

민법  
총칙

박성렬

23년 세무사  
민법총칙  
기출해설



네이버 박성렬 민법총칙 카페

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



## 2023년 세무사 민법총칙 해설

- 독한공무원 박성렬 교수

【문 41】 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 「헌법」에 의하여 체결·공포된 국제조약이 민사에 관한 것인 때에는 「민법」의 법원이 된다.
- ② 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.
- ③ 관습법은 당사자의 주장이 없더라도 법원(法院)이 직권으로 확정한다.
- ④ 헌법재판소의 결정이 민사에 관한 것인 때에는 「민법」의 법원이 된다.
- ⑤ 대법원 전원합의체 판결에서 실시된 추상적·일반적 범명제(法命題)도 법원이 된다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 「헌법」에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). 따라서 이러한 조약이나 국제법규가 민사에 관한 것이라면 「민법」의 법원이 된다.

② (O): 「민법」 제1조.

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 (O): 헌법재판소의 결정은 법률과 동일한 효력을 가지고 법원 기타 국가기관과 지방자치단체를 기속하므로(헌법재판소법 제47조, 제67조, 제75조), 그 결정 내용이 민사에 관한 것인 때에는 「민법」의 법원이 된다.

⑤ (X): 구체적인 대법원의 재판에서 어떠한 표현으로 법의 해석에 관한 일정한 견해가 실시되어 있다고 하더라도, 그것이 진정으로 의미하는 바가 무엇인가, 즉 어떠한 내용으로 또는 어떠한 범위에서 장래 국민의 법생활 또는 법관을 비롯한 법률가의 법운용을 ‘구속’하는 효력, 즉 판례로서의 효력을 가져서 그 변경에 대법원 전원합의체의 판단이 요구되는가를 살피려면, 사람의 의사표현행위 일반에서와 마찬가지로, 그 실시의 문구에만 구애될 것이 아니라 당해 판결의 전체적인 법 판단에 있어서 그 실시가 어떠한 위상을 가지는가에 유의하면서 또 다른 재판례들과의 관련을 고려하면서 면밀하게 따져보아야 한다. 특히, 판결은 1차적으로 개별적인 사건에 법적인 해결을 부여하는 것을 지향하는 것이고, 대법원 판결에서의 추상적·일반적 범명제(法命題)의 실시도 기본적으로 당해 사건의 해결을 염두에 두고 행하여지므로, 그 실시의 위와 같은 ‘의미’는 당해 사건의 사안과의 관련에서 이해되어야 한다(대판 2009.7.23. 2009제다516). 즉 엄밀한 의미에서 ‘판례’는 ‘특정 사건과 관련한 쟁점에 관하여 대법원이 판단한 법령의 해석·적용에 관한 의견’을 가리킨다. 따라서 대법원 판결에서 추상적 형태의 범명제로 표현된 부분이 모두 판례인 것은 아니고, 그 중 특정 사건의 쟁점을 해결하는 데 필요한 판단 부분만이 판례이다(대판 전합 2021.12.23. 2017다257746). ⇨ 「민법」 제1조가 판례의 법원성에 관하여 언급이 없고, 대법원의 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여만 하급심을 기속하며 다른 사건에서는 법원을 기속하지 않고(법원조직법 제8조), 판례를 법규범이라고 하면 결과적으로 사법부가 입법하는 것이 되어 삼권분립의 정신에 반한다는 점 등을 근거로 하여 판례는 사실상의 구속력이 있을 뿐 그 법원성을 인정할 수 없다(다수설).

【문 42】 신의성실이나 권리남용금지의 원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자는 그 동의 없음을 이유로 계약을 취소할 수 있다.
- ② 변호사의 소송위임에 관한 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙에 반하는 경우, 적당한 범위 내로 제한된다.
- ③ 공중의 통행에 공용되는 도로 부지의 소유자는 그 도로를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 도로의 철거를 청구할 수 있다.
- ④ 신의성실 원칙의 위반과 권리의 남용은 법원의 직권조사사항이다.

⑤ 숙박업자는 고객의 안전을 배려하여야 할 신의칙상 보호의무를 부담한다.

□정답□ ③

[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 (O): 변호사의 소송위임사무처리 보수에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 원칙적으로 약정보수액 전부를 청구할 수 있다. 다만 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다(대판 전합 2018.5.17. 2016다35833).

③ (X): 어떤 토지가 개설 경위를 불문하고 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로(公路)가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야만 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 '권리남용'이라고 보아야 한다(대판 2021.10.14. 2021다242154; 대판 2021.3.11. 2020다229239).

④ (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).

⑤ (O): 숙박업자는 통상의 입대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위협이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며, 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무이다(대판 2000.11.24. 2000다38718).

【문 43】 고등학생 甲(18세)은 자신 소유의 X 토지를 법정대리인 乙의 동의 없이 건설업자 丙에게 매도하는 계약을 체결하였다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 甲이 미성년상태에서 매매계약을 추인하더라도 乙은 甲이 미성년자임을 이유로 계약을 취소할 수 있다.
- ② 丙이 매매계약 체결 시 甲이 미성년자임을 몰랐더라도 추인이 있기 전에 자신의 의사표시를 철회할 수 있다.
- ③ 甲은 자신이 미성년자임을 이유로 단독으로 매매계약을 취소할 수 있다.
- ④ 丙이 매매계약 체결 시 甲이 미성년자임을 알았다면 乙에게 매매계약의 추인 여부에 대한 확답을 촉구할 수 없다.
- ⑤ 甲이 신분증을 위조하여 丙으로 하여금 자신을 성년자로 믿게 한 경우, 乙은 매매계약을 취소할 수 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 취소할 수 있는 법률행위의 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있으며(제144조 제1항), 취소의 원인이 소멸되기 전에 추인을 하여도 추인으로서의 효력이 없다(대판 1982.6.8. 81다107). 따라서 미성년자가 미성년인 상태에서 법률행위를 추인하더라도 여전히 미성년자임을 이유로 취소할 수 있다.

② (O): 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 '선의'의 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다(제16조 제1항). ⇨ 상대방의 선의(O), 악의(X)

③ (O): 제한능력자도 제한능력인 상태에서 상대방에 대하여 자신이 한 법률행위를 법정대리인의 동의 없이 단독으로 취소할 수 있다. 따라서 제한능력자의 취소는 법정대리인의 동의가 없었다는 것을 내세워 다시 취소할

수 없다.

④ (X) : 상대방은 제한능력자가 능력자로 된 후에만 그에게 **확답촉구권** 을 행사할 수 있고, 아직 능력자가 되지 못한 때에는 그의 법정대리인에게 확답촉구권을 행사하여야 한다(제15조 제1항·제2항). ⇨ 상대방의 선의·악의 불문

⑤ (O) : 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없고, **미성년자나 피 한정후견인** 이 속임수로써 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 한 경우에도 그 행위를 취소할 수 없다(제17조).

**【문 44】** 제한능력자에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 가정법원은 성년후견개시가 청구되더라도 필요하다면 한정후건을 개시할 수 있다.
- ② 가정법원은 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려해야 한다.
- ③ 피성년후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 하여 매매계약을 체결하였다면 성년후견인은 계약을 취소할 수 없다.
- ④ 특정후건의 심판이 있더라도 피특정후견인의 행위능력이 제한되지 않는다.
- ⑤ 한정후견종료의 심판은 장래에 향하여 효력을 가진다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 한정후건의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 등에 비추어 성년후견개시의 요건을 충족하고 본인도 성년후건의 개시를 희망한다면 법원이 성년후건을 개시할 수 있고, 성년후건개시를 청구하고 있더라도 필요하다면 한정후건을 개시할 수 있다(대결 2021.6.10. 2020스596).

② (O) : 가정법원은 성년후건개시 또는 한정후건개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항, 제12조 제2항). ⇨ 특정후건은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).

③ (X) : 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없고, **미성년자나 피 한정후견인** 이 속임수로써 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 한 경우에도 그 행위를 취소할 수 없다(제17조). 따라서 피성년후견인 이 속임수로써 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 있다.

④ (O) : **피특정후견인** 은 법원에 의해 선임된 특정후견인의 일시적 후원을 받거나 특정한 사무에 관하여 후원을 받을 뿐, 특정후견인의 동의 없이도 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있다(제14조의2 참조). 즉 특정후건의 심판이 있더라도 피특정후견인의 행위능력이 제한되는 것은 아니다.

⑤ (O) : 한정후견종료의 심판이 있으면 피한정후견인은 한정후건개시 심판 전의 완전한 행위능력자로 복귀한다. 다만 종료 심판의 효력은 소급하지 않고 장래에 향하여 효력이 있을 뿐이다. 따라서 한정후견종료의 심판을 받기 전에 한정후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위를 동의 없이 하였다면 한정후견종료의 심판 후에도 그 법률행위를 취소할 수 있다.

**【문 45】** 「민법」상 능력에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
- ② 행위능력의 유무는 객관적이고 확일적으로 판단한다.
- ③ 의사무능력자의 법률행위는 무효이다.
- ④ 태아는 법정대리인에 의한 수증(受贈)행위를 할 수 없다.
- ⑤ 실종선고를 받은 자는 권리능력을 상실한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 「민법」 제3조.

- ② (O) : 행위능력이란 단독으로 완전·유효한 법률행위를 할 수 있는 지위 또는 자격을 말하는 것으로서, 행위 능력의 유무는 성년연령·법원의 선고와 같은 객관적·확실적 기준에 따라 판단한다. <↔> 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 한다(대판 2022.5.26. 2019다213344).
- ③ (O) : 「민법」에는 명문규정이 없으나 사적자치의 원칙상 의사무능력자의 법률행위는 무효이다(대판 2022.5.26. 2019다213344). 그리고 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 증명책임을 부담한다(대판 2022.12.1. 2022다261237).
- ④ (O) : 태아에게는 일반적으로 권리능력이 인정되지 아니하고 손해배상청구권 또는 상속 등 특별한 경우에 한하여 제한된 권리능력이 인정될 뿐이므로, 증여에 관하여는 태아의 수증능력이 인정되지 아니하고 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한 수증행위도 할 수 없다(대판 1982.2.9. 81다534).
- ⑤ (X) : 실종선고는 실종자의 ‘종래의 주소 또는 거소를 중심으로 하는 사법적 법률관계’만을 종료케 하는 것이며, 권리능력을 상실(박탈)시키는 제도는 아니다.

