

Chapter 11 Unauthorized Representation

제6항 무권대리

I. 서설

1. 의의

가. 필요성

1) 대리권의 존부나 대리권의 범위는 성질상 외부에 분명하게 나타나는 경우가 많지 않아 대리권의 범위내의 행위인가를 외부로부터 판단하는 것이 쉽지 않다. 또한 대리인이 대리권의 범위를 넘어서 법률행위를 하는 경우도 있어서 그 상대방은 대리권이 있는 줄 믿고 거래를 한 후 본인이 이를 부정하는 경우도 있어서 분쟁의 소지가 있는 게 현실이다. 그리고 대리권이 전혀 없다는 소멸한 경우도 있다.

2) 민법은 제130조 이하에서 대리권이 전혀 없거나 그 권한을 넘어서 대리행위를 하는 경우의 무권대리의 일반적 효과에 대하여 규정하고 있다. 아울러 제125조, 제126조, 제129조에서 무권대리 중에 본인과 대리인 사이의 특별한 관계로 본인이 그 효과의 귀속을 거절하게 함으로써 상대방을 보호하는 표현대리에 대하여 규정하고 있다.

2. 광의의 무권대리

가) 현명주의 등 대리행위의 요건을 갖추었으나 대리권이 없이 대리행위가 행하여진 경우를 '무권대리'라고 한다. 즉 무권대리는 대리권이 처음부터 전혀 없었거나 주어진 대리권이 소멸하였거나 또는 본래의 대리권의 범위를 넘은 경우를 포함한다.

나) 무권대리행위는 대리권의 부존재로 인하여 그 법률효과를 본인에게 귀속시킬 수 없으며, 대리인의 존재 때문에 대리인에게 법률효과를 귀속시킬 수도 없다. 이에 민법은 무권대리를 협의의 무권대리와 표현대리로 나누어 본인의 이익과 상대방의 이익을 조화하는 방향으로 조절하고 있다.

1) 통설인 보충적책임설은 대리인에게 대리권이 결여된 경우를 총칭하여 '광의의 무권대리'라 하고 이를 다시 본인과 무권대리인 사이에 특별한 사정이 있는 경우와 그렇지 않은 경우의 둘로 나누어 전자를 표현대리, 후자를 협의의 무권대리로 구분하는 견해이다.

2) 효과선택설은 일단 협의의 무권대리가 무권대리의 일반적 원칙적인 모습이고, 표현대리는 무권대리의 특수한 것이므로 무권대리에 관한 규정들은 표현대리에도 적용된다는 견해이다.

다) 통설에 따르면 협의의 무권대리는 대리인의 무권대리행위를 당연히 무효로 하는 것이 아니라 본인에게 추인의 여지를 부여하여, 추인이 없는 경우에만 무권대리인이 책임을 지도록 하는 것을 말한다. 표현대리는 무권대리행위이지만 대리권이 주어진 듯한 외관이 존재하고, 그러한 외관에 대하여 본인이 책임져야 하는 특별한 경우에는 상대방을 보호하고 거래의 안전을 꾀하기 위하여 효과를 본인에게 귀속시키는 것을 말한다.

II. 표현대리

1. 서설

가. 의의

1) 표현대리란 무권대리행위이지만 마치 대리권이 있는 듯한 외관이 존재하고 그 외관의 형성에 본인이 어느 정도 원인을 제공하고 있는 경우에 외관을 신뢰하여 거래한 상대방을 보호하기 위하여 유권대리행위와 같은 효과를 본인에게 귀속시키는 법률제도를 말한다.

2) 표현대리제도는 제107조 제2항, 제108조 제2항, 제110조 제3항, 제249조 등과 함께 외관을 신뢰한 자를 보호하는 외관법리에 이론적 근거를 두는 제도 중의 하나이다.

나. 유형

1) 표현대리에 관하여 민법은 3개 조항을 두고 있는데 이는 주로 대리권존재의 외관에 대한 본인의 관여의 차이에 의한 것이다. 민법은 처음부터 3개 조항을 일괄하여 표현대리라고 하는 제도를 예상했던 것이 아니고 학설과 판례가 각 규정을 개별적인 규정으로서가 아닌 상호관련있는 유기적인 제도로 점차적으로 파악한 것이다.

2) 종류

민법은 대리권수여의 표시에 의한 표현대리(제125조), 대리권의 권한을 넘은 표현대리(제126조), 대리권 소멸 후의 표현대리(제129조)제도를 두고 있다.

다. 표현대리의 근거

민법은 표현대리를 유권대리에 준하여 다루고 있는데, 이는 무권대리인과 거래한 상대방을 보호함으로써 대리제도에 대한 신뢰를 유지하여 거래의 안전을 도모하고자 하는 것이다. 표현대리제도는 영미법의 금반언의 원칙, 독일법상의 권리외관이론, 공신주의 원칙에 근거한 것으로 이해된다. 판례는 일반적인 권리외관이론에 기초를 두고 있다(1998.5.29. 07다 55317).

