EBS 공인중개사 랜드하나

핵심요약

랜드하나 핵심요약 미리보기

핵심요약집 교재 샘플 PDF

CHAPTER 1

서 설

제1절 권리변동의 의의

(1) 법률관계는 일정한 원인(법률요건)이 있으면 그에 따른 일정한 결과(법률효과)가 발생하는 논리적 구조로 이루어져 있으며, 법률효과로써 발생하는 것이 '권리변동'이다.

(2) 이러한 권리변동이란 '권리의 발생·변경·소멸'을 말하며 이를 권리의 주체입장에서 본다면 '권리의 취득·변경·상실(득실변경)'으로 표현할 수 있다.

제2절 권리변동의 모습

1 권리의 발생(취득)

(1) 원시취득

신축건물의 소유권취득, 시효취득, 선의취득, 무주물선점, 첨부(부합·혼화·가공) 등

(2) 승계취득

① **이전적 승계** : 전 권리자의 권리가 동일성을 유지하면서 새로운 권리자에게 그대로 이전되는 경우를 말한다.

㉠ **특정승계** : 개개의 취득원인에 의해 개개의 권리가 취득되는 경우(매매, 교환 등)

㉡ **포괄승계** : 하나의 취득원인에 의해 다수의 권리가 일괄적으로 취득되는 경우(상속, 포괄유증, 회사합병 등)

② **설정적 승계** : 전 권리자는 권리를 그대로 보유하면서 새로운 권리자가 전 권리자의 권리의 내용 중 '일부'를 취득하는 것을 말한다.(지상권, 전세권, 저당권 설정 등) 제28회

2 권리의 변경

① **질적 변경** : 물건인도청구권이 손해배상청구권으로 변경되는 경우 등

② **양적 변경** : 제한물권이 설정되거나 설정되어 있는 제한물권이 소멸하는 경우

③ **작용(作用)의 변경** : 2번 저당권이 1번 저당권으로 순위가 변하는 경우, 임차권이 등기에 의해 대항력을 가지게 되는 경우 등

❸ 권리의 소멸(상실)

① 절대적 소멸 : 권리 자체가 소멸하는 것(목적물멸실·소멸시효·혼동 등)
② 상대적 소멸 : 권리 자체는 소멸하지 않고 권리주체만 변경되는 것

제3절 법률행위의 종류 [제24회 제26회 제32회 제33회]

❶ 의사표시의 수에 따른 분류

(1) 단독행위

① 의의 : 행위자 한사람의 한 개의 의사표시로 성립하는 법률행위로서 일방적 의사표시에 의해 그 표의자가 의욕한 대로 법률효과가 발생한다.
② 단독행위의 종류
  ㉠ 상대방 있는 단독행위 : 동의, 상계, 추인, 취소, 철회, 채무의 면제, 해제, 해지, 시효이익의 포기, 공유지분의 포기 등
  ㉡ 상대방 없는 단독행위 : 유언, 재단법인의 설립행위, 소유권의 포기, 상속의 포기,

(2) **계약** : 서로 대립하는 두 개의 의사표시(청약과 승낙)의 합치에 의하여 성립하는 법률행위이다.

❷ 이행의 문제 유무에 따른 분류

(1) 의무부담행위(채권행위)

① 언제나 이행의 문제를 남기며, 채권행위(매매, 교환, 임대차 등)가 이에 해당한다.
② 처분권이 없는 무권리자도 의무부담행위는 할 수 있으므로 타인의 물건을 매매(임대차)한 경우에 그 매매(임대차)계약도 유효하다.

(2) 처분행위(물권행위·준물권행위)

① 물권행위(소유권이전행위, 제한물권 설정행위)와 준물권행위(채권양도, 채무면제 등)가 있다.
② 처분행위는 처분권 있는 자만이 할 수 있고, 처분권 없는 자의 처분행위는 무효이다.

❸ 재산의 증감에 따른 분류

(1) **출연행위** : 출연행위는 자기의 재산을 감소시키고 타인의 재산을 증가시키는 법률행위를 말한다. 출연행위는 유상행위(매매, 교환, 임대차 등)와 무상행위(증여 사용대차 등)로 구분된다.

(2) **비출연행위** : 대리권 수여, 소유권 포기 등

참고 **준법률행위** 제26회

(1) 의사의 통지 : 각종의 '최고', 제26회 '거절'등
(2) 관념의 통지 : 대리권수여의 뜻의 통지, 공탁의 통지, 채권양도의 통지나 승낙

제4절 법률행위의 성립요건과 효력요건

❶ 일반적 성립요건과 효력요건

성립요건	유효(효력발생)요건
당사자	권리능력, 의사능력(의사무능력자의 행위는 무효), 행위능력을 갖출 것(제한능력자의 행위는 취소사유)
목적(내용)	확정, 가능, 적법, 사회적 타당성이 있을 것
의사표시	의사와 표시가 일치하여야 하고, 의사표시에 하자가 없을 것
〈특별성립요건〉 ① 요물계약에서 물건의 인도(금전의 지급) ② 유언에서의 일정한 방식	〈특별유효요건〉 ① 대리행위에서의 대리권의 존재, ② 조건부·기한부 법률행위에서 조건의 성취·기한의 도래, ③ 토지거래허가구역 내의 토지거래계약에 관한 관할관청의 허가 등

참고 농지취득자격증명은 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니다.

