

## <判例研究>

# 名義貸與者の責任

梁 承 圭\*

1967年 10月 25日 大法院 第一部 判決<66 다 2362 임차백미반환>—破棄還送\*\*

〔判決要旨〕 임차인이 임대인의 상호로 영업을 하는 경우에 채권자가 임대인을 영업주라고 오인하였다는 사실이 인정된다면 그 임대인은 임차인의 영업상의 행위로 인한 책임을 면할 수 없다.

〔事實〕 上告理由와 判決理由에 의거하여 事實을 간추리면 다음과 같다.

被告(被上告人) K는 龍塘精米所라는 商號로 경영하던 精米所를 訴外 甲에게 貸貸하여 주고, 甲은 K의 商號를 그대로 사용하여 1963年 10月 15일부터 1964年 4月 末日까지 同精米所를 경영하였다. 甲은 이 精米所를 賃借하여 經營하는 期間中인 1964年 1月 21日 原告(上告人) J로부터 白米 20 噸(以當 133 斤 斗리)를 期間의 約定없이 消費任置를 하고, 종래 被告工場에서 K가 사용하던 印으로 保管傳票를 發行하였다. 이에 따라 原告 J는 被告 K에 대하여 保管中인 白米의 返還을 請求하였으나 K는 그것이 自己의 營業中에 이루어진 것이 아니므로 그에 대한 責任을 질 수 없다고 主張하였고, 原審(光州地方法院)은 保管者의 記名捺印部分과 原告의 辯論趣旨에 비추어 保管傳票의 眞正成立을 믿기 어렵다는 理由로 被告 K의 責任이 없음을 判示하여 原告가 上告하기에 이른 것이다.

〔上告理由〕 原審判決理由에 의하면 「原告는 1964. 1. 21. 被告에게 白米 20 噸(以當 133 斤 斗리)를 期間의 約定없이 無償任置하였다고 主張하므로 살피건대 이에 一部 符合하는 處한 甲第1號證의 保管傳票는 그 眞正成立에 관하여 第1番 證人 楊○○의 證言은 그 傳票自體의 保管者의 記名捺印部分과 原告의 辯論趣旨에 비추어 믿기 어렵고 달리 被告의 文書라고 그 眞正成立을 인정할 만한 資料가 없으며, 위 主張에 符合하는 處한 同證人의 證言部分 역시 本院이 이를 믿지 않는 바 달리 原告의 위 主張事實을 인정할 만한 證據가 없다. 따라서 原告의 本訴 請求는 나머지 점에 대하여 더 判斷할 필요없이 理由없다」라고 判示하였다. 그러나 이 判示는 理由不備, 法令誤解, 審理不盡, 探證法則 違反 등 違法이 있다. 즉

(1) 被告는 龍塘精米所는 自己가 經營하는 精米所이나 原告가 白米를 任置하였다고 主張하는 日時頃 즉 1963年 10月 15일부터 1964年 4月 末日까지는 訴外 張○○이가 同精米所를 經營하였다고 答辯하여 위 龍塘精米所는 被告精米工場의 商號임을 인정하나, 但 위 期間만은 訴外 張○○이가 同精米工場을 經營한 것이라고 主張하였으며,

\*서울大學校 法學研究所 專任講師

\*\*내법원판결집 제 15권 3집(1967) 231面 이하.

(2) 一審證人 金○○의 證言에 의하면 訴外 張○○이 被告所有의 精米所를 賃借·經營할 時에 證人은 그 外交員으로 있었는데, 原告의 男使 楊○○과 原告가 와서 稷돈을 갖는데 어떻게 이용하면 좋겠느냐고 하니 張○○이 白米라도 잡아두라고 하여서 現金을 張○○에게 주고 白米代金으로 計算하여 保管傳票를 써 주었는데 甲 第1號證이 그것이다. 甲 第1號證의 印은 被告工場에서 使用하던 印이다(中略).

위 被告의 答辯과 證人의 證言을 綜合하면 被告는 龍塘精米所라는 商號로써 精米工場을 經營하는데 訴外 張○○을 支配人으로 使用하였고 甲 第1號證의 龍塘精米所 商號下의 印影도 被告가 使用하여 온 印章印을 충분히 인정할 수 있는 것이다. 그렇다면 假使 被告가 一時 內帛으로 張○○에게 貸貸한 事實이 있다 할지라도 被告의 商號, 被告의 印을 그 支配人에게 그대로 使用하게 하였은즉 商法 第24條(第42條도 참조)에 의하여 名義貸與者로서 本件 保管 白米에 대하여 連帶辨濟의 責任이 있지 않을까.

또 商法上 責任은 그대로 두고라도 民法 第126條에 의하여 張○○을 被告의 表見代理로 볼 수 있는 것이 아닌가. 이런 理由란으로도 原審判決은 破棄를 不脫할 것으로 받는다(原告 訴訟代理人 변호사 이호정).

〔判決理由〕 법원의 전 취지에 의하면, 被告는 倉庫精米소라는 상호를 가지고 경영하던 정미소를 장○○에게 임대하고 그 소의 일을 같은 상호를 그대로 사용하면서 그 정미소를 경영하였다는 것이 당사자 간에 다툼이 없는 바, 위 장○○이 倉庫精米소라는 상호를 사용하면서 그 정미소를 경영하는 동안에 원고로부터 분전 백미를 보관하고 보관절차일 잡 제1호증을 발행한 것이며, 그 때에 원고가 被告를 倉庫精米소의 영일주요 요인하였다는 사실이 인정된다면, 被告는 그 백미 보관으로 인한 책임을 면할 수 없을 범위임에도 불구하고, 원고가 원고로부터 분전 백미를 보관 받은 사실 없고, 잡 제1호증인 보관절차가 被告에 의하여 발행된 것이라 인정될 수 없다는 이유만으로 원고에게 책임있음을 인정하지 아니한 원판에는 명의대여자의 책임에 관한 범위를 오해하고, 실리미진, 이유불비의 위법을 범한 것이라 한 것이다(관여법판——양희경(재판장) 등동숙, 홍순업, 이영집).

