

# 법학

2025. 2. 12.

## <제목 차례>

1. 법의 이념, 종류, 해석, 적용	1
가. 법과 도덕의 비교	1
나. G. Radbruch 법의 이념 [1996-41]	1
다. 자연법, 법실증주의, 신자연법론	2
라. 성문법과 불문법	2
마. 법의 해석	3
바. 법의 적용 [공사 2007-10]	4
사. 법의 분류	4
아. 간주, 추정	4
2. 헌법	5
가. 국가의 구성 요소	5
나. 우리 헌법의 기본 원리	5
다. 기본권의 의미	6
라. 기본권의 법적 성격	6
마. 기본권의 유형	7
바. 기본권의 제한과 한계	61
사. 비상적 헌법수호	8
아. 법치주의 : 형식적 법치주의와 실질적 법치주의	9· 1
자. 통치기구의 기본원리	91
차. 국회	21
카. 정부	23
타. 법원	25
파. 헌법재판소 [2009-1차-36]	5· 2
하. 헌법재판소 심판의 유형	62
3. 형법	30
가. 형법의 기능	8
나. 죄형법정주의 [2013-1차-40] [2018-B-5]	0· 3
다. 형법의 적용범위	2
라. 형벌이론	2
마. 범죄개념	3
바. 범죄의 성립조건	3
사. 미수범	4
아. 정범과 공범	2
자. 경합범	4

차. 소년법 .....	4
카. 부작위법 .....	4
타. 형벌 .....	5
파. 형법각론 .....	6
4. 민법 .....	49
가. 민법의 법원 .....	9
나. 민법의 기본원칙 .....	5
다. 법률행위 .....	5
라. 행위능력 .....	2
마. 의사표시 .....	4
바. 법률행위의 대리 .....	5
사. 법률행위의 무효 및 취소 .....	65
아. 소멸시효 .....	7
자. 권리의 주체 .....	8
차. 권리의 객체 .....	6
카. 물권 [2011-1차-37] .....	16
타. 채권 [2011-1차-37] .....	76
파. 가족법 .....	8
5. 소송법 .....	87
가. 심급제도 .....	8
나. 소송 관련 개념 .....	8
다. 형사소송의 절차 .....	8
라. 법률구조제도 .....	9
마. 국민참여재판 [2009-1차-34] .....	09
바. 배상명령제도 [2018-A-13] .....	09
6. 기타 .....	91
가. 노동법 .....	9
나. 소비자기본법 [2002-10] .....	39
다. 국제사법 [2017-A-5] .....	49
라. 국제법 .....	9

이 자료의 저작권은 김근홍(admin@folderfile.net)에게 있습니다. 개인의 학습 목적으로만 사용하시고, 무단 전재 및 재배포나 상업적 사용을 금합니다.

# 1. 법의 이념, 종류, 해석, 적용

## 가. 법과 도덕의 비교

	법	도덕
G. Radbruch	외면성 [2019-A-7]	내면성
I. Kant	합법성 [2019-A-7]	도덕성
R. von Jhering, H. Kelsen	강제성	비강제성
G. del vecchio	양면성	일면성

- I. Kant : 도덕성(어떤 행위규범을 의무+동기로 삼음) vs 합법성(행위에 있어서 동기 상관X) [2019-A-7]
- G. Radbruch : 내적 도덕성과 외적 행위의 일치(도덕의 내면성) vs 내적 심리를 고려하지만 외적 행위와 관련되는 한에서만 문제됨(법의 외면성) [2019-A-7]
- G. del Vecchio : 도덕적 규율은 행동해야 하는 자에 대한 지시를 포함하고 있을 뿐인데, **법명령**의 지시는 사람들 상호간의 **결합을 이루어 놓는 양면성**을 지니고 있다.
- J. S. Mill : 자율성, 타율성

[2019-A-7]

사회에는 법, 도덕, 관습, 종교규범 등 다양한 규범이 있다. 이 중 법과 도덕은 밀접한 관련이 있다. 양자의 구별을 강조하는 견해에 따르면 양자는 다음 몇 가지 점에서 구별된다. 법은 인간의 외적 행위에 관심을 두고 그것을 규제 대상으로 삼는 규범이다. 이런 점에서 법은 외면성을 가진다. 반면 도덕은 인간의 내적 심리에 관심을 두고 그것을 규제 대상으로 삼는 규범이다. 그러나 때론 인간의 내적 심리가 법의 규제 대상이 되기도 하고, 인간의 외적 행위가 도덕의 규제 대상이 되기도 한다. 라드부르흐(G. Radbruch)는 이러한 문제를 극복하기 위하여 도덕은 외적 행위에 관심을 두지만 그것이 내적 도덕성과 일치할 것을 요구하고, 법은 내적 심리를 고려하지만 그것은 외적 행위와 관련되는 한에서만 문제된다고 하여 법의 외면성과 도덕의 내면성의 구별을 유지하였다.

법은 행위가 규범에 합치할 것을 요구한다. 이런 점에서 법은 합법성을 요구한다. 반면 도덕은 규범에서 나온 의무감이 동기가 되어 한 행위가 규범과 일치할 것을 요구한다. 이런 점에서 도덕은 도덕성을 요구한다. 다시 말하면 법은 법을 준수하는 동기가 의무감에서 비롯된 것이든, 제재의 두려움에서 비롯된 것이든 관계없이 당해 행위가 법에 합치하면 만족한다. 그러나 도덕은 도덕에 합치하는 행위의 동기가 도덕을 준수하여야 한다는 의무감에서 비롯된 것이어야 한다. 이런 측면에서 칸트(I. Kant)는 법은 합법성을 요구하지만 도덕은 도덕성을 요구한다고 하였다.

## 나. G. Radbruch 법의 이념 [1996-41]

### 1) 정의 [2007-17]

- 법은 정의실현을 목적으로 한다.
- 평균적 정의, 배분적 정의

### 2) 합목적성 [2007-17]

- 정의는 법의 방향을 규정한다면, 구체적 내용은 법의 목적에 의해 정해진다. 법의 목적은 국가의 목적이 되므로 법은 국가의 목적에 맞추어 형성·운용될 것이 요구된다.

### 3) 법적 안정성 [2001-11]

- 법에 의한 안정이 아닌 법 자체의 안정성을 의미하는 것으로, 법의 내용이 명확해야 하며, 너무 쉽게 변경될 수 있어서는 안 되고, **실현 가능해야 하고, 사람들의 의식에 맞아야 한다.** [2001-11]

[2001-11]

**민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효)** ①채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

②채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

**민법 제245조(점유로 인한 부동산소유권의 취득기간)** ①20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

②부동산의 소유자로 등기한 자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는

소유권을 취득한다.

[2007-17]

(가) 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교, 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다.

(나) 국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전 보장, 질서 유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.

## 다. 자연법, 법실증주의, 신자연법론

### 1) 자연법 사상 [1999-7] [2020-A-4]

- 실정법과 대비되는 개념인 자연법이란 인간의 본성이나 사물의 본성 같은 근원적인 것에 근거하여 시대·민족·국가 등을 초월하여 보편타당하게 적용되는 객관적 질서라고 인식된다. [1999-7] [공사 2005-26] [2020-A-4]

[2020-A-4]

중세 스콜라 철학의 대표적 사상가인 토마스 아퀴나스는 일반적으로 법을 영구법, 신법, 자연법, 인정법으로 구분하였다고 알려져 있다. 그는 영구법은 우주를 위한 신의 계획이자 신의 이성<sup>1</sup>에 해당하는 법이며, 신법은 성서를 통해 밝혀진 신의 법이라고 하였다. 또한 자연법은 이성적 피조물인 인간이 영구법에 참여할 수 있는 법이며, 인정법은 인간에 의해 만들어진 법이라고 하였다. 한편 토마스 아퀴나스는 부당한 법에 대해 이중적 태도를 보였는데, 부당한 법은 인간의 양심을 구속하지는 않지만, 인간이 반란을 일으킬 권리를 가져서는 안 된다고 하였다. 대표적인 저서로는 『신학대전』, 『대이교도대전』 등이 있다.

### 2) 실정법 사상(법실증주의) [1999-7] [공사 2005-26]

- 실정법이란 특정한 시대와 사회에서 효력을 가지고 있는 법규범을 말한다. [1999-7] [2020-A-4]
- 정의 개념의 상대성을 지적하며 법적 안정성에 더 초점을 맞추고 있다. [공사 2005-26] → 법실증주의 [공사 2005-26]

### 3) 신자연법론

- G. Radbruch: 법의 합목적성 즉 내용적 측면은 가치의 문제이므로 학문적으로 설명할 수 없다. 왜냐하면 가치는 시대와 장소의 관점에 따라 변화하는 상대주의의 측면이 있기 때문이다. [공사 2005-26]
- 정의, 합목적성, 법적 안정성간 상호모순을 인정하며 고전적 자연법과 법실증주의간 대립 극복함. 특히 정의와 법적 안정성은 절대적 우위 없으나 상대적으로 법적 안정성이 우위, but 정의에 대한 위반이 참을 수 없는 정도라면 정의가 우위

## 라. 성문법과 불문법

### 1) 성문법

- 성문법인 법률이 가장 먼저 적용되고 성문법이 없는 경우에는 불문법이 보충적으로 적용된다. [2016-B-6]
- 일정한 입법 절차에 따라 조문의 형식으로 제정된 법 : 헌법, 법률, 명령, 조례, 규칙, 조약

### 2) 불문법

- 불문법은 문장의 형식을 취하지 않은 법규범의 존재 형식이 제정되지 않은 법으로, 관습법, 조리, 판례가 있다. → 관습법은 헌법과 민법에서, 조리는 민법에서 설명
- 판례란 일정한 법률문제에 대하여 같은 판결이 반복됨으로써 재판의 선례가 된 규범이다(선례구속의 원칙).

## 마. 법의 해석

- 법을 적용하기 위해서는 추상적인 법규의 존재(적용해야 할 법 발견), 구체적으로 발생한 사실의 확정, 발견된 법의 의미와 내용을 명백히 하는 법률적 판단이 필요한데 이를 법해석이라 한다. [2011-1차-35]
- 그 필요성은 성문법 특성(추상적·일반적 언어로 표현되어 있어서), 법의 전문성(법전문적인 용어라서), 법의 추상성과 고정성(법은 추상적·일반적으로 규정되어 있고, 법규는 고정되는데 비하여 사회현상은 끊임없이 변동하므로), 법의 체계성(법은 전체로서 하나의 체계적인 실정법 질서를 형성하고 있기 때문에)에서 기인한다. [2018-B-5]

### 1) 법의 해석 방법

#### 가) 문언해석(문리해석)

- 법조문의 의미를 문자 그대로 파악하며, 일반적인 언어 사용법에 따라 해석한다.

#### 나) 논리해석

- 법규의 내적 구조와 다른 법규와의 관계를 고려하여 해석한다.

#### 다) 역사적 해석

- 법규가 제정될 당시의 입법자의 의도와 역사적 배경을 고려하여 해석한다.

#### 라) 체계적 해석

- 해당 법규를 전체 법체계내에서의 위치와 관계를 고려하여 해석한다.
- 사뵈니(Savigny)는 이상의 4단계를 거쳐 법을 해석한다고 보았다.

#### 마) 목적론적 해석 [2015-A-기입10]

- 법규의 목적이나 입법 취지를 고려하여 해석하는 방법이다.

### 2) 법의 해석 기법

#### 가) 확장해석

- 법조문의 의미를 입법 취지에 비추어 일반적인 의미보다 확장하는 해석. 즉 언어적인 표현의 의미를 확장한다.
- 예를 들어, 형법 제366조등에서 '손괴'의 본래 의미인 물건의 형태를 파괴한 것뿐만 아니라, 밥그릇에 방뇨하여 그 물건을 다시 사용하지 못하게 하는 경우까지도 포함하는 것으로 해석한다.

#### 나) 축소해석

- 법조문의 의미를 더욱 좁게 해석하는 것이다.
- 예를 들어, 형법 제329조의 절도의 객체인 '재물'에 부동산은 포함되지 않고, 형법 제250조에서 '사람을 살해한 자'에는 법인은 물론 자연인이더라도 자신은 포함하지 않는 것으로 해석한다.

#### 다) 유추해석 [2018-B-5]

- 어떤 사항을 직접 규정한 법규가 없을 때 그와 유사한 규정을 찾아 적용하는 해석 [2018-B-5]
- 예를 들어, 흑염소 도축에 관한 법 규정이 없으므로 그와 유사한 성질의 것으로 해석하여 소, 돼지 등의 도축 규정을 그에 적용하는 것으로 본다. 형법에서는 죄형법정주의에 따라 금지된다.

#### 라) 반대해석

- 법문이 규정하는 요건과 반대의 요건이 존재하는 경우에, 그 반대의 요건에 대하여 법문과 반대의 법적 판단을 하는 해석방법.
- 예를 들어, 민법 제4조(성년기) 만19세로 성년이 되므로, 만19세 미만인 자를 미성년자로 해석하는 것이다.

**마) 당연해석(물론해석) [2015-A-기입10]**

- 법규에서 일정한 사항에 대해 일정 효과가 부과된다고 규정하고 있을 때, 그 성질로 보아 일정한 사항도 당연히 그에 해당한다고 보는 해석방법이다. 즉 사물의 성질상 당연히 포함되는 것들과, 입법취지를 고려해 해석한다.
- 예를 들어, 민법 제396조의 과실상계에서 과실보다 중한 귀책사유인 고의도 당연히 이에 포함되는 것으로 보거나, '자동차 운행 금지'라는 말에는 당연히 중장비 차량의 통행이 금지된다는 것을 포함한 것으로 본다.

[2015-A-기입10]

선생님! 아파트 관리규약에 "애완동물을 사육하지 말 것"이라고 규정되어 있는 데요. 옆집에서 돼지를 기르고 있어서 제가 규약위반이라고 하니깐, 옆집 사람이 돼지는 식용으로 사육하는 것으로 애완동물이 아니기 때문에 규약위반이 아니라고 하네요. 이것은 규약위반이 아닌가요?

규약위반이라고 보아야지. 왜냐하면 법문에서 일정한 사항을 규정하고 있는 경우에 입법취지나 입법목적으로 보아 당연히 이에 포함되는 것으로 해석해야지. 이러한 해석을 ( )해석이라고 하지.

예, 선생님 ( )해석은 유추해석 또는 확장해석과 유사하군요.

구체적인 법 적용에서 ( )해석, 유추해석, 확장해석은 중복적으로 적용될 수도 있어 구별하기가 쉽지 않지.

**3) 기타**

- 유권해석 / 무권해석

**바. 법의 적용 [공사 2007-10]**

- 상위법 우선의 원칙 : 상위의 법규를 하위의 법규보다 우선 적용(헌법-법률-시행령-시행규칙-행정규칙-조례-규칙-고사-예규-민속습관)
- 특별법 우선의 원칙 [공사 2007-10] : 동일한 관계에 적용될 법으로서 일반법과 특별법이 경합하는 경우에는 일반법은 특별법에 보충적으로 적용될 뿐이며, 특별법이 우선 적용된다. [공사 2007-10]
- 신법 우선의 원칙 : 신법을 구법보다 우선 적용
- 법률 불소급의 원칙 : 새롭게 만들어진 법률은 이전에 발생한 사실에 소급시켜서 적용할 수 없음 → 법적 안정성. 단, 형법상 피고인에게 이익이 된 경우 등 제한적인 예외 인정.

[공사 2007-10]  
 우리나라의 현행 '주택임대차보호법'은 2005년 1월 27일에 개정되어 2005년 7월 27일부터 시행되었고, 현행 '민법'은 2005년 12월 29일에 개정되어 그날부터 시행되었다. 현재 시점에서 주택 임대차와 관련된 분쟁이 발생한다면 어느 법을 우선 적용해야 할까?

**사. 법의 분류**

- 법이 규율하는 생활 관계에 따라 : 공법, 사법 및 사회법
- 법이 규율하는 내용에 따라 : 실체법, 절차법 [2024-A-2]
- 법의 효력 범위에 따라 : 일반법, 특별법 [2024-A-2]
- 법의 지배 영역에 따라 : 국내법, 국제법
- 사회법이란, 공법과 사법을 넘어, 기본적으로는 사법에 속해야 하는 것이지만, 자본주의의 진전에 따른 폐해를 극복하고자 국가가 간섭하는 것을 허용하는 법규범. 근로기준법 등의 노동법 분야와, 공정거래법 등의 경제법 분야, 사회보장법 등이 포함된다. 상법, 주택임대차보호법, 상가임대차보호법 등은 사법에 해당한다.

## 아. 입증, 간주(의제), 추정

- 간주 : 사실에 부합하는지 여하를 불문하고 효과를 발생하게 하되 당사자가 반대의 사실을 입증하더라도 그것만으로는 번복되지 않게 하는 방법 [2013-1차-38]
- 추정 : 우선 있는 일반적인 전제사실을 토대로 법률효과를 발생시키되 반대의 사실이 있으면 번복하게 하는 방법 [2013-1차-38]



## 2. 헌법

### 가. 국가의 구성 요소

#### 1) 주권

#### 2) 국민

- 속인주의와 속지주의를 채택하고 있다. [1996-24]

[헌법]

**제2조** ①대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.

[국적법]

**제2조(출생에 의한 국적 취득)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다.

1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자
  2. 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
  3. 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자
- ② 대한민국에서 발견된 기아(棄兒)는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.

#### 3) 영토

[헌법] [1996-24]

**제3조** 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

## 나. 우리 헌법의 기본 원리

### 1) 국민 주권주의

- 국가 의사를 결정하는 주권이 국민에게 있다.

- 실현 방안 : 참정권 보장(민주적인 선거 제도의 규정, 국민 투표 등), 언론·출판·집회·결사의 자유 보장, 복수 정당제

### 2) 자유 민주주의

- 자유주의와 민주주의가 결합된 정치 원리

- 실현 방안 : 법치주의 → 법의 지배 확립, 적법 절차의 원리 → 국민의 자유와 권리에 대한 국가의 자의적 제한 금지, 권력 분립 제도와 사법권의 독립, 복수 정당제를 기반으로 하는 자유로운 정당 활동, 상향식 의사 결정 과정, 각종 기본권 보장

### 3) 복지 국가의 원리

- 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위하여 국가가 적극적인 역할을 해야 한다.

- 실현 방안 : 인간다운 생활을 국가에 요구할 수 있는 사회권 보장, 사회 보장 제도의 실시, 근로자에 대한 적정 임금의 보장과 최저 임금제 실시, 소득 재분배 정책

### 4) 국제 평화주의

- 세계 평화와 인류의 공동 번영을 위해 노력한다.

- 실현 방안 : 침략적 전쟁의 부인, 국제법 존중, 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 외국인의 지위 보장, 국제 평화 유지 활동, 국제기구에의 참여

[헌법] [2006-20]

**제6조** ①헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

[2006-20]

2005년 9월 9일 대한민국 대법원은 학교급식에 우리 농산물을 쓰도록 규정한 어느 광역지방자치단체 의회의 조례가 국내산과 수입산의 동등한 경쟁 관계를 명시하고 있는 '관세와 무역에 관한 일반 협정(GATT)'에 위배되어 무효라는 판결을

내렸다.

다만 '세계무역기구(WTO) 농업 협정'은 저소득 계층에게 정부가 자국 농산물을 공급하는 것은 허용하고 있으므로, 향후 조례에서 저소득층 학생에 대한 무상 지원을 규정하는 것은 가능할 것이다.

### 5) 평화 통일 지향

- 민족의 숙원인 통일을 평화적으로 추구한다.
- 실현 방안 : 평화 통일 정책 수립과 실천, 대통령에게 조국의 평화 통일을 위해 노력할 의무 부과, 민주 평화 통일 자문 회의 설치, 남북 교류 협력 추진

### 6) 문화 국가의 원리

- 문화의 자율성을 인정하면서 문화를 국가에서 보호하고 적극적으로 발전시켜야 한다.
- 실현 방안 : 평생 교육 제도 확충, 민족 문화의 창달을 위한 노력을 국가의 의무로 규정, 의무 교육 제도의 실시, 전통 문화의 진흥

## 다. 인권의 의미: 인권의 3세대 개념(K.Vasak) [2024-B-8]

### 1) 제1세대 인권: 시민적·정치적 권리

- 국가의 자의적인 간섭으로부터 개인의 자유로운 영역을 보호받거나 정치과정에 참여하기 위한 권리.
- 정부의 역할을 제한하기 때문에 소극적 권리(negative rights)이며, 그 보호를 위해 국가가 "하지 말아야 할 것들"을 구체화하여 불간섭(비개입)을 요구하는 권리로서, '...로부터의 자유'로 표현된다.

- 생명권/ 신체의 자유와 안전을 누릴 권리
- 차별받지 않고 법의 평등한 보호를 받지 권리/ 남녀에게 동등한 권리를 보장
- 고문과 잔혹하거나 비인도적·모욕적인 취급, 형벌을 받지 않을 권리
- 양심과 사상 및 종교의 자유/ 표현의 자유/ 집회와 결사의 자유
- 사생활 및 개인정보, 가족생활을 존중받을 권리
- 정치 활동을 할 권리
- 적법절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리/ 무죄추정의 원칙

### 2) 제2세대 인권: 경제적·사회적·문화적 권리

- 경제적·사회적·문화적 권리는 사회적 평등을 기초로 배분적 정의에 근거하여 제한된 가치의 생산과 자원의 배분에서 형평성을 보장받는 권리이며, 이 권리들은 국가의 책임과 의무를 강조하고 적극적으로 제공할 것을 요구하는 적극적 권리(positive rights)로서 '...에 대한 권리'로 표현된다.

- 자유로운 선택과 수락에 따른 노동을 할 권리
- 차별받지 않고 동일노동에 대한 동등한 보수를 받을 권리
- 공정하고 쾌적한 노동조건에 대한 권리 / 연소자 노동 보호
- 근로시간의 합리적 제한, 정기적 유급휴일을 포함한 휴식과 여가를 가질 권리
- 노동조합을 결성하고 가입하며 자유롭게 활동할 권리(노동자의 단결권)
- 노동쟁의권과 파업권
- 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리
- 가정의 보호 및 지원에 관한 권리 / 적절한 생활수준을 영위할 권리
- 가능한 최상의 신체 및 정신 건강을 영위할 권리
- 교육받을 권리 / 문화를 향유할 권리

### 3) 제3세대 인권: 국경을 초월한 연대의 권리 [2024-B-8]

- 20세기 들어 제3세계 국가와 중심부 국가들 간의 빈부격차, 과도한 군비경쟁과 핵전쟁의 위협, 환경파괴로 인한 생태 위기에 대응하기 위해서 집합적인 수준에서 정의하고 실현된다.

- 이 집단적 권리는 특히 서구의 식민지였던 저개발국가, 제3세계, 혹은 선주민들의 생존과 발전의 권리에 주목하여, 한 집단이 다른 집단에 그 집단의 발전과 번영을 저해할 수 있는 조건들을 강요해서는 안 되며, 자원개발을 위해 이들을 이용해서는 안 된다는 것을 말한다.
- 국가에서 한정되는 인권의 개념이 아니라 국경을 초월하여 전지구적인 담론으로 인권을 개념화하기 때문에 국제적 협력을 필수적으로 전제하며, 제3세대 인권의 내용은 아직 이론적으로 확립되어 있지 않고 계속 발전하고 있다.

- 정치적·경제적·사회적·문화적 자결을 향유할 권리
- 경제적· 사회적 발전을 향유할 권리
- 자신의 발전에 유리한 환경에 대한 권리
- 안정적이고 결집력 있는 사회에서 살 권리
- 오염되지 않은 깨끗한 물과 공기, 식량에 대한 권리
- 평화를 향유할 권리
- 인류 공동 유산으로부터 이익을 얻고 그에 참가할 권리
- 인도적 원조를 요구할 수 있는 권리
- 과거와 미래의 인권침해 문제를 연계하여 다루는 세대 간의 권리

## 라. 기본권의 의미

- 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리
- 자연법 사상 : **천부 인권설**에 기반하여, 기본권을 자연법상 권리로 보아 **초국가적 불가침의 인권**으로 해석한다. [2012-1차-17]
- 실정법 사상 : 기본권을 헌법에 의해 보장되는 **실정법상의 권리**로 인식한다. [2012-1차-17]

[2012-1차-17]  
 인권 또는 인간의 권리는 인간이 인간으로서 당연히 누리는 권리를 말한다. 우리는 인권을 기본적 인권 혹은 기본권이라고도 한다. 하지만 엄밀한 의미에서 인권과 기본권은 동일한 개념이 아니다. 인권은 인권 사상을 바탕으로 하여 인간이 인간이기 때문에 당연히 누리는 인간의 생래적·천부적 권리를 의미하지만, 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 의미하기 때문이다.

## 마. 기본권의 법적 성격

### 1) 주관적 공권성 [2011-1차-36]

- 주관적 공권이란 기본권주체가 일정한 이익을 향수하기 위하여 공권력의 주체에게 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 법적인 힘을 말한다.
- 기본권은 입법권은 물론 행정권과 사법권 등 국가권력 일반에 대한 직접적 구속력을 갖는다는 점에서 기본권은 직접적 효력을 갖는 주관적 공권이라고 보아야 한다.

### 2) 객관적 가치질서

[93헌바45]  
 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.

### 3) 기본권과 제도보장의 관계

[95헌바48]  
 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는데 있다.

## 바. 기본권의 유형

### 1) 인간의 존엄과 가치 및 행복 추구권

[헌법] [1999-7]

**제10조** 모든 국민은 **인간으로서의 존엄과 가치**를 가지며, **행복을 추구할 권리**를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

#### 가) 인간의 존엄과 가치

- 인간이라는 이유만으로 존중받아야 할 권리, 헌법 질서를 구성하는 최고의 원리이며 국가 권력 행사의 한계

#### 나) 행복추구권 [1992-29] [2005-4]

- 물질적·정신적으로 안락하고 풍족한 삶을 추구할 권리
- 일반적 행동자유권, 자기결정권

[95헌가6] [2005-4]

<동성동본인 혈족사이의 혼인을 금하고 있는 민법 위헌제청>

모든 사람에게 있어 자유로운 의사의 합치와 애정을 바탕으로 한 혼인생활과 자녀의 출산, 양육은 향유할 수 있는 행복의 가장 중요한 요소인데, 제청신청인들은 불합리한 이 사건 법률조항으로 말미암아 법적인 부부가 되지 못함으로써, 행복추구권의 향유에 중대한 장애를 받고 있다.

[2002헌마677] [2012-1차-38]

을은 우안의 시력이 상실되었으나 좌안은 1.0의 시력을 가지고 있다. 취업을 위해 을이 제1종 운전면허를 취득하려 하였으나 도로교통법시행령 제45조에서 제1종 운전면허적성 기준으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 규정하고 있어서 운전면허를 취득할 수 없게 되자 해당 조항이 헌법에 위반된다면서 헌법소원을 청구하고자 한다.  
→ **직업선택의 자유, 행복추구권(일반적 행동자유권), 평등권** 침해여부를 판단해달라고 청구하였지만 기각.

#### 다) 성격

- 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 기본권의 이념으로, 기본권 보장의 궁극적 목적, 포괄적·일반적 권리로 다른 구체적 권리들의 보충적 성격을 가지고 있다.
- 자연법 사상과 관련있다. [1999-7]

### 2) 평등권 [공사 2003-17] [2005-4] [2011-1차-36]

#### 가) 의미

- 모든 국민이 여러 생활 영역에서 균등한 기회를 보장 받을 권리 [2011-1차-36]
- 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 받지 않고, 평등한 대우를 요구할 수 있는 권리

#### 나) 성격

- 본질적 기본권, 다른 기본권 보장의 전제 조건

#### 다) 내용

- 법 앞의 평등, 교육의 기회균등, 사회적 특수 계급의 금지, 근로관계에서의 양성평등, 가족생활에서의 양성평등

[헌법]

**전문** ... 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며 ...

[헌법] [공사 2002-15]

**제11조** ①모든 국민은 **법 앞에 평등**하다. 누구든지 **성별·종교** 또는 **사회적 신분**에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 **차별을 받지 아니**한다. [2007-17]

②사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.

③훈장등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.

[헌법]

제31조 ①모든 국민은 능력에 따라 **균등하게 교육을 받을 권리**를 가진다. → 교육의 기회균등

제32조 ④여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다. → 여성 근로자 차별 금지, 적극적 평등조치

제34조 ③국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다. → 적극적 평등조치

제36조 ①혼인과 가족생활은 **개인의 존엄과 양성의 평등**을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. → 혼인과 가족생활의 양성평등

제41조 ①국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다. → 선거에 있어서 평등

제67조 ①대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다. → 선거에 있어서 평등

제119조 ②국가는 **균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지**하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 **경제의 민주화**를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

[국가인권위원회법] [2006-17]

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "평등권 침해의 차별행위"란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, **현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람**(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 **잠정적으로 우대하는 행위**와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 **차별행위**(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.

가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

나. **재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용**과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

다. **교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련**이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

라. **성희롱**(업무, 고용, 그 밖의 관계에서 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다) 행위

[95헌가6] [2005-4]

<동성동본인 혈족사이의 혼인을 금하고 있는 민법 위헌제청>

이 사건 법률조항은 남계(男系) 혈족만을 문제삼고 있어 여성들의 평등권을 침해하고 있다.

[2006-17]

근대 법치국가는 "모든 국민은 법 앞에 평등하다."라는 원칙을 천명하였다. 그렇지만 그와 같이 보편성을 전제한 규정은, 실제의 다양한 차이를 포착하지 못함으로써 여러 가지 양태의 차별에 대하여 제대로 작동하지 못하는 사례가 빈번하였다. 따라서 현대 국가들은 차이가 차별로 귀결되지 않도록 평등의 개념을 수정하거나, 혹은 법조문 자체에 다양한 차별 요소를 명시함으로써 차별에 대처해 나가고자 한다.

[94헌마52] [2011-1차-36]

독립유공자 본인에 대한 부가연금지급에 있어 그 공헌과 희생의 정도에 따라 차등을 두는 것은 독립유공자에우에관한법률이 내세우는 보상의 원칙에 부합하는 것일 뿐만 아니라 실질적 평등을 구현한 것으로서 합리적인 이유가 있는 이상, 그 유족에 대한 부가연금지급에 있어서도 독립유공자 본인의 서훈등급에 따라 차등을 두는 것은 합리적인 이유가 있으므로, 그 차등지급은 평등권을 침해한 것이 아니다.

[98헌마363] [공사 2003-17]

가. 제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단

에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 아니되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침 없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계에 확고히 정립된 기본질서라고 할 '여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호'에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이다.

나. 가산점제도는 수많은 여성들의 공직진출에의 희망에 걸림돌이 되고 있으며, 공무원채용시험의 경쟁률이 매우 치열하고 합격선도 평균 80점을 훨씬 상회하고 있으며 그 결과 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산함으로써 합격여부에 결정적 영향을 미쳐 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하고 있고, 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런 제한없이 부여함으로써 한 사람의 제대군인을 위하여 몇 사람의 비(非) 제대군인의 기회가 박탈당할 수 있게 하는 등 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 가산점제도는 차별취급의 비례성을 상실하고 있다.

다. 그렇다면 가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위배되며, 이로 인하여 청구인들의 **평등권이 침해된다.**

[2011-1차-36]

평화유지군으로 아프가니스탄에 파견된 부대원이 직무집행과 관련하여 부상한 경우 국가배상청구권을 인정하는 것은 청구권의 보장에 해당한다. → 군인에 대한 국가배상의 차별이 있으므로 평등권을 보장하는 것

[2002헌마677] [2012-1차-38]

을은 우안의 시력이 상실되었으나 좌안은 1.0의 시력을 가지고 있다. 취업을 위해 을이 제1종 운전면허를 취득하려 하였으나 도로교통법시행령 제45조에서 제1종 운전면허적성 기준으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 규정하고 있어서 운전면허를 취득할 수 없게 되자 해당 조항이 헌법에 위반된다면서 헌법소원을 청구하고자 한다. → **직업선택의 자유, 행복추구권(일반적 행동자유권), 평등권** 침해여부를 판단해달라고 청구하였지만 기각.

[90헌바24]

우리 헌법이 선언하고 있는 "**인간의 존엄성**"과 "**법앞에 평등**"은 행정부나 사법부에 의한 **법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고**, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 **합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법내용상의 평등을 의미하고** 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다.

[2003헌마30]

입법자가 설정한 차별이 **기본권에 관련된 차별**을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 **자의금지 내지 합리성 심사**를 넘어서 **목적과 수단 간의 엄격한 비례성**이 준수되었는지를 심사하여야 한다. 이 경우 사람이나 사항에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 보다 엄격한 심사척도를 적용한다.

[93헌바43]

**누범을 가중처벌**하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 비난가능성이 많고, 누범이 증가하고 있다는 현실에서 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방이라는 형벌목적에 비추어 보아, 형법 제35조가 누범에 대하여 형을 가중한다고 해서 그것이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법의 이념에 반하는 것도 아니며, 누범을 가중하여 처벌하는 것은 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회의 질서유지의 목적을 달성하기 위한 하나의 수단이기도 하는 것이므로 이는 **합리적 근거 있는 차별**이어서 헌법상의 **평등의 원칙에 위배되지 아니한다.**  
→ **합리적 이유가 있는 차별(자의금지 원칙)**이거나 **비례성을 갖춘 차별(비례의 원칙)**은 인정한다(남자 병역 의무, 여성 생리 휴가, 여성과 미성년자의 근로 시간 단축과 야간 근로의 금지, 미성년자 관람 불가, 누범 가중 처벌, 누진세 제도 등).

## 라) 적극적 평등조치

- 사회적으로 차별받아온 집단에 대해 그동안의 차별에 대한 불이익을 사후적으로 구제하려는 의도로 적극적인 지원조치를 말하며, 실질적 평등을 구현하기 위한 것이다. 이는 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 근거로 하여 혜택을 주며, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구하고, 항구적 정책보다는 임시적 조치라는 특징을 가진다.

### [헌법]

**제32조** ④여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다. → 여성 근로자 차별 금지, 적극적 평등조치

**제34조** ③국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다. → 적극적 평등조치

### [남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률] [2006-19]

**제1조(목적)** 이 법은 「대한민국헌법」의 평등이념에 따라 고용에서 남녀의 **평등한 기회와 대우를 보장**하고 **모성 보호와 여성 고용을 촉진**하여 남녀고용평등을 실현함과 아울러 근로자의 **일과 가정의 양립**을 지원함으로써 모든 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.

**제19조(육아휴직)** ① 사업주는 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다. 이하 같다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 "육아휴직"이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제20조(일·가정의 양립을 위한 지원)** ① 국가는 사업주가 근로자에게 육아휴직이나 육아기 근로시간 단축을 허용한 경우 그 근로자의 생계비용과 사업주의 고용유지비용의 일부를 지원할 수 있다.

### [장애인고용촉진 및 직업재활법]

**제27조(국가와 지방자치단체의 장애인 고용 의무)** ① 국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원에 대하여 다음 각 호의 구분에 해당하는 비율 이상 고용하여야 한다.

