

제3절 동산과 부동산

I. 서설

1. 동산과 부동산의 구별

가. 민법은 '토지와 그 정착물'을 부동산이라 하고, 부동산 이외의 것을 동산이라고 한다(제99조).

나. 구별 이유

민법은 제99조의 구별을 전제로 하여 물건을 부동산과 동산으로 분류하며, 그에 대한 법적 취급을 달리하고 있다. 동산은 소재장소가 쉽게 변하는데 비하여 부동산은 소재장소가 고정되어 있다.

1) 권리변동의 성립요건

부동산은 등기를(제186조), 동산은 인도를(제188조) 그 공시방법으로 한다.

2) 선의취득의 적용

동산의 점유에는 선의취득제도가 인정됨으로써 공신력을 부여하지만(제249조) 부동산의 등기에는 공신력을 인정하지 않는다.

3) 시효취득의 차이

소유권의 시효취득에 있어서 부동산은 점유취득시효(20년)와 등기부취득시효(10년) 등이 있으나(제245조), 동산은 점유취득시효만 있다(제246조).

4) 상린관계

상린관계는 원칙적으로 부동산에 대해서만 적용된다(제216조 이하).

5) 소유권의 취득사유

무주물의 경우 부동산은 국유(제252조 제2항)로 하고 동산은 선점자가 소유권을 취득한다(제252조 제1항). 부합의 경우에 부동산의 소유자가 부합한 물건의 소유권을 취득하나(제256조), 동산간의 부합인 경우 합성물은 주된 동산의 소유자에게 귀속하고, 주종을 구별할 수 없는 경우에는 부합당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다(제257조).

6) 제한물권의 허용범위

설정할 수 있는 제한물권의 종류에 차이가 있다. 즉 지상권(제279조), 지역권(제291조), 전세권(제303조), 저당권(제356조)은 부동산만을 대상으로 인정하고, 동산에는 인정되지 않는다.

7) 재판관할 및 강제집행

가) 부동산에 대해서만 재판관할이 있다(민사소송법 제20조).

나) 부동산에 대한 강제집행은 그 소재지 법원이 관할하나(민사집행법제79조), 동산에 대한 강제집행은 집행관이 그 물건을 점유함으로써 하는 압류에 의하여 개시한다(민사집행법제188조).

8) 환매기간

부동산은 5년, 동산은 3년을 넘지 못한다(제591조).

9) 후견감독인의 동의

후견인이 피후견인을 대리하여 부동산의 득실변경을 목적으로 경우에 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받는다. 동산은 중요한 경우에 한하여 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받는다(제950조).

다. 공시방법의 진화

오늘날 여러 가지 사유로 동산과 부동산의 구별의 실익이 점차 적어지고 있다. 현대사회에 있어서 동산 특히 화폐 자본의 중요성이 현저하게 증가하고 있으며, 재산적으로도 부동산의 가치를 뛰어넘는 유가증권이 출현하고 또 발달되어 가고 있다. 동산과 부동산의 구별이 현대법에서도 의의가 있다고 하지만 점점 더 변천해가고 있다. 즉 동산이면서도 등기 또는 등록이라는 공적장부에 의한 공시방법이 늘어가고 있다. 예를 들어 선박·자동차·항공기·건설기계 등의 동산은 등기·등록으로 그에 관한 권리관계를 공시하는데 앞으로 그 대상은 더욱 늘어날 것이다.

II. 부동산

1. 의의

1) 민법은 토지와 그 정착물을 부동산으로 보고 있다(제99조 제1항). 민법이 왜 부동산을 토지와 정착물로 나누었는지에 대한 입법취지는 밝혀져 있지 않다.

2) 서구의 입법례는 “지상물은 토지에 따른다”는 원칙에 따라 토지만을 부동산으로 하고 건물 등 정착물이나 지상물은 독립한 부동산으로 인정하지 않는다(독일 민법 제93조, 스위스 민법 제655조와 제667조, 프랑스 민법 제517조 등).

2. 토지

1) 토지란 인위적으로 구획된 일정범위의 지면을 중심으로 정당한 이익이 있는 범위내에서 그 상하에 미치는 입체적 존재를 말한다(제212조).

2) 토지소유권의 범위

가) 토지의 구성물(암석, 토사, 지하수)에는 토지 소유권이 미친다.

나) 광업권과 조광권의 객체인 지하에 매장된 미채굴의 광물(광업법제3조)에는 토지소유권이 미치지 않는다.

다) 바다에서는 어업권, 공유수면사용권, 공유수면매립권 등 이용권만 있고 사적소유권은 부정된다. 토지와 바다의 분계는 약최고고조면에 의한다(공유수면 관리 및 매립에 관한 법률 제2조 제1호, 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제6조 제4호). 약최고고조면은 일정 기간 조석을 관측하여 분석한 결과 가장 높은 해수면을 말한다.

라) 하천은 국유에 속하며, 하천관리청의 허가를 얻어 하천구역을 점용할 수 있으나, 하천을 구성하는 토지와 그 밖의 하천시설에 대하여는 사권을 행사할 수 없다.(하천법 제4조 제2항).

3) 토지는 연속되어 있으나 인위적으로 지표에 선을 그어 구별한다.

가) 각 구역은 지적공부인 토지대장 또는 임야대장에 등록되고 독립된 지번이 부여된다(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제64조, 제66조). 지적공부에 등록하는 지번·지목·

면적·경계 또는 좌표는 토지의 이동이 있을 때 토지소유자의 신청을 받아 지적소관청이 결정한다(동법 제64조). 토지의 개수는 지적공부상 토지의 등록단위인 필지(동법 제2조 제21호)를 표준으로 결정되며, 분할 또는 합병도 가능하다(동법 제79조, 제80조).

나) 판례는 “등기부상만으로 어떤 토지 중 일부가 분할되고 그 분할된 토지에 대하여 지번과 지적이 부여되어 등기되어 있어도 지적공부 소관청에 의한 지번, 지적, 지목, 경계확정 등의 분필절차를 거친 바가 없다면 그 등기가 표상하는 목적물은 특정되었다고 할 수는 없다”(대판 1995.6.16. 94다4615)라고 한다.

3. 토지의 정착물

가. 의의

1) 토지정착물이란 토지에 고정되어 용이하게 이동할 수 없는 물건으로서 그 상태대로 사용되는 것이 그 물건의 거래상의 성질로 인정되는 것을 말한다. 건물, 교량, 수목이 이에 속하나 가건물, 假植의 수목, 토지·건물에 충분히 정착되지 않은 기계는 토지의 정착물이 아니다. 여기에서 정착물은 자연적 관찰의 객체가 아니라 법기술적인 개념이다.

2) 토지와 별개의 공시방법을 갖추고 있는 지 여부에 따라 토지정착물은 토지와 별개의 독립한 물건인 것(건물 등)과 토지의 구성부분으로 토지에 정착되어 그 일부인 것에 지나지 않는 것(교량, 돌담, 우물 등)으로 나누어진다.

나. 건물

1) 건물은 토지로부터 독립한 별개의 부동산으로 건물등기부에 의하여 공시된다(부동산등기법 제14조, 제15조). 우리 민법상 건물을 별개의 부동산으로 보는 것은 큰 특징 중의 하나이다. 따라서 법정지상권, 미완성건물 등 문제점이 발생되고 있다.

2) 건물의 독립성

가) 건축 중이거나 철거 중인 건물이 독립성을 갖거나 상실하는 시기가 중요하다. 건물 신축의 경우 독립성을 가지는 때에 소유권이 원시취득으로 되며, 철거의 경우에는 독립성을 잃게 되는 시점에 소유권을 상실한다. 건물의 독립성의 취득여부는 거래관념에 의해서 판단되어야 한다. “독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위하여는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 된다”(대판 2001.1.16. 2000다51872).

나) 건물의 개수를 판단함에 있어서는 물리적 구조뿐만 아니라 거래 또는 이용의 목적물로서 관찰한 건물의 상태도 그 개수 판단표준의 중요한 자료가 될 것이고 이러한 상태를 판별하기 위하여는 주위건물과 접근의 정도, 주위의 상태 등 객관적 사정은 물론 건축한 자의 의사와 같은 주관적 사정도 고찰하여야 할 것으로서 단순히 건물의 물리적 구조로서만 그 개수를 판단할 수는 없다(대판 1961.11.23, 4293민상623).

다. 입목에 관한 법률에 의한 수목

1) 토지로부터 분리되지 않은 수목은 원칙적으로 토지일뿐 독립된 물건이 아니다. 따라서 토지상에 생육하고 있거나 식재된 입목에까지 토지소유권이 미치게 된다.

2) 입목에 관한 법률에 의하여 입목등기를 한 경우에 수목은 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루어진다(동법 제3조).

3) 수목의 가액을 포함하여 경매 대상 토지를 평가하여 이를 최저경매가격으로 공고하여야 하고, 다만 입목에 관한 법률에 따라 등기된 입목이나 명인방법을 갖춘 수목의 경우에

는 독립하여 거래의 객체가 되므로 토지 평가에 포함되지 아니한다(대결 1998.10.28. 98마 1817).

4) 입목에 관한 법률에 따라 수목은 소유권과 저당권의 객체로 된다.

라. 명인방법 갖춘 수목의 집단 또는 미분리과실

1) 명인방법을 수목의 경우에는 토지와 독립하여 거래의 객체로 된다(대결 1998.10.28. 98마1817). 따라서 명인방법을 갖추지 못한 수목은 토지의 부작물로서 토지소유권자에 귀속한다.

2) 과수의 열매, 엽연초, 뽕잎, 立稻 등 미분리의 과실도 명인방법을 갖추면 독립한 물건으로 다루어진다. 명인방법을 갖춘 미분리의 과실이 동산인지 아니면 부동산인지에 대하여 학설이 대립하고 있다.

3) 명인방법은 관습상의 공시방법으로 일정한 형식은 없고 제3자가 명백하게 인식할 수 있도록 소유자의 표기나 표찰이 있으면 된다. 예를 들어 수목의 경우에는 수피에 소유자의 성명을 쓰는 방법, 농작물의 경우에는 그 주위에 새끼를 치거나 목찰을 세우는 방법 등이다.

마. 농작물

1) 농작물은 토지의 정작물로서 토지의 본질적 구성부분이며 독립한 물건이 아니다.

2) 임차권 등 정당한 권원(title)에 의하여 타인의 토지에 경작·재배한 농작물은 토지와 별개의 독립한 물건으로 다루어진다(제256조 단서).

3) 아무 권원없이 타인의 토지에 경작한 경우에도 농작물의 소유권은 언제나 경작자에게 있다. "적법한 경작권 없이 타인의 토지를 경작하였다더라도 그 경작한 입도가 성숙하여 독립한 물건으로서의 존재를 갖추었으면 입도의 소유권은 경작자에게 귀속한다"(대판 1979.8.28.79다784)고 하여 명인방법도 필요없다고 한다. "남의 땅에 권한없이 경작 재배한 농작물의 소유권은 그 경작자에게 있고 길이 4,5 센치미터에 불과한 모자리도 농작물에 해당한다"(대판 1969.2.18. 68도906).

Ⅲ. 동산

1. 의의

동산이란 토지와 그 정작물 이외의 모든 물건을 말한다(제99조제2항). 따라서 토지에 부착한 물건이라도 정작물이 아니면 동산이다. 전기 기타 관리할 수 있는 자연력도 동산이다. 동산임에도 선박, 항공기, 자동차, 일정한 건설기계 등도 특별법상 부동산으로 취급된다.

2. 금전의 특수성

가) 화폐인 금전도 그 존재형태로 보면 동산의 일종이다. 그러나 다른 동산과 달라서 보통의 물건이 가지는 개성을 갖지 않으므로, 교환가치 그 자체라고 보아서 금전은 민법상 동산에 관한 규정을 적용하지 않는 것이 많다.

