로 취득되는 '포괄승계'(예컨대 상속·포괄유증 등)가 있다. ⇨ 상속은 이전적 포괄승계취득이고, 소유자의 부동산에 저당권을 설정받은 경우는 설정적 승계취득이다.

ㄹ. (O): 부동산점유취득시효는 20년의 시효기간이 완성한 것만으로 점유자가 곧바로 소유권을 취득하는 것은 아니고 「민법」 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며, 이는 원시취득에 해당한다(대판 2004.9.24. 2004다31463; 대판 2015.2.26. 2014다21649).

【문 15】 甲은 그 소유의 X 토지를 乙에게 매도하고 중도금까지 수령한 후 이전등기를 마치기 전에 이러한 사실을 잘 알고 있는 丙으로부터 X 토지를 자신에게 매도하라는 적극적인 권유를 받았고, 甲은 이에 응하여 丙에게 X 토지를 매도한 후 丙 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 甲과 丙 사이의 매매계약은 무효이다.  
 ② 乙은 甲을 대위하여 丙에 대해 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다.  
 ③ 甲은 丙을 상대로 丙에게 이전된 소유권을 부당이득으로 반환청구할 수 있다.  
 ④ 乙은 X 토지에 대한 소유권이전등기청구권 보전을 위해 甲·丙 사이에 체결된 매매계약에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다.

□정답□ ③: 기본서 p242 2) i), 기출집 428번 ③, 진도별320제 제3회 39번

[해설] ① (O): 이중매매를 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위하여는, 제2매수인이 이중매매 사실을 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담하는 것이 필요하다(대판 2013.6.27. 2011다5813).

② (O): 매도인으로부터 제2매수인에게 소유권이전등기가 경료된 것이 제1매수인에 대한 배임행위로서 반사회적 법률행위에 의한 것이라면, 제1매수인은 매도인을 대위하여 위 등기의 말소를 청구할 수는 있으나 직접 청구할 수는 없다는 것은 형식주의 아래서의 등기청구권의 성질에 비추어 당연하다(대판 1983.4.26. 83다카57; 대판 1980.5.27. 80다565 등).

③ (X): 「민법」 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 「민법」 제103조와 함께 사범의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대

방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고, 따라서 그 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 된다(대판 전합 1979.11.13. 79다483).

④(O): 부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다. 또한 채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다(대판 1999.4.27. 98다56690).

【문 16】 사회질서에 반하는 법률행위에 해당하여 무효로 되는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ㄱ. 무허가 건물 소유자의 통상적인 임대행위
- ㄴ. 형사사건에서 변호사가 성공보수금을 약정하는 행위
- ㄷ. 성립 과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 것에 불과한 법률행위
- ㄹ. 변호사 아닌 자가 승소를 조건으로 소송의뢰인으로부터 소송물 일부를 양도받기로 약정하는 행위

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄴ, ㄷ      ③ ㄴ, ㄹ      ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ

□정답□ ③: 기본서 p230 관련판례⑥⑦, 기출집 493번 ①과 412번 ④, 진도별320제 제3회 31번 ③과 36번 ④

[해설] ㄱ. (무효 X): 미등기 건물 또는 무허가 건물에 대한 임대행위도 유효하다(대판 전합 2007.6.21. 2004다26133).

ㄴ. (무효 O): 형사사건에 관하여 종래 체결된 성공보수약정은 유효하였으나, 향후에 체결되는 성공보수약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되어 무효이다(대판 전합 2015.7.23. 2015다200111). <→> 변호사가 민사소송의 승소 대가로 성공보수를 받기로 한 약정은 유효하다. 다만 성공보수금이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 금액만을 청구할 수 있다(대판 2013.7.11. 2011다18864; 대판 2018.9.13. 2017다256224 등 참조).

ㄷ. (무효 X): 단지 법률행위의 성립 과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데에 불과한 때에는 강박에 의한 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 효력을 논의할 수는 있을지언정 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다(대판 2002.12.27. 2000다47361).

ㄹ. (무효 O): 변호사 아닌 甲과 소송당사자인 乙이 甲은 乙이 소송당사자로 된 민사소송사건에 관하여 乙을 승소시켜 주고 乙은 소송물의 일부인 임야지분을 그 대가로 甲에게 양도하기로 약정한 경우, 위 약정은 강행법규인 구 「변호사법」 제78조 제2호에 위반되는 반사회적 법률행위로서 무효이다(대판 1990.5.11. 89다카10514).

【문 17】 불공정한 법률행위(「민법」 제104조)에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 「민법」 제104조는 무상계약에도 적용될 수 있다.
- ② 「민법」 제104조는 경매에 의한 재산권 이전의 경우에도 적용될 수 있다.
- ③ 「민법」 제104조에 따라 무효인 법률행위는 원칙적으로 추인에 의하여 유효로 될 수 있다.
- ④ 단독행위의 경우에도 대가관계를 상정할 수 있는 한 「민법」 제104조가 적용될 수 있다.

□정답□ ④: 기본서 p246 (5) 2)

[해설] ①(X): 「민법」 제104조가 규정하는 현저히 공정을 잃은 법률행위라 함은 자기의 급부에 비하여 현저히

게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미하는 것이므로, 증여계약이나 기부행위와 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위(즉 무상행위)는 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다(대판 2000.2.11. 99다56833 ; 대판 1993.3.23. 92다52238).

② (X) : 적법한 절차에 의하여 이루어진 경매에 있어서 경락가격(매각대금)이 경매부동산의 시가에 비하여 저렴하다는 사유는 경락(매각)허가결정에 대한 적법한 불복이유가 되지 못하는 것이고, 경매에 있어서는 불공정한 법률행위로서 효력이 없다는 「민법」 제104조는 적용될 여지가 없다(대결 1980.3.21. 80마77).

③ (X) : 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인이나 법정추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994.6.24. 94다10900).

④ (O) : 판례는 단독행위인 채권포기행위가 거래관계에 있어서 현저하게 균형을 잃은 행위로서 사회적 정의에 반하는 경우에는 불공정한 법률행위로 본다(대판 1975.5.13. 75다92 ; 대판 1992.4.14. 91다23660).

