

PART 1

# 실전예상문제편

FOUETTE

L a w S c h o o l C i v i l L a w 민 사 법 종 합 사 례 연 습

# 01

## ▶ 공통된 사실관계

○ 군자군인아파트 주택재건축 정비사업조합(이하 ‘군자조합’이라고 한다)은 경기도 시흥시 군자동 330, 331, 332 지상에 건축되어 있는 아파트 5개 동을 철거하고 ‘도시 및 주거환경정비법’에 의하여 재건축 사업을 추진하기 위하여 설립되고 등기를 마친 법인이다.

○ 군자조합의 조합장 甲은 위 재건축사업을 위한 자금의 일부를 금융기관으로부터 차입하여야 할 필요가 생기자 이를 2013. 10. 1. 조합원 총회에 부의하였다. 그런데 대출 의향을 표시한 국민은행 군자동지점에서 제시한 대출이율이 너무 높아서 일부 조합원들이 자금 차입에 대하여 반대하여 결론을 내지 못하였다. 이에 따라 그 대책을 협의하기 위해 개최된 2013. 10. 2.자 제2차 조합원 총회에서도 국민은행 측과 더 협의를 진행한 다음 자금차입 여부를 결정하자고 잠정적인 결론을 내렸다.

○ 한편 군자조합은 정관상 1억 원 이상의 자금을 차입할 경우에는 미리 조합원 총회의 의결을 받도록 규정되어 있었는데, 이러한 정관 규정이 등기가 되지는 않았다. 그런데 조합장 甲은 마치 그날 조합원 총회로부터 위 재건축공사의 수급인인 수인건설주식회사(이하 ‘수인건설’이라고 한다)에게 지급할 공사 중도금 15억 원의 차입에 대하여 조합원 총회의 승인을 받은 것처럼 조합원총회 회의록 내용을 변조하여 이를 국민은행의 지점장인 A에게 제시하고, 2013. 10. 5. 국민은행으로부터 15억 원을 변제기를 2013. 12. 5.로 하여 대출을 받았다(이하 ‘이 사건 대출계약’이라고 한다).

▶ **문제 1** 변제기인 2013. 12. 5.이 도래하였음에도 군자조합이 변제하지 않자, 국민은행은 군자조합을 피고로 하여 “대여금반환청구소송”을 제기하였다. 이에 군자조합의 소송을 수임한 변호사 B는 답변서에서 다음과 같은 주장을 하였다. 변호사 B의 각 주장이 타당한 것인지에 대하여 검토하고, 이를 근거로 하여 국민은행의 군자조합에 대한 ‘대여금반환청구소송’에 대하여 법원은 어떠한 판단·청구기각, 청구인용, 소각하]을 하여야 하는지에 대하여 서술하시오. (25점)

가. 군자조합은 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제18조 제2항에 의하여 설립된 주택재건축정비사업조합으로서 위 법률 제22조 제1항에 따라 조합장이 조합을 대표하고 그 사무를 총괄하지만, 타인으로부터 자금을 차입하는 경우 위 법률 제24조 제3항 제2호에 의하여 그 차입 여부와 방법, 이율 및 상환방법에 관하여 조합원 총회의 의결을 거쳐야 합니다. 그런데 조합장 甲은 조합원 총회의 의결을 거치지 않고, 원고 국민은행과 이 사건 대출계약을 체결하였으므로 이 사건 대출계약은 동법을 위반하여 무효가 될 것입니다.

나. 군자조합의 정관에 의하면 군자조합이 1억 원 이상의 자금을 차입할 경우에는 미리 조합원 총회의 의결을 받도록 규정되어 있었는데 조합장 甲은 이 사건 대출계약과 관련하여 미리 조합원 총회의 의결을 받은 사실이 없습니다. 그리고 이러한 정관 규정은 국민은행도 알고 있었습니다. 따라서 이 사건 대출계약은 무효가 될 것입니다.

### ▶ 추가된 사실관계

○ 이 사건 대출계약의 체결시에 수인건설은 그 사장인 대표이사 乙이 수인건설을 대표하여 군자조합의 국민은행에 대한 이 사건 대출계약상의 대출금 채무를 보증하는 계약을 체결하였다. 그런데 수인건설의 자본금은 30억 원에 불과하고, 정관 규정에 의하면 10억 원 이상의 채무보증은 이사회 결의를 요하도록 되어있음에도 대표이사 乙은 군자조합으로부터 재건축공사를 추가로 도급받을 욕심에서 조합장 甲의 부탁을 받고 이사회 결의도 없이 임의로 보증계약을 체결한 것이다. 한편 대출과정에서 국민은행 지점장 A는 수인건설의 이사회 결의가 없었다는 사실을 알고 있었다.

▶ **문제 2** 이 사건 대출계약의 변제기인 2013. 12. 5.이 도래하였음에도 군자조합이 변제하지 않자, 국민은행은 보증인인 수인건설을 상대로 '보증채무이행청구소송'을 제기하였다. 이에 수인건설의 소송을 수임한 변호사 C는 답변서에 다음과 같은 주장을 하였다. 변호사 C의 각 주장이 타당한 것인지에 대하여 검토하고, 국민은행의 수인건설에 대한 '보증채무이행청구소송'에 대하여 법원은 어떠한 판단[청구기각, 청구인용, 소각하]을 하여야 하는지에 대하여 서술하시오. (25점)

가. 수인건설은 정관상 '건설업 및 토건업, 건축자재의 생산·판매업과 이들 사업에 부수되는 사업'을 그 목적으로 설립된 주식회사입니다. 따라서 이 사건 대출계약에 대한 수인건설의 보증은 수인건설의 정관상 목적이나 영위하는 사업과 관련이 없으므로 무효가 될 것입니다.

나. 수인건설의 자본금은 30억 원에 불과하고, 정관 규정에 의하면 10억 원 이상의 채무보증은 이사회 결의를 요하도록 되어있음에도 대표이사 乙은 이사회 결의도 없이 임의로 보증계약을 체결한 것입니다. 그리고 국민은행 지점장 A는 수인건설의 이사회 결의가 없었다는 사실을 알고 있었습니다.

### ▶ 추가된 사실관계

○ 군자동 애국전상 군인회(이하 '군자동군인회'라고 한다)는 월남전 등에 파병을 가서 전상을 입은 예비역 군인들로서 군자군인아파트에 거주하는 사람인 100명으로 구성된 친목단체인데, 관한 관청으로부터 법인 설립허가를 받은 사실은 없으나, 규약과 이사 등 임원 및 임원회가 존재한다. 위 회원들은 그 전원이 군자조합의 조합원으로서 위 아파트 재건축사업에 큰 관심을 가지고 있어서 그 사업 추진시 최초 사업제안을 하는 주도적 역할을 하였다.

