

■ 민법(계약) 총평

1. 기출문제의 출제방향

- (1) 2016년 10월 8일에 시행된 제4회 행정사 2차시험 과목 중 민법은 어느정도 예상된 문제가 출제되어 지난 3회 시험보다는 난이도가 약간 낮게 출제된 것으로 보인다.
- (2) 배점 40점인 사례문제(Case문제)의 경우 타인의 재산권에 대한 매매계약과 관련하여 분설형 문제로 배점 20점의 2문제로 출제되었다. 사례문제(Case문제)중 1문은 타인의 권리에 대한 매매계약의 유효여부와 매도인의 담보책임·채무불이행책임의 적용여부를 묻고 있으며, 사례문제(Case문제)중 제2문은 목적이 원시적 전부불능의 경우에 매매계약의 유효여부와 민법 제535조 계약체결상의 과실책임의 적용여부에 관한 논점을 묻고 있다.
- (3) 배점이 20점인 약술문제 3문제 중 1문제는 임대인의 동의 없는 전대차를 묻고 있고, 제2문은 화해계약의 경우 당사자의 자격이나 목적인 분쟁이외의 사항에 관한 착오를 이유로 한 취소의 문제에 관한 논점을 묻고 있다. 제3문은 청약과 승낙의 결합에 의하지 아니하고 계약이 성립될 수 있는 경우, 즉 특수한 계약의 성립인 의사실현과 교차청약에 의한 계약의 성립을 묻고 있다.

2. 문제의 세부적 고찰

문제를 세분해서 살펴보면,

제1문의 (1)은 타인의 권리에 대한 매매계약의 유효여부와 매도인의 담보책임·채무불이행책임의 적용여부, 양자의 경합문제를 묻고 있으며,

제1문의 (2)는 목적이 원시적 전부불능의 경우에 매매계약의 유효여부와 민법 제535조 계약체결상의 과실책임의 적용여부와 그 효과를 묻고 있다.

제2문에서는 임대인의 동의 없는 전대차에서 임대인·임차인(전대인)·전차인간의 3면관계를 묻고 있으며,

제3문에서는 화해계약의 경우 당사자의 자격이나 목적인 분쟁이외의 사항에 관한 착오를 이유로 한 취소의 문제에 관한 논점과 판례를 묻고 있다.

제4문에서는 청약과 승낙의 결합에 의하지 아니하고 계약이 성립될 수 있는 경우, 즉 특수한 계약의 성립인 의사실현과 교차청약에 의한 계약의 성립을 묻고 있으며 보충적으로는 사실적 계약관계이론도 간접적 논점이 될 수 있다.

3. 행정사 2차시험 답안작성시 유의사항

- (1) 행정사 2차 시험은 특히 짧은 시간의 제약이 따른다는 점을 고려하면 논점을 잡는 데에 기본 3~4분을 투자한다고 가정할 때 실제 답안에 적을 수 있는 분량은 지극히 한정될 수 밖에 없으며, 따라서 많은 분량을 두서없이 답안지에 기재하는 것보다는, 출제자가 요구하는 논점을 정확히 파악하여 세부 논점별로 목차를 구성하여 핵심문장과 판례위주로 써내려가는 것이 바람직한 것으로 본다.

- (2) 논술형 문제는 두서없이 많은 분량을 적으려고 하는 것은 위험한 전략이며, 오히려 약간 분량이 적더라도 정확한 논점을 잡고 목차를 논리정연하게 핵심어(key word) 중심으로 전개하여, 채점위원이 한눈에 명쾌하게 논점이 보일 수 있도록 답안지를 작성하는 것이 바람직하며, 최근 판례와 자기의 주관을 논리적으로 가미하는 것이 고득점하는 데 반드시 필요한 조건이라고 본다.

■ 민법(계약) 기출문제 해설

1. 문제 1-(1)

1. 2016. 9. 1. 甲(매도인)은 별장으로 이용하는 X건물에 대하여 乙(매수인)과 매매 계약을 체결하였다. 이 계약에 따라 乙은 계약체결 당일에 계약금을 지급하였고, 2016. 9. 30. 乙의 잔금지급과 동시에 甲은 乙에게 소유권이전에 필요한 서류를 교부해주기로 하였다. 다음 각 독립된 물음에 답하시오.(40점)

(1) 2016. 9. 1. 계약체결 당시 위 X건물이 甲의 소유가 아니라 제3자 丙의 소유인 경우에, 위 매매계약의 효력 및 甲과 乙 사이의 법률관계에 관하여 논하시오.(20점)

1. 문제의 제기

위 사례의 논점은 다음과 같다.

