

# 표현대리를 둘러싼 몇 가지 학설에 대한 적정성 평가

— 표현대리와 민법 제35조, 제135조, 제827조의  
상호관계에 관하여 —

명 순 구\*

## 목 차

- |                               |                          |
|-------------------------------|--------------------------|
| I. 서설                         | IV. 표현대리와 일상가사대리권의<br>관계 |
| II. 표현대리와 무권대리인의 책임의<br>관계    | V. 결 론                   |
| III. 표현대리와 법인의 불법행위책임<br>의 관계 |                          |

## I. 서 설

학설은 매우 자연스런 학문현상의 하나로서 법정책, 법해석 등 법학의 여러 분야에서 중요한 역할을 수행한다. 다른 시각을 가진 사람들 사이의 학설 논쟁은 많은 경우에 있어서 학문발전의 원동력이다. 그런데 학설논쟁을 관찰하다 보면 그 적정성에 의심이 가는 것도 적지 않다. 이와 같은 현상은 민법학에 있어서도 예외가 아니다. 이론과 실제의 어느 측면에서 보더라도 전혀 실익이 없는 논쟁, 전제설정 자체가 오류에 의한 것이어서 애초부터 이론적 가치를 인정할 수 없는 논쟁, 외국에서라면 모르되 우리나라에서는 성립할 수 없는 논쟁, 의용민법시대에는 가능했지만 현행민법 아래에서는 성립할 수

\* 고려대학교 법과대학/법학전문대학원 교수

\*\* 투고일자 2009.12.7, 심사일자 2009.12.31, 게재확정일자 2010.1.11

없는 논쟁 등... 그 적정성에 의심을 가지게 되는 원인은 다양하게 나타난다.

현재 세계 속에서 대한민국의 국가적 위상에 걸맞게 이제 우리의 법학도 세계 법문화의 진보에 기여할 수 있는 역량을 강화해야 한다. 이를 위해서는 우선 과거에 대한 정리와 반성을 통해서 출발점의 좌표를 명확히 설정할 필요가 있다. 학설에 대한 적정성 평가는 법학에 있어서 비효율의 요인을 제거함으로써 새로운 발전을 위한 작업이 될 것으로 기대한다.

이와 같은 시각에서 이 글에서는 표현대리와 관련된 몇 가지 학설논쟁에 대하여 그 적정성을 평가해 보고자 한다. 다음 세 가지이다: ① 표현대리와 무권대리인의 책임(민법1) 제135조 제1항)의 관계(II), ② 표현대리(특히 제126조)와 법인의 불법행위책임(제35조 제1항 제1문)의 관계(III); ③ 표현대리(특히 제126조)와 부부간의 일상가사대리권(제827조)의 관계(IV). ①에 관한 학설다툼은 잘못된 전제 위에서 출발한 것이다. ②는 모순적인 논리와 개념혼란을 기초로 출발한 것일 뿐만 아니라 실제에 있어서 발생할 수 없는 상황을 상정하고 있다. 그리고 ①과 ②는 모두 민사소송법상의 변론주의를 고려하지 않은 학설논쟁이라는 점에서 그 실효성에 더욱 의문을 더하는 문제이다. ③은 법제도의 이념과 체계에 대한 신중한 고려 없이 표현대리의 이론을 다소 엉뚱한 사안에 적용하려는 시도로 인해 학설논쟁의 적정성을 가지지 못하는 경우로 볼 수 있다.

## II. 표현대리와 무권대리인의 책임의 관계

### 1. 문제의 소재

“타인의 대리인으로 계약을 한 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 얻지 못한 때에는 상대방의 선택에 좇아 계약의 이행 또는 손해배상의 책임이 있다.”(제135조 제1항) 이 규정에 따라 무권대리행위의 상대방은 본인이 아닌 무권대리인에게 책임을 추궁할 수 있다. 그런데 무권대리행위의 상대방에게는 본인을 상대로 표현대리를 주장할 수 있

1) 앞으로 ‘민법’에 대해서는 法名을 생략하고 조문만 표시한다.

는 가능성도 함께 열려있다. 그렇다면 상대방으로서는 이 두 가지 권리를 자유롭게 선택적으로 행사할 수 있는가?

이에 대해서는 학설이 매우 복잡하게 대립하고 있다. 이 학설논쟁은 표현대리의 본질 내지 무권대리 체계에서 표현대리의 위상과 관련되어 있다. 민법은 무권대리행위에 대하여 이를 일괄적으로 무효로 평가하는 것이 아니라 계약경제<sup>2)</sup>와 상대방보호(혹은 거래안전보호)의 규율계획<sup>3)</sup> 아래 무권대리제도를 규정하고 있다(제125조, 제126조, 제129조, 제130조~제136조). 표현대리도 무권대리로서의 성질을 잃지 않고 있다는 전제에 선다면<sup>4)</sup> 상대방으로서는 그의 선택에 따라 본인을 상대로 표현대리를 주장할 수도 있고 무권대리인에게 책임을 추궁할 수도 있다는 논리가 가능하다. 그런데 특정 법제도라는 것이 고립적으로 존재하는 것이 아니어서 다른 법제도와 관계 내지는 법의 이념 같은 요소에 의하여 영향 내지 간섭을 받기 마련이다. 여기에서도 이러한 현상을 관찰할 수 있다.

다음에서는 우선 무권대리행위의 상대방에게 자유로운 선택권을 줄 것인가에 관한 종래의 학설논쟁을 소개하고(2) 이어서 그 적정성에 대하여 평가해 보기로 한다(3).

## 2. 종래의 학설상황

### (1) 학설다툼의 출발: 무권대리의 개념체계에 관한 논쟁

여기에서의 논점은 표현대리와 제135조의 상호관계이다. 이에 관한 학설상황을 정확히 파악하기 위한 선결과제로 무권대리의 개념체계에 관한 학설을 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 무권대리의 개념체계에 관한 학설

2) 무권대리라 하더라도 경제적 관점에서 본인에게 유리한 경우가 있을 수 있다. 그와 같은 상황이라면 무권대리를 무효로 보아 무위(無爲)로 돌리는 것보다는 본인으로 하여금 그 효과의 귀속을 판단하도록 함으로써(제130조 참조) 당해 법률행위에 효력을 부여하는 것이 효율적일 것이다(명순구, 민법총칙(법문사, 2007), 462면).

3) 명순구, 주 2, 462면.

4) 표현대리의 본질을 無權代理가 아닌 有權代理로 파악하는 견해(李英俊, 民法總則(博英社, 2001), 569-570면 참조)가 있기는 하나 이는 수용하기 어렵다. 이 학설의 구체적 내용과 그에 대한 비판은 명순구, 주 2, 465~466면 참조.

은 여기에서 논의하고자 하는 논점을 염두에 두고 전개된 것이기 때문이다.

이에 관한 학설의 입장은 크게 두 가지로 구분된다. 제1설<sup>5)</sup>의 기본입장은 無權代理 중에는 본인에게 효과가 귀속되는 경우(표현대리)와 그렇지 않은 경우(협의의 무권대리)가 있다는 것이다. 그리하여 제125조·제126조·제129조는 표현대리에 관한 규정이고, 제130조부터 제135조까지의 규정은 협의의 무권대리에 관한 규정이라고 한다. 제2설<sup>6)</sup>은 대리권 없이 행한 대리행위는 모두 무권대리인데 그 중에서 특별한 경우를 표현대리로 본다. 즉 제2설에 따르면, 표현대리는 무권대리의 범주에 온전히 포함되어 무권대리의 성질을 잃지 않으므로 무권대리행위의 상대방은 표현대리의 성립 여부와 상관없이 제135조에 기한 권리를 주장할 수 있다. 이와 달리 제1설의 주된 목표는 ‘표현대리’와 ‘협의의 무권대리’의 경계를 명확히 함으로써 표현대리가 성립하는 경우에 협의의 무권대리에 관한 규정을 모두 중복적용하지 않고 선택적으로 적용하는 것이다.

제1설이 특히 표현대리와 의 중복적용을 인정하지 않으려는 규정은 바로 제135조이다. 사실 이러한 주장은 제1설의 기본논리와 일관하는 것으로 볼 수 없다. 왜냐하면 제1설이 말하는 ‘협의의 무권대리’에 관한 규정이란 제130조~제135조여서 제135조도 ‘협의의 무권대리’에 관한 규정에 포함되기 때문이다. 제1설은 논리의 일관성을 손상시키면서까지 제135조를 특별히 다루고 있다. 그 이유는 무엇일까? 항을 바꾸어서 살펴보기로 한다.

## (2) 표현대리와 제135조의 책임의 관계에 관한 학설

위에서 살펴본 바와 같이 무권대리의 개념 체계에 관한 위 학설다툼의 핵심은 표현대리가 성립한 경우에 제135조가 적용되는가 여부이다.

제1설이 논리의 결함에도 불구하고 제135조를 차별하려는 이유는 무

5) 郭潤直, 民法總則(博英社, 2001), 391면; 金相容, 民法總則(法文社, 2001), 616면; 白泰昇, 民法總則(法文社, 2001), 491면.

6) 高翔龍, 民法總則(法文社, 2001), 593면; 金容漢, 民法總則論(博英社, 1986), 386면.