○ 한편 군자동군인회의 규약상 회장이 채무 부담 등 중요한 업무를 수행할 때에는 미리 임원회에 이를 부의하여 그 승인을 얻어야 하도록 되어 있음에도 회장인 丙은 임원회의 승인을 받지 않은 상태에서 국민은행이 제시한 이 사건 대출계약에 대한 보증계약서에 날인을 하였다. 즉 보증 당일 회장 丙이 군자조합의 사무실에 방문하였는데, 군자조합 조합장 甲, 수인건설 대표이사 乙, 국민은행 지점장 A가 모여서 대출계약을 체결하고 있었고, 조합장 甲이 "이 분(회장 丙)은 군자동군인회 회장인데 나랑 같이 재건축사업을 추진하고 있다."며 A에게 소개하자 A가 丙에게 보증계약서를 작성해 달라고 요구하였다.

○ 이에 회장 丙이 "이 자리에서 나 혼자 갑자기 결정할 일은 아니고, 임원회의 승인을 받아야 한다."고 하였으나, A가 "그냥 먼저 써주시고 나중에 추인을 받아도 됩니다."라고 하여 회장 丙은 재건축사업에 대하여 군자동군인회 회원들의 관심이 높고 사업추진에 군자동군인회의 보증이 도움이 될

수도 있어 나중에 임원회의 승인을 쉽게 받을 수 있을 것으로 생각하고 A의 요구대로 보증계약서를 작성해 주었다. 그러나 그 후 회장 丙이 이를 임원회와 총회에 보고하고 추인을 얻으려 하였으나 회원들의 의견이 나누어져서 추인을 얻지 못하였다. 이에 회장 丙은 A에게 위 보증계약은 무효라는 내용증명 통지서를 보냈다. 그런데 보증계약 체결시에 A는 군자동군인회의 임원회의에서 추인을 얻지 못할 것이라는 것을 알 수 있었다.

- ▲ **문제 3** 이 사건 대출계약의 변제기인 2013. 12. 5.이 도래하였음에도 군자조합이 변제하지 않자, 국민은행은 보증인인 군자동군인회를 상대로 '보증채무이행청구소송'을 제기하였다. 이에 군자동군인회의 소송을 수임한 변호사 D는 답변서에 다음과 같은 주장을 하였다. 변호사 D의 각 주장이 타당한 것인지에 대하여 검토하고, 국민은행의 군자동군인회에 대한 '보증채무이행청구소송'에 대하여 법원은 어떠한 판단[청구기각, 청구인용, 소각하]을 하여야 하는지에 대하여 서술하시오. (30점)
- 가. 군자동군인회는 설립등기를 하지 않은 조합에 불과하므로 군자동군인회를 피고로 한 본 사건 소송은 부적법하므로 각하되어야 합니다.
- 나. 군자동군인회가 타인 채무에 대한 보증계약을 체결하는 행위는 규약상 임원회의 승인을 받아야 하는데 이를 받지 않았으므로 국민은행 지점장 A가 이러한 사실에 대하여 알았는지 여부와 무관하게 당연히 무효가 됩니다.
- 다. 군자동군인회의 규약상 회장이 채무 부담 등 중요한 업무를 수행할 때에는 미리 임원회에 이를 부의하여 그 승인을 얻어야 하도록 되어 있습니다. 그럼에도 불구하고 회장인 丙은 임원회의 승인을 받지 않은 상태에서 국민은행이 제시한 이 사건 대출계약에 대한 보증계약서에 날인을 하였는데 그 당시 추후에 임원회의에서 추인을 얻지 못할 것이라는 것을 A가 알 수 있었습니다. 따라서 이 사건 대출계약에 대한 군자동군인회의 보증계약은 무효가 될 것입니다.
- ▲ **문제 4** 위 각 문제에 대한 자신의 결론과 무관하게 위 각 청구에 대하여 법원이 전부 기각하는 판결을 선고하였다고 가정한다. 그 후 국민은행은 각 피고를 상대로 다시 불법행위에 기한 손해배상을 청구하려고 한다. 이러한 경우에 각 피고에 대한 청구권의 근거 조문은 무엇인지에 대하여 간략하게 서술하시오. (10점)
- ▲ **문제 5** 국민은행의 군자동군인회에 대한 '보증채무이행청구소송'의 제1심 판결이 선고된 후에 담당재판부의 재판장이 위 군자동군인회의 구성원이었다는 사실이 밝혀졌다. 이러한 경우에 제1심 법원의 판결은 적법한 지를 검토하고, 그에 대한 구제수단을 논하시오. (10점)

## 참조조문

### 도시 및 주거환경정비법

#### 제18조(조합의 법인격 등)

- ① 조합은 법인으로 한다.
- ② 조합은 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 주된 사무소의 소재지에서 대통령령이 정하는 사항을 등기함으로써 성립한다.
- ③ 조합은 그 명칭 중에 “정비사업조합”이라는 문자를 사용하여야 한다.

#### 제22조(조합임원의 직무 등)

- ① 조합장은 조합을 대표하고, 그 사무를 총괄하며, 총회 또는 제25조의 규정에 의한 대의원회의 의장이 된다.

---- 이하 생략 ----

#### 제24조(총회개최 및 의결사항)

- ① 조합에 조합원으로 구성되는 총회를 둔다.
- ② 총회는 제23조 제4항의 경우를 제외하고는 조합장의 직권 또는 조합원 5분의 1 이상 또는 대의원 3분의 2 이상의 요구로 조합장이 소집한다.
- ③ 다음 각 호의 사항은 총회의 의결을 거쳐야 한다.
  1. 정관의 변경(제20조 제3항 단서의 규정에 의한 경미한 사항의 변경의 경우 이 법 또는 정관에서 총회의결사항으로 정한 경우에 한한다)
  2. 자금의 차입과 그 방법·이율 및 상환방법

---- 이하 생략 ----

#### 제27조(민법의 준용)

조합에 관하여는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다.

