

제1편 총 칙

제 1 장 통 칙

제 1 조 [법원(法源)] = 실질적 의의의 민법의 존재형식=민사에 관한 적용법규

민사(=사법관계)에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리(條理)에 의한다.

☑ 12(3)모

민법의 법원을 규정한 민법 제1조의 법률은 성문법 또는 제정법을 의미하므로 여기에는 국가간의 조약도 포함된다. (○)

제 2 조 [신의성실] : 일반조항

① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

② 권리는 남용하지 못한다.

☑ 07법행

권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.(○)

제 2 장 인

제 1 절 능 력

제 3 조 [권리능력의 존속기간]

사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.

☑ 08법행

민법상 조함은 권리능력이 있다.(x)

■ 민법상의 능력

- ① 신체감정결과 지능지수는 73, 사회연령 6세 수준은 의사무능력자이다(2001다10113).
- ② 정신지체 장애등급 2급으로 판정받은 자(2004다51627)와 지능지수가 58로서 정신지체 3급 장애인(2006다29358)은 의사무능력자이다.

	태아가 권리능력을 가지는 경우 : 단, 전제로서 태아는 살아서 출생할 것(통설, 판례)
1	불법행위에 기한 손해배상청구권(762조)
2	상속권(1000조 3항) + 대습상속권, 유류분권(통설)
3	유증(1064조) : 사인증여의 경우 제562조가 유증에 관한 규정을 준용하므로 태아의 권리능력을 인정하는 것이 다수설이지만, 판례는 부정하는 입장이다.
4	인지 : 태아는 인지의 대상일 뿐이다(858조). 즉 태아는 인지청구권을 행사할 수는 없다(다수설).

■ 태아의 법적 지위에 대해서 판례는 정지조건설의 입장이다 : 민법상 개별적으로 태아의 권리능력이 인정되는 경우에도 그 권리능력은 태아인 동안에는 없고 살아서 출생하면 문제된 사건의 시기까지 소급하여 그때에 출생한 것과 같이 법률상 간주되었던 것이므로, 태아인 동안에는 법정 대리인이 있을 수 없다(81다534).

4 제 1편 민법총칙

★제4조 [성년] (2013.7.1. 시행)

사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

제5조 [미성년자의 능력]

- ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다(=법정대리인의 동의를 얻을 필요가 없다).
- ② 전항의 규정에 위반한 행위는(=미성년자가 법정대리인의 동의 없이 법률행위를 한 경우 그 법률행위는 일단 유효하지만, 취소할 수 있는 법률행위로서 미성년자 측에서) 취소할 수 있다. (제140조 참조. 그리고 취소하면 그 법률행위는 소급적으로 무효가 되고, 이 취소는 절대적 효력을 가지므로 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다)

☑ 06사법, 11법모

미성년자가 타인에게 자신의 부동산을 증여하는 내용의 증여계약을 체결한 후, 증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니하였음을 이유로 위 증여계약을 해제함에 있어서는, 법정대리인의 동의를 요하지 아니한다.(○) (해설) 제5조 1항 단서의 의무만을 면하는 행위이므로 단독으로 할 수 있다.

■ 미성년자가 그 법정대리인의 동의를 얻었다는 점에 관한 입증책임은 이를 주장하는 상대방(=법률효과를 주장하는 자)에게 있다(69다1568).

❖ 법정대리인의 동의 없이 미성년자 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 경우

1	단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위(5조 1항 단서) : 친권자에 대한 부양료 청구는 가능하다(판례). 그러나 단독으로 변제를 수령할 수는 없다(다수설)..
2	범위를 정하여 처분이 허락된 재산의 처분행위(6조)
3	허락받은 영업에 관한 행위(8조 1항) : 영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위를 하는 경우와 혼인(=법률혼)을 한 미성년자는 성년자와 같은 행위능력을 가진다.
4	대리행위(117조)
5	유언행위(만 17세에 달할 것. 1061조)
6	무한책임사원의 자격에서 한 행위(상법 7조) : 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 미성년자는 그 사원자격에서 한 법률행위에 관해서는 행위능력자로 본다.
7	임금청구(미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다 : 근로기준법 66조) 『미성년자는 원칙적으로 법정대리인에 의하여서만 소송행위를 할 수 있으나 미성년자 자신의 노무제공에 따른 임금의 청구는 근로기준법 제66조의 규정에 의하여 미성년자가 독자적으로 할 수 있다. 따라서 임금청구 소송에 있어서 미성년자는 소송능력이 있다』 (80다3149). ※ 주의 : 근로계약의 체결(친권자 또는 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없다 : 근로기준법 65조 1항) 따라서 법정대리인의 동의를 얻어야 하느냐에 관해서는 학설이 대립한다.
8	제한능력을 이유로 하는 취소(140조)

