일감법학 | 제32호
2015년 10월 3-26쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.32, Oct., 2015. pp.3-26
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

후견인의 이해상반행위 금지*

Guardian's Representation Involving a Conflict of Interests

김 형 석**
Kim, Hyoung-Seok

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 외국의 경우
Ⅲ. 제949조의3의 적용범위와 관련한 문제
Ⅳ. 이해상반행위의 의미
Ⅴ. 결 론

2011년의 개정민법은 제949조의3을 신설하여, 친권자의 법정대리권을 제한하는 제921조를 준용하도록 정하고 있다. 이 규정은 후견인이 피후견인과 이해가 상반하는 법률행위를 하는 경우 후견인의 법정대리권을 제한하는 내용을 정하고 있다. 제949조의3은 이해상반행위의 제한과 관련해 친권법과 후견법의 규율을 일치시켜 통일적인 규율을 둔다는 점에서, 종래 제921조에 관한 해석론이 상당부분 원용될 수 있을 것이라고 예상할 수 있으며, 실제로 상당부분에서 그러하다. 그러나 친권법과 후견법이 개별적인 내용에서 차이를 보이므로, 제949조의3이 후견법의 맥락에서 새로이 조명될 필요가 있다는 것도 부정하기 어렵다. 이러한 이유에서 본고는 제949조의3이 제기하는 해석론적인 문제들을 살펴보고자 한다. 본고는 우선 프랑스와 독일의 법제를 살펴본 다음, 한편으로 제949조의3이 적용될 수 있는 사안들을 구체적으로 검토하고, 다른 한편으로 이해상반성의 의미에 관한 종래 논의를 비판적으로 평가한다. 필자는 특히 종래의 형식적 판단설을 비판하고, 거래의 안전에도 불구하고 입법자의 가치평가를 존중할 때 실질적 판단설에 따라 이해상반을 판단해야 한다고 주장한다.

[주제어] 후견인, 피후견인, 친권자, 이해상반행위, 특별대리인

투고일 : 2015. 8. 20. / 심사의뢰일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.
* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2015학년도 학술연구비 보조를 받았음.
** 서울대학교 법학대학원 교수
professor, Seoul National University School of Law

Ⅰ. 서 론

1. 2011년의 개정민법은 제949조의3[1]을 신설하여, 친권자의 법정대리권을 제한하는 제921조를 준용하도록 정하고 있다. 이 규정은 후견인이 피후견인과 이해가 상반하는 법률행위를 하는 경우 후견인의 법정대리권을 제한하는 내용을 정하고 있다. 그러한 경우 후견인이 피후견인의 이익을 위하지 아니하는 방법으로 대리를 할 위험이 있으므로 피후견인의 보호를 위해 법정대리권을 제한하여 피후견인의 보호를 도모하는 것이다.

1.1 규정에 따르면 후견인과 피후견인 사이에 이해상반되는 법률행위를 함에는 후견인은 가정법원에 피후견인의 특별대리인의 선임을 청구해야 하고(제949조의3 본문, 제921조 제1항), 후견인이 그 후견에 따르는 여러 명의 피후견인 사이에 이해상반되는 행위를 함에는 가정법원에 그 피후견인 일방의 특별대리인의 선임을 청구해야 한다(제949조의3 본문, 제921조 제2항). 다만 후견감독인이 선임되어 있는 때에는 후견감독인이 피후견인을 대리해야 하므로(제940조의6 제3항), 특별대리인을 선임할 필요가 없다(제949조의3 단서). 후견인이 특별대리인이나 후견감독인의 관여 없이 이해상반행위를 한 때에는 그 대리행위는 무권대리로 무효이다(제130조).[2]

1.2 구법은 후견인의 법정대리권 행사에 대한 통제를 제950조, 제951조에 따라 중요한 법률행위의 경우 친족회의 동의를 받도록 하는 것에 그치고, 이해상반행위의 경우 특별대리인 선임은 친권자의 법정대리권에 대해서만 요구하고 있었다(제921조). 그러나 가사소송법은 같은 법리를 후견인과 피후견인 사이에서도 예정하고 있었다(구법에 대한 개정 전 가사소송법 제2조 제1항 라류 제16호 괄호부분). 개정민법은 후견의 경우에도 제921조를 준용하여 후견인이 피후견인과 이해상반 하는 행위를 할 때에도 친권자와 동일한 제한을 받도록 한 것이다. 제950조, 제951조가 상당한 범위에서 법정대리권을 제한하고는 있으나, 피후견인이 보호에 반드시 충분하다고는 말할 수 없을 것이므로, 개정민법이 종래 가사소송법의 입장을 확인하여 제921조를 준용하도록 한 것은 적절하다고 생각된다.

---

1) 아래에서 별도로 법명을 언급하지 아니하는 조문은 민법의 조문이다.

2) 윤진수 편집대표, 주해 친족법 제2권, 2015, 1316쪽(현소혜). 제921조에 대해 김주수/김상용, 친족·상속법 제11판, 법문사, 2013, 422쪽도 참조.

2. 제949조의3은 이해상반행위의 제한과 관련해 친권법과 후견법의 규율을 일치시켜 통일적인 규율을 둔다는 점에서, 종래 제921조에 관한 해석론이 상당부분 원용될 수 있을 것이라고 예상할 수 있으며, 실제로 상당부분에서 그러하다. 그러나 친권법과 후견법이 개별적인 내용에서 차이를 보이므로, 제949조의3이 후견법의 맥락에서 새로이 조명될 필요가 있다는 것도 부정하기 어렵다. 이러한 이유에서 본고는 제949조의3이 제기하는 해석론적인 문제들을 살펴보고자 한다.

3. 제949조의3은 성년후견과 미성년후견 모두에 적용된다. 해석상 양자에 걸쳐서 나타나는 법률문제가 있을 수 있으므로(아래 III. 2. 참조), 아래에서는 성년후견에 한정하지 아니하고 미성년후견까지 포괄하여 설명하기로 한다.

Ⅱ. 외국의 경우

친권자와 미성년자 사이 또는 후견인과 피후견인 사이의 이해상반이 있는 경우 친권자 또는 후견인의 법정대리권을 제한하는 법제는 다른 나라들의 민법전에서도 발견된다. 그러나 그 세부적인 내용은 서로 차이를 보인다.

1. 프랑스

1.1 친권과 후견에 관한 프랑스 민법의 규정은 여러 차례 개정되었으나, 현행법의 내용을 중심으로 살펴보면 다음과 같다. 프랑스 민법은 친권에 따르는 미성년자의 법정재산관리(administration légale)를 제389조 이하에서 규율하고 있는데, 그 중 동법 제389-3조 제2항은 재산관리인과 미성년자의 이해관계가 상충하는(en opposition) 경우에는, 재산관리인이 후견법원으로 하여금 특별재산관리인(administrateur ad hoc)을 선임하게 하도록 하고, 그가 이를 하지 아니하는 경우에는 검찰관이나 미성년자 본인의 신청 또는 직권으로 이를 선임할 수 있다고 정한다. 규율의 기본방향은 같지만, 재산관리인인 친권자가 신청하지 아니하는 경우에 대비한 내용을 두고 있다는 점에서 차이가 있다. 이해상반성이 존재하는지 여부는 제반사정으로부터 인정되며 그 판단은 사실심 법관의 전권에 속한다.[3] 이러한 입장은, 우리의 용어로 말한다면, (아래 IV. 1. 참조), 실질적 판단설에

좇아 이해상반성을 판단하는 것으로 보인다.[4] 실제로 문제된 예를 살펴보면, 형식적 판단설에 따라 이해상반성이 인정될 사안들도 많지만, 이로써 설명할 수 없는 사안들이 존재한다.[5] 예를 들어 종래 판례와 학설에서 인정된 부작위에 의한 이해상반의 경우를 살펴보면 그러하다.[6] 물론 이해상반성은 중대하면서 개연적이어야 한다.[7]

이상의 경우 이해상반성이 있으면 관련 행위와 관련해서 친권자나 후견인의 대리행위는 제한된다. 이해상반에도 불구하고 대리행위를 하는 경우 이는 무효이다.[8]

