

6) 대 리

가) 유권대리

(1) 요건사실

대리행위에 기초한⁴²⁷⁾ 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘본인이 대리인에게 대리권을 수여한 사실’(=대리권 수여), ② ‘대리인이 그 권한 내에서 상대방과 계약을 체결한 사실’(=대리행위),⁴²⁸⁾ ③ ‘a 대리인이 계약 당시 본인을 위한 것임을 표시하였거나(=대리의 현명),⁴²⁹⁾ ④ 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었던(=상대방의 악의·과실)⁴³⁰⁾ 사실 또는 c 위 ②의 행위가 본인에게 상행위⁴³¹⁾인 사실’이다.

자 변경권의 법적 성질과 상법 규정의 해석에 비추어 보면, 보험수익자 변경은 상대방 없는 단독행위라고 볼이 타당하므로, 보험수익자 변경의 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 그러한 의사표시가 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않았다고 하더라도 보험수익자 변경의 효과는 발생한다.” ㉠ 원고가 피고에게 보험금채권의 양도 및 그 양도통지절차의 이행을 청구함에 대하여, 2016. 12. 2.경 망인의 보험수익자 변경권 행사로 인해 보험수익자가 피고에서 원고로 변경되었고, 2017. 10. 8. 망인이 사망함에 따라 원고가 보험금채권을 취득하게 되었으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 직권으로 판단하고, ‘망인의 단독상속인인 원고로서는 보험회사에 보험수익자가 피고에서 원고로 변경된 사실을 통지하면서 보험금의 지급을 청구할 수 있음’을 지적한 사례.

427) ㉡ **대리행위의 주장책임**: 대리행위는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당 사실에 속하므로 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않은 이상 이를 인정할 수 없으나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아닐뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것도 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장은 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수도 있다(95다27998, 89다카15359). 다른 취지의 판시로는 97다39308(‘계약이 본인에 의하여 체결되었는가 또는 대리인에 의하여 체결되었는가는 간접사실에 불과하므로 원심이 당사자의 주장과 달리 대리인에 의하여 계약이 체결되었다고 사실인정하였다고 하여 그것이 위법하다고 볼 수는 없다’)이 있다. 계약의 근거를 대리권에 두고 있음에도 대리권이 아닌 다른 권한을 상정하여 청구의 당부를 판단하는 것도 변론주의의 한계를 벗어난 것이다(96다56122).

428) ㉢ 99다37856: “대리가 적법하게 성립하기 위하여는 대리행위를 한 자, 즉 대리인이 본인을 대리할 권한을 가지고 그 대리권의 범위 내에서 법률행위를 하였음을 요하며, 부분의 경우에도 일상의 가사가 아닌 법률행위를 배우자를 대리하여 행함에 있어서는 별도로 대리권을 수여하는 수권행위가 필요한 것이지, 부부의 일방이 의식 불명의 상태에 있어 사회통념상 대리관계를 인정할 필요가 있다는 사정만으로 그 배우자가 당연히 채무의 부담행위를 포함한 모든 법률행위에 관하여 대리권을 갖는다고 볼 것은 아니다.” ㉣ ‘의사 또는 관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

429) **민법 제114조(대리행위의 효력)** ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다. ② 전항의 규정은 대리인에게 대한 제3자의 의사표시에 준용한다.

430) **민법 제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위)** 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정을 준용한다. ㉤ 현명주의 원칙

431) **상법 제48조(대리의 방식)** 상행위의 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니하여도 그 행위는 본인에 대하여 효력이 있다. 그러나 상대방이 본인을 위한 것임을 알지 못한 때에는 대리인에 대하여도 이 이행의 청구를 할 수 있다. ㉦ **비현명주의** ㉧ 2008다79340: “원칙적으로 대리행위는 본인을 위한 것임을 표시하여야 직접 본인에 대하여 효력이 생기는 것이고, 한편 민법상 조합의 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 조합대리에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 그리고 상법 제48조는 … 규정하고 있으므로, 조합대리에 있어도 그 법률행위가 조합에게 상행위가 되는 경우에는 조합을 위한 것임을 표시하지 않았다고 하더라도 그 법률행위의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 보아야 할 것이다.” ㉨ 甲이 금전을 출자하면 乙이 골재 현장에서 골재를 생산하여 그 이익금을 50:50으로 나누어 분배하기로 하는 내용의 동업계약에서, 乙은 민법상 조합의 업무집행조합원에 해당한다고 볼 수 있고, 乙이 위 골재 현장의 터파기 및 부지 평탄작업에 투입될 중장비 등에 사용할 목적으로 유류를 공급받는 행위는 골재생

위 청구원인사실들로부터 ‘자기계약’이나 ‘쌍방대리’⁴³²⁾임이 드러나는 경우에는 추가적 청구원인사실로 ④ ‘본인의 허락’ 사실이 필요하다(④ 요건의 주장이 없으면 원고의 주장 자체로 이유 없게 된다).⁴³³⁾

대리행위 상대방(원고)이 본인(피고)을 상대로 대리행위에 기한 이행청구를 함에 대하여, 피고는 민법 제128조⁴³⁴⁾ 소정의 대리권 소멸(대리권의 원인된 법률관계의 종료 또는 수권행위의 철회 사실) 주장, 배임적 대리(대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 사실+원고의 악의·과실)^{435) 436)} 무효 주장 등으로 항변할 수 있다. 이에 대한 본인(피고)

산업을 영위하는 상인인 甲과 乙을 조합원으로 한 조합이 그 영업을 위하여 하는 행위로서 상법 제47조 제1항에 정한 보조적 상행위에 해당한다고 볼 여지가 충분하므로, 乙이 위 골재현장에 필요한 유류를 공급받으면서 그 상대방에게 조합을 위한 것임을 표시하지 아니하였다 하더라도 상법 제48조에 따라 그 유류공급계약의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 한 사례. ② 94다41935; “소의 회사가 피고들과 이 사건 각 분양계약을 체결하면서 원고의 대리인임을 표시하였다고 볼 자료는 없지만, 소의 회사에게 위에서 본 바와 같이 원고를 대리할 권한이 있고, 이 사건 점포의 분양행위는 그 규모, 횟수, 분양기간 등에 비추어 볼 때 상법 제46조 제1호 소정의 부동산의 매매로서 본인인 원고의 상행위가 된다고 할 것이므로, 상법 제48조에 의하여 대리행위의 현명 여부에 불구하고 유효한 대리행위로서 그 효과는 본인인 원고에게 귀속된다.”

432) 민법 제124조(자기계약, 쌍방대리) 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다. ─ 자기계약, 쌍방대리를 금지한 민법 제124조(본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 적용된다)를 위반하여 한 행위는 무권대리행위로서 무효이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결). 친권에 복종하는 미성년자에게 이익만이 있는 경우에는 자기계약이나 쌍방대리가 되는 경우라도 유효하다(81다649). 해산한 법인이 해산 시 잔여재산이 지정한 자에게 귀속한다는 정관 규정에 따라 구체적으로 확정된 잔여재산이전의무의 이행으로서 잔여재산인 토지를 그 귀속권리자에게 이전하는 것은 채무의 이행에 불과하므로 그 귀속권리자의 대표자를 겸하고 있던 해산한 법인의 대표청산인에 의하여 잔여재산 토지에 관한 소유권이전등기가 그 귀속권리자에게 경료되었다고 하더라도 이는 쌍방대리금지 원칙에 반하지 않는다(98두5279). 원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다(94다44903). 원고의 소송대리인이 원고승계참가인의 소송행위를 대리하였다 하여 쌍방대리금지의 원칙에 저촉되지 않는다(90다9520, 9537).

433) ‘본인의 허락’이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명책임을 부담하고, 이때의 ‘허락’은 명시된 사전 허락 이외에도 ‘묵시적 허락’ 또는 ‘사후 추인’의 방식으로 가능하다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

434) 민법 제128조(임의대리의 종료) 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다.

435) ① 배임적 대리행위에 대한 민법 제107조 제1항 단서의 유추적용; 대리권이나 회사·법인의 대표권 남용에 관하여 민법 제107조(비진의표시) 제1항 단서를 유추적용하여 상대방이 ‘악의’ 또는 ‘유과실’인 경우 무효로 보는 것이 대다수 판례의 입장이나, 신의칙을 적용하여 상대방이 ‘악의’인 경우 무효로 보는 견해를 취한 일부 판례(2016다222453)도 있다. ─ ② 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결; “진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고” ③ 2006다43767; “부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 그 범위 내에서 한 행위는 실사 상업사용인이 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 영업주 본인의 행위로서 유효하나, 그 행위의 상대방이 상업사용인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 행위에 대하여 영업주 본인에 대하여 무효가 되고,” ④ 97다7721; “지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다”

의 사후적인 추인은 원고의 재항변 사실이 아니라 별개의 예비적 청구원인사실에 해당한다.

상대방이 비현명 대리인(= 피고)을 계약 당사자로 삼아 이행청구를 하는 경우, 위 ①, ② 및 ③의 ⑥, ⑦는 항변사실이 된다(민법 제115조 본문의 원칙 규정에 기한 청구와 단서의 예외 규정에 기한 항변).

(2) 대리권의 존부에 관한 증명책임

대리행위로 의사표시를 한 경우 대리권의 존부에 관한 증명책임은 원칙적으로 대리권의 존재를 주장하는 측에게 있다.⁴³⁷⁾

436) ◎ 자(子)의 재산에 관한 친권자의 대리권 남용

민법 제920조(자의 재산에 관한 친권자의 대리권) 법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다.

● ① 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결: “법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고, 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는, 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 그 행위의 효과는 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하다.” ⇨ 법정대리인 소외인이 미성년자 원고들을 대리하여 원고들 소유 토지를 피고에게 매각한 사안에서, 이는 본인인 원고들의 이익을 무시하고 오로지 법정대리인과 제3자의 이익을 위하여서만 행하여진 대리권 남용 행위로서 계약상대방 피고로서는 매매 계약 당시 소외인이 임의로 원고들의 이익이나 의사에 반하여 토지를 매각하려 한다는 배임적인 사정을 알고 있었거나 알 수 있었다고 보아 본인인 원고들에게 매매계약의 효력이 미치지 않는다고 하고 피고 명의 소유권이 전등기의 말소를 인용한 사례. ● 2008다73731: “친권자가 자를 대리하는 법률행위는 친권자와 자 사이의 이해상반행위에 해당하지 않는 한, 그것을 할 것인가 아닌가는 자를 위하여 친권을 행사하는 친권자가 자를 둘러싼 여러 사정을 고려하여 행할 수 있는 재량에 맡겨진 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 같이 친권자가 자를 대리하여 행한 자 소유의 재산에 대한 처분행위에 대해서는 그것이 사실상 자의 이익을 무시하고 친권자 본인 혹은 제3자의 이익을 도모하는 것만을 목적으로 하여 이루어졌다고 하는 등 친권자에게 자를 대리할 권한을 수여한 법의 취지에 현저히 반한다고 인정되는 사정이 존재하지 않는 한 친권자에 의한 대리권의 남용에 해당한다고 쉽게 단정지을 수 없다 할 것이다. … 미성년인 자의 재산에 대한 친권자의 처분행위가 친권의 남용에 해당하는지 여부는 … 처분재산의 상실이라고 하는 객관적·편면적 관점에서만 판단할 것은 아니고, 그 처분을 둘러싼 친권자와 자 사이의 이해상반 여부, 위 처분과 관련한 이해당사자들 사이의 이해관계의 조율 기타 그 처분에 이르기까지의 경위와 관련 이해당사자들의 입장과 의사 등 주관적, 객관적 사정들을 합하여 종합적인 관점에서 예외적으로 친권의 남용에 해당한다고 볼 만한 사정이 적극적으로 입증되어야 할 것” ⇨ 망인 명의 토지가 명의 신탁된 것이었을 가능성이 있다는 점 등을 고려하여, 친권자(망인의 처)가 미성년자인 딸과 공동상속받은 토지를 망인의 형인 피고에게 증여한 행위가 친권의 남용에 해당하지 않는다고 하여 피고 명의 소유권이전등기의 말소를 배척한 예. ⇨ 반면에, 친권자인 모가 미성년자인 자의 법정대리인으로서 자의 유일한 재산을 아무런 대가도 받지 않고 증여하였고 상대방이 그 사실을 알고 있었던 경우, 그 증여는 친권 남용에 의한 것이므로 그 효과는 자에게 미치지 않는다고 한 예로는 96다43928 판결 참조.