엇인가? 이에 대하여 제1설은 다음과 같이 설명한다: ① 代理行爲의 相對方은 본래 本人과 거래할 것을 기대한 것이고 또 정상적인 대리행위에 있어서도 本人과의 사이에서만 효과가 발생하는 것인데, 만일 완전한 有權代理도 아닌 表見代理의 경우에 상대방이 本人의 책임과 無權代理人의 책임을 선택적으로 추궁할 수 있는 것으로 해석한다면 이는 상대방 보호에 편중된 것으로 공평관념에 반한다; ② 제135조에 의한 無權代理人의 책임은 本人에 의한 追認이 없어 본인이 책임을 지지 않는 때에 발생하는 것인데, 표현대리에 의하여 本人이 책임을 지는 것으로 되었다면 굳이 無權代理人에게 책임을 물을 필요가 없다.

제2설은 다음과 같은 논거로써 제135조를 포함하여 무권대리에 관한 모든 규정이 경합적으로 적용된다고 한다: ① 表見代理도 無權代理人인 이상 제135조를 차별할 이유가 없다; ② 表見代理가 성립하였다면 本人뿐만 아니라 無權代理人도 책임을 물을 수 있는 원인을 제공하였다고 볼 수 있으므로 상대방이 無權代理人에게 책임을 묻는다 하여 이를 부당한 것으로 볼 수는 없다.

### 3. 종래의 학설에 대한 평가

#### (1) 제1설과 제2설의 전제상황에 대한 비판

위의 제1설과 제2설은 어떤 상황을 전제하고 있는가? 종래 모든 학설은 표현대리의 성립을 위한 실질적 요건은 모두 구비되었음에도 불구하고 상대방이 이를 주장하지 않은 상태를 전제로 한다. 여기에서 다음과 같은 근본적인 의문이 발생한다: 확정시점이 서로 다른 법률요건들을 대상으로 규범의 중복적용을 논한다는 것이 법리적으로 가능한가? 권한없는 대리행위가 일어난 경우에 그 행위가 무권대리행위라는 사실과 표현대리가 성립한다는 사실은 그 확정시기가 다를 수밖에 없다. 왜냐하면 표현대리로 판단되기 위해서는 당해 대리행위가 무권대리라는 사실 외에 ‘신뢰외관에 대한 본인의 원인제공’ 및 ‘상대방의 신뢰에 대한 보호가치’ 등과 같은 조건이 추가되어야 하기 때문이다.

동일한 시점에서 판단할 수 없는 법률요건을 대상으로 규범의 중복적 용을 논의한다는 것은 불가능한 일이다. 종래의 학설은 불가능한 상황을 전제로 한 것으로 볼 수밖에 없다.

## (2) 제1설에 대한 비판

앞에서의 제안(표현대리와 제135조의 법률요건은 동일한 시점에서 판단할 수 없다)에 기초하여 표현대리와 제135조의 관계를 판단하면 다음과 같다: 상대방은 표현대리를 주장할 수도 있고 무권대리에 관한 규정(제135조 포함)을 원용할 수도 있다. 이는 결론에 있어서는 제2설과 동일하다. 다음에서는 결론까지도 달리하는 제1설을 보다 구체적으로 비판해보기로 한다. 相對方이 表見代理를 먼저 주장하는 경우와 제135조의 권리를 먼저 주장하는 경우로 구분하여 살펴본다.

### 1) 相對方이 表見代理를 먼저 주장하는 경우

상대방의 표현대리 주장에 대하여 본인이 스스로 법률효과를 귀속받겠다는 의사를 표시했다면 이는 표현대리의 문제라기보다는 오히려 默示的 追認에 해당할 것이다. 그러므로 이때에는 제135조의 적용이 문제될 여지가 없다.

相對方의 表見代理 주장에 대하여 本人이 이를 수용하지 않는다면 어떻게 될 것인가? 제1설에 따르면, 이와 같은 경우에 상대방은 곧바로 無權代理人에게 제135조를 주장할 수 없다. 왜냐하면 本人이 상대방에 의한 表見代理의 주장을 거부하였다 하여 표현대리가 성립하지 않는다고 단정할 수는 없기 때문이다. 그렇다면 상대방으로서는 裁判을 통하여 표현대리가 성립하지 않는다는 사실을 확인한 후에야만 비로소 제135조에 기한 권리를 주장할 수 있다는 것인가? 그렇게 해석할 수는 없다고 본다. 그 이유는 이러하다: ① 제135조를 표현대리가 성립하지 않은 경우에만 적용되는 보충적 규정으로 볼 수 없다; ② 제1설과 같이 보게 되면 표현대리 제도의 근본취지(상대방 보호)와 정반대로 오히려 그것이 상대방의 제135조에 기한 권리행사에 대한 장애요소로 작용하게 된다.

한편, 상대방의 표현대리 주장을 인용하는 취지의 판결이 확정되면 상대방으로서 제135조의 권리를 주장할 필요가 없을 것이다. 설령 제135조에 기한 주장을 하더라도 이를 인용할 수는 없을 것이다. 그 이유는 이러하다: 相對方은 본래 本人과 거래할 것을 기대하여 代理人과 법률행위를 한 것이다; 表見代理의 성립에 따라 상대방은 본인과의 법률관계를 설정함으로써 법률행위를 한 목적을 달성하였다; 표현대리가 성립한 것은 상대방이 無權代理人에게 대리권이 있다고 믿었기 때문이다; 그럼에도 불구하고 방향을 전환하여 제135조에 따라 無權代理人과 법률관계를 설정하려는 것은 先行行爲(즉 本人과 법률관계를 설정하려는 태도)와 모순되는 행위이다; 그러므로 상대방의 그와 같은 행위는 신의칙(특히 모순행위 금지의 원칙)에 반하는 행위이다. 결국, 상대방에 의한 표현대리의 주장이 인용되어 표현대리가 성립하는 것으로 판결이 나면 表見代理와 제135조의 중복적용은 문제되지 않는다.

## 2) 相對方이 제135조의 권리를 먼저 주장하는 경우

제1설의 주장에 따라 대리인의 상대방이 제135조에 기하여 無權代理人에게 책임을 추궁하기 위해서는 표현대리의 성립이 부정되어야만 한다. 이는 무권대리인에게 상대방으로 하여금 먼저 본인에 대하여 표현대리의 주장을 하라는 내용의 抗辯權이 있다는 결과로 된다. 그러나 이 경우에 항변권을 인정할 법적 근거는 없다. 게다가 표현대리는 상대방이 주장하는 경우에 비로소 문제되는 것이다. 제1설의 논리대로 한다면 상대방이 무권대리인을 피고로 제135조 제1항에 기한 손해배상을 소구하는 경우에 법원으로서 그 판단을 위한 전제로서 직권으로 표현대리의 성립 여부를 판단해야 한다는 결과가 된다. 이것이 부당함은 재언을 요하지 않는다.

아직까지 법원은 표현대리와 제135조의 관계에 관한 입장을 피력할 기회를 갖지 못했다. 그렇다면 앞으로 그와 같은 기회를 가질 수 있을까? 부정하여야 할 것이다. 표현대리와 제135조에 기한 책임은 각각 별개의 소송물이며 우리나라의 민사소송법은 변론주의를 채택하고 있기 때문이다.<sup>7)</sup>

7) 豫備的·選擇的 共同訴訟制度(민사소송법 제70조)에 따라 무권대리인의 상대방은 본

### Ⅲ. 표현대리와 법인의 불법행위책임의 관계

#### 1. 문제의 소재

대표기관이 대표권을 남용하였다면 법인은 그에게 손해배상책임을 물을 수 있을 것이다(제61조·제65조). 이 점에 대하여는 명문규정도 있고 논란의 여지도 없다. 그런데 대표권남용 행위로 인한 결과의 대외적 측면(즉 대표행위의 상대방과의 관계)과 관련해서는 학설다툼이 있다. 대표권남용에 대한 종래의 논의는 상당히 복잡한 양상으로 전개되어 왔다. 종래의 학설은 크게 다음의 두 유형으로 구분된다. 제1유형<sup>8)</sup>은, 대표권남용의 문제를 법인의 불법행위책임에 관한 제35조 제1항에 의하여 해결할 것인가 아니면 제126조에 의하여 해결할 것인가 하는 방향에서 논의하는 입장이다. 제2유형<sup>9)</sup>은 대리권남용이론과 동일한 방향에서 논의하는 입장이다.

대표권남용은 대표권의 객관적 범위 내에서 이루어진 행위를 전제로 하는 것이다. 이러한 면에서 본다면 대표권남용의 문제를 해결함에 있어서 제126조는 고려의 여지가 없는 것 아닌가 하는 생각이 든다. 왜냐하면 제126조의 유추적용이 있다고 하기 위해서는 대표행위가 대표권을 벗어난 것이어야 하기 때문이다. 이와 같이 제1유형의 학설은 그 출발점에서부터 수증하기 어려운 점이 있다. 그렇지만 이 근본문제는 일단 덮어두고 제1유형 학설의 구체적인 내용을 평가해 보기로 한다.

다음에서는 우선 제1유형에 속하는 학설을 소개하고(2) 이어서 그 적정성에 대하여 평가해 보기로 한다(3).

---

인에 대한 표현대리의 주장과 무권대리인에 대한 제135조의 책임추궁의 주장을 병합하여 소를 제기할 수는 있을 것이다. 無權代理人의 相對方이 主位的 請求로서 본인에 대하여 표현대리의 성립을 주장하고, 豫備的 請求로서 무권대리인에게 제135조의 책임을 주장한다면 제1설을 취한다 하더라도 별다른 문제는 없다. 그러나 무권대리인의 상대방에게 그와 같은 식으로 권리구제를 받을 것을 강제할 수는 없는 일이다.

8) 郭潤直, 앞의 책, 211면; 高翔龍, 앞의 책, 224면 등 참조.

9) 金曾漢·金學東, 앞의 책, 192면 참조.