**문제1의 해결**

- I. 변호사 B의 첫 번째 주장의 타당성 (10점)
  - 1. 도시 및 주거환경정비법의 법적 성질
  - 2. 소 결
- II. 변호사 B의 두 번째 주장의 타당성 (12점)
  - 1. 정관상 대표권 제한의 주장을 위한 요건
  - 2. 소 결
- III. 대여금반환청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

**문제2의 해결**

- I. 변호사 C의 첫 번째 주장의 타당성 (10점)
  - 1. 문제점
  - 2. 정관에 의한 제한가능성
    - 가. 학설의 대립
    - 나. 판례의 태도
    - 다. 검토
  - 3. 소 결
- II. 변호사 C의 두 번째 주장의 타당성 (12점)
  - 1. 이사회 결의사항에 해당하는지 여부
  - 2. 이사회 결의를 거치지 않은 전단적 대표행위의 효력
  - 3. 소 결
- III. 보증채무이행청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

**문제3의 해결**

- I. 변호사 D의 첫 번째 주장의 타당성 (7점)
  - 1. 군자동군인회의 법적 성질
  - 2. 소 결

- II. 변호사 D의 두 번째 주장의 타당성 (10점)
  - 1. 총유물의 관리 및 처분행위의 방법
  - 2. 채무보증행위가 총유물의 관리 및 처분행위에 해당하는지 여부
  - 3. 소 결
- III. 변호사 D의 세 번째 주장의 타당성 (10점)
  - 1. 비법인 사단의 대표자의 대표권제한을 위반한 행위의 효력
  - 2. 소 결
- IV. 보증채무이행청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

**문제4의 해결**

- I. 군자조합에 대한 불법행위에 기한 손해배상 청구 (3점)
- II. 수인건설에 대한 불법행위에 기한 손해배상 청구 (3점)
- III. 군자동군인회에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구 (4점)

**문제5의 해결**

- I. 판결의 적법성 (5점)
  - 1. 민사소송법 제41조 제1호의 제척사유에 해당하는지 여부
  - 2. 소 결
- II. 제1심 판결에 대한 구제수단 (5점)

**문제1의 해결 강행규정 위반의 효력 / 법인의 정관상 대표권제한**

강행규정이라고 판시한 판례들을 암기해야 하고(선택형 문제 참조), 민법상 법인의 정관에 의한 대표권 제한의 효력(민법 제60조)을 주식회사의 정관에 의한 대표권 제한의 효력(상법 제389조 제3항·제209조 제2항)과 관련하여 이해해야 한다. 특히 보호받는 제3자의 범위를 법인, 비법인사단, 주식회사로 구별하여 정리해야 한다.

**I. 변호사 B의 첫 번째 주장의 타당성 (10점)**

**1. 도시 및 주거환경정비법의 법적 성질**

타인으로부터 자금을 차입하는 경우에 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다는 규정의 입법취지는 그것이 조합원의 이해관계에 중대한 영향을 미치므로 조합원의 의사에 기해 신중히 처리하도록 하여 조합원의 권익을 보호하기 위한 것이므로 강행규정이라고 할 것이다.<sup>1)</sup>

**2. 소 결**

조합원 총회의 의결 없이 행한 조합장 丙의 대표권 행사는 강행규정을 위반한 것이어서 무효가 된다. 따라서 변호사 B의 첫 번째 주장은 타당하다.

**II. 변호사 B의 두 번째 주장의 타당성 (12점)**

**1. 정관상 대표권 제한의 주장을 위한 요건**

법인의 대표자의 대표권은 정관에 의하여 제한될 수 있지만(제41조), 이 제한을 등기하지 않으면 제3자에게 대항하지 못한다(제60조). 한편 제3자의 범위에 대하여 판례는 선의·악의를 불문한다는 무제한설의 입장이다.<sup>2)</sup>

**2. 소 결**

군자조합이 1억 원 이상의 자금을 차입할 경우에는 미리 조합원 총회의 의결을 받도록 규정된 정관규정은 대표자의 대표권을 제한하는 규정이다.<sup>3)</sup> 그러나 이러한 정관규정이 등기가 되지 않았다고 하였으

1) 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제5호에 의하면, “예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약은 총회의 결의를 거쳐야 한다.”고 규정하고 있으므로 위 규정의 취지에 비추어 보면 재개발조합이 조합원총회의 결의를 거치지 아니하고 조합원의 부담이 될 계약을 체결한 경우에는 그 효력이 없다(대법원 2001. 03. 23. 선고 2000다61008 판결). 구 토지구획정리사업법(2001. 1. 28. 법률 제6252호로 폐지) 제26조 제3호 및 제9호에 의하면, 차입금의 차입방법·이율 및 상환방법 등과 기타 대통령령 또는 정관으로 정하는 사항에 관하여는 조합원총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있으므로, 위 규정의 취지에 비추어 보면 토지구획정리조합이 자금차입의 방법으로서 타인의 채무에 관하여 연대보증을 하기 위하여도 조합원총회의 의결을 거쳐야 하고, 이와 같이 법률에 의하여 조합원총회의 의결을 거쳐야 할 사항에 관하여 그 의결을 거치지 아니한 채 한 대표자의 행위는 그 효력이 없다(대법원 2002. 03. 26. 선고 2001다83197 판결). ☞ 이러한 판례의 법리는 현행 ‘도시 및 주거환경정비법’에서도 동일하다.

2) [1] 재단법인의 대표자가 그 법인의 채무를 부담하는 계약을 함에 있어서 이사회의 결의를 거쳐 노회와 설립자의 승인을 얻고 주무관청의 인가를 받도록 정관에 규정되어 있다면 그와 같은 규정은 법인 대표권의 제한에 관한 규정으로서 이러한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다. [2] 법인의 정관에 법인 대표권의 제한에 관한 규정이 있으나 그와 같은 취지가 등기되어 있지 않다면 법인은 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의냐에 관계없이 제3자에 대하여 대항할 수 없다(대법원 1992. 02. 14. 선고 91다24564 판결).

3) 재단법인의 대표자가 그 법인의 채무를 부담하는 계약을 함에 있어서 이사회의 결의를 거쳐 노회와 설립자의 승인을 얻고 주무관청의 인가를 받도록 정관에 규정되어 있다면 그와 같은 규정은 법인 대표권의 제한에 관한 규정으로서 이러한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(대법원 1992. 02. 14. 선고 91다24564 판결).

므로, 국민은행이 이러한 정관규정에 대하여 악의라고 하여도 근자조합은 이 사건 대출계약이 정관규정을 위반한 것이어서 무효라는 주장은 할 수 없다. 따라서 변호사 B의 두 번째 주장은 타당하지 않다.

### III. 대여금반환청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

이 사건 대출계약은 ‘도시 및 주거환경정비법’ 제24조 제3항 제2호를 위반하여 무효인 계약이 된다. 따라서 법원은 국민은행의 대여금반환청구소송에 대하여 ‘청구기각’ 판결을 하여야 한다.