❷ 성립요건과 효력요건의 관계

① 먼저 성립요건을 검토한 후에 법률행위가 성립한 경우에 한하여 효력요건을 검토한다.
② 따라서 법률행위가 불성립(부존재)한 경우에는 무효 또는 취소가 문제될 여지가 없다.

CHAPTER 2

법률행위의 목적

제1절 목적의 확정·가능·적법

1 목적의 확정

① 목적은 법률행위시에 확정될 필요는 없고, 이행기까지 확정될 수 있으면 된다.
② 매매계약에 있어서 그 목적물과 대금은 반드시 계약체결 당시에 구체적으로 특정될 필요는 없고 이를 사후에라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정해져 있으면 족하다.

2 목적의 가능

(1) 의 의

① 법률행위의 목적은 법률행위 당시에 그 실현이 가능한 것이어야 한다.
② 채무를 이행하는 행위가 법률로 금지되어 그 행위의 실현이 법률상 불가능한 경우에도 불능이다.
③ 불능은 확정적인 것이어야 한다. 일시적으로 불능한 것이라도 가능으로 될 개연성이 높은 것은 불능으로 볼 수 없다.

(2) 원시적 불능과 후발적 불능

① **원시적 불능** : 법률행위 전에 이미 불능(매매계약 전에 목적물이 멸실된 경우) → 무효
② **후발적 불능** : 법률행위 후에 불능(매매계약 이후에 목적물이 멸실된 경우) → 유효

3 목적의 적법 제28회 제32회 제33회

(1) 단속규정(위반시 처벌은 받지만 행위는 유효)

① 무허가음식점의 영업행위, 무허가 숙박행위 등
② 「부동산등기특별조치법」상의 중간생략등기를 금지규정
③ 「주택법」상의 전매금지규정
④ 「공인중개사법」상의 개업공인중개사가 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 규정

(2) 효력규정(위반시 무효)

① 「공인중개사법」상 개업공인중개사가 법령에 규정된 중개보수 등을 초과하여 금품을 받는 행위를 금지하는 규정(한도를 초과하는 범위내에서 무효)

② 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정을 제한하는 「공인중개사법」상 규정(단, 공인중개사 자격이 없는 자가 우연한 기회에 단 1회 중개행위에 대한 적정 수준의 중개수수료 약정은 무효라고 할 것은 아니다.)
③ 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 토지거래허가구역내의 토지거래에 대하여 허가를 요하는 규정
④ 「부동산실권리자명의등기에 관한 법률」 제4조 제1항 명의신탁금지규정
⑤ 「사립학교법」상 사립학교의 기본재산처분행위 등에 주무관청의 허가를 요구하는 규정
⑥ 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」상 공익법인이 하는 기본재산의 처분에 주무관청의 허가를 요하는 규정
⑦ 「농지법」상 농지의 임대를 금지한 규정

(4) 강행규정(효력규정)위반의 효과

① 강행규정(효력규정) 위반으로 인한 무효는 절대적 무효이므로 선의의 제3자에게 대항할 수 있다(제3자는 선의라도 권리를 취득하지 못한다).
② 따라서 이행 전이면 이행할 필요가 없으나, 만일 이행을 하였다면 강행규정 위반으로 무효인 법률행위가 제103조에 위반되지 않는 한 반환청구를 할 수 있다.
③ 강행법규를 위반한 자가 스스로 강행규정에 위반된 계약의 성립을 부정하거나 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반된다고 볼 수는 없다(허용된다).

제2절 목적의 사회적 타당성

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

(1) 반사회질서행위에 해당하는 경우

① 처의 동의 있는 부첩계약, 부첩관계의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약
② 처의 사망 또는 이혼시에 혼인하기로 하는 혼인예약
③ 변호사 아닌 자가 승소를 조건으로 그 대가로 소송당사자로부터 소송물의 일부를 양도받기로 하는 약정
④ 형사사건에서 변호사의 성공보수약정(민사사건에서의 변호사의 성공보수약정은 반사회적 법률행위 아님)
⑤ 증인이 소송에서 사실대로 증언하여 줄 것을 조건으로 통상적인 수준을 넘어서 어떠한 급부를 제공받기로 한 약정

