

윤동환 경찰간부 주관식 민법총칙

I. 65기 경찰간부 주관식 민법총칙 총평

다들 추위 속에서 시험치르느라 고생 많으셨습니다. 무엇보다 1년 이상의 수고와 땀방울로 치열한 수험생활을 보낸 수험생 여러분들 모두에게 진심으로 격려와 위로의 박수를 보내드리고 싶습니다. 본래 시험이라는 것이 합격생이 있으면 불합격생이 있고, 시험이 정직하다고는 하지만 자신의 적성에 맞지 않을 수도 있고 수험운이라는 것도 있는바, **결과 여부와 상관없이 스스로를 자책하거나 스스로에게 교만하지 않았으면 좋겠습니다.** 부디 수험생 청춘 여러분들의 앞날에 무한 축복있으시길 기원드립니다.

올해는 제 책 단문기준으로 총 13개 A급 주제 중 2문제 단문이 모두 적중하였기 때문에 단문은 무난히 서술하였을 것으로 예상해 봅니다(15년판 28.번 45.번 단문). 아울러 1-1문 사례의 경우 甲과 乙의 법률관계인 위임계약 및 수권행위, 甲의 상속인 丁과 丙의 법률관계인 제129조의 표현대리는 대체로 무난한 쟁점이어서 어렵지 않았을 것으로 판단됩니다. 하지만 문제가 무난할수록 대체로 점수차이는 많이 납니다.

1-2문 사례의 경우 아마 경찰간부 수험서 중에서는 제 책에만 소개되어 있을 것 같은데 15년판 기준 p.314 및 p.317에 소개된 2014년도 최신판례가 사례문제로 출제되어 수험생들이 많이 어려워했던 것 같습니다. 하지만 1-2문의 경우 乙과 丙의 법률관계를 물었기 때문에 乙이 무권대리인으로 상대방 丙에 대해 제135조의 책임을 부담하는지가 문제된다는 점만 정확하게 적시하였다면 당해 판례를 언급하지 못하였다고 하더라도 무난한 점수를 받을 수 있을 것으로 예상되고, 가끔은 ‘협의의 무권대리’를 B급 단문(제 책 기준)으로 잘 암기한 수험생 중에서 당해 판례가 해당 사례문제임을 모르고도 제135조 언급시 암기한대로 당해 14년도 판례를 적시하여 적지 않은 가점을 받는 수험생이 생길 수 있을 것으로 판단됩니다.

물론 사안에서 질문이 乙과 丙의 법률관계를 물었기 때문에 질문의 취지에서 벗어난 타인명의를 사용한 법률 행위(甲과 乙의 법률관계 중 위임계약의 당사자 확정에서 ‘주로’ 문제), 사기에 의한 의사표시(乙이 甲과의 위임계약을 제3자 戊의 사기를 이유로 취소할 수 있는지 또는 乙이 戊의 사기를 이유로 불법행위책임을 물을 수 있는지와 관련한 문제), 무권리자의 처분행위(乙이 마치 X부동산을 자기 것 인양 자기 이름으로 처분했을 때 문제) 등은 당해 사안의 쟁점이 아니므로 이에 대한 ‘상세한’ 언급은 전체적으로 답안인상을 나쁘게 할 수는 있습니다.

II. 향후 주관식 민법총칙 출간일정

대부분 알고 계신바와 같이 현행 민법의 표현 중 주요 용어 133개, 문장 64개를 순화하는 등 민법 제1조부터 제1118조까지 전체 조문 중 1056개가 정비되었습니다. 이미 국무회의를 통과했고 내용이 바뀌는 것이 아니라 표현이 바뀌는 것이라 무난하게 올해 12월 9일까지 예정되었던 정기국회에서 개정민법이 공표될 것으로 예상되었으나, 12월 20일 현재 아직 임시국회 일정조차 여, 야 간에 협의되지 못했다고 합니다. 하지만 연말 임시국회에서는 통과될 것으로 조심스럽게 예상해 봅니다.