【문 46】 부재자의 재산관리를 위해 법원이 선임한 재산관리인에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 재산관리인이 권한 없이 부재자 소유 부동산을 매각하였다도 이후에 법원의 허가를 얻어 이전등기절차를 마쳤다면 그 처분행위는 유효하다.
- ② 재산관리인이 부재자의 사망을 확인하였다면 법원의 재산관리인 선임결정 취소 전이라도 권한을 행사할 수 없다.
- ③ 재산관리인은 부재자의 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인에 포함된다.
- ④ 재산관리인은 선량한 관리자의 주의로 직무를 처리해야 한다.
- ⑤ 법원은 재산관리인에 대해 부재자의 재산으로 보수를 지급할 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 부재자의 재산관리인에 의한 부재자 소유 부동산매각행위의 추진행위가 법원의 허가를 얻기 전이어서 권한 없이 행하여진 것이라고 하더라도, 법원의 재산관리인의 초과행위결정의 효력은 그 허가받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 처분행위를 추진하는 행위로도 할 수 있는 것이므로 그 후 법원의 허가를 얻어 소유권이전등기절차를 경료케 한 행위에 의하여 종전에 권한 없이 한 처분행위를 추진한 것이라 할 것이다(대판 1982.12.14. 80다1872).

② (X) : 사망한 것으로 간주된 자가 그 이전에 생사불명의 부재자로서 그 재산관리에 관하여 법원으로부터 재산관리인이 선임되어 있었다면 재산관리인은 그 부재자의 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) : 실종선고를 청구할 수 있는 ‘이해관계인’이란 실종선고에 의하여 직접적으로 신분상 또는 경제상의 권리를 취득하거나 의무를 면하게 되는 자만을 말한다(대결 1986.10.10. 86스20). 즉 배우자·추정상속인·수유자·법정대리인·재산관리인·보험금수령인·종신정기금채무자 등과 같이 실종선고를 구하는 데에 법률상의 이해관계를 가지는 자가 이에 해당한다.

④ (O) : 법원이 선임한 부재자 재산관리인은 부재자 본인의 의사에 의하는 것이 아니라 법률에 규정된 자의 청구로 법원에 의하여 선임되는 일종의 법정대리인으로서 법정위임관계가 있다 할 것이므로 위임계약에 관한 「민법」 제681조에 따라 선량한 관리자의 주의의무로서 그 직무수행을 하여야 할 것이다(대결 1976.12.21. 75마551).

⑤ (O) : 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수 있다(제26조 제2항).

【문 47】 「민법」상 재단법인의 설립에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)  
 <2023년 세무사>

- ① 법인의 존립시거나 해산사유는 정관의 필요적 기재사항이다.
- ② 설립자가 그 목적을 정하지 않고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의해 법원이 이를 정할 수 있다.
- ③ 설립자의 생전처분으로 재단법인에 출연된 물건에 하자가 있는 경우, 설립자는 그 하자를 몰랐더라도 담보책임을 진다.
- ④ 설립자가 생전처분으로 부동산을 출연하여 재단법인을 설립하는 경우, 출연자와 법인과의 관계에서 출연부동산의 소유권은 그 이전등기가 있어야 법인에게 귀속된다.
- ⑤ 재단법인의 출연자는 재단법인이 성립한 이후에도 착오를 원인으로 출연의 의사표시를 취소할 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X): 목적, 명칭, 사무소의 소재지, 자산에 관한 규정, 이사의 임면에 관한 규정은 사단법인과 재단법인에 있어서 공통적으로 정관의 필요적 기재사항이다(제40조, 제43조). 즉 사원자격의 득실에 관한 규정, 존립시거나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유는 사단법인에 있어서만 정관의 필요적 기재사항이고 재단법인에 있어서는 정관의 필요적 기재사항이 아니다.

② (X): 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다(제44조). 따라서 재단법인에 있어서 정관의 필요적 기재사항 중 ‘목적’과 ‘자산’은 정관의 보충이 인정되지 않는다.

③ (X): 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 증여에 관한 규정을 준용한다(제47조 제1항). 따라서 설립자의 생전처분으로 재단법인에 출연된 물건에 하자가 있다 하더라도, 설립자가 그 하자에 대하여 선의라면 담보책임을 지지 않는다(제559조). ⇨ 「민법」 제559조(증여자의 담보책임) ① 증여자는 증여의 목적인 물건 또는 권리의 하자나 흠결에 대하여 책임을 지지 아니한다. 그러나 증여자가 그 하자나 흠결을 알고 수증자에게 고지하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

④ (X), ⑤ (O): 재단법인에 대한 출연자와 법인과의 관계에 있어서 그 출연행위에 터 잡아 법인이 성립되면 그로써 출연재산은 「민법」 제48조에 의하여 법인성립 시에 법인에게 귀속되어 법인의 재산이 되는 것이고, 출연재산이 부동산인 경우에 있어서도 위 양 당사자 간의 관계에 있어서는 법인의 성립 외에 등기를 필요로 하는 것은 아니라 할지라도, 재단법인의 출연자가 착오를 원인으로 취소를 한 경우에는 출연자는 재단법인의 성립 여부나 출연된 재산의 기본재산인 여부와 관계없이 그 의사표시를 취소할 수 있다(대판 1999.7.9. 98다9045).

【문 48】 「민법」상 법인의 불법행위책임에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 법인의 불법행위책임에 관한 「민법」 제35조는 법인 아닌 사단에도 유추적용된다.
- ② 학교법인 대표자의 직무상 차금(借金)행위가 불법행위가 되는 경우, 법인은 「민법」상 사용자 배상 책임을 진다.
- ③ 법인의 불법행위책임이 성립하는 경우, 피해자는 직접 대표자에 대해 손해배상을 청구할 수 없다.
- ④ 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 않음을 피해자가 알고 있었다 하더라도 외형상 직무행위로 보인다면 법인은 그로 인한 손해배상책임을 진다.
- ⑤ 법인의 실질적 운영자로서 법인 사무를 집행함에도 대표자로 등기되어 있지 않은 자는 「민법」 제35조에서 정한 대표자로 볼 수 없다.

□정답□ ①

[해설] ① (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).

- ② (X) : 학교법인의 대표자였던 자에 의한 차금행위가 불법행위가 된다면, 이는 「민법」상 사용자의 배상책임이 아니고 「민법」 제35조에 의한 법인 자체의 불법행위가 되어 배상책임이 있다(대판 1978.3.14. 78다132). ⇨ 청구권경합(X), 법조경합(O)
- ③ (X) : 법인의 불법행위책임이 인정된다고 하여 대표기관이 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조 제1항 후문). 따라서 피해자는 그가 받은 손해의 충분한 정보를 받을 때까지 법인 또는 대표기관의 어느 쪽에 대하여서도 배상을 청구할 수 있고, 대표기관은 법인과 경합하여 피해자에게 배상책임을 진다. ⇨ 부진정연대채무
- ④ (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).
- ⑤ (X) : 「민법」 제35조 제1항에서의 ‘법인의 대표자’에는 그 명칭이나 직위 여하, 또는 대표자로 등기되었는지 여부를 불문하고 당해 법인을 실질적으로 운영하면서 법인을 사실상 대표하여 법인의 사무를 집행하는 사람을 포함한다고 해석함이 상당하다(대판 2011.4.28. 2008다15438).

【문 49】 「민법」상 법인의 이사에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 신임 이사에 대한 변경등기 전에 그 이사가 한 직무행위는 법인에 대하여 무효이다.
- ② 이사의 대표권 제한을 등기하지 않아도 정관에 규정하였다면, 약의 제3자에 대하여 대항할 수 있다.
- ③ 이사가 직무상의 특정 행위를 위해 선임한 대리인은 법인의 기관이 아니지만, 그 대리행위의 효과는 법인에 귀속한다.
- ④ 이사가 수인인 경우에 정관에 다른 규정이 없으면 각자가 법인의 내부적 사무집행을 결정한다.
- ⑤ 법인과 이사의 이익이 상반되는 사항에 대한 특별대리인은 사원총회에 의해 선임된다.

□정답□ ③

[해설] ① (X) : 법인의 설립등기사항에 변경이 있는 때에 하는 변경등기는 효력발생요건이 아니고 제3자에 대한 대항요건이다(대판 1967.2.21. 66다1347). 따라서 신임 이사가 선임된 경우 그 변경등기 전에도 이사의 지위가 인정되고 그가 한 직무행위는 법인에 대하여 효력이 생긴다. 다만 제3자가 이사의 지위를 다투는 경우에는 그 제3자에게 대항할 수는 없다.

② (X) : 이사의 대표권에 대한 제한은 이를 정관에 기재하여야 유효한 제한이고(제41조), 정관에 기재되어 유효한 제한이라 하더라도 등기하지 아니하면 제3자(선의·약의 불문)에게 대항하지 못한다(제60조). ⇨ 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기되어 있지 않다면, 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의·약의나에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대판 1992.2.14. 91다24564).

③ (O) : 이사는 원칙적으로 자신이 대표권을 행사하여야 한다. 그런데 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 ‘특정’의 행위를 대리하게 할 수 있다(제62조). 이 법인의 이사가 선임한 자는 법인의 기관이 아니고 법인의 임의대리인일 뿐이다. 따라서 그가 한 대리행위의 효과는 법인에 귀속한다.

④ (X) : 이사가 수인인 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로서 결정한다(제58조 제2항). ⇨ 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표한다. 그러나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고 특히 사단법인은 총회의 의결에 의하여야 한다(제59조 제1항).