437) ● 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결: “원고는 피고로부터 처분권을 위임받은 소외 회사와 사이에 이 사건 개발양도계약을 체결하였다고 주장하고 있으므로, 소외 회사에게 적법한 처분권이 있었다는 점은 원고에게 증명할 책임이 있다.” ● 2008다42195: “인감도장 및 인감증명서는 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 아니하고 이에 의하여 당연히 피고에게 원고를 대리하여 양도담보부 금전소비대차계약을 체결하거나 위 계약에 대한 공정증서 작성을 촉탁할 대리권이 인정되는 것은 아니며, 대리권이 있다는 점에 대한 입증책임은 그 효과를 주장하는 피고에게 있다.” ⇨ 원고는 피고에게 물건 매도를 위임하면서 인감도장 및 인감증명서를 교부하였는데, 피고가 이를 이용하여 채권자(피고) 본인 겸 채무자(원고)의 대리인으로서 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁하였으므로, 공정증서가 원고를 대리할 권한이 없는 피고의 촉탁에 의하여 작성된 것으로서 무효라고 주장하고, 피고는 원고가 대출금을 변제하지 못함으로 인하여 피고가 입은 손해의 보전 등을 위하여 피고에게 인감도장 및 인감증명서를 교부하면서 권한을 위임하여 공정증서의 작성을 촉탁하게 하였으므로, 공정증서가 유효하다고 주장한 사안에서, 원심이, 공정증서가 원고를 대리할 적법한 권한이 없는 피고의

법률행위의 체결·성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이, 대리과 사자(본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자)를 구별하는 결정적 기준·징표가 될 수는 없고, 상대방의 합리적 시각을 중심으로 살펴보아야 한다.⁴³⁸⁾

임의대리권은 그것을 수여하는 본인의 행위, 즉 수권행위⁴³⁹⁾에 의하여 발생하는 것이므로 어느 행위가 대리권 범위 내의 행위인지 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단하여야 한다.⁴⁴⁰⁾

촉탁에 의하여 작성되었다고 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 청구이의 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 원심판결에 입증책임을 전도한 위법이 있다고 한 예.

438) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결: “본인에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방과의 관계에서 자신의 이름으로 법률행위를 하는 대리인과 달리 ‘사자’는 본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하지만, 대리인도 본인의 지시에 따라 행위를 하여야 하는 이상(민법 제116조 제2항), 법률행위의 체결 및 성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이 대리과 사자를 구별하는 결정적 기준이나 징표가 될 수는 없다. 그 구별은 의사표시 해석과 관련된 문제로서, 상대방의 합리적 시각, 즉 본인을 대신하여 행위하는 자가 상대방과의 외부적 관계에서 어떠한 모습으로 보이는지 여부를 중심으로 살펴보아야 하고, 이러한 사정과 더불어 행위자가 지칭한 자격·지위·역할에 관한 표시 내용, 행위자의 구체적 역할, 행위자에게 일정한 범위의 권한이나 재량이 부여되었는지 여부, 행위자가 그 역할을 수행함에 필요한 전문적인 지식이나 자격의 필요 여부, 행위자에게 지급할 보수나 비용의 규모 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. … 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적 책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약의 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우, 그 행위가 대리에 해당하느냐 혹은 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지이다.”

439) 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있으며, 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이익을 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016다 203315 판결).

440) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다81019 판결: “임의대리에 있어서 대리권의 범위는 수권행위(대리권수권행위)에 의하여 정하여지는 것이므로 어느 행위가 대리권의 범위 내의 행위인지의 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단할 것이나, 일반적으로 말하면 수권행위의 통상의 내용으로서의 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른바 수령대리권을 포함하는 것으로 보아야 한다. … 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다. 한편 아파트 등 건물의 분양업무에 관한 대리권을 수여받은 자의 업무가 개별적인 분양계약의 체결에 그치는 것이 아니라, 사정에 따라 그 일부 분양의 취소 내지 해제와 이에 따른 보완적인 재분양 계약의 체결 등 거래행위를 순차적, 계속적으로 수행하는 것을 필요로 하고 분양계약에 달리 정함이 없는 경우에는, 일반 거래상대방의 보호를 위하여는 이러한 모든 행위가 일률적으로 그 업무범위 내에 속한다고 보아야지, 그중에서 분양계약의 취소, 해제를 따로 떼어 그 업무는 본인이 이를 직접 수행하든지 분양업무를 맡은 대리인에게 별도의 특별수권을 하여야 한다고 새겨서는 안 될 것이다.” — ❶ 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(93다39379). ❷ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 하므로, 그 연기에 관한 대리권을 가지고 있지 않았다는 점에 관한 증명책임은 본인에게 있다(91다43107). ❸ 수급인이 도급인으로부터 공사대금의 지급에 갈음하여 건물 소유권을 이전받기로 하면서 분양권을 위임받아 건물을 다 매도하여 그 매매대금으로 공사대금에 충당하기로 약정하였다면 수급인은 도급인의 대리인으로서 건물을 분양할 수 있는 지위를 가지고 있다(2007다14759). ❹ 사업자등록 명의와 통장을 빌려준 등의 사정이 있다 하여 당연히 거래의 차용행위까지 할 수 있는 포괄적인 대리권을 수여한 것으로 볼 수는 없다(2009다7779). ❺ 구분소유자의 관리단집회 의결권의 위임이나 대리권 수여가 반드시 개별적·구체적으로 이루어져야만 한다고 볼 근거가 없으므로, 구분소유자나 수분양자가 임차인 등에게 사전적·포괄적으로 의결권을 위임할 수도 있다(2011다79258). 주주는 의결권 행사를 포괄적으로 위임

어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 그 계약을 대리하여 체결하였다 하여, 계약의 해제, 타인 채무의 인수, 면책 등의 처분 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다.⁴⁴¹⁾

대리로 공정증서 작성이 촉탁된 경우 공정증서 정본의 공증인 직접 작성 부분의 진정 성립은 추정되나, 그에 의하여 인정할 수 있는 사실은 대리인으로서 공정증서의 촉탁을 하였다는 것일 뿐이고, 대리 촉탁자에게 적법한 대리권이 있다는 점까지 당연히 인정되는 것은 아니다.⁴⁴²⁾ 채권자가 채무자의 대리인으로서 채무 금액이나 이율, 변제기 등 일부 백지상태의 위임장을 보충하여 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁한 경우, 위임장의 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점을 채권자가 별도로 증명하여야 한다.⁴⁴³⁾

위임에 의한 소송대리인이 가지는 대리권의 범위에는, 특별수권을 필요로 하는 사항을 제외한 소송수행에 필요한 일체의 소송행위를 할 권한뿐만 아니라, 소송목적인 채권의 변제를 채무자로부터 수령하는 권한을 비롯하여⁴⁴⁴⁾ 위임을 받은 사건에 관한 실체법상

할 수 있고 그 대리인은 재위임할 수도 있다(2013다56839).

441) ① 통상적으로 본인을 위하여 금융기관과 사이에 대출거래약정과 그에 관한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 그 대출금을 수령할 권한도 있다고 볼 수 있으나, 그렇다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대리권을 수여받은 대출거래약정 및 담보권설정계약을 넘어서서 타인의 채무를 인수하도록 하는 약정까지 체결할 수 있는 대리권을 수여받은 것으로 볼 수는 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다63878 판결). ② 대리인에게 물품공급계약의 체결 및 그로 인한 대금의 수급에 관한 권한이 주어져 있다고 하여 채무자의 채무를 제3자가 면책적으로 인수하도록 함으로써 채무자로 하여금 면책시키는 약정을 할 수 있는 권한까지 주어진 것이라고 볼 수는 없다(94다45029). ③ 예금계약의 체결을 위임받은 자가 가지는 대리권에 당연히 그 예금을 담보로 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 대리권이 포함되어 있는 것은 아니다(2000다38992). ④ 매수병의자를 대리하여 매매계약을 체결하였다 하여 곧바로 그 제3자가 매수인을 대리하여 매매계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수 없다(96다51271). 통상 대부종개업자가 전주를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다243430 판결). ⑤ 채권자가 채무자를 대리하여 부동산에 관한 매매 등의 처분행위를 할 수 있는 권한을 위임받은 경우, 채권의 회수를 위하여 선량한 관리자로서의 주의를 다하여 채무자가 직접 부동산을 처분하는 것과 같이 널리 원매자를 물색하여 부동산을 매매 등의 방법으로 적정한 시기에 매도한 다음 그 대가로 자신의 채권에 충당하고 나머지가 있으면 채무자에게 이를 정산할 의무가 있는 것이지, 자신의 개인적인 채무를 변제하기 위하여 다른 채권자와 임의로 부동산의 가치를 협의, 평가하여 그 가액 상당의 채무에 대한 대물변제조로 양도할 권한이 있는 것은 아니다(97다22720).

442) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다65331 판결.

443) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결: "타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 위임장 등이 작성된 경우 그에 의하여 위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문언의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루 살펴, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수임인이 그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는 점 역시 수임인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁할 경우 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있거나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다."

사법행위를 하는 권한도 포함된다.⁴⁴⁵⁾

민법상 법인이나 비법인사단의 대표자는 그 업무를 포괄적으로 위임할 수 없다.⁴⁴⁶⁾ 공동대표이사의 1인이 그 대표권의 행사를 다른 공동대표이사에게 일반적, 포괄적으로 위임하는 것도 허용되지 않는다.⁴⁴⁷⁾ 친권자와 그 자 간 또는 수인의 자 간의 이해상반행위에 대한 특별대리인(민법 제921조)의 권한도 '특정'의 법률행위에 한정된다.⁴⁴⁸⁾

등기에 제3자가 개입된 경우 등기절차의 적법 추정력 때문에 제3자의 대리권의 존재가 법률상 추정되고, 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 쪽에서 제3자에게 대리권이 없었다든가, 또는 제3자가 등기서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.⁴⁴⁹⁾

444) 민사소송법 제90조(소송대리권의 범위) ① 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 반소·참가·강제집행·가압류·가처분에 관한 소송행위 등 일체의 소송행위와 변제의 영수를 할 수 있다.

445) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결; 원고가 피고들을 상대로 임대차계약의 종료에 따른 점포의 인도 및 연체차입 또는 차입 상당 부당이득의 지급 등을 함께 구하는 소를 제기하였다가, 제1심 소송 계속 중에 피고들이 2014. 6. 23. 원고 소송대리인에게 건물의 출입 열쇠를 우편으로 발송하여, 원고가 2014. 7. 1.경 원고 소송대리인으로부터 위 열쇠를 수령함으로써 점포를 인도받았다는 이유로 점포의 인도청구 부분은 기각되었고, 이에 원고가 항소를 제기한 다음 원심에서 위 인도청구 부분의 소를 취하한 사실관계하에서, '소송대리권이 제한되지 아니하는 변호사인 원고 소송대리인으로서 그 위임받은 위 사건에 대하여 소송목적인 채권의 급부를 수령할 수 있으므로, 원고 소송대리인이 피고들로부터 건물의 출입 열쇠를 수령하였다면 이는 그의 대리권 범위 내에서 소송목적에 관한 급부를 수령한 것으로서, 이로써 원고가 위 열쇠를 수령하여 점포를 인도받았다고 할 수 있다'고 하여, 이와 달리 원심이, 원고 소송대리인이 위 열쇠를 수령한 시기를 밝히지 아니한 채 원고가 위 열쇠를 소송대리인으로부터 넘겨받은 2014. 7. 1.경에 점포를 인도받았다는 잘못된 전제에서, 피고들이 그때까지 점포를 점유하였다고 보고 불법점유기간 및 차입 상당 손해배상액을 산정한 것은 위법이라고 한 예.

