제1장 민법의 의의

제1절 민법의 법원(法源)

1. 민법의 법원을 규정한 민법 제1조의 법률은 성문법 또는 제정법을 의미하고 여기에는 국가 간의 조약도 포함된다. [12(3)모]

2. 물권법정주의를 규정한 「민법」 제185조의 '법률'은 헌법상 의미의 법률만을 의미하고, 명령, 규칙 등은 포함하지 아니한다. [15변호]

3. 사회의 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 되기 위하여는 그것이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인 · 강행되기에 이르러야 한다. [09사법] 2002다1178

4. 관습법이 법원으로 인정되기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체의 법질서에 반하지 않아야 한다. [12(3)모] 2002다1178

5. 관습법으로 성립되면 그 후 현재의 사회 구성원들이 관습법에 더 이상 법적 확신을 갖지 못하다면 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 없다. [16(1)모] 2002다1178

6. 종중의 목적과 본질에 비추어 볼 때 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다. [12(3)모] 2002다1178

7. 제정 민법이 시행되기 전에 존재하던 관습 중 『상속회복청구권은 상속이 개시된 날부터 20년이 경과하면 소멸한다.』는 내용의 관습은 (이를 적용하게 되면 20년의 경과 후에 상속권침해가 있을 때에는 침해행위와 동시에 진정상속인은 권리를 잃고 구제를 받을 수 없는 결과가 되므로 소유권은 원래 소멸시효의 적용을 받지 않는다는 권리의 속성에 반할 뿐 아니라 진정상속인으로 하여금 참칭상속인에 의한 재산권침해를 사실상 방어할 수 없게 만드는 결과로 되어 불합리하고, 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로) 위 관습에 법적 규범인 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다. (보충 : 현행민법은 제999조 2항에서 '상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다'고 규정한다.) [22(1)모] 2001다48781

8. 판례에 의하여 확인된 관습법으로는 명인방법, 관습상 법정지상권, 분묘기지권, 사실혼 (부동산실명법이 적용되지 않는 명의신탁, 가담법이 적용되지 않는 동산의 양도담보) 등이 있다. [22(1)모]

9. 관습법에는 성문법을 개폐하는 효력이 인정되지 않는다. [16(1)모] 2002다1178

10. 대법원은 (관습법은 법원에 의하여 발견되고 성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원(法源)이 되는 것에 불과하여(=보충적효력설) 관습법이 헌법에 위반되는 경우 법원이 그 관습법의 효력을 부인할 수 있으므로,) 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 되지 않는다고 한다.

[16(1)모] 2007카기134

11. 사실인 관습은 사적자치가 인정되는 분야의 제정법이 임의규정일 경우 법률행위의 해석기준 또는 의사의 보충을 위해 재판의 자료로 될 수 있다. [14(2)모] 80다3231

12. 관습법은 그 자체가 法源이기 때문에 法院은 당사자의 주장을 기다릴 필요 없이 직권으로 확정·적용하여야 한다. [12(3)모] 80다3231

13. 사실인 관습의 존재는 당사자가 주장·증명하여야 함이 원칙이다. [16(1)모] 80다3231

14. 상관습법은 상법에 대하여 보충적 효력을 갖지만, 민법에 대하여는 우선적으로 적용된다.(즉 상법→상관습법→민법→민사관습법의 순서로 적용된다) [16(1)모]

제2절 신의성실의 원칙

신의성실의 원칙

15. 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. (상대방에게 신의를 창출한 바 없거나 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 있지 않을 뿐만 아니라 권리행사가 정의의 관념에 반하지 않는 경우에는 권리행사를 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 없다)

[03입법] 2018다228868

16. 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다. [14(2)모] 94다42129

17. 신의성실의 원칙이 추구하는 이념은 법적 안정성이 아니라 구체적 타당성에 있다. [03법행]

18. 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 경우, 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로, 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용된다. [23(3)모] 2012다44518

19. (유효하게 성립한 계약상의 책임을 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로) 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 때에 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 법원이 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. [23(3)모] 2016다240543

20. 적법한 위임사무처리에 관하여 약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의칙에 반하는 경우, 그러한 약정 전부가 무효가 아니라, 초과하는 보수금 약정이 무효이다. [16사법] 2004다59393

21. 변호사의 소송위임사무에 관한 약정 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다. [23(1)모] 91다29804

22. 자신이 하여야 할 연대보증을 생활관계의 사정에 비추어 자신의 요구를 거절하기 곤란한 타인에게 부탁하여 연대보증을 서도록 한 후, 자신의 이해관계에 비추어 해당 연대보증을 대위변제하고서 연대보증한 타인에게 구상권을 행사하는 것은 신의칙에 반한다. [09사법] 99다38293

