

2023년 공인노무사
민법 체계잡기 특강

—이동건 교수—

1. 민법의 체계잡기

(1) 소유권이전 과정 사례

갑은 1.1 을에게 자신의 건물을 10억원에 매도하고 1억원을 계약금으로 받았다. 을은 1.15 중도금으로 4억원을 지급하기로 하고, 2.1 잔금과 등기권리증을 교환하기로 하였다. 2.1 을은 잔금을 지급한 뒤 등기권리증을 수령한 후 이를 기초로 등기소에 이전등기를 신청하여 2.15 을의 이름으로 이전등기가 경료되었다.

1) 매매계약 : 채권법의 영역

- 계약에 의한 채권의 발생
- 1.1. 시점에서는 건물 소유권이 이전되는 것이 아니라, 당사자는 건물과 대금에 대해서 채권, 채무관계를 가질 뿐이다.
- 채권행위 : 채권 혹은 채무를 발생시키는 법률행위

2) 소유권이전 계약 : 물권법의 영역

- 2.1. 갑은 건물에 대한 집문서를 넘겨주고 을은 잔금을 지급하였다면 당사자간에는 건물과 대금에 대한 소유권 이전에 대한 합의가 묵시적으로 있었던 것이 된다.
- 물권행위 : 소유권의 변동을 가져오는 법률행위

3) 소유권이전 시점

- 2.1 당사자는 건물에 대한 소유권 이전의 합의를 하였으므로 건물의 소유권 이전 시점은 2.1인가? 일본은 2.1 시점에서 소유권이 이전된다. 등기는 대항요건일 뿐이다.
- 그러나, 우리 민법은 물권변동이 있기 위해서는 원칙적으로 물권행위 이외에 등기를 요구하므로(186조 참조) 2.15이 되어야 을은 건물에 대한 소유권을 취득한다.

(2) 민법총칙의 의의

1) 채권법

- 채권자가 채무자에게 일정한 행위를 요구하는 권리를 다루는 법률관계
- 특정인에게만 요구할 수 있다는 점에서 물권과 다르다.
- 채권각론 : 채권의 발생 원인을 다룬다.
 - ① 계약 ② 불법행위 ③ 부당이득 ④ 사무관리
- 채권총론 : 위 4가지의 공통부분을 다룬다. 예를 들어 채무불이행이 발생할 때 채권자의 구제책은 채권총론의 핵심이 된다.

