

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Civil Law, Book 4

General Provisions of the Civil Code

민사법 4

민법총칙

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Civil Law, Book 4
General Provisions of the Civil Code

민사법 4
민법총칙

드디어 **민법 전체에 적용할 법 원칙**, 즉 민법총칙을 본다.

그동안 채권자의 권리 실현을 공부했다. 이제, 채무자 입장에서 그에 대항해 **항변**할 사유와 요건을 배운다. 채무자가 무조건 채무를 이행해야 하는 것은 아니다. 과연 어떤 요건에서 어떻게 **채무자가 책임을 면제**받을 수 있는가? 예를 들어,

- 1. 협박을 당해 계약한 사례처럼 **계약에 흠**이 있을 수 있다.
- 2. **법인 대표**가 멋대로 법인 명의 계약을 체결한 경우도 있다.

민사법 1 – 민사법 기초 | Basic Civil Law

제1강 민사구조론 | Civil Procedure Outline

제2강 계약법 기초 | Basic Contract Law

제3강 불법행위법 기초 | Basic Tort Law

제4강 물권법 기초 | Basic Property Law

민사법 2 – 권리변동법 | The Law of Rights Alteration

제5강 물권 취득과 소멸 | Acquisition and Extinction of Property Rights

제6강 채권 이전과 소멸 | Transfer and Extinction of Claims

민사법 3 – 채권법 | The Law of Obligations

제7강 강제이행 | Compulsory Performance

제8강 해제와 손해배상 | Rescission & Compensation

제9강 채무자 재산 보존 | Preservation of Chargeable Properties

민사법 4 – 민법총칙 | General Provisions of the Civil Code

제10강 법률행위론 | Theory of Juristic Act

제11강 흠 있는 계약 | Contract Defect

제12강 사람과 법인 | Natural Person & Juristic Person

민사법 5 – 상법·민사소송법 | Commercial Law · Civil Procedure Law

제13강 회사법 기초 | Basic Company Law

제14강 증권법 기초 | Basic Securities Law

제15강 보험법 기초 | Basic Insurance Law

제16강 소송요건론 | Theory of Litigation Requirements

제17강 복잡 소송 | Complex Litigation

제10강

법률행위론

Theory of Juristic Act

법률관계를 만드는 의사를 다루는 이론에 관하여

계약법 기초 강의에서, 본인 의사에 따라 변화하는 법률관계를 보았다. 법률관계를 변동시키는 원인으로서, 본인의 **의사표시**를 본질로 하는 경우를 **법률행위**라 부른다. 이러한 법률행위에 적용할 이론을 본다. 다음과 같다.

1. 법률행위를 **해석**하는 방법.
2. 법률행위의 **대리**.
3. 원래 법률행위론은 법률행위나 의사표시에 흠이 있는 경우도 다룬다. 그러나 학습 편의상, 다음 강의에서 따로 보겠다.
4. 원래 **기간**에 관한 규정들은 민법전의 “법률행위” 장에 있지는 않다. 그러나 학습 편의상, 이번 강의에서 함께 보겠다.

William Hogarth
Marriage A-la-Mode: 1, The Marriage Settlement
c. 1743, oil on canvas, 70 × 91 cm, The National Gallery, London



들어가며	2	표현대리	81
신의성실 원칙	7	법률행위의 조건, 기한	96
법률행위의 해석	18	기간	124
법률행위의 대리	29	의사표시 효력 발생	136
무권대리	51	임대차계약 종료에 따른 법률관계	153
본인의 책임 회피	72	여러 당사자 사이의 법률관계	174

제11강

흠 있는 계약

Contract Defect

계약에 어떤 흠이 있을 때의 처리에 관하여

지금까지는 기본적으로 문제없는 계약(법률행위)을 논의했다. 그러나 실제로는 어떤 이유에서든지 계약에 **흠**이 있는 경우가 많고, 또 그런 경우일수록 분쟁도 많이 생긴다.

1. 흠 때문에 계약이 **무효**로 되거나 계약을 **취소**할 수 있는 때가 있다.
2. 이때 **제3자를 보호**해야 할 것인지 문제가 함께 생긴다.

이번 강의에서는, 계약에 흠이 생기는 원인을 분석하고, 제3자가 보호되는 경우를 파악한다. 그 요건과 효과를 이해하는 것이 강의의 목표다.

James Clarke Hook
The Defeat of Shylock
1850, oil on panel, 80 × 100 cm, Manchester Art Gallery, Manchester



들어가며	212	사기, 강박에 따른 의사표시	294
법령위반 법률행위	215	매매목적물 흠에 대한 구제수단	308
사회질서위반 법률행위	220	법률행위 무효	316
불공정한 법률행위	234	유동적 무효	326
진의 아닌 의사표시	241	법률행위 취소	328
허위 의사표시	251	토지거래허가에 관한 문제들	336
엄폐물 법칙	264	종합 사례	342
착오에 따른 의사표시	276		

제12강

사람과 법인

Natural Person & Juristic Person

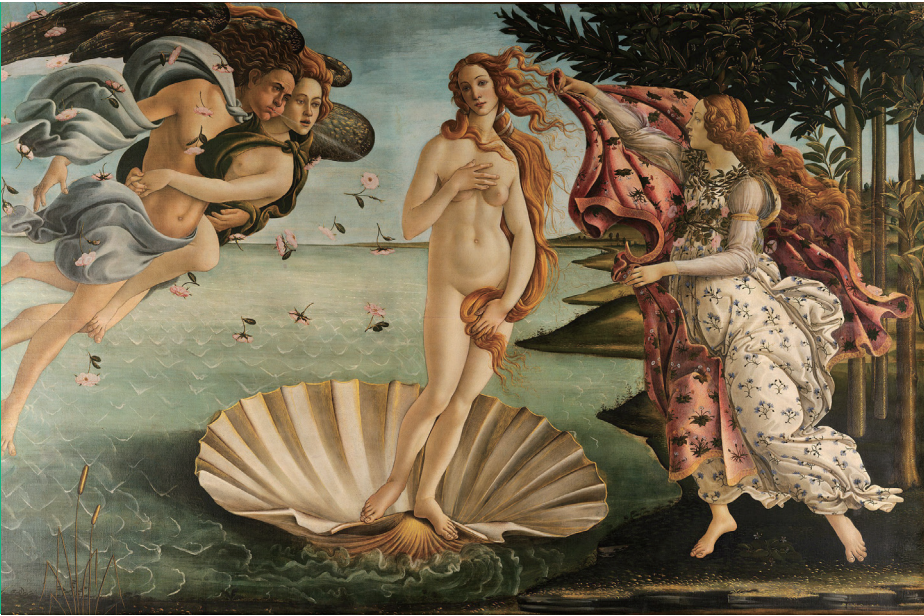
권리나 의무의 주체에 관하여

지금까지는 등장인물 A, B, C 등이 당연히 권리를 갖거나 의무를 질 수 있고, 권리를 행사하는 데도 특별한 제한이 없다고 봤다. 그런데 실제로는 그렇지 않은 경우가 있다.

- 1. 사람이라 하더라도, **미성년자**, **정신이상자**처럼 특수한 경우도 있다.
- 2. 법인은 사람이 아니지만, 권리의무를 가질 수 있다. **법인의 법률관계**는 이론과 실무 모두에서 중요하므로, 정확히 기억해야 한다. 이 과정에서, **회사법 기초**도 함께 공부한다.
- 3. 법인은 아니지만, 법인과 비슷한 규율을 받는 단체도 있다. 바로, **법인 아닌 사단**이다. 역시 중요하다.

이상을 실제 법률문제에 적용하고 이해하는 것이 이번 강의의 목표다.

Sandro Botticelli
Nascita di Venere (The Birth of Venus)
c. 1485, tempera on canvas, 173 × 279 cm, Gallerie degli Uffizi, Florence



민법에서의 능력	350	법인의 권리능력	406
자연인의 권리능력	355	법인의 불법행위능력	408
자연인의 의사능력	360	법인의 계약책임과 불법행위책임	423
자연인의 행위능력	362	법인의 책임 회피	426
제한능력자의 법률행위 취소	370	법인 아닌 사단	439
의사무능력자의 법률행위 무효	381	법인 아닌 사단의 책임 회피	449
법인 제도	384	사단과 조합	457
법인 종류	389	조합의 법률관계	479
법인의 기관	394		

일러두기

1. 문법상 작은따옴표가 맞아도, 시각적 효과를 위해 큰따옴표를 사용했다.
2. 법령 이름은 법제처 산하 법률 제명 약칭 위원회의 “법률 제명 약칭 기준”에 따른 약칭이 있을 경우 그 약칭으로 표기했다. 인용한 법령은 2026. 8. 시행 중인 것을 기준으로 하되, 형사소송법, 공소청법, 중수청법은 2026. 10., 법원조직법은 2028. 3. 시행 예정인 것을 기준으로 한다.
3. 판례번호는 “대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결”을 “2026도 1894”로 기재하는 식으로 사건번호만 표기하면서, 단기(檀紀) 연도는 서기 두 자리 연도로 같음했다. 단, 하급심 재판은 법원명을 “○○고법”, “○○행법”, “○○지법”, “○○지원”처럼 약칭해 함께 표기했다. 한편, 대법원 전원합의체 판결은 “전합”이라고 부기했지만, 헌법재판소 전원재판부 결정은 별도로 “전원재판부”라고 표시하지 않았고, 어느 경우든 법정 의견만 인용했다.
4. 기출문제가 곳곳에 있다. 공부 방향 설정에 참고하라고 넣은 것이다. 정답과 풀이는 제공하지 않는다.
5. 법령, 판례, 기출문제는 원문 그대로 인용하되, 비문 교정 또는 간결한 표현 등을 위해 수정한 부분은 “[]”로 표시했다. 단, 띄어쓰기는 별도의 수정 표시 없이 맞춤법에 맞게 교정했고, 가운데띄점(·), 아래아(ㄱ, ㄴ), 불릿(·) 등은 모두 쉼표(,) 또는 마침표(.)로 바꿨다.
6. 영문 병기는 한국법제연구원 “대한민국영문법령”과 대법원 “각급 기관 및 직위의 영문표기에 관한 내규”를 기본으로 하되, 뜻을 보다 명확히 전달하기 위해 의역한 용어도 있다. 영문 병기를 한 이유는 “외국인에게 일상적 용어로 우리 법률개념을 표현할 수 없다면 그 제도를 이해하지 못한 것”이라는 지은이의 신념을 담은 것이다.
7. 삽입한 법률서류는 실제 사건 양식을 참고하되, 인적사항과 구체적 내용은 가공했다.
8. 이 책 내용이 소속 기관의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다. 단, 기본 법리는 오로지 통설과 대법원 판례에 따라 설명했다. 쟁점에 관한 개인적 주장 또는 견해는 철저히 배제했다.

제7판 머리말

이 책은 수험용 민사법(민법, 상법, 민사소송법) 입문서다.

즉, 민사법(5권), 형사법(2권), 공법(1권)으로 구성된 8권짜리 “법학 입문” 시리즈의 일부로, 그중 민사법 제4권 “민법총칙” 편에 해당한다. 이 시리즈는 제4판(2017)까지 “누워서 읽는 법학”이라는 이름으로 출간했고, 제5판(2019)부터는 “법학 입문”으로 이름을 바꿨다.

이번 제7판(2026)에서는 제6판(2023) 이후의 법령 개정과 새로 나온 판례를 반영했다.

배움은 단계를 뛰어넘어선 안 되고(學不可躐等), 조급하고 경솔하게 해서도 안 되니(不可草率), 그렇게 하면 헛되이 마음과 힘만 낭비할 뿐이다(徒費心力). 반드시 차례와 순서에 따라(須依次序), 올바른 방법으로 이해해야 한다(如法理會). 그렇게 하여 경전 하나를 충분히 익히면(一經通熟), 다른 책들도 쉽게 읽을 수 있게 된다(他書亦易看). — “주자어류(朱子語類)” 제11권 ‘독서법 하(讀書法下)’ 중에서

이 책은 법학을 이해하기 위한 최소한의 이론, 즉 다음 단계로 나아가기 위해 반드시 알아야만 하는 것부터 하나씩 쌓아가는 방식으로 서술했다. 이 시리즈의 공법, 형사법, 민사법 과목 사이에는 별도의 선후관계가 없으나, 같은 과목 안에서는 제1권(제1강 → 제2강 → 제3강 → 제4강), 제2권(제5강 → 제6강...), 제3권... 식의 순서를 따른다. 예를 들어, 민법총칙에서 가장 먼저 이해해야 할 부분은 제4권 “민법총칙”이 아니라 제1권 “민사법 기초”에 있다. 제4권 내용은 제1권부터 제3권까지를 이해한 이후에야 비로소 파악할 수 있는 나머지 민법총칙이다. 만약 제1권도 모른 채 제4권 하나만을 먼저 본다면, 민법총칙을 이해하는 데에도 제1권부터 제4권까지 넷을 순서대로 다 읽은 사람보다 오히려 더 오래 걸릴 것이다. 같은 권 안에서의 서술도 마찬가지다. 부디 순서대로 읽기를 바란다.

이번 제7판 역시 많은 분들의 도움으로 완성할 수 있었다.

아낌없는 조언을 해주신 강동호 님(아주대학교 법학전문대학원), 강현 변호사 님(한신대학교 겸임교수), 견대영 님, 김기만 님(국방부), 김별다비 경정님(경찰청, 변호사), 김승환 님(University of Cambridge, MPhil Classics), 김윤정 경정님(충청남도경찰청), 김현경 서기관님(외교부), 노진탁 님(전남대학교 법학전문대학원), 박수정 변호사님(법무법인 빗), 오현수 변호사님(법무법인(유한) 태평양), 전성환 님(연세대학교 신촌캠퍼스), 정수연 변호사님(법무법인 해운), 조다솔 변호사님, 조민지 서기관님(통일부), 최가희 변호사님(청주지방법원 전임회생위원), 하민희 님, 한종현 변호사님께 감사드립니다.

특히 오현수 변호사님은 시리즈 초기부터 변함없이 큰 힘이 되어 주셨다. 하민희 님과 한종현 변호사님 부부, 김현경 서기관님, 정수연 변호사님은 법률 용어의 영문표기 오류와 부적절한 표현까지 바로잡아 주셨고, 김승환 님은 라틴어 법언도 꼼꼼히 교정해 주셨다.

어떤 일이 있더라도, 또 어느 누가 뭐라 하더라도, 이 책을 읽는 모든 분이 항상 다음 네 가지를 중심에 두기를 당부한다.

조문, 판례, 기출문제, 강약조절.

이것이 수험 법학의 전부이며, 합격의 유일한 방법이다.

2026. 8. 지 은 이

제10강

법률행위론

Theory of Juristic Act



William Hogarth, *Marriage A-la-Mode: 1, The Marriage Settlement*
c. 1743, oil on canvas, 70 × 91 cm, The National Gallery, London

법률관계를 만드는 의사를 다루는 이론에 관하여

- 계약법 기초 강의에서, 본인 의사에 따라 변화하는 법률관계를 보았다. 법률관계를 변동시키는 원인으로서는, 본인의 **의사표시**를 본질로 하는 경우를 **법률행위**라 부른다. 이러한 법률행위에 적용할 이론을 본다. 다음과 같다.
1. 법률행위를 **해석**하는 방법.
 2. 법률행위의 **대리**.
 3. 원래 법률행위론은 법률행위나 의사표시에 흠이 있는 경우도 다룬다. 그러나 학습 편의상, 다음 강의에서 따로 보겠다.
 4. 원래 **기간**에 관한 규정들은 민법전의 “법률행위” 장에 있지는 않다. 그러나 학습 편의상, 이번 강의에서 함께 보겠다.

들어가며
Introduction

법을 안다는 것은 그것들의 단어를 기억하는 것이 아니라
법의 효력과 권한을 기억하는 것이다.
- D. 1.3.17

민법총칙의 위치

편제

민법 제1편 총칙[제1조~제184조]
민법 제2편 물권[제185조~제372조]
민법 제3편 채권[제373조~제766조]
민법 제4편 친족[제767조~제996조]
민법 제5편 상속[제997조~제1118조]

개념

민법총칙(general provisions of the Civil Code)이란,
1. 지금까지 배운 모든 민법 분야에 공통적으로 적용되는 원칙.
2. 민법 제1조부터 제184조까지.

당부

민사법 제4권 내용은, 제3권까지 내용 이해를 전제로 한다. 민법총칙 중 먼저 학습할 기초 개념과 기본원리는 제4권이 아닌 제1권부터 제3권까지에 들어 있다.
혹시라도 제4권부터 보는 사람이 있다면? 지금 바로 구매한 책을 환불하고 제1권부터 보기 바란다. 물리학에서 일반적(general; universal) 이론에 대비기 전에 기초 개념과 개별 현상부터 차근차근 알아 나가야 하는 것과 비슷하다.

가족법과 민법총칙

- 1. 가족법(family law): 친족법(domestic relations law) + 상속법(succession law)
- 2. 원칙적으로, 가족법에도 민법총칙을 적용할 수 있다.

예를 들어, 가족법 문제에서도, 기간 계산에 관해서는 민법총칙을 적용한다.

민법 제157조(기간의 기산점) 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전 영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다.
민법 제158조(나이의 계산과 표시) 나이는 출생일을 산입하여 만(滿) 나이로 계산하고, 연수(年數)로 표시한다. ...
민법 제159조(기간의 만료점) 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일 종료로 기간이 만료한다.

3. 그러나 성질 또는 법령상 가족법에 적용할 수 없는 총칙 규정이 많다.
예를 들어, 민법총칙에 대리 규정이 있지만, 대리료 혼인계약을 체결할 수 없다.

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.

민법 제4편 친족 제3장 혼인 제4절 혼인의 효력 제1관 일반적 효력 제826조(부부간의 의무) ① 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. ...

민법총칙 내용

편제

민법 제1편 총칙
제1장 통칙[제1조~제2조]
제2장 인[제3조~제30조]
제3장 법인[제31조~제97조]
제4장 물건[제98조~제102조]
제5장 법률행위[제103조~제154조]
제6장 기간[제155조~제161조]
제7장 소멸시효[제162조~제184조]

제1장 통칙

총칙 중에서도, 더 보편적이고 근본적 내용을 담은 부분이다. 단 2개의 조문만 있다.

- 1. 법원(source of law): 법관이 재판할 때의 근거 기준. 민사사건(civil case)은, 법률(statutory law) → 관습법(customary law) → 조리(sound reasoning).

민법 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 [따르]고 관습법이 없으면 조리에 [따른]다.

참고: 상사사건(commercial case): 상법(commercial act) → 상관습법(commercial customary law) → 민법(법률 → 관습법 → 조리).

상법 제1조(상사적용법규) 상사에 관하여 본법[(= 상법)]에 규정이 없으면 상관습법에 [따르]고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 [따른]다.

조리(條理; sound reasoning)란, 사물의 이치 등을 뜻한다. “조리 있게 말한다.”라고 할 때 그 조리다. 즉, 앞뒤가 들어맞고 체계가 서는 성질이다.

2017다228007전합: 조리는 일반적으로 사물의 이치, 본질적 법칙 등으로 이해[된다. 또는,] 사회적 의미를 중시하여 사람의 이성이나 양식에 기[초]하여 생각되는 사회공동생활의 규범, 법의 일반원칙, 사회적 타당성, 형평, 정의 등으로 해석되기도 한다.

2. 신의칙(rule of good faith): 신의성실 원칙을 줄인 말이다. 곧 살피본다.

민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의[를 지켜] 성실히 하여야 한다.
② 권리는 남용하지 못한다.

제2장 인

사람(natural person)을 다룬다. 예를 들어,

1. 미성년자도 권리를 가질 수 있는가?

민법 제3조(권리능력의 존속기간) 사람은 생존한 동안 **권리와 의무의 주체**가 된다.

2. 미성년자의 권리행사에는 어떤 한계가 있는가?

민법 제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.
민법 제5조(미성년자의 능력) ① **미성년자**가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. ...
② 전항의 규정[을] 위반한 행위는 취소할 수 있다.

3. 상대방은 어떻게 보호하는가?

민법 제15조(제한능력자의 상대방의 응답을 촉구할 권리) ① 제한능력자의 **상대방**은 제한능력자가 능력자가 된 후에 그에게 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 응답을 촉구할 수 있다. 능력자로 된 사람이 그 기간 내에 응답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.

제3장 법인

법인(juristic person)과 법인과 유사한 존재를 다룬다. 예를 들어,

1. 법인: 주식회사, 학교법인, 의료법인 등

민법 제34조(법인의 권리능력) **법인**은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 [에서] 권리와 의무의 주체가 된다.

2. 법인과 유사한 존재: 대표적으로, 법인 아닌 사단(교회, 종중 등)

2008마699전합: 법인 아닌 사단의 ... 법률관계에 관하여는 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 원칙적으로 유추 적용된[다.]

제4장 물건

물건(property)을 다룬다.

1. 물건은 민법총칙 규정에 있긴 하다. 그러나 실질적으로 물건은 물권법 (property law)과 큰 관련이 있다.

2. 제4강 물권법 기초에서 이미 배웠다.

민법 제98조(물건의 정의) 본법에서 **물건**이란 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

민법 제99조(부동산, 동산) ① 토지 및 그 정착물은 **부동산**이다.

② 부동산 이외의 물건은 **동산**이다.

제5장 법률행위

법률행위(juristic act)를 다룬다.

1. 법률행위도 민법총칙 규정에 있긴 하다. 그러나 실질적으로 법률행위는 계약법(contract law)의 핵심이다.
2. 제2강 계약법 기초에서 이미 배웠다.

민법 제105조(임의규정) 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 [따른]다.

이제 심화 내용이다.

1. 법률행위를 해석하는 방법?

2018다21821: 법률행위의 해석은 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 명백하게 확정하는 것이다.]

2. 다른 사람을 통해 법률행위를 하는 방법?

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.

3. 만약 법률행위나 의사표시에 어떤 문제(흠)가 있다면, 어떻게 처리하는지?

민법 제110조(사기, 강박에 [따른] 의사표시) ① 사기나 강박에 [따른] 의사표시는 취소할 수 있다.

제6장 기간

예를 들어, 언제까지 항소하여야 하는가?

1. 이러한 기간 문제는 실무상 언제나 중요하다.
2. 지금까지는 막연히 “한 달 후”, “약 며칠 후” 식으로 살폈지만, 이제 정확한 계산 방법을 본다.

민법 제161조(공휴일 등과 기간의 만료점) 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.

제7장 소멸시효

1. 소멸시효도 민법총칙 규정에 있어서, 편제상으로는 물권, 채권 등을 아우른다. 그러나 실질적으로 채권 소멸시효가 훨씬 중요하다.
2. 제6강 채권 이전과 소멸 강의에서 이미 배웠다.

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

결론

머리에

이제, 민법총칙 내용을 다음과 같이 3가지로 분류해 살펴보자.

기본사항(제10강)

1. 신의칙(rule of good faith)
2. 법률행위의 해석(interpretation of juristic act)
3. 법률행위의 대리(representation on juristic act)
4. 기간(period)

흠 있는 계약(제11강)

1. 법령위반 법률행위(juristic act of violating statute)
2. 사회질서위반 법률행위(juristic act contrary to social order)
3. 진의 아닌 의사표시(declaration of untrue intention)
4. 허위 의사표시(fictitious declaration of intention)
5. 착오에 따른 의사표시(declaration of intention under mistake)
6. 사기 또는 강박에 따른 의사표시(declaration of intention by fraud or duress)

사람과 법인(제12강)

1. 미성년자 제도(minor)
2. 성년후견 제도(adult guardianship)
3. 법인(juristic person; corporation)
4. 법인 아닌 사단(unincorporated association)

신의성실 원칙

The Rule of Good Faith

법 앞에서 타인을 비난하고자 한다면, 자신의 손부터 깨끗해야 한다. - 오래된 법언

개념

신의칙

신의칙 의미는 조문을 보면 대략 알 수 있다.

민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의[를 지켜] 성실히 하여야 한다.

② 권리는 남용하지 못한다.

2018다228868: 신의성실의 원칙[이란] 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범을 말한다.

신의성실 원칙(*bona fide; rule of good faith*)을 줄여서 신의칙이라 한다.

민법 제2조와 신의칙

1. 민법 제2조 제1항: 좁은 의미의 신의칙
2. 민법 제2조 제2항: 권리남용 금지 원칙(abuse of rights; defense of bad faith). 이것은 좁은 의미의 신의칙에서 파생되어 나온 원리다.
3. 민법 제2조 전체: 넓은 의미의 신의칙

그저 “신의칙”이라고만 하면, 넓은 의미의 신의칙으로 보아도 무방하다.

일반원칙

1. 신의칙은 일반원칙(general principle)이다.
2. 즉, 민법 제2조는 일반조항(general clause)이다.

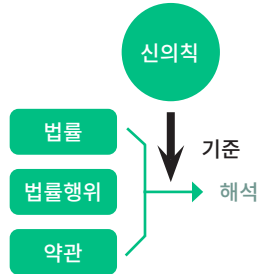
2019다276338: 이 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범이다. 그리하여 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로 작용하고 있다.

기능

해석기준

신의칙은 해석(interpretation)의 기준이 된다.

1. 법률(law)을 해석하는 기준이 된다.
2. 법률행위(juristic act)를 해석하는 기준도 된다.
3. 약관(standard form contract) 해석의 기준도 된다.



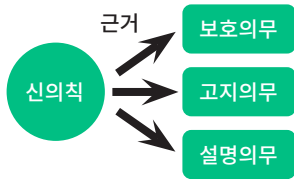
약관법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “약관”이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.

약관법 제5조(약관의 해석) ① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다.

법률관계 변동 사유

신의칙은 법률관계(권리의무관계)를 변동(change)시키는 사유가 된다. 예를 들어, 신의칙에 근거해 다음 의무가 발생할 수 있다.



1. 보호 의무(duty to protect)

2002다63275: 환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 ... 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 진다. 그러한 만큼, **병원**은 병실에서의 출입자를 통제, 감독하든가 그것[을 할 수 없]다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공[해야 한다. 병원은 이러한 방법] 등으로 입원환자의 휴대품 등의 **도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다.**

[병원]이 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였[다. 그렇다]면 병원은 그[에 따른] 손해배상책임을 면하지 못한다.

2. 고지 의무(duty to notify)

2010다8709: 신의성실의 원칙...상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다. ... **고지의무** 위반에 [따라] 불법행위가 성립[할 수 있다.]

지역주택조합 방식에 [따른] 아파트개발사업의 시행대행자인 甲 주식회사가 乙 등과 조합원가입계약을 체결할 당시 이미 사업부지 일대가 뉴타운사업지구로 지정되어 위 방식에 [따른] 사업 추진이 불가능할 수 있었[다. 그런데]도 [甲 회사는] 이를 고지하지 않았[다.] 그 후 사업 추진이 불가능하게 되어 乙 등이 손해를 입[었다.] ... 甲 회사의 고지의무 위반이 인정된[다.]

3. 설명 의무(duty to explain)

2001다56904: 한약업사가 고객에게 독성물질이 함유된 한약재인 ‘초오’를 판매[할 때] 일반적인 복용방법과 함께 “조금씩 복용하라.”[라]는 간단한 설명만을 하였[다. 그런데] 구입자가 그 구매 전량을 달여서 나온 분량을 한꺼번에 자신의 남편으로 하여금 복용하게 함으로써 남편이 이 [때문에] 사망한 [사안이다.]

한약업사[가] ... 그 용법이나 용량이 어떠한지에 따라 인체에 치명적인 결과를 초래할 수도 있는 한약재를 일반인에게 판매[할 때 어떻게 해야 하는가? 한약업사는] **신의칙상** 매수인에게 그 효능 내지 **위험성**과 안전한 용법 등을 상세히 알려 줌으로써 매수인 등으로 하여금 그 복용 여부나 복용방법에 관하여 스스로 선택, 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다.]

[사안에서] 한약업사[는] 주어진 **설명 의무**를 다 하지 아니하여 위 망인의 자기결정권을 침해하는 위법한 행위를 했다. 그러]므로, [한약업사]는 그 [때문에] 위 망인 및 그의 가족...들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다.]

직권 적용

신의칙 위반은,

- 1. 사실(fact) 인정 문제가 아니다. 즉, 변론주의 대상이 아니다.
- 2. 법률(law) 적용 문제다. 즉, 직권주의 대상이다.

94다42129: 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 **강행규정에 위배되는 것**이 [다. 그러]므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 **직권**으로 판단할 수 있다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 55.] 민사소송상 신의칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 민사소송상 신의칙에 반하는 것은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

신의칙의 파생원칙

머리에

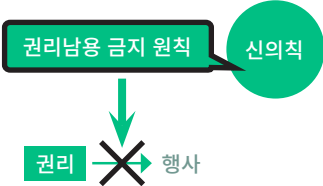
신의칙으로부터 여러 법 원칙이 파생(derivation)해 나온다.

- 1. 권리남용 금지
- 2. 사정변경 원칙
- 3. 실효 원칙
- 4. 모순행위 금지 원칙

모두 형식적으로는 권리가 있지만, 신의칙 때문에 그 행사가 제한되는 경우다.
가장 엄격한 법은 가장 큰 불의다(*Summum ius summa iniuria*; The strictest law is the greatest injustice).

권리남용 금지 원칙

권리남용 금지(*exceptio doli*; prohibition of chicanery; doctrine of abuse of rights): 권리가 있더라도, 남을 괴롭히려 권리를 행사하면 안 된다.



타인을 해칠 목적으로만 하는 권리 행사는 허용되지 않는다(*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*; The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another).

민법 제2조(신의성실) ② 권리는 남용하지 못한다.

- 1. 원래 권리가 있으면, 권리를 행사할 수 있고, 상대방은 응할 의무가 있다.
- 2. 그러나 형식적으로는 권리를 행사할 수 있더라도, 실제로 그 권리를 행사하도록 두는 것이 도저히 용납할 수 없는 경우가 있다.
- 3. 이때 권리남용 금지 원칙을 적용할 수 있다. 즉, 권리행사를 금지할 수도 있다.

2023다214108: 권리의 행사가 [i] 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 이익이 없고, [ii] 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 [않는다.]

이때 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정들을 모아서 추인할 수 있다.]

[이처럼] 권리의 행사에 해당하는 외관을 지닌 어떠한 행위가 권리남용이 되는가의 여부는 권리남용 제도의 취지 및 그 근간이 되는 동시대 객관적인 사회질서의 토대하에서 **개별적이고 구체적인 상황**을 종합하여 판단하여야 한다.]

4. 권리남용 금지 원칙에 따라, 권리행사를 금지한 사례가 있다.

2020다254280: 권리남용에 해당하는지는 구체적인 사안에서 개별적으로 판단해야 [한다.]

소유권에 기초를 둔 토지 인도 청구가 권리남용에 해당하는지는 [어떻게 판단하나?] [i] 토지 취득 경위와 이용현황 등에 비추어 토지 인도에 따른 소유자의 이익과 상대방의 손해 사이에 얼마나 큰 차이가 있는지, [ii] 토지 소유자가 인도 청구를 하는 실제 의도와 목적이 무엇인지, [iii] 소유자가 적절한 가격으로 토지를 매도해 달라는 상대방의 요구에 정당한 이유 없이 불응하며 상대방에게 부당한 가격으로 토지를 매수할 것을 요구[는]지, [iv] 토지에 대한 법적 규제나 토지 이용현황 등에 비추어 다른 용도로 사용할 수 있는지, [v] 토지 인도로 말미암아 사회 일반에 중대한 불이익이 발생하는지, [vi] 인도 청구 이외에 다른 권리구제수단이 있는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.]

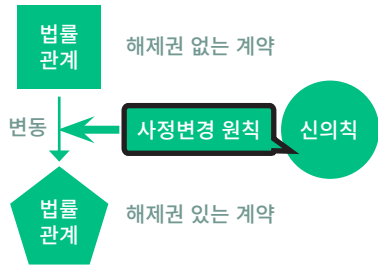
2010다59783: 甲 소유의 대지 지상에 다가구주택이 건축되어 있고 그 잔여 토지가 공로에 이르는 통로로 사용되고 있었[다. 그런]데, 乙이 그 인근 대지에 구 건물을 철거하고 상가를 신축하면서 위 통로 쪽으로 출입구를 설치[했다. 그러나] 위 상가 신축 과정에서 乙과 갈등을 빚게 된 甲이 위 상가의 출입구 현관문 앞에 블록담장을 설치[했다.]

상가 출입구를 봉쇄하는 형태로 축조[된] 위 블록담장에 그 외의 다른 용도가 없[다. 그리고] 위 상가와 블록담장 사이의 간격은 50cm 정도에 불과하여 통행에 매우 불편한 상태[다. 또한,] 인근 주민들은 모두 위 통로를 이용하고 있[다. 게다가] 블록담장 설치로 ... 甲이 얻는 이익이 거의 없고 위 잔여 토지 부분이 통로 이외의 다른 용도로 사용될 가능성도 없[다.]

甲이 위 블록담장을 설치한 행위는 외형상은 권리의 행사로 보[인다. 그러나] 실질적으로는 그 부지가 자신의 소유임을 기화로 乙 소유의 위 상가의 사용, 수익을 방해[하는 행위다. 그리고] 나아가 乙에게 고통이나 손해를 줄 목적으로 [한] 것이라고 볼 수밖에 없다. 그러므로, 甲의 위 블록담장 설치행위는 권리행사의 한계를 벗어난 것으로서 권리남용에 해당한다[다.]

사정변경 원칙

사정변경 원칙(*rebus sic stantibus*; doctrine of frustration of contract): 상황이 바뀌었다면, 계약에서 벗어날 수도 있다.



계약은 사정이 그대로일 것이라고 전제한다(*Clausula rebus sic stantibus*; Things thus standing).

- 1. 계약 준수 원칙(*pacta sunt servanda*; agreements must be kept)이 있다. 말 그대로, 상황이 바뀌어도 약속(계약)은 지켜져야만 한다는 의미다.
- 2. 그러나 계약 준수 원칙을 고수해 계약 내용대로 구속하는 것이 오히려 신의칙에 반한다면?
- 3. 이때 사정변경 원칙을 적용할 수 있다. 즉, 약속(계약)에서 벗어날 수도 있다.

2019다276338: 계약을 체결할 때 예견할 수 없었던 사정이 발생함으로써 야기된 불균형을 해소하고자 신의성실 원칙의 파생원칙으로서 사정변경의 원칙을 인정[한다.]

즉, [i] 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 [ii] 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, [iii] 그 [때문에] 계약을 그대로 유지하는 것이 [a] 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 [b] 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다.]

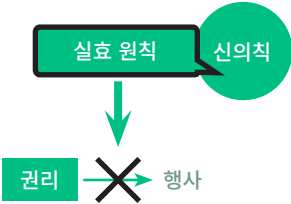
- 4. 사정변경 원칙에 따라, 해지권을 인정한 사례가 있다.

99다61750: 회사의 이사라는 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 은행 사이의 계속적 거래[에 따른] 회사의 채무에 연대보증인이 되었다. 그가 그 후 회사로부터 퇴직하여 이사의 지위를 상실하게 된 때에는 사회통념상 계속 보증인의 지위를 유지케 하는 것이 부당하다.]

[그러]므로, 연대보증계약 성립 당시의 사정에 [뚜렷]한 변경이 생긴 것을 이유로 그 보증계약을 일방적으로 해지할 수 있다.

실효 원칙

실효 원칙(*dormientibus*; doctrine of laches): 이제 와서 새삼스레 권리를 행사할 수 없다.



법은 권리 위에 깨어 있는 자들을 보호하지만, 그 권리 위에 잠자는 자들을 보호하지 않는다(*Vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*; Equity aids the vigilant not the indolent).

- 1. 원래 소멸시효기간이나 제척기간을 넘기면 권리를 행사할 수 없다.
- 2. 그러나 위 기간 내라 하더라도, 권리를 행사하는 것이 신의칙에 반할 때도 있다. 권리를 행사하지 않을 것이라 믿은 상대방에게 뜻하지 않은 타격이 되기 때문이다.

3. 이때는 실효 원칙을 적용할 수 있다. 즉, 권리를 잃게 될 수도 있다.

2024다269143: 실권 또는 실효의 법리는 신의성실의 원칙에서 파생한 법원칙이다.

본래 권리행사의 기회가 있는데도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 권리를 행사하지 않았다고 하자. 그래서] 의무자인 상대방이 이미 그의 권리를 행사하지 않을 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되었다고 하자. 그 결과] 새삼스럽게 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 위반되는 결과가 [될 수 있다. 이럴] 때 권리행사를 허용하지 않는 것이[다.]

실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 [i] 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 [ii] 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니[다.] 구체적 인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자 측과 상대방 측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재하는 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한[다.]

4. 실효 원칙에 따라, 권리행사를 금지한 사례가 있다.

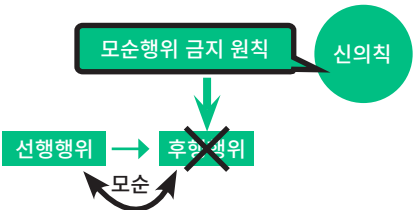
2010다89654: 甲이 乙 등을 상대로 제기한 건물명도소송에서 “乙 등이 토지사용료 지급을 2회 이상 연체하면 건물을 즉시 철거하고 대지를 甲에게 인도한다.”라는 내용이 포함된 화해권고결정이 확정되었[다. 그런]데, 乙 등이 4년여 전에 사용료 지급을 2회 이상 연체하였음을 이유로 甲이 화해권고결정에 대하여 집행문 부여를 [구했다.]

[그런데] 乙 등이 위와 같이 사용료를 2회 이상 연체하였을 무렵 甲이 집행문 부여를 신청하여 거부처분을 받았[던 일이 있다. 그런]데, 甲은 이를 다룰 기회가 충분히 있었[는데도] 4년여가 경과하도록 권리를 행사하지 아니한 채 乙 등으로부터 [이의하지 않은 채] 사용료를 계속 지급받아 왔[다.] 그 결과 乙 등으로서는 甲이 위 사용료 연체를 이유로는 건물철거 등을 청구하지 아니할 것으로 신뢰할 만하게 되었다.]

[그러]므로, 甲이 위 4년 전의 사용료 연체를 다시 문제 삼아 집행문 부여를 청구하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않는[다.]

모순행위 금지 원칙

모순행위 금지 원칙(*venire contra*; doctrine of estoppel): 말의 앞뒤가 다르게 권리를 행사해서는 안 된다.



누구도 자신의 종전 행위에 모순되는 행위를 하여서는 안 된다(*Nemo potest venire contra factum proprium*; No one can act against his own prior conduct).

- 1. 원래 과거에 어떻게 했든, 현재 상황에서 자유롭게 의사표시를 할 수 있다.
이것이 원칙이다.
- 2. 그런데 자기가 이미 표명한 언행과 모순되는 행위를 허용하면, 도저히 신의칙 상 용납할 수 없는 경우가 생길 수도 있다.
- 3. 이때는 모순행위 금지 원칙을 적용할 수 있다. 즉, 그러한 주장이나 권리행사를 금지할 수도 있다.

중전과 반(反)대되는 언(言)어를 금(禁)지한다는 뜻에서 금반언 원칙이라고도 부른다.

- 4. 모순행위 금지 원칙에 따라, 권리행사나 주장을 금지한 사례가 있다.

93다26007: 피상속인의 처가 **가출하여 재혼**을 하고 피상속인의 처로 기재된 **가족관계등록부까지 말소**했다. 그런데 그 후 피상속인[이] 사망[하자 **이제는 상속인임을 주장**하고 있다. 이러한] 청구[는] **신의칙상 허용될 수 없다**.]

2008다11276: 제1심법원이 제1차 변론준비기일에서 **부적법한 당사자표시정정신청**을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 **동의**했다. 그래서 제1심 제1차 변론기일부터 정정된 원고인 회사와 피고 사이에 본안에 관한 변론이 진행된 다음 제1심 및 원심에서 **본안판결이 선고**되었다. 그렇다면, **[이제 와서] 당사자표시정정신청이 부적법**하다고 하여 그 후에 진행된 변론과 그에 [기초한] 판결을 모두 부적법하거나 무효라고 하는 [주장은 어떤가? 이런 주장은] 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 그 후에 새삼스럽게 이를 문제 삼는 것은 소송경제나 **신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다**.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 55.] 민사소송상 신의칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 제1심법원이 제1차 변론준비기일에 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고가 이에 명시적으로 동의하여 제1심 및 항소심에서 본안판결이 선고된 경우, 그 후 피고가 위 표시정정신청이 부적법하다고 주장하는 것은 인정되지 아니한다.

계약자유 원칙과 신의칙

계약자유 원칙

2016다35833전합: 사적 자치와 **계약자유**의 원칙은 **사법(私法)의 기본원리**다. 이것은 사법적인 법률관계를 규율하는 기초를 형성하고 있다.

신의칙에 근거한 계약자유 원칙 제한

- 민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의[를 지켜] 성실히 하여야 한다.
- ② 권리는 남용하지 못한다.

2016다35833전합: [계약자유]원칙이 아무런 제한 없이 절대적으로 인정되는 것은 아니다. 우리 민법은 통칙[제1편 총칙 제1장 통칙(제1조~제2조)]에서 신의성실과 권리남용의 금지를 민법의 중요한 원칙으로 선언하고 있다. 신의성실의 원칙은 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서 실정법이나 계약을 형식적이고 엄격하게 적용할 때 생길 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하는 작용을 한다. **사적 자치나 계약자유도 신의칙에 따라 제한될 수 있고, 구체적 사안에서 그 적용 범위가 문제 될 뿐이다.**

사례

1. 원칙: 약정 보수 전액 청구

2025다212052: 부동산중개업자의 위임사무처리 보수에 관하여 부동산중개업자와 중개뢰인 사이에 약정이 있는 경우 부동산중개업자는 원칙적으로 약정보수액 전부를 청구할 수 있다.

2. 예외: 신의칙상 보수 감액

2025다212052: 다만 위임의 경우, 중개업무처리의 경과와 난이도, 투입한 노력의 정도, 중개뢰인이 업무처리 [때문에] 얻게 되는 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여, [다음과 같이 판단할 수 있다. 즉,] 약정보수액이 부당하게 과다하여 신의성실 원칙이나 형평 원칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 때에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있[다.]

형평은 법의 엄격함을 완화한다(*Aequitas est quae de iure multum remittit*; Equity is that which substantively relaxes the strict requirements of the law).

신의칙 적용의 한계

머리에

신의칙 역시 무한정 적용하지는 않는다.

신의칙 적용 일반요건 = 상대방 신의의 정당 & 권리행사의 심한 부정의

2015다217287: 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 [어떤 정도에 이르러야 하나?] [i] 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 **신의를 가지는 것이 정당한** 상태에 이르러야 [한다. 그리고] [ii] 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 **권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도**의 상태에 이르러야 한다.

강행규정과 관계

1. 스스로 강행규정을 위반한 계약을 체결했다.
 2. 그 후 나중에 “그 계약은 강행규정 위반으로 무효”라고 주장한다.
- 이 상황을 어떻게 처리해야 하는가?

1. 모순행위 금지 원칙(신의칙)에 비추면, 무효 주장을 못 하게 해야 할 것 같다.
2. 강행규정(효력규정)을 둔 취지에 비추면, 무효 주장을 하게 해도 될 것 같다.
실제로는 다음과 같이 처리한다.
1. 원칙: 무효 주장을 해도 된다. 무효 주장은 신의칙 위반(모순행위 금지 원칙 위반)이 아니다.

2012다89399전합: 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우[다.] 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 **강행규정으로 정한 입법 취지**를 몰각시키는 결과가 [된다. 그러]므로, **[무효라는] 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙**이다.

상법 제731조(타인의 생명의 보험) ① 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 **그 타인의 서면...[으로] 동의를** 얻어야 한다.

96다37084: 상법 제731조 제1항의 입법 취지에는 ... 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 **공서양속의 침해의 위험성을 배제**하기 위한 것도 들어있다.]

[그러므로 다음과 같다. 만약] 상법 제731조 제1항을 위반하여 피보험자의 서면 동의 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장[한다고 하자. 여기서 무효라는 주장]이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리 행사라는 이유로 이를 배척한다면[?] 그와 같은 **입법 취지**를 완전히 몰각시키는 결과가 초래[된다. 그러]므로 특단의 사정이 없는 한 **[무효라는] 주장이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다.**

악한 약속에서는 신의가 지켜지지 않는 편이 낫다(*In malis promissis fides non expedit observari*; A promise to do wrong does not generate a duty to be faithful).

2. 예외: 특별한 사정이 있다면, 무효 주장을 할 수 없다. 그 경우, 무효 주장은 신의칙 위반(모순행위 금지 원칙 위반)이다.

강행규정 위반 사안 신의칙 적용요건 = 신의칙 적용 일반요건 & 특별한 사정

2015다217287: 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. [다음 요건 아래 예외적으로 신의칙을 적용한다. 즉,] ... [i] 신의칙을 적용하기 위한 **일반적인 요건**을 갖[을 것. 그에 더하여,] [ii] 근로기준법의 강행규정성에[도] 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할만한 **특별한 사정**이 있[을 것. 이러한] 예외적인 경우에 한하여, 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

일반조항으로서의 한계

모든 사건에 신의칙을 적용해 권리행사마다 제한해야 하는가? 아니다.

1. 대부분 신의칙 없이도 개별 법률로 사건을 해결할 수 있다. 우선적으로는 신의칙이 아니라 개별 법률을 적용해야 한다.

개별 법률 근거를 따지지도 않고 곧바로 신의칙 같은 일반조항을 근거로 주장하는 태도를 “일반조항으로의 도피(*Die Flucht in die Generalklauseln*; The escape into general clauses)”라 부른다.

- 2. 신의칙은 일반조항(general clause)이다. 즉, 개별 법률 적용만으로는 사건 해결을 할 수 없다든지, 부정의하고 불공평한 결과를 낳는다든지 할 때, 그때 비로소 신의칙을 적용한다. 신의칙은 최후의 비상수단일 뿐이다.

2022다239131: 일단 유효하게 성립한 계약상 책임을 공평의 이념 및 신의칙과 같은 일반원칙에 [따라] 제한하는 것은 [어떤가?] 자칫하면 **사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협**이 될 수 있[다. 그러]므로 **신중을 기하여 가능한 한 예외적**으로 인정하여야 한다.]

2007다33224: 근저당권자가 임차인의 주민등록상 주소가 등기부상 표시와 다르다는 이유로 임대차의 대항력을 부정하는 주장이 신의칙에 비추어 용납될 수 없는 경우에는 예외적으로 그 주장을 배척할 수 있[다. 그러나] 이는 [주택임대차법]([특정의 구체적인 법률])에 [따라] 인정되는 법률관계를 신의칙과 같은 일반원칙에 [따라] 제한하는 것이 [다. 그 결과] 법적 안정성을 해할 수 있[다. 그러]므로 그 적용[은] 신중[하]여야 한다.

예외적 필요성을 이유로 수용한 것을, 확대해서 일반논거로 써서는 안 된다 (*Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*; Things that are accepted as a matter of necessity ought not to be brought into the argument).

근거 명시

- 1. 법원이 신의칙을 이유로 약정 보수를 감액할 경우,
- 2. 그 구체적 근거를 명시해야 한다.

2025다212052: [신의칙을 이유로 한 약정] 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이[다. 그러므로] 법원은 그에 관한 합리적인 근거를 명확히 밝혀야 한다.]

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 40.] 甲은 아버지인 乙을 피보험자로 하여 A보험회사와 乙의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? [‘서면’에는 상법 제731조 제1항(타인의 생명의 보험)에 규정된 전자문서가 포함되고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함]

- ㄱ. 乙의 서면 동의 없이 乙의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 甲이 스스로 무효를 주장하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리 행사이다.

법률행위의 해석

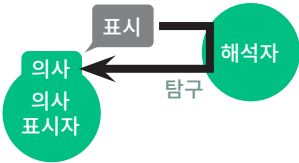
Interpretation of Juristic Act

잘못된 표시는 해가 되지 않는다. - 오래된 법언

머리에

개념

- 1. 법률행위 해석(interpretation): 법률행위 내용을 명확하게 하는 작업
- 2. 그런데 법률행위의 본질은 의사표시다. 그러므로, 결국 법률행위 해석은 의사표시(declaration of intention) 해석으로 보아도 무방하다.



즉, 법률행위 해석이란,

- 1. 표시된 것을 가지고,
- 2. 의사표시를 한 사람의 의사가 무엇인지,
- 3. 밝히는 작업이다.

일단 법률행위를 계약이라 봐도 무방하다. 즉, 법률행위 해석은 계약 해석이다.

필요성

- 1. 의사표시가 과연 있었는지를 알아야 한다. 왜? 계약 성립 여부가 좌우되기 때문이다.
- 2. 의사표시가 있다면 무슨 내용인지 알아야 한다. 왜? 계약 내용이 무엇인지 확정해야 하기 때문이다.

문제점

그런데 그것이 모호한 사례가 있다.

사례

의사표시가 있는지 모호한 사례

의사표시가 과연 있었는지 모호한 사례가 있다.

93다32668: 피고 회사의 대표이사로 있는 소외 노×찬과 이☆대가 피고 회사에 대한 소유 및 경영권을 인수하게 되었다. 그런데, 그 과정에서 [1987. 2. 20.경] 한일은행 이△선 전무실에서 동인의 중재 아래 위 노×찬, 이☆대 등이 참석한 자리에서 [다음과 같은 일이 있었다.]

[원고(윤○길) 측은] 인수 후 대표이사로 취임할 예정이던 위 노×찬에게 [“피고 회사
의 전사장인 원고(윤○길)]를 약정일로부터 향후 6년 이상 명예회장으로 추대하고 모
든 예우를 사장과 동일하게 한다[”]는 내용 등이 기재된 약정서(갑 제2호증)에 서명날인
을 요구하[였다]. 위 노×찬은 이를 거절하였[다. 그러자] 위 이△선 전무가 위 노×찬에
게 [“]서로 섭섭치않게 대우해 주는 것이 좋지 않겠느냐[”]고 설득하[였다. 결국] 위 노
×찬이 위 **약정서의 말미에 “최대 노력하겠습니다”라는 문구**를 부기하고 서명날인 [하
였다.]

위 약정서에 기재된 대로의 계약이 성립[했는지 문제 된다.]

의사표시 내용이 무엇인지 모호한 사례

의사표시가 있지만, 무슨 내용인지 모호한 사례가 있다.

93다2629: 부동산의 매매계약에[서] **쌍방당사자가 모두 특정의 甲 토지를 계약의 목적
물로 삼았[다. 그러나]** 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약을 체결[할 때]
계약서상 그 목적물을 甲 토지와는 별개인 **乙 토지로 표시**하였다.]

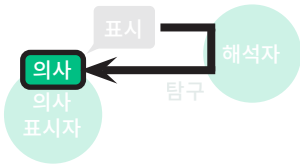
[어느 토지에 관해 매매계약이 성립한 것인지 문제 된다.]

해석 방법

자연적 해석

자연적 해석(natural interpretation): 의사표시를 한 사람의 내심 의사를 밝
히는 과정. 그 결과,

- 1. 표시보다,
- 2. 당사자들의 공통 의사(common intention)를 우선한다.



2023다269139: 일반적으로 계약을 해석할 때에는 형식적인 문구에만 얽매어서는 안
되고 쌍방당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하여야 한다.

위 “의사표시 내용이 무엇인지 모호한 사례”에서 법원은 다음과 같이 판단했다.

93다2629: 계약서상 그 목적물을 甲 토지와는 별개인 **乙 토지로 표시**하였[다. 그렇다]
하여도 위 甲 토지에 관하여 이를 매매의 목적물로 한다는 쌍방당사자의 의사합치가 있
[었다. 그러한] 이상 위 매매계약은 **甲 토지에 관하여 성립한 것으로 보아야** [한다.] 乙
토지에 관하여 매매계약이 체결된 것으로 보아서는 안 [된다.]

만일 乙 토지에 관하여 위 매매계약을 원인으로 하여 매수인 명의로 소유권이전등기[를
마쳤]다면 이는 원인이 없이 [마친] 것으로[서] 무효[다.]

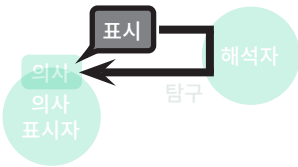
잘못된 표시는 해가 되지 않는다(*Falsa demonstratio non nocet, cum de corpore constat*; False description doesn't void a document if the intent is clear).

설령 문서에 이름을 잘못 적었더라도, 목적물에 의문의 여지만 없다면 유증의 효력은 줄어들지 않는다(*Error nominum in scriptura factus, si modo de rebus non ambigitur, ius legati non minuit*; An error in names made in the writing does not diminish the validity of a legacy, provided there is no doubt as to the property concerned).

규범적 해석

규범적 해석(normative interpretation): 상대방의 시각에서 표시의 객관적 의미를 밝히는 과정. 그 결과,

- 1. 당사자의 내심 의사보다,
- 2. 표시로 추단되는 의사(inferred intention)를 우선한다.



2018다235576: 법률행위의 해석은 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 명백하게 확정하는 것이다.] 사용된 문언에만 구애받는 것은 아니지만 당사자 **내심의 의사가 어떤지**에 관계없이 문언의 내용에 따라 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 합리적으로 해석해야 한다.

당사자가 표시한 문언에 따라 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 [어떻게 해석해야 하는가] 문언의 형식과 내용, 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 당사자가 법률행위로 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙, 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 한다.]

위 “**의사표시가 있는지 모호한 사례**”에서 법원은 다음과 같이 판단했다.

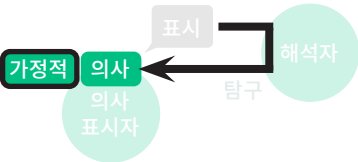
93다32668: 어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 “**최대 노력**하겠습니다”라고 기재[된] 경우[다.] 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 객관적인 의미는 문면 그 자체로 볼 때 [“그러한 의무를 **법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다**”]는 취지로 해석[해야 한다.]

왜냐하면 그러한 의무를 법률상 부담하겠다는 의사이었다면 굳이 “최대 노력하겠습니다”라는 문구를 사용할 필요가 없는 것이[기 때문이다.] 위와 같은 문구를 삽입하였다면 그 문구를 의미없는 것으로 볼 수는 없[다.] 따라서 당사자가 그러한 **표시행위[로] 나타내려고 한 객관적인 의사**는 그 문구를 포함한 전체의 문언으로부터 해석[하는 것이] [타]당하기 때문이다.

보충적 해석

보충적 해석(supplementary interpretation): 법률행위 내용에 틈이 있는 경우 이를 보충하는 과정. 즉, 만약 틈이 존재함을 알았다더라면 당사자들이 합리적으로 무엇을 합의했을 것인지 밝히는 것이다. 그 결과,

- 1. 진의가 아니라,
- 2. 가정적 의사(hypothetic intention)가 핵심이 된다.



보충적 해석을 한 사례를 보자.

99다42797: [원래] 불법행위[에 따른] 손해배상에 관하여 가해자와 피해자 사이에 피해자가 일정한 금액을 지급받고 그 나머지 청구를 포기하기로 합의가 이루어[졌다. 이] 때에는 그 후 그 이상의 손해가 발생하였다 하[더라도] 다시 그 배상을 청구할 수 없는 것이 [원칙이다].

[그렇]지만, [다음 경우는 어떨까?] 그 합의가 손해의 범위를 정확히 확인하기 어려운 상황에서 이루어진 것이[었다. 그리고] 후발손해가 합의 당시의 사정으로 보아 예상[할 수 없는 것이었다. 즉,] 당사자가 후발손해를 예상하였더라면 사회통념상 그 합의금액으로 는 화해하지 않았을 것이라고 보는 것이 [타]당할 만큼 그 손해가 중대한 것[이다.]

[이러한] 때에는 당사자의 의사가 이러한 손해에 대해서까지 그 배상청구권을 포기한 것 이라고 볼 수 없[다. 그러]므로 다시 그 배상을 청구할 수 있[다.]

소결

위 3가지 방법 중 어느 하나만 옳다고 할 수 없다. 구체적 사례마다 사안 특성을 고려해 강조점을 다르게 할 수 있다. 다만,

- 1. 우선적으로, 자연적 해석을 시도해 보아야 한다.

2018다275017: 당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다.]

모호한 표현은 무엇보다도 말한 사람의 의사를 고려해 해석해야 한다(In *ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset*; In ambiguous expressions, the intention of the person who made them should above all be considered).

2. 자연적 해석이 어려울 경우, 규범적, 보충적 해석을 시도해 보아야 한다.

2014다19776: 그러나 의사표시를 한 사람이 생각한 의미가 상대방이 생각한 의미와 다른 경우에는[?] [이때는] 의사표시를 수령한 상대방이 합리적인 사람이라면 표시된 내용을 어떻게 이해하였다고 볼 수 있는지를 고려하여 의사표시를 객관적, 규범적으로 해석하여야 한다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 9.] 흠 있는 의사표시에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 부동산 매매계약[에서] 당사자인 甲과 乙이 모두 A 토지를 계약의 목적물로 삼았으나 그 목적물의 지번 등에 관하여 착오를 일으켜 계약서상 그 목적물을 B 토지로 표시하였다면, 규범적 해석에 따라 일단 B 토지에 관하여 매매계약이 성립된 것으로 보아야 하고, 다만 매도인 甲은 착오를 이유로 위 매매계약을 취소할 수 있다.

묵시적 의사표시

개념

- 1. 말이나 글자로 해당 의사표시를 명시하지 않고서,
- 2. 그 상황에서의 태도로 해당 의사표시를 표시하는 것.

2011다30765: 일반적으로 계약이 성립하기 위하여는 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 요건으로 [한다. 그렇]지만, 그러한 의사표시는 명시적인 경우뿐만 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있는 것이다.

99다24508: 채권자가 기존 채무의 지급을 위하여 그 채무의 변제기보다 후의 일자가 만기로 된 어음의 교부를 받[았다. 이]때에는 묵시적으로 기존 채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 [본다. 그러]므로 기존 채무의 변제기는 어음에 기재된 만기일로 변경된[다.]

효과, 효력

원칙적으로,

- 1. 명시적 의사표시와 묵시적 의사표시는 효과, 효력이 같다.
- 2. 구별해 취급할 필요가 없다.

기초 개념: 숙박업자의 책임

투숙객이 숙박업자에게 A물건을 임치했는데, 훼손되었다면? 숙박업자는,

- 1. 원칙적으로 → 손해배상 책임○

2. 예외적으로 불가항력(force majeure)을 증명하면 → 손해배상 책임×

민법 제693조(임치의 의의) 임치는 당사자 일방이 상대방에 대하여 ... 물건의 보관을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 효력이 생긴다.

