

[제3판]

# 세무사 민법

정인국 변호사

새흐름

## 제3판 서문

편저자가 세무사 수험생들을 대상으로 민법 강의를 시작한 지 이제 3년차가 되었습니다. 강의를 하면서 혹은 스스로 공부를 하면서 항상 느끼는 점이지만, 민법 더 정확히 민법총칙은 모든 법 공부의 기초가 됩니다. 민법총칙을 공부하면 향후 2차 시험의 당락을 좌우하는 세법학을 공부하는 데에도 큰 도움을 얻을 수 있습니다.

제3판의 특징에 대해 소개하면 다음과 같습니다.

1. 기존 교재가 갖고 있던 특징은 그대로 유지하였습니다. 교재 전체가 일관된 흐름 하에 논리적으로 읽힐 수 있도록 서술형으로 집필하였습니다. 여타의 법학수험생들이 택하는 방식처럼 도표와 요점정리 위주로 책을 집필하면 시각적으로는 깔끔해보일지 모르나 법의 논리를 이해하는 데에는 도움이 되지 못합니다. 법학은 논리적인 학문입니다. 이 책의 서술방식에 따라 찬찬히 반복해서 읽다 보면 머릿속에 민법총칙의 전반적인 개념이 잡히는 것을 느낄 수 있을 것입니다.

2. 교재 본문에서 '진도별'로 기출문제 및 해설을 수록한 것과는 별도로 2014년부터 2016년까지 3개년도 기출문제 및 해설을 수록하였습니다. 많은 수험생들은 마지막 정리과정에서 3개년도 기출문제를 실전삼아 한 번 더 풀어보길 바랍니다.

3. 민법 조문 전체를 부록으로 수록하여 수험생들이 조문을 별도로 찾아보는 수고를 덜도록 하였습니다.

수험생들은 이 책 한권만으로 세무사 시험의 민법 과목을 완벽하게 대비할 수 있다고 확신합니다. 아무쪼록 이 책으로 공부하는 모든 수험생들에게 단기합격의 영광이 함께 하길 기원합니다. 덧붙여 깔끔한 편집을 통해 책의 품격을 한결 높여준 도서출판 새흐름의 이종은 부장님께 감사의 말을 전합니다.

