

민법 박성렬

21년 행정사  
민법총칙  
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

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



### 2021년 행정사 민법총칙 기출/해설

- 박성렬 교수

【문 01】 다음 중 형성권이 아닌 것은? <2021년 행정사>

- ① 물권적 청구권                      ② 취소권                              ③ 추인권
- ④ 동의권                                ⑤ 계약해지권

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 물권적 청구권은 청구권이다.

② (O), ③ (O), ④ (O), ⑤ (O) : 형성권에는, (1) 법률행위의 **동의권** (제5조), **취소권** (제140조), **추인권** (제143조), **계약의 해제·해지권** (제543조), 상계권(제492조), 예약완결권(제564조), 약혼해제권(제805조), 상속포기권(제1041조) 등과 같이 권리자의 의사표시만으로 법률관계의 변동이 일어나는 것과, (2) 채권자취소권(제406조), 혼인취소권(제816조), 재판상 이혼청구권(제840조), 입양취소권(제884조), 재판상 과양권(제905조) 등과 같이 **소를 제기하여 법원의 판결을 얻어야 비로소 법률관계의 변동이 일어나는 것의 두 가지 유형이 있다.**

【문 02】 권리남용에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 확정판결에 따른 강제집행도 특별한 사정이 있으면 권리남용이 될 수 있다.
- ② 주로 자기의 채무이행만을 회피할 목적으로 동시이행항변권을 행사하는 경우에 그 항변권의 행사는 권리남용이 될 수 있다.
- ③ 권리남용이 인정되기 위해서는 권리 행사로 인한 권리자의 이익과 상대방의 불이익 사이에 현저한 불균형이 있어야 한다.
- ④ 권리남용이 불법행위가 되어 발생한 손해배상청구권은 1년의 단기소멸시효가 적용된다.
- ⑤ 토지소유자의 건물철거청구가 권리남용으로 인정된 경우라도 토지소유자는 그 건물의 소유자에 대해 그 토지의 사용대가를 부당이득으로 반환청구할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : **확정판결에 따른 강제집행** 이 권리남용에 해당한다고 쉽게 인정하여서는 안 되고, 이를 인정하기 위해서는 **확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우로서 그에 기초한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 집행을 받아들일도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 한다**(대판 2018.3.27. 2015다70822).

② (O) : 일반적으로 동시이행의 관계가 인정되는 경우에 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이익은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척되어야 할 것이다(대판 2001.9.18. 2001다9304).

③ (O) : 권리 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, **주관적으로 그 권리 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우**이어야 하고, **객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하며**, 이와 같은 경우에 해당하지 않는다면 **비록 그 권리의 행사에 의하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 입을 손해가 현저히 크다 하여도** 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다(대판 2015.3.20. 2012다17479; 대판 2017.7.11. 2017다5310). 즉 권리남용이 인정되기 위해서는 권리 행사로 인한 권리자의 이익과 상대방의 불이익 사이에 현저한 불균형이 있어야 하지만, 그것만으로 당연히 권리남용을 인정할 수 있

는 것은 아니고 그 외에 주관적 요건도 필요하다는 것이 원칙적 판례의 입장이다.

④ (X): 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하고, 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 소멸한다(제766조 제1항, 제2항).

⑤ (O): 권원 없이 타인의 토지를 불법점유하면서 건물을 신축하여 소유하고 있는 자를 상대로 토지소유자가 토지소유권 침해를 이유로 건물철거청구를 하였는데, 그 청구가 권리남용으로 인정되어 청구기각판결을 받은 경우에도, 그 토지소유권이 상실되는 것은 아닐 뿐만 아니라 건물소유자에게 그 토지를 무상으로 사용·수익할 수 있는 권원이 생기는 것도 아니므로, 토지소유자는 건물소유자에 대하여 그 토지의 사용대가인 임료 상당의 부당이득반환(제741조)이나 불법점유로 인한 손해배상(제750조)을 청구할 수 있다.

【문 03】 제한능력자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 행정사>

- ① 권리만을 얻는 법률행위는 미성년자가 단독으로 할 수 있다.
- ② 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.
- ③ 법정대리인이 미성년자에게 한 특정한 영업의 허락을 취소하는 경우 그 취소로 선의의 제3자에게 대항할 수 있다.
- ④ 제한능력자의 상대방은 계약 당시 제한능력자임을 알았을 경우에는 그 의사표시를 철회할 수 없다.
- ⑤ 상대방이 거절의 의사표시를 할 수 있는 경우 제한능력자를 상대로 그 의사표시를 할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다(제5조 제1항).

② (O), ③ (X): 「민법」 제8조(영업의 허락) ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다. ② 법정대리인은 전항의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

④ (O): 제한능력자가 맺은 계약은 주인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항).

