

민법  
총칙

박성렬

# 23년 제29기 소방간부후보생

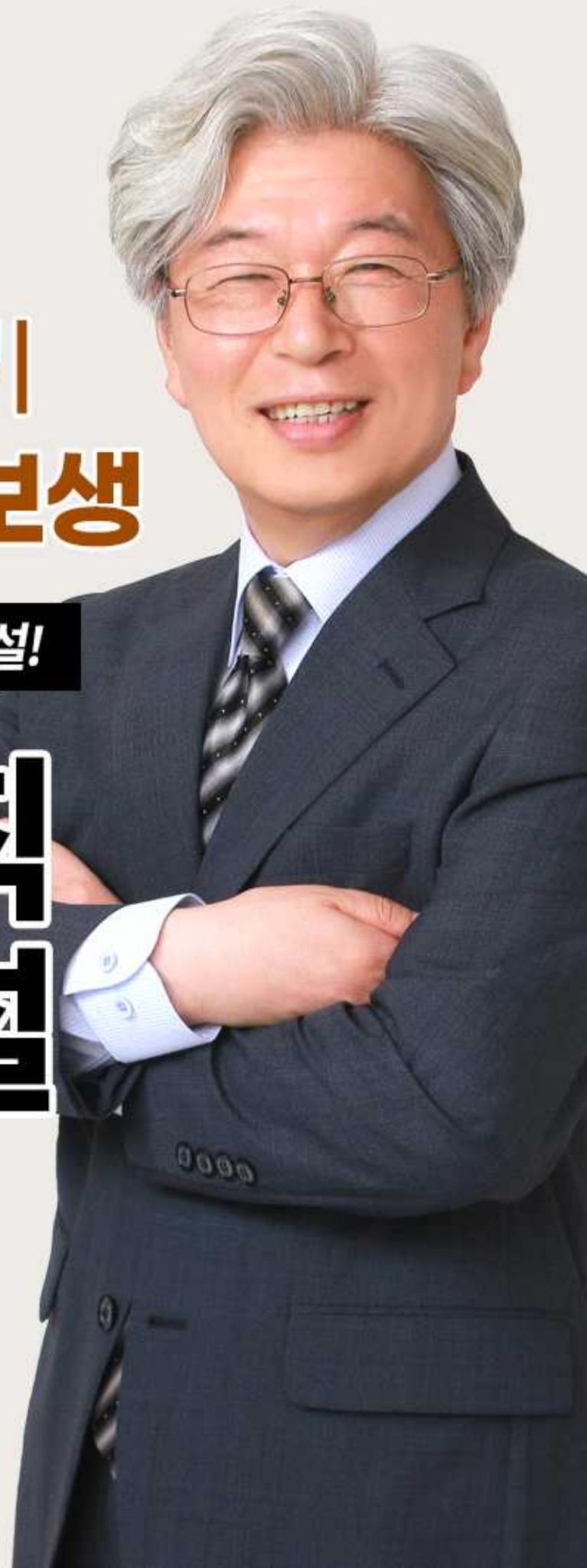
가장 빠르고 정확한 기출해설!

# 민법총칙 기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

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



## 2023년 제29기 소방간부후보생 민법총칙 해설

- 박성렬 교수

<총평> : 먼저 수험생 여러분들! 고생 많았습니다.

23년 소간시험 민법총칙문제는 전반적으로 쉬웠다고 할 수 있습니다. 문제의 난이도를 상, 중, 하로 구분할 때, 상에 해당하는 문제가 16번 1문제 정도뿐이라 할 수 있습니다. 23번, 24번의 소멸시효문제는 공부를 대충 한 수험생에게는 어려울 수 있으나 조금 열심히 공부하였다면 충분히 정답을 고를 수 있었을 거로 보입니다.

결론적으로 작년보다 약 2문제 정도 쉬웠다고 보입니다.

【문 01】 신의성실의 원칙에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 본인을 단독상속한 무권대리인이 본인의 지위에서 그 무권대리행위의 추인을 거절하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.
- ② 특별한 사유가 없는 한, 강행법규를 위반한 약정을 한 자가 그 약정이 강행법규를 위반하여 무효라고 주장하는 것은 신의칙에 반한다.
- ③ 아파트 분양자는 아파트 단지 인근에 공동묘지가 조성되어 있다는 사실을 모르는 수분양자에게 그 사실을 고지할 신의칙상 의무를 부담하지 않는다.
- ④ 당사자의 주장이 없으면 법원은 신의칙의 위반 여부를 직권으로 판단할 수 없다.
- ⑤ 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 제한능력자임을 이유로 해당 계약을 취소하는 것은 신의칙에 반한다.

