

제1편

민법총칙

사 례 1

신의성실의 원칙

사정변경의 원칙과 보증인의 책임 : [변시 13년 제2회 제1문의 2 <문제> 1.]

< 사실관계 >

- A 주식회사 대표이사 B는 이 사건 매매계약의 중도금을 지급하기 위하여 C에게 돈을 빌려줄 것을 부탁하였고, 이에 C는 연대보증인을 구해 오면 1억 원을 빌려주겠다고 하였다.
- B는 우선 당사 A 주식회사의 이사로 있던 D에게 위와 같은 사정을 설명하고 연대보증을 허락받았고, C는 B·D를 직접 만나서 2009. 3. 1. 경 D의 연대보증 아래 A 주식회사에게 1억 원을 변제기 2010. 3. 1. 이율 월 2%로 정하여 대여하였다.
- A 주식회사 대표이사 B는 위 차용금 채무의 변제기가 다가오자 C를 찾아가 몇 개월만 더 변제기를 연장해 달라고 부탁하여, 2010. 2. 1. C와 사이에서 위 채무의 변제기를 2010.10. 1.까지 연장하기로 합의하였다.
- 한편, D는 2010. 1.10. A 주식회사의 이사직을 사임한 후 퇴직하였고, 그 직후인 2010. 1.12. C에게 A 주식회사 이사직을 사임하였으므로 위 연대보증계약을 해지한다고 내용증명우편으로 통보하여, 위 통보가 2010. 1.18. C에게 도달되었다.

< 문제 >

1. D의 소송대리인 D1은 'D는 회사의 이사 지위에서 부득이하게 연대보증을 섰 것이어서 이사 사임 직후 위 연대보증계약을 해지한 이상 연대보증채무를 부담하는 것은 부당하며, 나아가 연대보증인의 동의 없이 주채무의 기한을 연장한 이상 그 후에 확정된 대출금 채무를 연대보증인에게 청구하는 것은 부당하다'는 취지로 주장하였다. 위 각 주장이 받아들여질 수 있는지 여부를 논거와 함께 서술하시오(보증인 보호를 위한 특별법은 고려하지 말 것). (10점)

[해 설]

목 차

1. 논거

- (1) D는 연대보증계약을 해지한 이상 연대보증채무를 부담하지 않는다는 주장

- 1) 이사 지위에서 한 연대보증을 사임 후 해지할 수 있는지 여부 (긍정) (2점)

- 2) 사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약의 범위 (2점)

- (2) 주채무의 변제기 연장의 효력이 보증인 D에게 미칠 수 없다는 주장 (4점)

2. 결론 (2점)

곽민법 Tip

1.(1) 1) (판)[회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 회사의 요구로 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대해 보증을 한 후 퇴사한 때에는 보증계약성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다.]

곽민법 Tip

1.(1) 2) (판)[사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약은 근보증과 같이 계속적인 거래로 인한 불확정채무에 대하여 한 보증에 한(限)한다. 따라서 채무액과 변제기가 특정된 회사의 확정채무에 대하여 보증을 한 후 이사직을 사임한 경우에는, 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 없다.]
∴ D1의 첫 번째 주장은 이유 없다.

곽민법 Tip

1.(2) (판)[확정채무에 대해 보증계약 체결 후 보증인의 승낙 없이 주채무의 변제기를 연장하여 준 것이 보증인의 책임을 가중하는 것이 아니므로 보증인은 기존의 변제기가 지난 후에도 여전히 보증채무를 부담한다.]
∴ D1의 두 번째 주장도 이유 없다.

곽민법 Tip

2. 결론 : D1의 두 주장 모두 받아들여질 수 없다.

사 례 2

미성년자

미성년자의 법률행위의 효력과 친권자의 동의권 행사의 방법 : [법전협 22년 제2차모의. 제2문의 1. 문제 2.]

A는 2021. 8. 1. 甲으로부터 사업자금 1억 원을 이자는 월 5%, 변제기는 6개월 후로 정하여 차용하고 6개월분 선이자 3천만 원을 공제한 7천만 원을 수령하였다. A가 만기가 도래하여도 원금을 변제하지 않자 甲은 A의 집으로 찾아가 대여금을 당장 반환하지 않으면 사기죄로 고소하겠다고 위협하면서 이에 항의하던 A를 폭행하여 전치 4주의 상해를 입혔다. 이로 인해 병원에 입원 치료 중이던 A는 치료비 1천만 원을 병원에 지급하고 퇴원한 후 **도주하여 가족과도 연락이 두절되었다**. 그러자 甲은 A의 처(B)와 그 자녀 **乙(만 18세)**에게 채무의 변제를 독촉하였다. 이에 B와 乙은 甲이 제시한 “B와 乙은 2021. 8. 1.자 약정에 기한 A의 채무를 A와 함께 부담하겠다.”는 문구의 지급각서에 각자 자신의 이름을 기재하고 서명 날인하여 주었다. 甲은 2022. 8. 1. 성년이 된 乙에 대하여 위 지급각서에 **기하여 대여원금 1억 원 및 그에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다**. (아래 각 질문은 독립적이다.)

