2024년 공인노무사 1차 시험 대비
민법 체계 잡기 특강 강의자료

| 이동건 교수 |

목 차

Chapter 01. 소유권이전 과정		1
Chapter 02. 민법의 체계		2
Chapter 03. 공시의 원칙과 공신의 원칙		3
Chapter 04. 법률행위		4
Chapter 05. 거래의 안전을 위한 여러 제도		6
Chapter 06. 고의와 과실		8
Chapter 07. 민법 용어 설명		9

Chapter 01. 소유권이전 과정

사례) 갑은 1.1 을에게 자신의 건물을 10억원에 매도하고 1억원을 계약금으로 받았다. 을은 1.15 중도금으로 4억 원을 지급하기로 하고, 2.1 잔금과 등기권리증을 교환하기로 하였다. 2.1 을은 잔금을 지급한 뒤 등기권리증을 수령한 후 이를 기초로 등기소에 이전등기를 신청하여 2.15 을의 이름으로 이전등기가 경료되었다.

1. 매매계약 : 채권법의 영역

- 1) 계약에 의한 채권의 발생
- 2) 1.1. 시점에서는 건물 소유권이 이전되는 것이 아니라, 당사자는 건물과 대금에 대해서 채권,채무관계를 가질 뿐이다.
- 3) 채권행위 : 채권 혹은 채무를 발생시키는 법률행위

2. 소유권이전 계약 : 물권법의 영역

- 1) 2.1. 갑은 건물에 대한 집문서를 넘겨주고 을은 잔금을 지급하였다면 당사자간에는 건물과 대금에 대한 소유권 이전에 대한 합의가 묵시적으로 있었던 것이 된다.
- 2) 물권행위 : 소유권의 변동을 가져오는 법률행위

3. 소유권이전 시점

- 1) 2.1 당사자는 건물에 대한 소유권 이전의 합의를 하였으므로 건물의 소유권 이전 시점은 2.1인가? 일본은 2.1 시점에서 소유권이 이전된다. 등기는 대항요건일 뿐이다.
- 2) 그러나, 우리 민법은 물권변동이 있기 위해서는 원칙적으로 물권행위 이외에 등기를 요구하므로(186조 참조) 2.15이 되어야 을은 건물에 대한 소유권을 취득한다.

Chapter 02. 민법의 체계

1. 채권법

- 1) 채권자가 채무자에게 일정한 행위를 요구하는 권리를 다루는 법률관계
- 2) 특정인에게만 요구할 수 있다는 점에서 물권과 다르다.
- 3) 채권각론 : 채권의 발생원인을 다룬다.
 - ① 계약 ② 불법행위 ③ 부당이득 ④ 사무관리
- 4) 채권총론 : 위 4가지의 공통부분을 다룬다. 예를 들어 채무불이행이 발생할 때 채권자의 구제책은 채권총론의 핵심이 된다.

2. 물권법

물권이란 권리자가 물건(부동산이나 동산)을 직접 지배해서 얻는 배타적 권리를 말한다. 민법은 8가지 물권을 인정하고 있다.

3. 민법총칙

- 재산법의 총칙
 - 물권법과 채권법의 공통부분을 규정 : 독일식 판덱텐 시스템
 - ① 장점 : 조문 수를 줄일 수 있다
 - ② 단점 : 물권법과 채권법에 대한 기본이해가 선행되어야 한다.
- <누가> 채권행위와 법률행위를 할 수 있는가? : 3조~97조
- <법률행위> : 103조~154조

Chapter 03. 공시의 원칙과 공신의 원칙

1. 필요성

물권은 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리이므로 누가 어떤 물권을 가지고 있는지를 대외적으로 알려야 한다. 그 래야 그 사람의 물권을 침해하지 않을 것이다. (채권은 공시할 수가 없다. 어제 내가 친구에게 10만원 빌려준 것 을 무슨 재주로 모든 사람에게 알릴 수 있을까. 또, 알릴 필요도 없다)

2. 공시방법

1) 부동산 : 등기

이 건물에 저당권이 설정되어 있는지 혹은 누가 소유자인지 궁금하면 그 건물의 등기부를 보면 된다. 누구든지 볼 수 있다.

