

# 관리인제도에 관한 법제개선방안

연구자 : 이준우(연구위원)

한국법제연구원

# 목 차

제 1 장 서 론 .....	5
제 1 절 연구목적 .....	5
제 2 절 연구 범위 .....	6
제 2 장 관리인제도 현황 .....	9
제 1 절 유형별 현황 .....	9
1. 관리인제도의 유형 .....	9
2. 관련 법제 현황 .....	15
제 3 장 관리인의 법적 문제 .....	17
제 1 절 관리인의 선임 .....	17
1. 지정 관리인 .....	17
2. 선임 관리인 .....	22
3. 법정 관리인 .....	25
제 2 절 관리인의 권리·의무 .....	26
1. 지정관리인 .....	26
2. 선임관리인 .....	34
3. 법정관리인 .....	36
4. 기타 절차법상의 관리인 .....	40
제 3 절 관리인의 감독 .....	51
1. 내부기관에 의한 감독 .....	51

2. 법원에 의한 감독 .....	54
3. 주무관청에 의한 감독 .....	57
4. 잔여재산의 귀속 .....	63
5. 외부 감사기관에 의한 감사 .....	64
제 4 절 관리권의 소멸 .....	66
1. 계약의 해지 .....	66
2. 법정 해지 .....	66
제 5 절 재산유형별 재산관리 .....	67
1. 부재자의 재산관리 .....	67
제 4 장 개선방안 .....	75
제 1 절 문제점 .....	75
1. 관리재산의 성격과 관리방식 .....	75
2. 관리행위의 유형과 관리방식 부문 .....	77
3. 관리인의 성격과 관리권의 범위 .....	77
제 2 절 개선방안 .....	80
1. 개선 방향 .....	80
2. 개선 방안 .....	81
참 고 문 헌 .....	87

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구목적

재산은 물권이나 권리 등 개별적인 법률관계의 객체와는 달리 목적적이고 포괄적인 개념이다. 이른바 목적재산은 일정한 목적에 바쳐진 재산으로, 이를 대상으로 하는 모든 법률행위와 사실행위는 그 목적에 기여하여야 하는 것을 기본적인 원칙으로 한다. 대표적인 목적재산으로 법인의 기본재산이 있고, 소극적인 목적재산으로 부채자의 재산, 상속인 부채의 상속재산 등이 있다.

이들 목적재산은 소유권자 본인이 직접 관리하는 경우에는 소유권절대의 원칙과 공공복리 적합의무라는 두 가지의 기본 원칙에 따라 규율된다. 그러나, 소유권자 본인이 아닌 관리인에게 맡겨진 경우에는 그 관리가 종료될 때까지 ‘관리의 적정성’이 중요한 사항으로 된다.

소유권자 본인에게 관리 회복되어야 하는 재산의 경우에는, ‘손실의 최소화’가 우선적 가치로 되며, 소유권자 본인에게 환원될 성질의 것이 아닌 이른 바 출연재산의 경우에는 ‘출연목적의 달성’이 우선적 가치로 된다.

경영관리인 및 재산관리인은 타인의 재산 등에 대한 포괄적 관리자로서의 책임과 의무를 가지나 이는 추상적 규정에 불과하고, 실제 개별법과 법인 등의 관리·운영의 현실에 있어서는 그 구체적인 권한과 책임 범위가 불명확하거나 비합리적인 요소가 적지 아니하므로 이의 개선을 통하여 분쟁을 예방하고 사회적 가치를 가진 재산 등의 합리적인 보전·관리를 꾀할 필요가 있다.

파산, 청산 등의 경우와 같이 현재 비영리법인, 영리법인, 신탁 기타 재산에 있어서 일반적인 관리·운영제도로서 원래의 기대되는 정상적 관리가 불가능한 사정이 발생한 경우에는 종전의 임원이나 본인에 갈음하는 특별한 관리인제도에 의하게 된다. 이 경우에 이들 특별 관리인의 권한과 책임 문제뿐만 아니라 이러한 출연목적의 달성 불가능이란 결과를 초래한 법인의 임원 등을 포함하는 관리인의 책임과 이에 대한 감독책임 등을 둘러싸고 많은 분쟁과 사회적 문제가 제기되고 있다.

재산관리에 관한 제도는 제도상·운영상 문제점 발생 및 이로 인한 불합리하거나 부당한 법적 결과 초래할 경우, 법질서(정의, 형평성) 혼란, 개별적인 법익 침해 발생, 관련 부문·제도의 발전에 장애를 초래하며, 궁극적으로는 국가나 사회의 부담으로 이어진다.

재산 소유권자가 직접 관리할 수 없는 사적 재산의 경우에는 적절한 관리가 이루어지지 않는 경우에는 이들의 재산권이 직접적으로 침해되는 결과가 발생한다. 이러한 이유에서 국가적 관여와 감독을 통한 국민의 재산권 보호가 요청되는 것이며, 이에 최대한 기여할 수 있는 관리인제도가 필요하게 된다.

법인 및 재단의 재산은 원래의 재산 소유자로부터 특정한 목적을 위하여 출연된 것이므로 영리법인 또는 단체에 출자한 경우를 제외하고는 비영리·공익 목적에 사용된다. 따라서 이들 재산은 법인격이 인정되는가 여부를 떠나서 경제활동 또는 공익적 활동의 중추적 존재로 되며, 이의 경영건전성 확보와 재단의 합리적 운용은 사회·경제적으로 중요한 부문에 해당한다. 이러한 점에서도 관리의 적정성·적법성의 확보가 필요하게 된다.

## 제 2 절 연구 범위

이 연구는 다음과 같은 사항을 중심으로 조사·분석을 행하고 그 개선 방안을 모색하고자 한다.

- i) 법인등의 관리인의 선임·권한·책임에 관한 법리
- ii) 법정관리인, 법원에 의한 선임관리인, 청산인, 화의·파산관재인 및 경영관리인 등 현행법상의 관리인의 유형별 분류와 비교
- iii) 각 유형별 결격사유·권한의 범위·책임의 한계
- iv) 관리인의 권한과 책임에 관한 법제개선방안

재산소유권자의 재산권 보호는 손실 내지 손해의 방지와 원상회복이 주된 수단으로 된다. 손실 또는 손해의 방지와 관련하여 관리인의 자격, 관리인의 의무, 법원 또는 주무관청의 감독, 벌칙 등을 살핀다. 관리인으로

부터 관리권의 회수와 재산의 회복은 관리인의 책임 및 이를 위한 담보 장치가 관계된다.

관리의 개시로부터 관리의 종료에 이르기까지, 관리 대상인 재산의 성격과 관리행위의 내용, 관리관계의 법적 성격에 따른 차이, 관리인의 관리행위에 대한 규율로서 본인·법원 및 주무관청 등에 의한 감독권 등을 조사·분석하고, 그 문제점 및 개선방안을 고찰하는 것을 연구 범위로 한다.

이를 위한 연구방법으로는 문헌연구, 현행 관련법령 및 실태분석, 및 비교법적 연구를 행한다.

이 연구를 통하여 최근 문제되고 있는 법인 임원 및 법원 등이 선임하는 관리인을 둘러싼 권한·책임 등에 관한 분쟁의 제도적 예방과 영리법인의 경영건전성 확보뿐만 아니라 비영리재단의 합리적 운영의 제도적 보완에 기여할 것으로 기대하며, 개별법상 특별히 문제될 수 있는 관리인의 권한·책임에 관한 기본방향과 제도적 개선에 기본자료로 활용될 수 있을 것으로 기대한다.



## 제 2 장 관리인제도 현황

### 제 1 절 유형별 현황

#### 1. 관리인제도의 유형

사유재산제도 아래에서는 재산 관리는 소유권의 한 권능으로 이루어진다. 사용·수익·처분권 등으로 구성되는 소유권의 혼일성에 의하여, 소유권절대의 원칙과 권리행사 자유의 원칙에 따라 다양한 형태로 행사될 수가 있다.

이 연구에서는 소유권자 이외의 자에 의하여 관리되어지는 경우를 연구의 대상으로 한다. 따라서 재산의 소유형태와 관리인의 선임 형태에 따라 다양한 유형으로 분류할 수가 있다.

##### (1) 재산의 소유형태 기준

재산의 소유 형태는 단독소유, 공동소유로 구분된다. 단독소유의 경우에는 권리 주체의 유형에 따라 다시 개인 소유, 법인 소유, 법인격이 없는 사단·재단의 소유로 구분할 수가 있다. 공동소유의 경우에는, 共有, 合有, 總有로 구분된다.

이들 소유형태에 따른 재산별 관리 방식은 개별 법령에서 각각 규정되고 있다. 아래에서는 우선, 관리 대상인 재산의 유형별로 구분하고, 다시 관리인의 수권(선임 방식)을 기준으로 하여 구분하고자 한다.

##### 1) 관리 대상 재산

###### (가) 단독 소유 재산

자연인의 재산, 법인의 재산 및 법인격 없는 재단의 재산이 단독 소유의 재산에 해당된다.

단독 소유 재산의 관리가 문제되는 경우는 소유권자가 직접 관리하지 못하는 경우이다. 이 경우에는 법률행위나 법률의 규정에 의하여 관리인

이 선임되고, 선임된 관리인이 그 재산의 관리에 대하여 권한과 의무를 가진다.

① 자연인의 재산

자연인이 소유권자가 일정한 사유로 인하여 관리할 수 없는 경우를 살펴보면 다음과 같다.

i) 부재자의 재산: 당분간 종래의 주소지를 떠나 돌아올 가망이 없는 자인 부재자의 재산, 부재자의 生死가 불명인 경우에 해당하는 실종자의 재산이 이에 해당한다. 실종자의 경우에는 실종선고의 효력이 발생하면, 상속이 개시되어 상속인의 관리권 아래에 귀속하게 된다. 따라서 실종된 때로부터 실종선고의 효력이 발생하는 실종기간의 만료일까지 실종자의 재산관리가 이에 해당한다.

ii) 상속재산: 공동상속재산의 경우 상속재산의 분리가 완료될 때까지 공동상속인 중에서 관리인을 지정하는 경우(§1047) 또는 상속인의 불명하거나 존재하지 않는 경우(§1053)에 최종적인 귀속자가 결정될 때까지의 그 상속재산의 관리가 이에 해당한다.

iii) 행위무능력자의 재산: 행위능력이 없는 미성년자, 한정치산자 및 금치산자의 경우에 이들의 재산을 법정대리인인 친권자 또는 후견인이 관리하는 경우이다. 친권·후견제도와 관련하여 친권자·후견인의 재산관리권과 법정대리권으로 나타난다. 최근의 일본, 독일 등과 같이 후견제도가 성년후견제도로 확대되는 경우에는 행위무능력자가 아닌 고령자 등의 피후견인에 대한 재산관리의 문제가 관계된다.<sup>1)</sup>

iv) 조합재산: 조합의 사무는 ‘조합원 모두가 사무를 집행하는 것’과 ‘조합원 중에 업무집행자를 두어 그가 사무를 집행하는 것’으로 구분할 수가 있다. 물론 민법에 명시적 규정은 없지만 조합원이 아닌 제3자에게 조합의 사무집행을 위임하는 것도 가능하다. 조합재산의 소유형태는 합유로 보는 바, 조합원 개인의 재산과는 구별되는 『조합재산』의 개념을 인정한다.

1) 독일민법의 최근 개정으로 새롭게 도입된 성년후견제도(BGB §§1896~1908 i)는 장애의 종류나 경중을 묻지 않고, 개별적인 경우에 구체적으로 필요한 범위에 한해서 법적 보호가 미치게 하려는 필요성의 원칙에 입각하고 있다.

것이다. 조합 자체가 법인격은 없지만<sup>2)</sup> 공동사업의 경영이라는 일종의 단체로서의 성격을 가지면서 한편으로는 조합원 모두에게 귀속되는 재산이라는 이중성을 가지고 있는 특색이 있다.<sup>3)</sup>

관리방법 등이 문제되는 경우에는 조합계약에 의하여 조합원이 출자한 재산을 업무집행조합원이 관리하게 되는 경우이다. 다만, 이 경우는 부재자의 재산 등과는 달리 원래의 소유권자 본인에 의한 견제장치가 있다는 점에서 차이가 있다.

## ② 법인의 재산

법인의 재산은 법인의 본질이 사단법인과 재단법인이나에 따라 그 관리방법이 다르다. 사단법인의 경우에는 법인재산의 출연자가 사원총회의 구성원인 사원이므로 여전히 원래의 소유자인 사원의 통제 아래에 있다고도 볼 수가 있다.

반면에 재단법인의 경우에는 출연자와 재단법인의 재산 관리인과는 출연자가 법인의 이사로 참여하지 않는 한 분리되어 출연자는 오직 설립행위로서 정관의 작성 및 정관상 규정을 통하여 재산의 관리방법에 관계될 뿐이다. 즉, 설립목적과 정관에 따라 운영되며, 실제 업무집행은 재단법인의 이사가 담당하게 된다.

민법 제32조의 규정에 의하여 설립된 비영리법인의 경우에는 민법 및 주무관청인 소관부처의 『소속비영리법인의 운영·감독규정』에 의하여 규율되며, 주무관청이 감독청으로서 비영리법인의 운영에 관한 관리·감독을 행하게 된다. 특수법인의 경우에는 민법 이외의 개별법에 그 설립근거를 두고 있으며, 관리·운영 등에 관한 개별적 규정을 두고 있는 것이 일반적이다. 따라서 이러한 개별적 규정은 민법상의 법인에 관한 규정의 특별규정으로 효력이 있으며, 보다 엄격한 관리·감독에 관한 사항을 규정하고 있다. 따라서 재산의 관리에 있어서도 개별적인 규정을 많이 두고 있다.

2) 독일에서는 최근 조합 자체에 권리능력을 인정하자는 견해가 주장되고 있다: Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/1(Die Personengesellschaft), §1.

3) 김준호, 민법강의, 법문사, 2002, 1402면.

회사법인 등 영리법인은 상법에 의하여 규율되고 있는 바, 영리법인의 설립은 자유설립주의에 의하고 있으며, 주식회사등의외부감사에 관한 법률에 의하여 일정 규모 이상의 회사는 회계법인 등에 의한 엄격한 외부감사를 받도록 하며, 상장법인의 경우에는 일정한 사항에 관한 공시의무가 부여되는 등 민법상의 비영리법인에 비하여 보다 엄격한 관리·감독을 받게 된다는 점에 차이가 있다.

### ③ 법인격 없는 재단

법인격이 없는 재단의 경우에는 대표자 또는 관리자를 둔 경우에 그의 명의로 재산에 관한 등기를 할 수 있고, 법인에 준하는 법적 규율을 받는다. 즉, 민법상의 재단법인에 관한 규정의 준용을 원칙적으로 인정한다. 법인 설립등기를 제외하고는 실체상으로는 법인인 경우와 다를 바가 없게 된다. 재단의 재산 관리 부분도 마찬가지이다.

#### (나) 공동소유 재산

조합, 법인격 없는 사단의 재산은 그 소유 형태가 단독 소유가 아니라 합유 또는 총유라는 공동소유로 된다.<sup>4)</sup> 따라서 공동소유인 재산의 관리 는 단독 소유의 재산관리와 차이가 있게 된다. 일반적으로 위임에 유사한 대리·대표 법리에 의한 대표자가 재산관리권을 행사한다. 다만, 법인의 경우와는 달리 원래의 재산 소유권자가 조합원 또는 사원으로 참여하여 관리인의 재산관리에 대한 감시·견제기능을 행할 수 있다는 점에서 차이가 있다.

이러한 합유 또는 총유인 재산은 공동체로서의 성격 즉, 다수인의 결합체인 성격을 아울러 가지므로 구성원의 참여 정도에 따라 관리방법의 결정과 제한 등에 많은 차이가 있게 된다. 구성원이 형식적인 의사참여를 하는 경우에는 관리방법 등은 대표자 등에 전적으로 의존하게 되므로 이에 대한 적절한 통제장치가 필요하게 되며, 분쟁 발생의 여지도 적지 않

4) 조합계약에 관한 민법의 규정은 임의규정이므로 조합계약을 체결할 때 조합원이 조합재산에 관하여 지분소유권을 보유하도록 합의할 수 있다. 따라서 합유재산이 없는 조합(지분적 조합)이 유효하게 생겨날 수 있다: 광운직, 채권각론, 566면; Staudinger-Kießler, Vorbem 커 §705 Rz 85ff.

다.<sup>5)</sup> 宗中, 사찰, 교회,<sup>6)</sup> 주택조합 등의 재산관리는 대표적으로 분쟁이 많이 발생하는 분야이다.

공유재산의 경우, 공유물의 관리는 목적물의 성질에 부합하는 통상의 관리 및 이용은 다수결에 의하여 결정할 수 있으며, 다수결은 지분의 크기에 의한다. 다만, 관리가 목적물의 성질에 부합하는 통상의 것이 아닌 때에는 공동자 전원의 동의를 요한다.<sup>7)</sup> 마찬가지로 공작물의 설치·보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 공유자의 책임에 있어서도 모두 전액배상책임을 진다.<sup>8)</sup>

## 2) 관리권의 수권 기준

재산관리인의 선임 근거 즉, 관리권의 수권 근거를 기준으로 관리인을 분류하면, 다음과 같다. 이 분류는 관리인에 대한 관리·감독에 있어서 상당한 차이가 있다는 점에서 구분의 실익이 있다.

### (가) 지정 관리인

이는 재산의 소유권자가 관리인을 선임한 경우이다. 법적 성격으로는 위임에 의한 관리 방식에 해당한다. 따라서 이 경우에는 위임에 관한 법리가 적용된다.

사적 자치의 원칙상 지정관리인의 선임에는 일반적인 위임과 다른 특별한 제한이나 감독이 행하여지지 않는다. 수임인의 관리·감독은 전적으로 위임인의 자율에 맡겨져 있다. 다만, 지정관리인이라 하더라도 위임

5) 학설은 조합이라 하더라도 대표자 또는 관리인이 정하여 지고 있고, 또한 계속적인 것일 때에는 당사자능력을 인정하는 것이 타당하다는 견해와 민사소송법상의 당사자능력에 관한 규정은 조합에는 적용이 없다는 견해로 나뉘어 있다. 판례는 부정설의 입장에 있다. 독일의 통설과 판례는 민법상 조합의 당사자능력을 부정한다 (Jauernig, Zivilprozessrecht, 23. Aufl., 1991, §19 II 및 BGHZ 80, 227 참조).

6) 종교재산의 관리 문제에 관하여는, 孫 晟, “日本の 宗教立法의 敎訓”, 불교대학원논총 제1집, 동국대학교 불교대학원, 1993; 한국법제연구원, 입법의견조사 94-1 종교법인법, 1994; 문화체육부, 일본 종교법인의 관리 운영 가이드, 1993 등 참조.

7) 이에 반하는 다수결은 나머지 소수자에게 구속력이 없고, 경우에 따라서는 소수자에 대하여 손해배상책임을 진다: Larenz, Schuldrecht, Bd. 2, S. 379.

8) 독일의 경우도 마찬가지이다: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, §1008 RdNr. 21.

인 본인에게 수입인을 관리·감독할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 발생한 경우 또는 좁은 의미의 관리행위를 넘는 처분행위를 할 경우 등에는 법원의 허가를 받도록 하는 등 법령상의 제한이 있게 된다.

한편, 법인의 임원 등의 경우에는 법인의 사무처리와 관련하여 법인과 임원 사이에 위임관계가 있는 것으로 해석되며, 따라서 법인이 선임한 지정관리인에 해당한다. 법령 또는 정관상으로 대표권의 제한이 없는 한, 이사는 각자 대표권을 가지며, 감사는 이사의 관리·처분행위에 대한 감시기관으로서의 역할을 하게 된다. 비영리법인·공익법인 및 특수법인의 경우에는 일반적인 지정관리인과 달리 그 선임의 방법 및 절차 등에 주무관청의 관여가 있는 경우가 보통이라는 점에서 위임에 의한 지정관리인과는 차이가 있다. 이는 출연된 재산 또는 설립 목적의 공익적 성격 기인하는 것이라고 볼 수가 있다.

#### (나) 법정 관리인

이는 법률의 규정에 의하여 당연히 관리인으로 되는 경우가 해당된다. 행위무능력자의 재산관리인이 대표적인 예로서, 재산 소유권자가 관리인을 선임할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우이다.

#### (다) 선임 관리인

이는 재산 소유권자 자체가 불명확하거나 법정 관리인이 관리권을 행사할 수 없는 사정 등이 존재하는 경우에 법원이 관여하여 재산관리인을 선임하고 그 감독권을 행사하는 경우이다. 상속인의 존부가 분명하지 아니한 경우의 상속재산의 관리인, 선임후견인 등이 이에 해당한다.

### 3) 기 타

그밖에 관리권의 범위를 기준으로 관리행위로 한정되는 재산관리인, 처분행위를 포함하는 포괄적 재산관리인, 재산의 청산 목적에 관한 행위로 제한되는 파산·정리 관리인으로 나눌 수가 있다. 소유권의 이전형식에 의한 관리인과 관리권의 수여에 의한 관리인으로도 나눌 수가 있다. 전자의 구분은 재산관리권 즉, 관리인의 권한 범위에 차이가 있을 뿐만

아니라 이에 따른 감독 정도, 관리인의 선임권자 및 의무 내용에 차이가 있게 된다. 후자의 구분은 관리의 종료 사유와 방법에 차이가 있다. 소유권 이전적 관리로는 신탁적 관리가 이에 해당하는 바, 민법이나 법인설립 관련 개별법에 의하지 않고 신탁법 및 신탁업법에 의하여 규율된다.

## 2. 관련 법제 현황

재산관리제도와 관련되는 법제에서는 관리인의 선임·해임, 권리·의무, 책임, 감독 등에 관한 사항을 규정하고 있는 바, 그 근거 법령으로 구분하면 크게 민사법상의 관리제도와 특별법상의 관리제도로 나뉜다.

민사법상의 관리인 제도는, i)비영리 법인 제도, ii)친권·후견제도, iii)부재자 제도, iv)공동소유재산의 관리 제도, v)상속재산 관리 제도 및 vi) 상법상의 영리법인의 경영·관리제도에 관한 규정이 있다.

특별법상 관리인 제도로는, i)공익법인의 관리 제도, ii)비영리 특수법인의 관리 제도, iii)정부투자·출자기관의 관리 제도, iv)각종 기금 관리 제도 등이 이에 해당한다.

### (1) 민사법상 관리법제

민사법상의 관리인제도는 비영리적 재산에 관한 관리는 민법에서 일반적인 규정을 두고 있으며, 영리적 재산의 관리는 상법 중 회사편에서 규정하고 있다.

비영리적 재산의 관리에 관계되는 법령으로는, i)공익법인의설립·운영에관한법률, ii)각 부처 소관 비영리법인의설립·운영및감독에관한규정, iii)신탁법, iv)신탁업법 등이다.