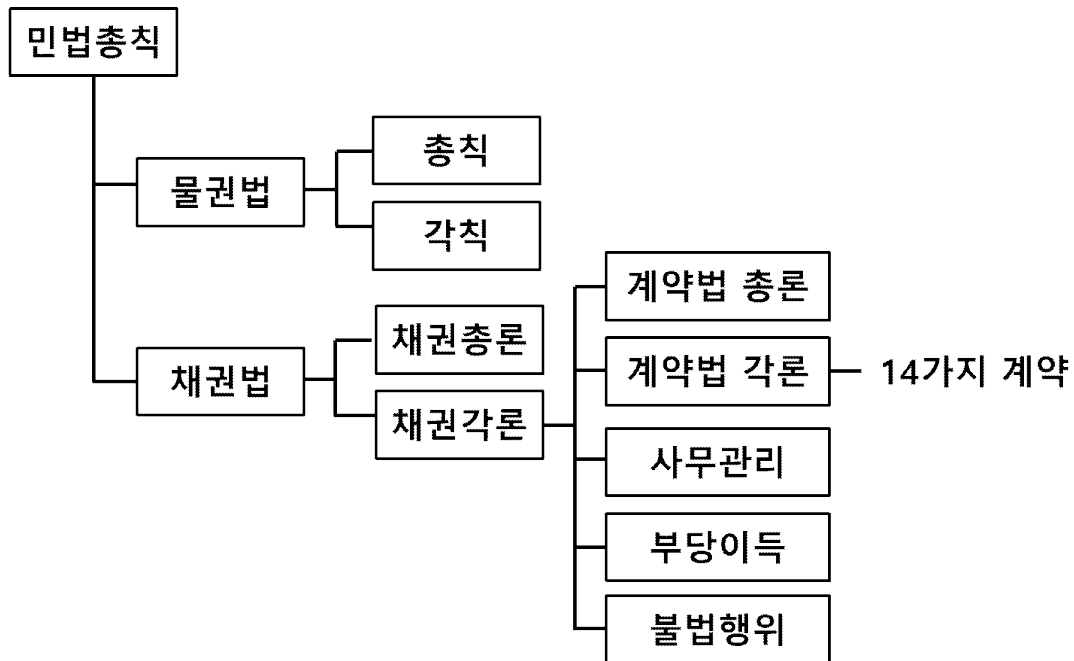
2) 물권법

- 물권이란 권리자가 물건(부동산이나 동산)을 직접 지배해서 얻는 배타적 권리를 말한다.

3) 민법총칙

- 재산법의 총칙 : 물권법과 채권법의 공통부분을 규정 : 독일식 판데텐 시스템
 - ① 장점 : 조문 수를 줄일 수 있다

- ② 단점 : 물권법과 채권법에 대한 기본이해가 선행되어야 한다.
 <누가> 채권행위와 법률행위를 할 수 있는가? : 3조~97조
 <법률행위> : 103조~154조



2. 채권법의 이해

법률행위란 권리(혹은 의무)의 변동(발생, 변경, 소멸)을 초래하는 일체의 법적인 행위를 말한다. 위에서 예를 든 채권행위와 물권행위는 대표적인 법률행위이다.

(1) 법률행위의 중요성

법률행위는 사적자치를 실현하는 수단이 된다. 자신이 원하는 물자를 계약에 의해서 조달하는 것을 생각해보면 법률행위는 민법의 핵심이다.

(2) 법률행위의 핵심은 의사표시

- 계약은 당사자의 합의하에 하는 것이다. → 2개의 의사표시 필요
- 취소권의 행사 → 1개의 의사표시 필요

(3) 계약을 지키지 않아도 되는 경우

1) 합의해제

쌍방이 합의하여 계약을 없애버리면 된다. 그러므로 합의해제도 계약의 일종이다.

2) 무효사유의 존재

- 계약이 성립하였지만, 계약의 성립과정에 중대한 하자가 있으면 그 계약은 처음부터 효력이 발생하지 않는다. (권리 · 의무의 불발생. 따라서 받은 것은 부당이득이 되므로 돌려주어야 된다)
- 어떤 것이 중대한 하자인지 분쟁이 생길 수 있으므로 민법은 무효사유를 대개 명문으로 규정한다. 그러나 의사무능력자의 경우처럼 해석상 인정되는 경우도 있다.

3) 취소권의 행사

- 계약을 체결할 때 무효까지는 아니더라도 법에서 정한 하자가 있는 경우에 그 사람을 보호하는 제도이다.

- 4가지

- ① 제한능력이 법정대리인의 동의를 받지 않고 거래한 경우
- ② 착오를 일으켜 거래한 자
- ③ 사기나 강박을 당하여 거래한 자

- 무효와의 차이

① 일단 유효

취소 사유가 있다 하더라도 취소권을 행사하지 않는 이상 그 계약은 유효하다. 그런데, 취소권자가 취소하는 것이 유리하다고 판단하면 그 계약을 취소시켜 처음부터 무효인 것으로 할 수 있다. 취소권자에게 선택권을 주는 것이다. (취소권을 행사하여 무효가 되면 부당이득의 문제가 생기는 것은 동일하다)

② 기간 내에 행사할 것

취소권을 무한정 행사하는 것은 바람직하지 않으므로 취소권은 일정기간 내에 행사하여야 한다.(146조) 이 기간이 경과하면 취소권은 소멸하므로 그 계약은 유효로 확정된다. 그러나 무효는 무효사유가 있으면 100년이 지나도 무효를 주장할 수 있으니까 큰 차이가 있다.

참고>

그래서 무효사유와 취소사유를 구별하는 것은 제법 중요하다. 양자의 차이 2가지는 꼭 숙지하여야 하며 (그 외에 다른 차이도 더 있지만 위 2가지가 제일 중요하다) 민법을 공부할 때 무효와 취소를 왜 공부하는지를 깨우치면 민법 공부에 한걸음 다가선 것이다.

