

Chapter 4 capacity

제2관 행위능력

제1항 서설

사람은 누구나 평등하게 권리능력을 가지고 있다. 그런데 실제적으로 어떠한 방법으로 권리를 취득하고 행사하며 의무를 부담하는가에 대하여는 우선 각자의 행위(법률행위)에 의한 경우와 법률의 규정에 의한 경우가 있다. 여기서 법률행위의 의한 경우에 판단력의 정도에 따라 의사능력 및 행위능력이라는 개념 내지 제도가 생기게 된다.

1. 권리능력

권리능력은 권리·의무능력이라고도 하며 권리·의무의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격 즉 인격을 말한다. 과거의 노예, 노비는 권리능력이 없었고 의무만을 부담하였다.

2. 의사능력

가. 의사능력은 법률행위의 영역에서 자기 행위의 의미와 결과를 판별할 수 있는 정신능력 내지 지능 또는 판단능력을 말한다. 즉 통상인이 가지는 정상적인 의사결정을 하는 정신능력을 말한다. 민법은 각 개인이 정상적인 판단능력을 갖고 행한 행위에 의해서만 권리를 취득하고 의무를 부담하며, 정상적인 판단능력없이 행한 행위로부터는 법률효과가 생기지 않는다는 것을 선언하고 있다. 이러한 판단능력을 독일민법의 용어에 따라 의사능력이라고 부른다.

나. 의사능력에 관한 판단기준이 민법에 규정이 없기 때문에 의사능력의 유무에 대한 판단도 개개인의 구체적인 법률행위에 따라 행위자의 연령이나 지능 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.

다. 의사무능력자

의사능력이 없는 자를 의사무능력자라 한다. 예를 들어 7세 정도의 유아, 정신병자, 몽유병자, 백치, 술에 만취자 등이다. 의사무능력자가 행한 법률행위의 효력은 그 법률효과가 인정되지 않으므로 무효이다.

3. 책임능력

가. 책임능력이란 자기의 행위의 책임을 변식할 수 있는 정신능력을 말한다. 즉 불법행위의 결과를 식별할 수 있는 정신능력 즉 불법행위능력을 말한다. 우리 민법은 과실책임주의를(제750조) 취하고 있기 때문에 책임능력이 필요하다.

나. 책임능력이 없는 자 즉 성년후견개시의 심판을 받은 자는 불법행위책임 즉 손해배상 책임을 부담하지 않는다. 판례는 13세 정도의 어린이의 정신능력을 책임능력의 경계로 판단하고 있다(대판 1969.7.8. 68다2406).

* 참고[각종 능력의 대조]

| 구분 | 의 미 | 능력의 유무 | 능력이 없는 경우 |
|----|-----|--------|-----------|
|----|-----|--------|-----------|

| | | | |
|------|------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------|
| 권리능력 | 사법상 권리·의무의 귀속 주체가 될 수 있는 자격 | 모든 자연인과 법이 인정하는 법인 | 권리·의무가 귀속하지 않는다 |
| 의사능력 | 행위의 결과를 식별할 수 있는 정신능력 | 해당하는 법률행위의 정도에 따라 판단한다(7~10세 정도). | 행위자의 법률행위는 무효이다. |
| 책임능력 | 불법행위의 결과를 식별할 수 있는 정신능력 | 개별적 판단, 판례상의 의사능력보다 약간 높다(13세정도) | 불법행위책임을 지지 않는다. 감독자 책임(제755조) |
| 행위능력 | 법률행위를 단독으로 유효하게 할 수 있는 법률상의 지위, 자격 | 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인에 대한 제한 | 법률행위는 취소할 수 있다. |

제2항 자연인의 행위능력

1. 의의

가. 행위능력은 행위자가 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 지위 또는 자격을 말한다. 민법상 능력이라면 행위능력을 말한다(제5조 이하, 제112조, 제179조).

나. 도입의 필요성

1) 의사능력이 없는 자의 행위는 무효이지만 그러한 행위의 무효를 주장하기 위해서는 행위자 자신이 법률행위 당시에 의사능력이 없었다는 것을 입증하여야 한다. 그러나 그러한 입증이 쉽지 않기 때문에 소송상 패소로 불이익을 당할 가능성이 많으며, 역으로 입증하는 경우에 상대방은 예측할 수 없는 손해를 받게 되어 결국 거래의 안전을 해치게 된다. 민법은 이러한 입증의 부담을 면하도록, 능력에 따르는 개인의 차이를 고려하지 않고 일정한 조건을 갖춘 자에게는 일률적으로 일정한 범위의 행위를 독자적으로 할 수 없도록 하였다.

2) 민법은 의사무능력의 입증곤란을 구제하기 위하여 독자적으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 자 즉 행위능력자와 할 수 없는 자 즉 제한능력자를 객관적 획일적으로 구분하고 있다. 즉 제한능력자가 단독으로 법률행위를 한 경우에 그에게 의사능력의 유무를 묻지 않고 제한행위능력을 이유로 법률행위를 취소할 수 있도록 하였다.

3) 제한능력자제도는 제한능력자에 대한 "규제 제도"가 아니라 "보호 제도"이다.

다. 제한능력자보호제도

자연인은 원칙적으로 행위능력을 인정하나, 예외적으로 제한능력자보호제도를 두어 행위능력을 제한하는 경우가 있다. 이러한 제도는 제한능력자에게는 의사능력이 없음을 입증할 필요가 없게 되며(입증책임의 면제), 불완전한 거래능력에 따른 부당한 재산의 감소를 방지하여 본인과 그 가족의 이익을 보호하는 기능을 한다. 한편 거래의 상대방에게는 제한능력자가 형식적, 획일적으로 이미 민법상 정형화 되어 있기 때문에 사전에 이를 파악하여 조치함으로써 상대방의 손해를 미연에 방지하고 거래의 안전을 확보하는 기능을 하게 된다.

제3항 제한능력자제도

I. 의의

1) 제한능력자는 정신능력이 없거나 정신능력이 있더라도 완전하지 못하여 단독으로 권리를 행사하거나 의무를 부담함으로써 손해를 당할 우려가 있는 행위능력이 제한된 자를 말한다. 민법상 행위능력이 제한되는 경우로는 우선 연령에 의하여 획일적으로 결정되는 미성년자와 일정한 요건이 갖추어진 경우에 가정법원의 심판에 따라 제한능력자로 되는 피성년후견인과 피한정후견인이 있다.

2) 제한능력자 제도는 거래관계에 직접적 영향을 미치므로 강행규정이다.

3) 제한능력자 제도의 한계

가) 거래안전이 충분히 확보되지 않은 현행 제한능력자 제도는 거래안전 보다는 제한능력자 본인의 보호를 중심으로 하는 제도에 불과하다.

나) 행위능력제도는 법률행위에 관한 것이다. 따라서 의사표시를 요소로 하는 법률행위에 관한 것이 아닌 경우에는 적용되지 않는다.

다) 일반적으로 행위능력제도는 재산상의 법률행위에 적용되고, 당사자의 의사가 중시되는 가족법상의 행위에 대해서는 명문규정 때문에 원칙적으로 적용이 없다.

라) 생필품공급계약이나 의료계약의 경우에 법정대리인이 없는 때에 그 계약을 취소할 수도 있어 계약상대방에게도 불리하고 제한능력자에게도 계약 취소시 매우 불리한 때도 있다.

마) 대중교통수단, 전기, 수도, 가스, 자동판매기 등 사회정형적·집단적 행위에 적용하는 경우, 사회의 경제활동에 혼란을 주고, 거래안전을 위협하는 점도 있다.

