

4 교 시

민 법 총 칙

일 반

\* 답안지에 수정액, 수정테이프 사용은 불가하며, 오류기재 시 옆으로 두줄금을 그어 다시 기재하시기 바랍니다.

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

한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’ 이 있다고 가정한다.) (50점)

- (1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)
- (2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’ 은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)
- (3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’ 의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

<모범답안>

I. 문제 (1)

1. 쟁점

C가 A를 사칭하여 B와 체결한 대여계약의 효력이 A에게 미치는지가 문제된다. 이와 관련하여 계약의 당사자가 행위자인 C로 확정되어야 하는지, 아니면 명의자인 A로 확정되어야 하는지, 만약 당사자가 A로 확정된 경우 대리관계 표시가 없음에도 대리행위로 볼 수 있는지, 표현대리 규정의 유추에 의하여 A가 책임을 부담하는지 등이 쟁점이다.

## 2. C가 A를 사칭하여 B와 체결한 대여계약의 당사자

판례는, 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우 행위자와 상대방의 의사가 일치하는 경우에는 일치하는 의사대로 행위자 또는 명의자를 계약당사자로 확정하여야 하나, 일치하지 않는 경우에는 계약의 성질, 내용, 목적, 체결경위 등 그 계약체결 전후의 구체적인 여러 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 누구를 계약당사자로 이해할 것인지에 의하여 계약당사자를 결정하여야 한다고 한다.<sup>1)</sup>

사안의 경우, C와 B 사이에는 누구를 계약당사자로 할 것인지에 관한 일치되는 의사가 없고, B는 A와 친구 사이이며, C는 A의 컴퓨터를 해킹한 자에 불과하므로 B의 합리적 의사는 A를 대여계약의 당사자로 이해하였다고 보아야 한다. A와 B가 대여계약의 당사자이다.

## 3. C의 행위를 대리행위로 볼 수 있는지 여부

대리행위라고 하기 위해서는 본인을 위한 것임을 표시한 법률행위여야 한다(제114조 제1항). 현명하지 아니한 행위는 대리행위가 아니므로 대리의 법리가 적용될 수 없다. 현명하는 구체적인 방법으로는 대리관계를 표시하는 방법도 있지만, 여기에 한정되는 것은 아니다. 판례는 대리행위는 반드시 대리인임을 표시하여 의사표시를 하여야 하는 것은 아니고 본인명의로도 할 수 있다<sup>2)</sup>고 하여 서명대리를 인정하고 있다.

사안의 경우, C는 A를 사칭하여 A명으로 B와 대여계약을 체결하였으므로 대리행위가 될 수는 있으나, C에게 대리권한이 인정되지 아니하므로 C가 체결한 대여계약은 무권대리에 해당하여 표현대리가 성립하지 않는 한 A에게 그 효력이 미치지 않는다.

## 4. C의 행위가 표현대리 법리에 따라 A에게 그 효력이 미치는지 여부

본인이 대리권 수여표시를 하거나(제125조) 대리인이 권한 외의 법률행위를 하거나(제126조) 대리권 소멸 후에 대리행위를 하고(제129조) 상대방이 선의, 무과실인 때에는 표현대리가 성립하여 본인은 대리행위에 따른 책임을 진다. 판례는, 행위자가 사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 법률행위를 한 때에는 특별한 사정이 없는 한 제126조의 표현대리는 성립하지 않는다고 하고,<sup>3)</sup> 제126조의 표현대리가 성립하기 위한 특별한 사정이란 모용자에게 기본대리권이 있고, 상대방은 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데에 정당한 사유가 있었던 사정을 말한다고 한다.<sup>4)</sup>

사안의 경우, B가 C를 A라고 정당하게 신뢰하였더라도 C는 A와 전혀 무관한 자로서 C에게 기본대리권이 있다고 할 수 없으므로 표현대리가 성립할 여지가 없다. C와 B가 체결한 대여계약은 무권대리로서 A가 추인하지 않는 한 A에게는 효력이 없다.