**선택형문제** ▶ 다음 보기의 법률행위 중에서 유효인 것을 모두 고르면? (다툼이 있으면 판례에 의함)

- ㉠ 지방자치단체 甲은 그 소유의 잡종재산(일반재산)인 X 토지를 乙 소유의 Y 토지와 교환하기로 방침을 정하고 이를 乙에게 통보하여 그 승낙을 받았으나, 지방재정법 및 예산회계법령 소정의 요건과 절차를 거치지 아니하였다. 이 경우 甲과 乙 사이에 체결된 교환계약
- ㉡ 甲은 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원인데, 국유재산법 규정에 위반하여 乙의 명의로 국유인 A 토지를 취득하는 행위를 한 후 다시 丙에게 전매하였다. 이 경우 乙과 丙 간의 A 토지소유권이전행위
- ㉢ 승려 甲과 乙은 전통사찰 A의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도, 양수하기로 하는 약정을 체결하였는데, A 사찰의 총무원은 이러한 사실을 묵인하고 甲을 A 사찰의 주지로 임명하였다. 이 경우 A 사찰 총무원의 주지임명행위
- ㉣ 부동산중개업자 甲은 乙, 丙 등과 부동산 매매계약을 중개하면서 중개수수료를 부동산중개업법에 규정된 수수료를 초과하여 책정하기로 약정하였다. 이 경우 甲과 乙, 甲과 丙 간의 부동산 중개업법상의 제한을 초과한 부분의 중개수수료약정
- ㉤ 甲은 A 신용협동조합의 이사장 乙과 친분이 있음을 기회로 신용협동조합법을 위반하여 조합원이 아니면서도 A 신용협동조합에 1,000만 원을 예탁하였다. 이 경우 甲과 A간의 예금계약

- ① ㉠ ㉡
- ② ㉡ ㉣
- ③ ㉢ ㉤
- ④ ㉠ ㉢ ㉤
- ⑤ ㉡ ㉣ ㉤

- 해설** ㉠ [무효] 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어 따라야 할 요건과 절차를 규정한 관련 법령은 그 계약의 내용을 명확히 하고, 지방자치단체가 사인과 사법상 계약을 체결함에 있어 적법한 절차에 따를 것을 담보하기 위한 것으로서 강행규정이라 할 것이고, 강행규정에 위반된 계약의 성립을 부정하거나 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 위와 같은 입법 취지를 몰각시키는 것이 될 것이어서 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙에 위반된다고 볼 수는 없다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다14812 판결).
- ㉡ [무효] 구 국유재산법(1976. 12. 31. 법률 제2950호로 개정되기 전의 것) 제7조는 같은 법 제1조의 입법 취지에 따라 국유재산 처분 사무의 공정성을 도모하기 위하여 관련 사무에 종사하는 직원에 대하여 부정한 행위로 의심받을 수 있는 가장 현저한 행위를 적시하여 이를 엄격히 금지하는 한편, 그 금지에 위반한 행위의 사법상 효력에 관하여 이를

무효로 한다고 명문으로 규정하고 있으므로, 국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 강행법규인 같은 법 규정들의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효이고, 나아가 같은 법이 거래안전의 보호 등을 위하여 그 무효로 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 아니한 이상, 그 무효는 원칙적으로 누구에 대하여서나 주장할 수 있으므로, 그 규정들에 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위 또한 당연무효이다(대법원 1997. 6. 27. 선고 97다 9529 판결).

- ㉔ [유효] 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 양도·양수하기로 하는 약정이 있음을 알고도 이를 묵인 혹은 방조한 상태에서 한 종교법인의 주지임명행위가 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당하지 않는다고 한 사례(대법원 2001. 2. 9. 선고 99다 38613 판결).
- ㉕ [무효] 구 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률’로 전문 개정되기 전의 것)은 부동산중개업을 건전하게 지도·육성하고 부동산중개 업무를 적절히 규율함으로써 부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함을 입법목적으로 하고 있으므로(제1조), 중개수수료의 한도를 정하는 한편 이를 초과하는 수수료를 받지 못하도록 한 같은 법 및 같은 법 시행규칙 등 관련 법령 또는 그 한도를 초과하여 받기로 한 중개수수료 약정의 효력은 이와 같은 입법목적에 맞추어 해석되어야 한다. 그뿐 아니라, 중개업자가 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과하여 수수료를 받는 행위는 물론 위와 같은 금지규정 위반 행위에 의하여 얻은 중개수수료 상당의 이득을 그대로 보유하게 하는 것은 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있고, 또한 구 부동산중개업법 등 관련 법령의 주된 규율대상인 부동산의 거래가격이 높고 부동산중개업소의 활용도 또한 높은 실정에 비추어 부동산 중개수수료는 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민생활의 편의에 미치는 영향이 매우 커 이에 대한 규제가 강하게 요청된다. 그렇다면, 앞서 본 입법목적을 달성하기 위해서는 고액의 수수료를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다(대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 판결).
- ㉖ [유효] 신용협동조합의 업무범위를 조합원으로부터의 예탁금, 적금의 수납 등에 한정하고 있는 구 신용협동조합법(1999. 2. 1. 법률 제5739호로 개정되기 전의 것) 제39조 제1항 제1호 (가)목 및 제40조 제1항의 규정은, 신용협동조합의 행위능력을 제한하는 효력규정이 아니라 사업수행에 관해 신용협동조합이 지켜야 할 원칙을 규정한 단속규정에 불과하여 그 규정을 위반한 이용행위는 비록 위법한 행위이기는 하나 행위 자체의 사법상의 효력은 유효하다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다18940 판결).

답 ③

문제2의 해결 정관상 권리능력의 제한가능성 / 전단적 대표행위의 효력

사례에서 정관상 목적이 구체적으로 서술된 경우에는 민법 제34조에 대한 견해대립을 묻는 것이라는 점을 유의해야 한다. 이 경우 무제한설의 입장에서 답안을 서술해야 한다. 한편 주식회사 대표이사의 전단적 대표행위는 주주총회의 결의를 흠결한 경우와, 이사회 결의를 흠결한 경우로 나누어 판례의 태도를 이해해야 한다.

## I. 변호사 C의 첫 번째 주장의 타당성 (10점)

### 1. 문제점

민법 제34조는 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 법인의 권리능력을 인정하고 있다. 그러나 상법에는 아무런 규정이 없기 때문에, 회사의 권리능력이 정관에서 정한 목적범위로 제한되는지 여부가 문제된다.

### 2. 정관에 의한 제한가능성

#### 가. 학설의 대립

① 민법 제34조는 법인에 적용되는 기본원칙이어서 주식회사에도 유추적용되므로 제한설이 타당하다는 견해와, ② 민법 제34조를 명문으로 준용하는 규정이 없으므로 무제한설이 타당하다는 견해가 대립된다.

#### 나. 판례의 태도

판례는 “회사의 권리능력은 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나, 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니고 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되며, 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단할 것이다.”라는 입장이다.<sup>4)</sup>

#### 다. 검토

민법 제34조는 성질상 비영리법인에게만 적용되고, 정관의 목적이 등기된다고 하여 회사의 모든 거래상대방에 대하여 약의를 의제하는 것은 거래의 안전을 해하게 되며, 사원의 이익보다는 거래상 상대방인 제3자의 이익을 중시하는 것이 상법의 근본이념에 합치하기 때문에 무제한설이 타당하다.

