

제1장 서 설

제1절 민법의 법원

제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.

1. 법률

1. 의 의

민법 제1조의 「법률」이란 형식적 의미의 법률에 한정하지 않고 실질적 의미의 법률도 포함한다. 따라서 형식적 의미의 법률을 의미하는 민법 제185조 물권법정주의에서의 법률과는 다르다. 즉 민법 제1조에서 말하는 법률은 광의의 법률(=실질적 의미의 법률)로서, 법률·명령·조례·규칙·성문조약 등은 모두 민법의 법원(法源)이 된다. 법률이란 좁은 의미·형식적 의미로 말하면 헌법상 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법을 의미한다. 이는 성문법 전체를 의미하는 광의의 법률과는 구별되는 개념이다.

2. 법률

여기서의 법률은 형식적 의미로서 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법을 의미한다. 여기에는 민법전과 그 외의 법률이 있다. 민법전 외에도 민법의 법원이 되는 법률은 상당히 많다. ① 먼저 민법전을 보충하거나 수정하기 위하여 제정된 특별법규가 있는데, 이자제한법·주택임대차보호법·보증인보호를위한특별법·신원보증법·약관의규제에관한법률·자동차손해배상보장법·가등기담보등에관한법률 등이 그 예이다. ② 그리고 공법에 속하는 것으로서 농지법, 특허법, 저작권법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 중의 일부 규정 등이 있다. ③ 그리고 민법전에 규정되어 있는 실체적인 민법법규를 구체화하기 위한 절차를 규정한 민법 부속법률도 있는데, 부동산등기법·가족관계의등록등에관한법률 등이 있다.

3. 명령

명령은 국회가 아닌 국가기관이 일정한 절차를 거쳐 제정하는 법규를 말한다. 이는 ① 법률에 의하여 위임된 사항을 정하는 위임명령¹⁾ ② 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 세칙을 정하는 집행명령²⁾이 있다. 그리고 제정권자에 따라 대통령령·총리령·부령으로 나뉜다. 명령도 민사에 관해 규정하고 있으면 민법의 법원이 된다.

1) 민법 제312조의 2 단서의 시행에 관한 규칙

2) 주택임대차보호법 시행령

를 주장·입증할 필요가 있다(대판 1983.06.14. 80다3231).

4. 사실인 관습

제106조(사실인 관습) 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.

(1) 의 의

사실인 관습이란 사회의 거듭된 관행으로 인한 사회생활규범인 점이 관습법과 같으나, 다만 사회의 법적 확신, 인식에 의해 법적 규범으로 승인될 정도에 이르지 못한 것이다. 判例는 법적확신여하에 따라 관습법과 관습을 구별하는 입장³⁾에 있다.

(2) 주장, 증명

사실인 관습은 법령과 같은 효력이 없으므로, 원칙상 그 존재를 당사자가 주장, 입증하여야 한다(대판 1983.6.14, 80다3231). 다만 사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속하고 경험칙은 일종의 법칙으로서 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관이 직권에 의하여 판단할 수 있다(대판 1977.4.12 76다1124).

(3) 법률행위의 해석 기준

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 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(대판 1983.6.14, 80다3231).

III. 조 리

1. 의 의

조리는 사물의 본질적 법칙 또는 사물의 도리를 말한다. 이는 일정한 내용을 가진 것이 아니고 법질서 전체에 비추어 가장 적절하다고 생각될 경우를 말한다.

2. 법원성

다수설, 판례는 조리의 법원성을 긍정한다.

3) 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르는 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 1983.06.14, 80다3231).

제6장 소멸시효

1. 총 설

1. 의 의

시효란 일정한 사실상태가 일정기간 계속된 경우에 그 상태가 진실한 권리관계에 합치되는가에 상관없이 그 사실 상태를 존중하여 법률상 일정한 효과를 생기게 하는 법률요건이다. 소멸시효는 취득시효에 대비되는 개념인데, 권리자가 권리행사를 할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 권리불행사의 상태가 계속된 경우에 그 권리를 소멸하게 하는 제도이다.

