

✚ 민법총칙의 Case - Solution ✚

[1] 들어가며 - 사례해결의 구체적 단계

① 민법은 개인 사이의 사적인 법률관계를 규율하는 법규범이며, 이는 권리와 의무의 형태로 구성된다. 그리고 이러한 권리와 의무의 발생원인인 법률행위 일반에 대하여 민법총칙에서 규율하고 있다. 나아가 이러한 개인 사이의 법률관계에 대하여 분쟁이 발생하면, 이를 해결하는 제도가 필요한데, 민사소송법 등 소송절차가 바로 그것이다.

② 민법총칙 사례형 문제의 해결은 i) 개인 사이에서 발생하는 분쟁의 정확한 이해(사실관계의 정확한 파악과 분석), ii) 개인 사이에서 발생하는 분쟁 중 구체적으로 어떠한 것이 법률적으로 문제되는지에 대한 판단(사례에서 제시되고 있는 질문의 정확한 이해), 그리고 iii) 분쟁과 관련된 구체적인 쟁점의 파악 및 도출(쟁점의 파악), iv) 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 필요한 법률규정과 이론 및 판례의 적용(법률이론과 판례의 해석 및 적용), 마지막으로 v) 이러한 해석과 적용을 토대로 사례에 대한 결론을 맺는 단계(사례의 결론)로 이루어 진다.

③ 즉, 주어진 사례에 적용될 수 있는 법령 및 그에 관한 해석인 학설과 판례를 탐구하고, 사실관계를 통하여 적용될 수 있는 법령의 구체적인 요건 등을 확정하며, 확정된 사실관계와 법규 등에 비추어 결론을 이끌어내는 것이다. 이하에서는 이러한 단계에 따른 민법총칙의 Case - Solution을 위한 구체적인 방법에 대하여 2018년 실시된 민법총칙의 사례형 1문을 토대로 설명하기로 한다.

[2] 설문에서 제시된 사실관계만의 정확한 파악과 분석

① 사례형을 해결하는 것은 설문에서 제시되는 사실관계를 정확히 파악하는 것에서부터 시작된다. 이는 그동안 학습한 ‘민법총칙의 구체적인 내용’들을 사실관계를 통하여 도출해내는 과정을 의미한다. 이 때 유의할 점은 유사사건으로 인한 혼동을 경계하여야 한다는 점이다. 즉 선입관을 가져서는 안 된다(예단의 배제). 실제로 출제되는 문제들이 유사하기 때문에 자칫 쟁점을 혼동하면 다른 답안을 작성할 수 있기 때문에 둘다리도 두들겨 보고 건너야 한다.

② 설령 사실관계에 선입관이 발생하였다 하더라도 주어진 설문을 끝까지 읽어가면서 그러한 선입관이 올바른지에 대한 판단을 하여야 한다. 그러므로 주어진 설문만을 충실히 파악하여 사실관계를 분석하는 것은 매우 중요하다. 출제자의 의도를 벗어나 스스로 임의적이고 자의적인 사실관계를 추가하거나 변경하는 것을 경계하여야 하며, 주어진 설문이 불분명하다면 그러한 불분명을 해소하기 위하여 경우의 수를 나누어 사례를 해결하여야 한다(임의적·자의적 해석의 금지).

[3] 사례에서 제시되고 있는 질문의 정확한 이해

사례에서 제시되고 있는 질문은 크게 ① 쟁점의 제시형과 ② 쟁점의 도출형 두 가지로 나뉜다. 이하에서 검토하기로 한다.

1. 쟁점의 제시형 - 근거와 함께 결론을 제시하는 유형

18년 기출문제 한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.)
(2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)
(3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

① 위에서 제시된 설문을 보면 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가라고 묻고 있다. 이러한 문제가 대표적인 쟁점제시형이다.

② 그러나 최근 쟁점제시형의 문제가 업그레이드 되어 출제되는 경향을 보이고 있다. 즉 단순한 법률관계를 벗어나, 그러한 법률관계에서 발생한 후속분쟁을 해결하기 위한 소송의 절차 내에서의 당사자들의 소송행위의 법적 근거를 민법총칙에서 찾는 문제를 출제하고 있는 것이다. 2018년 기출문제 1문의 3이 그러하며, 2017년에 출제된 다음의 기출문제도 그러하다.

17년 기출문제 공무원용품 도매업을 하는 乙은 2005. 1. 1. 사업자금 조달을 위하여 甲은행으로부터 금 3억 원을 월이자 1%, 변제기 2006. 1. 1.로 정하여 차용하면서, 자신이 소유하던 A 부동산에 대하여 근저당권을 설정해 주기로 하는 계약을 체결하였다.
(1) 甲은행은 2010. 3. 25. 乙을 상대로 근저당권설정계약을 원인으로 하는 근저당권설정등기청구의 소를 제기하였다. 이 때 乙의 주장 가능한 항변과, 이에 따른 소송의 결과를 서술하시오.

① 17년 기출문제이다. 출제자가 의도하는 답은 2가지이다. 즉 i) 乙의 주장 가능한 항변과, ii) 그에 따른 소송의 결과이다. i)와 관련하여서는 주어진 질문에 대하여 항변사유를 도출하여야 하는 문제로 귀결된다. 이 경우 수험생 입장에서는 민법총칙에서의 항변사유는 무효와, 취소, 그리고 소멸시효(특히 직권조사사항인 신의칙 판단도 검토하는 것을 권한다)를 생각하여야 한다.