나) 즉 금전은 본래의 用法에 따른 사용이 양도에 한정되는 소비재이며, 소유와 점유가

분리되지 않고, 수량으로 표시된 일정한 화폐가치가 중요시된다. 금전의 특수성이 인정된다.

다) 화폐의 점유는 곧 화폐의 소유를 의미하므로 화폐를 점유하는 자는 언제나 그 소유권을 취득하게 된다. 따라서 화폐에 대해서는 선의취득이 인정되지 않는다.

라) 타인의 점유에 들어간 화폐에 대해서는 물권적반환청구권이 인정되지 않고, 부당이득 반환 등 채권적 반환청구권이 인정된다(통설).

마) 기념화폐나 강제통용력을 잃은 화폐를 수집대상으로 하여 거래하는 경우에는 동산인 물건으로 인정된다.

제4절 주물과 종물

I. 의의

가. 민법은 개개의 독립된 물건을 처분하는 경우에는 각각 독립하여 처분하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그런데 서로 독립된 물건이 독립의 존재를 유지하면서 이들 물건 사이에 객관적·경제적으로 주종관계를 맺는 물건이 있다. 이러한 물건들은 그 경제적 효용을 위하여 일물일권주의를 수정하여 양자를 같은 법률적 관계에 따르도록 할 필요성이 있다.

나. 물건의 소유자가 그 물건의 常用에 이바지하기 위하여 자기 소유의 다른 물건을 이에 부속하게 한 때 그 물건을 主物이라 하고, 주물에 부속된 다른 물건을 從物이라 한다(제100조제1항). 예를 들어 시계와 시계줄, 주유소와 주유기, 횃집과 수족관, 배와 노, 자물쇠와 열쇠, 새와 새장, 주택과 그에 딸린 광, 백화점 건물과 지하에 설치된 전화교환설비 등이다.

II. 종물의 요건

가. 독립한 물건

주물과 종물은 독립된 물건이어야 하며 특정되어 있어야 한다. 종물은 동산이든 부동산이든 상관없다. 연탄창고와 공동변소는 건물의 종물이나(대판 1991.5.14. 91다2779), 정화조는 건물의 구성부분이다(대판 1993.12.10. 93다42399).

나. 주물의 常用에 供할 것

‘상용에 공한다’는 것은 사회관념상 계속적으로 주물의 경제적 효용을 높인다고 객관적으로 인정된다는 것이다. 따라서 일시적으로 어떤 물건의 효용을 돕는 것은 종물이 아니다. 즉 식기, 침구, 난로, 책상처럼 주물의 효용과 직접 관계없는 것도 종물이 아니다. 종물은 독립한 물건임에도 주물의 상용에 이바지하는 밀접한 장소적 관련성이 있어야 한다.

다. 주물과 종물이 모두 동일한 소유자의 것

종물이 제3자의 소유임에도 주물과 종물이 법률적 운명을 같이 한다면 제3자의 권리를 침해하게 되므로 모두 동일소유자에 속하여야 한다. “종물은 물건의 소유자가 그 물건의 상용에 공하기 위하여 자기 소유인 다른 물건을 이에 부속하게 한 것이므로 주물과 다른 사람의 소유에 속하는 물건은 종물이 될 수 없다”(대판2008.5.8. 2007다36933,36940). 통설은 제3자의 권리를 침해하지 않는 범위내에서 제100조 제1항의 취지를 확장해서 다른 소유자에게 속하는 물건이라도 종물이 될 수 있다고 한다. 만약에 권리침해가 있다면 손해배상의 법리로 해결할 수 있다는 논리이다.

III. 종물의 효과

가. 종물은 주물의 처분에 따른다(제100조2항)

종물은 주물과 법률적 운명을 같이 한다. 주물인 부동산에 대하여 처분의 등기가 있는 경우에 그 종물에 대해서도 그 처분의 효력이 생긴다. 주물에 저당권이 설정된 경우에도 그 저당권의 효력이 종물에도 미친다(제358조).

나. 처분은 물권적 처분뿐만 아니라 채권적 처분도 포함한다. “종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용되고, 그 처분은 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야”(대판 2006.10.26. 2006다29020 판결) 한다. 그러나 점유 기타 사실 관계에 기한 권리의 득실변경에 대해서는 제100조 제2항이 적용되지 않는다.

다. 제100조 제2항은 임의규정이다.

당사자는 특약으로 주물만을 처분할 수 있으며 또한 종물만을 처분할 수도 있다. 즉 컴퓨터 매매시 모니터의 별매처럼 모두 독립한 물건이므로 당사자간의 주물과 종물의 운명을 달리하는 약정은 유효하다(곽윤직, 지원림).

VI. 종물이론의 확장

주물과 종물에 관한 제100조는 물건 상호간의 관계에 관한 것인데, 이는 물건과 권리의 관계 또는 권리 상호간의 관계에도 유추적용된다. “건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 건물의 소유권을 취득한 때에는 특별한 다른 사정이 없는 한 건물의 소유를 목적으로 한 토지의 임차권도 건물의 소유권과 함께 경락인에게 이전된다”(대판 1993.4.13. 92다 24950). 예를 들어 원본채권이 양도되면, 이자채권도 원본채권과 운명을 같이 한다고 해석한다.

제5절 원물과 과실

I. 의의

가. 어떤 물건으로부터 생기는 경제적 이익을 과실이라 하고, 과실이 생기게 하는 물건을 원물이라 한다. 즉 원물로부터 생기는 경제적 수익이 과실이다. 민법은 물건의 과실만을 인정하고, 특허권 사용료, 주식배당금 등 권리의 과실을 인정하지 않는다.

나. 민법은 과실을 천연과실과 법정과실로 나누어(제101조) 과실에 대한 수익권자의 변동에 따르는 분배방법을 규정하고 있다(제102조).

II. 천연과실

가. 의의

1) 천연과실이란 물건의 用法에 의하여 수취하는 산출물을 말한다(제101조 1항). 여기서 ‘물건의 용법에 의한다’는 것은 원물의 경제적 용도에 따르는 것을 의미한다.

2) 산출물은 원물의 정상적인 경제적 기능에 따라서 원물의 본체를 훼손함이 없이 천연적·유기적으로 생산되는 것(과일·곡물·달걀·우유·가축의 새끼 등)뿐만 아니라 인공적·무기적으로 산출되는 것(광물·석재·토사 등)을 말한다.

3) 미분리과실은 독립한 물권의 객체는 아니지만, 미분리과실도 명인방법을 갖추면 독

립한 소유권의 객체로 된다.

나. 귀속

1) 천연과실은 원물과 분리되는 때에 수취할 권리자에게 귀속된다(제102조 제1항). 수취권자는 원물의 소유권자이지만(제211조), 구체적인 내용에 따라 민법에 규정되어 있다. 이러한 규정은 임의규정이기 때문에 당사자의 특약으로 수취권자를 정할 수 있다.

2) 과실수취권자

가) 원물의 소유자와 점유자 중 누가 수취권자인가는 원칙적으로 원물의 소유자가 수취권자이다(제211조). 그러나 예외적으로 선의의 점유자(제201조), 지상권자(제279조), 전세권자(제303조), 유치권자(제323조), 질권자(제343조), 저당권자(제359조), 목적물을 인도하지 않은 매도인(제587조), 사용자(제609조), 임차인(제618조), 친권자(제923조), 유증의 수증자(제1079조) 등도 과실수취권을 가진다. “천연과실의 수취권은 원물인 폐지의 사용·수익권을 가지는 양도담보설정자에게 귀속”(대판 1996.9.10. 96다25463)한다.

나) 과실수취권자의 경합

하나의 원물에 관하여 수인의 수취권자가 경합하는 경우에는 선의의 점유자가 우선하고(제201조 제1항), 소유자와 용익권자가 경합하면 용익권자가 우선한다. 수인의 용익권자 사이에서는 용익물권자가 미등기 매수인 등 채권적 용익권자에 우선한다.

Ⅲ. 법정과실

가. 의의

법정과실이란 물건의 사용 대가로 받는 금전 기타 물건을 말한다(제101조 제2항). 물건의 사용대가란 타인에게 물건을 사용하게 하고 사용한 후에 원물 자체 또는 그 물건과 동종·동질·동량의 물건을 반환하여야 할 법률관계가 있는 경우에 인정된다. 예를 들어 이자, 임료, 지료, 사용료 등이 법정과실이다.

나. 귀속

1) 법정과실은 수취할 권리의 존속기간 일수의 비율로 취득한다(제102조제2항). 즉 수취권자가 수인일 경우에는 수취행위가 따로 없으므로 기간별로 배분하게 된다. 이 규정은 권리의 귀속을 정한 것이 아니라 귀속권리자 사이의 내부관계를 정한 것이다.

2) 수취권자가 누구냐에 대하여는 일반규정이 없다.

3) 이 규정은 임의규정이므로 당사자간의 합의로 이 규정과 다른 약정을 할 수 있다.

Chapter 8 The Change of the Civil Rights

제5장 권리변동

제1절 총설

I. 권리변동

민법은 권리본위로 구성되어 있기 때문에 사람의 사회생활관계가 민법에 의하여 규율을 받는다는 것(법률관계)은 그러한 사회생활관계가 법적으로 평가되어 일정한 권리의 변동 즉 일정한 법률효과를 부여받는 것을 말한다. 민법상 법률효과란 권리(의무)의 변동 즉 권리의 발생, 변경, 소멸의 형태로 법률관계가 변하는 것을 말한다.

II. 권리변동의 모습

민법상 법률효과 즉 권리의 변동이란 이를 권리의 주체적인 면에서 파악하면 권리의 득실 변경 즉 권리의 취득, 변경, 상실의 모습으로 나타나는 것을 말한다.

1. 권리의 발생(취득)

가. 원시취득(절대적 발생)

어떠한 권리가 타인(前主)의 권리에 기초하지 아니하고 독립하여 새로운 권리를 취득하는 것을 말한다. 취득된 권리의 객체에 타인의 지상권이나 저당권이 설정되어 있더라도 이들 권리는 원시취득과 함께 소멸한다. 예를 들어 건물의 신축, 무주물선점(제252조), 유실물 습득(제253조), 시효취득(제245조), 선의취득(제249조) 등이 이에 속한다.

나. 승계취득(상대적 취득)

타인(前主)의 권리에 기초하여 권리를 취득하는 것을 말한다. 예를 들어 매매(제568조 이하), 증여(제554조 이하), 상속(제997조 이하) 등이 이에 속한다. 前主가 가졌던 권리 이상을 취득할 수 없으므로 前主가 무권리자라면, 새로운 권리자인 後主는 권리를 취득할 수 없고 前主의 권리에 존재하는 하자과 제한은 원칙적으로 후주의 권리에 도 수반된다. 승계취득은 이전적 승계와 설정적 승계로 나누어진다.

1) 이전적승계는 전주의 권리가 동일성을 유지하면서 새로운 자에게 취득되어 그 결과로 전주는 권리를 상실하고 권리귀속 주체의 변경이 발생한다. 이는 특정승계와 포괄승계로 나누어진다. 특정승계는 개개의 권리가 개별적인 취득원인에 의해 취득하는 것으로 매매(제568조 이하), 증여(제554조 이하) 등이 이에 속한다. 포괄승계는 하나의 취득원인으로 다수의 권리가 포괄적으로 승계하는 것으로 상속(제1005조)과 포괄유증(제1078조)이 이에 속한다.

2) 설정적(창설적)승계는 前主의 권리를 유지하면서 전주의 권리의 일부를 별개의 권리 객체로 하여 이를 승계하는 것을 말한다. 지상권(제279조), 저당권(제356조), 전세권(제303조)과 같은 제한물권의 설정하는 경우처럼 후주는 그 소유권이 가지는 권능 중 일부를 취득하게 된다.

2. 권리의 변경

권리의 변경이란 어떠한 권리가 그의 동일성을 잃지 않고 그 권리의 주체·내용·작용에 관하여 변경되는 것을 말한다.

가. 권리의 이전적 승계의 경우(매매, 증여, 상속 등)에는 권리의 주체가 변경된다.