446) 민법 제62조(이사의 대리인 선임) 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다. ● 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 할 것인데, 민법 제62조의 규정에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수임인의 대행행위는 민법 제62조의 규정에 위반된 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다(2008다15438).

447) 공동대표제도를 인정한 것은 대외관계에서 수인의 대표이사가 공동으로만 대표권을 행사할 수 있게 하여 업무집행의 통일성을 확보하고, 대표권 행사의 신중을 기함과 아울러 대표이사 상호간의 견제에 의하여 대표권의 남용 내지는 오용을 방지하여 회사의 이익을 도모하려는 데 그 취지가 있기 때문이다(89다카3677). 공동지배인의 경우도 같다.

448) 민법 제921조의 특별대리인 제도는 친권자와 그 친권에 복종하는 자 사이 또는 친권에 복종하는 자들 사이에서 서로 이해가 충돌하는 경우에는 친권자에게 친권의 공정한 행사를 기대하기 어려우므로, 친권자의 대리권 및 동의권을 제한하여 법원이 선임한 특별대리인으로 하여금 이들 권리를 행사하게 함으로써 친권의 남용을 방지하고 미성년인 자의 이익을 보호하려는 데 그 취지가 있으므로, 특별대리인은 이해가 상반되는 특정한 법률행위에 관하여 개별적으로 선임되어야 한다. 따라서 특별대리인선임신청서에는 선임되는 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 적시하여야 하고, 법원도 그 선임 심판 시에 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 이를 심판의 주문에 표시하는 것이 원칙이며, 특별대리인에게 미성년자가 하여야 할 법률행위를 무엇이든지 처리할 수 있도록 포괄적으로 권한을 수여하는 심판을 할 수는 없다. 법원이 그 주문에 특별대리인이 처리할 법률행위를 적시하지 아니한 채 단지 특정인을 미성년자를 위한 특별대리인으로 선임한다는 내용만 기재한 경우에도, 그 특별대리인의 권한은 선임신청서에서 신청의 원인으로 적시한 특정한 법률행위에 한정되고 그 밖의 다른 법률행위에 대하여는 권한이 없다(96다1139).

449) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결; "소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고

본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 않는 한 ‘복대리인의 선임’에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다.⁴⁵⁰⁾

나) 표현대리

(1) 주장책임

유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 따로 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리 판단할 필요가 없다.⁴⁵¹⁾ 당사자가 표현대리를 주장함에는 무권대리인과 표현대리에 해당하는 무권대리행위를 특정하여 주장하여야 하고, 당사자의 표현대리 항변은 그 항변에 의하여 특정된 무권대리인의 행위에만 미치고 그 밖의 무권대리인이나 무권대리행위에는 미치지 아니한다.⁴⁵²⁾

(2) 민법 제125조 표현대리

민법 제125조⁴⁵³⁾ 표현대리(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리)에 기한 표현대리 상

주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서의 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.” ◀ 근저당권설정등기의 경우도 동일하다(93다18914). 친권자의 채무를 담보하기 위하여 미성년자 소유의 부동산에 관하여 특별대리인에 의해 타인 명의로 근저당권설정등기가 경료된 경우에도, 그 근저당권설정등기의 무효를 주장하는 자가 특별대리인이 권한 없이 그 등기를 경료한 것이라는 점을 증명하여야 한다(96다1139).

450) 임의대리인의 복임권에 관하여, 민법 제120조는 “대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.”라고 규정하고 있는데, 판례(2005다22701, 22718)는, “대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하므로, 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다.”고 한다.

451) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결: “변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것인바, 대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서는 차이가 없으나 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 위와 같은 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수 밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 따로이 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리판단할 필요가 없다고 할 것이다.” ▶ 유권대리의 법률행위에 기한 청구권과 표현대리책임에 따른 청구권은 별개의 실체법상 권리로 보아야 하므로(구소송물이론), 원고 주장과 다른 실체법상 권리에 기하여 판결하는 것은 처분권주의 측면에서 허용되지 아니한다.

452) 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카1819 판결.

453) 민법 제125조(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

대방의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① '본인이 표현대리인에게 (임의) 대리권을 수여함을 상대방에게 표시한 사실(= 대리권 수여의 표시)',⁴⁵⁴⁾ ② '표현대리인이 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 대리행위)'⁴⁵⁵⁾이다.

민법 제125조 단서의 주장·증명책임에 관하여는, 표현대리의 책임을 면하려는 '본인'이 상대방의 '악의 또는 유과실'에 대한 주장·증명책임을 진다는 데에 학설이 일치되어 있으므로,⁴⁵⁶⁾ 이는 본인의 항변사실에 해당한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 '유권대리'에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 '유권대리' 청구원인사실 속에 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

(3) 민법 제126조 표현대리

민법 제126조⁴⁵⁷⁾ 표현대리(권한을 넘은 표현대리)에 기한, 표현대리 상대방⁴⁵⁸⁾의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① '대리인에게 일정한 범위의 기본대리권(법정대리권 포함)이 있는 사실(= 기본대리권의 발생원인 사실)',⁴⁵⁹⁾ ② '대리인이 기본대리권을

454) ◎ 대리권 수여의 표시

○ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결: "민법 제125조가 규정하는 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리는 본인과 대리행위를 한 자 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 관계없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에 성립하는 것인바, ... 피고가 '소외 1에게 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여하였다.'는 표시를 원고에게 하였다고 인정할 증거를 찾을 수 없으므로, 소외 1의 이 사건 계약체결행위가 민법 제125조의 표현대리에 해당한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다."

○ 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다31264 판결: "서류를 교부하는 방법으로 대리권 수여의 표시가 있었다고 하기 위하여는 본인을 대리한다고 하는 자가 제출하거나 소지하고 있는 서류의 내용과 그러한 서류가 작성되어 교부된 경위나 형태 및 대리행위라고 주장하는 행위의 종류와 성질 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다." ㉸ 피고가 매도인란에 피고 무인이 찍혀져 있는 매매계약서 용지를 소외인에게 교부함으로써 대리권 수여를 표시하였으므로 그의 매매계약 체결에 표현대리 책임이 있다는 원고의 주장을 배척한 예.

○ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다53762 판결: "본인에 의한 대리권 수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수가 있다."

455) 85다카1268: "최OO가 계약당사자도 아닌 원고를 대리하여 위 변OO과 근저당권설정계약을 체결하고 그 설정 등기를 한 것이라고 할 수는 없을 것이므로 위 최OO가 원고를 대리하여 법률행위를 하였음을 전제로 하는 표현대리이론은 여기에 적용할 여지가 없을 것이다."

456) 민법주해 총칙 (3), 1992, 134면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 143면(지원립 집필).

457) 민법 제126조(권한을 넘은 표현대리) 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

458) 96다21751: "표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 이는 위 규정을 표현대리에 의한 어음·수표행위의 효력에 적용 또는 유추적용할 경우에 있어서도 마찬가지로 해석함이 상당하다."

459) ① 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결: "민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것" ㉸ 소외 1은 피고 강남지사의 영업점에서 과장으로 불리며 근무하던 3급 사원으로서, 피고의 거래처를 정기적으

넘어 본인을 위한 것임을 표시하고⁴⁶⁰⁾ 상대방과 법률행위를 한 사실(= 권한 유월의 대리행

로 방문하여 거래처의 새로운 통신수요를 파악하고 이에 맞는 통신서비스를 제안하여, 그에 따라 거래처가 새로운 통신 서비스의 제공을 원하는 경우 이에 관한 사항을 사업추진보고서로 작성하여 탑장인 소외 2에게 보고하는 업무를 담당하였을 뿐, 스스로 피고를 대리하여 영업과 관련된 계약을 체결할 권한을 가지지는 않았던 점을 알 수 있으므로, 소외 1에게 피고를 대리할 기본대리권이 있었다고 할 수 없다고 한 예. ② 97다48982: '대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결 문제는 생기지 않는다.' ③ 97다3828: '권한을 넘는 표현대리 규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없고, 따라서 한정치산자의 후견인이 친족회의 동의를 얻지 않고 피후견인의 부동산을 처분하는 행위를 한 경우에도 상대방이 친족회의 동의를 있다고 믿은 데에 정당한 사유가 있는 때에는 본인인 한정치산자에게 그 효력이 미친다.' ④ 91다32190: '민법 제126조의 표현대리가 성립하기 위하여는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 하는바, ... 피고 회사로부터 위임받은 고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정 실적의 제고 등의 업무는 사실행위에 불과하다고 할 것이므로 ... 기본적 대리권이 없음을 이유로 권한초과의 표현대리 성립을 부인하였음은 정당하고'

460) ⑥ 대리인이 본인인 것처럼 행위한 경우

① 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49814 판결: '민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 도용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립될 수 없는 것이다.' ② 피고의 처였던 소외 1이 남편인 피고 몰래 소외 2와 공모하여 피고 주민등록증의 사진을 떼어내고 소외 2의 사진을 붙인 다음 그 주민등록증 사본을 원고 은행 직원에게 제출하는 방법으로 소외 2가 피고인 것처럼 가장하여 차용금증서 등에 피고의 인장을 날인함으로써 위조하고, 피고 소유 부동산을 담보로 대출받은 사안에서, '소외 1은 대출 이전에 피고로부터 일정한 기본대리권을 수여받았거나 피고의 처로서 일상 가사대리권이 있었는데, 다만, 자신이 직접 피고의 대리인으로서 원고로부터 대출을 받은 것이 아니라, 소외 2로 하여금 피고 본인인 것처럼 행세하도록 하여 원고를 속이고 대출을 받았는데, 원고로서는 소외 2가 피고 본인인 것으로 믿었고 그 믿는 데에 정당한 이유가 있으므로, 피고는 대출에 대하여 민법 제126조 소정의 표현대리책임을 있다'는 원고의 주장에 대하여, 원심이, '사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 도용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 상대방을 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 하는 경우에는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 민법 제126조 소정의 표현대리의 법리를 유추적용할 수 있다'고 할 것인데, 여기서 '특별한 사정'이란 '본인을 도용한 사람에게 본인을 대리할 기본대리권이 있었고, 상대방으로서는 도용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 사정'을 의미한다고 전체한 후, 피고를 도용한 소외 2가 피고를 대리할 어떠한 기본대리권이 있다는 점에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척한 데 대하여, 대법원도, 원심의 판단이 옳다고 수긍하고, '소외 1과 소외 2의 행위를 총체적으로 하나로 보아 표현대리의 법리를 유추적용하여야 한다'는 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다고 한 예. ③ 92다52436: '본인으로부터 아파트에 관한 임대 등 일체의 관리권한을 위임받아 본인으로 가장하여 아파트를 임대한 바 있는 대리인이 다시 자신을 본인으로 가장하여 임차인에게 아파트를 매도하는 법률행위를 한 경우에는 권한을 넘는 표현대리의 법리를 유추적용하여 본인에 대하여 그 행위의 효력이 미친다고 볼 수 있다.' ④ 77다1669: '대리인을 본인 자신으로 잘못 믿은 것이 일반거래관념에비추어 당시의 구체적 상황에서는 무리도 아니었다고 할 수 있는 경우에 본인 자신의 행위로 믿었던 선의의 상대방을 위해서 본인 자신으로 자처한 대리인의 행위에 대하여 본인의 책임을 인정함이 상당하다고 할 것이고 이는 거래에 있어서 선의의 제3자를 보호하기 위하여 대리권한이 없는 행위에 대하여도 일정한 한도에서 본인에게 책임을 인정한 표현대리제도의 취지에 비추어 의당 시인되어야 할 것이므로(선의의 제3자를 보호함에 있어서 양자 간에 차이를 인정할 수 없으므로, 표현대리에 관한 제도를 이에 유추적용하는 것이 부당하다고 하여야 할 이유가 없다) 원심이 소외 100가 원고 자신임을 가장하고, 원고 자신으로서 한 행위에 대하여 표현대리에 관한 규정에 따라 본인인 원고에게 그 책임을 인정한 조치는 능히 시인될 수 있으므로,'

⑥ 대리인이 당사자인 경우

① 99다67598: 중증으로부터 임야의 매각과 관련한 권한을 부여받은甲이 임야의 일부를 실질적으로 자기가 매수하여 그 처분권한이 있다고 하면서 乙로부터 금원을 차용하고 그 담보를 위하여 위 임야에 대하여 양도담보 계약을 체결한 경우, 이는 중증을 위한 대리행위가 아니어서 그 효력이 중증에게 미치지 아니하고, 민법 제126

위), ③ '상대방이 대리인에게 기본대리권을 넘은 법률행위를 할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 사유가 있는 사실(= 정당한 사유의 존재 = 상대방의 선의·무과실)'이다.