⑤ (O): 제한능력자의 단독행위는 주인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있고, 이 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다(제16조 제2항, 제3항).

【문 04】 부재에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 행정사>

- ① 부재자가 정한 재산관리인의 권한이 부재자의 부재 중에 소멸한 때에는 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다.
- ② 부재자가 재산관리인을 정한 경우 부재자의 생사가 분명하지 아니하게 되어 이해관계인이 청구를 하더라도 법원은 그 재산관리인을 개입할 수 없다.
- ③ 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에는 법원의 허가를 얻어야 한다.
- ④ 법원이 선임한 재산관리인은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다.
- ⑤ 법원이 선임한 재산관리인에 대하여 법원은 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 감사의

청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다. 본인의 부채 중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다(제22조 제1항).

- ② (X): 부채자가 재산관리인을 정한 경우에 부채자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개임(改任)할 수 있다(제23조).
- ③ (O): 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부채자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부채자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다(제25조).
- ④ (O): 「민법」 제24조 제1항.
- ⑤ (O): 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부채자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수 있다(제26조 제2항).

【문 05】 법인에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? <2021년 행정사>

ㄱ. 임시이사는 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여 선임되는 법인의 기관이다.  
 ㄴ. 법인의 이사가 여러 명인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다.  
 ㄷ. 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다.  
 ㄹ. 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

□정답□ ④

[해설] ㄱ. (X): 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 하고(제63조), 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없고, 이 경우에 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다(제64조). ⇨ 임시이사와 특별대리인은 법인의 대표기관이다.

ㄴ. (O): 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다(제58조 제2항).

ㄷ. (O): 「민법」 제59조 제2항.

ㄹ. (O): 「민법」 제62조.

【문 06】 사단법인 甲의 대표자 乙이 직무에 관한 불법행위로 丙에게 손해를 가하였다. 甲의 불법행위 능력(「민법」 제35조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 甲의 불법행위가 성립하여 甲이 丙에게 손해를 배상하면 甲은 乙에게 구상할 수 있다.
- ② 乙이 법인을 실질적으로 운영하면서 사실상 대표하여 사무를 집행하였다더라도 대표자로 등기되지 않았다면 「민법」 제35조에서 정한 ‘대표자’에 해당하지 않는다.
- ③ 甲의 불법행위책임은 그가 乙의 선임·감독에 주의를 다하였음을 이유로 면책되지 않는다.
- ④ 乙의 행위가 외형상 대표자의 직무행위로 인정되는 경우라면 그것이 乙 개인의 이익만을 도모하기 위한 것이라도 직무에 관한 행위에 해당한다.
- ⑤ 乙이 청산인인 경우에도 甲의 불법행위책임이 성립할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 대표기관이 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가하여 법인으로 하여금 배상책임을 지게 하는 것은 선량한 관리자의 주의의무(제61조)를 다한 것이라 할 수 없다. 따라서 법인의 불법행위가 성립하여 피해자에게 손해배상을 한 법인은 대표기관에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제65조 참조).

② (X): 「민법」 제35조 제1항에서의 ‘법인의 대표자’에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석함이 상당하다. 그리고 이러한 법리는 비법인사단에도 마찬가지로 적용된다(대판 2011.4.28. 2008다15438).

③ (O): 법인의 불법행위책임 (제35조 제1항)에는 사용자책임(제756조)과는 달리 법인의 면책규정이 없다. 따라서 법인이 대표기관의 선임·감독에 과실이 없음을 증명하더라도 그 책임을 면하지 못한다.

④ (O): 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 직무에 관한 것이라는 의미는 행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면, 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다(대판 2004.2.27. 2003다15280).

⑤ (O): 법인의 불법행위가 성립하려면 대표기관의 행위가 있어야 하는데, 그 대표기관에는 이사(제59조) 이외에도 직무대행자(제52조의2, 제60조의2), 임시이사(제63조), 특별대리인(제64조), 청산인(제82조, 제83조) 등이 있다.

【문 07】 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 행정사>

- ① 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.
- ② 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ③ 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.
- ④ 재단법인의 존립시기는 정관의 필요적 기재사항이다.
- ⑤ 재단법인의 설립자가 그 명칭만 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다(제32조).

② (O): 「민법」 제33조.

③ (O): 「민법」 제34조.

④ (X): 재단법인의 설립자는 일정한 재산을 출연하고 목적, 명칭, 사무소의 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 규정을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다(제43조). ⇒ 재단법인에 있어서는 사단법인과 달리 사원자격의 득실에 관한 규정과 존립시기나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유가 필요적 기재사항이 아니라 임의적 기재사항이다.

⑤ (O): 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(제44조).

【문 08】 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 관리할 수 있는 자연력은 동산이다.
- ② 분묘에 안치되어 있는 선조의 유골은 그 제사주재자에게 승계된다.
- ③ 금전은 동산이다.
- ④ 주물을 점유에 의하여 시효 취득하여도 종물을 점유하지 않았다면 그 효력은 종물에 미치지 않는다.