〈문제〉

2. 甲의 청구에 대하여 乙은 위 지급각서 작성 당시 자신이 미성년자였음을 이유로 위 지급각서에 의한 합의를 취소한다고 주장하였다. 이에 대하여 甲은 친권자의 동의가 있었다고 다투고, 乙은 친권자의 적법한 동의가 없었다고 반박하였다. **乙의 취소 주장은 타당한가?** (10점)

[해 설]

목 차

- | | |
|----------------------|---------------------|
| 1. 논점 (1점) | (2) 친권의 공동행사 (2점) |
| 2. 적용 법리 | 3. 시안에의 적용: 결론 (4점) |
| (1) 친권자의 묵시적 동의 (3점) | |

곽민법 Tip

1. 미성년자의 법률행위의 효력과 친권자의 동의권 행사의 방법이 문제된다.

2.(1) 미성년자(=만 19세에 달하지 않은 자)가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하고(제5조 1항 본문). 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 법률행위를 한 경우 미성년자 측에서 취소할 수 있다(제5조 2항). (판)모(母)와 미성년자인 딸이 **함께 있는 자리**에서 주민등록등본을 첨부하여 도피중이던 부(父)의 채무를 연대하여 지급하기로 하는 **지불각서를 작성·교부해 준 경우**, 모(母)가 딸의 위 의사표시에 대하여 법정대리인으로서 **묵시적으로 동의한 것으로 볼 수 있다**]

2.(2) 친권은 부모가 혼인 중인 때에는 친권공동행사의 원칙상 부모가 공동으로 행사하여야 하지만(제909조 2항) 부모의 일방이 **사실상 또는 법률상 친권을 행사할 수 없을 때에는** 다른 일방이 단독으로 행사한다(제909조 3항).

3. **결론** : 사안의 경우 甲은 미성년자 乙의 지급각서 서명 날인 시 친권자인 B가 동석하였으므로 묵시적으로 동의한 것으로 인정할 수 있다고 주장할 수 있고, 이에 乙은 친권의 공동행사에 반한다는 주장을 할 수 있으나 친권자 A가 도피 중이어서 친권을 **사실상 행사할 수 없는 상태에 있었으므로 B의 단독 친권행사는 유효하다**. 따라서 乙의 취소 주장은 타당하지 않다.

사 례 3

법 인

3-1. 이사의 대표권제한 : [법전협 20년 제3차모의. 제2문의 1. 문제 1.]

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 고서화 소매업을 운영하는 사람이다. 甲이 마침 단원 김홍도 선생의 산수화 1점을 보유하고 있음을 알게 된 乙법인(전통 문화예술품의 수집, 보존, 전시 등을 목적으로 하는 비영리법인이다)의 대표이사 A는 위 산수화를 전시하기 위하여 2014. 3. 1. 甲의 화랑을 방문하여 乙명의로 위 산수화를 대금 1억 원에 매수하는 내용의 매매계약을 체결하였다. 甲은 다음 날 A로부터 대금 전액을 지급받으면서 그 산수화를 인도하였다. 다음 각 독립한 물음에 답하시오.

〈 문제 〉

1. 乙법인의 정관에 법인 명의로 재산을 취득하는 경우 이사회의 심의, 의결을 거쳐야 한다는 규정이 있었음에도 A가 이를 무시하고 그와 같은 이사회를 소집 하지도 않은 채 위 산수화를 매수하였으며, 甲 또한 乙법인과 빈번한 거래로 말미암아 위 정관 규정을 알고 있었음에도 이를 문제 삼지 않았다. 乙법인과 甲 사이에 매매계약은 유효한가? (15점)

[해 설]

목 차

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 매매계약이 乙법인의 목적 범위 내인지 여부 (제34조) (3점) 2. 대표기관의 대표권의 범위 내의 법률행위인지 여부 (1) 대표권의 제한 : 정관규정 (제41조) (3점) | <ol style="list-style-type: none"> (2) 대표권 제한의 대항요건 (제60조) (1점) <ol style="list-style-type: none"> 1) 등기가 되어 있는 경우 (4점) 2) 등기가 되어 있지 않은 경우 (4점) |
|--|---|

2.(2)2) 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 등기되어 있지 않다면 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의 또는 악의의 제3자에게도 대항할 수 없으므로 그 법률행위는 법인에 대한 관계에서 유효하다(대판 1992.2.14, 91다24564). 사안의 경우 대표권의 제한을 악의의 甲에게도 대항할 수 없으므로 甲에 대해서는 대표권의 제한이 없는 것과 같은 상황으로 되어 A의 대표권행사는 정당한 범위 내의 것이 되므로 乙법인과 甲사이의 매매계약은 유효하다.