1.2 반면 미성년후견의 경우에는 특별후견인을 선임하는 규율은 존재하지 않는다. 미성년후견의 경우 친족회에 의한 후견감독인(subrogé tuteur)의 선임이 필수적인데(동법 제409조 제1항), 이해상반행위의 경우 원칙적으로 후견감독인이 후견인을 갈음하여 대리행위를 해야 하기 때문이다(동법 제410조 제1항). 그러나 예외적으로 후견인이 다수의 피후견인 사이의 거래를 대리하거나 후견인과 후견감독인 모두 피후견인과 이해상반이 존재한다면, 그러한 경우에는 예외적으로 특별후견인(tuteur ad hoc)을 선임하여야 한다고 한다.[9]

1.3 마지막으로 성년자에 대한 후견과 보좌의 경우에는 후견감독인나 보좌감독인의 선임은 필수적인 것은 아니며 그 필요성이 인정될 때에 선임된다(동법 제454조 제1항). 후견감독인이나 보좌감독인이 선임되어 있다면 이해상반의 경우에 (후견인의) 법정대리권이나 (보좌인의) 동의권은 이들이 행사하게 되므로 문제가 발생하지 아니한다(동조 제5항). 그러나 이들이 선임되어 있지 아니한 경우에는 이해상반행위에서 피후견인이나 피보좌인의 이익을 보호할 필요가 있다. 그러한 때에는 후견인이나 보좌인은 후견법원

3) Cass. civ. 1er, 5 janv. 1999, *Dr. fam.* 1999, no 58 (“pouvoir souverain d'appréciation qu'il a déduit de ces éléments de fait”); Terré et Fenouillet, *Droit civil Les personnes*, 8e éd. 2012, no 448.

4) 예컨대 주 3에 인용된 파기원 판결과 그 원심(Tribunal de grande instance de Paris (chambre du conseil), 31 mai 1996, *RTD civ.* 1996, 582)을 살펴보면, 사망한 부로부터 대부분의 재산을 승계한 자와 거의 승계하지 못한 모 사이에서 모가 경제적으로 전적으로 자에게 의존하고 있다는 사정에 기초해 상속관계 처리를 위한 특별재산관리인 선임이 정당화되고 있으며, 법률관계의 형식적 측면에 대해서는 거의 고려가 행해지지 않고 있다.

5) Abitbol, “Administration légale et tutelle”, *Repertoire de droit civil*, 1982, nos 643 sqq.

6) 관련 논의에 대해 문헌지시와 함께 Abitbol, 위의 글(주 5), no 648.

7) Peterka, Carnon-Déglise et Arbellot, *Droit des tutelles*, 3e éd., 2012, no 15.12.

8) Abitbol, 앞의 글(주 5), no 649.

9) Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, 2009, no 119.

또는 (구성되는 경우) 친족회에 특별후견인(tuteur ad hoc) 또는 특별보좌인(curateur ad hoc)의 선임을 청구해야 한다(동법 제455조 제1항). 이들의 선임은 공화국 검사의 청구 또는 후견법원의 직권에 의해서도 할 수 있다(동조 제2항).

2. 독일

2.1 독일 민법에서 미성년자를 위한 법정대리인의 권한은 동일한 방식으로 제한을 받는다. 이해상반과 관련해 우선 동법 제1629조 제2항 제1문은, 제1795조에 따라 후견인이 미성년자를 대리할 수 없는 한도에서는 부와 모도 미성년자를 대리할 수 없다고 정한다. 제1795조에 따르면 후견인은 미성년자인 피후견인을 다음의 경우에 대리할 수 없다. ① 후견인의 배우자, (등록된 동성의) 생활동반자 또는 직계친족의 한 사람과 후견인 사이의 법률행위를 대리하는 경우(그러나 그 법률행위가 오로지 의무의 이행인 경우에는 그러하지 아니하다), ② 질권, 저당권, 선박저당권 또는 보증에 의해 담보된 피후견인의 양도하거나 부담을 설정하는 것을 내용으로 하거나 그러한 담보의 소멸 또는 감소를 내용으로 하거나 피후견인이 그러한 양도, 부담설정, 소멸 또는 감소를 하게 할 의무를 부담하게 하는 법률행위를 대리하는 경우, ③ 앞의 ①에서 언급된 사람과의 법적 분쟁 또는 앞의 ②에서 언급된 종류의 사항에 관한 법적 분쟁에서 대리하는 경우가 그것이다(동항 제1호 내지 제3호). ④ 더 나아가 자기계약과 쌍방대리를 금지하는 동법 제181조도 마찬가지로 적용된다(동조 제2항). 이러한 규정에 위반하는 대리행위는 무권대리의 규율에 따라 무효이다.[10]

그런데 이상의 규율은 법률이 미리 이해상반성이 있다고 상정하여 규정한 법률행위에 적용되므로, 실질적인 관점에서 판단할 때 구체적으로 친권자와 미성년자 사이에 또는 후견인과 피후견인 사이에 이해상반이 있는 경우에 미성년자나 피후견인에게 보호를 부여할 규정이 필요하다. 이에 대해 제1796조에 따르면 가정법원은, 피후견인의 이익이 후견인 또는 후견인이 대리하는 제3자 또는 앞서 ①에 언급한 사람들의 이익과 현저하게 상반하는 경우에는, 개별 사항 또는 특정 범위의 사항에 대해 후견인이 법정대리권을 배제할 수 있다고 정하고, 제1629조 제2항 제3문은 같은 내용을 친권의 경우에도 규정한다. 앞서의 규정에 따라서는 법정대리권이 법률상 당연히 제한되는 것임에 반해, 여기서는 가정법원의 재판에 의해 법정대리권이 제한된다는 점에서 차이가 있다. 여기서 말하

10) Berger/Mansel in Jauernig, *B rgerliches Gesetzbuch*, 15. Aufl., 2014, § 1795 Rn. 8.

는 이해상반은 일방의 이익을 희생해서만 타방의 이익이 증진되는 관계에 있는 경우를 말한다고 이해되고 있으나, 그러한 이해상반에도 불구하고 후견인이 피후견인의 이익을 위해 행동할 것이라고 예상되는 경우에는 법정대리권을 박탈할 수 없다고 한다.[11] 이러한 내용을 살펴본다면, 이 규정에서 이해상반성의 판단은 실질적인 고려에 따라 구체적으로 이루어진다고 말할 수 있을 것이다.[12]

2.2 이상의 규정에 따라 법정대리권이 제한되는 경우 문제되고 있는 대리행위를 가능하게 할 규율이 필요하다. 친권의 경우 일방의 법정대리권이 제한되더라도 다른 일방의 법정대리가 가능하다면 그가 대리할 수 있으나, 다른 친권자가 없거나 그에게도 이해상반의 사유가 있으면 보호인(Pfleger)을 선임하여 그에게 대리행위를 하도록 해야 한다(동법 제1909조 참조). 가정법원이 직권으로 보호인을 선임하지만,[13] 친권자나 후견인에게는 지체 없이 가정법원에 통지를 의무가 있다(제1909조 제2항). 법정대리권이 제한되는 경우 보호인을 선임해야 하는 것은 미성년자를 위한 후견인의 경우에도 마찬가지이다.

2.3 이러한 내용은 성년자를 위한 후견에 해당하는 부조(Betreuung)에서도 대체로 유사하다. 동법 제1908i조 제1항이 앞서 언급한 동법 제1795조, 제1796조를 준용하고 있기 때문이다. 그러므로 앞서 언급한 네 가지 경우에 부조인은 피부조인을 대리할 수 없으며, 이를 위반한 대리행위는 무권대리로 무효이다. 또한 구체적인 이해상반이 있으면 부조법원은 법정대리권을 배제할 수 있다. 이러한 결과를 회피하기 위해서는 추가로 부조인을 선임해야 한다(동법 제1899조 특히 제4항 참조).[14]

---

11) Bettin in Bamberger/Roth, *Kommentar zum B rgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., 2012, § 1796 Rn. 3.

12) Bamberger/Roth/Bettin, 위의 책(주 11), § 1796 Rn. 4; G tz in Palandt, *B rgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., 2014, § 1796 Rn. 4 등에 인용된 재판례 참조.