본인의 과실은 요건사실이 아니므로, 본인이 무과실이라 하더라도 표현대리책임을 면하지 못한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 '유권대리'에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 '유권대리' 청구원인 판단 과정에서 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

'정당한 이유'의 주장·증명책임에 관하여는, '상대방'이 정당한 이유 또는 자신의 선의·무과실에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해⁴⁶¹⁾와 '본인'이 상대방의 악의 또는 유과실의 주장·증명책임을 진다는 견해⁴⁶²⁾로 대별된다. 입법자가 세 가지의 표현대리 간에 상대방 보호의 필요성 측면에서 의도적으로 차이를 두고 제각각의 규정 형식을 정했다고 보아야 하고 그러한 입법자의 명시적인 객관적 의사를 해석으로 무시할 것은 아니므로, 전자의 견해가 옳다. 판례도 전자의 입장으로 볼 수 있다.⁴⁶³⁾

정당한 이유의 존부⁴⁶⁴⁾ 465)는 자칭 대리인의 '대리행위 당시'에 존재하는 모든 사정을

조의 표현대리의 법리가 적용될 수도 없다고 한 사례. ② 92다33329: 소외인이 원고의 대리인으로서 매매계약을 체결하였다면 표현대리 문제가 나올지 몰라도, 원고로부터 매수한 자기 소유라 하여 피고에게 매도한 이상, 그 매매계약의 당사자는 소외인이고 원고는 그 당사자가 아니므로, 표현대리 이론을 적용할 수는 없다고 한 사례. ③ 91다3208: 乙이 甲으로부터 부동산에 관한 담보권설정의 대리권만 수여받았고 그 부동산에 관하여 자기 앞으로 소유권이전등기를 하고 이어서 丙에게 그 소유권이전등기를 경료한 경우, 丙은 乙을 甲의 대리인으로 믿고서 위 등기의 원인행위를 한 것도 아니고, 甲도 乙 명의의 소유권이전등기가 경료된 데 대하여 이를 통정·용인하였거나 이를 알면서 방지하였다고 볼 수 없다면 이에 민법 제126조나 제108조 제2항을 유추할 수는 없다고 한 사례.

461) 주석민법 총칙 (3), 2001, 189면(지원림 집필). 민법 제125조 또는 민법 제129조와 구별되는 본조의 규정 형식 및 본조의 표현대리에 있어서 상대방 보호의 필요성이 다른 유형의 표현대리에 비하여 낮다는 점을 근거로 한다.

462) 민법주해 총칙 (3), 1992, 160면(차한성 집필). 본조가 다른 표현대리에 비하여 상대방 보호의 필요성을 달리할 이유는 없다고 보이므로 표현대리 전반과 통일적으로 고려하여야 함을 근거로 한다.

463) "소외인이 소외회사에 대한 대출관련업무를 취급하고 있었다는 사유만으로 ... 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 할 수 없다 하여 원고의 표현대리 주장을 배척하고 있는바, ... 표현대리와 입증책임에 관한 법리 오해의 잘못이 없으므로"(88다카28228), "민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것"(2007다23425), "권한을 넘은 표현대리에 있어서 본인에게 대리인이 한 책임을 지우게 하려면 제3자인 상대방이 선의였다는 점과 아울러 그가 대리인에게 대리할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있었다는 점만을 판정하면 되는 것이지 그 상대방인 제3자가 무과실이었던 점은 판단할 필요가 없다 할 것이다. 왜냐하면 제3자의 선의와 제3자가 대리인에게 그 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있다 함은 한편으로 제3자에게 과실이 없었다는 것까지도 나타내는 것이기 때문이다."(63다428)등의 판시 참조.

464) ◎ 정당한 이유의 '긍정례'

① 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급을 담보하기 위하여 양도담보계약을 체결한 사안에서, 대리인이 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 모두 교부받아 이를 상대방에게 제시하며 부동산을 처분할 대리권이 있음을 표명하였다면 상대방으로서는 대리권이 있다고 믿는 데에 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있고, 더 나아가 본인에 대해 직접 대리권 수여 여부를 확인해보아야만 하는 것은 아니라고 한 예(2009다46828). ② 무권대리인이 제출한 본인의 인감증명서가 본인이 발급받은 것이고 그 용도란에 "보증보험연대보증용"이라는 문구가 기재되어 있는 등 보증보험약정서상의 연대보증인이 되겠다는 의사가 객관적으로 표명된 연대

객관적으로 관찰하여 판단하여야 한다.⁴⁶⁶⁾

과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(민법 제129조와 제126조의 복합 적용).⁴⁶⁷⁾ 마찬가지로 민법 제125조와 제126조의 복합 적용에 의한 표현대리의 성립도 가능하다.

보증인의 인감증명서가 제출된 경우에는, 연대보증계약 체결에 앞서 보증인에게 직접 보증의사를 확인할 것을 요구하지 않는다고 한 예(2002다2478). ㉠ 보증보험약정서상의 연대보증인으로 임보한다는 의사가 객관적으로 표명된 인감증명서가 제출되어 있고, 함께 제출된 한 묶음의 서류 중 일부의 인영날인 상태가 불량하지만 나머지 서류에 날인된 인영이 뚜렷하고 인감증명서의 그것과 동일하다면 날인상태가 불량한 서류의 진정성립이나 대리 권한의 유무까지 별도로 조사하여야 할 의무는 없다고 한 예(2001다5654). ㉡ 본인의 자필서명을 받지 아니한 사정만으로 표현대리의 성립을 부정한다면 모든 대리행위에 있어 본인의 출석을 요구하여야 한다는 결과를 초래하여 결국 대리행위의 필요성을 부정하는 데까지 나아갈 우려가 있어 받아들이기 어렵고, 대리인에 의한 보증보험계약 체결 시 반드시 본인에게 전화로 확인하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없다고 한 예(97다9895).

465) ㉢ 정당한 이유의 '부정례'

㉠ 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급에 갈음하여 대물변제계약을 체결한 사안에서, 계약 체결 후 비로소 본인으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 교부받았다면 상대방이 대리인에게 부동산을 대물변제로 제공할 대리권이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 한 예(2009다46828). ㉡ 금융기관이 채무자 본인의 서명날인 또는 채무자의 보증의사 확인 등 계약체결에 관한 사무처리규정을 마련하여 둔 경우에는 연대보증계약을 체결하면서 그와 같은 사무처리규정을 준수하였는지 여부가 표현대리에서 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하는 요소가 될 수 있다(2007다30331). ㉢ 남편이 처에게 타인의 채무를 보증함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 사회통념상 이례에 속하므로, 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 표현대리가 되려면 그 처에게 일상가사대리권이 있었다는 것만이 아니라 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다(98다18988; 처가 임의로 남편의 인감도장과 용도란에 아무런 기재 없이 대리방식으로 발급받은 인감증명서를 소지하고 남편을 대리하여 친정 오빠의 할부판매보증보험계약상의 채무를 연대보증한 경우, 남편의 표현대리 책임을 부정한 예). ㉣ '자동차판매회사의 영업소 직원이 자동차구매자나 그의 연대보증인으로 하여금 할부판매보증보험 청약서를 작성하게 하고 이를 보험회사에 제출하는 등의 역할을 담당하는 것은 단순히 자동차구매자의 편의만을 위함이 아니고 보험회사와 자동차판매회사와 사이에 어떠한 계약 관계가 있어 자동차판매회사의 직원이 보험회사를 대리하여 계약 체결을 하는 것이거나 보험회사의 계약 체결을 보조하는 것으로 볼 여지가 충분히 있고, 만약 보험회사를 대리하거나 보험회사의 보험계약 체결을 보조하는 지위에 있는 자동차판매회사의 영업소 직원이 연대보증인으로부터 교부받은 보증용 인감증명서와 인감도장을 소지하고 있음을 기화로 아무런 권한 없이 그 연대보증인이 지정한 피보증인이 아닌 사람을 위하여 보증을 한 것처럼 보증보험청약서를 작성한 후 관계 서류를 보험회사에 제출하였다면, 자동차구매자 겸 보험계약자의 연대보증인에게 할부판매보증보험계약에 따른 구상금채무에 관하여 표현대리 법리에 의한 책임을 부담시킬 수는 없다.'고 한 예(97다55478). ㉤ 일반적으로 부동산의 소유자가 아닌 제3자로부터 근저당권을 취득하려는 자로서는 근저당권설정계약을 함에 있어서 그 소유자에게 과연 담보제공의 의사가 있는지의 여부 및 그 제3자가 소유자로부터 담보제공에 관한 위임을 받았는지 여부를 서류상 또는 기타의 방법으로 소유자에게 확인하여 보는 것이 보통이라 할 것이므로 만약 그러한 조사를 하지 아니하였다면 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 있다고 믿은 데에 과실이 있다고 한 예(94다34425).

466) 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는가의 여부는 대리행위인 매매계약 당시를 기준으로 결정하여야 하고 매매계약 성립 이후의 사정은 고려할 것이 아니므로, 무권대리인이 매매계약 후 그 이행단계에서야 비로소 본인의 인감증명과 위임장을 상대방에게 교부한 사정만으로는 상대방이 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다2472 판결).

467) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다74713 판결: "민법 제126조에서 말하는 권한을 넘은 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘은 경우에 성립하는 것이지, 현재에 아무런 대리권도 가지지 아니한 자가 본인을 위하여 한 어떤 대리행위가 과거에 이미 가졌던 대리권을 넘은 경우에만 성립하는 것은 아니라고 할 것이고, 한편 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다."

(4) 민법 제129조 표현대리

민법 제129조⁴⁶⁸⁾ 표현대리(대리권 소멸 후의 표현대리) 책임의 요건사실은, ① '표현대리인의 대리권(법정대리권 포함)이 존재하였다가 소멸한 사실(= 종전 대리권의 소멸)', ② '표현대리인이 대리권 소멸 후에 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 무권대리행위)', ③ '상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실(= 상대방의 선의)'이다.⁴⁶⁹⁾

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, '유권대리'에 기한 원고의 이행청구 → 피고의 대리권 소멸 항변 → '표현대리'에 기한 원고의 '예비적' 청구(원고가 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실, 민법 제129조 본문) → 피고의 항변(원고가 대리권 소멸을 과실로 알지 못한 사실, 민법 제129조 단서)의 순으로 공방이 이루어진다고 보아야 한다.⁴⁷⁰⁾

대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있으나,⁴⁷¹⁾

468) 민법 제129조(대리권소멸후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. 그러나 제삼자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

469) 민법 제129조 표현대리에서 상대방의 선의 여부, 과실 유무의 주장·증명책임에 관하여, '본인'이 상대방의 '약의 또는 유과실'의 주장·증명책임을 진다는 견해(다수설)와 '상대방'은 자신의 '선의'에 대한 주장·증명책임을 지고 '본인'은 상대방의 '과실'에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해(소수설)로 대별된다(민법주해 총칙 (3), 1992, 196면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)). 이에 관한 판례는 보이지 않으나, 세 가지 표현대리 사이에는 각각의 외관에 대하여 상대방이 갖는 신뢰가치에 차이가 있고, 그에 따라 입법자가 앞서의 두 가지 표현대리와는 의도적으로 구별하여 중간적 입장에서 본조의 규정 형식을 정했다고 보아야 하므로(즉, 상대방의 외관에 대한 신뢰 정도는 민법 제125조 > 민법 제129조 > 민법 제126조의 순이고, 그 순서에 따라 상대방 보호에 차등을 두어 선의, 무과실의 증명책임에 관하여 민법 제125조는 본인에게, 민법 제129조는 양자에게, 민법 제126조는 상대방에게 각각 분배하여 의도적으로 규정한 것으로 볼 수 있다), 상대방의 선의를 사실상 추정함은 별론으로 하고 주장·증명책임의 분배에서는 후자의 견해가 옳다고 생각된다.