□정답□ ①

[해설] ①(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.

②(X) : 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장이 권리남용에 해당되거나 신의성실원칙에 반한다고 할 수 없다(대판 2018.4.26. 2017다288757 ; 대판 2020.8.27. 2016다26198).

③(X) : 우리 사회의 통념상으로는 공동묘지가 주거환경과 친한 시설이 아니어서 분양계약의 체결 여부 및 가격에 상당한 영향을 미치는 요인일 뿐만 아니라 대규모 공동묘지를 가까이에서 조망할 수 있는 곳에 아파트 단지가 들어선다는 것은 통상 예상하기 어렵다는 점 등을 감안할 때, 아파트 분양자는 아파트 단지 인근에 공동묘지가 조성되어 있는 사실을 수분양자에게 고지할 신의칙상의 의무를 부담한다고 할 것이다(대판 2007.6.1. 2005다5812).

④(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).

⑤(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, 법정

대리인의 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).

【문 02】 제한능력자의 상대방 보호에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 피한정후견인이 속임수로 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하여 법률행위를 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.
- ② 미성년자가 단순히 자신이 성인자라고 거짓말하면서 법률행위를 하였다면, 법정대리인은 그 법률행위를 취소할 수 없다.
- ③ 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있지만, 상대방이 그 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 미성년자 甲과 거래한 상대방 乙이 행위능력자가 된 甲에게 1개월 이상의 기간을 정하여 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 확답을 촉구한 경우, 甲이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.
- ⑤ 제한능력자의 상대방이 확답을 촉구하였고 그 확답에 특별한 절차가 필요한 경우, 그 정하여진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 취소한 것으로 본다.

□정답□ ②

[해설] ① (O), ② (X): **제한능력자**가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없고, **미성년자나 피한정후견인** (※피성년후견인×)이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 그 행위를 취소할 수 없다(제17조). 여기서 ‘**속임수**’란 단순히 자기가 능력자라 말하는 것만으로는 부족하고 가족관계등록부등본이나 주민등록증의 위조·변조와 같이 상대방에게 능력자라고 믿게 하기 위한 적극적 기망수단이어야 한다(대판 1971.12.14. 71다2045).

③ (O): 제한능력자가 맺은 **계약(※단독행위×)**은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 ‘철회’할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다(제16조 제1항). ⇨ 제한능력자의 단독행위(※계약×)는 추인이 있을 때까지 상대방이 ‘거절’할 수 있다(제16조 제2항).

④ (O): 제한능력자의 상대방은 **제한능력자가 능력자가 된 후에** 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있고, 그 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제1항).

⑤ (O): 제한능력자가 아직 능력자가 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 확답촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조 제2항). 그러나 **특별한 절차가 필요한 행위**(제950조의 후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위)는 그 정하여진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 취소한 것으로 본다(제15조 제3항).

【문 03】 성년후견에 관한 설명으로 옳은 것은? <2023년 소방간부>

- ① 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.
- ② 피성년후견인이 성년후견인의 동의 없이 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위를 한 경우, 성년후견인은 그 법률행위를 취소할 수 있다.
- ③ 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우, 가정법원은 직권으로 성년후견종료의 심판을 한다.
- ④ 가정법원이 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정한 경우, 그 변경은 불가능하다.
- ⑤ 가정법원이 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정하지 않은 경우, 피성년후견인은 성년후견인의 동의를 얻어서 한 법률행위를 취소할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X): 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).

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

③ (X): 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구(※직권x)에 의하여 성년후견종료의 심판을 한다(제11조).

④ (X): 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있고, 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 범위를 변경할 수 있다(제10조 제2항·제3항).

⑤ (O): 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정하지 않은 경우 피성년후견인의 법률행위는 성년후견인의 동의를 얻어서 한 경우에도 피성년후견인 또는 그의 법정대리인인 성년후견인이 취소할 수 있는 것이 원칙이다(제10조 제1항·제2항, 제140조).

**【문 04】 비법인사단에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>**

- ① 사단법인의 하부조직이 단체로서의 실체를 갖추어 독자적인 활동을 하고 있더라도 이를 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 수 없다.
- ② 단체의 실질이 사단이라고 볼 수 있더라도 조합이라는 명칭을 사용하고 있다면 비법인사단에는 해당하지 않는다.
- ③ 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있으므로 비법인사단의 대표자는 사원총회의 결의를 거치지 않더라도 총유재산에 대한 보존행위를 위한 소송을 단독으로 제기할 수 있다.
- ④ 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다.
- ⑤ 비법인사단의 대표가 직무 범위 외의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 피해자가 중대한 과실로 직무 범위 외의 행위임을 알지 못하였다면 비법인사단에게 손해배상책임을 물을 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (X): 사단법인의 하부조직의 하나라 하더라도 스스로 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 사단법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 볼 수 있다(대판 2009.1.30. 2006다60908 ; 대판 2018.4.26. 2015다211289).

