2016 공통교재

민법총칙

지방행정연수원 | 시 · 도공무원교육원

공 무 원 헌 장

우리는 자랑스러운 대한민국의 공무원이다.
우리는 헌법이 지향하는 가치를 실현하며 국가에 헌신하고 국민에게 봉사한다.
우리는 국민의 안녕과 행복을 추구하고 조국의 평화 통일과 지속 가능한 발전에 기여한다.
이에 굳은 각오와 다짐으로 다음을 실천한다.

하나. 공익을 우선시하며 투명하고 공정하게 맡은 바 책임을 다한다.
하나. 창의성과 전문성을 바탕으로 업무를 적극적으로 수행한다.
하나. 우리 사회의 다양성을 존중하고 국민과 함께 하는 민주 행정을 구현한다.
하나. 청렴을 생활화하고 규범과 건전한 상식에 따라 행동한다.

〈공무원 헌장 실천강령〉

하나. 공익을 우선시하며 투명하고 공정하게 맡은 바 책임을 다한다.

- 부당한 압력을 거부하고 사사로운 이익에 얽매이지 않는다.
- 정보를 개방하고 공유하여 업무를 투명하게 처리한다.
- 절차를 성실하게 준수하고 공명정대하게 업무에 임한다.

하나. 창의성과 전문성을 바탕으로 업무를 적극적으로 수행한다.

- 창의적 사고와 도전 정신으로 변화와 혁신을 선도한다.
- 주인 의식을 가지고 능동적인 자세로 업무에 전념한다.
- 끊임없는 자기 계발을 통해 능력과 자질을 높인다.

하나. 우리 사회의 다양성을 존중하고 국민과 함께 하는 민주 행정을 구현한다.

- 서로 다른 입장과 의견이 있음을 인정하고 배려한다.
- 특혜와 차별을 철폐하고 균등한 기회를 보장한다.
- 자유로운 참여를 통해 국민과 소통하고 협력한다.

하나. 청렴을 생활화하고 규범과 건전한 상식에 따라 행동한다.

- 직무의 내외를 불문하고 금품이나 향응을 받지 않는다.
- 나눔과 봉사를 실천하고 타인의 모범이 되도록 한다.
- 공무원으로서의 명예와 품위를 소중히 여기고 지킨다.

Contents

제 1 장 민법 일반 ····· 1

Ⅰ. 민법이란? ····· 3

Ⅱ. 우리나라 민법의 기본원리 ····· 5

Ⅲ. 법원(法源) ····· 7

Ⅳ. 우리 민법의 체계 ····· 8

Ⅴ. 민사관계의 일반적 규정으로서의 민법총칙 ····· 9

제 2 장 권리의 주체 ····· 11

제 1 절 총 설 ····· 13

제 2 절 자 연 인 ····· 13

제 1 관 자연인의 능력 ····· 14

제 1 항 권리능력 ····· 14

Ⅰ. 권리능력의 의의 ····· 14

Ⅱ. 권리능력의 시기(始期) ····· 15

Ⅲ. 권리능력의 종기 ····· 21

제 2 항 의사능력 ····· 25

제 3 항 책임능력 ····· 28

제 4 항 행위능력 ····· 29

Ⅰ. 행위능력 ····· 29

Ⅱ. 제한능력자 상대방의 보호 ····· 71

제 2 관 주 소 ····· 78

제 3 관 부재와 실종 ····· 80

Ⅰ. 부재자 제도 ····· 80

Ⅱ. 실종선고 ····· 88

제 3 절 법 인 ····· 97
제 1 관 법인 일반 ····· 97
Ⅰ. 의 의 ····· 97
Ⅱ. 법인의 종류 ····· 98
제 2 관 사단 법인 ····· 100
Ⅰ. 설립의 요건 ····· 100
Ⅱ. 주무관청의 허가와 설립등기 ····· 102
제 3 관 권리능력 없는 사단 ····· 103
Ⅰ. 의 의 ····· 103
Ⅱ. 성립요건 및 법적 성질 ····· 106
제 4 관 재단법인 ····· 109
Ⅰ. 설립의 요건 ····· 109
Ⅱ. 주무관청의 허가와 설립등기 ····· 114
제 5 관 권리능력 없는 재단 ····· 115
Ⅰ. 의 의 ····· 115
Ⅱ. 설립행위 ····· 115
Ⅲ. 법률관계 ····· 115
제 6 관 법인의 능력 ····· 117
Ⅰ. 법인의 능력의 특질 ····· 117
Ⅱ. 법인의 권리능력 ····· 117
Ⅲ. 법인의 행위능력 ····· 119
Ⅳ. 법인의 불법행위능력 ····· 120
제 7 관 법인의 기관 ····· 124
제 8 관 법인의 주소 ····· 124

제 9 관 정관의 변경 ····· 124
제 10 관 법인의 소멸 ····· 124
Ⅰ. 법인소멸의 의의 ····· 124
Ⅱ. 법인의 해산 ····· 126
Ⅲ. 법인의 청산 ····· 129
제 11 관 법인의 등기 ····· 135
제 12 관 법인의 감독 ····· 135

제 3 장 권리의 객체 ····· 137
Ⅰ. 총 설 ····· 139
Ⅱ. 물 건 ····· 139
Ⅲ. 주물과 종물 ····· 147
Ⅳ. 원물과 과실 ····· 149

제 4 장 권리의 변동 ····· 151
제 1 절 법률관계와 권리·의무 ····· 153
제 1 관 개 관 ····· 153
Ⅰ. 법률관계의 의의와 범위 ····· 153
Ⅱ. 권리의 종류 ····· 155
제 2 관 권리의 변동 ····· 158
Ⅰ. 법률관계의 변동 ····· 158
Ⅱ. 권리변동(법률효과) ····· 158
Ⅲ. 권리변동의 원인 ····· 162

제 2 절 법률행위 ····· 165
제 1 관 법률행위 일반 ····· 165
Ⅰ. 법률행위의 개념 ····· 165
Ⅱ. 법률행위의 요건 ····· 165
제 2 관 법률행위의 목적 ····· 168
Ⅰ. 개 념 ····· 168
Ⅱ. 법률행위 목적의 확정 ····· 168
Ⅲ. 법률행위 목적의 가능 ····· 169
Ⅳ. 법률행위 목적의 적법성 ····· 170
제 3 절 의사표시 ····· 182
제 1 관 의사표시 일반 ····· 182
Ⅰ. 의사표시의 의의 ····· 182
Ⅱ. 의사표시의 구성요건 ····· 182
제 2 관 의사표시의 효력발생 ····· 185
Ⅰ. 의 의 ····· 185
Ⅱ. 의사표시의 효력발생시기 ····· 186
Ⅲ. 의사표시의 공시송달 ····· 187
Ⅳ. 의사표시의 수령능력 ····· 188
제 3 관 의사표시의 해석 ····· 189
Ⅰ. 의사표시의 해석의 의의 ····· 189
Ⅱ. 의사표시의 해석의 방법 ····· 189
제 4 관 의사와 표시의 불일치 ····· 192
Ⅰ. 의사와 표시의 불일치에 대한 민법의 규율체계 ····· 192
Ⅱ. 진의 아닌 의사표시(비진의 의사표시) ····· 194
Ⅲ. 통정의 허위표시 ····· 198

Ⅳ. 착오에 의한 의사표시 ····· 204
Ⅴ. 사기·강박에 의한 의사표시(하자 있는 의사표시) ····· 208

제 5 관 법률행위의 성립 ····· 214

제 1 항 의사표시와 법률행위 ····· 214
Ⅰ. 의 의 ····· 214
Ⅱ. 법률행위의 종류 ····· 214

제 2 항 계약의 보충적 해석 ····· 216

제 6 관 대리제도 ····· 220

제 1 항 대리 일반 ····· 220
Ⅰ. 개념 및 기능 ····· 220
Ⅱ. 대리와 구별할 제도 ····· 222

제 2 항 대리권 ····· 224
Ⅰ. 대리권의 의의 ····· 224
Ⅱ. 대리권의 발생원인 ····· 224
Ⅲ. 대리권의 범위 ····· 225
Ⅳ. 대리권의 제한 ····· 227
Ⅴ. 대리권의 소멸 ····· 229

제 3 항 대리행위 ····· 231
Ⅰ. 현명주의(顯名主義) ····· 231
Ⅱ. 대리행위에 있어서 능력·하자 ····· 233

제 4 항 대리의 효과 ····· 236
Ⅰ. 대리행위의 효과 ····· 236
Ⅱ. 복대리 ····· 236
Ⅲ. 무권대리와 표현대리(대리권의 체계를 중심으로) ····· 240
Ⅳ. 표현대리 ····· 242
Ⅴ. 무권대리 ····· 247

제 7 관 무효와 취소 ····· 252
Ⅰ. 불완전한 법률행위 ····· 252
Ⅱ. 법률행위의 무효 ····· 253
Ⅲ. 취　　소 ····· 259

제 8 관 법률행위의 부관(附款) ····· 266
Ⅰ. 의　　의 ····· 266
Ⅱ. 조　　건 ····· 266
Ⅲ. 기　　한 ····· 272

제 4 절 기　　간 ····· 276
Ⅰ. 기간의 의의 ····· 276
Ⅱ. 기간의 계산방법 ····· 276
Ⅲ. 기간 역산(逆算)의 계산방법 ····· 278

제 5 절 소멸시효 ····· 278
Ⅰ. 총　　설 ····· 278
Ⅱ. 제척기간과 소멸시효 ····· 279
Ⅲ. 소멸시효의 요건 ····· 280
Ⅳ. 소멸시효의 중단 ····· 284
Ⅴ. 소멸시효의 정지 ····· 286
Ⅵ. 소멸시효의 효력 ····· 288

〈참고문헌〉 ····· 299

제1장

민 법 일 반

제 1 장 민법 일반

Ⅰ. 민법이란?

민법은 형식적 의미에서는 민법전(1958. 2. 22. 법률 제471호)을 말하나, 실질적 의미에서는 「사법(私法) 중의 일반법」을 총칭한다. 그러므로 민법의 개관은 사법의 개념과 일반법의 개념을 통하여 이루어 질 수 있다.

1. 사법으로서의 민법

전통적으로 법은 공법과 사법으로 분류된다. 왜냐하면 사람의 생활은 크게 「국민으로서의 생활」과 「인간으로서의 생활」로 나누어지기 때문이다. 즉 사람은 한편으로는 국가와의 관계 속에서 국민으로서의 생활관계를 형성하게 되고, 다른 한편으로는 인간으로서 다른 사람과 함께 이 세상을 살아나가는 생활을 한다. 이처럼 한 사람의 생활관계 중에서 국가와 국민으로서의 관계를 규율하는 법이 '공법'이고, 이에 대해 인간으로서 다른 사람과 함께 생활하는 관계를 규율하는 것이 '사법'이다. 예를들면 국민의 의무로 거주지를 이전하면 시장·군수 또는 구청장에게 전입신고를 하도록 규정하고 있는 주민등록법(주민등록법 제16조제1항)은 공법이고, 실제 생활의 근거지 또는 현재 거주하고 있는 곳에서의 발생하는 생활관계를 다루는 민법(민법 제18조, 제19조)은 사법이다. 이러한 사람의 생활관계 중 민법은 인간으로서 사인의 생활관계를 규율하는 것을 목적으로 하므로, 사법의 본질을 갖는다.

2. 사법의 일반법

법은 그 적용에 있어 일반법과 특별법으로 구분된다. 어떤 법적 분쟁에 대해서 두 개 이상의 법률이 적용될 수 있을 때, 이에 적용 가능한 법률들은 서로 경합(競合)하는 관계에 있다. 이처럼 다수의 법률들이 그 적용에 있어 경합하는 경우에 상대적으로 어느 법이 이 분쟁을 보다 전문적이고 효율적으로 규율할 수 있는지를 판단하여, 당해 사건에 적용될 법을 선택해야만 하는 결정이 요구된다. 이를 결정하는 원리가 「특별법

적용 우선의 원칙」인 것이다. 이처럼 특별법이 일반법에 앞서 우선 적용되어야 하는 이유는 특별법이 당해 사건에 보다 구체적이고 전문적인 규율내용을 포함하고 있으므로 당사자들의 분쟁을 보다 전문적이고 효율적으로 해결할 수 있다는 데에 있다. 예를 들어, 당사자가 상인으로서 상거래를 하였다면, 이는 사인이면 누구에게나 해당되는 일반적인 생활이 아니라 상인으로서 거래행위를 한 것이다. 이러한 상인의 상사관계(商事關係)에 대해서는 상거래라는 특징을 고려하지 않은 일반법(민법)보다 이에 전문화된 특별법(상법)이 적용됨으로써 그 해결에 있어 보다 더 타당하고 합리적인 결과를 발생시킬 수 있다. 이러한 의미에서 특별법(상법)이 일반법(민법)에 앞서 적용되어야만 하는 것이다.

그런데 일반법과 특별법은 다수의 법률이 경합되어 있는 경우에 당해 사건에 우선하여 적용될 법률을 결정하는 상대적 개념임에도 불구하고, 민법을 사법의 일반법으로 그 지위를 부여할 수 있는 이유는 사법의 영역에서 민법보다 더 근본적인 법률은 존재하지 않기 때문이다. 민법은 사법의 영역에서 최근간을 이루는 기본법으로서, 사법 중에서 민법보다 더 일반적인 사법은 없다. 결국 민법은 사인들의 생활관계를 규율하는 사법으로서 관련주체들의 주관적 특징(예: 상인, 공무원 등)을 고려하지 않고, 사인이기만 하면 누구에게나 차별 없이 적용되는 기본 법률인 것이다.

이처럼 민법의 사법의 일반법이라는 특징에 비추어 볼 때, 민법은 사인이면 누구라도 이 세상에서 생활하였을 최소한의 공통적 생활관계를 규율대상으로 삼는다. 그런데 이 세상 어느 누구라도 향유하게 되는 생활관계의 내용은 「사람은 타인과 결혼하여 자식을 낳아 가족을 형성하고 그리고 자기의 가족을 부양하기 위하여 제3자와 경제적 활동을 하는 것」이다. 그러므로 민법은 사인의 가장 일반적인 생활관계인 '가족생활'과 '경제활동'을 그 규율대상으로 삼는다.

Ⅱ. 우리나라 민법의 기본원리

1. 사유재산권 존중의 원칙

근대 민법은 개인의 자유를 보장하는 것을 최고의 이념으로 삼는다. 그런데 재산은 인격이 존립하는데 필요한 물질적 기초이기 때문에 개인 인격의 자유로운 전개를 위한 재산적 기초는 보호되어야만 한다. 이러한 의미에서 사유재산권은 존중되어야만 한다. 만일 개인에게 재산권이 보장되어 있지 않다면, 근대민법이 추구하는 개인주의에 따른 자유란 거의 실질적 의미가 없게 될 것이다. 따라서 우리 민법도 사유재산권 존중의 원칙을 기초이념으로 삼고 있다.

2. 사적 자치의 원칙

헌법상 보장된 「인간으로서의 존엄과 가치」(헌법 제10조)의 실현은 민법에서 사적 자치의 원칙으로 나타난다. 사인들 사이의 생활관계에 국가가 개입하여 거래의 공적인 이익을 실현하는 것이 아닌 한, 사인들에게는 자신의 이윤극대화를 위해 자신들의 법률관계를 자유롭게 형성할 수 있는 자치권이 부여되어야 한다. 이를 실천하는 원리가 사적 자치의 원칙인 것이다. 따라서 사적 자치의 원칙에 따라, 민법의 주체로서 사인은 국가의 간섭으로부터 해방되어 자유롭게 자신이 원하는 의도에 따라 스스로 결정하여 법률관계를 형성할 수 있는 자유를 보장받고 있다. 이는 근대 민법의 이념인 개인주의와 자유주의에 따른 것이다.

3. 과실책임의 원칙

개인의 자유는 책임의 한계를 명시하여 줄 때 비로소 보장될 수 있다. 자신의 행위로 타인에게 손해가 발생하면 무조건 책임을 지게 된다면, 개인의 자유란 그 최소한도 보장받을 수 없게 될 것이다. 따라서 인간의 능력을 고려하여 당사자에게 비난할 만한 사유가 존재하는 경우에 이에 대하여 책임을 지게 하여야만 할 것이다. 이처럼 책임을 부여하여 비난할 수 있는 사유를 귀책사유라 하고, 이를 구성하는 요소로는 '고의'와 '과실'이 있다. 고의는 타인에게 손해발생을 의도하여 그 의도된 나쁜 결과를 발생시킨

것이므로, 이를 비난하여 책임을 묻는 것에는 문제가 없다. 다만 과실에 대하여는 행위자에게 기울여야 할 주의를 다 하지 않았다는 점에 비난의 요소가 있다. 즉 사람이 정당한 일을 하는 경우에도 주어진 상황 하에서 적절히 주의를 기울여 행위를 하였더라면 손해가 발생하지 않았을 텐데 부주의하여 타인에게 손해를 발생시켰다면, 그 손해를 야기하는 데에 주의를 태만히 한 과실이 있는 것으로서 이에 대해서 행위자로서는 비난받을 만하고 따라서 책임을 지게 된다. 결국 과실이 없다면 책임도 없다. 이처럼 과실책임의 원칙은 근대민법의 한 이념인 자유주의를 실현하기 위한 내용인 것이다.

4. 사회적 형평의 원리 – 신의성실의 원칙

위 세 가지의 근대민법의 기본원칙이 개인의 자유를 보장하는 것에 치우쳐 있다면, 신의성실의 원칙은 자기의 권리와 타인의 권리를 함께 보장하는 사회적 형평의 원리를 선언하고 있다. 민법은 제2조제1항에서 "권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다."고 규정함으로써 민법의 최고 원리로서 신의성실의 원칙을 천명하고 있다. 여기서 「성실」은 '자기 위주가 아닌 타인의 정당한 법익을 배려할 것'을 명하는 것이고, 「신의」는 '상대방이 성실하게 행위 할 것에 대한 신뢰'를 의미한다. 따라서 신의성실의 원칙은 권리행사와 의무이행이 타인의 정당한 법익을 배려하는 상태 하에서 이루어져야 한다는 성실성을 권리주체에게 명하는 것과 동시에, 이러한 성실성에 대한 정당한 믿음으로써의 신뢰는 법으로 보호한다는 것을 의미한다. 이처럼 신의성실의 원칙은 타인의 정당한 법익을 고려할 것을 명함으로서, 개인의 권리행사와 타인의 권리행사와의 조화를 유지하기 위한 사회적 형평을 실현하고자 하는 원리이다.

Ⅲ. 법 원(法源)

1. 의 의

법원은 법의 연원(淵源)을 의미하는 것으로써, 적용되는 법의 적용순위를 말한다. 우리 민법은 법원에 관하여 "민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다."고 규정하고 있다(제1조). 따라서 민사에 관하여 적용되는 법규로써는 성문법과 불문법이 인정되고 있고, 불문법에는 관습법과 조리를 들 수 있다. 이러한 불문법은 성문법에 규정이 없는 때에 보충적으로 적용된다. 이를 「성문법주의」라고 한다.

2. 적용 순위

(1) 법 률

민사에 관하여 적용되는 가장 중요한 법률은 민법이다. 민법 외에도 각종의 민사특별법규(예: 「주택임대차 보호법」, 「상가 건물임대차 보호법」, 「약관의 규제에 관한 법률」 등)와 부속법규(예: 「부동산 등기법」, 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 등)가 있다. 그리고 법률에 의해 위임된 사항 내지는 법률의 내용을 집행하기 위한 대통령·국무총리·행정각부의 장이 내리는 명령(시행령·시행규칙)과 대법원이 사무 처리에 관하여 정한 규칙(예: 「부동산 등기 규칙」, 「가사 소송 규칙」)도 법원이 된다. 그리고 지방자치단체의 조례와 국가 간의 조약과 국제법규도 민사에 관한 한 민법의 법원이 될 수 있다.

(2) 관 습 법

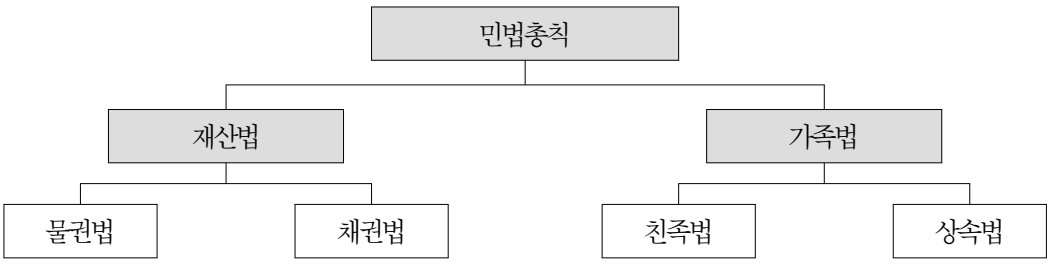
관습법은 입법의 절차를 거치지 않은 불문법이다. 관습법은 사회구성원 사이에 일정한 행위가 장기간 반복하여 행하여지는 관행이 존재하고, 사회구성원에게 이러한 관행을 법규범이라고 인식할 정도로 법적 확신이 확립되어 있어야 인정될 수 있다. 일반적으로 관습법의 존재는 법원의 판결(판례)을 통하여 확인된다.

(3) 조　　리

조리는 사물의 도리 또는 사물의 본질적 법칙을 의미하며 경험칙, 사회통념, 정의관념 등으로 표현될 수 있다. 조리가 법원이 되는 이유는 성문법 체계 하에서는 입법의 불비(不備)가 불가피하고, 법관은 법률이나 관습법이 없다는 이유로 재판을 거부할 수 없기 때문이다. 조리는 불문법으로서 관습법을 보충하는 것으로써 적용된다.

Ⅳ. 우리 민법의 체계

민법이 규율대상으로 삼고 있는 사인(私人)의 일반적 생활관계는 「다른 사람과 결혼하여 자식을 낳고, 이로써 형성된 가족을 부양하기 위하여 제3자와 경제적 활동」을 하는 것이다. 우리 모두는 가족생활과 경제활동을 하면서 이 세상을 살게 된다. 그런데 우리의 행동양식은 '일정한 법률관계를 놓고 대립하는 상대방이 누구인가'에 따라서 완전히 다르게 나타난다. 자신과 법적 관계가 형성될 상대방이 부모나 형제 그리고 자식처럼 혈연을 기초로 한 가족인 경우에는 그 행동양식은 「자기의 희생 속에 타인(예: 부모나 형제자매 등)의 이익 내지는 행복의 부여」로 나타나는데 반하여, 아무런 혈연적인 요소가 뒷받침되지 않은 임의의 제3자를 상대방으로 하는 경우에는 「타인의 희생 속에 자신의 이익을 확보」하려는 이윤극대화가 그 행동양식의 중심내용으로 된다. 이에 따라 민법은 규율원리를 서로 달리하는 재산법과 가족법의 두 영역을 구분하고 있으며, 이 두 영역을 총괄하는 일반칙으로서 민법총칙을 규율체계의 상위에 편제시키고 있다. 이로써 민법총칙은 민법의 재산편과 가족편을 총괄하는 기능을 담당하여야 하며, 이를 위하여 양 생활영역의 공통적 내용을 규율하고 있다. 이를 위하여 민법총칙은 민법의 가장 기초가 되는 규율원리를 제시하고, 재산편과 가족편의 공통된 규율요소에 관하여 규정하고 있다.



Ⅴ. 민사관계의 일반적 규정으로서의 민법총칙

민법총칙은 민법의 기본원칙으로서 물론 가족편과 재산편의 공통적 입법요소를 규율함으로써 양 편제를 총괄하고 있다. 우리의 생활이 가족생활과 경제활동으로 구분되고, 이에 대한 공통적 명제는 「누가·무엇을·어떻게」라는 요소로 집약될 수 있다. 여기서 '누가'의 부분을 주체라 하고, '무엇을'이라는 부분을 객체라고 하며, '어떻게'는 법률관계를 변동시키는 행위로서, 이는 곧 관련 당사자의 권리·의무에 대한 변동을 의미한다. 즉 민사 전체의 공통적 규율요소인 「권리의 주체·권리의 객체·권리의 변동」이 민법총칙의 규율대상인 것이다. 특히 권리의 변동과 관련하여, 민법은 사적 자치의 원칙을 기본원칙으로 삼고 있으며, 이 사적 자치에 따라 개별적으로 이루어지는 권리변동의 내용을 총괄하는 법률요건으로서 '법률행위'라는 개념을 사용하고 있다. 즉 권리변동의 수단으로써 법률행위는 개인과 개인 사이의 사법상의 법률관계의 내용인 권리·의무의 변동을 가져오는 자치적 행위를 말한다. 따라서 민법총칙은 크게 「권리의 주체(사람)·권리의 객체(물건) 그리고 법률행위를 중심으로 한 권리변동」에 대하여 규율하고 있다.

제2장

권리의 주체

제 2 장 권리의 주체

제 1 절 총 설

권리의 주체는 「사람」만이 될 수 있다. 그런데 사람에는 「자연인」과 「법인」이 있다. 민법은 자연인에 관하여는 「능력」과 「주소」를 중심으로 규정하고 있고, 법인에 관하여는 법인의 설립에서 활동 그리고 해산에 이르기까지 법인의 일대기를 중심으로 규정하고 있다.

제 2 절 자 연 인

1. 자연인과 능력

법에서 자연인은 권리의 주체로서 의미를 갖는다. 그런데 이러한 권리의 주체로서 법률상 의미 있는 지위나 자격은 「능력」이라는 개념으로 표현된다. 권리의 주체로서의 자연인은 「일단 권리를 보유할 수 있어야 하고, 보유한 권리를 행사하기에 앞서 이에 관하여 판단할 수 있어야 하고, 자신의 판단에 기초하여 독자적으로 권리를 행사할 수 있어야」 한다. 이러한 자격을 능력의 관점에서 「권리능력·의사능력·행위능력」이라 한다. 그런데 자연인이 이 세 가지의 능력을 완벽하게 갖춘 상태에서 행위하는 경우에는 그가 행위한 대로 효력이 발생하여도 그 법률효과의 실현과 관련하여 아무런 법적인 모순이 발생하지 않는다. 따라서 완벽한 능력에 기초한 법률행위에 대하여 민법은 개입할 필요가 없다. 그러나 완벽한 능력을 갖추지 못한 상태에서 자연인이 행위를 하였을 경우에는 행위한 그대로 효력이 발생할 수 없고 또 그대로 효력이 발생하여서도 안 될 것이다. 이에 따라 민법은 어떤 자연인이 완전한 능력을 갖추지 못한 경우에 민법은 정당한 법률효과를 발생시키기 위하여 그의 능력의 부족을 보충하여 주거나 그 행위에 따른 효력발생을 제한하고 있다. 이를 「제한능력자의 보호제도」라고 한다.

2. 주　　소

사람(자연인)은 권리의 주체로서 자신과 관련된 법률관계가 실현되어야 될 장소를 필요로 한다. 이를 「주소」라 한다. 민법은 주소를 사람이 생활의 근거지로 삼아 살고 있는 장소로 결정하고 있다(제18조). 여기에서 사람이 자신이 생활의 근거지로 삼은 주소에서 정착하여 자신의 생활관계를 잘 운영하고 있는 경우에는 민법은 이에 관하여 개입하지 않는다. 그러나 예외적으로 어떤 사람이 주소를 떠나 장기간 돌아오지 않는 경우에 그 주소에 남아있는 가족이나 이해관계인은 그 사람의 재산상태가 악화됨에 따라 손해를 입게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 그 사람의 재산관계·신분관계를 법적으로 해결할 수 있는 제도적 장치가 필요하게 된다. 이에 대하여 민법은 「부재와 실종」에 관한 제도를 입법함으로써 이 문제를 해결하고 있다.

제 1 관 자연인의 능력

권리의 주체로서 자연인은 「권리를 보유할 수 있는 자격을 갖추어야 하고, 자신이 보유한 권리를 자신의 판단 하에 행사할 수 있는 자격」을 갖추어야 한다. 즉 권리능력·의사능력·행위능력을 갖추어야 한다.

제1항 권리능력

Ⅰ. 권리능력의 의의

권리능력은 단순히 「권리의 주체로서 권리를 보유할 수 있는 자격」을 말한다. 민법은 사람에게 생존하고 있는 동안에 권리와 의무의 주체가 됨을 인정하고 있으므로(제3조), 이에 따라 사람은 「출생한 때로부터 사망할 때까지」 권리능력을 보유하게 된다.

생각해 보기

아무 일가친척도 없는 김밥장사 할머니는 오로지 "뽀삐"라는 강아지에만 의존하여 살아 왔다. 이 "뽀삐"는 할머니의 말을 잘 알아듣고 시키는 대로 하였으며, 항상 할머니 곁을 지켜 준 고마운 개였다. 그런데 이 할머니가 몹쓸 병에 걸려 돌아가시게 되었다. 이 할머니는 유언을 통하여 돌아가신 후에 그 동안 김밥을 팔아 모은 재산을 인생의 동반자처럼 같이 살아 온 "뽀삐"에게 주려고 한다. 이 "뽀삐"는 할머니로부터 수십억 원의 재산을 상속받을 수 있을까?

[해 설]

사람만이 권리(와 의무)를 보유할 수 있는 자격을 가지는데, 이를 「권리능력」이라 한다. 설령 애완견이 생명력을 가지고 사람의 말도 잘 알아듣고 가족의 일원처럼 함께 살았다 하더라도 궁극적으로 사람은 아니므로 물건에 지나지 않는다. 따라서 "뽀삐"는 권리의 주체가 될 수 없으므로 재산을 가질 수도 없고 상속권을 가질 수 없다. 다만 할머니는 "뽀삐"를 위해서 재산을 신탁함으로써 사후에도 "뽀삐"의 안위를 돌볼 수 있다.

Ⅱ. 권리능력의 시기(始期)

제3조(권리능력의 존속기간) 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.

1. 권리능력의 발생

사람(자연인)은 살아있는 동안만 권리와 의무의 주체가 된다(제3조). 그러므로 권리의 주체가 될 수 있는 자격인 권리능력도 사람의 '생존기간' 동안만 존속하게 된다. 사람의 생존은 출생으로부터 사망에 이르는 기간이며, 이에 따라 사람의 권리능력은 '출생한 때'로부터 발생하여 '사망한 때'에 종료한다. 여기에서 사람의 권리능력 취득은 출생에서 시작하는데, 사람의 출생은 분만의 과정(진통 → 일부노출 → 전부노출 → 독립호흡)에서 태아가 산모로부터 완전히 분리되는 전부노출(통설)을 기준으로 삼고 있다.

2. 태아의 권리능력

(1) 태아보호의 필요성

태아는 「수태(受胎) 시부터 출생 시까지의 자연인」을 말한다. 그런데 사람은 출생한

때로부터 권리능력을 취득하게 되므로, 아직 출생하지 않은 태아에게는 권리능력이 없다(제3조). 그러나 이 원칙을 관철하게 되면, 태아는 실질적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 미래의 자연인임에도 불구하고 사법상 권리능력을 취득하지 못함으로써 태아에게 불공평한 결과를 발생시키게 된다. 따라서 민법은 일정한 권리범위에서 태아에게 권리능력을 인정하여 태아를 보호하고 있다.

우리 민법은 태아의 보호를 위하여 권리능력이 문제되는 법률관계를 열거하여 이에 한정해서 만 출생한 것으로 보아 태아에게 권리능력을 인정하여 주고 있다(개별적 보호주의).

(2) 태아의 개별적 보호에 따른 입법내용

제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제751조(재산이외의 손해의 배상)
① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.
② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

제752조(생명침해로 인한 위자료) 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.

제762조(손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위) 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

제562조(사인증여) 증여자의 사망으로 인하여 효력이 생길 증여에는 유증에 관한 규정을 준용한다.

제1000조(상속의 순위)
① 상속에 있어서는 다음 순위로 상속인이 된다.
1. 피상속인의 직계비속
2. 피상속인의 직계존속
3. 피상속인의 형제자매
4. 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족

② 전항의 경우에 동순위의 상속인이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동친 등의 상속인이 수인인 때에는 공동상속인이 된다.
③ 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

제1064조(유언과 태아, 상속결격자) 제1000조제3항, 제1004조의 규정은 수증자에 준용한다.

가. 불법행위로 인한 손해배상청구권 – 민법은 태아에게 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대해서는 권리능력을 인정하여 주고 있다(제762조). 이로써 태아는 타인의 불법행위로 인하여 '직접적'으로 피해를 입은 경우에 권리능력이 인정되어 가해자에게 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 그런데 일반적으로 사람이 입는 손해에는「재산적 손해」및「정신적 고통에 따른 손해」로 나눌 수 있다. 그러므로 태아는 타인의 불법행위로 인하여 입은 재산상의 손해(제750조)와 정신적 고통에 따른 위자료(제752조, 제750조)를 청구할 수 있다.

나. 상속 – 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다(제1000조제3항). 이에 따라 태아는 상속권을 취득하게 된다. 태아가 상속권을 가질 수 있는 이상「대습상속권」(제1001조)이나「유류분청구권」(제1112조)도 가지게 된다.

다. 유증 – 유증은 유언으로 재산을 타인에게 무상으로 주는 단독행위이다. 이 유증에 관해서 상속에서의 태아의 권리능력에 관한 규정(제1000조제3항)이 준용되므로(제1064조), 태아는 유증에 대해서도 권리능력을 갖게 된다. 이에 따라 유언자의 사망 시에 모체의 뱃속에 있는 태아에 대하여 행한 유증은 유효하다.

라. 인지 – 인지는 혼인 외의 子에 대해 生父 또는 生母가 자기의 子로서 승인하여 법률상 친자관계를 생기게 하는 단독행위를 말한다(제855조제1항). 이에 따라 포태 중에 있는 子인 태아에 대하여 생부는 인지할 수 있다. 이로써 父는 혼인 외의 태아를 자기의 자식으로 승인하여 살아서 출생할 것을 조건으로 하여 친자관계를 발생시킬 수 있다. 이처럼 태아는 父로부터 인지를 받을 수 있는 피인지권이 있지만, 반대로 태아가 모체 안에 있는 상태에서 생부에 대한 인지청구권을 갖지는 못한다.

마. 사인증여 – 유증에 대하여 태아에게 권리능력이 인정된다. 그렇지만 이와 유사하게 유산이 승계되는 사인증여에 대해서도 태아에게 권리능력이 인정될 수 있는지에 관하여는 학설의 대립이 있다.

1) 긍정설 : 긍정하는 견해는 민법의 규정체계를 논거로 삼고 있다. 즉 민법은 사인증여에 대하여 유증에 관한 규정을 준용하고 있으므로(제562조), 유증에서 태

아에게 권리능력을 인정하고 있는 규정(제1064조)도 당연히 사인증여에 준용되는 것으로 보아야 하는 것이다. 이에 따라 긍정설은 사인증여의 경우에도 태아에게 권리능력이 인정되어야 한다고 본다.

2) **부정설** : 부정설은 사인증여가 본질적으로 증여「계약」임을 논거로 삼고 있다. 즉 사인증여는 본질이 증여계약이고 다만 그 효력발생이 증여자의 사망을 원인으로 하고 있을 뿐이다. 따라서 계약을 본질로 하는 사인증여는 증여자와 수증자 사이에 청약과 승낙이라는 의사표시의 합치를 요건으로 한다. 그러나 모체 안에 있는 태아로서는 증여자의 청약에 대하여 승낙할 수 없으므로 사인증여의 '계약'을 체결할 방법이 없다. 따라서 부정설은 사인증여와 관련하여서는 태아의 권리능력을 인정할 수 없다고 한다.
결론적으로, 부정설의 입장에서 사인증여와 관련하여서는 태아에게 권리능력을 인정할 필요가 없다고 생각된다. 왜냐하면 태아에게 사인증여에 대한 권리능력을 인정해 주지 않더라도 유증을 통해서 동일한 효과를 기할 수 있기 때문이다. 판례도 사인증여에 대하여는 부정적 입장을 취하고 있다.

3. 태아의 법률상의 지위

태아에게 권리능력을 인정하여 보호하려는 취지는 태아가 살아서 출생하여 이 세상을 살아나가야 할 자연인이라는 점에 있다. 태아가 사산(死産)되어 앞으로 이 세상을 살지 않는다면, 죽은 태아에게 손해배상청구권이나 상속권 등이 주어지는 것은 아무런 의미가 없다. 그러므로 태아의 권리능력은 태아가 살아서 태어나는 것을 조건으로 할 수 밖에 없다.[1] 다만 태아가 이미 "출생한 것으로 본다."(제762조·제1000조제3항 참조)의 의미가 무엇인지에 관해서는 견해의 대립이 있다.

가. 학설의 소개

1) **정지조건설** – 정지조건설은 태아인 동안에는 권리능력이 없고, 살아서 태어났을 때 비로소 권리능력 취득의 효과가 문제로 된 시점(예 : 상속의 개시시, 불법

1) 대판 1976.9.14., 76다1365.

행위시)까지 소급해서 생긴다는 견해이다(인격소급설). 이 견해에 의하면, 태아로 있는 동안에는 권리능력이 인정되지 않기 때문에 태아의 법정대리인도 있을 수 없고, 이미 개시된 상속에 대해서는 출생 후에 비로소 상속회복을 청구할 수밖에 없다고 한다.

정지조건설의 장점은 거래의 안전을 보호할 수 있다는 데에 있다. 즉 이에 의하면, 태아로 있는 동안에는 권리능력을 취득하지 못하고 이에 따라 권리의 취득도 없으므로, 태아의 권리가 제3자에게 양도되는 일은 없다. 결국 태아가 사산되더라도 제3자에게 예측하지 못한 손해를 주는 일이 없다. 그렇지만 정지조건설은 불법행위시나 상속 시에 태아에게 권리능력을 인정해 주지 않음으로써 그 당시에 태아가 손해배상청구권이나 상속권을 취득할 수 없게 되어 태아 보호에 철저하지 못하다는 단점을 가지고 있다.

2) 해제조건설 – 해제조건설은 권리능력 취득의 효과가 문제로 된 시점(예 : 상속의 개시, 불법 행위 시)에 태아는 권리능력을 취득하지만, 사산인 경우에는 소급하여 권리능력을 잃는다고 보는 견해이다. 이 설에 의하면, 태아인 동안에도 출생한 것으로 보는 범위 내에서는(제한적인) 권리능력이 있으며, 태아가 살아서 태어나지 않고 사산되었을 때에는 취득한 권리능력이 문제의 사건 발생 시까지 소급하여 소멸하는 것으로 본다. 요컨대 태아의 사산을 해제조건으로 하여 문제의 사건 발생 시에 권리능력을 인정하려는 견해이다(제한적 인격설). 그런데 해제조건설에 의하게 되면, 태아는 문제 발생시점에 권리능력이 인정되어 권리를 취득하므로, 이로부터 그 권리를 양수받은 제3자는 태아의 사산으로 인하여 예측하지 못한 손해를 보게 된다. 이러한 점에서 해제조건설에 의하면 거래의 안전이 보호받지 못하게 된다.

3) 학설의 검토 – 민법이 태아에게 예외적으로 권리능력을 인정하려는 입법의 취지는 상대방 또는 제3자의 권리보호 보다는 태아의 이익을 더 보호하고자 함에 있다. 그러므로 태아보호에 철저한 해제조건설이 정지조건설보다 입법취지에 충실한 견해라고 볼 수 있다. 그러나 우리 민법은 태아가 취득한 재산을 태아인 동안에 관리해 줄 재산관리인에 관한 명문의 규정을 갖고 있지 않으므로, 우리

민법 하에서 해제조건설에 의하더라도 태아가 실질적으로 보호받지 못한다. 그리고 태아의 母에게 법정 대리권을 인정할 수도 없는데, 왜냐하면 태아와 母가 동시에 상속인인 경우에 재산상속의 분할협의에 대하여 母와 태아는 서로 이익상반의 관계에 있기 때문이다(제921조). 이 경우 태아를 위하여 '특별대리인'을 선임해야 하는 복잡한 문제가 발생한다. 결국 이러한 법적 문제 때문에 판례도 "태아가 권리를 취득하더라도 현행법상 이를 대행할 기관이 없으니 태아로 있는 동안은 권리능력을 취득할 수 없고 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것 같이 법률상 보아준다고 해석함이 상당하다"고 하여 정지조건설을 취하고 있다.

토론해 보기

甲은 부인 乙과 아버지 丙을 모시고 살고 있다. 그러던 중 甲은 횡단보도에서 A가 운전하는 자동차에 치어 사망하였고, 사망할 당시에 乙은 丁을 포태하고 있었다. 甲의 재산을 태아인 丁은 상속받을 수 있는가, 그 외에도 가해자 A에 대하여 청구할 수 있는 권리는 무엇인가?

[해　　설]

태아인 丁은 출생하지 않았으므로 권리능력이 없어 원칙적으로 어떠한 권리도 행사할 수 없다. 그렇지만 민법은 다음의 경우에 태아에게 권리능력을 인정해 주어 태아는 권리를 취득할 수 있다.

1. 상　속

태아인 丁은 상속에 있어 이미 출생한 것으로 간주하므로 甲의 직계비속으로 취급하게 된다(제1000조제3항). 따라서 丁은 乙과 함께 사망 당시에 甲이 갖고 있는 재산을 상속받게 된다. 이 때 배우자 乙은 자기 상속분의 5할을 가산하여 상속한다(제1009조).

이 때 甲의 상속재산에는 甲이 A에 대한 생명침해로 인하여 취득한 손해배상청구권(제750조)이 포함되므로, 丁은 乙과 함께 A에 대한 甲의 손해배상청구권도 상속한다.

2. 손해배상청구권

우리 민법은 태아에게도 불법행위로 인한 손해배상청구권을 인정하고 있다. 丁은 A의 불법행위로 甲에 대한 부양료청구권을 상실당하는 재산적 손해를 입었으므로, 丁은 이에 대하여 A에게 재산적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 또한 丁은 父인 甲의 사망에 따른 피해 당시 정신상 고통에 대한 감수성을 갖추고 있지 않다 하더라도 장래 이를 감수할 것임이 현재 합리적으로 기대할 수 있는 경우 정신적 고통을 입었으므로 이에 대하여도 위자료청구권을 행사할 수 있다(제752조).

이와 마찬가지로 甲의 아버지인 丙(직계존속)과 배우자 乙도 정신적 고통에 따른 위자료청구권을 A에 대하여 청구할 수 있다(제752조).

Ⅲ. 권리능력의 종기

1. 사 망

가. 유일한 권리능력의 소멸사유

자연인은 사망으로 자신의 권리능력을 상실한다(제3조). 사람의 사망의 시점과 관련하여, 학설은 심장의 기능이 회복 불능한 상태로 정지된 때(심장설)와 뇌의 기능이 회복 불능한 상태로 정지된 때(뇌사설)를 사망의 시기로 보는 견해의 차이를 보이고 있다.

민법에서는 사람의 사망은 상속(제997조 이하)·유언의 효력발생(제1073조 이하)·잔존배우자의 재혼(제810조, 제811조)·보험금이나 연금청구 등이 관련되어 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 사망의 시점은 사망으로 판단 가능한 시점 중에서 가장 확정적인 시기로 결정하는 것이 타당하다. 왜냐하면 사망의 효과가 발생한 후에 다시 소생하게 되면 원상으로 회복하는 법률관계로 되어 복잡한 문제가 발생하기 때문이다. 이러한 점에서 사망으로 판단할 수 있는 최후의 시점인 심장의 박동이 정지된 때(심장설 또는 맥박종지설)로 보는 것이 정당하다.

나. 사망의 증명

사망의 인정은 통상 가족관계등록부(구 호적법상의 호적부)의 기재에 의한다. 가족관계등록부의 기재사항은 사실상의 '추정의 효력'을 가질 뿐이므로, 만일 사망의 실제 사정과 가족관계등록부의 기재가 서로 다른 경우 이에 대한 반증을 통하여 가족관계등록부의 기재사항을 정정할 수 있다.

2. 사망이 불확실한 경우

통상적으로 사람이 사망한 경우에 사망신고의 의무자는 사망의 사실을 안 날로부터 1개월 이내에 의사의 사망진단서 또는 시체검안서를 첨부하여 사망신고를 하여야 한다(「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 「가족관계등록법」 제84조). 이처럼 사망의 효과가 행정 절차적으로 발생하기 위해서는 사망 사실 자체가 구체적으로 입증되어야 하지만, 정황에 따라서는 사망의 사실과 그 시기를 증명하기 쉽지 않은 경우도

있다. 이처럼 사망의 개연성은 높으나 사망사실 및 그 시점을 증명하기 어려운 사정을 구제하기 위한 제도로서 인정사망·동시사망의 추정·실종선고의 제도가 있다.

가. 인정사망(재난 등으로 인한 사망)

인정사망에 관하여 민법에는 규정이 없고 「가족관계등록법」에 규정되어 있다(같은 법 제87조). 가족관계등록부에 사망을 기재하려면 의사의 진단서 또는 시체검안서를 첨부하여야 한다. 그러나 수해, 화재나 그 밖의 재난으로 인하여 사망한 것이 확실한 데에도 불구하고 시체가 발견되지 않는 경우에는 사망의 증명을 할 수 없으므로 가족관계등록부에 사망의 등재를 할 수 없게 된다. 이처럼 사망의 개연성이 높은 데도 불구하고 시체를 발견할 수 없어 가족관계등록부상 사망의 기재를 할 수 없다면 가족관계등록부가 실제의 사실을 반영하지 못하는 문제를 발생시킨다. 이를 해결하기 위하여 「가족관계등록법」은 절차적 특례를 두어 사망의 추정적 효과를 인정해 주고 있다. 즉 같은 법은 재난을 조사한 관공서의 사망보고에 기초하여 가족관계등록부상 사망의 기재를 할 수 있게 하여 주고 있다.[2] 이를 「인정사망」이라 한다.

인정사망은 사망의 개연성이라는 점에서 특별실종과 공통되지만, 그 효력이 사망신고에 기인하는 - 가족관계등록부의 기재와 마찬가지로 - '추정력'이 주어지는데 지나지 않는다. 이 점에서 인정사망은 특별실종과는 달리, 「반증」에 의하여 그 사망의 추정력이 상실된다.

나. 동시사망의 추정

제30조(동시사망) 2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정한다.

1) **동시사망주의** – 다수의 사람이 사망하였는데 그 선후를 모르는 경우 이에 관한 법적인 문제와 관련하여 다음의 사례가 제시된다. 甲은 乙과 결혼하여 미혼의 子인 丙을 슬하에 두고 있고, 甲의 父인 丁이 생존해 있다. 그러던 중 甲과 丙이 비행기로 여행을 하다가 추락하여 모두 사망하였다면, 甲의 재산은 어떻게 처리

2) 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제87조(재난 등으로 인한 사망) 수해, 화재나 그 밖의 재난으로 인하여 사망한 사람이 있는 경우에는 이를 조사한 관공서는 지체 없이 사망지의 시·읍·면의 장에게 통보하여야 한다. 다만, 외국에서 사망한 때에는 사망자의 등록기준지의 시·읍·면의 장에게 통보하여야 한다.

되어야만 할 것인가가 문제된다.

이러한 경우에 乙·丁간의 상속관계는 甲·丙의 사망의 선후에 따라 달라진다. ① 만일 甲이 丙보다 먼저 사망하였다고 하면, 우선 乙과 丙이 공동상속하고, 다시 乙은 丙의 사망으로 丙이 상속한 재산을 상속하게 된다. ② 만일 丙이 甲보다 먼저 사망하였다면, 丙의 재산은 甲과 乙이 공동상속하고, 甲의 재산은 乙, 丁이 공동상속하게 된다(제1003조제1항). 이처럼 수인이 동일 위난으로 사망한 경우에 상속과 관련하여 그 수인의 사망자들 사이에 사망 시기의 선후가 관건이 된다. 이를 해결하기 위하여 우리 민법은 동시사망을 추정하는 원칙을 취하고 있다(제30조). 즉 다수의 사람이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 그 사망시기가 불분명한 경우에 그들은 동시에 사망한 것으로 추정하여 사망한 사람들 사이에는 상속이나 대습상속 그리고 유증이 발생하지 않게 된다(제1089조). 이에 따라 위의 사례에서 甲과 丙은 동시에 사망한 것으로 추정되므로, 甲과 丙 사이에는 아무런 상속이 일어나지 않는다. 따라서 甲과 丙이 동시에 사망하지 않았다는 반증이 없는 한, 甲의 재산은 乙·丁이 공동으로 상속하게 된다.

2) 동시사망과 대습상속[3] – 대습상속과 관련하여 동시사망의 추정이 문제된 사례가 있다. 사안은 신혼부부인 甲남과 乙녀는 乙녀의 부친(丙)을 모시고 효도관광을 가기 위하여 항공기 여행을 하였다. 그런데 甲은 급한 일이 있어 비행기에 동승하지 못하고 다음 비행기를 타기로 하고 처와 장인만이 비행기를 타고 관광지로 향하였다. 안타깝게도 그 비행기는 추락하여 처(乙)와 장인(丙) 모두 사망하였다. 이러한 경우에 피상속인인 장인(丙)의 유산에 관하여 그의 사위인 甲과 장인의 형제자매 중 누가 우선하여 상속할 것인가가 문제된다.

가) 사위(甲) 측의 주장 : 사위가 피상속인의 형제자매보다 우선하여 상속하므로, 단독으로 처의 상속분을 대습상속을 한다고 주장하였다.

3) 제1001조(대습상속) 전 조 제1항제1호와 제3호의 규정에 의하여 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 그 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속이 사망하거나 결격된 자의 순위에 가름하여 상속인이 된다.
제1003조(배우자의 상속순위) ① 피상속인의 배우자는 제1000조제1항제1호와 제2호의 규정에 의한 상속인이 있는 경우에는 그 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다.
② 제1001조의 경우에 상속개시 전에 사망 또는 결격된 자의 배우자는 동조의 규정에 의한 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다.

나) 丙의 형제자매 측의 주장 : 丙의 형제자매는 제1001조[대습상속] 및 제1003조[배우자의 상속순위]에 의하면 '상속인이 될 자가 상속개시 전에 사망한 경우'에 한하여 상속인이 될 자의 직계비속 및 배우자가 사망한 자의 순위에 갈음하여 상속인이 되는 것이고, 피상속인과 상속인이 될 자가 동시에 사망한 경우는 처(乙)가 상속을 받지 못하므로 甲은 대습상속 할 수 없다고 주장하였다. 이 주장에 의하면, 동시사망으로 간주되는 경우에는 피상속인(丙)과 그의 딸(乙)이 동시에 사망한 것으로 추정되어 이들 사이에는 상속이 일어나지 않으므로 甲의 대습상속이 개시되지 않는다고 주장하였다.

다) 판례 : 대법원은 형제자매 측의 주장을 인용하지 않았다. 대법원은 동시사망이 추정되는 경우에도 대습상속이 가능하고, 사위도 상속인의 배우자로서 대습상속을 한다고 판단하였다.[4)]

다. 실종선고

오랫동안 생사불명의 상태가 계속되고 사망의 개연성이 높은 경우에는 상속인·생존배우자·기타의 이해관계인을 위하여 그 자의 법률관계를 확정지을 필요가 있다. 그래서 법은 그러한 생사가 장기간에 불분명한 자를 사망자로 보는 선고(실종선고)를 하는 제도를 두었다.

실종선고에 의하여 사망으로 보는 것은 실종자의 종래의 「주소」를 중심으로 하는 사법상의 법률관계를 확정시키기 위한 것이며, 실종자의 권리능력을 소멸시키려고 하는 것이 아니다. 그러므로 실종자가 다른 곳에서 생존하고 있는 경우에 그곳에서의 법률관계에는 실종선고의 효과가 미치지 않는다. 실종선고에 관하여는 주소와 관련하여 후술한다.

---

4) 딸이 피상속인(딸의 부)보다 먼저 사망한 경우에는 딸의 배우자가 대습상속을 한다. 반대로 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 본위 상속 한다. 즉 딸이 피상속인보다 나중에 사망한 경우에는 딸이 피상속인을 상속하고 그 딸이 상속한 재산을 딸의 사망으로 인하여 배우자가 단독상속하게 된다. 결국 딸의 배우자(피고)는 두 경우 모두 상속을 하게 된다. 그런데 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 본위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면, 이는 현저히 불공평하고 불합리한 결과로 된다. 이에 따라, 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우' 중에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 해석하여야 한다(대판 2001.3.9, 99다13157).

제2항 의사능력

1. 의의 - 사적 자치의 원칙과 의사능력

민법은 사인에게 자신들의 사적인 규율관계를 자유로이 형성할 수 있는 자치권을 부여하고 있다. 이를 「사적 자치의 원칙」이라고 한다. 따라서 사인은 자신들이 형성할 법률관계에 관하여 자유롭게 의사를 결정할 수 있고 이를 표시함으로써 그들의 의사대로 법률관계를 형성할 수 있다. 이처럼 사적 자치의 원칙은 당사자인 사인이 자신의 의사를 결정할 수 있는 최소한의 판단능력을 갖추고 있어야만 하는 것을 전제로 한다. 만일 어떤 사람이 어떤 사정으로 인하여 스스로 의사를 결정할 수 없는 상태에서 의사표시를 하였다면, 이는 외관상 자신의 의사를 외부로 표출한 것으로 보일 뿐이고 그 사람의 판단에 기초한 의사가 표시된 것이 아니다. 따라서 이러한 자신의 판단에 기초하지도 않은 외관상 표시행위에 따른 효과를 표의자에게 귀속시킬 수 없다. 이러한 경우 그 의사표시는 의사능력의 결여를 이유로 무효로 된다.

2. 판단의 기준

의사능력은 사람의 판단능력에 기초한 것으로서 사람의 판단을 위한 정신능력의 정도는 획일적인 기준에 의하여 결정될 수는 없고, 구체적인 법률행위의 종류에 따라 결정된다. 판례는 의사능력이란 「자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능」이라고 그 기준을 제시하고 있다. 그러므로 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있어야 한다.[5)]

5) 대판 2006.9.22., 2006다29358.

〈판례〉 의사능력에 관하여

1) 근저당권설정계약

- 사실관계 : 원고는 동네친구와 더불어 금융기관(피고)로부터 2천만원, 3천만원을 대출받고 이를 담보하기 위하여 금융기관 앞으로 자신 소유의 부동산에 근저당권을 설정해 주었다. 이때 대출에 관한 금전소비대차약정서 및 근저당권설정계약에 직접 날인을 하였다.
  이 사안에서 원고에 대한 정신감정결과는 지능지수가 70정도이고, 사회연령은 6세 정도에 불과하며, 일기, 쓰기, 계산 능력을 제대로 갖추지 못한 상태인 것으로 -장애인복지법상 지능지수가 70 이하의 사람을 정신지체인(정신장애자)으로서 보호의 대상으로 삼고 있다- 밝혀졌다.
- 판결내용 : 대법원은 원고가 대출받은 금원이 5천만원으로서 결코 소액이라고 할 수 없다고 보았다. 또한 원고의 감정에 따른 정신능력에 비추어 볼 때, 은행으로부터 위의 금액을 대출받고 이에 대하여 자기 소유의 부동산을 담보로 제공함으로써 만약 대출금을 변제하지 못할 때에는 근저당권의 실행으로 인하여 그 소유권을 상실할 수 있다는 일련의 법률적인 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있다고 볼 수 없다고 보았다. 따라서 근저당권설정계약은 무효라고 판시하였다.[6]

2) 연대보증계약

지능지수가 58로서 경도의 정신지체 수준에 해당하는 38세의 정신지체 3급 장애인이 2,000만 원이 넘는 채무에 대하여 연대보증계약을 체결하였다면, 그는 연대보증계약 당시 그 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 없었다고 보아야 한다. 따라서 그 연대보증계약은 무효이다.[7]

3. 의사무능력 판단 이후의 법률관계

의사무능력자가 한 법률행위에 대해서는 무효이다. 그리고 이 무효는 의사무능력자뿐만 아니라 상대방도 무효를 주장할 수 있다고 본다(다수설).[8] 그러면 의사무능력자가 한 법률행위가 무효로 된 경우에 만일 그 법률행위에 의해서 이미 이행이 이루어졌다면 그 받은 이득은 법률상 원인이 소멸되었으므로 당사자들은 부당이득으로서 반환해야만 한다(제741조 이하).

6) 대판 2002.10.11., 2001다10113.
7) 대판 2006.9.22., 2006다29358.
8) 다수설의 절대적 무효설에 대해서 소수설은 "의사무능력자의 보호 차원에서 의사무능력자만이 무효를 주장할 수 있다"고 보아야 한다고 주장한다(상대적 무효설). 이 주장은 일면 의사무능력자가 한 법률행위가 자신에게 유리한 경우에 상대방이 그 무효를 주장하는 것은 의사무능력자 보호의 관점에서 타당하지 않으므로, 의사무능력자 보호가 철저히 이루어지기 위해서는 의사무능력자만이 무효 여부의 주장을 하여야 한다는 것이다. 그러나 무효는 취소와는 달리 누구나가 주장할 수 있는 것이므로 취소에서의 취소권 행사와 동일하게 취급하는 타당하지 않다. 또한 상대방이 무효를 주장하더라도 의사무능력자에게는 그리 부당하게 불리한 결과로 되지는 않는다.

그러면 '어느 범위까지 반환하여야 하는가'의 부당이득반환의 범위가 문제된다. 그런데 우리 민법은 의사능력에 관한 규정을 두고 있지 아니하므로, 의사무능력으로 인하여 무효인 경우에 부당이득반환에 관하여도 규정이 입법되어 있지 않다. 그런데 일반 부당이득반환의 경우 이득자의 선의 · 악의에 따라 선의자는 '현존이익'을 반환하고(제748조제1항), 악의자는 '받은 이익, 이자 그리고 손해배상'까지 반환하여야 하는 것으로 그 반환의 범위를 정하고 있다(같은 조 제2항). 그런데 이에 대해서 민법 제141조는 제한능력으로 인한 취소에 따른 반환범위와 관련하여 "제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다"고 규정하고 있다(같은 조 단서). 이로써 제141조 단서는 제748조에 대한 특칙으로서의 지위를 갖는 것으로 해석된다. 물론 의사무능력은 그 법률효과가 무효인 점에서 취소와는 다르다. 그렇지만 의사무능력자도 제한능력자와 마찬가지로 법적인 보호를 받아야 할 지위에 있다는 판단에서, 비록 제141조 단서가 취소에 관한 조항이기는 하나 의사무능력을 이유로 법률행위가 무효로 되는 경우에도 유추적용하여야 하는 것으로 해석한다(이설 없음).

그리하여 의사무능력을 이유로 반환을 하는 경우에 의사무능력자로서는 현존 이익의 한도에서 상대방에게 받은 이익을 돌려주면 된다.

생각해 보기

김갑돌은 친구와 함께 은행을 방문하여 은행으로부터 5천만원을 차용하는 대출거래약정을 체결하면서, 이를 담보하기 위해 자신 소유의 부동산에 근저당권을 설정해 주었다. 그 대출받은 5천만원은 동행한 친구에게 빌려 주었다. 그 동행한 친구는 금전소비대차 계약에 따라 김갑돌에게 1차례 이자를 주다가 더 이상 이자 및 대출금을 반환하지 못하고 있다. 이에 은행은 근저당권을 행사하여 대출금을 회수하려 한다.

김갑돌은 정신적 장애로 인하여 초등학교를 중퇴하고 현재까지 가족들의 도움을 받으며 살고 있으며, 그의 지능은 64로서 '정신지체'의 범주에 속하는 지적 능력을 가지고 있고, 사회적 연령은 7세 정도로서 일상적인 질문에 대해서도 내용전달이 전혀 되지 않는 수준을 가지고 있다.

[해 설]

김갑돌과 은행 사이에 체결된 5천만원의 대출거래약정과 근저당권설정계약은 의사능력이 흠결된 상태에서 체결된 것으로서 무효이고, 따라서 이를 원인으로 하는 근저당권설정등기도 원인무효이다.

그리하여 김갑돌은 근저당권설정등기의 말소를 청구하는 대신에 은행에 대해서 은행으로부터 빌린 대출금 5천만원을 반환해 주어야 한다. 그런데 부당이득반환과 관련하여 의사무능력으로 인한 무효인 경우에 민법 제141조 단서가 유추 적용되어 의사무능력자로서는 현존 이익만 반환하면 된다.

한편 김갑돌은 자신이 빌린 5천만원을 변제자력이 없는 친구에게 빌려 주었으므로, 이는 회수할 수 없는 것으로서 소비한 것과 동일하게 보아도 무방할 것이다. 다만 김갑들은 친구에 대하여 5천만원의 대여금반환 청구권은 가지고 있으므로, 이 청구권을 은행에게 양도해 주면 될 것이다.[9)]

제3항 책임능력

제753조(성년자의 책임능력) 미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우에 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때에는 배상의 책임이 없다.

제754조(신상실자의 책임능력) 심신상실중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다. 그러나 고의 또는 과실로 인하여 심신상실을 초래한 때에는 그러하지 아니하다.

의사능력이 법률 행위에 관한 개념인데 대하여, 책임능력은 불법행위에 관한 개념이다. 「책임능력」이란 불법행위의 책임을 변식(辨識)할 수 있는 정신능력을 말한다. 민법상 불법행위로 인해 책임을 지기 위해서는 귀책사유인 고의·과실이 있어야 하는데(제750조), 이러한 비난사유로서 고의와 과실은 자기의 행위의 결과를 변식할 수 있는 능력(결과발생을 회피할 수 있는 능력)을 전제로 하여서만 인정할 수 있다. 그러므로 자신의 불법행위에 대하여 어떠한 불법성도 인식하지 못하는 유아나 정신병자에 대해서는 불법의식이 결여되어 있으므로 그의 불법행위를 비난할 수 없다. 따라서 이들에게는 책임도 물을 수 없다. 이처럼 책임을 인식할 수 있는 기준으로서의 책임능력제도는 의사능력제도와 동일하게 책임능력의 유무의 기준을 획일적으로 정하지 않고, 미성년자의 경우엔 '책임변식지능이 없는 경우'(제753조)를, 미성년이 아닌 자의 경우엔 '심신상실의 상태'(제754조)를 책임무능력의 상태로 규정하고 있다. 이러한 책임무능력자가 타인에게 불법행위를 하였다면, 이 불법행위에 대하여 책임 무능력자에게 손해배상책임을 묻기 보다는, 이러한 책임 무능력자를 감독할 지위에 있는 자가 책임을 지는 것이 타당하다(제755조).

9) 대판 2009.1.15., 2008다58367 참조.

제4항 행위능력

Ⅰ. 행위능력

행위능력은 「독자적으로 유효한 법률 행위를 할 수 있는 능력」을 말한다. 의사능력의 유무는 구체적인 경우에 따라 상대적으로 정하여지는 반면에, 행위능력은 객관적 기준에 의하여 판단된다. 행위능력은 「연령·법원의 심판」에 의하여 객관적으로 제한된다.

1. 행위능력에 관한 민법 개정

개정민법(법률 제10429호)에 의하여 기존의 행위무능력제도에서 행위제한능력제도로 2013. 7. 1부터 바뀌었는데 그 개정내용은 다음과 같다.

가. 기존의 행위무능력제도의 비판적 개관

민법이 개정되기 전에는 행위무능력자로서 미성년자, 한정치산자, 금치산자가 있었다. 이러한 개정 전의 민법의 행위능력 및 후견제도는 '금치산', '한정치산' 등 부정적 용어를 사용함으로써 이들에 대한 사회적 편견을 야기하였고, 또한 이들에 대한 민법 총칙에서의 보호는 주로 재산권에 집중된 것으로서 요보호자의 복리와 관련하여 이들의 신상 보호에 대해서는 무력하였다. 또한 개정 전의 민법은 요보호자의 행위능력을 일괄적으로 제한하고 이를 위반한 경우에 일괄하여 취소할 수 있게 하였다. 이로써 행위무능력자에도 각자의 정신적 판단능력에 따라 독자적으로 행위할 수 있는 능력의 차이가 남에도 불구하고 이들의 잔존능력이 고려되지 못하는 모순이 발생하게 되었다. 이를 해결하기 위하여 민법은 가정법원으로 하여금 본인의 정신적 제약의 정도에 따라 후견인의 조력을 받아야 하는 행위 유형 등을 개별적으로 결정할 수 있도록 개정하였다.

나. 행위무능력자에서 제한능력자로 변경

개정 민법은 기존의 행위무능력자인 미성년자, 한정치산자, 금치산자를 제한능력자로서 개정하여 이를 「미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인 그리고 피특정후견인」

으로 구분하였다. 개정 민법의 특징은 제한능력자라도 본인의 의사를 최대한 존중하며 피후견인의 잔존능력을 최대한 활용할 수 있도록 하였다(제9조, 제12조, 제14조의2, 제959조의14).

다. 「제한능력자제도」에 관한 민법 일부개정의 특징

① 피후견인의 의사 존중과 잔존능력의 고려

후견을 받는 사람의 법률행위 중 일용품의 구입 등 일상생활에 필요한 범위에 대하여는 독자적으로 유효하게 법률행위를 할 수 있고, 또한 후견개시의 심판에서 본인의 정신적 능력에 따라 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 개별적으로 정하여 줌으로써 이 범위 내에서는 독자적으로 유효한 법률행위를 할 수 있게 하였다.

② 제한능력자의 복리확충과 의사존중

제한능력자를 심판함에서나 후견활등을 함에 있어서 피후견인 본인의 복리를 배려하여야 하고, 그의 의사를 최대한 존중하여야 한다(제9조제2항, 제12조제2항, 제14조의2제2항 등).

③ 피후견인의 신상보호

개정 민법은 후견을 받는 사람의 복리, 치료행위, 주거의 자유 등에 관한 신상보호를 위한 내용까지 후견제도에 포함시켰다. 다만, 피후견인의 신상에 관한 결정권은 본인에게 있다는 원칙과 후견인의 임무 수행에 있어서 피후견인의 의사 존중 의무를 명시하고, 후견인이 치료 목적으로 피후견인을 격리하거나 중대한 의료행위에 대한 동의권을 행사할 경우 가정법원의 허가를 받도록 함으로써 피후견인의 복리를 실질적으로 보장할 수 있도록 하였다.

④ 후견인의 수와 자격

개정 민법은 이러한 문제점을 개선하고 후견의 내실화·전문화를 기하기 위하여 후견인의 수를 복수(複數)로 할 수 있게 하였고, 후견인이 될 수 있는 자격에 법인도 포함시켰다.

⑤ 가정법원 역할의 확대

개정 민법은 제한능력자제도를 실행함에 있어서 가정법원의 역할을 확대 및 강화하였다. 가정법원은 후견인과 후견감독인의 선임의 권한은 갖고, 필요하다고 인정

될 때에는 직권으로 이를 행사하며, 각종 후견인과 후견감독인의 변경 여부의 결정, 그리고 후견감독인으로부터 보고 등을 통한 피후견인의 보호를 감시·감독하는 역할도 한다.

⑥ 후견계약제도의 도입

개정 민법은 '후견계약'제도를 도입하였다. 이 후견계약은 사람이 질병 등의 사유로 인한 '정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여' 본인이 정신적 능력이 온전할 때에 자신의 재산관리 및 신상보호를 위하여 자신이 신뢰할 수 있는 타인(후견인)에게 그 사무의 처리를 위탁하여 보호를 받을 수 있게 하여 주는 것이다. 원래 후견계약은 본인과 임의후견인 사이에 체결되는 위임계약으로서 사적 자치에 기초하고 있다. 그런데 후견계약은 본인의 신상과 관련된 것을 내용으로 하므로 이에 따른 가정법원의 개입과 감독을 가능하게 하였다. 이로써 가정법원이 임의후견감독인의 선임권 등을 행사하여 임의후견계약의 효력발생 여부를 결정할 수 있고 또 임의후견인의 후견사무를 감독할 수 있게 하였다.

⑦ 친족회의 폐지와 후견감독인제도의 도입

개정 민법은 후견인에 대하여 실질적인 감독 기능을 수행하지 못하고 있던 친족회를 폐지하고, 가정법원이 후견인을 감시·감독하는 후견감독인을 개별적으로 선임할 수 있도록 하는 '후견감독인제도'를 마련하였다. 이로써 후견인감독인을 통하여 후견인의 임무 해태, 권한 남용에 대한 실질적인 견제가 가능하도록 하였다.

⑧ 한정치산 및 금치산제도의 폐지와 경과규정

개정 민법은 2013년 7월 1일부터 시행한다(민법 부칙〈제10429호, 2011.3.7.〉 제1조). 이에 따라 개정 민법 시행 이후에는 한정치산 및 금치산제도는 폐지된다. 그런데 개정 민법 부칙 제2조제1항은 "이 법 시행 당시 이미 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 사람에 대하여는 종전의 규정을 적용한다."고 규정하고 있다. 이는 2013년 7월 1일부터 한정치산선고와 금치산의 선고가 새롭게 내려지지 않는다는 것일 뿐, 기존의 한정치산자와 금치산자에게는 여전히 종전 민법에 따라 행위능력의 제한이 유지된다. 다만 부칙 제2조제2항에서 "금치산자 또는 한정치산자에 대하여 이 법에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견이 개시되거나 임의후견감독인이 선

임된 경우 또는 이 법 시행일로부터 5년이 경과한 때에는 그 금치산 또는 한정치산의 선고는 장래를 향하여 그 효력을 잃는다."고 규정함으로써, 개정 민법 시행일로부터 5년 내에 금치산자 및 한정치산자에게 그 보호의 필요성이 있다면 성년후견, 한정후견, 특정후견, 임의후견의 제도를 신청하여 활용할 수 있다.

2. 미성년자

가. 의 의

1) 성 년 기

제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다. **제158조(연령의 기산점)** 연령계산에는 출생일을 산입한다. **제807조(혼인적령)** 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있다. **제826조의2(성년의제)** 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.

사람은 만 19세로 성년이 되며, 만 19세에 달하지 않은 자를 미성년자라고 한다(제4조). 연령은 출생일을 산입하여 역(曆)에 따라 계산한다. 이처럼 사람의 연령을 산정함에는 출생일을 산입하게 되므로, 예컨대 1980년 5월 10일 오후 11시59분에 출생한 자는 1999년 5월 10일 0시에 성년이 된다.

참고로, 청소년의 신체적·정신적 성숙의 빠름과 사회진출 시기가 앞당겨지는 현실을 감안하여 성년의 연령을 기존의 20세에서 19세로 낮추었다. 이로써 「공직선거법」,「청소년보호법」, 「소년법」 등 여러 법령에서 선거권 부여 등의 연령 기준인 만 19세와 동일하게 하였다.

2) 혼인에 의한 성년의제 : '혼인이 성년을 만든다.'

성년의제는 혼인의 성립과 동시에 혼인한 미성년자를 성년자와 같은 능력을 가지는 것으로 보는 제도이다(제826조의2). 우리 민법은 혼인적령을 만 18세로 정함에 따라(제807조), 혼인할 수 있는 나이와 성년이 되는 나이에는 차이가 있게 된다. 그런데 혼인적령에 달한 미성년자가 혼인하는 경우에 성년으로 의제하지 않으면,

이들 미성년의 부부가 혼인생활을 영위하기 위한 법률행위를 하기 위해서는 이들의 법정대리인의 친권 또는 후견에 복종하여야만 한다. 이는 혼인의 자주성·독립성을 침해하는 결과를 야기한다. 그러므로 미성년자도 혼인하면 친권 또는 후견을 벗어나서 독자적으로 유효한 행위를 할 수 있어야 부부로서 자주적인 혼인생활을 영위할 수 있게 된다. 이러한 취지를 살려, 민법은 혼인한 미성년자에게는 행위능력을 가지는 것으로 의제하여 주고 있다.

성년의제에 따라 혼인을 한 미성년자가 성년자와 동일한 능력을 갖게 되는 내용은 사법상(私法上)의 권리관계에 한정된다. 그러므로 혼인한 미성년자에 대한 친권은 소멸하고 후견도 종료하므로(제923조제1항, 제957조), 미성년자는 혼인 후에는 단독으로 유효하게 법률행위를 할 수 있다. 그러나 성년의제는 민법이외의 공법에 대하여는 적용이 없다. 예를 들어, 공직선거법은 대통령과 국회의원의 선거권을 19세 이상으로 규정하고 있으므로 민법상 성년의제가 되었다고 하여 혼인한 미성년자가 선거권을 취득할 수는 없다.(「공직선거법」 제15조제1항).

나. 미성년자의 행위능력

제5조(성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다.
② 전항의 규정에 위반한 행위는 취소할 수 있다.

제6조(처분을 허락한 재산) 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다.

제7조(동의와 허락의 취소) 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 전2조의 동의와 허락을 취소할 수 있다.

제8조(영업의 허락) ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.
②법정대리인은 전항의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

제1061조(유언적령) 만17세에 달하지 못한 자는 유언을 하지 못한다.

