01 [★] 乙은 파평 윤씨 소정공파(이하 甲 종중이라고 한다)에 속하는 여성이다. 甲 종중은 종중규약에서 정한 목적 달성을 위해 丙에게 종중재산인 X부동산을 처분하려고 한다. 이와 관련한 다음 설명 중 틀린 것만 모은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

ㄱ. 종중은 다른 비법인사단과 같이 조직행위를 통해 대표자 선임이나 성문의 규약을 가지고 지속적인 활동을 하고 있어야 비법인사단으로서의 단체성이 인정된다.

ㄴ. 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다.

ㄷ. 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 종중 유사단체가 회칙이나 규약에서 남성만으로 구성원을 한정하고 있는 경우에도 그 회칙이나 규약은 양성평등 원칙을 정한 헌법 제11조 및 민법 제103조를 위반하여 무효라고 볼 수 없다.

ㄹ. 다른 사정이 없는 한 X부동산의 처분시 종중총회의 절차를 거쳐야 하며 이러한 절차를 밟지 않으면 무효이고, 표현대리가 적용될 여지도 없다.

ㅁ. ㄴ. ㄹ. 과 관련하여 만약 甲종중이 X부동산을 처분하기 위하여 종중총회를 소집하면서 甲종중에 속하는 乙을 여성이라는 이유로 소집통지를 하지 않았다면, 乙에게 소집통지를 결한 채 이루어진 甲종중의 총회결의는 무효이다.

ㅂ. 甲종중은 종중규약(정관)에서 정한 목적달성을 위해 X부동산을 처분할 수 있는 권리능력이 있다.

① ㄱ ② ㄱ, ㄹ ③ ㄴ, ㄷ, ㅁ
④ ㄱ, ㄹ ⑤ ㄹ, ㅂ

해 설

ㄱ. [X] 종중은 관습상 당연히 성립하는 것으로 **조직행위를 요하지 않으며**(대판 2002.6.28, 2001다5296), **대표자 선임이나 성문의 규약을 요구하지도 않는다**(대판 1997.11.14, 96다25715).
즉, 종중이란 공동선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘수호 및 봉제사와 후손 상호 간의 친목을 목적으로 형성되는 **'자연발생적인 종족단체'**로서 선조의 사망과 동시에 후손에 의하여 성립하는 것이며, 종중의 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서의 단체성이 인정된다(대판 1994.9.30, 93다27703).

관련판례 그런데 공동선조의 후손 중 특정지역 거주자나 지파 소속 종중원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면, 이는 본래의 의미의 종중으로 볼 수 없고(대판 1992.9.22, 92다15048), 종중 유사의 권리능력 없는 사단이 될 수 있을 뿐이다(대판 1996.10.11, 95다34330).

ㄴ. [O] **※ 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래 관습법의 효력** **[판례연구 A-1]**
"공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 **전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없다.** 따라서 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 할 것이다. … 민법 **제1조**는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다고 규정하고 있는바, **성문법이 아닌 관습법에 의하여 규율되어 왔던 종중에 있어서 그 구성원에 관한 종래 관습은 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었으므로, 종중 구성원의 자격은 민법 제1조가 정한 바에 따라 조리에 의하여 보충될 수밖에 없다.** 종중이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 종중의 이러한 목적과 본질에 비추어 볼 때 **공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다고 할 것이다**"(대판 2005.07.21, 전합 2002다1178).

