

민법 박성렬

22년(28기)
소방간부후보생
민법총칙
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

cafe.naver.com/parklaw



2022년 소방간부후보생 민법총칙 기출/해설

- 박성렬 교수

【문 01】 「민법」상 관습법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
<2022년 소방간부>

- ① 관습법에는 성문법을 개폐하는 효력이 인정되지 않는다.
- ② 관습법은 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인된 것이다.
- ③ 관습법의 존재에 대해서는 원칙적으로 당사자가 주장·증명하여야 한다.
- ④ 관습법이 법원으로 인정되기 위해서는 전체의 법질서에 반하지 않아야 한다.
- ⑤ 관습법으로 성립되더라도 이후 사회 구성원들이 그 관습법에 대해 법적 확신을 갖지 못하게 되면 더 이상 관습법으로서의 효력이 유지되지 않는다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 민사에 관한 **관습법**은 법원에 의하여 발견되고 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원이 되는 것에 불과하다(대결 2009.5.28. 2007카기134). 즉 **관습법**은 제정법에 대하여 열후적·보충적 성격을 가진다(대판 1983.6.14. 80다3231). ⇨ 보충적 효력설(O), 변경적(개폐적) 효력설(x)

② (O), ④ (O): **관습법**이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 「헌법」을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판 전합 2005.7.21. 2002다1178).

③ (X): 법령과 같은 효력을 갖는 **관습법**은 당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고, 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장·입증하여야 한다(대판 1983.6.14. 80다3231).

⑤ (O): 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적인념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판 전합 2005.7.21. 2002다1178).

【문 02】 부재자의 재산관리인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 법원이 선임한 부재자의 재산관리인은 관리할 재산목록을 작성할 의무가 있다.
- ② 법원이 부재자의 재산관리인을 선임한 후에 부재자의 사망사실이 확인되었다면, 법원의 선임결정이 취소되지 않았다 하더라도 재산관리인은 더 이상 권한을 행사할 수 없다.
- ③ 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개입할 수 있다.
- ④ 재산관리인은 법원의 허가 없이도 소멸시효를 중단시키는 행위를 할 수 있다.
- ⑤ 부재자의 재산관리인이 권한초과행위의 허가를 받고 그 선임결정이 취소되기 전에 그 허가를 받은 범위 내에서 이루어진 행위는 부재자에 대한 실종선고기간의 만료 이후에 이루어졌다고 하더라도

유효하다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 법원이 선임한 **재산관리인**은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다(제24조 제1항).

② (X) : 사망한 것으로 간주된 자가 그 이전에 생사불명의 부제자로서 그 재산관리에 관하여 법원으로부터 재산관리인이 선임되어 있었다면 **재산관리인은 그 부제자의 사망을 확인했다고 하더라도 선임결정이 취소되지 아니하는 한 계속하여 권한을 행사할 수 있다** 할 것이므로, 재산관리인에 대한 선임결정이 취소되기 전에 재산관리인의 처분행위에 기하여 경료된 등기는 법원의 처분허가 등 모든 절차를 거쳐 적법하게 경료된 것으로 추정된다(대판 1991.11.26. 91다11810).

③ (O) : 「민법」 제23조.

④ (O) : 법원이 선임한 재산관리인이나 부제자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부제자가 정한 재산관리인 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 할 때에는 법원의 허가를 얻어야 한다(제25조). 따라서 **법원이 권한을 정하지 않고 선임한 재산관리인이나 부제자가 권한을 정하지 않고 선임한 후 생사불명인 경우의 재산관리인은 재산의 관리행위(보존행위 및 물건이나 권리의 성질이 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량행위)를 할 권한만이 있으며(제118조), 재산의 처분행위와 같이 그 권한을 초과하는 행위를 하려면 법원의 허가를 얻어야 한다.** ⇨ 소멸시효의 중단행위는 보존행위이다.

⑤ (O) : 부제자 재산관리인이 **권한초과행위의 허가를 받고 그 선임결정이 취소되기 전에 위 권한에 의하여 이루어진 행위**는 부제자에 대한 실종선고기간의 만료된 후에 이루어졌다고 하더라도 유효한 것이고(대판 1981.7.28. 80다2668), 그 재산관리인의 적법한 권한 행사의 효과는 이미 사망한 부제자의 재산상속인에게 미친다(대판 1975.6.10. 73다2023).