민법주해 총칙 (3), 1992, 197면(차한성 집필)과 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)은, "대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결이 표현대리를 주장하는 자에게 무과실의 입증책임이 있다고 한 원심판결은 입증책임을 전도한 위법이 있다는 취지의 상고이유를 배척함으로써 결과적으로 상대방에게 선의·무과실의 주장·입증책임을 요구하고 있는 것으로 보인다."라고 기재하고 있으나, 위 판결은, "원고는 원심변론 종결 시까지 표현대리에 관한 주장을 한 바 없으므로 원심으로서의 소외 김OO이 무권대리인이라고 판단한 이상 더 나아가 표현대리의 성립 여부까지 판단한 필요가 없었던 것이다. 필경 표현대리에 관한 원심판단 부분은 불필요한 부분으로서 이 부분에 소론과 같이 입증책임을 전도한 하물이 있다고 하여도 판결 결론에는 영향이 없다고 하겠으니 위 논지는 이유 없다."라고 판시한 것이어서 위와 같은 기재는 옳지 않은 것이다.

다수설에 따르면, 위 ①, ②만이 표현대리 책임의 요건사실이고, '상대방의 약의 또는 유과실'은 본인의 항변사실이 된다.

470) '표현대리에 기한 원고의 예비적 청구'를 '원고의 재항변'으로, 그다음 '피고의 항변'을 '피고의 재재항변'으로 위치시킬 수도 있으나, 앞서 본 바처럼 판례는, 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 '유권대리'와 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 '표현대리' 양자를 별개의 구성요건으로 보므로, 유권대리 주장과 표현대리 주장은 별개의 소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 봄이 옳다.

471) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97다55317 판결; "표현대리의 법리는 거래의 안전을 위하여 어떠한 외관적 사실을 야기할 때 원인을 준 자는 그 외관적 사실을 믿음에 상당한 사유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 책임이 있다는 일반적인 권리외관 이론에 그 기초를 두고 있는 것인 점에 비추어 볼 때, 대리인이 대리권 소멸 후 직접

대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여는 민법 제129조를 적용할 수 없다.⁴⁷²⁾

(5) 기 타

공증인에 대한 소송행위인 공정증서상 집행 인낙의 의사표시에는 민법상 표현 대리 규정이 적용·준용될 수 없고, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 집행 권원으로서의 효력이 없다.⁴⁷³⁾ 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.⁴⁷⁴⁾ 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상제의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.⁴⁷⁵⁾

다) 무권대리행위의 추인

무권대리행위의 추인에 기초한 이행청구(본인과 상대방 중 계약의 유효를 주장하는 어느 쪽이든 원고가 될 수 있다)의 청구원인 요건사실은,⁴⁷⁶⁾ ① ‘자칭 대리인과 상대방 사이의 계약 체결 사실’, ② ‘자칭 대리인이 계약 당시 본인을 위한 것임을 표시한 사실(= 대리의 현명)’, ③ ‘본인이 상대방이나⁴⁷⁷⁾ 무권대리인에 대하여⁴⁷⁸⁾ 위 계약을 추인한⁴⁷⁹⁾ 사실’이다.

상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론, 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고, 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.”

472) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결: “상법에 의하여 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못하나, 이를 등기한 경우에는 제3자가 등기된 사실을 알지 못한 데에 정당한 사유가 없는 한 선의의 제3자에게도 대항할 수 있는 점(상법 제37조) 등에 비추어, 대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여 민법 제129조의 적용 내지 유추적용이 있다고 한다면 상업등기에 공시력을 인정할 의미가 상실될 것이어서, 이 경우에는 민법 제129조의 적용 또는 유추적용을 부정할 것이다.” ☞ 원심이, 원고가 2005. 7. 4. 피고의 종전 대표이사이던 소외 1 또는 소외 1을 대리한 소외 1의 남편 소외 2와 사이에 준소비대차계약을 체결하였으나, 같은 달 1. 피고의 대표이사를 소외 1에서 소외 3으로 변경하는 내용의 등기가 마쳐졌으므로, 준소비대차계약의 효력을 피고에 대하여 주장할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

473) ① 82다카1758: “집행인낙 의사표시는 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 소송행위이고 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용 내지는 준용될 수 없다고 할 것이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 채권자는 물론 합동법률사무소나 공증인이 대리권이 있는 것으로 믿었는가 아닌, 믿을 만한 정당한 이유가 있는가 없는가에 관계없이 채무명(집행권원)으로서의 효력은 부정되어야 할 것” ② 2006다2803: “공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실제법상의 채무를 부담하게 됨은 별론으로 하고 무효의 채무명이가 유효하게 될 수는 없는바”

474) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

475) 대법원 1996. 7. 12. 선고 95다49554 판결.

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

제133조(추인의 효력) 추인은 다른 의사표시가 없는 때에는 계약 시에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.

대리권 흠결 사실은 요건사실이 아니다. 무권대리행위의 추인이 표현대리처럼 유권대리가 받아들여지지 아니하는 경우에 대비하여 예비적으로 주장된 경우, 위 ①, ② 사실은 ‘유권대리’ 판단 과정에서 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이어서, 통상은 위 ③ 요건사실만 주장·증명하면 된다. 이는 무권대리행위에 따른 소유권이전등기의 말소등기청구에 대하여 추인의 항변을 하는 경우에도 마찬가지이다.

앞서 본 유권대리와 표현대리와 관계와 마찬가지로, 무권대리행위의 추인도 위 양자와 서로 별개의 권원 주장으로 볼 것이다.

피고는 ‘추인 거절 간주’의 항변(‘본인의 추인 전에 상대방이 본인에게 추인 여부의 확인을 최고한 사실’ + ‘상당한 기간의 도과 사실’),⁴⁶⁰⁾ ‘철회’의 항변(‘본인의 추인 전에 상대방이 본인이나 그 대리인

477) 민법 제132조(추인, 거절의 상대방) 추인 또는 거절의 의사표시는 상대방에 대하여 하지 아니하면 그 상대방에 대항하지 못한다. 그러나 상대방이 그 사실을 안 때에는 그러하지 아니하다.

478) ○ 대법원 1981. 4. 14. 선고 80다2314 판결: “추인은 무권대리인이나 무권대리행위의 상대방 어느 편에 대하여도 할 수 있으며, 여기 상대방이라 함은 무권대리행위의 직접 상대 당사자뿐만 아니라 그 무권대리행위로 인한 권리 또는 법률관계의 승계인도 포함된다고 해석된다. … 민법 제132조의 규정은 추인을 상대방에게 아니 하고 무권대리인에게 한 경우에 상대방이 추인 있음을 알지 못한 동안에는 본인은 상대방에게 추인의 효과를 주장하지 못한다는 취지이며, 따라서 상대방은 그때까지 동법 제134조에 의한 철회를 할 수 있으며 그렇지 아니하고 무권대리인의 추인이 있었음을 주장함도 무방하다 할 것이다.”

○ 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다19033 판결: “공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 제3자와 한 법률행위를 추인함에 있어 그 의사표시는 단독으로 행위한 공동대표이사나 그 법률행위의 상대방인 제3자 중 어느 사람에게 대하여서도 할 수 있다”

479) ○ 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다46828 판결: “무권대리행위는 그 효력이 불확정 상태에 있다가 본인의 추인 유무에 따라 본인에 대한 효력발생 여부가 결정되는 것인바, 그 추인은 무권대리행위가 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서, 그 의사표시에 특별한 방식이 요구되는 것은 아니므로 명시적인 방법만이 아니라 묵시적인 방법으로도 할 수 있고, 무권대리인이나 무권대리행위의 상대방에 대하여도 할 수 있다.”

○ 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다카549 판결: “무권대리행위의 추인은 무권대리인에 의하여 행하여진 불확정한 행위에 관하여 그 행위의 효과를 자기에게 직접 발생케 하는 것을 목적으로 하는 의사표시이며 무권대리인 또는 상대방의 동의나 승낙을 요하지 않는 단독행위로서 이에 어떤 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이거나 묵시적이거나를 묻지 아니하나, 한편 추인은 의사표시의 전부에 대하여 행하여져야 하고 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인을 하였을 경우에는 상대방의 동의를 얻지 못하는 한 무효이라고 풀이할 것인바,”

○ 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다59217 판결: “증권회사의 고객이 그 직원의 임의매매를 묵시적으로 추인 하였다고 하기 위하여는 자신이 처한 법적 지위를 충분히 이해하고 진의에 기하여 당해 매매의 손실이 자기에게 귀속된다는 것을 승인하는 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이다. 나아가, 임의매매를 사후에 추인한 것으로 보게 되면 그 법률효과는 모두 고객에게 귀속되고 그 임의매매행위가 불법행위를 구성하지 않게 되어 임의매매로 인한 손해배상청구도 할 수 없게 되므로, 임의매매의 추인, 특히 묵시적 추인을 인정하려면, 고객이 임의매매 사실을 알고도 이의를 제기하지 않고 방치하였는지 여부, 임의매수에 대해 항의하면서 곧바로 매도를 요구하였는지 아니면 직원의 설득을 받아들이는 등으로 주가가 상승하기를 기다렸는지, 임의매도로 계좌에 입금된 그 증권권의 매도대금(예탁금)을 인출하였는지 또는 신용으로 임의매수한 경우 그에 따른 그 미수금을 이의 없이 변제하거나, 미수금 변제독촉에 이의를 제기하지 않았는지 여부 등의 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 판단하여야 할 것이다.”

○ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008다79500 판결: “비용자가 권한 없이 사용자를 대리하여 한 법률행위가 상대방에 대한 관계에서 기망에 의한 불법행위에 해당하여 사용자가 손해배상책임을 지는 경우에, 사용자가 비용자의 무권대리행위를 추인하였다고 하더라도 그것만으로는 이미 성립된 사용자책임이 소멸되는 것이라고 볼 수 없다.”

480) 민법 제131조(상대방의 최고권) 대리권 없는 자가 타인의 대리인으로 계약을 한 경우에 상대방은 상당한 기간을

에 대하여 계약을 철회한 사실)⁴⁸¹⁾을 주장할 수 있고, ‘철회’의 항변에 대해서는 철회의 효과를 다투는 원고가 ‘계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 사실’을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.⁴⁸²⁾

한편, ‘무권리자’의 ‘처분행위’⁴⁸³⁾(무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분하는 행위)에 대한 권리자의 추인과 무권대리 행위에 대한 본인의 추인은 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 전자에 후자에 관한 민법 제130조(무권대리 행위의 효력), 제133조(추인의 효력) 등을 유추적용할 수 있고,⁴⁸⁴⁾ 권리자는 무권리자에 대하여 무권리자가 그 처분행위로 인하여 얻은 부당이득의 반환을 구할 수 있다.⁴⁸⁵⁾ 무권리자의 처분행위

정하여 본인에게 그 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다. 본인이 그 기간 내에 확답을 발하지 아니한 때에는 추인을 거절한 것으로 본다.

481) 민법 제134조(상대방의 철회권) 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다.

482) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결; “민법 제134조에서 정한 상대방의 철회권은, 무권대리행위가 본인의 추인 여부에 따라 그 효력이 좌우되어 상대방이 불안정한 지위에 놓이게 됨을 고려하여 대리권이 없었음을 알지 못한 상대방을 보호하기 위하여 상대방에게 부여된 권리로서, 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없다. 한편 상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장·입증책임은 철회의 효과를 다투는 본인에게 있다.” ⇨ 철회의 효과를 다투는 쪽이 반드시 본인인 것은 아니고, 철회권을 행사한 상대방이 본인의 무권대리행위 추인에 의한 계약의 유효를 위하여 철회의 효과를 다투는 경우도 있을 수 있으므로, ‘상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점에 대한 주장·입증책임은 철회의 효과를 다투는 쪽에 있다.’라고만 판시함이 옳다고 본다.

