

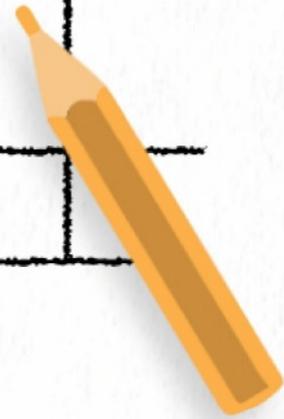


EBS  공인중개사 랜드하나

기본서

# 랜드하나 기본서 미리보기

기본서교재샘플 PDF



## 학습포인트

## 출제비중

‘민법의 기초’에서는 거의 출제되지 않는다. 그러나 실제 출제비중은 높지 않지만 민법을 공부하는데 기초가 되는 부분이므로 기초 개념을 확실히 다져놓아야 한다.

## 출제의 맥과 학습방법

- ① **권리변동의 모습** : 원시취득과 승계취득, 이전적 승계와 설정적 승계, 내용의 변경과 작용의 변경의 개념을 각각 비교하여 이해하고 그 예를 학습한다.
- ② **물권과 채권** : 물권과 채권의 개념을 확실하게 이해하고 두 권리의 차이점을 비교 정리한다.
- ③ **법률행위의 종류** : 단독행위와 계약, 의무부담행위와 처분행위, 채권행위와 채권양도, 출연행위와 비출연행위의 개념과 종류를 학습하고, 무권리자의 처분행위(유동적 무효)를 이해한다.
- ④ **법률행위의 요건** : 성립요건과 효력요건의 구별과 특별효력요건의 예를 학습하고, 성립요건과 효력요건의 구별 실익을 이해한다.

1회독    2회독    3회독   

## 제1절

## 법률관계와 권리·의무

## I 법률관계

## 1. 의 의

- ① 법률관계란 ‘사람의 생활관계 중에서 법에 의하여 규율되는 관계’를 말하며, 이외의 인간의 생활 관계는 인간관계라 한다.
- ② 법률관계는 법에 의하여 규율되므로 강제력을 특징으로 하지만, 그 외의 인간관계는 법 아닌 도덕·종교·관습 등의 사회규범에 의해 규율되게 된다.

## 2. 법률관계와 민법

- ① 법률관계는 궁극적으로는 사람과 사람과의 관계이며, 이는 법에 의하여 구속되는 자(의무자)와 법에 의하여 옹호되는 자(권리자)의 관계로 나타난다. 예를 들면 어느 부동산에 대하여 매매계약이 체결된 경우 매수인은 소유권이전을 청구할 권리가 있고 매도인은 소유권을 이전하여 줄 의무를 지며, 매도인은 매매대금을 청구할 권리가 있고 매수인은 매매대금지급의 의무를 진다. 이처럼 법률관계는 당사자 사이의 권리·의무관계로 설명될 수 있다.

- ② 이러한 당사자 사이의 권리·의무관계는 법에 의하여 규율될 필요가 있는데 이러한 ‘개인과 개인 사이의 법률관계(권리의무관계)를 규율하는 법’이 민법이다.

## II 권리와 의무

### 1. 의 의

- ① 권리란 일반적으로 ‘일정한 이익을 누릴 수 있도록 법이 인정한 힘’을 말하며, 의무란 ‘반드시 따라야 할 법률상의 구속’을 말한다.
- ② 권리와 의무는 대체로 서로 대응하는 관계에 있으나, 민법은 권리 중심으로 구성되어 있으므로 이하에서는 권리 중심으로 살펴보기로 한다.

### 2. 권리(權利)의 종류

#### (1) 내용에 의한 분류

- ① 인격권(人格權) : 사람의 생명·신체·자유·명예·정조 등 ‘권리자 자신의 인격 그 자체를 목적으로 하는 권리’를 말한다.
- ② 재산권
  - ㉠ 물권 : 물건을 직접 지배하여 그로부터 발생하는 이익을 배타적으로 누릴 수 있는 권리를 말한다(예 소유권, 점유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 저당권 등). 물권은 물건을 직접 지배하면서 누구에게나 주장할 수 있다는 점에서 절대권(絕對權) 또는 대세권(對世權)이라고도 한다.
  - ㉡ 채권 : 특정인(채권자)이 다른 특정인(채무자)에게 일정한 행위(급부)를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 채권은 특정한 사람에 대한 권리이므로 이를 상대권(相對權) 또는 대인권(對人權)이라고도 한다.
  - ㉢ 지식재산권 : 발명이나 저작과 같이 정신적·지능적 창작물을 독점적으로 지배하는 것을 내용으로 하는 권리를 말한다(예 특허권, 상표권, 디자인권, 저작권 등).
- ③ 가족권 : ‘부부친자친족과 같은 신분적 지위에 수반하여 생기는 가족관계의 이익을 내용으로 하는 권리’를 말하며, 친권(親權)이나 상속권 등이 있다.

#### (2) 작용(효력)에 의한 분류

- ① 지배권(支配權) : 권리자가 ‘권리의 객체를 직접 배타적으로 지배하는 권리’를 말하며, 권리자가 모든 사람에 대해 그 권리를 주장할 수 있다는 점에서 이를 절대권·대세권이라고도 한다(예 물권·인격권·가족권 등).