영리적 재산의 관리에 관계되는 법령으로는 상법을 비롯하여, i)주식회사등의외부감사에관한법률, ii)금융지주회사법, iii)기업구조조정법, iv)금융산업의구조개선에관한법률, v)회사정리법, vi)파산법 등이 있다.

재산의 관리에 관한 기본적인 법리는 민법 중 채권편의 위임계약에 관한 규정이 다른 법령상의 재산 관리인에 준용되고 있고, 법인의 임원에 의한 법인 재산의 관리는 민법 총칙의 법인 관련 규정 및 대리제도에 관

한 규정이 기본적인 법리를 규정하고 있다. 자연인 중에서 행위무능력자의 재산관리에 관하여는 민법의 친족편 중 친권규정 및 후견제도에 관한 규정이 원칙적 조항으로 적용되고 있다.

## (2) 특별법상의 관리인법제

개별법에 그 설립의 근거를 둔 특수법인의 재산, 국유·공유재산의 관리가 이에 해당한다.

특수법인으로는 i)조합법인, ii)정부출연기관, iii) 정부투자기관 및 출자기관이 이에 해당한다. 조합법인에 관한 법률은 법인조합별로 개별법이 제정·운용되고 있는데, 농업협동조합법, 신용협동조합법, 해운조합법, 수산업협동조합법 등이 이에 해당한다. 정부출연기관에 관하여는 중부출연연구기관등의설립·운영및육성에관한법률, 개별 출연연구기관의 설립법 등이 있다. 정부투자기관 및 출자기관의 경우에는 그 관리는 정부투자기관관리기본법이 있다. 그밖에 비영리민간단체지원법, 국가에 귀속하는 상속재산이전에 관한 법률 및 귀속재산소청심의회규정 등이 있다.

## (3) 재산관리 절차법제

이는 주로 법인, 법인이 아닌 사단등의 등기 및 관리인의 지위 등에 관한 사항, 법원에 의한 재산 관리인의 감독과 재산의 보존 등에 필요한 처분 등에 관하여 규정하는 법령들이 이에 해당한다.

민사소송법 등 절차법으로 i)민사소송법, ii)민사집행법 및 동법규칙, iii)가사소송법, iv)부동산등기법, v)법인아닌사단·재단및외국인의 부동산등기용등록번호부여절차에관한규정, vi)상업등기처리규칙, vii)비송사건 절차법, viii)국세기본법 및 ix)선박소유자등의책임제한절차에관한법률 등이 있다.<sup>9)</sup>

9) 이러한 분류외에, 규정 내용을 중심으로 하여 관리인제도의 각 구성 요소별로 구분할 수도 있다. 즉, i)관리인 선임관련 법령 규정, ii)관리인의 권리·의무 관련 법령 규정, iii)관리인의 감독(행정처분으로 선임, 해임의 권고·요구·명령·이행계획 제출명령 및 해임 등) 관련 법령 규정, iv)재산관리 절차(법인 및 법인격없는 단체등의 등록·등기, 대표자·관리인의 등록 등) 관련 법령 규정, v)청산·해산절차 관련 법령 규정 등이다.

## 제 3 장 관리인의 법적 문제

기술한 바와 같이 재산관리에 있어서 관리 대상인 재산의 유형이 다양하고 관리인의 형태 또한 동일하지 아니하다는 점을 고려하여, 관리인의 선임, 재산의 관리와 관련되는 관리인의 권리·의무, 재산관리인의 감독 등을 기준으로 하여 각각의 재산 유형 및 관리인의 유형에 따른 법제 및 운영을 살피고자 한다. 이를 통하여 각 관리인제도의 비교 분석을 행하고 이에 따른 문제점과 개선 방향을 모색하고자 한다.

### 제 1 절 관리인의 선임

#### 1. 지정 관리인

##### (1) 개 관

재산 소유권자가 위임의 방식에 의하여 선임하는 지정 관리인은 통상적인 재산관리인의 선정 방법이다. 이는 사적 자치의 원칙에 따른 것이므로 법령상 특별한 제한을 두지 않는 것이 일반적이다. 그러나, 재산의 성격에 따라 지정 관리인에 대한 제한을 공익적 차원에서 두는 경우도 적지 않다. 이는 비영리법인 내지 공익법인의 경우에는 관리의 위임에 대한 제한으로 나타난다. 영리법인의 경우에는 법령상의 제한은 없다.

##### 1) 개인 재산의 지정 관리인

###### (가) 위임에 의한 재산 관리인

부재자의 재산관리 중 부재자 자신이 재산관리인을 둔 경우가 이에 해당한다.

재산관리인은 부재자의 受任人이며, 임의대리인이므로 그 권한, 관리의 방법 등은 모두 부재자와 관리인 사이의 계약에 의하여 정하여진다. 만일에 계약에 정한 것이 없으면 관리인의 권한은 민법 제118조에 의하여 관리행위에 한하며, 부재자 본인이 사망한 경우에는 민법 제691조에 의

하여 일정시기 까지 관리인의 권한이 존속한다고 해석된다. 委任에 관한 규정 (§680이하)에 의하여 규율된다.<sup>10)</sup>

위임에 관한 규정은 사무의 처리에 관한 원칙적 규정으로서 민법상 타인의 사무를 처리하는 경우에 준용된다. 즉, 수치인의 권리의무 (§701), 업무집행조합원의 권리의무 (§707), 사무관리에서 관리자의 권리의무 (§738·739②), 후견인의 재산관리 (§956·959) 등이다.

위임에서는 위임인 또는 수임인이 언제든지 계약을 해지할 수 있다는 점에서 상호해지의 자유가 있다 (§689①).

#### (나) 가정법원의 관여

위임에 의한 재산관리의 경우에는 가정법원이 원칙적으로 간섭할 필요가 없다. 다만, 예외적으로 다음의 경우에는 가정법원이 부재자의 재산관리에 개입·간섭하게 된다.

##### ① 부재자의 생사가 불명하게 된 경우

가정법원은 재산관리인, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리인을 改任할 수 있다 (§23). 그리고 개입하지 않고 감독만 할 수도 있다.

개입하는 경우의 관리인의 권한과 관리방법 등은 본인이 관리인을 두지 않은 경우에 있어서와 같다. 개입하지 않고 감독만 하는 경우에는 가정법원은 관리인에 대하여 재산목록작성, 재산보존에 필요한 처분을 명할 수 있고 (§24③), 관리인이 권한을 넘는 행위를 한 때에는 허가를 주고 (§25 후문), 상당한 담보를 제공하게 하거나, 부재자의 재산으로 상당한 보수를 지급할 수도 있다 (§26③).

##### ② 본인의 부재중에 재산관리인의 권한이 소멸한 때

이 경우에는 본인이 관리인을 두지 않은 경우와 마찬가지로 가정법원이 개입하여, 재산관리에 필요한 처분을 명할 수가 있다.

---

10) 대판 1973.7.24, 72다2136.

## 2) 법인재산의 지정관리인

민법상 법인과 그 기관인 이사와의 관계는 위임인과 수임인의 법률관계와 같은 것으로서 이사의 임기가 만료되면 일단 그 위임관계는 종료되는 것이 원칙이다.

법인재산의 관리인은 이사이다. 민법상 법인의 이사에 관한 사항은 제 57조 이하에서 중요한 사항을 규정하고 있다.

기본재산의 처분에 관하여는 정관의 변경사항으로 보아 주무관청의 허가를 받도록 별도의 강행규정을 두고 있다.

### (가) 이사의 임면

이사의 임면은 정관의 필요적 기재사항이므로 정관에 의하여 정하여 진다. 사단법인의 경우에는 사원총회에서 이사를 선임하는 것이 일반적이다.

#### ① 민법상 비영리법인의 경우

관리인으로서의 이사 선임에 관하여 민법은 특별한 규정을 두지 아니하고 정관으로 정하도록 하고 있다. 다만, 법인 대표자의 임기만료 후에 대표자의 개임이 없는 경우에는 법인의 대표자의 유임이나 중임을 금하는 정관의 규정이 없는 한, 그 대표자를 묵시적으로 다시 선임하였다고 해석하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.<sup>11)</sup>

이사의 선임과 관련하여 민법에서는 직접적으로 결격사유를 규정하고 있지는 않다. 정관으로 정하지 아니한 경우에는 대리와 위임에 관한 규정을 유추적용하게 된다. 따라서 선임에 관하여는 별다른 제한이 없게 되고, 퇴임 내지 해임의 경우는 위임관계 내지 대리관계의 종료사유가 적용될 수가 있다. 즉, 이사의 사망, 파산, 금치산선고가 이에 해당한다.

이사의 해임 또는 퇴임과 관련하여 위임에 관한 규정의 유추적용 문제에 대하여, 위임에서 인정되는 상호해지의 자유는 법인의 계속성에 비추어 유추적용할 수 있다는 견해<sup>12)</sup>와 자유로이 해임·퇴임할 수 있다는 견해<sup>13)</sup>로 나뉜다.

11) 대판 1970.9.17, 70다 1256.

12) 김상용, 민법총칙, 법문사, 1999, 245면.

13) 고상룡, 민법총칙, 법문사, 222면.

이사는 임기만료 또는 사임으로 물러 난 후에도 후임자가 정해질 때까지는 계속해서 종전 업무를 수행할 의무와 권한이 있다고 본다.<sup>14)</sup> 다만, 임기만료 또는 사임한 이사로 하여금 종전 업무를 수행하게 하는 것이 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.<sup>15)</sup>

## ② 공익법인의 경우

공익법인의 운영 등에 관하여는 『공익법인의설립·운영에관한법률』에서 규율하고 있다. 이 법률은 공익법인의 임원에 관한 사항으로 선임·해임 및 그 자격에 관하여 규정하고 있다.

i) 이사 및 이사장은 이사회에서 선임하며, 감사 2인 중 1인은 주무관청이 추천할 수 있고, 임원은 주무관청의 승인을 받아 취임한다.

ii) 이사의 구성에 관하여 일정한 제한을 두고 있다. 이사의 과반수는 대한민국 국민이어야 하며, 특별한 관계가 있는 자의 수는 이사 현원의 5분의 1을 초과할 수 없도록 제한하고 있다.

iii) 임원의 결격사유로, 미성년자·금치산자 또는 한정치산자·파산자·금고이상의 형을 받고 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자·취임승인이 취소된 후 2년이 경과되지 아니한 자 등을 규정하고 있다.

iv) 주무관청은 이사가 일정한 사유에 해당할 경우에 그 취임승인을 취소할 수 있다. 즉, 법령·정관의 위반, 임원간의 분쟁, 회계부정, 재산의 부당한 감손, 현저한 부당행위 등으로 인하여 당해 공익법인의 설립 목적을 달성할 수 없게 할 우려가 생기게 된 때, 목적사업 이외의 사업을 수행하거나 수행하려 할 때 등이다.(동법률시행령 §26조①).

v) 상근임직원의 정수는 주무관청의 승인사항이며, 상근임직원에 대하여는 보수를 지급하도록 규정하고 있다(동법률§5⑨).

14) 대판 1963.4.18; 대판 1972.4.11, 72누86.

15) 김상용, 전계서, 245면.

③ 특수법인의 경우

특수법인은 개별법에 그 설립의 근거를 둔 법인을 의미하며, 조세감면규제법상의 『공공법인』(총 144종)을 기준으로 하여 분류하면 다음과 같다.

- i) 특별법에 의하여 직접 설립된 법인
- ii) 특별법상의 규정에 의하여 허가·인가를 받아 설립된 법인
  - 허가 : 재단법인 산재의료관리원
  - 인가 : 산업단지관리공단
  - 지정 : 수출검사기관
- iii) 육성법(또는 육성에관한법률)의 적용을 받는 법인
  - 육성법의 적용
  - 육성에관한법률의 적용
  - 육성에관한법률에 의하여 설립된 법인 : 한국해양소년단연맹
- iv) 특별법의 적용을 받는 법인(또는 재단법인)
  - 대한지적공사
  - 재단법인 한국소방검정공사 등
- v) 지방공기업법에 의하여 설립된 법인
  - 지하철도공사
- vi) 지방공기업법 제49조·제50조 또는 제76조에 의하여 설립된 지방공사 또는 지방공단으로서 대통령령이 정하는 법인
  - 도로·주택 및 시장 등 생산관련 사회간접자본시설의 건설·운영 또는 관리를 주된 목적으로 하는 12개 법인(공사)(조감법시행령 제58조제2항제1호~제12호)
- vii) 지방공기업법 및 시·도의 조례에 의하여 설립된 지방공사
  - 시·도의료원

이들 특수법인은 그 설립근거 법령에서 민법의 법인 관련 규정에 대한 특별 규정을 두고 있고, 나머지는 민법을 준용하는 형식을 취하고 있다.

특수법인은 기본적으로 재단법인의 성격을 가지고 있으므로 그 재산의 관리는 공익성을 우선적 가치로 한다는 점에서 관리인으로서의 임원에 관

한 사항과 재단의 재산관리를 포함한 업무집행에 관하여 특별한 제한규정을 각각 두고 있다.

관리인으로서 임원의 선임에 관하여 공통적으로 규정하고 있는 사항은 임원의 선임에 대한 승인·임명권에 관한 사항, 임원의 결격사유, 임원의 해임에 관한 사유 등이다.

## 2. 선임 관리인

### (1) 부재자의 재산관리인

부재자가 재산관리인을 두지 않은 경우에는 법원에 의한 처분의 명령에 의하여 재산관리인을 선임하게 된다.

『재산관리에 필요한 처분』에는 재산관리인의 선임, 잔류재산의 매각 등이 있으나 가장 일반적인 방법이 재산관리인의 선임이다.

부재자가 관리인을 두지 않고 또 법정대리인도 없는 경우, 부재자의 생사가 불명하게 된 경우 및 본인의 부재중에 재산관리인의 권한이 소멸한 경우에 가정법원에 의하여 재산관리인의 선임 또는 개임이 이루어진다.

재산관리인의 선임은, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원의 처분 형태로 이루어진다. 이해관계인은 상속인·배우자·부양청구권자·채권자·보증인·부재자와 함께 연대책무자가 된 자 등이 해당된다. 부재자의 재산관리·보전이 공익에 관한 경우가 있기 때문에 검사도 청구할 수 있도록 한 것이다. 선임기관은 부재자의 최종 주소지 또는 재산소재지의 ‘가정법원’의 전속관할에 속한다(가사소송법 제2조제1항 나호(1)의 2, 제44조 2호).

### (2) 상속재산 관리인

#### 1) 유형

가족법상 상속재산의 관리와 관련하여 상속인 또는 법정대리인의 확정 내지 존부가 불명한 경우에 법원이 관리인을 선임하는 경우로서 다음과 같다.

- i) 호주승계개시 후 승계권의 존부 및 그 순위에 영향을 미칠 쟁송이 있는 때에 그 재산관리를 위하여 관리인을 선임한 경우 (§994②)
- ii) 재산상속인의 존부가 불분명하여 법원에서 상속재산의 관리인을 선임한 경우 (§1053②)
- iii) 상속재산의 승인·포기 등의 고려기간 중 법원이 관리인을 선임한 경우 (§1023②)
- iv) 상속포기에 의하여 법원이 상속재산관리인을 선임한 경우 (§1044②)

(가) 상속인의 부존재 경우

상속인의 존부가 분명하지 않은 경우로는 신원불명의 자가 사망한 경우, 호적상 상속인이 없는 경우, 상속인이 전부 상속포기를 하여 상속인이 없는 경우 등이다. 이러한 경우에는 상속인을 수색하여 상속인 부존재를 확정함으로써 상속재산을 청산할 필요가 있고, 그 동안의 재산관리가 필요하게 된다.

관리인의 선임은 가정법원인 민법 제777조의 규정에 의한 피상속인의 친족 기타 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산관리인을 선임하고 지체없이 이를 공고하여야 한다(가사소송법 §2①라류).

(나) 승계권 쟁송의 경우

호주권의 승계가 개시된 후 승계권의 존부와 그 순위에 영향이 있는 쟁송이 법원에 계속된 경우에는 법원은 피승계인의 배우자, 4촌이내의 친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 그 승계재산의 관리에 필요한 처분을 하여야 한다 (§994①). 그 필요한 처분의 하나로서 관리인을 선임하는 것은 부재자의 경우와 같다.

(다) 상속의 승인·포기의 경우

법원은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산의 보존에 관한 필요한 조치로서 상속재산 관리인을 선임할 수 있다. 상속의 승인 또는 포기의 고려기간 동안의 상속재산의 보존조치에 해당한다. 상속포기의

경우에는 포기한 상속인이 그 상속포기로 인하여 상속인이 된 자가 상속 재산을 관리할 수 있을 때까지 관리의무가 있으므로 관계없다.

### (3) 미성년자의 선임 재산관리인

#### 1) 이해상반행위의 경우

법정대리인인 친권자와 그 자녀 사이에 이해가 상반되는 행위, 또는 그 친권에 복종하는 數人의 子 사이에 이해가 상반되는 행위는 법정대리인이 대리권을 행사할 수 없고, 가정법원이 선임한 특별대리인이 미성년자를 대리하여야 한다. 이해상반행위의 경우에 친권자는 특별대리인의 선임을 법원에 청구하여야 한다(§921).

특별대리인의 선임을 청구하는 자가 친권자라는 점에서 일반적인 재산 관리의 선임관리인 경우와 다르다.

친권자가 이해상반되는 행위를 특별대리인에 의하여 행하지 않고 스스로 하는 경우에는 무권대리가 된다. 다만, 본인이 그 행위의 효력을 추인 하면 유효한 것으로 된다고 해석하는 것이 판례의 입장이다.<sup>16)</sup>

이해상반행위의 범위는 대립당사자만이 아닌 실질적인 이해대립을 기준으로 판단한다. 이해상반행위에 해당하는 것으로 판단하는 판례를 예시 하면 다음과 같다. 이들은 실질적으로 미성년자의 재산에 중대한 영향을 미치는 행위이며, 처분행위에 속한다. 이 점에서 넓은 의미로 관리인의 개념에 친권자를 포함하는 경우, 즉 관리의 개념에 본인의 재산보호라는 관점을 포함하는 경우에는 중요한 사항으로 보지 않을 수가 없다.

- 子의 재산관리에 관한 포괄적 위임을 받은 父가 자신의 채무지급을 위하여 子를 대리하여 공동명의로 어음을 발행한 행위<sup>17)</sup>
- 친권자가 자기의 채무를 위하여 미성년자인 子의 부동산을 담보에 제공한 행위<sup>18)</sup>
- 養母가 미성년의 양자를 상대로 한 소유권이전등기청구소송<sup>19)</sup>

16) 대판 1964.8.31, 63다547.

17) 대판 1971.2.23, 70다2916.

18) 대판 1971.7.27, 71다1113.

19) 대판 1991.4.12, 90다17491.

- 친권자인 母가 공동상속인으로서 미성년자를 대리하여 상속재산분할 협의를 하는 행위<sup>20)</sup> 등이다.

## 2) 법정대리권이 배제되는 경우

무상으로 타인의 자에게 재산을 증여한 제3자가 친권자에 의한 재산관리를 원하지 않을 때에 재산관리인의 지정·개입하는 경우이다(§918).

가정법원이 재산관리인을 선임하는 경우는, 재산을 증여한 제3자가 재산관리인을 지정하지 아니한 때이다. 재산을 증여한 제3자가 지정한 관리인의 권한이 소멸하거나 관리인을 개입할 필요가 있는 경우에 위 제3자가 다시 관리인을 지정하지 아니한 경우도 마찬가지이다. 친권자가 아닌 者를 재산관리인으로 지정한 경우에는 앞에서 기술한 지정 관리인에 해당한다.

재산관리인은 재산의 수여를 받은 자 또는 제777조의 규정에 의한 친족의 청구에 의하여 가정법원이 선임하며, 부재자의 재산관리에 관한 민법 제24조제1항(재산목록 작성의무), 제2항(법원의 처분명령), 제4항(비용의 지급), 제25조 전단(처분행위에 대한 법원의 허가) 및 제26조제1항(담보제공), 제2항(보수지급)의 규정이 준용된다.

## 3. 법정 관리인

법정관리인은 법률의 규정에 의하여 일정한 자에게 재산관리권을 부여한 것이므로 특별한 선임절차가 없다. 법률의 규정에 의하여 당연히 관리인이 된다.

이에 해당하는 것이 행위무능력자의 법정대리인으로서 친권자, 후견인이다. 한정치산자나 금치산자의 법정대리인은 후견인만이 있으며, 후견인이 되는 자는 민법 제933조 내지 935조의 규정에 정하여진 순위로 결정된다. 다만, 후견인의 사망, 결격 기타 사유로 흠결된 경우를 포함하여 후견인이 될 자가 없는 때에는 피후견인의 친족 기타 이해관계인의 청구

---

20) 대판 1993.3.9, 92다18481.

에 의하여 법원이 선임한다. 이 경우는 선임관리인에 해당된다.

## 제 2 절 관리인의 권리 · 의무

### 1. 지정관리인

#### (1) 위임계약 일반의 권리 · 의무

##### 1) 수임인의 의무

수임인은 위임사무의 처리의무를 지며, 선관의무(\$681)와 복임권의 제한(\$682) 및 위임사무의 처리에 부수하는 의무로서 보고의무(\$683), 취득물 등의 인도·이전의무(\$684) 및 금전소비의 책임(\$685)이 있다. 위임관계가 종료된 때에는 긴급처리의무가 부여된다.

##### (가) 위임사무의 처리의무

수임인은 위임인으로부터 위탁받은 사무를 처리할 의무를 지며, 이는 수임인의 기본적 의무에 속한다. 위임사무에서의 『사무』는 법률상, 사실상의 모든 행위로서, 법률행위, 준법률행위, 사실행위의 사무를 포함한다. 따라서 좁은 의미의 관리행위에 해당하는 보존·이용·개량행위는 당연히 포함되며, 처분행위를 포함하는 넓은 의미의 관리행위도 여기에 해당된다.

위임사무의 처리의무와 관련하여 민법은 다음 두 가지 사항을 규정하고 있다.

##### i) 善管義務

『수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다』(\$681)고 규정하고 있다. 위임계약의 유상·무상을 불문하고 선관의무가 부여되며, 위반시에는 채무불이행으로 되고 불법행위로 인한 손해배상책임과 경합할 수도 있다.

‘선량한 관리자의 주의’는 『자기 재산과 동일한 주의』(\$695)에 대비되

는 개념으로, 수임인의 개별적 능력에 따른 주의(구체적 과실)가 아니라 위임사무의 처리에 통상 요구되는 주의(추상적 과실)로서, 그 구체적인 내용은 개별적 사안에 따라 판단하게 된다.

ii) 復任權의 제한

수임인은 위임인의 승낙이나 부득이한 사유 없이 제3자로 하여금 자기에 갈음하여 위임사무를 처리하게 하지 못한다. 제3자에게 처리한 경우에는 민법 제121조의 임의대리인의 복대리인 선임의 책임, 제123조의 복대리인의 권한의 규정을 준용한다. 복임권 제한을 위반한 경우에는 위임계약상의 채무불이행으로 된다.