ㄷ. [○] ※ **사적 단체에서 헌법상 평등권이 보장되는지 여부(소극)** **[판례연구 A-1]**

최근 判例는 이른바 '종중 유사단체'에는 남녀평등의 원칙을 고려하여 성년 여성을 종중의 구성원에서 배제할 수 없다는 위 법리가 적용되지 않는다는 점을 명백히 하였다. 즉 "종중 유사단체는 그 목적이나 기능이 고유한 의미의 종중과 별다른 차이가 없지만, 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우에는 사적 임의단체라는 점에서 자연발생적인 종족집단인 고유한 의미의 종중과 그 성질을 달리한다. 그러한 경우에는 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 그 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다. 따라서 그러한 종중 유사단체의 회칙이나 규약에서 공동선조의 후손 중 남성만으로 그 구성원을 한정하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유의 보장범위에 포함되고, 위 사정만으로 그 회칙이나 규약이 양성평등 원칙을 정한 헌법 제11조 및 민법 제103조를 위반하여 무효라고 볼 수는 없다"(대판 2011.2.24., 2009다17783)고 한다.

결국 종중 유사단체의 경우에는 사적 임의단체로서 기본적으로 사적 자치의 원칙과 결사의 자유가 보장되므로 사적 단체의 구성원에 대한 평등권 침해의 문제는 일어나지 않는다.

ㄹ. [○] ㅁ. [○] ※ **종중재산의 처분** **[A-67]**

종중재산은 종중원의 '총유'라고 보는 것이 통설 및 判例의 입장인바, 이러한 종중재산의 처분에 관하여는 '종중규약'에 정한 바가 있으면 그에 의하고, 종중규약이 없으면 적법한 '종중총회의 결의'가 있어야 한다(제275조 2항, 제276조 1항)(대판 1994.1.14, 92다28716). 判例에 따르면 총회결의를 거치지 않은 총유물의 관리 및 처분행위는 '무효'이고(대판 2001.5.29, 2000다10246), 이는 처분권한 없이 처분한 경우에 해당하므로 표현대리가 적용될 여지도 없다고 한다(대판 2003.7.11, 2001다73626). 따라서 상대방이 선의였는지 여부는 문제되지 않는다.

☞ 결국 종중 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래 관습법은 그 효력을 상실하였고, 따라서 조리(제1조)에 의하여 여성인 乙도 당연히 甲종중의 구성원이 된다고 보는 것이 타당하다. 그리고 일부 종중원에게 소집통지를 결여한 채 개최된 종중총회의 결의는 효력이 없으므로(대판 2007.9.6, 2007다34982 ; 당해 判例는 여성의 종중원 자격과 종중총회에서의 의결권을 제한하는 내용으로 종중규약을 개정하고 종중소유 부동산에 관한 수용보상금을 남성 종중원들에게만 대여하기로 한 종중 임시총회 결의를 무효라고 하였다), 乙에게 소집통지를 결한 채 이루어진 甲종중의 총회결의는 무효이다.

ㅂ. [○] ※ **사단법인에 관한 규정의 유추적용** **[A-67]**

민법은 권리능력 없는 사단의 법적 지위에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 권리능력 없는 사단은 법인등기를 하지 않았을 뿐 법인의 실질을 갖고 있는 것이다. 따라서 사단법인에 관한 규정 중에서 법인격을 전제로 하는 것(법인등기 등)을 제외하고는 법인격 없는 사단에 유추적용해야 한다(대판 1992.10.9, 92다23087). 따라서 사단의 권리능력(행위능력)·대표기관의 권한과 그 대표의 형식·대표기관의 불법행위로 인한 사단의 배상책임(제35조)의 규정은 비법인사단에게도 유추적용된다(통설 및 判例).

☞ 따라서 甲종중은 종중규약(정관)에서 정한 목적달성을 위해 종중재산인 X부동산을 처분할 수 있는 권리능력이 있다(제34조 유추적용).

정답 ①

[쟁점정리]

여성은 종중원이 될 수 없는지 여부

(1) 관습이 법으로 되기 위한 성립요건

ⅰ) '관행'이 존재하고, ⅱ) 관행을 법규범으로 인식하는 '법적 확신'이 있어야 하며, ⅲ) 관행이 헌법에 반하지 아니하는 것으로서 '정당성'과 '합리성'이 있어야 한다(위 전합 2002다1178판결).

