



강양원 편저





**민법총칙**



# I. 민법의 기본원리

## 001. 민법

사인간의 법률관계를 규율하는 일반사법이다.

### (1) 공법

헌법·행정법·형법·민사소송법·형사소송법·국제법과 같이 국가의 조직이나 국가간 또는 국가와 개인간의 관계를 규정하는 것을 말한다.

### (2) 일반법 · 특별법

일반법은 사람·사항·장소 등에 특별한 제한 없이 일반적으로 적용되는 법이고, 특별법은 일정한 사람·사항·장소에 관하여만 적용되는 법이다. 이 구별은 상대적인데, 상법은 민법에 대하여는 특별법이지만 상사특별법에 대하여는 일반법이다.  
 ⇒ 특별법우선의 원칙

### (3) 실체법 · 절차법

실체법은 직접 법률관계 자체 즉 권리·의무에 관하여 규정하는 법이고, 절차법은 법률관계를 실현하는 절차를 정하는 법이다. 민법은 실체법에 속한다. 민사에 관한 절차법에는 민사소송법·민사집행법·가사소송법이 있다.

## 002. 민법의 법원(法源)

법의 연원을 줄인 말인데, 법의 존재형식 또는 법의 현상형태이다(제1조).

### (1) 법률

법원으로서의 법률은 제1조의 규정상 성문법(제정법)이 1차적인 법원이다. 성문법에는 법률·명령·대법원 규칙·조약·자치법 등이 있다. 형식적 의미의 민법, 즉 민법전뿐만 아니라 민사에 관한 특별법 또는 법규 등을 말한다. 참고로 제185조의 물권법정주의에서 말하는 법률은 형식적 의미의 법률만을 말한다. ⇒ 실질적 의미의 민법 : 제1조

#### 1) 명령

국회가 아닌 국가기관(행정기관)이 일정한 절차를 거쳐서 제정하는 법규이다. 명령에는 위임명령과 집행명령이 있으며, 제정권자에 의하여 대통령령·총리령·부령으로 나누어진다. 대통령의 긴급명령도 민사에 관한 것은 역시 민법의 법원이 된다.



## 2) 규칙

헌법, 법률에 입각하여 정립되는 제정법의 한 형식을 말하며, 입법, 사법, 행정의 각부에서 제정된다. 국회 인사규칙, 법원 사무규칙 등이 있다. 규칙도 민사에 관한 것은 민법의 법원이 된다(예: 부동산등기규칙, 공탁규칙, 공탁금의 이자에 관한 규칙 등).

## 3) 조약

국제법의 주체, 국가간의 문서에 의한 명시적 합의를 말하며(헌법 제6조 1항 참조), 조약으로서 민사에 관한 것은 민법의 법원이 된다.

## 4) 자치법

지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 제정한 조례와 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정한 규칙도 민사에 관한 것은 법원이 된다(통설).

## (2) 관습법

자연적으로 발생한 관행이나 관례가 수범자에 의해 인정된 법적 확신을 기초로 법규화된 것을 말한다. ⇒ (통설)법적 확신설

### 1) 불문법

문서의 형식을 갖추지 않은 법으로서 관습법·조리가 있으며, 판례·헌법재판소 결정·학설에 관하여도 논의를 하고 있다.

### 2) 사실인 관습

사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서는 관습법과 같으나, 다만 사실인 관습은 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인될 정도에 이르지 않은 것을 말한다. ⇒ 제1조와 제106조의 구별

## (3) 조리

사물 또는 자연의 이치 내지는 사물의 본질적 법칙을 말한다.

⇒ 전형적인 조리의 예로 신의칙을 들 수 있다.

## (4) 판례

한 국가의 법원에 의하여 부단히 이루어진 판결의 집적체로서 특히 성문법을 중심으로 하는 국가에서는 실정법과 법현실을 중개하는 역할을 한다.

⇒ 다수설은 법원성을 부정한다.