곽민법 Tip

1. 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권능력이 있다(제34조). 乙법인은 전통 문화예술품의 수집, 보존, 전시 등을 목적으로 하는 비영리법인이므로 대표이사 A가 김홍도 선생의 산수화 1점을 전시하기 위하여 매수한 행위는 乙법인의 목적 범위 내의 행위이다.

곽민법 Tip

2.(1) 이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표하는데(제59조 1항), 이사의 대표권은 정관에 의해 제한할 수 있다(제59조 1항 단서). 이사의 대표권에 대한 제한은 이를 정관에 기재하지 아니하면 그 효력이 없다(제41조). 사안에서 乙 법인의 정관에 법인 명의로 재산을 취득하는 경우 이사회의 심의, 의결을 거쳐야 한다는 규정은 대표권 제한 규정이다.

곽민법 Tip

2.(2) 이사의 대표권제한을 정관에 기재한 경우에도 법인등기부에 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있다(제60조).

곽민법 Tip

2.(2) 1) 법인등기부에 등기된 경우 법인은 정관규정에 의한 대표권의 제한을 甲에게 대항할 수 있고, 따라서 대표이사 A의 행위는 무권대표행위로 되어 무효이다(제59조 제2항, 제130조). 사안에서 甲이 대표권 제한규정에 대해 악의였기 때문에 표현대표가 성립할 여지도 없다. 따라서 乙법인이 추인하지 않는 한 乙법인과 甲사이의 매매계약은 무효이다.

←2.(2) 2) 법인등기부에 등기 안된 경우

3-2. 종중의 원고적격과 표현대리 인정여부 : [법전협 12년 제2차모의. 제1문 문 3.]

〈 공통된 기초사실 〉

甲, 乙, 丙은 2011.10.10. 의류 수입·판매를 목적으로 하는 X조합을 만들기로 하였다. 이를 위하여 乙과 丙은 3억 원씩을 현금으로 출자하고, 甲은 시가 3억 원 상당의 평택시 청북면 어연리 A토지 220㎡ 및 그 지상의 창고건물(이하 'A토지' 및 '창고건물'이라 한다)을 출자하면서 甲, 乙, 丙 명의로 합유등기를 마친 후, 의류회사 근무 경력이 있는 甲을 업무집행조합원으로 선임하였다.

한편 A토지상의 기존 창고건물이 낡아 의류창고 용도로 사용하기에 부적하였기 때문에 甲, 乙, 丙은 A토지와 인접한 B토지를 매수하여 A, B토지에 새로이 창고건물을 지어 사용하기로 하고, 甲이 B토지 소유자인 Y종중의 대표 己를 찾아가 그 토지를 자신들에게 팔 것을 제의하였다. 그 무렵 채무변제 독촉에 시달리던 己는 종중총회를 개최하지도 아니한 채 임의로 B부동산을 매도한다는 내용의 종중총회 회의록을 만들어 甲에게 제시하면서 Y종중을 대표하여 2011.12. 20. 甲과 B토지를 대금 1억 원에 매도하기로 하는 매매계약을 체결하고 甲, 乙, 丙 명의로 소유권이전등기를 넘겨주었다. 그리고 己는 그 매매대금을 자신의 채무변제에 사용하였다.

〈 문제 〉

3. Y 종중의 종중원들은 己가 종중 소유 B토지를 임의로 매도한 사실을 알고, 己를 대표에서 해임한 후 새로이 대표자를 선임하여 B토지의 매수자인 甲측을 상대로 매매계약이 무효임을 주장하면서 그 소유권이전등기말소청구의 소를 제기한다면, 누가 원고가 되어 어떠한 법리상의 근거를 들어 무효를 주장할 수 있는지 논하시오. 이에 대하여 甲측이 적법한 종중 대표자인 己로부터 종중총회 회의록까지 확인하고 B토지를 매수하였음을 이유로 위 계약이 유효함을 주장할 경우 그 주장의 당부에 관하여 논하시오. (30점)

[해 설]

목 차	
1. Y 종중의 원고적격 (7점) (1) 종중의 당사자능력 (민소법 제52조) (2) 종중이 원고로서 소송을 수행하는 방법 2. Y 종중의 소유권이전등기말소청구가 인용될지 여부 (8점) (1) 말소등기청구의 요건사실 (민법 제214조)	(2) 甲측 명의의 등기가 원인무효의 등기인지 여부 (민법 제275조 2항, 제276조 1항) 3. 피고 甲측의 항변 (10점) (1) 피고진술의 의미 (민법 제126조) (2) 표현대리가 성립하는지 여부 4. 사안의 해결 (5점)