복임권을 행사한 경우, 수임인은 위임인에 대하여 복수임인의 선임·감독에 관한 책임이 있다(§682②, §121①). 다만, 수임인이 위임인의 지명에 의하여 복수임인을 선임한 경우에는 그 부적임 또는 불성실함을 알고서도 그 사실을 위임인에게 통지하거나 해임하는 것을 태만히 한 때에만 책임을 진다.

복수임인은 위임인에 대하여 수임인과 동일한 권리의무가 있다. 다만, 수임인과 복수임인 사이의 복위임계약에서 정하여지는 권리의무를 한도로 한다.

(나) 위임사무의 처리에 부수하는 의무

i) 보고의무

수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고, 위임이 종료한 때에는 지체없이 그 전말을 보고하여야 한다.

ii) 취득물 등의 인도·이전의무

수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 한다. 또한, 대리권을 수반하지 않는 위임에서는 수임인이 위임인을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리도 위임인에게 이전하여야 한다.

iii) 금전소비의 책임

수임인이 위임인에게 인도할 금전 또는 위임인의 이익을 위하여 사용할 금전을 자기를 위하여 소비한 때에는 소비한 날 이후의 이자를 지급하여야 하며, 그 외에 손해가 있으면 배상하여야 한다.<sup>21)</sup> 금전 이외의 물건을 소비한 때에는 채무불이행 또는 불법행위의 일반원칙에 의하여 해결된다.

2) 수임인의 권리

위임계약은 무상임을 원칙으로 하며, 특약으로 유상으로 할 수 있다. 수임인은 보수청구권(§686), 비용청구권(§687), 대변제청구권·담보제공청구권(§688①,②) 및 손해배상청구권(§688③)이 인정된다.

(가) 보수청구권

민법은 로마법의 연혁에 따라 무상의 위임을 원칙으로 하며, 수임인이 위임인에게 보수를 청구할 수 있기 위해서는 당사자간에 보수지급에 관한 특별한 약정이 있을 것을 요구한다.

i) 보수는 사무처리의 대가를 의미하므로, 사무처리에 소요되는 비용과는 다른 개념이며, 비용은 특별한 약정이 없어도 수임인은 당연히 그 상환을 청구할 수 있다.

ii) 특약에 의한 보수의 청구도 위임의 본지에 따른 선관의무를 제대로 이행한 경우를 전제도 한다. 선관의무를 위반한 때에는 오히려 채무불이행에 의한 손해배상책임이 문제된다.

iii) 보수의 특약은 묵시의 특약도 가능하다. 위임사무가 수임인의 영업 내지 업무에 속하는 경우에는 오히려 무보수의 특약이 없는 한 보수지급의 묵시적 약정이 있는 것으로 보아야 한다는 것이 판례의 일관된 입장이다.

---

21) 법정이자 외의 손해의 배상을 청구할 수 있다는 점에서 제397조의 책임에 대한 예외가 된다.

iv) 보수의 지급시기는 특약이 없는 한, 後給이 원칙이며, 중도에 위임이 종료한 경우에는 수임인이 선관의무를 다한 이상 그에 상응한 보수를 지급하여야 한다. 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다.

(나) 비용청구권

사무의 처리에 소요되는 비용은 위임의 무상·유상 즉, 보수와 관계없이 별도로 그 선급이나 상환을 청구할 수 있다. 다만, 이 때에도 그 비용은 위임의 본지에 따라 지출된 경우라야 한다.

비용은 원칙적으로 선급이며(\$687), 위임사무의 처리에 관한 필요비를 지출한 때에는 그 비용과 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다(\$688①).

(다) 대변제청구권·담보제공청구권

수임인이 위임사무의 처리에 필요한 채무를 부담한 때에는 위임인에게 자기에 갈음하여 이를 변제하게 할 수 있고, 그 채무가 변제기에 있지 아니한 때에는 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다(\$688②).

(라) 손해배상청구권

수임인이 위임사무의 처리를 위하여 과실 없이 손해를 받은 때에는 위임인에 대하여 그 배상을 청구할 수 있다(\$688③).

(2) 부재자의 지정관리인

부재자가 선임한 재산관리인은 부재자의 受任人이며 또한 임의대리인이므로 그 권한·관리의 방법 등은 모두 부재자와 관리인 사이의 계약에 의하여 정해진다.

만일에 계약으로 정한 바가 없으면, 관리인의 권한은 민법 제118조에 의하여 관리행위에 한하며,<sup>22)</sup> 부재자 본인이 사망한 경우에는 민법 제691조에 의하여 일정시기까지 관리인의 권한이 존속한다고 본다.

22) 대판 1973.7.24, 72다2136; 김상용, 전게서, 191면.

(3) 법인의 재산관리인

1) 민법상 비영리법인

(가) 선관의무

이사는 대외적으로 법인을 대표하고, 대내적으로는 업무를 집행한다. 이러한 직무를 집행함에 있어서 이사는 선량한 관리자의 주의로써 충실하게 수행할 의무를 진다(§61). ‘선량한 관리자의 주의’와 관련하여 판례는 법률해석을 잘못된 감독관청의 명령을 따른 경우 이 주의의무에 위반한 것으로 볼 수 없다고 하여, 보통의 주의력을 가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말한다고 본다.<sup>23)</sup>

이사가 이 의무에 위반하면 이사는 법인에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지게 되고, 이 경우에 이사가 數人 있는 때에는 모두 연대하여 손해배상을 할 책임이 있다(§65).

임원의 선관주의의무에 관한 판례의 입장을 살펴보면 다음과 같다.

『금융기관의 임원의 선관주의의무의 내용과 경영판단의 원칙과의 관계 및 금융기관의 임원이 선관주의의무에 위반하여 임무를 해태하였는지 여부의 판단기준(대판 2002.6.14 선고 2001다52407 판결)』에 관한 판결에서는

“ 금융기관의 임원이 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정 과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량

23) 대판 1986.3.26, 84다카1923.

의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.

금융기관의 임원, 특히 새마을금고의 임원이 대출을 결정함에 있어서 임원이 법령이나 정관에 위반한 대출이었음을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 대출에 관한 어떤 이해관계가 있어 자기 또는 제 3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 대출을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 임원으로서의 주의의무를 다 할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리 하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 대출을 실행한 경우에는 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다.”

그 밖에 선관주의의무와 관련된 판례로, i) 임무해대를 이유로 회사가 대표이사를 상대로 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하는 경우, 대표이사의 직무수행상 채무의 내용(대판 1996. 12.23, 선고 96다30465, 30472판결), ii) 법령해석을 잘못된 감독관청의 명령에 따른 자의 행위를 선관주의 의무위반이라고 볼 수 있는지(소극)(대판 1985.3.26 선고 84다카1923 판결) 등이 있다.

#### (나) 대표권

이사는 법인의 사무에 관하여 각자 법인을 대표한다. 대표하는 사무에는 제한이 없으며, 법인의 행위능력에 속하는 모든 사항에 관하여 대표권을 가지는 것이 원칙이다.

대표권의 제한은 정관에 기재하여야만 효력이 있으며, 정관에 기재하지 않은 대표권의 제한은 무효이다. 그리고 정관에 기재하여도 이를 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(\$60). 사단법인의 경우에는 사원총회의 결의로써 제한할 수도 있다. 이 경우에도 등기를 하지 않는 한 총회의 결의에 위반하여도 이사의 행위는 그대로 유효하다. 다만, 이사의

법인에 대한 대내적인 책임문제는 발생한다.<sup>24)</sup>

법인과 이사의 이익이 상반하는 사항에 관하여는 이사는 대표권이 없으며, 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 선임한 특별대리인이 법인을 대표한다. 『이익 상반』에 해당하는지는 개별적으로 정하여야 하는데, 이사에 의한 법인재산의 양수, 이사재산의 회사에 대한 양도, 이사 개인채무의 법인의 인수 등이 이에 해당한다고 본다.<sup>25)</sup> 이에 위반한 경우에는 무권대리행위가 되며, 법인의 추인이 없는 한 법인에 대하여 효력이 없다.

(다) 대리인 선임의 제한

이사는 원칙적으로 자신이 대표권을 행사하여야 한다. 그러나 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 않은 사항에 한하여 타인으로 하여금 대리하게 할 수 있다(§62). 이와 같은 이사의 대리인 선임권은 오로지 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 『특정한 행위』, 예컨대 특정한 사건에 대한 소송행위·특정재산에 대한 관리행위 등에 한해서만 허용된다.

이사에 의하여 선임된 대리인은 법인의 기관은 아니다. 그러나 이사의 대리인이 아니라, 법인의 대리인으로서 그 자의 대리행위는 법인의 이름으로 하게 되며, 그 효과는 법인에 귀속한다. 이사는 이러한 대리인의 선임·감독에 관하여 책임을 진다(§59②, §121①). 이 점에서는 위임의 경우와 다르지 않다.

(라) 재산목록의 작성

재산목록은 법인의 적극·소극의 총재산의 명세서이다. 이사는 법인이 성립한 때에는 기본재산목록을 작성하고, 그 후에는 매년 초의 3개월 이내에 전년도 말 현재의 매년도 재산목록을 작성하여 사무소에 비치하여야 한다(§55①후단).

사업년도를 정한 법인은 법인이 성립한 때에는 기본재산목록을 작성하고, 매년 사업년도 초의 3개월 이내에 직전 사업년도 말 현재의 매년도

---

24) 김상용, 전계서, 248면.

25) 김준호, 전계서, 151면.

재산목록을 작성하여야 한다.

이사의 재산목록 작성의무는 법인의 재산상태를 명료하게 하여 법인의 자산상태를 일반 제3자에게 알리는 동시에 이사 개인의 재산과의 혼동을 방지하는 데 그 취지가 있다.

이사가 이러한 재산목록의 작성 또는 비치의무를 게을리하거나 부정기 재한 때에는 과태료의 처분을 받는다(§97조 2호).

(마) 각종 등기의무

이사는 각종의 법인등기를 하여야 한다. 이를 해태한 경우에는 역시 과태료의 처분을 받는다.

(바) 파산신청의무

법인이 채무를 완제하지 못하게 된 때에는, 이사는 지체없이 파산을 신청하여야 한다. 이사가 파산신청을 해태한 때에는 과태료의 처분을 받는다.

(4) 신탁재산의 수탁인

신탁재산의 관리와 관련되는 수탁자의 의무는 i) 신탁사무처리의무(신탁법 제28조), ii) 이익향수금지(제29조), iii) 분별관리의무(제30조), iv) 권리취득의 제한(제31조), v) 장부비치의무(제33조), vi) 관리방법의 법정(제35조)과 변경(제36조), vii) 손해배상의무(제38조) 등이 신탁법에 규정되어 있다.

수탁자가 신탁재산을 관리하는 경우, 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 관리·처분하여야 하며(제28조), 신탁행위로 특별히 정하는 바가 있는 경우를 제외하고는 신탁법 제35조의 규정에 의한 관리방법에 따라 관리하여야 한다.

이상의 관리인 유형별 의무 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

< 관리인의 의무 >

의무내용	지정관리인		법정관리인	선임관리인
	수임인	임 원	친권자·후견인	부 재 자
선관의무	○	○	-(자기재산과 동일한 주의)	○
복임권의 제한	○	○	-	-
보고의무	○	○	-	○
취득물 인도·이전의무	○	-	-	-
금전소비배상	○	-	-	-
재산목록작성	-	○	-	○
각종 등기의무	-	○	-	-
파산신청의무	-	○	-	-
관리의 계산	-	-	-	○
담보의 제공	-	-	-	○
처분명령의 수행	-	-	-	○
계속관리의무	○	-	-	○
이해상반행위금지	-	○	○	-

2. 선임관리인

(1) 부재자의 재산관리인

1) 법적 지위

가정법원에 의하여 선임된 부재자 재산관리인은 일종의 법정대리인에 해당한다. 선임된 재산관리인은 그 사유를 신고하고 사임할 수 있고, 법원도 언제든지 개임할 수 있다(가사소송규칙 제42조).

선임 관리인은 부재자와 재산의 관리에 관하여 위임계약을 맺은 것은 아니지만, 그 직무의 성질상 위임의 규정이 준용된다. 따라서 선임 관리인은 부재자의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 그 재산을 관리하여야 하는 등 수임인과 동일한 지위에 서게 된다.<sup>26)</sup>

26) 김준호, 민법강의, 법문사, 2002, 104면.

## 2) 권 한

부재자의 선임 관리인은 부재자의 재산에 관하여 민법 제118조(대리권의 범위)가 정하는 관리행위는 자유롭게 할 수 있으나, 그 이상의 처분행위를 하고자 할 때에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다. 일단 처분허가를 받았으면 처분방법은 재산관리인이 임의로 정할 수 있다. 그러나 허가 없이 행한 처분행위는 무효이다.<sup>27)</sup>

## 3) 권 리

보수청구권, 비용상환청구권 및 손해배상청구권이 인정된다. 가정법원은 상당한 보수를 부재자의 재산에서 관리인에게 지급할 수 있다고 규정하고 있는 점에서 위임 일반의 무상원칙과 다르다. 비용상환청구권 및 손해배상청구권은 위임의 경우와 같다.

## 4) 의 무

### (가) 법정 의무

가정법원이 부재자의 지정 관리인을 개입한 경우와 마찬가지로 일정한 의무를 규정하고 있다. 선임 관리인은 수임인과 같은 지위에 서지만, 본인이 부재자라는 특수성 때문에 민법 제24조는 별도의 규정을 두고 있다. 관리할 재산의 목록작성(§24①), 재산의 보존을 위하여 가정법원이 명하는 처분의 수행(§24②), 담보의 제공(§26①) 등의 의무를 진다.

### (나) 선관의무

선임 관리인은 가정법원에 의하여 임명되는 일종의 법정 대리인이라는 점에서 부재자와의 사이에는 계약관계가 존재하지 않는다. 그러나, 그 직무의 성질상 부재자와의 위임계약에 기하여 재산을 관리하는 경우와 동일한 의무를 부담하는 것으로 해석하는 것이 통설이다. 따라서 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 직무를 처리하여야 하고, 부재자가 사망한 경우에는 일정기간까지 그의 직무를 수행하여야 한다.

27) 대판 1960.4.21, 4292 민상 252; 대판 1977.3.22, 76다1437.

## (2) 가족법상의 재산관리인

민법 제22조 내지 제26조에서 규정하는 부재자재산관리인의 권한을 법정재산관리인의 권한의 전형적인 것으로 하여 부재자의 재산관리 이외의 재산관리의 경우에 이를 준용하고 있다. 특히 다음과 같은 가족법상의 재산관리에 이를 준용하고 있다.

- i) 무상으로 타인의 자에게 재산을 증여한 제3자가 친권자에 의한 재산관리를 원치 않을 때에 재산관리인의 지정·개임의 경우 (§918④)
- ii) 호주승계개시 후 승계권의 존부 및 그 순위에 영향을 미칠 쟁송이 있는 때에 그 재산관리를 위하여 관리인을 선임한 경우 (§994②)
- iii) 재산상속인의 존부가 불분명하여 법원에서 상속재산의 관리인을 선임한 경우 (§1053②)
- iv) 상속재산의 승인·포기 등의 고려기간 중 법원이 관리인을 선임한 경우 (§1023②)
- v) 상속포기에 의하여 법원이 상속재산관리인을 선임한 경우 (§1044②)

따라서 상속재산관리인은 장래에 나타날 상속인 또는 포괄적 수증자의 법정대리인의 지위에 있게 되므로 상속재산에 관한 소송에서는 당사자적격이 인정된다.

준용규정 외에 따로 규정하고 있는 사항으로는 재산목록제시와 상황보고 및 관리의 계산이다. 재산관리인은 상속채권자나 수증자의 청구가 있는 때에는 언제든지 상속재산의 목록을 제시하고 그 상황을 보고하여야 한다 (§1054). 상속인의 존재가 분명한 경우, 관리인의 임무는 그 상속인이 상속의 승인을 한 때에 종료한다. 이 경우 관리인은 지체없이 그 상속인에 대하여 관리의 계산을 하여야 한다 (§1055②).

## 3. 법정관리인

### (1) 친권자

친권자는 자가 자기의 명의로 취득한 특유재산에 대하여 재산관리권이 있다. 재산상 행위의 대리권, 재산상 행위의 동의·허가권, 재산수익권도

넓은 의미의 자의 재산관리에 포함할 수 있다.

1) 재산관리권

(가) 친권자의 재산관리권

친권의 내용 중에는 자의 재산에 관한 권리·의무가 포함된다. 친권자는 자가 자기의 명의로 취득한 특유재산을 관리하며(\$916), 관리권을 행사함에는 자기의 재산에 관한 행위와 동일한 주의를 하여야 한다(\$922).

① 대상 재산

친권자의 재산관리권 대상으로 되는 재산은 ‘자의 특유재산’이다. 자가 상속이나 유증으로 취득하였거나 자기의 노력으로 얻은 재산을 말한다.

대상에서 제외되는 재산은, 무상으로 자녀에게 재산을 급여한 제3자가 법정대리인인 친권자의 관리를 반대하는 의사표시를 한 경우(\$918①)와 미성년자의 행위능력이 예외적으로 인정되는 경우 즉 처분을 허락한 재산(\$6), 영업을 허락한 경우의 영업재산(\$8)이다.<sup>28)</sup>

재산관리권의 내용은 재산의 보존·이용 및 개량을 목적으로 하는 행위이다. 따라서 처분행위는 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 관리목적에 필요한 한도 안에서의 처분행위는 허용된다고 해석된다.<sup>29)</sup>

친권자의 재산관리권이 배제된 재산에 대하여는 친권자의 법정대리권이 인정되지 아니한다.

② 친권의 제한

i) 이해상반행위와 친권의 제한

법정대리인인 친권자와 그 자녀 사이에 이해가 상반되는 행위를 친권자가 행하는 경우, 또는 그 친권에 복종하는 數人의 자 사이에 이해가 상반되는 행위를 친권자가 행하는 경우에는 친권이 제한된다. 이 경우 제한되는 친권의 구체적 내용은 법정대리권이다. 처분행위가 아닌 관리행위를

28) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2001, 1394면.

29) 상계서, 1392면.

대상으로 하는 관리권은 관계가 없다.

이해상반행위의 경우에 친권자는 특별대리인의 선임을 법원에 청구하여야 한다(§921). 친권자가 이해상반되는 행위를 특별대리인에 의하여 행하지 않고 스스로 하는 경우에는 무권대리가 된다. 다만, 본인이 그 행위의 효력을 추인하면 유효한 것으로 된다고 해석하는 것이 판례의 입장이다.<sup>30)</sup>

이해상반행위의 범위는 대립당사자만이 아닌 실질적인 이해대립을 기준으로 판단한다. 이해상반행위에 해당하는 것으로 판단하는 판례를 예시하면 다음과 같다. 이들은 실질적으로 미성년자의 재산에 중대한 영향을 미치는 행위이며, 처분행위에 속한다. 이 점에서 넓은 의미로 관리인의 개념에 친권자를 포함하는 경우, 즉 관리의 개념에 본인의 재산보호라는 관점을 포함하는 경우에는 중요한 사항으로 보지 않을 수가 없다.

- 자의 재산관리에 관한 포괄적 위임을 받은 父가 자신의 채무지급을 위하여 자를 대리하여 공동명의로 어음을 발행한 행위<sup>31)</sup>
- 친권자가 자기의 채무를 위하여 미성년자인 자의 부동산을 담보에 제공한 행위<sup>32)</sup>
- 양모가 미성년의 양자를 상대로 한 소유권이전등기청구소송<sup>33)</sup>
- 친권자인 모가 공동상속인으로서 미성년자를 대리하여 상속재산분할 협의를 하는 행위<sup>34)</sup> 등이다.

#### ii) 친권의 남용과 상실

민법은 친권자가 친권을 남용하거나 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는,子の 친족 또는 검사의 청구에 의하여 법원은 그 친권의 상실을 선고할 수 있다고 규정하고 있다(§924).

재산과 관련하여, ‘친권의 남용’에 해당하는 경우는 『자의 재산을 부당하게 처분하는 것』도<sup>35)</sup> ‘친권의 남용’에 해당한다. ‘친권을 행사시킬 수 없

30) 대판 1964.8.31, 63다547.

31) 대판 1971.2.23, 70다2916.

32) 대판 1971.7.27, 71다1113.

33) 대판 1991.4.12, 90다17491.

34) 대판 1993.3.9, 92다18481.

35) 친권자가 子의 유일한 재산을 그 사실을 아는 제3자에게 증여한 행위는 친권남용이

는 중대한 사유'는 여러 가지 사정을 종합적으로 평가하여 실질적으로 결정되어야 하는 상대적 친권상실 원인에 해당한다.

이해상반행위에는 해당하지 않지만 친권남용으로 효력을 부정한 판례로는 「친권자가 미성년자의 강력한 반대에도 불구하고 그 친권자의 다른 아들(미성년자의 이복형제)에게 위 미성년자 소유의 부동산을 증여한 행위」가 있다.<sup>36)</sup>

### iii) 대리권·관리권의 박탈

법정대리인인 친권자가 부당한 관리로 인하여子の 재산을 위태롭게 한 때에는 법원은 민법 제777조의 규정에 의한 子の 친족의 청구에 의하여 그 법률행위의 대리권과 재산관리권의 상실을 선고할 수 있다(§925).

친권의 일부 제한, 공동친권자 중 1인이 법률행위의 대리권 또는 관리권을 상실하면 신분상 행위에 대해서는 공동으로 행사하나, 대리권·재산관리권은 다른 1인이 단독 행사하고, 단독친권자가 그 대리권·관리권을 상실하였을 때에는 이에 해당하는 법률행위의 대리 및 재산관리를 위하여 후견이 개시된다(§928).

### iv) 자의 재산관리상 문제점

친권자에 의한 미성년자의 재산관리는 크게 친권자의 관리권과 대리권에 의하여 유지된다고 할 수 있다.

관리권의 경우에는 일정한 경우에 배제되는 바, 이는 미성년자가 직접 관리할 수 있는 경우에 해당한다. 반면에 대리권의 경우에는 처분행위가 실질적인 내용으로 되는 것이므로 오히려 미성년자의 재산에 미치는 영향이 아주 중대하다. 그럼에도 불구하고 민법은 친권의 상실에 의한 대리권·관리권의 박탈 또는 특별대리인의 선임 제도로 보충하고 있는 실정이다. 대리권의 행사에 법정대리인의 주의의무에 대한 규정이 없다. 후견인의 의무에 대하여는 민법 제941조이하 상세하게 규정하고 있고, 중요한 행위에 대하여 친족회의 동의를 요하도록 하고 있는 점과 차이가 있다.