## 2. 종래의 학설 상황

제1유형에 속하는 학설은 대표권남용의 경우 법인과 상대방 사이의 법률관계를 파악함에 있어서 법인의 불법행위책임(제35조 제1항)으로 해결할 것인가 아니면 권한을 넘은 표현대리의 법리(제126조)에 의할 것인가 하는 점에 초점을 맞추고 있다. 제1유형의 학설은 제35조 제1항과 제126조 중에서 어떤 것을 우선적으로 적용할 것인가를 놓고 다시 세분된다.

제1설(소위 ‘제126조 우선적용설’)<sup>10)</sup>은, 제126조의 표현대리의 법리를 우선적으로 고려하고 그 적용요건이 부정되는 경우에 한하여 법인의 불법행위 문제로 해결하려는 입장이다. 이 견해에 따르면, 대표권남용 행위에 대하여 법인은 원칙적으로는 이행책임을 지지 않지만 상대방이 대표기관의 배임의사에 대하여 선의·무과실이라면 예외적으로 법인이 이행책임을 진다는 것이다. 한편, 이 학설이 제35조 제1항보다 제126조를 우선적으로 적용하여야 한다고 주장하는 근거는, 제35조는 불법행위에 관한 규정이므로 법률행위의 경우에는 대리에 관한 규정이 우선적으로 적용되어야 한다는 것이다.

제2설(소위 ‘제35조 적용설’)<sup>11)</sup>은 대표권남용은 제35조 제1항에 의한 법인의 불법행위의 문제로 처리하여야 한다는 것이다. 이 학설은 말하기를, 제1설에 따르면 표현대리에 의하여 법인에 이행책임을 부과되는 데 이렇게 되면 불법행위에 의한 손해배상책임을 인정하는 것보다 법인에 무거운 부담을 주게 되어 균형이 맞지 않는다고 한다.<sup>12)</sup>

제3설(소위 ‘상대방선택설’)<sup>13)</sup>은 상대방(즉 대표기관에 의한 대표행위

10) 郭潤直, 앞의 책, 211면; 高翔龍, 앞의 책, 224면.

11) 李英俊, 앞의 책, 869면; 白泰昇, 앞의 책, 243면; 金相容, 앞의 책, 242면.

12) 예컨대, 법인이 불법행위책임을 부담한다고 보게 되면 과실상계 등의 법리에 따라 배상액이 감액될 가능성이 있으나, 제126조에 따라 이행책임을 지는 것으로 보게 되면 이와 같은 배상액 감경이 불가능하므로 법인에게 불리하다는 것이다.

13) 李太載, 民法總則(法文社, 1981), 148면; 黃迪仁, 現代民法論 I(總則)(博英社, 1985), 119면.

의 상대방)의 선택에 따라 법인으로서 제126조에 의한 이행책임을 부담하든가 아니면 제35조 제1항에 따라 불법행위책임을 부담하여야 한다는 것이다.

### 3. 종래의 학설에 대한 평가

#### (1) 대표권남용을 제126조에 의하여 포섭하는 태도

종래 학설은 제35조 제1항과 제126조 중 어느 규정을 우선적용할 것인가를 놓고 논쟁을 벌이고 있다. 그런데 이에 대해서는 근본적인 관점에서 의문이 제기될 수 있다. 대표권남용 행위에 대하여 도대체 제126조를 적용(또는 유추적용)할 수 있을 것인가? 대표권남용이 되기 위해서는 문제의 대표행위가 객관적으로는 대표권의 범위 내에 있어야 하는데 제126조는 권한을 초과한 행위를 규율하는 규정이기 때문이다. 이와 같은 비판은 위의 세 학설 모두에 공통되는 것이다.

대표권남용에 대하여 제126조를 적용(또는 유추적용)하기 위해서는 법인의 대표권에는 이를 법인의 이익을 위하여 행사하여야 한다는 내재적 제한이 있다고 전제해야 한다. 대리권남용 분야에서의 학설 중 소위 ‘대리권부인설’을 취하는 입장은 대표권남용 분야에서 제126조의 적용(또는 유추적용)을 고려한다 하더라도 논리모순은 없을 것이다. 그러나 대리권남용에 있어서 소위 ‘제107조 제1항 단서 유추적용설’을 취하면서 대표권남용에 있어서 제126조의 적용(또는 유추적용)을 인정하는 학자<sup>14)</sup>도 있는데 이는 논리모순이다. 대리권남용의 문제에 관한 ‘제107조 제1항 단서 유추적용설’은 대리행위에 있어서 현명(顯名)이란 대리행위의 효과를 본인에게 귀속시키고자 하는 의사인 것이지 본인에게 이익을 귀속시키기 위한 의사가 아니라는 것을 기본입장으로 하기 때문이다. 대리권남용에 대한 이러한 관점은 대표권남용에 있어서도 그대로 유지되어야 논리모순을

---

14) 郭潤直, 앞의 책, 211·381면; 金容漢, 앞의 책, 174·330면; 張庚鶴, 民法總則(法文社, 1985), 327·556면.

면할 수 있을 것이다.

“법인의 이익을 위하여 행사되지 않은 대표권은 무효이다.”라는 입장을 채택하지 않는 한, 대표권남용행위에 대하여 제126조를 적용(또는 유추적용)하는 입장은 논리적으로 허용될 수 없다. 그런데 대표권남용에 관한 종래의 학설논쟁에는 이와 같은 고려가 없는 것 같다. 매우 중요한 전제를 간과한 학설논쟁에 대하여 어떤 평가를 하여야 할까?

“법인의 이익을 위하여 행사되지 않은 대표권은 무효이다.”라는 입장을 채택한다면 대표권남용에 대하여 제126조를 유추적용한다고 해도 논리모순이라고까지는 말할 수 없다. 그런데 “법인의 이익을 위하여 행사되지 않은 대표권은 무효이다.”라는 태도는 정당한가? 이에 대해서는 부정적인 평가를 내리고 싶다. 대표권은 법인과 대표기관 사이의 대내적 차원의 문제가 아니라 거래 상대방과의 관계에서 나타나는 대외적 차원에서 포착되는 객관적 개념이다. 법인의 대표기관은 법인의 권리능력의 범위 내에 속하는 모든 행위를 할 수 있는 것이 원칙이다. 따라서 대표권의 범위는 대표행위가 추구하는 경제적 효과라든가 또는 대표기관의 주관적 의사에 의하여 영향을 받지 않는 것으로 보아야 한다. 그러므로 대표권남용은 그것이 대표기관의 배임의 측면을 포함하고 있다 하더라도 원칙적으로는 법인의 행위로 귀속되어야 한다. 이러한 입론은 제126조와 같은 대리에 관한 규정을 유추적용한 결과가 아니라 대표권 및 대표행위의 본질로부터 당연히 도출되는 것이다. 대표권남용 행위의 원칙적 효과에 관한 판례의 입장도 동일한 것으로 평가된다.<sup>15)</sup> 결국, 대표권남용 행위의 효과를 법인으로 귀속시키기 위하여 굳이 제126조에 의존할 필요가 없다는 결론에 이르게 된다.

요컨대, 전형적인 대표권남용에 대해서는 제126조에 의하여 해결할 것

15) 판례의 입장으로서 대표적인 것으로는, “주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하다”(대법원 1988. 8. 9. 선고, 86다카1858 판결; 대법원 1993. 6. 25. 선고, 93다13391 판결; 대법원 1997. 8. 29. 선고, 97다18059 판결 등 참조)라는 형식의 판시를 들 수 있다.

이 아니라는 생각이 든다. 이와 같은 시각은 위에서 소개한 종래의 모든 학설과 전혀 다른 것이다.

(2) 대표권남용행위의 법인으로서의 효과귀속과 제35조 제1항의 관계

대표권남용에도 불구하고 그 행위의 효과가 법인으로 귀속하게 되면 법인으로서서는 이행책임을 부담할 뿐 법인의 불법행위책임은 문제되지 않는다. 그러나 대표권남용 행위의 효과가 법인으로 귀속되지 않는 경우가 있을 수 있는데, 이때에는 법인의 불법행위책임이 문제될 수 있다. 대표권남용 행위로 인하여 손해를 입은 상대방이 법인에 대하여 손해배상책임을 물을 수 있기 때문이다. 즉 대표기관의 대표권남용 행위가 제35조 제1항의 요건을 충족하는 때에는 법인은 피해자인 상대방에게 그 손해를 배상하여야 한다. 그런데 이 문제는 대표권남용 행위의 효과가 법인으로 귀속되지 않은 사유가 무엇인가에 따라 해결방법에 차이가 있게 된다. 그 사유를 분류하면 다음과 같다: ① 상대방이 대표권남용 사실에 대하여 악의이거나 중과실로 알지 못한 경우; ② 상대방이 대표권남용 사실에 대하여 경과실로 알지 못한 경우; ③ 그 밖의 사유(특히 대표행위가 무효·취소된 경우)로 인한 경우.

<1> ①의 경우에는 대표권남용 행위의 효과가 법인으로 귀속하지 않고, 또한 법인의 불법행위책임이 성립될 여지도 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 상대방이 악의이거나 중과실이라는 사실은 그가 대표권남용으로 인하여 발생하는 손해를 인수한 것<sup>16)</sup>으로 해석하는 것이 형평의 관념 내지 신의칙(특히 모순행위금지의 원칙)에 비추어 타당하기 때문이다.

<2> ②의 경우에도 판례<sup>17)</sup>는 대표권남용 행위의 효과가 법인으로 귀

16) “피용자의 불법행위가 사용자의 사무집행행위에 해당되지 않음을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 피해자는 사용자에게 대하여 사용자 책임을 물을 수 없다”(대법원 1983. 6. 28. 선고, 83다카217 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고, 97다19687 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고, 2002다27088 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고, 2003다34045 판결)라는 판례도 이와 같은 취지로 이해된다.