**【문 18】 진의 아닌 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>**

- ① 진의 아닌 의사표시는 원칙적으로 표시된 대로 효력이 발생한다.
- ② 대출절차상의 편의를 위하여 명의를 빌려 준 사람이 채무부담의 의사를 가졌다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 의사표시는 진의 아닌 의사표시에 해당한다.
- ③ 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 한 경우에는 진의 아닌 의사표시에 관한 「민법」의 규정이 적용되지 않는다.
- ④ 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이고, 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다.

□정답□ ② : 기본서 p257 관련판례 ①, 기출집 479번 ②, 진도별320제 제4회 18번 ▽

[해설] ① (O) : 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(제107조 제1항). ⇨ 원칙적 유효, 예외적 무효

② (X) : 비진의의사표시에 해당하여 그 표시행위에 나타난 대로의 법률효과가 발생하지 않기 위하여는 적어도 그 표시행위에 대응하는 내심의 효과의사, 즉 주채무자로서 채무를 부담한다는 의사가 존재하지 않았어야만 할 것인데, 법률상 또는 사실상의 장애로 자기 명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자에게 그와 같은 채무부담의 의사가 없는 것이라고는 할 수 없으므로 그 의사표시를 비진의표시에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1996.9.10. 96다18182).

③ (O) : 공무원이 사직의 의사표시를 하여 의원면직처분을 하는 경우, 그 사직의 의사표시는 그 법률관계의 특수성에 비추어 외부적·객관적으로 표시된 바를 존중하여야 할 것이므로, 비록 사직원 제출자의 내심의 의사가 사직할 뜻이 아니었다고 하더라도(또 면직처분을 한 자가 이와 같은 의사를 알고 있었다 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 받는다(대판 1997.12.12. 97누13962 ; 대판 2001.8.24. 99두9971).

④ (O) : 진의 아닌 의사표시에 있어서의 ‘진의’란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대판 2015.8.27. 2015다211630).

**【문 19】 법률행위의 해석에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>**



- ① 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위 당사자의 의사를 보충하는 기능을 한다.
- ② 부동산매매계약에서 쌍방 당사자가 X 토지를 매매목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번에 착오를 일으켜 계약서상 그 목적물을 Y 토지로 표시하였다더라도 X 토지를 매매목적물로 한다는 당사자 쌍방의 의사합치가 있는 이상 그 매매계약은 X 토지에 관하여 성립한다.
- ③ 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오를 하고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 않았다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 주관적 의사를 보충하여 계약을 해석하여야 한다.
- ④ 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의해 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석해야 한다.

□정답□ ③ : 기본서 p253 관련판례 ①, 진도별320제 제4회 7번 ④

[해설] ① (O) : 관습법은 바로 법원(法源)으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14. 80다3231).

② (O) : 부동산의 매매계약에 있어 쌍방 당사자가 모두 특정의 X 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결함에 있어서는 계약서상 그 목적물을 X 토지와는 별개인 Y 토지로 표시하였다 하여도, X 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 이상, 그 매매계약은 X 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야 하고 Y 토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 될 것이며, 만일 Y 토지에 관하여 그 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기가 경료되었다면, 이는 원인 없이 경료된 것으로서 무효이다(대판 1996.8.20. 96다19581 ; 대판 2018.7.26. 2016다242334).

③ (X) : 계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오를 하고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수도 있으나, 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적·거래관행·적용법규·신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정의사를 말한다(대판 2014.4.24. 2013다218620 ; 대판 2006.11.23. 2005다13288).

④ (O) : 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 사용된 문언에만 구애받는 것은 아니지만, 어디까지나 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 한다(대판 2020.9.7. 2020다237100 ; 대판 2022.1.27. 2019다299058).

【문 20】 통정허위표시에 기초하여 새로운 법률상의 이해관계를 맺은 제3자에 해당하지 않은 자를 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ㄱ. 채권의 가장양수인으로부터 추심을 위하여 채권을 양수한 자
- ㄴ. 가장매매의 매수인으로부터 매매계약에 기하여 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기권을 취득한 자
- ㄷ. 자신의 채권을 보전하기 위하여 가장양도인의 가장양수인에 대한 권리를 대위 행사하는 채권자

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄷ      ③ ㄴ, ㄷ      ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

□정답□ ② : 기본서 p269 도표 오른쪽 ②와 ⑤, 기출집 493번 ⑤, 진도별320제 제4회 24번 ㄱ

[해설] ㄱ. (X) : 추심을 위한 채권양도는 채권양도의 형식을 취하나 실질은 채권이 양도되지 않고 양수인에게 추

심권만 부여된다. 따라서 채권의 가장양수인으로부터 추심을 위하여 채권을 양수한 자는 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺었다고 볼 수 없어 제3자에 해당하지 않는다. <→> 채권의 가장양수인으로부터 채권을 양수한 자는 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당한다(대판 2011.4.28. 2010다100315 참조).

ㄴ. (O) : 허위표시에 의하여 소유권을 취득한 매수인과의 매매계약에 기한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 취득한 자는 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당하므로, 그가 선의이면 허위표시의 무효로 대항할 수 없다(대판 1970.9.29. 70다466).

ㄷ. (X) : 자신의 채권을 보전하기 위하여 가장양도인의 가장양수인에 대한 권리를 대위 행사하는 채권자는 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자가 아니므로 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다.

【문 21】 甲은 강제집행을 면하기 위해 乙과 짜고 자신 소유의 X 토지를 허위의 매매계약에 따라 乙 명의로 소유권이전등기를 해 주었다. 그 후 乙은 위 토지에 관하여 丙과 매매계약을 체결하고 丙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (명의신탁은 고려하지 않고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 甲과 乙 사이의 매매계약은 원칙적으로 무효이다.
- ② 丙이 甲·乙 간의 가장매매에 대하여 악의인 경우, 甲은 丙에게 X 토지의 소유권이전등기말소를 청구할 수 있다.
- ③ 丙이 甲·乙 간의 가장매매에 대하여 선의이더라도 그에게 과실이 있으면 X 토지의 소유권을 취득하지 못한다.
- ④ 丙이 甲·乙 간의 가장매매에 대하여 악의이더라도 丙으로부터 X 토지를 매수하여 그 소유권을 이 전받은 자가 선의라면 甲은 그 자에 대하여 허위표시의 무효를 주장할 수 없다.