제117조(대리인의 행위능력) 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.

1) 원　　칙

가) **미성년자 행위능력의 내용** : 미성년자는 법률행위를 할 때에 사전에 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 법정대리인의 동의를 얻지 아니한 행위에 대하여는 미성년자 본인 또는 법정대리인이 이를 취소할 수 있다(제5조제2항, 제140조). 여기에서 "취소할 수 있다"는 규정(제5조제2항)의 의미는 취소권자(미성년자 또는 그 법정대리인)의 취소권의 행사에 의하여 미성년자가 한 법률행위를 소급하여 처음부터 무효로 할 수 있다는 것을 의미한다(제141조). 그러므로 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 한 행위는 일단 유효하며, 취소권자가 이에 대하여 취소권을 행사하면 처음부터 그 법률행위는 무효로 된다. 또한 취소권은 권리이고 의무는 아니므로 취소권자는 반드시 취소권을 행사하여야 하는 것은 아니며 경우에 따라서는 취소권을 포기할 수도 있다. 그리고 취소는 취소권의 행사기간(제척기간) 내에 취소권을 행사하지 않으면 더 이상 취소할 수 없게 된다. 따라서 취소권자가 권리로서의 취소권을 포기하거나(추인) 또는 취소권의 행사기간의 경과로 그 법률행위를 더 이상 취소할 수 없게 된 경우에는 그 법률행위는 유효로 확정될 수 있다. 이러한 점에서 취소는 무효와 다르다. 즉 무효인 법률행위는 처음부터 아무런 효력이 발생하지 않고, 누구든지 무효임을 주장할 수 있고, 또한 장기간 무효주장을 하지 않는 것을 이유로 무효인 법률행위가 유효로 전환되지 않는다.

나) **동의의 취소** : 미성년자가 '법률행위를 하기 전'까지 법정대리인은 자신이 한 동의(제5조)를 취소할 수 있다(제7조). 이는 법정대리인이 미성년자에게 법률행위에 대한 동의를 주었으나 미성년자가 정당하게 법률행위를 하지 못할 우려가 있는 경우에 미성년자를 보호하기 위하여 다시 주었던 동의를 회수하는 것이다. 그런데 이처럼 미성년자에게 주었던 동의를 "취소"하는 것은 그 동의의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 것으로서 본래의 취소의 의미와는 달리 소급효가 없으므로, 그 법적 성질은 「철회(撤回)」로 보아야 한다. 이 철회는 「미성년자 또는 그 상대방」에 대하여 하여야 한다.

2) 예 외

미성년자의 보호가 문제로 되지 않는 다음의 법률행위에 대해서는 미성년자는 법정대리인의 동의 없이 단독으로 유효하게 법률행위를 할 수 있다.

가) 단순히 권리만을 얻거나 또는 의무만을 면하는 행위 : 미성년자가 누구로부터 오로지 권리만을 얻거나 오로지 의무만을 면한다면, 이는 미성년자에게 법적으로 아무런 불이익도 없고 일방적으로 유리한 행위이다. 따라서 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위에 대하여는 미성년자의 보호가 필요하지 않으므로 미성년자라도 단독으로 유효하게 할 수 있다(제5조제1항 단서). 예컨대, 미성년자가 타인으로부터 아무런 부담 없이 증여를 받는다든지, 또는 어떤 사람에게 빚을 지고 있었는데 이 채권자로부터 단순히 채무의 면제를 받는 것은 미성년자가 단독으로 할 수 있다. 그러나 이에 반해서, 부담부 증여계약의 체결, 상속을 승인하는 행위, 임대된 상태의 건물을 증여받는 행위 등은 단순히 법률적으로 권리만을 얻는 것이 아니라, 부담, 상속채무의 승계, 임차인에 대한 보증금반환채무라는 의무도 함께 부담하게 되므로 미성년자가 단독으로 하지 못하고 법정대리인의 동의를 얻어야 한다.

나) 처분이 허락된 재산의 처분

① "범위를 정하여"의 의미 : 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다(제6조). 이에 대표적인 예가 미성년자에게 주는 용돈이다. 법정대리인이 미성년자에게 처분의 허락을 함으로서 미성년자에게 일정한 범위의 재산을 처분하는 행위에 대하여 동의를 해 준 것이므로, 미성년자는 그 범위의 재산에 대하여는 마음대로 처분할 수 있다. 이때 "범위"는 오로지 처분할 수 있는 「재산의 범위」를 말하고, 법정대리인이 재산처분의 사용목적을 정하는 방법으로 범위를 한정하는 것(예 : 법정대리인이 일정액의 금전을 미성년자에게 주면서 반드시 "학습교재를 사는데 사용하라"라고 범위를 정하는 경우)은 이에 해당하지 않는다. 왜냐하면 재산의 사용목적이란 법정대리인과 미성년자 사이에만 존재하는 지극히 주관적인 것이어서 이들 이외의 제3자로서는 이를 알 수도 없는데, 나중에 미성년자 측에서 사용목적의 위반을

들어 미성년자가 한 법률행위를 취소하게 되면 미성년자와 거래한 상대방으로서는 불측의 손해를 입게 되어 거래의 안전을 크게 해치게 되기 때문이다.

② 허락의 취소 : 미성년자에게 재산의 처분을 허락하였으나, 적절치 못한 사용이 예상되는 경우에는 법정대리인이 주었던 허락(제6조)을 다시 취소할 수 있다(제7조). 이 취소 역시 본질은 철회이다.

다) 영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위

① 「영업」의 의미 : 「영업」은 널리 '영리를 목적으로 하는 독립적·계속적 사업'을 말한다. 영업은 「독립적」이어야 하므로, 미성년자가 이익추구의 주체가 아니고 사업주에 고용되어 종속적으로 노동을 제공하는 근로자로서 임금 등의 수익을 얻는 것은 이에 포함되지 않는다.

② 영업 허락의 방법 : 법정대리인은 '영업의 종류를 특정하여' 허락하여야 한다. 이때의 특정은 영업의 종류에 해당하는 단위를 정하는 것을 말한다. 예컨대, 문구점이나 옷가게 등으로 영업단위를 결정할 수 있어야 한다. 그러므로 하나의 단위가 되는 영업의 일부만을 한정하는 허락은 허용되지 않는다.

③ 성년자와 동일한 능력 : 민법은 영업의 허락을 받은 미성년자는 "그 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다"고 규정하고 있다(제8조제1항). 「성년자와 동일한 행위능력이 있다」는 것은 그 영업에 관련된 모든 행위에 대해서는 성년자로서의 행위능력을 가진다는 것을 의미하므로, 일단 법정대리인으로부터 허락을 얻은 영업의 범위 내에서는 법정대리인의 동의권은 물론 대리권도 소멸한다. 일반적으로 법정대리인은 미성년자에게 동의를 해준 경우에도 그 행위에 대해서 미성년자를 위하여 대리행위를 할 수 있지만, 영업을 허락한 경우에는 미성년자에게 성년자와 동일한 행위능력이 부여되므로 더 이상 대리행위도 할 수 없게 된다. 또한 영업에 관련된 소송행위에 대하여도 미성년자가 독자적인 소송능력을 가진다(「민사소송법」 제51조).

④ 영업 허락의 취소와 제한 : 법정대리인이 미성년자에게 영업을 허락하였는데, 미성년자가 그 영업을 감당하기 어려운 사정이 있을 때에는 법정대리인이 다시 그 허락을 취소하거나 허락된 영업을 제한할 수 있다(제8조제2항). 여기서 취소는 장래에 향하여 허락이 없었던 것으로 하는 철회의 의미이다. 그리고 영업허

락의 취소나 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제8조제2항 단서).

라) **대리행위** : 대리인은 행위능력자임을 요하지 않으므로(제117조), 미성년자가 타인의 대리인으로서 법률행위를 하는 데는 법정대리인의 동의를 받지 않아도 된다. 대리행위는 이로부터 발생되는 법률효과가 대리인에게 발생하는 것이 아니라 대리권을 준 본인에게 발생하므로, 대리행위를 한 미성년자에게는 그 대리행위를 통하여 발생된 권리를 얻거나 의무를 부담하는 결과가 발생되지 않는다. 이처럼 대리인에게 아무런 불이익이 발생하지 않는 대리행위의 특징을 고려할 때, 미성년자가 대리행위를 하는 경우 대리인으로서의 미성년자를 보호할 필요성이 있지 않다. 그러므로 미성년자는 타인을 위해서 하는 대리행위를 독자적으로 유효하게 할 수 있다.

마) **유언행위** : 유언능력은 만 17세를 기준으로 한다(제1061조). 따라서 미성년자라도 만 17세에 달한 자는 독자적으로 유언행위를 할 수 있다.

바) 근로계약의 체결·임금의 청구

〈 근로기준법 〉

제66조 (연소자 증명서) 사용자는 18세 미만인 자에 대하여는 그 연령을 증명하는 가족관계기록사항에 관한 증명서와 친권자 또는 후견인의 동의서를 사업장에 갖추어 두어야 한다.

제67조(근로계약) ① 친권자나 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없다.

제68조(임금의 청구) 미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다.

① 근로계약의 체결 : 비록 미성년자라 하더라도 근로를 할 것인지의 여부는 근로를 제공할 미성년자 스스로가 결정하여야 한다. 따라서 근로계약을 체결할 당사자는 미성년자이고, 법정대리인은 미성년자의 근로계약을 대리하여 체결해 줄 수 없다. 그렇지만 미성년자가 근로에 관하여 단독으로 결정할 수는 없고, 이에 관하여 법정대리인으로부터 사전에 동의를 얻고 다만 근로계약 체결의 여부는 미성년자 스스로가 결정하고, 이에 따라 근로계약은 미성년자가 당사자로서 체결하여야 하는 것이다.

② 임금의 청구 : 임금의 청구는 언제나 미성년자가 단독으로 할 수 있다(「근로기준법」 제68조). 「근로기준법」은 임금청구에 관하여 근로계약의 체결에서와는 달리(같은 법 제67조제1항), 미성년자는 "독자적으로" 임금의 청구를 할 수 있음을 명시하고 있다(같은 법 제68조). 따라서 법정대리인은 미성년자의 임금청구에 대하여는 대리하지 못한다. 이에 따라 사용자는 임금을 통화로 근로자인 미성년자에게 직접 전액 지급하여야 한다(같은 법 제43조제1항 본문).

다. 법정대리인

미성년자의 법정대리인은 제1차로는 「친권자」이고, 제2차로는 「미성년후견인」이다.

제911조(미성년자인 자의 법정대리인) 친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자인 자의 법정대리인이 된다.

제909조(친권자) ① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(養父母)가 친권자가 된다.
② 친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.
③ 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다.
④ 혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다.
⑤ 가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다.
⑥ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다.

제920조의2(공동친권자의 일방이 공동명의로 한 행위의 효력) 부모가 공동으로 친권을 행사하는 경우 부모의 일방이 공동명의로 자를 대리하거나 자의 법률행위에 동의한 때에는 다른 일방의 의사에 반하는 때에도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 악의인 때에는 그러하지 아니한다.

1) 친권자 - 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 그리고 친권을 행사하는 부모는 미성년자인 자의 법정대리인이 된다(제909조, 제911조).

가) 부모가 혼인 중인 경우

① 원칙 : 친권의 부모 공동행사

친권은 부모가 혼인 중인 때에는 부모가 공동으로 행사하므로(제909조제2항), 부모는 쌍방이 공동으로 미성년자의 법률행위에 대하여 동의·허락하고 또는 이를 대리한다. 양자인 경우에는 양부모가 친부모에 앞서 친권자가 된다(제909조제1항).

② 친권의 행사에 있어서 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 당해 불일치 사항에 한하여 친권을 행사할 자를 정한다(같은 조 제2항 단서).

③ 행방불명 등으로 인하여 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없는 때에는 다른 일방이 이를 행사한다(같은 조 제3항).

④ 공동친권자 일방이 공동명의로 자를 대리하거나 자의 법률행위에 동의한 때에는 거래의 안전을 위하여 다른 일방의 의사에 반하는 때에도 그 효력이 있다. 이는 거래의 안전을 보호하기 위한 것이므로, 상대방이 악의인 때에는 무권대리로 된다(제920조의2).

나) 부모의 혼인관계가 없는 경우

① 인지의 경우와 부모가 이혼하는 경우

'혼인 외의 子가 인지된 경우'와 '부모가 협의 이혼하는 경우'에 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 의하여 친권자를 정한다(제909조제4항). 다만, 부모의 협의가 子의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다(같은 조 제4항).

② 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우

'부모의 혼인이 취소'되거나 '부모의 재판상 이혼' 또는 '인지청구의 소'의 경우에는 가정법원이 직권으로 친권자를 정한다(같은 조 제5항). 또한 가정법원은 子의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 子의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다(같은 조 제6항).

3) 친권자의 지정

제909조의2(친권자의 지정 등) ① 제909조제4항부터 제6항까지의 규정에 따라 단독 친권자로 정하여진 부모의 일방이 사망한 경우 생존하는 부 또는 모, 미성년자, 미성년자의 친족은 그 사실을 안 날부터 1개월, 사망한 날부터 6개월 내에 가정법원에 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정할 것을 청구할 수 있다.
② 입양이 취소되거나 파양된 경우 또는 양부모가 모두 사망한 경우 친생부모 일방 또는 쌍방, 미성년자, 미성년자의 친족은 그 사실을 안 날부터 1개월, 입양이 취소되거나 파양된 날 또는 양부모가 모두 사망한 날부터 6개월 내에 가정법원에 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 것을 청구할 수 있다. 다만, 친양자의 양부모가 사망한 경우에는 그러하지 아니하다
③ 제1항 또는 제2항의 기간 내에 친권자 지정의 청구가 없을 때에는 가정법원은 직권으로 또는 미성년자, 미성년자의 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임할 수 있다. 이 경우 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방의 소재를 모르거나 그가 정당한 사유 없이 소환에 응하지 아니하는 경우를 제외하고 그에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
④ 가정법원은 제1항 또는 제2항에 따른 친권자 지정 청구나 제3항에 따른 후견인 선임 청구가 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방의 양육의사 및 양육능력, 청구 동기, 미성년자의 의사, 그 밖의 사정을 고려하여 미성년자의 복리를 위하여 적절하지 아니하다고 인정하면 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 가정법원은 직권으로 미성년후견인을 선임하거나 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정하여야 한다.
⑤ 가정법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 직권으로 또는 미성년자, 미성년자의 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 친권자가 지정되거나 미성년후견인이 선임될 때까지 그 임무를 대행할 사람을 선임할 수 있다. 이 경우 그 임무를 대행할 사람에 대하여는 제25조 및 제954조를 준용한다.
1. 단독 친권자가 사망한 경우
2. 입양이 취소되거나 파양된 경우
3. 양부모가 모두 사망한 경우
⑥ 가정법원은 제3항 또는 제4항에 따라 미성년후견인이 선임된 경우라도 미성년후견인 선임 후 양육상황이나 양육능력의 변동, 미성년자의 의사, 그 밖의 사정을 고려하여 미성년자의 복리를 위하여 필요하면 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방, 미성년자의 청구에 의하여 후견을 종료하고 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 수 있다.

① 미성년자의 단독친권자의 사망

부모의 혼인관계가 없는 경우에 제909조제4항부터 제6항까지의 절차에 따라 부모의 일방은 단독친권자로 지정받게 된다. 그런데 그 단독친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우에 당연히 생존하고 있는 친생의 부 또는 모에게 친권이

회복되는 것이 아니다. 왜냐하면 부적격한 생존친이 자동으로 친권자가 되어 미성년자에게 징계권, 재산관리권 등의 친권을 행사하는 것이 미성년자의 복리에 적절하지 않을 수가 있기 때문이다. 그리하여 이혼 등으로 부모 일방이 단독친권자가 되었다가 사망한 경우 일정한 청구권자(생존하는 부 또는 모, 미성년자, 미성년자의 친족)가 가정법원에 생존하고 있는 부 또는 모를 새로운 친권자로 지정해 줄 것을 청구할 수 있다. 이러한 친권자 지정의 청구는 위의 청구권자가 그 사실을 안 날로부터 1개월, 사망한 날로부터 6개월 내에 가정법원에 청구하여야 한다. 만일 가정법원이 이들이 법정대리인으로 적절하지 않다고 판단하는 경우에는 청구를 기각하고 직권으로 '미성년후견인을 선임하거나' 또는 '생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 수 있다.'(제909조의2제1항, 제4항)

② 미성년자의 입양관계의 소멸

미성년자가 입양된 경우에 '그 입양이 취소되거나 파양된 경우' 또는 '양부모가 모두 사망한 경우'에는 입양된 미성년자에게 친권자가 존재하지 않게 된다. 그런데 이 경우에 입양을 보냈던 친생부모의 친권이 당연히 부활하는 것은 미성년자의 복리에 비추어 적절하지 않을 수 있다. 왜냐하면 입양을 보낸 이후 친생부모가 행방불명 등 친권자로 되기에 부적합한 사정이 있거나, 또는 입양을 보내야 했던 친생부모의 의사와 상황 등이 개선됨이 없이 여전히 미성년 자녀를 양육하기에 부적합한 경우가 있을 수 있기 때문이다. 그리하여 이 경우에도 가정법원의 친권자지정 절차에 따라 친권자가 정하여져야만 한다. 이를 위하여 일정한 청구권자(친생부모 일방 또는 쌍방, 미성년자, 미성년자의 친족)가 위의 사실(입양의 취소 또는 파양 그리고 양부모 모두의 사망)을 안 날로부터 1개월, 위의 사실이 발생한 날로부터 6개월 내에 가정법원에 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 것을 청구할 수 있다(제909조의2제2항 본문). 이로써 입양된 미성년자에게 양부모가 친권을 행사할 수 없게 된 경우에도 친권이 친생부모에게 당연히 회복되지 않고 가정법원의 판단에 의해 친권자가 지정되도록 하였다. 이 경우에도 가정법원은 친생부모에게 친권자 지정 청구가 적절하지 않다고 판단되면, 그 청구를 기각하고 미성년후견인을 선임할 수 있다(같은 조 제4항). 다만

친양자의 양부모가 사망한 경우에는 위의 절차에 의할 수가 없는데, 왜냐하면 친양자 입양은 친생부모와의 관계가 단절되기 때문에[10] 양부모 모두의 사망은 곧 부모가 사망한 경우와 동일하게 미성년후견이 개시되기 때문이다(같은 조 제2항 단서).

③ 후견임무대행자의 선임

㉠ 단독 친권자가 사망한 경우, ㉡ 입양이 취소되거나 파양된 경우, ㉢ 양부모가 모두 사망한 경우에 친권자가 지정되거나 미성년후견인이 선임될 때까지 법정대리인의 공백이 발생할 것이므로, 가정법원은 직권으로 또는 일정한 청구권자(미성년자, 미성년자의 친족, 이해관계인[11], 검사, 지방자치단체의 장)의 청구에 의하여 친권자가 지정되거나 미성년후견인이 선임될 때까지 미성년자의 법정대리권을 대행할 사람을 선임할 수 있다(제909조의2제5항). 이 사람을 「후견임무대행자」라고 한다. 이 사람에 대하여는 제25조[관리인의 권한] 및 제954조 [가정법원의 후견사무에 관한 처분]을 준용한다.

④ 미성년후견의 종료

미성년후견인이 선임된 경우(같은 조 제3항, 제4항), 그 이후 친권자의 양육환경이 개선되는 등 미성년자의 복리를 위하여 필요하면 가정법원은 일정한 청구권자(생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방, 미성년자)의 청구에 의하여 후견을 종료하고 생존하는 부 또는 모, 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 수 있다(같은 조 제6항).

---

10) 제908조의3(친양자 입양의 효력) ① 친양자는 부부의 혼인 중 출생자로 본다. ② 친양자의 입양 전의 친족관계는 제908조의2제1항[친양자 입양의 요건]의 청구에 의한 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다. 다만, 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 단독으로 입양한 경우에 있어서의 배우자 및 그 친족과 친생자 간의 친족관계는 그러하지 아니하다.
제882조의2(입양의 효력) ① 양자는 입양된 때부터 양부모의 친생자와 같은 지위를 가진다. ② 양자의 입양 전의 친족관계는 존속한다.

11) 예를 들어, 미성년자를 보호하고 있는 아동보호시설의 장 등을 말함.

나. 미성년후견인

제930조(후견인의 수와 자격) ① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.
② 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.
③ 법인도 성년후견인이 될 수 있다.

제931조(유언에 의한 미성년후견인의 지정 등) ① 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다. 다만, 법률행위의 대리권과 재산관리권이 없는 친권자는 그러하지 아니하다.
② 가정법원은 제1항에 따라 미성년후견인이 지정된 경우라도 미성년자의 복리를 위하여 필요하면 생존하는 부 또는 모, 미성년자의 청구에 의하여 후견을 종료하고 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정할 수 있다.

제932조(미성년후견인의 선임) ① 가정법원은 제931조에 따라 지정된 미성년후견인이 없는 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다. 미성년후견인이 없게 된 경우에도 또한 같다.
② 가정법원은 친권상실의 선고나 대리권 및 재산관리권 상실의 선고에 따라 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 직권으로 미성년후견인을 선임한다.
③ 친권자가 대리권 및 재산관리권을 사퇴한 경우에는 지체 없이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다.

미성년자에게 친권자가 없거나 또는 친권자가 子의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없을 때에는 후견인이 법정대리인이 된다. 미성년후견인은 1명으로 하고 법인은 될 수 없다(제930조제1항).

1) 지정후견인 : 미성년자에 대하여 친권을 행사하는 부모가 유언으로 지정한 자가 미성년후견인이 된다(제931조제1항). 종래에는 친권 자동부활을 전제로 친권을 행사하는 자가 사망하여 더 이상 미성년자에 대하여 친권을 행사하던 자가 없게 된 경우에만 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있는 것으로 해석하였다. 그러나 개정 민법에서는 단독친권자가 사망하더라도 생존친이 자동으로 친권자가 되지 않음에 따라 단독친권자는 미성년후견인을 유언으로 지정할 수 있다(같은 조 제1항). 다만, 유언으로 미성년후견인이 지정된 경우라도 가정법원은 미성년자의 복리를 위하여 필요하면 생존하는 부 또는 모, 미성년자의 청구에 의하여 후견을 종료하고 생존하는 부 또는 모를 친권자로 지정할 수 있다(같은 조 제2항). 이로써 생존친이 당연히 친권자로 되지 않고 가정법원의 판단에 맡기게 되었다.

2) 선임후견인 : 유언에 의한 지정후견인이 없는 때 또는 미성년후견인이 없게 된 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 '미성년자, 친족(제777조), 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장'의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다(제932조제1항). 그리고 친권상실의 선고나 대리권 및 재산관리권 상실의 선고에 따라 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 가정법원은 직권으로 미성년후견인을 선임한다(같은 조 제2항).

3) 후견인의 결격사유

다음 어느 하나에 해당하는 자는 미성년자의 후견인이 되지 못한다(제937조).

1. 미성년자
2. 피성년후견인, 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인
3. 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받은 자
4. 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형기 중에 있는 사람
5. 법원에서 해임된 법정대리인
6. 법원에서 해임된 성년후견인, 한정후견인, 특정후견인, 임의후견인과 그 감독인
7. 행방이 불분명한 사람
8. 피후견인을 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 자 또는 그 배우자와 직계혈족

(4) 법정대리인의 권한

> **제920조(자의 재산에 관한 친권자의 대리권)** 법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다.
>
> **제949조(재산관리권과 대리권)** ① 후견인은 피후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 피후견인을 대리한다.
> ② 제920조 단서의 규정은 전항의 법률행위에 준용한다.

친권자 또는 후견인은 미성년자에 대한 일반적인 보호·교양·감독할 권리와 의무가 있으나, 미성년자의 법률행위에 관하여는 법정대리인으로서 미성년자 능력의 불완전함을 보충한다는 지위에서 동의권·대리권·취소권을 갖는다.

가. 동의권 – 미성년자는 법정대리인의 동의·허락을 얻어서 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있으므로 법정대리인은 「동의권」을 갖는다(제5조 본문). 동의는 미성

년자의 법률행위가 있기 전이나 동시에 하는 것이 원칙이나, 사후에도 동의를 할 수 있으며 이러한 사후적 동의를 「추인」이라고 한다.

나. 대리권 – 법정대리인은 미성년자의 재산상의 법률행위를 대리할 수 있다(제920조, 제949조 참조). 법정대리인이 미성년자의 법률행위에 대하여 동의를 하였다 하더라도 미성년자를 위해서 대리할 수 있는 권한을 상실하는 것은 아니다. 즉 대리권은 동의권과 병존하므로 동의를 준 행위라도 법정대리인이 그 법률행위를 대리할 수 있다. 다만, 영업허락의 경우에는 미성년자를 성년자로 보므로(제8조제1항), 허락한 영업과 관련된 행위에 대해서는 법정대리인의 동의권과 대리권은 소멸한다.

다. 취소권 – 법정대리인은 미성년자가 단독으로 할 수 있는 법률행위가 아닌 한, 동의 없이 한 법률행위를 취소할 수 있다(제5조제2항, 제140조 이하).

라. 법정대리인의 권한의 제한

1) 법정대리인의 미성년자의 신상에 관한 권리

제913조(보호, 교양의 권리의무) 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.

제914조(거소지정권) 자는 친권자의 지정한 장소에 거주하여야 한다.

제915조(징계권) 친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다.

제945조(미성년자의 신분에 관한 후견인의 권리 · 의무) 미성년후견인은 제913조부터 제915조까지에 규정한 사항에 관하여는 친권자와 동일한 권리와 의무가 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 한다.

1. 친권자가 정한 교육방법, 양육방법 또는 거소를 변경하는 경우
2. 미성년자를 감화기관이나 교정기관에 위탁하는 경우
3. 친권자가 허락한 영업을 취소하거나 제한하는 경우

친권자는 미성년자에 대한 일반적인 보호·교양할 권리와 의무가 있고(제913조), 미성년자는 법정대리인이 지정한 장소에 거주하여야 한다(제914조). 그리고 친권자는 미성년자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고, 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다(제915조). 미성년후견인도 위의 미성년자의 신상과 관련하여 친권자와 동일한 권리와 의무가 있다(제945조 본문). 그렇지

만 미성년후견인은 ㉠ 친권자가 정한 교육방법, 양육방법 또는 거소를 변경하는 경우, ㉡ 미성년자를 감화기관이나 교정기관에 위탁하는 경우, ㉢ 친권자가 허락한 영업을 취소하거나 제한하는 경우에 대해서 미성년후견감독인이 선임되어 있으면 그의 동의를 얻어야 한다(제945조 단서).

2) **미성년자의 동의** - 법정대리인이 '미성년자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 내용의 법률행위'를 대리하는 경우에는 미성년자 본인의 동의를 얻어야 한다(제920조 단서, 제949조제2항).

3) **이익상반행위** – '친권자와 미성년자의 이익이 상반되는 행위'에 관하여서는 법정대리인의 대리권이 제한된다. 따라서 이익상반행위에 관해서는 가정법원이 선임한 특별대리인이 미성년자를 대리하여야 한다(제921조). '미성년후견인과 미성년자의 이익이 상반되는 행위'에 관해서는 미성년후견감독인이 선임되어 있는 경우에 그가 미성년자를 대리하여야 한다(제940조의6 제3항).

4) **후견감독인의 동의** – 미성년자에게 친권자가 없어 후견인이 법정대리인이 된 경우에는 친권자와는 달리 그 권한에 제한을 받는다. 즉 후견인이 '㉠ 영업행위, ㉡ 금전을 빌리는 행위, ㉢ 의무만을 부담하는 행위, ㉣ 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리변동, ㉤ 소송행위, ㉥ 상속의 승인, 한정승인 또는 포기 및 상속재산의 분할에 관한 협의'에 대해 동의하거나 대리를 함에는 후견감독인의 동의가 있어야 한다(제950조제1항). 후견인이 이를 위반한 때에는 미성년자(피후견인) 또는 후견감독인이 이를 취소할 수 있다(같은 조 제2항).

(5) 미성년후견감독인

제940조의2(미성년후견감독인의 지정) 미성년후견인을 지정할 수 있는 사람은 유언으로 미성년후견감독인을 지정할 수 있다.

제940조의3(미성년후견감독인의 선임) ① 가정법원은 제940조의2에 따라 지정된 미성년후견감독인이 없는 경우에 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 미성년자, 친족, 미성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견감독인 선임할 수 있다.
② 가정법원은 미성년후견감독인이 사망, 결격, 그 밖의 사유로 없게 된 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 미성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견감독인을 선임한다.

가. 선 임

민법이 개정되기 전에 미성년자의 후견인을 감독하는 기관으로서 친족회가 있었다. 그러나 친족회가 그 역할을 제대로 하지 못함에 따라 민법은 친족회를 폐지하고 후견감독인의 제도를 도입하였다.

1) **지정후견감독인** : 미성년후견인을 지정할 수 있는 사람은 유언으로 미성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조의2).

2) **선임후견감독인** : 유언에 의한 미성년후견감독인의 선임이 없는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 미성년자, 친족, 미성년후견인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조의3). 이 경우 가정법원은 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 미성년후견감독인을 선임할 수 있으므로, 미성년후견감독인은 필수기관이 아니라 임의기관이다.

3) 후견감독인의 결격사유

미성년후견감독인의 결격사유로는 후견인의 결격사유(제937조) 외에 제779조에 따른 후견인의 가족도 미성년후견감독인이 될 수 없다(제940조의5).[12] 만일 후견인의 가족이 후견감독인이 되면, 그 후견감독인인은 가족 간의 정의(情誼)로 인하여 적절하게 후견인에 대한 감독의 임무를 수행할 수 없을 것이 예상되기 때문이다.

나. 직 무

후견감독인은 후견사무를 감독하며, 미성년후견인이 없는 경우 지체 없이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다(제940조의6 제1항). 후견감독인은 미성년자(피후견인)의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(같은 조 제2항).

---

12) 제779조[가족의 범위] ① 다음의 자는 가족으로 한다.
1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매
2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매
② 제1항 제2호의 경우에는 생계를 같이 하는 경우에 한한다.

일반적으로 후견감독인은 언제든지 후견인에게 그의 임무 수행에 관한 보고와 재산목록의 제출을 요구할 수 있고 피후견인의 재산상황을 조사할 수 있으므로(제953조), 미성년후견감독인은 미성년후견인에 대하여도 동일한 내용의 권한을 행사할 수 있다.

토론해 보기

1. 18세의 甲은 하교 길에 영어 어학테이프를 구입하였다. 이 행위의 효력은 어떠한가?
2. 16세의 甲은 할아버지로부터 빌딩을 증여받았다. 이 행위의 효력은 어떠한가?

[해 설]

1의 경우에는 18세의 甲은 아직 19세가 되지 않은 미성년자이므로 영어 어학테이프를 단독으로 유효하게 구입하는 법률 행위를 할 수 없다. 따라서 구입행위를 한 甲이 스스로 또는 그의 법정대리인인 부모가 甲이 한 영어테이프 구입계약을 취소할 수 있다. 이에 따라 부모의 취소행위가 있으면, 甲이 한 계약은 처음부터 무효이므로 대금을 지불할 필요가 없다.

참고로, 甲이 어학테이프를 월부로 구입한 경우에는 「할부거래에 관한 법률」이 적용된다. 같은 법 제5조제1항에 의하면 甲이 계약서를 교부받은 경우에는 받은 날로부터 7일 이내에, 그리고 계약서를 교부받지 않은 경우에는 목적물(영어어학테이프)을 인도받은 날로부터 7일 이내에 할부계약에 관한 청약을 철회할 수 있다. 그러므로 7일 이내에 영어어학테이프에 관한 계약의 효력을 소멸시키는 의사를 그 회사에 서면으로(보통은 내용증명을 이용할 것임) 통지하고 그 어학테이프를 반환하면 대금지불을 하지 않아도 된다.

2의 경우에는 미성년자인 甲은 할아버지로부터 빌딩을 증여받는 것이므로 이는 일방적으로 권리만을 얻는 것으로서 단독으로 증여계약에 대한 동의의 의사표시를 유효하게 할 수 있다(제5조제1항). 甲과 할아버지의 빌딩에 관한 증여계약은 유효하다.

그러나 할아버지가 증여한 빌딩에 대하여 타인이 아무런 권리도 갖고 있지 않은 경우에는 문제가 없으나, 당해 빌딩에 대하여 주택임차권을 가진 제3자가 있는 경우에는 「주택임대차보호법」 제3조에 의하여 주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계하게 되어 있으므로, 甲은 빌딩의 소유권을 취득함과 동시에 임차인에 대한 보증금반환의 채무도 승계하게 된다. 따라서 이러한 행위는 단순히 권리만을 얻는 행위라고 볼 수 없고 채무도 부담하는 행위에 해당되므로, 甲이나 그의 법정대리인이 취소할 수 있다. 설령 임차보증금의 총액보다 빌딩의 가치가 더 크다 하더라도 이는 경제적인 이익일 뿐 법적인 관점에서 권리만을 얻는 이익은 아니므로, 이러한 사정은 취소권 행사에 고려되지 않는다.

3. 성년후견제도

제9조(성년후견개시의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다.
② 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.

제10조(피성년후견인의 행위와 취소) ① 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다.
② 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다.
③ 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 제2항의 범위를 변경할 수 있다.
④ 제1항에도 불구하고 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다.

제11조(성년후견종료의 심판) 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견종료의 심판을 한다.

가. 성년후견의 의의

성년후견은 「질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람」에 대하여 가정법원의 심판으로 성년후견인을 선임하여 그 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 처리하도록 하는 제도이다(제9조).

나. 성년후견 개시 심판의 요건 및 절차

1) 실질적 요건

성년후견은 질병 등의 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람을 위해서 개시된다(제9조제1항). 즉 정신적 제약으로 항시적으로 자신의 사무를 스스로 처리할 수 없는 상태이어야 하며, 이는 정신적 능력만을 고려하고 신체적 장애는 고려되지 않는다.

2) 형식적 요건

가) **청구권자의 청구** : 성년후견의 개시를 위해서는 「본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장」의 청구가 있어야 한다(제9조제1항). 그리고 후견계약에서 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에는 「임의후견인과 임의후견감독인」도 성년후견의 심판을 청구할 수 있다(제959조의20제1항).[13] 이러한 청구권자의 청구가 있어야 가정법원은 성년후견의 심판을 할 수 있고 직권으로 성년후견심판의 절차를 개시하지는 못한다.

여기에서 청구권자로서 '본인'은 청구할 당시에 의사능력은 갖추고 있어야 한다. 그리고 '한정후견인, 한정후견감독인'은 피후견인의 능력의 범위를 그의 정신적 능력에 맞게 하향 조정하기 위하여 성년후견의 심판을 청구할 수 있다. 또한 '특정후견인, 특정후견감독인'은 일시적이고 특정한 후견에서 지속적인 성년후견을 개시하기 위하여 청구권자로 된다. 한편, 미성년자는 자신의 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어 있어도 성년에 이르기까지 친권자나 후견인의 포괄적인 법정 대리권으로 충분히 보호될 수 있어 원칙적으로 성년후견의 심판이 필요 없다. 그러나 미성년자의 정신능력이 실질적으로 성년후견의 보호를 받아야 할 상태에 있는데 성년기 이후에나 성년후견개시의 심판을 청구할 수 있다고 하면 성년후견개시의 결정이 있기까지 그 보호의 공백이 생기게 되므로, 이러한 보호의 공백을 메우기 위하여 미성년의 상태에서도 성년후견심판을 청구할 실익이 있다. 이러한 의미에서 '미성년후견인과 미성년후견감독인'도 성년후견의 청구권자로 된다. 그리고 '검사'는 공익의 대표자로서 또한 '지방자치단체의 장'은 현장에서 실질적으로 전문성을 가지고 보호를 베풀어 줄 수 있는 지위에 있어 청구권자로 된다.

나) **정신감정의 절차** : 정신적 제약으로 사무를 처리할 판단능력이 지속적으로 결여되어 있는 것인지의 여부의 판단을 위하여 가정법원은 정신감정 절차를 거치게

13) 본인이 준비해 둔 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 원칙적으로 후견계약의 개시를 통하여 본인의 사무처리능력의 부족을 메꿀 수 있으므로 굳이 법정후견제도에 의한 조력은 필요하지 않다. 다만 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있으며, 이 경우 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.

된다. 가정법원은 성년후견의 심판을 할 경우에는 피성년후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 한다. 다만, 피성년후견인이 될 사람이나 피한정후견인이 될 사람의 정신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 경우에는 의사에 감정 절차를 생략할 수 있다(가사소송법 제45조의2제1항).

3) 본인의 의사존중 - 가정법원은 성년후견 개시의 심판을 함에 있어 본인의 의사를 고려하여야 한(제9조제2항).

다. 피성년후견인의 행위능력

1) 원 칙

피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다(제10조제1항). 취소권자는 피성년후견인과 성년후견인이다(제140조).

2) 예 외

가) 가정법원에 의한 취소할 수 없는 법률행위의 결정

가정법원은 피성년후견인이 독자적으로 법률행위를 할 수 있는 범위를 정할 수 있고 또 청구권자의 청구에 의하여 변경할 수 있다(제10조제2항, 제3항). 피성년후견인은 원칙적으로 독자적인 행위능력이 없으나, 예외적으로 가정법원이 정한 일정 범위 내에서는 독자적으로 유효한 법률행위를 할 수 있다(같은 조 제1항조). 이 범위 내에서 피성년후견인이 한 법률행위는 취소할 수 없다.

나) 일상생활에 필요한 거래

피성년후견인이 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위를 독자적으로 할 수 있다(같은 조 제4항). 이러한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다.

다) 대리행위

대리인은 행위능력자임을 요하지 아니하므로(제117조), 피성년후견인은 타인을 위한 대리행위는 할 수 있다.

라. 성년후견인

1) 성년후견인의 선임

가) 법정대리인

가정법원의 성년후견개시 심판이 있는 경우에는 그 심판을 받은 사람의 성년후견인을 두어야 한다(제929조). 성년후견인은 법정대리인으로서의 성질을 갖는다(제938조제1항). 가정법원은 직권으로 선임하고, 성년후견인을 선임할 때에 피성년후견인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인과의 이해관계의 유무 등의 사정도 고려하여야 한다(제936조제4항).

나) 수와 자격

성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 다수로 선임될 수 있다(제930조제2항). 또 이미 성년후견인이 선임되어 있는 경우에도 필요하다고 인정되는 경우에는 가정법원이 직권으로 또는 피성년후견인 본인이나 청구권자의 청구에 의하여 추가로 성년후견인을 선임할 수 있다(제936조제3항). 가정법원이 다수의 성년후견인을 선임하는 경우에는 직권으로 그들의 공동으로 혹은 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있고 또 필요한 경우 변경할 수 있다(제949조의2). 또한 법인도 성년후견인이 될 수 있다(제930조제3항).
다만 자격과 관련하여, 후견인으로서의 결격사유를 갖는 사람은 성년후견인으로 선임될 수 없다(제937조).

2) 성년후견인의 임무

성년후견인은 임무의 수행과 관련하여 피성년후견인의 복리를 우선으로 하고 그의 의사를 존중하여야 한다(제947조).

3) 성년후견인의 권한

가) 재산관리권

성년후견인은 기본적으로 포괄적인 재산관리권을 가진다(제949조제1항). 성년후견이 개시되면 성년후견인은 지체 없이 피성년후견인의 재산을 조사하여 2개월 내에 그 목록을 작성하여야 한다. 이 때 후견감독인이 선임되어 있는 경우에는 재산조사와 목록작성에 있어 후견감독인의 참여가 없으면 그 효력이 없다(같은 조 제2항).

나) 법정대리권

① 의 의

성년후견인은 피성년후견인의 법정대리인으로서(제938조제1항), 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 제반사정을 고려하여 가정법원이 정하여 준 범위 내에서 대리권을 갖는다(같은 조 제2항). 기타 이해관계인의 청구에 의하여 가정법원이 후견인을 선임한다(제936조).

② 제 한

제947조(피성년후견인의 복리와 의사존중) 성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.

피성년후견인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 법률행위, 이해상반행위, 중요한 법률행위 등에 관한 성년후견인의 대리권 제한은 미성년자에서와 같다.

다) 피성년후견인의 신상보호

제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등) ① 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다.
② 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.
③ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다.
④ 제3항의 경우 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수

있다.
⑤ 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.

피성년후견인의 신상에 관한 거주와 이전, 면접교섭, 의학적 치료 등에 관한 것은 피성년후견인의 일신 전속적 결정에 속한 것이므로 우선 피성년후견인이 단독으로 결정한다(제947조의2). 그러나 피성년후견인이 자신의 신상에 관하여 스스로 결정할 수 없는 경우에는 성년후견인이 보충적으로 대신 결정할 수 있다.

① 피성년후견인의 격리행위

성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(제947조의2제2항). 이는 긴급성이 없으므로 반드시 '사전에' 가정법원의 허가를 받아야 한다.

② 피성년후견인의 의학적 침습

피성년후견인이 스스로 결정할 수 없는 경우에 그의 일반적인 의료행위에 대해서는 성년후견인이 대신 동의할 수 있다(제938조제3항, 제947조의2제3항). 그러나 피성년후견인이 '의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때'에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(같은 조 제4항 본문). 다만 긴급을 요하는 경우에는 성년후견인은 사후에 가정법원의 허가를 받아야 한다(같은 조항 단서).

③ 피성년후견인의 거주와 관련하여

성년후견인이 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸 그 밖에 이에 준하는 행위를 대리하는 경우에 이는 피성년후견인의 복리와 밀접한 관계를 가지는 것으로서 이에 대해서 사전에 가정법원의 허가를 얻어야 하고, 긴급할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다(제947조의2제5항).

마. 성년후견감독인

1) 성년후견감독인의 선임

가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 피성년후견인, 친족, 성년후견인의 청구에 의하여 성년후견감독인을 선임할 수 있다(제940조의4제1항). 여기서 성년후견감독인의 결격사유로는 후견인의 결격사유 외에(제940조의7, 제937조) 성년후견인의 가족(제779조)도 포함되는데, 성년후견인과 가족관계에 있는 사람은 가족관계의 정의(情誼) 때문에 적정한 감독의 수행을 할 수 없을 것이기 때문이다(제940조의5).

2) 성년후견감독인의 수

성년후견감독인은 다수로 선임될 수 있고, 법인도 될 수 있다(제940조의7).

3) 성년후견감독인의 직무

성년후견감독인은 성년후견인의 사무를 감독하며, 성년후견인이 없는 경우 지체 없이 가정법원에 성년후견인의 선임을 청구하여야 한다(제940조의6 제1항). 성년후견감독인은 피후견인의 신상이나 재산에 대하여 급박한 사정이 있는 경우 그의 보호를 위하여 필요한 행위 또는 처분을 할 수 있다(같은 조 제2항). 또한 성년후견인과 피성년후견인 사이에 이해가 상반되는 행위에 관하여는 성년후견감독인이 피성년후견인을 대리한다(같은 조 제3항).

성년후견인이 피성년후견인의 재산조사와 목록 작성할 때에 후견감독인이 참여하여야 하며(제941조제2항), 성년후견인이 피성년후견인의 영업행위 등 중대한 법률행위를 대리할 때에 후견감독인은 동의권을 갖고, 이를 위반하였을 경우 취소할 수 있다(제951조).

바. 성년후견종료

성년후견개시의 원인이 소멸한 경우에 가정법원은 「본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장」의 청구에 의하여 성년후견종료의 심판을 함으로써 성년후견은 종료된다(제11조).

4. 한정후견제도

제12조(한정후견개시의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다.
② 한정후견개시의 경우에 제9조제2항을 준용한다.

제13조(피한정후견인의 행위와 동의) ① 가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다.
② 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 제1항에 따른 한정후견인의 동의를 받아야만 할 수 있는 행위의 범위를 변경할 수 있다.
③ 한정후견인의 동의를 필요로 하는 행위에 대하여 한정후견인이 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 그 동의를 하지 아니하는 때에는 가정법원은 피한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다.
④ 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

제14조(한정후견종료의 심판) 한정후견개시의 원인이 소멸된 경우에는 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견종료의 심판을 한다.

가. 한정후견의 의의

한정후견은 「질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람」에 대하여 가정법원의 심판으로 한정후견인을 선임하여 그 재산관리 및 신상보호에 관한 사무를 처리하도록 하는 제도이다(제12조).

나. 한정후견 개시 심판의 요건 및 절차

1) 실질적 요건

한정후견은 질병 등의 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람을 위해서 개시된다(제12조제1항). 즉 한정후견이 개시되기 위해서는 성년후견의 원인 있을 정도의 사무처리 능력이 지속적으로 결여되지 않은 상태로서 다만 정상적인 사무처리를 할 정신능력은 부족하여야 한다.

2) 형식적 요건

가) **청구권자의 청구** - 성년후견의 개시를 위해서는「본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장」의 청구가 있어야 한다. 그리고 후견계약에서 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에는「임의후견인과 임의후견감독인」도 한정후견의 심판을 청구할 수 있다(제959조의20 제1항). 가정법원이 직권으로 절차를 개시하지는 못하는 것은 성년후견에서와 같다.

나) **정신감정의 절차** - 정신적 제약으로 사무를 처리할 판단능력이 부족한 것인지의 여부의 판단을 위하여 가정법원은 정신감정 절차를 거치게 된다. 가정법원은 한정후견 개시의 심판을 할 경우에는 성년후견에서와 마찬가지로 피한정후견인이 될 사람의 정신상태에 관하여 의사에게 감정을 시켜야 하지만, 피한정후견인이 될 사람의 정신상태를 판단할 만한 다른 충분한 자료가 있는 경우에는 의사에 의한 정신감정 절차를 생략할 수도 있다(가사소송법 제45조의2제1항).

3) 본인의 의사존중

가정법원은 성년후견 개시의 심판을 함에 있어 본인의 의사를 고려하여야 한(제9조 제2항).

다. 피한정후견인의 행위능력

1) 원 칙

피한정후견인은 원칙적으로 행위능력을 제한받지 않는다(제13조).

2) 예 외

가) 가정법원에 의한 동의 유보 대상의 법률행위의 범위 결정

가정법원은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위의 범위를 정할 수 있고 또 필요한 경우 청구권자의 청구에 의하여 그 범위를 변경할 수 있다(제13조제1항, 제2항, 제3항). 피한정후견인이 이 범위를 넘는 법률행위를 한정후견인의 동의 없이 한 경우에는 취소할 수 있다(같은 조 제4항).

나) 일상생활에 필요한 거래

피성년후견인이 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위를 독자적으로 할 수 있다(같은 조 제4항).

다) 대리행위

타인을 위한 대리행위는 행위능력자임을 요하지 않으므로 한정후견인은 독자적으로 대리행위를 할 수 있다(제117조).

라. 한정후견인

1) 한정후견인의 선임

가) 법 정

가정법원은 한정후견개시의 심판을 할 때에는 직권으로 한정후견인을 선임한다(제959조의3제1항). 한정후견인은 법정대리인으로서의 성질을 갖는다(제959조의3제2항, 제938조제1항). 가정법원은 한정후견인을 선임할 때에 피한정후견인의 의사를 존중하여야 하며, 그 밖에 피성년후견인의 건강, 생활관계, 재산상황, 성년후견인이 될 사람의 직업과 경험, 피성년후견인인과의 이해관계의 유무 등의 사정도 고려하여야 한다(제959조의3제2항, 제936조제4항).

나) 수와 자격

한정후견인은 피한정후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 다수로 선임될 수 있다(제959조의3제2항, 제936조제2항). 또 이미 한정후견인이 선임되어 있는 경우에도 필요하다고 인정되는 경우에는 가정법원이 직권으로 또는 피한정후견인 본인이나 청구권자의 청구에 의하여 추가로 한정후견인을 선임할 수 있다(제959조의3제2항, 제936조제3항). 가정법원이 다수의 한정후견인을 선임하는 경우에는 직권으로 그들의 공동으로 혹은 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있고 또 변경할 수 있다(제959조의6제2항, 제949조의2).

또한 법인도 한정후견인이 될 수 있음은 성년후견에서와 같다(제959조의3제2항, 제930조제3항).

2) 한정후견인의 임무

한정후견인은 임무의 수행과 관련하여 피성년후견인의 복리배려의무와 의사존중의무를 지켜야 한다(제947조).

3) 한정후견인의 권한

> **제959조의3(한정후견인의 선임 등)** ① 제959조의2에 따른 한정후견인은 가정법원이 직권으로 선임한다.
>
> **제949조(재산관리권과 대리권)** ① 후견인은 피후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 피후견인을 대리한다.
>
> **제959조의4(한정후견인의 대리권 등)** ① 가정법원은 한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다.
>
> ② 한정후견인의 대리권 등에 관하여는 제938조제3항 및 제4항을 준용한다.

가) 동 의 권

한정후견인은 가정법원의 동의유보 심판에 의하여 동의권을 부여받은 범위 내에서 피한정후견인의 법률행위에 동의권을 행사함으로써 피한정후견인의 재산관리에 조력할 수 있다(제949조제1항).

나) 취 소 권

한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받지 않고 하였을 경우에는 그 법률행위를 취소할 수 있다(제13조제4항). 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대해서는 피한정후견인은 한정후견인의 동의 없이 유효하게 할 수 있다(같은 조항 후문).

다) 대리권

① 원 칙 : 가정법원은 한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다(제959조의4제1항). 이처럼 가정법원은 한정후견인의 대리권 수여의 범위를 독자적으로 결정할 수 있으므로, 한정후견인의 동의유보의 범위와 법정대리권의 범위가 일치해야 하는 것인지에 관하여 문제된다. 학설은 두 제도는 기본적으로 '판단의 조력'과 '실행의 조력'이라는 면에서 구별되고 이에 따라 목적하는 취지도 다르기 때문에 양자가 반드시 일치할 필요가 없다고 해석한다.[1] 예를 들어,

1) 김형석, "민법개정안에 따른 성년후견법제", 146면.

노령으로 인하여 정신적 제약 외에 신체적 거동이 불편하다는 사정은 동의유보를 명할 때에는 고려될 여지가 없겠지만, 한정후견인의 법정대리권의 범위를 판단할 때에는 고려될 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 견해에 대하여는 사무처리의 편의를 위해서 한정후견인에게 대리권을 수여할 수 있는 점에 관하여는 임의대리권의 수여로 해결할 문제이지, 법정대리권의 수여로 대비할 것은 아니라고 한다.[2] 그리하여 후자의 견해에 의하면, 한정후견인의 대리권은 피한정후견인의 제한된 능력을 보충하는 범위 내로 한정되어야 하는 것으로 본다. 즉 동의유보결정의 범위를 초과하여 법정대리권을 부여하는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 결국 한정후견인의 대리권은 동의유보결정과 동일하거나 이보다 협소한 범위에서 수여될 수 있는 것이다.

② 대리권의 제한 : 성년후견인의 대리권에 관한 제한은 대부분 한정후견인의 대리권에 그대로 적용된다(제959조의6).

라) 피한정후견인의 신상보호

피한정후견인의 신상에 관한 거주와 이전, 면접교섭, 의학적 치료 등에 관한 한정후견인의 권한은 성년후견에서와 같다(제959조의6에 의해 제947조의2 준용).

마. 한정후견감독인

가정법원은 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 청구권자의 청구에 의하여 한정후견감독인을 선임할 수 있다(제959조의5제1항). 한정후견감독인은 임의기관으로서 가정법원은 필요한 경우에 선임할 수 있다. 한정후견감독인의 결격사유로는 후견인의 결격사유 외에(제940조의7, 제937조) 한정후견인의 가족(제779조)도 포함된다(제959조의5제2항, 제940조의5). 그 밖의 한정후견감독인에 대해서는 성년후견감독인에 대한 내용과 원칙적으로 같다.

바. 한정후견종료

한정후견개시의 원인이 소멸한 경우에 가정법원은 청구권자의 청구에 의하여 한정후견종료의 심판을 함으로써 한정후견은 종료된다(제14조).

---

2) 윤진수, 현소해, “2013 개정민법해설”(법무부), 132면.

5. 특정후견제도

제14조의2(특정후견의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 특정후견의 심판을 한다.
② 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다.
③ 특정후견의 심판을 하는 경우에는 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다.

가. 특정후견의 의의

특정후견은 「질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람」에 대하여 가정법원의 심판으로 필요한 특정처분을 명하거나 특정후견인을 선임함으로써 후원을 하는 제도이다(제14조의2제1항). 이 특정후견은 피후견인의 사무의 전부 또는 일부에 대하여 지속적이고 포괄적인 가정법원의 보호를 해 주는 성년후견이나 한정후견과는 달리, 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원을 목적으로 한다. 다만 후견개시요건을 달리 하지는 않으므로, 성년후견이나 한정후견의 사유를 가진 요보호인도 특정후견을 청구하여 일시적이고 특정한 사무와 관련하여 후견을 받을 수 있다.

나. 특정후견 심판의 요건 및 절차

1) 실질적 요건

특정후견은 질병 등의 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원을 필요로 하는 사람에 대하여 가정법원이 특정후견의 심판을 한다(제14조의2제1항).

2) 형식적 요건

가) **청구권자의 청구** – 특정후견의 심판은 「본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장」의 청구가 있어야 한다(제14조의2제1항). 그리고 후견계약에서 본인의 이익을 위하여 특별히 필요한 때에는 「임의후견인과 임의후견감독인」도 특정후견의 심판을 청구할 수 있다(제959조의20 제1항).

나) **정신감정의 절차** - 특정후견은 특정후견의 심판을 받을 사람이 정상적인 행위능력을 가지고 있으므로, 특정후견 심판의 개시 요건으로서의 정신적 제약으로 특정 사무를 처리할 능력이 부족한 것인지의 여부에 관해서 의사의 정신감정의 절차까지는 요구되지 않고 가정법원으로서는 의사나 그 밖에 전문지식이 있는 사람의 의견을 들어서 판단한다. 이 경우 의견을 말로 진술하게 하거나 진단서 또는 이에 준하는 서면으로 제출하게 할 수 있다(가사소송법 제45조의2제2항).

다) **본인의 의사존중** - 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2 제2항).

3) 특정후견의 기간 확정과 특정후견사무의 명시

가정법원은 특정후견의 심판을 할 때에는 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다(제14조의2제3항).

다. 피특정후견인의 행위능력

특정후견은 피특정후견인에 대한 후원만을 내용으로 하므로, 피특정후견인의 행위능력을 제한하지 않는다(제14조의2). 그러므로 특정후견이 개시되어도 피특정후견인은 완전한 행위능력을 보유하므로, 특정후견의 대상으로 된 법률행위를 직접 하거나 아니면 특정후견인의 대리를 통해서 할 수 있다.

라. 특정후견에 따른 보호조치

1) 가정법원의 처분

가정법원은 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명할 수 있다(제959조의8). 가정법원은 피특정후견인의 사무를 처리하기 위하여 관계인에게 특정행위를 명하거나 부작위를 명하는 등의 방법으로 사무처리에 필요한 처분을 할 수 있다. 이러한 특정후견에 따른 처분은 피특정후견인의 재산관리에 관한 사항도 가능하고 신상보호에 관한 처분도 가능하다.

2) 특정후견인의 선임

가) 특정후견인

가정법원은 특정후견에 따른 처분으로 피특정후견인을 후원하거나 대리하기 위한 특정후견인을 선임할 수 있다(제959조의9제1항). 특정후견인은 복수로 선임될 수 있고 또 법인이 선임될 수도 있다(제959조의9제1항에서 제930조제2항, 제3항 준용).

나) 특정후견인의 임무

특정후견인은 피특정후견인을 보좌하고 후원하는 임무를 수행하며, 그의 복리를 배려하고 의사를 존중할 의무가 있다(제959조의12, 제947조).

다) 대리권 수여

① 의 의

가정법원은 피특정후견인의 후원을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다(제959조의11제1항).

② 대리권의 범위

가정법원이 기간 또는 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 부여한 경우, 특정후견인은 그 한도에서 피특정후견인의 법정대리인이 된다. 이 법정대리권은 피특정후견인의 재산상 법률행위를 포함하여 신상에 관한 결정 권한도 포함된다.

③ 대리권의 제한

가정법원은 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원 또는 특정후견감독인의 동의를 얻도록 명할 수 있다(제959조의11제2항). 그리고 특정후견인이 피특정후견인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 법률행위를 대리하는 때에는 본인의 동의를 얻어야 한다(제959조의12, 제920조).

마. 특정후견감독인

특정후견인이 선임된 경우, 가정법원은 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 또는 피특정후견인, 친족, 특정후견인의 청구에 의하여 특정후견감독인을 선임할 수 있다(제959조의10제1항). 그의 선임과 권한은 성년후견감독인에 준한다(제959조의10제2항).

바. 특정후견종료

특정후견은 특별히 종료의 심판을 필요로 하지 않는다. 가정법원은 특정후견의 심판을 할 때 기간을 정하여 필요한 처분을 명하거나 특정후견인을 선임하는 것이므로, 그 사무처리의 종결이나 기간의 경과로 종료한다.

6. 심판 사이의 관계와 후견등기

제14조의3(심판 사이의 관계) ① 가정법원이 피한정후견인 또는 피특정후견인에 대하여 성년후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 한다.
② 가정법원이 피성년후견인 또는 피특정후견인에 대하여 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견 또는 특정후견의 종료 심판을 한다.

가. 심판 사이의 관계

가정법원은 동일인에 대해 중복의 후견이 발생되지 않도록 직권으로 기존의 후견을 종료시켜야 한다. 그리하여 피한정후견인 또는 피특정후견인에 대해 성년후견개시 심판을 할 때에는 가정법원은 종전의 한정후견 또는 특정후견의 종료심판을 하여야 한다. 이때에는 한정후견종료 심판의 청구(제14조)가 필요하지 않다. 또한 피성년후견인 또는 피특정후견인에 대하여 한정후견개시 심판을 할 때에는 가정법원은 종전의 성년후견 또는 특정후견의 종료 심판을 한다. 이 경우, 성년후견종료 심판의 청구(제11조)가 필요하지 않다.

나. 후견등기

가정법원이 성년후견 · 한정후견 · 특정후견 개시의 심판을 확정하면 지체 없이 그 내용을 후견등기부에 등기하여 공시한다(후견등기에 관한 법률). 후견등기는 인적편성주의에 의한다.

7. 후견계약

제959조의14(후견계약의 의의와 체결방법 등) ① 후견계약은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관하여 대리권을 수여하는 것을 내용으로 한다.
② 후견계약은 공정증서로 체결하여야 한다.
③ 후견계약은 가정법원이 임의후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.
④ 가정법원, 임의후견인, 임의후견감독인 등은 후견계약을 이행·운영할 때 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다.

가. 후견계약의 의의

후견계약은 질병 등의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하기 위하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인에게 위탁하고 이를 위한 대리권 수여를 내용으로 하는 계약을 말한다(제959조의14 제1항). 이 후견계약은 사적 자치에 기초한 것으로서 원칙적으로 법이 개입할 여지가 없으나, 그 후견계약의 내용이 피후견인의 재산과 신상에 관한 것이라는 점에서 그 계약내용을 완전히 계약자유에만 맡겨 둘 수만은 없어 법은 일정한 한도에서 후견사무의 개입 및 감독을 한다. 후견계약은 사무처리의 내용이 후견이라는 것일 뿐 민법상의 위임계약의 성질을 갖는다.

나. 후견계약의 성립

1) 요식행위

후견계약은 반드시 '공정증서'에 의하여 체결해야 하는 일종의 요식행위이다(제959조의14 제2항). 이는 본인과 임의후견인에게 임의계약 체결에서 심사숙고할 기회를 주고 계약의 내용을 명확하게 하기 위함이다.

2) 후견계약의 유효

가) 의사능력

본인은 후견계약체결 당시에 후견계약이 가지는 의미와 결과에 대하여 이해할 수

있는 정신적 능력을 가지고 있어야 한다. 만일 이러한 의사능력이 없는 경우에는 체결된 후견계약은 무효이다.

나) 효력발생

후견계약은 당사자가 약정한 시기에 효력을 발생하는 것이지만, 이에 가정법원이 '임의후견감독인을 선임한 때'에 비로소 그 효력을 발생하는 것으로 한다(제959조의14 제2항). 이는 후견계약에 관하여 피특정후견인의 복리를 고려한 가정법원의 감독으로 작용한다. 그리하여 후견계약을 체결한 임의후견인이 결격자이거나 그 임무에 적절하지 않은 경우에 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 않음으로써 그 후견계약의 효력발생을 저지할 수 있다. 또한 가정법원은 위의 사유가 발생한 경우에 임의후견인을 해임할 수 있다(제959조의17 제2항).
또한 후견계약은 공시를 위하여 등기하도록 되어 있다(제959조의15제1항 참조).

3) 후견계약의 철회

제959조의18(후견계약의 종료) ① 임의후견감독인의 선임 전에는 본인 또는 임의후견인은 언제든지 공증인의 인증을 받은 서면으로 후견계약의 의사표시를 철회할 수 있다.

후견계약이 효력을 발생하기 전에 당사자들은 체결한 후견계약을 철회할 수 있다. 즉 임의후견감독인의 선임 전에 본인 또는 임의후견인은 공증인의 인증을 받은 서면으로 후견계약을 종료할 수 있다(제959조의18제1항).

4) 후견계약의 우선성

제959조의20(후견계약과 성년후견·한정후견·특정후견의 관계) ① 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 가정법원은 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다. 이 경우 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다.
② 본인이 피성년후견인, 피한정후견인 또는 피특정후견인인 경우에 가정법원은 임의후견감독인을 선임함에 있어서 종전의 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 하여야 한다. 다만, 성년후견 또는 한정후견 조치의 계속이 본인의 이익을 위하여 특별히 필요하다고 인정하면 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다.

임의후견은 본인의 후견계약에 기초하고 있으므로 법정후견제도에 우선하여 그 효력을 발생하여야 한다. 그러므로 후견계약이 등기되어 있는 경우에는 원칙적으로 법정후견은 개시하지 않는다(법정후견의 보충성). 다만 본인의 이익을 위하여 특별히 필요할 때에만 가정법원은 임의후견인 또는 임의후견감독인의 청구에 의하여 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 심판을 할 수 있다(제959조의20 제1항 제1문). 이로써 후견계약은 본인이 성년후견 또는 한정후견 개시의 심판을 받은 때 종료된다(같은 조항 제2문). 이처럼 민법은 법정후견과 임의후견의 병존을 허용하지 않는다. 그러므로 본인이 피성년후견인, 피한정후견인 또는 피특정후견인인 경우에 임의후견이 개시되기 위해서 가정법원이 임의후견감독인을 선임하여야 하는데, 이 때 종전의 성년후견, 한정후견 또는 특정후견의 종료 심판을 하여야 한다(같은 조 제2항 본문). 다만 성년후견 또는 한정후견의 조치가 계속되는 것이 본인의 이익을 위하여 필요하다고 인정하면, 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다(같은 조 제2항 단서). 이로써 임의후견계약은 효력을 발생할 수 없고, 기존의 법정후견(성년후견, 한정후견)이 지속된다.

다. 임의후견인의 자격

임의후견인은 일반적인 후견인의 결격사유(제937조)가 없어야 하고, 그 밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합한 사람이어야 한다. 만일 선임될 후견인이 이에 적합하지 아니한 경우에는 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 않을 수 있다(제959조의17 제1항, 제959조의14 제3항).

라. 임의후견의 내용

임의후견은 계약관계이므로, 이로써 본인의 행위능력이 제한되지 않는다. 또한 임의후견의 내용은 당사자들이 정한 바에 의한다. 그리하여 임의후견인은 본인이 수여한 대리권 등에 기초하여 후견사무를 처리한다. 후견사무는 본인의 재산관리와 신상보호에 관한 것이다. 특히 본인은 신상에 관한 사항 중 특정영역을 정하여 자신이 이에 관한 결정을 할 수 없을 때를 대비하여 임의후견인이 자신을 갈음하여 결정할 수 있다는 취지의 수권을 할 수도 있다. 임의후견인은 위임계약상 선량한 관리자의 주의의무를 부담하며, 위임사무처리에 있어 본인의 의사를 최대한 존중하여야 한다(제959조의14제4항).

마. 임의후견감독인

제959조의15(임의후견감독인의 선임) ① 가정법원은 후견계약이 등기되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정할 때에는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다.
② 제1항의 경우 본인이 아닌 자의 청구에 의하여 가정법원이 임의후견감독인을 선임할 때에는 미리 본인의 동의를 받아야 한다. 다만, 본인이 의사를 표시할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다.
③ 가정법원은 임의후견감독인이 없게 된 경우에는 직권으로 또는 본인, 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다.
④ 가정법원은 임의후견임감독인이 선임된 경우에도 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 제3항의 청구권자의 청구에 의하여 임의후견감독인을 추가로 선임할 수 있다.
⑤ 임의후견감독인에 대하여는 제940조의5를 준용한다.

제959조의16(임의후견감독인의 직무 등) ① 임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하며 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하여야 한다.
② 가정법원은 필요하다고 인정하면 임의후견감독인에게 감독사무에 관한 보고를 요구할 수 있고 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하거나 그 밖에 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다.
③ 임의후견감독인에 대하여는 제940조의6제2항·제3항, 제940조의7 및 제953조를 준용한다.

1) 선　　임

가정법원은 후견계약이 등기되어 있고, 본인이 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있다고 인정할 때에는 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 임의후견인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견감독인을 선임한다(제959조의15제1항).

2) 임　　무

임의후견감독인은 임의후견인의 사무를 감독하며 그 사무에 관하여 가정법원에 정기적으로 보고하여야 한다(제959조의16 제1항). 가정법원은 필요하다고 인정하면 임의후견감독인에게 감독사무에 관한 보고를 요구할 수 있고, 또 임의후견인의 사무 또는 본인의 재산상황에 대한 조사를 명하거나 그 밖에 임의후견감독인의 직무에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다(같은 조 제2항).

바. 임의후견의 종료

제959조의18(후견계약의 종료) ② 임의후견감독인의 선임 이후에는 본인 또는 임의후견인은 정당한 사유가 있는 때에만 가정법원의 허가를 받아 후견계약을 종료할 수 있다.

제959조의17(임의후견개시의 제한 등) ① 임의후견인이 제937조 각 호에 해당하는 자 또는 그 밖에 현저한 비행을 하거나 후견계약에서 정한 임무에 적합하지 아니한 사유가 있는 자인 경우에는 가정법원은 임의후견감독인을 선임하지 아니한다.

② 임의후견감독인을 선임한 이후 임의후견인이 현저한 비행을 하거나 그 밖에 그 임무에 적합하지 아니한 사유가 있게 된 경우에는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다.

1) 정당한 사유로 인한 해지

임의후견감독인의 선임 이후에는 본인 또는 임의후견인은 정당한 사유가 있는 때에만 가정법원의 허가를 받아 후견계약을 종료할 수 있다(제959조의18 제2항).

2) 임의후견인의 비행 등을 이유로 하는 해지

임의후견감독인을 선임한 이후 임의후견인이 현저한 비행을 하거나 그 밖에 그 임무에 적합하지 아니한 사유가 있게 된 경우에는 가정법원은 임의후견감독인, 본인, 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 임의후견인을 해임할 수 있다(제959조의17 제2항).

그러면 후견계약은 두 가지의 사유로 인하여 해지되는 결과를 가져 온다. 여기에서 '임의후견인의 비행이나 기타 임무에 적합하지 아니한 사유'(제959조의17 제2항)는 '후견계약을 해지할 정당한 사유'(제959조의18 제2항)에 비해서 본인의 보호의 관점에서 심중한 위험이 있으므로 일반적인 후견계약의 해지에 비해 특별한 경우로 보아 우선 적용되어야 할 것이다. 즉 전자의 경우 본인의 보호의 관점에서 '임의후견감독인, 본인, 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장'의 청구에 의하여 가정법원이 임의후견인을 해임하도록 하고, 그 이외에 후견계약을 유지하기 어려운 사유가 발생한 경우에는 계약당사자로서 '본인 또는 임의후견인'이 가정법원의 허가를 얻어 후견계약을 종료할 수 있는 것으로 해석할 것이다.

3) 해지의 효과

제959조의19(임의후견인의 대리권 소멸과 제3자와의 관계) 임의후견인의 대리권 소멸은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

후견계약이 해지되면 본인과 임의후견인의 권리의무는 장래를 향하여 소멸한다. 따라서 후견계약에 기초하여 본인이 임의후견인에게 수여한 대리권도 소멸한다. 그러나 임의후견인의 대리권 소멸은 등기하지 않으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(제959조의19). 이로써 대리권 소멸 후의 표현대리(제129조)는 성립할 여지가 없다.

※ 민법 일부 개정 전의 한정치산자, 금치산자의 제도

1. 한정치산자

한정치산자는 「'심신(心神)이 박약(薄弱)한 자' 또는 '재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자'로서 가정법원으로부터 한정치산의 선고를 받은 자」를 말한다.

한정치산자는 '재산상의 법률행위'에서는 미성년자와 같은 행위능력을 갖는다(제10조). 다만 한정치산자에게는 '신분행위'에 관하여 완전한 행위능력이 인정된다.

2. 금치산자

금치산자는 「심신상실(心神喪失)의 상태(常態)에 있는 자로서 가정법원으로부터 금치산의 선고를 받은 자」를 말한다. 금치산자의 '재산상의 법률행위'는 언제나 취소할 수 있다. 금치산자는 부모 또는 후견인의 동의를 얻어 자신의 신분행위를 할 수 있다.

3. 잔존능력에 대한 인정 없음

행위무능력 제도 하에서 한정치산자가 법정대리인의 동의 없이 한 행위나 금치산자가 한 '재산상의 법률행위'에 대해서는 획일적으로 취소 할 수 있게 함으로써 개인적인 사무처리에 관한 능력에 차이가 있더라도 그에 대한 능력에 대해서는 인정받을 수 없었다. 이 점은 개인의 능력과 의사에 대한 존중이 이루어지지 않는 점에서 문제가 있었다.

개정 민법 부칙 제2조제항에 따라 본법의 시행일인 2013년 7월 1일부터 향후 5년까지(2018년 6월 30일까지) 금치산자 및 한정치산자의 제도가 유지된다. 이 동안에 기존의 한정치산자와 금치산자는 성년후견 등의 자신의 사무처리능력에 맞는 보호제도를 정하여 심판을 받아야 한다.

II. 제한능력자 상대방의 보호

1. 제한능력자와 거래한 상대방 보호의 필요성

가. 민법의 기본원리로써 제한능력자의 보호

제한능력자의 보호제도는 민법의 기본원리이므로 거래의 안전을 해하면서까지 제한능력자를 보호하게 된다. 결국 법정대리인의 동의 없이 제한능력자가 한 법률행위는 제한능력자 측에서 취소할 수 있으므로 법률행위의 효력 여하가 제한능력자 측의 취소권의 행사 여부에 의하여 결정된다. 그리고 취소권의 행사는 기존에 성립하고 있는 법률행위를 소급하여 처음부터 무효로 만들기 때문에(제141조), 상대방은 물론 상대방과 법률행위를 한 제3자도 취득한 재산을 반환하여야 하는 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이로써 상대방과 제3자는 불측의 손해를 보게 된다.

나. 거래 안전을 위한 민법상의 조치

민법은 제한능력자 보호에 따른 거래의 안전에 대한 침해를 최소화하기 위하여 다음과 같은 제도적 장치를 마련해 놓고 있다. 일단 취소될 수 있는 행위의 불확정 상태를 단기에 해소하기 위하여 '취소권의 단기소멸'(제146조)과 일정한 경우에 취소하지 못하게 하는 '법정추인'(제145조)의 제도를 두고 있다. 그러나 실제로 법정추인이 별로 활용되지 않고, 취소권의 소멸기간인 3년 내지 10년도 거래실정에 비추어 볼 때 상당히 긴 것으로 평가된다. 즉 제한능력자와 거래한 상대방은 최소한 3년의 기간 동안 취소에 따른 불안정한 상태에 놓이게 되는데, 이 또한 제한능력자와 거래하였다는 이유만으로 상대방이 이처럼 불안정한 지위에 놓이게 되는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 상대방은 제한능력자와 거래하였다는 것만으로 취소를 당하는 것이지, 그에게 책임을 물을 만한 불법의 행위를 한 자가 아니기 때문이다. 이러한 점을 고려하여, 민법은 상대방의 보호를 위하여 「최고권·철회권·거절권 및 속임수에 의한 제한능력자의 취소권의 배제」를 규정하고 있다.

2. 상대방의 최고권

제15조(제한능력자의 상대방의 확답을 촉구할 권리) ① 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있다. 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.
② 제한능력자가 아직 능력자가 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 제1항의 촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다.
③ 특별한 절차가 필요한 행위는 그 정하여진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 취소한 것으로 본다.