4) 해제권의 행사

채무자가 채무불이행을 할 때 채권자는 마냥 기다릴 수 없으니까 일정 요건하에 계약을 없앨 수 있다. 이를 해제라고 한다.

- 취소와의 비교

취소권이나 해제권이나 기존 계약을 없앨 수 있는 권리라는 점은 동일하다. 그러나 결정적인 차이가 있는데, 그 요건이다. 취소는 위에서 말한 4가지 사유 중의 하나가 발생하여야 한다. 그러나 해제는 상대방이 채무불이행을 한 경우이다.

5) 해지권의 행사

- 계속적 계약의 경우에 채무자가 채무불이행을 하면 채권자는 계약을 해지할 수 있다.
- 해지를 하면 계약은 그 때부터 효력을 잃는다. 이 점이 해제와 다르다.

4. 물건법의 기본이해

(1) 물건법정주의

누구나 함부로 물건을 만들면 위험하므로 물건은 법률 또는 관습법에 의하여서만 창설될 수 있다(185조). 민법은 물건에 대한 지배방식에 따라 8가지 물건을 인정한다.

(2) 물권의 종류

- 1) 점유권 : 물건을 사실상 지배하고 있을 때 이를 점유권이라고 한다.(192조) 점유권은 그 지배를 정당화시켜주는 권리(이른바 본권)가 없어도 인정된다. 따라서, 절도범은 그 물건에 대해서 소유권은 없지만 점유권은 존재한다.
- 2) 소유권 : 소유자는 법률의 범위 내에서 그 물건을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.(211조)
- 3) 용익물권 : 타인이 물건에 대해서 일시적으로 사용 · 수익권을 갖는 것

① 지상권

타인의 토지에서 건물 기타의 공작물을 소유하기 위하여 그 토지를 사용할 수 있는 권리이다.(279조)

② 지역권

설정행위에서 정한 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기의 토지의 편익에 이용하는 권리이다.(291조)

③ 전세권

전세금을 지급하고서 타인의 부동산을 그의 용법에 좇아 사용 · 수익하는 용익물권이며, 전세권이 소멸하면 목적부동산으로부터 전세금의 우선변제를 받을 수 있는 효력이 인정되는 점에서는 담보물권의 성격도 가지고 있다.(303조) 전세권 등기를 하여야 하는 점에서 채권적 전세와 구분된다.

4) 담보물권 : 채권자평등의 원칙에 대한 대비책.

① 유치권(留置權)

타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에, 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있는 권리이다. 유치권은 법정담보물권이며, 우선변제권이 없는 점에서 질권이나 저당권과 구별된다. 그러나 실제에서는 사실상 우선변제권이 인정된다.

② 질권

채권자가 그의 채권의 담보로서 채무자 또는 제3자(물상보증인)로부터 받은 동산 또는 재산권을 채무의 변제가 있을 때까지 유치함으로써 채무의 변제를 간접적으로 강제하는 동시에 변제가 없는 때에는 그 목적물로부터 우선하여 변제를 받는 권리이다.(329조)

③ 저당권

채무자 또는 제3자(물상보증인)가 채무의 담보로 제공한 부동산 기타의 목적물
채권자가 질권과 같이 제공자로부터 인도를 받지 않고 그 목적물을 다만 관념상
으로만 지배하여, 채무의 변제가 없는 경우에 그 목적물로부터 우선변제를 받는
권리이다.(356조)

(3) 공시의 원칙

1) 필요성

물권은 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리이므로 누가 어떤 물권을 가지고 있는지를
대외적으로 알려야 한다. 그래야 그 사람의 물권을 침해하지 않을 것이 아닌가.
(채권은 공시할 수가 없다. 어제 내가 친구에게 10만원 빌려준 것을 무슨 채주로
모든 사람에게 알릴 수 있을까. 또, 알릴 필요도 없다)

2) 공시방법

① 부동산 : 등기

이 건물에 저당권이 설정되어 있는지 혹은 누가 소유자인지 궁금하면 그 건물의
등기부를 보면 된다.