② (X): 「민법」상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, …<중략>… 「민법」상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행해지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요 사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다(대판 1992.7.10. 92다2431 ; 대판 1999.4.23. 99다4504).

③ (X): 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설명 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 전합 2005.9.15. 2004다44971 ; 대판 2007.7.26. 2006다64573).

④ (O): 「민법」 제275조·제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의

관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단의 대표자가 채무보증계약을 체결하면서 규약에서 정한 사원총회의 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다(대판 전합 2007.4.19. 2004다60072).

⑤ (X): 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 「민법」 35조 제1항의 유추 적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있고, ...<중략>... 한편 그 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 비법인사단에게 손해배상책임을 물을 수 없다(대판 2008.1.18. 2005다34711).

【문 05】 법인의 기관에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 이사가 수인인 경우, 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로 결정한다.
- ② 사단법인의 사무는 정관으로 이사 또는 기타 임원에게 위임한 사항 외에는 총회의 결의에 의하여야 한다.
- ③ 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 그 이사에게 대표권이 없으며, 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 법원이 임시이사를 선임하여야 한다.
- ④ 법인의 정관에 이사의 대표권 제한을 규정하고 있지만 이를 등기하지 않았다면 법인은 그 제한을 악의의 제3자에게 대항할 수 없다.
- ⑤ 사원총회는 사단법인의 필요기관으로 사원 전원으로 구성되는 최고의사결정기관이다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제58조 제2항.

② (O): 「민법」 제68조.

③ (X): 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없고, 이 경우에 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다(제64조). ⇨ 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다(제63조).

④ (O): 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 '제3자'에게 대항하지 못한다(제60조). 따라서 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 (O): 사원총회는 자율적 법인인 사단법인의 필요기관으로서, 사원 전원을 구성원으로 하는 최고의사결정기관이다.

【문 06】 「민법」상 사단법인과 재단법인의 공통된 해산사유로 옳은 것만을 <보기>에서 있는 대로 고른 것은? <2023년 소방간부>

<보기>

- ㄱ. 이사회 결의
- ㄴ. 법인의 목적 달성
- ㄷ. 설립허가의 취소
- ㄹ. 존립기간의 만료
- ㅁ. 파산

① ㄱ, ㄴ

② ㄴ, ㄷ

③ ㄱ, ㄹ, ㅁ



고 임야와 독립된 소유권의 대상이 된다(대판 1970.9.22. 70다1494).

【문 08】 주소에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 없다.
- ② 법인의 주소는 그 주된 사무소의 소재지에 있는 것으로 한다.
- ③ 특정 거래에서 활용되는 거주소는 생활의 근거가 되는 곳이므로 주소의 일종이다.
- ④ 국내에 주소가 없는 자에 대하여는 현재지를 주소로 본다.
- ⑤ 자연인의 「민법」상 주소는 주민등록지로 본다.

□정답□ ②

[해설] ① (X): 주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 있다(제18조 제2항). ⇨ 복수주의

② (O): 「민법」 제36조.

③ (X): 거주소는 거래의 편의를 위해 당사자가 설정한 주소 이외의 장소로서, 생활의 근거가 되는 곳과는 관계가 없으므로 본래의 주소는 아니다. ⇨ 어느 행위에 있어서 거주소를 정한 때에는 그 행위에 관하여는 이를 주소로 본다(제21조).

④ (X): 주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 보고(제19조), 국내에 주소 없는 자에 대하여는 국내에 있는 거소를 주소로 본다(제20조).

⑤ (X): 주민등록지란 등록기준지 이외에서 30일 이상 거주할 목적으로 일정한 장소에 주소 또는 거소를 가진 자가 「주민등록법」에 의하여 등록한 장소를 말하는데(주민등록법 제6조), 주소를 결합함에 있어 주민등록이 중요한 자료가 되기는 하지만 그것만으로 주소가 결정되는 것은 아니다(대판 1990.8.14. 89누8064). 다만 주민등록지는 반드시 없는 한 주소로 추정된다.