# 003. 민법의 해석

일반적 확실성과 구체적 타당성을 위하여 각종 법규에 대하여 그 법적 의미내용을 확정하는 것을 말한다. ⇒ 입법취지해석(문리·체계·보충·반대·목적론적 해석 등)

## (1) 일반적 확실성(법적 안정성)

민법규정의 적용시 구체적 당사자와 객체가 다르더라도 결론이 다르지 않게 해석하는 것을 말한다.

## (2) 구체적 타당성

각각의 사안에 대하여 구체적으로 합당한 결과를 이끌어내는 해석을 말한다.

# 004. 법률용어

## (1) 준용(準用) · 유추(類推)

준용이란 필요한 변경을 위하여 적용한다는 의미이다. 이를테면 제12조 제2항에서 「한정후견개시의 경우에 제9조 제2항을 준용한다.」고 정한 것이 그러하다. 준용의 형식은 법률의 조문 수를 줄일 수 있어서 간결한 체재를 갖추는 이점이 있다. 다만 준용은 그대로 적용한다는 의미는 아니다.

유추는 법해석의 한 방법으로서 규정이 없는 사항에 대하여 어떤 규정의 결과를 인정하는 것이다. 판례는 준용과 유추를 혼용하기도 하는데, 그 의미는 정확히 알고 있어야 한다.

## (2) 선의 · 악의

선의는 어떤 사정을 알지 못하는 것이고, 악의는 이를 알고 있는 것이다. 당사자가 선의인지 악의인지에 따라 법률상의 효과가 상이한 경우는 민법상 많다.

## (3) 알았거나 알 수 있었을 때

예컨대 제107조 1항 단서는 진의 아닌 의사표시에서 상대방이 표의자의 진의 아님을 ‘알았거나 알 수 있었을’ 경우에는 무효로 한다고 규정한다. “알았거나”는 그 사실을 안 악의인 때이고, “알 수 있었을 때”는 사회생활상 필요한 주의를 하면 알 수 있었던 것, 즉 그 사정을 모른 선의이더라도 과실로 모른 경우로서, 이때는 악의와 동일하게 취급된다.

## (4) 추정 · 간주

양자는 대체로 입증의 곤란을 구제하기 위한 제도인데, 그 구체적 내용은 세부적으로 나뉜다. ① 「추정」에는 그 대상에 따라 여러 가지가 있지만, 그 사실 내지 법률관계의 존재를 다투는 자가 입증책임을 지고 그에 따라 변복될 수 있다는 점에 그 의미가 있다. ② 「간주」는 그것이 사실에 부합하는지 여하를 불문하고, 또 당사자가 그 반대의 사실을 입증하더라도 그것만으로는 변복되지 않고 그대로 그 효과를 발생하는 점(擬制)에서 추정과 다르다. 민법은 간주규정을 「…으로 본다」고 표현하고 있다.

## (5) 대항하지 못한다.

당사자간에 발생한 법률관계를 제3자에 대하여 주장하지 못한다는 것으로서, 주로 선의의 제3자를 보호하여 거래의 안전을 도모하고자 하는 경우에 채택된다. 다만 제3자가 그 효력을 인정하는 것은 무방하다.

## (6) 하여야 한다 · 할 수 있다.

민법은 실종선고의 요건을 갖추어 그 청구를 하면 법원은 실종선고를 「하여야 한다.」고 규정하는데(제27조 1항), 이때는 반드시 실종선고를 하여야 한다. 한편 취소할



수 있는 법률행위는 일정한 자가 이를 「취소할 수 있다」고 정하는데(제140조), 이때는 반드시 취소를 하여야 하는 것은 아니고, 취소권자가 취소를 할지 안할지는 그의 자유이다. 다만 이 경우에는 법률관계가 불안해지므로, 그 행사기간을 정하는 것이 보통이다(제146조).