【문 03】 재단법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 재단법인의 기본재산에 대한 강제집행으로 인하여 기본재산이 변경되는 때에는 주무관청의 허가를 필요로 한다.
- ② 재단법인의 기본재산에 관하여 저당권을 설정하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 정관의 기재사항을 변경하여야 하는 경우에 해당하지 않으므로 주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다.
- ③ 정관 규정에 따라 기본재산에 관하여 주무관청의 허가를 받아 근저당권을 설정한 경우라면, 그와 같이 설정된 근저당권을 실행하여 기본재산을 매각할 때에는 다시 주무관청의 허가를 받을 필요는 없다.
- ④ 재단법인의 설립자가 자산에 관한 규정을 정하지 아니하고 사망한 경우에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.
- ⑤ 재단법인에 대하여 금전채권을 가지는 자는 강제이행청구권의 실질적 실현을 위하여 필요하다는 사유만으로 재단법인을 상대로 기본재산의 처분허가신청절차를 이행할 것을 청구할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 주무관청의 허가를 얻은 정관에 기재된 기본재산의 처분행위로 인하여 재단법인의 정관 기재사항을 변경하여야 하는 경우에는, 그에 관하여 주무관청의 허가를 얻어야 하고, 이는 **재단법인의 기본재산에 대하여 강제집행을 실시하는 경우에도 동일하다**(대결 2018.7.20. 2017마1565).

② (O) : 「민법」상 재단법인의 기본재산에 관한 저당권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 정관의 기재사항을 변경하여야 하는 경우에 해당하지 않으므로, 그에 관하여는 **주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다**(대결 2018.7.20. 2017마1565).

- ③ (O): 「민법」상 재단법인의 정관에 기본재산은 담보설정 등을 할 수 없으나 주무관청의 허가·승인을 받은 경우에는 이를 할 수 있다는 취지로 정해져 있고, 정관 규정에 따라 주무관청의 허가·승인을 받아 「민법」상 재단법인의 기본재산에 관하여 근저당권을 설정한 경우, 그와 같이 설정된 근저당권을 실행하여 기본재산을 매각할 때에는 주무관청의 허가를 다시 받을 필요는 없다(대결 2019.2.28. 2018마800).
- ④ (X): 「민법」 제44조(재단법인의 정관의 보충) 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다. ⇨ 정관의 필요적 기재사항 중 목적과 자산은 보충이 인정되지 않음
- ⑤ (O): 재단법인이 정관의 변경을 초래하는 기본재산의 처분을 위하여 주무관청의 허가를 신청할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 재단법인의 의사에 맡겨져 있다고 할 것이므로, 채무자인 재단법인에 다른 재산이 없어 기본재산을 처분하지 않고는 채무의 변제가 불가능하다고 하더라도, 재단법인으로부터 기본재산을 양수한 자도 아니고 금전채권자들에 불과한 자에게는 강제이행청구권의 실질적인 실현을 위하여 필요하다는 사유만으로 기본재산의 처분을 희망하지도 않는 재단법인을 상대로 주무관청에 대하여 기본재산에 대한 처분 허가신청절차를 이행할 것을 청구할 권한이 없다(대판 1998.8.21. 98다19202).

【문 04】 「민법」상 법인의 법률행위와 불법행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 법인이 대표기관을 통하여 법률행위를 한 경우에는 대리에 관한 규정이 준용된다.
- ② 법인의 불법행위가 성립하기 위한 대표자의 직무행위에는 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 직무행위는 포함되지 않는다.
- ③ 법인의 대표권이 없는 이사가 직무에 관한 불법행위를 한 경우 법인은 「민법」 제35조에 따른 불법행위책임을 지지 않는다.
- ④ 법인의 대표기관의 직무에 관한 고의적 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우에도 피해자의 과실에 대해서는 과실상계의 법리가 적용될 수 있다.
- ⑤ 「민법」 제35조에 따른 법인의 불법행위가 성립하는 경우 개인으로서 대표기관은 피해자에게 법인과 함께 배상책임을 진다.

□정답□ ②

- [해설] ① (O): 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다(제59조 제2항).
- ② (X): 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 것(⇨ 대표권의 남용)이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 위의 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아야 한다(대판 2004.2.27. 2003다15280).
- ③ (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).
- ④ (O): 법인에 대한 손해배상책임원인이 대표기관의 고의적인 불법행위라고 하더라도, 피해자에게 그 불법행위 내지 손해발생에 과실이 있다면 법원은 과실상계의 법리에 좇아 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어 이를 참작하여야 한다(대판 1987.12.8. 86다카1170; 대판 1987.11.24. 86다카1834).
- ⑤ (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).

【문 05】 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 분묘에 안치되어 있는 피상속인의 유골은 제사나 공양의 대상이 될 수 있는 유체물로서 그 제사주제자에게 승계된다.
- ② 건축 중인 건물이 기둥만을 갖춘 채 아직 지붕이나 주벽을 갖추지 못하고 있다면 토지의 부합물에 불과하다.
- ③ 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다.
- ④ 주물의 효용과 직접 관계가 없는 물건이라 하더라도 주물의 소유자 또는 이용자의 편익에 제공되고 있으면 중물에 해당한다.
- ⑤ 주물의 소유자가 아닌 자의 물건은 중물이 될 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (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).