상법 제152조(공중접객업자[▷ 숙박업자]의 책임) ① 공중접객업자는 객으로부터 임치를 받은 물건의 멸실 또는 훼손에 대하여 불가항력으로 인함을 증명하지 아니하면 그 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다.

투숙객이 숙박업자에게 A물건을 임치하지 않았는데, 숙박시설 안에서 훼손되었다면? 숙박업자는,

- 1. 원칙적으로 → 손해배상 책임×
- 2. 예외적으로 숙박업자 측 과실(negligence) 증명하면 → 손해배상 책임○

민법 제693조(임치의 의의) 임치는 당사자 일방이 상대방에 대하여 ... 물건의 보관을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 효력이 생긴다.

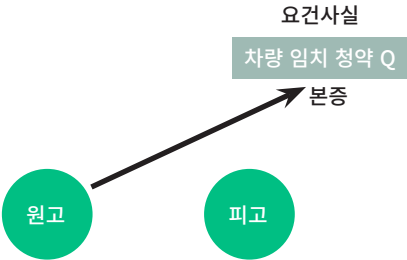
상법 제152조(공중접객업자[▷ 숙박업자]의 책임) ② 공중접객업자는 객으로부터 임치를 받지 아니한 경우에도 그 시설 내에 휴대한 물건이 자기 또는 그 사용인의 과실 [때문에] 멸실 또는 훼손된 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

어느 경우든 예외 사유를 증명하기 힘들 수 있다. 그 경우, 임치계약이 체결되었는지로 손해배상 책임 여부가 달라진다. 특히 임치 의사표시(청약, 승낙)가 명시적으로 없었다면, 묵시적으로 있었는지를 두고 다툼이 크게 생긴다.

소송상 공격 사례

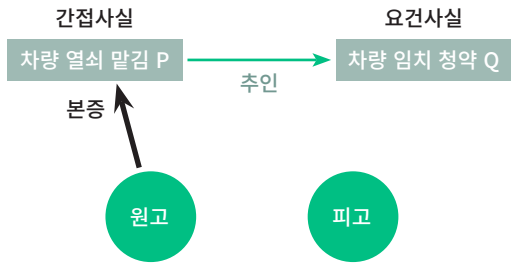
묵시적 의사표시(임치 청약)가 있었다고 주장하는 원고(투숙객)는,

- 1. 요건사실에 대한 본증(active proof): 임치 청약을 본증으로 증명해도 된다.



98다37507: 공중접객업자와 객 사이에 임치관계가 성립하려면 [무엇이 필요하나?] 그들 사이에 공중접객업자가 자기의 지배영역 내에 목적물 보관의 채무를 부담하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있음을 필요로 한[다.]

- 2. 간접사실에 대한 본증(active proof): 차량 열쇠 맡긴 사실을 본증으로 증명해도 된다. 그러면 임치 청약 추정이 작동한다.



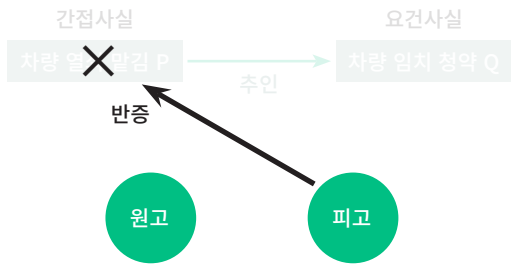
91다21800: 여관 부설주차장에 ... 주차장 출입과 주차사실을 통제하거나 확인하는 시설이나 조치가 되어 있지 않은 채 단지 주차의 장소만을 제공하는 데에 불과하여 그 주차장 출입과 주차사실을 여관 측에서 통제하거나 확인하지 않고 있는 상황[이라 하자.]

... 투숙객이 여관 측에 주차사실을 고지하거나 차량열쇠를 맡겨 차량의 보관을 위탁한 경우에만 임치의 성립을 인정할 수 있다.

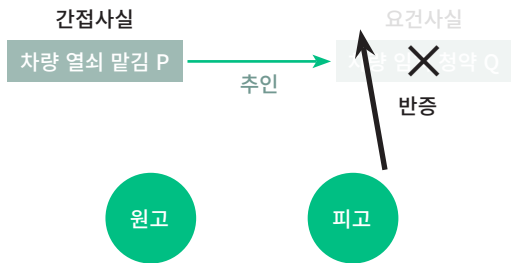
소송상 방어 사례

목시적 의사표시(차량 임치 청약)가 없었다고 주장하는 피고(숙박업자)는,

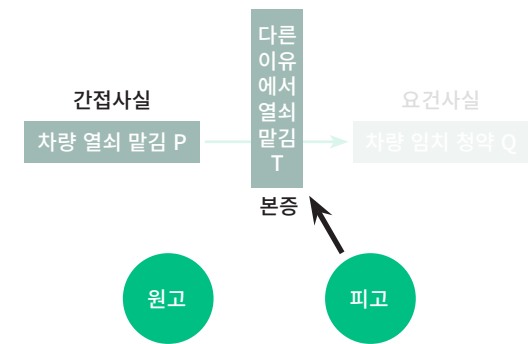
- 1. 간접사실에 대한 반증(passive proof): 차량 열쇠 맡긴 사실을 반증으로 배척해도 된다. 그러면 임치 청약 추정도 작동하지도 않는다.



- 2. 요건사실에 대한 반증(passive proof): 차량 임치를 반증으로 배척해도 된다. 이것은 차량 임치를 직접 다투는 것이다.



3. 간접반증(indirect passive proof): 차량 임치에 직접 반증을 제출할 필요 없이, 추인을 깨뜨리기만 해도 된다. 이를 위해 차량 열쇠 맡긴 사실과 양립 가능한 별개의 사실(임치와는 전혀 다른 이유에서 차량 열쇠를 맡긴 사실)을 “본증”으로 증명할 수 있다.



연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 34.] 여관을 경영하고 있는 甲과 그 여관의 투숙객 乙의 법률관계에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 甲과 乙 사이에 임치관계가 성립하기 위하여는 그들 사이에 甲이 자기의 지배영역 내에 목적물 보관의 채무를 부담하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있어야 한다.

ㄷ. 甲은 乙로부터 임치받지 아니한 경우에도 그 시설 내에 휴대한 물건이 자기 또는 그 사용인의 과실 [때문에] 멸실 또는 훼손되었을 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

ㄹ. 甲이 여관 부설주차장의 출입을 통제하거나 주차 사실을 확인하지 않고 단지 주차의 장소만을 제공하는 경우, 乙이 주차장에 주차한 뒤 여관에 차량 열쇠를 맡겨 차량의 보관을 위탁하였더라도 甲과 乙 사이에 임치의 합의를 인정할 수 없다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 44.] 甲은 乙의 자금 용통을 위하여 약속어음을 乙에게 발행하였고, 乙은 丙에 대한 대금채무의 변제를 위하여 丙에게 위 어음을 배서양도하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 만약 乙이 丙에게 교부한 어음의 만기가 대금채무의 변제기보다 후의 일자인 때에는 특별한 사정이 없는 한 丙은 乙에게 기존채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 보아야 한다.

처분문서

처분문서 개념

87다카422: 처분문서란 그에 [따라] 증명하려고 하는 법률상의 행위[→ 계약]가 그 문서[로] 이루어진 것을 의미[한다.] 어느 문서가 처분문서인가[는 증명]사항이나 취지여 하에 달려있[다.]

처분문서 사례

1. 매매계약서 작성을 통해 매매 계약을 체결 → 매매계약서.
2. 대출계약서 작성을 통해 대출(금전소비대차) 계약을 체결 → 대출계약서.

처분문서와 해석

법률행위(계약)에 관한 처분문서(계약서)가 있는 경우,

1. 문언이 명확하면 → 원칙적으로 문언대로 계약 내용을 인정해야.

2020다279951: 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우[를 보자.] 문언의 의미가 **명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로** 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다.

2. 문언이 불명확하면 → 여러 사정을 종합해 판단하되, 문언에 기초해야.

2020다279951: 그 문언의 의미가 **명확하게 드러나지 않는 경우에는 [i] 문언의 내용, [ii] 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, [iii] 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, [iv] 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰[해야 한다. 그리]하여 [a] 논리와 [b] 경험의 법칙, 그리고 [c] 사회일반의 상식과 [d] 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석해야 한다.**

2018다275017: 계약 내용이 명확하지 않은 경우 **계약서의 문언**이 계약 해석의 **출발점** 이[다.]

소송 실무에서 처분문서(계약서) 문언이 그만큼 중요하다.

문언이 명확한 경우에는 당사자의 의도를 문제 삼지 않는다(*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*; Where the wording is unambiguous, no inquiry into the parties' intention should be admitted).

법률행위 해석의 소송법상 의미

기초상식

1. 채권자가 A라면, A 앞으로 근저당권을 설정해 줘야 한다. 제3자 T 명의의 근저당권은 원래 무효다.

2006다50055: 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 [한다.]

근저당권설정계약상의 채권자인 [A]가 아닌 제3자인 [T] 명의로 [마친] 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 존재하지 아니하여 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기[다.]

2. 다만, 예외적으로 제3자 T 명의 근저당권도 유효할 수도 있다.

2002다23482: 제3자[T]를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정[한 사안이다. 그런데] 그 점에 대하여 채권자[A]와 채무자[B] 및 제3자[T] 사이에 합의가 있[다면 어떨까? 그리고] 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 [채권자 A의] **채권이 그 제3자[T]에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다**면 어떨까? 그러한 경우에는 **제3자[T] 명의의 근저당권설정등기도 유효**하다고 보아야 [한다.]

문제 상황

2002다23482: [그런데 이와 관련해] 당사자들[A, B, T]의 **일련의 행위가 가지는 법률적 의미가 분명하지 않다**. 그래서 T 명의의 근저당권설정등기가 유효한지가 문제 되는 사안이다.]

이러한 의사표시 해석은,

1. 사실인정(fact-finding) 문제인가?
2. 법률판단(juristic judgment) 문제인가?

구별 실익

1. 법률판단 문제라면? 법원 판단이 잘못됐다는 이유로 상소할 수 있다.
2. 사실인정 문제라면? 법원 판단이 잘못됐다는 이유로 항소할 수는 있지만, 원칙적으로 상고할 수는 없다.

민사소송법 제432조(사실심의 전권) 원심[=**항소심**]판결이 적법하게 확정된 **사실은 상고법원[= 대법원]**을 기속한다.

결국, 적어도 상고할 수 있는지에 관해 차이가 있다.

의사표시 해석의 전제사실 판단

의사표시 해석에 필요한 전제사실을 판단하는 것은 사실인정 문제다.

2010다69940: 의사표시와 관련하여, 당사자[로부터] **무엇이 표시되었는가** 하는 점과 그것으로써 **의도하려는 목적**을 확정하는 것은 **사실인정의 문제**이다.]

의사표시 해석

그러나 의사표시 해석 자체는 법률판단 문제다.

2010다69940: [그러나] 의사표시와 관련하여, ... 인정된 사실을 토대로 **그것이 가지는 법률적 의미**를 탐구 확정하는 것은 이른바 **의사표시의 해석**이다.] 이는 사실인정과 구분되는 **법률적 판단**의 영역에 속[한다.]

그리고 어떤 목적을 위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 [어떠한가?] 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝[혀야 한다. 이 작업] 역시 의사표시의 해석에 속한다. [따라서 그것은 법률판단 문제다.]

사안 적용

2010다69940: 채권자[A]와 근저당권자[T] 사이에 형성된 법률관계의 실체를 밝히는 것은 단순한 사실인정의 문제가 아니라 의사표시 해석의 영역에 속하는 것일 수밖에 없다. 따라서 그 행위가 가지는 법률적 의미는 채권자[A]와 근저당권자[T]의 관계, 근저당권설정의 동기 및 경위, 당사자들[A, B, T]의 진정한 의사와 목적 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.

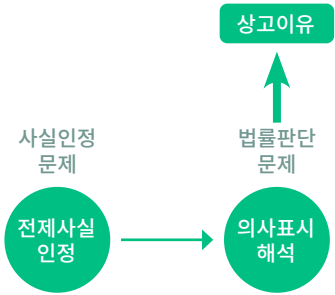
[이 사건의 경우] 피고[T]가 소외인[A]으로부터 채권을 양도받은 것이 아니다. 이 사건 근저당권의 피담보채권을 원래의 채권자인 소외인[A]뿐만 아니라 근저당권자인 피고[T]에게도 귀속시키기로 합의한 것이다. 그럼으로써 피고[T]와 소외인[A]이 불가분적 채권관계를 형성한 것이다. 이상과 같이] 볼 여지가 충분하다.

그런데도 원심은 그 판시와 같이 소외인[A]이 피고[T]에게 매매잔대금채권을 양도하였다는 사실인정을 했다. 그 다음 원고[B]가 소외인[A]에 대하여 한 번체는 채권양수인인 피고[T]에게 그 효과가 미치지 않는다는 취지로 판단하고 말았다.

이러한 원심판결은 의사표시의 해석 및 불가분적 채권관계에 관한 법리를 오해하였다. ... 그러므로 ... 원심판결을 파기하고, ... 원심법원에 환송하기로 한다.

소결

- 1. 채권양도 사실 여부, 불가분채권 관계 형성 여부: 사실인정 문제
- 2. 어떤 법률행위가 채권양도나 불가분채권 관계로 평가받을 수 있는지: 법률판단 문제



물론, 위 2가지를 명확하게 구별하는 일은 어렵다.

법률행위의 대리

Representation on Juristic Act

재주는 곰이 부리고 돈은 되놈이 번다. - 우리 속담

개념

대리 제도

법률행위(의사표시)의 대리란?

- 1. 다른 사람(K)이 본인(A)을 위해 의사표시를 하거나 받고,
 - 2. 법적으로 그 효과를 본인(A)에게 직접 귀속하도록 하는 것
- 주의: 일상 용어와 다를 수 있다. “본인”은 K가 아니라 A를 말한다.



민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 **직접 본인[A]에게 대하여 효력**이 생긴다.

2023다225580: 민법상 대리는 행위자[K] 아닌 자[A]에게 법률행위의 효력을 귀속시키는 제도[다. 이는] 의사표시를 요소로 하는 법률행위에서 인정되는 것이 원칙이다.]

대리인을 통해 한 자는 마치 자기 자신이 한 것과 같다(*Qui facit per alium est perinde ac si faciat per seipsum*; When someone acts through another he is as much responsible as if he did it himself).

대리행위

대리행위(representative act): 대리인(K)이 본인(A)을 위해 상대방(B)과 법률 행위를 할 때 바로 그 법률행위.

- 1. 대리행위란, 대리인의 법률행위다.
- 2. 법률행위는 의사표시를 본질로 한다. 그러므로, 대리인의 의사표시라고 할 수도 있다.

회사를 대표하는 것도, 본인을 대리하는 것도 모두 영어로는 “represent”라 표현한다.

대리행위표시

- 1. 여기서 본인 X를 위한 것(for 본인 X)이란? “법적 효과가 X에게 돌아가도록”이라는 뜻이다.
“X에게 유리하게”라는 뜻이 아니다. 이익, 손해, 유리, 불리와는 무관하다.
- 2. 대리행위표시(declaration of representation): 대리인(K)이 대리행위 당시 “이 행위는 본인(A)을 위한 것이다.”라는 취지로 상대방(B)에게 표시하는 것. 즉, 대리행위라는 점을 밝히는 것.

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

대리행위표시를 “명(名)의를 현(顯)출해 나타낸다.”라는 뜻에서 “현명(顯名)”이라고도 불렀다. 민법 개정으로 지금은 현명을 “본인을 위한 것임을 표시”로 풀어 쓰고 있다.

의사표시 결정 주체

대리에서,

- 1. 의사표시를 할 것인지 말 것인지,
 - 2. 한다면 어떤 의사표시를 할 것인지,
- 누가 결정하는가?
- 1. 본인(principal)(A)이 허용한 대리권 범위에서,
 - 2. 모두 대리인(agent)(K) 스스로 결정한다.

주의하라. 본인(A)이 아니라, 대리인(K)이 결정한다.

2023다225580: ‘대리인’[K]은 본인[A]으로부터 위임받은 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시[한다. 그러]면서 본인[A]에게 효력이 발생할 의사표시를 자신[K]의 이름으로 상대방[B]에게 행[한다.]

사례

부동산 매수 위임

A는 부동산을 매수하고 싶다. 그런데 A는 부동산과 법에 대해 잘 모른다. 그래서 평소 신뢰하고 가깝게 지내던 K에게 인감도장 등을 건네며 “적당한 가격의 부동산을 내 이름으로 매수해 달라.”라고 부탁했다.

부동산 매매계약 체결

K는 마침 2억 원에 부동산을 내놓은 B를 찾았다. K는 A와 관계를 말하면서 A 이름으로 부동산 매매계약을 체결했다.

법률관계의 해석



- 1. K: 대리인
 - 2. A: 본인
 - 3. B: 상대방
 - 4. A가 K에게 A를 위해 매수할 권한을 준 것: 대리권 수여(수권행위)
 - 5. 부동산 매수 일을 부탁한 것: 위임. 대리행위의 원인 법률관계다.
 - 6. 부동산 매매계약: 대리행위
 - 7. K가 A와 관계를 말하면서 대리행위임을 밝힌 것: 대리행위표시(현명)
- 수권행위, 원인 법률관계 개념은 곧 본다.

비교: 사자를 통한 전달

사자를 통한 의사표시

본인(A)이 의사표시를 완성해서 제3자(K')를 통해 상대방에게 전달하는 경우가 있다. 제3자를 사자, 즉 전달 도구로 이용할 뿐이다.

사자(獅子; lion)가 아니라, 사자(使者; messenger)다.

사자를 통한 의사표시의 성질

- 1. 본인(A)이,
- 2. 본인(A) 이름으로,
- 3. 본인(A)의 권리를 행사하는 것이다.

사자(K')는 왜 빠져 있다? 사자(K')는 도구나 다름없기 때문이다.

2023다225580: ‘사자’[K]는 본인[A]이 완성해둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과 하[다].

의사표시 결정 주체

사자를 통한 의사표시에서,

1. 의사표시를 할 것인지 말 것인지,
2. 한다면 어떤 의사표시를 할 것인지,

누가 결정하는가? 모두 사자(K')가 아니라 본인(A)이 결정한다.

2023다225580: [대리인(K)은] 본인(A)에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방(B)과의 관계에서 자신(K)의 이름으로 법률행위를 [한다. 그와] 달리 '사자'[K]는 본인(A)이 완성해둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하[다.]

종류

머리에

대리는 여러 기준에 따라 나눌 수 있다.

발생원인에 따른 분류

1. 임의대리(representation in fact; voluntary representation): 본인(A) 의사로 대리 관계를 만든 경우
2. 법정대리(representation by law; statutory representation): 본인(A) 의사와 무관하게 대리 관계를 만든 경우(법률규정 등에 따른 대리 관계)

구별 실익? 예를 들어, 복대리인 선임 요건이 다르다. 복대리인 개념은 곧 본다.

민법 제120조(임의대리인의 복임권) 대리권이 법률행위에 [따라] 부여된 경우에는 대리인(K1)은 본인(A)의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.

민법 제122조(법정대리인의 복임권과 그 책임) 법정대리인(K2)은 그 책임으로 복대리인을 선임할 수 있다. ...

대리권 유무에 따른 분류

1. 유권대리(authorized representation): 대리인에게 대리권이 있는 경우
2. 무권대리(unauthorized representation): 대리인에게 대리권 없는 경우 (대리권이 없는데도 본인을 대리한 경우)

구별 실익? 유권대리는 유효하고, 무권대리는 무효다.

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인(K1)이 그 권한 내에서 본인(A)을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인(A)에게 대하여 효력이 생긴다.

민법 제130조(무권대리) 대리권 없는 자(K2)가 타인(A)의 대리인으로 한 계약은 본인(A)이 이를 추인하지 아니하면 본인(A)에 대하여 효력이 없다.

능동성 여부에 따른 분류

- 1. 능동대리(active representation): 본인(A)을 위해 상대방(B)에게 의사표시를 하는 경우

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K1]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

- 2. 수동대리(passive representation): 본인(A)을 위해 상대방(B)으로부터 의사표시를 받는 경우

민법 제114조(대리행위의 효력) ② 전항[능동대리]의 규정은 대리인[(K2)에] 대한 제[3]자[B]의 의사표시에 준용한다.

구별 실익? 능동대리는 민법 제115조를 적용하고, 수동대리는 민법 제115조를 적용하지 않는다. 수동대리는 대리행위표시(현명)가 필요 없기 때문이다.

민법 제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) 대리인[K1]이 본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기[K1]를 위한 것으로 본다. ...

법정대리권 발생

개요

법정대리는 3종류가 있다.

- 1. 법률(statute)에 따른 법정대리
- 2. 지정(designation)에 따른 법정대리
- 3. 법원 선임(court-appointed)에 따른 법정대리

법정대리이므로, 어느 경우든 본인 A 의사와 무관하게 대리 관계가 만들어진다.

법률에 따른 법정대리

법률(statute)이 어떤 사람을 법정대리인으로 정한 경우다. 어떠한 지정도, 선임도 없었다. 그저 그 관계에 있으면 법정대리 관계가 만들어진다. 예를 들어,

- 1. 미성년자(A)에게 친권자인 부모(P)가 있으면,
- 2. 당연히, 부모(P)는 미성년자(A)의 법정대리인이다.

민법 제909조(친권자) ① 부모[P]는 미성년자인 자[A]의 친권자가 된다. ...

민법 제911조(미성년자인 자[A]의 법정대리인) 친권을 행사하는 부 또는 모[P]는 미성년자인 자[A]의 법정대리인이 된다.

민법 제920조(자[A]의 재산에 관한 친권자[P]의 대리권) 법정대리인인 친권자[P]는 자[A]의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자[A]를 대리한다. ...

지정에 따른 법정대리

지정권자가 법정대리인을 지정하는 경우다. 일정한 지정권자(P)가 지정 (designation)하면, 지정된 사람(L)과 본인(A) 사이에 법정대리 관계가 만들어 진다. 예를 들어,

- 1. 미성년자(A)에게 친권자인 부모가 없으면, 후견인(guardian)이 필요하다. 친권자인 부모는 죽으면서 유언으로 후견인(L)을 지정할 수 있다.
- 2. 지정에 따라, 후견인(L)은 미성년자(A)의 법정대리인이다.

민법 제928조(미성년자에 대한 후견의 개시) 미성년자[A]에게 친권자[P]가 없거나 ... 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다.
민법 제930조(후견인의 수와 자격) ① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.
민법 제931조(유언에 [따른] 미성년후견인의 지정 등) ① 미성년자[A]에게 친권을 행사 하는 부모[P]는 유언으로 미성년후견인[L]을 지정할 수 있다. ...
민법 제938조(후견인의 대리권 등) ① 후견인[L]은 피후견인[A]의 법정대리인이다.

미성년자를 위한 후견인이라 미성년후견인(guardian of a minor)이라 부른다. 부모 대신이라서, 미성년후견인은 여러 명 둘 수 없고 자연인으로 되야 한다. 이 와 비교해, 성년자를 위한 후견인을 성년후견인(adult guardian)이라 부른다. 부모 대신이 아니라서, 성년후견인은 여럿 둘 수 있고 법인으로 둘 수도 있다.

민법 제930조(후견인의 수와 자격) ② 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관 한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.
③ 법인도 성년후견인이 될 수 있다.

법원 선임에 따른 법정대리

법원이 법정대리인을 선임(court-appointed)하는 경우다. 법원이 선임을 하면, 선임된 사람(M)과 본인(A) 사이에 법정대리 관계가 만들어진다. 예를 들어,

- 1. 미성년자(A)에게 친권자인 부모가 없으면, 후견인(guardian)이 필요하다. 그런데 친권자인 부모가 죽으면서 유언을 남기지 못했다. 그러면 법원이 후견 인(M)을 선임해야 한다.
- 2. 법원 선임에 따라, 미성년후견인(M)은 미성년자(A)의 법정대리인이다.

민법 제932조(미성년후견인의 선임) ① 가정법원은 제931조[→ 유언]에 따라 지정된 미성년후견인이 없는 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지 방자치단체의 장의 청구[로] 미성년후견인[M]을 선임한다. ...

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 미성년자에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

르. 미성년자의 법정대리인으로 미성년후견인을 두는 경우에 미성년자의 이익을 위하여 여러 명의 미성년후견인을 둘 수 있다.

임의대리권 발생

수권행위

수권행위(act of delegation of authority)란? 본인(A)이 대리인(K)에게 대리권을 주는 행위다. 대리권 수여 행위라고도 한다.

96다56122: 민법 제128조의 규정에 [따르]면 대리권 수여의 의사표시가 바로 수권행위라고 정의하고 있[다.]

- 1. 수권행위는 본인(A)의 법률행위다. 그중 단독행위(unilateral act)다.
- 2. 대리권 수여(수권행위) 방식에는 제한이 없다.

2016다203315: 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위[다. 따라서 수권행위는] 명시적인 의사표시[로 함] 없이 묵시적인 의사표시[로] 할 수도 있[다.]

어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태[로] 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다.

다만, 말로만 수여하면 나중에 증명이 안 되어서 분쟁이 생길 수도 있다. 그래서 증거를 남기기 위해 위임장(power of attorney)을 작성하는 경우가 많다.

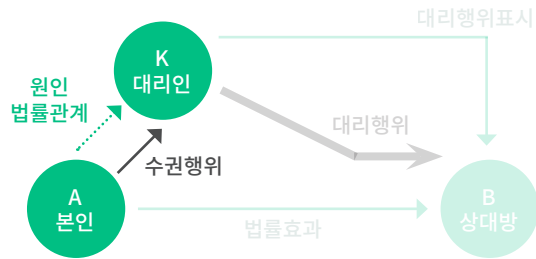


대리행위와 수권행위(대리권 수여 행위)를 혼동하지 말자.

- 1. 대리행위: 대리인(K)이 대리권에 근거해 상대방과 법률행위(juristic act)를 하는 것
- 2. 수권행위: 본인(A)이 대리권을 대리인에게 주는 것(delegation).

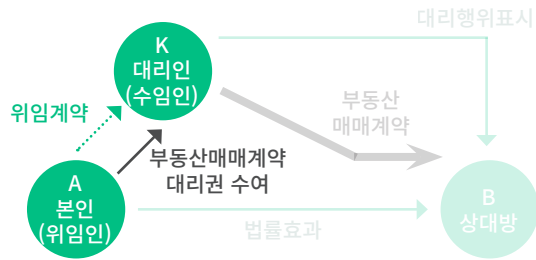
원인 법률관계

아무 이유 없이 대리권 수여(수권행위)를 할 수도 있고, 해도 된다. 그러나 대체로는, 대리권 수여를 하는 원인이 되는 법률관계가 있다. 이 원인 법률관계를 기초적 내부관계(inside relation)라고도 한다.



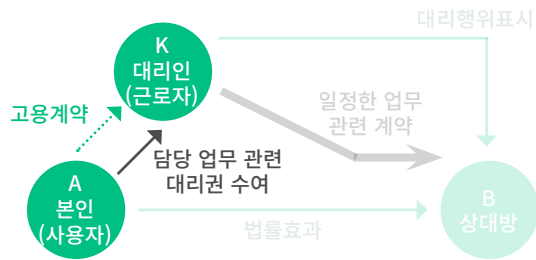
부동산 매도 위임을 생각해 보자.

- 1. A가 K와 위임계약(mandate)을 체결하면서,
- 2. 위임인 A가 수임인 K에게 부동산매매계약에 관한 대리권을 수여한다.
- 3. 이 경우, 대리권 수여 행위의 원인 법률관계는 위임계약이다.



영업사원을 고용하는 경우를 생각해 보자.

- 1. A가 K와 고용계약(contract of employment)을 체결하면서,
- 2. 사용자 A가 근로자 K에게 담당 업무에 관한 대리권을 수여한다.
- 3. 이 경우, 대리권 수여 행위의 원인 법률관계는 고용계약이다.



원인 법률관계와 수권행위 관계

서로 별개의 법률행위다. 그러나 원인 법률관계는 수권행위에 영향을 준다.



1. 독자성(identity): 수권행위(단독행위)와 원인 법률관계(계약)는 별개의 법률행위다.

61민상251: 위임과 대리권 수여는 별개의 독립된 행위[다.] 위임은 위임자[A]와 수임자[K]간의 내부적인 채권채무관계를 말[한다.] 대리권은 대리인[K]의 행위의 효과가 본인[A]에게 미치는 대외적 자격을 말[한다.]

위임계약에 대리권 수여가 수반되는 일은 있다. 그러나 위임계약만으로는 그 효력은 위임자[A]와 수임자[K] 이외에는 미치는 것이 아니[다.]

2. 유인성(dependence): 원인 법률관계가 소멸하면, 수권행위도 따라서 소멸한다.

민법 제128조(임의대리의 종료) 법률행위[(= 수권행위)] [로] 수여된 대리권은 ... 그 원인 [이 된] 법률관계의 종료 [로] 소멸한다. ...

2013다81019: 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인[K]이 수권된 법률행위[→ B와의 부동산매매계약]를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인[이 된] 법률관계[→ 위임계약]는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료[한다. 그리고] 법률행위[(= 수권행위)] [로] 수여된 대리권 [→ 부동산매매계약체결 대리권]은 그 원인 [이 된] 법률관계 [→ 위임계약]의 종료[로] 소멸[한다.]

대리권 범위

문제점

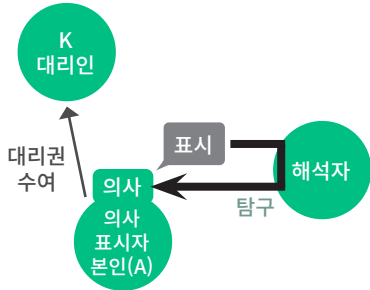
1. 법정대리권 경우? 대리권 범위를 각 법률규정이 직접 정하고 있다. 따라서 대리권 범위가 특정된다.

민법 제920조(자의 재산에 관한 친권자의 대리권) 법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. ...

2. 임의대리권 경우? 그렇지 않다. 임의대리권 범위는 어떻게 결정하는가?

판단 기준

임의대리권 범위는 대리권 수여 내용이 무엇이었는지에 달려있다. 수권행위라는 법률행위의 해석(interpretation) 문제다.



93다39379: 임의대리에[서] 대리권[K]의 범위는 수권행위(대리권 수여 행위)에 [따라] 정하여지는 것이[다. 그러]므로 어느 행위가 **대리권의 범위**[의] 행위인지의 여부는 개별적인 **수권행위의 내용이나 그 해석에 [따라] 판단**[해야 한다.]

사례

개별 사안마다 사실관계에 비추어 판단해야 한다(case by case).

1. 수령대리 권한?

93다39379: 일반적으로 말하면 수권행위의 통상의 내용으로서의 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른바 수령대리권을 포함[한다.]

[따라서] 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다.

2. 담보제공 권한?

94다59042: 예금계약의 체결을 위임받은 자가 가지는 대리권에 당연히 그 예금을 담보로 하여 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 대리권이 포함[된] 것은 아니다.

내용을 정하지 않은 경우

- 민법 제118조(대리권의 범위)** 권한을 정하지 아니한 대리인[K]은 다음 각호의 행위만을 할 수 있다.
1. 보존행위
 2. 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] 甲의 대리인이라 칭하는 乙이 甲을 대리하여 丙과 사이에 甲 소유의 X토지를 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 乙이 甲으로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 경우, 乙은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 乙은 甲으로부터 甲 소유의 X 토지를 매도하는 대리권을 받아 丙과 X 토지에 대해 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 乙이 매수인 丙으로부터 잔금을 수령하였다면, 특별한 사정이 없는 한 乙이 잔금을 甲에게 전달하지 않았더라도 丙의 잔금지급채무는 소멸한다.

대리권 소멸

개념

대리권 소멸(lapse of representative authority): 원래 있던 대리권이 소멸하는 것.

- 1. 대리권 소멸 후에 대리행위를 하면,
- 2. 권한 없는 대리행위(무권대리)가 된다.

임의대리권 소멸 사유

A가 K에 부동산 매수에 관해 위임하며 대리권을 수여했다고 하자. 어떤 사유로 대리권이 소멸하는가?

- 1. 원인 법률관계 종료(termination): 매매계약이 체결되어 필요한 절차가 모두 종료되었다면? 원인 법률관계인 위임계약이 종료한다. 그 결과, 이제 K는 대리권이 없다.

민법 제128조(임의대리의 종료) 법률행위[로] 수여된 대리권[(= 임의대리권)]은 ... 그 원인[이 된] 법률관계[→ 위임계약]의 종료[로] 소멸한다. ...

- 2. 수권행위 철회(withdrawal): K가 대리행위로 매매계약을 체결하기 전에, A가 K에게 “없었던 일로 하자”면서 대리권 수여를 철회할 수도 있다. 그러면 이제 K는 대리권이 없다.

민법 제128조(임의대리의 종료) ... 법률관계의 종료 전에 본인[A]이 수권행위를 철회한 경우에도 같다.

- 3. 본인(A) 사망(death): A가 사망하면, K의 대리권은 소멸한다.

민법 제127조(대리권의 소멸사유) 대리권은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.

- 1. 본인[A]의 사망

4. 대리인(K) 사망(death): K가 사망하면, K의 대리권은 소멸한다.

민법 제127조(대리권의 소멸사유) 대리권은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.

2. 대리인(K)의 사망...
-

5. 대리인(K) 파산(bankruptcy): K가 사망하면, K의 대리권은 소멸한다.

민법 제127조(대리권의 소멸사유) 대리권은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 소멸된다.

2. 대리인(K)의 ... 파산
-

본인(A) 파산 경우는? K의 대리권이 소멸하지 않는다(∴ 대리권 소멸 규정×).

법정대리권 소멸 사유(친권 사례)

미성년자 A의 아버지 K가 있다고 하자. K는 친권자라서 A의 법정대리인이다. A가 K에 대리권을 수여하지 않았더라도, 법률규정으로 대리 관계가 만들어졌다.

민법 제909조(친권자) ① 부모[K]는 미성년자인 자[A]의 친권자가 된다. ...

민법 제911조(미성년자인 자[A]의 법정대리인) 친권을 행사하는 부 또는 모[K]는 미성년자인 자[A]의 **법정대리인**이 된다.

민법 제920조(자[A]의 재산에 관한 친권자[K]의 대리권) 법정대리인인 친권자[K]는 자[A]의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자[A]를 **대리한다**. ...

1. 대리권 상실(loss of rights to representation): K가 A 재산으로 도박을 한다면? 일정 절차 아래 K가 친권을 유지하되 대리권만을 상실할 수 있다.

민법 제925조(대리권... 상실의 선고) 가정법원은 **법정대리인인 친권자[K]**가 부적당한 관리 [때문에] 자녀[A]의 재산을 위태롭게 한 경우에는 자녀[A]의 친족, 검사...의 청구[로] 그 법률행위의 **대리권...의 상실을 선고**할 수 있다.

2. 친권 상실(loss of parental authority): K가 A를 유기한다면? K는 일정 절차 아래 친권 자체를 상실할 수 있고, 그 결과 대리권도 소멸할 수 있다.

민법 제924조(친권의 상실...의 선고) ① 가정법원은 부[K] 또는 모가 **친권을 남용**하여 자녀[A]의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀[A], 자녀[A]의 친족, 검사...의 청구[로] 그 **친권의 상실...[을]** 선고할 수 있다.

다만, 친권 상실은 가장 강력한 규제라서, 최후 수단이다. 즉, 덜 침해적 수단을 먼저 고려해야 한다. 즉, 기간 면에서는 친권 일시 정지(예: 2년간만 친권 정지), 사항 면에서는 친권 일부 제한(예: 친권 중 의료행위 동의권만 제한), 범위 면에서는 대리권 상실(예: 특정 법률행위 대리권 상실) 등을 우선 검토해야 한다.

민법 제925조의2(친권 상실 선고 등의 판단 기준) ① 제924조에 따른 친권 상실의 선고는 같은 조에 따른 친권의 **일시 정지**, 제924조의2에 따른 친권의 **일부 제한**, 제925조에 따른 **대리권...의 상실** 선고 또는 그 밖의 다른 조치에 [따라]서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다.

민법 제924조(친권의 ... 일시 정지의 선고) ① 가정법원은 ... 그 **친권의 상실 또는 일시 정지**를 선고할 수 있다.

민법 제924조의2(친권의 일부 제한의 선고) 가정법원은 거소의 지정이나 그 밖의 신상에 관한 결정 등 **특정한 사항**에 관하여 ... 구체적인 범위를 정하여 **친권의 일부 제한**을 선고할 수 있다.

민법 제925조(대리권... 상실의 선고) 가정법원은 ... 그 **법률행위의 대리권...의 상실**을 선고할 수 있다.

93스3: 설사 친권자[K]에게 간통 등의 비행이 있어 자녀들의 정서나 교육 등에 악영향을 줄 여지가 있다 하더라도 ... **선험리 친권상실을 인정하여서는 안 된다.**

2018스520: 친권 상실이나 제한의 경우... 가정법원이 후견적 입장에서 폭넓은 재량으로 당사자의 법률관계를 형성하고 그 이행을 명하는 것이 허용[된다. 즉,] 당사자의 청구 취지에 엄격하게 구속되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 민법 제924조 제1항에 따른 **친권 상실 청구가 있으면** 가정법원은 민법 제925조의2의 판단 기준을 참작하여 친권 상실사유에는 해당하지 않지만 자녀의 복리를 위하여 친권의 일부 제한이 필요하다고 볼 경우 청구취지에 구속되지 않고 **친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.**

3. 친권 소멸(extinction of parental authority): A가 성년자로 되거나 성년자로 간주되면? K의 친권이 소멸하고, 그 결과 대리권도 소멸한다.

민법 제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

민법 제826조의2(성년의제) 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.

친권 상실 또는 친권 소멸 경우, K는 그동안 A의 재산을 관리하며 생긴 수입과 지출을 계산해서 A에게 보고해야 한다.

민법 제916조(자[A]의 특유재산과 그 관리) 자[A]가 자기[A]의 명의로 취득한 재산은 그[A] 특유재산으로 하고 법정대리인인 친권자[K]가 이를 관리한다.

민법 제923조(재산관리의 계산) ① 법정대리인인 **친권자[K]의 권한이 소멸한 때에는** 그 자[A]의 재산에 대한 **관리의 계산**을 하여야 한다.

민법 제683조(수임인[K]의 보고의무) 수임인[K]은 ... 위임사무의 처리상황...[과 관련해] 위임이 종료한 때에는 지체 없이 그 전말을 보고하여야 한다.

민법 제684조(수임인[K]의 취득물등의 인도, 이전의무) ① 수임인[K]은 위임사무의 처리 [때문에] 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인[A]에게 인도하여야 한다.

- ② 수임인[K]이 위임인[A]를 위하여 자기[K]의 명의로 취득한 권리는 위임인[A]에게 이전하여야 한다.

2018다294179: 여기서 ‘관리의 계산’이란 자녀[A]의 재산을 관리하던 기간의 그 재산에 관한 수입과 지출을 명확히 결산하여 자녀[A]에게 귀속되어야 할 재산과 그 액수를 확정하는 것을 말한다. 친권자[K]의 위와 같은 재산 관리 권한이 소멸한 때에는 위임에 관한 민법 제683조, 제684조가 유추적용되므로, 친권자[K]는 자녀[A] 또는 그 법정대리인에게 위와 같은 계산 결과를 보고하고, 자녀[A]에게 귀속되어야 할 재산을 인도하거나 이전할 의무가 있다.

- 4. 본인(A) 사망(death): A가 사망하면, K의 대리권은 소멸한다.
- 5. 대리인(K) 사망(death): K가 사망하면, K의 대리권은 소멸한다.
- 6. 대리인(K) 파산(bankruptcy): K가 파산하면, K의 대리권은 소멸한다.

본인(A) 파산 경우는? K의 대리권이 소멸하지 않는다(∴ 대리권 소멸 규정×).

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 乙은 甲으로부터 甲 소유의 X 토지를 매도하는 대리권한을 받아 丙과 X 토지에 대해 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 甲이 乙에게 대리권을 수여한 후 甲에 대하여 성년후견이 개시되더라도 乙의 대리권은 소멸하지 않는다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 33.] 친권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 친권자는 미성년 자녀의 특유재산을 관리할 권한이 있으며, 미성년 자녀가 성년이 되어 친권이 소멸하면 자녀의 재산에 대한 관리의 계산을 하여 그 결과를 자녀 또는 그 법정대리인에게 보고하고, 자녀에게 귀속되어야 할 재산을 인도하거나 이전할 의무가 있다.
- ③ 가정법원은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우, 일정한 기간을 정하여 그 친권을 상실시킬 수 있다.
- ④ 친권상실의 청구가 있었으나 가정법원이 판단하기에 친권상실 사유에는 해당하지 않지만 미성년 자녀의 복리를 위하여 친권의 일부 제한이 필요하다고 볼 경우, 가정법원은 청구를 기각하지 않고 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.

대리행위 표시주의(현명주의)

대리행위의 요건

- 1. 대리행위도 법률행위(juristic act)다. 그러므로, 대리행위도 법률행위의 요건을 갖추야 한다.

2. 추가로, 그것이 대리행위로 인정되려면, 대리인(K)이 본인(A)을 위한 것임을 표시(disclosing agency)해야 한다. 즉, 대리인(K)이 그 행위가 대리라는 점을 상대방(B)에게 밝혀야 한다.

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인(K)이 그 권한 내에서 **본인(A)을 위한 것임을 표시**한 의사표시는 직접 본인(A)에게 대하여 효력이 생긴다.

3. 대리행위가 대리권 범위여야 한다.

대리행위 표시주의(현명주의) 개념

대리행위 표시주의(현명주의)란,

- 1. 이처럼 대리인(K)이 본인(A)을 위한 것임을 표시해야 한다는 원칙.
- 2. 즉, 대리인(K)이 대리행위를 할 때 대리행위표시를 해야 한다는 원칙.



대리행위표시 방법에는 제한이 없다.

2023다225580: 대리인(K)이 본인(A)을 위한 대리행위라는 의사의 표시(현명)는 방식을 불문[한다. 그]뿐만 아니라 반드시 명시적으로만 할 필요가 없이 묵시적으로도 할 수 있[다.]

대리행위표시(현명)를 하지 않았을 때 효과

만약 대리인(K)이 본인(A)을 위한 것임을 표시하지 않고 대리행위를 하면? 그 대리행위는,

- 1. 본인(A)에게는 무효다.

2007다14759: 대리관계의 현명(顯名)을 하지 아니한 채 [대리]행위를 하[면] 본인(A)에게 효력이 없[다.]

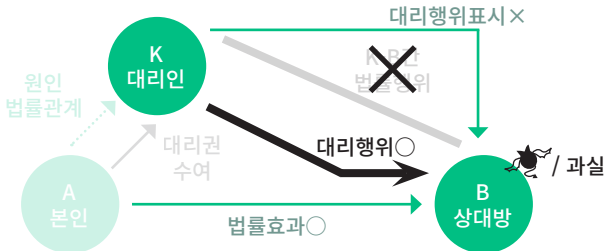
수급인(K)이 도급인(A)의 대리인으로서 건물을 분양하면서 대리관계의 현명을 하지 아니하였[다. 그리]고 상대방(B)도 수급인(K)을 분양권자로 인식했다. 이] 경우, 분양의 효력이 도급인(A)에게 미치지 않는[다.]

2. 자기(K)를 위한 행위로 간주한다. 즉, 법적 효과가 대리인(K)에게 돌아간다.
즉, 모든 것이 무효가 되는 것은 아니다. 대리행위표시를 하지 않더라도, 자기(K)와 상대방(B) 사이의 법률행위로서는 유효할 수 있다.



민법 제115조(본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) 대리인[K]이 본인[A]을 위
한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기[K]를 위한 것으로 본다. ...

3. 예외가 있다. 설령 본인(A)을 위한 것임을 표시하지 않았더라도, 상대방(B)이 악의거나 과실 있다면, 본인(A)에 효력이 있다. 정상적 대리행위처럼 본다.



민법 제115조(본인[A]를 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) ... 그러나 상대방[B]이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 [제114조] 제1항의 규정을 준용한다.

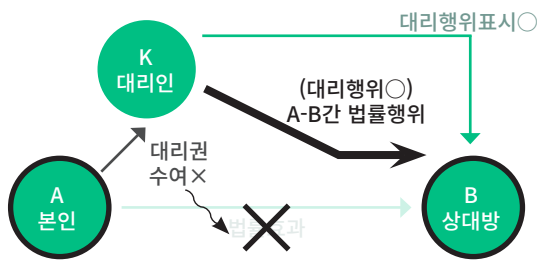
민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

2023.2.25 580: 현행[→ 대리행위표시]을 하지 아니한 경우라도 그 행위를 둘러싼 여러 사정에 비추어 대리행위로서 이루어진 것임을 상대방[B]이 알았거나 알 수 있었을 때에는 적법한 대리행위로서 효력이 인정된다.]

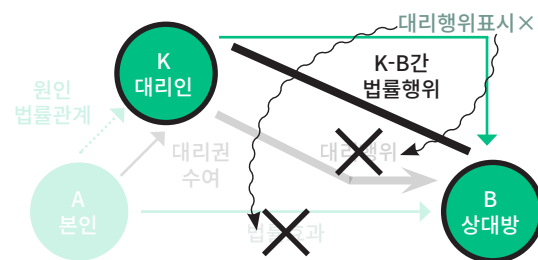
주의사항

대리권이 있는지 여부와 대리행위표시(현명)를 했는지 여부를 구별하라. 예를 들어, 다음 두 경우 모두 본인(A)에 효력이 없지만, 계약당사자와 구조는 다르다.

1. 대리행위표시(현명)를 했지만, 대리권이 없는 경우: 무권대리라서 본인(A)에게 효력× (계약당사자 = A, B)



2. 대리권은 있지만, 대리행위표시(현명)를 하지 않은 경우: 대리가 아니어서 본인(A)에게 효력× (계약당사자 = K, B)



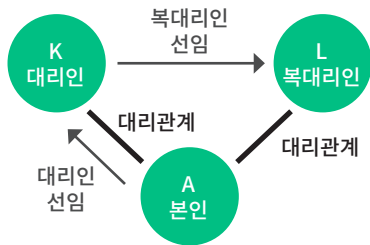
무권대리가 아니다. 대리행위표시(현명)를 하지 않으면, 애당초 “대리”가 아니기 때문이다. 유권대리도 무권대리도 아니고 단지 자기(K)의 법률행위로 될 뿐이다.

	대리행위표시× 경우	대리권× 경우
개념	대리행위표시 없는 행위	무권대리
대리 구조?	× (원칙)	○
본인(A)에 효력?	× (원칙)	× (원칙)

복대리

개념

복대리인(subagent)이란?



- 1. 대리인(agent)이 그 권한 내에서
- 2. 대리인 자신의 이름으로 선임한
- 3. 본인의 대리인

대리인(K)의 대리인이 아니다. 본인(A)의 또 다른 대리인이다. 본인(A) 입장에서
는, 대리인이 한 명 더 생기는 셈이다.

복대리인의 권한

민법 제123조(복대리인[L]의 권한) ① 복대리인[L]은 그 권한 내에서 본인[A]을 대리
한다.
② 복대리인[L]은 본인[A]이나 제[3]자[B]에 대하여 대리인[K]과 동일한 권리의무가 있다.

임의대리인의 복대리인 선임

민법 제120조(임의대리인[K]의 복임권) 대리권이 법률행위[로] 부여된 경우에는 대리인
[K]은 본인[A]의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인[L]을 선임
하지 못한다.

법정대리인의 복대리인 선임

민법 제122조(법정대리인[K]의 복임권과 그 책임) 법정대리인[K]은 그 책임으로 복대
리인[L]을 선임할 수 있다. ...

각자대리

원칙: 각자대리

- 1. 개념: 대리인(K1)은 다른 대리인(K2)의 허락이 없어도 본인(A)을 대리할 수
있다.
- 2. 취지: 거래 안전

민법 제119조(각자대리) 대리인이 수인[K1, K2]인 때에는 각자가 본인을 대리한다. ...

예외: 공동대리

- 1. 법률 규정이나 대리권 수여를 통해, 대리인(K1)은 다른 대리인(K2)의 허락이
있어야 본인(A)을 대리할 수 있도록 제한할 수도 있다.
- 2. 취지: 본인 보호
- 3. 위반 효과: 무권대리가 된다. 예를 들어, 미성년자(A)의 부모(K1, K2)는 대리
권을 공동으로 행사해야만 하고, 그렇게 하지 않으면 무권대리다.

민법 제119조(각자대리) 대리인이 수인[K1, K2]인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그
러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

- 민법 제909조(친권자) ① 부모[K1, K2]는 미성년자인 자[A]의 친권자가 된다. ...
- 민법 제911조(미성년자인 자[A]의 법정대리인) 친권을 행사하는 부[K1] 또는 모[K2]는 미성년자인 자[A]의 법정대리인이 된다.
- 민법 제920조(자[A]의 재산에 관한 친권자[K1, K2]의 대리권) 법정대리인인 친권자 [K1, K2]는 자[A]의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자[A]를 대리한다. ...
- 민법 제909조(친권자) ② 친권은 부모[K1, K2]가 혼인 중인 때에는 부모[K1, K2]가 공동으로 이를 행사한다. ...

본인 보호를 위한 예외인데, 거래 안전을 위해 다시 예외가 있을 수 있다. 나아가 그 예외에도 본인 보호를 위해 또다시 예외가 있을 수 있다.

- 민법 제920조의2(공동친권자의 일방[K1]이 공동[K1, K2]명의로 한 행위의 효력) 부모 [K1, K2]가 공동으로 친권을 행사하는 경우 부모의 일방[K1]이 공동[K1, K2]명의로 자를 대리...한 때에는 다른 일방[K2]의 의사에 반하는 때에도 그 효력이 있다. 그러나 상대방[B]이 악의인 때에는 그렇지 아니한다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

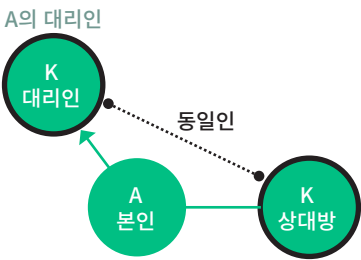
[문 3.] 甲과 乙은 부부로서 그들의 공동친권에 따르는 미성년 자녀 丙과 丁을 두고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 乙의 의사에 반함에도 불구하고 乙과의 공동명의로 丙을 대리하는 법률행위를 하였다면, 그 법률행위는 상대방의 선의 여부를 불문하고 효력이 없다.

자기계약과 쌍방대리

자기계약 개념

자기계약(self-dealing; self-contracting)이란?



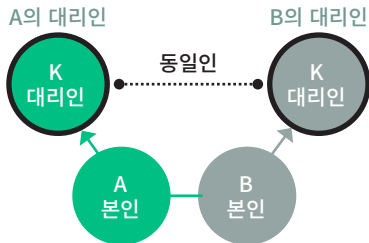
- 대리인(K)이 본인(A)을 대리하면서, 다른 한편 자기 자신이 상대방으로서 계약을 체결하는 것
- 즉, 같은 사람이 하나의 법률행위에 관해 당사자 일방의 대리인 겸 상대방 당사자가 되는 것

예: A로부터 부동산 매도 대리권을 받은 K가, 그 부동산을 자기(K)에게 매도

3. 대리인이 계약 상대방과 같은 경우(A의 대리인 = 상대방 = K)를 뜻한다.

쌍방대리 개념

쌍방대리(dual representation)란?



1. 대리인(K)이 본인(A)을 대리하면서, 다른 한편 자기 자신이 상대방의 대리인으로서 계약을 체결하는 것

2. 즉, 같은 사람이 하나의 법률행위에 관해 당사자 쌍방의 각 대리인이 되는 것

예: A로부터 부동산 매도 대리권을 받고, 동시에 B로부터 부동산 매수 대리권을 받은 K가, 부동산을 A로부터 B에게 매도

3. 즉, 대리인이 계약상대방의 대리인과 같은 경우(A의 대리인 = 상대방 B의 대리인 = K)를 뜻한다.

자기계약과 쌍방대리의 금지

자기계약과 쌍방대리는 허용되는가?

1. 원칙: 금지한다. 대리인이 마음대로 본인의 이익을 해칠 수 있기 때문이다.

예: K는 A로부터 시가 10억 원 상당의 부동산 매도 대리권을 받았다. 이 상태에서 K가 1억 원에 그 부동산을 자기(K)에게 매도하는 경우

민법 제124조(자기계약, 쌍방대리) 대리인[K]은 본인[A]의 허락이 없으면 본인[A]을 위하여 자기[K]와 법률행위[자기계약]를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방[A, B]을 대리[쌍방대리]하지 못한다. ...

2. 예외: 채무이행은 허용한다. 채무이행은 이미 확정된 법률관계를 결제하는 것에 불과하다. 그래서 자기계약이나 쌍방대리를 해도, 본인 이익을 해칠 염려가 없다. 그래서 허용한다.

예: A가 K에게 부동산을 매도하고 K가 매매대금을 모두 지급했다. 이 상태에서 K가 A를 대리해 부동산 소유권이전등기 절차를 이행하는 경우

민법 제124조(자기계약, 쌍방대리) ... 그러나 채무의 이행은 할 수 있다.

위반 효과

자기계약이나 쌍방대리가 금지되는 사안인데도, 대리를 했다면?

- 1. 무권대리 행위다.
- 2. 따라서 법률행위(계약)는 무효다.

2003마44: 부동산 입찰절차에서 동일물건에 관하여 이해관계가 다른 2인 이상의 대리인이 [됐다. 이 경우]에는 그 대리인이 한 입찰은 무효이다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 자기 소유의 X 토지를 적절한 가격에 매도할 것을 乙에게 위임하면서 그에 관한 대리권도 함께 수여하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 乙이 甲의 대리인으로서 甲의 허락 없이 자기를 X 토지의 매수인으로 하는 계약을 체결하였다면, 그 계약은 특별한 사정이 없는 한 무효이다.

대리행위 흠 기준이 되는 사람

개요

대리행위 흠 여부는 누구를 기준으로 판단하나?

- 1. 본인 A 기준이 아니다. 의사 결정을 본인 A가 하는 것이 아니기 때문이다.
- 2. 대리인 K 기준이다. 의사 결정을 대리인 K가 하는 것이기 때문이다.

민법 제116조(대리행위의 하자) ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것 [때문에] 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 **대리인[K]**을 **표준**으로 결정한다.

사례

- 1. 이중매매가 반사회질서 법률행위인지 판단하기 위한 제2 매수인 측 약의 → 대리인 K 기준

97다45532: 대리인[K]이 본인[A]을 대리하여 매매계약을 체결[할 때] 매매대상 토지에 관한 저간의 사정을 잘 알고 그 배임행위에 가담하였[다.] 대리행위의 하자 유무는 대리인[K]을 표준으로 판단하여야 [한다. 그러므로] 설사 본인[A]이 미리 그러한 사정을 몰랐거나 반사회질을 야기한 것이 아니라고 할지라도 그 [때문에] 매매계약이 가지는 사회질서에 반한다는 장애사유가 부정되는 것은 아니다.

- 2. 불공정 매매인지 판단하기 위한 매도인의 경솔, 무경험 → 대리인 K 기준

71다2255: 매도인[A]의 대리인[K]이 매매한 경우[에] 그 매매가 [민법 제104조]의 불공정한 법률행위인가를 판단함에는 매도인의 경솔, 무경험은 그 대리인[K]을 기준으로 하여 판단하여야 ... 한다.

다만, 공박 상태는 본인 A 입장에서 판단한다.

71다2255: 공박 상태에 있었는지[는] 매도인 본인[A]의 입장에서 판단[해야] 한다.

3. 착오 의사표시인지 판단하기 위한 매수인의 착오 → 대리인 K 기준

95다41406: 매수인[A]이 대리인[K]을 통하여 분양택지 매수지분의 매매계약을 체결 [했다.] 대리행위의 하자의 유무는 대리인[K]을 표준으로 판단하여야 [한다. 그러므로] 대리인[K]이 매도인과 분양자와의 매매계약에[서] ... 그 계약 내용, 잔금의 지급 기일, 그 지급 여부 및 연체 지연손해금 액수에 관하여 잘 알고 있었다고 인정되는 때에[는] 다음과 같이 처리해야 한다. 즉, 설사 매수인[A]이 연체 지연손해금 여부 및 그 액수에 관하여 모른 채로 대리인[K]에게 대리권을 수여하여 매도인과의 사이에 그 매매계약을 체결하였다고 하더라도, 매수인[A]으로서는 그 자신[A]의 착오를 이유로 매도인과의 매매계약을 취소할 수는 없게 되었다고 볼 여지가 있다.]

4. 채권자취소권에서 수익자나 전득자의 악의 → 대리인 K 기준

2006다22661: [수익자 또는 전득자 A의] 법률행위가 대리인[K]에 [따라] 이루어진 때에는 [어떤가?] 수익자... 또는 전득자[A]의 사해행위에 대한 악의의 유무는 대리인[K]을 표준으로 결정하여야 한다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲은 자기 소유의 X 토지를 적절한 가격에 매도할 것을 乙에게 위임하면서 그에 관한 대리권도 함께 수여하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 乙이 甲의 대리인으로서 X 토지에 관하여 丙과 매매계약을 체결한 후 중도금까지 받았다는 사정을 알고 있는 丁이 乙에게 적극적으로 매도를 요청하여 乙이 甲의 대리인으로서 丁에게 다시 X 토지를 매도하고 소유권이전등기까지 마쳐 주었다면, 甲이 이러한 사실을 몰랐다고 하더라도 甲과 丁 사이의 매매계약은 무효이다.
-

무권대리

Unauthorized Representation

내가 네게 이르는 말만 말할지니라. - “민수기” 제22장 제35절

머리에

무권대리 개념

무권대리(unauthorized representation): 대리권 없는 자의 대리행위

무권대리 정도

다음은 모두 무권대리다.

- 1. 대리권이 전혀 없는데 대리한 경우
- 2. 대리권이 있는데, 범위를 벗어난 경우

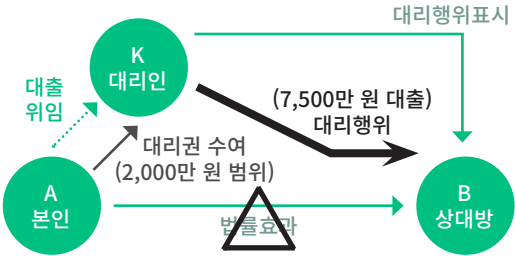
사례

대리권이 전혀 없는 경우



- 1. K는 A와 아무 관계도 없다.
- 2. K는 A를 대리해서 A 이름으로 B와 매매계약을 체결했다.