2016. 7.  
정인국 변호사

# Contents

## 차 례

### 제1편 이론 및 문제

#### 제1장 민법 서론 3

##### 제1절 민법의 의의 ... 3

제1관 실질적 의미의 민법 ... 3

제2관 형식적 의미의 민법 ... 4

제3관 실질적 의미의 민법과 형식적 의미의 민법의 관계 ... 4

##### 제2절 민법의 법원 ... 4

제1관 법원의 의의 ... 4

제2관 성문법원 ... 5

제3관 불문법원 ... 5

##### 제3절 민법의 기본원리 ... 11

제1관 근대 민법의 기본원리 ... 11

제2관 민법의 기본원리의 수정 ... 12

##### 제4절 민법의 적용 및 해석 ... 13

제1관 민법의 적용 ... 13

제2관 민법의 해석 ... 13

##### 제5절 민법의 효력범위 ... 15

제1관 시간적 효력범위 ... 15

제2관 인적·장소적 효력범위 ... 15

#### 제2장 법률관계와 권리·의무 16

##### 제1절 법률관계 ... 16

제1관 법률관계 ... 16

제2관 권리와 의무 ... 17

제3관 권리의 분류 ... 17

제4관 권리의 행사 ... 19

제5관 권리의 보호 ... 20

##### 제2절 신의성실의 원칙 ... 24

제1관 서 설 ... 24

제2관 사정변경의 원칙 ... 27

제3관 실효의 원칙 ... 28

제4관 모순행위금지의 원칙(금반언의 원칙) ... 29

제5관 권리남용금지의 원칙 ... 30

#### 제3장 권리의 주체 38

##### 제1절 총 설 ... 38

##### 제2절 자연인 ... 38

제1관 권리능력 ... 38

제2관 행위능력 ... 42

제3관 주 소 ... 71

제4관 부재와 실종 ... 74

##### 제3절 법 인 ... 88

제1관 서 설 ... 88

제2관 법인의 설립 ... 92

제3관 법인의 능력 ... 95

제4관 법인의 기관 ... 98

제5관 법인의 소멸 ... 104

제6관 법인에 관한 그 밖의 규정들 ... 107

#### 제4장 권리의 객체 140

제1관 총 설 ... 140

제2관 부동산과 동산 ... 142

- 제3관 주물과 증물 ... 143
- 제4관 원물과 과실 ... 145
- 제5장 권리의 변동 157**
- 제1절 권리변동 서설 ... 157
  - 제1관 총 설 ... 157
  - 제2관 권리변동의 원인 ... 158
- 제2절 법률행위 ... 161
  - 제1관 총 설 ... 161
  - 제2관 법률행위의 종류 ... 162
  - 제3관 법률행위의 목적 ... 163
  - 제4관 법률행위의 해석 ... 172
- 제3절 의사표시 ... 194
  - 제1관 총 설 ... 194
  - 제2관 진의 아닌 의사표시 ... 195
  - 제3관 통정허위표시 ... 197
  - 제4관 착오로 인한 의사표시 ... 200
  - 제5관 하자 있는 의사표시 ... 204
  - 제6관 의사표시의 효력발생 ... 207
- 제4절 법률행위의 대리 ... 237
  - 제1관 대리법 서설 ... 237
  - 제2관 대리권 ... 239
  - 제3관 대리행위 ... 243
  - 제4관 대리의 효과 ... 245
  - 제5관 복대리 ... 246
  - 제6관 무권대리 ... 248

- 제5절 법률행위의 무효와 취소 ... 283
  - 제1관 총 설 ... 283
  - 제2관 법률행위의 무효 ... 284
  - 제3관 법률행위의 취소 ... 289
- 제6절 법률행위의 부관 ... 306
  - 제1관 조 건 ... 306
  - 제2관 기 한 ... 310
- 제7절 기 간 ... 318
  - 제1관 의 의 ... 318
  - 제2관 기간의 계산방법 ... 319
- 제8절 소멸시효 ... 325
  - 제1관 시효법 총설 ... 325
  - 제2관 소멸시효의 요건 ... 327
  - 제3관 소멸시효의 중단 및 정지 ... 333
  - 제4관 소멸시효의 효과 ... 339

## 제2편 기출문제

- 제6장 최신 3개년 기출문제 361**
  - 2014년도 기출문제 ... 361
  - 2015년도 기출문제 ... 388
  - 2016년도 기출문제 ... 413

## 부 록

- 제7장 민법전 441**

# 제1편 이론 및 문제

제1장 민법 서론

제2장 법률관계와 권리 · 의무

제3장 권리의 주체

제4장 권리의 객체

제5장 권리의 변동

## 제1절 민법의 의의

## 제1관 실질적 의미의 민법

## 1. 의의

- (1) 실질적 의미의 민법이란 모든 사람들에게 일반적으로 적용되는 사법, 즉 일반사법을 뜻한다.
- (2) 실질적 의미의 민법은 특별사법 및 절차법을 제외한 사법의 일반법을 의미한다.

## 2. 법으로서 민법

민법은 법(질서)의 일부이다. 사회 공동생활을 함에 있어 행위준칙이자 분쟁해결의 기준으로 필요불가결한 법은 국가권력에 의해 준수가 강제되며, 내용적 정당성을 갖추어야 한다.

## 3. 사법으로서 민법

- (1) 사법 영역은 사적자치 원리가 허용되며 민사소송을 통해 분쟁을 해결하는 반면, 공법 영역은 법치주의가 적용되며 행정소송을 통해 분쟁을 해결한다.
- (2) 국가나 지방자치단체가 사경제의 주체로서 대등한 지위에서 사인과 맺는 법률관계는 사법에 의하여 규율된다.

## 4. 일반사법으로서 민법

- (1) 사람이라면 누구에게나 적용될 것을 예정하고 있으며, 특정한 직업을 가진 사람이나 특정한 장소 또는 특정한 사항에만 적용되는 것이 아닌 일반사법이다.
- (2) 일반법과 특별법이 저촉되면 특별법이 먼저 적용되고, 특별법이 규율하는 않는 사항에 대하여 일반법이 적용된다.

## 5. 실체법으로서 민법

- (1) 민법은 법률관계 자체를 직접 규율하는 실체법으로서 사법상의 권리·의무의 내용과 그 발생·변경·소멸 기타 법률관계의 실질적 판단기준을 정한다.
- (2) 민사에 관한 절차법은 민사소송법, 민사집행법, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률, 소액사건심판법, 가사소송법, 민사조정법 등이 있다.

