

민법  
총칙

박성렬

22년 행정사  
민법총칙  
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

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



2022년 행정사 민법총칙 기출/해설

- 독한공무원, 박성렬 교수

【문 01】 「민법」의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2022년 행정사>

- ① 「헌법」에 의하여 체결·공포된 민사에 관한 조약은 「민법」의 법원(法源)이 될 수 있다.
- ② 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니다.
- ③ 관습법의 존재는 특별한 사정이 없으면 당사자의 주장·증명을 기다릴 필요 없이 법원이 직권으로 확정하여야 한다.
- ④ 사실인 관습은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있다.
- ⑤ 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 종중의 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다.

□정답□ ②④

[해설] ① (O): 「헌법」에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가지므로(헌법 제6조 제1항), 민사에 관한 것이면 「민법」의 법원이 된다.

② (X): 「헌법」 제111조 제1항 제1호 및 「헌법재판소법」 제41조 제1항에서 규정하는 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하고, 또한 민사에 관한 관습법은 법원에 의하여 발견되고 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원이 되는 것에 불과하여, 관습법이 「헌법」에 위반되는 경우 법원이 그 관습법의 효력을 부인할 수 있으므로, 결국 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니라 할 것이다(대결 2009.5.28. 2007카기134). ⇔ 「헌법」 제111조 제1항 제1호, 제5호 및 「헌법재판소법」 제41조 제1항, 제68조 제2항은 위헌심판의 대상을 ‘법률’이라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘법률’이라고 함은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 갖는 조약 등도 포함되므로, 법률과 같은 효력을 가지는 관습법도 헌법소위심판의 대상이 되고, 단지 형식적 의미의 법률이 아니라는 이유로 그 예외가 될 수는 없다(헌재 2020.10.29. 2017헌바208).

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

④ (X): 관습법은 바로 법원(法源)으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14. 80다3231).

⑤ (O): 종중이란 공동선조의 분묘 수호와 제사 및 종원 상호 간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족 집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다(대판 전합 2005.7.21. 2002다1178; 대판 2009.1.15. 2008다70220).

【문 02】 신의칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 신의칙에 반하는 것은 강행규정에 위반하는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다.
- ② 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 나중에 법정대리인의 동의 없음을 이유로 그 계약을 취소하는 것은 신의칙에 반한다.
- ③ 무권대리인이 본인을 단독상속한 경우, 본인의 지위에서 자신이 한 무권대리행위의 추인을 거절하는 것은 신의칙에 반한다.
- ④ 병원은 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지하기 위하여 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상 보호

의무가 있다.

- ⑤ 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 경우, 법원이 신의칙에 의하여 그 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 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) : 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).

③ (O) : 대리권한 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 거절함은 신의칙에 반한다.

④ (O) : 환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실에의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다(대판 2003.4.11. 2002다63275).

⑤ (O) : 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 03】 부재와 실종에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 부재자로부터 재산처분권을 위임받은 재산관리인은 그 재산을 처분함에 있어 법원의 허가를 받지 않아도 된다.
- ② 법원이 선임한 부재자 재산관리인의 권한초과행위에 대한 법원의 허가 결정은 기왕의 법률행위를 추인하는 방법으로는 할 수 없다.
- ③ 법원은 법원이 선임한 부재자 재산관리인으로 하여금 부재자의 재산관리 및 반환에 관하여 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.
- ④ 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료된 때에 사망한 것으로 본다.
- ⑤ 부재자의 제1순위 상속인이 있는 경우, 제2순위 상속인은 특별한 사정이 없는 한 부재자에 관한 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인이 아니다.

□정답□ ②

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

② (X) : 부재자 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산매매행위에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다(대판 2000.12.26. 99다19278).

- ③ (O): 「민법」 제26조 제1항.
- ④ (O): 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(제28조). ⇨ 사망추정주의(x), 사망의 제주의(O)
- ⑤ (O): 부재자의 제1순위 재산상속인이 있는 경우에 제2순위 이하의 재산상속인은 위 부재자에 대한 실종선고를 청구할 이해관계인이 될 수 없다(대결 1961.12.19. 4294민재항649; 대결 1980.9.8. 80스27).

【문 04】 후견에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 행정사>

- ① 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.
- ② 가정법원이 피성년후견인에 대하여 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견의 종료 심판을 하여야 한다.
- ③ 피성년후견인의 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 있지만, 가정법원은 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
- ④ 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다.
- ⑤ 가정법원은 정신적 제약으로 특정한 사무에 관하여 후원이 필요한 자에 대하여는 본인의 의사에 반하더라도 특정후견의 심판을 할 수 있다.