가. 의의 및 성질

최고권은 「제한능력자와 거래한 상대방이 제한능력자 측에 대하여 취소할 수 있는 행위를 적시하여 취소나 추인의 여부에 대한 확답을 촉구하는 권리」이다. 이에 대하여 제한능력자 측에서 아무런 대답이 없더라도 법률의 규정에 의하여 취소 또는 추인의 효과가 발생한다(제15조). 이러한 최고권은 준법률행위의 일종인 「의사의 통지」이며, 그 법적 성질은 형성권이다.

나. 최고의 방법

상대방은 다음의 요건을 갖추어서 최고권을 행사하여야 한다(제15조제1항).

① 취소할 수 있는 행위를 적시하여야 한다.
② 1개월 이상의 유예기간을 정하여야 한다.
③ 추인 여부의 확답을 요구하여야 한다.

최고권은 상대방 있는 의사표시로서 제한능력자 측에 대해서 행하여진다. 이 때 최고를 받을 제한능력자 측의 상대방은 최고를 수령할 능력이 있고(제112조 참조), 또한 취소나 추인을 할 수 있는 자에 한한다(제140조, 제143조 참조). 그러므로 제한능력자가 능력자로 된 경우에는 현재의 능력자로 된 행위당사자가 최고의 상대방이 된다(제15조제1항). 그런데 행위를 한 제한능력자가 아직 능력자로 되기 전에는 그의 법정대리인만이 최고의 상대방이 되고, 따라서 이 경우에 제한능력자에게 한 최고는 무효이다(같은 조 제2항).

다. 최고의 효과

- 최고의 효과
  - 확답이 있을 때 : 확답의 내용대로 취소·추인의 효과 발생
  - 확답이 없을 때
    - 제한능력자가 능력자로 된 경우 - 추인의 효과 (제15조제1항)
    - 제한능력자가 계속 제한능력상태인 경우
      - 특별한 절차의 불필요 추인의 효과(제15조제2항)
      - 특별한 절차의 필요 취소의 효과(제15조제3항)

1) 확답이 있는 경우 – 최고를 받은 자가 유예기간 내에 추인 또는 취소의 확답을 하면, 그 확답의 내용대로 추인 또는 취소의 효과가 생긴다.

2) 확답이 없는 경우

가) **제한능력자가 능력자로 된 때** : 제한능력자가 능력자로 된 후 유예기간 내에 그 확답을 발하지 않으면, 그 행위를 추인한 것으로 본다(제15조제1항).

나) **제한능력자가 능력자로 되지 않은 때**

① 특별한 절차가 필요 없는 경우 : 제한능력자가 아직 능력자가 되지 않아 법정대리인이 최고를 받았으나, 법정대리인이 취소·추인을 행사하는 데에 특별한 절차가 필요 없는 경우에 법정대리인이 그 유예기간 내에 확답을 발하지 않은 때에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(같은 조 제2항).

② 특별한 절차가 필요한 경우 : 제한능력자가 아직 능력자가 되지 않아 법정대리인이 최고를 받았으나, 법정대리인이 단독으로 추인하지 못하고 특별한 절차를 밟아야 하는 경우에 법정대리인이 그 유예기간 내에 그 특별 절차를 밟은 확답을 발하지 않으면 그 행위를 취소한 것으로 본다(같은 조 제3항). 이때의 '특별한 절차'란 법정대리인이 후견인인 경우에 후견감독인의 동의를 얻는 절차를 말한다. 즉 제한능력자가 제950조에 해당하는 법률행위를 한 경우에는 그 제한능력자의 법정대리인이 후견인인 때 그 후견인은 제한능력자의 법률행위에 관하여 추인을 하기 위해서는 사전에 후견감독인이 선임되어 있는 경우에 그의 동의를 얻어야 한다.

3. 상대방의 철회권과 거절권

제16조(제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권) ① 제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.
② 제한능력자의 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다.
③ 제1항의 철회나 제2항의 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다.

제한능력자와 한 법률행위의 효력 여하는 완전히 제한능력자 측의 취소·추인에 의존하여 확정된다. 그런데 이를 확정짓기 위한 최고제도는 1개월 이상의 유예기간을 두어 행사하여야 하기 때문에 이 또한 1월 이상 상대방으로서는 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이에 대하여 상대방이 행사할 수 있는 권리가 철회권과 거절권이다. 즉 상대방의 철회권과 거절권은 상대방이 제한능력자 측의 취소·추인 여부에 관계없이 스스로 제한능력자와 체결한 법률행위의 효력발생을 부인하여 즉시 그 법률행위의 효력으로부터 벗어날 수 있는 제도이다.

가. 철회권

철회권은 「계약」에 관한 것이다. 제한능력자와 체결한 계약은 제한능력자 측의 추인이 있기 전에는 상대방이 그의 의사표시를 철회할 수 있다(제16조제1항). 그러나 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 때에는 철회권은 인정되지 않는다(같은 조항 단서). 왜냐하면 계약당시에 제한능력자임을 알고 있는 상대방은 계약 당시에 이미 제한능력자 측의 취소 가능성을 예상한 자로서 제한능력자 측의 취소권 행사로부터 보호받을 필요가 없고 따라서 제한능력자와 체결한 계약을 철회할 수 없다. 철회의 의사표시는 「법정대리인 또는 제한능력자」에 대하여서 할 수 있다(같은 조 제3항).

나. 거절권

거절권은 「단독행위」에 관한 것으로써, 제한능력자 측의 추인이 있기 전까지 상대방은 거절하여 이를 무효로 할 수 있다(같은 조 제2항). 여기의 단독행위는 '상대방 있는 단독행위'만을 의미한다(예: 상계, 채무면제 등). 또한 거절권은 제한능력자의 상대방이 의사표시를 수령할 당시에 제한능력자임을 알고 있었더라도 행사할 수 있다.

왜냐하면 제한능력자로부터 채무의 면제를 받은 상대방이 이를 거절하더라도 제한능력자에게 아무런 불이익이 발생하지 않는 단독행위의 특수성에 비추어 볼 때, 상대방이 제한능력자의 단독행위 당시에 제한능력자임을 알고 있었더라도 거절권을 행사할 수 있다고 보아야 하기 때문이다. 거절의 의사표시는 「법정대리인 또는 제한능력자」에 대하여 할 수 있다(같은 조 제3항).

4. 취소권의 배제

제17조(제한능력자의 속임수) ① 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.
② 미성년자나 피한정후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 제1항과 같다.

가. 의의 및 입법취지

민법은 제한능력자가 속임수를 쓴 경우에는 제한능력자로서의 보호가치를 상실한 것으로 판단한다. 따라서 제한능력자가 속임수를 사용하여 '상대방으로 하여금 능력자로 오신케 하거나' 또는 '법정대리인의 동의가 있는 것으로 오신케 한 경우'에는 취소권을 박탈당한다.

나. 요 건

1) **속임수의 사용** – 제한능력자가 속임수를 썼어야 한다(제17조제1항·제2항). 여기서 속임수가 무엇을 의미하느냐에 관하여는 견해가 대립되어 있다.

가) **적극적 수단이어야 한다는 견해** : 이 견해는 속임수로 인정받기 위해서는 적극적 수단의 기망행위이어야 한다고 본다. 이에 의하면, 제한능력자에게서 취소권을 박탈하는 효과가 있기 위해서는 속임수가 '적극적인 기망수단'이어야 한다는 것이다. 그러므로 속임수가 되기 위해서는 제한능력자가 단순히 자기가 능력자라고 칭한 것만으로는 충분하지 않고, 예컨대 미성년자가 성년자로 믿게 하기 위하여 생년월일을 허위로 기재한 주민등록증을 제시하여 행사하는 등 「적극적

으로 사기수단」을 써야 하는 것이다. 그러므로 단순히 자기가 능력자라 사언(詐言)함은 사술을 쓴 것이라고 할 수 없다 할 것이므로, 미성년자가 계약체결당시에 본인이 단순히 "성년자로 군대에 갔다 왔다"고 말하거나, 스스로를 사장이라고 말하였다거나 또는 동석한 사람이 상대방에 대하여 미성년자를 회사의 사장이라고 호칭하게 한 것만으로써는 속임수에 해당하지 않는다.

나) **소극적 태도도 무방하다는 견해** : 이 견해는 소극적 태도도 속임수가 될 수 있다고 본다. 이 견해는 옳고 그름의 가치적 판단을 기초로, 제한능력자에게 취소권을 박탈하는 이유는 제한능력자가 기망행위 등의 비난을 받을 만한 행위를 하여 보호받을 가치를 스스로 잃었다는 데에 있으므로, 제한능력자가 행한 속임수가 적극적인 수단이었는가 아니면 소극적 수단이었는가는 고려할 만한 사정이 아니라고 본다. 이에 따라 제한능력자가 침묵 등 부작위를 포함하는 소극적인 기망수단을 사용하였더라도 이를 통해서 상대방으로 하여금 능력자로 또는 법정대리인의 동의가 있었던 것으로 오신을 유발하거나 강하게 하였다면, 이 또한 속임수에 해당하여 취소권을 박탈하여야 하는 것이다. 결국, 통상의 지능을 갖는 사람이 기망당할 수 있는 정도면 수단의 적극성 여부와 상관없이 속임수를 인정하기에 족하다고 한다.

다) **판례** : 판례는 제한능력자 보호의 핵심적 효과는 '취소권의 발생'인데, 제한능력자에게 취소권을 박탈하는 것은 제한능력자 보호를 포기하는 것인 만큼, 이러한 효과에 대응할 만큼 제한능력자에게 비난가능성이 있어야 한다고 본다. 이러한 점에서 제한능력자의 속임수는 적극적인 것이어야 한다고 본다.[3)]

2) **오신의 발생** – '제한능력자'가 자신을 능력자로 믿도록 하였거나(제17조제1항), 또는 '미성년자나 피한정후견인'이 자신에게 법정대리인의 동의가 있었던 것으로 믿도록 하였어야 한다(같은 조 제2항). 이처럼 제17조가 제1항과 제2항을 구분하여 제1항에서는 "제한능력자"를, 제2항에서는 "미성년자나 피한정후견인"으로 구분하여 그 대상자를 달리하여 명시하고 있다. 이처럼 제17조제2항에서 피성년후견인을 제외하는 이유는 피성년후견인에게는 법정대리인의 동의가 있어도 그가

3) 대판 1971.6.22, 71다940.

한 법률행위는 - 예외적으로 독자적으로 법률행위를 취소 할 수 없는 범위 이외에는 - 취소할 수 있기 때문이다. 그러므로 피성년후견인이 법정대리인의 동의가 있는 것으로 상대방을 오신시켰을 경우에는 원칙적으로 피성년후견인과 그의 법정대리인은 그가 한 법률행위를 취소할 수 있다.

3) **오신에 기한 법률행위** – 제한능력자와 거래한 상대방은 제한능력자를 능력자라고 믿었거나 또는 제한능력자의 행위에 대하여 법정대리인의 동의·허락이 있었다고 오신하여 제한능력자와 법률행위를 하였어야 한다.

다. 효 과

제한능력자의 속임수가 인정되는 경우에 제한능력자나 그 법정대리인 또는 기타의 취소권자는 제한능력자가 한 법률행위를 취소하지 못한다(제17조제1항·제2항). 따라서 제한능력자측의 취소권은 처음부터 배제된다.

생각해 보기

17세의 甲은 자신이 상속받은 집을 乙에게 매각하였다. 이 때 甲은 자신이 이미 군대에 갔다 왔다고 乙에게 자신을 소개하였다. 이를 믿고 乙은 甲으로부터 가옥을 매수하였는데, 그 후에 부동산의 가격이 등귀하여 미성년자인 甲은 자신이 한 가옥의 매각행위를 취소하려고 한다. 이에 대하여 乙은 甲이 자신을 속이고 성년자라고 하였으므로 취소권을 행사하지 못한다고 주장한다. 甲은 취소할 수 있는가?

[해 설]

제한능력자가 속임수로써 능력자로 믿게 하였거나(제한능력자의 경우), 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 때에는(미성년자나 피한정후견인의 경우) 그 행위를 취소하지 못한다. 위 사례의 경우에 쟁점이 되는 것은 미성년자 甲이 군대에 갔다 왔다고 한 진술이 사술로서 인정될 수 있는가의 여부이다. 판례는 단순히 자신이 능력자라고 말한 것만으로는 사술을 쓴 것으로 인정하지 않는다. 따라서 위 경우에는 甲이 속임수로써 기망행위를 한 것으로 인정되지 않으므로 甲은 가옥의 매각행위를 취소할 수 있다.

제2관 주 소

1. 주소의 의의

제18조(주소) ① 생활의 근거되는 곳을 주소로 한다. ② 주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 있다.

사람에 대한 일정한 법률관계는 일정한 장소를 기준으로 하여 결정되어야 한다. 여기서 그 사람의 법률적 의미 있는 장소로 결정하는 것이 주소제도이다. 이에 관하여 민법은 주소를 사람의 「생활의 근거되는 곳」으로 정의하고(제18조제1항), 이어서 「주소는 두 곳 이상 있을 수 있다」(같은 조 제2항)고 규정하고 있다. 따라서 우리 민법상의 주소는 사람이 실질적으로 「생활의 근거로 삼고 있는 곳」을 주소로 정하고(실질주의) 이에는 정주(定住)의 「사실」만으로 족하고 그밖에 사는 사람의 정주의 「의사」를 필요로 하지는 않으며(객관주의), 사람의 생활의 편의에 따라 여러 개의 주소를 동시에 가질 수 있다(복수주의).

2. 주소와 구별되는 개념

가. 주민등록지

주소와 구별되는 것으로서 주민등록지가 있다. 주민등록지는 30일 이상 거주할 목적으로 특정한 장소에 주소 또는 거소를 가진 사람이 「주민등록법」에 의하여 등록하는 장소를 말한다(「주민등록법」 제6조, 제10조). 따라서 주민등록지는 공법상의 개념이고 민법상의 개념이 아니다. 물론 주민등록지가 반드시 주소와 일치하지는 않으나, 반증이 없는 한 주민등록지가 주소로 추정된다.

나. 거 소

제19조(거소) 주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다. **제20조(거소)** 국내에 주소 없는 자에 대하여는 국내에 있는 거소를 주소로 본다.

거소는 사람과 장소와의 밀접성이 주소 보다 약한 곳을 말한다. 다음의 경우에는

거소가 주소로 간주된다. ① 주소가 없거나 또는 주소는 있지만 이를 알 수 없는 경우(제19조)와 ② 외국에 주소가 있지만 국내에는 주소가 없는 경우(제20조)에는 거소가 주소로 간주된다.

다. 현 재 지

현재지는 거소보다 사람과의 밀접성이 더 약한 곳이다. 예를 들어, 여행자가 머무는 호텔이 현재지인데, 일반적으로 현재지는 제19조와 제20조의 거소에 포함되는 것으로 본다.

라. 가 주 소

제21조(가주소) 어느 행위에 있어서 가주소를 정한 때에는 그 행위에 관하여는 이를 주소로 본다.

가주소는 사람이 어느 행위에 있어서 정한 장소로서(제21조), 거래의 편의를 위하여 설정된다. 예를 들어, 광주에 살고 있는 사람이 자신의 거래활동의 편의를 위해서 서울에 올라 와서 어느 특정 호텔에 머무르면서 그 거래와 관련된 장소로서 그 호텔을 정하였다면, 이것도 그 거래에 한해서는 그 사람의 주소로 취급된다(제21조). 현행「민사집행법」에서는 가주소와 관련된 규정을 모두 삭제하였다.

3. 주소의 효과

민법이나 기타의 법률은 사람과 장소 간의 관계가 문제로 되는 때에는 주소를 기준으로 한다. 즉 주소는 부재자의 판단기준(제22조)·실종자의 판단기준(제27조)·변제의 장소의 기준(제467조)·상속의 개시의 기준 장소(제998조)·어음행위의 장소(「어음법」 제2조, 제3항, 제4조, 제21조, 제76조제3항,「수표법」 제8조)·재판관할의 표준(「민사소송법」 제2조, 제3조)이 된다.

제 3 관 부재와 실종

민법은 사람이 종래의 주소 또는 거소를 떠나서 쉽사리 돌아올 가망이 없는 경우에 일단 제1단계에서는 사람이 아직 생존하고 있다고 추정해서 잔류재산을 관리하여 주면서 주소로 돌아오기를 기다리도록 한다. 그러나 부재자의 생사가 불분명하여 더 이상 돌아올 가망성이 없는 경우에는 제2단계로서 일정한 절차를 밟아서 사망한 것으로 보아 그의 재산상·신분상의 법률관계를 정리하고, 다만 추후에 살아서 돌아온 경우에는 이전의 법률관계를 부활·환원시켜 주고 있다. 전자가 「부재자제도」이고, 후자가 「실종선고제도」이다.

Ⅰ. 부재자 제도

1. 의　　의

> **제22조(부재자의 재산의 관리)** ① 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다. 본인의 부재중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다.

우리는 어떤 사람이 주소를 떠나서 아무런 연락도 없는 채 주소로 돌아오지 않는 경우에 우선 그 사람이 생존하고 있다고 추정해서 주소로 다시 돌아오기를 기다려야만 한다. 이때 그 사람이 주소에 남겨 놓은 잔류재산에 대해서는 관리하여 유지해 줄 필요성이 생긴다. 왜냐하면 개인재산은 국유를 구성하므로 개인재산의 멸실은 공적으로는 곧 국가재산의 멸실로 이어짐으로써 공익에 반하게 되고, 또한 사적으로도 부재자의 재산은 부재자의 채권자의 채권의 만족을 기할 수 있는 책임재산이며 또 잔존가족에 대한 상속재산에 속하기도 하므로, 그 사람의 재산을 유지하는 것은 이해관련 당사자들의 사익과도 매우 중요한 관련성을 맺고 있기 때문이다. 따라서 민법은 어떤 사람이 주소를 떠나 쉽사리 돌아오지 못할 경우에 일단 그가 생존하여 있을 것을 추정하고 그의 재산을 관리하여 주고 있다. 이를 「부재자 제도」라 한다.

2. 부재자의 재산관리의 필요성

부재자는 종래의 「주소 또는 거소를 떠난 자가 쉽사리 돌아올 가망이 없어서 그의 재산을 관리하여야 할 필요가 있는 자」를 말한다. 이때 부재자 제도로서의 의미는 주소를 떠난 자가 단순히 종래의 주소나 거소를 떠나 용이하게 돌아올 가망이 없다는 점보다는, 그의 재산에 대한 보전을 위하여 관리가 필요하다는 점에 있다. 그러므로 사람이 주소나 거소를 떠나서 장기간 돌아오지 않더라도, 그가 주소지 이외의 일정한 주거지에서 그의 소재가 분명하고 또 그의 재산이 그가 취해 놓은 일정한 조치에 따라 잘 관리되고 있는 경우에는 그 사람의 재산에 대한 관리의 필요성은 생기지 않는다. 이러한 경우에는 국가로서도 주소를 떠난 자의 재산관리에 간섭할 필요가 없으므로 잔류재산의 관리를 위한 부재자 제도가 필요하지 않다.

그리하여 부재자가 주소나 거소를 떠나서 돌아오지 않는 동안에 다음의 경우에 따라 부재자제도의 적용 여부가 결정된다.

가. 부재자에게 법정대리인이 있는 경우

부재자가 제한능력자인 경우 그에게는 법정대리인이 선임되어 있으므로, 부재자의 법정대리인이 법률의 규정에 좇아 대리권 행사를 통하여 부재자의 재산을 적절히 관리할 수 있다. 이 경우 국가는 부재자의 재산관리를 위한 어떠한 조치도 취해야 할 필요가 없다.

나. 부재자가 재산관리인을 둔 경우

1) 원 칙

부재자가 주소를 떠나기 전에 자기의 재산관리를 위하여 재산관리인을 선임할 수도 있다. 이 경우 부재자가 선임한 재산관리인은 부재자의 수임인이며 또한 임의대리인이므로 그의 권한, 관리의 방법 등은 모두 부재자와 재산관리인 사이의 계약(위임계약, 제680조 이하)에 의하여 정하여 진다. 이때 부재자는 위의 재산관리계약을 통해서 재산관리인에게 재산관리에 필요한 권한을 위임하고 있으므로, 계약상 부재자 재산의 처분에 관하여 재산관리인에게 권한이 있다면 그 재산처분에 대하여 법원의 허가를 받을 필요도 없다.[4] 다만 그 권한에 관하여 관리계약에서 구체적으로 정한 바가 없으

면 제118조[대리권의 범위]의 적용이 있으므로, 이에 따라 재산관리인은 부재자 재산의 '관리행위'만 하게 된다. 그리고 부재자가 사망한 경우에도 제691조[위임 종료 시의 긴급처리]에 의하여 일정 시까지 재산관리인의 직무권한은 존속하게 된다.

2) 예　　외

부재자가 재산관리인을 둔 경우 원칙적으로 부재자의 재산관리와 관련하여 법원이 간섭할 필요가 없으나, 예외적으로 간섭할 필요가 생기는 경우는 다음과 같다.

> **제22조(부재자의 재산의 관리)** ① 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다. 본인의 부재중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다.
>
> **제23조(관리인의 개임)** 부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개임할 수 있다.

가) **본인의 부재중에 재산관리인의 권한이 소멸한 경우** : 부재자가 주소에 귀래하고 있지 않은 도중에 부재자가 선임한 재산관리인의 권한이 소멸하는 경우에는 다시 부재자의 재산은 관리로부터 방치되게 된다. 그러므로 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 가정법원은 재산관리에 필요한 처분을 명하여야 한다(제22조제1항 후단).

나) **부재자의 생사가 불분명하게 된 경우** : 부재자가 선임한 재산관리인이 부재자의 재산을 관리하는 중에 부재자의 생사가 불분명하게 된 때에는 부재자에 의하여 선임된 재산관리인이라 하더라도 그에게 계속해서 재산을 관리하게 하는 것은 적절하지 않다. 이에 따라 가정법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개임할 수 있다(제23조, 「가사소송규칙」 제41조, 제42조). 그리하여 부재자가 선임한 재산관리인이 부재자의 재산을 관리하는 데에 적절치 못한 경우에는 다른 사람으로 개임하여 감독할 수도 있다. 개임된 재산관리인은 법원에 의하여 선임된 법정의 재산관리인으로서의 지위를 갖는다. 또한 재산관리인을 개임할 수 있으므로, 가정법원은 부재자가 선임한 기존의 재산관리인이 부재자의 재산을 관리함에 적당하다고 인정되면 계속해

4) 대판 1973.7.24, 72다2136.

서 유임시킬 수 있다. 이 때 동일인이 계속해서 부재자의 재산관리인으로서의 지위를 보유할 지라도 그의 법적 지위는 임의대리인에서 가정법원이 선임한 법정대리인으로 바뀌게 된다. 그리하여 가정법원은 이해관계인이나 검사의 청구가 있는 때에는 재산관리인으로 하여금 재산목록을 작성하게 하여야 하며, 재산관리인에게 부재자의 재산을 보전하기 위하여 필요한 처분을 명할 수 있다(제24조제3항). 또한 재산관리인이 부재자가 정한 권한을 넘는 행위를 할 때에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다(제25조 후단). 그리고 재산관리인에게 담보제공을 명하거나 보수를 지급할 수 있다(제26조제3항).

다. 부재자가 재산관리인을 두지 않은 경우

제24조(관리인의 직무) ① 법원이 선임한 재산관리인은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다.
② 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부재자의 재산을 보존하기 위하여 필요한 처분을 명할 수 있다.
③ 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 이해관계인이나 검사의 청구가 있는 때에는 법원은 부재자가 정한 재산관리인에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.
④ 전3항의 경우에 그 비용은 부재자의 재산으로써 지급한다.

제25조(관리인의 권한) 법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다.

제26조(관리인의 담보제공, 보수) ① 법원은 그 선임한 재산관리인으로 하여금 재산의 관리 및 반환에 관하여 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.
② 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수 있다.
③ 전2항의 규정은 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인에 준용한다.

1) 필요한 처분

부재자가 재산관리인을 두지 않았고 또 법정대리인도 없는 경우에는 부재자의 잔류재산은 적절히 관리되지 못하게 되므로 부재자제도가 적용된다. 이에는 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 가정법원은 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다(제22조제1항 전단).

가) **이해관계인 등의 청구** : 법원에 부재자의 재산관리를 위하여 처분을 청구할 수

있는 「이해관계인」은 부재자의 재산의 보전에 관하여 '법률상'의 이해관계를 가지고 있어야 한다(예: 상속인, 배우자, 부양청구권을 갖는 친족, 보증인 등). 따라서 법률상의 이해관계를 갖지 않는 자는 아무리 친한 친족이라 할지라도 이해관계인이 될 수 없다. 한편 부재자 제도는 공익과 관련이 있으므로 검사도 청구인에 포함된다.

나) **처분기관** : 부재자 재산의 관리에 관한 처분은 부재자의 최후 주소지 또는 재산소재지의 '가정법원'의 전속관할에 속한다(「가사소송법」 제2조제1항나호(1)의2, 제44조제2호).

다) **필요한 처분의 내용** : 「재산관리에 필요한 처분」에는 잔류재산의 봉인이나 경매 등도 있으나, 그 중에서 가장 빈번하게 행하여지는 것은 '재산관리인의 선임'이다. 재산관리인의 선임에 관하여는 민법(제23조 내지 제26조) 및 「가사소송규칙」(제41조 내지 제46조)이 적용된다.

2) 재산관리인의 지위

가) **성질** : 가정법원에 의하여 선임된 재산관리인은 부재자 본인의 의사와 관계없이 선임되므로 일종의 법정대리인이다. 그러므로 재산관리인은 언제라도 사임할 수 있고, 또 가정법원은 언제든지 개임할 수 있다(「가사소송규칙」 제42조).

나) **권한(관리행위)** : 가정법원에 의하여 선임된 재산관리인은 법정대리인의 지위를 가지므로 부재자의 재산에 관하여 제118조[대리권의 범위]가 정하는 관리행위만을 할 수 있다(제25조 참조). 이에 따라 가정법원이 선임해 준 재산관리인은 부재자 재산의 보존행위는 제한 없이 할 수 있고(제118조제1호), 부재자 재산에 대한 이용이나 개량행위는 관리의 대상으로 된 '물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위 내'에서 할 수 있다(같은 조 제2호).

다) **관리행위 이상의 행위(처분행위)** : 관리행위 이상의 행위(예: 재산의 처분 등)를 할 필요가 있을 때에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다(제25조 전단). 가정법원의 허가 없이 한 처분행위는 무효이다.

라) **위임관계에 따른 권리와 의무**

① 의무 : 재산관리인은 법원에 의하여 선임된 법정대리인으로서 부재자와 재산관

리에 관하여 위임계약을 맺은 것은 아니지만, 이들 사이의 관계는 타인의 사무를 처리하는 것으로서 위임의 규정이 준용된다. 따라서 재산관리인은 부재자의 이익을 위하여 수임인과 동일한 지위에 서게 된다.

i) 선량한 관리자로서의 주의 : 재산관리인은 선량한 관리자의 주의로서 직무를 처리하여야 하고(제681조), 부재자가 사망한 경우에도 일정기간 그 직무를 수행하여야 한다(제691조).

ii) 재산목록의 작성 : 재산관리인은 반드시 관리할 재산목록을 작성하여야 한다(제24조제1항).

iii) 법원이 명하는 처분의 수행 : 부재자의 재산을 보존하기 위하여 법원이 명하는 필요한 처분(예: 재산의 봉인, 공탁, 변제, 보존등기, 부패하기 쉬운 물건의 매각 등)을 수행하여야 한다(제24조제2항).

iv) 담보제공의 의무 : 재산관리인은 관리가 종료된 경우에는 부재자의 재산을 부재자에게 반환하여야 하는 의무를 지고, 재산을 관리함에 있어 선량한 관리자의 주의를 다 하지 않은 경우에는 손해배상책임을 지게 된다. 이러한 의무와 책임을 미리 확보해 두기 위하여 법원은 재산관리인에게 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(제26조제1항). 이에 따라 재산관리인은 담보제공의 의무를 진다. 이때 담보를 제공하는 것은 법원에 대해서 하는 것이 아니라 부재자에 대해서 하는 것이므로, 담보권자는 부재자가 된다.

② 권 리

i) 필요비 등의 상환청구권 : 재산관리인은 재산의 관리를 위하여 지출한 필요비와 그 이자의 상환, 과실 없이 받은 손해의 배상 등을 청구할 수 있다(제24조제4항, 제688조). 이 경우 재산관리비용의 청구는 가정법원에 대해서가 아니라 통상법원에 청구하여야 한다.

ii) 보수청구권 : 부재자의 재산관리인은 부재자의 재산을 관리함에 따라 보수를 받을 수 있다(제26조). 즉 가정법원은 재산관리인에게 상당한 보수를 부재자의 재산에서 지급할 수 있다.[5)]

5) 대결 1971.2.26, 71스3.

3) 재산관리의 종료

제22조(부재자의 재산의 관리) ② 본인이 그 후에 재산관리인을 정한 때에는 법원은 본인, 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 전항의 명령을 취소하여야 한다.

가) **재산관리의 종료사유** : 다음의 사유가 있으면 부재자의 재산관리의 관계는 종료한다.

① 부재자가 후에 재산관리인을 정한 때
② 부재자가 스스로 그의 재산을 관리할 수 있게 된 때
③ 부재자의 사망이 분명하게 되거나 실종선고가 있은 때

① '부재자가 재산관리인을 정한 때'에나 ② '부재자 스스로 자신의 재산을 관리할 수 있게 된 때'에는 더 이상 국가에 의한 재산관리의 필요가 없으므로 법원은 처분명령을 취소하여야 한다. 또한 ③ '부재자가 사망하거나 실종선고가 내려진 경우'에는 사망의 효과가 발생하므로 그의 재산은 상속되게 된다. 이런 경우 역시 국가에 의한 재산관리는 필요 없게 된다.

나) **처분명령의 취소** : 위 세 가지 사유로 재산관리의 관계가 종료되는 경우에 그 동안 법원이 부재자의 재산관리를 위하여 한 처분(예: 재산관리인의 선임)이 당연히 그 효력을 상실하는 것은 아니므로, 법원은 본인 또는 이해관계인의 청구에 의하여 그 명한 처분명령을 취소하게 된다(제22조제2항).

다) **취소의 효과** : 법원이 처분명령을 취소하면 국가에 의한 재산관리는 종료한다. 그러나 이때의 취소의 효력은 소급하지 않고 장래에 향하여 생기며, 그 동안 '재산관리인의 선임결정 후 그 취소 전'에 재산관리인이 한 권한 내의 행위는 그대로 유효하다. 예컨대, 부재자의 재산관리인이 법원으로부터 허가를 받아 부재자의 재산을 처분하였는데, 이 재산관리인이 한 부재자 재산의 처분행위가 부재자가 사망한 후에 또는 부재자에 대한 실종선고기간이 만료된 뒤에 이루어진 것이라도, 재산관리인이 법원으로부터 선임결정을 취소받기 전까지는 그는 자신의 권한에 의하여 부재자 재산을 처분한 것이므로 그 처분행위의 효과는 유효하다. 따라서 그 처분행위의 효과에 대해서는 부재자의 재산상속인도 따를 수밖에 없다.[6)]

6) 대판 1981.7.28, 80다2668.

생각해 보기

부재자의 소유의 잔류재산인 부동산에 대하여 법원의 선임에 의한 부재자재산관리인이 법원으로부터 매각처분허가를 받아 부재자와 아무런 관계도 없는 제3자가 은행으로부터 대출을 받기 위한 담보로 근저당권을 설정하여 준 경우 이 근저당권의 설정행위는 유효한가? [7]

[해 설]

1) 재산관리인이 법원의 허가 범위 내에서 처분행위를 하였다면 법원의 허가가 내려진 처분행위와 다른 성질의 것이라도 다시 허가를 취득할 필요가 없다. 따라서 법원은 부동산의 매각에 대하여 허가를 내렸는데, 근저당권이라는 담보의 제공은 비록 성질은 다르지만 허가의 범위에 속하는 것이므로 이에 대하여 다시 허가를 얻어야 하는 것은 아니다.

2) 재산관리인이 부재자의 재산에 대한 처분행위를 함에는 선량한 관리자의 주의를 다 하여 부재자에게 이익이 되도록 행사하여야 한다. 그런데 부재자와 아무런 관련이 없는 제3자의 은행에 대한 채무에 대하여 담보를 제공하기 위한 것이라면, 이 부재자의 부동산에 근저당권을 설정해 주는 행위는 부재자를 위한 것이라 볼 수 없다. 따라서 부재자 재산관리인의 위 근저당권설정행위는 그 허용된 권한을 넘는 무효의 처분이 된다.

3) 재산관리인의 근저당권설정행위에서는 '권한을 넘는 표현대리'(제126조)의 성립이 문제로 된다. 그런데 부재자의 재산관리인이 법원으로부터 매각처분의 허가를 얻었더라도 부재자와 아무런 관계가 없는 제3자의 채무에 대한 담보를 위하여 부재자 재산에 근저당권을 설정하는 행위는 보통 있을 수 없는 드문 처사라 할 것이다. 따라서 통상의 경우 객관적으로 그 행위가 부재자를 위한 처분행위로서 당연하다고는 경험 원칙상 쉽사리 볼 수 없을 것이므로, 달리 그 권한 있는 것으로 믿음에 잘못이 없다고 인정되는 정당한 이유가 있지 않은 이상 상대방으로서는 그 권한 있다고 믿음에 있어 선의·무과실이라 할 수 없다. 따라서 은행으로서는 표현대리의 성립을 주장할 수도 없다.

4) 무권대리인에 대한 책임
판례는 거래 상대방이 금융전문기관인 은행이라면, 은행으로서는 재산관리인이 부재자와 아무런 상관도 없는 제3자가 은행의 대출을 받을 수 있도록 부재자의 부동산을 담보로 제공하는 것에 대하여 처분권한이 없다는 것을 알았거나 알 수 있었을 지위에 있었다고 보았다. 따라서 은행은 재산관리인의 처분권한 없음을 알았거나 이를 알지 못하였다 하더라도 과실 있는 상대방이 되므로, 은행은 재산관리인에게 무권대리인으로서의 책임도 물을 수 없다(제135조제2항).

7) 대결 1876.12.21, 75마551.

Ⅱ. 실종선고

1. 의　　의

> **제27조(실종의 선고)** ① 부재자의 생사가 5년간 분명하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 실종선고를 하여야 한다.
> ② 전지에 임한 자, 침몰한 선박 중에 있던 자, 추락한 항공기 중에 있던 자 기타 사망의 원인이 될 위난을 당한 자의 생사가 전쟁종지 후 또는 선박의 침몰, 항공기의 추락 기타 위난이 종료한 후 1년간 분명하지 아니한 때에도 제1항과 같다.
>
> **제28조(실종선고의 효과)** 실종선고를 받은 자는 전조의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.

실종선고는 「부재자로서 일정한 기간 생사불명의 상태가 계속되고 있는 자에 대하여 가정법원의 선고에 의하여 사망한 것으로 보는 제도」이다. 그러므로 가정법원은 주소·거소를 떠나 생사가 불분명하게 된 부재자에 대하여 실종선고를 내림으로써 그 부재자는 사망한 것으로 의제되고, 이에 따라 주소·거소를 중심으로 하여 실종선고를 받은 부재자의 재산적·신분적 법률관계를 사망의 효과에 따라 정리하게 된다. 이에 따라 실종선고를 받은 부재자의 재산은 상속인에게 상속의 개시가 되고, 신분관계에서는 혼인이 해소됨에 따라 그의 잔존 배우자는 재혼할 수 있게 된다.

2. 실종선고의 요건

가정법원이 실종선고를 함에는 실질적 요건과 형식적 요건을 모두 갖추어야 한다(제27조, 가사소송법 제2조제1항나(1) 3호, 가사소송규칙 제53조 이하). 이 요건을 갖추면 법원은 반드시 실종선고를 하여야 한다.

가. 실질적 요건

1) **부재자의 생사가 분명하지 아니 할 것** – 부재자의 생존의 증명도 사망의 증명도 할 수 없어야 한다. 생사 불분명은 모든 사람에 대한 관계에서 불분명하여야 하는 것은 아니며, 실종선고청구권자와 법원에 대한 관계에서 불분명하면 된다.

2) **생사불명이 일정한 기간 계속될 것** – 생사 불분명이 일정기간 동안 계속되어

야 하는데, 이 기간을 실종기간이라고 하며, 이것은 「보통실종」과 「특별실종」에 따라 다르다. 특별실종의 사유가 없는 한 보통실종에 의하게 된다.

가) **보통실종** : 보통실종기간은 5년이다(제27조제1항). 실종기간의 기산점은 생존을 증명할 수 있는 최종 시, 대개는 최후 소식 시이다.

나) **특별실종** : 특별실종기간은 1년이다(같은 조 제2항). 특별실종에는 전쟁실종·선박실종·항공기 실종·위난실종이 있다.

나. 형식적 요건

1) 청구권자의 청구

이해관계인이나 검사의 청구가 있어야 한다(제27조제1항, 제2항). 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인의 범위는 「부재자의 법률상 사망으로 인하여 직접적으로 신분상 또는 경제상의 권리를 취득하거나 의무를 면하게 되는 사람」에 국한하여 한정적으로 해석한다. 그러므로 부재자의 제1순위의 상속인이 있는 경우에 후순위의 상속인(예: 부재자의 형제자매 등)은 이해관계인이 될 수 없다.[8] 또한 부재자의 채권자나 채무자는 부재자의 재산관리인을 상대로 채권을 행사하거나 채무를 변제하면 되므로 이해관계인에 포함되지 않는다. 결국 배우자(재혼과 관련하여)·제1순위 법정상속인·부재자의 사망으로 권리를 취득하거나 의무를 면하는 자(예: 보험금수익자·종신정기금채무자) 등이 실종선고를 청구할 수 있는 이해관계인에 해당한다.

2) 절차상의 요건

실종선고의 절차는 사건 본인의 주소지의 가정법원의 전속관할에 속한다(가사소송법 제2조제1항나호 (1)의 3, 제44조제1호). 법원이 실종선고를 함에는 반드시 「공시최고」를 하여야 한다(가사소송규칙 제53조). 실종선고의 청구를 받은 가정법원은 6개월 이상의 공고를 하여 부재자 및 부재자의 생사를 알고 있는 자에 대하여 신고하도록 촉구하고 이 공시최고기간이 지나도록 신고가 없는 때에 비로소 실종선고를 하여야 한다.

8) 대판 1980.9.8, 80스27; 대판 1986.10.10, 86스20.

3. 실종선고의 효과

가. 의제주의(간주주의)

실종선고가 확정되면 실종선고를 받은 자는 「실종기간이 만료한 때」에 사망한 것으로 '본다.'(제28조) 즉 실종선고의 효과는 사망한 것으로 추정되는 것이 아니라 간주하게 되므로 반증에 의하여 그 사망의 효력을 깨지 못한다. 그리고 실종선고는 선고를 청구한 청구인뿐만 아니라 모든 사람에 대하여 영향을 미치는 「대세적 효력」을 갖는다. 이러한 점에서 실종선고가 취소되지 않고 있는 동안은 본인의 생존 기타의 반증을 들어서 실종선고의 효과를 다투지 못하며, 그 효과를 뒤집으려면 실종선고가 내려졌던 절차와 동일한 방법으로 실종선고를 취소하는 선고가 내려져야 한다. 결국 실종선고 자체가 절차를 통하여 취소되지 않는 한 사망의 효과는 그대로 존속한다.[9)]

나. 사망으로 의제되는 시기

1) 실종기간의 만료시점

실종선고의 효과로서 사망의 효력발생시기를 결정함에 있어 최후 소식시·실종선고시·실종기간 만료시가 고려될 수 있다. 이 중에서 우리 민법은 '실종기간만료시주의'를 채택하였다(제28조). 예를들면 김갑동이 1945. 8. 15. 이래 그 생사를 알 수 없게 되어 1988. 4. 14. 전주지방법원이 그의 실종을 선고하고 위 실종선고가 확정된 경우 위 김갑동은 위 1945. 8. 15.부터 5년이 경과한 1950. 8. 15.사망한 것으로 간주되는 것이다. 실종기간 만료시주의는 실종선고 신청 시기에 따라 사망시기가 변동할 우려가 없고 또한 사망의 효과가 소급하는 시기도 최후 소식시에 비해 길지 않다는 장점을 가지고 있다.

2) 실종기간만료시 주의와 관련하여 발생되는 문제점

실종기간이 만료한 때에 사망이 의제되는 실종기간만료시주의에 의하면, 사망시기가 선고시로부터 실종기간 만료시까지 소급하므로 '실종기간만료시와 선고시 사이에 발생한 법률관계'는 실종선고에 의하여 영향을 받게 된다. 그러므로 실종기간만료시와 선고시 사이에 부재자의 재산관리인이 부재자 재산의 처분행위를 함으로써 제3자가

9) 대판 1995.2.17, 94다52751.

재산관리인으로부터 부재자 명의의 부동산을 취득하였는데 우연히 그 시기가 실종기간만료시 이후인 경우에는 실종기간 만료에 따른 사망의 효과로서 부재자의 재산은 상속인에게 상속되었으므로 부재자로부터 재산을 양수한 자는 무권리자로부터의 양수한 것으로 되어 소유권을 취득할 수 없게 된다. 이때 그 재산이 동산인 경우에는 선의취득이 인정되어 선의의 제3자가 보호를 받는다(제249조[선의취득]). 그러나 '부동산'인 경우에는 부동산 등기의 공신력이 없는 결과 부동산을 취득한 상대방은 선의인 경우에도 보호를 받지 못하게 된다. 이러한 문제에 대해서 다음의 상대방 보호를 위한 해석이 행하여진다.

3) 상대방 보호

부재자의 부동산의 처분행위에는 두 가지 경우가 있을 수 있다. 이는 '법원이 선임한 부재자의 재산관리인이 처분행위를 한 경우'와 '부재자가 선임한 재산관리인이 처분행위를 한 경우'이다.

가) 법원이 선임한 재산관리인의 경우

법원이 부재자의 재산관리임을 선임한 경우에 그 선임결정이 취소되기까지는 재산관리인은 그 권한을 보유하게 된다. 이에 따라 재산관리인이 실종기간 만료 후에 제3자와 부재자 재산에 대하여 매매계약 등을 맺고 처분행위를 한 때에도 그 효과는 이미 사망한 부재자의 상속인에게 미친다고 본다.[10] 따라서 제3자는 유효하게 부동산의 소유권을 취득한다.

나) 부재자가 재산관리인을 선임한 경우

부재자가 재산관리인을 선임한 경우에는 실종기간의 만료 시에 부재자 본인이 사망한 것으로 되어, 부재자와 임의대리인으로서의 재산관리인과 사이에 위임관계는 종료하고(제690조), 대리권은 소멸하게 된다(제127조). 그렇지만 실종기간 만료 시부터 부재자의 상속인이 곧 바로 그 재산을 관리한다는 것은 현실적으로 불가능하므로, 이때에는 위임종료에 따른 급박한 사정이 발생한 것으로 보아야 한다는 견해[11]가 있다. 이 학설에 의하면, 임의대리인으로서 재산관리인에게는 부재자의 사망 시부터는 제691조[위임종료시의 긴급사무처리]가 적용된다. 이 규정에 따라 긴급사무처리에 따른

10) 대판 1970.1.27, 69다719; 대판 1975.6.10, 73다2023; 대판 1981.7.28, 80다2668.
11) 한상호, 민법주해[I], 404면,

재산관리의 권한이 존속하는 것으로 볼 수 있으므로, 실종기간 만료 후에 재산관리인이 제3자와 법률관계를 맺은 경우에도 이는 재산관리인의 정당한 권한행사에 따른 것으로 보아 그 효과는 부재자의 상속인에게 미치는 것으로 해석하는 것이다. 이러한 해석에 의할 경우, 부재자의 부동산을 거래한 제3자는 유효하게 소유권을 취득할 수 있게 된다.

다. 사망으로 의제되는 범위

실종선고는 실종자의 주소를 중심으로 하는 사법상의 법률관계만을 종료시키는 것으로써, 실종자의 권리능력을 종국적으로 소멸시키는 제도가 아니다. 따라서 실종선고는 종래의 주소를 중심으로 한 부재자의 법률관계에 대해서만 효력이 있고, 실종선고를 받은 자가 종전의 주소지와 다른 곳에서 생존하면서 형성한 법률관계나 종래의 주소에 귀래하여 새로운 법률관계를 형성하는 것에 대하여는 영향을 미치지 않는다.

4. 실종선고의 취소

제29조(실종선고의 취소) ① 실종자의 생존한 사실 또는 전조의 규정과 상이한 때에 사망한 사실의 증명이 있으면 법원은 본인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 실종선고를 취소하여야 한다. 그러나 실종 선고 후 그 취소 전에 선의로 한 행위의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
② 실종선고의 취소가 있을 때에 실종의 선고를 직접원인으로 하여 재산을 취득한 자가 선의인 경우에는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무가 있고 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

「실종선고의 취소」는 실종선고에 의하여 사망으로 의제되는 효과를 번복하기 위한 가정법원의 심판절차를 말한다. 실종선고에 의해서 실종자는 사망한 것으로 '간주'된다(제28조). 따라서 실종자가 현재 생존하여 있다든지 또는 실종선고에 의하여 의제된 시기와 상이한 시기에 사망하였다는 반증에 의하여 실종선고에 따른 사망의 효과가 번복되지 않는다. 사망의 효과를 번복하기 위해서는 반드시 기존의 실종선고를 취소하는 선고가 있어야 한다.

가. 실종선고 취소의 요건

1) 실질적 요건

① 실종자가 생존하고 있는 사실(제29조제1항 본문)

② 실종기간이 만료된 때와 다른 시기에 사망한 사실(같은 조항 본문)

③ 실종기간의 기산점 이후의 어떤 시점에 생존하고 있었던 사실

이 중에서 ③에 관하여는 민법상 명문의 규정이 없으나, 사망으로 의제되는 시기가 달라짐에 따라 상속순위나 상속분의 변경이 생길 수 있으므로 이 경우에도 기존에 내려진 실종선고를 취소할 실익이 있다.

2) 형식적 요건

본인, 이해관계인 또는 검사의 청구가 있어야 한다(같은 조항 본문).

나. 실종선고 취소의 절차

실종선고 취소의 절차는 「가사소송법」 및 「가사소송규칙」의 규정에 의한다. 이러한 실종선고의 취소절차에서는 공시최고는 요구되지 않는다. 실종선고의 취소 요건이 갖추어진 경우에는 법원은 반드시 기존의 실종선고를 취소하여야 한다.

법원이 실종선고의 취소를 한 경우에는 그 취소를 청구한 자가 재판확정일부터 1개월 이내에 재판서의 등본 및 확정증명서를 첨부하여 이를 신고하여야 한다(「가족관계등록법」 제92조).

다. 실종선고 취소의 효과

1) 원 칙 – 실종선고의 소급적 무효

실종선고를 취소하면 처음부터 실종선고가 없었던 것으로 되므로 실종선고로 생긴 법률관계는 소급하여 무효로 된다. 구체적인 내용은 취소의 이유에 따라 다음과 같다.

① 실종선고가 실종자의 생존을 이유로 취소된 때에는, 그의 종전의 가족관계 및 재산관계는 실종선고 전의 상태로 회복된다.

② 선고에 의한 사망이 의제되는 시점과 다른 시기에 사망한 경우에는 그 실제 사망일을 표준으로 하여 다시 사망에 기한 법률관계가 확정된다.

③ 실종기간 기산점 이후의 생존을 원인으로 하는 경우에는 선고 전의 상태로 회복된다. 다만 이해관계인은 새로운 실종기간의 만료시를 기준으로 하여 실종선고를 다시 청구할 수 있다.

2) 예 외

실종선고에 기초하여 생긴 법률관계를 그 취소에 의해 일률적으로 소급하여 무효로 하면, 실종선고를 신뢰하여 행위한 선의의 자(배우자나 상속인 기타의 이해관계인)에게 불측의 손해를 주게 된다. 그래서 실종선고 취소에 따른 원상회복의 원칙에 대하여 민법은 다음의 두 가지 예외를 인정하고 있다.

가) 실종선고를 직접원인으로 재산을 취득한 자의 반환범위

실종선고를 '직접원인'으로 하여 재산을 취득한 자는 그가 선의이면 현존이익의 한도에서 반환하면 되고, 악의인 경우에는 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(제29조제2항). 「실종선고를 '직접원인'으로 하여 재산을 취득한 자」란 예컨대 상속인, 수증자, 생명보험수익자 등을 가리키며, 이들로부터 재산을 취득한 전득자는 이에 포함되지 않는다(같은 조 제1항 단서).

나) 직접취득자로부터 재산을 취득한 선의자의 보호

실종선고의 취소에 따른 효과는 '실종선고 후 그 취소 전'에 선의로 한 행위의 효력에는 영향을 미치지 아니한다(제29조제1항 단서). 따라서 상속인으로부터 상속재산을 양수받은 제3자가 선의인 경우, 실종선고가 취소되어도 제3자로서는 취득한 재산을 반환할 필요가 없다.

신분과 관련된 「가족법」상의 행위로서 가장 문제가 되는 것은 잔존배우자의 재혼이다. 이를 테면, 잔존배우자가 실종선고가 내려짐에 따라 실종선고자와의 혼인관계가 해소되고 이로써 제3자와 재혼을 하였는데 그 후에 실종선고가 취소된 경우에 잔존배우자의 재혼은 어떻게 취급될 것인가가 문제된다. 이에 관하여 가족법상의 행위는 양당사자 모두가 선의이어야만 보호를 받게 되므로 재혼한 양당사자 모두가 선의이면 실종선고가 취소되더라도 이로써 제3자와의 재혼인 후혼의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 이로써 후혼이 유효하고 실종자와의 구혼은 부활하지 않는다. 그러나 재혼당사자의 일방 또는 쌍방이 악의인 경우에는 실종자와의 전혼은 부활하게 된다. 따라서 전혼이 부활하게 됨에 따라 후혼은 중혼이 되어, 후혼은 취소할 수 있게 된다(제810조,

제816조, 제818조 전단). 그러면 실종선고의 취소선고를 받은 자는 다시 옛 배우자와 혼인생활을 재개하여야 하는 것이 문제인데, 이에 대해서는 협의상의 이혼을 하던가 아니면 협의이혼이 이루어지지 않는 경우에는 실종자로서는 옛 배우자의 부정행위(제840조제1호)를 이유로 재판상 이혼을 청구할 수 있다.

토론해 보기

가옥(X)을 가진 甲은 부재자로서 그의 재산은 재산관리인 A가 관리하여 왔다. 그런데 A는 甲의 가옥(X)을 가정법원의 허가를 얻어 1996년 9월 1일에 B에게 5억 원에 매각·처분하였다. 그 후 B는 가옥에 대한 소유권이전등기를 하였다. 그 후에 甲은 1990년 3월 10일 마지막 편지를 끝으로 생사가 불분명하게 되어 甲의 처 乙女는 甲에 대한 실종선고를 청구하였고 이에 2000년 5월 10일자로 가정법원은 甲에게 실종선고를 하였다. 2000년 10월 15일 丁은 乙女와 결혼하였다.

그 후 2001년 4월 20일 甲은 생존하여 돌아왔고, 甲은 실종선고의 취소청구를 하여 가정법원은 甲에게 내려진 실종선고를 취소하였다.

나중에 밝혀진 사실이지만, 乙女는 甲이 생존하고 있음을 제3자를 통하여 잘 알고 있었다. 그리고 B는 선의임이 밝혀졌다.

甲은 실종선고의 취소에 따라 자신의 재산(X)을 되찾으려 하고, 신분관계도 회복하려 한다. 이때의 법률관계는?

[해 설]

1. X 재산에 관하여

(1) A에 의한 처분행위

A는 甲의 재산관리인으로서 관리행위를 할 수 있고, 그 권한을 넘는 처분을 하기 위해서는 단독으로 할 수 없고 가정법원의 허가를 얻어야 한다. A는 가정법원의 허가를 얻어 처분행위를 하였으므로 A는 가옥에 대하여 유효한 양도행위를 하였다.

(2) B의 부동산 취득 여부

A는 부재자 甲의 재산관리인이므로 주인인 甲이 가옥에 대하여 소유권을 가지는 한에 있어서, A는 甲의 재산을 관리하고 경우에 따라서는 적법한 절차에 따라 처분할 수 있다. 그런데 2000년 5월 10일자로 甲에 대하여 실종선고가 내려졌으므로 甲은 최후의 소식 시 1990년 3월 10일로부터 실종기간 5년이 경과한 1995년 3월 10일 사망한 것으로 의제되었고(제28조), 이 사망시점에 甲의 가옥(X)은 상속이 개시됨에 따라 상속인에게 상속되었으므로 A가 B와 가옥(X)에 대하여 매매할 당시에는 더 이상 甲의 재산이 아니다. 따라서 본인인 甲이 더 이상 가옥의 소유자가 아니므로 이를 관리하는 A도 제3자인 B에게 가옥의 소유권을 이전해 줄 수 없다.

또한 우리 민법상 부동산의 거래에 대해서는 등기에 공신력을 인정하고 있지 않으므로, B는 비록 선의라 하더라도 실종선고 후 甲의 상속인에 의한 목적 가옥(X)의 반환청구에 복종할 수밖에 없다. 즉 실종

기간 만료 시와 선고시 사이에 부재자의 재산관리인으로부터 부동산을 매수한 자는 무권리자로부터 양수한 것으로 되어 소유권을 취득할 수 없고 부재자의 상속인에게 이를 반환하지 않으면 안 된다.

(3) A의 처분권

비록 甲은 가옥(X)에 대한 소유권을 갖지 않았다 하더라도 A가 자신의 처분권에 기하여 처분하였다면 이는 유효한 처분행위가 되어 B는 가옥의 소유권을 취득할 수 있다.

A는 법원에 의하여 선임된 재산관리인이므로, 판례는 '법원이 선임한 부재자의 재산관리인의 경우'에는 그 선임결정이 취소되기까지는 그 권한을 보유하므로, 설사 실종기간 만료 후에 제3자와 매매계약 등을 맺고 처분행위를 한 때에도 그 효과는 이미 사망한 부재자의 상속인에게 미친다는 일관된 견해를 유지하고 있다. 따라서 A가 법원에 의하여 선임된 법정대리인으로서 권한에 의하여 처분행위를 한 경우에는 실종선고가 내려져서 재산관리인으로서의 지위가 취소되어 재산관리권한이 소멸되었다 하더라도, 그 취소는 장래에만 소멸의 효과가 생길 뿐 소급하여 재산관리인의 권한을 소멸시키지 않는다. 따라서 A의 가옥의 처분행위는 처분권에 기한 유효한 것으로 된다.

(4) 소결

甲은 실종선고의 취소를 이유로 B에 대하여 가옥(X)에 대한 소유권을 반환 청구할 수 없다.

2. 신분관계

「가족법」상의 행위에서 쟁점이 되는 사항은 잔존배우자의 재혼이다. 실종선고 후 잔존배우자가 재혼한 뒤에 실종선고가 취소되면, 재혼의 양당사자 모두가 선의이어야 실종선고의 취소가 재혼에 영향을 미치지 않고 재혼만이 유효하게 지속될 수 있다. 그러나 본 사안에서는 乙女가 악의이므로 실종선고의 취소의 효과는 乙과 丁 사이의 혼인에도 영향을 미치게 된다. 이에 따라 甲과 乙 사이의 혼인관계는 부활하고 乙과 丁 사이의 혼인은 중혼이 되어 취소할 수 있게 된다(제810조, 제816조, 제818조 전단).

그리고 甲과 乙 사이의 혼인에는 乙의 부정행위(不貞行爲)로 인하여 재판상 이혼사유가 생겼으므로(제840조제1호), 甲은 乙과 협의이혼이 되지 않을 경우 乙에 대하여 재판상 이혼을 청구할 수 있다.

제 3 절 법 인

제 1 관 법인 일반

Ⅰ. 의 의

제31조(법인성립의 준칙) 법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다.

권리의 주체로서 사람에는 자연인과 법인이 있다. 법인은 「자연인 이외의 법인격이 인정된 것」으로서, 법에 의하여 권리능력을 인정받아 우리 사회에서 권리주체로서 활동할 수 있다. 이는 인간의 필요에 기인한 것이다. 원래 자연인은 한정된 능력만을 갖고 있으므로 한 개인의 능력만으로는 실현하기에는 어려운 일들이 우리 사회에는 무수하게 많다. 그러나 여러 사람이 모여서 힘을 합치게 되면 혼자서는 달성할 수 없는 어려운 목적도 달성할 수 있다. 또한 한 개인의 자력은 한계가 있어 실현하기에 어려운 사업들이 있으나, 여러 사람의 재산이 모이게 되면 그 모여진 재산의 집합체는 개인의 재산으로는 달성하기 어려운 사업도 그 목적을 달성할 수 있다. 이처럼 사람은 개인으로서의 한계를 극복하고 추구하는 목적을 달성하기 위하여 단체를 형성하거나 재산의 집합체를 구성하게 된다. 그런데 이러한 사람의 단체나 재산의 집합체가 그 구성원이나 재산의 소유자와는 별도의 독립된 법인격을 인정받지 못한다면, 우리 사회에는 대단히 불편하고 또한 복잡한 법률문제가 발생하게 된다. 만일 사람이 모인 단체가 권리의 주체가 될 수 없다면 단체를 구성하고 있는 구성원 모두가 법률관계의 주체로 되어야 하는데, 단체를 구성하는 자연인은 단체의 구성원으로서의 지위가 고정되어 있는 것이 아니라 항상 가입이나 탈퇴를 통하여 변하게 되는데, 이럴 경우에 법률관계의 주체가 수시로 변경되어야만 하는 문제가 생기게 된다. 또한 일정한 목적하에 집적된 재산에 대하여 법인격을 인정하지 않는다면, 그 재산의 집합체가 추구하려는 목적을 그 재산의 소유자의 의사로부터 독립하여 영구히 추진해 나가기 어렵다. 이러한 법률상의 난점을 해결하기 위하여 사람의 단체나 재산의 집합체에 대하여 이를 구성하는 자연인이나 재산의 소유자와는 독립된 법인격(권리능력)을 인정하여 목적 수행에 관하여 생기는 법률관계를 간편하게 처리할 수 있도록 고안된 법기술이

법인제도인 것이다. 이에 따라 자연인으로 구성된 단체에 대하여 법인격을 부여한 것이 「사단법인」이고, 일정한 목적에 바쳐진 재산의 집합체에 대하여 법인격을 부여한 것이 「재단법인」이다.

Ⅱ. 법인의 종류

1. 공법인과 사법인

공법인(公法人)은 특정의 공공목적을 수행하기 위하여 공법에 의하여 인정된 법인으로 주로 국가나 지방자치단체를 말하고, 이에 대해서 사법인(私法人)은 사적 목적을 위하여 사법에 의하여 설립된 법인이다. 공법인과 사법인의 구별에 따른 실익은 다음과 같다.

① 쟁송에 관하여 공법인에 관한 쟁송은 행정소송, 사법인에 관한 쟁송은 민사소송으로 한다.

② 구성원으로부터의 각종의 부담을 징수하는 절차에 있어서 공법인은 「국세징수법」상의 강제징수절차에 의하고, 사법인은 「민사집행법」상의 강제집행절차에 의한다.

③ 법인의 불법행위책임에 관하여 공법인은 「국가배상법」상의 배상책임을 지고, 사법인은 민법상의 불법행위책임을 진다.

④ 구성원의 범죄에 관하여 공법인의 경우에는 직무에 관한 죄가 성립하고, 사법인의 경우에는 일반범죄가 성립한다.

⑤ 문서위조에 관하여 공법인의 경우에는 공문서 위조죄, 사법인의 경우에는 사문서 위조죄가 된다.

2. 영리법인과 비영리법인

사법의 적용을 받는 사법인(私法人)은 그 목적이 영리의 추구에 있느냐 그렇지 않느냐에 따라서 영리법인과 비영리법인으로 나눌 수 있다.

영리법인은 '구성원의 영리추구를 목적으로 하는 법인'이다. 단체가 영리를 추구하기 위해서는 이를 추구할 구성원이 있어야 한다. 그런데 '재단법인'은 실체가 재산의 집합체로서 구성원(사원)이 없으므로 영리를 추구하는 법인으로서 존립할 수 없다. 그러므로 영리를 추구할 수 있는 법인은 오로지 구성원이 있는 사단법인에 한정된다. 그런데 이 사단법인이 영리를 추구하게 되면 상법상의 「회사」로 되어 상법의 적용을 받게 된다(상법 제169조가 "상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인" 모두를 "회사"로 포섭시킴으로써, 과거의 상행위 이외의 영리추구의 민사회사는 더 이상 존재의 의미를 상실하게 되었다). 그리하여 민법의 적용을 받는 사단법인은 비영리를 목적으로 하여야 하며, 이를 규정하고 있는 민법 제32조도 "학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단"이라고 명시하고 있다. 한편, 교통·통신·보도·출판 등의 공공사업을 목적으로 하는 법인일 지라도, 사원의 이익을 목적으로 한다면 이 법인은 영리법인이다. 그리고 비영리법인 중 '공익법인'(예: 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 또는 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인)에 관해서는 특별법인 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」이 제정되어 있으므로 민법에 우선하여 적용된다.

3. 사단법인과 재단법인의 성격

사단법인은 일정한 목적 하에 집합한 사람의 단체로서 법률상 권리·의무의 귀속주체일 수 있는 단체를 말하고, 재단법인은 일정한 목적을 위하여 제공된 재산이라고 하는 실체에 대하여 법인격을 부여한 것이다.

그런데 사단법인은 사람의 집합체이기 때문에 그 구성원(사원)이 그 중추적 존재이지만, 재단법인에는 사원이 존재하지 않는다(제40조, 제43조).

그러므로 사단법인은 사원총회에 의하여 사회적·경제적 형편에 대응하여 사단의 의사를 자주적으로 결정한다. 이에 반해서 재단법인은 그 기초가 되는 재산을 출연한 설립자의 의사에 따라 운영되고 별도로 재단의 의사를 결정할 기관을 갖지 않는다. 물론 재단법인에도 그 관리·활동을 위해서는 기관을 구성하는 자연인이 있지만, 이 자연인들은 오로지 법인설립자의 의사에 의하여 정하여진 것에 따라 법인의 기관인

것으로서 재단법인의 운영 주체는 아닌 것이다.

다만 모든 법인은 정관의 목적의 범위내에서 그 구성원과 출연자로부터 독립한 권리주체로서 법적 거래에 참여할 수 있다는 점에서는 차이가 없다.

제 2 관 사단법인

Ⅰ. 설립의 요건

민법상의 사단법인의 설립에는 목적의 비영리성, 설립행위(정관 작성), 주무관청의 허가, 설립등기의 4가지 요건을 갖추어야 한다.

> **제32조(비영리법인의 설립과 허가)** 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.
>
> **제33조(법인설립의 등기)** 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

1. 목적의 비영리성

사단법인은 「영리 아닌 사업」을 목적으로 하여야 한다(제32조). 여기에서 영리 아닌 사업은 사단법인의 주된 사업인가의 여부를 기준으로 판단하므로, 사단법인이 비영리의 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도에서 그의 본질에 반하지 않는 정도로 부수적으로 영리행위를 하는 것은 가능하다. 그리고 사단법인의 비영리성은 개개의 구성원의 이익을 목적으로 하지 않는 것이어야만 한다는 것을 의미한다. 이는 영리행위를 통하여 얻은 수익은 언제나 사업목적의 수행에 충당되어야 하며 어떠한 형식으로든지 구성원에게 분배되지 않는다는 것을 의미한다.

2. 설립행위(정관의 작성)

가. 의의 및 성질

사단법인을 설립하려면 2인 이상의 설립자가 법인의 기본규칙을 정하여 이를 서면

에 기재하고 기명·날인하여야 한다(제40조). 이 서면을 「정관」이라고 한다.

이처럼 사단법인의 설립행위는 정관 작성이 그 본질을 이루나, 다수의 설립자가 법인설립이라는 공동 목적을 위해서 협력하는 행위로서 그 성질은 합동행위로 본다(후술 : 이 책 제4장 제5관 II 법률행위의 종류 참조).

나. 정관의 기재사항

> **제40조(사단법인의 정관)** 사단법인의 설립자는 다음 각 호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.
> 1. 목적
> 2. 명칭
> 3. 사무소의 소재지
> 4. 자산에 관한 규정
> 5. 이사의 임면에 관한 규정
> 6. 사원자격의 득실에 관한 규정
> 7. 존립시기나 해산사유를 정하는 때에는 그 시기 또는 사유

정관의 기재사항에는 필요적 기재사항과 임의적 기재사항이 있다.

1) 필요적 기재사항

필요적 기재사항은 '정관에 반드시 기재하여야만 정관으로서의 효력이 발생하는 사항'을 말한다(제40조 1호 내지 7호). 그 내용은 ① 목적, ② 명칭, ③ 사무소의 소재지, ④ 자산에 관한 규정, ⑤ 이사의 임면에 관한 규정, ⑥ 사원자격의 득실에 관한 규정 그리고 ⑦ 존립시기나 해산사유를 정한 때에는 그 시기 또는 사유이다. 이러한 사항은 정관작성에 필수적 요건이므로 이 중에서 어느 하나라도 빠지면 정관 전부가 무효로 된다. 다만 ⑦의 존립시기나 해산사유에 관하여는 이를 정하는 것은 사원들의 임의에 맡겨져 있어 반드시 사원들이 정하여야만 하는 것은 아니지만, 만일 그러한 시기나 사유를 정하였을 때에는 반드시 이를 정관에 기재하여야 한다. 그러나 설립자들이 존립시기나 해산사유를 설립행위에서 정하지 않았을 때에는 이에 관하여 정관에 기재하지 않아도 정관이 무효로 되지 않는다.

2) 임의적 기재사항

임의적 기재사항은 사단법인의 근본규칙으로써 정관에 기재되어 있으나 필요적 기재사항에는 해당되지 않는 사항을 말한다. 이를 테면, “정관에서 특별히 정하고 있는 경우에는 그 정관에 따른다.”는 규정은 임의적 기재사항에 따를 것을 의미하고 있는 것이다. 그렇지만 임의적 기재사항이라도 일단 정관에 기재되면 필요적 기재사항과 동일한 효력을 가지므로, 임의적 기재사항을 변경할 경우에는 필요적 기재사항과 동일한 정관변경의 절차에 의하여야 한다.

Ⅱ. 주무관청의 허가와 설립등기

1. 주무관청의 허가

사단법인으로서 법인격을 취득하기 위해서는 주무관청의 허가를 얻어야 한다(제32조). 그리고 법인의 목적과 관련된 주무관청이 두 개 이상의 행정관청인 경우에는 이들 모두의 허가를 받아야 한다. 현행 법령상 비영리법인의 설립허가에 관한 구체적인 기준이 정하여져 있지 아니하므로, 비영리법인의 설립허가를 할 것인지 여부는 주무관청의 정책적 판단에 따른 재량에 맡겨져 있다. 따라서 주무관청의 법인설립 불허가처분에 사실의 기초를 결여하였다든지 또는 사회관념 상 현저하게 타당성을 잃었다는 등의 사유가 있지 아니하고, 주무관청이 그와 같은 결론에 이르게 된 판단 과정에 일응의 합리성이 있음을 부정할 수 없는 경우에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 불허가처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없다.[12)]

2. 설립등기

자연인에 비해 법인의 존재나 내용은 일반 제3자가 알 수 없어 이를 공시할 필요가 있으므로, 제33조는 「법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.」고 정한다. 어느 사항이 등기되는지에 관해서는 제49조가 이를 정한다. 법인의 설립등기는 법인격을 취득하기 위한 ‘성립요건’으로 되어 있다.

12) 대판,1996.910. 95누18437

제 3 관 권리능력 없는 사단

Ⅰ. 의 의

1. 개 념

권리능력 없는 사단은 「사단으로서의 실체를 가지지만 법률상 권리·의무의 귀속주체일 수 있는 지위(법인격)를 취득하지 않는 단체」를 말한다. 이러한 권리능력 없는 사단이 생기는 이유로는 다음과 같다. 첫째로는 민법이 사단법인의 설립에 관하여 허가주의를 취하고 있기 때문에 주무관청으로부터 허가를 얻지 못하는 경우가 발생하기 때문이다. 그리고 둘째로는 단체를 구성하는 구성원들이 그들이 추구하는 학술, 기예 등의 비영리의 목적을 자율적으로 추구하는 것으로 만족하고 굳이 법인격을 취득하여 국가의 주무관청으로부터 간섭을 받기를 원하지 않기 때문에 법인격 취득의 형식인 사단법인으로 될 절차를 스스로 밟지 않기 때문이다.

2. 개별적 고찰

가. 종중(宗中)

종중은 부계(父系)의 공동선조의 후손 중 성년을 구성원으로 하여 구성되는 혈족의 자연적 단체를 말한다. 이처럼 종중의 구성원인 종원에는 공동선조의 후손으로서의 성년이기만 하면 그 자격이 인정되므로 남녀평등의 원칙에 따라 여자도 포함된다.[13] 그리고 종중은 자연발생적인 것이므로 종중의 성립에 특별한 조직행위를 요하지 않는다.[14] 또한 종원도 자기의 의사와 관계없이 종중의 구성원으로 되는 것이고 또한

13) 대법원은 오늘날에는 우리의 법질서는 남녀평등을 실현하는 목적을 가지고 있으므로, 종원의 자격을 성년남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않은 종래 관습에 대한 사회적 구성원의 법적 확신은 더 이상 유지될 수 없다고 본다. 이로써 종중에 있어서 그 구성원에 관한 종래 관습은 더 이상 법적효력을 가질 수 없게 됐으므로 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의하도록 규정한 민법 제1조에 따라, 종중 구성관습법이 없으면 조리에 의하게 되는데, 오늘날의 사물의 이치는 공동선조의 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 차이 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이므로, 조리에 의할 때 종원에 성년의 여성을 포함시켜야 한다는 것이다(대판(전원합의체) 2005.7.21, 2002다1178). 이 판결 이후에 대법원은 족보에 종중원으로 등재된 성년 여성들에게 소집통지를 하지 않고 개최된 종중 임시총회의 결의는 무효라고 판시하고 있다(대판 2007.9.6, 2007다34982).

14) 대판 2002.6.28, 2001다5296.

종중에서 탈퇴할 수도 없다. 이러한 종중은 공동선조의 분묘수호, 제사, 종원 상호간의 친목을 목적으로 하므로, 이를 위한 종중원들 간의 종중재산의 관리방법, 목적재산의 설정, 임원의 선임 기타 목적수행의 방법 등에 관한 규정인 「종약」이 있어야 한다. 종약은 반드시 서면으로 되어 있을 것을 요구하지 않으므로, 당해 종중에 관행으로 전래되어 온 종약도 유효하다.

나. 교　　회

> **제42조(사단법인의 정관의 변경)** ① 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

교회는 기독교의 교도들이 신교(信敎)를 목적으로 구성한 단체로서 역시 권리능력 없는 사단이다. 교회는 교인들이 종교적 신념 등의 이유에서 종전의 교회에서 탈퇴하여 새로운 교파에 들어감으로써 교회의 분열이 일어나기도 하는데, 이에 대해서 대법원은 단체의 조직변경이 있다고 보아 「사단법인 정관의 변경에 관한 규정」(제42조제1항)을 유추적용하여 총구성원의 2/3 이상의 동의를 요하는 것으로 본다. 즉 총구성원의 2/3가 탈퇴를 원하는 경우에 종전 교회의 재산은 탈퇴한 교인들의 총유로 귀속된다. 그러나 총구성원의 2/3의 동의를 얻지 못하고 종전의 교회를 탈퇴한 경우에는 그 탈퇴한 교인들은 종전 교회의 교인의 지위를 상실하게 되고, 이로써 종전 교회의 재산에 대한 권리를 보유할 수 없게 되는 것으로 본다.[15]

다. 동·리(洞·里)의 부락

일정한 동·리의 주민이 공식적인 행정구역과는 별도로, 예를 들어 마을의 제사인 향제(鄕祭)를 거행하고 또한 임야를 고유재산으로 소유하면서 공동으로 활용한다. 이러한 관례에 따라 행정구역의 경계를 초월하여 주민들이 부락회의를 개최하여 대표자를 선출하고 의사결정을 하는 등 그 목적사업을 수행하는 독자적인 사회조직체를 구성한 경우에 이러한 주민공동체는 자연부락으로서 권리능력 없는 사단이 된다.[16]

---

15) 대판(전원합의체) 1993.1.19, 91다1226.
16) 대판 1980.1.15, 78다2364; 대판 1991.7.26, 90다카25765.

