

Chapter

01 2024년 모의시험

1. 제1차 모의시험

01.

- ㄱ. (O) 의사무능력을 이유로 한 무효와 제한능력을 이유로 한 취소를 자유로이 선택하여 주장할 수 있는지 문제된다. 이에 대하여 판례는 무효와 취소의 이중효를 인정하여 무효인 법률행위의 법률효과만이 당사자가 의도하는 대로 발생하지 않을 뿐이고, 그 이외에 있어서는 유효하게 존재하는 것으로 볼 수 있다는 점을 근거로, 이를 취소하는 것도 가능하다고 본다.
- ㄴ. (O) 민법 제139조에 의하면 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 본다.
- ㄷ. (O) 판례는 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률 행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다고 본다(2009다50308).
- ㄹ. (O) 민법 제140조에서 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다고 규정하고 있으므로 취소권만 법률행위의 당사자 지위와 분리하여 양도할 수 없다.
- ㅁ. (X) 판례는 근로계약은 법적 성질이 사법상 계약이므로 계약 체결에 관한 당사자들의 의사표시에 취소의 사유가 있으면 상대방은 이를 이유로 근로계약의 취소를 주장하여 그에 따른 법률효과의 발생을 소멸시킬 수 있다. 다만 그와 같이 근로계약의 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행하여진 근로자의 노무 제공의 효과를 소급하여 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니 되고, 취소의 의사표시 이후 장래에 관하여만 근로계약의 효력이 소멸된다고 본다(2013다25194). 정답 ④

02.

- ㄱ. (O) i) 민법 제116조에서 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정하나 ii) 이 규정은 상대방이 본인을 속인 목적으로 대리인과 통정허위표시를 한 경우에 적용되고, iii) 대리인이 본인을 속일 목적으로 상대방과 통정하여 허위표시를 한 경우에는 적용이 없다. iv) 그리고, 대리인이 본인을 속일 목적으로 상대방과 통정하여 허위표시를 한 경우, 계약당사자는 본인과 상대방이므로 민법 제108조 제2항도 적용되지 않는다. v) 따라서 상대방이 본인에게 통정허위표시를 하고, 그 의사표시가 유효라고 믿은 선의·무과실의 본인에게 상대방이 의사표시의 무효를 주장하는 것은 신의칙상 금반언에 해당하여 허용되지 않는다고 본다.
- ㄴ. (X) 판례는 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인과 임차인 사이의 합의에 따라 임차인 명의로 전세권설정등기를 마친 경우, 그 전세금의 지급은 이미 지급한 임대차

보증금으로 대신한 것이고, 장차 전세권자가 목적물을 사용·수익하는 것을 완전히 배제하는 것도 아니므로, 그 전세권설정등기는 유효하다고 본다. 또한, 위 판례는 i) 이 사건 전세권설정계약은 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 통정허위표시에 해당하여 무효이나, ii) 이 사건 전세권설정등기는 이 사건 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 마쳐진 것으로서 유효하고, iii) 피고가 이 사건 전세권설정등기가 임대차보증금반환채권 담보 목적임을 알고 있었으므로(약의) 원고는 피고에 대하여 이 사건 임대차계약에 따른 연체차임 등의 공제 주장으로 대항할 수 있을 뿐이며, iv) 이 사건 전세권설정등기는 이 사건 임대차보증금 중 연체차임 등을 공제한 나머지를 담보하는 범위에서 여전히 유효하므로, 피고(전세권저당권자)는 원고(전세권설정자)로부터 그 나머지 임대차보증금 상당액을 지급받을 때까지 이 사건 전세권설정등기의 말소를 저지할 이익이 있어 승낙의무가 없다고 보았다. 따라서 임대인 겸 전세권설정자는 이러한 사정을 알고 전세권저당권 등기를 마친 자에게 전세권저당권설정등기의 말소를 청구할 수 없다(2018다268538).