□정답□ ⑤

- [해설] ① (O): 가정법원은 성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항, 제12조 제2항). ⇨ 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).
- ② (O): 가정법원이 피성년후견인 또는 피특정후견인에 대하여 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견 또는 특정후견의 종료 심판을 한다(제14조의3 제2항).
- ③ (O): 피성년후견인의 법률행위는 성년후견인의 동의를 얻어서 한 경우에도 취소할 수 있는 것이 원칙이다(제10조 제1항). 그런데 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인(※ 피한정후견인 x)의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(제10조 제2항).
- ④ (O): 가정법원은 피한정후견인(※ 피성년후견인 x)이 한정후견인(성년후견인x)의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항).
- ⑤ (X): 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).

【문 05】 「민법」상 법인에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 재단법인의 기본재산을 새롭게 편입하는 행위는 주무관청의 허가를 받지 않아도 유효하다.
- ② 재단법인의 감사는 「민법」상 필수기관이다.
- ③ 사단법인의 사원권은 정관에 정함이 있는 경우 상속될 수 있다.
- ④ 사단법인이 정관에 이사의 대표권에 관한 제한을 규정한 경우에는 이를 등기하지 않더라도 악의의 제3자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 이사 전원의 의결에 의하여 잔여재산을 처분하도록 한 사단법인의 정관규정은 성질상 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 청산인의 대표권에 관한 제한으로 보아야 한다.

□정답□ ③

- [해설] ① (X): 재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하

기 때문에 주무장관의 허가를 받아야 하고, 따라서 기존의 기본계산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본계산으로 편입하는 행위도 주무장관의 허가가 있어야 유효하다(대판 1991.5.28. 90다8558).

② (X): 법인은 정관 또는 총회의 결의로 감사를 둘 수 있다(제66조). 즉 감사는 임의기관이다. ⇨ 이사는 필수기관이다(제57조).

③ (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).

④ (X): 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기되어 있지 않다면, 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대판 1992.2.14. 91다24564; 대판 2014.9.4. 2011다51540).

⑤ (X): 이사 전원의 의결에 의하여 잔여계산을 처분하도록 한 정관규정은 성질상 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 청산인의 대표권에 관한 제한이라고 볼 수 없다(대판 1995.2.10. 94다13473).

【문 06】 甲 법인의 대표이사 乙은 대표자로서의 모든 권한을 丙에게 포괄적으로 위임하여 丙이 실질적으로 甲 법인의 사실상 대표자로서 그 사무를 집행하고 있다. 이에 관한 설명으로 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ㄱ. 甲의 사무에 관한 丙의 대행행위는 원칙적으로 甲에게 효력이 미치지 않는다.
- ㄴ. 丙이 외관상 직무행위로 인하여 丁에게 손해를 입힌 경우, 甲은 특별한 사정이 없는 한 丁에 대하여 법인의 불법행위책임에 관한 「민법」 제35조의 손해배상책임을 진다.
- ㄷ. 만약 甲이 비법인사단이라면 乙은 甲의 사무 중 정관에서 대리를 금지한 사항의 처리에 대해서도 丙에게 포괄적으로 위임할 수 있다.

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

□정답□ ③

[해설] ㄱ. (O), ㄷ. (X): 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 「민법」 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 하는데, 「민법」 제62조에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수입인의 대행행위는 「민법」 제62조를 위반한 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다(대판 2011.4.28. 2008다15438).

ㄴ. (O): 법인이 그 대표자의 불법행위로 인하여 손해배상의무를 지는 것은 그 대표자의 직무에 관한 행위로 인하여 손해가 발생한 것임을 요한다 할 것이나, 그 ‘직무에 관한 것’이라는 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).

【문 07】 「민법」상 법인의 해산과 청산에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 해산한 법인은 청산의 목적 범위 내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다.
- ② 사단법인 총회의 해산결의는 정관에 다른 규정이 없는 한 총사원의 4분의 3 이상의 동의가 필요하다.
- ③ 「민법」상 청산절차에 관한 규정에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특별한 사정이 없는 한 무효이다.
- ④ 청산 중의 법인은 변제기에 이르지 아니한 채권에 대해서도 변제할 수 있다.

- ⑤ 법인의 청산인은 채권신고기간 내에는 채권자에 대하여 변제하지 못하므로 법인은 그 기간 동안의 지연손해배상의무를 면한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 「민법」 제81조.

② (O) : 사단법인은 총사원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못한다. 그러나 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(제78조).

③ (O) : 「민법」 제80조·제81조·제87조 등 법인의 청산절차에 관한 규정은 모두 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치기 때문에 이른바 강행규정이라고 해석되므로, 이에 반하는 잔여재산의 처분행위는 특단의 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다(대판 1995.2.10. 94다13473 ; 대판 1992.4.28. 91누9848).