☑ 09법원

미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 함이 원칙이고, 따라서 혼인한 미성년자가 협의상 이혼을 할 때에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다.(×) (해설) 혼인한 미성년자는 성년자와 같은 행위능력을 가지므로 혼인한 미성년자는 법정대리인의 동의 없이 협의이혼할 수 있다.

☑ 13(1)모

미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하지만, 단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다.(○) (해설) 제5조 1항.

☑ 20변호

제한능력으로 인한 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.(×)

☑ 04법행

미성년자의 유언행위는 법정대리인이 대리할 수 없으므로 모든 미성년자는 유효한 유언을 혼자서 할 수 있다.(×)

☑ 13법무

미성년자는 단독으로 유언을 할 수 있으나, 만 16세는 되어야 한다.(×) (해설) 위 도표 5.

☑ 04법행. 09법원

법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 미성년자가 그 사원자격에 의하여 행하는 행위는 법정대리인의 동의 없이 유효하게 할 수 있다.(○)

☑ 13법무

미성년자의 근로계약체결은 법률행위이므로 법정대리인이 근로계약체결을 대리하여야 한다.(×) (해설) 위 도표 7.

제 6 조 [처분을 허락한 재산]

법정대리인이 범위(=사용목적이 아니라, 재산의 범위를 의미함 : 다수설)를 정하여 처분을 허락한 재산(예 : 등록금, 용돈)은 미성년자가 임의로 처분(=사용·수익도 포함됨)할 수 있다.

☑ 13(3)도

미성년자인 고등학생이 친권자로부터 책값으로 수령한 돈을 PC방에 게임비로 사용하였다면 이는 허락된 사용목적에 벗어난 처분이므로 취소할 수 있다.(×) (해설) 제6조에서의 범위란 사용목적에 말하는 것이 아니라 재산의 범위를 의미하므로 거래의 안전을 고려하여 법정대리인이 정한 사용목적과 상관없이 (예) 등록금으로 준 돈을 유흥비로) 미성년자가 임의로 처분할 수 있다(통설).

☑ 14변호

법정대리인이 재산의 범위를 정하여 미성년자에게 처분을 허락하였다면, 법정대리인은 그 재산의 처분에 관하여 스스로 유효한 대리행위를 할 수 없다.(×) (해설) 법정대리인의 대리권과 동의권은 병존할 수 있으므로 법정대리인은 제5조의 동의한 행위 또는 제6조의 처분을 허락한 그 재산의 처분에 대해서도 스스로 유효한 대리행위를 할 수 있다.

제 7 조 [동의와 허락의 취소]

법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 전2조의 동의와 허락(=제5조의 법률행위의 동의와 제6조의 재산처분의 허락)을 (미성년자 또는 그 상대방에게) 취소할 수 있다. (이 취소를 미성년자에게 한 경우에는 이를 가지고 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없다(다수설). 제7조의 취소는 법률행위를 하기 전에만 허용되므로 소급효가 인정될 수 없으므로 그 법적 성질은 철회이다)

■ 철회란 법률행위의 효력이 발생하기 전에 그 효력발생을 저지하는 것으로 소급효가 없다.