483) ◎ ‘처분행위’와 ‘의무부담행위’

‘처분행위’는 ‘이행’의 문제를 남기지 않고 권리의 변동을 직접 일으키는 물건행위(예컨대, 소유권 양도행위, 제한물권 설정행위, 물권의 포기), 준물권행위(예컨대, 채권양도, 채무면제) 등의 법률행위로서, 처분행위가 유효하기 위해서는 행위자에게 ‘처분권한’과 ‘처분능력’이 있어야(예컨대, 소유자나 그로부터 처분권한을 부여받은 자) 한다(2010다100711 판결, 2017다3499 판결). 제3자에 대한 처분권 수여가 있더라도 소유자의 처분권능이 소멸하거나 제한받는 것은 아니다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결). 이에 비해, ‘의무부담행위’는 당사자에게 일정한 청구권과 그에 상응한 급부의무를 발생시키는 법률행위(예컨대, 채권행위)로서 ‘이행’의 문제를 남기고, ‘타인의 권리 매매’(민법 제569조)처럼 처분권한이 없더라도 유효하게 성립할 수 있다.

484) ◎ 무권리자의 처분에 대한 권리자의 추인

대법원 2017. 6. 8. 선고 2017다3499 판결; “법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자 또는 처분권한이 있는 자의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다. 그러나 이러한 경우에 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 스스로 의의에 따라 형성할 수 있다는 사적 자치의 원칙에 따라 허용된다. 이러한 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있으며, 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 해도 무방하다. 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 그 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다.” ⇨ 무권리자인 원고의 아들 등이 원고 명의의 대출거래약정서, 근저당권설정계약서 등을 위조해서 원고 소유 부동산에 관하여 피고(금융기관) 앞으로 제1근저당권설정등기를 하고 대출을 받았는데, 원고가 이를 알고도 피고 앞으로 제2근저당권설정등기를 하고 대출을 받아 제1근저당권설정등기의 피담보채무금 이자를 변제한 사안에서, 이는 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효과가 자신에게 유효하게 귀속됨을 묵시적으로 추인한 것으로 볼 수 있어 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효력이 원고에게 귀속된다고 보아야 하므로, 원심이 ‘무권리자의 처분에 대한 추인’을 ‘무권대리의 추인’으로 잘못 파악하기는 하였지만, 피고의 추인 항변을 받아들인 결론은 정당하다고 판단한 사례.

후 '권리자가 무권리자를 상속'한 경우, 특별한 사정(신의칙 위반)이 없는 한, 권리자는 의무의 이행을 거절할 수 있는 반면,⁴⁸⁶⁾ 무권리자의 처분행위 후 '무권리자가 권리자를 상속'한 경우에는, 상속분 범위 내에서 처분권 흠결의 하자가 치유되어 무효인 등기는 실제 관계에 부합하여 유효하게 된다.

라) 무권대리인의 상대방에 대한 책임

대리권 수여 여부가 불분명한 경우, 주위적으로는 본인을 상대로 대리인의 효과로 계약책임을 구하고, 예비적으로는 무권대리인을 상대로 민법 제135조⁴⁸⁷⁾ 제1항 소정의 무권대리인의 책임⁴⁸⁸⁾을 구하는 주관적·예비적 공동소송을 제기할 수 있다.⁴⁸⁹⁾

485) ○ 대법원 2022. 6. 30. 선고 2020다210686, 210693 판결: "무권리자에 의한 처분행위를 권리자가 추인한 경우에 권리자는 무권리자에 대하여 무권리자가 처분행위로 인하여 얻은 이득의 반환을 청구할 수 있다."

○ 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결: "무권리자가 타인의 권리를 제3자에게 처분하였으나 선의 제3자의 보호규정에 의하여 원래의 권리자가 권리를 상실하는 경우, 그 권리자는 무권리자를 상대로 제3자로부터 그 처분의 대가로 수령한 것을 이른바 침해부당이득으로 보아 반환청구할 수 있다. 한편 수익자가 법률상 원인 없이 이득한 재산을 처분함으로써 인하여 원물반환이 불가능한 경우에 있어서 반환하여야 할 가액을 산정함에 있어 수익자가 그 법률상 원인 없는 이득을 얻기 위하여 지출한 비용은 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 할 것이나, 타인 소유의 부동산을 처분하여 그 매각대금을 수령한 경우, 그 수익자는 그러한 처분행위가 없었다면 부동산 자체를 반환하여야 할 지위에 있던 자이므로 그 자신의 처분행위로 인하여 발생한 양도소득세 기타 비용은 수익자가 이익의 취득에 관련하여 지출한 비용에 해당한다고 할 수 없어 이를 반환하여야 할 이득에서 공제할 것은 아니다."

486) 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다20191 판결: "소외 망인이 피고 박OO, 이OO 명의의 위 주식에 관하여 처분 권한 없이 원고와 담보설정계약을 체결하였다 하더라도 이는 일종의 타인의 권리의 처분행위로서 유효하다 할 것이므로 망인은 위 피고들로부터 위 주식(주권)을 취득하여 이를 원고에게 인도하여야 할 의무를 부담한다 할 것인데, 이는 망인의 사망으로 인하여 피고들에게 상속되었으나 피고 박OO, 이OO은 원래 위 주식의 주주로서 타인의 권리에 대한 담보설정계약을 체결한 원고에 대하여 그 이행에 관한 아무런 의무가 없고 이행을 거절할 수 있는 자유가 있었던 것이므로 위 피고들은 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로는 위 계약에 따른 의무의 이행을 거절할 수 있다 할 것이다." ☞ 신의칙에 반하는 것으로 인정할 특별한 사정이 있다고 본 사례.

487) 민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

488) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다210775 판결: "상대방이 계약의 이행을 선택한 경우 무권대리인은 그 계약이 본인에게 효력이 발생하였더라면 본인이 상대방에게 부담하였을 것과 같은 내용의 채무를 이행할 책임이 있다. 무권대리인은 마치 자신이 계약의 당사자가 된 것처럼 계약에서 정한 채무를 이행할 책임을 지는 것이다. 무권대리인이 계약에서 정한 채무를 이행하지 않으면 상대방에게 채무불이행에 따른 손해를 배상할 책임을 진다. 위 계약에서 채무불이행에 대비하여 손해배상액의 예정에 관한 조항을 둔 때에는 특별한 사정이 없는 한 무권대리인은 그 조항에서 정한 바에 따라 산정한 손해액을 지급하여야 한다. 이 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조가 적용됨은 물론이다." ☞ 원고가 자신을 소외인들(원고의 자매들)의 대리인으로 소개하면서 피고로부터 부동산을 매수하는 계약을 체결하고 계약금 중 일부 금액을 지급한 후 소외인들로부터 대리권을 수여받지 못하였다고 하면서 피고에게 이미 지급한 돈을 부당이득으로 반환할 것을 청구한 사안에서, 원고는 무권대리인으로서 피고의 선택에 따라 계약이행 책임을 지는데, 피고에게 계약의 무효를 주장하며 계약금 반환을 요구하는 등 이행거절의 의사표시를 명백히 하였으므로, 피고는 원고에게 채무불이행에 따른 손해배상을 구할 수 있고, 위 계약에서 정한 손해배상액의 예정 조항에 따라 계약금을 기준으로 손해액을 정해야 하지만 그 금액이 과다하므로, 피고에게 이미 지급된 금액으로 감액하여 손해액을 정하면 피고가 계약금 일부로 지급받은 돈을 물려한 것은 정당한다고 보아 원고의 청구를 기각한 원심을 수긍한 사례.

489) ◎ 본인의 계약 책임과 무권대리인의 무권대리 책임 = 주관적·예비적 공동소송 관계

‘대리권의 존재 또는 본인의 추인이 있었다는 사실’은 타인의 대리인 또는 대표자로 법률행위를 한 자가 증명책임을 진다.⁴⁹⁰⁾ 무권대리의 주장책임은 상대방에게, 대리권의 증명책임은 무권대리인에게 있어 주장책임과 증명책임이 불일치한다.

무권대리인의 상대방에 대한 책임은 무과실책임으로서 대리권의 흠결에 관하여 대리인에게 과실 등의 귀책사유가 있어야만 인정되는 것이 아니고, 무권대리행위가 제3자의 기망

○ 대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다75202 판결; 원고가 1심 공동피고에 대하여 2억 원의 대여금 반환을 구함과 아울러, ① 주위적으로 피고 1에 대하여, 피고 2가 피고 1의 대리인으로서 위 대여금 반환채무를 연대보증하는 취지의 차용증을 작성·교부하였음을 주장하며 연대하여 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구하고, ② 피고 2에게 피고 1을 대리할 권한이 있음이 인정되지 아니할 경우에 대비하여 예비적으로 피고 2에 대하여, ③ 피고 2가 위 차용증을 작성·교부하면서 위 대여금 반환채무를 연대보증하였거나, ④ 무권대리인으로서 민법 제135조에 따른 연대보증책임이 있다고 주장하며 연대하여 위 대여금을 지급하여 줄 것을 구한 데 대하여, 1심은 1심 공동피고 및 피고 2에 대한 청구를 인용하면서, 피고 1에 대한 청구는 기각하였고, 이에 피고 2만이 항소하였는데, 원심은, 원고의 피고 1에 대한 청구는 피고 2에 대한 청구와 주관적·예비적 공동소송의 관계에 있으므로 피고 2의 항소에 따라 피고 1에 대한 청구 부분도 확정이 차단되어 항소심인 원심에 이심되었음을 전제로, ‘① 피고 2는 원고에게 1억 5,000만 원 등을 지급한다. ② 원고의 피고 2에 대한 나머지 청구 및 피고 1에 대한 청구를 각 포기한다.’는 내용의 화해권고결정을 하였고, 이에 대하여 피고 2만이 이의신청기간 내에 이의신청하였을 뿐 원고와 피고 1은 이의신청하지 아니하자, 원심은 원고의 피고 1에 대한 청구 부분은 위 화해권고결정으로 확정됨으로써 원심의 심판대상이 피고 2에 대한 청구 부분으로 한정된다고 하여, 피고 2의 항소를 기각하면서 피고 1에 대한 청구 부분에 대하여는 아무런 판단도 하지 아니하였는데, 대법원은, “피고들에 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 결함되어 있는 관계에 있어서 모든 당사자들 사이에 결론의 합일확정을 기할 필요가 인정되므로, 피고들에 대한 청구는 민사소송법 제70조 제1항에서 정한 주관적·예비적 공동소송으로서 피고 2만이 제1심판결에 대하여 항소를 제기하였다고 하더라도 피고 1에 대한 청구 부분도 항소심인 원심에 이심되어 그 심판대상이 되었다. 그리고 위 화해권고결정의 내용은 피고 1에 대해서도 피고 2의 원고에 대한 금원 지급의무를 전제로 그 청구를 포기한다는 것이어서 피고들 사이의 권리의무관계가 상호 관련되어 있고, 분리 확정을 허용할 경우 형평에 반할 뿐만 아니라, 이해관계가 상반된 공동소송인들 사이에서의 소송진행 통일을 목적으로 하는 민사소송법 제70조 제1항 본문의 입법 취지에 반하는 결과가 초래될 수 있다고 보이므로, 위 화해권고결정에 대해서는 분리 확정이 허용되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 위 화해권고결정에 대하여 피고 2만이 이의신청을 하였다 하더라도 위 화해권고결정은 원고와 피고들 모두에 대하여 확정되지 않고 사건은 소송으로 복귀한다고 할 것이고, 피고 2의 항소에 따라 원심에 함께 이심된 피고 1에 대한 청구 부분도 여전히 항소심인 원심의 심판대상이 된다고 보아야 한다. … 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 하나의 종국판결을 내려야만 하므로 원심판결 전부를 파기할 수밖에 없다. 한편 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 앞서 본 것과 같이 피고 2가 피고 1로부터 연대보증계약에 관한 권한을 위임받지 아니한 채 차용증을 원고에게 작성·교부하였으므로 이와 다른 전제에서 주장하는 원고의 피고 1에 대한 청구는 이유 없고, 또한 앞서 본 것과 같이 원고의 피고 2에 대한 청구는 이유 있으므로, 이와 결론이 같은 제1심판결은 정당하다.”라고 판시한 예.

