

[2024년 01월 시행 - 30기 소방간부후보생 민법총칙 해설]

▣ 해설강의

- 독한공무원 유튜브 채널에서 수강 가능
- <https://youtu.be/g9dT6M47Afw?si=ZLI9SMXJIGOi07vg>

▣ 공식카페 및 Q&A

- 박성렬 민법총칙 네이버 카페
- <https://cafe.naver.com/parklaw>

▣ 박성렬 민법총칙 동영상 강의

- 2025년 1월 시행예정인 31기 대비 개강은 2024년 2월 말 예정
- 박성렬 민법총칙 ⇒ <https://sobang.dokgong.com/professor/view/28/38#tpass>
- 소방간부 인문 프리패스 ⇒ <https://sobang.dokgong.com/freepass/fire>
- 소방간부 31기대비 종합반 ⇒ <https://sobang.dokgong.com/campus/sparta>

▣ 30기 소방간부후보생 민법총칙 총평

1. 먼저 출제영역을 보면 신의칙 1문제, 자연인 4문제, 법인 4문제, 물건 1문제, 이종매매 1문제, 의사표시 3문제, 대리 4문제, 무효와 취소 2문제, 조건 1문제, 소멸시효 4문제입니다. 세부적으로는 총 123개의 지문 중 대략 판례 60여개, 조문 35여개, 이론 30여개가 출제되었습니다.
2. 단 1문제도 예상 외의 영역에서 출제된 것이 없습니다. 몇 개의 지문이 평년과 다르게 약간 비틀어 출제된 것이 있기는 하지만, 기본강의와 진도별 강의까지 함께 공부한 수험생이라면 워낙 정답이 명백해서 전체적으로 무난한 시험이었다고 볼 수 있습니다. 다만 단순 암기식으로 기출문제집만 보았다면 몇 개의 문제는 틀렸을 것으로 보입니다.
3. 결론적으로 작년 수준이거나 아니면 조금 더 쉬웠던 시험이라 할 수 있을 것으로 보입니다.



■ 30기 소방간부후보생 민법총칙 정답/해설

【문 01】 신의성실의 원칙(신의칙)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)
 <2024년 소방간부>

- ① 신의칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범이다.
- ② 신의칙의 내용은 법원의 재판 활동으로 구체화된다.
- ③ 강행법규를 위반하여 계약을 체결한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것은, 특별한 사정이 없는 한, 신의칙을 위반하지 않는다.
- ④ 당사자의 주장이 없을 때에도 법원은 직권으로 신의칙의 위반 여부를 판단할 수 있다.
- ⑤ 취득시효가 완성한 사실을 모르고 그 토지에 관하여 어떤 권리도 주장하지 않기로 약정한 점유자가 시효 완성을 주장하는 것은, 특별한 사정이 없는 한, 신의칙에 반하지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰(신의)를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 법질서 전체를 관통하는 일반원칙으로 작용하고 있다(대판 2020.10.29. 2018다228868 ; 대판 2021.11.25. 2019다277157).

② (O): 「민법」 제2조 제1항은 신의·성실이라는 극히 추상적인 용어를 사용하고 있을 뿐이고, 일반적인 「민법」의 규정과는 달리 구체적인 요건이나 법률효과가 규정되어 있지 않은 일반조항(백지규정)이다. 따라서 신의칙의 내용은 법원의 재판활동을 통하여 구체화된다.

③ (O): 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법취지를 완전히 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장이 권리남용에 해당되거나 신의성실원칙에 반한다고 할 수 없다(대판 2018.4.26. 2017다288757 ; 대판 2020.8.27. 2016다26198).

④ (O): 신의성실 또는 권리남용금지 원칙의 적용은 강행규정에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 그 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있다(대판 전합 2023.5.11. 2017다35588).
 ⇨ 법원이 직권으로 신의칙에 의하여 신용보증책임을 감액하더라도 변론주의를 위배한 위법은 없다(대판 1998.8.21. 97다37821).

⑤ (X): 취득시효 완성 후에 그 사실을 모르고 당해 토지에 관하여 어떠한 권리도 주장하지 않기로 하였다 하더라도, 이에 반하여 시효 주장을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙상 허용되지 않는다(대판 1998.5.22. 96다24101).

【문 02】 태아에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 모(母)는 태아를 대리하여 매매계약을 체결할 수 있다.
- ② 태아를 수증자로 하는 유증은 효력이 없다.
- ③ 타인의 불법행위로 태아가 출생하지 못한 경우, 모(母)는 태아의 손해배상청구권을 상속한다.
- ④ 부(父)는 태아를 인지할 수 있다.
- ⑤ 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 관하여 태아는 이미 출생한 것으로 본다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없다(대판 1982.2.9. 81다534). 따라서 모(母)가 태아를 대리하여 매매계약을 체결할 수 없다.

② (X) : 태아는 유증에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제1064조, 제1000조 제3항).

③ (X) : 판례(대판 1976.9.14. 76다1365)의 입장인 정지조건설에 의하면 태아가 출생하지 못하고 사산된 경우에는 태아의 권리능력이 인정되지 아니하여 그 태아는 손해배상청구권을 취득한 바가 없으므로 법정상속인에게 상속될 여지도 없다.

④ (O) : 부(父)는 포태 중에 있는 자에 대하여도 이를 인지할 수 있다(제858조). ⇨ 「민법」상 태아의 부(父)에 대한 인지청구권에 대해서는 명문의 규정이 없으므로, 개별적 보호주의의 취지상 부정하여야 한다(통설).