나. 내용의 변경은 성질적 변경과 수량적 변경 그리고 작용적 변경으로 나누어진다. 성질적 변경은 물건의 인도채권이 채무불이행으로 인하여 금전을 목적으로 하는 손해배상채권으로 변경되는 경우를 말한다(제390조, 제394조). 수량적 변경은 소유권에 대한 제한물권(지상권, 전세권, 저당권)의 설정이나 또는 이미 설정된 제한물권이 소멸하여 소유권이 원래의 완전한 상태로 회복되는 경우를 말한다. 작용의 변경은 순위승진의 원칙에 따라 저당권의 순위가 변경되는 경우나 부동산임차권의 등기로 인하여 제3자에 대한 대항력이 발생하는 경우 등이 이에 속한다.

3. 권리의 소멸

권리의 주체로부터 이탈하는 경우로 권리의 주체가 권리를 상실하는 것을 말한다. 이는

상대적 소멸과 절대적 소멸로 나누어진다. 상대적(주관적) 소멸은 권리의 주체가 변경되는 경우 前主의 관점에서 보면 소유권이 상실되는 것이다. 따라서 권리 자체가 소멸하지 않고 사회내에 존재한다. 절대적(객관적) 소멸은 목적물의 멸실, 불능, 채권의 변제로 인한 권리 자체의 소멸 등 권리자체가 사회내에서 소멸한다.

Ⅲ. 권리변동의 원인

1. 법률요건과 법률사실

가. 법률요건(構成要件)

법률요건이란 법률효과의 발생 원인을 말한다. 즉 법률요건은 권리변동을 일으키는 원인이 된다. 즉 일정한 법률효과를 발생케하는 필요하고도 충분한 원인이 되는 사실을 통틀어서 법률요건이라고 한다. 법규는 “이러 이러한 사실이 있으면 이러 이러한 효과가 생긴다”고 하는 가언적 판단의 모습을 취한다.

나. 법률사실

법률사실이란 법률요건을 구성하는 개개의 사실을 말한다. 즉 법률요건은 법률사실로 구성되어 있다. 계약에 있어서 법률요건은 매도인의 매도의사와 매수인의 매수의사 그리고 대립하는 두 의사의 합치이고 이로써 계약이 성립되어 매도인과 매수인의 권리와 의무라는 법률효과를 발생시킨다. 이와 같이 법률요건을 구성하는 매도인의 의사, 매수인의 의사, 이들의 의사표시의 합치를 각각 법률사실이라고 한다. 다만, 유언과 같은 법률요건은 유언행위라는 하나의 법률사실로 성립한다.

2. 법률사실의 분류

법률요건을 구성하는 법률사실은 여러 가지 표준에 따라 분류가 가능하다. 민법상 가치있는 분류로는 사람의 정신작용에 기하는 법률사실인 용태와 그렇지 않은 법률사실인 사건으로 나누어진다.

가. 사건

사건은 사람의 정신작용에 의하지 아니한 법률사실로서, 법률에 의하여 그 효과가 부여되는 것을 말한다. 예를 들어 시간의 경과, 사람의 출생과 사망, 실종, 물건의 자연적인 발생과 소멸 등이다. 다만, 사람의 정신작용에 의하더라도 그 결과의 발생만을 문제로 삼아서 일정한 법률효과를 부여하는 경우에도 사건으로 본다. 예를 들어 물건의 부합(제256조), 천연과실의 분리, 물건의 파괴 등의 경우이다.

나. 용태

容態는 사람의 행위처럼 외부로 나타내는 외부적 용태와 외부에 나타나지 않는 마음속의 의식인 내부적 용태로 나누어진다.

1) 내부적 용태

내부적 용태는 마음속의 의식을 말다. 사람의 내심적인 의식은 원칙적으로 법률효과가 부여되지 않는다. 그러나 예외적으로 다른 법률사실과 관련하여 법적효과를 부여하는 법률

사실이다. 이는 두 가지로 나누어진다.

가) 관념적 용태는 일정한 사실에 대한 관념 또는 인식이 있는가에 대한 내심적 의식을 말한다. 선의·악의·신뢰 (제126조) 등이다.

나) 의사적 용태는 행위자가 일정한 의사를 가지고 있는가에 대한 내심적 의식을 말한다. 점유에 있어서 소유의 의사(제197조), 시효취득에 있어서 소유의 의사(제245조, 제246조), 제3자의 변제에 있어서 채무자의 허용 또는 불허용의 의사(제469조), 사무관리에 있어서 그 방법에 관한 본인의 의사(제734조) 등이다.

2) 외부적 용태

일정한 의식이 외부로 나타나는 것, 즉 행위를 말한다. 법률상의 행위는 자각있는 적극적인 행동 즉 작위와 일정한 경우에는 소극적 행동, 부작위도 행위로서 다루어진다. 사람의 행위가 법률사실이 되기 위해서는 법적효과를 부여할 가치가 있다고 평가되는 행위라야 한다. 이는 법적평가에 따라서 위법행위와 적법행위로 분류된다.

가) 위법행위

위법행위는 법률이 허용할 수 없는 것으로 평가하여 행위자에게 불이익한 효과를 발생하게 하는 법률사실이다. 불이익한 효과는 대개 손해배상의무를 지게 한다는 의미이다. 예를 들어 채무불이행(제390조)과 불법행위(제750조)가 있다.

나) 적법행위

적법행위는 법률이 가치 있는 것으로 평가하여 법적효과가 부여되는 행위를 말한다.

(1) 의사표시

계약에 있어서 청약이나 승낙과 같이 일정한 법률효과를 의욕하는 의사(효과意思)를 표시하는 행위로서 그 효과의사에 따른 법률효과가 부여된다. 의사표시는 법률요건 중 가장 중요한 법률행위의 필수 불가결한 본질적 요소이다.

(2) 의사실현

법률효과의 발생을 의욕하는 당사자의 의사를 외부에서 추측하기에 충분한 객관적 행위를 말한다(제532조 참조). 예를 들어 주차장에 주차하는 경우 처음부터 계약체결의 의사가 없더라도 주차요금을 지불할 의무가 발생하는 것이다. 의사실현은 의사표시와는 달라서 표시나 상대방의 수령을 필요로 하지 않기 때문에 ① 진의 아닌 의사표시에 관한 규정(제107조) ② 통정허위표시에 관한 규정(제108조) ③ 의사표시의 효력발생시기에 관한 규정(제111조) ④ 의사표시의 수령능력에 관한 규정(제112조) 등은 적용되지 않는다. 그러나 착오나 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 규정(제109조, 제110조)은 적용이 있을 수 있다.

(3) 사회정형적 행위

일반공중에 대하여 청약되어 있는 대량·유상의 급부를 이용하는 정형적 행위로서 이러한 행위는 곧 계약을 성립시키는 승낙이라고 볼 수 있다. 예를 들어 전기·수도·가스·우편·전화의 이용, 대중교통기관의 이용, 텔레비전·라디오의 시청, 자동판매기의 이용 등이다. 물론 이러한 급부를 이용할 것인가는 이용자의 의사에 달려있다. 그러나 이는 의사실현과는 달리 사실상의 효과의사는 없으나 사회정형적 행위자는 내용의 공정을 전제로 법적 구속을 받는다는 사회의 법적 확신이 확립되어 있다는 점에서 계약의 성립을 인정한다. 이러한 행위에 대하여는 “행위에 모순되는 異議”는 고려되지 않으며, 이를 이유로 한 착오라는 주장도 허용

되지 않고 나아가 행위능력에 관한 규정의 적용도 없다. 다만, 의사능력은 있어야 한다.

(4) 준법률행위

준법률행위(법률적 행위)는 법률의 규정에 의하여 법률효과가 발생하는 것을 말한다. 일정한 정신작용을 요소로 하지만 그것이 어떠한 법률효과를 발생시킬 것을 목적으로 하지 않기 때문에 의사표시를 목적으로 하는 법률행위와는 다르다. 준법률행위는 일정한 의식을 표현하는 표현행위와 사실행위로 나누어진다.

(가) 표현행위는 일정한 의식내용을 다른 사람에게 표현하는 것을 본질로 하는 행위이다. 이에 는 의사의 통지, 관념의 통지, 감정의 표시가 있다.

① 의사의 통지는 자기의 의사를 타인에게 통지하는 행위이다. 일정한 의사를 표시하는 행위이지만 그 의사가 법률효과 이외에 향하여진 것이다. 예를 들어 제한능력자의 상대방의 확답의 촉구(제15조), 채무이행의 최고(제174조, 제544조) 등 각종 최고, 제한능력자 상대방이 하는 거절(제16조), 변제수령의 거절(제487조) 등 각종의 거절이다.

② 관념의 통지(사실의 통지)는 어떤 사실을 통지하는 행위이다. 즉 법률효과를 발생시키려는 의사없이 또한 어떤 법률효과가 발생하는지에 인식과 관련없이 사실적 결과의 발생만을 목적으로 하는 행위이다. 예를 들어 사원총회의 소집 통지(제71조), 채권양도의 통지 또는 승낙(제450조), 승낙 연착의 통지(제528조), 채무의 승인(제168조), 공탁의 통지(488조) 등이다.

③ 감정의 표시는 일정한 감정을 표시하는 행위이다. 예를 들어 수증자의 망은행위의 용서(제556조), 배우자의 부정에 대한 용서(제841조) 등이다. 이러한 경우에도 용서자의 의사와는 상관없이 법률의 규정에 의하여 해제권이 소멸하거나(제556조 제2항) 또는 이혼청구권의 소멸(제841조)이라는 법률효과 발생한다.

(나) 사실행위(비표현행위)는 행위자의 의식내용과 관계없이 어떤 행위가 있었다는 사실 또는 그 행위에 의하여 생긴 결과만을 평가하여 법률효과를 부여한다. 이는 두가지로 나누어진다.

① 순수사실행위는 행위의 외부적, 사실적 결과의 발생만 있으면 그에 일정한 법률효과를 부여하는 행위이다. 예를 들어 주소의 설정(제18조), 매장물의 발견(제254조), 가공(제259조) 등이다.

② 혼합사실행위는 행위의 외부적·사실적 결과뿐만 아니라 행위자의 일정한 의식내용까지도 요구하는 행위이다. 예를 들어 무주물의 선점(제252조, 소유의 의사 필요), 물건의 인도, 사무관리(제734조, 타인을 위한 의사 필요), 부부의 동거, 유실물 습득(제253조) 등이다. 이 경우에 법률은 그 의식내용에 따라 법률효과를 부여하지는 않으며, 법률상으로는 사건과 같이 다루어진다.

제2절 법률행위

제1관 서설

I. 법률행위와 의사표시

가. 법률행위

1) 법률행위는 하나 또는 복수의 의사표시(법률사실)를 불가결의 요소로 하는 법률요건을 말한다. 따라서 의사표시의 내용대로 법률효과를 발생시킨다. 결국 법률행위란 1) 법률요건의 일종이며 2) 그것은 私法上의 효과를 의욕하는 의사표시를 불가결의 요소로 하고 3) 법률효과로서 행위자가 원하는 대로 사법상의 효과를 발생하게 하는 4) 적법행위이다. 행위자가 원하는 대로 법률효과가 생기지 않는 것은 법률행위가 아니다. 행위자가 원하는 대로 효과가 아니라 다른 법률효과가 생기는 적법행위는 이를 법률적 행위(준법률행위)라고 한다.

2) 법률행위가 1개의 의사표시만으로 구성되는 경우(취소나 해제 등)도 있지만 보통 여러 개의 의사표시로 구성된다(계약, 합동행위). 의사표시 외에도 다른 법률사실을 요건으로 할 수 있다. 예를 들어 부동산물권의 변동을 목적으로 하는 법률행위의 경우 등기, 동산물권변동의 경우 물건의 인도, 민법상 법인설립행위에 있어서 주무관청의 허가 등을 요소로 할 수도 있다. 따라서 의사표시와 법률행위가 불가분의 관계에 있지만 양자가 동의어는 아니다.

