

## Chapter 10 Agency

### 제4관 법률행위의 대리

#### 제1항 대리법 서설

##### I. 개관

###### 1. 대리의 의의

1) 대리는 본인과 일정한 관계에 있는 타인(대리인)이 본인을 위하여 제3자(상대방)에게 법률행위(의사표시)를 하거나 상대방으로부터 의사표시를 수령함으로써 그 법률효과를 직접 본인에게 귀속되는 것을 인정하는 제도이다.

2) 대리제도는 대리인이 의사표시를 하거나 수령하지만 그가 행한 법률행위의 효과는 표의자(대리인)가 아닌 다른 사람(본인)에게 직접 귀속된다는 점에서 '법률행위의 효과가 표의자에게 귀속된다'는 원칙에 대한 예외를 이룬다.

3) 따라서 대리제도가 대리인의 대리행위에 의한 법률효과의 귀속점을 본인으로 하기 위한 외부적 구성을 법으로 정한 제도이기 때문에 본인과 대리인에 대하여 규율하는 측면이 다르다는 것을 염두에 두어야 한다.

###### 2. 대리의 기능

###### 가. 사적자치의 확장(임의대리 측면)

오늘날 자본주의 경제제도하에서 거래관계는 고도로 기술화·전문화·분업화하여 각자가 자기의 모든 법률관계를 스스로 형성한다는 것은 매우 어렵다. 따라서 대리인을 통하여 거래를 하거나 대리인의 전문지식을 이용하여 적극적으로 활동의 범위를 확장하여 가지 않을 수 없는 상황이 되었다. 통설은 이러한 의미에서 대리제도가 사적자치의 범위의 확장 내지 연장이라고 한다.

###### 나. 사적자치의 보충(법정대리 측면)

자기의 행위에 의하여 완전히 유효한 법률관계를 형성할 수 없는 자를 위하여, 그 자의 의사와는 관계없이 성립하는 대리라는 법형식이 필요하게 되었다. 이에 근대법은 법정대리 제도를 인정하게 된 것이다. 즉 제한능력자는 독자적으로 법률행위를 할 수 없으므로 법정대리인의 행위를 매개하여 권리를 취득하고 의무를 부담함으로써 비로소 법률관계를 형성할 수 있게 된다. 따라서 대리제도는 제한능력자의 사적자치를 보충하여 주는 기능을 하게 된다.

###### 다. 법인의 대표기관

대표기관인 이사는 위임계약에 기하여 법인의 사무를 대내·대외적으로 처리할 권리·의무가 있다. 따라서 이사는 법인을 위하여 법률행위를 하게 되므로 결국 대리관계의 지위에 있게 된다. 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다(제59조 제2항).

## II. 대리의 법적성질

### 1. 대리의 본질

1) 근대법상의 대리제도는 의사표시는 표의자만을 구속한다든가 타인의 행위에 의해서는 어떠한 것도 취득할 수 없다는 로마법적 법리로는 설명할 수 없다. 대리의 본질은 19세기 독일의 판택텐 법학에 의하여 발전되기 시작하였다.

2) 즉 법률행위를 한 자가 법률효과를 받지 않고, 법률행위를 하지 않은 본인에게 법률효과만이 귀속한다는 변칙적·예외적인 법현상이 법이론적으로 허용되는가에 대하여 독일 보통법시대부터 본인행위설, 공동행위설 및 대리인행위설이 주장되어 왔다.

### 2. 대리 이론

1) 본인행위설은 임의대리에 있어서 대리인은 본인의 법률상의 기관이라고 한다. 따라서 대리인의 행위를 본인의 행위라고 의제하고, 법률행위의 당사자는 본인이며 그 법률효과는 당연히 본인에 대하여 발생한다는 것이다.

2) 공동행위설은 본인의 대리인에 대한 의사와 대리인의 상대방에 대한 의사가 결합하여 항상 본인과 대리인의 공동행위에 의해 대리의 법률효과를 발생하게 한다는 것이다. 즉 본인의 의사도 법률효과를 고려하고 있으며, 대리권수여행위는 단순한 단독행위로서 나타나는 것이 아니고 쌍방행위에 포함되는 것이라고 한다.

3) 대리인행위설(대표설)은 대리인이 표시자 내지 행위자이고 법률효과만이 본인에게 발생한다고 한다. 즉 현실의 행위자인 대리인이 행위 당사자로서 본인에게 법률효과를 귀속시키려는 대리인의 효과의사(이른바 대리의사)에 의해 본인에게 법률효과를 발생하게 한다는 것이다.

### 3. 우리나라 대리이론

1) 통설은 대리인행위설을 취하고 있다. 대리인행위설이 행위자와 효과귀속자의 분리라는 대리의 특질을 올바르게 파악하는 것이라고 한다.

2) 민법 제116조 제1항은 대리행위의 하자의 유무는 대리인을 표준으로 결정한다고 함으로써 대리인행위설의 입장을 취하고 있다.