⑤ (X) : 태아는 '불법행위'로 인한 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제762조). ⇨ 채무불이행으로 인한 손해배상청구권(×)

【문 03】 실종선고에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 실종선고를 받은 자는 이를 청구한 때에 사망한 것으로 본다.
- ② 실종자가 귀환하면 실종선고는 즉시 효력을 잃는다.
- ③ 부재자에게 선순위 상속인이 있으면 후순위 상속인은 실종선고를 청구할 이해관계인이 될 수 없다.
- ④ 실종자가 실종기간이 만료한 때와 다른 시기에 사망한 사실이 확인된 경우 이미 개시된 상속은 그 효력을 잃는다.
- ⑤ 실종선고가 취소된 경우 이를 직접원인으로 재산을 취득한 자는 선·악의를 가리지 않고 그 이익이 현존하는 한도에서 반환하여야 한다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(제28조).

② (X): “실종선고를 받은 자는 법정의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.”고 「민법」 제28조에 규정되어 있으므로 반증을 내세워도 소용이 없고 사망의 효과를 저지하려면 그 선고를 취소하여야 한다(대판 1970.3.10. 69다2103). 즉 실종선고가 취소되지 않는 한 생존 등의 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다(대판 1995.2.17. 94다52751).

③ (O): 부재자의 제1순위 재산상속인이 있는 경우에 제2순위 이하의 재산상속인은 위 부재자에 대한 실종선고를 청구할 이해관계인이 될 수 없다(대결 1961.12.19. 4294민재항649 ; 대결 1992.4.14. 92스4).

④ (X): 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 간주되는 것이므로, 실종선고로 인하여 실종기간 만료 시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상, 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 아니하는 한 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없다(대판 1994.9.27. 94다21542).

⑤ (X): 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고, 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(제29조 제2항).

【문 04】 미성년자의 상대방 보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 미성년자의 법정대리인은 그가 이미 동의한 법률행위를 대리하지 못한다.
- ② 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의는 반드시 명시적일 필요는 없다.
- ③ 악의의 상대방도 추인이 있을 때까지 미성년자의 단독행위를 거절할 수 있다.
- ④ 상대방이 혼인한 미성년자와 계약을 체결한 때에는 그 상대방은 의사표시를 철회하지 못한다.
- ⑤ 선의의 상대방은 추인이 있을 때까지 미성년자에게 유효하게 철회의 의사표시를 할 수 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 미성년자의 친권자 또는 후견인이 갖는 **법정대리권은 「민법」 제5조의 동의권 내지 제6조의 허락권과 양립**할 수 있다. 즉 미성년자에게 법률행위의 동의나 재산처분의 허락을 해준 행위를 법정대리인이 대리할 수도 있다. ⇔ 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다(제8조 제1항). 따라서 영업의 허락이 있으면 그 영업에 관한 범위에서는 법정대리인의 동의를 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 법정대리인의 대리권도 이 범위에서 소멸한다.

② (O): 미성년자가 법률행위를 함에 있어서 요구되는 **법정대리인의 동의는 언제나 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 가능한 것**이며, 미성년자의 행위가 위와 같이 법정대리인의 묵시적 동의가 인정되거나 처분허락이 있는 재산의 처분 등에 해당하는 경우라면, 미성년자로서는 더 이상 행위무능력(현 제한능력)을 이유로 그 법률행위를 취소할 수 없다(대판 2007.11.16. 2005다71659).

③ (O): **제한능력자의 단독행위**는 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다(제16조 제2항). 이는 상대방이 선의인 경우는 물론이고 악의인 경우에도 행사할 수 있다. ⇔ 선의의 상대방만이 행사할 수 있는 철회권(제16조 제1항 단서)과 구별해야 한다.

④ (O): **미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다**(제826조의2). 따라서 혼인한 미성년자와 체결한 계약은 취소할 수 있는 법률행위가 아니다. 그 결과 취소할 수 있는 계약을 전제로 하는 제16조 제1항의 철회권이 인정될 수 없다.

⑤ (O): 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있으나, **상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다. 이 철회의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다**(제16조 제1항, 제3항).

【문 05】 미성년자 甲은 그의 법정대리인 乙의 동의 없이 丙과 고가의 자전거를 매매하는 계약을 체결하였다. 丙은 甲과 계약을 체결할 때에 그가 미성년자임을 몰랐다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2024년 소방간부>

- ① 甲은 미성년을 이유로 丙과의 계약을 취소할 수 있다.
- ② 丙의 사기로 계약을 체결한 경우에도 乙은 사기를 이유로 계약을 취소할 수 없다.
- ③ 丙은 乙이 추인할 때까지 그의 의사표시를 철회할 수 있다.
- ④ 甲이 속임수로 자신을 성년자로 믿게 한 때에는 계약을 취소할 수 없다.
- ⑤ 丙이 상당한 기간을 정하여 乙에게 추인 여부의 응답을 촉구한 경우, 乙이 그 기간 내에 응답을 발송하지 않으면 추인한 것으로 본다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 제한능력자도 제한능력인 상태에서 상대방에 대하여 자신이 한 법률행위를 법정대리인의 동의 없이 단독으로 취소할 수 있다(제140조 참조).

② (X): 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 여기서 말하는 ‘대리인’에는 임의대리인과 법정대리인이 모두 포함된다. 그런데 법정대리인은 자기가 갖는 취소권을 행사하는 것이나, 임의대리인이 행한 행위에 취소원인이 있으면 그 취소권은 직접 본인에게 귀속하므로 임의대리인은 취소권에 대한 별도의 수권이 있어야 비로소 취소할 수 있다.

③ (O): 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항).

④ (O): 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다(제17조 제1항).

⑤ (O): 제한능력자가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 그의 ‘법정대리인’에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 응답을 촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 응답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제2항). ⇨ 제한능력자는 그가 능력자로 된 후에만 응답촉구의 상대방이 될 수 있고, 아직 능력이 되지 못한 때에는 그의 법정대리인이 응답촉구의 상대방이 된다.