3) 법률행위는 특히 추상적인 개념이다. 법률행위라는 개념은 매매와 같은 행위로 구체화되어야 법제도로써 생명력을 가지게 된다.

나. 의사표시

의사표시는 일정한 법률효과를 의욕하는 의사를 외부에 표시하는 행위이다. 어느 하나의 의사표시에 무효 또는 취소할 수 있는 사정이 있는 경우에 이는 법률행위의 전체에 영향을 미친다.

II. 사적자치와 법률행위

1. 원칙

1) 사적자치의 원칙이란 私法的 법률관계에 관해서 개인은 그 자유의사를 기초로 하여 법률관계를 형성할 수 있으며, 국가는 이와 같이 형성된 법률관계를 존중해야 하며 이에 간섭해서는 안된다는 원칙이다.

2) 사적자치의 원리는 사회의 구성원인 각 개인이 자신의 자유로운 의사에 기하여 스스로 자신의 사법적 법률관계를 형성해 나갈 수 있다는 것이 근대 민법의 기본원리이다. 이는 개인주의 이념을 배경으로 자본주의적 시장경제질서의 근간을 이루는 규범적인 기초가 되었다.

3) 사적자치의 원리가 가장 전형적으로 실현되는 것이 계약과 같은 법률행위이다. 따라서 법률행위자유의 원칙은 원래 계약자유의 원칙으로 표현되어 왔다. 그러나 계약 이외에 취소나 해제, 유언과 같은 단독행위인 법률행위도 법률관계의 형성에 중요한 역할을 한다는 것이 파악되면서 이를 법률행위자유의 원칙이라고도 한다.

2. 법률행위자유의 원칙의 수정

1) 법률행위는 법질서에 先在하면서도 법질서를 통하여 실현된다. 자유주의 경제 내지 자

본주의 경제의 진보 및 발전에 따라 빈부의 격차 등을 초래하여 진정한 법률행위자유 내지 계약자유를 기대할 수 없게 되었다. 즉 법률행위의 자유는 법질서가 승인하고 허용하는 한도에서만 인정된다. 따라서 오늘날 법률행위자유 원칙은 많이 수정되었는데 이는 각종 경제정책 내지 사회정책적인 입법으로 나타나게 되었다.

2) 법률행위의 자유는 내재적 한계를 가진다. 법률행위가 스스로 정당성을 갖추기 위해서는 양당사자의 교섭력의 대등과 경쟁이 전제되어야 한다.

III. 법률행위의 효력

법률행위가 유효하게 성립하면 원칙적으로 의사표시를 한자에 대하여 즉시 그 효력이 발생한다. 이러한 원칙에 대한 예외를 구성하는 것에는 대리제도와 부관이 있다. 법률행위에 의하여 당사자가 의욕한 바대로 법률효과가 발행하는 것은 법률행위가 의사표시를 요소로 하기 때문이다. 따라서 법률행위의 효력근거는 종국적으로 의사표시의 본질에 관한 문제라고 할 수 있다.

제2관 법률행위 일반

제1항 법률행위의 요건

I. 의의

가) 법률행위가 법률효과를 발생하기 위해서는 우선 법률행위로서 성립하여야 하고, 성립된 법률행위가 유효한 것이어야 한다. 따라서 법률행위의 유효·무효는 법률행위가 성립된 것을 전제로 한다.

나) 법률행위가 성립하기 전에는 당사자들이 법률행위의 내용 등에 대한 자유를 가지지만 일단 법률행위가 성립하면 당사자들은 그에 따른 구속을 받는다. 법률행위의 성립요건과 유효요건은 전자가 법률행위의 효과를 주장하는 자가 그 존재의 입증책임을 지는데 반하여 후자는 그 효과를 부정하는 자가 그 부존재의 입증책임을 진다는 점에서 다르다.

다) 성립요건이나 유효요건을 갖추지 못한 법률행위에 기하여 급부가 행하여진 경우에, 급부자는 부당이득으로 그 반환을 구할 수 있다(제741조).

II. 성립요건

가. 일반적 성립요건

모든 법률행위가 공통적으로 갖추어야 할 요건이다. 일반적 성립요건으로 당사자, 목적, 의사표시가 있어야 한다. 즉 법률행위의 주체가 존재하고, 법률행위의 내용 또는 목적으로서 법률효과 특히, 급부(목적물)와 반대급부(대금)가 특정될 수 있어야 한다. 그리고 의사표시로 볼 수 있는 행위가 존재하여야 하며, 계약의 경우에는 그 합치가 필요하다.

나. 특별성립요건

어떤 법률행위에 관하여 그 성립에 필요한 요건이 법률에 규정되어 있다. 즉 법률행위의 요식성 또는 요물성을 갖출 필요가 있는 경우이다. 법률행위의 성립에 특별한 방식을 필요로 하는 경우(방식요건)로는 법인설립행위(제33조), 유언(제1060조 이하), 어음행위(어음

법 제1조) 등이 이에 해당한다. 법률행위의 성립에 있어서 급부를 요건으로 하는 경우(요물 요건)로는 동산질권 설정행위(제330조)에서 목적물의 인도, 대물변제(제466조)에서 다른 급 여 등이 이에 해당한다.

III. 효력요건

가. 일반적 효력요건

법률행위가 요건을 갖추어 성립하더라도 유효요건을 갖추어야 비로소 법률효과가 발생한다. 효력요건은 소극적 요건이라고도 하며, 법률행위의 효과를 부정하는 자가 그 부존재에 대한 입증책임을 진다.

1) 당사자에게 권리능력, 의사능력과 행위능력이 있어야 한다. 권리능력이나 의사능력을 결하면 그 행위는 무효이고, 행위능력을 결하면 취소할 수 있다.

2) 법률행위의 목적(내용)이 확정되어 있거나 확정가능하여야 하고 또 실현 가능하여야 하며, 강행법규에 반하지 않고 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않아야 한다.

3) 의사와 표시가 일치하여야 하며, 의사표시에 하자(사기·강박)가 없어야 한다. 상대방이 인식 가능한 비진의 의사표시 또는 허위표시는 무효이고 착오, 사기·강박으로 인한 의사표시는 취소할 수 있다.

나. 특별효력요건

일정한 법률행위에 당사자의 특약 또는 법률규정에 따라 요구되는 특유한 효력요건이다. 예를 들어 대리행위에서의 대리권의 존재(제114조 내지 제136조), 미성년자·피한정후견인의 법률행위에 있어서 법정대리인의 동의(제5조, 제13조), 유언에 있어서 유언자의 사망(제1073조), 유증에 있어서 유증받은 자의 생존(제1089조), 정지조건부 법률행위에 있어서 조건의 성취(제147조 제2항), 시기부 법률행위에 있어서 시기의 도래(제152조 제1항), 사립학교의 기본재산 처분에 있어서 주무관청의 허가(사립학교법 제28조 제1항) 등

제2항 법률행위의 종류

I. 단독행위·계약·합동행위

법률행위는 그 의사표시의 수와 방향에 따라 기본적으로 단독행위, 계약, 합동행위로 분류된다.

1. 단독행위

가. 단독행위란 한개의 일방적인 의사표시만으로 성립하는 법률행위를 말한다. 단독행위는 상대방의 유무에 따라 상대방있는 단독행위와 상대방없는 단독행위로 나누어진다.

1) 상대방 있는 단독행위는 의사표시가 상대방에게 도달하여야 법률효과가 발생하는 행위이다. 예를 들어 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의, 추인, 취소, 계약의 해제 또는 해지(제543조), 채무의 면제(제506조), 상계(제492조) 등이 있다.

2) 상대방 없는 단독행위는 그 상대방이 특정되어 있지 않는 법률행위로서 의사표시가 있으면 곧바로 법률효과가 발생하는 행위이다. 따라서 상대방에게 도달의 필요는 없으나, 그 진정성을 확보하기 위하여 대부분 요식행위로 되어 있다. 예를 들어 유언(제1060조), 재

단법인의 설립행위, 권리의 포기 등이 있다.

나. 한계

1) 원칙적으로 단독행위를 자유스럽게 할 수 없다. 따라서 단독행위는 법률에 규정이 있거나 당사자 사이에 약정이 있는 경우에만 허용된다. 다만, 타인의 권리·의무에 영향을 주지 않는 권리의 포기 등의 단독행위는 자유롭게 할 수 있다.

2) 단독행위에는 원칙적으로 조건이나 기한을 붙이지 못한다(제493조 제1항).

2. 계약

1) 계약이란 2인 이상의 당사자가 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 양자의 의사표시의 합치에 의해 성립하는 법률행위이다.

2) 이러한 계약은 법률효과(권리변동)의 발생을 목적으로 하는 법률행위이므로 모든 법률영역에 존재한다. 그러나 민법은 채권계약의 경우에 한하여 계약이라는 용어를 쓰고 있다.

3) 민법은 채권편의 14가지 전형계약에 대하여 규정하고 있다. 계약은 복수의 의사표시가 서로 대립적, 교환적인 점(매매에 있어서 매수와 매도)에서 복수의 평행적인 의사표시에 의해 성립하는 합동행위와 구별된다.

3. 합동행위

가) 합동행위는 서로 대립이 없는 같은 방향의 복수의 의사표시가 합치함으로써 성립하는 법률행위를 말한다. 사단법인의 설립행위가 그 예이다.

나) 다수설은 합동행위의 개념을 인정하고 있다. 소수설은 합동행위 개념을 부인하고 이를 특수한 계약으로 파악한다.

다) 계약의 경우에 어느 하나의 의사표시라도 무효, 취소가 되면 계약 자체가 효력을 상실하는 데 반하여 합동행위의 경우에는 나머지 유효한 의사표시만으로도 법률행위가 유효하다.

라) 합동행위에 대하여는 제108조와 제124조가 적용되지 않는다.

4. 결의 · 협약

가) 결의란 사단법인의 사원총회와 같은 단체의 기관이 그 단체의 의사를 결정하는 것을 말한다(제68조). 이러한 결의는 필요한 수 즉 다수결에 의하여 소수자도 구속된다는 면에서 계약과는 다르다. 또한 공동의 목적을 향한 수개의 의사표시의 합치라는 면에서 합동행위의 측면도 있으나 다수결의 원리가 지배하고 있다는 점에서 합동행위와도 다르다.

나) 협약이란 관련자의 일방이나 쌍방이 다수인이거나 단체이고, 당사자 사이의 합의가 당사자가 된 다수인 또는 단체의 구성원 전부에 대하여 규범으로서의 효력이 인정되는 것을 말한다. 따라서 합동행위와 유사하지만, 계약처럼 대립되는 양당사자의 의사의 합치에 의하여 성립하는 측면도 있다.

II. 기타 분류

1. 요식행위와 불요식행위

가. 법률행위의 성립에 일정한 방식이 필요한가에 의한 구별이다.

나. 계약자유 원칙상 법률행위의 방식은 자유이며 불요식이 원칙이나 신중한 법률행위와 그 명확성을 위하여(법인의 설립행위, 유언) 또는 거래의 정형성과 신속성을 위하여(어음, 수표행위) 일정한 방식을 요구하거나 방식에 의하지 아니하는 경우에는 그 효력을 약화시키는 경우(서면에 의하지 아니 한 증여, 제555조)가 있다.

다. 의사표시 자체의 방식은 요구하지 않으나 그와 함께 일정한 방식을 갖출 것을 요구하는 경우(혼인, 이혼, 입양 등 가족법상 법률행위에서의 창설적 신고)도 요식행위로 본다.

라. 의사표시가 반드시 재판상 행하여져야 하는 경우(제406조)도 요식행위라고 하나 엄밀한 의미에서의 요식행위는 아니다. 요식행위에 있어서 필요한 방식을 갖추지 않으면 그 법률행위는 불성립하거나 무효이다.

