

윤동환 경찰간부 주관식 민법총칙

I. 66기 경찰간부 주관식 민법총칙 총평

1. 들어가며

다들 시험치르느라 고생 많으셨습니다. 무엇보다 치열한 수험생활을 보낸 수험생 여러분들 모두에게 진심 어린 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 또 반대로 스스로에게 교만하지 않았으면 좋겠습니다.** 부디 수험생 청춘 여러분의 앞날에 무한 축복있으시길 기원드립니다.

2. 66기 단문기출 및 67기 단문 기출 예상

작년의 경우 제 책 단문기준으로 총 13개 A급 주제 중 2문제 단문이 모두 적중하였고(15년판 28.번 45.번 단문), 올해의 경우도 제 책 단문기준으로 총 11개 A급 주제 중 2문제 단문이 모두 적중하였습니다(16년판 33.번 95.번 단문). 하지만 내년에도 제 책 단문기준으로 10개 내외의 A급 주제에서 모두 기출되리라 법은 없습니다. 단, 아직 제 책 단문기준으로 C급에서 출제된 적은 없습니다. 결국 민법총칙은 제 책 기준 단문 B급 이상에서(사례포함 총 40~50개 주제)만 출제되고 있어 그 어떤 과목보다도 공부 분량에 있어 비교할 수 없을 정도로 적습니다.

3. 66기 사례기출 및 67기 사례기출 예상

단문이 무난하게 출제되는 경우 대체로 사례가 변별력 있게 어렵게 출제되는 경향이 있습니다. 작년에도 그랬고 올해에도 그랬듯이 사례는 난이도 있게 출제되었습니다.

하지만 합격권에 있는 10명의 수험생들 중 평균적으로 2명~3명 정도의 수험생만이 사례쟁점을 정확하게 잡을 정도였기 때문에 오히려 변별력은 다들 준비한 단문에서 차이가 날 가능성도 배제할 수는 없습니다. 물론 합격권에 있는 수험생들 중 사례의 쟁점을 정확하게 잡은 20%~30% 수험생들은 민법총칙에서 상당한 고득점을 노려볼 수 있을 것으로 예상됩니다.

사례문제는 A급 주제를 벗어나지 않습니다. 그리고 기존의 기출문제와 동일한 쟁점은 사실상 출제되지 않습니다. 따라서 A급 주제를 중심으로 이해와 암기를 병행한다면 충분한 대비가 될 수 있습니다.

II. 향후 주관식 민법총칙 출간일정

1~3순환 교재는 1년 내내 '2017년 개정10판 주관식 민법총칙'(우리 아카데미 刊)이라는 동일한 교재로 진행될 예정입니다. 2017년 개정 10판의 경우 올해 9월까지의 최신 판례를 반영하고 단문 및 사례가 약간 추가되었습니다. 하지만 2016년판으로 정리가 잘 되어있는 수험생들은 추록만 추가하셔도 크게 무리는 없을 것으로 판단됩니다. 2017년판 출간은 10월 중하순이 될 것으로 예상하고 있습니다. 개정판 추록도 제 daum카페에 게재될 예정입니다.

2 기출해설 및 출제경향분석

Ⅲ. 향후 강의일정(상세한 내용은 추가 자료 참고)

1~3순환 교재는 '2017년 개정10판 주관식 민법총칙'(우리 아카데미 刊)교재로 진행될 예정입니다.

예비순환은 10월 24일(월)~10월 27(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 12월 5일(월)~12월 24일(토)까지 총 18회로 진행될 예정입니다.

※ 각종 수험상담 및 민법총칙과 관련한 질문은 다음 카페 “완전정복 윤동환의 경찰간부 민법교실”(cafe.daum.net/policecivillaw)로 오셔서 하시면 신속하고 친절하게 답변 드리겠습니다. 개인적인 질문 및 공개를 꺼려하는 내용은 제 개인메일 dhyoon21@hanmail.net으로 하시면 됩니다.



일부취소, 미성년자의 부당이득반환범위

사 례

甲은 2015. 10. 8. 의사능력은 있으나 지능이 좀 낮은 乙을 기망하여 유홍비로 쓰게 할 목적으로 2,000만 원을 차용해 주면서 동시에 乙 소유 부동산 X에 대하여 甲을 채권자로 하고, 채권최고액을 4,000만 원으로 하는 근저당권을 설정하였다. 이후 乙은 甲으로부터 차용한 2,000만 원 중, ① 2015. 11. 5. 丙에게 1,000만 원을 의사표시의 하자 없이 빌려주었고(변제기는 2017. 11. 4.임), ② 2015. 11. 10. 500만 원을 생활비로 사용하였고, ③ 2015. 11. 30. 500만 원을 유홍비로 사용하였다.