【문 06】 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 법인은 법률 또는 관습법에 의하는 외에 임의로 설립하지 못한다.
- ② 법인은 상속인으로 지정될 수 없다.
- ③ 법인의 명예가 훼손된 경우 법인은 가해자에게 그 회복에 적당한 처분을 청구할 수 있다.
- ④ 이사의 대표권에 대한 제한은 이를 정관에 기재하지 않으면 효력이 없다.
- ⑤ 법인이 해산한 때에는, 특별한 사정이 없는 한, 해산 당시의 이사가 청산인이 된다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다(제31조). ⇨ 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다(제185조).

② (O): 「민법」은 피상속인의 직계비속·직계존속·배우자 등과 같은 자연인만 상속인이 될 수 있도록 규정하고 있으므로(제1000조, 제1003조), 법인은 상속인이 될 수 없다. ⇨ 법인도 유증을 받을 수는 있다.

③ (O): 법인의 명예가 훼손된 경우에 그 법인은 상대방에 대하여 불법행위로 인한 손해배상과 함께 명예 회복에 적당한 처분을 청구할 수 있다(대판 1997.10.24. 96다17851). ⇨ 제764조(명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

④ (O): 이사의 대표권에 대한 제한은 이를 정관에 기재하지 아니하면 그 효력이 없다(제41조). ⇨ 정관에 기재하여 유효한 제한이라 하더라도 등기하지 아니하면 제3자(선의·악의 불문)에게 대항하지 못한다(제60조).

⑤ (O): 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제하고는 이사가 청산인이 된다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 있으면 그에 의한다(제82조).

【문 07】 법인의 이사와 감사에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 퇴임한 이사에 관한 등기를 말소하지 않은 법인은 그 이사가 종전의 직무에 관하여 한 행위의 무효로 선의·무과실의 제3자에게 대항하지 못한다.
- ② 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 않은 사항에 관하여 타인으로 하여금 포괄적으로 대리하게 할 수 있다.
- ③ 이사가 여러 명일 때에도 이사회를 구성하여야 하는 것은 아니다.
- ④ 이사의 부존재 또는 결원으로 손해가 생길 염려가 있을 때에는 법원은 이해관계인 또는 검사의 청구로 임시이사를 선임하여야 한다.
- ⑤ 감사는 임의기관이다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 법인의 설립등기사항에 변경이 있는 때에 하는 변경등기 (제52조)는 효력발생요건이 아니고 제3자에 대한 대항요건이므로(대판 1967.2.21. 66다1347), 변경사항에 대한 등기 없이도 변경의 효력은 발생하되 제3자에게 대항할 수 없을 뿐이다. 따라서 퇴임한 이사에 관한 등기가 말소되지 않았다 하더라도 퇴임의 효력이 발생하되, 법인은 그 이사가 종전의 직무에 관하여 한 행위의 무효로 선의·무과실의 제3자에게 대항할 수는 없게 된다.

② (X): 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 ‘특정한 행위’를 대리하게 할 수 있다(제62조). 따라서 법인의 이사는 특정한 행위를 다른 이사에게 대리하게 할 수 있으나 법인의 제반 사무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없다(대판 1989.5.9. 87다카2407).

③ (O): 이사들의 의결기관이 이사회인데, 주식회사(상법 제390조)의 이사회는 필수기관이지만 「민법」상 법인의 이사회는 필수기관이 아니라 임의기관이다(대결 2017.12.1. 2017그661).

④ (O): 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려가 있을 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 ‘임시이사’를 선임하여야 한다(제63조). ⇨ 법인과 이사의 이익이 상반하는 경우 특별대리인 선임(제64조)

⑤ (O): 법인은 정관 또는 총회의 결의로 감사를 둘 수 있다(제66조). 즉 사단법인이나 재단법인이냐를 불문하고 감사는 임의기관이다. ⇨ 법인은 이사를 두어야 한다(제57조).

【문 09】 법인 아닌 사단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 고유한 의미의 중중은 자연발생적 종족집단이므로 특별한 조직행위를 필요로 하지 않는다.
- ② 법인 아닌 사단의 구성원들이 2개의 독립된 사단으로 나뉘어 종전 사단의 재산을 공동소유하는 방식의 사단 분열은 인정되지 않는다.
- ③ 법인 아닌 사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 때에도 그 사단은 그 손해를 배상할 책임을 진다.
- ④ 법인 아닌 사단의 정관이나 규약으로 달리 정하지 않는 한, 사원총회의 결의를 얻지 않은 총유물의 처분행위는 무효이다.
- ⑤ 법인 아닌 사단인 교회가 일부 교인들의 탈퇴로 분열된 경우 종전 교회의 재산은 잔존 교인들과 탈퇴한 교인들의 총유이다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 중중이란 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니다(대판 2019.2.14. 2018다264628). <→> 중중 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 (O): 법인 아닌 사단의 구성원들의 집단적 탈퇴로써 사단이 2개로 분열되고 분열되기 전 사단의 재산이 분열된 각 사단들의 구성원들에게 각각 총유적으로 귀속되는 결과를 초래하는 형태의 법인 아닌 사단의 분열은 허용되지 않는다(대판 전합 2006.4.20. 2004다37775 ; 대판 2008.1.31. 2005다60871).

③ (O): 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 가한 경우 그 사단은 「민법」 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(대판 2008.1.18. 2005다34711).

④ (O): 「민법」 제275조·제276조 제1항은 총유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 의하되, 정관이나 규약에서 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하도록 규정하고 있으므로, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효라 할 것이다(대판 2014.2.13. 2012다112299).