☑ 13법원

법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있으나, 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전이라면 법정대리인은 위 허락을 취소할 수 있다.(○)

제 8 조 [영업의 허락]

- ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 (종류의) 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다. (따라서 허락한 영업과 관련된 행위에 대해서는 법정대리인의 대리권도 소멸[16변호]하므로, 법정대리인은 허락한 영업과 관련된 행위를 스스로 대리할 수는 없다[14변호])
- ② 법정대리인은 전항의 (영업의) 허락을 취소 또는 제한(=2개 이상의营业을 특정해서 허락한 경우 그 중 어느 하나를 금지하는 것)할 수 있다. (영업

☑ 16변호

미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관해서는 법정대리인의 대리권이 소멸하고, 법정대리인은 그가 한 허락을 취소할 수

6 제 1편 민법총칙

허락의 취소는 취소한 이후에 한 법률행위에만 영향을 미치므로 그 법적 성질은 소급효가 없는 철회에 해당한다. 따라서 영업허락의 취소 전에 이미 행해진 영업행위는 유효하다) 그러나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

☑ 14변호

법정대리인이 미성년자에게 영업의 종류를 특정하여 영업을 허락하였다면, 법정대리인은 허락한 영업과 관련된 행위를 스스로 대리할 수 없다.(○) (해설) 제8조 1항 괄호.

☑ 06사법

미성년자 甲이 법정대리인의 허락을 얻어 컴퓨터판매업을 하던 중 법정대리인이 위 영업의 허락을 취소하였음에도, 甲이 위 영업을 계속하면서 그 정을 모르는 乙에게 컴퓨터를 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다면 甲은 위 매매계약을 취소할 수 없다.(○) (해설) 영업허락의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못하므로 영업 허락을 취소한 후에, 그 사실을 모르고 거래한 상대방은 그 법률행위의 확정적인 유효를 주장할 수 있으므로 미성년자 측에서는 그 계약을 취소할 수 없다.(제8조 2항 단서)

❖ 미성년자가 한 법률행위의 취소 등

1	미성년자가 법정대리인의 동의를 얻지 않고 법률행위를 한 경우 그 법률행위를 제한능력자 측에서 취소하면 그 법률행위는 소급적으로 무효가 되고, 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다.
2	① 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 제5조의 법률행위의 동의와 제6조의 재산처분의 허락을 취소할 수 있다(7조). ② 법정대리인은 영업의 허락을 취소할 수 있다(8조 2항). 위 ①과 ②의 취소는 그 성질은 소급효가 없는 철회이고 (따라서 이미 행해진 영업행위는 유효함), 善意的 제3자에게 대항하지 못한다.

★제 9 조 [성년후견개시의 심판] (2013. 7. 1. 시행)

- (성년후견의 원인 :) 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람(예) 식물인간상태에 있는 사람, 중증의 치매증상이 있는 사람. 신체적 장애는 성년후견의 원인이 아님)에 대하여 (청구권자 :) 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다[14법행]. (본인은 의사능력이 있는 상태에서 청구해야 하고, 검사 또는 지방자치단체의 장은 공익의 대표자로서 청구할 수 있도록 한 것이다. 가정법원이 직권으로 하지는 못한다[15법행])
- 가정법원은 성년후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다.

☑ 14사법

질병으로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 19세의 甲에 대하여, 甲의 누나인 乙은 성년후견개시의 심판을 청구할 수 있다.(○) (해설) 제9조 1항. 甲의 누나인 乙은 2촌이므로 4촌 이내의 친족으로서 청구권자이다.

☑ 14(3)모

가정법원이 성년후견개시의 심판을 하는 경우 본인의 의사를 고려해야 한다. (○) (해설) 제12조 1항,

★제10조 [피성년후견인의 행위와 취소] (2013. 7. 1. 시행)

- 피성년후견인의 법률행위는 (제10조 2항, 3항, 4항의 예외에 해당하지 않는 한, 성년후견인의 동의를 받은 경우에도) 취소할 수 있다[18(3)모].
- 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다[14사법].(따라서 가정법원이 정한 취소할 수

☑ 14(3)모

성년후견인의 동의를 받은 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다(○) (해설) 제12조 1항,

없는 법률행위의 범위의 한도에서는 피성년후견인은 예외적으로 행위능력을 가진다= 단독으로 법률행위를 유효하게 할 수 있다=성년후견인이 취소할 수 없다(18(3)모).

③ 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 제2항의 범위를 변경할 수 있다.

④ 제1항에도 불구하고 (피성년후견인이 한) 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(15변호).

■ 한편 피성년후견인의 법률행위도 성년후견인이 추인하면 유효하게 되고(제143조), 피성년후견인도 의사능력이 회복된 때에 한하여 타인의 대리인으로서 법률행위를 할 수 있다(제117조). 또한 피성년후견인도 의사능력이 회복된 때에 한하여 독자적으로 유언을 할 수 있다(제1063조).