④ (O) : 「민법」 제91조 제1항.

⑤ (X) : 청산인은 제88조 제1항의 채권신고기간 내에는 채권자에 대하여 변제하지 못한다. 그러나 법인은 채권자에 대한 지연손해배상의 의무를 면하지 못한다(제90조).

【문 08】 물건에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 주물의 소유자의 상용에 공여되고 있더라도 주물 자체의 효용과 관계가 없는 물건은 종물이 아니다.
- ② 원본채권이 양도되면 특별한 사정이 없는 한 이미 변제기에 도달한 이차채권도 당연히 함께 양도된다.
- ③ 주물을 처분할 때 종물을 제외하거나 종물만을 별도로 처분하는 특약은 무효이다.
- ④ 피상속인이 유언으로 자신의 유골의 매장장소를 지정한 경우, 제사주재자는 피상속인의 의사에 따를 법률적 의무를 부담한다.
- ⑤ “종물은 주물의 처분에 따른다.”고 규정한 「민법」 제100조 제2항의 ‘처분’에는 공법상 처분은 포함되지 않는다.

□정답□ ①

[해설] ① (O) : 어느 건물이 주된 건물의 종물이기 위하여는 주물의 상용에 이바지되어야 하는 관계가 있어야 하는바, 여기에서 ‘주물의 상용에 이바지한다’ 함은 주물 그 자체의 경제적 효용을 다하게 하는 것을 말하는 것이며, 주물의 소유자나 이용자의 상용(사용)에 공여되고 있더라도 주물 그 자체의 효용과는 직접 관계없는 물건은 종물이 아니다(대판 1994.6.10. 94다11606 ; 대판 2007.12.13. 2007도7247 등).

② (X) : 이차채권은 원본채권에 대하여 종속성을 갖고 있으나, 이미 변제기에 도달한 이차채권은 원본채권과 분리하여 양도할 수 있고 원본채권과 별도로 변제할 수 있으며 시효로 인하여 소멸되기도 하는 등 어느 정도 독립성을 갖게 되는 것이므로, 원본채권이 양도된 경우 이미 변제기에 도달한 이차채권은 원본채권의 양도 당시 그 이차채권도 양도한다는 의사표시가 없는 한 당연히 양도되지는 않는다(대판 1989.3.28. 88다카12803).

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

④ (X) : 피상속인이 생전 행위 또는 유언으로 자신의 유체·유골을 처분하거나 매장장소를 지정한 경우에, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 이상 그 의사는 존중되어야 하고 이는 제사주재자로서도 마찬가지이지만, 피상속인의 의사를 존중해야 하는 의무는 도의적인 것에 그치고, 제사주재자가 무조건 이에 구속되어야 하는 법률적 의무까지 부담한다고 볼 수는 없다(대판 전합 2008.11.20. 2007다27670).

⑤ (X) : 「민법」 제100조 제2항에서는 “종물은 주물의 처분에 따른다.”고 하고 있는바, 여기에서의 ‘처분’이란 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야 한다(대판 2006.10.26. 2006다29020).

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

<2022년 행정사>

- ① 임의대리권의 범위는 원칙적으로 수권행위에 의하여 정해진다.
- ② 특별한 사정이 없는 한 통상의 임의대리권은 필요한 한도에서 수령대리권을 포함한다.
- ③ 매도인으로부터 매매계약 체결에 대한 대리권을 수여받은 자는 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에 따른 중도금을 수령할 권한이 있다.
- ④ 매도인으로부터 매매계약의 체결과 이행에 대해 포괄적인 대리권을 수여받은 자는 특별한 사정이 없는 한 약정된 매매대금의 지급기일을 연기해 줄 권한이 없다.
- ⑤ 부동산을 매수할 권한을 수여받은 자는 원칙적으로 그 부동산을 처분할 권한이 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 임의대리권의 범위는 수권행위(대리권수여행위)에 의하여 정하여지는 것이므로 어느 행위가 대리권의 범위 내의 행위인지의 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단할 것이다(대판 2015.12.23. 2013다81019; 대판 2016.5.27. 2015다227499). 그러나 임의대리권의 범위가 수권행위에 의해 정해지지 않거나 명백하지 아니한 경우에는 보충규정인 「민법」 제118조에 의해 그 범위가 정해진다.

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): 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(대판 1994.2.8. 93다39379).

④ (X): 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 다른 사정이 없는 한 상대방에 대하여 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 할 것이다(대판 1992.4.14. 91다43107).

⑤ (O): 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로 특별한 다른 사정이 없는 한 부동산을 매수할 권한을 수여받은 대리인에게 그 부동산을 처분할 대리권도 있다고 볼 수 없다(대판 1991.2.12. 90다7364).