⑤ (X) : 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없다. 이 경우에 ‘법원’은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다(제64조).

【문 50】 「민법」상 법인의 정관변경에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 사단법인의 정관변경은 사원총회의 전속적 권한에 속한다.
- ② 정관상 임의적 기재사항을 변경할 때에는 정관변경절차를 거치지 않아도 된다.
- ③ 사단법인의 정관에 그 변경방법이 없어도 정관변경이 가능하다.
- ④ 재단법인의 기본재산을 변경하기 위해서는 정관변경이 필요하다.
- ⑤ 정관변경은 주무관청의 허가를 얻어야 효력이 발생한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 사단법인의 정관변경은 사원총회의 전속적 권한에 속하므로 정관에 의해서도 총회의 해산결의 권을 박탈하지 못한다.

② (X): 정관의 임의적 기재사항도 일단 정관에 기재되면 필요적 기재사항과 마찬가지로 효력을 가지며, 따라서 그 변경에 있어서는 정관변경의 절차를 거쳐야 한다.

③ (O): 설립자의 의사에 따라 타율적으로 운영되는 재단법인의 정관은 그 변경방법을 정관에 정한 때에 한하여 변경할 수 있는 것이 원칙이나(제45조 제1항), 사원의 자주적인 의사결정에 따라 자율적으로 운영되는 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있으면 변경할 수 있다(제42조).

④ (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).

⑤ (O): 사단법인이나 재단법인이나를 불문하고 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다(제42조 제2항, 제45조 제3항, 제46조).

【문 51】 「민법」상 법인의 소멸에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 법인은 해산으로 권리능력을 상실한다.
- ② 법원은 직권으로 청산인을 해임할 수 없다.
- ③ 법인의 해산과 청산은 주무관청이 검사·감독한다.
- ④ 해산등기 없이도 법인의 해산사실을 제3자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 법인은 채권신고기간 내의 변제금지로 인한 채권자의 지연손해에 대하여 배상책임을 진다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (X): 해산한 법인은 청산의 목적 범위 내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다(제81조). 즉 법인에 있어서 해산사유가 있다고 하여 막바로 권리능력이 소멸하는 것이 아니다(대판 1992.10.9. 92다23087).

② (X): 중요한 사유가 있는 때에는 법원은 직권 또는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 청산인을 해임할 수 있다(제84조).

③ (X): 법인의 해산 및 청산은 '법원'이 검사, 감독한다(제95조). ⇨ 법인의 사무는 '주무관청'이 검사, 감독한다(제37조).

④ (X): 설립등기 이외의 법인의 등기사항은 그 등기 후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다(제54조 제1항). ⇨ 법인이 해산결의를 하고 잔여재산의 처분을 마쳐 사실상 청산사무를 종결하였다더라도 해산등기를 마치지 않은 이상, 제3자에 대하여 법인의 소멸을 주장할 수 없다(대판 1984.9.25. 84다카493).

⑤ (O): 「민법」 제90조(채권신고기간 내의 변제금지) 청산인은 제88조 제1항의 채권신고기간 내에는 채권자에 대하여 변제하지 못한다. 그러나 법인은 채권자에 대한 지연손해배상의 의무를 면하지 못한다.

【문 52】 법인 아닌 사단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 일부 신도들이 사찰 운영에 반대하여 신도회에서 탈퇴한 경우에는 사찰이 분열된 것으로 인정된다.

- ② 교회의 구성원들이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다.
- ③ 중증규약에 다른 규정이 없으면, 종원은 대리인을 통하여 결의권을 행사할 수 있다.
- ④ 대표권 제한에 관한 정관을 위반한 대표자의 거래행위는 상대방이 선의·무과실인 경우에 유효하다.
- ⑤ 비법인사단의 이사가 없어서 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 정식이사와 동일한 권한을 가진다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 사찰은 신도들이 사찰의 운영이나 재산의 관리·처분에 관여하는 정도에 의하여 재단 또는 사단인 사찰로 구분되기는 하지만 일반의 재단 또는 사단과는 달리 이념적 요소로서의 불교 교의, 행위적 요소로서의 법요 집행, 조직적 요소로서의 승려와 신도, 물적 요소로서의 토지·불당 등 시설이 결합되어 성립하는 것이므로, 일단 사찰이 성립한 이상 그 분열은 인정되지 않고 그 요소의 하나인 신도회도 분열될 수 없는 것이며, 일부 승려나 신도들이 사찰이 내세우는 **종지(宗旨)** 또는 사찰의 운영에 반대하여 탈종한다거나 신도회에서 탈퇴하였다 하더라도 이를 가리켜 사찰 또는 신도회가 분열되었다고 할 수는 없다(대판 1997.12.9. 94다41249).

② (O): 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다(제275조 제1항). 따라서 교회가 법인 아닌 사단으로서 존재하는 이상, 교인들은 교회재산을 총유의 형태로 소유하면서 사용·수익한다(대판 전합 2006.4.20. 2004다37775).

③ (O): 중증총회의 결의방법에 있어 중증규약에 다른 규정이 없는 이상, 종원은 서면이나 대리인으로 결의권을 행사할 수 있으므로 일부 종원이 총회에 직접 출석하지 아니하고 다른 출석 종원에 대한 위임장 제출방식에 의하여 중증의 대표자선임 등에 관한 결의권을 행사하는 것도 허용된다(대판 2000.2.15. 99다20155).

④ (O): 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·무과실이라면) 그 거래행위는 유효하다(대판 2003.7.22. 2002다64780 ; 대판 2008.10.23. 2006다2476).

⑤ (O): 「민법」상 법인이거나 법인이 아닌 사단에 대하여 「민법」 제63조에 의하여 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 정식이사와 동일한 권한을 가진다(대판 2018.5.15. 2017다56967 ; 대판 2019.9.10. 2019다208953).

【문 53】 「민법」상 물건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.
- ② 관리할 수 있다는 것은 배타적 지배가 가능하여 거래객체로 될 수 있는 상태를 의미한다.
- ③ 토지의 정착물은 토지의 일부로 별개의 부동산이 될 수 없다.
- ④ 동산과 부동산은 그 요건을 달리하여 취득시효의 대상이 된다.
- ⑤ 부동산 이외의 물건은 동산이다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 「민법」 제98조.

② (O): 물건은 특정인에 의해 관리할 수 있어야 권리의 객체가 될 수 있는데, 여기서 ‘**관리가능성**’이란 그 물건에 대한 배타적 지배가 가능하다는 의미이다. 지배 내지 관리할 수 없는 물건은 이를 법률상 사용·수익·처분할 수 없으므로 권리의 객체가 될 수 없기 때문이다.

③ (X): 토지 및 그 정착물은 부동산이다(제99조 제1항). 여기서 ‘토지의 정착물’이란 토지에 고정적으로 부착되어 용이하게 이동할 수 없는 물건으로서, 그러한 상태로 사용되는 것이 그 물건의 거래상의 성질로 인정되는 것을 말한다. 토지의 정착물은 모두 부동산으로서, 이에는 토지와 별개의 독립한 부동산으로서 독립한 물건의 객체로 되는 독립정착물(예컨대 건물·보존등기가 되거나 명인방법을 갖춘 수목 등)과 토지의 구성부분으로

취급되어 항상 토지와 일체로 처분되어지는 중속정착물(예컨대 교량·돌담 등)이 있다.

- ④ (O) : 동산과 부동산은 모두 취득시효의 대상이 된다. 다만 취득시효기간이 부동산은 20년(점유취득시효)과 10년(등기부취득시효)이고(제245조), 동산은 10년과 5년(선의·무과실)이다(제246조).
- ⑤ (O) : 「민법」 제99조 제2항.

【문 54】 주물과 종물 및 원물과 과실에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 「민법」상 주물의 소유자와 종물의 소유자는 동일인이 아니어도 된다.
- ② “종물은 주물의 처분에 따른다.”는 법리는 압류와 같은 공법상의 처분에도 적용된다.
- ③ 물건의 사용대가로 받은 물건은 천연과실이다.
- ④ 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다.
- ⑤ 「민법」상 법정과실의 수취에 관한 규정은 강행규정이다.

□정답□ ②

[해설] ① (X) : 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). 다만 종물이 타인의 소유라고 하더라도 그 타인의 권리를 해하지 아니하는 범위에서 「민법」 제100조가 적용된다(대판 2002.2.5. 2000다38527).

② (O) : 「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).

③ (X) : 물건의 용법에 의하여 수취하는 산출물은 천연과실이고, 물건의 사용대가로 받은 금전 기타의 물건은 법정과실로 한다(제101조).

④ (X) : 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속하고, 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다(제102조).

⑤ (X) : 과실의 수취에 관한 「민법」 제102조의 규정은 권리의 귀속을 정한 것이 아니라 당사자 사이의 내부관계를 정한 것에 불과한 임의규정이므로, 당사자가 다른 약정을 하는 것은 상관없다.

【문 55】 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 법률행위는 의사표시를 불가결의 요소로 한다.
- ② 유증은 상대방 없는 단독행위이다.
- ③ 무권리자와의 거래로 권리를 취득하는 것은 가능하지 않다.
- ④ 채권양도는 이행의 문제를 남기지 않는 처분행위이다.
- ⑤ 상호 대가적인 의미가 없는 출연을 내용으로 하는 법률행위는 유상행위라고 할 수 없다.

□정답□ ③

[해설] ① (O) : 법률행위는 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 1개 또는 수개의 의사표시를 불가결한 요소로 하는 법률요건이다. 따라서 의사표시 없는 법률행위는 있을 수 없다. 그러나 의사표시가 곧 법률행위인 것은 아니다

② (O) : 상대방 ‘없는’ 단독행위 의 대표적인 예로는 재단법인의 설립, 소유권의 포기, 상속의 포기, 유언(유증) 등을 들 수 있다.