⑤ 권리의 과실(果實)은 「민법」상 과실(果實)이다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 「민법」에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말하고(제98조), 부동산 이외의 물건은 동산이다(제99조 제2항). 따라서 전기 기타 관리할 수 있는 자연력은 동산이다.

② (O) : 사람의 유체·유골은 매장·관리·제사·공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서, 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체·유골은 「민법」 제1008조의3 소정의 제사용 재산인 분묘와 함께 그 제사주제자에게 승계되고, 피상속인 자신의 유체·유골 역시 위 제사용 재산에 준하여 그 제사주제자에게 승계된다(대판 전합 2008.11.20. 2007다27670).

③ (O) : 금전은 동산의 일종이다. 그러나 일정액의 가치를 나타내는 것으로서 개성이 없으므로 동산에 관한 규정 중 금전에 적용되지 않는 것이 많다.

④ (O) : 유치권·질권은 유치적 효력에 의해 점유를 하여야 인정되는 담보물권이므로, 주물을 점유하고 있더라도 종물을 점유하고 있지 않는 한 유치권·질권의 효력이 종물에는 미치지 않는다. 마찬가지로 주물을 시효 취득하였다고 하여 점유하지 않고 있는 종물까지 시효 취득한 것으로 볼 수는 없다.

⑤ (X) : 주식의 배당금, 특허권의 사용료 등은 물건이 아니라 권리의 과실(사용대가)이므로 과실이 아니다.

【문 09】 반사회적 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 행정사>

- ① 형사사건의 변호사 성공보수약정은 반사회적 법률행위이다.
- ② 아버지 소유의 부동산이 이미 제3자에게 매도되어 제3자로부터 등기독촉을 받고 있는 사정을 잘 알고 있는 아들이 그 아버지로부터 그 부동산을 증여받은 경우, 그 증여는 반사회적 법률행위이다.
- ③ 살인을 포기할 것을 조건으로 한 증여는 반사회적 법률행위가 아니다.
- ④ 부부간에 어떠한 일이 있어도 이혼하지 않겠다는 합의는 반사회적 법률행위이다.
- ⑤ 수사기관에서 참고인으로 허위 진술하는 대가로 돈을 받기로 한 약정은 반사회적 법률행위이다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 형사사건에 관하여 의뢰인과 변호사 사이의 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 참조).

② (O) : 아들이 그 부(父)가 부(父) 소유의 부동산을 원고에게 매도하여 원고로부터 등기독촉을 받고 있는 사정을 잘 알면서 그로부터 이를 증여받음으로써 그 부(父)의 배임행위에 적극 가담하였다면, 위 수증행위는 반사회적 법률행위로서 무효라고 할 것이다(대판 1982.2.9. 81다1134).

③ (X) : 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제1항). 즉 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8. 2005마541).

④ (O) : 어떠한 일이 있어도 이혼하지 아니하겠다는 각서를 써 주었다 하더라도 그와 같은 의사표시는 신분행위의 의사결정을 구속하는 것으로서 공서양속에 위배하여 무효이다(대판 1969.8.19. 69므18).

⑤ (O) : 수사기관에서 참고인으로 진술하면서 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 허위의 진술을 하는 경우에 그 허위 진술행위가 범죄행위를 구성하지 않는다고 하여도 이러한 행위 자체는 국가사회의 일반적인 도덕관념이나 국가사회의 공공질서이익에 반하는 행위라고 볼 것이니, 그 급부의 상당성 여부를 판단할 필요 없이 허위 진술의 대가로 작성된 각서에 기한 급부의 약정은 「민법」 제103조 소정의 반사회적 질서행위로 무효이다(대판 2001.4.24. 2000다71999).

【문 10】 甲이 乙에게 X 부동산을 허위표시로 매도하고 이전등기를 해 주었다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 甲은 乙을 상대로 매매대금의 지급을 청구할 수 없다.
- ② 甲은 乙을 상대로 X 부동산의 반환을 구할 수 있다.
- ③ 만약 乙과 X 부동산에 대해 저당권설정계약을 체결하고 저당권설정등기를 한 丙이 허위표시에 대해 선의인 경우, 甲은 그 저당권등기의 말소를 구할 수 없다.
- ④ 만약 乙 명의로 등기된 X 부동산을 가압류한 丙이 허위표시에 대해 선의이지만 과실이 있는 경우, 甲은 丙에 대하여 가압류의 무효를 주장할 수 없다.
- ⑤ 만약 X 부동산이 乙로부터 丙, 丙으로부터 丁에게 차례로 매도되어 각기 그 명의로 이전등기까지 된 경우, 허위표시에 대해 丙이 악의이면 丁이 선의이더라도 甲은 丁 명의 이전등기의 말소를 구할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ①(O): 통정허위표시로 무효인 **법률행위**는 그 법률행위가 성립한 당초부터 당연히 효력이 발생하지 않는 것이다(대판 2003.3.28. 2002다72125). 따라서 해당 법률행위에 따른 권리와 의무가 발생하지 않는다.