(2) 성년 남자로 제한하는 종래의 관습법의 효력

관습법의 성립요건은 동시에 효력요건이기도 하다. 判例는 '종중 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래의 관습법'에 대하여 '현재의 관점'에서 볼 때 이는 헌법(남녀평등의 원칙)에 어긋나는 것으로서 관습법으로서의 효력이 부정된다고 보았다(위 전합 2002다1178판결).

(3) 관습법이 효력상실된 경우 소급효가 있는지 여부

법적 안정성과 당사자의 신뢰보호를 고려할 때 변경된 대법원의 견해는 종중 구성원의 자격과 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용된다고 보아야 한다. 다만, 당해 사건에 한하여는 위와 같이 변경된 견해가 소급하여 적용되어야 할 것이다(위 전합 2002다1178판결).

(4) 관습법으로서 효력이 없는 경우 종중 구성원의 자격

민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의하는 바(제1조), 성문법이

민사법(사례형) 모의고사 제1회 해설

〈공통된 사실관계〉

○ 1994. 9. 1. 에 출생한 甲은 친구들과 오토바이 폭주를 계획하고, 동거하고 있는 부모의 동의 없이 오토바이 판매상 乙로부터 오토바이를 할부로 구입하려고 하였다. 그러나 乙이 甲에게 "혹시 미성년자는 아니시죠?"하고 묻자 甲은 "천만에요, 저는 군대까지 갔다 온걸요"라고 거짓말을 하였다. 2013. 7. 3. 乙은 이 말을 믿고 매매대금 200만원에 5개월 할부로 甲에게 팔고 인도하였다.

○ 아울러 이 때 "할부금은 매월 3일 날 지급하며, 할부금 완납 전까지는 오토바이에 대한 소유권은 乙에게 있는 것으로 하고, 甲이 약정한 할부금을 한 번이라도 지체하였을 때에는 기한의 이익을 잃고, 즉시 나머지 할부금 전액을 변제할 것"을 특약하였다(이하 '이 사건 계약'이라 함).

○ 이에 甲은 매월 20만원씩 부모로부터 받던 용돈 중 그동안 모은 용돈 전부인 40만 원으로 계약 당일 1회차 할부금 40만원을 A은행에 개설된 자신 명의의 용돈통장을 통해 계좌이체하였다.

○ 단, 이하에서 특별법[1]은 논외로 하고 아울러 당해 오토바이는 등록을 요하지 않는다고 가정한다.[2]

〈추가된 사실관계 및 소송의 경과〉

○ 甲이 나머지 할부금을 지급하지 않자 2013. 8. 20. 乙은 법정대리인 X와 Y(이하 '甲측'이라 한다)를 상대로 매매잔대금 160만 원 및 이에 대한 지연이자의 지급을 구하는 소를 제기하였다(이하 '이 사건 소송'이라 한다).

○ 이에 X와 Y는 甲이 법정대리인인 자신들의 동의 없이 할부계약을 체결하였으므로 민법 제5조 2항에 근거해 취소한다고 항변하였다. 이에 乙은 甲이 매월 일정액을 법정대리인들로부터 용돈을 받았으므로 이는 민법 제6조의 처분을 허락한 재산에 해당하여 취소할 수 없다고 재항변하였고, 설령 그렇지 않더라도 甲이 군대까지 갔다 왔다며 거짓말을 한 것은 민법 제17조에 해당하여 취소권이 배제된다고 주장하였다.