(1) 乙이 2015. 12. 30. 자신이 기망당한 사실을 뒤늦게 깨닫고 甲의 기망행위를 이유로 근저당권설정계약을 취소하자, 이에 甲은 근저당권설정계약과 함께 체결한 금전소비대차계약도 취소되었다고 주장하고 있는바, 甲 주장의 당부에 대하여 논하시오. (25점)

(2) 위 사례에서 乙이 금전소비대차계약 및 근저당권설정계약 당시 17세였으나 법정 대리인의 동의를 받지 않았다면, 乙이 2015. 11. 15. 자신의 행위무능력을 이유로 위 금전소비대차계약 및 근저당권설정계약을 모두 취소한 경우, 甲이 2015. 12.30. 자신의 근저당권설정등기를 말소함과 동시에 乙에 대하여 차용금에 대한 반환청구를 했을 때 乙의 상환범위에 대하여 논하시오. (25점)

설문 1.의 경우

I. 논점의 정리(3)

乙과 甲의 '일치하는 의사'는 기망행위를 이유로 근저당권설정계약이 취소되었다는 것인데(제110조 1항), 이에 더해 甲은 乙의 근저당권설정계약의 취소에 의해 금전소비대차계약도 '함께' 취소되었다고 '전부취소'를 주장하고 있다(제137조 본문). 따라서 甲주장의 당부를 判例의 일부취소법리에 따라 검토해 보도록 하겠다.

II. 乙이 근저당권설정계약을 사기를 이유로 취소한 것이 적법한지 여부(5)¹⁾

1. 사기에 의한 의사표시 [고,기,위,인]

사기에 의한 의사표시가 성립하기 위해서는 i) 사기자의 2단의 교의²⁾, ii) 기망행위(사기) iii) 기망행위의 위법성, iv) 기망행위와 착오 사이에 그리고 착오와 의사표시 사이에 인과관계가 존재하여야 한다.

1) ★ 변론주의 원칙상 甲과 乙은 근저당권설정계약이 기망행위로 취소되었다는 부분에 대해서는 '일치하는 의사'가 있으므로, 원칙적으로 사기취소의 적법여부는 검토하지 않아도 무방하다. 다만 25점 사례에서 '일부취소' 쟁점만 쓰기에는 무리라고 판단되므로 간단하게나마 사기취소의 적법여부를 검토할 필요는 있다고 판단된다.

2) 사기자에게 표의자를 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의와, 그 착오에 기하여 표의자로 하여금 의사표시를 하게 하려는 고의가 있어야 한다.

4 기출해설 및 출제경향분석

2. 사안의 경우

i) 甲에게는 乙을 기망하여 착오에 빠지게 하려는 고의와, 그 착오에 기하여 乙로 하여금 저당권설정계약 및 금전소비대차계약을 체결하려는 고의가 있다고 판단되며, ii) 甲은 지능이 좀 낮은 乙을 기망하였고, iii) 유흥비로 쓰게 할 목적으로 乙을 기망한 것은 사회통념상 위법하며, iv) 인과관계는 주관적인 것에 지나지 않아도 상관없으므로 이 또한 인정된다. 따라서 乙이 甲의 기망행위를 이유로 근저당권설정계약을 취소한 것은 적법하다(제110조 1항).

Ⅲ. 근저당권설정계약의 취소로 금전소비대차계약도 취소되는지 여부(15)

1. 일부취소의 허용여부

(1) 판례

判例는 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 i) 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, ii) 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다. 즉 判例는 일부무효와는 달리 법률행위의 가분성과 선택적으로 ‘목적물의 일부가 특정될 수 있음’도 들고 있다.

(2) 검토

민법상 명문의 규정은 없으나 일부무효의 법리에 관한 제137조를 법률행위의 일부취소에 관하여도 유추적용할 수 있다고 보는 통설과 判例의 견해가 타당하다.

2. 사안의 경우

(1) 판례

甲이 지능이 박약한 乙을 꾀어 돈을 빌려주어 유흥비로 쓰게 하고 실제 준 돈의 두 배 가량을 채권최고액으로 하여 자기 처인 丙 앞으로 근저당권을 설정한 사안에서, 判例는 “근저당권설정계약은 독자적으로 존재하는 것이 아니라 금전소비대차계약과 결합하여 그 전체가 일체로서 행하여진 것이므로, 甲의 기망을 이유로 한 乙의 근저당권설정계약취소의 의사표시는 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이 하는 법률행위의 일부취소의 법리에 따라 소비대차계약을 포함한 전체에 대하여 취소의 효력이 있다”고 판시하였다.