2. 입법례

구 민법은 프랑스민법을 본받아 총칙 편에서 소멸시효와 취득시효를 통일적으로 규율하였으나, 현행 민법은 독일민법과 같이 소멸시효를 총칙 편에서 규정하고 취득시효는 물권 편에서 규율하고 있다. 이론적으로 보아 양 제도는 그 요건과 효과에서 차이점이 많아 별개의 제도로 취급되므로, 우리 민법의 태도는 타당하다. 따라서 시효취득의 주장 속에는 상대방의 청구권이 시효 소멸하였다는 주장이 포함되어 있지 않다(대판 1982.2.9. 81다534).

3. 시효제도의 근거

시효제도의 존재이유는 영속된 사실상태를 존중하며 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데 있고, 특히 소멸시효에 있어서는 후자의 의미가 강하다고 한다(대판전합 1992.3.31. 91다32053).

4. 제척기간과의 비교

(1) 의 의

제척기간이란 법률이 규정하는 권리의 존속기간, 혹은 권리를 행사할 수 있는 기간을 말한다. 제척기간이 만료되면 그 권리는 당연히 소멸된다.

(2) 법적 성질

1) 통설(출소기간설)

제척기간은 기간 내에 권리가 재판상 행사되어야 하는 출소기간으로 본다.

2) 判例

判例는 권리행사기간 내에 권리를 행사하기만 하면 되고 반드시 재판상 청구를 하여야만 청구권이 보전되는 것은 아니라고 한다. 즉, 민법상 수급인의 하자담보책임(제670조)에 관한 기간은 제척기간으로서 재판상 또는 재판 외의 권리행사기간이며 재판상 청구를 위한 출소기간이 아니라고 한다(대판 2000.6.9. 2000다15371). 다만, 判例는 점유보호청구권에 관한 제204조 3항, 제205조 2항의 규정의 문언에 불

	소멸시효	제척기간 ¹⁾
소 급 효	소급효 ○.	소급효 ×, 장래에 향하여 소멸
중단제도	○	제척기간에 관하여는 중단제도 적용 × (대판 2003. 1. 10, 2000다26425).
정지제도	○	제182조의 적용여부에 관하여 긍정설, 부정설 대립
시효이익포기	可能	不可
기간 단축 여부	특약으로 단축, 감경 가능(연장, 가중은 불가)	단축, 감경도 불가능
직권조사사항	항변사항	직권조사사항

II. 소멸시효의 요건

제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
 ② 채권 및 소유권이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 소멸시효의 대상이 되는 권리인지 여부

(1) 채권

채권적 청구권(부당이득반환청구권, 손해배상청구권 등)을 포함한다.

(2) 채권 및 소유권 이외의 재산권

용익물권(지상권, 지역권)은 20년의 시효대상이 된다.

(3) 소멸시효에 걸리지 않는 권리

소유권은 항구성이 있고, 점유권은 점유상태만으로 인정되는 권리이므로 소멸시효대상이 아니다. 물권적 청구권도 소유권에 근거한 것이면 소멸시효 대상이 아니다²⁾. 담보물권은 부종성에 의해 피담

- 1) 매매의 일방예약에서 예약자의 상대방이 매매예약 완결의 의사표시를 하여 매매의 효력을 생기게 하는 권리, 즉 매매예약의 완결권은 일종의 형성권으로서 당사자 사이에 그 행사기간을 약정한 때에는 그 기간 내에, 그러한 약정이 없는 때에는 그 예약이 성립한 때로부터 10년 내에 이를 행사하여야 하고, 그 기간을 지난 때에는 예약 완결권은 제척기간의 경과로 인하여 소멸한다. 제척기간은 권리자로 하여금 당해 권리를 신속하게 행사하도록 함으로써 법률관계를 조속히 확정 시키려는 데 그 제도의 취지가 있는 것으로서, 소멸시효가 일정한 기간의 경과와 권리의 불행사라는 사정에 의하여 권리 소멸의 효과를 가져 오는 것과는 달리 그 기간의 경과 자체만으로 곧 권리 소멸의 효과를 가져 오게 하는 것이므로 그 기간 진행의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 권리가 발생한 때이고, 당사자 사이에 매매예약 완결권을 행사할 수 있는 시기를 특별히 약정한 경우에도 그 제척기간은 당초 권리의 발생일로부터 10년간의 기간이 경과되면 만료되는 것이지 그 기간을 넘어서 그 약정에 따라 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년이 되는 날까지로 연장된다고 볼 수 없다(대판 1995.11.10, 94다22682·22699).
- 2) 매매계약이 합의해제 된 경우에도 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로 합의해제에 따른 매도인의 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라고 할 것이고 이는 소멸시효의 대상이 되지 아니한다(대판 1982. 7. 27. 80다2968).