II. 미성년자

1. 의의

1) 만19세를 성년기로 하여(제4조), 성년기에 이르지 않은 자가 미성년자이다. 성년기란 독립하여 사회생활을 할 수 있을 정도의 능력을 표준으로 하여 민법이 정한 사람의 연령상의 경계이다. 사람의 판단능력은 인종, 기후, 풍속, 관습, 교육수준 등과 상당한 관계가 있으므로 나라마다 또는 시대에 따라 다르다. 연령계산 방법은 출생일을 산입하여 曆에 의하여 계산하고 있는데(제158조), 출생에 관한 가족관계등록부의 기재는 강력한 추정자료일 뿐이다.

2) 성년을 19세로 한 근거는 명확하지는 않다. 그러나 청소년의 조속화에 따라 성년연령을 낮추는 세계적 추세와 「공직선거법」 등의 법령 및 사회·경제적 현실을 반영하여 성년에 이르는 연령을 만 20세에서 만 19세로 낮추었다고 그 개정이유를 밝히고는 있다.

3) 성년의제제도

가) 미성년자의 능력제한에 대한 중대한 예외는 만19세가 되기 전에 혼인을 하는 경우이다. 성년획일제도를 완화하기 위하여 1977년 개정민법은 제826조의 2를 신설하여 혼인에 의한 성년의제제도를 채용하였다. 여기서의 혼인은 법률혼을 말한다.

나) 성년의제제도는 민법상의 법률관계에 한하여 적용되며, 선거법, 청소년보호법, 근로기준법, 도로교통법 등의 공법관계에서는 성년의제가 적용되지 않는다.

4) 행위능력의 확장제도

민법에는 허락에 의한 능력확장제도가 있다. 이는 미성년자의 능력을 확장한다는 점에서 제도의 완화이지만 능력확장의 대상이 되는 행위가 특정되어 있다는 점이 다르다. 민법 제8조에서 "...허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다"고 규정하고 있는데 이는 법정대리인의 허락에 의하여 미성년자의 능력을 성년자와 같은 정도로 확장하는 것이다.

5) 연령인하제도

민법은 일정한 경우에 미성년자의 행위이지만 성년자의 행위와 동일 또는 유사한 효력을 인정하고 있다. 민법 제1061조는 유언은 만 17세가 되면 성년과 동일하게 다루고 있으며, 혼인은 만18세가 되면 할 수 있다(제808조). 이러한 혼인은 부모의 동의가 필요하지만(제808조), 동의를 얻지 않은 혼인도 취소되지 않는 한(제816조 제1호) 유효하다. 민사소송에 있어서 증인의 선서능력도 16세이다(민사소송법 제322조).

2. 미성년자의 행위능력

가. 원칙

1) 미성년자가 법률행위를 하는 데에는 원칙적으로 법정대리인의 동의를 얻어 법률행위를 하여야 하며(제5조), 동의 없이 법률행위를 한 경우에 미성년자 본인이나 법정대리인이 이를 취소할 수 있다(제5조, 제140조). 이러한 경우에 미성년자가 법률행위를 하였는지 여부에 대해서는 형식적으로 판단할 것이 아니라 실질적으로 판단해야 한다.

2) 미성년자가 법률행위를 함에 있어서 요구되는 법정대리인의 동의는 명시적 또는 묵시적으로도 가능하며, 미성년자의 행위가 법정대리인의 묵시적 동의가 인정되거나 처분허락이 있는 재산의 처분 등에 해당하는 경우라면, 미성년자로서는 더 이상 행위무능력을 이유로 그 법률행위를 취소할 수 없다(대판 2007.11.16. 2005다71659,71666,71673).

3) 미성년자가 동의 없이 한 행위는 일단 유효하며, 취소할 수 있는 상태에 있다. 즉 미성년자 소유의 토지가 미성년자 명의의 소유문서에 의하여 타에 이전등기된 경우에도 그 등기는 적법히 경료된 것으로 추정된다(대판 1969.2.4. 68다2147).

4) 법정대리인의 동의가 있었다는 입증책임은 그 동의가 있었음을 주장하는 자 즉 상대방에게 있다(대판 1970.2.2.4. 69다1568).

나. 예외

민법은 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻지 않고 단독으로 유효하게 법률행위를 할 수 있는 몇가지 경우를 인정하고 있다. 즉 미성년자도 행위능력이 있게 되며, 이를 부인하려면 의사능력이 없음을 인정해야 한다.

① 단순히 권리만을 얻거나 또는 의무만을 면하는 행위(제5조 단서)

어떤 행위가 미성년자에게 이익이 되는가는 경제적 관점이 아니라 법적효과를 기준으로 판단하여야 한다. 예를 들어 부담없는 증여를 받거나, 채무면제의 청약에 대한 승낙(제506조), 부양하지 않는 친권자를 상대로 한 부양료청구권 등의 경우에는 법정대리인의 동의가 필요하지 않다. 그러나 이익을 얻는 반면에 의무를 부담하는 행위는 미성년자 단독으로 하

지 못한다.

② 처분이 허락된 재산의 처분행위(제6조)

이러한 경우에 미성년자가 어느 범위까지 재산을 임의로 처분할 수 있는지 그 범위의 관하여 학설이 나누어지고 있다. 소수설은 미성년자의 보호를 강조하여 등록금, 여비 등 사용 목적을 정한 경우에 그 목적 범위내에서 처분이 가능하며, 사용목적은 정하지 않고 처분재산의 범위만 정한 경우에는 자유로운 처분이 가능하다고 한다. 다수설은 거래안전을 강조하여 사용목적은 정하였더라도 처분이 허락된 재산의 범위 내에서 임의로 처분할 수 있다고 한다. 법정대리인이 처분을 허락하는 재산의 범위는 제한능력자제도의 목적에 반할 정도로 포괄적인 처분을 허락하는 것이어서는 안된다.

③ 영업이 허락된 미성년자가 그 영업에 관하여 하는 행위(제8조제1항)

가) 이는 상대방의 거래의 안전과 미성년자의 보호와의 조화를 이루도록 한 것이다.

나) 영업이란 상업·공업·농업·자유업 등 널리 영리를 목적으로 하는 독립적·계속적인 사업을 의미하며(통설), 다수설은 사업주에 고용되어 노동을 제공하는 경우는 영업에 포함되지 않는다고 한다. ‘영업에 관하여’라 함은 영업을 하는데 있어서 직간접적으로 필요하다고 인정되는 일체의 행위를 포함하는 넓은 개념이다.

다) 법정대리인이 영업을 허락하는 경우에는 영업의 종류를 반드시 특정하여야 한다. 모든 종류의 영업이나 어떤 영업의 일부만을 허락하는 것은 허용되지 않는다. 영업의 허락은 특별한 방식이 없으며(상법 제6조, 제37조), 후견인이 동의함에는 후견감독인의 동의가 있어야 한다(제950조 제1항 제1호).

라) 영업의 허락이 있으면 그 영업에 관하여 미성년자는 성년자와 동일한 행위능력이 인정된다. 따라서 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력자가 되며 그 범위에서 법정대리인의 대리권은 소멸한다.

④ 대리행위(제117조)

대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다. 대리인이 한 법률행위의 효과는 직접 본인에게 귀속되므로 미성년자에게도 불이익이 없다.

⑤ 유언행위(제1061조)

유언에 관하여는 제5조가 적용되지 않으며(제1062조), 만17세에 달한 미성년자는 유효한 유언행위를 독자적으로 할 수 있다.

⑥ 무한책임사원

미성년자가 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 경우에 그 사원의 자격에 의하여 행하는 행위(상법 7조)는 능력자의 행위로 본다.

⑦ 근로계약의 체결과 임금의 청구

친권자나 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없다. 친권자, 후견인 또는 고용노동부장관은 근로계약이 미성년자에게 불리하다고 인정하는 경우에는 이를 해지할 수 있다. 아울러 사용자는 18세 미만인 자와 근로계약을 체결하는 경우에는 근로조건을 서면으로 명시하여 교부하여야 한다(근로기준법 제67조). 미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다(동 제68조). “미성년자 자신의 노무제공에 따른 임금의 청구는 근로기준법에 의하여 미성년자가 독자적으로 할 수 있다”(대판 1981.8.25. 80다3149).