## 005. 민법조문의 형식

### (1) 원칙과 예외

예컨대 제107조 제1항은 「의사표시는 표의자가 진의 아님을 알고한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.」고 규정한다. 여기서 앞의 문장이 원칙규정이고, 뒤의 문장이 예외규정이다. 민법은 이처럼 원칙을 앞세우고 일정한 경우에는 이에 대해 예외를 정하는 방식으로 규정하는데, 이때에는 보통 본문과 단서('그러나' 이하 부분)의 형식을 빌린다.

### (2) 제1문 · 제2문, 전문 · 후문

예컨대 제15조 제1항은 두 개의 문장으로 이루어져 있으며, 이 때 앞의 문장을 제1문, 뒤의 문장을 제2문이라고 한다. 한편 제15조 제2항은 하나의 문장 속에 요건과 효과라는 두 개의 부분으로 나뉘어 있는데, 이 때 요건의 부분을 전문, 효과의 부분을 후문이라고 한다.

## II. 법률관계와 권리·의무

### 006. 법률관계

법규범에 의하여 규율되는 생활관계를 말한다.

#### (1) 호의관계

호의에 의하여 일정한 이익을 주고받는 생활관계이나, 호의관계에 수반하여 손해가 발생한다면 법률관계화 될 수 있는 것을 말한다. ⇒ 호의동승

#### (2) 권리규정

권리발생요건을 그 내용으로 하는 실질적 민법규정을 말한다.

##### 1) 권리

권리란 일정한 이익을 향유하기 위하여 법이 인정하는 힘을 말한다(권리법력설).

##### 2) 반사적 이익

반사적 이익이란 법이 일정한 사람에게 일정한 행위를 명하거나 금지함에 따라 다른 사람이 반사적으로 누리는 이익을 말한다.

##### 3) 의무

의무란 의무자의 의사와는 관계없이 반드시 따라야 할 법률상 구속을 말한다.

#### (3) 권리중첩

하나의 사실관계가 여러 개의 권리규정에 해당함으로써 여러 개의 권리를 발생시키는 경우를 말한다. ⇒ 청구권 경합

##### 1) 권리경합

권리자체는 여러개 발생하지만 어느 하나의 권리를 행사하는 경우 다른 권리는 소멸하는 것을 말한다. ⇒ 선택적 행사

##### 2) 법조경합

어느 하나의 권리규정이 다른 권리규정을 배제하는 것으로 원래부터 하나의 권리만 성립하는 것을 말한다. ⇒ 일반법 대 특별법의 관계

#### (4) 권리의 행사

권리의 내용을 실현하는 것을 말한다. ⇒ 권리의 종류에 따라 행사방법을 달리한다.



## (5) 신의성실의 원칙

계약관계와 같이 일정한 법률관계에 있는 자는 서로 상대방의 신뢰에 어긋나지 않도록 성실하게 행동해야 한다는 원칙을 말한다(제2조).

### 1) 사정변경의 원칙

법률행위의 성립에 있어서 그 기초가 되었던 사정에 당사자가 예견치 못한 또는 예견할 수 없었던 중대한 변경이 그 후 생겨서, 당초에 정하여진 행위의 결과를 그대로 요구하거나 강제한다면 심히 부당한 결과가 생기는 경우에 당사자는 그러한 행위의 효과를 신의칙에 맞도록 적당히 변경할 것을 상대방에게 청구하거나, 또는 계약을 해제 또는 해지할 수 있는 것을 말한다. ⇨ 판례

### 2) 모순행위금지의 원칙

선행행위와 모순된 후행행위의 효력을 부정하는 신의칙의 과생원칙이다. ⇨ 판례

### 3) 실효의 원칙

권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 되는 경우에, 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의칙에 위반되어 허용되지 않는다는 것을 의미한다. ⇨ 판례

### 4) 권리남용금지의 원칙

권리의 행사가 권리가 인정된 본래의 목적을 이탈하여 사회의 윤리관념에 배치되는 부당한 결과를 초래하는 것을 말한다(제2조 제2항). ⇨ 일반적으로 권리의 정당한 행사의 남용의 한계를 제정할 수 없으므로, 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

### III. 권리의 주체

#### 007. 능력

민법은 「제1편 제2장 人」 가운데 「능력」이라는 표제를 두고 그 안에서 권리능력과 행위능력을 함께 규율하고 있다. 민법학에서 능력이라고 하면 보통 행위능력을 말한다.