- ㉔. (X) 판례는 i) 민법 제108조 제2항의 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 실질적으로 파악하여야 한다. ii) 따라서 甲이 부동산 관리를 위해 乙에게 매매예약을 등기원인으로 소유권이전등기 청구권 가등기를 마쳐주었고, 그 후 乙이 제기한 가등기에 기한 본등기의 이행을 구하는 소송이 공시송달로 진행된 결과 乙의 승소판결이 선고되어 외형상 확정되었으나, 甲이 추완항소를 제기하여 가등기의 등기원인인 매매약이 甲과 乙의 통정한 허위의 의사표시에 의한 것으로 무효라는 이유로 제1심판결을 취소하고 乙의 청구를 기각하는 판결이 선고·확정되었는데, 위 부동산에 관하여 乙이 甲의 추완항소 이전에 발급받았던 송달증명원 및 확정증명원을 가지고 확정판결을 원인으로 지분소유권이전등기를 마쳤고, 乙의 남편인 丙이 재산분할을 원인으로 지분소유권이전등기를 마쳤으며, 그 후 丁과 戊가 위 부동산에 관하여 매매를 원인으로 지분소유권이전등기를 순차로 마친 사안에서, iii) 戊는 乙 명의의 허위 가등기 자체를 기초로 하여 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자의 지위에 있다고 볼 수 없다고 본다(2019다280375). 따라서 丙은 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당한다고 볼 수 없다.
- ㉕. (O) 판례는 가장매매에 기한 매매대금채권과 같이 가장채권을 양도한 경우 '양수인'은 가장채권을 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺었기 때문에 제3자에 해당한다고 본다(판례는 가장채권양수인은 제108조 제2항의 제3자에 해당된다고 보나, 해제된 채권양수인은 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당되지 않는다고 보는 점에 주의). 정답 ③

03.

- ㉖. (O) 판례는 법정대리인인 친권자의 대리행위가 ① (요건) i) 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 ii) 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 ② (효과) i) 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하나, ii) 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 제107조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, iii) 제3자가 약의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 자에게 있다고 본다(2016다3201).
- ㉗. (O) 판례는 대리인이 대리권 소멸 후 직접 상대방과 사이에 대리행위를 한 경우는 물론, 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다고 본다(97다55317).
- ㉘. (O) 민법 제131조에서 대리권없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

- ㄹ. (O) 무권대리인이 본인을 단독상속하는 경우 판례는 ① 상속으로 인해 무권대리인이 본인의 지위를 승계함으로써 양 지위는 병존한다고 보며(병존설), ② 무권대리행위는 당연유효가 되는 것이 아니라, 여전히 무효로 보고, ③ 본인의 지위에서 추인권을 행사할 수 있으나, 추인거절권은 i) (상대방이 선·무과실)이어서 무권대리인이 제135조 책임을 져야할 경우에는 무권대리인이 본인의 지위에서 추인거절권을 행사하는 것은 신의칙에 반하여 할 수 없으며, ii) (상대방이 악의나 과실)이 있어서 무권대리인이 제135조 책임을 지지 않는 경우에는 추인거절권을 행사할 수 있다고 본다(94다20617). **정답 ⑤**

04.