② 청구권(請求權)

- ㉠ 청구권이란 '권리자가 어떤 권리에 기초하여 의무자에 대해 특정의 행위(작위·부작위)를 청구할 수 있는 권리'를 말하며, 특정한 의무자에게 주장할 수 있다는 점에서 이를 상대권·대인권이라고도 한다.
- ㉡ 청구권은 어느 권리를 기초로 하느냐에 따라 채권적 청구권, 물권적 청구권, 상속회복청구권, 부양청구권 등이 있다.
- ③ 형성권(形成權) : 형성권이란 '권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 일정한 법률관계를 발생(발생·변경·소멸)하게 하는 권리'를 말한다(예 동의권, 취소권, 추인권, 해제권, 해지권, 최고권 등).
- ④ 항변권(抗辯權) : 항변권이란 '상대방의 청구권행사에 대하여 이를 거부할 수 있는 권리'를 말한다(예 동시이행의 항변권 등).

3. 권리의 경합(競合)

- ① '권리의 경합'이란 하나의 생활사실이 수 개의 법규의 요건을 충족하여 동일한 목적을 가지는 수 개의 권리가 발생하는 경우를 말한다. 예컨대 법률행위가 사기에 의한 것으로 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존한다.
- ② 권리의 경합은 법조경합과 구별하여야 한다. '법조경합'이란 하나의 생활사실이 수 개의 법규사실을 충족하지만, 그 수 개의 법규가 특별법과 일반법의 관계에 있는 경우 전자의 법규만 적용되는 것을 말한다. 예를 들어 공무원의 직무상의 불법행위에 대한 책임에 관하여 국가배상법 제2조와 민법 제756조가 경합하는 경우 국가배상법만이 적용되는 경우이다.

1회독    2회독    3회독

**제2절 권리의 변동(법률효과)**

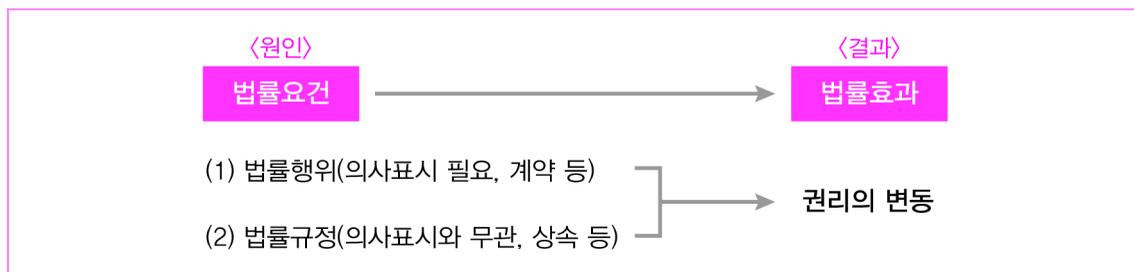
**I 총설(總說)**

1. 민법의 구조와 권리변동의 의의

(1) 법률관계는 고정되어있는 것이 아니라 끊임없이 변한다. 민법은 이러한 수많은 법률관계를 대체적으로 일정한 원인이 있으면 일정한 결과가 발생하는 모습으로 규정하고 있다. 일정한 결과로써 나타나는 것을 권리변동이라 하며, 이를 '법률효과'라 하고, 이러한 법률효과를 발생시키는 원인을 '법률요건'이라 한다.

- (2) 즉, '권리변동'이란 법에서 인정하는 일정한 원인(법률요건)이 있을 때 결과로써 발생하는 법률효과로 '권리의 발생·변경·소멸'을 말하며, 이를 권리의 주체입장에서 본다면 '권리의 취득·변경·상실(득실변경)'으로 표현할 수 있다.
- (3) 예컨대, 甲과 乙이 甲소유의 부동산에 대해 매매대금 3억원으로 하는 매매계약을 체결한 경우 매도인 甲은 매수인 乙에 대하여 3억원을 청구할 수 있는 대금지급청구권이 발생(취득)하고, 매수인 乙은 甲에 대하여 소유권의 이전을 청구할 수 있는 소유권이전청구권이 발생(취득)하게 되는데, 甲과 乙의 매매계약을 '법률요건'이라 하고 甲의 대금지급청구권과 乙의 소유권이전청구권이라는 권리의 발생을 '법률효과'라 한다.

▶▶ 민법의 구조



2. 권리변동의 모습 제28회

(1) 권리의 발생(취득)

- ① 원시취득(原始取得, 절대적 발생)
  - ㉠ 의미: 타인의 권리에 기함이 없이 특정인이 어떤 권리를 새로이 취득하는 것을 말한다.
  - ㉡ 종류: 무주물선점(제252조), 유실물습득(제253조), 매장물발견(제254조), 시효취득(제245조), 선의취득(제249조), 첩부(제256조 이하) 등에 의한 소유권취득, 신축건물의 소유권취득, 매매계약에 의한 청구권취득 등이 원시취득에 해당한다.
  - ㉢ 효과: 취득 전의 권리상태가 취득된 권리에 영향을 미치지 않는다.
- ② 승계취득(承繼取得, 상대적 발생)
  - ㉠ 의미: 승계취득이란 '타인의 권리에 기초하여 특정인이 권리를 승계적으로 취득하는 것'을 말한다. 이에는 '이전적 승계'와 '설정적 승계'가 있다.
  - ㉡ 이전적(移轉的) 승계: 전 권리자의 권리가 동일성을 유지하면서 새로운 권리자에게 이전되는 경우를 말한다. 권리의 주체가 바뀌는 것이다. 이전적 승계 중에서 당사자의 의사에 의한 것을 양도라고 한다.