## III. 대리와 구별할 제도

### 1. 간접대리

간접대리란 위탁판매업처럼 타인의 계산으로 자신이 법률행위를 하고, 그 법적 효과는 일단 행위자 자신에게 귀속한 후에, 그가 취득한 권리를 본인에게 이전하는 관계를 말한다. 간접대리인은 자기 이름으로 법률행위를 하고 그 효과도 간접대리인에게 발생한다는 점에서 대리와 다르다. 가 가되는 점에서 대리와 구별 예)

#### 나. 사자

사자란 본인이 이미 완성한 의사표시를 단순히 전달하거나(전달기관으로서의 사자), 본인이 결정한 효과의사를 상대방에게 그대로 표시하여 그 의사표시를 완성예(표시기관으로서의 사자) 협력하는 자이다. 사자에 의한 의사표시는 효과의사를 본인이 완성 또는 결정한다는 점에서 효과의사 자체를 대리인이 정하는 대리와 다르다.

#### 다. 제3자를 위한 계약

요약자와 낙약자 사이에서 요약자가 낙약자에 대하여 물건의 소유권을 취득할 수 있는 권리를 제3자인 수익자로 하여금 취득하게 하는 계약을 제3자를 위한 계약이라고 한다. 수익자는 수익의 의사표시에 의하여 직접 낙약자에 대하여 권리를 취득하지만 의무는 여전히 요약자가 부담하기 때문에 이러한 점이 대리과 다르다. 그리고 대리는 사적자치의 확대 내지 보충의 기능을 하지만, 제3자를 위한 계약은 요약자와 수익자 사이에 '대가관계의 간이한 청산'을 목적으로 하는 취지이기 때문에 이러한 점도 대리과 다르다.

#### 라. 간접점유

간접점유란 타인의 점유를 매개로 점유하는 점유를 말한다(제194조). 의용민법은 이를 대리점유라고 하였다. 대리는 법률행위에 관하여 인정되는 제도이며 사실관계인 점유에 대해서는 대리를 인정할 수 없다. 즉 점유는 의사표시와 무관하므로 대리과 구별된다.

#### 마. 신탁

신탁이란 상대방인 수탁자에게 재산권을 귀속시키면서 동시에 그 재산권을 일정한 목적에 따라 관리처분하도록 하는 것을 말한다. 따라서 수탁자가 재산권의 명의자가 되는 점과 수탁자의 행위는 신탁재산을 귀속하지만 이익귀속주체(수익자)를 직접 귀속하는 것이 아니라는 점에서 대리과 다르다.

#### 바. 명의 모용

행위자와 명의자 중에 누가 당사자인가에 대하여는 당사자의 의사를 해석하여야 한다. 다수설과 판례는(대판 2003.9.5. 2001다32120) 행위자와 상대방의 의사가 일치하면 그에 따라 당사자가 결정되고(자연적 해석), 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않으면 계약체결의 동기, 경위, 내용 등을 고려하여 합리적인 제3자의 입장에서 당사자를 결정하여야 한다(규범적 해석)는 입장이다.

### IV. 대리가 인정되는 범위

#### 1. 법률행위

- 1) 대리는 의사표시 또는 그것을 요소로 하는 법률행위에 한해서만 인정된다(제114조)
- 2) 법률행위 중에도 '대리에 친하지 않은 행위'가 있는데 일신전속적 행위에 많다. 즉 혼인이나 인지, 유언 등 본인의 의사결정이 절대적으로 존중되어야 하는 가족법상의 법률행위가 이에 속한다.
- 3) 당사자간의 약정에 의하여 대리를 금할 수도 있다.

#### 2. 준법률행위

- 1) 준법률행위 중 의사의 통지나 관념의 통지와 같은 표현행위에 대하여 의사표시에 관한 규정이 유추적용되므로 대리가 가능하다(통설).
- 2) 사실행위에 대하여도 대리가 허용되지 않는다. 제3자의 협력이 있더라도 그것은 보조행위이다. 사실행위가 의사표시와 결합하여 법률행위를 이룰 경우 사실행위의 대리를 인정하자는 유력한 견해가 있다. 예를 들어 간이인도·점유개정·목적물반환청구권의 양도에 의한 인도방법을 취한 동산양도계약, 질권설정계약 등에 있어서 동산의 인도 등에서 대리가 가능하다는 것이다.

#### 3. 불법행위

불법행위에는 대리가 성립할 여지가 없다.

## V. 대리의 종류

### 1. 임의대리와 법정대리

임의대리는 본인의 대리권 수여행위에 의해 대리권이 부여된 것을 말하고, 법정대리는 본인의 의사와는 무관하게 법률 규정에 의해 대리권이 발생하는 것을 말한다. 임의대리와 법정대리를 구분하는 것은 대리인의 복임권과 대리권의 소멸 등에서 실익이 있다.

### 2. 능동대리와 수동대리

능동대리는 대리인이 본인을 위하여 제3자에 대하여 의사표시를 하는 대리이다. 수동대리는 본인을 위하여 제3자의 의사표시를 수령하는 대리이다. 보통 대리인은 두 대리권을 모두 가지는 것으로 해석된다(대판 1994.2.8. 93다39379).

### 3. 유권대리와 무권대리

유권대리는 대리인이 정당한 대리권을 가지고 있는 경우를 말하고, 그러한 대리권을 가지고 있지 않은 경우를 무권대리라고 한다. 무권대리는 표현대리와 협의의 무권대리로 나누어진다.

## VI. 대리의 3면관계

대리의 법률관계는 3가지 측면에서 고찰할 수 있다. 즉 본인과 대리인 사이의 '대리권'(수권행위), 대리인과 상대방 사이의 '대리행위' 그리고 본인과 상대방 사이의 '대리의 법률효과' 등이다.