### [공직선거법]

**제47조(정당의 후보자추천)** ③정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 **매 홀수에는 여성을 추천**하여야 한다.

### [정치자금법]

**제26조(공직후보자 여성추천보조금)**

**제26조의2(공직후보자 장애인추천보조금)**

## 마) 종류

- 형식적 평등 / 실질적 평등

## 3) 자유권 [2011-1차-36]

### 가) 의미

- 모든 국민이 그의 자유 영역에 대해서 국가권력으로부터 침해받지 않을 권리 [2011-1차-36]

### 나) 성격

- 소극적·방어적 권리 [2011-1차-36], 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되어서는 안 될 권리, 역사상 가장 오래된 기본권

### 다) 내용

- 신체의 자유 : 죄형 법정주의, 적법절차의 원칙, 고문 금지, 자기부죄진술거부권, 영장 제도, 변호인의 조력을 받을 권리, 구속적부심사제, 미란다 원칙, 중복처벌 금지, 연좌제 금지, 소급효 금지의 원칙, 무죄추정의 원칙, 형사보상청구권, 국가배상청구권, 공개재판주의
- 정신적 자유 : 양심의 자유, 종교의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 학문·예술의 자유

- 사회·경제적 자유 : 거주·이전의 자유, 직업 선택의 자유, 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀, 저작권 보호, 재산권 행사의 자유와 그 제한

(1) **신체의 자유** [2013-1차-36]

- 정신적 자유와 더불어 신체적 자유는 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 근본적인 자유로서 모든 기본권보장의 전제조건이다. [2013-1차-36]

[헌법]

**제12조** ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, **법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역**을 받지 아니한다. [1994-35] → **죄형법정주의** [2013-1차-36] [2018-B-5], **적법절차의 원칙** [2013-1차-36] [2021-A-11]

② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다. → **고문의 금지** [2013-1차-36], **자기부죄진술거부권(진술거부권 또는 묵비권)** [2013-1차-36]

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, **현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구**할 수 있다. [2021-A-11] → **영장 제도, 적법절차의 원칙** [2013-1차-36] [2021-A-11]

④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다. → **변호인의 조력을 받을 권리** [2013-1차-36]

⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다. → **체포·구속이유 등의 고지·통지를 받을 권리(미란다 원칙)** [2013-1차-36]

⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. → **구속적부심사제** [2013-1차-36] [2016-A-7]

⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다. → **자백의 증명력 제한** [2013-1차-36]

**제13조** ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. → **죄형법정주의** [2013-1차-36] [2018-B-5], **소급효 금지의 원칙** [2013-1차-36] [2019-B-4], **중복처벌금지(일사부재리)** [2013-1차-36]

③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다. → **연좌제 금지** [2013-1차-36]

**제27조** ③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다. → **공개재판주의**

④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다. → **무죄추정의 원칙**

**제28조** 형사피고인 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 **정당한 보상**을 청구할 수 있다. → **형사보상청구권**

**제29조** ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 **정당한 배상**을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다. → **국가배상청구권**

**제109조** 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다. → **공개재판주의**

[2002헌가14] [2013-1차-36]

헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘**처벌**’은 원칙적으로 범죄에 대한 **국가의 형벌권 실행으로서의 과벌**을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 **일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다.**

[2016-A-7]

갑은 절도죄의 혐의로 체포되어 조사를 받던 중, 검사가 신청하고 법관이 발부한 영장에 의하여 구속되었다. 그러나 갑은 자신의 결백과 무죄를 주장하며, 자신이 구속된 것은 법관이 잘못 판단하여 영장을 발부하였기 때문이라고 생각하고 있다. 그래서 갑은 헌법과 형사소송법에서 보장하는 제도를 활용하여 자신에게 발부된 구속영장의 헌법적 정당성을 심사받고자 한다.



## (2) 정신적 자유

[헌법]

**제19조** 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

**제20조** ①모든 국민은 종교의 자유를 가진다.

②국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

**제21조** ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. [2019-A-12] → 표현의 자유(언론·출판·집회·결사의 자유)

②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. → 표현의 자유 제한의 한계, 사전검열의 금지, 사전허가제 금지

③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

**제22조** ①모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.

②저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

[2006헌바109] [2012-1차-38]

A사 모바일 콘텐츠 팀장인 갑은 B사가 운영하는 이동 전화망 내 이동 통신 서비스에 음란한 영상을 배포한 행위로 기소되었다. 갑은 형사재판에 적용되는 법률의 조항이 헌법에 위반된다면서 법원에 위헌법률제청신청을 하였으나 헌법소원을 청구하고자 한다. → 이 사건 법률조항에 의한 **표현의 자유** 제한은 음란표현이 헌법상 표현의 자유에 의한 보호대상이 되고 따라서 음란물 정보의 배포 등의 행위에 대하여 형사상 중한 처벌을 가하는 것이 이러한 기본권을 다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 반하는 것이라고 보기 어렵다.

[2000헌바67] [2019-A-12]

집회의 자유에 의하여 보호되는 것은 단지 '평화적' 또는 '비폭력적' 집회이다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되지만, 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 않는다. 헌법은 집회의 자유를 국민의 기본권으로 보장함으로써, 평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로서 평가되어서는 아니 되며, 개인이 집회의 자유를 **집단적으로** 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 **위험**은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다는 것을 헌법 스스로 규정하고 있는 것이다.

## (3) 사회·경제적 자유

[헌법]

**제14조** 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

**제15조** 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

**제16조** 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

**제17조** 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

**제18조** 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다. [2000-9] [2022-B-11]

**제22조** ②저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다. → 저작권 보호

**제23조** ①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

②**재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록** 하여야 한다. [2007-17] → 재산권의 제한

③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 **법률로써** 하되, **정당한 보상**을 지급하여야 한다.

[2002헌마677] [2012-1차-38]

을은 우안의 시력이 상실되었으나 좌안은 1.0의 시력을 가지고 있다. 취업을 위해 을이 제1종 운전면허를 취득하려 하였으나 도로교통법시행령 제45조에서 제1종 운전면허적성 기준으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 규정하고

있어서 운전면허를 취득할 수 없게 되자 해당 조항이 헌법에 위반된다면서 헌법소원을 청구하고자 한다. → **직업선택의 자유, 행복추구권(일반적 행동자유권), 평등권** 침해여부를 판단해달라고 청구하였지만 기각.

[2008헌마664] [2017헌가15] [2012-1차-38]

이 사건 자격조항은 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 것인바, 신체장애자 보호에 대한 헌법적 요청에 의하여 시각장애인의 생계, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위한 것으로서 정당한 목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다. 시각장애인에게 안마업을 독점시키는 것은 시각장애인의 생존권 보장을 위한 불가피한 선택인 반면에 일반국민은 안마업 외에도 선택할 수 있는 직업이 많다는 점 등을 고려하면 이 사건 자격조항이 최소침해성원칙에 반한다고 할 수 없다. 또한 시각장애인 안마사제도는 생활전반에 걸쳐 시각장애인에게 가해진 유·무형의 사회적 차별을 보상해 주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 수단으로서, 이 사건 자격조항으로 인해 시각장애인과 비시각장애인 사이에 법의 불균형이 발생한다고 할 수 없으므로, 이 사건 자격조항이 비시각장애인을 시각장애인에 비하여 차별하는 것이라고 할 수 없을 뿐 아니라, 비시각장애인의 **직업선택의 자유**를 침해하여 헌법에 위반된다고 보기도 어렵다.

#### 4) 참정권

##### 가) 의미

- 모든 국민이 정당 설립, 선거, 공무 담임, 국민투표 등을 통하여 국가권력의 창설과 국가의 권력 행사 과정에 적극적으로 참여함으로써 자신의 정치 소견을 국정에 반영할 수 있는 권리 [2011-1차-36]

##### 나) 성격

- 능동적 권리 : 직접·간접적으로 국가권력에 참가하는 능동적 성질의 기본권이라 볼 수 있다.

##### 다) 내용

- 선거권, 공무 담임권 [공사 2003-17], 국민 투표권

[헌법]

**제24조** 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 **선거권**을 가진다. [2008-7]

**제25조** 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 **공무담임권**을 가진다.

**제67조** ①대통령은 국민의 **보통·평등·직접·비밀선거**에 의하여 선출한다.

④**대통령으로 선거될 수 있는 자**는 국회의원의 피선거권이 있고 **선거일 현재 40세에 달하여야 한다**. [1993-11]

**제72조** 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 **외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책**을 **국민투표**에 붙일 수 있다. [2014-B-서술2] [2020-A-8]

**제130조** ②**헌법개정안**은 국회가 의결한 후 30일 이내에 **국민투표**에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다. [2014-B-서술2] [2020-A-8]

[공직선거법]

**제16조(피선거권)** ①선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

②25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

[98헌마363] [공사 2003-17]

헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 하므로, 공직자선발에 관하여 능력주의에 바탕한 선발기준을 마련하지 아니하고 해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소를 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 되는데도 불구하고 가산점제도는 능력주의에 기초하지 아니하고 성별, '현역복무를 감당할 수 있을 정도로 신체가 건강한가'와 같은 불합리한 기준으로 여성과 장애인 등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 **공무담임권이 침해**된다.

[2011-1차-36]

주민투표권은 참정권과 관련이 있지만, 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 보장하는 주관적 공권으로 볼 수는 없다.

[2014-B-서술2]

교사 : 우리 헌법은 제1조에서 국민주권 이념에 기초한 민주주의 원리를 채택하고 있습니다. 그런데, 이를 구현하는 방법으로는 국민이 국가 의사를 직접 결정하는 직접민주제와 국민이 선출한 대표가 국가 의사를 결정하는 대의제가 있습니다.

학생 : 선생님, 그런데 우리나라는 인구가 많아서 모든 국민이 모여 국가의 의사를 직접 결정하는 것이 사실상 불가능하지 않을까요?

교사 : 그래요. 그래서 우리 헌법은 대의제를 채택하여 일상적으로는 국민이 선출한 대표가 국가의 의사를 결정하도록 하면서, 특별한 두 가지 경우에만 국민투표제도를 통하여 직접민주제를 구현하고 있어요. 이 두 가지 경우는 헌법 제72조와 제130조에 각각 명시되어 있답니다. 그럼 두 가지 경우는 어떻게 다를까요?

학생 : 우리 헌법의 규정에 따르면 두 가지 경우는 대상에 있어서 차이가 있습니다.

## 5) 사회권(생존권) [2011-1차-36]

### 가) 의미

- 모든 국민이 인간다운 생존을 누리기 위해서 국가의 배려, 시책, 봉사 등을 요구할 수 있는 권리 [2011-1차-36]

### 나) 성격

- 가장 최근에 등장한 현대적 권리, 적극적 권리 [2011-1차-36], 복지 국가의 필수적 요소

### 다) 내용

- 인간다운 생활을 할 권리 [2024-A-4], 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로 3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권), 환경권, 보건권

[헌법]

전문 ... 국민생활의 균등한 향상을 기하고 ...

**제10조** 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

**제31조** ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. → 교육기회접근권

② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.

③ 의무교육은 무상으로 한다.

④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다. [2002-5]

⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다. → 평생교육법

⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

**제32조** ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.

③ 근로조건에의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다. → 근로기준법

④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다. → 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률

⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다. → 근로기준법

⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

**제33조** ① 근로자는 근로조건에의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. [2023-B-4] → 근로3권(노동3권), 노동조합 및 노동관계조정법

② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. → 공무원은 국가공무원법에 의하여 집단행위를 할 수 없다. 교원은 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률에 의해 단결권, 단체교섭권을 인정받는다.

③법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

**제34조** ① 모든 국민은 **인간다운 생활을 할 권리**를 가진다. [2024-A-4]

② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다. → 사회보장수급권

③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.

⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.  
→ 국민기초생활보장법

⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

**제35조** ① 모든 국민은 **건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리**를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. → 환경권 [1993-33]

② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

③ 국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

**제36조** ① **혼인과 가족생활**은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. → 혼인제도, 가족제도

② 국가는 **모성의 보호**를 위하여 노력하여야 한다. → 모성의 보호

③ 모든 국민은 **보건**에 관하여 국가의 보호를 받는다. → 보건권

- 단결권은 근로조건의 향상을 위해 단결의 조직 및 가입을 보장하는 권리이다. [2004-2] → 근로조건의 향상을 위해서 보장된 것이며 근로자끼리의 공제나 정치운동을 주된 목적으로 하기 위하여 보장된 것이 아니다. [2023-A-4]

- 단체교섭권은 근로자가 노동조합이나 기타 노동단체의 대표를 통해 사용자와 근로조건에 관하여 교섭하는 권리이다. [2004-2] → 근로조건은 근로자가 사용자와 개별적으로 정하는 것보다 단체교섭으로 정하는 것이 근로자에게 유리하기 때문 [2023-A-4]

- 단체행동권은 단체교섭이 원만하게 이루어지지 않은 경우 노동조합이 자기의 주장을 실행함으로써 관철하기 위한 목적으로 파업이나 태업 등 업무를 집단으로 저해하는 쟁의행위를 할 수 있는 권리이다. [2004-2] [2023-A-4]

[95누7994] [2011-1차-36]

경기도 가평군 ○○초등학교△△분교의 폐지로 인한 교육조건 및 통학조건의 변화, 학교의 적정규모, 폐교로 인하여 지역 사회에 미치는 영향 등의 제반 사정을 검토한 후, △△분교의 아동들이 ○○초등학교에서 교육을 받음으로써 발생하는 긍정적인 교육효과를 고려한다면 분교의 폐지로 인한 통학조건이 다소 악화되는 등의 부정적인 효과는 그다지 크다고 할 수 없으므로, 경기도의회 △△분교 통폐합에 관한 조례는 재량권의 범위를 일탈한 것이라거나 분교 학생들의 교육을 받을 권리 또는 의무교육을 받을 권리를 침해한 것이라고 볼 수 없다

## 6) 청구권 [2011-1차-36]

### 가) 의미

- 국민이 적극적으로 국가에 대하여 특정한 행위를 요구하거나 국가의 보호를 요청할 수 있는 권리 [2011-1차-36]

### 나) 성격

- 다른 기본권을 보장하기 위한 수단적 권리(기본권 보장을 위한 기본권), 적극적 권리

### 다) 내용

- 청원권(국회 의원소개청원/국민동의청원, 청와대 국민청원, 국민신문고 등), 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권, 범죄피해자구조청구권

[헌법]

**제26조** ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 **청원**할 권리를 가진다. → 청원권

② 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.

**제27조** ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 **법원에 의하여 법률에 의한 재판**을 받을 권리를 가진다. → **재판청구권** [공사

2002-18]

- ②군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.
- ③모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.
- ④형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

**제28조** 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다. → 형사보상청구권

**제29조 ①**공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다. → 국가배상청구권 [2011-1차-36]

②군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다. → 이종배상의 금지

**제30조** 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다. [2010-1차-39] → 범죄피해자구조청구권 [2010-1차-39]

**제109조** 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

**제110조 ④**비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

[99헌마496]

우리 헌법에는 비록 명문의 문구는 없으나 “공정한 재판을 받을 권리”를 국민의 기본권으로 보장하고 있음이 명백하며, “공정한 재판을 받을 권리”는 공개된 법정에서 모든 증거자료가 조사되고 검사와 피고인이 서로 공격·방어할 수 있는 공평한 기회가 보장되는 재판을 받을 권리를 포함한다.

## 사. 기본권의 제한과 한계

### 1) 기본권의 제한 (헌법적/개별적 법률유보)

[헌법] [1993-33] [1996-25] [1999-7] [2007-17] [2008-16]

**제37조 ②**국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. [2000-9] [2021-A-12] [2024-B-8]

- 기본권 제한의 한계를 밝힘으로써 필요 이상의 기본권 제한을 막으려는 취지이다. [1996-25] [2021-A-12]
- 실정법 사상과 관련 [1999-7] [2007-17]
- **법률유보의 원칙 : 행정권의 발동은 법률에 근거하여 이루어져야 한다.** [2021-A-12] → 악용하면 형식적 법치의 문제점 발생 가능 [2021-A-12]

[헌법]

**제8조 ④**정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

**제21조 ④**언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

[헌법] [2001-4]

**제23조 ②**재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

[헌법]

**제12조 ①**모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

[92헌마144] [2000-9] [2011-1차-36]

질서유지 또는 공공복리를 위하여 구속제도가 헌법 및 법률상 이미 용인되어 있는 이상, 미결수용자는 구속제도 자체가 가지고 있는 일면의 작용인 사회적 격리의 점에 있어 외부와의 자유로운 교통과는 상반되는 성질을 가지고 있으므로, 중

거인멸이나 도망을 예방하고 교도소 내의 질서를 유지하여 미결구금제도를 실효성 있게 운영하고 일반사회의 불안을 방지하기 위하여 미결수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정된다고 할 것이고, 이로 인하여 미결수용자의 **통신의 비밀이 일부제한되는 것은** 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 **최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.**

헌법 제12조 제4항 본문은 신체구속을 당한 사람에 대하여 **변호인의 조력을 받을 권리를** 규정하고 있는바, 이를 위하여서는 신체구속을 당한 사람에게 변호인과 사이의 충분한 접견교통을 허용함은 물론 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다.

구 행형법 제62조는 형이 확정된 수형자에 대하여 서신검열을 규정한 같은 법 제18조 제3항 및 시행령 제62조를 미결수용자에 대하여도 준용하도록 규정하고 있고, 피청구인의 위 검열행위도 위 규정에 따른 것이므로, 위 검열행위가 위헌임을 확인함에 있어서, 구 행형법 제62조의 규정 중 앞서 본 변호인과의 서신검열이 허용되는 조건을 갖추지 아니한 경우에도 검열을 할 수 있도록 준용하는 부분에 대하여는 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 **위헌을 선언한다.**

## 2) 기본권 제한의 한계

[헌법]

**제37조 ②** 국민의 모든 자유와 권리는 **국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.** [2021-A-12] → **과잉금지**의 원칙 [2008-16]

[2001헌마614] [2008-16] [2012-2차-1] [2022-B-11] [2024-B-8]

국민의 기본권을 제한하려는 **입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 방법이 효과적이고 적절하여야 함은 물론이고(방법의 적정성), 그로 인한 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성).**

[2004헌바90] [2008-16]

불법행위로 인한 손해배상청구권에 대하여 단기소멸시효기간을 정한 민법 제766조 제1항은 피해자나 그 법정대리인이 '피해 및 가해자'를 안 때에는 그 권리행사가 그만큼 용이하여 불법행위로 인한 손해배상청구권과 관련된 민사상의 법률관계를 조속히 확정함으로써 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있고, 3년간의 단기소멸시효기간도 입법자가 입법형성권을 현저히 자의적으로 행사하여 지나치게 짧게 정한 것으로 볼 수 없으므로, 위 법률조항이 불법행위로 인한 손해배상청구권이라는 피해자의 재산권을 합리적인 이유 없이 지나치게 제한함으로써 헌법 제37조 제2항의 **기본권제한에 관한 입법적 한계**를 일탈하였다고 볼 수 없다.

[2012-2차-1]

최근 생명공학이 발달함에 따라 인간의 생명이 언제부터 시작하는가에 대하여 수정시설, 착상시설 등이 논의되고 있다. 그리고 생명권의 근거와 관련하여 자연법설, 실정헌법설이 대립하고 있다. 또한 생명권은 절대로 제한이 불가능하다는 절대적 기본권설과 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능하다는 상대적 기본권설이 대립하고 있다. 이와 같이 수정 후 14일 이내의 초기 인간 배아의 생명권과 관련하여 많은 논의가 진행되고 있다.

일부 입장에서는 초기 인간 배아, 즉 수정 후 14일 이내의 배아로서 아직 자궁에 착상을 하지 않은 배아도 생명권의 주체가 된다고 주장한다. 이 입장에 따르면 초기 인간 배아를 연구 목적으로 사용할 경우 초기 인간 배아의 생명권 침해 여부가 논란이 될 수 있다. 이에 반하여 초기 인간 배아는 단순한 세포군에 불과할 뿐이므로 생명권의 주체가 되지 않는다는 입장이 있다.

[2009헌가30] [2022-B-11]

이 조항은 법이 정한 통신제한조치의 허가 요건이 존속하는 경우에 효과적으로 범죄 수사 목적을 달성하여 국가안전보장과 질서유지를 도모하기 위한 것으로 그 입법 목적의 정당성이 인정되고, 통신제한조치기간 연장은 이 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다. 그러나 통신제한조치기간 연장을 허가함에 있어 총연장 기간 또는 총연장 횟수의 제한을 두고, 그 연장 기간 동안 범죄 혐의를 입증하지 못하는 경우 제한 조치를 중단하게 하여도, 제한을 할 필요가 있으면 법원에 새로운 허가를 청구할 수 있으므로 이로써 수사 목적을 달성하는 데 충분하다. 또한 법원이 통신제한조치기간을 연장함에 있어 법 운용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않았으므로 이 조항은 **침해의 최소성원칙**에 위반된다. ... (중략) ... 그리고 법익 균형성 요건도 갖추지 못

하여 위헌이다.

## 아. 비상적 헌법수호

### 1) 국가긴급권

[헌법]

**제76조** ①대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕 질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. [1994-31] → 긴급재정·경제명령/ 처분, 긴급명령

②대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

③대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

**제77조** ①대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다. → 계엄제도

③비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.

### 2) 저항권 [2003-8]

- 공권력의 행사자가 민주적 기본질서를 침해하거나 파괴하려는 경우에, 유효한 구제수단이 남아있지 않다는 보충성의 요건이 적용되며, 민주적 기본질서의 유지, 회복이라는 소극적인 목적으로, 폭력·비폭력, 적극적·소극적으로 저항할 수 있다. [2003-8]

- 헌법의 본질과 헌법이 정하고 있는 기본권의 보장 및 국가의 본질과 역할에서 자연적으로 도출된다.

[2013헌다1]

저항권은 공권력의 행사자가 민주적 기본질서를 침해하거나 파괴하려는 경우 이를 회복하기 위하여 국민이 공권력에 대하여 폭력·비폭력, 적극적·소극적으로 저항할 수 있다는 국민의 권리이자 헌법수호제도를 의미한다. 하지만 저항권은 공권력의 행사에 대한 '실력적' 저항이어서 그 본질상 질서교란의 위험이 수반되므로, 저항권의 행사에는 개별 헌법조항에 대한 단순한 위반이 아닌 민주적 기본질서라는 전체적 질서에 대한 중대한 침해가 있거나 이를 파괴하려는 시도가 있어야 하고, 이미 유효한 구제수단이 남아 있지 않아야 한다는 보충성의 요건이 적용된다. 또한 그 행사는 민주적 기본질서의 유지, 회복이라는 소극적인 목적에 그쳐야 하고 정치적, 사회적, 경제적 체제를 개혁하기 위한 수단으로 이용될 수 없다.

저항권은 헌법의 본질과 헌법이 정하고 있는 기본권의 보장 및 국가의 본질과 역할에서 자연적으로 도출된다. → "헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되어서는 안 된다."

[2003-8]

우리 헌법 전문(前文)에는 "...불의에 항거한 4·19 민주 이념을 계승"한다고 하고 있다. 이는 1960년 당시의 '4·19'가 헌법을 수호하기 위한 국민들의 기본권 행사였다는 것을 간접적으로 표현한 것이라 볼 수 있다. 1987년 개헌에 관한 논의를 할 때에 이러한 저항권을 기본권의 하나로 헌법에 명문화하여야 한다는 주장과, 이 권리를 인정한다 하여도 이는 자연법상의 권리이므로 헌법 조문에는 포함시킬 수 없다는 주장이 엇갈렸으나, 결국 위와 같은 표현을 헌법 전문에 포함시키는 것으로 합의가 이루어졌다.

### 3) 시민 불복종 운동 [2003-8]

- 시민 불복종 운동은 저항권처럼 공권력의 행사의 불법성을 요하지 않으며, 단지 행위 목적의 정당성, 최후의 수단, 처벌 감수, 비폭력의 4가지 요건을 갖추면 정당화될 수 있다. [2003-8]

[2003-8]

소로우(D. H. Thoreau)는 자신이 내는 세금이 노예 제도를 유지하고 부도덕한 멕시코 전쟁을 수행하는 재원으로 사용된

다는 이유로 납세 거부 운동을 전개하였고, 이 운동에 관한 책을 저술하였다. 소로우의 저서를 읽고 감동을 받은 인도의 간디도 비폭력 운동을 전개하였다. 우리 나라에서는 1986년부터 4년여에 걸쳐 전개된 TV 시청료 거부 운동, 그리고 2000년 4월의 국회의원 선거를 앞두고 시민 단체들이 전개한 낙선 운동이 이러한 시민 불복종 운동의 예로 일컬어지고 있다.

## 자. 법치주의 : 형식적 법치주의와 실질적 법치주의

- 법치주의란 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과할 때에는 국민의 대표에 의해 제정된 **법률에 근거해야 한다**는 원리이다.
- **형식적 법치주의** : 의회가 적법한 절차를 거쳐 제정한 법에 따라 행정과 사법이 이루어져야 한다는 원리로, 행정과 사법이 **법률에 적합하기만 하면 그 법률 자체의 목적이나 내용은 문제삼지 않음**으로써 법치주의의 원래 목적을 상실하고 **국민의 자유와 권리를 침해하는 도구로 전락할 수 있다.** [공사 2004-14] → 법에 의한 지배(Rule by law)
- **실질적 법치주의** : 합법적 절차에 따라 제정되고 목적과 내용도 **인간의 존엄성, 정의에 부합하는 법에 따라 통치가 이루어져야 한다**는 원리로, 통치의 합법성과 함께 **정당성도 강조**하여 법치주의의 근본 목적인 **국민의 자유와 권리의 보장을 강조**한다. 현대의 법치주의는 이러한 실질적 법치주의를 지향한다. → 법의 지배(Rule of law)

[독일 수권법(전권 위임법)] [공사 2004-14]

제1조. 독일 제국의 법률은 헌법에서 규정하는 절차와 관계없이 제국의 정부에 의하여 의결될 수 있다.

제2조. 제국의 정부는 헌법의 규정과는 다른 규정을 법률로 의결할 수 있다.

[대통령 긴급조치제1호] [공사 2004-14]

2. 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 제안, 또는 청원하는 일체의 행위를 금한다.

5. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년이하의 징역에 처한다. 이 경우에는 15년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

6. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 비상군법회의에서 심판, 처단한다.

## 차. 통치기구의 기본원리

### 1) 국민주권주의

[헌법]

제1조 ②대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

### 2) 국민대표주의(대의민주주의)

[헌법]

제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 **국민투표**에 붙일 수 있다.

제130조 ②헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 **국민투표**에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.

제117조 ①**지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.** [1993-11]

제118조 ①**지방자치단체에 의회를 둔다.** [1993-11]

- 현대의 민주주의에서는 대의제의 문제점을 보완하기 위해 국민발안, 국민투표, 국민소환 제도과 같은 직접민주정치 제도들이 마련되었는데, 우리헌법에서는 **지방자치제, 국민투표제**를 채택하고 있다. [1993-11] [공사 2004-12] → 국민투표제에 관한 부분은 참정권에서 다룬다.

[지방자치법]

제14조(주민투표) ① 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 **주민투표**에 부칠 수 있다.

② 주민투표의 대상·발의자·발의요건, 그 밖에 투표절차 등에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.

제15조(조례의 제정과 폐쇄 청구) ① 19세 이상의 주민으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(「공직선거법」 제18조에 따른 선거권이 없는 자는 제외한다. 이하 이 조 및 제16조에서 "19세 이상의 주민"이라 한다)은 시·도와 제



175조에 따른 인구 50만 이상 대도시에서는 19세 이상 주민 총수의 100분의 1 이상 70분의 1 이하, 시·군 및 자치구에서는 19세 이상 주민 총수의 50분의 1 이상 20분의 1 이하의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 19세 이상의 주민 수 이상의 연서(連署)로 해당 지방자치단체의 장에게 조례를 제정하거나 개정하거나 폐지할 것을 청구할 수 있다. → 헌법상 국민발안제도는 없고(청원제도는 있음), 지방자치제에서 주민발안만 가능

### 3) 권력분립주의(입헌주의) [2018-A-7] [2021-A-7] [2024-A-8] [2025-A-8]

- J. Locke의 입법권과 집행권의 2권분립론을 시초로, Montesquieu의 입법권과 재판권, 집행권의 3권분립 사상으로 완성되어 근대 입헌주의의 기본원리로 확립되었다.
- 근대적인 입헌주의는 권력분립의 원리를 통하여 **국가 권력의 남용을 방지하여 개인의 자유를 보장**하였고, 현대는 복지 국가의 원리를 강조하여 국민의 생존과 인간다운 생활을 보장하기 위한 국가의 적극 개입을 강조한다. [1993-22] [2002-3] [2021-A-7] → 제한 정부 [2021-A-7]

[2002-3]

오랜 기간에 걸친 경험에 의하면 권력을 장악한 사람은 이것을 남용하는 경향이 있다 ... (중략) ... 권력을 남용할 수 없게 하기 위해서는 권력의 억제와 필요하다 ... (중략) ... 왜냐하면 동일한 군주 또는 원로원이 포악한 법률을 제정하여 이를 난폭하게 집행할 우려가 있기 때문이다 ... (중략) ... 사법권과 입법권이 한 사람의 수중에 장악될 경우에는 시민의 생명과 자유에 대한 권력행사가 자의적으로 이루어질 것이다. 왜냐하면 재판관이 곧 입법자로 될 것이기 때문이다. 그리고 사법권과 집행권이 한 사람의 수중에 장악될 경우에는 재판관은 압제자의 힘을 가질 수가 있을 것이다. 이러한 일을 막기 위해서는 헌법에서 각 국가 기관들의 고유의 권한을 가지는 한편, 서로 견제하여 균형을 이루도록 하는 장치를 마련하여야 할 것이다.

[2018-A-7]

이 원리는 국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로써 권력 상호 간의 견제와 균형을 통해 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하기 위한 통치구조상의 조직원리를 말한다. 로크(J. Locke), 몽테스키외(C. Montesquieu) 등에 의하여 이론적으로 완성된 원리로서 절대 권력은 절대적으로 부패한다는 진리에 가까운 공리에 그 이념적 기초를 두고 시작되었으며, 국가권력이나 국가기능의 분리·독립을 직접적 내용으로 하지만, 궁극적 목적은 국민의 자유와 권리를 보장하는 데 있다. 우리 헌법은 이 원리에 기초하여 법원이 행정입법을 견제할 수 있도록 2가지 권한을 규정하고 있다.

[2024-A-8]

민주주의는 한 사람이나 소수에 의한 지배가 아니라 대중에 의한 지배를 일컫는다. 고대 아테네에서는 시민이 직접 의사 결정을 하는 직접 민주주의를 실행하였다. 하지만 직접 민주주의는 인구와 시간의 제약으로 인해 현대의 많은 국가에서 실행되기 어려웠다. 이러한 한계를 극복하기 위해 대표성의 개념이 도입되어 (㉠)(으)로 변화되었다. 또한 절대 군주의 자의적인 법 집행을 막기 위해서 국가 권력이 법에 따라 행사되어야 한다는 (㉡)이/가 확립되었다. 하지만 (㉠)은/는 국민의 의사가 정치에 반영되지 못하거나 국민의 정치적 무관심을 초래할 수 있다는 한계가 있었다. 이러한 문제를 보완하기 위해 국민투표, 국민발안, ㉢국민소환과 같은 직접 민주주의의 요소를 도입하기도 하였다.

## 가) 관련 헌법 규정

[헌법]

**제40조** 입법권은 국회에 속한다.

**제66조** ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

**제101조** ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다. [2022-A-4]

## 나) 입법부의 견제

- 행정부 견제 : 정부조직법률의 제·개정권, 대통령의 국무총리·대법원장·대법관·헌법재판소장·감사원장 등의 **임명동의권** [1992-23] [2019-A-12], 국무총리·국무위원 해임건의권 [1992-23], **탄핵소추권** [2005-25], 국채모집 동의권, 예산안 심의·확정권 [1994-32], 조약의 체결·비준 및 선전포고와 국군의 외국에의 파견 등에 대한 동의권 [1994-33], 국정감사·조사권, 긴급명령·긴급재정경제명령 승인권
- 사법부 견제 : 법원조직법률의 제·개정권, 대통령의 대법원장·대법관 임명동의권, 법원에 대한 국정감사·조사권, 재판관의 **탄핵소추권** [2005-25]
- 헌법재판소 견제 : 헌법재판소 조직·운영법률의 제·개정권, 헌법재판소장 임명동의권, 3인의 헌법재판관 선출권, 헌법

**다) 행정부의 견제**

- 국회 견제 : 대통령의 법률안 재의요구권(법률안 거부권) [2025-A-8], 국회임시회 소집요구권, 국회출석 발언권, 긴급명령·긴급재정경제명령 [1994-31], 헌법개정 제안권, 정부의 예산안 제출권, 비상계엄 선포권, 정당해산 제소권 [1992-23]
- 사법부 견제 : 대통령의 대법원장·대법관 임명권, 사면·감형·복권권, 법원예산안 편성·제출권, 긴급명령권, 비상계엄 선포권, 긴급명령·긴급재정경제 명령권
- 헌법재판소 견제 : 대통령의 헌법재판소장 임명권, 3인 헌법재판관 지명권 및 9인 헌법재판관 임명권, 헌법재판소 예산안 편성·제출권

**라) 사법부의 견제**

- 입법부 견제 : 국회에서 의결하여 시행중인 법률에 대한 **위헌법률심판 제청권**, 국회에서 행한 행정작용에 대한 행정재판권
- 행정부 견제 : **대법원의 위헌·위법 명령·규칙·처분에 대한 최종 심사권** [2002-3] [2018-A-7], 행정재판권, 정부제출로 성립된 법률에 대한 위헌법률심판 제청권

[2018-A-7]

우리 헌법은 법원이 행정입법을 견제할 수 있도록 2가지 권한을 규정하고 있다. → **행정입법이란 명령과 규칙을 이야기하는 것으로 처분은 포함되지 않는다.** 따라서 위헌·위법 명령 심사권과 위헌·위법 규칙 심사권으로 답하여야 하고, 행정재판권도 답이 될 수 없다.

**마) 헌법재판소의 견제**

- 각종 위헌법률심판 [2025-A-8], 탄핵심판(탄핵심판권) [2005-25] [2009-1차-36], 정당해산심판, 권한쟁의심판, 권리구제형/위헌심사형 헌법소원심판 [2025-A-8]

**바) 법관, 헌법재판소 재판관, 선거관리위원의 독립성과 신분 보장 [1992-15]**

[헌법]

- 제106조 ①**법관**은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.
- 제112조 ①**헌법재판소 재판관**의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.
- ②헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다.
- ③헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.
- 제114조 ④**위원**은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다. → **선거관리위원**
- ⑤위원은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.

**카. 국회**

**1) 헌법상 지위**

- 제46조 ①국회의원은 **청렴의 의무**가 있다.
- ②국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.

**가) 국민 대표 기관으로서의 지위**

**나) 입법기관으로서의 지위 [2019-A-12]**

- 법률 제정권과 관련있다. [2019-A-12]

**다) 국가정책통제기관으로서의 지위 [2019-A-12]**

- 국정조사권과 국정감사권과 관련있다. [2019-A-12]

**2) 정족수**

### 가) 의사(개의)정족수와 의결정족수

[헌법] [1994-33]

**제49조** 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다. → 의사(개의)정족수와 의결정족수

### 나) 특별정족수

[헌법]

<과반수의 출석 + 출석의원 3분의 2 이상의 찬성> [2025-A-8]

**제53조** ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다. → 법률안의 재의

<재적의원 과반수의 찬성>

**제63조** ① 국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.

② 제1항의 해임건의는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의에 의하여 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. → 국무총리·국무위원의 해임건의

**제65조** ① 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. → 일반적인 탄핵소추

**제77조** ⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다. → 계엄의 해제 요구 [1992-23]

<재적의원 3분의 2 이상의 찬성>

**제64조** ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. → 국회의원의 제명

**제65조** ② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. → 대통령에 대한 탄핵소추

**제130조** ① 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다. → 헌법개정안 의결

## 3) 입법과정

### 가) 법률의 제·개정

- 정부 혹은 국회의원 10인 이상 혹은 국회 상임위원회의 발의
- 상임위원회에서 안건 심의 이후 법제·사법위원회의 체계·자구심사를 거쳐 본회의에 상정
- 국회의 심의를 거쳐 재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수 찬성으로 의결
- 정부로 법률안 이송하여 15일 이내에 대통령이 공포하거나, 이의가 있는 경우 이의서를 붙여 국회로 환부하고 재의 요구
- 재의 요구시에는 재적의원 과반수 출석과 출석의원 3분의 2 이상
- 이후 정부로 이송하여 5일 이내에 대통령이 공포하지 않을 경우 국회 의장이 공포하고, 특별한 규정이 없으면 공포일로부터 20일 경과 후 효력 발생

### 나) 헌법의 개정

- 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의
- 대통령이 20일 이상 공고
- 국회는 공고일로부터 60일 이내 재적의원 3분의 2 이상 찬성으로 의결
- 의결한 날로부터 30일 이내에 국민투표를 통해 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성으로 확정

#### 4) 의사의 주요 원칙

##### 가) 의사공개 원칙

##### 나) 회기계속 원칙

[헌법]

**제51조** 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 그러하지 아니하다.

##### 다) 일사부재 원칙

- 동일한 의안에 대하여 같은 회기에 다시 심의하지 않는다.