2. 의무부담행위와 처분행위

가. 채권행위(의무부담행위)

1) 채권행위란 채권을 발생시키는 것을 목적으로 하는 법률행위를 말한다. 예를 들어 증여, 매매, 임대차, 위임, 도급 등 통상의 계약은 모두 채권을 발생시키는 채권행위이다. 채권행위를 의무부담행위라고도 한다. 즉 채권행위는 언제나 채권의 실현을 위한 의무의 이행이라는 문제를 남기며, 채권행위만으로는 현존하는 권리의 변동이 직접 일어나지 않는다.

2) 행위자에게 처분권한이 없더라도 법률행위로서 의무부담행위는 유효하게 성립할 수 있다(제569조). 이러한 점에서 물권행위와 다르다.

나. 처분행위

1) 개념

처분행위란 물권행위와 준물권행위를 합하여 권리의 변동을 직접 목적으로 하는 법률행위를 말한다. 처분행위는 이론상 이에 선행하는 채무행위의 이행행위로서의 성질을 가지고 있다.

가) 처분이 법률행위에 의하여 행하여지지만 사실행위(물건의 폐기 등)에 의하여 행하여질 수도 있다.

나) 처분행위가 유효하기 위하여는 처분행위자에게 처분권한과 처분능력이 있어야 한다. 이는 원칙적으로 소유자가 가지지만 소유자가 제3자에게 처분권한을 부여할 수도 있고, 제한능력자인 경우에는 처분능력이 제한될 수도 있다.

2) 물권행위

가) 물권행위란 물권의 발생·변경·소멸 등 물권의 변동을 직접적인 목적으로 하는 법률행위를 말한다. 소유권의 이전, 지상권·전세권·저당권의 설정행위 등이 이에 속한다. 물권행위는 채권행위와 달리 이행의 문제를 남기지 않고 바로 물권을 변동시키는 효력을 갖는다.

나) 물권행위에 관하여는 성립요건주의(형식주의)와 대항요건주의(의사주의)라는 입법주의가 대립하고 있다. 즉 물권행위에 대하여 의사표시 외에 등기나 인도와 같은 공시방법을 필요로 하는데 공시를 물권행위의 성립요건 또는 효력발생요건으로 하는가 아니면 대항요건으로 하는가에 따른 것이다. 프랑스 민법, 일본 민법 및 의용민법은 대항요건주의를 취하고 있으나, 현행 민법이나 독일민법은 성립요건주의를 취하고 있다.

3)준물권행위

준물권행위란 물권 이외의 권리의 발생·변경·소멸을 직접 목적으로 하는 법률행위를 말한다. 이는 물권행위와 같이 물권의 변동을 가져오고 이행의 문제를 남기지 않는다. 채권양도(제449조), 지적재산권의 양도, 채무의 면제 등이 이에 속한다.

3. 신탁행위

가. 개념

신탁행위는 상대방을 신뢰하여 경제적 목적(채권담보)을 넘는 법적수단(권리의 이전)을 주는 행위를 말한다. 신탁행위는 채권행위와 처분행위와의 특수한 결합형태로 이루어져 있다.

나. 종류

현행법상 신탁행위에는 신탁법상의 신탁과 민법상의 신탁행위가 있다.

1) 민법상 신탁이란 일정한 경제적 목적을 위하여 신탁자가 수탁자에게 일정한 권리를 이전(채권담보를 위한 재산권의 양도, 채권추심을 위한 채권양도)하고 수탁자는 그 권리를 그 목적의 범위내에서만 행사하여야 할 의무를 부담하는 법률관계를 말한다. 수탁자가 대외적으로 진정한 권리자의 지위를 가지지만 신탁자에 대해서는 그렇지 않다는 점에서 신탁법상의 신탁과 구별된다.

2) 신탁법상 신탁이란 신탁을 설정하는 자(위탁자)가 신탁을 인수하는 자(수탁자) 사이의 특별한 신임관계에 기초하여 위탁자가 특정의 재산을 수탁자에게 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(수익자)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다(신탁법 제2조). 이러한 법률관계를 설정하는 행위 즉 위탁자와 수탁자 사이의 계약 또는 위탁자의 유언 등이 신탁행위이다(신탁법 제3조).

4. 출연행위와 비출연행위

가. 개념

재산에 관한 법률행위 중 자기의 재산을 감소시켜 타인의 재산을 증가시키는 효과를 수반하는 행위(매매, 증여 등)를 출연행위라고 한다. 이에 대하여 자기의 재산만을 감소시키거나(소유권의 포기) 직접 재산의 증감이 없는 법률행위(대리권의 수여)를 비출연행위라고 한다. 출연행위는 다시 유상행위와 무상행위 그리고 유인행위와 무인행위로 나누어진다.

나. 유상행위와 무상행위

1) 자기의 출연에 대하여 상대방으로부터도 그에 상응하는 출연(대가)을 받을 것을 목적으로 하는 행위가 유상행위(매매, 임대차, 교환 등)이고, 그렇지 않은 경우(증여, 사용대차)가 무상행위이다.

2) 유상행위에 대하여는 매도인의 담보책임 등 매매에 관한 규정이 준용되고(제567조), 채무자는 선량한 관리자의 주의의무를 지며(제374조), 무상행위에 대하여는 자기재산과 동일한 주의의무를 진다(제695조).

3) 무상행위는 통상 그 법적인무의 정도가 유상행위보다 약하다(증여자의 담보책임 제559조, 貸主의 담보책임 제612조).

다. 유인행위와 무인행위

1) 출연행위가 그 출연의 목적 내지 원인(causa)과 불가분의 관계에 있는가의 여부에 따라 유인행위와 무인행위로 구분된다. 출연행위의 원인이 되는 법률행위가 불성립, 무효, 취소, 해제된 경우에 출연행위 자체도 무효가 되는 것을 유인행위라고 한다. 무인행위는 원인이 되는 법률행위와 독립하여 단절된 출연행위를 말한다. 어음행위가 전형적인 무인행위이다.

2) 원인이 되는 채권행위에 대한 물권행위의 유인성 또는 무인성은 물권법상 오랜 논쟁의 대상이다. 예를 들어 매매계약(채권행위)의 이행으로 소유권의 이전(물권행위)이 이루어진 후에 매매계약이 무효, 취소 또는 해제된 경우에 물권행위도 그에 영향을 받아 무효 또는 취소되는가에 대한 것인데, 이러한 경우에 물권행위가 아무런 영향을 받지 않는 것을 물권행위의 무인성이라 하고, 그 반대의 경우를 물권행위의 유인성이라고 한다.

5. 생전행위와 사인행위

행위자의 사망으로 효력이 생기는 법률행위를 死因행위(死後행위)라 하고 기타의 보통행위를 생전행위라고 한다. 사인행위는 원칙적으로 엄격한 방식을 요한다(제1060조).

6. 독립행위와 보조행위

독립행위는 법률행위가 직접적으로 실질적인 법률관계의 변동을 발생하게 하는 것을 말한다. 보조행위는 다른 법률행위의 효과를 단순히 형식적으로 보충하거나 확정하는데 지나지 않는 것을 말한다. 동의, 추인, 대리권의 수여 등이 보조행위이다.

7. 주된 행위와 종된 행위

법률행위가 유효하게 성립하기 위하여 다른 법률행위의 존재를 논리적 전제로 하는 법률행위를 종된 행위라 하고, 그 전제가 되는 행위를 주된 행위라고 한다. 종된 행위와 주된 행위는 법률상 운명을 같이 한다. 담보권설정행위나 부부재산계약이 종된 행위이고, 이러한 행위의 전제가 되는 채권행위(금전소비대차 제598조)나 혼인(제812조) 등은 주된 행위에 속한다.

제3항 법률행위의 목적

I. 의의

1. 법률행위의 목적(내용)이란 법률행위를 하는 자가 법률행위에 의하여 발생시키려고 하는 법률효과를 말한다. 이러한 목적은 법률행위의 핵심적 구성요소인 의사표시의 목적(효과 의사)에 의하여 결정된다. 법률행위의 대표적 목적은 권리의 취득이다. 예를 들어 매매계약의 경우에 매수인의 소유권이전청구권, 매도인의 대금지급청구권이 법률행위의 목적이 된다.

2. 법률행위의 목적물은 취득할 권리의 대상인 동산, 부동산 등이다. 법률행위의 목적은 확정이 가능하고 실현이 가능하며 적법, 사회적 타당성 등 법질서에 의해 허용되는 것이어야 한다.

II. 목적의 확정성

1. 법률행위의 목적은 확정 가능하여야 하며 목적이 불확정인 법률행위는 무효이다. 즉 법

률행위의 당사자가 무엇을 의욕하는 가를 명백히 할 수 없는 경우에는 어떤 법적구제도 할 수 없다. 예를 들어 막연히 ‘도와 주겠다’, ‘값’이 소유하는 토지를 을에게 매도하겠다고 하는 경우에는 목적이 불확정하다고 할 수 있다.

2. 일반적으로 법률행위시에 법률행위의 내용 전부가 확정되어 있을 필요는 없고, 당사자가 정한 표준 또는 해석에 의하여 확정할 수 있으면 유효하다.

3. 법률행위를 확정하기 위한 표준으로는 일반적으로 당사자의 의사, 거래 정황이나 사회의 관습, 법률의 규정(임의법규) 등이다. 다만, 요식행위의 경우에는 원칙적으로 처음부터 확정성이 요구된다(어음법 제1조, 제2조).

Ⅲ. 목적의 실현가능성

1. 의의

가) 법률행위가 성립할 당시 그 목적의 실현이 불가능한 법률행위 즉 불능을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다. 여기서의 불능은 원시적 불능에 한정된다.

나) 목적의 불능 여부는 사회 관념에 의해 결정되므로 물리적 불능이나 법률적 불능(매매 목적물의 압류)뿐 아니라 사회관념상으로 실현 불가능한 경우도 불능이다. 죽은 자를 살려내는 계약, 죽은 자가 살아오면 장학금을 주겠다고 하는 등은 목적이 불능한 경우이다. 이러한 불능은 법률행위성립 당시의 불능이어야 한다.

2. 불능의 종류

가. 원시적 불능과 후발적 불능

법률행위를 하는 시점을 기준으로 하여 구별하는 불능이다. 원시적 불능이란 법률행위 성립 당시에 이미 불능인 경우(멸실 등)를 말한다. 불능을 목적으로 하는 계약체결에 관하여 일방에 과실이 있는 경우에는 계약체결상 과실책임이 발생할 수도 있고(제535조), 원시적 일부불능의 경우에는 매도인의 담보책임(제574조)을 질 수도 있다. 후발적 불능이란 법률행위가 성립한 후에 그 목적이 불능으로 된 경우를 말한다. 매매계약 후 목적물의 멸실이 된 경우에 채무자에게 책임있는 사유로 인한 때에는 이행불능으로서 손해배상(제390조), 계약 해제 등이 발생하고, 채무자에게 책임없는 사유로 인한 때에는 대상청구권과 위험부담(제537조, 제538조)의 문제가 발생한다.

나. 일부불능과 전부불능

전부불능은 법률행위의 목적 전부가 불능인 경우를 말하고, 그 일부만이 불능인 경우가 일부불능이다. 일부불능의 경우에도 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효이지만 일부불능에도 불구하고 당사자가 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않는다(제137조).

다. 객관적 불능과 주관적 불능

1) 객관적 불능은 누구도 그 법률행위의 목적을 실현시킬 수 없는 것을 말한다. 물로 석유를 만든다는 계약 등의 경우에는 법률행위를 무효로 한다. 주관적 불능은 불능의 원인이 법률행위의 당사자에게만 존재하는 경우를 말한다. 피아노를 치지 못하는 자가 웨딩마치연주 계약을 체결하는 경우이다.

2) 객관적 불능과 주관적 불능의 구별은 조달채무에 있어서 드러나는데 채무의 목적물을

시장에서 조달할 수 있는 한 채무자는 주관적 불능을 주장할 수 없고 이를 이행하지 않으면 안된다.