⑥ 참고인이 수사기관에 허위의 진술을 하는 대가로 일정한 급부를 받기로 한 약정
⑦ 범죄행위를 하지 않을 조건으로 금전을 지급하기로 하는 약정
⑧ 당초부터 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우
⑨ 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하고 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정
⑩ 과도한 위약벌의 약정, 허용되는 한도를 초과하는 현저한 고율의 이자약정
⑪ 평생 혼인하지 않겠다는 계약, 어떠한 일이 있어도 이혼하지 않겠다는 각서
⑫ 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 받기로 한 약정
⑬ 도박자금을 대여하는 행위, 도박채무를 변제하는 계약
⑭ 매도인의 배임행위에 매수인이 적극가담하여 맺어진 부동산의 이중매매, 증여계약, 저당권설정행위 등
⑮ 지방자치단체가 골프장사업계획승인과 관련하여 사업자로부터 기부금을 받기로 하는 증여계약
⑯ 동기의 불법은 그 동기가 표시되거나 상대방에게 알려진 경우에 무효

(2) 반사회질서행위에 해당하지 않는 경우

① 부첩관계를 해소(단절)하면서 첩의 생활비나 자녀의 양육비를 지급하는 계약
② 남편이 부정행위를 용서받는 대가로 부동산을 처에게 양도하되, 부부관계가 유지되는 동안에는 처가 임의로 처분할 수 없다는 약정
③ 투기의 목적으로 피분양권(세입자입주권)을 세입자들로부터 15매나 매수한 경우
④ 양도소득세를 회피하기 위하여 계약서에 실제 금액보다 낮은 금액을 기재한 경우
⑤ 반사회적 행위에 의하여 조성된 비자금을 은닉하기 위하여 임치하는 행위
⑥ 강제집행을 면할 목적으로 부동산에 허위의 근저당권설정등기를 경료하는 행위
⑦ 단지 법률행위 성립과정에 불법적 방법(강박)이 사용된 데에 불과한 경우
⑧ 도박채무의 변제를 위하여 채무자로부터 부동산의 처분을 위임받은 행위와 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 행위
⑨ 해외파견 된 근무자가 귀국일로부터 일정기간 회사에 근무하여야 한다는 회사의 내규
⑩ 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정을 알고도 이를 묵인한 상태에서 한 종교단체의 주지임명행위
⑪ 명의신탁약정
⑫ 무허가건물의 임대행위
⑬ '법률행위 당시'를 기준으로 판단하므로 매매계약 후 매매의 목적물이 범죄행위로 취득한 것을 알게 되었다 하더라도 그 매매계약은 반사회질서행위가 아니다.

(3) 사회질서 위반행위의 효과

① 절대적 무효(선의의 제3자에게도 대항할 수 있다).
② 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다.
③ 이미 이행된 경우, 불법원인급여가 되어 그 반환을 청구할 수 없고 소유권에 기한 목적물반환청구권도 행사할 수 없다.

❷ 부동산이중매매 제24회 제25회 제26회 제28회 제32회

(1) 의 의

甲은 乙에게 X부동산을 매도하고 중도금을 수령한 후 다시 丙과 X부동산에 대한 매매계약을 체결하고 丙 명의로 소유권이전등기를 마친 경우를 말한다.

(2) 원칙적 유효

① 부동산의 이중매매는 丙의 선의·악의 불문하고 원칙적으로 유효하다.
② 이 경우 丙은 소유권을 취득하고, 甲의 乙에 대한 소유권이전의무는 채무불이행(이행불능)이 되어 乙은 매매계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다.

(3) 무효인 경우

① 제2매수인(丙)이 매도인(甲)의 배임행위에 적극 가담(매도를 권유, 요청)하여 이루어진 제2의 매매행위는 정의관념에 반(사회질서 위반)하므로 무효가 된다.
② 乙은 매도인 甲을 대위하여 丙의 등기말소를 청구할 수 있고, 丙에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구도 할 수 있다.
③ 甲과 丙의 매매계약은 반사회질서행위로 불법원인급여가 되어 甲은 丙에게 말소등기청구를 할 수 없고, 丙은 甲에게 매매대금반환청구를 할 수 없다.
④ 乙은 丙에 대해 등기말소 또는 진정명의회복을 원인으로 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 채권자취소권을 행사하여 甲과 丙의 매매계약을 취소할 수도 없다.
⑤ 甲과 丙의 매매계약은 절대적 무효이므로 당해 부동산을 제2매수인 丙으로부터 전득한 제3자는 선의라도 권리를 취득하지 못한다(제2매수인으로부터 그 부동산을 매수하여 등기한 선의의 제3자는 제2매매계약의 유효를 주장할 수 없다).

❸ 불공정한 법률행위(제104조) 제24회 제25회 제28회 제29회

(1) 의 의

① 일방 당사자의 궁박, 경솔, 또는 무경험으로 인하여 현저히 균형을 잃은 법률행위를 말하며, 폭리행위(暴利行爲)라고도 한다.