【문 10】 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2022년 행정사>

- ① 청약의 의사표시는 그 표시가 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
- ② 의사표시자가 청약의 의사표시를 발송한 후 사망하였다면, 그 의사표시는 처음부터 무효인 것으로 본다.
- ③ 행위능력을 갖춘 미성년자에게는 특별한 사정이 없는 한 의사표시의 수령능력이 인정된다.
- ④ 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하는 경우, 「민사소송법」 공시송달의 규정에 의하여 의사표시를 송달할 수 있다.
- ⑤ 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우, 특별한 사정이 없는 한 의사표시자는 그 의사표시으로써 대항할 수 없다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다(제111조 제1항).

② (X): 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제111조 제2항).

③ (O): 제한능력자라도 예외적으로 행위능력이 인정되는 범위에서는 수령능력도 있다.

④ (O): 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다(제113조).

⑤ (O) : 의사표시의 상대방이 의사표시를 받은 때에 제한능력자인 경우에는 의사표시자는 그 의사표시로써 대항할 수 없다. 다만, 그 상대방의 법정대리인이 의사표시가 도달한 사실을 안 후에는 그러하지 아니하다(제112조).

【문 11】 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.
- ② 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단될 수 있다.
- ③ 임의대리의 원인된 법률관계가 종료하기 전이라도 본인은 수권행위를 철회할 수 있다.
- ④ 수권행위에서 권한을 정하지 아니한 대리인은 보존행위만을 할 수 있다.
- ⑤ 복대리인은 본인의 대리인이다.

□정답□ ④

[해설] ① (O) : 「민법」 제117조.

② (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 이를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대판 2016.5.26. 2016다203315).

③ (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.

④ (X) : 권한을 정하지 아니한 대리인은 보존행위, 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위만을 할 수 있다(제118조).

⑤ (O) : 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다(제123조 제1항). 즉 복대리인은 본인의 대리인이다.

【문 12】 무권대리행위에 대한 본인의 추인에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 추인은 무권대리인의 동의가 있어야 유효하다.
- ② 추인은 무권대리인이 아닌 무권대리행위의 상대방에게 하여야 한다.
- ③ 무권대리행위가 범죄가 되는 경우, 본인이 그 사실을 알고 장기간 형사고소를 하지 않았다면 묵시적 추인이 인정된다.
- ④ 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 하여야 한다.
- ⑤ 무권대리행위의 일부에 대한 추인은 상대방의 동의가 없더라도 유효하다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며, 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위이다(대판 1982.1.26. 81다카549).

② (X) : 무권대리행위의 추인은 무권대리인, 무권대리행위의 직접의 상대방 및 그 무권대리행위로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인에 대하여도 할 수 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

③ (X) : 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).

④ (O) : 무권대리행위의 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 본인에게 귀속시키려는 의사표시이다(대판 2015.4.23. 2013다61398).



⑤ (X): 무권대리행위의 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고, 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549).

【문 13】 불공정한 법률행위에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 불공정한 법률행위는 원칙적으로 추인에 의해서 유효로 될 수 없다.
- ② 궁박은 경제적 원인에 기인하는 것을 말하며, 심리적 원인에 기인할 수 없다.
- ③ 특별한 사정이 없는 한 경솔·궁박은 본인을 기준으로 판단하고, 무경험은 대리인을 기준으로 판단한다.
- ④ 법률행위가 현저하게 공정성을 잃은 경우, 그 법률행위 당사자의 궁박·경솔·무경험은 추정된다.
- ⑤ 불공정한 법률행위에는 무효행위의 전환에 관한 「민법」 제138조는 적용되지 않는다.

□정답□ ①

[해설] ① (O): 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인이나 법정추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994.6.24. 94다10900).

② (X): 「민법」 제104조에서 ‘궁박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있다(대판 2011.9.8. 2011다35722 등).

③ (X): 대리인에 의하여 법률행위가 이루어진 경우 그 법률행위가 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 궁박은 본인의 입장에서 판단하여야 한다(대판 2002.10.22. 2002다38927).

④ (X): 주관적 요건은 객관적 요건의 존재에 의하여 당연히 그 존재가 추정되지 않는다. 따라서 현저한 불균형이 있다고 하여 궁박·경솔·무경험이 추정되지는 않는다(대판 1969.7.24. 69다594).

⑤ (X): 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 「민법」 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 「민법」 제138조가 적용될 수 있다(대판 2010.7.15. 2009다50308 ; 대판 2011.4.28. 2010다106702).