② (O): 최소한의 기둥과 지붕 및 주벽(둘레 벽)이 있는 건물은 토지와는 별개의 독립한 부동산으로 인정될 수 있다(대판 2003.5.30. 2002다21592 ; 대판 2007.4.26. 2005다19156). 따라서 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하다(대결 2008.5.30. 2007마98).

③ (O): 「민법」 제102조 제1항.

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

⑤ (O): 중물이 되기 위해서는 주물과 소유자가 동일하여야 한다. 따라서 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 중물이 될 수 없다(대판 2008.5.8. 2007다36933).

【문 06】 비진의표시(「민법」 제107조)에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 통정허위표시에 의한 법률행위는 동시에 비진의표시에 의한 법률행위가 될 수 있다.
- ② 비진의표시에서의 진의란 표의자가 진정으로 마음속으로 바라는 사항을 의미한다.
- ③ 어떠한 의사표시가 비진의표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 증명책임은 그 주장자에게 있다.
- ④ 비진의표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이기 때문에 원칙적으로 그 효력이 발생하지 않는다.
- ⑤ 「민법」 제107조는 상대방 있는 단독행위에는 적용되지 않는다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 통정허위표시가 성립하기 위해서는 의사표시의 진의와 표시가 일치하지 아니하고 그 불일치에 관하여 상대방과 사이에 합의가 있어야 한다(대판 2018.11.29. 2018다253413 ; 대판 2015.2.12. 2014다41223). 즉 통정허위표시는 상대방과의 통정을 요건으로 한다는 점에서 비진의표시와 구별된다. 그리고 통정허위표시는

당사자 사이에서는 언제나 무효이므로 원칙적 유효인 비진의표시와 다르다.

② (X) : 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).

③ (O) : 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다(대판 1992.5.22. 92다2295). ⇨ 비진의 표시에 해당하고, 상대방이 알았거나 알 수 있었다는 사실은 무효의 주장자에게 증명책임이 있다.

④ (X) : 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 (X) : 「민법」 제107조는 계약은 물론이고 상대방 있는 단독행위에도 적용된다. ⇨ 상대방 없는 단독행위의 경우에는 「민법」 제107조 제1항 단서가 적용될 여지가 없으므로 항상 유효한 법률행위가 된다.

【문 07】 통정허위표시(「민법」 제108조)에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 통정허위표시에 의한 법률행위는 채권자취소권의 대상이 될 수 없다.
- ② 통정허위표시에서 보호받는 제3자는 선의이며 무과실이어야 한다.
- ③ 허위의 주채무를 보증한 보증인이라 하더라도 보증채무를 이행한 때에는 통정허위표시의 무효로부터 보호되는 제3자에 해당한다.
- ④ 통정허위표시에 의한 매수인으로부터 부동산을 취득한 제3자는 통정허위표시의 무효로부터 보호받기 위해서 자신이 선의임을 증명하여야 한다.
- ⑤ 가장전세권에 근저당권을 취득한 전세권근저당권자는 통정허위표시의 무효로부터 보호되는 제3자에 해당할 수 없다.

□정답□ ③

[해설] ① (X) : 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에도 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라고 할 것이다(대판 1998.2.27. 97다50985).

② (X) : 「민법」 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다(대판 2004.5.28. 2003다70041).

③ (O) : 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무자가 있는 것으로 믿고 주채무자와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행한 경우, 그 보증인은 주채무자에 대한 구상권 취득에 관하여 법률상의 이해관계를 가지게 되었고 그 구상권 취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무자가 유효하게 존재할 것을 필요로 하므로, 결국 그 보증인은 주채무자의 채권자에 대한 채무부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권 취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다고 할 것이어서 「민법」 제108조 제2항 소정의 제3자에 해당한다고 봄이 상당하다(대판 2000.7.6. 99다51258).

④ (X) : 「민법」 제108조 제2항은 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있는데, 여기에서 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것이므로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2006.3.10. 2002다1321).

⑤ (X) : 실제로는 전세권설정계약이 없으면서도 임대차계약에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적 또는 금융기관으로부터 자금을 융통할 목적으로 임차인과 임대인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등

기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 근저당권이 설정된 경우, 가사 위 전세권설정계약만 놓고 보아 그것이 통정 허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 이로써 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 근저당권자에 대하여는 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다(대판 2008.3.13. 2006다58912 ; 대판 2008.3.13. 2006다29372).

【문 08】 협의의 무권대리인 乙이 자신을 甲의 대리인이라고 소개하면서 丙과 매매계약을 체결한 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 乙에게 대리권이 없음을 丙이 알았다면 丙은 甲에게 乙의 행위에 대한 추인 여부의 확답을 최고할 수 없다.
- ② 丙이 매매계약을 적법하게 철회하였다면 乙의 대리행위는 확정적으로 무효가 되므로 이후 甲은 더 이상 매매계약을 추인할 수 없다.
- ③ 乙이 甲을 단독으로 상속한 경우, 乙은 甲의 지위에서 무권대리를 이유로 매매계약의 무효를 주장할 수 없다.
- ④ 甲은 乙 또는 丙뿐만 아니라 丙으로부터 권리를 승계한 자에 대해서도 무권대리행위를 추인할 수 있다.
- ⑤ 甲이 乙에게 매매계약에 관한 추인의 의사표시를 하였으나 丙이 그와 같은 추인의 의사표시를 알지 못하였다면 丙은 매매계약을 철회할 수 있다.