⑤ (X): 교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익할 것인데, 일부 교인들이 교회를 탈퇴하여 그 교회 교인으로서의 지위를 상실하게 되면 탈퇴가 개별적인 것이든 집단적인 것이든 이와 더불어 종전 교회의 총유재산의 관리·처분에 관한 의결에 참가할 수 있는 지위나 그 재산에 대한 사용·수익권을 상실하고, 종전 교회는 잔존 교인들을 구성원으로 하여 실체의 동일성을 유지하면서 존속하며 종전 교회의 재산은 그 교회에 소속된 잔존 교인들의 총유로 귀속됨이 원칙이다(대판 전합 2006.4.20. 2004다37775).

【문 10】 물건에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 온천에 관한 권리는 관습법상 물권이다.
- ② 부동산은 종물이 될 수 없다.
- ③ 주물의 소유자가 아닌 자가 주물에 부속한 물건은 종물이 될 수 없다.
- ④ 주물 위에 설정된 담보물권의 효력은, 특별한 사정이 없는 한, 그 설정 후의 종물에 미치지 않는다.
- ⑤ 적법한 권원 없이 타인의 토지에 농작물을 경작한 자는 명인방법을 갖추어야 그 농작물의 소유권을 취득할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 온천에 관한 권리를 관습상의 물권이나 준물권이라 할 수 없다(대판 1972.8.29. 72다1243).

② (X): 법률상 주물과 독립한 물건인 이상, 자물쇠에 대한 열쇠, 시계에 대한 시계줄 등과 같은 동산은 물론이고, 안채에 대한 사랑채, 주택에 대한 단채로 된 광 등과 같은 부동산도 종물이 될 수 있다.

③ (O): 종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것을 말하므로, 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다(대판 2008.5.8. 2007다36933). 다만 종물이 타인의 소유라고 하더라도 그 타인의 권리를 해하지 아니하는 범위에서 「민법」 제100조가 적용된다(대판 2002.2.5. 2000다38527).

④ (X): 저당권의 효력은 법률에 특별한 규정 또는 설정행위에 다른 약정이 없는 한, 저당부동산의 종물에 미친다(제358조). 여기서 저당권의 효력이 미치는 종물은 저당권설정 전부터 존재하고 있던 것뿐만 아니라 그 설정 후에 새로이 생긴 것도 포함한다(대결 1971.12.10. 71마757).

⑤ (X): 농작물 재배의 경우에는 파종 시부터 수확까지 불과 수개월 밖에 안 걸리고 경작자의 부단한 관리가 필요하며, 그 점유의 귀속이 비교적 명백하므로 정당한 권한 없이 타인의 토지를 경작한 경우에도 그 경작한 농작물이 성숙하여 독립한 물건으로서의 존재를 갖추었으면 그 소유권은 (명인방법을 갖추지 않아도) 경작자에게 귀속한다(대판 1970.11.30. 68다1995 ; 대판 1979.8.28. 79다784).

【문 12】 통정허위표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 통정허위표시로 채권을 양도한 채권자는 채무자에게 양도행위의 무효를 주장할 수 있다.
- ② 통정허위표시는 무효이므로 그 당사자는 계약에 따른 채무를 이행할 의무가 없다.
- ③ 통정허위표시의 무효를 주장하는 당사자 일방은 상대방에게 손해배상을 청구하지 못한다.
- ④ 통정허위표시로 매매한 매도인은 그 사실을 모르고 목적 부동산에 관하여 가등기를 한 제3자에게 허위표시의 무효로 대항할 수 있다.
- ⑤ 통정허위표시자는 통정허위표시의 사실을 모른 제3자로부터 그 행위의 목적물을 양수한 전득자가 악의일 때에도 그에게 통정허위표시의 무효로 대항하지 못한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 채권양도계약이 통정의 허위표시로서 계약당사자들 사이에서 무효인 경우에 그 채무를 아직 가장양수인에게 변제하지 않고 있는 채무자는 허위표시의 무효로부터 보호되는 제3자에 해당하지 않는다(대판 1983.1.18. 82다594). 따라서 통정허위표시로 채권을 양도한 채권자는 그 채무자에게 양도행위의 무효를 주장할 수 있다.

② (O): 통정허위표시는 당사자 사이에서는 언제나 무효이다(제108조 제1항). 따라서 당사자 사이의 의사표시가 허위표시에 해당하는 경우, 그 의사표시에 따른 권리와 의무가 발생하지 않는다. 그 결과 허위표시의 당사자가 아직 이행을 하고 있지 않으면 이행할 필요가 없고, 이미 이행한 후이면 허위표시로 이익을 얻은 자는 부당이득반환의무를 부담한다(제741조 이하).

③ (O): 통정허위표시로 무효인 법률행위는 그 법률행위가 성립한 당초부터 당연히 효력이 발생하지 않는 것이므로, 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있다고 하여도 법률효과의 침해에 따른 손해는 없는 것이므로 그 손해배상을 청구할 수는 없다(대판 2003.3.28. 2002다72125).

④ (X): 허위표시에 의하여 소유권을 취득한 매수인과의 매매계약에 기한 소유권이전청구권 보존을 위한 가등기권을 취득한 자는 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당하므로, 그가 선의이면 허위표시의 무효로 대항할 수 없다(대판 1970.9.29. 70다466).

⑤ (O): 허위표시에 있어서 선의의 제3자로부터 다시 전득한 자가 전득할 때에 악의이더라도 선의의 제3자의 권리를 승계하고 있으므로 허위표시의 무효를 이유로 대항할 수 없다(차단효의 법리). ⇨ 제3자가 악의이더라도 전득자가 선의이면 역시 허위표시의 무효를 이유로 그 전득자에게 대항하지 못한다(대판 2013.2.15. 2012다49292).