② 이러한 출제의 유형은 계속될 것으로 보인다. 즉 원고인 권리자의 청구근거에 피고인 상대방의 대항근거(항변사유)를 제시하고 결론을 묻는 문제이므로, 다양한 대항사유를 찾아내야 한다. 이러한 문제가 2018년 1문의 1이며, 이는 쟁점도출형에서 살펴보기로 한다.

2. 쟁점의 도출형 - 당사자 간 법률관계를 논하는 유형

18년 기출문제 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 'A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다'고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 '100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다'면서 돈을 갚기를 거절했다.

(1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)

① 매년 사례형에서 1문항이 출제되고 있는 유형이다. 즉 기출문제에서 **【당사자 간의 권리와 의무에 대한 구체적인 법률관계 또는 당사자 간의 법률관계를 논하시오】**라는 질문은 쟁점도출형의 문제라고 볼 수 있다. 이 경우 어떻게 답안을 구성하여야 하는가는 수험생 입장에서 상당히 까다로울 것이나, 주어진 설문을 통하여 2가지를 우선적으로 확보하여야 한다.

② 첫 번째로는 법률행위의 주체(자연인 또는 법인)를 확정하여야 하며, 그러한 주체들의 법률 행위(대부분 계약이 등장한다)의 유형을 확정한 후, 그러한 법률행위가 유효하게 성립하는지, 그 계약의 성립에 무효 또는 취소사유는 없는지, 만약 무효 또는 취소사유가 존재한다면 그 근거는 무엇인지를 권리 주장자의 입장에서 생각하여야 한다.

두 번째로는 이러한 권리 주장자의 상대방, 즉 거래의 상대방이 이러한 권리 주장자의 내용에 대하여 대항할 만한 또는 항변할 만한 사유가 없는지를 찾아야 한다. 민법총칙에서 가장 핵심으로 논의되고 있는 것은 의사표시(선의 제3자로서의 보호)와, 대리과 관련하여 표현대리를 통한 보호이며, 항변사유 중 가장 중요한 소멸시효, 그리고 일반규정인 신의칙 등이 핵심이다.

3. 유형의 난이도

난이도를 따지자면 쟁점제시형의 문제가 쟁점도출형보다는 수월하다. 즉, 그 이유는 모든 수험생들에게 쟁점이 제시되어 있어 지·부지가 정확히 구별되기 때문이다. 따라서 쟁점제시형의 문제가 출제되는 경우에 출제자가 요구하는 관련 내용을 정확한 논거와 함께 제시하여야 할 것이다. 즉 쟁점제시형의 경우에는 양보다는 답안의 구성 및 내용이라는 질로 승부를 걸어야 한다는 것이다. 그러나 쟁점도출형의 경우 수험생들이 직접 관련 쟁점을 찾아야 하므로, 쟁점누락이 많이 나오는 부분이다.

[4] 구체적인 쟁점의 파악 및 도출

설문에서 제시된 사실관계를 토대로 주어진 질문이 정확하게 이해되었다면 이제는 이를 해결하기 위하여 구체적인 법적 문제로 전환하는 작업이 필요하다. 즉 이제부터는 본격적인 법률규정을 검토하여야 한다는 것이다.

1. 쟁점의 제시형

18년 기출문제 한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.)

(2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)

(3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

❶ 다시 위 문제를 살펴보면 1문의 2는 乙이 위 보증계약을 취소할 수 있는가라고 묻고 있다. 1문의 2는 착오취소의 쟁점이 제시되었다. 따라서 수험생 입장에서는 민법총칙에서 취소권의 발생근거인 착오에 의한 법률행위를 추론함에 있어 큰 어려움은 없다고 할 것이다.

❷ 1문의 3은 법원행시에 출제된 기출문제이다. 즉 경과실의 착오 취소권자에게 과연 보증계약의 상대방인 甲은행에 대하여 손해를 배상할 의무가 있는지 여부이다. 배점이 작으며, 학설을 검토한 후 판례 입장에 따를 것이라고 하였다. 현재 경간 민법총칙의 출제유형을 파악할 수 있는 판례에 따르라는 설문제시용이다.

2. 쟁점의 도출형

18년 기출문제 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 ‘A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다’고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 ‘100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다’면서 돈을 갚기를 거절했다.

(1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)

① 1문의 1에서 출제자는 A가 110만원을 갚아야 하는지 묻고 있다. 이는 과연 A에게 대여금을 지급할 의무가 있는지에 대하여 논하는 것이다.

② 위의 문제는 소위 명의모용 내지 차명사안이다. 즉 무권한자 또는 무권대리에 따른 법률행위와 그에 따른 효과를 누구에게 귀속할 수 있는지를 묻는 문제인 것이다.

[5] 법률의 적용 및 이론과 판례의 검토

① 민법, 그 중에서도 민법총칙이 적용된다(단 민법총칙과 관련된 쟁점인 불법행위와 부당이득도 함께 문제될 수 있음을 유의하여야 한다.). 구체적으로 정확한 쟁점을 바로 찾아낼 수 있느냐는 수험생들마다 큰 차이가 있다. 따라서 평소 기본서와 법전 등을 충실히 보기를 권한다.

② 다음으로는 쟁점과 관련된 이론과 구체적인 판례를 검토하여야 한다. 이 단계가 상당히 중요 한데 그 이유는 평소 민법총칙의 학습상태 즉, 개념과 이론의 정확한 이해, 판례의 정확한 암기가 선행되어야만 가능하기 때문이다. 현재 시행되고 있는 경찰간부시험의 경우, 이론이 문제되는 사안과 판례가 문제되는 사안 모두를 출제하고 있기 때문이다. 이하에서는 민법총칙에서 중요한 쟁점을 간단하게 제시한 후 2018년 기출문제를 단계적으로 검토해 보기로 한다.