라. 사실적 불능과 법률적 불능

법률적 불능은 법률상의 금지 내지 법률적 장애에 의한 금지 등 법률상 허용되지 않는 경우를 말한다. 동산에 대한 저당권의 설정, 부동산에 대한 질권 설정(점유) 등이 그 예이고 범죄행위를 목적으로 하는 경우와 같이 목적의 불법과 경합하기도 한다. 사실적(물리적) 불능은 그 외에 자연적, 물리적 이유에 의한 불능을 말한다. 이러한 구별의 실익은 적다.

IV. 목적의 적법성

1. 의의

가. 법률행위가 유효하기 위해서는 그 목적이 적법하여야 한다. 강행규정에 위반한 법률행위는 무효이다. 따라서 국가의 조력을 받지 못한다.

나. 강행규정은 사적자치의 한계를 이룬다. 강행규정의 위반으로 인하여 무효인 경우에 당사자의 추인이 있더라도 유효로 되지 않으며, 강행규정의 폐지 후에도 그로 인한 무효라는 효과에는 영향이 없는 것이 원칙이다. 법률행위의 일부만이 강행규정에 위반된 경우 일부무효의 법리에 따라 처리된다.

2. 강행규정과 임의규정

가. 의의

강행규정에 대하여 제105조가 간접적으로 규정하고 있다. 즉 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정을 말한다. 강행규정은 당사자의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 없고, 신의칙 또는 표현대리의 법리에 의해서도 배제되지 않는다. 임의규정은 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계없는 규정으로 당사자의 의사에 의하여 그 적용이 배제될 수 있다.

나. 강행규정의 판단기준 및 유형

1) 민법상으로는 물권법과 가족법의 규정들이 대부분 강행규정이며, 임의규정은 채권법에 대체로 많다. 강행규정의 여부가 명문에 규정이 없는 것이 대부분이므로, 이 때에는 구체적인 조항이 당해규정의 목적과 사회경제적 영향을 고려하여 판단하여야 한다.

2) 강행규정의 유형

가) 사회의 기본적인 윤리관을 반영하는 규정으로서 친족법, 상속법과 제103조 등

나) 법질서의 기본구조에 관한 규정으로서, 능력에 관한 규정이나 법인제도, 소멸시효 등

다) 제3자 내지 사회일반의 이해에 직접 영향을 미치는 물권법 규정 등

라) 거래의 안전을 위한 유가증권에 관한 규정 등

마) 경제적 약자보호를 위한 사회정책적 규정(제104조, 제608조, 제652조)

3) 편면적 강행규정

강행규정은 법률행위의 당사자 쌍방에게 모두 적용되는 것이 원칙이나 경우에 따라서는 일방 당사자에게 불리한 경우만을 무효로 하는 규정이 있다. 이는 주로 사회적 약자보호를 목적으로 하는 규정에서 나타난다. 예를 들어 법규정에 위반되는 계약으로 지상권자에게 불리한 것은 그 효력이 없으며(제289조), 법규정에 위반하는 약정으로 임차인이나 전차인에게

불리한 것은 그 효력이 없다(제652조).

다. 효력규정과 단속규정

1) 의의

가) 강행규정은 사법영역에 속하는 규정과 일정한 행정상의 목적을 달성하기 위하여 사실행위 또는 거래행위를 금지 또는 제한하는 규정이 포함되어 있다. 이러한 행정적 금지·제한 규정을 단속규정 또는 단속법규라고 한다. 이러한 단속규정에는 거래행위를 금지·제한하여 私法上의 효력에도 영향을 미치는 규정들이 있는데 이를 효력규정이라고 한다.

나) 다수설과 판례는 효력규정 뿐만 아니라 단순한 행정상의 금지법규인 단속규정도 강행법규에 포함되며, 다만 단속규정에 위반된 법률행위를 하더라도 행정상의 제재를 받을 뿐 그 행위의 사법상의 효력에는 영향이 없다고 한다.

다) 효력규정과 단속규정의 구별에 관한 일반적인 기준은 없다. 그러나 당해규정 자체의 일반적 성질에 의해서 결정되어서는 아니되며, 당해규정의 입법취지가 어떤 행위의 효력의 발생 즉 내용 자체의 실현을 금지하는지 또는 단순히 그러한 행위만을 금지하는 지 그리고 그 행정규정에 위반한 행위의 구체적 상황에 따라 결정하여야 한다.

2) 단속규정(단속법규)

가) 단속규정은 私法上의 법률관계에 대한 공법상의 제한 또는 규제를 담고 있는 규정을 말한다. 단속규정도 당사자들의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 없다는 점에서 강행규정의 일종이지만 그에 위반하여 법률행위를 하였을 경우에도 무효로 되지 않는다.

나) 행정법규 중 단순한 단속을 목적으로 하는 경찰법규나 일정한 행위를 하는데 허가 등을 요하게 하는 경우에는 대부분 단속규정이며 이는 원칙적으로 무효로 되지 않는다. 예를 들어 각종 인허가 위반의 영업행위, 공무원의 영리행위, 허가없는 총포 화약류의 거래행위 등은 벌칙의 적용만 있고, 행위자체로 인한 사법적 효력까지 부인된다고 볼 수 없다.

3) 효력규정

효력규정에 위반한 행위는 그 사법적 효력까지 부정되어 무효로 된다. 법률이 엄격한 표준을 정하여 일정한 자격을 갖춘 자에게만 허용하는 규정(광업법 제7조, 제8조)이 있는 경우에 그 자격을 대여하는 계약은 무효이다. 그리고 일정한 법률행위를 금지하고 그에 위반하는 경우에 사법적인 효력을 부정하는 명문규정이 있는데, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제118조 제6항, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 등이 이에 속한다.

라. 강행규정 위반의 효과

1) 강행규정 자체를 정면으로 위반하는 법률행위는 무효이다. 추인에 의하여 유효로 될 수 없고, 표현대리의 규정에 의하여도 유효로 될 수 없다.

2) 강행규정을 위반하여 법률행위가 무효인 경우에 그에 따른 이행이 있기 전이라면 이행할 필요가 없다. 그러나 이미 이행이 있었다면 그 급부가 부당이득에 해당되어 그 반환을 청구할 수 있다.

3. 탈법행위

1)의의

탈법행위란 강행규정을 직접적으로 위반하지는 않지만 강행규정이 금지하고 있는 내용을 간접적으로 회피하여 그 결과를 실질적으로 실현하는 행위를 말한다. 예를 들어 담보제공이 금지된 공무원의 연금수급권을 연금추심의 대리권수여 형식으로 담보에 제공하는 경우 결국은 담보로 제공하는 결과가 된다. 이러한 탈법행위는 무효이다.

2) 통설은 탈법행위가 법질서에 반하는 결과를 실현하므로 원칙적으로 무효라고 한다. 그러나 언제나 무효라고 할 것은 아니고 강행규정의 취지에 따라 그 효력을 판단하여야 할 것이다. 예를 들어 소유권이전형식을 취한 동산양도담보는 관행으로 행하여지고 있는데 이러한 계약은 무효가 아니라는 것이 판례의 태도이다(대판 1982.7.13. 81다254).

V. 목적의 사회적 타당성

1. 서설

가. 의의

1) 법률행위가 강행규정에 위반하지 않더라도 법률행위의 내용이 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반” 즉 사회적 타당성을 잃고 있는 것을 내용으로 하는 경우에는 무효이다(제 103조). 목적의 사회적 타당성은 강행규정과 더불어 사적자치의 한계를 이루고 있다. 강행규정이 개개의 특정한 행위의 효력을 부인하는 반면에, 목적의 사회적 타당성은 일반적·포괄적인 법의 근본이념에 의한 통제이다. 판례도 양자를 구별한다.

2) 공서양속이라고 하는 이러한 요건은 사회의 기초적 윤리규범에 반하는 법률행위의 효력을 부인하려는 것이다.

나. 선량한 풍속 기타 사회질서

1) 선량한 풍속이란 사회의 건전한 도덕관념을 말하며 사회질서의 예시이다. 사회질서는 시대사상의 변천에 따른 불확정한 개념(일반조항)으로서 법질서 전체에 내재하는 그 사회의 지배적인 윤리관의 표현이다. 따라서 선량한 풍속은 국민에게 지킬 것을 요구하는 최소한도의 도덕률이고, 사회질서는 국가 사회의 공공적인 질서 내지 일반적인 이익을 뜻한다.

2. 반사회질서의 법률행위

가. 사회질서 위반의 요건

1) 주관적 인식

행위자가 자신의 법률행위가 사회질서에 위반하는지를 인식하고 있어야 하는가에 대하여 이를 긍정하거나(김증한·김학동) 적어도 사회질서에 반하게 되는 사정을 인식하고 있어야 한다는 견해가 있다(이영준).

2) 사회질서 위반의 판단시기

법률행위가 사회질서에 위반하는지 여부는 원칙적으로 법률행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다. 판례의 입장도 같다.

3) 주장 및 증명책임

법률행위가 사회질서에 위반되어 무효라는 것에 대한 증명책임은 이를 주장하는 자에게

있고, 당사자가 주장하지 않는 경우에 법원이 인정할 수 없다는 것이 판례의 태도이다(대판 1974.9.24. 74다185).

나. 사회질서 위반행위의 유형

1) 의의

제103조는 법의 이념의 일반적·추상적인 내용을 규정하는 일반조항이기 때문에 유연 타당한 해결을 얻을 수 있으나 법관의 재량이 남용될 가능성도 있다. 따라서 법적 안정성을 확보하기 위하여는 구체화·유형화되어야 한다.

2) 사회질서 위반의 모습

가) 법률행위가 사회질서에 반한다고 하여도 그 의미가 다양하기 때문에 그 위반의 모습에 따라 형식적인 측면으로도 분류할 수 있다. 제103조는 법률행위의 내용이 반사회적일 것을 요구하지만 판례는 그 적용범위를 확장하고 있다. 즉 반사회질서는 법률행위의 목적인 권리·의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법적으로 이를 강제하거나 법률행위에 사회질서의 근간에 반하는 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 그 법률행위가 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다고 한다(대판 2009.9.10. 2009다37251).

나) 사회질서 위반행위의 형식적 분류

(1) 법률행위의 중심적 내용이 사회질서에 반하는 경우(살인과 같은 범죄행위, 첩관계, 매음행위).

(2) 어떤 사항 그 자체가 사회질서에 반하지 않아서 사회적으로 시인되나 그것이 법률적으로 강제됨으로써 반사회성을 띠는 경우(영업의 자유를 지나치게 제한하는 계약, 부당한 위약금을 지급하는 계약 등).

(3) 그 사항 자체는 사회질서에 반하는지 않으나 금전적 이익과 결부됨으로써 반사회성을 띠는 경우(공무원이 직무수행 중 기부금수수 증여계약 등)

(4) 법률행위의 조건이 반사회성을 띠는 경우(범죄를 범할 것을 조건으로 하는 증여계약, 범죄행위를 중지할 것을 조건으로 하는 금전지급 계약)

(5) 동기의 불법

(가)의의

법률행위의 내용 자체는 반사회적인 것이 아니나 그러한 법률행위가 불법한 목적의 수단으로 행하여질 때, 그러한 동기의 불법성을 이유로 법률행위를 무효로 할 수 있는지가 동기의 불법에 관한 것이다. 예를 들어 도박을 위한 금전의 차용이나 범죄를 위한 칼의 구입 등이다. 동기는 사람으로 하여금 법률행위를 하게 하는 원동력이므로 그 종류는 다양하게 마련이다. 그러나 동기와 법률행위는 별개의 것이다.