【문 14】 사기에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 광고에 있어 다소의 과장은 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다.
- ② 부작위에 의한 기망행위에서 고지의무는 조리상 일반원칙에 의해서는 인정될 수 없다.
- ③ 사기에 의한 의사표시가 인정되기 위해서는 의사표시자에게 재산상의 손실을 주려는 사기자의 고의는 필요하지 않다.
- ④ 기망행위로 인하여 법률행위의 내용으로 표시되지 않은 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시를 이유로 취소할 수 있다.
- ⑤ 사기에 의한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

□정답□ ②

[해설] ① (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).

② (X): 부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이 경험칙

상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의 무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있고, 이와 같은 고지의무의 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당한다(대판 2007.6.1. 2005다5812).

③ (O) : 사기에 의한 의사표시가 성립하려면 표의자를 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의와 그 착오에 기하여 표의자로 하여금 의사표시를 하게 하려는 고의가 있어야 한다(2단계고의설). 따라서 표의자에게 재산상의 손실을 주려는 사기자의 고의는 필요하지 않다.

④ (O) : 기망행위로 인하여 법률행위의 중요부분에 관하여 착오를 일으킨 경우뿐만 아니라 법률행위의 내용으로 표시되지 아니한 의사결정의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에도 표의자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로서 취소할 수 있다(대판 1985.4.9. 85도167).

⑤ (O) : 「민법」 제110조 제3항.

【문 15】 통정허위표시를 기초로 새로운 법률상의 이해관계를 맺은 제3자를 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ㄱ. 가장매매의 매수인으로부터 그와의 매매계약에 의한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마친 자
- ㄴ. 허위의 선급금반환채무 부담행위에 기하여 그 채무를 보증하고 이행까지 하여 구상권을 취득한 자
- ㄷ. 가장소비대차에 있어 대주의 계약상의 지위를 이전받은 자

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

□정답□ ③

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

ㄴ. (O) : 보증인이 주채무자의 기망행위에 의하여 주채무가 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 주채무가 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).

ㄷ. (X) : 계약인수는 계약당사자 중 일방이 포괄적인 당사자의 지위를 제3자에게 이전하여 계약관계로부터 탈퇴하고 그 제3자가 당사자의 지위를 승계하는 것을 목적으로 하는 계약으로서, 가장소비대차에서 대주의 지위를 이전받은 자도 계약인수인에 해당한다. 따라서 허위표시의 당사자로부터의 포괄승계인인 계약인수인은 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다(대판 2004.1.15. 2002다31537 참조).

【문 16】 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우, 그 착오가 표의자의 중과실로 인한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 이를 이유로 의사표시를 취소할 수 있다.
- ② 표의자는 자신에게 중과실이 없음에 대한 주장·증명책임을 부담한다.
- ③ 착오로 인한 의사표시에 관한 「민법」 제109조 제1항의 적용은 당사자의 합의로 배제할 수 있다.

- ④ 착오로 인하여 표의자가 경제적 불이익을 입지 않았다면 이는 법률행위 내용의 중요부분의 착오로 볼 수 없다.
- ⑤ 표의자가 장래에 있을 어떤 사항의 발생이 미필적임을 알아 그 발생을 예기한 데 지나지 않는 경우, 그 기대가 이루어지지 않은 것을 착오로 볼 수는 없다.

□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) : 착오에 중대한 과실이 있는지 여부에 대한 주장·**증명책임**은 표의자로 하여금 그 의사표시의 취소를 하지 못하게 하여 그 법률행위의 효력을 인정하려는 상대방이 부담한다.

③ (O) : 당사자의 **합의**로 착오로 인한 의사표시 취소에 관한 「민법」 제109조 제1항의 적용을 배제할 수 있다(대판 2016.4.15. 2013다97694).

④ (O) : 착오가 법률행위 내용의 중요부분에 있다고 하기 위하여는 표의자에 의하여 추구된 목적을 고려하여 합리적으로 판단하여 볼 때 표의자와 의사의 불일치가 객관적으로 현저하여야 하고, 만일 그 착오로 인하여 표의자가 무슨 **경제적인 불이익을 입은 것이 아니라면** 이를 법률행위 내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없다(대판 2006.12.7. 2006다41457; 대판 2009.4.23. 2008다96291).

⑤ (O) : 「민법」 제109조에서 규정한 바와 같이 의사표시에 착오가 있다고 하려면 법률행위를 할 당시에 실제로 없는 사실을 있는 사실로 잘못 깨닫거나 아니면 실제로 있는 사실을 없는 사실로 잘못 생각하듯이 표의자의 인식과 그 대조사실이 어긋나는 경우라야 하므로, 표의자가 행위를 할 당시 장래에 있을 어떤 사항의 발생이 미필적임을 알아 그 발생을 예기한 데 지나지 않는 경우는 표의자의 심리상태에 인식과 그 대조사실의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수 없다(대판 2013.11.28. 2013다202922).