2) 동산 : 점유

동산은 사람이 움직일 수 있는 물건이므로 등기할 수가 없어서 공시하기가 어렵다. 누가 동산을 점유하고 있으 면 아, 저 사람이 소유자인가 일단 이렇게 추정할 수밖에 없다. 물권법에서 공부한다.

3. 공신의 원칙

1) 문제의 소재

우리는 공시방법을 믿고 거래할 수밖에 없다. 갑이 건물등기부에 소유자라고 등기되어 있으면 대부분 소유자가 맞을 것이다. 그런데 갑이 실제로는 소유자가 아닌 경우도 있을 수 있다.

이 때 “등기부를 믿고 거래한 사람은 보호되는가?” “이는 진정한 권리자를 보호할 것인가?” “거래의 안전을 중시 할 것인가?”의 문제인데

민법이나 판례는 어떤 경우에는 진정한 권리자를 보호하고 어떤 경우에는 거래의 안전을 택한다.

2) 부동산 : 공신의 원칙 부정

진정한 권리자를 보호한다. 즉 등기부를 믿고 거래한 자는 보호되지 않는다는 것이 원칙이다. (매수인은 역세계 채수 없는 사람이다) 그런데, 이걸 100% 관철하면 무서워서 거래할 수가 없을 것이다. 그래서 민법은 예외를 두는데 그것이 바로 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다” 라는 규정이다. 이의 의미는 후술한다.

정리하면, 등기부를 믿고 거래하였는데 그 등기부에 적힌 자가 권리자가 아닐 때 그와 거래한 자는 보호되지 않 는다. 다만, “선의의 제3자에게 대항하지 못한다” 라는 조문이 있으면 그는 보호된다. 따라서, 우리는 “선의의 제 3자 보호규정”이 어디에 있는지를 외워야 하는데 4군데 밖에 없으니 쉽게 외울 수 있다.

3) 동산 : 공신의 원칙 인정(=선의취득)

A가 실제 노트북의 주인인데 갑이 잠시 빌려서 쓰고 있다. 그런데 갑이 노트북을 점유하고 있는 것을 기회로 해 서 을에게 사기를 쳐서 팔았다면 을은 보호될 수 있는가?

만약 부동산처럼 매수인이 보호되지 않는다고 치자. 그렇다면 매수인들은 매매할 때마다 매도인이 실소유자인지 를 일일이 확인하여야 할 것이다. 동산은 하루에도 수백만건씩 전국각지에서 거래되고 있는데 이는 사실상 불가능하다.

그래서 민법은 어쩔 수 없이 동산의 경우에는 거래의 안전을 위해서 매수인을 보호한다. 이를 선의취득이라고 하는데 일정 요건이 필요한 것은 물론이다. 매도인이 소유자가 아닌 것을 뻔히 알면서 매수한 사람까지 보호할 수는 없지 않은가.

Chapter 04. 법률행위

법률행위란 권리(혹은 의무)의 변동(발생, 변경, 소멸)을 초래하는 일체의 법적인 행위를 말한다. 위에서 예를 든 채권행위와 물권행위는 대표적인 법률행위이다.

1. 사적자치

법률행위는 사적자치를 실현하는 수단이 된다. 자신이 원하는 물자를 계약에 의해서 조달하는 것을 생각해보면 법률행위는 민법에서 핵심이 되는 것임을 알 수 있다. 그런데 법률행위는 법적인 의사를 외부에 표시하여야 이루어지는데 이를 의사표시라고 한다. 의사표시는 법률행위의 핵심이다.

2. 종류

- 1) 계약 : 당사자의 합의하에 하는 것이다. 그런데 일방적으로 의사표시를 하여도 법률효과가 발생할 수 있을까?
- 2) 단독행위 : 사기당한 사람은 계약을 취소할 수 있다. 그러면 그 계약은 무효가 된다. 이 때 취소권을 행사하는 것도 법률행위인데 일방적으로 의사표시를 하므로 이를 단독행위라고 한다. 이러한 권리를 형성권이라고 한다.