1. 이 사건 소송과 관련하여 다른 주장이 없다면, 乙의 청구에 대한 결론(청구전부인용, 청구일부인용, 청구기각)을 그 논거와 함께 서술하시오. (25점)

2. 만약 2016. 8. 20. 乙이 甲측을 상대로 매매잔대금 160만 원 및 이에 대한 지연이자의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 대해 甲측은 소멸시효가 완성되었다는 항변 외에 다른 항변을 한 바가 없다면 乙의 청구에 대한 결론(청구전부인용, 청구일부인용, 청구기각)을 그 논거와 함께 서술하시오. (15점)

3. 이 사건 소송에서 취소의 항변이 받아들여져 그 후 2013. 12. 30. 甲측은 계좌이체의 원인된 법률관계가 취소되었음을 이유로 A은행에게 이미 지급된 할부금 40만원의 반환을 구하는 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. 이에 A은행은 계좌이체의 원인된 법률관계가 취소되더라도 계좌이체에 따른 乙과의 40만원에 대한 예금계약은 취소되지 않으며, 따라서 A은행은 乙에 대해 40만 원의 예금채무가 있으므로 부당이득한 것이 없다고 항변하였다. 甲측의 청구에 대한 결론(청구전부인용, 청구일부인용, 청구기각)을 그 논거와 함께 서술하시오. (10점)

4. 만약 甲측이 계좌이체의 원인된 법률관계가 취소되었음을 이유로 A은행에게 이미 지급된 할부금 40만원의 반환을 요청하고 乙도 이를 인정하여 A은행에 그 반환을 승낙하고 있음에도 불구하고 A은행은 변제기에 도달한 乙에 대한 대출금 이자채권 50만 원을 자동채권으로 하여 乙의 A은행에 대한 예금채권(1회 할부금으로 받은 40만 원)과 상계를 한다고 주장하였다. A의 상계주장은 정당한가? (10점)

1) ★ 할부거래법, 자동차손해배상보장법 등이 문제될 수 있다.
2) ★ 만약 등록을 요하는 오토바이라면 자동차손해배상보장법이 문제될 수 있다.

〈추가된 사실관계 및 소송의 경과〉

○ 甲은 乙에게 1회차 할부금만 지급한 후 2013년 9월경 戊에게 시가 상당액인 150만원을 받고 오토바이를 인도하였다. 2013. 10. 20. 甲측은 甲이 법정대리인의 동의 없이 이 사건 계약을 체결하였음을 이유로 계약을 취소하고 乙을 상대로 채무부존재확인을 구하는 소를 제기하였다.

5. 이 경우 乙이 항변할 수 있는 실체법상 타당한 근거를 검토하시오. (단, 설문 1.에서 문제되었던 제6조 및 제17조는 검토하지 말 것) (10점)

6. 만약 위 설문 5.에서 甲측의 소가 기각되었으나 여전히 甲측이 할부금을 지급하지 않자 乙이 이 사건 계약을 해제한 후 戊에게 소유권에 기한 오토바이의 반환을 구하는 소를 제기하였다면 乙의 청구가 인용될 수 있는지 戊가 실체법상 항변할 수 있는 수단을 중심으로 판단하시오. 단, 제548조 1항 단서와 관련한 쟁점은 논외로 할 것(15점)

〈변형된 사실관계〉

○ 평소 문제아였던 甲은 이 사건 계약 후 2013. 7. 5. 원동기면허도 없이 친구들과 오토바이 폭주를 즐기던 중 횡단보도에서 정지신호를 무시하고 오토바이를 타고 가다가 길을 건너던 임산부 丙을 충격하여 중상을 입혔다.

○ 한편 甲은 부상당한 丙을 응급처치하느라고 경황이 없는 사이에 그만 그 오토바이를 도난당하였고, 임산부 丙은 당해 교통사고의 후유증으로 이 후 기형아 丁을 출산하였다.

7. 丁에게 발생한 손해에 대해 甲의 친권자에게 손해배상을 청구할 수 있는지 근거를 들어 밝히시오. (15점)