## 제2항 대리권

### I. 서설

#### 1. 대리권의 의의

1) 대리권이란 타인이 본인을 위하여 의사표시를 하거나 제3자의 의사표시를 수령함으로써 본인에게 법률효과를 직접 귀속시킬 수 있는 법률상의 지위 또는 자격을 말한다(통설).

2) 대리권의 법적 성질에 대하여 형성권설, 부정설, 자격설 등이 있으나 통설적인 견해는 자격설이다. 대리권은 대리인 자신에게는 아무런 효과도 발생시키는 것이 아니므로 본래 의미의 권리가 아니라 단지 권한에 불과하다.

#### 2. 절차법적 의미

대리권의 존재는 대리행위의 효과가 본인에게 귀속되기 위한 요건(권리 근거사실)이므로 대리행위의 효과를 주장하는 자(상대방)가 대리권의 존재에 대한 주장·입증책임을 부담한다(대판 1994.2.22. 93다4207).

### II. 대리권의 발생원인

#### 1. 법정대리권의 발생원인

법정대리권은 본인이나 대리인이 될 자의 의사와는 관계없이 발생한 대리권을 총칭한다.

법정대리권은 3가지 원인에 의해서 발생한다.

가. 법률의 규정

본인에 대하여 일정한 가족법상의 지위에 있는 자가 당연히 대리인이 된다. 예를 들어 일상가사대리권을 가지는 부부(제827조), 친권자(제911조, 제920조), 후견인(제932조) 등이 이에 속한다.

나. 지정권자의 지정

본인 이외의 일정한 지정권자의 지정에 의하여 대리인이 된다. 지정후견인(제931조), 지정유언집행인(제1093조, 제1094조) 등이 이에 속한다.

다. 법원의 선임행위

가정법원이 선임하는 자가 대리인이 된다. 부재자 재산관리인(제23조, 제24조), 상속재산관리인(제1023조 등), 유언집행자(제1096조) 등이 있다.

## 2. 임의대리권의 발생원인

가. 수권행위의 의의

임의대리권은 본인이 대리인에게 대리권을 수여하는 행위, 즉 수권행위에 의하여 발생한다(제128조). 임의대리권은 본인과 대리인 사이에 내부관계로서 위임계약이나 도급계약 또는 고용계약으로부터 필연적으로 대리권이 수여되는 경우가 많다. 그러나 수권행위는 그러한 기초적 내부관계와는 별개로 임의대리인으로서의 지위 또는 자격을 부여하는 독립적 법률행위이다.

나. 수권행위의 법적 성질

1) 계약 또는 단독행위 여부

가) 수권행위의 법률적 성질에 대해서 통설은 상대방 있는 단독행위라고 하나 소수설은 무명계약이라고 보는 견해도 있다. 그러나 대리인에게 일정한 자격 내지 권능을 줄 뿐 어떤 의무를 지우는 것이 아니므로 대리인의 승낙이 필요하지 않고, 대리행위의 상대방에게 미치는 영향을 적게 하기 위하여 수권행위를 상대방 있는 단독행위로 보는 것이 타당하다. 즉 수권행위는 상대방의 수령을 요하는 단독행위라고 한다.

나) 단독행위설을 취하면 대리인이 제한능력자이거나 사기나 강박에 기하여 본인의 수권행위를 수령하였다도 그 흠이 수권행위의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 거래의 안전을 꾀한다는 견지에서 본다면 단독행위설을 취하여야 실익이 있다는 것이다.

2) 수권행위의 독자성

수권행위는 본인과 대리인 사이의 기초적 내부관계와는 별개의 독립된 법률행위이므로 양자는 구별되어야 한다. 즉 대리는 항상 위임관계를 전제로 하는 것이 아닐 뿐만 아니라 대리의 '원인된 법률관계'라는 제128조의 문언에 비추어 대리는 원인된 법률관계로부터 독립된 별개의 제도로 이해되어야 한다. 그러나 수권행위가 독립된 법률관계라고 해서 늘 기초적 내부관계와 별도로 행해진다는 것은 아니고 일반적으로는 동시에 행해지는 경우가 대부분일 것이다.

3) 수권행위의 무인성 인정여부

가) 수권행위가 기초적 내부관계인 위임, 고용, 조합 등이 무효·취소 또는 해제되어 실효

되면 수권행위도 영향을 받는지 여부에 관하여 다수설인 무인설은 기초적 내부 법률관계가 실효되는 경우에도 수권행위는 유효하다고 한다. 즉 단독행위설을 취하는 대부분의 학설은 수권행위를 단독행위로 해석하는 실익이 상대방의 보호 내지 거래의 안전에 있다고 보기 때문에 수권행위의 무인성을 인정하는 입장이다.

나) 반면에 제128조의 ‘법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다’고 하여 수권행위가 원인된 법률관계에 영향을 미치는 점과 실효되는 경우에 본인과 대리인 사이의 실질적 의사를 미루어 본다면 수권행위는 유인성을 띤다고 보아야 할 것이다.

#### 다. 수권행위의 방식

수권행위는 불요식행위이다. 즉 수권행위는 특별한 방식을 필요로 하지 않지만 실제상으로는 대리인에게 위임장을 교부하는 것이 통례이다.