제4장 채권양도와 채무인수

제1절 채권의 양도

I. 채권양도의 의의 및 성질

제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.
 ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

채권양도는 채권자가 특정의 채권을 그 동일성을 유지하면서 새로운 채권자(양수인)에게 이전하는 계약이다. 채권양도는 재산적 거래대상으로서의 채권을 양도인이 양수인에게 처분, 이전하는 법률행위로서 채권의 주체를 변경시키는 처분행위의 성질을 갖는다.

II. 지명채권 양도의 제한

1. 채권의 성질에 의한 제한

채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때¹⁾에는 양도할 수 없다. 전세권이 담보물권으로서의 성질을 지니고 있는 한, 그 부종성과 수반성이 인정되어야 한다는 점에서 원칙적으로 전세권과 분리하여 전세금반환청구권만의 양도를 인정할 수는 없다²⁾(대판 1997.11.25. 97다29790). 매매로 인한 소유권이 전등기청구권은 특별한 사정이 없는 한 그 권리의 성질상 양도가 제한되고 그 양도에 채무자의 승낙이나 동의를 요한다고 한다(대판 2005.3.10. 2004다67653·67660). 다만 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 채권자와 채무자 사이에 아무런 계약관계나 신뢰관계가 없고, 그에 따라 채권자가 채무자에게 반대급부로 부담하여야 하는 의무도 없다. 따라서 취득시효완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 양도의 경우에는 매매로 인한 소유권이전등기청구권에 관한 양도제한의 법리가 적용되지 않는다³⁾(대판 2018. 7. 12. 2015다36167).

- 1) ① 급부가 계약의 취지, 목적 또는 법률관계의 특수성에 비추어 특정 개인에게 행해지지 않으면 아무 의미가 없거나, ② 급부가 그 수령자 또는 특정 개인과 강한 결합관계를 가지는 경우의 채권, ③ 특정 채권자와의 사이에서 결제되어야 할 특별한 사정이 있는 채권이 있다.
- 2) 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자금을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002.8.23. 2001다69122).

III. 지명채권양도의 대항요건

제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못한다.
② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하지 아니하면 채무자 이외의 제3자에게 대항하지 못한다.

1. 취지

통지·승낙을 요구하는 의미가 “채무자”에 대한 것과 “제3자”에 대한 것이 다르다. 즉 채무자에 대한 대항으로서 통지·승낙을 요구하는 것은, 채권양도에 의해 채권자가 변경된 사실을 채무자가 인식하지 않은 상태에서 양수인이 채무자에 대해 채권자라고 주장하는 것은 채무자라로서는 이중변제를 강요당하는 등 가혹한 결과에 이르게 되기 때문이다. 이에 대해 제3자에 대한 대항요건으로서 통지·승낙을 요구하는 것은 채권에 대해 이해관계를 가지는 제3자가 채무자에게 문의하는 경우에 양도의 유무에 대한 채무자의 인식이 제3자에게 표시되는 것을 통해 비록 불완전하기는 하지만 공시방법으로서 고려된 것이다. 즉 이 경우의 통지·승낙은 그것에 따른 채권양도의 인식·표시를 통해 부동산에서의 등기와 같이 공시주의의 요청에서 요구되는 것이다. 그리고 이 통지·승낙에 확정일자를 요구하는 것은 채무자가 말한 채권이 있다고 한 표시를 신뢰하여 제3자가 양수한 후에 채권자가 타인에게 이중으로 양도하면서 채무자와 통모하여 통지·승낙의 일시를 소급하여 제3자를 해하는 것을 방지하기 위하여 있다(김준호, 민법강의, 제18판, 1180면).