③ (X) : 처분권이 없는 무권리자가 한 처분행위인 물권행위(예컨대 소유권이전행위·저당권설정행위 등)와 준물권행위(예컨대 채권양도·무체재산권의 양도·채무면제 등)는 무효이다. 그러나 의무부담행위인 채권행

위는 목적이 되는 권리에 대한 처분권이 없는 무권리자도 할 수 있다. 예컨대 타인의 물건을 매매하여도 그 매매 계약은 유효하다(제569조).

④ (O) : 채권양도는 이행의 문제를 남기지 않는 처분행위 중 준물권행위에 해당한다.

⑤ (O) : 출연행위에는 자기의 출연에 대하여 상대방으로부터도 그것에 대응하는 출연(대가적 출연)을 받는 것을 목적으로 하는 유상행위(예컨대 매매·교환·임대차 등)와 그렇지 않는 무상행위(예컨대 증여·사용대차 등)가 있다. 따라서 부담부 증여(제561조)와 같이 상대방(수증자)의 출연이 있기는 하나 대가적 출연이 아닌 경우에는 유상행위가 아니라 무상행위에 속한다.

**【문 56】 법률행위의 성립 및 효력에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

<2023년 세무사>

- ① 매매계약은 성립 당시에 당사자가 누구인지가 구체적으로 특정되어 있어야 성립할 수 있다.
- ② 강행법규에 위반하여 무효인 법률행위라도 당사자는 추인을 통하여 그 법률행위에 효력을 부여할 수 있다.
- ③ 매매계약이 강행법규에 위반되어 무효인 경우에도 표현대리가 성립할 수 있다.
- ④ 공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 타인 간의 거래행위를 중개한 경우, 그에 따른 중개수수료 지급약정이 부동산중개보수 제한에 관한 규정들에 위반하였다면 중개보수약정은 규정의 한도를 초과하는 부분에서 무효이다.
- ⑤ 법률행위의 효력요건은 원칙적으로 법률행위의 효과를 주장하는 자가 증명하여야 한다.

□정답□ ①

[해설] ① (O) : ‘당사자’는 법률행위의 일반적 성립요건 중의 하나이다. 따라서 법률행위 당시에 당사자가 객관적으로 특정되어 있어야 한다. 예컨대 매매계약은 그 성립 당시에 매도인과 매수인이 누구인지가 구체적으로 특정되어 있어야 성립할 수 있다.

② (X) : 강행규정에 위반한 계약은 무효이고, 이미 무효로 된 계약을 추인하였다고 하더라도 그 계약이 유효로 될 수는 없다(대판 2015.10.15. 2014다204178).

③ (X) : 계약 체결의 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).

④ (X) : 공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 타인 간의 거래행위를 중개한 경우 등과 같이 ‘중개를 업으로 한’ 것이 아니라면 (※ 따라서 부동산중개보수 제한에 관한 규정들이 적용되지 않음) 그에 따른 중개수수료 지급약정이 강행법규에 위배되어 무효라고 할 것은 아니고, 다만 그 중개수수료의 약정이 부당하게 과다하여 「민법」상 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 그 상당하다고 인정되는 범위 내로 감액된 보수액만을 청구할 수 있다(대판 2012.6.14. 2010다86525).

⑤ (X) : 법률행위의 일반적 성립요건은 법률행위의 효과를 주장하는 자에게 증명(입증)책임이 있고, 일반적 효력요건은 법률행위의 효과를 다투는 자, 즉 무효 또는 취소를 주장하는 자에게 증명(입증)책임이 있다.

**【문 57】 반사회적 법률행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)**

<2023년 세무사>

- ① 당사자 일방의 반사회적 동기가 법률행위 당시에 이미 상대방에게 알려졌다면 그 법률행위는 무효이다.
- ② 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위는 반사회적 법률행위로 볼 수 없다.
- ③ 해외 파견된 근로자가 귀국일로부터 일정 기간 소속 회사에 근무하여야 한다는 사규나 약정은 반사회적 법률행위라고 할 수 없다.

- ④ 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 위약벌이 과도하게 무겁다면 반사회적 법률행위가 될 수 있다.
- ⑤ 법률행위의 성립 과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용되었다는 이유만으로도 반사회적 법률행위가 될 수 있다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (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 포함한다(대판 2017.4.13. 2016다275433).

② (O): 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).

③ (O): 해외파견된 근로자가 귀국일로부터 일정 기간 소속 회사에 근무하여야 한다는 사규나 약정은 「민법」 제103조 또는 제104조에 위반된다고 할 수 없고, 일정기간 근무하지 않으면 해외파견 소요 경비를 배상한다는 사규나 약정은 근로계약기간이 아니라 경비반환채무의 면제기간을 정한 것이므로 「근로기준법」에 위배하는 것도 아니다(대판 1982.6.22. 82다카90).

④ (O): 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상의 예정과 다르므로 손해배상의 예정에 관한 「민법」 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없고, 다만 의무의 강제로 얻는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거운 때에는 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다(대판 2016.1.28. 2015다239324 ; 대판 2015.12.10. 2014다14511).

⑤ (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).

【문 58】 불공정한 법률행위의 요건에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2023년 세무사>

- ① 공박에는 경제적인 공박뿐만 아니라 정신적·심리적인 공박도 포함된다.
- ② 무경험은 일반적인 생활경험이 아니라 해당 법률행위가 속한 특정 영역에서의 경험부족을 의미한다.
- ③ 대리인에 의한 법률행위에서 공박은 본인을 기준으로 판단한다.
- ④ 불공정한 법률행위가 성립하기 위해서는 폭리행위자가 상대방의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하려는 의사가 있어야 한다.
- ⑤ 불공정한 법률행위가 성립하기 위해서는 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하여야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박· 경솔· 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분한데, 여기에서 ‘공박’이라 함은 급박한 곤궁을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있다(대판 2011.1.27. 2010다53457 ; 대판 2011.9.8. 2011다35722).

② (X): 「민법」 제104조에 규정된 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 ‘무경험’이라 함은 일반적인 생활 체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정 영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거래 일반에 대한 경험부족을 뜻한다(대판 2010.9.30. 2009다76195).

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

④ (O), ⑤ (O): 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위는 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것이고, 피해 당사자가 궁박한 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 **아니한다면** 「민법」 제104조의 불공정한 법률행위라고 할 수 없다(대판 2015.1.15. 2014다216072).

【문 59】 진의 아닌 의사표시에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 진의 아닌 의사표시의 규정은 상대방 있는 단독행위에도 적용된다.
- ② 진의 아닌 의사표시는 표시된 의사와 내심의 의사가 다르다는 것을 표의자가 인식하지 못한 경우도 포함한다.
- ③ 진의 아닌 의사표시임을 표의자의 상대방이 알고 있었다면 그 의사표시는 효력이 있다.
- ④ 혼인할 의사 없이 혼인의 청약을 하였고 상대방이 청약을 믿고 승낙하였다면 혼인의 합의는 유효하다.
- ⑤ 특정 물건을 매도할 의사로 증여한다는 청약을 하였는데 상대방이 청약을 믿고 승낙을 하였다면 매매계약이 체결된 것이다.

□정답□ ①

[해설] ① (O): 진의 아닌 의사표시에 관한 「**민법**」 **제107조**는 계약은 물론이고 **상대방 있는 단독행위에도** 적용된다. ⇒ 상대방 없는 단독행위에도 적용되나 제107조 제1항 단서가 적용될 여지가 없으므로 항상 유효한 법률행위가 된다.

② (X): **진의 아닌 의사표시**의 경우 **표의자가 스스로 진의와 표시의 불일치를 알고 있어야 한다**. 따라서 표의자가 그 불일치를 알지 못한 경우에는 그 과실 유무를 불문하고 착오에 의한 의사표시가 될 수 있을 뿐 진의 아닌 의사표시가 될 수는 없다.

③ (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

④ (X): 혼인·이혼·입양 등의 **가족법상의 행위**에는 당사자의 진의를 절대적으로 필요로 하므로 「**민법**」 **제107조가 적용되지 않는다**. 따라서 혼인·입양에 관한 진의 아닌 의사표시는 당사자 간에 있어서는 물론이고 제3자에 대한 관계에 있어서는 언제나 무효이다(제815조 제1호, 제883조 제1호).

⑤ (X): **진의 아닌 의사표시**는 원칙적으로 유효하므로 표시된 대로 효력을 발생한다(제107조 제1항 본문). 따라서 위의 경우 증여의 청약으로 효력을 발생하게 되어 증여계약이 체결된 것이다.

【문 60】 통정허위표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 통정허위표시의 무효는 원칙적으로 누구든지 주장할 수 있다.
- ② 「민법」 제108조 제2항의 선의의 제3자에 대하여는 누구도 통정허위표시의 무효를 주장하지 못한다.
- ③ 허위의 전세권설정계약에 기하여 등기가 마쳐진 전세권에 저당권을 설정받은 자는 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당한다.
- ④ 가장의 채권양도에서 아직 채무를 변제하지 않은 채무자는 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당한다.

- ⑤ 파산자가 통정한 허위의 의사표시를 통하여 발생한 가장채권을 보유하고 있던 중 파산이 선고된 경우, 파산관재인은 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O), ② (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 못한다(대판 2020.1.30. 2019다280375).

③ (O): 전세권설정계약만 놓고 보아 그것이 통정허위표시에 해당하여 무효라 하더라도 이로써 위 전세권설정계약에 의하여 형성된 법률관계를 토대로 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상 이해관계를 갖게 된 (근)저당권자에 대하여는 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 그 무효를 주장할 수 있다(대판 2008.3.13. 2006다58912 ; 대판 2008.3.13. 2006다29372).