### 타. 정부

#### 1) 대통령의 헌법상 지위와 권한

##### 가) 대통령의 국가원수로서의 지위와 권한

[헌법]

**제66조** ① 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.

② 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.

③ 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.

**제69조** 대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다.

"나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다."

- 대외적으로 국가를 대표하는 지위, 국가와 헌법의 수호자로서의 지위, 국정의 통합·조정자로서의 지위, 다른 헌법기관 구성자로서의 지위를 가진다.

##### 나) 대통령의 행정부 수반으로서의 지위와 권한

[헌법]

**제66조** ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

**제75조** 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다. → 위임명령, 집행명령 [2025-A-8]

- 행정의 최고지휘권자. 최고책임자로서의 지위, 행정부 조직권자로서의 지위, 국무회의의 의장으로서의 지위를 가진다.

#### 2) 대통령의 신분

[헌법] [1993-14]

**제67조** ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.

③ 대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상이 아니면 대통령으로 당선될 수 없다.

제70조 대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.

제84조 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.

[94헌마246]

우리 헌법이 채택하고 있는 국민주권주의(제1조 제2항)와 법 앞의 평등(제11조 제1항), 특수계급제도의 부인(제11조 제2항), 영전에 따른 특권의 부인(제11조 제3항) 등의 기본적 이념에 비추어 볼 때, 대통령의 불소추특권에 관한 헌법의 규정(헌법 제84조)이 대통령이라는 특수한 신분에 따라 일반국민과는 달리 대통령 개인에게 특권을 부여한 것으로 볼 것이 아니라 단지 국가의 원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고, 그 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하여야 할 실제상의 필요 때문에 대통령으로 재직중인 동안만 형사상 특권을 부여하고 있음에 지나지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 위와 같은 헌법 제84조의 규정취지와 함께 공소시효제도나 공소시효정지제도의 본질에 비추어 보면, 비록 헌법 제84조에는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”고만 규정되어 있을 뿐 헌법이나 형사소송법 등의 법률에 대통령의 재직중 공소시효의 진행이 정지된다고 명백히 규정되어 있지는 않다고 하더라도, 위 헌법규정은 바로 공소시효진행의 소극적 사유가 되는 국가의 소추권행사의 법률상 장애사유에 해당하므로, 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지되는 것으로 보아야 한다.

### 3) 국무위원

- 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 국무총리가 해임을 건의할 수 있다. [2023-B-11]
- 국정에 관하여 대통령을 보좌하며, 국무회의의 구성원으로서 국정을 심의한다. 국무위원들은 국무회의에서 동등하게 심의에 참여한다. 국무위원은 15인 이상 30인 이하로 구성된다.
- 국무위원은 국무회의의 소집을 요구하고, 국무회의에 의안을 제출하며, 국무회의에 출석·발언하고, 그 심의에 참가할 권한과 의무가 있다.

[2023-B-11]

○ 2015 개정 사회과 교육과정의 성취기준 중 일부

[12정법02-01] 민주 국가의 정부 형태를 이해하고, 우리 헌법에 나타난 우리나라의 정부 형태를 탐구한다.

○ 헌법재판소 결정례(89헌마86) 중 발췌 수정

우리나라의 정부 형태는 의원내각제적 요소도 있으나 기본적으로는 대통령제이다. ㉠우리 헌법상 국무총리의 권한 중에 대통령의 권한행사에 대하여 견제적 기능을 할 수 있는 권한이 있기는 하다. 그러나 대통령제임에도 우리 헌법이 국무총리제도를 둔 이유 중 하나는 미국과 같은 부통령 제도를 두지 않았기 때문에 대통령 유고 시 그 권한 대행자가 필요하다는 데 있다. 더구나 대통령에게 법적 제한 없는 국무총리 해임권이 있는 점, 행정권 행사에 관한 최고·최후의 결정권자는 대통령 이라고 해석되는 점 등을 고려하여 총체적으로 보면, 우리 헌법상 국무총리 지위의 바탕은 그가 대통령의 첫째가는 보좌기관인 점에 있다.

### 4) 국무회의

[헌법]

제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

1. 국정의 기본계획과 정부의 일반정책
2. 선전·강화 기타 중요한 대외정책
3. 헌법개정안·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안
4. 예산안·결산·국유재산처분의 기본계획·국가의 부담이 될 계약 기타 재정에 관한 중요사항
5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제
6. 군사에 관한 중요사항
7. 국회의 임시회 집회의 요구
8. 영전수여
9. 사면·감형과 복권
10. 행정각부간의 권한의 획정

11. 정부안의 권한의 위임 또는 배정에 관한 기본계획
12. 국정처리상황의 평가·분석
13. 행정각부의 중요한 정책의 수립과 조정
14. 정당해산의 제소
15. 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사
16. 검찰총장·합동참모의장·각군참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체관리자의 임명
17. 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항

- 정부의 권한에 속하는 주요정책을 심의하는 헌법상의 기관을 말한다. 국무회의는 대통령 및 국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성되고, 대통령은 국무회의의 의장이 되며, 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다.
- 국무회의의 성격은 심의기관이므로, 국무회의의 결론은 대통령을 법적으로 구속하지 못한다.

## 5) 행정각부

## 6) 감사원

[헌법]

**제97조** 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.

**제98조** ①감사원은 원장을 포함한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.

②원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.

③감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.

- 감사원은 행정기관의 사무와 공무원의 직무에 대한 감찰을 목적으로 설립된 헌법기관이다. 감사원의 권한 또는 직무 범위를 함부로 침해하지 않도록 헌법에 그 설치 근거를 두고 있으며, 대통령 소속 기구로 되어 있으나 직무에 관하여는 독립된 지위를 가지고 있다.

## 파. 법원

[헌법]

**제103조** 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다. → 재판상 독립

**제106조** ①법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다. → 신분 보장

[2001헌가18]

「헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정함으로써 모든 국민은 **헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고**(헌법 제101조 제3항, 제104조, 법원조직법 제41조 내지 제43조), **물적독립**(헌법 제103조)과 **인적독립**(헌법 제106조, 법원조직법 제46조)이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 한편, 재판이라 함은 구체적 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석적용을 그 본질적인 내용으로 하는 일련의 과정이다.

따라서 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고, 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면, 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다.

## 하. 헌법재판소 [2009-1차-36]

### 1) 의의

- 헌법의 규범력과 실효성을 보장하고 헌법에서 보장하고 있는 기본권을 실현하며, 국가작용의 합헌성을 보장하여 모든 국가작용이 헌법질서 속에서 행해지도록 함으로써 헌법을 보호하고 실현하는 것을 목표로 한다. [2009-1차-36]

## 2) 심판정족수

[헌법] [1996-26] [2010-1차-36]

제113조 ①헌법재판소에서 **법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정**을 할 때에는 재판관 **6인 이상의 찬성**이 있어야 한다.

## 3) 기본권의 경합과 상충(충돌)의 해결원칙 [1994-29]

- 이익형량의 원칙 : 둘 이상의 법익을 비교하여 **우열**을 결정하여야 한다
- 규범조화적 해석의 원칙 : 헌법의 통일성을 유지하기 위해 충돌하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있는 **조화**의 방법을 추구

## 4) 위헌결정으로 인한 소급효 기산일

- 마지막 합헌결정 다음날부터 계산

## 거. 헌법재판소 심판의 유형

### 1) 위헌법률심판 (헌가) [2022-B-11] [2025-A-8]

[헌법재판소법] [2013-2차-4] [2016-A-14]

제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① **법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는** 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 **직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정**으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

[2009헌가30] [2022-B-11]

통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분(이하 ‘이 조항’)은 범죄 수사를 위하여 통신제한조치를 받고 있는 자에게 법원의 허가를 통하여 그 통신제한조치기간을 2개월의 범위 내에서 횡수 제한 없이 연장을 받을 수 있도록 하는 근거이다. 같은 이 조항에 근거하여 총 14회(총 30개월)에 걸쳐 연장된 통신제한조치에 따라 증거를 수집당한 자이다. 그는 형사소송 계속 중 이 조항이 헌법에 위반된다는 이유로 법원에 위헌법률심판 제청 신청을 하였다. 법원은 이를 받아들여 이 조항에 대해 위헌법률심판을 제청하였다.

### 가) 결정의 유형

- (1) 기각
- (2) 각하
- (3) 단순합헌/단순위헌
- (4) 인용 [2024-A-10]
- (5) 헌법불합치 [2017-A-6]

- 위헌인 **법률조항의 효력**을 잠정적으로 유지하거나 일정 기간 그 적용을 중지하여 단순위헌 등 결정이 초래할 수 있는 법률이 사라져 **법적 공백으로 사회적 혼란 상태가 발생**하는 것을 피하려는 결정 유형으로, 헌법재판소는 헌법재판소법에 명문 규정이 없음에도 불구하고 이러한 결정을 하고 있다. [2017-A-6] [2022-B-11] → 변형결정이라고 한다.
- 헌법재판소는 이러한 결정을 하는 때에는 통상 ‘법률개선촉구’ 결정을 함께 한다. [2017-A-6]

[2009헌가30] [2022-B-11]

결론적으로 이 조항은 국민의 자유권적 기본권 중 통신의 자유을/를 침해하여 헌법에 위반되나, 단순위헌결정을 선고하여 당장 효력을 상실시킬 경우 통신제한조치 연장허가의 법적 근거가 사라져 목적상 필요한 정당한 통신제한조치의 연장허가도 가능하지 않게 되는 **법적 공백상태가 발생**하기 때문에 헌법불합치 결정을 선고하되 입법자의 개선 입법이 있을 때까지 잠정적으로 적용한다.

### (6) 한정위헌

- 해당 법률이 전면적으로 위헌은 아니지만, 위헌 여부를 결정함에 있어서 개념이 불확정적이거나 여러 해석의 가능성을

가지고 있는 법률 조항에 대하여 한정축소 해석하고, 그 이상으로 적용범위를 확대하는 경우에는 위헌이다.

(7) 한정합헌

- 해당 법률이 헌법에 완전 위배되지는 않으나, 부분적으로 위배된다고 할 때 헌법에 합치되는 방향으로 한정축소 해석하여 헌법재판소에서 내리는 변형결정. 법령의 의미를 헌법의 정신에 합치하도록 합헌적으로 해석하여 위헌판결을 회피한다.

2) 탄핵심판 (헌나) [2005-25] [2009-1차-36]

[헌법] [2005-25] [2009-1차-36]

**제65조** ①대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

②제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.

③탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.

④탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.

3) 정당해산심판 (헌다)

[헌법재판소법] [1993-19]

**제55조(정당해산심판의 청구)** 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다. → 방어적 민주주의

4) 권한쟁의심판 (헌라) [2003-18] [2015-A-기입9]

[헌법재판소법]

**제61조(청구 사유)** ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

[96헌라2] [2003-18]

국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법상의 권한으로서 국회의원 개개인에게 모두 보장된다. 그런데 이 사건 본회의의 개의절차에는 국회법 위반의 흠이 있어 청구인들은 이 사건 본회의에 출석할 기회를 잃었고, 이 사건 법률안의 심의·표결에도 참여하지 못했다. 따라서 피청구인의 행위로 인하여 청구인들의 법률안 심의·의결권이 침해되었음이 명백하다.

[2010헌라2] [2015-A-기입9]

A 지방자치단체와 B 지방자치단체 사이에서 공유수면(바다)중 일부 해역에 대한 관할권의 귀속에 대하여 다툼이 발생하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 지방자치단체의 자치권이 미치는 관할구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되고, 국토지리정보원 발행의 국가기본도상의 해상경계선에 비추어 볼 때 이 사건 쟁송해역에 대한 관할권은 청구인 A 지방자치



단체에게 있음을 확인하는 결정을 선고하였다.

### 5) 권리구제형/위헌심사형 헌법소원심판 (헌마/헌바)

가) 권리구제형 헌법소원 [2010-1차-36] [2009-1차-36] [2013-2차-4] [2020-A-12] [2024-A-10]

[헌법재판소법] [2012-1차-38]

제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다. → 권리구제형 헌법소원

- 공권력의 행사 또는 불행사로, 청구인 본인의 기본권이 침해받은 자는(자기관련성), 기본권의 침해가 막연한 가능성이 아니라 현재 침해받고 있어야 하고(현재성), 공권력에 의하여 기본권이 직접 침해되어야 하고(직접성), 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 이를 모두 거친 후에(보충성) 청구할 수 있다. [공사 2002-18] [공사 2003-17] [2009-1차-36] [2010-1차-36] [2013-2차-4] [2014-A-기입12] [2020-A-12] [2024-A-10] → 보충성이란 처분성 조례 등은 행정심판으로 먼저 해야 함을 뜻함.
- 기소유예처분과 고소·고발하지 않은 피해자의 경우 별다른 구제절차가 규정된 바 없어서 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. [2020-A-12]
- 기본권의 침해가 발생한 날로부터 1년 이내 or 기본권의 침해가 있음을 안 날로부터 90일 이내, 구제절차를 거치고 헌법소원을 청구하는 경우는 30일 이내에 청구해야 한다.
- 현재성이 충족되지 않으면 권리보호의 이익이 인정되지 않아서 각하된다. 하지만 청구인의 주관적 권리구제에 도움이 되지 않더라도 같은 유형의 침해행위가 앞으로 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 필요하다. 이는 헌법소원심판은 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 헌법질서의 수호를 위한 것이기 때문이다.

[공사 2002-18]

◇◇중학교 3학년에 전입한 이왕달(李王達) 군은 미국에서 살다 귀국했기 때문인지, 다른 학생들과 말과 모습이 구별되었다. 언제부터인지 확실하지 않으나, 같은 반 박○○군을 비롯해 7~8명의 학생들이 수 개월 동안 집단적으로 괴롭혔다. 결국, 이왕달은 정신 이상을 보여 학교를 휴학해야만 하였고, 정신과 치료를 받게 되었다. 이렇게 되자, 이왕달의 부모(법정대리인)는 가해 학생들을 검찰에 고소하였다. 그러나, 검찰은 이들이 '아직 나이가 어리고, 뉘우침이 현저하다'는 이유로 불기소 처분하였다. 그러자 이왕달의 부모는 이에 대항하여 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 검사가 수사 과정에서 사건에 대한 증거 판단을 소홀히 하여 불기소 처분한 것으로 판단하였다. 따라서 검사의 불기소 처분은 이왕달의 헌법적 권리를 침해한 것이라는 취지의 판결을 내렸다.

[2009헌마696] [2010-1차-36]

갑은 찜질시설 목욕장을 운영하는 자이다. 보건복지가족부 장관이 공중위생관리법 시행규칙을 통하여 22:00부터 05:00까지는 보호자를 동행하지 않은 청소년의 출입을 제한하자, 갑은 공중위생관리법 시행규칙이 자신의 기본권을 침해한다

고 생각하면서 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다.

[2002헌마677] [2012-1차-38]

을은 우안의 시력이 상실되었으나 좌안은 1.0의 시력을 가지고 있다. 취업을 위해 을이 제1종 운전면허를 취득하려 하였으나 도로교통법시행령 제45조에서 제1종 운전면허적성 기준으로 양쪽 눈의 시력이 각각 0.5 이상일 것을 규정하고 있어서 운전면허를 취득할 수 없게 되자 해당 조항이 헌법에 위반된다면서 헌법소원을 청구하고자 한다. → **직업선택의 자유, 행복추구권(일반적 행동자유권), 평등권** 침해여부를 판단해달라고 청구하였지만 기각.

[2000헌마620] [2014-A-기입12]

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조, 제9조, 제18조에 의하여 국민에게 불기소사건기록의 열람, 등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허가여부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었으므로 경찰서장의 수사기록사본교부거부처분은 행정소송의 대상이 된다 할 것이므로 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 없다.

[2014헌마952] [2020-A-12]

청구인은 이 사건 임대주택을 매수하면서 전전 소유자가 이미 설정한 근저당권을 인수한 것에 불과하므로, 임대주택법(2008. 3. 21. 법률 제8966호로 전부개정된 것) 제18조 제1항이 금지하는 저당권이나 가등기담보 등 담보물권을 ‘설정’하는 행위를 한 자에 해당하지 않는다.

또한 같은 법 제16조 제2항이 임대주택 매각 시 매매계약서에 임대주택의 매수자가 매도인의 임대사업자로서의 지위를 승계하는 뜻을 밝히도록 규정하였다 하여, 이를 근거로 실제 근저당권 설정행위를 하지 아니한 청구인을 처벌할 수 있다고 해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반하여 허용되지 아니한다.

그럼에도 불구하고 청구인의 임대주택법위반 혐의를 인정한 이 사건 **기소유예처분**은 법리오해에 기초하여 이루어진 자의 적인 검찰권의 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

[2002헌마478] [2024-A-10]

교수 : 지난 시간에 우리는 헌법소원의 유형에 대해 배웠습니다. 다음 사례는 어느 유형에 해당할까요?

갑은 교도시설에 수감된 수형자로서, 환기가 잘 되지 않는 징벌실에 2개월 동안 갇힌 채 실외운동을 금지당했다. 갑은 이것이 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치, 그리고 헌법 제12조에서 보장하는 신체의 자유에 대한 침해라며 헌법소원을 제기했다.

학생 : ㉠권리구제형 헌법소원에 해당합니다.

교수 : 맞습니다. 이 유형의 헌법소원심판을 청구하기 위한 요건에 대해 설명해 볼까요?

학생 : 청구요건은 다음과 같습니다. 공권력에 의해 현재 발생하는 침해가 존재해야 하고, 그 침해는 직접적인 것이어야 하며, ㉡자기관련성이 있어야 합니다. 또한 ㉢보충성이 충족되어야 하고, 헌법소원심판을 통해 기본권을 보호할 가능성이 있는 경우에만 청구가 정당한 것으로 인정됩니다.

교수 : 잘 대답했습니다. 헌법소원의 청구가 이유 없다고 판단할 경우, 헌법재판소는 기각결정을 내립니다. 그렇다면 심리 결과 청구가 이유 있다고 판단할 경우, 헌법재판소는 어떤 결정을 할까요?

학생 : ㉣인용결정을 합니다. 이 결정을 통해 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 행사 또는 불행사가 위헌임을 확인할 수 있습니다. 이 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체에 대해 기속력을 갖습니다.

### 나) 위헌심사형 헌법소원 [2020-A-12]

[헌법재판소법] [2013-2차-4] [2016-A-14] [2020-A-12]

**제68조(청구 사유)** ② 제41조제1항에 따른 **법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.** 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.

[헌법재판소법]

**제75조(인용결정)** ⑦ 제68조제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 **재심을 청구할 수 있다.**

[2010헌바188] [2016-A-14]

갑은 사기죄로 벌금 500만 원 및 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 5만 원을 1일로 환산한 기간 동안 노역장에 유치한다는 약식명령을 법원으로부터 고지받자, 법원에 정식재판을 청구하여 소송을 제기하였다. 소송이 진행되던 중, 갑은 노역장 유치에 관해 규정하고 있는 형법상의 법률조항들이 벌금을 납부할 경제적 능력이 없는 자들을 벌금을 납부할 경

제적 능력이 있는 자들과 차별하고, 노역장 유치자 사이에 있어서도 벌금액의 다과에 따라 1일 환산금액을 다르게 하여 차별하며, 벌금미납자들을 자유형을 선고받은 자들과 동일하게 처우하여 평등원칙에 위반된다고 판단하였다. 이에 같은 헌법재판소에 위헌법률심판(위헌심사형 헌법소원심판 포함)을 제기하기로 하였다.

[2009헌바17] [2020-A-12]

부부 간 정조의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구, 손해배상청구 등 민사상의 제도에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있고, 오히려 간통죄가 유책의 정도가 훨씬 큰 배우자의 이혼수단으로 이용되거나 일시 탈선한 가정주부 등을 공갈하는 수단으로 악용되고 있기도 하다.

결국 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 3. 형법

#### 가. 형법의 기능

##### 1) 보호적 기능

- 사회질서의 기본가치를 보호 → 보호할 가치가 있는가, 보호의 능력이 있는가(단속, 처벌능력)를 고려해야 함.

##### 2) 보장적 기능 [2022-A-11]

- 국가형벌권의 한계를 명확히 하여 국민의 자유와 권리 보장 → 형식적 범죄개념 (구성요건 유형화의 효과)

##### 3) 규범적 기능

- 범죄행위를 금지하여 일반국민들의 행위와 의사를 구속

#### 나. 죄형법정주의 [2013-1차-40] [2018-B-5]

##### 1) 개념

[헌법]

제13조 ①모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. → 죄형법정주의 [2013-1차-36] [2018-B-5], 소급효 금지의 원칙 [2013-1차-36] [2019-B-4], 중복처벌금지(일사부재리) [2013-1차-36]

[형법]

제1조(범죄의 성립과 처벌) ①범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.

②범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

- “법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.” [2019-B-4]

- 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다. [2019-B-4]

- 국가형벌권의 확장파와 자의적인 행사로부터 국민의 자유를 보장한다. [2019-B-4] [2021-A-11]

[2018-B-5]

죄형법정주의는 어떤 행위를 범죄로 처벌하려면 범죄와 형벌이 반드시 법률로 정해져 있어야 한다는 것으로 국가의 과도한 형벌권의 행사로부터 시민의 자유와 권리를 보호하려는 근대 인권 사상의 요청으로 등장한 원리이다.

##### 2) 사상적 기초

- Montesquieu 권력분립론

- L. Feuerbach 심리강제설 : 인간은 합리적이라고 전제하고, 범죄에서 얻어지는 쾌락과 형벌을 비교하여, 범죄를 억제하는 심리적 강제력의 힘을 얻는다고 보았다. → 일반예방설의 입장

##### 3) 죄형법정주의의 내용

###### 가) 관습형법금지의 원칙(법률주의) [1992-47] [2013-1차-40]

- 범죄와 형벌은 반드시 의회가 제정한 법률에 의해 규정되며, 명령이나 규칙에 의하여 규정할 수는 없다.

- 다만 위임의 범위가 명백히 규정된 경우 위임입법을 할 수 있다(2002도2998).

- 관습법을 형법의 법원으로 하고 이에 의하여 처벌할 수 없다.

- 다만 성문의 형법규정을 관습법에 의하여 폐지하거나 구성요건을 축소하거나 형을 감경하는 것은 이 원칙에 반하지 않는다. [2013-1차-40]

###### 나) 명확성의 원칙 [2013-1차-40]

- 법률에 범죄와 형벌의 내용이 명확하게 규정되어야 법관의 자의적인 행사를 방지할 수 있고(법적 안정성), 국민은 어떤

행위가 형법에서 금지되고 그 행위에 대한 어떤 형벌이 부과되는지 예견하게 되어(예측가능성) 규범의 의사결정 효력을 담보할 수 있게 된다.

[99헌가8] [2011-2차-4]

철수 : 우리 형은 만화작가 지망생이야. 우리 형에게 만화그리기를 가르치는 선생님께서는 □□일간지에 △△만화'라는 제목으로 매일 만화를 게재하고 있었는데, 그 만화 제작이 아동복지법 제18조 제11호에 의해서 금지되는 '아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하는 행위'에 해당되어 형사고발을 당하게 되었다. 하지만 난 그 이야기를 들었을 때 '아동의 덕성을 심하게 해할 우려'가 있는 내용이 어떤 내용의 만화를 의미하는 것인지 잘 알 수가 없었어.

영희 : 너희 형의 선생님은 공소제기 되지 않을 거야. 아동복지법 제18조 제11호는 이미 2002년도에 위헌판결을 받았거든.

**(1) 구성요건의 명확성**

- 구성요건이 명백하고 확정할 수 있는 개념이어야 국민이 금지된 행위가 무엇인지를 알 수 있다.

**(2) 부정기형의 금지 [1992-47]**

- 형의 선고 시에 기간을 특정하지 않고, 그 기간이 형의 집행단계에서 결정되는 것으로 정기형에 대응하는 개념이다. 형기의 상한과 하한을 정하는 상대적 부정기형은 허용하지만 절대적 부정기형은 금지한다.

**다) 소급효 금지의 원칙(소급입법 금지의 원칙) [2013-1차-40]**

[헌법]

**제13조 ①** 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. → **죄형법정주의** [2013-1차-36] [2018-B-5], **소급효 금지의 원칙** [2013-1차-36] [2019-B-4], **중복처벌금지(일사부재리)** [2013-1차-36]

[형법]

**제1조(범죄의 성립과 처벌) ②** 범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구범보다 경한 때에는 신법에 의한다. → **소급효 금지의 원칙 / 형벌 불소급의 원칙** [2013-1차-36]

- 범죄의 형벌은 행위 당시의 법률에 의하여 결정되어야 한다. 따라서 형벌법규는 그 시행 이후에 이루어진 행위에 대해서만 적용되고, 시행 이전에 이루어진 행위에 대해서는 적용되어서는 안 된다. [2019-B-4]
- 형벌을 완화하는 경우에는 소급효가 인정될 수 있다. [2013-1차-40]
- 관례는 보안처분의 소급효를 금지하고 있다.
- 절차법인 형사소송법에 대해서는 이 원칙이 적용되지 않는다. 소급효금지의 원칙은 실질적 의미의 형법에만 적용된다.
- 관례에는 소급효 금지의 원칙이 적용되지 않는다.

**라) 유추해석 금지의 원칙 [1992-47] [2013-1차-40] [2018-B-5]**

- 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용해서는 안 된다. [2018-B-5]
- 피고인에게 불리한 유추해석은 금지하고, 유리하면 유추해석을 허용한다. [2013-1차-40] [2018-B-5]

**마) 적정성의 원칙**

[헌법] [1996-25] [1999-7] [2007-17] [2008-16]

**제37조 ②** 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 **필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.** [2000-9]

- 형법의 보장적 기능을 다하기 위해서 범죄와 형벌을 규정한 법률의 내용도 적정해야 한다는 것이다.

**다. 형법의 적용범위**

**1) 시간적 적용범위**

- 행위시법주의(구법주의)와 재판시법주의(신법주의)는 행위시법주의가 원칙이지만, 예외적으로 피고인에게 이익인 경우 재판시법주의를 적용한다.
- 한시형법의 추급효에 관해서는 법률변경의 동기를 분석하여 추급효를 인정할 것인가를 결정해야 한다는 것이 판례의 입장이다.

## 2) 장소적 적용범위

### 가) 속지주의

[형법]

제2조(국내범) 본법은 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

제4조(국외에 있는 내국선박 등에서 외국인 범한 죄) 본법은 대한민국영역외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다. → 기국주의

### 나) 속인주의

[형법]

제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

### 다) 보호주의

[형법]

제5조(외국인의 국외범) 본법은 대한민국영역외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다.

1. 내란의 죄
2. 외환의 죄
3. 국기에 관한 죄
4. 통화에 관한 죄
5. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄
6. 문서에 관한 죄중 제225조 내지 제230조
7. 인장에 관한 죄중 제238조

### 라) 세계주의

- 문명국가에서 인정되는 공통된 법익을 침해하는 범죄에 대하여 어느 나라라도 형법을 적용할 수 있다. 반인륜적 범죄나 테러 등.
- 외국에서 형을 살고 온 경우 임의적 감면할 수 있다.

## 라. 형벌이론

- **응보형주의(절대설)** : 형벌의 본질은 범죄에 대한 정당한 응보.
- **목적형주의(상대설)** : 형벌은 **장래의 범죄를 예방하기 위한 것이다(잠재적 범죄인에 대한 일반예방주의와 범죄인의 재사회화를 통한 특별예방주의가 있다).**

## 마. 범죄개념

### 1) 형식적 범죄개념

- 범죄란 형벌법규에 의하여 형벌이 가해지는 행위로, 구성요건해당성, 위법성, 책임있는 행위를 말하며, 죄형법정주의를 전제로 한다. [2013-1차-40] [2022-A-11]

## 2) 실질적 범죄개념

- 범죄란 형벌을 과할 필요가 있는 불법일 것을 요하며, 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위를 의미한다. [2013-1차-40] [2022-A-11]
- 범죄의 본질은 법익의 침해 또는 그 위협에 있다고 본다. 법익이란 법적으로 보호해야 할 개인이나 공동체의 이익 또는 가치를 말한다. 따라서 결과뿐만 아니라 행위도 범죄의 요소로 성립할 수 있다(법익보호설). [2010-1차-39] [2013-1차-40]

## 바. 범죄의 성립조건

### 1) 구성요건해당성

- 구성요건이란 형벌 부과 전제가 되는 범죄에 대하여 사람의 행위유형을 추상적으로 법에 서술해 놓은 것을 말한다. 즉, 구성요건해당성이란 어떤 행위가 성문법에 규정되어 있는 범죄행위의 유형과 부합해야 한다는 것으로, 반사회적 행위라 하더라도 구성요건에 해당하지 않으면 범죄가 되지 않는다. [2011→ 위헌인 법률에 대해서는 구성요건에 해당할 수 없음 [2011-2차-4]
- 객관적 구성요건 요소(객관적으로 관찰 가능한 행위주체, 행위객체, 행위의 형태, 결과의 발생)와 주관적 구성요건 요소 (객관적으로 관찰 불가능한 행위자의 관념 속에 속하는 것, 예를 들어 고의나 과실 등)가 있다. [2013-1차-40]

[99헌가8] [2011-2차-4]

철수 : 우리 형은 만화작가 지망생이야. 우리 형에게 만화그리기를 가르치는 선생님께서는 □□일간지에 △△만화'라는 제목으로 매일 만화를 게재하고 있었는데, 그 만화 제작이 아동복지법 제18조 제11호에 의해서 금지되는 '아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하는 행위'에 해당되어 형사고발을 당하게 되었대. 하지만 난 그 이야기를 들었을 때 '아동의 덕성을 심하게 해할 우려'가 있는 내용이 어떤 내용의 만화를 의미하는 것인지 잘 알 수가 없었어.

영희 : 너희 형의 선생님은 공소제기 되지 않을 거야. 아동복지법 제18조 제11호는 이미 2002년도에 위헌판결을 받았거든.

### 가) 객관적 구성요건요소

#### (1) 행위의 주체 : 사인과 법인의 범죄능력

- 형법상 행위의 주체는 자연인의 원칙이며, 범죄의 주체와 형벌의 객체가 일치하여야 한다. 책임능력을 불문하고 누구나 행위의 주체가 될 수 있다.
- 오늘날 법인도 권리의 의무가 주체가 되어, 법률행위뿐 아니라 불법행위가 가능하여 법인에게도 형벌을 과할 수 있는 지가 문제되는데, 우리형법은 법인의 범죄능력을 부정하고 있다. 하지만 행정형법(도로교통법 등)에서는 법인을 처벌하고 있다. 이는 감독상의 주의의무에 따른 과실책임에 따른 것이다.

#### (2) 행위의 객체

- 어떤 행동이 범죄이기 위해서는 보호법익이 있어야 하므로(보호의 객체) 보호법익은 언제나 객체가 될 수 있지만, 행위의 객체라는 물적 대상은 언제나 필요한 것이 아니다.

#### (3) 인과관계

- 발생된 결과를 당사자의 행위로 귀속시키기 위해서는 행위와 결과 사이의 연관성을 밝혀야 하며, '고도의 가능성'이나 '개연성'과 같은 상당인과관계가 있어야 한다.

### 나) 주관적 구성요건요소

#### (1) 고의 : 확정적 고의, 불확정적(미필적, 택일적, 개괄적) 고의

- 확정적 고의 : 구성요건요소를 인식하고, 결과의 발생을 의욕한 경우.
- 미필적 고의 [2011-1차-38] : 구성요건요소를 인식하고, 결과발생을 원하지는 않았지만 발생해도 할 수 없다고 인용한 경우. 확정적 고의와 형법적 효과는 같다.
- 택일적 고의 : 결과의 발생은 확정적이거나 그 결과가 발생할 대상이 택일적이어서 둘 가운데 하나의 결과만 일어날 수 있는 경우(예를 들어, A와 B 중 아무나 맞아도 좋다고 생각하고 총을 발사한 경우).
- 개괄적 고의 : 결과의 발생은 확정적이거나 객체가 불확정한 경우, 즉 객체가 너무 많아서 무엇에 그 결과가 일어날지 확정되지 않은 경우.

[2011-1차-38]

갑은 을을 살해할 의사로 음료수의 치사량의 독약을 혼합하면서 만일 을이 아닌 가족이 마시게 되더라도 할 수 없다고 생각하고 있었던 바, 을의 장남이 바시고 사망한 경우, 구성요건해당성에 해당하는 「미필적 고의」에 의한 살인죄이다.

**(2) 과실 : 인식있는 과실, 인식없는 과실, 중과실, 경과실, 업무상 과실**

- 인식있는 과실 : 객관적 구성요건이 실현될 수 있음은 인식하였으나, 그것이 실현되지 않을 것으로 신뢰한 것
- 인식없는 과실 : 주의의무의 위반으로 인해 객관적 구성요건이 실현될 수 있는 가능성을 인식하지 못한 상태
- 중과실 : 작은 주의만 했더라도 결과발생을 예견할 수 있었음에도 부주의로 이를 예견하지 못한 경우
- 경과실 : 주의의무의 위반 정도가 크지 않은 경우.
- 업무상 과실 : 업무상 과실은 중과실로 다루는 경우가 많다. 업무자들은 일반인들보다 업무상 주의능력과 예견의무가 다르기 때문에 책임이 가중되는 것이다.

**다) 결과적 가중범**

- 고의에 기한 기본범죄에 의해 행위자가 의도하지 않았던 중대한 결과가 발생한 때에 그 형이 가중되는 범죄를 말한다.
- 예를 들어, 상해의 목적으로 다리를 칼로 찔렀는데, 과대 출혈로 상대방이 사망한 경우 상해죄가 아닌 상해치사죄가 성립할 수 있다. 다만 상해 또는 사망에 제한해 가중처벌하고 있다.

**라) 사실의 착오**

[형법]

**제15조(사실의 착오)** ① 특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 별하지 아니한다.  
② 결과로 인하여 형이 중할 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 별하지 아니한다.

**마) 법률의 착오**

[형법]

**제16조(법률의 착오)** 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 별하지 아니한다. → 유권해석이 있는 경우

**2) 위법성 [2025-B-8]**

- 구성요건에 해당하는 행위가 법질서에 어긋난다는 사회적 평가 즉, 법이 금지하는 성질을 가져야 한다.



- 구성요건에 해당하는 행위는 원칙적으로 위법하지만, 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙은 위법성이 조각된다.

가) 정당행위 [1993-18] [2015-B-서술3] [2018-A-13] [2023-A-12]

[형법]

제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

[82도3248] [98도3029] [2011-2차-4] [2018-A-13]

정당행위를 인정하려면 첫째 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 할 것이다.

- 다른 위법성조각사유로 위법성이 조각되지 않을 때, 초법규적 위법성 조각사유로서 정당행위 여부를 심사한다. [2013-1차-40]

(1) 법령에 의한 행위

- 공무원의 직무집행행위 [2023-A-12], 징계권자의 징계행위, **현행범인의 체포** [2011-2차-4], 노동쟁의행위, 사형집행, 교사의 체벌을 통한 훈육 [2011-1차-38]
- 법령에 의한 행위라도 사회상규에 비추어 권리남용이라고 보면 위법성이 조각되지 않는다.