【문 13】 제3자의 사기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 상대방이 사용자책임을 져야 하는 그의 피용자도 제3자가 될 수 있다.
- ② 제3자의 사기를 이유로 의사표시를 취소하면 법률행위는 처음부터 무효이다.
- ③ 제3자의 사기로 상대방 없는 의사표시를 한 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 제3자의 사기로 계약을 체결한 자는 이를 취소하지 않고 제3자에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.
- ⑤ 상대방의 대리인의 사기로 상대방에게 의사표시를 한 표의자는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 그 의사표시를 취소할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (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 져야 할 관계에 있는 피용자에 지나지 않는 자는 상대방과 동일시할 수는 없어 이 규정에서 말하는 제3자에 해당한다**(대판 1998.1.23. 96다41496).

② (O) : **취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다**(제141조 본문).

③ (O) : **제3자의 사기·강박으로 상대방 없는 의사표시를 한 경우**, 「민법」 제110조 제2항이 아니라 제1항이 적용되므로 **표의자는 언제든지 그 의사표시를 취소할 수 있다**.

④ (O) : **제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 상대방과 사이에 계약을 체결하였다고 하더라도 제3자의 사기행위 자체가 불법행위를 구성하는 이상, 제3자로서는 그 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하는 것이므로, 피해자가 제3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 그 계약을 취소할 필요는 없다**(대판 1998.3.10. 97다55829).

⑤ (X) : 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). ⇨ 상대방의 대리인의 기망행위로 계약을 체결한 자는 본인인 상대방의 선의·악의 여부나 과실 유무를 불문하고 언제나 계약을 취소할 수 있다.

【문 14】 의사표시의 효력 발생 시기에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 보통우편의 방법으로 우편물이 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없다.
- ② 상대방이 정당한 사유 없이 수령을 거부한 때에도 그가 의사표시의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 있으면 의사표시의 도달이 인정된다.
- ③ 사단법인 총회 소집의 통지에는 발신주의가 적용된다.
- ④ 의사표시의 상대방이 제한능력자일 경우 제한능력자는 그가 수령한 의사표시의 효력을 주장하지 못한다.
- ⑤ 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 모르는 경우 그는 「민사소송법」의 공시송달규정에 의하여 의사표시를 송달할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ①(O): 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다(대판 2009.12.10. 2007두20140).

②(O): 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대판 2008.6.12. 2008다19973 ; 대판 2016.3.24. 2015다71795).

③(O): 총회의 소집은 1주간 전에 그 회의의 목적 사항을 기재한 통지를 발하고 기타 정관에 정한 방법에 의하여야 한다(제71조). ⇨ 도달주의 원칙에 대한 예외적 발신주의

④(X): 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 그 법정대리인이 의사표시가 도달한 사실을 안 후가 아닌 한, 의사표시자는 그 의사표시로써 대항할 수 없다(제112조). 그러나 제한능력자가 의사표시의 도달을 주장하는 것은 허용된다.

⑤(O): 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다(제113조).

【문 15】 대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 임의대리의 경우 원인된 법률관계가 종료할 때까지 수권행위를 철회하지 못한다.
- ② 본인을 대리하여 계약을 체결한 경우 불공정한 법률행위를 판단할 때에 무경험, 경솔, 공박은 대리인을 기준으로 한다.
- ③ 대리인이 본인을 대리하여 본인 소유의 부동산을 매도한 경우 대금청구권과 소유권이전의무만이 아니라 하자담보권과 취소권도 직접 본인에게 귀속한다.
- ④ 임의대리인은, 특별한 사정이 없는 한, 그의 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다.
- ⑤ 본인을 위하여 계약을 체결한 대리인은, 다른 사정이 없는 한, 계약을 해제할 권한을 가진다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다(제128조). ⇨ 원인된 법률관계의 종료 및 수권행위의 철회는 임의대리권에 특유한 소멸사유이다.

② (X): 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 공박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다(대판 2002.10.22. 2002다38927).

③ (O): 대리인이 행한 대리행위의 모든 효과는 직접 본인에게 귀속된다(제114조 제1항). 예컨대 대리인이 대리행위로 부동산을 매도한 경우 대금청구권과 소유권이전등기의무는 물론이며, 그 밖에 목적물에 하자가 있을 때의 담보책임, 대리인이 착오에 빠졌거나 사기·강박을 당한 때의 취소권, 매수인의 채무불이행이 있을 때의 계약해제권과 해제된 때의 원상회복청구권과 손해배상청구권 등도 역시 본인에게 귀속된다.

④ (X): 임의대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다(제120조). 그러나 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(제122조 본문). 즉 법정대리인은 아무런 제한 없이 언제나 복대리인 선임권을 가진다.

⑤ (X): 어떠한 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다(대판 2015.12.23. 2013다81019).

【문 16】 복대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 복대리인은 대리인이 그의 이름으로 선임한 본인의 대리인이다.
- ② 복대리권의 범위는 대리권의 범위와 일치하여야 한다.
- ③ 대리권이 소멸한 때에도 복대리권은 소멸하지 않는다.
- ④ 대리권이 소멸한 후에는 대리인이 선임한 복대리인과 상대방 사이에 표현대리관계가 성립할 수 없다.
- ⑤ 부득이한 사유로 복대리인을 선임한 대리인은 본인에 대하여 책임이 없다.

□정답□ ①

[해설] ① (O): **복대리인**은 대리인이 그의 권한 내의 행위를 행하게 하기 위하여 '대리인 자신'의 이름으로 선임한 '본인'의 대리인이다(제123조 제1항).

② (X): 복대리인은 대리인이 그의 '권한 내의 행위'를 행하게 하기 위하여 선임하므로, **복대리권의 범위는 대리권의 범위보다 좁은 것이 보통이다.** 즉 복대리권의 범위는 대리권의 범위에 의존한다. 따라서 복대리권의 범위는 대리권의 범위를 초과할 수 없다.

③ (X): 복대리권은 그 존립에 있어서 대리권에 의존한다. 따라서 **대리권이 소멸하면 복대리권도 소멸한다.**

④ (X): 대리인이 대리권 소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 한 경우는 물론, **대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 「민법」 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다**(대판 1998.5.29. 97다55317).