【문 09】 비진의표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 비진의표시의 효력은 원칙적으로 표시된 대로 발생한다.
- ② 비진의표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
- ③ 비진의표시에서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표시자의 생각을 말하는 것이지만 표시자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다.
- ④ 법률행위 당시의 상황에서 최선이라고 판단하여 의사표시를 하였다면 비진의표시라고 할 수 없다.
- ⑤ 계약 내용이 계약 체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규를 위반하여 무효라고 하더라도 계약 상대방이 선의·무과실이러면 비진의표시 법리가 적용될 여지가 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 의사표시는 표시자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표시자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(제107조 제1항). ⇨ 원칙적 유효, 예외적 무효

② (O): 「민법」 제107조 제2항.

③ (O), ④ (O): 진의 아닌 의사표시에 있어서의 ‘진의’란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표시자의 생각을 말하는 것이지만 표시자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 표시자가 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).

⑤ (X): 계약 체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방의 선의·무과실이더라도 「민법」 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리의 법리가 적용될 여지는 없다(대판

2016.5.12. 2013다49381).

【문 10】 대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 제한능력자도 대리인이 될 수 있다.
- ② 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 효력이 생긴다.
- ③ 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계가 종료하면 소멸한다.
- ④ 대리인이 행한 매매가 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하는지 여부의 판단에서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 판단한다.
- ⑤ 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 본인의 추인을 받지 못한 경우, 상대방이 그 대리권이 없다는 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에도 무권대리인은 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다(제117조). 따라서 대리행위는 대리인의 제한능력을 이유로 제한능력자 자신이나 그의 법정대리인은 물론이고 대리권을 수여한 본인도 취소할 수 없다.

② (O): 「민법」 제114조 제1항.

③ (O): 법률행위에 의하여 수여된 대리권(임의대리권)은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다(제128조).

④ (O): 매도인의 대리인이 매매한 경우에 있어서 그 매매가 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위인가를 판단함에는 매도인의 경솔·무경험은 그 대리인을 기준으로 하여 판단하여야 하고, 궁박상태에 있었는가의 여부는 매도인 본인의 입장에서 판단되어야 하다(대판 1972.4.25. 71다2255; 대판 2002.10.22. 2002다38927).

⑤ (X): 「민법」 제135조(무권대리인의 상대방에 대한 책임) ① 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. ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

【문 11】 표현대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 표현대리가 성립하는 경우, 상대방의 과실이 있으면 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인 책임을 감경할 수 있다.
- ② 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.
- ③ 사실행위는 기본대리권이 되지 않으므로 권한을 넘은 표현대리는 성립하지 않는다.
- ④ 권한을 넘은 표현대리규정은 법정대리에도 적용될 수 있다.
- ⑤ 표현대리가 성립할 경우, 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 감경할 수 없다(대판 1996.7.12. 95다49554).

② (O): 「민법」 제126조.

③ (O): 「민법」 제126조의 표현대리가 성립하기 위하여는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어

야 하는바, 증권회사로부터 위임받은 고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정실적의 제고 등의 업무는 사실행위에 불과하므로 이를 기본대리권으로 하여서는 권한초과의 표현대리가 성립할 수 없다(대판 1992.5.26. 91다32190). <⇔ 대리인이 아니고 사실행위를 위한 사자(使者)라 하더라도 외관상 그에게 어떠한 권한이 있는 것 같은 표시 내지 행동이 있어 상대방이 그를 믿었고 또 그를 믿음에 있어 정당한 사유가 있었다면 표현대리의 법리에 의하여 본인에게 책임지워 상대방을 보호하여야 할 것이다(대판 1962.2.8. 61다192).

④ (O): 「민법」 제126조 소정의 권한을 넘는 표현대리 규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 그 취지가 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없다(대판 1997.6.27. 97다3828).

⑤ (O): 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실, 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다(대판 전합 1983.12.13. 83다카1489).

**【문 12】** 복대리에 관한 설명으로 옳은 것은? <2023년 소방간부>

- ① 법정대리인은 부득이한 사유가 있는 때에 한하여 복대리인을 선임할 수 있다.
- ② 복대리인은 대리인의 권한으로 선임한 대리인의 대리인이다.
- ③ 대리인의 대리권이 소멸하더라도 복대리인의 대리권은 원칙적으로 소멸하지 않는다.
- ④ 임의대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다.
- ⑤ 복대리인은 본인에 대하여 대리인과 동일한 권리·의무가 있으나, 제3자에 대하여는 대리인과 동일한 권리·의무가 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X): 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다(제122조 본문). 즉 법정대리인은 아무런 제한 없이 복대리인 선임권을 가진다.

② (X): 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다(제123조 제1항). 즉 복대리인은 대리인의 대리인이 아니라 '본인'의 대리인이다.