②(O): 통정허위표시는 당사자사이에서는 언제나 무효이므로 이행을 하고 있지 않으면 이행할 필요가 없고, 허위표시 그 자체는 「민법」 제746조 소정의 ‘불법의 원인’에 해당하지 아니하므로 이미 이행한 후이면 그 반환을 청구할 수 있다.

③(O): **가장매매의 매수인으로부터 선의로 저당권·지상권·임차권 등을 설정받은 자는 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺었으므로 「민법」 제108조 제2항에 의해 보호되는 제3자에 해당한다.**

④(O): 「**민법」 제108조 제2항의 제3자**는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28. 2003다70041).

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

【문 11】 착오에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있으면 취소할 수 있는 것이 원칙이다.
- ② 1심판결에서 패소한 자가 항소심판결 선고 전에 패소를 예상하고 법률행위를 하였으나 이후 항소심에서 승소판결이 선고된 경우 착오를 이유로 그 법률행위를 취소할 수 있다.
- ③ 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 발생하였으나 상대방이 표의자의 착오를 알고 이용한 경우 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 착오한 표의자의 중대한 과실 유무에 관한 증명책임은 의사표시를 취소하게 하지 않으려는 상대방에게 있다.
- ⑤ 착오자의 착오로 인한 취소로 상대방이 손해를 입게 되더라도, 착오자는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다.

□정답□ ②

[해설] ①(O): 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(제109조 제1항).

②(X): 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있다고 하려면 법률행위를 할 당시에 실제로 없는 사실을 있는 사실로 잘못 깨닫거나 아니면 실제로 있는 사실을 없는 것으로 잘못 생각하듯이 표의자의 인식과 그 대조사실과가 어긋나는 경우라야 하므로, 1심에서 불법행위의 책임이 있는 것으로 패소한 당사자가 상급심에서도 같은 결과일 것으로 **예견하고 피해자와 합의를 하였다면** 그 후 상급심에서 승소하였다 하더라도 이는 예견이 빚나간 것으로 연유의 착오에 불과

할 뿐 법률행위의 중요부분에 착오가 있었다고 볼 수는 없다(대판 1972.3.28. 71다2193).

③ (O): 「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).

④ (O): 착오에 중대한 과실이 있는지 여부에 대한 증명책임은 표의자로 하여금 그 의사표시의 취소를 하지 못하게 하여 그 법률행위의 효력을 인정하려는 상대방이 부담한다.

⑤ (O): 「민법」 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 표의자가 과실로 인하여 착오에 빠져 의사표시를 하였다 하더라도 그 착오를 이유로 계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다(대판 1997.8.22. 97다13023). ⇨ 불법행위책임(x)

【문 12】 사기에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 행정사>

- ① 상대방이 기망하였으나 표의자가 기망되지 않고 의사표시를 하였다면 기망을 이유로 그 의사표시를 취소할 수 없다.
- ② 제3자가 행한 사기로 계약을 체결한 경우 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 계약을 취소할 수 있다.
- ③ 상대방의 대리인이 사기를 행하여 계약을 체결한 경우 그 대리인은 ‘제3자에 의한 사기’에서의 ‘제3자’에 해당되지 않는다.
- ④ 상대방이 사용자책임을 져야 할 관계에 있는 피용자가 사기를 행하여 계약을 체결한 경우 그 피용자는 ‘제3자에 의한 사기’에서의 ‘제3자’에 해당한다.
- ⑤ ‘제3자에 의한 사기’로 계약을 체결한 피기망자는 그 계약을 취소하지 않은 상태에서 그 제3자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 없다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 사기에 의한 의사표시가 성립하여 취소할 수 있으려면 (1) 사기자의 고의, (2) 기망행위, (3) 위법성, (4) 기망행위·착오·의사표시 간의 인과관계라는 4가지 요건을 갖추어야 한다. 따라서 상대방이 기망하였으나 표의자가 기망되지 않고 의사표시를 하였다면 인과관계를 인정할 수 없으므로 사기에 의한 의사표시가 성립할 수 없다.

② (O): 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다(제110조 제2항).

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 사기나 강박을 당한 자는 선의·무과실이라 하더라도 취소할 수 있다(제110조 제1항).

④ (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).

⑤ (X): 제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 상대방과 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).