대리권 범위를 초과한 경우



- 1. A는 2,000만 원이 급히 필요하다. A는 K에게, “자기(A) 명의로 2,000만 원 부동산담보대출을 받아 달라.”라고 위임하며, 필요한 서류를 교부했다.

2. 그러나 K는 A를 대리해서 A 이름으로 B로부터 7,500만 원이나 대출받았다. K는 그와 함께 A를 대리해 A의 부동산에 B 앞으로 채권최고액 1억 3,000만 원의 근저당권을 설정했다.

전제

대리행위표시

본인을 위한 것임을 표시해야 한다. 즉, 대리행위표시(현명) 해야 한다.

대리행위표시를 하지 않았을 경우

만약 대리행위표시(현명) 하지 않았다면? 원칙적으로 대리 구조가 아니다. 따라서 무권대리 문제가 아니다. 대리여야 유권대리나 무권대리를 논할 수 있다.

효과

무효

무권대리는 원칙적으로 무효(null)다. 즉, 대리행위는 원칙적으로 무효다.



민법 제130조(무권대리) 대리권 없는 자[K]가 타인[A]의 대리인[K]으로 한 계약은 본인[A]이 이를 추인하지 아니하면 본인[A]에 대하여 효력이 없다.

구체적으로는,

- 1. 대리권이 전혀 없는 경우는, 대리행위 전부가 무효
- 2. 대리권 범위를 초과한 경우는, 초과하는 범위에서 무효

86다카754: [A가 K]에게 자기[A]의 부동산을 담보로 [2,000만] 원의 차용을 부탁하면서 담보설정용인감증명서, 등기필증, 인감인장 등을 교부하였[다. 그렇]다면 [A가 K]에게 제3자로부터 [2,000만] 원을 차용하여 줄 것을 위임하면서 [K]에게 [A]를 대리하여 위 금전을 차용하고 그 담보설정을 하는 법률행위를 할 권한을 수여[한]다는 뜻이 포함 된 것으로 [보아야 한다.]

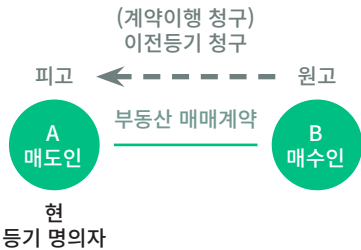
[K는] 두 차례 걸쳐 [B]로부터 융자금으로 합계 [7,500만 원]을 지급받았다. 또한, K가] 위 수권의 범위를 넘어 위 담보부동산에 관하여 丙을 채무자로, 甲을 물상보증인으로 하고 그 피담보최고액을 [1억 3,000만] 원으로 하여 근저당권설정계약을 체결[했다.]

위 근저당권설정행위가 무권대리행위에 해당한다 할지라도 [A가] 차용을 부탁한 [2,000만] 원의 한도내에서는 [K가] 수여받은 대리권의 범위[에] 속[한다. 그러]므로 위 근저당권설정계약은 위 [2,000만] 원을 담보하는 범위[에서]는 [K]의 대리행위에 [따라] 본인인 [A]에게 그 효력을 미치는 유효한 것이라고 보아야 [한다.]

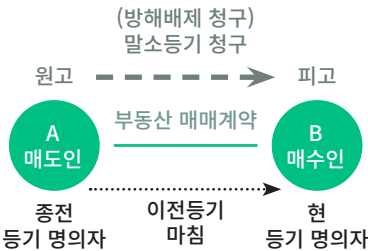
유동적 무효
무효 중에서도, 유동적 무효(provisional nullity; pending invalidity)다.
유동적 무효란 무엇인가? 나중에 추인을 공부하며 이해하자.

요건사실과 증명책임

문제상황
대리인(K)이 매도인(A)을 대리해 매수인(B)과 부동산 매매계약을 체결했다.
1. 이전등기 전이라 하자(현재 등기 명의 = A). 매수인(B)이 매도인(A)을 상대로 유권대리를 이유로 매매계약 이행 청구를 한다면?

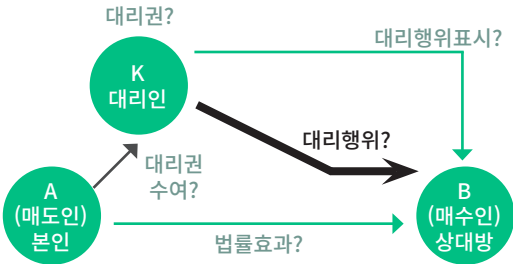


2. 이전등기 후라 하자(현재 등기 명의 = B). 매도인(A)이 매수인(B)을 상대로 무권대리를 이유로 말소등기 청구를 한다면?



편의상, 모두 임의대리를 기준으로 설명한다.

계약이행(이전등기) 청구: 원고 매수인 B vs 피고 매도인 A



요건사실은 다음과 같다.

1. 대리권 수여: 본인(매도인 A)이 대리인(K)에게 대리권을 수여한 사실

99다37856: 부부[K]의 경우에도 일상의 가사가 아닌 법률행위를 배우자[A]를 대리하여 행함에[는] 별도로 대리권을 수여하는 수권행위가 필요하다.]

2. 대리행위: 대리인(K)이 그 권한 범위에서 상대방(매수인 B)과 계약을 체결한 사실

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

99다37856: 대리가 적법하게 성립하기 위하여는 대리행위를 한 자[K], 즉 대리인[K]이 본인[A]을 대리할 권한을 가지고 그 대리권의 범위 내에서 법률행위를 하였[어야 한다.]

3-1. 대리행위표시: 대리인(K)이 계약 당시 본인(매도인 A)을 위한 것임을 상대방(매수인 B)에 표시한 사실

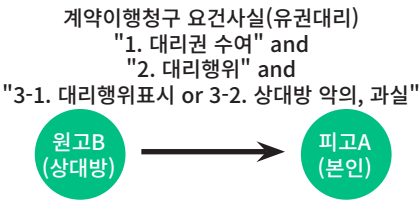
민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

2008다79340: 원칙적으로 대리행위는 본인[A]을 위한 것임을 표시하여야 직접 본인[A]에 대하여 효력이 생긴다.]

3-2. 상대방의 악의, 과실: 상대방(매수인 B)이 대리행위를 알았거나 알 수 있었던 사실

민법 제115조(본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) 대리인[K]이 본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기[K]를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방[B]이 대리인으로서한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정[→ 유권대리 효과 규정]을 준용한다.

3-1, 3-2 중에서는 어느 하나만 인정되면 충분하다. 한편, 1, 2, 3은 모두가 인정돼야 한다.



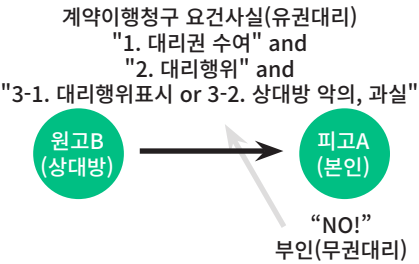
증명책임은 모두 계약 상대방인 원고(매수인 B)가 진다. 즉,

1. 유권대리를 주장하는 자(B)가 유권대리 증명책임을 진다.

93다42047: [A] 명의의 인감증명발급위임장과 인감증명은 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 [않는다.] 이 자료에 [따라] 당연히 [K]에게 [A]를 대리하여 이 사건 어음을 발행...할 대리권이 인정되는 것은 아니[다.] 대리권이 있다는 점에 대한 입증 [→ 증명]책임은 그 효과를 주장하는 [B]에게 있다.

2. 무권대리를 주장하는 자(A)가 무권대리 증명책임을 지는 것이 아니다.

주의: 피고(A)가 무권대리를 주장하는 것은, 유권대리의 부인(no)이지, 무권대리의 항변(yes but)이 아니다. 유권대리와 무권대리는 양립할 수 없다.



3. 판사가 보기에 누구 말이 맞는지 모르겠으면? 무권대리로 처리한다(이전등기 청구 기각).

복습: 등기 추정력

부동산 등기에 따른 공시내용이 실제 권리관계와 일치한다고 보장하는 공신력은 없다. 다만, 그렇게 일치한다고 추정(presumption)은 한다. 즉, 부동산 경우, 등기가 이루어지면, 그렇게 받은 등기에 추정력이 있다.

2018다260565: 부동산등기는 그것이 형식적으로 존재하는 것 자체로부터 적법한 등기원인에 따라 마쳐진 것으로 추정된[다.]

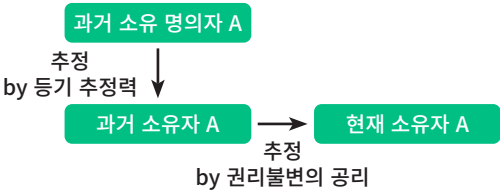
방해배제(말소등기) 청구: 원고 매도인 A vs 피고 매수인 B

요건사실은 다음과 같다.

1. 원고(A)의 소유: 부동산이 매도인(A) 소유인 사실

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[A]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있고 ...

복습: 등기 추정력(the presumption of validity of registration) + 권리불변의 공리(the axiom of the immutability of rights). 결국, 등기부만 제시해도 쉽게 증명할 수 있다.



2. 피고(B)의 방해(등기): 매수인(B)이 등기를 마친 사실

민법 제214조(소유물방해제거...) 소유자[A]는 소유권을 방해하는 자[B]에 대하여 방
해의 제거를 청구할 수 있고 ...

역시 등기부만 제시해도 쉽게 증명할 수 있다.

3. 등기원인 무효: 매매계약이 무효인 사실(즉, 무권대리에 해당).

98다50999: 소유권이전등기에[서] 등기원인이라고 함은 ... 등기하는 것을 정당하게 하
는 실체법상의 원인[→ 매매계약]을 뜻[한다].

쉽게 증명할 수 있는 요건사실은 생략하고, 3. 등기원인 무효 요건사실(무권대
리)을 보자.

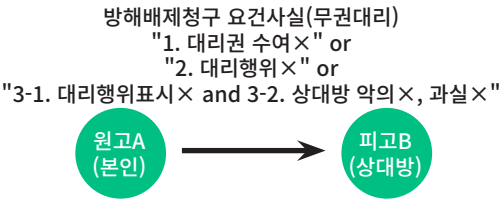
- 1. 대리권 수여×: 본인(매도인 A)이 대리인(K)에게 대리권 수여를 안 한 사실
- 2. 대리행위×: 대리인(K)이 상대방(매수인 B)과 계약 체결 자체를 하지 않았거
나, 그 권한 범위를 벗어나 체결한 사실
- 3-1. 대리행위표시×: 대리인(K)이 계약 당시 본인(매도인 A)을 위한 것임을 상대
방(매수인 B)에 표시 안 한 사실

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[K]이 그 권한 내에서 본인[A]을 위한 것임을
표시한 의사표시는 직접 본인[A]에게 대하여 효력이 생긴다.

2008다79340: 원칙적으로 대리행위는 본인[A]을 위한 것임을 표시하여야 직접 본인
[A]에 대하여 효력이 생긴다.]

3-2. 상대방의 약의×, 과실×: 상대방(매수인 B)이 대리행위를 알지 못했고 알
수 없었던 사실

3-1과 3-2는 모두가 인정돼야 한다. 한편, 1, 2, 3 중에서는 어느 하나만 인정되면
충분하다.



등기원인 무효 요건사실(무권대리) 증명책임은 모두 본인인 원고(매도인 A)가 진다. 즉,

- 1. 무권대리를 주장하는 자(A)가 무권대리 증명책임을 진다. 등기 추정력(the presumption of validity of registration) 때문이다.

2009다37831: 소유권이전등기가 전 등기명의인[A]의 직접적인 처분행위에 [따른] 것이 아니라 제3자[K]가 그 처분행위에 개입된 경우[를 보자.] 현 등기명의인[B]이 그 제3자[K]가 전 등기명의인[A]의 대리인이라고 주장하더라도 **현 소유명의인[B]의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정**[된다.]

[그러므로] 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 **전 소유명의인[A]으로서는 반대사실...** 즉 그 제3자[K]에게 전 소유명의인[A]을 **대리할 권한이 없었...**다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.

종전 A명의 등기 추정력에 따라 “원고(A)의 소유”로 추정되면서, 동시에 현재 B명의 등기 추정력에 따라 “피고(B) 등기원인 적법, 유효”로 추정된다. 전후 등기 모두 각각 추정력이 인정되므로, 부득이한 해석이다.

- 2. 유권대리를 주장하는 자(B)가 유권대리 증명책임을 지는 것이 아니다.
주의: 피고(B)가 유권대리를 주장하는 것은, 무권대리의 부인(no)이지, 유권대리의 항변(yes but)이 아니다. 유권대리와 무권대리는 양립할 수 없다.
- 3. 판사가 보기에 누구 말이 맞는지 모르겠으면? 유권대리로 처리한다(말소등기 청구 기각).

소결

두 경우 모두, 유권대리인지(무권대리인지)에 관해 원고가 증명책임을 진다.

- 1. 유권대리에 기초해 계약이행(이전등기) 청구를 하려면, 원고(매수인)가 유권대리(매매계약 유효) 증명책임을 진다.
- 2. 무권대리에 기초해 방해배제(말소등기) 청구를 하려면, 원고(매도인)가 무권대리(매매계약 무효) 증명책임을 진다.

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] 甲의 대리인이라 칭하는 乙이 甲을 대리하여 丙과 사이에 甲 소유의 X토지를 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 乙의 대리권 없음을 이유로 丙에게 위 매매계약을 원인으로 마쳐진 소유권이전 등기의 말소를 구하는 소를 제기하는 경우, 甲은 乙의 대리권 부존재를 증명하여야 한다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 乙은 甲으로부터 甲 소유의 X 토지를 매도하는 대리권한을 받아 丙과 X 토지에 대해 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 丙이 甲에게 채무의 이행을 청구하였으나 甲은 乙에게 대리권을 수여한 바가 없으므로 자신은 채무를 이행할 의무가 없다고 주장하는 경우, 乙에게 X 토지의 매도를 위한 대리권이 있다는 점은 丙이 증명하여야 한다.

추인과 거절

개념

- 1. 추인(ratification): 쉽게 말해, 본인(A)이 대리행위를 그냥 인정하는 것. 즉, 대리행위 효과를 받겠다는 본인(A) 의사표시
“추인(追認; ratification)”은 지나간 사실을 추후에 인정한다는 뜻이다(예: 무권대리인이 체결한 계약을 추인한다). 한편, “추인(推認; inference)”은 어떤 사실로부터 미루어 인정한다는 뜻이다(예: 여러 정황을 종합하면 피고인의 고의를 추인할 수 있다).
- 2. 거절(refusal to ratify): 말 그대로, 본인(A)이 대리인(K)의 행위를 추인하지 않겠다는 것. 즉, 대리행위 효과를 받지 않겠다는 본인(A) 의사표시
추인이든 거절이든, 모두 무권대리가 있음을 “알고” 해야 한다.

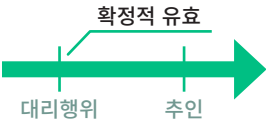
당사자

- 1. 추인권자(거절권자): 본인(A)
- 2. 추인(거절) 상대방: 상대방(B). 다만, 무권대리인(K)에게 해도 된다.

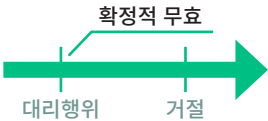
민법 제132조(추인, 거절의 상대방) 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방[B]에 대하여 하지 아니하면 그 상대방[B]에 대항하지 못한다. ...
2009다46828: 추인은 ... 무권대리인[K]이나 무권대리행위의 상대방[B]에 대하여도 할 수 있다.]

본질

- 1. 추인: 유동적 무효를 확정적 유효(definitive validity)로 변경하는 행위



2. 거절: 유동적 무효를 확정적 무효(definitive nullity)로 변경하는 행위



모두 단독행위다.

2009다46828: 무권대리행위는 그 효력이 불확정 상태에 있다가 본인[A]의 추인 유무에 따라 본인[A]에 대한 효력발생 여부가 결정[된다. 여기서] 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기[A]에게 귀속시키도록 하는 단독행위[이다.]

방법

1. 방식에 특별한 제한은 없다.

2009다46828: [추인의] 의사표시에 특별한 방식이 [필요한] 것은 아니[다. 그러]므로 명시적인 방법만이 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있[다.]

81다카549: 무권대리행위의 추인은 ... 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승[낙이 필요하지] 않[은] 단독행위[다.]

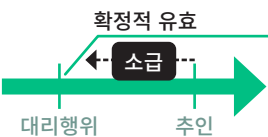
2. 다만, 추인하려면 전부를 그대로 추인해야 한다.

81다카549: 무권대리행위의 추인은 ... 의사표시의 전부에 대하여 행[해]야 [한다.] 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이다.

추인을 받은 경우

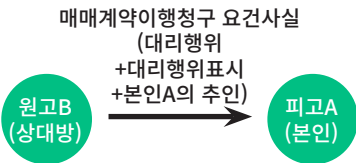
추인을 받으면, 본인(A)에게 계약상 채권채무가 귀속한다.

1. 추인에는 소급효가 있다. 대리행위가 계약 때로 소급해 유효하게 된다.



민법 제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. ...

2. 계약당사자인 본인 A와 상대방 B는, 처음부터 유권대리를 한 것과 마찬가지로, 서로 계약이행책임을 진다.



다만, 무권대리 무효에 따라 이미 배타적 권리를 취득한 제3자가 존재한다면, 추인의 소급효를 제한한다.

민법 제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 **계약 시에 소급하여** 그 효력이 생긴다. 그러나 제[3]자의 권리를 해하지 못한다.

91다25383: 민법 제133조 단서의 규정은 무권대리행위에 대한 추인의 경우에 ... 배타적 권리를 취득한 제3자에 대하여 그 추인의 소급효를 제한하고 있는 것이다.

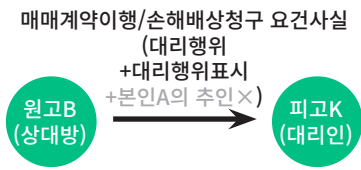
추인을 받지 못한 경우

추인을 받지 못하면, 본인(A)에게 계약상 채권채무가 귀속하지 않는다. 무권대리인(K)이 책임질 문제만 남는다.

- 1. 원칙: 무권대리인(K)이 상대방(B)에게 책임을 진다. 계약이행책임 또는 손해배상책임이다.

민법 제135조(무권대리인[K]의 상대방[B]에 대한 책임) ① 다른 자[A]의 대리인으로서 계약을 맺은 자[K]가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인[A]의 추인을 받지 못한 경우에는 그[K]는 **상대방[B]의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임**이 있다.

2018다210775: [민법 제135조 제1항에서] 상대방[B]이 계약의 이행을 선택한 경우 무권대리인[K]은 그 계약이 본인[A]에게 효력이 발생하였더라면 본인[A]이 상대방[B]에게 부담하였을 것과 같은 내용의 채무를 이행할 책임이 있다. 무권대리인[K]은 마치 자신[K]이 계약의 당사자가 된 것처럼 계약에서 정한 채무를 이행할 책임을 지는 것이다.



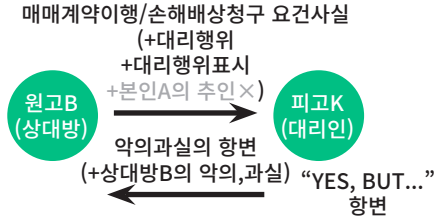
위 “본인(A)의 추인 없다.”라는 사실은, 원고(B)의 청구원인 사실이므로, 원고(B)에게 주장책임이 있다. 그러나 조문상 증명책임은 대리인(K)에게 있다. 이처럼, 예외적이긴 하지만 가끔 주장책임과 증명책임이 다른 경우가 있다.

- 2. 예외: 상대방(B)이 무권대리임을 알았거나 알 수 있었다면, 무권대리인(K)은 책임 부담을 거부할 수 있다.

민법 제135조(무권대리인[K]의 상대방[B]에 대한 책임) ② 대리인으로서 계약을 맺은 자[K]에게 대리권이 없다는 사실을 **상대방[B]이 알았거나 알 수 있었을 때...**에는 제1항을 **적용하지 아니한다고 할 수 있다.**

상대방(B)의 악의, 과실에 관한 증명책임은 무권대리인(K)에게 있다.

2018다210775: [민법 제135조 제2항은] 무권대리인[K]의 무과실책임에 관한 원칙 규정인 제1항에 대한 예외 규정이다. 그러므로 상대방[B]이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었는데도 알지 못하였다는 사실에 관한 **주장, 증명책임은 무권대리인[K]에게 있다.**



소결

상대방(B)은,

- 1. 본인(A)의 추인을 전제로 본인(A)에게 계약이행청구를 할 수도 있다.

민법 제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 **계약 시에 소급**하여 그 효력이 생긴다. ...

- 2. 본인(A)의 추인 없음을 전제로, 무권대리인(K)에게 계약이행청구 또는 손해 배상청구를 할 수도 있다.

민법 제135조(무권대리인[K]의 상대방[B]에 대한 책임) ① 다른 자[A]의 대리인으로서 계약을 맺은 자[K]가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인[A]의 추인을 받지 못한 경우에는 그[K]는 **상대방[B]의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임**이 있다.

본인(A)의 추인이 없으면, 무권대리인(K)은 잘못이 없더라도 책임을 진다. 잘못도 없이 책임을 지는 것을 “무과실책임을 진다.”라고 표현한다.

2013다213038: 민법 제135조 제1항...에 따른 무권대리인[K]의 상대방[B]에 대한 책임은 무과실책임이다. 즉, 대리권의 흠결에 관하여 **대리인[K]에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니**다. 심지어 무권대리행위가 제3자[X]의 기망이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 [무권대리인 K의] 책임은 부정되지 아니한다.

- 3. 추인 여부가 불분명하다면? 상대방(B)으로서는, 본인(A)을 주위적 피고, 무권대리인(K)을 예비적 피고로 삼아, 예비적 공동소송 소를 제기할 수 있다.

민사소송법 제65조(공동소송의 요건) 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 **같은 원인으로 말미암아 생긴 경우에는** 그 여러 사람[A, K]이 공동소송인으로서 당사자[→ 피고]가 될 수 있다. ...

민사소송법 제70조(예비적, 선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① ... 공동소송인 가운데 **일부[A]에 대한 청구가 다른 공동소송인[K]에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우...**

2014다75202: [상대방B]는 ... ① **주위적으로 [본인A]에 대하여** ... 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구하고, ② [대리인K]에게 [본인A]를 대리할 권한이 있음이 인정되지 아니할 경우에 대비하여 **예비적으로 [대리인K]에 대하여** ... 무권대리인으로서 민법 제135조에 따른 ...책임이 있다고 주장하며 ... 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구하였다.

[본인A, 대리인K]에 대한 청구는 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있거나 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합[한] 관계에 있[다. 그래서] 모든 당사자들 사이에 결론의 합일확정을 기할 필요가 인정[된다. 그러]므로, [본인A, 대리인K]에 대한 청구는 민사소송법 제70조 제1항에서 정한 ...예비적 공동소송[이다.]

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 「민법」상 ‘제3자’에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 무권대리행위의 추인에 따른 계약의 소급효는 배타적 권리를 취득한 제3자에게도 미친다.

연습문제2

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] 甲의 대리인이라 칭하는 乙이 甲을 대리하여 丙과 사이에 甲 소유의 X토지를 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 乙이 위 매매계약에 관한 대리권을 증명하지 못하고 甲의 추인도 얻지 못하여 甲에게 대리 효력이 발생하지 않는 경우, 그 무권대리행위가 제3자 丁의 기망이나 문서 위조 등 위법행위로 야기되었다면 丙은 乙을 상대로 계약의 이행이나 손해배상을 청구할 수 없다.
- ⑤ 위 매매계약에서 甲의 채무불이행에 대비한 손해배상액이 예정된 경우, 乙이 무권대리인으로서 丙에 대하여 계약 이행의 채무를 부담하게 되었으나 이를 이행하지 아니하여 손해배상책임을 진다면, 특별한 사정이 없는 한 그 책임은 위 손해배상액의 예정에 따라 정해진다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 甲은 A에게 자신의 X 토지를 담보로 제공하고 2억 원을 대출받아 줄 것을 위임하면서 그에 관한 대리권도 함께 수여하였다. A는 甲으로부터 신분증과 인감도장 등을 받아 서류를 위조한 뒤 甲의 대리인이라 칭하며 X 토지를 乙에게 3억 원에 매도하는 매매계약을 乙과 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 甲이 乙에게 매매대금을 4억 원으로 변경하여 추인의 의사표시를 한 경우, 乙과의 매매계약은 특별한 사정이 없는 한 매매대금을 4억 원으로 하는 계약으로서 효력이 있다.
- ㄴ. A가 「민법」 제135조 제1항에 따른 무권대리인의 책임을 지는 경우, A는 乙의 선택에 따라 乙에 대하여 매매계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

상대방의 최고와 철회

문제점

상대방(B) 처지에서 생각해 보자.

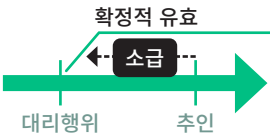
- 1. 본인(A)의 추인 여부에 따라 자기(B)가 체결한 계약 효력이 좌지우지되어 불안하다.
- 2. 상대방(B)으로서도 무언가 조치할 필요가 있다. 상대방(B)은 최고권과 철회권을 보유한다.

상대방의 최고권

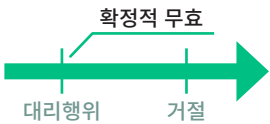
상대방(B)은 본인(A) 상대로, “추인할 거냐”고 확답을 요구할 수 있다.

민법 제131조(상대방의 최고권) 대리권없는 자[K]가 타인[A]의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방[B]은 상당한 기간을 정하여 본인[A]에게 그 추인여부의 확답을 최고할 수 있다. ...

- 1. 본인(A)이 추인하면? 계약은 계약 때로 소급해 유효하게 된다. 본인(A)이 계약책임을 진다(확정적 유효).



- 2. 본인(A)이 거절하면? 본인(A)은 이제는 책임을 지지 않는다(확정적 무효). 무권대리인(K)이 상대방(B)에게 책임을 진다(원칙).

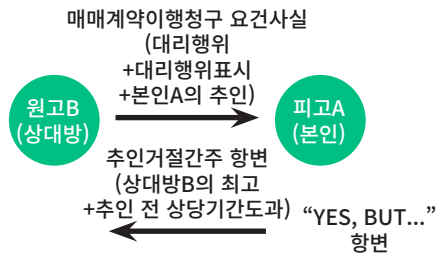


- 3. 기간 내 확답을 받지 않으면? 본인(A)이 거절한 것으로 간주한다. 즉, 본인(A)은 이제는 책임을 지지 않는다(확정적 무효). 무권대리인(K)이 상대방(B)에게 책임을 진다(원칙).



민법 제131조(상대방의 최고권) ... 본인[A]이 그 기간내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

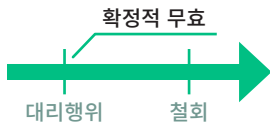
그런데도 상대방(B)이 본인(A) 상대로 계약이행을 청구한다면? “상대방(B)의 최고 후 상당기간 도과” 사실은, 본인(A)의 항변사유(추인거절 간주)로 이용될 수 있다. 본인(A)의 추인 전 상당 기간이 도과했어야 항변이 유효하다.



상대방의 철회권

상대방(B)도 계약을 없었던 것으로 할 수 있다. 철회(withdrawal)라 한다.

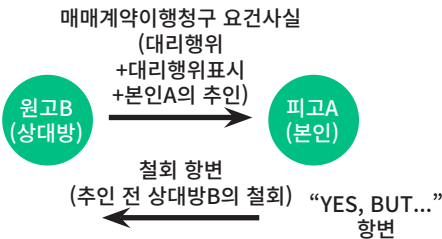
- 1. 본인(A)의 추인 전 상대방(B)이 철회했다면, 본인(A)에게 계약상 채권채무가 귀속하지 않는다(확정적 무효).



민법 제134조(상대방의 철회권) 대리권 없는 자[K]가 한 계약은 본인[A]의 추인이 있을 때까지 상대방[B]은 본인[A]이나 그 대리인[K]에 대하여 이를 철회할 수 있다. ...

2018다210775: 민법 제134조에서 정한 상대방[B]의 철회권은, [어떤 취지인가?] 무권대리행위가 본인[A]의 추인에 따라 효력이 좌우되어 상대방[B]이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방[B]을 보호하기 위하여 상대방[B]에게 부여된 권리[다.] 상대방[B]이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인[A]이 무권대리행위를 추인할 수 없다.

그런데도 상대방(B)이 본인(A) 상대로 계약이행을 청구한다면? “상대방(B)의 철회” 사실은, 본인(A)의 항변사유(철회)로 이용될 수 있다. 본인(A)의 추인 전에 상대방(B)이 철회했어야 유효하다.



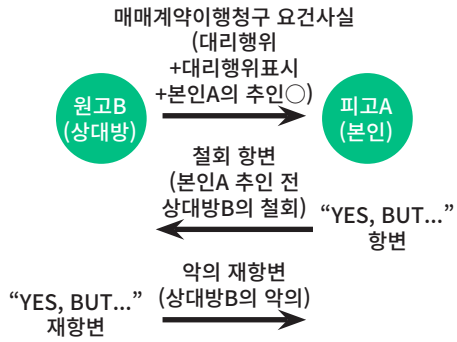
민법 제134조(상대방의 철회권) 대리권 없는 자[K]가 한 계약은 **본인[A]의 추인이 있을 때까지** 상대방[B]은 본인[A]이나 그 대리인[K]에 대하여 이를 철회할 수 있다. ...

2. 다만, 만약 상대방(B)이 계약 당시 무권대리 사실을 알았다면, 상대방(B)은 철회할 수 없다.

민법 제134조(상대방의 철회권) ... 상대방[B]은 ... 철회할 수 있다. **그러나** 계약당시에 **상대방[B]이 대리권 없음을 안 때**에는 그러하지 아니하다.

상대방(B)의 악의에 관한 증명책임은 상대방(B)의 철회가 무효라고 주장하는 자가 부담한다. 어떤 사례 구조에서는 본인(A)이 상대방(B)의 철회가 무효라 주장하고, 어떤 사례 구조에서는 상대방(B)이 자신(B)의 철회가 무효라 주장한다. 따라서 일률적으로 본인(A)과 상대방(B) 중 누가 증명책임을 진다고 할 수는 없다.

2018다210775: 상대방[B]이 대리인[K]에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장, [증명]책임은 철회의 효과를 다투는 본인[→ 본문의 사례 구조에서는 본인(A)이 아니라 오히려 **상대방(B)**에 대응]에게 있다.



연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 甲은 A에게 자신의 X 토지를 담보로 제공하고 2억 원을 대출받아 줄 것을 위임하면서 그에 관한 대리권도 함께 수여하였다. A는 甲으로부터 신분증과 인감도장 등을 받아 서류를 위조한 뒤 甲의 대리인이라 칭하며 X 토지를 乙에게 3억 원에 매도하는 매매계약을 乙과 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

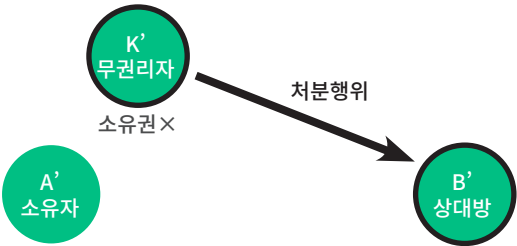
ㄱ. 매매계약 체결 당시 A에게 대리권이 없음을 알지 못한 乙이 甲의 추인이 있기 전에 甲에 대하여 계약을 철회하는 의사를 표시한 경우, 매매계약은 확정적으로 무효가 되어 甲은 A의 무권대리행위를 추인할 수 없다.

비교: 무권리자 처분

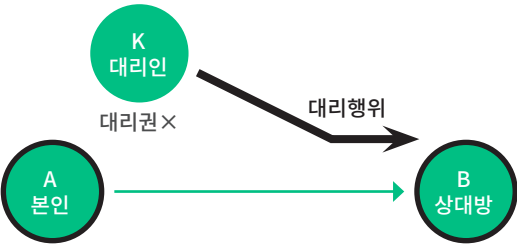
무권리자 처분

무권리자 처분이란?

- 1. 권리자 아닌 자(K')가 권리자(A')의 권리(예: 소유권)를 처분하는 것
- 2. 계약당사자: 무권리자(K')와 상대방(B'). 권리자(A')는 계약당사자가 아니다.



비교: (무권)대리에서 계약당사자는 본인(A)과 상대방(B)이다. 대리인(K)은 계약당사자가 아니다. 무권리자 처분과 무권대리는 다르다.



무권리자 처분과 법률행위 효력

- 1. 무권리자(K')와 상대방(B') 사이의 계약은? 유효하다.

예: 남(A')의 물건을 매도한 경우, 무권리자(K')는 상대방(B')에 인도 또는 등기 의무(채무)가 있다. 상대방(B')은 무권리자(K')에 대금지급 의무(채무)가 있다.

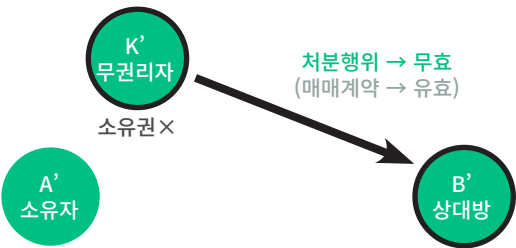
73다268: 민법상 타인[A]의 물건의 매매는 매수인[B]이 매매목적물이 타인[A]의 소유라는 것을 알고 있었는가의 여부[가 어떻든] 유효[하다].

- 2. 처분행위는? 원칙적으로 무효다.

예: 남(A')의 물건을 매도한 경우, 상대방(B') 앞으로의 물건변동은 무효다. 물건 변동 무효의 제2 법칙: 양도인이 물건자가 아니면 물건변동은 무효.



2017다3499: 법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자[A']...의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자[K']가 타인[A']의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다.

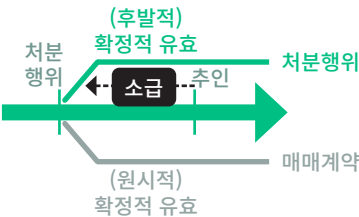


무권리자 처분의 추인과 법률행위 효력

권리자가 무권리자 처분을 그냥 인정할 수도 있다. 무권리자 처분의 추인이라 한다. 무권리자 처분 효과를 받겠다는 권리자의 의사표시이다.

2017다3499: 권리자[A']가 무권리자[K']의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 [자신]의 의사에 따라 형성할 수 있다는 사적 자치의 원칙에 따라 허용된다.

[무권리자 처분의] 추인은 [i] 무권리자[K']의 처분이 있음을 알고 해야 하고, [ii] 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있으며, [iii] 그 의사표시는 무권리자[K']나 그 상대방[B'] 어느 쪽에 해도 무방하다.



- 1. 계약(매매계약)은 원래부터 유효했다.
- 2. 처분행위(물권변동)는 원래 무효다. 그러나 추인으로 유효하게 된다.

무권대리와 무권리자 처분의 차이점

무권대리와 무권리자 처분은 다른 개념이다.

- 1. 무권대리: 대리권 없이 대리행위를 한 것(K가 A를 위해 A의 부동산 매도)
- 2. 무권리자 처분: 권리자가 아닌데 처분한 것(K가 K를 위해 A의 부동산 매도)

2017다3499: 무권리자인 원고의 아들 등[K']이 원고[A'] 명의의 대출거래약정서, 근저당권설정계약서 등을 위조해서 원고[A'] 소유의 부동산에 관하여 피고(금융기관)[B'] 앞으로 제1근저당권설정등기를 하고 대출을 받았[다.] 원고[A']가 이를 알고도 피고[B'] 앞으로 제2근저당권설정등기를 하고 대출을 받아 제1근저당권설정등기의 피담보채무금 이자를 변제[했다.]

[이] 사안에서, 이는 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효과가 자신[A']에게 유효하게 귀속됨을 [원고(A')]가 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있다. 그래서 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효력이 원고[A']에게 귀속된다. 그러므로, [이 사건은 무권리자의 처분에 대한 추인 사건이다.] 원심[은] '무권리자의 처분에 대한 추인'을 '무권대리의 추인'으로 잘못 파악하였다.

무권대리와 무권리자 처분의 유사성

그렇지만 비슷한 점이 많다.

1. 취급 기준

2017다3499: 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하다. 그러므로, 무권대리의 추인에 관한 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추 적용할 수 있다.

2. 추인 효력: 소급효○

민법 제130조(무권대리) 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 본인이 이를 추인하지 아니하면 본인에 대하여 효력이 없다.

민법 제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제[3]자의 권리를 해하지 못한다.

2017다3499: 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 그 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다.

추인은 타인의 법률행위를 자신의 것으로 만든다(*Alienum negotium ratihabitione fit meum*; Ratification makes another person's legal transaction my own).

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 2.] 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 무권리자의 처분 행위가 계약으로 이루어진 경우, 그에 대한 권리자의 추인에는 원칙적으로 소급효가 인정되지 않는다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] 법률행위의 무효에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 「농지법」에 따른 제한을 회피하고자 [부동산실명법]을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의신탁자가 명의수탁자에게 등기를 넘겨주는 행위는, 사회질서에 반하는 행위여서 「민법」 제746조 본문의 불법원인급여에 해당되어, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 진정명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다.
- ㄴ. 매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 「민법」 제104조에서 정하는 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 같은 법 제138조가 적용될 수 있어, 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립한다.
- ㄷ. 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않지만 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것은 허용되며, 그 경우 「민법」 제130조의 무권대리에 관한 규정 및 같은 법 제133조의 추인의 효력에 관한 규정을 유추 적용할 수 있다.
- ㄹ. 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 계약이 무효이기 때문에 계약의 상대방은 그 대리인에게 계약을 이행할 책임을 물을 수 없다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 6.] 매도인 甲과 매수인 乙 사이에 甲 소유의 X 동산에 대해 소유권유보 약정이 있는 매매계약이 체결되었고, 이에 따라 甲이 乙에게 X 동산을 인도하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 매매대금의 절반이 지급된 상태에서 乙이 이러한 사실을 알고 있는 丁에게 X 동산을 처분한 후, 甲이 乙의 무단 처분 사실을 알고 그 처분행위를 추인하면 丁은 甲이 추인한 때부터 X 동산의 소유권을 취득한다.

사례

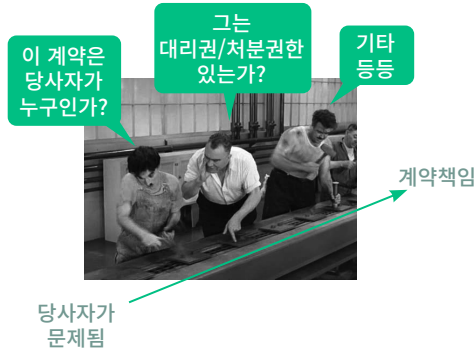
배경

K가 아무 권한 없이 A 소유 부동산을 B에게 매도했다.

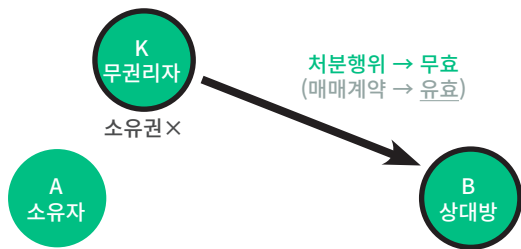
해결의 실마리

계약당사자를 확정하는 것이 중요하다.

2016다238212: 일반적으로 계약의 당사자가 누구인지는 그 계약에 관여한 당사자의 의사해석의 문제에 해당한다. 당사자 사이에 법률행위의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 법률행위의 내용, 그러한 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 법률행위[로] 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.



K가 계약당사자일 경우
만약 K가 계약당사자일 경우,



- 1. 무권리자 처분이다. 즉, K는 무권리자인 매도인, B는 상대방인 매수인이다. A는 목적물 소유자일 뿐이다.
- 2. 매매계약은 타인권리매매로 유효하다.
- 3. 처분행위(물권변동)는 무권리자 처분으로 무효다.

A가 계약당사자일 경우
만약 K가 아니라 A가 계약당사자일 경우,



- 1. 대리 구조, 즉 무권대리다. 즉, A는 본인인 매도인, K는 A의 대리인, B는 상대방인 매수인이다.

- 2. 매매계약은 무권대리로 무효다.
- 3. 처분행위(물권변동)도 무권대리로 무효다.

소결

무권리자 처분이든, 무권대리든,

- 1. 권리자 또는 본인 A가 추인할 수 있다.
- 2. 추인하면, 처분행위(물권변동)는 소급해 유효하게 된다.

	무권대리	무권리자 처분
실제 행위자	대리인(K)	무권리자(K)
법적 효과	본인(A)을 위한 것	행위자(K)를 위한 것
대리 여부	대리 ○	대리 ×
권리 여부	권리자 처분	무권리자 처분
계약 효력	무효	유효(K-B 사이)
처분행위 효력	무효	
추인 후 처분행위 효력	소급적 유효	

본인의 책임 회피

Principal's Avoidance of Liability

행복의 문 하나가 닫히면, 다른 문이 열린다.- Helen Keller

머리에

본인의 계약책임

- 1. 대리인의 잘못된 행위로,
- 2. 본인이 어떤 계약상 의무를 부담하여 손해를 보는 경우가 있다.

본인의 불법행위책임

- 1. 대리인의 잘못된 행위로,
- 2. 본인이 불법행위 손해배상책임을 부담하여 손해를 보는 경우가 있다.

문제점

본인이 이러한 결과를 회피할 수 있는 경우는? 즉,

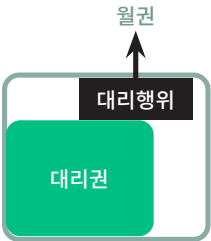
- 1. 본인은 계약책임을 어떠한 요건 아래 피할 수 있는가?
- 2. 본인은 불법행위책임을 어떠한 요건 아래 피할 수 있는가?

개념

월권행위

월권행위는, 형식적으로(formally) 대리권 범위를 벗어난 행위다. 예를 들어,

- 1. 대리인 K가 본인 A를 대리해 특정 계약을 할 수 없다는 법률 규정이 있었다.
- 2. 그런데 대리인 K가 본인 A를 대리해 계약을 했다.
- 3. 이것은 월권행위다.



남용행위

남용행위는, 형식적으로 대리권 범위에 있지만, 실질적으로(substantively) 사리를 도모하려는 행위다. 예를 들어,

- 1. 대리인 K가 본인 A를 대리해 계약을 할 수 없다는 법률 규정은 없었다. 대리권 수여에 그런 제한도 붙이지 않았다.
- 2. 그런데 대리인 K가 오직 자기 이익을 위해 본인 A에 불이익한 행위를 했다.
- 3. 이것은 남용행위다.



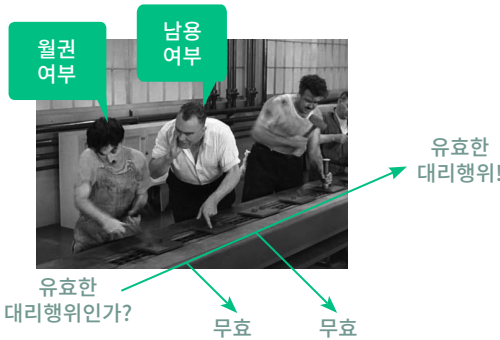
검토순서

개요

계약책임 → 불법행위책임

다른 쟁점에서도 대체로, 계약책임 → 불법행위책임 순서로 검토하는 것이 무난하다. 불법행위책임 판단을 위한 전제로, 계약책임 성립 여부와 범위가 확인되어야 하는 경우가 많기 때문이다.

계약책임 검토



- 1. 형식적으로: 월권행위가 아닌지? 대리권 범위를 벗어난 행위는 무효다.
- 2. 실질적으로: 남용행위가 아닌지? 사리 도모 행위는 일정 요건 아래 무효다.

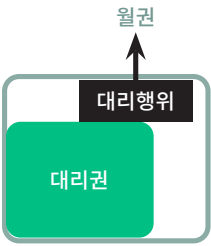
불법행위책임 검토

- 1. 일반 불법행위책임(민법 제750조)?
- 2. 사용자로서 사용자책임(민법 제756조 제1항)?

월권행위 검토

문제점

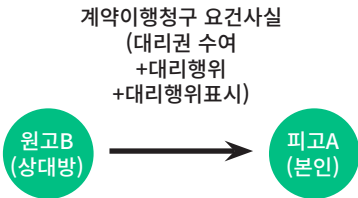
- 1. 계약 상대방 B는 본인 A를 상대로 계약 이행을 구한다. 그러면서 계약 상대방 B(원고)는 본인 A(피고)를 상대로 계약 이행 청구의 소를 제기한다.
- 2. 본인 A로서는 책임 회피 수단을 생각해야 한다.
- 3. 바로 “대리인의 행위가 형식적으로조차 월권행위였다.”라는 주장이다.



검토(복습)

- 1. 계약 상대방 B(원고)는 유권대리를 주장한다.
- 2. 본인 A(피고)는 무권대리를 주장한다(유권대리의 부인).

부인(no)이지, 항변(yes but)이 아니다.



- 3. 판사가 보기에 누구 말이 맞는지 모르겠으면? 무권대리로 처리한다.

93다42047: [A] 명의의 인감증명발급위임장과 인감증명은 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 [않는다.] 이 자료에 [따라] 당연히 [K]에게 [A]를 대리하여 이 사건 어음을 발행...할 대리권이 인정되는 것은 아니[다.] 대리권이 있다는 점에 대한 입증 [→ 증명]책임은 그 효과를 주장하는 [B]에게 있[다.]

마무리

- 1. 월권행위 검토 단계에서 본인 A는 계약책임을 회피할 수 있다.
- 2. 그러나 그렇지 못할 수도 있다.

남용행위 검토

문제점

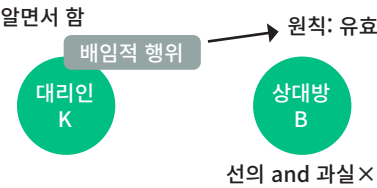
- 1. 형식적 월권행위 문제가 없다면,
- 2. 본인 A로서는 마지막 책임 회피 수단을 생각해야 한다. 바로 “대리인의 행위가 실질적으로 남용행위였다.”라는 주장이다.



검토



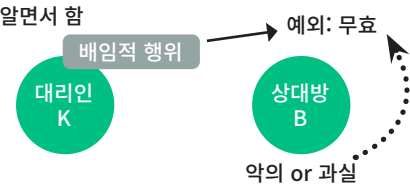
- 1. 원칙: 계약 유효



민법 제107조 제1항 본문 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① [원칙적으로] 의사표시는 [의사표시]자[K]가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. ...

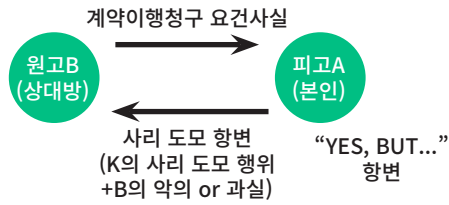
- 2. 예외: 상대방(B) 악의 또는 과실이면 계약 무효



민법 제107조 제1항 단서 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① ... 그러나 [예외적으로] 상대방[B]이 [의사표시]자[K]의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

2011다64669: 진의 아닌 의사표시[를] 대리인[K][이 하]고 대리인[K]의 진의가 본인 [A]의 이익이나 의사에 반하여 자기[K] 또는 제3자의 이익을 위한 **배임적인** 것임을 **상대방[B]이 알았거나 알 수 있었을 경우에는** 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 대리인[K]의 행위에 대하여 **본인[A]은 아무런 책임을 지지 않는다.**]



마무리

- 1. 월권행위 검토 단계에서 본인 A는 계약책임을 회피할 수 있다.
- 2. 남용행위 검토 단계에서 본인 A는 계약책임을 회피할 수 있다.
- 3. 그러나 그렇지 못할 수도 있다.

연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 10.] 甲의 대리인이라 칭하는 乙이 甲을 대리하여 丙과 사이에 甲 소유의 X토지를 매도하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 乙이 甲으로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 후 자기의 이익을 위하여 배임적 대리행위를 한 경우, 丙이 이러한 사실을 과실 없이 알지 못한 때에는 乙의 대리행위는 甲에게 효력이 미친다.

불법행위책임 검토

일반 불법행위책임

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인[B]에게 손해를 가한 자[A]는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

사용자책임

민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인[K]을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자[A]는 피용자[K]가 그 사무집행에 관하여 제3자[B]에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자[A]가 피용자[K]의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

마무리

- 1. 월권행위 검토 단계에서 본인 A는 계약책임을 회피할 수 있다.

2. 남용행위 검토 단계에서 본인 A는 계약책임을 회피할 수 있다.
3. 불법행위책임 검토 단계에서 본인 A는 불법행위책임을 회피할 수 있다.

친권자의 사리 도모

사안

1. 미성년자 A의 친권자 K는 법정대리인이다.
2. K는 A를 대리해 A 명의 R부동산을 B에게 증여했다.
3. 알고 보니, K는 이런 증여가 A에게 불리하다는 것을 잘 알면서도 자기 사리를 도모하려 한 것이다.
4. 증여계약 상대방 B(수증자)는 본인 A(증여자)를 상대로 증여계약 이행을 구하는 소를 제기했다(원고는 B, 피고는 A).

문제점

1. 월권행위로 증여계약이 무효인가? ×(원고 B) vs ○(피고 A)
2. 남용행위로 증여계약이 무효인가? ×(원고 B) vs ○(피고 A)

편의상, 불법행위책임은 논외로 하자.

기초 개념: 이해상반행위

친권자와 자 사이에 이해상반행위(acts of conflicting interest)를 하려면?

민법 제921조(친권자[K]와 자[A]간...의 이해상반행위) ① 법정대리인인 친권자[K]와 그 자[A]사이에 이해상반되는 행위를 함에는 친권자[K]는 법원에 그 자[A]의 특별대리인의 선임을 청구하여야 한다.

94다6680: 민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자[K]와 그 자[A] 사이...에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리킨다.]

1. 특별대리인(special representative) 선임 청구를 해야 한다. 선임된 특별대리인이 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)의 대리를 하면 된다.

96다1139: 민법 제921조의 특별대리인 제도 [취지는?] 친권자[K]와 그 친권에 복종하는 자[A] 사이...에 서로 이해가 충돌하는 경우에는 친권자[K]에게 친권의 공정한 행사를 기대하기 어렵다. 그러므로 친권자[K]의 대리권 및 동의권을 제한[한다. 즉,] 법원이 선임한 특별대리인으로 하여금 이들 권리를 행사하게 [한다. 이]로써 친권의 남용을 방지하고 미성년인 자[A]의 이익을 보호하려는 데 그 취지가 있다.]

92다54524: 공동상속재산분할협의는 행위의 객관적 성질상 상속인 상호 간에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위[다. 그러]므로 공동상속인인 친권자와 미성년인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에는 [다음과 같이] 해야 한다. 즉, 미성년자 각자마다 특별대리인을 선임하여 각 특별대리인이 각 미성년자인 자를 대리하여 상속재산분할의 협의를 하여야 한다.

특별대리인은 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)에 대해서만 대리권이 있다. 즉, 그 특정(specific) 행위만을 대리하라고 선임한 대리인이다.

96다1139: 특별대리인 선임 신청서에는 선임되는 특별대리인이 처리할 법률행위[→ A의 B에 대한 R부동산 증여]를 특정하여 적시하여야 [한다.] 법원도 그 선임 심판 시에 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 이를 심판의 주문에 표시하는 것이 원칙이다. 즉, 법원이 특별대리인에게 미성년자[A]가 하여야 할 법률행위를 무엇이든지 처리할 수 있도록 포괄적으로 권한을 수여하는 심판을 할 수는 없다.

법원이 특별대리인 선임 심판을 [할 때] 그 주문에 특별대리인이 처리할 법률행위를 적시하지 아니한 채 단지 특정인을 미성년자를 위한 특별대리인으로 선임한다는 내용만 기재하는 것은 바람직하지 [않다. 설령] 이러한 내용의 심판이 있는 경우에도 그 특별대리인의 권한은 그 사건 선임신청서에서 신청의 원인으로 적시한 특정의 법률행위에 한정[되고] 그 밖의 다른 법률행위에 대하여는 그 처리 권한이 없다.

-
2. 특별대리인 선임 없이 한, 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)의 대리는 월권행위에 해당해 무효다.

92다54524: [특별대리인 선임 절차 없이] 친권자가 수인의 미성년자의 법정대리인으로서 상속재산분할협의를 한 것이라면 이는 민법 제921조에 위반된 것[이다.] 이러한 대리행위에 [따라] 성립된 상속재산분할협의를 ... 무효이다.

월권행위 검토

1. 이해상반행위인지는 형식적으로(formally) 판단한다.

2001다65960: 법정대리인인 친권자[K]와 그 자[A] 사이의 이해상반의 유무는 전적으로 그 행위 자체를 객관적으로 관찰하여 판단하여야 [한다.] 그 행위의 동기나 연유를 고려하여 판단하여야 할 것은 아니다.

96다10270: [나아가] 친권자[K]의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는지의 여부는 묻지 않는다.

-
2. 이 증여계약을 형식적으로만 보자. 적어도 K(대리인)-A(증여자) 사이에는 이해가 상충할 우려가 없다. 왜냐하면 본인(미성년자) A는 불이익이 있긴 하나 대리인(친권자) K는 이익도 불이익도 없기 때문이다.

96다10270: 친권자인 모[K]가 ... [B]의 채무 담보를 위하여 ... 미성년인 자(子)[A]의 ... 재산에 대하여 자[A]의 법정대리인...의 자격으로 근저당권을 설정[했다.]

친권자[K]가 [B]의 대표이사로서 그 주식의 66%를 소유하는 대주주이고 미성년인 자[A]에게는 불이익만을 주는 것이라는 점을 [고려해 보자. 그렇]더라도, 그 행위의 객관적 성질상 [B]의 채무를 담보하기 위한 것[→ K가 아니라 B에 담보제공한 것]에 불과하다. 그러므로 친권자[K]와 그 자[A] 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 이해상반 행위라고 볼 수 없다.

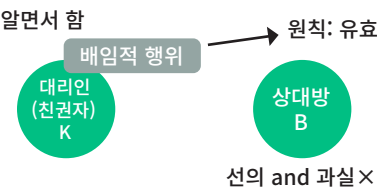
비교: B(수증자)-A(증여자) 사이에는 이해가 상충한다.

3. 따라서 이해상반행위가 아니다. 그러므로 월권행위가 아니고, 증여계약은 일단 유효하다.

남용행위 검토



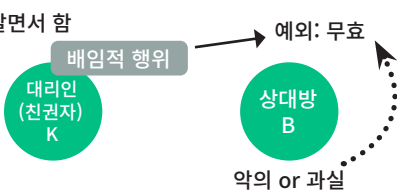
1. 원칙: 증여계약 유효



민법 제107조 제1항 본문 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① [원칙적으로] 의사표시는 [의사표시]자[K]가 진 의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. ...

2. 예외: 상대방(B) 악의 또는 과실이면 증여계약 무효



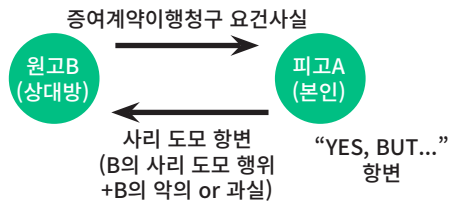
민법 제107조 제1항 단서 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① ... 그러나 [예외적으로] 상대방[B]이 [의사표시]자[K]의 진 의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

2011다64669: 진의 아닌 의사표시[를] 대리인[K][이 하]고 대리인[K]의 진의가 본인 [A]의 이익이나 의사에 반하여 자기[K] 또는 제3자[B]의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 [어떤가?] 민법 제107조 제1항 단서의 유추 해석상 대리인[K]의 행위에 대하여 본인[A]은 아무런 책임을 지지 않는다[다.]

미성년자[A]의 법정대리인인 친권자[K]의 법률행위에서도 마찬가지[다.]

법정대리인인 친권자[K]의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인[A]에게는 경제적인 손실만을 초래[한다.] 반면, 친권자[K]나 제3자[B]에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위[다. 그리고 그 행위의 상대방[B]이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었다. 이런] 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자[子]에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하다.



연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 3.] 甲과 乙은 부부로서 그들의 공동친권에 따르는 미성년 자녀 丙과 丁을 두고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 甲의 사망 후, 乙이 자신이 대표이사로 있는 주식회사의 채무담보를 위하여 乙과 丙의 공유재산에 대하여 특별대리인을 선임하지 않고 丙의 법정대리인의 자격으로 근저당권을 설정한 행위는 이해상반행위이므로 무효이다.
 - ⑤ 甲의 사망 후, 乙이 丙과 丁의 법정대리인으로서 상속재산 전부를 丁의 단독소유로 하기로 협의분할 하더라도 이는 적법하다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 1.] 미성년자에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 「민법」 제921조에 따라 미성년자의 법정대리인으로 특별대리인을 선임하는 경우에 법원은 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 이를 심판 주문에 표시하는 것이 원칙이다.

결론

본인의 계약책임

대리인의 대리행위가 있더라도,

- 1. 월권행위거나,
- 2. 남용행위라면,

본인은 계약책임을 회피할 수 있다.

본인의 불법행위책임

계약책임을 회피하면, 상대방은 불법행위책임이라도 추궁할 것이다. 그 경우도, 일정한 주장을 해서 본인은 불법행위책임도 회피할 수 있다.

표현대리

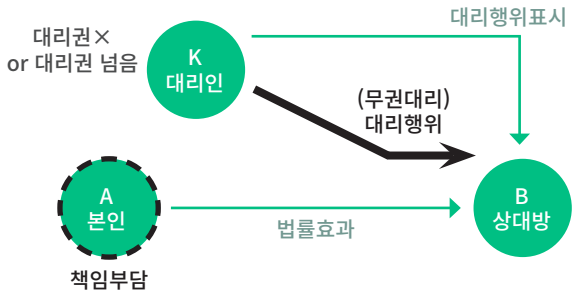
Apparent Representation

무슨 일이 일어나더라도 책임은 모두 자신에게 있다는 사실을 명심하라. - Tony Robbins

표현대리 제도

개념

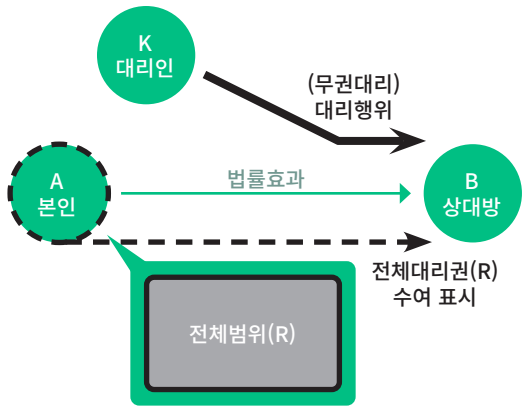
- 1. 무권대리이긴 하지만,
 - 2. 겉보기에 마치 대리권이 있는 것 같고,
 - 3. 그에 관해 본인에게 책임이 있을 때,
- 본인이 대리행위 책임을 지는 경우가 있다. 바로 표현대리(apparent representation; apparent agency)다.