라. 집합건물의 관리단

다수의 사람이 집합건물(예: 아파트 등)에 거주하는 경우에 건물에 대하여 구분소유관계가 성립하게 된다. 이 때 구분소유자 전원은 건물 및 그 대지와 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단을 구성한다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제23조제1항). 관리단은 어떠한 조직행위를 거쳐야 비로소 성립하는 단체가 아니라, 구분소유관계가 성립하는 건물이 있는 경우에는 당연히 그 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 성립되는 단체이다. 그 법적 성격은 권리능력 없는 사단으로 평가된다.[17] 관리단에는 대표기구로서 관리인이 있고, 규약과 집회가 있다.

생각해 보기

(가칭) 김포 김씨 종중의 재산이 국가에 수용되어 수용보상금이 나왔다. 이에 대하여 종약에 따라 수용보상금을 종원에게 분배하여 주려한다. 이에 김포 김씨의 여자들은 분배대상에서 제외되었다. 왜냐하면 종중의 구성원은 성년의 남자들로만 구성되기 때문이었다. 이에 김포 김씨의 여자들도 분배해 줄 것을 종중 측에 대하여 요구하고 있다.

[해 설]

종중의 종원을 남자로만 인정하는 관습법은 현재 남녀평등의 사상에 비추어 볼 때 더 이상 유지될 수 없다. 관습법이 없으면 조리에 의하게 되는데, 오늘날의 사물의 이치는 공동선조의 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 차이 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이다. 따라서 조리에 의할 때 종원에 성년의 여성을 포함시켜야 한다. 이로써 2005년 7월 21일 이후에는 종중에 지급된 수용금을 성년의 남자는 물론 여자에게도 분배해 주어야 한다.

17) 대판 1991.4.23, 91다4478.

Ⅱ. 성립요건 및 법적 성질

1. 성립요건

권리능력이 없는 사단으로 인정되기 위해서는 반드시 사단으로서의 실체를 갖추고 있어야 한다. 법인의 실질을 갖추기 위해서는 대표자와 총회가 있어야 하고, 권리능력 없는 사단의 명칭, 대표의 방법, 총회의 운영, 재산의 관리 기타 사단의 중요한 사항이 정관이나 규칙으로 규정되어 있어야 한다.

2. 법적 지위

가. 사단법인의 규정의 유추적용

사단법인과 권리능력이 없는 사단은 권리능력의 인정 여부를 결정하는 법인격의 취득에서만 형식적인 차이가 있을 뿐, 단체로서의 실질적인 동일성을 가지고 있다. 이러한 점에서, 권리능력 없는 사단에는 법인격을 전제로 한 규정을 제외한 사단법인에 관한 규정이 유추 적용된다.

나. 법인의 설립행위

사단의 설립행위는 일반적으로 '합동행위'로서의 성질을 가진다고 한다.

다. 사단의 조직

1) 내부관계

권리능력 없는 사단의 내부관계에 관하여는 제1차적으로 그 사단의 정관이 적용되고, 제2차적으로 정관의 규정이 없는 경우에 민법의 사단법인의 규정이 유추 적용된다. 이로써 사단과 사원은 직접적인 법률관계에 서지 않고, 구성원으로서의 사원과 단체로서의 사단의 관계에 기초하여 간접적으로 관계를 맺고 있다. 사원은 자기의 권리를 사단의 대표자인 기관에 대하여 주장할 수 있다.

2) 외부관계

권리능력 없는 사단은 대표자를 통해서 대외활동을 한다. 또한 권리능력 없는 사단도 그 대표자가 정하여져 있으면 소송상 당사자능력을 갖는다(「민사소송법」 제52조). 그러므로 제3자는 권리능력 없는 사단에 대한 집행권원(과거에는 채무명의)을 가지고는 사단재산에 대하여만 강제집행을 할 수 있을 뿐 사원의 재산에 대하여는 강제집행할 수 없다.

3. 권리의 귀속·공시 및 의무에 대한 책임

가. 재산권의 귀속

권리능력 없는 사단은 법인격을 인정받지 못하므로 사단 고유의 재산을 스스로 소유할 수 없다. 그리하여 권리능력 없는 사단의 재산에 대하여는 사단의 구성원 모두가 「총유」의 형태로 소유하게 된다(제275조제1항). 그런데 총유는 다른 공동소유의 형태(공유와 합유)와는 달리 가장 단체성이 강한 소유형태이다. 이로써 권리능력 없는 사단은 그 재산에 대하여 단체로서의 소유권을 가지고, 그 구성원들은 사단의 재산에 대하여 개별적인 지분권이나 지분에 따른 재산분할청구권을 갖지 않는다. 오로지 구성원들은 총유물에 관한 사용 · 수익권만을 갖는다.

참고로, 권리능력 없는 사단은 총유재산의 「보존행위」와 관련하여 사원총회의 결의를 거쳐서 보존행위를 하여야 한다. 원래 보존행위는 공동소유물의 현존가치를 유지하기 위한 것으로서 공동 소유자에게 불이익하지도 않으며 또 시급을 요하는 경우가 대부분이기 때문에 공동 소유자 중 어느 누구도 독자적으로 할 수 있다. 그리하여 민법은 공유와 합의 경우에는 '보존행위는 공동 소유자 각자가 할 수 있는 것'으로 규정하고 있다(제265조 단서, 제272조 단서). 그러나 총유의 경우에는 구성원 개인들에게 지분권이 인정되지 않으므로, 단체가 사원총회의 결의를 거쳐서 총유재산의 보존행위를 할 수 밖에 없다. 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 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없다.[18)]

나. 부동산 재산권의 공시방법의 개발

원칙적으로 권리능력 없는 사단은 부동산에 관하여 구성원 전체의 총유로 소유하는데, 이는 부동산의 관리·처분과 관련하여 복잡한 법률적 문제를 야기한다. 또한 대표자의 명의로 명의신탁 하는 것도 명의수탁자에게는 대외적으로 명실상부한 소유권의 취득이 인정되고 있으므로, 권리능력 없는 사단에게는 대단히 위험할 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 부동산의 등기절차를 규율하고 있는 「부동산등기법」이 "종중·문중 기타 대표자나 관리인이 있는 법인 아닌 사단이나 재단에 속하는 부동산의 등기에 관하여서는 그 사단 또는 재단을 등기권리자 또는 등기의무자로 한다."(같은 법 제30조제1항)고 규정함으로써, 권리능력 없는 사단도 자신의 명의로 소유부동산을 등기할 수 있게 되었다. 이로써 부동산의 소유와 관련하여서는 권리능력 없는 사단이라도 대표자 또는 관리인이 신청하여 그 사단의 명의로 등기할 수 있게 됨에 따라(같은 법 같은 조 제2항), 실질적으로는 부동산을 직접 소유할 수 있게 되었다. 그러므로 권리능력 없는 사단의 총유(준총유)는 부동산 이외의 동산이나 권리에 대하여 그 의미가 있다.

다. 채무와 책임

권리능력 없는 사단의 채무는 그 구성원에게 총유적으로 귀속하므로, 총사원의 준총유가 된다. 그러므로 이러한 채무는 권리능력 없는 사단의 재산인 총유재산에 의하여만 책임지고, 사원은 회비 기타 부담금 외에 개인재산으로 이에 대한 책임을 지지 아니한다.

---

18) 대판 2005. 9. 15. 2004다44971

제 4 관 재단법인

Ⅰ. 설립의 요건

1. 목적의 비영리성

재단법인은 성질상 영리법인이 될 수 없다.

2. 설립행위

가. 의 의

재단법인은 재산의 집합체에 대하여 법인격이 부여된 것이므로, 재단법인을 설립하는 자는 일정한 재산을 출연하고 정관을 작성하여야 한다(제43조). 재단법인의 설립을 위해서는 정관의 작성에 앞서 반드시 그 본체를 이루고 있는 재산의 구성이 있어야 하고, 이를 위한 설립자의 재산출연행위가 있어야 한다.

나. 법적 성질

재단법인의 설립행위는 설립자가 일정한 재산을 출연하고 서면으로 정관을 작성하여야 하는 법률행위이다. 재단법인의 설립은 사단법인과는 달라서 재단법인의 설립자는 1人이라도 무방하므로, 그 본질은 단독행위이고 이를 수령할 상대방도 없으므로 「상대방 없는 단독행위」이다.

다. 재산의 출연

> **제47조(증여, 유증에 관한 규정의 준용)** ① 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 증여에 관한 규정을 준용한다.
> ② 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 유증에 관한 규정을 준용한다.

재산의 출연은 재단법인 설립행위의 본체적 요소이다. 따라서 설립자는 일정한 재산을 출연하여야 한다. 재산의 종류는 묻지 않으며 확실한 것이면 채권이라도 좋다. 재단법인의 설립은 '생전 처분과 유언'으로써 할 수 있는데, 재산의 출연행위는 무상이

므로 민법은 이에 관하여 '증여 및 유증의 규정'을 각각 준용하고 있다. 따라서 민법은 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 증여에 관한 규정을 준용하고(제47조제1항), 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 유증에 관한 규정을 준용한다(같은 조 제2항).

라. 출연재산의 귀속시기

> **제48조(출연재산의 귀속시기)** ① 생전처분으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 법인이 성립된 때로부터 법인의 재산이 된다.
> ② 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 유언의 효력이 발생한 때로부터 법인에 귀속한 것으로 본다.

1) 민법의 규정

우리 민법에 의하면, 생전처분으로 재단법인을 설립하는 경우에는 출연재산은 「재단법인이 성립된 때」, 즉 재단법인의 설립등기를 한 때(제35조)로부터 법인의 재산으로 된다(제48조제1항). 그리고 유언으로 재단법인을 설립하는 때에는 출연재산은 「유언의 효력이 발생한 때」, 즉 유언자가 사망한 때로부터 소급하여(제1073조) 법인에게 속한 것으로 본다(제48조제2항). 이로써 유언으로 재단법인을 설립하는 경우에는 사망한 설립자가 출연한 재산이 상속재산에서 분리되어 상속인에게 귀속되는 절차를 거치지 않고 곧바로 재단법인에 귀속된다. 이는 민법이 재단법인의 설립을 촉진하기 위하여 특히 유언으로 설립하는 경우에는 재단법인의 설립을 위한 출연재산은 상속재산에 포함되지 않도록 하기 위함이다(같은 조 제2항). 만일 유언의 경우에 이를 생전처분의 경우처럼 출연재산이 법인성립시에 법인에게 귀속하는 것으로 하면, 출연재산이 일단 설립자의 상속인에게 귀속됨으로써 상속인이나 유언집행자가 재단법인의 설립을 회피하거나 지연시킬 염려가 예상되기 때문이다.

2) 본조와 형식주의와의 관계

재단법인을 설립하고자 하는 설립자는 일정한 재산을 출연하여야 한다. 그런데 민법은 권리변동에 '형식주의'를 취하고 있으므로, 출연된 재산에 대한 권리가 변동되기 위해서는 일정한 공시절차가 뒤따라야 한다. 우리 민법은 공시를 물권변동의 성립요건으로 규정한다.

가) 물권의 경우 : 부동산은 등기(제186조)가, 동산인 경우에는 인도(제188조 내지 제190조)가 있어야 물건에 관한 권리의 변동이 생긴다.

제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

제188조(동산물권양도의 효력, 간이인도) ① 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생긴다.

② 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.

제189조(점유개정) 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하는 때에는 양수인이 인도받은 것으로 본다.

제190조(목적물반환청구권의 양도) 제삼자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제삼자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.

나) 채권의 경우

제508조(지시채권의 양도방식) 지시채권은 그 증서에 배서하여 양수인에게 교부하는 방식으로 양도할 수 있다.

제523조(무기명채권의 양도방식) 무기명채권은 양수인에게 그 증서를 교부함으로써 양도의 효력이 있다.

① 지명채권의 경우 : 지명채권에는 채권자가 지명되어 특정되어 있는 채권이다. 이러한 지명채권은 채권증서가 발행되지 않으며, 채권증서가 발행된다 하더라도 채권의 존재를 증명하는 서류에 불과할 뿐이다. 그러므로 지명채권은 양도인과 양수인 사이에 채권이전의 합의만으로 양도된다. 증서를 통한 공시가 없으므로 지명채권은 제48조가 정하는 시기에 법인에게 귀속한다.

② 지시채권의 경우(제508조) : 지시채권은 채무자가 특정 채권자 또는 그가 지시한 자에게 변제하여야 하는 채권이다. 그러므로 지시를 위한 증권(證券)이 발행된다. 이러한 지시채권은 증권적 채권으로서, 채권의 양도를 위해서는 「배서와 교부」를 하여야 그 효력이 발생한다.

③ 무기명채권의 경우(제523조) : 무기명채권은 특정의 채권자를 지정함이 없이 증권의 소지인에게 변제하여야 하는 증권적 채권이다. 무기명채권의 경우에는 증권의 「교부」가 채권양도의 효력발생 요건이 된다.

3) 출연재산의 귀속시기

문제는 재단법인의 설립을 위하여 출연된 재산이 언제 재단에 귀속되는가를 결정하는 데에 있다. 이에 관하여는 학설의 대립이 있다.

가) 다수설

다수의 견해는 제48조를 재단법인의 재산적 기초를 충실히 하기 위한 특별한 규정으로 이해하여, 형식을 갖추지 않더라도 재단법인에 그 권리가 속하는 것으로 이해한다. 즉 권리변동의 성립요건으로서 공시를 요하게 되면 재단법인이 설립등기를 하더라도 출연재산에 관한 재산권 이전의 형식을 갖출 때까지는 전혀 '재산이 없는 재단법인'이 존재하게 된다. 이는 재단법인의 본질에 반하는 결과를 초래한다. 따라서 다수설은 제48조를 제187조가 말하는 "기타 법률의 규정"으로 보아서 출연재산으로서의 물권은 공시절차를 거치지 않고 당연히 재단법인의 설립등기 시 또는 설립자의 사망 시에 법인에게 귀속한다고 해석한다.

나) 소수설

소수설은 우리 민법이 채택하고 있는 재산권 이전의 형식주의를 철저히 따르려는 견해이다. 즉 재단법인의 설립도 법률행위에 기초하고 있는 만큼, 일반적인 법률행위에 의한 재산권 이전과 마찬가지로 공시절차로서의 형식을 갖추어야 비로소 출연재산이 재단법인에 속하게 된다고 본다. 그러므로 소수설은 권리이전에 아무런 형식을 필요로 하지 않는 재산권은 법인의 성립 시 또는 설립자의 사망 시에 당연히 법인에 귀속되지만, 공시라는 형식을 요하는 재산권은 공시절차를 갖춘 때에 비로소 법인에게 이전된다고 한다. 다만 그 출연재산의 귀속시기는 재단법인 설립 시 또는 유언의 효력 발생 시까지 소급한다고 본다(제48조).

다) 판례의 상대적 귀속설

판례는 처음에는 다수설과 같은 견해를 취하였으나, 후에 판례를 변경하면서 부동산

을 출연한 경우에 출연자와 법인 간에는 등기 없이도 제48조에서 규정한 때에 법인에 귀속되지만, 법인이 그것을 가지고 제3자에게 대항하기 위해서는 제186조의 원칙에 돌아가 그 등기를 필요로 한다고 판단하였다.[19]

마. 정관의 작성

> **제43조(재단법인의 정관)** 재단법인의 설립자는 일정한 재산을 출연하고 제40조제1호 내지 제5호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

재단법인의 설립자는 법인의 근본규칙을 정하여 이를 서면에 기재하고 기명·날인하여야 한다(제43조). 재단법인의 정관의 기재사항은 사단법인의 정관과 마찬가지로 필요적 기재사항과 임의적 기재사항으로 나뉜다. 재단법인 정관의 필요적 기재사항은 대부분 사단법인의 경우와 동일하다. 그러나 이 중에서 '사원자격의 득실에 관한 규정'은 사원이 없는 재단법인에는 해당되지 않는 사항으로서 재단법인의 정관기재사항이 아니고, 또한 '법인의 존립시기나 해산사유'는 재단법인에서는 필요적 기재사항이 아니라 임의적 기재사항이다(같은 조). 그리하여 재단법인에서는 설립 시에 존립시기나 해산사유를 정하였다 하더라도, 이는 임의적 기재사항이므로 이에 관하여 정관에 기재하지 않더라도 정관을 무효로 만들지 않는다. 이로써 재단법인의 영속성을 기할 수 있는 것이다.

바. 정관의 보충

> **제44조(재단법인의 정관의 보충)** 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 이를 정한다.

재단법인 정관의 필요적 기재사항(5가지)은 정관의 효력과 관련된 것으로서 이중 하나라도 빠지면 원칙적으로 그 정관은 효력이 없다(제43조). 그런데 재단법인의 설립자가 유언의 형식으로 재단법인을 설립하는 경우에 정관의 필요적 기재사항 중에서 출연재산과 설립목적만을 유언에 남긴 채 "명칭·사무소 소재지·이사 임면의 방법"에 대하여는 확정하지 않고서 사망하는 수가 있다. 이 경우에, 민법은 재단법인의 설립을

19) 대판(전원합의체) 1979.12.11, 78다481, 482.

촉진하기 위하여 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 법원이 이들 사항을 정하여 정관을 보충함으로써 재단법인의 설립을 가능하게 할 수 있게 하여 준다(제44조).

Ⅱ. 주무관청의 허가와 설립등기

비영리사단법인에서와 같다.

제 5 관 권리능력 없는 재단

Ⅰ. 의 의

권리능력 없는 재단은 일정한 목적을 위하여 출연되어 결합한 재산을 가지고 있으며, 출연자 개인으로부터 독립하여 관리기관도 갖추고 있으나, 법인격이 아직 부여되고 있지 않은 재단을 말한다. 권리능력 없는 재단이란 목적재산을 중심으로 재단법인의 실질은 갖추고 있으나 아직 법인설립등기를 하지 아니하여 법인격을 취득하지 못한 재단을 말한다.

Ⅱ. 설립행위

재단의 창립은 사인의 소유권행사 자유의 발현이며, 설립행위는 출연자 혼자서도 가능하므로 단독행위로서의 성질을 갖는다. 또한 재단법인의 설립에서는 상대방이 존재하지 않으므로, 재단법인 설립행위는 '상대방이 없는 단독행위'이다.

Ⅲ. 법률관계

1. 내부관계

재단법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 권리능력 없는 재단의 내부관계에 관하여는 재단법인의 규정을 유추적용 할 것이다(제47조).

2. 재산권의 귀속·공시

권리능력 없는 재단도 그 소유 '부동산'에 관하여는 그 재단의 명의로 등기가 이루어질 수 있다(「부동산등기법」 제30조, 「부동산등기규칙」 제56조). 이로써 권리능력 없는 재단은 실질적으로 부동산을 소유할 수 있다.

그런데 법은 부동산 이외의 재산권의 귀속에 관하여 아무런 규정도 가지고 있지 않아 문제이다. 왜냐하면 재단은 사단과는 달리 구성원이 없으므로 어느 주체를 중심으

로 공동소유 관계를 인정할 수 없기 때문이다. 그리하여 권리능력 없는 재단이 법인격을 취득하고 있지 않은 이상, 부동산이외의 재산권은 신탁관계의 법리에 따라 귀속·관리되는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 부동산물권을 제외한 재산에 대하여는 대표자 개인의 명의로 보유할 수밖에 없고, 이로써 설립자를 위탁자, 대표자를 수탁자, 장래의 탄생할 재단법인을 수익자로 하는 이익신탁이 성립하고 있다고 본다. 그리하여 재단법인의 설립이 불허가로 확정된 경우에는 신탁관계가 종료됨에 따라 출연된 재산은 설립자(신탁의 위탁자에 해당) 또는 그의 상속인에게 복귀할 수 있게 된다(「신탁법」 제60조).

그리고 권리능력 없는 재단은 소송에서 당사자능력(「민사소송법」 제52조)을 가지며, 명예권·명칭권과 같은 인격권도 향유한다.

제 6 관 법인의 능력

Ⅰ. 법인의 능력의 특질

법인도 자연인과 더불어 권리의 주체이다. 그러나 법인은 자연인과는 달리 법률관계를 간명하게 처리하기 위한 법기술에 의하여 권리의 주체로서 인정된 것이므로, 자연인과는 그 능력을 인정하는 근거가 다르다. 즉 법인은 다음의 기준에 의하여 능력이 판단된다.

① 법인의 권리능력은 '법인은 어떠한 범위의 권리·의무를 향유할 수 있는가'를 결정짓는 것이다. 즉 법인이 누릴 수 있는 권리·의무의 범위 결정이 권리능력의 핵심문제로 된다.

② 법인의 행위능력은 법인의 권리능력과 범위에서는 같으나, 다만 이에는 '법인은 누구를 통하여 어떠한 방식으로 행위할 것인가'가 관건으로 된다.

③ 법인의 불법행위능력은 '법인은 누구의 불법행위에 대하여 어떠한 관련성 속에서 그 손해에 대한 배상책임을 부담할 것인가'가 문제로 된다.

Ⅱ. 법인의 권리능력

1. 의 의

> **제34조(법인의 권리능력)**
> 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.

법인의 권리능력은 「법률의 규정과 정관으로 정한 목적의 범위 내」로 제한된다(제34조).

2. 제 한

가. 성질에 의한 제한

법인은 성·연령 또는 친족관계와 같은 자연인의 천연의 성질을 전제로 하는 권리·

의무에 대해서는 주체로 될 수 없다. 예컨대, 생명권·친권·정조권·육체적 자유권 등은 법인이 누릴 수 없는 권리이다. 그러나 일반의 재산권·명예권·성명권·신용권·정신적 자유권은 법인이라도 향유할 수 있다. 또한 민법은 상속인을 자연인에 한정하고 있으므로(제1000조부터 제1004조까지) 법인은 상속권을 가질 수 없다. 그렇지만 법인도 유증은 받을 수가 있으므로, 포괄유증을 받음으로써 상속과 동일한 효과를 거둘 수 있다. 한편, 민법의 개정으로 법인도 후견인이 될 수 있다(제930조제3항).

나. 법률에 의한 제한

법인의 권리능력은 법률에 의하여 부여되는 것이므로 당연히 「법률」에 의하여서 제한될 수 있다. 그러나 「명령」에 의하여서는 제한하지 못한다. 그런데 현행법상 일반적으로 법인의 권리능력을 제한하는 법률은 없으며, 개별적인 제한이 있을 뿐이다. 그 예로서는 다음과 같다.

① 청산법인은 「청산의 목적 범위 내」에서만 권리능력이 인정된다(제81조).
② 파산법인도 「파산의 범위 내」에서만 권리능력이 인정된다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제328조).
③ 회사는 다른 회사의 무한책임사원이 되지 못한다(상법 제173조).

다. 목적에 의한 제한

민법은 법인에 대하여 「정관으로 정한 목적의 범위 내」에서 권리능력을 인정한다(제34조). 여기서 「목적 범위 내」의 의미에 관하여는 '목적에 합치되는 범위'로 협소하게 해석하는 것이 아니라, '목적에 위반하지 않는 범위 내'라고 광의로 해석한다. 판례도 같은 입장을 취하고 있다.[20]

20) 정관에 정한 목적의 범위 내라고 함은 이를 광의로 해석하여 정관에 열거한 목적과 그 목적을 달성함에 필요한 범위를 말한다(대판 1987.9.8, 86다카1349; 대판 1988.1.19, 86다카1384).

Ⅲ. 법인의 행위능력

1. 행위능력의 범위

> **제59조(이사의 대표권)** ① 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표한다. 그러나 정관에 규정한 취지에 위반할 수 없고 특히 사단법인은 총회의 의결에 의하여야 한다.
> ② 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다.

법인이 권리능력의 범위에 속하는 권리를 현실로 취득하거나, 이미 취득한 권리를 관리·처분하기 위해서는 일정한 행위를 하여야 한다. 법인의 특징상, 법인의 권리능력이 곧 법인의 행위능력의 범위를 결정해 준다. 그러므로 법인의 권리능력을 규정하고 있는 제34조로부터 법인의 행위능력의 범위가 도출된다. 결국 법인은 「정관으로 정한 목적의 범위 내」에서 권리능력을 가지고, 그의 권리능력의 범위 내에서 행위할 수 있다. 만일 대표기관의 행위가 이 범위를 벗어나는 경우에는 법인의 권리능력 및 행위능력 밖의 것으로서 법인에 대하여 효력이 없다.

2. 행 위 자

법인 자신은 실재하는 것이 아니라 관념적 존재이기 때문에 자연인과 같이 그 스스로는 법률행위를 할 수 없고 현실적으로는 자연인인 대표기관에 의하여 행하여진다. 그러므로 법인의 권리능력의 범위 내에서의 대표기관이 행한 행위가 법인의 행위로 인정된다. 원칙적으로 '대표기관의 대표권의 범위'와 '법인의 행위능력의 범위'는 일치한다. 따라서 대표기관의 대표권은 원칙적으로 법인의 행위능력에 속하는 일체의 사무에 미친다(제59조).

3. 행위의 방식

대표기관이 행하는 행위는 법인을 「대표」한다. 즉 자연인이 머리, 손이나 발 등의 기관을 써서 행위를 하면 그 행위는 곧 자연인의 행위로 되듯이, 대표기관은 법인을 대표하는 행위를 하고 이는 곧 법인 자체의 행위로 된다. 그런데 대표기관의 법인에 대한 대표에 관하여 우리 민법은 특별히 따로 규정하고 있지 않고 '대리에 관한 규정

을 준용'하는 방식을 취한다(제59조제2항). 이처럼 대표기관이 법인을 대표하는 것에 관하여 대리에 관한 규정이 준용됨으로써, 대표기관이 법인을 대표하는 형식은 대리행위에서와 마찬가지로 '법인을 위한 것임'을 표시하여야 한다(제114조 참조). 즉 대리에서의 현명주의의 원칙에 따라 대표기관이 법인을 대표할 때에는 예컨대 "A 법인의 대표이사 甲"이라고 표시하여 법률효과의 주체를 밝혀야 한다. 그리고 법인의 대표행위에 대하여는 무권대리·표현대리에 관한 규정도 함께 준용된다.

Ⅳ. 법인의 불법행위능력

1. 의 의

> **제35조(법인의 불법행위능력)** ① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.
> ② 법인의 목적범위외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다.

법인은 제34조에 따라 「정관으로 정한 목적의 범위 내」에서만 권리능력을 가지며, 그 권리능력의 범위에서만 행위를 할 수 있다. 이 범위를 이탈한 대표기관의 행위는 법인의 권리능력 밖의 것으로서 당연히 법인의 행위가 아니다. 그렇지만 대표기관이 법인을 대표하여 행위를 하다가 타인에게 불법행위를 가한 경우에, 이에 대하여는 일정한 연관성 하에서 법인의 책임이 인정되어야만 할 것이다. 이에 따라 제35조제1항은 "법인은 대표기관이 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다"고 규정함으로써, 대표기관이 그 직무에 관하여 행위를 하다가 제3자에게 손해를 가한 경우에 법인의 불법행위책임을 인정한다.

2. 법인의 불법행위

가. 법인의 불법행위책임의 성립요건

1) 대표기관의 행위일 것

가) **대표기관** : 법인이 불법행위책임을 지는 것은 대표기관의 행위에 의한 것이어야 한다. 이 때 대표기관으로는 이사(제57조), 직무대행자(제60조의2), 임시이사(제63조), 특별대리인(제64조), 법인이 해산한 경우에는 청산인(제82조)을 들 수 있다.

나) **대표성이 없는 기관** : 법인의 대표성이 없는 기관으로서는 사원총회와 감사가 있다. 이러한 기관은 법인의 내부기관으로서 외부로 타인과 행위를 하지 않으므로, 원칙적으로 이들의 행위로 인하여 타인에게 불법행위를 가할 여지가 없다.

다) **임의대리인** : 법인의 이사가 특정 전문분야에 관한 직무행위를 수행하기 위해서 대리인을 선임하여 법인의 행위를 하는 경우가 있다. 이처럼 법인이 임명한 임의대리인이 법인의 업무를 수행하던 중 타인에게 손해를 가한 경우에는 임의대리인은 대표기관이 아니므로 제35조의 적용은 없고, 법인은 사용자로서의 책임을 지게 될 뿐이라고 본다(제756조[사용자의 배상책임]).

나. 직무행위

대표기관이 「직무에 관하여」 타인에게 손해를 가하여야 한다. 대표기관이 직무에 관하여 한 행위만이 법인의 행위가 되므로 이러한 행위에 대하여만 법인의 불법행위책임이 발생하는 것이다. 여기서 「직무에 관하여」라 함은 '행위의 외형상 기관의 직무수행행위라고 볼 수 있는 행위' 및 '직무행위와 사회통념상 관련성을 가지는 행위'를 포함한다.[21] 그리하여 판례는 대표기관의 행위가 대표기관 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 외관상, 객관적으로 직무에 관한 행위라고 인정할 수 있는 것이라면 직무에 관한 행위에 해당하는 것으로 본다.

21) 대판 1969.8.26, 68다2320; 대판 2003.7.25, 2002다27088.

다. 불법행위에 관한 일반적 요건

대표기관의 행위가 불법행위에 관한 일반적 요건을 갖추어져야 한다. 제35조제1항은 제750조[불법행위의 내용]을 전제로 하는 규정이기 때문이다.

① 대표기관의 고의 또는 과실이 있을 것
② 가해행위가 위법한 것일 것
③ 피해자가 손해를 입었을 것
④ 가해행위와 손해 간에 인과관계가 있을 것

라. 법인의 면책

대표기관의 행위가 강행법규나 정관에 위배되어 무효가 되는 경우에도 상대방이 이로 인하여 손해를 입은 경우에는 법인의 불법행위가 성립된다. 그런데 판례는 상대방이 그러한 행위가 허용되지 않는다는 사실을 알았거나(악의) 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우(중과실 있는 선의)에는 법인에게 책임을 물을 수 없다고 본다. 여기에서 중대한 과실이라 함은 '거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 대표자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태어 보조할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태"를 말한다.[22] 이로써 상대방이 악의이거나 중과실이 있는 경우에는 법인에게 불법행위책임을 물을 수 없고, 선의와 경과실에 한하여 법인에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있다.

나아가 판례는 상대방에게 경과실이 있는 경우에 법인의 불법행위책임은 인정되나 그 손해배상의 산정에서는 과실상계를 적용하는 것으로 본다(제763조, 제396조).[23] 이 경우 법인 대표자의 고의에 의한 불법행위에도 과실상계가 적용되는 것으로 보는데, 이는 일반적으로 고의의 불법행위에 대해서는 피해자에게 과실이 있더라도 과실상계를 적용하지 않는 원칙[24]에 대한 예외인 것이다.

---

22) 대판 2003.7.25, 2002다27088.
23) 대판 1987.11.24, 86다카1834.
24) 대판 2000.1.21, 99다50538.

3. 법인의 불법행위에 대한 효과

가. 법인의 불법행위가 성립하는 경우

대표기관이 직무와 관련하여 타인에게 손해를 가하여 법인에게 불법행위에 대한 책임이 인정되는 경우에 이로 인하여 대표기관이 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다(제35조제1항 후단). 이에 따라 가해행위를 한 기관 개인도 법인과 경합하여 피해자에 대하여 손해배상책임을 진다. 따라서 피해자는 법인 또는 대표기관에 대하여 선택적으로 손해배상을 청구할 수 있다. 즉 법인과 기관 개인 사이에 「부진정연대채무」관계가 발생한다.

나. 법인의 불법행위가 성립하지 않는 경우

법인이 불법행위에 대하여 책임을 지지 않는 경우에는 민법은 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 그 사항의 의결에 찬성한 사원과 이사, 그리고 그것을 집행한 이사, 기타 대표기관은 언제나 「연대하여」 배상책임을 져야만 하는 것으로 규정한다(제35조제2항). 이들 사이에도 「부진정연대채무」관계가 발생한다. 이처럼 불법행위 사항에 관한 의결에 찬성한 사원이라 하더라도 항상 대표자와 그의 불법행위에 대하여 연대책임을 지지는 않는다. 즉 의결에 참여한 사원이 대표자와 공동으로 불법행위를 저질렀거나 이에 가담하였다고 볼 수 있는 경우에 한하여 연대책임을 지게 된다. 이에 대한 판단으로서는 당해 사항에 관하여 사원이나 이사가 의사결정권한을 가지는지 그리고 의결과정에서 대표자의 불법적인 집행행위를 적극적으로 요구하거나 유도하였는지 또한 대표자의 집행을 견제할 위치에 있는지 등의 사정을 고려하여야 한다. 그러므로 사원총회에서 의결에 찬성하는 등의 법인의 내부사항을 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 비로소 그 사원은 불법행위를 한 대표자와 연대책임을 지게 된다.[25]

25) 대판 2009.1.30., 2006다37465.

제 7 관 법인의 기관

자연인은 활동할 수 있는 손이나 팔 등의 신체의 기관을 이용하여 활동을 한다. 그런데 법인은 자연인과 같은 자연적인 생명체가 아니므로 독립한 인격자로서 활동하기 위해서는 법인의 의사를 결정하고, 그 의사에 기하여 외부에 대하여 행동하고, 내부의 사무를 처리하는 일정한 조직이 필요하다. 이 조직을 이루는 것이 법인의 기관이다. 법인의 기관은 법인의 외부에서 법인과 대립하는 별개의 인격이 아니라 법인의 구성부분이다. 이러한 기관인 자연인이 활동함으로써 법인은 독자적으로 이 사회에서 활동할 수 있다.

법인의 기관에는 「업무집행기관, 의사결정기관 및 감독기관」의 3종류가 있다. 법인의 기관에는 반드시 두어야 하는 「필요기관」과 둘 수도 있고 두지 않아도 좋은 「임의기관」이 있다. 필요기관으로서 우선 의사결정기관인 「사원총회」가 있다. 이는 사단법인에만 인정되는 필요기관인데, 왜냐하면 사원이 없는 재단법인에는 의사결정기관이 있을 수 없기 때문이다. 업무집행기관으로서 「이사」는 사단법인이나 재단법인 모두에 필수적으로 두어야 하는 필요기관이다. 그리고 「감사」는 감독기관으로서 사단법인이든 재단법인이든 모두 임의기관이다. 민법상의 법인은 사단법인이든 재단법인이든 비영리를 목적으로 하며, 또 이에 대해서는 주무관청으로부터 감독을 받고 있어 엄격한 감사제도를 법인 내에 유지할 필요가 없어, 민법은 내부적 감독기관인 감사를 임의기관으로 하였다.

제 8 관 법인의 주소

법인도 자연인과 마찬가지로 사회활동을 하는 이상 주소에 관하여 생기는 일정한 법률효과를 법인에게도 인정할 필요가 있다. 그래서 민법은 법인의 주된 사무소의 소재지를 법인의 주소로 하고 있다(제36조). 여기에서 「주된 사무소」는 수개의 사무소 중에서 법인관리의 최고 수뇌부가 소재하는 장소를 말한다.

법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다(제33조·제49조제1항). 주된 사무소의 소재지는 정관의 필요적 기재사항이며 또 필요적 등기사항이

다(제40조제3호, 제43조, 제49조제2항·제3호). 사무소를 이전한 경우에는 이를 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있다(제54조제1항).

제 9 관 정관의 변경

제42조(사단법인의 정관의 변경) ① 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.
② 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다.

제45조(재단법인의 정관변경) ① 재단법인의 정관은 그 변경방법을 정관에 정한 때에 한하여 변경할 수 있다.
② 재단법인의 목적달성 또는 그 재산의 보전을 위하여 적당한 때에는 전항의 규정에 불구하고 명칭 또는 사무소의 소재지를 변경할 수 있다.
③ 제42조제2항의 규정은 전2항의 경우에 준용한다.

정관의 변경은 법인의 동일성을 유지하면서 그 조직을 변경하는 것을 말한다. 그런데 정관 변경의 허용 여부는 사단법인과 재단법인에 따라 다르다. 사원의 자주적인 의사결정에 따라 자율적으로 운영되는 사단법인은 사원총회의 결의에 의하여 정관을 변경할 수 있으나 사단법인의 동일성을 해치거나 사단법인의 본질에 반하는 변경은 허용되지 않는다. 재단법인은 설립자의 의사에 따라 타율적으로 운영되어야만 하고, 따라서 설립자가 정한 정관의 규정대로 목적재산이 운영되는 것이므로 그 정관은 원칙적으로 변경하지 못하고 일정한 경우(제45조·제46조)에 한하여 그 변경이 가능하다.

제 10 관 법인의 소멸

Ⅰ. 법인소멸의 의의

제77조(해산사유) ① 법인은 존립기간의 만료, 법인의 목적의 달성 또는 달성의 불능 기타 정관에 정한 해산사유의 발생, 파산 또는 설립허가의 취소로 해산한다.
② 사단법인은 사원이 없게 되거나 총회의 결의로도 해산한다.

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

법인의 소멸은 자연인의 사망에 따른 권리능력의 상실과 마찬가지로, 법인도 그 권리능력을 상실하는 것을 말한다. 다만 자연인의 사망 시에는 상속이 개시되지만, 법인의 경우에는 상속제도가 없으므로 법인이 소멸하는 경우에는 이에 따른 재산관계를 정리하여야 한다. 이를 위하여 법인은 해산·청산절차를 밟게 된다. 우선 「해산」에 의하여 법인은 본래의 활동을 정지하고 청산종결 시까지 일정한 제한된 범위 내에서만 권리능력을 가진다. 그리고 이어서 재산을 정리하는 「청산」의 단계로 들어간다. 이 상태의 법인을 청산법인이라 한다. 이 청산법인은 종전의 해산 전 법인과 별개의 인격을 가지는 것은 아니며 동일성을 가진다. 법인이 소멸하는 시점은 형식적으로 청산등기가 이루어진 때가 아니라, '실질적으로 청산이 종료한 때'이다.

Ⅱ. 법인의 해산

해산이란 법인이 본래의 목적달성을 위한 적극적 활동을 정지하고 청산절차에 들어가는 것을 말한다. 해산사유는 다음과 같다.

1. 사단법인·재단법인에 공통된 해산사유

가. 존립기간의 만료 기타 정관에 정한 해산사유의 발생

존립기간이나 해산사유는 사단법인과 재단법인의 공통적 해산사유이다. 다만, 이에 관한 사항은 사단법인에서는 정관의 필요적 기재사항이고(제40조제7호), 재단법인에서는 임의적 기재사항이다(제43조 참조). 법인에 존립기간이 만료되었거나 정관에서 정한 해산사유가 발생하였더라도 법인이 존속을 원하는 경우에는 정관변경의 절차를 거쳐 법인을 존속시킬 수 있다. 그런데 법인은 이러한 존속절차를 밟지 않고 해산하는 것이다. 이러한 의미에서 이는 당연 해산사유는 아니다.

나. 법인의 목적달성 또는 달성불능

법인이 설립 시에 정관에서 정한 목적을 이미 달성한 경우나 그 목적이 달성할 수 없게 된 경우에는 법인으로서 더 이상 존속할 의미가 없으므로 해산할 수밖에 없다.

법인으로서 목적을 달성했는가 또는 달성이 불가능하게 되었는가의 여부는 사회통념에 따라 결정된다.

그러나 이러한 경우에도 법인은 정관의 변경을 통하여 목적을 변경하면 이를 통해서 해산할 필요가 없이 존속할 수 있다(제42조, 제45조제2항). 즉 사단법인은 자율적 법인으로서 달성된 또는 불능으로 된 목적을 총사원의 3분의 2 이상의 동의를 얻어서(제42조제1항) 가능한 다른 목적으로 변경함으로써 사단법인은 해산하지 않고 존속할 수도 있다. 그리고 재단법인도 법인의 목적을 달성할 수 없는 경우에 설립자나 이사가 주무관청의 허가를 얻어 설립의 취지를 참작하여 법인의 목적을 변경하면 이를 통하여 법인을 존속시킬 수 있다(제46조). 그런데 법인은 이러한 존속절차를 밟지 않고 해산하는 것이다. 이러한 점을 고려할 때, 법인의 목적 달성불능은 법인의 당연 해산 사유는 아니다.

다. 파 산

> **제79조(파산신청)** 법인이 채무를 완제하지 못하게 된 때에는 이사는 지체 없이 파산신청을 하여야 한다.

1) 법인의 파산원인

법인이 파산하면 해산하여야 한다. 법인의 파산원인은 「채무초과」이다. 법인의 파산원인은 채무초과로 족하며, 자연인의 경우와 같이 지급불능을 요하지 않는다(「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제305조, 제306조제1항 참조). 채무초과는 소극재산이 적극재산을 넘는 상태이다. 자연인과는 달리 법인에게 파산요건을 채무초과로 정한 것은 채무초과의 법인을 존속시킴으로써 제3자에게 발생할 손해를 사전에 방지하기 위함이다. 따라서 법인이 채무를 완제하지 못하게 된 때(채무초과)에는 이사는 지체 없이 파산신청을 하여야 한다(제79조).

2) 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 파산절차

법원으로부터 법인에 대하여 파산선고의 결정이 있으면 그 선고한 때에 법인은 즉시 해산되고, 이때부터는 민법의 규정에 따른 청산절차가 행하여지는 것이 아니라, 위의 법률에 따라서 엄격한 파산절차가 행하여진다. 다만 파산절차가 종료된 이후에

적극재산이 남은 때에는 민법의 규정에 의한 청산절차를 밟아야 한다.[26]

라. 설립허가의 취소

> **제38조(법인의 설립허가의 취소)** 법인이 목적이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나 기타 공익을 해하는 행위를 한 때에는 주무관청은 그 허가를 취소할 수 있다.

주무관청이 법인의 설립을 위하여 주었던 설립허가를 취소하는 경우에 법인은 해산한다(제38조). 이에 대한 사유로는 법인이 ① 목적 이외의 사업을 하거나, ② 설립허가의 조건에 위배하거나, ③ 기타 공익을 해하는 행위를 한 경우를 들 수 있다. 이때 주무관청이 그 허가를 취소하면, 이와 동시에 법인은 해산되고 곧 바로 청산절차에 들어간다.

2. 사단법인에만 특유한 해산사유

가.사원이 없게 된 때

사단법인의 성질상 사원이 1인도 없게 된 경우에는 법인은 당연히 해산한다. 사원이 2인 이상이어야 한다는 것은 사단법인의 성립요건이고 존속요건은 아니기 때문에, 사원이 1인만 있는 경우에도 자동으로 해산되지는 않는다.

나. 총회의 해산결의

사단법인은 총회의 결의에 의해 해산할 수 있으며, 이를 임의해산이라고 한다. 이것은 사원총회의 전권사항이므로 총회의 이러한 권한을 박탈하거나, 총회 이외의 다른 기관이 해산결의를 할 수 있도록 규정한 정관은 무효이다. 해산결의는 정관에 다른 규정이 없는 한 총사원의 4분의 3 이상의 동의가 있어야 한다(제78조). 그러나 이 정족수는 정관에서 다르게 규정할 수 있다.

26) 대판 1989.11.24, 89다카2483.

Ⅲ. 법인의 청산

1. 의 의

제81조(청산법인) 해산한 법인은 청산의 목적 범위 내에서만 권리가 있고 의무를 부담한다.

제82조(청산인) 법인이 해산한 때에는 파산의 경우를 제하고는 이사가 청산인이 된다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 달리 정한 바가 있으면 그에 의한다.

제85조(해산등기) ① 청산인은 파산의 경우를 제하고는 그 취임 후 3주간 내에 해산의 사유 및 연월일, 청산인의 성명 및 주소와 청산인의 대표권을 제한한 때에는 그 제한을 주된 사무소 및 분사무소 소재지에서 등기하여야 한다.

② 제52조의 규정은 전항의 등기에 준용한다.

제86조(해산신고) ① 청산인은 파산의 경우를 제하고는 그 취임 후 3주간 내에 전조 제1항의 사항을 주무관청에 신고하여야 한다.

② 청산 중에 취임한 청산인은 그 성명 및 주소를 신고하면 된다.

청산은 해산한 법인이 남은 사무를 처리하고 재산관계를 정리하여 법인을 완전히 소멸시키는 절차이다. 즉 해산한 법인은 청산의 절차를 통하여 잔무를 처리하고 재산을 정리하여 완전히 소멸하게 된다. 청산절차에는 두 가지가 있다.

가. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 청산

법인이 채무초과로 인하여 파산으로 해산하는 경우(제77조제1항, 제79조)에는 청산은 위의 법률이 정하는 절차에 따라서 청산하게 된다.

나. 기타의 원인에 의한 해산

파산 이외의 원인으로 해산한 경우에는 민법이 규정하는 절차에 의한다. 청산절차에 관한 규정은 강행규정이므로 정관에 이와 다른 규정을 두더라도 이러한 정관은 효력이 없다.

2. 청산법인의 능력

해산한 법인은 청산법인으로 바뀌게 된다. 이 청산법인은 '청산의 목적범위 내'에서만 권리를 가지고 의무를 부담한다(제81조).

3. 청산법인의 기관

청산법인은 해산 전의 법인과 동일성이 그대로 유지되므로, 해산 전의 기관인 「사원총회」·「감사」가 「청산인」과 함께 그대로 존속한다. 법인이 해산하면 지위를 상실한 이사가 청산인이 되어 청산법인의 집행기관이 된다. 따라서 청산인은 청산법인의 능력 범위 내에서 본래의 이사와 마찬가지로 대외적으로 청산법인을 대표하고 대내적으로는 내부의 청산사무를 집행한다(제87조제2항).

4. 청산사무(청산인의 직무권한)

제87조(청산인의 직무)
① 청산인의 직무는 다음과 같다.
1. 현존사무의 종결
2. 채권의 추심 및 채무의 변제
3. 잔여재산의 인도

② 청산인은 전항의 직무를 행하기 위하여 필요한 모든 행위를 할 수 있다.

제88조(채권신고의 공고) ① 청산인은 취임한 날로부터 2월내에 3회 이상의 공고로 채권자에 대하여 일정한 기간내에 그 채권을 신고할 것을 최고하여야 한다. 그 기간은 2월 이상이어야 한다.
② 전항의 공고에는 채권자가 기간 내에 신고하지 아니하면 청산으로부터 제외될 것을 표시하여야 한다.
③ 제1항의 공고는 법원의 등기사항의 공고와 동일한 방법으로 하여야 한다.

제89조(채권신고의 최고) 청산인은 알고 있는 채권자에게 대하여는 각각 그 채권신고를 최고하여야 한다. 알고 있는 채권자는 청산으로부터 제외하지 못한다.

제90조(채권신고기간내의 변제금지) 청산인은 제88조제1항의 채권신고기간내에는 채권자에 대하여 변제하지 못한다. 그러나 법인은 채권자에 대한 지연손해배상의 의무를 면하지 못한다.

제91조(채권변제의 특례) ① 청산중의 법인은 변제기에 이르지 아니한 채권에 대하여도 변제할 수 있다.
②전항의 경우에는 조건 있는 채권, 존속기간의 불확정한 채권 기타 가액의 불확정한 채권에 관하여는 법원이 선임한 감정인의 평가에 의하여 변제하여야 한다.

제92조(청산으로부터 제외된 채권) 청산으로부터 제외된 채권자는 법인의 채무를 완제한 후 귀속권리자에게 인도하지 아니한 재산에 대하여서만 변제를 청구할 수 있다.

가. 청산인의 직무권한

청산인은 "현존사무의 종결·채권의 추심 및 채무의 변제·잔여재산의 인도"(제87조제1항)의 직무를 수행하여야 한다.

나. 청산사무의 내용

1) 해산의 등기와 신고

가) **해산등기** : 청산인은 취임 후 3주간 내에 '해산의 사유 및 연월일·청산인의 성명·주소 그리고 청산인의 대표권을 제한한 때에는 그 제한'을 주된 사무소와 분사무소의 소재지에서 등기하여야 한다(제85조제1항).

파산에 의한 청산의 경우에 등기는 법원이 직권으로 등기소에 촉탁하고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제23조), 또한 직권으로 주무관청에 통지한다(같은 법 제314조제1항). 이 경우 청산인은 해산에 따른 등기신청과 신고를 할 필요가 없다.

나) **해산신고** : 청산인은 그 취임 후 3주간 내에 해산등기와 청산인등기에 관한 사항을 주무관청에 신고하여야 한다(제86조제1항). 그리고 청산 중에 청산인이 바뀐 경우, 새로 취임한 청산인은 그 성명과 주소를 주무관청에 신고하여야 한다(같은 조 제2항).

2) 현존사무의 종결

해산 전부터 계속 중인 업무를 완결시켜야 한다(제87조제1항제1호). 그러므로 이미 결정된 것이라도 아직 착수하지 않은 것은 개시하지 못한다.

3) 채권의 추심

청산절차에서는 법인의 적극재산을 가지고 모든 채무를 공평하게 변제하여야 하기 때문에, 청산절차는 적극재산의 확보, 채권자의 확정 및 채무의 변제 그리고 잔여재산의 확정을 목적으로 한다. 우선 적극재산의 확보를 위해서는 법인은 채권의 추심(같은 조항 제2호)은 물론, 대물변제의 수령이나 상당한 대가를 받고 하는 채권양도, 화해계약의 체결 등을 행하고, 아직 변제기가 도래하지 않은 채권·조건부 채권과 같이 즉시 추심하기가 곤란한 채권은 양도 기타의 적당한 방법으로 환가처분을 할 수 있다(민사집행법 제241조 참조).

4) 채무의 변제

채무의 변제는 청산사무 중 가장 중요한 것이다. 민법은 청산절차의 신속한 종결과 채권자(제3자)의 보호를 위하여 다음과 같이 특별규정을 두고 있다.

가) **채권신고의 공고·최고** : 법인은 장부 등을 통해서도 알 수 없는 채권자에 대하여는 채권신고를 '공고'하여야만 하고(제88조), 이를 통해서 알고 있는 채권자에 대하여는 개별적으로 채권을 신고할 것을 '최고'하여야 한다(제89조). 전자의 경우, 청산인은 취임한 날로부터 2개월 내에 3회 이상 공고하여야 한다. 그 내용은 '알지 못하는 채권자'에 대하여 일정한 기간 내에 그의 채권을 신고할 것을 독촉하여야 하고, 채권자가 기간내에 신고하지 않으면 청산으로부터 제외된다는 것을 표시하여야 한다(제88조제2항). 그리고 후자의 경우, 청산인은 '알고 있는 채권자'에 대하여도 개별적으로 채권신고를 최고하여야 하는데(제89조제1문), 이때 채권자가 신고하지 않았다고 하더라도 청산에서 제외하지 못한다(같은 조 제2문).

나) **변　　제**

① 채권신고기간 내의 변제 금지 : 법인의 모든 채권자에게 공평한 변제를 하기 위해(채권자평등의 원칙), 청산인은 제88조제1항의 채권신고기간 내에는 어느 채권자에 대하여도 변제하지 못한다(제90조 본문). 왜냐하면 개별적으로 채권자에게 변제하는 것을 허용하게 되면, 이는 채권자평등의 원칙에 위배될 위험이 있기 때문이다. 그리고 이것은 채권신고기간 내에 신고를 받은 결과 채무초과로 판명되면 파산절차로 들어가는 점(제93조)에서도 그 의미가 있다. 그러나 채권신고기간 내에 변제가 금지되는 결과, 채권자는 변제기가 도래한 후에도 채권신고기간이 경과할 때까지는 채권의 만족을 얻지 못하게 된다. 그렇지만 이는 법인이 채권신고기간 동안 채무의 변제를 유예 받는 것은 아니기 때문에, 채권자는 지연손해배상을 청구할 수 있다(제90조 단서).

② 변제기가 도래하지 않은 채권 등의 변제 : 청산채무의 신속한 종결을 위하여 청산 중의 법인은 변제기에 이르지 않은 채권에 대하여도 기한의 이익을 포기하고 이를 변제할 수 있다(제91조제1항). 한편 조건부 채권·존속기간이 불확정한 채권·기타 가액이 불확정한 채권에 관하여는 법원이 선임한 감정인이 평가

한 평가액을 변제하여야 한다(제91조제2항).

③ 청산으로부터 제외된 채권의 경우 : 채권신고의 공고를 받은 자가 채권신고기간 내에 신고하지 않으면 청산에서 제외된다(제88조제2항). 이 제외된 채권자는 법인의 채무를 완제한 후, 귀속권리자에게 인도하지 않은 재산에 대해서만 변제를 청구할 수 있다(제92조, 제1039조). 그러나 청산인이 알고 있는 채권자에 대하여는 비록 그가 신고하지 않았더라도 청산에서 제외하지 못하며 반드시 변제하여야 한다(제89조 단서). 만일에 채권자가 변제를 수령하지 않으면, 이를 공탁하여야 한다(제487조 이하 참조).

5) 잔여재산의 인도

해산한 법인이 청산절차를 밟은 후에도 잔여재산이 있는 경우에는 다음의 순서에 의하여 일정한 자에게 귀속되거나 처분된다.

> **제80조(잔여재산의 귀속)** ① 해산한 법인의 재산은 정관으로 지정한 자에게 귀속한다.
> ② 정관으로 귀속권리자를 지정하지 아니하거나 이를 지정하는 방법을 정하지 아니한 때에는 이사 또는 청산인은 주무관청의 허가를 얻어 그 법인의 목적에 유사한 목적을 위하여 그 재산을 처분할 수 있다. 그러나 사단법인에 있어서는 총회의 결의가 있어야 한다.
> ③ 전2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다.

가) **정관에 의한 귀속권리자의 지정** : 잔여재산의 귀속자는 정관에서 지정한 자이다(제80조제1항). 그 지정은 직접적인 지정뿐만 아니라, 이사회의 결의에 의해 잔여재산을 처분하도록 한 간접적인 지정의 경우도 포함한다. 이에 위반하여 행한 잔여재산의 처분행위는 무효이다.

나) **유사한 목적을 위한 재산처분** : 정관으로 지정한 자가 없거나 또는 이사회의 결의 등 지정방법을 정관이 규정하고 있지 않은 때에는 이사 또는 청산인이 주무관청의 허가를 얻어서 법인의 목적과 유사한 목적을 위하여 처분할 수 있다(제80조제2항 본문). 해산 전에는 이사가, 해산 후에는 청산인이 처분할 수 있다. 이때 사단법인의 경우 사원총회의 결의가 있어야 한다(제80조제2항 단서).

다) **국고귀속** : 위의 어느 방법으로도 처분할 수 없는 경우에는 그 잔여재산은 국고에 귀속된다(제80조제3항, 제1058조).

6) 파산신청

제93조(청산 중의 파산) ① 청산 중 법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 청산인은 지체 없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다.
② 청산인은 파산관재인에게 그 사무를 인계함으로써 그 임무가 종료한다.
③ 제88조제3항의 규정은 제1항의 공고에 준용한다.

법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 되면 청산인은 지체 없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다. 법인의 파산으로 파산관재인이 정해지면 청산인은 파산관재인에게 사무를 인계하여야 한다(제93조제2항).

7) 청산종결의 등기와 신고

제94조(청산종결의 등기와 신고) 청산이 종결한 때에는 청산인은 3주간 내에 이를 등기하고 주무관청에 신고하여야 한다.

청산이 종결된 때에는 청산인은 3주간 내에 이를 등기하고 주무관청에 신고하여야 한다(제94조). 그러나 법인이 소멸하는 것은 청산종결등기가 된 때가 아니라 「청산사무가 사실상 종결된 때」이다. 판례도 청산종결의 등기가 종료된 경우에도 미처 발견하지 못한 처리할 잔존사무가 남아 있어 청산사무가 종료되지 않은 경우에는 청산법인으로 존속하는 것으로 본다.[27]

토론해 보기

법인이 소유하고 있는 토지를 타인(甲)에게 처분하였는데, 그 양수인(甲) 앞으로 그 소유권이전등기가 되지는 않았다. 그 후 재단법인은 해산등기를 하고 그 토지를 제3자(乙)에게 매도하고 소유권이전등기를 해 주었다. 그러고 나서 그 법인은 청산종결등기를 하였다. 甲은 법인에 대하여 토지에 대한 소유권이전등기를 청구할 수 있는가?

[해 설]

甲은 법인을 상대로 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 왜냐하면 해산한 법인은 청산의 목적범위 내에서만 권리능력을 가지므로(제81조), 청산 중에 있던 법인이 그 대지를 乙에게 매도한 것은 새로운 법률행위를 한 것이므로 청산목적의 범위를 넘은 것으로 되어 무효이기 때문이다. 한편 법인이 소멸하

27) 대판 1980.4.8, 79다2036.

는 것은 청산종결등기를 한 때가 아니라 청산 사무가 실제로 종료된 때이므로, 법인은 甲에게 해산 전에 처분한 토지에 대해 소유권이전등기를 해 줄 사무가 남아 있으므로 그 사무를 종결할 때까지는 청산법인으로서 존속한다. 따라서 청산등기를 완료하였다 하더라도 법인은 乙에 대하여 원인무효의 등기로서 乙 명의의 소유권이전등기의 말소를 한 후 甲에게 소유권이전등기를 해 주어야 한다.

제 11 관 법인의 등기

법인은 자연인과 같이 거래관계의 단위이나, 법인의 조직·재산상태는 자연인에 비하여 알기 어려운 수가 많다. 그러므로 법인과 거래하는 제3자를 보호하기 위하여 법인의 조직 내용을 공부(公簿)에 기재하고 공시할 필요가 있다. 이것이 법인등기제도이다. 법인등기 중 설립등기는 법인의 성립요건이나(제33조), 나머지 다른 등기는 모두 제3자에 대한 대항요건이다(제54조제1항).

제 12 관 법인의 감독

비영리법인은 그 성립에서 소멸에 이르기까지 국가의 검사·감독을 받는데, 그 대상에 따라 감독의 주체가 다르다. 법인의 설립에는 주무관청의 허가를 얻어야 하므로(제32조), 법인설립 후에도 법인의 사무는 주무관청이 검사·감독한다(제37조).

그러나 법인의 해산 및 청산에 관하여는 법원이 검사·감독한다(제95조). 법인의 해산·청산은 법인의 목적과는 관계없을 뿐 아니라 제3자의 이해관계와 밀접히 관련되어 있는 재산의 정리를 내용으로 하므로, 법원이 이에 대해서 검사·감독하는 것이다.

제3장

권리의 객체

제 3 장 권리의 객체

Ⅰ. 총 설

권리는 「일정한 사회적 이익을 향수할 수 있는 법률상의 힘」이다. 이 일정한 사회적 이익이 권리의 내용 또는 목적인 것이다. 권리의 내용 또는 목적이 성립하기 위하여서는 일정한 대상을 필요로 하며, 이를 「권리의 객체」라고 한다. 권리의 객체에는 여러 가지의 권리행사의 대상(예 : 물건, 권리, 신분관계 등)이 있으나, 민법은 그 중 「물건」에 관하여만 권리의 객체로서 민법총칙에서 규정하고 있다.

Ⅱ. 물 건

1. 의 의

물건은 "유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력"을 말한다(제98조).

가. 유체물 또는 관리가능한 자연력

물건은 「유체물 또는 관리가능한 자연력」이다. 유체물은 공간의 일부를 차지하고 사람의 오감에 의하여 지각할 수 있는 형체를 가지는 물질을 말하고, 무체물은 그러한 형체가 없는 것을 말한다. 예컨대 전기·열·광·음향·향기·에너지 등이 무체물에 속한다. 이러한 무체물 중에서 「관리할 수 있는 자연력」만을 물건으로 하고 있다. 유체물은 본질상 모두 관리가 가능한 물건이고, 무체물 중에서는 관리가 가능하여 「법률상의 배타적 지배가 가능한 자연력」이 물건이 된다.

나. 관리가능성

유체물이든 무체물이든 물건이 되기 위해서는 관리가능 한 것이어야 한다. 관리가 가능하다는 것은 '배타적 지배가 가능하다'라는 뜻이다. 배타적으로 지배할 수 있는 물건이라야 비로소 사용·수익·처분할 수 있다. 따라서 바다나 공기는 물건이 아니다.

그렇지만 바다는 인위적으로 일정한 범위를 구획하여 지배할 수 있는 것으로 되면 다시 어업권의 객체로 된다. 이와 마찬가지로 공기 중의 질소는 물건이 아니나, 관리가능하도록 질소탱크에 모아 놓으면 거래의 대상으로 삼을 수 있고 이로써 물건으로 된다.

다. 외계의 일부

물건은 '외계의 것'이어야 한다는 것은 우주공간의 어떤 것을 의미하는 것이 아니라, 사람에 속한 것이 아니어야 한다는 것을 의미한다. 사람의 인격은 절대적인 것으로서, 그에 대한 배타적 지배는 인정될 수 없다. 따라서 사람이나 또는 사람의 일부분은 물건으로 될 수 없다. 오로지 사람은 권리의 주체이므로 다른 권리의 객체로 될 수 없고, 또 사람의 신체에 관하여도 인격권이 성립할 뿐이고 소유권은 성립하지 않는다. 그리고 인체에 부착된 의치, 의안, 의수, 의족, 가발 등도 신체에 고착하고 있는 한 인체의 일부로 간주되므로 물건이 아니다. 그러나 모발, 치아, 혈액 등은 인체로부터 분리되면 물건으로 된다.

시체도 물건으로서 소유권의 객체로 되나, 시체의 소유권은 통상의 소유권처럼 사용·수익·처분할 수 있는 것이 아니라, 오로지 사자(死者)의 매장, 제사, 공양 등을 위하여 행사될 수 있는 특수한 소유권이다. 시체에 대한 소유권은 제사를 주재하는 자에게 있다(제1008조의3 참조). 그런데 '제사를 주재하는 자'에 대해서는 민법에 별도의 규정을 두고 있지 않다. 과거 호주제도가 있는 경우에는 호주상속인 내지는 호주승계인이 망인의 시신에 대한 소유권을 가진다고 보았으나, 현재 호주제도가 폐지되어 호주상속이나 호주승계의 제도는 더 이상 존속되지 않는다. 그리하여 판례는 조리에 입각하여(제1조) 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이에 협의로 제사주재자를 결정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정(예; 장기간 외국에의 거주, 평소 부모를 학대하거나 모욕을 가하는 행위를 하였거나, 제사의 거부 등)이 있지 않는 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀의 순으로 제자주재자가 된다고 본다.[28)]

---

28) 대판(전원합의체)2008.11.20., 2007다27670; 종래 대법원은, 공동상속인 중 '종손'이 있다면 그에게 제사를 주재하는 자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 경우를 제외하고는 통상 종손이 제사주재자가 된다고 판시하여 왔다(대판 1997.11.25., 97누7820 등). 그런데 종손은 '장자계의 남자손으로서 적장자'를 지칭하는데, 이러한 종손에 대한 관습은 상속인들간의 협의와는 무관하게 결정되므로 가족구성원인 상속인들의 자율적인 의사를 무시하는

라. 독립성

물건은 배타적 지배와의 관계상 독립성을 가지고 있어야 한다. 즉 물건은 독립한 존재를 가지고 있어야 한다. 물건의 독립성의 유무는 거래관념에 따라서 결정된다. 예컨대, 집합건물에 대하여 구분소유를 인정하는 것도 거래관념에 의한 것이다.

어떠한 것을 하나의 물건으로 볼 것인가는 물권관계에서 대단히 중요한 문제이다. 물권의 객체는 하나의 물건으로 생각되는 독립물이어야 하며, 물건의 일부나 구성부분 또는 물건의 집단은 원칙적으로 물권의 객체가 되지 못한다. 따라서 하나의 물건에 관하여 하나의 물권만 인정하는 「일물일권주의(一物一權主義)」가 원칙이다. 그러나 물건의 일부나 집단 위에 하나의 물권을 인정하여야 할 사회적 필요가 있고, 또 물건의 일부나 집단에 대한 개별 공시가 뒷받침되는 경우에는 일물일권주의의 원칙에 대한 예외가 인정된다. 이를테면, 토지의 일부에 대한 지상권이 설정될 수 있고, 승역지의 일부에 대한 지역권이 설정될 수 있으며, 부동산의 일부에 대하여 전세권이 설정될 수 있는 것은 이에 대한 사회적 요구가 있고 또 이를 뒷받침할 공시가 가능하기 때문이다(부동산등기법 제136조, 제137조, 제139조). 그밖에도 특별법에 의해 일정한 물건의 집단에 대해 공시를 전제로 하여 하나의 물권이 인정되는 경우가 있다(공장 및 광업재단저당법).

2. 물건의 분류

물건을 분류에는 강학상 분류와 민법상의 분류가 있다.

가. 강학상의 분류

1) 융통물·불융통물

가) 융통물 : 융통물은 사법상의 「거래의 객체가 될 수 있는 물건」을 말한다.

① 가분물·불가분물 : 가분물은 물건의 성질 또는 가격을 현저하게 손상하지 않고도 분할할 수 있는 물건을 말하고(예 : 금전, 토지, 곡물 등), 불가분물은 그렇지

것이고 적서간에 차별을 두는 것이어서 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 되었다. 그리하여 대법원은 위의 관습은 더 이상 효력을 유지할 수 없게 되어 이를 기초로 한 판례는 폐기하였고 다만 그 효력을 과거에까지 소급하지는 않도록 하였다.

못한 물건을 말한다(예 : 소, 말, 건물 등). 가분물과 불가분물을 구별하여야 할 실익은 공유물의 분할(제269조), 다수당사자의 채권관계(제408조 이하 참조)에 있다.

② 대체물·부대체물 : 대체물은 거래상 개성이 중요시되지 않고 단순히 종류, 품질, 수량에 의하여 정하여지며, 동종, 동질, 동량의 물건으로 바꾸어도 급부의 동일성이 바뀌지 않는 물건이다(예 : 금전, 술, 곡물 등). 부대체물은 이러한 대체성이 없는 물건이다(예 : 그림, 골동품 등). 대체물은 거래관념상 대체가 가능한 것으로서 소비대차(제598조 이하), 소비임치(제702조 이하), 제작물 공급계약 등의 목적으로 될 수 있으나, 부대체물은 그렇지 않다.

③ 특정물·불특정물 : 특정물과 불특정물의 구별은 당사자의 의사에 의한 것이다. 대체물·부대체물은 객관적인 구별인데 대하여 특정물·불특정물의 구별은 당사자의 의사에 기한 주관적인 구별인 것이다. 특정물은 당사자가 급부의 목적물을 「그 물건」으로 지정하여 거래의 대상으로 삼은 것이고, 불특정물은 일정한 종류에 속한 물건 중에서 어떤 물건으로 특정하여 거래의 대상으로 삼은 것이다. 예컨대, 개성을 가진 소나 말 그리고 골동품은 일반적으로 특정물이나, 개성을 무시한 채 마구간에 있는 소 몇 마리, 보물창고에 있는 골동품 몇 개로 거래하는 경우에는 불특정물로 된다. 이 구별은 채권의 목적물의 보관의무(제374조), 채무변제의 장소(제467조), 매도인의 담보책임(제570조 이하) 등에서 의미가 있다.

④ 소비물·비소비물 : 소비물은 물건의 성질상 1회 사용하면 다시 동일 용도에 사용할 수 없는 물건을 말한다(예; 금전, 술, 곡물 등). 비소비물은 물건의 용도에 따라 반복해서 사용·수익할 수 있는 물건을 말한다(예; 토지, 건물 등). 그 구별의 실익은 소비대차(제598조), 사용대차(제609조), 임대차(제618조), 소비임치(제702조)의 계약전형을 결정하는 데에 있다. 소비물만이 소비대차와 소비임치의 목적물이 될 수 있고(제598조 이하), 비소비물은 사용대차와 임대차의 목적물이 된다(제609조 이하, 제618조 이하).

나) **불융통물** : 불융통물은 사법상 거래의 객체가 될 수 없는 물건을 말한다. 불융통물에는 공용물, 공공용물, 금제물이 있다.

① 「공용물」은 국가·공공단체의 소유로서 공적 목적에 사용되는 물건이다(국유재

산법 제4조, 제18조, 제20조 참조). 예를 들어, 관공서의 건물이나 국공립학교의 건물 등이 이에 속한다.

② 「공공용물」은 공중의 일반적 사용에 제공되는 물건으로서 도로, 하천, 공원, 항만 등을 말한다. 공용물처럼 반드시 국가·공공단체의 소유에 속하여야 하는 것은 아니므로, 사인의 소유에 속하는 공공용물도 있다. 예컨대 도로부지는 사인의 소유에 속할 수 있으나(사유공물), 그 부지부분에 대하여는 소유권이전이나 저당권의 설정을 제외하고 소유권을 행사할 수 없다(도로법 제3조).

'하천'은 지표면에 내린 빗물 등이 모여 흐르는 물길로서 국가하천 또는 지방하천으로 지정된 것을 말하며, 하천구역과 하천시설을 포함한다. 여기에서하천을 구성하는 토지와 그 밖의 하천시설에 대하여는 사권(私權)을 행사할 수 없다(하천법 제2조). 다만, 1. 소유권을 이전하는 경우 2. 저당권을 설정하는 경우 3. 하천점용허가(소유권자 외의 자는 소유권자의 동의를 얻은 경우에 한한다)를 받아 그 허가받은 목적대로 사용하는 경우에는 사권의 행사가 가능하다(위의 법 제4조제2항, 제33조).

③ 금제물 : 「금제물」은 법령의 규정에 의하여 거래가 금지되는 물건이다. 금제물에는 거래는 물론 소유 또는 소지조차도 금지되는 것이 있고, 소지할 수는 있으나 거래가 금지 또는 제한되는 것이 있다. 전자에 속하는 것이 아편, 위조통화, 음란한 문서(형법 제198조, 제243조, 제244조, 제207조 이하) 등 이고, 후자에 속하는 것이 국보, 지정문화재(문화재보호법 제21조, 제26조, 제43조 이하, 제54조, 제76조 참조) 등 이다.

나. 민법상의 분류

제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

제99조(부동산, 동산) ① 토지 및 그 정착물은 부동산이다.
② 부동산이외의 물건은 동산이다.

제100조(주물, 종물) ① 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 때에는 그 부속물은 종물이다.
② 종물은 주물의 처분에 따른다.

제101조(천연과실, 법정과실) ① 물건의 용법에 의하여 수취하는 산출물은 천연과실이다.

② 물건의 사용대가로 받는 금전 기타의 물건은 법정과실로 한다.

제102조(과실의 취득) ① 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다.
② 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다.

민법총칙은 물건을 「동산·부동산」(제99조)·「주물·종물」(제100조)·「원물·과실」(제101조~제102조)로 분류한다.

1) 동산과 부동산의 구별의 필요성

① 제99조는 부동산과 동산을 구별하는 기준을 정한다. 이에 의하면, 물건 중에서 부동산은 토지 및 그 정착물이고(제99조제1항), 부동산 이외의 모든 물건은 동산이다(같은 조 제2항).

② 부동산과 동산은 공시의 방법을 달리한다. 부동산은 등기에 의하여 공시하고, 동산은 점유에 의하여 공시하게 된다(제186조, 제188조, 제329조, 제356조). 다만 동산 중에는 등기(등록)로 공시하는 것도 있는데, 선박, 자동차, 항공기, 중기가 이에 속하고 이에 대한 거래는 부동산에 준한다.

③ 부동산과 동산에 대한 공시방법에 대한 공신력은 같지 않다. 동산거래에서는 공신의 원칙을 인정하여 무권리자로부터 권리를 취득할 수 있게 한 데 반하여(선의취득, 제249조), 부동산거래에서는 등기에 대해서 공신의 원칙을 인정하지 않고 부동산의 진정한 권리자를 보호한다. 즉 동산의 점유에 대해서는 공신력이 인정되지만, 부동산의 등기에 대해서는 공신력이 인정되지 않는다.

④ 취득시효에서 동산이냐 부동산이냐에 따라 그 요건을 달리한다(제245조·제246조).

⑤ 우리 민법상 용익물권으로 인정된 물권은 지상권, 지역권, 전세권으로서 이는 부동산에만 인정되고 동산에는 인정되지 않는다. 따라서 동산의 용익적 사용에 관해서는 채권계약에 의하여야 한다.

⑥ 담보물권에서 저당권은 부동산에 설정되고, 질권은 동산에 설정된다.

⑦ 무주물선점은 동산에만 인정되며(제252조), 무주물이 부동산인 경우에는 국유로 된다(제252조).

⑧ 부합은 동산이냐 부동산이냐에 따라 법률효과를 달리한다(제256조·제257조).

⑨ 부동산과 동산은 재판관할(민사소송법 제20조) 및 강제집행의 절차와 방법에서

각각 다르다(민사집행법 제78조 이하, 제188조 이하).

2) **부동산** – 민법은 토지와 그의 정착물을 부동산으로 하고 있다(제99조제1항). 따라서 「토지」와 「토지의 정착물」이 부동산이 된다.