##### (1) 권리능력

권리·의무의 주체가 될 수 있는 법률상 지위 내지 능력을 말한다(제3조). 인격 또는 법인(사단법인·재단법인)이라고 한다. 권리능력자로는 자연인과 법인(사단법인·재단법인)이 있다.

###### 1) 당사자능력

소송의 주체가 될 수 있는 일반적인 능력을 말한다. 원고·피고·참가인이 될 수 있는 능력이다. 당사자능력은 소송상의 권리능력이라고 불린다. 그러나 당사자능력은 권리능력과 반드시 동일하게 볼 수 없으며 그 보다 넓다(민소법 제51조, 제52조 참조).

###### 2) 소송능력

당사자로서 유효하게 소송행위를 하거나 소송행위를 받기 위해 갖추어야 할 능력을 말한다. 소송능력은 민법상의 행위능력에 대응하는 것으로서, 이를 소송상의 행위능력이라고도 한다. 민법상의 행위능력을 갖는 자는 소송능력을 갖는다.

##### (2) 의사능력

자기의 행위의 결과를 인식·판단하여 정상적인 의사결정을 할 수 있는 정신능력을 말한다. ⇔ 사적자치를 전제로 하는 개념이다.

##### (3) 행위능력

의사능력을 가진 자가 법률행위를 단독으로 할 수 있는 능력을 말한다(제5조). ⇔ 행위무능력자제도

###### 1) 미성년자

만 20세(2013년 7월 1일부터는 19세)에 달하지 않는 자를 말한다(제4조). 그러나 민법은 성년의 제제도를 두어 「미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.」(제826조의2)고 규정한다.

###### 2) 한정치산자

심신이 미약한 자 또는 재산의 낭비로 인하여 지나친 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자로서 가정법원으로부터 한정치산선고를 받은 자를 말한다(제9조).



### 3) 금치산자

심신상실의 상태에 있는 자로서 가정법원으로부터 금치산선고를 받은 자를 말한다(제12조).

### 4) 성년후견 · 한정후견 · 특정후견제도의 도입

2013년 7월 1일부터 기존의 금치산·한정치산제도 대신 더욱 능동적이고 적극적인 사회복지시스템인 성년후견·한정후견·특정후견제도를 도입한다. 기존의 미성년자·한정치산자·금치산자를 무능력자라고 하였으나, 피성년후견인·피한정후견인·피특정후견인을 제한능력자라고 한다.

## (4) 책임능력

불법행위의 능력을 변별할 수 있는 정신능력을 말한다(불법행위능력)(제753조, 제754조).

⇒ 책임무능력자제도

## 008. 주소

사람의 생활관계의 중심지이며, 생활의 근거지이다(제18조). ⇒ 실질주의

### (1) 거소

사람이 상당한 기간 계속하여 거주하는 장소로, 장소적 밀접도가 주소에 미치지 못하는 곳을 말한다(제19조).

### (2) 현재지

장소적 관계가 거소보다 희박한 곳을 말한다.

### (3) 가주소

당사자가 어떤 거래에 관하여 일정한 장소를 선정하여 그 거래관계에 관하여 주소로서의 법적 기능을 부여한 장소를 말한다(제21조). ⇒ 통설은 가주소 설정에는 행위능력을 요한다.

## 009. 부재자

종래의 주소 또는 거소를 떠나서 용이하게 돌아올 가능성이 없어서 그의 재산을 관리하여야 할 필요가 있는 자를 말한다(제22조).

## 010. 실종선고

부재자의 생사불명의 상태가 일정기간 계속된 경우에 가정법원의 선고에 의하여 사망으로 의제하는 제도를 말한다.