⑧ 제한행위능력을 이유로 하는 취소(제140조)

취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

다. 동의나 허락의 취소 또는 제한

1) 동의 또는 재산처분허락의 취소(제7조)

가) 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 동의(제5조)와 허락(제6조)을 취소할 수 있다. 여기에서 법문상 취소이지만 법률행위 전에 소급효없이 장래에 대하여 효력이 발생되므로 실제적으로는 철회로 보아야 한다. 즉 제7조의 취소는 소급효과가 없으며, 따라서 법률행위를 하기 전에 철회가 가능하다.

2) 법정대리인이 미성년자 또는 상대방에게 철회를 통지한다. 다수설은 미성년자에게 통지한 경우 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 한다.

2) 영업허락의 취소와 제한 (제8조 제2항)

가) 법정대리인은 미성년자에게 준 영업의 허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 여기의 취소도 소급효없는 철회에 해당한다. 친권자인 부모가 법정대리인(제909조)인 경우는 제한이 없으나 법정대리인이 후견인인 경우에 친권자가 행한 영업의 허락을 취소 또는 제한하기 위하여 후견감독인의 동의를 받아야 한다(제945조).

나) 미성년자가 허락을 얻어 상업을 하는 때에는 등기하여야 한다(상법 제6조). 따라서 이를 취소하는 경우에도 말소등기 또는 변경등기를 하여야 한다. 상업 이외에는 공시방법이 부족하다.

3. 법정대리인

미성년자의 보호기관에는 제1차로 친권자, 제2차로 후견인이 있다. 이를 법정대리인이라고 하는데 법률에 의하여 선임된 대리인을 말한다.

가. 법정대리인이 되는 자

1) 미성년인 자를 보호하고 교양하기 위하여 그의 부모에게 인정되는 권리·의무를 친권이라 하고(제913조), 친권을 행사할 수 있는 자를 친권자라고 한다. 1차적으로 친권자가 법정대리인이 된다(제911조), 친권자가 누구인지 또는 친권의 행사방법을 제909조가 규정하고 있다.

2) 미성년자에게 부모가 없거나 부모가 친권을 행사할 수 없는 경우에 2차적으로 후견인이 법정대리인이 된다(제928조). 후견인은 지정후견인(제931조), 선임후견인(제936조)의 순으로 된다.

나. 법정대리인의 권한

1) 동의권

미성년자는 법정대리인의 동의(제5조 제1항) 또는 허락(제6조, 제8조 제1항, 상법 7조)을 얻어 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있다. 동의나 허락은 법정대리인의 단독행위이고 미성년자나 그의 상대방에 대해서도 가능하며 동의의 방법은 일정한 형식이 없으며 묵시의 동의라도 유효하다. 그런데 후견인의 동의권은 제950조의 제한을 받는다.

2) 대리권

가) 법정대리인은 미성년자를 대리하여 재산상의 법률행위를 할 권한이 있다(제920조 제938조). 법정대리인이 제한능력자를 위하여 영업을 하는 때에는登記하여야 한다(상법 제8조 제1항).

나) 동의 또는 처분을 허락한 경우에도 대리권을 행사할 수 있지만 영업허락을 한 경우에는 그 범위내에서 대리권이 소멸한다.

3) 취소권

법정대리인은 미성년자가 동의를 얻지 않고 한 법률행위를 취소할 수 있다(제5조 제2항, 140조 이하). 친권은 부모가 공동으로 행사하여야 하지만, 취소는 각자가 단독으로 할 수 있다.

3. 법정대리권의 제한

가. 부모의 공동대리권 행사

친권자인 부모가 미성년자를 대리하여 재산상의 법률행위를 하는 경우에는 공동대리로 해야 한다(제909조 제2항). 다만 부모의 의견이 불일치하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 선임한다(제909조 제2항 단서)

나. 후견인의 대리권행사의 제한

후견인이 미성년자를 대리하여 재산상의 법률행위를 하는 경우에는 후견감독인의 동의 등 제한을 받는다(제950조).

다. 근로계약 대리 금지(근기법 65조 1항): 동의만 가능

미성년자 본인의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 근로계약은(제920조 단서) 친권자의 대리권이 제한된다. 친권자나 후견인은 미성년자의 근로계약을 대리할 수 없다(근로기준법 제67조 제1항).

라. 이해상반행위의 금지

1) 법정대리인인 친권자와 그 미성년자 사이에 이해상반되는 행위를 한 경우 또는 법정대리인인 친권자가 그 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해가 相反되는 행위를 한 경우에는 그 자의 이익을 보호하기 위하여 가정법원이 선임하는 특별대리인이 자를 대리하도록 함으로써(제921조) 친권자의 대리권이 제한된다. “이해상반되는 행위라 함은 친권자인 부와 미성년자인 자가 각각 당사자 일방이 되어서 하는 법률행위 뿐만 아니라 친권자를 위해서는 이익이, 미성년자를 위해서는 불이익이 되는 행위도 포함된다”(대판 1971.7.27. 71다1113).

2) 이해상반 행위의 유형

가) 자기계약형은 친권자가 미성년자의 재산을 매수하는 행위이다. 친권자가 미성년자의 법정대리인으로서 매도인이 됨과 동시에 매수인이 되는 경우로 미성년자의 이익을 해할 우려가 있다.

나) 쌍방대리형은 친권에 복종하는 수인의 자를 대리하여 유산분할(제1013조)을 하는 행위이다. 이 경우에도 법정대리인이 유산을 분할할 때 어느 일방에 이익이 되게 할 우려가 있다.

다) 제3자 가담형은 친권자의 채무에 미성년자인 자를 연대채무자로 하는 행위 또는 친권자가 자기의 채무를 위하여 미성년인 자의 부동산에 저당권을 설정하는 행위 등이다.

Ⅲ. 피성년후견인

1. 의의

피성년후견인은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람으로서 가정법원으로부터 성년후견개시의 심판을 받은 자를 말한다(제9조).

2. 성년후견개시의 요건

가. 실질적 요건

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여되어야 한다(제9조 제1항) 성년후견개시의 심판을 할 경우 가정법원은 본인의 정신적 제약 상태를 의사에게 감정을 시켜야 하지만 그러한 상태를 판단할 충분한 자료가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 절차적 요건

1) 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구가 있어야 한다. 검사 또는 지방자치단체의 장이 청구권자에 포함된 것은 공익의 대표자로서 청구할 수 있도록 한 것이다.

2) 성년후견개시의 심판을 할 때 가정법원은 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항).

다. 성년후견개시의 심판

1) 가정법원은 실질적인 요건과 절차적인 요건이 갖추어졌다고 판단되면 성년후견개시의 심판을 하여야 한다.

2) 가정법원은 대법원규칙으로 정하는 판결 또는 심판이 확정되거나 효력을 발생한 경우에는 가족관계등록부(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제80조) 및 후견등기부에 등기할 것을 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조).

3. 피성년후견인의 행위능력

가. 원칙

피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다(제10조 제1항). 성년후견인의 동의가 있었다라도 취소할 수 있다. 취소권자는 피성년후견인 또는 성년후견이다(제140조).

나. 예외

1) 가정법원이 취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위의 범위를 정할 수 있는데 그러한 경우 그 범위에서 제한적으로 행위능력을 가진다(제10조 제2항). 그리고 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 가정법원이 그 범위를 변경할 수 있다.

2) 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다(제9조 제4항). 이는 사회정형적 행위에 따른 거래의 안전을 고려한 것으로 볼 수 있다.

3) 피성년후견인의 법률행위라도 성년후견인이 추인하면 유효한 행위로 될 수 있으며(제143조), 대리행위는 의사능력이 갖추어진 경우에 피성년후견인이 독자적으로 할 수 있다.(제117조).

4) 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다(제947조2 제1항).

