

## 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 선 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. 논 거

(1) D는 연대보증계약을 해지한 이상 연대보증채무를 부담하지 않는다는 D1의 주장

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

2) 사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약의 범위 (3점)

(2) 주채무의 변제기 연장의 효력이 보증인 D에게 미칠 수 없다는 D1의 주장 (4점)

## 2. 결 론 (2점)

## 1. 논 거

## (1) D는 연대보증계약을 해지한 이상 연대보증채무를 부담하지 않는다는 D1의 주장

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

『회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 **회사의 요구로 부득이** 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 후 **퇴사**한 때에는 보증계약성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다. 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다고 하더라도 보증기간을 정한 것이 특히 퇴사 후에도 보증채무를 부담키로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 해지권을 행사할 수 있다』(대판 1990.2.27, 89다가1381).

## 2) 사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약의 범위 (3점)

『사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있는 것은 (포괄·한정)근보증과 같이 **계속적 거래로 인한 불확정 채무**에 대한 보증에 한(限)한다. 사안과 같이 이사 D가 회사의 1억 원의 **확정채무**에 대해 연대보증을 한 후 이사직을 사임한 경우에는, 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 없다』(대판 1996.2.9, 95다27431). 따라서 사안의 보증인 D는 연대보증채무를 부담하므로, D1의 첫 번째 주장은 이유 없다.

## (2) 주채무의 변제기 연장의 효력이 보증인 D에게 미칠 수 없다는 D1의 주장 (4점)

『보증계약 체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 주채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 것이 **보증인의 책임을 가중하는 것은 아니므로**』(대판 2000.1.21, 97다1013).<sup>1)</sup> 『확정채무에 대하여 보증한 연대보증인은 자신의 동의 없이 피보증채무의 이행기를 연장해 주었느냐의 여부에 상관없이 연대보증채무를 부담하는 것이 원칙이다』(대판 2007.6.14, 2005다9326). 따라서 사안의 보증인 D는 연대보증채무를 부담하므로, D1의 두 번째 주장도 이유 없다.

## 2. 결론 (2점)

D1의 각 주장은 모두 받아들여질 수 없다.

1) 관련판례 : 보증계약이 성립한 후에 보증인이 알지도 못하는 사이에 주채무의 목적이나 형태가 변경되었다면, ㉠ 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실된 경우에는 당초의 주채무는 경개로 인하여 소멸하였다고 보아야 할 것이므로 보증채무도 당연히 소멸하고, ㉡ 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지 아니하고 동시에 주채무의 부담 내용이 축소·감경된 경우에는 보증인은 그와 같이 축소·감경된 주채무의 내용에 따라 보증책임을 질 것이지만, ㉢ 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지는 아니하고 주채무의 부담내용이 확장·가중된 경우에는 보증인은 그와 같이 확장·가중된 주채무의 내용에 따른 보증책임을 지지 아니하고, 다만 변경되기 전의 주채무의 내용에 따른 보증책임만을 진다(대판 2000.1.21, 97다1013).

## 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. 논 점 (1점)	(2) 친권의 공동행사 (2점)
2. 적용 법리	3. 사안예의 적용: 결론 (4점)
(1) 친권자의 묵시적 동의 (3점)	

## 1. 논 점 (1점)

미성년자의 법률행위의 효력과 친권자의 동의권 행사의 방법이 문제된다.

## 2. 적용 법리

## (1) 친권자의 묵시적 동의 (3점)

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). 『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 **묵시적**으로 **동의**한 것으로 볼 수 있다』(대판 2000.4.11. 2000다3095).

(2) 친권의 공동행사 (2점)

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. 사안에의 적용 : 결론 (4점)

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 이사회 심의, 의결을 거쳐야 한다는 규정이 있었음에도 A가 이를 무시하고 그와 같은 이사회를 소집하지도 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

- |  |                              |
|--|------------------------------|
| 1. 매매계약이 乙법인의 목적 범위 내인지 여부 (제34조) (3점) | (2) 대표권 제한의 대항요건 (제60조) (1점) |
| 2. 대표기관의 대표권의 범위 내의 법률행위인지 여부          | 1) 등기가 되어 있는 경우 (4점)         |
| (1) 대표권의 제한 : 정관규정 (제41조) (3점)         | 2) 등기가 되어 있지 않는 경우 (4점)      |

## 1. 매매계약이 乙법인의 목적 범위 내인지 여부 (제34조) (3점)

법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리능력이 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.