3. 계약을 지키지 않아도 되는 경우

- 1) 무효사유의 존재
 - (1) 계약이 성립하였지만, 계약의 성립과정에 중대한 하자가 있으면 그 계약은 처음부터 효력이 발생하지 않는다. (권리·의무의 불발생. 따라서 받은 것은 부당이득이 되므로 돌려주어야 된다)
 - (2) 어떤 것이 중대한 하자인지 분쟁이 생길 수 있으므로 민법은 무효사유를 대개 명문으로 규정한다. 그러나, 의사무능력자의 경우처럼 해석상 인정되는 경우도 있다.
- 2) 취소권의 행사
 - (1) 계약을 체결할 때 무효에 이르는 심각한 잘못은 없었지만 무시할 수 없는 잘못이 있었을 때는 그 사람의 선택에 맡기는 제도이다.
 - (2) 4가지
 - ① 제한능력자가 법정대리인의 동의를 받지 않고 거래한 경우
 - ② 착오를 일으켜 거래한 자
 - ③ 사기나 강박을 당하여 거래한 자

〈무효와 취소의 사유〉

성립요건	효력요건	효력요건 결여시 법률효과	
당사자	1. 의사능력의 존재 2. 행위능력의 존재	1. 무효 2. 취소가능(취소하면 무효)	절대적 무효 (선의의 제3자 보호 규정 없음)
목적(내용)	1. 가능 2. 적법 3. 사회적 타당성	1. 원시적 불능 : 무효 2. 강행법규(효력규정) 위반 : 무효 3. 무효	
의사표시	1. 의사와 표시의 일치 2. 하자없는 의사표시	1. ① 비진의표시 - 일정한 요건하에 무효 ② 통정허위표시 - 무효 ③ 착오 - 취소 가능(취소하면 무효) 2. 사기·강박 - 취소 가능(취소하면 무효)	상대적 무효 (선의의 제3자 보호됨)

〈양자의 차이점〉

취소 사유가 있다 하더라도 취소권을 행사하지 않는 이상 그 계약은 유효하다. 그런데, 취소권자가 취소하는 것이 유리하다고 판단하면 그 계약을 취소시켜 처음부터 무효인 것으로 할 수 있다. 취소권자에게 선택권을 주는 것이다. (취소권을 행사하여 무효가 되면 부당이득의 문제가 생기는 것은 동일하다)
 그 외의 차이는 다음과 같다.

	무효	취소
주체	모든 사람(단 소의 이익은 필요)	취소권자만이 가능
주장기간	제한없다.	제척기간 내에만 가능(146조)
기간의 경과	계속 무효가 된다.	취소권이 소멸하므로 유효로 확정.
추인	불가(단 139조 단서 예외 있음)	가능(=취소권 포기)→확정적 유효

3) 해제권의 행사

(1) 해제권도 취소권과 같이 일방적으로 계약을 없애 버릴 수 있는 권리이다. 그런데, 아무 사유도 없는데 일방적으로 계약을 해제할 수는 없다. 그 요건이 필요한데, 그것은 바로 채무자가 채무불이행을 하는 경우이다. 이 때 채권자는 마냥 기다릴 수 없으니까 일정 요건하에 계약을 없앨 수 있다.

(2) 취소와의 비교

취소권이나 해제권이나 기존 계약을 없앨 수 있는 권리라는 점은 동일하다. 그러나 결정적인 차이가 있는데, 그것은 요건이다. 취소는 위에서 말한 4가지 사유 중의 하나가 발생하여야 한다. 해제는 상대방이 채무불이행을 한 경우이다. 앞으로 해제라는 말이 나오면 채무불이행을 반드시 떠올려야 한다.

4) 합의해제

쌍방이 합의하여 계약을 없애버리면 된다. 그러므로 합의해제도 계약의 일종이다. 이는 현실에서 굉장히 많이 발생한다. (자장면 시켰다가 자장면 매매계약을 취소하고 짬뽕으로 바꾸는 것을 생각해보라. 자장면 매매계약을 합의하에 해제한 것이다. 참고로 우리가 현실에서 취소라는 말을 많이 쓰는데 법적인 용어로는 틀린 말이다.)