□정답□ ③ : 기본서 p273 3) ②, 기출집 489번 ②, 진도별320제 제4회 20번 ④

[해설] ① (O) : 허위표시는 당사자 사이에서는 언제나 무효이다(제108조 제1항). 따라서 이행을 하고 있지 않으면 이행할 필요가 없고, 이미 이행한 후이면 허위표시 그 자체는 「민법」 제746조 소정의 ‘불법의 원인’에 해당하지 아니하므로 그 부당이득반환(소유권이전등기의 말소청구 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구)을 청구할 수 있다.

② (O) : 가장매매의 매수인으로부터 전득한 자는 가장매매계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 되었으므로 「민법」 제108조 제2항에서 말하는 제3자에 해당하고, 따라서 그가 악의인 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다(대판 1960.2.4. 58다636).

③ (X) : “통정허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”고 규정하고 있는 「민법」 제108조 제2항에 있어서의 제3자는 그 선의 여부가 문제이지 이에 관한 과실 유무를 따질 것이 아니다(대판 2006.3.10. 2002다1321). 즉 「민법」 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28. 2003다70041).

④ (O) : 허위표시에 있어서 제3자가 악의이더라도 전득자가 선의이면 역시 허위표시의 무효를 이유로 전득자에게 대항하지 못한다(대판 2013.2.15. 2012다49292). <→> 선의의 제3자로부터 다시 전득한 자가 전득할 때에 악의이더라도 선의의 제3자의 권리를 승계하고 있으므로 허위표시의 무효를 이유로 대항할 수 없다(차단효의 법리).

【문 22】 착오에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 착오로 인하여 표의자가 경제적 불이익을 입은 것이 아니라면 이를 법률행위 내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없다.
- ② 상대방이 표의자의 착오를 알면서 이를 이용한 경우라도, 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한

것이려면 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 없다.

- ③ 매수인의 중도금 미지급을 이유로 매도인이 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인은 착오를 이유로 그 계약을 취소할 수 있다.
- ④ 표의자에게 중대한 과실이 있는지 여부는 착오에 의한 의사표시의 효력을 부인하는 착오자의 상대방이 증명하여야 한다.

□정답□ ②: 기본서 p284 (3) ②, 기출집 514번 ⑤, 진도별320제 제4회 33번 ③

[해설] ① (O): 착오가 법률행위 내용의 중요부분에 있다고 하기 위하여는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표시와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하고, 만일 그 착오로 인하여 표의자가 무슨 경제적인 불이익을 입은 것이 아니라면 이를 법률행위 내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없다(대판 2006.12.7. 2006다41457; 대판 2009.4.23. 2008다96291).

② (X): 「민법」 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있는데, 위 단서 규정은 표의자의 상대방의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2014.11.27. 2013다49794).

③ (O): 매도인이 매수인의 중도금지급채무 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인 으로서는 상대방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다(대판 1996.12.6. 95다24982).

④ (O): 착오에 표의자에게 중대한 과실이 있는지 여부에 대한 증명책임은 표의자로 하여금 그 의사표시의 취소를 하지 못하게 하여 그 법률행위의 효력을 인정하려는 상대방이 부담한다. ⇨ 착오의 존재와 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오라는 점은 착오를 이유로 의사표시를 취소하여 그 효력을 부인하려는 표의자가 증명하여야 한다(대판 2018.10.25. 2016다239345).

【문 23】 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 사기나 강박에 의한 소송행위는 원칙적으로 취소할 수 없다.
- ② 상대방의 단순한 피용자는 제3자의 사기에 관해 규정한 「민법」 제110조 제2항의 제3자에 해당한다.
- ③ 매매계약의 당사자 일방이 목적물의 시가를 묵비하여 상대방에게 고지하지 않은 것은 특별한 사정이 없는 한 기망행위에 해당하지 않는다.
- ④ 강박에 의한 의사표시가 취소됨과 동시에 불법행위를 구성하는 경우, 채권자는 그 취소로 인한 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권을 중첩적으로 행사할 수 있다.

□정답□ ④: 기본서 p297 5 (1) ①, 기출집 562번 ④, 진도별320제 제4회 38번 ②

[해설] ① (O): 「민사소송법」상의 소송행위에는 특별한 규정이나 특별한 사정이 없는 한 「민법」상의 법률행위에 관한 규정이 적용될 수 없는 것이므로, 사기·강박 또는 착오 등 의사표시의 하자를 이유로 그 무효나 취소를 주장할 수 없다(대판 1980.8.26. 80다76).

② (O): 의사표시의 상대방이 아닌 자로서 기망행위를 하였으나 「민법」 제110조 제2항에서 정한 제3자에 해당되지 아니한다고 볼 수 있는 자란 그 의사표시에 관한 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자만을 의미하고, 단순히 상대방의 피용자이거나 상대방이 사용자책임을 지야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다(대판 1998.1.23. 96다41496).

③ (O): 일반적으로 매매거래에서 매수인은 목적물을 염가로 구입할 것을 희망하고 매도인은 목적물을 고가로 처분하기를 희망하는 이해상반의 지위에 있으며, 각자가 자신의 지식과 경험을 이용하여 최대한으로 자신의 이익을 도모할 것으로 예상되기 때문에, 당사자 일방이 알고 있는 정보를 상대방에게 사실대로 고지하여야 할 신의칙상 의무가 인정된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 목적물의 시가를 묵비하여 매도인에게

고지하지 아니하거나 혹은 시가보다 낮은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도, 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 하였다고 볼 수 없으므로(⇒ 기망행위 ×) 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다(대판 2014.4.10. 2012다54997).

④ (X): 법률행위가 사기에 의한 것으로서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하는 것이므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로 행사할 수는 없다(대판 1993.4.27. 92다56087).

**【문 24】** 매도인 甲은 매수인 乙의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하면서 그 의사표시를 내용증명우편을 통해 乙에게 발송하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 甲이 내용증명우편 발송 후에 사망하더라도 해제의 의사표시의 효력에 영향을 미치지 않는다.
- ② 내용증명우편이 乙에게 도달한 후에는 乙이 이를 알기 전이라도 특별한 사정이 없는 한 甲은 해제의 의사표시를 철회할 수 없다.
- ③ 내용증명우편이 발송되고 달리 반송되지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 무렵에 乙에게 송달되었다고 보는 것이 상당하다.
- ④ 내용증명우편이 행위능력자인 乙에게 도달한 후에 乙이 성년후견개시의 심판을 받았다면 해제의 의사표시는 그 효력을 잃게 된다.