② 동산 : 점유

동산은 사람이 움직일 수 있는 물건이므로 등기할 수가 없어서 공시하기가 어렵다.
누가 동산을 점유하고 있으면 아, 저 사람이 소유자이구나 일단 이렇게 추정할 수 밖에 없다.

(4) 공신의 원칙 인정 여부

1) 문제의 소재

- 우리는 공시방법을 믿고 거래할 수밖에 없다. 갑이 건물등기부에 소유자라고 등
기되어 있으면 대부분 소유자가 맞을 것이다. 그러나 세상사에는 이해하기 힘든
일이 많다. 갑이 실제로는 소유자가 아닌 것이다.
- 예를 들어 실제 건물의 소유자는 A인데 갑이 A로부터 건물을 매수한 것처럼 매
매계약서를 가짜로 작성한 뒤에 등기소에 갑 이름으로 소유권이전등기를 신청하
여 현재 등기부에는 갑 이름으로 소유자라고 등기되어 있다.
- 이제 갑은 마음 놓고 사기를 친다. 을에게 10억원을 받고 그 건물을 팔았을 때
을은 소유자가 될 수 있을까? 을은 등기부를 신뢰하고 매수하였을 것이므로 보호
받을 자격이 있다.

2) 진정한 권리자 A를 보호할 것인가? 거래의 안전을 위해서 을을 보호할 것인가?

이 문제는 민법 전반에 걸쳐서 끊임없이 제기되는 문제이다. 민법규정이나 판례는
그때마다 다른 결론을 제시한다. 어떤 경우에는 진정한 권리자를 보호하고 어떤 경
우에는 거래의 안전을 택한다. 이는 워낙 중요한 테마이므로 항을 달리해서 봐야
할 필요가 있다. 여기에서는 공신의 원칙만 설명한다.

3) 부동산 : 공신의 원칙 부정

- 진정한 권리자를 보호한다. 즉 등기부를 믿고 거래한 자는 보호되지 않는다는 것이

원칙이다. 매수인은 억세게 재수 없는 사람이다. 그런데, 이걸 100% 관찰하면 무서워서 거래할 수가 없을 것이다. 그래서 민법은 예외를 인정한다. 그것이 바로 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다”라는 유명한 규정이다. 이의 의미는 후술한다.

4) 동산 : 공신의 원칙 인정(=선의취득)

- A가 실제 노트북의 주인인데 갑이 잠시 빌려서 쓰고 있다. 그런데 갑이 노트북을 점유하고 있는 것을 기회로 해서 을에게 사기를 쳐서 팔았다면 을은 보호될 수 있는가?
- 만약 부동산처럼 매수인이 보호되지 않는다고 치자. 그렇다면 매수인들은 매매할 때마다 매도인이 실소유자인지를 일일이 확인하여야 할 것이다. 이게 가능할까? 동산은 하루에도 수백만건씩 전국각지에서 거래되고 있는데.
- 그래서 민법은 어쩔 수 없이 동산의 경우에는 거래의 안전을 위해서 매수인을 보호한다. 이를 선의취득이라고 하는데 일정 요건이 필요한 것은 물론이다.

5. 거래의 안전을 위한 여러 제도

(1) “대항하지 못한다”의 의미

민법에서 대항이라는 말이 여러군데 나온다. 대항=주장의 뜻이다.

1) 선의의 제3자에게 대항하지 못한다 (107조~110조)

부동산에서 공신의 원칙을 부정할 데 따른 보완책의 기능

- 허위표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.(108조 2항)

사례) 채무자 을은 채권자 갑의 강제집행을 면할 목적으로 병과 짜고서 매매를 원인으로 소유권이전등기를 하였다. 병(무권리자)이 등기부에 자신이 소유자로 기재되어 있는 것을 기회로 정에게 매도하였다고 치자. 정은 등기부를 믿고 거래하였을 것인데 정은 보호될 것인가?

- 위 사례에서 허위표시는 무효이므로 등기와 관계없이 부동산소유권은 을에게 있다 (판례)
- 소유권은 물권이므로 을은 자기가 소유자임을 모든 사람에게 주장할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 하였으므로 을은 정에게는 소유권을 주장할 수 없다는 뜻이다. 따라서 반사적으로 정이 소유자가 되니까 거래의 안전이 보호되는 것이다.