## 2. 대표기관의 대표권의 범위 내의 법률행위인지 여부

## (1) 대표권의 제한 : 정관규정 (제41조) (3점)

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 이사회 심의, 의결을 거쳐야 한다는 규정은 대표권 제한 규정이다.

## (2) 대표권 제한의 대항요건 (제60조) (1점)

이사의 대표권제한을 정관에 기재한 경우에도 법인등기부에登記하여야만 제3자에게 대항할 수 있다(제60조).

1) 등기가 되어 있는 경우 (4점)

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

2) 등기가 되어 있지 않는 경우 (4점)

법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 법인등기부에登記되어 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 것으로 되고 그 결과 乙법인과 甲사이의 매매계약은 유효하다.

3-2. 법인 대표기관의 대표권 제한의 대항요건 : [법전협 23년 제3차모의. 제1문의 3. 문제 1.]

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 비영리 공익사업을 영위하는 A 재단법인의 대표자이다. A 법인의 정관에는 법인의 대표자가 법인의 재산을 처분하는 때에는 이사회 결의를 거치도록 하였다. 2019. 5. 6. 甲은 이사회 결의를 거치지 않은 채 A 법인 소유의 X 주택을 乙에게 매도하고 乙 앞으로 이전등기를 마쳐 주었다(乙은 이사회 결의가 필요한 사실 및 이를 거치지 않은 사실을 알고 있었다.).

한편, 위 X 주택은 본래 乙의 형인 丙이 매수하려던 것이나 丙 명의로 재산을 취득하는 경우 강제집행을 당할 우려가 있어, 乙과 丙은 명의신탁약정을 체결하고 乙 명의로 X 주택을 매수한 것이었다.

〈 문제 〉

1. A 법인은 甲이 이사회 결의를 거치지 않은 점 및 명의신탁사실을 주장하며, 乙에 대하여 X 주택에 관한 소유권이전등기의 말소를 청구하였다. A 법인의 청구는 인용될 수 있는가? (대표권제한에 대한 등기여부 및 명의신탁사실에 대한 A 법인의 선의여부는 확인되지 않았다) (20점)

[해 설]

목 차

- |   |  |
|---|--|
| <p>1. 쟁점 (1점)</p> <p>2. 대표기관의 대표권 제한의 대항요건 (제60조)</p> <p>(1) 대표권 제한이 등기된 경우 (4점)</p> <p>(2) 대표권 제한이 등기되지 않은 경우 (4점)</p> | <p>3. 물건변동의 무효 여부: 계약명의신탁 (부동산실명법 제4조 제2항)</p> <p>(1) 명의수탁자의 상대방(매도인)이 선의인 경우 (4점)</p> <p>(2) 명의수탁자의 상대방(매도인)이 악의인 경우 (2점)</p> <p>4. 결론 (2점)</p> |
|---|--|

## 1. 쟁 점 (1점)

A 재단법인의 대표자 甲이 법인 재산 처분 시에 이사회 결의를 거치지도록 한 정관규정은 대표권 제한 규정으로 법인등기부에 등기가 되어 있는지 여부, 매매계약 체결 당시 명의신탁사실에 대한 A 법인의 대표자 甲의 선·악 여부에 따라 A 법인의 청구 인용 여부가 달라진다.