가) **토지** : 토지는 원래 연속하고 있어 물리적으로는 구분성을 갖지 못한다. 그러나 거래를 위해서는 배타적 지배가 가능하여야만 하므로, 토지를 물권의 객체로 삼기 위해 편의상 토지에 인위적으로 선(지표)을 그어 경계를 나누어서 구획하고, 그 구획된 토지를 지적공부(토지대장, 임야대장)에 등록하여(측량 · 수로조사 및 지적에 관한 법률 제64조) 거래의 객체로 삼게 된다. 이렇게 등록된 각 구역은 독립성이 인정되며, 「지번」으로 표시되고 그 개수는 「필(筆)」로써 계산된다. 1필의 토지를 수필로 분할하거나 또는 수필의 토지를 1필로 합병하려면, '분필' 또는 '합필'의 절차를 밟아야 한다. 토지의 완전한 이용을 위해서는 지표뿐만 아니라 지상의 공간이나 지하에도 소유권의 효력이 미치게 하여야 하기 때문에, 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에도 미친다(제212조).

나) **토지의 정착물** : 토지의 정착물은 토지에 고정적으로 부착되어 용이하게 이동될 수 없는 물건으로서, 그러한 상태로 사용되는 것이 통상적으로 용인되는 것을 말한다. 이러한 토지의 정착물이 토지와는 별개의 부동산으로 취급될 수 있는지의 판단을 위해, 정착물은 다음의 3가지 유형으로 나누어진다.

① 독립정착물 : 독립정착물은 토지와는 언제나 독립된 부동산으로 다루어지는 토지의 정착물로서, 「건물」이 이에 속한다. 우리 민법상 건물은 토지로부터 완전히 독립한 별개의 부동산으로 취급되므로, 토지와 그 지상에 건물이 있는 경우에 토지나 건물을 따로 각각 처분할 수 있고, 또 함께 처분하더라도 건물이 토지의 처분에 따라가는 것은 아니며, 개별적으로 거래하고 각기 토지등기부와 건물등기부에 따로 등기하여야 한다(「부동산등기법」 제14조).

② 종속정착물 : 종속정착물은 토지의 구성부분으로서 취급되어 항상 토지와 일체로 처분된다. 이에는 교량·돌담·도로의 포장 등이 속한다.

③ 반독립정착물 : 반독립정착물은 토지의 일부로서 토지와 함께 처분되지만, 일정한 공시를 갖추는 것을 전제로 토지와는 독립된 부동산으로 다루어질 수 있

는 정착물을 말한다.

i) 입목 : 수목은 토지로부터 분리되면 독립된 동산이나, 분리되지 않은 상태에서는 토지의 일부이다. 그러나 산지에 생육하고 있는 수목만을 그 지반과 분리해서 거래할 필요가 있다. 그리하여 수목의 집단에 대하여 「입목에 관한 법률」에 의한 소유권보존등기를 하면, 이로써 등기한 수목의 집단은 「입목」이 된다. 입목은 그 지반으로부터 독립한 부동산으로 취급되므로(같은 법 제3조제1항), 입목의 소유자는 토지와 분리하여 입목을 양도하거나 또는 저당권의 목적으로 삼아 거래할 수 있다(같은 법 제2조, 제3조).

ii) 입목법의 적용을 받지 않는 수목의 집단 : 입목법의 적용을 받지 않는 수목의 집단도 토지와는 분리되어 거래할 필요가 있다. 수목은 본래 그것이 자라고 있는 토지의 정착물로서 토지의 일부임이 원칙이나, 수목만을 독립하여 거래대상으로 삼아 거래할 수 있어야 한다. 이를 위해서 수목의 집단에 「명인방법」이라는 관습법상의 공시방법을 갖추면 이로써 독립한 부동산으로서 거래의 목적으로 된다. 명인방법이란 수목의 집단에 대하여 그 소유권이 누구에게 귀속하고 있다는 것을 제3자 누구에게라도 쉽게 인식할 수 있도록 공시하는 방법을 말한다. 예컨대, 일정한 수목의 집단을 표시한 후 수목에 수피를 깎아서 소유자의 성명을 묵서하는 등의 방법이 명인방법에 속한다. 명인방법을 한 수목의 집단은 독립한 부동산으로 취급되지만, 입목과는 달리 등기하지는 않으므로 저당권의 객체로는 될 수 없다.

iii) 미분리의 과실 : 미분리의 과실(과수의 열매, 뽕나무의 잎 등)은 수목의 일부이지만 「명인방법」을 갖추면 이를 토지와는 독립한 물건으로서 거래의 목적으로 된다. 미분리 과실의 경우에는 논밭의 주위에 새끼를 둘러치고 소유자의 성명을 표시한 목찰(木札)을 세우는 방법 등이 명인방법에 속한다.

iv) 농작물 : 토지에서 경작·재배되는 각종의 농작물은 토지의 일부이다. 다만 정당한 권원(예 : 임차권, 지상권)에 의거하여 타인의 토지에서 경작·재배하면 그 농작물은 토지에 「부합」하지 않고 토지로부터 독립한 별개의 부동산으로 취급된다(제256조 단서). 그러나 판례[29]는 농작물의 경우에 권원 없이 타인의 토지에서 재배한 경우에도 명인방법을 갖출 필요도 없이 그 농작물의 소유권은 언제나 경작자에게 속한다고 한다. 따라서 농작물은 비록 그것이 남의 땅에서 토지소유자나 점유자를 배제해서 위법하게 경작 재배한 것이더라도 언제나 경작자에 속하며, 그 한도에서 농작물만은 그가

29) 대판 1978.8.28, 79다784.

부착하고 있는 토지와는 따로 독립한 물건으로 다루어진다.

3) 동 산 – 부동산 이외의 물건은 모두 동산이다(제99조제2항). 정착물이 아닌 토지의 부착물건(예: 가식의 수목), 전기 기타 관리할 수 있는 자연력은 동산이고, 일정 톤수 이상의 선박, 자동차, 항공기, 일정한 중기 등은 등록의 공부에 의하여 공시되므로 법률상 부동산에 준하여 취급된다.

특수한 동산으로 「금전」을 들 수 있다. 금전은 동산이나, 개성이 없이 일정액의 가치이므로 동산에 적용되는 규정 중에는 금전에 적용되지 않는 것이 많다. 무엇보다도 당해 금전에 대한 물권적 청구권이 인정되지 않는다(제213조, 제214조, 제204조 내지 제206조 참조). 따라서 타인의 점유에 들어간 금전에 대하여는 언제나 소비대차계약이나 사용대차계약, 부당이득에 의한 반환청구 또는 불법행위로 인한 손해배상청구로서 동액의 채권적 반환청구권이 인정될 뿐이다.

Ⅲ. 주물과 종물

1. 의 의

각각 독립된 두 개의 물건 사이에 하나의 물건이 다른 물건의 경제적 가치를 높여 효용을 돕는 관계가 있다. 따라서 어떤 물건의 소유자는 그 물건의 효용을 증가시키기 위하여 자기 소유의 다른 물건을 이에 부속시켜 보조적으로 이용하는 수가 많다(예: 배와 노, 자물쇠와 열쇠, 말과 안장, 주택과 창고 등의 관계). 여기서 그 물건을 「주물」이라 하고 보조적인 물건을 「종물」이라고 한다.

2. 종물의 요건

가. 독립한 물건

주물은 주물로부터 독립된 물건이어야 한다.

한편, 주물로부터 독립되지 아니하고 주물의 일부로 되거나 구성부분이 되면 종물이

아니다. 이 경우 두 물건은 1개의 물건으로 취급되어 두 물건의 소유자가 다른 경우에 '부합의 법리'가 적용된다. 이에 따라 ① 부동산에 다른 동산이 부합하면 그 전체의 물건(합성물)의 소유권은 부동산의 소유자가, ② 동산에 다른 동산이 부합하면 주물의 소유자가 전체의 합성물의 소유권을 취득하며, 주종이 구분되지 않는 경우에는 공유의 관계가 성립한다(제256조, 제257조).

나. '상용'(常用)에 이바지 하는 물건

종물은 주물의 사용에 이바지 하여야 한다. 그러므로 예컨대 아파트에 설비되어 있는 냉장고, 책상 등은 아파트라는 건물의 상용에 이바지하는 것은 아니고 단지 아파트 소유자의 편의에 의한 것이므로 종물이 될 수 없다. 그렇지만 농지에 부속한 양수시설은 농지의 종물이고,[30] 횟집 점포건물에 부착하여 신축한 수족관건물은 횟집 건물의 종물이며,[31] 주유소의 주유기는 주유소건물의 경제적 효용을 돕는다는 의미에서 주유소의 종물[32]에 해당한다.

다. 주물·종물 모두가 동일한 소유자에게 속할 것

주물과 종물의 관계가 성립되면, 이 두 물건의 경제적 효용을 높이기 위하여 종물은 주물의 처분에 따르는 것으로 한다(제100조제2항). 이처럼 종물은 주물의 처분에 따라 그 법률적 운명을 같이 하므로, 주물과 종물은 동일 소유자에게 속한 것이어야 한다.

3. 효　　과

가. 주물의 처분

종물은 주물의 처분에 따라 그 법률적 운명을 같이 한다(제100조제2항). 그러므로 주물에 대한 소유권의 양도가 있으면 종물도 함께 양도된다. 특히 저당권이 설정된 경우에 그 저당권의 효력은 종물에도 미친다(제358조). 이때 주물의 저당권의 효력은 저당권설정 당시의 종물은 물론 설정 후의 종물에 대해서도 미친다.

나. 주된 권리와 종된 권리

30) 대판 1967.3.7, 66누176.
31) 대판 1993.2.12, 92도3234.
32) 대판 1995.6.29., 94다6345.

두 개의 권리 사이에서도 주종이 있을 수 있다. 이를 테면 건물이 있기 위해서는 토지에 대한 점용권(예: 임차권, 지상권 등)이 반드시 필요한데, 이때 건물의 소유권은 주된 권리이고, 그 건물의 존립을 위해서 이바지하는 토지의 점용권은 종된 권리로 볼 수 있다. 그리하여 지상권이 딸린 건물을 매도한 경우에 건물의 소유권이외에 지상권도 함께 포함되는데, 이처럼 종된 권리는 주된 권리의 처분에 따르는 것으로 보아야 한다(제100조제2항 유추적용). 그렇지만 지상권은 건물의 소유권과는 별개의 독립된 물권으로서 지상권이전등기를 따로 하여야만 한다.[33] 결국 건물의 매수인은 건물의 소유권이전등기를 하여야 함은 물론 토지에 대한 지상권에 대해서도 별도로 지상권이전등기를 경료받아야 한다. 동일한 맥락에서, 동산의 거래에서도 주물의 이전에 따른 종물도 함께 이전되지만 주물과 함께 종물에 대한 점유를 인도받아야 한다.

Ⅳ. 원물과 과실

1. 의 의

물건으로부터 생기는 경제적 수익을 「과실」이라고 하고, 과실을 생기게 하는 물건을 「원물」이라고 한다. 과실에는 「천연과실」과 「법정과실」 있다(제101조).

2. 천연과실

물건의 용법에 의하여 수취하는 산출물이 천연과실이다(제101조제1항). 천연과실은 원물로부터 분리하기 전에는 원물의 구성부분이며, 분리와 더불어 독립한 물건으로 된다. 천연과실은 그 원물로부터 분리하여 독립한 물건이 된 때에, 그 천연과실을 수취할 권리자에게 속한다(제102조제1항). 천연과실의 수취권자로는 원물의 소유자(제211조 참조), 선의의 점유자(제201조), 지상권자(제279조), 전세권자(제303조), 유치권자(제323조), 질권자(제343조), 저당권자(제359조), 매도인(제587조), 사용차주(제609조), 임차인(제618조), 친권자(제923조), 수유자(제1079조) 등을 들 수 있다.

33) 대판(전원합의체) 1985.4.9., 84다카1131, 1132.

3. 법정과실

법정과실은 물건의 사용대가로 받는 금전 기타의 물건이다(제101조제2항). 물건의 사용대가는 타인에게 물건을 사용하게 하고 사용 후에 원물 자체 또는 동종, 동질, 동량의 것을 반환하여야 할 법률관계가 있는 경우에 인정된다. 예컨대, 건물의 임대차에서의 차임, 토지사용의 대가인 지료, 금전사용의 대가인 이자 등이 이에 속한다. 법정과실은 수취할 권리의 존속기간의 일수에 따른 비율로 취득한다(제102조제2항). 만일 법정과실의 계산이 주·월·년으로 정해진 경우에도 법정과실은 그 권리의 존속기간의 '일수(日數)'비율로 분배된다. 예컨대, 임대가옥이 매매되어 소유자가 바뀐 경우나 소비대차의 채권자가 변경되었을 경우에는 차임과 이자는 가옥의 소유권이나 원본채권이 이전된 날을 기준으로 일수에 따라 계산하여 분배된다.

4. 사용이익

사용이익은 물건을 현실적으로 사용하여 얻는 이익을 말한다. 예컨대, 타인의 토지를 무단으로 점유하여 이를 사용하거나, 임차기간이 만료한 후에도 계속 건물을 사용하는 경우 등이 이에 속한다. 이처럼 사용이익은 당사자 사이에 사용대가를 지급하여야 할 법률관계가 존재하지 않는 경우에 그 의미를 가진다. 엄격히 말하면, 사용이익은 원물 그 자체의 이용에 의한 이익(예 : 임대차에 의하여 가옥에 거주하는 것처럼 원물 자체의 사용에 의한 이익)이 아니므로 엄격한 의미에서의 법정과실은 아니나, 그 실질이 과실과 다르지 않으므로 사용이익의 반환의무에 관하여는 과실에 관한 규정(제102조 및 제201조 이하)이 유추 적용된다고 할 것이다.

제4장

권리의 변동

제 4 장 권리의 변동

제 1 절 법률관계와 권리·의무

제 1 관 개 관

Ⅰ. 법률관계의 의의와 범위

1. 의 의

법률관계는 「법에 의하여 규율되는 생활관계」를 말한다. 우리 인간의 생활관계는 법과 사회규범(예 : 도덕, 종교, 관습 등)에 의하여 규율된다. 이 중에서 법규범에 의하여 규율되는 생활관계가 법률관계이다.

2. 생활관계의 분류

가. 인간관계

인간관계는 순수한 종교, 애정, 우의, 예의에서 비롯된 생활관계이다. 이처럼 인간관계는 남녀의 애정이나 순수한 우정에 기초하므로, 이에 관여한 당사자들은 엄격한 법적 의미에서의 권리주체가 아니라, 순수한 인간의 본성을 갖는 사람인 것이다. 이러한 인간 본연의 지위에서 형성된 생활관계는 지극히 사적인 것이어서, 이 인간관계에 법이 적용된다면 오히려 그 문제 해결에 적절치 못한 결과를 가져오게 된다. 따라서 인간관계는 법에 의한 강제적 해결 보다는 도덕률에 의하여 해결하는 것이 더 바람직한 결과를 이끌어 낸다.

여기에서 인간관계와 법률관계의 구분은 「법의 적용을 통하여 보호를 해 줄 가치 있는 이익」, 즉 법익이 성립하고 있는가를 기준으로 하여 판단된다. 이에 따라 법에 의한 보호가치있는 이익이 문제로 되는 경우에는 법률관계가 성립하여 법이 적용되는 반면에, 법익이 문제되지 않는 인간관계에는 도덕률에 의하여 인간적으로 해결하게 된다.

나. 호혜관계

1) 의　　의

호혜관계는 당사자 일방의 호의에 의하여 어떤 이익을 주고받는 생활관계를 말한다. 이를 위한 호혜약속은 합의를 기초로 한 계약이지만 당사자들 사이에서는 서로 대가를 주고 받지 않고 무상으로 남을 배려해 주려는 호의적 의도에서 급부의 이행을 합의하는 것인 만큼, 호혜약속으로부터는 법적 구속력 있는 1차적인 급부청구권이나 이에 대응된 급부의무로서의 채무가 발생하지 않는다. 그렇지만 호혜자가 약속한 호혜의 급부를 이행하던 중에 호혜를 받는 자(수혜자)에게 손해를 입힌 경우에는 이타적인 호혜의 시행 과정에서 발생한 것이라는 이유만으로 손해발생에 대한 책임이 면제되지 않는다. 그러므로 2차적인 법률관계로서 손해배상의 관계는 법적 구속력 있는 관계로 이들 사이에 성립하게 된다. 결국 호혜관계에서도 호의에 기초한 급부 이행은 법적 구속력이 없는 것으로서 순수하게 호혜자의 임의에 전적으로 맡겨 두지만, 만일 손해가 발생한다면 이에 대한 배상책임에 관하여는 강제적인 법의 적용을 받게 된다.

2) 책임의 면책·감경

호혜를 베푸는 과정에서 발생한 손해에 대하여 호혜자가 책임을 져야만 하더라도, 이에 대하여 일반적인 엄중한 책임이 성립하여서는 안 된다. 만일 호혜자자 아무런 대가도 없이 상대방(수혜자)을 도와주거나 배려하려는 의도에서 호혜를 베풀다가 실수로 손해를 야기하였다고 하여 이에 대하여 엄격한 손해배상책임이 성립한다면, 아무도 이웃을 위하여 호혜를 베풀지 않을 것이고, 더 이상 우리 사회에서 상호부조의 정신은 존재하지 않게 될 것이다. 그러므로 호혜 중 상대방에게 손해를 가한 경우 그 「호의성」을 감안하여 일반적으로 책임의 경감이 인정되어야 할 것이다. 예컨대 이웃하여 사는 사람들끼리 외출할 때에 옆집 부인이 아이를 돌보아 주기로 약속하여 아이를 돌보아 주던 중 부주의로 아이가 다친 경우에, 아이를 돌보아 주던 이웃에게는 손해배상의 책임에서 그 감경이 이루어져야만 한다. 이는 무임동승을 허용한 호의동승의 경우에도 마찬가지이다. 학설과 판례는 대체로 호혜자의 책임경감을 위하여 그의 불법행위책임 구성에서 과실상계(제763조, 제396조)의 법리를 적용하고 있다.[34]

34) 대판 1997.11.14, 97다35344 등.

다. 신사약정

신사약정은 당사자가 어떤 계약을 체결하면서 그 계약에 대한 법적 구속을 배제하기로 약정하는 것을 말한다(특히 카르텔분야). 이러한 특약이 있는 경우에는 어느 당사자가 그 약정에 기한 의무를 이행하지 않는다 하더라도 다른 당사자는 그에게 급부의 이행을 청구하거나 그 불이행에 기한 손해배상을 청구할 수 없다. 그러나 당사자가 그 의무를 이행한 경우에는 법적인 의미에서 채무를 이행한 것으로서 평가된다. 비록 당사자들이 합의한 약정에 따른 법적 구속을 받지 않는다는 것을 이유로 신사약정에서 이행한 것을 부당이득으로 반환 청구할 수는 없다. 따라서 신사약정은 단지 그 약정내용을 지키지 않았을 경우에 신사답게 법적 구속에 따른 책임을 묻지 않는다는 약정일 뿐 체결된 계약에 법적 구속력을 제한하는 것은 아니다. 따라서 신사약정이 있더라도 계약에 따라 이행된 급부를 수령한 당사자는 정당하게 이를 보유할 수 있다. 즉 신사약정에 의한 계약관계는 법적 구속력 있는 법률관계이고 단순한 인간관계나 호의관계가 아니다.

라. 법률관계

법률관계는 법의 지배를 받는 법적 구속력 있는 관계이다. 우리의 생활관계에서 인간관계와 호혜관계를 제외하고는 모든 생활관계의 대부분은 법적으로 구속력 있는 법률관계이다. 이에 따라 우리의 대부분의 생활은 법의 지배를 받는 법률관계이고, 이러한 법률관계의 내용은 권리·의무로 구성된다.

Ⅱ. 권리의 종류

1. 지 배 권

지배할 수 있다는 것은 타인의 행위를 개입시키지 않고서 일정한 객체에 대하여 직접 영향력을 발휘할 수 있는 것을 말하며, 이러한 내용의 권리를 「지배권」이라 한다. 이 지배권은 재산권과 비재산권으로 나뉜다.

가. 재산권(비전속권)

재산적 성격을 갖는 지배권에는 물권(물건을 직접 지배하여 수익할 수 있는 배타적인 권리), 준물권(예; 광업권, 어업권 등), 지식재산권(지적창조물에 대한 권리) 등이 있다. 이 중에서 물권은 지배권의 대표적인 것으로서 권리자가 특정 물건에 대하여 타인의 행위를 개입시키지 않고 직접 자신이 원하는 대로 영향력을 행사할 수 있으므로 지배적 성격을 갖는다. 그러나 채권은 채무자에 대하여 급부를 요구할 수 있는 권리이고, 사람인 채무자를 채권자가 지배할 수 있는 권리가 아니므로 지배권이 아니다.

나. 비재산권(일신전속권)

재산적 성격을 갖지 않는 지배권으로는 인격권(예 : 생명·신체·정조·성명·초상 등에 관한 권리), 사원권, 가족권(예 : 친족권과 상속권) 등을 들 수 있다.

2. 청 구 권

청구권은 「특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있는 권리」이다. 청구권은 그 자체로 독립하여 생성된 권리가 아니고, 물권, 채권, 지식재산권, 친족권, 상속권 등과 같은 기초적 권리로부터 발생된다. 예를 들면, 급부청구권은 채권에 포함되어 있는 주된 내용의 권리로서 채권으로부터 발생되며, 또한 물권적 청구권은 절대권으로서의 물권이 침해되었을 때 물권으로부터 발생되고, 유아인도청구권은 절대권인 친권으로부터 발생된다.

3. 형 성 권

형성권은 권리자의 일방적인 의사표시가 있으면 이에 대한 법률의 힘에 의하여 법률관계의 발생·변경·소멸을 일어나게 하는 권리이다. 이 형성권에는 권리자의 「의사표시만으로써 효과를 발생하는 것」과 「법원의 판결에 의하여 비로소 효과를 발생하는 것」이 있다.

가. 실체법상으로 행사

일방적인 의사표시만으로 행하여지는 형성권으로는 법률행위의 동의권(제5조, 제10

조), 취소권(제140조 이하), 추인권(제143조 이하), 계약의 해제권·해지권(제543조), 상계권(제492조), 매매의 일방예약완결권(제564조), 약혼해제권(제805조), 상속포기권(제1041조) 등을 들 수 있다.

나. 소송상으로 행사

법원의 판결에 의한 형성권으로서는 채권자 취소권(제406조), 친생 부인권(제846조), 재판상 이혼권(제840조), 입양 취소권(제884조), 재판상 파양권(제905조) 등을 들 수 있다. 이 경우에 제기하는 소가 「형성의 소」이다.

4. 항 변 권

상대방의 정당한 권리 행사에 대하여 그 작용을 저지할 수 있는 효력을 가지는 권리를 「항변권」이라고 한다. 이에는 그 효력과 관련하여 연기적 항변권과 영구적 항변권이 있다.

가. 연기적 항변권

연기적 항변권은 청구권자의 정당한 권리행사를 일시적으로 저지할 수 있는 항변권이다. 예를 들면, 동시이행의 항변권(제536조), 보증인의 최고·검색의 항변권(제437조) 등이 이에 속한다.

나. 영구적 항변권

영구적 항변권은 청구권자의 정당한 권리행사를 결정적으로 영원히 저지할 수 있는 항변권이다. 예를 들면, 상속인의 한정승인의 항변권(제1028조) 등이 이에 속한다.

5. 기 대 권

일반적으로 권리는 완성된 권리로서, 권리의 성립요건이 모두 실현되어서 완전한 권리로서 성립하고 있는 권리를 말한다. 이렇듯 권리란 일반적으로 「기성의 권리」인 것이다. 그러나 법은 권리발생요건 중에서 일부분만이 발생하고 있을 뿐이어서 남은 요건이 실현되면 장차 권리를 취득할 수 있다는 현재의 기대상태를 보호할 필요가

있으며, 이러한 장래 취득이 예상되는 기대상태를 권리로서 인정해 주고 있는 권리를 「기대권」이라고 한다. 예를 들면, 조건부 법률행위에서 생기는 조건부 권리(제148조, 제149조), 기한부 권리(제154조), 상속개시전의 추정상속인의 지위, (동산의 할부매매에서) 물권적 기대권 등이 기대권에 속한다.

제 2 관 권리의 변동

Ⅰ. 법률관계의 변동

법률에 의하여 규율되는 생활관계를 법률관계라고 한다. 이러한 법률관계는 권리와 이에 대응되는 의무로 구성되어 있다. 즉 법률관계에서는 어떤 사람(甲)이 다른 사람(乙)에 대하여 권리를 가지고 있고, 이는 곧 다른 사람(乙)이 권리자(甲)에 대하여 그에 대응되는 의무를 부담하는 것을 의미한다. 따라서 법률관계는 권리와 의무로서 서로 대립하고 있는 상태를 나타내게 된다. 여기에서 법률관계는 권리와 의무로 구성되어 있지만, 그 법률관계를 권리의 관점에서 해석하여 그 법적인 규명이 이루어지면 이에 대응하여 부담해야 할 의무의 내용은 자동적으로 결정된다. 결국 우리의 생활관계의 법적인 규명인 법률관계는 권리를 중심으로 파악되고, 이로써 의무는 이에 대응하는 내용으로 결정된다. 결국 법률관계의 내용은 권리의 변동인 것이며, 이는 권리의 발생·변경·소멸로 나타나게 되고, 이에 따라 의무도 자동적으로 발생·변경·소멸된다. 이처럼 법률관계는 권리를 중심으로 파악되며, 그 결과로서의 권리변동이 「법률효과」이고, 이러한 법률효과를 발생하게 하는 원인을 「법률요건」, 이 법률요건을 구성하는 사실을 「법률사실」이라 한다.

Ⅱ. 권리변동(법률효과)

권리의 변동은 권리의 발생·변경·소멸인 것이다.

1. 권리의 발생

권리의 발생은 권리의 취득이다.

가. 원시취득(절대적 발생)

원시취득이란 「어떤 권리가 타인의 권리에 기함이 없이 새롭게 특정인에게 발생하는 것」을 말한다. 예컨대 가옥을 신축한 자는 기존의 권리를 승계하는 것이 아니라 그 신축된 가옥의 소유권을 최초로 발생시켜 취득하는 것이므로, 그는 건물의 소유권을 원시적으로 취득한다. 무주물선점(제252조), 유실물습득(제253조), 선의취득(제249조 이하)도 전 권리자로부터의 승계를 인정할 수 없으므로 원시취득에 속하며, 인격권, 신분권 등의 취득도 원시적 취득에 속한다.

나. 승계취득(상대적 발생)

승계취득이란 「어떤 권리가 타인의 권리에 기하여 특정인에게 승계적으로 발생하는 것」을 말한다. 이에는 이전적 승계와 설정적 승계가 있다.

1) 이전적 승계

이전적 승계는 「구 권리자의 권리가 그 동일성을 유지하면서 신 권리자에게 이전되는 경우」이다. 따라서 권리의 주체만이 바뀐다. 이전적 승계에는 다시 특정승계와 포괄승계가 있다.

가) **포괄승계** : 포괄승계는 「하나의 취득원인에 의하여 다수의 권리가 일괄적으로 취득되는 경우」이다. 예컨대, 피상속인이 사망하면 상속에 의하여 피상속인의 모든 법적 지위가 상속인에게 이전된다. 상속이외에도 포괄유증, 회사의 합병은 포괄승계의 원인이 된다.

나) **특정승계** : 특정승계는 「개개의 권리가 개개의 취득원인에 의하여 이전·취득되는 경우」이다. 대표적인 예로, 매매를 통하여 매매목적물의 소유권이 매도인으로부터 매수인에게 이전되는 것을 들 수 있다.

2) 설정적 승계

설정적 승계는 「구 권리자는 자신의 권리를 그대로 보유하면서 그 권리의 내용의 일부에 어떤 권리를 설정하여 신 권리자에게 취득시키는 경우」이다. 권리자가 자신의 권리를 잃지 않으면서, 그 권리내용의 일부를 근거로 새롭게 권리를 발생시키는 것을 말한다. 예컨대, 소유권자가 토지나 건물에 지상권, 저당권 등의 제한물권이나 임차권을 설정하는 것이다.

2. 권리의 소멸

가. 절대적(객관적) 소멸

권리의 절대적 소멸은 이 세상에서 권리자체가 소멸하는 것이다. 이를테면, 목적물이 멸실하게 되면 이에 근거한 권리도 소멸한다. 소멸시효의 완성, 권리의 포기, 변제에 의한 권리소멸 등이 이에 속한다.

나. 상대적(주관적) 소멸

권리의 상대적 소멸은 권리 자체는 소멸하지 않고 권리의 주체만이 변경되는 경우이다. 예컨대, 매매로 인하여 매도인이 매매목적물의 권리를 상실하는 경우를 들 수 있다.

3. 권리의 변경

가. 주체의 변경

주체의 변경은 다른 면에서 보면 권리의 이전적 승계이다.

나. 내용의 변경

내용의 변경에는 질적 변경·양적 변경이 있다.

1) 권리의 질적 변경

권리의 내용이 다른 내용으로 대체되어 변경되는 것을 말한다. 예를 들면, 이행불능

이 발생하면, 이에 따라 기존의 채무에 대한 청구권이 손해배상채권으로 변하게 된다. 또한 물상대위(제342조, 제370조), 대물변제(제466조)가 이에 속한다.

2) 권리의 양적 변경

권리가 그 양적 의미에서 변경되는 것을 말한다. 첨부(제256조 이하)에 의하여 권리의 대상이 양적으로 증가하는 것을 예로 들 수 있다. 또한 소유권의 객체에 제한물권(지상권, 전세권, 저당권 등)이 설정되어 소유권의 내용이 감소하거나, 또는 이미 설정되어 있는 제한물권이 소멸하여 소유권의 내용이 증가하는 것도 권리의 양적 변경에 속한다.

다. 작용의 변경

작용의 변경은 권리의 효력 상의 변화가 발생하는 것을 말한다. 예컨대, 부동산임차권을 등기하게 되면 대항력을 취득하게 되는 것을 말한다(제621조제2항).

<권리변동의 도표>

- 사권의 변동
  - 취득
    - 원시취득—선의취득·무주물선점·습득, 인격권·신분권의 취득 등 (절대적 발생)
    - 승계취득 (상대적 발생)
      - 이전적 승계
        - 특정승계—매매 등
        - 포괄승계—상속·포괄유증·회사의 합병 등
      - 설정적 승계
        - 지상권·저당권 등의 설정
  - 상실
    - 절대적 상실(소멸)—목적물멸실에 의한 소유권의 소멸 등
    - 상대적 상실(소멸)—권리주체의 변경과 동일
  - 변경
    - 주체의 변경 - 이전적 승계와 동일
    - 내용의 변경
      - 양적 변경—첨부 등
      - 질적 변경—물상대위·대물변제 등
    - 작용의 변경—대항요건의 취득 등

Ⅲ. 권리변동의 원인

민사사건을 구성하는 구성사실이 법률사실인 것이며, 이러한 법률사실들이 법률요건의 구성에 충족되는 경우에는 이로부터 법률효과가 발생하게 된다.

1. 법률요건

법률효과를 발생하게 하는 원인이 법률요건이다. 이 법률요건은 법률행위, 불법행위, 부당이득, 사무관리 등으로 나타난다. 이러한 법률요건 중 「불법행위, 부당이득, 사무관리」는 법률행위와는 달리 그 법률효과가 오로지 청구권의 발생을 내용으로 하고, 그 법률효과 발생의 근거가 법규범에 의존하고 있으므로, 이러한 법률요건들은 민법 제3편 채권법(채권각칙에서 법률에 의한 채권채무관계)에서 다루게 된다.

그러나 법률행위는 법의 규정에 의해서가 아니라, 사적 자치에 그 근거를 두고 있다. 이러한 점에서 법률행위는 법률에 기초한 법률요건(불법행위, 부당이득, 사무관리)과는 차이가 난다. 그리고 우리 일상에서 벌어지고 있는 생활관계의 대부분은 서로의 약속을 통한 사인들의 자치적인 규율관계를 설정하는 것에 의하여 이루어지고 있다. 이처럼 사인의 생활관계 형성의 대부분을 이루고 있는 것은 법률행위이며, 이처럼 법률행위는 사인의 생활을 총괄하는 법률요건인 것이다. 이처럼 법률행위는 사인의 법률관계의 일반을 구성하는 법률요건이므로, 이에 관하여는 민법총칙에서 규율되어야 한다. 요컨대, 민법총칙은 권리변동을 일으키는 법률요건 중에서 법률행위를 그 대상으로 삼아 규정하고 있다.

2. 법률사실

가. 의　　의

법률요건을 구성하는 사실이 법률사실이다.

나. 분　　류

법률사실은 ‘사람의 정신작용에 기한 사실’과 ‘사람의 정신작용에 기하지 않은 사실’로 나누어진다.

1) 사람의 정신작용에 기한 법률사실(용태)

사람의 정신작용에 기한 법률사실로 용태는 그 정신작용이 외부로 표출되는가의 여부에 따라 '외부적 용태'와 '내부적 용태'로 나누어진다.

가) **외부적 용태** : 외부적 용태는 의사가 외부에 표현되는 용태이다. 따라서 외부적 용태는 「행위」이다. 이 행위는 사람의 의식이 뒷받침 된 작위·부작위를 포함하며, 법률효과의 발생을 목적으로 하지 않은 행위는 법적 의미있는 외부적 용태가 아니다(예: 산책 등). 외부적 용태는 의식에 기초한 외부에로 나타난 작위·부작위로서, 법적 평가에 따라 「적법행위」와 「위법행위」가 있다.

① 적법행위 : 적법행위는 법률이 가치 있는 것으로 평가하여 허용하는 행위이다. 적법행위에는 다시 법률행위와 준법률행위가 있다.

i) 법률행위 : 법률행위는 사적 자치를 실현하는 법률요건이므로, 당사자의 자유로운 의사의 표시를 주된 요소로 하는 법률요건이다.

ii) 준법률행위 : 준법률행위는 법률행위를 제외한 인간의 행위 또는 행위의 결과로서 법률의 규정에 의하여 일정한 법률효과를 발생하게 하는 것이다. 법률행위는 당사자가 원하는 대로 법률효과가 발생되는 반면에, 준법률행위는 의사표시를 전제로 하지만 행위자가 어떤 법률효과의 발생을 원하였느냐의 여부를 묻지 않고서 법률이 직접 개입하여 일정한 법률효과를 발생시킨다. 준법률행위는 다시 의식의 표현인 표현행위와 그렇지 않은 비표현행위로 나누어지고, 표현행위에는 '의사의 통지·관념의 통지·감정의 표시'가 있고, 비표현행위는 사실행위로서 이에는 '순수사실행위·혼합사실행위'가 있다.

② 위법행위 : 위법행위는 법률이 반가치적인 것으로 평가하여 허용하지 않는 행위이다. 위법행위가 있으면 법은 행위자에게 불이익한 효과를 발생하게 한다. 민법상의 위법행위에는 '채무불이행'(제390조)과 '불법행위'(제750조)가 있다.

나) **내부적 용태** : 내부적 용태는 원래 사람의 내부적 심리를 기초로 하는 의식으로서, 이는 '내부적 의사'와 '내부적 관념'으로 나누어진다. 내부적 의사의 예로는 소유의 의사(제197조), 제3자의 변제에서 채무자의 허용 또는 불허용의 의사(제469조), 사무관리에서 본인의 의사(제734조) 등이 있다. 내부적 관념의 예로는 선의·악의(제107조제2항, 제108조제2항, 제109조제2항, 제110조제3항), 정당한 대리인이라고 하는 신뢰(제126조) 등이 있다.

2) 사람의 정신작용에 기하지 않은 법률사실(사건)

사건은 사람의 내부적 관념 및 내부적 의사를 기초로 하지 않는 법률사실을 말한다. 따라서 사건에는 사람의 출생, 사망, 실종, 시간의 경과, 물건의 자연적 발생·소멸, 부합, 부당이득 등과 같이 사람의 정신작용과 전혀 관계없는 사실로서 법률의 적용에 따라 그 효과를 발생시킨다.

<법률사실>

- 법률사실
  - 용태
    - 외부적 용태 (행위)
      - 적법행위
        - 법률행위 — 의사표시 — 예: 청약·승낙
        - 준법률행위
          - 표현행위
            - 의사의 통지
            - 관념의 통지
            - 감정의 표시
          - 비표현행위
            - 순수사실행위 예) 가공
            - 혼합사실행위 예) 선점
      - 위법행위 - 예) 불법행위·채무불이행
    - 내부적 용태 (의식)
      - 내부적 의사 - 예) 반대의 의사·소유의 의사
      - 내부적 관념 - 예) 선의·악의
  - 사건 - 예) 사람의 생사, 물건의 멸실, 부합, 부당이득

제 2 절 법률행위

제 1 관 법률행위 일반

Ⅰ. 법률행위의 개념

여러 가지 법률요건 중에서 법률행위는 사적 자치를 실현하는 법률요건이다. 즉 법률행위는 사인이 자신의 법률관계를 형성하는 수단으로서 기능하기 때문에, 법률행위가 성립하면 당사자들의 의욕한 바에 따라 법률효과가 발생하게 된다. 그러므로 사적 자치를 실현하는 수단으로서의 법률행위는 당사자의 의사표시를 구성요소로 하고, 그 법률효과는 의사표시의 내용대로 발생한다. 결국 법률행위는 「의사표시를 주된 요소로 하는 법률요건」이다.

Ⅱ. 법률행위의 요건

1. 법률행위의 성립요건

사적 자치를 실현하는 수단으로서 법률행위가 그 법률효과를 발생하려면, 먼저 법률행위로서 「성립」하여 존재하여야 하고, 이어서 존재하는 법률행위가 「유효」한 것이어야 한다. 그런데 법률행위가 규율로서의 가치를 갖는 성립을 위해서는 최소한의 구성요소로서 「당사자·목적·의사표시」가 존재하여야 한다. 그리고 이러한 법률행위가 유효하여서 그 효력을 관철시킬 수 있기 위해서는 법률행위의 구성요소로서의 당사자·목적·의사표시가 효력발생에 어떠한 흠을 가지고 있지 않아야 한다. 전자가 법률행위의 성립요건이고, 후자가 법률행위의 유효요건이다.

가. 일반적 성립요건

모든 법률행위에 일반적으로 규율로서 최소한 갖추어야 할 요건이다.

1) **당사자** – 법률행위의 당사자가 존재하여야 하고, 이로써 객관적으로 식별될 수 있어야 한다.

2) **목적** – 법률행위의 목적은 법률행위의 내용을 이룬다. 법률행위가 규율로서 가치를 갖기 위해서는 그 내용이 식별될 수 있어야 한다.

3) **의사표시** – 사적 자치를 실현하기 위한 법률행위이므로, 의사표시가 법률행위의 주된 요소로 된다. 따라서 법률행위는 당사자의 자기결정인 의사를 표시하는 행위로써 구성된다.

나. 특별성립요건

개개의 법률행위에 관하여 법이 그 성립에 필요한 요건으로 특별히 규정하고 있는 것이 있다. 예컨대, 유언처럼 일정한 형식을 준수하여 법률행위를 하여야 하는 경우도 있고(제33조, 제1060조, 어음법 제1조) 또 목적으로 된 물건이 이전되어야 하는 요물성(제330조, 제460조)이 요구되는 경우도 있다. 이러한 형식이나 점유의 이전이 없으면 처음부터 유언이나 질권의 설정 자체가 존재하지 않는 것이므로, 이는 특별히 법률에 의하여 요구되는 성립요건인 것이다.

2. 법률행위의 효력요건(유효요건)

「규율로서의 법률행위」가 법률상 효력을 발생하는데 필요한 요건을 말한다. 즉 성립한 법률행위가 그 효력을 관철하는 데에는 아무런 장애가 존재하지 않아야 유효인 것이며, 효력발생을 제한하는 장애요소로서는 무효·취소의 사유가 있다. 이 효력요건은 다시 일반적 효력요건과 특별효력요건으로 나누어진다.

가. 일반적 효력요건

일반적 효력요건은 모든 법률행위에 일반적으로 요구되는 효력요건으로서, 법률행위의 구성요소인 당사자, 법률행위의 목적, 의사표시가 흠을 가지고 있지 않아야 한다.

1) 당사자에 관하여

당사자는 권리의 주체로서 권리능력·의사능력·행위능력을 갖추고 있어야 한다(제3조, 제5조, 제10조, 제13조). 권리능력을 갖추고 있지 않은 경우와 의사능력을 갖추고 있지 않으면 무효이며, 행위능력을 갖추고 있지 않은 경우에는 취소할 수 있다.

2) 법률행위의 목적에 관하여

법률행위의 목적이 확정성·가능성·적법성·사회적 타당성을 갖추어야 유효하게 효력을 발생할 수 있다(제103조, 제104조). 법률행위의 목적이 확정될 수 없다면 그 법률행위는 규율로서 의미가 없으므로 무효이고, 법률행위의 목적이 처음부터 가능하지 않은 경우에도 무효이고, 나아가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것이라면 이 또한 가치적으로 실현될 수 없으므로 무효이다.

3) 의사표시에 관하여

의사표시가 사적 자치를 실현하는 기능을 다하기 위해서는 자유로이 의사표시가 행하여져야 하고, 또 의사와 표시가 일치하여야 한다. 그런데 민법은 표의자의 의사결정의 자유가 침해되었거나, 의사와 표시가 일치하지 않는 경우에 그 의사표시의 효력을 무효로 선언하거나 표의자로 하여금 의사표시를 취소할 수 있도록 하여 주고 있다(제107조 내지 제110조).

나. 특별효력요건

특별효력요건은 법률행위가 효력을 발생하기 위하여 특별히 요구되는 요건을 말한다. 특별효력요건에는 법률의 규정에 의한 것과 특약에 의한 것이 있다. 예컨대, 대리행위에서의 대리권의 존재(제114조 내지 제136조), 조건부·기한부 법률행위에서의 조건의 성취·기한의 도래(제147조 내지 제154조), 재단법인의 기본재산의 처분을 위한 주무관청의 허가, 사립학교의 기본재산의 처분을 위한 감독청의 허가(사립학교법 제16조, 제28조) 등이 그것이다.

제 2 관 법률행위의 목적

Ⅰ. 개 념

법률행위의 목적(또는 내용)은 법률행위를 하는 자가 그 법률행위에 의하여 발생시키려고 하는 법률효과를 말한다. 그러므로 사적 자치의 실현은 당사자들이 추구하는 법률행위의 목적의 달성이며, 이러한 법률행위의 목적의 내용은 법률행위를 구성하고 있는 의사표시에 의하여 정하여진다.

법률행위가 그 법률효과를 완벽하게 발생시키기 위해서는 법률행위의 목적이 확정될 수 있는 것(확정), 실현될 수 있는 것(가능) 그리고 법질서가 허용하는 것(적법·사회적 타당)이어야 한다. 법률행위의 목적이 확정·가능하지 않으면 법질서는 그 법률행위의 효과를 물리적으로 실현시켜 줄 수 없고, 법률행위가 적법하지 않으면 가치적으로 이를 실현시킬 수 없다.

Ⅱ. 법률행위 목적의 확정

법률행위의 목적은 확정할 수 있는 것이어야 한다. 즉 임의의 이행이 없을 때 강제집행을 할 수 있을 정도로 특정되어 있어야 한다. 그러나 법률행위의 목적이 법률행위를 체결할 당시에는 구체적으로 확정되지 않아도 된다. 예컨대, 신차를 구입하는 경우에 계약당시에는 차종과 대수만을 정하고, 추후에 구체적으로 어느 차량으로 이행할 것인지를 특정하여 급부의 목적으로 결정하여 이행기에 이행할 수 있다. 그러므로 법률행위의 목적은 법률행위의 성립 당시에 반드시 확정되어야 하는 것은 아니다. 늦어도 법률행위의 내용을 실현할 당시인 '이행시' 또는 '강제집행시'까지 확정할 수 있는 것이면 족하다. 따라서 법률행위 목적의 확정 여부는 이행기를 기준으로 하여 판단하며, 이때까지도 법률행위의 목적을 확정할 수 없는 경우에는 외형상 법률행위가 존재하는 것처럼 보인다 할지라도 그 법률행위는 어떠한 내용으로 실현될 것인가를 결정할 수 없으므로 무효이다.

Ⅲ. 법률행위 목적의 가능

1. 법률행위 목적의 실현가능성에 대한 심사

법률행위는 목적이 실현가능한 것을 지향하고 있어야 한다. 법률행위의 목적이 불능이어서 실현 불가능하다면, 그 법률행위는 목적을 달성할 수 없으므로 성립한 대로 법률효과가 발생될 수 없다.

법률행위의 목적이 가능한가의 여부는 법률행위의 목적이 일단 자연과학적 기준에 의하여 사실적으로 가능하더라도 사회관념 내지 거래관념에 비추어 볼 때 불가능하다는 판단이 되면 다시 가치적인 관점에서 불능으로 결정된다.

2. 우리 민법에서의 불능의 체계

제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.
② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.

가. 원시적·후발적 불능

1) **원시적 불능** – 우리 민법은 「법률행위 성립 당시에 그 목적이 불능인 법률행위는 무효」로 한다(제535조). 따라서 불능의 판단시기는 법률행위의 성립 당시를 기준으로 하며, 이처럼 성립 당시에 이미 불능인 것을 원시적 불능이라 한다.

2) **후발적 불능** – 법률행위의 성립 당시에는 가능했던 목적이 법률행위의 성립 후에 이행기에 불능으로 된 경우를 후발적 불능이라고 한다.

나. 불능에 대한 민법의 규정

우리 민법은 법률행위의 목적의 가능 여부를 법률행위의 성립 당시를 기준으로 불능여부를 판단하여 원시적 불능과 후발적 불능을 준별하는 체계를 취하고 있다. 이에 따라 법률행위의 목적이 원시적 불능인 경우에는 법률행위는 불성립한 것으로 되어 무효이고, 다만 계약체결상의 과실책임이 발생할 수 있다(제535조). 이에 대하여 후발

적 불능인 경우에는 법률행위는 유효이고, 다만 불능이 발생한 사유에 대하여 채무자를 기준으로 귀책사유가 존재하는 경우에는 채무불이행에 따른 손해배상의 책임을 지고(제390조), 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에는 위험부담(쌍무계약의 경우, 제537조) 및 사정변경의 문제에 의하여 해결된다.

Ⅳ. 법률행위 목적의 적법성

1. 개　　관

제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

제105조(임의규정) 법률행위의 당사자가 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다.

〈참　　고〉

제741조 (부당이득의 내용)법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

제746조 (불법원인급여)불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

법률행위가 그 내용을 실현하기 위해서는 그 목적이 「적법」하여야 한다. 이 때 적법하여야 한다는 것은 강행법규에 위반하지 않아야 하고, 또 우리의 가치질서로서 「선량한 풍속 기타 사회질서」에 위반하지 않아야 한다(제103조). 만일 법률행위가 이를 위반한 경우에는 이는 우리의 가치질서에 반한 것으로서 그 효력이 무효로 되고, 이에 대해 그 실현을 위해서 국가가 조력해 주지도 않음으로써 당사자들이 달성하고자 했던 위법한 목적은 우리 사회에서 실현될 수 없다. 이로써 법률행위의 당사자들은 법의 가치질서인 선량한 풍속 기타 사회질서의 범위 내에서만 법의 조력을 받아 자신들이 의욕했던 법률행위의 목적을 실현시킬 수 있으므로, 이러한 점에서 「선량한 풍속 기타 사회질서」는 사적 자치의 한계를 결정하는 기준이 된다.

2. 강행법규

가. 강행법규의 의의

법령은 강행법규와 임의법규로 구별된다. 이 중 강행법규는 「법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정」으로서(제105조 참조), 당사자의 의사에 의해서 그 적용이 배제될 수 없는 규정이다. 이는 앞서 논의한 근대민법의 일반원칙 중 사회적 형평이 강행법규로 표현된 경우가 적지 않다. 이에는 사법(私法)에서 사회의 윤리관이나 법률질서의 기본구조에 관한 규정(주로 민법총칙편), 거래안전을 보호하기 위한 규정, 물권에 관한 규정(물권편) 그리고 경제적 약자를 보호하기 위한 규정과 혼인 및 가족제도에 관한 규정(친족·상속편) 등이 속한다. 이에 반해서 임의법규는 「법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정」으로서(제105조 참조), 당사자들의 의사에 기한 사적 자치를 보충하는 역할을 하므로 당사자가 그 규정의 효력을 개폐할 수 있다. 이처럼 임의법규는 강행법규가 정하여 준 사적 자치의 범위 내에서 당사자들이 자유로이 설정한 법률행위에 대하여 만일 그 보충이 필요로 하는 경우에 그 법률행위의 내용을 보충함으로써 사적 자치의 실현을 돕는 기능을 한다. 주로 채권편의 규정들은 임의규정이다.

나. 강행법규와 단속법규와의 관계

단속법규는 국가가 일정한 금지나 제한을 하고 그 실효성을 높이기 위하여 이를 위반하는 행위에 대해서는 단속하고 제재를 가하는 규정이다. 그런데 이러한 단속법규에는 「효력규정」과 「단순한 단속법규」가 있어, 전자의 단속법규를 위반하는 경우에는 제재와 행위의 사법상의 효력까지 무효로 되는데, 후자의 단속법규를 위반하는 경우에는 이에 대해서 벌칙의 적용이 있을 뿐이고 사법상의 효력에 대해서는 영향을 미치지 않는다. 다수의 학설은 강행법규에 단속법규가 포함되는 것으로 본다.[35] 다수설은 공법인 단속법규도 민사에 적용된다면 실질적인 사법이라고 본다.

35) 소수설은 우리 법체계가 공사법을 준별하고 있기 때문에, 공법인 행정법의 영역에 속하는 단속법규가 사법인 민법에 포섭되는 것은 법체계에 반한다고 본다. 소수설은 민법의 강행법규와 공법의 단속법규를 차원을 달리하여 구분하고, 단속법규에는 효력규정과 단순한 단속법규가 있는 것으로 체계화한다.

1) 단순한 단속법규를 위반한 경우

단순한 단속법규에 위반하는 법률행위는 행정적 제재를 받을 뿐 사법상의 효력까지 무효로 되지는 않는다. 대부분 행정법규 중 허가 등을 요구하는 것은 단순한 단속법규에 속한다. 예를 들어, 하가 없이 음식물을 판매하거나, 숙박업을 하는 경우가 이에 속한다. 한편 부동산등기특별조치법(제2조제2항)은 부동산투기 등을 방지하기 위하여 등기하지 않고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적 범위 내에서 형사처벌하도록 규정하고 있으나(동법 제8조제1호), 이로써 순차 매도한 당사자 사이의 중간생략등기 합의에 관한 사법상의 효력까지 무효로 되지는 않는다고 보아,[36] 단순한 단속법규로 볼 수 있다.

2) 효력규정을 위반한 경우

단속법규 중에서 효력규정을 위반하면 사법상의 효력가지 무효로 된다. (구)부동산중개업법(현행 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」)과 시행령 등에서는 중개수수료의 한도를 정하고 있다. 그런데 중개업자가 위 법령을 위반하여 한도를 초과하는 중개수수료를 받는 행위는 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여해야 할 위 법률의 입법목적에 반할 뿐 아니라 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있으므로, 관련 법령에서 정한 한도를 초과한 공개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지해야 할 필요가 있다. 이로써 중개수수료에 관한 법령은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규(효력규정)에 해당하고, 그 한도를 초과하는 범위 내에서는 무효이다.[37]

다. 강행법규 위반의 효과

강행법규를 위반한 법률행위는 무효이다. 따라서 그 법률행위에 따른 권리와 의무가 발생하지 않는다. 그 무효는 절대적·확정적인 것이므로, 추인에 의해서 유효로 될 수 없다. 단속법규 중 효력규정은 이에 속하며, 다만 단순한 단속법규의 위반에 대해서는 제재만 가해질 뿐 사법상의 효력에 대하여는 영향이 없다.

---

36) 대판 1993.1.26, 92다39112.
37) 대판(전원합의체) 2007.12.20, 2005다32159.

3. 목적의 사회적 타당성

가. 의 의

선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다(제103조). 국회에서의 입법활동이 일정한 절차와 시간이 요구됨에 따라, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위 모두를 제재할 강행법규가 완비되어 있지 않은 것이 사회현실이다. 그렇지만 반가치적 행위를 제재할 강행법규가 부존재하는 경우라도 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 내용의 법률행위가 행하여진다면 이 또한 그 행위의 효력은 무효로 되어야만 하고, 결코 이를 규율할 강행법규가 없다는 이유로 그 실현이 가능해서는 안 될 것이다. 이를 위하여 법률행위의 목적과 관련하여 사회적 상당성(타당성)이 그 평가기준이 되어 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 법률행위는 무효로 된다.

나. 사회질서에 반하는 행위의 유형

1) 인륜에 반하는 행위

친자나 부부 사이의 인륜을 해하는 행위는 선량한 풍속에 반하므로 무효이다(중혼의 금지, 제810조 참조). 예를 들어, 첩계약은 부부 사이의 관계를 해하는 것으로서 무효이고, 이에 대해서는 처의 동의가 있었다 하더라도 무효이다.[38] 다만 불륜관계를 단절하기 위하여 첩에게 생활비를 지급하기 위하여 재산을 증여하는 행위는 적법하다.[39] 또한 자녀를 출산하여 줄 것을 약정하는 씨받이계약(대리모계약)도 무효이다.[40]

2) 정의관념에 반하는 행위

일반적으로 범죄행위는 정의관념에 반하는 행위에 해당될 수 있고, 또 공직이나 사법(司法)을 방해하는 행위도 정의관념에 반하여 사회질서에 반하는 행위로서 무효이다. 그러므로 공무원의 직무에 관한 사항에 대하여 특별한 청탁을 하고 그에 대한 보수를 지급키로 하는 약정은 무효이다.[41] 그러나 양도소득세의 일부를 회피할 목적으

38) 대판 1967.10.6., 67다1134.
39) 대판 1980.6.24., 80다458.
40) 대구지판 1991.9.17., 91가합8269.
41) 대판 1971.10.11., 71다1645.

로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재한 경우는 해당 법률에 의하여 처벌을 받는 것은 별도로 하고 사법상 반사회적 법률행위에 해당하지 않아 무효로 되지 아니한다.[42]

특히 「부동산의 2중양도」와 관련하여, 매도인이 1차의 매매계약에 따른 소유권이전 등기의무를 저버리고 2차 매매계약을 체결하여 2차 매수인 앞으로 부동산의 소유권을 이전하는 등기를 경료한 경우에 이에 대하여 매도인은 배임행위에 해당하고 제2매수인이 이를 '적극 유도'한 경우에는 사회질서에 반하여 무효로 된다(아래 토론해 보기 참조).[43]

또한 보험사고가 발생하기 전 약 1년여 동안 15개 보험사에 97건의 보험계약을 체결한 사안에서 판례는 부정한 목적을 위하여 체결한 보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, 또한 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 되므로 이와 같은 보험계약은 무효라고 보았다.[44]

3) 과도한 개인의 자유 제한

법적 의무를 부가함으로써 개인의 자유가 지나치게 제한되는 경우에는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다. 개인의 행위의 자유를 침해하는 경우에는 이미 인륜에 반하는 것으로서 무효이고, 여기에서 말하는 개인의 자유에 대한 제한은 경제적 자유를 의미한다. 소위 속박계약으로서 연예인이나 스포츠선수에 대하여 과도하게 장기간의 전속계약을 체결한다든지, 과도한 위약금의 약정도 이에 속한다.

특히 근로기준법 제20조는 사용자가 근로계약의 불이행에 대하여 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약을 체결하지 않도록 금지하고 있다. 이는 근로자의 근로계약 불이행을 이유로 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지를 묻지 않고 바로 일정 금액을 배상하도록 하는 약정을 미리 함으로써, 근로자의 의사에 반하는 계속 근로를 강제하는 것을 방지하기 위한 것이다.[45] 그러나 일반적으로 사용자가 근로자

42) 대판 2007.6.14., 2007다3285.
43) 대판 1981.12.22., 81다카197.
44) 대판 2005.7.28., 2005다23858.

로 하여금 위탁교육이나 해외연수를 시켜주면서 의무재직기간을 약정하는 것은 유효이다. 이 경우 그 약정은 사용자가 근로자의 교육훈련 또는 연수를 위한 비용을 우선 지출하고 근로자는 실제 지출된 비용의 전부 또는 일부를 상환하는 의무를 부담하기로 하되 장차 일정기간 동안 근무하는 경우에는 그 상환의무를 면제해 주기로 하는 취지인 것으로서 근로자에게 근로기간을 강제하는 것이 아니라 '경비반환채무의 면제기간'을 정한 것이므로 위의 조항에 위배되지 않는다는 것이다.[46] 이로써 근로자가 합의한 연수경비반환채무의 면제기간을 위반하여 퇴직이나 다른 직장으로 이직하는 경우 등에는 연수경비는 반환해 주어야 한다. 그러나 위의 의무재직기간을 지키지 않은 근로자에게 정상급여와 상여금은 사용자가 지급하여야만 한다.[47]

4) 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위

생존에 필수불가결한 재산의 처분행위는 처분자의 생존권을 박탈하는 결과로 되므로 사회질서에 반하여 무효이다. 판례는 사찰이 사찰의 존립에 필수불가결한 재산을 증여하는 행위는 무효라고 보았다.[48]

5) 사해행위

도박 등의 사해행위는 그 목적이 사회적으로 타당하지 않으므로 그 효력은 무효이다. 또한 도박행위와 관련하여 도박자금을 대여하거나, 도박으로 인한 채무의 부담행위 및 그 변제약정도 무효이다. 한편 (사기)도박에 이끌려 도박채무를 진 사람이 그 변제를 위하여 자신의 부동산의 처분을 도박채무의 채권자에게 위임한 경우에 도박채무의 변제약정에 대한 이행행위에 해당하는 부동산의 처분대금으로부터 도박채무의 변제에 충당하는 부분은 무효이지만 부동산 처분에 대한 대리권 수여는 무효라고 볼 수 없다고 한다.[49] 한편 사행성이 있다 하더라도 승마투표권(한국마사회법 제6조)이나 복권(복권 및 복권기금법 제3조) 등과 같이 특별법에서 허가하고 있는 경우에는 반사회성이 조각되어 유효하다.

---

45) 대판 2004.4.28., 2001다53875; 예를 들어 근로자가 사용자에게 10년 동안 근로하겠다고 약정하고 이를 이행하지 않을 때에는 10억 원을 지불하기로 하는 내용은 무효이다(대판 2008.10.23., 2006다37274).
46) 대판 1982.6.22., 82다카90.
47) 대판 1996.12.20., 95다52222, 52239.
48) 대판 1970.3.31., 69다2293.
49) 대판 1995.7.14., 94다40147.

다. 효　　과

1) 이행 전

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된 법률행위는 무효이므로, 이로부터 1차적인 권리와 의무는 발생하지 않는다. 당사자들이 서로에게 법률행위의 내용에 따른 이행을 요구할 수도 또 이행할 의무도 없다. 다만 이러한 행위를 통해서 타인에게 손해를 가한 경우에는 불법행위가 성립되어 2차적인 손해배상의 권리·의무가 발생할 수 있다.

2) 이행 후

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된 법률행위는 무효이므로, 이에 근거하여 당사자들이 이행한 급부는 부당이득으로 되어 반환되어져야만 한다(제741조). 그런데 이를 허용하게 되면, 법으로 금지한 행위를 한 자들이 보호받게 되어 그 금지의 실효를 기할 수 없게 된다(예 : 도박으로 재산을 탕진한 사람이 그 도박계약이 무효로 되어 언제나 도박에서 잃은 재산을 되찾아 올 수 있다면, 도박의 금지효과는 실효를 기할 수 없게 될 것이다). 그리하여 민법은 불법원인으로 급여한 경우에는 그 불법의 원인이 수익자에게만 있거나 또는 그 반환이 제3자의 정당한 권리취득의 전제로서 인정되지 않는 이상(아래 사례 참조), 불법원인 급여자에게 이행한 것을 부당이득으로서 반환청구하는 것을 허용하지 않는다(제746조).

토론해 보기

甲은 자신의 부동산을 乙에게 매도하기로 약속하였다. 그러나 그 부동산이 아직 乙에게 이전등기가 되어 있지 않은 것을 기화로 그 부동산에 대하여 개발정보를 알고 있는 丙이 甲을 적극 교사하여 그 부동산을 매수하고 자신 丙 명의로 이전등기를 완료하였다. 乙은 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 있을까?

[해　설]

우리는 이윤극대화의 자유의 일환으로 자신의 물건을 보다 비싸게 팔 수 있는 자유를 가지고 있고, 원칙적으로 2중 매매는 유효한 것이다. 그런데 이러한 정당한 행위라도 정의 관념에 반하는 범죄행위를 유도하고 이에 대하여 적극 가담하였다면 그 행위는 사회질서에 반하는 행위로서 무효가 된다(제103조). 甲은 목적 부동산의 매도인으로서 그 부동산의 소유권을 乙에게 이전해 주어야 할 의무를 부담하고 있다. 그런데 甲은 자신이 부동산소유권이전의 의무를 부담하고 있는 매수인 乙 이외의 타인에게 소유권을 이전하는 것은 배임행위를 한 것이다. 丙은 甲으로 하여금 이러한 배임행위를 하도록 적극적

으로 유도하고 이에 가담하였으므로 甲이 丙과 맺은 이중매매는 사회상규에 반하는 행위로서 무효가 된다.

甲과 丙의 제2의 매매가 사회질서위반으로 무효가 되면, 부당이득반환의 법리에 따라 甲은 丙으로부터 부동산의 소유권반환을 청구하여야 한다. 이렇게 되면, 乙은 甲의 채권자로서 甲이 丙에 대하여 행사할 수 있는 부당이득반환청구권을 대위 행사하여(제404조) 그 부동산의 소유권을 甲 명의로 회복시킬 수 있고, 이로써 甲으로부터 목적부동산의 소유권이전청구를 할 수 있다. 그런데 민법은 불법원인에 의한 급여행위에 대하여는 그 재산을 되찾아 오는 것을 금지하고 있다(제746조 본문).

이에 따라 불법의 원인으로 부동산을 급여한 甲이 丙으로부터 목적부동산의 소유권을 되찾아 올 수 없게 된다. 이러한 결과는 결국 불법원인급여의 수익자 丙을 보호하게 되는 모순을 낳는다. 이러한 난점을 해결하기 위하여 판례는 불법비교의 관점에서 불법원인급여자 甲보다는 丙이 불법이 더 크므로, 이러한 경우 '불법의 원인이 수익자에게만 있는 경우에는 반환청구를 할 수 있다'는 제746조 단서가 유추 적용되어야 한다고 본다. 이러한 판례에 따라, 제1매수인 乙은 매도인 甲을 대위하여(제404조) 제2매수인 丙 명의의 등기의 말소를 청구할 수 있음과 동시에 매도인 甲에 대하여 제1매매에 기한 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있다.[50]

4. 불공정한 법률행위

제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

가. 의 의

불공정한 법률행위라 함은 「상대방의 비정상적인 상태에 편승하여 상대방으로부터 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 얻는 행위」를 말한다(제104조). 이를 「폭리행위」라고도 한다.

나. 불공정한 법률행위의 요건

1) 급부와 반대급부 사이의 현저한 불균형

일단 폭리가 성립하려면 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 뚜렷한 불균형이 있어야 한다. 즉 정상적인 거래가 이루어졌다고 볼 수 없어야 한다.

50) 대판 1980.5.27, 80다565.

2) 객관적 요건

당사자의 궁박이나 경솔 또는 무경험이 있어야 한다. 일방 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험의 존재자체는 객관적 요건이다.

① 궁박 : 궁박은 「급박한 곤궁」을 의미하는 것으로서 경제적인, 물리적인 궁박상태는 물론이고 명예의 침해와 같은 정신적인 것도 포함한다. 판례는 경찰에 구속된 남편을 구제하기 위하여 채무자인 회사에 대한 물품의 외상대금채권을 포기한 것은 궁박에 따른 불공정한 법률행위에 해당되어 무효라고 판시하였다.[51)]

② 무경험 : 무경험은 단순히 특정거래에서의 거래경험 및 지식의 결여를 의미하는 것이 아니라, 거래 일반에 관한 경험 및 지식의 결여를 의미한다고 해석한다.

③ 경솔 : 경솔은 「의사를 결정할 때에 그 행위의 결과에 관하여 보통인이 베푸는 고려를 하지 않는 심적 상태」를 말한다. 원래 행위자의 부주의로 인한 경솔의 결과는 행위자 스스로가 감수하도록 하여야 한다. 그러므로 민법이 경솔로 인하여 불공정한 법률행위를 무효로 규정하고 있는 취지는 전반적인 판단능력의 부족에 있다. 이는 민법상의 제한능력자제도가 엄중한 객관적 기준(연령·판결)에 의하여만 인정되는 한계를 보충하려는 것이다. 그러므로 「경솔」은 개별적인 법률행위에서 행위자의 개인적 주의부족을 의미하는 것이 아니라, 행위자가 선천적인 정신능력 또는 주위사정으로 인하여 적절한 고려를 베풀 수 없는 상태에 있으나 제한능력자의 제도에는 포섭되지 않는 경우를 의미하는 것으로 해석할 것이다. 즉 경솔은 자신의 법률행위를 이성적인 동인(動因)에 의하여 조절하여 양 급부의 경제적 효과를 평가할 수 있는 능력을 갖추지 못한 상태를 말한다.

3) 주관적 요건

주관적 요건으로서 폭리자에게는 상대방의 궁박이나 경솔 또는 무경험을 이용하려는 인식이 있어야 한다. 이처럼 폭리자가 상대방의 궁박이나 경솔 또는 무경험을 알고서 이를 이용하려는 의도를 가진 것이 폭리자를 비난할 만한 주관적 요소인 것이다. 이러한 폭리자에 대한 비난가능성이 불공정한 법률행위를 무효로 만드는 정당성을 뒷받침하고 있다.

---

51) 대판 1975.5.13, 75다92. 대판 1999.5.28, 98다58825.

4) 불공정한 법률행위의 요건에 관한 판단의 기준

대리인에 의하여 법률행위를 한 경우에 궁박·경솔·무경험의 존부에 관하여는 대리행위의 하자에 관한 법리(제116조)를 유추적용하여 경솔, 무경험은 대리인을 표준으로 하여 판단하고, 궁박상태는 본인을 표준으로 하여 판단할 것이다.

다. 불공정한 법률행위의 효과

1) 급부가 이행되기 전

불공정한 법률행위의 효력은 무효이다(제104조). 이에 따라 불공정한 법률행위가 효력을 발생할 수 없으므로, 폭리행위자와 그 상대방 어느 누구도 불공정한 법률행위에 기초한 급부의 이행을 청구하지 못한다.

2) 급부가 이행된 경우

불공정한 법률행위에 기하여 급부가 이행된 경우에는 이를 뒷받침할 법률행위가 불공정하여 무효로 됨에 따라 쌍방이 급부한 것은 법률상의 원인을 잃게 되어 부당이득의 법리에 따라 반환되어야 한다(제741조). 부당이득반환청구권의 행사와 관련하여, 폭리자의 법률행위와 폭리를 당한 상대방의 법률행위는 각각 분리하여 그 부당이득반환청구권의 행사를 개별적으로 판단하여야 한다.

> **제746조(불법원인급여)** 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

가) **폭리자가 상대방에 대하여** : 상대방의 궁박, 경솔, 무경험의 비정상적인 상태를 이용하여 폭리를 얻은 자에 대해서는 불법원인에 의한 급여가 성립되므로 그는 상대방에 대하여 급부한 것에 대한 반환청구권을 행사할 수 없도록 한다(제746조 본문).

나) **상대방이 폭리자에 대하여** : 불공정한 법률행위에 기초해서 불법원인 급여가 이행된 경우에 폭리자의 상대방은 불법원인으로 폭리를 취하지 않았고 폭리자만이 상대방의 비정상적인 상태를 이용하여 폭리를 취하였으므로, 폭리자에게만 불법원인이 있어, 이 경우 상대방은 폭리자에 대하여 급부한 것의 반환을 청구할 수 있다(같은 조 단서).

만일 법정이율 이상의 고리에 의한 불공정한 소비대차의 법률행위에 따른 급부이행이 이루어진 경우에, 폭리를 취한 금전대여자는 즉각 상대방으로부터 받은 담보설정 등을 포함한 급부를 상대방에게 반환하여야 하고, 상대방은 폭리자로부터 받은 급부를 계약기간 동안 유효하게 보유할 수 있다. 계약기간이 경과한 후에는 상대방은 수령한 급부를 반환하고, 이때 이자는 폭리의 이자가 아니라 적정한 이율에 의한 이자를 지급하여야 한다. 그리고 불공정한 법률행위는 폭리자의 고의에 의하여 성립하므로, 불법행위가 성립될 수 있다(제750조). 이로써 상대방은 자신이 입은 손해를 폭리자에게 배상 청구할 수 있다.

토론해 보기

거대한 스포츠의류점의 사장인 A가 자신의 승용차를 운전하던 중 반대차선에서 중앙선을 넘어온 乙이 A의 승용차를 추돌하여 A는 그 자리에서 사망하였다. 그런데 A의 사망이 알려지자 A의 채권자들이 위 손해배상청구권에 대하여 압류 등의 법적 조치를 취하려고 하였다. 이를 알게 된 부인 甲은 위의 손해배상금을 자신이 직접 받기 위하여 서둘러 사고발생 5일 만에 가해자 乙과 '손해배상금을 도시일용노임을 기초로 하고, 가동연한을 만 55세로 한정한 내용'으로 산정하여 손해배상 중 가장 최소의 금액으로 합의하였고, 또 이후에 일체의 민·형사상의 소송이나 이의를 제기하지 않겠다는 취지의 합의를 함께 해 주었다. 그리고 이를 합의하는 과정에서 乙은 위의 내용으로 甲이 합의한다면 A의 채권자들이 손해배상청구권에 대한 법적 조치를 피할 수 있도록 모든 편의를 봐주겠다고 유도하고 또 그리하였다.
甲은 자신이 합의해 준 손해배상금의 액수가 너무 적어 억울해 하고 이에 합의한 것을 후회하고 있다.[52)]

[해 설]

문제는 甲과 乙이 한 민·형사상의 책임을 묻지 않겠다는 부제소합의는 甲이 남편의 수입을 어느 정도 알면서도 남편의 부채로 말미암아 일어날지도 모르는 채권자들의 법적 조치를 피하기 위하여 도시일용노임에 기초한 일실수입 금액을 넘는 부분의 손해배상을 스스로 포기한 것으로 보아야 할 것이 아닌가의 여부이다.

그러나 위의 손해배상의 합의는 정상적인 상태에서 이루어진 것이 아닌 것으로서 불공정한 법률행위에 해당된다. 이에 대한 심사는 다음과 같다.

① 손해배상의 합의 내용이 객관적으로 현저하게 균형을 잃고 있다. 손해배상 산정의 원칙은 피해자의 적절한 평소 수입의 일실을 기준으로 삼아야 한다. A에 대하여는 사장으로서의 수입을 기초로 하고 자영업자인 사장의 활동연한을 정하여 이를 합산하여 산정하여야 한다. 그런데 A의 자영업자 사장으로서의 수입을 도시일용노임을 기초로 삼았고 그 가동연한도 사장의 활동

연한이 아닌 55세로 책정함은 정상적인 손해배상의 산정이라고 볼 수 없다. 급부의 현저한 불균형이 있다.

② 甲은 궁박상태에서 합의하였다. 甲은 전업주부로 가사를 전담하고 가계수입은 전적으로 남편인 망인에 의존하고 있었는데 남편이 갑자기 교통사고로 사망하였고, 이 사실이 알려지자마자 甲으로서는 그 내용도 잘 알 수 없었던 남편의 채권자들이 채권을 주장하면서 손해배상금에 법적 조치를 취하려는 움직임이 있었던 상태였으므로 '급박한 곤궁'인 궁박상태에 있었다고 볼 것이다.

③ 주관적으로 가해자 乙은 甲의 비정상적인 지위에 있음을 이용하였다. 乙은 甲에게 A에 대한 채권자들이 손해배상금에 대한 문의를 하고 있어서 법적 조치를 취할 위험성이 있음을 알려주면서 자신이 제시하는 금액에 합의하면 채권자들의 법적 조치가 있기 전에 신속히 처리하여 줄 수 있다고 제안하였다는 것은 甲의 궁박한 상태를 인식하면서 이를 이용하여 최소금액으로 손해배상액의 합의를 이끌어 내려는 것이다. 이처럼 乙은 甲의 궁박상태를 이용하여 폭리를 취하려고 한 의도가 있는 것으로 볼 수 있다.

결론적으로 불공정한 손해배상의 합의와 불제소의 합의는 모두 무효이다(제104조). 따라서 甲은 乙에게 정상적인 손해배상액을 다시 청구할 수 있다. 그렇지만 이에 대해서 乙은 자신이 지급한 손해배상액을 甲에게 반환 청구할 수 없다. 乙은 불법원인의 급여자이기 때문이다(제746조 본문).