[2001도5380] [2011-1차-38]

초·중등교육법령에 따르면 교사는 학교장의 위임을 받아 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도를 할 수 있는데 그 지도에 있어서는 교육상 불가피한 경우에만 신체적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있고 그 외의 경우에는 훈육, 훈계의 방법만이 허용되어 있는바, 교사가 학생을 징계 아닌 방법으로 지도하는 경우에도 징계하는 경우와 마찬가지로 교육상의 필요가 있어야 될 뿐만 아니라 특히 학생에게 신체적, 정신적 고통을 가하는 **체벌, 비하하는 말 등의 언행은 교육상 불가피한 때에만 허용되는 것이어서, 학생에 대한 폭행, 욕설에 해당되는 지도행위는 학생의 잘못된 언행을 교정하려는 목적에서 나온 것이었으며 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 법령에 의한 정당행위로 볼 수 있을 것이고, 교정의 목적에서 나온 지도행위가 아니어서 학생에게 체벌, 훈계 등의 교육적 의미를 알리지도 않은 채 지도교사의 성격 또는 감정에서 비롯된 지도행위라든가, 다른 사람이 없는 곳에서 개별적으로 훈계, 훈육의 방법으로 지도·교정될 수 있는 상황이었음에도 낮모르는 사람들이 있는 데서 공개적으로 학생에게 체벌·모욕을 가하는 지도행위라든가, 학생의 신체나 정신건강에 위협한 물건 또는 지도교사의 신체를 이용하여 학생의 신체 중 부상의 위험성이 있는 부위를 때리거나 학생의 성별, 연령, 개인적 사정에서 견디기 어려운 모욕감을 주어 방법·정도가 지나치게 된 지도행위 등은 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어렵다.**

[2015-B-서술3]

아들 甲(12세)과 단 둘이 살고 있던 A는 맹장염에 걸렸으나 수술비가 없었다. 치료비를 구하려고 동분서주하던 甲은 돈가방을 가지고 은행에서 나오는 乙(60세)을 발견하고, 가방을 빼앗으려 하였다. 乙은 甲에게 가방을 빼앗기지 않으려고 하는 과정에서 甲을 폭행하였다. 乙의 폭행에도 불구하고 甲은 가방을 빼앗아 달아났다. 근처에서 이를 지켜보던 丙(30세)이 甲을 추적하여 붙잡아 창고에 가두었다가, 출동한 경찰에 바로 인계하였다.

[2003도687]

경영권이 노동3권과 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 한다.

구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에는 목적의 정당성을 인정할 수 없다.

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.

쟁의행위의 목적이 경영권의 본질에 속하는 공장이전 자체의 반대를 위한 것이므로 그 목적에 있어 정당성을 상실하였을 뿐만 아니라 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루지 못하고 폭력을 행사한 것이어서 정당행위에 해당하지 아니한다고 한 사례.

[87도2358] [2023-A-12]

갑은 고문치사로 기소되어 제1심과 제2심에서 징역을 선고받고 대법원에 상고를 하였다. 이에 대해 대법원은 다음과 같은 취지로 판단하였다.

공무원이 그 직무를 수행함에 있어서 상관은 직원에 대해 적법한 행위를 명령할 권한이 있다. 직원이 소속 상관의 적법한 명령에 따라 한 행위는 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다. 그러나 공무원이 그 직무를 수행함에 있어서 상관은 직원에 대해 범죄행위 등 위법한 행위를 명령할 권한은 없다. 따라서 직원인 갑은 참고인으로 소환된 사람에게 가혹행위를 하라는 것과 같은 소속 상관의 명백한 위법명령을 따라야 할 의무가 없다.

## (2) 업무로 인한 행위 [2018-A-13]

- 변호사의 변론 [2018-A-13]

[2018-A-13]

변호사인 갑은 법정에서 변론의 필요상 을의 명예를 훼손하는 사실을 적시하였다. 뒤늦게 이 소식을 들은 을은 갑에게 명예훼손 사실을 따지기 위해 갑의 사무실을 찾아갔으나 갑의 거부로 만날 수가 없었다. 화가 난 을은 분풀이로 갑 소유의 자동차를 열쇠 꾸러미로 긁고 가버렸다. 다음 날 그 사실을 알게 된 갑은 을을 손괴죄로 고소하였고 자동차 수리 비용에 대해서도 을에게 손해배상책임을 묻고자 한다.

[82도3248]

성직자라 하여 초법규적인 존재일 수는 없으며 성직자의 직무상 행위가 사회상규에 반하지 아니한다 하여 그에 적법성이 부여되는 것은 그것이 성직자의 행위이기 때문이 아니라 그 직무로 인한 행위에 정당, 적법성을 인정하기 때문인 바, 사제가 죄지은 자를 능동적으로 고발하지 않는 것에 그치지 아니하고 은신처마련, 도피자금 제공등 범인을 적극적으로 인낙·도피케 하는 행위는 사제의 정당한 직무에 속하는 것이라고 할 수 없다.

## (3) 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 [2015-B-서술3]

- (98도2389) 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위

## 나) 정당방위 [1993-18] [2011-1차-38] [2015-B-서술3]

[형법] [2011-2차-4]

**제21조(정당방위) ①자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.**

②방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.

### (1) 성립요건

#### - 현재의 부당한 침해

- 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위

- 상당한 이유

- 침해하는 상대방을 향해서

### (2) 과잉방위와 오상방위 [1993-18]

- 과잉방위 : 방위행위가 상당성의 정도를 넘어선 때, 위법성이 조각되지 않으며 형의 임의적 감면이 가능하다.

- 오상방위 : 정당방위의 요건이 충족되지 않았음에도 이러한 요건이 갖춰졌음을 믿고 방위행위를 하였을 때, 위법성이 조각되지 않는다.

[2015-B-서술3]

아들 甲(12세)과 단 둘이 살고 있던 A는 맹장염에 걸렸으나 수술비가 없었다. 치료비를 구하려고 동분서주하던 甲은 돈가방을 가지고 은행에서 나오는 Z(60세)을 발견하고, 가방을 빼앗으려 하였다. Z은 甲에게 가방을 빼앗기지 않으려고 하는 과정에서 甲을 폭행하였다. Z의 폭행에도 불구하고 甲은 가방을 빼앗아 달아났다.

[89도358] [2011-2차-4]

영희 : 나는 지난 주 일요일에 집에서 '단지 그대가 여자라는 이유만으로'라는 영화를 보았어. 영화 내용 중, 심야에 혼자 귀가 중인 여자 B에게 C와 D가 함께 뒤에서 달려들어 어두운 골목길로 끌고 들어가서 반항하는 B의 옆구리를 무릎으로 차고 억지로 키스를 하려고 했어. 그러자 B가 자신을 지키려는 일념에서 영겁결에 C의 혀를 깨물어 설절단상을 입히는 장면이 나왔어. 하필이면 그때 엄마의 심부름으로 그 다음 장면을 보지 못했지만, B가 처벌받았을까봐 자꾸만 생각이 나. 철수 : 그건 걱정하지 않아도 돼. B는 중상해죄의 구성요건에는 해당하지만 정당방위가 성립한대. 그래서 범죄가 성립되지 않아.

### 다) 긴급피난 [1993-18] [1995-30]

[형법] [1995-30]

**제22조(긴급피난) ①자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.**

②위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다.

③전조 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다.

- 법익에 대한 현재의 침해가 **부당한 침해일 것을 요하지 않으며**, 자초위난은 인정되지 않지만 의도성이 없으며 상당성이 있으면 인정될 수 있다.

- 당사자 혹은 제3자를 향해서

[2011-1차-38]

갑이 을 소유의 자동차를 절취하여 을의 친구인 병을 그 차에 감금시키자 병이 그 차의 창문을 부수고 탈출한 경우

### 라) 자구행위

[형법]

**제23조(자구행위) ①법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.**

②전항의 행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

### 마) 피해자의 승낙 [2011-1차-38] [2015-B-서술3]

[형법]

**제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙**에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다.

- 피해자가 가해자에 대하여 자기의 법익을 침해하는 것을 허용하며, 개인적 법익에 대해서만 가능하다.
- **추정적 승낙** [2015-B-서술3] : 현실적으로 명시적·묵시적 승낙이 존재하지 않았더라도 행위당시의 모든 사정을 객관적으로 판단하면 승낙을 확실히 기대할 수 있는 경우(예를 들어, 응급환자를 발견한 의사가 승낙을 받지 않고 수술한 경우). → 사회상규에 반하지 않고, 명시적 반대가 없어야 한다.

[2015-B-서술3]

옆집에 살던 의사 丁은 A가 즉시 수술을 받지 않으면 생명이 위급해질 수 있는 상태인 것을 발견하였다. 丁은 A의 동의 없이 A의 배를 절개하여 맹장염이 발생한 부분을 제거하였으며, A는 수술 부위에 흉터가 남았으나 생명은 건졌다.

### 3) **책임** [2015-B-서술3] [2022-A-11] [2023-A-12]

- 구성요건해당성과 위법성이 있는 행위를 한 사람에 대해서 비난가능성을 말하는 것으로, 구성요건에 해당하고 위법한 행위라 하더라도 책임이 없을 때에는 범죄가 성립하지 않는다. [2011-1차-38]

#### 가) **책임능력**

##### (1) **형사 미성년자** [1996-38] [2015-B-서술3] → **책임무능력자**

[형법]

**제9조(형사미성년자)** 14세되지 아니한 자의 행위는 별하지 아니한다.

[2015-B-서술3]

아들 甲(12세)과 단 둘이 살고 있던 A는 맹장염에 걸렸으나 수술비가 없었다. 치료비를 구하려고 동분서주하던 甲은 돈가방을 가지고 은행에서 나오는 乙(60세)을 발견하고, 가방을 빼앗으려 하였다. 乙은 甲에게 가방을 빼앗기지 않으려고 하는 과정에서 甲을 폭행하였다. 乙의 폭행에도 불구하고 甲은 가방을 빼앗아 달아났다.

##### (2) **심신 상실자** [1996-38] → **책임무능력자**

[형법]

**제10조(심신장애인)** ① **심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 별하지 아니한다.** [2022-A-11]

② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

③ **위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.** → **원인으로부터 자유로운 행위**

[2022-A-11]

교사 : 범죄 성립과 형벌 부과를 위해서는 책임이 전제되어야 한다는 형법 원칙을 책임주의라고 합니다. 그러므로 심신장애로 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는 사람의 행위는 범죄가 성립하지 않습니다. 그러면 A가 원수를 살해하고 싶지만 용기가 없어 주저하다, 술의 힘을 빌려서 살해하려고 술을 마시고 만취 상태에서 원수를 죽였다면 A를 살인죄로 처벌할 수 있을까요?

학생 갑 : 원수를 죽인 실행 행위 당시 심신장애로 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없으므로 ㉠ 처벌할 수 없다고 생각합니다.

학생 을 : A의 행위는 반사회적 행위잖아요. 술의 힘을 빌려서 원수를 살해하려는 고의를 가지고 술을 먹은 원인 행위 때 그런 능력이 있었으니 처벌할 수 있다고 생각합니다.

##### (3) **강요된 행위** [1996-38] [2014-A-기입13] [2023-A-12]

[형법]

제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다. [2023-A-12]

제21조(정당방위) ②방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다.

[2011-1차-38]

갑은 을로부터 어린 딸의 생명에 대한 위해(危害)를 피할 수 없는 협박을 받아 회사의 기밀문서를 절취한 경우

[67도1115] [2011-2차-4]

영희 : 우리 할아버지는 지금은 돌아가셨지만, 1960년대에 어선 △△호의 기관장으로 동해에서 명태잡이를 하다가, 선원들과 같이 북한 함정에 의해 납북되었었다. 그때 원산제철공장 등을 관람하면서 북한을 찬양하는 감상문을 제출하게 되었다고 들었다. 하지만 할아버지는 순전히 공작지도원의 지시에 따라 쓴 것이고, 쓰지 않으면 생명에 위협을 받고 가족에게로 귀환을 시켜주지 않을 것이라고 생각되어 시키는 대로 하신거래.

철수 : 분명히 너희 할아버지도 국가보안법 위반죄로 처벌받지 않으셨을 거야.

[2014-A-기입13]

갑은 회사에서 현금출납을 담당하고 있었다. 갑의 5살 아들을 납치한 을은, 갑이 관리하고 있는 회사의 현금 50억 원을 빼돌려 자신에게 달라고 하고 이를 따르지 않을 경우 갑의 아들을 해치겠다고 협박하였다. 갑은 고민 끝에 회사의 현금 50억 원을 횡령하여 건네주었다.

[2014-A-기입13]

을은 외국에서 귀국하려는 갑에게 마약을 밀반입하지 않으면 인질로 잡고 있는 갑의 가족을 살해하겠다고 협박하였다. 갑은 어쩔 수 없이 마약을 밀반입하였다.

[87도2358] [2023-A-12]

갑은 자기가 근무하는 조직에서 직원은 상관의 명령에 절대 복종하여야 한다는 것이 불문율이라고 주장한다. 그러나 우리 법질서는 신체의 자유를 중대하게 침해하는 고문을 금지한다. 따라서 상관의 명령에 의한 고문치사와 같은 범법행위가 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의한 행위인 강요된 행위에 해당하여 책임이 조각된다고 볼 수는 없다. 따라서 원심의 판단은 정당하다.

## 나) 책임의 감경 → 한정책임능력자

### (1) 농아자

[형법]

제11조(농아자) 농아자의 행위는 형을 감경한다.

### (2) 심신 미약자

[형법]

제10조(심신장애인) ①심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

②심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

③위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다. → 원인으로부터 자유로운 행위 [1996-38]

## 다) 기대가능성 [2014-A-기입13] [2023-A-12]

- 행위당시 행위자에게 기대할 수 있는 적법행위의 기대가능성, 즉 구성요건해당성과 위법성이 있는 행위를 한 자가 위법행위를 하지 않고 적법행위를 할 가능성을 말한다. [2023-A-12]

- 행위자가 아닌 평균인이 행위자와 동일한 사정에 있었다면 어떻게 행하였을까를 기준으로 기대가능성을 판단하게 된다 (평균인표준설).

- 기대가능성이 없으려면 강요된 행위가 있어야 하며, 피강요자는 이러한 강요상태를 인식해야 한다. 이때 피강요자가 강요된 상태를 자초하였거나 예견하였다면 강요된 행위로 볼 수 없다.

## 사. 미수범

### 1) 범죄의 실현단계

#### 가) 범죄의사

- 범죄의사는 외부에 실현되지 않는 내심의 의사는 법익을 침해하지 않기 때문에 처벌대상이 아니다.

#### 나) 음모 및 예비

[형법]

**제28조(음모, 예비)** 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

#### 다) 실행의 착수

- 이 단계를 기준으로 음모 및 예비와 미수가 구별된다. 실행의 착수에 이른 행위자는 범죄행위의 종료여부나 결과발생 여부와 상관없이 미수가 성립한다.

#### 라) 미수

[형법]

**제29조(미수범의 처벌)** 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.

- 범죄의 실행에 착수하였지만 행위를 종료하지 못했거나(착수미수), 범죄행위는 종료하였지만 결과가 발생하지 않은 경우(실행미수)를 말한다.
- 원칙적으로 기수범을 처벌하고 미수범은 처벌규정이 있는 경우에 예외적으로 처벌한다.

#### 마) 기수

- 범죄의 구성요건을 실현하여 완성하여 범죄행위를 종료하였거나 결과를 발생시킨 경우.

#### 바) 범죄의 종료

**제252조(시효의 기산점)** ①시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행한다.

②공범에는 최종행위의 종료한 때로부터 전공범에 대한 시효기간을 기산한다.

- 범죄의 종료는 구성요건에 의해 보호되는 법익의 침해가 행위자가 의욕한 의도대로 발생한 것을 말한다. 기수와 종료를 구별하는 실익은 공소시효 진행의 기산점은 범죄의 실질적 종료시부터 적용하며, 범죄의 기수 이후에도 실질적 종료 이전까지는 공범의 성립이 가능하다는 데에 있다. 또한 기수 이후 실질적 종료 이전에 형을 가중하는 사유가 실현된 때에도 가중적 구성요건이 적용될 수 있다.

### 2) 성립요건

#### 가) 주관적 성립요건

- 범죄의 구성요건 실현에 대한 결의(고의)가 있어야 하며, 미수의 고의는 인정되지 않는다.

#### 나) 객관적 성립요건

- 실행의 착수, 행위의 미종료 또는 결과의 불발생

### 3) 처벌

[형법]

**제25조(미수범)** ②미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

### 4) 장애미수(협회의 미수) [2017-A-9]

[형법] [2017-A-9]

**제25조(미수범)** ①범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.

②미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

- 비자의적으로 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 않은 경우로, 형을 **임의적 감경**한다.
- 실행의 착수가 있었다는 점에서 음모·예비와 구별되며, 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 않았다는 점에서 기수와 구별된다. → 주로 고의범인 경우
- 착수미수 : 범죄의 실행에는 착수하였으나 비자의적으로 행위의 전부를 종료하지 못한 경우(예를 들어, 지나가는 사람을 죽이려고 하다가 경찰에 발각되어 체포된 경우).
- 실행미수(종료미수) : 예정된 행위는 모두 완료했으나 결과를 거두지 못한 경우(예를 들어, 지나가는 사람을 죽이려고 칼로 찔렀으나 빗나가 상처만 낸 경우).

[2017-A-9]

을이 B를 살해하려고 흉기를 휘둘렀으나, 급소를 빗나가 B가 죽지 않은 경우

### 5) 중지미수

[형법]

**제26조(중지범)** 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.

- 범죄 행위자 자의로 이를 중지하여야 하며, 형을 **필요적 감면**한다.
- 예를 들어, A와 B가 공동으로 C를 살해하려고 칼로 찔렀으나 피해자가 상처만 입고 죽지 않자, B는 그대로 가버리고 A만 결과의 발생을 방지하려는 노력을 들여 사망하지 않은 경우 A는 중지미수로 형이 감면되고, B는 장애미수로 처벌된다. 그러나 피해자가 사망하였거나, B의 실행행위를 말리지 않고 자신만 중지했다면 A도 중지미수가 되지 않는다.

[2009-1차-34]

2008년 8월 9일 갑(19세 10월)은 친구인 을(20세 2월)과 병(20세 6월)에게 원한관계에 있는 A를 살해해 달라고 부탁하였다. 이에 을과 병은 A를 살해하기로 하였으나 범행 장소에 함께 있던 을은 A가 살려 달라고 애원하자 자신의 행동을 뉘우치며 그 자리를 떠났다. 한편 A를 살해한 후 도주한 혐의를 받고 있는 병은 살인의 범죄 사실로 기소되어 국민참여재판에 회부되었고, 배심원은 병에 대하여 유죄로 평결하였다. 그리고 친구 집에서 숨어 지내던 갑은 11월 9일 경찰에 의해 체포되었다.

[2017-A-9]

병이 C를 살해하려고 C에게 총을 겨누었으나, 그 날이 돌아가신 어머니의 제삿날이어서 양심의 가책을 느껴 그만 둔 경우 병은 살인죄의 중지미수로서, 살인죄 기수범의 형을 감경 또는 면제한다.

### 6) 불능미수 [2017-A-9]

[형법] [2017-A-9]

**제27조(불능범)** 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

- 범죄의사가 있고 실행의 착수가 있지만, 행위의 성질상 결과의 발생이 처음부터 불가능한 경우, 즉 구성요건의 실현가능성이 없는 경우 형을 **임의적 감면**한다. 중지미수보다는 무겁지만, 장애미수보다 가볍게 처벌된다.
- 수단의 착오(예를 들어 설탕을 독약으로 오인하여 준 경우, 장난감 칼을 진짜 칼로 오인하여 찌른 경우)와 대상의 착오(객체의 불가능성으로 예를 들어 죽은 사람을 산 사람으로 오인한 경우, 자기 재물을 착오로 절도하는 경우) 그리고 처음부터 결과발생이 불가능해야 한다(예를 들어, 일정량의 쥐약을 먹여 사람을 살해하려고 한 경우 과학적으로 사람이 사망할 가능성이 있다면 장애미수고, 없다면 불능미수).
- 위험성의 경우는 행위시에 행위자가 인식한 사실을 기초로 하여 행위자가 생각한 대로의 사정이 존재했으면, 일반인의 판단에서 결과발생의 위험성이 있는 경우(예를 들어, 살인의 목적으로 청산가리를 먹였으나, 그것이 사실 설탕이어서 피해자가 사망하지 않은 경우 위험성 인정).

[2017-A-9]

갑이 설탕을 청산가리로 오인하고, A를 살해하려고 A에게 설탕을 먹인 경우

## 아. 정범과 공범

### 1) 정범과 공범의 구별

- 객관적 행위와 주관적 의사를 모두 고려하여 정범과 공범을 구별한다(행위지배설). 구성요건을 직접 실현함은 물론 실질적으로 행위를 지배하면 정범이며, 단순히 관여할 뿐이면 공범이다.

### 2) 단독정범과 공동정범 [1994-41]

[형법]

**제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.**

- 단독으로 범행한 경우는 단독정범으로 부른다.
- 수인이 특정한 행위를 공동으로 하여 범죄를 행함으로써 공동정범이 성립되며, 공동정범의 본질이 기능적 행위지배에 있다는 전제에서 과실범의 공동정범도 기능적 행위지배가 인정된다면 성립한다(갑과 을이 함께 사격연습을 하던 중 실수로 옆에 있던 사람을 맞추어서 사망하게 하였지만 누가 발사했는지 판명되지 않은 경우).

[82도3248]

**공모공동정범**은 공동범행의 인식으로 범죄를 실행하는 것으로 공동의사주체로서의 집단전체의 하나의 범죄행위의 실행이 있음으로 성립하고 공모자 모두가 그 실행행위를 분담하여 이를 실행할 필요가 없고 실행행위를 분담하지 않아도 **공모에 의하여 수인간에 공동의사주체가 형성되어 범죄의 실행행위가 있으면 그 실행행위를 분담하지 않았다고 하더라도 공동의사주체로서 정범의 죄책**을 지게하는 것

[91도2156]

강도살인죄는 고의범이고 강도치사죄는 이른바 결과적가중범으로서 살인의 고의까지 요하는 것이 아니므로, 수인이 합동하여 강도를 한 경우 그 중 1인이 사람을 살해하는 행위를 하였다면 그 범인은 강도살인죄의 기수 또는 미수의 죄책을 지는 것이고 다른 공범자도 살해행위에 관한 고의의 공동이 있었으면 그 또한 강도살인죄의 기수 또는 미수의 죄책을 지는 것이 당연하다 하겠으나, 고의의 공동이 없었으면 피해자가 사망한 경우에는 강도치사의, 강도살인이 미수에 그치고 피해자가 상해만 입은 경우에는 강도상해 또는 치상의, 피해자가 아무런 상해를 입지 아니한 경우에는 강도의 죄책만 진다고 보아야 할 것이다. → **공동의사의 범위를 초과하면 그 부분에는 단순정범이 성립**

### 3) 직접정범과 간접정범 [1994-41]

[형법]

**제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ①어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다. ②자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.**

- 직접정범은 직접 스스로 범행을 한 것이며, 간접정범은 타인을 도구처럼 이용하여 범죄를 실현하는 것으로, 어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 책임무능력자 혹은 고의가 없는 자(과실범)를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 하는 것이다(예를 들어, 정신이상자를 충동해 방화하거나, 의사가 내용을 모르는 간호사에게 독약을 주어 투약시키는 경우).

[2020-B-10]

사실관계 : 공무원 甲이 무직인 자신의 동생 乙을 교사하여, 乙이 뇌물을 받게 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 수뢰죄의 간접정범(또는 교사범)으로 처벌되며, 乙은 수뢰죄의 정범이 되지 않는다.

### 4) 협의의 공범 : 교사범과 중범



## 가) 교사범 [1994-41]

[형법] [2009-1차-34]

**제31조(교사범)** ①타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

②교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

③교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.

- 범죄의사가 없는 타인에게 범죄의 결의를 가지게 한다. 교사행위의 수단에는 제한이 없다. 다만 **강요나 위력, 기만에 의한 때에는 간접정범이 성립된다.**
- 정범에게 범죄의 결의를 가지게 하는 고의와, 정범에 의해 범죄를 실행할 고의(이중적 고의)를 가져야 한다. → 교사의 미수는 처벌되지만, 미수의 교사는 처벌되지 않는다.
- 스스로 범죄행위에 직접 관여하지 않으므로 정범이 아니라 공범이며, 실행행위를 분담하지 않는다는 점에서 공동정범과 구별된다.
- 피교사자가 자신의 의사에 따라 범죄를 실행한다는 점에서, 피교사자에 대한 의사지배가 있는 간접정범과 다르다.
- 범죄의 의사가 없는 자에게 범죄결의를 하도록 한다는 점에서 이미 범죄의 결의를 하고 있는 정범을 도와주는 방조범과 다르다.
- 피교사자가 교사받은 것보다 적게 실행한 때에는 실행한 범위에서 책임을 지지만, 피교사자가 교사받은 범죄와 다른 범죄를 실행한 질적 초과 경우에는 예견가능성이 없었다면 책임지지 않는다. 공통의 요소를 포함하는 '양적 초과'의 경우 교사범위 내에서 책임을 진다.

[2020-B-10]

사실관계 : 甲이 친구 乙을 교사하여, 乙로 하여금 甲의 아버지의 재물을 절취하도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 절도죄의 교사범이지만 처벌이 조각되며, 乙은 절도죄의 정범으로 처벌된다.

[2020-B-10]

사실관계 : 무직인 甲이 공무원 乙을 교사하여, 乙이 뇌물을 받도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 수뢰죄의 교사범이고, 甲은 수뢰죄의 정범으로 처벌된다.

[2020-B-10]

사실관계 : 甲이 친구 乙을 교사하여, 乙로 하여금 乙의 아버지의 재물을 절취하도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 절도죄의 교사범이고, 乙은 절도죄의 정범이지만 처벌이 조각된다.

## 나) 종범 [1994-41]

[형법]

**제32조(종범)** ①타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

②종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

**제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)** ②자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 **방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.**

- 범죄의 실행행위를 용이하게 하는 **방조범**으로, 범행에 대한 행위지배가 없으며 상호간의 의사합치를 전제로 하지 않는다는 점에서 공동정범과 구별된다. 또한 이미 범행을 결의한 자에게 성립된다는 점에서 교사범과 다르다.
- 방조에는 물질적·정신적 방조 모두 가능하며, 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위라는 인식과 방조의 고의가 있어야 하지만, 종범과 정범 사이의 의사의 일치(연락)까지 있어야 하는 것은 아니다.
- 또한 방조행위와 실행행위의 인과관계가 성립해야 한다.

## 5) 공범과 신분

[형법]

**제33조(공범과 신분)** 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 별하지 아니한다.

- 예를 들어, A가 친구 B를 교사하여, B의 아버지를 살해하게 한 경우 A에 대해서는 제33조 본문에 의해 비신분자인 A도 존속살해죄의 교사범의 죄책을 지지만, 비신분자인 A는 제33조의 단서에 의해 중한 죄로 처벌되지 않으므로 보통 살인죄의 교사범으로 처벌된다.

## 자. 경합범

[형법]

**제37조(경합범)** 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

**제38조(경합범과 처벌례)** ①경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.
2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.
3. 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다.

②전항 각호의 경우에 있어서 징역과 금고는 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처벌한다.

**제40조(상상적 경합)** 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.

- 1개의 행위가 2개 이상의 죄에 해당하는 **상상적 경합**과, 복수의 행위로 복수의 범죄를 범한 **실체적 경합**이 있다.

## 차. 소년범

- 만 10세 미만의 소년범은 ‘범법소년’으로, 일체의 법적 처벌이 불가능하다.
- 만 10세 이상 만 14세 미만의 소년범은 ‘촉법소년’으로, 형사미성년자로서 형사책임을 지울 수 없으나, 가정법원이 소년원으로 보내거나 보호관찰을 받게 하는 등 재범가능성을 낮추기 위한 보호처분을 할 수 있다. [2024-A-11]
- 만 14세 이상 만 19세 미만의 소년범은 ‘범죄소년’으로, 형벌을 부과할 수 있으나 보호처분을 우선하도록 한다. [2024-A-11]
- 이외에도 집단적으로 몰려 다니며 주위 사람들에게 불안감을 조성하거나, 정당한 이유 없이 가출하거나, 술을 마시고 소란을 피우거나 유해환경에 접하는 등의 행동을 한 만 10세 이상 19세 미만의 소년을 가리켜 ‘우범소년’이라고 한다.
- 이러한 **19세 미만인 자에 관한 소년보호사건은 가정법원소년부 또는 지방법원소년부에서 심리와 처분 결정은 소년부 단독판사가 한다.** [2009-1차-34]

[2024-A-11]

교사 : 여러분, 우리는 지난 시간에 형사절차의 흐름에 대해 공부했습니다. 오늘은 심화학습으로 소년보호사건의 처리 절차를 공부하려고 합니다. 지난 시간에 선생님이 소년보호사건의 대상과 관련된 과제를 부과했는데, 조사해 왔지요? 그럼 다음 두 사례를 살펴봅시다. 첫 번째 사례에서 갑(12세)은 전자제품 판매점에서 수차례에 걸쳐 게임기기를 훔쳤습니다. 갑은 소년보호의 대상이 될까요?

학생 : 예, 갑은 소년보호의 대상 중 (㉠)에 해당합니다.

교사 : 맞습니다. 그렇다면 갑에게 선도 조건부 기소유예 처분을 할 수 있을까요?

학생 : 아닙니다.

교사 : 그 이유는 무엇이죠?

학생 : (㉡).

교사 : 형법적 관점에서 잘 대답했습니다. 이번에는 두 번째 사례를 살펴봅시다. 이 사례에서 을(16세)은 행인과 몸싸움을 벌여 상대에게 전치 6주의 상해를 입혔습니다. 을은 소년보호의 대상일까요?

학생 : 예, 을은 소년보호의 대상 중 (㉢)에 해당합니다.

## 카. 부작위범

[형법]

**제18조(부작위범)** 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.

[96도1639]

형법상 부작위범이 인정되기 위하여는 형법이 금지하고 있는 범익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 범익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다. → 조문과 판례에서 보다시피, 단순히 위급한 사람을 방치한 정도로는 처벌할 수 없다(착한 사마리아인의 법).

[응급의료에 관한 법률]

**제5조의2(선의의 응급의료에 대한 면책)** 생명이 위급한 응급환자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 응급의료 또는 응급처치를 제공하여 발생한 재산상 손해와 사상(死傷)에 대하여 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우 그 행위자는 민사책임과 상해(傷害)에 대한 형사책임을 지지 아니하며 사망에 대한 형사책임은 감면한다.

**타. 형벌**

1) 생명형 : 사형

2) 자유형

가) 징역

- 교도소에 구치하여 일정한 노역에 복무하게 한다.

나) 금고

다) 구류

3) 재산형

가) 벌금

나) 과료

다) 몰수

4) 명예형

가) 자격상실

나) 자격정지

5) 형의 양정과 감경

가) 양형의 단계

- 법정형(각 법률에 규정된 형벌) → 처단형(법률상·재판상 가중 및 감경) → 선고형(법관의 재량)

나) 형의 가중 및 감경

- 형의 가중은 법률에 명시적으로 규정된 경우만 할 수 있고, 재판상 가중은 인정하지 않는다.

- 형의 감경은 법률상 필요적/임의적 감면/감경되는 경우가 있으며, 법관의 재량으로 재판상의 감경(작량감경)이 되기도 하고, 자수 및 자복에 의하여 형의 임의적 감면이 가능하다.

6) 선고유예

[형법]

**제59조(선고유예의 요건)** ①1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

**제59조의2(보호관찰)** ①형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다.

**제60조(선고유예의 효과)** 형의 선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주한다.

- 일정한 기간 동안 형의 선고를 유예하고, 그 유예기간을 경과하면 면소된 것으로 간주한다. 보호관찰 처분은 가능하다.

## 7) 집행유예

[형법] [1992-48]

**제62조(집행유예의 요건)** ①3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제63조(집행유예의 실효)** 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

## 8) 가석방

[형법]

**제72조(가석방의 요건)** ①징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개선의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다.

**제73조의2(가석방의 기간 및 보호관찰)** ①가석방의 기간은 무기형에 있어서는 10년으로 하고, 유기형에 있어서는 남은 형기로 하되, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다.

②가석방된 자는 가석방기간중 보호관찰을 받는다. 다만, 가석방을 허가한 행정관청이 필요가 없다고 인정한 때에는 그러하지 아니하다.

- 원칙적으로 가석방이 허용되지 않는 무기징역은 재판부가 선고할 수는 있으나, 가석방은 행정처분으로 법무부가 이를 따라야 할 의무는 없다. [2009-1차-34]

## 9) 형의 시효와 소멸

- 형을 집행할 수 있는 기간인 시효는 그 완성으로 인해 집행이 면제되지만, 선고자체가 면제되지는 아니며, 시효는 정지될 수 있다.
- 형의 집행이 종료되거나 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고, 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 형의 실효를 선고할 수 있다. 수형인명부에서 삭제되지만 수사기관의 범죄경력자료로는 이용될 수 있다.
- 복권은 자격정지의 선고를 받은 자가 피해자의 손해를 보상하고, 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 정지기간의 2분의 1을 경과한 때에는 자격의 회복을 선고할 수 있다.

## 10) 보안처분

- 형벌로는 사회복귀와 범죄의 예방이 불가능하거나, 또는 행위자의 특수한 위험성으로 인해 형벌의 목적을 달성할 수 없는 경우에 예방적 성질의 형사제재를 부과할 수 있다.
- 치료감호, 보호관찰, 보안관찰이 가능하다.

## 파. 형법각론

### 1) 친족상도례

[형법]

**제328조(친족간의 범행과 고소)** ①직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다.

- 절도죄 [2020-B-10], 사기죄, 공갈죄, 횡령죄, 배임죄, 장물죄, 권리행사방해죄는 그 처벌이 조각 또는 감경되며 다만 강도죄, 손괴죄, 점유강취죄, 강제집행면탈죄에는 적용되지 않는다.

[2020-B-10]

사실관계 : 甲이 친구 乙을 교사하여, 乙로 하여금 甲의 아버지의 재물을 절취하도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 절도죄의 교사범이지만 처벌이 조각되며, 乙은 절도죄의 정범으로 처벌된다.

[2020-B-10]

사실관계 : 甲이 친구 乙을 교사하여, 乙로 하여금 乙의 아버지의 재물을 절취하도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 절도죄의 교사범이고, 乙은 절도죄의 정범이지만 처벌이 조각된다.

## 2) 범인은닉, 증거인멸에 있어서 친족간의 특례

[형법]

**제151조(범인은닉과 친족간의 특례)** ①벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

**제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례)** ①타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

②타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 또는 도피하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

④친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 본조의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

## 3) 신분범

- 수뢰죄(공무원) 등

[2020-B-10]

사실관계 : 공무원 甲이 무직인 자신의 동생 乙을 교사하여, 乙이 뇌물을 받게 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 수뢰죄의 간접정범(또는 교사범)으로 처벌되며, 乙은 수뢰죄의 정범이 되지 않는다.

[2020-B-10]

사실관계 : 무직인 甲이 공무원 乙을 교사하여, 乙이 뇌물을 받도록 하였다.

범죄의 성립여부 : 甲은 수뢰죄의 교사범이고, 甲은 수뢰죄의 정범으로 처벌된다.

## 4) 친고죄와 반의사불벌죄

### 가) 친고죄 [2005-24]

- 수사기관이 임의로 수사를 개시하면 피해자에게 프라이버시 침해 등 불이익이 발생할 수 있는 사자명예훼손죄 [2025-B-8], 모욕죄 [2025-B-8], 비밀침해죄, 업무상비밀누설죄, 친족간의 범행(친족상도례에 해당하는)는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

[2005-24]

형법과 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에 의해 규율되는 성폭력범죄 중 몇몇 범죄는 친고죄로 되어 있다. 이에 대해 개인의 사생활로가 명예 보호를 위해 필요하다는 견해가 있는가 하면, 그로 인해 성폭력범죄가 은폐되므로 삭제하거나, 피해자가 처벌을 원하지 않으면 처벌할 수 없는 반의사불벌죄로 두는 것이 바람직하다는 견해도 있다. → 현재는 형법 개정을 통해 성범죄에 관한 친고죄 규정이 모두 삭제되었다.