□정답□ ④: 기본서 p298 제111조 제2항, 기출집 578면 ②, 진도별320제 제4회 39번 ㄱ

[해설] ① (O), ④ (X): 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력이 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제111조 제2항).

② (O): 표의자는 의사표시의 발신 후 도달 전에만 철회할 수 있다(제527조 참조). 따라서 의사표시가 상대방에게 도달한 후에는 철회할 수 없다.

③ (O): 의사표시가 기재된 내용증명우편물이 발송되고 달리 반송되지 아니하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 그 무렵에 송달되었다고 봄이 상당하다(대판 2000.10.27. 2000다20052).

**【문 25】** 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 매매매계약은 의무부담행위로서 단독행위이다.
- ② 「민법」상 채무면제는 단독행위이다.
- ③ 부동산매매계약은 유상행위이다.
- ④ 재단법인 설립행위는 요식행위이다.

□정답□ ①: 기본서 p216 4 (1), 기출집 384면 ②와 386면 ①②④

[해설] ① (X): 법률행위 중 의무부담행위란 매매·증여·임대차 등과 같이 계약당사자 사이에 채권과 채무를 발생시키는 채권행위를 말한다. 그런데 매매매계약은 장래 매매매계약(본계약)을 체결할 것을 미리 약정하는 ‘계약’이므로 채권행위로서 ‘의무부담행위’이다. ⇔ 처분행위란 권리를 처분하는 법률행위로서 이행의 문제를 남기지 않는다. 이에 는 소유권이전·소유권포기·제한물권설정 등과 같은 물권행위와 채권양도·무체재산권의 양도·채무면제와 같은 준물권행위와 있다.

② (O): 채무면제는 채권(채무)을 무상으로 소멸시키는 채권자의 채무자에 대한 일방적 의사표시를 말하므로, 상대방 있는 단독행위이다.

③ (O): 재산행위에는 자기의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가케 하는 효과를 발생시키는 출연행위와 타인의 재산을 증가케 함이 없이 행위자만의 재산이 감소하거나 또는 직접 재산의 증감을 일어나게 하지 않는 비출연행위가 있다. 그 중 출연행위에는 매매·교환·임대차 등과 같이 자기의 출연에 대하여 상대방으로부터



도 그것에 대응하는 출연을 받는 것을 목적으로 하는 '유상행위'와 증여·사용대차 등과 같이 상대방으로부터는 출연을 받지 않는 '무상행위'가 있다.

④ (O) : 재단법인의 설립행위는 재산을 출연하고 서면으로 정관을 작성하여야 하는 요식행위이고(제43조), 상대방 없는 단독행위이다(대판 1999.7.9. 98다9045 참조).

**【문 26】 법인 아닌 사단인 종중에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 종중은 특별한 조직행위를 필요로 하지 않지만, 성문규약은 반드시 있어야 한다.
- ② 고유한 의미의 종중의 경우에도 공동선조의 후손들은 종중을 양분하는 것과 같은 종중분열을 할 수 있다.
- ③ 자녀의 성(姓)과 본(本)이 모(母)의 성과 본으로 변경되었을 경우, 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다.
- ④ 종중의 대표 자격이 있는 연고향존자(年高行尊者)가 직접 종중총회를 소집하지 않고 다른 종중원의 종중총회 소집에 동의하여 그 종중원으로 하여금 소집하게 한 경우, 그와 같은 종중총회 소집은 권한 없는 자의 소집이라고 보아야 한다.

□정답□ ③ : 기본서 p175 ③, 진도별300제(시즌2) 제5회 1번 ⑤

[해설] ① (X) : 종중은 공동선조의 분묘 수호와 제사 그리고 종중원 상호 간의 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상의 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하거나 성문의 규약을 필요로 하는 것이 아니다(대판 1991.8.27. 91다16525 ; 대판 1998.7.10. 96다488). <=> 종중 또는 문중과 같이 특별한 조직행위 없이도 자연적으로 성립하는 예외적인 사단이 아닌 한, 법인 아닌 사단이 성립하려면 사단으로서의 실체를 갖추는 조직행위가 있어야 한다(대판 1997.9.12. 97다20908).

② (X) : 고유의 의미의 종중의 경우에는 종중이 종중원의 자격을 박탈한다든지 종중원이 종중을 탈퇴할 수 없는 것이어서 공동선조의 후손들은 종중을 양분하는 것과 같은 종중분열을 할 수 없는 것이고, 따라서 한 개의 종중이 내분으로 인하여 사실상 2개로 분파된 상태에서 별도의 종중총회가 개최되어 종중대표자로 선임된 자는 그 분파의 대표자일 뿐 종중의 대표자로 볼 수는 없다(대판 1998.2.27. 97도1993).

③ (O) : 종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호 간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다. 「민법」 제781조 제6항에 따라 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본을 변경할 필요가 있어 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다(대판 2022.5.26. 2017다260940).

④ (X) : 종중의 대표 자격이 있는 연고향존자가 직접 총회를 소집하지 아니하였다 하더라도 그가 다른 종중원의 총회 소집에 동의하여 그 종중원으로 하여금 소집하게 하였다면, 그와 같은 총회 소집을 권한 없는 자의 소집이라고 할 수 없다(대판 2018.12.28. 2016다260400).

**【문 27】 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 대리권한의 범위를 정하지 않은 대리인은 대리의 목적인 물건의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용뿐만 아니라 개량행위도 할 수 있다.
- ② 의사표시의 효력이 상대방의 강박으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 특별한 사정이 없는 한 대리인을 표준하여 결정한다.
- ③ 매매계약에 관한 대리권을 수여받은 자가 매매계약을 체결할 당시에 매매위임장을 제시하였지만 매매계약서에 대리관계의 표시 없이 대리인 자신의 이름을 매도인으로 기재한 경우, 특별한 사정

이 없는 한 대리인이 매도인으로서 타인의 물건을 매매한 것으로 볼 수 없다.  
 ④ 특정한 법률행위를 위임받은 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에도 본인은 자기가 과실로 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장할 수 있다.

□정답□ ④: 기본서 p321 제116조 제2항, 기출집 620번 ③, 진도별320제 제5회 20번 ②

[해설] ①(O): 권한을 정하지 아니한 대리인은 보존행위는 무제한으로, 이용행위 또는 개량행위는 대리의 목적적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서만 할 수 있다(제118조).