## 5. 결론

C가 A를 사칭하여 B와 체결한 대여계약의 당사자는 A와 B이고, C의 행위는 대리행위라고 할 수 있으나, C에게는 대리권한이 없을 뿐만 아니라 표현대리도 성립하지 아니하므로 A가 이를 추인하지 않는 한 A는 B에게 C가 체결한 대여계약에 따라 110만 원을 갚아야 할 의무가 없다.

1) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015다226519 판결

2) 대법원 1963. 5. 9 선고 63다67 판결

3) 대법원 1993. 2. 23 선고 92다52436 판결

4) 대법원 2002. 6. 28 선고 2001다49814 판결

II. 문제 (2)

1. 쟁점

보증계약 체결과정에서 주채무자 C의 신용상태에 관한 보증인 B의 착오가 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당하는지가 문제된다. B의 착오가 동기의 착오인지, 만약 동기의 착오라면 이를 내용의 착오로 고려하기 위한 요건은 무엇인지, 경과실이 있는 B이 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는지가 쟁점이다.

2. 착오취소의 일반적 요건(제109조)

착오를 이유로 의사표시를 취소하기 위해서는, ㉠의사표시에 착오가 있을 것, ㉡그 착오가 법률행위 내용의 중요부분의 착오일 것, ㉢표의자에게는 중대한 과실이 없을 것 등의 요건이 충족되어야 한다.

사안의 경우, B은 주채무자인 C의 신용상태에 관한 착오에 빠져 보증계약을 체결하였고, 비록 B에게 경과실이 있더라도 착오취소권이 인정될 수 있으므로 B의 착오가 법률행위 내용의 중요부분의 착오에 해당하는지에 따라 B의 취소가능성 여부가 결정된다.

3. B의 착오가 내용의 중요부분에 관한 착오인지 여부

착오는 그 발생시점을 기준으로 의사를 표시과정에서의 착오와 의사를 형성과정에서의 착오로 분류된다. 의사를 형성하는 과정에서 인시과 대조사실이 일치하지 않는 착오를 동기의 착오라고 하고, 동기가 어느 때나 법률행위의 내용이 되는 것은 아니므로 동기의 착오가 언제나 내용의 착오로 되는 것은 아니다.

판례는, 동기의 착오를 이유로 법률행위를 취소하려면 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되어야 한다고 한다.<sup>5)</sup> 다만, 법률행위의 동기가 상대방에 의하여 야기되었거나 유발된 경우에는 동기가 표시되었는지를 불문하고 착오취소가 가능하다고 한다.<sup>6)</sup> 금융기관이 허위로 작성한 금융거래 상황확인서를 믿고 보증의사를 표시한 경우에는 착오취소가 가능하다고 한다.<sup>7)</sup>

사안의 경우, B은 甲은행이 과실로 잘못 작성한 금융거래 상황확인서를 믿고 주채무자 C의 신용상태에 빠져 보증계약을 체결하였다. B의 착오는 상대방인 甲에 의하여 유발된 것이므로 비록 내용으로 표시되지 아니하였더라도 내용의 중요부분의 착오로 볼 수 있다.

4. 결론

B은 甲과의 보증계약을 취소할 수 있다.

5) 대법원 1998. 2. 10 선고 97다44737 판결

6) 대법원 1987. 7. 21 선고 85다카2339 판결

7) 대법원 1987. 7. 21 선고 85다카2339 판결

Ⅲ. 문제 (3)

1. 쟁점

경과실로 착오에 빠진 乙이 보증계약을 취소한 경우, 채권자 甲에 대하여 손해배상책임을 부담하는지가 쟁점이다.

2. 학설

경과실로 착오에 빠져 법률행위를 취소함에 따라 선의, 무과실의 상대방에게 법률행위를 유효라고 신뢰함에 따른 손해가 생긴 경우, 착오취소자의 신뢰이익배상책임을 인정하는 견해와 이를 부정하는 견해로 학설은 나뉜다. 긍정하는 견해는 계약체결상 과실책임에 관한 제535조를 유추하고자 하고, 부정하는 견해는 제535조는 원시적 불능 목적의 계약이 체결된 경우를 다룬 것이므로 유추될 수 없다고 본다.