5) 피성년후견인은 성년후견인의 동의를 얻어 가족법상의 행위에 관하여 스스로 유효한 법률행위를 할 수 있는 경우도 있다(제802조, 제808조 제2항, 제835조, 제973조, 제902조).

6) 유언은 의사능력이 회복된 때에만 할 수 있다(제1063조).

4. 성년후견의 종료

가) 성년후견개시의 원인이 소멸된 경우에 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 성년후견인, 성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견종료의 심판을 하여야 한다(제11조).

나) 가정법원이 피성년후견인에 대하여 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 성년후견의 종료 심판을 하여야 한다(제14조의3).

다) 성년후견종료의 심판은 장애에 향하여 효력을 가진다. 따라서 원칙적으로 심판전에 행하여진 피성년후견인의 법률행위는 취소될 수 있다.

IV. 피한정후견인

1. 의의

피한정후견인이란 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람으로서 가정법원으로부터 한정후견개시의 심판을 받은 자를 말한다(제12조).

2. 한정후견개시의 요건

가. 실질적 요건

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족하여야 한다. 이는 성년후견개시 원인인 지속적인 결여보다는 경미한 정신적 상태를 말한다. 이 경우에도 의사의 감정이 필요하다.

나. 절차적 요건

1) 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구가 있어야 한다(제12조 제1항).

2) 한정후견개시의 심판을 할 때 가정법원은 본인의 의사를 고려하여야 한다(제9조 제2항).

다. 한정후견개시의 심판

1) 가정법원은 실질적인 요건과 절차적인 요건이 갖추어졌다고 판단되면 한정후견개시의 심판을 하여야 한다.

2) 가정법원은 대법원규칙으로 정하는 판결 또는 심판이 확정되거나 효력을 발생한 경

우에는 가족관계등록부(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제80조) 및 후견등기부에 등기할 것을 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조).

3. 피한정후견인의 행위능력

가. 원칙

한정후견이 개시되면 피한정후견인의 능력이 제한된다. 가정법원은 한정후견인의 동의를 받아야 하는 피한정후견인의 행위의 범위를 정할 수 있다(제13조 제1항). 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 동의없이 하였을 때에 한정후견인은 그 법률행위를 취소할 수 있다(제4항). 그리고 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 따라 가정법원은 그 동의를 받아야만 할 수 있는 행위의 범위를 변경할 수 있다(제3항).

나. 예외

1) 한정후견인의 동의를 필요로 하는 행위에 대하여 한정후견인이 피한정후견인의 이익이 침해될 염려가 있음에도 그 동의를 하지 아니하는 경우에, 피한정후견인의 청구에 의하여 한정후견인의 동의에 갈음하는 가정법원의 허가를 받아서 독자적으로 할 수 있다(제13조 제3항). 동의를 요하는 행위라 하더라도 한정후견인이 추인하면 유효한 행위로 될 수 있다.

2) 피한정후견인은 가정법원의 동의를 요하는 것외의 행위를 독자적으로 할 수 있다.

3) 피한정후견인은 대리행위, 근로계약의 체결과 임금의 청구 등도 독자적으로 할 수 있다.

4) 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 한정후견인이 취소할 수 없다(제9조 제4항).

5) 피한정후견인은 가족법상의 행위에 관하여 스스로 유효한 법률행위를 할 수 있다. 다만, 피한정후견인의 신상결정 등에 관해서는 제947조의2가 한정후견사무를 준용하고 하고 있으므로 피성년후견인의 것과 같다.

4. 한정후견의 종료

가) 한정후견개시의 원인이 소멸된 경우에 가정법원은 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 한정후견인, 한정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견종료의 심판을 하여야 한다(제14조).

나) 가정법원이 피한정후견인에 대하여 성년후견개시의 심판을 할 때에도 종전의 한정후견의 종료 심판을 하여야 한다(제14조의3 제1항).

다) 한정후견종료의 심판은 장래에 향하여 효력을 가진다. 따라서 원칙적으로 심판전에 행하여진 동의를 요하는 법률행위는 동의가 없었음을 이유로 취소될 수 있다.

V. 피특정후견인

1. 의의

피특정후견인이란 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또

는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람으로서 가정법원으로부터 특정후견개시의 심판을 받은 자를 말한다(제14조의2).

2. 특정후견의 요건

가. 실질적 요건

질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 ‘일시적 후원’이나 또는 ‘특정한 사무에 관한 후원’이 필요하여야 한다. 정신적 제약은 일시적이거나 한정적인 상태이어야 한다. 특정후견개시의 심판을 할 때에 가정법원은 의사나 그 밖의 적당한 자의 의견을 들어야 한다.

나. 절차적 요건

1) 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구가 있어야 한다.

2) 특정후견은 본인의 의사에 반하여 할 수 없다(제14조의2).

다. 특정후견의 심판

가정법원은 실질적인 요건과 절차적인 요건이 갖추어졌다고 판단되면 특정후견개시의 심판을 하여야 한다.

3. 피특정후견인의 행위능력

가정법원은 특정후견의 심판을 하는 경우에 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다(제14조의2 제3항). 특정후견의 심판이 있는 경우에도 특정한 기간 또는 사무 이외의 범위에서 피특정후견인의 행위능력은 제한되지 않는다.

4. 특정후견인

1) 가정법원은 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 처분을 명할 수 있다(제959조의8). 그럴 경우 그에 필요한 처분으로 피특정후견인을 후원하거나 대리하기 위한 특정후견인을 선임할 수 있다(제959조의9).

2) 피특정후견인의 후원을 위하여 필요한 경우 가정법원은 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다(제959조의11). 특정후견인은 그러한 특정한 기간이나 범위내에서 대리권을 가진다.

5. 특정후견의 종료

1) 가정법원이 피특정후견인에 대하여 성년후견개시 또는 한정후견개시의 심판을 할 때에는 종전의 특정후견의 종료심판을 하여야 한다(제14조의3 제1항, 제2항).

2) 특정후견의 종료심판은 장래에 향하여 효력을 가진다.

VI. 제한능력자의 상대방 보호

1. 상대방보호의 이유

가. 의의

1) 제한능력자제도는 제한능력자의 재산보호를 목적으로 하기 때문에 제한능력자가 한

단독행위는 취소의 대상이 된다. 이러한 취소할 수 있는 법률행위의 효력은 취소를 하지 않으면 유효하지만 일단 취소를 하면 소급하여 효력이 상실되어 처음부터 무효로 된다(제141조).

2) 법률행위의 취소권을 제한능력자측만이 가지므로(제140조) 제한능력자와 거래한 상대방 및 그외 제3자도 불이익을 보거나 불안정한 지위 즉 유동적 유효상태에 놓이게 되어 거래안전을 해치게 된다. 즉 상대방의 보호보다는 제한능력자의 보호가 더 중요지만 그러나 상대방의 거래상의 지위가 제한능력자측의 태도결정에 달려있어 균형이 맞지 않으므로 상대방도 어느 정도까지는 보호해 줄 필요가 있게 된다.

3) 법률행위가 취소되면 취소의 소급효로 인하여 부당이득이 반환되어야 하는데 제한능력자는 선의·악의를 묻지 않고 받은 이익이 현존하는 한도에서만 상환의무를 부담한다(제141조 단서).

나. 상대방의 일반적 보호제도

가. 취소권의 단기소멸제도

취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년내에, 법률행위를 한 날로부터 10년내에 행사하도록 하여 어느 정도 상대방의 보호를 피하고 있다(제146조). 그러나 이와 같은 3년 또는 10년이라는 취소권의 소멸기간은 별로 실효성이 없는 제도이다.

나. 법정추인제도

전부나 일부의 이행, 이행의 청구, 경계, 담보의 제공 등 일정한 사유(제145조)가 있는 경우에 추인이 있는 것으로 보아 취소할 수 있는 법률행위를 확정적으로 유효하게 하는 것이 법정추인제도이다. 이러한 법정추인을 인정하는 데는 일정한 취소 원인이(제한능력) 종료한 후(제144조)에 가능하며 또한 법정추인사유가 있어야 한다. 법정추인사유가 예외적인 사유에 불과하기 때문에 별로 실효성이 없는 제도라 할 수 있다.