유형

- 민법은 표현대리로 3가지만을 두고 있다. 모두 본인(A) 탓이 어느 정도 개입돼 있다. 본인(A) 탓도 있으니, 본인(A)은 상대방(B)에 대해 계약책임을 질 만하다.
- 1. 대리권 수여의 표시(indication of conferment)에 따른 표현대리: “그 대리권(R)을 수여했다고 표시한 탓”

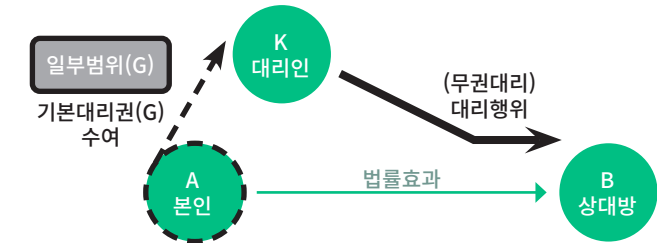
민법 제125조(대리권[R]수여의 표시에 [따른] 표현대리) ...



수권대리(授權代理)라고도 부른다. 권(權)한을 수(授)여했다는 뜻.

2. 권한 넘은(in excess of authority) 표현대리: “기본대리권(G)을 준 탓”

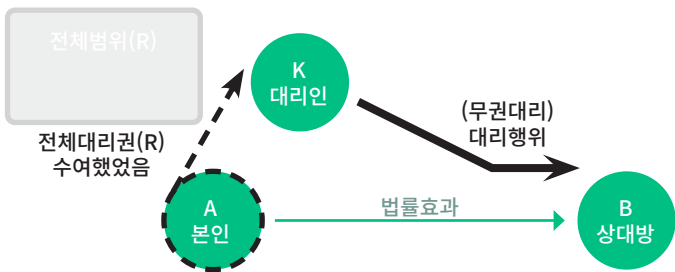
민법 제126조(권한[G]을 넘은 표현대리) ...



월권대리(越權代理)라고도 부른다. 권(權)한을 넘었다(越)는 뜻.

3. 대리권 소멸 후의(after lapse) 표현대리: “그 대리권(R)을 예전에 줬었던 탓”

민법 제129조(대리권[R]소멸후의 표현대리) ...



멸권대리(滅權代理)라고도 부른다. 권(權)한이 소멸(滅)했다는 뜻.

3가지에 해당하지 않으면, 아무리 상대방 보호가 절실해도 표현대리는 아니다.

취지

1. 겉보기 이론(외관 이론)에 근거한다.

97다55317: 표현대리의 법리[의 이론적 근거는 무엇일까?] 거래의 안전을 위하여 어떠한 외관적 사실을 야기한 데 원인을 준 자[A]는 그 외관적 사실을 믿음에 상당한 사유가 있다고 인정되는 자[B]에 대하여는 책임이 있다. 이러한 일반적인 권리외관 이론에 그 기초를 두고 있[다.]

2. 즉, 거래 안전을 위한 것이다.

83다카1489전합: 표현대리에[서는] 대리권이 없음에[도] 법률이 특히 거래상대방[B] 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인[A]에게 미치게 [했다.]

表(표)는 겉이란 뜻이다. 表은 “건”으로 읽으면 보다는 뜻이고, “현”으로 읽으면 나타난다는 뜻이다. 表見을 “표현”으로 읽는 사람이 많다. 그러나 “표견”으로 읽어야 옳다는 사람도 있다.

표현대리 C 무권대리

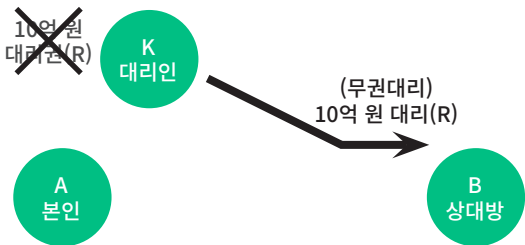
표현대리라고 해서, 무권대리가 유권대리로 바뀌는 것이 아니다. 표현대리는,

- 1. 여전히 무권대리다.
- 2. 단지, 그런데도, 본인(A)이 상대방(B)에 대해 계약책임(responsibility)을 질 수 있다는 의미다.

기본 사례

배경

K는 권한 없이 A 명의로 B의 부동산을 10억 원에 매수하는 계약을 체결했다.



상황

- 1. 분명 무권대리다.
- 2. 그러나 B로서는 K의 대리행위가 유권대리라 믿을 수밖에 없었다면? 즉, B가 그렇게 믿은 게 정당했다면?
- 3. 겉보기에 유권대리처럼 보이는 데에, A의 원인제공이 어느 정도 있다.

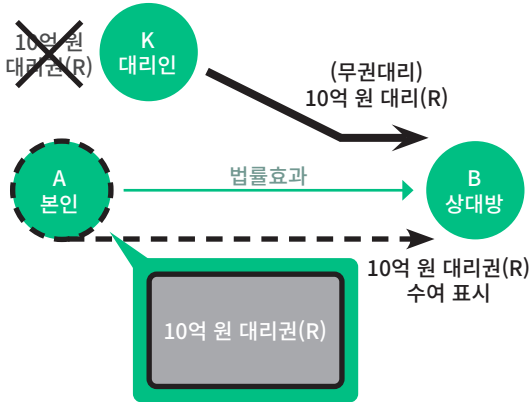
소결

표현대리에 해당하는지 검토할 필요가 있다.

대리권 수여의 표시에 따른 표현대리(= 수권대리)

개념

민법 제125조(대리권[R]수여의 표시에 [따른] 표현대리) 제[3]자[B]에 대하여 타인[K]에게 대리권[R]을 수여함을 표시한 자[A]는 그 대리권[R]의 범위[에서 한] 그 타인 [K]과 그 제[3]자[B]간의 법률행위[R]에 대하여 책임이 있다. ...
97다53762: 민법 제125조가 규정하는 대리권[R] 수여의 표시에 [따른] 표현대리는[?] ... 어떤 자[K]가 본인[A]을 대리하여 제3자[B]와 법률행위를 [할 때] 본인[A]이 그 자 [K]에게 대리권[R]을 수여하였다는 표시를 제3자[B]에게 한 [경우] 성립될 수가 있[다].



요건 1: 대리권(R) 수여의 표시 - 본인(A)이 상대방(B)에게 표시

97다53762: 본인[A]의 대리권[R] 수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니다. 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권[R] 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수 있다.

호텔 등의 시설이용 우대회원 모집계약을 체결[한 사안이다.] 자신[A]의 판매점, 총대리점 또는 연락사무소 등의 명칭을 사용하여 회원모집 안내를 하거나 입회계약을 체결하는 것을 승낙 또는 묵인했다. 그렇다면 민법 제125조의 표현대리[가 성립한다.]

2016다203315: 어떤 사람이 대리인[K]의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인[A]이 알면서도 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태[→ 태도]에 [따라] 대리권[R]의 수여가 추단되는 경우도 있다.

본인과 대리인 사이에 아무런 기본 법률관계가 없더라도 성립할 수 있다.

97다53762: [민법 제125조의 표현대리] 본인[A]과 대리행위를 한 자[K] 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 직접적인 관계가 없다.]

요건 2: 표시한 대리권(R) 범위의 행위

요건 3: 상대방(B)의 선의, 무과실

민법 제125조(대리권[R]수여의 표시에 [따른] 표현대리) ... 그러나 제[3]자[B]가 대리권[R]없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

여기서 제3자란, 거래행위(대리행위)의 직접 상대방(B)만을 뜻한다. 직접 상대방(B)으로부터 다시 권리를 취득한 자(C), 즉 전득자는 해당 없다.

연습문제2

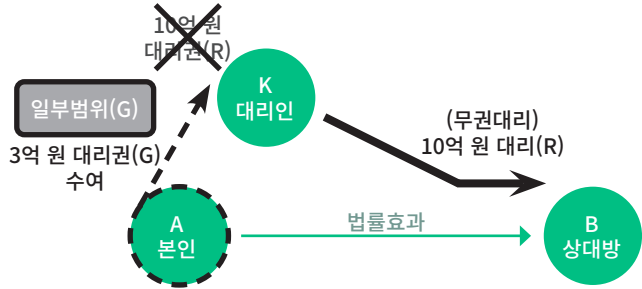
2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 대리에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서 이의를 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 따라 대리권의 수여는 추단될 수 있다.

권한을 넘은 표현대리(= 월권대리)

개념



민법 제126조(권한[G]을 넘은 표현대리) 대리인[K]이 그 권한[G]외의 법률행위[R]를 한 경우에 제[3]자[B]가 그 권한[R]이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인[A]은 그 행위[R]에 대하여 책임이 있다.

요건 1: 기본대리권(G)의 존재

73다148: 기본적인 어떠한 대리권[G]이 없는 자에 대하여는 대리권한의 유월 또는 소멸 후의 표현대리관계는 성립할 여지가 없다.]

요건 2: 권한(G)을 넘은 행위

- 1. 대리인(K)이 기본대리권(G) 범위를 넘는 대리행위(R)를 해야 한다. 이를 월권행위(in excess of authority)라고도 한다.
- 2. 권한을 넘은 행위(R)와 기본대리권(G) 사이에 아무런 관련성이 없더라도 표현대리가 될 수 있다. 즉, 기본대리권이 “있기만 하면” 된다.

69다548: 정당하게 부여받은 대리권의 내용되는 행위[G]와 표견대리행위[R]는 반드시 같은 종류의 행위에 속할 필요는 없다.

요건 3: 상대방(B)의 선의, 무과실

민법 제126조(권한[G]을 넘은 표현대리) 대리인[K]이 그 권한[G]외의 법률행위[R]를 한 경우에 제[3]자[B]가 그 권한[R]이 있다고 믿을 만한 **정당한 이유**가 있는 때에는 본인[A]은 그 행위[R]에 대하여 책임이 있다.

이 요건이 핵심이다.

- 1. 조문에 있는 “정당한 이유”란, 곧 선의, 무과실을 의미한다.

88다카13219: 표현대리에[서] 표현대리인[K]이 대리권[R]을 갖고 있다고 믿는 데 상대방[B]의 **과실**이 있는지 여부[가 문제 된다.]

2. 대리인(K)의 내심 사정은 상관없다.

88다카13219: [이에 관해] 표현대리인[K]의 주관적 사정을 고려하여서는 [안]된다.

3. 판단 기준 시점은 무권대리 행위(R) 당시다.

81다322: 권한을 넘은 표현대리에[서] 무권대리인[K]에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는[가]는 **대리행위(매매계약) 당시를 기준으로 결정**하여야 [한다.] 매매계약 성립 이후의 사정은 고려할 것이 아니[다.]

2009다46828: 부동산 매도를 위임받은 대리인[K]이 자신[K]의 채무 지급[을] 갈음하여 그 부동산에 관하여 대물변제계약을 체결한 사안[이다.]

그 계약 체결[R] 이후에 비로소 본인[A]으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 교부받았다[고 한다. 그렇다면]면 상대방[B]이 대리인[K]에게 위 부동산을 대물변제로 제공할 대리권[R]이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없[다.]

80다3247: 무권대리인[K]이 **매매계약[R] 후** 잔대금 수령 시에 가서야 **비로소** 본인[A] 명의의 등기권리증, 인감증명서, 위임장, 매도증서 등을 상대방[B]에게 제시[했다. 이런] 사정만으로는 상대방[B]이 무권대리인[K]에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 된다고 할 수 없다.

역시 여기서 제3자란, 거래행위(대리행위)의 직접 상대방(B)만을 뜻한다. 직접 상대방(B)으로부터 다시 권리를 취득한 자(C), 즉 전득자는 해당 없다.

2001다58443: 표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자[란 그] **표현대리행위의 직접 상대방이 된 자**만을 지칭[한다.]

약속어음의 보증 부분이 위조된 경우, [그] 약속어음을 배서, 양도받는 제3취득자는 위 보증행위가 민법 제126조[에서 정한] 표현대리행위로서 보증인에게 그 효력이 미친다고 주장할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 甲은 A에게 자신의 X 토지를 담보로 제공하고 2억 원을 대출받아 줄 것을 위임하면서 그에 관한 대리권도 함께 수여하였다. A는 甲으로부터 신분증과 인감도장 등을 받아 서류를 위조한 뒤 甲의 대리인이라 칭하며 X 토지를 乙에게 3억 원에 매도하는 매매계약을 乙과 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

다. 乙이 A에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 인정되는 경우, 甲은 乙에 대하여 매매계약을 이행할 책임이 있다. 여기에서 정당한 사유가 있는지는 대리행위 당시뿐만 아니라 이후의 사정도 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

연습문제2

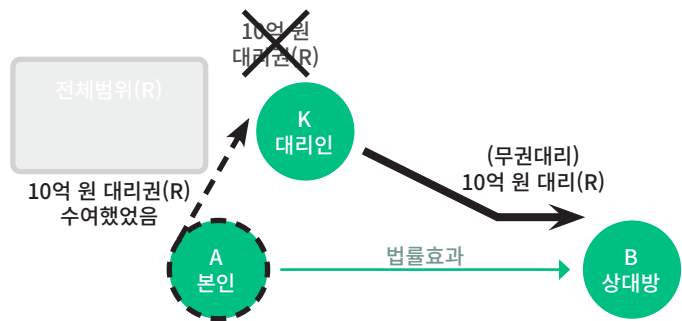
2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 대리에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 무권대리인이 매매계약 체결 이후 잔대금 수령 시에 가서야 비로소 본인 명의의 등기권리증, 인감증명서, 위임장, 매도증서 등을 상대방에게 제시한 사정만으로는 상대방이 무권대리인에게 매매계약 체결에 관한 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 될 수 없다.

대리권 소멸 후의 표현대리(= 멸권대리)

개념



민법 제129조(대리권[R]소멸 후의 표현대리) 대리권[R]의 소멸은 선의의 제[3]자[B]에게 대항하지 못한다. ...

요건 1: 대리권(R) 소멸

요건 2: 소멸한 대리권(R) 범위 행위

요건 3: 상대방(B)의 선의, 무과실

민법 제129조(대리권[R]소멸 후의 표현대리) 대리권[R]의 소멸은 **선의의** 제[3]자[B]에게 대항하지 못한다. 그러나 제[3]자[B]가 **과실** [때문에] 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

역시 여기서 제3자란, 거래행위(대리행위)의 직접 상대방(B)만을 뜻한다. 직접 상대방(B)으로부터 다시 권리를 취득한 자(C), 즉 전득자는 해당 없다.

표현대리 효과

관련 조항

조문상 미묘한 표현 차이가 있긴 하다. 그러나 실질적 의미 차이는 없다.

민법 제125조(대리권[R]수여의 표시에 [따른] 표현대리) ... 그 대리권의 범[위][R]에서 [한] 그 타인[K]과 그 제[3]자[B]간의 법률행위[R]에 대하여 책임이 있다. ...
민법 제126조(권한[G]을 넘은 표현대리) ... 그 행위[R]에 대하여 책임이 있다.
민법 제129조(대리권[R]소멸 후의 표현대리) 대리권[R]의 소멸은 선의의 제[3]자[B]에게 대항하지 못한다. ...

본인의 책임 발생

결과적으로 본인(A)이 상대방(B)과 직접 계약을 체결한 것과 같다. 즉, 본인(A)이 법률행위 책임을 진다. 위 사례에서 표현대리가 성립한다면, A는 매수인으로서의 계약상 책임을 진다. 즉,

- 1. A는 10억 원의 매매대금을 지급할 의무(채무)를 부담한다.
- 2. A는 부동산 소유권을 받을 권리(채권)를 보유한다.

과실상계 적용 불가

- 1. 표현대리 성립 시 본인(A)의 책임은 법률행위 책임(contractual liability)이다. 즉, 그 계약 내용대로 “이행”할 책임이다.
- 2. 한편, 과실상계는 “손해배상” 책임(damages liability)에서나 가능하다.

민법 제396조(과실상계) 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.
민법 제763조(준용규정) ...제396조...의 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.
99다48801: 과실상계는 원칙적으로 ... 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이[다.]

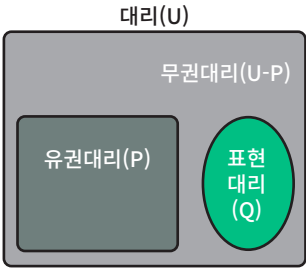
일반적으로, 상대방이 불법행위를 저지르거나 계약을 위반할 때 피해자 등은 손해배상 청구를 할 수 있다. 만약 손해배상 청구 사건이라면, 피해자 등에도 과실이 있는 경우 과실상계를 해서 배상액을 조정한다.

- 3. 표현대리에 따른 본인(A)의 책임은, 계약을 이행해야 할 책임이지, 손해배상 책임이 아니다. 따라서 구조적으로 과실상계를 적용할 수가 없다.

94다24985: 표현대리행위가 성립하는 경우에 본인[A]은 표현대리행위에 기[초]하여 전적인 책임을 져야 [한다. 그리고] 상대방[B]에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인[A]의 책임을 감경할 수 없[다.]

복습: 표현대리의 성질

- 1. 유권대리(P)와 무권대리(U-P)는 양립할 수 없다[$\{P \cap (U-P)\} = \Phi$].
 - 2. 표현대리(Q)는 무권대리(U-P)에 속한다[$Q \subset (U-P)$].
 - 3. 따라서 유권대리(P)는 표현대리(Q)와 양립할 수 없다[$\cdot \{P \cap Q\} = \Phi$].
- 표현대리는 유권대리가 아니다. 어디까지나 무권대리(unauthorized representation)다.



83다카1489전합: 유권대리[P]에[서]는 본인[A]이 대리인[K]에게 수여한 대리권의 효력[으로] 법률효과가 발생[한다]. 반면 표현대리[Q]에[서]는 대리권이 없[는데도] 법률이 특히 거래상대방[B] 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리[U-P]행위의 효과를 본인[A]에게 미치게 [했다.] 표현대리[Q]가 성립된다고 하여 무권대리[U-P]의 성질이 유권대리[P]로 전환되는 것은 아니[다].

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 29.] 과실상계와 책임제한에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위[로] 책임을 져야 하지만, 상대방에게 과실이 있는 경우라면 공평의 원칙상 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 있다.

연습문제2

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

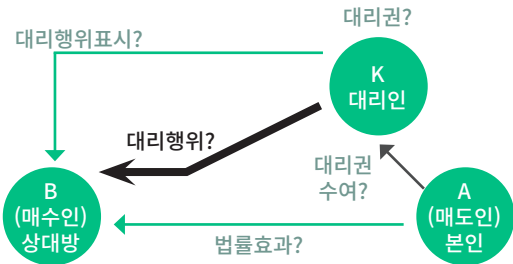
[문 46.] 대리에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 표현대리가 성립하여 본인이 이행책임을 부담하는 경우, 상대방에게 과실이 있으면 과실상계의 법리가 적용된다.

요건사실과 증명책임

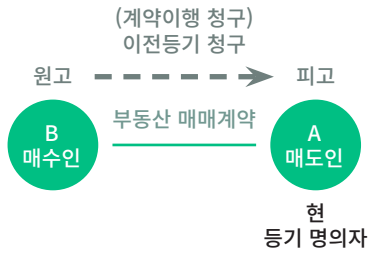
문제상황

대리인(K)이 매도인(A)을 대리해 매수인(B)과 부동산 매매계약을 체결했다.



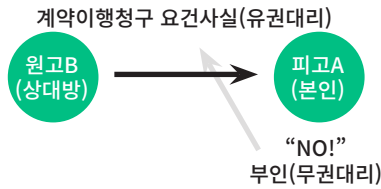
이전등기 전이라 하자(현재 등기 명의 = A). 매수인(B)이 매도인(A)을 상대로 대리행위에 기초한 매매계약 이행 청구를 한다.

1. 유권대리를 주장하는 원고(매수인 B)가 유권대리 증명책임을 진다.



93다42047: [A] 명의의 인감증명발급위임장과 인감증명은 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 [않는다.] 이 자료에 [따라] 당연히 [K]에게 [A]를 대리하여 이 사건 어음을 발행...할 대리권이 인정되는 것은 아니[다.] 대리권이 있다는 점에 대한 입증 [→ 증명]책임은 그 효과를 주장하는 [B]에게 있[다.]

복습: 피고(매도인 A)가 무권대리를 주장하는 것은, 유권대리의 부인(no)이지, 무권대리의 항변(yes but)이 아니다. 유권대리와 무권대리는 양립할 수 없다.



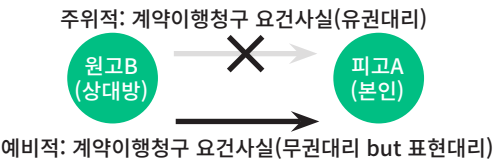
2. 만약 원고(매수인 B)가 유권대리 증명에 실패하면, 무권대리로 처리한다.

3. 그러면 표현대리를 적용하는가? 누가 무엇을 주장, 증명해야 하나?

주장책임

원고(매수인 B)가

- 1. 유권대리(P)를 주장하는 이상,
- 2. 표현대리(Q)도 당연히 주장한 것으로 처리하지 않는다.
- 3. 예비적(preliminary) 주장으로 표현대리(Q)를 주장해야 한다.



표현대리가 무권대리의 특수한(special) 경우라는 점, 즉 표현대리도 무권대리라는 점을 이해하면 된다.

83다카1489전합: 양자[유권대리(P), 표현대리(Q)]의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수 밖에 없다.] 유권대리[P]에 관한 주장 속에 무권대리[U-P]에 속하는 표현대리[Q]의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다. 따로이 표현대리[Q]에 관한 주장[→ 예비적 주장]이 없는 한 법원은 나아가 표현대리[Q]의 성립여부를 심리판단할 필요가 없다.]

대리권 수여의 표시에 따른 표현대리(= 수권대리)

원고(매수인 B)가 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.

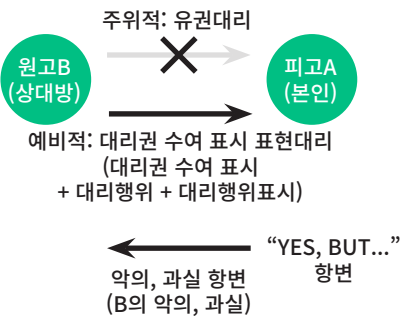
- 1. 대리권 수여 표시: 본인(매도인 A)이 대리인(K)에게 대리권을 수여함을 상대방(B)에게 표시한 사실
- 2. 대리행위: 대리인(K)이 표시된 권한 범위에서 상대방(매수인 B)과 계약을 체결한 사실
- 3. 대리행위표시: 대리인(K)이 계약 당시 본인(매도인 A)을 위한 것임을 상대방(매수인 B)에 표시한 사실

민법 제125조(대리권수여의 표시에 따른 표현대리) 제3자[B]에 대하여 타인[K]에게 대리권을 수여함을 표시한 자[A]는 그 대리권의 범위[에서 한] 그 타인[K]과 그 제3자[B]간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. ...

피고(매도인 A)가 주장, 증명할 항변사실은 다음과 같다.

- 1. 상대방의 악의, 과실: 상대방(매수인 B)이 무권대리임을 알았거나 알 수 있었던 사실

민법 제125조(대리권수여의 표시에 따른 표현대리) ... 그러나 제3자[B]가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.



상대방(B)의 악의, 과실은 조항 단서에 있다. 즉, 예외다. 그래서 피고(매도인 A)가 증명책임을 진다.

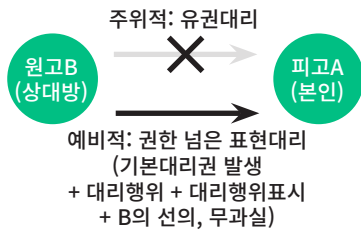
권한을 넘은 표현대리(= 월권대리)

원고(매수인 B)가 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.

- 1. 기본대리권 발생원인 사실: 대리인(K)에게 일정 범위의 기본대리권이 있는 사실
- 2. 대리행위: 대리인(K)이 기본대리권 범위를 넘어 상대방(매수인 B)과 계약을 체결한 사실
- 3. 대리행위표시: 대리인(K)이 계약 당시 본인(매도인 A)을 위한 것임을 상대방(매수인 B)에 표시한 사실
- 4. 상대방의 선의, 무과실(= 정당한 사유 존재): 상대방(매수인 B)이 무권대리임을 알지 못했고 알 수 없었던 사실

민법 제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인(K)이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제[3]자[B]가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인[A]은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

상대방(B)의 선의, 무과실(= 정당한 사유 존재)은 조항 본문에 있다. 그래서 원고(매수인 B)가 증명책임을 진다.



대리권 소멸 후의 표현대리(= 멸권대리)

원고(매수인 B)가 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.

- 1. 종전 대리권 소멸: 대리인(K)에게 대리권이 있었다가 소멸한 사실
- 2. 대리행위: 대리인(K)이 소멸한 권한 범위에서 상대방(매수인 B)과 계약을 체결한 사실
- 3. 대리행위표시: 대리인(K)이 계약 당시 본인(매도인 A)을 위한 것임을 상대방(매수인 B)에 표시한 사실
- 4. 상대방의 선의: 상대방(매수인 B)이 무권대리임을 알지 못한 사실

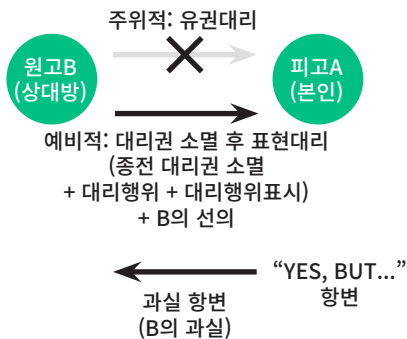
민법 제129조(대리권소멸 후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제[3]자[B]에게 대할 하지 못한다. ...

피고(매도인 A)가 주장, 증명할 항변사실은 다음과 같다.

- 1. 상대방의 과실: 상대방(매수인 B)이 무권대리임을 알 수 있었던 사실

민법 제129조(대리권소멸 후의 표현대리) ... 그러나 제[3]자[B]가 과실 [때문에] 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

상대방(B)의 선의는 조항 본문에 있다. 그래서 원고(매수인 B)가 증명책임을 진다. 반면, 상대방(B)의 과실은 조항 단서에 있다. 즉, 예외다. 그래서 피고(매도인 A)가 증명책임을 진다.



소결

원고(매수인 B)는 무권대리에 대비한 예비적 청구로서 표현대리의 주장, 증명책임을 진다. 단, 상대방(B) 선의/악의, 과실/무과실의 주장, 증명책임은,

- 1. 대리권 수여 표시 표현대리(= 수권대리. 민법 제125조): 모두 본인(A)이 부담한다. → 상대방(B)에 유리.
- 2. 대리권 소멸 후 표현대리(= 멸권대리. 민법 제129조): 상대방(B)의 선의는 상대방(B)이, 상대방(B)의 과실은 본인(A)이 부담한다. → 상대방(B)에 불리/유리.
- 3. 권한 넘은 표현대리(= 월권대리. 민법 제126조): 모두 상대방(B)이 부담한다. → 상대방(B)에 불리.

겉보기에 관한 상대방(B)의 신뢰(거래 안전)를 보호할 필요성이 1 > 2 > 3 순이라 생각해도 좋다.

중복 적용 문제

문제 상황

- 1. 중전 대리권이 소멸했다. ← 대리권 소멸 후의 표현대리 상황
- 2. 그 중전 대리권 범위도 넘어 계약을 체결했다. ← + 권한 넘은 표현대리 상황

권한 넘은 표현대리 규정만으로는 표현대리 성립×

79다234: [원래] 민법 제126조의 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘는 경우에 성립[한다. 즉,] 과거에 가졌던 대리권을 넘는 경우에는 적용이 없다.

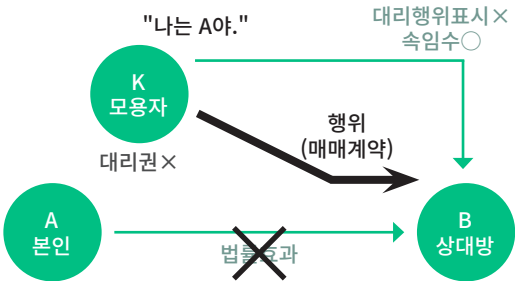
권한 넘은 표현대리 규정 + 대리권 소멸 후의 표현대리 규정으로 표현대리 성립○
다음 요건을 모두 만족하면, 표현대리가 성립한다(= 중복 적용 가능).

- 1. 대리권 소멸 후의 표현대리(민법 제129조) 요건
- 2. 권한 넘은 표현대리(민법 제126조) 요건

79다234: 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 [따라] 표현대리로 인정되는 경우[를 보자.] 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 [따른] 표현대리가 성립할 수 있[다.]

성명 모용 문제

문제 상황



- 1. 대리권 없는 K가,
- 2. 마치 자신이 본인 A인 것처럼,
- 3. 대리행위표시는 안 하고,
- 4. 상대방 B와 계약을 체결했다.

2001다49814: 처[K]가 ... 관련 서류를 위조하여 남편[A] 소유의 부동산을 담보로 [돈]을 대출받[은 사안이다.]

2023다232526: [K가] 다른 대출로 [A]의 인감증명서 등을 소지함을 기화로 [A] 명의의 대출신청서 및 대출계약서 등을 위조하고 [B] 회사에 제출하여 대출계약이 체결되었[다.] 이에 [B] 회사가 [A를] 상대로 ... 대출원리금의 지급을 구한 사안[이다.]

비교: 전형적인 무권대리 상황



1. 대리권 없는 K가,
2. 마치 자신이 A의 대리인인 것처럼,
3. 대리행위표시를 하고,
4. 상대방 B와 계약을 체결했다.

성명 모용 효과

1. 원칙: 무효 ← 무권대리 유추적용

민법 제130조(무권대리) 대리권 없는 자[K]가 타인[A]의 대리인[K]으로 한 계약은 본인[A]이 이를 추인하지 아니하면 본인[A]에 대하여 **효력이 없다**.

2. 예외: 유효 ← 표현대리 유추적용

민법 제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인[K]이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자[B]가 그 권한이 있다고 믿을 만한 **정당한 이유**가 있는 때에는 본인[A]은 그 행위에 대하여 **책임이 있다**.

물론, 표현대리 요건(기본대리권, 정당한 사유)을 충족한다는 특별한 사정이 있어야만 표현대리를 유추적용 한다.

2023다232526: 본인[A]을 모용한 사람[K]에게 본인[A]을 대리할 **기본대리권**이 있었[다고 하자. 그리고] 상대방[B]으로서는 위 모용자[K]가 본인[A] 자신으로서 본인[A]의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 **정당한 사유**가 있었던 사정이 있[다고 하자. 그런] 경우에 **한하여** 민법 제126조의 표현대리 법리가 유추적용된다.

[이 사건 경우는 여러 사정에 비추어 B] 회사에 [K가 A] 자신으로서 본인[A]의 권한을 행사하여 위 대출을 신청한 것이라고 믿을 만한 정당한 사유가 있었다고 보기 어렵다. 그러므로 A]의 표현대리책임이 인정되지 않는다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 대리에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 타인의 성명을 모용한 사람이 자기가 그 타인인 것처럼 상대방을 기망해 그 명의로 직접 법률행위를 한 경우, 모용자에게 명의자를 대리할 기본대리권이 있었고 상대방이 위 모용자가 명의자 자신으로서 명의자의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 때에는 「민법」 제126조의 표현대리 법리가 유추적용된다.

제11강

흠 있는 계약

Contract Defect



James Clarke Hook, *The Defeat of Shylock*
1850, oil on panel, 80 × 100 cm, Manchester Art Gallery, Manchester

계약에 어떤 흠이 있을 때의 처리에 관하여

- 지금까지는 기본적으로 문제없는 계약(법률행위)을 논의했다. 그러나 실제로는 어떤 이유에서든지 계약에 **흠**이 있는 경우가 많고, 또 그런 경우일수록 분쟁도 많이 생긴다.
 1. 흠 때문에 계약이 **무효**로 되거나 계약을 **취소**할 수 있는 때가 있다.
 2. 이때 **제3자**를 **보호**해야 할 것인지 문제가 함께 생긴다.
- 이번 강의에서는, 계약에 흠이 생기는 원인을 분석하고, 제3자가 보호되는 경우를 파악한다. 그 요건과 효과를 이해하는 것이 강의의 목표다.

들어가며

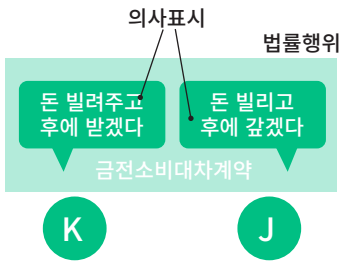
Introduction

백옥 같은 구슬이라도 흠이 있으면 진귀한 보물이라 할 수 없다.
이것은 완전무결하게 순수한 것은 얻기 어렵다는 것을 말하는 것이다.
- 유안, “회남자”

계약의 흠

머리에

계약(법률행위)을 떠올려 보자.



개념

계약(법률행위)에 흠(defect)이 있을 수 있다. 쉽게 말해, 문제가 있는 계약이다.

유형

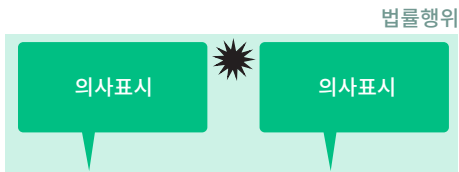
계약(법률행위)에 흠이 있다는 말은 어떤 뜻인가? 왜 흠이 있는가?

1. 계약 내용(contents) 자체에 흠이 있는 경우
2. 의사표시(declaration of intention)의 흠 때문인 경우: 의사표시는 법률행위를 이루는 본질적 요소다. 의사표시의 흠 때문에 결과적으로 법률행위에 흠이 있는 경우다.
3. 계약 주체의 능력(capacity) 때문인 경우

계약 내용의 흠

개념

계약(contract) 내용 자체에 흠이 있는 경우다.



유형1: 적법성 문제

법령(강행규정)을 위반(violation of statute)한 법률행위

유형2: 타당성 문제

- 1. 사회질서 위반(contrary to social order) 법률행위: 행위의 객관적 성질을 강조
- 2. 불공정한(unfair) 법률행위: 행위자의 주관적 상태를 강조

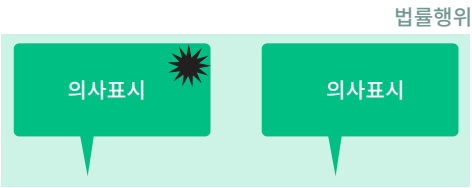
효과

법률행위가 무효(null)로 된다.

의사표시의 흠

개념

의사와 표시가 불일치하거나, 의사를 형성하는 과정에 흠이 있는 경우다.



- 1. 결과적으로는 계약(법률행위)에 흠이 있게 된다.
- 2. 하지만 어디까지나 본질은 의사표시(declaration of intention)의 흠이다.

유형1: 의사와 표시의 불일치

- 1. 진의 아닌 의사표시(declaration of untrue intention): 의사표시자가 “알면서” 의사와 다르게 표시
- 2. 허위 의사표시(fictitious declaration of intention): 의사표시자와 상대방이 “통모해서” 의사와 다르게 표시
- 3. 착오에 따른 의사표시(declaration of intention under mistake): 의사표시자가 “모르고” 의사와 다르게 표시

유형2: 의사표시 형성 과정의 흠

- 1. 사기에 따른 의사표시(declaration of intention by fraud): 의사표시자가 “속아서” 의사표시
- 2. 강박에 따른 의사표시(declaration of intention by duress): 의사표시자가 “협박당해서” 의사표시

효과

- 1. 확정적으로 유효한 경우도 있다.
- 2. 유동적으로 유효한 경우도 있다.
- 3. 당연무효인 경우도 있다.

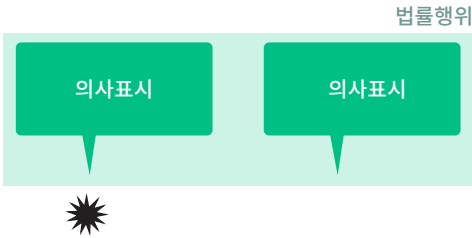
능력의 흠

문제점

계약(법률행위)을 한 자(주체)에 흠이 있는 경우다. 예를 들어,

- 1. 17세 소년(미성년자)이 계약한 경우
- 2. 완전히 미친 사람(심신상실자)이 계약한 경우

과연 법적으로 유효한 계약인지 의문이 든다. 능력(capacity) 문제다. 역시 흠 있는 계약 문제가 된다.



효과

- 1. 확정적으로 유효한 경우도 있다.
- 2. 유동적으로 유효한 경우도 있다.
- 3. 유동적으로 무효인 경우도 있다.
- 4. 당연무효인 경우도 있다.

제12강 사람과 법인에서 본다.

법령위반 법률행위

Violation of Statute

강제력이 없는 법은 타지 않는 불이요, 비치지 않는 등불이다. - Rudolf von Jhering

머리에

본질

법률행위의 적법성 문제다.

핵심

강행규정(*jus cogens*; mandatory provision) 위반을 문제 삼는다.

제2강 계약법 기초 중 “계약자유 원칙과 한계”에서 공부한 내용을, 잠시 떠올려 보라.

문제점

문제 사안

법령상 부동산 중개보수(brokerage) 한도가 50만 원이다. 그런데, 당사자들이 중개보수를 70만 원으로 정했다. 이 중개보수 약정은 유효한가?

종래 “중개수수료”라 했지만, 현행법은 “중개보수”라는 용어를 쓴다.

해결의 실마리(순서)

1. 금지하는 조항이 있는지 살펴본다.
2. 그 금지 규정의 성질이 무엇인지 파악한다.
3. 이를 전제로, 위반행위 효력을 판단한다.
4. 무효 주장을 하는 것이 신의칙상 허용되는지도 검토한다.
5. 제3자가 있다면, 제3자가 보호받을 수 있는지 확인한다.

사적 자치 원칙

개념

사적 자치 원칙(private autonomy)이란?

1. 자신의 법률관계를 자유로운 의사에 따라 형성할 수 있고,
2. 여기에 국가의 간섭을 배제한다는 원리다.

법률행위 자유 원칙 또는 계약 자유 원칙(freedom of contract)이라고도 한다.

법률규정과 사적 자치 원칙

1. 어떤 민법 규정이 있더라도, 당사자들이 자유롭게 합의로 그 규정을 배제할 수 있다. 이것이 원칙이다.

2. 그러면 규정은 왜 있는가? 그동안 공부한 규정들에 어떤 의미가 있는가? 당사자 의사표시가 없거나, 분명하지 않은 경우에 대비하는 취지다. 즉, 의사표시의 공백 부분을 없애고, 불분명한 부분을 명확하게 하기 위한 것이다.

복습: 임의규정

1. 이처럼, 당사자들이 적용받지 않겠다고 합의할 수 있는 규정을 임의규정(*jus dispositivum*; non-mandatory provision)이라 한다.

민법 제105조(임의규정) 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 [따른다].

2. 사적 자치 원칙 때문에 가능하다.

누구나 법이 자신에게 부여하고 허용한 것을 포기할 자유가 있다(*Unicuique integrum est his, quae ipsi a lege data et concessa sunt, renuntiare*; Everyone is free to renounce what has been granted and conferred on them by law).

복습: 강행규정

1. 반면, 당사자들이 적용받지 않겠다고 합의할 수 없는 규정을 강행규정(*jus cogens*; mandatory provision)이라 한다. 당사자들이 종든 안 종든 무조건 적용을 받아야 한다.

민법 제289조(강행규정) 제280조[부터] 제287조[까지]의 규정에 위반되는 계약으로 지상권자에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

민법 제608조(차주에 불이익한 약정의 금지) 전 2조의 규정[을] 위반한 당사자의 약정으로서 차주에 불리한 것은 환매 기타 여하한 명목이라도 그 효력이 없다.

민법 제652조(강행규정) 제627조, 제628조, 제631조, 제635조, 제638조, 제640조, 제641조, 제643조[부터] 제647조[까지]의 규정[을] 위반하는 약정으로 임차인이나 전차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

민법 제674조의9(강행규정) 제674조의3, 제674조의4 또는 제674조의6부터 제674조의8까지의 규정을 위반하는 약정으로서 여행자에게 불리한 것은 효력이 없다.

2. 사적 자치 원칙에도 한계가 있기 때문이다.

강행규정과 신의칙과 관계

문제점

스스로 강행규정을 위반한 계약을 체결한 자가, 나중에 그 계약이 강행규정 위반으로 무효라고 주장한다. 이것이 모순행위 금지 원칙(금반언) 위반인가? 즉, 신의칙 위반인가? 예를 들어,

1. 근로자와 사업자가 정기상여금(regular bonus)을 통상임금에서 제외하기로 합의했다.
2. 그런데 나중에 근로자가 “이 합의는 노동법상 무효”라고 주장하면서, 수당을 청구할 수 있는가?

강행규정 확인

1. 정기상여금도 일정 요건을 갖추면 통상임금에 해당한다. 그 경우 연장, 야간, 휴일근로 가산금 지급 시, 정기상여금도 통상임금에 포함해 계산해야 한다.

근로기준법 시행령 제6조(통상임금) ① 법과 이 영에서 “**통상임금**”이란 근로자에게 **정기적이고 일률적**으로 소정(所定)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

근로기준법 제56조(연장, 야간 및 휴일 근로) ① 사용자는 **연장근로**...에 대하여는 **통상임금**의 100분의 50 이상을 **가산**하여 근로자에게 지급**하여야** 한다.

② 제1항[이 있더라도] 사용자는 **휴일근로**에 대하여는 다음 각호의 기준에 따른 금액 이상을 **가산**하여 근로자에게 지급**하여야** 한다.

1. 8시간 이내의 휴일근로: **통상임금**의 100분의 50

2. 8시간을 초과한 휴일근로: **통상임금**의 100분의 100

③ 사용자는 **야간근로**(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로를 말한다)에 대하여는 **통상임금**의 100분의 50 이상을 **가산**하여 근로자에게 지급**하여야** 한다.

2023다302838전합: 통상임금은 소정근로의 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하기로 정한 임금을 말한다. 근로자가 소정근로를 온전하게 제공하면 그 대가로서 정기적, 일률적으로 지급하도록 정해진 임금은 그에 부가된 조건의 존부나 성취 가능성과 관계없이 통상임금에 해당한다.

2012다89399전합: 연장, 야간, 휴일 근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법의 규정은 각 해당 근로에 대한 임금산정의 최저기준을 정한 것이다.]

정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다.

2. 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 것은, 원래 무효다. 즉, 통상임금 가산 규정은 강행규정이다.

2012다89399전합: 통상임금의 성질을 가지는 임금[(일정 요건 아래의 **정기상여금**)]을 **일부 제외한 채** 연장, 야간, 휴일 근로에 대한 가산임금을 **산정**하도록 노사간에 합의했다고 하자. 이] 경우 그 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 위 기준에 미달할 때에는 그 미달하는 범위[에서] 노사**합의는 무효**이다.]

원칙

무효 주장은 신의칙 위반이 아니다.

원칙: 강행규정 > 신의칙

2012다89399전합: 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우 [어떻게 처리하는가] 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 **강행규정으로 정한 일법 취지**를 몰각시키는 결과가 된다. 그러므로, **[무효라는] 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다.**

예외

그러나 예외적으로, 무효 주장이 신의칙 위반이 될 수도 있다.

예외: 강행규정 < 신의칙

2012다89399전합: 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 위에서 본 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖[추었다고 하자. 나아가] 근로기준법의 강행규정성에도 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍[할 만한] **특별한 사정이 있다고 하자. 이러한 예외적인 경우**에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

노사 양측 모두 정기상여금은 통상임금에서 제외되는 것이라고 의심 없이 받아들여 왔[다.] ... 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구[하고 있다. 이로]써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다. 그렇다면, ... 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 [뚜렷]히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다.

그러므로 이와 같은 [예외적인] 경우 **근로자 측[이 노사합의의 무효를 주장하면서] 추가 법정수당[을] 청구[하는 것은] 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.**

기준

결국, 법령 해석(interpretation) 문제다. 다만, 신의칙 적용은 항상 신중해야 한다. 신의칙을 과도하게 적용하면, 다음 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

- 1. 강행규정의 목적과 취지(예: 근로자 보호, 임차인 보호, 보증인 보호)를 잠탈할 수도 있다.
- 2. “일반조항으로의 도피”에 해당할 수도 있다.

사안 적용

금지 규정이 있는가?

공인중개사법 제32조(중개보수 등) ① 개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 [정해진] 보수를 받는다. ...

- ④ **주택**(부속토지를 포함한다...)의 **중개에 대한 보수... 한도** 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정하는 범위 안에서 특별시, 광역시, 도 또는 특별자치도...의 조례로 정한다.] ...

서울특별시 주택 중개보수 등에 관한 조례 제2조(중개보수) ① 「공인중개사법」... 제32조 제4항의 규정에 [따른] 주택의 중개에 대한 보수...의 한도는 별표 1[매매의 경우, 거래금액 5,000만 원 이상 2억 원 미만이라면 거래금액의 5/1000이되, 80만 원을 넘지 못함]과 같다.

금지 규정의 성질은?

다음을 종합적으로 고려해야 한다.

1. 규정의 입법 목적 고려

2005다32159전합: [현 공인중개사법]은 부동산중개업을 건전하게 지도, 육성하고 부동산중개 업무를 적절히 규율함으로써 [개업공인중개사]의 공신력을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함을 입법 목적으로 하고 있다[제1조].

[그러므로 중개보수]의 한도를 정하는 한편 이를 초과하는 수수료를 받지 못하도록 한 같은 법 및 같은 법 시행규칙 등 관련 법령 또는 그 한도를 초과하여 받기로 한 [중개보수] 약정의 효력은 이와 같은 입법 목적에 맞추어 해석되어야 한다.

2. 위반행위의 반사회성 고려

2005다32159전합: 그뿐 아니라, [개업공인중개사]가 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과하여 수수료를 받는 행위는 물론 위와 같은 금지규정 위반 행위[로] 얻은 [중개보수] 상당의 이득을 그대로 보유하게 하는 것은 투기적, 탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있다[.]

3. 위반행위의 사회적 영향 정도 고려

2005다32159전합: 또한 ... 부동산의 거래가격이 높고 부동산중개업소의 활용도 또한 높은 실정에 비추어 부동산 [중개보수]는 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민 생활의 편의에 미치는 영향이 매우 [크다]. 이에 대한 규제가 강하게 요청된다.

그 결과, 효력규정인 강행규정으로 볼 수 있다.

2005다32159전합: 그렇다면, 앞서 본 입법 목적을 달성하기 위해서는 고액의 [보수]를 수령한 부동산 [개업공인중개사]에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하다[.] 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 [중개보수] 약정에 [따른] 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있다[.]

[따라서] 부동산 [중개보수]에 관한 위와 같은 규정들은 [중개보수] 약정 중 [정해진] 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당[한다].

위반행위 효력?

1. 무효다.

2005다32159전합: 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 [중개보수]약정[법률행위]은 그 한도를 초과하는 범위[에]서 무효이다.

2. 무효 주장이 신의칙 위반이라고 볼 만한 예외적 사정도 없다.

사회질서위반 법률행위
Juristic Acts Contrary to Social Order
법은 최소한의 도덕이다. - Georg Jellinek

머리에

본질

법률행위 목적의 타당성 문제다.

핵심

공서양속(public order and good morals) 위반을 문제 삼는다.

문제점

문제 사안

허위로 보험사고를 내서 보험금을 부당하게 취득할 목적으로, 단기간 내에 여러 보험계약을 체결했다.

- 1. 보험계약들은 유효한가?
- 2. 이미 보험금을 받았다면, 돌려줄 의무가 있는가?

해결의 실마리(순서)

- 1. 금지하는 명문 규정이 있는지 살펴본다.
- 2. 명문 규정이 있다면? 앞서 본 법령위반 법률행위 법리로 판단한다.
- 3. 명문 규정이 없다면? 사회질서위반 법률행위인지 판단한다.
- 4. 사회질서 위반으로 무효라면, 부당이득반환 관계를 살펴본다.
- 5. 제3자가 있다면, 제3자가 보호받을 수 있는지 확인한다.

사회질서위반

사회질서위반 법률행위 효력

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[될] 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

개념

- 1. 선량풍속(A) = 사회의 윤리관념

2020헌바552: ‘선량한 풍속’은 사회의 일반적 도덕관념 또는 건전한 도덕관념으로, 모든 국민에게 지키라고 요구[하]는 최소한의 도덕률로 해석할 수 있다.]

2. 사회질서(B) = 사회의 일반규범

2020헌바552: ‘사회질서’란 사회를 구성하는 여러 요소와 집단이 조화롭게 균형을 이룬 상태로 해석할 수 있다.

삼강오륜 같은 도덕을 말하는 것은 아니다. 법적 개념이다.

3. 공서양속 = 선량풍속(A)과 그 밖의 사회질서(B)

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속[A] 기타 사회질서[B]...

그런데,

1. 선량풍속(A) ⊂ 사회질서(B)

법에서 “A 그 밖의(기타) B”라고 하면? A는 B의 예시(example)다. 중심개념은 B다. 다만, B만으로는 그 의미가 불분명하므로, 대표적 사례 A를 제시하여 그 의미를 분명히 해주는 기법이다.

군형법 제92조의6(추행) [군인 등]에 대하여 항문성교[A]나 그 밖의 추행[B]을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

2. 공서양속 = “선량풍속(A)” ∪ “그 밖의 사회질서(B-A)”

3. ∴ 공서양속 = 사회질서(B)

결국, 민법 제103조는 “사회질서(B)위반 법률행위는 무효”라는 명제다.

기준 시점

2015다200111전합: 선량한 풍속 기타 사회질서는 부단히 변천하는 가치관념[이다.] 어느 법률행위가 이에 위반되어 민법 제103조에 [따라] 무효인지는 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단하여야 [한다.]

적법성과 타당성 관계

문제점

1. 법률행위가 강행규정(statute) 위반인지는 적법성 문제다.



2. 법률행위가 사회질서(social order) 위반인지는 타당성 문제다.

여기서 말하는 타당성은, “법적인” 타당성을 뜻한다.



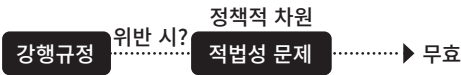
공통적 의의

모두 사적 가치 원칙에 대한 한계다. 당사자 모두가 자유롭게 합의한 것을, 무효로 만드는 것이다.

개념상 차이

적법성 문제는,

- 1. 강행규정(실정법) 위반에 따라,
- 2. 정책적 차원에서,
- 3. 무효로 볼지 문제다.



타당성 문제는,

- 1. 사회질서 위반에 따라,
- 2. 반윤리성 차원에서,
- 3. 무효로 볼지 문제다.



적법성 문제와 타당성 문제는 다르다. 예를 들어,

- 1. 적법성 문제에서, 강행규정(실정법) 위반이지만,
- 2. 타당성 문제에서, 사회질서 위반까지는 아닌 사례가 있다.

2001다1782: 법률의 금지에 위반[= 강행규정 위반]하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서[를] 위반하지 않는 경우[가 존재한다.]

예1: 담배 사재기

2001다1782: 원래 담배사업이 ... 그 자체에 반윤리적 요소가 있는 것은 아니[다]. 그리고 또한 담배 사재기가 [물가안정법]에 [따라] 금지되고 그 위반행위는 처벌되는 것이라고 하여도 이는 국민경제의 정책적 차원에서 일정한 제한을 가하고 위반행위를 처벌하는 것에 불과하[다. 그러]므로 이[를] 위반하는 [담배 사재기] 행위가 무효라고 하더라도 [이것을 강행규정 위반으로 볼 수 있지만] 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위라고는 할 수 없다.

예2: 이른바 “다운계약서”

2007다3285: 양도소득세의 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였다. 그렇다 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수는 없다.

연습문제

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 법률행위의 무효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 양도소득[세] 일부를 회피할 목적으로 매매계약서에 실제로 거래한 가액을 매매대금으로 기재하지 아니하고 그보다 낮은 금액을 매매대금으로 기재하였더라도 그 매매계약을 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다.

사회질서위반 유형

3가지 유형

1. 법률행위 내용(contents) 자체가 사회질서위반

2005다23858: 민법 제103조에 [따라] 무효로 되는 반사회질서 행위[에는 무엇이 있나? (i)] 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우[가 있다.]

2. 법률행위에 붙은 사정(situation) 때문에 사회질서위반

2005다23858: [그]뿐만 아니라, [(ii)] 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 [(a)] 법률적으로 이를 강제하거나 [(b)] 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 [(c) 반사회질서적인] 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우[도 있다.]

3. 법률행위 동기(motive)가 사회질서위반

2005다23858: [나아가, (iii)] 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우[도 있다.]

내용 자체의 반사회성

“며칠까지 돈을 못 갚으면 자기 살 1kg을 주겠다.”라는 계약은 무효다.

붙은 사정에 따른 반사회성

1. 법적으로 강제되는 결과 반사회성을 띠는 경우

69프18: 어떠한 일이 있어도 이혼하지 아니하겠다는 각서를 써 주었[다. 그렇]더라도 그와 같은 의사표시는 신분행위의 의사결정을 구속하는 것으로서 공서양속[을] 위배하여 무효이다.

2. 반사회적 조건이 붙은 경우

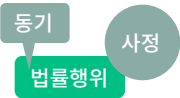
66다530: 부첩관계인 부부생활의 종료를 해제조건으로 하는 증여계약은 [어떠한가?] 부첩관계를 조장하기 때문에, 무효다.] 그 조건만이 무효인 것이 아니라 증여계약 자체가 무효이다.

3. 반사회적 대가가 붙은 경우

2009다56283: 타인의 소송에서 사실을 증언하는 증인이 그 증언을 조건으로 그 소송의 일방 당사자 등으로부터 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 정도)을 넘어서는 대가를 제공받기로 [했다. 이러한] 약정은 국민의 사법참여행위가 대가와 결부됨으로써 사법작용의 불가매수성 내지 대가무관성이 본질적으로 침해되는 경우로서 반사회적 법률행위에 해당하여 무효이다.]

동기의 반사회성

법률행위 내용 자체에는 문제가 없다. 반사회적 대가, 조건, 강제성 같은 것도 불지 않았다. 다만, 법률행위에 이른 동기(motive)에 반사회성이 있다. 이 경우도 사회질서 위반이다.



1. A가 B은행으로부터 도박자금으로 쓰기 위해 1억 5,000만 원을 빌렸다.
“도박에 저서 부담한 도박채무”와, “도박을 위해 판돈을 마련하고자 부담한 도박자금채무(은행 빚)”를 구별하라. 앞에 있는 것(도박채무)은 법률행위 자체의 반사회성 문제, 뒤에 있는 것(은행 빚)은 동기의 반사회성 문제다.
2. 일정 요건 아래에, 위 법률행위(금전소비대차계약)는 사회질서 위반이다. 즉, 일정 요건 아래에, 무효다.
여기서 “일정 요건”이란?
 1. A가 B은행에게 “이건 도박자금으로 빌리는 것이다.”라는 취지를 표시할 것
 2. 또는, B은행이 도박자금으로 빌린다는 사정을 알고 있었을 것

2005다23858: 민법 제103조에 [따라] 무효로 되는 반사회질서 행위는 ... [(iii)] 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다.

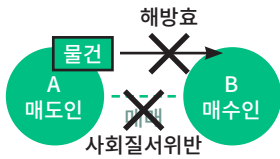
위반 효과

절대적 무효

법률행위(계약)가 무효로 된다. 절대적 무효다.

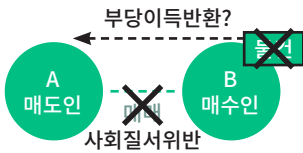
2015다11281: 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[될] 사항을 내용으로 하는 법률행위의 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다.

- 1. 아직 계약이 이행되지 않았다면? 서로 줄 것도, 받을 것도 없다(해방효). 계약의 무효로, 채권채무도 무효이기 때문이다.



부도덕한 계약으로부터는 권리가 발생하지 않는다(*Ex turpi contractu non oritur actio*; From an immoral contract, an action does not arise).

- 2. 이미 계약이 이행되었다면? 서로 준 것은 돌려받고, 받은 것은 돌려줘야 하는 문제가 생긴다(부당이득 반환 문제). 현재 각자가 보유한 물건은, 계약 무효로 법률상 원인이 없기 때문이다.

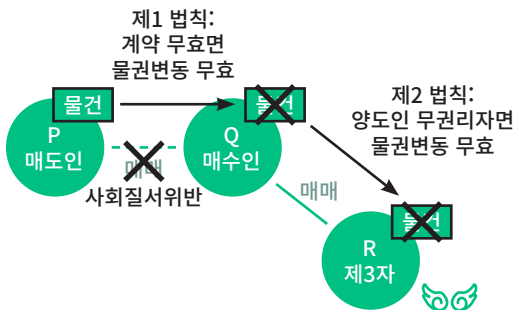


다만, 실제로는 미묘한 문제가 있다. 곧 배운다.

제3자 보호 문제

제3자 보호 규정이 없다. 제3자는 선악을 불문하고, 보호받지 못한다. 예를 들어,

- 1. P가 Q에게 물건을 매도하고, Q가 다시 R에게 그 물건을 매도했다.
- 2. 만약 P, Q 사이의 매매계약이 사회질서위반으로 무효라면? 처음부터 Q는 소유권을 취득한 적도 없다.
- 3. Q의 처분은 무권리자 처분이다. 따라서 R은 소유권을 취득하지 못할 것 같다.
- 4. 제3자 보호 규정도 없다. 따라서 R이 비록 선의라 하더라도, 결과는 마찬가지로 지일 것 같다.

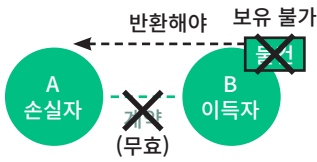


역시 실제로는 미묘한 문제가 있다. 역시 곧 배운다.

부당이득 반환 문제(불법원인급여)

문제점

사회질서위반 법률행위로 받은 물건은, 부당이득 재산이다. 그렇다면 급여자(A)가 당연히 물건을 돌려받을 수 있는 것 아닌가?



민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

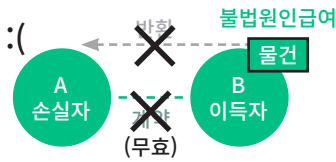
원칙: 불법원인급여 반환 청구 제한

그러나 실제로는 돌려받을 수 없다. 왜?

- 1. 스스로 불법을 저지른 자(A)가, “자기 행위가 사실은 불법이었다.”라는 이유로 법의 보호를 요구하는 것은 적절하지 않다.