【문 13】 대리행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 미성년자 甲의 법정대리인 乙이 제3자 丙의 이익만을 위한 대리행위를 하고 그 사정을 상대방 丁이 알고 있었다면, 그 대리행위는 甲에게 효과가 없다.
- ② 매매위임장을 제시하고 매매계약을 체결하면서 계약서에 대리인의 성명만 기재하는 경우, 특단의 사정이 없는 한 그 계약은 본인에게 효력이 없다.
- ③ 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정에 관하여 대리인의 부지(不知)를 주장할 수 있다.
- ④ 하나의 물건에 대해 본인과 대리인이 각각 계약을 체결한 경우, 대리인이 체결한 계약은 무효이다.
- ⑤ 본인은 임의대리인이 제한능력자라는 이유로 대리행위를 취소할 수 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (O): 대리인이 대리권을 남용한 경우에도 대리의사는 있는 것이므로 그 행위는 대리행위로 유효하게 성립한다. 다만 대리인의 대리행위가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 「민법」 제107조 제1항 단서의 유추해석상 본인은 아무런 책임을 지지 않는다(대판 2011.12.22. 2011다64669).

② (X): 매매위임장을 제시하고 매매계약을 체결하는 자는 특단의 사정이 없는 한 소유자를 대리하여 매매행위를 하는 것이라고 보아야 하고, 매매계약서에 대리관계의 표시 없이 그 자신의 이름을 기재하였다고 해서 그것만으로도 그 자신이 매도인으로서 타인 물건을 매매한 것이라고 볼 수는 없다(대판 1982.5.25. 81다1349).

③ (X): 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다(제116조 제2항).

④ (X): 대리인이 있다고 해서 본인이 법률행위를 할 수 없게 되는 것은 아니므로, 하나의 물건에 대해 본인과 대리인이 각각 계약을 체결한 경우, 일단 두 계약이 모두 유효하다.

⑤ (X): 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다(제117조). 따라서 대리인이 제한능력자임을 이유로 미성년자 자신이나 그의 법정대리인은 물론이고 대리권을 수여한 본인도 대리행위를 취소할 수가 없다.

【문 14】 임의대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 권한을 정하지 아니한 대리인은 대리의 목적물에 대해 모든 개량행위를 할 수 있다.
- ② 대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 수령대리권을 포함하는 것이 원칙이다.
- ③ 수권행위는 묵시적인 의사표시로 할 수 있다.
- ④ 대리권의 존속 중 원인된 법률관계가 종료하기 전에는 본인은 수권행위를 철회할 수 있다.
- ⑤ 대리인에 대한 성년후건의 개시는 대리권의 소멸사유이다.

□정답□ ①

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

② (O): 일반적으로 말하면 수권행위의 통상의 내용으로서의 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른바 수령대리권을 포함하는 것으로 보아야 한다(대판 2015.12.23. 2013다81019).

③ (O): 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있다(대판 2016.5.26. 2016다203315).

- ④ (O) : 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.
- ⑤ (O) : (1) 본인의 사망, (2) 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산은 임의대리권과 법정대리권의 공통된 소멸사유이다(제127조).

【문 15】 미성년자 甲의 법정대리인 乙이 복대리인 丙을 선임한 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 행정사>

- ① 乙은 항상 복임권이 있다.
- ② 丙도 법정대리인의 지위를 가진다.
- ③ 乙이 부득이한 사유로 丙을 선임한 경우라면 甲에 대하여 그 선임·감독에 관한 책임이 있다.
- ④ 乙이 사망한 경우 丙의 복대리인의 지위는 원칙적으로 소멸한다.
- ⑤ 丙은 자신이 수행한 법률행위의 목적물을 乙에게 인도할 의무가 있다.

□정답□ ②

- [해설] ① (O), ③ (O) : **법정대리인**은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다. 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 본인에게 대하여 그 선임·감독에 관한 책임이 있다(제122조). ⇨ 법정대리인의 무제한적 복임권, 무과실책임의 원칙 + 예외적 책임경감
- ② (X) : **복대리인**은 임의대리인이 선임한 경우는 물론 법정대리인이 선임한 경우에도 언제나 본인의 임의대리인이다.
- ④ (O) : 복대리권은 그 범위나 존립에 있어서 대리권에 의존한다. 따라서 복대리권은 대리권의 범위를 초과할 수 없으며, **대리권이 소멸하면 복대리권도 소멸한다.**
- ⑤ (O) : 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리·의무가 있다(제123조 제2항). 따라서 **복대리인이 수행한 법률행위의 목적물이 있으면 본인(본인이 미성년자이므로 법정대리인)에게 인도할 의무가 있다.**

【문 16】 대리에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? <2021년 행정사>

- ㄱ. 계약의 무권대리에 대한 추인은 다른 의사표시가 없으면 추인한 때부터 그 효력이 생긴다.
- ㄴ. 무권대리의 상대방이 상당한 추인기간을 설정한 경우, 그 기간 내에 본인이 확답을 발하지 않은 때에는 추인한 것으로 본다.
- ㄷ. 대리인이 수인인 경우 각자가 본인을 대리하는 것이 원칙이다.
- ㄹ. 채무의 이행의 경우 본인의 허락이 없어도 쌍방대리는 유효하다.