다. 이에 따라 민법은 상대방의 불이익을 해소하기 위하여 적극적으로 상대방의 최고권과 철회권·거절권 그리고 일정한 경우에 제한능력자의 취소권을 상실하게 하는 3가지 제도를 마련하고 있다.

2. 상대방의 촉구할 권리

가. 의의

1) 촉구란 상대방에게 어떠한 행위를 하도록 요구하는 것을 말한다. 촉구할 권리 즉 촉구권은 제한능력자의 상대방이 제한능력자측에 대하여 제한능력자가 행한 취소할 수 있는 법률행위를 추인할 것인지의 여부의 확답을 촉구하는 내용의 권리이다(제15조).

2) 제한능력자의 상대방이 가지는 촉구권은 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구하고 이에 대한 응답이 없으면 취소 또는 추인의 효과를 발생하게 하는 권리이다.

3) 촉구제도의 취지는 상대방에게 촉구권을 부여함으로써 스스로 불안한 법률관계로부터 벗어날 수 있는 방법을 열어서 상대방을 직접 보호하려는 것이다.

4) 촉구의 법적 성질은 준법률행위의 일종인 의사의 통지이다. 촉구권은 일방적 행위에

의하여 취소할 수 있는 행위의 취소 또는 추인이라는 효과를 발생시키므로 형성권의 일종이다.

나. 촉구의 요건

1) 제한능력자의 상대방은 제한능력자에 대하여 ① 취소할 수 있는 행위를 적시하고 ② 1개월 이상의 유예기간을 정하여 ③ 추인할 것인지 여부에 대한 확답을 촉구하여야 한다. 여기서 상대방의 선의·악의는 고려되지 않는다.

2) 촉구의 상대방은 촉구를 수령할 능력이 있고(제112조), 또한 추인할 수 있는 자에 한한다(제140조, 제143조). 제한능력자는 능력자가 된 이후에만 촉구의 상대방으로 될 수 있으며, 제한능력자가 아직 능력자가 되지 못한 경우에는 법정대리인에게 촉구하여야 한다(제15조).

다. 촉구의 효과

1) 의의

가) 제한능력자측이 확답을 발송하지 않은 경우에 촉구자의 의사와는 상관없이 촉구 그 자체의 법정된 효과가 발생한다. 제한능력자측이 추인 또는 취소가 있으면 그 확답에 따른 취소 또는 추인의 효과가 발생하는데 이는 의사표시의 효과이지 촉구 자체의 효과는 아니다.

나) 촉구의 의사표시가 도달한 날부터 유예기간 내에 제한능력자측이 상대방에게 확답을 발송하였으나 도달되지 않은 경우에도 발송사실이 증명되는 경우에는 유동적 유효상태가 지속된다고 볼 것이다.

2) 구체적인 효과

가) 제한능력자가 능력자로 된 후에 촉구를 받은 경우 추인한 것으로 본다(제15조 제1항).

나) 법정대리인이 촉구를 받았는데 법정대리인이 단독으로 추인한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다(제2항).

다) 후견감독인의 동의 등 추인을 위하여 특별한 절차가 필요한 경우에는 그 유예기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 취소한 것으로 본다(제3항).

[도달주의와 발신주의]

확답을 유예기간내에 발신하면 즉시 추인 또는 취소의 법률효과가 생긴다. 이를 발신주의라고 한다. 민법 제15조는 예외적으로 발신주의를 취하고 있다. 이에 대하여 민법은 원칙적으로 도달주의를 취하고 있다(제111조 제1항). 도달은 유예기간 내에 상대방에게 도달하여야만 법률효과가 생긴다. 이를 도달주의라고 한다. 한편 촉구를 하는 상대방측은 민법의 원칙에 따라 도달주의가 적용되므로 촉구의 효력은 촉구가 제한능력자측에 도달한 때로부터 생긴다. 따라서 유예기간의 계산도 제한능력자측에 촉구가 도달한 때로부터 기산하게 된다.

3. 상대방의 철회권과 거절권

가. 의의

제한능력자의 상대방이 제한능력자측에 대하여 촉구하더라도 그 촉구는 1개월의 이상의 유예기간을 두어야 하고 또 그 행위의 효력의 확정 여전히 제한능력자측에 좌우되기 때문에 상대방의 불이익은 여전히 남게 된다. 민법은 상대방이 제한능력자의 행위의 효력발생을 원하지 않을 경우에는 상대방이 스스로 그 효과의 발생을 부인해서 법률적인 구속으로부터

벗어날 수 있도록 철회권과 거절권을 인정하고 있다. 이 제도는 의용민법에 없던 것을 독일 민법을 참조하여 신설하였다.

나. 상대방의 철회권

1) 제한능력자와 계약을 맺은 자는 제한능력자측에서 추인이 있을 때까지 그 의사표시를 철회할 수 있다(제16조 제1항). 철회의 상대방은 법정대리인뿐만 아니라 제한능력자도 될 수 있다(제3항). 다만, 상대방은 선의이어야 한다. 즉 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 철회권이 인정되지 않는다(제1항 단서).

2) 상대방측이 자기의 의사표시를 철회하면 계약은 처음부터 없었던 것으로 되어 제한능력자측에서는 더 이상 추인할 수 없게 된다.

다. 상대방의 거절권

1) 제한능력자가 한 단독행위는 제한능력자측에서 추인이 있을 때까지 상대방은 제한능력자나 법정대리인에 대하여 제한능력자의 의사표시를 거절할 수 있다(제16조 제2항, 제3항). 여기에서 단독행위는 상대방없는 단독행위를 의미하며, 다수설은 상대방이 제한능력자임을 알고 있는지 여부 즉 선의·악의를 묻지 않고 거절권을 인정한다고 한다. 즉 계약과 달리 단독행위는 제한능력자의 일방적인 의사표시만 있고 상대방은 그 의사표시를 수령할 뿐이므로 상대방이 제한능력자임을 알고 있었다라도 상대방에게 책임을 물을 수 없기 때문이다.

2) 상대방이 제한능력자의 의사표시를 거절하면 그러한 제한능력자의 단독행위는 무효이다.

4. 취소권의 상실

가. 의의

제한능력자가 상대방으로 하여금 자기가 능력자임을 오신케 하거나 법정대리인의 동의를 있는 것으로 오신케 하기 위하여 상대방을 속인 경우에는 전혀 보호할 필요가 없다. 이 경우에 상대방은 사기를 이유로 자기의 의사표시를 취소하거나(제110조 제1항) 또는 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다(제750조). 그러나 상대방이 당초 의도한 대로 거래를 완전히 유효하게 완성시키는 것이 바람직하다. 이에 민법은 보호할 가치가 없는 제한능력자로부터 취소권을 빼앗아 거래 안전과 상대방을 보호한다. 이것이 제17조의 취소권 박탈 제도의 취지인데 이는 프랑스 민법을 참조하여 제한능력자에 확장한 것이다.

나. 취소권상실의 요건

1) 제한능력자가 자기를 능력자로 믿게 하려고 하였거나 또는 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 하려고 하였어야 한다(제17조). 여기에서는 미성년자와 피한정후견인의 경우에 한정하고 피성년후견인은 제외시키고 있다. 피성년후견인은 법정대리인의 동의를 있는 것으로 믿게 한 때에도 예외에 해당하지 않는 한 언제나 취소할 수 있다.

2) 제한능력자가 속임수를 썼어야 한다.