1. 타인의 권리에 대한 매매계약의 유효여부,
2. 매도인의 담보책임의 적용여부,
3. 채무불이행책임의 적용여부,
4. 양자의 경합 여부.

II. 타인의 권리에 대한 매매계약의 유효여부

1. 법률행위가 유효하기 위해서는 법률행위 성립시에 목적이 확정할 수 있고, 가능하고 적법하고 사회적 타당성이 있어야 한다. 타인의 권리를 매매한 경우에 매매계약체결시에 비록 타인의 권리라고 하더라도 이행시까지 이행가능성이 있으므로 그 매매계약은 유효가 된다.
2. 따라서 계약 이행시인 2016. 9. 30. 매도인 甲은 매수인 乙에게 약정대로 乙의 잔금지급과 동시에 甲은 乙에게 소유권이전에 필요한 서류를 교부해주어야 한다.
3. 만약 이행이 불가능한 경우 매도인의 담보책임과 채무불이행책임이 발생한다.

III. 매도인의 담보책임의 적용여부

1. 위 사례는 매도인의 담보책임 중 권리의 전부가 타인에게 속하는 경우에 해당한다. 만약 타인의 권리를 매매한 경우에 이행시까지 이행할 수 없는 경우에 매도인 甲의 귀책사유가 없는 경우에도 매도인의 담보책임이 적용될 수 있다.
2. 따라서 선의의 매수인 乙은 매도인 甲에 대하여 계약해제 및 손해배상을 청구할 수 있으나, 매수인 乙이 악의인 경우에는 매도인 甲에 대하여 계약해제를 할 수 있으나 손해배상을 청구할 수는 없다.

IV. 채무불이행책임

1. 만약 매도인 甲의 귀책사유로 그 의무의 이행이 불능이 된 때에는 채무불이행책임, 즉 이행불능책임이 성립한다.
2. 매수인 乙은 이행불능에 대하여 귀책사유있는 매도인 甲에 대하여 계약해제 및 손해배상을 청구할 수 있다.

V. 양자의 경합

채무불이행책임은 매도인의 고의나 과실을 요건으로 하는 과실책임인 데 반하여, 매도인의 담보책임은 매도인의 고의나 과실을 요구하지 않는 무과실책임이라는 점에서 그 성질을 달리하고, 하나의 사안이 양자의 요건을 모두 갖춘 경우에는 양 책임의 성립을 각각 인정할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.

V. 결어

1. 甲과 乙사이의 제3자 丙의 소유인 X건물에 대한 매매계약은 유효하다.

2. 매도인 甲의 귀책사유가 없는 경우에도 매수인 乙은 매도인의 담보책임을 물을 수 있다. 즉 선의의 매수인 乙은 매도인 甲에 대하여 계약해제 및 손해배상을 청구할 수 있으나, 매수인 乙이 악의인 경우에는 매도인 甲에 대하여 계약해제를 할 수 있으나 손해배상을 청구할 수는 없다.
3. 매도인 甲의 귀책사유가 있는 경우에는 매수인 乙은 매도인 甲에 대하여 계약해제 및 손해배상을 청구할 수 있다.
4. 판례에 의하면 양자의 요건을 모두 갖춘 경우에는 채무불이행책임과 매도인의 담보책임을 모두 물을 수 있다.

2. 문제1-(2)

1. 2016. 9. 1. 甲(매도인)은 별장으로 이용하는 X건물에 대하여 乙(매수인)과 매매 계약을 체결하였다. 이 계약에 따라 乙은 계약체결 당일에 계약금을 지급하였고, 2016. 9. 30. 乙의 잔금지급과 동시에 甲은 乙에게 소유권이전에 필요한 서류를 교부해주기로 하였다. 다음 각 독립된 물음에 답하시오.(40점)

(2) 만약 甲의 소유인 X건물이 계약체결 전날인 2016. 8. 31. 인접한 야산에서 발생한 원인불명의 화재로 인하여 전부 멸실되었을 경우에, 위 매매계약의 효력 및 甲과 乙 사이의 법률관계에 관하여 논하시오.(20점)

I. 문제의 제기

위 사례의 논점은 다음과 같다.

1. 목적이 원시적 전부불능의 경우에 매매계약의 유효여부,
2. 민법 제535조 계약체결상의 과실책임의 적용여부.

II. 원시적 전부불능에 매매계약의 유효여부

1. 법률행위가 유효하기 위해서는 법률행위 성립시에 목적이 확정할 수 있고, 가능하고 적법하고 사회적 타당성이 있어야 한다.
2. 따라서 계약 성립시인 2016. 9. 1. 이전인 2016. 8. 31.매도인 甲의 소유인 X건물이 원인불명의 화재로 인하여 전부 멸실되었으므로 원시적 전부불능에 해당하여 위 매매계약은 무효가 된다. 단지 계약체결상의 과실책임의 문제가 발생한다.