#### 라. 수권행위의 하자

1) 수권행위의 하자는 본인을 기준으로 제107조 이하에 따라 규율된다. 수권행위가 진의 아닌 의사표시 또는 허위표시이거나 착오, 사기 또는 강박에 의하여 행해진 경우에는 무효이거나 취소될 수 있다.

2) 대리인은 제한능력자라도 무방하지만, 수권행위에서 본인은 행위능력자이어야 하므로 본인이 제한능력자라면 그를 이유로 수권행위를 취소될 수 있다.

### Ⅲ. 대리권의 범위와 제한

#### 1. 대리권의 범위

##### 가. 법정대리권의 범위

1) 법정대리권의 범위는 그것을 규정한 각각의 법률의 규정에 따른다(제25조, 제913조 이하, 제941조 이하, 제1040조 제2항, 제1047조 제2항, 제1053조 제2항, 제1101조 등). 다만 대리권의 범위가 명확하지 않을 때는 민법 제118조의 관리행위만을 할 수 있으며, 제118조에 규정한 권한을 넘는 대리행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 요한다(제25조 단서).

##### 나. 임의대리권의 범위

###### 1) 원칙

임의대리권의 범위는 수권행위의 해석에 따라 결정된다. 수권행위를 해석함에는 위임장의 문언, 대리인과 본인의 관계, 대리의 목적, 거래관행 등을 고려하여야 한다. 제118조는 수권행위의 해석에 관한 보충규정이다.

###### 2) 대리권범위에 관한 보충규정

가) 수권행위에 의하여 대리권의 범위가 불분명한 경우에는 제118조에 따라 대리인은 보존행위, 이용행위, 개량행위, 기한이 도래한 채무 변제, 부패하기 쉬운 물건 처분 등 관리행위만 가능하고 처분행위는 허용되지 않는다.

나) 보존행위란 재산의 가치를 현재의 상태대로 유지하는 것을 목적으로 하는 행위이다. 물건의 수선, 소멸시효의 중단, 미등기 부동산의 등기 등이 이에 속한다. 보존행위는 제한없이 할 수 있다.

#### 다) 이용행위·개량행위

(1) 이용행위란 물건의 임대, 이자부 금전 대여 등 재산의 수익을 피하는 행위를 말하고 개량행위란 사용가치 또는 교환가치를 늘어나게 하는 행위를 말한다. 무이자 금전 대여를 이자부 금전 대여로 전환하는 행위 등에 이에 속한다.

(2) 이용행위 및 개량행위를 하는 경우에는 제한이 있다. 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질이 변하지 않는 범위에서만 허용된다(동조 제2호). 그러한 성질의 변경이 있는지는 거래관념에 따라 판단한다.

## 2. 대리권의 제한

### 가. 자기계약 및 쌍방대리의 금지

#### 1) 의의

가) 자기계약(자기대리)이란 대리인이 본인을 대리하면서, 한편으로는 자기 자신이 상대방의 자격으로 법률관계의 당사자가 되는 것을 말한다. 쌍방대리란 하나의 법률행위에 관하여 본인을 대리하면서, 한편으로는 상대방을 대리하여 당사자 쌍방의 대리인이 되는 것을 말한다. 예를 들어 A가 B소유 주택의 매매를 위한 대리권을 수여 받아 A 자신이 매수인이 되고 B의 대리인으로서 계약을 체결하는 경우가 자기계약에 해당하고, A가 매도인 B의 대리인으로서 한편으로는 매수인 C의 대리인으로 계약을 체결하는 경우가 쌍방대리에 해당한다.

나) 자기계약과 쌍방대리는 원칙적으로 금지된다. 즉 대리인이 자신의 이익만을 추구하거나(자기계약) 어느 일방에게만 유리한 법률행위를 할 우려(쌍방대리)가 있어 원칙적으로 금지된다.

#### 2) 금지의 예외

본인의 허락이 있거나 채무의 이행과 같이 본인이나 어느 일방이 해를 입을 염려가 없는 예외적인 경우에는 허용된다(제124조). 그 밖에도 등기신청, 주식명의개서 등에서도 허용된다.

#### 3) 위반의 효과

자기계약과 쌍방대리는 예외에 해당하지 않는 한 무권대리로 된다. 따라서 본인에 대하여 무효이지만 본인의 주인에 의하여 유효로 될 수 있다.

#### 4) 적용범위

1) 자기계약과 쌍방대리의 금지는 임의대리와 법정대리 모두에 적용된다.

2) 친권자와 자 사이 또는 친권에 따르는 수인의 자 사이에 이해상반인 경우에 친권자는 그 자 또는 수인의 자 각자의 특별대리인의 선임을 법원에 청구하여야 한다(제921조).

3) 법인의 이사는 법인과 이익이 상반하는 행위에 대하여 대표권이 없으며 특별대리인을 선임하여야 한다(제64조). 따라서 제64조는 제124조의 특별규정이라고 할 수 있다.

### 나. 공동대리

#### 1) 의의

대리인이 수인이 있는 경우에는 각자대리가 원칙이다. 그러나 법률 또는 수권행위에서 공동으로만 대리할 수 있도록 한 경우에는 그에 따라야 한다. 이와 같이 공동대리의 제한이 있는 경우에 대리인 중 1인이 대리행위에 참여하지 않으면 적법한 대리행위가 되지 못한다. 다만 친권의 행사에서 제920조의2에 따른 경우에는 유효하다.