■ 가정법원은 성년후견개시심판을 할 때에 직권으로 성년후견인을 선임하여야 한다(제929조, 936조 1항).

★제11조 [성년후견종료의 심판] (2013.7.1. 시행)

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

★제12조 [한정후견개시의 심판] (2013.7.1. 시행)

① (한정후견의 원인 :) 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 **부족한** 사람(=과거의 한정산자와 비슷함)에 대하여 (청구권자 :) 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다.(가정법원이 직권으로 하지는 못한다)

② 한정후견개시의 경우에 제9조제2항을 준용한다(=가정법원이 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 한다).

★제13조 [피한정후견인의 행위와 동의] (2013.7.1. 시행)

① (한정후견이 개시되면 피한정후견인의 행위능력이 일반적으로 제한되는 것이 아니라, 다음과 같은 범위에서 제한된다. 즉) 가정법원은 **피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다.** (한정후견인의 동의를 받아야 하는 것으로 가정법원이 정한 범위에 속하지 아니하는 법률행위는 피한정후견인이 독자적으로 할 수 있는데, 확정

☑ 14사법

가정법원은 성년후견개시 심판을 하면서 피성년후견인의 행위 중 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정할 수 있다.(○) (해설) 제10조 1항과 2항.

☑ 15변호

피성년후견인이 행한 법률행위가 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 경우, 성년후견인은 이를 취소할 수 없다.(○) (해설) 제10조 4항.

☑ 14법무

가정법원은 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우 본인의 청구에 의하여 성년후견종료의 심판을 할 수도 있다.(○) (해설) 제11조.

☑ 13(2)모

장애, 노령으로 인하여 사무를 처리할 능력이 부족한 사람은 본인 스스로 가정법원에 한정후견개시의 심판을 청구할 수 있다.(○) (해설) 제12조 1항.

☑ 14법무

가정법원은 성년후견개시의 경우와는 달리 한정후견개시의 심판을 할 때에는 본인의 의사를 고려하지 않을 수도 있다.(×) (해설) 제12조 2항.

☑ 14사법

한정후견인의 동의가 필요한 행위에 대하여 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 한정후견인이 동의를 하지 아니하는 때에는 가정법원은 피

적으로 유효한 법률행위로 인정된다)

- 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 않는 때에는 가정법원은 피한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다[15(3)모]. (즉 가정법원의 허가를 받아서 위 행위를 피한정후견인이 단독으로 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 대해서는 그러하지 아니하다(=동의를 받지 않았다 하더라도 취소할 수 없다[14법행]).

■ 한편 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 법률행위를 그 동의를 받지 않고 한 경우에도 한정후견인이 추인하면 유효하게 되고(제143조), 피한정후견인은 타인의 대리인으로서 법률행위를 할 수 있다(제117조).

■ 가정법원은 한정후견개시심판을 할 때에 직권으로 한정후견인을 선임하여야 한다(제959조의2, 제959조의3 제1항).

■ 한정후견인은 (가정법원이 정한 동의를 요하는 법률행위의 범위 내에서) 동의권을 가지고(제13조 1항) 취소권을 가진다(제13조 4항).

■ 개정민법은 ‘후견인은 피후견인의 법정대리인이 된다’ (제938조 1항)고 규정하는데 이 제938조 1항은 미성년후견인과 성년후견인에 관한 것이다. 제959조의6이 제938조 1항을 준용하지도 않고, 한정후견인에 대해서는 ‘가정법원은 한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다’ (제959조의4 제1항)고 규정하여 한정후견인이 당연히 피한정후견인의 법정대리인으로 되는 것은 아니다. 즉 한정후견인은 대리권을 수여하는 가정법원의 심판이 있어야 그 범위에서 대리권을 행사할 수 있다(제959조의4 제1항).

★제14조 [한정후견종료의 심판] (2013. 7. 1. 시행)

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

★제14조의2 [특정후견의 심판] (2013. 7. 1. 시행)

- ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 **일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원**이 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.

한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의를 갈음하는 허가를 할 수 있다.(○) (해설) 제13조 3항.

☑ 14(3)모

일상생활에 필요하고 대가가 과도하지 않은 피한정후견인의 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 없다.(○) (해설) 제13조 4항 단서.