자신의 부도덕함을 원용하는 자의 말은 듣지 않아도 된다(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; No one can be heard to invoke his own turpitude).

- 2. “밀저야 본전” 식으로 돌려받을 수 있게 한다면, 사람들은 사회질서위반 법률행위를 마음껏 할 것이다. 이것은 문제가 있다.
- 3. 그래서 불법원인으로 재산을 급여한 사람은, 부당이득 반환 청구를 못 하게 했다. 이것을 불법원인급여 반환 청구 제한이라 부른다.



민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인 [때문에] 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. ...

2013다218156전합: 민법 제746조의 불법원인급여 규정은 [민법 제741조의] 부당이득 반환청구권에 대한 특칙[이다.]

79다483전합: 민법 제746조는... [민법] 제103조와 함께 사법의 기본이념[이 된다.]

2024다292464: 불법의 원인으로 급여가 이루어졌[는데]도 부당이득 일반의 법리에 따라 그 반환청구를 인정하는 것은[?] 법의 이념에 어긋나는 행위를 한 사람[A]의 주장을 시인하고 이를 보호하는 [셈이다.] 공평의 이념에 입각하고 있는 부당이득제도의 근본 취지에 어긋날 뿐만 아니라, 신의성실의 원칙 등 법률 전체의 이념에도 반하게 된다.

민법 제746조는 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람을 법의 보호영역 외에 [둔다.] ... 이 규정에는 공평의 이념과 신의성실의 원칙이 이미 내포되어 있다.

쌍방이 똑같이 부도덕하면 점유하는 쪽의 지위가 낫다(*In pari turpitudine melior est causa possidentis*; In equal fault, better is the condition of the possessor).

물권법적 효과

2013다218156전합: 뇌물제공 목적의 금전 교부[와 같이] ... 불법원인급여에 해당하는 전형적인 사례[를 보자.]

1. 복습: 급여자(A)는 불법원인급여 물건을 부당이득으로 반환 청구할 수 없다.

2013다218156전합: 급여자[A]의 급여가 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하여 그 반환청구를 거부해야 한다는 데에 우리 사회 구성원 모두가 인식을 같이 하고 있다. 이러한 경우에는 법원이 그 반환청구를 받아들이지 않는 것이 관련 법규범의 목적에도 부합한다.

79다483전합: 급여를 한 사람[A]은 그 원인행위[→ 증여계약]가 법률상 무효라 하여 상대방[B]에게 부당이득반환청구를 할 수 없다.]

2. 전개: 급여자(A)는 소유권에 기초한 반환 청구도 할 수 없다. 왜? 만약 허용하면, 방금 본 부당이득 반환 청구 제한이 사실상 무의미해지기 때문이다.

79다483전합: [나아가] 급여한 물건[→ 금전]의 소유권[이] 여전히 자기[A]에게 있다고 [주장]하[며 금전의] 소유권에 기[초]한 반환청구도 할 수 없다.]

2024다292464: 민법 제746조는 사회적 타당성이 없는 ... 스스로 한 급여의 복구를 어떠한 형식으로도 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현하고 있다.]

3. 결과: 상대방(B)은 물건 소유권을 취득한다. 즉, 이득자(B)가 소유자다.

79다483전합: 그리하여 그 반사적 효과로서 급여한 물건[→ 금전]의 소유권은 급여를 받은 상대방[B]에게 귀속[한다.]

(참고) 반환을 거부해도, 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2016도18035: 피고인[B]이 [A]로부터 수표를 현금으로 교환해 주면 대가를 주겠다는 제안을 받[았다. 그리고 위 수표가 乙 등이 사기범행을 통해 취득한 범죄수익 등이라는 사실을 잘 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환[했다. 그] 후 丙, 丁과 공모하여 아직 교환되지 못한 수표 및 교환된 현금을 임의로 사용하[였다. 이에 B가] 횡령하였다고 하여 ... 기소된 사안[이다.]

피고인[B]이 [A]로부터 범죄수익 등의 은닉범행 등을 위해 교부받은 수표는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당[한다. 그래서] 소유권이 피고인[B]에게 귀속[된다. 그러]므로 횡령죄가 성립하지 않는다.]

“불법원인” 의미

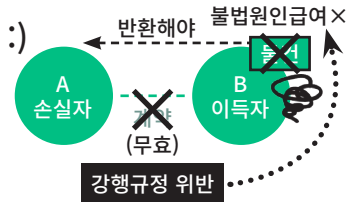
다만, 일률적으로 불법원인급여 규정을 적용해서는 안 된다. 이득자(B)가 언제나 소유권을 취득한다면 그것도 부당하기 때문이다.

2013다218156전합: 불법원인급여인자가 다루어지는 대부[분] 사례에서 정도의 차이는 있지만 불법원인은 급여자[A]와 수익자[B] 모두에게 존재한다. 당사자들[A, B] 사이에서는 수익자[B]가 급여를 보유하는 것이 정당성을 인정받기 어려운 사정이 있다. 따라서 불법원인급여 규정을 적용한 결과가 실제적 정의에 반한다면 불법원인급여 규정을 적용하는 것을 삼가야 한다.

대법원도 민법 제746조의 ‘**불법**’의 개념을 엄격하게 해석함으로써 불법원인급여 규정을 확일적으로 적용하거나 함부로 적용범위를 확장하는 것을 경계해 왔다.

그렇다면, 불법원인급여에서 말하는 “불법원인”이란?

- 1. 단순한 강행규정 위반을 뜻하지 않는다. 강행규정 위반이더라도, 사회질서 위반이 아니라면? 불법원인급여에서 말하는 “불법원인”이 아니다.



2003다41722: [강행규정에 위반]하는 경우...라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서 [를] 위반하지 않는 경우에는 [민법 제746조가 규정한 **불법원인**]에 해당하지 않는다.

적법성(강행규정) 문제와 타당성(사회질서) 문제는 서로 다르다는 점을 다시 떠올려 보자.

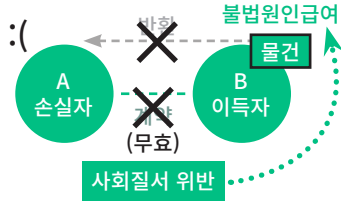
- 2. 심각한 사회질서 위반을 뜻한다. 즉, 민법 제103조에 해당하면서, 심각하게 반사회적, 반윤리적, 반도덕적이어야 한다.

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[될] 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

2013다79887: 민법 제746조는 ... 불법원인급여에 해당하면 부당이득 반환청구를 할 수 없도록 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘불법’이 있다고 하려면, [어떤 경우야 하는가?]

[(i)] 급여[의] 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[되어야 하는 것은 물론이다. 그]뿐 아니라 [(ii)] 반사회성, 반윤리성, 반도덕성이 [뚜렷]하거나, 급여가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다.

2013다218156전합: [이처럼] 민법 제103조 위반에 해당하는 경우에도 위반의 대상이 된 강행법규의 규범 목적을 고려하여 민법 제746조의 적용이 제한될 수 있다.



이 문제는 금지규정 내용과 목적을 고려해 판단해야 한다.

2003다41722: [부동산실명법]이 ... 부동산등기제도를 악용한 투기, 탈세, 탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하는 것 등을 목적으로 제정[된 것은 맞다. 그러나 그렇다]고 하더라도, 무효인 명의신탁약정에 기[초]하여 타인 명의의 등기가 마쳐졌다는 이유만으로 그것이 **당연히 불법원인급여에 해당한다고 볼 수 없다.** [그 이유는 다음과 같다.]

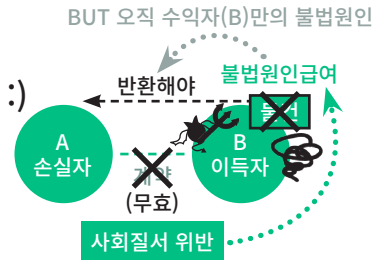
2013다218156전합: 부동산실명법 제4조 제3항에서는 명의신탁약정과 그에 따른 물건변동의 무효는 “제3자에게 대항하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이 규정은 제3자를 보호하기 위한 것으로 명의신탁자[A]가 소유자로서 명의수탁자[B] 명의의 등기를 무효라고 주장하면서 그 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다는 것을 전제로 한다. 이와 달리 명의신탁의 경우 부동산 소유권이 명의수탁자[B]에게 귀속된다면, 제3자는 당연히 그 소유권을 기초로 한 권리를 취득할 수 있기 때문에 제4조 제3항의 제3자 보호 규정을 둘 필요가 없을 것이다.

[또,] 부동산실명법은 실권리자 명의 등기의무를 위반한 명의신탁자[A]에 대하여 ... 부동산에 관한 물건을 지체 없이 명의신탁자[A]의 명의로 등기할 의무를 지우며, 이를 위반할 경우 ... 이행강제금을 ... 부과하도록 하고 있다(제6조). ... 이행강제금 제도 역시 명의신탁자[A]로 하여금 신탁부동산에 관한 등기를 회복하도록 명하는 것으로서 신탁 부동산의 소유권이 실권리자[A]에게 귀속되는 것을 전제로 하고 있다.

[이처럼] **입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자[A]에게 귀속됨을 전제로 규정**[했다. 이]로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있다.]

예외: 불법원인급여 반환 청구 허용

- 1. 조문에서 정한 예외: 만약 “불법원인”이 오로지 수익자(B)에게만 있다면? 급여자(A)는 반환 청구할 수 있다.

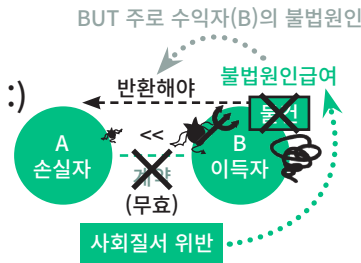


민법 제746조(불법원인급여) ... 그러나 그 불법원인이 수익자[B]에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다[= 급여자[A]는 반환을 청구할 수 있다].

2013다218156전합: 민법 제746조 단서[를 규정한 이유는?] 선량한 풍속 그 밖의 사회 질서를 위반하는 법률행위에 관해 불법원인급여 규정이 적용되는 경우[를 생각해 보자. 이때]도 [만약] 수익자에게만 불법원인이 있다면, 수익자[B]와 동일하게 급여자[A]를 보호하지 않는 것은 법적 정의감에 반하기 때문이다.

수령자에게 부도덕한 사유가 있는 경우라면, 비록 급여를 완료했다라도 급여자는 반환청구할 수 있다(Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest; If the position is immoral on the part of the receiver, there can be an action for return of the gift, even where the object is realized).

- 2. 해석을 통한 예외: 만약 “불법원인”이 급여자(A)에게도 어느 정도는 있지만, 대부분은 수익자(B) 탓이라면? 급여자(A)의 반환 청구를 허용하기도 한다. 이것을 불법성 비교 이론이라 부른다.



2013다218156전합: 나아가 수익자[B]의 불법성이 급여자[A]의 불법성보다 [뚜렷]히 커서 급여자[A]의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하는 경우에는 민법 제746조 본문의 적용을 배제[한다. 이]로써 급여자[A]의 반환청구를 허용하고 있다.

이는 불법원인급여 제도 자체에 내재하[는] 모순을 극복하는 방향으로 민법 제746조를 해석, 적용한 것이다.

불법원인이 오로지 수익자(B)에게 “만” 있는 상황은 아니다. 따라서 민법 제746조 단서를 직접 적용하기는 어렵다. 그러나 해석(interpretation)을 통해, 쌍방 불법성을 비교한 뒤, 급여자(A)의 반환청구를 허용하는 취지다.

98도2036: 수익자[B]의 불법성이 급여자[A]의 그것보다 [뚜렷]히 큰 데 반하여 급여자[A]의 불법성은 미약한 경우[는 어떨까?] 급여자[A]의 반환청구가 허용되지 않는다면 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋[난다. 그러]므로, 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자[A]의 반환청구는 허용된다.

이 사건에서와 같이 포주인 피고인[B]이 피해자[윤락녀A]가 손님을 상대로 윤락행위를 할 수 있도록 업소를 제공하고, 윤락녀인 피해자[A]가 윤락행위의 상대방으로부터 받은 화대를 피고인[포주B]에게 보관하도록 하였다가 이를 분배하기로 한 약정은[?]

[이 약정은] 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[된다. 즉, 민법 제103조에 해당한다.] 따라서 피해자[윤락녀A]가 그 약정에 기[초]하여 피고인[포주B]에게 화대를 교부한 것은 불법의 원인 [때문에] 급여를 한 경우로 보아야 하겠[다.]

[그렇지만] 피고인[포주B]은 다방 종업원으로 근무하고 있던 피해자[윤락녀A]를 수차 찾아가 자신의 업소에서 윤락행위를 해 줄 것을 적극적으로 권유함으로써 피해자[윤락녀A]가 피고인[포주B]과 사이에 위와 같은 약정을 맺고서 윤락행위를 하게 되었[다. 그 리고] 피고인[포주B]은 전직 경찰관으로서 행정사 업무에 종사하면서도 자신의 업소에 피해자[A] 등 5명의 윤락녀를 두고 그들이 받은 화대에서 상당한 이득을 취하는 것을 영업으로 해 왔[다. 이에] 반하여, 피해자[윤락녀A]는 혼인하여 남편과 두 아들이 있[는 데도] 남편이 알코올중독으로 생활능력이 없어 가족의 생계를 위하여 피고인[포주B]의 권유에 따라 윤락행위에 이르게 되었[다.]

위와 같은 피고인[포주B]과 피해자[A]의 사회적 지위, 그 약정에 이르게 된 경위예다가 앞에서 본 약정의 구체적 내용, 급여의 성격 등을 종합[하면 다음과 같다. 즉,] 피고인 [포주B] 측의 불법성이 피해자[윤락녀A] 측의 그것보다 [뚜렷]하게 크[다. 그러므로] 민법 제746조 본문의 적용은 배제[된다. 즉,] 피해자[윤락녀A]가 피고인[포주B]에게 보관한 화대의 소유권은 여전히 피해자[윤락녀A]에게 속[한다. 그래서] 피해자[윤락녀A]는 그 전부의 반환을 청구할 수 있[다.]

불법원인급여 반환 약정

94다51994: 당사자의 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하게 하고 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정[이 있다. 이 약정은] 사회질서에 반하는 무효의 계약이[다.] 따라서 민법 제746조에 [따라] 그 대가의 반환을 청구할 수 없[다.]

나아가 그 돈을 반환하여 주기로 한 약정도 결국 불법원인급여물의 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로서 무효[다. 따라서] ... [급여자]는 그 이행을 청구할 수 없다.

연습문제1

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 12.] 횡령죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 A로부터 수표를 현금으로 교환해 주면 대가를 주겠다는 제안을 받고, 위 수표가 B가 사기범행을 통해 취득한 범죄수익이라는 사실을 잘 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환한 후 아직 교환하지 못한 수표 및 교환한 현금을 임의로 사용한 경우, 甲에게 횡령죄가 성립한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 39.] 공무원 甲은 자신이 직접 뇌물을 받는 것은 위험하다고 생각하여, A와 공모한 다음 자신이 담당하는 인허가 업무의 대상이 되는 X회사의 대표이사 乙에게 ‘A에게 3,000만 원을 지원하면 인허가에 도움을 주겠다’고 하였다. X회사의 직원 丙은 乙의 지시대로 돈봉투에 든 돈이 뇌물인 것을 알면서 A에게 그 봉투를 전달하였다. ... (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

.....

㉔. 만약 丙이 乙이 건네준 돈봉투에서 300만 원을 몰래 빼내어 착복하고 나머지만 A에게 건네준 경우, 丙에게 「형법」상 횡령죄가 성립하는 것은 아니다.

.....

사회질서위반 증명책임

문제점

어떤 법률행위가 사회질서위반으로 무효라는 점은,

- 1. 변론주의 대상인가?
- 2. 누가 증명책임을 지는가?

변론주의 대상인 항변사유

74다815: 공서양속에 위반되는 사항에 대하여는 ... 직권조사사항이 된다 할 수 없다.

98다52483: 피고는 ... 위 증여약정이 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 취지의 주장을 한 바 있음이 명백하[다.] ... [이것은] 피고의 항변[에] 해당한다.]

.....

증명책임

사회질서위반으로 무효라고 주장하는 쪽에서 주장, 증명책임을 부담한다.

사안 적용

문제 상황

2005다23858: 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우[다.]

.....

법령위반으로 무효인지?

명문 금지 규정은 없다.

사회질서위반으로 무효인지?

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반[될] 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

.....

2005다23858: 이러한 목적으로 체결된 보험계약에 [따라] 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장[한다. 그]로써 **사회적 [타]당성을 일탈**하게 [된다. 그]뿐만 아니라, 또한 합리적인 위험의 분산이라는 보험 제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 [된다.]

[이 사건] 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수의 보험계약의 체결 경위, 보험계약의 규모, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정상 보험계약체결이 순수하게 생명, 신체 등에 대한 우연한 위험에 대비하기 위한 것이라고 보기는 어렵다.] 오히려 보험사고를 가장하거나 혹은 그 정도를 실제보다 과장하여 보험금을 부당하게 취득할 목적으로 체결하였음을 추인할 수 있다.]

[그렇다면, 위] **보험계약**[은] 민법 제103조[에서 정한] 선량한 풍속 기타 **사회질서에 반하여 무효**[다.]

부당이득 반환 관계?

만약 보험계약자가 보험금을 이미 받았다면?

1. 받은 보험금은 불법원인급여로 받은 것이다.
2. 그런데 불법원인이 오로지 보험계약자(수익자)에게만 있다.
3. 그러므로 보험사(급여자)는 보험계약자(수익자)에게 보험금 반환을 청구할 수 있다.

민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인 [때문에] 재산[→ 보험금]을 급여...한 때에는 [→ **보험사**는] 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 **불법원인이 수익자**[→ **보험계약자**]에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다[(= **반환을 청구할 수 있다**)].

불공정한 법률행위
Unfair Juristic Act

남의 고통과 불행을 이용해 이익을 챙기는 행위는 옳지 않다. - Charlie Crist

머리에

본질

이것도 법률행위 목적의 타당성 문제다.

핵심

- 1. 공서양속(public order and good morals) 위반을 문제 삼되,
- 2. 불공정성(unfair)에 주목한다.

문제점

문제 사안

91다23660: 계 관계로 고소당하여 삼청교육대까지 다녀온 여자가 [있다. 그녀는] 다시 고소를 당하여 삼청교육대에 갈지 모른다는 정신적 압박을 받[았다. 그러한] 상태에서 [그녀가 1,300만] 원 이상의 채권이 있었[는데도] 일부만을 변제받고 [1,000만] 원 이상의 채권을 포기하는 약정을 맺[은 사안이다.]

위와 같은 채권 포기 약정은 유효한가?

해결의 실마리(순서)

- 1. 금지하는 명문 규정이 있는지 살펴본다.
- 2. 명문 규정이 있다면? 앞서 본 법령위반 법률행위 법리로 판단한다.
- 3. 명문 규정이 없다면? 불공정한 법률행위인지 판단한다.
- 4. 불공정한 행위로 무효라면, 부당이득반환 관계를 살펴본다.
- 5. 제3자가 있다면, 제3자가 보호받을 수 있는지 확인한다.

불공정

불공정한 법률행위 효력

민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험 [때문에] 현저하게 [= 뚜렷하게]] 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

불공정 개념

98다58825: 민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 [어떤 경우 성립하는가? (i)] 객관적으로 급[여]와 반대급[여] 사이에 [뚜렷]한 불균형이 존재[하는 경우야 한다. 그리고 (ii)] 주관적으로 위와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립[한다.]

규제 취지

98다58825: [민법 제104조는] 약자적 지위에 있는 자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용한 **폭리행위를 규제**하려는 데에 그 목적이 있[다.]

사회질서 위반과 불공정 관계

문제점

- 1. 법률행위가 사회질서(social order) 위반인지는 타당성 문제다.



- 2. 법률행위가 불공정한(unfair) 것인지도 타당성 문제다.

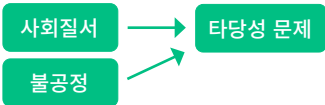


여기서 말하는 타당성 역시, “법적인” 타당성을 뜻한다.

공통적 의의

모두 사적자치 원칙에 대한 한계다. 당사자 모두가 자유롭게 합의한 것을, “사회적 타당성” 법리로 무효로 만드는 것이다.

65다28: 민법 제103조나 제104조는 **다 같이** ... 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위[즉, **사회질서위반 법률행위**]의 범주에 속[한다.]



개념상 차이

사회질서 위반(contrary to social order) 문제는,

- 1. 행위(action)의,
- 2. 객관적(objective) 성질에 비중을 많이 둔다.

65다28: 전자[(사회질서 위반 문제)는] 행위의 객관적인 성질을 기준으로 하여 그것이 반사회질서적인 여부를 판단할 것[이다.]

이에 비교해 불공정(unfair) 문제는,

- 1. 행위자(actor)의,
- 2. 주관적(subjective) 상태에 비중을 많이 둔다.

65다28: 후자[불공정 문제]는 행위자의 주관적인 사항을 참작하여 그 행위가 [뚜렷]하게 공정을 잃은 것인지 여부를 판단[한다.]

결국 사회질서위반과 불공정은 강조점 차이다.

65다28: [서로 위와 같은] 차이가 있음에 지나지 않는다.

요건

상태 요건

65다28: 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 것이 아니고 그중 일부만 갖추어져도 충분하[다.]

- 1. 공박(strained circumstances)

65다28: 여기에서 “공박”이[란] “급박한 곤궁”을 의미[한다. 공박은] 경제적 원인에 기인할 수도 있고, 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있[다. 또한,] 당사자가 공박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 상황을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다.

- 2. 경솔(rashness)

76다2953: 본건 토지들은 원고 시에서 시행하는 북악 스카이웨이 도로부지에 편입되는 토지들[이다. 본건 매매계약의 가격을 정[하는 과정에서] 원고소속 공무원들이 재산 가격조서를 작성할 때에 원고산하 사유재산심의회의 결의에 [따라] 사정확정된 본건 토지의 평당 단가 금2,100원으로 기재하여야 할 것을 그 10배인 21,000원으로 오기[했다. 이는] 경솔 [때문인] 것이[다.]

[그리고 매매계약체결 당사자인 관리 1과 직원도 그 계약체결[하는 과정에서] 사정가격 평당 금2,100원을 21,000원으로 10배의 가격을 오기한 것을 발견치 못하고 그냥 10배인 오기내용대로 사정가격으로 하여 계약을 체결하였[다. 이 역시] 일련의 경솔에 기인한 것이[다.]

- 3. 무경험(inexperience)

2002다38927: [여기서] “무경험”이[란] 일반적인 생활체험의 부족을 의미[한다. 즉,] 어느 특정 영역에[서의] 경험 부족이 아니라 거래 일반에 대한 경험 부족을 뜻[한다.]

대리인이 있더라도 불공정 행위에 해당할 수 있다.

71다2255: 매도인의 대리인이 매매한 [경우] 그 매매가 [민법 제104조]의 불공정한 법률행위인가를 판단[하자. 이때] 매도인의 경솔, 무경험은 그 대리인을 기준으로 하여 판단하여야 [한다. 그리고] **공박 상태에 있었는지의 여부는 매도인 본인의 입장에서** 판단되어야 한다.

주관적 요건

상대방의 폭리 의사(profitteering)가 있어야만 한다.

2002다38927: 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하[자. 그렇]더라도 그 **상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자 측의 사정을 알면서 이를 이용하여** **려는 의사**, 즉 폭리행위의 악의가 없었[다면?] ... 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.

객관적 요건

급여와 반대급여 사이에 뚜렷한 불균형(imbalance)이 있어야 한다.

78다2457: 공박한 상태에서 사고 1주일 후에 손해배상을 받을 수 있는 액수도 모르고서 **받을 수 있는 액수의 8분의 1밖에 되지 않는 합의금**을 받기로 하고 가해자나 사용자에 대하여 민형사상 책임을 더 묻지 아니하기로 하는 내용의 합의서를 작성[했다. 그렇]다면] ... [뚜렷]하게 공정을 잃은 법률행위로서 무효이다.

뚜렷한 불균형이 없다면, 불공정한 법률행위에 해당하지 않는다.

2002다38927: 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하[자. 그러]더라도 ... **객관적으로 급여와 반대급여 사이에 [뚜렷]한 불균형**이 존재하지 아니한다면 [어떨까? 이때에도] 불공정 법률행위는 성립하지 않는다.

적용 범위

대가관계가 있어야 논할 수 있다.

99다56833: 증여계약과 같이 아무런 **대가관계** 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급여를 하는 법률행위[가 있다. 이것은] 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니다.

다만, 겉보기로는 단순 증여라도, 실질적으로 다른 재산적 반대급여가 있다면, 대가관계가 있다고 볼 수 있다. 이때는 불공정한 법률행위가 될 수도 있다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 법률행위의 무효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 증여계약과 같이 아무런 대가관계 없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적인 급여를 하는 법률행위는 불공정한 법률행위의 해당 여부를 논의할 수 있는 성질의 것이 아니다.

연습문제2

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 乙은 甲으로부터 甲 소유의 X 토지를 매도하는 대리권한을 받아 丙과 X 토지에 대해 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 甲이 위 매매계약이 시가보다 현저히 낮은 가액에 체결되어 불공정 법률행위로서 무효라고 주장하는 경우, 이에 대하여 공박 요건은 甲을 기준으로 판단하고, 경솔, 무경험 요건은 乙을 기준으로 판단한다.

위반 효과

절대적 무효

불공정한 법률행위는 무효다. 절대적 무효다.

제3자 보호 문제

제3자 보호 규정이 없다. 규정상으로는, 제3자는 선악을 불문하고, 보호받지 못할 것 같다.

민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험 [때문에] 현저하게 [= 뚜렷하게]] 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

부당이득 반환 문제

복습: 부당이득과 불법원인급여

1. 법률행위 무효에 따른, 부당이득 반환 관계

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

2. 불법원인급여 경우, 부당이득 반환청구 제한

민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인 [때문에] 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. ...

3. 수익자에게만 불법원인이 있거나, 주로 수익자에게 불법원인이 있을 경우, 부당이득 반환청구 허용

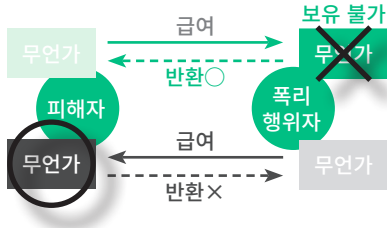
민법 제746조(불법원인급여) ... 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다[=반환을 청구할 수 있다]].

98도2036: 수익자[B]의 불법성이 급여자[A]의 그것보다 [뚜렷]히 큰 데 반하여 급여자[A]의 불법성은 미약한 경우[는 어떨까?] ... 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자[A]의 반환청구는 허용된다.

적용

불공정한 법률행위도 사회질서위반 법률행위에 해당한다. 따라서 불법원인급여 법리를 적용한다. 불법원인이 주로 폭리행위자에게 있는 사안이 많다. 따라서,

- 1. 대체로, 피해자는 폭리행위자에게 반환청구를 할 수 있다.
- 2. 대체로, 폭리행위자는 피해자에게 반환청구를 할 수 없다.



불공정 증명책임

문제점

어떤 법률행위가 불공정으로 무효라는 점은,

- 1. 변론주의 대상인가?
- 2. 누가 증명책임을 지는가?

변론주의 대상인 항변사유

62다599: 대물변제 예약이 무효라고만 주장하고 아무런 다른 주장이 없음에[도] 불공정한 법률행위라고 인정한 것은 위법이다.]

증명책임

불공정으로 무효라고 주장하는 쪽에서 주장, 증명책임을 부담한다.

90다19770: 매도인 측에서 매매계약이 불공정한 법률행위로서 무효라고 하려면 [어때야 하나?] 객관적으로 매매가격이 실제가격에 비[교]하여 [뚜렷]하게 헐값이고 주관적으로 매도인이 궁박, 경솔, 무경험 등의 상태에 있었으며, 매수인 측에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었다는 점을 주장[증명]하여야 한다.

사안 적용

문제 상황

91다23660: 계와 관련되어 甲으로부터 사문서변조죄로 고소되어 수사를 받다가 15일간 삼청교육대의 교육을 받고 퇴소한 乙녀가 [있다.] 그로부터 4일 후 [乙녀는] 甲의 [인척이 다시] 계 관계로 고소하여 경찰서로부터 조사를 위한 소환을 받게 되었다.]

금지 규정이 있는가?

명문 금지 규정은 없다.

불공정으로 무효인지?

그러나 불공정한 법률행위로서 무효다. 즉, 위 채권 포기 약정은 무효다.

91다23660: 乙로서는 이미 삼청교육대에 다녀왔는데 甲 측으로부터 제기된 새로운 고소에 따라 또다시 삼청교육대에 갈지 모른다는 급박한 정신적 압박을 받고 있었을 것임을 쉽사리 알 수 있[다.] 따라서 乙로서는 이러한 궁박상태 아래에서 고소를 취하시켜서 삼청교육대에 가는 것을 회피할 생각으로 경솔하게 청산합의에 응하였을 것[이다.]

또 乙이 甲에게 [1,300만] 원 이상의 채권이 있었[는데도] 이것과 현금 45만 원 및 부채 216만 원을 인수시키고 그 나머지 [1,000만] 원 이상의 채권을 포기하는 약정을 맺[었다. 이]것은 乙에게 일방적으로 불리한 것이[다.]

[따라서 이 사건 채권포기 약정은 뚜렷히 **불공정한 법률행위**에 해당[한다. 따라서 그 약정은 무효다.]

진의 아닌 의사표시

Declaration of Untrue Intention

한 번 입 밖에 낸 말은 그대로 남는다. - Leo Tolstoy

머리에

본질

- 1. 법률행위에서 의사(intention)와 표시(declaration)가 다른 사례 중 하나
- 2. 의사표시에 흠(defect)이 있는 경우 중 하나

흠의 일방성

진의 아닌 의사표시(비진의표시)는, 의사표시자에게만 붙은 사유다.

이 점에서 허위 의사표시와 다르다.

	진의 아닌 표시
본질	의사와 표시의 불일치
관계자	의사표시자가
어떻게	알면서
효과	유효 (원칙)

문제점

문제 사안

어떤 여자가 “남편을 안심시키기 위해서일 뿐이니 형식적으로 각서를 써 달라.”라고 요청했다. 그래서 증권회사 직원이 “손실을 책임지겠다.”라는 내용의 각서를 썼다. 이 각서 내용은 유효한가?

해결의 실마리(순서)

- 1. 법률행위의 객관적 의미를 파악한다.
- 2. 진의 아닌 의사표시에 해당하는지 파악한다.
- 3. 진의 아닌 의사표시라면? 상대방이 악의 또는 과실인지 판단한다.
- 4. 법률행위 효력을 판단한다.
- 5. 제3자가 있다면, 제3자가 보호받을 수 있는지 확인한다.

진의 아닌 의사표시

진의인 의사표시 개념

진의를, 자기가 좋든 싫든 어떤 법률효과를 내려는 의사, 즉 효과의사를 말한다. 예를 들어, 본심은 주는 것이 싫더라도,

- 1. 효과의사: 주겠다는 뜻(A)에서,
- 2. 의사의 표시: 주겠다는 의사를 표시(A)했다면,
이것(A)은 진의를 표시한 것이다. 즉, 이때 A라는 의사표시는 진의인 의사표시(declaration of true intention)다.

2000다47361: 비진의의사표시에[서의] 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 [의사표시]자의 생각을 말하는 것이다.

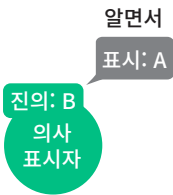
주의: “진의”는 본심과는 무관하다. 한 마디로, “진의”는 효과의사다.

2000다47361: [진의란] [의사표시자]가 진정으로 마음속에서 바라는 사항[즉, 본심]을 뜻하는 것은 아니[다].

비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것[B]이 [의사표시]자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 [의사표시]자가 강박[으로]나마 증여를 하기로 하고[효과 의사 A] 그에 따른 증여의 의사표시[표시 A]를 [했다고 하자. 그 경우] 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다. [즉, A는 진의인 의사표시다.]

진의 아닌 의사표시 개념

- 1. 효과의사: 진의는 B인데,
- 2. 의사의 표시: 표시한 의미는 A고,
- 3. 비진의: 그 불일치를 알면서도 A라고 표시했다면?
이것(A)은 진의가 아니다. 즉, 이때 A라는 의사표시는 진의 아닌 의사표시, 즉 비진의표시(declaration of untrue intention)다.



90다11554: 진의 아닌 의사표시인지의 여부는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 있는지 여부에 따라 결정[된다.]

근로자가 사용자의 지시에 좇아 일괄하여 사직서를 작성 제출[한 사안이다.] ... [근로자의] 내심에 사직의 의사가 ... 없다.

의원면직[[근로자가 자의에 따라 사표를 낸 다음 사용자가 이를 수리하여 퇴직하는 것]의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시[켰다. 그렇]다고 할지라도, 사직의 의사 없는 [즉, 진의는 B인] 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출[즉, 표시는 A로] 하게 한 경우[다. 그렇다면, A는 진의 아닌 의사표시다.]

[따라서] 실질적으로는 사용자의 일방적 의사에 [따라] 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당[한다. 그리고] 정당한 이유 없는 해고조치는 부당해고에 다름없는 것이다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 9.] 흠 있는 의사표시에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비진의 의사표시[에서] 진의란 [의사표시]자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것이므로, [의사표시]자가 강박[으로] 증여의 의사표시를 할 당시 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 [의사표시]자의 본심으로 잠재되어 있었다면 위 증여의 의사표시는 증여라는 내심의 효과의사가 결여된 것으로서 비진의 의사표시에 해당한다.

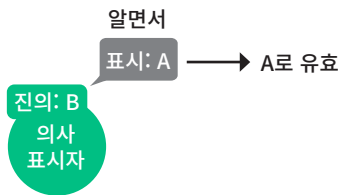
진의 아닌 의사표시 효과

문제점

효과 의사(진의)는 B인데도, 표시는 A라 했다. 즉, A는 진의 아닌 의사표시다. 의사표시는 유효한가?

원칙

의사표시는 A다. 그리고 A는 유효하다.



- 1. 왜 법은 당연무효로 하지 않았나? 또,
- 2. 왜 유동적 유효가 아니라 확정적 유효로 정했나?

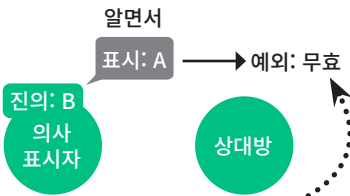
알고도 A라는 표시를 한 책임(responsibility)을 지게 하는 취지다.

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 [의사표시]자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. ...

86다카1004: [의사표시]자의 진의가 어떠한 것이든[진의가 B라도] 표시된 [A]대로의 효력을 생기게 하여 거짓의 [의사표시]자를 보호하지 아니[하는 취지다. 즉, A가 진의 아닌 의사표시라도, A로 유효하다.]

예외

예외적으로, 의사표시가 무효로 될 수도 있다.



1. 진의 아니라는 점을 상대방이 알았거나(악의),
 2. 진의 아니라는 점을 상대방이 알 수 있었다면(과실),
- 의사표시는 무효다.

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① ... 그러나 **상대방이** [의사표시]자의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

86다카1004: 만약 그 [의사표시]자의 상대방이 [의사표시]자의 진의 아님에 대하여 악의 또는 과실이 있는 경우라면 [어떨까?] 이때에는 그 **상대방을 보호할 필요가 없이** [의사표시]자의 진의[B]를 존중하여 그 진의 아닌[A] 의사표시를 무효로 돌려버리려는 [취지다.]

실무상 의의

분쟁이 생기면, 무효를 주장하는 쪽에서 “사실은 진의가 아니었다.”라고 항변하는 사례가 많다. “친구라서 보증을 썼지만(A), 보증 서고 싶지는 않았다(B).”라는 식이다. 그러나 그런 주장은 실무상 잘 통하지 않는다. 즉, 웬만해서는 유효로 처리한다. 왜?

1. 그런 경우도 대체로 “진의”가 있다고 본다. 즉, 대체로 진의인 의사표시다.

2000다51919: [의사표시]자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다. [즉, 진의(효과 의사)도 A이고, 표시도 A이므로, A는 진의인 의사표시다.]

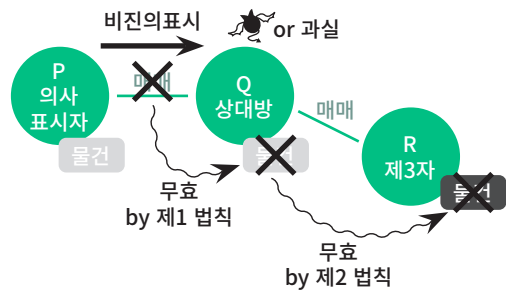
2. 설령 진의 아닌 의사표시라 하더라도, 원칙적으로 유효하다. 예외를 주장하는 자가 예외사유(상대방의 악의, 과실 등)를 증명해야 하는데, 그것이 쉽지 않다.

제3자 보호 문제

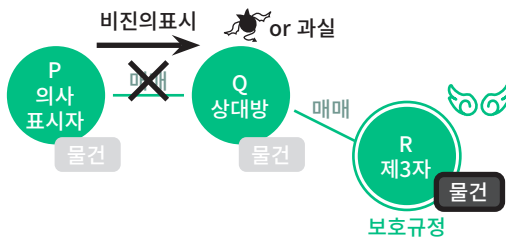
제3자 보호 규정이 있다. 비진의표시가 예외적으로 무효가 되더라도, 선의의 제3자는 보호받는다.

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ② [진의 아닌 의사표시가 상대방의 악의 또는 과실로 무효로 되는 경우는] **선의의 제3자에게 대항하지 못한다.**

1. P가 Q에게 물건을 매도하고, Q가 다시 R에게 그 물건을 매도했다.
2. 만약 P의 청약(또는 승낙)이 진의 아닌 의사표시이고, 또한 Q가 그걸 알고 있었다면? 청약(또는 승낙)이 무효다. 따라서 매매계약(법률행위)은 무효다. 처음부터 Q는 소유권을 취득한 적이 없다.
3. 따라서 Q의 처분은 무권리자 처분이다. 그러므로 R은 소유권을 취득하지 못할 것 같다.



4. 그럼에도, 실제로는 R은 소유권을 취득한다. 제3자 보호 규정이 있기 때문이다. 따라서 R이 선의인 이상 R은 소유권을 취득한다.



부당이득 반환 문제

문제점

계약으로 이미 이행한 것이 있는데, 만약 계약이 진의 아닌 의사표시로 무효가 되었다면?

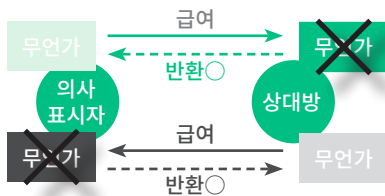
보호받는 제3자가 없을 경우

1. 의사표시자(P)는 상대방(Q)에게 반환청구를 할 수 있다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인[의사표시자]의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[의사표시자]에게 손해를 가한 자[상대방]는 그 이익을 반환하여야 한다.

2. 상대방(Q)도 의사표시자(P)에게 반환청구를 할 수 있다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인[상대방]의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[상대방]에게 손해를 가한 자[의사표시자]는 그 이익을 반환하여야 한다.

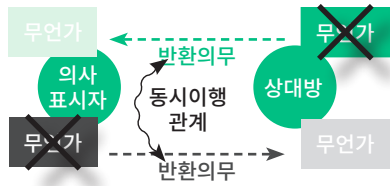


3. 두 의무는 서로 동시이행 관계에 있다.

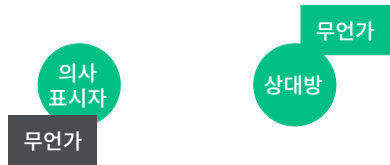
95다54693: 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우[다.] 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 [된다. 그러]므로 각 당사자의 **반환의무는 동시이행의 관계**에 있[다고 보아야 한다.]

보호받는 제3자가 있을 경우

- 1. 원래 의사표시자(P)는 상대방(Q)에게 반환청구를 할 수 있다. 다만, 제3자(R)가 물건을 유효하게 취득했기 때문에, 상대방(Q)이 의사표시자(P)에게 반환의무를 이행할 수 없다.
- 2. 원래 상대방(Q)도 의사표시자(P)에게 반환청구를 할 수 있다. 다만, 상대방(Q)은 자기(Q)의 반환의무를 이행하지 못하게 되었으므로, 의사표시자(P)는 동시이행 항변권을 행사해 상대방(Q)의 반환청구를 거절할 수 있다.



3. 결과적으로, 의사표시자(P)와 상대방(Q)은 서로 반환하지 않아도 된다.



진의 아닌 의사표시 증명책임

진의 아닌 의사표시라는 점

- 1. 진의 아닌 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서,
- 2. “의사표시자가 진의 아님을 알고 의사표시를 한 사실”에 관한 주장, 증명책임을 부담한다.

92다2295: 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 [증명]책임은 그 주장자에게 있다.

상대방의 악의, 과실

1. 이것도 진의 아닌 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서,
2. “의사표시자의 진의 아님을 상대방이 알았거나 알 수 있었던 사실”에 관한 주장, 증명책임을 부담한다.

2016다3201: 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하[는 사안이다.] 제3자[→ 상대방]가 악의라는 사실에 관한 주장, 증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다.

제3자의 악의

1. 이것도 진의 아닌 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서,
2. “의사표시자의 진의 아님을 제3자가 알았던 사실”에 관한 주장, 증명책임을 부담한다.

소결

진의 아닌 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서, 다음을 모두 증명해야 한다.

1. 의사표시자의 진의 아닌 의사표시
2. 상대방의 악의, 과실
3. (제3자가 있을 경우) 제3자의 악의

사안 적용

문제 상황

98다45744: 증권회사 직원[유◎진]이 증권투자[에 따른] 고객의 손해에 대하여 책임을 지겠다는 내용의 각서를 작성해 준 사안[이다.]

법률행위 의미?

98다45744: [각서 내용은] “1992년부터 ××증권 진해지점에 투자해 온 ... 구좌를 관리해 오던 중 손실 폭이 워낙 큰 사실에 인지하며 앞으로 1994년도 중 ... 구좌 금액에 대한 원전 보전과 최소한 1억 5천만 원을 본인 각서인이 책임지겠음” [등이다.]

위 각서 등에 나타나 있는 피고 유◎진의 의사표시가 ... [“]원고에게, 소외 남궁☆수를 통하여 주식매매거래를 하면서 입은 손실을 회복하여 주지 못하였거나 오히려 그 손실을 확대한 것에 사과하고 앞으로는 그 손실을 회복할 수 있도록 최선을 다하겠다[”]는 뜻이라고 해석[한다면 어떻게? 이러한 해석은] 각서 등의 객관적인 문언에 반할 뿐 아니라 경험칙과 논리법칙에 어긋나는 해석이다.]

오히려 위 각서 등에 기재[된] 문언에 따르면, 피고 유◎진은 원고에게 원고가 그동안 증권투자를 하면서 입은 손해에 대하여 자신이 책임을 지겠다는 의사만이 추단될 뿐이다.

진의 아닌 의사표시인가?

98다45744: [그러나] 피고 유○진이 원고 등에게 위 각서 등을 작성하여 준 동기 등을 종합적으로 고찰하여 보면 [다음과 같다.] 피고 유○진은 원고 등으로부터 원고의 남편인 최△식이 주식투자 [때문에] 많은 손실을 본 것에 대하여 원고를 질책할 것을 두려 [워했다. 그리]한 나머지 [피고 유○진은 “]최△식에게 보여 그를 안심시키는 데에만 사용하겠다[”]고 하면서 피고 유○진 명의의 각서를 작성하여 달라는 부탁을 받[았다. 피고 유○진은] 부득이 원고와의 친분 및 거래관계상 원고의 부탁을 거절하기가 어려운 입장에서 위와 같은 각서 등을 작성하게 [되었다.]

그렇다면 피고 유○진의 이와 같은 의사표시는 **진의 아닌 의사표시**이다.]

상대방이 악의거나 과실이 있는가?

98다45744: [위 사실관계에 비추어] 상대방인 원고도 진의 아닌 의사표시라는 점을 알고 있[었다고 보아야 한다.]

약정 효력?

98다45744: 그렇다면 피고 유○진의 이와 같은 의사표시는 ... 무효[이다.]

친권 남용 경우 유추

복습: 친권 남용

1. 친권 남용 행위라도 유효. ← 민법 제107조 제1항 본문 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① [원칙적으로] 의사표시는 [의사표시]자가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 **효력이 있다.** ...

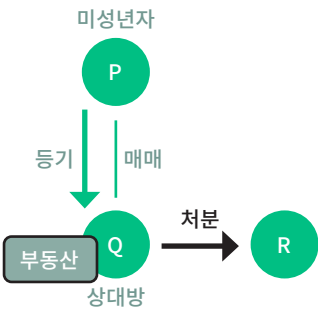
2. 다만, 상대방(Q) 악의 or 과실이면 계약 무효. ← 민법 제107조 제1항 단서 유추

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① ... 그러나 [예외적으로] 상대방이 [의사표시]자의 진의 아님을 **알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효**로 한다.

2011다64669: 법정대리인인 친권자[K]의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인 [P]에게는 경제적인 손실만을 초래[한다.] 반면, 친권자[K]나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위[다. 그리]고 그 행위의 **상대방[Q]이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었[다. 이런] 때**에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과자(子)[P]에게는 **미치지 않는다**고 해석함이 타당하다.

문제 상황

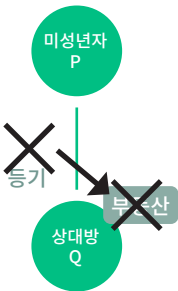
친권자(K)의 친권 남용으로 미성년자(P)로부터 부동산을 매수한 악의인(or 과실 있는) 상대방(Q)이 부동산을 임의로 제3자(R)에게 처분했다고 하자.



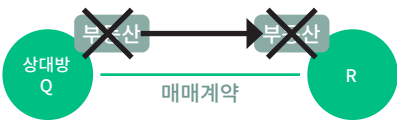
소유권의 행방

원래는, 제3자(R)가 소유권을 취득하지 못해야만 한다. 왜냐하면,

- 1. 등기는 무효이므로, 애당초 양도인(Q)이 부동산 소유권을 취득한 적이 없다.



- 2. 양도인(Q)이 물권자가 아니므로, 양수인(R) 역시 물권을 취득할 수 없을 것만 같다(물권변동 무효의 제2 법칙).



그러나 실제로는 그렇지 않을 수 있다. 제3자(R)는 만약 선의라면 소유권을 취득할 수도 있다. 왜냐하면, 선의의 제3자를 보호하도록 하는 특별규정을 유추할 수 있기 때문이다.

민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 [의사표시]자[P]가 진의 아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방[Q]이 [의사표시]자[P]의 진의 아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다.

② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자[R]에게 대항하지 못한다.

2016다3201: [앞서 본 경우,] 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자[P]에게는 미치지 않는다. 그러나 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자[R]에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없다.]

증명책임

친권 남용으로 무효라고 주장하는 쪽에서, 다음을 모두 증명해야 한다.

- 1. 친권 남용
- 2. 상대방 Q의 악의, 과실
- 3. (제3자 R이 있을 경우) 제3자 R의 악의

결과적으로, 여기서 제3자 R은 선의로 추정한다.

2016다3201: [이 경우,] 제3자[R]가 악의라는 사실에 관한 주장, 증명책임은 그 무효를 주장하는 자[→ P]에게 있다.

연습문제

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 2.] 「민법」상 ‘선의’ 보호에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 대리인이 상대방과 공모하여 대리권을 남용한 경우, 본인은 그에 따라 형성된 법률관계를 기초로 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여 무효를 주장할 수 없으며, 제3자의 악의는 무효를 주장하는 자가 주장, 증명하여야 한다.

허위 의사표시

Fictitious Declaration of Intention

그때 주유의 벽력 같은 질책이 떨어졌다. 물론 각본이었다.
즉시 황개는 끌려나와 형틀에 묶였다. 곧이어 곤장 소리와 함께 비명소리가 들려왔다.
백여 대를 맞은 황개의 엉덩이는 허물어졌다. - “삼국지”

머리에

본질

- 1. 법률행위에서 의사(intention)와 표시(declaration)가 다른 사례 중 하나
- 2. 의사표시에 흠(defect)이 있는 경우 중 하나

흠의 쌍방성

허위 의사표시는, 의사표시자와 상대방에게 함께 붙은 사유다.

이 점에서 진의 아닌 의사표시와 다르다.

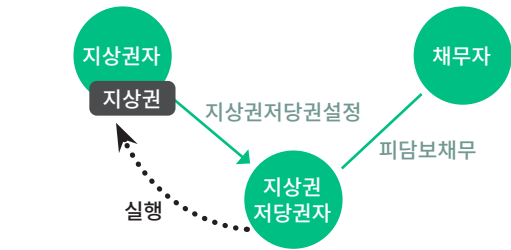
	진의 아닌 표시	허위표시
본질	의사와 표시의 불일치	
관계자	의사표시자가	의사표시자와 상대방이
어떻게	알면서	통모해서
효과	유효 (원칙)	무효

문제점

복습: 전세권 저당권

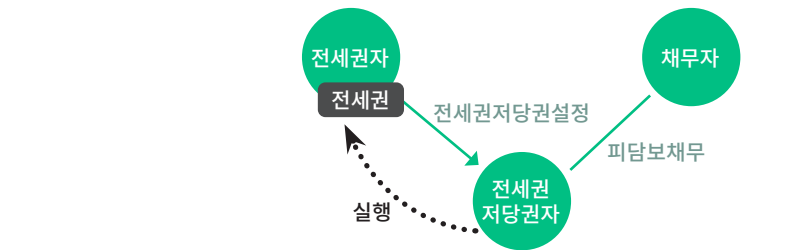
소유권 외에도, 전세권, 지상권 같은 제한물권에도 저당권을 설정할 수 있다.

- 1. 소유권에 저당권을 설정하면, 소유권 저당권, 줄여서 (그냥) 저당권. 채무자가 돈을 안 갚으면, 소유권 저당권자는 부동산(소유권)을 경매할 수 있다.
- 2. 지상권에 저당권을 설정하면, 지상권 저당권. 채무자가 돈을 안 갚으면, 지상권 저당권자는 지상권을 경매할 수 있다.



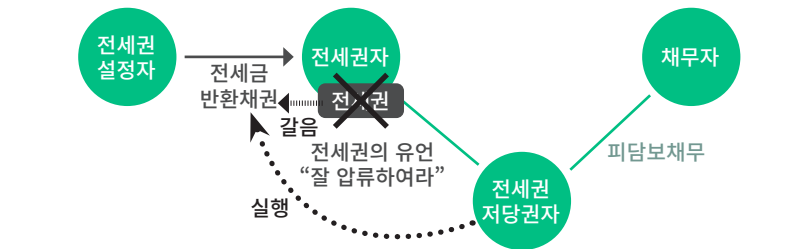
담보지상권(담보 목적 지상권)과 전혀 다른 개념이다.

3. 전세권에 저당권을 설정하면, 전세권 저당권. 채무자가 돈을 안 갚으면, 전세권 저당권자는 전세권을 경매할 수 있다.



98다31301: 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 저당권의 목적물은 물건인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니[다.]

다만, 전세권 존속기간이 만료하면, 전세권은 소멸한다. 이 경우 전세권 자체를 경매할 수는 없다. 전세권 저당권자는 전세금 반환채권에 물상대위 하면 된다.



민법 제370조(준용규정) ... 제342조의 규정은 저당권에 준용한다.

민법 제342조(물상대위) 질권[→ 저당권]은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 ... 질권설정자가 받을 금전[→ 전세금 반환채권]...에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도전에 압류하여야 한다.

민사집행법 제273조(채권과 그 밖의 재산권에 대한 담보권의 실행) ② 민법 제342조에 따라 담보권설정자가 받을 금전...에 대하여 권리를 행사하는 경우...

③ 제1항...의 권리실행절차에는 제2편[강제집행] 제2장[금전채권에 기초한 강제집행] 제4절[동산에 대한 강제집행] 제3관[채권과 그 밖의 재산권에 대한 강제집행(채권압류, 추심, 전부)]의 규정을 준용한다.

2006다29372: 전세권의 존속기간이 만료하면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸[한다. 따라서] 그 전세권에 대한 저당권자는 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 [된다.]

이러한 경우에는 민법 제370조, 제342조, 민사집행법 제273조에 의[한다. 즉,] 저당권의 목적물인 전세권[을] 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 추심명령 또는 전부명령을 받...는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있[다.]

문제 상황

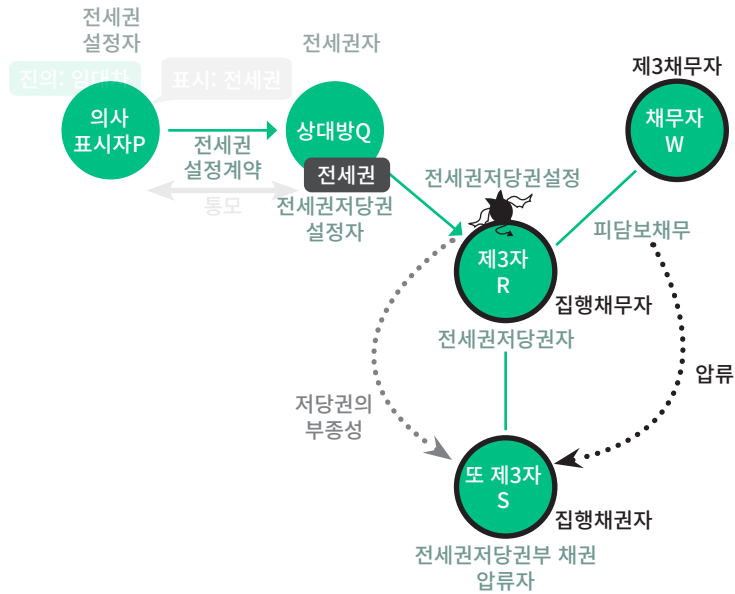
P가 보증금 1억에 Q에게 부동산을 임대했다.

- 1. Q는 P로부터 보증금 반환채권 1억 원을 확실히 보장받고 싶다. 결국 당사자들은 임대차계약 이후에 실제로는 전세권 설정 의사 없이, 통모해서 Q 명의로 전세권 설정등기를 마쳤다.



임대차보증금 반환채권에는 원래 우선변제권이 없다. 반면, 전세금 반환채권에는 저당권처럼 우선변제권이 있다. 전세부동산(= P소유 부동산) 경매 시 우선변제권을 확보할 목적으로, 임차권을 전세권으로 돌리는 사례가 종종 발생한다.

- 2. R은 W에 대한 채권자다. R은 위 사정(P-Q 사이 통모 사실)을 잘 알면서도, W에 대한 채권을 담보하기 위해 Q로부터 전세권을 목적으로 하는 저당권을 설정받았다. 즉, 전세권저당권을 취득했다. Q는 W채무의 물상보증인이다.
- 3. 그 후 S가 R의 전세권저당권부 채권을 압류했다. 즉, 저당권으로 담보된 채권을 압류했다.



민사집행법 제228조(저당권이 있는 채권의 압류) ① 저당권이 있는 채권을 압류할 경우 채권자[S]는 채권압류사실을 등기부에 기입하여 줄 것을 법원사무관등에게 신청할 수 있다. ...

그렇다면,

- 1. P, Q 사이의 법률행위는 유효한가?
- 2. S는 보호받을 수 있는가?

해결의 실마리(순서)

- 1. 법률행위가 성립하는지, 법률행위의 객관적 의미를 파악한다.
- 2. 허위 의사표시에 해당하는지 파악한다.
- 3. 법률행위 효력을 판단한다.
- 4. 제3자가 있다면, 제3자가 보호받을 수 있는지 확인한다.

허위 의사표시

허위 의사표시 개념

- 1. 효과의사: 진의는 B인데,
- 2. 의사의 표시: 표시한 의미는 A고,
- 3. 통정(collusion): 상대방도 그 불일치를 알았지만, 서로 합의해 의사표시자가 A라고 표시했다.



이것(A)은 허위다. A라는 의사표시는 허위 의사표시, 즉 허위표시(fictitious declaration)다. 쉽게 말해, 당사자들이 서로 법률행위가 있는 것 같은 외관만 갖춘 경우다.

통정허위표시, 통모허위표시라고도 한다. 허위표시도 의사표시다.

진의 아닌 의사표시와 허위 의사표시 비교

- 1. 의사와 표시의 불일치가 있다는 점은 같다.
- 2. 불일치를 의사표시자 본인만 알고 있는지, 아니면 상대방과 통정한 것인지 차이가 있을 뿐이다.

가장행위 개념

- 1. 법률행위: 의사표시를 본질적 요소로 하는 법률요건
- 2. 가장행위: 법률행위 중에서도, 허위표시를 본질적 요소로 하는 법률요건

허위표시에 따른 매매를 가장매매라 한다.

논의의 전제

계약 성립 검토

계약의 유효, 무효를 논하기 전에, 먼저 계약 성립(formation)을 검토해야 한다.

- 1. 가장행위(“가장증여”)로 보기 위해서는,
- 2. 적어도 법률행위(“증여”)로는 인정되어야 한다.

2012다30861: 채무자가 다른 사람의 예금계좌로 송금한 금전에 관하여 **통정허위표시에 [따른] 증여계약이 성립하였다고 하려면** [언제야 하는가?] 무엇보다도 우선 **객관적으로** 채무자와 다른 사람 사이에서 그와 같이 송금한 금전을 다른 사람에게 **종국적으로** 귀속되도록 “증여”하여 무상 공여한다는 데에 관한 **의사 합치가 있는 것으로 해석되어야 한다.**

계약이 성립하지 않은 사례

- 1. 송금이 있었다 해서 무조건 증여인 것은 아니다.

2012다30861: 다른 사람의 예금계좌에 금전을 이체하는 등으로 송금하는 경우 그 송금은 다양한 법적 원인에 기[초]하여 행하여질 수 있[다]. 예를 들어, (i) 과세 당국 등의 추적을 피하기 위하여 일정한 인적 관계에 있는 사람이 그 소유의 금전을 자신의 예금계좌로 송금한다는 사실을 알면서 그에게 자신의 예금계좌로 송금할 것을 승낙 또는 양해[한 경우도 있다. 또는, (ii)] 그러한 목적으로 자신의 예금계좌를 사실상 지배하도록 용인[한 경우도 있다.]

[이러한] 것만으로는 다른 특별한 사정이 없는 한 객관적으로 송금인과 계좌명의인 사이에 그 송금액을 계좌명의인에게 위와 같이 무상 공여한다는 의사의 합치가 있었다고 판단된다고 쉽사리 말할 수 없다.