□정답□ ①

[해설] ① (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 받지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조).

② (O) : 「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 본인의 무권대리행위를 추인할 수 없다(대판 2017.6.29. 2017다213838).

③ (O) : **대리권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 상속한 후 소유자의 지위에서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기말소 등을 구하는 것은 급반언의 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) : 무권대리의 추인은 무권대리인이나 무권대리인의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있으며, 여기서 ‘**상대방**’이라 함은 무권대리행위의 직접 상대방사자뿐만이 아니라 그 무권대리로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인도 포함된다(대판 1981.4.14. 80다2314).

⑤ (O) : 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다(제132조). 이 「민법」 제132조는 **본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지**이므로, 상대방은 그때까지 「민법」 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

【문 09】 甲이 토지거래허가구역 내의 그 소유의 X 토지에 대하여 乙과 매매계약을 체결하고

매매계약의 원만한 이행을 위하여 거래허가의 취득에 상호 협력하기로 약정한 경우에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 거래허가가 있기 전이라도, 甲이 소유권이전등기에 필요한 서류의 이행제공을 하였다면, 乙이 대금지급의무를 이행하지 않음을 이유로 계약을 해제할 수 있다.
- ② 거래허가가 있기 전에는, 甲과 乙의 매매계약은 채권적 효력이 인정되지 않으므로, 계약의 쌍방당사자는 허가신청절차에 협력하지 않는 상대방에 대하여 협력의무의 이행을 소구할 수 없다.
- ③ 거래허가가 있기 전에는, 甲은 乙에게 계약금의 배액을 상환하더라도 매매계약을 해제할 수는 없다.
- ④ 거래허가가 있기 전에 甲이 乙에게 토지거래허가절차 협력의무의 이행과 관련하여 거절의사를 명백히 표시하였다면, 매매계약은 확정적으로 무효로 된다.
- ⑤ 계약 체결 이후 X 토지에 관한 허가구역의 지정이 해제되었다 하더라도 甲과 乙은 다른 조치 없이 곧바로 상대방에게 계약의 이행을 청구할 수는 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 구 「국토이용관리법」(현 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」)상의 토지거래허가를 전제로 하는 매매계약의 경우 허가가 있기 전에는 매수인에게 그 계약 내용에 따른 대금의 지급의무가 없는 것이므로 설사 그 전에 매도인이 소유권이전등기 소요서류의 이행제공을 하였다 하더라도 매수인이 이행지체에 빠지는 것이 아니고 허가가 난 다음 그 이행제공을 하면서 대금지급을 최고하고 매수인이 이에 응하지 아니한 경우에 비로소 이행지체에 빠져 매도인이 계약을 해제할 수 있다(대판 1994.8.26. 94다23319).

② (X) : 토지거래허가를 전제로 매매계약을 체결한 당사자는 그 계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있으므로 공동으로 관할 관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 따라서 일방 당사자가 그러한 의무에 위배하여 허가신청절차에 협력하지 않을 경우 상대방은 그 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 수 있다(대판 2010.2.11. 2008다88795).

③ (X) : 특별한 사정이 없는 한 구 「국토이용관리법」상의 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효상태인 매매 계약에 있어서도 당사자 사이의 매매계약은 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제함으로써 적법하게 해제된다(대판 1997.6.27. 97다9369 등).

④ (O) : 구 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 토지거래허가를 받지 않아 거래계약이 유동적 무효의 상태에 있는 경우, 그와 같은 유동적 무효상태의 계약은 관할 관청의 불허가처분이 있을 때뿐만 아니라 당사자 쌍방이 허가신청협력의무의 이행거절의사를 명백히 표시한 경우에는 허가 전 거래계약관계, 즉 계약의 유동적 무효상태가 더 이상 지속된다고 볼 수 없고 그 계약관계는 확정적으로 무효가 된다고 할 것이다(대판 2010.8.19. 2010다31860 ; 대판 2011.6.24. 2011다11009).

⑤ (X) : 토지거래허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 대하여 토지거래허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결한 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간이 만료되었음에도 제지정을 하지 아니한 때에는 그 토지거래계약이 허가구역 지정이 해제되기 전에 확정적으로 무효로 된 경우를 제외하고는, 더 이상 관할 행정청으로부터 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로 유효로 되어 거래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 계약이 유동적 무효상태에 있다고 볼 것은 아니다(대판 2010.3.25. 2009다41465 ; 대판 2014.7.10. 2013다74769).