## 제2관 형식적 의미의 민법

### 1. 의의

형식적 의미의 민법이란 1958년 2월 22일 제정·공포되어 1960년 1월 1일부터 시행되고 있는 민법이라는 이름의 성문법전을 말한다.

### 2. 민법전의 구성

민법전은 총칙, 물권, 채권, 친족 상속의 5편으로 구성되어 있으며, 특수적·개별적 규정들 앞에 공통적·일반적 규정을 두고 있는 판택텐체계(독일식)를 취하고 있다.

## 제3관 실질적 의미의 민법과 형식적 의미의 민법의 관계

### 1. 양자의 관계

형식적 의미의 민법은 실질적 의미의 민법에 속하지 않는 사항들을 포함하는 반면 실질적 의미의 민법은 민법전에 한정되지 않으며 법의 존재형식과 무관하여 양자가 반드시 일치하는 것은 아니다.

### 2. 형식적 의미의 민법인면서 실질적 의미의 민법이 아닌 것

- (1) 절차법 규정 : 강제집행에 관한 규정(제389조)
- (2) 공법적 규정 : 법인의 이사, 감사 등에 대한 벌칙 규정(제97조)

## 제2절 민법의 법원

### 제1관 법원의 의의

#### 1. 개념

법원이란 법관이 재판할 함에 있어서 적용하여야 할 기준, 즉 법의 존재형식 내지 법을 인식하는 근거가 되는 자료를 말한다.

#### 2. 성문법주의와 불문법주의의 비교

구분	성문법주의(대륙법계)	불문법주의(영미법계)
의의	문자로 표현되고 문서의 형식을 갖춘 법이 주된 법원	문장의 형식을 취하지 않은 법이 주된 법원

장점	- 합리적인 법의 구체화에 적합 - 법질서의 안정성 확보에 유리	- 유동적인 사회질서에 적응 용이
단점	- 유동하는 사회질서 적응 어려움	- 법의 구체화가 어려움 - 법질서의 안정성 확보 곤란

### 3. 민법의 법원

민법 제1조는 법원의 적용순서에 관하여 법률, 관습법, 조리 순으로 따르도록 하고 있다.

**제1조 [법원]** 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

## 제2관 성문법원

### 1. 법률

국회에서 제정·공포된 법률로서 형식적 의미의 법률을 의미한다. 민법전, 주택임대차보호법, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률, 부동산등기법, 공탁법 등이 있다. 또한 국제조약이나 일반적으로 승인된 국제법규도 민사에 관한 사항이 포함되면 민법의 법원이 된다.

### 2. 명령

행정기관에 의해 제정되는 법규인 명령(대통령령, 총리령, 부령)도 법원이 될 수 있다.

### 3. 대법원규칙

대법원이 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관하여 정하는 규칙인 대법원규칙도 법원이 된다.

### 4. 자치법규

지방자치단체가 법령의 범위 안에서 제정하는 조례나 규칙도 민사와 관련되면 민법의 법원이 될 수 있다.

## 제3관 불문법원

### 1. 관습법

#### (1) 개념

어떤 사항에 관하여 반복적으로 행하여진 관행이 사회구성원의 법적 확신을 얻어 법규범으로서의 지위를 가지게 된 것



## (2) 성립요건

- ① 장기간 반복된 관행의 존재
- ② 사회구성원들의 법적 확신 취득
- ③ 관행이 전체 법질서 및 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않을 것

### 판례

사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판 2005.7.21, 2002다1178).

## (3) 성립시기

법적 확신 취득 여부는 법원의 재판에 의해 확인되지만, 성립시기는 그 관습이 법적 확신을 얻은 때로 소급하여 인정된다.

## (4) 관습법의 효력

관습법은 법률에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용(다수설·판례)

### 판례

가족의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다(대판 1983.6.14, 80다3231).

## (5) 판례가 인정하는 관습법

분묘기지권, 관습법상 법정지상권, 수목의 집단·미분리과실의 소유권 이전에 관한 명인방법, 동산양도담보 등

## (6) 관습법과 사실인 관습의 구별(대판 1983.6.14, 80다3231)

- ① 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다.
- ② 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다.
- ③ 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존재자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지

승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장, 입증할 필요가 있다.

④ 사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다.

## 2. 조리(條理)

조리란 사물의 본성, 자연의 이치 또는 법의 일반원리를 말하며, 민법 제1조는 조리를 법원의 하나로 열거하고 있다.