III. 민법 제535조 계약체결상의 과실책임

1. 민법의 규정

현행 민법은 제535조에서 “목적에 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

2. 계약체결상의 과실책임의 적용범위

(1) 다수설의 입장

원시적 전부불능의 경우, 즉 계약이 무효인 경우에만 계약체결상의 과실책임을 적용할 것이 아니라 계약체결상의 준비단계나 계약의 유효인 경우에도까지 확장하여 계약체결상의 과실책임을 적용하고자 하는 것이 다수설의 입장이다.

(2) 판례의 입장

민법은 원시적 전부불능의 경우의 계약체결상의 과실책임에 관하여서만 규정하고 있다고 보는 것이 판례의 입장이며, 계약체결상의 준비단계나 계약의 유효인 경우에는 계약체결상의 과실책임이 아니라 불법행위책임이나 채무불이행책임을 적용하고자 한다.

3. 계약체결상의 과실책임의 성립과 효과

(1) 성립요건

체결된 계약의 내용이 원시적·전부불능이기 때문에 그 계약이 무효이어야 한다. 따라서 매매 기타의 유상계약에 있어서 일부불능이 있으면 민법 제574조에 의한 담보책임이 생기고 계약체결상의 과실책임은 발생될 여지가 없다.

(2) 효과

과실 있는 당사자는 신뢰이익을 배상해야 한다. 신뢰이익이란 상대방이 그 계약의 유효를 믿었기 때문에 받은 손해를 말한다. 배상액은 이행이익을 넘지 못한다. 여기서 이행이익이란 그 계약이 유효했다더라면 상대방이 얻었을 이익, 예컨대 전매차익 등을 말한다.

IV. 결어

1. 매도인 甲과 매수인 乙 사이의 X건물에 대한 매매계약은 무효이다.

2. 과실 있는 당사자인 甲은 선의·무과실인 乙에게 신뢰이익을 배상해야 한다.

3. 문제 2

2. 甲(임대인)의 동의없이 乙(임차인)이 임대목적물을 제3자 丙에게 전대(轉貸)한 경우에 甲, 乙, 丙 사이의 법률관계에 관하여 설명하시오.(20점)

I. 전대차계약과 임대인의 동의여부

민법은 원칙적으로 임차물의 전대를 허용하지 않으며 다만 임대인의 동의가 있는 경우에만 예외적으로 전대할 수 있는 것으로 하고 있는 바, 임대인의 동의 없이 한 전대차의 법률효과는 다음과 같다.

II. 임대인 甲의 동의 없는 전대차

1. 전대인 乙과 전차인 丙과의 관계

(1) 전대인 乙 · 전차인 丙사이의 전대차계약은 일종의 임대차계약으로서 유효하게 성립하며, 전대인 乙은 임대인 甲의 동의를 얻을 의무를 전차인 丙에 대하여 부담한다.

(2) 전차인 丙은 전대인 乙에 대한 관계에 있어서 유효하게 임차권을 취득하는 것이 되고, 그 결과 임대인 甲의 동의가 없더라도 전대인 乙은 전차인 丙에 대하여 차임청구권을 가진다.

2. 임대인 甲과 전차인 丙과의 관계

(1) 전차인 丙은 그가 취득한 임차권을 가지고 임대인 甲에게 대항할 수 없다.

(2) 임대인 甲은 소유권에 기인한 방해배제나 반환청구를 할 수 있다. 다만, 임대차계약을 해지하지 않는 한 직접 자기에게 반환할 것을 청구할 수 없고 임차인 乙에게 반환할 것을 청구할 수 있을 뿐이다.

3. 임대인 甲과 임차인 乙과의 관계

임대인 甲과 임차인 乙과의 관계는 전대로 인하여 아무런 영향을 받지 않는다. 따라서 임대인 甲은 임차인 乙에 대하여 차임청구권을 가진다. 다만, 민법은 이 경우 임대인 甲에게 채무불이행으로 인한 해지권을 주어 임대인 甲을 보호하고 있다.

4. 문제 3

3. 가해자 甲과 피해자 乙 쌍방의 과실로 인하여 교통사고가 발생하였음에도, 甲은 자신의 과실만으로 인해 그 교통사고가 발생한 것으로 잘못 알고 치료비 명목의 합의금에 관하여 乙과 화해계약을 체결하였다. 이러한 경우에 甲은 위 화해계약을 취소할 수 있는지 설명하시오.(20점)

근거판례

「교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 금원인 7백만원만을 받고 일체의 손해배상청구권을 포기하기로 한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다툼이 없어 양보의 대상이 되지 않았던 사실로서 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로, 피해자측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다」

I. 화해계약의 의의(意義)

화해는 당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.(민법 제731조) 화해란 분쟁당사자 쌍방이 종전의 주장을 포기·양보하여 분쟁을 종지할 것을 합의함으로써 성립하는 유상·쌍무·낙성·불요식계약이다.

