

민법 박성렬

21년 세무사  
민법총칙  
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

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



## 2021년 세무사 민법총칙 기출/해설

- 박성렬 교수

【문 01】 신의성실의 원칙(신의칙) 및 권리남용에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 이유로 이를 취소하는 것은 신의칙에 위배되지 않는다.
- ② 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사는 신의칙의 지배를 받지 않는다.
- ③ 신의칙은 당사자의 주장이 없으면 법원이 직권으로 판단할 수 없다.
- ④ 권리의 행사에 의하여 얻는 이익보다 상대방에게 발생할 손해가 현저히 크다는 사정만으로도 권리남용이 된다.
- ⑤ 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 때에 법원이 신의칙에 따라 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용된다.

□정답□ ①

[해설] ①(O): 미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정인데, 위 규정에 반하여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다면, 이는 오히려 위 규정에 의해 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 미성년자제도의 입법취지를 몰각시킬 우려가 있으므로, 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 사유로 들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다(대판 2007.11.16. 2005다71659).

②(X): 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 「민법」의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙의 지배를 받는 것이다(대판 2016.9.30. 2016다218713 ; 대판 2017.2.15. 2014다230535).

③(X): 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1995.12.22. 94다42129 ; 대판 1998.8.21. 97다37821).

④(X): 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 경우이어야 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).

⑤(X): 유효하게 성립한 계약상의 책임을 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 사적자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로, 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 때에 법원이 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다(대판 2016.12.1. 2016다240543).

【문 02】 「민법」상 법인의 설립에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 세무사>

- ① 사단법인의 설립행위는 요식행위이다.
- ② 사단법인 정관의 법적 성질은 자치법규이다.
- ③ 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 유증에 관한 규정을 준용한다.
- ④ 재단법인의 발기인은 법인설립 허가를 받기 위한 준비행위로서 재산의 증여를 받을 수 있다.
- ⑤ 유언으로 부동산을 출연하여 재단법인을 설립하는 경우 제3자에 대한 관계에서는 등기를 마쳐야 출연부동산의 소유권이 법인에 귀속된다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 사단법인의 **설립행위**는 서면으로 정관을 작성하여야 하는 **요식행위**이다(제40조 참조).

② (O): 사단법인의 **정관**은 이를 작성한 사원뿐만 아니라 그 후에 가입한 사원이나 사단법인의 기관 등도 구속하는 점에 비추어 보면, 그 법적 성질은 **계약이 아니라 자치법규**로 보는 것이 타당하다(대판 2000.11.24. 99다12437).

③ (X): 「민법」 제47조(증여, 유증에 관한 규정의 준용) ① **생전처분**으로 재단법인을 설립하는 때에는 **증여에 관한 규정을 준용**한다. ② **유언**으로 재단법인을 설립하는 때에는 **유증에 관한 규정을 준용**한다.

④ (O): 재단법인의 **발기인**은 법인설립의 허가를 받기 위한 준비행위로 **재산의 증여를 받을 수 있고**, 이러한 법률행위의 효과는 그 법인이 법인격을 취득함과 동시에 당연히 이를 계승한다(대판 1973.2.28. 72다2344).

⑤ (O): 유언으로 재단법인을 설립하는 경우에도 **제3자에 대한 관계에서는 출연재산이 부동산인 경우는 그 법인에의 귀속에는 법인의 설립 외에 등기를 필요로 하는 것이므로** 재단법인이 그와 같은 등기를 마치지 아니하였다면 유언자의 상속인의 한 사람으로부터 부동산의 지분을 취득하여 이전등기를 마친 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대판 1993.9.14. 93다8054).

【문 03】 미성년자의 행위능력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 세무사>

- ① 혼인한 미성년자에게는 「민사소송법」상의 소송능력이 인정된다.
- ② 만 18세의 미성년자는 단독으로 유효한 유언을 할 수 있다.
- ③ 미성년자 자신의 노무제공에 따른 임금의 청구는 미성년자가 독자적으로 할 수 있다.
- ④ 미성년자는 법정대리인의 동의 없이 타인의 대리인으로서 법률행위를 할 수 있다.
- ⑤ 법정대리인이 미성년자에게 영업을 허락한 경우 법정대리인은 이를 취소할 수 있고 이로써 선의의 제3자에게 대항할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 간주되므로(제826조의2), 혼인한 미성년자는 단독으로 독립하여 법률행위를 할 수 있다. 따라서 「민사소송법」 제55조 제1항 제1호에 의해 **소송능력이 인정**된다.

※ 「민사소송법」 제55조(제한능력자의 소송능력) ① 미성년자 또는 피성년후견인은 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있다. 다만, (1) **미성년자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우**, (2) 피성년후견인이 「민법」 제10조 제2항에 따라 취소할 수 없는 법률행위를 할 수 있는 경우에는 **그러하지 아니하다**. ② 피한정후견인은 한정후견인의 동의가 필요한 행위에 관하여는 대리권 있는 한정후견인에 의해서만 소송행위를 할 수 있다.

② (O): 만 17세에 달하지 못한 자는 유언을 하지 못한다(제1061조). 따라서 **만 17세 이상의 미성년자**는 법정대리인의 동의 없이도 **단독으로 유효한 유언을 할 수 있다**.

③ (O): 미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다(근로기준법 제68조). 따라서 **임금의 청구**에 관해서는 **법정대리인의 동의를 얻을 필요가 없다**.

④ (O): **대리인**은 **행위능력자임을 요하지 않는다**(제117조). 따라서 미성년자라도 법정대리인의 동의 없이 단독으로 대리행위를 할 수 있다.

⑤ (X): 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다. 법정대리인은 그 허락을 취소 또는 **제한**할 수 있으나, **선의의 제3자에게 대항하지 못한다**(제8조).

【문 04】 청산인의 직무권한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 세무사>

- ① 청산인은 변제기에 이르지 아니한 채권을 변제할 수 있다.
- ② 청산인은 청산법인의 대표기관이다.

- ③ 청산인은 취임한 날로부터 2월 내에 3회 이상의 공고로 채권자에 대하여 2월 이상의 기간 내에 그 채권을 신고할 것을 최고하여야 한다.
- ④ 청산인이 알고 있는 채권자에 대해 각각 그 채권신고를 최고하였으나 채권신고가 없는 경우 청산인은 알고 있는 채권자를 청산에서 제외할 수 있다.
- ⑤ 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제외하고 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 없으면 이사가 청산인이 된다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 채무의 변제는 청산인의 직무에 속하고(제87조 제1항 제2호), 청산 중의 법인은 변제기에 이르지 아니한 채권에 대하여도 변제할 수 있다(제91조 제1항).

② (O): 청산인은 청산법인의 능력의 범위 내에서 내부의 사무를 집행하고, 외부에 대하여 청산법인을 대표한다(제87조 제2항).

③ (O): 「민법」 제88조(채권신고의 공고) ① 청산인은 취임한 날로부터 2월 내에 3회 이상의 공고로 채권자에 대하여 일정한 기간 내에 그 채권을 신고할 것을 최고하여야 한다. 그 기간은 2월 이상이어야 한다. ② 전항의 공고에는 채권자가 기간 내에 신고하지 아니하면 청산으로부터 제외될 것을 표시하여야 한다.

④ (X): 「민법」 제89조(채권신고의 최고) 청산인이 알고 있는 채권자에게 대하여는 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다. 알고 있는 채권자는 청산으로부터 제외하지 못한다.

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

【문 05】 실종선고에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 강가에서 낚시를 하고 있던 자의 생사가 1년간 분명하지 않은 경우에 이해관계인은 실종선고를 청구할 수 있다.
- ② 가족관계등록부상 이미 사망한 것으로 기재되어 있는 자에 대해서는 그 사망기재의 추정력을 뒤집을 수 있는 자료가 없는 한 실종선고를 할 수 없다.
- ③ 실종선고는 실종자의 종래 주소 또는 거소를 중심으로 하는 사법적·공법적 법률관계를 종료시킨다.
- ④ 실종자가 실종기간의 기산점 이후에 생존했음을 이유로 실종선고가 취소된 경우에는 다시 실종선고를 청구할 수 없다.
- ⑤ 실종선고가 취소되면 실종선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자는 악의인 경우라도 발생한 손해를 배상할 필요가 없다.