- ㄱ. (O) 판례는 시효완성 전에 채무의 일부를 변제한 경우에는 그 수액에 관하여 다툼이 없는 한 채무승인으로서의 효력이 있어 채무 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생하고, 이는 채무자가 시효완성 전에 채무의 일부를 상계한 경우에도 마찬가지로 보았다(2021다271732).
- ㄴ. (O) 판례는 선순위담보권의 피담보채권이 시효로 소멸하면 후순위저당권의 순위가 승진하고, 이에 따라서 후순위담보권자의 배당액이 증가할 가능성이 있지만, 이는 반사적이익으로 시효원용권자에 포함되지 않으므로 후순위저당권자는 선순위저당권의 피담보채권의 소멸시효를 원용할 수 없다. 다만 채무자를 대위하여 소멸시효를 원용할 수 있다고 본다(2016다232597).
- ㄷ. (O) 판례는 어음채권이 이미 소멸시효가 완성된 후에는 그 '채권이 소멸'하고 '시효 중단'을 인정할 여지가 없으므로, 이미 시효로 소멸한 어음채권을 피보전권리로 하여 가압류 결정을 받는다고 하더라도 이를 어음채권 내지는 원인채권을 실현하기 위한 적법한 권리행사로 볼 수 없으므로, 가압류 결정 이전에 이미 피보전권리인 어음채권의 시효가 완성되어 소멸한 경우에는 그 가압류 결정에 의하여 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력을 인정할 수 없다고 본다(2006다68902).
- ㄹ. (O) 판례는 임치계약 해지에 따른 임치물 반환청구는 임치계약 성립 시부터 당연히 예정된 것이고, 임치계약에서 임치인은 언제든지 계약을 해지하고 임치물의 반환을 구할 수 있는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 임치물 반환청구권의 소멸시효는 임치계약이 성립하여 임치물이 수치인에게 인도된 때부터 진행하는 것이지, 임치인이 임치계약을 해지한 때부터 진행한다고 볼 수 없다고 본다(2020다220140).
- ㅁ. (O) ① 판례는 소제기에 대한 응소행위가 시효중단사유로서의 재판상 청구에 준하는 행위로 인정되려면 의무 있는 자가 제기한 소송에서 관리자가 의무 있는 자를 상대로 응소하여야 할 것이므로, '채무자'가 제기한 소송에서 채권자가 응소하여 적극적으로 자신의 권리를 주장하는 경우이어야 한다고 본다. ② 따라서 제3취득자나 물상보증인 등 시효를 원용할 수 있는 지위에 있으나 직접 의무를 부담하지 아니하는 자가 제기한 소송에서의 응소행위는 관리자의 의무자에 대한 재판상 청구에 준하는 행위에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 그로 인하여 시효가 중단되지는 않는다(물상보증인에 대한 권리행사는 채무자에 대한 권리행사로 볼 수 없고, 물상보증인은 채무가 없기 때문에 채무에 대한 권리행사가 될 수 없기 때문이다)(2006다33364). **정답 ⑤**

05.

- ㄱ. (O) 판례는 전문건설공제조합이 경과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급하고 그 착오를 이유로 보증계약을 취소하자 상대방이 제750조의 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사안에서 『① 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위해서는 '위법성'이 요구되는데, ② 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있으므로, ③ 경과실로 인하여 착오에 빠져 계약을 체결한 것과 그 착오를 이유로 계약을 취소한 것이 '위법하다고 할 수 없다'는 점을 근거로, 표의자의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부정』하였다(97다13023).

Chapter

02 2023년 모의시험

1. 제1차 모의시험

01.