## 2. 대표기관의 대표권 제한의 대항요건 (제60조)

이사의 대표권은 정관에 의해 제한할 수 있고(제59조 1항 단서), 이사의 대표권제한을 정관에 기재한 경우에도 법인등기부에 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있다(제60조). (1점)

## (1) 대표권 제한이 등기된 경우 (4점)

A 재단법인의 대표자 甲이 법인 재산 처분 시에 이사회 결의를 거치지도록 한 정관규정이 법인등기부에 등기되어 있는 경우, 법인은 정관규정에 의한 대표권의 제한을 B에게 대항할 수 있고, 따라서 甲의 행위는 무권대표행위로 되어 무효이다(민법 제59조 제2항, 제130조). 사안에서 B가 대표권 제한규정에 대해 악의이므로 표현대표가 성립할 여지도 없다. 따라서 A법인과 B사이의 매매계약은 무효이고, B명의의 소유권이전등기는 원인 무효 등기이므로 A 법인의 청구는 인용된다.

## (2) 대표권 제한이 등기되지 않은 경우 (4점)

법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 법인등기부에 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 B가 이사회 결의가 필요한 사실 및 이를 거치지 않은 사실에 대해 악의라 하더라도 A법인은 대항할 수 없으므로 A법인은 이사회 결의를 거치지 않았다는 점을 이유로 B에게 매매계약이 무효임을 주장할 수 없다.

## 3. 물건변동의 무효 여부 : 계약명의신탁 (부동산실명법 제4조 제2항)

사안과 같이 명의수탁자 B가 매매계약의 당사자(매수인)로서 계약을 체결하고, 이전등기를 마친 경우 이는 계약명의신탁이다. 계약명의신탁의 경우에는 명의신탁약정의 존재에 대한 상대방(매도인)의 선·악 여부에 따라 말소등기청구의 인용여부가 달라진다. 선·악의 판단은 계약체결시를 기준으로 A 재단법인의 대표자 甲의 인식여부에 따라 결정한다. (2점)

## (1) 명의수탁자의 상대방(매도인)이 선의인 경우 (4점)

명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산의 취득에 관한 계약을 체결하면 그 계약은 유효하고(대판 2015.12.23, 2012다202932), 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 명의수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한다(대판 2000.3.24, 98도4347). 따라서 사안의 경우 A법인의 B에 대한 말소등기청구는 인용될 수 없다.

## (2) 명의수탁자의 상대방(매도인)이 악의인 경우 (2점)

명의신탁 약정이 있다는 사실을 매도인이 안 경우 명의신탁약정은 무효이고, 명의수탁자와 매도인 간의 부동산물권변동은 무효이므로 소유자는 여전히 상대방(매도인)이다(부동산실명법 제4조 제2항 본문). 따라서 사안의 경우 A법인의 B에 대한 말소등기청구는 인용된다.

## 4. 결 론 (2점)

- ① 대표권 제한이 등기된 경우에는 청구인용 판결을 한다.  
 ② 대표권 제한이 등기되지 않은 경우에는 A 재단법인의 대표자 甲이 명의신탁약정의 존재를 안 경우에는 청구인용 판결, 모른 경우에는 청구기각 판결을 한다.

## 3-3. 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 경험이 있는 甲을 업무집행조합원으로 선임하였다.

한편 A토지상의 기존 창고건물이 낡아 의류창고 용도로 사용하기에 부적합하였기 때문에 甲, 乙, 丙은 A토지와 인접한 B토지를 매수하여 A, B토지상에 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. Y 종중의 원고적격

### (1) 종중의 당사자능력 (민소법 제52조) (1점)

종중은 비법인사단으로서 당사자능력이 있다(민소법 제52조).

### (2) 종중이 원고로서 소송을 수행하는 방법 (6점)

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 보존 행위**로서 소송을 하는 것이다. 『총유재산에 관한 소송은 총유재산의 관리·처분행위뿐만 아니라 **보존행위의 경우에도 비법인사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나** 구성원 전원이 당사자가 되어 **필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐**이다. 따라서 비법인사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳐다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고』(대판(全) 2005.9.15, 2004다44971). 비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 총유재산에 관한 소송은 소제기에 관한 특별수권을 결하여 부적법하다(대판 2007.7.26, 2006다64573).