### 나) 반의사불벌죄(해제조건부범죄) [2008-18] [2025-B-8]

- 피해자가 가해자의 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하면 처벌할 수 없다. → 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. [2025-B-8]

- 과실치상죄, 교통사고에 의한 재물손괴 및 업무상과실치상, 임금체불, **명예훼손** [2010-1차-39] [2025-B-8], 출판물 등에 의한 명예훼손 [2025-B-8], **단순폭행** [2008-18], 단순협박 등

### 5) 폭행죄와 상해죄의 구분

- 단순폭행은 반의사불벌죄로서 피해자가 가해자의 처벌을 원치 않으면 처벌할 수 없다. [2008-18]
- 상해는 단순히 상대방의 의사에 반해 유형력을 행사한 폭행을 넘어서 상대방이 병원치료를 요할 정도의 상처를 입힌 것으로, 반의사불벌죄에 해당하지 않는다. [2008-18]

[2008-18]

(가) 콧수염을 기르는 영호는 이발관에 갔다. 영호는 이발사 희준에게 “보기 좋게 이발해 주세요.”라고 말하고는 이내 잠이 들었다. 콧수염까지 면도해 달라는 것으로 생각한 희준이는 영호의 콧수염까지 깨끗이 깎았다. 잠에서 깨어난 영호는 깜짝 놀랐다.

(나) 정일이는 병수 때문에 일이 잘못되었다고 생각하고는 병수를 식당으로 불러내었다. 정일이는 밤 10시경부터 그 다음 날 새벽 2시 반경까지 병수를 계속하여 겁주다가 손바닥으로 병수의 얼굴과 목덜미를 여러 차례 때렸다. 이에 병수는 극도의 공포감을 이기지 못하고 기절하였다가 정일이가 불러온 119 구급차 안에서야 겨우 정신을 차리고 인근 병원에 이송되었다.

### 6) 사실 적시 명예훼손과 허위사실 적시 명예훼손

[형법] [2010-1차-39]

**제307조(명예훼손)** ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 **2년 이하의 징역**이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. → 사실 적시 명예훼손. 개인의 의견 등 주관적 평가는 사실을 적시한 것이 아니다. [2025-B-8]

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 **5년 이하의 징역**, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. → 허위사실 적시 명예훼손

**제310조(위법성의 조각)** 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다. [2025-B-8]

### 7) 사기죄(단순)

[형법]

**제347조(사기)** ①사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

②전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

- 기망은 작위 및 부작위에 모두 가능하다
- 작위는 처음부터 지불의사와 지불능력이 없었던 경우나, 부작위는 상대방이 하자있는 물건을 정상적인 물건으로 오인하고 팔라고 하자, 하자있는 물건을 고지하지 않고 판매하는 경우.
- 상대방의 재산적 처분능력이 있어야 하며, 따라서 유아 및 심신상실자에 대해서는 절도죄가 성립한다.
- 불법영득의사가 있어야 한다. 타인의 물건을 자기 것으로 삼으려는 의사뿐 아니라, 타인의 물건을 그 경제적 용법에 따라 이용 또는 처분하려는 의사까지도 포함된다.

[2004도6859]

신용카드의 거래는 신용카드업자로부터 카드를 발급받은 사람(카드회원)이 신용카드를 사용하여 가맹점으로부터 물품을 구입하면 신용카드업자는 그 카드를 소지하여 사용한 사람이 신용카드업자로부터 신용카드를 발급받은 정당한 카드회원인 한 그 물품구입대금을 가맹점에 결제하는 한편, 카드회원에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고, 또 카드회원이 현금자동지급기를 통해서 현금서비스를 받아 가면 현금대출관계가 성립되어 신용카드업자는 카드회원에 대해 대출채권을 가지는 것이므로, 궁극적으로는 카드회원이 신용카드업자에게 신용카드 거래에서 발생한 대출금채무를 변제할 의무를 부담하게 되고, 그렇다면 이와 같이 신용카드 사용으로 인한 신용카드업자의 금전채권을 발생케 하는 행위는 카드회원이 신용카드업자에 대하여 대금을 성실히 변제할 것을 전제로 하는 것이므로, 카드회원이 일시적인 자금공백 등의 이유로 그 채무를 일시적으로 이행하지 못하게 되는 상황이 아니라 이미 과다한 부채의 누적 등으로 신용카드 사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용하였다면

#### 8) 사용절도

- 타인의 재물을 승낙 없이 가져다가 일시사용 후에 반환하는 행위를 가리키는 것으로, 반환의사를 가지고 있기 때문에 불법영득의사가 인정되지 않는다. 따라서 절도죄에 해당하지 않는다.

## 4. 민법

### 가. 민법의 법원

#### 1) 민법 규정

[민법] [2016-B-5]

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

#### 2) 관습법의 조건 [2016-B-5]

- 관행의 존재 : 사회의 거듭된 관행이 존재하고
- 법적 확신 : 관행에 따라 행하는 것이 권리·의무라는 법적 확신이 존재하고
- 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니해야 한다.

#### 3) 인정되는 관습법

- 명인방법
- 관습법상의 분묘기지권
- 관습법상의 법정지상권
- 명의신탁
- 동산 양도담보

[2002다1178]

관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행 되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 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.

[2002다1178] [2016-B-6]

공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, ... 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.

\* 종중 : 공동 선조의 후손들에 의하여 선조의 분묘 수호와 제사 및 후손 상호 간의 친목을 목적으로 형성되는 자연발생적인 종족 단체

#### 4) 조리

- 사람의 건전한 상식으로 판단할 수 있는 사물의 본질적 원리 또는 도리로서, 경험적·사회관념·정의·형평·이성 등의 모습으로 표시된다. 법관에게 보충입법권 부여.



## 나. 민법의 기본원칙

### 1) 근대 민법의 3대 원칙

- 가) 사유 재산권 존중의 원칙(소유권 절대의 원칙)
- 나) 사적 자치의 원칙(계약 자유의 원칙) [2004-2] [2005-23]
- 다) 과실 책임의 원칙(자기 책임의 원칙)

### 2) 근대 민법의 기본 원칙의 수정

- 근대 민법에서 자본주의가 발전함에 따라서 사람들 사이의 빈부격차가 점점 커지고, 그에 따라 노동자와 자본가 사이의 대립이 격화되어 근대적인 민법의 원칙이 경제적인 논리로 가지지 못한 자를 지배하는 수단이 되어 수정의 필요성이 제기되었다. [2003-4]

#### 가) 소유권 공공의 원칙

[헌법]

제23조 ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

→ 권리남용 금지의 원칙은 외형적으로는 권리의 행사처럼 보이지만, 실질적으로는 사회질서에 위반한 것으로 효과가 발생하지 않는다.

[민법]

제2조(신의성실) ② 권리는 남용하지 못한다.

- 소유권 행사가 공공복리에 적합하도록 소유권을 제한하였다.

#### 나) 계약 공정의 원칙

[민법]

제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. [2022-A-4] → 신의성실의 원칙 [2001-11]

제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다. [2005-23]

[2001-11]

염색가공업을 하는 '갑'과 원단(原緞)판매업을 하는 '을'은 지난 4월, 향후 1년간 '을'은 '갑'에게 원단을 납품하고 '갑'은 '을'에게 납품 받은 원단의 대금을 매월 말일에 정산하여 지급하기로 계약을 맺고 계속적으로 거래를 하여왔다. 그런데 처음 3개월간은 계약 내용대로 '갑'이 매월 말일 '을'에게 원단 대금을 잘 지급하다가, 7월과 8월에 납품한 원단에 대해서는 '을'의 수 차례에 걸친 지급 요구에도 불구하고 납품 대금을 지급하지 않았다. 이에 '을'은 이미 납품한 7·8월 분 원단 대금의 지급을 요구하며 9월부터 원단 납품을 중단하였다. 그러자 '갑'은 '을'이 원단 납품의 의무를 이행하지 않아 영업상 손해를 보았다며 손해배상청구 소송을 제기하였다.

법원은 "사실 관계가 위와 같다면 '을'로서는 '갑'과의 계속적 거래관계에 대한 신뢰가 깨어져 이미 납품한 7·8월분 원단 대금을 지급 받을 수 있을지 여부가 불확실한 불안정 상태에 빠졌다고 할 것이다. 따라서 '을'로서는 이미 납품한 7·8월분 원단의 대금을 지급 받을 때까지 원단 납품의 의무 이행을 거절할 수 있다."고 판결하였다.

[2005-23]

의사가 환자를 치료하고 그 치료비를 청구함에 있어서 그 치료행위와 그에 대한 일반 의료수가(醫療酬價) 사이에 현저한 불균형이 존재하고 그와 같은 불균형이 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험에 의하여 이루어진 경우에는 불공정한 법률행위에 해당하여 무효이므로 그 지급을 청구할 수 없다.

#### 다) 무과실 책임의 원칙 [2003-4]

- 고의나 과실이 없는데도 남에게 손해를 끼칠 때, 관계가 있는 자에게 손해의 배상 책임을 인정한다.
- 특수불법행위에 대한 손해배상이나 제조물책임법 등에 규정되어 있다. [2003-4]

## 다. 법률행위

### 1) 성립요건과 효력요건

성립요건	효력요건
당사자	의사능력, 행위능력
목적	내용과 목적이 확정되고(확정성), 실현가능성, 적법성, 사회적 타당성
의사표시 [2021-A-4]	의사와 표시가 일치하고 하자가 없어야 한다.

- 법률행위가 성립요건을 결여하면 부존재의 하자가 되며, 효력요건을 결여하면 무효 또는 취소의 하자가 된다.

### 2) 종류

#### 가) 의사표시의 수와 결합 형태에 따라

##### (1) 단독행위 [2009-1차-38]

- 권리주체가 행하는 의사표시만으로 성립하는 법률행위 [2009-1차-38]
- 상대방이 있는 단독행위(취소, 해제, 채무면제 등)와 상대방이 없는 단독행위(유언, 권리의 포기)로 나뉜다.
- 예를 들어, 재단법인 설립, 법정대리인의 동의(同意), 채무자의 사해(詐害) 행위에 대한 채권자의 취소권 행사가 이에 해당한다. [2009-1차-38]

##### (2) 계약 [2009-1차-38]

- 여러 명의 당사자가 서로 상대방에 대하여 내용적으로 일치하는 의사표시를 함으로써 성립하는 법률행위 [2009-1차-38]
- 일방 당사자의 **청약**과 그 내용이 일치하는 타방 당사자의 **승낙**에 의하여 성립하는 것으로, 즉 둘 이상의 서로 대립하는 의사의 합치가 필요하다. [2021-B-2]
- 예를 들어, 저당권 설정이 이에 해당한다. [2009-1차-38]
- 청약은 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 발생하며, 이때부터는 청약자가 마음대로 청약의 효력이 발생하지 않도록 막을 수 없다. 이것을 청약의 구속력이라고 한다. 본래 청약은 그 자체만으로는 계약이 성립하지 않지만, 청약이 있으면 그 상대방은 이를 신뢰하고 계약 체결에 대한 준비를 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 청약자가 청약을 마음대로 없었던 것으로 할 수 있다면 거래의 안전을 유지할 수 없고, 상대방에게 부당한 손해를 줄 염려가 있기 때문에 청약의 구속력을 인정하는 것이다. [2021-B-2]
- 그러나 할부거래법, 방문판매법, 전자상거래법 등 특수한 소비자 계약을 규율하는 법에서는 소비자를 보호하기 위하여 **청약철회**라는 권리를 인정하고 있다. 이는 특수한 방식으로 계약을 체결한 소비자가 충동 구매한 것에 대해 재고할 수 있도록 하고, 구매 의사가 변경된 경우에는 아무런 부담을 갖지 않고 계약을 해소할 수 있도록 하기 위함이다. 다만 이것은 기간의 제한이 있다. 예컨대 할부거래법에 의하면 계약서를 받거나 재화를 공급받은 날로부터 7일 이내에 이 권리를 행사하여야 한다. [2021-B-2]

##### (3) 합동행위

- 같은 방향의 여러 의사표시가 합치함으로써 성립하는 법률행위 [2009-1차-38]
- 내용이 일치하는 두 개 이상의 의사표시의 합치에 의하여 성립하지만, 계약의 청약과 승낙과는 다르게 동일한 목적을 향하여 방향을 같이 하는 것이다.
- 예를 들어, 사단법인 설립이 이에 해당한다. [2009-1차-38]

#### 나) 요식행위와 불요식행위

- 요식행위란 일정한 방식을 필요로 하는 법률행위(유언, 법인의 설립, 혼인, 입양, 증여)이며, 불요식행위는 일정한 방식을 필요로 하지 않는 법률행위(대부분)

#### 다) 독립행위와 보조행위 [2012-1차-36]

- 독립행위란 직접, 실질적으로 법률효과를 발생시키는 것(일반적인 법률행위)이며 보조행위란 다른 법률행위를 보충, 확정하는 행위(동의, 추인, 수권행위)이다.
- 보조행위가 유효하여야 독립행위는 유효하게 된다. [2012-1차-36]

[2012-1차-36]

매매계약이 무효이면 계약금 계약도 유효하지 않게 된다.

### 라) 주된 행위와 종된 행위 [2012-1차-36]

- 주된 행위는 종된 행위의 전제가 되는 행위이며, 법률행위가 유효하게 성립하기 위하여 다른 법률행위의 존재를 논리적 전제로 하는 것을 종된 행위라고 한다.
- 종된 법률행위는 주된 법률행위와 그 법률상 운명을 같이 한다. [2012-1차-36]

[2012-1차-36]

허가가 무효이면 이러한 허가를 요건으로 하여 행한 법률행위도 유효하지 않게 된다.

### 마) 생전행위와 사후행위

- 사후행위란 행위자의 사망으로 그 효력이 생기는 법률행위(유언, 사인증여)

### 바) 채권행위, 물권행위, 준물권행위

- 채권행위 : 당사자간에 채권과 채무를 발생시키며, 이행의 문제를 남긴다는 점에서 물권행위나 준물권행위와 차이가 있다. (증여, 매매, 임대계약)
- 물권행위 : 직접 물권의 변동을 가져오는 행위
- 준물권행위 : 물권 이외의 권리의 변동을 가져오는 법률행위 (채권양도, 무채재산권의 양도, 채무면제)

## 3) 해석의 방법

- 자연적 해석 : 표의자의 시각에서 해석
- 규범적 해석 : 상대방의 시각에서 해석
- 보충적 해석 : 제3자의 시각에서 해석

## 라. 행위능력

### 1) 제한능력자 제도

- 선의의 제3자에 대항할 수 있다. [2012-1차-35]

### 가) 미성년자 [1996-40]

- **만 19세 미만인 사람**으로, 아직 심신의 발육이 충분하지 않아 판단능력이 부족하므로 법정대리인을 두어야 하며, 재산상의 거래행위는 원칙적으로 법정대리인이 대신하거나 동의를 얻어야 한다.
- 만약 미성년자가 **법정대리인의 동의 없이 법률행위를 한 경우 법정대리인이 취소**할 수 있다. [2022-A-12]  
→ 그러나, 선의의 제3자 대항 X
- 하지만, ① 단순히 권리만을 얻거나(예를 들어, 증여), 의무만을 면하는 행위 [2022-A-12] ② 법정대리인이 범위를 정하여 처분한 재산의 처분행위 ③ **영업이 허락된 미성년자의 그 영업에 관한 행위** [2022-A-12] ④ 미성년자가 타인의 대리인으로서 한 행위 ⑤ 17세 이상의 미성년자가 한 유언행위는, **법정대리인 동의 없이 단독으로 유효**하게 할 수 있다. [2022-A-12]

[2022-A-12]

개인용 노트북을 물색하던 18세의 갑은 친권자 을의 동의 없이 행위능력자 병으로부터 시가 300만 원인 노트북을 대폭 할인받아 100만 원에 구매하였다. 한 달 후 갑은 을로부터 평소 꿈이었던 컴퓨터 부품 소매점을 운영해도 좋다는 허락을 받았다. 이후 아직 18세인 갑은 컴퓨터 부품 소매점 개업을 준비하던 중 영업에 필요한 컴퓨터 부품을 을의 동의 없이 독자적으로 행위능력자 정으로부터 구매하였다.

교 수 : 갑은 경제적으로 매우 유리한 계약을 병과 체결했으니 이 계약은 유효하다고 보아야 할까요?

학 생 : 아닙니다. 경제적으로 유리한 매매계약이지만 민법 제5조 제1항 단서에서 말하는 단순히 '권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위'에 해당하지 않으므로 갑이 단독으로 유효한 행위를 할 수 있는 경우에 해당하지 않는다고 봐야 합니다.

교 수 : 맞습니다. 그러면 민법상 을이 자신의 동의를 얻지 않았다는 이유로 갑과 정 사이의 거래를 취소할 수 있을까요?

### 나) 피성년후견인 [2021-A-4]

- 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 **지속적으로 결여**된 사람에 대하여 성년후견개시의 심판을 한다.
- 피성년후견인은 가정법원이 다르게 정하지 않는 한 원칙적으로 유효하게 **법률행위를 할 수 없다**(가정법원은 취소할 수 없는 법률행위의 범위를 정할 수 있다). 피성년후견인의 법률행위는 **취소할 수 있는데**, 성년후견인의 동의를 얻고서 한 **행위라도 취소할 수 있다**. [2012-1차-35] [2021-A-4] → 동의서 위조해도 취소 가능하고, 취소하면 처음부터 무효인 것으로 된다. [2012-1차-35]
- 그러나 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 취소할 수 없다. [2021-A-4]

[2012-1차-35]

금치산자인 갑은 법정대리인의 동의가 없었음에도 불구하고, 동의서를 위조하여 이를 신뢰하는 을에게 자신이 소유하고 있던 X부동산을 2억 원에 매도하였다. 을은 갑으로부터 X부동산의 소유권 이전등기를 받은 후 병에게 X부동산을 3억 원에 매도하고, 병 명의의 소유권 이전등기를 하였다.

### 다) 피한정후견인 [2021-A-4]

- 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 **부족한** 사람에 대하여 한정 후견개시의 심판을 한다.
- 원칙적으로 유효하게 **법률행위를 할 수 있다**. 하지만 가정법원은 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있으며, 그 범위의 행위를 단독으로 했을 때에는 취소할 수 있다. [2021-A-4]
- 그러나 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 않은 법률행위는 취소할 수 없다. [2021-A-4]

### 라) 피특정후견인

- 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 **일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원**이 필요한 사람에 대하여 특정후견의 심판을 한다.

### 마) 후견계약(임의후견)

## 2) 제한능력자의 상대방의 보호

### 가) 상대방의 확대촉구권

[민법]

**제15조(제한능력자의 상대방의 확대촉구권)** ① 제한능력자의 상대방은 **제한능력자가 능력이 된 후에** 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 **추인할 것인지 여부의 확대촉구**할 수 있다. 능력이 된 사람이 그 기간 내에 확대촉구를 발송하지 아니하면 그 행위를 **추인한 것으로 본다**.

② 제한능력자가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 그의 **법정대리인에게** 제1항의 확대촉구를 할 수 있고, 법정대리인이 그 정하여진 기간 내에 확대촉구를 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 **추인한 것으로 본다**.

③ **특별한 절차가 필요한 행위**는 그 정하여진 기간 내에 그 절차를 밟은 확대촉구를 발송하지 아니하면 **취소한 것으로 본다**.

### 나) 상대방의 철회권과 거절권

[민법]

**제16조(제한능력자의 상대방의 철회권과 거절권)** ① 제한능력자가 맺은 계약은 **추인이 있을 때까지 상대방이 그 의사표시를 철회**할 수 있다. 다만, 상대방이 **계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다**.

② 제한능력자의 단독행위는 추인이 있을 때까지 상대방이 **거절**할 수 있다.

③ 제1항의 철회나 제2항의 거절의 의사표시는 제한능력자에게도 할 수 있다.

### 다) 제한능력자의 취소권의 배제(속임수)

[민법]

**제17조(제한능력자의 속임수)** ① 제한능력자가 속임수로써 자기를 능력이 된 것으로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.

② 미성년자나 피한정후견인이 속임수로써 **법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우**에도 제1항과 같다.

## 마. 의사표시

### 1) 의사표시의 법률효과

- 의사표시는 일정한 법률효과의 발생을 원하는 내심의 의사(효과 의사)가 표의자 행위를 통하여 외부로 표시됨으로써(표시행위) 이루어진다. 이때 **표의자가 내심으로 가지고 있는 의사(진의)의 내용과 표시행위에 의해 객관적으로 표시되어 전달된 내용, 즉 타인이 표시행위를 통하여 인식하게 되는 의사의 내용(표시상의 효과 의사)이 서로 일치한다.**

### 2) 흠 있는 의사표시

#### 가) 진의 아닌 의사표시(제107조) - 비진의표시

[민법]

**제107조(진의 아닌 의사표시)** ①의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

②전항의 의사표시의 무효는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

#### 나) 통정한 허위의 의사표시(제108조) - 통정허위표시 [2008-15]

[민법]

**제108조(통정한 허위의 의사표시)** ①상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.

②전항의 의사표시의 무효는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

- 통정이란 공모한 경우를 말하는 것으로, 만약 이행이 되었다면, 부당이득이 되어 반환의 의무가 생긴다.

[2001다11765] [2008-15]

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류를 작성받은 경우, 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 금융기관과 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어 있는 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 **통정허위표시**에 해당하는 무효의 법률행위이다.

#### 다) 착오로 인한 의사표시(제109조) - 착오

[민법]

**제109조(착오로 인한 의사표시)** ①의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

②전항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

- 표의자가 의사표시의 내용과 진의가 다르다는 것을 모르고 한 의사표시를 착오라고 하며, 만약 착오로 인한 의사표시를 취소하기 전에 이행한 것이 있다면 상호간에 부당이득반환의 의무가 발생한다. 이는 표의자를 보호하는 제도로 상대방은 착오를 이유로 취소할 수 없다.

##### (1) 동기의 착오

- 의사표시를 하게 된 동기에 착오가 있는 경우.

- 일반적으로는 착오로 다루어지지 않지만, 동기가 표시되거나 상대방이 동기를 알고 있는 경우에는 착오의 문제로 다루어진다.

##### (2) 내용(의미)의 착오

- 표시행위 자체에는 착오가 없으나, 표시행위의 의미를 잘못 이해하여 착오가 있는 것을 말한다.

- 예를 들어, 원화와 달러가 같은 가치를 가진 것이라고 믿고 원화 대신 달러를 표시하는 경우.

##### (3) 표시상(표시행위)의 착오

- 표의자가 표시부호를 기재함에 있어서 표시행위 자체를 잘못된 착오를 한 것으로, 내심의 효과 의사와 외부로 표시된

표시행위에 불일치가 생긴다.

- 예를 들어, 1000만원의 매매계약서를 작성해야 하는데, 1000원으로 잘못 쓴 경우.

#### (4) 표시기관(전달)의 착오

- 표의자가 전달하고자 하는 내용을 전달자가 잘못 전한 경우.

### 3) 하자 있는 의사표시

[민법]

제110조(사기, 강박에 의한 의사표시) ① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다. [2023-A-11]

② 상대방있는 의사표시에 관하여 제삼자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.

③ 전2항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. [2023-A-11]

- 취소 후 부당이득반환청구를 하거나, 취소하지 않고 손해배상만 청구할 수도 있다.

[2023-A-11]

<자료 1>

민법 제110조

① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.

② ... (중략) ...

③ 전2항의 의사표시의 취소는 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

<자료 2>

갑 소유의 A건물을 을에게 팔지 않으면 갑에게 피해를 가하겠다고 을이 협박하자, 갑은 이를 못 이겨 A건물(시가 10억 원)을 을에게 2억 원에 매각하고 2020년 6월 1일에 등기를 이전해 주었다.

교수: 민법에서 정하고 있는 '비정상적 의사표시' 규정 중 하나인 민법 제110조와 관련하여 공부해 보도록 하겠습니다.

<자료 1>에 따르면 <자료 2>의 사례에서 갑은 A건물의 매매를 취소할 수 있을까요?

학생: 네, 취소할 수 있습니다.

교수: 맞습니다. 그러면 심화학습을 해 보도록 하겠습니다.

위 <자료 2>에서 이하의 사실이 추가되었다고 가정해 봅시다. 을은 자신에게 등기명의를 있음을 기화로, <자료 2>의 사정을 전혀 몰랐던 병에게 A건물을 10억 원에 전매하여 같은 해 7월 1일에 등기를 이전해 주었습니다. 그리고 갑은 같은 해 8월 1일, 을에 대한 A건물의 매매를 취소한다는 의사표시를 하였습니다. 본 사례가 '강박에 의한 의사표시'에 해당한다면, 갑은 A건물을 병으로부터 반환받을 수 있을까요?

학생: 갑은 A건물을 병으로부터 반환받을 수 없습니다.

### 4) 의사표시의 효과

[민법]

제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. → 도달주의

② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력자가 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

제113조(의사표시의 공시송달) 표의자가 과실없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

[민법]

제531조(격지자간의 계약성립시기) 격지자간의 계약은 승낙의 통지를 발송한 때에 성립한다. → 도달주의의 예외(발신주의)

[상법]

제363조(소집의 통지) ① 주주총회를 소집할 때에는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도

## 바. 법률행위의 대리

### 1) 대리의 종류

#### 가) 임의대리와 법정대리

- 임의대리는 본인의 의사에 기초하여 대리권을 부여하는 것이고, 법정대리는 의사와 관계없이 법률에 의해 발생한다.

#### 나) 유권대리와 무권대리

- 무권대리란 대리인으로 행동하는 자에게 대리권이 없는 것을 말하는 것으로 무효이지만, 무권대리인과 본인간의 특수 관계가 있는 경우 법률효과를 인정하기도 한다(표현대리).

#### 다) 공동대리

- 의사결정을 공동으로 하는 것(부모 등).

#### 라) 복대리

- 대리권 범위 내에서 다시 대리를 맡기는 경우.

### 2) 대리권의 범위와 제한

#### 가) 법정대리권의 범위

#### 나) 임의대리권의 범위

- 대리권의 범위가 불분명한 경우 보존·이용·개량행위등 관리행위는 가능하지만, 처분행위는 할 수 없다.

- 보존행위는 무제한으로 할 수 있다.

#### 다) 대리권의 제한

- 자기계약과 쌍방대리는 원칙적으로 금지되며, 다만 본인이 허락한 경우와 채무의 이행에 대해서는 새로운 이해관계를 가져오지 않는 한 허용된다. 이를 어기면 무권대리.

### 3) 대리행위의 요건

- 대리행위의 법률행위가 본인에게 생기게 하려면, 대리행위가 본인을 위한 것임을 표시해야 한다(현명주의).

## 사. 법률행위의 무효 및 취소

### 1) 법률행위의 무효 [2021-A-4]

#### 가) 무효의 효과

- 법률행위가 성립한 처음부터 법률상 효력이 당연히 발생하지 않는 것이다.

- 의사무능력자의 법률행위, 불능한 법률행위, 강제규정에 위반하는 법률행위, 반사회질서의 법률행위, 불공정한 법률행위 등. [2021-A-4]

- 만약 무효인 법률행위로 인한 급부가 이행된 경우 부당이득반환 의무가 발생한다.

#### 나) 무효의 종류

- 무효는 당사자는 물론 제3자의 관계에서도 주장될 수 있는 절대적 무효인 것이 원칙이지만, 선의의 제3자에 대하여 대항할 수 없는 상대적 무효인 경우도 있다.

- 법률행위의 일부분이 무효일 때에 법률행위 전부가 무효인 것이 원칙이지만, 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되면 나머지 부분은 유효로 한다.

#### 다) 무효행위의 추인과 전환

- 무효행위는 당사자가 추인하여도 효력이 생기지 않는다. 반면 법률행위의 부존재를 알고 추인하면 가능하다.

## 2) 법률행위의 취소

### 가) 취소의 효과

- 법률행위 당시에 **제한능력자, 착오, 사기, 강박**을 이유로 일단 유효하게 성립한 법률행위의 효력을 소급하여 무효화시키는 것이다.
- 일정한 시간이 경과하면(제척기간의 경과) 취소권은 소멸하고 유효한 것으로 확정된다.
- 행위무능력(제한능력)을 이유로 제3자에게도 무효를 주장할 수 있는 절대적인 것과, 착오·사기·강박을 이유로 선의의 제3자에 대해서 대항할 수 없는 상대적인 것으로 나눌 수 있다.
- 취소된 법률행위로 인한 급부가 이행된 경우 부당이득반환 의무가 발생한다.

### 나) 취소의 방법

- 취소권자 단독의 의사표시로 가능하다.

### 다) 취소할 수 있는 법률행위의 주인

- 법률행위를 취소하지 않겠다고 하는 의사표시(추인)이 가능하지만, 취소의 원인이 종료한 후에만 가능하다. 제한능력자의 경우 능력이 된 후에, 착오·사기·강박의 경우 그 상태에서 벗어나야 가능하다. 다만, 법정대리인이나 후견인은 원인이 종료되지 않아도 추인할 수 있다.

### 라) 법정추인

- 취소할 수 있는 행위에 관하여 추인이라고 인정할 만한 일정한 사실이 있는 때에는 취소권자의 의사와는 관계없이 법률상 당연히 추인이 있었던 것으로 간주하는 것을 말한다.

### 마) 취소권의 단기소멸제도

- 취소할 수 있는 행위를 추인할 수 있는 날로부터 3년 내, 행위를 한 날로부터 10년 내에 취소하지 않으면 취소할 수 없다.

## 아. 소멸시효

### 1) 의의

- 소멸시효란 권리자가 일정한 기간 동안 권리의 행사를 하지 않는 상태가 일정기간 계속된 경우 그 권리를 소멸시키는 것이다.
- 채권은 10년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성되며, 재산권은 20년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다.
- 경우에 따라 그보다 더 짧은 단기소멸시효를 가진 채권도 있다.

## 2) 중단과 정지

### 가) 중단

- 시효의 진행 중 일정한 사유가 발생하면 그때까지 경과한 기간은 무효가 되어 중단사유가 끝난 때부터 새로 시효가 진행된다.
- 소멸시효의 중단사유로 청구(소의 제기, 최고, 지급명령, 화해를 위한 소환 또는 임의출석, 파산절차 참가 등), 압류 또는 가압류·가처분, 의무자에 의한 권리의 승인이 있다.

### 나) 정지

- 시효가 완성될 때에 권리자가 중단행위를 하기 불가능하거나 심히 어려운 때에는 일정한 사유가 있으면 시효의 진행을 일시적으로 멈추는 것이다.
- 소멸시효 정지사유로 소멸시효의 기간만료 전 6개월 내에 제한능력자에게 법정대리인이 없는 때, 제한능력자가 재산관리인에 대하여 권리를 가지고 있는 때, 부부 간에 권리가 있는 때, 상속재산에 대한 상속인의 미확정이나 관리인의 선임이나 파산선고가 없는 때, 천재 기타의 사변으로 시효의 중단이 불가능할 때가 있다.



### 3) 제척기간

- 소멸시효와 비슷한 개념으로, 일정한 기간동안 권리를 행사하지 않으면 해당 권리가 소멸되는 것이다. 다만 소멸시효와는 달리 중단과 정지의 개념이 없다.

## 자. 권리의 주체

### 1) 의미

- 권리는 일정한 이익을 누릴 수 있는 법적인 힘이다(권리법력설의 입장). [2020-B-11]
- 권리능력과 의무능력이란 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격으로 '인격' 또는 '법인격'이라고 한다. [2021-A-4] → 권리의무능력이라고도 한다.
- 권리능력이란 자격일 뿐이고, 실제적으로 유효한 행위를 위해서는 **의사능력**과 **행위능력**을 갖춰야 한다. [2021-A-4]
- 의사능력이란 유효하게 의사를 표시할 수 있는 능력이고, 행위능력이란 단독으로 유효한 법률행위를 할 수 있는 지위나 자격을 의미한다. [2021-A-4]
- 이에 비해 당사자능력이란 민사소송법상 소송의 주체가 될 수 있는 능력으로, 민법상 권리능력이 부인되는 법인이 아닌 사단 또는 재단도 소송법상으로는 당사자능력을 가질 수 있다.

### 2) 권리와 구별되는 개념

- 반사적 효과(반사적 이익) [2025-A-4]: 교통법규에 의해 일반인이 교통안전의 효과를 누리는 것처럼 법률이 특정인 또는 일반인에게 어떤 행위를 명함으로써 다른 특정인 또는 일반인이 이익을 얻게 되는 것 [2025-A-4]
- 권한 [2025-A-4]: 타인에게 일정한 법률효과를 발생케 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 자격. 그 예로 대리권, 대표권 등이 있다. [2025-A-4]
- 권원 [2025-A-4]: 일정한 법률상 또는 사실상의 행위를 할 수 있는 것을 정당화시키는 원인. 예를 들어 지상권, 임차권 등을 가지는 경우에 타인의 부동산에 물건을 부속시킬 수 있다. [2025-A-4]
- 권능 [2025-A-4]: 이처럼 권리의 내용을 이루는 개개의 법률상의 힘. 예를 들어 특정 물건에 소유권을 가지면 그 물건을 사용·수익·처분할 수 있다. [2025-A-4]

### 3) 자연인

#### 가) 자연인의 권리능력

[헌법]

**제11조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

- 모든 사람은 법률상의 인격자로서 법 앞에 평등한 권리능력을 가진다.

#### 나) 권리능력의 취득

[민법] [2021-A-4]

**제3조(권리능력의 존속기간)** 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.

- 모든 사람은 출생으로 인하여 권리능력을 취득하는데, 민법은 태아가 모체로부터 **전부 노출된 시기**를 그 시점으로 한다. 단 형법은 산모에게 주기적인 진통이 있을 때로 보고 있다.

#### 다) 태아의 권리능력(출생)

- 태아는 권리능력을 갖지 못하는 것이 원칙이지만, 이를 고수하면 태아에게 불리한 경우가 생긴다. 우리민법은 태아가 출생 이후에 영향을 받을 몇몇 중요한 법률관계에 대해서만 출생한 것으로 보는 개별적 보호주의를 채택하고 있다.
- 불법행위로 인한 손해배상의 청구(제762조) : 신체, 정신, 재산
- 상속(제1000조 3항) : 상속의 순위에서 이미 출생한 것으로 봄
- 대습상속(제1001조) : 상속의 순위에서 이미 출생한 것으로 봄

- 유류분권(제1112조) : 상속권이 인정되므로, 유류분권도 함께 인정
- 유증(제1064조) : 태아의 수증능력 인정

### 라) 태아의 친생자 추정

- 아나가 혼인 중에 임신하면 그 태아는 친생자로 추정된다. 또한 혼인이 성립된 날로부터 200일 후 또는 혼인종료일로부터 300일 내에 출생한 자녀(헌법불합치)는 혼인 중에 임신한 것으로 **추정**한다. [2013-1차-38]

[2013-1차-38]

2012년 1월 10일 갑과 을이 혼인을 하여, 2012년 10월 10일 아이를 출산하였다. 그런데 갑이 아이가 자신의 친자식인지 의심하고 있다라도 그 아이는 갑과 을의 친생자로 법은 인정한다.

### 마) 권리능력의 상실(사망)

- 자연인은 사망으로 권리능력을 상실한다. 일반적으로 사망은 호흡과 심장박동의 절대적·영구적 정지를 말한다(심폐기능 정지설). 그러나 최근 장기이식의 필요성으로 뇌사설이 주장되고 있다.

#### (1) 동시사망의 추정 [2011-1차-35]

- **2인 이상이 동일한 위난으로 사망했을 때, 동시에 사망한 것으로 추정**

[2011-1차-35]

승용차의 추락 사고로 타고 있던 일가족 4명 중 2명이 현장에서 사망하였다. 담당 공무원은 그 2명을 같은 시각에 사망한 것으로 처리하였다.

#### (2) 인정사망 [2011-1차-35]

- 수해, 화재나 그 밖의 재난으로 인하여 시체는 발견되지 않았으나 사망이 확실시될 때, 이를 조사한 관공서의 사망보고에 의하여 사망한 것으로 **추정**

[2011-1차-35]

김씨와 박씨가 함께 투숙하였던 호텔에 대형 화재가 발생하였다. 진화 후 김씨의 시신은 수습되었으나 박씨의 시신은 끝내 찾지 못하여, 죽은 것이 확실시된다는 관공서의 보고서를 제출하였더니, 담당 공무원은 박씨를 사망한 것으로 처리하였다.