3. 판례

판례는, 경과실로 착오에 빠져 법률행위를 한 자가 착오를 이유로 의사표시를 취소하더라도 위법하다고 할 수 없으므로 착오취소자의 손해배상책임을 인정된다고 할 수 없다고 한다.<sup>8)</sup>

4. 사안의 경우

甲은행은 乙에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다.

8) 대법원 1997. 8. 22 선고 97다13023 판결

## &lt;참고판례&gt;

- ① 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우, 계약당사자의 결정 방법    계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 계약 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제에 해당한다. 행위자와 상대방의 의사가 일치하는 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약 당사자로 확정하여야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 여러 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인지에 의하여 계약 당사자를 결정하여야 한다.(필자 주 : 甲이 乙 주식회사와 사망보험금 수익자를 丙으로 하고, 피보험자를 甲으로 한 보험계약을 체결하면서, 신용불량자인 이유로 보험계약자를 丁 명의로 한 사안에서, 甲이 신용 문제 때문에 자신 명의로 보험계약을 체결할 수 없어 丁의 명의를 이용한 것이므로 丁이 보험계약자가 되는 것을 의도하였고, 丁 역시 보험계약자가 되는 것을 양해하였다고 보이는 점 등을 종합하면, 보험계약의 보험가입자 측이나 보험자 모두 보험계약자를 丁으로 하는 것에 관하여 의사가 일치되었다고 할 것이므로, 보험계약의 보험계약자를 甲이 아닌 丁으로 본 사례). [대법원 2016. 12. 29. 선고 2015다226519 판결]
- ② 유효한 대리의 성립을 인정한 판례    (ㄱ) 대법원은 “대리인임을 표시하여 의사표시를 하여야 하는 것이 아니고 본인명의로도 할 수 있다.”고 판단하고(대법원 1963. 5. 9 선고 63다67 판결), “대리인이 직접 본인의 기명날인을 하여 수표를 발행한 행위는 유효하고 본인에 대하여도 효력이 발생한다.”고 하고 있다(대법원 1965. 9. 28 선고 65다1052 판결).
- (ㄴ) 대법원은 이른바 서명대리도 대리권 범위 내에서 이루어졌다면 유효한 대리행위가 된다는 전제에서 “甲이 부동산을 농업협동조합중앙회에 담보로 제공함에 있어 동업자인 乙에게 그에 관한 대리권을 주었다면 乙이 동 중앙회와의 사이에 그 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결함에 있어 그 피담보채무를 동업관계의 채무로 특정하지 아니하고 또 대리관계를 표시함이 없이 마치 자신이 甲 본인인 양 행세하였다 하더라도 위 근저당권설정계약은 대리인인 위 乙이 그의 권한 범위 안에서 한 것인 이상 그 효력은 본인인 甲에게 미친다.”고 판단하였다(대법원 1987. 6. 23 선고 86다카1411 판결).
- ③ 명의모용의 경우 특별한 사정이 없는 한 표현대리가 성립하지 않는다는 사례    민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립할 수 없다. 그러나 본인으로부터 아파트에 관한 임대 등 일체의 관리 권한을 위임받아 본인으로 가장하여 아파트를 임대한 바 있는 대리인이 다시 자신을 본인으로 가장하여 임차인에게 아파트를 매도하는 법률행위를 한 경우에는 권한을 넘은 표현대리의 법리를 유추적용하여 본인에 대하여 그 행위의 효력이 미친다고 볼 수 있다. [대법원 1993. 2. 23 선고 92다52436 판결]
- ④ 명의모용의 경우 표현대리 규정이 유추되기 위한 요건    …<前略> 피고의 처였던 소외 김남수가 당시 남편이었던 피고 몰래 피고 소유의 이 사건 부동산을 담보로 제공하고 원고로부터 금원을 대출받기로 마음 먹고, 소외 윤용운과 공모하여 피고의 주민등록증의 피고 사진을 떼어내고 그 자리에 윤용운의 사진을 붙인 다음 그 주민등록증 사본을 원고의 담당직원에 제출하는 방법으로 윤용운이 피고인 것처럼 가장하여 이 사건 각 차용금증서 및 어음거래약정서 등에 피고의 인장을 날인함으로써 이를 각 위조한 사실을 인정한 다음, “김남수는 이 사건 각 대출 이전에 피고로부터 일정한 기본대리권을 수여받았거나 피고의 처로서 일상가사대리권이 있었는데, 다만, 자신이 직접 피고의 대리인으로서 원고로부터 위 각 대출을 받은 것이 아니라, 윤용운으로 하여금 피고 본인인 것처럼 행세하도록 하여 원고를 속이고 위 각 대출을 받았는 바, 원고로서는 윤용운이 피고 본인인 것으로 믿었고 그 믿은 데에 상당한 이유가 있으므로, 피고는 이 사건 각 대출에 대하여 민법 제126조 소정의 표현대리책임이 있다”는 원고의 주장에 대하여