Q 1. 당사자 사이에 계약이 성립하였는가?

1. 계약의 성립요건은 계약의 유효요건에 선행 한다

2. 계약의 성립요건으로서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

(1) 권리의 주체로서 당사자(자연인·법인) - 대리와 함께 당사자확정의 문제가 중요.

(2) 권리의 객체로서 물건, 여기서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

1) 일물일권주의(토지, 건물, 집합물)

2) 주물과 종물, 원물과 과실

(3) 목적

(4) 의사표시의 존재

(5) 이는 법률행위의 해석을 통하여 확정.

Q 2. 당사자 사이의 계약이 유효한가?

1. 계약의 유효요건의 검토

(1) 주체와 관련하여 당사자의 권리능력, 행위능력, 의사능력이 적법하게 존재하여 한다. 여기서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

- 1) 태아의 권리능력, 미성년자(제한능력자)의 행위능력, 성년후견제도, 부재와 실종
- 2) 의사무능력자의 법률행위
- 3) 법인(비법인사단)의 법률행위(행위능력에서 대표권 제한의 법리 및 불법행위능력)
- 4) 대리인에 의한 법률행위의 경우 대리권의 존재 - 무권대리와 표현대리
- 5) 조건부 기한부 법률행위의 경우 - 조건의 성취와 기한의 도래

(2) 계약의 목적이 확정되어야 하고 그 내용이 실현 가능하고 적법 타당하여야 한다. 여기서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

- 1) 강행규정과 임의규정 vs 효력규정과 단속규정
- 2) 제103조의 반사회질서의 법률행위 - 불법원인급여
- 3) 제104조의 폭리행위

(3) 그리고 의사표시가 일치하여야 한다. 여기서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

- 1) 제107조 비진의 표시
- 2) 제108조 통정허위표시
- 3) 제109조 착오에 의한 의사표시
- 4) 제110조 사기·강박에 의한 의사표시

2. 계약이 무효 또는 취소된 경우의 법률관계에서 검토하여야 하는 것은 다음과 같다.

- (1) 유동적 무효, 무효행위의 재생(추인 및 전환), 취소와 추인.
- (2) 무효 및 취소에 따른 부당이득반환청구권의 행사(제748조)와 불법행위책임(제750조)에 따른 손해배상청구권.

Q 3. 당사자 사이의 권리와 의무가 소멸되었는가?

여기서 검토를 하여야 하는 것은 다음과 같다.

1. 소멸시효(완성에 따른 효과 중단의 문제)와 제척기간
2. 신의칙에 의한 권리의 실효

1. 쟁점의 제시형

18년 기출문제 한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.)

(2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)

(3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

❶ 1문의 2는 乙이 위 보증계약을 취소할 수 있는가라고 묻고 있으므로 제109조 착오취소의 요건을 판례와 함께 충실히 제시한 후, 신용정보와 관련된 이자지급연체사실이 중요부분에 해당한다고 밝히면 될 것이다.

❷ 단, 乙의 보증계약의 체결은 C의 신용을 신뢰한 동기가 있다는 것이며, 이러한 신뢰에 대한 동기의 착오가 甲은행의 실수라는 것이다. 즉 甲은행에게 신용유무를 물었기 때문에 신용에 대한 동기가 표시되었고, 설령 표시되지 않았다 하더라도 甲은행의 실수로 인하여 유발된 동기의 착오라는 것이다. 이에 대한 숨은 쟁점을 제시하면 고득점이 가능하다.

이 경우 甲은행의 실수라고 하였으므로(즉 甲은행은 금융기관인 전문기관이므로 착오를 일으키는 것이 거의 불가능하다는 의미이다), 이에 대하여 쌍방공통하는 동기의 착오는 논의에서 배제하는 것이 타당하며, 설령 제시하였다 하더라도 보론으로 제시하시길 바란다.

⇒ 결국, i) 착오취소의 요건, ii) 동기착오에 대한 논의, iii) 중요부분에 대한 논의, iv) 사안에서 제시된 바와 같이 경과실은 있으나 중과실은 없으므로, 착오 취소가 긍정될 것이다. 반드시 답안에 제시되어야 하는 판례를 요건별로 살펴보면 다음과 같다.



동기의 착오를 이유로 취소할 수 있는지 여부

1) 원칙적 취소 불가 : 착오라는 것은 의사표시의 내용과 내심의 의사가 일치하지 않는 것을 표의자가 모르는 것이므로, 단순히 내심적 효과의사의 형성과정에 착오가 발생한, 이른바 연유의 착오 또는 동기의 착오는 내심적 효과의사와 참뜻 사이에 착오가 있음에 그치고 이 내심적 효과의사와 표시와의 사이에는 그 불일치가 없다고 할 것이므로(대판 1985.4.23, 86다카89), 이러한 동기의 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다(대판 1998.2.10, 97다44737).

2) 예외적 취소 가능 : 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소할 수 있는가와 관련하여 i) 동기표시설, ii) 인식 내지 인식가능성설 등의 견해가 대립하며, 판례는 i) 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 '상대방에게 표시'하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하다고 한다. 물론 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없다. 그리고 ii) 그 법률행위의 내용으로 된 착오는 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 보통 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 '중요한 부분에 관한 것'이어야 한다(대판 2008.2.1, 2006다71724). 그러나 동기가 상대방의 부정한 방법에 의하여 유발된 경우(대판 1987.7.21, 85다카2339) 또는 동기가 상대방으로부터 제공된 경우(대판 1978.7.11, 78다719)에는 동기가 표시되지 않았다고 하더라도 동기의 착오에 의한 의사표시는 취소될 수 있다.