- ㉠ 특정승계(特定承繼) : 매매·교환·증여·사인증여·경락에 의한 권리취득처럼 개개의 취득원인에 의해 개개의 권리가 취득되는 경우이다.
- ㉡ 포괄승계(包括承繼) : 상속·포괄유증·회사합병에 의한 권리취득처럼 하나의 취득원인에 의해 다수의 권리가 일괄적으로 취득되는 경우이다.
- ㉢ 설정적(設定的) 승계 : 전 권리자는 그의 권리를 그대로 보유하면서 새로운 권리자가 전 권리자의 권리의 권능(내용) 중 '일부'를 취득하는 것을 말한다. 소유권에 대해 지상권·지역권·전세권·유치권·질권·저당권 등의 제한물권을 설정하는 경우가 이에 해당한다. 제28회

## (2) 권리의 변경

- ① 주체의 변경 : 권리의 이전적 승계가 있으면 권리주체가 변경된다.
- ② 내용의 변경
  - ㉠ 질적 변경(성질적 변경) : 물건인도청구권이 손해배상청구권으로 변경되는 경우, 선택채권에서 선택이 행해지는 경우, 물상대위나 대물변제가 이루어지는 경우 등을 말한다.
  - ㉡ 양적 변경(수량적 변경) : 소유권의 객체에 제한물권이 설정되는 경우, 이미 설정되어 있는 제한물권이 소멸하여 소유권이 무제한의 상태로 회복되는 경우, 침부로 인해 주된 물건의 양이 증가하는 경우, 저당권에서 피담보채권의 이율이 변경되는 경우, 권리존속기간이 변경되는 경우 등을 말한다.
- ③ 작용(作用)의 변경 : 2번 저당권이 1번 저당권으로 순위가 변하는 경우, 임차권이 등기에 의해 대항력을 가지게 되는 경우, 채권양도가 채무자에의 통지·승낙(제450조)이나 확정일자 있는 통지·승낙(제450조)에 의해 대항력을 가지게 되는 경우처럼 권리의 작용이 변하는 것을 말한다.

## (3) 권리의 소멸

- ① 절대적 소멸(객관적 소멸) : 권리 자체가 객관적으로 소멸하는 것으로서 목적물멸실·소멸시효·포기·변제·혼동·공용징수·몰수로 인한 권리의 소멸이 이에 해당한다.
- ② 상대적 소멸(주관적 소멸, 이전적 승계, 주체의 변경) : 甲이 소유하는 가옥을 乙에게 매각하여 그 소유권이 상실하는 경우처럼 권리 자체는 소멸하지 않고 권리주체만 변경되는 것이다.

## II 권리변동의 원인(법률요건)

### 1. 서설

#### (1) 법률요건(法律要件)

- ① 법률효과를 발생하게 하는 원인 내지 법률관계변동의 원인을 말한다. 법률요건은 일정한 법률효과를 발생시키기 위해 필요한 모든 법률사실을 다 갖춘 상태에 해당한다.
- ② 법률요건은 행위자가 원하는 대로 법률효과가 발생하는 '법률행위(계약 등)'와 행위자가 원하지 않던 법률통의 규정에 의하여 법률효과가 발생하는 '법률규정(상속, 판결, 경매 등)'으로 나뉜다.

#### (2) 법률사실(法律事實)

법률요건을 구성하는 개개의 구체적 사실을 말한다. 법률요건은 보통 다수의 법률사실로 성립하나, 유언·추인과 같이 1개의 법률사실로 성립하는 경우도 있다. 이하에서는 공인중개사 시험과 관련된 부분에 한하여 법률사실을 간단하게 설명한다.

### 2. 법률사실

#### (1) 용태(容態) - 사람의 정신작용에 기하는 법률사실

- ① 의사표시: 청약, 승낙, 유언과 같이 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사의 표시행위를 말한다.
- ② 준법률행위(법률적 행위): 행위자의 목적지향 또는 효과의사에 의해 법률효과가 발생하는 것이 아니라, 법이 행위 또는 행위결과에 대해 일정한 법률효과를 부여한다.
  - ㉠ 의사의 통지: 각종의 최고, 제28회 각종의 거절과 같이 자기의 의사를 타인에게 알리는 행위를 말한다.
  - ㉡ 관념의 통지(사실의 통지): 사원총회소집의 통지, 소멸시효 중단사유로서의 채무승인(제168조), 채권양도의 통지·승낙(제450조), 대리권수여의 표시(대리권수여 사실의 통지) 등과 같이 어떤 사실 또는 그에 대한 관념을 타인에게 알리는 행위를 말한다.

#### (2) 사건(事件)

사람의 정신작용에 의거하지 않는 법률사실을 의미한다. 사람의 출생·사망·실종, 시간·시효기간·제척기간의 경과, 물건의 멸실, 부합, 혼화, 혼동, 부당이득 등이 이에 해당한다.

**제3절**      **법률행위(法律行爲) 일반**

**I**      **총 설**

**1. 법률행위의 의의**

**(1) 의 의**

법률행위란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 하나 또는 수개의 의사표시를 (필수)불가결의 요소로 하는 법률요건을 말한다. 법률행위는 법이 그 의사표시의 내용에 따라서 사법상의 효과를 발생시킨다는 점이 특징이다.

**(2) 의사표시와의 관계**

- ① 법률행위는 의사표시를 불가결의 요소로 하는 법률요건이므로 의사표시가 포함되지 않은 것은 법률행위가 아니다. 의사표시는 법률행위의 필수불가결한 요소이므로 의사표시에 관하여 무효로 하거나 취소할 수 있는 사정이 있는 경우에는 당연히 법률행위 전체에 영향을 미친다.
- ② 그러나 의사표시 자체가 곧 법률행위인 것은 아니다. 유언이나 취소와 같이 하나의 의사표시만으로 법률행위가 성립하는 경우도 있지만, 계약의 경우에는 청약이라는 의사표시와 승낙이라는 의사표시가 합치되어야 성립한다.
- ③ 의사표시는 법률행위의 필수불가결한 요소이지 유일한 요소인 것은 아니다. 즉, 법률행위는 경우에 따라 의사표시만으로 구성되어 있는 것은 아니고 관청의 행위(⇨ 허가·신고수리)나 사실행위(⇨ 요물계약에서 물건인도) 등 의사표시 외의 다른 요소를 구성요소로 하는 경우도 있다.