□정답□ ②

[해설] ① (X): 강가에서 낚시를 하고 있던 자의 생사불명은 전생실종, 선박실종, 항공기실종, 위난실종 중 어디에도 해당하지 않으므로 1년간이 아니라 5년간의 보통실종기간의 적용을 받는다(제27조 제1항).

② (O): 호적(현 가족관계등록부)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 (X): 실종선고는 실종자의 ‘종래의 주소 또는 거소를 중심으로 하는 사법적 법률관계’만을 종료시킨다. 따라서 공법상의 선거권·피선거권의 유무나 실종자의 또는 실종자에 대한 범죄의 성부 등은 실종선고와는 관계없이 결정된다.

④ (X): 실종선고가 취소되면 처음부터 실종선고가 없었던 것과 마찬가지로 효과가 생긴다. 즉 실종선고로 생긴 법률관계는 소급적으로 무효가 된다. 구체적으로 (1) 실종자의 생존을 이유로 취소된 경우에는 그의 가족관계와 재산관계는 선고 전의 상태로 회복하게 되고, (2) 선고에 의한 사망시기와 다른 시기에 사망하였음을 이유로 취소된 경우에는 그 시기를 표준으로 하여 다시 사망에 기한 법률관계가 확정되고, (3) 실종기간의 기산점 이후에 생존했음을 이유로 취소된

경우에는 일단 선고 전의 상태로 회복하고 만일에 이해관계인이 원하면 다시 새로운 실종선고를 청구하여야 하는 것이 된다.

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 06】 부재자의 재산관리인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 세무사>

- ① 부재자가 재산관리인을 정하지 않은 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의해 재산관리에 필요한 처분을 명해야 한다.
- ② 부재자의 부재 중에 재산관리인의 권한이 소멸한 때 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의해 부재자의 실종선고를 해야 한다.
- ③ 법원은 그 선임한 재산관리인에게 재산의 관리 및 반환에 관해 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.
- ④ 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 않은 때는 법원은 이해관계인의 청구에 의해 재산관리인을 개입할 수 있다.
- ⑤ 법원은 그 선임한 재산관리인에 대해 부재자의 재산으로 보수를 지급할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O), ② (X): 「민법」 제22조(부재자의 재산의 관리) ① 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다. 본인의 부재 중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다.

③ (O): 「민법」 제26조 제1항.

④ (O): 「민법」 제23조(관리인의 개입) 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개입할 수 있다.

⑤ (O): 「민법」 제26조 제2항.

【문 07】 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 전기 기타 관리할 수 있는 자연력은 물건이다.
- ② 원칙적으로 주물의 소유자와 종물의 소유자는 동일인이어야 한다.
- ③ 명인방법을 갖춘 수목은 독립하여 거래의 객체가 되지 못한다.
- ④ 당사자는 특약으로 주물과 따로 종물만을 처분할 수 있다.
- ⑤ 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지하는 관계에 있는 건물은 종물에 해당한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다(제98조).

② (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). 즉 종물이 되기 위해서는 원칙적으로 주물과 소유자가 동일하여야 한다.

③ (X): 「입목에 관한 법률」에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목은 독립하여 거래의 객체가 된다(대결 1998.10.28. 98마1817). 즉 「입목에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 수목의 경우에는 관습법상의 명인방법이라는 공시방법을 갖추므로써 토지와는 분리된 독립한 부동산으로 취급된다(대판 1974.6.11. 74다542 등).

④ (O): 종물은 주물의 처분에 수반된다는 「민법」 제100조 제2항은 임의규정이므로, 당사자는 주물을 처분할 때에 특약

으로 종물을 제외할 수 있고 종물만을 별도로 처분할 수도 있다(대판 2012.1.26. 2009다76546).

⑤ (O): 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주된 건물의 경제적 효용을 보조하기 위하여 계속적으로 이바지 되어야 하는 관계가 있어야 한다(대판 1988.2.23. 87다카600).

**【문 08】 원물과 과실에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>**

- ① 천연과실에는 유기물과 인공적·무기적으로 수취되는 물건도 포함된다.
- ② 전세권자는 천연과실의 수취권자가 될 수 있다.
- ③ 주식배당금은 법정과실이다.
- ④ 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가라는 「민법」상 과실이 아니다.
- ⑤ 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 천연과실은 물건의 용법에 의하여 수취하는 산출물을 말한다(제101조 제1항). 여기서 ‘물건의 용법에 의하여’란 원칙적으로 원물의 경제적 용도·사명에 따라 수취되는 물건을 의미하고, ‘산출물’이란 자연적·유기적으로 생산되는 물건(예컨대 과수의 열매·가축의 새끼 등)에 한하지 않으며, 인공적·무기적으로 수취되는 물건(예컨대 광물·석재·토사 등)도 포함한다.

② (O): 과실의 수취권자는 원물의 소유자(제211조)인 것이 보통이다. 그러나 **지상권자(제279조), 전세권자(제303조), 사용차주(제609조), 임차인(제618조)** 등과 같은 원물에 대한 수취권자도 과실을 수취할 수 있다.

③ (X): 법정과실이란 ‘물건의 사용대가’로 받는 금전 기타의 물건(예컨대 집세·지료·차임 등)을 한다(제101조 제2항). 따라서 **주식의 배당금·특허권의 사용료** 등은 물건이 아니라 권리의 사용대가(과실)이므로 법정과실이 아니다.

④ (O): 「자연공원법」 제26조 및 제33조의 규정 내용과 입법 목적을 종합하여 보면, 국립공원의 입장료는 토지의 사용대가라는 「민법」상 과실이 아니라 수익자부담의 원칙에 따라 국립공원의 유지·관리비용의 일부를 국립공원 입장객에게 부담시키고자 하는 것이어서 토지의 소유권이나 그에 기한 과실수취권과는 아무런 관련이 없다(대판 2001.12.28. 2000다27749).

⑤ (O): 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속하고, **법정과실**은 수취할 권리의 존속기간 일수의 비율로 취득한다(제102조).

**【문 09】 제한능력자제도에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2021년 세무사>**

- ① 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.
- ② 가정법원은 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려해야 한다.
- ③ 제한능력자의 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 제한능력자에 대해 이를 거절할 수 있다.
- ④ 피특정후견인의 행위능력은 특정후견심판에서 정해진 특정후견의 사무 범위 내로 제한된다.
- ⑤ 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (O), ② (O): 가정법원은 성년후견개시 또는 **한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다**(제9조 제2항, 제12조 제2항). 그러나 **특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다**(제14조의2 제2항).

③ (O): **제한능력자의 단독행위**는 추인이 있을 때까지 **상대방이 거절할 수 있고, 이 거절의 의사표시**는 제한능력자에 **게도 할 수 있다**(제16조 제2항, 제3항).

④ (X): **피특정후견인**은 법원에 의해 선임된 특정후견인의 일시적 후원을 받거나 특정한 사무에 관한 후원을 받을 뿐,

특정후견인의 동의 없이도 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있다(제14조의2 참조). 따라서 특정후견인이 선임되었다고 하여 피특정후견인의 행위능력이 제한되는 것은 아니다.

⑤ (O): 「민법」 제10조 제2항.

【문 10】 재단법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 설립자가 정관에 그 변경방법을 정한 때는 그 방법에 따라 정관을 변경할 수 있다.
- ② 재단법인의 재산의 보전을 위하여 적당한 때에는 사무소의 소재지를 변경할 수 있다.
- ③ 재단법인의 기본재산에 새로운 재산을 편입하는 행위는 주무장관의 허가가 필요하다.
- ④ 재단법인의 설립자가 이사 임면의 방법을 정하지 않고 사망한 때는 이해관계인 또는 감사의 청구에 의해 법원이 이를 정한다.
- ⑤ 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때 이사는 주무관청의 허가 없이 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O), ② (O): 「민법」 제45조(재단법인의 정관변경) ① 재단법인의 정관은 그 변경방법을 정관에 정한 때에 한하여 변경할 수 있다. ② 재단법인의 목적 달성 또는 그 재산의 보전을 위하여 적당한 때에는 전항의 규정에 불구하고 명칭 또는 사무소의 소재지를 변경할 수 있다.