법률행위의 중요부분에 대한 착오의 의미

중요부분인지 여부에 관하여 판례는 착오에 의하여 표의자가 의사표시를 취소하기 위하여는 표의자에게 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고, 보통 일반인도 표의자의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다고 판단한다(대판 2003.4.11, 2002다70884). 특히 판례는 중요부분을 판단함에 있어 표의자의 '경제적 불이익을 요구'하고 있다. 따라서 착오로 인하여 표의자가 무슨 경제적인 불이익을 입은 것이 아니라고 한다면 이를 법률행위내용의 중요부분의 착오라고 할 수 없다(대판 2006.12.7, 2006다41457).



표의자에게 중과실이 없을 것에서 중과실의 의미와 판단

중대한 과실이란 표의자의 직업, 행위의 종류 및 목적 등에 비추어 '일반적으로 요구되는 주의를 지나치게 결여'한 것을 말한다(대판 2003.4.11, 2002다70884). 중과실의 증명책임은 의사표시의 상대방이 부담한다. 그러나 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2014.11.27, 2013다49794).

㉓ 1문의 3은 법원행사에 출제된 기출문제이다. 현재 경간 민법총칙의 출제유형을 파악할 수 있는 판례에 따르라는 설문제시용이다. 단 한가지 안타까운 점이 배점이 작다는 것이다. 또한 손해배상이라고만 되어 있으며, 구체적으로 어떠한 근거에 의한 손해배상인지를 묻지 않고 있다.

i) 결국 설문이 제시하라는 학설이 구체적으로 불법행위와 관련되어 있다는 점을 알지 못한다면, 배점이 낮음에도 불구하고, 쟁점누락이 있을 수 있다. 또한 그 학설의 구체적인 내용은 제535조의 계약체결상의 과실책임을 유추적용할 수 있는냐에 대한 논의이다.

ii) 따라서, 보증계약이 취소되면, 계약은 소급하여 소멸되므로, 보증계약의 불이행에 따른 손해배상의무는 없으며, 즉 제390조의 채무불이행에 따른 손해배상의무는 없다(이는 이견이 없으며, 판례 역시 부정하고 있다).

iii) 다음으로 불법행위에 대한 손해배상의무가 논의되는 바, 이에 대하여는 계약이 유효하게 체결될 것이라고 믿은 신뢰이익정도는 배상하자는 소수설인 제535조 적용긍정설이 있으나, 원시적이고 객관적인 불능에서 문제되는 제535조의 계약체결상의 과실책임은 적용되지 않음이 다수설이며, 판례 역시 경과실에 의한 착오취소권자에게는 위법성이란 존재할 수 없으므로 제750조의 손해배상의무가 없다는 내용을 제시하여야 할 것이다.

iv) 나아가 경과실의 적법한 착오취소권자에게 손해배상의무를 부과한다면 이는 취소권의 행사를 제약하기에 판례의 태도가 타당하다는 이론적 논거를 제시하면서 답안을 마무리한다면 고득점일 것이다.

⇒ **결론은 乙의 손해배상의무가 부정된다. 다음과 같은 논의로 구성되어야 하며, 판례와 함께 제시한다.**

1. 제390조 손해배상의 문제

제390조 채무불이행에 따른 손해배상청구권은 계약이 유효하게 체결되어 발생한 채무를 이행하지 않은 경우에 그 발생하는 금전채권이며 법률행위가 취소된 경우 채권·채무관계 역시 소급적으로 소멸하였으므로, 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해하는 것처럼 보이는 위법행위나 채무불이행이 있더라도 법률효과에 따른 손해배상을 청구할 수 없다(대판 2003.3.28, 2002다72125).

2. 제535조 손해배상의 문제

(가) 제535조는 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있다.

(나) 제535조가 인정되기 위해서는 법률행위 목적의 불능이 원시적·객관적·전부불능이어야 하므로 명문의 규정이 없는 민법 해석상으로는 이를 인정하기 어렵다.

3. 제750조 손해배상의 문제

(가) 제750조의 불법행위책임이 성립하기 위해서는 가해자에게 위법성이 존재하여야 하는 바, 사안에서 甲의 적법한 취소권의 행사가 과연 위법한지가 문제된다.

(나) 이에 대하여 **제535조 계약체결상의 과실책임이 유추적용하자는 견해도 있으나**, 판례는 표의자에게 경과실이 존재한다 하더라도 중과실이 없는 한 착오를 이유로 법률행위를 취소할 수 있는 바, 이러한 **적법한 취소권의 행사에는 위법성이란 있을 수 없으며, 나아가 제535조를 유추적용할 수도 없다.** 즉 취소권자는 비록 경과실이 있으나 적법하게 매매계약을 취소할 수 있고, 이로 인하여 상대방에게 불법행위에 따른 손해배상의무를 부담하지 않는다고 하였다(대판 1997.8.22, 97다13023).

2. 쟁점의 도출형

18년 기출문제 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 ‘A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다’고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 ‘100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다’면서 돈을 갚기를 거절했다.