23. 지방자치단체가 그 행정재산인 토지를 매도한 후 20년 가까이 경과하고 공용폐지까지 된 시점에서 당해 토지가 매매 당시에 행정재산임을 내세워 무효라고 주장하는 것은 신의칙에 반하는 권리행사에 해당되어 허용될 수 없다. [11법모] 86다카204

24. 채권자가 채권을 담보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하게 한 다음 이 부동산에 대하여 강제집행을 하는 행위는 신의칙에 반한다. [00사법] 80다2064

25. 자기 소유의 대지상에 자신의 친딸이 건물을 신축하도록 승낙한 자가 그 건물이 친딸의 채권자에 의한 경매신청에 따라 경락되자 경락인에 대하여 그 철거를 구하는 것은 신의성실의 원칙에 반한다. [02사법] 91다9299

26. 판례는 시효원용을 하지 않기로 한 약정에 위반된 시효주장은 신의칙에 반한다고 한다. [18(1)모] 96다24101

27. 상속개시 전에 상속포기약정을 하였더라도 상속개시 후 민법이 정하는 절차와 방식에 따라 상속포기를 하지 아니한 이상, 상속개시 후에 자신의 상속권을 주장하는 것은 정당한 권리행사로서 신의칙에 반하지 않는다. [18(1)모] 98다9021

28. 채권자가 주채무자인 회사의 다른 주주들이나 임원들에 대하여는 회사의 채무에 대하여 연대보증을 요구하지 아니한 채 회사의 주주도 아닌 대표이사의 처에게 오로지 그가 대표이사의 처이고 회사의 감사라는 지위에 있다는 이유만으로 연대보증을 요구하여 연대보증계약을 체결하게 한 것은 신의성실의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없다. [09법행] 2000다43352

29. 甲이 乙을 상대로 부동산 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 구하는 소송을 제기하였다가 패소확정판결을 받은 경우 (그 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 말소등기청구권이나 이전등기청구권의 존부에만 미치는 것이지 그 기본이 된 소유권 자체의 존부에는 미치지 아니하므로 甲은 그의 소유권을 부인하는 乙에 대하여 부동산이 甲의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있다. 따라서) 그 후, 乙을 상대로 그 소유권확인 청구의 소를 제기하는 것은 신의칙에 반하지 아니한다.

[11법모] 2002다11847

30. 일반 공중의 통행에 공용된 도로의 소유자 아닌 甲이 乙의 통행을 방해하여 불법행위가 성립한 경우, 乙은 甲에게 손해배상 청구를 할 수 있고, 장래에 생길 방해를 예방하기 위하여 통행방해 행위 금지를 청구할 수도 있다. [23변호] 2020다229239

31. 개설 경위를 불문하고 (어떤 토지가 일반 공중의 통행에 공용되는 도로, 즉 공로가 되면 그 부지의 소유권 행사는 제약을 받게 되며, 이는 소유자가 수인하여야 하는 재산권의 사회적 제약에 해당한다. 따라서) 공로 부지의 소유자가 이를 점유·관리하는 지방자치단체를 상대로 공로로 제공된 도로의 철거, 점유 이전 또는 통행금지를 청구하는 것은 법질서상 원칙적으로 허용될 수 없는 권리남용이다. [23(3)모] 2020다229239

32. (미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정인데, 위 규정에 반하여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다면, 이는 오히려 위 규정에 의해 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 미성년자 제도의 입법 취지를 몰각시킬 우려가 있으므로,) 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 이유로 이를 취소하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 위배되지 않는다. [19(1)모] 2005다71659

33. 강행법규에 위반하여 무효인 수익보장약정이 투자신탁회사가 먼저 고객에게 제의하여 체결된 경우, 투자신탁회사 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위반이 아니다. [15(1)모] 99다4405

34. 강행법규를 위반한 자 스스로가 무효를 주장하는 것은 특별한 사유가 없으면 신의칙에 위반한다고 볼 수는 없다. [19(1)모] 93다44319

35. 토지거래허가구역 내의 토지에 관한 매매계약이 유동적 무효인 상태에서 토지거래허가를 받지 못해 확정적으로 무효가 된 경우 그 확정적 무효로 된 데 귀책사유가 있는 당사자가 계약의 무효를 주장하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙 위반이 아니다. [10법행] 93다44319

36. 스스로 강행법규 위반임을 알면서 법률행위를 한 자가 그 후에 그 행위가 강행법규 위반으로 인하여 무효임을 주장하는 것은 신의칙에 반하지 않는다. [13(1)모] 2001다67126