5) 해지권의 행사

1) 해제와 해지의 차이는 딱 한가지만 다르므로 그것만 알면 된다. 계약을 해제하면 처음부터(소급적으로) 그 계약은 실효가 되는데 반해서 해지는 해지한 그 날부터 계약이 효력을 잃는 것이다.

2) 해지는 임대차와 같은 계속적 계약을 전제로 한다. 1년 임대차계약에서 임차인이 5,6월 두달 월세가 밀리면 임대인은 7월에 나가라고 할 수 있다. 이 때 임차인이 살았던 1~6월까지의 임대까지 부정할 이유가 없다. 따라서, 이런 경우를 해제와 구별하여 해지라고 하는 것이다.

Chapter 05. 거래의 안전을 위한 여러 제도

1. “대항하지 못한다”의 의미

A - B간에 어떤 (변화)사유가 있는데 이를 알지 못한 C가 B와 거래하였다고 하자. 이 때 A와 B는 C에게 그 사실을 주장할 수 없도록 만들어 C를 보호하는데 민법에서는 이를 '대항하지 못한다'라고 표현한다.

1) 민법총칙 규정

<p>제8조(영업의 허락)</p> <p>① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.</p> <p>② 법정대리인은 전항의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p> <p>제60조(이사의 대표권에 대한 제한의 대항요건)</p> <p>이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다.</p> <p>제60조의2(직무대행자의 권한)</p> <p>① 제52조의2의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 다만, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 직무대행자가 제1항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에도 법인은 선의의 제3자에 대하여 책임을 진다.</p> <p>제107조(진의 아닌 의사표시)</p> <p>① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.</p> <p>② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p> <p>제108조(통정한 허위의 의사표시)</p> <p>① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.</p> <p>② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p> <p>제109조(착오로 인한 의사표시)</p> <p>① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.</p> <p>② 전항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p> <p>제110조(사기, 강박에 의한 의사표시)</p> <p>① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.</p> <p>② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.</p> <p>③ 전2항의 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.</p>

2) 구체적 사례 (107조~110조)

부동산에서 공신의 원칙을 부정한 데 따른 보완책의 기능

- 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.(108조 2항)

사례) 채무자 을은 채권자 갑의 강제집행을 면할 목적으로 병과 짜고서 매매를 원인으로 소유권이전등기를 하였다. 병(무권리자)이 등기부에 자신이 소유자로 기재되어 있는 것을 기회로 정에게 매도하였다고 치자. 정은 등기부를 믿고 거래하였을 것인데 정은 보호될 것인가?

- 위 사례에서 허위표시는 무효이므로 등기와 관계없이 부동산소유권은 을에게 있다 (판례)
- 소유권은 물권이므로 을은 자기가 소유자임을 모든 사람에게 주장할 수 있다. 그러나, 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 하였으므로 을은 정에게는 소유권을 주장할 수 없다는 뜻이다. 따라서, 반사적으로 정이 소유자가 되니까 거래의 안전이 보호되는 것이다.

(정이 보호받기 위해서는 정이 선의라는 요건을 충족하여야 한다. 선의라는 것은 정이 병과 거래할 때 이전에 을과 병의 거래가 허위표시였다는 것을 몰라야 한다는 뜻이다)

비교사례) 갑은 그의 아파트를 을에게 매도하고 이전등기를 넘겨주었다. 후일 그 매매계약은 강행법규에 위배되어 무효라고 하자. 그런데 을은 자신에게 소유권등기가 있는 것을 기회로 병에게 이를 매도하고 등기를 넘겨주면 병은 소유자가 될 수 있을까? 없다. 강행법규 위반으로 계약이 무효가 되었을 때는 선의의 제3자를 보호하는 제도가 없기 때문이다.