(정이 보호받기 위해서는 정이 선의라는 요건을 충족하여야 한다. 선의라는 것은 정이 병과 거래할 때 이전에 을과 병의 거래가 허위표시였다는 것을 몰라야 한다는 뜻이다)

2) 법인의 대표권 제한

- 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다(61조)
- 갑 법인은 대표이사의 대표권을 제한하고자 한다. 이것이 효력을 발생하기 위해서는 정관에 그 내용을 밝혀야 한다.(41조)

- 문제는 외부에 있는 자들은 이 사실을 모른다는 점이다. 그래서 법인은 우리 회사에는 대표권이 제한되어 있다는 사실을 외부 사람들에게 대항(=주장)하기 위해서는 등기부에 그 사실을 기재하여야 한다는 뜻이다.

3) 미성년자 영업허락의 취소

- 법정대리인은 영업허락을 취소 또는 제한할 수 있다. 그러나 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.(8조 2항)

4) 채권양도

- 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자에게 대항하지 못한다.(450조)
- 갑이 을에게 1억원의 채권이 있는데 병에게 그 채권을 양도하였다. 문제는 을이 그 사실을 모른다는 데 있다. 왜냐하면 갑과 병의 합의만으로 채권은 양도되었기 때문이다. 병이 새로운 채권자임을 내세워 을에게 1억원을 청구하면 을은 어떻게 하여야 하는가? 병이 채권자임에는 틀림없지 않은가.
- 갑의 통지나 을의 승낙이 있어야 병은 자신이 새로운 채권자라는 것을 주장할 수 있다.

5) 대항력 있는 임대차

- 임차인은 임대인이 바뀌면 새로운 소유자에게는 자신의 임차권을 주장할 수 없는 것이 원칙이다. 동일한 물건에 물권과 채권이 중복되면 물권이 우선하기 때문이다. -그러나 이 원칙을 관철하면 임차인에게 너무 가혹하므로 일정한 요건을 갖추면 새로운 소유자에게 자신의 임차권을 주장(=대항)할 수 있는데 이를 임차권의 대항력이라고 한다.
- 대항요건으로는 민법상으로는 임차권등기(민법 621조 참조), 주택임대차보호법상으로는 전입신고+점유이다.
사례> 갑은 을에게 2년간 주택을 임차하여 주었다. 그런데 금전이 필요한 갑은 1년 후에 병에게 주택을 매도하고 소유권을 넘겨주었다.
1> 이 때 을은 자신의 임차권을 주장할 수 있을까?
2> 을이 보호받기 위한 요건은?

(2) 표현대리제도

- 본인은 대리제도를 통하여 사적자치권을 확대하는 이익을 갖는다. 따라서 대리인에게 대리권이 없다고 하여도 대리인에게 대리권이 있는 것처럼 보이는 것에 대해 본인이 일정한 원인을 준 경우에는, 대리권이 있는 것으로 믿은 상대방을 보호할 필요가 있으며 이 경우에는 본인이 그 무권대리행위에 따른 효과를 받는 것이 공평하다.
- 표현대리의 요건
 - ① 대리인에게 대리권이 없음에도 있는 것과 같은 외관이 존재하여야 한다.
 - ② 이러한 외관을 형성한 데 대해서 본인이 일정한 원인을 준 것이어야 한다.

- ③ 상대방이 대리권의 외관을 믿은 것에 대해 보호할만한 가치가 있어야 한다. 민법은 선의·무과실(125조, 129조) 혹은 정당한 이유(126조)를 요구하고 있다.

(3) 채권의 준점유자에 대한 변제

변제자가 **선의이며 과실 없는** 때에 한하여 효력이 있다.(470조)

6. 고의와 과실

(1) 형법

고의와 과실을 엄격하게 구별한다. 살인죄는 사형까지 받을 수 있는 죄이지만 과실치사죄는 최대 3년을 한도로 한다는 점에서 이는 극명하게 구별된다.