## 2) 위반의 효과

공동대리에 위반한 대리행위는 무권대리가 된다. 다만 본인의 추인이 있으면 유효로 된다.

## 3) 적용범위

수동대리에서도 공동으로 상대방의 의사표시를 수령하여야 하는가에 대하여 다수설은 각 대리인이 단독으로 수령할 권한이 있다고 하여 공동을 필요로 하지 않는다고 한다.

## 다. 복임의 제한

임의대리인은 특약이 있는 경우 기타 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유가 있는 때가 아니면 복대리인을 선임할 수가 없다(제120조). 복대리인은 그 권한내에서 본인을 대리할 권한이 있다(제123조).

# IV. 대리권 남용

## 1. 의의

1) 대리인이 외형적·형식적으로 대리권의 범위안에서 대리행위를 하였지만 실질적으로는 오직 자신 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 배임적 대리행위를 한 경우를 '대리권의 남용'이라고 한다.

2) 민법에는 대리권의 남용이라는 대리행위를 직접 규율하는 명문규정이 없기 때문에 실질적으로 누구의 이익을 보호해야 하며 형식적으로 어느 규정을 유추적용할 것인가 또는 법률구성은 어떻게 할 것인가에 대하여 논쟁이 있다.

## 2. 대리권남용의 법률구성

### 가. 학설

1) 제107조 제1항 단서 유추적용설(심리유보설)은 대리인이 개인적인 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용하여 배임행위를 하였더라도 대리행위는 유효하게 성립하지만, 대리인의 배임적 의도를 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 제107조 제1항 단서를 유추하여 대리행위의 효력을 부정해야 한다고 한다(곽윤직).

2) 신의칙설(권리남용설)은 대리권남용의 효과를 신의칙에 따라 판단하여야 한다는 견해이다(고상룡, 송덕수).

3) 대리권부인설은 대리권이 남용된 경우 대리권 자체를 부인하거나 제한하여야 한다는 견해로 다수설의 입장이다.

4) 어느 설에 의하든지 대리권이 남용되어 대리행위의 효력이 부정되는 경우에는 상대방의 보호가치가 부정되므로 표현대리가 성립하지 않으며, 무권대리인의 책임에 관한 제135조도 원칙적으로 적용되지 않는다.

### 나. 판례

판례는 대리인이 대리권을 남용한 경우에 상대방이 대리권의 남용과 같은 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 제107조 제1항 단서를 유추해석하여 본인은 대리행위에 대하여 아무런 책임이 없다는 입장을 취하고 있다(1987.7.7. 86다카1004, 대판 1996.4.26. 94다29850, 대판 2007.4.12. 2004다51542).

## 3. 적용범위



임의대리는 물론 법정대리에도 대리권남용의 법리가 적용된다. 판례도 법정대리권의 남용을 인정한다(대판 1997.1.24. 96다43298). 그리고 대표에는 대리에 관한 규정이 준용되므로(제59조 제2항) 대리권남용은 대표권남용에도 적용된다.

#### 4. 대리권남용의 효과

- 1) 민법에는 대리권남용을 위한 명문규정이 없기 때문에 판례에 의하여 해결한다.
- 2) 대리인의 배임행위에 대하여 제107조 제1항 단서 유추적용설과 신의칙설에 따르면 대리행위는 유효하게 존재하게 되고, 대리권부인설에 따르면 무권대리로 다루고 있다.
- 3) 대리권 남용의 효과로 생기는 무권대리는 ‘협의의 무권대리’를 의미하므로 표현대리는 성립할 수 없다.
- 4) 대리권의 남용은 법률행위에 관한 것이므로 불법행위의 성립여부는 별개의 문제이다. 다만, 대리인의 배임적 의도를 상대방이 알았거나 알 수 있어서 무효로 된 경우에 상대방은 대리인에게 불법행위책임이나 사용관계에 있는 경우라면 사용자책임을 물을 수 있다.

### V. 대리권의 소멸

#### 1. 서설

대리권의 소멸사유에는 법정대리, 임의대리에 공통되는 것과 각각에 특유한 것이 있다. 민법은 법정대리의 특유한 소멸원인은 각각의 법정대리에 관하여 규정하고, 총칙에는 법정대리와 임의대리에 공통되는 소멸원인과 임의대리에 특유한 소멸원인을 규정하고 있다(제127조). 또한 복대리에 대해서도 특별한 소멸원인이 있다. 대리권이 소멸한 후에도 대리인과 거래한 상대방은 표현대리의 보호를 받을 수 있다.

#### 2. 공통되는 소멸원인

##### 가. 본인의 사망

1) 본인의 사망으로 대리권이 소멸한다(제127조 제1호). 법정대리의 경우 본인의 사망으로 대리의 필요성이 거의 없어지고, 임의대리에서는 본인의 사망이나 실종선고를 받은 경우에(대판 1987.3.24. 85다카1151) 대리권도 소멸한다고 보는 것이 수권자의 의사에 합치되고 또한 사망시의 대리인을 그대로 상속인의 대리인으로 하는 것이 부적당하기 때문이다.

##### 2) 예외

가) 급박한 사정이 있거나(제691조) 특약이 있는 경우 즉 수권의 원인이 된 법률관계사무, 예를 들어 위임사무를 처리할 때까지 그 한도에서 대리권은 존속하는 것으로 해석한다.