**2. 법률행위와 사적 자치**

- ① 사적 자치의 원칙이란 개인이 법질서의 한계 내에서 자신과 관련된 법률관계의 형성을 그의 자유로운 의사에 의하여 결정할 수 있다는 원칙을 말한다.
- ② 따라서 자신과 관련된 법률관계는 자기가 결정하고, 그 결정한 결과에 대하여 스스로 책임을 지게 되므로 사적 자치의 원칙은 자기결정 및 자기책임의 원칙이다.
- ③ 법률관계의 형성은 주로 법률행위에 의하여 이루어지므로 사적 자치의 원칙은 법률행위 자유의 원칙이라고도 하며, 법률행위 중에서도 계약이 가장 중요하므로 계약자유 원칙이라고도 한다.

II **법률행위의 종류** 제23회 제24회 제26회 제32회 제33회

1. 의사표시의 수와 방향에 따른 분류

(1) **단독행위** 제24회 제32회

- ① **의의**: 행위자 한사람의 한 개의 의사표시로 성립하는 법률행위이며 상대방의 동의나 승낙은 불필요하다.
- ② **종류**
  - ㉠ **상대방 있는 단독행위**: 의사표시를 수령할 자가 특정되어 있고 상대방에게 의사표시가 도달해야 효력이 생기는 단독행위를 말한다. 채무면제·상계 제32회 ·대리권수여·동의 제26회 ·철회·취소 제26회 ·추인 제26회 제32회 ·해제 제24회 ·해지 제26회 ·시효이익의 포기 제32회 ·기한의 이익포기 등이 이에 해당한다.
  - ㉡ **상대방 없는 단독행위**: 의사표시를 수령할 자가 특정되어 있지 않고, 상대방에게 도달할 필요 없이 의사표시의 성립과 동시에 효력이 생기는 단독행위를 말한다. 유언, 유증, 재단법인설립 행위, 제32회 소유권의 포기, 제28회 점유권의 포기 등이 이에 해당한다.
- ③ **특징**: 일방적 의사표시에 의해 그 표의자가 의욕한 대로 법률효과가 발생하고 법률관계가 변동된다. 단독행위에는 원칙적으로 조건이나 기한을 붙일 수 없다.

(2) **계약**

- ① **의의**: 계약이란 ‘서로 대립하는 두 개의 의사표시(청약과 승낙)의 합치에 의하여 성립하는 법률행위’를 말한다.
- ② **계약의 종류**: 넓은 의미로는 채권계약, 물권계약, 가족법상 계약 등이 포함되지만, 좁은 의미로 계약이라고 할 경우에는 매매·교환·임대차 등 채권계약만을 가리킨다.

(3) **합동행위**

- ① **합동행위**는 2개 이상의 의사표시가 서로 같은 방향으로 합치하여 성립하는 법률행위이다. 사단법인의 설립행위 등이 이에 해당한다.
- ② **합동행위**는 의사표시가 2개 이상인 점에서 계약과 비슷하나 2개 이상의 의사표시의 방향이 대립적·교환적이 아니고, 같은 방향을 향해서 평행적·구심적인 점에서 계약과 구별된다.

1  
판례  
판단

## 2. 이행의 문제 유무에 따른 분류

### (1) 의무부담행위

- ① 의무부담행위란 당사자에게 일정한 채권·채무를 발생시키는 법률행위를 말하는데 언제나 이행의 문제를 남기는데 특색이 있다. 채권행위(매매, 교환, 임대차 등)가 이에 해당한다.
- ② 권리에 대한 처분권이 없는 무권리자도 부담행위는 할 수 있으므로 타인의 물건을 매매한 경우에 그 매매계약도 유효하다.

### (2) 처분행위

- ① 의의: 처분행위란 현존하는 권리를 직접 이전·변경·소멸시키는 법률행위를 말한다. 처분이란 법률적 처분행위뿐만 아니라 물건을 훼손·멸실시키거나 그 성질을 변화시키는 사실적 처분행위(물건의 폐기)를 포함하는 개념으로 이에 는 물권행위와 준물권행위가 있다.
- ② 물권행위: 직접 물권의 변동을 목적으로 하는 법률행위이다(소유권이전행위, 제한물권 설정행위 제24회 등).
- ③ 준물권행위: 물권이외의 권리의 변동을 목적으로 하는 법률행위가 준물권행위이다(채권양도 제23회, 채무면제, 면책적 채무인수 등).
- ④ 처분행위의 특징: 처분행위는 이행의 문제를 남기지 않으며, 처분권 있는 자만이 할 수 있고, 처분권 없는 자가 한 처분행위는 무효이다.

## 3. 법률행위 방식에 따른 분류

### (1) 요식행위(要式行爲)

요식행위란 일정한 방식에 따라 행해져야 효력이 인정되는 법률행위를 말한다. 이는 법률행위를 신중하게 하고(혼인·파양·인지), 법률행위의 성립시기와 내용을 명료하게 하며(유언·서면작성·법인설립 행위), 분쟁에 대비하여 증거자료를 확보하게 하고(공증), 거래의 신속·안전을 도모(어음·수표행위)하기 위함이다.

### (2) 불요식행위(不要式行爲)

방식에 구애받지 않고 자유롭게 할 수 있는 법률행위를 말한다. 계약자유 원칙상 법률행위는 불요식 행위가 원칙이다.

## 4. 재산의 증감에 따른 분류

### (1) 출연행위

출연행위는 자기의 재산을 감소시키고서 타인의 재산을 증가시키는 법률행위를 말한다. 출연행위는 다시 유상행위와 무상행위로 구분된다.