### 3. 소 결

수인건설은 균자조합과 재건축공사 도급계약을 체결하여 거래관계를 맺었고, 위 채무 보증은 그 수급을 위한 필요에서 한 것이며, 위 보증행위의 객관적 성질에 비추어 그것이 피고 회사의 목적 범위를 벗어난 것이 명백하다고 보기 어렵다. 따라서 변호사 C의 첫 번째 주장은 타당하지 않다.

4) [1] 회사의 권리능력은 회사의 설립근거가 된 법률과 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 목적범위내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니고 그 목적을 수행하는데 있어 직접 또는 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되며 목적수행에 필요하지 여부도 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단할 것이지 행위자의 주관적, 구체적 의사에 따라 판단할 것은 아니다. [2] 단기금융업을 영위하는 회사로서 회사의 목적인 어음의 발행, 할인, 매매, 인수, 보증, 어음매매의 중개를 함에 있어서 어음의 배서는 행위의 객관적 성질상 위 목적수행에 직접, 간접으로 필요한 행위라고 하여야 할 것이다(대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1349 판결).

## II. 변호사 C의 두 번째 주장의 타당성 (12점)

### 1. 이사회 결의사항에 해당하는지 여부

수인건설의 정관 규정에 의하면 10억 원 이상의 채무보증은 이사회 결의를 요하도록 되어있다. 한편 상법 제393조 제1항에 의하면 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 그 업무집행에 관하여는 이사회 결의를 거치도록 되어있다.

수인건설의 자본금은 30억 원인데 이 사건 대출금은 15억 원이므로 수인건설의 자본금, 보증의 목적 및 경위, 회사의 일상적 업무와의 관련성 등이 비추어 이 사건 대출계약에 대한 보증계약은 상법 제393조 제1항상의 ‘중요한 자산의 처분’에 포함될 것이다.<sup>5)</sup>

### 2. 이사회 결의를 거치지 않은 전단적 대표행위의 효력

판례는 “주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거처야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 거래 상대방이 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 거래행위는 유효하다.”는 입장이다.<sup>6)</sup>

### 3. 소 결

국민은행 지점장 A는 수인건설의 이사회 결의가 없었다는 사실을 알고 있었다고 하였으므로 이 사건 대출계약에 대한 수인건설의 보증계약은 무효가 된다.

## III. 보증채무이행청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

수인건설의 이 사건 대출계약에 대한 보증채무는 이사회 결의사항임에도 이사회 결의를 거치지 않았고, 이러한 사실에 대하여 국민은행이 알았으므로 무효가 된다. 따라서 법원은 국민은행의 수인건설에 대한 청구에 대하여 ‘청구기각’ 판결을 하여야 한다.

5) 타인 채무에 대한 보증이 상법 제393조 제1항상의 ‘중요한 자산의 처분’에 해당하는지 여부가 문제될 수 있으나, 일상적인 업무가 아니면 반드시 이사회 결의를 요하고, 위 상법 규정은 예시적인 것으로 보아야 할 것이므로 채무 보증 역시 그것이 대규모이어서 중요한 업무인 경우에는 당연히 이사회 결의를 요한다고 볼 것이다. 판례도 대표이사가 이사회 결의 없이 타인 채무를 보증한 사안에서 이것이 회사의 중요한 업무에 해당된다고 판시하였다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다20670 판결).

6) [1] 상법 제393조 제1항은 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도는 이사회 결의로 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 중요한 자산의 처분에 해당하는가 아닌가는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회가 그에 관하여 직접 결의하지 아니한 채 대표이사에게 그 처분에 관한 사항을 일임할 수 없는 것이므로 이사회규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 아니하더라도 반드시 이사회 결의를 거처야 한다. [2] 주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거처야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래상대방이 그와 같은 이사회결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이고, 이 경우 거래의 상대방이 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 회사측이 주장·입증하여야 한다(대법원 2005. 07. 28. 선고 2005다3649 판결).

문제3의 해결 **비법인사단과 조합의 구별기준 / 총유물의 관리 및 처분행위의 방법 / 비법인사단의 대표자가 대표권제한을 위반한 행위의 효력**

법인이 아닌 단체가 출제된 경우에는 그 단체의 법적 성질을 검토하는 것부터 답안을 서술해야 한다. 이 경우에 키워드는 '단체성의 강약'이 된다. 비법인사단의 경우에는 총유물의 관리 및 처분행위의 내용 및 방법에 대한 판례의 입장을 이해하고, 소송수행방법도 민사소송법의 쟁점으로 출제가 유력하다. 또한 비법인사단의 대표자에 대한 대표권의 제한에 대하여 민법 제60조가 적용될 수 없으므로 '악의 또는 과실'인 제3자에게 대항할 수 있다는 판례의 법리를 이해해야 한다.

## I. 변호사 D의 첫 번째 주장의 타당성 (7점)

### 1. 군자동군인회의 법적 성질

민법상 조합과 비법인 사단은 단체성의 강약을 기준으로 구별한다. 따라서 어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있다면 비법인 사단이 된다.<sup>7)</sup>

군자동군인회는 관할 관청으로부터 법인 설립허가를 받은 사실은 없으나, 규약과 이사 등 임원 및 임원회가 존재한다고 하였으므로 단체성이 강하므로 비법인 사단이라고 할 것이다.

### 2. 소 결

조합과 달리 비법인 사단은 민사소송법상 당사자능력이 있다(민사소송법 제52조). 따라서 군자동군인회를 피고로 한 본 사건 소송은 부적법하므로 각하되어야 한다는 변호사 D의 첫 번째 주장은 타당하지 않다.

## II. 변호사 D의 두 번째 주장의 타당성 (10점)

### 1. 총유물의 관리 및 처분행위의 방법

총유물의 관리 및 처분은 정관 기타 규약에 달리 정함이 없으면 사원총회의 결의에 의하여야 하고(민법 제275조, 제276조, 제278조), 사원총회의 결의를 요함에도 이를 결여한 관리 및 처분행위는 무효가 된다. 이 경우에 표현대리도 성립하지 않는다.<sup>8)</sup>

7) 민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데, 어떤 단체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다(대법원 1999. 04. 23. 선고 99다4504 판결).