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄴ, ㄹ
- ⑤ ㄷ, ㄹ

□정답□ ⑤

- [해설] ㄱ. (X) : **무권대리행위의 추인**은 다른 의사표시가 없을 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다(제133조).
- ㄴ. (X) : 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 **‘상대방’**(⇨선의·악의 불문)은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조).
- ㄷ. (O) : **대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다.** 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그

리하지 아니하다(제119조)

르. (O): 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다(제124조).

【문 17】 권한을 넘은 표현대리(「민법」 제126조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 권한을 넘은 대리행위와 기본대리권이 반드시 동종의 것이어야 하는 것은 아니다.
- ② 대리인이 사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권한을 넘은 표현대리는 성립할 수 없다.
- ③ 권한을 넘은 표현대리에 관한 규정에서의 제3자에는 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자 외에 전득자도 포함된다.
- ④ 권한을 넘은 표현대리에 있어서 정당한 이유의 유무는 대리행위 당시를 기준으로 하여 판단한다.
- ⑤ 복임권이 없는 대리인이 선임한 복대리인의 대리권도 권한을 넘은 표현대리에서의 기본대리권이 될 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제126조의 표현대리 범리가 적용될 권한을 넘은 행위는 그 대리인이 가지고 있는 진실한 대리권(기본대리권)과 동종이거나 유사한 종류일 필요는 없다(대판 1963.8.31. 63다326).

② (O): 「민법」 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 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).

③ (X): 권한을 넘은 표현대리에 관한 「민법」 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이다(대판 2002.12.10. 2001다58443).

④ (O): 권한을 넘은 표현대리에 있어서 정당한 이유의 유무는 대리행위 당시를 기준으로 하여 관정하여야 하고 매매계약 성립 이후의 사정은 고려할 것이 아니다(대판 1997.6.27. 97다3828 ; 대판 2013.4.26. 2012다99617).

⑤ (O): 대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 「민법」 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결문제는 생기지 않는다(대판 1998.3.27. 97다48982).

【문 18】 계약에 대한 무권대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)<2021년 행정사>

- ① 범죄가 되는 무권대리행위에 대하여 장기간 형사고소를 하지 아니하였다는 사실만으로 묵시적인 추인이 있었다고 볼 수 있다.
- ② 본인이 추인을 거절하더라도 상대방은 철회권을 행사할 수 있다.
- ③ 본인이 무권대리행위의 일부에 대해 추인을 한 경우, 그에 대하여 상대방의 동의를 얻으면 유효하다.
- ④ 본인이 무권대리인에게 한 추인의 의사표시는 항상 효력이 없다.
- ⑤ 무권대리인의 계약상대방에 대한 책임(「민법」 제135조 제1항)은 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실

이 있어야 인정된다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 무권대리행위에 대한 추인은 무권대리행위로 인한 효과를 자기에게 귀속시키려는 의사표시이니만큼 무권대리행위에 대한 추인이 있었다고 하려면 그러한 의사가 표시되었다고 볼 만한 사유가 있어야 하고, 무권대리행위가 범죄가 되는 경우에 대하여 그 사실을 알고도 장기간 형사고소를 하지 아니하였다 하더라도 그 사실만으로 묵시적인 추인이 있었다고 할 수는 없다(대판 1998.2.10. 97다31113).

② (X): 무권대리행위에 대한 본인의 추인거절은 본인이 추인의 의사가 없음을 적극적으로 표시하여 무권대리행위를 확정적으로 무효로 만드는 것이다. 추인거절의 효과는 법률에 의하여 정하여지는 것이므로 의사의 통지에 해당한다. 따라서 본인의 추인거절이 있으면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되고, 이제 본인은 다시 추인할 수 없게 되고 상대방도 최고권 및 철회권을 행사할 수 없게 된다.

③ (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 단독행위로서 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).

④ (X): 「민법」 제132조(추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.)는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로, 상대방은 그때까지 「민법」 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

⑤ (X): 「민법」 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니다(대판 2014.2.27. 2013다213038).

【문 19】 무권대리와 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 행정사>

- ① 유권대리에 관한 주장 속에는 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다.
- ② 표현대리가 성립하는 경우, 상대방에게 과실이 있어도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.
- ③ 대리행위가 강행법규 위반으로 무효인 경우 표현대리 법리가 적용되지 않는다.
- ④ 상대방은 계약 당시에 대리인에게 대리권이 없음을 안 때에는 계약을 철회할 수 없다.
- ⑤ 제한능력자인 무권대리인은 「민법」 제135조 제1항에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 표현대리가 성립한다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실, 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다(대판 전합 1983.12.13. 83다카1489).