사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 상대방을 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 하는 경우에는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 민법 제126조 소정의 표현대리의 법리를 유추적용할 수 있다고 할 것인데, 여기서 특별한 사정이란 본인을 모용한 사람에게 본인을 대리할 기본대리권이 있었고, 상대방으로서는 위 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 사정을 의미한다고 할 것이라고 전제하고 나서, 피고를 모용한 윤용운이 피고를 대리할 어떠한 기본대리권이 있다는 점에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척하고 있는 바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 옳다고 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 민법 제126조 소정의 표현대리의 유추적용에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. [대법원 2002. 6. 28 선고 2001다49814 판결]

- ⑤ 표시되어 해석상 내용으로 된 동기의 착오 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하고 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없지만, 그 법률행위의 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다. [대법원 1998. 2. 10 선고 97다44737 판결]
- ⑥ 금융기관이 허위로 작성한 거래상황 확인서를 믿고 신용보증기금이 신용보증의사를 표시한 경우 농협중앙회가 甲에게 금원을 대출해 주고서 연체이자를 받은 사실이 있음에도 불구하고 아무런 연체가 없는 것처럼 신용보증기금 제출용으로 작성된 거래상황확인서를 甲에게 교부하고 甲은 이를 위 신용보증기금에 제출하여 이를 믿은 신용보증기금이 甲이 신용있는 중소기업인 것으로 착각하여 甲의 위 농협중앙회로부터의 새로운 대출에 대하여 신용보증을 하게 되었다면 그 법률행위의 중요부분에 착오가 있는 경우에 해당한다 할 것이다. [대법원 1987. 7. 21 선고 85다카2339 판결]
- ⑦ 착오취소자의 계약체결상 과실책임 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 가해자의 고의 또는 과실 이외에 행위의 위법성이 요구되므로, 전문건설공제조합이 계약보증서를 발급하면서 조합원이 수급할 공사의 실제 도급금액을 확인하지 아니한 과실이 있다고 하더라도 민법 제109조에서 중과실이 없는 착오자의 착오를 이유로 한 의사표시의 취소를 허용하고 있는 이상, 전문건설공제조합이 과실로 인하여 착오에 빠져 계약보증서를 발급한 것이나 그 착오를 이유로 보증계약을 취소한 것이 위법하다고 할 수는 없다. [대법원 1997. 8. 22 선고 97다13023 판결]

**【문 2】 응소와 시효중단에 대하여 약술하시오. (25점)**

1. 의의

응소란 원고가 제기한 소에 대응하여 피고로서 원고의 청구를 배척하기 위한 소송활동을 말한다. 응소가 소멸시효 중단사유가 되는 때에도 시효중단의 주장이 없으면 법원은 시효중단의 효과를 인정할 수 없다. 다만, 응소로 인한 시효중단의 주장은 응소행위 당시에 할 필요는 없고, 소멸시효기간이 만료된 후에라도 사실심의 변론종결 전에는 언제든지 할 수 있다.<sup>9)</sup>

2. 재판상 청구에 응소가 포함되는지 여부

(1) 문제점

재판상 청구에 시효중단의 효과를 인정하는 취지를 어떻게 파악하는지에 따라 응소가 시효중단사유가 되는지 여부의 결론이 달라진다.