3) 물권과 채권의 차이점 : 임차인의 보호 문제

2. 실종선고 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 실종선고 후 그 취소 전에 선의로 한 행위의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

3. 표현대리제도

1) 본인은 대리제도를 통하여 사적자치를 확대하는 이익을 갖는다. 따라서 대리인에게 대리권이 없다고 하여도 대리인에게 대리권이 있는 것처럼 보이는 것에 대해 본인이 일정한 원인을 준 경우에는, 대리권이 있는 것으로 믿은 상대방을 보호할 필요가 있으며 이 경우에는 본인이 그 무권대리행위에 따른 효과를 받는 것이 공평하다.

2) 표현대리의 요건

- ① 대리인에게 대리권이 없음에도 있는 것과 같은 외관이 존재하여야 한다.
- ② 이러한 외관을 형성한 데 대해서 본인이 일정한 원인을 준 것이어야 한다.
- ③ 상대방이 대리권의 외관을 믿은 것에 대해 보호할만한 가치가 있어야 한다. 민법은 선의·무과실(125조, 129조) 혹은 정당한 이유(126조)를 요구하고 있다.

제125조(대리권수여의 표시에 의한 표현대리) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자 간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

제129조(대리권소멸 후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 그러나 제3자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

Chapter 06. 고의와 과실

1. 형법

고의와 과실을 엄격하게 구별한다. 살인죄는 사형까지 받을 수 있는 죄이지만 과실치사죄는 최대 3년을 한도로 한다는 점에서 이는 극명하게 구별된다.

2. 민법

1) 손해배상의 2가지 발생원인

내가 고의로 상대방을 다치게 했건 실수로 다치게 했건 손해배상의 관점에서는 구별할 필요가 없다. 그래서 민사책임은 '과실책임의 원칙'이라고 하여 고의=과실로 취급한다. 이를 귀책사유라고도 한다.

제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.
제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
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) 과실과 관련된 민법 규정

제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.
제110조 (사기, 강박에 의한 의사표시) ② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.
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.
제125조(대리권수여의 표시에 의한 표현대리) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자 간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.
제129조(대리권소멸 후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 그러나 제3자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

3) 중과실과 관련된 경우

중대한 과실이란 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의를 현저하게 결여한 것을 말한다. 민법이나 판례는 중과실을 요건으로 하는 경우도 있다.

제109조(착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.
피해자가 대표기관의 행위가 직무권한 내에 해당하지 아니함을 알았거나 또는 중과실로 알지 못한 경우에는 법인에게 불법행위책임을 물을 수 없다(판례).
제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.
② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시으로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

Chapter 07. 민법 용어 설명

1. 각종 능력

1) 권리능력

각종 권리의 주체가 될 수 있는 자격을 말한다. 민법상 권리능력자에는 자연인(3조)과 법인(34조)의 두 가지가 있다.

2) 의사능력

당사자가 한 의사표시가 어떠한 법률 효과를 가져 오는지에 대해 판단할 수 있는 능력을 의사능력이라고 한다. 한 살짜리 애기도 토지소유권자가 될 수는 있지만 그 토지를 거래할 수는 없을 것이다. 법률행위를 하기 위해서는 권리능력 이외에 또 다른 능력이 요구되는 데 이를 의사능력이라고 하는 것이다.

3) 행위능력

① 개념의 필요성

의사무능력자는 행위 당시 의사무능력 상태임을 입증하여야 보호받을 수 있는데 이는 쉽지 않다. 반면에 상대방은 계약 등을 체결할 때 상대방이 의사능력자인지 일일이 확인을 하여야 할 것이다.

② 제한능력자

혼자서 법률행위를 할 수 있는 능력이 있는 자를 (행위)능력자라고 하고 그렇지 못하는 자를 제한능력자라고 한다. 의사능력을 획일화시킨 것이다. 미성년자는 대표적인 제한능력자이다.

4) 책임능력

(1) 불법행위에서 가해자에게 고의나 과실이 있다고 하는 것은 그가 일정한 정신능력을 가지고 있는 것을 전제로 한다. 즉, 자신의 행위가 위법한 것이어서 어떤 법률상의 책임이 발생한다는 것을 인식할 수 있는 능력을 책임능력이라고 하고 책임능력이 없다면 고의나 과실을 인정할 수 없어 불법행위는 성립될 수 없다. 이때는 이들의 감독자가 책임을 진다.