②(O): 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다(제116조 제1항).

③(O): 일반적으로 매매계약에서 매도인으로 나온 사람이 소유권자로부터 매매에 관한 권한을 위임받은 내용의 위임장을 제시하고 매매계약을 체결하였다면 특단의 사정이 없는 한 그는 소유권자를 대리하여 매매행위를 한 것으로 보아야 할 것이고, 매매계약서의 매도인란에 대리관계의 표시가 없이 그 자신의 이름을 기재하였다고 하여도 이것만으로 그 자신이 매도인으로서 타인물의 매매를 한 것이라고 볼 수는 없는 것이다(대판 1982.5.25. 81다1349).

④(X): 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 못한다(제116조 제2항).

【문 28】 甲은 X 토지의 소유자 乙로부터 X 토지의 매도에 관한 대리권을 수여받은 후에 丙과 이에 관한 매매계약을 체결하였다. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 甲은 매매계약의 체결에 관한 대리권을 수여받았으므로 특별한 사정이 없는 한 체결된 계약을 해제할 권한까지 가지고 있다.
- ② 甲이 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 경우, 특별한 사정이 없는 한 丙에 대하여 약정된 매매대금 지급기일을 연기해 줄 권한은 갖지 않는다.
- ③ 甲이 丙을 기망한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 乙이 그 사실을 알았거나 알 수 있었는지 여부에 관계없이 丙은 기망을 이유로 자신의 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 甲이 丙으로부터 매매계약에서 약정한 바에 따라 잔금을 수령하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 甲이 잔금을 乙에게 전달하지 않았다면 丙의 잔금지급채무는 소멸하지 않는다.

□정답□ ③: 기본서 p294 2) ii) ②, 기출집 심화문제 65번 ④, 진도별320제 제5회 23번 ③

[해설] ①(X): 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로, 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 2015.12.23. 2013다81019).

②(X): 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 다른 사정이 없는 한 상대방에 대하여 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 할 것이다(대판 1992.4.14. 91다43107).

③(O): 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나, 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다(대판 1999.2.23. 98다60828). 따라서 본인(乙)이 대리인(甲)의 사기나 강박의 사실을 알았거나(악의) 알 수 있었는지(선의·유과실) 여부를 묻지 않고, 상대방(丙)은 「민법」 제110조 제1항에 따라 언제나 대리인에 의한 의사표시를 취소할 수 있다.

④(X): 계약이 적법한 대리인에 의하여 체결된 경우에 대리인은 다른 특별한 사정이 없는 한 본인을 위하여 계약상 급부를 변제로서 수령할 권한도 가진다. 그리고 대리인이 그 권한에 기하여 계약상 급부를 수령한 경우

에는, 그 수령한 급부를 본인에게 현실적으로 인도하였는지 여부와 관계없이 그 법률효과는 계약 자체에서와 마찬가지로 직접 본인에게 귀속되고 대리인에게 돌아가지 아니한다(대판 2011.8.18. 2011다30871).

【문 29】 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 법정대리권은 권한을 넘은 표현대리의 기본대리권이 될 수 있다.
- ② 표현대리행위가 성립하는 경우에 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.
- ③ 아파트 분양업무는 그 성질상 분양위임을 받은 수임인의 능력에 따라 그 분양사업의 성공 여부가 결정되는 사무이므로 특별한 사정이 없는 한 본인의 명시적인 승낙 없이는 복대리인의 선임이 허용되지 않는다.
- ④ 무권대리행위가 제3자의 위법한 기망행위로 야기된 경우라면 상대방에 대한 무권대리인의 책임은 부정된다.

□정답□ ④ : 기본서 p352 관련판례, 기출집 701번 ③, 진도별320제 제5회 39번 ①

[해설] ① (O) : 「민법」 제126조 소정의 권한을 넘은 표현대리규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 그 취지가 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없다(대판 1997.6.27. 97다3828).

② (O) : 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다(대판 1996.7.12. 95다49554).

③ (O) : 임의대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있지 아니하면 복대리인을 선임할 수 없는 것인바, 아파트 분양업무는 그 성질상 분양위임을 받은 수임인의 능력에 따라 그 분양사업의 성공 여부가 결정되는 사무로서 본인의 명시적인 승낙 없이는 복대리인의 선임이 허용되지 아니하는 경우로 보아야 할 것이다(대판 1999.9.3. 97다56099).

④ (X) : 「민법」 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 책임은 부정되지 아니한다(대판 2014.2.27. 2013다213038).

【문 30】 표현대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 대리권 소멸 후의 표현대리가 인정되는 경우에는 이를 기본대리권으로 하는 권한을 넘은 표현대리가 성립할 여지가 없다.
- ② 비법인사단인 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회재산의 처분행위에 대하여는 권한을 넘은 표현대리에 관한 규정이 준용되지 않는다.
- ③ 대리인이 사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 권한을 넘은 표현대리가 성립할 수 있다.
- ④ 사실혼관계에 있는 부부 간에는 일상가사대리권을 기본대리권으로 하는 권한을 넘은 표현대리가 성립할 여지가 없다.

□정답□ ② : 기본서 p338 관련판례 ⑤, 기출집 695번 ④, 진도별320제 제2회 39번 ②

[해설] ① (X) : 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 「민법」 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘은 대리행위가 있을 때에는 「민법」 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(대판

2008.1.31. 2007다74713).

② (O) : 비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회재산의 처분행위에 대하여는 「민법」 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다(대판 2009.2.12. 2006다23312).

③ (X) : 「민법」 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립될 수 없다(대판 2002.6.28. 2001다49814).

④ (X) : 사실상의 부부관계에서도 일상가사에 관한 사항에 관하여 상호대리권이 있다고 볼 것이고, 따라서 권한유월의 표현대리의 법리가 적용된다(대판 1980.12.23. 80다2077).

【문 31】 무효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 법률행위의 일부무효에 관한 「민법」의 규정은 복수의 당사자 사이에 합의가 이루어진 경우에도 적용될 수 있다.
- ② 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위가 있더라도 그에 따른 손해배상을 청구할 수는 없다.
- ③ 당사자가 과실 없이 이전의 법률행위가 무효임을 모르고 후속행위를 하였더라도, 특별한 사정이 없는 한 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없다.
- ④ 타인의 권리를 권원 없이 자기의 이름으로 처분한 후에 본인이 그 처분을 인정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 처분이 인정된 때부터 본인에 대하여 그 처분의 효력이 발생한다.