⑤ (X): **임의대리인이 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있어 복대리인을 선임한 때에는 본인에게 대하여 그 선임·감독에 관한 책임이 있다**(제121조 제1항). 그리고 **법정대리인**은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있으나, **부득이한 사유로 인한 때에는 임의대리인과 마찬가지로 본인에게 대하여 그 선임·감독에 관한 책임이 있다**(제122조).

【문 17】 표현대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 표현대리의 법리는 공법상 대리에는 적용되지 않는다.
- ② 상대방이 유권대리를 주장한 경우 이는 표현대리의 주장을 포함한다.
- ③ 표현대리가 성립하면 대리권 없는 자의 법률행위가 유권대리로 전환된다.
- ④ 표현대리가 성립하면 본인은 과실상계를 주장할 수 없다.
- ⑤ 사실혼관계의 부부 일방은 일상가사에 관한 대리권이 없으므로 권한을 넘은 표현대리가 성립할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X): 기본대리권이 등기신청·영업허가신청·이사취임등록 등 공법상의 행위에 관한 것이고 표현대리행위가 사법상의 행위(대물변제·매매 등)일지라도 「민법」 제126조의 표현대리는 성립한다(대판 1978.3.28. 78다282; 대판 1965.3.30. 65다44 등).

② (X): 대리권이 있다는 것과 표현대리가 성립한다는 것은 그 요건사실이 다르므로 유권대리의 주장이 있으면 표현대리의 주장이 당연히 포함되는 것은 아니고, 이 경우 법원이 표현대리의 성립 여부까지 판단해야 하는 것은 아니다(대판 1990.3.27. 88다카181; 대판 전합 1983.12.13. 83다카1489).

③ (X): 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니다(대판 전합 1983.12.13. 83다카1489).

④ (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).

⑤ (X): 사실상의 부부관계에서도 일상가사에 관한 사항에 관하여 상호대리권이 있다고 볼 것이고, 따라서 권한유월의 표현대리의 법리가 적용된다(대판 1980.12.23. 80다2077).

【문 18】 무권대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 본인은 무권대리인의 반대에도 불구하고 무권대리행위를 추인할 수 있다.
- ② 의사표시의 일부에 대한 본인의 추인은 상대방의 동의가 없는 한 무효이다.
- ③ 본인이 추인하면, 다른 의사표시가 없는 한, 무권대리행위는 그 법률행위를 한 때부터 효력이 생긴다.
- ④ 무권대리인이 본인의 명의로 매매계약을 체결한 경우 본인이 매매대금의 일부를 받은 때에는, 특별한 사정이 없는 한, 매매계약을 추인한 것으로 본다.
- ⑤ 무권대리인에게 추인의 의사표시를 한 본인은 상대방이 그 사실을 알지 못한 때에도 그 상대방에게 추인의 효과를 주장할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위이다(대판 1982.1.26. 81다카549). 따라서 본인은 무권대리인이 반대하더라도 그 무권대리행위를 추인할 수 있다.

② (O): 무권대리행위의 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549).

③ (O): 무권대리행위가 계약인 경우 그 무권대리행위의 추인은 다른 의사표시가 없을 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다(제133조).

④ (O): 본인이 매매계약을 체결한 무권대리인이나 상대방으로부터 매매대금의 전부 또는 일부를 받았다면 특단의 사유가 없는 한 무권대리인의 매매계약을 추인하였다고 볼 것이다(대판 1963.4.11. 63다64; 대판 1992.2.28. 91다15584).

⑤ (X): 「민법」 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이다. 따라서 상대방은 그때까지 「민법」 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

【문 19】 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 매수인이 매매계약을 취소한 경우 대금반환청구권은 매매를 취소한 때부터 10년의 시효로 소멸한다.
- ② 매도인이 매매계약을 취소한 경우 소유물반환청구권의 소멸시효는 취소를 행사한 때부터 진행한다.
- ③ 착오에 의한 의사표시가 그 취소요건을 모두 갖춘 상태에서 표의자가 사망한 경우, 그 상속인은 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 일부취소에 관하여는 일부무효에 관한 「민법」의 규정이 유추적용된다.
- ⑤ 취소권은 추인할 수 있는 날부터 3년, 법률행위를 한 날부터 10년 내에 행사하여야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 취소권의 행사뿐만 아니라 취소권의 행사로 인한 부당이득반환청구권도 「민법」 제146조의 제척기간 내에 행사하여야 한다는 견해가 통설이다. 그러나 판례는 취소권은 제척기간 내에 행사하여야 하지만 그 효과로서 생기는 부당이득반환청구권 은 취소를 행사한 때로부터 10년의 소멸시효가 진행한다는 입장에 있다(대판 1991.2.22. 90다13420).

② (X) : **매매계약이 취소·해제된 경우**에 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 그 취소·해제에 따른 매도인의 소유물반환청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고, 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968 참조).

③ (O) : 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 **승계인**만이 취소할 수 있다(제140조). 여기서 말하는 ‘**승계인**’에는 상속인·포괄유증을 받은 자와 같은 포괄승계인과 특정승계인이 모두 포함된다.

④ (O) : 「민법」은 제137조에서 일부무효에 대하여 규정하고 있으나 일부취소에 대한 규정은 없다. 그런데 판례는 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이하는 법률행위의 일부취소의 법리를 인정하고 있다(대판 2013.5.9. 2012다115120; 대판 1994.9.9. 93다31191). ⇨ 여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있는 것인지는 계약 체결의 경위와 목적 및 당사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, **각 계약이 전체적으로 경제적·사실적으로 일체로서 행하여진 것으로 그 하나가 다른 하나의 조건이 되어 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우** 등에는, 하나의 계약에 대한 기망 취소의 의사표시는 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이하는 ‘법률행위 일부취소의 법리’에 따라 전체 계약에 대한 취소의 효력이 있다(대판 2013.5.9. 2012다115120).