② 제104조의 불공정한 법률행위는 제103조(반사회질서 법률행위)의 예시규정에 해당한다. 따라서 비록 제104조의 요건을 완전히 갖추고 있지 못한 경우에도 그 행위는 제103조에 의해 반사회적 행위로서 무효가 될 수 있다.

(2) 요 건

① **피해자의 궁박, 경솔, 무경험이 있을 것**
- ㉠ 궁박은 경제적, 정신적, 심리적 궁박상태를 포함한다.
- ㉡ 무경험이라 함은 어느 특정영역에서의 경험부족이 아니라 거래일반에 대한 경험부족을 의미한다.
- ㉢ 모두 구비할 필요는 없고 그중 어느 하나만 갖추어도 충분하다.
- ㉣ 대리인이 법률행위를 한 경우에 경솔, 무경험은 대리인 기준으로 판단하고, 궁박여부는 본인을 기준으로 판단한다.

② **상대방의 이용의사(악의)가 있을 것** : 상대방이 피해자 측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사가 있어야 불공정 법률행위가 성립한다.

③ **급부와 반대급부 사이의 현저한 불균형이 있을 것**
- ㉠ 급부와 반대급부 사이의 '현저한 불균형'의 판단에 있어서는 당사자의 주관적 가치가 아닌 거래상의 객관적 가치에 의하여야 한다.
- ㉡ 불균형 여부의 판단 시기는 '법률행위시(계약체결 당시)'를 기준으로 한다. 따라서 계약 체결 당시에 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 큰 이익이 발생한다 하더라도 불공정한 법률행위가 되지 않는다.

(3) 입증책임

① 무효를 주장하는 자(피해자)가 모든 요건을 주장·입증해야 한다.

② 따라서 급부와 반대급부가 현저히 불균형이라 하여 궁박, 경솔, 무경험이 추정되지 않는다.

(4) 효 과

① 절대적 무효(선의의 제3자에 대해서도 대항할 수 있다)

② 이행된 경우 피해자는 반환 청구할 수 있으나, 폭리자는 반환청구 하지 못한다.

③ 불공정한 법률행위는 추인에 의해 유효로 될 수 없으나, 전환은 가능하다(매매계약이 매매대금의 과다로 불공정한 법률행위에 해당하지만, 그 매매대금을 적정한 금액으로 감액하여 매매계약의 유효성을 인정).

④ 불공정한 법률행위로 불이익을 입는 당사자가 불공정성을 소송 등으로 주장할 수 없도록 하는 부제소합의는 특별한 사정이 없으면 무효이다.

(5) 적용범위

① **적용×** : 무상행위(증여, 기부행위), 경매

② **적용○** : 유상·쌍무계약, 단독행위(채권포기행위)

CHAPTER 3

의사표시

제1절 법률행위의 해석 [제27회]

1 의 의

대표유형문제

01 매도인 甲과 매수인 乙은 X토지(36번지)를 매매하기로 합의하였으나 지번에 착오를 일으켜서 계약서상 매매 목적물로 Y토지(39번지)를 기재하고, Y토지(39번지)에 대하여 乙명의로 소유권이전등기를 경료하였다.

① 어느 토지에 대하여 매매계약이 성립된 것인가?
② 매매계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가?

정답 ① X(36번지)토지에 대해 성립한다.
② 취소할 수 없다.

① 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것을 말한다.
② 매매계약서에 계약사항에 대한 이의가 생겼을 때에는 매도인의 해석에 따른다는 조항은 법원의 법률행위해석권을 구속하지 않는다.

2 법률행위해석의 방법

(1) 자연적 해석

① 의의 : 표시의 의미에 대해 당사자 간의 의사의 합치가 있다면 표현의 문자적·언어적 의미에 구속되지 않고 표의자의 실제적인 의사(내심적 효과의사)를 밝히는 해석이다.
② 오표시무해의 이론(판례)
㉠ 쌍방당사자가 X토지에 대해 매매의 합의를 하였으나 그 지번 등에 관해 착오를 일으켜 계약서에 Y토지로 표시한 경우라도 X토지를 매매목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있은 이상 위 매매계약은 X토지에 관해 성립한 것으로 한다는 원칙이다.
㉡ 매수인은 X토지의 소유권이전등기를 경료하지 않아 소유권을 취득하지 못하였으므로 X토지의 소유권이전등기를 청구할 수 있다.

㉢ 또한 Y토지는 매매가 성립되지 않았으므로 매수인 명의로 경료된 Y토지에 대한 소유권이전등기는 무효인 등기이다. 따라서 매도인은 Y토지의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있고, 매수인이 Y토지를 제3자에게 매도하였다면 제3자는 선의라도 소유권을 취득하지 못한다.

㉣ X토지에 대하여는 유효한 매매가 성립되었고, Y토지에 대해서는 매매계약이 성립되지 않았기 때문에 착오를 이유로 취소하지 못한다.