나) 상행위의 위임에 따른 대리권은 본인의 사망으로 소멸하지 않는다(상법 제50조).

다) 소송대리권도 당사자의 사망으로 소멸하지 않는다(민사소송법 제95조).

##### 나. 대리인의 사망

대리인의 사망으로 대리권은 소멸한다(제127조 제2호). 다만 급박한 사정이 있거나(제691조) 당사자간에 특약이 있는 경우에는 예외적으로 상속인이 그 사무를 처리할 때까지 그 한도에서 대리권을 갖는다.

##### 다. 대리인의 성년후견개시 또는 파산

피성년후견인도 의사능력만 있으면 임의대리인이 될 수 있으며(제117조), 파산자도 제한이 없다. 그러나 대리인이 된 후에 성년후견개시 또는 파산선고를 받으면 대리권은 소멸한

다(제127조 제2호).

### 3. 법정대리에 특유한 소멸원인

#### 가. 소멸사유

1) 법정대리권의 소멸원인은 개별적으로 규정되어 있다. 부재자재산관리인의 선임이 취소되는 해임·개임(제22조, 제23조), 친권자의 친권상실의 선고(제924조), 친권자의 대리권의 상실선고(제925조), 친권자의 대리권 사퇴(제927조), 후견인의 결격사유 발생(제927조), 후견인의 사임(제939조), 후견사무의 종료(제957조), 관재인의 임무종료(제1055조) 등이다.

2) 미성년인 본인이 성년으로 된 경우, 성년후견종료 또는 한정후견종료의 심판, 유언집행의 종료 등의 경우에 당연히 소멸한다.

#### 나. 대리권 소멸의 효과

1) 대리권이 소멸된 후에 한 대리행위는 무권대리가 된다.

### 4. 임의대리에 특유한 소멸원인(제128조)

#### 가. 원인된 법률관계의 종료

1) 임의대리권은 대리권수여의 원인이 된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다(제128조 전단). 즉 수권행위는 원인된 법률관계로부터 독립된 것이지만 목적과 수단관계이므로 운명을 같이 한다.

2) 그러나 제128조 전단은 임의규정이므로 원인된 법률관계가 종료한 후에도 본인이 대리권만을 그대로 존속시킬 수도 있으나 그런 예는 흔치 않을 것이다.

#### 나. 수권행위의 철회

원인된 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회하는 경우에도 대리권이 소멸한다(제128조 후단). 철회의 의사표시는 대리인 또는 대리인의 상대방에 대하여 할 수 있으나 대리인에 대하여 철회한 경우에는 표현대리의 문제가 된다.

#### 다. 본인의 파산

본인의 파산이 임의대리권의 소멸원인인가에 관하여 명문규정이 없다. 다수설은 수권행위가 본인과 대리인 사이의 신뢰관계를 기초로 하고 있기 때문에 제690조를 유추적용하여 본인의 파산은 임의대리권을 소멸시킨다는 입장이다. 소수설(곽윤직)은 본인의 파산으로 원인된 법률관계가 종료 후에도 대리권은 그대로 존속한다는 입장이다. 그러나 양설의 차이는 없다.

## 제3항 대리행위

### I. 현명의 원칙

#### 1. 의의

대리인에게 대리권이 있고 그 권한의 범위내에서 대리인이 '본인을 위한 것임을 표시한 의사표시'는 직접 본인에 대하여 효력이 생긴다(제114조 제1항). 대리에 있어서는 의사표시를 하는 자는 본인이 아니고 대리인이며, 본인에게는 그 법적효과만 귀속될 뿐이다. 민법은 독일 민법과는 달리 민사상 대리에만 현명주의를 요구하고 상행위에는 이를 요구하지 않는다(상법 제48조).

## 2. 현명주의

### 가. 의의

1) 대리인의 행위가 대리행위로서 성립하려면 '본인을 위한 것임을 표시'하여야 한다(제114조 제1항). 즉 대리의사가 표시되어야 하는데 이를 '현명주의'라고 한다. 대리의사는 '법률효과를 본인에게 귀속시키려는 의사'로서 '본인의 이익을 위하여'라는 의미는 아니다. 물론 대리인이 자기의 이익을 위하여 대리행위를 하더라도 원칙적으로 유효하며, 이는 대리권 남용의 문제가 될 수도 있다.

2) 이러한 현명은 능동대리의 경우는 대리인이, 수동대리의 경우는 상대방이 본인에 대한 의사표시임을 표시하여야 한다(제114조 제2항).

### 나. 현명방식

통설은 본인을 위한 것임을 표시하는 방법으로 명시든 묵시든 모두 무방하며, 본인이 누구인지를 추단할 수 있는 대리의사의 표시가 있으면 된다고 한다. 그리고 대리인이 자신의 성명을 표시하지 않고 본인의 이름만을 표시한 경우(대판 1963.5.9. 63다67) 대리의사가 인정되는 한 유효한 대리행위이나, 표시기관으로서의 使者의 행위로 보아야 하는 경우도 있다.

### 다. 현명하지 않은 행위

1) 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않고 한 의사표시는 대리인 자신을 위한 법률행위로 본다(제115조). 이는 대리인의 착오주장을 막고 상대방의 이익을 보호한다는 점에 그 의미가 있다.

2) 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 경우에도 상대방이 대리인의 대리의사를 알았거나 알 수 있었을 때에는 대리인의 의사표시는 본인에 대하여 효과가 생긴다(제115조 단서).