라. 표현대리의 본질

1) 학설

가) 통설인 외관책임설(법정책임설)은 무권대리인에게 대리권이 있는 듯한 외관이 존재하고 본인이 그 외관형성에 어느 정도의 원인을 제공하고 있는 경우에, 본인이 그러한 대리인의 무권대리행위에 대하여 법정책임을 지게 하는 제도를 표현대리제도라고 한다. 이는 표현대리를 본질적으로 무권대리로 이해한다.

나) 유권대리설은 수권행위가 내부적 수권행위와 외부적 수권행위에 의하여 이루어지는데 내부적 수권행위에 의해서 내부적 수권이, 외부적 수권행위에 의하여 외부적 수권이 생긴다. 이 때 표현대리는 내부적 수권은 존재하지 않지만 외부적 수권은 존재하는 경우로 일종의 유권대리라고 보는 견해이다. 즉 표현대리는 거래의 안전을 보호하기 위하여 본인이 외관에 대하여 책임을 지는 것이 아니라, 대리권 자체에 대하여 본인의 책임을 인정하는 것이다. 표현대리가 성립되면 제130조 내지 제135조의 무권대리에 관한 규정이 적용될 여지가 전혀 없으며 오로지 표현대리만 적용되므로, 따라서 추인할 여지도 없다고 한다.

2) 판례

판례는 표현대리를 무권대리로 보고 있다. “표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래 안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것이 아니다”라고 하였다(대판(전) 1983.3.27. 83다카1489).

마. 표현대리의 일반적 성립요건

1) 강행법규에 위반되는 행위에 대하여 표현대리의 법리가 적용되지 않는다(대판 1996.8.23. 94다38199).

2) 무권대리인의 특정한 행위를 주장하여야 한다. “당사자의 표현대리의 항변은 특정된 무권대리인의 행위에만 미치고 그 밖의 무권대리인이나 무권대리행위에는 미치지 아니한다”(대판 1984.7.24. 83다카1819).

3) 표현대리의 요건이 충족되었으나 당사자가 표현대리의 주장을 분명하지 않은 경우에 판례는 “표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 표현대리의 성립여부를 심리판단할 필요가 없다”고 하였다(대판(전) 1983.12.13. 83다카1489).

사. 구별 개념

1) 중복적용

표현대리 규정을 중복으로 적용할 수 있는가에 대하여 다수설은 3가지 규정을 서로 관련된 제도로써 통일적으로 이해하여 각 조문간의 간극을 메움으로써 동적안전을 보호하여야 한다고 하여 중복적용을 인정하고 있다. 판례는 긍정적인 입장이다. “제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에도, 민법 제126조 소정의 표현대리가 성립할 수 있다”고 한다(대판 1979.3.27. 79다234).

2) 복대리에 있어서의 표현대리

복대리인이 복대리권의 범위를 넘어서 대리행위를 한 경우에 제126조의 표현대리가 성립한다(대판 1998.3.27. 97다48982).

3) 공법행위

무권대리인이 등기신청, 관청에 신고 등 공법상 행위를 대리한 경우에는 표현대리를 적용할 수 없다고 하는 것이 통설의 입장이다. 판례는 공법상의 대리권(등기신청, 영업허가신청, 이사취임등록)을 기본대리권으로 한 사법상의 법률행위에 대하여 표현대리를 인정하고 있다(대판 1965.3.30. 65다44).

4) 소송행위

소송행위에는 표현대리규정을 적용 또는 유추적용할 수 없다(대판 1983.2.8. 81다카621).

5) 사자

使者가 그 업무범위를 이탈하여 대리인으로서 행동하거나 본인의 지시를 위반하여 지시받지 않은 사항을 전달한 경우에 다수설과 판례(대판 1962.2.8. 4294민상192)는 표현대리의 규정을 적용 내지 유추적용될 수 있다고 한다.

6) 어음행위

어음행위의 서면성, 문언성 때문에 그 형식 또는 외관이 다른 법률행위에서보다도 존중되어야 하므로 거래안전의 보호를 목적으로 하는 표현대리의 규정이 어음행위에 적용됨은 당연하다(대판 1999.1.29. 98다27470). 그리고 본인을 위하여 한다는 대리문구를 어음상에 기재하지 않고 직접본인의 명의로 기명날인을 하는 서명대리의 경우에도 표현대리의 성립을 인정하고 있다(대판 2000.3.23. 99다50385).

2. 대리권수여의 표시에 의한 표현대리

가. 의의

1) 이는 본인이 대리권을 수여하지 않았으면서 무권대리인에게 수여하였다고 표시한 것에 대하여 귀책사유가 있으며, 상대방에서는 선의·무과실로 그 표시를 신뢰해서 거래를 한 경우에 본인과 상대방 사이에 유권대리와 같은 법률효과가 발생하는 경우를 말한다(제125조).