(2) 책임무능력자의 종류

① 미성년자가 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때.(753조)

② 심신상실자

2. 사용자책임

1) 사용자책임이란 자기와 사용관계에 있는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우에 사용자가 이로 인한 손해배상 의무를 피해자에게 대하여 부담하는 것을 말한다.(756조) 기업이 평소에 종업원을 고용하여 이익을 누리므로 손해가 발생한 때는 기업이 배상하는 것이 공평하다는 것이다.

2) **사용자의 면책** : 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 부진정 연대책무

1) 연대책무와 마찬가지로 수인의 채무자가 동일한 채무를 독립하여 각각 전액을 부담할 채무를 부담하고, 그 가운데의 한 사람 또는 수인이 1개의 급부를 하면 모든 채무자의 채무가 소멸하는 관계를 말한다.

2) 연대책무는 채무자끼리 연대의 약정이 있는 것임에 반해서 부진정 연대책무는 연대의 약정이 없는 경우이다.

3) 공동불법행위자의 책임은 그 전형적인 것이다.

4. 채권자대위권

- 1) 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 그의 채무자에게 속하는 권리를 행사할 수 있는 권리를 말한다.
- 2) 예컨대 자력이 없는 채무자가 제3자에 대하여 채권을 가지고 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않고 있는 경우에 채무자의 금전채권자가 이 채무자의 권리를 행사하고, 채무자에 갈음하여 제3자로부터 그 급부를 추심해서 이를 채무자의 일반재산에 보태는 것이 그 전형적인 예이다.

5. 변론주의와 예외

- 1) 변론주의

소송자료 즉 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 하는 입장이다. 따라서 당사자는 자기에게 유리한 사실을 주장하지 아니하였으면 그 사실은 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 된다.
- 2) 변론주의의 예외

당사자의 이의나 신청을 기다리지 않고 소송상의 사항에 관하여 법원이 스스로 조사하고 판단하는 것을 말한다. 역시 공익에 관한 것이다. 소송요건, 과실상계, 신의성실의 원칙은 그 대표적인 경우이다.

6. 임의법규와 강행법규

- 1) 임의법규

당사자가 법규정과 다른 합의를 할 수 있는 규정을 임의규정 또는 임의법규라고 한다.
- 2) 강행법규

당사자가 법규정과 다른 합의를 하여도 인정되지 않는 규정, 즉 당사자의 의사와 관계없이 언제나 적용되는 규정이 강행규정이다. 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계있는 규정이기 때문이다.

⇒ 어떠한 규정이 임의법규인지 강행법규인지는 결국 법관의 판결로 판가름 날 수밖에 없다.

7. 입증책임

- 1) 소송상 진위불명일 때 패소위험을 뜻한다. 예를 들어 대여금 소송에서 대여사실은 원고가 입증하여야 하는데 이것이 진위불명이면 대여사실이 없는 것으로 취급하여 원고패소 판결이 나는 것이다. 누가 입증책임을 부담하는가는 소송의 승패를 좌우하므로 매우 중요한데 이의 분배는 법규의 구조에서 찾는 것이 일반적이다.
- 2) 누구에게 입증책임이 있는지가 헷갈리는 경우에는 판례를 보아야 하는데 시험에도 자주 출제되므로 이는 무조건 외워야 되는 어려운 부분이다.
- 3) 입证的 곤란을 구제하기 위한 제도로서

(1) 추정

그 사실이나 법률관계를 다투는 자가 입증책임을 지고 그에 따라 반복될 수 있다는 점에 의미가 있다.

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

(2) 간주

그것이 사실에 부합하는지 여하를 불문하고 또 당사자가 반대의 사실을 입증하더라도 그것만으로는 반복되지 않고 그대로 그 효과를 발생한다는 점에서 추정과 다르다.

제28조(실종선고의 효과) 실종선고를 받은 자는 전조의 기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.