2. 채무자에 대한 대항요건

(1) 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙

민법 제450조 제1항 소정의 채권양도의 통지는 양도인이 채무자에 대하여 당해 채권을 양수인에게 양도하였다는 사실을 통지하는 이른바 관념의 통지로서, 채권양도가 있기 전에 미리 하는 사전 통지는 채무자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 되어 원칙적으로 허용될 수 없다(대판 2000.4.11. 2000다2627). 채권양도의 통지도 양도인이 직접 하지 아니하고 사자를 통하여 하거나 나아가서 대리인으로 하여금 하게 하여도 무방하고, 그와 같은 경우에 양수인이 양도인의 사자 또는 대리인으로서 채권양도 통지를 하였다 하여 민법 제450조의 규정에 어긋난다고 할 수 없다⁶⁾(대판 1997.6.27. 95다40977). 민법 제450조 소정의 채무자의 승낙은 채권양도의 사실을 채무자가 승인하는 뜻으로서 동조가 규정하는 채권양도의 대항요건을 구비하기 위하여서는 채무자가 양도의 사실을 양도인 또는 양수인에 대하여 승인함을 요한다(대판 1986.2.25. 85다카1529). 지명채권의 양도를 승낙함에 있어서는 이의를 보류하고 할 수 있음은 물론이고 양도금지의 특약이 있는 채권양도를 승낙함에 있어 조건을 붙여서 할 수도 있으며 승낙의 성격이 관념의 통지라고 하여 조건을 붙일 수 없는 것은 아니다(대판 1989.7.11. 88다카20866).

6) 대리에 있어 본인을 위한 것임을 표시하는 이른바 현명은 반드시 명시적으로만 할 필요는 없고 묵시적으로도 할 수 있는 것이고, 채권양도통지를 함에 있어 현명을 하지 아니한 경우라도 채권양도통지를 둘러싼 여러 사정에 비추어 양수인이 대리인으로서 통지한 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제115조 단서의 규정에 의하여 유효하다(대판 2004.2.13. 2003다43490).

제3장 사무관리

I. 서 설

1. 의 의

사무관리는 법적 의무 없이 타인(본인)을 위하여 그의 사무를 처리하여 주는 행위를 말한다. 이는 사회연대·상호부조에 입각하여 인정되는 법정채권관계로서, 적법행위·준법률행위¹⁾·사실행위에 해당한다.

2. 비교 제도

사무관리는 타인의 사무를 처리하는 점에서 위임과 유사하지만, 법적인 의무가 없다는 점에서 위임과는 다르다. 그리고 법정채권관계라는 점에서 부당이득·불법행위와 유사하지만, 사건·위법행위를 원인으로 한 반환·배상이 아니라 타인의 사무처리로 생긴 법률관계의 조정을 목적으로 하는 점, 타인의 손해를 한도로 반환·배상 하지 않고, 이득의 전부를 인도하여야 하는 점에서 다르다.

3. 특별법

사무관리에 관한 특별법에는 선원법(제13조)·수난구조법(제12조)·유실물법(제4조)·상법(제849조) 등이 있다.

II. 성립요건

1. 타인의 사무를 처리할 것

사무란 사실행위·법률행위를 불문한다. 처리(관리)는 보존·개량 등의 관리행위 뿐만 아니라, 본인의 의사·이익에 반하지 않는 한 처분행위도 포함한다. 다만 단순한 부작위는 사무로 되지 않는다. 타인은 관리자 이외의 사람을 말하며, 타인과 공동의 사무인 경우에도 타인의 사무이다.²⁾ 사무관리 자

1) 사무관리는 적법한 행위로서 본인의 이익을 위해 사무를 관리한다는 의사를 필요로 하지만, 사무관리의사란 본인에 대해서 일정한 법률효과의 발생을 의욕하는 의사표시가 아니며 사무관리의 효과 역시 사무관리 의사에 기해 발생하는 것도 아니다. 따라서 사무관리는 법률행위가 아니다. 그러나 사무관리가 타인 사무를 관리한다는 의사적 요소를 포함하고 있다는 점을 근거로 사무관리는 준법률행위이다(통설).