2) 상법에도 명의대여자의 책임(상법 제24조), 표현지배인(상법 제14조), 표현대표이사(상법 제395조) 등 표현법리에 관한 규정이 있다.

나. 성립요건

1) 대리권 수여의 표시

가) 다수설은 '대리권수여의 표시'가 수권행위가 있었음을 알리는 '관념의 통지'이며 대리권수여의 의사표시가 아니라고 한다.

나) 표시의 방법은 자유이다. 즉 서면, 구두 또는 신문광고 등 불특정인에 대해서도 가능하다.

다) 대리권을 수여하였음을 표시하는데 있어서는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말이나 문자를 사용하여야 하는 것은 아니다(대판 1998.6.12. 97다53762). 다수설은 대리권을 추단케하는 일정한 직함·명칭·상호 등의 사용의 허락 또는 묵인 등 여러 사정에 비추어 그러한 표시가 있었던 것으로 인정되면 충분하다고 한다.

라) 명의대여도 대리권수여의 표시가 된다.

마) 대리권수여의 통지는 대리행위 전에 언제든지 철회할 수 있다. 그 철회는 수여의 통지와 동일한 방식으로 상대방에게 알려야 한다. 즉 대리권 수여의 증서(위임장)이 있다면 위임장의 회수나 파기 등이 필요하다.

2) 무권대리행위가 표시된 대리권 범위내에서 한 대리행위일 것이다.

3) 대리행위는 통지를 받은 상대방과의 사이에서 행해진 것이어야 한다.

4) 상대방은 선의·무과실이어야 한다. 상대방의 과실 유무는 행위 당시의 제반 사정을 객관적으로 판단하여야 한다(대판 1974.7.9. 73다1804; 1997.3.25. 96다51271). 이 경우 악의·과실의 주장·입증책임은 본인에게 있다.

다. 적용범위

통설은 제125조는 임의대리에만 적용되고 법정대리에는 적용 없다고 한다.

라. 효과

1) 본인은 무권대리의 대리행위에 대한 책임이 있다(제125조 본문). 즉 유효한 대리행위가 있었던 것과 동일한 효과가 발생한다.

2) 무권대리로서의 성질도 가지므로 상대방은 무권대리행위를 이유로 철회가 가능하다. 이에 대응하여 본인은 추인이 가능하므로, 무권대리행위의 운명은 누가 먼저 철회 또는 추인하는가에 따라 결정된다. 또한 상대방은 본인에 대하여 추인 여부를 최고할 수 있다.

3) 표현대리에 무권대리에 관한 규정이 적용되는가에 대하여 다수설은 상대방이 표현대리를 주장하지 않고 그렇다고 해서 무권대리행위로서 철회하지도 않고, 바로 제135조에 의한 책임을 물을 수 없다는 입장이다. 즉 표현대리에 의하여 본인의 책임이 확정되면 상대방 보호도 그것으로 충분하기 때문에 제135조는 표현대리에 적용되지 않는다.

4) 표현대리로 인하여 본인에게 손해가 있는 경우에, 본인은 그 내부관계에 따라 의무위반이나 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

3. 권한을 넘은 표현대리(월권대리)

가. 의의

본인이 대리권을 수여하였으나 그 범위를 넘어서 대리행위를 한 경우에, 상대방이 대리인에게 그러한 대리행위를 할 만한 권한이 있다고 믿은 것에 정당한 이유가 있을 때에는 본인이 그러한 법률행위에 책임이 있어서 본인과 상대방 사이에 유권대리와 같은 법률효과가 발생하는 경우를 말한다(대판 1991.12.27. 91다30668).

나. 성립요건

1) 기본대리권의 존재

당해 대리행위 이외에 어떤 특정한 사항에 대하여 대리권의 존재가 당해 대리행위 이전에 수여되어 있어야 한다(1979.4.10. 79다227). 즉 대리권이 전혀 없는 자의 행위에 대해서는 제126조의 표현대리가 성립되지 않는다.

2) 기본대리권은 대리인이 권한을 넘어서 행위를 할 당시에 존재하여야 한다.

3) 기본대리권의 존부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 따라서 판례를 유형화하여 보는 것이 좋은 방법이다.

가) 부정한 판례로는 인감증서만 교부한 경우(대판 1978.10.10. 78다75), 타인의 인장을 소지만 한 경우(朝高判 1921.5.31 민집8. 175), 인감도장과 등기권리증을 남용하여 서류를 위조한 경우(대판 1976.5.11. 76다128), 쉬운 대리권 수여를 확인하지 않은 경우(1992.11.27. 92다31842) 등이다.

나) 긍정적인 판례로는 본인과 대리인 사이에 특별한 관계가 있는 경우(대판 1967.3.28. 64다1798), 특정한 거래행위를 위임하면서 인장을 교부한 경우(대판 1994.11.8. 94다29560), 포괄적인 영업행위로 인장을 교부한 경우(1989.10.24. 88다카26918) 등이다.

