

# 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 능력

**제 3 조 [권리능력의 존속기간]**

사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.

08법행

민법상 조합은 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 법정대리인이 있을 수 없다(81다534).

#### 4 제 1편 민법총칙

##### ★제 4 조 [성년] (2013. 7. 1. 시행)

사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

##### 🌀 제 5 조 [미성년자의 능력]

- ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다(=법정대리인의 동의를 얻을 필요가 없다).
- ② 🌀(22(2)모) 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)

##### ☑ 13(1)모

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

##### ☑ 20번호

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

##### ☑ 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.

☑ 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(=사용수익도 포함됨)할 수 있다.

☑ 13(3)모

미성년자인 고등학교생이 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 유희비로) 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[22(1)모]. (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[25변호].

☑ 16.25변호

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

6 제 1편 민법총칙

(영업허락의 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. 없다.(×)

☑ 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), 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

★제 9 조 [성년후견개시의 심판] (2013. 7. 1. 시행)

- ① (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))
- ② 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)

- ① 피성년후견인의 법률행위는 (제10조 2항, 3항, 4항의 예외에 해당하지 않는 한, 성년후견인의 동의를 받은 경우에도) 취소할 수 있다(18(3)모).
- ② 제1항에도 불구하고 가정법원은 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있다(14사법).(따라서 가정법원이 정한 취소할 수 없는 법률행위의 범위의 한도에서는 피성년후견인은 예외적으로 행위능

☑ 14(3)모

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

력을 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 [성년후견종류의 심판] (2013. 7. 1. 시행)

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

☑ 23변호

가정법원은, 한정후견 개시 심판을 할 때는 본인의 의사를 고려하여야 하고, 특정후견의 심판을 할 때는 본인의 의사에 반하지 않아야 한다(○) (해설) 제12조 2항과 제14조의2 제2항.

★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, 확정적으로 유효한 법률행위로 인정된다)

☑ 14사법

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

☑ 22변호

피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있지만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다.(○) (해설) 제10조 1항과 4항.

☑ 14법무

가정법원은 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우 본인의 청구에 의하여 성년후견종류의 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 동기가 필요한 행위에 대하여 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 한정후견인이 동의를 하지 아니하는 때에는 가정법원은 피한정후견인의 청구에 의하

8 제 1편 민법총칙

- 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 동의를 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 후원이** 필요한 사람에게 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.
- ③ (특정후견은 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원에 대한 것이므로 개시와 종료를 별도로 심판할 필요는 없고) **특정후견의 심판을 하는 경우에는**

여 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.

☑ 21(1)모  
검사나 지방자치단체의 장은 성년후견개시 및 한정후견개시의 심판을 청구할 수 있는 자에 포함되지만, 특정후견개시의 심판을 청구할 수 있는 자에는 포함되지 않는다.(x) (해설) 모두 포함된다. 제9조 1항.

특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다[23번호].(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.

☑ 23번호

미성년후견인은 특정후견의 심판을 청구할 수 있다.(○) 제14조의2 제1항

★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 능력이하여야 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 능력이 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 약의의 상대방도 촉구할 수 있다) 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.

② 제한능력자가 아직 능력이 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 절차가 필요한 행위(예 후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위인 제950조)는 그 정해진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 취소한 것으로 본다.

제12조 1항, 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.

☑ 15번호. 14법행

제한능력자의 상대방이 제한능력자가 능력이 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 게도 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 동의를 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.(○)

## 제2절 주소

## 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.(O)

## 제19조 [거소(居所)]

주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다.

## ☑ 02법행

주소를 알 수 없으면 거소를 주소로 본다.(O)

## 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.(O)

## 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.(O)

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

## 제3절 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 전3항의 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 보존이용-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 부여하였다더라도, 이후 부재자의 생사가 분명하지 않게 되었다면 위 부재자