③ (O): 재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무장관의 허가를 받아야 하고, 따라서 기존의 기본재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무장관의 허가가 있어야 유효하다(대판 1991.5.28. 90다8558).

④ (O): 「민법」 제44조(재단법인의 정관의 보충) 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 감사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

⑤ (X): 「민법」 제46조(재단법인의 목적 기타의 변경) 재단법인의 목적을 달성할 수 없는 때에는 설립자나 이사는 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 그 목적 기타 정관의 규정을 변경할 수 있다.

【문 11】 「민법」상 법인의 해산 및 청산에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않는 경우 청산법인에 관한 「민법」 규정이 유추적용된다.
- ② 법인의 목적 달성이 불가능한 경우에는 설립허가가 취소된 경우에 한하여 법인은 해산할 수 있다.
- ③ 청산사무가 종료되지 않았더라도 청산종결등기가 마쳐지면 청산법인은 소멸한다.
- ④ 청산 중에 법인의 채무초과상태가 분명하게 되어 청산인이 파산선고를 신청하면, 그 즉시 청산인의 임무는 종료된다.
- ⑤ 정관으로 이사 전원의 의결에 의하여 잔여재산을 처분하도록 하였으나 이를 등기하지 않은 경우, 그 정관을 위반한 잔여재산처분은 상대방이 이에 대해 선의라면 특별한 사정이 없는 한 유효하다.

□정답□ ①

[해설] ① (O): 사단법인에 있어서 사원이 없게 되는 것이 해산사유이다(제77조 제2항). 그런데 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 「민법」 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외한 규정들을 유추적용하여야 할 것이므로 비법인사단인 교회의 교인이 존재하지 않게 된 경우 그 교회는 해산하여 청산절차에 들어가서 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 된다(대판 2003.11.14. 2001다32687).

② (X): 법인은 존립기간의 만료, 법인의 목적의 달성 또는 달성의 불능 기타 정관에 정한 해산사유의 발생, 파산 또는 설립허가의 취소로 해산한다(제77조 제1항). 즉 법인의 목적 달성 불능과 설립허가의 취소는 각각 독립적 해산사유이다.

③ (X): 법인에 대한 청산종결등기가 경료되었다고 하더라도 청산사무가 종결되지 않는 한 그 범위 내에서는 청산법인으로서 존속한다(대판 2003.2.11. 99다66427).

④ (X): 「민법」 제93조(청산 중의 파산) ① 청산 중 법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 청산인은 지체 없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다. ② 청산인은 파산관재인에게 그 사무를 인계함으로써 그 임무가 종료한다.

⑤ (X): 「민법」 제80조 제1항과 제2항의 각 규정 내용을 대비하여 보면, 법인해산 시 잔여재산의 귀속권리자를 직접 지정하지 아니하고 사원총회나 이사회에 따라 이를 정하도록 하는 등 간접적으로 그 귀속권리자의 지정방법을 정해 놓은 정관규정도 유효하며, 또한 위와 같은 「민법」상의 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치지 때문에 이른바 강행규정이라고 해석되므로 이에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특단의 사정이 없는 한 무효라고 보아야 할 것이다. 그리고 이사 전원의 의결에 의하여 잔여재산을 처분하도록 한 정관규정은 성질상 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 청산인의 대표권에 관한 제한이라고 볼 수 없다(대판 1995.2.10. 94다13473).

【문 12】 「민법」상 법인의 사원총회에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 세무사>

- ① 사원총회의 결의로 사단법인을 해산할 수 없도록 한 정관은 유효하다.
- ② 사원이 대리인에 의하여 사원총회의 결의권을 행사하는 경우에는 출석한 것으로 보지 않는다.
- ③ 사단법인의 이사는 매년 2회 이상 통상총회를 소집하여야 한다.
- ④ 사단법인과 어느 사원과의 관계 사항을 의결하는 경우에도 그 사원에게 사원총회에서의 결의권이 인정된다.
- ⑤ 정관에 따라서 사원의 지위를 양수한 자는 사원총회에서의 결의권을 가진다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X): 사단법인은 총회의 결의로도 해산하는데(제77조 제2항), 정관에 다른 규정이 없는 한 총의원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못한다(제78조). 그러나 이 임의해산은 사원총회의 전권사항이므로 총회의 해산 결의권을 박탈하는 정관의 규정은 무효이다.

② (X): 정관에 다른 규정이 없는 한 사원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있고(제73조 제2항, 제3항), 이 경우에는 당해 사원은 출석한 것으로 한다(제75조 제2항).

③ (X): 사단법인의 이사는 매년 1회 이상 통상총회를 소집하여야 한다(제69조).

④ (X): 사단법인과 어느 사원과의 관계 사항을 의결하는 경우에는 그 사원은 결의권이 없다(제74조).

⑤ (O): “사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다.”고 한 「민법」 제56조의 규정은 강행규정은 아니라고 할 것이므로, 정관에 의하여 이를 인정하고 있을 때에는 양도·상속이 허용된다(대판 1992.4.14. 91다26850).

【문 13】 A 비법인사단은 대표자 甲을 두고 있으며, A의 구성원들은 집합체로서 X 부동산을 소유하고 있다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① A의 구성원들은 X를 공유한다.
- ② A 명의로도 X에 대한 등기를 할 수 있다.
- ③ A는 민사소송에서 당사자가 될 수 있다.
- ④ 甲이 그 직무에 관하여 제3자에게 불법행위를 한 경우에 A는 제3자에게 손해배상책임을 부담한다.



- ⑤ 甲이 정관에서 정한 대표권 제한을 위반하여 제3자와 거래행위를 한 경우에 제3자가 선의·무과실이더라도 그 거래행위는 무효이다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다(제275조 제1항).

② (O): 종중, 문중, 그밖에 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여는 그 사단이나 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 하고, 그 등기는 그 사단이나 재단의 명의로 그 대표자나 관리인이 신청한다(부동산등기법 제26조).

③ (O): 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다(민사소송법 제52조).

④ (O): 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 「민법」 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(대판 2008.1.18. 2005다34711).

⑤ (X): 비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 「민법」 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래상대방이 그와 같은 대표권 제한사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면(즉 선의·무과실이려면) 그 거래행위는 유효하다(대판 2003.7.22. 2002다64780; 대판 2008.10.23. 2006다2476).

【문 14】 甲은 乙에게 1억 원을 대여하였고, 丙은 乙의 甲에 대한 채무를 담보하기 위하여 자기 소유 X 부동산 위에 甲 명의의 저당권을 설정하였다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ㄱ. 丙이 제기한 대여금채무부존재확인 소송에서 甲이 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우에 甲의 乙에 대한 채권의 시효가 중단된다.
- ㄴ. 甲이 X에 대한 압류를 한 후 이러한 사실을 乙에게 통지하면, 乙에 대한 시효 중단의 효력이 발생한다.
- ㄷ. 甲의 乙에 대한 채권의 시효가 완성된 경우에 丙은 甲에게 소멸시효를 주장할 수 있다.

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

□정답□ ④

[해설] ㄱ. (X): 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 말소등기절차 이행청구소송에서 채권자 겸 지당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 「민법」 제168조 제1호 소정의 ‘청구’에 해당하지 아니한다고 할 것이다(대판 2004.1.16. 2003다30890).

ㄴ. (O): 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효 중단의 효력이 없다(제176조). ⇨ 물상보증인에 대한 임의경매의 신청은 피담보채권의 만족을 위한 강력한 권리 실행수단으로서, 채무자 본인에 대한 압류와 대비하여 소멸시효의 중단사유로서 차이를 인정할 만한 실질적인 이유가 없기 때문에, 중단행위의 당사자나 그 승계인 이외의 시효의 이익을 받는 채무자에게도 시효 중단의 효력이 미치도록 하되, 다만 채무자가 시효의 중단으로 인하여 예측하지 못한 불이익을 입게 되는 것을 막아주기 위하여 채무자에게 압류사실이 통지되어야만 시효 중단의 효력이 미치게 함으로써, 채권자와 채무자 간에 이익을 조화시키려는 것이, 「민법」 제

169조에 규정된 시효 중단의 상대적 효력에 대한 예외를 인정한 「민법」 제176조의 취지라고 해석된다(대판 1990.1.12. 89다카4946).