(2) 견해의 대립

재판상 청구에 의하여 권리가 확정되기 때문에 시효중단의 효과가 생기는 것이라고 이해하는 견해에 따르면 응소에는 재판상 청구와 동일한 효과를 인정할 수 없다. 그러나 통설과 판례는 재판상 청구에 의하여 적극적으로 권리를 행사하였기 때문에 시효중단의 효과가 생기는 것으로 이해하는데, 이 견해에 따르면 응소를 통해서 적극적으로 권리를 행사한 때에는 재판상 청구와 마찬가지로 시효중단의 효과를 인정한다.

(3) 검토

시효중단은 권리불행사의 사실과 모순되는 사태가 발생한 경우, 이미 진행한 시효기간 경과의 효과를 소멸시키고, 그 사태가 종료된 때로부터 다시 소멸시효를 진행하는 제도이다. 재판상 청구에 시효중단의 효과를 인정하는 것은 재판상 청구를 통하여 권리불행사와 모순되는 사태가 생겼기 때문인데, 이는 재판상 청구를 통하여 적극적으로 권리를 행사하였기 때문이다. 따라서 응소행위를 통해서 적극적으로 권리를 행사한 때에는 재판상 청구와 마찬가지로 시효중단의 효과를 인정하는 것이 타당하다.

3. 시효중단 사유로서 응소의 요건

(1) 응소행위를 통하여 권리행사를 하였을 것

응소를 통하여 적극적인 권리행사를 하여야 한다. 피고로서 응소를 하였으나, 원고청구의 기각만을 구하고 별도로 적극적 권리주장을 하지 아니한 때에는 권리행사가 있다고 볼 수 없으므로 소멸시효 중단사유가 될 수 없다.

(2) 정당한 권리자가 정당한 의무자를 상대로 응소행위를 하였을 것

응소를 하는 피고는 응소로 주장하는 권리의 정당한 권리자여야 한다. 또한 응소의 상대방인 원고는 그 권리의 정당한 의무자여야 한다. 물상보증인이 제기한 저당권등기말소청구소송에서 채권자가 응소하여 적극적으로 피담보채권의 존재를 주장하고 법원이 이를 받아들였더라도 물상보증인은 피담보채권의 채무자가 아니므로 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 재판상 청구에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 법원이 응소로 주장한 권리를 받아들일 것

9) 대법원 2010. 8. 26 선고 2008다42416·42423 판결

응소로 주장한 피고의 권리를 법원이 심리하고 이를 인정하여야 한다. 응소로 권리주장을 하였으나, 응소로 주장한 권리에 관한 판단 없이 다른 사유에 의하여 소송이 종료된 때에는 시효중단의 효과가 생기지 않는다.

4. 응소로 이한 시효중단의 효력

응소로 인하여 피고가 주장한 권리의 소멸시효는 중단되고, 소송이 종료한 때로부터 다시 소멸시효가 진행된다. 소멸시효가 중단되는 구체적 시점은 피고가 응소행위를 한 때이며, 원고가 소를 제기한 때로 소급하지 않는다. 즉, 권리주장이 담긴 준비서면이 제출된 때에 소멸시효가 중단된다.