13) Jauernig/Berger/Mansel, 앞의 책((주 10), § 1909 Rn. 10.

14) Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl., 2011, § 1908i BGB Rn. 10.

Ⅲ. 제949조의3의 적용범위와 관련한 문제

1. 제950조와의 관계

1.1 개정민법에서와 같이 제921조가 후견이 준용되면 제950조와 그 적용범위가 중복되어 해석상 조정이 필요한 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 후견인과 피후견인이 공동상속인이고 후견인이 피후견인을 대리하여 상속재산 분할에 참가하는 사안이 그러하다. 만일 후견감독인이 선임되어 있다면, 후견감독인은 피후견인을 대리하여야 하는가(제949조의 3 단서, 제940조의6 제3항) 아니면 후견인의 대리에 동의를 하는 것으로 충분한가(제950조 제1항)? 반대로 후견감독인이 선임되어 있지 않다면, 후견인은 특별대리인의 선임을 청구해야 하는가(제949조의3 본문, 제921조) 아니면 특별한 통제 없이 대리를 할 수 있는가(제950조 제1항)?

우선 뒤의 문제부터 살펴보면, 피후견인의 보호를 위해 특별대리인 선임청구가 불가피하다는 점은 쉽게 납득할 수 있을 것이다. 그렇다면 앞의 문제와 관련해서도 제949조의3을 우선해야 한다는 결론을 피하기는 어렵다고 생각된다. 두 규정 중에서 어떠한 규정이 특별규정인지 여부를 사안에 따라 정반대로 판단하는 것은 불합리하기 때문이다. 요컨대 제949조의3이 보다 특별한 규정으로 제950조보다 우선해서 적용되어야 한다. 제950조는 일반적인 중대성을 고려하여 일정 법률행위의 종류를 열거해 후견감독인의 동의를 받도록 함에 그치지만, 제949조의3은 구체적으로 그것이 후견인과의 관계에서 이해상반성을 가지고 있으면 후견감독인 내지 특별대리인이 대리를 하도록 한다는 점에서 보다 강화된 보호를 제공하고 있다고 평가되므로 그 한도에서 특별규정으로 보아야 한다.

그러므로 이해상반행위의 경우, 후견감독인이 있을 때에는 후견인에 갈음하여 후견감독인이 피후견인을 대리하고,[15] 후견감독인이 없을 때에는 후견인의 대리행위를 통제하기 위해 특별대리인을 선임해야 한다.

1.2 그 다음에 제기되는 의문은 특별대리인이나 후견감독인이 제949조의3에 따라 대리를 할 때 제950조 제1항에 해당하는 행위를 하는 경우 어떠한 통제를 받아야 하는지이다.[16]

---

15) 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1316쪽(현소혜) 참조.

16) 종래 친권과 관련한 견해 대립에 대해서는 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1316쪽(현소혜) 참조.

우선 가정법원이 특별대리인을 선임하는 경우에는, 제950조가 적용될 수는 없다고 생각된다. 앞서 보았지만, 특별대리인을 선임하였다는 사정은 후견감독인이 선임되어 있지 않다는 것을 의미한다. 이러한 상황에서 제950조를 적용하려면 새로 후견감독인을 선임해야 하는데, 이러한 개별 사안을 상정해 후견감독인을 선임하는 것은 민법이 예정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 가정법원이 이해상반을 회피할 사람을 특별대리인으로 선임함으로써 적절한 고려를 하였을 것이므로 반드시 필요하지 않다고 보이기 때문이다. 아래 보는 바와 같이 제950조 제2항을 유추하는 방법을 생각해 볼 수도 있겠지만, 가정법원이 개별적인 이해상반행위를 염두에 두고 특별대리인을 선임한 이상 사전적인 동의가 있다고 보아야 한다.

그러나 후견감독인이 대리하는 경우에는 어떠한가? 즉 제950조에 따르면 피후견인을 위해 제1항에서 열거된 행위를 대리하는 경우에 후견인은 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 하는데, 이해상반을 이유로 후견감독인이 후견인에 갈음하여 대리행위를 할 때에는 과연 아무런 동의를 받지 않고 대리행위를 할 수 있는지 여부가 문제될 수 있는 것이다. 이는 다른 곳에서 이미 논의한 바와 같이,[17] 제950조 제2항을 유추하여 가정법원으로부터 성년후견감독인의 동의에 갈음하는 허가를 받아야 한다고 해석하는 것이 적절하다고 생각된다.[18] 중요한 대리행위를 감독하기 위해 가정법원이 후견감독인을 선임하였는데 마침 이해상반을 이유로 그 자신이 대리행위를 한다는 사정 때문에 제950조 제1항의 적용이 회피된다는 결론은 쉽게 납득하기 어렵기 때문이다. 해당 이해상반행위를 위해 가정법원에 의해 특별히 선임된 특별대리인과는 달리, 후견감독인은 일반적인 감독사무를 위해 선임되어 그 사무집행과정에서 우연히 이해상반행위와 관련해 후견인을 갈음하는 것이므로 특별대리인과 단순히 비교하기는 어렵고 오히려 그 지위는 후견인에 가깝다고 보아야할 것이므로, 제950조 제1항에 준하는 통제가 필요하다고 할 것이다.

2. 특별대리인의 선임 또는 후견감독인의 대리가 필요한 경우

2.1 민법에 의하면 다음의 두 경우에 특별대리인 선임청구를 해야 하거나 후견감독인

17) 이에 대해서 이미 김형석, "성년후견감독인", 성년후견 제2집, 한국성년후견학회, 2014, 104-105쪽.

18) 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1316쪽(현소혜)은 "후견감독인의 동의는 그의 특별대리인으로서의 지위에 흡수"된다고 하여 반대 견해이다.

의 개입이 필요하다. 첫째는 후견인과 피후견인 사이에 이해상반 되는 법률행위를 하는 경우이고, 둘째는 후견인이 그 후견에 따르는 여러 명의 피후견인 사이에 이해상반 되는 행위를 하는 경우가 그것이다. 그런데 이렇게 이해된 문언은 여러 가지 해석가능성을 발생시킨다.

2.2 각각의 경우를 나누어 살펴본다.

2.2.1 후견인과 피후견인 사이에 이해상반이 있는 행위가 이에 해당함은 당연하다(제949조의3, 제921조 제1항 참조). 가장 빈번하게 나타나는 사안일 것이다.

그런데 예컨대 성년자를 위한 후견의 경우 두 명의 후견인 갑과 을이 선임되어 있고(제930조 제2항, 제959조의3 제2항, 제959조의9 제2항) 문제되는 행위로 인해 갑과 피후견인 병의 이해가 상반한다면, 그 때에도 특별대리인을 선임하거나 후견감독인이 대리해야 하는가? 을이 그 행위에 대해 법정대리권이 없다면(제938조 제2항, 제959조의4 제1항) 그래야 할 것이다. 그러나 을이 그 행위에 대해 법정대리권이 있다면 경우를 나누어 보아야 한다. 갑과 을이 모두 법정대리권이 있고 각자대리를 할 수 있는 경우라면, 굳이 특별대리인을 선임하는 등의 철차는 불필요하다고 생각된다. 그 때에는 을이 갑을 상대로 병을 대리하면 될 것이다.[19] 그러나 갑과 을이 법정대리권을 공동행사해야 하는 경우라면(제949조의2 제1항, 제959조의5 제2항), 특별대리인을 선임하여 을과 공동으로 갑을 상대로 병을 대리하게 해야 할 것이다.[20]

2.2.2 후견인이 여러 명의 피후견인의 후견사무를 담당하면서 그들 사이의 법률행위를 쌍방대리하는 사안의 경우도(제949조의3, 제921조 제2항 참조) 특별대리인을 선임하거나 후견감독인이 대리해야 하는가? 예컨대 갑이 을의 성년후견인이면서 병의 성년후견인으로서 또는 을의 성년후견인이면서 병의 미성년후견인으로서 을과 병을 대리하여 계약을 체결하는 경우가 그러하다.

제949조의3에 의해 준용되는 제921조 제2항의 취지에 비추어 본다면 법정대리권이 제한되어야 한다고 보이지만, 반면 제940조의6 제3항의 문언은 "후견인과 피후견인 사이

19) 이 경우 갑과 을이 공모할 가능성이 없지 않으나, 그렇다면 그 대리행위는 대리권 남용을 이유로 무효일 것이다.