## 3. 판례의 법원성

- (1) 판례의 법원성을 긍정하는 견해도 있으나, 다수설은 판례를 법원으로 인정하지 않는다.
- (2) 상급심의 법의 해석·적용에 관한 의견은 하급심뿐 아니라 대법원 자신의 장래 재판에 대해서도 영향을 미치지만, 이는 사실상의 구속력에 불과하고 법적 구속력을 갖는 것은 아니다.

### 기출문제

#### 01 민법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳은 것은?

(2009)

- ① 명령·규칙은 민사에 관한 것이라도 법원이 될 수 없다.
- ② 물권은 관습법에 의해서는 창설될 수 없다.
- ③ 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.
- ④ 관습법이 되기 위해서 일반인의 법적 확신을 필요로 하는 것은 아니다.
- ⑤ 민사에 관한 조약은 법원이 아니다.

#### 해설

- ①, ⑤ 민사에 관한 것이라면 명령·규칙, 조약도 법원이 될 수 있다.
- ② 제185조. 판례는 분묘기지권, 관습법상 법정지상권 등을 관습법으로 인정하고 있다.
- ③ 제1조
- ④ 관습법이란 어떤 사항에 관하여 반복적으로 행하여진 관행이 사회구성원의 법적 확신을 얻어 법규범으로서의 지위를 가진 것을 말한다.

## 02 민법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) (2010)

- ① 대법원 규칙은 민사에 관한 것이라도 민법의 법원이 될 수 없다.
- ② 관행이 관습법으로 승인되기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 않아야 한다.
- ③ 민사에 관하여 법률 및 관습법이 없는 경우에는 조리에 의한다.
- ④ 관습법은 성문법에 대하여 보충적 효력만을 갖는 것이 원칙이다.
- ⑤ 헌법재판소의 결정이 민사에 관한 것이면 민법의 법원으로 볼 수 있다.

### 해설

- ①, ⑤ 민사에 관한 것이라면 대법원 규칙, 헌법재판소 결정도 법원이 될 수 있다.
- ② 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판(전) 2003.7.24, 2001다48781).
- ③ 제1조
- ④ 관습법은 법률에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다(다수설·판례).

## 03 민법의 법원(法源)에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

(2012)

- ① 사회의 거듭된 관행으로 생성된 생활규범이 관습법으로 승인되었더라도 나중에 사회구성원들이 그 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다면 관습법의 효력이 부정될 수 있다.
- ② 관습법의 존재에 관하여는 원칙적으로 당사자의 주장을 기다리지 않고 법원(法院)이 직권으로 확정하여야 한다.
- ③ 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성되었다 할지라도 헌법에 반하는 경우에는 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.
- ④ 민사에 관한 대통령의 긴급명령은 민법의 법원이 될 수 없다.
- ⑤ 사실인 관습은 법률행위의 해석기준이 되지만 법원으로는 인정되는 않는다.

### 해설

- ① 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판(전) 2005.7.21, 2002다1178).

- ② 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14, 80다 3231).
- ③ 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판(전) 2003.7.24, 2001다 48781).
- ④ 민사에 관한 것이면 대통령의 긴급명령도 법원이 될 수 있다.
- ⑤ 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14, 80다3231).

#### 04 관습법에 관한 설명으로 옳지 않는 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) (2011)

- ① 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다.
- ② 관습법은 성문법에 대하여 변경적 효력만을 갖는다.
- ③ 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.
- ④ 어떤 관행이 법적 확신을 얻었더라도 그것이 헌법을 최상위규범으로 하는 전체 법질서에 반한다면 관습법으로서의 효력을 인정받을 수 없다.
- ⑤ 사실인 관습은 관습법과 달리 사회의 법적 확신을 결여한 관행에 지나지 않는다.

#### 해설

- ① 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다(대판(전) 2005.7.21, 2002다1178)
- ② 관습법은 법률에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다(다수설·판례).
- ③ 제1조
- ④ 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지

아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판(전) 2003.7.24, 2001다48781).

- ⑤ 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.6.14, 80다3231).

## 05 관습법에 관한 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있으면 판례에 의함) (2007)

- ① 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다.
- ② 관습법은 法源으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있다.
- ③ 관습법으로 인정되기 위해서는 사회생활규범이 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니한 것으로서 정당성과 합리성이 있어야 한다.
- ④ 관습법은 그 존재를 당사자가 주장·입증하여야 한다.
- ⑤ 동산의 양도담보는 판례에 의하여 확인된 관습법의 전형이다.