⇒ 실종선고청구권자는 법률상 이해관계인이나 검사가 청구권자이고(제27조), 실종선고의 효과는 실종기간만료시에 사망으로 간주된다. 또한 실종선고는 소급효가 있으나 거래안전을 위해 선의자는 보호한다(제29조).

색인



가공	47	경개	73
가등기	39	계산의 착오	24
가등기담보	53	계속적 계약	78
가분급부	59	계속적 급부	59
가사소송법	101	계약	19, 77
가입류	34	계약가입	71
가장이혼	102	계약금	65, 84
가장조건	30	계약의 경쟁체결(경매·입찰)	79
가족관계의 등록 등에 관한 법률	101	계약의 성립	78
가족법	101	계약의 종류	77
가족법상의 행위(신분행위)	20	계약인수	71
가주소	12	계약체결상의 과실	79
가처분	34	고용	88
가해자 불명의 공동불법행위	96	고의	95
간이변제충당권	51	공동보증	68
간이인도	41	공동불법행위	96
간접강제	66	공동소유	47
간접대리	26	공동저당	52
간접적 손해	64	공법	5
간접점유	43	공법인	13
간주	7	공시송달	25
강박	25	공시의 원칙	38
강제이행	65	공신의 원칙	38
강행법규	22	공용부분	45
객관적 불능	22	공유	47
거소	12	공익권	15
거절권	28	공작물	96
건물	16	공작물책임	96
건물의 구분소유	45	공탁	73
검색의 항변권	68	과실	17, 95
견련관계	51	과실상계	65
견본매매	86	과실의 종류	60
		과실책임주의	95
		관념의 통지	19
		관습법	6



관습법상의 법정지상권	48	금종채권	61
교사	96	금치산자	12
교차청약에 의한 계약성립	79	급부부당이득	93
교환	86	급부위험	80
교회	14	급부의무	57
구분소유적 공유관계(상호명의신탁)	41	기간	32
구분지상권	48	기명날인의 착오	24
구상권	67	기본관계(보상관계)	80
구체적 과실	60	기성조건	31
구체적 타당성	7	기여분	107
권리	9	기일	32
권리경합	9	기판력	33
권리규정	9	기한	31
권리금	88	기한의 이익	31
권리남용금지의 원칙	10	긴급피난	96
권리능력 없는 사단	13		
권리능력 없는 재단	14		
권리능력	11		
권리변동적 효력	40	낙성계약	78
권리의 객체	16	능력	11
권리의 등기	39		
권리의 변경	18		
권리의 소멸	18		
권리의 행사	9		
권리증첩	9		
권리질권	51	다단계판매	85
권원	46	다수당사자의 채권관계	67
권한을 넘은 표현대리	27	단독행위	19
규범적 해석	22	단속규정	23
규칙	6	단순승인	107
근보증	69	담보물권의 특성(통유성)	50
근저당	52	담보제도	50
근저당권의 확정	53	당사자가 의도하는 목적	22
금액채권	61	당사자능력	11
금전채권	61	당연무효	28
		대가관계(원인관계)	80

대가위험	80	
대리	26	
대리권	26	
대리권소멸후의 표현대리	27	
대리권수여의 표시에 의한 표현대리	27	
대리권의 남용	27	
대물대차	86	
대물변제	73	
대물변제예약	86	
대물변제의 예약	73	
대상청구권	63	
대습상속	106	
대장	39	
대체적 급부	59	
대체집행	66	
대항적 효력	40	
대항하지 못한다	7	
도급	88	
도달주의	25	
도품	42	
독립행위	21	
동기의 착오	24	
동산	16	
동산담보권	53	
동산저당	53	
동시배당	52	
동시사망	13	
동시이행의 항변권	79	
동일성의 착오	24	
등기	39	
등기부	39	
등기인수청구권	40	
등기청구권	40	
		근
		리스계약
		87
		□
매도인의 담보책임	84	
매매	83	
매매의 예약	83	
매장물의 발견	46	
면접교섭권	103	
면제	73	
면책증서(면책증권)	71	
명령	5	
명의신탁	41	
명인방법	42	
모순행위금지의 원칙	10	
목적물반환청구권의 양도	41	
무과실책임주의	95	
무권대리	27	
무기명채권	70	
무상계약	78	
무상행위	20	
무인행위	20	
무주물의 선점	46	
무효	28	
무효등기의 유용	40	
무효와 취소의 경합(이중효)	29	
무효행위의 전환	29	
무효행위의 추인	29	
물건	16	
물권	37	
물권법	37	