【문 10】 소멸시효의 대상이 되는 권리는? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 소유권
- ② 점유권
- ③ 공유물분할청구권
- ④ 공사대금지급청구권

⑤ 매매계약의 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권

□정답□ ④

[해설] ① (X): **소유권**은 소유권절대의 사상, 물건에 대한 일반적 지배권이라는 점에 근거하여 소멸시효에 걸리지 않는다(소유권의 항구성).

② (X): **점유권**은 일정한 사실상태가 있으면 언제나 인정되고, 그 사실상태가 소멸하면 당연히 소멸하는 권리이므로 소멸시효에 걸릴 여지가 없다.

③ (X): **공유물분할청구권**은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효 소멸될 수 없다(대판 1981.3.24. 80다1888).

④ (O): 공사대금지급청구권은 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸리는 것이 원칙이다(제162조 제1항). ⇨ 도급계약에서 수급인의 공사대금채권은 3년의 소멸시효에 걸린다(제163조 제3호).

⑤ (X): 매매계약이 합의해제된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고, 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968).

【문 11】 신의성실의 원칙에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 신의성실의 원칙에 반하는 것은 당사자의 주장이 없으면 법원이 직권으로 판단할 수 없다.
- ② 소멸시효의 항변권 행사에는 권리남용금지의 원칙이 적용되지 않는다.
- ③ 강행규정 및 그 밖의 사회질서에 위반하는 약정을 한 후, 그 약정의 당사자가 강행규정 및 그 밖의 사회질서에 위반한다는 것을 근거로 그 약정의 무효를 주장하는 것은 신의칙 또는 모순행위금지의 원칙에 반한다.
- ④ 신의성실의 원칙에 반한다는 이유로 권리의 행사를 부정하려면 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없을 정도의 상태에 이를 필요까지는 없다.
- ⑤ 피보험자의 서면동의 없이 체결된 타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약의 보험자가 수년간 보험료를 수령하거나 그 생명보험계약에 따라 입원급여금을 지급한 경우 위 생명보험계약의 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (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 등).

② (X): 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 「민법」의 대원칙인 신의성실 원칙과 권리남용금지 원칙의 지배를 받는다(대판 2019.9.9. 2018두66456).

③ (X): 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것은 달리 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반한다고 할 수 없다. 만일 그런 주장을 배척한다면 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법취지를 완전히 몰각하게 되기 때문이다(대판 2020.8.27. 2016다26198).

④ (X): 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 권리 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 제공하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도에 이르러야 한다. 상대방에게 신의를 창출한 바 없거나 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 있지 않을 뿐만 아니라 권리 행사가 정의의 관념에 반하지 않는 경우에는 권리 행사를 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 2020.10.29. 2018다228868).

⑤(O): 「상법」 제731조 제1항이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결 시 그 타인의 서면동의를 얻도록 규정한 것은 동의의 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데 취지가 있는 강행규정으로 서, 이 조항을 위반하여 피보험자의 서면동의 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리 행사라는 이유로 이를 배척한다면, 그와 같은 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 초래되므로, 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 따라서 피보험자의 서면동의 없이 체결된 타인의 사망을 보험 사고로 하는 생명보험계약의 보험자가 수년간 보험료를 수령하거나 종전에 그 생명보험계약에 따라 입원 급여금을 지급한 적이 있다고 하더라도 위 생명보험계약의 무효를 주장하면서 보험금의 지급을 거절한다고 하여 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대판 2006.9.22. 2004다56677).

【문 12】 「민법」상 피성년후견인에 관한 설명으로 옳은 것은? <2022년 소방간부>

- ① 성년후견선고는 질병·장애·노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 부족한 사람이 그 대상이 된다.
- ② 피성년후견인이 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위를 한 경우에도 성년후견인은 이를 취소할 수 있다.
- ③ 피성년후견인이 위조한 법정대리인의 동의서를 상대방에게 제시하면서 법률행위를 한 경우 그 법률행위를 취소할 수 없다.
- ④ 가정법원은 본인의 의사에 반해서도 성년후견개시의 심판을 할 수 있다.
- ⑤ 피성년후견인과 계약을 체결한 자는 추인이 있기 전까지 그의 의사표시를 거절할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ①(X): 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 '지속적으로 결여'된 사람에 대하여 성년후견개시의 심판을 하고(제9조 제1항), 사무를 처리할 능력이 '부족'한 사람에 대하여 한정후견개시의 심판을 하고(제12조 제1항), 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 특정후견의 심판을 한다(제14조의2 제1항).

②(X): 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 피성년후견인의 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(제10조 제4항).

③(X): 제한능력자(미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인)가 속임수로서 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없고, 미성년자나 피한정후견인(피성년후견인 x)이 속임수로서 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 마찬가지이다(제17조 제1항, 제2항).