### 해설

- ① 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말한다(대판(전) 2005.7.21, 2002다1178).
- ② 관습법은 법률에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다(다수설·판례).
- ③ 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판(전) 2003.7.24, 2001다48781).
- ④ 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장입증할 필요가 있다(대판 1983.6.14, 80다3231).
- ⑤ 판례가 인정하는 관습법은 다음과 같다. 분묘기지권, 관습법상 법정지상권, 수목의 집단·미분리과실의 소유권 이전에 관한 명인방법, 동산 양도담보 등

06 『민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.』  
 는 민법 제1조의 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함) (2013)

- ① ‘법률’은 국회에서 제정된 법률만을 말한다.
- ② ‘관습법’을 성문법에 대하여 보충적·열후적 성격을 가진다.
- ③ ‘조리’는 법원의 재판활동으로 형성된 판례법을 말한다.
- ④ 법관은 법의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 있다.
- ⑤ 적용하여야 할 시점에 전체 법질서와 부합하지 않게 된 관습법도 법적 규범으로서의 효력을 잃지 않는다.

**해설**

- ① 제1조의 법률은 형식적 의미의 법률 뿐 아니라 모든 명령·조약·규칙 등 모든 성문법을 뜻한다.
- ② 관습법은 법률에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다(다수설·판례).
- ③ 조리는 사물의 본성, 자연의 이치 또는 법의 일반원리를 말한다.
- ④ 법관은 법의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없다.
- ⑤ 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다(대판(전) 2005.7.21, 2002다1178).

정답	01 ③	02 ①	03 ④	04 ②	05 ④	06 ②					
----	------	------	------	------	------	------	--	--	--	--	--

**제3절 민법의 기본원리**

**제1관 근대 민법의 기본원리**

**1. 사유재산권 존중의 원칙**

개인에게 사유재산권이 인정되어 이에 대한 절대적 지배를 허용하고 국가나 다른 사인이 이에 간섭 또는 제한하지 못한다는 원칙을 말한다.

**2. 사적자치의 원칙**

사법상의 법률관계는 개인의 자유로운 의사에 따라 자기 책임하에서 규율하고, 국가는 이에 간섭하지 않는다는 원칙을 말한다.

### 3. 과실책임의 원칙

고의 또는 과실로 인한 가해행위에 대해서만 손해배상 책임을 지게 하는 원칙을 말한다.

#### 제2관 민법의 기본원리의 수정

자본주의의 폐해가 나타남에 따라 현대민법은 공공복리의 원칙을 최고원리로 하고, 신의성실, 거래안 전, 사회질서 등으로 3대 원칙을 제약해야 한다는 이념이 등장하게 되었다. 이에 따라 계약체결의 강제, 무과실책임 도입 등이 논의되고 있다.

#### 기출문제

##### 01 민법의 기본원칙에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

(2013)

- ① 자유와 평등은 민법의 기본이념이다.
- ② 계약자유 원칙은 계약을 체결하지 않을 자유를 포함한다.
- ③ 사적자치의 원칙은 신의성실의 원칙에 의하여 제한될 수 있다.
- ④ 자기책임의 원칙은 과실책임의 원칙으로 표현된다.
- ⑤ 민사책임에서 고의와 과실은 그 법률효과를 서로 달리한다.

#### 해설

- ② 계약자유 원칙은 계약체결의 자유, 내용결정의 자유, 계약방식의 자유를 내용으로 하고 있다.
- ⑤ 형사책임과 달리 민사책임에서 고의와 과실은 그 법률효과에 차이가 없다.

##### 02 다음 중 법률행위 자유의 원칙의 내용이 아닌 것은?

(2006)

- ① 계약 체결 여부를 결정할 수 있는 자유
- ② 계약 상대방을 선택할 수 있는 자유
- ③ 계약 내용을 결정할 수 있는 자유
- ④ 계약 체결 방식을 선택할 수 있는 자유
- ⑤ 계약으로부터 벗어날 수 있는 자유

#### 해설

법률행위 자유의 원칙은 계약자유 원칙이라고도 한다. 계약자유 원칙은 계약체결의 자유, 내용결정의 자유, 계약방식의 자유를 내용으로 하고 있다.

정답	01 ⑤	02 ⑤																	
----	------	------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--