52) 대판 1999.5.28, 98다58825 참조.

제 3 절 의사표시

제 1 관 의사표시 일반

Ⅰ. 의사표시의 의의

우리 민법은 사적 자치를 기본원칙으로 삼고 있으므로, 우리의 법체계에서는 사인들 사이에 사적으로 형성되는 법률관계에 대해서는 그 내용에 대한 결정의 자치권이 당사자인 사인에게 맡겨져 있다. 그리하여 법률관계의 주체로서 사인은 「사적 자치」의 기본원칙 위에서 자기결정인 의사에 따라 자신들의 이익과 목적에 적합하도록 법률관계를 자치적으로 형성할 수 있으며, 이러한 점에서 당사자들의 법률행위에는 당사자의 자기결정이 우선적 효력을 갖는다. 이러한 당사자의 자기결정을 의사(意思)라고 하고, 이를 외부에로 인식시켜야 법률효과를 발생시킬 수 있으므로 그 의사는 반드시 외부로 표시되어야 한다. 이를 「의사표시」라고 한다. 결국 당사자들의 사적 자치에 의한 규율관계는 「당사자들 사이에 어떠한 내용의 법률효과를 지향하는 법률관계가 성립되어 있는가」를 파악하여야만 그 내용을 확정할 수 있고, 이러한 법률관계를 구성하고 있는 법률행위의 내용은 다시 법률행위를 구성하고 있는 의사표시의 내용에 의하여 결정되게 된다.

Ⅱ. 의사표시의 구성요건

1. 표시 - 의사표시의 외적 구성요건

의사표시는 「의사」의 「표시」라는 언어적 표현에서도 알 수 있듯이 표의자의 주관적 요소로서 '의사'와 이러한 의사를 외부에로 나타내는 객관적 요소로서의 '표시'로 구성되어 있다. 그러므로 의사표시는 「일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사를 외부로 표시하는 것」이고, 이때의 표시란 의사를 외부적으로 전달하는 의미를 갖는 모든 방법을 말한다. 표의자가 아무리 내심으로 일정한 법적 효과의 발생을 의욕 할지

라도 그러한 표의자의 욕구가 표의자의 내부적인 심리적 결심상태로만 존재하고 객관적으로 이 의사가 외부에서 인식할 수 있을 정도로 표시되지 않는다면, 이는 법적으로 아무런 의미가 없다. 그러므로 의사표시가 성립되기 위해서는 법적 구속력 있는 어떠한 표시가 있었음이 인정될 수 있는 표의자의 외부적 행위가 존재하여야만 한다. 이처럼 의사를 외부로 전달하는 것을 표시(행위)라 한다. 이러한 의사전달로서의 표시수단은 언어나 문자를 통해서도 할 수 있지만 외부에서 추단할 수 있는 행위를 통해서도 할 수 있다. 이처럼 표의자가 언어나 문자에 의하지 않고 어떠한 행위를 통하여 자신의 의사를 표시하는 것을 「추단적 의사표시」라고 한다. 예컨대, 택시를 타기 위한 승차의 청약을 할 때 소리를 질러 택시를 세우는 수도 있지만, 단순히 손을 드는 행위를 통하여 택시운전자에게 승차의 의사를 표시할 수도 있다. 또한 부작위인 침묵에 의하여도 의사를 표시할 수 있는데, 사원총회에서 의장이 제안한 사항에 반대의 표시를 하여야 하는데 이를 하지 않고 가만히 침묵하고 있는 태도는 제안된 안건에 찬성하는 의사를 표시하고 있는 것이다.

2. 의사 - 의사표시의 내적 구성요건

가. 행위의사

의사표시는 표의자가 자신의 의사를 행위를 통하여 나타내는 「표시」이므로, 우선 행위로서의 표시가 성립되어야 한다. 이러한 행위가 성립되기 위해서는 반드시 표의자의 의식적 조절로서의 행위의사가 뒷받침되어야 한다. 예컨대, 마취 상태에서의 환자가 의사의 수술동의를 묻는 질문에 고개를 끄덕인 것은 무의식상태 하에서 표시한 것으로서 행위의사가 뒷받침되지 않은 것이므로 의사의 표시가 있는 것과 같은 외관을 창출한 것에 불과할 뿐 의사에 대한 표시의 행위가 존재하지 않는다. 이 경우, 행위의사의 결여로 인하여 자기조절력이 뒷받침된 의지적 작용인 행위가 존재하지 않는다.

나. 표시의사

의사표시는 표의자가 자신의 의욕한 바를 법적으로 어떤 의미 있는 표시로서 나타내고자 하는 의사가 있어야만 성립할 수 있다. 그러므로 표의자는 '자신이 행한 행위

가 다른 사람으로 하여금 법적으로 상당한 것으로서 받아들여 질 수 있다'는 것에 대한 심리적인 의사를 가지고 있어야만 한다. 이렇듯 표의자가 자신의 외부적 행위에 대하여 일정한 법적 의미를 갖는 표시로서 인식하는 의사적 계기가 표시의사인 것이다. 즉 표시의사는 표의자가 자신의 행위를 통하여 「법적으로 의미 있는 법률행위로서 표시행위를 한다는 점에 관한 인용의 의식」을 말한다. 예를 들면, 어떤 사람이 매우 바쁜 나머지 비서가 가져다 놓은 서류철을 읽어보지도 않고 서명하였는데 그 속에 체결을 원하지도 않았던 어떤 계약의 청약서가 포함되어 있었을 경우에는 표의자로서는 아무리 서명행위를 하여도 이로써 '외부에 대하여 법적으로 의미 있는 표시를 하였다'고 생각하지 않았으므로 서명자에게는 표시의사가 존재하지 않는다.

다. 내심적 효과의사

내심적 효과의사는 「표시를 통한 특정된 법률효과의 실현에 향하여진 의사」를 말한다. 의사표시는 법률행위를 구성하는 효력요소로서 일정한 법률효과의 발생에 향하여진 표의자의 의사를 표명하고 있어야 하므로, 구체적인 권리의무의 발생을 내용으로 한 진술적 가치를 가지고 있어야 한다. 즉 내심적 효과의사는 표의자가 의사표시를 통해서 달성하고자 하는 구체적인 의사로서, 특정된 법률효과의 발생을 지향하고 있어야 한다. 이로써 내심적 효과의사는 표의자가 의욕한 법률관계의 내용의 효력요소로서 기능할 수 있다. 예를 들어, 아파트를 3억 원에 사고자 하는 매수의 의사표시에서는 표의자로서는 3억 원의 대금지불에 대한 의무를 부담하면서 이에 대한 대가로서 아파트의 소유권을 취득하고자 하는 구체적인 법률효과를 내심에 확정하고 있는 것이다.

종합하면, "3억 원에 아파트를 사고 싶다"는 내심적으로 결정된 효과의사는 이를 표시하겠다는 표시의사의 결정을 거쳐 행위조절 의사를 통해서 매매계약서에 서명하는 행위를 하는 것이다.

제 2 관 의사표시의 효력발생

Ⅰ. 의 의

일단 의사표시가 성립하였으면, 이 의사표시가 효력을 발생하여야 한다. 그 의사표시의 효력발생요건은 의사표시를 받는 상대방과 관계가 있다. 이에 따라 의사표시의 효력 발생요건을 살펴본다.

1. 상대방 있는 의사표시와 상대방 없는 의사표시

의사표시에는 「상대방 없는 의사표시」와 「상대방 있는 의사표시」가 있다. '상대방 없는 의사표시'는 의사표시의 상대방이 없으므로 상대방에게 도달되는 것이 문제로 되지 않는다. 따라서 원칙적으로 상대방 없는 의사표시는 의사표시가 완성됨으로써 효력이 발생한다. 이에 반해서, '상대방 있는 의사표시'는 의사표시를 수령할 상대방과의 법률관계를 형성하는 의사표시로서, 이 의사표시는 상대방이 있다. 이처럼 상대방 있는 의사표시는 상대방과의 관계 속에서 효력을 발생하므로, 「그 통지가 상대방에 도달한 때로부터」 그 효력이 생겨야 한다(제111조). 이러한 상대방 있는 의사표시는 '계약 또는 상대방 있는 단독행위'를 구성한다.

2. 유체적 의사표시와 무체적 의사표시

의사표시는 서면에 의하여 할 수도 있고, 구두(口頭)로도 할 수 있다. 서면에 의한 것은 형태가 있으니까 이를 유체적 의사표시라 하고, 말로 하는 구두에 의한 것은 형태가 없으니까 이를 무체적 의사표시라 한다. 이처럼 의사표시를 유체·무체로 구분하는 이유는 의사표시의 효력발생과 관련하여 차이가 나기 때문이다. 민법은 유체적 의사표시에 관하여 상대방의 도달시점에 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있으나(제111조), 무체적 의사표시에 관하여는 규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 구두로 인한 무체적 의사표시는 표의자의 음성을 통하여 상대방에게 정확히 알려진 때, 즉 상대방이 요지(了知)한 때로부터 그 효력이 발생한다고 보아야 한다.

Ⅱ. 의사표시의 효력발생시기

제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.
② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

1. 상대방 있는 의사표시의 전달 과정

상대방 있는 의사표시는 네 가지의 과정을 거쳐 효력을 발생하게 된다. 일단 표의자가 자신이 결심한 의사를 외부로 표시하는 외형을 갖춘 상태를 「표백(表白)」이라 하고, 표의자가 완성된 의사표시를 상대방에게 보내는 것을 「발송」이라 하고, 발송된 의사표시가 상대방의 지배권에 진입한 것을 「도달」이라고 하며, 도달된 의사표시가 상대방에 의하여 지득된 때를 「요지(了知)」라 한다. 이 중에서 '표백'과 '발송'은 표의자의 지배권에 속해 있고, '도달'과 '요지'는 상대방의 지배권에 속한다. 그런데 표백은 표의자의 개인적 사정에 너무 치우쳐 있고, 요지는 상대방의 인지 여부에 달려 있으므로, 이 두 시점은 지나치게 표의자와 상대방의 주관적 상태에 의존하게 됨으로써 의사표시의 효력발생을 결정하는 객관적 기준으로는 적절하지 않다. 우리 민법은 상대방 있는 의사표시에 대하여 원칙적으로 상대방과의 관계를 고려하여 그 의사표시의 효력발생시점을 의사표시가 상대방에게 도달된 시점으로 규정하고 있다.

다만 예외적으로 표의자가 의사표시를 발신하는 시점을 기준으로 의사표시의 효력을 발생하게 할 수도 있다(발신주의). 이에는 상대방 있는 의사표시이지만 객관적·획일적으로 의사표시의 효력을 발생하게 할 필요가 있거나(제15조, 제71조, 제13조, 상법 제52조, 제53조 등), 상대방으로서는 의사표시의 내용을 인지할 필요 없이 의사표시의 존재만으로 그 효과를 발생시켜야 할 경우(제531조)가 해당된다.

2. 의사표시의 도달

가. 의 의

민법이 의사표시의 효력발생시기를 상대방에게 도달된 시점을 기준으로 삼은 것은 의사표시의 도달시점이 객관적으로 확정가능하고 표의자가 통상 예상할 수 있는 시점인 것이므로, 법률관계를 간단·명료하게 결정할 수 있다는 데에 있다. 이 때 의사표시의 도달은 「상대방의 지배권 내에 들어가 사회통념상 일반적으로 요지할 수 있는 상태가 생기면」 이루어진 것으로 본다. 즉 의사표시가 상대방에게 도달되기 위해서는 「상대방 영역의 진입」과 「요지할 수 있는 상태」 모두가 충족되어야 한다.

나. 발신 후의 사정변경

의사표시는 도달로써 효력을 발생한다. 그러나 표의자로서는 의사표시를 통지함으로써 의사표시에 일정한 효력을 부여하였으므로, 표의자가 자신의 의사표시를 통지(발신)한 후 사망하거나 제한능력이 개시되더라도, 이로써 의사표시 도달의 효력에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않는다(제111조제2항).

Ⅲ. 의사표시의 공시송달

제113조(의사표시의 공시송달) 표의자가 과실없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

의사표시는 도달에 의하여 효력을 발생하므로, 표의자가 상대방을 알 수 없거나 또는 그의 주소를 알 수 없을 경우에는 의사표시의 효력을 발생케 할 수 없다. 이러한 불편을 제거하기 위하여, 표의자가 과실없이 의사표시의 상대방을 알지 못하는 경우나 의사표시의 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에 의사표시의 공시송달의 방법(민사소송법 제195조)에 의하여 의사표시를 상대방에게 도달하게 할 수 있다(제113조).

공시송달은 법원 사무관 등이 송달할 서류를 보관하고, 그 사유를 법원 게시판에 게시하거나, 그 밖에 대법원규칙이 정하는 방법(예: 관보·공보 또는 신문게재, 전자통신매체를 이용한 공시)에 따라서 하여야 한다(민사소송법 제195조).

공시송달에 의한 의사표시는 '게시한 날로부터 2주가 지나야' 상대방에게 도달한 것으로 간주된다(같은 법 제196조). 그러나 표의자가 상대방 또는 그의 주소를 알지 못하는데 과실이 없어야만 도달의 효력이 생기고, 과실이 있거나 악의인 때에는 도달의 효력은 생기지 않는다.

Ⅳ. 의사표시의 수령능력

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

1. 의　　의

상대방 있는 의사표시가 상대방에게 도달함은 곧 효력을 발생하게 되고, 이로써 의사표시의 내용에 표의자나 상대방은 구속되게 된다. 그런데 제한능력자에게 의사표시가 도달된 경우에 이로써 의사표시의 효력이 발생하게 되면, 의사표시를 수령한 제한능력자는 그 효과에 구속되게 되는데, 이 때 의사표시의 수령과 관련하여 제한능력자의 보호가 필요하게 된다. 이처럼 '타인의 의사표시의 내용을 이해할 수 있는 능력'의 관점에서 판단하는 것이 의사표시의 수령능력인 것이다.

2. 「수령제한능력자」에 대한 의사표시의 효력

의사표시의 상대방이 제한능력자이면 표의자는 그 제한능력자에 대하여 그 의사표시의 도달을 주장하지 못한다(제112조 본문). 다만 제한능력자의 법정대리인이 의사표시의 도달을 안 후에는 표의자는 그 의사표시의 도달을 제한능력자에게 주장할 수 있다(같은 조 단서).

3. 제112조의 적용범위

의사표시의 수령능력을 규정하고 있는 제112조는 의사표시의 도달을 전제로 하는 규정이므로 상대방이 없는 의사표시나 발신에 의하여 효력을 발생하는 의사표시와 공시송달에 의한 의사표시에 관하여는 적용되지 않는다.

제 3 관 의사표시의 해석

Ⅰ. 의사표시의 해석의 의의

의사표시가 도달되어 그 효력을 발생하게 되면, 어떠한 내용으로 의사표시가 법적으로 효력을 발생할 것인지와 관련하여 그 의사표시의 내용을 확정하여야 한다. 이를 「의사표시의 해석」이라고 한다.

민법은 사인간의 거래에서는 사적 자치를 우선하여 존중해 주고 있다. 그러므로 당사자들이 거래를 통해서 무엇을 추구하여 달성하기를 원하는지가 밝혀져야 법은 그 내용의 실현을 조력해 줄 수 있고, 이로써 사적 자치는 실현될 수 있다. 그리하여 민사거래에서는 이를 구성하고 있는 법률행위의 내용이 우선 확정되어야 하는데, 법률행위의 내용은 이를 구성하고 있는 의사표시의 내용인 것이다. 여기에서 의사표시 내용을 확정짓는 절차를 의사표시의 해석이라고 한다.

Ⅱ. 의사표시의 해석의 방법

1. 자연적 해석

의사표시에서 의사와 표시는 서로 일치하는 것이 자연스러운 관계이다. 그러므로 표의자의 실제적인 의사에 따라 의사표시의 내용을 결정하는 해석 방법이 가장 자연스러운 것이며, 이를 「의사표시의 자연적 해석」이라 한다. 이처럼 자연적 해석은 '표

의자의 실제적 의사'가 의사표시 해석의 결정적인 기준이 된다. 그러므로 자연적 해석에서는 표의자의 주관적 의사와 이를 외부로 표시한 것에 대한 객관적 의미가 서로 일치하지 않는 경우에 표시가 주는 객관적 의미와는 관계없이 표의자의 실제적인 의사가 그 해석의 기준으로 된다. 따라서 자연적 해석은 표의자의 효과의사가 상대방의 신뢰에 앞서서 우선적으로 보호받아야만 할 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해석의 방법으로 선택하게 된다. 따라서 상대방의 신뢰가 문제로 되지 않는 상대방 없는 단독행위(예: 유증)나 상대방 있는 의사표시의 경우에도 '의사표시로부터 상대방의 신뢰가 형성되지 않는 경우'[53]에는 상대방 신뢰보호가 문제로 되지 않으므로 표의자의 효과의사에 의존하여 의사표시가 해석된다.

2. 규범적 해석

우리의 대부분의 생활관계는 혼자서 하는 단독행위에 의하기 보다는 타인과 더불어 그와의 관계 속에서 이루어진다. 이때 표의자의 실제적 의사에만 집착한 나머지 상대방의 신뢰를 고려하지 않는다면, 의사표시는 더 이상 법적 의미를 상실하게 됨에 따라 사적 자치를 실현하는 기능을 할 수 없게 된다. 예를 들어, 손님이 "자장면 1그릇"을 주문하여 음식점 주인이 자장면 1그릇을 갖다 주었는데, 표의자가 자기의 내심은 "짬뽕 1그릇"을 의욕한 것이었다고 실제적 의사를 주장할 수 있다면, 음식점과 손님 사이에는 더 이상의 의사표시에 대한 신뢰가 존재할 수 없을 것이므로 이로써 의사표시를 통한 거래는 성립될 수 없을 것이다. 이러한 점에서 의사표시가 사적 자치를 실현하는 기능을 유지하면서 그 목적을 다 하기 위해서는 의사표시가 주는 객관적 의미에 대하여 상대방이 갖는 신뢰는 정당한 것으로 보호되어야 한다. 상대방 있는 의사표시는 상대방이 이를 수령할 때 비로소 의미가 있는데, 표시를 받는 상대방이 적절한 주의를

53) 소위 「그릇된 표시의 무효력」(falsa demonstratio non nocet)의 원칙 또는 오표시무해의 원칙 : 표의자가 자신의 의사와 다른 의미를 갖는 표시를 하였더라도 이로부터 상대방이 표시된 대로 신뢰하지 않는 경우가 있다. 이러한 경우에는 상대방 있는 의사표시라 할지라도 표시에 대한 상대방의 신뢰가 형성되지 않으므로, 의사표시를 해석함에 있어 표의자의 실제적 의사를 기준으로 그 내용을 결정하더라도 이로써 표시를 받는 상대방의 신뢰가 침해될 염려는 없다. 이러한 경우에는 표의자와 상대방이 서로 협의하여 이해한 의미가 그들 사이의 법률관계의 기초가 되는 의사표시의 해석기준이 된다. 따라서 표의자와 상대방 사이에 표시에 대하여 사전적인 이해가 있어 의사표시의 객관적인 내용에 대하여 상대방의 신뢰가 형성되지 않는 경우에는 외부로 표시된 것은 '잘못 표시된 것'(falsa demonstratio)으로서 아무런 효력이 없다.

기울여 표의자의 표시를 이해하였다면 설령 표의자의 실제적 의사가 이와 다르다 하더라도 그 의사표시에 대하여는 「상대방의 이해가능성」이 해석의 기준으로 되어야 한다. 즉 상대방있는 의사표시에서는 객관적으로 상대방의 신뢰를 보호하는 해석이 행하여져야만 한다. 이것이 「의사표시의 규범적 해석」이다.

상대방 있는 의사표시에서는 의사표시를 받는 상대방의 신뢰를 보호하여야 하므로 '상대방의 이해가능성'이 그 해석의 기준으로 되며, 이는 '상대방의 관점에 의한 해석'인 것이다. 이러한 해석의 결과는 표의자의 의사와 다르기 때문에 법에 의하여 결정되는 규범적 성격을 갖는다. 따라서 위의 사례에서 손님이 "자장면 1그릇"을 주문하여 이에 대하여 음식점 주인이 승낙하였다면, "자장면 1그릇"이란 의사표시가 주는 객관적 의미대로 이 두 사람 사이에는 자장면 1그릇에 대한 매매계약이 체결되었다고 본다.

토론해 보기

甲은 乙에게 자기가 소유하고 있는 수성동 963의 36의 대지를 팔기로 하였다. 그러나 실제로 甲과 乙이 합의한 대지는 수성동 963의 63번지이었다. 즉 甲과 乙은 착오로 수성동 963의 63번지의 대지를 매매하고자 하면서, 표시는 수성동 963의 36번지인 것으로 잘못 알고 목적 대지의 표시를 사실과 다르게 하여 매매계약을 체결한 것이다. 甲과 乙의 법률관계는?

[해 설]

표의자가 자신의 의사와 다른 의미를 갖는 표시를 하였더라도 이로부터 상대방이 표시된 대로 신뢰하지 않는 경우에는 상대방 있는 의사표시라 할지라도 표시에 대한 상대방의 신뢰가 형성되지 않으므로, 의사표시를 해석함에 있어 표의자의 실제적 의사를 기준으로 그 내용을 결정하게 된다. 왜냐하면 이러한 경우 표의자의 실제적 의사에 따라 해석하더라도 이로써 표시를 받는 상대방의 신뢰가 침해될 염려가 없기 때문이다. 이러한 경우에는 표의자와 상대방이 서로 협의하여 이해한 의미가 그들 사이의 법률관계의 기초가 되는 의사표시의 해석기준이 된다. 따라서 표의자와 상대방 사이에 표시에 대하여 사전적인 이해가 있어 의사표시의 객관적인 내용에 대하여 상대방의 신뢰가 형성되지 않는 경우에는 외부로 표시된 것은 '잘못 표시된 것'(falsa demonstratio)으로서 아무런 효력이 없다.

판례도 甲이 국가소유인 수성동 963의 63번지의 대지를 불하받는 과정에서 서로 간의 착오로 인접한 국가 소유의 수성동 963의 36번지의 대지로 잘못 표기하여 매매계약이 체결된 사안에서 매매목적물에 관한 의사표시의 불합치에 의하여 매매계약 자체가 체결되지 않았다고 보지 않았다. 그리고 대법원은 계약의 해석에서 형식적인 문구에만 얽매여서는 안 되고 쌍방당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하여야 한다고 해석의 기본원칙을 밝힌 후, 부동산의 매매계약에 있어 쌍방당사자가 모두 특정의 수성동 963의 63번지의 대지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약서에 그 목적물을 수성동 963의 63번지의 대지가 아닌 수성동 963의 36번지의 대지로 표시하였다 하여도, 위 수성동 963의 63번지의 대지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있는 이상, 위 매매계약은 수성동 963의 63번지의 대지에 관하여 성립한 것으로 판시하고 있다(대판 1993.10.26, 93다2629·2636).

제 4 관 의사와 표시의 불일치

Ⅰ. 의사와 표시의 불일치에 대한 민법의 규율체계

A. 표의자의 의사결정의 자유로운 상태
- 의식적 의사와 표시와의 불일치
  - 상대방과 통정 없이 : 진의 아닌 의사표시(제107조) : 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.
  - 상대방과 통정하여 : 통정한 허위의 의사표시(제108조) : 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
- 무의식적 의사와 표시와의 불일치
  - 착오로 인한 의사표시(제109조) : 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

B. 표의자의 의사결정이 자유롭지 못한 상태
- 하자있는 의사표시 : 사기·강박에 의한 의사표시(제110조) : 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.

C. 선의의 제3자 보호 : 무효나 취소의 효과를 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

1. 의 의

의사표시는 표의자의 내심의 의사 표시를 통하여 그대로 외부로 표출하여야 한다. 그런데 실제로는 여러 가지의 사정으로 인하여 표의자의 내심적 효과의사(진의)가 그대로 외부로 전달되지 않아 그 표시로부터 추단되는 내용(표시상의 효과의사)과 서로 부합하지 않는 경우가 발생하게 된다. 이와 같이 의사와 표시, 즉 '내심적 효과의사'와 '표시상의 효과의사'가 일치하지 않는 경우를 통틀어 「의사와 표시와의 불일치」라고 한다.

2. 의사와 표시의 불일치의 개요

가. 의사결정의 자유로운 상태 하에서의 의사와 표시의 불일치

외부적인 의사결정의 자유에 대한 침해가 없는 경우에도 표의자는 의사와 다른 표시를 하는 경우가 있다. 이에는 표의자가 의사와 표시를 의식적으로 불일치시키는 경우와 표의자가 자신이 의도한 내용과는 다른 표시를 무의식적으로 하는 경우로 나눌 수 있다.

1) 의식적 불일치

표의자가 스스로 의도적으로 의사와 표시를 불일치시키는 경우는 다시 상대방과 통정(通情)하여 불일치시키거나, 통정 없이 불일치시키는 경우로 나눌 수 있다.

가) 상대방과 통정이 없는 경우 : 표의자가 상대방과 통정하지 않고 혼자서 의도적으로 의사와 표시를 불일치시키는 의사표시를 「진의 아닌 의사표시」라고 한다(제107조).

나 상대방과 통정이 있는 경우 : 표의자가 의사표시를 받는 상대방과 통정하여 의사와 표시를 불일치시키는 의사표시를 「통정한 허위의 의사표시」라고 한다(제108조).

2) 무의식적 불일치

표의자가 의사와 표시의 불일치를 알지 못하고 의사와 다른 내용의 표시를 하는 것은 「착오로 인한 의사표시」이다(제109조).

나. 의사결정의 자유가 침해된 상태 하에서의 의사와 표시의 불일치

표의자에게 의사결정의 자유가 확보되어 있지 않다면, 그 의사표시는 정상적으로 행하여진 것이 아니므로, 표의자의 의사와 이를 외부로 나타낸 표시가 불일치하게 된다. 즉 외부로부터 표의자에게 사기·강박이 가해짐으로써 표의자가 정당한 판단을 내릴 수 없는 상태에서 의사표시를 하였다면, 이러한 의사표시는 이미 표의자에게 의사결정의 자유가 확보되어 있지 않은 상태에서 행하여진 것으로서 흠을 갖게 되어 그 효력을 제대로 발생할 수 없다.

다. 선의의 제3자 보호

거래의 안전을 위해서 위의 의사표시의 무효나 취소의 효과는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

Ⅱ. 진의 아닌 의사표시(비진의 의사표시)

1. 의　　의

진의 아닌 의사표시는 「표의자가 자신이 하는 표시가 진의에서 비롯된 것이 아님을 알고 한 의사표시」를 말한다. 즉 표의자가 자신이 행한 표시행위가 자신의 진의와 다른 의미로 이해된다는 것을 스스로 알면서 하는 의사표시이다. 이러한 진의 아닌 의사표시는 표의자가 표시된 대로의 내용을 원하지 않는다는 표의자의 정신적 유보(심리유보)에 기초하여 행하여진다. 그러나 표의자가 스스로 자신이 표시한 것에 대하여 부인하려는 정신적 유보는 표의자의 순수한 주관적인 것으로서 의사표시의 해석에서 고려할 사항이 아니다. 그러므로 진의 아닌 의사표시는 원칙적으로 표시된 대로 효력을 발생시킨다(제107조제1항 본문). 그렇지만 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 상대방은 표의자의 의사표시에 대한 객관적 의미를 신뢰하지 않을 것이므로, 표의자의 의도에 따라 그 진의 아닌 의사표시는 무효로 된다(같은 조항 단서). 예를 들면, 임대인 甲은 내심으로 차임을 증액할 의도가 있으나 이를 위하여 임대차 해지의 의사표시를 임차인 乙에게 하였다. 그런데 乙은 甲이 표시한 대로 임대차의 종료를 원하는 줄로 알고 임대차의 목적물을 반환하면서 보증금의 반환을 요구한다면, 甲으로서는 임대차 종료의 법적 효과에 복종하여야 한다(같은 조항 본문). 이 경우 甲은 자신이 외부로 행한 임대차 종료의 표시가 자신의 진정한 의사가 아니었음을 이유로 무효를 항변하지 못한다. 그러나 만일 乙이 甲이 임대차 해지를 표시한 것이 乙의 진정한 의사가 아님을 알았거나 알 수 있었다면, 이러한 경우에는 甲의 임대차 해지의 표시는 무효로 된다(같은 조항 단서).

2. 요 건

가. 의사표시의 존재

진의 아닌 의사표시는 일정한 효과의사를 인정할만한 가치 있는 표시가 존재함을 전제로 한다. 그러나 법적으로 의미 있는 의사표시라고 볼 수 없는 경우에는 이미 의사표시 자체가 없다고 보아야 한다. 예컨대, 사교적 농담, 배우가 무대 위에서 하는 대사, 교실에서 학습용으로 어음·수표를 교부하는 행위 등과 같은 경우에는 명백히 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사가 없으므로, 이때 외관상 행하여진 의사표시는 법적구속의사가 뒷받침되지 않은 것으로서 진의 아닌 의사표시의 성립 이전에 이미 의사표시로서 성립하지 않는다.

나. 진의와 표시의 불일치

의사표시에서 진의란 내심적 효과의사를 말하고, 따라서 진의 아닌 의사표시란 표의자의 내심적 효과의사가 표시상의 효과의사와 객관적으로 부합하지 않는 것을 말한다. 이와 관련하여 판례의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

1) 영수증에 총완납의 기재

채권의 일부를 영수하고 총액을 변제받지 못하면서 영수증에 “총완결”이라는 문언을 부기한 경우에, 그 “총완결”은 그것으로 모든 결제가 다 끝났다는 것을 표시하는 의사표시로 해석되고 진의 아닌 의사표시로 해석되지 않는다. 비록 표의자로서는 “총완결”을 적지 않으면 돈을 주지 않겠다고 하기에 궁박한 사정 아래에서 우선 돈을 받기 위하여 거짓 기재한 것이라 하여도, 그것 자체만으로는 “총완결”이라는 의사표시가 진의 아닌 의사표시로서 당연 무효로 되지 않는다고 본다.[54]

2) 학교를 위하여 교직원이 명의를 빌려준 경우

학교 법인이 사립학교법상의 제한규정을 피하기 위하여 그 학교의 교직원들의 명의로 금전을 차용한 경우에 교직원들은 주채무자로서 채무를 부담하겠다는 의사를 가지고 있었다고 해석하는 것이 상당하므로, 이 경우 의사와 표시의 불일치는 존재하지 않는다.[55]

---

54) 대판 1969.7.8, 69다563.
55) 대판 1980.7.8, 80다639.

3) 사직서의 일괄제출

판례는 대체로 근로자들의 일괄사표의 경우에는 진의 아닌 의사표시를 인정한다. 왜냐하면 근로자 전부가 일괄하여 사표를 제출하는데 자신만이 사표제출을 거부하기가 어려울 것으로 예상되기 때문이다. 따라서 판례는 사직서 일괄제출의 경우에 원칙적으로 상대방도 알 수 있다고 보아 사직의 의사표시는 진의 아닌 것으로서 무효를 인정한다(제107조제1항 단서). 예를 들어, 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고, 회사가 이를 받아들여 퇴직수리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취함으로써 '근로자가 그 퇴직 전후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면', 그 사직원 제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의 표시에 해당하고, 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 위 사직원 제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니한다.[56]

그러나 공무원이 일괄해서 사직서를 제출한 경우에는 공법관계가 성립되므로 민법 제107조가 적용되지 않는다.[57] 그러므로 공무원이 일괄사표를 제출하여 선별수리가 된 경우에 사직의 의사가 외부에 객관적으로 표시된 이상 표시된 대로 효력이 발생하므로, 그 사직의 의사는 유효이고 따라서 공무원으로서는 사직의 의사가 본인의 진의가 아니었음을 주장하지 못한다.

다. 표의자 스스로가 이러한 불일치를 알고 있을 것

표의자가 스스로 의사와 표시가 일치하지 않는다는 것을 알고 있어야 한다. 그렇지 않다면 표의자의 의사표시는 착오나 사기에 의한 의사표시로 될 수 있을 뿐 진의 아닌 의사표시로는 되지 않는다.

라. 표의자의 비진의 표시에 대한 이유나 동기

표의자가 상대방이나 제3자를 속이려고 하는 경우이든 또는 그들이 표의자의 진의를 당연히 이해하리라는 기대 하에 한 것이든, 그 의사표시를 하게 된 동기는 이를 묻지 않는다.

---

56) 대판 1988.5.10, 87다카2578.
57) 대판 1997.12.12, 97누13962.

3. 효 과

가. 원 칙

진의 아닌 의사표시에서 표의자의 비진의라는 심리유보는 원칙적으로 의사표시의 효력에 영향을 미치지 않으므로, 진의 아닌 의사표시는 유효하다(제107조제1항 본문). 즉 표의자의 진의가 어떠한 것이든 표시된 대로의 효력이 발생한다.

나. 예 외

「상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우」에는 그 진의 아닌 의사표시는 무효이다(같은 조항 단서). 여기에서 '알았다'는 것은 악의이고, '알 수 있었을 경우'는 선의이지만 과실에 의한 부지(不知)를 말한다.

4. 무효의 제한

진의 아닌 의사표시가 무효로 되는 경우(같은 조 제1항 단서)에 그 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(같은 조 제2항). 이것은 거래의 안전을 보호하기 위한 입법정책적 결정인 것이다.

5. 적용범위

가. 가족법상의 신분행위

가족법상의 법률행위는 당사자의 진의를 절대적으로 존중하여야 하는 신분행위이므로 이에 대하여는 본조가 적용되지 않으며 언제나 무효이다. 혼인·입양에 관하여는 이 뜻을 명문으로 규정하고 있다(제815조제1호, 제883조제1호).

나. 상법규정과의 관계

어음행위 등과 같은 엄격한 요식행위의 경우에는 본조 제1항 단서의 규정은 적용되지 않고, 언제나 유효하다. 예컨대 상법 제302조제3항은 「주식인수의 청약」에 관하여 민법 제107조의 적용을 배제하고 있다. 따라서 주식인수의 청약은 비록 그것이 비진

의표시라 하더라도 언제나 유효하다.

다. 공법행위

사인의 공법상의 법률행위에 대하여는 본조의 적용이 없다.

Ⅲ. 통정의 허위표시

1. 의　　의

가. 개　　념

「통정의 허위표시」는 표의자가 상대방과 합의하여 자신의 진의와 다른 표시를 하는 것이다. 여기에서 「통정」은 표의자와 의사표시를 받는 상대방 모두가 진의가 아닌 표시를 한다고 하는데 관하여 상호 양해 내지 합의가 되어 있는 것을 말한다. 통정의 허위표시와 진의 아닌 의사표시는 모두 표의자가 자신의 진의와 다른 표시를 의식적으로 한다는 점에서는 동일하다. 다만 통정의 허위표시는 당사자인 표의자와 상대방 사이에 사전적 통정이 있었다는 점에서 이를 전제로 하지 않는 진의 아닌 의사표시와 구별된다.

나. 가장행위와 은닉행위

통정의 허위표시는 흔히 두 개의 서로 다른 법률행위가 함께 행하여지는데 이 중 어떤 특정의 법률행위를 은폐하기 위한 데에 그 목적을 가지고 있다. 예컨대, 父가 자기 부동산을 子에게 증여하면서도 증여세를 면탈하기 위하여 허위로 매매를 하고 이로 인한 소유권이전등기를 경료하는 것이다. 여기서 외관상 행하여진 매매는 허위표시로서 「가장행위」이고, 당사자들이 실제로 의욕한 증여는 은폐되는 행위로서 「은닉행위」가 된다. 여기에서 통정의 허위표시를 규정하고 있는 제108조의 규율대상이 되는 것은 가장행위이다. 그러므로 위의 사례에서 가장으로 행하여진 매매계약과 이에 근거한 소유권이전등기는 무효이다(같은 조 제1항). 그렇지만 은닉행위로서 증여계약에 관하여는 당사자의 진정한 의사의 합치가 있으므로, 이에 유효요건을 갖추면 법률행위로서 완전한 효력을 발생하게 된다.

2. 요 건

가. 의사표시의 존재

통정의 허위표시는 의사표시가 있어야 가능하다.

나. 의사와 표시의 불일치

표시(의사표시의 외관)로부터 추단되는 효과의사가 당사자 사이에는 존재하지 않아야 한다. 이에는 표시상의 효과의사와 내심적 효과의사가 부합하지 않는데, 이에 대한 불일치는 법률효과의 발생과 관련이 있는 것이지 경제적 목적의 차이를 말하는 것은 아니다. 그러므로 신탁행위는 허위표시가 아니다.

다. 상대방과의 통정

통정의 허위표시에는 의사와 표시의 불일치를 표의자가 스스로 알고 있는 것만 가지고는 부족하고, 표의자와 상대방이 「통정」할 것이 요구된다. 즉 당사자 쌍방이 당해 계약을 가장행위로서 한다는 점에 관하여 사전에 합의가 있어야 한다.

그러나 허위표시를 하기 전에 행하여지는 사전적 합의로서 통정은 당사자들 사이에서만 은밀하게 이루어지는 것이 일반적이므로, 제3자가 이를 입증하여 의사표시가 통정한 것으로서 무효라고 주장하는 것은 실제로 거의 불가능하다. 이에 따라 판례는 경험칙에 비추어 당사자들 사이에 정당한 거래가 이루어 질 수 없는 관계에 대하여는 진정한 거래가 행하여졌다는 특별한 사정이 없는 한 가장행위로 추정한다. 예를 들어, 미성년자인 아들과 아내에게 동시에 대가없이 매매형식으로 부동산소유권이전등기를 경료한 경우[58]나 특별한 사정없이 동거하는 부부간에 토지를 매도하고 소유권이전등기까지 경료한 경우[59]에는 객관적으로 이들 사이에는 이해관계가 대립된 거래가 일어날 수 있는 관계가 아니므로 그 매매계약은 가장매매로 인정된다.

라. 허위표시의 동기

표의자가 의사와 표시를 서로 달리하는 허위표시를 하는 데에 상대방과 통정하는 것에 대한 목적이나 동기는 일체 고려하지 않는다.

---

58) 대판 1963.11.28, 63다493.
59) 대판 1978.4.25, 78다226.

3. 효　　과

가. 무　　효

1) 가장행위의 무효

통정의 허위표시는 무효이다(제108조제1항). 당사자들은 가장으로 한 행위에 대하여 효력발생을 원하지 않을 것이므로, 가장행위를 기초로 한 효력을 서로 주장하지 않을 것이다. 따라서 가장행위는 무효이다. 그렇지만 가장행위 뒤에 존재하는 은닉행위는 당사자들이 진정으로 그 효력 발생을 원하고 있고 또 제108조는 이를 규율하려는 것은 아니므로, 그 성립요건과 유효요건을 구비하는 한 유효하다.

2)부당이득반환청구

가) **이행 전** : 통정의 허위표시는 무효이므로 이에 기한 권리와 의무가 발생되지 않는다. 그러므로 통정의 허위표시에 기초하여 채권을 행사할 수 없으며 이에 대응된 채무를 이행할 필요도 없다.

나) **이행 후** : 허위표시에 기한 가장행위에 기초하여 이미 채무가 이행된 후이면, 가장행위에 기하여 급부를 이행한 당사자는 이행된 급부에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다. 이 때 가장으로 행하여진 계약 등의 채권행위가 통정의 허위의 의사표시에 의한 것으로서 무효로 되어 당사자들이 이미 이행한 급부에 대하여 부당이득반환청구권을 행사하는 경우에 판례는 이를 불법원인급여에 의한 부당이득반환의 관계(제746조)로 보지 않는다. 왜냐하면 통정의 허위표시 그 자체는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 불법은 아니기 때문이다.

나. 무효의 제3자에 대한 효력

1) 제3자의 범위

통정의 허위표시의 무효는 이를 알지 못하는 선의의 제3자에게는 주장하지 못한다(제108조제2항). 본조 제2항 소정의 「제3자」라 함은 당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자 중에서 통정의 허위표시를 기초로 하여 별개의 법률원인에 의하여 새로운 법률상의 이해관계를 맺은 자[60]를 말한다. 예를 들어, 가장매매의 매수인으로부터 매수한

60) 대판 1983.1.18, 82다594.

자, 가장매매의 매수인으로부터 저당권을 설정받은 자, 가장저당권 설정행위에 기한 저당권의 실행으로 부동산을 경락받은 자 등을 말한다. 그렇지만 가장매매에 기한 손해배상청구권의 양수인, 채권의 가장양도에서의 채무자 등은 새로운 법률상의 이해관계를 맺지 않았으므로 제3자에 해당하지 않는다.

참고로, 파산관재인은 통정의 허위표시의 제3자에 해당한다. 이를 테면 갑이 신용불량 등으로 대출을 받을 수 없게 되자 상호신용금고와 통정하여 을 명의를 빌려 대출약정을 하고 실제로 그 대출금을 자신(갑)을 위하여 사용하였는데, 그 이후 상호신용금고가 파산선고를 받은 경우에 대출계약상의 채무자로 되어 있는 을은 통정의 허위표시를 내세워 대출약정이 무효이고 따라서 채무가 없음을 주장하게 된다. 그러나 판례는 파산관재인은 파산시 파산자에게 속하는 모든 재산을 관리 및 처분할 권한을 가지는 포괄승계인과 같은 지위를 가지게 되지만, 파산이 선고되면 파산채권자는 파산절차에 의하지 아니하고는 파산채권을 행사할 수 없고, 파산관재인인 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하므로, 파산관재인은 파산선고에 따라 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가진다고 보았다.[61] 즉 파산선고에 의하여 파산자 재산의 압류의 효과가 생기는 것은 통정의 허위표시의 제3자로 인정되고 있는 채무자의 재산을 압류한 채권자와 동일하다고 볼 수 있다.

2) 제3자의 선의

통정의 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 여기에서 선의는 그 의사표시가 허위표시임을 모르는 것이다. 선의이면 족하고 무과실을 요하지 않는다. 한편, 파산자는 통정의 허위표시의 제3자로서 인정되는데, 그가 통정의 허위표시에 대한 법률행위에 관한 선의인지 여부는 파산관재인 개인이 아니라 총파산채권자를 기준으로 판단하여야 한다.[62] 즉 파산관재인은 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 직무를 행하여야 하는 지위에 있으므로, 그 선의 · 악의의 판단도 파산관재인 개인을 기준으로 할 수 없고 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 선의의 제3자라고 보아야 한다

61) 대판 2003.6.24, 2002다48214.
62) 대판 2006.11.10, 2004다10299.

는 것이다. 이는 만일 파산관재인이 악의인 경우 이처럼 우연한 사정에 따라 파산채권자 전원이 보호받지 못하게 되는 불합리한 결과 발생을 방지하기 위함이다.

3) 「대항하지 못한다.」의 의미

'대항하지 못한다.'의 의미는 허위표시의 무효를 주장할 수 없다는 것이다. 따라서 허위표시는 그 당사자 간에는 무효이지만 선의의 제3자에 대한 관계에서는 유효로 된다. 이를 「상대적 무효」라 한다.

4. 적용범위

가. 공법상의 법률행위

제108조는 공법상의 법률행위에 관하여는 적용되지 않는다. 그러나 판례는 경매에 관하여는 경매의 사법 행위적 성질을 중시하여, 같은 조 제2항의 법리를 적용하고 있다.

나. 계약·단독행위

제108조는 계약에 관하여 가장 많이 적용된다. 채권계약뿐만 아니라 물권계약(물권적 합의)에 관하여도 그 적용이 있다. 그리고 단독행위도 '상대방이 있는 단독행위'에 관하여는 그 적용이 있다(예: 취소, 추인, 계약해제, 채무면제, 공유지분포기 등).

다. 가족법상의 신분행위

신분행위에 관하여는 본인의 진의를 존중하여야 하므로 그 허위표시는 언제나 무효이며, 제3자에 대하여도 무효이므로 본조는 적용되지 않는다. 따라서 혼인·입양에 관한 허위표시는 당사자들 사이에서 뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서도 언제나 무효라고 할 것이다(제815조제1호, 제883조제1호). 그러나 재산관계와 밀접한 관계가 있는 신분행위, 예컨대 상속재산분할의 협의(제1013조), 재산상속의 포기(제1041조) 등에 관하여는 본조의 적용을 긍정하여야 할 것이다.

생각해 보기

甲은 채무를 많이 지고 있는 자로서 그의 채권자 A로부터 강제집행을 면하기 위하여 그 소유 부동산을 자신의 처인 乙과 합의 하에 허위로 매매계약서를 꾸며 소유권이전등기를 하였다. 그 후 乙은 그 부동산을 자신의 명의로 되어 있는 것을 기화로 丙에게 매각 처분하였다. 甲의 채권자 A는 그 부동산에 대하여 강제집행을 하여 자신의 채권의 만족을 얻고자 한다.

[해 설]

甲과 乙은 진정으로 매매를 하고자 하는 의사의 합치 없이 통정하여 허위로 매매계약을 체결하고 소유권을 이전하였으므로 그 매매계약은 무효이다(제108조제1항). 그런데 A로서는 甲과 乙이 통정하여 허위로 매매계약을 체결하였다는 사실을 입증하기가 대단히 어렵다. 이에 대하여 두 가지 해결방안이 모색될 수 있다. 첫째는 甲과 乙은 부부사이로서 일반적으로 부부 사이에는 부동산의 정상적인 거래가 있었다고 보기 어려우므로 통정의 허위표시로 인한 매매임을 추정하여 주는 방법이다. 이러한 경우에는 甲과 乙이 통정한 허위의 의사표시가 아님을 입증하여야 한다. 둘째는 채권자 A는 채권자취소권을 통하여 甲과 乙의 매매계약을 취소하여 甲의 재산으로 회복시킬 수 있다(제406조). 甲의 채권자 A는 乙이 목적 부동산을 취득할 당시에 甲의 채권실현을 해할 목적으로(악의로) 소유권을 乙에게 이전하였다는 사실을 입증하여, 乙에게로 이전된 목적 부동산의 소유권을 甲에게 반환시켜 甲의 재산으로 확보한 후, 이에 대하여 강제집행을 함으로써 자신의 채권의 만족을 기할 수 있다.

그러나 이 모든 것은 선의의 제3자에게는 대항할 수 없으므로(제108조제2항, 제406조제1항 단서), 丙이 선의인 이상 A는 더 이상 위에서 설명한 대로 자신의 채권의 만족을 기할 수 없다.

Ⅳ. 착오에 의한 의사표시

1. 착오에 의한 의사표시 일반

가. 의　　의

착오에 의한 의사표시는 「의사와 표시가 불일치하고, 이러한 불일치를 표의자가 인식하지 못한 채 행하여진 의사표시」이다. 표의자가 인식하지 못한 채 자신의 의사와 다른 표시행위를 한 경우에 사적 자치의 관점에서 그 의사표시는 표시된 대로 효력을 발생할 수 없다. 왜냐하면 사적 자치의 원칙은 최소한 표의자가 자기가 원하지 않는 법률효과에 구속되지 않아야 그 실현을 기대할 수 있기 때문이다. 그러므로 민법은 표의자가 자신도 모르게 자신의 의사와는 다른 표시를 한 경우에 이에 대하여 취소권을 부여함으로써, 그 의사표시의 효력 유지의 여부에 대한 선택의 자유를 표의자에게 맡기고 있다. 또한 민법은 거래의 안전을 보호하기 위하여 표의자가 일으킨 착오가 법률행위의 내용의 중요부분이어야 하고 또한 표의자에게 중과실이 없는 경우에 한하여 의사표시를 취소할 수 있도록 하고 있다(제109조).

나. 착오에 의한 의사표시의 종류

1) 표시의 착오

표시상의 착오는 「표의자가 자신의 의사를 외부로 표출시키는 심리적 과정에서 의사적 왜곡이 발생하는 것」을 말한다. 이는 표의자가 잘못 말하거나 계약서에 잘못 기재함으로써 표의자 자신이 표시하기를 원했던 것과 다른 표시를 하는 경우를 말한다. 예를 들면, 표의자가 '700,000원'으로 표기해야 할 것을 '70,000원'으로 오기하는 경우이다. 이는 착오가 표의자의 내적 심리과정에서 의사가 표시로서 전환되는 과정에서 왜곡이 발생함으로써 생기는 것이다.

2) 내용의 착오

내용의 착오는 표의자로서는 자신이 표시하고자 하는 것을 외부로 표시하였으나 그 표시가 나타내는 의미에 대하여 착오를 일으킨 경우를 말한다. 이러한 내용의 착오에서는 의사가 표시로 전환되는 표의자의 내부적 심리과정에서는 어떠한 왜곡도 발생하

지 않았다. 다만 그 표시에 대한 객관적 해석의 결과, 그 표시로부터 객관적으로 이해되는 의미가 표의자의 주관적 의사와 서로 다르게 됨에 따라 내용상의 차이가 발생하게 된다. 결국 내용의 착오는 표의자의 표시를 통하여 나타내고자 한 의사와 객관적으로 나타나는 표시상의 의미가 내용상 서로 다름으로써 발생하는 것이므로, 이는 규범적 해석의 결과이다.

3) 동기의 착오

동기의 착오는 의사가 표시되는 과정에서 발생되는 문제가 아니라 의사가 형성되는 과정에서 발생되는 것으로서, 의사결정에 영향을 미친 사정에 대한 표의자의 그릇된 인식에서 비롯된다. 따라서 동기의 착오로 인한 의사표시에서는 「의사」와 「표시」는 정확히 일치하고 있다. 동기의 착오에서는 의사표시의 해석 대상으로서 내심적 효과의사와 표시상의 효과의사가 완전히 일치하므로 의사와 표시의 불일치는 발생하지 않는다.

그러나 동기의 착오를 무시하는 것이 표의자에게는 자신이 행한 의사표시 자체를 의미 없게 만들게 되는 경우가 있다. 예컨대, 금반지인 줄 알고 "저 반지를 주세요."라고 의사표시를 하였는데, 실제로는 '구리반지'였던 경우에 반지의 구성부분은 동기사실에 불과하므로 구리반지를 사야만 하는가 하는 문제가 발생한다. 이러한 경우에 발생된 착오는 단순히 의사표시의 외부에 존재하는 사실에 대한 오인에 그치는 것이 아니라 의사표시의 목적과 관련된 것으로서 사적 자치의 실현이라는 관점에서 볼 때 단순히 무시될 수 없는 요소이다. 즉 동기의 착오라도 경우에 따라서는 단순히 표의자의 판단위험에 따른 것으로 취급하여 이를 무시할 때, 그 내용의 중대성으로 인하여 표의자의 자기결정 전체를 본질적으로 의미 없게 만드는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 동기의 착오에 대해서 예외적으로 표의자로 하여금 의사표시를 취소할 수 있게 해 주어야 한다. 결국 민법의 기본원리인 사적 자치가 실현되려면, 동기의 착오라도 그 착오를 일으킨 내용이 중대하다면 취소할 수 있어야 한다. 판례는 거래의 안전을 위하여 「동기가 표시되어 상대방이 그 표시된 동기의 내용을 안 경우」에는 법률행위 내용과 관련된 착오로서 취소할 수 있다고 한다.

2. 착오의 요건

착오를 이유로 하여 법률행위를 취소하기 위해서는 「법률행위의 내용의 중요부분」에 착오가 있어야 하고, 표의자에게 중과실이 없어야 한다.

가. 법률행위의 내용의 중요부분

1) 중요부분의 의의

가) 인과관계의 문제

「법률행위의 중요부분의 착오」란 의사표시에 의하여 달성하려고 한 법률효과의 중요한 부분에 착오가 있는 것을 말한다. 법률효과의 중요한 부분인가의 여부는 '그 법률효과가 없었다 하더라도 표의자가 그 의사표시를 하였을 것인가'의 여부에 의하여 결정되므로, 착오와 표시 간에 인과관계에 따라 판단한다.

나) 주관적·객관적 현저성에 관한 표준

법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있는가의 여부는 표의자가 착오를 일으킨 내용과 관련하여 이를 무시하더라도 의사표시를 하지 않았을 것인가의 여부에 따라 결정된다. 이 결정에는 표의자뿐만 아니라 제3의 이성인의 입장에서도 판단하게 된다. 그러므로 착오를 일으킨 내용이 법률행위 전체 속에서 주관적이고 객관적인 현저성을 갖는 내용이어야 한다. 결국 법률행위의 내용의 중요부분인가의 여부를 판단할 등식은 '표의자가 그러한 착오가 있었다는 것을 알았더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 인정되는 경우'(주관적 현저성)와 '보통 일반인이 표의자라 하더라도 그러한 착오가 있었다는 것을 알았더라면 그 의사표시를 하지 않았을 것으로 인정되는 경우'(객관적 현저성)로 나타난다. 이처럼 주관적 요건과 객관적 요건을 요구함으로써 표의자와 거래의 안전을 함께 보호할 수 있다.

2) 중요부분의 착오

가) 인정한 경우

판례는 토지의 현황·경계에 관한 착오는 매매계약의 중요부분에 대한 착오로 인정하고,[63] 가해자와 피해자 사이의 합의에서 상해의 정도, 결과 및 치료기간 등을 잘못

63) 대판 1968.3.26, 67다2160.

알고 한 합의는 착오에 의하여 한 의사표시이므로 취소할 수 있다고 한다.[64]

나) 인정하지 않은 경우

판례는 지적(地積)의 부족,[65] 목적물의 소유관계,[66] 매매목적물의 시가는 중요부분에 관한 착오로 보지 않는다.

나. 표의자의 중과실의 부존재

법률행위 내용의 중요부분에 착오가 있었더라도 표의자에게 중대한 과실이 있으면 취소할 수 없다(제109조제1항 단서). 이때 본조에서 말하는 중대한 과실이란 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저히 결여한 경우를 의미한다.

3. 의사표시의 취소

착오에 의한 의사표시에 대해서는 표의자가 취소할 수 있다. 착오를 이유로 하여 의사표시가 취소되면 그 법률행위는 처음부터 소급하여 무효인 것으로 된다(제141조 본문). 그러나 이러한 소급적 무효의 효과는 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다(제109조제2항). 다만 계약체결상의 과실 책임(제535조)이 성립되는 경우에 표의자는 취소로 인하여 상대방이 입은 손해를 배상할 의무가 있다. 이 때 상대방에게 배상해야 할 책임의 범위는 의사표시의 유효를 믿었음에 따른 신뢰이익이 기준이 된다.

4. 적용범위

가. 가족법상의 신분행위

가족법상의 행위(신분행위)에 관하여는 제109조가 적용되지 않는다. 가족법상의 행위에서는 당사자의 의사가 절대적인 의의를 가지므로 착오에 의한 취소에 의존하기 전에 이미 무효이다. 착오에 의한 혼인행위와 입양행위가 무효인 것에 관하여는 명문

64) 대판 1981.4.14, 80다2452.
65) 대판 1969.5.13, 69다196.
66) 대판 1999.2.23, 98다47924.

의 규정이 있다(제815조, 제883조 참조).

나. 단체법적 행위

단체법적 행위에 관하여도 원칙적으로 본조가 적용된다. 이 때 취소의 효과는 장래를 향하여서만 발생한다고 할 것이다. 다만 거래의 안전을 위하여 본조의 적용이 제한되는 수도 있다. 예컨대, 회사성립 후에 주식을 인수한 자는 착오를 이유로 하여 그 인수를 취소하지 못한다(상법 제320조제1항).

다. 공법행위

공법상의 행위에 관하여도 본조는 적용되지 않는다. 특히 행정처분에 관하여는 같은 조 제2항이 적용되지 않는다.

V. 사기·강박에 의한 의사표시(하자 있는 의사표시)

1. 의　　의

표의자는 사기나 강박에 의하여 한 의사표시를 취소할 수 있다(제110조). 이를 '하자 있는 의사표시'라고도 한다. 여기에서 「사기」란 고의로 사람을 기망하여 착오에 빠지게 하는 위법행위를 말하며, 「강박」이란 고의로 해악을 주겠다고 위협하여 공포심을 일으키게 하는 위법행위를 말한다. 이렇듯 타인에 의하여 감행된 악의적 사기나 위법한 강박행위의 영향 하에서 표의자가 자신이 원하지 않는 내용으로 의사표시를 하였을 때, 민법은 표의자로 하여금 취소를 통하여 그 의사표시의 효력으로부터 벗어 날 수 있도록 허용하여 주고 있다. 또한 표의자로서는 사기·강박을 당한 피해자이기도 하므로, 불법행위에 따른 손해배상청구권(제750조)을 사기나 강박을 행한 상대방이나 제3자에게 행사할 수 있다.

2. 사기에 의한 의사표시의 요건

가. 사기에 의한 의사표시

표의자가 타인(상대방 또는 제3자)의 기망행위로 말미암아 착오에 빠지고, 그 결과로서 한 의사표시가 「사기에 의한 의사표시」이다. 사기에 의한 의사표시는 취소할 수 있다(제110조).

사기에 의한 의사표시를 규율하고 있는 제110조는 표의자의 「의사결정의 자유」를 보호하려는 데 그 목적이 있다. 그러므로 사기에 의한 의사표시는 단순 동기에 관한 착오라도 취소할 수 있고, 그 내용이 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오가 아니더라도 취소할 수 있다. 물론 사기에 의한 착오에 빠진 내용이 법률행위의 중요부분과 관계되는 경우에는 착오를 이유로 하여 의사표시를 취소할 수도 있다(제109조).

나. 사기에 의한 의사표시가 되기 위한 요건

1) 사기자의 고의가 있을 것

사기자에게 사기행위의 고의·착오를 야기하려는 고의·의사표시를 하게 하려는 고의가 있어야 한다. 고의가 없는 한, 중과실이 있었다 할지라도 사기에 의한 의사표시를 하게 하려는 것으로 되지 않는다.

2) 기망행위의 존재

가) **의의** : 기망행위는 '타인으로 하여금 그릇된 표상 내지 판단을 하게 만드는 행위'이다. 즉 표의자로 하여금 실제와 다른 관념을 야기하게 하거나 이를 강화·유지하게 하는 일체의 행위를 말한다. 그러므로 적극적으로 허위의 진술·고지를 하는 것은 물론, 소극적으로 진실을 은폐하는 것도 기망행위에 속한다.

나) **부작위에 의한 기망행위** : 「침묵」에 의한 사기는 「언급할 의무」가 존재할 때에만 성립할 수 있다. 즉 신의성실의 원칙이 거래관념에 따라 당사자 일방이 상대방에게 언급을 요구할 수 있고[67] 또 상대방으로부터 정직한 거래의 기본원칙에 따라서 설명이나 정보의 제공이 기대될 수 있을 때에 위의 언급할 의무는 성립한다.

67) 대판 2002.9.4, 2000다54406·54413.

3) 기망행위의 판단

판례[68]는 타인의 권리에 대한 매매는 유효하지만(제569조), 매수인이 매도인의 기망에 의하여 타인의 물건을 매도인의 것으로 잘못 알고 매수의 의사표시를 하고 만일 타인의 물건인 줄 알았더라면 매수하지 아니하였을 사정이 있는 경우에는 매수인은 제110조에 의해 매수의 의사표시를 취소할 수 있다고 판시하고 있다. 그러나 상가를 분양하면서 그 운영방법 및 수익보장에 대하여 다소의 과장·허위광고가 수반된 경우[69]에는 기망행위를 인정하지 않는다.

4) 인과관계

타인의 기망행위와 표의자의 착오 사이에 인과관계가 인정될 수 있어야 한다. 즉 외부로부터 기망행위가 행하여지고 이로 인하여 표의자가 착오에 빠지고 이로써 착오에 기초하여 의사표시를 하였어야 한다. 여기에서 사기에 의한 의사표시를 취소할 수 있게 하는 취지는 표의자의 의사결정의 자유를 보호하기 위한 데에 있다. 그러므로 사기에 의하여 착오에 빠지기만 하면 족한 것이므로, 착오에 빠졌는지의 여부는 표의자를 기준으로 주관적으로 판단한다. 평균인이면 그러한 기망행위 정도로써는 착오에 빠지지 않았을 것이라도 표의자가 실제로 착오에 빠졌다고 한다면 그의 의사결정의 자유는 침해된 것으로 취소할 수 있어야 한다. 또한 착오에 빠지기만 하면 동기의 착오라도 무방하며, 법률행위 내용의 중요부분이 아니어도 상관없다.

5) 기망행위의 위법성

모든 기망행위가 언제나 사기의 요건을 갖추는 것은 아니다. 사회생활에 있어서는 타인의 부지나 착오를 이용하는 것은 어느 정도까지는 허용되어야 하므로, 사실과 다른 고지가 신의칙 또는 일반거래의 관념에 비추어 그 정당성을 넘어 위법성이 인정되어야만 기망행위로 볼 수 있다.

가) 기망행위의 위법성을 인정한 사례 : 임차권양도계약에 있어서 그 존속기간·임대기간의 종료 후의 재계약 여부·임대인의 동의 여부는 임차권 양도계약의 중요한 요소가 되므로, 임차권을 양도할 양도인으로서는 이에 관계되는 모든 사정

68) 대판 1973.10.23, 73다268.
69) 대판 2001.5.29, 99다55601·55618.

을 양수인에게 알려 주어야 할 신의칙상의 설명의무가 있음에도 불구하고, 그 설명 없이 임차권을 양도한 것은 기망행위에 해당한다.[70]

나) **기망행위의 위법성을 인정하지 않은 사례** : 백화점의 변칙세일과 관련하여, 판례는 "어느 일방이 교환목적물의 시가나 그 가액 결정의 기초가 되는 사항에 관하여 상대방에게 설명 내지 고지를 할 주의의무를 부담한다고 할 수 없고, 일방당사자가 자기가 소유하는 목적물의 시가를 묵비하여 상대방에게 고지하지 아니하거나 혹은 허위로 시가보다 높은 가액을 시가라고 고지하였다 하더라도 이는 상대방의 의사결정에 불법적인 간섭을 한 것이라고 볼 수 없다"[71]고 하여 사기의 성립을 부인하고 있다.

3. 강박에 의한 의사표시

가. 의 의

표의자가 타인(상대방 또는 제3자)의 강박행위에 의하여 공포심을 가지게 되고, 그 해악을 피하기 위하여 마음에 없이 행한 진의 아닌 의사표시가 「강박에 의한 의사표시」이다.

나. 요 건

1) 강박자의 고의가 있을 것

강박자에게 3단의 고의가 요구된다. 즉 강박자에게는 강박행위를 한다고 하는 고의, 상대방으로 하여금 공포심을 일으키게 한다는 고의, 공포심에 의하여 일정한 의사표시를 하게 한다는 고의가 있어야 한다.

2) 강박행위의 존재

가) **강박행위의 의의** : 강박행위는 '강박자가 상대방에게 영향력을 행사할 수 있는 해악을 고지하는 행위'이다. 강박행위의 방법이나 해악의 종류는 그것이 공포심을 생기게 하는 것이면 무엇이든지 이를 묻지 않는다.

70) 대판 1996.6.14, 94다41003.
71) 대판 2002.9.4, 2000다54406·54413.

나) **의사능력의 상실 여부** : 공포의 정도는 표의자가 완전히 자유를 잃을 정도로 강한 것이 아니어야 한다. 만일 강박의 정도가 극심하여 표의자의 의사결정의 자유가 완전히 박탈되는 정도라면 그 강박에 의한 의사표시는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 없는 것이 되므로 무효로 된다.[72)]

3) 강박행위의 인정 여부

가) **인정한 경우** : 변호사의 잘못으로 패소하였다는 이유로 그 사무실에서 농성을 하고 그 비행을 관계기관에 진정하겠다는 등의 공갈과 협박에 시달린 나머지 그 변호사가 손해배상금 조로 약속어음을 발행한 경우[73)]에 강박행위가 인정된다.

나) **인정하지 않은 경우** : 끈질긴 수사를 받다가 형사고소 취하를 조건으로 부동산 등기서류를 교부하였더라도, 상대방이 표의자로 하여금 외포심을 생기게 하고 그로 인하여 의사표시를 하게 할 고의로써 불법으로 장래의 해악을 통고한 경우가 아니면 강박행위라 할 수 없다.[74)]

4) 인과관계

강박행위로 인하여 공포심을 야기하고 이로 인하여 의사표시를 하여야 한다. 이러한 인과관계는 주관적인 것으로 족하다. 표의자의 의사결정의 자유가 침해되면 족하므로, 공포심은 합리적인 보통인의 관점에 의하여 인정할 것이 아니라 당해 피강박자의 심리적 체질을 기준으로 주관적으로 판단하여야 한다. 그러므로 어떤 해악의 고지가 평균적 일반인에게는 공포심을 야기하지 않는 정도의 것에 불과하더라도 당해 표의자는 이로써 공포심을 느꼈다면 강박으로 인정될 수 있다.

5) 강박행위의 위법성

표의자의 의사가 강박자의 강박행위에 의하여 위법하게 결정되어야 한다. 위법성의 존부는 해악의 수단이나 결과 자체로부터 또는 수단과 결과 사이의 관계로부터 검토하여 결정하여야 한다.

---

72) 대판 2002.12.10, 2002다56031; 대판 1998.2.7, 97다38152..
73) 대판 1972.1.31, 71다1688.
74) 대판 1975.3.25, 73다1048.

4. 사기·강박에 의한 의사표시의 효과

가. 상대방의 사기·강박의 경우

상대방의 사기나 강박에 의하여 표의자가 의사표시를 한 경우에 표의자는 자신의 의사표시를 취소할 수 있다(제110조제1항). 그러므로 표의자가 이를 취소하지 않는 한, 사기나 강박이 범죄가 되는 경우에도 하자있는 의사표시는 유효하다.

나. 제3자의 사기·강박의 경우

'상대방 있는 의사표시'에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 「상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우」에 한하여 취소할 수 있다(제110조제2항). 이는 제3자의 사기 · 강박에 의한 의사표시를 받는 선의의 상대방을 보호하기 위한 규정이다.

5. 적용범위

가. 가족법상의 신분행위

신분행위에 대하여는 가족법에 따로 규정을 두고 있으므로 본조는 신분행위에는 적용되지 않는다(제816조, 제838조, 제861조, 제884조).

나. 공법행위

소송행위와 행정행위에 관하여도 본조는 적용되지 않는다.[75)]

75) 대판 1997.10.10, 96다35484; 소송행위가 강박에 의해 이루어졌을지라도 취소할 수 없다.

제 5 관 법률행위의 성립

제1항 의사표시와 법률행위

Ⅰ. 의 의

법률행위는 사적 자치를 실현하기 위한 법률요건으로서, 법률행위는 이를 구성하고 있는 당사자의 의사표시의 내용에 의하여 결정된다. 이러한 법률행위에는 단독행위, 계약 그리고 합동행위가 있다.

Ⅱ. 법률행위의 종류

1. 단독행위

단독행위는 일방적 행위로서 하나의 의사표시에 의하여 성립하는 법률행위다. 즉 권한이 표의자 자신에게만 전속되어 있어 그 권리행사가 단독행위자에게 전적으로 맡겨져 있는 법률행위가 단독행위이다. 단독행위는 행위자 자신에게만 법률효과가 발생되는 것인지, 타인과의 관계 속에서 법률효과가 발생되는 것인지에 따라서 「상대방 없는 단독행위」와 「상대방 있는 단독행위」로 나뉜다.

가. 상대방 없는 단독행위

상대방 없는 단독행위는 행위자가 자신의 권리를 스스로 행사하고, 그 효과가 타인과의 관계 속에서 발생되지 않는 법률행위이다. 상대방이 없으므로 의사표시는 의사의 표백으로 완성되어 효력이 발생하고, 의사표시의 도달의 문제는 생기지 않는다. 이에는 권리의 포기, 유언, 재단법인의 설립행위 등이 이에 속한다.

나. 상대방 있는 단독행위

상대방 있는 단독행위는 어떤 권리의 행사가 단독행위자에게 일임되어 있으나, 그

효력은 타인과의 관계 속에서 법률효과가 발생되는 법률행위이다. 그러므로 상대방 있는 단독행위를 구성하는 의사표시는 상대방의 수령을 요하고 상대방에게 도달할 것을 필요로 한다(제111조). 상대방 있는 단독행위는 의사표시가 상대방에게 도달하는 때에 효력을 발생한다. 상대방 있는 단독행위는 주로 형성권의 행사로 나타난다. 예컨대 해제, 해지, 상계, 취소, 추인, 철회 등이 그것이다.

다. 단독행위의 특수한 법리

1) 법정주의

단독행위는 당사자 일방의 의사표시에 의하여 그 효력이 발생하므로 민법 기타 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 허용된다. 따라서 당사자들이 사사로이 약정에 의하여 새로운 단독행위를 창설할 수 없다. 즉 단독행위에 관하여는 일종의 법정주의가 적용된다. 그리고 상대방 없는 단독행위는 당사자 일방의 의사표시로서 완성되므로 그 내용의 진위 여부를 둘러 싼 다툼을 방지하기 위하여 일정한 경우(예: 유언)에는 반드시 형식을 요구하는 요식행위로 되어 있다.

2) 단독행위와 조건 및 기한

민법은 상계의 의사표시에 관하여 조건 또는 기한을 붙일 수 없다고 규정하고 있다(제493조제1항 제2문). 단독행위는 당사자 일방이 자신의 의사표시만으로 법률관계를 형성하게 되는데, 이것에 다시 조건이나 기한을 붙이게 되면 상대방의 법률상 지위가 너무도 불안정하게 되기 때문이다. 조건이나 기한을 붙일 수 없음은 상계뿐만 아니라 해제, 해지, 취소 등 타인의 권리와 관계되는 모든 단독행위에 관하여 적용되는 것이 원칙이나, 다만 일정한 경우에는 단독행위에 정지조건을 붙이는 것은 허용될 수 있다(제1073조제2항).

2. 계약(쌍방행위)

계약은 쌍방적 행위로서 「2人 이상의 당사자가 청약과 승낙의 합치에 의하거나, 일정한 규율내용이 합의에 의하여 성립하는 법률행위」이다. 따라서 계약은 일단 「2인 이상의 당사자에 의한 의사표시의 합치」를 이루는 체결에 의하여 이루어지는 법률행

위이다. 우리의 대부분의 생활관계가 타인과의 관계 속에서 이루어지는 것이 대부분인 것이므로, 법률행위에서도 계약이 주된 내용을 이루게 된다.

3. 합동행위

다수의 당사자들이 공동의 목적에 향하여 의사표시를 함으로써 성립되는 법률행위로서 합동행위가 있다. 이는 주로 사단법인의 성립행위의 본질을 밝히는 개념으로서, 사단법인을 설립하고자 하는 설립자들은 전원이 합동하여 법인설립이라는 공동의 목적을 위해서 협력하는 행위를 하는데, 이것이 합동행위인 것이다. 이러한 합동행위를 한 당사자들은 그들 사이에는 그 합동행위에 따른 권리와 의무로써 서로 대립하지 않는다는 점에서 계약과 구분된다.[76)]

제2항 계약의 보충적 해석

1. 보충적 해석의 개념

보충적 해석은 법률행위의 흠결을 보충하여 당사자들이 추구한 사적 자치를 실현할 수 있도록 해석하는 것이다. 따라서 보충적 해석은 두 개의 단계로 나누어진다. 우선 보충적 해석의 전제조건으로서 일단 법률행위에서 보충을 필요로 하는 흠결이 존재하여야 한다. 그리고 이 흠결을 계약체결 당시에 당사자들이 의욕했었을 가정적 규율내용으로 보충하게 된다.

2. 보충의 방법

> **제106조(사실인 관습)** 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.

76) 다수설은 합동행위의 특질을 감안하여 단독행위, 계약과 더불어 제3의 법률행위의 유형으로 인정하는데, 이에 반하여 소수설은 사단법인의 설립행위를 다수 당사자들이 단체를 구성하여 그 구성원이 되려는 다수의 의사표시의 합치로 보아 일종의 단체적 성격을 갖는 계약으로 본다. 소수설에 의하면, 법률행위는 단독행위와 계약으로만 구분되고, 합동행위는 계약에 포함되어 그 독자성이 인정되지 않는다.

계약을 보충하는 방법으로는 사적 자치를 실현하는 방향으로 행하여져야 하므로, 우선 계약당사자들이 계약체결 당시에 보충을 필요로 하는 계약내용에 대하여 알았다면 합의하였을 내용으로 보충되어야 한다. 이러한 계약당사자의 의사가 추정되지 않는 경우에는 사실인 관습과 임의규정에 의하여 보충되어야 한다(제106조).

가. 가정적 의사에 의한 보충

보충적 해석은 계약당사자가 합의하지 않은 사항에 대하여 보충하는 것이므로 양 당사자의 실제의 의사를 확정하여 이를 보충할 수는 없다. 다만 계약당사자가 간과하여 계약내용의 흠결이 발생하였을 경우 이에 관한 규율화의 필요를 알았더라면 어떠한 내용으로 합의하였을 것인가를 추구하여 그 내용을 보충한다. 이러한 가정적 의사는 당사자들이 계약을 통하여 달성하고자 하는 계약의 목적, 동기, 이해관계의 균형, 거래관행 등[77]을 기준으로 하여 그들의 사적 자치가 실현될 수 있는 내용으로 결정되어야 한다.