2) 기본대리권을 넘는 대리행위가 있을 것

가) 대리인이 권한밖의 대리행위를 하였어야 한다. 즉 “제126조는 거래의 안전을 보호하

기 위한 규정이므로 동조의 표현대리는 대리인이 한 권한 외의 법률행위의 태양이나 성질이 그 권한내의 법률행위와 동종·유사·동질인 여부에 의한 것이 아니고 거래의 상대방이 대리인에게 행위를 할 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유의 유무에 의하여 그 성부를 결정할 것”이라고 한다(대판 1965.2.23. 64다1597).

나) 권한을 넘는 대리행위라는 것은 실제로 존재하는 대리권의 범위를 넘는 모든 경우를 말한다. 따라서 공동대리의 한 사람이 단독으로 대리행위를 하였다면 권한을 넘는 대리행위라고 할 수 있다.

다) 대리인이 권한을 넘는 법률행위를 할 때에 그것이 본인을 위한 것임을 명시적 또는 묵시적으로 표시하여야 하고, 상대방도 대리인의 행위가 본인을 위한 것임을 알고 한 것이어야 한다(대판 1974.4.9. 74다78).

3) 정당한 이유의 존재

상대방이 대리권이 있다고 믿고 또한 그렇게 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 한다.

가) 정당한 이유

1) 정당한 이유에 대하여 통설은 무권대리행위가 행하여졌을 경우에 존재한 여러 사정을 통하여 객관적으로 보아서 통상인이라면 그 행위가 대리권에 기하여 행한 것이라고 믿을 수 밖에 없는 당연한 것을 말한다고 한다. 즉 정당한 이유는 상대방의 선의·무과실을 의미한다고 한다.

2) 판례는 선의·무과실로 이해하는 경우(대판 1992.6.23. 91다14987; 1989.5.23. 88다카22626 등)와 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있는 경우(대판 1998.7.10. 98다18988) 등으로 나누어 진다. 그러나 대체로 판례는 다수설과 같이 제126조의 ‘정당한 이유’를 선의·무과실로 이해하는 것이라고 볼 것이다.

나) 정당한 이유의 판단

(1) 판단요소

(가) 대리인이 거래에 필요한 위임장 등 제반 자료를 가지고 있는 지 여부, 대리인이 일정한 대리권이 있는 직책에 있는지 여부, 대리인과 본인의 관계, 거래의 종류 등을 거래의 통념에 따라 관찰하여 종합적으로 고려하여야 한다. 따라서 이는 판례를 유형화하여 참고할 필요가 있다.

(나) 정당한 이유의 존재에 대하여 본인의 과실이나 작위·부작위 등 상대방에게 오신이 생기게 한 사정이 본인측에서 관여한 것에 의하여야 하는 지에 대하여 다수설은 본인의 과실이든 요인이든지 필요없다는 입장이다. 판례는 분명한 태도를 보이지 않으나 귀책사유를 요하는 경우도(대판 2003.4.11. 2003다7173·7183) 있다.

(2) 정당한 이유의 유무에 대한 판단시기는 무권대리행위의 당시의 사정을 기초로 판단되어야 한다는 것이 통설과 판례(1997.6.27. 97다3828)의 입장이다. 사실심의 변론종결시라는 소수설이 있다.

(3) 증명책임

정당한 이유에 대하여 통설적 견해에 따라 선의·무과실에 대한 증명책임을 누가 부담하는 지에 대하여 다수설은 본인에게 증명책임이 있다고 한다. 판례는 상대방이 정당한 이유 또는 선의·무과실을 증명하여야 한다는 태도(대판 1968.6.18. 68다694)를 취하고 있다.

다. 적용범위

1) 법정대리

제126조가 임의대리 외에 법정대리에도 적용되어야 하는가에 대하여 다수설은 법정대리에도 적용되어야 한다는 입장이다. 즉 긍정설은 제126조의 표현대리는 본인의 과실이나 행위에 의할 것이 필요하지 않으므로 법정대리에도 적용되어야 한다고 한다. 판례는 긍정설의 입장에 있다(대판 1997.6.27. 97다3828).

2) 일상가사대리권

부부의 일방이 대리권없이 타방을 대리해서 그 재산권을 처분하거나 금전을 차용하는 경우처럼 일상가사의 범위를 넘는 경우가 있다. 즉 일상가사대리권을 정한 제827조와 제126조는 어떠한 관계에 있는지에 대하여 통설과 판례(대판 1968.11.26. 68다1727)는 일상가사대리권에 대해서도 제126조의 적용을 인정하고 있다.

3) 복대리권과 표현대리권

기본대리권에 복대리권도 포함된다(대판 1998.3.27. 97다48982).