객관식의 경우라면 조문 내용이 아니라 표현이 바뀐 것이라 크게 문제될 것이 없으나, 주관식의 경우에는 반드시 개정된 표현대로 답안지에 현출하는 것이 필요하기 때문에 국회통과를 어느 정도 기다릴 수 밖에 없습니다. 따라서 민법 개정안이 국회를 통과하는 즉시 주관식 민법총칙 개정판이 출간될 예정입니다. 물론 언제까지 기다릴 수는 없는 사정이라 1순환 개강 전에는 출간될 예정입니다. 1순환 개강일정을 1월로 하지 않고 2월로 한 이유로 개정민법 때문입니다.

Ⅲ. 향후 강의일정(상세한 내용은 추가 자료 참고)

내년부터는 10월 달에 시험이 치러질 예정이므로 전체적으로 예년보다 일정이 앞당겨질 예정입니다. 하지만 기본적으로 순환별 횟수에는 변동이 없습니다. 그리고 1~3순환 교재는 '2016년 전면개정 9판 주관식 민법총칙'(우리 아카데미)교재로 진행될 예정입니다.

예비순환은 12월 28일(월)~12.31(목)까지 무료로 진행될 예정이고 교재도 무료제공됩니다. 기존 주관식 민법총칙 책 앞부분에 소개된 '사례로 쉽게 풀어 쓴 민법총칙' 내용으로 약 100여 페이지 정도됩니다. 최근 출제경향에 비추어 결국 주관식, 그 중에서도 민법총칙, 그 중에서도 결국 사례문제가 당락을 가르고 있어 '기초개념'에 대한 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다. 즉, 초년차 및 기초가 부족한 수험생들은 반드시 예비순환을 수강하셔야 합니다.

1순환은 앞서 말씀드린대로 1월에 개강할 예정이었으나, 국회에서 민법개정안이 표류되고 있어 2월달에 진행될 예정입니다. 2월 11일(목)~3월 4일(금)까지 총 20회로 진행될 예정입니다.



수권행위와 원인된 법률행위, 제129조의 표현대리, 제135조의 무권대리인의 책임 **사 례**

【문 1-1】 甲은 乙에게 자기 소유의 X부동산을 처분해 달라면서 위임장, 인감도장, 인감증명서, 등기서류를 넘겨주었다. 그런데 갑자기 甲이 교통사고를 당하여 사망하였고, 乙은 甲의 사망 이후에 X부동산을 丙에게 처분하게 되었다.

甲과 乙의 법률관계, 甲의 상속인 丁과 丙의 법률관계에 대해 논하시오. (30점)

【문 1-2】 한편, 甲인 줄 알았던 자는 甲을 사칭한 戊였고, 乙은 이 사실을 몰랐다. 乙은 戊로부터 X부동산 처분을 위해 甲 명의로 위조된 서류들을 넘겨받아 丙에게 X부동산을 처분하였다. 乙과 丙의 법률관계에 대해 논하시오.

(X부동산 처분 시 甲과 戊 모두 생존한 것으로 가정) (20점)

문 1-2의 해결

I. 논점의 정리

乙과 丙의 법률관계와 관련해서는 먼저 乙의 법적지위를 확인하여, 무권대리인이라면 乙의 대리행위에 표현대리가 성립하는지를 검토한다. 만약 표현대리가 성립하지 않는 '협의를 무권대리'라면 상대방 丙의 무권대리인 乙에 대한 구제수단으로 ① 제131조의 최고권이나 제134조의 철회권을 乙에게 행사할 수 있는지, ② 제135조의 무권대리인 책임을 乙에게 행사할 수 있는지 문제되는데, 특히 사안과 같이 무권대리행위가 제3자 戊의 기망 등 위법행위로 야기된 경우와 같이 무권대리인에게 책임이 없는 경우에도 제135조의 책임이 인정될 수 있는지 검토를 요한다.