【문 17】 반사회질서의 법률행위에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2022년 행정사>

- ㄱ. 수사기관에서 참고인으로 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대한 허위 진술의 대가로 작성된 각서에 기한 급부의 약정
- ㄴ. 강제집행을 면하기 위해 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위
- ㄷ. 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위

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

□정답□ ①

[해설] ㄱ. (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).

ㄴ. (X) : 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 「민법」 제103조의 **선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 볼 수 없다**(대판 2004.5.28. 2003다70041).

ㄷ. (X) : 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 한 **종교법인(불교종단)의 주지임명행위**는 「민법」 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당하지 않는다(대판 2001.2.9. 99다38613).

【문 18】 법률행위의 부관에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 상계의 의사표시에는 원칙적으로 조건을 붙일 수 있다.
- ② 조건부 법률행위에서 조건의 내용 자체가 불법적이어서 무효인 경우, 원칙적으로 그 조건만이 무효이고 나머지 법률행위는 유효하다.
- ③ 해제조건부 법률행위의 조건이 불능조건인 경우, 그 법률행위는 무효이다.
- ④ 시기(始期) 있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 잃는다.
- ⑤ 기한은 특별한 사정이 없는 한 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X): 상계의 의사표시에는 조건 또는 기한을 붙이지 못한다(제493조 제1항).

② (X): 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다(대결 2005.11.8. 2005마541).

③ (X): 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것(⇨불능조건)인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건 없는 법률행위로 하고, 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다(제151조 제3항).

④ (X): 시기 있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 생긴다(제152조 제1항). ⇨ 종기 있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 잃는다(제152조 제2항).

⑤ (O): 기한의 이익을 받는 당사자는 법률행위의 성질, 특약 또는 당시의 구체적인 사정 등에 따라 정해진다. 그러나 기한이 누구를 위하여 존재하는지 불분명한 경우, 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다(제153조 제1항).

【문 19】 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 진의 아님 의사표시는 원칙적으로 무효이다.
- ② 법률행위가 무효와 취소사유를 모두 포함하고 있는 경우, 당사자는 취소권이 있더라도 무효에 따른 효과를 제거하기 위해 이미 무효인 법률행위를 취소할 수 없다.
- ③ 법률행위의 무효는 제한능력자, 착오나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인 이외에는 주장할 수 없다.
- ④ 타인의 권리를 목적으로 하는 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 유효하다.
- ⑤ 무효인 법률행위는 추인할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년 이후에는 추인할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (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

② (X): 무효사유와 취소사유가 함께 존재하는 경우(예컨대 피성년후견인이 어떤 법률행위를 할 때에 전혀 의사능력을 갖고 있지 않은 경우), 표의자는 어느 쪽이든 그 요건을 증명해서 선택적으로 주장할 수 있게 된다(대판 2017.4.7. 2014다234827 참조). ⇨ 무효·취소의 이중효 배리

③ (X): 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 그러나 법률행위의 무효는 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다(대판 2016.3.24. 2015다11281).

- ④ (O) : 의무부담행위인 **채권행위**는 목적이 되는 권리에 대한 **처분권이 없는 무권리자도 할 수 있다**. 따라서 타인의 물건을 **매매**하여도 그 매매계약은 유효하다(제569조). <⇔> 처분권 없는 자가 한 처분행위인 물권행위(예컨대 소유권이전행위·질권설정행위 등)는 무효이다.
- ⑤ (X) : 무효인 법률행위에 대한 **추인**에는 **기간의 제한이 없다**.

【문 20】 취소할 수 있는 법률행위의 법정추인에 해당하지 않는 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)  
<2022년 행정사>

- ① 취소할 수 있는 행위로부터 생긴 채무의 이행을 위해 취소권자가 상대방에게 일부 이행을 한 경우
- ② 취소할 수 있는 행위로부터 생긴 채무의 이행을 위해 취소권자가 상대방에게 이행을 청구하는 경우
- ③ 취소할 수 있는 행위로부터 생긴 채무의 이행을 위해 취소권자가 상대방에게 저당권을 설정해 준 경우
- ④ 취소권자가 취소할 수 있는 행위에 의하여 성립된 채권을 소멸시키고 그 대신 다른 채권을 성립시키는 경계를 하는 경우
- ⑤ 취소할 수 있는 행위로부터 취득한 권리의 전부를 취소권자의 상대방이 제3자에게 양도하는 경우