□정답□ ④ : 기본서 p373 관련판례, 기출집 752번 □, 진도별320제 제6회 15번 □

[해설] ① (O) : 복수의 당사자 사이에 어떠한 합의를 한 경우 그 합의는 전체로서 일체성을 가진다. 따라서 그 중 한 당사자의 의사표시가 무효인 것으로 판명된 경우 나머지 당사자 사이의 합의가 유효한지의 여부는 「민법」 제137조에 정한 바에 따라 당사자가 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는지의 여부에 의하여 판정하여야 한다(대판 2017.11.9. 2015다44274).

② (O) : 무효인 법률행위는 그 법률행위가 성립한 당초부터 당연히 효력이 발생하지 않는 것이므로, 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있다고 하여도 법률효과를 침해에 따른 손해는 없는 것이므로 그 손해배상을 청구할 수는 없다(대판 2003.3.28. 2002다72125).

③ (O) : 무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여서는 당사자가 이전의 법률행위가 ‘무효임을 알고’ 그 행위에 대하여 추인하여야 한다. 따라서 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 ‘유효함을 전제’로 하여 이에 더 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없고, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 이전의 법률행위가 무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심하면서도 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로 후속행위를 하였음이 인정되어야 할 것이다(대판 2014.3.27. 2012다106607).

④ (X) : 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 「민법」 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다(대판 2017.6.8. 2017다3499).

【문 32】 甲은 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 토지거래허가구역 내에 있는 자신 소유의 토지를 乙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>



ㄱ. 매매계약이 乙의 사기에 의해 체결된 경우, 甲은 토지거래허가를 신청하기 전 단계에서는 乙의 사기를 주장하여 거래허가신청협력에 거절의사를 일방적으로 명백히 함으로써 계약을 확정적으로 무효화시킬 수 있다.

ㄴ. 乙에게 토지거래불허가처분을 받은 데 일부 귀책사유가 있더라도 乙은 매매계약의 무효를 주장할 수 있다.

ㄷ. 乙은 토지거래허가를 받기 전의 상태에서는 그 허가를 받을 것을 조건으로 소유권이전등기청구권 보전을 위한 처분금지가처분 신청을 할 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ      ② ㄱ, ㄷ      ③ ㄴ, ㄷ      ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ

[정답] ① : 기본서 p361 ㉔와 p365 ㉔, ④, 기출집 755번 ②와 757번 ④와 심화문제 92번 ①, 진도별320제 제6회 19번 ③과 20번 ②와 21번 ㄷ

[해설] ㄱ. (O) : 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」(구 「국토이용관리법」)상 규제구역 내에 속하는 토지거래에 관하여 관할 도지사로부터 거래허가를 받지 아니한 거래계약은 처음부터 위 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 한 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있고 거래당사자는 거래허가를 받기 위하여 서로 협력할 의무가 있으나, 그 토지거래가 계약당사자의 표시와 불일치한 의사(비진의표시·허위표시 또는 착오) 또는 사기·강박과 같은 하자 있는 의사에 의하여 이루어진 경우에는, 이들 사유에 의하여 그 거래의 무효 또는 취소를 주장할 수 있는 당사자는 그러한 거래허가를 신청하기 전(前) 단계에서 이러한 사유를 주장하여 거래허가신청협력에 대한 거절의사를 일방적으로 명백히 함으로써 그 계약을 확정적으로 무효화시키고 자신의 거래허가절차에 협력할 의무를 면할 수 있다(대판 1997.11.14. 97다36118).

ㄴ. (O) : 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(현 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」)상의 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효의 상태에 있던 거래계약이 확정적으로 무효가 된 경우에는 그 거래계약이 확정적으로 무효로 됨에 있어서 귀책사유가 있는 자라고 하더라도 그 계약의 무효를 주장할 수 있다(대판 1997.7.25. 97다4357).  
 ⇨ 이 경우 상대방은 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수는 있다(대판 1995.2.28. 94다51789).

ㄷ. (X) : 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」(구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」)상의 토지거래계약 허가구역 내의 토지에 관하여 관할 관청의 허가를 받을 것을 전제로 한 매매계약은 법률상 미완성의 법률행위로서 허가 받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어, 그 매수인이 매도인을 상대로 하여 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없고, 이행청구를 허용하지 않는 취지에 비추어 볼 때 그 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권 또는 토지거래계약에 관한 허가를 받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 부동산처분금지가처분신청 또한 허용되지 않는다(대결 2010.8.26. 2010마818).

**【문 33】 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)**  
 <2023년 경찰간부>

- ① 취소할 수 있는 법률행위는 그 취소권자가 추인한 후에는 그 법률행위를 다시 취소할 수 없다.
- ② 「민법」 제146조의 취소권이 적법한 기간 내에 행사되었는지의 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다.
- ③ 매매계약 체결 시 토지의 일정 부분을 매매 대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로서 취소할 수 있다.
- ④ 착오에 의한 의사표시를 한 자가 사망한 경우에는 그 상속인이 피상속인의 착오를 이유로 그 의사표시를 취소할 수 있다.

[정답] ③ : 기본서 p380 관련판례 ③, 기출집 800번 ③, 진도별320제 제6회 25번 ①

[해설] ① (O) : 취소할 수 있는 법률행위는 취소권자가 추인할 수 있고 추인 후에는 취소하지 못한다(제143조 제1항).

② (O) : 「민법」 제146조는 “취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 행사하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 이때의 3년이라는 기간은 일반 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서, 제척기간이 도과하였는지 여부는 달

사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대판 1996.9.20. 96다25371).

- ③ (X): 매매계약 체결 시 토지의 일정 부분을 매매 대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 이는 매매계약의 대상 토지를 특정하여 그 일정 부분에 대하여는 매매계약이 체결되지 않았음을 분명히 한 것으로서 그 부분에 대한 어떠한 법률행위가 이루어진 것으로는 볼 수 없으므로, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로서 취소할 수는 없다(대판 1999.3.26. 98다56607).
- ④ (O): 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 여기서 말하는 ‘승계인’에는 특정승계인뿐만 아니라 상속인·포괄적 유증을 받은 자와 같은 포괄승계인도 포함된다.