37. (사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니므로) 노사(勞使) 공히 정기상여금은 통상임금에 속하지 않는다고 오인하여 이를 통상임금에서 제외하기로 약정한 (경우 이러한 노사 간의 합의는 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효이다. 따라서 그) 후에 근로자 측이 그러한 약정의 무효를 이유로 하여 추가 법정수당을 청구하는 것은 원칙적으로 신의칙에 반하지 않는다. [14(3)모] 2012다89399

권리남용금지의 원칙

38. 권리남용금지의 원칙은 (친권의 남용과 같이) 법적 지위가 남용되는 경우에도 적용된다. [19(1)모]

39. 권리행사가 권리남용에 해당한다고 하려면 주관적·객관적 요건을 충족하여야 하나, 이러한 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 권리남용이라 할 수 없다. [19(1)모] 97다42823

40. 판례는 권리남용을 인정하기 위하여 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건을 요구하지만, 그것은 객관적 사정에 의하여 추인될 수 있다고 본다. [07변리] 97다42823

41. 상계권의 행사가 상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 경우 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않으며, 일반적인 권리남용에서 요구되는 주관적 요건을 필요로 하지 않는다. [20(1)모] 2002다59481

42. 甲이 자신의 토지에 불법으로 건물을 소유하고 있는 乙을 상대로 건물철거를 청구하는 것이 권리남용에 해당하더라도, (甲의 토지소유권자체가 부인되는 것은 아니고, 乙의 침해가 적법한 것으로 전환된다는 것도 아니다. 따라서) 甲은 특별한 사정이 없는 한 乙에 대하여 임료 상당의 부당이득반환을 청구할 수 있다. [15(1)모]

43. 동시이행의 관계가 인정되는 경우에 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 그 의무의 이행이 실제로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척된다. [17(2)모] 91다29972

44. 2,000만원의 매매대금 중 미지급액이 10만원에 불과하며 그 미지급액에 대하여 매수인이 월 2%의 지연이자를 지급하기로 약속한 경우에, 이와 같은 미지급액이 있다는 사정을 들어 매도인이 이행지체를 이유로 매매계약을 해제하는 것은 신의칙에 위배된다고 볼 여지가 크다. [13(1)모] 71다352

45. 공무원의 불법행위로 손해를 입은 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효 기간이 지났으나 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 권리남용으로 허용될 수 없어 배상책임을 이행한 경우, 소멸시효 완성 주장이 권리남용에 해당하게 된 원인행위와 관련하여 공무원의 적극적 주도 등의 특별한 사정이 없는 한, 국가가 공무원에게 구상권을 행사하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다. [22(2)모] 2015다217843

46. 토지 위에 송전선이 통과하고 있다는 사정을 잘 알면서 토지를 취득한 자는 송전선에 의해 소유권의 행사가 제한된 상태를 용인하고 토지를 취득한 것으로 볼 수 없으므로, 송전선으로 인해 소유권이 제한됨으로써 생긴 손해에 관한 부당이득반환을 구하는 외에 송전선의 철거를 청구하는 것도 신의칙에 반하지 않는다. [10법행] 94다27069

47. 확정판결에 기한 집행행위는 (소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송관여를 방해하거나 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법으로 실제와 다른 내용의 확정판결을 취득하고, 그 집행을 하는 것과 같은) 특별한 사정이 없는 한 그 자체가 불법행위를 구성한다고 할 수 없다. [20(2)모] 90다6576

48. 확정판결에 기한 집행이 권리남용에 해당하여 청구이의의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있는 정도의 경우에는 그러한 판결금 채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것은 허용되지 아니한다. [16사법] 2013다75717

49. 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득한 후 그 판결에 기하여 강제집행을 하는 것이 권리남용에 해당하는 경우, 재심 등에 의하여 위 확정판결이 취소되지 않은 이상 위 강제집행으로 얻은 이익은 부당이득반환청구의 대상이 될 수 없다. (다만 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 이상 위 강제집행은 불법행위이므로 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다) [03사법] 99다32905

50. 확정판결 이후 그 내용에 반하여 다른 확정판결이 있더라도 최초 확정판결이 취소되지 않는 한 (최초 확정판결은 그 소송당사자를 기속하는 것이므로) 최초 확정판결에 기한 강제집행으로 교부받은 금전이 부당이득이라고 할 수는 없다. [14(3)모] 2000다11850

51. 불법행위로 인한 인신손해에 대한 손해배상소송에서 판결이 확정된 후 피해자가 판결에서 손해배상액 산정의 기초로 인정된 기대여명보다 일찍 사망한 경우, 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. [10사법] 2009다56665