4) 경합형 표현대리

가) 제125조나 제129조의 표현대리가 성립한 경우에 외관에 의하여 존재하는 것으로 다루어지는 표현대리권도 기본대리권으로서의 적격성을 갖는다.

나) 판례는 “민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에도 본조 소정의 표현대리가 성립할 수 있다”고 하여 두 조항의 경합을 인정하는 판례(1971.12.21. 71다2024)와 “본 조 소정의 권한을 넘는 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘는 경우에 성립되고 과거에 이미 가졌던 대리권을 넘은 경우는 적용되지 아니한다”(대판 1973.7.30. 72다1631)고 하여 두 조항의 경합을 부인하는 경우로 나누어진다.

라. 효과

1) 위와 같은 요건을 갖추었을 때 본인은 대리권의 권한 밖의 대리행위에 대해서도 제125조와 같이 책임이 있다.

2) 제126조의 표현대리에 있어서는 그 요건 중 일부가 미비되더라도 양적분할이 가능한 경우에는 일부무효의 법리를 적용하여 월권부분을 무권대리로 보고, 대리권의 범위내의 부분은 유권대리로 유효하다는 것이 통설의 견해이다. 판례는 대체로 같은 태도이다(대판 1987.9.8. 86다카754; 대판 1989.1.17. 87다카1698).

3) 권한을 넘은 표현대리의 경우에 그 대리행위는 형법상 범죄를 구성하는 수가 있다.

3. 대리권 소멸후의 표현대리

가. 의의

대리권이 소멸하여 대리권이 없게 된 자가 대리행위를 한 경우에는 상대방이 잘 알기 어렵다. 그런 경우에 선의·무과실로 그와 거래한 상대방을 보호하기 위하여 그 상대방과의 관계에서는 대리권이 있는 경우와 같이 법률효과를 인정한다(제129조).

나. 성립요건

1) 있었던 대리권이 소멸하였을 것

표현대리가 성립하기 위하여는 대리인이 과거에 대리권을 가지고 있었으나 대리행위 당시에 그 대리권이 소멸하였어야 한다. 물론 처음부터 대리권이 없었던 경우는 제129조의 표

현대리가 적용될 수 없다(대판 1962.3.22. 4294민상483; 1984.10.10. 84다카780).

2) 소멸한 대리권의 범위내의 대리행위

대리행위가 소멸한 대리권의 범위내에서 행하여졌어야 한다. 즉 소멸한 대리권의 범위를 넘어서 행하여졌다면 제126조의 표현대리가 성립될 수 있다.

3) 상대방의 선의·무과실

가) 통설은 제129조에서 제3자라 함은 대리행위의 상대방만을 지칭한다고 한다.

나) 선의·무과실의 입증책임에 대하여 통설은 본인에게 그 책임이 있기 때문에 본인이 상대방의 악의 또는 과실을 입증하여야 한다는 입장을 취하고 있다. 판례는 표현대리를 주장하는 상대방에게 선의·무과실의 주장·입증책임을 부담시킨 것으로 보인다(대판(전) 1983.12.13. 83다카1489).

4) 증명책임

이전에 존재하였던 대리권이 소멸하였다는 점과 대리인이 권한내의 대리행위를 하였다는 점은 대리행위의 유효를 주장하는 상대방이 주장하고 증명하여야 한다.

다. 적용범위

1) 통설은 제129조가 임의대리는 물론 법정대리에도 적용된다고 한다. 판례 역시 긍정설의 입장에 있다(대판 1975.1.28. 74다1199).

2) 대리권이 소멸한 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에는 상대방이 소멸사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있다고 믿었고, 그와 같이 믿은데 과실이 없다면 표현대리는 성립한다(대판 1998.5.29. 97다55317).

라. 효과

위와 같은 요건을 갖추었을 때 본인은 상대방에게 대리권의 소멸을 이유로 대항하지 못한다. 즉 본인은 대리권 소멸 후의 대리행위에 대해서도 책임이 있다.

III. 협의의 무권대리

1. 의의

가. 대리인이 대리권이 없이 행위를 한, 즉 무권대리행위의 경우에 그 법률효과는 대리인에게 귀속하지도 않고 본인에게도 물론 귀속하지 않는다. 그러나 그러한 무권대리행위는 본인의 주인이 있으면 소급하여 본인에게 효과가 귀속하는 유동적 상태에 있기 때문에 무효는 아니다.

나. 현명주의에 따라 본인의 대리인이라고 할 만한 표시가 없으면 대리인 자신의 행위로 되므로 무권대리가 아니다.

다. 협의의 무권대리는 대리행위가 단독행위인가 계약인가에 따라 법률효과에 차이가 있다.

2. 단독행위의 무권대리

가. 의의

민법은 계약의 경우와는 달리 단독행위의 대리는 그의 능동, 수동을 묻지 않고서 모두 절대 무효가 되는 것을 원칙적으로 하고 상당히 넓은 예외를 인정하고 있다(제136조).