○ 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다292756 판결; 원고는 주위적으로 피고 甲에 대해서 피고 乙의 대리에 의한 부동산 매매계약의 성립을 주장하면서 소유권이전등기청구를, 예비적으로 피고 乙에 대해서 무권대리로 인한 손해배상 청구를 하였는데, 제1심에서 피고 甲에 대한 청구는 기각되었으나 피고 乙에 대한 청구는 자백간주로 인용되었고, 이에 대해 원고가 피고 甲에 대한 부분에 관하여만 항소하여 원심은 피고 甲에 대하여만 판단하여 항소를 기각하고 피고 乙에 대한 부분은 아예 당사자로 보지도 않고 그에 대한 판단도 하지 않은 사안에서, 대법원은 피고 甲과 乙에 대한 청구는 주관적·예비적 공동소송에 해당하므로 하나의 판결을 선고하여야 함에도 원심이 피고 乙에 대한 청구는 심판대상에서 제외되었다고 보아 판단하지 않은 것이 위법하다고 판단하여 원심판결을 전부 파기환송한 예.

490) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다73110 판결(‘무권대리인의 상대방에 대한 책임’은 법인의 대표에 관하여 준용되고(민법 제59조 제2항), 어떤 사람이 장래에 성립될 단체의 대표자로 칭하여 법률행위를 하였으나 그 단체가 성립되지 아니한 경우에도 준용된다).

이나 문서위조 등 위법행위로 야기되었다고 하더라도 그 책임은 부정되지 아니한다.⁴⁹¹⁾

‘상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실’ 또는 ‘알 수 있었는데도 알지 못하였다는 사실’에 관한 주장·증명책임은 무권대리인에게 있다.⁴⁹²⁾

대리 권한 없이 타인의 부동산을 매도한 자가 그 부동산을 상속한 후 소유자의 지위에 서 자신의 대리행위가 무권대리로 무효임을 주장하여 등기의 말소 등을 구하는 것은 금반언원칙이나 신의칙상 허용되지 아니한다.⁴⁹³⁾

7) 일부무효, 무효행위의 전환·추인, 취소행위의 추인

가) 일부무효

법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 함이 원칙이지만, 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다(민법 제137조).⁴⁹⁴⁾ 이와 같은 법률행위의 일부무효 법리는, 여러 개의 계약

491) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다213038 판결: 피고가 토지 소유자인 소외인을 자칭하는 사람으로부터 대리권을 수여받았을 뿐 실제 소유자인 소외인 본인으로부터 대리권을 수여받은 바 없는 상태에서 피고가 소외인의 대리인 자격으로 원고와 사이에 근저당권설정계약을 체결하고 원고에게 근저당권설정등기를 마쳐주었는데, 소외인이 원고 명의의 근저당권설정등기가 무효라고 주장하면서 원고를 상대로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소확정판결을 받은 사안에서, 원심이, ‘원고 명의의 근저당권설정등기가 원인무효로 된 것은 피고의 대리행위 없이 소외인을 자칭한 사람이 본인으로 나서 직접 원고와 근저당권설정계약을 체결하였더라도 그 결과가 마찬가지라는 점에서 소외인을 자칭하는 사람의 위법행위 때문이지 피고의 무권대리행위에서 비롯된 것이 아니므로, 피고에게 무권대리책임이 있다고는 볼 수 없다’고 판단한 데 대하여, 대법원은, ‘피고가 소외인의 대리인으로 근저당권설정계약을 체결하였지만 소외인으로부터 대리권을 수여받은 사실이 없고 소외인으로부터 추인을 얻지도 못하였으므로, 그러한 대리권의 흠결에 대하여 피고에게 귀책사유가 있는지 여부를 묻지 아니하고, 피고는 상대방인 원고에게 민법 제135조 제1항에 따른 책임을 져야 한다. 피고의 무권대리행위로 인하여 근저당권설정계약이 체결된 이상 그 무권대리행위가 소외인을 자칭한 사람의 위법행위로 야기되었다거나 그 사람이 직접 원고와 근저당권설정계약을 체결하였더라도 동일한 결과가 야기되었을 것이라는 사정만으로 위와 같은 책임이 부정될 수는 없다.’라고 한 예.

492) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다210775 판결: “민법 제135조 제2항은 … 무권대리인의 과실책임에 관한 원칙 규정인 제1항에 대한 예외 규정이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었는데도 알지 못하였다는 사실에 관한 주장·증명책임은 무권대리인에게 있다.”

493) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94다20617 판결: 甲이 대리권 없이 乙 소유 부동산을 丙에게 매도하여 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법에 의하여 소유권이전등기를 마쳐주었다면 그 매매계약은 무효이고 이에 터잡은 이전등기 역시 무효가 되나, 甲은 乙의 무권대리인으로서 민법 제135조 제1항의 규정에 의하여 매수인인 丙에게 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있으므로 그러한 지위에 있는 甲이 乙로부터 부동산을 상속받아 그 소유자가 되어 소유권이전등기이행의무를 이행하는 것이 가능하게 된 시점에서 자신이 소유자라고 하여 자신으로부터 부동산을 전전매수한 丁에게 원래 자신의 매매행위가 무권대리행위여서 무효였다는 이유로 丁 앞으로 경료된 소유권이전등기가 무효의 등기라고 주장하여 그 등기의 말소를 청구하거나 부동산의 점유로 인한 부당이득금의 반환을 구하는 것은 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 예.

494) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결: “민법 제137조는 임의규정으로서 법률행위 자치의 원칙이 지배하는 영역에서 그 적용이 있다. 그리하여 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는, 개별 법령이 일부 무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따르고, 그러한 규정이 없다면 민법 제137조 본문에서 정한 바에 따라서 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효가 된다. 그러나 같은 조 단서는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 그 무효의 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다고 정한다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률

이 체결된 경우에 그 계약 전부가 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여져서 하나의 계약인 것과 같은 관계에 있는 경우,⁴⁹⁵⁾ 복수 당사자 사이의 합의의 경우에도 적용된다.⁴⁹⁶⁾ 법률행위 일부취소의 경우도 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이 한다.⁴⁹⁷⁾

행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것으로서, 당해 효력규정을 둔 입법취지 등을 고려할 때 법률행위 전부가 무효로 된다면 그 입법취지에 반하는 결과가 되는 등의 경우에는 여기서 당사자의 가정적 의사는 다른 특별한 사정이 없는 한 무효의 부분이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것으로 인정되어야 할 것이다.”(갑과 을 보험회사가 피보험자를 만 7세인 갑의 아들 병으로 하고 보험수익자를 갑으로 하여, 병이 재해로 사망하였을 때는 사망보험금을 지급하고 장해를 입었을 때는 소득상실보조금 등을 지급하는 내용의 보험 계약을 체결한 사안에서, 위 보험계약 중 병의 재해 사망을 보험금 지급사유로 하는 부분을 제외한 나머지 부분은 유효하다고 한 사례) ● [동일 취지] ① 상호신용금고의 담보제공약정이 효력규정인 구 상호신용금고법 제18조의2 제4호에 위반하여 무효라고 하더라도, 그와 일체로 이루어진 대출약정까지 무효로 된다고는 할 수 없다고 한 사례(2003다1601), ② 의료법인이 구 의료법 제41조 제3항에 따라 허가받은 한도액을 초과하여 담보제공약정을 한 경우, 허가된 한도액을 초과하는 부분이 무효라고 하더라도, 이미 허가받은 나머지 담보제공약정 부분까지 무효로 된다고는 할 수 없다고 한 사례(2008다32501), ③ 회사가 직원들을 유상증자에 참여시키면서 퇴직 시 출자 손실금을 전액 보전해 주기로 약정한 경우, 위 손실보전약정이 무효라는 이유로 신주인수계약까지 무효가 되는 것은 아니라고 한 사례(2006다38161, 38178).

495) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다288375 판결; 갑 등이 아파트 조성사업을 추진하는 을 지역주택조합 추진위원회로부터 ‘약정한 날까지 사업계획이 승인되지 않는 경우 납부한 전액의 환불을 보장한다.’는 취지가 포함된 안심보장증서를 받고 분양목적물에 관한 조합가입계약을 체결하여 계약금을 납입하였다가, 조합가입계약의 무효 등을 주장하며 납입금 반환을 구한 사안에서, 환불보장 약정이 총회의 결의 없이 이루어진 총유물의 처분행위에 해당하여 무효라면, 법률행위의 일부무효의 법리에 따라 이와 일체로서 체결된 조합가입계약도 무효가 되는 것이 원칙이라고 한 사례. ● 대법원 2023. 2. 2. 선고 2019다232277 판결; 갑 주택개발정비사업조합설립추진위원회가 주택개발사업을 시행하기 위해 을 건설회사를 시공사로 선정하는 결의를 한 후, 을 회사와 공사도급계약을 체결하면서 을 회사가 갑 추진위원회에 정비사업 시행을 위하여 소요되는 자금을 대여하는 내용의 소비대차약정을 체결하였는데, 시공사 선정결의와 공사도급계약이 무효가 되어 소비대차약정도 무효가 되는지 문제 된 사안에서, 공사도급계약이 무효로 된다고 하더라도 소비대차약정을 체결, 유지하려는 의사가 있었다고 볼 여지가 있다고 한 사례.

496) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결; “복수의 당사자 사이에 어떠한 합의를 한 경우 그 합의는 전제로서 일체성을 가지는 것이므로, 그 중 한 당사자의 의사표시가 무효인 것으로 판명된 경우 나머지 당사자 사이의 합의가 유효한지의 여부는 민법 제137조에 정한 바에 따라 당사자가 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는지의 여부에 의하여 판정되어야 하고, 그 당사자의 의사는 실재하는 의사가 아니라 법률행위의 일부만이 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 당사자 쌍방이 이에 대비하여 의욕하였을 가정적 의사를 말하는 것이지만, 한편 그와 같은 경우에 있어서 나머지 당사자들이 처음부터 한 당사자의 의사표시가 무효가 되더라도 자신들은 약정내용대로 이행하기로 하였다면 무효가 되는 부분을 제외한 나머지 부분만을 유효로 하겠다는 것이 당사자의 의사라고 보아야 할 것이므로, 그 당사자들 사이에서는 가정적 의사가 무엇인지 가릴 것 없이 무효 부분을 제외한 나머지 부분은 그대로 유효하다고 할 것이다.”

497) ○ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결; “여러 개의 계약이 체결된 경우에 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있는 것인지 여부는 계약체결의 경위와 목적 및 당사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 각 계약이 전체적으로 경제적, 사실적으로 일체로서 행하여진 것으로 그 하나가 다른 하나의 조건이 되어 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우 등에는, 하나의 계약에 대한 기망 취소의 의사표시는 법률행위의 일부무효이론과 궤를 같이하는 법률행위 일부취소의 법리에 따라 전체 계약에 대한 취소의 효력이 있다.”

○ 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다21509 판결; “하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부분의 취소도 가능하다고 할 것이고, 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다.” ● 이는 어디까지나 그 일부에 대한 법률행위가 존재함을 전제로 하는 것이다. 따라서 매매계약 체결 시 토지의 일정 부분을 매매 대상에서 제외시키는 특약을 한 경우, 이는 매매계약의 대상 토지를 특정하여 그 일정 부분에 대하여는 매매계약이 체결되지 않았음을 분명히 한 것으로서 그 부분에 대한 어떠한 법률행위가 이루어진 것으로는 볼 수 없으므로, 그 특약만을 기망에 의한 법률행위로서 취소할 수는 없다(98다56607).

민법 제137조 단서 소정의 주장은 계약에 기초한 이행청구에 대한 계약 무효의 항변에 대하여는 원칙적으로 재항변에 해당하나, 위 단서 소정의 가정적 의사를 인정할 근거 사실의 추가 없이 당해 효력규정과 그 입법취지로부터 바로 위 가정적 의사가 인정되어 일부는 무효가 되지 아니하는 경우에는 계약 무효의 항변 판단 단계에서 일부만 무효로 판단하여 항변 중 일부를 배척하면 된다.