(2) 검토

그러나 위 사안에서는 금전소비대차계약과 이를 담보하기 위한 종된 계약인 근저당권설정계약은 일체이면서 분할가능성이 없다는 점에서 처음부터 일부취소가 성립할 수 없는 성질의 것이라고 보는 것이 타당하다. 다만 후자에 대한 취소는 전자에 대한 취소도 포함하는 것으로 보아야 하므로 判例의 결론과 동일하게 근저당권설정계약의 취소로 금전소비대차계약도 취소되었다고 보아야 한다.

Ⅳ. 사안의 해결(2)

사안에서 乙이 甲의 기망행위를 이유로 근저당권설정계약을 취소한 것은 적법하며(제110조 1항), 어느 견해에 따르면 乙이 甲의 기망행위를 이유로 근저당권설정계약을 취소하면, 이로 인해 금전소비대차계약도 취소되었다고 보는 것이 타당하다. 다만 判例는 이를 일부취소의 문제로 해결하고 있다.

설문 2.의 경우

I. 논점의 정리(1)

미성년자 乙의 부당이득반환 범위와 관련해서는 제141조 단서의 '현존이익'의 의미가 문제된다.

II. 미성년자 乙의 부당이득반환 범위(24)³⁾

1. 부당이득반환 범위

(1) 원 칙

부당이득반환 범위와 관련하여 통설·判例는 '가액반환'(목적물의 가액을 반환해야 하는 경우)의 경우 제748조가 적용되나, '원물반환'(목적물 자체를 반환해야 하는 경우)의 경우에는 제201조가 제748조의 특칙으로 적용된다고 한다.

(2) 예 외 - 미성년자의 부당이득반환 범위 -

그러나 제한능력자인 경우는 현존하는 한도에서 부당이득을 반환하면 된다(제141조 단서). 즉, 判例에 따르면 제141조 단서는 제748조의 특칙으로서 **제한능력자의 보호**를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 반환 범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있다고 한다.

여기서 현존하는 한도라 함은 제한능력자가 취소되는 행위에 의하여 얻은 이익이 원형대로 또는 그 형태를 바꾸어서 남아 있는 한도라는 뜻이다.

2. 사안의 경우⁴⁾ - 차용금 2,000만 원⁵⁾ -

① 의사표시의 하자없이 丙에게 빌려준 1,000만 원

이는 乙이 변제기인 2017.11.4.부터 丙에게 반환을 청구할 수 있으므로 이러한 유효한 금전소비대차계약에 기한 '반환청구권'(채권)도 현존이익에 해당한다. 따라서 이는 乙이 부당이득으로 반환해야 하고(제141조 단서), 다만 乙은 甲에게 丙에 대한 '채권을 양도'하는 형식으로 부당이득을 반환해야 한다(제450조 참조).

② 생활비로 사용한 500만 원

생활비 등 필요한 비용에 충당한 때에는 다른 재산의 소비를 면한 것이 되므로, 그 한도에서 이익은 남아 있는 것이 된다. 따라서 이는 乙이 부당이득으로 반환해야 한다(제141조 단서).

③ 유흥비로 사용한 500만 원

유흥비로 소비해버린 경우에 이익은 현존하지 않으므로 이는 乙이 부당이득으로 반환할 필요는 없다. 다만 이에 대한 입증책임은 미성년자측에 있다는 것이 判例이다.

3) ★ 설문 2,는 乙의 상환범위를 묻고 있으므로 제141조 단서를 서술하는 것이 핵심이다. 다만 배점이 25점이나 되므로 부당이득반환 범위에 관한 일반론을 언급할 필요가 있다고 보여진다.

4) ★ 사안의 경우를 아래 해설내용과 같이 상세하게 언급한 경우 별도로 사안의 해결을 반복해서 쓰지 않더라도 무방하다.

5) ★ 부동산 X와 관련한 甲의 부당이득범위와 관련하여 乙이 자신의 행위무능력을 이유로 위 금전소비대차계약 및 근저당권설정계약을 모두 취소한 경우, 이에 따라 당해 계약은 소급적으로 무효가 되므로, 乙은 물건행위의 유인성에 따라 부동산 X에 대한 완전한 소유권을 회복한다. 따라서 乙은 甲에게 제214조 또는 제741조에 의해 근저당권설정등기에 대해 말소를 청구할 수 있다.