나. 상대방 없는 단독행위의 무권대리

상대방 없는 단독행위(유언, 재단법인 설립행위, 권리포기)는 언제나 절대적으로 무효이다. 즉 상대방이 없으므로 보호할 필요가 없다. 본인의 주인이 있더라도 아무런 효력이 발생하지 않고, 무권대리인의 책임도 발생하지 않는다.

다. 상대방 있는 단독행위의 무권대리

동의, 채무면제, 상계, 추인, 취소, 계약의 해지나 해제 등 상대방 있는 단독행위의 무권대리에 대해서는 원칙적으로 무효로 하되 예외를 인정한다.

1) 능동대리에 있어서 상대방이 대리권 없이 행위를 하는 데 동의하거나, 대리권을 다투지 않은 경우에는(알건 모르건) 계약의 경우와 마찬가지로의 효과가 발생한다(제136 전단). 대리권에 대한 다툼이 있었다는 주장·입증책임은 대리행위의 효력을 다투는 상대방이 부담한다.

2) 수동대리에 있어서는 상대방이 무권대리인이 동의를 얻어 행위한 때에 한하여 제130조의 규정이 준용된다. 계약과 마찬가지로의 효과가 발생한다. (제136-후단)

3. 계약의 무권대리

본인은 무권대리계약을 추인할 수 있지만 상대방의 지위는 본인의 추인여부에 따라 좌우되므로 매우 불안정한 상태에 놓이게 된다. 민법은 이를 해소하기 위하여 본인의 추인거절권(제132조), 상대방의 최고권(제131조), 상대방의 철회권(제134조)을 인정하고 있다. 대리관계에서와 같이 무권대리에도 대리인과 본인, 본인과 상대방, 상대방과 대리인 사이의 3면 관계가 존재한다.

가. 본인과 무권대리인 사이의 효과

1) 무권대리행위는 본인의 주인이 없으면 본인과 상대방 사이에 아무런 효과도 발생하지 않으며, 본인과 무권대리인 사이에 있어서도 아무런 법률관계가 생기지 않는다.

2) 본인이 추인하는 경우 사무관리의(제734조 이하) 관계가 될 수도 있고, 무권대리행위로 본인의 이익이 침해되는 경우에는 채무불이행(제390조) 또는 불법행위(제750조)가 성립될 수 있다. 그리고 무권대리인이 부당한 이득을 얻은 경우에는 부당이득(제741)이 성립할 수 있다. 그러나 이는 일반적인 원칙에 의하여 인정되는 것일 뿐 무권대리에 특유한 것은 아니다.

나. 본인과 상대방 사이의 효과

1) 원칙

표현대리에 속하지 않는 한 협의의 무권대리행위는 본인에게 효과가 귀속되지 않는다. 이에 제130조는 무권대리행위가 원칙적으로 본인에 대하여 효력이 없음을 규정하면서, 본

인이 원하거나 기타의 사정에 따라 본인의 추인으로 그 효력이 생기도록 하였다. 따라서 협의의 무권대리행위의 무효는 본인의 추인에 의하여 유효로 될 수 있는 유동적 무효의 상태에 있게 된다.

2) 본인의 추인권

가) 협의의 무권대리행위는 원칙적으로 본인에게 희생을 강요하는 것이 된다. 그러나 협의의 무권대리행위라고 하여 본인에게 언제나 불리하다고는 할 수 없으므로 본인은 무권대리행위를 추인하여(제130조) 자기에게 효과를 귀속시킬 수 있다.

나) 추인의 성질

추인은 무권대리인의 행위의 효과를 자기에게 귀속시키는 의사표시로서, 상대방이나 무권대리인의 동의나 승낙을 요하지 않는 상대방 있는 단독행위이다(대판 1990.4.27. 89다카2100; 대판 2002.10.11. 2001다59217). 통설은 추인에 의하여 무권대리행위가 효력이 생기므로 추인권을 일종의 형성권으로 파악한다. 추인권은 사후의 대리권의 수여가 아니다.

다) 추인의 당사자

(1)추인권자는 본인이다. 그러나 그의 법정대리인이나 임의대리인도 추인할 수 있다. 그리고 본인이 사망한 경우에는 그 상속인도 추인할 수 있다.

(2) 추인의 의사표시는 무권대리행위의 상대방에 대하여 하는 것이 원칙이다. 그러나 추인이 사후적 대리권 수여의 성질을 갖고 있기 때문에 무권대리인에 대하여 하여도 무방하다는 것이 통설과 판례(대판 1969.10.23. 69다1175; 대판 1991.3.8. 90다17088)의 입장이다.

라) 추인방법

1) 추인에는 일정한 방식이 요구되지 않는다. 명시적 또는 묵시적으로도 할 수 있다(대판 1984.12.11. 83다카15310). 재판상은 물론 재판 외에서도 할 수 있다(대판 1974.2.26. 73다934).