- 2. 따라서 송금 사실만으로는 가장증여가 있었다고 단정할 수 없다.

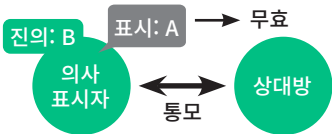
허위 의사표시 효과

문제점

- 1. 의사표시자의 효과의사는 B인데도,
 - 2. 상대방과 통정하여,
 - 3. 의사표시자가 표시를 A라 했다고 했다.
- 즉, A는 허위 의사표시다. 의사표시는 유효한가?

원칙

의사표시는 A다. 그리고 A는 당연히무효다.



허위로 한 혼인은 아무런 효력이 없다(*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*; A simulated marriage is of no legal effect).

왜 법은 유효로 하지 않았나?

- 1. 상대방을 보호할 가치가 없기 때문이다.
- 2. 진의 아닌 의사표시 경우와 다르다. 진의 아닌 의사표시는, 원칙적으로 상대방을 보호할 필요가 있다. 그래서 다르게 취급한다.

이 무효는 절대적 무효다.

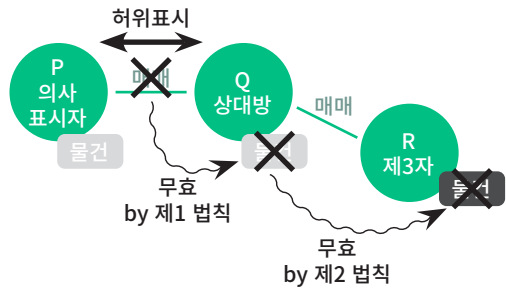
민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
2000다9611: 통정한 허위의 의사표시는 당사자 사이에서는 물론 제3자에 대하여도 무효이다.]
2019다280375: 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효이고 누구든지 그 무효를 주장할 수 있는 것이 원칙이다.]

제3자 보호 문제

제3자 보호 규정이 있다. 허위 의사표시로 무효가 되더라도, 선의의 제3자는 보호받는다.

민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) ② [허위표시의 무효]는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.
--

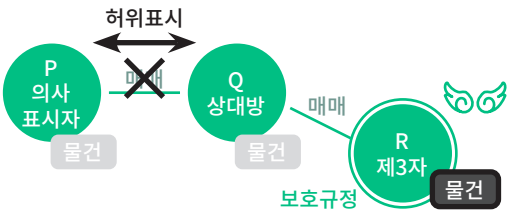
- 1. P가 Q에게 물건을 매도하고, Q가 다시 R에게 그 물건을 매도했다.
- 2. 만약 P의 청약(또는 승낙)이 허위 의사표시라면? 청약(또는 승낙)이 무효다. 따라서 매매계약(법률행위)은 무효다. 처음부터 Q는 소유권을 취득한 적이 없다.
- 3. 따라서 Q의 처분은 무권리자 처분이다. 그러므로 R은 소유권을 취득하지 못할 것 같다.



4. 그럼에도, 실제로는 R은 소유권을 취득한다. 제3자 보호 규정이 있기 때문이다. 따라서 R이 선의인 이상 R은 소유권을 취득한다.

2019다280375: 허위표시의 당사자... 이외의 자로서 허위표시[로] 외형상 형성된 법률 관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지 못[한다].

허위표시를 선의의 제3자에게 대항하지 못하게 한 취지는 [무엇인가? 허위표시]를 기초로 하여 별개의 법률원인에 [따라] 고유한 법률상의 이익을 갖는 법률관계에 들어간 자를 보호하기 위한 것이다[다.]



사례

- 1. 진의 B = 임대차. 즉, 차임을 두므로, 임대차보증금에서 연체차임 공제 ○.
 - 2. 표시 A = 전세권. 즉, 차임이 없어서, 전세금에서 공제될 연체차임 ×.
- 이 경우,
- 1. 계약 중 차임×(공제×) 부분은 무효 → 차임○, 공제○
 - 2. 선의 제3자 상대로는 무효 주장 불가 → 차임×, 공제×
 - 3. 악의 제3자 상대로는 무효 주장 가능 → 차임○, 공제○

2020다257999: 임대인과 임차인이 ... 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권을 설정하기 위해 전세권설정계약을 체결하였[다.]

[그렇다면] 임대차보증금에서 연체차임 등을 공제하고 남은 돈을 전세금으로 하는 것이 임대인과 임차인의 합치된 의사라고 볼 수 있다.

그러나 전세권설정계약은 외관상으로는 그 내용에 차임지급 약정이 존재하지 않고 이에 따라 전세금에서 연체차임이 공제되지 않는 등 임대인과 임차인의 진의와 일치하지 않는 부분이 존재한다.

따라서 전세권설정계약은 위와 같이 임대차계약과 양립할 수 없는 범위에서 통정허위표시에 해당하여 무효[다.]

다만 전세권설정계약에 따라 형성된 법률관계에 기초하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대해서는 그 제3자가 그와 같은 사정을 알고 있었던 경우에만 무효를 주장할 수 있[다.] ... 전세권설정자는 선의의 제3자에 대해서는 연체차임 공제 주장으로 대항할 수 없다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 26.] 甲은 자기 소유 X 건물에 乙 앞으로 전세권을 설정해 주었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 乙의 전세권은 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 설정되었다. 乙이 이러한 사정을 알고 있는 자신의 채권자 丙을 위하여 전세권 위에 저당권을 설정해 준 경우, 甲은 물상대위권을 행사하는 丙에 대하여 임대차계약에 따른 연체차임 공제 주장으로 대항할 수 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 31.] 임대차관계에서 차임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

④ 임대차계약에 따른 임대차보증금반환채권을 담보할 목적으로 전세권설정등기를 마친 경우, 임대차계약에 따른 연체차임 공제는 전세권설정계약과 양립할 수 없으므로 전세권설정자는 그와 같은 사정을 알지 못한 채 위 전세권에 관하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 대해서는 연체차임 공제 주장으로 대항할 수 없다.

제3자 범위

제3자 개념

당사자(P, Q)가 아니기만 하면 모두 제3자인가? 그렇지 않다. 제3자로 보기 위해서는,

- 1. 당사자가 아니어야 한다.
- 2. 허위표시로 형성된 법률관계를 토대로,
- 3. 실질적으로,
- 4. 새로운 이해관계를 맺어야 한다.

80다1403: 통정허위표시의 무효를 대항할 수 없는 제3자인 [누구인가? (i)] 허위표시의 당사자 ... 이외의 자로서 [(ii)] 허위표시[로] 외형상 형성된 법률관계를 토대로 [(iii) (실질적으로)] [(iv)] 새로운 법률원인으로써 이해관계를 갖게 된 자를 말한다.

2019다280375: 제3자의 범위는 권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 ... 실질적으로 파악하여야 한다.

해제 시 보호받는 제3자와 비슷하지만, 정확히 같지는 않다. 개념만으로는 추상적이므로, 해제든 취소든 제3자인지는 여러 판례 사안을 보고 기억해야 한다.

제3자로 본 사례

1. 허위 저당권설정에 기초한 경매 매수인

56민상580: 채권자와 채무자가 통모하여 허위의 의사표시로써 저당권설정 행위를 [했다. 그리]고 채권자가 그 저당권을 실행하여 경매절차가 적법히 진행[됐다. 그] 결과 제[3]자가 [매각]으로 소유권을 취득[하고] 그 이전등기를 종료[했다. 이] 경우에 선의의 제[3]자에게는 그 허위표시를 주장하여 대항할 수 없다. [즉, 경매에 따른 매수인은 제3자로 보호받는다.]

2. 허위 채권양도에 기초한 압류, 추심채권자

2013다59753: 임대차보증금반환채권이 양도된 후 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았[다. 그런]데 임대차보증금반환채권 양도 계약이 허위표시로써 무효인 경우[는 어떤가?] 채권자[→ 압류, 추심채권자]는 그 [때문에] 외형상 형성된 법률관계를 기초로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자에 해당한다.

3. 허위 채권자의 파산에 따른 파산관재인

2009다96083: 파산자가 상대방과 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유 하고 있[다고 하자. 그러다]가 파산이 선고된 경우[는 어떻게 되는가?] 그 가장채권도 일단 파산재단에 속하게 [된다. 그리고] 파산선고에 따라 파산자와는 독립한 지위에서 파산채권자 전체의 공동의 이익을 위하여 직무를 행하게 된 파산관재인은 그 허위표시에 따라 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 민법 제108조 제2항의 제3자에 해당[한다.]

제3자로 보지 않은 사례

82다594: 원채권자인 [甲]이 [乙]에게 퇴직금채권을 양도했[다.] 그 퇴직금을 양수인에게 지급하지 않고 있는 동안에 위 양도계약이 허위표시란 것이 밝혀[졌다고 하면 어떤 까?] 위 허위표시의 ... [퇴직금 채무자가] 제3자[라고 할 수 없다.]

제3자가 무과실이어서 하는지?

1. 제3자가 선의 and 과실 없음 → 당연히 보호
2. 제3자가 선의 but 과실 있음 → 그래도 보호

왜? 고의로 허위 겉모습을 만든 사람(허위표시 당사자)보단 과실로 허위 겉모습을 믿은 사람(제3자)을 보호해야 타당하기 때문이다.

2003다70041: 민법 제108조 제2항의 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다.

연습문제1

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 8.] 통정허위표시에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. 통정한 허위의 의사표시는 무효이나, 허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시[로] 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효로 대항하지 못한다.
 - ㄴ. 임대차보증금반환채권이 양도된 후 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았는데, 임대차보증금반환채권 양도계약이 통정허위표시로서 무효인 경우 양수인의 채권자는 채권의 추심권능만을 부여받은 자여서 통정허위표시에 관한 「민법」 제108조 제2항의 제3자에 해당하지 않는다.
 - ㄷ. 파산채무자가 통정한 허위의 의사표시를 통하여 가장채권을 보유하고 있다가 파산이 선고된 경우 그 가장채권도 일단 파산재단에 속하게 되고, 파산관재인은 파산채무자의 포괄승계인이어서 「민법」 제108조 제2항의 통정허위표시의 제3자에 해당하지 않는다.
 - ㄹ. 「민법」 제108조 제2항의 통정한 허위의 의사표시의 무효로 대항할 수 없는 제3자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니다.

연습문제2

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 2.] 「민법」상 ‘선의’ 보호에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄷ. 임대차보증금반환채권의 양도계약이 통정허위표시로서 무효인 경우, 이를 알지 못한 채 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 추심명령을 받은 양수인의 채권자에 대해 양도인은 채권양도가 무효임을 주장할 수 없다.

연습문제3

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 9.] 흠 있는 의사표시에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 甲이 乙에 대한 임대차보증금반환채권을 丙에게 양도한 후 丙의 채권자 丁이 위 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받았는데 그 임대차보증금반환채권 양도계약이 통정허위표시에 해당하여 무효인 경우, 丁은 위 임대차보증금반환채권에 관한 추심권을 취득한 자에 불과하므로 통정허위표시에 대한 丁의 선의 여부를 불문하고 乙은 丁에게 위 양도계약이 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장할 수 있다.

연습문제4

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 5.] 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? ...
ㄱ. 甲이 그 소유 X 토지를 乙과 통정하여 허위로 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 준 후 그 사실을 과실로 알지 못한 丙이 乙로부터 X 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 경우, 甲은 乙과의 매매계약이 통정허위표시에 [따른] 것임을 이유로 丙에게 대항할 수 있다.

부당이득 반환 문제

문제점

계약으로 이미 이행한 것이 있는데, 만약 계약이 허위 의사표시로 무효가 되었다면?

보호받는 제3자가 없을 경우

불법원인급여가 아니다. 따라서,

- 1. 의사표시자(P)는 상대방(Q)에게 반환청구를 할 수 있다.
- 2. 상대방(Q)도 의사표시자(P)에게 반환청구를 할 수 있다.
- 3. 두 의무는 서로 동시이행 관계에 있다.

보호받는 제3자가 있을 경우

결과적으로, 의사표시자(P)와 상대방(Q)은 서로 반환하지 않아도 된다.

허위 의사표시 증명책임

허위 의사표시라는 점

- 1. 허위 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서,
- 2. “의사표시자와 상대방이 통모하여 허위 의사표시를 한 사실”에 관한 주장, 증명책임을 부담한다.

2014다87595: 어음발행행위 등 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다.

제3자의 악의

- 1. 이것도 허위 의사표시로 무효라고 주장하는 쪽에서,
- 2. “허위 의사표시임을 제3자가 알았던 사실”에 관한 주장, 증명책임을 부담한다.

2007다53013: 민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정[된다. 따라서] 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장, [증명]책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다.]

제3자의 보호?

1. 제3자로서 S

2012다49292: [R]의 전세권근저당권부 채권은 통정허위표시[로] 외형상 형성된 전세권을 목적으로 하는 전세권근저당권의 피담보채권이[다. S는] 이러한 R의 전세권근저당권부 채권[에] ... 압류명령을 얻음으로써 그 채권에 관한 담보권인 전세권근저당권의 목적물에 해당하는 전세권에 대하여 **새로이 법률상 이해관계**를 가지게 되었다.]

2. S의 선의

2012다49292: [S]가 **통정허위표시에 관하여 선의**라면 비록 [R]이 악의라 하더라도 허위표시자[P]는 그[S]에 대하여 전세권이 통정허위표시에 [따른] 것이라는 이유로 대항할 수 없[다. 즉, S]는 보호받는다. 즉, 이 사건 **전세권근저당권부 채권을 적법하게 압류할 수 있다.**]

연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 17.] 乙은 2017. 10. 10. 甲으로부터 甲 소유의 X건물을 보증금 1억 원, 차임 월 200만 원, 임차기간 2년으로 정하여 임차하고, 같은 날 단순히 자신의 보증금반환채권을 담보할 목적으로 甲의 동의를 받아 위 건물에 관하여 전세금은 1억 원, 존속기간은 위 임차기간과 동일하게 하여 전세권설정등기를 마쳤다. 그 후 乙은 위 사실을 알지 못하는 丙으로부터 1억 원을 차용하면서 자신의 전세권에 관하여 2017. 10. 20. 丙 명의의 전세권저당권을 설정하여 주었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 丙은 전세권의 존속기간이 만료되면 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없고, 전세금반환채권에 대하여 물상대위권을 행사하여 전세금의 지급을 구하여야 한다.
 - ㄷ. 甲과 乙 사이에 체결된 임대차계약은 乙 명의로 전세권설정등기가 마쳐진 후에는 전세권설정계약으로 변경되어 그 효력이 발생하기 때문에 甲은 乙에 대하여 더 이상 그 전세권설정계약이 통정허위표시로서 무효라고 주장할 수 없다.
 - ㄹ. 甲과 乙이 2019. 3. 27. X건물에 관하여 보증금 8,000만 원, 월 차임 100만 원, 임차기간 2년으로 정하여 임차하기로 하는 내용으로 종전의 임대차계약을 변경하였다면, 甲은 丙에 대해서도 당연히 전세권의 일부소멸을 주장할 수 있다.

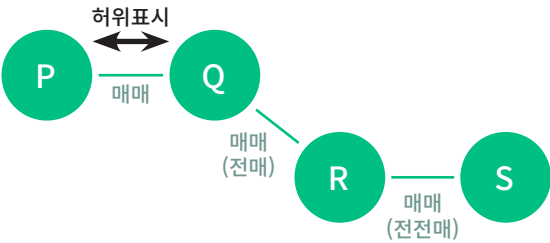
엄폐물 법칙
Shelter Rule

내 목이 잘려도 내 몸은 시종들 옆으로 걸어갈 테니 그렇게 지나간 부하들은 살려 주시오.
Dietz von Schaumburg

문제점

문제 상황

- 1. P가 Q에게 물건(동산)을 매도했다.
- 2. Q가 다시 R에게 그 물건을 매도(전매)해서 인도까지 했다.
- 3. R이 다시 S에게 그 물건을 매도(전전매)해서 인도까지 했다.
- 4. 그런데 P, Q 사이의 매매가 가장매매다.



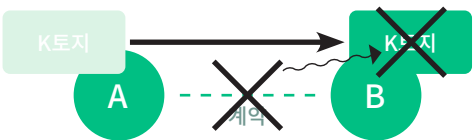
질문

그러면 최종 매수인 S는 소유권을 취득하나?

복습: 무효인 물건변동의 원인

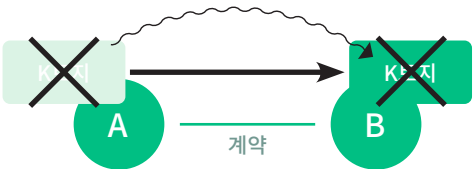
제1 법칙

계약이 무효라면, 물건변동도 무효



제2 법칙

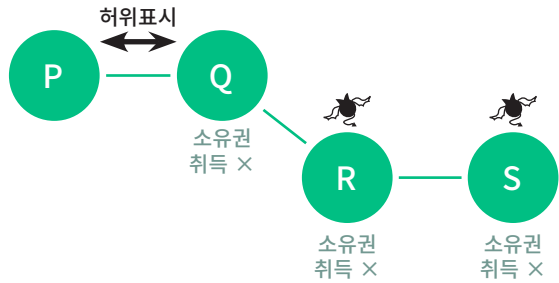
양도인이 물권자가 아니면, 물건변동 무효



사례(1): R, S 모두 악의인 경우

결론

- 1. R, S 모두 악의면,
- 2. S는 소유권을 취득하지 못한다.



이유

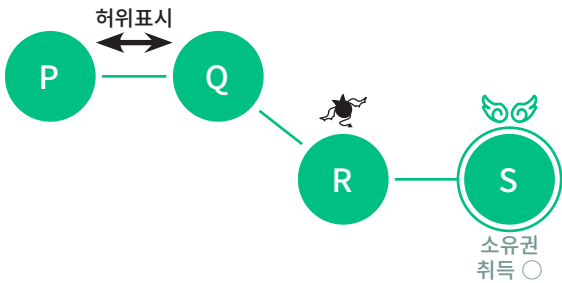
- 1. P-Q 매매에서, Q는 소유권을 취득하지 못한다. P-Q 매매계약이 무효기 때문이다(제1 법칙 적용).
- 2. Q-R 전매에서, R도 소유권을 취득하지 못한다. Q의 처분은 무권리자 처분이기 때문이다(제2 법칙 적용).
- 3. R-S 전전매에서, S도 소유권을 취득하지 못한다. R의 처분은 무권리자 처분이기 때문이다(제2 법칙 적용).
- 4. S는 악의이므로, 제3자로도 보호받지 못한다.

맨 앞사람이 권리를 취득하지 못하면, 줄줄이 비엔나소시지처럼 뒷사람들 모두 권리를 취득하지 못한다.

사례(2): R은 악의, S가 선의인 경우

결론

- 1. R은 악의지만, S가 선의면,
- 2. S는 소유권을 취득한다.



이유

- 1. 만약 제3자 보호 규정이 없다면, 방금 본 것처럼 S는 소유권을 취득하지 못
해야 한다.
- 2. 그러나 제3자 보호 규정이 있기 때문에, S는 소유권을 취득할 수 있다. S는
허위표시(P-Q 사이 매매)와 관련해 제3자이고, 선의이므로, 보호받는다.

2012다49292: 소외 1[R]의 위 전세권근저당권부 채권은 앞서 본 통정허위표시[로] 외
형상 형성된 전세권을 목적물로 하는 위 전세권근저당권의 피담보채권이다.] 소외 4[S]
는 이러한 소외 1[R]의 위 전세권근저당권부 채권을 가압류하고 나아가 압류명령을 얻
음으로써 그 채권에 관한 담보권인 전세권근저당권의 목적물에 해당하는 전세권에 대
하여 새로이 법률상 이해관계를 가지게 되었[다.]

[그러]므로, 만약 그[S]가 통정허위표시에 관하여 선의라면 [어떨까?] 비록 소외 1[R]의
악의라 하더라도 허위표시자[P]는 그[S]에 대하여 전세권이 통정허위표시에 [따른] 것
이라는 이유로 대항할 수 없[다. 즉, S는 선의의 제3자로 보호받는다.]

연습문제

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

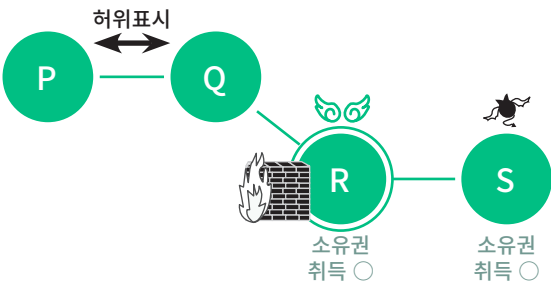
[문 12.] 법률행위의 무효와 취소에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에
의함)

⑤ 乙이 甲으로부터 매수한 X 부동산이 丙을 거쳐 丁에게 양도되어 丁이 이를 점유하
[는]데, 甲과 乙 사이의 매매계약이 통정허위표시로서 무효인 경우, 丙이 악의라면
丁이 선의라도 甲은 丁을 상대로 X 부동산의 인도를 청구할 수 있다.

사례(3): R은 선의, S는 악의인 경우

결론

- 1. R이 선의면, S가 악의라도,
- 2. S는 소유권을 취득한다.



이유

- 1. 우선 R까지만 보자. R은 허위표시의 선의 제3자로 보호받는다. 따라서 R은
소유권을 취득한다.

- 2. 따라서, R은 S에게 유권리자로서 처분했다.
 - 3. R-S 사이 매매계약 자체에는 아무런 문제가 없다.
 - 4. 그 결과, S가 선의든 악의든 제3자든 상관없이, 적법하게 권리를 취득한다.
- 허위표시에 관한 사례는 아니지만, 다음 판례를 참고하라.

94다50489: 현재의 어음소지인[S]에게 어음을 양도한 자[R]가 어음취득 당시 선의였[다. 그렇기 때문에 [P가] 그[R]에게 대항할 수 없었던 사유[가 있다.]

[그 경우] 현재의 어음소지인[S]이 비록 어음취득 당시 그 사유를 알고 있었다고 하여 그것으로써 현재의 어음소지인[S]에게 대항할 수는 없다.

어쨌든 내 앞사람이 권리를 취득하면, 나는 권리를 취득할 수 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

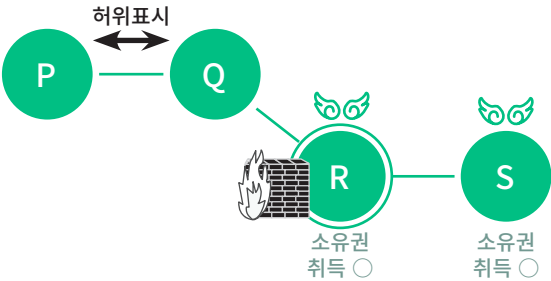
[문 60.] 어음의 선의취득에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 선의취득자로부터 그 권리를 양수한 자는 설사 양도인이 그 이전에 무권리자로부터 취득하였다는 점에 관하여 악의라 할지라도 완전한 권리를 취득한다.

사례(4): R, S 모두 선의인 경우

결론

- 1. R, S 모두 선의면,
- 2. S는 소유권을 취득한다.



이유

- 1. 우선 R까지만 보자. R은 허위표시의 선의 제3자로 보호받는다. 따라서 R은 소유권을 취득한다.
- 2. 따라서, R은 S에게 유권리자로서 처분했다.
- 3. R-S 사이 매매계약 자체에는 아무런 문제가 없다.

4. 그 결과, S가 선의든 악의든 제3자든 상관없이, 적법하게 권리를 취득한다.

주의: S가 소유권을 취득하는 이유는? S가 선의의 제3자이기 때문이 아니다. 단지, 유권리자 R로부터 취득했기 때문이다. 즉, 사례(3)과 같은 이유다.

중간 결론

엄폐물 법칙(shelter rule) 개념

1. R이 선의인 경우,
2. R이 보호받음으로써,
3. 그 결과 S가 문제없이 권리를 취득한다.

“어쨌든 내 앞사람이 권리를 취득하면, 나는 권리를 취득할 수 있다.”라는 법칙.

은폐(隱蔽; concealment) 아니다... 엄폐(掩蔽; cover)다...

엄폐물 법칙 의의

이 법칙은 물권변동 기본원리(법칙)에 근거한 당연한 결과다.

1. 따라서 어떤 물권변동이 있을 때, 제3자 보호 규정이 있는 다른 영역에 응용할 수 있다. 즉, 꼭 허위 의사표시(가장행위)에 한정된 이론이 아니다.
2. 대표적으로, 청산절차 위반 가등기담보 귀속정산 경우.
또,
1. 꼭 물권변동이 아니더라도, 거래안전 관점에서 다른 영역에 응용할 수 있다.
2. 대표적으로, 양도금지특약이 있는 채권을 양도한 경우.

청산절차 위반 가등기담보 귀속정산

복습

청산절차를 위반한 가등기담보 귀속정산형 실행(본등기)은 무효.

가등기담보법 제4조(청산금의 지급과 소유권의 취득) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 어긋나는 특약(特約)으로서 채무자등[P]에게 불리한 것은 그 효력이 없다. ...

2007다49595: 가등기담보법 제3조[담보권 실행의 통지와 청산기간], 제4조[청산금의 지급과 소유권의 취득]의 각 규정에 비추어 볼 때 위 각 규정을 위반하여 담보 가등기에 기[초]한 본등기가 이루어진 경우에는 그 본등기는 무효[다.]

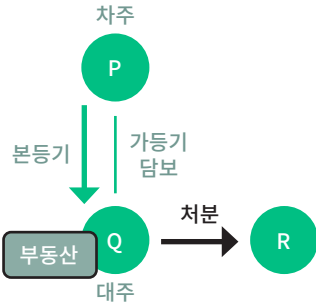
이 경우, 차주(P) → 가등기담보권자(Q)로의 본등기가 무효이므로, 부동산 소유권(≡ 사용수익권)은 여전히 차주(P)에게 있다.

2018다300661: 담보가등기에 기[초]하여 마쳐진 [Q로의] 본등기가 무효인 경우[를 보자.] 담보목적 부동산에 대한 소유권은 담보가등기 설정자인 채무자 등[P]에게 있다.] 소유권의 권능 중 하나인 사용수익권도 당연히 담보가등기 설정자[P]가 보유한다.

채무자[P]가 자신이 소유하는 담보목적 부동산에 관하여 채권자[Q]와 임대차계약을 체결하고 채권자[Q]에게 차임을 지급...하였다[고 하자. 그러면] ... 특별한 사정이 없는 한 위 차임은 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다.

문제 상황

가등기담보권자, 즉 대주(Q)가 부동산을 임의로 제3자(R)에게 처분했다고 하자.



소유권의 행방

원래는, 수익자(R)가 소유권을 취득하지 못해야만 한다. 왜냐하면,

- 1. 본등기는 무효이므로, 애당초 양도인인 대주(Q)가 부동산 소유권을 취득한 적이 없다.



- 2. 양도인(Q)이 물권자가 아니므로, 양수인(R) 역시 물권을 취득할 수 없을 것만 같다(물권변동 무효의 제2 법칙).



그러나 실제로는 그렇지 않을 수 있다. 수익자(R)는 만약 선의라면 소유권을 취득할 수도 있다. 왜냐하면,

- 1. 선의의 제3자가 소유권을 취득하도록 하는 특별규정이 있기 때문이다.

가등기담보법 제11조(채무자등[P]의 말소청구권) 채무자등[P]은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액...을 채권자[Q]에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, ... 선의의 제3자[R]가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

2016다248325: [가등기담보법] 제3조, 제4조의 청산절차를 위반하여 이루어진 담보가등기에 기한 본등기가 무효라고 하[자. 그렇]더라도 **선의의 제3자[R]**가 그 **본등기**에 [기초해] 소유권이전등기를 마치는 등으로 담보목적부동산의 소유권을 취득하면, ... 채무자 등[P]...은 더 이상 가등기담보법 제11조 본문에 따라 채권자[Q]를 상대로 그 **본등기의 말소를 청구할 수 없게 된다.**

이 경우 그 **반사적 효과로서 무효인 채권자[Q] 명의의 본등기**는 그 등기를 마친 시점으로 소급하여 **확정적으로 유효**하게 [된다.] ... 청산절차를 거치지 않아 무효였던 채권자[Q]의 위 본등기에 [기초해] 이루어진 [R로의] 등기 역시 소급하여 유효하게 [된다.]

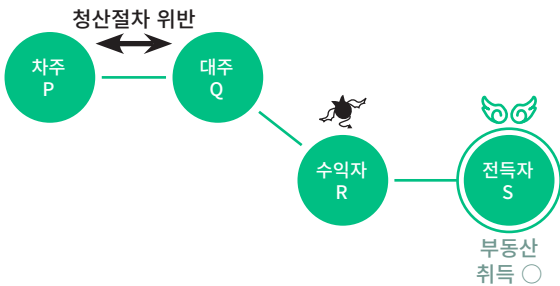
원래 가등기담보법 제11조는 가등기로 담보제공 한 것이 아니라 처음부터 가등기 없이 바로 이전등기로 담보제공 한 경우(양도담보)를 전제한 조항이긴 하다. 그러나 가등기 담보에도 유추적용 할 수 있다.

- 2. 명확히 하면, 수익자(R)가 청산절차 위반 사정을 몰랐어야 한다. 이 조항은 그냥 “제3자”가 아니라 “선의의 제3자”라고 되어 있기 때문이다.

2016다248325: 여기서 ‘**선의의 제3자**’[란] 채권자[Q]가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르고 그 본등기에 [기초해] 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자[R]가 악의라는 사실에 관한 주장, 증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다.

사례: R은 악의, S가 선의인 경우

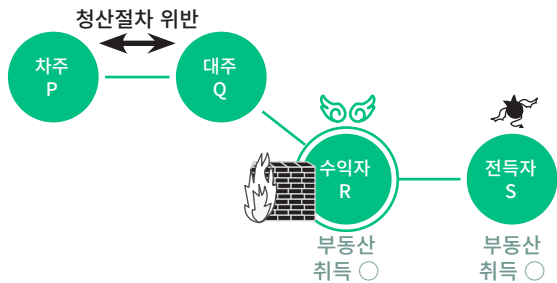
- 1. R은 악의지만, S가 선의면,
- 2. S는 보호받는다(부동산 취득).



대구지법2003나16113: [가등기담보법] 제11조 단서에서 말하는 ‘제3자’[란] 양도담보 계약[P-Q]에 [따라] 형성된 권리관계에 기초하여 직접 새로운 권리관계를 형성한 수익자[R]뿐만 아니라 그 새로운 권리관계에 기초하여 다시 새로운 권리관계를 형성한 전득[S]자도 포함[다. 이렇게] 해석함이 거래의 안전을 보호하려는 위 단서의 입법 취지에 부합한다.

사례: R은 선의, S는 악의인 경우

- 1. R이 선의면, S가 악의라도,
- 2. S는 보호받는다(부동산 취득).



연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 37.] 가등기담보에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 가등기담보법에 따른 청산절차를 위반하여 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우, 담보목적 부동산에 관하여 진행된 경매절차에서 매수인이 본등기가 무효인 사실을 알지 못한 채 부동산을 매수하여 소유권을 취득하였다면, 채무자는 더 이상 채권자에 대하여 피담보채무액 전부를 변제하고 그 본등기의 말소를 청구할 수 없다.
- ④ 가등기담보법에 따른 청산절차를 거치지 않고 마쳐진 본등기가 무효인 경우 채무자가 담보목적 부동산에 관하여 채권자와 임대차계약을 체결하고 채권자에게 차임을 지급하였다면, 위 차임은 특별한 사정이 없는 한 피담보채무의 변제에 충당된 것으로 보아야 한다.

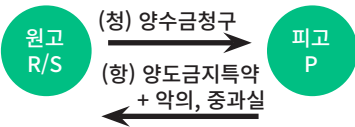
양도금지특약과 채권양도

복습

- 1. 양도금지특약을 위반한 채권양도는 무효.
- 2. 다만, 채권양수인이 선의&무중과실이면 보호받는다.

민법 제449조(채권의 양도성) ② 채권은 당사자[P, Q]가 반대의 의사[→ 양도금지]를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제[3]자[R]에게 대항하지 못한다.

2016다24284전합: 채권양수인[R 또는 S]의 악의 내지 중과실은 양도금지특약으로 양수인에게 대항하려는 자[P]가 주장, 증명하여야 한다.

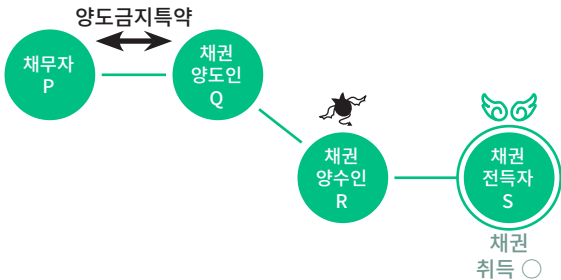


만약 합의로 채권을 양수하는 경우가 아니라, 채권을 전부명령 받는 경우는 어떨까? 전부 받는 사람이 양도금지특약을 알았는지 상관없이 전부명령은 유효하다. 결과적으로, 전부 받는 사람이 선의, 무중과실인 것처럼 처리한다.

2001다3771: 당사자[P, Q] 사이에 양도금지의 특약이 있는 채권이라도 전부명령[으로] 전부되는 데에는 지장이 없다. 그리고 양도금지의 특약이 있는 사실에 관하여 집행채권자[R]가 선의인가 악의인가는 전부명령의 효력에 영향을 미치지 못한다.]

사례: R은 악의, S가 선의인 경우

- 1. R은 악의지만, S가 선의면,
- 2. S는 보호받는다(채권 취득).

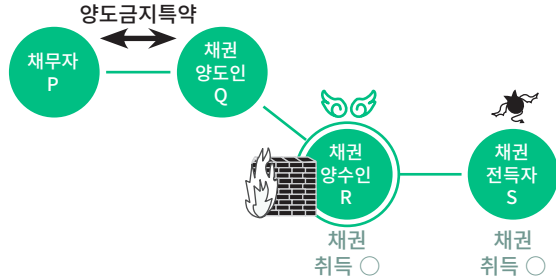


2012다118020: 민법 제449조 제2항 단서는 채권양도금지 특약으로써 대항할 수 없는 자를 ‘선의의 제3자’라고만 규정하고 있다. 그래서 채권자[Q]로부터 직접 양수한 자[R]만을 가리키는 것으로 해석할 이유는 없다. 그러므로 악의의 양수인[R]으로부터 다시 선의로 양수한 전득자[S]도 위 조항에서의 선의의 제3자에 해당한다.

사례: R은 선의, S는 악의인 경우

- 1. R이 선의면, S가 악의라도,
- 2. S는 보호받는다(채권 취득).

2012다118020: 선의의 양수인을 보호하고자 하는 [민법 제449조 제2항 단서]의 입법 취지에 비추어 [보자] 선의의 양수인[R]으로부터 다시 채권을 양수한 전득자[S]는 선의, 악의를 불문하고 채권을 유효하게 취득한다.



R이 채권양수인이 아니라 전부명령으로 전부 받는 사람이라도 마찬가지다.

2001다3771: 양도금지특약부 채권에 대한 전부명령이 유효[하다고 하자. 그러]한 이상, 그 전부채권자[R]로부터 다시 그 채권을 양수한 자[S]가 그 특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하더라도 채무자[P]는 위 특약을 근거로 삼아 채권양도의 무효를 주장할 수 없다.

연습문제1

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 32.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어 이로써 제3자인 전세금반환채권의 압류, 전부 채권자에게 대항할 수 없다.
 - ② 피담보채권과 저당권이 함께 양도되어 피담보채권은 채권양도의 대항요건을 갖추었으나 저당권은 그 이전등기[를 마치지] 않은 상태에서 배당절차가 실시된 경우, 저당권의 명의인은 집행채무자로부터 변제받기 위하여 배당이의로 배당표의 경정을 구할 수 없다.
 - ③ 甲이 丙에 대한 차용금 채무의 담보조로 자신이 乙에 대하여 가지고 있는 임대차보증금반환채권을 丙에게 양도하고 이를 乙에게 통지하였다면, 이후 甲이 丙에게 차용금 채무를 변제했다더라도 乙은 甲의 변제를 이유로 丙의 양수금 청구를 거절할 수 없다.
 - ④ 부동산매매[에 따른] 소유권이전등기청구권의 양도는 특별한 사정이 없는 한 통상의 채권양도와 달리 양도인의 채무자에 대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.
 - ⑤ 甲과 乙이 X채권에 관하여 양도금지 특약을 하였으나 乙이 이[를] 위반하여 丙에게 X채권을 양도하고 甲에게 채권양도 통지를 한 경우, 양수인인 丙이 위 채권양도금지 특약을 과실 없이 알지 못하였더라도 丙으로부터 대항요건을 갖추어 채권을 양수한 전득자 丁이 악의라면 丁은 X채권을 유효하게 취득하지 못한다.

연습문제2

2021년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 20.] 甲은 乙에게 1억 원을 대여하면서 위 대여금채권에 대한 채권양도금지 특약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 甲이 乙에 대한 대여금채권을 丙에게 양도한 경우, 丙이 甲과 乙 사이의 채권양도금지 특약에 관하여 선의인 경우라도 丙으로부터 다시 위 대여금채권을 양수한 丁이 위 채권양도금지 특약에 관하여 악의라면 丁은 위 대여금채권을 유효하게 취득하지 못한다.
 - ㄹ. 丙이 甲의 乙에 대한 대여금채권에 관하여 전부명령을 받은 후 그 채권을 戊에게 양도한 경우, 戊가 채권양도금지 특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하더라도 乙은 위 채권양도금지 특약을 근거로 삼아 丙과 戊 사이의 채권양도의 무효를 주장할 수 없다.

연습문제3

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 29.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 양도금지특약이 붙은 채권을 전부명령에 [따라] 전부한 경우, 그 전부채권자와 그로부터 다시 그 채권을 양수한 자가 모두 그 특약의 존재를 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하더라도 채무자는 위 특약을 근거로 삼아 채권양도의 무효를 주장할 수 없다.

연습문제4

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 24.] 甲과 乙은 甲 소유의 X 토지를 乙이 매수하는 계약을 체결하면서 매매대금은 X 토지의 인도 및 소유권이전등기[를 마침과] 동시에 지급하기로 약정하였다. 丙은 위 매매계약에 따른 乙의 甲에 대한 매매대금 지급채무를 연대보증하였다.
- 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 甲과 乙은 매매계약상 채권의 양도를 하지 않기로 약정하였지만 甲은 그러한 약정을 알고 있던 丁에게 매매대금채권을 양도하고 이를 乙에게 통지하였고 이후 丁이 다시 甲과 乙 사이의 약정 사실을 알지 못하는 戊에게 매매대금채권을 양도하고 乙에게 이를 통지한 경우, 乙은 채권양도금지특약이 있었음을 이유로 戊에게 대항할 수 없다.

연습문제5

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 21.] 도급인 甲과 수급인 乙은 2023. 2. 1. 건물신축공사에 관한 도급계약을 체결하면서 완공 즉시 공사대금을 지급하기로 하였고, 乙은 2023. 9. 1. 공사를 완료하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 丙이 甲과 乙 사이에 공사대금 채권을 양도하지 않기로 약정한 사실을 알면서 乙의 甲에 대한 공사대금 채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받아 그 명령이 확정된 경우, 그 압류 및 전부명령은 유효하다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 24.] 채권양도에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉡. 채권자 甲과 채무자 乙이 X 채권에 관하여 양도금지특약을 하였으나 甲이 이를 위반하여 丙에게 X 채권을 양도하고 乙에게 채권양도 통지를 한 경우, 양수인인 丙이 위 양도금지특약을 알지 못하였고 알지 못한 데에 중과실이 없다고 하더라도 丙으로부터 대항요건을 갖추어 X 채권을 양수한 전득자 丁이 이를 알았거나 알지 못한 데에 중과실이 있다면 丁은 X 채권을 유효하게 취득하지 못한다.

제12강

사람과 법인

Natural Person & Juristic Person



Sandro Botticelli, *Nascita di Venere (The Birth of Venus)*

c. 1485, tempera on canvas, 173 × 279 cm, Gallerie degli Uffizi, Florence

권리나 의무의 주체에 관하여

- 지금까지는 등장인물 A, B, C 등이 당연히 권리를 갖거나 의무를 질 수 있고, 권리를 행사하는 데도 특별한 제한이 없다고 봤다. 그런데 실제로는 그렇지 않은 경우가 있다.
 1. 사람이라 하더라도, **미성년자**, **정신이상자**처럼 특수한 경우도 있다.
 2. 법인은 사람이 아니지만, 권리의무를 가질 수 있다. **법인의 법률관계**는 이론과 실무 모두에서 중요하므로, 정확히 기억해야 한다. 이 과정에서, **회사법** 기초도 함께 공부한다.
 3. 법인은 아니지만, 법인과 비슷한 규율을 받는 단체도 있다. 바로, **법인 아닌 사단**이다. 역시 중요하다.
- 이상을 실제 법률문제에 적용하고 이해하는 것이 이번 강의의 목표다.

민법에서의 능력
Capacity in Civil Law

완전하게 건강한 인간은 어디에도 존재하지 않는다. - Søren Kierkegaard

권리능력

개념

권리능력(legal capacity): 권리를 가질 수 있는 자격. 법인격(juristic personality)이라고도 한다.

권리를 가질 수 있으면 당연히 의무를 질 수도 있다. 그러므로 권리를 가지고 의무를 질 수 있는 자격이라 해도 좋다.

1. 인(person): 권리능력 있는 존재. 즉, 법인격 있는 존재

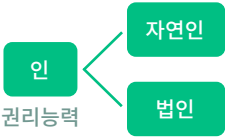
예: 김○○, 삼성전자 주식회사, 재단법인 ◇◇◇, 법무법인(유) 광장

2. 인 아닌 것: 권리능력 없는 존재. 즉, 법인격 없는 존재

적용대상

인(person)은 다음 2가지로 나뉜다.

- 1. 자연인(natural person): 사람(human)
- 2. 법인(juristic person): 회사, 사단법인, 재단법인



오직 자연인, 법인만 권리능력을 갖는다. 동물(animal)은? 동물이 아무리 사랑스러워도, 동물은 권리능력이 없다.

2012다118594: 동물의 생명을 보호하고 국민의 정서를 함양하는 데 이바지한다는 동물보호법의 입법 취지나 내용을 고려[해 보자. 그렇]더라도 민법이나 [그 밖의] 법률에 **동물에 대해 권리능력을 인정하는 규정이 없고** 이를 인정하는 관습법도 존재하지 않[는 다. 그러]므로, 동물 자체가 위자료 청구권의 귀속주체가 된다고 할 수 없[다.] ... 그 동물이 애완견 등 이른바 반려동물이라고 하더라도 달리 볼 수 없[다.]

권리능력 없는 존재의 법률행위

절대적 무효다. 예를 들어,

- 1. 침팬지와 내가 서로 음식을 바꾸기로 약속했고, 침팬지가 그 의미를 이해했다(실제로 가능하다!).
- 2. 그 계약은 절대적 무효다.

의사능력

개념

의사능력(mental capacity): 자기가 하는 행위 의미를 알 수 있는 판단능력

1. 의사능력자: 의사능력 있는 사람
2. 의사무능력자(lack of mental capacity; person devoid of mental capacity): 의사능력 없는 사람

예: 유아, 정신병자, 만취자

적용대상

1. 자연인에서만 문제 된다.
2. 법인에서는 특별히 문제 되지 않는다. 쉽게 말해, 미친 법인은 없다.

의사무능력자의 법률행위

절대적 무효다. 예를 들어,

1. 완전히 심각하게 미친 사람과 매매계약을 체결했다.
2. 그 계약은 절대적 무효다.

제도 취지

1. 의사무능력자의 법률행위가 무효라는 명문 규정은 없다.
2. 그러나 자기 책임 원칙에 비추어, 의사무능력자의 법률행위는 무효로 해석한다. 왜? 원래 법률효과가 발생하는 근거가 의사(intention)다. 그런데 의사무능력자는 애당초 의사라는 것을 인정할 수 없기 때문이다.

행위능력

개념

행위능력(capacity to act): 혼자서 온전히 법률행위를 할 수 있는 능력.

민법에서 짧게 “능력”이라고만 하면, 행위능력을 말한다.

1. 행위능력자(person of capacity to act): 행위능력을 가진 사람
2. 제한능력자(person of limited legal capacity): 행위능력을 못 가진 사람

적용대상

1. 자연인에서만 문제 된다.
2. 법인에서는 특별히 문제 되지 않는다. 쉽게 말해, 보호자를 둔 법인은 없다.

제한능력자의 종류

1. 미성년자(minor): 19세 미만
2. 피성년후견인(person under adult guardianship): 정신상 사무처리능력이 지속적으로 결여
3. 피한정후견인(person under limited guardianship): 정신상 사무처리능력이 부족
4. 피특정후견인(person under specific guardianship): 정신상 일시적 또는 특정한 후원 필요

제한능력자의 법률행위

유효하다. 그러나 취소할 수 있는 경우가 있다. 예를 들어,

1. 17세 고등학생이 미니쿠퍼 승용차 1대를 구입하는 계약을 체결했다.
2. 그 계약은 일단 유효하다.
3. 그러나 고등학생이나 그 부모가 취소할 수 있다.

제도 취지

1. 시장에서 거래를 했는데, 나중에 그 거래(계약)가 취소되어 무효로 되면? 거래를 한 상대방은 뜻밖의 손해를 입게 된다. 제한능력자 제도는 이처럼 거래 안전을 해칠 수가 있다.
2. 그럼에도, 제한능력자(미성년자 등)를 보호한다. 이것이 제한능력자 제도 취지다.

2005다71659: [제한능력자] 제도는 사적자치의 원칙이라는 민법의 기본이념, 특히, 자기책임 원칙의 구현을 가능케 하는 도구로서 인정[된다. 그리고 이 제도는] 거래의 안전을 희생시키더라도 [제한능력자]를 보호하고자 함에 근본적인 입법 취지가 있다.

책임능력

개념

책임능력(capacity in tort): 자기의 행위로 타인에게 손해를 끼치게 되리라는 것을 판단할 수 있는 능력

1. 책임능력자: 책임능력이 있는 존재
2. 책임무능력자: 책임능력 없는 존재

제3강 불법행위법 기초 중 “불법행위 성립”에서 본 그 책임능력이다.

적용대상

1. 자연인에서는 문제 된다.
2. 법인에서는 특별히 문제 되지 않는다.

물론, 법인도 불법행위책임을 질 수 있다. 그러나 법인의 불법행위책임은 책임능력 문제가 아니다. 차차 배운다.

책임무능력자의 불법행위

- 1. 책임무능력자는 불법행위책임을 지지 않는다.
- 2. 가해자가 책임무능력자라면? 감독자(supervisor)에게 감독자책임이 발생할 수는 있다.

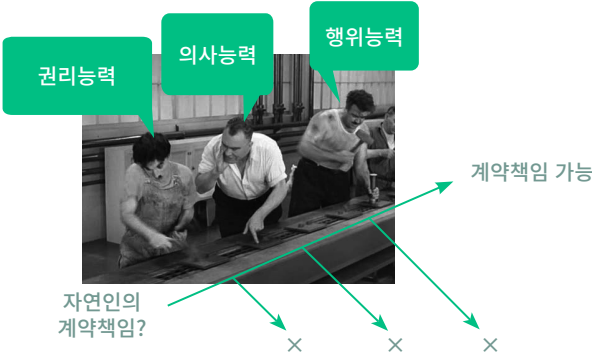
민법 제755조(감독자의 책임) ① 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조[미성년자의 책임능력] 또는 제754조[심신상실자의 책임능력]에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있다. ...

주의: 적용 영역

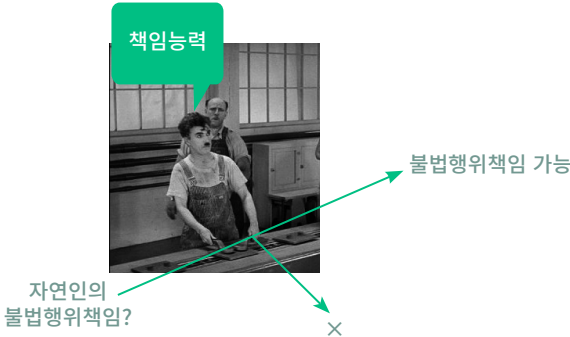
- 1. 권리능력, 의사능력, 행위능력: 계약책임에 관한 것
- 2. 책임능력: 불법행위책임에 관한 것

결론

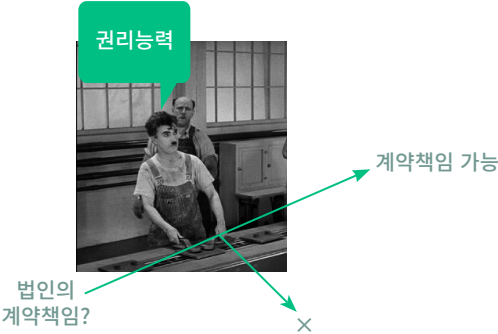
자연인의 계약책임 판단



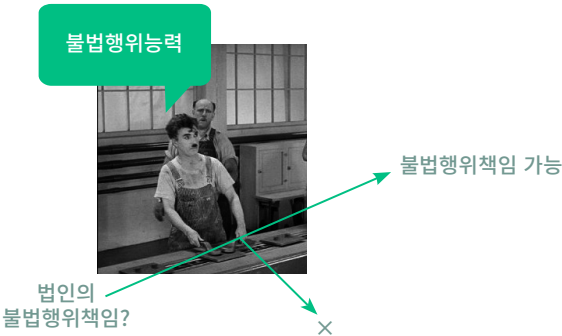
자연인의 불법행위책임 판단



법인의 계약책임 판단



법인의 불법행위책임 판단



자연인의 권리능력

Natural Person's Legal Capacity

법은 어떤 관점에서 바라본 인간사 그 자체이다. - Friedrich Carl von Savigny

머리에

사람의 권리능력

사람은 누구라도 태어나서 죽을 때까지 권리능력을 갖는다.

1. 거지도 부자도,
2. 신생아도 노인도,
3. 모범 시민도 범죄자도, 마찬가지다.

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

생존한 동안?

그런데 “생존한 동안”의 뜻이 모호하다. 그 시작과 끝이 구체적으로 언제인가?

시기: 출생(전부 노출)

개요

권리능력의 시기(commencement; starting time) = 출생 시

출생 의미

출생: 모체로부터 신체 전부가 나온 때

서울고법2006나56833: 출생[은] 어느 한순간 일시에 이루어지는 것이 아니라 출산이라는 일련의 생리적 과정을 거쳐 이루어진 것이[다. 그러]므로 어느 단계를 출생으로 볼 것인가는 중요하고도 어려운 문제[다. 그렇지]만, 적어도 민법에서 사람의 시기를 정하는 것은 이상, 생리적인 현상을 의학적으로 규명하는 것이 아니[다. 이는] 민법의 권리능력에 관한 입법 취지에 따라 **법적 관점에서 결정**할 문제[다.]

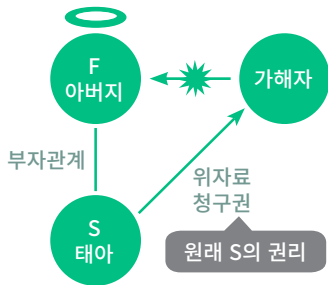
사람의 권리능력은 그 취득시기가 무엇보다도 명확할 필요가 있고 동일한 법적 이념을 추구하는 세계 각국과도 보조를 맞추어야 [한]다. [다음 사항들을 고려해야 한다. ①] 독일이나 스위스에서는 “출생의 완료”로서 사람의 권리능력이 시작됨을 명문으로 규정하고 있다. ② 그 밖에 태아가 사산한 경우에 그 망아에게 손해배상청구권을 인정하[는] 입법례나 실무례를 찾아보기 어렵다. ③ 전부노출설이 비교적 명확하게 그 시기를 확정할 수 있[다.] ... [그러므로, 원칙적으로] 우리 **민법**의 해석상으로도 사람의 출생시기를 태아가 모체로부터 **전부 노출**한 때를 기준으로 삼[아야 한다.]

태아의 권리능력

1. 원칙: 그 결과 태아(unborn child)는 권리능력이 없다.

태아는 모체 일부다(*Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*; The child is a part of the woman, or of her entrails, before it is born).

- 2. 예외: 태아가 권리능력을 갖는 경우가 있다. 우리 법은 불법행위 손해배상 청구권과 같이 몇 가지에 한정해 태아의 권리능력을 인정한다. 예를 들어, 태아 때 입은 손해도 배상받을 권리가 있다.



민법 제762조(손해배상청구권에[서의] 태아의 지위) 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

93다4663: 태아[S]도 손해배상청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 [본다.] 부[F]가 교통사고로 상해를 입을 당시 태아[S]가 출생하지 아니하였다고 하더라도 그 뒤에 출생한 이상 [S는] 부[F]의 부상 [때문에] 입게 될 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다.

태아의 이익을 다룰 때는, 태아는 이미 출생한 것으로 본다(*Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*; The unborn is deemed to have been born to the extent that his own benefits are concerned).

- 3. 주의: 이러한 예외규정도 어디까지나 태아가 살아서 태어나야 의미가 있다. 즉, 사산한 이상 태아는 출생한 것으로 보지 않는다. 사산한 태아는 권리능력이 없다.

76다1365: 태아가 특정한 권리에 [관해] 이미 태어난 것으로 본다는 것은 [무슨 뜻인가?] 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 [한다. 그러]므로 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못 [가]진 이상 배상청구권을 논할 여지없다.

형법의 취급

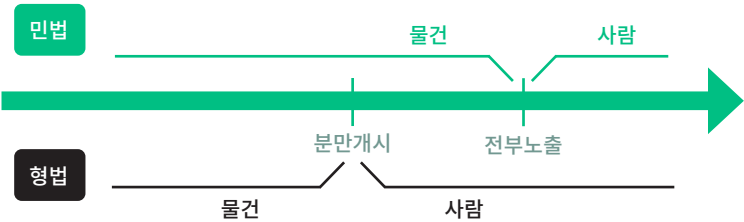
민법과 형법에서 “사람”은 서로 다르다.

- 1. 민법: 태아 $\nsubseteq$ 사람, but 손해배상청구권 등 관해 태아 $\subset$ 사람
- 2. 형법: 태아 $\nsubseteq$ 사람, but 분만 중 태아 $\subset$ 사람

81도2621: 사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하[는] 형법상의 해석[은 언제야 하는가?] 사람의 시기는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기 시작한 때 다시 말하여 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)라고 [보아야 한다.]

조산원이 분만 중인 태아를 질식사에 이르게 한 경우에는 업무상 과실치사죄가 성립한다.

소결



	민법	형법
분만 전 태아?	물건	물건
분만 중 태아?	물건	사람
분만 후 신생아?	사람	사람
일반인?	사람	사람
근거	전부노출설	분만개시설

종기: 사망(심장사)

개요

권리능력의 종기(termination; ending time) = 사망 시

죽음은 모든 것을 무효로 한다(*Der Tod hebt alles auf*; Death destroys everything).

기초 개념: 뇌사와 식물인간

뇌사와 식물인간은 서로 다르다. 식물인간은 뇌사자가 아니다.

- 1. 뇌사(brain death): 사고를 당해 “뇌줄기(brainstem)”를 포함한 전반적 뇌 기능이 완전히 정지된 상태. 뇌줄기는 호흡, 소화, 순환, 혈압 조절 등 생명 유지에 필수적 기능을 담당한다. 따라서 뇌사의 경우, 심장 박동 이외에는 인간의 모든 기능이 정지된다.

뇌사는 짧은 시간 내에 심장사로 이어진다. 회복은 “절대” 불가능하다.

- 2. 식물인간 상태(persistent vegetative state): 사고를 당해 “대뇌(cerebrum)” 부위만 손상을 입어, 의식이 없는 상태. 대뇌는 자극에 대한 반응, 의식을 담당할 뿐이다. 뇌줄기가 작동하는 이상 생명을 유지할 수 있다.

식물인간은 의학적 조치를 받으면서 장기간(길게는 10년 이상) 생존할 수도 있다. 드물게 의식을 회복하는 사례가 있다.

사망 의미

사망: 일반적으로 심장사(cardiac death)를 뜻한다. 심장사란, 곧 호흡(respiration)과 맥박(heartbeat)이 멈춘(cessation) 상태다.

- 1. 심장사 하면, 이제는 “사람”이 아니다. 이제는 권리능력이 없다.
- 2. 뇌사해도, 아직 법적으로 “사람”이다. 아직 권리능력이 있다.
- 3. 식물인간도, 아직 법적으로 “사람”이다. 아직 권리능력이 있다.

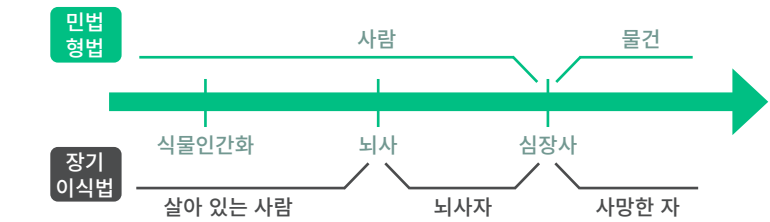
장기이식법에서의 취급

- 1. 장기이식법은 뇌사자를 특별히 취급한다. 엄격한 요건 아래, 장기 적출을 허용하고는 있다.
- 2. 그러나 그렇다고 해서 사망 시점을 뇌사 시로 보는 것은 아니다. 심장이 살아 있는 한, 이 법에서도 여전히 “사람”에는 해당한다.

장기이식법 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 5. “살아있는 사람”이란 **사람 중에서** 뇌사자를 제외한 사람을 말하고, “**뇌사자**”란 이 법에 따른 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 **판정된 사람**을 말한다.

소결



	민법, 형법	장기이식법
일반인?	사람	(사람 중) 살아 있는 사람
식물인간?	사람	(사람 중) 살아 있는 사람
뇌사?	사람	(사람 중) 뇌사자
심장사?	물건	사망한 자
근거	심장사설	정의(definition)

결론

사람의 권리능력

어떤 사람이든, 원칙적으로 일정한 기간 권리능력을 가진다.

권리능력 보유 기간

1. 모체로부터 전부 노출한 때부터
2. 호흡과 맥박이 멈출 때까지

자연인의 의사능력

Natural Person's Mental Capacity

인생은 다음 두 가지로 성립된다. “하고 싶지만 할 수 없다. 할 수 있지만 하고 싶지 않다.”
- Johann Wolfgang von Goethe

머리에

의사능력자, 의사무능력자

1. 의사능력이 있는 사람이 있다. 의사능력자다.
2. 의사능력이 없는 사람이 있다. 의사무능력자다(예: 유아, 정신병자, 만취자).