## 2. Y 종중의 소유권이전등기말소청구가 인용될지 여부

### (1) 말소등기청구의 요건사실 (민법 제214조) (2점)

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

### (2) 甲측 명의의 등기가 원인무효의 등기인지 여부 (민법 제275조 2항, 제276조 1항) (6점)

종중 재산은 종중원의 총유이고 **총유물의 관리·처분행위는** 먼저 종중의 **정관이나 규약**에 따라야 하고, 규약이 **없으면** 종중 **총회의 결의**에 의하여야 하므로 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대판 2000.10.27, 2000다22881). 따라서 Y 종중의 대표 己가 종중 총회를 개최하지 않고 종중총회 회의록을 위조하여 종중 소유 B 토지를 甲측에 매도하는 처분행위를 한 경우 이 매매계약은 무효이므로 甲측 명의의 등기는 원인무효이며, 소유자인 Y 종중의 말소등기청구는 甲측의 타당한 항변이 없다면 인용될 것이다.

## 3. 피고 甲측의 항변

### (1) 피고진술의 의미 (민법 제126조) (3점)

甲측이 적법한 중중대표자 己로부터 종중총회 회의록까지 확인하고 B 토지를 매수하였음을 이유로 위 계약이 유효하다고 주장하는 것은 민법 제126조의 **표현대리 성립**을 주장하는 항변에 해당한다.

### (2) 표현대리가 성립하는지 여부 (7점)

비법인사단의 대표자가 사원총회의 결의를 거쳐야 하는 총유에 속하는 재산의 처분에 관하여는 **(법률상 그 권한이 제한되어)**<sup>2)</sup>사원총회의 결의 없이는 대리하여 결정할 권한 (즉 **기본대리권**) **이 없으**

2) 관련판례 : 대표권을 제한하는 강행규정을 위반한 경우 : 사립학교법 제16조에서 학교법인의 재산의 처분에 관한 사항을 이사회에서 심의, 결정한다고 한것은 사립학교의 설치 경영을 목적으로 설립된 학교법인의 특수성을 고려하여 그 재정과 사무기능의 적정을 기함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하고자 하는데 목적이 있다 할 것이고, 따라서 학교법인을 대표하는 이사장이라 하더라도 이사회의 심의·결정을 거쳐야 하는 이와 같은 재산의 처분 등에 관하여는 **법률상 그 권한이 제한되어** 이사회의 심의·결정없이 이를 대리하여 결정할 권한이 없으므로 이사장이 한 학교법인의 기본재산

므로 비법인사단의 대표자가 행한 총유물의 처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리 규정이 준용될 여지가 없다(대판 2003.7.11, 2001다73626), 따라서 甲 측의 민법 제126조의 표현대리가 성립한다는 항변은 부당하다.

#### 4. 사안의 해결 (5점)

종중총회 결의를 거쳐 Y종중이 원고가 되거나 또는 Y종중의 종원 전원이 원고가 되어, 중증대표자 己가 총유물인 B 토지를 매도한 처분행위는 종중총회의 결의 없음을 법리상의 근거로 하여 무효라고 주장하여야 한다. 또한 제126조의 표현대리가 성립하지도 않으므로 甲 측 명의의 등기는 원인무효이다. 따라서 Y 종중의 말소등기청구는 인용된다.

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

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

#### 1. Y 종중의 민법 제35조 1항의 불법행위책임

##### (1) 비법인사단에 민법 제35조 유추적용 여부 (2점)

비법인사단에 대하여는 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 사단법인에 관한 민법규정을 유추 적용하여야 하므로(대판 1996.9.6, 94다18522), 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(대판 2003.7.25, 2002다27088).

##### (2) 민법 제35조 책임의 성립여부

###### 1) 법인의 불법행위책임의 성립요건 (대, 직, 불. 민법 제35조) (5점)

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 1항 1문). 사안의 경우 Y종중의 대표 己가 고의로 종중총회 회의록을 위조하여 B토지를 甲 측에 매도한 것은 기망행위로서 불법행위가 성립하므로 요건 ①, ③은 구비하였고, 己가 매매