- ① 유상행위 : 당사자 쌍방이 서로 대가적 의미가 있는 출연을 하는 법률행위를 유상행위라고 한다 (매매, 교환, 임대차 제24회 등).
- ② 무상행위 : 당사자 일방만이 출연하거나 쌍방이 출연하더라도 서로 대가적 의미가 없는 법률행위를 유상행위라고 한다(증여, 제24회 사용대차 등).

## (2) 비출연행위

비출연행위란 일방의 재산 감소만 있을 뿐 타방의 재산의 증가 없는 경우(소유권의 포기 등)나 어느 누구의 재산의 감소 또는 증가가 없는 행위(신분행위, 대리권의 수여 등)를 말한다.

1  
판  
례  
포  
집

## Ⅲ 법률행위의 요건

### 1. 의 의

법률행위가 완전 유효하게 법률효과를 발생하기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다. 첫째는 법률행위로서 성립하여 존재하기 위한 요건(성립요건)을 갖추어야 하고, 다음으로는 일단 성립한 법률행위가 무효나 취소가 되지 않고 완전 유효하기 위한 요건(유효요건, 효력요건)을 갖추어야 한다.

### 2. 법률행위의 성립요건

- ① 의의 : 어떤 행위가 법률행위로 인정될 수 있는 최소한의 형식적 요건을 말하며, 이는 법률행위의 효과를 주장하는 당사자가 그 입증책임을 부담한다.
- ② 일반적 성립요건 : 모든 법률행위의 성립에 필요한 공통적 요건으로서 법률행위의 주체로서 당사자(當事者), 법률행위의 내용으로서 목적(目的), 법률행위의 불가결의 요소로서 의사표시(意思表示)가 있어야 한다.
- ③ 특별성립요건 : 개개의 법률행위의 성립에 필요한 요건을 말하며, 법률규정에 의해 정해진다. 예를 들면 법인설립에 있어서登記(제49조), 혼인에 있어서 신고(제812조), 유언에 있어서 법정방식(제1060조), 요물계약에서 물건의 인도(질권, 대물변제, 현상광고) 등이다.

### 3. 법률행위의 효력(유효)요건

- ① 의의 : 법률행위로서의 형식적 요건을 갖춘 행위가 법률상 실질적으로 유효하기 위한 요건을 말하며, 이에 대해서는 법률행위의 무효를 주장하는 자가 그 부존재에 대하여 입증책임을 부담한다.

② 일반적 효력요건

- ㉠ 당사자가 권리능력·의사능력·행위능력을 가져야 한다. 권리능력·의사능력을 갖추지 못하면 그 법률행위는 무효가 되며, 행위능력을 갖추지 못한 제한능력자의 행위는 취소사유에 해당한다.
- ㉡ 법률행위의 목적(내용)이 확정할 수 있고, 실현가능하며, 적법하고, 사회적 타당성이 있어야 한다. 이 중 어느 하나라도 갖추지 못하면 그 법률행위는 무효이고 이 경우의 무효는 절대적이어서 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다.
- ㉢ 법률행위를 구성하는 의사표시에 관하여 의사와 표시가 일치하고, 의사표시에 하자가 없어야 한다.

③ 특별효력요건

- ㉠ 특별효력요건은 법률의 규정이나 당사자의 특약에 의하여 요구되는 것으로서 대리행위에 있어서 대리권의 존재, 제24회 토지거래허가제에 있어서 주무관청의 허가, 제24회 정지조건부 법률행위에 있어서 조건의 성취, 제24회 시기부 법률행위에 있어서 기한의 도래, 유언에 있어서 유언자의 사망 등이 있다.
- ㉡ 그러나 농지취득자격증명은 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니다[97다49251]. 제24회 제28회

용어정리

당사자의 능력

1. 권리능력

- ㉠ 권리능력이란 법률상 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 능력을 말한다.
- ㉡ 권리능력자로 민법은 '자연인'과 '법인'을 두고 있다. 또한 민법 제3조는 "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다."라고 규정하고 있다

2. 의사능력

- ㉠ 의사능력이란 자기가 행하는 어떠한 행위의 의미나 결과를 판단할 수 있는 정상적인 능력을 말한다.
- ㉡ 만취한 자나 유아 등은 의사능력이 없는 의사무능력자이고 의사무능력자의 법률행위는 무효이다.

3. 행위능력

- ㉠ 행위능력이란 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 능력을 말한다.
- ㉡ 행위능력이 제한받는 자를 제한능력자라고 한다. 미성년자(19세 미만), 피성년후견인(정신적 제약으로 사무처리능력이 지속적으로 결여된 자), 피한정후견인(정신적 제약으로 사무처리능력이 부족한 자)이 이에 해당한다.
- ㉢ 이러한 제한능력자의 법률행위는 취소할 수 있다.

## 01 다음 중 서로 잘못 짝지어진 것은?

▶ 제28회

- ① 저당권의 설정 - 이전적 승계
- ② 소유권의 포기 - 상대방 없는 단독행위
- ③ 청약자가 하는 승낙연착의 통지 - 관념의 통지
- ④ 무주물의 선점 - 원시취득
- ⑤ 무권대리에서 추인 여부에 대한 확답의 최고 - 의사의 통지

**해설** ① 저당권의 설정은 승계취득 중에 설정적 승계에 해당한다.

**정답** ①

## 02 상대방 없는 단독행위에 해당하는 것은?

▶ 제33회

- ① 착오로 인한 계약의 취소
- ② 무권대리로 체결된 계약에 대한 본인의 추인
- ③ 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의
- ④ 손자에 대한 부동산의 유증
- ⑤ 이행불능으로 인한 계약의 해제

**해설** ④ 유언, 유증, 재단법인설립행위, 소유권의 포기 등은 상대방 없는 단독행위이다.

①②③⑤ 모두 상대방 있는 단독행위이다.