(나) 학설 및 판례의 태도

동기의 불법에 관하여 다수설인 표시설은 법률행위의 동기가 표시된 때에 한하여 법률행위의 내용을 이루므로 표시된 동기가 사회질서에 반하는 것이면 무효라는 견해이다. 즉 표시주의 이론에 비추어 타당하지 못하기 때문이라는 것이다. 소수설인 상대방 인식가능성설은 동기가 표시된 것은 물론 동기가 표시되지 않았더라도 상대방이 다른 사정으로 이를 알

았거나 알 수 있었을 때에는 무효라는 견해이다. 판례도 동기가 표시되거나 상대방에게 알려진 경우에 제103조를 적용한다(대판 2001.2.9. 99다38613). 일본의 다수설인 종합판단설(비교형량설, 상관관계설)은 동기의 위법성의 정도와 상대방의 관여 내지 인식의 정도와의 상관관계에 의해 유·무효를 결정하여야 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 견해이다.

다) 사회질서 위반행위의 실질적인 분류

판례를 중심으로 실질적 측면에서 사회질서 위반행위를 분류하여 볼 수 있다.

1) 가족질서나 인륜에 반하는 행위

첩계약(대판 1960.9.29. 4293민상302)이나 처의 사망 또는 이혼시 혼인하기로 하는 예약, 부첩계약의 사전승인, 혼인 예약 후 동거 거부시 금전을 지급하기로 하는 계약(대판 1963.11.7. 63다587) 등은 무효이다. 다만 첩의 생활유지와 출생한 자녀의 양육 또는 첩관계의 단절을 목적으로 한 금전지급은 유효하다(대판 1980.6.24. 80다458).

2) 정의관념에 반하는 행위

가) 어떤 범죄나 부정행위를 유발하거나 조장하는 행위는 무효이다. 청부살인 계약 등 범죄행위를 목적으로 하는 법률행위, 담합입찰계약, 밀수자금의 소비대차 또는 출자행위, 범죄행위나 불법행위를 하지 않을 것을 조건으로 금전을 지급하기로 하는 계약, 소송에서 증언의 대가로 급부를 제공받기로 하는 약정 등은 사회질서에 반한다.

나) 이중양도의 경우

(1) 부동산의 이중매매는 원칙적으로 무효가 아니다. 그러나 이중양도가 반사회적인 것으로 되기 위하여는 우선 양도인이 제1양도행위에 관하여 약정 또는 법정의 해제사유가 없어야 하며, 제1양도행위가 계약인 경우에도 중도금 지급 등 제1양도행위의 해약이 불가능한 상태가 되어야 한다.

(2) 매도인이 이미 부동산을 제1양수인에게 매도하였음을 알면서도 등기 전에 제2양수인이 매도인에게 이중으로 양도할 것을 권유하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에는 무효이다.

(3) 기타 매도된 부동산을 증여한 경우(대판 1982.2.9. 81다1134), 매도된 부동산에 근저당을 설정한 경우(대판 1998.2.10. 97다26524), 점유취득시효가 완성된 후에 그 부동산의 소유권을 이전한 경우(대판 1995.6.30. 94다52416) 등의 행위는 무효이다.

3) 개인의 자유를 극도로 제한하는 행위

가) 개인의 정신적·신체적 자유를 지나치게 구속하는 것은 무효이다. 노예계약, 매춘행위, 인신매매, 어떤 일이 있어도 이혼하지 않겠다는 약정(대판 1969.8.19. 69므18) 등이 이에 속한다.

나) 과도한 위약벌의 약정은 사회질서에 반하여 무효이다.

다) 영업의 자유나 기타 거래활동을 극도로 제한하는 약정, 경업금지계약, 근로자에게 근로해지권 박탈계약 등은 반사회적인 것으로 무효이다. 다만, 정당하고 합리적인 범위 내의 경업금지약정은 유효하다.

라) 해의연수 후 일정기간동안 회사에 근무하여야 한다는 사규나 약정은 제103조나 제104조에 위반되지 않는다(대판 1982.6.22. 82다카90).

4) 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위

자기가 장차 취득할 전재산을 양도함으로써 그 사람의 생존을 불가능하게 할 경우에는 그러한 계약은 무효이다. 사찰의 존립에 불가결한 임야를 증여하는 행위는 제103조에 반하여 무효이다(대판 1991.8.27. 90다19848).

5) 지나치게 사행적인 행위

도박자금의 대여행위, 도박으로 인한 채무의 변제를 위하여 부동산을 양도하는 계약 등은 무효이다. 그러나 승마투표권(한국마사회법 제6조), 주택복권 등은 법률이 허용하고 있으므로 위법성이 없다.

6) 국가, 공공단체의 공적활동에 장애를 주는 행위

수취계약, 범죄사실을 말하지 않겠다는 계약, 금전을 받고 증인신청을 취하하는 계약 등은 사회질서에 반하여 무효이다.

다. 불법원인급여

1) 사회질서에 반하는 법률행위는 무효이기 때문에 그러한 법률행위에 기한 이행의 청구나 채무불이행에 대한 손해배상을 청구하는 것은 인정되지 않는다.

2) 판례 및 통설은 제746조의 불법원인급여의 불법이 사회질서의 위반을 가리키는 것이므로(대판 1983.11.22. 83다430) 제103조와 제746조는 표리 일체관계에서 불법행위에 대한 법적구제를 거부하는 것이라고 한다.

라. 사회질서 위반행위의 효과

1) 법률행위의 무효

가) 사회질서에 반하는 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효이다(제103조). 법률행위의 일부만이 사회질서에 위반하는 경우에 일부무효의 법리에 의하여 그 효과가 결정되어야 한다.

나) 사회질서에 반하는 법률행위의 무효는 절대적이어서 선의의 제3자에게도 대항할 수 있다. 법률행위가 사회질서에 반하여 무효인 경우에 추인의 법리가 적용될 수 없다.

2) 무효에 따른 법률관계

가) 법률행위가 무효인 경우에 그에 따른 이행이 있기 전이라면 그 이행을 청구할 수 없고, 상대방은 청구를 거절할 수 있다.

나) 이미 이행이 있었다면 이행된 급부는 부당이득으로 반환청구가 가능하나(제741조, 제748조, 제749조) 그러한 급부는 제103조 위반으로 인한 무효이므로 불법원인급여(제746조)로서 반환을 청구할 수 없다.

3. 불공정한 법률행위

가. 의의

1) 불공정한 법률행위 또는 폭리행위는 상대방의 궁박·경솔 또는 무경험을 이용하여 상대방으로부터 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 얻는 행위를 말한다

(제104조). 이러한 행위를 무효로 한 것은 약자적 지위에 있는 자의 궁박 등을 이용하여 폭리를 취하는 것을 규제하기 위해서이다(대판 1994.11.8. 94다31969).

2) 제104조와 제103조와의 관계에 대하여 다수설은 제104조는 제103조의 예시규정으로 제104조의 요건에 해당하지 않더라도 제103조에 해당되어 무효가 될 수 있다고 한다. 판례의 입장도 같다.

3) 우리 법제는 제104조 이외에도 금전폭리행위를 금지하는 규정으로 유질계약의 금지(제339조), 손해배상액의 예정(제398조 제2항), 대물반환의 예약(제607조, 제608조), 가등기담보등에 관한 법률, 이자제한법 등이 있고, 물건폭리행위의 규제로서 약관규제에 관한 법률과 소비자보호법 등이 있다.

나. 적용범위

증여와 같이 대가적 의미의 출연이 없는 무상행위에는 제104조의 적용이 없다(대판 2000.2.11. 99다56833). 그리고 당사자의 의사에 기하지 않은 경매에 의한 재산권의 이전에는 제104조가 적용되지 않는다(대결 1980.3.21. 80마77).

다. 불공정한 법률행위의 요건

불공정한 법률행위가 성립하려면 객관적 요건과 주관적 요건을 필요로 한다.

1) 객관적 요건

가) 폭리가 되려면 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하여야 한다. 즉 자기 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위가 있어야 한다(대판 1993.3.23. 92다52238). 불균형의 유무를 판단하는 데는 급부와 반대급부의 거래가치라는 객관적 기준에 의하여 개개의 계약유형에 종합적으로 판단하여야 한다. 증여와 같이 대가성이 없는 행위에 대해서는 불공정한 법률행위의 문제가 생길 여지가 없으나 단독행위에 대해서는 불공정한 법률행위가 발생될 수 있다.

나) 현저한 불균형의 유무를 종합적으로 판단하는 시기는 변제기가 아니라 법률행위시를 기준으로 하여야 한다. 판례는 대물변제예약에 기한 양도담보의 경우에 대물변제의 효력이 발생할 변제기를 기준으로 하고(대판 1965.6.15. 65다610), 환매권 양도약정의 경우에는 법률행위시를 기준으로 판단하였다(대판 1984.4.10. 81다239).

2) 주관적 요건

가) 피해자가 궁박한 상태에 있고 경솔, 무경험이어야 하며 이와 같은 사정이 있음을 알고 이를 이용하려는 폭리행위자의 의사가 요건이다.

나) 궁박은 급박한 곤궁으로서 경제적인 궁박에 한정되지 않으며, 정신적 또는 신체적 원인에 기인하는 것을 포함한다. 판례도 이와 같다(대판 1996.6.14. 94다46374). 경솔은 의사결정시에 그 행위의 결과나 장래에 대하여 통상인이 기울이는 고려를 하지 않는 정신적 심리상태를 의미한다. 무경험은 일반적인 생활경험이 부족한 것을 의미한다.

다) 대리인에 의한 법률행위에 있어서 경솔과 무경험은 대리인을 기준으로 판단하지만, 궁박상태는 본인을 기준으로 판단하여야 한다(대판 2002.10.22. 2002다38927).

다. 입증책임

폭리행위에 대한 주장 및 입증책임은 무효를 주장하는 자에게 있고(대판 1991.5.28. 90다19770), 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있다고 하더라도 당사자의 궁박, 경솔, 무경험에 기인하는 것으로는 추정되지 않는다(대판 1969.12.30. 68다1873).

라. 불공정한 법률행위의 효과

1) 주관적 요건과 객관적 요건을 갖춘 불공정한 법률행위는 무효이다. 이러한 무효에 대하여 통설은 절대적, 전부무효로 보고 있다. 판례는 불공정한 행위로 무효인 경우에 추인에 의해서도 그 법률행위가 유효로 될 수 없다는 입장이다(대판 1994.6.24. 94다10900). 그러나 무효행위 전환의 법리에 따라 법률행위의 일부가 유효할 수 있다고 한다(대판 2010.7.15. 2009다50308).

2) 제104조를 위반하여 법률행위가 무효로 된 경우에 아직 이행이 없었다면 이행할 필요가 없다. 그런데 이미 이행을 한 경우에 피해자는 반사회질서의 경우와 달리 제746조 단서에 의하여 급부의 반환을 청구할 수 있는데 반하여 폭리행위자는 제746조 본문에 의하여 자신이 행한 급부의 반환을 청구할 수 없다.

제4항 법률행위의 해석

I. 서설

1. 의의

법률행위는 당사자가 의욕한 대로 효과 법이 인정하는 제도이다. 그러나 법률행위의 당사자가 일정한 법률효과를 발생시키려고 법률행위를 하여도 목적이나 내용이 분명하지 않은 경우가 많다. 법률행위의 해석은 법률행위의 목적이나 내용을 명확하게 확정하는 작업을 말한다. 즉 법률행위는 의사표시를 요소로 하는 것이므로 법률행위의 해석은 결국 표시로부터 시작하여 표의자의 의사를 밝히는 것으로 귀결된다.

2. 해석의 대상

가) 법률행위에 의하여 얻으려고 하는 효과는 의사표시에 관한 것이므로 법률행위의 해석은 의사의 해석이라고 할 수 있다.

나) 의사주의는 개인의 이익을 보호하기 위하여 당사자의 眞意, 즉 내심의 의사 그 자체를 탐구하여야 한다는 입장이다. 법률효과의 근원을 내심의 효과의사 두고 이를 해석의 대상으로 한다. 비록 표시행위가 존재하더라도 그에 상응하는 내심의 효과의사가 없는 경우 또는 의사표시의 형성과정에 하자가 있는 경우에 그 의사표시는 불성립 내지 무효가 된다고 한다.