II. 乙의 법적지위(乙과 丙의 법률관계 일반)

사안에서는 권한 없는 戊가 자신이 마치 명의자 甲인 것처럼 X부동산 처분에 관한 '수권행위'를 乙에게 한 것으로 보이는데,¹⁾ 이러한 수권행위는 상대방 있는 단독행위이므로 상대방인 대리인 乙측의 사정(乙은 戊가 甲을 사칭한 사실을 몰랐다)에 영향을 받지 않는다.²⁾ 따라서 무권한자 戊의 의사에 따라 乙은 甲의 대리인의 지위에 있으나, 명의자 甲을 대리할 권한은 없으므로 乙이 甲을 대리하여³⁾ 丙에게 X부동산을 처분한 행위는 무권대리행위이다. 따라서 X부동산 처분행위와 관련하여 乙은 무권대리인, 처분행위의 당사자는 乙이 대리한 본인 甲과 상대방 丙이다.⁴⁾

III. 乙의 대리행위가 표현대리에 해당하는지 여부(이하 단문 83. 1. 참고)

1. 표현대리의 유형

표현대리에 관하여 민법은 ① 대리권수여의 표시에 의한 표현대리(제125조), ② 권한을 넘은 표현대리(제126조), ③ 대리권 소멸후 표현대리(제129조) 세가지를 규정하고 있다. 判例는 민법이 규정한 유형 이외의 표현대리를 인정하지 않는다.

2. 사안의 경우

사안의 경우 본인 甲은 대리권 수여를 표시한 적도 없고(제125조), 기본대리권이 乙에게 있지도 않으며(제126조), 乙의 대리권한이 있다가 소멸한 적도 없으므로(제129조) 즉, 본인 甲이 乙의 무권대리행위에 대해 책임져야 할 사정이 전혀 없으므로 표현대리가 성립하지 않는다.⁵⁾ 따라서 乙이 한 대리행위는 표현대리가 성립하지 않은 '협의의 무권대리행위'로서 X부동산의 처분행위는 본인 甲이 추인하지 않는 한 무효이다.

IV. 상대방 丙의 무권대리인 乙에 대한 최고권, 철회권(이하 단문 90. 91. 참고)

1. 丙의 乙에 대한 최고권

무권대리행위의 상대방은 상당한 기간을 정하여 추인 여부를 확인할 것을 본인에게 최고할 수 있다. 그 기간 내에 응답을 '발송'하지 않은 경우에는 추인을 거절한 것으로 본다(제131조). 최고는 준법률행위로서 의사의 통지이며, 본인 甲만 최고의 상대방이 될 수 있고 무권대리인 乙은 최고의 상대방이 될 수 없다.

2. 丙의 乙에 대한 철회권

무권대리인임을 알지 못한 선의의 상대방은 본인이 추인하고 있지 않은 동안에 철회가 가능하다(제134조). 철회는 의사표시로서 상대방 있는 단독행위이며, 본인 뿐만 아니라 무권대리인도 철회의 상대방이 될 수 있다.

1) 위임계약은 위임인과 수임인의 내부적 관계이므로 乙과 丙의 법률관계에서는 수권행위만 문제된다.

2) 소위 타인명의를 사용한 법률행위에서 법률행위 해석을 통한 당사자 확정이 주로 문제되는 경우는 위임계약, 매매계약과 같은 '계약'에서 문제되고 단독행위의 경우에는 상대방의 의사를 고려할 여지가 없이 행위자의 의사만 고려하여 당사자를 확정하면 된다.

3) 사안에서 乙은 甲 명의로 된 서류들을 넘겨받아 丙에게 X부동산을 처분한 바, 甲을 '대리'하여 처분행위를 하였다고 볼 수 있다.