③ (X): 복대리권은 그 범위나 존립에 있어서 대리권에 의존한다. 따라서 복대리권은 대리권의 범위를 초과할 수 없으며, 대리권이 소멸하면 복대리권도 소멸한다.

④ (O): 「민법」 제121조 제2항.

⑤ (X): 복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리·의무가 있다(제123조 제2항).

**【문 13】** 「민법」 제104조(불공정한 법률행위)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 증여계약과 같이 대가적 출연행위가 없는 법률행위에는 「민법」 제104조가 적용되지 않는다.
- ② 특별한 사정이 없는 한, 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있는지의 판단에서 계약이 이행되지 않을 경우에 발생할 수 있는 문제까지 고려할 필요는 없다.
- ③ 무경험은 어느 특정 거래영역에서의 경험 부족이 아니라 거래 일반에 대한 경험 부족을 의미한다.
- ④ 불공정한 법률행위에 해당하는 경우, 무효행위의 전환에 관한 법리가 적용되지 않는다.
- ⑤ 불공정한 법률행위에 해당하는 경우, 추인에 의하여 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 「민법」 제104조가 규정하는 현저히 공정을 잃은 법률행위라 함은 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미하는 것이므로, 증여계약(기부행위)과 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급부를 하는 법률행위는 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다(대판 2000.2.11. 99다56833; 대판 1993.3.23. 92다52238 등).

② (O) : 불공정 법률행위에 해당하는지는 법률행위가 이루어진 시점을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 할 문제이고, 당초의 약정대로 계약이 이행되지 아니할 경우에 발생할 수 있는 문제는 달리 특별한 사정이 없는 한 채무의 불이행에 따른 효과로서 다루어지는 것이 원칙이다 (대판 2013.9.26. 2010다42075).

③ (O) : 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 '무경험'이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정 영역에 있어서의 경험 부족이 아니라 거래 일반에 대한 경험 부족을 뜻한다(대판 2010.9.30. 2009다76195 ; 대판 2009.3.16. 2008다1842).

④ (X) : 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 알았다더라면 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).

⑤ (O) : 불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인이나 법정추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다(대판 1994.6.24. 94다10900).

**【문 14】 의사표시의 효력 발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>**

- ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
- ② 의사표시가 보통우편으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달했다고 추정할 수 없으므로 송달의 효력을 주장하는 측에서 도달사실을 증명해야 한다.
- ③ 채권양도의 통지와 같은 준법률행위의 도달은 사회관념상 채무자가 그 통지를 현실적으로 수령하였거나 그 통지의 내용을 알았을 것을 요한다.
- ④ 계약 해제의 의사표시가 상대방에게 도달하였다면 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절하더라도 의사표시의 효력이 생긴다.
- ⑤ 표의자가 과실 없이 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 「민사소송법」상 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 「민법」 제111조 제1항.

② (O) : 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로 는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다(대판 2009.12.10. 2007두20140).

③ (X) : 채권양도의 통지와 같은 준법률행위의 도달은 의사표시와 마찬가지로 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌을 때를 지칭하고, 그 통지를 채무자가 현실적으로 수령하였거나 그 통지의 내용을 알았을 것까지는 필요하지 않다(대판 1983.8.23. 82다카439).

④ (O) : 계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고(제111조 제1항), 여기서 '도달'이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대판 2008.6.12. 2008다19973 ; 대판 2016.3.24. 2015다71795).

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

【문 15】 「민법」 제103조(반사회질서의 법률행위)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 「민법」 제103조에 의하여 무효로 되는 법률행위는 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다.
- ② 선량한 풍속 기타 사회질서는 부단히 변천하는 가치관념으로서 어느 법률행위가 이에 위반되어 「민법」 제103조에 의하여 무효인지 여부는 그 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단하여야 한다.
- ③ 단지 법률행위의 성립 과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수 없다.
- ④ 민사사건에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 체결한 성공보수약정은 반사회질서의 법률행위로서 무효이다.
- ⑤ 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 매매대금으로 실제 거래 가액을 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액으로 기재한 것만으로는 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O), ③ (O): 「민법」 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위 는 법률행위의 목적인 권리·의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함하나(대판 2017.4.13. 2016다275433), 이상의 각 요건에 해당하지 아니하고 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).

② (O): 대판 전합 2015.7.23. 2015다200111

④ (X): 변호사가 민사소송의 승소 대가로 성공보수를 받기로 한 약정은 유효하다. 다만 성공보수금이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 금액만을 청구할 수 있다(대판 2013.7.11. 2011다18864 ; 대판 2018.9.13. 2017다256224 등 참조). < > 형사사건에 관하여 의뢰인과 변호사 사이의 성공보수약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되어 무효이다(대판 전합 2015.7.23. 2015다200111).