④(O): 가정법원은 성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항, 제12조 제2항). 따라서 가정법원은 본인의 의사를 고려하기만 하면 되므로 본인의 의사에 반해서도 성년후견개시의 심판을 할 수 있다. ⇨ 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).

⑤(X): 제한능력자가 맺은 '계약'은 추인이 있을 때까지 선의(약의 x)의 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있고, 제한능력자의 '단독행위'는 추인이 있을 때까지 상대방(선의·약의 불문)이 거절할 수 있다(제16조 제1항, 제2항).

【문 13】 「민법」상 부재와 실종에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 부재자로부터 재산처분권까지 위임받은 재산관리인은 그 재산을 처분함에 법원의 허가를 요하지 않는다.

- ② 부재자의 재산관리인은 재산관리 중에 과실 없이 받은 손해의 배상을 청구할 수 있다.
- ③ 실종선고 후 실종자가 살아서 돌아온 경우라도 실종선고의 취소 전에는 실종선고의 효력은 상실하지 않는다.
- ④ 실종기간 만료 시와 실종선고 시 사이에 부재자의 채권자가 부재자의 재산관리인에 대하여 채권을 행사하고 그에 대한 확정판결을 받은 경우, 실종선고가 취소되더라도 그 판결은 소급하여 무효가 되는 것은 아니다.
- ⑤ 부재자의 재산관리에 관하여 법원이 필요한 처분을 명한 후에는 부재자 본인은 법원의 허가를 얻지 않으면 재산관리인을 선임할 수 없다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 부재자로부터 재산처분권까지 위임받은 **재산관리인** 은 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 요하는 것은 아니다(대판 1973.7.24. 72다2136).

② (O) : 법원에 의해 선임된 재산관리인은 부재자와 위임계약을 맺은 것은 아니지만 그 직무의 성질상 위임에 관한 규정이 유추적용된다(통설). 따라서 재산관리를 위하여 지출한 필요비와 그 이자의 반환 및 **과실 없이 받은 손해의 배상** 등을 청구할 수 있다(제24조 제4항, 제688조 참조).

③ (O) : 실종선고가 취소되지 않는 한 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다(대판 1995.2.17. 94다52751). 따라서 실종선고로 인하여 실종기간 만료 시를 기준으로 하여 사망한 것으로 간주된 이상, 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 아니하는 한 실종선고의 효과는 상실되지 않는다(대판 1994.9.27. 94다21542 참조).

④ (O) : 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로 실종선고 확정 전에는 실종기간이 만료된 실종자를 상대로 하여 제기된 소도 적법하고 실종자를 당사자로 하여 선고된 판결도 유효하며 그 판결이 확정되면 기판력도 발생하고, …<중략>… 비록 실종자를 당사자로 한 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정되어 그 사망간주의 시점이 소 제기 전으로 소급하는 경우에도 위 판결 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 사람을 상대로 한 판결로서 무효가 된다고는 볼 수 없다(대판 1992.7.14. 92다2455). ⇒ 실종선고가 취소되면 처음부터 실종선고가 없었던 것이 되므로 그 판결이 소급하여 무효가 되지 않는다.

⑤ (X) : 법원이 재산관리에 관하여 필요한 처분명령으로 **재산관리인을 선임한 후에도 부재자 본인**이 재산관리인을 정할 수 있고, 이 경우 법원은 본인, 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 그 명령을 취소하여야 한다(제22조 제2항).

【문 14】 「민법」상 법인의 능력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 법인의 목적범위 내의 행위라도 이사의 대표권은 정관으로 제한할 수 있고, 이를 등기하면 제3자에게 대항할 수 있다.
- ② 법인의 불법행위책임 요건(「민법」 제35조)이 구비되면 법인은 피해자에게 그 손해를 배상하여야 하지만, 법인이 그 대표기관의 선임·감독에 과실 없음을 증명한 경우에는 그 책임을 면한다.
- ③ 해산한 법인은 청산의 범위 내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다.
- ④ 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 될 수 있는데(「민법」 제34조), 그 ‘정관으로 정한 목적의 범위’에는 정관에 목적으로 명시된 사항에 한정되는 것은 아니고, 그 목적을 수행하는데 직접 또는 간접으로 필요한 행위가 모두 포함된다.
- ⑤ 법인은 타인으로부터 상속을 받을 수는 없지만, 특정유증뿐만 아니라 포괄유증도 받을 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 이사의 대표권에 대한 제한은 이를 정관에 기재하지 **아니하면** 그 효력이 없고(제41조), 정관에 기재하여 유효한 제한이라 하더라도 **등기하지 아니하면** 제3자(선의·악의 불문)에게 대항하지 못한다(제60조).

② (X): **법인의 불법행위책임** (제35조 제1항)에는 사용자책임(제756조)과는 달리 법인의 면책규정이 없다. 따라서 법인이 대표기관의 선임·감독에 과실이 없음을 증명하더라도 그 책임을 면하지 못한다.