⑤ (O) : 「민법」 제146조.

【문 20】 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 사회질서의 위반을 이유로 법률행위가 무효로 되기 위하여는 그 법률행위를 원인으로 하는 급부가 이루어져야 한다.
- ② 무효의 가등기를 전용하기로 약정한 경우 가등기는 처음부터 효력을 가진다.
- ③ 폭리행위로 무효인 법률행위도 유효한 법률행위로 전환될 수 있다.
- ④ 무효인 법률행위를 추인하면 이는 그 자체로 유효한 법률행위가 된다.
- ⑤ 취소권의 행사기간은 일반소멸시효기간이다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 것을 조건으로 거액의 급부를 제공하기로 한 약정(대판 2000.2.11. 99다56833), 형사사건에 관하여 체결된 성공보수약정(대판 전합 2015.7.23. 2015다200111) 등과 같이 **아직 그 법률행위를 원인으로 하는 급부가 이루어지지 않은 경우에도 반사회질서행위에 해당하여 무효로 된다.** → 「민법」 제746조의 불법원인급여에 해당하여 부당이득반환청구가 금지되려면 중국적인 급부가 이루어져야 한다(대판 1995.8.11. 94다54108 참조).

② (X): 무효인 법률행위는 당사자가 무효임을 알고 추인할 경우 새로운 법률행위를 한 것으로 간주할 뿐이고 소급효가 없는 것이므로 **무효인 가등기를 유효한 등기로 전용하기로 한 약정은 그때부터 유효하고, 이로써 위 가등기가 소급하여 유효한 등기로 전환될 수 없다**(대판 1992.5.12. 91다26546).

③ (O): 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 「민법」 제104조에서 정하는 ‘**불공정한 법률행위(폭리행위)**’에 **해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 「민법」 제138조가 적용될 수 있다**(대판 2010.7.15. 2009다50308 ; 대판 2011.4.28. 2010다106702).

④ (X): **무효인 법률행위는 추인 하여도 그 효력이 생기지 아니한다.** 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다(제139조). 즉 무효행위는 무효인 채로 남아 있고 추인에 의해 새로운 법률행위를 하는 것이 되며, 무효였던 법률행위가 추인 이후에 유효로 변하는 것은 아니다.

⑤ (X): 「민법」 제146조의 기간은 **일반소멸시효기간이 아니라 제척기간**으로서, 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대판 1996.9.20. 96다25371).

【문 21】 조건에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 조건부 권리에 관하여 담보권을 설정할 수 없다.
- ② 불능조건이 해제조건이면 그 법률행위는 무효이다.
- ③ 해제조건부 법률행위는 조건의 성취로 효력이 생긴다.
- ④ 정지조건부 법률행위의 경우 권리를 취득하는 자가 조건 성취를 증명하여야 한다.
- ⑤ 조건부 법률행위에서 조건의 내용이 선량한 풍속을 위반하는 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 하고 나머지를 유효로 할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ①(X): 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 ‘처분, 상속, 보존 또는 ‘담보’로 할 수 있다(제149조). 여기서 ‘담보’란 조건부 권리를 위한 담보를 의미하고 조건부 권리를 담보로 제공하는 것을 의미하는 것은 아니다. 이에 반해 조건부 권리 자체를 담보로 제공하는 것은 ‘처분’에 해당한다.

②(X): 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것(즉 불능조건)인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고, 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제3항).

③(X): 정지조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생기고, 해제조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다(제147조 제1항·제2항).

④(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).

⑤(X): 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8. 2005마541).

【문 22】 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) <2024년 소방간부>

- ① 점유는 소멸시효의 적용을 받지 않는다.
- ② 권리자가 권리의 존재를 몰랐다는 사실은, 특별한 사정이 없는 한, 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 20년의 소멸시효가 적용되는 권리는 확정판결이 있더라도 그 소멸시효가 단축되지 않는다.
- ④ 부작위를 목적으로 하는 채권은 위반행위를 한 때부터 소멸시효가 진행된다.
- ⑤ 공유물분할청구권은 소유권 이외의 재산권이므로 20년의 소멸시효가 적용된다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 점유권은 일정한 사실상태가 있으면 언제나 인정되고, 그 사실상태가 소멸하면 당연히 소멸하는 권리이므로 소멸시효의 문제가 생길 여지가 없다.

② (O): 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안에는 진행하지 아니한다. 여기서 ‘권리를 행사할 수 없는 경우’란 그 권리 행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건 불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리 행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없다(대판 2015.9.10. 2015다212220).

③ (O): 「민법」 제165조의 규정은 단기의 소멸시효에 걸리는 것이라도 확정판결을 받은 권리의 소멸시효는 10년으로 한다는 뜻일 뿐 10년보다 장기의 소멸시효기간을 10년으로 단축한다는 의미도 아니고, 본래 소멸시효의 대상이 아닌 권리가 확정판결을 받음으로써 10년의 소멸시효에 걸린다는 뜻도 아니다(대판 1981.3.24. 80다1888).

④ (O): 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행된다(제166조 제2항).

⑤ (X): 공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효 소멸될 수 없다(대판 1981.3.24. 80다1888).