**정답** ④

## 03 다음 중 의무부담행위가 아닌 것은?

▶ 제23회 수정

- |          |           |         |
|----------|-----------|---------|
| ① 교환     | ② 임대차     | ③ 재매매예약 |
| ④ 주택분양계약 | ⑤ 저당권설정행위 |         |

**해설** ⑤ 저당권설정행위는 물건행위로서 처분행위에 해당한다.

①, ②, ③, ④ 채권행위로서 채무를 부담하는 의무부담행위이다.

**정답** ⑤

**04 법률행위의 효력이 발생하기 위한 요건이 아닌 것은?** (다툼이 있으면 판례에 의함)

▶ 제24회

- ① 대리행위에서 대리권의 존재
- ② 정지조건부 법률행위에서 조건의 성취
- ③ 농지거래계약에서 농지취득자격증명
- ④ 법률행위 내용의 적법성
- ⑤ 토지거래허가구역 내의 토지거래계약에 관한 관할관청의 허가

**해설** ③ 농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서(농지법 제8조 제4항), 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건은 아니다[대판 1998. 2. 27. 97다49251].

**정답** ③

## 학습포인트

## 출제비중

‘법률행위의 목적’에서는 매년 1~2문제 정도 출제된다.

## 출제의 맥과 학습방법

- ① **확정** : 확정가능성에 관한 판례를 학습한다.
- ② **가능** : 원시적 불능과 후발적 불능의 구별 및 효과를 공부하고, 계약총칙의 계약체결상의 과실책임·위험부담과 연계하여 이해한다.
- ③ **적법** : 효력규정과 단속규정을 구별하고, 단속규정의 예와 강행규정 위반의 효과를 학습한다.
- ④ **사회적 타당** : 사회질서 위반 여부에 관한 판례를 정리하고, 다른 무효사유와 비교하면서 그 효과를 학습한다. 그리고 이중매매효과와 관련하여 원칙과 예외를 학습하고, 예외적으로 무효인 경우에 제1매수인의 등기방법과 선의의 제3자 보호여부를 숙지한다. 아울러 사례문제 공부가 필요하다.
- ⑤ **불공정한 법률행위** : 요건과 효과에 관한 판례를 학습하고, 적용범위와 입증책임을 이해한다.

1회독     2회독     3회독

## 제1절

## 서설

1. 법률행위의 목적이란 ‘당사자가 법률행위를 통해 발생시키려는 법률효과’를 말하며 법률행위의 내용이라고도 한다. 이는 사적 자치의 원칙상 자유로이 결정할 수 있으나 이를 무한정 허용하게 된다면 법적·사회적으로 많은 문제가 발생할 수 있으므로 법에 의하여 보호되는 범위에서만 인정된다.
2. 따라서 법률행위의 목적은 확정할 수 있어야 하고, 실현가능하여야 하며, 강행법규에 위반하지 않고, 사회적 타당성이 있어야 한다.
3. 일단 성립한 법률행위라도 위 요건을 갖추지 못한 경우에는 절대적 무효이므로 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다.

## 제2절 목적의 확정·가능·적법

### I 목적의 확정(確定)

- ① 법률행위의 목적은 법률행위 당시에 확정되어 있거나 실현할 당시까지(이행기) 확정될 수 있으면 된다. 따라서 목적이 확정 또는 확정할 수 없으면 법률행위는 무효이다.
- ② 매매계약에 있어서 그 목적물과 대금은 반드시 계약체결 당시에 구체적으로 특정될 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있으면 족하다[대판 2009. 3. 16. 96다26176].

### II 목적의 가능(可能)

#### 1. 의 의

법률행위의 목적은 그 실현이 가능한 것이어야 한다. 법률행위 성립당시에 그 목적이 실현할 수 없는 것이면 무효이다.

#### 2. 가능·불능의 판단기준

- ① 법률행위의 내용이 실현가능한가 여부는 사회통념에 의해 결정된다. 따라서 물리적으로 불능의 경우(예 매매목적물의 멸실)는 물론, 비록 물리적으로는 가능하더라도 사회통념상 불가능한 경우(예 한강에 빠진 반지를 찾아주는 계약)에도 불능이다.
- ② 법률행위 목적의 불능여부 판단 시기는 법률행위 성립 당시를 기준으로 판단한다. 따라서 법률행위 성립당시에는 가능했으나 이후에 불능으로 된 것은 법률행위의 불능에 속하지 않으며 그 행위자체는 무효가 되지 않는다.

#### 3. 불능의 종류

##### (1) 원시적 불능과 후발적 불능

- ① 원시적 불능 : 법률행위 성립 당시부터 그 실현이 불능인 경우를 말한다. 예컨대 매매계약체결 전에 이미 건물이 멸실된 경우와 같은 경우를 말하는데, 원시적 불능의 경우에 그 법률행위는 무효이고, 계약체결상의 과실책임(제533조)이 문제될 수 있다.
- ② 후발적 불능 : 법률행위 성립당시에는 실현이 가능하였으나 그 이행 전에 불능이 된 경우를 말한다. 예컨대, 매매계약체결 당시에는 건물이 존재하였으나 계약체결 후 이행하기 전에 건물이 멸실된 경우와 같은 경우로서 후발적 불능의 경우에는 법률행위 자체는 유효하고, 채무자의 귀책사유(고의 또는 과실) 유무에 따라 채무불이행(이행불능 제390조)이나 위험부담(제537조)의 문제가 발생한다.