8. 권리의 분류

1) 지배권

타인의 행위를 필요로 하지 않고 객체를 직접 지배할 수 있는 권리이다. 물권은 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 배타적인 권리로서 전형적인 지배권이다.

2) 청구권

① 특정인이 특정인에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리이다. 점유취득시효 완성자의 등기청구권 등이 그러하다.

② 청구권은 채권에 의하여 발생하는 것이 보통이지만 물권, 가족관계에 의해서도 발생할 수 있다.

3) 항변권

청구권의 행사에 대해서 그 급부를 거절할 수 있는 권리이다. 민법에는 3가지가 있다.

① 일시적(연기적)항변권 : 동시이행의 항변권(536조), 보증인의 최고·검색의 항변권(437조)

② 영구적 항변권 : 상속인의 한정승인

4) 형성권

① 권리자의 일방적 의사표시로 법률관계를 형성(=권리의 변동)하는 권리이다. 동의권, 취소권, 추인권, 해제권, 해지권, 상계권 등이 그러하다. 이를 단독행위라고 한다.

② 형성권의 행사에는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는다.

③ 법정주의 : 누가 형성권을 가지는지는 법률에 의해 정해진다.

④ 민법에는 청구권이라고 표현되어 있지만 실질은 형성권인 권리가 다수 있다. 부속물매수청구권, 지상물매수청구권 등이 그러하다. 또한 형성권은 권리행사기간이 법정되어 있는 경우가 많다. 법률관계를 조속히 확정하기 위함이다. 이를 제척기간이라고 한다. 예를 들면, 취소권은 추인할 수 있는 날부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(146조)

9. 소급효가 있는 경우

민법은 형법과 달리 소급효를 인정하는 경우가 있다.

제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.

10. 일반조항

제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

② 권리는 남용하지 못한다.

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

1) 의미

신의성실의 원칙과 같이 극히 추상적인 기준만 제시하는 조항을 일반조항이라고 한다. 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다(103조)는 조항도 마찬가지이다. 이는 시대에 따라 그 내용이 부단히 진화됨으로써 이른바 살아있는 법을 만드는 역할을 한다.

2) 신의성실의 원칙의 사례

기본의무에 따르는 부수의무는 그 형태가 다양하여서 일일이 규정하는 것이 어렵다. 이 때 신의칙은 기본의무에 따르는 부수의무(보호의무, 설명의무, 고지의무 등)를 인정할 수 있는 근거가 된다.

① 보호의무

- ㉠ 숙박업자는 신의칙상 투숙객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담한다(대판 1997.10.10. 96다47302).
- ㉡ 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명이나 신체 또는 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구할 의무가 있다(대판 2001.7.27. 99다56734).
- ㉢ 병원은 입원환자에게 휴대품의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다(대판 2003.4.11. 2002다63275).

② 고지의무

부동산거래에서 신의칙상 고지의무는 직접적인 법령의 규정뿐만 아니라 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의해서도 인정될 수 있다(대판 2006. 10.12. 2004다48515). 이를 고지하지 않으면 부작위에 의한 사기가 되어 거래를 취소할 수 있다(110조).

- ㉠ 계약의 일방 당사자가 어떤 사정을 고지하였다면 상대방이 그 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것이 경험칙상 명백한 경우, 그 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다(대판 2013.11.28. 2011다59247).
- ㉡ 아파트 분양자는 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실을 분양계약자에게 고지할 신의칙상 의무를 부담한다(대판 2007.6.1. 2005다5812).

③ 설명의무

의사는 의료행위나 부작용의 위험성을 설명하여야 할 의무가 있고(대판 2002.1.11. 2001다27449), 한약업사는 신의칙상 매수인에게 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법 등을 상세히 알려줄 의무가 있다(대판 2002.12.10. 2001다56904).

3) 반사회질서 무효행위의 사례

형사사건에 관하여 체결된 성공보수약정이 가져오는 여러 가지 사회적 폐단과 부작용 등을 고려하면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 평가할 수 있다(대판 2015.7.23. 2015다200111 전원합의체).