□정답□ ⑤

- [해설] ① (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).
- ② (O) : 취소권자의 상대방에 대한 **‘이행의 청구’**는 **법정추인사유에 해당한다**(제145조 제2호). 그러나 상대방의 취소권자에 대한 이행의 청구는 법정추인사유가 아니다.
- ③ (O), ⑤ (X) : ‘취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도’가 있으면 법정추인이 된다(제145조 제5호). 여기서 말하는 **‘양도’**에는 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리 위에 **전세권·저당권 등과 같은 제한물권을 설정하여 주거나 임차권을 설정하여 주는 경우도 포함한다**. 그러나 이것은 취소권자가 양도하는 때에 한하여 법정추인이 되고 **상대방의 양도**는 법정추인사유가 아니다.
- ④ (O) : 취소권자가 채권자로서 경계를 하느냐 채무자로서 경계를 하느냐를 **불문**하고 **법정추인사유에 해당한다**(제145조 제3호).

【문 21】 「민법」상 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 연령계산에는 출생일을 산입한다.
- ② 기간의 초일(初日)이 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일부터 기산한다.
- ③ 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다.
- ④ 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역(曆)에 의하여 계산한다.
- ⑤ 기간을 일, 주, 월로 정한 때에는 그 기간이 오전 영(零)시부터 시작하는 때가 아니면 기간의 초일은 산입하지 않는다.

□정답□ ②

- [해설] ① (O) : 「민법」 제158조.
- ② (X) : “기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.”는 「**민법**」 제161조는 **기간의 산입 초일에는 적용이 없다**(대판 1982.2.23. 81누204). ⇨ 기간(기산)의 초일이 공휴일이라 하더라도 기간은 초일부터 기산한다.

- ③ (O): 「민법」 제156조.
- ④ (O): 「민법」 제160조 제1항.
- ⑤ (O): 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로 부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다(제157조).

【문 22】 소멸시효와 제척기간에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 소멸시효가 완성되면 그 기간이 경과한 때부터 장래에 향하여 권리가 소멸하지만, 제척기간이 완성되면 그 기산일에 소급하여 권리가 소멸한다.
- ② 소멸시효는 그 성질상 기간의 중단이 있을 수 없지만, 제척기간은 권리자의 청구가 있으면 기간이 중단된다.
- ③ 소멸시효가 완성된 이후 그 이익을 포기하는 것은 원칙적으로 인정되지만, 제척기간은 그 포기가 인정되지 않는다.
- ④ 소멸시효 완성에 의한 권리 소멸은 법원의 직권조사사항이지만, 제척기간에 의한 권리의 소멸은 원용권자가 이를 주장하여야 한다.
- ⑤ 매도인의 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상청구권과 같이 청구권에 관하여 제척기간을 정하고 있는 경우에는 제척기간이 적용되므로 소멸시효는 당연히 적용될 수 없다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): (1) 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다(제167조). (2) 제척기간에 의한 권리의 소멸은 소급효가 없고 장래에 향하여 효력이 있다.

② (X): (1) 소멸시효는 시효의 중단(제168조 이하)과 정지(제179조~제182조)가 인정된다. (2) 제척기간에 있어서는 그 성질에 비추어 소멸시효와 같이 기간의 중단이나 정지는 있을 수 없다(대판 2004.7.22. 2004두2509).

③ (O): (1) 소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다(제184조 제1항). 따라서 「민법」 제184조 제1항의 반대해석상 소멸시효 완성 후의 포기는 인정된다. (2) 제척기간은 기간의 만료 전후를 불문하고 그 이익의 포기가 인정되지 않는다.

④ (X): (1) 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단 대상이 된다(대판 2017.3.22. 2016다258124). 즉 소멸시효의 이익을 받는 자가 소멸시효 이익을 받겠다는 뜻을 항변하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다(대판 1979.2.13. 78다2157). (2) 제척기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이다(대판 1996.9.20. 96다25371 ; 대판 1999.4.9. 98다46945 등).

⑤ (X): 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 「민법」 제582조(매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월 내)의 제척기간이 적용되고, 이는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는 데에 취지가 있다. 그런데 하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 「민법」 제162조 제1항의 채권소멸시효의 규정이 적용(⇒ 10년의 소멸시효)되고, 「민법」 제582조의 제척기간규정으로 인하여 소멸시효규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다(대판 2011.10.13. 2011다10266 ; 대판 2020.5.28. 2017다265389). ⇒ 수급인의 담보책임에 기한 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 대하여도 「민법」 제670조 또는 제671조의 제척기간규정으로 인하여 위 각 소멸시효규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다(대판 2012.11.15. 2011다56491).