사정변경의 원칙

52. 계약 성립 후 현저한 사정변경이 발생하였고, 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 사정변경으로 인한 계약해제가 인정되는데, 여기서의 사정은 계약의 기초가 된 객관적 사정만을 일컫는 것이다. [13(1)모] 2008다44368

53. 甲이 견본주택 건설을 목적으로 임대인 乙과 토지에 관하여 임대차계약을 체결하면서 특약사항으로 위 목적을 명시하였는데, 지방자치단체장으로부터 가설건축물 축조신고 반려통보 등을 받아 견본주택을 건축할 수 없게 된 경우, (견본주택 건축은 위 임대차계약 성립의 기초가 된 사정인데, 견본주택을 건축할 수 없어 甲이 임대차계약을 체결한 목적을 달성할 수 없게 되었고, 위 임대차계약을 그대로 유지하는 것은 甲과 乙 사이에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당하므로,) 甲은 乙에게 임대차계약 해지를 통보하고 임대차보증금의 반환을 청구할 수 있다. [22(2)모] 2020다254846

54. 지방자치단체로부터 매수한 토지가 공공용지에 편입되어 매수인이 의도한 음식점 등의 건축이 불가능하게 되었더라도 그와 같은 사정이 계약성립의 기초가 되지 않았다면, 매수인이 의도한 주관적인 매수목적을 달성할 수 없게 되어 손해를 입었다 하더라도 매매계약을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다. [22(2)모] 2004다31302

55. 사정변경의 원칙에서의 사정이란 당사자에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키고, 당사자가 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다. [21(2)모] 2019다276338

56. 합리적인 사람의 입장에서 사정변경을 예견할 수 있었다면 사정변경을 이유로 계약을 해제할 수 없다. [21(2)모] 2019다276338

57. 계속적인 보증계약에 있어서 보증계약성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에는 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다. [09사법] 89다카1381

58. 회사의 이사로서 부득이 회사의 채무에 대해 보증기간을 정한 계속적 보증계약을 한 자가 이사직을 사직한 경우, (보증계약성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우이고, 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정한 것이 특히 퇴사 후에도 보증채무를 부담키로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한) 보증기간 만료 전에도 사정변경에 의한 보증계약 해지권이 인정된다. [14(1)모] 89다카1381

59. (사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약은 (포괄·한정)근보증과 같이 계속적인 거래로 인한 불확정채무에 대하여 한 보증에 한(限)한다. 따라서) 회사의 이사로 재직하면서 부득이하게 회사의 채무에 대하여 보증을 한 경우, 그 채무가 확정채무인 때에는 후에 이사직을 사임하였다 하더라도 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 없다. [21(2)모] 95다27431

모순행위금지의 원칙 (=금반언의 원칙)

60. 甲소유의 아파트에 세들어 살고 있는 乙이 그 아파트를 담보로 하여 저축은행 丙으로부터 대출을 받으려는 甲의 부탁으로 현장 확인을 나온 丙의 직원에게 자신은 임차인이 아니므로 당 아파트에 대해 어떠한 권리도 갖고 있지 않다고 확인서를 작성해 준 경우에는, 비록 乙이 주택임대차보호법상 대항력 있는 임차인이라 하더라도 그 대항력을 근거로 하여 경매절차에서 당해 아파트를 매수한 丙의 인도청구를 다투는 것은 금반언의 원칙에 위배된다. [13(1)모] 97다12211

61. 회사가 해고한 근로자에게 지급할 퇴직금 등을 청산하여 변제공탁하고 근로자가 그 공탁을 조건 없이 수락하고 출급청구를 하여 수령한 이후 8개월 가까이 지나 제기한 해고무효확인청구는 금반언의 원칙에 위배되어 위법하다. [16사법] 88다카19804

62. 농지의 명의수탁자가 적극적으로 자경의사가 있는 것처럼 하여 소재지관서의 증명을 받아 그 명의로 소유권이전등기를 마치고 그 농지의 소유자인 것처럼 행동하다가, 증여세 등의 부과를 면하기 위하여 그 등기가 자경의사 없이 한 것으로서 무효라고 주장하는 것은 (전에 스스로 한 행위와 모순되는 행위를 하는 것으로 자기에게 유리한 법지위를 악용하려 함에 지나지 아니하므로) 신의성실의 원칙이나 금반언의 원칙에 위배된다. [21(3)모] 89누8224

실효의 원칙

63. 실효의 원칙을 적용하기 위해서는 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있을 것을 요건으로 한다. [04사법] 94다27069