⑤ (O): 소득세법령의 규정에 의하여 당해 자산의 양도 당시의 기준시가가 아닌 양도자와 양수자 간에 실제로 거래한 가액을 양도가액으로 하는 경우, 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다 하여, 그것만으로도 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다(대판 2007.6.14. 2007다3285).

【문 16】 乙은 甲으로부터 부동산 X를 5,000만 원에 매수하여 점유하고 있지만 아직 소유권이 전등기는 하지 않았다. 이러한 사정을 잘 아는 丙은 X의 이중매매를 적극 요청하여 1억 원에 X의 매매계약을 甲과 체결하고 丙 명의로 소유권이전등기까지 하였다. 그 후 丙은 丁에게 2억 원에 X를 매도하고 丁 명의로 소유권이전등기를 해 주었다. 이 사안에 관한 설명으로 옳지 않은 것만을 <보기>에서 있는 대로 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

<보기>  
 ㄱ. 甲의 乙에 대한 소유권이전 의무는 이행지체로 되고, 그 경우 乙은 甲에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.



□정답□ ①

[해설] ① (O) : 대리인은 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못하나, 본인의 허락이 있는 경우와 채무의 이행에 있어서는 자기계약이나 쌍방대리가 허용된다(제124조).

② (X) : 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).

③ (X) : 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).

④ (X) : 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항). 여기서 ‘직접 본인에게 귀속하게 되는 효과’는 대리인이 행한 해당 의사표시의 중심적 법률효과(예컨대 대리인이 부동산을 매수한 경우에 부동산소유권의 이전청구권·등기청구권 등)뿐만 아니라, 그 밖의 의사표시에 따르는 비법률행위적 효과(예컨대 하자담보책임, 대리인이 착오에 빠지거나 사기·강박을 당한 경우의 취소권 등)도 역시 본인에게 귀속된다. ⇨ 대리인이 취소하려면 특별수권이 있어야 함

⑤ (X) : (1) 본인의 사망, (2) 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산은 임의대리권과 법정대리권의 공통된 소멸사유이다(제127조). 따라서 대리인이 사망하면 그 상속인이 대리권을 승계하는 것이 아니라 대리권이 소멸된다.

【문 18】 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<2023년 소방간부>

- ① 착오로 인한 의사표시의 취소는 제3자에게 대항하지 못한다.
- ② 토지매매계약에서 목적물이 지적도상의 그것과 일치하는지 여부를 확인하지 않은 때에는 매수인에게 중대한 과실이 있으므로 그 계약은 착오를 이유로 취소할 수 없다.
- ③ 법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우, 그 착오에 표시자의 과실이 있으면 이를 취소할 수 없다.
- ④ 장래에 발생할 막연한 사정을 예측하거나 기대하고 법률행위를 한 경우, 그러한 예측이나 기대와 다른 사정이 발생하였다고 하더라도 착오를 이유로 그 법률행위를 취소할 수 없다.
- ⑤ 의사결정의 동기가 기망행위로 인하여 착오를 일으켰더라도 법률행위의 내용으로 표시되지 않았다면, 의사표시자는 그 법률행위를 사기에 의한 의사표시로는 취소할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X) : 착오로 인한 의사표시의 취소는 ‘선의’의 제3자에게 대항하지 못한다(제109조 제2항).

② (X) : 「민법」 제109조 제1항에서 말하는 ‘중대한 과실’이란 표시자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 게을리한 것을 의미한다. 토지매매에서 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 측량을 하거나 지적도와 대조하는 등의 방법으로 매매목적물이 지적도상의 그것과 정확히 일치하는지 여부를 미리 확인하여야 할 주의의무가 있다고 볼 수 없다(대판 2020.3.26. 2019다288232).

③ (X) : 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다(제109조 제1항). 따라서 표시자에게 중대한 과실이 아니라 경과실이 있는 착오의 경우에는 그 의사표시를 취소할 수 있다.