**판례보기**

계약 당시 이미 채무의 이행이 불가능한 경우, 채권자가 이행을 구하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 소극) / 채무의 이행이 불가능하다는 것의 의미 및 채무를 이행하는 행위가 법률로 금지되어 그 행위의 실현이 법률상 불가능한 경우도 포함하는지 여부(적극)

- [1] 계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능했다면 특별한 사정이 없는 한 채권자가 이행을 구하는 것은 허용되지 않고, 민법 제535조에서 정한 계약체결상의 과실책임을 추궁하는 등으로 권리를 구제받을 수밖에 없다. 채무의 이행이 불가능하다는 것은 절대적·물리적으로 불가능한 경우만이 아니라 사회생활상 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다. 이는 채무를 이행하는 행위가 법률로 금지되어 그 행위의 실현이 법률상 불가능한 경우에도 마찬가지이다.
- [2] 1필지의 토지 중 일부를 특정하여 매매계약이 체결되었으나 그 부분의 면적이 건축법 제57조 제1항, 건축법 시행령 제80조에 따라 분할이 제한되는 경우에 해당한다면, 매도인으로는 그 부분을 분할하여 소유권이전등기절차를 이행할 수 없다. 따라서 매도인이 매매계약에 따라 매수인에게 부담하는 소유권이전등기절차 이행의무는 이행이 불가능하다고 보아야 한다(대판 2017.8.29. 선고 2016다212524).

1  
판례  
판단

**(2) 전부불능과 일부불능**

- ① **전부불능** : 법률행위 목적의 전부가 불능인 경우를 말한다. 원시적으로 전부불능이면 법률행위는 무효가 되고 계약체결상의 과실책임(제533조)이 문제될 수 있으며, 후발적으로 전부불능이면 법률행위 자체는 유효하고, 채무불이행(이행불능 제390조)이나 위험부담(제537조)의 문제가 발생한다.
- ② **일부불능** : 법률행위 목적의 일부만이 불능인 경우를 말한다. 원시적으로 일부불능인 경우에는 원칙적으로 전부불능으로 하고, 예외적으로 그 불능부분이 없더라도 법률행위를 하였으리라고 인정될 경우에는 나머지 부분은 유효이다(일부무효법리. 법 제137조 참조). 다만, 유상계약의 경우 계약은 유효하고 담보책임이 문제된다(제574조).

**Ⅲ 목적의 적법성(適法性) 제28회 제32회**

**1. 의 의**

법률행위의 목적이 적법하여야 한다는 것은 법규정 중에 강행규정에 위반하지 않아야 한다는 것을 의미한다.

**2. 강행규정과 임의규정**

**(1) 강행규정**

- ① 강행규정이란 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정으로서 당사자의 의사에 의하여 이를 배제하거나 변경할 수 없는 규정을 말한다.

- ② 민법상 강행규정의 예로는 민법총칙상 권리능력·행위능력, 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정(제103조, 제104조) 등이 있고, 물권법은 물권법정주의에 의해 대부분의 규정이 강행규정이 다. 계약법에서 임차인·전차인을 위한 편면적 강행규정, 주택임차인을 위한 주택임대차보호법, 상가건물임차인을 위한 상가건물임대차보호법 등이 있다.

## (2) 임의규정

임의규정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정으로서 당사자의 의사에 의하여 배제하거나 변경할 수 있는 규정을 말하며 법률행위가 이에 위반한다 할지라도 그 법률행위는 유효이며 적법하다.

## 3. 효력규정과 단속규정

### (1) 효력규정

효력규정이란 '규정에 위반하면 행정상의 제재는 물론 사법상의 효력도 무효가 되는 규정'을 말한다. 일반적으로 강행규정이란 이러한 효력규정을 의미한다.

### (2) 단속규정

- ① 단속규정이란 '일정한 행정목적의 달성을 위하여 국가가 일정한 행위를 금지·제한하는 법규'를 말하며, 단속규정에 위반하는 경우 위반자는 일정한 처벌을 받으나 사법상의 효력은 유효하다.
- ② 예컨대, 무허가음식점의 영업행위, 무허가 숙박행위, 불합격농산물의 판매행위 등이 단속규정을 위반한 경우이다.

### ▶▶ 단속규정과 효력규정의 예

단속규정	효력규정
1. 상호신용금고의 비업무부동산취득금지를 정한 구상호신용금고법 제18조의2 제2호에 위반한 행위(2006다53672 판결)	1. 부동산중개수수료 약정 중 (구) 부동산중개업법 및 동시행규칙에 의한 한도를 초과하는 부분(2005다32159 전원합의체 판결) 제32회
2. 투자일임매매약정을 제한한 증권거래법 제107조(94다38199 판결)	2. 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력(무효)(2008다75119 판결)
3. 중간생략등기를 금지하는 부동산등기특별조치법 제2조 제2항(92다3912 판결) 제24회 제32회	3. (구) 국토이용관리법상의 허가구역 내의 토지에 관하여 관청의 허가를 받을 것을 요구하는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률규정
4. (구) 주택법 제39조 제1항의 전매금지규정(2010다102991 판결) 제28회	4. 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」상 공익법인이 하는 기본재산의 처분에 주무관청의 허가를 요하는 규정
5. 개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법 제33조 제6호의 규정(2016다259677 판결) 제32회	

6. 증권회사와 고객 사이의 투자수익보장약정(2005다 11541 판결)
7. 증권회사 등의 부정권유행위를 금지한 증권거래법 제 52조(94다38199 판결)
8. 사립학교의 기본재산처분행위 등에 주무관청의 허가를 요구한 사립학교법 제28조. 제28회
9. 부동산실명법에 위반한 명의신탁(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조)

**판례보기**

**미등기전매행위에 대하여 형사처벌을 규정한 부동산등기특별조치법 제2조 제2항 및 제8조 제1호가 중간생략등기 합의의 사법상 효력을 무효로 하는 취지인지 여부(소극)**

부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사 처벌하도록 되어 있으나 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기 합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다(대판 1993.01.26. 92다39112).