출제 *point*

제한무능력자의 법률행위와 관련한 사례는 전형적인 사례를 탈피한 형태로 출제될 가능성이 많다. 예를 들어 최근 거래계에서 많이 문제되고 있는 미성년자의들의 신용카드회원계약 및 신용카드를 활용한 신용거래행위 사안이나 의사무능력자의 법률행위와 경합하는 사례들을 들 수 있다. 특히 제한능력자 논리(사례) 구조의 핵심은 제한능력자를 보호하는데 입법취지가 있는 만큼 예외적으로 제한능력자와 거래한 거래상대방의 이익을 어떻게 보호할지가 관건이다. 이와 관련하여 범위를 정하여 처분이 허락된 재산(제6조), 신의칙, 속임수에 의한 취소권 배제(제17조), 선의취득(제249조), 법정추인(제145조), 단기제척기간(제146조) 등이 문제된다. 사례구조 속에 항상 염두에 두어야 한다. 아울러 취소권 행사에 따르는 부당이득반환 범위도 주의를 요한다. 또한 소유권유보부 매매의 경우 동산물권변동과 관련하여 다양한 법적쟁점이 발생될 수 있는 만큼 해당 사례를 통해 잘 정리해 둘 필요가 있다.
<중요쟁점>은 할부계약(신용카드이용계약과 신용구매계약)과 미성년자의 행위능력, 착오송금과 부당이득, 소유권유보부 매매와 선의취득, 기한이익상실특약과 소멸시효, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독의무자의 책임, 태아의 권리능력

문제 1.

Ⅰ. 결 론(1)

乙의 청구는 X와 Y의 취소의 항변으로 인해 전부기각되어야 한다.

Ⅱ. 乙의 청구에 대한 논거(24)

1. 민법 제5조 2항에 따른 취소의 항변[3](6)

개정된 민법에 따르면 만 19세로 성년이 되며 성년에 달하지 않은 자가 미성년자이다(제4조). 연령은 출생일을 산입하여 역(曆)에 따라 계산한다(제158조, 제160조). 따라서 1994. 9. 1.에 출생한 甲은 2013. 8. 31.의 만료(오후 12시)로써 성년이 된다.

① 따라서 2013. 7. 3. 이 사건 계약 당시 甲은 미성년자이므로 원칙적으로는 법정대리인의 동의를 얻어서 유효한 법률행위를 할 수 있으며(제5조 1항), 이에 위반한 행위는 취소할 수 있다(제5조 2항, 제140조). ② 그러나 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있는바(민법 제6조), 사안에서는 甲이 부모님이 주신 용돈으로 1회 할부금을 지불하고 乙과 할부계약을 체결한 것이 이에 해당하는지 문제된다. 만약 해당하지 않는다면 甲이 미성년자임에 대한 거짓말이 제17조에 해당하여 취소권이 배제되지는 않는지 문제된다.

2. 민법 제6조에 따른 유효의 재항변(8)

가. 범위를 정하여 처분이 허락된 재산의 처분행위

여기에서의 '범위'는 '사용목적의 범위'가 아니라 '재산의 범위'라고 보는 것이 타당하며, 이러한 법정대리인의 동의는 언제나 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 가능하다.[4] 이는 묵시적으로도 가능한 바, 判例에 따르면 이러한 묵시적 동의 유무는 ⅰ) 미성년자의 독자적인 소득의 범위와 ⅱ) 계약의 내용 등을 고려한다(대판 2007.11.16, 2005다71659).[5]

나. 사안의 경우

甲은 비록 매월 20만원씩 부모로부터 용돈을 받았으나, 사안에서 200만원 상당의 할부매매계약은 5개월 할부계약임을 고려하더라도 甲의 월 용돈범위를 벗어나는 것으로 당해 할부계약은 위와 같이 처분허락을 받은 재산범위 내의 처분행위에 해당한다고 볼 수 없다.[6] 다만 이 경우 일부취소가 문제될 수 있으나 오토바이에 대한 분할가능성 및 당사자의 가정적 의사를 고려하건데 일부취소가 허용되는 사안은 아니라고 하겠다(제137조 유추적용).[7] 따라서 甲측은 乙과의 할부계약을 원칙적으로 전부 취소할 수 있다.