(1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)

❶ 1문의 1에서 출제자는 A가 110만원을 갚아야 하는지 묻고 있다. 과연 **A에게 대여금을 지급할 의무가 있는지에 대하여 논하는 것입니다. 소위 명의모용 내지 차명사안이다.**

i) 우선 **금전대여계약의 당사자가 확정**되어야 한다. 법률행위가 성립하기 위하여는 당사자가 확정되어야 하고, 목적이 확정되어야 하며, 의사표시가 일치하여야 하기 때문이다. 이 중 명의모용사안은 당사자의 확정과 의사표시가 주된 쟁점이 된다.

ii) 즉 **금전대여계약이 누구에게 체결되었는지 여부에 대하여 법률행위 해석론에 따르면 B는 A에게 돈을 빌려준 것이라고 생각하였을 것이다.** 그렇기에 대여계약의 당사자는 A와 B가 되는 것이다. 반드시 제시되어야 하는 판례는 다음과 같다.



타인명의의 사용과 규범적 해석

① 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, **우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는** 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 **상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를**



계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다(대판 2011.2.10, 2010다83).

② 상대방과의 사이에 계약 체결의 행위를 하는 사람이 다른 사람 행세를 하여 그 타인의 이름을 사용하여 계약서 기타 계약에 관련된 서면 등이 작성되었다고 하더라도, 행위자와 상대방이 모두 행위자 자신이 계약의 당사자라고 이해한 경우, 또는 그렇지 아니하다고 하더라도 상대방의 입장에서 합리적으로 평가할 때 행위자 자신이 계약의 당사자가 된다고 보는 경우에는, 행위자가 계약의 당사자가 되고 그 계약의 효과는 행위자에게 귀속된다(대판 2013.10.11, 2013다52622).

⇒ 이에 따르면, A는 110만원에 대하여 자신이 계약의 당사자가 아님을 이유로는 지급을 거절할 수 없을 것이다.

iii) 다음으로 의사표시에 대하여 살펴보아야 한다. 즉 계약당사자를 확정한 이후 거절할 수 있는 논거를 제시하여야 한다. 바로 금전대여계약은 자신의 의사와는 무관하게 체결된 것이다. 대부분 명의모용 사안은 비진의표시와 통정허위표시가 문제된다. 즉 A는 자신에게는 돈을 빌릴 의사가 없었음을 이유로 금원의 지급을 거절할 수 있을 것이다. 즉 A 자신은 돈을 빌릴 의사가 전혀 없었다고 말할 수 있을 것이며, C가 돈을 빌리고 C가 쓸 생각이었다고 주장할 수 있다. 관련 판례는 다음과 같다.



소위 차명 대출의 문제와 내심의 효과의사

1) 비진의표시의 문제 : A가 B로 하여금 자신을 대리하여 금융기관으로부터 대출을 받도록 하여 그 대출금을 B가 부동산의 매수자금으로 사용하는 것을 승낙한 경우에, A의 의사는 특별한 사정이 없는 한 대출에 따른 경제적인 효과는 B에게 귀속시킬지라도 법률상의 효과는 자신에게 귀속시킴으로써 대출금채무에 대한 주채무자로서의 책임을 지겠다는 것으로 보아야 한다. 따라서 A가 대출을 받음에 있어서 한 표시행위의 의미가 A의 진의와 다르다고 할 수는 없다. 설령 A의 내심의 의사가 대출에 따른 법률상의 효과마저도 B에게 귀속시키고 자신은 책임을 지지 않을 의사였을지라도 금융기관이 A의 위와 같은 내심의 의사마저 알았거나 알 수 있었다고 볼 수는 없다(대판 1997.7.25, 97다8403).

2) 통정허위표시의 문제 : A가 은행을 직접 방문하여 금전소비대차약정서에 주채무자로서 서명·날인하였다면 A는 자신이 당해 소비대차의 주채무자임을 은행에 대하여 표시한 셈이고, 특별한 사정이 없는 한 이는 소비대차계약에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키려는 의사에 불과할 뿐이고, 그 법률상의 효과까지도 타인에게 귀속시키려는 의사로 볼 수 없으므로 A의 진의와 표시에 불일치가 있다고 보기는 어렵다(대판 2008.6.12, 2008다7772·7789). 통정의 결여로 계약의 당사자는 A로 확정된다. 그러나 동일인에 대한 대출액한도를 제한한 법령이나 금융기관 내부규정의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자(B)가 실제 대출받고자 하는 채무액에 대하여 제3자(A)를 형식상의 주채무자로 내세우고, 금융기관도 이를 양해하여 A에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 A명의로 대출관계서류를 작성받은 경우, 제3자명의로의 대출약정은 그 금융기관의 양해하에 그에 따른 채무부담의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다(대판 2001.5.29, 2001다11765).



iv) 그러나, A의 의사와 무관하게 C가 A을 가장한 사안이라는 것이다. 그렇기에 **사안에서는 A의 의사 자체가 존재하지 않고, C의 의사만이 존재하므로, 이러한 제3자 C의 의사에 따른 법률 행위의 효과를 과연 명의자인 A에게 귀속시킬 수 있는지가 문제된다.** 여기서 통정허위표시의 유추 적용과 표현대리의 유추적용의 논의가 있다. 판례는 다음과 같다.



통정허위표시의 유추적용의 문제

1) 무권리자의 처분행위(예를 들면 위조에 따른 후속 법률행위) 또는 무효인 이중매매에서 선의의 전득자를 보호할 수 있는 방안으로 통정허위표시의 선의 제3자 보호규정을 유추적용할 수 있는지가 문제된다.