ㄷ. (O): 담보물권이 설정된 후에 그 목적부동산의 소유권을 취득한 제3취득자나 **물상보증인**은 피담보채권의 소멸시효를 주장(원용)할 수 있는 지위에 있다(대판 2007.1.11. 2006다33364; 대판 2004.1.16. 2003다30890).

【문 15】 기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 다가오는 2월 16일부터 5일간이라고 한 경우에 기산점은 2월 17일이 된다.
- ② 원칙적으로 정년이 60세라 함은 만 61세에 도달하는 날의 전날을 의미한다.
- ③ 1월 29일 정오에 오늘부터 1개월이라고 한 경우와 1월 31일 정오에 오늘부터 1개월이라고 한 경우, 양자는 같은 시점에 기간이 만료된다.
- ④ 5월 16일 정오에 오늘부터 6일간이라고 한 경우에 5월 17일이 공휴일이면, 그 기산점은 5월 18일이 된다.
- ⑤ 기간의 말일이 토요일인 경우에는 그 익일인 일요일에 기간이 만료된다.

□정답□ ③

[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 ‘다가오는’이라는 표현에서 알 수 있듯이 2월 16일은 장래의 날로서 기간이 오전 0시부터 시작하는 경우이다.

② (X): 정년이 60세라 함은 만 60세에 도달하는 날을 말하는 것이지, 만 60세가 만료하는 날을 의미하지는 않는다(대판 1973.6.12. 71다2669).

③ (O): 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니하는 것이 원칙이고(제157조 본문), 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니한 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당한 날의 전날로 기간이 만료되(제160조 제2항), 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다(제160조 제3항). 따라서 각각의 기산일은 1월 30일과 2월 1일이나, 만료일은 모두 2월 말일이다.

④ (X), ⑤ (X): 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일(즉 월요일)로 만료한다(제161조). 이 「민법」 제161조는 기간 기산의 초일에는 적용이 없다(대판 1982.2.23. 81누204). 따라서 기간의 기산일이 공휴일이라 하더라도 기간은 그 날부터 기산한다.

【문 16】 「민법」상 A 법인의 이사 甲의 불법행위로 乙에게 손해가 발생하였다. A의 불법행위(「민법」 제35조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① A의 불법행위가 인정되는 경우에 甲은 면책되지 않는다.
- ② A의 불법행위책임이 인정되는 경우에 A는 「민법」 제756조의 사용자책임을 부담하지 않는다.
- ③ 甲의 불법행위가 외형상 대표기관의 직무행위라고 볼 수 있다면, 乙이 그 행위가 직무에 관한 행위가 아님을 안 경우에도 A의 불법행위는 인정된다.
- ④ 甲에게 대표권이 없다면 A의 불법행위는 인정되지 않는다.
- ⑤ 甲이 A의 목적 범위 외의 행위를 한 경우라면 A의 불법행위는 인정되지 않는다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조 제1항).

② (O): 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. 따라

서 법인의 대표이사가 법인의 대표자로서 그 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에는 법인이 「민법」 제35조 제1항에 의한 손해배상책임을 지게 되는 것이고, 사용자책임을 규정한 「민법」 제756조 제1항이 적용된다고 할 수 없다(대판 2009.11.26. 2009다57033).

③ (X) : 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).

④ (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).

⑤ (O) : 법인의 목적 범위의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에는 법인의 불법행위는 인정되지 않는다. 그런데 「민법」은 피해자를 보호하기 위해 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상책임을 지도록 규정하고 있다(제35조 제2항).

**【문 17】 소멸시효의 기산점에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

<2021년 세무사>

- ① 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다.
- ② 정지조건부 권리는 조건이 성취되지 않는 한 시효가 진행되지 않는다.
- ③ 신축 중인 건물에 관한 소유권이전등기청구권은 건물이 완공되지 않는 한 시효가 진행되지 않는다.
- ④ 주택임대차 종료 후 임차인이 보증금을 반환받기 위해 임차목적물을 적법하게 점유하고 있는 경우에 보증금반환채권의 시효는 진행된다.
- ⑤ 법원은 특별한 사정이 없는 한 당사자가 주장한 기산일을 기준으로 시효 완성 여부를 판단해야 한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 「민법」 제166조 제2항.

② (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 진행한다.

③ (O) : 건물에 관한 소유권이전등기청구권이 있어서 그 목적물인 건물이 완공되지 아니하여 이를 행사할 수 없었다는 사유는 법률상의 장애사유에 해당하므로, 매매계약 당시 매매목적부동산인 주택이 신축 중이었다면 그 부동산에 관한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 빨라도 그 주택이 완공됨으로써 그 권리를 행사할 수 없는 법률상의 장애사유가 소멸된 때로부터 진행하게 된다(대판 2007.8.23. 2007다28024).

④ (X) : 소멸시효제도의 존재이유와 취지, 임대차기간이 끝난 후 보증금반환채권에 관계되는 당사자 사이의 이익형량, 「주택임대차보호법」 제4조 제2항의 입법취지 등을 종합하면, 「주택임대차보호법」에 따른 임대차에서 그 기간이 끝난 후 임차인이 보증금을 반환받기 위해 목적물을 점유하고 있는 경우 보증금반환채권에 대한 소멸시효는 진행하지 않는다고 보아야 한다(대판 2020.7.9. 2016다244224, 244231).

⑤ (O) : 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다(대판 2009.12.24. 2009다60244).

**【문 18】 소멸시효 완성에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>**

- ① 가압류의 피보전채권에 관하여 승소판결이 확정되면 가압류에 의한 시효 중단 효력은 소멸하므로 그 채권은 확정판결 후 10년이 경과하면 시효로 소멸한다.
- ② 저당권부 채권의 채무자가 그 채권의 시효 완성 후에 시효 이익을 포기한 경우에 그 포기는 저당부동산의 제3취득자에게는 효력이 미치지 않는다.
- ③ 시효가 완성되기 전에 한 시효 이익의 포기는 무효이다.
- ④ 채무자가 시효 이익을 포기하면 그때부터 새로이 소멸시효가 진행된다.
- ⑤ 시효 완성의 효력은 그 기산일로 소급하여 생긴다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 「민법」 제168조에서 가압류와 재판상의 청구를 별도의 시효 중단사유로 규정하고 있는데 비추어 보면, 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효 중단 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다(대판 2000.4.25. 2000다11102).

② (O): 채무자가 소멸시효 완성 후 채무를 승인하였다면 시효 완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 추정할 수 있을 것이나, 그 시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하므로 저당부동산의 제3취득자에게는 효력이 없다 할 것이다(대판 2010.3.11. 2009다100098).

③ (O): “소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다.”고 한 「민법」 제184조 제1항의 규정은 강행규정이므로 이에 위반하는 것은 무효이다.

④ (O): 채무자가 소멸시효 완성 후에 채권자에 대하여 채무 일부를 변제함으로써 시효의 이익을 포기한 경우에는 그 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다(대판 2013.5.23. 2013다12464).

⑤ (O): 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다(제167조).

【문 19】 제척기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 제척기간은 소멸시효와 같이 중단이 인정된다.
- ② 형성권 이외에 청구권도 제척기간의 경과에 의해 소멸할 수 있다.
- ③ 변론주의의 원칙상 제척기간에 따른 권리 소멸은 당사자가 주장하여야 한다.
- ④ 특별한 사정이 없는 한 제척기간이 규정되어 있는 권리는 재판 외에서 행사할 수 없고 재판상 행사해야 한다.
- ⑤ 제척기간이 규정되어 있는 권리는 제척기간이 경과하더라도 당사자의 원용이 있어야 소멸한다.