3) 수동대리에는 제115조가 적용되지 않는다.

### 라. 현명주의의 예외

1) 상행위에 관해서는 현명주의원칙이 채용되지 않는다.

2) 민법상으로도 당사자의 개성에 중점을 두지 않은 경우에 현명주의의 예외를 인정하자는 견해가 있으나, 당해 거래행위가 상행위에(상법 제48조) 해당하지 않는 한 해석론으로 볼 때 그 예외를 인정하기는 쉽지 않다.

## II. 대리행위의 하자

### 1. 원칙

1) 대리행위의 하자과 어떤 사실에 대한 知, 不知는 '대리인'을 기준으로 판단한다(제116조 제1항).

2) 대리행위의 하자과 인하여 발생하는 효과(취소권, 무효의 주장)는 원칙적으로 본인에게 귀속된다.

3) 대리인이 대리행위를 함에 있어 사기·강박을 한 경우, 통설은 제116조를 제1항을 적용하지 않고 제110조 제1항을 적용하여, 상대방은 본인의 知, 不知를 불문하고 언제나 취소

할 수 있다고 한다.

## 2. 예외

1) 대리행위가 본인의 지시에 좇아 된 때에는 설사 대리인이 알지 못하더라도, 본인이 알고 있거나 과실로 알지 못하더라도 不知를 주장하지 못한다(제116조 제2항). 예를 들어 본인이 지정한 물건을 매수하는 때에 본인이 흠을 알고 있는 경우에는 대리인이 그 사실을 알지 못하더라도 본인은 매도인에 대하여 하자담보책임(제580조)을 물을 수 없다.

2) 제3자가 대리행위의 상대방에게 사기·강박을 행한 경우에 대리인뿐만 아니라 본인이 제3자의 사기·강박을 알았거나 알 수 있었을 경우에 상대방은 그 의사표시를 취소할 수 있다.

3) 본인이 대리행위의 상대방에게 사기·강박을 행한 경우에 상대방은 제110조 제1항에 의하여 의사표시를 취소할 수 있다.

## III. 대리인의 능력

### 1. 대리행위를 위한 능력

1) 대리인은 법률행위를 하기 때문에 의사능력을 필요로 한다.

2) 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다(제117). 제117조는 제한능력자인 대리인의 행위는 제한능력을 이유로 취소할 수없다는데 실질적인 의미가 있다. 즉 대리행위의 법률효과는 모두 본인에게 귀속되고 본인은 제한능력자를 대리인으로 선임한 이상 그로 인한 불이익은 본인 스스로 지지 않으면 안 된다.

3) 민법은 일정한 경우에 제한능력자는 법정대리인이 될 수 없다고 규정하고 있다(제937, 제964, 제1098조). 이러한 특별규정이 없는 경우에 소수설은 제한능력자도 법정대리인이 될 수 있다고 하나, 다수설은 법정대리제도의 취지상 능력자이어야 한다는 입장이다.

### 2. 제한능력자인 대리인과 본인의 관계

1) 대리인은 행위능력자임을 요하지 않는다는 것은(제117조) 대리인과 상대방, 본인과 상대방 등의 관계에 있어서 대리인의 제한능력을 이유로 그 대리행위의 취소를 할 수 없다는 것을 의미한다.

2) 대리인의 제한능력이 대리행위에 효력을 미치지 않는다고 하더라도 본인과 기초적 내부관계에는 이를 이유로 취소되어 소급하여 효력을 상실할 경우 수권행위에 미치는 영향과 관련해서는 무인설과 유인설이 대립한다. 무인설은 기초적 내부관계가 소급해서 효력을 잃더라도 수권행위 자체에는 영향이 없고 내부관계의 종료로 수권행위의 철회가 있는 것으로 본다.

3) 유인설은 대리인이 자기의 제한능력을 이유로 기초적 내부관계를 취소하여도 그 효과로서는 대리인이 그 법률관계로부터 소급적으로 책임을 면하는 그치고 이미 행하여진 대리행위의 효과는 영향을 받지 않는 것이 제117조의 뜻이라고 하면서, 거래의 안전 내지 제117조에 따라 장래에 향하여 소멸한다고 부득이하게 해석한다.

## 제4항 대리의 효과

### I. 법률효과의 귀속

## 1. 법률행위의 효과

1) 적법한 대리행위에 따른 권리와 의무는 직접 본인에게 귀속되고, 본인이 행위를 한 것과 같은 효과를 갖는다. 따라서 당사자가 원한 바의 법률효과 뿐만 아니라 손해배상청구권이나 취소권 등도 본인에게 귀속한다.

2) 대리인은 대리행위에 따른 권리·의무를 취득하지도 부담하지도 않는다.

## 2. 불법행위의 효과

1) 대리인의 불법행위나 사실행위의 효과는 대리인에 대하여 발생하고 본인에게 귀속하지 않는다.

2) 그러나 대리인이 본인의 피용자인 경우에는 대리인의 불법행위에 대하여 사용자로서 책임을 지는 경우가 있다(제756조). 또한 대리인이 물건의 가공이나 발견 등 사실행위를 한 경우에 도급, 고용 기타 내부적 법률관계에 의하여 본인에게 소유권이 귀속하는 경우가 있다.