2) 판례(대판 1991.12.27, 91다3208)는 **대리인(B)이 본인(A)으로부터 부동산에 관한 담보권설정의 대리권만 수여받고도 그 부동산에 관하여 자기 앞으로 소유권이전등기를 하고 이어서 제3자에게 그 소유권이전등기를 경료한 경우 제3자로서는 B를 A의 대리인으로 믿고서 위 등기의 원인 행위를 한 것도 아니고, A도 B명의로 소유권이전등기가 경료된 데 대하여 이를 통정 내지 용인하였거나 이를 알면서 방치하였다고 볼 수 없다면 민법 제126조나 제108조 2항을 유추할 수는 없다고 한다.**

⇒ **A가 C의 모용행위 또는 가장행위에 대하여 방임했다는 등의 귀책 사유가 전혀 보이지 않는다. 오히려 C가 적극적으로 해킹을 하여 A의 성명을 모용하였기 때문에 통정허위표시 역시 유추적용할 수 없다.**

v) 다음으로 C는 아무런 권한 없이 B에게 A임을 가장하였기 때문에, **표현대리의 유추적용의 논리를 구성하여 C의 금전대여 행위의 법률효과를 A에게 귀속시키는 것을 생각해 볼 수 있다.** 그러나 사안을 보면 A임을 가장하였을 뿐, 현명의 내용 등이 설문에 정확히 제시되지 않았다. 만약 설문에서 **A의 통장으로 입금이 되었다면, 대리가 문제될 수 있을 것이나, 대포통장으로 나왔기 때문에 이를 대리로 구성할 수 없을 것이다.** 판례는 다음과 같다.



성명모용과 제126조의 유추적용

민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, **사술을 써서 위와 같은 대리 행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립할 수 없다.** 그러나 본인으로부터 아파트에 관한 임대 등 일체의 관리권한을 위임받아 자신을 본인으로 가장하여 아파트를 임대한 바 있는 대리인이 다시 자신을 본인으로 가장하여 임차인에게 아파트를 매도하는 법률행위를 한 경우에는 권한을 넘은 표현대리의 법리를 유추적용하여 본인에 대하여 그 행위의 효력이 미친다고 볼 수 있다(대판 1993.2.23, 92다52436).

⇒ **결국 표현대리 역시 유추적용할 수 없는 바, A는 B에게 110만원을 갚지 않아도 된다.**



② 출제자의 의도가 “값아야 하는지 논하라”이다. 즉 값아야 하는지 마는지에 대하여 논거를 제시하면서 질문에 대한 정확한 답을 하여야 한다. 만약 값지 않아도 된다면, 계약이 성립하지 않았기 때문인지, 계약이 성립되었으나 그 효과가 A에게 귀속되지 않아서인지를 제시하여야 할 것이다.

[6] 사례의 결론에 이르기 위한 구체적인 답안의 전개

① 이러한 단계를 거치면, 구체적인 내용들을 답안에 작성하여야 한다. 출제자는 오직 답안지만을 보며 채점·판단하기 때문에 답안작성의 능력은 합격과 직결되어 있다.

② 사례형에 대한 답안구성은 i) 쟁점의 정리(또는 문제의 소재), ii) 쟁점에 관한 일반론, iii) 설문에서 문제되는 구체적 쟁점의 이론 및 관련 판례, iv) 설문의 구체적이고 정확한 적용 및 포섭, v) 쟁점 또는 사안의 해결의 단계로 구성된다. 주의할 것은 모든 사례형의 문제가 위와 같은 단계로 진행되는 것은 아니라는 것이다. 특히 경찰간부시험은 70분이라는 제약된 시간 안에 사례형 문제와 단문형 문제를 해결하여야 하기에 쟁점의 정리를 과감히 생략하는 것도 생각해볼 수 있다.

1. ‘쟁점의 정리’를 반드시 답안에 제시하여야 하는가

(1) 쟁점제시형

쟁점제시형의 문제는 【쟁점의 정리】라는 목차를 과감히 생략하거나 쟁점의 일반론과 함께 제시하는 것이 효율적일 수 있다. 후에 구체적인 목차의 구성과 함께 살펴보기로 하고, 다음의 문제를 다시 검토해 보자.

17년 기출문제 공무원용품 도매업을 하는 乙은 2005. 1. 1. 사업자금 조달을 위하여 갑은행으로부터 금 3억 원을 월이자 1%, 변제기 2006. 1. 1.로 정하여 차용하면서, 자신이 소유하던 A 부동산에 대하여 근저당권을 설정해 주기로 하는 계약을 체결하였다.

(1) 甲은행은 2010. 3. 25. 乙을 상대로 근저당권설정계약을 원인으로 하는 근저당권설정등기청구의 소를 제기하였다. 이 때 乙의 주장 가능한 항변과, 이에 따른 소송의 결과를 서술하시오.

17년 기출문제이다. 상당히 좋은 문제라고 생각된다. 질문을 구체적으로 제시하여 주었기 때문이다. 수험생 입장에서는 고민 없이 바로 i) 乙의 주장 가능한 항변, ii) 이에 따른 소송의 결과라는 목차를 구성할 수 있어야 한다.



(2) 쟁점도출형

① 쟁점도출형의 경우 쟁점의 정리는 출제자에게 보여 지는 첫 인상이기 때문에 상당히 중요한 의미를 갖는다. 수험생 입장에서는 출제자가 의도한 질문에 대한 쟁점을 파악하였다는 어필이 될 것이며, 앞으로 전개될 답안구성을 미리 제시하는 것이기 때문이다.

② 단, 쟁점의 정리는 표현 그대로 '쟁점을 간단하고 명료하게 작성'하여야 할 것이다. 즉, 설문에서 제시된 사실관계를 그대로 옮겨 적는 것이 아니라는 의미이다(설문의 정리가 되어서는 안 된다).