20) 공동친권과 관련하여 김주수/김상용, 주석 민법 친족(3) 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 445쪽; 한봉희, "친권자와 자간의 이해상반행위", 고시연구 제20권 제8호, 고시연구사, 1993, 192쪽 참조.

에 이해가 상반하는 행위"라고 말하고 있으므로 해당하지 않는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 이러한 사안유형에서도 후견인이 일방 피후견인의 이익을 대변해 타방 피후견인에게 불이익이 발생할 가능성이 존재해 이해상반이 있을 뿐만 아니라, 제940조의6 제3항은 제949조의3, 제921조를 전제로 단지 후견감독인이 선임되어 있는 이상 특별대리인을 선임할 필요가 없다는 의미라고 이해된다(제949조의3 단서 참조). 그러므로 이 경우에도 특별대리인 선임청구를 하거나 후견감독인이 피후견인을 대리해야 한다고 할 것이다.[21]

그런데 이 때 친권에 관한 종래 판례에 따른다면 피후견인 모두에게 각각 특별대리인이 선임되어야 한다.[22] 이 논리에 의한다면 피후견인 모두에게 후견감독인이 선임되어 있으면 각각의 후견감독인이 대리를 해야 하고, 반면 어느 일방에 후견감독인이 없다면 그 피후견인을 위해서는 특별대리인을 선임해야 한다는 결과가 될 것이다. 그러나 이해상반을 예방할 수 있는 이상 예외 없이 피후견인 모두에게 각각 특별대리인을 선임해야 한다는 결론은 과도한 것으로 보인다. 어느 일방 피후견인을 대리할 특별대리인을 선임하여 그가 타방 피후견인을 대리하는 후견인을 상대로 행위를 하게 하면 충분하지 않을까? 그것만으로 이미 쌍방대리는 배제되어 어느 한 편에 대한 불이익의 위험은 없어지기 때문이다. 어느 피후견인에 대해 특별대리인을 선임청구하거나 후견감독인으로 대리하게 할 것인지 여부는 후견인이 정할 수 있다고 할 것이다. 이렇게 이해한다면 일방 피후견인에게 후견감독인이 선임되어 있으나 타방 피후견인은 그렇지 아니한 경우, 전자는 후견감독인이 대리하고 후자는 후견인이 대리하면 될 것이다.

2.2.3 후견인이 그의 친권에 따르는 자와 피후견인 사이의 법률행위를 쌍방대리하는 경우에도 그에 준하여 이해상반행위가 있다고 할 것인가? 법률 문언에 의한다면 바로 적용될 수 없겠지만, 앞서 2.2.2에서 살펴본 취지에 비추어 볼 때 이들 규정을 유추하여 이 경우에도 특별대리인 선임청구를 하거나 후견감독인이 선임되어 있으면 그가 피후견인을 대리해야 한다고 생각된다.

2.2.4 한 사람이 한편으로 법정후견인이면서 임의후견인이기도 한 경우 피후견인과 피임의후견인을 쌍방대리하는 경우에는 어떠한가? 피임의후견인에게는 임의후견감독인이 필수적이므로(제959조의15 제1항) 임의후견감독인이 피임의후견인을 대리하고,

21) 윤진수/현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 법무부, 2013, 101쪽도 같은 취지로 보인다.

22) 제921조에 대해 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다28299, 공보 2001, 1744 참조.

법정후견인이 피후견인을 대리해야 할 것이다(제940조의6 제3항, 제959조의16 제3항). 특별대리인의 선임을 청구할 필요는 없다.

2.2.5 반면 후견인이 피후견인을 대리하여 자신의 성년인 자녀를 상대방으로 법률행위를 하는 경우에는, 문언상 제949조의3, 제921조 제2항은 적용될 수 없다.[23] 후견인 자신이 그 거래로부터 이익을 받는 등 제949조의3, 제921조 제1항이 적용될 수 있는 사안이 아니라면, 그러한 경우 개별적으로 대리권남용을 이유로 그 법률행위의 효력을 부정할 수 있을 뿐이다.[24]

2.3 한편 후견감독인이 선임되어 있다고 하더라도 후견감독인과 피후견인 사이에도 이해상반의 사유가 있다면, 후견감독인에게 대리하도록 할 수 없다는 것은 분명하다. 그러한 경우에는 제921조, 제949조의3을 유추하여 후견인 또는 후견감독인이 가정법원에 특별대리인 선임을 청구하도록 해야 한다.

Ⅳ. 이해상반행위의 의미

제949조의3, 제921조에 의하면 후견인과 피후견인 사이 또는 동일한 후견인의 후견을 받는 여러 피후견인들 사이에 이행상반행위가 문제될 때 비로소 특별대리인을 선임청구해야 하거나 후견감독인이 개입해야 한다. 이에 대해서는 이후 학설과 판례를 기다려야 할 것이지만, 종래 친권자가 자녀를 대리하여 이해상반행위를 하는 경우에 대한 논의가 크게 참조될 것으로 보인다. 아래에서도 친권자와 미성년자인 자 사이의 이해상반행위성을 중심으로 살펴본다.

1. 학설의 대립

1.1 다수설인 형식적 판단설에 의하면 친권자가 자를 대리한 행위 자체를 외형적·객관적으로 고찰하여 판단해야 하며, 당해 대리행위에 관한 친권자의 동기, 의도는 고려되

23) 제921조에 대해 대법원 1976. 3. 9. 선고 75다2340, 집 24-1, 158.
24) 제921조에 대해 대법원 1981. 10. 13. 선고 81다649, 집 29-3, 138.

지 않는다고 한다.[25] 이 설에 의하면 친권자와 미성년자인 자가 각각 당사자일방이 되어서 하는 법률행위가 이해상반행위에 해당함은 명백하다. 이를 "자기계약형"이라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 더 나아가 친권자가 직접 당사자는 아니더라도 그 법률행위의 내용이 친권자에게 이익이 되지만 미성년자인 자에게는 불이익이 되는 경우에는 이해상반성이 인정된다고 한다(예컨대 친권자 채무에 대한 담보제공, 친권자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약 등). 그런데 후자의 경우 물상보증이나 제3자를 위한 계약이 친권자에게 이익을 부여한다고 하려면 미성년자와 친권자 사이에서는 그러한 이익의 이전을 정당화하는 법률관계가 있어야 한다. 그렇지 않으면 그러한 이익은 당사자들 사이에서 부당이득으로 바로 청산되어야 하기 때문이다(제741조). 그러므로 후자의 경우에도 통상 그들 사이에는 무상의 법률관계(예를 들어 물상보증을 내용으로 하는 위임계약, 대가관계로서 증여계약 등)를 상정할 수 있다. 그러한 의미에서 그 경우에도 친권자와 미성년자 사이에는 자기계약에 따른 법률관계 또는 그에 준하는 법률관계가 있다고 해야 하며, 친권자와 자녀 사이의 위임・증여 등에 수반하는 담보제공이라는 의미에서 이를 "자기계약에 준하거나 자기계약에 수반하는 법률행위형"이라고 명명할 수 있을 것이다. 제921조 제2항이 정하는 수인의 자녀 사이의 이해상반행위까지 포괄한다면, 형식적 판단설은 기본적으로 이해상반행위를 자기계약・쌍방대리의 금지(제124조)의 맥락에서 이해하고 있음을 알 수 있다.[26]

그런데 주지하는 바와 같이 형식적 판단설에 의하면 다음과 같은 결과가 발생한다. 즉 친권자가 자의 법정대리인으로서 자의 명의로 금전을 차용하고 자의 소유 부동산에 저당권을 설정하는 행위는 친권자가 설령 차입금을 가지고 자기 자신의 용도에 사용할 동기와 의도가 있었다고 하여도 이해상반행위라고는 말할 수 없다. 반면 친권자가 자신의 명의로 금전을 차용하면서 자신의 채무부담행위에 대하여 자의 소유 부동산에 저당권을 설정하는 행위는 설령 그 차입금을 양육비나 학비에 충당할 의도가 있었다고 하더라도 이해상반행위에 해당한다. 전자는 친권자와 자 사이에 형식적으로 보아서는 아무런 법률관계가 발생하지 않았으므로 이해상반이 없지만, 후자의 경우에는 친권자를 위한 물상보증이 존재하므로 이해상반이 있게 된다는 것이다. 이러한 결과가 합리적이라고

25) 예를 들어 김주수/김상용, 앞의 책(주 20), 446-447쪽; 박병호, 가족법, 한국방송통신대학교, 1991, 207쪽; 이경희, 가족법 8정판, 법원사, 2013, 261쪽; 한봉희/백승흠, 가족법, 한국방송통신대학교, 2013, 324쪽; 박동섭, 친족상속법 3정판, 박영사, 2009, 370쪽.