□정답□ ②

[해설] ① (X): 소멸시효는 중단이 인정되나(제168조 이하), 제척기간에 있어서는 소멸시효와 같이 기간의 중단이 있을 수 없다(대판 2003.1.10. 2000다26425; 대판 2004.7.22. 2004두2509).

② (O): 제척기간은 대부분 형성권에 적용된다. 그러나 점유물반환청구권과 점유물방해제거청구권(대판 2002.4.26. 2001다8097), 매도인(수급인)에게 하자담보책임을 추궁하는 매수인(도급인)의 손해배상청구권(대판 1985.11.12. 84다카2344; 대판 2000.6.9. 2000다15371) 등과 같이 청구권도 제척기간의 적용을 받는 경우가 있다.

③ (X): 제척기간이 도과하였는지 여부는 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다(대판 2019.7.25. 2019다227817; 대판 2019.6.13. 2019다205947). <→> 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단 대상이 된다(대판 2017.3.22. 2016다258124).

④ (X): 제척기간은 원칙적으로 재판상 또는 재판 외의 권리 행사기간이고, 재판상 청구를 위한 출소기간은 아니다(대판 1985.11.12. 84다카2344; 대판 2000.6.9. 2000다15371 등). 따라서 채권자취소권(제406조)·혼인취소권(제816조)과 같이 재판상 청구를 요하는 경우에는 제척기간 내에 소를 제기하여야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 제척기간 내에 소를 제기하는 방법으로 권리를 재판상 행사하여야만 되는 것은 아니고, 재판 외에서 의사표시를 하는 방법으로도 권리를 행

사할 수 있다(대판 1993.7.27. 92다52795).

⑤ (X): **제척기간**은 권리자로 하여금 해당 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정시키는 데에 그 제도의 취지가 있는 것으로서, **제척기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 가져온다**(대판 전합 2016.10.19. 2014다46648).

**【문 20】 「민법」상 법인의 대표에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

<2021년 세무사>

- ① 임시이사는 법인의 대표기관이다.
- ② 법인의 대표기관은 정관에 정한 목적을 수행하는데 있어 간접으로 필요한 행위를 할 수 있다.
- ③ 법인의 대표기관의 행위가 대표권 남용인 것을 상대방이 안 경우에 법인은 상대방에 대해 계약상 책임을 지지 않는다.
- ④ 재단법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 대해서는 특별대리인이 선임되기 전까지 그 이사에 대해 대표권이 있다.
- ⑤ 이사가 여럿 있는 경우에 정관에 다른 특별한 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로서 결정한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다(제63조). 이 **임시이사**는 특별대리인과 마찬가지로 **법인의 대표기관**이다.

② (O): 법인의 권리능력은 법인의 설립근거가 된 법률과 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 **‘목적 범위 내의 행위’**라 함은 법률이나 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는데 있어 직접·간접으로 필요한 행위는 모두 포함된다고 할 것이다(대판 2013.11.28. 2010다91831; 대판 2009.12.10. 2009다63236).

③ (O): 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 **대표이사가 법인의 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도** 일단 법인의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다(대판 2004.3.26. 2003다34045; 대판 2008.5.15. 2007다23807).

④ (X): **법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에** 관하여는 이사는 대표권이 없고, 이 경우에 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 **특별대리인**을 선임하여야 한다(제64조). 이 특별대리인은 **법인의 대표기관**이라는 점에서 이사가 선임한 대리인과 다르다.

⑤ (O): 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 **법인의 사무집행**은 이사의 과반수로서 결정한다(제58조 제2항).

**【문 21】 「민법」상 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>**

- ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 경우 대리행위가 유효하게 성립한다.
- ② 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 경우에는 상대방이 대리행위임을 알 수 있었더라도 본인에게 그 효력이 미치지 않는다.
- ③ 채권양도인이 양수인에게 채권양도 통지 권한을 위임하지 않았다면 상대방이 그 양수인에 의한 통지가 양도인을 위한 것임을 알았더라도 그 통지는 양도인에게 효력이 미치지 않는다.
- ④ 수동대리의 경우 상대방은 본인에 대한 의사표시임을 표시하여야 본인에게 그 효력이 미친다.

- ⑤ 대리인이 매매위임장을 제시하고 매매계약을 체결하면서 매매계약서에 자신의 이름을 기재한 경우 특별한 사정이 없는 한 대리행위로서 계약을 체결한 것이다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항).

② (X): 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제115조, 제114조 제1항).

③ (O): 채권의 양수인이 양도인으로부터 채권양도 통지 권한을 위임받아 대리인으로서 그 통지를 함에 있어서 그 통지가 본인인 채권의 양도인을 위한 것임을 표시하지 아니한 경우라도 채권양도 통지를 둘러싼 여러 사정에 비추어 양수인이 대리인으로서 통지한 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 「민법」 제115조 단서의 규정에 의하여 유효하게 되나, 이는 채권의 양수인이 양도인으로부터 채권양도 통지 권한을 위임받아 그에 대한 대리권을 가지고 있을 을 전제로 하는 것이다. 따라서 채권의 양도인이 양수인에게 채권양도 통지 권한을 위임하지 않은 경우, 양수인에 의한 채권양도 통지는 「민법」 제115조 단서에 의해 유효하게 될 수 없다고 할 것이다(대판 2008.2.14. 2007다77569).

④ (O): 수동대리에 있어서는 상대방의 현명이 있어야, 즉 상대방이 대리인에게 본인에 대한 의사표시임을 표시하여야 본인에게 효력이 생긴다(제114조 제2항).

⑤ (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).

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

- ① 미성년자인 대리인은 제한능력자임을 이유로 본인과의 위임계약을 취소할 수 없다.
- ② 대리행위에 있어서 대리권의 존부에 관한 증명책임은 대리행위의 효과를 주장하는 상대방에게 있다.
- ③ 부동산 입찰절차에서 동일 물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 본인의 허락이 없는 한 그 대리인이 한 입찰은 무효이다.
- ④ 대리인이 사기나 강박을 당한 경우 본인은 그 대리행위를 취소할 수 있다.
- ⑤ 어떤 사람이 대리인인 것처럼 행위하는 것을 본인이 이의 없이 방임하였다는 사실로부터 대리권수여를 추단할 수도 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다(제117조). 따라서 대리행위는 대리인의 제한능력을 이유로 제한능력자 자신이나 그의 법정대리인은 물론이고 대리권을 수여한 본인도 취소할 수 없다. 그러나 본인과 대리인 사이의 기초적 내부관계는 「민법」 제117조와 관계없이 제한능력제도의 일반법리에 따른다. 따라서 기초적 내부관계인 위임계약은 대리인의 제한능력을 이유로 취소할 수 있다.

② (O): 대리인에게 대리권이 있다는 점은 대리행위가 유효하다고 주장하는 자, 즉 대리행위에 의하여 권리를 취득하고자 하는 상대방에게 증명책임이 있다. <→> 대리행위인 매매계약 등으로 인해 상대방으로 부동산의 소유권이전등기가 마쳐진 경우에는 등기의 추정력에 의해 본인이 대리권이 없다는 점을 증명할 책임이 있다(대판 2009.9.24. 2009다37831).

③ (O): 「민법」 제124조는 “대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다.”고 규정하고 있으므로 부동산 입찰절차에서 동일 물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 된 경우에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다(대결 2004.2.13. 2003마44).

④ (O): 의사표시의 효력이 의사의 흠결(비진의표시, 허위표시, 착오), 사기·강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로

알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다(제116조 제1항). 따라서 대리행위의 상대방에 의하여 대리인이 사기나 강박을 당했을 경우, 본인은 대리인을 기준으로 사기나 강박을 판단하여 그 의사표시를 취소할 수 있다. ⇨ 대리인이 사기나 강박을 당하지 않은 이상, 본인이 사기나 강박을 당했다더라도 본인은 대리행위를 취소할 수 없다.

⑤ (O): 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있으며, 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대판 2016.5.26. 2016다203315).