④ (X): 채권양도계약이 통정의 허위표시로서 계약당사자들 사이에는 무효라 하더라도 이로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없음은 법이 명시하고 있는 바이나, 그 법의는 채무자가 위 계약이 무효임을 알지 못하고 위 채권을 그 양수인에게 변제하였을 경우 채무자는 그 변제로서 위 채무를 면하게 된다는 뜻이지 채무자가 채무를 변제치 아니하고 있는 중 진실한 채권자가 밝혀진 경우에도 그 변제를 끝이 가장양수인에게 변제하라는 뜻이 아니라 할 것이므로, 채무자가 위 채무를 아직도 가장양수인에게 변제하지 아니하고 있음을 채무자 스스로 자인하는 본건에 있어서 채무자가 선의의 제3자임을 내세워 그 전부채권자에게 그 지급을 거절할 수 없다(대판 1983.1.18. 82다594).

⑤ (O): 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 그 가장채권도 일단 파산재단에 속하게 되고, 파산선고에 따라 파산자와는 독립한 지위에서 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 직무를 행하게 된 파산관재인은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당한다(대판 2010.4.29. 2009다96083).

【문 61】 착오로 인한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2023년 세무사>

- ① 동기가 법률행위의 내용이 되기 위하여 당사자 사이에 그 동기를 의사표시의 내용으로 한다는 합의까지 있을 필요는 없다.
- ② 동기의 착오가 상대방에 의하여 유발된 경우에는 동기가 상대방에 표시되지 않았더라도 법률행위를 취소할 수 있다.
- ③ 착오를 이유로 한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
- ④ 매매계약 내용의 중요부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.
- ⑤ 과실로 인한 착오를 이유로 법률행위를 취소한 자는 그 취소로 발생한 상대방의 손해를 배상하여야 한다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 동기의 착오가 법률행위의 내용 중 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다(대판 2019.4.23. 2015다28968).

② (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. 90다

카7460).

③ (O) : 「민법」 제109조 제2항.

④ (O) : 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 (X) : 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구되는데, 「민법」 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 표의자가 과실로 인하여 착오에 빠져 계약을 체결하고 그 착오를 이유로 계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다(대판 1997.8.22. 97다13023). ⇨ 불법행위책임(×)

【문 62】 의사표시의 착오에 있어서 중대한 과실에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 토지의 매수인은 측량을 하거나 지적도와 대조하는 등의 방법으로 매매목적물이 지적도상의 그것과 정확히 일치하는지 여부를 미리 확인하여야 할 주의의무가 없다.
- ② 토지를 임차하여 공장을 신설하려는 자가 공장신설허가가 불가능한 토지에 대하여 관할 관청에 알아보지도 않고 임대차계약을 체결하였다면 그에게 중대한 과실이 인정된다.
- ③ 신용보증기금의 신용보증서를 담보로 금융채권자금을 대출해 준 금융기관이 위 대출자금이 모두 상환되지 않았음에도 착오로 신용보증기금에게 신용보증서 담보설정 해지를 통지하였다면 금융기관에게 중대한 과실이 인정된다.
- ④ 취소를 원하는 표의자는 자신의 착오에 중대한 과실이 없음을 스스로 증명하여야 한다.
- ⑤ 중대한 과실에 의한 착오가 표의자에게 있음을 상대방이 알면서 이를 이용하였다면 그 의사표시는 취소할 수 있다.

□정답□ ④

【해설】 ① (O) : 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).

② (O) : 공장을 경영할 동지에서 건물을 임차하려는 자는, 먼저 그 건물에 그가 경영하고자 하는 공장의 신설이 가능한지를 관할 관청에 알아보아야 할 주의의무가 있고 또 이와 같이 알아보았다면 쉽게 위 건물에 대한 공장신설허가가 불가능하다는 사실을 알 수 있었다면, 이러한 주의의무를 다하지 아니한 채 건물임대차계약을 체결한 것에는 중대한 과실이 있다고 보아야 할 것이다(대판 1992.11.24. 92다25830).

③ (O) : 신용보증기금의 신용보증서를 담보로 금융채권자금을 대출해 준 금융기관이 위 대출자금이 모두 상환되지 않았음에도 착오로 신용보증기금에게 신용보증서 담보설정 해지를 통지한 경우, 그 해지의 의사표시는 「민법」 제109조 제1항 단서 소정의 중대한 과실에 기한 것이다(대판 2000.5.12. 99다64995).

④ (X) : 착오에 중대한 과실이 있는지 여부에 대한 증명책임은 표의자로 하여금 그 의사표시의 취소를 하지 못하게 하여 그 법률행위의 효력을 인정하려는 상대방이 부담한다. ⇨ 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자는 법률행위의 내용에 착오가 있었다(착오의 존재)는 사실과 함께 착오가 의사표시에 결정적인 영향을 미쳤다는 점, 즉 만일 착오가 없었다면 의사표시를 하지 않았을 것(중요부분의 착오)이라는 점을 증명하여야 한다(대판 2018.10.25. 2016다239345).

⑤ (O) : 「민법」 제109조 제1항 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 2023.4.27. 2017다227264).

【문 63】 사기 및 강박에 의한 의사표시에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례

에 따름) <2023년 세무사>

- ① 제3자의 기망에 의하여 연대보증서류를 신원보증서류로 알고 서명날인한 경우 사기를 이유로 이를 취소하지 못한다.
- ② 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실을 알고도 분양자가 이를 모르는 수분양자에게 고지하지 않은 경우, 사기를 이유로 분양계약의 취소가 가능하다.
- ③ 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기를 행한 경우에 상대방이 그 사실을 알 수 없었다고 하더라도 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있다.
- ④ 의사결정의 자유가 완전히 박탈될 정도의 강박에 의한 의사표시는 무효로 보아야 한다.
- ⑤ 목적이 정당하더라도 수단이 부당한 때에는 위법한 강박에 해당할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (O): 신원보증서류에 서명날인한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우, 결국 위와 같은 행위는 강박상 기망날인의 착오(또는 서명의 착오), 즉 어떤 사람이 자신의 의사와 다른 법률효과를 발생시키는 내용의 서면에, 그것을 읽지 않거나 올바르게 이해하지 못한 채 기망날인을 하는 이른바 표의상의 착오에 해당하므로, 비록 위와 같은 착오가 제3자의 기망행위에 의하여 일어난 것이라 하더라도 그에 관하여는 사기에 의한 의사표시에 관한 법리, 특히 상대방이 그러한 제3자의 기망행위사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아닌 한 의사표시자가 취소권을 행사할 수 없다는 「민법」 제110조 제2항의 규정을 적용할 것이 아니라, 착오에 의한 의사표시에 관한 법리만을 적용하여 취소권 행사의 가부를 가려야 한다(대판 2005.5.27. 2004다43824).

② (O): 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실은 신의칙상 분양회사가 분양계약자들에게 고지하여야 할 대상이 되므로, 이와 같은 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 분양계약자들로서는 기망을 이유로 분양계약을 취소하고 분양대금의 반환을 구할 수도 있고 분양계약의 취소를 원하지 않을 경우 그로 인한 손해배상만을 청구할 수도 있다(대판 2006.10.12. 2004다48515).

③ (X): 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다(제110조 제2항).

④ (O): 상대방 또는 제3자의 강박에 의하여 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 상태에서 이루어진 의사표시는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 결여된 것이므로 무효라고 볼 수밖에 없으나, 강박이 의사결정의 자유를 완전히 박탈하는 정도에 이르지 아니하고 이를 제한하는 정도에 그친 경우에는 그 의사표시는 취소할 수 있음에 그치고 무효라고까지 볼 수 없다(대판 1984.12.11. 84다카1402; 대판 2003.5.13. 2002다73708).

⑤ (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).

【문 64】 의사표시의 효력 발생에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2023년 세무사>

- ① 의사표시의 도달은 사회관념상 채무자가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여진 경우에 인정된다.
- ② 유언은 유언이 공개되어 유언의 사실이 인지될 수 있을 때에 효력이 생긴다.
- ③ 표의자가 의사표시의 통지를 발송한 후 사망하더라도 그 효력에는 영향을 미치지 않는다.
- ④ 우편물이 대기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야 한다.
- ⑤ 의사표시의 도달은 그 효력 발생을 주장하는 자가 증명하여야 한다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 상대방 있는 의사표시의 ‘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 것이다(대판 2008.6.12. 2008다19973; 대판 2016.3.24. 2015다71795).

② (X): 상대방 ‘없는’ 의사표시는 표시행위가 완료되어 의사표시가 성립한 때에 효력을 발생하게 되는 것이 원칙이다. 그러나 유언은 유언자가 사망한 때로부터 그 효력이 생긴다(제1073조 제1항).

③ (O): 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제111조 제2항).

④ (O): 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우에는 반송되는 등의 특별한사정이 없는 한 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야 한다(추정할 수 있다)(대판 2007.12.27. 2007다51758; 대판 2017.3.9. 2016두60577).

⑤ (O): 의사표시의 도달은 그 의사표시의 효력 발생을 주장하는 측에서 입증하여야 한다(대판 2009.12.10. 2007두20140).

【문 65】 「민법」상 임의대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)

<2023년 세무사>

- ① 사실행위의 대리는 인정되지 않는다.
- ② 수권행위는 본인과 대리인의 합동행위이다.
- ③ 원인된 법률관계의 존속 중에도 본인은 수권행위를 철회할 수 있다.
- ④ 대리인이 성년후견개시심판을 받으면 그의 대리권은 소멸한다.
- ⑤ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 상대방에 대하여 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 수 있다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 가공·물건의 인도 등과 같은 사실행위에 대하여는 대리가 인정되지 않는다.

② (X): 임의대리권은 본인이 대리인에게 대리권을 수여하는 행위에 의해 발생하는바, 이 대리권의 수여행위를 수권행위라고 한다. 따라서 수권행위는 상대방(대리인)의 수령을 요하는 본인의 단독행위이다

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

④ (O): 본인의 사망, 대리인의 사망·성년후견(※ 한정후견 x)의 개시 또는 파산은 임의대리와 법정대리에 공통한 소멸사유이다(제127조).

⑤ (O): 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).