☑ 예상

가정법원은 성년후견개시의 심판과 한정후견개시의 심판을 할 때 본인의 의사를 고려하여야 하는데 반해, 특정후견은 본인의 의

- ③ (특정후견은 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원에 대한 것이므로 개시와 종료를 별도로 심판할 필요는 없고) **특정후견의 심판을 하는 경우에는 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다.**(특정후견의 기간이 경과하거나 특정 사무의 처리가 종결되면 특정후견도 자연히 종결한다).

■ 특정후견의 경우도 정신적 제약을 원인으로 하는 것이므로 성년후견이나 한정후견의 요건을 충족하는 경우에도 특정후견을 청구할 수 있다.

★제14조의3[심판 사이의 관계] (2013. 7. 1. 시행)

- 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.

■ 후견계약도 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약을 원인으로 한다(제959조의14를 참고할 것).

■ 제한능력자의 상대방 보호

1. 취소권자의 상대방을 보호하기 위한 제도 : 법정추인제도(145조)와 취소권의 단기소멸제도(146조)

2. 특별히 제한능력자의 상대방을 보호하는 제도

1) 상대방의 최고권(15조)

① 최고는 추인여부를 묻는 의사의 통지(=준법률행위)이고, 형성권이다. 추인은 상대방 있는 단독 행위(=법률행위)로서 형성권이다. 추인은 취소의 원인이 종료한 후에 하여야 하므로(144조) 최고의 상대방은 능력자이어야 한다(15조 1항).

② 추인=사후의 동의=취소권의 포기=확정유효를 의미하므로 제한능력자측이 추인한 경우에는, 상대방은 철회 또는 거절할 수는 없다.

③ 최고권 비교조문 : 131조, 455조, 540조.

2) 상대방의 철회권과 거절권(16조)

3) 제한능력자가 속임수를 쓴 경우 제한능력자 측의 취소권의 배제(17조)

★제15조 [제한능력자의 상대방의 확답을 촉구할 권리](2013. 7. 1. 시행)

- ① 제한능력자의 상대방은 제한능력자가 **능력자가 된 후에** (취소할 수 있는 행위를 적시하고) 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있다. (제한능력자임을 알고 법률행위를 한 악의의 상대방도 촉구할 수 있다) 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 **발송**하지 아니하면 그 행위를 **추인**한 것으로 본다.
② 제한능력자가 아직 능력자가 되지 못한 경우에는 그의 법정대리인에게 제1항의 촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정해진 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다.
③ **특별한 절차**가 필요한 행위(예 후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위인 제950조)는 그 정해진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 **취소**한 것으로 본다.

사에 반하여 할 수 없다.(○) (해설) 제9조 2항, 제12조 2항, 제14조의2 제2항.

☑ 14(2)모

특정후견은 피특정후견인의 행위능력에 전혀 영향을 미치지 아니한다.(○)

☑ 15사법

가정법원이 피특정후견인에 대하여 성년후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 특정후견의 종료 심판을 한다.(○) (해설) 제14조의3 제1항.

☑ 15변호, 14법행

제한능력자의 상대방이 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구한 경우, 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.
(○) (해설) 제15조 1항.

10 제 1편 민법총칙

☑ 13사법

만 17세인 甲이 아버지가 甲의 명의로 등기해 둔 부동산을 발견하고 단독으로 乙과 매매계약을 체결한 경우, 乙은 甲의 친권자에게 그 계약의 추인 여부의 확답을 1월 이상의 기간을 정하여 촉구할 수 있고, 甲의 친권자가 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 추인한 것으로 본다.(×) (해설) 제15조 2항.

★제16조 [제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권] (2013.7.1. 시행)

- ① (상대방의 철회권) 제한능력자가 맺은 계약은 (법정대리인의) 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있다. 다만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.(=선의의 상대방만이 철회권을 행사할 수 있다. 그리고 상대방이 자기의 의사표시를 철회하면 그 계약은 처음부터 없었던 것으로 되므로 더 이상 제한능력자 측에서 추인할 수는 없다)
- ② (상대방의 거절권) 제한능력자의 (상대방 있는) 단독행위(예 채무면제, 상계)는 (법정대리인의) 추인이 있을 때까지 상대방이 거절할 수 있다. (상대방은 제한능력자의 의사표시를 단지 수령한데 불과하므로, 악의의 상대방도 거절할 수 있다(통설). 그리고 상대방이 거절의 의사표시를 한 경우 그 단독행위는 무효가 된다)
- ③ (철회와 거절은 제한능력자의 상대방 쪽에서 그 법률행위를 부인하게 한 제도이므로) 제1항의 철회나 제2항의 거절의 의사표시는 **제한능력자에 제도** 할 수 있다.