【문 23】 甲은 자신 소유 X 아파트의 임대에 관하여 乙에게 대리권을 수여하였고, 乙은 X를 丙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ㄱ. X에 대한 매매행위가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에는 표현대리가 성립하지 않는다.
- ㄴ. 乙이 자신이 甲인 것처럼 기망하여 甲의 명의로 丙과 매매계약을 체결한 경우 원칙적으로 표현대리가 성립한다.
- ㄷ. 乙이 복임권 없이 복대리인을 선임하여 丙과의 매매계약을 체결하게 한 경우에도 권한을 넘은 표현대리의 기본대리권이 존재한다.

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

□정답□ ③

[해설] ㄱ. (O): 계약체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이더라도 「민법」 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리 법리가 적용될 여지는 없다(대판 2016.5.12. 2013다49381).

ㄴ. (X): 「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).

ㄷ. (O): 대리인이 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 있다(대판 1998.3.27. 97다48982).

【문 24】 무권대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (표현대리는 성립하지 않았고, 다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 상대방이 무권대리인과 체결한 계약을 유효하게 철회한 경우 본인은 그 계약을 추인할 수 있다.
- ② 본인의 상속인이 부동산 매도에 관하여 본인의 승낙을 얻었다는 무권대리인의 말을 믿고 소유권이전에 필요한 인감증명서를 교부하였다면, 그 무권대리행위가 추인된다.
- ③ 상대방의 동의 없이 의사표시 일부에 대해 추인하는 것은 유효하다.
- ④ 무권대리행위로 인한 권리·법률관계의 승계인은 추인의 상대방이 되지 않는다.
- ⑤ 상대방이 계약 당시에 대리인에게 대리권 없음을 안 때에는 철회할 수 없다.

□정답□ ⑤

[해설] ①(X): 「민법」 제134조에서 정한 상대방의 철회권은, 무권대리행위가 본인의 추인에 따라 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서, 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다. 이 경우 상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장·입증책임은 철회의 효과를 다투는 본인에게 있다(대판 2017.6.29. 2017다213838).

②(X): 무권대리행위는 그 효력이 불확정상태에 있다가 본인의 추인 유무에 따라 본인에 대한 효력 발생 여부가 결정되는 것인바, 그 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위라 할 것이다. 그런데 토지의 매도에 관하여 본인의 승낙을 얻어 매매계약을 체결하였다는 무권대리인의 말을 믿고 본인의 상속인이 소유권이전에 필요한 인감증명서를 교부한 경우, 과연 권한 없이 대리하여 매매계약을 체결하였다는 사실을 알고서 그 행위의 효과를 자신에게 귀속시키려는 의사표시로서 한 것인지 의문의 여지가 있으므로 무권대리행위에 대한 추인을 인정하는 것으로 보기 어렵다(대판 1995.11.14. 95다28090).

③(X): 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관한 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): 무권대리행위의 추인에 특별한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적인 방법만 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있고, 그 추인은 무권대리인, 무권대리행위의 직접의 상대방 및 그 무권대리행위로 인한 권리 또는 법률관계의 승계에 대하여도 할 수 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

⑤(O): 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다(제134조).

【문 25】 甲은 대리권 없이 乙 소유의 부동산을 丙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (표현대리는 성립하지 않았고, 다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 丙은 甲에게 대리권 없음을 안 경우에는 乙에게 추인 여부의 확답을 최고할 수 없다.
- ② 甲이 미성년자인 경우에는 丙에게 계약의 이행 또는 손해를 배상할 책임이 없다.
- ③ 乙이 사망하여 甲이 乙을 단독상속한 경우, 甲이 소유자로서 무권대리를 이유로 매매계약의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 반한다.
- ④ 乙이 甲으로부터 매매대금 일부를 수령한 경우 특별한 사정이 없는 한 매매계약의 추인으로 볼 수 있다.
- ⑤ 乙의 추인의 의사표시는 원칙적으로 丙에게 하지 않으면 丙에게 대항하지 못한다.

□정답□ ①

[해설] ①(X): 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 ‘상대방’은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 받지 아니한 때에는 추인을 거절할 것으로 본다(제131조). ⇒ 상대방은 신의·약의를 불문하고 최고할 수 있다.

②(O): 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 위의 책임이 없다(제135조).

③(O): 대리권 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 상속한 후 소유자의 지위에서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기말소 등을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의칙상 허용될 수 없다(대판 1994.9.27. 94다20617). ⇒ 무권대리인이 본인을 상속한 경우 무권대리행위는 당연히 유효로 되고 본인으로서의 지위에서 추인을 거절할 수 없다.

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 (O): 무권대리행위에 대한 **추인의 의사표시**는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다(제132조). ⇨ 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못하고, 상대방은 그때까지 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

【문 26】 조건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 조건부 권리는 특별한 사정이 없는 한 그 조건이 성취되기 전이라도 처분할 수 있다.
- ② 법률행위에 불법조건이 붙은 경우에는 그 조건뿐 아니라 법률행위도 무효이다.
- ③ 다른 의사표시가 없는 한 조건 성취의 효과는 조건이 성취한 때부터 발생한다.
- ④ 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 무효로 하고 정지 조건이면 조건 없는 법률행위로 한다.
- ⑤ 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): **조건의 성취가 미정한 권리의무**는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다(제149조).

② (O): 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).

③ (O): 정지조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생기고, 해제조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다(제147조 제1항, 제2항). 즉 조건 성취의 효력은 소급효를 갖지 않는다. 그러나 **당사자가 조건 성취의 효력을 그 성취 전에 소급하게 할 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다**(제147조 제3항).

④ (X): 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우(즉 불능조건인 경우)에는 그 조건이 **해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다**(제151조 제3항).

⑤ (O): 「민법」 제151조 제2항.

【문 27】 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 상대방에게 과실이 있더라도 과실상계를 적용하여 본인의 계약상 책임을 경감할 수 없다.
- ② 유권대리의 주장에 표현대리의 주장이 당연히 포함되는 것은 아니다.
- ③ 대리권수여의 표시에 의해 표현대리가 성립한 경우에 본인과 대리행위를 한 자사이의 법률관계의 성질이나 그 효력은 고려하지 않는다.
- ④ 상대방의 과실을 판단할 때 표현대리인의 주관적 사정은 고려하지 않는다.
- ⑤ 타인 간의 거래에서 세무회계상 필요로 자신의 납세번호증을 이용하도록 허락한 사실만으로 그 거래에 관하여 대리권수여의 표시가 있다고 본다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (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).

- ② (O): 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 (O): 「민법」 제125조가 규정하는 대리권수여의 표시에 의한 표현대리는 본인과 대리행위를 한 자사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 관계없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에 성립한다(대판 2007.8.23. 2007다23425).
- ④ (O): 표현대리에 있어서 표현대리인이 대리권을 갖고 있다고 믿는 데 상대방의 과실이 있는지 여부는 계약 성립 당시의 제반 사정을 객관적으로 판단하여 결정하여야 하고 표현대리인의 주관적 사정을 고려하여서는 안 된다(대판 1989.4.11. 88다카13219).
- ⑤ (X): 타인 간의 거래에 있어 단지 세무회계상의 필요로 자기의 납세번호증을 이용하게 한 사실만으로서 그 거래에 관한 대리권을 수여하였음을 표시하였거나 또는 자기의 명의(상호)를 대여하였다고 보기 어렵다(대판 1978.6.27. 78다864).

【문 28】 기한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 기한은 법률행위 효력의 발생 및 소멸을 장래 발생할 것이 확실한 사실에 의존시키는 법률행위의 부관이다.
- ② 장래 반드시 실현되는 사실이면 그 실현시기가 비록 확정되지 않더라도 기한이다.
- ③ 부관에 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 않은 것이 확정된 때에도 채무를 이행해야 한다고 보는 것이 합리적인 경우에 그 사실은 정지조건으로 보아야 한다.
- ④ 기한부 권리는 특별한 사정이 없는 한 담보로 할 수 있다.
- ⑤ 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 조건이란 법률행위의 효력의 발생·소멸을 장래의 ‘불확실’한 사실의 성부에 의존케 하는 법률행위의 부관을 말하고, 기한이란 법률행위의 당사자가 그 효력의 발생·소멸을 장래에 발생하는 것이 ‘확실’한 사실에 의존시키는 법률행위의 부관을 말한다.