③ (O): **해산한 법인은** 청산의 목적 범위 내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다(제81조).

④ (O): 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다(제34조). 여기서 ‘목적 범위 내의 행위’라 함은 법률이나 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는 데 있어 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함된다고 할 것이다(대판 2013.11.28. 2010다91831; 대판 2009.12.10. 2009다63236).

⑤ (O): **법인**은 상속권이 인정되지 않으나, 유증(특정유증+포괄유증)을 받을 수는 있다.

【문 15】 「민법」상 법인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
<2022년 소방간부>

- ① 법인의 임시이사는 사원총회에서 임명한다.
- ② 이사의 성명, 주소는 등기사항이다.
- ③ 법인과 이사의 이익이 상반되는 경우 특별대리인을 선임하여야 한다.
- ④ 사단법인의 사원의 지위는 양도 또는 상속할 수 없다고 규정한 「민법」 제56조의 규정은 강행규정이 아니므로, 사원의 지위는 정관의 규정에 의하여 양도 또는 상속될 수 있다.
- ⑤ 「민법」상 법인에서 이사가 다수 있는 경우에도 이사회를 구성하여야 하는 것은 아니다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 ‘법원’은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다(제63조).

② (O): 이사의 성명, 주소는 등기사항이다(제49조 제2항 제8호). ⇔ 감사의 성명과 주소는 등기사항이 아니다.

③ (O): **법인과 이사의 이익이 상반하는 사항**에 관하여는 이사는 대표권이 없고, 이 경우에 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다(제64조).

④ (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).

⑤ (O): 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다(제58조 제2항). 그런데 주식회사(상법 제390조)와는 달리, 「민법」상 법인의 **이사회**는 필요기관이 아니라 **의결기관**이다.

【문 16】 착오로 인한 의사표시(「민법」 제109조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 착오로 인하여 착오자에게 경제적으로 유리해진 경우에는 착오를 원인으로 취소할 수 없다.
- ② 착오의 존재 여부는 의사표시 당시를 기준으로 판단하므로, 장래의 불확실한 사실은 착오의 대상이

되지 않는다.

- ③ 동기의 착오가 상대방에 의하여 유발된 경우에는 착오를 이유로 취소할 수 있다.
- ④ 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다.

□정답□ ②

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

② (X) : 부동산의 양도가 있는 경우에 그에 대하여 부과될 양도소득세 등의 세액에 관한 착오가 미필적인 장래의 불확실한 사실에 관한 것이라도 「민법」 제109조 소정의 착오에서 제외되는 것은 아니다(대판 1994.6.10. 93다24810). ⇔ 장래의 미필적 사실의 발생에 대한 기대나 예상이 빗나간 것에 불과할 경우에는 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있다고 볼 수 없다(대판 2020.5.14. 2016다12175).

③ (O) : 동기의 착오가 상대방의 부정한 방법에 의하여 유발되었거나 상대방으로부터 제공된 경우에는 그 동기가 상대방에게 표시되었는지 여부를 불문하고 취소할 수 있다(대판 1970.2.24. 69누83 ; 대판 1990.7.10. 90다카7460).

④ (O) : 「민법」 제109조 제1항에 의하면 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 착오에 중대한 과실이 없는 표의자는 법률행위를 취소할 수 있고, 「민법」 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면 매매의 목적물에 하자가 있는 경우 하자가 있는 사실을 과실 없이 알지 못한 매수인은 매도인에 대하여 하자담보책임을 물어 계약을 해제하거나 손해배상을 청구할 수 있다. 착오로 인한 취소제도와 매도인의 하자담보책임제도는 취지가 서로 다르고, 요건과 효과도 구별된다. 따라서 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다(대판 2018.9.13. 2015다78703).

⑤ (O) : 「민법」 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그의 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).

【문 17】 의사표시의 효력 발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 원칙적으로 상대방 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
- ② 표의자가 과실 없이 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.
- ③ 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되면 그 의사표시는 무효이다.
- ④ 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 원칙적으로 수령능력이 인정되지 않는다.
- ⑤ 채권양도의 통지에서의 도달은 의사표시와 마찬가지로 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓였을 때를 지칭하고, 그 통지를 채무자가 현실적으로 수령하였거나 그 통지의 내용을 알았을 것까지는 필요하지 않다.

- 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): 주택건설을 위한 원·피고 간의 토지매매계약에 앞서 양자 간의 협의에 의하여 건축허가를 필할 때 매매계약이 성립하고 건축허가 신청이 불허되었을 때에는 이를 무효로 한다는 약정 아래 이루어진 본건 계약은 해제조건부 계약이다(대판 1983.8.23. 83다카552).
- ⑤ (O): 「민법」 제151조 제2항.