64. 토지소유자가 점유자에 대하여 부당이득반환청구권을 장기간 행사하지 아니한 사정만으로는 (상대방이 더 이상 토지소유자가 토지 소유권을 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 볼 수는 없으므로) 부당이득반환청구권이 이른바 실효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다. [14(2)모] 2001다60019

65. (인지청구권(제863조)은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수도 없으며 포기하였더라도 그 효력이 발생할 수 없는 것이고, 인지청구권의 포기가 허용되지 않는 이상 인지청구권의 행사에 실효의 법리가 적용될 여지도 없다[22(1)모, 13사법]. 따라서) 인지청구권을 장기간 행사하지 않아서 더 이상 그 권리를 행사하지 않을 것이라고 신뢰할 만한 정당한 기대를 상대방이 가지게 되었다고 하더라도 그 후에 재산상속을 목적으로 행해진 인지청구권의 행사가 신의칙에 반하는 것은 아니다. [13(1)모] 2001므1353

제2장 권리의 주체

제1절 자연인

의사능력

1. 의사능력 없이 한 법률행위는 무효인데, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 한다. [22변호] 2006다29358

권리능력

정리 태아의 권리능력

	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).

2. (태아가 권리능력을 취득하기 위한 전제조건으로 태아는 살아서 출생하여야 한다. 따라서) 태아가 의사의 실수로 사산되었다면 그 태아는 의사에 대해 어떠한 손해배상청구권도 가지지 못한다. [14(2)모] 76다1365

3. 태아에게 가해진 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대해서 태아는 이미 출생한 것으로 본다. [12(2)모] 762조

4. (제762조는 태아 자신이 불법행위에 의한 피해자가 되는 경우에만 적용된다. 따라서) 임신한 모체에 유해한 약물을 투여하여 태아가 기형아로 태어난 경우에 신생아는 자신의 신체침해를 이유로 모와는 별도의 손해배상청구권을 가진다. [99사법]

5. (위자료는 그 청구권자가 태아이기 때문에 피해 당시 정신상 고통에 대한 감수성이 없다 하더라도 장래 이를 감수할 것임이 현재 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 즉시 그 청구를 할 수 있다고 해석된다(61다903). 따라서) 甲이 태아인 상태에서 父가 乙의 불법행위에 의해서 장애를 얻었다면, 살아서 출생한 甲은 乙에 대하여 父의 장애로 인한 자신의 정신적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. [16(2)모] 93다4663

6. 태아는 손해배상청구권이나 상속순위에 관하여 이미 출생한 것으로 보는데, 태아에게 인지청구권이 인정되지 않지만 부(父)가 태아를 인지할 수는 있다. [08사법] 858조

행위능력

행위능력 총설

7. 제한능력자인지 여부는 연령에 의하여 획일적으로 또는 법원의 심판에 의하여 정해지는데, 행위능력제도의 근본적인 입법취지는 거래안전의 희생을 감수하면서 제한능력자를 보호함에 있다고 보아야 한다. [22변호]

8. 표의자가 법률행위 당시 제한능력자로서의 가정법원의 심판을 받을 만한 상태에 있었다고 하여도 그 당시 가정법원으로부터 제한능력자라는 심판을 받은 사실이 없는 이상 그 후 제한능력자라는 심판을 받아 그의 법정대리인이 된 자는 제한능력 규정을 들어 그 심판 이전의 법률행위를 취소할 수 없다. [14(1)모] 92다6433

미성년자

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

1	단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위(5조 1항 단서) : 『미성년자인 혼인 외의 자를 그 생부가 인지하여 친권자가 되어 법정대리인이 된 경우에 생부가 그 미성년자를 부양하고 있지 않은 이상 〈미성년자라 하더라도 권리만을 얻는 행위는 법정대리인의 동의가 필요 없고, 친권자와 子 사이에 이해상반되는 행위를 할 때에는 그 子의 특별대리인을 선임하도록 하는 규정이 있는 점에 비추어 볼 때〉 부양료를 생부에게 직접 청구할 수 있다』(대판 1972.7.11, 72므5). 『미성년자도 명의수탁자가 될 수 있다』(대판 1969.7.8, 69다514).
2	범위를 정하여 처분이 허락된 재산의 처분행위(6조)
3	허락받은 영업에 관한 행위(8조 1항) : 영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위, 혼인을 한 미성년자의 행위에 있어 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 68조) 『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』(대판 1981.8.25, 80다3149). ※ 주의 : 친권자나 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없다(근로기준법 67조 1항) 따라서 미성년자가 근로계약의 체결법정대리인의 동의를 얻어야 하느냐에 관해서는 학설이 대립한다.
8	제한능력을 이유로 하는 취소(140조)