1. (2) 비법인 사단인 Y 종중이 종중 소유 B토지를 매수한 甲측을 상대로 매매계약이 무효임을 주장하면서 甲, 乙, 丙 명의의 **소유권이전등기에 대한 말소청구의 소**를 제기하는 것은 **총유재산에 대한 보존행위**로서 소송을 하는 것이요, → **다시 Tip으로**

2. (1) 소유권에 기한 방해배제청구(민법 제214조)로서 말소등기를 청구하기 위해서는 ① 원고는 소유자이고, ② 피고 명의의 무효의 등기가 있을 것을 요한다.

3. (1) 甲측이 적법한 종중대표자 己로부터 **종중총회 회의록까지 확인**하고 B 토지를 매수하였음을 이유로 위 계약이 유효하다고 주장하는 것은 → **다시 Tip으로**

곽민법 Tip

★총유재산★위조하여 처분.

곽민법 Tip

1. (1) 종중은 비법인사단으로서 당사자능력이 있다(민소법 제52조).

←1. (2) (판)[총유재산에 관한 소송은 총유재산의 관리·처분행위뿐만 아니라 **보존행위**의 경우에도 종중총회 결의를 거쳐 Y 종중이 원고가 되거나, Y 종중의 종원 전원이 원고가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐이다. 따라서 비법인사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 총유재산에 관한 소송은 소제기에 관한 특별수권을 결하여 부적법하다]

곽민법 Tip

←2. (1)

2. (2) 법리상의 근거 : **제 275조 2항, 제 276조 1항**. (판)[총유물의 관리 및 처분행위는 **정관이나 규약**에 의하고, 규약이 없으면 **총회결의**에 의해야 하므로 종중 대표자에 의한 처분도 위 절차를 거치지 않으면 무효이다.] 사안과 같이 총회결의 없이 종중총회 회의록을 위조하여 한 매매계약은 무효이다. ∴ 甲측 명의의 등기는 원인무효이므로 말소등기청구는 甲측의 타당한 항변이 없다면 인용될 것이다.

곽민법 Tip

←3. (1) 제126조의 표현대리 성립을 주장하는 항변이다.

3. (2) (판)[비법인사단의 대표자는 총유재산의 처분에 관하여는 **법률상 그 권한이 제한**되어 사원총회 결의 없이는 대리하여 결정할 권한이 없으므로 비법인사단의 대표자가 행한 총유물의 처분행위에 관하여는 제126조가 준용될 여지가 없다.]

4. **결론** : Y 종중의 말소등기청구는 인용된다.

3-3. 비법인사단의 불법행위책임과 대표자의 책임 : [법전협 12년 제2차모의. 제1문 문 4.]

〈 공통된 기초사실 〉

甲, 乙, 丙은 2011.10.10. 의류 수입·판매를 목적으로 하는 X조합을 만들기로 하였다. 이를 위하여 乙과 丙은 3억 원씩을 현금으로 출자하고, 甲은 시가 3억 원 상당의 평택시 청북면 어연리 A토지 220㎡ 및 그 지상의 창고건물(이하 'A토지' 및 '창고건물'이라 한다)을 출자하면서 甲, 乙, 丙 명의로 합유등기를 마친 후, 의류회사 근무 경험이 있는 甲을 업무집행조합원으로 선임하였다.

한편 A토지상의 기존 창고건물이 낡아 의류창고 용도로 사용하기에 부적하였기 때문에 甲, 乙, 丙은 A토지와 인접한 B토지를 매수하여 A, B토지상에 새로이 창고건물을 지어 사용하기로 하고, 甲이 B토지 소유자인 Y중중의 대표 己를 찾아가 그 토지를 자신들에게 팔 것을 제의하였다. 그 무렵 채무변제 독촉에 시달리던 己는 중중총회를 개최하지도 아니한 채 임의로 B부동산을 매도한다는 내용의 중중총회 회의록을 만들어 甲에게 제시하면서 Y중중을 대표하여 2011.12. 20. 甲과 B토지를 대금 1억 원에 매도하기로 하는 매매계약을 체결하고 甲, 乙, 丙 명의로 소유권이전등기를 넘겨주었다. 그리고 己는 그 매매대금을 자신의 채무변제에 사용하였다.