【문 23】 「민법」상 1년의 소멸시효기간의 적용을 받는 채권이 아닌 것은? <2022년 행정사>

- ① 음식점의 음식대금채권
- ② 여관의 숙박대금채권
- ③ 판결에 의하여 확정된 채권
- ④ 의복 등 동산의 사용료채권
- ⑤ 연예인의 임금채권

□정답□ ③

[해설] ① (O), ② (O), ④ (O), ⑤ (O): 「민법」 제164조(1년의 단기소멸시효) 다음 각 호의 채권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 채당금의 채권
2. 의복, 침구, 장구 기타 동산의 사용료의 채권
3. 노역인, 연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권
4. 학생 및 수업자의 교육, 의식 및 유속에 관한 교주, 숙주, 교사의 채권

③ (X): 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다(제165조 제1항).

【문 24】 甲이 자신 소유의 X 토지를 乙에게 매도하고, 乙은 甲에게 매매대금을 모두 지급하였다. 甲과 乙이 행사하는 다음 등기청구권 중 소멸시효가 진행되는 경우를 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ㄱ. 乙이 甲을 상대로 위 매매계약에 기하여 X 토지에 대해 소유권이전등기청구권을 행사하는 경우
- ㄴ. 乙이 위 매매계약에 기하여 甲으로부터 X 토지를 인도받아 사용·수익하고 있으나, 아직 甲의 명의로 소유권이전등기가 남아 있어 甲을 상대로 X 토지에 대해 소유권이전등기청구권을 행사하는 경우
- ㄷ. 乙이 위 매매계약에 기하여 甲으로부터 X 토지에 대해 소유권이전등기를 경료받았으나, 이후 甲과 乙의 매매계약이 적법하게 취소되어 甲이 乙을 상대로 소유권에 기한 말소등기청구권을 행사하는 경우

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

□정답□ ①

[해설] ㄱ. (O): 부동산매수인의 소유권이전등기청구권 도형식주의를 취하고 있는 현행 「민법」 하에서는 채권적 청구권이므로 10년의 소멸시효에 걸린다(대판 전합 1976.11.6. 76다148).

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

ㄷ. (X): 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효의 대상이 되지 아니한다. ⇨ 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 25】 甲이 자신 소유의 X 토지를 乙에게 매도하면서 乙의 매매대금의 지급과 동시에 乙 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주기로 약정하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2022년 행정사>

- ① 甲과 乙이 소유권이전등기와 매매대금의 지급을 이행하였으나 위 매매계약이 통정허위표시로 무효인 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲이 지급받은 매매대금과 乙 명의로 마쳐진 소유권등기를 각각 부당이득으로 반환청구할 수 있다.

- ② 甲과 乙의 매매계약이 甲이 미성년자임을 이유로 적법하게 취소된 경우, 甲은 특별한 사정이 없는 한 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.
- ③ 甲이 乙의 매매대금지급 불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 경우, 乙은 계약해제에 따른 손해배상책임을 면하기 위해 착오를 이유로 그 매매계약을 취소할 수 없다.
- ④ 甲과 乙이 각각 소유권이전등기와 매매대금의 지급을 이행한 이후, 乙이 甲의 사기를 이유로 위 매매계약을 적법하게 취소한 경우, 甲의 매매대금반환과 乙의 소유권이전등기말소는 특별한 사정이 없는 한 동시에 이행되어야 한다.
- ⑤ 甲과 乙의 매매계약이 관련 법령에 따라 관할청의 허가를 받아야 함에도 아직 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효상태인 경우, 乙은 甲에게 계약의 무효를 주장하여 이미 지급한 계약금의 반환을 부당이득으로 청구할 수 없다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : **동정허위표시** 자체는 「민법」 제746조의 불법원인급여에서 말하는 불법에 해당하지 않는다(대판 2004.5.28. 2003다70041). 따라서 허위표시의 당사자는 무효임을 이유로 각각 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.

② (O) : 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, **제한능력자**는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다(제141조). ⇨ 「민법」 제141조 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 「민법」 제748조의 특칙으로서 제한능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있다(대판 2009.1.15. 2008다58367).

③ (X) : **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).

④ (O) : 매매계약이 취소된 경우에 당사자 쌍방의 **원상회복(부당이득반환)의무**는 동시이행의 관계에 있다(대판 2010.10.14. 2010다47438 ; 대판 2001.7.10. 2001다3764).

⑤ (O) : 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용이 아닌 유동적 무효상태의 매매계약을 체결하고 매수인이 이에 기하여 임의로 지급한 **계약금·중도금**은 그 계약이 유동적 무효상태로 있는 한 이를 부당이득으로 반환을 구할 수 없고, 유동적 무효상태가 확정적으로 무효가 되었을 때 비로소 부당이득으로 그 반환을 구할 수 있다(대판 1993.7.27. 91다33766 ; 대판 1995.4.28. 93다26397등).