(2) 민법

1) 손해배상청구의 2대 발생원인

- 그런데 내가 고의로 상대방을 다치게 했건 실수로 다치게 했건 손해배상의 관점에서는 구별할 필요가 없다. 그래서 민사책임은 '과실책임의 원칙'이라고 하여 고의와 과실을 동격으로 취급한다. 이를 귀책사유라고도 한다.

- 선관주의의무(=선량한 관리자의 주의의무)

그 사람이 속하는 사회적 지위·종사하는 직업 등에 따라 보통 일반적으로 요구되는 정도의 주의이다. 바꾸어 말하면 구체적인 사람에 의한 개인차가 인정되지 않고 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의가 요구된다. 민법의 대상이 되는 사람은 합리적·추상적인 사람이므로 민법상의 주의는 선관주의가 원칙이고 이를 위반하면 과실이 있게 된다.

① 채무불이행

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 없다. 그러나 채무자가 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다(390조)

② 불법행위

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.(750조)

2) 기타

- 의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.(107조)
- 의사표시는 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.(109조)

7. 민법 용어 설명

(1) 변론주의와 예외

1) 변론주의

소송자료 즉 사실과 증거의 수집 · 제출의 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 하는 입장이다. 따라서 당사자는 자기에게 유리한 사실을 주장하지 아니하였으면 그 사실은 없는 것으로 취급되어 불이익한 판단을 받게 된다.

2) 변론주의의 예외

- 직권탐지주의

소송자료의 수집책임을 당사자가 아닌 법원에 맡기는 것이다. 그 대상은 공익적인 사항으로 가능한 객관적인 진실발견이 필요하다고 인정되는 사항이다.

- 직권조사사항

당사자의 이의나 신청을 기다리지 않고 소송상의 사항에 관하여 법원이 스스로 조사하고 판단하는 것을 말한다. 역시 공익에 관한 것이다. 직권조사는 변론주의와 직권탐지주의의 중간지대라고도 한다. 소송요건, 과실상계, 신의성실의 원칙은 그 대표적인 경우이다.

(2) 임의법규와 강행법규

1) 임의법규

당사자가 법이 정하는 효과와 다른 효과를 발생시키려고 원한다면 할 수 있는 것 바꾸어 말하면 당사자의 의사에 의하여 그 규정의 적용을 물리칠 수 있는 규정을 임의규정 또는 임의법규라고 한다. 왜냐하면 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계없는 규정(15조 참조)이기 때문이다.

2) 강행법규

당사자의 의사에 의하여 그 규정의 적용을 물리칠 수 없는 규정 즉 당사자의 의사와 관계없이 언제나 적용되는 규정이 강행규정이다. 왜냐하면 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계있는 규정이기 때문이다.

- 어떠한 규정이 임의법규인지 강행법규인지는 결국 법관의 판결로 판가름날 수 밖에 없다.

(3) 입증책임

- 소송상 진위불명일 때 패소위험을 뜻한다. 예를 들어 대여금 소송에서 대여사실은 원고가 입증하여야 하는데 이것이 진위불명이면 대여사실이 없는 것으로 취급하여 원고패소 판결이 나는 것이다. 누가 입증책임을 부담하는가는 소송의 승패를 좌우하므로 매우 중요한데 이의 분배는 법규의 구조에서 찾는 것이 일반적이다.
- 누구에게 입증책임이 있는지가 헷갈리는 경우에는 판례를 보아야 하는데 시험에도 자주 출제되므로 이는 무조건 외워야 되는 어려운 부분이다.

- 입증의 곤란을 구제하기 위한 제도로써

1) 추정

그 사실이나 법률관계를 다투는 자가 입증책임을 지고 그에 따라 반복될 수 있다는 점에 의미가 있다.

2) 간주

그것이 사실에 부합하는지 여하를 불문하고 또 당사자가 반대의 사실을 입증하더라도 그것만으로는 반복되지 않고 그대로 그 효과를 발생한다는 점에서 추정과 다르다.

(4) 항변권

- 상대방이 청구권을 행사하면 그 청구권의 존재를 시인(yes)하되 일정한 사유를 들어 그 청구권의 작용을 저지(but)시키는 것을 말한다.