■ 철회권 비교조문 : 134조

■ 비교 : 악의의 상대방은 최고권과 거절권을 행사할 수 있지만, 철회권은 행사 못한다.

★제17조 [제한능력자의 속임수] (2013.7.1. 시행)

- ① **제한능력자**(=피성년후견인 포함)가 속임수로써 자기를 **능력자로 믿게 한 경우에는** 그 행위를 취소할 수 없다[17(1)모].
- ② **미성년자나 피한정후견인**(그러나 피성년후견인은 의도적으로 포함시키지 않음)이 속임수로써 **법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우**(예 미성년자 또는 피한정후견인이 위조한 법정대리인의 동의서를 제시한 경우)에도 제1항과 같다(=그 행위를 취소하지 못한다[16번호]). 그러나 **피성년후견인이 법정대리인의 동의있는 것으로 믿게 한 경우에는** 취소할 수 있다[16번호])

■ 속임수(사술)의 의미

판례는 적극적인 기망수단을 쓴 것을 사술이라고 하여 제한능력자 보호를 중시하는 입장이다. 따라서 단순히 자기가 능력자라 칭한 것만으로는 사술을 쓴 것이라 할 수 없고, 미성년자가 사술을 썼다고 주장하는 때에는 그 주장자인 상대방 측에 입증책임이 있다(71다2045).

☑ 15번호

제한능력자가 맺은 계약은 추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회할 수 있지만, 상대방이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.(○)

☑ 98사법

제한능력자 쪽의 추인이 있기 이전에 상대방은 단독행위를 거절하여 무효로 할 수 있다.(○)

☑ 02사법

제한능력자의 단독행위에 대한 거절은 상대방이 의사표시를 수령할 당시에 선의 또는 악의였는지를 불문하고 인정된다.(○)

☑ 10법원

제한능력자의 상대방은 제한능력자에 대하여도 거절의 의사표시를 할 수 있다.(○)

☑ 14번호

제한능력자가 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하여 법률행위를 한 경우, 그 행위를 취소할 수 없다.(×)
(해설) 제17조 1항과 2항. 특히 괄호 안.

☑ 14(2)모

미성년자의 취소권을 배제시키는 민법 제17조의 속임수는 신분증의 위조 등과 같은 적극적인 속임수만을 의미하는 것으로 새기는 것이 판례의 태도이다.(○)

제 2 절 주 소

제18조 [주소]

- ① (실질주의) 생활의 근거되는 곳을 주소로 한다[03법무].
 ② (복수주의) 주소는 동시에 두 곳 이상 있을 수 있다[03법무].

☑ 98법행

주민등록지는 민법상 주소로 간주된다.(x) (해설) 주민등록지는 주소를 결정함에 있어 중요한 자료가 되며, 반증이 없는 한 주소로 추정된다.

☑ 01법무, 02법행

주소를 정하는 표준으로는 본적지 등 형식적 표준에 따라서 획일적으로 주소를 정하는 형식주의와 생활의 실질적 관계에 기하여 구체적으로 결정하는 실질주의가 있는데 우리 민법은 '생활의 근거되는 곳을 주소로 한다'라고 규정함으로써 실질주의를 택하고 있다.(○)

제19조 [거소(居所)]

주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다.

☑ 02법행

주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다.(○)

제20조 [거소(居所)]

국내에 주소 없는 자에 대하여는 국내에 있는 거소를 주소로 본다[03법무].

☑ 03법무, 02법행

국내에 주소가 없는 자에 대해서는 국내에 있는 거소를 주소로 본다.(○)

제21조 [가주소(假住所)]

어느 행위(=특정한 거래관계)에 있어서 가주소를 정한 때에는 그 행위에 관하여는 이를 주소로 본다[03법무].