17) 대법원 1975. 3. 25. 선고, 74다1452 판결: “조합의 이사장직무대행자가 자기의 이익을 위한 것이고 조합을 위하여 차용하는 것이 아님을 대부자가 주의했다라면 알

속하지 않는 것으로 판단한다.<sup>18)</sup> ①의 경우와 달리 이 경우에는 법인의 손해배상책임이 성립할 여지가 있다. 왜냐하면 상대방의 악의·중과실의 경우와 달리 상대방이 경과실로 인하여 대표권남용 사실을 알지 못했다면 상대방이 그 손해를 인수한 것으로 해석할 수는 없을 것이기 때문이다. 여기에서 다음과 같은 사실에 유의할 필요가 있다: ‘제107조 제1항 단서 유추적용설’에 있어서 경과실의 경우에 손해배상책임이 성립하게 되면 논리적으로 언제나 過失相計가 행해져야 한다. 그 이유는 다음과 같다: 대표권남용으로 인한 법률행위가 법인에게 귀속하지 않는다는 것은 곧 거래 상대방(즉 불법행위 피해자)에게도 過失이 있다는 의미를 포함하는 것이다; 불법행위 피해자에게 過失이 있다면 손해배상액 산정에 있어서 반드시 이를 고려하여야 한다.<sup>19)</sup> 代表權濫用과 代理權濫用으로부터 비롯된 불법행위의 문제에 있어서 판례가 언제나 過失相計를 고려하고 있는 것은 바로 이와 같은 상황에 기인한 것이다.

<3> ③의 경우에 법인의 불법행위책임이 성립할 여지가 있다. 대표행위가 무효·취소된 경우가 그 대표적인 예이다.

위의 논의를 통하여 법인의 불법행위책임(제35조 제1항) 성립에 결정적인 영향을 미치는 것은 대표권남용행위의 효과가 법인으로 귀속하는가 여부에 있음을 알 수 있다.

### (3) 제126조와 제35조 제1항의 경합 가능성에 대한 평가

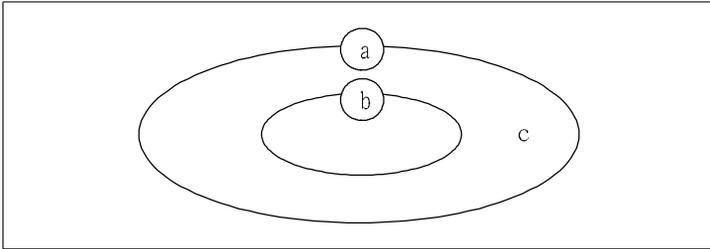
대표권남용을 둘러싸고 전개된 종래의 학설논쟁은 모두 제126조와 제

수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서를 유추하여 그 대차계약은 조함에 대하여 효력을 발생할 수 없다.” 그 밖에 대법원 1988. 8. 9. 선고, 86다카1858 판결; 대법원 1997. 8. 29. 선고, 97다18059 판결 참조.

- 18) 판례에 대한 비판적 시각으로서 대표권남용 사실에 대하여 악의이거나 중과실로 인하여 알지 못한 때에 한하여 당해 행위의 법인으로서의 효과귀속을 부정하여야 한다는 입장에 대해서는 명순구, 주 2, 209면 참조. 이 입장에서 보면 ②의 경우는 법인에게 대표권남용 행위의 효과가 귀속하므로 제35조 제1항이 문제되지 않는다.
- 19) 대법원 1967. 3. 21. 선고, 66다2660 판결: “피해자에게 과실이 있는 경우 가해자가 과실상계를 주장하지 아니하였다 하더라도 손해배상액을 정함에 있어서 이를 참작하지 아니하였음은 잘못이다.”

35조 제1항의 경합 가능성을 인정하고 있다. 경합 가능성은 인정하되 어느 것이 우선적용되는가를 놓고 견해를 달리하는 것이다. 여기에서 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다: 제126조와 제35조 제1항이 우선적용을 고민해야 할 정도로 그렇게 동시에 적용될 수 있는 상황이 그렇게 빈번한 것일까?

이해의 편의상 그림을 가지고 논의를 해본다(법인의 목적범위(a), 대표기관의 직무범위(b), 대표권이 제한된 범위(c)).



우선, 이들 사이의 대소관계는 원칙적으로는 다음과 같을 것이다:  $a=b$ ;  $c=0$ . 그러나 대표권이 제한된 때에는 이들 사이의 대소관계는 다음과 같이 된다:  $a>b$ ;  $c>0$ . 다음에서는  $[a>b; c>0]$  경우를 전제로 논의를 전개하기로 한다.

대표기관이 법인의 이름으로 한 대표행위로서 그것이 위 도표의 b영역에 속하는 행위이기는 하나 그 행위가 대표기관 자신 또는 제3자의 이익을 도모하기 위한 대표권남용 행위의 경우, 法人이 제35조 제1항 제1문에 따라 불법행위책임을 질 수 있다는 것은 위에서 본 바와 같다. 한편, b영역에 있어서 제126조의 유추적용을 긍정하는 전제 위에서 제35조 제1항과 제126조의 관계를 논의하는 학설이 있었는데, 이에 대하여 수긍할 수 없음을 밝혔다. 제126조의 유추적용을 고려하기 위해서는 대표행위가 대표권을 벗어난 것이어야 하는데, 대표권남용은 대표권의 객관적 범위 내에서 이루어진 행위를 전제로 하는 것이기 때문이다.<sup>20)</sup>

20) “법인의 이익을 위하여 행사되지 않은 대표권은 무효이다.”라는 입장을 채택한다면

c영역은 어떠한가? c영역은 사정이 다르다. c영역은 대표권의 객관적 범위 밖의 것이다. 그러므로 c영역에 있어서는 제126조의 성립 여부를 고려할 여지가 있다. 또한 c영역은 이른바 ‘外形理論’에 따라 제35조 제1항이 적용될 수 있는 영역이다. 이러한 논리에 따른다면, 결국 c영역에서는 제35조 제1항과 제126조의 관계를 고려할 수 있는 여지가 있게 된다.<sup>21)</sup> 예를 들면, 법인의 대표기관이 자신의 경제적 이익을 도모하기 위하여 대표권을 벗어나 他人과 일정한 거래행위를 한 경우이다. 이에 대한 종래 학설의 기본적 논의방향은 다음과 같다: “제35조 제1항에 따라 법인으로 하여금 他人에게 손해배상을 하도록 할 것인가?” 아니면 “제126조를 유추적용하여 법인으로 하여금 대표기관이 형성한 법률행위에 대하여 이행 책임을 지도록 할 것인가?” 이와 같은 기본방향 위에서 ‘126조 우선적용설’·‘제35조 우선적용설’·‘상대방선택설’과 같은 학설<sup>22)</sup>이 주장되고 있다. 다음에서는 이들 학설을 비판적 시각에서 검토해 보기로 한다.

<1> 제126조 우선적용설에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다: 표현대리는 상대방이 주장하는 경우에 비로소 문제되는 것이며, 표현대리를 주장할 것인가 여부는 상대방의 선택에 달려 있는 것이다; 그런데 제126조 우선적용설에 따르면 상대방에게 제126조의 주장을 강요하는 결과가 된다.

<2> 제35조 제1항 우선적용설도 마찬가지로의 문제점을 내포하고 있다. 즉 제126조와 제35조 제1항이 서로 法條競合의 관계에 있다고 할 수도 없는데, 어떻게 상대방의 권리를 법인에게 불법행위 책임을 묻는 것으로 한정할 수 있겠는가?

<3> 한편, 상대방선택설은 제126조 우선적용설과 제35조 제1항 우선적용설과 같은 문제는 없다. 그런데 여기에서 제126조와 제35조 제1항이 동시에 성립하는 경우는 실제로 존재하지 않는다는 사실에 유의할 필요가 있다. 경우를 구분하여 살피기로 한다.

영역에서 제126조의 유추적용이 가능하다는 점은 위에서 살펴보았다.

21) 이러한 입장에 따라 대표기관의 권한초과(權限超過)의 경우에 한하여 제35조 제1항과 제126조의 성립 및 양자간의 관계를 설명하는 입장으로서는 郭潤直 편/洪日杓 집필, 民法注解 Ⅱ(博英社, 1992), 594-596면 참조.

22) 학설의 소개에 대해서는 郭潤直 편/洪日杓 집필, 앞의 책, 594~595면 참조.

첫째로, 대표권의 제한이 등기되어 있는 경우를 보자. 이때에는 제126조의 유추적용 가능성이 없다. 그 이유는 이러하다: 제126조가 고려되기 위해서는 상대방이 문제의 대표행위에 대하여 대표기관에 대표권이 없다는 사실을 모른 데에 과실이 없어야 한다; 그런데 대표권 제한이 등기되어 있음에도 불구하고 상대방이 대표기관과 대표권의 범위를 초과하는 거래행위를 하였다면 그 상대방에게는 최소한 과실이 존재하는 것으로 보아야 한다. 결국, 대표권의 제한이 등기되어 있는 경우에는 제126조의 유추적용 가능성이 처음부터 발생하지 않는다.