되어 그 법률상의 효력은 子에게 미치지 아니한다고 한 판례(대판 1997.1.24, 96다43928).

36) 대판 1981.10.13, 81다649.

즉, 후견인의 대리권·동의권이 제한되는 ‘중요한 행위’에 대하여 친권자의 경우에는 제한이 없다.

## (2) 후견인

### 1) 금치산자의 후견인

금치산자의 후견인의 권한은 한정치산자의 후견인과 약간 다르다. 금치산자의 후견인은 본인인 금치산자의 법률행위를 언제나 취소할 수 있고, 그 재산을 관리하고, 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 금치산자를 대리한다. 재산상의 법률행위에 있어서 금치산자는 후견인의 동의가 있더라도 단독으로 행할 수 없으므로 후견인의 동의권이 없다.

대리권의 행사에는 미성년자의 후견인의 경우와 동일한 제한이 있다.

### 2) 한정치산자의 후견인

한정치산자의 후견인에는 법정후견인과 선임후견인만이 있으며, 미성년자에서와 같은 지정후견인은 인정되지 않는다.

후견인은 동의권, 대리권, 취소권을 가지면, 미성년자의 법정대리인에 관한 규정이 이에 준용된다(§938, §949, §950)

## 4. 기타 절차법상의 관리인

### (1) 민사소송법상 관리인

#### 1) 관리인의 지위

법인 아닌 사단 등의 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 민사소송법은 그에게 당사자능력을 인정하고 있으므로 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다(민소법 §52).

또한 법인등 단체의 대표자의 지위에 관하여 민사소송법은 법인의 대표자 또는 법인 아닌 사단 등의 대표자 또는 관리인은 민사소송법의 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용함으로써 법정대리인의 지위를 인정하고 있다(민소법 §64).

## 2) 관리인의 보수

법원이 선임하는 관리인으로서 강제집행 또는 신청사건에 관하여 보관인 또는 관리인을 임명한 때에는 그 비용은 법원이 정하도록 함으로써(민사소송비용법 §10②) 무상을 원칙으로 하는 위임계약상의 수임인과 달리 유상을 원칙으로 하고 있다.

이 점에서는 부채자의 재산관리인을 법원이 선임한 경우에 보수를 지급하도록 하고 있는 것과 맥락을 같이한다.

## 3) 법원의 감독

### (가) 채무자의 감치 및 벌칙

#### ① 재산목록의 제출 거부 등

채무자가 정당한 사유없이 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 법원은 결정으로 20일 이내의 감치에 처한다. 채무자가 법인 또는 민사소송법 제52조의 사단이나 재단인 때에는 그 대표자 또는 관리인을 감치한다(민사집행법 §68①②).

- i) 명시기일 불출석
- ii) 재산목록의 제출 거부
- iii) 선서 거부

#### ② 거짓의 재산목록 제출

채무자가 법인 또는 민사소송법 제52조의 사단이나 재단인 때에 거짓의 재산목록을 낸 때에는 3년이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처한다(민사집행법 §68⑨⑧).

### (나) 강제관리와 관리인

민사집행법에 의하여 강제관리가 개시되는 때에는 개시결정의 통지, 관리인의 임명, 관리인의 권한, 관리인의 의무, 법원의 지위·감독사항 등에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

① 강제관리 개시결정

- 압류 부동산에 대한 강제관리신청에 따른 개시결정은 관리인에게 통지하여야 한다.

② 관리인의 임면

강제관리의 개시가 결정된 재산은 법원이 임명하는 관리인이 그 관리업무를 담당한다. 일반적인 경우 선임관리인은 법원이 재량적 판단에 의하여 임명하지만, 민사집행법에 의한 강제관리의 경우에는 채권자가 중요한 이해관계인으로 되기 때문에 채권자에게 관리인의 추천권을 부여하고 있다(민사집행법 §166①)는 점이 특징이다.

또한 관리인이 될 수 있는 자격에 있어서도 선임관리인 일반의 경우에는 자연인에 한정하고 있지만, 강제관리의 경우에는 신탁회사, 은행 그밖의 법인도 관리인이 가능하도록 하여 그 전문성을 중요시하고 있는 특징이 있다(규칙§85②).

관리인의 사임·해임에 관하여는 다른 선임관리인의 경우와 다르지 않다. 즉, 관리인은 정당한 이유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 사임할 수 있고(규칙§87), 관리인에게 관리를 계속할 수 없는 사유가 생긴 경우에는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 관리인을 해임할 수 있다(법§167③).

③ 관리인의 권한

지정관리인이나 법정관리인의 경우에는 관리인이 관리 대상 재산을 점유하여 관리를 개시하는 데에 특별한 문제가 발생할 여지가 없다. 그러나 강제관리의 경우에는 소유자의 의사에 관계없이 법원의 결정에 의하여 관리권이 선임관리인으로 이전되는 경우이기 때문에 강제관리의 개시 자체에 장애가 발생할 여지가 있다. 따라서 민사집행법은 관리인에게 관리와 수익을 하기 위한 부동산 점유 권원을 명시적으로 규정하고 있고, 점유의 개시에 저항을 받으면 집행관에게 원조를 요구할 수 있도록 하고 있다(§166②). 또한 강제관리 절차의 목적상 관리인은 제3자가 채무자에게 지급할 수익을 추심할 권한도 특별히 명시적으로 부여하고 있다.

선임관리인의 성격을 가지므로 관리인에게 보수청구권이 인정됨은 다른 선임관리인의 경우와 다르지 않다.

#### ④ 법원의 지휘·감독

강제관리에 있어서의 관리인은 선임관리인의 성격을 가지므로 당연히 법원은 관리에 필요한 사항과 관리인의 보수를 정하고, 관리인을 지휘·감독하게 된다(§167①).

지휘·감독권의 구체적인 내용으로는, 보증제공 명령과 관리인의 해임을 들 수가 있다. 강제관리는 재산소유권자와 채권자 및 기타 이해관계인의 보호와 관리 책임의 강화를 위하여 관리인에게 보증을 제공하도록 명할 수 있도록 하고 있다.

관리인에게 관리를 계속할 수 없는 사유가 생긴 경우에는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 의하여 관리인을 해임할 수 있다는 점은 당연한 규정이다. 다만, 이 경우에 특별히 관리인을 심문하여야 한다는 규정(§167③)을 두고 있다는 점이 다른 선임관리인의 경우와 다르다. 해임은 관리인이 선관의무 등을 위반한 사유가 있는 사실 등에 기초한 것이기 때문에 손해배상책임의 문제가 발생되며, 이와 관련하여 관리인에게 소명의 기회를 부여하고 배상책임의 문제를 합리적으로 판단하기 위한 것으로 본다.

#### ⑤ 관리인의 의무

강제관리에 있어서의 관리인은 절차의 성격상 특별한 의무를 부여하고 있다는 점이 일반 선임관리인의 경우와 차이가 있다. i)배당협의 실패 신고의무(§169③), ii)매년 및 관리업무가 종료되는 경우에 채권자·채무자와 법원에 대한 계산서 제출의무(§170) 및 iii)가압류의 집행으로 강제관리를 하는 경우에는 관리인이 청구채권액에 해당하는 금액을 지급받아 공탁할 의무(§294) 등이 법정 의무로 되어 있다.

## (2) 신탁관리인 · 신탁재산관리인

### (가) 선임 · 개임 등

신탁관계에 따른 수탁인의 관리권은 소유권 이전방식에 의한 관리방식이라는 점에서 위임계약이나 법정관리 등의 경우와는 다르다. 대외적으로 소유권자로서의 지위를 겸하는 것이기 때문에 신탁재산의 적정한 관리 못지 않게 신탁자인 소유권자의 보호가 중요한 사항으로 된다.

신탁은 위탁자와 수탁자 사이의 계약 또는 위탁자의 유언에 의하여 설정할 수 있으며, 신탁의 인수를 業으로 하는 경우에는 상행위로 되어 상법 및 신탁업법의 적용을 받게 된다.

법원이 수탁자를 선임하거나 신탁관리인을 선임하는 경우는 지정 수탁인이 임무의 종료 등으로 존재하지 않게 된 경우, 또는 수익자가 특정되어 있지 아니하거나 아직 존재하지 아니하는 경우이다.

신탁관리인 또는 선임 수탁자의 결격사유에 관하여 신탁법에 명시적 규정이 없으나, 수탁자와 다를 바가 없으므로 수탁자의 결격사유에 관한 신탁법 제10조의 규정이 적용된다고 볼 것이다. 따라서 미성년자, 금치산자, 한정치산자 및 파산자는 신탁관리인으로 선임될 수 없다고 본다.

선임수탁자 및 신탁관리인은 수익자를 위하여 자기의 명의로써 신탁에 관한 재판상 또는 재판외의 행위를 할 권한을 가진다는 점에서 대리인과는 구별된다.

선임수탁자 및 신탁관리인의 개임 또는 사임에 관하여 신탁법에는 규정이 없으나, 비송사건절차법에서는 법원이 신탁법 제18조제1항의 규정에 의하여 선임한 신탁관리인 또는 신탁재산의 관리인을 개임할 수 있다고 규정하고 있으며, 신탁관리인 또는 신탁재산관리인은 법원이 그 사유를 신고하고 사임할 수 있다고 규정하고 있다. 이 경우 법원은 다시 관리인을 선임하여야 함은 물론이다(비송사건절차법§41). 이와 관련하여 수탁자는 수익자와 위탁자의 승낙없이 임무를 사임할 수 없으나(신탁법 제13조제1항), 신탁관리인은 법원에 신고의무만 있을 뿐 허가를 얻을 필요는 없다는 점에서 법리의 일관성에 문제가 있다.

## (나) 신탁관리인의 권리·의무

신탁관리인의 의무에 관하여는 신탁법에서 명시적으로 수탁자의 의무에 관한 규정을 준용한다는 규정이 없으나, 재판상·재판외 행위에 대한 권한을 가진다는 점에서 당연히 해석상 준용된다고 보아야 할 것이다. 그러므로, 신탁계약에 의한 수탁자의 의무와 동일한 의무를 부담한다고 본다. 즉, i)관리 계속 의무, ii)신탁재산의 이전의무, iii)선관주의의무, iv)이익향수금지, v)권리취득의 제한, vi)유한책임, vii)장부비치의무, viii)위임의 제한, ix)분별관리의무 및 x)손해배상의무 등이다.

한편, 신탁관리인은 i)비용·손해보상청구권, ii)보수청구권을 가진다는 점은 다른 관리인의 경우와 다를 바가 없다.

수탁자의 경우에는 數人의 수탁자가 있을 수가 있고, 이 경우에는 신탁재산은 합유로 하며, 신탁행위에 특별한 정함이 없는 경우를 제외하고는 신탁사무의 처리는 수탁자가 공동으로 하여야 한다(신탁법 §45).<sup>37)</sup> 그러나 선임 수탁인 및 신탁관리인의 경우에는 數人은 법원이 선임하는 경우를 예정하고 있지는 않고 있다.

## (다) 법원의 감독

신탁업무의 감독은 원칙적으로 법원이 한다. 다만, 신탁의 인수를 업으로 하는 경우에는 신탁업법에 의하여 주무관청인 재정경제부의 감독을 받게 된다. 또한 공익신탁의 경우에는 주무관청이 감독한다.

법원은 이해관계인의 청구에 의하거나 직권으로써 신탁사무의 처리의 검사, 검사역의 선임 기타 필요한 처분을 명할 수 있으며, 신탁재산 관리방법의 변경에 대한 승인, 부합·혼화·가공으로 인한 물건의 귀속 결정, 신탁재산의 관리인의 선임·개임 및 해임 등이다. 선임수탁자 및 신탁관리인의 보수 결정도 포함된다.

37) 합유는 조합관계를 기초로 한다는 이유로, 신탁법 제45조의 규정이 간접적으로 공동수탁자들 사이에 조합관계가 성립함을 규정한 것이라고 해석하는 견해가 있다(김중환·안이준, 채권각론(하), 579면). 반면에 이는 신탁의 특수성을 고려한 것이며, 따라서 조합관계가 성립하지 않는다고 보아야 한다는 견해도 있다(곽윤직대표집필, 민법주석(XVI) 채권(9), 박영사, 1999, 26면).

공익신탁의 경우에는 따로 규정을 두고 있는 바, 이는 신탁 목적의 차이와 법원이 아닌 주무관청의 감독에 속하는 사항이기 때문이다. i)공익신탁의 인수 허가, ii)신탁조항의 변경 명령, iii)수탁자의 사임허가, iv)공익신탁사무의 처리의 검사, 재산의 공탁 기타 필요한 처분 등이다. 또한 일반 신탁의 경우에 법원의 감독사항으로 되어 있는 i)수탁자의 해임, ii)신수탁자의 선임, iii)신탁관리인의 선임, iv)신탁재산을 고유재산으로 하는 것에 대한 허가 등은 공익신탁에 관한 한 법원이 아닌 주무관청의 권한으로 된다.

### (3) 정리절차 등의 관리인

최근 공공부문의 구조조정과 관련하여 선임된 관리인, 회사정리법상의 관리인 등이 이에 해당한다.

#### 1) 회사정리법상의 관리인

##### (가) 선 임

회사정리법상의 관리인은 법원이 선임하는 선임관리인에 해당한다. 법원이 정리절차개시의 결정과 동시에 반드시 선임하여야 하는 관리인이다.

선임절차는 관리위원회와 채권자협의회의 의견을 들어 선임하며, 1인 또는 수인을 선임할 수 있다. 관리인의 성명과 주소는 정리절차개시의 공고사항 중의 하나이다.

관리인은 자연인뿐만 아니라 은행법 제2조제2호의 규정에 의한 은행·신탁회사 및 종합금융회사도 선임될 수 있으며, 이들 법인이 관리인이 되는 경우에는 그 법인의 이사 중에서 관리인의 직무를 행할 자를 지명하고 법원에 신고하도록 하고 있다. 정리대상이 중소기업(중소기업법 제2조 제1항에 규정된 중소기업)인 경우 관리위원을 관리인으로 선임할 수 있다.

##### (나) 의 무

다른 선임관리인의 경우와는 달리 회사정리법은 관리인의 의무에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 이는 회사정리절차의 특성상 주주, 채권자 등 이해관계인이 복잡하고 많기 때문인 것이다.

① 선관주의의무

회사정리절차상의 관리인도 다른 선임관리인과 마찬가지로 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여 관리하여야 한다. 이를 해태한 경우에 이해관계인에 대하여 관리인이 연대하여 배상책임을 진다.

② 정보 및 제공의무

정리절차상 관리인은 채권자의 요청이 있는 경우에는 정리절차에 관련된 정보 및 자료를 제공할 의무가 있다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 거부할 수 있다.

③ 공탁의무

정리절차개시결정의 취소가 확정된 경우에 共益債權의 변제를 하며 이의가 있는 것에 관하여는 그 채권자를 위하여 공탁하여야 한다.

④ 계산의 보고의무

관리인의 임무가 종료한 경우에 관리인 또는 그 승계인은 법원에 지체 없이 계산의 보고를 할 의무가 있다.

⑤ 계속관리(긴급처분)의무

임무가 종료한 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 후임의 관리인 또는 회사가 재산을 관리할 수 있게 될 때까지 필요한 처분을 하여야 한다.

⑥ 재산목록과 대차대조표 작성의무

관리인은 정리절차 개시후 지체없이 또는 법원이 정하는 시기의 절차개시시의 재산목록과 대차대조표를 작성하여야 하며, 이를 서명날인하고 법원에 제출하여야 한다. 법원에 대한 보고서류 중 법원이 지정하는 주요 서류를 채권자협의회에 분기별로 제출할 의무도 있다. 이와 관련하여 회사에 속하는 모든 재산의 가액을 법원서기관이나 서기 등의 참여하에 평가하여야 한다.

⑦ 조사보고의무

관리인은 i)정리절차의 개시에 이르게 된 사정, ii)회사의 업무 및 재산에 관한 경과와 현황, iii)회사의 사업을 계속할 가치가 회사를 청산할 때의 가치보다 큰지의 여부, iv)주식납입청구권 또는 그 책임에 기한 손해배상청구권의 사정 및 이에 관한 채권보전처분 등 회사정리법 제72조의 규정에 의한 처분을 필요로 하는 사정의 유무 등을 조사하여 제1회의 관계인집회의 기일 전까지 법원과 관리위원회에 보고하여야 한다.

아울러 정리채권자의 성명 및 주소, 정리채권의 내용 및 원인 정리담보권자의 성명 및 주소, 주주의 성명 및 주소, 주식의 종류 및 수 등에 관한 사항, 법원이 정하는 회사의 업무와 재산의 관리상태 기타 법원이 명하는 사항을 조사하여 법원에 보고할 의무가 있다.

⑧ 정리계획안·보고서의 제출의무

법원이 정리계획안의 제출을 명하는 경우에는 정리계획안을, 정리계획안을 작성할 수 없는 경우에는 그 뜻의 보고서를 법원에 제출하여야 한다.

⑨ 사정 및 보전처분 신청의무

발기인, 이사, 감사, 검사인 또는 청산인에 대한 주금납입청구권 또는 그 책임에 기한 손해배상청구권이 있음을 알게 된 때에는 그에 대한 사정과 보전처분을 법원에 신청하여야 한다.

(다) 감 독

법원이 감독권을 가지는 바, 다음과 같은 사항에 대하여 허가를 받도록 하고 있고, 명령을 내릴 수가 있다.

- i) 관리인 등이 행한 처분이나 행위 등에 대한 유효 인정
- ii) 회사재산의 처분 허가
- iii) 재산의 讓受, 借財의 허가
- iv) 계약의 해제 또는 해지·소의 제기·화해의 허가
- v) 권리의 포기·공익채권과 환취권의 승인 허가

- vi) 기타 허가를 요하는 행위의 지정 및 허가
- vii) 채권자의 운송중 매도물 환취에 대한 인도 청구
- viii) 관리인의 각종 신청에 대한 처분
- ix) 정리계획수행에 필요한 명령 및 정리계획의 변경·종결
- x) 관리인의 신청에 의한 정리절차의 폐지 결정

(라) 벌칙

직무에 관하여 재산상의 이익을 수수·요구 또는 약속한 경우에는 수뢰죄로 처벌된다. 또한 법원의 허가를 요하는 행위에 대하여 허가를 받지 아니하고 한 경우, 법원에 허위의 보고를 하거나 퇴임후 지체없이 계산보고를 하지 아니한 경우 등에는 무허가행위등의 죄로 처벌된다.

3) 선박소유자등의 책임제한절차상의 선임관리인

(가) 선임 등

이는 선박소유자등에 대한 책임제한절차의 개시 결정과 동시에 관리인 선임하는 경우이다.

일종의 청산절차에 해당하는 법률관계이므로 다양한 이해관계인에 대한 채권보호와 정리를 위하여 절차의 공개성과 투명성을 법령상으로 규정하고 있다.

법원에 의한 선임관리인에 해당하며, i)관리인의 성명 및 주소의 공고 및 송달(이해관계인, 제한채권자, 수익채무자), ii)개시결정 취소의 송달, iii)정당한 이유가 있는 때에는 한하여 법원의 허가에 의한 사임(40①) 및 iv)관리인의 직무수행이 곤란하거나 공정한 직무수행이 의심스러운 경우 법원의 직권 또는 이해관계인의 신청에 의한 관리인 해임(§40②) 등이 규정되어 있다.

(나) 의무

선박소유자등에 대한 책임제한절차에 있어서의 관리인은 선임관리인에게 인정되는 일반적인 의무로서 선관주의의무(§36)외에 특별한 의무를 부여함으로써 법원에 의하여 관리되는 책임제한절차의 적정성을 확보하

고 있다. 즉, i)계산보고의무와 긴급처분 의무, ii)제한채권 조사기일에 출석의무, iii)배당표의 작성의무, iv)유보된 배당·추가배당 실시의무, v)배당실시완료의 보고의무, vi)비용등의 기금으로부터 채당 및 납부의무, vii)채당비용등의 회수의무, viii)회수 또는 반환된 비용등의 공탁 및 보고의무 등이다.

(다) 권 한

선박소유자등에 대한 책임제한절차상의 관리인은, 복임권으로서 법원의 허가를 얻어 관리인대리를 선임할 수 있고, 제한채권의 조사기일에 의견을 진술하거나, 배당 기타 직무수행권을 가진다. 또한 신청인 또는 수익채권자에 대하여 필요한 사항의 보고 또는 장부 기타 서류 제출 요구권을 가지며, 법원이 정하는 보수의 청구 및 필요한 비용의 선금을 청구할 수 있는 권리도 인정된다.

법원의 감독을 받는다는 점은 일반 선임관리인의 경우와 다를 바가 없으며, 책임제한절차라는 특성상 관리인의 수료되는 5년이하 징역 또는 500만원 이하 벌금으로 무겁게 처벌하고 있다.

4) 농협의 구조조정 관련 선임관리인

(가) 지 위

이는 최근 협동조합의 경영부실과 이에 따른 경영혁신 정책 실시와 관련하여 제정된 농협협동조합의구조개선에관한법률에 의하여 규율되는 관리인이다. 따라서 통상적인 재산의 관리인은 아니며, 또한 법원이 아닌 주무관청에 의한 선임관리인이라는 특징을 가진다.

한편, 구조개선이라는 특별한 상황 아래에서 이루어지는 관리이므로 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인으로서 성격 내지 지위를 가진다는 점이 특징이다.

(나) 권리 및 의무 등

주무관청은 농협중앙회의 신용사업에 대한 시정조치의 일부(권고 또는 요구)로서 관리인을 선임하는 것이며(농협법§165①, 농업협동조합의구

조개선에관한법률 §4, §6), 상법 제11조제1항 및 파산법 제153조 내지 제156조의 규정에 의한 지배인·파산관재인에 관한 규정 및 법리를 준용하도록 하고 있다. 따라서 관리인의 권리나 의무에 관하여는 파산법상의 파산관재인의 권리 및 의무와 다를 바가 없다.

### 제 3 절 관리인의 감독

#### 1. 내부기관에 의한 감독

##### (1) 소유권자 등에 의한 감독

##### 1) 위임자에 의한 감독

위임계약의 법리가 적용되는 재산 관리의 유형에서는 수임인에 대한 위임인의 감독이라는 방법에 의하여 재산 관리의 적정성 등이 감독되어진다. 조합에 있어서의 업무집행조합원의 권리의무, 후견인의 재산관리 등이 이에 해당한다.

##### (가) 위임의 해지

위임계약의 경우에는 당사자는 언제든지 계약을 해지할 수 있다. 위임은 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하기 때문이다. 당사자가 위임을 해지한 경우에 그로 인해 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 다만, 상대방이 불리한 시기에 해지한 때에는 그 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한 그로 인한 손해를 배상하여야 한다는 제한이 있다.