속임수란 기망수단을 말한다. 판례는 “민법 제17조에 소위 「무능력자가 능력자인 것을 믿게하기 위하여 사술을 쓴 때」 라함은 무능력자가 상대방으로 하여금 그 능력자임을 믿게 하기 위하여 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말하는 것으로서 단순히 자기가 능력자라 칭한

것만으로는 동조에 소위 사술을 쓴 것이라 할 수 없다”(대판 1954.3.31. 4287민상77)고 한다. 다수설은 상대방 보호와 거래 안전을 중요시하여 적극적인 기망수단은 물론 상당한 정도와 방법으로 오신을 유발하거나 강하게 하는 것도 포함되는 것으로 속임수를 넓게 해석하여 예컨대 자기가 능력자라고 하거나 침묵도 포함한다고 한다. 소수설은 적극적인 기망수단을 요한다고 한다(방순원). “미성년자가 사술을 썼다고 주장하는 때에는 그 주장자인 상대방 측에 그에 대한 입증책임이 있다”(대판 1971.12.14. 71다2045).

3) 상대방이 誤信하였어야 한다.

제한능력자의 속임수에 의하여 상대방이 제한능력자를 능력자로 믿거나 법정대리인의 동의를 있다고 믿었어야 한다.

4) 상대방이 그러한 오신에 기하여 제한능력자와 법률행위를 하였어야 한다. 즉 제한능력자의 속임수와 상대방의 오신 사이에 인과관계가 있음을 필요로 한다.

제17조(제한능력자의 속임수) ① 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.

② 미성년자나 피한정후견인이 속임수로써 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에도 제1항과 같다.

다. 취소의 효과

이러한 요건이 갖추어졌을 때에는 제한능력자측의 취소권이 배제된다. 즉 제한능력자측의 취소권은 박탈된다. 이러한 효과는 제한능력자에 대한 제재라기 보다는 보호범위를 일탈한 행위라는 이유로 제한능력자에게 부여된 특권을 취소한다는 의미이다.

제3관 住所

I. 의의

가. 주소란 사람의 생활의 근거가 되는 곳을 말한다(제18조 제1항). 사람은 대개 일정한 장소와 밀접한 관련을 이루고 법률관계를 형성, 유지하는데 사람의 생활관계의 중심지를 주소라고 한다. 주소는 **민법 및 각종 특별법에 있어서 표준이나 장소가 된다.**

나. 주소는 다음 개념들과 구별된다.

1) 가족관계등록지는 가족관계의 등록에 관한 기준지를 말한다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제10조).

2) 주민등록지는 30일 이상 거주할 목적으로 일정한 장소에 주소 또는 거소를 가지는 자가 주민등록법에 의하여 등록한 장소를 말한다(동법 제6조). 반증이 없는 한 주민등록지는 주소지로 추정한다.

II. 주소제도

1. 주소의 효과

가. 민법상 주소는 부재와 실종의 표준(제22조, 제27조), 법인사무소의 소재지(제36조),

변제의 장소(제467조), 상속개시지(제981조, 제998조)이다.

나. 민법이외의 사법관계에서 주소는 어음행위의 장소(제2조 제3항, 수표법 제8조), 재판 관할결정의 표준(민사소송법 제2조, 가사소송법 제13조, 제22조, 제26조), 민사소송법상 부가기간(동법 제172조 제2항), 국제사법상 증거법의 결정 표준(국제사법 3조2항)이 된다.

다. 공법관계에서 주소는 선거권의 기준(공직선거 및 선거부정방지법 제16조), 귀화 및 국적회복의 요건(국적법 제5조 내지 제7조), 주민등록의 요건(주민등록법 제6조 제1항), 징세의 기준(국세기본법 제8조, 국세징수법 제12조, 제13조, 소득세법 제9조)이 된다.

2. 주소의 결정

가. 형식주의와 실질주의

형식주의는 형식적 표준(家神의 제단이 있거나 가묘의 소재지)에 따라서 확일적으로 주소를 정하는데 오늘날 생활관계의 변동에 적용하기가 어렵다. 실질주의는 각자의 실질적인 생활사실에 기하여 구체적으로 주소를 정하는데, 이는 우리 민법이 취하는 태도이다.

나. 의사주의와 객관주의

의사주의는 주소의 설정과 변경에 대하여 定住의 객관적 사실 외에 정주의 의사가 필요하다는 견해이다. 객관주의는 정주의 사실이라는 객관적 요소만을 표준으로 하는 입장이다. 민법은 이에 대하여 구체적으로 규정하지 않고 있는데, 주소의 표준에 관하여 실질주의를 취하는 점을 보면 민법은 객관주의를 전제하고 있다고 할 수 있다.

다. 단일주의와 복수주의

단일(단수)주의는 주소의 개수에 대하여 1개만을 인정하는 원칙으로 의사주의에 따르면 단일주의에 따르게 된다. 민법은 복수주의를 채택하고 있다(민법 제18조).

라. 판례는 “주소 결정시 주민등록이 중요한 자료가 되지만 그것만으로 주소가 결정되는 것은 아니며, 생활근거지가 주소이다”라고 한다(대판 1990.8.14. 89누8064).

3. 주소와의 구별개념

가) 거소(居所)란 사람이 상당한 기간을 계속하여 거주하는 장소로, 정주성이 주소보다 약한 곳을 말한다. 민법은 어느 사람의 주소를 알 수 없거나 국내에 주소가 없는 경우에, 거소를 주소로 본다(제19조, 제20조).

나) 현재지란 장소적 관계가 거소보다 희박한 곳을 말한다. 예를 들어 여행 중 일시적으로 머무는 숙박업소가 이에 해당한다. 이에 대하여 민법이 따로 정하고 있지 않지만 현재지가 거소에 포함되는 것으로 해석할 수 있다.

다) 거주소(假住所)란 당사자가 특정한 거래관계에 관하여 일정한 장소를 선정하여 그 거래관계에 주소로서 법적 기능을 부여한 장소를 말한다(제21조). 거주소는 당사자의 의사에 의하여 설정되며, 당해 거래관계에 한하여 주소로서의 효과를 가진다.

제4관 不在와 失蹤

I. 서설

1. 의의

가. 제도의 취지

사람이 종래의 주소나 거소를 떠나 당분간 돌아올 가능성이 없는 경우에, 그의 잔류재산을 관리하고 잔존배우자 등 부재자 본인의 이익과 이해관계인을 보호할 필요가 있다. 이에 민법은 우선 부재가 생존하는 것으로 추정하여 부재자가 돌아오기를 기다리며 부재자의 잔류재산을 관리하다가, 부재자의 생사불명상태가 일정기간 지속되어 생존가망성이 적게 되면 일정한 절차에 따라 그가 사망한 것으로 보아 법률관계를 정리한다.

나. 민법의 태도

권리의무의 귀속주체는 여전히 본인이며, 아무리 부재자여도 스스로 재산관리인을 두고 있으면 아무 문제가 없다. 민법은 부재자가 있을 경우에 1차적으로는 부재자의 재산관리를 하고, 2차적으로는 실종선고를 하여 재산문제를 비롯한 법률문제를 정리하도록 한다.

II. 부재자의 재산관리

1. 의의

부재자란 통설에 의하면 종래의 주소나 거소를 떠나 당분간 쉽사리 돌아올 가망이 없는 자를 말하며, 반드시 생사불명이어야 하는 것은 아니고, 부재자의 생존을 전제로 한다. 즉 부재자가 돌아올 가망성 외에 방치한 잔류재산을 관리해야 할 필요성이 있어야 한다. 부재자는 그 성질상 자연인에 한한다.

2. 잔류재산의 관리

부재자의 재산관리제도는 부재자의 잔류재산을 관리하기 위한 것이다. 민법은 부재자가 관리인을 둔 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여, 전자의 경우에 본인의 의사를 존중하여 부득이한 사정이 있어야 가정법원이 관여하도록 하고, 후자의 경우에는 부재자의 재산관리에 가정법원이 전면적으로 관여하도록 하고 있다.

가. 부재자가 재산관리인을 둔 경우

1) 원칙(불간섭주의)

부재자가 재산관리인을 둔 경우에 그 관리인은 부재자의 수임인이고 또한 그의 임의대리인이다. 관리인의 권한과 관리의 방법은 당사간의 계약 및 제118조에 의하여 정해진다. 부재자가 사망하더라도 일정시기까지 그 관계가 지속된다(제691조).