1) 연기적 항변권

연기적(일시적) 항변권은 일시적으로 상대방의 청구권의 작용을 저지시키는 것으로서 동시이행의 항변권(536조)과 보증인의 최고·검색의 항변권(437조)이 있다.

① 동시이행의 항변권

쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. (536조)

② 보증인의 최고·검색의 항변권

채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는 보증인은 주채무자의 변제자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여 먼저 주채무자에게 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 항변할 수 있다. 그러나 보증인이 주채무자와 연대하여 채무를 부담한 때에는 그러하지 아니하다.(437조)

2) 영구적 항변권

상속인의 한정승인(1028조)은 상대방의 청구권 행사에 대해서 영구적으로 항변할 수 있는 권리이다.

(5) 각종 능력

1) 권리능력

각종 권리의 주체가 될 수 있는 자격을 말한다. 민법상 권리능력자에는 자연인(3조)과 법인(34조)의 두 가지가 있다.

2) 의사능력

당사자가 한 의사표시가 어떠한 법률 효과를 가져 오는지에 대해 판단할 수 있는 능력을 의사능력이라고 한다. 한 살짜리 애기도 토지소유권자가 될 수는 있지만 그 토지를 거래할 수는 없을 것이다. 법률행위를 하기 위해서는 권리능력 이외에 또 다른 능력이 요구되는 데 이를 의사능력이라고 하는 것이다.

3) 행위능력

① 개념의 필요성

의사무능력자는 행위 당시 의사무능력 상태임을 입증하여야 보호받을 수 있는데 이는 쉽지 않다. 반면에 상대방은 계약 등을 체결할 때 상대방이 의사능력자인지 일일이 확인을 하여야 할 것이다.

② 제한능력자

혼자서 법률행위를 할 수 있는 능력이 있는 자를 (행위)능력자라고 하고 그렇지 못하는 자를 제한능력자라고 한다. 의사능력을 획일화시킨 것이다. 미성년자는 대표적인 제한능력자이다.

4) 책임능력

- 불법행위에서 가해자에게 고의나 과실이 있다고 하는 것은 그가 일정한 정신능력을 가지고 있는 것을 전제로 한다. 즉, 자신의 행위가 위법한 것이어서 어떤 법률상의 책임이 발생한다는 것을 인식할 수 있는 능력을 책임능력이라고 하고 책임능력이 없다면 고의나 과실을 인정할 수 없어 불법행위는 성립될 수 없다. 이 때는 이들의 감독자가 책임을 진다.

- 책임무능력자의 종류

- ① 미성년자가 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 때.(753조)
- ② 심신상실자

(6) 사용자책임

- 사용자책임이란 자기와 사용관계에 있는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가해행위를 한 경우에 사용자가 이로 인한 손해배상의무를 피해자에게 대하여 부담하는 것을 말한다.(756조) 기업이 평소에 종업원을 고용하여 이익을 누리므로 손해가 발생한 때는 기업이 배상하는 것이 공평하다는 것이다.
- **사용자의 면책** : 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

(7) 부진정 연대채무

- ① 연대채무와 마찬가지로 수인의 채무자가 동일한 채무를 독립하여 각각 전액을 부담할 채무를 부담하고, 그 가운데의 한 사람 또는 수인이 1개의 급부를 하면 모든 채무자의 채무가 소멸하는 관계를 말한다.
- ② 연대채무는 채무자끼리 연대의 약정이 있는 것임에 반해서 부진정 연대채무는 연대의 약정이 없는 경우이다.
- ③ 공동불법행위자의 책임은 그 전형적인 것이다.

(8) 채권자대위권

- ① 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 그의 채무자에게 속하는 권리를 행사할 수 있는 권리를 말한다.
- ② 예컨대 자력이 없는 채무자가 제3자에 대하여 채권을 가지고 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않고 있는 경우에 채무자의 금전채권자가 이 채무자의 권리를 행사하고, 채무자에 갈음하여 제3자로부터 그 급부를 추심해서 이를 채무자의 일반재산에 보태는 것이 그 전형적인 예이다.