〈 문제 〉

4. 위 사안에서 결국 B토지에 관한 매매계약이 무효로 되어 이로 인해 甲측이 손해를 입었다면, 甲측은 누구를 상대로 어떠한 손해배상책임을 물을 수 있는지 논하시오. (20점)

[해 설]

[목 차]

1. Y 중중의 민법 제35조 1항의 불법행위책임	1) 법인의 불법행위책임의 성립요건 (민법 제35조) (5점)
(1) 비법인사단에 민법 제35조 유추적용 여부 (2점)	2) 직무관련성의 판단 (7점)
(2) 민법 제35조의 책임의 성립여부	3) 사안의 경우 (4점)
	2. 己의 제750조의 불법행위책임 (2점)

1.(2) 1) 법인의 불법행위가 성립하기 위해서는 ① 대표기관의 행위일 것, ② 대표기관이 직무에 관하여 타인에게 손해를 가할 것, ③ 대표기관의 행위가 민법 제750조의 불법행위의 요건을 충족할 것이 요구된다(민법 제35조). 사안의 경우 Y중중의 대표 己가 고의로 중중총회 회의록을 위조하여 B토지를 甲측에 매도한 것은 기망행위로서 불법행위가 성립하므로 요건 ①, ③은 구비하였고, 己가 매매대금 1억 원을 자신의 채무변제에 사용하였다는 점에서 요건 ② 직무에 관한 행위인지 문제된다.

★ 사안의 경우 채무불이행책임이 성립하는가?

★ 여기서 중과실이란 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여한 상태를 말한다(대판 2004.3.26, 2003다34045).

확인법 Tip

★ Y중중의 대표 己의 불법행위로 甲측에 손해 발생 ∴ Y중중의 불법행위책임문제.

1.(1) (판)[비법인사단에 대하여는 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 사단법인에 관한 민법규정을 유추적용하므로, 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 제35조 1항의 유추적용에 의하여 손해배상 책임이 있다.]

← 1.(2) 1)

1.(2) 2) (판)[행위의 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이 라면 설사 그것이 대표자 7인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나(=대표권의 남용) 법령의 규정(=강행규정)에 위배된 것이었다 하더라도 직무에 관한 행위에 해당한다. 이 경우 상대방이 그로 인해 손해를 입었다면 제35조에 기해 법인은 불법행위책임을 진다. (그러나) 대표자의 행위가 직무행위가 아님에 대해 피하자가 악의 또는 중과실인 경우에는 법인에게 불법행위로 인한 손해배상을 물을 수 없다.]

1.(2) 3) 己가 사리를 도모하였지만 중중총회 회의록을 제시하여 중중재산을 처분하는 외형을 갖추었으므로, 己의 매매행위는 직무관련성이 인정되고, 甲측이 손해를 입었다. 사안에서 己가 중중총회 회의록을 제시하였다는 점에서 이를 믿은 甲측에 악의 또는 중과실이 있다고 보기는 어렵다.

∴ 甲측은 Y 중중을 상대로 제 35조 1항 1문의 불법행위책임을 물을 수 있다.

확인법 Tip

2. 중중의 불법행위가 성립하는 경우에 甲측은 가해행위를 한 대표기관 己를 상대로 제 35조 1항 2문의 불법행위책임을 물을 수 있다. 己의 책임과 Y 중중의 책임은 부진정연대책무의 관계에 있다.

3-4. 비법인사단의 불법행위책임과 손해배상의 범위 : [사시 2015년 제57회 제3문 문 2.]

〈 사실관계 〉

Y토지는 A종중 소유이지만 A종중의 대표자 甲은 등기서류를 위조하여 甲 명의로 소유권이전등기를 해두었다. 甲은 2014. 9. 12. 乙에게 Y토지를 4억 원에 매각한 뒤 계약금과 중도금으로 합계 2억 원을 받았다. 乙이 잔대금 지급 전에 비로소 Y토지가 실제로는 A종중 소유임을 알고 항의하자, 甲은 “내가 A종중의 대표자이니 중중총회결의를 거쳐 적법하게 Y토지의 소유권을 이전해 주겠다.”라고 약속하였다. 그 후 甲은 Y토지에 관하여 임의로 A종중 앞으로 소유권이전등기를 한 후 중중총회결의서 등을 위조하여 2014. 10. 15. 乙에게 소유권이전등기를 해주고 잔금 2억 원을 받았다. 乙은 적법한 절차를 거쳐 정당하게 Y토지의 소유권을 취득한 것으로 믿었다. Y토지의 시가는 매매계약 시부터 현재까지 4억 원이다.

〈 문제 〉

2. A종중이 2015. 6. 1. 확정판결을 받아 Y토지를 되찾아 간 경우, 乙이 A종중을 상대로 물을 수 있는 책임의 성질과 범위는 어떠한가? (15점)

[해 설]

목 차	
1. 乙이 A종중을 상대로 물을 수 있는 책임: A종중의 불법 행위책임 인정 여부 (긍정) (1) 민법 제35조 제1항의 유추적용 (5점)	(2) 사안에의 적용 (8점) 2. 乙이 A종중을 상대로 물을 수 있는 손해배상의 범위 (2점)

1. (1) 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 제35조 1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 비법인사단의 대표자의 행위가 외관상, 객관적으로 직무행위라고 인정할 수 있으면 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 제35조 1항의 직무행위에 해당한다. (그러나) 대표자의 행위가 직무행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 비법인사단에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수 없다.