다) 통설인 표시주의는 거래의 안전을 보호하기 위하여 외부에 표시된 표시행위에 의하여 주어진 객관적·합리적인 의미를 밝혀야 된다는 입장이다. 즉 외부에 있는 자가 표의자의 내심의 의사를 알 수는 없으므로 표의자의 의사는 결국 표시행위로부터 추단되는 표시상의 효과의사이다. 따라서 법률행위 해석의 대상은 표시행위의 객관적 의미(표시상의 효과의사)이다.

라) 판례는 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만, 어디까지나 당사자의 내

심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 한다”(대판 96다16049)고 한다.

마) 통설과 판례는 표시주의에 기운 절충주의를 취한다고 볼 수 있다. 그러나 이를 철저히 관철한다면 오표시무해의 원칙을 설명할 수 없다. 의사주의는 각 개인의 이익보호에 중점을 둔 것인 데 반하여 표시주의는 거래의 안전에 중점을 둔 것이다.

3. 법률행위의 해석과 법의 해석

1) 법의 해석이란 법률의 의미와 내용을 밝히는 작업을 말하기 때문에 법률행위의 해석과 공통점을 지니고 있다. 법을 해석함에는 그 법의 목적에 따라 해석하여야 하기 때문에 법적 안정성과 구체적 타당성이 고려되어야 한다. 그러나 법률행위를 해석함에는 당사자간에 분쟁의 해결을 주목적으로 하기 때문에 구체적 타당성이 더 중시된다.

2) 법을 해석함에는 입법자의 의사가 반드시 중요하지는 않지만, 법률행위를 해석함에는 당사자의 의사가 가장 중요한 해석의 기준이 된다.

II. 해석의 법적성질

1) 법률행위의 해석은 법률문제인가 또는 사실문제인가의 여부는 소송의 일방당사자가 법원이 행한 해석이 잘못되었다고 주장하는 경우에 상고가능성 및 증명책임과 관련하여 의미가 있다.

2) 통설은 법률행위의 해석이 법률적 가치판단으로서 표시행위의 사회적 의미를 탐구하는 것이므로 법률문제라고 한다. 따라서 상고이유가 된다는 입장을 취하고 있다. 그러나 당사자의 진의를 탐구하는 것임을 전제로 사실문제라고 하는 소수설이 있으나(이영준), 사실의 인정이 법률에 위배되는 때에는 상고이유가 된다고 한다(판례).

III. 해석의 방법

1. 자연적 해석(표의자의 입장)

1) 자연적 해석이란 법률행위의 해석에 있어서 표시된 문자나 언어에 구속되지 않고 표의자의 실제의사 즉 진의를 밝히는 것을 말한다. 표의자의 시각에서 행하는 해석으로 표의자의 내심의 의사를 밝히는 데에는 표시행위뿐 아니라 그 밖에 존재하는 모든 사정이 고려된다.

2) 자연적 해석방법은 표의자의 내심의 효과의사를 밝혀 그에 따라 법률효과를 부여하여도 좋은 경우, 예를 들어 상대방 없는 단독행위 내지 오표시 무해의 원칙이 적용되는 경우에 사용하는 해석방법으로 표의자의 자기결정원칙에 충실한 것이다.

3) 오표시 무해의 원칙(falsa demonstratio non nocet)은 잘못된 표시가 해가 되지 않는다는 의미이다. 즉 표시에 잘못이 있더라도 당사자 간에 의사의 합치가 있다면 그 합치된 의사에 따라 법률효과가 발생하고 잘못된 표시에 아무런 영향을 받지 않는다는 원칙이다.

2. 규범적 해석(상대방의 입장)

1) 규범적 해석이란 내심의 효과의사와 표시행위가 불일치하는 경우, 상대방의 관점에서 표시행위의 객관적 의미(표시상의 효과의사)에 따른 법률행위의 성립을 인정하는 해석이다. 이러한 해석방법은 상대방있는 법률행위에 있어서 상대방의 신뢰보호와 표의자의 자기책임

원칙에 따른 해석방법이다.

2) 진의와 표시가 불일치한 경우에 합리적인 제3자의 규범적 평가에 의하여 의사표시의 내용이 확정된다. 즉 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 표의자의 진의가 아니라 표시된 대로 효력이 발생하지만 표의자의 이해를 고려하여 착오를 이유로 취소할 수 있다.

3) 규범적 해석은 상대방없는 단독행위, 상대방이 표의자의 내심의 효과의사를 안 경우, 상대방이 신의칙상 요구되는 배려를 하지 아니하여 알지 못한 경우, 신분행위 등에는 허용될 수 없다.

3. 보충적 해석(제3자의 입장)

1) 보충적 해석이란 법률행위의 내용에 흠결이나 틈이 있는 경우에 이를 보충하는 해석방법을 말한다. 법률행위 성립당시에 정하지 않은 사항에 대해서 그 후에 다툼이 생기게 되면 이를 해결하기 위하여 법률은 보충규정(임의규정)을 두고 있다.

2) 보충적 해석에 대하여 통설은 법률행위 성립당시의 제반 사정과 신의성실의 원칙, 거래관행에 의해 인정되는 당사자의 가정적(가상적) 의사 등을 밝히는 것이라고 한다. 이에 대하여 소수설은 보충적 해석은 법률행위의 해석이 아니라 임의규정 등 보충적 규범을 적용하는 데에 지나지 않는다고 한다(이은영, 김준호, 지원림).

3) 보충적 해석은 자연적 해석과 규범적 해석에 의하여 법률행위의 성립이 인정되는 경우에만 가능하다. 이는 계약뿐만 아니라 단독행위를 포함한 모든 법률행위에서 행하여 질 수 있다.

IV. 해석의 표준

1. 의의

민법은 법률행위 해석의 표준 내지 기준에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않으며, 다만 제105조와 제106조 사실인 관습에 관한 규정이 있을 뿐이다. 그러나 법률행위 해석의 기준으로 제106조를 근거로 살펴보면 당사자의 목적, 관습, 임의규정, 신의성실의 원칙이 중요한 기준이 된다. 관례도 대체로 입장이 같다.

2. 해석의 표준

가. 당사자가 기도한 목적

1) 당사자가 달성하려는 경제적·사회적 목적을 파악하여 이에 적합하게 해석하여야 한다. 즉 법률행위에 의하여 달성하고자 하는 사실상의 목적이 표준이 된다. 그러나 이것이 곧바로 효과의사의 내용으로 되는 것은 아니다.

2) 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용과 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대판 91다35571).

나. 사실인 관습

1) 의의

법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사

자의 의사가 명확하지 않은 때에는 그 관습이 임의법규에 우선하는 해석의 기준이 된다(제 106조). 관습은 임의규정이 적용되는 분야에 그와 다른 관습이 존재하고 당사자의 의사가 명확하지 않아야 하지만, 당사자가 관습의 존재를 알고 있을 필요는 없고 관습은 표의자와 상대방에게 공통된 것이어야 한다.

2) 사실인 관습의 입증책임

가) 학설은 사실인 관습을 임의규정에 준하는 규범으로 파악하여 법원이 직권으로 고려할 수 있다는 견해(이은영, 곽윤직)와 사실인 관습은 의사표시의 해석 기준에 지나지 않으므로 당사자의 주장 및 입증이 있는 경우에 비로소 고려될 수 있는 것이라는 견해(이영준, 김상용)가 대립한다. 후자는 사실인 관습은 법적 확신의 결여로 법규범과 같이 취급할 수 없다고 한다.

나) 판례의 태도는 명확하지 않아서 당사자에게 주장 및 입증책임이 있다고도 하고(대판 1959.9.24. 4292민상102), 사실인 관습은 일종의 경험칙에 속하는 것으로 법관 스스로 직권으로 이를 판단할 수 있으나(대판 1976.7.13. 76다983) 법원이 이를 알 수 없는 경우에는 당사자가 이를 주장 입증하여야 할 경우가 생길 수 있다고 한다(대판 1983.6.14. 80다3231).

3) 사실인 관습과 관습법

가) 사실인 관습은 생활규범으로서 당사자의 의사가 이에 따를 것으로 인정되는 거래상의 관행을 말한다. 그러나 사실인 관습은 아직 사회의 법적 확신에 의하여 지지될 정도에 이르지 않은 것이다.

나) 다수설은 제106조에 의하여 법률행위의 해석의 기준이 되는 관습은 이를 사실인 관습이라고 하여 제1조의 관습법과 구별하고 있다. 제1조의 관습법은 사회의 법적 확신 내지 인식에 의하여 지지되고 법으로서 가치를 가지게 된 관습으로서 법원이 그 존재를 인정한 것이다. 판례상 인정된 관습법으로는 관습법상의 법정지상권, 분묘기지권, 명인방법(수목의 집단 및 미분리 과실의 소유권이전), 동산의 양도담보, 사실혼 등이다.

다) 사실인 관습은 당사자의 의사를 해석하는 표준이 됨으로서써 의사표시의 내용이 되고 이때 비로소 효력이 있으나, 관습법은 당사자의 의사와는 관계없이 당연히 법규로서의 효력이 있다. 관습법은 보충적 효력을 가질 뿐이므로 법률의 규정이 있는 사항에 대하여는 존재할 수 없으나, 사실인 관습은 법률행위 해석을 통하여 임의법규를 개폐하는 효력을 가지게 된다.

다. 임의규정

법률행위의 당사자가 임의법규와 다른 의사표시를 한 경우에는 임의법규의 적용이 배제되지만, 그렇지 않은 경우에는 임의규정이 법률행위 해석의 기준이 된다. 임의규정은 의사표시의 내용이 불완전한 경우에 이를 보완하고(보충규정), 의사표시의 내용이 불명확한 경우에는 이를 일정한 의미로 해석하는 규정(해석규정)이다(제105조).

라. 신의성실의 원칙(조리)

1) 신의성실의 원칙을 해석기준으로 규정한 입법례(독일민법 제157조)도 있으나 그러한 규정이 없는 우리 민법에서도 신의성실의 원칙(행동원리)과 조리(법의 근본이념)는 법률행위

해석의 기준이 된다.

2) 신의성실의 원칙은 약관의 해석원칙이다(대판(전) 1991.12.24. 90다카23899).

3) 예문해석

(가) 부동산의 매매, 임대차, 소비대차 계약에 관한 서식을 사용하는 경우 당사자 일방에게만 유리한 조항이 不動文字로 인쇄되어 있어 그것이 당사자의 효과의사를 표시한 것인지 여부가 불분명하여 당사자의 실제의 의사에 맞지 않는 경우, 이를 ‘例文’이라고 하여 그 효력을 부정하는 해석방법을 예문해석이라고 한다. 이는 신의성실원칙의 현저한 예로써 판례를 통하여 발전한 이론이다.

(나) 학설

신의칙 적용설은 예문은 조리 또는 신의칙에 반하므로 그 구속력을 인정할 수 없다고 한다. 신의칙 적용 비판설은 법률행위의 해석은 그 내용이 불명확한 경우에 이를 명확히 하는 것이므로 일방에게 불리하다고 하여 명확한 조항을 무시하거나 수정할 수 없고 약관의 규제에 관한 법률 제6조를 유추적용 등의 방법으로 정면에서 당해 조항을 신의성실의 원칙에 반하거나 부당하게 불공정한 약관으로 무효로 하여야 할 것이라고 하는 견해이다.

(다) 판례는 부당한 내용의 계약 조항이 존재하는 경우에 이를 예문이라고 한 후 당사자에게는 이에 구속될 의사가 없기 때문에 계약 내지 그러한 조항은 무효라고 판단하고 있다(대판 91다21954).

4) 처분문서

처분문서란 매매계약서나 근저당권설정계약서와 같이 증명하고자 하는 법률행위(처분)가 그 문서 자체에 의하여 이루어지는 경우의 문서를 말한다. 처분문서의 진정성립이 인정되면 법원은 기재내용을 부인할 만한 반증이 없는 한 원칙적으로 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다(대판 2003.4.11. 2001다12430).