8) 중증 소유의 재산은 중증원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 중증 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 중증 규약이 없으면 중증 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 중증 대표자에 의한 중증 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결). 비법인사단인 교회의 대표자는 총유물인 교회 재산의 처분에 관하여 교인총회의 결의를 거치지 아니하고

## 2. 채무보증행위가 총유물의 관리 및 처분행위에 해당하는지 여부

판례는 “총유물의 관리 및 처분이란 총유물 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위이므로, 금전채무를 보증하는 행위는 채무부담행위에 불과하여 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다.”는 입장이다.<sup>9)</sup>

## 3. 소 결

주채무자가 변제를 하면 보증인은 아무런 손해가 없으므로 타인 간의 금전채무에 대한 보증행위 자체만으로 총유물의 관리 및 처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 판례의 입장이 타당하므로 변호사 D의 두 번째 주장은 타당하지 않다.

## Ⅲ. 변호사 D의 세 번째 주장의 타당성 (10점)

### 1. 비법인 사단의 대표자의 대표권제한을 위반한 행위의 효력

판례는 “비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 거래 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다.”는 입장이다.<sup>10)</sup>

## 2. 소 결

국민은행 지점장 A가 이 사건 대출계약에 대한 군자동군인회의 보증계약이 체결될 당시에 군자동군인회의 임원회의에서 추인을 얻지 못할 것이라는 것을 알 수 있었다고 하였으므로 보증계약은 무효가 된다. 따라서 변호사 D의 세 번째 주장은 타당하다.

는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그리고 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다(대법원 2009. 02. 12. 선고 2006다23312 판결).

- 9) 민법 제275조, 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단인 재건축조합의 조합장이 채무보증계약을 체결하면서 조합규약에서 정한 조합 임원회의 결의를 거치지 아니하였다거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다. 다만, 이와 같은 경우에 조합 임원회의의 결의 등을 거치도록 한 조합규약은 조합장의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다고 봄이 상당하며, 이 경우 그 거래 상대방이 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 알지 못한 데에 과실이 있다는 사정은 그 거래의 무효를 주장하는 측이 이를 주장·입증하여야 한다(대법원 2007. 04. 19. 선고 2004다60072 전원합의체 판결).
- 10) 비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단측이 주장·입증하여야 한다(대법원 2003. 07. 22. 선고 2002다64780 판결).

#### IV. 보증채무이행청구소송에 대한 법원의 판단 (3점)

군자동군인회의 보증계약은 대표자의 대표권을 제한한 규약을 위반하였고, 이에 대하여 국민은행 지점장 A가 이러한 사실을 알 수 있었으므로 위 보증계약은 무효가 된다. 따라서 법원은 국민은행의 군자동군인회에 대한 '보증채무이행청구소송'에 대하여 '청구기각' 판결을 하여야 한다.

**선택형문제** 사례에 관한 설명으로 틀린 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

비법인 사단 A 재건축조합(이하 'A 조합'이라고 한다) 회장 甲은 2002. 12. 4. 조합 원총회의 결의를 거치지 않고서 S 건설회사와 재건축아파트 설계용역계약을 체결 하였다. 그 후 甲은 회장직을 사임하였음에도 후임 회장이 선출되지 않은 상황에서 (부회장 乙도 사임하였고, 후임 부회장도 선출되지 않았다) A 조합이 자금부족 상태에 봉착하자, 조합원총회의 결의 없이 A 조합 소유 X 토지를 C 회사에게 양도하는 매매계약을 다른 이사들과 협의하여 체결하고 그 대금을 지급받아 A 조합의 수입으로 계상하였다. 그밖에 2003년부터 2006년까지 X 토지에 대한 재산세 등의 세금이 그 공부상 명의자인 A 조합에 부과되자 A 조합의 후임 회장 丙은, C 회사가 X 토지의 실질적인 소유자라는 이유로 C 회사로부터 세금 상당액을 지급받아 세무 관서에 납부하였다. A 조합의 정관에는 조합 재산의 관리 및 처분에 관한 규정이 없으며, 제17조는 '사업시행자, 시공회사, 설계자의 선정 및 약정에 관한 사항, 기타 규약 또는 조합설립인가 조건에서 총회결의를 요하는 사항'등을 총회결의 사항으로 하고 있고, 제20조는 조합의 대표권은 회장에게만 있고 회장의 유고시 부회장이 직무를 대행하며, 회장은 조합원총회에서 조합원들의 투표로 선출하도록 규정하고 있다.

- ㄱ. 설계용역계약은 총유물의 관리 및 처분행위에 해당하여 A 조합의 조합원총회 결의를 거쳐야 한다.
- ㄴ. A 조합이 설계용역계약의 효력을 부인하려면, S 건설회사가 그 계약체결 당시에 조합원총회의 결의가 필요하다는 것을 알았거나 알 수 있었다는 점을 A 조합이 주장·입증하여야 한다.
- ㄷ. X 토지를 매도할 당시 甲은 대표자로서의 직무를 계속 수행할 수 있었으며, 임기 중인 다른 이사들과 협의하여 체결하였으므로 X 토지의 매매계약은 유효하다.
- ㄹ. X 토지의 매매계약이 무효인 경우, A 조합은 이에 대해 묵시적으로 추인한 사실이 인정되어 C 회사는 X 토지의 소유권이전등기를 청구할 수 있다.
- ㅁ. 甲이 X 토지를 매도함에 있어 조합원총회의 결의를 거치지 않았을지라도 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 유추적용되어 X 토지의 매매계약이 유효하게 되는 경우가 있다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄹ, ㅁ

③ ㄷ, ㅁ

④ ㄷ, ㄹ, ㅁ

⑤ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

**해설** ㄱ [×], ㄴ [○] [1] 주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당하고, 공유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 사원총회의 결의에 의하여 하는 것이므로 정관이나 규약에 정함이 없는 이상 사원총회의 결의를 거치지 않은 공유물의 관리 및 처분행위는 무효라고 할 것이나, 공유물의 관리 및 처분행위라 함은 공유물 그 자체에 관한 법률적·사실적 처분행위와 이용, 개량행위를 말하는 것으로서 재건축조합이 재건축사업의 시행을 위하여 설계용역계약을 체결하는 것은 단순한 채무부담행위에 불과하여 공유물 그 자체에 대한 관리 및 처분행위라고 볼 수 없다. [2] 비법인사단의 경우에는 대표자의 대표권 제한에 관하여 등기할 방법이 없어 민법 제60조의 규정을 준용할 수 없고, 비법인사단의 대표자가 정관에서 사원총회의 결의를 거쳐야 하도록 규정한 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 사원총회 결의사항은 비법인사단의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단측이 주장·입증하여야 한다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다 64780 판결).