- ㄱ. (○) [대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다67126 판결] 특별한 사정이 없는 한, 법령에 위반되어 무효임을 알고서도 그 법률행위를 한 자가 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장한다 하여 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수는 없다(필자 주 : 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법 소정의 이주대책의 비용부담에 관한 같은 법 시행령의 규정에 위반되는 법률행위를 한 이주자들이 그 강행법규 위반을 이유로 무효를 주장함이 신의칙 또는 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없고 한 사례).
- ㄴ. (○) [대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다50190 판결] 변호사의 소송위임사무처리에 대한 보수에 관하여 의뢰인과의 사이에 약정이 있는 경우에 위임사무를 완료한 변호사는 특별한 사정이 없는 한 약정된 보수액을 전부 청구할 수 있는 것이 원칙이기는 하지만, 의뢰인과의 평소부터의 관계, 사건 수입의 경위, 착수금의 액수, 사건처리의 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물의 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익과 소속 변호사회의 보수규정, 기타 변론에 나타난 제반 사정을 고려하여 약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다고 보아야 한다.
- ㄷ. (○) [대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다215124 판결] 계약의 일방 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 사정 등을 미리 고지할 의무가 있다. 이러한 의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결 이후 이를 이행하는 과정에서도 유지된다. 당사자 상호 간의 신뢰관계를 기초로 하는 계속적 계약의 일방 당사자가 계약을 이행하는 과정에서 상대방의 생명, 신체, 건강 등의 안전에 위해가 발생할 위험이 있고 계약 당사자에게 그 위험의 발생 방지 등을 위하여 합리적 조치를 할 의무가 있는 경우, 계약 당사자는 그러한 위험이 있음을 상대방에게 미리 고지하여 상대방으로 하여금 그 위험을 회피할 적절한 방법을 선택할 수 있게 하거나 계약 당사자가 위험 발생 방지를 위한 합리적 조치를 함으로써 그 위험을 제거하였는지를 확인할 수 있게 할 의무가 있다. 특히 계속적 계약의 일방 당사자가 고도의 기술이 집약된 제품을 대량으로 생산하는 제조업자이고 상대방이 소비자라면 정보 불균형으로 인한 부작용을 해소하기 위해 제조업자에 대하여 위와 같은 고지의무를 인정할 필요가 더욱 크다(필자 주 : 甲 등이 乙 주식회사가 제조한 얼음정수기를 임대차 또는 매매의 방법으로 제공받아 사용하고 乙 회사는 이를 정기적으로 점검, 관리하는 내용의 계약을 체결하였는데, 그 후 얼음정수기에서 중금속인 니켈이 검출된 사안에서, 위 계약은 乙 회사가 얼음정수기를 제공할 뿐만 아니라 얼음정수기의 수질을 유지하기 위해 얼음정수기를 지속적으로 점검, 관리하는 내용의 계속적 계약으로서, 甲 등은 얼음정수기에서 단순히 법령상 안전기준을 충족하는 수준의 물을 제공받는 것을 넘어 건강을 위해 보다 높은 수준의 안전성이 확보된 깨끗한 물을 지속적으로 제공받을 것을 기대하고 위 계약을 체결하였던 것으로 보이고, 乙 회사는 위 계약으로 얼음정수기의 임대나 매매와 함께 품질관리 등의 관련 서비스를 제공함으로써 얼음정수기에서 제공되는 물의 안전성과 신뢰성을 지속적으로 책임지겠다는 약속을 하였다고 볼 수 있는데, 중금속인 니켈에 장기간 노출될 경우 인체에 위해가 발생할 가능성을 배제할 수 없는 사정이나 중금속에 대한 일반적인 사회통념

등을 고려하면, 乙 회사가 얼음정수기에서 니켈도금이 박리되고 니켈성분이 검출된 사실을 甲 등에게 고지할 의무가 있었는데도, 이를 고지하지 않음으로써 甲 등이 건강과 밀접한 관련이 있는 마실 물에 관하여 선택권을 행사할 기회를 상실하였으므로, 이러한 선택권의 침해로 甲 등의 정신적 손해를 인정한 원심판결을 수긍한 사례).

ㄷ. (X) 포기할 수 없는 권리에는 실효의 법리가 적용되지 않는다.

[대법원 2001. 11. 27. 선고 2001므1353 판결] 인지청구권은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수도 없으며 포기하였더라도 그 효력이 발생할 수 없는 것이고, 이와 같이 인지청구권의 포기가 허용되지 않는 이상 거기에 실효의 법리가 적용될 여지도 없다. 정답 ①

02.

① (O) 법정대리인 동의의 방법에는 제한이 없다. 묵시적 동의도 가능하다.

[대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다3095 판결] 모(母)와 미성년자인 딸이 함께 있는 자리에서 주민등록등본을 첨부하여 도피 중이던 부(父)의 채무를 연대하여 지급하기로 하는 지불각서를 작성·교부해 준 경우, 모(母)가 딸의 위 의사표시에 대하여 법정대리인으로서 묵시적으로 동의한 것으로 본 사례.

② (O) 제8조 제1항.

③ (X) 성전환자에게 미성년 자녀가 있다는 사정만으로 성별기재 정정이 허용되지 않는다고 할 수는 없다. 종전의 판례를 최근 변경하였다.

[대법원 2022. 11. 24. 자 2020스616 전원합의체 결정] (가) 인간은 누구나 자신의 성정체성에 따른 인격을 형성하고 삶을 영위할 권리가 있다. 성전환자도 자신의 성정체성을 바탕으로 인격과 개성을 실현하고 우리 사회의 동등한 구성원으로서 타인과 함께 행복을 추구하며 살아갈 수 있어야 한다. 이러한 권리를 온전히 행사하기 위해서 성전환자는 자신의 성정체성에 따른 성을 진정한 성으로 법적으로 확인받을 권리를 가진다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 근본적인 권리로서 행복추구권의 본질을 이루므로 최대한 보장되어야 한다.