곽민법 Tip

★ 乙에게 손해 발생. 甲의 불법행위 때문 ∴ 비법인사단의 불법행위책임문제.

← 1. (1) 외, 직, 사, 법, 위. / 피 : 약, 중 : 불없

곽민법 Tip

1. (2) 甲의 행위 1 : (판) [A종중의 대표자 甲이 A종중 소유인 Y토지의 등기서류를 위조하여 자신 명의로 소유권이전등기를 한 뒤 乙에게 Y토지를 4억 원에 매각한 뒤 계약금과 중도금으로 2억 원을 받은 행위는 甲이 Y토지가 자신 소유인 것처럼 기망하여 매도하였고 乙도 甲소유로 알고 매수한 것이므로 외형상 직무행위로 볼 수 없다.] ∴ 계약금과 중도금 합계 2억 원에 대하여는 A종중에게 불법행위로 인한 손해책임을 물을 수 없다.

곽민법 Tip

1. (2) 甲의 행위 2 : (판) [A종중의 대표자 甲의 적법한 절차를 거친 소유권이전 약속과 A종중 앞으로 소유권이전등기를 한 후 중중총회결의서 등을 위조하여 乙에게 소유권이전등기를 해주고 잔금 2억 원을 받은 행위는 외형상 직무행위로 볼 수 있는 불법행위이다. 그리고 적법한 절차를 거쳐 정당하게 Y토지의 소유권을 취득한 것으로 믿은 피해자 乙에게 약의 또는 중대한 과실이 있다고 할 수 없다.] ∴ 乙은 A종중을 상대로 불법행위로 인한 손해책임을 물을 수 있다.

2. 손해배상의 범위는 Y토지의 매매대금 4억 중 잔금 2억 원이다.

3-5. 총유물의 관리·처분행위와 대표권 제한의 구별 : [사시 2015년 제57회 제3문 문 1.]

〈 사실관계 〉

- I. A종중은 양주 강씨 35세손 진선공의 후손으로 구성되었고, 규약을 갖추었으며 대표자는 甲이다. A종중은 2014. 3. 1. B주식회사에게 A종중 소유인 X토지 위에 5층 건물을 신축하는 공사를 공사대금 10억 원에 도급하였고, B주식회사는 2014. 3. 3. C주식회사에게 위 공사를 일괄하여 하도급하였다.
- II. B주식회사가 C주식회사에게 하도급 공사대금을 제대로 지급하지 아니하여 공사에 차질을 빚자, A종중은 2014. 7. 1. B주식회사의 C주식회사에 대한 하도급 대금채무를 보증하였다. A종중 규약 제21조는 “종중원에게 부담이 될 계약이나 자금차입에 관한 사항은 임원회의 결의를 거쳐야 한다.”라고 규정하고 있으나, 甲은 보증계약 체결 전에 임원회의 결의를 거치지 아니하였다. C주식회사의 대표이사는 甲의 친한 친구여서 A종중의 규약 내용 및 규약 위반사실을 알고 있었다.

〈 문제 〉

1. A종중과 C주식회사의 2014. 7. 1.자 보증계약은 유효한가? (15점)

[해 설]

목 차

1. A종중의 보증행위가 총유물의 관리·처분행위인지 여부 (부정) (7점)
2. A종중의 대표자 甲이 임원회의 결의를 거치지 않고 체결한 보증계약이 유효한지 여부 (6점)
3. 결 론 (3점)

곽민법 Tip

★보증채무에 관한 문제인가?

1. (판)[제275조 2항, 제276조 1항에 의해 총유물의 관리 및 처분은 정관 기타 규약에 의하고, 규약이 없으면 총회결의에 의해야 하고, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효이다. 총유물의 관리 및 처분이란 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 단순한 채무부담행위에 불과하여 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다.]

곽민법 Tip

2. (판)[비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 총유물의 관리·처분행위가 아닌 행위에 대하여 임원회의 결의 등을 거치도록 한 종중규약은 대표권을 제한하는 규정이므로, 임원회 결의를 거치지 아니한 보증계약을 바로 무효라고 할 수는 없고, 거래 상대방이 대표권 제한 및 그 위반사실을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 때에는 (비법인사단은 대표권제한으로 상대방에게 대항할 수 있으므로) 거래행위는 무효이다](=대표권제한 및 그 위반 사실에 대해 거래상대방이 선의이고 무과실이면 (비법인사단은 대표권제한으로 상대방에게 대항할 수 없으므로) 거래행위는 유효하다)

곽민법 Tip

3. 결 론 : 사안의 경우 거래 상대방인 C주식회사의 대표이사가 A종중의 규약 내용 및 규약 위반사실을 알고 있었으므로 보증계약은 무효이다.