(2) 규범적 해석

① 내심적 효과의사와 표시행위가 일치하지 않는 경우, 상대방의 입장에서 표시행위에 따라 법률행위의 성립을 인정하는 해석(상대방 시각)을 말한다.

② **규범적 해석에 따른 판례**

㉠ 임대차계약을 체결하면서 '모든 경우의 화재'에 대하여도 임차인이 그 손해를 부담하기로 특약을 하였을 경우 모든 경우라 함은 불가항력의 경우까지도 포함하는 뜻이다[79다508].

㉡ 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에 '모든 권리금을 인정함'이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없다[2000다4517,4524].

(3) 보충적 해석

계약에서 당사자가 정하지 않은 사항에 관하여 분쟁이 생긴 경우에 당사자의 가상적(가정적) 의사(실제 의사 내지 주관적 의사×)를 제3자의 시각에서 보충하는 해석이다.

제2절 비정상적 의사표시 일반

1 비정상적 의사표시의 유형

- 비정상적 의사표시
  - 의사와 표시의 불일치 (의사의 흠결)
    - 불일치를 표의자가 알고 있는 경우
      - **비진의표시**(제107조)
      - **통정허위표시**(제108조)
    - 불일치를 표의자가 모르는 경우 – **착오**(제109조)
  - 하자(瑕疵) 있는 의사표시 – **사기·강박**에 의한 의사표시(제110조)

❷ 비정상적 의사표시의 공통점 : 선의의 제3자 보호(상대적 무효, 취소)

① 무효나 취소로서 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
② 제3자는 법률행위의 당사자 및 포괄승계인(상속인 등) 이외의 자로서 실질적으로 새로운 이해관계를 맺은 자를 말한다.
③ 보호받는 제3자는 선의이면 충분하고, 무과실은 요하지 않는다.
④ 선의는 추정되므로 무효나 취소를 주장하는 자가 제3자의 악의를 입증해야 한다.
⑤ 선의의 제3자와 이해관계를 맺은 전득자는 악의이더라도 보호를 받는다.

제3절 진의 아닌 의사표시(비진의표시) [제25회 제27회]

❶ 의의 및 효과

① 진의 아닌 의사표시란 '의사와 표시가 일치하지 않는다는 것을 표의자 스스로 알면서 하는 의사표시'를 말한다.
② 원칙적으로 유효이나, 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효이다(상대방이 선의이며 무과실인 경우는 유효) → 상대방의 악의 또는 과실에 대한 입증책임은 무효를 주장하는 자가 진다.
③ 비진의표시의 무효로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
④ 진의 아닌 의사표시에서 '진의'란 '특정한 내용의 의사표시'를 하려는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 바라는 사항을 뜻하는 것이 아니다.

❷ 진의 아닌 의사표시 해당여부

비진의 표시에 해당 ○	(1) 물의를 일으킨 사립대학교 조교수가 사직의 의사가 없으면서 사태수습의 방안으로 '스스로'사직서를 낸 경우 → 유효 (2) 사직의사 없는 근로자가 사용자의 '지시'에 의하여 또는 기업의 경영방침에 따라 사직서를 낸 경우 → 그 사정을 사용자도 안 것으로 보아 무효
비진의 표시에 해당 ×	(1) 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 바라지는 아니하였으나, 그것을 최선이라고 판단하여 의사표시를 한 경우 (2) 강박(강요)에 의하여서나마 증여한 경우 (3) 자기명의로 대출받을 수 없는 자를 위하여 자기명의를 빌려준 자는 비진의표시라고 할 수 없다. (4) 공무원의 사직서 제출에는 적용×(항상 유효) (5) 희망퇴직제 실시에 따라 또는 명예퇴직제에 따라 사직원을 제출한 경우

③ 적용범위

(1) 적용되는 경우

① 진의 아닌 의사표시는 계약, 단독행위(상대방 없는 단독행위는 항상 유효)에도 적용된다.
② 대리인의 대리권남용에도 유추적용될 수 있다.

(2) 적용되지 않는 경우

① 공법상 법률행위에는 적용되지 않는다(공무원 사직서 제출은 언제나 유효).
② 강행규정에 위반하여 계약을 체결한 경우, 비진의표시의 법리가 적용될 여지는 없다(즉, 상대방이 선의이며 무과실이라 하여 유효가 될 수 없다).

제4절 통정허위표시 [제26회, 제27회, 제29회~제33회]

① 의 의

① 허위표시란 표의자가 상대방과 서로 짜고서(합의, 양해) 의사와 표시가 불일치한 법률행위를 하는 것으로, 가장행위(假裝行爲)라고도 한다.
② 동일인 대출한도를 회피하기 위하여 금융기관의 양해하에 형식상 제3자 명의를 빌려 체결된 대출약정은 허위표시에 해당하여 무효이다(양해가 없으면 허위표시 아님).