【문 66】 대리권의 제한에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023

년 세무사>

- ① 수권행위에 의해 대리권의 범위가 정해지지 않은 임의대리인은 처분행위도 할 수 있다.
- ② 본인에게 수인의 대리인이 존재한다면 이들은 공동하여 대리행위를 하여야 함이 원칙이다.
- ③ 본인의 허락이 있으면 대리인은 쌍방대리를 할 수 있다.
- ④ 대리인이 본인의 허락 없이 본인을 위하여 자기와 계약하였다면 그 계약은 강행법규 위반으로 확정적 무효이다.
- ⑤ 부동산매도의 대리인이 본인을 위한 매매계약 시 상대방으로부터 강박을 당한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 대리인은 해당 매매계약을 취소할 수 있다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 권한을 정하지 아니한 대리인은 보존행위와 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위만을 할 수 있다(제118조). 따라서 수권행위에 의해 대리권의 범위가 정해지지 않은 임의대리인은 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하게 하는 이용행위·개량행위와 처분행위는 할 수 없다.

② (X): 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제119조).

③ (O): 본인의 허락이 있으면 대리인의 자기계약이나 쌍방대리가 허용된다(제124조 본문).

④ (X): 「민법」 제124조에 위반한 대리행위는 무권대리행위가 된다. 그런데 무권대리행위는 본인에 대하여 무효임이 원칙이나, 본인의 추인에 의하여 유효로 될 수 있다(제130조). 따라서 무권대리행위는 확정적 무효가 아니라 유동적 무효의 상태에 있게 된다.

⑤ (X): 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항). 여기서 직접 본인에게 귀속하게 되는 효과는 대리인이 행한 해당 의사표시의 중심적 법률효과(예컨대 대리인이 부동산을 매수한 경우에 부동산소유권의 이전청구권·등기청구권 등)는 물론이며, 그 밖에 그 의사표시에 따르는 비법률행위적 효과(예컨대 하자담보책임, 대리인이 사기나 강박을 당한 경우의 취소권 등)도 역시 본인에게 귀속된다.

【문 67】 「민법」상 대리행위에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름)  
<2023년 세무사>

- ① 현명 없는 대리인의 행위는 원칙적으로 자신을 위한 것으로 추정된다.
- ② 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 대리인이 이중매매계약을 체결한 경우, 매수인인 본인이 이에 대해 선의라 하더라도 그 매매계약의 반사회성은 인정된다.
- ③ 특정한 법률행위를 대리인에게 위임하였다도 본인 또한 스스로 그 법률행위를 할 수 있다.
- ④ 대리권 남용의 경우 진의 아닌 의사표시에 관한 「민법」 제107조 제1항 단서를 유추적용하는 것이 주류적 판례의 입장이다.
- ⑤ 대리행위가 대리권 남용으로 무효라 하더라도 그 행위를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자는 보호된다고 함이 주류적 판례의 입장이다.

□정답□ ①

[해설] ① (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).

② (O): 대리인이 본인을 대리하여 매매계약을 체결함에 있어서 매매 대상 토지에 관한 지간의 사정을 잘 알고 그 배임행위에 가담하였다면, 대리행위의 하자 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로, 설사 본인이 미리 그러한 사정을 몰랐거나 반사회성을 야기한 것이 아니라고 할지라도 그로 인하여 매매계약이 가지는 사회질서에 반한다는 장애사유가 부정되는 것은 아니다(대판 1998.2.27. 97다45532).

③ (O): 현행법상 이른바 배제대리, 즉 본인의 법률행위를 배제하는 수권행위는 인정되지 않는다. 따라서 본인이 특정한 법률행위를 대리인에게 위임한 경우에도 본인은 스스로 그 법률행위를 할 수 있다.

④ (O): 대리권의 남용이란 대리인이 대리권의 범위 내에서 또 외형상 현명주의에 입각하여 대리행위를 하거나 실질적 내용상 본인의 이익을 위해서 한 것이 아니고 자기 또는 제3자의 경제적 이익을 도모하기 위해 대리행위를 하는 등 본인과 대리인의 기초적 내부관계에 위반하여 대리행위를 한 경우를 말한다. 대리권의 남용이 있는 경우에 대해서는 권리남용설과 무권대리설도 주장되고 있으나, 판례는 「민법」 제107조 제1항 단서 유추적용설을 취하고 있다(대판 2011.12.22. 2011다64669 등).

⑤ (O): 대리행위가 대리권의 남용에 해당하여 무효라 하더라도 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 「민법」 제107조 제2항의 규정을 유추적용하여

누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다(대판 2018.4.26. 2016다3201).

【문 68】 무권대리에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 대리인이 대리권 소멸 후 그의 기존 대리권 범위를 벗어나는 대리행위를 한 경우 표현대리는 성립할 여지가 없다.
- ② 채권자에게 주채무자를 위해 보증을 서줄 의사가 있음을 밝힌 것은 특별한 사정이 없는 한 해당 보증계약에 관해 주채무자에게 대리권을 수여함을 표시한 것으로 인정된다.
- ③ 무권대리행위로 체결된 계약에서 위약금규정을 두고 있다면 이 규정은 무권대리인이 상대방에게 「민법」 제135조의 책임을 지는 경우에도 적용된다.
- ④ 무권대리행위의 추인이 무권대리인에 대하여 행해지면 무권대리행위의 상대방은 그 추인에 대한 선·악의를 불문하고 철회권을 상실한다.
- ⑤ 무권대리인이 본인을 단독상속한 경우 무권대리인은 무권대리행위에 대한 상대방의 선·악의를 불문하고 추인을 거절하지 못한다.

□정답□ ③

[해설] ① (X): 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 「민법」 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 「민법」 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(대판 2008.1.31. 2007다74713 등).

② (X): 甲이 주채무액을 알지 못한 상태에서 주채무자의 부탁으로 채권자와 보증계약 체결 여부를 교섭하는 과정에서 채권자에게 보증의사를 표시한 후 주채무가 거액인 사실을 알고서 보증계약 체결을 단념(철회)하였으나 甲의 도장과 보증용 과세증명서를 소지하게 된 주채무자가 임의로 甲을 대리하여 채권자와 사이에 보증계약을 체결한 경우, 甲이 채권자에 대하여 주채무자에게 보증계약 체결의 대리권을 수여하는 표시를 한 것이라 단정할 수 없고, 대리권 수여의 표시를 한 것으로 본다 하더라도 보증계약을 체결하려는 채권자로서는 甲으로부터 보증의사를 확인할 수 있는 인감증명서를 제출받거나, 甲에게 전화 등의 방법으로 주채무자의 대리권 유무를 확인하여 보았다라면 그가 甲을 대리하여 보증계약을 체결할 대리권이 없다는 점을 쉽게 알 수 있었을 것인 데도 이를 게을리한 과실이 있다고 할 것이니, 이 점에서도 「민법」 제125조의 표현대리가 성립할 수는 없다(대판 2000.5.30. 2000다2566).

③ (O): 「민법」 제135조 제1항에서 상대방이 계약의 이행을 선택한 경우 무권대리인은 계약이 본인에게 효력이 발생하였다면 본인이 상대방에게 부담하였을 것과 같은 내용의 채무를 이행할 책임이 있다. 무권대리인은 마치 자신이 계약의 당사자가 된 것처럼 계약에서 정한 채무를 이행할 책임을 지는 것이다. 무권대리인이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 상대방에게 채무불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 진다. 위 계약에서 채무불이행에 대비하여 손해배상액의 예정(위약금)에 관한 조항을 둔 때에는 특별한 사정이 없는 한 무권대리인은 조항에서 정한 바에 따라 산정한 손해액을 지급하여야 한다. 이 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 「민법」 제398조가 적용됨은 물론이다(대판 2018.6.28. 2018다210775).

④ (X): 「민법」 제132조는 본인이 무권대리인에게 무권대리행위를 추인한 경우에 상대방이 이를 알지 못하는 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이므로, 상대방은 그때까지 「민법」 제134조에 의한 철회를 할 수 있고, 또 무권대리인에의 추인이 있었음을 주장할 수도 있다(대판 1981.4.14. 80다2314).

⑤ (X): 甲이 대리권 없이 乙 소유의 부동산을 丙에게 매도하여 「부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법」에 의하여 소유권이전등기를 마쳐 주었다고 하여도 그 매매계약은 무효이고 이에 터잡은 이전등기 역시 무효가 되나, 甲은 乙의 무권대리인으로서 「민법」 제135조 제1항의 규정에 의하여 매수인인 丙에게 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로(丙이 악의이거나 과실이 있으면 이행의무가 없음) 그러한 지위에 있는 甲이 乙로부터 부동산을 상속받아 그 소유자가 되어 소유권이전등기이행의무를 이행하는 것이 가능하게 된 시점에서 자신이 소유자라고 하여(즉 丙은 선의입) 자신으로부터 부동산을 매수한 丙에게 원래

자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효였다는 이유로 丙 앞으로 경료된 소유권이전등기가 무효의 등기라고 주장하여 그 등기의 말소를 청구하거나 부동산의 점유로 인한 부당이득금의 반환을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다(대판 1994.9.27. 94다20617). ⇨ 무권대리인이 본인을 단독상속한 경우 무권대리행위는 당연히 유효로 되고 본인으로서의 지위에서 추인을 거절할 수 없다.

【문 69】 복대리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 대리인은 자신의 이름으로 복대리인을 선임한다.
- ② 복대리인은 본인의 대리인이다.
- ③ 대리인이 복대리인을 선임하더라도 대리인의 대리권은 소멸하지 않는다.
- ④ 본인과 복대리인 사이에는 내부적 계약관계가 인정되지 않으므로 그에 기한 권리·의무도 인정되지 않는다.
- ⑤ 대리인이 대리권 소멸 후 선임한 복대리인의 대리행위에 관해서도 표현대리가 성립할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): **복대리인**은 '대리인이 자신의 이름'으로 선임한 사람이다. 즉 대리인이 본인의 이름으로 대리행위로서 선임한 자는 복대리인이라고 할 수 없다.