판례는 교통사고, 공장사고, 기타 사고의 경우 가해자가 피해자에게 금원을 지급하면서 "향후 민사상·형사상의 일체의 청구권을 포기한다."고 하는 각서와 관련하여 나중에 예상하지 못한 병발증이 발생하여 손해가 확대된 경우에 가해자나 피해자가 전혀 예상할 수 없었던 불측의 후유증의 발생으로 피해자가 영구불구자로 된 경우에는 이로 인한 손해배상청구권은 포기각서에 의하여 포기된 것이 아니므로 그 손해배상을 청구할 수 있다고 하는 판결이 있다.[78]

나. 당사자의 의사가 불분명한 경우

1) 의 의

계약당사자의 의사가 불분명하여 당사자가 기도한 목적 등을 고려하여도 흠결을 보충할 수 없는 경우에는 두 가지의 보충의 가능성이 있다. 이에는 사실인 관습과 임의법규를 들 수 있는데, 우리 민법은 임의법규에 앞서서 사실인 관습을 우선하여 계약의 흠결을 보충하는 기준으로 삼는다(제106조).

당사자의 의사가 명확하지 않아야 한다. 만일 당사자가 발생된 문제에 대하여 임의

77) 대판 2002.4.23, 2001다84794 참고.
78) 대판 1970.8.31, 70다1284; 대판 1977.4.12, 76다2737.

법규에 의한 해결을 원하고 있음이 명확한 경우에는 이에 의하고, 사실인 관습이 임의법규에 앞서서 보충되지는 않는다. 그러므로 당사자가 임의법규의 적용을 의욕하는 의사가 있었다는 것이 명확하게 확정될 수 있으면 이에 의할 것이므로, 제106조에 의한 법률행위의 보충을 필요로 하는 상태는 발생하지 않는다.

2) 사실인 관

사실인 관습은 「특정된 거래권에서 반복되는 관행으로서 아직 법적 확신을 얻지 못한 관행」을 말한다. 아직 법적 확신을 얻지 못했다는 점에서 관습법과 다르다.

3) 사실인 관습과 관습법

「사실인 관습」(제106조에서의 "관습")은 특정거래권에서 반복되는 관행을 말한다. 그리고 이러한 관행이 널리 법적 확신까지 얻게 되어 구속력을 갖게 되면 관습법으로 된다. 문제는 제1조[법원(法源)]과 제106조[사실인 관습]과의 관계이다. 즉 제1조가 민사에 관하여 「법률, 관습법 그리고 조리」의 순서로 적용할 것을 규정하고 있다. 그리고 제106조는 "법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다."고 규정함으로써 사실인 관습이 임의법규(선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정)에 우선하는 모습을 보인다. 그러면 제1조와 제106조를 종합하여 볼 때, 법은 「법률(강행법규 → 임의법규) → 관습법」의 순서로 적용되는데, 제106조에 의하면, 사실인 관습이 임의법규에 우선하므로, 「강행법규 → 사실인 관습 → 임의법규 → 관습법」의 순서로 되어, 제1조와 제106조는 서로 모순되는 것으로 보인다. 이는 사실인 관습이 임의법규에 우선하는 것으로 되고, 또 법적 확신을 얻지 못한 사실인 관습이 법적 확신까지 얻은 관습법에 우선하는 결과로 되어 모순을 드러내게 된다.

그러나 이러한 모순은 실제로 발생하지 않는다. 왜냐하면 제1조의 관습법은 법규범으로서 「민사(民事)에 관하여 적용되는 것」이다. 이에 반해서 사실인 관습은 관행으로서 법규범이 아니므로 민사에 관하여 적용되는 것이 아니라, 민사를 확정짓는 근거자료에 불과하다. 따라서 사실인 관습만이 민사를 확정짓기 위하여 계약의 보충적 해석과 관련이 있으며, 이로써 당사자들의 사실관계인 민사를 확정지으면, 이에 관하여 관습법은 규범으로서 적용되는 것이다. 이는 민사의 확정과 법적용의 관계로서 사실

인 관습이 관습법에 앞서서 적용되는 모순은 발생할 여지가 없다.

4) 사실인 관습과 임의법규

제106조에 의하면, 임의법규와 다른 사실인 관습이 있는 경우에 사실인 관습이 임의법규에 우선하여 계약을 보충하는 기준으로 된다. 왜냐하면 사실인 관습이 임의법규보다 사적 자치에 근접해 있기 때문이다. 사실인 관습은 특정 거래권에서 계속해서 반복적으로 이루어지는 관행이므로 이에 속한 당사자들은 특별히 합의하여 놓지 않더라도 이러한 관행에 따르는 것을 당연하게 생각한다. 그러므로 사실인 관습은 특정 거래권에 속하는 당사자들의 의사에 준한 것으로 평가된다. 한편 임의법규도 사적 자치를 보충하는 역할을 하지만, 법률로서 특정 거래권의 거래의 특징을 고려하지 않고 민법의 적용을 받는 모든 거래에 적용된다. 이러한 점에서 임의법규는 당해 거래권의 사적 자치와 관련하여서는 사실인 관습보다 소원하다. 예컨대, 어떤 재래시장에서 상인들 사이에 금전소비대차계약을 체결하게 되면 그 시장 내에서 반복된 관행에 의하여 이자는 연 10%로 결정되고, 이에 대하여 그 시장에서 거래하는 당사자들은 이를 당연한 것으로 생각하고 년 10%의 이율에 따른 이자를 지급하는 것이 일상화되어 있을 수 있다. 그러면 그 재래시장 내의 금전소비대차계약에 대한 이자결정은 당사자 사이에 특약이 없는 한 사실인 관습인 연 10%에서 결정되게 된다. 이는 임의법규[민사 년 5%(제379조); 상사 년 6%(상법 제54조)]보다는 특정 거래권의 사적 자치를 반영하고 있는 것이다. 이처럼 사실인 관습이 특정 거래권의 고유한 거래내용을 반영하고 있다는 점에서, 임의법규보다 그들의 사적 자치에 가까운 것이며 이로써 우선하여 계약보충의 기준으로 된다.

다. 임의법규의 적용에 의한 보충

계약에 흠결이 존재하여 이를 보충하지 않으면, 계약을 통한 사적 자치를 실현시킬 수 없는 경우에 그 흠결은 보충을 필요로 하는 것이다. 그런데 당사자의 의사가 명확하지 않은 경우에는 사실인 관습에 의하여 보충을 하고, 사실인 관습도 존재하지 않는 경우에는 임의법규에 의하여 보충하게 된다(제105조).

이 때 임의법규는 사적 자치를 보충하기 위하여 적용되는 것이다. 예컨대 매매계약의 당사자들이 계약체결시에 목적물의 하자를 전혀 예상치 아니한 채 계약을 체결하

였는데, 나중에 매매 목적물건의 하자가 있을 경우에 이를 대비한 대책을 당사자들은 계약내용으로 합의해 두지 않았을 것이다. 그런데 계약 당사자들 사이에 목적물의 하자로 인하여 다툼이 발생하였다면, 이에 관한 당사자의 의사도 확정지을 수 없고 또 이를 해결해 줄 수 있는 기준으로서 사실인 관습도 존재하지 않는 경우에 임의법규로서 민법의 하자담보책임에 관한 규정(제580조 이하)이 적용된다. 이처럼 임의법규에 의한 보충은 실제로 법률의 적용(제1조)이지만, 이를 통해서 당사자들의 사적 자치를 내용적으로 완성시키는 보충의 역할을 한다. 결국 계약의 흠결은 가정적 의사와 사실인 관습에 의하여 보충되고, 이러한 보충절차에 의하여 사적 자치를 실현할 수 없는 경우에 비로소 임의법규의 적용이 있게 된다.

제 6 관 대리제도

제1항 대리 일반

Ⅰ. 개념 및 기능

1. 대리의 의의

대리는 「대리인이 본인의 이름으로 법률행위를 하고 그 법률효과가 직접 본인에게 생기는 제도」를 말한다.

2. 대리가 허용되는 범위

가. 법률행위

대리는 「법률행위」의 대리이다. 그러므로 대리인은 본인을 위하여 의사표시를 상대방에게 하거나 상대방의 의사표시를 수령하여 본인에게 계약·단독행위가 성립되도록 대신해 주는 제도를 말한다.

일반적으로 모든 법률행위에는 대리가 허용된다. 그러나 법률행위가 대리에 적합하지 않은 경우에는 대리할 수 없다. 즉 대리를 금하는 법률의 규정이 있거나 법률행위의 성질이 대리에 적합하지 아니한 때에는 대리는 허용되지 않는다. 이처럼 대리가 허용되지 않는 법률행위를 「대리와 친하지 않은 법률행위」라 한다. 대리와 친하지 않은 법률행위는 주로 친족법이나 상속법에서 이른바 '일신전속적 행위'에 많다. 이에는 혼인, 인지, 유언 등이 해당된다. 이러한 대리와 친하지 않은 법률행위를 본인이 직접 하지 않고 대리인을 통하여 하면 그 법률효과는 무효이며 추인이나 추완에 의하여도 유효로 되지 않는다.

나. 법률행위 이외의 행위

원칙적으로 대리는 법률행위의 대리이다. 따라서 법률행위 외에는 대리가 허용되지 않으므로 준법률행위에 대해서도 대리가 인정되지 않아야 한다. 그러나 준법률행위라도 '의사의 통지'와 '관념의 통지'는 의사표시에 준하여 다루어지므로, 의사표시에 관한 규정이 이에 유추적용된다. 따라서 의사의 통지와 관념의 통지에 관하여는 대리가 허용된다.

대리는 법률행위를 대리하는 것이므로 의사표시를 기초로 하지 않는 사실행위에 관하여는 대리가 허용되지 않는다. 예컨대, 가공 등에 관하여 제3자의 협력이 있더라도 그것은 '사실상의 보조행위'에 불과하다. 또한 불법행위는 법률행위가 아니므로 이에 관하여는 대리가 허용되지 않는다. 민법 제62조의 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다.라는 규정과 관련하여 이사가 이사회에 대리인을 출석시켜 의사정족수를 충족시킬 수 있는지 실무상 문제가 된다. 대리의 본질과 관련하여 독자들 스스로 생각해 보기 바란다.

3. 대리에 있어서의 3면관계

대리관계는 ① 본인과 대리인 사이에 법률의 규정이나 법원의 선임에 의하여 대리권이 성립되거나(법정대리), 본인이 자치적으로 대리인에게 대리권을 수여하고(임의대리), ② 대리인이 이러한 대리권에 기하여 상대방과 법률행위를 하면, ③ 그 법률행위의 효과는 본인과 상대방 사이에 발생한다. 위의 ① 본인과 대리인간의 관계는 '대

리권의 관계'이다. ② 대리인과 상대방간의 관계는 '대리행위의 관계'로서 그 본질은 통상의 법률행위다. 그리고 ③ 상대방과 본인 간의 관계는 '대리에 의한 법률효과의 발생관계'이다. 이처럼 「본인과 대리인·대리인과 상대방·상대방과 본인」의 3면의 법률관계를 대리의 3면관계라고 한다.

Ⅱ. 대리와 구별할 제도

1. 간접대리

가. 의 의

민법상의 대리를 「직접대리」라고 한다. 이는 대리인이 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시(현명)하여 대리행위를 하였을 경우에 그 대리의 효과가 본인에게 '직접' 발생하기 때문이다(제114조).

이에 반해서 행위자(간접대리인)가 '자신의 이름을 내세워 실제로는 타인(간접본인)의 계산 내지 이익으로 법률행위를 한 경우'에는 행위자가 타인을 위하여 행위한다는 것을 표시하지 않았으므로 이러한 행위의 효과는 법률상 그 타인에게 직접 발생하지 않는다. 이 경우 법률행위의 효과는 행위자에게 발생하고 행위자가 취득한 것을 타인과의 내부적 관계에 따라 타인에게 이전하여야 한다. 이를 「간접대리」라고 한다. 간접대리의 전형적인 것으로서 위탁매매(상법 제101조), 운송주선(상법 제114조)을 들 수 있다.

나. 민법상 직접대리와 다른 점

간접대리는 일반적으로 본인이 법률행위의 전면에 나서지 않으려고 할 때 행하여진다. 예를 들어, 어떤 사람(본인)이 아주 고가의 미술품을 구입하는 경우에 민법의 일반적인 대리로서 직접대리의 제도를 활용하게 되면 대리인은 본인을 위하는 현명을 하여야 하므로, 거래주로서의 구매주체가 밝혀지게 된다. 그렇게 되면 구매한 거래주로서는 여러 가지 불편함을 겪을 수 있어 이를 회피하기 위한 방안으로 간접대리가 활용된다. 간접대리에서 실질적인 거래주체는 전면에 나서지 않고 간접대리인을 내세워 그 사람으로 하여금 거래토록 하고 나중에 내부관계(예: 위탁거래)에 따라 그 간접대

리의 효과가 거래주(간접본인)에게 실현된다. 이를 테면, 간접대리인이 구입한 고가의 미술품을 배후의 거래주가 양도받게 되면 거래주로서는 외부로 자신이 밝혀지게 되는 불편한 사정을 면하면서 자신이 목적으로 했던 고가의 미술품을 소장할 수 있게 된다. 즉 간접대리에서는 법률행위의 당사자는 간접대리인이고 법률행위의 효과도 일단 간접대리인에게 발생한다. 이러한 점에서 간접대리는 「행위로서의 법률행위」는 대리인이 하고 「규율로서의 법률행위」의 효과는 본인에게 직접 발생하는 민법의 직접대리와는 구분된다.

2. 사자(使者)

사자는 「완성된 본인의 의사표시를 상대방에게 도달하게 하는 자」이다. 현행민법은 사자에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 사자를 대리인과 구별하는 데에는 이설이 없다. 다수설은 사자를 '본인이 결정한 내심적 효과의사를 표시하거나 또는 전달함으로써 표시행위의 완성에 협력하는 자'라고 정의하고, 「전달기관으로서의 사자」와 「표시기관으로서의 사자」를 구별한다. 즉 「전달기관으로서의 사자」는 본인이 완성한 의사표시를 그대로 상대방에게 전달하는 사람을 말하고, 「표시기관으로서의 사자」는 본인이 결정한 의사를 상대방에게 표시하여 그 의사표시를 완성하는 사람을 말한다.

제2항 대리권

Ⅰ. 대리권의 의의

대리권은 본인의 이름으로 의사표시를 하거나 또는 수령하고, 그 법률효과를 본인에게 발생하게 하는 법률상의 지위를 말한다. 즉 대리권은 「행위」로서의 법률행위를 자신이 하고 「규율」로서의 법률행위를 본인의 것으로 만들 수 있는 「법률상의 자격」인 것이다.

Ⅱ. 대리권의 발생원인

대리권의 발생원인은 법정대리와 임의대리에 따라서 다르다.

1. 법정대리권의 발생원인

법정대리권은 법률에 근거를 둔 것으로서, 본인이나 대리인이 될 자의 의사와 관계없이 '법률의 규정'이나 '법원에 의한 지정 또는 선임행위'에 의하여 발생한다.

2. 임의대리권의 발생원인

임의대리권은 본인이 대리를 통한 법률행위를 하려는 자기결정에 근거를 둔 것으로서, 본인이 대리인에게 대리권을 수여하는 행위, 즉 「수권행위」(제128조 참조)에 의하여 발생한다. 그런데 임의대리에서는 일반적으로 수권이 행하여지게 된 원인이 있고, 이는 본인과 대리인 사이에 성립하고 있는 내부적 법률관계를 말한다. 이처럼 수권행위의 원인이 되는 본인과 대리인 사이의 내부관계를 「대리의 내부적 기초법률관계」라고 한다. 이러한 내부적 법률관계의 가장 대표적인 것이 위임의 계약관계이다.

수권행위란 이처럼 내부적 기초관계와는 별개의 행위로서, 본인이 타인에게 대리권을 수여하여 자신을 위하여 대외적으로 제3자와 법률행위를 할 수 있는 자격을 부여하는 것을 말한다. 수권행위는 본인과 대리인 사이에 대리권수여에 관한 합의인 계약의 체결에 의해서도 가능하나, 그 본질상 상대방 있는 단독행위로 본다. 왜냐하면 수권행

위를 통해서 대리권을 수여받는 대리인에게는 이로 인하여 어떠한 불이익도 받지 않기 때문이다. 수권행위의 상대방이 대리인의 지위를 원하지 않는 경우에는 거절할 수도 있다. 그러므로 수권행위는 상대방 있는 단독행위로 파악하여야 하며, 민법도 이에 관하여 대리권의 '부여'(제120조), '수여'(제128조제1문)를 명시하고 있다. 또한 수권행위는 반드시 형식에 의하여 행하여 질 것 필요도 없다. 그러므로 수권행위는 구두로도 가능하고 일반적으로는 위임장의 수여를 통하여 행하여질 수도 있다.

Ⅲ. 대리권의 범위

1. 법정대리권의 범위

법정대리권은 법률에 기초하여 발생되므로 그 대리권의 범위는 법률의 규정에 의하여 정하여진다. 이러한 법률은 강행법규이다. 법률은 법정대리권을 개개의 법률행위와 관련하여 다음의 방법으로 제한하고 있다.

가. 법정대리인이 전혀 특정한 법률행위를 할 수 없는 경우

법정대리인과 제한능력자인 본인 사이에 이익이 상반되는 경우에는 원래의 법정대리인은 그 법률행위를 할 수 없고 특별대리인에 의하여 제한능력자의 법률행위를 대리하도록 하고 있다.

나. 법정대리인이 법률행위를 함에 있어 법원의 사전 또는 사후 동의를 받아야 하는 경우

이는 법정대리권이 제한되는 경우로서, 예를 들어 부재자의 재산관리인은 부재자의 재산을 처분함에 있어 법원의 동의를 얻어야 한다(제25조, 제913조 이하, 제941조, 제1040조제2항, 제1047조제2항, 제1053조제2항, 제1101조).

다. 공동대리의 방식을 통하여 대리권행사를 제한하는 경우

예컨대, 부모는 미성년자에 대하여 친권을 공동으로 행사하여야 한다.

2. 임의대리권의 범위

제118조(대리권의 범위) 권한을 정하지 아니한 대리인은 다음 각 호의 행위만을 할 수 있다.
1. 보존행위
2. 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위

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

임의대리권의 범위는 본인의 수권행위에 의하여 정해진다. 그러므로 임의대리인의 대리권의 범위는 수권행위, 즉 본인이 대리인에게 한 수권과 관련된 의사표시의 해석에 의하여 결정된다.

3. 대리권의 범위에 관한 민법규정

가. 의의

임의대리권의 범위는 본인의 수권행위에 의하여 정하여지는데, 경우에 따라서는 대리권의 범위가 수권행위에 의하여 정하여져 있지 않거나 명료하지 아니할 수 있다. 이러한 때에는 대리권의 범위에 관한 규정인 제118조에 의하여 대리인이 할 수 있는 대리권의 범위를 정하게 된다.

나. 대리권에 관한 제118조의 내용

1) 보존행위

보존행위는 대리행위의 목적인 물건이나 권리의 사용가치 또는 교환가치를 현상대로 유지하여 그 가치의 감소를 방지하는 행위이다. 예컨대, 대리의 목적인 물건의 수리행위, 대리의 목적인 권리의 소멸시효의 중단행위, 미등기부동산의 등기 등을 들 수 있다. 보존행위는 임의대리권의 최소한의 내용으로서, 대리인은 이를 언제나 제한없이 행사할 수 있다(제118조제1호).

2) 이용행위와 개량행위

가) **이용행위** : 이용행위는 대리의 목적인 물건이나 권리를 사용·수익하는 행위이

다. 대리의 목적인 물건을 임대하거나 대리의 목적인 권리를 대가를 받고 타인에게 활용하게 하는 행위 등이 이용행위에 속한다.

나) **개량행위** : 개량행위는 대리의 목적인 물건이나 권리의 사용가치 또는 교환가치를 증가시키는 행위이다. 이자 없는 채권을 이자부 채권으로 경신하는 것이 그 예이다.

다) **이용·개량행위의 한계** : 이용행위와 개량행위는 대리인의 적극적인 행위를 통해서 이루어진다. 그런데 이로 인하여 본인에게 손해를 줄 위험도 있으므로 수권이 불분명한 경우에는 대리인은 대리의 목적인 '물건이나 권리의 성질을 변하지 않는 범위 내'에서만 이용·개량행위를 할 수 있다(제118조제2호). 예를 들어, 예금을 찾아 주식으로 바꾸는 행위나 예금을 찾아 사채로 대부하는 행위도 이용행위에는 속하나, 이는 권리의 성질을 변하게 하는 것이므로 특별한 수권이 없는 한 일반적인 대리권의 범위에는 속하지 않는다.

Ⅳ. 대리권의 제한

민법상 대리권의 제한은 자기계약 및 쌍방대리의 금지(제124조)와 공동대리(제119조)이다.

> **제124조(자기계약, 쌍방대리)** 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다.

1. 자기계약 및 쌍방대리의 금지

자기계약은 대리인(甲)이 본인의 이름으로 본인(乙)을 대리하면서 동시에 자기이름으로 본인(乙)과 대리인(甲)간의 법률행위를 하는 것을 말한다(제124조제1문 전단). 또한 쌍방대리는 대리인(甲)이 혼자서 본인(乙)을 대리하고 동시에 상대방(丙)을 대리하여 본인(乙)과 상대방(丙)간의 법률행위를 하는 것을 말한다(같은 조 제1문 후단). 자기계약과 쌍방대리를 합쳐서 「자기행위」라고 한다.

자기계약과 쌍방대리의 특징은 대리의 3면의 관계가 내용적으로 유지되지 않는 점

에 있다. 자기계약은 대리인 이외에 거래의 상대방이 존재하지 않고, 쌍방대리인 경우에는 대리인이 혼자서 본인과 상대방을 대리하여 의사표시를 교부하고 수령함으로써 혼자서 양자의 법률관계의 내용을 결정하게 된다. 이는 대리인의 자의적 결정에 따라 본인에게 또는 상대방에게 현저하게 불리한 법률행위를 대리할 우려가 있으므로, 민법은 원칙적으로 자기계약과 쌍방대리를 금하고 있다.

다만 예외적으로 '본인의 허락이 있거나' 또는 '본인의 채무를 이행하는 때'에는 이를 허용하고 있다(제124조). 자기계약이나 쌍방대리를 금지하는 이유는 본인의 보호에 있는데 본인으로서 대리인에게 자기계약과 쌍방대리를 허락한 경우에는 이에 의한 법률행위의 효력을 제한할 필요는 없다. 예를 들어, 제소전 화해에 있어서 신청인이 상대방의 대리인의 의뢰에 의하여 상대방의 소송대리인을 선임한 경우에는 본인의 허락이 있으므로 쌍방대리가 허용된다.[79] 또한 채무는 어차피 본인이 이행하여야 할 의무로서, 채무의 이행을 하더라도 이로써 새롭게 이해충돌이 발생할 염려가 없어, 채무이행행위에 대해서는 대리인의 자기행위가 허용된다. 예컨대, 대리인인 법무사가 등기권리자·등기의무자의 쌍방을 대리하여 이전등기를 신청하는 것은 가능하다.

2. 공동대리

공동대리는 다수의 대리인이 공동하여서만 대리권을 행사할 수 있는 것을 말한다. 대리인이 수인인 때에는 원래 각자가 본인을 대리할 수 있는 것이므로(각자 대리의 원칙, 제119조 본문), 공동대리는 각자 대리할 수 있는 권한의 제한인 것이다. 이러한 점에서 공동대리는 대리권 제한의 한 모습이다(같은 조 단서).

공동대리인이 공동으로 해야 할 것이 의사결정의 공동인가 또는 의사표시행위의 공동인가에 대한 문제가 있다. 다수의 견해는 공동대리는 다수의 대리인으로 하여금 본인을 위한 신중한 결정을 내려야 한다는 취지이므로, 의사결정의 공동을 요하는 것으로 본다. 따라서 공동대리인 전원 일치의 의사결정으로 충분하고 그 실행행위는 일부 대리인이 하여도 좋다는 의미로 해석한다. 예를 들어, 부모가 미성년자를 위하여 공동으로 대리권을 행사하는 경우 부모 모두의 동의가 있으면 족하고 반드시 공동명의로

79) 대판 1974.3.26, 73다1859.

대리행위를 하여야 하는 것은 아니다.

공동대리는 능동대리에만 적용되고, 상대방으로부터 의사표시를 수령하는 수동대리에는 수인의 공동대리인의 신중함을 요구할 필요가 없으므로, 각 대리인이 단독으로 의사표시를 수령할 권한이 있다고 해석한다.

Ⅴ. 대리권의 소멸

1. 대리권의 공통의 소멸사유

> **제127조(대리권의 소멸사유)** 대리권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.
> 1. 본인의 사망
> 2. 대리인의 사망, 성년후견의 개시 또는 파산
>
> **제128조(임의대리의 종료)** 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다.

임의대리와 법정대리에 공통되는 소멸사유는 다음과 같다.

가. 본인의 사망

본인의 사망은 대리권소멸의 사유이다(제127조제1호). 왜냐하면 본인이 사망함으로써 그의 상속인이 본인의 지위를 승계하게 되는데, 상속인과 기존의 대리인에 대해서는 본인과의 동일한 신뢰관계를 인정할 수 없기 때문이다. 다만, 위임관계는 위임인의 사망으로 종료하나(제690조), 위임종료의 경우 급박한 사정이 있는 때에는 수임인은 위임인의 상속인 또는 법정대리인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무처리를 계속하여야 하므로, 이 경우에는 위임이 존속하는 것으로 간주된다(제691조). 따라서 본인이 사망한 경우에도 위임이 존속하는 것으로 간주되는 범위 내에서 대리권은 존속한다.

나. 대리인의 사망

대리인이 사망하면 대리권은 소멸한다(제127조제2호). 대리인이 사망한 경우에 그의 상속인을 대리인으로 하여 기존의 본인과 대리관계를 지속시키는 것은 명백히 부당하기 때문이다.

다. 대리인의 성년후견의 개시 또는 파산선고

성년후견인의 개시나 파산선고는 대리권을 소멸시키는 원인으로 된다. 이는 대리인이 된 후에 대해서만 적용된다. 원래 피성년후견인이나 파산자라 할지라도 의사능력이 있는 한 임의대리인이나 법정대리인이 될 수 있다(제117조). 그런데 처음 대리인이 될 때에는 피성년후견인이나 파산자가 아니었다가 대리인으로 된 후에 법원이 그에 대하여 성년후견의 개시결정을 내리거나 파산을 선고하였다면, 그 대리인에 대한 기존의 신임관계는 더 이상 유지될 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 피성년후견인이나 파산자를 계속해서 대리권을 행사케 하는 것은 본인의 이익에 크게 배치될 우려가 있어, 이러한 점에서 대리인의 성년후견의 개시 또는 파산선고는 대리권의 소멸원인으로 된다.

2. 법정대리권의 고유한 소멸사유

법정대리권의 고유한 소멸사유에 관하여는 가족법에 개별적으로 규정되어 있다. 예를 들어, 부재자재산관리인의 선임의 취소 또는 해임(제22조, 제23조), 친권자의 친권상실의 선고(제924조), 친권자의 대리권의 상실선고(제925조), 친권자의 대리권의 사퇴(제927조), 후견인의 결격사유의 발생(제937조), 후견인의 사퇴(제939조) 등은 법정대리권의 소멸에 관한 규정이다. 따라서 법정대리의 소멸에서는 대리권 공통의 소멸사유(제127조)와 함께 이러한 개별규정이 적용된다.

3. 임의대리권의 고유한 소멸사유

가. 기초법률관계의 종료에 의한 대리권의 소멸

우리 민법에 의하면 임의대리권은 그 대리권수여의 원인이 된 기초법률관계의 종료에 의하여 소멸한다(제128조 전단). 제128조는 임의규정이다.

나. 수권행위의 철회에 의한 대리권의 소멸

기초법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 대리권이 소멸한다(제128조 후단). 철회의 의사표시는 대리인 또는 대리행위의 상대방에 대하여 할 수 있다.

제3항 대리행위

Ⅰ. 현명주의(顯名主義)

1. 의 의

> **제114조(대리행위의 효력)** ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접본인에게 대하여 효력이 생긴다.
> ② 전항의 규정은 대리인에게 대한 제삼자의 의사표시에 준용한다.
>
> **제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위)** 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정을 준용한다.

우리 민법은 대리에 있어 현명주의를 채택하고 있는 결과 대리인은 대리행위를 함에 있어 '그 행위가 본인을 위한 것임'을 표시하여야 한다(제114조제1항). 대리인(乙)은 예를 들어 "甲의 대리인 乙"을 밝힘으로써 「본인(甲)의 이름으로」 법률행위를 하여야 한다. 이처럼 행위의 타인성을 표시하는 것을 현명이라 하고, 대리행위에서 현명을 요구하는 원칙을 '현명주의'라고 한다. 현명주의는 대리인이 대리행위를 함에 있어 거래주로서의 본인을 밝힐 것을 요구함으로써, 상대방으로 하여금 예상하지도 않았던 불측의 당사자(본인)와 거래한 것으로 되지 않도록 하여, 법률관계의 명료와 거래의 안전을 도모하는 데에 그 제도적 목적을 가지고 있다.

2. 현명의 방법

대리인은 대리행위를 함에 있어 「본인을 위한 것임」을 표시하여야 한다. 이처럼 대리인으로서는 자신이 하는 법률행위의 효과의 주체가 대리인 자신이 아니라 거래주인 본인이 따로 있음을 상대방에게 알려 주어야만 한다(제114조제1항).

그런데 대리인이 대리행위를 하면서 명시적으로 현명하지 않았다 하더라도, 대리인과 법률행위를 한 상대방이 주변정황을 통하여 자신과 거래한 당사자가 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 현명한 것과 동일한 효과가 발생하므로 대리

행위의 효과가 본인에게 발생한다(제115조 후단).

3. 현명하지 아니한 행위의 법률효과

대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 경우에는 그 의사표시는 대리인 자신을 위한 것으로 본다(제115조 전단).

일반적으로 거래를 하는 당사자들은 효력발생의 주체에 관하여 특별한 언급이 없는 한 자신과 거래하는 상대방이 거래의 효력발생의 주체로 생각한다. 그러므로 만일 대리인이 대리행위를 하면서 자신과 하는 법률행위의 효과 발생의 당사자가 따로 있음을 상대방에게 알려주지 않고 법률행위를 하였다면, 상대방도 일반적으로 대리인을 법률행위의 당사자로 생각하게 된다. 그런데 추후에 대리인이 자신이 한 법률행위는 대리권에 기초하고 있음을 내세워 본인을 위한 대리행위였음을 주장할 수 있다면, 상대방으로서는 당사자로 예측도 하지 않은 본인을 그 법률행위의 상대방으로 받아 들여야 하는 불이익을 입게 된다. 그리하여 민법은 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 대리인의 행위를 대리인 자신을 위한 행위로 간주함으로써, 법률행위의 명료함과 거래의 안전을 확보하고 있다. 현명을 하지 않고 본인을 위한 의사로써 대리행위를 한 대리인은 그 법률행위의 효력이 자신에게 발생되는 것에 대하여 착오로 취소하지 못한다.

4. 민법 제115조와 수동대리

상대방이 하는 의사표시를 수령하는 것을 내용으로 하는 수동대리에서는 대리인 측에서는 상대방에게 본인을 위한 것임을 표시할 수 없고, 오히려 상대방이 대리인에 대하여 자신의 의사표시가 본인에 대한 것임을 표시하여야 한다. 따라서 수동대리에는 현명주의가 원칙적으로 적용되지 않는다(제114조제2항 참조). 그리하여 상대방이 본인에 대한 의사표시인데도 불구하고 이를 표시하지 아니하고 대리인에게 의사표시를 한 경우에는 의사표시의 도달에 관한 문제가 발생한다.

Ⅱ. 대리행위에 있어서 능력·하자

1. 판단기준

제116조(대리행위의 하자) ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다.
② 특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다.

대리에서는 행위와 규율의 당사자가 대리인과 본인으로 구분되는 것이 그 특징이다. 대리인이 「행위」로서 법률행위를 하면, 「규율」로서 법률행위의 효과는 본인에게 발생한다. 이로부터 행위로서의 법률행위에 관한 문제는 대리인을 기준으로 판단하여야 하고, 규율로서의 법률행위에 관한 문제는 본인을 기준으로 판단하여야 한다(제116조제1항).

2. 대리인의 능력

제117조(대리인의 행위능력) 대리인은 행위능력자임을 요하지 아니한다.

민법은 대리인의 자격에서 「행위능력자임을 요하지 아니한다.」(제117조). 대리인은 자신이 한 대리행위를 통하여 이로부터 발생되는 권리를 취득하거나 의무를 부담하지 않으므로 대리인이 제한능력자라도 그 보호가 필요한 것은 아니다. 이에 따라 제한능력자도 법정대리인의 동의 없이 대리인이 될 수 있다. 또한 본인이 굳이 제한능력자를 대리인으로 선임한 경우에는 제한능력자로 하여금 자신을 위한 대리행위를 하게 한 것에 따른 위험을 스스로 부담하려는 의도를 가지고 있는 것이므로, 본인의 보호가 문제로 되지 않는다. 결국 본인은 대리인이 제한능력자인 경우 이를 이유로 하여 그가 한 대리행위를 취소할 수 없다. 제117조는 능동대리는 물론 수동대리에 관하여도 적용된다. 다만 대리인은 '의사능력'을 갖고 있어야 한다.

3. 대리행위의 하자

가. 의　　의

대리에서 법률행위는 대리인에 의하여 행하여지므로, 대리행위를 구성하고 있는 의사의 하자 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 사실의 유무는 대리인을 표준으로 하여 결정한다(제116조). 이 규정은 임의대리뿐 아니라 법정대리에 관하여도 적용된다.

나. 의사의 하자

1) 진의 아닌 의사표시(제107조)

진의 아닌 의사표시를 한 것인지의 여부는 대리인을 표준으로 하여 판단한다.

2) 통정한 허위의 의사표시(제108조)

상대방과 통정하여 허위의 의사표시를 하였는지 여부는 대리인을 표준으로 판단하므로, 본인의 선의 여부를 불문하고 대리인이 한 의사표시는 허위표시로서 무효가 된다. 여기에서 본인은 제3자가 아니므로 선의의 제3자로서도 보호받지 못한다. 다만, 대리인이 본인을 기망할 목적으로 상대방과 통정한 경우에는 본인의 보호를 위하여 본인과의 관계에서 유효라고 보아야 할 것이라는 견해가 있으나, 다수의 견해는 이러한 경우에도 본인과의 관계에서도 무효라고 본다.

3) 착오로 인한 의사표시(제109조)

착오를 일으켰는지의 여부와 중대한 과실이 있었는지의 여부는 행위적 요소이므로 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 그 착오를 일으킨 내용이 법률행위의 중요한 부분과 관련이 있는지는 규율적 요소로서 본인을 기준으로 하여 판단한다.

4) 사기·강박에 의한 의사표시(제110조)

사기·강박을 당한 것은 행위에 영향을 미치는 것으로서 대리인을 표준하여 판단한다. 그러므로 상대방이 본인에게 사기·강박을 하였더라도 대리인에게 사기 · 강박을 하지 않은 이상 착오를 이유로 취소할 수 없다.

제3자가 대리인에게 사기·강박을 한 경우에 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 본인은 취소할 수 있다.

다. 불공정한 법률행위

대리행위가 불공정한 법률행위에 해당되는가의 여부를 판단하는 경우, 경솔·무경험은 행위적 요소이므로 대리인을 기준으로 하여 판단하고, 궁박상태에 있는지의 여부는 법률효과와 관련된 것이므로 규율의 당사자인 본인을 기준으로 하여 판단한다.

라. 어떤 사정의 지·부지

의사표시의 효력이 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 사실로 인하여 영향을 받는 경우에는, 이는 행위적 요소로서 대리행위를 한 대리인을 표준으로 하여 결정하여야 한다(제116조제1항). 따라서 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것에 관하여는 대리인을 표준으로 하여 결정한다.

그러나 본인이 특정한 법률행위를 위임하여 대리인이 '본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때'에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알 지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지 또는 과실로 인한 부지를 주장할 수 없다(같은 조 제2항). 따라서 본인이 어떤 사실을 알았거나 과실로 알지 못한 경우에 비록 대리인으로서는 선의이더라도 그 본인은 선의자로서 보호받지 못한다.

제4항 대리의 효과

Ⅰ. 대리행위의 효과

대리인이 한 법률행위의 효과는 「직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.」(제114조). 즉 「행위」로서의 법률행위는 대리인의 것이고, 「규율」로서의 법률행위는 본인의 것이므로 대리인이 행한 법률행위의 효과는 '직접' 본인에게 발생한다. 그러므로 대리인이 행한 대리행위에 의하여 발생된 법률효과로서 제1차적인 채권과 채무는 모두 본인에게 발생한다. 그리고 2차적으로 채무불이행에 의한 책임도 본인에게 발생한다.

Ⅱ. 복 대 리

1. 의　　의

제120조(임의대리인의 복임권) 대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.

제121조(임의대리인의 복대리인선임의 책임) ① 전조의 규정에 의하여 대리인이 복대리인을 선임한 때에는 본인에게 대하여 그 선임감독에 관한 책임이 있다.

② 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 대한 통지나 그 해임을 태만한 때가 아니면 책임이 없다.

제122조(법정대리인의 복임권과 그 책임) 법정대리인은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다. 그러나 부득이한 사유로 인한 때에는 전조 제1항에 정한 책임만이 있다.

제123조(복대리인의 권한) ① 복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리한다.

② 복대리인은 본인이나 제삼자에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다.

복대리는 「대리인의 수권행위에 의한 대리」로서, 대리인이 자신의 이름으로 선임한 복대리인이 본인을 위하여 자기의 권한 내의 행위를 하도록 하는 제도를 말한다. 임의대리인 또는 법정대리인도 복대리인을 선임할 수 있다.

복대리인은 「대리인이 자신의 이름으로 선임한 본인의 대리인」으로서, 대리인이 자신의 이름으로 권한 내에서 복대리인을 선임하였다 하더라도, 그는 본인의 대리인이

다(제123조제1항). 이로써 그가 현명하여 행한 복대리 행위의 효력은 직접 본인에게 발생한다.

2. 대리인의 복대리인에 대한 선임·감독의 책임

가. 임의대리에서의 복임권과 책임

1) 임의대리인의 복임권

임의대리인은 본인의 신임에 기하여 선임된 대리인이므로 원칙적으로 대리인 스스로가 대리권을 행사하여야 하고 복대리인을 선임할 권한인 복임권이 인정되지 아니한다. 그러나 「본인의 승낙」이 있거나 「부득이한 사유」가 있는 때에 한하여 예외적으로 임의대리인에게는 복대리인을 선임할 수 있는 복임권이 인정된다(제120조). 즉 대리인이 대리인으로서 활동하기 어려운 사정에 처하여 본인으로부터 복대리인 선임에 대한 승낙을 얻어 복대리인으로 하여금 본인을 위하여 대리행위를 계속하게 하거나, 또한 본인의 소재불명 등으로 본인의 승낙을 얻을 수 없는 상태 하에서 사임할 수도 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 대리인은 본인을 위한 복대리인을 선임할 수 있다. 이처럼 복대리인은 대리인이 자신의 이름으로 선임한 본인의 대리인이다.

2) 임의대리인의 복대리인의 선임·감독에 대한 책임의 경감

임의대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때에 한하여 복대리인을 선임할 수 있으므로, 이에 부응하여 대리인의 복대리인에 대한 선임·감독의 책임은 경감된다.

가) **본인의 복대리인에 대한 지명이 없는 경우** : 임의대리인이 복대리인을 선임할 때에 본인의 지명을 받지 않고 복대리인을 선임한 경우, 임의대리인으로서는 그 복대리인의 선임·감독에 관하여 과실이 있는 때에 한하여 책임을 진다(제121조제1항).

나) **본인의 복대리인에 대한 지명이 있는 경우** : 임의대리인이 본인이 지명한 자를 복대리인으로 선임한 경우에는 임의대리인으로서는 복대리인의 선임에 관여하지 않았으므로 선임·감독에 관하여는 책임이 없고, 다만 그 복대리인이 대리행위를 함에 있어 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 이에 대한 통지나 그 해임을 해태한 경우에 한하여 책임을 진다(같은 조 제2항).

나. 법정대리에서의 복임권과 책임

1) 법정대리인의 복임권

법정대리인은 법정대리의 범위가 광범위하고 대리인 자신의 의사와 관계없이 법률의 규정에 의하여 대리인으로 된 자이기 때문에 복대리인을 선임할 수 있는 폭넓은 자유를 갖는다.

2) 법정대리인의 선임·감독의 책임 가중

법정대리인은 언제나 복대리인을 자유로이 선임할 수 있는 반면에, 이에 따라 그 책임은 강화된다.

가) **무과실책임** : 법정대리인은 복대리인의 선임·감독에 대한 과실 유무를 묻지 않고 복대리인의 행위에 대하여 모든 책임을 진다(제122조 본문).

나) **부득이한 사유가 있는 경우** : 법정대리인이 부득이한 사유로 복대리인을 선임한 경우에는 임의대리인과 동일한 책임을 진다(제122조 단서, 제121조제1항). 이러한 경우 법정대리인은 복대리인의 선임·감독에 대해서만 책임을 진다.

3. 복대리의 3면의 법률관계

복대리인이 선임되면, 복대리인과 본인 간의 내부적 기초법률관계, 복대리인과 상대방 간의 복대리관계, 그리고 복대리인과 대리인 간의 감독관계의 3면관계가 형성된다.

가. 복대리인의 본인에 대한 관계

원칙적으로 복대리인과 본인과의 사이에는 아무런 내부관계가 생길 수 없다. 왜냐하면 복대리인은 본인의 대리인이기는 하지만, 본인이 아닌 대리인에 의하여 대리인의 이름으로 선임된 자이기 때문이다. 그렇지만 복대리인과 본인과의 내부관계는 복대리인으로 활동할 수 있는 근거가 되므로, 그들 사이의 법률관계가 어떠한 형식으로든지 성립하고 있어야 한다. 여기서 민법은 "복대리인은 본인에 대하여 대리인과 동일한 권리·의무가 있다"고 규정함으로써(제123조제2항), 본인·대리인 간의 내부적 기초법률관계가 본인·복대리인 간의 내부적 기초법률관계로 의제된다.

따라서 복대리인도 본인에 대하여 선량한 관리자의 주의를 가지고 대리행위를 할

의무(제681조)와 수령한 수취물 등의 인도의무(제684조) 등을 부담하며, 한편 비용의 상환청구권(제688조), 대리인과 정한 보수를 청구할 권리(제686조) 등을 가지게 된다.

나. 복대리의 상대방에 대한 관계

복대리인은 그 권한 내에서 본인을 대리하며, 상대방과의 관계에서는 대리인과 같다(제123조제1항). 따라서 복대리인의 대리행위에 관하여는 대리의 일반원칙이 적용된다. 따라서 복대리인이 복대리행위를 함에는 '본인을 위한 것임'을 표시하여야 한다(제114조제1항 : 현명주의). 만일 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 의사표시는 복대리인 자신을 위한 것으로 간주된다. 그러나 상대방이 복대리인의 지위에서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 본인에 대하여 효력을 발생한다(제115조).

그리고 복대리행위의 하자에 관하여도 대리행위의 하자에 관한 규정(제116조)이 그대로 적용된다. 또한 복대리인은 행위능력자임을 요하지 않지만(제117조), 대리인이 제한능력자를 복대리인으로 선임한 경우에는 그 선임에 대한 책임을 지는 경우가 있을 것이다(제121조, 제122조).

복대리인의 대리권의 범위는 대리인의 수권행위에 의하여 정하여지나, 복대리권의 성질상 원대리권의 범위를 넘을 수 없다. 또한 대리인의 수권행위에 의하여 복대리권의 범위를 정할 수 없거나 복대리권의 범위를 정하지 않은 경우에는 대리인의 대리권의 범위에 관한 규정(제118조)에 따라 복대리권의 범위가 결정된다. 또한 복대리인이 수인인 때에는 법률 또는 수권행위에 다른 규정이 없는 한 각자가 본인을 대리한다(제119조).

다. 복대리인의 대리인에 대한 관계

복대리인은 본인의 대리인이지만 대리인에 의하여 선임된 자이므로 대리인의 감독을 받는다. 또한 복대리인의 대리권은 그 범위 및 존속에서 대리인의 대리권에 의존한다. 따라서 복대리인의 대리권은 대리인의 대리권을 초과할 수 없으며 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리인의 복대리권도 소멸한다. 다만 복대리인의 선임으로 대리인의 대리권이 소멸하지는 않는다.

4. 복대리권의 소멸

복대리권은 대리권의 일반적인 소멸원인(본인의 사망, 복대리인의 사망·성년후견의 개시·파산; 제127조) 및 대리인·본인 간의 기초법률관계의 종료 또는 대리인·복대리인 간의 기초법률관계의 종료(제128조제1문) 또는 본인이나 대리인의 수권행위의 철회(제128조제2문)에 의하여 소멸한다. 그리고 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리권도 아울러 소멸한다.

Ⅲ. 무권대리와 표현대리(대리권의 체계를 중심으로)

1. 무권대리의 의의

> **제130조(무권대리)** 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다.

무권대리는 「대리인이라고 칭하는 자(자칭대리인)가 대리권없이 행한 대리행위」를 말한다. 대리행위가 유효하게 성립하기 위해서는 본인의 수권행위에 기한 대리권이 있어야 한다. 즉 대리인이 행한 대리행위의 법률효과가 본인에게 귀속되는 것은 본인의 수권행위에 의한 대리권에 기초하고 있으므로, 자칭대리인이 대리권 없이 대리행위를 하더라도 그 대리행위의 효과는 본인에게 귀속되지 않는다.

그러나 이러한 대리인의 무권대리 행위에 대하여, 우리 민법은 본인이 대리권의 외관발생과 일정한 관련성을 갖는 경우에 한하여 본인에게 책임을 지우고 있다. 이를 「표현대리」라 한다. 민법은 ① 대리권수여표시에 의한 표현대리(제125조), ② 권한을 넘은 표현대리(제126조), ③ 대리권소멸 후의 표현대리(제129조)의 세 가지를 표현대리의 모습으로 규정하고 있다.

2. 무권대리와 표현대리와의 관계

대리권 없이 행한 대리행위가 무권대리이다. 표현대리도 대리권의 범위와 대리행위가 완전히 일치하지는 않는다. 그러므로 무권대리와 표현대리와의 관계가 민법의 대

리체계와 관련하여 문제로 된다.

다수설은 표현대리의 본질을 무권대리라고 본다. 즉 무권대리 중 유권대리와 같은 외관이 있는 무권대리를 표현대리라 하고 이러한 외관이 없는 무권대리를 「협의의 무권대리」(제130조 이하)라 한다. 이로써 다수설은 「광의의 무권대리」의 개념을 설정하고 그 속에 '표현대리'와 '협의의 무권대리'를 포함시키고 있다. 이처럼 표현대리는 무권대리의 성질을 가지므로, 「협의의 무권대리」의 규정(제130조 이하)이 표현대리에 관하여 적용된다. 다만 표현대리가 성립하면 본인이 그 대리행위에 대한 책임을 지므로 「무권대리인의 상대방에 대한 책임」을 규정한 제135조만은 그 적용이 없다고 한다.

이에 대해서 소수설은 표현대리는 무권대리의 특수한 형태라고 본다. 즉 다수설이 분류하는 협의의 무권대리가 무권대리 일반이고, 표현대리는 이러한 협의의 무권대리의 특수한 경우라고 한다. 소수설은 표현대리가 협의의 무권대리로서의 성질을 가지므로 협의의 무권대리에 적용되는 제130조 내지 제135조 모두가 표현대리에도 적용되어야 한다고 본다. 소수설은 표현대리를 무권대리라고 보면서 굳이 「무권대리인의 상대방에 대한 책임」을 규정한 제135조만이 적용에서 배제되는 것은 논리적이지 않다고 본다. 따라서 표현대리에는 표현대리의 규정과 「협의의 무권대리」의 규정이 경합적으로 적용되므로, 상대방으로서는 자신의 선택에 따라 본인에 대하여 이행책임을 묻든지(제125조·제126조·제129조) 또는 표현대리인에게 제135조에 의한 이행 또는 손해배상책임을 물을 수 있다고 본다. 소수설은 이러한 법적 구성을 통하여 상대방 보호에 철저를 기할 수 있다는 것이다.

생각건대, 무권대리인의 책임을 규정한 제135조제1항은 '무권대리인이 대리권을 증명하지 못하거나 본인의 추인을 받지 못한 때'에 한하여 상대방으로 하여금 무권대리인에게 책임을 물을 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 본조의 의미는 본인이 확정적으로 책임을 져야 할 때에는 제135조에 의한 무권대리인의 책임은 발생하지 않는 것으로 해석된다. 따라서 표현대리가 성립하면 본인이 책임을 지게 되므로 제135조는 적용되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 다수설의 견해에 따라, 표현대리에는 표현대리에 관한 규정(제125조·제126조·제129조)외에 제130조부터 제134조까지 적용되는 것으로 보아야 한다.

Ⅳ. 표현대리

1. 표현대리의 본질

가. 의　　의

표현대리는 「대리인에게 대리권이 없음에도 불구하고, 대리권이 있는 것과 같은 외관의 발생에 관하여, 본인이 어느 정도의 원인을 제공하였다는 점에 근거하여 그 무권대리 행위의 법률효과를 본인에 대하여 발생시키는 제도」이다.

나. 표현대리의 종류

제125조(대리권수여의 표시에 의한 표현대리) 제삼자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제삼자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제삼자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제삼자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

제129조(대리권소멸후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. 그러나 제삼자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

민법은 표현대리로서 1) 대리권수여표시에 의한 표현대리(제125조), 2) 권한을 넘은 표현대리(제126조), 3) 대리권소멸 후의 표현대리(제129조)의 세 가지를 규정하고, 위 각 경우에 본인으로 하여금 표현대리행위에 대하여 책임을 지도록 하고 있다.

2. 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리

대리권수여의 표시에 의한 표현대리는 본인이 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시하였는데, 아직 대리인에게 대리권을 주지 않은 상태에서 대리인이 제3자와 법률행위를 한 경우를 말한다. 즉 본인이 제3자에 대하여 그 대리인(자칭대리인)에게 대리권을 수여하였음을 통지하고, 아직 대리인에게 대리권을 주지 않은 상태에서 자칭대리인이 통지를 받은 상대방과 대리행위를 하는 것을 말한다. 이때 대리권 수여를 상대방에게 표시한 본인은 그 자칭대리인의 행위에 대하여 책임을 진다(제125

조 본문). 그러나 대리권 수여의 표시를 받은 제3자가 자칭대리인에게 대리권이 수여되지 않았음을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 본인이 책임지지 않는다(제125조 단서). 본인에게 표현대리책임을 묻기 위해서는 상대방이 선의·무과실이어야 한다. 여기에서 선의는 대리권 없음을 알지 못하는 것을 의미하며, 무과실은 선의인데 알지 못한 것에 대하여 과실이 없어야 하는 것으로서 적절한 주의를 기울였음에도 불구하고 대리권 없음을 알지 못하는 것을 말한다.

3. 권한을 넘은 표현대리

가. 의 의

권한을 넘은 표현대리는 '대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우'를 말하는 것으로서 표현대리인이 기본대리권을 가지고 있는데 그 기본대리권의 범위를 넘어서 법률행위를 한 경우이다. 이러한 월권대리의 경우에 상대방으로서는 그 표현대리인의 월권적 대리행위를 정당한 대리권의 범위 내인 것으로 신뢰하였고 또 이에 대하여 정당한 이유가 있었다면, 본인이 월권대리에 대한 책임을 진다.

나. 요 건

1) 기본대리권의 존재

민법상 권한을 넘은 표현대리는 기본대리권의 존재를 요건으로 한다. 기본대리권의 존부를 판단하는 것은 수권행위의 해석의 문제이다.

2) 권한을 넘은 대리행위

권한을 넘은 표현대리가 성립되기 위해서는 대리인의 대리행위가 기본대리권의 범위를 유월하여야 한다.

문제는 「기본대리권 유월행위와 기본대리권의 관계」이다. 권한을 넘은 표현대리가 성립하기 위해서는 기본대리권 유월의 행위가 기본대리권과 동종이어야 하느냐에 관하여 판례는 관련 또는 유사함을 요하지 않는다고 판시한다.[80] 그러나 월권대리행위

80) 대판 1963.8.31, 63다326; 대판 1969.7.22, 69다548.

가 기본대리권과 전혀 다른 행위로서 아무런 관련을 갖지 않는 경우에는 (후술하는) 상대방에게 대리권 있음을 믿을 만한 정당한 이유가 없다고 보아야 할 것이다.

3) 정당한 이유

거래의 상대방은 표현대리인에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 한다. '정당한 이유가 있는 때'라 함은 보통인이라면 대리권이 있는 것으로 믿는 것이 당연하다고 생각되는 것을 뜻한다. 이에 따라 「정당한 이유」의 유무는 거래 당시의 사정으로부터 객관적으로 거래의 통념에 따라 판단되어야 하며, 설령 상대방이 대리권의 권한을 믿었더라도 일반적으로 보통인이라면 의심할 수 있었다면 정당한 이유는 없다고 본다.

제126조의 표현대리가 인정되는 정당한 이유에서 가장 흔한 경우는 대리인이 본인의 인장이나 관련 서류를 소지한 경우이다. 일반적으로 토지를 매각하여 달라는 부탁을 받은 대리인이 본인의 인감도장을 소지하고, 이를 이용하여 위임장·인감증명 등 관계서류를 작성하여 제3자와 저당권설정계약을 한 경우[81]에는 상대방이 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 인정된다. 그러나 정하여진 규정에 위반하여 이루어진 금융기관의 담보권설정행위에는 정당한 이유를 부인한다.[82]

다. 본조의 적용범위

제126조는 법정대리에도 적용된다. 특히 부부의 일상가사대리권과 관련하여 본조의 적용이 문제로 된다. 일상가사대리(제827조)는 현명을 요하는 것이 아니고 부부라는 신분으로부터 당연히 발생하는 가사(家事)에 관한 지위로서 일종의 법정대리이다. 일반적으로 일상가사대리권을 기본대리권으로 해서 가사대리권을 넘은 표현대리를 인정할 경우 부부별산제의 원칙을 해할 우려도 있다. 그렇지만 가사대리권을 유월한 대리행위에 대하여 본조의 표현대리를 인정하더라도 '정당한 이유'를 엄격하게 해석하면 본인 보호에 충실을 기할 수 있으므로, 본조의 적용을 인정하여야 할 것이다. 그리하여 판례는 처(妻)가 식물인간 상태에 있는 남편 소유의 부동산을 적정가격으로 매도하고 이로써 남편의 입원비 그리고 가족의 생활비 등에 지출하였다고 하면, 이러한 사유는 객관적으로 보아서 대리권이 있다고 믿을 만한 「정당한 이유」가 있다고 보았다.[83]

81) 대판 1975.4.8, 74다2224; 대판 1978.1.17, 77다2157.
82) 대판 1982.7.13, 82다카19.

그러나 이에 반하여 처가 부(夫)의 임지관계로 남편과 별거 중 보관하고 있던 부의 인장과 권리문서를 사용하여 부소유의 부동산을 담보로 제공한 경우에 사회통념상 부가 처에게 그러한 담보제공에 관한 대리권을 수여하는 것은 이례에 속하는 것이므로 정당한 이유가 없다고 본다.[84] 그러므로 일상가사에 대하여 제126조의 표현대리가 인정되기 위해서는, 부가 처에게 그에 관한 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다.

4. 대리권소멸 후의 표현대리

대리권 소멸후의 표현대리(제129조)는 처음에는 대리권이 있었으나 대리행위를 할 당시에는 대리권이 소멸하여 대리권이 없게 된 자가 대리권 소멸 이후에도 대리행위를 한 때에 선의·무과실로 거래한 상대방을 보호하기 위하여 마치 대리권이 존속하고 있는 것과 같은 효과를 인정하는 표현대리이다(소위 멸권대리). 일반적으로 대리권의 소멸은 본인과 대리인 사이의 내부적 관계에 해당하므로, 기존에 대리권을 가지고 있는 대리인이 그 지위를 상실함으로써 대리권도 함께 소멸되었는지를 외관상 용이하게 알 수가 없다. 그러므로 지금까지 대리인을 통해서 거래한 상대방으로서는 그에게 대리권이 소멸된 후에도 기존의 대리권이 존속하는 것으로 오신하여 거래를 계속하게 된다. 이 경우에 상대방이 대리권 있음을 오신한 것에 과실이 없는 경우에는 선의·무과실의 상대방으로서는 보호를 받아야만 하고, 이에 대하여는 본인이 책임을 져야만 한다.

대리권소멸 후의 표현대리는 대리인이 과거에는 대리권을 가지고 있었지만, 대리행위 당시에는 대리권이 소멸하여 대리권을 갖고 있지 않아야 하므로, 처음부터 전혀 대리권이 없었던 경우에는 본조를 적용할 여지가 없다.

83) 대판 1970.10.30, 70다1812.
84) 대판 1970.3.10, 69다2218.

생각해 보기

1. 甲은 乙에게 자신의 부동산을 담보로 제공하고 은행으로부터 금전을 대출해 줄 것을 부탁하면서 등기에 필요한 서류를 넘겨주었다. 이에 乙은 자신이 넘겨받은 부동산등기서류를 가지고 그 부동산을 丙에게 처분하였다.
2. 甲의 처 乙은 남편 몰래 남편의 부동산을 丙에게 처분하였다. 이 행위의 효력은 어떠한가?
3. 甲의 처 乙은 남편이 식물인간으로 병원에 입원해 있는 사이, 甲의 인감을 사용하여 甲의 부동산을 매각·처분하여 그 돈으로 병원비와 가족의 생계를 유지하는데 사용하였다.

[해 설]

1.의 사례는 저당권설정에 대한 대리권은 있으나. 이를 넘어 대리인이 부동산을 매각한 경우에 그 효력이 문제이다. 권한을 넘은 대리에서는 상대방에게 월권대리에 대하여 대리인에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있느냐가 관건이 된다. 대리인이 본인의 인장을 지참한 경우에는 대체로 상대방이 대리인의 행위에 대하여 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 인정한다. 따라서 부동산매각에 대하여는 권한을 넘은 표현대리를 인정하여 본인이 책임을 져야 한다(제126조).

2.의 사례에서 일상가사대리권이 문제로 된다. 그러나 처가 남편의 부동산을 처분하는 것은 일상가사에 해당되는 것이 아니므로, 처는 남편의 부동산의 매각에 대한 대리권이 없다. 그러므로 '권한을 넘은 표현대리'가 인정되기 위해서는 상대방에게 처가 남편의 부동산을 매각할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 한다(제126조).

만일 처와 거래한 상대방에게 이를 유권대리라고 믿을 만한 정당한 이유가 인정할 수 없다면, 권한을 넘은 표현대리가 성립되지 않는다. 따라서 무권대리가 된다. 아무리 부부 사이라고 할지라도 일상가사의 범위를 벗어나는 행위를 할 때에는 당연히 남편으로부터 대리권을 받아서 대리행위를 하여야 하며 그렇지 않으면 무권대리가 된다.

3.의 사례는 일상가사대리권을 기본대리권으로 월권대리를 한 경우이다. 2.의 경우와는 달리 그 부동산을 매각한 동기, 그 후의 매매대금의 사용처 그리고 그 목적 등을 고려하여 볼 때, 그 부동산의 처분행위는 정당한 대리행위인 것으로 인정될 수 있다. 처는 남편의 병원비와 가족의 생계를 해결하기 위하여 식물인간상태의 남편을 위하여 남편의 부동산을 처분하였으므로, 남편의 부동산을 처분하는데 정당한 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 상대방에게 있다고 인정되어 권한을 넘은 표현대리를 인정하고 있다(소위 비상가사대리권).

5. 표현대리의 효과

표현대리의 요건이 충족되면, 본인은 책임을 지게 되고 표현대리인이 한 법률행위의 효과가 자신에게 발생됨을 부정하지 못한다.

Ⅴ. 무권대리

1. 의 의

무권대리는 대리인이 대리권 없이 타인의 이름으로 의사표시를 하거나 의사표시를 수령하는 것을 말한다. 이러한 무권대리인에 의하여 또는 대하여 행하여진 법률행위는 본인에게 효력을 발생시킬 수 없다. 한편 무권대리인은 대리권이 없더라도 본인의 이름으로 행위를 하였으므로 무권대리 행위는 대리인 자신을 위한 행위도 아니다.

2. 무권대리의 효과

민법은 무권대리의 법률효과를 계약(제130조~제135조)과 단독행위(제136조)로 나누고 있다.

가. 계약의 경우

제130조(무권대리) 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다.

제131조(상대방의 최고권) 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

제132조(추인, 거절의 상대방) 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제삼자의 권리를 해하지 못한다.

제134조(상대방의 철회권) 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

제135조(상대방에 대한 무권대리인의 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.

무권대리에 의한 계약과 관련하여 그 효력을 대리의 3면관계에 따라 나누어 설명하면 다음과 같다. ①「본인과 상대방사이의 관계」에서 본인은 추인권·추인거절권(제130조, 제132조, 제133조)을 갖고, 이에 대하여 상대방은 최고권·철회권(제131조, 제134조)을 갖는다. ②「상대방과 대리인 사이의 관계」에서는 무권대리인의 상대방에 대한 책임(제135조)이 문제로 된다. ③「본인과 대리인 사이의 관계」에서는 본인의 수권행위가 없으므로 본인에게 대리의 효과가 발생하지 않게 됨에 따라 민법의 일반규정에 기한 불법행위·부당이득 등이 문제로 된다.

1) 본인과 상대방과의 관계

원래 무권대리 행위는 대리권이 없는 행위이므로 본인에 대하여 아무런 효력이 발생할 수 없다. 그러나 무권대리는 대리권 없는 자칭대리인에 의하여 본인의 이름으로 행하여진 것이므로, 그 무권대리 행위의 효력을 바로 무효로 확정짓기 보다는, 그 행위가 본인에게 유리할 때에는 본인은 이를 추인하여 자기의 법률행위로서 효력을 발생케 하는 것이 정당하다. 왜냐하면 이러한 법적 구성을 취할 때, 이를 믿고 거래한 상대방에게는 거래한 소기의 목적을 달성할 수 있게 해 줌으로써 무권대리에 따른 불측의 손해발생을 피할 수 있고 또 본인에게 대해서도 불이익하지 않은 결과이기 때문이다. 따라서 무권대리는 곧 바로 확정적 무효로 되는 것이 아니라, 본인의 의사에 따라 유효로 될 수 있는 여지를 내포하고 있다. 이러한 무효의 상태를「유동적 무효」라고 한다.

가) 본인의 추인권

본인이 추인하면 처음부터 소급하여 대리권이 있었던 것과 같은 효과가 발생한다(제133조). 즉 본인으로부터 추인이 있으면 무권대리 행위는 처음부터 유권대리행위였던 것과 동일한 법률효과를 발생한다. 따라서 무권대리 행위에 따른 계약의 효력은 추인시가 아니라 계약시에 소급하여 계약의 효력이 발생한다.

그러나 본인과 상대방 사이에「다른 의사표시」가 있는 때에는 추인의 소급효는 배제된다(제133조 본문). 여기서 다른 의사표시라 함은 본인·상대방 간의「계약」을 의미한다. 본인의 추인이 있으면 상대방으로서는 처음부터 소급해서 유권대리로서 효력이 발생할 것이라고 생각하였을 것이므로, 소급효의 제한이 있기 위해서는 본인의 의

사만으로는 성립할 수 없고 상대방과 합의하는 계약이 체결되어야만 한다. 그리고 추인의 소급효는 제3자의 권리를 해하지 못한다(제133조 단서). 여기서 제3자의 권리는 배타적 효력이 있는 권리를 말한다. 예컨대 甲이 丙에 대하여 갖고 있는 매매대금채권을 甲의 무권대리인 乙이 변제받은 후에 甲의 채권자 丁이 위 대금채권을 丙에게서 압류한 후에는 甲이 乙의 무권대리 행위를 추인하여도 이로써 丁의 압류의 효력을 해하지 못하므로 丁이 우선하게 된다.

나) 본인의 추인거절

본인이 추인을 거절한다는 것은 본인이 추인할 의사가 없음을 적극적으로 표시함으로써, 무권대리 행위를 확정적으로 무효로 만드는 것을 의미한다. 따라서 추인거절이 있으면 본인은 더 이상 추인할 수 없으며, 상대방도 최고권이나 철회권을 행사할 수 없게 된다. 추인거절의 상대방과 방법은 추인에 있어서와 같다(제132조).

다) 상대방의 최고권

무권대리 행위의 효력이 본인이 추인하느냐 거절하느냐의 여부에 따라 유효·무효인 것으로 확정되므로, 상대방의 법적 지위는 본인의 추인여부에 따라 결정되는 불확정한 상태에 놓이게 된다. 이러한 불이익으로부터 상대방을 보호하기 위하여 민법은 상대방에 대하여도 최고권을 부여한다. 즉 무권대리 행위의 상대방은 본인의 추인 여부를 무한정 기다릴 수 없으므로 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다(제131조제1문). 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조제2문). 이것은 무권대리 행위의 상대방 쪽에서 불확정적 법률행위를 조속히 종식시킬 수 있도록 하기 위한 규정이다.

라) 상대방의 철회권

무권대리 행위의 상대방은 본인의 추인이 있기 전까지 그 무권대리 행위를 철회할 수 있다. 본인의 추인거절과 마찬가지로, 상대방이 철회하면 그 무권대리 행위는 확정적으로 무효로 된다. 철회는 상대방이 본인이나 그 무권대리인에 대하여 한다(제134조 본문). 다만 계약 당시에 무권대리행위임을 안 상대방은 철회할 수 없다(제134조 단서). 상대방이 알았느냐의 여부에 관한 입증책임은 본인에게 있다.

2) 무권대리인의 상대방에 대한 책임

가) 무과실의 엄격책임

무권대리인은 '상대방에 대하여 그 대리권을 증명하지 못하고' 또 '본인의 추인을 얻지 못한 때'에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임을 진다(제135조제1항). 이는 무권대리인으로 하여금 상대방에 대하여 무권대리 행위의 계약적 효과에 대하여 책임을 지도록 하는 것으로서 엄격한 책임이다.

나) 표현대리의 불성립

표현대리가 성립하는 경우에는 무권대리인의 책임은 발생하지 않는다. 왜냐하면 표현대리가 성립하는 경우에는 상대방은 본인에게 이행책임을 물을 수 있으므로 대리인과 거래한 소기의 목적을 달성하게 됨으로써 굳이 무권대리인에 대해서 다시 계약이행의 책임을 물을 필요가 없기 때문이다.

다) 선택채권의 성립

무권대리인은 상대방의 선택에 따라 계약의 이행 또는 손해배상의무를 부담하므로(같은 조항), 상대방은 채권자로서 계약의 이행 또는 손해배상 중 어느 하나를 선택하여 무권대리인에게 청구할 수 있다(제135조제1항, 제380조).

라) 무권대리인 책임의 배제

① 상대방이 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 경우(제135조제2항) : 무권대리인의 책임은 상대방이 대리권의 결여를 알았거나 또는 알 수 있었던 때에는 발생하지 아니한다(같은 조항 전단). 여기서 「알 수 있었던 때」란 과실로 알지 못한 때를 말한다.

② 대리인이 행위제한능력자인 경우(같은 조 제2항) : 제한능력자의 보호는 민법의 기본원칙이므로, 무권대리인에게 행위능력이 제한된 때에는 대리인으로서 본조에 의한 책임을 지지 아니한다(같은 조항 후단).

3) 본인과 무권대리인 사이의 법률관계

본인과 대리인 사이에는 일반적인 법률관계에 따라 규율된다. 무권대리에서는 내부적 기초법률관계가 없으므로 단지 일반원칙에 따라 사무관리(제734조)·불법행위(제750조)·부당이득(제741조)이 성립할 수 있다.

나. 단독행위의 경우

제136조(단독행위와 무권대리) 단독행위에는 그 행위당시에 상대방이 대리인이라 칭하는 자의 대리권 없는 행위에 동의하거나 그 대리권을 다투지 아니한 때에 한하여 전6조의 규정을 준용한다. 대리권 없는 자에 대하여 그 동의를 얻어 단독행위를 한 때에도 같다.

민법은 단독행위의 무권대리를 원칙적으로 무효로 하고, 다만 상당한 예외를 인정하고 있을 뿐이다(제136조).

1) 상대방 없는 단독행위

상대방 없는 단독행위(예: 유언, 권리의 포기, 재단법인 설립행위 등)에서는 능동·수동대리인 여부를 묻지 않고서 언제나 무권대리 행위의 효력은 무효이다. 본인의 추인이 있더라도 무효인데, 왜냐하면 이 경우 본인의 추인권을 인정한다면 본인의 자의에 따라 무권대리 행위의 효과가 좌우되는 불합리가 있기 때문이다. 또한 상대방이 없으므로 무권대리인의 상대방에 대한 책임(제135조)이 문제로 되지 않는다.

2) 상대방 있는 단독행위

상대방 있는 단독행위(예: 채무의 면제, 상계)에 대한 무권대리는 원칙적으로 무효이나 예외적으로 다음과 같은 경우에 유효로 된다.

가) 능동대리

대리인이 의사표시를 상대방에 대하여 하는 능동대리의 경우, 상대방이 '대리권 없이 대리행위를 하는 데 동의하거나' 또는 '그 대리권을 다투지 아니하는 때'에는 계약에서와 동일한 효과가 발생한다(제136조 전단). 이에 관하여는 무권대리에 관한 규정인 제130조 내지 제135조가 적용된다. 통설은 단독행위를 할 당시에 이의를 제기하거나 또는 단독행위를 수령한 후에 지체 없이 이의를 제기하면 다툰 것으로 본다. 그러나 상대방이 무권대리인에 대하여 대리권의 증명을 요구하는 것만으로는 다툰 것으로 보지 않는다.

나) 수동대리

대리인이 상대방의 본인에 대한 의사표시를 수령하는 수동대리의 경우, 상대방이 무권대리인의 「동의를 얻어」 본인에 대한 의사표시를 한 경우에는 계약과 동일한 효

과가 발생한다(제136조 후단). 이에 관하여는 제130조 내지 제135조가 적용된다. 따라서 본인이 추인을 거절하면, 무권대리인은 상대방에 대하여 제135조에 따라 손해배상 의무를 진다. 이 때 본조의 이행책임은 그 수동대리의 본질상 있을 수 없다.

제 7 관 무효와 취소

Ⅰ. 불완전한 법률행위

1. 불완전한 법률행위의 의의

법률행위를 한 당사자가 의욕한 대로 법률효과가 발생하는 것이 사적 자치의 원칙이다. 그러나 법률행위에 어떤 흠이 있는 때에는 그 법률행위는 당사자가 의욕한 대로 효력을 발생시키지 못하게 되고, 따라서 그 법률행위는 그 목적을 실현할 수 없다. 이처럼 표의자가 법률행위를 통하여 의욕한대로 효력을 발생시키지 못하는 경우를 법률행위의 「효력불발생」이라고 한다. 이러한 효력불발생에 대한 원인으로서는 법률행위의 「무효」와 「취소」가 있다. 무효와 취소할 수 있는 법률행위를 통틀어서 「불완전한 법률행위」라 한다.

2. 무효와 취소의 차이

가. 법률행위의 무효와 취소의 개념

「무효」는 법률행위가 행위시부터 효력을 갖지 못하는 것을 의미한다. 즉 무효인 법률행위는 누구의 주장을 기다리지 않고도 누구에 대하여도 처음부터 효력이 발생되지 않으며, 시간이 경과한다고 하여도 유효로 전환되지 않는다.

「취소」는 일단 유효하게 효력이 발생한 법률행위가 취소권자가 취소하면 법률행위 시에 소급하여 그 효력을 상실하는 것을 말한다. 따라서 취소되기까지 그 법률행위는 유효하며, 취소권의 행사기간이 경과하여 취소권이 소멸하게 되면 더 이상 취소할 수 없게 됨으로써 확정적으로 유효로 될 수 있다.

나. 법률행위의 무효와 취소의 차이

1) 무효는 누구나 무효를 주장할 수 있음에 비하여, 취소는 오로지 취소권자만이 취소를 주장할 수 있다.

2) 무효는 무효의 주장을 기다리지 않고 처음부터 아무런 효과가 발생하지 않음에 비하여, 취소의 효과는 취소권자의 취소권의 행사로 비로소 발생한다.