둘째로, 대표권의 제한이 등기되어 있지 않은 경우이다. 이 경우에 있어서 법인이 대표권의 제한을 가지고 제3자에게 대항할 수 있는가 여부에 대하여 학설·판례상 견해의 대립이 있다. 판례 및 소수설은 대표권의 제한이 등기되어 있지 않다면 제3자가 대표권의 제한사실에 대하여 악의 또는 중과실이라 하더라도 법인은 대표권의 제한을 가지고 제3자에게 대항할 수 없다는 입장이다. 대표권의 제한이 등기되어 있지 않은 경우에 있어서 판례 및 소수설에 따르면, 대표권을 초과한 대표행위에 대하여도 대표기관에게 대표권이 있는 것으로 된다. 즉 제126조의 유추적용 가능성이 처음부터 발생하지 않는다. 그러므로 대표권의 제한이 등기되어 있지 않은 경우에 있어서 소수설을 취하면서 제126조의 유추적용 가능성을 말하는 학설이 있다면 이는 논리모순이다.

한편, 판례 및 소수설의 입장과 달리 다수설은, 대표권의 제한이 등기되지 않았더라도 대표권제한 사실에 대하여 제3자가 악의 또는 중과실인 때에는 대표권의 제한을 가지고 제3자에게 대항할 수 있다고 한다. 다수설의 입장에서는 제35조 제1항과 제126조의 관계를 어떻게 볼 수 있겠는가? 경우를 나누어서 살펴보자. ① 우선, 거래상대방이 대표권 제한사실에 대하여 악의·중과실인 경우를 보자. 이때에는 문제의 대표행위에 대하여 대표기관에 대표권이 없는 것으로 된다. 그렇다면 이 때 제126조의 유추적용을 고려할 수 있겠는가? 부정하여야 할 것이다. 왜냐하면 문제의 행위가 대표권의 범위 밖에 있는 것이기는 하지만 거래상대방이 대표권 제한사실에 대하여 악의 또는 중과실이므로 제126조의 성립요건을 충족하지 못하기 때문이다. 그리고 이와 같이 상대방이 악의 또는 중과실인 때에는 제35조 제1

항도 적용될 수 없다. 왜냐하면 거래상대방의 입장에서 당해 대표행위가 대표기관의 직무범위에 속하지 않는다는 것을 알았거나 중과실로 알지 못한 경우에는 제35조 제1항에 의한 법인의 불법행위책임이 성립하지 않기 때문이다. ② 다음으로, 거래상대방이 대표권 제한사실을 경과실로 알지 못한 경우를 보자. 이 때에도 제126조의 유추적용을 고려할 수는 없다. 왜냐하면 문제의 행위는 제126조에 문의할 필요도 없이 법인의 행위로 귀속되기 때문이다. 그리고 이 경우에는 제35조 제1항이 고려될 여지도 없다. 왜냐하면 문제의 행위가 법인으로 귀속하게 되면 상대방에게는 손해배상청구권의 제1차적 요건인 손해가 존재하지 않기 때문이다. ③ 끝으로, 거래상대방이 대표권 제한사실을 몰랐고 이에 대하여 과실도 없는 경우를 보자. 이 때에도 제126조의 유추적용을 고려할 여지가 없다. 문제의 거래행위는 법인의 행위로 귀속되기 때문이다. 또한 문제의 행위가 법인으로 귀속하기 때문에 제35조 제1항의 적용가능성도 없다.

요컨대, 대표기관이 제3자와 대표권을 초과하는 대표행위를 한 경우에 제35조 제1항과 제126조가 동시에 성립할 수 있는 경우는 실제로 존재하지 않는다. 한편, 설령 제35조 제1항과 제126조가 동시에 성립할 수 있다 하더라도 그 중 어느 것을 우선하여 적용한다는 식의 주장은 받아들이기 어렵다. 어떤 사람이 제35조 제1항 또는 제126조를 근거로 자신의 권리를 소구한다면 그것은 각각 별개의 소송물이다. 예를 들어 원고가 제35조 제1항에 따라 법인의 불법행위책임을 소구하고 있는 상황에서 법원이 제126조 우선적용설의 취지에 따라 제126조의 성립 여부를 직권으로 판단할 수는 없는 일이다.

## Ⅳ. 표현대리와 일상가사대리권의 관계

### 1. 문제의 소재

부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있고(제827조 제1항), 부부 일방이 일상의 가사에 관하여 법률행위를 한 때에는 타방은 그로 인

한 채무에 대하여 연대책임이 있다(제832조 본문). 이들 규범은 우리 민법이 법정부부재산제로서 별산제(제830조 제1항)를 채택하고 있음에도 불구하고 혼인의 생활공동체로서의 성격을 최소한으로 보장하는 장치로 이해되고 있다.<sup>23)</sup>

일상가사의 범위를 넘는 부 또는 처의 법률행위에 대하여 일상가사대리권을 기본대리권으로 하여 제126조의 표현대리를 인정할 수 있는가? 이 논의는 제126조의 요건론 및 일상가사대리권의 성격과 연관된 것으로 이에 대하여 종래 수많은 연구물을 통하여 극히 다양한 견해가 제시되었다. 다음에서는 종래의 주요 학설과 판례를 소개하고(2) 그 적정성에 대하여 평가해 보기로 한다(3).

## 2. 종래의 학설·판례 상황

### (1) 일상가사대리권의 성격

제827조 제1항은 “부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다.”라고 규정한다. 文言으로만 보면 부부는 서로를 위한 대리인의 지위에 있다고 말할 수 있다. 그런데 일상가사대리권의 성격에 대해서는 여러 가지의 견해가 서로 엇갈리고 있으며 그 대강은 다음과 같다:<sup>24)</sup> ① 행위의 효과가 귀속하는 주체에 주목하여 혼인공동체를 대표한다고 보는 입장(소위 “대표권설”); ② 법규정에 의하여 대리권이 인정되는 일종의 법정대리로 보는 입장(소위 “법정대리권설”).

법정대리권설에 따라 제827조 제1항의 일상가사대리권의 법적 성격을 파악하게 되면 이론적으로 다소 어색한 상황에 처하게 된다. 왜냐하면 부부는 최소한 일상가사에 관해서는 각자 독자적으로 법률행위를 할 수 있

23) 일상가사대리권의 연혁과 비교법에 대해서는 이화숙, “부부별산제와 일상가사대리권, 그리고 표현대리와의 긴장관계”, 『민사법학』, 제13·14호(1996), 285~286면 참조.

24) 이에 관한 학설의 출발은 모두 일본민법학이며 관련 문헌에 대해서는 권오승, “민법 제126조의 표현대리와 일상가사대리권 - 대법원 1981. 6. 23 판결 80다 609 -”, 『민사판례연구』, 제5집(1983), 13~14면 참조.

다고 보는 것이 일상가사라는 관념을 설정한 취지일진대 그 취지와 전혀 달리 부부일방의 일상가사에 관한 법률행위는 모두 대리행위의 형식을 가지기 때문이다. 일본구민법<sup>25)</sup> 제804조 제1항<sup>26)</sup>의 문언에도 불구하고 일본의 학계에서 대표권설이 주창되고 그것이 다수설의 위치를 차지하였던 이유를 이해할 수 있을 것 같다. 그런데 이와 같은 시각에 대해서는, ‘대표’라는 개념은 법인을 전제로 하는 것인데 혼인공동체에 대하여 대표라는 용어를 사용할 수 있을까 하는 비판이 가능할 것 같다.

## (2) 일상가사대리권과 제126조의 표현대리

제827조 제1항의 부부간의 일상가사대리권은 부부가 공동체로서 가정생활상 항시 행하여지는 행위에 한하는 것이므로<sup>27)</sup> 부부 일방이 타방 명의의 재산을 처분한다든가 담보로 제공하는 행위가 일상가사에 속하지 않음은 의문의 여지가 없다. 문제는 이와 같은 경우에 제126조의 표현대리를 적용할 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해서는 학설이 분분하며 그 중 대표적인 것으로는 다음과 같다:<sup>28)</sup> ① 일상가사대리권은 법정대리권이고 법정대리권에도 제126조가 적용되므로 일상가사대리권을 넘는 대리행위에도 제126조를 적용하여야 한다는 입장(제1설); ② 일상가사의 범위를 넘은 행위 모두에 대하여 제126조를 적용할 것이 아니라 그 넘은 범위가 일상가사의 범위 내였다고 믿은데 정당한 이유가 있는 경우에만 적용하여야 한다는 입장(제2설); ③ 사회통념에 기초한 일반적 추상적인 일상가사의 범위와 개별적 구체적인 일상가사의 범위가 어긋날 경우에 후자의 범위를 벗어난 행위로서 전자의 범위내의 행위에 대하여서만 본조의 규정이 유추적용되어야 한다는 입장(제3설); ④ 부부간의 일상가사대리권은 그 범위가 ‘일상의 가사’에 한정되어 있으므로 월권행위에 대하여 제126조를

25) 1946년 개정되기 전의 일본민법을 말한다.

26) “日常의 家事에 대하여는 妻는 夫의 대리인으로 간주한다.”

27) 대법원 1985. 3. 26. 선고, 84다카1621 판결; 대법원 1993. 9. 28. 선고, 93다 16369 판결 등 참조.

28) 학설과 문헌에 대해서는 金承鎮 “權限을 넘은 表見代理”, 『司法論集』, 제8집 (1977), 349면 참조.

적용할 수 없다는 입장(제4설). 제1설과 제2설은 일상가사대리권을 기본대리권으로 보고 제126조를 직접 적용하는데 반해, 제3설은 일상가사대리권의 성격을 대리권이 아닌 대표권으로 파악하는 입장(대표권설)에서의 주장이다. 종래 학설은 구체적인 내용에 있어서 약간의 차이가 있기는 하나 제4설을 제외한 나머지 학설은 제126조를 적용하거나 혹은 유추적용하여야 한다는 입장이다.