ㄷ [×] [1] 중중 소유의 재산은 중중원의 공유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 중중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 중중 규약이 없으면 중중 총회의 결의에 의하여야 하므로 비록 중중 대표자에 의한 중중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 제한 행위는 무효이다. [2] 중중 회칙상 중중 재산은 중중 총회의 결의를 거쳐야만 처분할 수 있음에도 중중 재산의 처분에 관한 적법한 총회 결의나 이사회 위임결의 또는 그와 같은 내용의 중중 회칙의 변경 없이 중중 회장이 중중 이사회를 개최하여 임의로 이사회를 구성하고 중중 재산의 처분을 이사회 결의만으로 가능하도록 임의로 정관을 변경하여 이에 따라 개최한 이사회에서 중중 재산의 처분을 결의한 후 중중 재산을 처분한 경우, 그 중중 재산의 처분은 무효라고 한 사례(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다22881 판결).

ㄹ [×] 중중소유의 재산은 중중원의 공유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분은 중중규약의 정하는 바에 따라야 하고 중중규약에서 별도로 정한 바가 없을 때에는 중중원총회의 결의에 따라야 하는 것이고, 적법한 대표권이 없는 자가 한 처분행위를 중중이 추인하는 것은 중중의 처분행위와 다를 바 없으므로 규약 또는 중중원총회의 결의에 따라야 한다(대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카3113 판결). 마찬가지로 조합총회의 결의 없이 후임 회장이 C 회사로부터 세금상당액을 수령하였다는 사실만으로 유효한 추인이 된다고 볼 수 없다.

ㅁ [×] 비법인사단인 피고 주택조합의 대표자가 조합총회의 결의를 거쳐야 하는 조합원 공유에 속하는 재산의 처분에 관하여는 조합원 총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대리하여 결정할 권한이 없다 할 것이어서 피고 주택조합의 대표자가 행한 공유물인 이 사건 건물의 처분행위에 관하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용될 여지가 없다 할 것이다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다73626 판결). **답 ⑤**

**문제4의 해결 법인·주식회사·비법인사단에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구**

단체와 계약을 체결한 상대방이 단체에 대한 '계약상 이행청구'가 계약의 무효 등을 이유로 불가능하게 된 경우에 상대방은 단체에게 불법행위에 기한 손해배상의 청구 또는 부당이득반환청구를 할 수 있다는 점에 유의해야 한다. 이 경우에 소송의 형태는 주위적 청구로 계약상 이행을 청구하고, 예비적 청구로 불법행위에 기한 손해배상의 청구 또는 부당이득반환청구를 할 수 있다는 점을 이해해야 한다.

**I. 군자조합에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구 (3점)**

법인은 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제35조).<sup>11)</sup>

**II. 수인건설에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구 (3점)**

주식회사의 대표이사가 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 배상할 책임이 있다(상법 제389조 제3항·제210조).<sup>12)</sup>

**III. 군자동군인회에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구 (4점)**

판례는 “비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”는 입장이다.<sup>13)</sup>

- 11) 법인의 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 손해를 가함으로써 법인에 손해배상책임이 인정되는 경우에, 대표자의 행위가 제3자에 대한 불법행위를 구성한다면 그 대표자도 제3자에 대하여 손해배상책임을 면하지 못하며(민법 제35조 제1항), 또한 사원도 위 대표자와 공동으로 불법행위를 저질렀거나 이에 가담하였다고 볼 만한 사정이 있으면 제3자에 대하여 위 대표자와 연대하여 손해배상책임을 진다. 그러나 사원총회, 대의원 총회, 이사회회의 의결은 원칙적으로 법인의 내부행위에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 그 사원의 의결에 찬성하였다는 이유만으로 제3자의 채권을 침해한다거나 대표자의 행위에 가공 또는 방조한 자로서 제3자에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수는 없다. 이 때 의결에 참여한 사원 등이 대표자와 공동으로 불법행위를 저질렀거나 이에 가담하였다고 볼 수 있는지 여부는, 그 의결에 참여한 법인의 기관이 당해 사항에 관하여 의사결정권한이 있는지 여부 및 대표자의 집행을 견제할 위치에 있는지 여부, 그 사원이 의결과정에서 대표자의 불법적인 집행행위를 적극적으로 요구하거나 유도하였는지 여부 및 그 의결이 대표자의 업무 집행에 구체적으로 미친 영향력의 정도, 침해되는 권리의 내용, 의결 내용, 의결행위의 태양을 비롯한 위법성의 정도를 종합적으로 평가하여 법인 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다(대법원 2009. 01. 30. 선고 2006다37465 판결).
- 12) 주식회사의 대표이사가 이사회결의 절차를 거치지 아니하고 타인의 채무에 대하여 보증 기타 이와 유사한 약정(이하 '보증'이라고 한다)을 한 경우 채권자가 이사회결의가 없음을 알지 못한 데 대하여 과실이 있는 경우에는 그 보증은 무효이지만, 이 경우 그 대표이사가 상법이 정한 이사회결의 절차를 거치지 아니하여 채권자와의 보증계약이 효력을 갖지 못하게 한 것은 업무의 집행자로서의 주의의무를 다하지 못한 과실행위이고, 그 대표이사가 위와 같이 이사회결의의 절차를 거치지 아니하여 그 보증계약이 무효임에도 불구하고 그 보증이 유효한 것으로 오신한 채권자로 하여금 그 거래를 계속하게 하여 손해를 입게 한 경우에는, 이는 주식회사의 대표이사가 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에 해당하므로 당해 주식회사는 상법 제389조 제3항에 의하여 준용되는 상법 제210조에 의하여 그 대표이사과 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 위와 같은 경우 이사회결의의 부존재를 이유로 주식회사에 대한 보증계약의 효력을 부정하면서 회사의 손해배상책임을 인정한다고 하여 상법 제393조 제1항의 규정 취지를 몰각하였다고 볼 수는 없다. 또한, 불법행위의 피해자가 제3자에 대하여 채권을 가지게 되어 그의 변제를 받는다면 손해가 생기지 않게 되는 경우에도 피해자는 불법행위자에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있으므로, 위의 경우에 채권자가 채무자로부터 변제를 받을 경우 손해를 회복할 수 있게 된다 하더라도 그러한 사정만으로 보증계약을 한 주식회사 및 그 대표이사에 대하여 보증의 무효로 인한 손해배상을 청구하지 못하는 것은 아니다(대법원 2009. 03. 26. 선고 2006다47677 판결).
- 13) 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있고, 비법인사단의 대표자의 행위가 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은

**문제의 해결** **법관의 제척과 제척사유를 간과한 판결의 효력**

제척사유에 대한 판례의 입장을 암기해야 한다(선택형 문제 참조). 또한 이를 간과한 판결에 대하여는 판결의 확정 전에는 상소로, 판결의 확정 후에는 재심으로 다룰 수 있다는 점도 유의해야 한다.