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): 계약 체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이더라도 표현대리의 법리가 적용될 여지는 없다(대판 2016.5.12. 2013다49381).

④ (O): 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 ‘본인이나 그 대리인’에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다(제134조).

⑤ (X): 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 '상대방'의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 **제한능력자일 때에는 위 책임을 지지 않는다**(제135조).

【문 20】 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 법률행위의 일부분이 무효이면 그 일부분만 무효로 되는 것이 원칙이다.
- ② 의사무능력을 이유로 법률행위가 무효인 경우 의사무능력자는 이익의 현존 여부를 불문하고 받은 이익 전부를 반환하여야 한다.
- ③ 무효인 법률행위에 대해 당사자가 무효임을 알고 추인하면 그 법률행위는 소급하여 유효하게 되는 것이 원칙이다.
- ④ 불공정한 법률행위로서 무효인 경우 그 무효인 법률행위는 추인에 의하여 유효로 될 수 없다.
- ⑤ 반사회적 법률행위로서 무효인 경우 그 무효로 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X): 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 **법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다**(제137조).

② (X): 제한능력자의 책임을 제한하는 「민법」 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 「민법」 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, **의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이다**(대판 2009.1.15. 2008다58367).

③ (X): 무효인 법률행위는 당사자가 무효임을 알고 추인할 경우 새로운 법률행위를 한 것으로 간주할 뿐이고 **소급효가 없는 것이다**(대판 1992.5.12. 91다26546).

④ (O): 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 **추인이나 법정추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다**(대판 1994.6.24. 94다10900).

⑤ (X): 반사회적 **법률행위**는 절대적 무효이므로(제103조 참조), 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다(대판 2008.3.27. 2007다82875).

【문 21】 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 제한능력자도 단독으로 취소권을 행사할 수 있다.
- ② 법률행위의 취소로 무효가 된 그 법률행위는 무효행위의 추인의 법리에 따라 추인할 수 없다.
- ③ 근로계약이 취소된 경우 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계는 소급하여 효력을 잃지 않는다.
- ④ 취소권자가 추인할 수 있는 후에 이익을 보류한 상태에서 취소할 수 있는 계약을 이행한 때에는 법정추인이 되지 않는다.
- ⑤ 계약이 해제된 후에도 해제의 상대방은 해제로 인한 불이익을 면하기 위하여 취소권을 행사하여 계약 전체를 무효로 돌릴 수 있다.

□정답□ ②



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

② (X): 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 **취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상** 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고, 다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있다(대판 1997.12.12. 95다38240).

③ (O): 근로계약은 기본적으로 그 법적 성질이 사법상 계약이므로 계약 체결에 관한 당사자들의 의사표시에 무효 또는 취소의 사유가 있으면 상대방은 이를 이유로 근로계약의 무효 또는 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과의 발생을 부정하거나 소멸시킬 수 있다. 다만 그와 같이 근로계약의 무효 또는 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다(대판 2017.12.22. 2013다25194).

④ (O): 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 취소권자가 추인할 수 있는 후에 (1) 전부나 일부의 이행, (2) 이행의 청구, (3) 경계, (4) 담보의 제공, (5) 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도, (6) 강제집행이 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다(제145조).

⑤ (O): 매도인이 매수인의 중도금지급채무 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서 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).

**【문 22】** 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 계약 기간의 기산점을 오는 7월 1일부터 기산하여 주(週)로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다.
- ② 기간을 시(時)로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다.
- ③ 기간을 월(月)로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다.
- ④ 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.
- ⑤ 정년이 60세라 함은 만 60세에 도달하는 날을 말하는 것이라고 보는 것이 상당하다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다(제157조). 따라서 ‘오는’이라는 표현에서 알 수 있듯이 7월 1일은 장래의 날로서 기간이 오전 0시부터 시작하는 경우이다.

② (O): 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다(제156조).

③ (O): 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다(제160조 제3항).

④ (O): 「민법」 제161조.

⑤ (O): 정년이 60세라 함은 만 60세에 도달하는 날을 말하는 것이지만, 만 60세가 만료하는 날을 의미하지는 않는다(대판 1973.6.12. 71다2669).

**【문 23】** 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 시효기간 만료로 인한 권리의 소멸은 시효의 이익을 받은 자가 시효 완성의 항변을 하지 않으면 그 의사에 반하여 재판할 수 없다.