2) 추인은 원칙적으로 무권대리행위 전부에 대하여 하여야 한다. 그 일부에 대하여 추인을 하거나 그 내용을 변경하여 추인할 경우에는 상대방의 동의가 없는 한 무효이다(대판 1982.1.26. 81다카549).

마)추인의 효과

(1) 소급효의 원칙

추인에 의하여 무권대리행위는 처음부터 유권대리행위인 것과 마찬가지로 법률효과를 발생한다(제133조 본문). 그러나 이러한 추인의 소급효에는 2가지 예외가 있다.

(2) 소급효의 예외

(가) '다른 의사표시'가 있으면 소급효가 없다. 여기서 다른 의사표시는 본인의 의사표시만으로는 부족하고 상대방의 동의를 필요로 하므로 본인과 상대방 사이의 계약이어야 한다.

(나) 제3자의 권리를 해할 경우에도 소급효가 없다(제133조 단서).

(3) 추인의 소급효와 소멸시효의 기산점

추인에 소급효가 있더라도 추인에 의하여 효력발생이 확정된 권리의 소멸시효는 대리행위의 시점이 아니고 추인의 시점으로부터 발생한다.

(4) 증명책임

무권대리행위의 추인은 추인에 의한 권리의 근거사실이므로 추인의 효과를 주장하는 상대방이 무권대리인이 본인의 대리인으로서 계약체결의 사실 그리고 본인이 상대방에 대하여 추인의 의사표시를 한 사실을 주장·입증하여야 한다.

3) 본인의 추인거절권

가) 본인은 추인을 거절할 수 있다(제132조). 즉 무권대리행위가 있는 경우에 본인이 추인의사 없음을 밝힘으로써 무권대리행위를 확정적으로 무효로 할 수 있다. 본인의 추인거절이 있으면 본인이 다시 추인할 수 없을 뿐만 아니라 상대방도 최고권이나 철회권을 행사할 수 없게 된다.

나) 추인거절권도 추인권과 마찬가지로 형성권의 성질을 가진 단독행위이므로 행사의 상대방이나 그 방법은 추인(제132조)에서와 같다.

다) 상속과 추인거절권

(1) 무권대리인의 지위와 본인의 지위가 동일인에게 귀속하는 일은 상속에 있어서 자주 발생한다.

(2) 무권대리인이 본인을 상속한 경우

자가 부의 대리인이라 칭하며 부의 재산을 무단으로 처분한 후에 그 자가 부를 상속하는 경우가 있다. 이 때 자는 상대방에 대하여 무권대리인으로서 제135조에 따른 이행 또는 손해배상을 지는 지위와 부의 상속인으로서 무권대리를 추인하거나 거절할 수 있는 지위를 동시에 가지게 된다. 이런 경우에도 추인거절권이 인정되느냐에 대하여 다수설은 당연유효설을 취하여 무권대리행위가 당연히 유효로 되고 본인의 지위에서 추인을 거절하지 못한다고 한다. 판례는 병존설을 전제로 무권대리인이 본인을 단독 상속하는 경우에 무권대리행위의 무효를 주장하는 것은 금반언원칙이나 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 한다(대판 1994.9.27. 94다20617).

(3) 본인이 무권대리인을 상속하는 경우

이에 대하여 학설은 본인이 무권대리인의 책임도 상속하게 되므로 무권대리행위가 당연히 유효로 되며 따라서 추인을 거절할 수 없다는 당연유효설과 상속에 의하여 무권대리인의 지위와 본인의 지위가 동일인에게 귀속되더라도 무권대리행위가 당연히 유효로 되는 것은 아니라는 병존설이 대립하고 있다. 판례는 타인 명의의 주식에 관하여 무권대리인이 처분계약을 체결한 경우에 무권대리인을 상속한 본인은 신의칙에 반하는 것으로 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한 추인을 거절할 수 있다고 하였다(대판 1994.8.26. 93다20191).

4) 상대방에 대한 효과

가) 무권대리행위는 본인의 의사에 의하여 그 효력이 좌우되므로 상대방의 지위는 불안정한 상태에 놓이게 된다. 이에 민법은 상대방을 보호하기 위하여 최고권과 철회권을 인정하고 있다.

나) 상대방의 최고권

상대방은 상당한 기간을 정하여 본인에게 무권대리행위의 추인 여부의 확답을 최고할 수 있다(제131조 본문). 본인이 그 기간내에 상대방의 최고에 대하여 확답을 받지(발신주의) 아니하는 경우에는 추인을 거절한 것으로 본다.

나) 상대방의 철회권

(1) 무권대리행위의 상대방이 무권대리인에 대한 의사표시를 철회함으로써(제134) 무권대리행위를 확정적으로 무효로 할 수 있다. 따라서 상대방이 철회한 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없고, 상대방도 일단 철회한 이후에는 무권대리인에게 책임을 물을 수 없다.