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

③ (O): 대리인이 복대리인을 선임하더라도 대리권은 소멸하지 않는다. 즉 **복대리인을 선임한 뒤에도 대리인은 여전히 자신의 대리권을 보유한다.**

④ (X): 원래 복대리인은 대리인에 의하여 대리인의 이름으로 선임되었으므로 복대리인과 본인 사이에는 아무런 내부관계가 생길 수 없다. 그러나 「민법」 제123조 제2항은 “복대리인은 본인이나 제3자에 대하여 대리인과 동일한 권리·의무가 있다.”고 규정한다. 따라서 **대리인이 본인에 대하여 위임계약의 수입인인 경우에는 복대리인도 본인에 대하여 수입인으로서 선관주의의무(제681조)·수령한 수취물의 인도 의무(제684조)·보수청구권(제686조)·비용상환청구권(제688조) 등의 권리·의무를 가지게 된다.**

⑤ (O): 대리인이 대리권 소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 한 경우는 물론, **대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도 상대방이 대리권 소멸 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).**

【문 70】 법률행위의 무효에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 통정허위표시가 무효라고 해서 은닉행위가 당연히 무효로 되는 것은 아니다.
- ② 불공정한 법률행위에 대하여 무효인 경우에는 무효행위의 전환에 관한 규정이 적용될 수 없다.
- ③ 법률행위 일부가 효력규정을 위반하여 일부무효의 법리가 적용되는 경우, 당사자의 가정적 의사를 탐구할 때 그 효력규정의 입법취지도 함께 고려하여야 한다.
- ④ 복수의 법률행위 중 어느 한 법률행위가 무효인 경우 그들 간 일체성이 인정된다면 일부무효의 법리가 적용될 수 있다.
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지에 관해 애초 허가를 잠탈하는 내용으로 체결된 매매계약은 그 후 허가구역지정이 해제되더라도 유효로 되지 않는다.

□정답□ ②

[해설] ① (O): 예컨대 증여의 의사를 감추고 매매를 가장하는 경우와 같이 진실로 다른 행위를 할 의사가 감추어져 있는 경우에, 매매는 가장행위이나 그 감추어진 행위인 증여는 은닉행위이다. 이 경우 **은닉행위**는 진실로

다른 행위를 할 의사가 있으므로 보통의 허위표시로 다를 것이 아니라 그 갖추어진 행위로서의 요건을 갖춘 이상 유효하다고 볼 것이다(대판 1998.9.4. 98다20981 참조).

② (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).

③ (O): 「민법」 제137조 단서는 당사자가 무효를 알았다더라면 그 무효의 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다고 정한다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것으로서, 당해 효력규정을 둔 입법취지 등을 고려할 때 법률행위 전부가 무효로 된다면 그 입법취지에 반하는 결과가 되는 등의 경우에는 여기서 당사자의 가정적 의사는 다른 특별한 사정이 없는 한 무효의 부분이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것으로 인정되어야 한다(대판 2013.4.26. 2011다9068).

④ (O): 법률행위의 일부무효 법리는 여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적·사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우에도 적용된다. 이때 그 계약 전부가 일체로서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 것인지의 여부는 계약 체결의 경위와 목적 및 당사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대판 2023.2.2. 2019다232277).

⑤ (O): 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에서 정한 토지거래계약 허가구역 내 토지에 관하여 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용으로 매매계약이 체결된 경우에는, 강행법규인 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제11조 제6항에 따라 계약은 체결된 때부터 확정적으로 무효이다. 계약 체결 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간 만료 이후 제지정을 하지 아니한 경우라 하더라도 이미 확정적으로 무효로 된 계약이 유효로 되는 것이 아니다(대판 2019.1.31. 2017다228618).

【문 71】 법률행위의 취소에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 무효인 법률행위는 취소의 대상이 될 수 없다.
- ② 착오취소의 요건이 충족되는 한, 착오로 인하여 의사표시를 한 자의 포괄승계인에게도 취소권이 인정된다.
- ③ 취소할 수 있는 법률행위를 유효하게 추인한 후에는 취소하지 못한다.
- ④ 상당기간 계속된 근로계약이 취소된 경우 그 근로계약은 장래에 관하여만 실효된다.
- ⑤ 추인할 수 있는 때로부터 3년이 경과하면 취소권은 소멸한다.

□정답□ ①

[해설] ① (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 법리

② (O): 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다(제140조). 여기서 말하는 ‘승계인’에는 상속인·포괄유증을 받은 자와 같은 포괄승계인과 특정승계인이 모두 포함된다.

③ (O): 취소할 수 있는 법률행위는 취소권자가 추인할 수 있고 추인 후에는 취소하지 못한다(제143조 제1항).

④ (O): 근로계약의 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 보아야 한다(대판 2017.12.22. 2013다25194).

⑤ (O): 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(제146

조).

【문 72】 원칙적으로 소급효가 있는 추인을 모두 고른 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ㄱ. 무권리자의 처분행위에 대한 권리자의 추인
- ㄴ. 무효인 가장행위에 대한 당사자의 추인
- ㄷ. 무권대리행위에 대한 본인의 추인

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

□정답□ ④

[해설] ㄱ. (O): 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 「민법」 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다(대판 2017.6.8. 2017다3499).

ㄴ. (X): 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다(제139조). 즉 무효행위의 추인이라 함은 법률행위로서의 효과가 확정적으로 발생하지 않는 무효행위를 뒤에 유효케 하는 의사표시를 말하는 것으로, 무효인 행위를 사후에 유효로 하는 것이 아니라 새로운 의사표시에 의하여 새로운 행위가 있는 것으로 그때부터 유효케 되는 것이므로 원칙적으로 소급효가 인정되지 않는 것이다(대판 1983.9.27. 83므22).

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

【문 73】 법률행위의 부관인 조건에 관한 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 특정의 제3자가 사망하면 증여를 하겠다는 계약은 정지조건부 계약이다.
- ② 유언은 유언자의 사망을 정지조건으로 하는 법률행위이다.
- ③ 물권행위는 조건에 친하지 않은 법률행위이다.
- ④ 정지조건이든 해제조건이든 그 성취의 효과는 특별한 사정이 없는 한 소급하지 않는다.
- ⑤ 조건의 성취로 불이익을 받을 자가 과실로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 조건의 성취가 의제될 여지가 없다.

□정답□ ④

[해설] ① (X): 사람은 반드시 사망하지만 언제 사망할지는 모르므로, 예컨대 ‘**甲이 사망하면**’이라고 하면 불확정기한(시기)부 증여가 된다.

② (X): 유언은 유언자가 사망한 때로부터 그 효력이 생긴다(제1073조 제1항). 즉 유언은 사인행위이다. 따라서 유언자가 사망하기 전까지는 유언으로 이익을 받게 될 자라도 법률상 아무런 권리, 예컨대 조건부 권리는 물론이고 기한부 권리도 취득하지 못한다. ⇨ 사인행위는 생전행위인 정지조건부 또는 시기부 법률행위와 다르다. 예컨대 사인행위에 기한 법률관계는 그 사망과 동시에 발생(사망 전 조건부·기한부 권리의 불발생)하게 되나, 조건부 또는 기한부 법률행위는 법률행위를 함과 동시에 법률관계는 발생(조건부·기한부 권리의 발생)하게 된다.

③ (X): 부동산소유권이전의 합의에 조건·기한을 붙이지 못하도록 규정하고 있는 독일민법과는 달리, 그와 같은 규정이 없는 우리 「민법」 상으로는 물권행위에도 조건·기한을 붙일 수가 있다. ⇨ 동산의 매매에서 이른바 소유권유보약정이 있는 경우에, 다른 특별한 사정이 없는 한 매수인 앞으로의 소유권이전에 관한 당사자 사이의 ‘물권적 합의’는 대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하여 행하여진다고 해석된다(대판 2010.2.11. 2009

다93671).

- ④ (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 소급효가 없는 것이 원칙이다. 그러나 당사자가 조건 성취의 효력을 그 성취 전에 소급하게 할 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다(제147조 제3항).
- ⑤ (X) : 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다(제150조 제1항). 여기서 방해행위가 고의에 의한 경우만이 아니라 과실에 의한 경우에도 「민법」 제150조 제1항이 적용된다(대판 1998.12.22. 98다42356).

【문 74】 기한에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 부관에 표시된 사실이 발생하지 않는 것으로 확정된 때에도 채무를 이행해야 한다고 인정되면 그 사실은 조건이 아니라 불확정기한이다.
- ② 기한의 이익은 채무자에게 있는 것으로 추정된다.
- ③ 이자부 소비대차에서 채무자는 상대방의 손해를 배상하고 기한 전에 변제할 수 있다.
- ④ 당사자 간에 체결된 기한이익상실특약은 특별한 사정이 없는 한 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정된다.
- ⑤ 형성권적 기한이익상실의 특약이 있는 할부채무의 경우 그 요건이 충족되면 채권자의 의사표시를 기다리지 않고 곧바로 채권 전액에 대해 소멸시효가 진행된다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O) : 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 타당한 경우에는 조건으로 보아야 한다. 그러나 부관에 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 않는 것이 확정된 때에도 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다(대판 2020.12.24. 2019다293098).

② (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).

③ (O) : 기한의 이익은 이를 포기할 수 있다. 그러나 상대방의 이익을 해하지 못한다(제153조 제2항). 따라서 보통의 이자부 소비대차와 같이 기한의 이익이 채무자와 채권자 모두를 위하여 있는 경우, 채무자는 채권자에게 손해를 배상(이행기까지의 이자지급)하고 기한의 이익을 포기(기한 전 변제)할 수 있다.

④ (O) : 기한이익상실의 특약이 정지조건부 기한이익상실의 특약과 형성권적 기한이익상실의 특약 중 어느 것에 해당하느냐는 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) : 형성권적 기한이익상실의 특약이 있는 경우에는 그 특약은 채권자의 이익을 위한 것으로서 기한이익의 상실사유가 발생하였다고 하더라도 채권자가 나머지 전액을 일시에 청구할 것인가 또는 종래대로 할부변제를 청구할 것인가를 자유로이 선택할 수 있으므로, 이와 같은 기한이익상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서는 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행되고 채권자가 특히 잔존채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그때부터 소멸시효가 진행된다(대판 2002.9.4. 2002다28340).