- ② 시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 사람에 한정된다.
- ③ 시효가 완성된 채권의 시효 이익을 채무자가 포기하면 포기한 때로부터 그 채권의 시효가 새로 진행된다.
- ④ 시효는 법률행위에 의하여 이를 배제하거나 경감할 수 없다.
- ⑤ 시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 소멸시효기간 만료에 인한 권리 소멸에 관한 것은 소멸시효의 이익을 받은 자가 소멸시효 완성의 항변을 하지 않으면 그 의사에 반하여 재판할 수 없다(대판 1980.1.29. 79다1863; 대판 1979.2.13. 78다2157). ⇒ 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다(대판 2017.3.22. 2016다258124)

② (O) : 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 사람에 한정된다(대판 2007.11.29. 2007다54849; 대판 2021.2.25. 2016다232597).

③ (O) : 채무자가 소멸시효 완성 후에 채권자에 대하여 채무 일부를 변제함으로써 시효의 이익을 포기한 경우에는 그 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다(대판 2013.5.23. 2013다12464).

④ (X) : 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나, 이를 단축 또는 경감할 수 있다(제184조 제2항).

⑤ (O) : 「민법」 제167조.

【문 24】 소멸시효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 채권 및 소유권 이외의 재산권은 10년간 행사하지 아니하면 시효가 완성한다.
- ② 점유권은 시효에 걸리지 아니한다.
- ③ 시효는 권리 행사에 법률상의 장애사유가 없는 때로부터 진행된다.
- ④ 정지조건부 권리는 조건이 성취된 때부터 시효가 진행된다.
- ⑤ 부작위를 목적으로 하는 채권의 시효는 위반행위를 한 때로부터 진행된다.

□정답□ ①

[해설] ① (X) : 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제162조 제2항).

② (O) : 점유권은 일정한 사실상태가 있으면 언제나 인정되고, 그 사실상태가 소멸하면 당연히 소멸하는 권리가므로 소멸시효의 문제가 생길 여지가 없다.

③ (O) : 「민법」 제166조 제1항은 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다.”고 규정하고 있는바, 여기서 ‘권리를 행사할 수 있는 때’라 함은 권리를 행사함에 있어 이행기의 미도래, 정지조건부 권리에 있어서의 조건 미성취와 같은 법률상의 장애가 없는 경우를 말하는 것이다(대판 2006.12.7. 2005다21029; 대판 2009.11.12. 2008다41451).

④ (O) : 정지조건부 권리의 경우에는 조건 미성취의 동안은 권리를 행사할 수 없어 소멸시효가 진행되지 않는다(대판 2009.12.24. 2007다64556). 따라서 정지조건부 권리는 그 조건이 성취되어야 권리 행사가 가능하므로, 조건이 성취된 때부터 소멸시효가 진행된다.

⑤ (O) : 「민법」 제166조 제2항.

【문 25】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 행정사>

- ① 채무자가 제기한 소에 대하여 채권자가 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들

- 여진 경우 재판상의 청구가 될 수 있다.
- ② 시효 완성 전에 한 채무의 일부 변제는 특별한 사정이 없는 한 시효 중단사유가 될 수 있다.
- ③ 현존하지 않는 장래의 채권을 시효 진행이 개시되기 전에 미리 승인하는 것도 허용된다.
- ④ 임의출석의 경우에 화해가 성립되지 아니한 때에는 1월 내에 소를 제기하지 아니하면 시효 중단의 효력이 없다.
- ⑤ 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 사이에만 효력이 있는 것이 원칙이다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효 중단사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구는, 권리가 시효를 주장하는 자를 상대로 소로써 권리를 주장하는 경우뿐 아니라, 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 포함한다(대판 2019.3.14. 2018두56435).

② (O): 시효 완성 전에 채무의 일부를 변제한 경우에는, 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한 채무승인으로서의 효력이 있어 시효 중단의 효과가 발생한다(대판 1996.1.23. 95다39854 ; 대판 2009.2.12. 2008두20109). 즉 채무의 일부를 변제하는 경우에는 채무 전부에 관하여 시효 중단의 효력이 발생한다(대판 2014.5.16. 2012다20604).

③ (X): 소멸시효의 중단사유로서의 승인은 시효 이익을 받을 당사자인 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 것이므로 이는 소멸시효의 진행이 개시된 이후에만 가능하고 그 이전에 승인을 하더라도 시효가 중단되지는 않는다고 할 것이고, 또한 현존하지 아니하는 장래의 채권을 미리 승인하는 것은 채무자가 그 권리의 존재를 인식하고서 한 것이라고 볼 수 없어 허용되지 않는다고 할 것이다(대판 2001.11.9. 2001다52568).

④ (O): 화해를 위한 소환은 상대방이 출석하지 아니하거나 화해가 성립되지 아니한 때에는 1월 내에 소를 제기하지 아니하면 시효 중단의 효력이 없다. 임의출석의 경우에 화해가 성립되지 아니한 때에도 그러하다(제173조).

⑤ (O): 「민법」 제169조.