(2) 철회의 의사표시는 본인이나 무권대리인에게 하여야 한다. 철회권은 선의의 상대방에게만 인정된다. 악의의 상대방은 불확정한 상태에 놓이는 것을 스스로 각오한 자이어서 보호할 필요가 없기 때문이다.

다. 상대방과 무권대리인의 사이의 효과(무권대리인의 책임)

1) 무권대리인의 책임

본인은 추인 또는 추인거절로 인하여 손해가 발생하지 않을 수 있으나 무권대리행위는 상대방에게 많은 손해를 생기게 할 수 있다. 이에 민법은 제135조에서 대리행위의 상대방의 보호와 거래의 안전을 꾀하고 아울러 대리제도의 신용을 유지하기 위하여 무권대리인에게 무거운 책임을 지우고 있다. 무권대리인의 책임은 과실을 요건으로 하지 않는 무과실책임이며(대판 1962.4.12. 61다1021), 법정책임이다.

2) 책임의 요건

가) 상대방과 무권대리인이 계약을 체결하였어야 한다. 계약을 체결할 때에는 본인을 위한 것임을 표시하여야 한다.

나) 대리인이 대리권을 증명할 수 없어야 한다(제135조 제1항). 통설은 무권대리인이 그 책임을 면하려면 대리권이 있음을 증명하여야 한다는 입장이다. 그런데 무권대리인에 대한 책임을 추궁하여 제135조의 법률효과를 주장하려면 변론주의의 원칙상 상대방이 그 사실을 주장할 책임을 부담하므로 결국 주장·증명책임이 일치한다는 원칙에 예외가 된다.

다) 추인이 없어야 한다(제135조 제1항).

라) 표현대리가 인정되지 않아야 한다.

마) 상대방이 대리권없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 무권대리인의 책임을 물을 수 없다(제135조 제2항). 즉 상대방은 선의·무과실이어야 한다. 통설과 판례(대판 1962.4.12. 4294민상1021)는 무권대리인이 책임을 면하려면 상대방의 악의·과실을 입증하여야 한다는 입장이다.

바) 무권대리인은 행위능력자이어야 한다(제135조 제2항).

사) 상대방이 아직 철회권을 행사하지 않았어야 한다.

아) 무권대리인의 책임은 무과실책임이다.

3) 무권대리인의 책임의 내용

가) 책임의 법적 성질

무권대리인은 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임을 진다(제135조 제1항). 통설은 이러한 책임을 거래의 상대방보호를 위하여 법률이 인정한 무과실책임이라고 한다. 상대방이 무권대리인에게 계약의 이행책임 또는 손해배상책임을 물을 것이냐 하는 상대방의 '선택'의 성질에 대하여 통설은 선택채권에 관한 규정(제380조 이하)을 적용한다고 한다.

나) 책임의 내용

(1) 이행책임

이행책임이란 무권대리행위가 본인에게 유효하였더라면 본인이 상대방에게 부담하였을 것과 같은 내용으로 이행하여야 한다는 것이다. 이러한 이행책임은 계약에 기한 채무의 이행이 아니고 법정책임이다.

(2) 손해배상책임

손해배상의 범위에 관하여 계약이 유권대리로서 효력을 발생하였지만 그것이 제대로 이행되지 않았기 때문에 생긴 손해인 이행이익의 배상인가 또는 계약이 효력을 발생하지 않았으나 그것이 유권대리라고 믿었기 때문에 받은 손해인 신뢰이익의 배상인가에 대하여 통설은 이행이익의 배상이라고 한다.

다) 소멸시효

제135조에 의한 청구권이 일반채권의 소멸시효기간(제162조 제1항)에 따를 수도 있지만 이는 본인에 대하여 행사할 수 있는 이행청구권의 시효기간(제163조, 제164조)을 적용하여야 할 것이다. 한편, 계약이행청구권이나 손해배상청구권의 소멸시효기간은 선택권을 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(대판 1963.8.22. 63다323).

[참고]

이행이익배상(expectation damages)이란 채무자가 계약을 그대로 이행하였을 경우 채권자가 얻을 수 있었던 이익만큼의 손해배상을 하여주는 제도이다. 따라서 계약이행이 정상적으로 된 경우에 실현된 이익상태를 반영하는 것으로 채무불이행으로 인하여 상실한 가치와 계약이행에 따른 지출비용에 대한 배상청구권을 말한다. 신뢰이익배상(expectation damages)이란 계약위반자가 계약이행을 전제하에서 피해당사자가 체결된 계약을 신뢰하여 지출한 비용에 대한 손해배상을 말하며 대체로 이행이익보다는 적다. 특별손해를 합리적으로 입증하지 못하는 경우에 이행준비 비용과 일부 이행비용 그리고 예견 가능한 비용 등 신뢰이익배상을 청구할 수 있다.