☑ 03법무, 02법행

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

- 특정거래에 한하여 주소로 간주되는 가주소는 당사자의 의사에 따라 설정되므로 제한능력자는 독자적으로 가주소를 설정할 수 없다.

제 3 절 부재와 실종

■ 부재자재산관리제도에 관한 민법의 태도

1. 부재자가 재산관리인을 둔 경우

- 1) 원칙적 불간섭: 지위-임의대리인이자 수임인이다. 선관의무 있다(681조).
- 2) 예외적으로 법원이 관여하는 경우
 - ① 본인의 부재중 관리인의 권한이 소멸한 경우(22조 1항 후문).
 - ② 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우(23조)

2. 부재자가 재산관리인을 두지 않은 경우

- 1) 재산관리에 관하여 필요한 처분의 명령(22조)
- 2) 지위 - 법원이 선임한 부재자 재산관리인은 법률에 규정된 자의 청구로 법원에 의하여 선임되는 일종의 법정대리인으로서 법정위임 관계가 있다. 따라서 선량한 관리자의 주의의무로서 그 직무수행을 하여야 하므로 그 관리행위는 부재자를 위하여 그 재산을 보존, 이용, 개량하는 범위로 한정된다(75마551).

제22조 [부재자(不在者)의 재산의 관리]

- ① 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 (부재자의 최후주소지 또는 재산소재지의 가정)법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분(=경매, 봉인, 재산관리인의 선임 등)을 (반드시) 명하여야 한다[06법행]. 본인의 부재중 재산관리인의 권한이 소멸한 때에도 같다.
- ② (재산관리의 취소) 본인이 그 후에 재산관리인을 정한 때에는 (법원에 의한 재산관리의 필요가 없으므로) 법원은 본인, 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 전항의 명령을 취소(=소급효 없음; 판례) 하여야 한다.

■ 법인을 부재자라 하여 그 재산관리인을 선임할 수 없다(64스9).

제23조 [관리인의 개임(改任)]

부재자가 재산관리인을 정한 경우에 부재자의 생사가 분명하지 아니한 때에는 (부당한 관리가 행하여질 염려가 있으므로) 법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 개임할 수 있다. (개임 않고 유임시키면서 감독만 할 수도 있다)

제24조 [관리인의 직무]

- ① (재산목록작성의무) 법원이 선임한 재산관리인(=일종의 법정대리인)은 관리할 재산목록을 작성하여야 한다.
- ② (법원이 명하는 처분의 수행의무) 법원은 그 선임한 재산관리인에 대하여 부재자의 재산을 보존하기 위하여 필요한 처분(=변제, 보존등기, 부패하기 쉬운 물건의 매각, 재산의 공탁과 봉인 등)을 명할 수 있다.
- ③ 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 이해관계인이나 검사의 청구가 있는 때에는 법원은 부재자가 정한 재산관리인에게 전2항의 처분을 명할 수 있다.
- ④ 前3항의 경우에 그 비용은 부재자의 재산으로써 지급한다.

■ 부재자의 생사불명시 법원의 관여

- ① 부재자가 정한 재산관리인을 개임할 수 있다(23조).
- ② 부재자가 정한 재산관리인에게 재산목록작성과 재산보존에 필요한 처분을 명할 수 있다(24조 3항).
- ③ 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때 법원의 허가를 얻어야 한다(25조).
- ④ 부재자가 정한 재산관리인에게 담보제공의무를 지우고 상당한 보수를 지급할 수 있다(26조).

제25조 [관리인의 권한]

법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한 (권한을 정하지 아니한 대리인의 대리권의 범위로서 보존·이용·개량행위 등의 관리행위)을 넘는 행위(예 부채자재산의 매도행위등의 처분행위)를 함에는 (가정)법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다(=가정법원의 허가를 얻어야 한다).

☑ 01법무

민법에는 종래의 주소나 거소를 떠난 자가 재산관리인을 정하지 아니한 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 관하여 필요한 처분을 명하여야 한다고 규정되어 있다.(○)

☑ 05사법

가정법원에 의하여 선임된 재산관리인은 일종의 법정대리인이며, 법원은 언제든지 개임할 수 있다.(○)

☑ 11사법

부재자가 재산관리인을 선임하면서 처분권까지 부여하였더라도, 이후 부재자의 생사가 분명하지 않게 되었다면 위 부재자 재산관리인의 처분행위