② 통정허위표시의 효과

(1) 당사자 사이의 효과

① 당사자 간에는 언제나 무효이다.
② 따라서 허위표시 자체가 반사회질서행위(불법)은 아니므로 이미 이행한 후에는 당사자는 부당이득반환청구권 또는 소유권에 기한 반환청구권을 행사할 수 있다.
③ 허위표시도 채권자취소권의 대상이 된다.

(2) 제3자에 대한 효과

① 허위표시의 무효는 그 누구라도 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
② 보호되는 제3자는 선의이기만 하면 되고 무과실은 요건이 아니다.
③ 제3자의 선의는 추정되므로 허위표시의 무효를 주장하는 측에서 제3자가 악의라는 사실을 주장·입증해야 한다.

제3자에 해당여부

제3자에 해당 하는 경우	제3자에 해당하지 않는 경우
① 가장매매의 매수인으로부터 그 목적물을 다시 매수한 자, 가압류한 자(가압류채권자) ② 가장채권을 양수한 자, 가압류한 자 ③ 가장매매의 매수인으로 부터 그 부동산에 저당권을 설정받은 자 또는 가등기를 취득한 자 ④ 가장저당권의 설정행위에 기한 저당권의 실행으로 부동산을 경락받은 자 ⑤ 파산자가 상대방과 통정한 허위의 가장채권을 보유하고 있는 경우의 파산관재인(다만, 선의, 악의는 총파산채권자를 기준으로 판단하여 파산채권자 모두가 악의로 되지 않는 한 파산관재인은 선의의 제3자이다)	① 가장매매의 양수인으로부터 그 지위를 상속 받은 자 ② 대리인이 허위표시를 한 경우 본인 ③ 가장행위로서 제3자를 위한 계약에 있어서의 제3자(수익자) ④ 채권의 가장양도에 있어서의 채무자 ⑤ 허위표시의 당사자로부터 계약상 지위를 이전받은 자 ⑥ 저당권등 제한물권이 가장포기된 경우 후순위 제한물권자 ⑦ 가장양수인의 일반채권자

③ 은닉행위

① 甲은 자신의 X토지를 乙에게 증여하면서, 세금을 아끼기 위해 이를 매매로 가장하여 乙명의로 소유권이전 등기를 마친 경우에 증여행위를 은닉행위라 한다.

② 매매는 가장행위로 무효지만, 은닉행위인 증여는 유효이다.

③ 따라서 乙은 적법하게 X토지의 소유권을 취득하고, 乙이 다시 丙에게 매도하고 소유권이전등기를 경료해 주었다면 丙은 선·악 불문하고 소유권을 취득한다.

제5절 착오로 인한 의사표시 [제25회 제26회 제28회 제31회]

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.
② 착오로 인한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

1 의 의

① 표의자가 자신의 의사와 표시가 일치하지 않는 것을 모르고 하는 의사표시를 말한다.
② 착오가 장래의 불확실한 사실에 관한 것(장래 부과될 양도소득세의 세액)이라도 착오에 해당한다.
③ 그러나 장래의 불확실한 사실을 예상(기대)한데 지나지 않는 경우는, 착오로 다룰 수는 없다.

2 착오의 유형

(1) 동기(이유)의 착오(예 개발될 것이라고 잘못 알고 투자목적으로 토지를 고가로 매수한 경우)

① **원칙** : 동기는 의사표시의 착오가 아니므로 취소할 수 없다.
② **예외** : 착오에 포함되어 취소할 수 있는 경우
  ㉠ 동기가 표시되고, 그 착오가 중요한 부분에 관한 것일 것(의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지는 불필요)
  ㉡ **상대방에 의해 유발(제공)된 동기의 착오** : 동기가 표시되지 않았더라도 취소가능
    ⓐ 귀속재산이 아닌 데도 공무원이 귀속재산이라고 하여 토지를 국가에 증여한 경우
    ⓑ 담당공무원의 법령오해로 기부채납의무가 없는 토지를 시에 증여한 경우

(2) 법률의 착오

① 법률의 착오란 법률의 존재 또는 효과에 대하여 인식을 잘못한 경우이다.
② 법률의 착오도 착오의 규정이 적용되어 동기의 착오가 될 수도 있고 중요부분의 착오가 될 수도 있다.
③ 토지를 매수하였는데 법령상의 제한으로 인하여 그 토지를 의도한 목적대로 사용할 수 없게 된 경우는 법률의 착오로 동기의 착오에 해당한다.

(3) 표시상의 착오(잘못 기재한 경우)

신원보증서류에 서명날인(署名捺印)한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증의 서면에 서명날인한 경우, 기명날인의 착오로서 표시상의 착오에 해당한다.