26) 물론 양자의 적용범위가 같은 것은 아니다. 고형규, "특별대리인 및 재산관리인의 선임", 재판자료 제18집, 1983, 125-126쪽; 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1082-1083쪽(권재문) 참조.

말하기 어렵다는 점은 분명하다.

1.2 형식적 판단설에 따를 경우 발생하는 이러한 문제 때문에, 실질적 판단설은 행위의 동기, 목적, 결과 등 구체적 사안에 나타나는 일체의 사정을 고려하여 자의 실질적인 불이익을 판단해야 한다고 주장한다.[27] 그러나 이 견해에 의하면 이해상반의 판단이 구체적인 사정을 고려한 법원의 판단에 의존할 수밖에 없으므로 거래의 안전을 해하게 된다는 비판이 있다. 거래의 안전이라는 문제에 직면하여 일본에서는 실질적 판단설을 채택하면서도 상대방이 선의・무과실인 경우에는 표견대리(제126조)[28]를 인정해야 한다는 견해도 있으나,[29] 이에 대해서는 외관이 귀책 될 본인의 관여가 전혀 없는 법정대리권을 기본대리권으로 하여 외관책임을 인정한다는 이론적인 어려움과 함께[30] 그 내용에서는 실질적 판단설의 기본적인 전제를 포기하는 것에 다름 아니라는 비판이 가능하다.

1.3 이에 대해 절충적인 입장(실질관계를 고려한 형식적 판단설)에서 일차적으로는 행위의 외형을 기준으로 객관적으로 판단해야 한다고 하면서도, 행위의 성질・외형뿐만 아니라 외부로부터 보아서 친자의 이익충돌에 의하여 자의 이익이 침해될 우려가 있는 일반적 사정 등도 고려하여 이해상반을 판단해야 한다는 견해도 있다.[31] 예컨대 법률행위의 형식으로는 이해상반행위에 해당하지 않더라도 그 행위의 실질관계를 외부에서 인식가능 한 사정에 비추어 객관적으로 고려할 때 실질적으로 자의 재산에 의한 변제나 담보설정과 마찬가지의 상태가 되거나 사후 구상관계가 발생하는 등 자의 불이익이 예상될 경우에는 이해상반행위로 볼 수 있다고 한다. 그러나 "외부에서 객관적으로 고려할 때 실질적으로 발생할 수 있는 불이익"이라는 기준은 그것만으로는 충분히 명백하지 아니하여 구체적인 사안에서 명확한 판단을 가능하게 할 수 있는지 의문이 있다.[32] 실제

27) 김유미, "민법 제921조의 이해상반행위에 관한 몇 가지 문제", 박병호 교수 환갑기념 가족법학논총, 박영사, 1991, 517-518쪽; 한봉희, 앞의 책(주 17), 188쪽.

28) '表見代理'를 '표견대리'로 읽어야 한다는 점에 대해서는 김형석, 사용자책임의 연구, 박영사, 2013, 173쪽 주 3 참조.

29) 島津一郎/松川正毅 編, 基本法 コンメンタール 親族, 第四版, 2001, 215쪽의 학설 개관 참조.

30) 우선 윤진수, "친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 表見代理의 성립여부", 민법논고 II, 박영사, 2008, 128쪽 이하 참조.

31) 이균용, "제3자의 채무를 담보하기 위한 물상보증행위와 이해상반행위 등", 민사판례연구[XVI], 박영사, 1994, 278쪽; 윤용섭, "친권과 후견", 민사판례연구[XVIII], 박영사, 1996, 576쪽.

32) 예컨대 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다65960, 공보 2002, 473가 이러한 견해에 입각한 것으로 설명하는 경우가 있으나, 곧 살펴보는 바와 같이(아래 IV. 2.) 명백한 것은 아니다.

로 이 견해가 객관적으로 예견가능 한 불이익으로 드는 것은 사후 구상관계가 발생하는 사안 정도인데, 이 경우 미성년자와 친권자가 함께 보증 내지 물상보증을 함으로써 친권자의 부담을 미성년자에게 넘긴다고도 말할 수 있지만 반대로 미성년자의 부담을 친권자가 나눈다는 설명도 가능하다. 그러므로 사후적인 구상으로 미성년자인 자의 부담이 실질적으로 경감된다고 말할 수 있어 과연 객관적으로 예상되는 실질적 불이익이 있다고 단정하기 어려운 것이다.[33] 그래서 예컨대 친권자와 미성년자가 동시에 물상보증을 한다면 이해상반성이 있지만, 먼저 미성년자가 물상보증을 한 다음 친권자가 물상보증을 한다면 이해상반성이 있다고 말하기 어려울 것인데, 이러한 구별이 합리적인지는 의문이다.

1.4 이에 대해서 거래의 안전을 고려해서 형식적 판단설에 의하면서도 친권남용 이론에 의해 미성년자인 자를 보호할 수 있다는 견해도 주장된다.[34] 이에 의하면 이해상반적인 대리행위로부터 미성년자를 보호하는 제도는 제921조에 그치는 것이 아니고, 오히려 친권남용적인 대리행위의 경우 대리권남용 이론을 적용하여 미성년자를 보호할 수 있다고 한다. 그렇다면 거래의 안전을 고려하여 형식적 판단설을 취하면서, 친권의 남용이 있는 경우 상대방이 그러한 사정을 알았거나 알 수 있을 때에는 대리행위를 무효로 하여 미성년자를 보호할 수 있다는 것이다.[35]

2. 판례

주류의 대법원 판례는 이 문제에 관하여 형식적 판단설을 기준으로 채택하고 있다. 즉 이해상반 행위는 "객관적 성질상 친권자와 그 자 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것"으로서 "친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는가의 여부는 묻지 아니하는 것"이고,[36]

33) 상세한 비판으로 윤진수, "친권자와 자녀 사이의 이해상반행위 및 친권자의 대리권 남용", 민법논고 IV, 박영사, 2009, 399쪽 이하; 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1095-1096쪽(권재문) 참조.

34) 윤진수, 위의 책(주 33), 402쪽 이하; 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1096쪽(권재문). 고형규, 앞의 책(주 26), 127쪽; 지원림, "상속재산의 협의분할과 이해상반", 민사판례연구[XXXIV], 박영사, 2012, 627-628쪽도 비슷한 취지로 보인다.

35) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다73731, 공보 2009, 251 참조.

36) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94다6680, 공보 1994, 2611.

"이해상반의 유무는 전적으로 그 행위 자체를 객관적으로 관찰하여 판단하여야 할 것이지 그 행위의 동기나 연유를 고려하여 판단하여야 할 것은 아니다."[37]

그러므로 예컨대 ① 친권자가 금전을 차용하면서 미성년자인 자를 대리하여 그 소유 부동산에 저당권을 설정한 행위,[38] ② 공동상속인인 친권자와 미성년인 수인의 자 사이에 상속재산분할협의를 하게 되는 경우에 미성년자인 자의 친권자로서 상속재산을 분할하는 협의를 하는 행위[39]는 이해상반으로 평가하면서도, ③ 미성년자의 친권자인 모가 자기 오빠의 제3자에 대한 채무의 담보로 미성년자 소유의 부동산에 근저당권을 설정하는 행위,[40] ④ 친권자인 모가 자신이 대표이사로 있는 주식회사의 채무 담보를 위하여 자신과 미성년인 자(子)의 공유재산에 대하여 자의 법정대리인 겸 본인의 자격으로 근저당권을 설정한 행위,[41] ⑤ 친권자가 부동산을 미성년자인 자에게 명의신탁하는 행위[42]는 이해상반으로 판단하지 않는다.