의사표시를 한 시점의 의사능력

어떤 사람이 어떤 의사표시를 했는데,

1. 평소에는 그가 의사능력이 있는 사람(의사능력자)이라도,
2. 특별한 상황(예: 절대적 강박)에서 의사능력 없이 의사표시를 했을 수도 있다.

의사능력의 판단

기준

2006다29358: 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여[된] 경우[가 있다. 그 경우] 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다[다. 그리고] 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단[해야 한다.]

사례

2006다29358: 피고 2는 위 연대보증계약 당시 이미 정신지체장애 3급의 판정을 받은 장애인[이다.] 2005. 10.경 실시된 위 피고에 대한 정신감정 결과 위 피고의 지능지수는 58에 불과하[였다. 그리고] 읽기는 가능하나 쓰기는 이름 및 주소 외에는 불가능[했다.] 기초적인 지식도 제대로 습득하지 못하였[다. 그리고] 간단한 계산능력이나 단순한 주의력도 결여되어 있[였다.] 사회적 이해력 및 상황의 파악능력도 손상되어 있[였다. 그리하여] 보증이나 대출의 의미를 제대로 이해할 수 없다는 진단을 받은 사실[이 있다.]

[위 피고가] 2,000만 원이 넘는 채무에 대하여 연대보증계약을 체결한 사안[이다. 위 피고는] 연대보증계약 당시 그 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 없었[다.]

의사능력 없을 때 효과

개요

1. 의사능력 없는 자(의사무능력자)가 한 법률행위는 무효다.
2. 의사능력 없는 상태에서 한 법률행위는 무효다.

절대적 무효

절대적으로 무효다.

1. 상대방이 알았든 몰랐든 상관없다.
2. 제3자가 알았든 몰랐든 상관없다.

어떤 경우든 무효다.

2008다58367: 원고와 피고 조합 사이의 이 사건 대출거래약정과 근저당권설정계약은 의사능력이 흠결된 상태에서 체결된 것으로서 무효[다.] 따라서 이를 원인으로 하는 이 사건 근저당권설정등기도 원인무효로서 말소되어야 한[다.]

신의칙과의 관계

1. 의사능력 없는 자가 자기 행위의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 신의칙 위반이 아니다.
2. 의사능력 없는 자를 보호하는 취지가 있기 때문이다.

2004다51627: 의사무능력자가 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 자신의 명의로 대출계약을 체결[했다. 그리고 의사무능력자가] 자신 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정[했다. 그] 후, 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하[는 상황이다.

[이] 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반하는 예외적인 경우에 해당하지 않는[다고 가정하자. 그러한 이상] 의사무능력자[를 통해 행한] 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다.

자연인의 행위능력

Natural Person's Capacity to Act

자유를 누리는 건 자신의 행위를 스스로 결정할 능력을 지녔기 때문이다.
- Immanuel Kant

미성년자의 행위능력

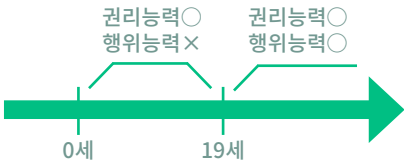
미성년자(minor) 개념

민사 미성년자는 19세 미만자다.

민법 제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

행위능력의 제한

- 1. 미성년자도 의사능력을 갖춘 경우, 계약을 할 수(can)는 있다.
- 2. 그러나 미성년자의 행위능력은 제한된다. 반드시 법정대리인의 동의가 있어야만 한다. 즉, 미성년자가 동의 없이 계약을 해서는 안 된다(may not).



민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. ...

- 3. 미성년자의 법정대리인이란, 보통은 부모다.

민법 제909조(친권자) ① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. ...

민법 제911조(미성년자인 자의 법정대리인) 친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자인 자의 법정대리인이 된다.

미성년자가 아직 계약을 하기 전인 이상, 법정대리인(부모)은 했던 동의를 철회해도 된다. 자유다.

민법 제7조(동의와 허락의 취소) 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에는 전2조[⇒ 제5조]의 동의...[를] 취소할 수 있다.

동의 없는 미성년자의 계약

법정대리인(부모)의 동의 없이 미성년자가 계약을 했다면? 취소할 수 있다.

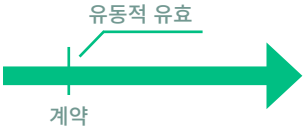
민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. ...

② 전항의 규정에 위반[된] 행위는 취소할 수 있다.

1. 법정대리인(부모)이 취소할 수도 있고, 미성년자 스스로 취소할 수도 있다.

민법 제140조(법률행위의 취소권자) 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자[**미성년자** 등], ... [**또는**] **그의 대리인** 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

2. 취소되기 전까지는 유효하다. 미성년자가 계약을 해도 무효가 아니라 일단 유효다. 즉, 유효적 유효다.



3. 그러나 취소되면, 계약 당시인 처음부터 무효다. 즉, 소급효가 있다.



민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

피성년후견인의 행위능력

피성년후견인(person under adult guardianship) 개념

- 1. 성년인데,
- 2. 정신적 제약으로 사무처리능력이,
- 3. 지속적으로 결여되어,
- 4. 후견이 필요한 사람 중에서,
- 5. 가정법원이 성년후견개시 심판을 내린 대상

민법 제9조(성년후견개시의 심판) ① **가정법원은** 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유[에 따른] **정신적 제약**으로 사무를 처리할 능력이 **지속적으로 결여**된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, ... 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구[로] **성년후견개시의 심판**을 한다.

성년후견인 개념

쉽게 말해, 피성년후견인을 후견하는 사람(또는 법인)

민법 제929조(성년후견심판에 [따른] 후견의 개시) 가정법원의 성년후견개시심판이 있는 경우에는 그 심판을 받은 사람의 성년후견인을 두어야 한다.

민법 제938조(후견인의 대리권 등) ① 후견인은 **피후견인의 법정대리인**이 된다.
② 가정법원은 성년후견인이 제1항에 따라 가지는 법정대리권의 범위를 정할 수 있다.

행위능력의 제한

- 1. 피성년후견인도 의사능력을 갖춘 경우, 계약을 할 수(can)는 있다.
- 2. 그러나 피성년후견인의 행위능력은 제한된다. 즉, 피성년후견인이 계약을 해서는 안 된다(may not).

법정대리인(성년후견인)의 동의가 있더라도 마찬가지다. 즉, 미성년자와 다르다.

피성년후견인의 계약

피성년후견인이 계약을 했다면? 취소할 수 있다.

- 민법 제10조(피성년후견인의 행위와 취소) ① 피성년후견인의 법률행위는 취소할 수 있다.

1. 법정대리인(성년후견인)이 취소할 수도 있다. 피성년후견인 스스로 취소할 수도 있다.

- 민법 제140조(법률행위의 취소권자) 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자[피성년후견인 등], ... [또는] 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

2. 취소되기 전까지는 유효하다. 피성년후견인이 계약을 해도 무효가 아니라 일단 유효하다. 즉, 유동적 유효다.



- 3. 그러나 취소되면 계약한 처음부터 무효다. 즉, 소급효가 있다.



민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

피한정후견인의 행위능력

피한정후견인(person under limited guardianship) 개념

- 1. 성년인데,
- 2. 정신적 제약으로 사무처리능력이,
- 3. 부족하여,
- 4. 후견이 필요한 사람 중에서,
- 5. 가정법원이 한정후견개시 심판을 내린 대상

민법 제12조(한정후견개시의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유[에 따른] **정신적 제약**으로 사무를 처리할 능력이 **부족한** 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, ... 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구[로] **한정후견개시의 심판**을 한다.

한정후견인 개념

쉽게 말해, 피한정후견인을 후견하는 사람

민법 제959조의2(한정후견의 개시) 가정법원의 한정후견개시의 심판이 있는 경우에는 그 심판을 받은 사람의 한정후견인을 두어야 한다.

민법 제959조의4(한정후견인의 대리권 등) ① 가정법원은 **한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판**을 할 수 있다.

② 한정후견인의 대리권 등에 관하여는 제938조 제3항 ...을 준용한다.

민법 제938조(후견인의 대리권 등) ③ 가정법원은 성년후견인이 피성년후견인의 신상에 관하여 결정할 수 있는 권한의 범위를 정할 수 있다.

행위능력의 제한

1. 피한정후견인이 의사능력을 갖춘 경우, 계약을 할 수(can) 있다.
2. 그리고 피한정후견인의 행위능력은 제한되지도 않는다. 법정대리인 동의가 필요 없다. 즉, 피한정후견인은 동의 없이 계약을 해도 된다(may).
3. 다만, 피한정후견인의 행위능력이 제한되는 경우가 있다. 가정법원이 “법정대리인 동의가 필요하다.”라고 정해 놓은 경우다. 이때는 반드시 법정대리인의 동의가 있어야만 한다. 즉, 피한정후견인이 동의 없이 계약을 해서는 안 된다(may not).

민법 제13조(피한정후견인의 행위와 동의) ① **가정법원**은 피한정후견인이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정할 수 있다.

미성년자, 피성년후견인과 다르다.

동의 없는 피한정후견인의 계약

법정대리인(한정후견인)의 동의가 필요한 경우에 해당하는데도, 동의 없이 피한정후견인이 계약을 했다면? 그 계약은 취소할 수 있다.

민법 제13조(피한정후견인의 행위와 동의) ④ 한정후견인의 동의가 필요한 법률행위를 피한정후견인이 한정후견인의 동의 없이 하였을 때에는 그 법률행위를 취소할 수 있다. ...

1. 법정대리인(한정후견인)이 취소할 수도 있다. 피한정후견인 스스로 취소할 수도 있다.

민법 제140조(법률행위의 취소권자) 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자[**피한정후견인** 등], ... [또는] **그의 대리인** 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

- 2. 취소되기 전까지는 유효하다. 피한정후견인이 계약을 해도 무효가 아니라 일단 유효하다. 즉, 유동적 유효다.



- 3. 그러나 취소되면 계약한 처음부터 무효다. 즉, 소급효가 있다.



민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

참고: 피특정후견인 제도

피특정후견인(person under specific guardianship) 개념

- 1. 성년인데,
- 2. 정신적 제약으로,
- 3. 일시적 또는 특정 사무에 관한 후원이 필요하여,
- 4. 후견이 필요한 사람 중에서,
- 5. 가정법원이 특정후견개시 심판을 내린 대상

민법 제14조의2(특정후견의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유[에 따른] 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, ... 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구[로] 특정후견의 심판을 한다.

특정후견인 개념

쉽게 말해, 피특정후견인을 후견하는 사람. 특정후견인을 꼭 둘 필요는 없다.

민법 제959조의9(특정후견인의 선임 등) ① 가정법원은 제959조의8에 따른 처분으로 피특정후견인을 후원하거나 대리하기 위한 특정후견인을 선임할 수 있다.

민법 제959조의11(특정후견인의 대리권) ① 피특정후견인의 후원을 위하여 필요하고 인정하면 가정법원은 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다.

② 제1항의 경우 가정법원은 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원이나 특정후견감독인의 동의를 받도록 명할 수 있다.

행위능력의 제한?

- 1. 피특정후견인이 의사능력을 갖춘 경우, 계약을 할 수(can) 있다.
- 2. 그리고 피특정후견인의 행위능력은 제한되지도 않는다. 법정대리인의 동의가 필요 없다. 즉, 피특정후견인은 동의 없이 계약을 해도 된다(may).

미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인과 다르다.

피특정후견인의 계약

유효하다. 아무런 문제(흠)가 없다. 그래서 취소 대상도 아니다.

중간 결론

	행위능력 (상대적으로)	사유	법률행위	동의 없는 법률행위
피성년후견인	크게 제한	지속적 결여	무조건 금지	
미성년자	다소 제한	19세 미만	동의 있어야 허용	유동적 유효 (취소 가능)
피한정후견인	조금 제한	부족	동의 있어야 허용	
피특정후견인	제한 없음	일시/특정적	무조건 허용	확정적 유효 (취소 불가능)

입문 단계에서 모두 암기할 필요는 없다. 그보다는, 법의 원리를 이해하는 것이 시급하다. 수험법학은 시간 싸움이다. 항상 우선순위를 생각하라.

예외

머리에

- 1. 앞서 취소 대상에,
- 2. 취소할 수 없도록 예외를 둔 경우가 있다.

그냥 쓱 보고 상식 선에서 “이런 것이 있다”는 정도로 이해하면 충분하다.

미성년자 경우

- 1. 복습: 미성년자의 계약은 부모 동의가 있어야 하고, 없었다면 취소할 수 있다.
- 2. 그러나 예외가 있다.

즉,

- 1. 불이익이 없는 경우

민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다.

2. 처분을 허락한 재산 경우

민법 제6조(처분을 허락한 재산) 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산은 미성년자가 임의로 처분할 수 있다.

미성년자가 아직 계약을 하기 전인 이상, 법정대리인(부모)은 했던 허락을 철회해도 된다. 자유다.

민법 제7조(동의를 허락의 취소) 법정대리인은 미성년자가 아직 법률행위를 하기 전에 는 전2조[⇒ 제6조]의 ... 허락[재산 처분 허락]을 취소할 수 있다.

3. 영업에 관한 경우

민법 제8조(영업의 허락) ① 미성년자가 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 있다.

법정대리인(부모)은 했던 허락을 철회해도 된다. 자유다.

민법 제8조(영업의 허락) ② 법정대리인은 전항의 허락[영업 허락]을 취소...할 수 있다. 그러나 선의의 제[3]자에게 대항하지 못한다.

4. 대리행위: 어차피 계약 효과(법률효과)는 대리인이 아니라 본인에게 귀속한다. 그래서 미성년자가 불이익 당할 것이 없기 때문이다.

민법 제117조(대리인의 행위능력) 대리인은 행위능력자임[이 필요하]지 [않]다.

미성년자가 당사자인 계약을 누군가 대리하는 얘기가 아니다. 누군가가 당사자인 계약을 미성년자가 대리하는 얘기다.

5. 취소권 행사: 계약이 있기 전의 원래 상태로 돌아가는 것이다. 그러므로, 적어도 그때보다 불이익해질 염려는 없다. 그래서 부모 동의가 필요 없다.

민법 제140조(법률행위의 취소권자) 취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, ... [또는] 그의 대리인 또는 승계인만이 취소할 수 있다.

6. 임금 청구: 쉽게 말해, 아르바이트생을 보호하기 위한 것이다.

근로기준법 제68조(임금의 청구) 미성년자는 독자적으로 임금을 청구할 수 있다.

피성년후견인 경우

1. 복습: 피성년후견인의 계약은 취소할 수 있다.

2. 그러나 예외가 있다.

민법 제10조(피성년후견인의 행위와 취소) ④ 제1항에도 불구하고 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위는 성년후견인이 취소할 수 없다.

피한정후견인 경우

- 1. 복습: 피한정후견인의 계약은 법정대리인(한정후견인) 동의가 있어야 하고, 없었다면 취소할 수 있다.
- 2. 그러나 예외가 있다.

민법 제13조(피한정후견인의 행위와 동의) ④ ... 다만, 일용품의 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 미성년자에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 법정대리인이 미성년자에게 특정한 영업을 허락한 경우에 법정대리인은 그 허락을 취소할 수 없다.

제한능력자의 법률행위 취소

Avoidance of Limited Capacity's Act

존재하는 것 스스로 존재하지 않을 수도 있다는 무에 대한 가능성을 알려 오고,
이와 같은 가능성 속에서만 존재하는 것으로서 그 자신을 알려 오는 것이다.

- Martin Heidegger

머리에

복습: 제한능력자의 법률행위

1. 제한능력자는 법정대리인을 통해 계약(법률행위)을 해야 한다.
2. 만약 그렇게 하지 않았다면? 유동적 유효이므로 취소할 수 있다.

문제점

그런데 취소를 하면 상대방이 예측하지 못했던 손해를 입을 수도 있다. 이와 관련해, 다음이 문제 된다.

1. 취소하는 것이 신의칙 위반인지?
2. 상대방 보호 수단은 무엇인지?
3. 취소하면 부당이득으로 반환해야 하는 범위는 어떤지?

신의칙 문제

원칙

제한능력자의 법률행위라는 이유로 취소하더라도 신의칙 위반이 아니다.

사례

미성년자가 신용카드를 이용해 신용카드 가맹점에서 물건을 샀다면? 미성년자는 계약을 취소할 수 있다. 취소하는 것이 신의칙 위반은 아니다.

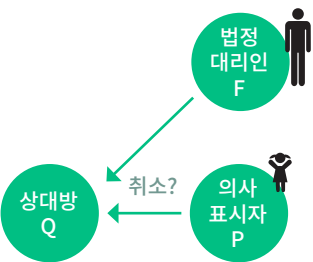
2005다71659: [제한능력자] 제도의 ... 성격과 입법 취지 등에 비추[면, 다음과 같이 보아야 한다.] 신용카드 가맹점이 미성년자와 신용구매계약을 체결할 당시 향후 그 미성년자가 법정대리인의 동의가 없었음을 들어 스스로 위 계약을 취소하지는 않으리라고 신뢰하였다[고 하자. 그렇]더라도 그 신뢰가 객관적으로 정당한 것이라고 할 수 있을지 의문[이다. 그]뿐만 아니라, 그 미성년자가 가맹점의 이러한 신뢰에 반하여 취소권을 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태라고 보기도 어[렵다.]

미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정이다. 그런 데, 위 규정에 반하여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다[면 어떻게 될까?] 이는 오히려 위 규정에 [따라] 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 [된다. 그렇게 되면] 미성년자 제도의 입법 취지를 몰각시킬 우려가 있[다.]

[그러]므로, 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의를 사유로 들어 이를 취소하는 것[은 어떤가?] 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

상대방 보호

보호의 필요성

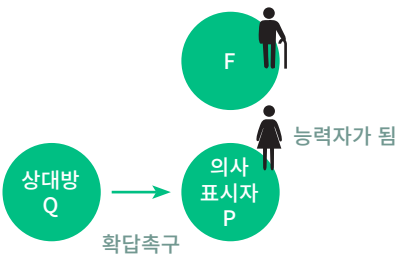


- 1. 제한능력자 측(P, F)에서 거래를 일방적으로 취소할 수도 있고, 취소하지 않을 수도 있다.
- 2. 제한능력자(P)와 거래한 상대방(Q)은 매우 불안정한 상태에 놓이게 된다.
- 3. 이것을 빨리 해소해야 사회적 손실을 줄일 수 있다.

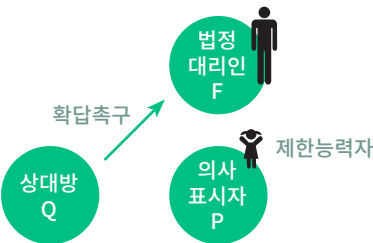
확답을 촉구할 권리

상대방(Q)이 제한능력자 측(P, F)에게 “이거 어떻게 할 거냐”는 식으로, 확답을 촉구(peremptory notice)할 수 있다.

- 1. 제한능력자(예: 미성년자)(P)가 능력자(예: 성인)가 되었다면? 능력자(P) 상대로 확답을 촉구한다.



- 2. 제한능력자(예: 미성년자)(P)가 여전히 제한능력자 상태라면? 제한능력자(P)의 법정대리인(F) 상대로 확답을 촉구한다.

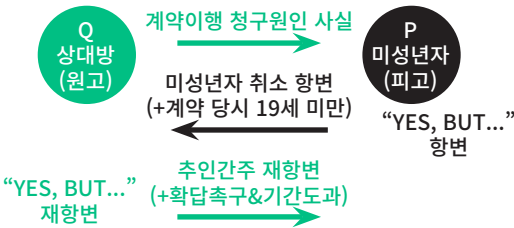


만약 묵묵부답하면?

1. 원칙: 추인 간주

민법 제15조(제한능력자[P]의 상대방[Q]의 확답을 촉구할 권리) ① 제한능력자[P]의 상대방[Q]은 제한능력자[P]가 **능력이 된 후에 그에게** 1개월 이상의 기간을 정하여 그 취소할 수 있는 행위를 추인할 것인지 여부의 확답을 촉구할 수 있다. 능력이 된 사람이 그 기간 내에 **확답을 발송하지 아니하면 그 행위를 추인한 것으로 본다.**

② 제한능력자[P]가 아직 능력이 되지 못한 경우에는 그의 **법정대리인[F]에게** 제1항의 촉구를 할 수 있고, 법정대리인[F]이 그 정하여진 기간 내에 **확답을 발송하지 아니한 경우에는 그 행위를 추인한 것으로 본다.**

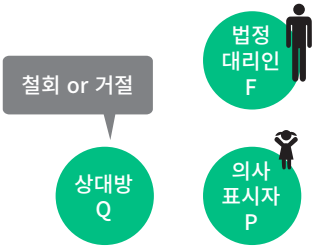


2. 예외: 취소 간주

민법 제15조(제한능력자[P]의 상대방[Q]의 확답을 촉구할 권리) ③ **특별한 절차가 필요한 행위**는 그 정하여진 기간 내에 그 절차를 밟은 확답을 발송하지 아니하면 **취소한 것으로 본다.**

철회권과 거절권

상대방(Q)은 “그냥 거래를 없던 일로 하자” 식으로 철회 또는 거절할 수도 있다.



1. 계약(contract) 경우, 상대방(Q)은 철회(withdrawal)할 수 있다.

민법 제16조(제한능력자[P]의 상대방[Q]의 철회권과 거절권) ① 제한능력자[P]가 맺은 계약은 **추인이 있을 때까지** 상대방[Q]이 그 의사표시를 **철회**할 수 있다. 다만, 상대방[Q]이 계약 당시에 제한능력자임을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 단독행위(unilateral act) 경우, 상대방(Q)은 거절(refusal)할 수 있다.

민법 제16조(제한능력자[P]의 상대방[Q]의 철회권과 거절권) ② 제한능력자[P]의 단독 행위는 추인이 있을 때까지 상대방[Q]이 거절할 수 있다.

3. 제한능력자(P)가 아직 능력자로 되지 못했더라도, 상대방(Q)은 철회, 거절할 수 있다. 철회, 거절은 제한능력자의 법률행위가 있기 전 상태로 돌리는 것이 라서, 꼭 능력자여야 할 이유가 없다.

민법 제16조(제한능력자[P]의 상대방[Q]의 철회권과 거절권) ③ 제1항의 철회나 제2항 의 거절의 의사표시는 제한능력자[P]에게도 할 수 있다.

제한능력자의 속임수

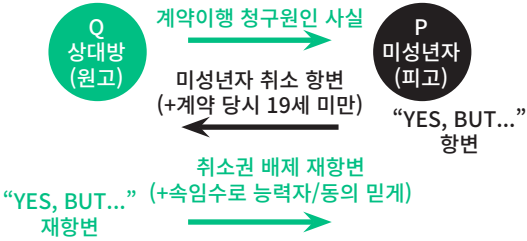
1. 제한능력자(P)가 속임수(deception)를 쓴 경우, 취소가 제한된다.

민법 제17조(제한능력자[P]의 속임수) ① 제한능력자[P]가 속임수로써 자기[P]를 능력 자로 믿게 한 경우에는 그 행위를 취소할 수 없다.
② 미성년자[P]나 피한정후견인이 속임수로써 법정대리인[F]의 동의를 있는 것으로 믿 게 한 경우에도 제1항과 같다.

2. 여기서 속임수란, 적극적 사기수단을 뜻한다.

71다2045: [민법 제17조에서] 이른바 “[→ 제한능력자(P)]가 [속임수]로써 능력자로 믿 게 한 때”에[서 속임수를] 쓴 것이[란] 적극적으로 사기수단을 쓴 것을 말[한다.] 단순히 자기[P]가 능력자라 [거짓말]함은 [속임수]를 쓴 것이라고 할 수 없다.

미성년자[P]와 계약을 체결한 상대방[Q]이 미성년자[P]의 취소권을 배제하기 위하여 본 조[에서 정한] 미성년자[P]가 [속임수를] 썼다고 주장[한다. 이] 때에는 그 주장자인 상 대방 측[Q]에 그에 대한 [증명]책임이 있다.



연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 3.] 甲과 乙은 부부로서 그들의 공동친권에 따르는 미성년 자녀 丙과 丁을 두고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 丙이 법률행위 당시 상대방에 대하여 자신을 단지 성년자라고 말하였을 뿐이고 적극적으로 속임수를 사용하지 않았다면, 丙은 위 법률행위를 취소할 수 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 미성년자에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄷ. 미성년자가 법률행위 당시 상대방에 대하여 자신을 단지 성년자라고만 말하였을 뿐 적극적으로 속임수를 사용하지는 않았다면 미성년자는 그 법률행위를 취소할 수 있다.

취소 효과

이행이 이루어지지 않은 상태에서 취소

만약 계약에 따른 이행이 아직 안 된 상태에서, 계약이 취소로 무효가 되었다면?

- 1. 서로 채권채무 관계가 없다.
- 2. 이행할 것이 없다.

서로 인사하고 제 갈 길 가면 된다.

민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

이행이 이루어진 상태에서 취소

만약 계약에 따라 이행이 된 상태에서, 계약이 취소로 무효가 되었다면?

- 1. 매도인이든 매수인이든 간에, 서로 받은 것(돈, 물건 등)을 돌려줘야 한다. 법적으로 자기가 계속 보유하고 있을 근거가 사라졌기 때문이다.
- 2. 바로, 급여부당이득 반환이다.

여러 번 본 그 급여부당이득이 맞다.

민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. ...

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.



부당이득 반환 범위

일반 부당이득 반환 규정 문제점

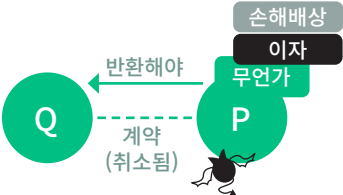
- 1. 원래 일반적 반환 범위는 부당이득 장(chapter)에서 정하고 있다.

민법 제3편 채권 제4장 부당이득[제741조~제749조]

민법 제748조(수익자의 반환범위) ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다.

② 악의의 수익자[B]는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

2. 악의의 수익자는 이자 반환 및 손해배상이라는 무거운 책임을 진다.



3. 이 규정을 그대로 적용하면, 제한능력자(미성년자 등)에게 너무 가혹하다.

특별규정

따라서 법은 특별규정을 두었다. 제한능력자(미성년자 등) 보호 차원에서, 반환 범위를 제한한다. 제한능력자(미성년자 등)는, 악의라도,

- 1. 이자 반환이나 손해배상 책임이 없다.
- 2. 받았던 것 중에서도, 남아 있는 만큼(현존이익)만 돌려주면 된다.



민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위 [때문에] 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환(償還)할 책임이 있다.

2008다58367: [제한능력자]의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서[는 어떤 취지일 까?] 부당이득에서] 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특징[이다. 즉,] 무능력자의 보호를 위해 그 선의, 악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려 [는] 취지가 있다.]

금전상 이득의 현존 추정

취득했던 것이 만약 금전상(monetary) 이득이라면?

- 1. 그 이득이 현존(existing)한다고 추정한다.



- 2. 왜? 금전(돈)은, 실령 생활비로 소비했더라도, 대신 그만큼 다른 무언가의 지출을 면할 수 있었기 때문이다.

2008다58367: 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무 [때문에] 이익을 얻고 그 [때문에] 타인에게 손해를 가한 경우에 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정[된다.]

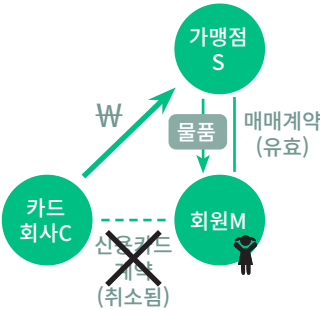
- 3. 그래서 금전상 이득은 대부분 이득이 전부 남아 있는 것으로 처리된다. 따라서 받았던 전액을 반환해야 한다.

사례

문제 사안

미성년자(M)가 신용카드를 발급받았다. 그 후 가맹점(S)에서 물건을 살 때 그 카드로 결제했다. 현재 물건은 모두 소비되고 없다. 신용카드 계약만 취소되었다.

2003다60297: 미성년자[M]가 신용카드발행인[C]과 사이에 신용카드 이용계약을 체결하여 신용카드거래를 하다가 신용카드 이용계약을 취소[한 사안이다.]



- 1. 미성년자(M)가 무엇인가 반환할 의무가 있는가?
- 2. 있다면, 미성년자(M)가 그 행위 때문에 받은 이익이란 무엇인가?

미성년자가 얻었던 이득

신용카드 계약으로 미성년자(M)가 얻은 것은 무엇인가?

2003다60297: [사안에서] 미성년자[M]는 [신용카드 이용계약 체결] 행위로 ... 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있[다.]

- 1. 물품(goods)과 용역(service) 자체가 아니다.

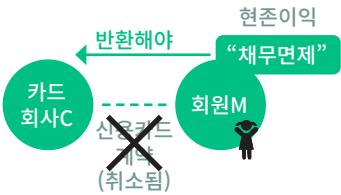
2003다60297: [미성년자(M)]들이 가맹점[S]과의 매매계약을 통하여 취득한 물품과 [받]은 용역이 부당이득으로 반환의 대상이 [되는 것이 아니다.]

- 2. 물품 및 용역 “대금채무의 면제(exemption of monetary obligation)”라는 이익을 얻었다.

2003다60297: [미성년자(M)]들은 신용카드발행인인 [카드회사(C)]들이 가맹점[S]에 대신 지급하였던 물품, 용역대금채무를 면제받았[다.]

취소 효과

- 1. 신용카드 계약이 취소되기 전에는? 신용카드 계약이 유효하게 존재했다. 따라서 취소되기 전에는, 미성년자(M)가 “채무면제”라는 이익을 보유할 법률상 원인(근거)이 있었다.
- 2. 그러다가 신용카드 계약이 취소된 후에는? 미성년자(M)가 채무면제라는 이익을 보유할 법률상 원인(근거)이 사라졌다. 따라서 그 재산상 이익을 이제 부당이득으로 반환해야 한다.



2003다60297: 신용카드 이용계약이 취소됨에[도] 신용카드회원[M]과 해당 가맹점[S] 사이에 체결된 개별적인 매매계약은 ... 유효하게 존속[한다. 그리고] 신용카드발행인[C]이 가맹점들[S]에 대하여 그 신용카드사용대금을 지급한 것은 신용카드 이용계약과는 별개로 신용카드발행인[C]과 가맹점[S] 사이에 체결된 가맹점 계약에 따른 것으로서 유효하[다. 그러]므로, 신용카드발행인[C]의 가맹점[S]에 대한 신용카드이용대금의 지급으로써 신용카드회원[미성년자(M)]은 자신[M]의 가맹점[S]에 대한 매매대금 지급채무를 법률상 원인 없이 면제받은 이익을 얻었[다.]

이 사건 신용카드 이용계약이 취소됨으로써 [미성년자(M)]들은 ... [카드회사(C)]들에게 위 물품, 용역대금 상당을 반환할 의무가 있[다.]

부당이득 반환 범위

- 1. 미성년자(M)가 얻었던 이익은? 물품 등 자체가 아니라 채무면제의 이익이다. 그러므로, “금전상” 이익이다. 따라서 이익이 현존하는 것으로 추정한다.

2003다60297: 이러한 이익은 금전상의 이득으로서 특별한 사정이 없는 한 현존하는 것으로 추정된다.

- 2. 설령 물품 자체가 모두 사라지고 없다 하더라도, 그래도 이익은 현존한다.
- 3. 결국, 미성년자(M)는 면제받은 대금채무액만큼 카드회사에 돌려줘야 한다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

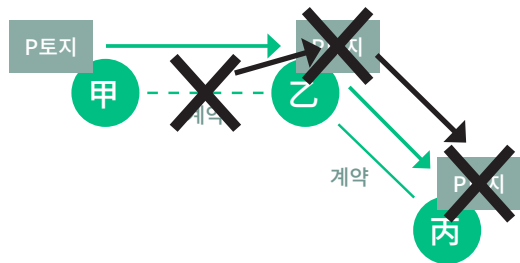
[문 3.] 甲과 乙은 부부로서 그들의 공동친권에 따르는 미성년 자녀 丙과 丁을 두고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 丙이 甲과 乙의 동의 없이 신용카드회사 戊와 신용카드 이용계약을 체결하고 발급 받은 카드를 이용하여 己로부터 구입한 물품의 대금을 戊가 지급한 이후에, 甲과 乙이 戊와의 신용카드 이용계약을 취소하였으나 己와의 매매계약은 취소하지 않고 구입한 물품을 丙이 모두 소비하였다면, 丙은 戊에게 부당이득반환의무를 부담하지 않는다.

제3자 보호?

복습

P토지에 관해, 甲 → 乙, 乙 → 丙 순차 매매계약을 해, 甲 → 乙 → 丙 순으로 이전등기를 마쳤다. 그런데 만약 甲-乙 사이 매매계약이 처음부터 무효라거나 취소나 해제되어 소급해 무효로 되었다면, P토지 소유권은?



- 1. 무효인 계약 당사자 乙은 소유권을 취득하지 못한다(제1 법칙).
- 2. 무효인 계약 당사자가 아닌 제3자 丙도 소유권을 취득하지 못한다(제2 법칙).

제3자 보호 규정

그러나 특별규정을 두어 제3자 丙을 보호하는 경우가 있다. 甲-乙 사이 매매계약이 무효로 된 이유가, 예를 들어,

- 1. 통정 허위표시로 무효라면 → 선의 경우 보호받는다(∴ 선의 제3자 보호규정 ○).

민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) ① 상대방[乙]과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다.
② 전항의 의사표시의 무효는 **선의의 제[3]자[丙]**에게 대항하지 못한다.

- 2. 착오 취소라면 → 선의 경우 보호받는다(∴ 선의 제3자 보호규정○).

민법 제109조(착오[에 따른] 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. ...
② 전항의 의사표시의 취소는 **선의의 제[3]자[丙]**에게 대항하지 못한다.

3. 사기나 강박 취소라면 → 선의 경우 보호받는다(∴ 선의 제3자 보호규정○).

민법 제110조(사기, 강박에 [따른] 의사표시) ① 사기나 강박에 [따른] 의사표시는 취소할 수 있다.

③ 전2항의 의사표시의 취소는 **선의의 제3자[丙]**에게 대항하지 못한다.

4. 해제라면 → 해제 전 등기를 마쳤다면 (선악 불문) 보호받는다(∴ 제3자 보호 규정○).

민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방[甲, 乙]이 계약을 해제한 때에는 각 당사자[甲, 乙]는 그 상대방[乙, 甲]에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 **제3자[丙]**의 권리를 해하지 못한다.

95다49882: 민법 제548조 제1항 단서에서 규정하는 **제3자[丙]**[단?] 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률적 효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가졌[어야 한다. 그]뿐 아니라 등기, 인도 등으로 완전한 권리를 취득[했어야 한다.]

단, 해제 후 등기를 마쳤다면 선의 경우 보호받는다(∴ 해석).

2005다6341: 계약해제[에 따른] 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약 당사자[甲, 乙]와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약해제 사실을 **몰랐던 제3자[丙]**에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없[다.]

5. 부동산 명의신탁으로 무효라면 → 제3자는 (선악 불문) 보호받는다(∴ 제3자 보호규정○).

부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

③ 제1항...의 무효는 **제3자[丙]**에게 대항하지 못한다.

제3자 보호 규정 없는 경우

제3자 丙을 보호하는 특별규정이 없는 경우는? 원칙(제1 법칙 + 제2 법칙)대로, 제3자 丙은 보호받지 못한다. 예를 들어,

1. 반사회질서 행위로 무효라면 → 제3자는 보호받지 못한다(∴ 제3자 보호규정×).

민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서[를] 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

2. 불공정 행위로 무효라면 → 제3자는 보호받지 못한다(∴ 제3자 보호규정×).

민법 제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험 [때문에] 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

3. 제한능력자 행위 취소라면 → 제3자는 보호받지 못한다(∴ 제3자 보호규정 ×).

민법 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. ...

② 전항의 규정[을] 위반한 행위는 취소할 수 있다.

연습문제

2020년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 1.] 「민법」상 '제3자'에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 제한능력[에 따른] 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
- ㄷ. 당사자의 궁박, 경솔, 무경험 [때문에] 현저하게 공정을 잃은 법률행위의 무효는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
- ㄹ. 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자 甲이 강박을 [한] 경우 그 의사표시의 취소는 그 의사표시를 기초로 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자 乙에게 대항할 수 없다.
-

의사무능력자의 법률행위 무효

Effect of Acts by a Person Lacking Mental Capacity

쉽게 믿는 것은 어른에게는 약점, 아이에게는 힘이다. - Charles Lamb

문제 사안



2008다58367: 의사무능력자가 자신이 소유하는 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 [돈]을 대출받[았다]. 그 후 의사무능력자가 이를 제3자에게 대여한 사안이다.]

부당이득 성립

법률행위 무효

의사무능력자(B)와 금융기관(L) 사이의 법률행위는 무효다.

부당이득 성립

의사무능력자(B)가 대출로 얻은 이익이 있다면, 금융기관(L)에 반환해야 한다.

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인[L]의 재산... [때문에] 이익을 얻고 이 [때문에] 타인[L]에게 손해를 가한 자[B]는 그 이익을 반환하여야 한다.

부당이득 반환 범위

문제점

의사무능력 무효에 따른 부당이득 반환 범위에 관해, 특별한 규정이 없다.

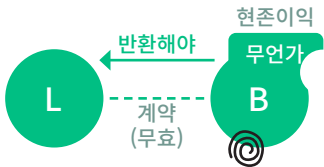
유추해석

1. 제한능력자 반환 범위 규정을, 의사무능력자 반환 범위에도 유추적용한다.

2008다58367: [제한능력자]의 책임을 제한하는 민법 제141조 단서는 ... 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 [한다].

2. 그 결과, 설령 의사무능력자(B)가 악의라도, 이자를 붙이거나 손해를 배상할 의무가 없다. 그저 현존이익 한도에서 반환하면 충분하다.

민법 제141조(취소의 효과) 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자[→ 의사무능력자(B)]는 그 행위로 ... 받은 **이익이 현존하는 한도에서 상환**(償還)할 책임이 있다.



현존이익의 판단

문제점

그렇다면, 사안에서 의사무능력자(B)의 현존이익은 무엇인가?

대출받은 돈?

대출받은 돈 자체는 남아 있지 않다.

제3자(K)에 대한 금전채권?

- 1. 의사무능력자(B)는 자기(B)로부터 그 돈을 빌린 제3자(K)에게 돈을 돌려달라 할 수 있는 상황이다. 즉, 제3자(K)에 대한 금전채권이 남아 있다.
- 2. 채권도 재산이다. 이 채권 자체가 의사무능력자의 현존이익이다.

2008다58367: 대출로써 받은 이익이 위 제3자(K)에 대한 대여금채권 또는 부당이득 반환채권의 형태로 현존[한다.]



사안 해결

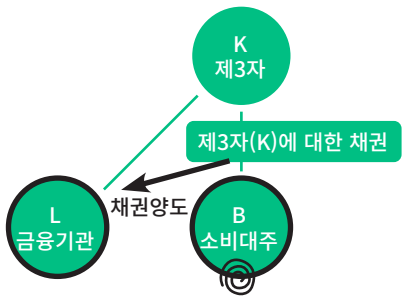
부당이득 반환의무

의사무능력자(B)는 제3자(K)에 대한 “채권” 자체를 금융기관에 반환할 의무가 있다.

반환 방식

채권양도 방식으로 반환해야 한다.

2008다58367: 금융기관[L]은 대출거래약정 등의 무효에 따른 원상회복으로서 위 대출금 자체의 반환을 구할 수는 없[다. 그러나 금융기관(L)은 의사무능력자(B) 상대로] 현존 이익인 위 **채권의 양도**를 구할 수 있[다.]



법인 제도

Juristic Person

우리는 그 존재에 너무나 익숙해진 나머지
이들이 상상 속에서만 존재한다는 사실을 곧잘 잊는다.
법인(corporation) 용어는 아이러니다.
어원인 라틴어 “corpus”는 “몸”이라는 뜻인데
법인에 딱 하나 없는 것이 바로 몸이기 때문이다.
- Yuval Noah Harari

개념

법인

자연인이 아닌데도, 법에 따라 법인격(권리능력)이 인정된 존재를 법인(juristic person; corporation)이라 한다.



민법 제34조(법인의 권리능력) 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 [에서] 권리와 의무의 주체가 된다.

- 1. 구성원(사원 등)이나 관리자와는 별도로, 법인 자체가 권리를 취득하거나 의무를 부담한다.
- 2. 법인은 관념상의 존재다. 예를 들어, 삼성전자 주식회사 건물은 법인(회사) 소유라거나 시설일 수는 있어도, 그 자체가 법인(회사)인 것은 아니다.

법인의 질량은 0이다.

사단

사단(association): 일정한 목적으로 모인 사람(사원)들 단체

- 1. 법인인 사단 = 사단법인(incorporated association)
- 2. 법인 아닌 사단 = 비법인사단(unincorporated association)

재단

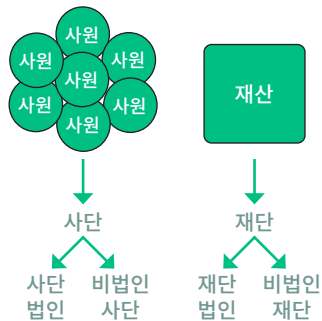
재단(foundation): 일정한 목적으로 모은 재산의 단체

- 1. 법인인 재단 = 재단법인(incorporated foundation)
- 2. 법인 아닌 재단 = 비법인재단(unincorporated foundation)

준법인

비법인사단과 비법인재단은, 공통적으로,

- 1. 법인은 아니다.
 - 2. 그러나 실질적으로 법인과 유사하다.
- 법인에 준한다는 의미로, 준법인(quasi-juristic person)이라 부른다.



정관

개념

단체나 법인의 조직, 활동을 정하는 근본규칙을 기재한 서면을 정관(articles of association)이라 한다.

사례

정관

제1장 총칙

제1조(상호) 당 회사는 ‘주식회사 로데오일렉트로닉스’라고 부른다.

제2조(목적) 당 회사는 다음 사업을 목적으로 한다.

1) 전자, 전기, 기계, 반도체 관련 재료, 부품, 소재, 기구 등의 제조, 가공, 판매 및 임대업

2) 전호의 사업에 따른 치구, 공구, 금형과 정밀기기 및 그 부품의 제조, 판매 및 임대업

3) 수출입업 및 동태행업

4) 전기 공사업

5) 정보통신 공사업

6) 석유화학 관련제품의 제조, 가공 및 판매업

7) 부동산업 및 부동산 분양, 임대대행업

8) 주택사업 임대 및 분양

9) Internet 사업 및 Biotechnology 사업관련 부품, 기기, S/W의 제조, 판매업 및 서비스업

10) Battery 및 관련 System과 소재의 개발, 제조, 가공, 판매, 임대업 및 서비스업

11) 전 각호에 부대 또는 관련된 사업일절 및 투자

제3조(본점과 지점) 당 회사는 본점을 서울특별시 내에 둔다. 필요에 따라 국내 및 해외에 지점 또는 출장소 및 영업소를 둘 수 있다.

제4조(공고방법) 당 회사의 공고는 회사의 인터넷홈페이지(<http://rode5elec.com>)에 게재한다. 다만, 전산장애 또는 그 밖의 부득이한 사유로 회사의 인터넷홈페이지 공고를 할 수 없을 때에는 서울특별시에서 발행되는 매일경제신문에 게재한다.

법인의 탄생

설립절차

설립절차(incorporation procedure): 법인을 만들기 위해 조직하는 절차

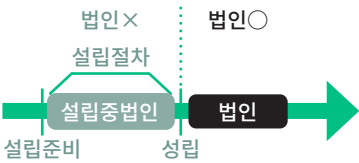
성립

성립(formation): 법인의 권리능력이 발생하는 순간. 즉, 법인설립등기를 한 때. 이렇게 성립해야 비로소 “법인”이라 부를 수 있다.

설립중법인

설립중법인(incorporating association): 설립절차에 진입한 후 성립하기 전 까지 상태의 사단.

아직은 권리능력이 없다. 엄밀히 말해 “법인”이 아니다. 즉, 법인 아닌 사단이다.



법인 소멸

해산

해산(dissolution): 법인이 그 본래의 활동을 종료하고, 잔여 정리를 해야 할 상태로 들어간다. 이것을 해산이라 한다.

해산: 절차 진입(approach)

청산절차

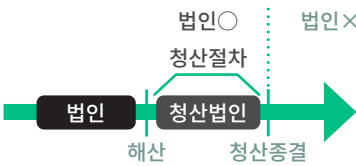
청산절차(liquidation procedure): 해산으로 법인 원래의 적극적 활동이 정지 되면? 남은 업무를 처리하고 재산을 정리해야 한다. 이 절차를 거쳐야 권리능력이 완전히 소멸한다. 이 절차를 청산절차라 한다.

청산: 절차(process) 자체

청산법인

청산법인(juristic person in liquidation): 해산해서, 청산이 진행 중 상태의 법인

청산 목적 내에서 권리능력을 갖고 있다. “법인”이다.



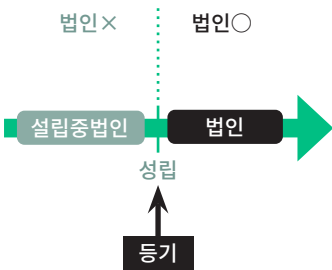
법인등기

개념

법인등기(corporate registration): 법인에 관한 등기(registration)

설립등기: 성립요건인 등기

법인은 설립등기(registration of incorporation)가 되어야 비로소 그때 법인격을 갖는다. 설립등기는 법인 성립요건(requirement of formation)이다.



- 1. 다른 요건을 모두 구비했어도,
- 2. 설립등기가 없다면? 아직 불성립 상태다. 즉, 아직 권리능력을 갖지 못한다.

민법 제33조(법인설립의 등기) 법인은 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

그 밖의 등기: 대항요건인 등기

설립등기 외의 등기는 대항요건(requirement for counteraction)이다.

- 1. 즉, 어떤 사항을 꼭 등기하지 않더라도 일단 유효(valid)하다. 예를 들어, 주식회사 이사회에서 대표이사 선임결의를 하고 선임된 이사의 동의를 있으면, 대표이사 선임 등기 전이라도 대표이사 지위를 취득한다.

2. 단,登記하지 않으면 제3자에게(against third party) 유효하다는 주장을 못 하게 될 수도 있다. 예를 들어, 대표이사 선임 登記 전이라면, 대표이사 선임 사실을 모르는 제3자에게 대표이사 선임이 유효하다는 주장을 못 하게 될 수도 있다.

상법 제37조(登記의 효력) ① 登記할 사항은 이를 登記하지 아니하면 선의의 제3자에게 **대항하지 못한다.**

소결

법인의 登記사항이 변동하면, 登記를 해야 한다.

상법 제40조(변경, 소멸의 登記) 登記한 사항에 변경이 있거나 그 사항이 소멸한 때에는 당사자는 지체 없이 변경 또는 소멸의 登記를 하여야 한다.

1. 그중 설립登記는 효력발생요건이다. 설립登記를 마쳐야 법인성립 효력이 발생한다.
2. 그 외의 법인登記(≡ 변경登記)는 대항요건이다. 변경登記를 마치지 않더라도, 변동내용 효력이 발생한다.

법인 종류

Classification of Juristic Person

분류는 과학성에 대한 보증이다. - François Géný

공법인과 사법인

공법인

- 1. 공법인(public juristic person): 공공목적을 위한 법인
- 2. 예: 대한민국, 서울특별시, 양천구, 한국철도공사, 근로복지공단

사법인

- 1. 사법인(private juristic person): 구성원을 위한 법인
- 2. 예: ○○전자 주식회사, ☆☆☆☆ 유한회사, 사단법인 ♥♥♥♥학회, 의료법인 △△△△, 학교법인 ♣♣♣♣, 사회복지법인 ◇◇◇◇

구별의 어려움

99헌마553: 공법인과 사법인의 구별은 전통적인 것[이다.] “설립형식”을 강조하여 공법인은 공법상 설립행위 또는 법률에 근거하고, 사법인은 설립계약 등 법률행위에 근거한다고 하기도 [한다. 그리고] 그 “존립목적”을 강조하여 공법인은 국가적 목적 내지 공공 목적을 위하여 존재하는 것[이지만], 사법인은 그 구성원의 공동이익을 위하여 존재한다고 하여 왔다.

그런데 오늘날 사회복지국가의 등장으로 국가가 국민의 모든 생활영역에 간섭하고 활발한 경제활동을 하게 되자, 위와 같은 기준만으로는 구별이 어려운 중간적 영역의 법인도 많이 생겨나고 있다.

사단법인과 재단법인

머리에

모든 사법인은 사단법인과 재단법인 둘 중 하나다.

사단법인

사단법인(incorporated association): 사단(association)이 법인격을 가짐
예: ○○전자 주식회사, ☆☆☆☆ 유한회사, 사단법인 ♥♥♥♥학회

재단법인

재단법인(incorporated foundation): 재단(foundation)이 법인격을 가짐
예: 의료법인 △△△△, 학교법인 ♣♣♣♣, 사회복지법인 ◇◇◇◇

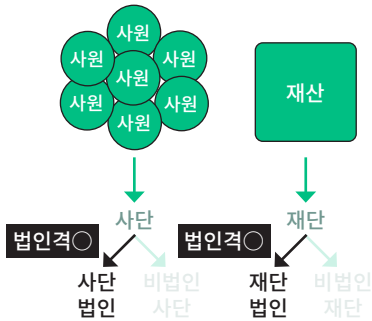
의료법 제33조(개설 등) ② ...
3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)

사립학교법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 2. “**학교법인**”이란 사립학교만을 설치, 경영할 목적으로 이 법에 따라 설립되는 법인을 말한다.

사회복지사업법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 3. “**사회복지법인**”이란 사회복지사업을 할 목적으로 설립된 법인을 말한다.



시설과 구별

- 1. 병원, 학교, 복지관 자체는 시설(facilities)에 불과하다. 권리능력이 없다.

예: 원고가 “△△△△병원”, “⚡⚡⚡⚡학교”, “◇◇◇◇복지관”으로 되면? 당사자능력이 없어 소각하 판결을 받는다. 마치 원고가 책상, 돌맹이, 건물이라는 것과 같기 때문이다.

- 2. 그 시설을 관리(management)하는 주체가 의료법인, 학교법인, 사회복지법인이다. 소송에서도 법인 자체가 당사자(원고, 피고)가 되어야 한다.

75다1048: 학교를 피고로 한 소송이라면 [어떨까?] 이 학교는 학교법인 조선대학교가 경영하는 하나의 교육시설에 불과하여 당사자 능력이 없다.

위 학교 교장인 “김○석”을 피고로 한 소송이라면 [어떨까?] 이 교장[김○석]은 위 학교 법인의 기관의 하나[다. 즉,] 관계 법령에 따라 학생의 입학 퇴학 전학 편입학 휴학 졸업 및 징계 등 소관사무를 처리하는데 지나지 않[는다. 그러]므로 교장이 이러한 학사사무를 처리할 권한이 있다고 해서 곧 교장에게 이러한 사항에 관한 민사소송상의 당사자적격이 있다고 단정[할] 수 없다. [즉, 자연인이므로 권리능력과 당사자능력은 있지만, 이 사건에서는 당사자적격이 없다.]

[원고는 “학교법인 조선대학교”를 피고로 삼아야 했다. 그렇지 못한 이 사건 소는] 각 하...[해야 한다.]

영리법인과 비영리법인

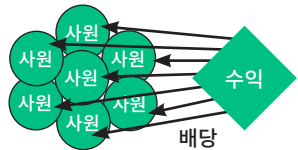
법인의 영리성

법인이 수익을 내고 그 수익을 구성원에게 배당(sharing)하는 것을, 영리 (profit-making)라 한다.

법인에서, “배당 없으면 영리성 없다.”

영리법인

영리법인(profit-making corporation): 영리를 목적으로 설립한 법인



민법 제39조(영리법인) ① 영리를 목적으로 하는 사단은 상사회사설립의 조건에 좇아 이를 법인으로 할 수 있다.

- 1. 대표적으로, 회사. 예를 들어, 주식회사는 주주 배당을 하므로 영리법인이다.
- 2. 예: ○○전자 주식회사, ☆☆☆☆ 유한회사

상법 제169조(회사의 의의) 이 법에서 “회사”란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다.

상법 제170조(회사의 종류) 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사와 유한회사의 5종으로 한다.

영리법인은 사단법인만 가능하다. 왜? 재단법인은 구성원이 없다. 그래서 재단법인은 구조적으로 배당할 수가 없다. 배당을 하지 않으면, 영리법인이 아니다.

반복: 법인에서, “배당 없으면 영리성 없다.”

비영리법인

비영리법인(non-profit corporation): 영리 아닌 사업을 목적으로 설립한 법인

민법 제32조(비영리법인의 설립과 허가) 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 기타 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단 또는 재단은 주무관청의 허가를 얻어 이를 법인으로 할 수 있다.

- 1. 대표적으로, 사단법인이나 재단법인. 예를 들어, 사단법인 대한축구협회는 회원들에게 배당을 하지 않아서, 비영리법인이다.
- 2. 예: 사단법인 ♥♥♥♥학회, 의료법인 △△△△, 학교법인 ☼☼☼☼, 사회복지법인 ◇◇◇◇

비영리법인인 사단법인과 재단법인 모두 가능하다. 사단법인이라도, 배당을 하지 않으면, 영리법인이 아니다.

또 반복: 법인에서, “배당 없으면 영리성 없다.”

비영리법인의 수익활동?

- 1. 비영리법인도 수익(earnings)을 낼 수 있다. 예를 들어, 비영리법인인 의료법인 △△△△도 “△△병원”을 운영하며 수익을 추구할 수 있다.

의료법 제49조(부대사업) ① 의료법인은 그 법인이 개설하는 의료기관에서 의료업무 외에 다음의 부대사업을 할 수 있다. 이 경우 부대사업으로 얻은 수익에 관한 회계는 의료법인의 다른 회계와 구분하여 계산하여야 한다.

사립학교법 제6조(사업) ① 학교법인은 그가 설치한 사립학교의 교육에 지장이 없는 범위에서 그 수익을 사립학교의 경영에 충당하기 위하여 수익을 목적으로 하는 사업(이하 “수익사업”이라 한다)을 할 수 있다.

사회복지사업법 제28조(수익사업) ① 법인은 목적사업의 경비에 충당하기 위하여 필요할 때에는 법인의 설립 목적 수행에 지장이 없는 범위에서 수익사업을 할 수 있다.

- 2. 다만, 비영리법인은 수익 활동을 하더라도 그 수익을 누군가에게 배당하지 않는다. 법인 스스로 쌓아둔다. 그래서 어디까지나 비영리(non-profit)다.



마지막으로 반복: 법인에서, “배당 없으면 영리성 없다.”

종류에 따른 규율

영리법인

- 1. 영리 사단법인은 상법을 적용한다. 즉, 회사(company)는 민법이 아니라 상법을 적용한다.

민법 제39조(영리법인) ② 전항의 사단법인[영리법인]에는 모두 상사회사에 관한 규정을 준용한다.

상법 제3편 회사[제169조~제637조의2]

상법 제169조(회사의 의의) 이 법[상법]에서 “회사[상사회사]”란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다.

- 2. 영리 재단법인인가? 그런 것은 존재하지 않는다. 사원이 없으므로, 배당도 불가능하기 때문이다.

정말 마지막으로 반복: 법인에서, “배당 없으면 영리성 없다.”

비영리법인

결국 오직 비영리법인에만 민법을 적용한다.

1. 그런데 비영리법인에는 (i) 공익법인(public service corporation), (ii) 의료법인(medical corporation), (iii) 학교법인(school corporation), (iv) 사회복지법인(social welfare corporation) 등이 있다. 각각 상세하게 규율하는 법률이 따로 있다.

공익법인법 제2조(적용 범위) 이 법은 재단법인이나 사단법인으로서 사회 일반의 이익에 이바지하기 위하여 학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선(慈善)에 관한 사업을 목적으로 하는 법인(이하 “**공익법인**”이라 한다)에 대하여 적용한다.

2. 개별법에 관련 규정이 없다면? 그때는 민법 규정을 적용한다.

공익법인법 시행령 제28조(준용) 이 영에 규정된 사항 이외에 법의 시행을 위하여 필요한 사항은 주무관청이 정하되, 따로 정한 사항이 없는 때에는 성질에 반하지 아니하는 한 **공익법인 이외의 비영리법인에 관한 규정을 준용**한다.

소결

1. 결국, 민법 규정 중 법인 부분의 활용도는 상대적으로 떨어진다.
2. 개별 법령에 특별한 내용이 없다면? 그때 민법을 적용한다.

법인의 기관

Organ of Juristic Person

말할 필요도 없지만, 이 신들이 실제로 사업을 운영한 것은 아니었다.
신들은 인간의 상상 속 외에는 어디에도 존재하지 않기 때문이다.
지상의 일은 사원에 있는 성직자들이 관리했다.
살과 피를 지닌 인간을 고용해 구글과 마이크로소프트의 업무를 맡기는 것과 같다.
- Yuval Noah Harari

개념

기관의 필요성

법인은 관념상의 존재다. 법인이 실제로 활동하기 위해서는 자연인의 행위를 통해야 한다. 따라서 기관(organ)이 필요하다.

자연인과 기관

1. 자연인이 기관일 수도 있다.

예: 대표이사(representative director)

2. 자연인의 모임이 기관일 수도 있다.

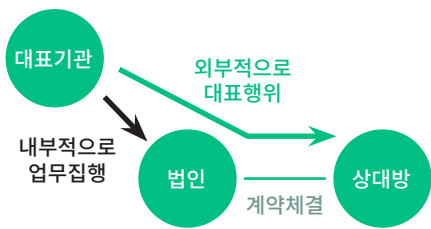
예: 이사회(board of directors)

대표기관

개념

대표기관(representative organ)이란?

- 1. 외부적으로는, 법인을 대표(representation)하는 기관
- 2. 내부적으로는, 법인 업무를 집행(execution)하는 기관



대표기관의 행위만 “법인의 행위”로 인정한다.

민법 제59조(이사의 대표권) ② 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다.

민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.

2017다53265: 적법한 대표권을 가진 자와 맺은 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인인 법인에 귀속한다.]

마찬가지로 그러한 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행[에 따른] 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다.

대표기관을 대표자라고도 부른다.

필수기관?

대표기관은 필수기관이다. 없으면, 법인이 활동하는 것이 불가능하기 때문이다.

상설기관?

대표기관은 상설기관이다.

사례

1. 비영리 사단법인의 대표기관 → 이사(director)
2. 재단법인의 대표기관 → 이사(director)

민법 제59조(이사의 대표권) ① **이사는** 법인의 사무에 관하여 각자 **법인을 대표**한다. ...

3. 청산법인의 대표기관 → 청산인(liquidator)

민법 제96조(준용규정) ... 제59조...의 규정은 청산인에 이를 준용한다.