## II. 본인의 능력

본인은 스스로 의사표시 내지 법률행위를 하지 않으므로 의사능력 및 행위능력을 가질 필요가 없다. 그러나 대리행위의 효과가 본인에게 귀속되므로 권리능력은 필요하다.

## 제5항 복대리

### I. 서설

#### 1. 개념

복대리란 대리인이 자기의 이름으로 다시 본인의 대리인(복대리인)을 선임하여 자기의 권한내의 행위에 대하여 본인을 대리하게 하는 제도를 말한다. 복대리를 위하여 선임된 자를 ‘복대리인’이라고 하고 복대리인을 선임할 수 있는 권한을 ‘복임권’이라 하며, 복대리인의 선임행위를 ‘복임권’이라 한다.

#### 2. 복대리의 법률적 성질

1) 복대리인은 직접 본인의 대리인이며 대리인을 대리하는 것이 아니다(제123조 제1항). 복대리인이 선임되어도 대리인이 대리관계로부터 이탈하는 것은 아니고 대리인과 복대리인은 각자 독립하여 본인을 대리한다.

2) 복대리인은 대리인이 복임권에 기하여 ‘자기의 이름으로’ 선임한 자이다. 즉 복임권은 대리권의 일부분이 아니며 또한 재위임도 아니다.

#### 3. 복대리인 선임행위의 성질

1) 양도부인설(이영섭, 방순원)은 복대리인의 선임 후에도 대리인은 대리권을 그대로 갖고 있으므로 복임행위는 대리권의 양도가 아니라고 하는 견해이다. 설정적양도설(곽윤직, 장경학)은 복임행위는 대리권의 완전한 양도가 아니라 이론상 대리권의 설정적양도라는 견해이다. 다수설인 병존적·설정적양도설은 복대리인의 선임 후에도 대리인은 여전히 대리권을 보유한다는 점을 고려하면 복임행위는 양도행위는 될 수 없고 병존적·설정행위로 볼 수 있다는 견해이다.

2) 대리인이 자기의 대리권의 범위내에서 본인을 위하여 대리권을 수여한다는 점이 복임 행위의 특색이라 할 수 있으므로 병존적·설정적양도설이 타당하다고 본다.

## II. 복대리인의 선임과 책임

### 1. 복임권

가) 대리인이 복대리인을 선임할 수 있는 권한이 복임권인데, 복임권은 대리인이 갖는 일종의 권능이다. 복임권은 임의대리인과 법정대리인에 따라 복임권의 유무와 책임이 달라진다.

나) 임의대리인은 본인의 승낙이 있거나 또는 부득이한 사유(본인의 소재불명)가 있는 때에만 예외적으로 복임권을 갖는다(제120조). 법정대리인은 자신의 책임으로 언제든지 복임권을 갖는다.

### 2. 대리인의 책임

가) 임의대리인이 복대리인을 선임한 때에는 대리인은 본인에 대하여 복대리인의 선임과 감독에 관하여 책임을 진다(제121조 제1항). 그러나 대리인이 본인의 지명에 의하여 복대리인을 선임한 경우에는 복대리인의 부적임 또는 불성실함을 알고 본인에게 통지나 그 해임을 게을리 한 때에만 책임을 진다.

나) 법정대리인은 언제든지 복대리인 선임이 가능하므로 책임도 무거워 복대리인의 선임 감독에 관하여 과실의 유무에도 불구하고 본인에 대하여 전적인 책임을 지며, 그 책임은 법정의 무과실 책임이다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 선임·감독상의 과실에 대한 책임만을 진다(제122조 단서).

## III. 복대리인의 지위

### 1. 대리인에 대한 관계

복대리인은 대리인의 감독에 복종하며 복대리권은 대리권의 범위 내에 한한다. 복대리인이 선임되더라도 대리인의 대리권은 소멸하지 않고 각각 본인을 대리한다.

### 2. 상대방에 대한 관계

복대리인은 본인의 대리인이므로 그 권한 내에서 상대방에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있고 복대리인은 본인의 이름으로 대리행위를 한다(제123조 제1항, 제2항). 따라서 복대리인의 대리행위에 관하여 대리의 일반원칙이 그대로 적용된다.

### 3. 본인에 대한 관계

1) 복대리인은 본인의 대리인이다(제123조 제1항). 복대리인은 본인의 대리인이라는 것 외에는 이론상 아무런 내부관계가 생기지 않는다.

2) 그러나 복대리인은 본인에 대하여 대리인과 동일한 권리의무가 있다(제123조 제2항). 즉 대리인이 수임인인 경우에 복대리인도 본인의 대하여 수임인으로서 권리·의무를 갖게 된다.

### 4. 복대리인의 복임권

복대리인이 다시 복대리인을 선임할 수 있는 가에 대하여 통설은 제123조 제2항 및 실제상의 필요성을 이유로 임의대리인과 동일한 조건으로 복임권이 인정된다고 한다.

#### IV. 복대리권의 소멸

- 1) 복대리권은 직접 본인에 대한 대리권이므로 대리권의 일반 소멸원인에 따라 소멸한다(제127조).
- 2) 대리인과 복대리인 사이의 기초적 법률관계의 종료(제128조 전단) 또는 본인이나 대리인의 수권행위의 철회에(제128조 후단) 의하여 소멸한다.
- 3) 기타 대리인의 대리권이 소멸하면 복대리권도 소멸한다.