#### (3) 실종선고 [2011-1차-35]

- 생사불명의 상태가 장기간 계속되고 있는 자를 가정법원의 선고로 사망으로 **간주** [2013-1차-38] → 번복 불가능(실종선고 취소 필요) [2013-1차-38]
- 보통실종 5년, 특별실종 1년(전쟁, 선박, 항공기, 위난 등의 실종), 6개월 이상의 공시 최고 필요

[2011-1차-35]

2000년 1월 5일 집을 나가 그해 2월 5일 가출 신고된 남편 A씨를 기다리던 부인 B씨는, 2008년 2월 5일 남편 A씨의 실종선고를 받아, 이를 신고하였더니 담당 공무원은 실종선고 서류가 접수된 날에 A씨가 사망한 것으로 처리하였다. → 실종선고를 받은 경우 실종기간 만료시가 사망일임

[2011-1차-35]

갑은 자신이 살아 있음에도 실종선고로 인하여 사망으로 처리된 사실을 알고 담당 공무원을 찾아가 주민등록증을 제시하면서, 자신이 실종선고로 사망 처리된 당사자임을 밝히고 생존 사실을 주장하자, 담당 공무원은 갑의 진술을 다 들은 후 갑의 사망 처리를 취소하였다. → 가정법원의 판결이 필요하여 틀림

[2013-1차-38]

부재자로서 수년간 생사가 불분명하던 갑은 그의 처인 을의 실종선고 친구에 의하여 실종선고를 받아 확정되었다. 이 경우 갑은 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 법은 인정한다.

## 4) 법인

### 가) 법인의 권리능력

[민법]

**제34조(법인의 권리능력)** 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 된다.

### 나) 법인의 종류

- 사단법인 : 일정한 목적을 위하여 결합한 다수인의 단체에 법인격 부여) [2021-A-5] / 재단법인(일정한 목적을 위하여 제공된 재산에 대하여 법인격 부여) [2021-A-4]
- 영리법인 / 비영리법인

### 다) 법인의 능력

#### (1) 권리능력

- 정관에 정한 목적의 범위 안에서 권리와 의무의 주체가 되며, 법률에 의해 제한된다.

#### (2) 행위능력

- 자연인처럼 현실적인 행위를 할 수 없으므로, 자연인이 법인의 행위를 하게 되는데, 따라서 대표기관이 법인의 목적 안에서 행위한 것의 효력은 법인에 귀속한다.

#### (3) 불법행위능력

- 이사 또는 기타 대표자가 그 직무에 관하여 고의나 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는 배상책임이 발생한다.

### 라) 법인의 소멸

- 해산만으로는 소멸하지 않으며, 청산이 사실상 종료됨으로써 소멸한다.

## 차. 권리의 객체

### 1) 의미

- 권리를 누리기 위해서는 권리의 내용 또는 목적이 있어야 하는데, 이것이 성립하기 위해서는 일정한 대상을 필요로 하며, 이를 권리의 객체라고 한다. [2020-B-11]
- 이는 권리의 내용이나 목적 또는 종류에 따라 달라지는데, 물건객체는 원칙적으로 물건이고, 채권의 객체는 채무자의 일정한 행위(급부)이다. [2020-B-11]
- 이외에도 형성권의 경우에는 법률관계, 인격권의 경우에는 생명·신체·자유·명예 등의 인격적 이익, 친족권의 경우에는 친족법상의 지위, 상속권의 경우에는 상속재산 등이 각각 권리의 객체이다.

## 2) 물건의 의의

[민법] [2020-B-11]

**제98조(물건의 정의)** 본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

- 권리의 객체로서 물건이 되기 위해서는 ① 외계의 일부여야 하고(사람의 신체 X) ② 독립성을 가져야 하고(한 물건의 구성부분 X) ③ 지배가능성(관리가능성)이 있어야 한다.
- 근대법과 현대법의 토대를 이루는 인격절대주의는 개인 인격에 절대적 가치를 인정하여, 인간을 권리의 주체로 파악할 뿐 물권의 객체로 파악하지 않는다. [2020-B-11]

## 3) 물건의 분류

### 가) 동산과 부동산

- 부동산 : 토지와 그 정착물(단, 건물, 임목, 수목집단, 미분리된 과실, 농작물 등은 별개) [2020-B-11] → 임시로 심어 놓은 수목 등 토지에 정착되지 않았으면 동산이다. [2020-B-11]
- 동산 : 부동산 이외의 물건

### 나) 주물과 종물

- 동일한 사람의 소유에 속하는 물건이 다른 물건의 이용에 도움이 되도록 하기 위하여 부속되었으나 아직 독립성을 유지하는 경우 이를 종물이라 하고, 종물의 도움을 받는 물건을 주물이라 한다.
- 배와 노, 자물쇠와 열쇠 등을 예로 들 수 있으며, 주물과 종물관계가 성립되면 다른 의사표시가 없는 한 종물은 주물의 처분에 따른다.

### 다) 원물과 과실

- 한 물건으로부터 산출된 경제적 이익을 과실이라 하고, 그 원천을 원물이라 한다.
- 과실에는 천연과실(과일, 가축의 새끼)과 법정과실(지료 등)이 있다.

## 카. 물권 [2011-1차-37]

### 1) 물권의 특성

- 물권이란 물건 기타의 객체를 직접 지배하여 이익을 얻는 배타적인 권리다.
- 배타적 지배권(배타성) [2011-1차-37]: 하나의 물권이 성립하면 그 지배의 범위에 관하여는 다른 물권이 성립할 수 없다(일물일권주의). [2011-1차-37]
- 직접적 지배권 [1995-21]: 물권자는 타인의 행위와 상관없이 권리를 직접 실현한다. 즉, 개체를 직접 지배하는 권리. [1995-21]
- 절대적 보호: 물권은 모든 타인의 개입과 침해를 배제함으로써 물건을 지배할 수 있는 권리이다. 따라서 물권이 침해당하면 고의·과실을 떠나 권리의 목적물 반환을 청구하거나 침해제거를 요구할 수 있다.

### 2) 물권법의 특성

- 강행규정성 : 물권법에서는 사적 자치를 제한적으로만 인정한다. 채권은 임의규정성
- 고유성 : 각국의 관습과 전통의 영향이 반영되어 있다.

### 3) 물권의 객체

- 물건: 물건의 객체는 원칙적으로 물건이다. 그러나 일정한 경우에는 예외적으로 권리 위에 물권이 성립한다. 채권과 같은 재산권에 질권이 성립하는 경우, 지상권이나 전세권에 저당권이 성립하는 경우가 그 예이다.

- 특정된 물건: 물건은 현실적으로 존재하고 특정되어야 한다. [2011-1차-37] → 불특정물(예를 들어, 쌀 10포대) 위에는 물권이 성립할 수 없다. 반면, 집합물 위의 물권에 있어서는 그 구성부분에 변화가 생기더라도 특정성을 잃지 않는다.
- 독립된 물건: 독립한 물건이어야 한다. 따라서 물건의 일부나 그 구성부분은 원칙적으로 하나의 물권의 객체가 되지 못한다. 반면, 1필의 토지의 일부나 1동의 건물의 일부는 등기함으로써 독립성을 갖출 수 있다.

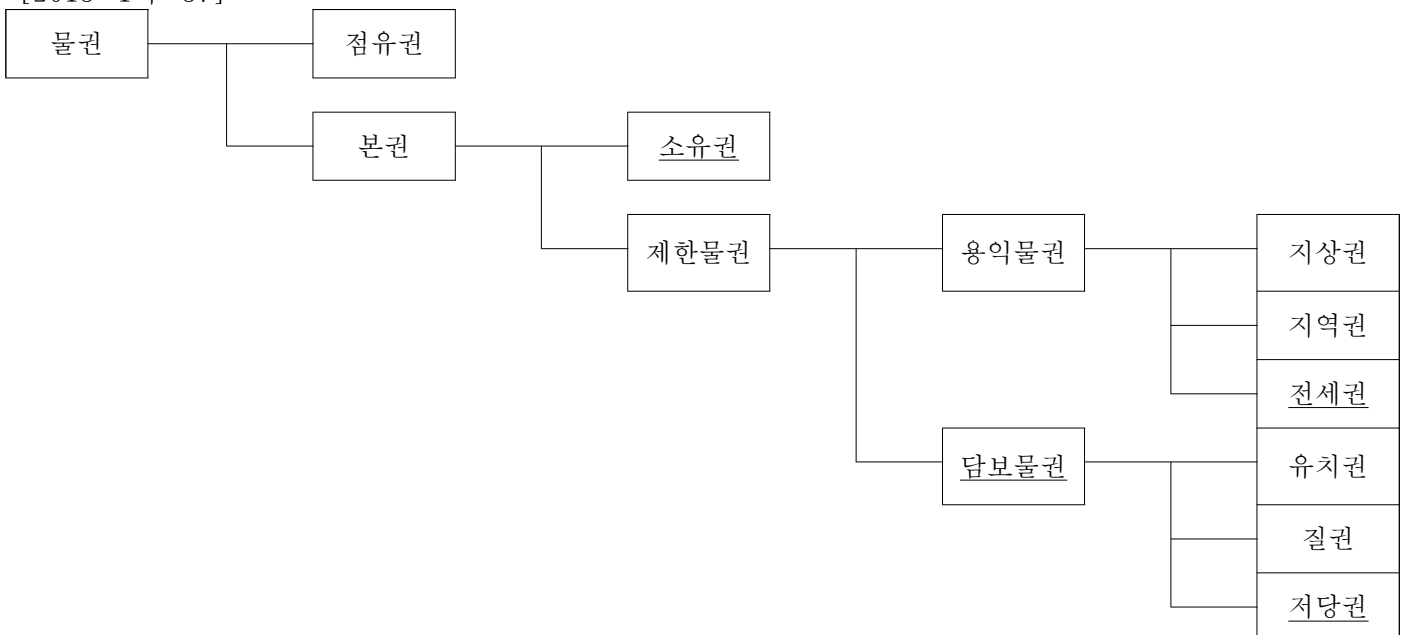
#### 4) 물권법정주의 [2011-1차-37]

[민법]

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

#### 5) 물권의 종류

[2013-1차-37]



- 본권은 물건을 관념상 지배할 수 있는 권리로, 소유권과 제한물권으로 나뉜다. 반면 점유권은 점유의 정당성을 따지지 않는다.

#### 6) 점유권

##### 가) 성질

- 법률상의 권원 유무에 관계없이 물건을 사실상 지배하고 있는 경우에 인정되는 권리로, 본인이 직접 하지 않고 다른 사람을 통하여도(점유보조자, 간접점유) 할 수 있다.

##### 나) 성격

- 자주점유(자신이 물건을 배타적으로 지배할 의사로써 점유), 타주점유(지배 의사 없이, 타인의 소유권을 전제로 하는 점유)
- 선의점유(점유권이 없음에도 불구하고 그러한 권리가 있다고 잘못 믿는 경우), 악의점유(점유권이 없는 것을 알면서 또는 의심을 품으면서 하는 점유). 선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.

##### 다) 효력

- 권리의 추정 : 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리인 점유권은 적법하게 보유한 것으로 추정한다. 또한 점유자는 소유의 의사로 점유한 것으로도 추정되므로, 원칙적으로 점유자는 소유자로 추정된다.
- 선의취득 : 타인의 동산을 평온·공연하게 양수한 자가 선의이며, 과실 없이 점유한 경우 양도인이 정당한 소유자가 아

- 니더라도 소유권을 취득한다.
- 점유자의 비용상환청구권
- 점유보호청구권
- 자력구제권 : 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있다. 침해가 완료되면 점유보호청구권의 문제가 된다. → 점유보조자에게도 인정

## 7) 소유권 [2013-1차-37] [2024-B-9]

### 가) 성질

- 물건에 대해 전면적으로 지배할 수 있는 권리를 말하며, 사실상 지배와 무관한 관념적 지배권이다. [2013-1차-37]
- 그 소유물을 사용·수익·처분할 권리가 생긴다.
- 항구성 : 소유권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.
- 관념성, 전면성, 혼일성, 탄력성.

### 나) 부동산 소유권 관련

- 토지소유권의 범위 : 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미친다. 단, 땅 밑의 광물에는 효력 없음.
- 건물의 구분소유 : 건물은 1동이 하나의 물건이지만, 아파트와 연립주택의 등장으로 구분소유가 가능하다.
- 인지사용청구권 : 인접한 부동산 소유자의 상린관계 관련 토지사용을 청구하는 것
- 매연 등에 의한 인지에 대한 방해금지 : 이러한 것으로 이웃 토지의 사용을 방해하거나 생활에 고통을 주지 않아야 하지만, 통상의 용도에 적당하다면 일정한 한도에서는 인용할 의무가 있다.
- 수도 등의 시설권과 주위토지통행권 : 타인의 토지를 통과하지 않으면 수도, 배수관, 가스관, 전선 그리고 통로 등을 시설할 수 없거나 과도한 비용을 요하는 경우 타인의 토지를 통과하여 개설할 수 있다. 다만 손해가 발생하면 보상해야 한다.

### 다) 소유권의 취득

- 취득시효 : 타인의 물건을 일정기간 점유하는 사실상태가 계속된 경우에 그 권리의 진실여부를 묻지 않고 점유자에게 물건에 대한 권리를 인정하는 제도. 부동산은 20년, 동산은 10년.
- 선의취득 : 동산의 경우 가능
- 선점·습득·발견 : 무주물의 선점에 있어서 동산은 가능, 부동산은 국유로 선점 불가. **유실물**은 공고후 6개월 내에 소유자가 나타나지 않으면 습득자가 소유권을 취득한다(나타나면 5/100~20/100 범위의 보상금 지급). 매장물의 발견에 있어서 1년간 공고 후 소유자가 나타나지 않으면 발견자가 취득하게 된다. 단 타인의 토지 기타 물건으로부터 발견하였다면 토지 기타 물건의 소유자와 분배한다.

### 라) 공동소유

- 공유 : 수인이 각각 지분을 가지고 결합한 공동소유. 지분처분은 자유이고, 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다.
- 총유 : 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 공동으로 소유한다. 소유권의 관리·처분은 사원의 단체에 속하고, 사용·수익은 각 구성원에게 귀속된다.
- 합유 : 공유와 총유의 중간적인 경우. 같은 목적 밑에 여러 사람이 결합체로서 물건을 공동으로 소유한다. 지분처분이 제한되고, 합유물의 처분 또는 변경은 전원의 합의가 필요하다.

## 8) 제한물권

- 물건에 대해 효용의 일부만을 지배하는 권리

### 가) 용익물권

- 물건의 사용가치만을 지배하는 권리. 물건을 사용할 수 있고, 그 사용에 대해 배타적 권리를 갖지만, 그 물건을 마음대로 처분할 수 없다.

#### (1) 지상권

- 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위해 그 토지를 사용할 수 있는 권리.
- 지상권은 효력이 있으려면 반드시 등기가 필요하지만, 법정지상권은 법이 정한 경우에 인정되므로 등기가 없어도 부여된다.
- 부동산에 성립한다. [1993-43]

#### (2) 지역권 [1993-28]

- 타인의 토지를 자기토지의 편익에 이용하는 권리.
- 지역권에 있어서 편익을 받는 토지를 요역지라고 하고, 편익을 제공하는 토지를 승역지라고 한다.
- 예를 들어, 자신의 농지에 물을 끌어가기 위해 타인의 토지에 수로를 만들거나, 타인의 토지에 일조 또는 관망을 방해하는 건축물을 설치하지 못하게 하는 것.
- 상린관계와 비슷하지만, 등기라는 설정행위로서 발생한다는 점이 다르다.
- 부동산에 성립한다. [1993-43]

#### (3) 전세권

- 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 좇아 사용·수익할 수 있는 권리로서, 등기로 공시한다.
- 전세기간이 경과하면 부동산을 반환하고 전세금을 돌려받는다. 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있다.
- 전세권을 등기하면 물권적 전세권(물권으로 보호)이 성립하며 [2013-1차-37], 등기를 하지 않으면 채권적 전세(주택임대차보호법으로 보호)가 된다.
- 전세권이 소멸한 때에는 전세권자는 그 목적물을 원상회복해야 한다. 이때 그 목적물에 부속시킨 물건은 전세권자가 수거할 수 있다. 전세권설정자가 부속물건의 매수를 전세권자에게 청구한 때에는, 정당한 이유 없이 거절하지 못한다.

### 나) 담보물권 [2013-1차-37]

- 물건의 교환가치만을 지배하는 권리 [2013-1차-37]
- 그 물건을 사용할 권리를 가지는 것은 아니지만, 그 물건의 소유자가 빚을 갚지 않는 경우에는 그 물건에 대해 (다른 채권자 상대로) 우선변제권을 가진다. 민법상 채권자 평등의 원칙의 예외. [2013-1차-37]

### (1) 유치권 [1993-28]

- 타인의 물건 또는 유가증권을 점유하고 있는 자가, 그에 대해 발행한 채권이 변제기에 있는 경우에 그 채권의 변제를 받을 때까지 물건과 유가증권을 유치할 수 있는 권리를 말한다. 다만 그 점유는 **불법행위에 의하지 않아야 한다**. 또한 처분할 수는 없다.
- 법정담보권으로 등기가 필요하지 않다.
- **동산, 부동산에 모두 설정** [1993-43]

### (2) 질권 [1993-28]

- 채권의 담보로서 담보물에 대해 **유치권을 행사**하다 변제가 없는 때에는 그 질물로부터 **우선적 변제**
- **동산과 재산권에 설정** [1993-43]
- 유치권과는 다르게, 당사자간의 계약이 있어야 성립하며, 채무를 이행하지 않을 경우 목적물을 처분할 수 있다.
- 예를 들어, **전당포** 주인이 채무 변제가 있을 때까지 담보로 잡은 물건을 보관하고, 채무자가 채무를 이행하지 않을 경우 물건을 처분하여 우선 변제를 받는다. [1993-28]

### (3) 저당권 [1993-28]

- 채무자 또는 제3자가 채무의 담보로 제공한 부동산 기타의 목적물을 점유로 인도받지 않고, 단지 관념상으로만 그 채권을 담보로 지배하다가 채무자가 채무를 변제하지 않을 때에 그 목적물로부터 **우선하여 변제**를 받는 권리. [2013-1차-37]
- **부동산에 설정**되며 등기가 필요하다. [2013-1차-37]
- 근저당 : 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 그 범위 안에서 담보하는 저당권.

## 9) 관습법상의 물권

- 분묘기지권 : 다른 사람의 토지 위에 분묘를 설치한 경우, 그 분묘를 소유하기 위해 타인소유의 토지를 사용할 수 있는 관습법상 인정되는 지상권과 유사한 관습법상의 권리.
- 관습법상의 법정지상권 : 토지와 건물의 소유권자가 달라지는 경우, 건물의 소유자가 일정한 범위에서 그 토지에 대한 사용권을 관습법상 보장받는 권리.

## 10) 물권의 효력

### 가) 우선적 효력

- 물권은 원칙적으로 채권에 우선하며, 물권 상호 간에는 앞서 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 우선한다. [2011-1차-37]
- 그러나 근로기준법상의 임금채권, 주택임대차보호법에 의한 소액보증금반환청구권 등은 성립시기를 불문하고 질권과 저당권에 우선한다.
- 또한 주택임대차보호법상의 보증금반환청구권, 국세기본법에 의한 조세채권은 물권보다 먼저 성립한 경우 물권에 우선한다.

### 나) 물권적 청구권

- 물권의 실현이 방해당하고 있거나 방해당할 염려가 있는 경우에 그 제거 또는 예방을 청구할 수 있는 권리로, 반환청구권, 방해제거청구권, 방해예방청구권이 있다.

## 11) 물권의 변동

### 가) 부동산

- 법률행위에 의한 변동 : 성립요건주의(형식주의)에 따라 우리민법은 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 **등기하여야 그 효력이 생긴다**”고 규정한다. [2015-B-서술4]
- 법률의 규정에 의한 변동 : 상속, 공용징수, 판결, 경매 등의 취득에는 등기가 필요하지 않게 된다. (다만 등기하지 않



으면 처분은 불가능)

[2014-B-서술3]

- 갑은 자기 소유의 X 주택을 을에게 보증금 1억 원에 임대하였으며, 을은 X 주택을 인도받고 주민등록을 이전하고 확정일자를 받았다.
- 갑은 을에게 임대한 X 주택을 병에게 증여하고 병 명의로 소유권 이전등기를 하였다.
- 병은 X 주택을 정에게 매도하고 계약금 및 중도금을 받았으나, 아직 소유권 이전등기를 하지 않았다.
- 임대 기간이 만료하였으나, 을은 보증금을 반환받지 못하였다.
- 을은 근무지가 변경되어, X 주택에서 퇴거하고자 한다.
- X 주택의 소유자가 임차권 등기 신청에 협력하지 않고 있다.

[2015-B-서술4]

甲은 X 토지를 소유하고 있는데, 乙이 X 토지에 지상권을 설정 받아 Y 주택을 건축하여 丙에게 임대하였다. 丙은 주택 임대차보호법상 대항력을 갖추기 위하여 주민등록을 이전하고 확정일자를 받았다. 한편 乙은 丁 은행으로부터 1억 원을 대출받으면서, Y 주택에 저당권을 설정하여 주었다. 그 후 甲은 X 토지를 戊에게 매도하는 계약을 체결하고 매매대금을 모두 받았으나, X 토지에 대한 戊명의의 소유권이전등기는 아직 하지 않았다.

### 나) 동산

- 권리자로부터 취득 : 물권행위와 인도라는 요건이 갖추어졌을 때 물권변동이 일어난다.
- 무권리자로부터 취득(선의취득) : 동산에 한하여 평은·공연하게 선의로 과실없이 **점유한** 경우에 양도인이 정당한 소유자가 아니더라도 소유권을 취득한다.

#### (1) 동산물권양도의 효력, 간이인도

- 동산에 관한 물권은 인도하여야 효력이 생기는데, 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 의사표시만으로 그 효력이 생긴다.
- 예를 들어, A가 B의 물건을 빌려 쓰고 있다가, A가 아예 해당 물건을 매수하는 경우 소유권이전의 합의만 있으면 점유가 움직이지 않아도 물건의 소유권이 A에게 이전된다.

#### (2) 점유개정

- 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에 당사자의 계약으로 양도인이 그 동산의 점유를 계속하는 때에는 양수인이 인도받은 것으로 본다. [2013-1차-38] → **간주** [2013-1차-38]
- 예를 들어, A가 B에게 자신의 물건을 팔고서, B로부터 해당 물건을 다시 빌려 쓰는 경우에 당사자 간의 대차 관계가 합의되면 인도가 있었던 것으로 간주된다.

[2013-1차-38]

갑은 자신의 양수기를 을에게 매도하였지만 자신이 계속하여 사용하고 그 임차료를 을에게 지불한다는 계약을 하였다. 이 경우 갑은 을에게 양수기를 실제로 넘겨주지 않았지만 을은 그 양수기를 넘겨받은 것으로 법은 인정한다.

#### (3) 목적물반환청구권의 양도

- 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.
- 예를 들어, A가 B에게 맡겨놓은 물건을 C에게 팔고 그 소유권을 이전하는 때에는, A가 해당 물건을 다시 찾을 필요가 없이 B에 대하여 가지고 있는 목적물반환청구권을 C에게 양도하면 소유권이 이전된다.

## 12) 공시제도

### 가) 필요성

- 물권은 배타성을 갖는 지배권으로서 타인에게 미치는 영향이 크므로 그 존재를 외부에 나타낼 필요가 있다. 따라서 배타적인 권리의 변동은 점유·등기·등록 등 타인이 인식할 수 있는 표상을 갖추지 않으면 효력이 발생하지 않는다는 공시의 원칙이 적용된다.

- 부동산 물권의 공시방법으로 등기, 동산물권의 공시방법으로 점유 또는 인도, 수목의 집단 또는 미분리 과실의 공시방법으로 명인방법 등이 있다.

## 나) 공시의 효력

- 법률행위로 인한 물권변동의 효력은 공시를 하여 효력이 발생하며, 공시방법을 갖추지 않으면 제3자는 물론 당사자 사이에서도 물권변동이 생기지 않는 성립요건주의(형식주의) 태도를 취하고 있다.
- 단, 법률의 규정에 의한 물권변동은 그 물권변동의 원인이 발생할 때 효력이 발생한다(공시하지 않아도 발생).
- 물권의 소지자로 공시된 자는 진실한 권리자로서 추정된다. 동산의 점유에는 공신력까지 주어지나, 부동산의 등기에는 공신력이 부인된다(공신의 원칙). [2012-1차-35]

[2012-1차-35]

금치산자인 갑은 법정대리인의 동의가 없었음에도 불구하고, 동의서를 위조하여 이를 신뢰하는 을에게 자신이 소유하고 있던 X부동산을 2억 원에 매도하였다. 을은 갑으로부터 X부동산의 소유권 이전등기를 받은 후 병에게 X부동산을 3억 원에 매도하고, 병 명의로 소유권 이전등기를 하였다.

## 다. 채권 [2011-1차-37]

### 1) 채권과 채권법의 특징

#### 가) 채권의 특징

- 청구권 [2011-1차-37] : 타인에게 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리.
- 재산권 : 물권관계에 도달하기 위한 수단이다.
- 상대성 [2011-1차-37] : 채무자라는 특정인에 대한 권리이다.
- 자치성 [2011-1차-37] : 당사자 간의 의사표시에 기초한다.
- 평등성 [2011-1차-37] : 배타성이 인정되지 않는다. [2011-1차-37] → 채권자 평등의 원칙. 반면 물권은 배타성 있음.

#### 나) 채권법의 특징

- 임의규정성 [2011-1차-37] : 채권법의 규정은 원칙적으로 임의규정으로, 사적자치에 널리 인정되고 있다.
- 보편성 : 채권법은 거래법으로 각 국가적으로 보편적인 성질을 가진다.
- 신의성실 원칙의 지배 [2011-1차-37] : 채권은 채권자와 채무자 사이의 신뢰관계를 전제로 한다.
- 거래법적 성격 : 채권법은 당사자 간의 경제적 관계에 기초한다.

### 2) 채권의 발생원인

- 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위로 인하여 채권이 발생한다.

### 3) 채권의 목적

#### 가) 채권 목적의 요건

##### (1) 확정성

- 채권 성립 시 급부는 확정되어 있거나 적어도 확정될 수 있어야 한다. [2011-1차-37] → 만약 급부가 이행기까지 확정될 수 없는 경우에 채권은 불성립한다.
- 예를 들어, 매매목적물과 대금은 반드시 구체적으로 확정되어 있어야 하는 것은 아니며, 사후에라도 급부를 특정하는 방법과 기준이 정해져 있으면 된다.

##### (2) 적법성

- 급부는 적법해야 한다. 즉 강행법규에 위반하지 않아야 하며, 적법성이 없는 채권은 무효다.

##### (3) 사회적 타당성

- 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반할 수 없다. 선의의 제3자도 보호되지 못한다.
- 예를 들어, 부동산 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 이중매매 계약이 유효하다고 주장할 수 없다.

#### (4) 실현 가능성

- 채권의 목적은 실현가능성이 있어야 한다. 불가능한 급부를 목적으로 하는 채권은 성립하지 않으며, 계약은 무효가 된다. 다만 원시적 불능에 한한다(후발적 불능, 즉 채권성립당시 실현이 가능했다면 채무는 손해배상책임 혹은 계약해제가 되므로 채권자체의 성립에는 영향이 없다).

#### (5) 재산적(금전적) 가치

- 금전으로 가액을 산정할 수 없더라도 채권의 목적으로 할 수 있다. 이와 같은 채권도 불이행이 있으면 금전에 의한 손해배상을 받는다.

#### 나) 급부의 종류

- (1) 작위 급부, 부작위 급부
- (2) 주는 급부, 하는 급부
- (3) 특정물 급부, 불특정물 급부
- (4) 가분 급부, 불가분 급부
- (5) 대체적 급부, 불대체적 급부
- (6) 일시적 급부, 계속적 급부, 회귀적 급부

### 4) 채권의 종류

#### 가) 특정물채권

#### 나) 종류채권(불특정물 채권)

#### 다) 금전채권

#### 라) 이자채권

#### 마) 선택채권

### 5) 채권의 효력

#### 가) 대내적 효력

- (1) 청구력
- (2) 실현강제력

#### 나) 대외적 효력

#### 다) 청구권의 흠결

- (1) 자연채무
- (2) 책임없는 채무

#### 라) 채무와 책임

- (1) 책임의 의의
- (2) 채무와 책임의 관계
- (3) 채무와 책임의 분리
- (4) 채무 없는 책임

#### 마) 대외적 효력

### 6) 채무불이행의 유형

- 채무불이행이란 법률의 규정·계약의 내용·거래관행·신의성실의 원칙 등에 비추어 채무자가 저야 할 채무의 이행을 채무자가 하고 있지 않는 객관적 상태를 말한다.
- 유책성과 위법성이 있는 경우 강제이행권·손해배상청구권, 계약의 해제권·해지권 등의 법률효과가 발생한다.

#### 가) 이행지체

- 채무자가 이행기에 이행이 가능함에도 유책사유로 위법하게 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않는 경우.

#### 나) 이행불능

- 채권의 성립 후 유책사유로 이행이 불가능하게 된 경우. 자연법칙상 실현이 불가능하더라도, 이행지체가 된 후에는 채무자에게 책임이 있다.

**다) 불완전이행(적극적 채권침해)**

- 채무자가 급부 의무의 이행행위를 하였으나, 채무내용에 좇은 완전한 이행이 아니라 흠 있는 불완전한 이행이었기 때문에 채권자에게 손해가 생긴 경우. 즉 채무자의 이행의 결과로 채권자의 다른 법익이 침해되는 경우로 이를 확대손해 또는 부가적 손해라고도 한다.

**7) 채무불이행의 구제**

**가) 강제이행**

- 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 임의로(자발적으로) 이를 이행하지 않는 때에는, 채권자는 국가 권력(법원)에 의하여 강제적으로 채권의 내용인 급부를 실현케 할 수 있다.
- 강제이행의 순서는 직접강제 - 대체집행 - 간접강제 순이다.

**(1) 직접강제**

- 국가기관이 유형적 실력을 행사해서, 채무자의 의사와 상관없이 채권의 내용을 실현하는 방법이다.

**(2) 대체집행**

- 채무자로부터 비용을 추심해서 그 비용으로 채권자 또는 제3자로 하여금 채무자에게 갈음하여 채권의 내용을 실현케 하는 방법이다.
- 예를 들어, 건물의 철거채무에 있어서 철거비용을 추심하여 타인을 시켜서 대신 철거하게 하는 것이 이에 해당한다.

**(3) 간접강제**

- 채무의 이행을 확보하는데 상당하다고 인정되는 일정금액의 금전지급을 명하고, 벌금을 과하거나 또는 채무자를 구금하는 등의 심리적으로 압박을 통해 채권의 내용을 실현시키는 방법이다.
- 예를 들어, 지체기간에 따라 지연손해금을 명하는 것이 이에 해당한다.

**나) 손해배상 [2024-B-9]**

- 민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다. [2024-B-9]
- 채무자의 채무불이행이 있게 되면, 모든 채권은 그 내용이 손해배상채권으로 바뀐다. 이러한 손해배상의 의무 발생은 **채무불이행과 불법행위**의 경우 발생한다. [2018-A-14] → 채무불이행은 당사자 사이에 계약이라는 특별한 결합관계를 전제로 하지만, 불법행위는 불특정 다수인 사이에서 문제되는 일반적 차이라는 점에서 차이가 있다. [2018-A-14]
- 예를 들어, 원료 구입 계약을 체결했지만 원료의 공급이 이루어지지 않아 제품을 생산하지 못해 손해를 본 경우는 채무불이행에 해당하고, 도로를 달리던 트럭이 갑자기 주택가로 돌진해 건물을 잇달아 들이받아 손해를 보게 한 경우는 불법행위에 해당한다.

**(1) 방법**

- 우리 민법상 손해는 금전배상주의를 따르고 있다. 다만 예외적으로 인정한 경우 원상회복주의에 의한 손해배상이 가능하다.

**(2) 범위**

**(3) 특수문제**

## 8) 채권자지체

가) 의의

나) 성립요건

다) 효과

## 9) 책임재산의 보전

가) 책임재산의 의의

- 모든 채권은 궁극에 가서는 금전채권으로 변함으로써 그 목적을 달성한다. 금전의 집행에서 원칙적으로 채무자에 속하는 모든 재산은 강제집행의 대상으로 채권자에게 만족을 줄 수 있는 재산이 된다는 의미에서 그 재산을 책임재산이라고 한다.

나) 책임재산 보전의 필요성

- 채무자가 그의 권리의 실행을 게을리함으로써 그의 재산을 감소하게 하거나 제3자와 공모하여 고의로 재산의 감소를 피하는 경우와 같이 결과적으로 채권자의 채권에 대한 침해 가능성이 발생할 때 채권자가 채무자의 재산에 끼어들어 간섭(대위)할 수 있게 하고 있다.

다) 채권자대위권

- 채무자가 **소극적으로** 책임재산을 유지하려 하지 않는 경우에, 채권자가 채무자에 갈음하여 책임재산의 유지를 피하는 권리.

(1) 요건

- 채권보전의 필요가 있어야 한다.
- 채권자의 채권이 이행기에 있어야 한다.
- 채무자가 스스로 그 권리를 행사하지 않아야 한다.
- 채무자가 제3자에 대하여 대위행사에 적합한 권리를 가지고 있어야 한다.

라) 채권자취소권

- 채무자가 **적극적으로** 책임재산을 줄어든게 하는 행위(사해행위)를 하는 경우에, 채권자가 채무자의 행위를 취소 및 원상회복을 통해 책임재산의 회복을 피하는 권리.

(1) 요건

- **객관적 요건 : 채무자가 채권자를 해하는 법률행위(사해행위)가 있어야 한다.** [2004-4]
- **주관적 요건 : 채무자 및 수익자(이익을 받은 자) 또는 전득자(권리를 다시 양도받은 자)가 사해행위의 사실을 인식(사해의 의사)하고 있어야 한다.** [2004-4]

[2004-4]

‘갑’은 ‘을’에게 3,000만원을 빌려 주었다. 그런데 ‘을’은 변제하기로 한 날에 1,000만원만 갚고 나머지는 구구한 변명과 함께 갚지 않았다. 그 후에도 ‘을’은 나머지 돈을 갚기로 여러 차례 약속하였으나, 약속 변제일만 되면 개인적 사정을 말하면서 갚지 않았다. 그런데 ‘을’은 첫 번째 변제일까지는 자기 소유의 아파트에서 살았지만, 그 후에는 아파트를 인근에 살고 있는 여동생에게 증여하고 자신은 임대아파트로 이사하여 살았다.

## 10) 다수당사자의 채권관계

- 가) 분할채권관계
- 나) 불가분채권관계
- 다) 연대채무
- 라) 보증채무

## 11) 채권의 양도

- 가) 의미
- 나) 지명채권의 양도
- 다) 증권적 채권의 양도

## 12) 채무의 인수

- 가) 의미
- 나) 면책적 채무인수
- 다) 병존적 채무인수
- 라) 이행인수
- 마) 계약인수
- 바) 계약가입

## 13) 채권의 소멸

### 가) 의미

- 채권의 소멸이란 채권의 목적이 이루어지거나 다른 원인으로 채권이 객관적으로 존재하지 않게 되는 것을 말한다.

### 나) 변제

- 변제는 채무자(또는 제3자)가 채무의 내용인 급부를 실현하는 것을 말한다. 변제자와 변제수령자는 모두 이행(수령)보조자, 대리인이 가능하다. 변제는 채무의 이행과 그 실질에 있어서 같다. 즉, 이행은 채권을 소멸시키는 행위의 측면에서 본 것이고, 변제는 채권의 소멸이라는 측면에서 본 것이다.
- 변제에 의한 대위(변제자 대위): 채무의 변제가 제3자(연대채무자·보증인 포함)에 의해 이루어진 경우, 변제자가 구상권의 효력을 확보하기 위하여 구상권의 범위 내에서 채권자가 채무자에 대하여 가지고 있던 권리(채권)를 이전 또는 담보에 관한 권리를 취득하는 것을 말한다.
- 변제의 충당: 채무자가 채권자에 대하여 동종의 목적을 갖는 여러 개의 채무를 부담하고 있거나, 1개의 채무에 여러 개의 급부를 하여야 하는 경우, 또는 채무자가 1개 또는 여러 개의 채무에 관해 원본 외에 비용·이자를 지급해야 할 경우에 제공된 급부가 채무전부를 소멸시키기에 부족하여 그 우선을 정하여 충당하는 것을 말한다.