**판례보기**

**개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법 제33조 제6호의 규정 취지 및 법적 성질(=단속규정)**

개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법 제33조 제6호의 규정 취지는 개업공인중개사 등이 거래상 알게 된 정보를 자신의 이익을 꾀하는데 이용하여 중개의뢰인의 이익을 해하는 경우가 있으므로 이를 방지하여 중개의뢰인을 보호하고자 함에 있는 바, 위 규정에 위반하여 한 거래행위가 사법상의 효력까지도 부인하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 행위의 사법상의 효력을 부인하여야만 비로소 입법 목적을 달성할 수 있다고 볼 수 없고, 위 규정을 효력규정으로 보아 이에 위반한 거래행위를 일률적으로 무효라고 할 경우 중개의뢰인이 직접 거래임을 알면서도 자신의 이익을 위해 한 거래도 단지 직접 거래라는 이유로 효력이 부인되어 거래의 안전을 해칠 우려가 있으므로, 위 규정은 강행규정이 아니라 단속규정이다(대판 2017. 2. 3. 2016다259677).

**판례보기**

**구 부동산중개업법 및 같은 법 시행규칙 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정이 강행법규 위반으로 무효인지 여부(적극)**

고액의 수수료를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다(대판(전원) 2007.12.20. 2005다32159).

**공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력(무효)**

공인중개사 자격이 없는 자가 부동산중개업 관련 법령을 위반하여 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정에 따라 수수료를 받는 행위는 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있다. 또한 부동산중개업 관련 법령의 주된 규율대상인 부동산이 그 거래가격이 상대적으로 높은 점에 비추어 전문성을 갖춘 공인중개사가 부동산거래를 중개하는 것은 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민생활의 편익에 미치는 영향이 매우 커서 이에 대한 규제가 강하게 요청된다. 이러한 사정을 종합적으로 고려하여 보면, 중개사무소 개설등록에 관한 구 부동산중개업법 관련 규정들은 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당한다(대판 2010. 12. 23. 2008다75119).

**판례보기**

**공인중개사 자격이 없는 자가 거래행위를 중개하였으나 업으로 한 것이 아닌 경우, 그에 따른 중개수수료 지급약정이 무효인지 여부(소극)**

공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 타인 간의 거래행위를 중개한 경우 등과 같이 '중개를 업으로 한' 것이 아니라면 그에 따른 중개수수료 지급약정이 강행법규에 위배되어 무효라고 할 것은 아니다(대판 2012.6.14. 2010다86525).

**3. 강행법규(효력규정) 위반의 효과**

**(1) 무 효**

- ① 강행규정(효력규정) 위반으로 인한 무효는 절대적 무효이므로 선의의 제3자에게 대항할 수 있고, 당사자는 원칙적으로 추인할 수도 없다.
- ② 강행법규를 위반한 자가 스스로 강행규정에 위반된 계약의 성립을 부정하거나 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반된다고 볼 수는 없다[2003다14812]. 즉, 강행법규를 위반한 자가 스스로 강행규정에 위반된 계약의 무효를 주장할 수 있다.

**(2) 부당이득반환청구 여부**

강행법규인 효력규정을 위반하면 그 법률행위는 무효가 되므로 그 법률행위에 따른 의무를 이행할 필요가 없다. 만일 이행을 하였다면 강행규정 위반으로 무효인 법률행위가 제103조에 위반되지 않는 한 그 급부한 것이 제746조 불법원인급여에 해당하지 아니하므로 반환청구를 할 수 있다[99다70860].

#### 4. 탈법행위(脫法行爲, 강행법규의 간접적 위반)

##### (1) 의 의

탈법행위란 ‘강행법규에 직접 위반되지는 않으나, 강행법규가 금지하고 있는 것을 우회적인 회피수단에 의하여 강행법규가 금지하는 내용을 실질적으로 실현하는 행위’를 말한다.

##### (2) 효 과

이와 같은 탈법행위는 정면으로 강행법규에 위반되는 것은 아니지만, 결과적으로 법이 인정하지 않는 결과의 발생을 목적으로 하므로 원칙적으로 무효이다.

##### (3) 탈법행위의 예

- ① 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위가 강행법규인 구 국유재산법 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이다[97다9529].
- ② 공무원의 연금수급권은 담보로 제공하지 못한다는 공무원연금법 제32조의 규정을 회피하기 위해 연금수급권자인 채무자가 채권자에게 연금증서를 교부하면서 연금추심 대리권을 수여하고 추심한 연금을 변제에 충당하기로 약정은 무효이다.

1회독 ◻△× 2회독 ◻△× 3회독 ◻△×

### 제3절

### 목적의 사회적 타당성(社會的 妥當性)

#### I 반사회질서의 법률행위(제103조) 제24회 제25회 제26회 제27회 제30회 제31회 제33회

제103조 【반사회질서의 법률행위】 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

제746조 【불법원인급여】 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다.

#### 1. 제103조의 의의 및 판단시기

- ① 사회에서 행해지는 모든 법률행위를 예상해서 미리 개별적으로 모든 사항을 강행규정을 정해 둔다는 것은 입법기술상 불가능하다. 그래서 민법은 이와 같은 경우를 대비하여 103조라는 일반적·추상적 규정을 두어 법률행위의 목적이 개개의 강행법규에 위반하지 않더라도 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 때, 즉 사회적 타당성이 없는 법률행위’는 무효로 한다.