다만 대법원 판례 중에서도 실질적인 요소들을 고려하여 이해상반을 인정한 예들이 일부 존재한다. 예컨대 ⑥ 친권자가 자를 대리하여 그의 부동산 소유권을 자신의 첩에게 증여한 경우[43]가 그러하다. 아마도 수증자가 친권자와 밀접한 관계에 있었다는 사실을 고려한 것으로 보인다. 더 나아가 ⑦ 친권자 자신이 연대보증 한 차용금 채무의 담보로 자신과 자의 공유인 토지 중 자신의 공유지분에 관하여는 공유지분권자로서, 자의 공유지분에 관하여는 그 법정대리인의 자격으로 각각 근저당권설정계약을 체결한 사안에서, 채권자가 자의 공유지분에 관한 저당권을 실행하여 만족을 받으면 그 한도에서 친권자의 책임이 경감되고, 반대로 채권자가 친권자에 대한 연대보증책임을 선택하면 친권자는 변제자대위에 의하여 자의 공유지분에 대한 저당권을 실행할 수 있게 되므로, 친권자와 자 사이의 이해의 충돌이 "친권자인 모가 한 행위 자체의 외형상 객관적으로 당연히 예상되는 것"이어서, 친권자가 대리한 자의 공유지분에 관하여 근저당권 설정계약은 이해상반행위로서 무효라고 판단한 예가 있다.[44] 이는 절충설적 입장을 채택한 것으로

37) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다65960, 공보 2002, 473.

38) 대법원 1971. 7. 27. 선고 71다1113, 집 19-2, 225;대법원 1996. 4. 9. 선고 96다1139, 집 44-1, 304.

39) 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다18481, 공보 1993, 1143; 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다54524, 공보 1993, 1392; 대법원 1994. 9. 9. 선고 94다6680, 공보 1994, 2611; 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다28299, 공보 2001, 1744; 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482, 공보 2011, 699.

40) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다32466, 공보 1992, 297.

41) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다10270, 집 44-2, 309.

42) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다4005, 공보 1998, 1273.

43) 대법원 1964. 8. 31. 선고 63다547, 집 12-2, 80.

설명되고 있는데,[45] 위 대법원 1996년 11월 22일(④)과 어떻게 구별(distinction)할 것인지는 쉽지 않다. 거기에서도 물상보증인들 사이의 변제자대위에 의하여 상호구상관계가 발생하기 때문에, 판례가 제시한 이유만으로는 충분하지 않다고 할 것이다. ⑦의 경우 친권자 자신의 연대보증채무가 피담보채무이고, ④의 경우 법적으로 타인의 채무가 피담보채무이지만, 상호구상이라는 관점에서는 실질적인 차이가 없기 때문이다. 오히려 ⑦에서는 ④와 달리 친권자가 채무자라는 사실이 있으므로 자가 친권자에게 담보를 제공하는 경우 이해상반성이 있다고 이해하는 설명이 가능하다("자기계약에 준하거나 자기계약에 수반하는 법률행위형"). 그렇다면 ⑦은 절충설보다는 오히려 형식적 판단설로 보다 잘 설명될 수 있다고 보인다.

그밖에 대법원이 아직 판단하지 않았으나 특히 문제되는 사안으로 상속포기가 있다. 예컨대 친권자와 미성년자인 자가 공동상속인인 경우 친권자가 자를 대리하여 상속을 포기하는 사안에서 이해상반성이 있는지의 문제이다. 형식적 판단설을 일관한다면, 상속포기는 상대방 없는 단독행위이므로 이해상반성을 부정할 수밖에 없을 것이지만, 실질적 판단설이나 절충설(실질관계를 고려한 형식적 판단설)은 이해상반성을 인정할 것이다. 특히 절충설에 의할 때, 법률행위의 형식만으로 이해상반이 나타나지 않더라도, 객관적으로 상속포기에 의하여 친권자 또는 일부 자녀의 상속분이 증가하게 되는 사정을 인식할 수 있으므로 이는 이해상반 행위로 평가되어야 한다는 것이다. 물론 절충설에 의하더라도 상속포기가 항상 이해상반 행위가 되는 것은 아니다. 우선 자의 상속포기에도 불구하고 (직계비속이 있다는 등의 사유로) 친권자의 상속분의 증가가 없는 경우라면 그와의 관계에서는 이해상반성은 부정할 것이다. 더 나아가 미성년자의 불이익이 된다는 외부에서 인식가능 한 사정이 있더라도 이해상반성은 부정될 수 있다. 예컨대 공동상속인의 한 사람이 다른 공동상속인 전부 또는 일부의 후견인인 경우에, 후견인이 피후견인 전부를 대리하여 상속을 포기하였다고 하더라도, 후견인 스스로 상속포기를 한 후에 피후견인 전원을 대리하여 상속을 포기하도록 하였다든가 동시에 상속포기를 하였다면, 그 행위의 객관적 성질로부터 보아 후견인과 피후견인 사이 및 피후견인들 사이에서도 이해상반은 존재하지 않을 수 있는 것이다. 실제로 우리 판례에서도 유사한 사안이 문제된 예가 있다. ⑧ 친권자인 모가 성년인 장자에게 단독상속을 시키기 위하여 미성년자인

44) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다65960, 공보 2002, 473.

45) 예를 들어 신영호, "민법 제921조 소정의 이해상반행위 여부의 판단", 이화숙 외, 가족법 판례해설, 세창미디어, 2009, 361쪽.

자를 대리하여 상속을 포기시킴과 동시에 자신도 상속을 포기한 경우가 그러하다.[46] 이 경우에 형식적 판단설이나 절충설에 의한다면 이해상반성은 존재하지 않는 대신 친권의 남용만 문제될 수 있을 것이지만, 상속포기는 상대방 없는 의사표시이므로 대리권남용의 법리를 적용하기에 어려움이 있다. 이 경우에도 실질적으로 이익을 얻게 되는 다른 공동상속인이 사정을 알았거나 알 수 있었다면 대리권 남용을 인정할 수 있다는 견해도 있으나,[47] 상대방 없는 의사표시에 대해 그러한 결과를 인정할 수 있는지 여부는 이 견해가 스스로 서술하고 있는 바와 같이 외국에서도 논란이 있는 문제이다. 게다가 그러한 견해에서 출발하면, 이익을 받게 되는 공동상속인 중 일부만이 남용 사실을 알았거나 알 수 있었던 사안에서는 공동상속인들 사이에서 상대적 상속포기를 인정해야 할 것인데, 이는 상속관계를 극히 불안정하게 하여 받아들일 수 없는 결론이라고 생각된다. 여기서 만일 일부의 인식가능성을 이유로 전부에 대해 상속포기를 무효로 한다면, 이는 이미 형식적 판단설이나 대리권남용 이론의 한계를 벗어나 실질적 판단설의 영역으로 들어 온 것이라고 하지 않을 수 없다.

3. 평가

3.1 앞서 상속포기에 관한 내용에서 명백하게 되었지만, 형식적 판단설에서 출발하는 이상 절충설적 입장이나 대리권남용 이론의 도움을 받는다고 하더라도 미성년자와 피후견인의 보호에 불충분한 사안이 발생할 수밖에 없다. 즉 우선 문제되는 법률행위가 상대방 없는 의사표시에 의한 것인 때에는 실질적 판단설에 의하지 않고서는 미성년자와 피후견인에게 적절한 보호를 제공할 수 없다. 그러한 경우 대리권남용의 법리를 적용할 수 있는지 여부는 논란이 있는 문제일 뿐만 아니라, 이를 인정하더라도 그것은 결국 실질적 판단설의 요소를 받아들여 대리권남용의 법리를 수정하는 것에 다름 아니라고 보인다. 더 나아가 상대방이 있는 법률행위에서도 형식적 판단설과 절충설에 좇을 때에는 상대방이 법정대리권의 남용에 대해 선의·무과실인 이상 미성년자와 피후견인의 이익이 아무리 현저하고 중대하게 침해되더라도 도울 수 없다는 경직된 결과가 발생한다. 이러한 결론을 받아들이기에는 주저되며, 그렇다면 이해상반의 여부는 친권과 후견

46) 대법원 1989. 9. 12. 선고 88다카28044, 공보 1989, 1406 및 그 원심인 부산고등법원 1988. 9. 30. 선고 88나1394, 하집 1988-3,4, 30 참조.