【문 23】 소멸시효의 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 다른 사정이 없는 한, 부동산매매대금채권의 소멸시효는 약정한 대금지급일이 도래한 때부터 진행한다.
- ② 매수인이 목적 부동산을 인도받은 때에는, 특별한 사정이 없는 한, 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다.
- ③ 불확정기한부 채권의 소멸시효는 채무자가 그 기한이 도래하였음을 안 때부터 진행한다.
- ④ 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권은 그것이 상행위로 인한 것이라도 3년의 소멸시효가 적용된다.
- ⑤ 소멸시효기간은 변론주의의 대상이 아니므로 법원이 직권으로 판단할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 부동산에 대한 매매대금채권이 소유권이전등기청구권과 동시이행관계에 있다고 할지라도, 매도인은 매매대금의 지급기일 이후 언제라도 그 대금의 지급을 청구할 수 있는 것이며, 다만 매수인은 매도인으로부터 그 이전등기에 관한 이행의 제공을 받기까지 그 지급을 거절할 수 있는데 지나지 아니하므로 매매대금청구권은 그 지급기일 이후 시효의 진행에 걸린다(대판 1991.3.22. 90다9797).

② (O): 부동산에 관하여 인도, 등기 등의 어느 한 쪽에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이므로, 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다(대판 2010.1.28. 2009다73011).

③ (X): 불확정기한부 채권은 그 기한이 객관적으로 도래한 때가 소멸시효의 기산점이다. ⇨ 이행지체책임은 채무자가 기한도래를 안 때부터 부담한다(제387조 제1항 후문).

④ (O): 도급받은 공사의 공사대금채권은 「민법」 제163조 제3호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 공사에 부수되는 채권도 마찬가지이다(대판 2016.10.27. 2014다211978). ⇨ 「상법」 제64조(상사시효) 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

⑤ (O): 어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용 대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다(대판 2013.2.15. 2012다68217).

【문 24】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 시효 중단이 효력을 미치는 승계인은 시효 중단의 효과가 발생한 후 그 효과를 받는 권리를 승계한 사람을 의미한다.
- ② 청구를 기각하는 판결이 확정된 때에도 재심을 청구하면 소멸시효가 중단된다.
- ③ 물상보증인의 재산을 압류한 사실을 채무자에게 통지한 후가 아니면 채권의 시효 중단은 효력이 없다.
- ④ 재판상 채무승인은 신청서면을 법원에 제출한 때부터 시효 중단의 효력이 생긴다.
- ⑤ 시효가 중단된 때에는 중단사유가 종료한 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다.

□정답□ ②

[해설] ①(O): 시효 중단의 효력은 당사자 및 그 승계인 간에만 미치는바, 여기서 ‘당사자’라 함은 중단행위에 관여한 당사자를 가리키고 시효의 대상인 권리 또는 청구권의 당사자는 아니며(대판 1997.4.25. 96다46484), ‘승계인’이라 함은 시효 중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리를 그 ‘중단 효과 발생 이후’에 승계한 자를 뜻하고, 포괄승계인은 물론 특정승계인도 이에 포함된다(대판 2020.2.13. 2017다234965).

②(X): 재판상 청구는 소의 각하·기각·취하의 경우에는 시효 중단의 효력이 없고, 다만 각하 또는 취하되었다가 6월 내에 다시 재판상 청구를 하면 시효는 중단되나, 기각판결이 확정된 경우에는 청구권의 부존재가 확정됨으로써 중단의 효력이 생길 수 없으므로 청구기각판결의 확정 후 재심을 청구하였다 하더라도 시효의 진행이 중단된다고 할 수 없다(대판 1992.4.24. 92다 6983).

③(O): 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효 중단의 효력이 없다(제176조). 따라서 채권자가 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 압류를 한 경우, 채무자에게 압류사실이 통지되어야만 시효 중단의 효력이 채무자에게 미치게 된다(대판 1990.1.12. 89다카4946).

④(O): 재판상 채무승인의 경우 「민사소송법」 제265조를 유추적용하여 당사자가 신청서면을 법원에 제출한 때에 시효 중단의 효력이 발생한다(대판 2015.5.14. 2014다16494 참조). ⇨ 시효의 중단에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 관련 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다(민사소송법 제265조).

⑤(O): 시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행된다(제178조 제1항).

【문 25】 소멸시효의 효과에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함)

<2024년 소방간부>

- ① 당사자는 합의로 소멸시효를 연장할 수 있다.
- ② 원본채권의 시효 소멸은 이미 발생하여 양도된 이자채권에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 주채무자가 시효 이익을 포기한 경우 이는 보증채무에 영향이 없다.
- ④ 소멸시효가 완성한 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 채권자는 그 채권으로 상계할 수 있다.
- ⑤ 소멸시효가 완성한 후에 채무자가 이행기의 유예를 요청하는 것은 시효 이익의 포기이다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있다(제184조 제2항).

② (O): 주된 권리(원본채권)의 소멸시효가 완성한 때에는 종속된 권리(이자채권)에 그 효력이 미친다(제183조). 그러나 이미 변제기에 도달한 이자채권은 원본채권과 분리하여 양도·변제할 수 있고 원본채권과 별도로 시효로 인하여 소멸되기도 하는 등 어느 정도 독립성을 갖는다(대판 1989.3.28. 88다카12803). 따라서 이미 발생한 이자채권이 양도된 후에 원본채권의 소멸시효가 완성 하더라도 그 양도된 이자채권에는 영향을 미치지 않는다.

③ (O): 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효 소멸을 원용할 수 있으며, 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게는 그 효력이 없다 할 것이므로, 주채무자가 채권자에게 부담하고 있던 물품대금채무의 소멸시효가 완성한 때에는 주채무자가 시효 완성 후에 그 시효의 이익을 포기하였다 하더라도 연대보증인은 그 주채무의 시효 소멸을 원용할 수 있다 할 것이다(대판 1991.1.29. 89다카1114).

④ (O): 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다(제495조).

⑤ (O): 채권의 소멸시효가 완성된 후에 채무자가 그 기한의 유예를 요청 하였다면 그때에 소멸시효의 이익을 포기한 것으로 보아야 한다(대판 1965.12.28. 65다2133).