【문 75】 「민법」상 기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? <2023년 세무사>

- ① 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 이를 일(日)로 환산하여 계산한다.
- ② 기간의 계산은 법률행위에 의하여 「민법」 규정과 다르게 정할 수 있다.
- ③ 연령계산에는 출생일을 산입한다.
- ④ 기간의 계산은 법령이나 재판상의 처분에 다른 정한 바가 없으면 「민법」 규정에 의한다.
- ⑤ 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 그 익일로 만료한다.

□정답□ ①

[해설] ① (X): 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 (일로 환산하지 않고) 역(曆)에 의하여 계산한다(제160조 제1항). 따라서 월이나 연의 일수의 장단은 문제삼지 않는다.

② (O), ④ (O): 기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 「민법」의 기간 계산에 관한 규정에 의한다(제155조). 즉 기간의 계산에 관한 「민법」 규정은 임의규정이다(대판 2007.8.23. 2006다62942).

③ (O): 「민법」 제158조.

⑤ (O): 「민법」 제161조.

【문 76】 제척기간에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 매매의 일방예약완결권은 제척기간의 적용을 받는다.
- ② 취소권의 존속기간은 제척기간이다.
- ③ 형성권 이외에 청구권도 제척기간의 경과에 의해 소멸할 수 있다.
- ④ 제척기간은 특별한 사유가 없는 한 발생한 권리를 행사할 수 있는 때로부터 기산한다.
- ⑤ 제척기간의 도과 여부는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 조사한다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 「민법」 제564조가 정하고 있는 매매예약에서 예약자의 상대방이 매매예약완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 약정이 없는 때에는 예약이 성립한 때부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간이 지난 때에는 예약완결권은 제척기간의 경과로 소멸한다(대판 2018.11.29. 2017다247190; 대판 2017.1.25. 2016다42077).

② (O): 취소권은 형성권의 일종으로서 그 행사기간을 제척기간으로 보아야 하고, 위 취소권은 재판상이든 재판 외이든 그 기간 내에 행사하면 되는 것이다(대판 2008.9.11. 2008다27301).

③ (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.

④ (X): 제척기간 진행의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때이다(대판 전합 2016.10.19. 2014다46648). ⇨ 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(제166조 제1항).

⑤ (O): 제척기간이 도과하였는지 여부는 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다(대판 2019.7.25. 2019다227817). ⇨ 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단 대상이 된다(대판 2017.3.22. 2016다258124).

【문 77】 형성권에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 권리자의 일방적 의사표시로 법률관계의 변동이 생긴다.

- ② 계약의 합의해지는 형성권의 행사이므로 철회하지 못한다.
- ③ 상계권의 행사에는 조건 또는 기한을 붙이지 못한다.
- ④ 재판을 통하여 행사할 수 있는 권리도 포함한다.
- ⑤ 임차인의 부속물매수청구권은 형성권이다.

□정답□ ②

[해설] ① (O) : 법률행위의 동의권(제5조), 취소권(제140조), 추인권(제143조), 계약의 해제·해지권(제543조), 상계권(제492조), 예약완결권(제564조) 등과 같은 보통의 형성권은 권리자의 일방적 의사표시만으로 법률관계의 변동이 생긴다.

② (X) : 계약의 해지의 의사표시는 단독행위로서 형성권의 행사이므로 철회하지 못한다(제543조 제2항). 그러나 계약의 합의해지(해지계약)는 계약이므로 철회할 수 있다(대판 2003.4.25. 2002다11458).

③ (O) : 상계의 의사표시에는 조건 또는 기한을 붙이지 못한다(제493조 제1항).

④ (O) : 채권자취소권(제406조), 혼인취소권(제816조), 입양취소권(제884조) 등과 같은 형성권은 소를 제기하여 법원의 판결을 얻어야만 비로소 법률관계의 변동이 생긴다.

⑤ (O) : 공유지분매수청구권(제266조 제2항), 지상물매수청구권(제283조 제2항, 제285조 제2항, 제643조), 부속물매수청구권(제316조, 제646조) 등과 같이 ○○매수청구권은 명칭은 청구권으로 되어 있으나 실질은 형성권이다.

【문 78】 소멸시효에 걸리는 권리로 옳은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 취득시효 완성자가 점유를 상실한 경우의 등기청구권
- ② 수급인의 대금채권담보를 위한 완성물에 대한 유치권
- ③ 소유권에 기한 물권적 청구권
- ④ 점유권
- ⑤ 인격권

□정답□ ①

[해설] ① (O) : 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 그 토지에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 아니한다(대판 1995.2.10. 94다28468). 그러나 부동산에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로서, 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(대판 1995.12.5. 95다24241 ; 대판 1996.3.8. 95다34866).

② (X) : 유치권·질권·저당권 등의 담보물권은 피담보채권이 존속하는 한 담보물권만이 독립하여 소멸시효에 걸리지 않는다.

③ (X) : 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982.7.27. 80다2968 ; 대판 1991.11.26. 91다34387).

④ (X) : 점유권은 일정한 사실상태가 있으면 언제나 인정되고, 그 사실상태가 소멸하면 당연히 소멸하는 권리이므로 소멸시효에 걸릴 여지가 없다.

⑤ (X) : 인격권과 같은 비재산권은 소멸시효에 걸리지 않는다.

【문 79】 소멸시효의 중단에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있지만, 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 효력이 있다.

- ② 압류, 가압류 및 가처분이 법률의 규정에 따르지 않아 취소된 경우 시효 중단 효력이 없다.
- ③ 시효 중단의 효력이 있는 승인에는 상대방의 권리에 관한 처분의 능력이나 권한 있음을 요하지 아니한다.
- ④ 시효 중단의 효력이 있는 승인은 묵시적으로도 할 수 있다.
- ⑤ 채권양수인이 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 상태에서 채무자를 상대로 재판상 청구를 한 경우, 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 해당하지 않는다.

□정답□ ⑤

[해설] ① (O): 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다(제169조). 그러나 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다(제440조).

② (O): 압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효 중단의 효력이 없다(제175조).

③ (O): 「민법」 제177조.

④ (O): 소멸시효 중단사유인 승인은 시효 이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효 완성으로 채권을 상실하게 될 상대방 또는 그 대리인에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하며, 그 표시의 방법은 특별한 형식이 필요하지 않고 명시적이든 묵시적이든 상관없다(대판 2019.4.25. 2015두39897).

⑤ (X): 비록 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하여 채무자에게 대항하지 못한다고 하더라도 채권의 양수인이 채무자를 상대로 재판상 청구를 하였다면 이는 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 해당한다고 보아야 한다(대판 2018.6.15. 2018다10920).

【문 80】 甲은 자신 소유의 X 토지에 관해 乙과 매매계약을 체결하였다. 계약 당시 甲은 乙로부터 약정된 계약금 전액을 수령하였다. X 토지는 토지거래허가구역 내의 토지였으며 당시 甲과 乙은 매매계약 후 관할청의 허가를 받을 생각이었다. 이에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 따름) <2023년 세무사>

- ① 甲과 乙이 관할청으로부터 허가를 받으면 위 매매계약은 소급하여 확정적으로 유효하게 된다.
- ② 관할청에 허가신청이 접수된 후에도 甲은 계약금의 배액을 상환하면서 위 매매계약을 해제할 수 있다.
- ③ 관할청의 허가를 받기 전까지 甲과 乙은 상대방의 채무불이행을 이유로 하여 위 매매계약을 해제할 수 없다.
- ④ 관할청의 허가를 받기 전까지 乙은 유동적 무효를 이유로 甲에게 지급한 계약금을 부당이득으로 반환청구할 수 있다.
- ⑤ 관할청의 허가를 받기 전이라면 乙은 甲에게 허가신청절차에 협력할 것을 소구할 수 있다.

□정답□ ④

[해설] ① (O): 허가받을 것을 전제로 한 계약일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상의 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전에 관한 계약의 효력이 전혀 발생하지 아니함은 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, 허가를 받게 되면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고, 이와 달리 허가를 받지 못하게 된 때에는 무효로 확정된다(대판 2000.4.7. 99다68812).

② (O): 매매당사자 일방이 계약 당시 상대방에게 계약금을 교부한 경우 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 당사자 일방이 계약이행에 착수할 때까지 계약금 교부자는 이를 포기하고 계약을 해제할 수 있고, 그 상대방은 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제할 수 있음이 계약 일반의 법리인 이상, 특별한 사정이 없는 한 구 「국토이용관리법」(현 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」)상의 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효상태인 매매계약에 있어서도 당사자 사이의 매매계약은 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 계약을 해제함으로써 적법하게 해제된다(대판 1997.6.27. 97다9369).

③ (O) : 토지거래허가를 전제로 하는 매매계약의 경우 토지거래허가를 받기 전에는, 그 계약 내용대로의 효력이 있을 수 없어 당사자는 그 계약 내용에 따른 어떠한 의무도 부담하지 아니하고 어떠한 이행청구도 할 수 없으므로 그 계약 내용에 따른 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다(대판 2010.5.13. 2009다92685).

④ (X) : 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용이 아닌 유동적 무효상태의 매매계약을 체결하고 매수인이 이에 기하여 임의로 지급한 계약금·중도금은 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. 93다26397 등).

⑤ (O) : 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).

민법총칙 공부중 궁금한 부분이 있다면 박성렬 민법총칙 카페에 질문 남겨주세요~!!  
민법총칙 1타, 박성렬 교수님이 직접 답변드립니다.~)

■ **박성렬 민법총칙 카페**

▶ 네이버카페 : <https://cafe.naver.com/parklaw>

■ **박성렬 민법총칙 강의**

▶ 독한공무원 : <https://police.dokgong.com/professor/view/28>