판례의 입장은 어떠한가? 이 분야에 관한 우리나라 판례이론은 약간의 변천이 있었는데 이는 일본 판례의 영향으로 보인다.<sup>29)</sup> 일본의 초기 판례는 위 제1설과 같이 일상가사대리권을 기본대리권으로 보고 제110조<sup>30)</sup>를 적용하는 입장을 취하다가 그 후 판례를 변경하여 부부의 일방이 일상가사에 관한 대리권의 범위를 넘어 제3자와 법률행위를 한 경우에 있어서 그 대리권의 존재를 기초로 해서 널리 일반적으로 제110조의 표현대리의 성립을 긍정하는 것은 부부의 재산적 독립을 위태롭게 할 염려가 있어서 상당하지 않으므로 부부의 일방이 타방에 대해서 다른 어떤 대리권을 수여하지 않은 이상 상대방이 그 행위가 부부의 일상가사대리권의 범위내라고 믿음에 정당한 이유가 있는 범위내에서 본조를 유추적용할 뿐이라는 취지로 판시한 이후<sup>31)</sup> 이 판례가 그대로 이어졌다. 즉 일상가사대리권은 제126조의 기본대리권은 아니고 다만 경우에 따라 제126조가 유추적용될 뿐이라는 것이 일본 판례이론의 취지이다.

우리나라 판례는 상당한 기간 동안 제1설과 같이 일상가사대리권을 기본대리권으로 하여 제126조의 적용을 널리 인정하는 입장을 취해 오다가<sup>32)</sup> 1969년 6월 24일 대법원은 다음과 같은 판결을 내놓았다.

29) 이에 대해서는 金承鎭, 앞의 글, 350면 참조.

30) 일본민법 제110조는 한국민법 제126조에 상응하는 규정이다.

31) 大審院 昭和 44. 12. 18. 민집 23.12. 2476면.

32) 특히 대법원 1967. 8. 29. 선고, 67다1125 판결: “비록 원고가 자기의 처에게 본건 저당권설정에 관한 권한을 수여한 사실이 없다는 치더라도 부부 사이에는 일상의 가사에 관하여 대리권이 있는 것이므로 위의 ○○○의 행위는 권한 밖의 법률행위를 한 경우에 해당한다고 볼 수 있는 것이요, (대법원 1966.5.10. 선고, 66다279 판결, 본건 환송판결), 저당권을 취득한 상대방인 피고가 위에서 본 바와 같이 ○○○에게 그러한 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다면, 본인되는 원고는 ○○○의 행위에 대하여 책임을 져야 되는 것이다.”

“민법 제827조 1항의 규정상 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리할 권한이 있는 것이라 할지라도 일반 사회통념상 남편이 아내에게 자기 소유의 부동산을 처분하거나 담보로 제공케 하고 그로 인한 등기절차를 함에 필요한 대리권을 수여하는 것은 이례에 속한다고 할 것이니 만큼 아내가 그러한 이례적인 행위를 가하였을 경우에는 상대방에게 그 행위에 관하여 남편이 대리권을 수여한 것이었다고 믿을 만한 충분한 객관적인 사정이 없는 한 그것을 민법 제126조나 제129조 소정의 표현대리에 해당하는 것이라고 할 수 없다는 것이 당원 판례의 견해(이에 관한 판례 등 중에는 표현상 그 취지가 다소 다른 듯한 것도 있으나 그 사안의 내용과 대비하여 봄으로써 모두 위와 같은 견해였음을 알 수 있다)”<sup>33)</sup>

위 판결은 종전의 판례가 일상가사대리권을 기본대리권으로 설정하는 태도를 명백히 했던 것과 비교해 볼 때 뚜렷한 차이를 보이고 있다.<sup>34)</sup> 그 이후 대법원은 부부 일방이 타방으로부터의 특별한 수권 없이 대리행위를 한 경우 민법 제126조의 표현대리가 성립하기 위한 요건에 대하여 다음과 같은 정형적인 기준을 제시하고 있다.

“민법 제827조에서 말하는 ‘일상의 가사’라 함은 부부가 공동생활을 영위하는 데 필요한 통상의 사무를 말하는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 부동산을 처분하는 행위는 일상의 가사에 속한다고 할 수 없는 것이고, 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 표현대리가 되려면 처에게 일상가사대리권이 있었다는 것만이 아니라 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다.”<sup>35)</sup>

부부 일방이 타방의 재산에 대하여 대리행위를 한 경우에 제126조의

33) 대법원 1969. 6. 24. 선고, 69다633 판결.

34) 그런데 대법원은 위 판례 인용부분 말미 괄호에 “(이에 관한 판례 등 중에는 표현상 그 취지가 다소 다른 듯한 것도 있으나 그 사안의 내용과 대비하여 봄으로써 모두 위와 같은 견해였음을 알 수 있다)”라는 이례적인 설명을 부가하여 판례이론을 정리하고자 하는 의지를 보이고 있다.

35) 대법원 1981. 8. 25. 선고, 80다3204 판결 참조. 그 밖에 대법원 1971. 1. 29. 선고, 70다2738 판결; 대법원 1984. 6. 26. 선고, 81다524 판결; 대법원 1997. 4. 8. 선고, 96다54942 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2008다95861 판결 등도 참조.

적용 여부가 문제된 사안에 대하여 현재 판례가 제827조 제1항의 일상가사대리권을 기본대리권으로 하고 있는지 여부를 명확하게 판단하는 것은 쉽지 않다. 그러나 이와 같은 사안에 있어서 일상가사대리권의 위상을 종전과는 확연히 다른 시각에서 바라보고 있다는 점은 확실하다.

### 3. 종래의 학설·판례에 대한 평가

#### (1) 제827조 제1항의 범이념·법정책적 타당성: 부정

일상가사대리권의 문제는 제827조 제1항의 대리권이 제126조의 적용요건인 기본대리권으로 작용할 수 있는가를 중심으로 논의되었다. 이에 관한 학설의 적정성 평가에 앞서 제827조 제1항의 규정 자체에 대하여 입법정책의 시각에서 그 적정성을 평가해 보는 것도 무의미하지는 않을 것 같다. 만약 이 평가가 부정적이라면 제827조 제1항을 기본대리권으로 설정하고자 하는 학설의 입지는 크게 축소될 것이기 때문이다.

결론부터 말하자면 제827조 제1항은 근대적 관념의 혼인과는 어울리지 않는 규정이다.<sup>36)</sup> 연혁적으로 볼 때 이 규정은 혼인으로 인하여 아내의 인격이 남편의 인격으로 흡수되는 것으로 관념한다든가 혹은 혼인과 함께 아내가 무능력자로 되는 법제에 있어서 일상가사의 범위 안에서는 아내가 남편의 대리인으로서 법률행위를 할 수 있도록 허용한 것으로부터 비롯된 것이다. 제827조 제1항의 모범이 된 일본구민법 제804조 제1항의 문언은 이 사실을 잘 보여준다. 우리 민법의 입법자는 양성평등의 이념을 반영하여 일본구민법의 문언을 부부간의 상호대리권으로 변경하여 규정하였다.<sup>37)</sup> 그런데 입법기술의 시각에서 본다면 일상가사대리권을 전면적으

36) 같은 취지로 이화숙, 앞의 글, 299 이하 참조.

37) 민법 제정의 어느 단계에서도 이 규정이 부부간 인격의 독립 및 평등의 관념과 어울리지 않는다는 사정을 인식하지는 못했던 것으로 추측된다. 현행민법 제827조에 해당하는 민법원안 제820조에 대한 심의과정에서 민의원 법제사법위원회 민법안심의 소위원회는 아무런 논의 없이 “原案에 合意”했다는 기록만을 남기고 있다(民議院法制司法委員會 民法案審議小委員會, 民法案審議錄 下卷(1957), 491~492면 참조).

로 삭제하고 일상가사에 관한 법률행위에 대하여 부부간에 연대책임을 인정하는 취지의 규정만을 두는 것이 보다 더 타당했을 것 같다.<sup>38)</sup> 부부간의 평등한 지위를 전제로 하여 생각한다면 일상가사는 부부가 혼인공동체를 위하여 각각 자신의 이름으로 법률행위를 할 수 있는 권한을 부여하는 것이 타당할 것이다. 이와 같은 이유로 일상가사 영역의 사무에 대하여 부부에게 대리권과 연대책임을 함께 규정하는 우리 민법과 같은 입법 태도는 비교법적으로 상당히 이례적인 것이다.<sup>39)</sup> 우리 혼인법의 이념과 체계에서 볼 때 제827조는 그 타당성에 의문이 있다. 그렇다면 가령 일상가사대리권을 기본대리권으로 하여 제126조의 성립을 고민하는 것과 같이 제827조를 중심축으로 삼아 전개되는 학설은 기계적인 문리해석의 차원이라면 모르되 체계적·목적적 해석과는 거리가 멀다.

## (2) 학설·판례에 대한 비판

제827조 제1항에서 말하는 일상가사에 관한 법률행위라 함은 부부의 공동생활에서 필요로 하는 통상의 사무에 관한 법률행위를 말하는 것이다.<sup>40)</sup> 그런데 부부간에 제126조 표현대리가 문제되는 것은 일상가사와는 무관한 중요한 재산거래행위인 경우가 보통이다. 부부별산제를 법정재산제로 채택하고 있는 현행법 아래에서 일상가사대리권은 혼인공동체의 최

38) 일상가사에 관하여 부부간에 연대책임을 인정하는 규정(민법원안 제825조, 현행민법 제832조)의 취지에 대하여 民法案親族編審議要綱 제15항(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 앞의 책, 674면)은 부부 일방과 거래한 채권자 보호를 들고 있다. 그리고 일상가사대리권 규정의 입법취지도 이와 동일한 것으로 기록하고 있다.