[2025-A-9]

갑은 을에게 1억 원의 금전을 대여하였다. 을의 채무를 담보하기 위하여 A와 B는 보증을 섰으며, C, D, E는 각각 자기 소유의 부동산에 저당권을 설정하였다. C 소유의 부동산은 시가 6천만 원, D 소유의 부동산은 시가 4천만 원, E 소유의 부동산은 시가 2천만 원이다. 변제기가 도래하였으나 을이 채무를 변제하지 않자 갑은 보증인 A에게 보증채무의 이행을 청구하였다. 갑의 청구에 대하여 A는 최고·검색의 항변을 하였으며, 이에 따라 갑이 을의 재산을 조사하였으나 을이 무자력임이 밝혀졌다. A는 할 수 없이 갑에게 1억 원을 변제하였고 B, C, D, E에게 변제자 대위를 근거로 구상권을 행사하려고 한다.

갑(채권자)

— 1억 원 대여 —>

을(채무자) 무자력

A(보증인)

B(보증인)

C(물상보증인) 재산가액 6천만 원

D(물상보증인) 재산가액 4천만 원

E(물상보증인) 재산가액 2천만 원

제482조(변제자대위의 효과, 대위자간의 관계) ① 전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.

② 전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다.

... (중략) ...

5. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. ... (후략) ...

#### 다) 대물변제

- 본래 부담하였던 채무이행 대신에 현실적으로 다른 급부를 제공(등기 및 점유의 이전)함으로써 채권을 소멸시키는 채권자와 변제 당사자 간의 계약. 예를 들어, 1억원의 금전채무를 부담하고 있는 자가 채권자의 승낙을 얻어 1억원 상당의 토지의 소유권을 이전하는 경우.

#### 라) 공탁(변제공탁)

- 채무자나 기타의 변제자가 변제의 목적물(동산, 부동산)을 공탁소에 임치하여 채무를 면하는 제도 → 채무자 보호

#### 마) 상계

- 채무자가 채권자에 대하여 동종의 채권을 가지는 경우 그 채무를 대등액(쌍방채권)으로 소멸

#### 바) 경개 : 채무의 요소를 변경하여 신채무를 성립시킴과 동시에 구채무 소멸

- 채무의 요소를 변경하여 신채무를 성립시킴과 동시에 구채무 소멸

#### 사) 면제

아) 혼동 : 채권과 채무가 같은 사람에게 귀속하면 소멸한다.

### 14) 계약의 성질과 종류

#### 가) 계약의 의의

#### 나) 계약의 자유와 제한

(1) 계약자유의원칙

(2) 계약자유의원칙에 대한 제한

#### 다) 종류

(1) 전형계약, 비전형계약

(2) 쌍무계약, 편무계약

(3) 유상계약, 무상계약

(4) 낙성계약, 요물계약

(5) 계속적 계약, 일시적 계약

(6) 예약, 본계약

### 15) 계약의 성립과 효력

가) 계약의 성립요건

- (1) 당사자의 합의
- (2) 불합의

나) 청약과 승낙에 의한 계약성립

- (1) 청약의 성립
- (2) 청약의 효력
- (3) 승낙의 성립
- (4) 승낙의 효력

다) 의사실현에 의한 계약성립

라) 교차청약에 의한 계약성립

마) 계약체결상의 과실책임

바) 계약의 효력

- (1) 쌍무계약의 효력
- (2) 동시이행의 항변권
- (3) 위험부담
- (4) 채무자 위험부담의 원칙(채무자주의)
- (5) 채권자의 귀책사유로 인한 이행불능(채권자주의)
- (6) 제3자를 위한 계약

## 16) 주요 전형계약의 특징

가) 증여

- 당사자 일방(증여자)이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고, 상대방(수증자)이 이를 승낙하여 성립하는 계약. 우리민법은 증여방식에 아무런 요건을 요하지 않는다.

(1) 증여의 효력

- 증여자는 증여의 목적인 물건 또는 권리의 하자나 흠결에 대하여 책임지지 않지만, 이미 알았을 경우에는 담보책임을 진다.

(2) 증여의 해제

- 증여의 의사가 서면으로 표시되지 않은 경우, 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있는 경위, 증여자에 대하여 부양의무가 있는 경우에 이를 이행하지 않는 경우, 증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 증여자의 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여계약을 해제할 수 있다.  
- 다만 계약의 해제는 이미 이행한(이행완료) 부분에 대하여는 영향을 미치지 않는다.

(3) 특수한 증여

- 부담부 증여 : 수증자가 증여를 받으면서 일정한 급부를 약속한 증여. 예를 들어, 토지를 증여하면서 자신이 나이가 들어 거동이 불편하게 되면 자신을 부양하겠다고 약속한 경우.  
- 정기증여 : 정기적으로 무상의 재산을 주겠다고 약속한 경우.  
- 사인증여 : 증여자가 죽음을 염두에 주고 증여를 약속한 것.



## 나) 매매

- 당사자 일방(매도인)이 재산을 상대방(매수인)에게 이전할 것을 약정하고, 상대방이 그에 대한 대금을 지급할 것을 합의함으로써 그 효력이 발생하는 계약. 가장 대표적인 유상계약의 형태.

### (1) 매매의 성립

- 매매의 일방예약 : 본계약인 매매를 장래 체결을 약속하는 계약으로, 이후 당사자인 일방이 본계약 체결을 청약할 경우 상대방은 응해야 한다. 거부시 채무불이행 책임을 갖는다.
- 해약금 : 계약의 해제권을 보류하는 작용을 하는 계약금.
- 매매계약 비용의 부담 : 쌍방이 균등부담하지만, 이전등기비용의 경우 계약비용이 아니므로 채무자 부담이 원칙이다.

### (2) 매매의 효력

- 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며, 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다. 이는 특별한 약정이나 관습이 없으면 동시에 이행해야 된다(동시이행관계).
- 매매 목적물이나 재산권에 하자가 있는 경우 매도인은 담보책임을 가진다.
- 물건으로부터 생기는 과실은 목적물 인도시점 이전의 것은 매도인에게 속한다.

### (3) 매도인의 담보책임 [2018-A-14]

- 거래 통념상 요구되는 객관적 품질, 성능 등이 결여되지 않은 완전한 물건을 양도할 의무가 있으므로, **매도인이** 이전한 권리나 물건에 하자가 있는 경우 대금을 감액하고, 계약의 해제와 손해배상을 부담해야 하는 책임을 가진다(**하자담보책임**). 무과실책임이고, 매수인의 선의/악의에 따라 담보책임의 내용이 달라진다. [2012-1차-37] [2013-1차-39]

### (4) 제조물책임법

- 소비자가 해당 제조물이 **정상적으로 사용되는 상태에서** 피해자의 손해가 발생하였다는 사실, 위와 같은 손해가 **제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터** 초래되었다는 사실, 위와 같은 손해가 **해당 제조물의 결함 없이는 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실 중 하나를 증명하면 제조물의 결함으로 손해가 발생한 것으로 추정한다.** 하지만 제조업자가 제조물의 결함이 아니라 기타 다른 원인임을 증명하면 책임이 없다.
- 단, 제조업자가 **해당 제조물을 공급하지 않았거나,** 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었거나, 결함이 법령에서 정하는 기준을 준수함으로써 발생하는 등의 사실을 증명하면 **책임을 면한다.** 그러나 **사전에 결함이 있었다는 사실을 알았거나 알 수 있었다면 책임을 면할 수 없다.** [2013-1차-39]
- **제조업자는** 제조물의 결함으로 **생명·신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)**를 입은 자에게 그 **손해를 배상**하여야 한다. [2013-1차-39] → **제조물 그 자체에 발생한 손해는 하자담보책임으로 배상을 구해**

야 한다. [2013-1차-39]

- 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다(징벌적 손해배상).

[2013-1차-39]

갑은 A마트에서 타이머가 부착된 B사의 녹즙기를 구입하였다. 일주일 정도 사용한 후 타이머에 이상이 생겨 녹즙을 따르는 순간 다시 작동하는 바람에 갑은 녹즙기 칼날에 손을 다쳐 병원에서 치료를 받았다. 며칠 뒤에는 녹즙기를 작동시킨 채 잠서 자리를 비웠더니 타이머가 제대로 작동하지 않아, 과잉작동으로 인한 과열로 녹즙기가 터지면서 곁에 있던 정수기와 전기밥솥이 손상되었다. 사용설명서에는 과잉작동으로 인한 파손에 대한 주의문구는 없고, 단지 '작동 시 위험이 있으니 어린이나 노인은 사용을 자제해 주십시오.'라고만 되어 있었다.

ㄱ. A마트도 물건의 하자에 대하여 담보책임을 지므로, B사와 함께 갑의 부상과 정수기 및 전기밥솥 등에 대한 손해를 배상하여야 한다. → 하자담보책임을 지고 그 제품 자체에 대해서만 책임이 생길 수 있다.

ㄴ. B사의 배상의무는 갑의 생명이나 신체 또는 재산상의 손해에 대한 것으로 제한되고, 결함이 있는 제조물 자체는 A마트로부터 구매받아야 한다.

ㄷ. B사가 만일 녹즙기를 유통시킨 적은 없고, 단지 녹즙기의 도난사고가 있었고, 그 도난된 녹즙기가 결과적으로 유통이 되어 이러한 사고가 발생하였다면, B사는 책임을 면할 수 있다.

ㄹ. B사가 녹즙기를 제조하면서 법령이 정한 기준을 준수하였다는 것이 명확히 입증되고 그것이 결과적으로 소비자에게 손해를 일으킨 경우에는, 사전에 결함이 있다는 것을 알 수 있었다더라도 B사는 책임을 면할 수 있다. → 사전에 알았다면 책임 있다.

### (5) 방문판매법

- 계약 후 14일 이내면  **청약철회**할 수 있다. [2012-1차-37] [2021-B-2]

[2012-1차-37]

갑(행위능력자)은 전기 다리미(A회사 제조)를 판매업자인 을로부터 전화로 권유받고 구입하였다. 계약 당시에 갑은 대금을 20% 할인받으면서 어떠한 일이 있어도 계약을 철회하지 않기로 합의하였다. 갑은 을로부터 전기 다리미를 구입한 후 1주일 사용하였는데 전기 다리미의 이상 과열로 인하여 화상을 입었다. 전기 다리미의 보증서에는 "전기 다리미의 사용상 발생하는 손해에 대하여 제조사는 일체의 책임을 지지 않는다."고 기재되어 있다.

### (6) 환매

- 매도인이 매매계약과 동시에 매수인과의 특약으로 매각한 목적물을 그 영수한 대금 및 매수인이 부담한 매매비용으로 다시 사오는 계약을 말한다. 민법상 매매계약의 해제로 간주된다.

- 만약 A가 B에게 1억원을 빌리는 경우, A는 그 담보제공의 방법으로 자신의 토지를 B에게 1억 원에 파는 것으로 하고 3년 이내에 그 금액으로 다시 사올 수 있도록 약정할 수 있다. 만약 A가 채무를 변제하지 못하면 B가 그 토지의 소유권을 취득하는 방법으로 우선변제를 받게 된다(채권담보의 기능).

#### 다) 교환

- 당사자 쌍방이 금전 이외의 재산권을 상호 이전할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다. 오늘날 거의 행해지지 않는다.

#### 라) 소비대차

- 당사자 일방(대주)이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방(차주)에게 이전할 것을 약정하고, 상대방은 그와 같은 종류(동종), 품질(동질) 및 수량(동량)으로 반환할 것을 약정한 계약을 말한다.

- 소비대차는 차주가 빌린 물건 자체를 반환하지 않고 동종, 동질, 동량으로 반환한다는 점에서 사용대차 및 임대차가 차용물 자체를 반환하는 것과 차이가 있다.

- 이자 있는 소비대차와 이자 없는 소비대차로 구분된다.

- 금전을 소비대차의 목적으로 한 경우에 대주는 현금을 교부하지 않고 그에 갈음하여 약속어음, 국채, 예금통장과 인장 등의 유가증권 기타의 물건을 인도하는 경우도 있는데, 이를 대물대차라고 한다.

## 마) 사용대차

- 당사자 일방(대주)이 상대방(차주)에게 무상으로 사용, 수익하게 하기 위하여 목적물을 인도할 것을 약정하고, 상대방은 이를 사용·수익한 후 그 물건을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다.
- 물건의 소비와 처분을 목적으로 하지 않는다는 점에서 임대차와 같고, 소비대차와 다르다. 무상이라는 점에서 임대차와 다르다.

### (1) 사용·수익 허용의무

- 차주는 계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정해진 용법으로 사용·수익하여야 하며, 대주의 승낙이 없으면 제3자에게 차용물을 사용·수익하게 하지 못한다.

## 바) 임대차

- 당사자 일방(임대인)이 상대방(임차인)에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다. 동산과 부동산 모두 가능하다.
- 타인의 부동산을 쓸 수 있는 방법에는 용익물권과 임대차의 두 가지 방법이 있는데, 용익물권은 권리자에게 더욱 강력한 지위를 부여하기 때문에 소유권자가 설정하기를 꺼릴 수 있다.

### (1) 부동산 임차권의 강화

- 부동산 임차인을 보호하는 내용을 민법이나 특별법(주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법) 등에 두고 있다. 그 내용으로는 ① 임차권(임차권 등기)을 가지고 제3자에게 대항 ② 임차권의 자유처분을 허용 ③ 존속기간의 보장이 있다.

### (2) 임대차의 존속기간

- 임대차 기간은 당사자가 자유롭게 정할 수 있으나, 임대차 존속기간은 20년을 넘지 못한다. 이는 갱신이 가능하지만, 갱신기간은 10년을 넘지 못한다.
- 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다(목시적 갱신, 법정갱신).
- 계약으로 기간을 정하지 않은 경우 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있지만, 부동산의 경우는 임대인이 해지통고한 경우는 6월, 임차인이 해지통고한 경우는 1월이 경과한 후에 해지의 효력을 인정하고 있다. 동산의 경우는 어느 당사자인지 상관없이 5일이 경과한 후에 효력이 생긴다.

### (3) 임대인의 의무

- 목적물을 임차인에게 인도하고, 존속하는 동안 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다. 만약 제3

자가 점유를 빼앗는 등 임차인의 사용·수익을 방해하는 경우 임대인은 그 방해를 제거할 의무를 가진다.

**(4) 임차인의 의무**

- 정해진 목적으로 임차물을 사용·수익하고, 약정된 차임을 지급하고, 선량한 관리자의 주의의무가 있다.

**(5) 임차권의 양도와 전대**

- 원칙적으로 임대인의 동의 없는 임차권의 양도와 임차물의 전대를 금지한다(임차인이 임차물을 다시 제3자에게 임대하는 것). 이 경우 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

**(6) 주택임대차보호법 [공사 2007-10]**

- 임대차는 등기가 없는 경우에도 임차인의 **주택의 인도와 주민등록 이전**을 마치고(**대항력**), 임대차계약증서상의 **확정일자를 갖춘 때(우선변제권)**에는 제3자에 대해 권리를 주장할 수 있다. 즉 **경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다.**
- 임대의 기간을 정하지 않거나 2년 미만의 경우는 그 존속기간을 **2년**으로 본다.
- 임대인이 임대차기간이 끝나기 1개월 전까지 갱신 거절의 통지를 하지 않거나, 계약조건을 변경하지 않으면 전 임대차와 **동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다.**
- 민법에 대하여 특별법의 지위를 갖는다. [공사 2007-10]
- **임차권등기명령** [2014-B-서술3]: 주택임대차보호법은 **주택의 인도와 주민등록을 대항력의 취득 및 존속 요건**으로 하고 있기 때문에 임차인이 임대차가 종료되었음에도 보증금을 돌려받지 못하고 이사를 가게 되면 종전에 취득하였던 대항력 및 우선변제권이 상실되므로 보증금을 돌려받기 어려워지게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해 도입한 임차권등기명령제도는 법원의 집행명령에 따른 등기를 마치면 임차인에게 대항력 및 우선변제권을 유지하게 하면서 임차주택에서 자유롭게 이사할 수 있도록 한다. 임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속되는 것으로 본다.

[2014-B-서술3]

- 갑은 자기 소유의 X 주택을 을에게 보증금 1억 원에 임대하였으며, 을은 X 주택을 인도받고 주민등록을 이전하고 확정일자를 받았다.
- 갑은 을에게 임대한 X 주택을 병에게 증여하고 병 명의로 소유권 이전등기를 하였다.
- 병은 X 주택을 정에게 매도하고 계약금 및 중도금을 받았으나, 아직 소유권 이전등기를 하지 않았다.
- 임대 기간이 만료하였으나, 을은 보증금을 반환받지 못하였다.
- 을은 근무지가 변경되어, X 주택에서 퇴거하고자 한다.
- X 주택의 소유자가 임차권 등기 신청에 협력하지 않고 있다.

[2019-B-3]

2017년 9월 15일 : 갑(임대인)과 을(임차인)은 갑 소유의 X주택에 대하여 임대차기간은 2년, 임차보증금은 2억 원으로 하는 임대차계약을 체결하였다.

2017년 10월 11일 : 을은 X주택을 인도받았다.

2017년 10월 16일 : 갑은 병으로부터 돈을 빌리고 X주택에 근저당권을 설정해 주었다.

2017년 10월 17일 : 을은 X주택으로 주민등록을 이전하고 주택임대차계약서에 확정일자를 받았다. → 대항력, 우선변제적 효력 X

2018년 11월 20일 : X주택에 대한 민사집행법상의 경매절차에서 정은 X주택의 소유권을 취득하였다.

- 사) 고용
- 아) 도급
- 자) 현상광고
- 차) 위임
- 카) 임치
- 타) 조합
- 파) 종신정기금
- 하) 화해

- 당사자가 상호 양보하여 당사자 간의 분쟁을 끝낼 것을 약정함으로써 성립하는 계약.

교통사고의 피해자가 후유증이 없을 것으로 생각하고 일정금액을 받으면서 손해배상청구권을 포기하는 합의를 하였다. 그 후에 후유증이 생겨서 오랜 치료를 받아야 했고, 결국 불구자가 된 경우(후발적 손해가 발생) 피해자는 더 이상 손해배상청구를 할 수 없을까?  
우리 대법원은 손해배상청구를 포기하는 합의는 합의 당시에 예상할 수 없었던 적극적 치료나, 후유증으로 인한 손해배상청구권까지 포기하는 취지로 볼 수 없다고 판단했다.

### 17) 사무관리

- 법률상 의무 없이 타인을 위하여 사무를 처리하는 행위를 말한다.
- 예를 들어, 옆집에 불이 나서 소화기로 불을 꺼준 것이나, 부탁받지 않고 부재자의 집을 수리하는 행위 등.
- 위법성을 조각한다.

### 18) 부당이득 [2008-15]

- 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 이득을 얻고 그로 인하여 타인은 손실이 발생한 경우.
- 예를 들어, 채무자가 이미 변제한 사실을 잊어버리고 다시 이중변제를 한 경우. 부당이득자는 손실자에게 그 이득을 반환하여야 한다.

#### 가) 부당이득반환청구

- 부당이득이 인정되면 손실자는 이득자에 대하여 부당이득반환청구권을 갖게 된다.

#### 나) 비채변제

- **채무가 없음을 알고도** 이를 변제한 급부행위. 우리민법에서는 이를 보호하지 않고 있다.

#### 다) 불법원인급여

- 도박판에서 금전이득, **선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것과** 같은 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. [2008-15] → 단, 수익자에게만 불법원인이 있으면 예외

[2004다27488] [2008-15]  
[1] 영리를 목적으로 유희행위를 하도록 권유·유인·알선 또는 강요하거나 이에 협력하는 것은 **선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로** 그러한 행위를 하는 자가 영업상 관계 있는 유희행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권은 계약의 형식에 관계없이 무효라고 보아야 한다.  
[2] **부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것인바, 유희행위 및 그것을 유인·강요하는 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로, 유희행위를 할 자를 고용·모집하거나 그 직업을 소개·알선한 자가 유희행위를 할 자를 고용·모집함에 있어 성매매의 유인·강요의 수단으로 이용되는 선불금 등 명목으로 제공한 금품이나 그 밖의 재산상 이익 등은 불법원인급여에 해당하여 그 반환을 청구할 수 없다.**

### 19) 불법행위 [2018-A-14]

- **불법행위란 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가하는 행위를 말한다.** [2018-A-14]
- 불법행위에 의해 피해를 당한 자는 손해배상청구권을 갖는다.

[2003-4]  
(가) 중국집 종업원인 철수는 오토바이를 타고 음식을 배달하던 중 지나가던 노인을 치게 되었다. 그런데 노인의 아들은 중국집 주인에게 치료비를 청구하였다.

(나) 회사원인 박씨는 폭발물 관리 업무를 담당한다. 그런데 박씨의 부주의로 화재가 발생하여 폭발물이 크게 터지는 사고가 일어났다. 이 사고로 인근 주민들이 다치고 기물이 파손되었는데, 피해 주민들은 회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

(다) 이씨는 친구 김씨의 개를 잠시 맡아 공원에서 산책을 시키게 되었다. 그런데 산책 도중 갑자기 줄이 풀려 개가 달아나게 되었고, 지나가는 행인을 무는 사고가 발생하였다. 그런데 그 행인은 이씨 대신 김씨에게 배상을 요구하였다.

[2009-1차-40]

ㄱ. 길을 지나던 A는 흥기를 들이대며 돈을 뺏으려는 B로부터 자신을 방어하다가 마침 옆을 지나던 C를 밀쳐서 골절상을 입게 하였다. → 일반불법행위 but 위법성 조각(긴급피난?)

ㄴ. 주인 A로부터 건물을 임차한 B는 옥외 간판을 설치하였는데, 간판이 너무 무거워 떨어지는 바람에 건물 앞을 지나던 사람이 부상을 입었다. → 특수불법행위(공작물)

ㄷ. 거의 같은 시기에 건축된 A의 건물과 B의 건물이 C의 건물에 대해 전체적으로 수인(受忍) 한도를 초과하는 일조(日照) 침해의 결과를 야기하였다. → 특수불법행위(공동)

ㄹ. A는 친구 B가 맡긴 B의 애완견을 데리고 공원에 갔다가 애완견을 화장실 앞에 두고 잠시 화장실에 다녀온 사이 그 애완견이 다른 사람을 물어 상처를 입혔다. → 특수불법행위(동물 점유자)

ㅁ. A의 자동차가 과속으로 달리다 횡단보도 상의 B를 치어 B가 넘어진 순간, A의 자동차와 일정 거리를 유지하지 않고 과속으로 뒤따라오던 C의 자동차가 B를 치어 B가 사망하였다. → 특수불법행위(공동)

[2018-A-14]

목장을 경영하는 갑은 평소에 자주 거래하던사료 판매상 을에게 사료를 주문하였다. 이후 약속한 날짜에 을은 갑의 목장으로 사료를 배달하였으나 을의 보관상의 잘못으로 사료 일부가 상하여 사료를 먹은 소 10마리가 죽었다. 갑은 선의·무과실이며 을의 과실은 인정된다.

### 가) 일반불법행위의 성립요건

#### (1) 가해자의 고의 또는 과실이 있을 것 [2010-1차-40]

- **고의**란 자신의 행위로부터 일정한 결과가 발생할 것을 인식하면서도 그 행위를 하는 것이다.
- **과실**은 자기의 행위로부터 일정한 결과가 발생할 것을 인식했어야 함에도 불구하고 부주의로 인식하지 못하고 그 행위를 하는 것이다. 과실에 있어서 인식의 기준은 **선량한 관리자의 주의**를 기준으로 한다. [2010-1차-40]

[2010-1차-40]

○ A는 B의 사무실에 침입하여 그 곳 책상서랍에 넣어둔 차량열쇠를 훔쳐 B 소유의 차량을 운전하였다.

○ 한 시간 후, A는 중앙선을 침범하여 운전하다가 맞은편에서 오던 C의 차량과 충돌하였다.

○ 그 충격으로 C는 부상을 입고 D가 운영하는 의료기관으로 급히 후송되었다.

○ 그러나 C는 위 의료기관 소속 담당의사인 E의 치료를 받던 중 증상이 악화되어 사망하였다.

ㄱ. B는 사고 차량의 보유자로서 C 유족측에 대해서는 손해배상책임을 진다. → 고의 또는 과실이 없다.

ㄴ. E의 진료상 과실이 인정될 경우에, D는 특별한 사정이 없는 한 C 유족측에 대하여 직접 손해배상의무를 진다.

ㄷ. E가 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무는 당시 임상의학분야에서 실천되고 있는 진료행위 수준을 기준으로 한다.

ㄹ. E의 과실로 증상이 악화되어 사망한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 A는 C의 사망에 대하여 손해배상책임을 진다. → 공동불법행위라서 책임을 진다.

#### (2) 가해자에게 책임능력이 있을 것

#### (3) 가해행위에 위법성이 있을 것 [2009-1차-40]

#### (4) 손해가 발생할 것

#### (5) 인과관계가 있을 것

나) 특수불법행위의 성립요건

(1) 미성년자 혹은 심신상실자에 대한 감독자의 책임

- 감독의무를 게을리 하지 않음을 증명할 경우에는 배상책임을 지지 않는다.

(2) 피용자의 행위에 대한 사용자의 배상책임

- 사용자는 피용자에게 구상권을 청구할 수 있다.

- 감독에 상당한 주의를 한 때 혹은 상당한 주의를 해도 그 손해가 있을 경우를 사용자가 증명한 경우 배상책임을 지지 않는다.

(3) 수급인의 행위에 대한 도급인의 책임

(4) 공작물 등의 점유자 또는 소유자의 책임 [2009-1차-40] [2021-B-11]

- 점유자가 손해방지에 필요한 주의를 해태하지 않은 때에는 소유자가 무과실책임을 진다. [2021-B-11]

[2021-B-11]

갑은 자신의 소유 건물에서 직접 점포를 운영하기가 여의치 않자 을과 보증금 1억 원, 차임 월 100만 원으로 하는 임대차 계약을 체결하고, 그 후 임차인 을이 점포를 운영하고 있었다. 그런데 어느 날 이 점포의 천장이 붕괴되는 사고가 발생하였다. 이 사고로 점포를 방문한 A가 큰 부상을 입었고, A는 갑과 을을 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 이 사건에서는 천장의 설치 또는 보존상의 하자가 문제되었는데, 재판 절차에서 갑과 을은 사고 방지에 필요한 주의의무를 다하여 과실이 없음이 인정되었다.

(5) 동물의 점유자의 책임 [2009-1차-40]

(6) 공동불법행위 [2009-1차-40] [2010-1차-40] [2021-B-11]

- 여러 사람이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

- 공동이 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 그 공동행위자는 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다. [2009-1차-40] [2010-1차-40] [2021-B-11]

- 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

[2021-B-11]

이 사건에서 점포 천장에 대한 부실 공사가 인정되었다. 천장 공사는 공사업자인 병과 정이 각각 나누어 맡았었다. 그 누구도 손해배상을 하지 않자 A는 병과 정을 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 재판 절차에서 병과 정은 서로 자신에게는 잘못이 없다고 주장하였다. 두 명 가운데 부실 공사에 대한 과실이 있었지만 병과 정 중 정확히 누구에게 있었는지는 밝혀지지 않았다. 법원에서 인정된 A의 총손해액은 1천만 원이다.

다) 효과

- 불법행위가 성립하면 금전배상이 원칙이지만 명예훼손의 경우 명예회복에 적당한 처분을 명하거나, 법률에 특별규정이 있는 경우는 원상회복청구도 가능하다.

(1) 소유물의 멸실·훼손

(2) 부동산의 불법점유

(3) 배상액의 경감

(4) 손해배상청구권의 소멸시효

(5) 손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위

## 파. 가족법

### 1) 친족관계

#### 가) 친족의 범위

- 배우자, 혈족 및 인척을 친족이라고 하며, 친족의 범위는 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자로 되어 있다.
- 직계존속은 본인을 중심으로 윗세대, 비속은 아래세대를 가리킨다.

#### 나) 촌수 계산

- 부부는 무촌이다. 촌수는 혈연관계가 있는 사람 간의 거리를 정하는 것이기 때문이다.
- 수직으로 1촌, 수평으로 2촌이다.

#### 다) 근친혼의 금지와 범위

### 2) 혼인

#### 가) 약혼의 특징

- (1) 약혼연령
- (2) 약혼의 해제사유
- (3) 약혼해제의 손해배상

#### 나) 혼인의 성립

##### (1) 혼인적령

- 만 18세가 된 사람은 혼인할 수 있고, 미성년자는 부모의 동의를 얻어야 한다.

##### (2) 혼인의 성립

- 당사자 간에 자유로운 의사합치를 바탕으로 가족관계법에 따라 신고하여 효력이 생긴다(법률혼주의). 이때 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다.

##### (3) 혼인의 무효사유

##### (4) 혼인의 취소청구

#### 다) 혼인의 효력

- 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다.
- 부부는 일상의 가사에 관하여 대리권이 있다. 일상가사에 관하여 미리 다른 일방의 책임없음을 고지하지 않았다면 부부의 일방이 제3자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임이 있다.
- 혼인에 의하여 각 당사자는 정조의무를 진다(일부일처제).
- 부부간의 재산관계는 재산에 관하여 따로 약정하지 않으면 **부부별산제**를 채용, 부부의 일방이 **혼인 전부터 가지고 있던 고유재산**과 **혼인 중 자기명의로 취득한 재산**은 각자의 **특유재산**으로 하고, 그 특유재산은 각자가 관리·사용·수익하도록 하고 있다. 그러나 **누구에게 속했는지 불명확한 재산은 공유재산으로 추정한다.** [2013-1차-38]

[2013-1차-38]

맞벌이 부부인 갑과 을이 이혼을 하면서 재산분할을 하던 중, 고가의 분채들이 많아 그것을 두고 서로 자신의 기여도가 높아 자신의 소유재산이라고 다투게 되었다. 이 경우 분채들은 갑과 을이 공동으로 소유하는 재산으로 법은 인정한다.



## 라) 혼인의 해소

### (1) 협의상 이혼

- 자유로운 의사로써 서로 이혼하겠다는 **의사의 합치**를 가지면 **가정법원의 확인을 받아** 가족관계법이 정한 대로 신고하여 효력이 생긴다. [2010-1차-38]

### (2) 재판상 이혼

- 부부 중 어느 한편의 의사로써 강제적으로 이혼하기 위하여, 법률이 정한 원인을 이유로 관할 가정법원에 이혼의 조정 또는 심판을 청구하는 방법이다.
- 재판상 이혼원인으로는 **배우자의 부정한 행위**가 있었을 때(정조의무 위반), **배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때(부양의무 위반)**, 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때, 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(불임 같은 경우로 이혼할 수 없고, 중병을 숨기는 경우 혹은 알리지 않은 심각한 전과가 있는 경우 등등은 가능) 등이 있다. [2010-1차-38]

### (3) 이혼의 효과

- 혼인의 해소는 부부 사이에 생긴 신분상·재산상의 모든 권리와 의무가 소멸된다. 배우자의 직계혈족과의 인척관계도 함께 소멸되며, 계모자관계와 양친자관계까지도 소멸된다.
- 자녀의 양육자 결정, 양육비용 부담 등에 관한 사항은 부모가 협의하여 정한다. 가정법원은 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는 직권 또는 당사자의 청구에 따라 결정한다. [2011-1차-39]
- 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무 자체에는 변함이 없다. [2011-1차-39]
- 비양육친은 양육비 지급의무가 있다. [2010-1차-38]
- 자녀를 직접 양육하지 않는 부모의 일방과 자녀는 상호 면접 교섭할 수 있는 권리(**면접교섭권**)를 가진다. 그러나 **가정법원이** 자녀의 복리를 위해 필요하다면 **제한하거나 배제할 수 있다**. [2010-1차-38] [2011-1차-39]
- 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대해 **재산분할을 청구할 수 있다(재산분할청구권)**. 당사자의 협의로 재산분할이 어려운 경우 가정법원은 당사자 쌍방이 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다. [2010-1차-38] [2011-1차-39]
- 이혼한 날로부터 2년을 경과하면 재산분할청구권이 소멸한다.
- 재산분할청구권의 구체적인 범위는 재산분할청구권이 이혼 후의 부양의 성질을 갖는 것이기 때문에 당사자의 자립가능성도 고려하여 판단한다. [2011-1차-39]
- 협의와 재판이혼, 유책여부를 불문하고 재산분할청구가 가능하다. [2010-1차-38] [2011-1차-39]

[2002드단55413] [2010-1차-38]

- 2006년 5월에 혼인신고를 마친 갑(남편)과 을(아내)은 이듬해 11월 병을 출산하였다. 혼인한 이후 갑은 직장에 다니고, 을은 집에서 병을 돌보며 지냈다.
- 2008년 5월부터 을은 급속도로 컴퓨터 채팅에 빠져들었고, 어느날 갑은 채팅상의 남자가 을에게 만나자는 전화를 하는 것을 듣게 되었다. 갑은 이를 문제 삼고 을에게 채팅을 중단할 것을 설득하였다.
- 채팅을 할 수 없어 갑갑함을 이기지 못한 을은 2009년에 들어서면서 병을 방 안에 둔 채 밖에서 문을 잠그고 외출하여 쇼핑을 하는 일이 잦아졌다. 한번은 혼자 남겨진 병이 의자에서 떨어져 크게 다치는 사고가 발생하였다. 그럼에도 불구하고 을의 외출은 계속되었다.
- 참다못한 갑은 을에게 이혼할 것을 요구하였고, 을은 현재 친정에 머물면서 이혼문제에 대하여 고민하고 있다.

## 3) 친권

### 가) 친권의 성립

- (1) 혼인 중의 출생자
- (2) 혼인 외의 출생자 또는 부모의 이혼
- (3) 양자
- (4) 친권자 지정

나) 친권의 내용

- (1) 자녀의 신분예 관한 권리·의무
- (2) 자녀의 재산예 관한 권리·의무

다) 친권의 상실

- 친권은 친권자 또는 자녀의 사망 혹은 성년 도달, 기타 몇몇 원인으로 소멸한다. 또한 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있다면 친족 또는 검사의 청구에 의해 친권의 상실을 선고할 수 있다.

#### 4) 부양제도

가) 종류

- (1) 생활유지 부양
- (2) 생활부조 부양

나) 부양의 순위

- 다) 부양의 정도, 방법
- 라) 부양청구권의 성질

#### 5) 상속

- 상속이란 사람의 사망으로 인하여 행해지는 포괄적인 재산상의 권리·의무의 승계를 말한다. 이때 상속이 되는 재산의 원래 주체를 피상속인이라 하고, 그 재산을 승계받는 자를 상속인이라고 한다.

가) 상속의 개시

- 상속개시는 원칙적으로 자연인(피상속인)의 사망에 의하여 발생한다. 실종선고도 사망으로 간주되므로 실종기간이 만료 되면 상속이 개시된다(의제사망). 인정사망의 경우에도 역시 같다.

나) 상속순위

- 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌 이내의 방계혈족 순으로 상속한다.
- 배우자의 경우 직계비속이 있는 경우 공동상속하게 되고, 직계비속이 없으면 직계존속과 공동상속인이 된다. 직계존속도 없는 경우 단독상속하게 된다.
- 상속인 간에 촌수가 동일한 자들은 공동상속인이 된다.
- 상속결격사유가 있는 경우 상속인 지위를 박탈당한다.