5. 응소로 권리를 주장하였으나 권리주장에 대한 판단 없이 소송이 종료된 경우

권리자인 피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 소송이 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 그 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에는 민법 제170조 제2항을 유추하여 소송이 종료한 때부터 6월 이내에 재판상 청구 등 다른 시효중단조치를 취하면 응소행위를 한 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생긴다.<sup>10)</sup>

10) 대법원 2010.8.26. 선고 2008다42416·42423 판결

**【문 3】 강행법규(강행규정)에 대하여 약술하시오. (25점)**

1. 의의

(1) 개념 및 판단

1) 개념

강행규정이란 당사자의 의사에 의하여 배제되거나 변경될 수 없는 법규를 말한다. 반면 당사자의 의사에 의하여 배제되거나 변경될 수 있는 법규를 임의규정이라고 한다.

2) 판단

법규 자체에서 강행규정임을 명시하는 경우도 있지만, 대부분은 법률해석에 의하여 그 규정이 강행규정인지 여부가 밝혀진다. 당해 규정의 목적, 규정내용, 위반의 효과, 당해 규정의 입법 취지 등을 고려하여 강행규정인지 여부를 판단한다.

(2) 민법규정 중에서 강행규정의 구체적인 예

민법규정 중에서 강행규정으로 분류되는 것으로는 ㉠혼인과 가족과 같은 일정한 제도를 유지하기 위한 규정, ㉡법질서의 기본구조에 관한 규정, ㉢제3자의 이해관계에 직접 영향을 미치게 하는 규정, ㉣거래의 안전을 보호하는 규정, ㉤경제적 약자를 보호하는 규정, ㉥사회의 윤리관을 반영하는 규정 등이 강행규정에 해당한다.

2. 행정상 금지규정(이른바 단속규정)

(1) 강행규정인지 여부

1) 문제점

일정한 행위를 금지하기 위한 행정법상 금지규정이 있다. 금지의 대상이 일정한 법률행위와 관련되어 있을 때, 그와 같은 금지규정을 단속규정이라고 한다. 단속규정의 적용을 당사자가 임의로 배제할 수 없지만 단속규정을 위반한 법률행위가 모두 무효로 되는 것은 아니라는 점에서 단속규정을 강행규정의 일종으로 보아야 하는지 문제된다.

2) 학설

통설은 단속규정도 강행규정의 일종으로 파악한다. 단속규정이 사법상 법률행위를 규율할 때에는 실질적 민법으로 보아야 하므로 민법전에 규정되어 있는 다른 규정과 마찬가지로 강행규정의 일종으로 파악한다. 따라서 강행규정에는 위반한 법률행위의 효력을 무효로 만드는 효력규정이 있고, 위반한 법률행위의 효력을 무효로 만들지 않는 단속규정이 있다고 본다.

소수설은 단속규정이 행정상 금지규정이므로 사법법규라고 볼 수 없어 이를 강행규정의 일종으로 파악할 수 없다고 본다. 다만, 단속규정에는 그 규정의 목적과 취지를 고려하여 위반한 법률행위의 효력을 무효로 만드는 효력규정이 있고, 위반행위의 효력에 영향을 주지 않는 단순한 단속규정이 있다고 본다.

3) 검토

학설상 대립은 단속규정을 사법법규인 강행규정에 포함시켜 이해할 것인지 여부이고, 위반한 법률행위의 효력에 관하여 실질적 차이를 가지고 있지 않다. 행정상 금지규정도 사법행위에 적용되는 한 실질적 민법이라고 보아야 하나, 법률행위의 효력에 영향을 주지 않는 단속규정을 강행규정으로 이해할 필요는 없다고 본다. 즉, 행정상 금지규정 중에서 효력규정만이 강행규정이라고 보는 것이 타당하다.

## (2) 단속규정과 효력규정의 구별

단속규정과 효력규정을 구별하는 일반적 기준은 없다. 당해 규정의 입법취지, 규정내용, 위반의 효과 등 모든 사정을 고려하여 위반행위자를 제재하는 것으로도 당해 규정의 목적을 달성할 수 있는 때에는 단속규정으로 보고, 더 나아가 위반한 법률행위의 효력을 부정하여야 그 규정의 목적을 달성할 수 있는 때에는 효력규정으로 본다.