2. 일반론은 반드시 답안지에 제시하여야 한다

① 절대적이다. 일반론을 제시하여야 하는 이유는 사례형 해결의 단계를 밟아가는 과정의 시작을 출제자가 알 수 있게 하기 위함이다. 그러나 대부분의 수험생들이 일반론을 제시하지 않는 경우도 있는데, 그 이유는 대부분 일반론(개념·취지)을 몰라 제시를 하지 않거나 아니면 시간이 부족해서 일 것이다. 어떤 이유에서든 감점요인이 됨은 분명하다.

② 일반론을 제시함에 있어 설문에 제시된 쟁점과 직접적으로 관련된 내용만을 언급하는 것으로 충분하다. 다음 문항을 통하여 그 의미를 확인해 보자.

18년 기출문제 한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 '경과실'이 있다고 가정한다.)

(2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 '이자지급의 연체사실'은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)

(3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 '판례'의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

③ 위에서 제시된 설문에서 착오와 관련하여서는 동기의 착오가 문제되므로 동기의 착오에 대한 개념, 즉 '단순히 내심적 효과의사의 형성과정에 착오가 발생한 경우를 이른바 연유의 착오 또는 동기의 착오라고 한다'와 구체적인 쟁점인 취소의 요건을 제시하여야 한다.



3. 구체적 쟁점의 이론 및 관련 판례의 제시가 고득점의 관건이다

① 판례사안이 출제되거나 판례사안이 그대로 출제되지 않더라도 **고득점을 위하여는 관련 판례를 정확하게 제시하는 것이 무엇보다 중요하다.** 이를 두고 **민법의 최종학습은 조문을 해석하고 이에 대한 유권해석인 판례의 공부**라고 하는 것이다. 따라서 **선별적인 판례학습이 필요하며, 이는 곧 선례로서 의미를 갖는 소위 리딩판례들은 반드시 정리를 하여야 함을 의미한다.**

② 그리고 많은 수험생들이 의문을 가지는 학설은 과연 어디까지 제시하여야 하는가이다. **학설은 성문법학을 채택하고 있는 우리 법체계에서 조문을 그 제도의 취지를 중심으로 해석한 내용**이다. 민법총칙은 크게 **법적안정성을 중시하는 견해와 구체적 타당성을 도모하는 견해**로 나뉘며, 이에 대하여 최종적으로 유권해석한 것이 바로 대법원의 판례라고 하는 것이다. 그러므로 **학설과 판례가 첨예하게 대립하는 쟁점은 답안지에 제시하면 득점에 유리할 것**이나, 이미 정립이 되어 있는 논의는 간단하게 견해만 제시하고 판례의 태도를 제시한 후 검토를 맺는 것이 효율적이다.

③ **문제는 누락이 가장 많이 발생하는 부분**이라는 것이다. 그러므로 암기가 되지 않아 누락이 발생할 수 있기에 수험생 입장에서는 **위험성을 상쇄시키기 위해서라도 일반론은 반드시 작성**하여야 하는 것이다.

4. 설문의 구체적이고 정확한 적용과 포섭을 통한 결론의 제시가 마칩표

설문의 적용 및 사안의 포섭이란 **검토한 법규와 관련된 판례의 내용을 토대로 설문에서 제시된 사실관계에 쟁점을 적용**시키는 것을 의미한다. 이 경우 판례의 결론대로 따르되, 스스로 의문이 들었던 점을 간략하게 언급하는 것으로 충분하다. 이러한 **설문의 적용 및 사안의 포섭은 주어진 설문을 활용하여 구체적으로 제시하며, 설문에서 주어진 질문에 정확하게 답을 하는 것**이다.

5. 구체적인 답안작성을 위한 목차구성은 어떻게 할 것인가

(1) 쟁점제시형

18년 기출문제 한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.)

(2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)

(3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)



① 취소라는 하나의 쟁점이 문제되는 경우에 있어 답안의 구성은 크게 어려움이 없다. 위에서 제시된 1문의 2와 1문의 3에 대한 답안을 2가지의 목차구성방법으로 제시한다.

----- < 답안구성 방법 (1) - 쟁점의 정리형 > -----

[1] 1문의 2

I. 쟁점의 정리

II. 착오취소의 요건

1. 법률행위의 중요부분에 착오가 있을 것

(1) 동기착오 검토

(2) 중요부분 검토

2. 표의자에게 중과실이 존재하지 않을 것

III. 사안의 해결

[2] 1문의 3

I. 쟁점의 정리

II. 손해배상청구 가부

1. 학 설

2. 판 례

3. 검 토

III. 사안의 해결

② 그러나 앞서 언급한 바와 같이 착오취소의 법적근거라는 쟁점이 제시된 경우에는 출제자의 의도에 부합하게 바로 법적근거를 제시하는 목차의 구성을 생각해볼 수 있다. 그리고 구체적인 법적근거에서 쟁점을 정리하여 답안을 구성하면 될 것이다. 다음의 목차구성을 보자.

----- < 답안구성 방법 (2) - 쟁점정리형의 생략 > -----

[1] 1문의 2

I. 결 론

II. 논 거

1. 요건의 검토 - 특히 동기의 착오와 중요부분, 그리고 중과실 관련 판례

2. 사안의 해결

[2] 1문의 3

I. 결 론



II. 논 거

1. 학설과 판례
2. 사안의 해결

③ 일반적으로 많은 수험생의 입장에서는 **답안구성 방법 (1)이 익숙할** 것이며, **답안구성 방법 (2)는 익숙치 않은 체계**이다. 쟁점의 정리 내지 문제의 소재를 작성하는 부담감을 완화하며, 효율적이고 빠르게 작성할 수 있는 답안은 구성방법 (2)일 것으로 생각되나, 이는 전적으로 수험생이 판단하는 것이며, **모험을 싫어한다면 답안구성 방법 (1)을 추천한다.**

(2) 쟁점도출형

18년 기출문제 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 ‘A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다’고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 ‘100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다’면서 돈을 갚기를 거절했다.