47) 윤진수, 앞의 책(주 33), 419-420쪽.

의 경우 모두 실질적 판단설에 따라 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다고 생각된다.

물론 실질적 판단설에 따르면 거래안전이 침해될 수 있다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 우리 민법이 제한능력자의 보호를 위해 거래의 안전을 후퇴시키고 있는 입법적 결단을 하고 있다는 점에는 거의 이론이 없는 이상,[48] 그러한 불이익은 감수되어야 할 점이라고 보인다. 이에 대해 실질적 판단설에 의한다면 상대방이 제한능력자와 거래를 꺼리게 되어 오히려 제한능력자에게 불리하다는 비판이 제기될 수는 있다.[49] 그러나 이해상반의 우려로 상대방이 거래를 꺼린다는 바로 그 이유 때문에 특별대리인을 선임하여 그러한 우려를 불식하라는 것이 규정의 취지이므로, 그러한 사정을 들어 제한능력자의 보호를 감축하는 해석에는 선뜻 동의하기 어렵다. 또한 무엇보다 제한능력에 관한 민법 규정들은 상대방의 주관적 사정을 묻지 아니하고 법률행위를 취소하게 하면서 선의의 제3자 보호규정마저 두지 않음으로써, 미성년자가 거래를 하기 어렵게 되는 불이익 보다는 미성년자가 불리한 거래에 구속되는 불이익을 보다 더 엄중한 것으로 평가하는 태도를 보인다. 이러한 입법자의 가치평가는 이해상반성의 판단에서도 실현되는 방향으로 존중되어야 한다고 생각한다.

앞서 살펴보았지만, 독일과 프랑스의 법제에서도 이해상반성 판단에서 실질적인 고려를 도외시하지 않고 있다. 실제로 우리와 유사한 규정을 가지고 있는 프랑스에서 실질적 판단설에 따라 제도가 운영되고 있다는 사실에서도 이러한 점을 확인할 수 있다(앞의 II. 1. 참조). 독일 민법에서도, 재판을 통해 법정대리권을 제한하도록 법률관계를 명확하게 한다는 점에서 차이는 있지만, 실질적 판단에 따라 이해상반이 존재하는 경우 법정대리권을 배제할 가능성을 예정하고 있다(앞의 II. 2. 참조). 미성년자나 피후견인의 보호가 문제되는 이해상반의 경우에 형식적인 판단만으로 시종할 수 없다는 점을 보여주는 것이라고 생각된다.

3.2 더 나아가 제921조, 제949조의3의 규범의 일차적인 내용을 살펴보면, 이는 친권자나 후견인에게 이해상반행위를 할 때 특별대리인 선임을 청구할 것을 요구한다. 이렇게

48) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다78996도 개정전 한정치산과 관련해 "행위무능력자 제도는 사적자치의 원칙이라는 민법의 기본이념, 특히 자기책임 원칙의 구현을 가능케 하는 도구로서 인정되는 것이고, 거래의 안전을 희생시키더라도 행위무능력자를 보호하고자 함에 근본적인 입법취지가 있"다고 한다.

49) 윤진수, 앞의 책(주 33), 397-398쪽; 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 2), 1094쪽(권재문); 지원림, 앞의책(주 34), 628쪽.

사전적인 관점에서(ex ante) 판단할 때에는 실질적인 판단기준에 따르는 것이 더욱 합리적일 것이다. 예를 들어 친권자나 후견인이 스스로 실질적으로 이해상반성이 있음을 밝히면서 특별대리인 선임청구를 하는 사안에서 가정법원이 "형식상" 이해상반이 없다는 이유로 특별대리인 선임을 거부하고 그대로 거래를 진행하도록 하는 것이 타당할 것인가? 오히려 거래의 효력을 확실히 하고자 하는 친권자나 후견인의 청구에 부응하여 실질적 관점에서 미성년자 내지 피후견인에게 불이익의 위험이 존재한다고 판단되는 이상 특별대리인을 선임하는 것이 규정의 취지에도 부합하고, 관계인들의 이익도 합리적으로 고려할 수 있다. 물론 이에 대해서는 가정법원의 입장에서 이해상반행위에 해당하는가 하는 점은 객관적인 명확한 기준에 의하여 판단하여야 하며 가정법원으로서도 알기 어려운 실질적인 요소가 그 기준이 되어서는 안 될 것이라는 비판도 가능하기는 하다.[50] 그러나 이는 이해상반성에 대해 엄격한 증명을 요구할 때에 발생할 수 있는 문제이나, 특별대리인 선임절차의 비송적 성격을 고려할 때 필연적인 것은 결코 아니다. 오히려 절차에서 이해상반성이 적절하게 소명되는 이상 특별대리인은 선임해야 하고,[51] 특히 이해상반의 당사자인 친권자나 후견인이 특별대리인 선임을 청구하면 이는 추정된다고 보아야 한다. 실제로 가사실무는 이해상반행위인지가 분명하지 않더라도 친권자나 후견인이 특별대리인의 선임을 청구하면 형식적 판단설에 따라 기각하기보다는 인용하도록 하고 있는데,[52] 이는 결국 제921조, 제949조의3의 가사절차상 운영이 실질적 판단설에 의할 수밖에 없음을 보이는 것이라고 하겠다.

3.3 게다가 형식적 판단설을 취하면 친권자의 이해상반행위와 후견인의 이해상반행위의 차이를 고려하여 섬세한 판단을 하는 것이 불가능하다. 이는 제947조의3이 신설됨으로써 생각해 보아야 할 점으로서, 종래 제921조만 존재하였을 때에는 상정할 수 없었던 문제이다.

친권자와 후견인은 법정대리인이라는 공통점에도 불구하고 법률은 이들의 지위를 동일시하지 않고 있다. 친권자는 혈연이나 입양에 따른 친자관계에 기초해 통상 자연적 애정을 가지고 있으므로 미성년자와의 관계가 보다 직접적이고 밀접하다. 그래서 민법은 예를 들어 친권자는 미성년자를 대리할 때에는 자기 재산에 관한 행위와 동일한

50) 고형규, 앞의 책(주 26), 127쪽; 윤진수, 위의 책(주 33), 399쪽.

51) Peterka, Carnon-Déglise et Arbellot, 앞의 책(주 7), n°.

52) 법원행정처, 법원실무제요 가사 II, 2010, 318쪽.

주의로 대리하면 충분하다고 정한다(제922조). 반면 후견인은 (미성년후견의 경우 유언에 의한 선임을 제외하면) 가정법원이 합목적적인 고려에 따라 피후견인 보호를 위해 선임하는 사람으로서(제932조, 제936조) 피후견인과의 관계는 매우 다양할 수 있다. 그래서 후견인과 피후견인 사이의 관계는 위임에 준하는 관계로서 후견인은 선량한 관리자의 주의를 다하여 후견사무를 처리해야 하고(제956조, 제681조), 특히 성년자를 위한 후견의 경우 복리에 반하지 아니하는 한 피후견인의 의사를 존중해야 한다(제947조, 제959조의6, 제959조의12). 이러한 차이 때문에 이해상반성을 인정할 때에도 친권자의 경우는 다소 이해상반의 소지가 있더라도 미성년자의 이익을 위해 대리행위를 할 가능성을 보다 높게 평가할 여지가 있지만, 후견인의 경우에는 보다 엄격하게 이해상반을 판단해야 할 수도 있다.[53] 그런데 만일 이해상반성 판단에 자기계약・쌍방대리를 모델로 하는 형식적인 판단설을 채택한다면 이러한 고려는 일체 허용될 수 없을 것이다. 이러한 경직된 접근이 양자에 대한 법률의 구별과 그에 따른 관계인의 이익을 적절하게 고려할 수 있는지 의문이다. 오히려 실질적 판단설을 채택하여 그 내부에서 친권자와 미성년자, 후견인과 피후견인 사이의 관계를 함께 고려하면서 차이를 구체적으로 반영할 수 있도록 하는 해석이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