**I. 판결의 적법성 (5점)**

**1. 민사소송법 제41조 제1호의 제척사유에 해당하는지 여부**

판례는 “제척사유인 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계라 함은 소송의 목적이 된 권리 관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할 만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미한다. 따라서 중증원들은 종종 규약을 개정한 종종 총회 결의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다.”는 입장이다.<sup>14)</sup>

**2. 소 결**

군자동군인회는 비법인 사단에 해당하므로 군자동군인회의 회원들은 국민은행의 군자동군인회에 대한 ‘보증채무이행청구소송’에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다. 따라서 담당재판부의 재판장이 군자동군인회의 구성원이었으므로 제1심 판결은 제척사유가 있는 판사가 재판에 관여한 위법한 판결이 된다.

**II. 제1심 판결에 대한 구제수단 (5점)**

제척사유 있는 법관이 재판에 관여한 판결은 ‘법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때(민사소송법 제424조 제1항 제2호)’에 해당한다. 따라서 이는 절대적 상고이유가 된다. 또한 이러한 판결이 확정된 경우에는 재심사유가 된다(민사소송법 제451조 제1항 제2호).

법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 외관상, 객관적으로 직무에 관한 행위라고 인정할 수 있다면 민법 제35조 제1항의 직무에 관한 행위에 해당한다 할 것이나, 한편 그 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 비법인사단에게 손해배상책임을 물을 수 없다. 여기서 중대한 과실이라 함은, 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 대표자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다(대법원 2008. 01. 18. 선고 2005다34711 판결).

14) 민사소송법 제41조 제1호에서 “법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때”를 제척사유의 하나로 규정하고 있다. 여기서 말하는 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계라 함은 소송의 목적이 된 권리관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할 만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미하는 것으로 해석할 것이다. 한편, 종종은 종종 소유 재산의 관리방법과 종종 대표자를 비롯한 임원의 선임, 기타 목적사업의 수행을 위하여 성문의 종종 규약을 제정할 수 있고, 종종에 종종 규약이 존재하는 경우에 종종원의 총유로 귀속되는 종종 소유 재산의 사용수익은 종종 규약에 따르고 그 관리·처분도 종종 규약 내지 종종 규약이 정하는 바에 따라 개최된 종종 총회의 결의에 의하며, 종종 임원의 선임권 등 신분상 권리의무 관계에 대하여도 종종 규약에서 정하는 바에 따르게 된다. 따라서 종종의 종종원들은 종종원의 재산상·신분상 권리의무 관계에 직접적인 영향을 미치는 종종 규약을 개정한 종종 총회 결의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다고 할 것이다(대법원 2010. 05. 13. 선고 2009다102254 판결).

선택형문제 ▶ 다음 중 법관의 제척사유가 아닌 것을 모두 고르면? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

- 가) 본안사건에 관여한 법관이 그 집행문부여이의의 소나 강제집행정지신청 사건에 관여한 경우
- 나) 재심사건을 담당한 법관이 재심대상인 판결에 관여한 경우
- 다) 전심에서 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정과 같은 소송지휘상의 재판에만 관여한 경우
- 라) 종중총회결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 재판부를 구성한 법관 중 1인이 당해 종중의 구성원인 경우
- 마) 법관이 전심의 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 중국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여한 경우
- 바) 소송상 화해에 관여한 법관이 그 화해 내용에 따른 목적물인도청구소소에 관여한 경우
- 사) 본안소송의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판에 관여한 법관이 다시 그 본안소송에 관여한 경우

- ① 가) 나) 다) 라) 마) 바)
- ② 가) 나) 다) 바) 사)
- ③ 가) 나) 다) 바)
- ④ 다) 마) 바) 사)
- ⑤ 다) 마) 바)

- 해설** 가) [제척사유×] 본안사건에 관여한 법관이 그 집행문부여 이의의 소나 강제집행정지 신청 사건에 관여할 수 없는 것이 아니다(대법원 1969. 11. 04. 자 69그17 결정).
- 나) [제척사유×] 민사소송법 제37조 제5호에 규정된 전심재판이라 함은 그 불복사건의 하급심재판을 말하는 것으로서 재심사건에서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 확정된 원재판은 이에 해당하지 아니하므로 재심대상재판에 관여한 법관이 나아가 그 재심사건의 재판에 관여하여도 이를 제척사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1987. 07. 28. 자 87마590 결정).
- 다) [제척사유×] 마) [제척사유○] 법관의 제척원인이 되는 전심판여라 함은 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 중국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여함을 말하는 것이고, 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정과 같은 소송지휘상의 재판 등에 관여한 경우는 포함되지 않는다(대법원 1997. 06. 13. 선고 96다 56115 판결).
- 라) [제척사유○] 【판시사항】 종중 규약을 개정한 종중 총회 결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 원심 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 종중의 구성원인 사안에서, 그 판사는 민사소송법 제41조 제1호에 정한 ‘당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자’에 해당한다고 한 사례 【판결이유】 민사소송법 제41조 제1호에서 “법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때”를 제척사유의 하나로 규정하고 있다. 여기서 말하는 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계라 함은 소송의 목적이 된 권리관계에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있어 재판의 공정성을 의심할 만한 사정이 존재하는 지위에 있는 관계를 의미하는 것으로 해석할 것이다. 한편, 종중은 종중 소유 재산의 관리방법과 종중 대표자를 비롯한 임원의 선임, 기타 목적사업

의 수행을 위하여 성문의 중증 규약을 제정할 수 있고, 중중에 중증 규약이 존재하는 경우에 중증원의 총유로 귀속되는 중증 소유 재산의 사용수익은 중증 규약에 따르고 그 관리·처분도 중증 규약 내지 중증 규약이 정하는 바에 따라 개최된 중증 총회의 결의에 의하며, 중증 임원의 선임권 등 신분상 권리의무 관계에 대하여도 중증 규약에서 정하는 바에 따르게 된다. 따라서 중증의 중증원들은 중증원의 재산상·신분상 권리의무 관계에 직접적인 영향을 미치는 중증 규약을 개정한 중증 총회 결의의 효력 유무에 관하여 공통되는 법률상 이해관계가 있다고 할 것이다(대법원 2010. 05. 13. 선고 2009다 102254 판결).

- 바) [재심사유×] 법정화해에 관여한 법관이 그 화해내용에 따라 목적물의 인도를 구하는 소송에 관여하였다고 해서 전심재판에 관여한 것이라고 볼 수 없다(대법원 1969. 12. 09. 선고 69다1232 판결).
- 사) [제척사유×] 본안사건의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판에 관여한 법관이 다시 위 본안사건에 관여한다 하더라도 이는 민사소송법 제37조 제5호 소정의 전심재판관여에는 해당하지 아니한다(대법원 1991. 12. 27. 자 91마631 결정). 답 ②