## 3. 강행규정 위반의 효과

## (1) 절대적 무효

강행규정을 위반한 법률행위는 절대적 무효이다. 무효로 선의의 제3자에게 대항할 수 있다. 강행규정 위반이라는 하자는 사후에 제거될 수 없으므로 무효행위의 추인도 허용되지 않는다.

## (2) 신의칙, 표현대리규정의 적용 여부

강행규정을 위반한 법률행위가 유효라고 신뢰한 당사자의 신뢰가 신의칙이나 표현대리에 의하여 보호될 수 있는지 문제되나, 판례는 신의칙이나 표현대리가 적용되지 않는다고 본다.<sup>11)</sup> 강행규정을 위반한 법률행위를 유효로 신뢰하더라도 그와 같은 신뢰는 보호가치가 없기 때문이다.

## (3) 법률행위의 일부가 강행규정 위반으로 무효인 경우

일체로서 행하여진 법률행위 중 일부가 강행규정 위반으로 무효인 경우, 당해 강행규정에 나머지 부분의 효력에 관한 규정이 있으면 그에 따르지만, 규정이 없는 때에는 제137조에 따라 원칙적으로 나머지 부분도 무효가 되고 나머지 부분을 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 있는 경우에는 나머지 부분은 무효로 되지 않는다. 그러나 나머지 부분을 무효로 하는 것이 강행규정의 입법취지를 몰각시키는 결과를 초래하는 때에는 비록 나머지 부분을 유지하려는 가정적 의사가 인정되지 않더라도 나머지 부분의 효력은 유지된다.<sup>12)</sup>

## (4) 불법원인급여에 해당하는지 여부

강행규정을 위반한 법률행위에 따라 급부가 이루어진 경우, 그와 같은 급부가 불법의 원인으로 인한 것으로 반환청구가 제한되는 불법원인급여에 해당하는지 문제된다.

통설과 판례<sup>13)</sup>는 반환청구가 제한되는 불법원인급여에 해당하기 위해서는 급부의 원인이 선량한 풍속 기타 사회질서 위반행위에 해당하여야 하고, 단순히 강행규정을 위반한 행위인 때에는 불법원인급여에 해당하지 않는다고 한다.

## 4. 탈법행위

## (1) 의의

탈법행위란 강행규정을 직접 위반하지 않고, 회피수단을 통하여 강행규정이 금지하는 결과를 실질적으로 실현하는 행위를 말한다.

## (2) 효력

## 1) 학설

통설은 일반적으로 탈법행위는 무효라고 한다. 강행규정을 직접 위반하는 경우나 간접적으로 위반하는 경우에 그 효과를 달리 볼 필요가 없다는 점을 근거로 한다. 이에 대하여 강행규정의 취지가 특정한 결과의 발생을 금지하는 것이라면 탈법행위가 무효로 되지만, 특정의 수단이나 형식을 금지하는 것이라면 탈법행위는 유효하다는 견해가 있다.

11) 대법원 2004. 1. 27 선고 2003다14812 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결

12) 대법원 2008. 9. 11 선고 2008다32501 판결

13) 대법원 1960. 12. 27 선고 4293민상359 판결

2) 판례

판례는, 국유재산 사무에 종사하는 직원의 국유재산취득을 금지하는 국유재산법을 회피하기 위하여 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 탈법행위로서 무효라고 한다.<sup>14)</sup>

3) 검토

탈법행위란 강행규정의 간접적 위반행위를 말한다. 탈법행위는 무효라고 보는 것이 타당하다. 강행규정의 취지가 특정의 수단이나 형식을 금지하는 경우라면 이를 회피하는 법률행위는 간접적으로도 강행규정을 위반한 행위가 아니며 탈법행위라고 할 수 없으므로 탈법행위의 효력을 나누어 사고할 필요는 없다고 본다.

---

14) 대법원 1996.04.26. 선고 94다43207 판결