39) 가령 프랑스민법(제220조 제1항)과 독일민법(제1357조 제1항)은 각각 1965년과 1976년 개정을 통하여 부부는 각자 일상가사에 관한 계약을 독자적으로 체결할 수 있고 타방이 부담한 채무에 대하여 연대책임을 부담한다는 취지의 규정을 두고 있다. 이와 같은 추세에 따라 일본민법도 1946년 개정에 따라 일상가사대리권 규정(개정 전의 일본민법 제804조 제1항)을 폐지하고 일상가사로 인한 채무의 연대책임만을 규정하였다(제761조).

40) 대법원 1981. 8. 25. 선고, 80다3204 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고, 97다31229 판결; 대법원 1999. 3. 9. 선고, 98다46877 판결; 대법원 2000. 4. 25. 선고, 2000다8267 판결 등 참조.

소환의 특성을 반영한 것에 불과할 뿐이다. 이러한 일상가사대리권을 기화로 일방배우자에 의하여 이루어진 타방배우자의 재산에 대한 중대한 간섭행위를 표현대리로 인정하여 타방배우자가 책임을 지도록 하는 것은 자기책임의 원칙의 측면에서 용인하기 어렵다고 본다.

이와 같은 시각에서 종래 학설과 판례를 살펴보기로 한다.

<1> 우선 제1설을 본다. 일상가사대리권은 법정대리권이고 법정대리권에 도 제126조가 적용되므로 부부 일방의 일상가사를 넘는 대리행위에도 제126조를 적용할 수 있다는 이 학설의 입론은 매우 논리적이기는 하다. 그러나 이 학설의 이론구성에 따르면 제126조의 적용을 위한 기본대리권의 요건은 무의미하다. 왜냐하면 부부간에는 제827조 제1항에 의하여 언제나 기본대리권의 요건이 충족된다고 해석되기 때문이다. 이렇게 본다면 부부 일방의 행위가 제126조의 표현대리의 요건(①기본대리권이 존재할 것, ②대리권의 범위를 초과하였을 것, ③상대방의 신뢰에 정당한 이유가 있을 것)을 충족하는가 여부를 판단함에 있어서 유일하면서도 결정적인 것은 ③이다. 또한 제1설은 기본대리권과 실제로 행해진 대리행위가 동종일 필요는 없다는 입장<sup>41)</sup>을 받아들여 일상가사와 절연된 시각에서 ③의 요건을 판단하고 있다. 그 결과 일상가사와 전혀 무관한 대리행위에 대하여 제827조 제1항을 기본대리권으로 하여 제126조의 표현대리를 인정하게 된다. 이와 같은 결과가 제827조 제1항의 취지와 동떨어진 것임은 물론이다. 그리고 부부 일방이 타방으로부터 부동산 처분에 필요한 대리권을 수여받은 것과 같은 외관을 가지고 있는 경우에 오히려 일반적인 사안에 비하여 ③의 요건을 충족하기 어렵다고 보아야 할 측면도 없지 않다는 점도 지적하고 싶다. 부부간에는 상대방의 인감이나 증서를 수월하게 손에 넣을 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 제827조 제1항을 기본대리권으로 하면서 제126조의 표현대리를 인정하는 제1설의 입장은 여러 단계의 논리적 조작을 통하여 이들 두 조문의 취지를 왜곡시키는 결과를 초래하고 있다는 평가가 가능하다. 1969년 6월 24일 이후로 대법원이 매우 명시적인 언어로 제827조 제1항이 제126조 적용을 위한 기본대리권이 아니라고 반복적으로 판시하는 것도 같은 맥락으로 이해하고 싶다.

41) 이러한 취지의 학설과 그 비판에 대해서는 명순구, 주 2, 504면 참조.

<2> 제2설은 일상가사의 범위를 넘은 행위 모두에 대하여 제126조를 적용할 것이 아니라 당해 행위가 일상가사의 범위 내라고 믿는데 정당한 이유가 있는 때에만 적용할 수 있다고 한다. 제2설은 제1설의 결정적 약점(즉 제126조의 요건 중 기본‘대리권의 존재’라는 요건을 무력화한다든가 제827조 제1항의 취지를 왜곡하는 것)을 피해가고 있다. 그러나 제2설에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다: 부부 일방에 의하여 이루어진 구체적 행위에 대하여 상대방이 이를 당해 혼인공동체의 일상가사라고 믿었고 그렇게 믿은 데에 정당한 이유가 있다면 당해 법률행위는 일상가사의 범위에 속하는 행위로서<sup>42)</sup> 제827조 제1항에 따라 그냥 적법한 대리행위로 평가하면 될 것이지 굳이 제126조의 적용을 고민할 이유가 무엇인가?

<3> 제3설은 제2설과 유사한 것으로 독자적 의미를 가진 학설로 보기 어렵다. “일반적 추상적인 일상가사의 범위”와 “개별적 구체적인 일상가사의 범위”는 각각 객관적 시각과 주관적 시각을 가리키는 것 같은데 법적 평가는 특별히 예외적인 경우를 제외하고는 두 시각이 동시에 고려된다는 사실에 유의할 필요가 있다. 그러므로 제2설은 법적 평가의 일반원칙을 달리 표현한 것에 불과하다. 설령 제3설의 기준을 적용한다 하더라도 그 결과는 제2설과 다를 것이 없다.

<4> 일상가사대리권은 그 범위가 ‘일상의 가사’에 한정되어 있으므로 그것을 넘은 행위에 대해서는 제126조를 적용할 수 없다는 제4설은 어떠한가? 일상가사와 제126조를 절연시키고 있다는 점에 대해서는 수궁이 간다. 그런데 이 학설이, 가령 아내가 대리인의 지위에서 남편 소유의 부동산을 제3자에게 매도한 사안이 부부간의 대리라는 이유로 제126조의 적용을 부정하고자 하는 것인지는 잘 알 수 없다. 만약 그와 같은 취지라

---

42) 일상가사의 판단에 대하여 대법원 2000. 4. 25. 선고, 2000다8267 판결: “일상의 가사에 관한 법률행위라 함은 부부의 공동생활에서 필요로 하는 통상의 사무에 관한 법률행위를 말하는 것으로, 그 구체적인 범위는 부부공동체의 사회적 지위·재산·수입 능력 등 현실적 생활 상태뿐만 아니라 그 부부의 생활장소인 지역사회의 관습 등에 의하여 정하여지나, 당해 구체적인 법률행위가 일상의 가사에 관한 법률행위인지 여부를 판단함에 있어서는 그 법률행위를 한 부부공동체의 내부 사정이나 그 행위의 개별적인 목적만을 중시할 것이 아니라 그 법률행위의 객관적인 종류나 성질 등도 충분히 고려하여 판단하여야 한다.”

면 제4설은 수공할 수 없다. 왜냐하면 부부간의 대리행위라 하더라도 제126조의 적용 여부가 문제될 수 있는 사안이 얼마든지 있기 때문이다.

<5> 판례는 어떠한가? 현재 판례가 제827조 제1항을 제126조의 적용을 위한 기본대리권으로 파악하는가에 대해서는 평가가 엇갈릴 수 있다. 다만 판례는 제126조의 표현대리가 되려면 가령 대리행위를 한 아내에게 일상가사대리권이 있었다는 사실뿐만 아니라 상대방이 남편이 아내에게 그 행위에 관한 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다는 입장이다. 판례의 입장에 대하여 일상가사대리권을 제126조의 성립을 위한 기본대리권으로 파악하는 것으로 새긴다면 제1설과 동일한 비판을 면할 수 없을 것이다. 한편 이와 달리 판례의 입장을 일상가사대리권을 기본대리권으로 인정하지 않는 것으로 새긴다면 제1설에서와 같은 비판은 면할 수 있을 것이지만 이때에는 약간의 이론적 보강의 여지가 있다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 논의하기로 한다.

### (3) 논의의 정리

위에서의 논의를 정리하면 다음과 같다.

<1> 일상가사의 범위를 판단함에 있어서는 판례가 제시하는 바와 같이 그 법률행위를 한 부부공동체의 내부사정이나 그 행위의 개별적인 목적만을 중시할 것이 아니라 그 법률행위의 객관적인 종류나 성질 등도 함께 고려하여 판단하여야 한다. 이렇게 하면 종래 학설이 제126조의 적용에 의하여 일상가사로 포섭하고자 했던 사안들을 제126조의 도움 없이 일상가사로 판단하여 그 범위 내에서 대리권을 인정한다든가(제827조 제1항) 연대책임을 인정할 수 있다(제832조). 요컨대, 원래는 일상가사에 속하지 않는 행위인데 제126조에 의하여 일상가사의 범위에 속하게 되는 경우는 없는 것으로 해석하여야 한다.