II. 화해의 효력

1. 창설적 효력

화해계약은 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 있다.(민법 제732조)

2. 착오를 이유로 한 화해계약의 취소

(1) 착오로 인한 취소가 배제되는 경우

화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한, 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되고 계약 당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것이므로, 화해계약의 의사표시에 관한 착오가 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다.

(2) 착오로 인한 취소가 가능한 경우

그러나 화해계약의 의사표시에 관한 착오가 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것인 때에는 이를 취소할 수 있고, 화해계약의 의사표시에 있어 중요 부분에 관한 착오의 존재 및 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이라는 점은 착오를 이유로 화해계약의 취소를 주장하는 자가 입증하여야 한다.(민법 제733조 단서) 판례도 같은 태도를 취하고 있다.

III. 사안의 해결

가해자 甲과 피해자 乙의 쌍방과실을 가해자 甲의 단독과실로 잘못 알고 합의한 것은 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것에 해당하므로 가해자 甲은 위 화해계약을 취소할 수 있다. 다만 쌍방과실에 대해서는 화해계약의 취소를 주장하는 자인 가해자 甲이 입증하여야 한다.

5. 문제 4

4. 청약과 승낙의 결합에 의하지 아니하고 계약이 성립될 수 있는 경우를 약술하시오.(20점)

I. 총설(총설)

1. 전통적 의사표시이론에 의하면 청약과 승낙이라는 서로 반대되는 의사표시의 합치에 의하여 계약이 성립한다.
2. 그러나 현행 민법상 의사실현에 의한 계약의 성립(민법 제532조)과 교차청약에 의한 계약의 성립(민법 제533조)이라는 예외규정을 두고 있다.
3. 또한 독일 판례에 의하여 형성된 사실적 계약관계이론도 전통적 의사표시와 달리 승낙으로 인정되는 사실에 의하여 계약이 성립되는 경우에 해당한다.

II. 특수한 계약의 성립

1. 의사실현에 의한 계약의 성립

청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다.(민법 제532조) 즉 승낙의 의사표시가 아니라 승낙으로 인정되는 사실이 있는 때에 계약이 성립하는 것을 의사실현에 의한 계약의 성립이라고 한다.

2. 교차청약에 의한 계약의 성립

당사자간에 동일한 내용의 청약이 상호 교차된 경우에는 양청약이 상대방에게 도달한 때에 계약이 성립하는 것을 교차청약에 의한 계약의 성립이라고 한다.(민법 제533조) 즉 청약과 승낙이라는 서로 반대되는 의사표시의 합치에 의하여 계약이 성립하는 것이 아니라 동일한 내용의 양 청약에 의하여 계약의 성립을 인정하므로 특수한 계약의 성립에 해당한다.

III. 사실적 계약관계이론

1. 의의(意義)

사실적 계약이론을 원용한 판결로서 가장 대표적인 것이 '유료 주차장 사건'이다. 즉, 어떤 자동차소유자가 유료주차장이라고 표시되어 있는 주차장에 자기 차를 주차하면서, 그곳 감시원에게 자기 차를 감시할 필요가 없으며 또 주차료도 지급하지 않겠다는 의사를 사전에 명백히 한 사안에서, 독일 연방대법원은 유료주차장에 주차했다는 사실로부터 계약관계가 발생하였으므로 주차요금을 지급하여야 한다고 판결하였다(BGHZ 21, 319).

2. 사실적 계약관계이론의 적용

사실적 계약이론은 근본적으로 대량거래에서의 급부관계는 이를 법률행위로 파악할 수 없다는 전제에서 출발하고 있다. 이 이론에 따르면, 착오 등을 이유로 취소할 수 없고, 제한능력을 이유로 취소할 수도 없으며, 승낙을 명백히 거절하더라도 급부를 받은 사실만으로 계약은 성립하게 된다.

3. 부정설

오늘날 독일학설의 주류나 독일 판례는 사실적 계약관계이론에 대해 부정적이다. 우리 현행 민법의 경우 대부분의 사례에서 민법 제6조(처분을 허락한 재산)에 의해 처리가 가능하고, 대량거래에서의 급부관계는 묵시적인 청약과 승낙 내지 또는 의사실현에 의해 계약의 성립에 의해 해결이 가능하므로 부정설이 타당하다고 본다.