**【문 34】 조건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>**

- ① “소정의 기간 내에 이행을 하지 아니하면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다.”는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 해제조건으로 하여 미리 해제의 의사표시를 한 것으로 보아야 한다.
- ② 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다.
- ③ 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실에 대한 증명책임은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 있다.
- ④ 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다.

□정답□ ①: 기본서 p395 관련판례, 기출집 813번 ③, 진도별320제 제6회 33번 □

[해설] ①(X): 소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 ‘정지조건’으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다(대판 1992.12.22. 92다28549; 대판 1970.9.29. 70다1508 등). ⇨ 정지조건부 해제

- ②(O): 당사자가 불확정한 사실이 발생한 때를 이행기한으로 정한 경우, 그 사실이 발생한 때는 물론 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 그 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다(대판 2007.5.10. 2005다67353).
- ③(O): 정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에서 그 입증책임이 있다 할 것이므로, 정지조건부 채권양도에 있어서 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다(대판 1983.4.12. 81다카692).
- ④(O): 조건은 당해 법률행위를 구성하는 의사표시의 일체적인 내용을 이루는 것이므로, 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사, 즉 조건의사와 그 표시가 필요하며, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(대판 2015.10.29. 2015다219504).

**【문 35】 조건과 기한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>**

- ① 기한이익상실의 특약은 특별한 사정이 없는 한 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정한다.
- ② 신축 중인 건물의 분양계약에 따른 중도금지급기일을 ‘1층 골조공사 완료 시’로 정한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 불확정기한으로 이행기를 정한 것으로 보아야 한다.
- ③ 주택건설을 위한 토지매매에서 건축허가신청이 불허되면 매매계약을 무효로 하는 조건이 있었다면 그 계약은 정지조건부 계약이다.
- ④ 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 경우, 조건이 성취된 것으로 의제되는 시점은 이러한 신의성실에 반하는 행위가 없었더라면 조건이 성취되었

으리라고 추산되는 시점이다.

□정답□ ③ : 기본서 p389 2) 관련판례 ①, 기출집 823번 ⑤, 진도별320제 제6회 31번 ㄱ

[해설] ① (O) : 기한이익상실의 특약이 정지조건부 기한이익상실의 특약과 형성권적 기한이익상실의 특약 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만, 일반적으로 기한이익상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대판 2010.8.26. 2008다42416).

② (O) : 신축 중인 건물의 분양계약에 따른 중도금지급기일을 '1층 골조공사 완료 시'로 정한 것은 중도금지급 의무의 이행을 장애 도래할 시기가 확정되지 아니한 때, 즉 불확정기한으로 이행을 정한 경우에 해당한다(대판 2005.10.7. 2005다38546).

③ (X) : 주택건설을 위한 원·피고 간의 토지매매계약에 앞서 양자 간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 본건 계약은 '해제조건부' 계약이다(대판 1983.8.23. 83다카552).

④ (O) : 대판 1998.12.22. 98다42356.

【문 36】 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상의 청구를 한 경우, 그 채권의 소멸시효는 중단되지 않는다.
- ② 당사자가 「민법」에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 「상법」에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다.
- ③ 시효 중단의 효력이 미치는 「민법」 제169조의 승계인에는 특별한 사정이 없는 한 포괄승계인은 물론 특정승계인도 포함된다.
- ④ 금전채무에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 금전채무의 이행을 지체함으로 인한 손해의 배상으로 지급되는 것이므로, 그 소멸시효기간은 특별한 사정이 없는 한 원본채권의 그것과 같다.

□정답□ ① : 기본서 p440 관련판례 ⑤, 기출집 937번 ①, 진도별320제 제7회 31번 ①

[해설] ① (X) : 비록 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.6.15. 2018다10920).

② (O) : 당사자가 「민법」(혹은 「상법」)에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 「상법」(혹은 「민법」)에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다(대판 2017.3.22. 2016다258124 ; 대판 2013.2.15. 2012다68217).

③ (O) : 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다(제169조). 여기서 '당사자'란 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며, '승계인'이란 시효 중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리를 그 중단 효과 발생 이후에 승계한 자를 뜻하고, 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대판 1997.4.25. 96다46484).

④ (O) : 금전채무에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 금전채무의 이행을 지체함으로 인한 손해의 배상으로 지급되는 것이므로, 그 소멸시효기간은 원본채권의 그것과 같다고 보아야 한다(대판 2010.9.9. 2010다28031).

【문 37】 소멸시효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 보증인이 단순히 주채무의 시효 소멸에 원인만을 제공한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 보증채무의 부종성은 부정된다.
- ② 사망한 사람을 피신청인으로 한 가압류신청에 의해 가압류결정이 내려지더라도 특별한 사정이 없

- 는 한 소멸시효는 중단되지 않는다.
- ③ 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 채권자가 어음채권에 기하여 청구를 하더라도 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 없다.
  - ④ 확정판결로 단기소멸시효의 대상인 주채무의 소멸시효기간이 10년으로 연장된 경우, 당연히 보증채무의 소멸시효기간도 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년으로 연장된다.

□정답□ ② : 기본서 p445 관련판례 ⑥, 기출집 937번 ①, 진도별320제 제7회 37번 ☞

[해설] ① (X) : 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되는 등의 사유로 완성되지 아니하였다고 하더라도 주채무에 대한 소멸시효가 완성된 경우에는 시효 완성의 사실로 주채무가 소멸되므로 보증채무의 부종성에 따라 보증채무 역시 당연히 소멸되는 것이 원칙이다. 다만 보증채무의 부종성을 부정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 보증인은 주채무의 시효 소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 없으나, 특별한 사정을 인정하여 보증채무의 본질적인 속성에 해당하는 부종성을 부정하려면 보증인이 주채무의 시효 소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시하거나 채권자와 그러한 내용의 약정을 하였어야 하고, 단기 보증인이 주채무의 시효 소멸에 원인을 제공하였다는 것만으로는 보증채무의 부종성을 부정할 수 없다(대판 2018.5.15. 2016다211620).