<2> 아내가 대리인의 지위에서 남편 소유의 부동산에 대하여 제3자와 매매계약을 체결한 것과 같은 행위는 어느 모로 보더라도 일상가사와는 무관한 법률행위이다.<sup>43)</sup> 이와 같은 부류의 대리행위는 비록 본인과 대리인이 부부관계에 있다 하여 특별히 달리 다루어야 할 이유가 없고 대리의 일반이

론에 따라 처리하면 될 문제로 본다. 1969년 6월 24일 이후로 최근까지 대법원도 같은 입장을 취하는 것으로 평가하고자 한다. 그런데 이와 같이 일상가사와 무관한 행위에 대한 대법원의 판례이론에는 결정적인 것은 아니지만 이론적 약점이 발견된다. 만약 일상가사대리권을 제126조의 적용요건인 기본대리권으로 보지 않는다면 무엇을 기본대리권으로 파악하여야 할 것인가 하는 문제가 그것이다.<sup>44)</sup> 관련 판례는 문제된 사안에 있어서 제827조 제1항만으로는 부족하다고 할 뿐 달리 제126조의 성립을 위한 기본대리권을 언급하지는 않고 있기 때문이다. 생각건대, 기본대리권은 오히려 부부 일방이 타방에게 인감, 인감증명서, 등기권리증과 같은 것을 교부한 사실 자체에서 찾을 수 있다고 생각한다. 즉 인감·증서 등을 수여한 행위가 제125조의 표현대리를 구성하는 것으로 해석하고, 제125조와 제126조의 복합적용에 의한 표현대리가 성립하는 것으로 이해하면 될 것으로 본다. 한편, 가령 부부 일방이 타방에게 자기 소유의 부동산에 저당권을 설정하여 금전을 대차하는 내용의 대리권을 실제로 수여하였는데 그 권한을 넘어 당해 부동산을 매각한 사안이라면 이는 제126조가 적용되는 전형적인 경우에 해당할 것이다.

## V. 결 론

위에서는 ① 표현대리와 무권대리인의 책임(제135조 제1항)의 관계, ② 표현대리(특히 제126조)와 법인의 불법행위책임(제35조 제1항 제1문)의 관계, ③ 표현대리(특히 제126조)와 부부간의 일상가사대리권(제827조 제1항)의 관계, 이들 세 분야에서 벌어지고 있는 학설논쟁에 대하여 그 적정성을 평가해 보았다. 이들 세 가지의 논의는 모두 일본 민법학에서의

- 
- 43) 대법원 1970. 3. 10. 선고, 69다2218 판결: “남편 부동산의 처분에 관한 아내의 대리권은 이례에 속하므로 본조 소정의 표현대리가 되려면 아내에게 가사대리권이 있다는 것만으로는 부족하고 남편이 아내에게 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음은 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 할 것이다.”
- 44) 제126조의 표현대리가 성립하기 위해서는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 한다는 것이 판례의 일관된 입장이다(대법원 1992. 5. 26. 선고, 91다32190 판결 등 참조).

논의가 의용민법 시대를 거쳐 지금까지 이어진 것이다.

첫째, ①에 관하여 생각해 본다. ①에 관한 학설은 그 내용상 모두 어떤 행위가 표현대리의 요건을 구비했음에도 불구하고 대리행위의 상대방이 이를 주장하지 않은 상황을 전제로 하고 있다. 그런데 표현대리와 무권대리인의 책임(제135조 제1항)은 각각 별개의 소송물로서 그 확정시기가 다를 수밖에 없다. 동일한 시점에서 판단되지 않는 두 가지의 법률요건을 놓고 중복적용 여부에 대하여 논란을 벌이는 일은 그 내용의 타당성 문제를 떠나 그 논의 자체의 적정성에 의문을 가질 수밖에 없다.

둘째, ②에 관하여 생각해 본다. 대표권남용에 대해서는 대리권남용과 같은 차원에서 논의하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>45)</sup> 이와 달리 우리나라 지배설의 입장은 대표권남용을 논의함에 있어 제35조 제1항 혹은 제126조의 관계의 시각에서 바라보고 있다. 대표권남용 행위의 효과를 법인에게 귀속시키기 위해서 굳이 제126조에 문의할 것은 아니고 대표의 속성 자체에서 접근하는 것이 타당하다고 생각한다. 그런데 여기에 있어서도 각 학설의 내용상의 타당성 문제를 떠나 그 논의 자체의 적정성에 의문을 가지게 된다. 대표권남용이 있는 경우에 제35조 제1항과 제126조가 동시에 성립할 수 있는 경우는 실제로 존재하지 않기 때문이다. 그리고 제35조 제1항과 제126조에 기한 권리주장이 각각 별개의 소송물이며 동일한 시점에서 판단되지 않는 법률요건이라는 점에서는 위 ①에서와 동일한 문제점을 지적할 수 있다.

셋째, ③에 관하여 생각해 본다. ③의 경우는 논의 자체의 적정성에 의문이 가는 정도는 아니라는 점에서 ①·②와는 약간 차이가 있다. ③에서의 근본적인 문제는 대리권의 범위를 넘었다는 사실에만 집착하여 우리 민법상 부부재산제의 기본구조와 제827조 제1항의 규범취지를 깊이 고려하지 않은 채 성급하게 제126조의 논의로 넘어갔다는 점이다. 특히 제827조 제1항을 기본대리권으로 하여 제126조의 성립을 인정하고자 하는

---

45) 의용민법과 달리 현행민법은 법인의 대표에 관하여 대리에 관한 규정을 준용한다는 취지를 명문으로 정하고 있다(제59조 제2항). 이 규정의 입법경위에 대해서는 명순구, 실록 대한민국민법 1(법문사, 2008), 217~219면 참조.

학설은 극단적인 형식논리로 인하여 양 조문의 규범의미를 왜곡하는 결과까지 초래하게 된다. 제827조 제1항의 규범용량은 일상가사에 한정되는 것으로 보아야 할 것이다. 부부 일방이 주관적·객관적으로 일상가사를 초과하여 타방의 대리인의 지위에서 체결한 법률행위에 대해서는 제126조의 일반이론에 따라 해결할 수 있고 또 그리하는 것이 마땅할 것이다. 현재 확고하게 자리잡은 판례의 입장도 이와 같은 취지로 평가된다.

한국 민법학의 학설을 돌아보면 “승마용 말의 새끼가 천연과실이니 아니니...”와 같은 저급한 논쟁에서부터 민법학의 발전을 이끌어가는 논쟁에 이르기까지 그 수준이 극히 다양하다. 오래전부터 있어왔다는 이유만으로 종래의 학설논쟁에 덩석 참여할 것은 아닌 것 같다. 하찮은 싸움을 계속하다보면 그것을 세상사의 전반적인 수준으로 착각하기 쉽고, 그리되면 정작 큰 것을 볼 수 있는 눈을 잃어버릴 수도 있다. 모름지기 학문이 경계해야 할 일이다. 현행민법 시행 50주년을 눈앞에 두고 있는 이때 학설 논쟁의 적정성을 고민해야 할 이유가 여기에 있다.

**【영문초록】**

**Assessing the appropriateness of theoretical debates  
concerning apparent authority**

*Myoung, Soon-Koo*

Theories are a natural scientific phenomenon which play an important role in legal policy, legal interpretation and other areas of jurisprudence. Various viewpoints in a theoretical debate can serve as a stimulus in the advancement of science. However there are certain debates which are doubtful in terms of their appropriateness. Such debates are not unknown in civil jurisprudence. The lack of appropriateness is due to differing reasons: debates that lack both theoretical and practical utility; debates that are flawed in their presumptions; debates that do not hold for Korean civil law due to its specificities; debates that were relevant for Old Civil Law but not for New Civil Law and etc.

Korea should be able to contribute to world legal culture in a way commensurate with its international status and prestige. For such purposes we need to reflect on our past as a means of setting the proper course for the future. Assessing the appropriateness of theoretical debates can free our jurisprudence from inefficiency thereby laying the foundation for a fresh start.

From such a viewpoint, the present paper examines three theoretical debates concerning apparent authority. First, the relationship between apparent authority and unauthorized agency(Korean Civil

Law article 135 paragraph 1)(II). Second, the relationship between apparent authority(especially article 126) and corporate tort liability(article 35 paragraph 1)(III). Third, the relationship between apparent authority(especially article 126) and the right of representation on ordinary family affairs(article 827)(IV). The first debate is flawed in its presumption. The second debate is not only based on illogical reasoning and a confusion of concepts but also rests on unrealistic assumptions. Moreover the above two debates do not account for the oral proceeding system, thereby placing the efficacy of the debates under doubt. The third debate neglects our legal system's philosophy and structure which in turn leads to a rather awkward application of the theory of apparent authority in practice.

### 【참고문헌】

#### 단행본

- 張庚鶴, 『民法總則』, 法文社, 1985.  
高翔龍, 『民法總則』, 法文社, 2001.  
郭潤直, 『民法總則』, 博英社, 2001.  
金相容, 『民法總則』, 法文社, 2001.  
金容漢, 『民法總則論』, 博英社, 1986.  
명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2007.  
\_\_\_\_\_, 『실록 대한민국민법 1』, 법문사, 2008.  
民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 下卷』, 1957.  
白泰昇, 『民法總則』 法文社, 2001.  
李英俊, 『民法總則』, 博英社, 2001.  
李太載, 『民法總則』, 法文社, 1981.  
黃迪仁, 『現代民法論 I(總則)』, 博英社, 1985.

#### 논문

- 이화숙, “부부별산제와 일상가사대리권, 그리고 표현대리와의 긴장관계”, 『민사법학』 제13·14호(1996), 한국사법행정학회.  
권오승, “민법 제126조의 표현대리와 일상가사대리권 - 대법원 1981. 6. 23 판결 80다 609 -”, 『민사판례연구』 제5집, 민사판례연구회, 박영사, 1983.  
金承鎭. “權限을 넘은 表見代理”, 『司法論集』 제8집(1977. 12.), 대법원 법원행정처.

---

《주제어(Keyword)》

학설의 적정성(appropriateness of theoretical debates), 표현대리(apparent authority), 무권대리(representation without power), 법인의 불법행위책임(unlawful act of juridical person), 부부간 일상가사대리권(daily household matters between married couple), 대표권남용(misuse of representative power)