개별 법률에서 계약의 일부만 무효임을 명시한 예도 있다.⁴⁹⁸⁾

나) 무효행위의 전환

무효인 법률행위가 '다른 법률행위'의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 '다른 법률행위'를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 '다른 법률행위'로서 효력을 가진다(민법 제138조).⁴⁹⁹⁾ 무효행위의 전환으로 무효인 원법률행위가 유효로

498) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결; "근로기준법 제43조에 의하면, 임금(이하 '임금'이라 함)은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하고(제1항), 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(제2항). 이는 사용자 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 그 입법 취지가 있다. 한편 근로기준법 제15조 제1항은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다고 정하고 있으므로, 임금지급 약정에 붙은 부관이 근로기준법 제43조에 반하여 허용될 수 없다면 그 부관만 무효이고, 나머지 임금지급 약정은 유효하다고 보아야 한다." ⇨ 원고와 피고법인의 근로계약 중 월 250만 원의 임금지급약정에 부가된 '피고법인의 보조금 수령'이라는 불확정기한은 근로기준법 제43조의 입법 취지에 반하여 허용될 수 없어 무효이고, 나머지 월 250만 원의 임금지급약정은 유효하다고 한 예.

499) ○ 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결; "매매계약이 약정된 매매대금의 과다로 말미암아 민법 제104조에서 정하는 '불공정한 법률행위'에 해당하여 무효인 경우에도 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용될 수 있다. 따라서 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 대금을 다른 액으로 정하여 매매계약에 합의하였을 것이라고 예외적으로 인정되는 경우에는, 그 대금액을 내용으로 하는 매매계약이 유효하게 성립한다고 할 것이다. 이때 당사자의 의사는 매매계약이 무효임을 계약 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사로서, 당사자 본인이 계약 체결 시와 같은 구체적 사정 아래 있다고 상정하는 경우에 거래관행을 고려하여 신의성실의 원칙에 비추어 결단하였을 바를 의미한다. 이와 같이 여기서는 어디까지나 당해 사건의 제반 사정 아래서 각각의 당사자가 결단하였을 바가 탐구되어야 하는 것이므로, 계약 당시의 시가와 같은 객관적 지표는 그러한 가정적 의사의 인정에 있어서 하나의 참고자료로 삼을 수는 있을지언정 그것이 일종의 기준이 된다고도 쉽사리 말할 수 없다. 이와 같이 가정적 의사에 기한 계약의 성립 여부 및 그 내용을 발굴·구성하여 제시하게 되는 법원으로서의 '가정적 의사'를 함부로 추단하여 당사자가 의욕하지 아니하는 법률효과를 그에게 또는 그들에게 계약의 이름으로 불합리하게 강요하는 것이 되지 아니하도록 신중을 기하여야 한다."

○ 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결의 다수의견; "공공건설임대주택의 임대차계약에서 ... 건설교통부 고시에 의하여 산출되는 임대보증금과 임대료의 상한액인 표준임대보증금과 표준임대료를 기준으로 계약상 임대보증금과 임대료를 산정하여 임대보증금과 임대료 사이에 상호전환을 하였으나 절차상 위법이 있어 강행법규 위반으로 무효가 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 임대사업자와 임차인이 임대보증금과 임대료의 상호전환을 하지 않은 원래의 임대 조건, 즉 표준임대보증금과 표준임대료에 의한 임대 조건으로 임대차계약을 체결할 것을 의욕하였으리라고 봄이 상당하다. 그러므로 그 임대차계약은 민법 제138조에 따라 표준임대보증금과 표준임대료를 임대 조건으로 하는 임대차계약으로서 유효하게 존속한다고 보아야 할 것이다. ... 임대사업자는 임차인에게 표준임대보증금을 초과하여 지급받은 임대보증금을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 임차인은 임대사업자에게 그 임대차계약에 따른 임대료로 표준임대료 금액을 지급할 의무가 있다." ⇨ 별개의견은, 민법 제137조 단서를 적용하여, 그 임대차계약상의 임대보증금은 표준임대보증금을 초과하는 한도 내에서 무효이나 임대차계약의 나머지 부분까지 무효가 되는 것은 아니므로 그 임대차계약상의 임대료 부분은 유효하게 존속한다는 입장이다.

[다수의견에 대한 보충의견]; "법률행위의 내용 중 일부가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에 그 부분의 무효가

되는 것이 아니라, '다른 법률행위'로서 효력을 가지게 되므로, 무효인 원계약에 기한 이행청구에 대하여, '무효행위 전환' 주장은 재항변이 아니라, 별개의 계약에 기한 이행 청구로서 예비적 청구의 관계에 있다.

다) 무효인 법률행위의 추인

'무효(확정적 무효)⁵⁰⁰⁾인 법률행위의 추인'⁵⁰¹⁾ 주장의 요건사실은, ① 어느 일방이 ② 법률행위의 '무효 원인이 소멸된 후에'⁵⁰²⁾ ③ 법률행위가 '무효임을 알거나 무효임을

나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는지 여부는 원칙적으로 당사자의 가정적 효과의사에 의하여 판단한다. 여기서 가정적 효과의사는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 의욕하였을 바를 내용으로 하는 것으로서, 법률행위의 내용을 분할할 수 있는 경우에 그 무효부분이 없더라도 나머지 부분만으로 법률행위를 하였을 것으로 인정되면 그 나머지 부분의 법률행위로서 효력이 인정된다(민법 제137조 단서). 반면 법률행위의 내용을 분할할 수 없거나 나머지 부분만을 내용으로 하는 법률행위를 하였을 것으로 보기 어려운 경우에는 그 법률행위는 원칙적으로 전부 무효가 되고 다만 당사자가 그 무효를 알았다면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 그러한 가정적 효과의사에 의한 법률행위로서 효력을 가진다(민법 제138조). ... 법률행위의 일부가 강행법규에 위반되어 무효인 경우에 나머지 부분을 무효로 하는 것이 강행법규 및 그 입법 취지에 반한다고 인정될 때에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다. 그러나 그러한 경우에도 강행법규와 그 입법 취지에 저촉되지 않는 범위에서는 당사자의 의사자치의 원칙은 존중되어야 한다. 강행법규의 취지에 어긋나지 않으면서도 쌍방 당사자 사이에 서로 일치하는 가정적 의사가 인정되는데도 불구하고, 오로지 원래 약정에서 무효부분을 뺀 나머지 부분만을 내용으로 하는 법률행위로서만 효력이 있다고 하는 것은 당사자 자치의 근본정신에 배치되고, 민법 제137조와 제138조의 규정 체계에도 부합하지 않는다. 강행법규의 입법 취지를 실현할 필요가 있다고 하더라도, 강행법규에 반하는 부분의 효력을 부인하고 그 나머지 부분을 토대로 당사자의 합리적인 의사를 추단하여 계약의 효력이 유지되도록 하는 것은 타당하지만, 당사자의 가정적 의사에 전혀 부합하지 않는 내용의 법률행위를 의제하고 그 효과를 강요하는 결과가 되어서는 안 된다. 그러므로 법률행위가 일부 무효일 때 강행법규의 취지를 살리기 위해 그 전부를 무효로 돌리지 않아야 할 경우에도 당사자의 가정적 의사를 외면해서는 안 된다. ... 민법 제138조는 무효인 법률행위와 전환되는 법률행위가 다른 종류의 법률행위이어야 한다고 제한하고 있지 않으므로, 무효인 임대차계약을 다른 내용의 임대차계약으로 전환하는 것이 안 된다고 할 이유가 없다. 또한 법적 개념으로는 별개의 법률행위라도 당사자의 의사에 의하여 주종관계로 결합됨으로써 경제적·사실적으로 일체를 이루는 경우에는 그와 같이 결합된 법률행위 전체에 대하여 무효행위 전환의 법리를 적용할 수 있다고 보아야 한다. 법률적 의미의 개개 법률행위로 당사자의 가정적 의사를 탐구해서 다른 법률행위로 전환되는지 여부를 결정한다면 당사자가 복수의 법률행위를 결합시키면서 가졌을 것으로 보이는 진정한 의사에 배치되는 결과가 발생할 수 있기 때문이다."

500) 무권대리나 무권리자의 처분과 같은 미확정적 무효의 경우는 해당되지 않는다.

501) 민법 제139조(무효행위의 추인) 무효인 법률행위는 추인하여도 그 효력이 생기지 아니한다. 그러나 당사자가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 '새로운 법률행위'로 본다. 새로운 법률행위로 보므로, 무효인 원법률행위가 소급하여 유효로 되는 것이 아니다.

502) ○ 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다38240 판결; "무효행위의 추인은 그 무효 원인이 소멸한 후에 하여야 그 효력이 있는 것이다. ... 강박에 의한 의사표시임을 이유로 일단 유효하게 취소되어 당초의 증여의 의사표시가 무효로 된 후에 추인한 경우 그 추인이 효력을 가지기 위하여는 그 무효 원인이 소멸한 후일 것을 요한다고 할 것인데, 그 무효 원인이라 함은 바로 위 증여의 의사표시의 취소사유라고 할 것이므로, 결국 무효 원인이 소멸한 후란 것은 당초의 증여의 의사표시의 성립 과정에 존재하였던 취소의 원인이 종료된 후, 즉 강박 상태에서 벗어난 후라고 보아야 할 것이다."

○ 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010다91831 판결; "법인의 대표자가 한 매매계약이 법인에 대한 배임행위에 해당하고 그 매매계약 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에는 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있지만, 이때 매매계약을 무효로 한 이유는 본인인 법인의 이익을 보호하기 위한 데에 있는 것이어서, 무효의 원인이 소멸된 후 본인인 법인의 진정한 의사로 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위로 그 효력이 생길 수 있다."

⇨ ◇ 대법원 1994. 6. 24. 선고 94다10900 판결; "불공정한 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 그 무효인 법률행위가 유효로 될 수 없다."

의심하면서도' ㉠ 추인(무효행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위)⁵⁰³⁾한 사실,⁵⁰⁴⁾ ㉡ 상대방이 그 추인을 승낙한 사실이다.

무효인 원계약에 기한 이행청구에 대하여, '무효인 법률행위의 추인' 주장은 재항변이 아니라, 별개의 새로운 계약에 기한 이행청구로서 예비적 청구의 관계에 있다(원계약에 기한 이행청구 → 무효 항변 → 추인의 재항변 ×, 별개의 신계약에 기한 이행청구 ○).

◇ 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결: "학교법인이 사립학교법 제16조 제1항에 의한 이사회의 심의·의결 없이 학교법인 재산의 취득·처분행위를 하거나 사립학교법 제28조 제1항의 규정에 의하여 관할청의 허가 없이 의무부담행위를 한 경우에 그 행위는 효력이 없고, 학교법인이 나중에 그 의무부담행위를 추인하더라도 효력이 생기지 아니한다."

◇ 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다22074 판결: "원고 범용사가 이 사건 지상권설정등기의 효력을 추인하였다는 소론 사유는 원심에서 주장된 바도 없을 뿐 아니라, 주무장관의 허가를 받지 아니한 처분행위는 매도인 측의 추인 여부에 불구하고 그 효력이 없는 것이다."

503) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299 판결.

504) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012다106607 판결: "무효인 법률행위를 추인에 의하여 새로운 법률행위로 보기 위하여서는 당사자가 이전의 법률행위가 무효임을 알고 그 행위에 대하여 추인하여야 한다. 한편 추인은 묵시적으로도 가능하나, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다. 위와 같은 법리를 고려했다면, 당사자가 이전의 법률행위가 존재함을 알고 그 유효함을 전제로 하여 이에 터 잡은 후속행위를 하였다고 해서 그것만으로 이전의 법률행위를 묵시적으로 추인하였다고 단정할 수는 없고, 묵시적 추인을 인정하기 위해서는 이전의 법률행위가 무효임을 알거나 적어도 무효임을 의심하면서도 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 의사로 후속행위를 하였음이 인정되어야 할 것이다. ... 당시 원고가 이 사건 처분행위가 무효임을 알았다거나 적어도 무효임을 의심하였음을 인정할 만한 증거를 찾아보기 어렵다."