다) 대습상속

- 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 그 직계비속이 있는 때에는 이들이 사망하거나 결격된 자의 순위에 같음하여 상속인이 된다(대습상속). 배우자가 있으면 배우자도 직계비속과 공동상속인 내지는 단독상속인이 된다. 이때 상속분은 사망 또는 결격된 사람의 상속분에 따른다. [2017-B-7]

라) 특별연고자에 의한 상속재산의 분여청구 및 국고귀속

- 이상과 같은 상속인이 없는 경우, 상속인의 근친이면서도 법정상속인이 아니라 상속받을 수 없는 사실혼 배우자나 사실상의 양자, 그리고 피상속인을 특별히 요양간호한 자 등에게 재산상의 이득을 주기 위한 것이다.
- 이러한 특별연고자에 대한 상속재산의 분여청구도 없는 경우 상속재산은 국고에 귀속된다.

마) 상속결격 사유

- 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 한 자
- 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자
- 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자
- 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자

- 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 자.
- 그러나 이러한 상속결격의 효과는 결격자 본인에게만 한정되어 상속결격자의 직계비속이나 배우자의 대습상속에는 지장이 없다.

### 바) 상속의 효과

- 피상속인의 재산에 속한 모든 권리·의무를 상속하고, 상속을 포기하지 않는 한 상속재산에 관한 재산권적 권리(적극적 재산)는 물론 채무(소극적 재산)까지도 승계하게 된다.

### 사) 상속분

- 상속분이란 공동상속인 각각이 상속재산에 대하여 가지는 권리·의무의 비율을 말한다. 상속분은 일차적으로 피상속인의 의사에 의하여 정해지며(지정상속분), 이러한 정함이 없을 때에는 법률의 규정에 따른다(법정상속분).
- 혼외자의 경우는 일단 해당 태아를 제외하고 상속을 진행한 후, 해당 자녀가 인지청구의 소를 제기하여 호적에 올라간 다음 상속회복청구소송 내지는 유류분반환청구소송 등을 제기할 수 있다. [2007-19]

#### (1) 법정상속분

- 법정상속의 비율은 동등한 비율로 받는다. 다만, 공동상속인 중에서 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 자는 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서만 상속분을 받을 수 있다.
- 예를 들어, A가 자녀 B, C에게 1억 원 상당의 재산을 남기고 사망하였는데, A가 몇 개월 전에 B에게 2,000만원을 증여한 경우, A의 재산은 1억 2,000만원으로 본다. 때문에 B, C의 상속분은 6,000만원씩이 되며, B의 경우 이미 2,000만원을 증여받았기 때문에 2,000만원을 뺀 4,000만원이 상속재산이 된다.
- 배우자의 경우 직계비속이나 직계존속의 상속분의 5할을 가산한 것이 상속분이 된다.

#### (2) 기여분 [2017-B-7]

- 공동상속인 중에 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여하거나, 특별히 부양한 자가 있을 때에는 이들의 상속분은 다르게 산정된다.
- 즉 상속개시 당시의 피상속인의 재산의 가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 본다. 협의가 되지 않은 때에는 가정법원이 기여분을 정한다.

#### (3) 특별수익 [2017-B-7]

- 특별수익이란 재산의 증여 또는 유증을 통해 공동상속인에게 증여 또는 유증으로 이전한 재산을 말한다.
- 어떠한 생전 증여가 특별수익에 해당하는지는 피상속인의 생전의 자산, 수입, 생활수준, 가정상황 등을 참작하고 공동상속인들 사이의 형평을 고려하여 해당 생전 증여가 장차 상속인으로 될 사람에게 돌아갈 상속재산 중의 그의 몫의 일부를 미리 주는 것이라고 볼 수 있는지에 의하여 결정해야 한다(97므513,520,97스12).
- 예를 들어, 상속인인 자녀에게 생전에 증여한 결혼 준비자금(주택자금, 혼수비용 등), 상속인인 자녀에게 생전에 증여한 독립자금, 상속인인 자녀에게 생전에 지급한 학비, 유학자금 등(다만, 대학 이상의 고등교육비용으로 다른 자녀에게는 증여되지 않은 교육비용이어야 함), 일정 상속인에게만 유증한 재산이 이에 해당한다.
- 특별수익자가 있는 경우의 계산은 공동상속인 중 피상속인으로부터 재산의 증여 또는 유증을 받은 사람이 있는 경우에 그 수증재산이 자기의 상속분에 달하지 못한 때에는 그 부족한 부분의 한도에서 상속분이 있다는 민법 규정에 따라 상속분을 산정한다.

### 아) 상속의 승인과 포기

- 상속의 승인에는 단순승인과 한정승인이 있다. 단순승인이란 피상속인의 권리·의무를 무제한·무조건으로 승계하고, 한정승인이란 상속인이 상속으로 인하여 얻은 재산의 한도 내에서 피상속인의 채무와 유증을 변제하는 상속을 승인하는 것이다. 단순승인의 경우 상속채무가 상속재산을 초과할 때에는 그 사실을 안 날로부터 3개월 이내에 다시 한정승인(특별한정승인)을 할 수 있다.
- 상속의 포기란 상속의 효력을 부인하는 의사표시를 말한다.
- 상속포기와 한정승인은 피상속인의 사망을 안 날로부터 3개월 안에 가정법원에 신고하여야 한다.

[2007-19]

어떤 남자가 다음 표에 표시된 바와 같은 유족들과 12억 원의 유산을 남기고 죽었다. 이 유산이 우리나라의 현행 민법에 따라 법정상속될 경우 각 유족의 상속분을 표의 빈칸에 쓰시오.

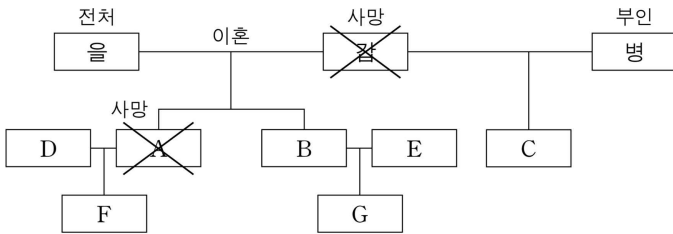
유족	죽은 이와 관계	법정상속분 (단위 : 억 원)
(가)	어머니	
(나)	친자	
(다)	양자	
(라)	사실혼 관계의 아내	
(마)	(라)와의 태아	

[2014-A-기입14]

갑은 을과 혼인하여 그 사이에 딸 A를 두었다. 그 후 갑과 병의 부적절한 관계로 인하여 B가 태어났으나, 갑은 B를 인지하지는 않았다. 을이 갑과 병의 관계를 알게 되어, 갑과 을의 혼인관계는 파탄에 이르게 되었다. 결국 갑은 을이 A의 양육권을 가지는 것으로 합의하고 이혼하였다. 갑은 을과 이혼 후 병과 재혼하였으나, 성격불일치로 6개월 만에 이혼하였다. 갑은 병과 이혼한 후 정과 재혼을 하였다. 정은 갑과 혼인 당시 전남편과의 사이에서 아들 C를 두고 있었다. 갑과 정은 재혼 후에 D를 입양하였으나, D가 범죄를 저지르자 파양을 하였다. 그 후에 갑과 정은 갑의 조카 E를 입양하였고, 갑은 모든 재산을 E에게 상속한다는 유언을 하였다.

[2017-B-7]

갑은 900억 원의 재산을 남기고 고령으로 사망하였다. 사망 당시 갑에게는 이혼한 전처 을과의 사이에서 태어난 아들 B, 갑과 재혼한 부인 병 및 그들 사이에서 태어난 딸 C가 있다. 전처와 사이에서 태어난 장남 A는 10년 전에 교통사고로 사망하였고, A에게는 부인 D, 아들 F가 있다. B에게는 부인 E와 딸 G가 있다. C는 아직 미혼이다. 갑은 별도의 유언을 하지 않았다. 상속을 포기한 사람은 아무도 없으며, 상속재산에 대한 기여분 및 특별 수익은 없다.



## 6) 유언

- 유언은 법률이 정한 **일정한 형식**에 따르도록 하고 있다. → 유언자의 진의를 명확히 하고 법적 분쟁과 혼란 예방을 위함

### 가) 유언능력

- **만 17세**에 달한 자는 정상적인 의사능력이 있는 한 독립하여 유언을 할 수 있다. [2009-1차-39]

- 유언은 독립한 의사에 의해 행해져야 하며, 대리는 허용되지 않는다. 유언자가 제한능력자라도 법정대리인의 동의를 필요로 하지 않는다.

- 그러나 의사능력이 없는 상태에서는 유효한 유언을 할 수 없고, 피성년후견인의 경우 의사능력이 회복된 때에만 유효한 유언이 가능하고, 피성년후견인이 유언을 할 경우 의사가 심신 회복의 상태를 유언서의 부기하고 서명날인 해야 한다.

### 나) 유언의 내용

- 유언의 내용으로 할 수 있는 사항은 법률이 인정하는 사항에 한한다.

- 재단법인의 설립을 위한 재산출연, 친성부인, 가족관계 인지, 미성년후견인의 지정, 미성년후견감독인의 지정, 상속재산의 분할방법의 지정 또는 위탁, 상속재산의 분할금지, 유언집행자의 지정 또는 위탁, 유증, 신탁의 설정 등.

## 다) 유언의 방식(유언의 요식성)

### (1) 자필증서

- 유언자 본인이 직접 유언의 내용 전부와 그 유언서를 쓴 연월일 그리고 주소, 성명을 쓰고 날인해야 한다. 날인은 반드시 인장일 필요는 없고 지장을 찍어도 된다. 일부라도 타인이 대필하면 인정되지 않는다.

[2009-1차-39]

만 17세인 철수는 만일의 경우에 대비해서 혼자서 유언의 전체 내용과 연월일, 주소, 성명을 직접 쓰고 날인(捺印)해서 유언장을 작성하였다.

### (2) 녹음에 의한 유언

- 유언자가 녹음기를 사용하여 유언의 취지, 내용과 자기의 성명, 그리고 유언을 하는 연월일을 말하여 녹음해야 한다. 그 녹음에 참여한 증인의 말로 그 유언이 정확하다는 것과 증인의 성명도 녹음해야 한다.

[2009-1차-39]

영태는 재산의 절반을 3남매 중 막내인 진철에게 물려주기로 하고, 진철의 아들인 만 21세의 성진이 증인으로 참석한 자리에서 유언의 취지와 본인 성명, 연월일을 말했다. 성진은 이 유언이 정확하다며 자신의 성명을 말하고 전체 내용을 녹음하였다.

### (3) 공정증서에 의한 유언

- 유언자가 성년 증인 2인이 입회한 가운데 공증인 앞에서 해야 한다. 우선 유언자가 유언의 내용을 말하면 공증인이 이를 필기·낭독하고, 유언자와 증인이 그 필기한 것이 유언자가 말한 내용과 일치한가를 확인한 뒤 각자 서명 또는 기명 날인해야 한다.

### (4) 비밀증서에 의한 유언

- 유언 내용을 자기의 생전에는 비밀히 해두고 싶은 경우에 사용하는 방식이다. 이것은 유언자가 직접 또는 대리인을 통해 유언의 내용을 쓰고 그 쓴 사람의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인, 2인 이상의 증인에게 제출하여 자기의 유언서임을 표시해야 한다. 그리고 그 봉서의 표면에 그 유언서의 제출 연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각각 서명 또는 기명날인해야 한다. 이렇게 하여 작성한 유언봉서를 그 표면에 기재된 날로부터 5일 이내에 공증인 또는 가정법원 서기에 제출하여 그 봉인위에 확정일자인을 받아야 한다.

### (5) 구수증서에 의한 유언(특별유언)

- 질병이나 급박한 사정에 의해 다른 방법에 의한 유언을 할 수 없을 때에는 구수증서에 의한 유언이 사용된다. 이 방식은 2인 이상의 증인이 입회한 가운데 그 중 1인에게 유언취지를 이야기해 주고, 그 사람이 이를 받아쓴 뒤 낭독하여 유언자와 나머지 증인이 그 정확함을 승인한 후에 각자 서명 또는 기명날인 하면 된다. 이렇게 작성한 유언서를 그 유언 당시 참여한 증인이나 이해관계가 있는 사람이 그 급박한 사유가 끝난 날로부터 7일 이내에 가정법원에 그 검인신청을 해야 한다.

[2009-1차-39]

입원 중인 종수가 의식이 불완전하며 말을 못하고 고개만 끄덕일 수 있는 상태에서, 종수의 아내가 쓴 쪽지를 보면서 공증인이 유언 내용의 취지를 말해 주고 “그렇습니까?” 라고 묻자 종수는 고개만 끄덕거렸다. 공증인의 사무직원이 유언 내용을 필기하고 이를 공증인이 낭독하며 유언장을 작성하였다.

## 라) 증인의 결격사유

- 미성년자, 피성년후견인과 피한정후견인, 유언으로 이익을 받을 사람, 그의 배우자와 직계혈족, 그리고 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못한다. [2009-1차-39]

#### 마) 유언의 효력

- 유언은 유언한 사람의 사망으로 인하여 효력이 발생한다. 따라서 유언에 의한 수익자는 유언이 효력이 발생되기까지는 아무런 법률상의 권리도 취득하지 않는다.

#### 바) 유언의 철회

##### (1) 임의철회

##### (2) 법정철회

#### 사) 유언의 무효

#### 아) 유언의 취소

### 7) 유류분 제도

- 재산권 행사를 생전에 자유롭게 할 수 있지만, 남겨진 유족들의 생존권 보호를 위하여 재산을 형성하는데에 가족들의 노력을 일부분 고려하여 도입한 제도.

#### 가) 유류분의 권리자 및 비율

- 직계비속은 법정상속분의 1/2
- 배우자는 법정상속분의 1/2
- 직계존속은 법정상속분의 1/3
- 형제자매는 없음 (위헌)

#### 나) 유류분의 산정

- 유류분의 기초재산은 상속개시 시점의 재산 + 1년 이내 타인에게 증여재산 + 채무 + 특별수익을 의미한다.
- 특별수익이란, 특별수익이란 상속인이 피상속인으로부터 생전에 증여 받았거나, 유언으로 증여 받은 재산 중 상속재산을 미리 받은 것으로 인정되는 재산으로, 예를 들어 생전에 증여한 결혼 준비자금, 독립자금, 학비, 유학자금 외 일정 상속인에게만 유증한 재산이 포함된다.

#### 다) 유류분의 보전

##### (1) 유류분 반환청구권

- 유류분 권리자가 피상속인의 증여 또는 유증으로 인하여, 유류분 권리자의 유류분에 부족이 생긴 때에는 그 부족한 한도에서 재산의 반환을 청구할 수 있다.

##### (2) 반환청구권의 효과

##### (3) 반환청구권의 소멸시효

## 5. 소송법

### 가. 심급제도

- 항소, 상고 : 판결에 대한 불복
- 항고, 재항고 : 결정이나 명령에 대한 불복
- 순서 : 지법 단독판사 → 지법 합의부 or 고등법원 → 대법원 / 지법 합의부 → 고등법원 → 대법원 [2009-1차-35]
- 3심제에 대한 예외로 특허소송(특허법원 → 대법원), 선거소송과 국민투표소송(대법원) 등이 있다.

[국민투표법] [2009-1차-36]

**제92조(국민투표무효의 소송)** 국민투표의 효력에 관하여 이의가 있는 투표인은 투표인 10만인 이상의 찬성을 얻어 중앙선거관리위원회위원장을 피고로 하여 투표일로부터 20일 이내에 **대법원에 제소**할 수 있다.

[2009-1차-35]

갑의 상해행위로 인하여 피해를 입은 을은 갑을 상해죄로 고소하였으나 검사는 피의사실을 인정할만한 충분한 증거가 없다는 이유로 불기소처분하였다. 이에 을은 관할 고등법원에 재정신청을 하였고 법원의 공소제기 결정에 따라 검사는 갑을 상해죄로 구속기소하였다. 제1심 공판절차에서 갑은 법원에 보석을 청구하였으나 기각되었으며, 지방법원 단독판사는 갑에게 징역 1년을 선고하였다. 갑은 제1심판결의 양형부당을 이유로 지방법원 본원 합의부에 항소를 제기하였다.

### 나. 소송 관련 개념

- 형사소송법상 소송당사자의 인권을 보장하기 위하여 재판의 원칙 중 공개재판주의, 증거재판주의를 지켜야 한다. [2003-20]

#### 1) 공개재판주의(공개주의)

- 헌법 제109조
- 재판을 일반인이 방청하도록 허용하여 재판의 공정성을 확보하고 사법권에 대한 국민의 신뢰를 높이는 것을 목적으로 한다.

#### 2) 증거재판주의

- 형사소송법 제307조 제1항 사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.
- 제2항 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.
- 반드시 증거에 의해서만 사실인정을 허용한다는 형사소송의 원칙으로, 이때 증거는 증거능력이 있어야 한다.
- 전문증거나 유일한 증거인 자백은 증거능력이 인정되지 않는다.

[2013-1차-38]

재판에서 사실의 인정은 증거에 의하여야 한다. 왜냐하면 법원의 사실 인정이 자의에 의한 확신이 아니라, 객관적이고 합리적인 증거에 의한 확신이어야 재판의 공정성과 신뢰성이 유지될 수 있기 때문이다. 그러나 경우에 따라서는 입증이 매우 곤란한 경우도 있기 때문에, 법은 증명의 곤란을 완화하기 위하여 추정과 간주라는 예외적 방법을 두고 있다.

#### 3) 자유심증주의

- 형사소송법 제308조 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.
- 증거의 증명력을 법관이 판단하도록 한다. → 단 자백의 증명력은 제한적

#### 4) 위법수집증거배제의 원칙(독수독과이론)

- 형사소송법 제308조의2 (위법수집증거의 배제) 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

#### 5) 국가소추주의(기소독점주의) [2024-A-11]

- 공소는 검사만이 제기할 수 있도록 한 것이다. [2024-A-11]
- 검사의 불기소처분에 대하여 고등검찰청에 항고 → 대검찰청에 재항고 혹은 고등법원에 재정신청할 수 있다. [2009-1차-35]

- 다만 기소유예처분이나 고소·고발하지 않은 범죄 피해자의 경우 구제절차가 없어 헌법소원심판을 청구하게 된다.  
[2020-A-12]
- 친고죄나 반의사불벌죄의 경우 제한된다.

[2009-1차-35]

갑의 상해행위로 인하여 피해를 입은 을은 갑을 상해죄로 고소하였으나 검사는 피의사실을 인정할만한 충분한 증거가 없다는 이유로 불기소처분하였다. 이에 을은 관할 고등법원에 재정신청을 하였고 법원의 공소제기 결정에 따라 검사는 갑을 상해죄로 구속기소하였다. 제1심 공판절차에서 갑은 법원에 보석을 청구하였으나 기각되었으며, 지방법원 단독판사는 갑에게 징역 1년을 선고하였다. 갑은 제1심판결의 양형부당을 이유로 지방법원 본원 합의부에 항소를 제기하였다.

[99헌마403]

**기소유예처분**이란 공소제기함에 충분한 혐의가 있고 소송조건도 구비되어 있음에도 검사가 제반사항을 고려하여 공소를 제기하지 않는다는 내용의 처분이므로 범죄혐의가 없음이 명백한 사안을 자의적이고 타협적으로 기소유예처분을 했다면 헌법이 금지하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 되어 그 처분을 받은 자는 **헌법소원심판**을 청구할 수 있다.

[2014헌마952] [2020-A-12]

청구인은 이 사건 임대주택을 매수하면서 전전 소유자가 이미 설정한 근저당권을 인수한 것에 불과하므로, 임대주택법(2008. 3. 21. 법률 제8966호로 전부개정된 것) 제18조 제1항이 금지하는 저당권이나 가등기담보 등 담보물권을 '설정'하는 행위를 한 자에 해당하지 않는다.

또한 같은 법 제16조 제2항이 임대주택 매각 시 매매계약서에 임대주택의 매수자가 매도인의 임대사업자로서의 지위를 승계하는 뜻을 밝히도록 규정하였다 하여, 이를 근거로 실제 근저당권 설정행위를 하지 아니한 청구인을 처벌할 수 있다고 해석하는 것은 죄형법정주의원칙에 반하여 허용되지 아니한다.

그럼에도 불구하고 청구인의 임대주택법위반 혐의를 인정한 이 사건 **기소유예처분**은 법리오해에 기초하여 이루어진 자의적인 검찰권의 행사로서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

[2008헌마387]

**범죄피해자는 그가 고소를 제기한 바 없었어도** 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 자격이 있고, 고소인이 아니므로 불기소처분에 대한 검찰청법상의 항고, 재항고 또는 형사소송법상의 재정신청 절차에 의한 구제를 받을 방법이 없으므로 곧바로 **헌법소원심판**을 청구할 수 있다.

[2024-A-11]

교사 : 맞습니다. 그렇다면 을에 대해 검사가 가정법원 소년부로 송치하여 재판 받도록 한 이후, 소년부에서 형사처벌이 필요하다고 판단하여 판사가 직접 기소하는 것은 가능할까요?

학생 : 아닙니다.

교사 : 왜 그렇게 생각했나요?

학생 : ( ⊖ ).

교사 : 맞습니다. 과제를 잘 해왔네요.

## 6) 기소편의주의

- 검사는 재량에 따라 공소를 제기하지 않을 수도 있다(기소편의주의) → 검사의 공소 제기가 없다면 법원은 심사할 수 없다(불고불리의 원칙)
- 기소편의주의에 따라, 죄는 인정하지만 피의자의 연령, 성행, 환경, 범죄 동기 등을 참작하여 검사가 기소하지 않는 것을 '기소 유예'라고 한다. [1996-39]

## 7) 무죄추정의 원칙

- 헌법 제27조 제4항
- 피고인이 유죄로 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정한다.

## 8) 미란다 원칙

- 헌법 제12조 제2항(진술거부권)
- 형사소송법 제244조의3



### 9) 불이익변경금지의 원칙

- 피고인이 상소한 사건은 원심판결의 형보다 중한 형을 선고할 수 없다.

### 10) 수사의 조건

- 수사의 필요성 : 범죄혐의의 인지, 공소제기의 가능성
- 수사의 상당성 : 수사의 신의칙(국민을 속이거나 피의자를 곤궁에 빠뜨리는 등, 함정수사 금지)과 비례의 원칙(적법한 수단으로)

### 11) 영장주의

- 체포, 구속, 압수 또는 수색에 있어서 헌법 제12조 제3항에 규정

### 12) 일사부재리

- 헌법 제13조 1절 후단에 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니하며...
- 헌법재판소법 제39조.

### 13) 증명책임

- 형사에서는 공소사실에 대해 검사가 증명책임이 있다.

## 다. 형사소송의 절차

[2003-20] [2012-1차-40]

① 범죄의 발생 → ② 피의자에 대한 수사, 영장 발부 → ③ 구속적부심 청구 → ④ 검사의 피의자 기소 [2021-A-11] [2022-A-5] → ⑤ 변호인 선임 [2022-A-5] → ⑥ 법정 심리 → ⑦ 보석 신청 → ⑧ 증거 조사 → ⑨ 변론 종결 후 검사 구형 → ⑩ 재판부의 판결 → ⑪ 1심에 불복시 고등법원에 항소 → ⑫ 2심에 불복시 대법원에 상고

- 우리헌법에서는 피의자에 대한 수사단계에서 적법절차의 원리(영장주의), 고문의 금지, 묵비권, 변호인의 조력을 받을 권리, 미란다 원칙, 자백의 증거능력 제한 등 인권침해를 방지하기 위한 권리를 보장하고 있다. [2003-20]
- 형사소송법 제201조의2에 의하여 구속영장을 청구했을 때 판사가 피의자를 직접 심문해 구속 여부를 결정하는 영장실질심사제도(구속 전 피의자심문)가 있다.
- 확정판결 이후 일정 기간 이상 복역한 수형자가 충분히 교화된 경우 가석방의 대상이 될 수 있다. [2012-1차-40]
- 검사에 의해 재판에 회부되어 기소된 사람을 피고인이라고 한다. [1996-39]
- 입건이 되어 각 수사 기관에 비치되어 있는 사건부에 이름이 오르게 되면 그 사람은 형사 소송법상 '피의자'가 된다. [1996-39]
- 기소된 사람이 석방되기를 원하면 보석을 신청할 수 있다. [1996-39] [2009-1차-35]
- 구속영장이 집행된 이후 구속적부심사를 신청할 수 있다. [1996-39] [2016-A-7] → 기각, 석방, 보증금압입조건부 석방 가능

[2012-1차-40]

갑은 호프집에서 술에 취한 손님 을이 동료 병에게 포크로 위협하면서 시비를 걸자 을을 힘껏 밀쳐 넘어뜨렸는데, 넘어진 을은 증상을 입고 병원에 입원하였다. 갑은 호프집 주인의 신고로 출동한 경찰에 의해 현행범으로 체포되어 다음날 구속영장이 청구되었다. 갑의 부인은 남편이 집으로 돌아올 수 있는 형사절차상 방법들을 알아보니 보석제도, 가석방제도, 구속적부심제도, 영장실질심사제도, 무죄판결 등이 있다는 것을 알게 되었다.

[형사소송법]

제420조(재심이유) 재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때
2. 원판결의 증거된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때

3. 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
  4. 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
  5. 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때
  6. 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때
  7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때 단, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다.
- 제441조(비상상고이유)** 검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 **비상상고**를 할 수 있다.

## 라. 법률구조제도

[법률구조법]

**제1조(목적)** 이 법은 경제적으로 어렵거나 법을 몰라서 법의 보호를 충분히 받지 못하는 자에게 법률구조를 함으로써 기본적 인권을 옹호하고 나아가 법률 복지를 증진하는 데에 이바지함을 목적으로 한다. → 대한법률구조공단 등

## 마. 국민참여재판 [2009-1차-34]

- 합의부 관할사건을 대상으로, 배심원이 된 국민은 법정 공방을 지켜본 후 피고인의 유·무죄에 관한 **평결**을 내리고 적정한 형을 토의하면 재판부가 이를 **참고**하여 판결을 선고하게 된다. → 재판부가 평결에 구속되지 않는다. [2009-1차-34]
- 피고인이 원하고 법원의 배제결정이 없는 경우 진행할 수 있다. → 성범죄 사건 등 피해자가 원하지 않는 경우에도 진행할 수 있어서 제도개선의 요구가 있다.

## 바. 배상명령제도 [2018-A-13]

- 형사재판 진행 중에 별도의 민사소송을 제기하지 않고 물적 피해의 배상까지 받아낼 수 있는 제도 [2018-A-13]
- 피해자가 별도의 민사소송을 제기하려면 번거로움은 물론 장기간이 소요될 수 있기 때문에 피해자의 경제적 피해를 신속히 구제하기 위함 [2018-A-13]

## 6. 기타

### 가. 노동법

#### 1) 적용 원칙

- 유리한 조건 우선의 원칙 [2007-20] : 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등 근로관계를 규율하는 여러 규범이나 계약 중에서 가장 유리한 근로조건이 근로자에게 적용된다.
- 상위법 우선의 원칙 : 법령의 강행규정 > 단체협약 > 취업규칙 > 근로계약 > 법령의 임의규정 순으로 적용한다. [2007-20]

#### 2) 황건계약 [2004-2]

- 사용자가 특정 노동자에게 더 나은 대우를 약속하는 대신, 노동조합에 가입하지 않고 쟁의에도 참가하지 않거나, 특정 조합의 조합원이 되는 것을 조건으로 약정하여 개별적으로 맺는 것이다. [2004-2]
- 이 계약은 미국에서 노동조합을 혐오하는 사용자들이 노동조합 활동을 억압하기 위해 1900년대 초에 자주 이용하였다. 미국 몇 개의 주법(State Act)에서는 사용자가 이 계약을 체결하는 것을 위법이라 하여 금지하였으나, 연방 최고 법원은 1915년에 이들 주법이 계약 자유의 원칙을 침해하는 것이라 하여 위헌으로 금지하였다. 우리나라에서는 이 계약이 헌법상의 노동 3권을 침해하는 것으로서, 이 계약의 체결은 사용자의 부당 노동행위에 해당된다고 해석되고 있다. [2004-2]
- 기업이 노동자를 채용할 때에는 조합원이 아닌 노동자를 채용할 수 있지만, 일정한 기간 내에서 노동조합에 가입해야 하는 유니온 슝(union shop) 제도는 단체협약에 의해 인정할 수 있다.

#### 3) 근로기준법 [1992-39] [2024-A-4]

[근로기준법]

**제2조(정의)** ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "근로자"란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 말한다. [2016-A-8]
  2. "사용자"란 사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.
  3. "근로"란 정신노동과 육체노동을 말한다.
  4. "근로계약"이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다. [2019-A-8]
  5. "임금"이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 모든 금품을 말한다. [2016-A-8]
  6. "평균임금"이란 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준한다.
  7. "1주"란 휴일을 포함한 7일을 말한다.
  8. "소정(所定)근로시간"이란 제50조, 제69조 본문 또는 「산업안전보건법」 제139조제1항에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다. [2022-B-2]
  9. "단시간근로자"란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다. [2022-B-2]
- ② 제1항제6호에 따라 산출된 금액이 그 근로자의 통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.
- 제3조(근로조건기준)** 이 법에서 정하는 근로조건은 **최저기준이므로** 근로 관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다. [2011-1차-40]

**제4조(근로조건결정)** 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다. [2011-1차-40]

**제5조(근로조건준수)** 근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다. [2011-1차-40]

**제9조(중간착취배제)** 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다. [2011-1차-40]

제15조(이 법을 위반한 근로계약) ① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로 한다. [2011-1차-40] [2019-A-8] → 강행규정성

② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

제26조(해고의 예고) 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. [2011-1차-40]

1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우
2. 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우
3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우

제27조(해고사유 등의 서면통지) ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다. [2018-A-8] → 이메일에 의한 해고통지도 유효할 수 있다. [2018-A-8]

제28조(부당해고등의 구제신청) ① 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다. [2014-A-기입15]

제30조(구제명령 등) ① 노동위원회는 제29조에 따른 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다. [2014-A-기입15]

제50조(근로시간) ① 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다. [2024-A-4]

② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.

제60조(연차 유급휴가) ① 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다. [2016-A-8] → 1년간의 근로에 대한 대가성의 “유급”휴가이므로 임금에 해당한다. [2016-A-8]

제75조(육아 시간) 생후 1년 미만의 유아(乳兒)를 가진 여성 근로자가 청구하면 1일 2회 각각 30분 이상의 유급 수유 시간을 주어야 한다. [2011-1차-40]

제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치) ① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다. [2025-B-2]

⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다. [2025-B-2]

제97조(위반의 효력) 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다. [2019-A-8]

제101조(감독 기관) ① 근로조건을 확보하기 위하여 고용노동부와 그 소속 기관에 근로감독관을 둔다. [2025-B-2]

제102조(근로감독관의 권한) ① 근로감독관은 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물을 현장조사하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있다.

⑤ 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다. [2025-B-2]

#### 가) 미성년자의 임금청구 [2011-1차-40]

[근로기준법]

제68조(임금의 청구) 미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다.

[민사소송법]

제55조(제한능력자의 소송능력) ① 미성년자 또는 피성년후견인은 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미성년자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우

### 4) 노동조합 및 노동관계조정법

#### 가) 부당노동행위 [2014-A-기입15]

[노동조합 및 노동관계조정법]

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.
2. "사용자"라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.
3. "사용자단체"라 함은 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체를 말한다.
4. "노동조합"이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건외의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다. [2019-A-8]

가. 사용자 또는 향상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우

나. 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우

다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우

라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.

마. 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우

5. "노동쟁의"라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 "勞動關係 當事者"라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건외의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.

6. "쟁의행위"라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

**제31조(단체협약의 작성)** ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다. [2020-B-1]

**제81조(부당노동행위)** ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "不當勞動行爲"라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 [2014-A-가입15]

2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 제24조제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖에 재해의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 [2014-A-가입15]

- 부당노동행위에 대해 노동위원회에 구제를 신청하여 부당노동행위에 해당한다고 판정되면 사용자에게 구제 명령을 내린다. [2014-A-가입15]

- 단체협약이란 노동조합과 사용자가 단체교섭이나 쟁의행위의 결과 합의된 사항을 문서화한 것을 말한다. 단체협약은 근로조건외의 개선을 주된 목적으로 하는 근로자보호 기능과 일단 체결된 뒤에는 노사관계를 안정시키고 직장의 평화를 보장으로 하는 평화유지의 기능 등을 수행한다. [2020-B-1]

## 나. 소비자기본법 [2002-10]

[2002-10]

다음과 같은 경우에 박△△씨는 아파트 분양회사와 대표를 상대로 사기죄로 형사 고발, 민사상 손해 배상, 그리고 행정법상의 법적 조치 등을 취할 수 있을 것이다. 만약 사회법을 통하여 직·간접적으로 피해를 구제 받으려고 할 경우 구체적으로 어떤 법이 적용될 수 있는지, 한 가지만 쓰시오.

박△△씨는 신문 광고를 보고 아파트 분양을 신청하였는데, 당첨이 되어 계약금과 중도금을 지불하였다. 그리고 계약 후 2년이 지나 아파트가 오나공되어 잔금을 지불하고 입주해 보니, 분통이 터졌다. 처음 아파트 분양 광고에서는 「다른 아파트와 달리 지하 주차장을 만들어, 세대 당 1.5대의 주차 시설을 갖추었기 때문에, 주차난을 해결할 수 있을 뿐만 아니라, 대형 쇼핑센터가 있어 생활에 불편함이 없습니다.」 라는 신문 광고에 매료되어서 분양 신청을 했던 것이었다. 그러나 입주해 보니 세대 당 0.9대분의 주차 시설과 구멍 가게 하나밖에 없었다.

## 다. 국제사법 [2017-A-5]

[국제사법]

제1조(목적) 이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다.

제2조(국제재판관할) ①법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다.

제3조(본국법) ①당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 그 국적중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.

[2017-A-5]

제주도에서 중국인 갑이 일본인 을로부터 중고 카메라를 구입하는 매매계약을 체결하였다. 이 매매계약의 내용과 효력에 관하여 다툼이 발생하여 제주지방법원에 소송이 제기되었다. 제주지방법원에서는 이 소송에서 적용되어야 할 법률이 일본법인지, 중국법인지, 한국법인지 논란이 되었다.

## 라. 국제법

### 1) 국제연합헌장 및 국제사법재판소규정

#### 가) 무력 사용이 허용되는 경우 [공사 2006-14]

- 안전보장이사회의 결의가 있는 경우
- 자위권의 행사인 경우

[공사 2006-14]

2003년 봄 이라크에 대하여 미·영 연합군이 군사 공격을 가한 일은 국제법에 어긋난 행위라는 견해가 있다. 이러한 견해의 법적 근거는 유엔헌장에서 찾을 수 있다. 유엔헌장에 따르면, 물리적인 힘(무력)은 2가지 경우에만 행사할 수 있다. 유엔헌장은 이 2가지 경우를 제외한 무력행사에 대하여 포괄적인 금지 규정을 두고 있다.

#### 나) NATO 유고슬라비아 공습의 쟁점 [공사 2006-14]

- UN헌장에 근거하지 않은 불법적인 무력행사
- 인권보호를 위한 정당한 개입

[공사 2006-14]

한편, 1999년 나토(NATO)군은 코소보(Kosovo)에서 자행되는 인권 침해를 막고 코소보에서 피난 간 알바니아계 국민들의 귀향을 위해 유고에 대한 공습을 감행하였다. 당시 나토군의 무력행사에 대해 많은 논란이 벌어졌다. 이에 대한 입장은 크게 2가지로 나뉘었다. 유고에 대한 나토군의 공습은 이른바 ‘인도적 개입(간섭)’의 맥락에서 행해졌다. 코피 아난 유엔 사무총장은 1999년 제54차 유엔 총회 개막 연설에서 “인권 보호를 위해서는 주권 제한도 가능하다.”라는 발언을 했는데, 그의 이런 지적은 유엔에 의한 국제 개입주의로 요약된다. 이것은 특히 1994년 르완다와 1998년 코소보 사태 당시 유엔이 신속하고도 적절한 대응을 하지 못해 엄청난 인권 유린이 자행됐다는 반성 속에서 나온 발언이

다.