3-6. 총유물의 관리·처분행위 : [사시 2015년 제57회 제3문 문 4.]

〈 사실관계 〉

A종중은 적법한 절차를 거쳐 2014. 10. 1. A종중 소유인 Z토지를 丙에게 대금 5억 원에 매도하고, 2014. 12. 1.까지 계약금과 중도금으로 합계 4억 원을 받았다. Z토지를 포함한 부근 토지가 2014. 12. 15. 수용되었고, A종중은 2015. 5. 1. Z토지의 수용보상금 6억 원을 수령하였다. Z토지의 시가는 매매계약 시부터 현재까지 5억 원이다.

〈 문제 〉

4. A종중은 2015. 5. 15. 성년 남자 종중원인 100인에게만 위 수용보상금 중 200만 원을 각 분배하기로 결의하였다. 그런데 진선공을 공동선조로 하는 후손인 성년 여자 50명도 A종중을 상대로 각 200만 원의 지급을 청구하였다. 이 청구는 **정당한가?** (7점)

[해 설]

목 차

1. 성년 남자 종중원에게만 수용보상금을 분배하기로 한 종중총회 결의의 효력 (무효) (3점)
2. 결론 : 종중총회의 결의가 무효인 경우 권리구제방법 (4점)

곽민법 Tip

1. (판)[비법인사단인 종중의 토지에 대한 수용보상금은 종원의 총유에 속하고, **수용보상금의 분배는 총유물의 처분에** 해당하므로 **정관 기타 규약에** 달리 정함이 없는 한 **종중총회의 결의에** 의하여 그 매각대금을 분배할 수 있고, 그 분배 비율, 방법, 내용 역시 결의에 의하여 자율적으로 결정할 수 있다. 그러나 종중재산의 분배에 관한 종중총회의 결의 내용이 현저하게 불공정하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우 또는 종원의 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 경우 그 결의는 무효이다. / 한편 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다. / 따라서 사안과 같이 **A종중이 성년 남자 종중원에게만 위 수용보상금을 분배하기로 결의한 것은** 여성의 종원으로서의 자격 자체를 부정하는 전제하에서 한 처분이어서 여성이 종원으로서 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이므로 무효이다]

곽민법 Tip

2. **결론** : (판)[종중 토지 매각대금의 분배에 관한 종중총회의 결의가 무효인 경우, 종원은 그 **결의의 무효확인 등을 소** 구하여 **승소판결을 받은 후 새로운 종중총회에서** 공정한 내용으로 다시 결의함으로써 그 권리를 구제받을 수 있을 뿐이고 새로운 종중총회의 결의도 거치지 아니한 채 종전 총회결의가 무효라는 사정만으로 곧바로 종중을 상대로 하여 스스로 공정하다고 주장하는 분배금의 지급을 구할 수는 없다.] 따라서 A종중의 종원인 성년 여자는 바로 A종중을 상대로 분배금의 지급을 청구할 수는 없다.

사 례 4

목적의 사회적 타당성

4-1. 부동산 이중매매 : [사시 2013년 제55회 제2문의 1]

〈 사실관계 〉

甲은 2011. 6. 20. 자기 소유인 X부동산을 乙에게 매도하고, 그 무렵 乙에게서 계약금과 중도금을 수령하였다. 그 후 丙의 대리인 A는 甲과 乙 간의 위 매매계약 체결사실을 알면서도, X부동산의 매도를 주저하는 甲에게 적극적으로 더 높은 가격의 지급을 약속하여 甲과 X부동산의 매매계약을 체결하였다. 2011. 10. 10. 甲 으로부터 소유권이전등기를 마친 丙은 X부동산을 2013. 3. 10. 丁에게 매도하고 그의 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 丙과 丁은 甲과 乙 간의 위 계약체결 사실을 알지 못했다.

〈 문제 〉

1. 이 경우 누구를 피고로 삼아 어떤 청구를 하여야 乙이 자신의 명의로 X부동산에 대한 소유권이전등기를 마칠 수 있는지 근거를 제시해서 설명하시오. (20점)

〈해설〉

목 차

1. 근거	3) 절대적 무효-丁 등기의 말소 (3점)
(1) 甲과 丙사이의 부동산 매매계약의 효력	(2) 乙의 채권자대위권 행사여부 (긍정) (7점)
1) 부동산 이중매매의 효력 (3점)	2. 결론 (3점)
2) 대리행위의 하자-丙 등기의 말소 (제116조) (4점)	