4. 개별 법령에 따라, 이사장, 조합장 등 장(chief) 명칭을 쓰는 경우도 있다.

사립학교법 제19조(임원의 직무) ① **이사장은 학교법인을 대표**하고 이 법과 정관에 규정된 직무를 수행하며 그 밖에 학교법인 내부의 사무를 총괄한다.

5. 주식회사의 대표기관 → 대표이사(representative director).

상법 제389조(대표이사) ③ ... 제209조...의 규정은 대표이사에 준용한다.

상법 제209조(대표사원의 권한) ① 회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다.

주식회사에서 (일반) 이사는 대표기관이 아니다.

대표행위 흠 기준이 되는 사람

대표기관이 법인을 대표해 어떤 행위를 한다. 그 흠 여부는 누구를 기준으로 판단하나?

1. 법인 A 기준이 아니다. 법인 A 자체는 가만히 있었다.
2. 대표자 K 기준이다.

민법 제59조(이사의 대표권) ② 법인의 대표에 관하여는 **대리에 관한 규정을 준용**한다.

민법 제116조(대리행위의 하자) ① 의사표시의 효력이 의사의 흠결, 사기, 강박 또는 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것 [때문에] 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 **대리인[K]을 표준**으로 결정한다.

각자 대표 원칙

법인 A의 대표자가 여럿(甲, 乙)이라면?

- 1. 원칙(각자 대표): 반드시 甲, 乙이 공동으로 A의 대표행위를 할 필요 없다.
즉, 甲은 단독으로 A의 대표행위를 할 수 있고, 乙도 단독으로 A의 대표행위를 할 수 있다.

민법 제59조(이사의 대표권) ② 법인의 대표에 관하여는 **대리에 관한 규정을 준용한다.**
민법 제119조(각자대리) 대리인이 수인[甲, 乙]인 때에는 **각자가** 본인[A]을 대리한다. ...

- 2. 예외(공동대표): 만약 甲, 乙을 공동대표자로 정했다면? 반드시 甲, 乙이 공동으로 A의 대표행위를 해야 한다. 즉, 甲은 단독으로 A의 대표행위를 할 수 없고, 乙도 단독으로 A의 대표행위를 할 수 없다.

상법 제389조(대표이사) ② ... 수인의 대표이사[甲, 乙]가 **공동으로 회사[A]를 대표**할 것을 정할 수 있다.

다만, 공동대표로 정한 경우도, 법인 A가 의사표시를 “하는” 게 아니라 “받는” 것은 각자 대표에 따른다.

상법 제389조(대표이사) ③ 제208조 제2항...의 규정은 대표이사에 준용한다.
상법 제208조(공동대표) ② 전항의 경우에도 제3자의 회사[A]에 **대한** 의사표시는 공동대표의 권한있는 사원 1인[甲 or 乙]에 대하여 이를 함으로써 그 효력이 생긴다.

대표권의 포괄 위임?

법인 A의 대표자 甲이, 자신의 대표권 전체를 제3자 K에게 포괄 위임해도 될까?

- 1. 안 된다.
- 2. 왜? 허용하면, 대표자 아닌 사람에 사실상 대표권을 주는 셈이다. 그러면 누가 대표자인지, 대표권이 있는지에 관한 법률관계가 불안정하게 되는 문제가 생긴다.

민법 제62조(이사의 대리인 선임) 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 **특정한** 행위를 대리하게 할 수 있다.
2006도2016: 주식회사의 적법한 대표이사라 하더라도 그 권한을 **포괄적**으로 위임하여 다른 사람으로 하여금 대표이사의 업무를 처리하게 하는 것은 허용되지 않는다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 4.] 사단법인 甲의 이사 乙은 甲을 대표하여 매수인 丙과 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매매계약이 乙의 적법한 대표권 범위 내에서 체결된 것이라면 매매계약의 불이행에 따른 채무불이행책임은 甲이 직접 부담한다.

-
- ③ 甲이 丙에 대하여 매매계약에 따른 채무불이행책임을 지는 경우, 甲의 고의, 과실은 乙의 고의, 과실 여부를 기준으로 결정한다.
-
- ④ 甲이 丙에 대하여 매매계약에 따른 채무불이행책임을 지는 경우, 乙에게 불법행위책임 등이 별도로 성립하지 않더라도 乙은 대표기관 개인으로서 丙에 대해 손해배상책임을 부담하여야 한다.
-

연습문제2

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 40.] 「상법」상 주식회사의 이사회 결의 및 대표이사에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 주식회사에서 공동대표이사가 선임된 경우 거래상대방이 그 주식회사에 대하여 하는 의사표시는 그 주식회사의 공동대표이사 전원에게 하여야만 그 효력이 있다.
-

이사회

개념

이사회(board of directors): 이사가 여러 명인 경우 이사 전원으로 구성된 의결기관

필수기관?

1. 비영리 사단법인, 재단법인 경우, 이사회는 없어도 된다. 즉, 이사회는 필수기관이 아니다.

2017그661: 민법상 법인의 필수기관이 아닌 이사회는 이사가 사무집행권한에 [따라] 소집하는 것이[다.]

2. 개별 법령에 따라, 이사회가 필수기관인 경우도 있다. 법령에서 이사회를 “둘 수 있다.”가 아니라, “둔다.”라고 명시한 경우 그렇다.

사립학교법 제15조(이사회) ① 학교법인에 이사회를 둔다.

공익법인법 제6조(이사회) ① 공익법인에 이사회를 둔다.

3. 상법상 주식회사도 원칙적으로 이사회가 필수기관이다.

상법 제393조(이사회 의 권한) ① 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치, 이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회 의 결의로 한다.

상설기관?

만약 이사회를 두었다면, 이사회는 상설기관이다.

주의사항

1. 민법상 법인의 이사는? 대표기관이면서, 이사회를 구성하는 사람이다.

2. 주식회사의 이사는? 대표기관이 아니고, 단지 이사회를 구성하는 사람이다.

감독기관

개념

이사 등의 직무집행을 감독하는 감독기관.

일단은, 감독기관 중 감사(auditor)만 기억해도 충분하다.

필수기관?

1. 비영리 사단법인, 재단법인 → 감사는 필수기관이 아니다.

민법 제66조(감사) 법인은 정관 또는 총회의 결의로 감사를 둘 수 있다.

2. 예외적으로, 비영리 사단법인 중 공익법인 → 감사는 필수기관

공익법인법 제5조(임원 등) ① 공익법인에는 ... 이사와 2명의 감사를 두되, ...

3. 주식회사 → 감사는 필수기관

상법 제312조(임원의 선임) 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다.

상설기관?

감사는 상설기관이다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 4.] 「민법」상 법인의 기관에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
③ 감사는 필요적 상설기관이므로 감사의 성명과 주소는 정관의 필요적 기재 사항이다.

총회

개념

총회(general meeting)란, 구성원 전원으로 구성된 의결기관이다. 법인에서 최고의 의결기관이다.



필수기관?

총회는 필수기관이다.

상설기관?

그러나 총회는 상설기관은 아니다. 쉽게 말해, 총회가 열릴 때만 활동한다.

사례

1. 비영리 사단법인의 총회 → 사원총회(general meeting of members)
2. 재단법인 경우? 총회 개념이 없다.
3. 주식회사의 총회 → 주주총회(general meeting of shareholders)
4. 유한회사의 총회 → 사원총회(general meeting of unitholders; general meeting of members)

이사 지위 취득과 상실

복습: 이사 지위

1. (민법상) 비영리 법인의 이사 = 대표기관
2. (상법상) 주식회사의 이사 = 이사회 의 구성원(그중 대표이사가 대표기관)

개요

1. 취득 사유: 선임(appointment)
2. 상실 사유: 임기 만료(expiration), 해임(removal: 강제로 물러냄), 사임(resignation; 스스로 물러남)

비영리 법인 이사 지위 취득

민법은 비영리 법인 이사 임명(ㄷ 임면)에 관해 특별히 안 정하고 정관에 맡겼다.

민법 제57조(이사) 법인은 이사를 두어야 한다.

민법 제40조(사단법인의 정관) 사단법인의 설립자는 다음 각호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

5. 이사의 임면에 관한 규정

민법 제43조(재단법인의 정관) 재단법인의 설립자는 일정한 재산을 출연하고 제40조 제1호[부터] **제5호**[까지]의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

임명(任命) = 직무를 맡게 됨. 해면(解免) = 직무를 그만두게 됨. 임면(任免) = 임(任)명 + 해면(免).

비영리 법인 이사 지위 상실

앞서 본 것처럼, 민법은 비영리 법인 이사 해면(ㄷ 임면)에 관해 특별히 안 정하고 정관에 맡겼다. 다만,

1. 임기 만료: 임기 만료 → 상실

96다37206: 민법상 법인과 그 기관인 이사와의 관계[를 본다.] ... 이사의 임기가 만료 되면 일단 그 위임관계는 종료되는 것이 원칙이다[다.]

2. 해임(원칙): 해임 의사표시 도달 → 상실

민법 제689조(위임의 상호해지의 자유) ① 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다.

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

2023다263537: 법인과 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 하는 위임 유사의 관계이다. 민법 제689조 제1항에 따르면 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다. 그러므로 법인은 원칙적으로 이사의 임기 만료 전에도 **언제든지 이사를 해임할 수 있다.**

3. 해임(정관에서 해임 사유와 절차를 따로 정한 경우): 정관에서 정한 사유 + 정관에서 정한 절차 → 상실

2023다263537: 다만 이러한 민법 규정은 임의규정이므로 법인이 자치법규인 정관으로 이사의 해임사유 및 절차 등에 관하여 별도 규정을 둘 수 있다.

이러한 규정은 법인과 이사의 관계를 명확히 하는 것 외에 이사의 신분을 보장하는 의미도 아울러 가지고 있으므로 이를 단순히 주의적 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 법인의 정관에 이사의 해임사유에 관한 규정이 있는 경우 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상 법인은 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임할 수 없다.

법인의 자치법규인 정관을 존중할 필요성은 법인이 정관에서 정하지 아니한 사유로 이사를 해임하는 경우뿐만 아니라 법인이 정관에서 정한 사유로 이사를 해임하는 경우에도 [필요하]다. 법인이 정관에서 이사의 해임사유와 절차를 정하였고 그 해임사유가 실제로 발생하였다면, 법인은 이를 이유로 **정관에서 정한 절차에 따라 이사를 해임할 수 있다.**

신뢰관계 파탄 사정까지는 필요 없다.

2023다263537: 이때 정관에서 정한 해임사유가 발생하였다는 요건 외에 이 [때문에] 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르러야 한다는 요건이 추가로 충족되어야 법인이 비로소 이사를 해임할 수 있는 것은 아니다.

4. 사임: 사임 의사표시 도달 → 상실

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

2004다10909: 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위라 할 것이어서 그 의사표시가 상대방에게 **도달함과 동시에 그 효력**을 발생[한다. 그리]고 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이다[다.]

주식회사 이사 지위 취득

선임: 주주총회 선임 결의 + 승낙 의사표시 도달 → 취득

- 상법 제382조(이사의 선임...) ① 이사는 주주총회에서 선임한다.

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

임용계약 체결까지는 필요 없다.

2016다251215전합: 주주총회에서 이사나 감사를 선임하는 경우[를 보자.] [i] 선임결의와 [ii] 피선임자의 승낙만 있으면, 피선임자는 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하였는지와 관계없이 이사나 감사의 지위를 취득한다.

주식회사 이사 지위 상실

- 임기 만료: 임기 만료 → 상실
- 해임(결의): 주주총회 해임 결의 + 해임 의사표시 도달 → 상실

- 상법 제385조(해임) ① 이사는 언제든지 제434조의 규정에 [따른] 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다. ...

상법 제434조(... 특별결의) ... 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식 총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

2023다220639: 이는 주주총회에 [따른] 이사 해임의 자유를 보장하는 [규정이다.]

- 해임(판결): 법원의 해임 판결 → 상실

상법 제385조(해임) ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관[을] 위반한 중대한 사실이 있[는데도] 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1[개]월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

- 사임: 이사의 사임 의사표시 도달 → 상실

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

서울고법79나2290: 주식회사의 이사나 대표이사직의 사임은 단독행위[다.] 회사에 대한 일방적 의사표시[로] 곧바로 그 효력이 발생[한다.] 회사(주주총회나 이사회)의 승낙 [이 필요하지 않다.] 그 사임에 따른 변경등기가 없더라도 즉시 그 자격을 상실한다.

연습문제

- 2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 4.] 「민법」상 법인의 기관에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 법인의 승낙이 없으면 사임의 효력은 발생하지 않는다.

-
- ⑤ 법인이 정관에서 이사의 해임 사유와 절차를 정하였고 그 해임 사유가 실제로 발생하였다면, 법인과 이사 사이의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려울 정도에 이르지 않았더라도 법인은 정관에서 정한 절차에 따라 이사를 해임할 수 있다.
-

임시이사와 특별대리인

복습: 이사 지위

1. (민법상) 비영리 법인의 이사 = 대표기관
2. (상법상) 주식회사의 이사 = 이사회(그중 대표이사가 대표기관)

복습: 친권자와 자 사이 이해상반행위

친권자와 자 사이에 이해상반행위(acts of conflicting interest)를 하려면?

1. 특별대리인(special representative) 선임 청구를 해야 한다. 선임된 특별대리인이 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)의 대리를 하면 된다.

특별대리인은 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)에 대해서만 대리권이 있다. 즉, 그 특정(specific) 행위만을 대리하라고 선임한 대리인이다.

2. 특별대리인 선임 없이 한, 그 특정 행위(A의 B에 대한 R부동산 증여)의 대리는 월권행위에 해당해 무효다.
3. 이해상반행위인지는 형식적으로(formally) 판단한다.

개요

1. 이사 결원(vacancy) → 임시이사(provisional director)
2. 이사와 법인 간 이해상충(conflict of interest) → 특별대리인(special representative)

특별대리인 제도는 민사소송법, 형사소송법과 같은 소송법에도 있다. 지금 볼 특별대리인은 민법상 특별대리인이다. 소송법상 특별대리인은 차차 배우자.

비영리 법인 임시이사

비영리 법인에서, 이사 결원이 생길 수 있다. 그러면, 법원에 임시이사 선임을 청구할 수 있다.

민법 제57조(이사) 법인은 이사를 두어야 한다.

1. 절차: 이해관계인, 검사 청구 → 법원이 임시이사 선임 결정.

민법 제63조(임시이사의 선임) 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이 [때문에] 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구[로] 임시이사를 선임하여야 한다.

2. 요건: 결원 + 손해 염려

민법 제63조(임시이사의 선임) 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이 [때문에] 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 검사의 청구[로] 임시이사를 선임하여야 한다.

민법 제40조(사단법인의 정관) 사단법인의 설립자는 다음 각호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

5. 이사의 임면에 관한 규정

민법 제43조(재단법인의 정관) 재단법인의 설립자는 일정한 재산을 출연하고 제40조 제1호[부터] 제5호[까지]의 사항을 기재한 정관을 작성하여 기명날인하여야 한다.

74마562: 민법 [제]63조의 이사의 결원이 있는 경우란 **정관[에서 정한] 이사의 정원 수에 부족**이 있는 경우를 말한다. 그러므로 후임 이사를 선임하지 않은 채 임기만료로 퇴임한 이사가 있을 때는 이사의 결원이 있다.]

2008마699전합: ‘이 [때문에] 손해가 생길 염려가 있는 때’[란] 통상의 이사선임절차에 따라 이사가 선임되기를 **기다릴 때에 법인이나 제3자에게 손해가 생길 우려**가 있는 것을 의미한다.

3. 법원 선임 결정 주문: “사건 본인의 임시이사로 홍길동(0000. 00. 00.생, 주소: ○○시 ○○구 ○○로 123)을 선임한다.”

비영리 법인 특별대리인

비영리 법인에서, 특정 행위(법인의 이사 甲에 대한 R부동산 임대)에 이사 甲과 법인 간 이해상충이 있는 경우가 있다. 이사 甲은 위 특정 행위에 대표권이 없다. 그러면, 법원에 위 특정 행위에 관한 특별대리인 선임을 청구할 수 있다.

민법 제64조(특별대리인의 선임) 법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없다. ...

1. 절차: 이해관계인이나 검사 청구 → 법원이 위 특정 행위에 관한 특별대리인 선임 결정.

민법 제64조(특별대리인의 선임) ... 이 경우에는 전조[임시이사의 선임]의 규정에 **따라** 특별대리인을 선임하여야 한다.

2. 요건: 위 특정 행위에 이사 甲 이해상충 + 甲 외에는 이사 없음

이사가 2인 이상일 수도 있기 때문에, 甲 외에는 이사 없음 요건이 필요하다.

민법 제58조(이사의 사무집행) ② **이사가 수인인** 경우에는 정관에 다른 규정이 없으면 법인의 사무집행은 이사의 과반수로써 결정한다.

3. 법원 선임 결정 주문: “사건 본인과 甲(주소: ◇◇시 ◇◇구 ◇◇로 74, 3층) 사이의 R부동산에 관한 임대차 계약 체결에 사건 본인의 특별대리인으로 김철수(0000. 00. 00.생, 주소: △△시 △△구 △△로 50)를 선임한다.”

주식회사 임시이사(일시이사)

주식회사에서, 이사 결원이 생길 수 있다. 그러면, 법원에 임시이사(일시이사) 선임을 청구할 수 있다.

상법 제383조(원수...) ① 이사는 3명 이상이어야 한다. ...

1. 절차: 이사, 감사, 이해관계인 청구 → 법원이 임시이사(일시이사) 선임 결정.

상법 제386조(결원의 경우) ① 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우...

② 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사 기타의 이해관계인의 청구[로] 일시 이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있다. ...

상법 조문상 “일시”로 되어 있어 “일시이사”라고도 부른다.

2. 요건: 결원 + 필요성

상법 제386조(결원의 경우) ① 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임

기의 만료 또는 사임으로 ... 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다.

② 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사 기타의 이해관계인의 청구[로] 일시 이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있다. ...

2000마5632: 여기에서 필요한 때[란] 이사의 사망으로 결원이 생기거나 종전의 이사가 해임된 경우, 이사가 중병으로 사임하거나 장기간 부재중인 경우 등과 같이 퇴임이사로 하여금 이사로서의 권리의무를 가지게 하는 것이 불가능하거나 부적당한 경우를 의미한다.] 구체적으로 어떠한 경우가 이에 해당할 것인지에 관하여는 일시이사 및 직무대행자 제도의 취지와 관련하여 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.]

3. 법원 선임 결정 주문: “사건 본인의 일시 이사 직무를 행할 자로 홍길동 (0000. 00. 00.생, 주소: ○○시 ○○구 ○○로 123)을 선임한다.”

주식회사 특별대리인?

상법은 따로 특별대리인을 정하지 않았다.

별도 규정으로 이사와 회사 간 거래를 제한하고 있다.

상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.

1. 이사 ...

임시이사와 특별대리인의 권한

임시이사 경우,

- 1. 시간적 한계 ○: 정식 이사가 선임될 때까지만 권한이 있다.
- 2. 사항적 한계 ×: 정식 이사와 같은 포괄적 권한이 있다(원칙).

2012다40332: 민법상의 법인에 대하여 민법 제63조에 [따라] 법원이 선임한 임시이사는 원칙적으로 **정식이사와 동일한** 권한을 가진다.

80다2511: 일시이사[는] ... 본래의 **이사...와 [똑]같은 권한**을 가지며 회사의 상무에 속하지 아니하는 행위도 할 수 있[다].

특별대리인 경우,

- 1. 시간적 한계 ×: 따로 시간적 제한은 없다.
- 2. 사항적 한계 ○: 그 특정(specific) 행위(법인의 이사 甲에 대한 R부동산 임대)에 관해서만 권한이 있다.

가족법(민법)상 특별대리인은 친권자와 자 사이에 이해상충이 있을 때, 민법총칙(민법)상 특별대리인은 법인과 이사 사이에 이해상충이 있을 때, 각각 해당 특정 행위에 권한이 있다.

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 4.] 사단법인 甲의 이사 乙은 甲을 대표하여 매수인 丙과 매매계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ⑤ 丙이 매수하는 것에 관하여 乙의 이익과 甲의 이익이 상반되는 경우, 乙은 위 매매계약 체결에 대해 甲을 대표할 권한이 없다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 4.] 「민법」상 법인의 기관에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ② 법인과 이사의 이익이 상반되는 사항에 관하여 이해관계인 또는 검사의 청구가 있는 경우, 법원은 임시이사를 선임하여야 한다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 56.] 법인의 이사에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㉠. 「민법」 제63조에 [따라] 법원이 선임한 임시이사 및 「상법」 제386조 제2항에 [따라] 법원이 선임한 일시이사는 모두 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다.

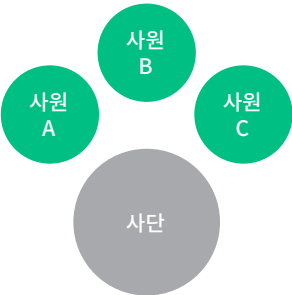
조합의 법률관계
Legal Relationships of Partnership

공부는 의지가 아니라 방법이다.
- 이윤규 변호사

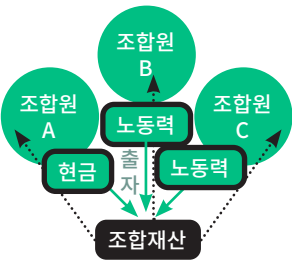
머리에

복습: 사단과 조합

- 1. 사단(association): 일정 목적으로 모인 사람(사원)들로 구성된 단체 자체. 법인격이 있을 수도 있고(사단법인), 없을 수도 있다(법인 아닌 사단).



- 2. 조합(partnership)이란, 일정한 목적으로 모인 사람(조합원)들 자체. 단체 자체는 법인격이 없다.



관련 규정의 민법전 위치

- 1. 사단 또는 법인 관련 규정은 주로 민법총칙(제1편) 중 법인(제3장)에 있다.
- 2. 조합 관련 규정은 주로 채권각론(제3편 제2장) 중 계약각론(제2장 제2절 이하) 중 조합계약(제13절)에 있다.

민법 제1편 총칙

제3장 법인[제31조(법인성립의 준칙)~제97조(벌칙)]

민법 제3편 채권

제1장 총칙

제2장 계약

제1절 총칙

제13절 조합[제703조(조합의 의의)~제724조(청산인의 직무...)]

복습: 소유관계

1. 사단법인: 단체 단독소유(sole ownership)
2. 법인 아닌 사단: 사원들 공유(collective-ownership)
3. 조합: 조합원들 합유(partnership-ownership)

조합원들의 합유재산을 조합체의 재산, 즉 조합재산(partnership property)이라 부른다.

2012다44471: 주택건설사업 등을 영위하는 甲[과] 乙[이] 공동사업주체로서 기존의 연립주택을 철거하고 그 자리에 아파트를 건설하여 분양하는 내용의 시행, 시공계약을 체결[했다.] 甲[과] 乙[이] 공동으로 매도인이 되어 丙과 아파트 분양계약을 체결[했다.] 위 시행, 시공계약은 공동으로 재건축사업을 추진하기 위하여 甲[과] 乙[이] 상호 출자를 약정한 조합계약의 성격을 가[진다.]

甲[과] 乙[의] 공동명의로 분양계약을 체결함에 따라 丙에 대한 관계에서 **분양대금 청구권은 甲[과] 乙[에] 공동으로 귀속**된[다. 그리고] 위 분양계약은 甲[과] 乙[이] 시행, 시공계약에 따른 공동사업주체의 지위에서 체결한 것으로서 그 분양대금 청구권은 **조합체의 재산**에 속한[다.]

소결

1. 조합은 사단 또는 법인과 다르다.
2. 그런데 조합의 법률관계를 사단 또는 법인의 법률관계와 비교, 대조하면 서로를 이해하는 데 도움이 된다.

조합 성립 요건

조합의 요소

1. 출자(contribution): 사업에 필요한 자본 등을 제공하는 것
2. 분배(sharing): 경영을 통해 얻은 영업이익을 나누는 것
3. 조합원(partner): 조합계약의 당사자로서, 조합을 구성하는 자

조합 개념

1. 조합계약으로 생긴 단체(group)를 뜻하기도 한다.
2. 조합계약(contract)을 뜻하기도 한다.

조합계약 요건 = 조합 성립요건

성립 요건

조합계약은 다음 2가지를 포함해야 한다.

1. 2인 이상 상호 출자(투자)
2. 특정 사업의 공동 경영

민법 제703조(조합의 의의) ① 조합은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

2009다79729: 민법상의 조합계약은 ... 특정한 사업을 공동 경영하는 약정에 한하여 이를 조합계약이라고 할 수 있[다.] 공동의 목적달성이라는 정도만으로는 조합의 성립요건을 갖추었다고 할 수 없다.

계약 체결 순간 조합이 성립한다.

복습: 대내관계와 합유물 처분

머리에

논의 편의상, 업무집행자(업무집행 조합원)는 선임되지 않았다고 전제한다.

민법 제706조(사무집행의 방법) ① 조합계약으로 업무집행자를 정하지 아니한 경우에는 조합원의 3분의 2 이상의 찬성으로써 이를 선임한다.

조합 업무집행

1. 통상사무(ordinary affairs): 각 조합원이 단독으로 처리할 수 있다.

민법 제706조(사무집행의 방법) ③ 조합의 통상사무는 ... 각 조합원[이] ... 전행할 수 있다. ...

2. 특별사무(extraordinary affairs): 조합원들 과반수로 처리한다. 여기서 과반수는, 지분이 아니라 사람 수(number of persons)로 따진다.

민법 제706조(사무집행의 방법) ② 조합의 업무집행[특별사무]은 조합원의 과반수로써 결정한다. ...

합유물 처분

1. 음식점에서 손님의 주문을 받고 소고기국밥을 만들어서 손님에게 건네는 것, 즉 음식 처분 → 통상사무 → 각 조합원 단독 처리.
2. 주방에 있는 낡은 국수 기계를 버리고 새것으로 바꾸는 것 → 특별사무 → 조합원들 과반수로 처리.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 47.] 「민법」상 조합 및 비법인사단에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 조합계약으로 업무집행자를 정하지 아니한 경우에는 조합원의 3분의 2 이상의 찬성으로써 이를 선임한다.

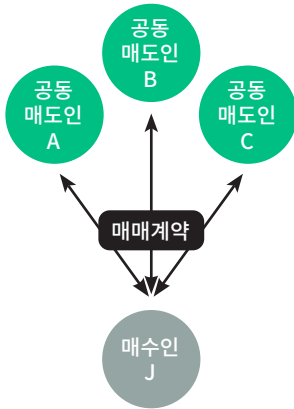
대외관계

문제점

- 1. 조합은 독립한 권리주체× → 법인격×
- 2. 조합 내부 결정에 따라 조합 측에서 제3자와 계약하려면?
- 3. 조합 내부 결정에 따라 조합 측에서 제3자와 소송하려면?

계약 방법

- 1. 모든 조합원들(A, B, C) 자체가 계약 당사자로 되어야 한다.

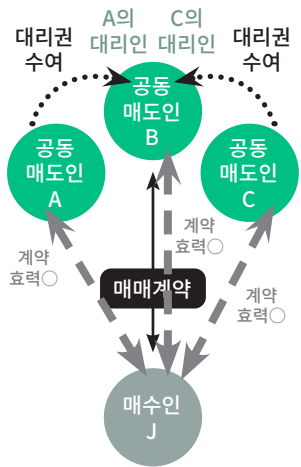


- 2. 일부 조합원들만 거래(계약) 당사자로 되었다면, 계약에 흠이 생길 수 있다.

2012다44471: [앞서 본 사안에서] 甲[과] 乙[이] 공동으로 매도인이 되어 丙과 아파트 분양계약을 체결[했다.] ... [즉,] 甲[과] 乙[의] 공동명의로 분양계약을 체결[했다. 이]에 따라 丙에 대한 관계에서 분양대금 청구권은 甲[과] 乙[에] 공동으로 귀속된[다.]

- 3. 모든 조합원들이 모이기 번거롭다면? 1명(B)이 계약 체결 대리인이 되면 된다. 즉, 나머지 조합원들(A, C) 모두 그 1명(B)에 대리권을 수여하면 된다.

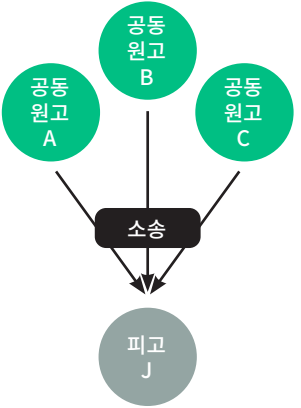
B는 A, C의 대리인 지위에서 A, C를 위해 계약을 체결한다. 물론 B는 본인 지위에서 계약을 체결한다. 계약 당사자는 A, B, C 모두이므로, 계약 효력은 A, B, C 모두에 미친다.



민법 제114조(대리행위의 효력) ① 대리인[B]이 그 권한 내에서 본인[A, C]을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인[A, C]에게 대하여 효력이 생긴다.

소송 방법

- 1. 모든 조합원들(A, B, C) 자체가 소송당사자(예: 원고)로 되어야 한다. 즉, 조합재산 소송은 필수적 공동소송(indispensable co-litigation)이다.



주문(신청취지) 예: 피고(J)는 원고 A에게 1억 원, 원고 B에게 1억 원, 원고 C에게 1억 원...을 각각 지급하라.

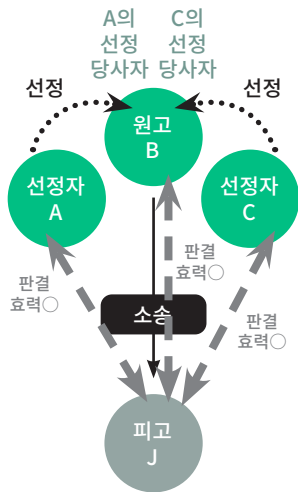
- 2. 일부 조합원들만 소송당사자로 되었다면, 소송에 흠이 생길 수 있다.

2012다44471: [앞서 본 사안에서] ... 그 분양대금 청구권은 조합체의 재산에 속한다고 할 수 있다. 그러므로 그 지급을 구하는 소송은 조합체 구성원인 부과 乙이 공동으로 제기하여야 하는 고유필수적 공동소송에 해당[한다].

위 분양대금채권이 ... 조합체의 재산으로 인정되는 경우에는 乙[을] 제외하고 甲[만]이 제기[한] 분양대금청구의 소는 부적법하[다].

3. 모든 조합원들(A, C)이 모이기 번거롭다면? 1명(B)을 선정당사자(appointed party)로 만들면 된다.

B는 A, C의 선정당사자 지위에서 A, C를 위해 소를 제기한다. 물론 B는 원래 당사자 지위에서 소를 제기한다. 소송 당사자는 B뿐이지만(A, C는 소송 당사자가 아니다!), 판결 효력은 A, B, C 모두에 미친다.



민사소송법 제53조(선정당사자) ① 공동의 이해관계를 가진 여러 사람[A, B, C]이 제 52조의 규정에 해당되지 아니하는 경우[→ 법인 아닌 사단이 아닌 경우 = 조합인 경우 등]에는, 이들[A, B, C]은 그 가운데에서 모두를 위하여 당사자가 될 한 사람[B]...을 선정[할] ... 수 있다.

민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) 법인이 아닌 사단이나 재단은 ... 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.

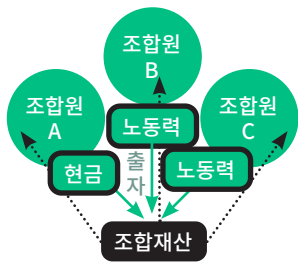
민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자[B]...에 대하여 효력이 미친다.

③ 다른 사람[A, C]을 위하여 원고나 피고가 된 사람[B]에 대한 확정판결은 그 다른 사람[A, C]에 대하여도 효력이 미친다.

주문(신청취지) 예: 피고(J)는 원고(선정당사자)(B)에게 1억 원, 선정자 A에게 1억 원, 선정자 C에게 1억 원...을 각각 지급하라.

재산관계

사례
조합계약에서,



- 1. A는 현금 6,000만 원을 출자하기로,
 - 2. B는 3,000만 원 상당 부동산 R을 제공하기로,
 - 3. C는 1,000만 원 상당 노동을 제공하기로 했다.
- 출자가액 비율(ratio of contribution values)은 60% : 30% : 10%이다.

출자
조합계약에서 정한 대로 한다.

- 1. 조합원 A는, 조합을 위해 조합계약에서 정한 대로 현금 6,000만 원을 출자할 의무를 부담한다.
- 2. 조합원 B는, 조합을 위해 조합계약에서 정한 대로 3,000만 원 상당 부동산 R을 제공할 의무를 부담한다.
- 3. 조합원 C는, 조합을 위해 조합계약에서 정한 대로 1,000만 원 상당 노무를 제공할 의무를 부담한다.

민법 제703조(조합의 의의) ① 조합은 2인 이상[A, B, C]이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

2009도7423: 모든 조합원은 출자를 하여야 [한다.]

부동산 출자 관련 문제

조합원 B 경우, 조합원들에게 부동산 R 합유등기까지 해 줘야 출자 의무를 모두 이행한 것이 된다. 만약 인도만 하고 합유등기는 해 주지 않았다면? 즉, 부동산 R 소유 명의가 아직 조합원 B에 남아 있다면? 조합원 B가 소유자 행세를 하면서 부동산 R 점유자를 상대로 반환하라 요구할 수 있을까?

1. 제3자 상대로(제3자가 점유자일 경우): ○

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[B]는 그 소유에 속한 물건[R]을 점유한 자[제3자]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

2000다30622: 부동산의 소유자[B]가 동업계약(조합계약)에 [따라] 부동산[R]의 소유권을 투자하기로 하였다. 그러나 아직 그[B]의 소유로 등기가 되어 있고 조합원의 합의로 등기되어 있지 않다면[?]

그 동업계약을 이유로 조합계약 당사자 아닌 사람에 대한 관계에서 그 부동산[R]이 조합원의 합류에 속한다고 할 근거는 없[다. 그러므로] 조합원이 아닌 제3자에 대하여는 [B는] 여전히 소유자로서 그 소유권을 행사할 수 있다.

2. 조합 상대로(조합이 점유자일 경우): ×

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자[B]는 그 소유에 속한 물건[R]을 점유한 자[조합]에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자[조합]가 그 물건[R]을 **점유할 권리가 있는 때에는** 반환을 거부할 수 있다.

2000다30622: 그[B]와 조합 사이에 채권적인 권리의무가 발생하여 그[B]로 하여금 조합에 대하여 그 소유권을 이전할 의무 내지 그 사용을 인용할 의무가 있다.]

B가 J에게 부동산을 매도하고 이전등기 없이 인도만 한 사안, 즉 미등기 매매처럼 생각하면 쉽다. 매도인 B는 매수인 J에게는 소유권에 기초한 반환 청구를 할 수 없다. 반면, 제3자에게는 소유권에 기초한 반환 청구를 할 수 있다.

2001다45355: 토지의 매수인[J]이 아직 소유권이전등기를 [마치지] 아니하였다. 그렇다고] 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유, 사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 [한다.]

이익 분배

만약 조합원들 A, B, C 사이에 이익 분배 비율(profit-sharing ratio)을 정했다면? 정한 대로 한다. 예를 들어, 조합에 이익이 나면 70% : 20% : 10% 비율로 분배하기로 정했다면,

1. 조합원 A는 조합사업 이익 70%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
2. 조합원 B는 조합사업 이익 20%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
3. 조합원 C는 조합사업 이익 10%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.

2009도7423: 조합 내부의 **손익분배의 비율은 조합계약에서 자유로이 정할 수 있[다.]**

만약 A, B, C 사이에 이익 분배 비율을 정하지 않았다면? 이때는 손실 부담 비율(loss-sharing ratio)에 비례한다. 예를 들어, 조합에 손실이 나면 80% : 15% : 5% 비율로 부담하기로 정했다면,

1. 조합원 A는 조합사업 이익 80%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
2. 조합원 B는 조합사업 이익 15%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
3. 조합원 C는 조합사업 이익 5%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.

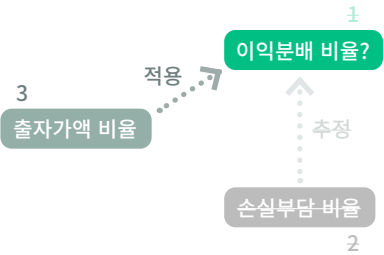
민법 제711조(손익분배의 비율) ② 이익 또는 손실에 대하여 분배의 비율[80% : 15% : 5%]을 정한 때에는 그 비율은 **이익과 손실에 공통된 것으로 추정한다.**



만약 A, B, C 사이에 이익 분배 비율도 손실 부담 비율도 정하지 않았다면? 이때는 출자가액(ratio of contribution values)에 비례한다. 즉,

- 1. 조합원 A는 조합사업 이익 60%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
- 2. 조합원 B는 조합사업 이익 30%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.
- 3. 조합원 C는 조합사업 이익 10%의 분배를 요구할 권리를 취득한다.

민법 제711조(손익분배의 비율) ① 당사자[A, B, C]가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원[A, B, C]의 출자가액[6,000만 원 : 3000만 원 : 1,000만 원]에 비례하여 이를 정한다.



손실 부담

만약 조합원들 A, B, C 사이에 손실 부담 비율(loss-sharing ratio)을 정했다면? 정한 대로 한다. 예를 들어, 조합에 손실이 나면 80% : 15% : 5% 비율로 부담하기로 정했다면,

- 1. 조합원 A는 조합사업 손실 80%를 부담한다.
- 2. 조합원 B는 조합사업 손실 15%를 부담한다.
- 3. 조합원 C는 조합사업 손실 5%를 부담한다.

2009도7423: 조합 내부의 손익분배의 비율은 조합계약에서 자유로이 정할 수 있다.

만약 A, B, C 사이에 손실 부담 비율을 정하지 않았다면? 이때는 이익 분배 비율(profit-sharing ratio)에 비례한다. 예를 들어, 조합에 이익이 나면 70% : 20% : 10% 비율로 분배하기로 정했다면,

- 1. 조합원 A는 조합사업 손실 70%를 부담한다.
- 2. 조합원 B는 조합사업 손실 20%를 부담한다.
- 3. 조합원 C는 조합사업 손실 10%를 부담한다.

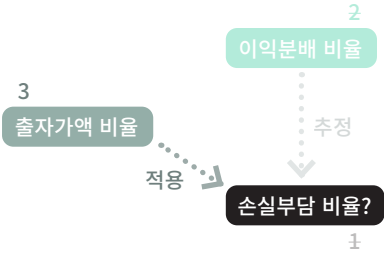
민법 제711조(손익분배의 비율) ② 이익 또는 손실에 대하여 분배의 비율[70% : 20% : 10%]을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 공통된 것으로 추정한다.



만약 A, B, C 사이에 손실 부담 비율도 이익 분배 비율도 정하지 않았다면? 이때는 출자가액(ratio of contribution values)에 비례한다. 즉,

- 1. 조합원 A는 조합사업 손실 60%를 부담한다.
- 2. 조합원 B는 조합사업 손실 30%를 부담한다.
- 3. 조합원 C는 조합사업 손실 10%를 부담한다.

민법 제711조(손익분배의 비율) ① 당사자[A, B, C]가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원[A, B, C]의 출자가액[6,000만 원 : 3000만 원 : 1,000만 원]에 비례하여 이를 정한다.



조합의 본질과 손익분배

영리사업을 하는 조합에서,

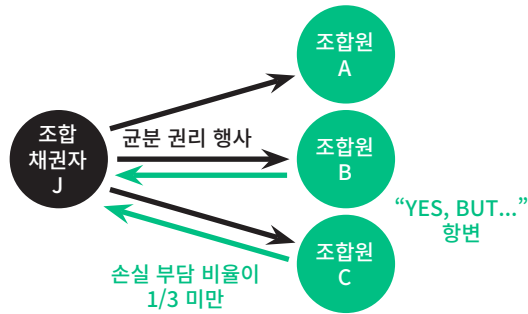
- 1. 모든 조합원에게 이익 분배는 필수다. 즉, 이익 분배를 전혀 받지 않는 조합원이 있으면 안 된다.

98다44666: 영리사업을 목적으로 하면서 당사자 중의 일부만이 이익을 분배받고 다른 자는 전혀 이익분배를 받지 않는 경우에는 조합관계(동업관계)라고 할 수 없다.]

2. 모든 조합원의 손실 부담은 필수가 아니다. 즉, 손실 부담을 전혀 하지 않는 조합원이 있어도 된다.

2009도7423: 손실의 부담은 조합의 본질상 요구되는 것은 아니[다.]

조합채권자의 권리 행사



1. 조합채권자(조합 상대로 채권을 가진 사람) J는 조합 내부의 손실 부담 비율을 잘 모를 수 있다. 그래서 일단 균분해(in equal shares) 권리를 행사할 수 있게 했다.

민법 제712조(조합원에 대한 채권자의 권리행사) 조합채권자[J]는 그 채권발생 당시에 조합원[A, B, C]의 손실부담의 비율을 알지 못한 때에는 각 조합원[A, B, C]에게 **균분하여[1/3씩]** 그 권리를 행사할 수 있다.

2. 조합 측에서는 조합채권자 J가 조합 내부의 손실 부담 비율(예: 80% : 15% : 5%)을 알고 있다며 항변할 수 있다.

75다169: 조합원[A, B, C]에 대하여 균분하여[1/3씩 ≒ 33%씩] 권리를 행사하는 조합채권자[J]에 대하여 **손실부담의 비율이 다른 조합원[B = 15%, C = 5%]**이 있는 경우에는 **는[?] 그 조합원[B, C]의** 이를 주장 입증[→ 증명]할 책임이 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 16.] 부동산의 합유에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 조합원 중 자신이 소유한 부동산을 출자하기로 약정하고 그 부동산을 인도한 자는 그 부동산에 대한 합유등기가 마쳐지기 전까지는 조합체는 물론 제3자에 대해서도 그 부동산에 대한 소유물 반환청구권을 행사할 수 있다.

조합 탈퇴

개념

탈퇴(retirement)란, 쉽게 말해 조합원 일부(C)가 조합을 나가는 것.

2015다72385: 조합의 탈퇴란 특정 조합원[C]이 장래에 향하여 조합원으로서의 지위를 벗어나는 것[이다.] 이 경우 조합 자체는 나머지 조합원[A, B][로] 동일성을 유지하며 존속[한다. 그러]므로 결국 탈퇴는 잔존 조합원[A, B]이 동업사업을 계속 유지, 존속함을 전제로 한다.

1. 임의 탈퇴(voluntary retirement): 탈퇴자와 나머지 조합원들 간 조합계약 해지.

따라서 해지(rescission for future)에 관한 규정을 적용한다.

민법 제547조(해지, 해제권의 불가분성) ① 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다.

2002다18428: 조합에서 탈퇴하려는 자[C]는 다른 조합원 전원[A, B]에 대하여 탈퇴의 의사표시를 하여야 [한다.]

2015다30206: 조합원[C]의 임의 탈퇴는 조합계약에 관한 일종의 해지[다.] ... [그러나] 그 의사표시가 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 할 수 있[다.] 임의 탈퇴의 의사표시가 있는지 여부는 법률행위 해석의 일반 원칙에 따라 판단하여야 한다.

2. 비임의 탈퇴(non-voluntary retirement): 해지 아닌 사유로 탈퇴.

2002다18428: 조합원[C]의 탈퇴여부가 쟁점이 되었을 때에는 그 탈퇴를 주장하는 자[C]에게 입증[→ 증명]책임이 있다.]

존속기간을 정하지 않은 조합에서, 임의 탈퇴 사유

1. 원칙: 언제든지 자유롭게 탈퇴○(사유 제한×)
2. 예외: 조합의 불리한 시기에는 탈퇴×
3. 예외의 예외: 부득이한 사유 있으면, 조합의 불리한 시기에도 탈퇴○

민법 제716조(임의탈퇴) ① ... 각 조합원[C]은 언제든지 탈퇴할 수 있다. 그러나 부득이한 사유없이 조합의 불리한 시기에 탈퇴하지 못한다.

존속기간을 정한 조합에서, 임의 탈퇴 사유

1. 원칙: 존속기간 중 탈퇴×
2. 예외: 부득이한 사유 있으면, 조합의 존속기간 중에도 탈퇴○

민법 제716조(임의탈퇴) ② 조합의 존속기간을 정한 때에도 조합원[C]은 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있다.

96다26305: 존속기간의 정함이 있는 조합의 경우에는 민법 제716조 제2항의 규정에 [따라] 조합원[C]은 원칙적으로 존속기간 중에는 탈퇴할 수 없[다. 그러나] 부득이한 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 탈퇴할 수 있[다.]

비임의 탈퇴 사유

민법 제717조(비임의 탈퇴) 제716조의 경우 외에 조합원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 탈퇴된다.

1. 사망
2. 파산
4. 제명(除名)

민법 제718조(제명) ① 조합원의 제명은 정당한 사유있는 때에 한하여 다른 조합원의 일치로써 이를 결정한다.

탈퇴 효과

탈퇴자 C의 합유지분은 남은 조합원 A, B에 귀속된다.

2015다30206: 조합원[C]의 임의 탈퇴가 적법하다면 조합원 사이에 특별한 약정이 없는 한 탈퇴한 조합원[C]의 합유지분은 잔존 조합원[A, B]에게 귀속된다.]

만약 이렇게 A, B만 남은 상태(2인 조합)에서 나중에 B가 탈퇴하면? 마찬가지로, 합유재산은 남은 조합원 A에 귀속된다. A는 사업을 접지 않고 계속 수행할 수 있다.

2004다49693: 2인 조합[A, B]에서 조합원 1인[B]이 탈퇴하면 조합관계는 종료[된다. 그렇]지만 특별한 사정이 없는 한 조합이 **해산되지 않는다**. 그리고] 조합원[A, B]의 합유에 속하였던 재산은 **남은 조합원[A]의 단독소유**에 속하게 [된다. 그래서] 기존의 공동사업은 **청산절차를 거치지 않고 잔존자[A]가 계속** 유지할 수 있다.

2015다72385: 다만 ... 탈퇴 조합원[B]과 남은 조합원[A] 사이에는 **탈퇴[에 따른] 계산**을 **해야** 한다.

탈퇴 시 계산

조합원 A, B, C 중 C가 탈퇴한다고 하자.

1. 탈퇴 당시 조합재산에,
2. 탈퇴자 C의 손익 분배 비율(profit-loss-sharing ratio)을 곱한다.

민법 제719조(탈퇴조합원의 지분의 계산) ① 탈퇴한 조합원[C]과 다른 조합원[A, B] 간의 계산은 탈퇴 당시의 조합재산상태에 [따라] 한다.

② 탈퇴한 조합원[C]의 지분은 그 출자의 종류[→ 노동력] 여하에 불구하고 금전으로 반환할 수 있다.

2022다285523: 특별한 사정이 없는 한 민법 제719조 제1항, 제2항에 따라 ‘탈퇴 당시의 조합재산상태’를 기준으로 평가한 조합재산 중 탈퇴자[C]의 지분에 해당하는 금액을 금전으로 반환하여야 [한다. 여기서] 조합원[C]의 지분비율은 ... 조합 내부의 **손익분배 비율을** 기준으로 계산하여야 하는 것이 원칙이다.

2019다207851: 탈퇴한 조합원[C]은 **탈퇴 당시의 조합재산을** 계산한 결과 조합의 재산상태가 **적자가 아닌 경우**에 지분을 환급받을 수 있다. 따라서 ... 특별한 사정이 없는 한 지분의 환급을 주장하는 사람[C]에게 **조합재산의 상태를 증명할 책임**이 있다.

주의: 출자가액 기준이 아니다. 얼마를 투자했나보다는, 어떻게 받아가기로 했나
가 더 중요하기 때문이다. 다만, 손익 분배 비율을 따로 정하지 않았을 때 결과적
으로 출자가액 비율에 따를 수는 있다.

민법 제711조(손익분배의 비율) ① 당사자[A, B, C]가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원[A, B, C]의 출자가액[6,000만 원 : 3000만 원 : 1,000만 원]에 비례하여 이를 정한다.
2008다41529: 탈퇴자[C]와 잔존자[A, B] 사이의 탈퇴[에 따른] 계산[에서] ... 당사자[A, B, C]가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 민법 제711조에 따라 각 조합원[A, B, C]의 출자가액에 비례하여 이를 정하여야 한다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형
[문 4.] 甲과 乙 2인은 인공지능 관련 사업을 동업하기로 하는 「민법」상 조합계약을 체결하였다. 개인적인 사정 [때문에] 乙이 조합을 탈퇴하게 되었다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
ㄱ. 조합원의 임의 탈퇴는 조합계약에 관한 일종의 해지로서 다른 조합원에 대한 의사표시로써 하여야 하는데, 그 의사표시는 묵시적으로도 할 수 있다.
ㄴ. 乙이 탈퇴함으로써 조합관계가 종료되고 그 결과 조합은 당연히 해산 또는 청산된다.
ㄷ. 甲과 乙의 합유에 속한 조합재산은 乙의 탈퇴 후 甲의 단독소유에 속한다.
ㄹ. 乙은 甲에 대해 탈퇴[에 따른] 조합재산의 계산을 요구할 수 있으며 그 계산은 乙의 탈퇴 당시의 조합재산 상태에 [따라]야 한다.
ㅁ. 乙의 지분을 계산할 때 지분을 계산하는 방법에 관해서 별도 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 조합재산의 상태를 증명할 책임은 甲에게 있다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형
[문 30.] 조합에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
④ 조합이 존속기간을 정하고 있는 때에는 부득이한 사유가 있더라도 조합원은 조합의 불리한 시기에 탈퇴할 수 없다.

조합 종료

종료 사유

97다31472: 조합관계에[서]는 일반적으로 조합계약에서 정한 사유의 발생, 조합원 전원의 합의, 조합의 목적인 사업의 성공 또는 성공 불능, 해산청구 등[으로] 조합관계가 종료[한다.]
--

- 1. 조합계약에서 정한 사유 발생
- 2. 조합원 전원의 합의
- 3. 사업 성공
- 4. 사업 성공 불능
- 5. 조합원의 해산 청구

민법 제720조(부득이한 사유[에 따른] 해산청구) 부득이한 사유가 있는 때에는 각 조합원은 조합의 해산을 청구할 수 있다.

92다21098: 민법 제720조에 규정된 조합의 해산사유인 부득이한 사유에는 [무엇이 있을까?] 경제계의 사정변경이나 조합의 재산상태의 악화 또는 영업부진 등으로 조합의 목적달성이 현저히 곤란하게 된 경우[도 포함된다. 그] 외에 조합원 사이의 반목, 불화[에 따른] 대립으로 신뢰관계가 파괴되어 조합의 원만한 공동운영을 기대할 수 없게 된 경우도 포함[된다.]

위와 같이 공동사업의 계속이 현저히 곤란하게 된 이상 신뢰관계의 파괴에 책임이 있는 당사자도 조합의 해산청구권이 있다.

복습: 청산절차

2019다205206: 조합관계가 종료된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 청산절차를 밟는 것이 통례[다. 그러나] 조합의 잔무[→ 남은 사무]로서 처리할 일이 없고, 다만 잔여재산[→ 남은 재산]의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요가 없[다.]

남은 재산(잔여재산) 분배

조합원 A, B, C가 있는 상태에서 조합이 종료한다고 하자.

- 1. 청산절차 종료 당시 남은 재산(잔여재산; surplus assets)에,
- 2. 각 조합원 A, B, C의 출자가액 비율(ratio of contribution values)을 곱한다.

민법 제724조(...잔여재산의 분배) ② 잔여재산은 각 조합원[A, B, C]의 출자가액 [6,000만 원 : 3000만 원 : 1,000만 원]에 비례하여 이를 분배한다.

2007다48370: 조합해산의 경우에 조합원[A, B, C]에게 분배할 잔여재산의 범위와 그 가액은 청산절차가 종료된 때에 비로소 확정[된다. 그러]므로 그 가액의 평가는 청산절차 종료 당시를 기준으로 하여야 [한다.] 한편 이와 같이 청산절차가 종료되지 않은 상태에서의 조합, 즉 청산의 목적 범위 내에서 존속하는 조합이 종국적으로 부당하게 된 채 무도 조합의 채무로서 조합의 잔여재산의 계산에서 고려되어야 [한다.]

시작할 때 60% : 30% : 10%로 출자 했으니, 끝날 때도 60% : 30% : 10%로 정리한다.

탈퇴 시 계산과 비교

	탈퇴 시 계산	종료 시 잔여재산 분배
청구자	탈퇴 조합원 C	조합원 A, B, C
재산 평가 기준시	탈퇴 당시	청산절차 종료 당시
비율	손익 분배 비율	출자가액 비율

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 30.] 조합에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 조합 당사자 간 불화, 대립으로 신뢰관계가 파괴되어 조합업무의 원만한 운영을 기대할 수 없다는 사정만으로는 「민법」 제720조가 규정한 조합의 해산청구 사유인 ‘부득이한 사유’에 해당하지 않는다.
 - ⑤ 조합에서 조합원이 탈퇴하는 경우, 탈퇴자와 잔존자 사이의 탈퇴[에 따른] 지분계산[에서]는 조합 내부의 손익분배비율이 아니라 실제 출자한 자산가액비율에 [따라]야 하는 것이 원칙이다.

조합과 명의신탁

문제 상황

조합원 A, B, C가 동업을 위해 S로부터 부동산을 매수했다. 그러면 원래는 소유권이전등기를 하면서 합유자를 A, B, C로 부동산 합유등기를 하면 된다.

- 부동산등기법 제48조(등기사항)** ① 등기관이 갑구 또는 을구에 권리에 관한 등기를 할 때에는 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다.
- 5. 권리자
 - ④ 제1항 제5호의 권리자가 2인 이상인 경우에는 권리자별 지분을 기록하여야 하고 등기할 권리가 합유(合有)인 때에는 그 뜻을 기록하여야 한다.

그런데 합유등기는 번거롭다. 그래서 그냥,

- 1. S로부터 조합원 중 A 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 또는,
- 2. S로부터 소유권이전등기를 하면서 조합원들 A, B, C 공유등기로 했다.

명의신탁에 해당

- 1. A 단독명의 사안

2017다246180: 조합원들[A, B, C]이 공동사업을 위하여 매수한 부동산에 관하여 합유등기를 하지 않고 조합원 중 1인[A] 명의로 소유권이전등기를 [했다. 이] 경우 **조합체가 조합원[A]에게 명의신탁한 것으로 보아야 한다.**

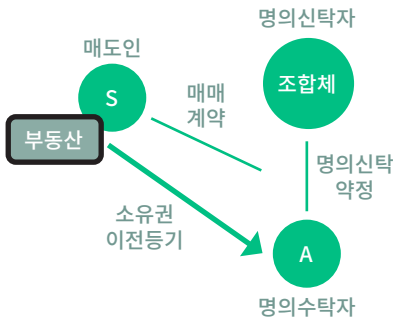
2. A, B, C 명의 공유등기 사안

2000다30622: 그 조합체가 합유등기를 하지 아니하고 그 대신 조합원들[A, B, C] 명의로 각 지분에 관하여 공유등기를 [했다. 그렇]다면, 이는 그 **조합체가 조합원들[A, B, C]에게 각 지분에 관하여 명의신탁한** 것으로 보아야 한다.

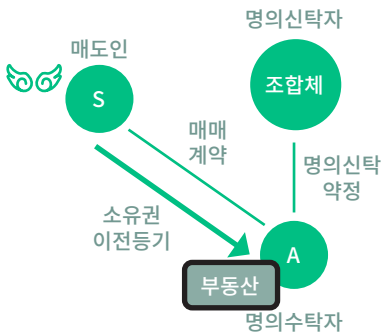
편의상 일단 A 단독명의 사안 기준으로 설명한다.

복습: 부동산 명의신탁에 따른 소유권 변동 효력

1. 원칙: 명의신탁 약정 무효 and 소유권 변동 무효 → 부동산 소유권은 매도인 S에 남아 있다.



2. 매도인 선의 계약명의신탁: 명의신탁 약정 무효 but 소유권 변동 유효 → 부동산 소유권은 명의수탁자 A로 바뀐다.



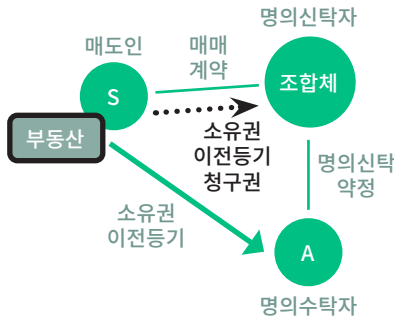
부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.
② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물건변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물건을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자[A]가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자[S]는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

2017다246180: 조합체가 조합원[A]에게 명의신탁한 부동산의 소유권은 물건변동이 무효인 경우 매도인[S]에게, 유효인 경우 명의수탁자[A]에게 귀속된다.

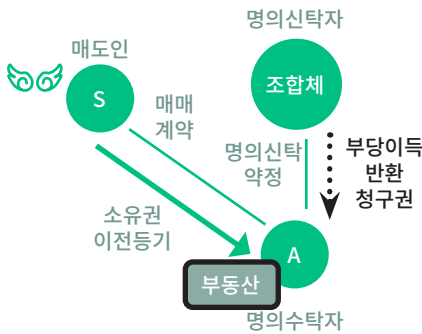
조합체 명의신탁 경우 조합재산

조합체가 부동산 자체를 소유하진 못한다. 부동산 소유자는 S 아니면 A일 뿐이기 때문이다. 그러면, 조합체가 소유하는 재산, 즉 조합재산은?

- 1. 부동산 소유권이 매도인 S에 남아 있을 경우: 등기명의신탁 사안일 때, 매수인(조합체)이 매도인 S 상대로 갖는 매매계약에 따른 소유권이전등기 청구권



- 2. 부동산 소유권이 명의수탁자 A로 바뀐 경우: 명의신탁자(조합체)가 명의수탁자 A 상대로 갖는 명의신탁 해지에 따른 부당이득 반환 채권



2017다246180: 이 경우 조합재산은 소유권이전등기청구권 또는 부당이득반환채권이 [다.] 신탁부동산 자체는 조합재산이 될 수 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 16.] 부동산의 합유에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② 조합체가 매수한 부동산에 대해 조합원 중 특정인의 단독 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌더라도 조합체가 해산되는 경우에는 그 부동산이 조합재산임을 전제로 청산이 이루어져야 한다.
 - ④ 조합체가 매수한 부동산에 대해 합유등기 대신 각 조합원 명의로 각 지분에 관한 공유등기가 마쳐진 경우, 그 부동산의 매수인이 조합체라는 사실을 매도인이 알지 못했더라도 그 부동산은 합유재산이 된다.