(1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)

① 배점이 25점으로 높았으며, A가 대여금 110만원을 갚아야 하는지, 갚지 않아도 되는지에 대한 다양한 법적 근거를 검토하여야 하는, **복수의 쟁점이 문제되는 사안**이다. 크게 두가지로 논의를 구성하면 효율적이라고 생각된다.

② 첫 번째로는 A가 돈을 빌려달라고 한 적도 없고 받은 적도 없다는 주장을 계약의 당사자는 내가 아니므로 계약자체가 성립되지 않았다는 주장으로 선회하여, **법률행위의 당사자 확정론에 대한 구체적인 내용을 서술**하여야 한다.

③ 다음으로 설령 법률행위의 규범적 해석으로 계약의 당사자가 A로 확정되었다 하더라도, **금원의 대여에 대한 의사가 합치하지 않았으며, 무효이고, C에게 금원의 대여에 관한 권한을 수여한 바 없으므로, 무효라는 구체적인 법적 근거에 대한 내용을 서술**하여야 한다.

----- < 목차구성 - 복수의 쟁점이 문제되는 경우 > -----

I. 쟁점의 정리

II. A의 주장의 의미

⇒ **주체와 의사표시 내지 표현대리가 논의될 수 있는 사안**이라는 점을 명확히 언급



III. 계약의 성립 여부

1. 당사자의 확정

⇒ 법률행위 해석론의 일반론과 판례

2. 사안의 경우

⇒ 계약의 당사자는 결국 명의자인 A와 B로 확정

IV. 계약의 유효 여부

1. 비진의표시가 문제되는 명의대여와는 다른 사안이라는 점에 대한 간단 검토

2. 그러나 C의 행위에 따른 법률효과를 A에게 귀속시킬 수 있는 논의를 검토

(1) 통정허위 유추적용 여부에 대한 검토

⇒ C가 A의 명의를 아무런 권한 없이 모용할 수 있을만한 외관에 대하여 전혀 관여한 바 없으므로 B가 통정허위표시 선의 제3자로 보호받을 수 없음

(2) 표현대리 유추적용 여부에 대한 검토

⇒ 사안에서 대리권을 수여한 바 없으며, 유추적용할 만한 특별한 사정도 보이지 않음으로 C의 금전대여에 따른 효과를 A에게 귀속시킬 수 없음

V. 사안의 해결

[7] 마치며 - 민사법의 기본적인 내용의 이해와 판례의 암기

❶ 사례형 문제는 판례사안을 그대로 또는 변형하여 출제한다. 무엇보다 경찰간부에서도 작년부터 “다툼이 있는 경우에는 판례의 입장을 따를 것”을 제시하기 시작하였다.

❷ 문제해결능력을 살펴봄에 있어, 학설 내지 견해라는 추상적인 내용도 물론 중요하지만 그 보다는 그러한 학설 내지 견해의 다툼을 판례가 어떻게 실제 사안에서 적용되었는가를 묻고 있기 때문이다. 그러므로 쟁점을 도출할 수 있으려면 최우선적으로는 민법총칙의 기본적인 내용과 종국적으로는 판례를 학습하여야 한다.

❸ 입문자 내지는 초심자들의 민법총칙 학습이 기본서와 단문, 그리고 사례를 통하여 기본적인 내용을 이해하고, 관련 판례를 정리하는 것이라면, 시험은 학습한 이론과 판례를 토대로 설문에서 제시되는 사실관계를 파악하여 사례를 해결하는 것이다. 그렇기에 민법총칙의 핵심쟁점별로 관련 내용과 판례를 많이 알고 있는 것은 아무리 강조해도 지나치지 않는다.

❹ 수험생의 경우에는 시간과 장소적 제약을 받을 뿐만 아니라 무엇보다 보유하고 있는 자료의 제약도 받는다. 따라서 사례형 문제를 해결하기 위하여 시간과 문제의 배점 및 난이도에 따라 답안을 작성하는 시간과 답안의 분량을 반드시 안배하여야 한다. 즉 선택과 집중이 필요한 것이다.

❺ 쟁점의 소재부터 시작하는 목차와 소 제목 등을 과연 붙여야 하는가, 붙여야 한다면 과연 어디까지 붙여야 하는가에 대한 질문을 수없이 듣고 있으나 이에 대하여 그 어떤 누구라도



확정적으로 답할 수 없으며, 답을 해서도 안 된다. 이는 무조건적으로 수험생의 판단에 달려 있는 것이다. 조금 더 효율적으로 답안을 제시할 수 있도록 교재가 도와주고 있는 것 뿐이다.

⑥ 단, 수험생을 배려하지 않은 많은 분량의 자료와 교재, 또는 시험장에서의 시험이라는 것을 전혀 고려하지 않은 많은 분량의 목차구성과 답안분량은 시간의 부족이라는 문제점을 이미 안고 시작하는 것이므로 선택과 집중이 더욱 필요할 것이다. 또한 형식적으로든 실질적으로든 모든 문제에 관하여 출제자의 물음에 답을 하여야 할 것이며, **용두사미형의 답안은 절대적으로 금물**이다. 항상 염두에 두어야 한다.