❸ 취소의 요건

(1) 중요부분의 착오가 있을 것

① 중요부분의 판단기준 : 주관적 요건(표의자 입장)+객관적 요건(일반인 입장)

② 중요부분 해당여부

중요부분에 해당○(취소○)	중요부분에 해당×(취소×)
① 토지의 현황, 경계에 관한 착오 (토지 1,300평을 전부 경작이 가능한 농지로 알고 매수하였으나 그 중 600평이 하천부지인 경우) ② 근저당권설정계약에 있어서 채무자의 동일성에 관한 착오 ③ 양도소득세 착오 ④ 재건축조합이 재건축아파트 설계용역계약을 체결함에 있어서 상대방의 건축사 자격 유무에 관한 착오	① 지분이 근소(미미)하게 부족한 경우 ② 시가에 관한 착오(동기의 착오에 불과) ③ 매매계약서에 표시된 지적이 실제 면적보다 작은 경우 ④ 착오로 인해 표의자가 경제적인 불이익을 입은 것이 아닌 경우 (가압류등기가 없다고 믿고 보증하였더라도 가압류가 원인무효인 것으로 밝혀진 경우) ④ 매매나 임대차에서 목적물의 소유자에 대한 착오(단, 목적물이 반드시 임대인의 소유일 것을 특히 계약의 내용으로 삼은 경우에는 취소가능)

(2) 중대한 과실(보통 요구되는 주의를 현저히 결한 것)이 없을 것

① 중과실 인정(취소 불가)

㉠ 공인중개사를 통하지 않고 토지거래를 하는 경우, 토지대장 등을 확인하지 않은 경우

㉡ 공장을 경영하는 자가 공장을 설립할 목적으로 토지를 매수함에 있어 그 토지상에 공장을 건축할 수 있는 지 여부를 관할관청에 알아보지 아니한 경우

② 중과실 부정

㉠ 건축사자격이 없는 건축학 교수와 재건축아파트 설계용역계약을 체결한 재건축조합이 건축사 자격 유무를 조사하지 않아서 그의 무자격을 알지 못한 경우

㉡ 토지매매에 있어서 특별한 사정이 없는 한, 매수인이 측량을 통하여 매매목적물이 지적도상의 그것과 일치하는지 여부를 확인하지 않은 경우

(3) 입증책임

① 법률행위 내용에 착오가 있다는 사실과 착오가 중요부분이라는 점은 착오를 이유로 의사표시를 취소하는 자(표의자, 의사표시의 효력을 부인하는 자)가 증명하여야 한다.

② 표의자에게 중대한 과실이 있다는 사실은 취소를 저지하려는 자(상대방, 법률행위의 유효를 주장하는 자)가 증명하여야 한다.

4 효 과

① 착오자는 그 의사표시를 취소 할 수 있다(제109조 제1항). 당사자 쌍방이 동일한 착오에 빠져 있더라도 취소요건이 갖춰지면 취소할 수 있다.
② 그러나 착오에 관한 규정은 임의규정이므로 당사자가 착오를 이유로 의사표시를 취소하지 않기로 약정한 경우, 표의자는 의사표시를 취소할 수 없다.
③ 표의자가 중대한 과실이 있어도 상대방이 알면서 이용한 경우에는 취소할 수 있다.
④ 상대방이 착오자의 진의에 동의를 하였다면 착오에 의한 의사표시를 취소할 수 없다.
⑤ 표의자가 경과실이 있는 경우에는 착오를 이유로 취소할 수 있는데, 표의자가 착오를 이유로 의사표시를 취소하여 상대방이 손해를 입은 경우라도 상대방은 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 없다.
⑥ 소송행위에는 적용되지 않으므로 사무원의 착오로 소를 취하하였다고 하여 이를 취소할 수 없다(취소로 무효로 할 수 없다).

5 착오와 다른 제도와의 관계

① **해제와 취소** : 매도인이 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인은 착오를 이유로 그 매매계약을 취소할 수 있다.
② **착오와 담보책임** : 매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.

제6절 하자있는 의사표시(사기 · 강박) [제25회 제27회]

1 사기에 의한 의사표시

(1) 2단(2중)의 고의가 있을 것(→ 과실 있는 기망행위는 사기×)

(2) 기망행위가 있을 것

① 설명의무·고지의무가 있는 경우에 단순한 침묵(부작위)도 기망행위가 될 수 있다.
② 아파트 분양자가 인근에 대규모의 공동묘지 또는 쓰레기매립장이 조성되어 있는 사실을 고지하지 않을 경우 부작위에 의한 기망행위가 성립한다.
③ 그러나 부동산 분양계약에 있어서 분양자가 수분양자의 전매이익에 영향을 미칠 사항들에 관하여 고지하지 아니한 것이 부작위에 의한 기망에 해당하지는 않는다.

(3) **위법성이 있을 것**

① 백화점의 변칙세일(할인판매 가장) : 위법성○
② 상품선전·광고에 다소의 과장이나 허위 : 위법성(사기)×
③ 상품선전·광고에 있어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지 : 위법성(사기)○
④ 교환계약(매매계약)을 체결하려는 일방당사자가 자기소유 목적물의 시가를 묵비하거나 허위로 고지하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 기망행위가 아니다.