2) 채권양도는 채권을 하나의 재화로 다루어 이를 처분하는 계약으로서, 채권 자체가 그 동일성을 잃지 아니한 채 양도인으로부터 양수인에게로 바로 이전하고, 이 경우 양수인으로서의 채권자의 지위를 확보하여 채무자로부터 유효하게 채권의 변제를 받는 것이 그 목적인바, 우리 민법은 채무자와 제3자에 대한 대항요건으로서 채무자에 대한 양도의 통지 또는 채무자의 양도에 대한 승낙을 요구하고, 채무자에 대한 통지의 권능을 양도인에게만 부여하고 있으므로, 양도인은 채무자에게 채권양도 통지를 하거나 채무자로부터 채권양도 승낙을 받음으로써 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖추 수 있도록 해 줄 의무를 부담하며, 양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 타에 채권을 이중

* 준사무관리(부진정사무관리)

1. 의 의

준사무관리는 타인(본인)을 위하여 사무를 관리한다는 관리의사, 즉 주관적 요건이 갖추어지지 않은 경우를 말한다. 이 경우 불법관리에 대하여 사무관리의 규정을 준용하여 준사무관리를 인정하려는 것은 관리의 결과 발생된 이익을 관리자로 하여금 본인에게 인도하도록 하기 위한 것이다. 즉 준사무관리를 인정하면 본인은 관리자에게 그의 손실 여부에 관계없이 모든 이익의 인도를 요구할 수 있으므로 본인이 보다 두텁게 보호되는 결과를 가져온다(제738조).

2. 유 형

(1) 오신사무관리(타인의 사무를 자기의 사무로 오신하고 행한 관리행위)

학설은 오신사무관리에 대하여는 준사무관리를 인정하지 않는다. 관리자가 선의이고 과실이 없으면 본인과의 관계는 부당이득으로 처리되고 과실이 없으면 본인과의 관계는 부당이득으로 처리되고 과실이 있으면 불법행위가 성립한다. 그런데 부당이득의 반환이나 불법행위에 의한 손해의 배상은 모두 본인의 손실을 한도로 한다는 것이 통설의 견해이다. 이때에 준사무관리를 인정한다면 제738조 및 제684조가 적용되어 사무의 처리로 얻은 금전 기타 물건 및 과실이 본인의 손실의 한도를 넘더라도 이를 모두 본인에게 인도하여야 한다. 오신사무관리에는 이러한 준사무관리가 적용되지 않는 것이 타당하다.

(2) 불법관리

1) 문제점

준사무관리로서의 인정 여부에 대한 학설대립은 주로 관리자의 특출한 재능·노력 또는 행운 등으로 본인으로서는 거둘 수 없을 정도의 이익을 얻은 불법관리에서 문제된다.

2) 학 설

- ① 부정설은 본인의 능력만으로는 그러한 이익을 올릴 수 없다고 인정되는 경우에 사무관리의 규정을 준용하는 것은 오히려 본인을 부당히 지나치게 보호하는 것이 되어 형평에 맞지 않는다고 비판한다(곽윤직).
- ② 긍정설은 정당한 사무관리의 경우에도 관리자는 이익을 본인에게 인도해야 할 의무를 부담하는 데 불법관리의 경우에 이익인도의무를 부인한다는 것은 균형에 어긋난다고 하면서 준사무관리를 인정하고자 한다(김현태).

3. 법적 의무의 부존재

관리자가 본인에 대해 사무를 처리할 계약상의무를 부담하거나 법률의 규정에 의한 의무를 지고 있는 경우에는 사무관리가 성립하지 않는다. 관리자가 본인에 대해서는 아무 의무를 부담하지 않으나 제3자에 대한 관계에 있어서 사무를 관리할 의무를 부담하고 있는 경우에도, 사무관리의 성립은 부정된다. 즉 의무 없이 타인의 사무를 처리한 자는 그 타인에 대하여 민법상 사무관리 규정에 따라 비용상환 등을 청구할 수 있으나, 제3자와의 약정에 따라 타인의 사무를 처리한 경우에는 의무 없이 타인의 사무를 처리한 것이 아니므로 이는 원칙적으로 그 타인과의 관계에서는 사무관리가 된다고 볼 수 없다(대판 2013.9.26. 2012다43539).

4. 본인의 의사 또는 이익에 반하지 않을 것

객관적으로 보아 관리자의 처분이 본인의 의사에 반하거나 본인에게 불리함이 명백한 때에는 사무