2) 예외

부재자가 재산관리인을 둔 경우라도 일정한 경우에 가정법원이 개입한다.

가) 재산관리의 권한이 본인의 부재 중에 소멸하면 관리인을 두지 않은 경우와 같은 조치를 취한다(제22조 제1항 후단).

나) 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우

(1) 가정법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 改任 할 수 있다(제23조).

(2)개입하지 않고 감독만 할 수도 있다. 가정법원은 선임한 재산관리인에 대하여 관리할 재산목록의 작성(제24조 제1항) 및 부재자의 재산을 보존하기 위하여 필요한 처분을 명하고(동조 제3항), 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 이를 허가하고(제25조), 재산의 관리 및 반환에 관하여 상당한 담보의 제공이나 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급하게 할 수 있다(제26조).

나. 부재자가 재산관리인을 두지 않은 경우

1) 법원의 개입

가) 부재자에게 재산관리인이나 법정대리인도 없는 경우에 가정법원은 이해관계인이나 검사의 청구에 의하여 재산관리에 필요한 처분을 할 수 있다(제22조 제1항). 필요한 처분에는 재산관리인의 선임과 잔류재산의 매각 등이 있으나 재산관리인의 선임이 일반적이다.

나) 이해관계인이라 함은 부재자에게 재산을 관리할 자가 없다는 사실에 대해 법률상 이해관계를 가지는 자를 포함하며, 부재자의 상속인, 배우자, 채권자, 공동채무자, 보증인 등이다.

다) “법원이 선임한 부재자의 재산관리인은 그 부재자의 사망이 확인된 후라 할지라도 위 선임결정이 취소되지 않는 한 그 관리인으로서의 권한이 소멸되는 것은 아니다”(대판 1971.3.23. 71다189 판결)

2) 선임된 재산관리인

가) 지위

가정법원이 선임한 재산관리인은 일종의 법정대리인이다. 선임된 재산관리인은 언제든지 사임할 수 있고, 법원도 언제든지 개입할 수 있다. 부재자 재산관리인의 선임이나 해임이 법원의 재량행위라 하더라도 부재자 재산관리제도의 취지에 비추어 부재자들과 그 재산의 공유관계에 있는 기 선임된 재산관리인에 대하여 그 부적성을 나타내주는 사유가 있다는 등 재산관리인을 바꾸어야 할 상황에 있다고 볼만한 특별한 사정이 엿보이지 않음에도 불구하고 별다른 조사과정도 없이 쉽사리 그 재산관리인을 개입한 것은 재량권을 매우 벗어난 것으로 위법하다.(대판 1986.8.26. 86프1)

나) 재산관리

재산관리인은 보존행위 등을 자유롭게 할 수 있으나(제118조), 이를 초과하는 처분행위를 할 경우 법원의 허가를 받아야 한다(제25조). 이는 부재자의 복귀를 염두에 둔 것으로 볼 수 있다. 법원의 허가없이 할 수 있는 행위는 ① 부재자에게 전적으로 이익이 되는 화해 ② 건물에 관한 임료청구 및 불법행위로 인한 손해배상청구 ③ 부재자를 위한 소송비용 충당을 위한 금원차용과 변제 ④ 부재자 소유 부동산에 관한 타인명의 등기의 말소청구소송, 인도소송 등이다. 부재자 재산관리인이 법원의 매각처분허가를 얻었다 하더라도 부재자와 아무런 관계가 없는 남의 채무의 담보만을 위하여 부재자 재산에 근저당권을 설정하는 행위는 통상의 경우 객관적으로 부재자를 위한 처분행위로서 당연하다고는 경험칙상 볼 수 없다.(대결 1976.12.21. 75마551) 부재자 재산관리인에 의한 부재자 소유의 부동산 매매행위

에 대한 법원의 허가결정은 그 허가를 받은 재산에 대한 장래의 처분행위뿐만 아니라 기왕의 매매를 추인하는 방법으로도 할 수 있다.(대판 2000. 12. 26. 99다19278)

다) 의무

재산관리인은 부채자를 위하여 관리할 재산목록의 작성, 부채자의 재산을 보존하기 위하여 필요한 가정법원이 명하는 처분의 수행(제24조), 재산의 관리 및 반환에 관하여 상당한 담보의 제공(제26조) 등의 의무를 부담한다. 재산관리인은 선량한 관리자의 주의의무로 직무를 처리하여야 한다(제681조).

라) 권리

재산관리인은 보수청구권과 재산관리를 위하여 지출한 필요비와 그 이자 및 과실 없이 입은 손해배상을 청구할 수 있다(제24조 제4항, 제688조).

3) 관리의 종료

가) 원인

본인 스스로 재산관리를 할 수 있게 된 경우, 부채자가 후에 재산관리인을 둔 경우(제22조 제2항) 그리고 본인의 사망이 확인된 경우 또는 실종 선고가 있는 경우

나) 절차

가정법원은 본인 또는 이해관계인의 청구에 의하여 종전의 처분명령을 취소하여야 한다(제22조 제2항). 법원이 선임한 부채자의 재산관리인은 그 부채자의 사망이 확인된 후라 할지라도 그 선임결정이 취소되지 않는 한 그 관리인으로서의 권한이 소멸되는 것은 아니다(대판 1971.3.23. 71다189). 재산관리인이 법원의 허가를 얻은 권한초과행위가 그 선임결정이 취소되기 전에 이루어진 행위는 부채자에 대한 실종선고기간이 만료된 뒤에 이루어졌다고 하더라도 유효하다(대판 1981.7.28. 80다2668)

다) 효력

가정법원의 처분허가 취소(가사소송규칙 제50조)의 효력은 소급하지 않는다. 즉 기존의 관리행위의 효력은 소급하여 소멸하지 않고 장래효만 있을 뿐이다. 따라서 재산관리인이 선임 결정 이후 그 취소 전에 자기의 권한범위 내에서 한 행위는 그의 선의, 악의에 불구하고 유효하다.

III. 실종선고

1. 의의

부채자의 생사불명상태가 일정기간 지속된 경우에 이해관계인의 불이익을 제거하기 위하여 가정법원의 선고에 의하여 그 부채자를 사망한 것으로 간주하여, 종래의 주소나 거소를 중심으로 한 법률관계를 확정하는 제도가 실종선고이다.

2. 실종선고의 요건 :

가. 실질적 요건

1) 부채자의 생사불명

부채자의 생사가 분명하지 않아야 한다. 생사불명이란 생존하고 있는지 사망하였는지를 알 수 없는 상태를 말하며, 실종선고의 청구권자와 법원에게 부채자의 생사여부가 불명이면 된다(상대적 불명).

2) 일정기간의 경과

가) 부재자의 생사불명이 일정기간 지속되어야 한다. 실종기간의 경과를 실종선고의 요건이자 동시에 실종선고 청구의 요건이다.

나) 전쟁이나 선박의 침몰 등과 같이 사망의 개연성이 높은 경우(특별실종)와 보통의 경우를 나누어 달리 기간을 정하고 있다. 보통실종의 실종기간은 5년이며, 부재자의 생존을 증명할 수 있는 최후의 시점을 기산점으로 한다(제27조 제1항). 보통실종의 실종기간의 기산점에 대하여 민법에는 규정이 없는데, 통설에 따르면 최후의 소식이 있는 때를 기산점으로 보고 있다. 특별실종의 실종기간은 1년이며(제27조 제2항), 그 기산점은 유형별로 법정되어 있다. 전쟁실종은 정전, 휴전선언 또는 항복선언 등 전쟁이 종료한 때부터 기산한다. 선박실종은 선박이 침몰한 때부터 기산한다. 항공기실종은 항공기가 추락한 때부터 기산한다. 기타 홍수, 지진 등 위난을 당한 자의 실종기간은 위난이 종료한 때부터 기산한다.