(4) **인과관계가 있을 것** : 표의자의 주관적인 것으로도 족하다.

② 강박에 의한 의사표시

(1) **강박행위(해악의 고지로 공포심을 일으키는 행위)가 있을 것**

① 강박행위가 의사결정의 자유를 제한하는 정도는 취소사유이고, 의사결정의 자유를 완전히 박탈한 상태는 무효이다.
② 단지 각서에 서명 날인할 것을 강력히 요구한 것은 강박행위라 할 수 없다.

(2) **위법성이 있을 것**

① 해악의 고지로써 추구하는 이익이 정당하지 아니하거나 이익의 달성을 위한 수단으로 부적당한 경우 등은 위법성이 인정된다.
② 따라서 고소·고발은 정당한 권리행사이나, 부정한 이익의 취득을 목적으로 하거나 행위나 수단이 부당한 때에는 강박행위가 될 수 있다.

③ 효 과

(1) **상대방의 사기·강박의 경우** : 항상 취소할 수 있다. 단, 공법상 행위, 소송법상 행위 등에는 적용되지 않으므로 사기나 강박에 의한 소송행위는 원칙적으로 취소할 수 없다.

(2) **제3자의 사기·강박의 경우**

① 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기·강박을 한 경우에는 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 취소할 수 있다. 따라서 상대방이 선의·무과실인 경우에는 취소할 수 없다.
② 대리인의 사기·강박은 제3자의 사기·강박에 해당되지 않는다. 따라서 대리인이 상대방에게 사기·강박을 한 경우 본인이 알든 모르든 계약을 취소할 수 있다.
③ 그러나 상대방의 피용자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하여 상대방이 피용자의 사기·강박을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 취소할 수 있다.
④ 상대방 없는 의사표시에서 제3자의 사기·강박이 있는 때에는 항상 취소할 수 있다.

(3) 선의의 제3자 보호(선의 제3자에게 대항×)

여기서 제3자는 이해관계를 맺은 법률관계가 취소 이전에 있었던가 이후에 있었던가는 가릴 필요 없이 선의라면 보호된다.

4 다른 제도와의 관계

(1) 사기와 착오와의 관계(경합)

① 타인의 기망행위에 의해 중요부분에 착오가 발생한 때에는 표의자는 사기 또는 착오를 선택적으로 주장할 수 있고, 표의자가 상대방의 기망행위로 인해 법률행위의 동기에 관하여 착오를 일으킨 경우에는 사기를 이유로 그 법률행위를 취소할 수 있다.

② 다만, 제3자의 기망행위로 신원보증서류에 서명날인(署名捺印)한다는 착각에 빠진 상태로 연대보증서면에 서명날인한 경우에는 착오만을 적용한다(사기적용×).

(2) 불법행위로 인한 손해배상책임와의 관계

① 사기·강박이 불법행위의 요건을 갖춘 경우에는 취소와 아울러 불법행위에 기한 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 다만, 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하기 위하여 반드시 그 의사표시를 취소하여야 하는 것은 아니다.

② 의사표시를 취소한 경우 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 모두 인정되지만, 그 행사는 선택적으로 하여야 하지 중첩적으로 할 수 없다.

제7절 의사표시의 효력발생 [제24회 제27회 제30회]

❶ 의사표시의 효력발생시기

(1) 도달주의 원칙(상대방 있는 의사표시)

① 도달로 인정되는 경우
   ㉠ 상대방이 수령을 거절하더라도 그가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓인 때(상대방이 알 필요×)에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다.
   ㉡ 내용증명이나 등기우편으로 발송한 경우에는 반송 등의 특별한 사정이 없는 한 도달된 것으로 추정한다.

② 도달로 인정되지 않는 경우
   ㉠ 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 도달로 추정할 수 없다.
   ㉡ 아파트 경비원이 집배원으로부터 우편물을 수령한 후 이를 공동우편함에 넣어 둔 사실만으로 수취인이 그 우편물을 수취하였다고 추단할 수는 없다.

③ 의사표시를 발송한 후 도달 전에 표의자가 사망하거나 제한 능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

④ 표의자는 의사표시의 효력이 발생한 후(도달 후)에는 철회할 수 없다(도달 전에는 철회 가능).

(2) 발신주의를 취하고 있는 경우

① 격지자 간의 승낙의 효력발생시기(계약의 성립시기)
② 무권대리인의 상대방 최고에 대한 본인의 확답

참고 상대방 없는 의사표시는 원칙적으로 표시행위가 완료된 때에 효력을 발생한다.

❷ 의사표시의 수령능력

① 의사표시의 상대방이 제한능력자인 경우에는 그 의사표시로서 대항하지 못한다.
② 다만, 그 상대방의 법정대리인이 그 도달을 안 후에는 대항할 수 있다.

❸ 의사표시의 공시송달(公示送達)

표의자가 과실없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.