위임종료시의 긴급처리의무는 위임의 해지에 따른 사무처리의 중단을 막기 위한 특칙이며, 위임종료 사유도 이를 상대방에게 통지하거나 상대방이 안 때가 아니면 이로써 상대방에게 대항하지 못한다는 규정(\$692)도 당사자가 예측하지 못한 손해를 입게 되는 것을 방지하기 위한 규정이다.

##### (나) 복임권의 제한 및 보고의무

수임인이 제3자로 하여금 위임사무를 처리하기 위하여는 위임인의 승낙을 받아야 하며, 위임인은 필요한 경우 수임인에 대하여 위임사무의 처리

상황을 보고하게 함으로써 위임사무처리에 대한 감독을 행할 수가 있다.

(다) 보수청구권과 선관의무

특약에 의하여 수임인이 보수를 청구할 수 있는 때에도 이는 수임인이 위임의 본지에 따라 선관의무를 제대로 이행한 경우를 전제로 하는 것이다. 수임인이 선관의무를 위반한 때에는 채무불이행으로 인한 손해배상이 문제될 뿐이다.

(라) 손해배상청구권

수임인이 위임계약에 따른 의무를 위반한 경우에는 이를 기초로 채무불이행에 의한 손해배상을 청구할 수 있다. 수임인의 의무로는 선량한 관리자의 주의의무에 의한 위임사무의 처리의무, 복임권의 제한, 위임사무의 처리에 수반하는 의무 등이다.

2) 절차적 감독

사단 내지 사단법인의 경우, 중요한 업무에 관한 사항은 사원총회의 의결을 거치도록 하거나, 이사회에 의결사항으로 하는 것 등은 합의제적 운영에 의한 자의적·독단적 업무집행을 방지하기 위한 제도적 장치이다.

(2) 감사기관에 의한 감독

법인, 법인격이 없는 사단·재단의 재산관리에 해당된다. 개인 재산의 관리에는 감사기관이 존재하지 아니한다.

감사기관에 해당하는 것이 임원 중 감사이다. 감사는 상근감사와 비상근감사로 구분된다. 민법 기타 개별법은 법인에 관한 규정에서 감사에 관한 사항을 두고 있다. 그러나, 법인의 공익성 정도에 따라 규율하는 바가 차이가 있다.

1) 비영리법인의 감사

사단법인 또는 재단법인의 감사는 임의기관에 해당한다. 주식회사에는 감사가 필요적 상설기관이지만, 민법은 정관 또는 총회의 결의로 감사를

둘 수 있도록 하고 있다.

이는 민법상 법인은 영리를 목적으로 하지 않고 또 주무관청의 검사·감독을 받기 때문에 필요적 기관으로 들 필요까지는 없다는 판단에서이다.<sup>38)</sup>

감사의 직무권한은 법인 내부에서 이사의 업무집행을 감독하는 것이다. i)법인의 재산상황 감사, ii)이사의 업무집행 상황 감사, iii)재산상황 또는 업무집행에 관하여 不正·不備한 사실 발견시 총회 또는 주무관청에 보고 등이다.

선임행위의 성질상 그의 직무수행에 있어서는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 하며, 이 의무에 위반하면 채무불이행으로서 법인에 대하여 손해배상책임을 져야 한다. 다만, 이사와는 달리 감사가 數人인 경우에도 연대책임은 없다.

## 2) 공익법인의 감사

2인 이상의 감사를 두도록 필요적 기관으로 하고 있다. 이사와 마찬가지로 감사에 결원이 생긴 때에는 2월 이내에 보충하도록 규정하고 있다.

공익법인의설립·운영에관한법률은 감사의 직무에 관하여 민법보다는 상세한 규정을 두고 있다. 감사의 직무사항은 다음과 같다.

- i) 공익법인의 업무와 재산상황을 감사하는 일 및 이사에 대하여 이에 필요한 자료의 제출 또는 의견을 요구하고 이사회에서 발언하는 일
- ii) 이사회 회의록에 기명·날인하는 일
- iii) 공익법인의 업무와 재산상황에 대하여 이사에게 의견을 진술하는 일
- iv) 공익법인의 업무와 재산상황을 감사한 결과 불법 또는 부당한 점이 있음을 발견한 때 이를 이사회에 보고하는 일
- v) 제4호의 보고를 하기 위하여 필요한 때에는 이사회를 소집을 요구하는 일

한편, 비영리법인과 달리, 감사에게 이사의 직무집행 유지청구권을 인정하고 있다. 이사가 공익법인의 목적범위외의 행위를 하거나, 공익법인의설립·운영에관한법률 및 시행령이나 정관에 위반하는 행위를 하여 공익법인에 현저한 손해를 발생하게 할 우려가 있는 때에는 그 이사에 대하여 직무집행을 留止할 것을 법원에 청구할 수 있도록 한 것이다(동법률 §10③).

38) 김준호, 전계서, 155면.

### 3) 조합의 감사

조합에 업무집행자를 정한 경우에만 조합재산의 관리문제가 발생하게 된다. 조합의 법적 성격을 기본적으로 계약으로 보면서 조합의 공동목적 을 위한 제약이 따르는 것으로 파악하는 통설적 견해와 합동행위로 보면서 계약적 성질을 아울러 가지는 특수한 법률행위로 이해하는 견해<sup>39)</sup>로 나뉜다. 이는 조합에 관한 민법규정의 해석 및 향후 규율의 방향과 어느 정도 관계가 되는 사항이다. 그러나 조합이 공동사업을 경영한다는 점에서 ‘단체’로서의 성질을 가지면서도, 조합 자체가 독립하여 존재하지 못하는 결과 그 구성원인 ‘조합원’을 중심으로 법률관계가 형성된다는 점에서, 민법은 후자에 중심을 두면서 전자의 면을 보충하는 방식으로 규율하고 있다고 해석한다. 즉, 조합재산의 개념을 따로 인정하고, 이를 유지하기 위한 특칙을 정하고 있으며, 청산절차를 정하고 있다는 점에서 조합의 단체성을 반영하고 있다고 본다.

조합에 관한 민법의 규정은 특별법의 규율을 받지 않으면서 사단이 아닌 조합으로서의 실질을 갖춘 단체에 대하여 통칙적으로 적용된다. 다만, 조합에 관한 민법의 규정은 대부분 임의법규이므로 조합의 구성이나 관리에 관하여 조합계약에서 자유롭게 정할 수 있다.

업무집행자와 다른 조합원간에는 위임에 관한 규정이 적용된다(§ 707). 따라서 각 조합원은 언제든지 조합의 업무 및 재산상태를 검사할 수가 있으며(§710), 따로 감사기관을 두고 있지 않다. 본질적으로 계약 관계이므로 감독관청이나 법원에 의한 감독은 규정하고 있지 않다.

## 2. 법원에 의한 감독

### (1) 미성년자의 재산 보존 처분 등

#### 1) 재산 보존 처분

친권 또는 법률행위의 대리권 및 재산관리권의 상실에 관한 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에, 가정법원·조정위원회 또는 조정담당판

39) 광윤직, 채권각론, 박영사, 1995, 524면.

사는 필요하다고 인정되는 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방 기타 관계인에 대하여 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다(가사소송법 §62①). 여기에는 친권자의 직무집행을 정지시키거나 그 대행자를 선임하는 것도 포함된다고 해석된다.<sup>40)</sup> 이러한 처분은 집행력을 가지지는 않으나, 이에 위반하면 과태료의 제재를 받는다(가사소송법 §67①).

## 2) 대리권·관리권의 사퇴 허가

법정대리인인 친권자는 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 그 법률행위의 대리권과 재산관리권을 사퇴할 수 있다. 이와 같은 사유가 소멸한 때에 사퇴한 권리를 회복하는 경우에도 마찬가지로 법원의 허가를 얻어야 한다(§927②).

## 3) 친권의 상실 신고

부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는, 법원은子の 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 신고할 수 있다(§924).

친권의 상실이 신고되면, 자녀를 보호·교양하고 자녀의 재산을 관리할 권능을 상실하며, 자녀의 신분상·재산상 행위의 대리권도 상실한다.

## (2) 부재자 재산의 처분행위 등의 허가

부재자 재산의 선임관리인이 민법 제118조의 관리행위를 넘는 행위 즉, 처분행위를 하는 경우에는 법원의 허가를 받아야 한다.

- i) 허가 받은 처분행위의 범위 안에 속하는 경우에는 별도의 허가를 받지 않아도 된다. 예컨대, 재산의 매각에 관하여 허가를 얻은 경우에 그 재산을 담보로 제공하고자 하는 경우이다.
- ii) 허가는 장래의 처분행위뿐만 아니라 이미 한 처분행위의 추인의 미로도 가능하다.<sup>41)</sup>

40) 김형배, 전계서, 1398면.

41) 대판, 1982.12.14, 80다1872.

- iii) 허가를 얻어 처분행위를 한 후 그 허가결정이 취소되었다고 하더라도 그 취소는 소급효가 없으며, 따라서 이미 한 처분행위는 그대로 유효하다.<sup>42)</sup>
- iv) 법원의 허가를 얻어서 하는 처분행위의 경우에도 그것은 부채자의 이익을 위하여 처분되어야 하는 것을 전제로 한다.<sup>43)</sup>
- v) 재산관리인이 허가없이 처분행위를 한 경우에는 무효이다.<sup>44)</sup> 일부 견해는 “허가없이 처분하거나, 허가를 얻었더라도 부채자의 이익과는 무관한 용도로 처분한 경우에는 그 한도에서는 무권대리가 된다. 다만, 재산관리인은 관리의 면에서는 법정대리권을 가지므로 그 권한초과의 행위에 대해서는 재산관리인과 거래한 제3자에 대한 관계에서는 민법 제126조의 ‘권한을 넘은 표현대리’가 성립할 수 있는 여지가 있다”고 본다.<sup>45)</sup>

### (3) 비영리법인의 이사 등

#### 1) 특별대리인의 선임

법인과 이사의 이익이 상반되는 사항에 한하여 이사는 대표권이 없기 때문에 법원은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 특별대리인을 선임하여야 한다. 이 특별대리인은 법인의 기관이라는 점에서 이사가 선임한 대리인과는 다르며, 법인의 기관이지만 일시적 기관이라는 점에서 임시이사와 동일하다.

수인의 이사 중에서 일부의 이사와 법인의 이익이 상반되는 경우에는 다른 이사가 법인을 대표하고, 다른 이사가 없는 경우에 비로소 특별대리인을 선임한다.

---

42) 대판 1960.2.4, 4291민상636.

43) 김준호, 전계서, 105면.

44) 통설·판례; 대판 1960.4.21, 4292민상252; 대판 1970.1.27, 69다1820; 대판 1977.3.22, 76다1437.

45) 김준호, 전계서, 105면.

## 2) 직무대행자에 대한 허가

이사의 직무집행을 정지하거나 직무집행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경·취소하는 경우에는 이를 등기하도록 하고 있는 바(§ 52조의2), 이와 관련하여 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니하는 행위를 하지 못한다(§ 60조의2). 따라서 통상사무를 넘는 행위는 법원의 허가를 얻어야 할 수가 있다. 직무대행자가 이에 위반한 행위를 한 경우에도 법인은 선의의 제3자에게 책임을 진다.

### (4) 공익법인의 경우

민법의 규정에 의한 경우를 제외하고는 특별히 ‘공익법인의설립·운영에관한법률’에서 법원의 감독을 받도록 규정한 바는 없다.

## 3. 주무관청에 의한 監督

### (1) 법인설립형태에 따른 차이

비영리법인의 경우라 하더라도 그 법인의 설립은 i)특허주의, ii)허가주의, iii)인가주의 및 iv)준칙주의로 각각 주무관청이 관여하는 정도에 차이가 있다. 법인사무의 감독 등은 여기서 근본적으로 그 성격과 기본내용이 결정된다고 보아도 무방하다.

법인의 설립을 위하여 특별한 법률의 제정이 필요한 특허주의의 경우에는 국가의 재정·금융·산업 등에 관한 국가정책에 중요한 행정목적 수행하기 위한 경우가 대부분이므로 이들 특수법인에 대한 감독은 가장 강하다고 하겠다.

한편, 민법상의 비영리법인은 모두 허가주의를 택하고 있으므로 특수법인에 비하여는 약하지만 인가주의나 준칙주의에 의하여 설립된 법인에 비하여 상당히 주무관청의 감독을 받게 된다. 넓은 의미의 민법상 비영리법인 중 공익법인은 특히 그 설립목적의 공익성 때문에 협의의 민법상

비영리법인에 비하여 주무관청의 감독이 강화되어 있다. 또한 설립절차 상으로는 민법 제32조의 규정에 따라 주무관청의 허가를 얻어 설립되는 법인이라도 특별법상에 그 설치근거 규정을 두고 있는 법인은 민법외에 특별한 규제를 정관상으로 인정하고 있는 것이 일반적이다. 각종 조합과 같이 인가주의에 의한 중간법인은 가능한 한 자체 규율에 맡기고 있으며, 주무관청의 감독권이 대부분 중앙회 내지 연합회에 위임되어 있는 경우가 대부분이다.

법인사무의 감독과 관련하여 법인의 설립문제와 그 사업활동에 대한 감독의 문제는 분리되어야 한다는 견해가 있다. 즉, 민법상의 비영리법인을 모두 주무관청의 자유재량에 일임한다는 것은 단체형성자유 원칙에 반하며, 단체에 대한 국가의 제도·정책에 좌우될 위험성이 있다. 뿐만 아니라 허가주의를 취하면 권리능력(법인격)이 없는 단체를 보다 많이 발생케 하는 원인이 된다는 점에서 입법론으로 비영리법인에 대하여는 준칙주의 내지 최소한도 인가주의를 취하여야 한다는 것이다.<sup>46)</sup> 이는 점차 비정부조직에 의한 공익달성을 활성화하여야 한다는 시대 흐름에 비추어 볼 때 적극 고려되어야 할 것으로 본다. 허가주의를 택하는 한, 당연히 법인의 사업활동에 대한 감독의 정도는 인가주의에 비하여 높을 수밖에 없게 되는 한계가 있다.

## (2) 기본재산의 처분

### 1) 민법상 비영리법인

민법은 이에 관한 규정을 두고 있지 않다. 재단법인은 일정한 목적에 바쳐진 재산이라는 실체에 대하여 법인격이 부여되는 것이므로, 그 출연된 재산 즉 재단법인의 기본재산은 법인의 실체인 동시에 법인의 목적을 수행하기 위한 가장 기본적인 수단이다. 따라서 이를 처분한다는 것은 재단법인의 실체가 없어진다는 것을 의미하며 더 나아가 재단법인이 그 설립목적을 수행할 수 없게 된다는 것을 의미한다. 그러므로 정관에 기본재산에 관한 사항을 기재하기로 되어 있다.

46) 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1990, 175면.

한편, 기본재산을 정관변경의 절차에 의하여 유효하게 처분할 수가 있는가 하는 문제가 있다. 이에 대하여 대법원 판례는 「기본재산을 감소시키는 경우는 물론, 이를 증가시키는 경우에도 반드시 그 정관의 기재사항에 변경을 초래한다 할 것이므로 이 두 경우에는 모두 정관의 변경이라 할 것이고, 따라서 이러한 변경에는 주무관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생한다」고 하며, 주무관청의 허가가 없으면 그 처분행위는 무효라고 한다.<sup>47)</sup>

## 2) 공익법인

기본재산을 매도·증여·임대·교환 또는 용도변경을 하거나 담보로 제공하거나 대통령령이 정하는 일정금액 이상(장기차입금의 총액이 기본재산 총액에서 차입당시의 부채 총액을 공제한 금액의 100분의 5에 상당하는 금액 이상)을 장기차입하고자 할 때에는 주무관청의 허가를 얻어야 한다(공익법인의설립·운영에관한법률시행령 제18조제1항).

일본의 경우에는 민법에서 공익법인의 기부행위(기본재산)의 변경에 관한 규정을 두고 있지 않고 있기 때문에 법인의 설립목적을 잃지 않는 범위에서 이를 인정하고 있는 경우와 인정하지 아니한 경우가 있어 주무관청에 따라 그 취급이 동일하지 아니하고 있다.

## 3) 信託財産

수탁자가 신탁재산을 관리하는 경우, 신탁행위로 특별히 정하는 바가 있는 경우를 제외하고는 신탁법 제35조의 규정에 의한 관리방법에 따라 관리하여야 한다. 불가피하게 신탁재산의 관리방법을 변경할 필요가 있는 때에도 그 변경을 법원에 청구하여 법원의 허가를 받아 변경할 수도 있고, 당사자인 위탁자와 수탁자 및 수익자의 합의에 의하여 변경할 수도 있다. 전술한 바와 같이 주무관청이 관리방법의 변경을 명할 수도 있음은 물론이다.

신탁조항의 변경도 중요한 사항에 해당되는데, 공익신탁과 사익신탁의 경우에 관련 기관에 차이가 있다. 공익신탁은 주무관청에서, 사익신탁의

47) 大判 1965.5.18[65 다 114]; 大判 1974.6.11[73 다 1975]; 大判 1976.11.9 [76 다 486] 등.

경우에는 법원에서 관여한다.

즉, 공익신탁에 관하여 신탁행위 당시에 예견하지 못한 특별한 사정이 생긴 때에는 주무관청은 신탁의 본지에 반하지 아니하는 한 신탁조항의 변경을 명할 수 있다(신탁법 제67조).

사익신탁은 신탁행위 당시에 예견할 수 없었던 특별한 사정의 발생으로 신탁행위에서 정한 관리방법이 수익자의 이익에 부적합하게 된 때에는 관리방법의 변경을 법원에 신청할 수 있다. 이 때에는 위탁자와 그 상속인, 수익자 또는 수탁자의 청구에 의하여야 한다. 그러나, 공익신탁은 그 미치는 범위가 넓고 주무관청의 행정목적과 관련되는 사항이 많기 때문에 특별한 사정이 발생한 때에는 이러한 관계자의 청구를 기다릴 필요 없이 신탁의 본뜻에 반하지 아니하는 범위내에서 신탁조항을 변경하여야 할 필요가 있다.

### (3) 지도·감독

법인에는 그 내부적인 감독기관으로서 감사를 두어 법인의 재산상황 및 이사의 업무집행에 대하여 감사하게 하고 있다. 그러나 감사는 임의 기관이기 때문에 이를 반드시 둔다는 보장이 없다. 또한 감사를 두었다 할지라도 반드시 감시기능을 충분히 발휘한다는 보증도 없다. 더구나 비영리법인의 경우에는 그 활동이 사회에 주는 영향도 무시할 수 없다. 공공적 이익이라는 미명하에서 반사회적인 활동을 한다면 사회에 주는 악영향은 크다. 따라서 비영리법인 가운데서 특히 공공적 이해에 크게 관계되는 법인의 활동에 대해서는 공적 기관에 의한 감독의 필요성이 생긴다.

#### 1) 비영리법인의 감독

민법상 업무감독의 구체적인 내용은 다음과 같다.

- ① 법인의 업무는 주무관청의 검사·감독을 받도록 하고 있다(민법 제37조).
- ② 법인이 목적이외의 사업을 하거나 설립허가의 조건에 위반하거나 기타 공익을 해하는 행위를 한 때에 주무관청은 그 허가를 취소할 수

있다. 정당한 사유 없이 장기간 계속하여 사업을 하지 않은 경우 즉 휴면법인의 경우 주무관청이 허가를 취소할 수 있을 것인가 하는 문제는 논란이 있다.<sup>48)</sup>

- ③재산상황 또는 업무집행에 관하여 부정·불비한 것이 있음을 발견한 때에는 감사는 이를 주무관청에 보고하여야 한다.

## 2) 공익법인의 감독

주무관청이 공익법인의 업무를 감독하며, 일정한 사항에 대한 승인권과 당해법인의 임원에게 보고의무를 부여하고 있다. 일반적인 사후감독권의 내용으로,

- ①이사의 취임승인 취소권,
- ②수익사업의 시정·정지 명령권
- ③설립허가의 취소권
- ④업무보고서 제출명령권과 업무 재산관리 및 회계 감사권
- ⑤공인회계사 기타 관계전문기관에 의한 외부감사 실시권

등을 통하여 설립목적의 원활한 수행을 지도·감독하도록 하고 있다.

그 밖에 사전적 감독의 일환으로 아래와 같이 일정한 사항에 대하여는 주무관청의 승인을 받도록 하고 있고, 일정한 경우에는 주무관청에 보고하도록 규정하고 있다.

- ①수익사업의 승인(동법 제4조제3항)
- ②임원(이사와 감사)의 취임 승인
- ③감사 1인의 추천
- ④임원의 정원 및 상근임직원의 정원 승인
- ⑤이사회 소집 승인(제8조제4항)
- ⑥공익법인의 업무와 재산상황을 감사한 결과 불법 또는 부당한 점이 있음을 발견한 때 감사의 주무관청에 보고의무
- ⑦기본재산의 처분행위에 대한 허가
- ⑧사업계획 및 예산 제출 및 사업실적과 결산의 보고
- ⑨이사의 취임승인 취소(제14조제2항)

48) 허가를 취소할 수 있다고 보는 견해: 고상룡, 전거서, 248면.

아울러 내부적 통제로서 법인의 監事는 업무·회계의 감사과 함께 이사의 위법한 직무집행에 대하여 법원에 그 留止를 청구할 수 있다(제10조제3항).<sup>49)</sup>

### 3) 공공법인의 감독

이는 개별 설립법에서 별도의 규정을 두고 있고, 보충적으로 민법이나 공익법인의설립·운영에관한법률을 준용하고 있다.

조직, 인사 등 일반업무에 대하여는 주무부처가 지도·감독을 담당하고 정부출연 등 예산사항에 관하여는 재정경제원과 주무부처가 관여한다. 이를 간추리면 다음 표와 같다.

	기관장임명	감사·이사임명	직 제 개 정	예 산·결 산	비 고
정부투자기관	대통령	이사:장관 감사:대통령	이사회결사항	예산:자율편성 결산:장관승인	○당연직 이사제 ○감사원 감사
공공사업집행기관	대통령, 장관임명 사항	장관임명, 승인사항	장관승인사항 (이사회결사항)	장관승인사항	○감사원 감사
정부출연연구·교육기관	주로 장관 승인사항	장관승인, 이사회선임사항	이사회결사항	장관승인사항	○당연직 이사제 ○감사원 감사
문화·체육·복지단체	주로 장관 임명, 승 인사항	장관임명, 이사회선임사항	이사회승인, 의결사항	장관승인사항	○기금운용은 감사 원 감사, 국정감사
특정집단이의단체	주로 장관 승인사항	장관승인, 이사회선임사항	이사회결사항	-	○공적기능수임수 행(한국공업표준 협회 등)
공적기능수행단체	다양함	장관임명, 승인사항	장관승인, 이 사회결사항	-	-
기타 (금융·의료·언론기관)	이사회	장관임명 또는 이사회선임사항	이사회 및 운영 위원회의결사항	장관승인사항	○금통위 위원장: 재경원장관 ○기금:운영위원회

49) 주무관청의 감독규칙은 소관 비영리법인의 감독에 관하여 공익법인의설립·운영에 관한법률에서 규정하고 있는 바와 사실상 동일한 내용을 담고 있고, 그 밖에 각종 보고의무(재산이전의 보고, 설립등기등의 보고, 사업실적 및 사업계획등의 보고)를 추가하고 있다.