나. 절차적 요건

1) 청구

이해관계인 또는 검사의 청구가 있어야 한다(제27조). 이해관계인이란 실종선고로 인하여 권리를 얻거나 의무를 면하는 등 신분상 또는 재산상의 이해관계 즉 법률상의 이해관계를 가지는 자를 말한다. 부재자의 배우자, 상속인, 법정대리인, 재산관리인 등이며, 부재자의 채권자나 채무자가 이해관계인인지 여부에 대하여는 견해가 나누어진다(긍정설은 박윤직, 부정설은 송덕수, 고상룡, 지원립). 부재자가 사망할 경우 제1순위의 상속인이 따로 있는 경우 제2순위의 상속인은 실종선고를 청구할 수 있는 신분상 또는 경제상의 이해관계를 가진 자라고 할 수 없다(대결 1992.4.14. 92스4,5,6).

2) 공시최고

가정법원은 가사소송규칙 제53조 이하의 규정에 따라 부재자 자신 또는 부재자의 생사를 알고 있는 자에 대하여 신고하도록 6월 이상 공고하여야 한다. 이러한 공시최고기간이 지나도록 신고가 없으면 가정법원은 실종선고를 반드시 하여야 한다(제27조 제1항).

3. 실종선고의 효과

가. 사망의 간주

1) 실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다(제28조). 따라서 상속이 일어나고 혼인이 해소되어 재혼할 수 있는데 이러한 법률효과는 청구인 뿐만 아니라 모든 사람에게 대해서도 발생한다. 실종자에 대하여 생사불명을 원인으로 이미 실종선고가 되어 확정되었는데도, 그 이후 타인의 청구에 의하여 새로이 확정된 실종선고를 기초로 상속관계를 판단해서는 아니된다(대판 1995. 12. 22. 95다12736).

2) 실종선고를 받은 자는 사망한 것으로 간주되므로 실종선고가 취소되지 않는 한 반증을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없으며(대판 1995.2.17. 94다52751), 사망의 효과를 저지하려면 실종선고를 취소하여야 한다. 따라서 실종기간 만료시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실종선고가 취소되지 아니하는 한, 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없다(대판 1994.9.27. 94다21542).

나. 사망의 효과가 발생하는 시기

1) 실종선고에 의하여 사망한 것으로 간주되는 시기에 대하여 스위스 민법은 최후소식시를, 독일 실종법은 법원이 사망시를 정하는 등 다양한 입법례가 있으나, 민법은 실종선고시가 아니라 실종기간 만료시에 사망한 것으로 본다. 그런데 생사 불명기간 만료로 사망 간주된 사실이 인정되는 사안에 있어서 피상속인의 사망 후에 실종선고가 있었으나 실종기간이 피상속인 사망 전에 만료됨으로써 실종자가 재산상속인이 될 수 없는 경우도 생길 수 있다(대판 1982.9.14. 82다144). 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로 실종선고 확정 전에는 실종기간이 만료된 실종자를 상대로 하여 제기된 소도 적법하고 실종자를 당사자로 하여 선고된 판결도 유효하며, 비록 실종자를 당사자로 한 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정되어 그 사망간주의 시점이 소 제기 이전으로 소급하는 경우에도 사망한 사람을 상대로 한 판결로서 무효가 되는 것도 아니다(대판 1992.7.14. 92다2455)

2) 실종선고가 있으면 실종자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 간주되며 그 때까지는 생존하는 것으로 추정된다. 판례는 실종선고의 효력이 생기기 전까지는 생존하였던 것으로 보아야 된다(대판 1977.3.22. 77다81,82)함으로써 생존하는 것으로 간주하고 있다. 실종기간은 초일을 산입하지 않고 曆에 의하여 계산된다.

다. 사망으로 간주되는 범위

실종선고는 실종자의 종래의 주소지를 중심으로 한 私法的 법률관계(재산법, 가족법)만을 종료하게 한다. 선거권, 피선거권의 유무, 실종자 또는 그의 범죄성립 등 공법적 관계는 종료되지 않으나 주민등록법상으로는 사망한 것으로 정리된다(동법 제13조의2). 실종선고는 사망이 아니므로 권리능력 자체의 소멸은 아니다.

4. 실종선고의 취소(29조)

가. 의의

실종선고가 있으면 실종자는 사망한 것으로 간주되므로, 실종자의 생존이나 기타 다른 시기에 사망하였다는 확증이 있더라도 실종선고의 효과를 다투지 못한다. 사망의 시기나 그 효과 자체를 번복하기 위하여는 실종선고를 취소하여야 한다.

나. 요건

1) 실질적 요건으로는 실종자가 생존하고 있는 사실, 실종자가 실종기간 만료일과 다른 시기에 사망한 사실(제29조 제1항), 실종기간 만료 후 어느 시기에 생존하고 있었던 사실이 있어야 한다.

2) 형식적 요건으로는 본인, 이해관계인 또는 검사의 청구가 있어야 한다. 공시최고 불필요하다.

3) 실종선고 취소의 절차는 실종선고의 절차와 동일하며, 가사소송법 및 가사소송규칙에 의한다.

다. 실종선고 취소의 효과

1) 소급효가 원칙

실종선고가 취소되면 실종선고가 소급적으로 무효가 되어 사망간주의 효과가 소급적으로 소멸한다. 실종선고의 취소의 효과는 취소원인에 따라 다르다.

가) 가족관계와 재산관계는 신고전의 상태로 돌아간다.

나) 실종자가 실종선고와 다른 시기에 사망한 경우에 그 시기를 표준으로 다시 사망에 의한 법률관계 확정된다.

다) 실종기간 기산점 후에 생존한 사실을 원인으로 하여 취소되면 신고 전의 법률관계로 회복된다.

2) 소급소멸의 예외

가) 의의

실종선고 후 그 취소 전에 선의로 한 법률행위는 유효하다(제29조제1항 단서). 이 때 선의는 실종선고가 사실에 반하는 것을 알지 못하는 것이며, 과실 유무는 따지지 않는다. 재산취득자에게 선의취득이나 취득시효의 완성과 같은 사유가 있는 경우 실종선고의 취소에 의하여 영향을 받지 않으며, 상속재산 처분, 잔존배우자의 재혼 등은 부활되지 않는다.

나) 선의의 판단

(1) 채무면제, 취소, 해제 등 단독행위의 경우에는 단독행위자가 선의이면 되고 상대방의 선의는 문제되지 않는다.

(2) 재산법상 계약의 경우에 다수설은 실종자의 보호를 중시하여 양 당사자가 선의이어야 보호받을 수 있으며, 쌍방이 악의이거나 어느 일방이 악의인 경우에는 취득한 물건 또는 이득을 실종자에게 반환하여야 한다고 한다.

(3) 재혼 등 가족법상 계약의 경우에는 쌍방이 선의이어야 유효하다(통설). 따라서 재혼 당사자의 쌍방 또는 일방이 악의라면 전혼이 부활되어 전혼에 관하여 이혼 사유가 되고, 후혼에 관하여는 취소사유가 존재한다. 그러나 가족법상의 행위에 대하여는 제29조 제1항이 적용되지 않는다고 하는 소수설 있다.

다) 정산관계

(1) 실종선고를 직접 원인으로 하여 재산을 취득한 자(상속인, 수증자, 보험수익자 등)가 선의라면 그 받은 이익의 현존의 한도에서 이익을 반환할 의무가 있고, 악의인 경우에는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 손해를 배상하여야 한다(제29조 제2항).

(2) 직접수익자의 이득반환의무의 법적성질은 부당이득반환의무이다. 반환의무자는 직접수익자이며, 상속인의 상속인이나 상속인으로부터 상속재산을 매수한 전득자는 포함되지 않는다. 이러한 이득반환의무는 실종선고 취소시부터 10년의 소멸시효에 걸린다.