② (O): 조건은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 성부에 의존하게 하는 법률행위의 부관이다. 반면 장래의 사실이더라도 그것이 장래 반드시 실현되는 사실이면 실현되는 시기가 비록 확정되지 않더라도 이는 기한으로 보아야 한다(대판 2018.6.28. 2018다201702).

③ (X): 법률행위에 붙은 부관이 조건인지 기한인지가 명확하지 않은 경우 법률행위의 해석을 통해서 이를 결정해야 한다. 부관에 표시된 사실이 발생하지 않으면 채무를 이행하지 않아도 된다고 보는 것이 합리적인(타당한) 경우에는 조건으로 보아야 한다. 그러나 부관에 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 않은 것이 확정된 때에도 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 합리적인(타당한) 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정 기한으로 정한 것으로 보아야 한다(대판 2018.6.28. 2018다201702; 대판 2020.12.24. 2019다293098).

④ (O): 기한의 도래가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다(제154조, 제149조).

⑤ (O): 「민법」 제153조 제1항.

【문 29】 「민법」상 대리권의 범위와 제한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 본인이 허락하면 본인으로부터 부동산 매매의 대리권을 수여받은 대리인이 스스로 그 부동산의 매수인이

되더라도 그 거래행위는 유효하다.

- ② 권한을 정하지 않은 임의대리인은 보존행위를 할 수 있다.
- ③ 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 수령대리권을 포함한다.
- ④ 새로운 이해관계를 창설하지 않는 채무의 이행에도 쌍방대리 금지의 규정이 적용된다.
- ⑤ 계약 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인은 그에 따라 체결된 계약을 해제하거나 상대방의 해제의사를 수령할 권한이 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다(제124조 본문). 따라서 본인이 허락한 경우에는 자기계약도 허용된다.

② (O): 권한을 정하지 아니한 대리인은 보존행위는 무제한으로, 이용행위 또는 개량행위는 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서만 할 수 있다(제118조).

③ (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).

④ (X): 채무의 이행은 당사자 사이에 이미 확정되어 있는 법률관계를 결제하는 것에 불과하고 새로운 이해관계를 창설하는 것이 아니어서 본인의 이익을 부당하게 해할 염려가 없기 때문에 자기계약·쌍방대리가 허용된다(제124조 단서).  
 ⇨ 당사자 사이에 다툼이 있거나 아직 이행기가 도래하지 아니하였거나 항변권이 있는 채무의 이행은 새로운 이해관계의 변경을 수반하므로 자기계약이나 쌍방대리가 금지된다.

⑤ (O): 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).

**【문 30】** 복대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 법정대리인이 복대리인을 선임한 경우에 그 선임 및 감독상 과실이 있는 때에 한하여 책임이 있다.
- ② 대리인이 대리권소멸 후 복대리인을 선임하여 대리행위를 하게 한 경우에도 표현대리가 성립할 수 있다.
- ③ 법정대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.
- ④ 임의대리의 목적인 법률행위의 성질이 대리인 자신에 의한 처리를 요하는 경우라도 본인이 복대리 금지의 의사를 명시하지 않았다면 복대리인의 선임이 허용된다.
- ⑤ 복대리인은 대리인의 대리인이다.

□정답□ ②

[해설] ① (X): 법정대리인이 복대리인을 선임한 경우에는 무과실책임을 지는 것이 원칙이고(제122조 본문), 예외적으로 부득이한 사유로 복대리인을 선임한 경우에는 본인에 대하여 그 선임·감독에 관한(과실)책임을 진다(제122조).

② (O): 대리인이 대리권소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 한 경우는 물론, 대리인이 대리권소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도 상대방이 대리권소멸 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).

③ (X): 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다(제120조). 즉 임의대리인의 복대리인 선임권은 제한적이다. 이에 반해 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(제122조 본문). 즉 법정대리인의 복대리인 선임권은 아무런 제한 없이 인정된다.

④ (X): 대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리 금지

의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다(대판 1996.1.26. 94다30690).

⑤ (X): 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다(제123조 제1항).

【문 31】 의사표시의 효력 발생에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ㄱ. 상대방이 있는 의사표시의 표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하여도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
- ㄴ. 상대방을 과실로 알지 못한 표의자는 공시송달을 할 수 있다.
- ㄷ. 상대방이 있는 의사표시의 상대방이 통지를 현실적으로 수령하지 않았다면 효력이 생기지 않는다.

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

□정답□ ①

[해설] ㄱ. (O): 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제111조 제2항).

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

ㄷ. (X): 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고, 여기서 ‘도달’이라 함은 사회 통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이다(대판 2008.6.12. 2008다19973 ; 대판 2016.3.24. 2015다71795).

【문 32】 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 계약당사자 사이에 신의칙상 고지의무가 인정되는 경우, 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위가 될 수 있다.
- ② 상품의 선전·광고에 다소의 과장·허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다.
- ③ 부정행위에 대한 고소가 부정한 이익의 취득을 목적으로 하는 경우에는 위법한 강박행위로 되는 경우가 있다.
- ④ 강박으로 인한 의사무능력 상태에서의 법률행위는 무효이다.
- ⑤ 상대방의 피용자가 대리권이 없다면 그 피용자의 사기는 제3자의 사기에 해당하지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 임의 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 기망을 이유로 분양계약을 취소할 수 있다(대판 2006.10.12. 2004다48515).

② (O): 상품의 선전·광고에 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어

시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대판 2014.1.23. 2012다84417).

③ (O): 일반적으로 부정행위에 대한 고소·고발이나 언론에의 제보 등은 그것이 부정한 이익을 목적으로 하는 것이 아닌 때에는 정당한 권리 행사가 되어 위법하다고 할 수 없으나, 부정한 이익의 취득을 목적으로 하거나 그 목적이 정당하다 하더라도 행위나 수단 등이 부당한 때에는 위법성이 있는 경우가 있을 수 있다(대판 2008.9.11. 2008다27301).

④ (O): 강박에 의한 법률행위가 하자 있는 의사표시로서 취소되는 것에 그치지 않고 나아가 무효로 되기 위하여는, 강박의 정도가 단순한 불법적 해악의 고지로 상대방으로 하여금 공포를 느끼도록 하는 정도가 아니고, 의사표시자로 하여금 의사결정을 스스로 할 수 있는 여지를 완전히 박탈한 상태(≡ 의사무능력 상태)에서 의사표시가 이루어져 단지 법률행위의 외형만이 만들어진 것에 불과한 정도이어야 한다(대판 2003.5.13. 2002다73708 ; 대판 2002.12.10. 2002다56031).

⑤ (X): 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).

【문 33】 「민법」상 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)  
<2021년 세무사>

- ① 법률행위의 일부분이 무효인 때 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않는다.
- ② 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.
- ③ 무효인 법률행위를 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 경우에는 그 무효원인이 소멸되기 전이라도 새로운 법률행위로 본다.
- ④ 무효행위의 추인은 단독행위로서 묵시적인 방법으로도 할 수 있다.
- ⑤ 유동적 무효상태의 거래계약이 확정적으로 무효가 된 경우에는 확정적 무효로 됨에 있어서 귀책사유가 있는 자라고 하더라도 그 계약의 무효를 주장할 수 있다.

□정답□ ③

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

② (O): 「민법」 제138조.

③ (X): 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다(제139조). 그런데 무효행위의 추인은 그 무효원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있다(대판 1997.12.12. 95다38240 ; 대판 2013.11.28. 2010다91831).

④ (O): 무효행위의 추인은 무효행위가 있음을 알고 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 묵시적인 방법으로도 할 수 있지만, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이다(대판 2014.2.13. 2012다112299 ; 대판 2010.12.23. 2009다37718).

⑤ (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).

【문 34】 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.
- ② 취소할 수 있는 법률행위를 추인한 후에는 그 법률행위를 취소하지 못한다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소되면, 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수 없다.
- ④ 취소권자인 법정대리인이 이의를 보류하지 않고 강제집행을 하면 추인한 것으로 본다.
- ⑤ 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사해야 한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제140조.