④ (O) : 의사표시자가 행위를 할 당시 장래에 있을 어떤 사항의 발생을 예측한 데 지나지 않는 경우는 의사표시자의 심리상태에 인식과 대조사실의 불일치가 있다고 할 수 없어 이를 착오로 다룰 수 없다. 장래에 발생할 막연한 사정을 예측하거나 기대하고 법률행위를 한 경우 그러한 예측이나 기대와 다른 사정이 발생하였다고 하더라도 그로 인한 위험은 원칙적으로 법률행위를 한 사람이 스스로 감수하여야 하고 상대방에게 전가해서는 안 되



**이고자 하는 의사**는 법률행위의 내용으로 외부에 표시되어야 하고, 조건을 붙이고자 하는 의사가 있는지는 의사표시에 관한 법리에 따라 판단하여야 한다(대판 2020.7.9. 2020다202821). ⇨ 조건을 붙이고자 하는 의사(조건 의사)가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이고 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(대판 2015.10.29. 2015다219504).

② (X) : 어떠한 법률행위가 조건의 성취로 법률행위의 효력이 발생하는 이른바 **정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실**은 그 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다루려는 자에게 주장·증명(입증)책임이 있다(대판 2009.4.9. 2008다93117 ; 대판 1993.9.28. 93다20832).

③ (O) : 부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. 그리고 **이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우**에는, 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다(대판 2020.12.24. 2019다293098).

④ (X) : 기한이익상실의 특약이 **정지조건부 기한이익상실의 특약과 형성권적 기한이익상실의 특약 중 어느 것에 해당하느냐**는 당사자의 의사해석의 문제이지만, 일반적으로 기한이익상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대판 2010.8.26. 2008다42416).

⑤ (X) : **약혼예물의 수수**는 혼인불성립을 ‘해제조건’으로 하는 증여와 유사한 성질이기 는 하나, 약혼의 해제에 관하여 과실이 있는 유채자로서는 그가 제공한 약혼예물은 이를 적극적으로 반환을 청구할 권리가 없다(대판 1976.12.28. 76므41 ; 대판 1996.5.14. 96다5506).

**【문 21】 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>**

- ① 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다.
- ② 기간의 초일이 공휴일이면 기간은 그 익일부터 기산한다.
- ③ 연령계산에는 출생일을 산입한다.
- ④ 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당 일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다.
- ⑤ 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역(曆)에 의하여 계산한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 「민법」 제156조.

② (X) : **기간(기산)의 초일이 공휴일이라 하더라도** 기간은 초일부터 기산한다(대판 1982.2.23. 81누204).

③ (O) : 「민법」 제158조.

④ (O) : 「민법」 제160조 제3항.

⑤ (O) : 「민법」 제160조 제1항.

**【문 22】 무효와 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>**

- ① 법률행위의 일부분이 무효인 경우, 그 무효인 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 무효인 부분을 제외한 나머지 부분은 유효하다.
- ② 법정대리인이 하는 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

- ④ 취소의 의사표시는 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니며, 취소자가 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이므로 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효할 수 있다.
- ⑤ 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.

□정답□ ②

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

② (X): 취소할 수 있는 법률행위의 주인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다. 그러나 법정대리인 또는 후견인이 추진하는 경우에는 적용하지 아니한다(제144조).

③ (O): 「민법」 제140조.

④ (O): 취소의 의사표시란 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고, 취소자가 그 착오를 이유로 자신의 법률행위의 효력을 처음부터 배제하려고 한다는 의사가 드러나면 족한 것이며, 취소원인의 진술 없이도 취소의 의사표시는 유효한 것이다(대판 2005.5.27. 2004다43824).

⑤ (O): 「민법」 제138조.

【문 23】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 채권자가 주채무자의 재산을 압류하더라도 보증인에 대한 통지가 없으면 보증채무의 소멸시효는 중단되지 않는다.
- ② 한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우, 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석되더라도, 소 제기에 의한 소멸시효 중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 않는다.
- ③ 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간의 경과가 임박한 경우, 그 시효 중단을 위한 소는 소의 이익이 있으나, 후소 법원은 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건의 구비 여부를 다시 심리할 수는 없다.
- ④ 시효 중단사유의 주장·증명책임은 시효 완성을 다투는 당사자가 지며, 그 주장책임의 정도는 중단사유에 속하는 사실을 주장하는 것만으로는 주장책임을 다한 것으로 볼 수 없다.
- ⑤ 소멸시효 중단사유인 채무승인은 시효의 완성으로 인한 법적 이익을 받지 않겠다는 효과의사를 필요로 한다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 「민법」 제169조는 “시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.”고 규정하고 있고, 한편 「민법」 제440조는 ‘주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.’라고 규정하고 있는바, 「민법」 제440조는 「민법」 제169조의 예외규정으로서 이는 채권자 보호 내지 채권담보의 확보를 위하여 주채무자에 대한 시효 중단의 사유가 발생하였을 때는 그 보증인에 대한 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효 중단의 효력이 생기도록 한 것이고, 그 시효 중단사유가 압류·가압류 및 가처분이라고 하더라도 이를 보증인에게 통지하여야 비로소 시효 중단의 효력이 발생하는 것은 아니다(대판 2005.10.27. 2005다35554).