3) 무효는 원칙적으로 처음부터 영원히 무효이고 유효로 전환될 가능성이 없다. 이에 반해서 취소는 일단 유효이나, 취소권의 행사가 있는 경우 소급하여 그 효력을 상실한다. 따라서 취소권의 행사기간(제척기간)이 경과하면 취소권이 소멸되어 더 이상 취소할 수 없게 됨으로써 그 법률행위는 유효로 확정된다.

4) 법률행위의 무효는 일정한 경우에 당사자의 추인이 있게 되면, 이때로부터 새로운 법률행위를 한 것으로 되나(제139조 단서), 취소할 수 있는 법률행위는 취소권자가 추인하면 처음부터 유효한 법률행위로 된다. 전자는 소급효가 없으나, 후자는 소급효가 있다.

Ⅱ. 법률행위의 무효

1. 무효의 의의

법률행위의 무효는 표의자가 의욕한 대로의 법률효과가 법률행위의 성립 당초부터 법률상 당연히, 확정적으로 발생하지 않는 것을 말한다. 그런데 법률행위가 무효인 것은 그 법률행위가 당사자인 표의자의 의사표시대로 그「효력이 발생하지 않는 것」일 뿐 법률행위가 부존재하다는 것을 의미하는 것이 아니다. 이러한 의미에서 법률행위의 무효와 부존재는 구별되어야 한다. 이를 테면 처음부터 법률행위를 하지 않은 경우에는 법률행위가 부존재하므로, 책임의 문제가 발생할 여지가 없다. 그러나 무효인 법률행위는 법률행위로서 존재하며, 다만 그 효력이 무효로서 당사자들이 의욕한 사적 자치를 실현할 수 없을 뿐, 당사자들은 무효인 법률행위를 행한 것은 사실이므로

법률행위를 한 것에 따른 책임은 성립된다. 예를 들면, 목적이 처음부터 불능한 계약은 무효이지만 「계약체결상의 과실책임」(제535조)은 발생시킨다.

2. 무효의 종류

가. 절대적 무효·상대적 무효

「절대적 무효」는 법률행위를 한 당사자들 사이만이 아니라 제3자에 대하여도 무효인 것을 말한다. 절대적 무효의 예로는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위의 효력을 들 수 있다(제103조). 이에 비하여 「상대적 무효」는 법률행위가 당사자들 사이에만 무효이고 일정한 제3자에 대하여는 유효로 되는 것을 말한다. 상대적 무효의 예로는 통정의 허위표시의 무효를 들 수 있다(제108조제1항). 이 경우 당사자들 사이에는 통정의 허위표시를 기초로 한 법률행위의 효력이 발생하지 않으나, 이 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못하므로 이에 따라 선의의 제3자에 대하여는 의사표시가 유효인 효과가 발생하게 된다(같은 조 제2항). 이처럼 무효가 특정의 사람들에게만 무효로 되고 나머지의 사람에게는 유효로 되는 것이 상대적 무효이다.

나. 확정적 무효·유동적 무효

1) 확정적 무효

법률행위의 확정적 무효는 과거·현재·미래에 걸쳐 당사자가 의욕한 법률효과가 확정적으로 부인되므로 더 이상 그 법률행위가 효력을 발생할 수 없는 것을 말한다. 당사자의 추인에 의해서도 유효로 되지 않는다.

2) 유동적 무효

「유동적 무효」는 현재는 법률행위가 효력을 발생하지 못하고 있으나, 제3자의 행위 또는 조건의 성취 여부에 따라서 유효로 될 수도 있고, 또 무효로 확정될 수 있는 유동적인 법적 상태를 말한다. 예컨대, 무권대리인의 대리행위는 무효이지만 본인이 추인을 한 때에는 소급해서 유효한 법률행위로 되는데(제130조), 이는 대표적인 유동적 무효의 법률행위의 예이다.

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 토지거래허가제에 관하여 유동적 무효

의 법리가 적용된다. 즉 토지거래허가구역 안에 있는 토지에 관하여 거래행위를 하는 경우에 당사자들은 사전에 주무관청으로부터 허가를 받고 해당 토지에 관하여 거래행위를 하여야만 한다. 그런데 허가를 받지 않고 해당 토지에 대한 거래를 한 경우에는 그 토지거래계약은 무효이나,[85] 다만 이 법률에 따라 허가받을 것을 전제로 하여 체결된 계약은 확정적으로 무효가 아니라 허가를 받기 전까지 유동적 무효의 상태에 있다. 그리하여 주무관청으로부터 허가가 나오면 그 토지거래계약은 체결시부터 유효한 것으로 되어 또 다시 계약을 체결할 필요는 없다. 또한 유동적 무효상태에 있는 매매계약에서도 특별한 사정이 없는 한 일반적인 해제권 행사가 가능하기 때문에 매수인은 계약금을 포기하고 또 매도인은 계약금의 배액을 상환하고 토지에 대한 매매계약을 해제할 수 있다.[86] 그리고 허가를 전제로 한 해당 토지의 매매계약이 허가를 받기 전까지 유동적 무효의 상태에 있더라도 무효로 확정되지 않는 한 이미 지급한 계약금이나 중도금 등은 부당이득으로 그 반환을 청구할 수 없다.[87]

3. 무효의 효과

제137조(법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

제138조(무효행위의 전환) 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서 효력을 가진다.

제139조(무효행위의 추인) 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다.

가. 의 의

무효의 효과는 무효인 법률행위를 통하여 당사자가 기도한 대로 효력을 발생시킬 수 없는 것을 의미할 뿐 법률행위를 부존재하는 것으로 만들지 않는다. 그러므로 그 법률행위는 무효인 상태로 존재하므로, 이를 행한 당사자는 법률행위를 행한 것에 대

85) 대판(전원합의체) 1991.12.24, 90다12243.
86) 대판 1997.6.27, 97다9369.
87) 대판 1993.9.14, 91다41316.

하여는 책임을 진다. 법률행위가 무효로 됨에 따라 무효임을 알고 있었던 당사자는 그 상대방이 선의로서 법률행위가 무효로 됨에 따라 손해를 입었을 경우에는 이에 대하여 신뢰이익의 배상책임을 진다(제535조[계약체결상의 과실]의 유추적용).

무효는 처음부터 당연히 무효이다. 따라서 당사자의 주장 등에 의하여 무효임이 판명되면 법률행위는 처음부터 무효로 된다(소급효). 그러나 무효의 효과를 무제한하게 인정하는 것이 정당하지 않은 경우가 있다. 예를 들어, 계속적 계약(예: 조합이나 사단을 형성한 법률행위 또는 임대차계약이나 고용계약이나 근로계약 등)에서는 법률행위가 소급적으로 무효가 되더라도 이에 따른 원상회복이 불가능하다. 이 경우 법률행위의 효력을 소급하여 무효로 하는 것은 타당한 결과를 가져다주지 못하므로, 무효임이 판명된 때로부터 장래를 향하여만 무효로 되는 것으로 해석하여야 한다.

나. 무효인 법률행위의 추인

무효인 법률행위의 추인은 무효인 법률행위를 유효로 인정하는 당사자의 의사표시를 말한다. 민법은 당사자가 그 행위가 무효임을 알고서 이를 추인한 때에는 '새로운 법률행위'를 한 것으로 간주한다(제139조 단서). 따라서 무효였던 법률행위는 새로운 별개의 법률행위로서 장래를 향하여 유효로 되고 소급적으로 처음부터 유효로 되지는 않는다. 예를 들어, 무효인 가등기를 유효한 등기로 전용하기로 약정하더라도 가등기가 소급하여 유효한 등기로 되지 않는다.[88] 그러나 이와는 달리, 당사자의 약정으로 무효의 법률행위를 추인하는 경우 당사자들 사이에서만 소급효를 갖는 추인을 하는 것은 가능하다.

4. 일부무효

법률행위의 일부가 무효인 경우에 우리 민법은 「법률행위의 일부무효는 법률행위 전부를 무효로 한다.」고 규정함으로써(제137조 본문), 전부무효의 원칙을 택하고 있다. 다만 당사자가 그 무효부분이 없었더라도 법률행위를 하였으리라고 인정될 때에 한하여 나머지 부분만으로 법률행위는 유효하게 존속한다(같은 조 단서).

88) 대판 1992.5.12, 91다26546.

5. 무효행위의 전환

법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서 또는 법률상의 금지규정을 위반한 경우에는 원래의 내용대로 효력을 발생할 수는 없어 무효이지만, 다른 법률행위로서의 요건을 갖출 수 있는 경우가 있다. 이러한 경우에 원래의 법률행위를 무효라고 하더라도, 당사자들이 그 법률행위에 따른 효력 발생을 원하고 있다면, 그들은 또 다시 그 법률행위를 하면서 오로지 무효의 요소를 제외시켜서 할 것이 예상된다. 이러한 경우에 두 번의 법률행위를 하게 할 필요가 없으므로, 민법은 사적 자치의 원칙에 따라 무효행위의 전환을 인정하여 다른 법률행위로서 그 효력을 발생할 수 있도록 하여 주고 있다. 이 때 무효행위의 전환은 사적 자치를 달성하기 위한 것이므로, '당사자가 그 무효를 알았더라면 그 다른 법률행위를 의욕하였을 것'이라는 점이 그 근거가 되어, 그「다른」법률행위로서 효력을 발생하게 된다(제138조). 예컨대, 민법은 비밀증서에 의한 유언이 그 방식을 결여하여 무효이더라도 자필증서의 방식을 갖춘 경우에는 자필증서에 의한 유언으로서 효력을 인정하고 있으며(제1071조), 연착한 승낙(제530조)과 변경을 가한 승낙(제534조)을 각기 새로운 청약으로 보고 있다. 한편 혼인 외의 출생자를 혼인중의 출생자로 출생신고를 한 경우에는 그 신고는 친생자출생신고로서는 무효이지만 인지신고로서는 그 효력이 있다고 해석되며,[89] 타인의 子를 자기의 子로서 출생신고한 경우에도 그 신고를 입양의 효력이 있다고 해석된다.[90]

89) 대판 1971.11.15, 71다1983.
90) 대판(전원합의체) 1977.7.26, 77다492.

생각해 보기

A는 자신의 처와 사이에 자식이 없자 9촌 조카 甲을 친생자 신고를 하여 자식으로 삼았다. 그 후 A는 처와 사별하고 재혼하여 乙을 낳았다. A는 乙을 낳자 甲을 자식으로 생각하지 아니하고 甲도 자식으로 행세하지 아니하고 A와 따로 살아왔고, A의 봉양은 乙이 맡아 하였다. A의 재산은 甲과 乙 중 누가 상속하여야 할까?

[해 설]

A가 甲을 자식으로 삼고 싶다면, 혼인관계에서 낳은 자식이 아닌 이상 양자로 삼아야 한다. 그러므로 A가 甲을 친생자 신고를 한 것은 무효이다.

그런데 신분행위의 신고라는 형식을 요구하는 실질적 이유는 당사자 사이에 신고에 대응하는 의사표시가 있었음을 확실히 하고 또 이를 외부에 공시하기 위한 것이다.

이러한 관점에서 보면, 당사자(A와 甲) 사이에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 나아가 기타 입양의 성립요건이 모두 구비되어 있다면, 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있어 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 있다고 해석하여야 할 것이다. 다시 말하여 허위의 친생자 출생신고라도 당사자 간에 법률상 친자관계를 설정하려는 의사표시가 명백히 나타나 있고 양친자관계는 파양에 의하여 해소될 수 있다는 점을 제외하고는 법률적으로 친생자관계와 똑같은 내용을 가지고 있는 것이므로 허위의 친생자 출생신고는 법률상 친자관계의 존재를 공시하는 신고로서 입양신고의 기능을 발휘한다고도 볼 수 있다 할 것이다.

무효의 친생자신고가 입양의 실질적 요건을 갖추고 있다면, 입양신고로서 효력을 발생할 수 있다. 이러한 의미에서 무효의 친생자 신고가 입양신고의 유효행위로 전환된 것이다.

마찬가지로, 혼인신고가 위법하여 무효인 경우에도 무효한 혼인 중 출생한 자를 그 호적에 출생신고하여 등재한 이상 그 자에 대한 인지의 효력이 있다(1971.11.15. 선고 71다1983판결).

결론적으로, 甲도 양자의 지위가 인정되므로, 甲과 乙은 공동상속인으로서 A의 재산을 상속받게 된다.

Ⅲ. 취 소

1. 의 의

제140조(법률행위의 취소권자) 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기 · 강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환(償還)할 책임이 있다.

제142조(취소의 상대방) 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 확정한 경우에는 그 취소는 그 상대방에 대한 의사표시로 하여야 한다.

제143조(추인의 방법, 효과) ① 취소할 수 있는 법률행위는 제140조에 규정한 자가 추인할 수 있고 추인 후에는 취소하지 못한다.
② 전조의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

제144조(추인의 요건) ① 추인은 취소의 원인이 소멸된 후에 하여야만 효력이 있다.
② 제1항은 법정대리인 또는 후견인이 추인하는 경우에는 적용하지 아니한다.

제146조(취소권의 소멸) 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.

취소할 수 있는 법률행위는 취소권의 행사가 있을 때까지는 유효한 법률행위이며, 일단 취소되면 처음부터 무효인 것으로 간주된다(제141조).

민법은 총칙에서 법률행위와 관련하여 제한능력, 착오, 사기, 강박에 의한 의사표시에 의한 취소를 규정하고 있다. 이를 「협의의 취소」라고 한다. 이외에도 민법은 취소를 인정하는데 이를 「광의의 취소」라고 한다. 예를 들어, 실종선고의 취소(제29조)·부재자재산관리에 관한 명령의 취소(제22조), 법인설립 허가의 취소(제138조) 등과 같은 재판 또는 행정처분의 취소의 경우나 채권자취소권(제406조) 등이 이에 속한다. 이에는 민법상의 취소의 규정(제140조 이하)이 적용되지 않는다.

2. 취소권자

취소권은 권리로서 취소권자만이 취소의 의사표시를 할 수 있다. 민법은 취소권자로서 다음의 경우를 들고 있다.

가. 제한능력자

제한능력자는 자기가 한 법률행위를 단독으로 취소할 수 있다. 따라서 제한능력자가 스스로 자신이 한 법률행위를 취소한 경우에는 이에 법정대리인의 동의가 없었음을 이유로 그 취소를 다시 취소할 수 없다.

나. 착오, 사기·강박에 의한 의사표시를 한 자

취소사유를 규정하고 있는 제140조는 착오에 의한 의사표시를 한 자와 사기·강박에 의한 의사표시를 한 자에게 취소권을 인정해 주고 있다.

다. 대 리 인

대리인 가운데 법정대리인은 취소권자이다. 즉 법정대리인은 행위제한능력자가 자신의 동의를 받지 않고 한 행위에 대하여 취소할 수 있다.

그러나 임의대리인은 취소권을 당연히 갖지는 않는다. 즉 임의대리에서 행위의 당사자는 임의대리인이고 규율의 당사자는 본인인데, 취소는 법률행위의 효력을 부정하는 규율과 관련이 있으므로 취소권은 규율의 당사자로서 본인만이 갖는다. 그러므로 임의대리인이 한 법률행위에 취소원인이 있는 경우에 그 취소권은 본인에게 귀속하므로 임의대리인이 취소를 하려면 본인으로부터 다시 취소에 관한 대리권을 수여받아야 된다.

라. 승 계 인

포괄승계인과 특정승계인 모두 취소권을 승계한다. 다만 특정승계인의 경우 취소할 수 있는 행위에 의하여 취득한 권리를 특정승계 한 경우에 한하여 취소권이 승계된다. 즉 취소권만을 독립하여 특정승계 하는 것은 불가능하다.

3. 취소의 방법

취소의 의사표시는 법률행위의 효력을 소급적으로 배제한다고 하는 취지의 일방적 의사표시이다. 협의의 취소는 통상의 의사표시에 의하므로 어떠한 형식을 요하지 않는다. 그러나 광의의 취소 가운데에는 취소권을 재판상 행사하여야 하는 경우가 있다.

예를 들어 사해행위의 취소(제406조), 혼인이나 입양의 취소(제816조, 제884조) 등은 재판상으로 취소를 청구하여야 한다.

4. 취소의 상대방

원칙적으로 법률행위의 상대방이 취소의 상대방이다. 취소의 상대방이 다수인 경우에는 취소의 의사표시의 도달의 시점이 서로 상이할 수 있고, 이러한 경우에는 취소의 의사표시가 상대방 모두에게 도달된 때에 전체 법률행위가 무효로 된다(취소의 불가분 원칙).

계약의 경우 취소의 상대방은 계약당사자이고, 단독행위의 경우는 상대방 유무에 따라 취소의 상대방이 달라진다. 상대방 없는 단독행위에 대한 취소의 상대방은 그 법률행위에 의하여 직접적으로 이익을 취득한 자이다. 예컨대 유증에 대한 취소는 유증을 받을 수익자가 취소의 상대방이 된다. 상대방 있는 단독행위인 경우에는 그 상대방에 대하여 취소의 의사표시를 하여야 한다.

5. 취소의 효과

가. 소급적 무효

의사표시가 취소되면 그 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주된다(제141조 본문). 이러한 취소의 효과는 취소권을 행사하여야 발생하므로, 취소권자가 취소권을 행사하지 않는 한은 취소사유가 있다는 것만으로 무효를 주장할 수 없다.

나. 부당이득반환에 있어 제한능력자에 관한 특칙

의사표시가 취소되면 이에 따라 법률행위 전체가 소급하여 무효로 된다. 따라서 법률행위의 당사자들은 기존에 이행한 것에 대하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다(제741조 이하). 따라서 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환의무를 부담하며, 악의의 수익자는 그 받은 이익뿐만 아니라 이에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(제748조). 그런데 반환의무 있는 자가 제한능력자인 경우에는 그는 취소된 법률행위에 의하여 받은 이익이 현존하는 한도 내에서

상환할 책임을 진다(제141조). 이는 제한능력자에게 반환의무자로서의 선의·악의를 구별하지 않고 현존이익의 반환의무만을 부여한 것으로서, 제한능력자의 보호라는 기본원칙 하에서 부당이득 반환범위에 관한 특칙으로 보아야 한다.

6. 취소할 수 있는 법률행위의 추인

가. 의 의

추인은 취소할 수 있는 법률행위를 앞으로 취소하지 않겠다고 하는 취소권자의 의사표시이다. 결국 취소권의 포기인 것이다.

나. 추인의 요건

1) 취소권자

추인할 수 있는 자는 논리적으로 취소할 수 있는 취소권자이다(제143조, 제140조). 취소권자가 수인(數人)인 경우(제한능력자 및 그 법정대리인인 경우)에는 1인이 추인하면 다른 취소권자는 취소할 수 없게 된다.

2) 취소원인의 종료

추인은 「취소의 원인이 종료한 후」에 하여야 한다(제144조제1항). 추인은 취소권자가 취소할 수 있는 법률행위임을 알고서 취소와 추인 중에서 선택할 수 있는 상태에서 행하여져야 하므로, 제한능력자는 능력자가 된 뒤에, 그리고 착오, 사기·강박으로 의사표시를 한 자는 이러한 비정상적인 상태에서 벗어난 뒤에 추인할 수 있다. 그러므로 취소원인이 종료되기 전에 한 추인은 효력이 없다. 그러나 법정대리인은 이러한 제한 없이 언제나 추인할 수 있다(같은 조 제2항).

다. 추인의 방법

추인은 취소와 마찬가지로 형식을 요하지 않는다(제143조제2항, 제142조 참조). 따라서 취소할 수 있는 법률행위가 요식행위라 하더라도 추인은 이러한 방식을 요하지 않는다. 또한 추인은 상대방 있는 의사표시로서, 취소와 동일하게 취소권자가 취소할 수 있는 법률행위의 상대방에 대하여 통지하여야 한다. 이로써 상대방으로 하여금 추인의 사실을 알 수 있게 하고, 추인권자도 이에 기속된다.

라. 추인의 효과

취소권자가 추인하면, 취소할 수 있는 법률행위는 더 이상 취소할 수 없는 유효한 법률행위로 확정된다.

7. 법정추인

제145조(법정추인) 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 전조의 규정에 의하여 추인할 수 있는 후에 다음 각 호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다.
1. 전부나 일부의 이행
2. 이행의 청구
3. 경개
4. 담보의 제공
5. 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도
6. 강제집행

가. 의 의

민법은 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 민법 소정의 일정한 사유가 있는 때에는 법률상 당연히 추인한 것으로 보는 법정추인을 규정하고 있다(제145조). 이는 법률의 규정에 의한 '취소권의 배제'인 것이다. 본래 추인은 취소권자의 임의에 의한 취소권포기의 의사표시로서, 그 추인 여하에 따라 법률효과의 유·무효가 결정됨에 따라 상대방은 매우 불안정한 지위에 놓이게 된다. 법정추인은 이러한 문제점을 해소하기 위하여 취소권자의 추인의사 유무를 묻지 않고 다음의 일정한 사유가 있으면 더 이상 취소할 수 없도록 하고 있다.

나. 요 건

1) 법정추인의 사유(제145조)

가) **전부나 일부의 이행** : 취소권자가 상대방에게 취소할 수 있는 법률행위로부터 생긴 채무를 전부 또는 일부를 이행한 경우뿐만 아니라, 상대방으로부터 위 행위로부터 생긴 채권의 이행을 수령한 경우에도 취소권이 소멸된다.

나) **이행의 청구** : 여기에서 이행의 청구는 취소권자가 상대방의 채무이행을 청구하는 경우만을 말하고, 반대로 상대방으로부터 이행의 청구를 받은 경우는 이에 포함되지 않는다.

다) **경개** : 경개는 취소할 수 있는 법률행위에 의하여 발생한 채권 또는 채무를 소멸시키고 이에 갈음하여 새로운 채권이나 채무를 발생하게 하는 계약이다(제500조 이하). 이러한 경개계약을 체결함으로써 기존의 취소할 수 있는 법률행위의 효력을 인정한 것이므로, 취소권자는 더 이상 취소할 수 없다. 취소권자가 채권자로서 경개하든 또는 채무자로서 경개하든 이를 묻지 않는다.

라) **담보의 제공** : 담보의 제공은 취소권자가 채무자로서 담보를 제공하는 경우뿐만이 아니라, 채권자로서 담보의 제공을 받는 경우를 포함한다. 여기서 담보는 물적 담보뿐만 아니라 인적 담보도 포함된다.

마) **취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도** : 여기에서 권리의 양도는 취소권자만이 하는 권리의 양도를 의미한다. 또한 취소권자가 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리 위에 제한적 권리(예: 제한물권, 임차권)를 설정하는 것도 이에 포함된다.

바) **강제집행** : 강제집행의 경우 취소권자가 채권자로서 집행한 경우는 물론, 채무자로서 집행을 받은 경우도 법정추인의 효과가 발생한다.

2) 취소원인의 종료

법정추인을 인정하게 하는 사유는 「추인할 수 있는 후」, 즉 취소의 원인이 종료한 후에 발생하여야 한다(제145조 본문). 그러나 취소의 원인이 종료하기 전이더라도 법정대리인이 스스로 또는 제한능력자(피성년후견인 제외)가 법정대리인의 동의를 얻어 위와 같은 사유에 해당하는 행위를 한 경우에는 법정추인으로 된다고 할 것이다.

3) 이의의 보류

법정추인의 사유가 있어도 「이의를 보류」한 때에는 법정추인으로 되지 않는다(제145조 단서). 여기서 「이의를 보류」한다는 것은 취소권자가 제145조에서 열거하는 법정추인사유에 해당되는 행위를 하면서 자신의 행위가 추인하는 것이 아님을 명시하는 것이다. 즉 취소권자가 법률상 추인으로 간주될 법률효과를 배제하는 의사를 표시하

는 것이다. 예를 들면, 취소할 수 있는 행위로 부담한 채무로 인하여 강제집행 당할 것을 모면하기 위하여 일단 변제는 하지만 그것이 추인은 아니라고 보류한다면, 이는 법정추인으로 되지 않는다는 것이다.

4) 추인의 의사

법정추인에서는 통상의 추인에서와는 달리 추인의 효과가 법률에 기인하고 있는 것이므로, 취소권자가 취소할 수 있는 것임을 알아야 할 필요는 없다. 또한 취소권자에게 추인의 의사가 있어야 할 필요도 없다고 할 것이다.

다. 효 과

법정추인에 해당되는 사유가 있으면 더 이상 취소권을 행사할 수 없다.

8. 취소권의 제척기간

취소권은 포기·추인·법정추인 이외에도 일정한 기간의 경과에 의하여서도 소멸한다. 이를 제척기간이라 한다. 취소권은 「추인할 수 있는 날로부터 3년 내에」 또는 「법률행위를 한 날로부터 10년 내에」 행사하여야 하고(제146조), 이 기간이 경과하면 더 이상 취소할 수 없다. 「추인할 수 있는 날로부터 3년」과 「법률행위를 한 날로부터 10년」의 두 기간 중 어느 것이든 먼저 만료하는 것이 있으면 취소권은 소멸한다(선도래 우선의 원칙). 여기서 「추인할 수 있는 날로부터」라 함은 「취소의 원인이 종료한 때로부터」라는 뜻이다(제144조).

제 8 관 법률행위의 부관(附款)

Ⅰ. 의 의

일반적으로 법률행위가 성립하면 즉각 그 법률행위의 효력이 발생한다. 그러나 당사자는 법률행위를 하면서 그 법률행위의 효력의 「발생과 소멸」을 '장래의 일정한 사실'에 의존케 할 수도 있다. 이러한 약정이 「조건」과 「기한」이다. 조건은 장래의 일정한 사실이 발생하는 것이 불확실한 경우이고, 기한은 일정한 사실이 발생하는 것이 확실한 경우이며, 조건과 기한을 합쳐서 「법률행위의 부관」이라 한다.

Ⅱ. 조 건

1. 의 의

제149조(조건부권리의 처분 등) 조건의 성취가 미정한 권리의무는 일반규정에 의하여 처분, 상속, 보존 또는 담보로 할 수 있다.

조건은 법률행위의 효력 발생의 여부가 불확실한 장래의 사실에 의존하는 것을 말한다. 따라서 「조건부 법률행위」에서는 그 효력의 '발생' 또는 '소멸'이 장래의 불확실한 사정에 의존하고 있다.

2. 조건의 본질

조건은 「불확실성」과 「장래성」을 그 본질적 요소로 한다. 먼저 불확실성은 조건과 기한을 구별하는 기준이 된다. 예컨대 "네가 개를 사면 개집을 주겠다."라는 증여의 의사표시는 '개를 살지 안 살지 모르는' 불확실한 사정에 의존하므로 조건이 된다. 그렇지만 "우리 집 개가 죽으면 개집을 당신에게 준다."는 것은 조건부 증여가 아니라 기한부 증여인 것이다. 왜냐하면 살아있는 개는 장래 어느 시점에 반드시 죽을 것이기

때문에, 이는 발생이 확실한 사실로서 기한이고, 다만 언제 그 개가 죽어 기한이 도달할지 모르므로 이때의 기한은 불확정한 상태에 있다. 또한 조건은 장래성을 가져야 한다. 따라서 현재 및 과거의 사실은 조건이 아니다. 예를 들어, "장학금을 받으면 용돈을 주지 않겠다."고 하였는데, 이 약속을 할 당시 이미 장학생으로 선발되어 있다면 이는 장래의 시간성을 결여하므로 조건이 아니다.

3. 조건의 종류

가. 정지조건·해제조건

> **제147조(조건성취의 효과)** ① 정지조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력이 생긴다.
> ② 해제조건 있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다.
> ③ 당사자가 조건성취의 효력을 그 성취 전에 소급하게 할 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의한다.

법률행위의 효력의 발생을 장래의 불확실한 사실에 의존하게 하는 조건이 「정지조건」이고, 법률행위의 효력의 소멸을 장래의 불확실한 사실에 의존하게 하는 조건이 「해제조건」이다. 예를 들어, 동산의 매매계약을 체결하면서, 매도인이 대금을 모두 지급받기 전에 목적물을 매수인에게 인도하지만 대금이 모두 지급될 때까지는 목적물의 소유권은 매도인에게 유보되며 대금이 모두 지급된 때에 그 소유권이 매수인에게 이전된다는 내용의 이른바 소유권유보의 특약을 한 경우, 목적물의 소유권을 이전한다는 당사자 사이의 물권적 합의는 매매계약을 체결하고 목적물을 인도한 때 이미 성립하지만 그 후 대금이 모두 지급되는 것을 정지조건으로 하여 소유권이전의 효력이 발생한다[91]. 이에 대해서 매매토지 중 공장부지에 편입되지 아니할 부분을 매도인에게 원가로 반환한다는 약정[92]은 조건부 환매계약이 아니라 공장부지로 사용되지 아니하기로 확정되는 것을 해제조건으로 하는 매매계약인 것이다.

나. 적극조건·소극조건

조건 중에서 장래의 불확실한 사실이 현상의 변경을 내용으로 하는 때에는 이를 적

91) 대판 1999.9.7, 99다30534.
92) 대판 1981.6.9, 80다3195.

극조건이라 하고(예: 내가 취직을 한다면), 현상의 불변경이면 소극조건이라고 한다(예: 내가 취직을 하지 않는다면).

다. 수의조건·비수의조건

수의와 비수의를 구분하는 것은 조건이 되는 사실이 당사자의 의사와 어떤 관계에 있는가에 따라 행하는 분류방법이다. 조건의 성부가 당사자의 의사에만 전적으로 의존하는 조건이 수의조건이고, 그 의사에 의존하지 않는 조건이 비수의조건이다(제147조 참조). 예를 들어, "내가 미국에 여행하면 사진기를 사 주겠다"라고 약속한 경우에 사진기를 사 줄 것인지의 여부는 약속한 사람의 일방적 의사에 달려 있으므로, 이를 수의조건이라고 한다. 비수의조건은 조건사실의 실현 여부가 당사자의 일방적 의사에만 의존하지는 않는 조건을 말한다. 이에는 당사자의 의사와는 전혀 관계없는 「우성조건」과, 조건의 성부가 당사자 일방의 의사뿐만 아니라 제3자의 의사에 의해 결정되는 「혼성조건」이 있는데, 이것은 유효한 조건이 된다. 예를 들어, "내일 비가 온다면"과 같이 자연의 사실과 "선순위상속인이 상속을 포기하면"과 같이 제3자의 의사나 행위는 우성조건이며, "네가 甲과 동업하면"과 같이 조건의 성부가 당사자의 의사 및 제3자의 의사에 의하여 결정되는 조건을 혼성조건이라고 한다.

4. 하자있는 조건

제151조(불법조건, 기성조건) ① 조건이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 것인 때에는 그 법률행위는 무효로 한다.
② 조건이 법률행위의 당시 이미 성취한 것인 경우에는 그 조건이 정지조건이면 조건없는 법률행위로 하고 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.
③ 조건이 법률행위의 당시에 이미 성취할 수 없는 것인 경우에는 그 조건이 해제조건이면 조건없는 법률행위로 하고 정지조건이면 그 법률행위는 무효로 한다.

우리 민법은 하자있는 조건으로 불법조건(제151조제1항)·기성조건(제151조제2항)·불능조건(제151조제3항)을 규정하고 있다.

가. 불법조건

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 조건을 「불법조건」이라 한다. 우리 민법은

정지조건이나 해제조건을 묻지 않고 불법조건이 붙어 있는 법률행위는 무효라고 규정한다(제151조제1항). 이때 불법조건만 무효인 것이 아니라 법률행위 전체가 무효이다. 예컨대, 부부생활의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약을 체결한 경우 조건을 포함한 증여계약 전부가 무효이다.[93]

나. 기성조건

기성조건은 법률행위 당시에 이미 성립하고 있는 조건을 말한다. 과거조건이나 현재조건은 기성조건에 해당된다. 기성조건이 정지조건이면 조건 없는 법률행위로 되고, 해제조건이면 그 법률행위는 무효로 된다(같은 조 제2항).

다. 불능조건

불능조건은 실현이 불가능한 사실을 내용으로 하는 조건을 말한다. 정지조건이 불능조건이면 그 법률행위는 무효이고, 해제조건이 불능조건이면 조건 없는 법률행위로 된다(같은 조 제3항).

5. 조건과 친하지 아니한 법률행위

가. 의 의

법률행위에 조건을 붙이면 법률관계의 발생·소멸은 불확정적인 것으로 된다. 따라서 성질상 법률관계가 확정적이어야 하는 법률행위에는 조건을 붙일 수 없다. 이러한 의미에서 조건을 붙이는 자유는 일반적인 사적 자치보다 제한된 범위에서 인정된다.

조건을 붙일 수 없는 법률행위를 「조건과 친하지 아니한 법률행위」라고 한다. 따라서 ① 법률행위가 그 효과가 확정적으로 발생될 것이 요구되는 것(예: 어음 및 수표행위와 혼인·입양·인지·상속의 승인 및 포기 등과 같은 신분행위)에는 조건을 붙일 수 없다. 그리고 ② 조건을 붙이면 상대방의 지위를 현저하게 불안정·불리하게 하는 경우(예: 단독행위 중에서 상계·취소·철회 등)에는 원칙적으로 조건을 붙일 수 없다. 다만 단독행위라도 '상대방의 동의가 있거나' 또는 '상대방에게 이익만을 주는 경우'(예: 채무면제, 유증)에는 조건을 붙이더라도 무방하다.

93) 대판 1966.6.21, 66다530.

나. 효　　과

조건과 친하지 아니한 법률행위에 조건을 붙이는 경우 특별한 규정이나 약정이 없는 한 '일부무효의 법리'가 적용된다고 할 것이다. 따라서 당사자의 반대의사를 인정할 만한 사정이 없는 경우에는 이러한 조건이 붙은 법률행위는 그 법률행위 자체가 전부 무효로 된다고 할 것이다.

6. 조건의 성취와 불성취

가. 의　　의

제148조(조건부권리의 침해금지) 조건있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다.

제150조(조건성취, 불성취에 대한 반신의행위) ① 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다. ② 조건의 성취로 인하여 이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 때에는 상대방은 그 조건이 성취하지 아니한 것으로 주장할 수 있다.

「조건의 성취」란 조건이 성립하는 것을 말하며, 「조건의 불성취」란 조건이 성립하지 않는 것을 말한다. 이러한 조건의 성취 또는 불성취에 의하여 조건있는 법률행위의 효력은 발생 또는 불발생으로 확정된다.

조건의 성취 여부와 관련있는 조건이 적극조건·소극조건이다. 적극조건에는 현상의 변경이 확정되면 조건의 성취로 되고, 현상의 불변경이 확정되면 조건의 불성취로 된다. 이에 대하여 소극조건에는 현상의 불변경이 확정되면 조건의 성취로 되고, 현상의 변경이 확정되면 조건의 불성취로 된다. 판례는 甲이 자기 소유 토지 위에 동사무소를 신축하는 것을 조건으로 乙에게 증여하였는데 乙이 다른 토지 위에 동사무소를 준공하였다면 그 조건의 불성취가 사실상 확정되었고 그 증여계약은 무효라고 판시하고 있다.[80]

80) 서울지법 1988.2.12, 87가단2052.

나. 신의성실에 반하는 행위에 의한 조건의 성취·불성취

조건의 성취·불성취로 이익을 얻을 자가 신의성실에 반하는 방법으로 조건의 성취를 방해하면 조건은 성취된 것으로 간주하고, 신의성실에 반하는 방법으로 조건을 성취시키면 조건은 성취되지 않은 것으로 간주한다(제150조).

7. 조건부 법률행위의 효력

가. 조건성취의 법률효과

1) 법률행위 효력의 확정

조건의 성취 또는 불성취에 의하여 법률행위의 효력이 확정된다. 조건부 법률행위에서 정지조건이 성취되면, 그 법률행위는 이제 확정적으로 효력을 발생한다. 해제조건이 성취되면 조건부 법률행위의 효과는 확정적으로 소멸한다.

2) 비소급적 효력

조건성취의 법률효과는 소급효를 갖지 않는다. 원칙적으로 「조건이 성취된 때로부터」 효력이 발생한다(제147조제1항·제2항). 그러나 당사자가 조건성취의 효력을 그 성취 전에 소급하게 할 의사표시를 한 때에는 조건성취의 효력은 소급효를 갖는다(같은 조 제3항).

나. 조건성취 전의 법률효과

1) 기대권의 발생

조건의 성취 또는 불성취가 확정되지 않고 있는 동안 조건부 법률행위의 효력은 불확정적인 「유동적 상태」이다. 이 경우 당사자 일방은 조건의 성취로 일정한 이익을 향수하게 될 기대를 가진다. 이러한 기대를 권리의 일종으로 보아, 이 권리를 조건부 권리라고 하고 조건성취로 이익을 받을 당사자는 조건성취 여부가 미정인 동안에도 일종의 기대권을 갖는다. 이러한 기대권은 일반규정에 준하여 처분·상속·보존·담보로 할 수 있다(제149조).[81]

81) 대판 1963.7.25, 63다209; 대판 1969.12.6, 69다1785.

2) 조건부 권리의 침해금지

조건부 법률행위의 당사자는 조건의 성취미정인 동안에 조건의 성취로 인하여 생긴 상대방의 이익을 해하지 못한다(제148조). 이에 의하여 조건부 권리자는 상대방이 조건성취 미정인 동안에 조건부 권리를 침해한 때에는 상대방에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다. 이 손해배상청구권은 조건부 권리의 침해금지로부터 도출되는 의무를 위반하여 발생하는 것이므로, 재산권 침해의 한 내용으로서 불법행위로 인한 손해배상청구권으로 보아야 한다.

Ⅲ. 기　　한

1. 의　　의

제152조(기한도래의 효과) ① 시기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 생긴다.
② 종기있는 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력을 잃는다.

제153조(기한의 이익과 그 포기) ① 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.
②기한의 이익은 이를 포기할 수 있다. 그러나 상대방의 이익을 해하지 못한다.

제154조(기한부권리와 준용규정) 제148조와 제149조의 규정은 기한있는 법률행위에 준용한다.

기한은 법률행위의 효력의 발생이나 소멸을 장래에 발생하는 것이 확실한 사실에 의존케 하는 법률행위의 부관이다. 법률행위의 효력을 발생시키는 기한을 시기(始期)라 하고, 효력을 소멸시키는 기한을 종기(終期)라 한다. 예컨대 「2004년 1월 1일부터 임대한다.」는 것은 시기부 법률행위고 「2004년 11월 30일까지 임대한다.」는 것은 종기부 법률행위다. 준법률행위(예: 변제)에 관하여도 기한을 붙일 수 있다.

2. 종　　류

가. 시기·종기

법률행위의 효력발생시기를 정하는 기한을 「시기」라고 하고, 법률행위의 효력의 소멸시기를 정하는 기한을 「종기」라고 한다.

나. 확정기한·불확정기한

시기가 확정되어 있는 기한을 확정기한이라고 한다. 이에 대하여 시기가 확정되어 있지 아니한 기한을 불확정기한이라고 한다. 예를 들어, '앞으로 3개월 후'는 확정기한이고 '甲이 사망하였을 때'는 불확정기한이다.

3. 기한과 친하지 아니한 법률행위

조건과 친하지 않은 법률행위는 대체로 기한과도 친하지 아니하다. 행위 시에 바로 효력이 발생하여야 하는 법률행위, 예를 들어 혼인, 입양, 상속의 승인에는 시기를 붙일 수 없다. 또한 상계와 같이 소급효가 있는 행위에 시기를 붙이는 것은 허용되지 않는다(제493조제1항 참조). 그러나 시기는 효력의 발생을 불확실하게 하는 것이 아니므로, 조건과 친하지 아니한 어음행위나 수표행위라도 이에 대해서 시기를 붙이는 것은 허용된다. 종기를 붙일 수 없는 법률행위에 관하여는 해제조건에서와 대체로 같다.

4. 기한부 법률행위의 효력

가. 기한의 도래

기한이 기일 또는 기간에 의하여 정하여져 있는 경우에는 기일의 도래 또는 기간의 경과로써 기한은 도래한다. 그러나 일정한 사실의 발생을 기한으로 한 경우에는 그 사실이 발생한 때에 기한이 도래하는 것은 물론이지만 기한은 본질상 반드시 도래하여야 하는 것이므로 그 사실이 불발생으로 확정된 때에도 기한이 도래 한 것으로 보아야 한다. 또한 기한이익을 포기하거나 상실한 때에도 기한은 도래한 것으로 된다.

나. 기한도래 전의 효력

기한부 권리 역시 조건부권리와 마찬가지로 기대권으로서 보호된다. 특히 시기부 권리의 경우 기한이 도래할 때까지 반드시 일정한 시간이 경과하여야 하는 것이므로 그 동안에도 보호할 필요가 있게 된다. 민법은 이를 위해 기한부 권리는 조건부 권리와 유사하므로 제148조[조건부 권리의 침해금지] 및 제149조[조건부 권리의 처분]을 기한부 법률행위에 관하여 준용하고 있다(제154조).

다. 기한도래 후의 효력

시기부 법률행위는 기한이 도래하면 효력을 발생한다(제152조제1항). 종기부 법률행위는 기한이 도래한 때로부터 그 효력이 소멸한다(같은 조 제2항). 기한의 효력에는 성질상 소급효가 있을 수 없다. 또한 기한도래의 법률효과는 절대적이므로 당사자의 특약으로 소급효를 발생시킬 수 없다.

5. 기한의 이익

가. 기한의 이익의 의의

기한의 이익은 「시기 또는 종기가 도래하지 아니함으로써 당사자가 받는 이익」을 말한다. 시기부 법률행위에서는 법률행위의 효력이 아직 발생하지 않는데서 받는 이익을 말하고 종기부 법률행위에서는 법률행위의 효력이 소멸하지 않는 데에서 받는 이익이다.

기한의 이익은 채권자만이 가지는 경우(예: 무상임치, 제693조 참조), 채권자·채무자 쌍방이 가지는 경우(예: 이자있는 정기예금) 등이 있으나 채무자만이 기한의 이익을 가지는 경우가 일반적이므로 민법은 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다(제153조제1항).

나. 기한의 이익의 포기

채무자는 기한의 이익은 포기할 수 있으나 이에 의하여 상대방의 이익을 해하지 못한다(제153조제2항). 기한의 이익의 포기는 소급효가 없으므로 장래를 향하여만 효력이 있다.

1) 일방적 기한 이익

기한의 이익이 당사자의 일방에게만 있는 경우에는 상대방에 대한 일방적 의사표시에 의하여 임의로 이를 포기할 수 있다. 예컨대, 무이자부 소비대차의 차주(借主)는 언제든지 반환할 수 있고 무상임치인은 언제든지 반환을 청구할 수 있다.

2) 쌍방적 기한 이익

기한의 이익이 상대방을 위하여서도 존재하는 경우에는 상대방의 손해를 배상하고 포기할 수 있다고 할 것이다.

다. 기한의 이익의 상실

다음의 경우에는 채무자가 경제적 신용을 잃게 되었으므로 채권자는 기한의 도래까지 기다릴 수 없고 이에 따라 채무자는 기한의 이익을 상실한다. 따라서 채무자로서는 채권자의 기한 전의 이행청구를 거절할 수 없다.

① 채무자가 담보를 손상하거나 감소 또는 멸실하게 한 때(제388조제1호)

② 채무자가 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때(제388조제2호)

③ 채무자의 파산(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제425조)

제 4 절 기 간

Ⅰ. 기간의 의의

제156조(기간의 기산점) 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다.

제157조(기간의 기산점) 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다.

제158조(연령의 기산점) 연령계산에는 출생일을 산입한다.

제159조(기간의 만료점) 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다.

제160조(역에 의한 계산) ① 기간을 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 역에 의하여 계산한다.
② 주, 월 또는 연의 처음으로부터 기간을 기산하지 아니하는 때에는 최후의 주, 월 또는 연에서 그 기산일에 해당한 날의 전일로 기간이 만료한다.
③ 월 또는 연으로 정한 경우에 최종의 월에 해당일이 없는 때에는 그 월의 말일로 기간이 만료한다.

제161조(공휴일 등과 기간의 만료점) 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.

기간이라 함은 어느 시점에서 다른 시점까지 사이의 시간의 양을 말한다. 시간은 사건으로서 다른 법률사실과 결합하여 법률요건으로 되는 수가 많다. 성년·최고기간·실종기간·기한·시효 등이 예이다.

Ⅱ. 기간의 계산방법

1. 자연적 계산방법

자연적 계산방법은 실제 그대로 시간을 계산하기 때문에 정확하지만 불편하다. 민법은 시·분·초를 단위로 하는 기간의 계산을 자연적 계산방법에 의한다. 이에 의하면 즉시로부터 기산하여 정해진 시·분·초의 종료기에 만료한다(제156조).

2. 역법적 계산방법

역법적 계산방법은 일·주·월·년을 단위로 하는 기간을 역에 따라서 계산한다. 민법은 장기간에 관하여는 역법적 계산방법에 의한다.

가. 기 산 점

기간의 초일은 이를 산입하지 않는다. 그러나 기간이 오전 0시로부터 시작하는 경우(제157조 단서)와 연령계산의 경우에는 초일을 산입한다(제158조).

나. 만 료 점

기간 말일의 종료로 기간은 만료된다(제159조). 예를 들어 어떤 행위를 하여야 하는 종기 또는 유효기간이 만료되는 시점을 「일」로 정하였다면 그 기간의 만료점은 그날 오후 12시가 된다. 기간을 주·월·년으로 정한 때에는 이를 일로 환산하지 않고 역(曆)에 따라 계산한다(제160조제1항). 이 경우 처음부터 계산하지 않을 때에는 최후의 주·월·년에서 기산점에 해당하는 날의 전일로 기간은 만료한다(제160조제2항). 그리고 윤년(閏年)의 경우에는 해당일이 없는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 그 월의 말일로써 기간이 만료 한다(제160조제3항). 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 기간은 그 익일로 만료한다(제161조). 이 규정은 기간기산의 초일이 공휴일인 때에는 그 적용이 없다.

기간계산의 구체적인 예는 다음과 같다.

① 4월 1일 오전 9시부터 10시간이라고 하는 경우에는 만료점은 4월 1일 오후 7시가 종료한 때이다(제156조).

② 2004년 4월 15일 오전 10시부터 7일간이라고 하는 경우에는 기산점은 4월 16일이고 만료점은 4월 22일 오후 12시가 된다(제157조, 제159조).

③ 1984년 4월 20일 오전 10시에 출생한 자는 2004년 4월 20일 오전 0시에 성년이 된다(제158조, 제159조).

④ 2월 28일 오후 2시부터 1개월이라고 하는 경우에는 기산점은 3월 1일이고 만료점은 4월 1일의 전일(前日)인 3월 31일이다(제160조제2항).

⑤ 2004년 1월 30일부터 1개월이라고 하는 경우에는 기산점은 1월 31일이고 만료점은 2월 29일 오후 12시가 된다.

Ⅲ. 기간 역산(逆算)의 계산방법

기간계산방법은 일정한 기산일로부터 소급하여 거꾸로 계산하는 경우에 관하여도 유추적용된다고 할 것이다. 예를 들어, 사단법인의 사원총회를 1주일 전에 통지한다고 할 때에, 사원총회일이 3월 15일이라고 한다면, 14일이 기산점이 되어 그 날로부터 역으로 7일을 계산한 날의 말일인 8일의 오전 0시에 만료하기 때문에, 7일중으로 총회 소집 통지가 발송되어야 한다.

제 5 절 소멸시효

Ⅰ. 총 설

1. 의 의

시효는 일정기간 동안 사실상태가 계속된 경우에 그 사실상태가 진실한 권리관계에 합치되는가와 상관없이 그 사실상태 대로 권리관계를 인정하려는 제도이다. 이에는 취득시효와 소멸시효가 있다. 권리를 행사하고 있는 사실상태가 일정한 기간 계속한 경우에 권리의 취득을 인정하는 것이 「취득시효」이고, 권리불행사의 상태가 일정기간 계속된 경우에 권리의 소멸을 인정하는 것이 「소멸시효」이다.

우리 민법은 소멸시효만을 총칙편에서 규정하고, 취득시효는 물권의 취득에만 관련되어 있으므로 이에 관해서는 물권편에서 규정하고 있다.

2. 시효제도의 존재이유

일반적으로 시효제도의 존재이유를 법률생활의 안정과 평화의 달성, 증거보전의 곤란으로부터의 구제, 권리 위에 잠자는 자의 보호불필요에서 찾는다. 판례는 시효제도를 일정기간 계속된 사회질서를 유지하고, 시간의 경과로 인하여 곤란하게 되는 증거보전으로부터의 구제, 그리고 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자를

법적 보호에서 제외하기 위하여 제정된 제도[82]로 이해한다. 이러한 판례에 따르면, 시효제도의 존재이유는 영속된 사실상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는데 있다.[83]

Ⅱ. 제척기간과 소멸시효

1. 의 의

제척기간은 법률이 규정하는 '권리의 존속기간'이다. 따라서 그 기간 내에 권리를 행사하지 않으면 제척기간이 만료되어 그 권리는 당연히 소멸하게 된다. 제척기간을 두는 이유는 그 권리를 중심으로 하는 법률관계를 조속히 확정지으려는 데 있고, 이것은 특히 형성권의 행사에서 강하게 요청된다.

2. 소멸시효와의 차이점

소멸시효가 완성되면 권리가 소멸하므로 제척기간은 소멸시효와 같은 면이 있다. 그러나 다음과 같은 내용에서 제척기간은 소멸시효와 차이가 있다.

가. 소급효의 부인

제척기간에 의한 권리의 소멸은 소급효가 없는 데 대하여, 소멸시효에 의한 권리의 소멸은 소급효가 있다. 즉 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생기지만(제167조), 제척기간은 기간이 경과한 때로부터 장래에 향해 그 권리가 소멸한다.

나. 중단의 여부

소멸시효에는 권리자의 청구나 압류 등 또는 채무자의 승인의 사유로 인하여 시효진행의 중단이라는 것이 있는데 반하여(제168조·제178조), 제척기간에는 제척기간의 중단이라고 하는 것이 없다.[84] 제척기간에 있어서는 권리자의 권리의 주장이 있으면 그대로 효과가 발생하는 것이고, 이를 기초로 하여 다시 제척기간은 갱신되지 않는다.

82) 대판(전원합의체) 1976.11.6, 76다148
83) 대판(전원합의체) 1992.3.31, 91다32053
84) 대판 2003.1.10, 2000다26425.

다. 포기의 가부

시효의 이익은 시효기간이 완성 후에 이를 포기할 수 있으나(제184조제1항), 제척기간의 경과로 권리는 당연히 소멸하게 되므로 제척기간에는 포기가 인정되지 않는다.

라. 소송상의 주장

제척기간에 의한 권리의 소멸은 당사자의 주장을 기다리지 않고 법원이 할 '직권조사사항'인 데 대하여, 소멸시효의 주장은 변론주의에 의존하고 있으므로 소멸시효는 이를 당사자들이 소송에서 주장하여야 하고 법원의 직권조사사항이 아니다.

3. 제척기간·소멸시효기간의 구별 기준

일반적으로 법률규정의 문구에 의하여 소멸시효와 제척기간을 구분한다. 즉 조문에 "시효로 인하여"라고 규정되어 있는 것은 소멸시효기간이고 그렇지 않은 것은 제척기간이라고 할 것이다. 그러나 이러한 형식에 얽매어 제척기간과 소멸시효를 구분할 수는 없고, 권리의 성질이나 규정의 취지 등을 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다.

Ⅲ. 소멸시효의 요건

소멸시효제도는 다음의 요건을 충족하여야 한다.

1) 권리가 그 성질상 시효로 소멸할 수 있는 것이어야 한다.
2) 권리자가 법률상 그의 권리를 행사할 수 있어야 한다.
3) 권리자가 일정한 기간 계속하여 권리를 행사하지 않아야 한다.

> **제162조(채권, 재산권의 소멸시효)** ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
> ②채권 및 소유권이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 소멸시효의 대상

소멸시효의 목적이 되는 권리는 '재산권'뿐이다. 비재산권으로서 가족권, 인격권 등은 소멸시효의 대상이 아니다.

가. 소 유 권

소유권은 그 권리의 항구성으로 인하여 시효로 소멸하지 않으며, 소유권에 기한 물권적 청구권도 소멸시효에 걸리지 않는다(통설).

나. 채 권

1) 통상의 채권 – 채권은 10년의 소멸시효에 걸린다(제162조제1항).

2) 소유권이전등기청구권

부동산 매매계약이 체결되면 매도인은 그 소유권이전의무를 부담하게 되는데, 물권변동의 형식주의를 취하고 있는 우리 민법의 체계에서는 소유권이전의무는 소유권이전의 물권적 합의와 등기를 이전하여야 한다(제186조). 이로부터 부동산의 매수인은 소유권이전등기청구권을 취득하게 되는데, 이는 채권적 청구권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다(제162조제1항).

그러나 이러한 소유권이전등기청구권과 관련하여, 판례는 「부동산의 매수인이 목적물을 인도받아 사용·수익하고 있는 경우」에는 소유권이전등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 본다. 즉 판례는 부동산의 실질적 점유를 중시하여, 매수인이 매도인으로부터 목적물을 인도받아 사용·수익하고 있으면 이러한 사용·수익을 통하여 소유권이전등기청구권을 계속해서 행사하고 있는 것으로 보아 소멸시효가 완성되지 않는다고 본다.[85)]

3) 형성권의 문제

형성권에서는 형성권의 행사로서 권리자의 의사표시가 있으면 그것만으로써 법률효과가 생기므로 권리불행사라고 하는 소멸시효의 요건이 성취될 여지가 없다. 또한 소멸시효에서의 중단이라는 문제도 형성권에서는 발생할 여지가 없다. 따라서 형성권에 관하여 권리행사의 기간이 정하여져 있는 경우에는 이를 '제척기간'이라고 해석하여야 할 것이다.

85) 대판(전원합의체) 1976.11.6, 76다148; 대판 1999.3.18, 98다32175 등.

2. 권리의 불행사

가. 권리 불행사의 의의

채권은 '권리를 행사할 수 있는 때'로부터 진행하여 10년간 권리를 행사하지 않으면 시효로 소멸한다(제166조제1항). 즉 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리를 행사하지 않은 때로부터 소멸시효의 기간이 기산된다. 그러므로 「권리행사를 할 수 없는 때」에는 소멸시효가 진행될 수 없다. 여기서 권리를 행사할 수 없는 때라 함은 권리를 행사하는데 법률상의 장애가 없는 '법률상 행사할 수 없는 때'만 말하고 사실상 행사할 수 없는 때는 포함되지 않는다. 이를 테면, 이행기의 미도래, 정지조건의 미성취 등과 같은 사유로 권리를 행사할 수 없는 때에는 소멸시효의 진행이 되지 않으나, 권리자가 권리의 존재를 몰랐다는 등의 개인적 사정은 소멸시효의 진행을 막지 못한다. 또한 채권에 동시이행의 항변권이 있다 하더라도, 채권자는 이행기 이후에 자신의 급부를 제공하면 언제라도 상대방의 급부를 청구할 수 있는 권리를 행사할 수 있으므로 '이행기로부터' 소멸시효가 진행한다.[86]

나. 기 산 점

제166조(소멸시효의 기산점) ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.
② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행한다.

1) 채무불이행에 의한 손해배상청구권

채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 기산점에 대해서는 손해배상청구권은 본래의 채권의 변형물에 불과하기 때문에 '본래의 채권을 행사할 수 있는 때'부터 기산하여야 한다.

2) 불법행위로 인한 손해배상청구권

불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점은 손해가 객관적·구체적으로 발생한 때이다. 민법은 불법행위와 관련하여 '피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년'과 '불법행위를 한 날로부터 10년'의 소멸시효를 규정하고 있다(제766조).

86) 대판 1991.3.22, 90다9797.

다. 소멸시효기간

제163조(3년의 단기소멸시효) 다음 각 호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
1. 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권
2. 의사, 조산사, 간호사 및 약사의 치료, 근로 및 조제에 관한 채권
3. 도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권
4. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사에 대한 직무상 보관한 서류의 반환을 청구하는 채권
5. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권
6. 생산자 및 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가
7. 수공업자 및 제조자의 업무에 관한 채권

제164조(1년의 단기소멸시효) 다음 각 호의 채권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체의 권리는 시효에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 금전의 지급을 목적으로 하는 지방자치단체에 대한 권리도 5년간 행사하지 않으면 소멸한다.(지방재정법 제82조)
1. 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 체당금의 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 유숙에 관한 교주, 숙주, 교사의 채권

제165조(판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효) ① 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
② 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권도 전항과 같다.
③ 전2항의 규정은 판결확정당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권에 적용하지 아니한다.

통상의 채권은 10년이고(제162조제1항) 기타의 재산권은 20년이다(같은 조 제2항). 이러한 채권 가운데에도 3년(제163조), 1년의 단기소멸시효(제164조)가 적용되는 채권이 있다.

상행위로 생긴 채권의 소멸시효기간은 5년이다(상법 제64조). 다만 단기의 소멸시효에 걸리는 채권이라도 일단 확정판결에 의하여 권리관계가 확정된 경우에는 10년으로 시효 소멸한다(제165조). 판결에 의하여 확정된 채권이 또 단기소멸시효에 걸리는 것으로 한다면, 권리의 보존을 위하여 여러 번 중단의 절차를 거쳐야 하는 불편 등을 고려하여 확정판결을 받은 경우에는 그 소멸시효는 그 단기소멸시효가 아니라 10년의 시효로 소멸한다.

Ⅳ. 소멸시효의 중단

1. 소멸시효 중단의 의의

제168조(소멸시효의 중단사유) 소멸시효는 다음 각 호의 사유로 인하여 중단된다.
1. 청구
2. 압류 또는 가압류, 가처분
3. 승인

제169조(시효중단의 효력) 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다.

제170조(재판상의 청구와 시효중단) ① 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다.
② 전항의 경우에 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상청구로 인하여 중단된 것으로 본다.

제178조(중단후의 시효진행) ① 시효가 중단된 때에는 중단까지에 경과한 시효기간은 이를 산입하지 아니하고 중단사유가 종료한 때로 부터 새로이 진행한다.
② 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 전항의 규정에 의하여 재판이 확정된 때로부터 새로이 진행한다.

원래 소멸시효는 법률이 권리 위에 잠자는 자의 보호를 거부하고 사회생활상 영속되는 사실상태를 존중하여 여기에 일정한 법적 효과를 부여하는 제도인데, 소멸시효가 진행하는 도중에 권리자가 권리를 행사하면 더 이상 소멸시효는 진행되어서는 안된다. 이처럼 권리의 불행사라는 소멸시효의 기초가 되는 사실을 깨뜨리고 권리의 행사라는 사정이 발생한 경우에는 이미 진행한 시효기간의 효력을 상실시키는 제도가 소멸시효의 중단이다.

권리의 불행사를 중단케 하는 권리자 또는 의무자의 일정한 행위가 있어 소멸시효가 중단되면, 그때까지 경과한 시효기간은 산입하지 않게 되고, 중단사유가 종료한 때로부터 다시 새로이 소멸시효는 진행한다(제178조).

2. 시효중단의 사유

민법은 소멸시효의 중단의 사유를 다음과 같이 규정한다(제168조 이하). 민법상 시효

중단의 사유에는 권리자가 자기의 권리를 주장하는 것으로서 '청구'와 '압류·가압류·가처분'이 있고, 의무자가 진실한 권리를 인정하는 것으로서 '승인'이 있다(제168조).

가. 청구(제168조제1호)

청구는 권리를 행사하는 것이다. 청구에는 '일반적인 청구'와 '재판상의 청구'가 있다. 일반적인 청구는 재판 외에서 청구하는 것을 말한다. 이에 대해서 재판상의 청구란 소(訴)를 제기하는 것을 말한다. 여기에서의 재판상의 청구는 민사소송이어야 한다(제170조). 행정소송은 '과세처분의 취소 또는 무효 확인을 구하는 소'를 제외하고 민사상 소멸시효의 중단사유가 되지 않는다.[87] 이외에도 파산절차 참가(제171조)·지급명령(제172조)·화해를 위한 소환(제173조 전단)·임의출석(제173조 후단)·최고(제174조)가 있으면 권리의 행사로서 소멸시효의 진행은 중단된다. 이 중 최고는 채권자가 채무자에 대하여 이행을 청구하는 채권자의 의사의 통지로서 최고 후 6개월 이내에 위에서 말한 여러 청구 중 어느 것 또는 뒤에 말하는 압류·가압류·가처분의 방법을 취하지 않으면 중단의 효력이 생기지 않는다(제174조). 법령이나 조례에 따라 지방자치단체가 하는 납입 고지(지방재정법 제84조)는 시효 중단의 효력이 있다. 납입의 고지의 대상이 된 권리의 발생원인이 공법상의 것이거나 사법상의 것이건 시효중단의 효력이 있다 판결[88]하고 있으므로 지방자치단체가 가지는 민사채권의 보전을 위하여 지방자치단체가 상대방에게 납입고지를 하면 시효가 중단된다.

나. 압류·가압류·가처분(제168조제2호)

압류는 확정판결 기타의 집행권원(과거에는 채무명의)에 기하여 행하는 강제집행이고(민사집행법 제24조, 제56조, 제188조 이하), 가압류·가처분은 강제집행을 보존하는 절차이다. 압류·가압류·가처분은 반드시 재판상의 청구를 전제로 하지 않을 뿐만 아니라 또 판결이 있는 경우라도 그 후 새로이 시효가 진행하는 것이므로 재판상의 청구와는 별개의 시효중단사유로 된다.

다. 승인(제168조제3호)

승인은 시효의 이익을 받을 당사자가 시효로 말미암아 권리를 잃을 자에 대하여 그

87) 대판(전원합의체) 1992.3.31, 91다32053.
88) 대판(전원합의체) 1977. 2. 8. 선고 76다1720. 대법원 2001. 12. 14. 선고 2001다45539

권리를 인정한다고 하는 관념의 통지이다. 소멸시효의 이익을 받을 자(예: 채무자)가 스스로 자기의 채무를 인정하는 경우에는 소멸시효를 통해서 권리를 소멸케 할 필요가 없다. 따라서 채무자 측에서 적극적으로 채무의 존재를 인정하는 승인을 하면, 소멸시효는 중단되어야 한다.

3. 시효중단의 효력

시효가 중단되면 그때까지 경과한 시효기간은 이를 산입하지 않는다(제178조제1항 전단). 이 시효중단은 당사자 및 승계인 간에 있어서만 효력이 있다(제169조). 여기서 당사자는 시효중단행위에 관여한 자를 말한다. 그리고 승계인은 시효중단에 관여한 당사자로부터 중단의 효과를 받는 권리를 그 중단효과 발생 이후에 승계한 자를 말한다. 여기에서 승계인은 포괄승계인과 특정승계인의 양자가 모두 포함된다. 이처럼 중단의 효력은 상대적이므로 제3자에 대하여는 그 효력이 미치지 않는다.

Ⅴ. 소멸시효의 정지

1. 의　　의

제179조(제한능력자의 시효정지) 소멸시효의 기간만료 전 6개월 내에 제한능력자에게 법정대리인이 없는 경우에는 그가 능력자가 되거나 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다.

제180조(재산관리자에 대한 제한능력자의 권리, 부부 사이의 권리와 시효정지) ① 재산을 관리하는 아버지, 어머니 또는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자가 되거나 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 아니한다.
② 부부 중 한쪽이 다른 쪽에 대하여 가지는 권리는 혼인관계가 종료된 때부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 아니한다.

제181조(상속재산에 관한 권리와 시효정지) 상속재산에 속한 권리나 상속재산에 대한 권리는 상속인의 확정, 관리인의 선임 또는 파산선고가 있는 때로부터 6월내에는 소멸시효가 완성하지 아니한다.

제182조(천재 기타 사변과 시효정지) 천재 기타 사변으로 인하여 소멸시효를 중단할 수 없을 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1월내에는 시효가 완성하지 아니한다.

소멸시효의 정지는 시효가 완성할 무렵에 이르러 권리자가 시효를 중단시키는 것이 불가능하거나 또는 대단히 곤란한 사유가 있는 경우에, 그 사정이 소멸한 후 일정한 유예기간 동안만 시효기간의 진행을 멈추게 하였다가 계속하여 나머지 기간을 진행하게 하는 제도이다.

시효의 정지에서는 정지사유가 그친 뒤에 일정한 유예기간이 경과하면 시효는 완성하는 것이며, 소멸시효의 정지는 이처럼 이미 경과한 기간이 무(無)로 돌아가지 않는다는 점에서 소멸시효의 중단과 다르다.

2. 시효정지의 사유

가. 제한능력자를 위한 정지

소멸시효의 기간만료 전 6개월 내에 제한능력자의 법정대리인이 없는 때에는 그가 능력자가 되거나 또는 법정대리인이 취임한 때로부터 6개월 내에는 시효가 완성하지 않는다(제179조). 그리고 재산을 관리하는 부·모 또는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자가 되거나 또는 후임의 법정대리인이 취임한 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성하지 않는다(제180조제1항).

나. 혼인관계의 종료에 의한 정지

부부의 일방의 타방에 대한 권리는 혼인관계가 종료한 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성하지 않는다(제180조제2항). 여기서 혼인관계의 종료란 부부일방의 사망이라든가 혼인의 취소 및 실종선고 그리고 이혼을 말한다.

다. 상속재산에 관한 정지

상속재산에 속하는 권리나 상속재산에 대한 권리는 상속인의 확정, 관리인의 선임 또는 파산선고가 있는 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성하지 않는다(제181조).

라. 사변에 의한 정지

천재 기타 사변으로 말미암아 소멸시효를 중단할 수 없는 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1개월 내에는 시효가 완성하지 않는다(제182조).

Ⅵ. 소멸시효의 효력

1. 소멸시효 완성의 효과

제167조(소멸시효의 소급효) 소멸시효는 그 기산일에 소급하여 효력이 생긴다.

제183조(종속된 권리에 대한 소멸시효의 효력) 주된 권리의 소멸시효가 완성한 때에는 종속된 권리에 그 효력이 미친다.

제184조(시효의 이익의 포기 기타) ① 소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다.
② 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없으나 이를 단축 또는 경감할 수 있다.

〈참 고〉

제742조 (비채변제) 채무없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

제744조 (도의관념에 적합한 비채변제) 채무없는 자가 착오로 인하여 변제한 경우에 그 변제가 도의관념에 적합한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

민법은 소멸시효의 효과에 관하여 단지 "소멸시효가 완성한다."고 규정할 뿐(제162조, 제163조, 제164조 등) 구체적으로 그 완성의 효과가 무엇인가에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 소멸시효가 완성되면 권리가 당연히 소멸한다고 하는 이른바 「절대적 소멸설」과, 소멸시효가 완성되면 원용권(권리소멸을 주장할 수 있는 권리)이 생기고 그 권리를 행사할 때 비로소 권리가 소멸한다고 하는 이른바 「상대적 소멸설」이 대립되고 있다. 다수의 견해는 현행민법이 구민법과는 달리 시효의 원용에 관한 규정을 두고 있지 않은 점을 들어 절대적 소멸설을 따르고 있다.[89)]

문제는 '채무자가 소멸시효 완성 후에 자신의 채무를 변제하는 경우'이다. 이에 관하여 상대적 소멸설은 시효가 완성되더라도 시효완성의 원용이 없는 동안은 채권은 소멸하지 않으므로 유효한 채무의 변제가 된다고 한다. 이 경우 채무자의 소멸시효완성에 따른 원용권의 포기로 보아 법리상의 문제될 것이 없다. 그러나 절대적 소멸설에 의하면, 시효의 완성으로 채권이 소멸하여 더 이상 채무가 존재하지 않게 됨에 따라 채무자가 소멸시효완성 후에 하는 변제는 비채변제로서 부당이득으로서 반환되어야 하는 문제가 발생한다. 그렇지만 절대적 소멸설도 채무자가 시효완성의 사실을 알고

89) 대판 1980.1.29, 79다1863.

변제를 하면 부당이득법상 채무 없음을 알고서 한 비채변제(제742조)가 되어 채무자로서는 그 반환을 청구하지 못하고, 만일 채무자가 시효완성의 사실을 모르고 변제한 때에는 도덕관념에 적합한 비채변제(제744조)에 해당되어 그 반환을 청구할 수 없다고 본다. 이러한 점에서 볼 때, 해석의 결과에서는 양설의 차이가 없다.

2. 소멸시효의 소급효

소멸시효는 그 기산점에 소급하여 효력이 생긴다(제167조). 원래 시효제도는 그 시효기간 동안 계속한 사실상태를 권리상태로 끌어올리는 것이므로 이와 같이 소급효를 인정하는 것이 타당하기 때문이다. 따라서 소멸시효로 채무를 면하는 자는 기산점 이후의 이자를 지급할 필요가 없다. 다만 시효로 소멸하는 채권이 소멸시효 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 채권자는 상계할 수 있다(제495조).

3. 소멸시효의 이익의 포기

가. 시효기간 완성 전의 포기

소멸시효의 이익은 시효기간이 완성하기 전에 미리 포기할 수 없다(제184조). 또한 소멸시효의 완성을 곤란하게 하는 특약, 즉 소멸시효를 배제·연장·가중하는 특약은 무효이다. 그러나 반대로 이를 단축 또는 경감하는 특약은 유효하다(제184조제2항).

나. 시효기간 완성 후의 포기

소멸시효가 완성한 후에는 시효이익을 포기하는 것은 허용된다(제184조제1항 반대해석). 시효이익의 포기는 처분행위이므로 포기자에게 처분능력과 처분권한이 있어야 한다. 한편 시효이익의 포기는 상대적 효과를 발행시키므로 포기한 자 이외의 자에게 영향을 미치지 않는다.

다. 종속된 권리에 대한 소멸시효의 효력

주된 권리의 소멸시효가 완성한 때에는 종속된 권리에 그 효력이 미친다(제183조). 예컨대, 원본채권이 시효로 소멸하면 이자채권 또한 소멸하게 된다.

생각해 보기

甲은 친구 乙에게 1억 원을 사업자금으로 빌려 주었다. 그런데 乙의 사업이 잘 되지 않아 乙은 10년이 지나서야 甲에게 빌린 1억 원을 변제하려고 한다.

[해　설]

상대적 소멸설에 의하면, 10년이 지났더라도 채무자 乙이 변제를 하여 오면 이는 채무자로서 소멸시효의 원용권을 포기한 것으로 되어 甲은 이를 수령할 수 있다. 이에 반해서 절대적 소멸설에 의하면 시효의 완성과 동시에 채권은 소멸하였으므로 채무가 없음에도 변제하는 것으로 된다. 乙이 시효완성을 알고 변제를 한 때에는 비채변제라도 이를 반환청구할 수 없다(제742조). 그러나 乙이 모르고 변제를 한 때에도 이는 도덕관념에 적합한 변제로서 이를 반환청구할 수 없다(제744조).

참고문헌

고상용, 민법총칙[전정판] (법문사, 1999)
곽윤직, 민법총칙[민법강의 I] 제7판 (박영사, 2003)
김기선, 한국민법총칙[제3전정판] (법문사, 1991)
김상용, 민법총칙[전정판 증보] (법문사, 2003)
김용한, 민법총칙[재전정판] (박영사, 1997)
김주수, 민법총칙[제5판] (삼영사, 2001)
김준호, 민법강의[신정4판] (법문사, 2004)
김증한·김학동, 민법총칙 제9판 (박영사, 1995)
김형배, 민법학강의 (신조사, 2000)
명순구, 민법총칙 (법문사, 2005)
백태승, 민법총칙 (법문사, 2000)
송덕수, 민법강의 (상) (박영사, 2004)
윤형열, 민법총칙 (법영사, 2005)
이영준, 한국민법론[총칙편] (박영사, 2004)
이은영, 민법총칙 제3판 (박영사, 2004)
장경학, 민법총칙 제3판 (법문사, 1990)
지원림, 민법강의 제3판 (홍문사, 2004)
편집대표 곽윤직, 민법주해 [I] (박영사, 1997)
편집대표 곽윤직, 민법주해 [II] (박영사, 1997)
편집대표 곽윤직, 민법주해 [III] (박영사, 1997)

Memo

2016년도 공통교재

민 법 총 칙

2016 2월 일 인쇄
2016 2월 일 발행

편 집 : 지방행정연수원 기획부

대표집필 : 배재대학교 법학과 교수 윤형렬

검 토 : 경기도 심성보

교 정 : 경기도 박경순

인 쇄 : 전북장애인보호작업장
TEL : (063) 227-9944
FAX : (063) 227-9947

※ 이 책자의 전문(全文)은 지방행정연수원 홈페이지(www.logodi.go.kr)에 게재되어 있습니다.

☎ 문의 : 063-907-5048 지방행정연수원 기획협력과 과장 정종훈
담당 신은영

〈비매품〉