3.4 그리고 실질적 판단설에 따를 때 비로소 친권자나 후견인으로 하여금 이해상반의 여지가 있을 경우 계약형식의 조작을 통한 규범회피를 단념하고 특별대리인을 신청하게 할 유인이 주어진다는 것은 자명하다. 이제 제947조의3에 의해 후견인의 이해상반행위도 규율되기 때문에 이 점은 특히 강조되어야 한다. 이미 언급하였지만, 구법과는 달리 개정민법에서는 (미성년후견인이 유언에 의해 선임되는 경우를 제외하면) 후견인은 가정법원에 의해 개별적으로 선임된다. 그렇다면 선임되는 후견인에게 "형식적으로" 즉 자기계약 내지 쌍방대리적 행위만 아니면 자유롭게 대리할 수 있다고 지침을 주는 것이 바람직하겠는가 아니면 그의 주의의무를 고려할 때(제956조, 제681조, 제947조, 제959조의6, 제959조의12) 자신과 피후견인 사이에 실질적 이해상충의 가능성이 있다고 생각되면 일단 가정법원에 특별대리인 선임을 청구하거나 후견감독인에게 대리를 맡기도록 교육하는 것이 타당하겠는가? 가정법원이 선임되는 후견인에게 피후견인의 복리에 반하는 규범회피 가능성을 시사하게 하는 해석론이 타당할 것인지는 의문이다.

53) Rauscher, *Familienrecht*, 2. Aufl., 2008, Rn. 1231 참조.

3.5 물론 이렇게 실질적 판단설에 따른다고 할 때에도, 상대방이 선의·무과실 등 정당한 이유가 있다고 하여 표견대리(제126조)를 인정해서는 안 된다고 생각된다. 법정대리권을 기본대리권으로 하여 표견대리가 성립할 수 있는지 여부는 다투어지고 있는 문제이나,[54] 적어도 피후견인의 보호가 문제가 되는 맥락에서 이를 인정할 수는 없다고 할 것이다.[55] 한편으로 본인인 피후견인의 외관창출에 대한 기여를 전혀 상정할 수 없고 대리권의 존부와 범위가 법률에 따라 정해지는 법정대리권에 대해 외관책임에 해당하는 표견대리 책임을 지우는 것은 이론적으로 정당하지 않고, 다른 한편으로 표견대리를 인정하면 민법이 제한능력자를 위해 두고 있는 법정대리권 제한규정의 취지가 몰각되기 때문이다. 이미 언급한 바와 같이(앞의 IV. 3. (1) 참조) 제한능력자와의 거래의 위험은 그 상대방이 부담하는 것이 우리 민법의 제한능력자 보호제도의 목적에 부합하는 결론이라고 할 것이다.

V. 결 론

이상에서 새로 신설된 제949조의3에 따라 후견인의 이해상반행위가 제기하는 몇 가지 법률문제들을 살펴보았다. 제921조가 준용되지만, 그것이 다른 맥락에 위치 지워짐으로써 새로운 문제들이 제기될 수 있음을 확인하였고, 또한 종래의 이해상반성 이해에 대해서도 다시 생각해 보아야 할 계기가 되었다는 것도 알 수 있었다. 이후에 실제로 제기되는 사건들에 비추어 본고의 논의에 추가되고 개선되어야 할 부분이 적지 않을 것이다. 후속 연구를 기약하고자 한다.

54) 곽윤직 편집대표, 민법주해[III], 박영사, 1992, 172쪽 이하 (차한성 집필) 참조.

55) 같은 취지로 김증한/김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 563쪽; 송덕수, 민법총칙 제2판, 박영사, 2013, 412쪽; 이덕환, 민법총칙, 율곡미디어, 2012, 632쪽; 이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사, 2007, 639-640쪽; 윤진수, 앞의 책(주 30), 145쪽 등. 종래 다수설(예를 들어 곽윤직/김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013, 370쪽; 김상용, 민법총칙 제2판, 화산미디어, 2013, 626쪽; 백태승, 민법총칙 제5판, 집현재, 2011, 492쪽 등)과 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다3828, 집 45-2, 318은 반대이다.

참고문헌

1. 단행본

곽윤직, 편집대표, 민법주해[III], 박영사, 1992.

곽윤직/김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013.

김상용, 민법총칙 제2판, 화산미디어, 2013.

김주수/김상용, 주석 민법 친족(3) 제4판, 한국사법행정학회, 2010.

김주수/김상용, 친족·상속법 제11판, 법문사, 2013.

김증한/김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013.

김형석, 사용자책임의 연구, 박영사, 2013.

박동섭, 친족상속법 3정판, 박영사, 2009.

박병호, 가족법, 한국방송통신대학, 1991.

법원행정처, 법원실무제요 가사 II, 법원행정처, 2010.

백태승, 민법총칙 제5판, 집현재, 2011.

송덕수, 민법총칙 제2판, 박영사, 2013.

윤용섭, "친권과 후견", 민사판례연구[XVIII], 박영사, 1996.

윤진수, "친족회의 동의를 얻지 않은 후견인의 법률행위에 대한 표견대리의 성립여부", 민법논고 II, 박영사, 2008.

윤진수, "친권자와 자녀 사이의 이해상반행위 및 친권자의 대리권 남용", 민법논고 IV, 박영사, 2009.

윤진수/현소혜, 2013년 개정 민법 해설, 법무부, 2013.

윤진수, 편집대표, 주해 친족법 제2권, 박영사, 2015.

이균용, "제3자의 채무를 담보하기 위한 물상보증행위와 이해상반행위 등", 민사판례연구[XVI], 박영사, 1994.

이경희, 가족법 8정판, 법원사, 2013.

이덕환, 민법총칙, 율곡미디어, 2012.

이영준, 민법총칙 개정증보판, 2007.

이화숙 외, 가족법 판례해설, 세창미디어, 2009.

지원림, "상속재산의 협의분할과 이해상반", 민사판례연구[XXXIV], 박영사, 2012.

한봉희/백승흠, 가족법, 삼영사, 2013.
Bamberger/Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., 2012.
Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl., 2011.
Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 15. Aufl., 2014.
Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, 2009.
Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., 2014.
Peterka, Carnon-Déglise et Arbellot, *Droit des tutelles*, 3e éd., 2012.
Rauscher, *Familienrecht*, 2. Aufl., 2008.
島津一郎/松川正毅 編, 基本法 コンメンタール 親族, 第四版, 2001.

2. 학술지

고형규, "특별대리인 및 재산관리인의 선임", 재판자료 제18집, 1983.
김유미, "민법 제921조의 이해상반행위에 관한 몇 가지 문제", 박병호교수환갑기념 가족법학논총, 박영사, 1991, 521-532쪽.
김형석, "성년후견감독인", 성년후견, 제2집, 한국성년후견학회, 2014, 79-110쪽.
한봉희, "친권자와 자간의 이해상반행위", 고시연구 제20권 제8호, 고시연구사, 1993, 186-194쪽.
Abitbol, "Administration légale et tutelle", *Repertoire de droit civil*, 1982.

[Abstract]

Guardian's Representation Involving a Conflict of Interests

Kim, Hyoung-Seok*

The reformed Civil Code of 2011 introduces a new rule, which extends the protection according to art. 921 to the persons under guardianship (art. 947-3). So the guardian's authority to represent his ward is to be excluded if there is a conflict of interests between them. One could easily infer that doctrine and case law concerning art. 921 will give many useful advices for handling this new norm. But the old wisdom anyway could require a new approach in a different context. The author undertakes this task and considers upon art. 927-3 in a new light. He surveys the French and German law on this topic, and proceeds to the interpretive issues. He on the one hand confirms the cases to which art. 947-3 is to be applied, and on the other reconstructs the traditional concept "conflict of interests" from a critical viewpoint. Here he criticizes the dominant doctrine which the case law also follows, because it very often leads to absurd conclusions. He propagates the approach which considers all relevant factors concerning the ward's interests, accepting possible disadvantages borne by the other party.

[Key Words] Guardian, Ward, Parents, Conflict of interests, Administrator ad hoc

* professor, Seoul National University School of Law