② (O): 취소할 수 있는 법률행위는 취소권자(제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인)가 취소의 원인이 소멸된 후에 추인할 수 있고(다만 법정대리인 또는 후견인은 그 취소의 원인이 소멸되기 전에도 추인할 수 있음), 그 추인 후에는 취소하지 못한다(제143조 제1항, 제144조).

③ (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 있으나, 무효행위의 추인은 그 무효원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있다(대판 1997.12.12. 95다38240).

④ (O): 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 취소의 원인이 소멸되어 추인할 수 있는 후에 취소권자가 이의의 보류 없이 '강제집행'을 하면 법정추인이 된다(제145조 제6호). ⇨ 취소권자가 채권자로서 강제집행을 하는 경우는 물론이고, 채무자로서 집행을 받은 경우도 소송상 이의를 주장할 수 있었으므로 이에 포함된다.

⑤ (O): 「민법」 제146조.

【문 35】 법률행위 해석에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 의사표시의 해석은 법률적 판단의 영역에 속한다.
- ② 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 계약의 해석은 더욱 엄격하게 하여야 한다.
- ③ 처분문서의 성립의 진정함이 인정되고 그 기재 내용을 부인할 만한 반증이 없으면 법원은 처분문서에 기재된 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.
- ④ 하나의 법률관계에 관해 서로 모순된 내용을 담은 여러 개의 계약서가 순차로 작성되었으나 그 우열관계가 정해지지 않았다면 원칙적으로 먼저 작성된 계약서가 우선한다.
- ⑤ 쌍방 당사자가 모두 특정의 A 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 착오로 계약서상 목적물을 B 토지로 표시한 경우 계약 목적물은 A 토지이다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 당사자의 내심의 의사는 객관적 사실이므로 그 사실을 확정하는 것은 사실문제이지만, 의사표시(법률행위)의 해석은 이 확정된 사실을 기초로 하여 그 법률행위의 규범적 의미 내용을 확정하는 것, 즉 법률적 가치판단이므로 법률문제에 속한다.

② (O): 법률행위의 해석은 당사자가 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용과 법률행위가 이루어진 동기 및 경위,

당사자가 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 특히 당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 한다. 이러한 이치는 거동에 의한 묵시적 법률행위에 있어서도 다르지 않다(대판 2018.12.27. 2015다73098 ; 대판 2020.1.30. 2019다279474).

③ (O): 처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없으면 처분문서에 기재된 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대판 2020.12.30. 2017다17603).

④ (X): 하나의 법률관계를 둘러싸고 각기 다른 내용을 정한 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우 당사자가 그러한 계약서에 따른 법률관계나 우열관계를 명확하게 정하고 있다면 그와 같은 내용대로 효력이 발생한다. 그러나 여러 개의 계약서에 따른 법률관계 등이 명확히 정해져 있지 않다면 각각의 계약서에 정해져 있는 내용 중 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다(대판 2020.12.30. 2017다17603).

⑤ (O): 계약당사자 쌍방이 모두 동일한 물건을 계약목적물로 삼았으나 계약서에는 착오로 다른 물건을 목적물로 기재한 경우 계약서에 기재된 물건이 아니라 쌍방 당사자의 의사합치가 있는 물건에 관하여 계약이 성립한 것으로 보아야 한다(대판 2018.7.26. 2016다242334).

**【문 36】 불공정한 법률행위(「민법」 제104조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>**

- ① 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 「민법」 규정이 적용될 수 있다.
- ② 경매에도 「민법」 제104조가 적용된다.
- ③ 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 법률행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ④ 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박, 경술, 무경험은 그 중 일부만 갖추어져도 충분하다.
- ⑤ 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우, 경술과 무경험은 대리인을 기준으로 판단하고, 공박은 본인의 입장에서 판단해야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 「민법」 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 「민법」 제138조가 적용될 수 있다. 따라서 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립한다(대판 2010.7.15. 2009다50308 ; 대판 2011.4.28. 2010다106702).

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 (O): 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 법률행위시를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용에 따른 권리의무관계를 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다(대판 전합 2013.9.26. 2011다53683).

④ (O): 「민법」 제104조에 규정된 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박·경술·무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분하다(대판 2011.1.27. 2010다53457).

⑤ (O): 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경술과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 공박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다(대판 2002.10.22. 2002다38927).

【문 37】 통정한 허위의 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 세무사>

- ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고, 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이다.
- ② 상대방과 통정한 허위의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 과실이 있는 경우에도 그 제3자에게 대항하지 못한다.
- ③ 통정허위표시의 제3자는 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자이다.
- ④ 선의의 제3자에 대하여는 통정허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효로 대항하지 못한다.
- ⑤ 제3자가 악의이면 제3자로부터의 전득자가 선의라도 전득자에게 통정허위표시의 무효로 대항할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O), ③ (O), ④ (O): 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못하는 것인데, 허위표시의 무효를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 이를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것이므로 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다(대판 2020.1.30. 2019다280375).

② (O): “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).

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

【문 38】 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2021년 세무사>

- ① 계약당사자들이 착오를 이유로 한 취소권을 배제하기로 합의한 경우에는 착오를 이유로 취소할 수 없다.
- ② 부동산중개업자가 다른 점포를 매매 목적물로 잘못 소개하여 매수인이 매매 목적물에 관하여 착오를 일으킨 경우, 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당한다.
- ③ 경과실로 착오에 빠진 표의자가 착오를 이유로 법률행위를 취소하면 표의자는 불법행위책임을 진다.
- ④ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.
- ⑤ 표의자의 중대한 과실 유무에 관한 주장과 증명책임은 착오자의 상대방에게 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 당사자의 합의로 착오로 인한 의사표시 취소에 관한 「민법」 제109조 제1항의 적용을 배제할 수 있다(대판 2016.4.15. 2013다97694).

② (O): 부동산중개업자가 다른 점포를 매매 목적물로 잘못 소개하여 매수인이 매매 목적물에 관하여 착오를 일으



킨 경우, 그 오인은 동기의 착오가 아니라 내용의 착오 중 목적물의 동일성에 대한 착오로서 중요부분의 착오에 해당한다고 할 것이다(대판 1997.11.28. 97다32772, 32789).

③ (X): 「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(×)

④ (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).

⑤ (O): 착오에 중대한 과실이 있는지 여부에 대한 주장·증명 책임은 표의자로 하여금 그 의사표시의 취소를 하지 못하게 하여 그 법률행위의 효력을 인정하려는 상대방이 부담한다(통설). ⇔ 착오의 존재와 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오라는 점은 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 표의자가 증명하여야 한다(대판 2018.10.25. 2016다239345).

【문 39】 반사회질서의 법률행위에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ㄱ. 법률행위의 성립 과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 것만으로도 반사회질서의 법률행위로서 무효이다.
- ㄴ. 표시된 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우, 그 법률행위는 반사회질서 법률행위이다.
- ㄷ. 반사회질서 법률행위는 무효이며, 이는 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다.

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

□정답□ ④

[해설] ㄱ. (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).

ㄴ. (O): 「민법」 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는 법률행위의 목적인 권리·의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐 아니라 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다(대판 2017.4.13. 2016다275433).

ㄷ. (O): 반사회적 법률행위는 절대적 무효이므로(제103조 참조), 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다(대판 2008.3.27. 2007다82875).

【문 40】 진의 아닌 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2021년 세무사>

- ① 공무원이 한 사직의 의사표시와 같은 사인의 공법행위에는 비진의표시에 관한 규정이 적용되지 않는다.
- ② 법률상 장애로 자기 명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 대출금채무자로서의 명의를 빌려준 자의 대출기관에 대한 채무부담의 의사표시는 원칙적으로 비진의표시이다.
- ③ 비진의표시가 무효인 경우, 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
- ④ 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우 그 비진의표시는 무효이다.
- ⑤ 비진의표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말한다.

□정답□ ②

[해설] ① (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 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).

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): 「민법」 제107조 제2항.

④ (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

⑤ (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).