한편 미성년 자녀를 둔 성전환자도 부모로서 자녀를 보호하고 교양하며(민법 제913조), 친권을 행사할 때에도 자녀의 복리를 우선해야 할 의무가 있으므로(민법 제912조), 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정 허가 여부를 판단할 때에는 성전환자의 기본권의 보호와 미성년 자녀의 보호 및 복리와의 조화를 이룰 수 있도록 법익의 균형을 위한 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하여야 한다. 따라서 위와 같은 사정들을 고려하여 실질적으로 판단하지 아니한 채 단지 성전환자에게 미성년 자녀가 있다는 사정만을 이유로 성별정정을 불허하여서는 아니 된다. 그 이유는 다음과 같다.

① 성전환자도 우리 사회의 동등한 구성원으로서 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리는 마땅히 보호받아야 하므로, 성전환자의 성별정정 허가 여부를 판단할 때에도 성전환자의 이러한 인간으로서의 기본권이 최대한 보장될 수 있도록 하여야 한다.

② 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그의 가족관계에 변화를 가져오는 부분도 없지 않지만, 이는 부 또는 모의 성전환이라는 사실의 발생에 따라 부모의 권리와 의무가 실현되는 모습이 그에 맞게 변화하는 자연스러운 과정일 따름이다. 이렇게 형성되는 부모자녀 관계와 가족질서 또한 전체 법질서 내에서 똑같이 존중받고 보호되어야 한다. 성전환자가 이혼하여 혼인 중에 있지 않거나 가족관계 등록부상 성별정정이 이루어진다고 하여 이러한 점이 달라지지 않는다. 미성년 자녀를 둔 성전환자도 여전히 그의 부 또는 모로서 그에 따르는 권리를 행사하고 의무를 수행하여야 하며 이를 할 수 있다.

③ 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정을 허가하는 것이 그 자체로 친권자와 미성년 자녀 사이의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 자녀의 복리에 현저하게 반한다거나 미성년 자녀를 사회적인 편견과 차별에 무방비 상태로 노출되도록 방치하는 것이라고 일률적으로 단정하는 것은 옳지 않다.

④ 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할 경우 성별정정된 가족관계등록부의 제출이나 공개 등으로 미성년 자녀가 사회적 차별과 편견에 무방비 상태로 노출되어 방치된다거나 생활상 어려움에 처하게 된다고 단정할 수도 없다. 설령 가족관계등록부의 노출로 미성년 자녀가 사회적인 편견과 차별을 당할 우려가 있다고 하더라도, 이는 국가가 성전환자와 미성년 자녀의 기본권 보장 및 사생활 보호를 위하여 위와 같은 노출을 차단하기 위한 조치를 취해 미성년 자녀를 보호해야 하는 것이지, 이를 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가하지 않은 이유로 삼는 것은 옳지 않다.

(나) 미성년 자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 허가할지 여부를 판단할 때에는 성전환자 본인의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권 등 헌법상 기본권을 최대한 보장함과 동시에 미성년 자녀가 갖는 보호와 배려를 받을 권리 등 자녀의 복리를 염두에 두어야 한다. 따라서 이때에는 성전환자의 성별정정에 필요한 일반적인 허가 기준을 충족하였는지 외에도 미성년 자녀의 연령 및 신체적·정신적 상태, 부모는 모의 성별정정에 대한 미성년 자녀의 동의나 이해의 정도, 미성년 자녀에 대한 보호와 양육의 형태 등 성전환자가 부모 또는 모로서 역할을 수행하는 모습, 성전환자가 미성년 자녀를 비롯한 다른 가족들과 형성·유지하고 있는 관계 및 유대감, 기타 가정환경 등 제반 사정을 고려하여 성전환자의 성별정정 허가 여부가 미성년 자녀의 복리에 미치는 영향을 살펴 성별정정을 허가할 것인지를 판단하여야 한다.

(다) 성전환자에게 미성년 자녀가 있는 경우 성전환자의 가족관계등록부상 성별정정이 허용되지 않다는 취지의 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정을 비롯하여 그와 같은 취지의 결정들은 이 결정의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다.