## 4) 벌칙 및 벌칙적용에서의 공무원 의제 등

민법상의 비영리법인에 있어서는 법인의 이사, 감사 또는 청산인의 의무해태 등 위법행위에 대하여 과태료에 처하고 있고, 공익법인은 벌칙으로 일정한 행위(주무관청의 승인없이 수익사업을 행한 경우, 주무관청의 허가없는 기본재산처분행위, 결산상 잉여금의 부당처분)에 대하여 3년이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금을, 명령위반·허위보고·감사거부 내지 기피·감사의 직무거부 내지 유기에 대하여는 1년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처하며, 일정한 경우 공익법인에 대하여 벌금형을 병과하도록 하고 있다(동법 제19조 참조).

공공법인 중 상당수는 벌칙적용에 있어서 당해 법인의 직원을 공무원으로 의제하고 있다. 정부투자기관관리기본법은 투자기관의 임원 및 과장대리급 이상의 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 이를 공무원으로 본다는 규정을 두고 있다(동법 제18조, 동법시행령 제14조).

## 4. 殘餘財産의 歸屬

민법상의 비영리법인이 해산한 경우에 잔여재산은 정관으로 지정한 자에게 귀속하며, 정관으로 귀속권리자를 정하지 아니하거나 이를 지정하는 방법을 정하지 아니한 때에는 이사 또는 청산인은 주무관청의 허가를 얻어 그 법인의 목적에 유사한 목적을 위하여 그 재산을 처분할 수 있다. 그러나 사단법인의 경우에는 총회의 결의가 있어야 한다. 그 밖의 경우에는 국고에 귀속된다(민법 제80조).

공익법인의 경우에는 정관에서 정한 바에 의하여 국가 또는 지방자치단체에 귀속된다. 따라서 공익법인은 그 정관에 당해 공익법인이 해산한 경우에 잔여재산이 귀속될 주체를 명시하여야 하며(공익법인의설립·운영에관한법률 제25조제1항), 이렇게 국가 또는 지방자치단체에 귀속된 재산은 공익사업에 사용하거나 이를 유사한 목적을 가진 공익법인에게 증여 또는 무상대부한다(공익법인의설립·운영에관한법률 제13조).

## 5. 외부 감사기관에 의한 감사

감사원은 결산의 확인 및 회계검사, 직무감찰을 통하여 다음의 기관에 대하여 회계의 적정성 확보와 행정·업무운영의 개선향상을 꾀하고 있다.

### (1) 회계검사

결산의 확인 및 회계검사는 필요적 감사사항과 선택적 감사사항으로 나뉜다.

#### 1) 필요적 감사사항

이는 수입과 지출, 물품·유가증권·권리 등을 포함하는 재산의 취득·보관·관리 및 처분 등의 검사를 포함한다. 국가 및 지방자치단체를 제외한 관련 대상 법인 등의 범위는 다음과 같다.

- i) 한국은행의 회계와 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 법인의 회계
- ii) 다른 법률에 의하여 감사원의 회계검사를 받도록 규정된 단체 등의 회계

따라서 기본적으로 정부출자기관, 정부출연기관, 정부투자기관은 감사원의 감사 대상이 된다. 공익법인의 경우에는 명시적인 규정이 없다.

#### 2) 선택적 감사사항

감사원이 필요하다고 인정한 때 또는 국무총리의 요구가 있는 때에 행하는 검사이다.

- i) 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 보조금·장려금·조성금 및 출연금 등을 교부하거나 대부금 등 재정원조를 공여한 자의 회계
- ii) 위의 자가 그 보조금·장려금·조성금 및 출연금 등을 다시 교부한 자의 회계

- iii) 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 일부를 출자한 자의 회계
- iv) 정부투자기관·출자기관이 다시 출자한 자의 회계
- v) 국가 또는 지방자치단체가 채무를 보증한 자의 회계
- vi) 민법 또는 상법외의 다른 법률에 의하여 설립되고 그 임원의 전부 또는 일부나 대표자가 국가 또는 지방자치단체에 의하여 임명되거나 임명승인되는 단체 등의 회계
- vii) 기금관리기본법 제2조의2의 적용을 받는 기금을 관리하는 자의 회계
- viii) 기금관리기본법의 관리 대상인 기금에서 다시 출연 및 보조받는 단체 등의 회계

따라서 이른바 정부산하기관·단체의 대부분은 이에 해당하며, 특수법인의 경우도 해당이 된다.

(2) 직무감찰

행정기관 및 지방자치단체 등을 제외한 감사원의 직무감찰 대상은 다음과 같다.

- i) 정부출자기관의 사무와 임원 및 회계업무 담당직원의 사무
- ii) 특수법인으로서 그 임원의 전부 또는 일부가 국가나 지방자치단체에 의하여 임명되거나 임명승인되는 단체등의 사무와 임원 및 회계업무 담당직원의 사무
- iii) 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 위탁하거나 대행하게 한 사무와 기타 법령의 의하여 공무원의 신분을 가지거나 공무원에 준하는 자의 직무

따라서 대부분의 특수법인, 국가업무의 위탁·대행기관은 이에 해당한다. 아래 표는 관리인의 유형별 감사·감독사항을 정리한 것이다.

<감사·감독>

감 사·감 독	위 임	지정관리인	법정관리인	선정관리인
감 독 자	위임인	본인/감독청	법원	법원
감 사 자	-	-/감사,감사원	-	-

감 사·감 독	위 임	지정관리인	법정관리인	선정관리인
필요 처분명령	본인의 지시	본인의 지시/ 행정처분	처분명령	처분조치
해 지	해지, 개입	해지, 개입	개입(친권상 실선고)	개입, 종료선고
특 별 대 리 인	-	-/o	o	o
취 임 승 인	-	-/o	-	-
해임·개입요구	-	-/o	-	-
직 무 정 지	-	-/o	o	o

## 제 4 절 관리권의 소멸

### 1. 계약의 해지

위임은 『해지, 당사자의 사망 또는 파산, 수임인의 금치산선고』로 종료된다. 해지는 상호 해지의 자유가 있으나(\$689①), 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다는 제한이 있다(\$689②).

위임의 해지로 인하여 재산 소유권자가 스스로 재산을 관리하게 된다. 위임계약의 종료로 관리관계의 청산이 필요하게 된다.

법인의 이사 등도 위임관계의 법리가 적용되므로 이사의 해임은 이에 해당한다. 부재자의 지정관리인, 조합의 업무집행조합원의 해임, 사단·재단 등의 법인격 없는 단체 등의 관리인 해임 등도 마찬가지이다.

### 2. 법정 해지

이는 일정한 사유가 발생하면, 관리인의 재산관리권이 소멸하는 경우이다. 법정 관리인의 경우에 주로 해당한다. 무능력자가 행위능력을 가지게 된 경우, 부재자의 생사확인 및 귀환, 상속인의 확정, 법인 또는 사단·재단의 해산으로 인한 잔여재산의 처리, 회사정리절차 등의 종료 등의 사유가 발생하면, 재산의 관리는 법정 관리인의 관리에서 재산 소유권자로 회복되거나, 더 이상의 재산 관리가 필요 없게 된다.

(1) 관리인의 개임

이는 상대적인 관리권의 소멸에 해당한다. 관리인의 재산관리가 부적절하다고 인정되는 사유가 발생한 경우나 관리인이 재산을 관리할 수 없는 사유가 발생한 경우에 관리인의 개임이 있게 된다.

관리인의 개임은 관리인의 유형에 따라 개임권자와 改任方法도 다르다. 지정관리인은 소유권자 본인에 의하여 새로운 관리인의 선임으로 이루어지며, 법정 관리인은 법령에 규정된 순위에 따라 당연히 결정된다. 선정 관리인은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 새로 선임한다. 개임의 사유는 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

- i) 위임계약에 따라 계약을 해지하고 다른 수임인과의 계약을 체결하는 경우,
- ii) 재산관리인이 선관주의의무에 위반하여 관리하는 경우
- iii) 재산관리인이 사망 또는 사임한 경우
- iv) 이해관계인 또는 검사 등의 청구가 있는 경우
- v) 감독관청의 해임·선임 요구나 명령 등의 처분이 있는 경우 등이다.

제 5 절 재산유형별 재산관리

1. 부재자의 재산관리

(1) 재산관리인의 감독 유형

민법에서 규정하고 있는 경우는 부재자가 무능력자인 경우를 제외하고 기타의 경우에 대하여 규정하고 있다.

부재자가 스스로 재산관리인을 둔 경우와 재산관리인을 두지 않은 경우로 대별된다. 재산관리인을 둔 경우에는 본인의 의사를 존중하여 부득이한 경우에만 법원이 간섭하도록 하고, 재산관리인을 두지 않은 경우에는 폭넓게 간섭할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>50)</sup>

50) 백태승, 민법총칙, 법문사, 2001, 174~175면.

1) 부재자가 재산관리인을 두지 않은 경우(선임관재인)

(가) 처분의 명령

부재자가 재산관리인을 두지 않거나 법정대리인이 없는 경우 및 본인의 부재중 재산관리인의 권한이 소멸한 경우에는 가정법원은 이해관계인<sup>51)</sup> 또는 검사의 청구에 의하여 재산관리에 필요한 처분을 명하여야 한다(민법 제22조제1항).

가정법원이 명할 수 있는 ‘재산관리에 필요한 처분에는 재산관리인의 선임·잔류재산의 매각 등이 있으나, 가장 일반적으로 행하여지는 방법은 재산관리인의 선임이다.’<sup>52)</sup>

(나) 선임된 재산관리인의 지위 및 권한 등

가정법원에 의하여 선임된 재산관리인은 일종의 법정대리인이다. 그러나 선임된 재산관리인은 언제든지 사임할 수 있고, 또한 법원은 언제든지 개입할 수 있다.<sup>53)</sup>

재산관리인의 권한은 부재자의 재산에 관하여 민법 제118조가 정하는 관리행위로서 보존행위 및 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량행위를 자유롭게 할 수 있다. 그러나 이를 초과하는 처분행위를 하고자 할 경우에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다(민법 제25조 전단).

허가없이 한 처분행위는 무효이며, 법원의 허가를 받은 처분행위이더라도 부재자를 위하는 범위에 한정된다고 할 수 있다. 일단 처분허가를 받았으면 처분방법은 재산관리인이 임의로 정할 수 있다.

위임에 의한 재산관리 및 처분권한과 법원이 선임한 재산관리권이 동일인에게 경합하는 경우에 문제가 된다. 이와 관련하여 대법원 판례는 일

51) 부재자의 재산관리에 이해관계를 가지는 자로서, 상속인·배우자·부양청구권자·채권자·보증인·부채자와 함께 연대책무자가 된 자 등

52) 상계서, 175면.

53) 대판 1961.1.25 선고 4293민재항349판결은 『법원이 선임한 부재자의 재산관리인을 개입하고 아니하고는 관할법원의 자유재량에 속하는 것이고 부재자의 친족이 있다 하여 반드시 그를 관리인으로 선임하여야 하는 것은 아니다』고 판시하고 있다.

단 재산관리인이 법원에 의하여 선임된 경우에는 위임에 의한 재산 관리 및 처분권한은 종료되고 민법 제25조 전단의 규정에 의한 보존행위만을 자유롭게 할 수 있으며, 처분행위는 법원의 허가를 받아야 한다고 보고 있다.<sup>54)</sup>

선임관리인의 권한과 관련하여, 관리행위 및 처분행위는 ‘부채자를 위한 범위’ 안에서만 인정된다. 아울러, 법원의 허가처분을 받은 부채자재산관리인이라 할지라도 부채자를 위한 것이 아닌 처분행위는 권한을 넘는 것이고 그러한 경우 특별한 사정이 없는 한 거래의 상대방으로서는 그 권한이 있다고 믿는 것은 선의·무과실이라 할 수 없다.<sup>55)</sup>

재산관리인은 직무의 성질상 부채자와의 위임계약에 기하여 재산을 관리하는 경우와 동일한 의무를 부담하는 것으로 해석된다. 따라서 선임관리인은 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 직무를 처리하여야 하고(민법 제681조), 부채자가 사망한 경우에는 일정기간까지 그의 직무를 수행하여야 한다(민법 제691조). 또한 선임관리인은 관리할 재산의 목록 작성(제24조제1항), 재산의 보존을 위하여 가정법원이 명하는 처분의 수행(제24조제2항), 재산의 관리 및 반환에 관한 상당한 담보의 제공(제26조제1항) 등의 의무를 진다.

## (2) 법인이 아닌 사단 등의 재산관리

### 1) 宗 中

#### (가) 宗中의 불법행위책임

이에 관한 판례의 입장은 민법 제35조의 직무관련성을 제756조와 유사한 外形說의 입장에서 파악하여 종중재산의 관리처분이 대표자의 권한사항이라고 보고 있다.

즉, 종중의 대표자가 宗中 소유의 부동산을 개인소유라 하여 매도하고 계약금과 중도금을 지급받은 후 잔대금 지급 이전에 종중 소유임을 알고 향의하는 매수인에게, 종중의 결의가 없었음에도 종중대표자의 자격에서

54) 대판 1977.3.22 선고 76다 1437 판결.

55) 동지 판례: 대판 1976.12.21 선고, 75마551 판결.

그 등기이전을 약속한 다음 종종총회 결의서 등을 위조하여 등기이전을 해 주고 잔금을 받은 후에 종종이 소송으로 부동산을 되찾아간 경우, 종종이 불법행위를 인정하고 매수인이 지급한 잔대금 상당액을 배상할 의무가 있다고 판시한 것이다.<sup>56)</sup>

종중대표자가 종종총회의 결의를 얻는 것이 불가능함에도 소유권이전을 해 주겠다고 다짐한 행위는 외형상 피고 종종이 대표자의 직무에 관한 행위로 볼 수 있고, 이는 종종 대표자가 그 후 관련서류를 위조하여 이전등기서류를 제공하고 잔대금을 지급받은 불법행위에 가공한 원인이 되었으므로 피고 종종은 그 대표자가 직무에 관련하여 저지른 불법행위로 인하여 매수인이 입은 손해, 즉 그 잔대금 상당액을 배상해 줄 의무가 있다고 본 것이다.<sup>57)</sup>

(나) 종종 재산의 귀속 및 처분절차

종중 소유의 재산은 종종원의 총유에 속하므로 그 관리 및 처분은 규약에 정한 바가 없으면 종종 총회의 결의에 의하여야 하고 그 결의가 없으면 무효라는 것이 확립된 판례이다.<sup>58)</sup>

이와 관련하여 종원의 종종에 대한 재산분배청구에 관한 판례를 보면, “비법인사단인 종종의 토지에 대한 수용보상금은 종원의 총유에 속하고, 위 수용 보상금의 분배는 총유물의 처분에 해당하므로 정관 기타 규약에 달리 정함이 없는 한 종종 총회의 분배결의가 없으면 종원이 종종에 대하여 직접 분배청구를 할 수 없으나, 종종 토지에 대한 수용보상금을 종원에게 분배하기로 결의하였다면, 그 분배대상자라고 주장하는 종원은 종종에 대하여 직접 분배금의 청구를 할 수 있다.”고 하여 직접적인 청구권을 인정하고 있다.

56) 대판 1994.4.12., 92다49300 판결.

57) 이에 대하여 개인재단이록 하여 매도하였다가 종종재산임이 발각되었고 매수인도 그 사정을 충분히 알았던 상황이라면 그 매수인의 중대과실이 문제되지는 않았을까 하는 의문이 있다는 견해도 있다: 박병대, “90년대 미납총칙 판례 회고”, 민사판례연구 (XXII), 민사판례연구회편, 박영사, 2000, 594면.

58) 대판 1986.8.20., 96다18656; 대판 1994.9.30., 93다27703; 대판 1992.10.13., 92다27034.

한편, 분묘수호관리권은 원칙적으로 종손에 속하나, 종손이 아닌 종중이 수호관리하는 분묘가 훼손된 경우의 손해배상청구의 주체는 종중이 될 수 있고, 이 경우 종중도 위자료청구가 가능하다는 판례도 있다.<sup>59)</sup>

## 2) 사 찰

사찰의 법적 성격에 관하여 판례는 권리능력 없는 사단으로 보는 경우도 있고 재단으로 보는 경우도 있다.

사단으로 보면 그 재산은 구성원의 총유에 속하지만, 재단이라고 보면 그 재단 자체에 소유권이 귀속하므로 그 재산의 관리처분방법 등에서 상당한 차이가 있다. 판례는 비법인 사단 또는 재단이 그 소유의 토지를 처분하는 데 주무관청의 허가를 받아야 한다든가 허가가 없으면 무효라고 할 수는 없다고 하여 감독관청의 감독 대상에서 제외하고 있다.<sup>60)</sup>

권리능력 없는 ‘사단’인 사찰과 ‘재단’인 사찰의 구별 기준을 명확히 한 판례는 발견되지 않지만, 일응 참고로 할 수 있는 판례가 없지는 않다. 즉, 구 불교재산관리법<sup>61)</sup>에 따라 불교단체등록을 한 사찰은 권리능력 없는 재단으로의 성격을 인정한다.<sup>62)</sup> 반면에 신도와 승려가 독립된 사찰의 건립이라는 공동 목적하에 체계적인 조직을 만들고 그들의 출재로 불당을 완공하였으나 특정 종단에는 아직 소속되지 않은 경우에는 권리능력 없는 사단인 사찰로 보고 있다.<sup>63)</sup>

## 3) 주택조합의 재산관리

지역조합, 직장조합, 재건축조합 등 주택건설촉진법에 의한 주택조합은 조합원들이 설립한 단체로서 조합원들과는 별개의 권리주체인 비법인사단이다.<sup>64)</sup>

59) 대판 1992.3.13., 91다30491; 정연옥, “종중의 분묘를 수호관리하여 온 경우 분묘 수호관리권의 귀속주체와 그 권리침에 대한 손해배상청구권”, 대법원판례해설(제17권), 법원행정처, 181면.

60) 대판 1992.6.23., 92다12933 판결.

61) 1987.11.28. 법률 제3974호 전통사찰보존법 시행으로 폐지되었음.

62) 대판 1994.12.13, 93다43545 판결.

63) 대판 1997.12.9, 94다41249 판결.

64) 대판 1993.4.27, 92누8163; 대판 1995.2.3, 93다23862; 대판 1997.1.24, 96다39721·39738.

주택조합의 경우에 문제가 되는 것은 신축을 통하여 원시 취득하게 되는 건축물의 보존등기 명의이다. 건물의 경우 건축허가명의로가 조합이므로 집합건물 전부에 대하여 조합명의로 건축물대장이 일단 만들어질 수밖에 없다. 이 경우 조합명의로 보존등기를 하게 되면 등록세를 2중으로 부담하여야 하므로 조합원의 분양 동호수가 정해지면 보존등기 전에 건축물대장의 명의를 분양 받은 조합원 명의로 변경한 후 직접 조합원 명의로 등기를 할 수 있는가가 문제가 된다.

이에 대하여 법원행정처는 “주택건설촉진법 제44조의 규정에 의한 주택조합이 건축한 공동주택에 있어서는 조합원의 전유부분에 대하여는 반드시 조합명의로 보존등기를 한 후 이를 조합원에게 이전등기를 하여야 하는 것은 아니고, 조합원 명의로 직접 보존등기를 할 수 있다. 다만, 그렇게 하기 위하여는 건축물대장에 개개의 조합원이 소유자로 등재되어 있어야 할 것이다.”라고 질의에 대한 회신을 함으로써 실무적으로 해결하고 있다.<sup>65)</sup>

이론적으로는 주택조합이 별개의 권리능력자이므로 그가 건축한 것으로 보는 것이 타당하다. 조합원들이 원시취득한다면 전체 건물을 공유로 원시취득하여야 하지 자신이 분양받은 전유부분만 원시취득한다는 것은 부자연스럽다는 비판이 있다.<sup>66)</sup>

판례는 “건물신축의 경우에 특단의 사정이 없는 한 그 자재·노임 등 소요비용을 제공한 자가 그 건물을 원시취득하는 바, 주택조합은 그 소유자금으로 조합원의 건물을 신축 분양하는 것이 아니라, 공정에 따라 조합원으로부터 각자 부담할 건축자금을 제공받아 조합원의 자금으로 건축하는 것이므로 건축절차의 편의상 조합 명의로 그 건축허가와 준공검사를 받았다고 하더라도 이 때부터 위 건물의 소유권은 건축자금 제공자인 조합원들이 원시취득한 것으로 보아야 한다”고 보고 있다.<sup>67)</sup>

재건축조합의 경우는 조합원 명의로 대장에 등록되면 바로 보존등기를 할 수 있다는 전제에서 더 나아가 조합원 지위를 제3자에게 양도한 경우도 제3자 명의로 대장이 등록되면 제3자 명의로 보존등기가 가능하다고

65) 법원행정처, 등기선례 1993.3.31, 등기 제755호.

66) 이동명, “90년대 물권법 판례 회고”, 민사판례연구(XVII), 민사판례연구회편, 박영사, 2000, 653면.

67) 대판 1994.6.24, 93누18839; 1995.1.24, 94다47797.

본 등기선례<sup>68)</sup>와 대장에 종전 조합원이 소유자로 등록되어 있다면 종전 조합원 명의로 보존등기 후 이전 받아야 한다는 등기선례<sup>69)</sup>가 있다.

#### 4) 종중재산과 명의신탁(명의신탁 재산의 관리)

여러 필지의 각 일부 지분을 명의신탁 받은 명의수탁자가 임의로 명의 신탁관계가 없는 다른 공유자들과의 공유물분할의 협의에 따라 특정 토지를 단독으로 소유하고 나머지 토지에 대한 지분을 다른 공유자에게 이전한 경우 명의신탁관계의 존속여부가 문제가 된다.