② (X): 한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소 제기에 의한 소멸시효 중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하지만, 비록 그 중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효 중단의 효력이 발생한다고 해석하는 것이 상당하다(대판 2020.2.13. 2017다234965).

③ (O): 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승

소확정판결의 전소(前訴)와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소(後訴)는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 하지만 예외적으로 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효 중단을 위한 소는 소의 이익이 있다. 나아가 이러한 경우에 후소의 판결이 전소의 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다(대판 전합 2018.7.19. 2018다22008 ; 대판 2019.1.17. 2018다24349).

④ (X): 시효 중단사유의 주장·입증책임은 시효 완성을 다투는 당사자가 지며, 그 주장책임의 정도는 시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것이 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다한 것으로 보아야 한다(대판 1997.4.25. 96다46484).

⑤ (X): 소멸시효 중단사유로서의 채무승인은 시효 이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 관념의 통지로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지 않다. 이에 반하여 시효 완성 후 시효 이익의 포기 가 인정하려면 시효 이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하기 때문에 시효 완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다(대판 2013.2.28. 2011다21556).

【문 24】 소멸시효에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 소멸시효는 권리가 발생한 때로부터 진행한다.
- ② 채권은 10년의 시효기간이 완성된 때에 장래를 향하여 소멸한다.
- ③ 소멸시효 이익의 포기 당시에는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받을 수 있는 이해관계를 맺은 적이 없다가 나중에 시효 이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효 이익을 원용할 이해관계를 형성한 자는 이미 이루어진 시효 이익 포기의 효력을 부정할 수 없다.
- ④ 3년의 단기소멸시효의 적용 대상인 ‘도급받은 자의 공사에 관한 채권’이라 함은 원칙적으로 공사채권만을 의미하고 그 공사에 부수되는 채권은 포함되지 않는다.
- ⑤ 3년의 단기소멸시효가 적용되는 「민법」 제163조 제6호 소정의 ‘상인이 판매한 상품의 대가’란 상품의 매매로 인한 대금 그 자체의 채권만을 의미하는 것이므로, 상품의 공급 자체와 등가성 있는 청구권에 한하지 않는다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 소멸시효는 권리를 ‘행사할 수 있는 때’로부터 진행한다(제166조 제1항).

② (X): 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다(제167조).

③ (O): 소멸시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이어서 다른 사람에게는 영향을 미치지 아니함이 원칙이나, 소멸시효 이익의 포기 당시에는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받을 수 있는 이해관계를 맺은 적이 없다가 나중에 시효 이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효 이익을 원용할 이해관계를 형성한 자는 이미 이루어진 시효 이익 포기의 효력을 부정할 수 없다(대판 2015.6.11. 2015다200227).

④ (X): 「민법」 제163조 제3호는 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권으로서 ‘도급을 받은 자의 공사에 관한 채권’을 들고 있는바, 여기에서 ‘채권’은 도급받은 공사의 공사대금채권뿐만 아니라 그 공사에 부수되는 채권도 포함하는 것이다(대판 2009.11.12. 2008다41451 ; 대판 2016.10.27. 2014다211978).

⑤ (X): 3년의 단기소멸시효가 적용되는 「민법」 제163조 제6호 소정의 ‘상인이 판매한 상품의 대가’란 상품의 매매로 인한 대금 그 자체의 채권만을 말하는 것으로서, 상품의 공급 자체와 등가성 있는 청구권에 한한다(대판 1996.1.23. 95다39854).

【문 25】 관습법에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) <2023년 소방간부>

- ① 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.
- ② 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다.
- ③ 관습법과 사실인 관습은 모두 법원(法源)으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있다.
- ④ 승인된 관습법이라도 사회의 기본이념이나 사회질서의 변화로 인해 그 관습법을 적용해야 할 시점에서의 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수 있다.
- ⑤ 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위해서는 「헌법」을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있어야 한다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제1조.

② (O), ⑤ (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): **관습법**은 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).

④ (O): 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 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).

소방간부후보생 민법총칙 기출문제중 궁금한 부분이 있다면  
 박성렬 민법총칙 카페에 질문 남겨주세요~!! 교수님이 직접 답변드립니다.~)

■ 박성렬 민법총칙 카페  
 ▶ 네이버카페 : <https://cafe.naver.com/parklaw>

■ 박성렬 민법총칙 강의  
 ▶ 독한소방 : <https://sobang.dokgong.com>