② (O) : 사망한 사람을 피신청인(채무자)으로 한 가압류(처분금지가처분)신청은 부적법하고 그 신청에 따른 가압류(처분금지가처분)결정이 내려졌다고 하여도 그 결정은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않으며, 이러한 당연무효의 가압류(가처분)는 「민법」 제168조 제1호에 정한 소멸시효의 중단사유에 해당하지 않는다(대판 2006.8.24. 2004다26287 ; 대판 2002.4.26. 2000다30578).

③ (X) : 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다. 그러나 채권자가 원인채권에 기하여 청구를 한 것이 아니라 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하다(대판 1999.6.11. 99다16378).

④ (X) : 채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다(대판 2006.8.24. 2004다26287).

【문 38】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)  
<2023년 경찰간부>

- ① 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인이 소유하고 있는 부동산이 압류된 경우, 이로써 위 채무자 및 다른 연대채무자에 대한 채권의 소멸시효는 중단된다.
- ② 이행인수인이 채권자에 대하여 채무자의 채무를 승인하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 시효중단 사유가 되는 채무 승인의 효력은 발생하지 않는다.
- ③ 어느 연대채무자가 채무를 승인함으로써 그에 대한 시효가 중단되었더라도 그로 인하여 다른 연대채무자에게도 시효중단의 효력이 발생하는 것은 아니다.
- ④ 물상보증인이 그 피담보채무의 소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 저당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없다.

□정답□ ① : 기본서 p451 관련판례 ②, 기출집 937번 ①, 진도별320제 제7회 37번 ☞

[해설] ① (X) : 채권자의 신청에 의한 경매개시결정에 따라 연대채무자 1인의 소유 부동산이 압류된 경우, 이로써 위 채무자에 대한 채권의 소멸시효는 중단되지만, 압류에 의한 시효중단의 효력은 다른 연대채무자에 대해 미치지 아니하므로, 경매개시결정에 의한 시효중단의 효력을 다른 연대채무자에 대하여 주장할 수 없다(대판 2001.8.21. 2001다22840).

② (O) : 소멸시효 중단사유인 채무의 승인은 시효 이익을 받을 당사자나 대리인만 할 수 있으므로 이행인수인이 채권자에 대하여 채무자의 채무를 승인하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 시효 중단사유가 되는 채무승인의 효력은 발생하지 않는다(대판 2016.10.27. 2015다239744).

③ (O) : 「민법」 제416조는 “어느 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다.”고 규정하고 있을 뿐이고 채무승인은 이행청구에는 해당하지 않기 때문에, 어느 연대채무자가 채무를 승인함으로써 그에 대한 시효가 중단되었더라도 그로 인하여 다른 연대채무자에게도 시효 중단의 효력이 발생하는 것은 아니다(대판 2018.10.25. 2018다234177).

④ (O) : 타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있는 것이지만, 채권자에 대하여는 아무런 채무도 부담하고 있지 아니하므로, ‘물상보증인’이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한 지당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 지당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 「민법」 제168조 제1호 소정의 ‘청구’에 해당하지 아니한다(대판 2004.1.16. 2003다30890).

【문 39】 다음 중 원칙적으로 3년의 소멸시효에 걸리지 않는 채권은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 약사의 조제에 관한 채권
- ② 세무사의 직무에 관한 채권
- ③ 조산사의 근로에 관한 채권
- ④ 법무사에 대한 직무상 보관한 서류의 반환을 청구하는 채권

□정답□ ② : 기본서 p429 관련판례 ⑥, 기출집 919번, 동형모의고사 25번 ①

[해설] ① (O), ③ (O), ④ (O) : (1) 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권, (2) 의사, 조산사, 간호사 및 약사의 치료, 근로 및 조제에 관한 채권, (3) 도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권, (4) 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사에 대한 직무상 보관한 서류의 반환을 청구하는 채권, (5) 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권, (6) 생산자 및 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가는 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제163조). ⇒ 3년의 단기소멸시효

② (X) : 「민법」 제163조 제5호에서 정하고 있는 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권’에만 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 세무사와 같이 그들의 직무와 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여는 「민법」 제163조 제5호가 유추적용된다고 볼 수 없다. 따라서 세무사의 직무에 관한 채권에 대하여는 「민법」 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용된다(대판 2022.8.25. 2021다31111).

【문 40】 소멸시효와 제척기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 경찰간부>

- ① 제척기간은 소멸시효와 달리 기간의 중단이 인정되지 않는다.
- ② 채권자대위권을 행사하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3채무자는 채권자가 채무자에 대하여 가지는 채권이 시효로 소멸하였다는 주장을 할 수 있다.
- ③ 공유물분할청구권은 공유관계가 존속하는 한 독립하여 시효 소멸하지 않는다.
- ④ 도급인의 수급인에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 대하여 「민법」상 제척기간 규정이 존재하더라도 「민법」상 소멸시효규정이 적용될 수 있다.

□정답□ ② : 기본서 p458 vi, 기출집 심화문제 132번 르, 진도별320제 제8회 9번 르



[해설] ① (O) : 제척기간에 있어서는 그 성질에 비추어 소멸시효와 같이 기간의 중단이나 정지는 있을 수 없다 (대판 2004.7.22. 2004두2509).

② (X) : 채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없으며, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효 이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다(대판 2009.9.10. 2009다34160 ; 대판 2004.2.12. 2001다10151).

③ (O) : 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효 소멸될 수 없다(대판 1981.3.24. 80다1888).

④ (O) : 수급인의 담보책임에 기한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 대하여는 「민법」 제670조(목적물의 인도를 받은 날로부터 1년 내) 또는 제671조(인도 후 5년 또는 10년간)의 제척기간이 적용되고, 이는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는 데에 취지가 있다. 그런데 이러한 도급인의 손해배상청구권에 대하여는 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 「민법」 제162조 제1항의 채권소멸시효의 규정 또는 도급계약이 상행위에 해당하는 경우에는 「상법」 제64조의 상사시효의 규정이 적용되고, 「민법」 제670조 또는 제671조의 제척기간규정으로 인하여 위 각 소멸시효규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다(대판 2012.11.15. 2011다56491).

민법총칙 공부중 궁금한 부분이 있다면 박성렬 민법총칙 카페에 질문 남겨주세요~!!  
교수님이 직접 답변드립니다.:)

■ 박성렬 민법총칙 카페

▶ 네이버카페 : <https://cafe.naver.com/parklaw>

■ 박성렬 민법총칙 강의

▶ 독한경찰 : <https://police.dokgong.com/>