이에 대하여 판례는 『명의수탁자가 특정 토지를 단독으로 소유하게 된 것은 형식적으로는 다른 공유자들의 지분의 등기명의를 승계취득한 것과 같은 형태를 취하고 있으나, 실질적으로는 명의신탁 받은 여러 필지의 토지에 분산되어 있는 지분을 분할로 인하여 취득하는 특정 토지에 집중시켜 그에 대한 소유 형태를 변경한 것에 불과하다고 할 것이므로, 그 공유물분할이 명의신탁자의 의사와 관계없이 이루어진 것이라고 하더라도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁관계는 위 특정 토지 전부에 그대로 존속한다고 보아야 한다.』는 다수의견과, 『명의신탁자로부터 여러 필지의 토지의 각 일부 지분의 소유명의를 신탁받은 명의수탁자가 임의로 그 부동산에 관하여 명의신탁관계가 없는 다른 공유자들과 공유물분할 협의의 형식으로 특정 토지를 제외한 나머지 토지에 관한 명의수탁자의 각 지분을 다른 공유자들에게 이전하고 위 특정토지에 관한 다른 공유자들의 각 지분을 이전받았다면, 그 법률관계는 위 특정 토지를 제외한 나머지 토지에 관한 명의신탁자와 명의수탁자의 사이의 명의신탁관계는 소멸되었다 할 것이고, 위 특정 토지를 제외한 나머지 토지에 관한 명의수탁자의 수탁지분이 위 특정 토지에 옮겨져 명의신탁관계가 그대로 존속하는 것이라고 할 수 없다』는 소수의견으로 나뉜다.

종전의 판례는 공동명의수탁자들 사이에 공유물분할이 허용되지는 아니 하나 신탁자의 의사에 반하여 공유물분할이 되면 그 상태로 명의신탁이 존속한다고 보았다.<sup>70)</sup>

68) 1998.10.20, 등기 3402-1050 질의회답; 이동명 전계논문 655면에서 재인용.

69) 1998.12.11, 등기 3402-1225 질의회답; 상계 논문 653면에서 재인용.

70) 대판 1993.2.9, 92다37482; 대판 1987.2.24, 86다215·86다카1071 등.

대법원 판례는 현실적인 해결책을 선택한 것이지만, 명의신탁관계가 존속한다고 볼 필요 없이 명의신탁자가 대상청구권을 취득한다고 보거나 명의신탁 종료에 따른 청산문제로 해결하는 방안도 고려할 만하다.<sup>71)</sup>

### (3) 청산법인 등의 재산관리

#### 1) 실체가 소멸한 비법인사단의 재산 관리

판례는 “오랜 세월이 지나고 사회적 여건이 변화됨에 따라 그와 같은 법인 아닌 사단으로서의 주민 공동체의 의사결정기관이나 업무집행기관 및 대표자가 없어져 버려 법인 아닌 사단으로서의 실체로 인정할 만한 것이 현실적으로 남아 있지 않게 되었다고 하더라도, 여전히 그 공동체의 명의로 특정한 재산을 소유하고 있는 것으로 토지대장에 기재되어 있다면, 그 재산관계의 청산에 관한 한 그 공동체가 그대로 법인 아닌 사단으로 존속하고 있는 것으로서 당사자능력을 가지고 있다”고 보고 있다. 이에 따라 그 법인 아닌 사단을 적법하게 대표할 권한이 있는 자가 없다면 원고들(이해관계인)이 민사소송법 제60조 및 제58조에 따라 특별대리인의 선임을 신청할 수도 있다고 판시하고 있다.

#### 2) 비법인 사단의 분열과 재산관리

일반적으로 비법인사단은 해산 또는 구성원의 탈퇴가 인정될 뿐 분열은 인정될 수 없다는 것이 현재의 판례 태도이다. 다만, 교회의 경우에 분열을 인정하는 전제에서 분열 후의 재산이용관계를 판시한 판례는 있다.<sup>72)</sup>

71) 이동명, 전계 논문, 792면.

72) 대판 1993.1.19, 91다1226 판결: 소수의견은 “우리 민법은 사단법인의 구성원의 탈퇴나 사단법인의 해산은 인정하지만 사단법인의 구성원들이 2개의 법인으로 나뉘어 각각 독립한 법인으로 존속한다고 하는 식의 사단법인의 분열은 인정하지 아니하며, ..... 사단법인과 유사한 성질을 가지는 권리능력 없는 사단에 대하여도 사실상의 분열은 몰라도 법적 의미에 있어서의 분열은 이를 인정할 여지가 없는 것”으로 보았고, 다른 소수의견은 “일반적인 비법인사단의 경우에는 해산이 인정될 뿐 분열은 인정되지 않는다는 점에 찬성하면서도 교회의 경우에는 예외적으로 분열을 인정함이 옳다”는 견해이다. 다수의견은 비법인사단 일반의 분열이 인정될 수 있는지 여부에 대해서는 언급이 없이 교회의 분열을 인정하는 전제에서 분열 후의 재산이용관계를 판시하고 있다.

## 제 4 장 개선방안

### 제 1 절 문제점

#### 1. 관리재산의 성격과 관리방식

##### (1) 관리목적과 관리방식의 미분화

현행 법령상의 관리인 제도는 관리의 목적 재산의 성격에 따른 관리권의 내용과 관리방법 및 감독 등에 관하여 특별한 원칙이나 세부적인 구분이 없다고 할 수 있다.

재산 관리인 제도는 소유권자 본인이 직접 재산을 관리할 수 없거나 관리하기에 부적당한 경우에 합리적이고 전문적인 관리를 위한 것이다. 현행 법령상 관리의 대상 재산은 그 소유권자를 기준으로 하면, 자연인의 소유 재산과 법인 등의 단체 소유의 재산으로 구분된다. 현행 관리인 제도는 소유권자를 기준으로 한 관리인 선임 및 운영을 기본으로 하고 있다. 이러한 특성으로 말미암아 일반적인 관리의 방식이 위임계약의 법리에 기초하고 있는 것이다.

관리의 대상 재산은 그 목적 내지 용도에 따라 구분하여 관리되어야 함에도 불구하고 현행 관리인제도는 민법상의 위임계약규정, 계약의 내용, 법인의 정관 등에 의하여 관리인의 선관주의의무와 관리행위라는 일반적이고 추상적인 원칙에 따라 관리되고 있을 뿐이다. 이는 결국 관리 대상 재산의 특성 내지 관리 목적을 중심으로 하여 관리인 제도가 운영되지 않는다는 문제점을 가지게 된다.

재산은 보존재산과 처분재산 및 청산재산으로 대별할 수가 있다. 보존재산은 부재자의 재산, 상속재산, 재단법인의 기본재산과 같이 일정한 기간 동안은 계속 유지·보존되어야 하는 재산이다. 따라서 이는 보존·이용·개량의 관리행위만으로 관리되어야 할 성격의 재산이고, 다른 처분행위나 목적에의 활용될 재원의 기초를 이루는 것이므로 관리상의 재량이 제한될 성격을 가진다.

한편, 처분재산은 반드시 그 재산적 가치가 형태를 달리하여 유지·보존될 필요는 없으며, 일정한 목적과 용도에 사용될 것이 전제되는 재산이다. 경우에 따라서는 가치의 형태가 전환되어 전부 또는 일부가 계속 존속할 수도 있으나, 일정한 목적에 사용함으로써 물권변동의 상대적 소멸 형태로 타인에게 이전되거나 절대적으로 소멸할 수도 있는 재산이다.

청산재산은 현재의 소유권자의 소유에서 채권자의 소유로 이전되어야 할 재산이다. 잔여재산이 있는 경우도 없지 않지만, 기본적으로는 채무의 상황이나 장래의 권리자에게 귀속되어야 할 성격의 재산으로 법령상의 기준에 따라 일정한 권리자에게 배분될 예정의 재산이다. 따라서 이러한 목적 이외의 관리목적은 없다고 할 수가 있다.

현행 관리인제도는 이러한 관리 대상 재산의 기본적인 성격을 고려하여 관리인의 선임과 재산의 관리 방법 및 감독 등이 이루어지지 않고 있다는 점에서 관리인제도의 제도적 취지를 제대로 살리고 있지 못하고 있다. 재산의 성격에 따른 관리인제도의 체계화가 필요하다고 본다.

## (2) 재산의 성격과 관리목적의 불일치

재산의 관리는 그 대상 재산의 성격에 따라 관리의 목적을 명확히 하고, 관리행위는 이에 이바지하는 방식과 내용으로 이루어져야 한다. 그러나 현행 각종 재산의 관리인은 재산의 성격에 따른 관리 목적이 법령상으로 명확하게 규정되지 못하고 있거나 혼재하고 있음에도 불구하고 구분하지 아니하고 있다.

보존재산의 관리목적과 처분재산의 관리목적이 다름에도 불구하고 동일 관리인에 의하여 추상적인 재산관리권의 규정에 의하여 규율되고 있는 실정이다. 각각의 재산의 성격에 따른 해석상의 해결에 의존하고 있다고 할 수가 있다.

현행 법령은 재산관리권과 대리권을 구분하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우가 있다. 이는 재산관리의 범위 자체가 관리행위에 한정된다는 원칙에도 불구하고, 관리재산의 기본적 성격을 기준으로 하여 관리 목적을 설정하지 않았기 때문에 발생한 문제라고 보여진다.

개인 소유 재산의 관리 목적과 사단 내지 사단법인의 재산의 관리 목적이 구분되어야 한다. 목적 재산 중에서도 재단 또는 재단법인의 재산은 법령이나 정관에서 재단 또는 재단법인의 설립목적 및 사업범위에 관한 규정으로 명시하고 있으나, 기본재산과 기타 재산으로 구분되고 있을 뿐, 전체적으로 동일한 목적 재산으로 간주되어 운영되고 있는 실정이다.

부채자의 재산, 상속재산, 조합재산 등은 각각 그 관리목적이 다르다. 이를 동일한 방식의 관리체계 아래 둔다는 것은 바람직하지 못하다.

## 2. 관리행위의 유형과 관리방식 부문

재산의 관리는 넓게 볼 때, 관리행위와 처분행위를 포함한다. 전자는 좁은 의미의 재산관리권 영역에 해당하고, 후자의 경우에는 위임이나 대리권의 수여 등에 의한 대리권 영역에 해당한다.

재산관리인은 재산관리권자로서의 지위와 대리인으로서의 지위가 경합된 경우, 재산관리권자로서의 지위만 가지는 경우, 청산·정리권자로서의 지위만 가지는 경우로 나눌 수가 있다. 그럼에도 불구하고 현행 재산관리인제도는 이러한 구분에 따른 관리행위의 제한이나 관리방식의 기준이 명시적으로 규정되어 있지 않다. 특히 지위가 경합하는 경우에 있어서 관리인의 자격이나 감독에 특별한 사항을 규정하고 있지 않다.

좁은 의미의 재산관리권자로 해석되는 부채자의 재산관리나 상속인 부채의 재산관리가 관리인의 성격에 따른 구분이나 제한이 없다. 지정관리인과 법정관리인이 동일한 관리·대리업무를 수행할 수 있도록 되어 있다.

소유의 형태에 따른 관리방식의 구분도 특별한 기준이나 원칙에 따라 체계화되어 있다고 보기 어렵다는 문제도 있다. 개인 소유의 재산과 합유 내지 공유재산의 관리를 보존·이용·개량행위 및 처분행위로 구분함이 없이 일괄적으로 부여되어 있고, 기본재산과 처분재산 등의 구분에 따른 관리방식의 명확한 규정도 결여되어 있는 경우가 적지 않다.

## 3. 관리인의 성격과 관리권의 범위

관리인은 선임 방식과 관련하여 3가지의 유형으로 구분할 수가 있음은 앞에서 기술한 바와 같다. 지정관리인, 법정관리인, 선임관리인은 각각

그 성격이 동일하지 않다. 그럼에도 불구하고 관리인의 관리 전문성의 고려나 관리권의 범위에 있어서는 큰 차이를 보이고 있지 않다는 점에서 재산의 관리제도 내지 관리인 제도의 본래 목적을 달성하는 데에 개선될 여지가 있다.

#### (1) 지정관리인의 경우

지정관리인은 소유자와 관리인 사이의 계약에 의하여 관리권을 부여받는다. 따라서 당사자의 의사가 중요한 사항으로 되며, 관리권의 내용 또한 사적자치의 원칙에 따르게 된다. 여기에서 고려하여야 할 사항은 소유자의 성격과 지정관리인의 소유자와의 관계이다. 소유자가 행위능력자인지 여부와 소유자가 지속적인 수임인으로서의 관리인을 관리·감독할 상태에 있는지가 고려되어야 한다. 현행 법령은 이러한 사항에 대하여 전혀 규정하지 않고 당사자간의 계약에 맡기고 있다. 그 결과 감독관청이나 법원에 의한 감독이 사실상 배제되고 있으므로 소유자의 재산관리가 부적절하게 이루어질 우려가 적지 않다. 관리인의 자격에 관련된 사항도 전혀 규정하고 있지 않고 민법의 전형계약에 속하는 위임에 관한 규정이 보충적·임의규정으로 적용될 뿐이다.

선관주의의무라는 추상적인 관리업무의 수행상 의무에 의존하고 있는 것이다.

#### (2) 법정관리인의 경우

법정 관리인은 법률의 규정에 의하여 본인의 의사와 관계없이 재산관리인이 되는 경우이다. 물론 법원의 허가를 얻어서 사임할 수는 있지만, 기본적으로 소유자나 법정 관리인의 의사와는 관계가 없이 관리관계가 설정된다는 성격을 가지고 있다.

한편, 법정 관리인은 그 관리의 전문성과 관리인의 관리능력을 고려하지 아니하고 재산 소유자와 일정한 관계에 있는 자가 법률에 정한 순위에 따라 당연히 결정된다는 문제가 있다. 비록 일정한 해임 내지 개입사유를 법령에서 규정하고 있으나, 이는 관리상의 문제가 발생한 경우에 대한 조치에 불과하다.

법정 관리인의 결정도 관리대상인 재산의 성격에 따라 구분되어야 하고, 관리인의 관리 전문성 등의 능력이 선정 당시부터 고려되지 못하고, 일응 관리능력이 있다고 전제한 것이라는 점에서 재고되어야 한다.

관리인으로서의 전문성 내지 적격성을 사전적으로 고려하기 어렵다면, 관리권의 범위에 있어서 이를 반영하여 소극적 관리와 적극적 관리의 범위를 명확하게 규정하지 않은 문제가 있다.

일정한 가족법상의 친족관계에 있는 자연인만을 법정 관리인으로 하고, 법정 관리인에 의한 관리를 선정관리인에 의한 관리에 우선하는 것은 전혀 관리재산의 성격과 관리 목적 및 관리의 전문성을 특별히 고려하지 않은 소극적·형식적인 소유권자의 재산보호제도라는 한계를 가진다.

### (3) 선정관리인의 경우

선정관리인은 법원에 의하여 선임되거나 특정한 법인의 경우에는 주무관청에 행정조치에 의하여 요구되는 경우이다.

선정관리인은 지정관리인·법정관리인이 없거나 없게 된 경우에 선정하는 경우와, 현재의 관리인으로는 적정하지 않다고 인정되는 정리절차 등의 특별한 경우 선정된다. 전자의 경우는 관리재산의 특성에는 변화가 없는 경우이고, 후자의 경우에는 관리재단의 성격이 청산재산으로 변환 경우로서 관리목적이 청산 내지 재산의 정리로 전환된다.

재산의 정리 목적이 아닌 선정관리인의 경우에 현행 법령은 선정관리인을 자연인으로 상정하고 있다. 전문적인 관리를 목적으로 하는 법인이 참여할 여지가 없다. 또한 관리인의 결정 순위에 있어서 지정관리인·법정관리인이 없는 경우라는 가장 후순위의 보충적 관리인 선임이라는 한계를 가지고 있다.

사적 재산의 후견적 관리에 법원이 관여하는 것은 국민의 재산권 보장과 사유재산의 보호라는 관점에서, 상속인의 부재나 포기·법인이나 단체의 해산 등의 경우에 상속재산 내지 잔여재산이 최종적으로는 국고에 귀속된다는 점에서 그 근거를 가진다. 이는 관리목적이 소극적인 대상 재산의 보존에 있다. 반면에 청산재산 내지 정리재산의 경우에는 이해관계인의 보호와 조속한 채무관계의 청산을 통한 관련 법률관계의 안정에 있

제 4 장 개선방안

다. 이러한 목적에 따라 관리인의 자격이나 선정 기준이 구체적이고 명확하여야 함에도 불구하고 법원의 판단에 의존하고 있는 문제가 있다.

관리인의 결격사유를 비교 정리하면 다음 표와 같다.

<관리인의 결격사유>

결 격 사 유	지정관리인	법정관리인	선임관리인
미 성 년 자	-	o	-
한 정 치 산 자	-	o	-
금 치 산 자	o	o	-
파 산 자	o	o	-
금 고 이 상 의 실 형 선 고	o	o (자격정지이상)	-
취임승인 취소	o	o (법원이 해임)	-
행 방 불 명 자	-	o	-
소 송 자	-	o	-
외 국 인	-	o	-

제 2 절 개선방안

1. 개선 방향

재산관리인제도의 목적은 일차적으로는 재산권자의 보호에 있으며, 다음으로 이해관계인과의 보호에 있다. 재산의 관리는 사적 자치의 원칙과 사유재산권 보호에 따라 당사자의 의사에 맡겨야 할 부분과, 사적 자치나 소유권 절대의 원칙에 맡길 수 없는 특별한 사정이 있거나, 관리 대상 재산의 기본적 성격이 개인적·사익적 재산에서 비영리·공익적 재산으로 전환된 경우에는 국가기관의 관여가 필요하게 된다.

지금까지 현행 관리인제도를 둘러싼 현황과 문제점을 고려할 때, 향후 재산관리인제도는 두 가지 방향으로 개선되어야 할 것으로 본다.

첫째, 관리재산의 성격과 관리목적에 따른 관리인제도의 구체화·세분화이다. 이는 관리재산을 보존재산, 처분재산, 청산·정리재산으로 구분하고, 기본재산과 운영재산으로 나누어 관리목적에 세분화하는 것이다.

둘째, 관리인의 선임방법과 관련하여 관리인의 종류별로 그 재산관리권과 처분권을 포함하는 대리권 내지 대표권을 구분하여 관리행위의 적정성과 그 관리범위를 명확하게 하여야 할 것으로 본다.

이는 영리적 재산과 비영리적 재산, 개인 재산과 공동소유재산의 구분, 신탁 권리의 법리와 위임 관리의 법리 및 직접 관리의 법리 사이에 적정한 관계설정과 조정이 필요하다는 것도 고려되어야 한다.

## 2. 개선 방안

이러한 개선방향에 따라 현행 관리인제도의 문제점을 해결하기 위하여는 다음과 같은 방안을 고려할 수가 있을 것으로 본다.

### (1) 관리권의 유형별 구분 관리

현재 재산관리권과 대리권 내지 대표권이 명확하게 구분되어 있지 않고 경합하는 등의 경우를 세분하여 규정되어야 할 것이다.

재산관리인과 대리인·대표자의 지위가 경합하는 경우에는 기본재산과 운영재산, 보존재산과 처분재산으로 관리대상 재산을 구분하여 전자의 재산에 대하여는 좁은 의미의 재산관리권을 인정하며, 후자의 재산에 대하여는 처분권을 포함하는 넓은 의미의 재산관리권을 인정하여야 한다.

좁은 의미의 재산관리권만 인정하여야 하는 경우로는 부재자의 재산관리인, 상속인 부재의 상속재산관리인, 조합의 집행사원, 무능력자의 재산관리인이 해당된다고 볼 것이다.

넓은 의미의 재산관리권은 기본재산과 운영재산으로 관리방법을 명확하게 구분하는 것을 병행하고, 이에 대한 감독도 전자의 재산은 기본재산의 처분에 관한 현행 규정처럼 엄격한 감독을 행하고, 후자의 운영재산은 회계의 적정성, 직무수행의 적합성 감독으로 행하여야 할 것으로 본다.

청산·재산정리권은 현재의 소유권자의 재산을 채권·채무와 정산하여 최종적으로 분배하는 것이므로, 이해관계인과의 조화가 가장 우선되는

바, 현행 법령상 상세한 규정을 두고, 법원에 의한 엄격한 관리를 행하고 있기 때문에 운영상의 문제를 제외하고는 법제도상의 고려사항은 나타나지 않는다.

## (2) 공익적 재산관리의 책임성 강화

현행 형법은 형벌로서 자격상실과 자격정지를 규정하고 있으며, 그 대상 자격으로 공무원이 되는 자격 및 선거권·피선거권과 함께 i) 법률로 요건을 정한 공법상의 업무를 수행하는 자격과 ii) 법인의 임원, 검사역, 재산관리인 등의 자격을 규정하고 있다. 또한 공직자윤리법은 재산의 등록 또는 공개를 의무화하는 대상자로서 i) 정부투자기관, ii) 정부출연·출자기관, iii) 정부로부터 출연금 또는 보조금을 지급받거나 업무의 위임·위탁을 받는 기관, iv) 기관의 장을 정부 또는 지방자치단체의 장이 임명하거나 승인하는 기관 등을 규정하고 있다.

이러한 점에서 볼 때 최소한 위의 기관은 그 업무의 성격이 공공성이 가장 우선되는 기관 중의 하나라고 할 수 있으며, 그 이유는 국가 재정에 의하여 운영되거나, 도움을 받아 공적인 업무를 하기 때문이다. 공익적 출연재산의 경우도 이러한 기관들과 그 공공성과 책임성의 측면에서는 크게 차이가 없다고 할 수 있다.

따라서 이들 공적 윤리성과 책임성이 강조되는 기관과 공익적 출연재산의 관리자에 대하여는 그 임면의 자격과 결격사유를 엄격하게 하고, 해임 등에 관하여 당연 해임사유로 하는 등 책임강화 장치가 마련되어야 한다.

### 1) 사실상의 이사에 관한 규정 신설

상법 제401조의2(1998.12.28. 신설)는 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자 및 이사가 아니면서 명예회장 등 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자는 상법 제399조, 제401조 및 제403조의 적용에 있어서는 이사로 본다고 규정하고 있다. 그러므로 민법상의 법인에 있어서도 이사가 아니면서

업무지시를 할 영향력이 있는 자, 혹은 이사의 이름으로 업무지시를 하는 자에게 이사와 같은 책임을 인정할 필요가 있다.

상법은 사실상의 이사에 관하여 상법 제399조(회사에 대한 책임), 제401조(제3자에 대한 책임) 및 제403조(주주의 대표소송)에 관한 규정을 적용하고 있으나, 민법에는 상법 제403조에 해당하는 규정은 없고, 상법 제401조에 해당하는 제35조의 규정과 상법 제399조에 해당하는 제65조의 규정이 있다. 따라서 민법 제35조와 제65에서 이에 관한 규정의 신설이 필요하다. 아래의 민법개정시안은 좋은 참고 시안으로 될 것으로 본다.