물권법정주의	37	법인의 청산	15
물권변동	38	법인의 해산	15
물권적 청구권	37	법정과실	17
물권행위	20, 38	법정이자	61
물권행위의 독자성	38	법정재산제	102
물권행위의 무인성	39	법정조건	30
물상대위성	50	법정지상권	48, 52
물적 담보	50	법정주인	29
미성년자	11	법조경합	9
미필적 고의	95	변론주의	33
민법	5	변제	72
민법의 법원(法源)	5	변제의 제공	72
민법의 해석	6	변제의 충당	72
민법조문의 형식	8	변제자대위(변제에 의한 대위, 대위변제)	73
B			
반사적 이익	9	병존적 채무인수	71
발신주의	25	보고적 신고	101
방문판매	85	보조행위	21
방조의 경우	96	보증금	88
배우자	105	보증채무	68
법률	5	보충적 해석	22
법률관계	9	보통거래약관	77
법률관계의 변동	18	보호의무	57
법률사실	19	복대리	27
법률요건	18	복대리인	27
법률용어	7	복리	61
법률의 착오	24	복임권	27
법률행위	19	본계약	78
법률행위의 목적	22	본권의 소	44
법률행위의 해석	21	본등기의 효력	40
법인	13	본인의 추인	28
법인의 기관	14	父(아버지)를 정하는 소	104
법인의 소멸	15	부관	30
		부기등기	39
		부담부 유증	108
		부담부 증여	83

## 저자 강 양 원

### 약력

- 한국외국어대학교 법학과 졸업
- 외대·방송통신대 등 대학특강 강사
- 현대·기아자동차 노사전문가과정 민법 교수
- 현 삼성전자·전기 노사전문가과정 민법 교수
- 현 롯데그룹 인재개발원 민법 교수
- 현 SKT 민법 교수
- 현 고시계 민법 기획위원
- 현 웅진패스원(공인노무사·세무사)
- 현 한림법학원 민법 전임(사법시험, 변호사시험)

### 편저서

- New Ace 민법(2004년, 네오시스)
- 원-스톱 판례민법(2006년, 법학사)
- 민법 시험장노트(2007년, 법학사)
- 사시 1차 기출문제집(2007년, 고시계사)
- 사시 진도별 모의고사(2008년, 고시계사)
- 사시 신민법정리(2009년, 법학사)
- 변호사시험 통합 민법강의(상·하)(2012년, Helios Media)
- 최근 10년간 사법시험·변호사시험 선택형 진도별 기출해설 민법(2012년, 법학사)
- 2010년 [상·하반기] 민법판례(2012년, 법학사)
- 공인노무사 민법(2012년, 법학사)
- 공인노무사 핵심정리 민법(2009년, 법학사)
- 공인노무사 객관식 민법(2012년, 법학사)
- 공인노무사 민법 기출지문중심 OX 핵심체크(2012년, 법학사)
- 공인노무사 시험장노트(2012년, 법학사)
- 공인노무사 민법 진도별 모의고사(2012년, 법학사)
- 최근 5년간 공인노무사 제1차 기출문제해설집(공편저, 2012년, 법학사)
- 신민법강의 도해노트 【민법총칙편】(2012년, 법학사)
- 신민법강의 도해노트 【물권법편】(2012년, 법학사)
- 신민법강의 도해노트 【채권법편】(2012년, 법학사)
- 공인노무사 법전(ebook 대표집필, 2012년, 박영사)