4) ★ 사안에서 질문이 乙과 丙의 법률관계를 물었기 때문에 질문의 취지에서 벗어난 타인명의를 사용한 법률행위(甲과 乙의 법률관계 중 위임계약의 당사자 확정에서 '주로' 문제), 사기에 의한 의사표시(乙이 甲과의 위임계약을 제3자 戊의 사기를 이유로 취소할 수 있는지 또는 乙이 戊의 사기를 이유로 불법행위책임을 물을 수 있는지와 관련한 문제), 무권리자의 처분행위(乙이 마치 X부동산을 자기 것 인양 자기 이름으로 처분했을 때 문제) 등은 당해 사안의 쟁점이 아니므로 이에 대한 '상세한' 언급은 전체적으로 답안 인상을 나쁘게 할 수 있다.

5) 표현대리란 i) 대리인에게 대리권이 없음에도 불구하고, ii) 마치 있는 것과 같은 외관이 존재하고, iii) 본인이 책임져야 할 사정이 있는 경우에 그 무권대리행위에 대하여 본인에게 책임을 지우는 것을 말한다.

따라서 丙은 乙이 무권대리인임을 알지 못했다면 乙에게 X부동산 처분행위를 철회할 수 있다.

V. 상대방 丙의 무권대리인 乙에 대한 제135조의 책임추궁(이하 단문 90. 91. 참고)

1. 무권대리인의 책임 [대,표,선,행,철]

i) 대리인이 대리권을 증명할 수 없을 것, ii) 상대방이 무권대리인에게 대리권이 없음을 알지 못하고(선의), 또한 알지 못하는 데 과실이 없을 것, iii) 본인의 추인이 없거나 표현대리가 성립하지 않을 것(다수설), iv) 상대방이 아직 철회권을 행사하고 있지 않을 것, v) 무권대리인이 행위능력자일 것의 요건이 필요하다(제135조). 이는 무과실책임으로서 2014년 判例에 따르면 무권대리행위가 제3자의 기망 등 위법행위로 야기되었더라도 무권대리인의 책임은 부정되지 않는다.

2. 책임의 내용

상대방의 선택에 좇아 이행 또는 손해배상의 책임을 진다(제135조 1항 ; 이른바 '선택채권'). 여기서 손해배상의 범위는 신뢰이익이 아니라 이행이익의 배상으로 해석된다(통설).

3. 사안의 경우

i) 乙은 무권대리인이며, ii) 乙이 甲 명의로 위조된 서류를 넘겨받아 丙에게 X부동산을 처분한 바, 명확하지는 않으나 丙은 선의, 무과실이라고 판단되고, iii) 본인 甲의 추인이 없고 표현대리가 성립하지 않으며, iii) 丙이 아직 철회권을 행사하고 있지 않고, iv) 다른 사정이 없는 한 무권대리인 乙은 행위능력자일 것이므로 결국 丙의 선택에 좇아 乙은 甲 소유 X부동산을 다시 정당하게 처분하거나 이행이익 상당의 손해배상 책임을 져야 한다. 이는 乙의 무권대리행위가 제3자 戊의 기망 등 위법행위로 야기되었더라도 乙이 甲에게 사기를 이유로 위임계약을 취소(제110조 2항)하거나 乙이 戊에게 사기를 이유로 불법행위책임(제750조)을 묻는 것은 별론으로 丙에 대한 제135조 책임이 부정되는 것은 아니다.

※ 보 론 : 제135조의 책임이 성립하기 위해서 표현대리가 성립하지 않아야 하는지 여부(이하 단문 83. VI.참고)

표현대리의 상대방이 제135조에 의한 무권대리인의 책임을 물을 수 있는가와 관련하여 ① 표현대리는 무권대리의 성격을 가지므로 상대방은 표현대리를 주장하여 본인의 책임을 묻거나 무권대리를 주장하여 무권대리인의 책임을 물을 수 있다는 '적용긍정설'이 있으나, ② 본인의 책임과 무권대리인의 책임을 선택적으로 인정한다면 상대방 보호에 치우치게 되어 공평을 잃게 된다는 점에서 '적용부정설'이 타당하다.

따라서 상대방 丙이 무권대리인 乙에게 제135조의 책임을 묻기 위해서는 표현대리가 성립하지 않아야 한다.