제35조 (법인의 불법행위책임) ①법인은 이사 그 밖의 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 그 밖의 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.(현행)

②법인의 목적범위 외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 그 밖의 대표자가 연대하여 배상하여야 한다.(현행)

③이사에게 그의 업무를 사실상 지시하는 자 또는 이사 그 밖의 대표 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 업무를 집행하는 자에 대하여도 제1항을 준용한다.

제65조 (이사의 임무해태) ①(현행과 같음)

②이사에게 그의 업무를 사실상 지시하는 자 또는 이사 그 밖의 대표 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 업무를 집행하는 자에 대하여도 제1항을 준용한다.<sup>73)</sup>

### (3) 공익적 재산관리의 재정·회계 객관화

재산의 관리·운영자에 대한 책임성 강화와 함께, 관련 임직원 등의 업무수행 특히 재산의 관리·운영에 대하여 외부 감사에 의한 객관적 감사제도가 강화되어야 한다. 아울러 내부적 통제장치로서의 내부감사나 사외이사제도 역시 비영리법인이 이들 공익적 재산법인에 대하여 확대·도

73) 전계 민법(재산권편)공청회 자료 255면 개정시안 참조.

입되어야 할 것이다.

현재 주식회사등의외부감사에관한법률은 영리법인으로서 일정 규모 이상의 주식회사에 대하여만 회계법인등 공인회계사로 구성된 외부 감사반에 의한 감사를 받도록 의무화하고 있을 뿐이다. 공익적 출연재산에 대하여도 당연히 이들 주식회사보다 더 엄격한 전문 회계기관에 의한 감사를 의무화하고, 그 결과를 공시하도록 하여야 한다. 이를 통하여 재산의 운영에 대한 객관적 통제가 가능하며, 출연자의 출연 목적과 사회적 기대를 충족할 수 있는 출연재산의 운영이 담보될 수 있다. 이를 위하여는 공익법인의설립·운영법률에 외부감사 의무조항을 신설하는 방안이 고려되어야 한다. 특수법인의 경우에도 감사원에 의한 감사가 가능하지만, 감사원의 기능 및 조직상 실효성을 거두기가 어렵다는 점을 고려할 때 일정 규모 이상의 특수법인에 대하여는 각 특수법인의 설립 근거법령에서 외부감사를 받도록 하는 조항의 신설이 필요하다고 본다.

公益法人法の 주된 문제점은 公益法人의 폐해를 우려한 나머지 규제를 강화한 것에 있다. 따라서 公益法人의 역기능을 강조하기보다는 순기능에 역점을 두어 公益法人의 설립은 자유롭게 하되 그 운영은 원래 취지에 부합하도록 감독을 철저히 하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

#### (4) 규제·감독의 완화

公益財團의 폐해를 줄이기 위해 규제와 감독은 불가피하겠지만 현행법은 그 정도가 너무 과다하다. 따라서 이것을 완화시키는 작업이 필요하다. 우선 임원이 선임되기 위한 자격을 규정해 놓고, 다시 임원을 승인하는 방법을 취하고 있는데 이 중 하나는 폐지되어야 할 것이다.

주무관청에서 직접 감사를 추천하기도 하는데, 개인들이 설립하는 재단에 관청에서 감사를 추천하는 것은 국민을 신뢰하지 못하고 있다는 징표로서 바람직하지 못하다. 또한 감사들의 故意나 過失에 의한 不法行爲責任을 公益法人이 共同으로 지는 쌍벌죄를 규정하는 것도 불합리한 것으로 폐지되어야 한다. 특히 公益法人의 감독과 관련하여 모든 것을 완벽하게 법으로 규제하려는 발상을 버리고, 설립은 準則主義에 입각하여 자유롭게 할 수 있도록 하면서, 내실있는 감사를 통해 효율적인 운영이

될 수 있도록 감독해야 할 것이다. 더 나아가 法人設立의 取消와 관련해 서도 公益法人法 제16조 1항 단서와 제6호를 삭제하여야 할 것이다.

#### (5) 비법인 사단 및 재단의 관리

현행 민법은 권리능력 없는 사단에 관하여 이를 總有로 한다는 규정(제275조)만을 두고 있을 뿐, 달리 권리능력 없는 사단 및 재단에 관하여 별다른 규정을 두고 있지 않다.<sup>74)</sup>

비법인 사단 또는 비법인 재단이 법률행위에 의하여 채무를 부담하였을 때에 비법인 사단, 비법인 재단의 재산 이외에 구성원 또는 그 대표자도 책임을 지도록 할 필요가 있다.<sup>75)</sup> 이에 달리 권리능력 없는 사단 또는 재단에 관하여 그 성질에 반하지 않는 한 민법상의 사단법인 또는 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하는 방안도 고려할 만하다.

※제39조의2(법인 아닌 사단과 재단) 법인 아닌 사단과 재단에 대하여는 그 성질에 반하지 아니하는 한 본장의 규정을 준용한다.(민법 개정시안 참조)

#### (6) 관리권의 공시제도 보완

첫째, 이사의 직무집행정지에 관한 가처분 등의 등기에 관한 규정의 보완이 필요하다.

이는 공시의 원칙을 관철하기 위하여 이사의 직무집행정지나 그 직무대행자 선임의 민사가처분이 있는 경우에는 그 등기를 함이 바람직하고, 이사결원의 경우 임시이사를 선임한 경우도 마찬가지로 필요하다고 본다.

외국의 입법례로는 일본민법 제46조 및 독일민법 제64조제2문 등이 있다.<sup>76)</sup>

74) 민법에 권리능력 없는 사단 또는 재단에 관하여 별도의 규정을 둘 필요가 있는가 하는 문제는 사단 또는 재단의 재산관리와 어느 정도 관련은 있으나, 직접적인 사항은 아니므로 본 연구에서는 제외한다.

75) 이에 대하여 원칙적으로 비법인 사단 또는 재단의 성질에 부합하지 않으므로 이를 두지 않으며, 다만 특별한 사정이 있는 경우에 법인격부인론 등에 의하여 해결할 수 있다는 견해가 있다: 전계 민법(재산편)개정공청회 자료, p.17.

76) 참고 입법례를 보면, i)독일민법 제64조(등기의 내용) 『등기에 있어서는 사단의

둘째, 이사의 대표권 제한에 대한 제3자에의 대항규정의 보완이다.

민법 제60조는 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하여 문언상으로는 악의의 제3자에게도 대항하지 못하는 것으로 규정하고 있고 판례도<sup>77)</sup> 같은 취지이다. 거래의 안전이 중요시되는 상법에서도 회사의 대표자의 권한의 제한은 선의의 제3자에 대하여만 대항하지 못하는 것으로 규정하고 있는 것(상법 제209조, 제269조, 제389조제3항, 제562조제4항 등)과의 균형을 맞추기 위해서도 선의의 제3자에 대하여만 대항하지 못하는 것으로 개정할 필요가 있다.<sup>78)</sup>

---

명칭, 주소, 정관작성일자 및 이사회의 구성원을 사단등기부에 기재하여야 한다. 이 사회의 대표권을 제한하는 정함이나 이사회의 결의를 제28조 제1항과 달리 규율하는 정함도 역시 기재되어야 한다.』, ii)일본민법 제46조 『③이사의 직무집행을 정지하거나 또는 이를 대행하는 자를 선임하는 가처분 또는 그 가처분의 변경 또는 취소가 있는 때에는 주된 사무소 및 기타 사무소의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다. 그 경우에 전항 후단(등기 전에 존재하였던 변경사항에 대해서도 타인에게 대항할 수 있다)의 규정을 적용하지 않는다.』 등은 좋은 참고례가 될 것으로 본다.

77) 대판 1992.2.14., 91다24564에서 무제한설의 입장을 명백히 밝혔다. 즉, “대표자가 법인의 채무를 부담하는 계약을 함에 있어 이사회의 결의를 거쳐 노회와 설립자의 승인을 얻고 주무관청의 인가를 받도록 .... 피고 법인의 정관 제10조에 ..... 법인 대표권 제한에 관한 규정이 있음은 소론과 같으나, 그와 같은 취지가 등기되어 있다는 주장·입증이 없는 이 사건에서 피고 법인은 권고가 그와 같은 정관의 규정에 대하여 선의나 악의냐에 관계없이 제3자인 원고에 대하여 이러한 절차의 흠결을 들어 이 사건 보증계약의 효력을 부인할 수 없다”고 하였다.

78) 민법개정시안 『제60조 (이사의 대표권에 대한 제한의 대항요건) 이사의 대표권에 대한 제한은 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.』이나, 독일민법 제68조(소극적 공시)는 『중전의 이사회 구성원과 제3자 사이에 법률행위가 행하여진 경우에 이사회의 변경이 법률행위 당시 사단등기부에 등기되어 있거나 제3자가 이를 알고 있는 때에만 이사회의 변경을 제3자에게 대항할 수 있다. 변경이 등기된 경우에 그가 이를 알지 못하고 또한 그 부지가 과실로 인한 것이 아닌 때에는 제3자는 이를 자신에 대하여 효력이 있는 것으로 할 필요가 없다.』의 규정례는 참고가 될 것이다.

## 참고문헌

### < 국내문헌 >

- 강성명, “사립학교법상의 재산관리규정의 해석, 재판실무연구(99.01), 광주지방법원, 1999
- 강일원, “민법총칙 개정안에 관한 토론의견”, 민법(재산편)개정 공청회자료.
- 고상룡, 民法總則, 法文社, 1990
- \_\_\_\_\_, 민법총칙, 법문사, 1999.
- 고형규, “특별대리인 및 재산관리인의 선임, 재판자료18집(83.10), 법원행정처,
- 곽윤직, 물권법, 박영사, 1996.
- \_\_\_\_\_, 민법총칙, 박영사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 상속법, 박영사, 1997.
- \_\_\_\_\_, 채권각론, 박영사, 2000.
- 김병석, 호적법, 육법사, 1999.
- 김상규, “사회이사의 법적 지위에 따른 경영책임의 한계와 주주소송, 한양대법학논총 16집(99.10), 한양대학교, 1999
- 김성호, “법령상의 결격사유에 관한 연구, 법제 437호, 법제처, 1994.05.
- 김수형, “이사회결의 부존재확인 의 이익, 대법원판례해설27호(97.09), 법원행정처.
- 金仁銖, “중증재산의 관리 및 처분과 중증회의에 관한 관습, 재판자료11집(81.10), 법원행정처, 1981
- 김인재, 自願奉仕活動의 活性化를 위한 立法方向, 한국법제연구원, 1994

참 고 문 헌

- 김재범, “1인회사에서 주주총회와 이사회운영, 상사법연구 제17권3호 (98.02), 상사법학회.
- \_\_\_\_\_, “대표이사 의사결정권의 범위와 이사회 결의없는 재산양도행위의 효력, 법조47권3호(98.03), 법조협회, 1998
- 김주수, “독일의 성년감호제도(Betreuung), 사법행정(93.1).
- \_\_\_\_\_, 친족·상속법, 법문사, 1998.
- 金敞祚, “하천관리책임, 행정관례연구 5권, 서울대학교출판부, 2000
- 김형배, 민법학강의, 新潮社, 2001.
- 남영찬, “부채자 재산관리인의 권한초과 행위에 대한 허가신청절차의 이행약정을 소구할 수 있는지 여부, 대법원판례해설 35호(2001.06), 법원행정처, 2001
- 대장성 경제기획청 국민생활국 편, 해외におけるNPOの法人制度・租税制度と運用實態조사, 대장성 인쇄국, 2000
- 민중기, 대법원판례해설 36호(2001.12), 법원행정처
- 박길준, 이사와 이사회제도 /주식회사실무총서, 한국상사회사협의회, 1990
- 박병호, “미성년자 소유재산에 대한 친권자의 부적당한 관리와 대리권·관리권의 상실, 판례회고1호(73.09), 서울대학교 법학연구소, 1972
- 박상조, “상사회사법에서의 업무집행이사회의 법적 지위와 그 제도의 도입 및 응용가능성에 대한 연구, 상사법논총(霽南 강기두박사화갑기념 上), 2000.
- 朴承彬, 行政과 NGO간의 네트워크 構築에 관한 研究, 한국행정연구원, 1998
- 박충환, 非營利機關의 會計, 法文社, 1998
- \_\_\_\_\_, 非營利法人의 稅務, 法文社, 1989

- 房基浩, “인허가법령에 있어서의 결격사유, 법제(순간) 260호, 법제처, 1989.03.
- 백승흠, “성년휴견제도에 관한 연구”, 동국대 박사학위논문(1997).
- 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000.
- 法院行政處, 刑事法에 關한 諸問題(上), 법원행정처, 1990
- 변진장, “부재자의 재산관리제도, 재판자료18집(83.08), 법원행정처, 1983
- 석광현, “정리회사의 관리인이 정리회사의 부사장을 선임하여 정리업무에 참여케 한 경우의 관리인의 책임, 상사판례연구5권, 박영사, 2000
- 손 성, “미국회사법상 이사회운영에 있어서 유형화논의와 시사점, 상사법연구 19권1호(2000), 상사법학회, 2000.
- 孫元翼, 非營利法人에 對한 課稅制度 改善方向, 한국조세연구원, 1995
- 송호열, “고령자 재산관리제도에 관한 연구”, 대학원논문집 25집 (2000.06), 동아대학교 대학원, 2000
- 안중혁, “불교재산관리법상의 재산관리인의 권한, 사법행정215호, 한국사법행정학회, 1978
- 양승규, “기업의 부실 경영자의 손해배상책임, 서울대법학 39권1호, 서울대법학연구소, 1998
- 양창수, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 고찰, 민법연구 제1권 (91.08), 박영사, 1991
- 여상원, “신용관리기급법 및 구 상호신용금고법상 상호신용금고..., 대법원판례해설 36호(2001.12), 법원행정처, 2001
- 오세창, “주식회사의 업무집행감독에 관한 연구, 대구대 박사학위논문, 1995
- 오홍주, “회사임원의 배상책임”, 보험법률 통권7호(96.02), 보험신보사.

참 고 문 헌

- 李根柱, 政府와 NGO간의 파트너십에 관한 研究, 한국행정연구원, 1999
- 이상옥, “민법총칙 개정안에 대한 토론의견”, 민법(재산편)개정 공청회자료.
- 李性龍, 판례평석, 대법원판례해설 17호, 법원행정처, 1991. 11.
- 李秀哲, 政府傘下團體의 管理·運營에 관한 實態分析, 한국행정연구원, 1995
- 이은영, “20세기 독일계약법의 이념과 장래의 방향모색”, 법철학연구 제4권 제1호(2001, 5).
- \_\_\_\_\_, 채권각론, 법문사, 2000.
- 이준우, “연령에 따른 법령적용 유형에 관한 연구”, 『법제연구』 제18호, 한국법제연구원, 2000.
- \_\_\_\_\_, 고령자의 행위능력과 재산관리지원제도, 한국법제연구원, 1999
- 이호정, “부채자재산관리인의 권한범위, 판례회고6호, 서울대학교 법학연구소, 1979
- 정대진, 종교법인의 재산관리, 조세법연구원, 2001
- 정태용, “결격사유발생의 효과, 『법제』(순간) 492호, 법제처, 1998.12.
- 정희철, “이사회제도의 비교법적 고찰, 기업법의 행방, 박영사, 1991.
- 조인호, “민법상 청산법인의 잔여재산귀속과 대표권 제한, 대법원판례해설 35호(2001.06), 법원행정처, 2001
- 조한범, NGOs를 통한 남북 사회문화 교류·협력 증진방안 연구, 민족통일연구원, 1998
- 최성호, “대표이사의 대표권한과 제한위반의 효과에 관한 고찰, 『판례월보』 336호(98.09), 판례월보사, 1998
- 하윤수, “고령자 재산관리제도를 둘러싼 제문제, 경성법학8호(99.10), 경성대출판부, 1999

- 현승중, 로마法, 一潮閣, 1982.
- 현승중·조규창, 게르만法, 박영사, 1989.
- 홍성재, “민법상 이사의 대표권제한에 관한 一考察”, 성균관대 首善論集 14집, 성균관대학교, 1990
- 洪裕碩, 信託法, 法文社, 1991
- , “전후 일본의 상법개정배경과 문제점”, 『상사법연구』17권1호(98.05), 상사법학회.
- 황적인, “이사의 자기거래에 관한 판례”, 경제법판례연구(97.08), 善學社, 1997

### < 외국문헌 >

- 岡光民雄, 新擔保附社債信託法, 商事法務研究會, 1994
- 經濟企劃廳, 海外におけるNPOの法人制度・租稅制度と運用實態調査, 대장성 인쇄국, 1999
- 高松基助, 取締役の缺格事由, 改正會社法の研究: 連井良憲先生還曆記念, 法律文化社, 1985.
- 近畿변호사회연합회 인권옹호위원회, “고령자·장애자의 권리옹호제도 확립을 위하여”, 1996년 11월 22일 제19호 近畿변호사회연합회 인권옹호대회 심포지움 제1분과회 자료
- 道垣内弘人, ‘성년후견제도사안91’, ью리스트 1074호(1995년), 동경권리옹호센터, “성년후견제도에 관한 조사보고서·오스트리아편”, 1994년
- 道垣内弘人, 信託法理と私法體系, 有斐閣, 1996
- 米倉明, ‘일본법에 대한 시사’, ью리스트 972호(1991년)
- 법무성 민사국 참서관실, “성년후견문제연구회보고서”, 1997년 9월.

참고 문헌

- 四宮和夫, 『민법총칙』 (제4판보정판), 弘文堂, 1996.
- \_\_\_\_\_, 信託法, 有斐閣, 1995
- 西山詮, ‘정신장애자의 행위능력’, 임상정신의학 26권 11호(1997년).
- 西原 諄, 相續缺格事由, 判例イムズ 臨時増刊(688號): 遺産分割・遺言  
215題 - 家政裁判所制度40週年記念, 判例タイムズ社, 1989.4.
- 石川稔, ‘고령자재산관리와 거래법상의 보호’, юри스트 1059호,
- 小林秀文, ‘미국에서의 성년후견제도와 그 대체적 시스템(1)’, 中京法學  
30권 3호(1995년 12월).
- 須永醇, ‘가정법원 법관등 협의회에서의 협의결과의 개요’, 家月 49권 9호  
(1996년)
- \_\_\_\_\_, ‘금치산’·“준금치산” 제도의 각종법령상의 효과’, 법과정신의료  
7·8호, 成文堂, 1994.
- \_\_\_\_\_, ‘성년무능력제도에 대한 재검토’, 법과정신의료 제5호(1991년)
- \_\_\_\_\_, 스페인의 후견법, 勁草書房, 1996.
- \_\_\_\_\_, 新訂 民法總則要論, 勁草書房, 1997.
- 須永醇編 “피보호성년자에 대한 연구”, 勁草書房, 1996년
- 手塚和彰, 『停年退職後も特段の缺格事由のないかぎり再雇傭するとの労働  
慣行を認定し, 又缺格事由のない者に對する再雇傭後の不當労働行  
爲とした事例』, юри스트 657, 有斐閣, 1978.2.
- 升田 純, “고령자 등을 둘러싼 법률문제의 개요와 고령자법의 체계화”,  
판례타임즈 922호(1997년 1월)
- \_\_\_\_\_, ‘성년후견제도를 둘러싼 재판례(1)’ 判時 1572호.
- 神谷遊, ‘독일에서의 무능력제도 및 성년후견제도의 새로운 전개’ юри스트  
967호.

- 新井誠, 고령사회의 성년후견법, 유비각, 1994
- \_\_\_\_\_, ‘미국에서의 고령자 재산관리신탁법제의 새로운 동향(1)’, *주리스* 1105호(1997년)
- 額田洋一, ‘성년후견법제정요강 “사안”’, *주리스* 1055호(1994년)
- 野田愛子, ‘영국에 있어서의 성년후견제도 · 그 현상과 과제 - 지속적 대리권 수여법 · 보호법원을 중심으로’, *권리옹호센터 스텝 “성년후견제도에 관한 조사보고 영국편”*(1997년)
- 運輸經濟研究센터, *公益法人の實務*, 1995
- 일본변호사연합회 사법제도조사회, ‘성년후견법 대강(중간의견)’ (1996).
- \_\_\_\_\_, “구미 6개국의 성년후견제도 조사보고서”(1995년)
- 일본변호사연합회, “성년후견문제연구회보고서”에 대한 의견서’(1997년 12월).
- 長谷川泰造, ‘지적장해의 부모가 사망한 후의 생활-재산관리서비스에 대한 구체적 검토’, *판례타임즈* 947호(1997년).
- 田山輝明, 『法定後見制度』, *判例タイムズ* No.961, 1998. 3월호.
- 田山輝明編, “성년후견제도에 관한 조사보고서 · 독일편”, *동경 사회복지협의회 권리옹호센터*, 1995년
- 前田泰, ‘금치산 또는 준금치산을 선고하는 기준’, 『*家月*』 9권 3호(1997년).
- 中田修, ‘민사법’(縣田克躬編 “현대정신의학대계 제24권 사법정신의학”, *中山書店*, 1976.
- 池尻成二, ‘퇴색한 개호의 이념’, *노동의 과학*(1997) 52권 11호.
- 池田桂子, ‘고령자 등을 당사자로 하는 분쟁의 방지 · 해결 방법’ *판례타임즈* 29호.
- 川島武宜, 민법총칙”,(法律勞全集 17), 유비각, 1965.

참 고 문 헌

樋口陽一외, 註釋法律學全集2 憲法Ⅱ, 青林書院, 1997.

海原文雄, 英美信託法概論, 信山堂, 1998

Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 17. Aufl., 1993.

Damrau - Zimmermann, Betreuungsgesetz, 1991.

Ennerccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1993.

Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, 1990.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (AT), Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979.

Hübner, Heinz, BGB Allgemeiner Teil, 1985.

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1998.

K. Peter, Die Möglichkeit mehrere Gründe derselben Rechtsfolge und mehrere gleicher Rechtsfolgen, AcP 132.

Kaser, Max, Römisches Privatrecht, 15. Aufl., 1989.

Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfaechtbarkeit FS für v. Maritz, 1911.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 1991.

\_\_\_\_\_, Prüfe dein Wissen, BGB Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 1996.

Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6., 7. Aufl., 1983/1989.

- Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997.
- Medicus, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1991.
- Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., 1994.
- \_\_\_\_\_, Bürgerliches Recht, 14. Aufl., 1989.
- \_\_\_\_\_, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995.
- \_\_\_\_\_, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 4. Aufl., 1990.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(Münch-Komm), 3. Aufl., 9 Bände 1993~1995.
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Aufl., 1997.
- Rüthers, Bernd, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 1989.
- Schlosser Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., 1992.
- Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 1987. Taupitz, JuS, 1992.
- v. Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 1995.
- Weimar, Der Taschengeldparagraph 110 BGB, MDR, 1962.
- Wieser, Der Anwendungsbereich des “Taschenparagraphen (§110 BGB)”, FamRz, 1973.
- Wolf, Manfred, Sachenrecht, 12. Aufl., 1994.