【문 20】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
 <2022년 소방간부>

- ① 시효의 진행이 개시되기 전의 사전 승인도 시효의 중단사유가 될 수 있다.
- ② 시효의 중단은 원칙적으로 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.
- ③ 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행한다.
- ④ 시효가 중단된 때에는 중단까지 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행한다.
- ⑤ 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효 중단의 효력이 없다.

□정답□ ①

[해설] ① (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).

- ② (O): 「민법」 제169조.
- ③ (O): 「민법」 제178조 제2항.
- ④ (O): 「민법」 제178조 제1항.
- ⑤ (O): 「민법」 제170조 제1항.

【문 21】 실종선고에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 소방간부>

- ① 부재자의 생사가 5년간 분명하지 아니한 때 법원은 이해관계인이나 검사의 청구가 있더라도 재량에 따라 실종선고를 하지 않을 수 있다.
- ② 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.
- ③ 실종자가 생존한 사실의 증거가 있으면 법원은 본인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 실종선고를 취소하여야 한다.
- ④ 실종선고의 취소가 있을 때 실종선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의이면 그 자는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있다.
- ⑤ 침몰한 선박 중에 있던 자가 선박의 침몰 후 1년간 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다.

□정답□ ①

- [해설] ① (X): 부채자의 생사가 5년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다(제27조 제1항). ⇨ 필연적 선고
- ② (O): 「민법」 제28조.
- ③ (O): 실종자의 생존한 사실 또는 실종기간이 만료한 때와 상이한 때에 사망한 사실의 증명이 있으면 법원은 본인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 실종선고를 취소하여야 한다(제29조 제1항 본문). ⇨ 필연적 취소
- ④ (O): 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접 원인으로 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).
- ⑤ (O): 침몰한 선박 중에 있던 자의 생사가 선박의 침몰 후 1년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다(제27조 제2항).

【문 22】 사기·강박에 의한 의사표시(「민법」 제110조)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2022년 소방간부>

- ① 법률행위가 사기를 이유로 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소에 따른 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로 행사할 수는 없다.
- ② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ③ 상품의 선전·광고에 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망행위가 아니다.
- ④ 소송행위가 강박에 의하여 이루어진 경우 「민법」 제110조를 이유로 취소할 수 있다.
- ⑤ 어떤 의사표시가 강박에 의한 의사표시가 되기 위해서는 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로써 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 하여야 한다.

□정답□ ④

- [해설] ① (O): 대판 1993.4.27. 92다56087.
- ② (O): 「민법」 제110조 제2항.
- ③ (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).
- ④ (X): 「민법」상의 법률행위에 관한 규정은 「민사소송법」상의 소송행위에는 특별한 규정 기타 특별한 사정이 없는 한 적용이 없는 것이므로 소송행위가 강박에 의하여 이루어진 것임을 이유로 취소할 수는 없다(대판 1997.10.10. 96다35484).
- ⑤ (O): 강박에 의한 의사표시 라고 하려면 상대방이 불법으로 어떤 해악을 고지함으로써 말미암아 공포를 느끼고 의사표시를 한 것이어야 한다(대판 2010.2.11. 2009다72643).

【문 23】 「민법」상 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 소방간부>

- ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에 대하여 효력이 생긴다.

- ② 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 원칙적으로 그 의사표시는 대리인을 위한 것으로 본다.
- ③ 본인이 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다.
- ④ 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.
- ⑤ 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 본인을 표준하여 결정한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 「민법」 제114조 제1항.

② (O): 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).

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

④ (O): 「민법」 제117조.

⑤ (X): 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.(제116조 제1항).

【문 24】 「민법」상 대리권의 범위 및 대리인의 권한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 소방간부>

- ① 대리인이 수인인 때에는 원칙적으로 공동하여 본인을 대리한다.
- ② 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.
- ③ 임의대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다.
- ④ 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.
- ⑤ 대리인은 본인의 허락이 없으면 원칙적으로 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못한다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제119조).

② (O): 「민법」 제120조.

③ (O): 「민법」 제121조 제2항.

④ (O): 「민법」 제123조 제2항.

⑤ (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 25】 「민법」상 추인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 소방간부>

- ① 취소할 수 있는 법률행위의 추인은 원칙적으로 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다.
- ② 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 「민법」의 규정에 따라 추인할 수 있는 후에 전부나 일부의 이행이 있으면 원칙적으로 추인한 것으로 본다.
- ③ 대리권 없는 자가 대리인으로 체결한 계약을 본인이 추인하는 경우 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생기나, 제3자의 권리를 해하지 못한다.
- ④ 법정대리인 또는 후견인이 법률행위를 추인하는 경우에도 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 추인의 효력이 있다.
- ⑤ 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 원칙적으로 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (O), ④ (X): 취소할 수 있는 법률행위의 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다. 그러나 법정대리인 또는 후견인이 추인하는 경우에는 적용하지 아니한다(제144조).

② (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).

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

⑤ (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 위 책임을 지지 않는다(제135조).