1. (2) 이중매매에 의해 『甲이 丙에게 소유권이전등기를 해 준 것은 반사회질서행위에 기한 불법원인급여』이므로, 甲은 丙에게 그 부동산의 반환을 청구하거나 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다』(89다카5994), 즉 부동산 매도인은 제2매수인에 대해 소유권이전 등기말소 청구권이 없으므로 제1매수인인 채권자가 행사할 채권자대위권의 **피대위권리가 없다**. ∴ 이론상으로는 제1매수인은 채권자대위권을 행사할 수가 없다. 그럼에도 불구하고 판례는 『매도인의 제1매수인에 대한 배임행위에 가담하여 소유권이전등기를 경료한 제2매수인에 대하여 제1매수인은 (제404조의 채권자대위권을 행사하여) 매도인을 대위하여 등기의 말소를 청구할 수 있다』(대판 1983.4.26, 83다카57)고 한다. 이 판례는 제1매수인을 보호하기 위한 이론구성으로 부동산 이중매매가 반사회질서에 해당하여 제1매수인이 채권자대위 청구를 하는 경우에는, 제2매수인의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다는 불법원인급여의 법리를 적용하지 않는다.

국민법 Tip

1.(1) 1) 계약자유의 원칙상 부동산 이중매매는 원칙적으로 유효. 그러나 (판)[매도인의 배임행위와 제2매수인이 매도사실을 알고도 매도를 요청하거나 유도하여 또는 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극가담하여 매매계약을 한 경우 부동산 이중매매는 반사회적 법률행위로서 무효.]

국민법 Tip

1.(1) 2) **대리행위의 하자** 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로 (제116조), 대리인이 부동산을 이중매수한 경우 **반사회적 법률행위인지 여부는 대리인을 기준으로 판단한다**. 사안은 (판)[丙의 대리인 A가 甲이 부동산을 乙에게 매도한 사실을 알면서 (甲에게 적극적으로 더 높은 가격의 지급을 약속하여) 甲의 배임행위에 적극 가담하여 丙을 대리하여 이중으로 매수한 경우로서, 丙이 그러한 사정을 몰랐거나 반사회성을 야기한 것이 아니고 할자라도 甲과 丙의 매매계약은 사회질서에 반하여 무효.] ∴ 丙 명의의 등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다.

국민법 Tip

1.(1) 3) (판)[반사회적 법률행위에 해당하는 부동산 이중매매계약은 **절대적 무효**이므로, X부동산을 丙으로부터 다시 취득한 丁이 선의라 하더라도 丁은 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없고, (판)[부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로 원인무효의 등기에 터잡아 이루어진 소유권이전등기도 무효이다.] 따라서 丁명의로의 등기도 말소되어야 한다.

국민법 Tip

←1.(2)

2. **결론** : 乙은 丙과 丁을 공동피고로 삼아 甲의 丙과 丁에 대한 말소등기청구권을 대위행사하여, 丙과 丁명의로의 등기를 말소한 후 乙은 甲에 대해 매수인으로서 소유권이전등기청구권을 행사하여 X부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있다.

4-2. 부동산 이중매매에서의 제570조의 담보책임 : [사시 2013년 제55회 제2문의 2]

〈문제〉

2. 만약 위 소송에서 丁이 피고가 되었고 또 패소하였다면, 丁은 누구로부터 어떤 방법으로 권리를 구제받을 수 있는지 그 근거를 제시해서 설명하시오. (10점)

[해설]

목 차
1. 근거: 丙과 丁의 전부타인 권리의 매매 (5점) 2. 丁의 권리 구제방법: 제570조의 담보책임 (5점)

곽민법 Tip

1. 甲과 丙의 X부동산매매계약은 사회질서에 반하여 무효이므로 丙 명의의 등기는 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다. 따라서 X부동산은 매도인 丙의 소유가 아니라 甲의 소유이므로, X부동산에 대한 丙과 丁 사이의 매매는 제569조에 정한 타인의 권리매매이다. 사안과 같이 (판) 丁이 X부동산을 매수하고 소유권이 전등기까지 넘겨받았지만 매도인 丙과 매수인 丁 앞으로 된 소유권이전등기의 말소판결이 확정됨으로써 《매도인의 소유권이전의무가 이행불능된 경우》 매수인 丁은 매도인 丙에 대하여 제570조의 전부타인권리매매로 인한 담보책임을 물을 수 있다.]

곽민법 Tip

2. 타인의 권리를 매매한 경우에 매도인이 《그 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 때에는》 매수인은 선의약의를 불문하고 계약을 해제할 수 있고(제570조 본문), 손해배상청구는 선의 매수인만이 할 수 있다(제570조 단서). 사안의 경우 丁은 선의이므로 丙과의 매매계약을 해제하고 매매대금의 원상회복을 청구할 수 있고 손해배상을 청구할 수도 있다.