3. 민법 제17조에 따른 유효의 재항변(10)

가. 제17조에 의한 취소권배제의 요건(속, 오, 인)

ⅰ) '속임수'을 써서 제한능력자를 능력자로 믿게 하거나(제17조 1항) 또는 미성년자나 피한정후견인이 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 하였고(제17조 2항), ⅱ) 상대방이 '오신(誤信)'하였어야 하며, ⅲ) 상대방이 그러한 오신에 기하여 제한능력자와 법률행위를 하였어야 한다(인과관계).

---

3) [요건사실] 제한능력을 이유로 한 취소의 요건사실은 ⅰ) 제한능력자의 재산상 법률행위, ⅱ) 취소권을 가지는 자가 취소의 의사표시를 한 것(제5조 2항, 제10조 1항, 제13조 4항)이다.

4) ★ 그리고 여기서의 처분은 그러한 처분행위로 인한 후속조치도 포함한다. 예를 들어 미성년자가 처분이 허락된 재산의 범위 내에서 새로 채무를 부담하는 경우(예컨대 용돈의 범위에서 물품을 할부로 구입하기로 한 경우)에도 제6조에 의하여 법정대리인의 동의가 필요없다.

5) "미성년자의 법률행위에 있어서 법정대리인의 묵시적 동의나 처분허락이 있다고 볼 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 미성년자의 연령·지능·직업·경력, 법정대리인과의 동거 여부, 독자적인 소득의 유무와 그 금액, 경제활동의 여부, 계약의 성질·체결경위·내용, 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이고, 위와 같은 법리는 묵시적 동의 또는 처분허락을 받은 재산의 범위 내라면 특별한 사정이 없는 한 신용카드를 이용하여 재화와 용역을 신용구매한 후 사후에 결제하려는 경우와 곧바로 현금구매하는 경우를 달리 볼 필요는 없다"

6) [관련판례] "원고는 1982.8.26.생으로서 이 사건 각 신용구매계약 당시 성년에 거의 근접한 만 19세 2개월 내지 4개월에 이르는 나이였고, 당시 경제활동을 통해 월 60만원 이상의 소득을 얻고 있었으며, 이 사건 각 신용구매계약은 대부분 식료품·의류·화장품·문구 등 비교적 소규모의 일상적인 거래행위였을 뿐만 아니라, 그 대부분이 할부구매라는 점을 감안하면 월 사용액이 원고의 소득범위를 벗어나지 않는 것으로 볼 수 있는바, 이러한 제반 사정을 종합하면, 원고가 당시 스스로 얻고 있던 소득에 대하여는 법정대리인의 묵시적 처분허락이 있었고, 이 사건 각 신용구매계약은 위와 같이 처분허락을 받은 재산범위 내의 처분행위에 해당한다고 볼 수 있다 할 것이다"(대판 2007.11.16, 2005다71659 참고).

7) [요건사실] 현행 민법상 일부무효는 전부무효가 원칙이다(제137조 본문). 그러나 일부무효가 예외적으로 일부무효가 되기 위해서는 ⅰ) 법률행위의 일체성과 분할가능성이 인정되어야 하고, ⅱ) 당사자들이 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라는 가정적 의사가 인정되어야 한다(제137조 단서).

소송구조

제한능력자의 법률관계

Ⅰ. 제한능력자가 법정대리인의 동의없이 법률행위를 한 경우

1. 제한능력자측 '항변' 사유

제한능력을 이유로 한 취소의 요건사실은 i) 제한능력자의 재산상 법률행위, ii) 취소권을 가지는 자가 취소의 의사표시를 한 것(제5조 2항, 제10조 1항, 제13조 4항)이다.