④ (O) 제1019조 제4항. 신설조문 내용.

⑤ (O) 친권자나 양육자로 지정되지 아니한 비양육친의 경우에는 법정의무자라고 볼 수 없으므로 감독자로서의 손해배상책임을 부담하지 않는다.

[대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결] 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 그렇지 않은 부모(이하 ‘비양육친’이라 한다)에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다. 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭할 수 있는 권리가 있지만(민법 제837조의2 제1항), 이러한 면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하고, 제3자와의 관계에서 손해배상책임을 근거가 되는 감독 의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다. 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다. 이처럼 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다.

다만 비양육친도 부모로서 자녀와 면접교섭을 하거나 양육친과의 협의를 통하여 자녀 양육에 관여할 가능성이 있는 점을 고려하면, ① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

정답 ③

Chapter

02 2023년 모의시험

1. 제1차 모의시험

01. 신의성실의 원칙에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하더라도 특별한 사정이 없는 한 신의성실 원칙에 반한다고 할 수 없다.
- ㄴ. 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.
- ㄷ. 계약의 일방 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가져올 수 있는 사정 등을 미리 고지할 의무가 있으며, 이러한 의무는 계약을 체결할 때뿐만 아니라 계약 체결 이후 이를 이행하는 과정에서도 유지된다.
- ㄹ. 인지청구권의 포기는 허용되지 않으나 인지청구권자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니한 경우 실효의 법리가 적용될 수 있다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄴ, ㄷ, ㄹ

③ ㄱ, ㄴ

④ ㄴ, ㄷ

⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

02. 미성년자와 관련한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 미성년자가 법률행위를 함에 있어서 요구되는 법정대리인의 동의는 묵시적으로도 가능하다.
- ② 미성년자는 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여 성년자와 동일한 행위능력을 갖는다.
- ③ 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것은 허용되지 않으므로, 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다.
- ④ 미성년자인 상속인이 상속채무가 상속재산을 초과함에도 불구하고 성년이 되기 전에 단순승인한 경우, 미성년자는 성년이 된 후 상속채무 초과사실을 안 날부터 3개월 내에 한정승인을 할 수 있다.
- ⑤ 책임능력 있는 미성년자의 불법행위가 있는 경우에 민법 제750조의 요건을 갖추면 미성년자의 감독의무자도 손해배상책임을 부담하는데, 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 비양육친은 미성년자의 부모라는 사정만으로는 미성년자에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다.

03. 종중에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다.
- ㄴ. 종중 토지에 대한 수용보상금의 분배에 관한 총회의 결의내용이 현저하게 불공정하여 무효인 경우, 종원은 바로 종중을 상대로 하여 스스로 공정하다고 주장하는 분배금의 지급을 청구할 수 있다.
- ㄷ. 민법 제781조 제6항에 따라 자녀의 복리를 위하여 자녀의 성과 본이 모의 성과 본으로 변경되었을 경우 성년인 그 자녀는 모가 속한 종중의 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손으로서 당연히 종중의 구성원이 된다.
- ㄹ. 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단인 종중의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ③ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄴ
- ⑤ ㄱ, ㄷ

04. 착오에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소취하합의의 의사표시 역시 민법 제109조에 따라 법률행위의 내용의 중요 부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다.
- ② 화해계약에서 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 경우, 착오를 이유로 취소할 수 있다.
- ③ 착오로 인하여 표의자가 어떠한 경제적인 불이익을 입은 것이 아니라면 이를 법률행위 내용의 중요 부분의 착오라고 할 수 없다.
- ④ 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에도 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라면 표의자는 의사표시를 취소할 수 없다.
- ⑤ 매매목적물의 하자가 매매계약 내용의 중요부분의 착오로 인정되는 경우, 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 매매계약을 취소할 수 있다.

05. 조건에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 정지조건 있는 법률행위는 특별한 사정이 없는 한 조건이 성취된 때부터 효력이 생긴다.
- ② 부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우, 그러한 부관은 조건으로 보아야 한다.
- ③ 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 그 조건만을 분리하여 무효라고 할 수 없고 그 법률행위 전부가 무효이다.