2. 상대방측 '재항변' 사유

취소권의 제한 또는 소멸(주로 ① 제6조, ② 제17조, ③ 제143조, 제144조, ④ 제145조, ⑤ 제146조, ⑥ 신용구매계약의 경우 금반언 검토)

3. 결국 취소가 가능한 경우

(1) 제한능력자측에서 취소권을 행사한 경우

① 제141조 단서, ② 제750조(제17조 속임수 관련),[8] ③ 제536조(부당이득반환 관련), ④ 제320조(부당이득반환 관련)[9]

(2) 제한능력자측에서 취소권을 행사하지 않은 경우

① 제15조, ② 제16조, ③ 제110조(제17조 속임수 관련),[10] ④ 제109조(제17조 속임수 관련)[11]

Ⅱ. 법정대리인이 대리권의 제한(제909조 2항, 제921조, 제950조 1항 4호 등)을 위반하여 법률행위를 한 경우(무권대리 ; 본인의 항변)

① 상대방의 표현대리 재항변 검토 ⇒ ② 본인의 대리권 남용 재재항변 검토

강사직접 채점평

설문 1. 5. 6.의 경우

① 설문내용에서 날짜와 금액이 나와 있는 경우, 무의미한 경우는 없다고 봐도 과언이 아닙니다. **미성년자의 법률행위와 관련해서 날짜가 나오는 경우는 대부분 성년이 되는 날짜, 즉 법정추인이 가능한 시점 판단이 문제되므로 항상 유의해야 하겠습니다.**

② 개정민법을 언급할 필요가 있으며, **제5조 2항, 제145조 5호 등의 조문을 정확히 적시해야** 합니다.

③ 소유권유보부매매의 사례문제는 의외로 전형적입니다. 크게 두 가지 쟁점은 항상 문제되는데, **소유권확정과 관련한 법적 성질론과 동산의 선의취득 문제**입니다. 꼭 기억해 두시기 바랍니다.

④ 매수인이 대금을 완납할 때까지 소유권이 매도인에게 유보되어 있으므로, 매수인은 소유자로서 목적물을 원칙적으로 처분할 수 없습니다.[12] 따라서 매수인의 목적물 처분행위는 무권리자의 처분행위로서 무효이지만, 매수인의 목적물의 처분행위를 **조건부 권리 자체의 양도로 보아 선의의**[통상 소유권유보의 특약에 의하여 매수인의 처분이 금지되지만, 이러한 특약을 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 할 것이다(제449조 2항 참조). 매수인의 처분을 금지하는 특약이 없다면 양수인의 선·악을 가리지 않는다] 양수인은 조건부 권리를 취득하고(제149조), 대금의 완납에 의하여 양수인은 소유권을 취득할 수 있습니다.[13]

---

8) 미성년자의 사기가 그 '능력'에 관하여만 존재하는 때에는 불법행위에 기한 손해배상청구권은 발생하지 않는다.

9) 채권(부당이득반환청구권)이 목적물의 반환청구권과 '동일한 법률관계'(취소권 행사)로부터 발생한 경우에도 제320조의 '물건에 관하여 생긴 채권'에 포함된다는 광의설에 따르면 논리적으로는 유치권이 인정될 것이다. 그러나 당해 견련성의 의미를 원칙적으로 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한정하는 협의설에 의하면 유치권이 부정될 것이다.

10) 속임수가 기망행위에 해당하여야 하는 등 제110조의 요건을 충족하여야 하는바, 만약 충족된다면 제17조와 중첩적으로 적용될 수 있다.

11) 대부분 동기의 착오에 불과하거나 상대방의 중과실이 있다고 하여 착오에 기한 취소가 인정될 가능성은 적다(제109조).

12) 대리점의 경우와 같이 매도인이 매수인을 통하여 확대 판매할 의도를 가지고 있는 경우에는 매도인이 매수인에게 '처분권을 수여'하는 경우가 있는바, 이 경우에는 매수인의 처분행위는 유효하다. 다만 이런한 경우에 대비하여 매도인은 매수인과 사이에 매수인의 고객에 대한 판매대금채권(장래의 채권)에 관하여 사전에 양도담보계약을 체결하는 경우가 대부분이다. 이를 '연장된 소유권 유보'라고 부르기도 한다.

13) 지원림, 민법강의(12판), 5-148