〔參照條文〕 商法 第24條.

〔評 釋〕 判旨에 贊成한다.

I. 商法の 理念의 하나는 商事去來의 安全·迅速性을 어떻게 꾀하느냐 하는데 두고 있으며, 公示된 事實과 그 眞實이 符合하지 않는 경우에 表見的 事實에 대한 信賴를 保護하는 이른바 外觀主義는 그것의 實現手段으로 이용되는 것이다<sup>(1)</sup>. 오늘날 經濟의 發展에 따라 去來量이 增大하고, 企業形態나 去來機構가 高度로 複雜化한 狀態에 있어서는 外觀에 優越性을 인정하는 것이 去來保護上 필요하게 된다<sup>(2)</sup>. 商法 第24條는 「他人에게 自己의 姓名 또는 商號를 使用하여 營業을 할 것을 許諾한 者는 自己를 營業主로 誤認하여 去來한 第三者에 대하여 그 他人과 連帶하여 辨濟할 責任이 있다」라고 規定하고 있는데, 이것은 바로 獨逸法上의 「外觀理論」(Rechtsscheintheorie) 및 英法上의 「表示에 의한 禁反言」(estoppel by representation)의 法理를 나타낸 것으로 外觀을 믿고 去來한 一般公衆의 利益保護를 目的으로, 이른바 看板貸의 경우에 있어서 名義貸與者의 責任을 法定한 것이다. 이것은 또한 우리 商

(1) 徐敏廷 教授 商法講義(上卷) 48面.

(2) 鄭熙喆 教授 改訂版 新商法要論(上) 46面.

法이 商號自由主義를 인정하고 있으면서(商18條), 간접적으로나마 商號眞實主義의 精神을 加味하고 있는 것이라 할 수 있다<sup>(3)</sup>.

II. 看板貸(名板貸)契約이라 함은 그 본래의 의미에 있어서는 去來所의 去來員(仲介人)이 그 營業名義를 賃貸하는 것에 관하여 생긴 商慣習이다. 즉 去來員 甲이 去來員이 아닌 他人 乙에게 그 營業名義를 賃貸하여 乙로 하여금 그 損益計算으로 仲介營業의 獨立經營을 하도록 하는 契約이다. 이에 따라 乙은 去來員이 아니면서도 사실상 去來員이 하는 業務行爲를 함으로써 去來員과 같은 결과를 가져오고, 甲은 스스로는 그 營業에 關與함이 없이 乙로부터 約定의 名義使用料(看板料)의 支給을 받는 것이다<sup>(4)</sup>. 우리나라 證券去來法上 證券去來所의 去來員은 財務部長官의 許可를 얻은 證券業者로서 證券去來所에 登錄하여야 하고(同法第51條 1項), 證券業者는 自己의 名義를 가지고 他人으로 하여금 證券業을 經營시킬 수 없다(同法 40條). 또 證券去來所의 外務員이나 保險外務員은 일정한 節次에 따라 登錄을 하지 않으면 안된다(證券去來法 43條, 保). 그러므로 證券去來所의 去來員이나 外務員은 法律上 일정한 資格을 取得하고 있는 자가 아니면 이를 할 수 없고, 登錄을 하지 아니한 자가 同一한 業務活動을 하기 위하여서는 登錄되어 있는 正當한 資格者의 名義를 빌릴 수 밖에 없는 것이다<sup>(5)</sup>. 이와 같은 事例에서 보는 看板貸契約에 있어서는 단순히 그 去來員의 「營業名義」의 貸與가 아니고, 賃貸人의 「法律上的 資格」이 그 中核을 이루고 있다. 따라서 이러한 看板貸契約은 단순한 商號의 賃貸와는 다른 觀念이며 또 營業의 賃貸借나 經營의 委任과도 다른 것이다. 營業의 賃貸借의 경우에는 經濟的 組織體로서의 營業 그 자체가 賃貸借의 對象으로 되는 것이나, 看板貸契約에 있어서는 營業 그 자체가 문제로 되는 것이 아니라, 去來員의 法律上的 名義가 문제로 되고 있다. 또 甲이 乙에 대하여 그 營業의 經營委任을 하는 경우는 營業 그 자체는 甲의 營業으로서 受任者 乙의 營業으로 되는 일은 없고, 모든 關係에 있어서 甲이 權利義務의 歸屬主體로 되는 것이나, 看板貸契約의 경우에는 甲의 營業으로서가 아니라 去來員名義를 빌린 乙의 獨立營業으로서 행해지는 것이다<sup>(6)</sup>. 이 본래의 의미에 있어서는 看板貸契約은 그것이 免許事業에 대한 脫法行爲의 한 手段으로서 이용되고 있는 것이므로, 當事者의 內部關係에 있어서는 強行規定·公益規定의 違反行爲로서 당연히 無效

(3) 徐教授 前掲書 108面, 鄭教授 上掲書 89面.

(4) 實方正雄 「名板貸契約」(法律時報 第24卷 5號) 15面.

(5) 藥事法에 있어서도 藥師의 資格에는 엄격한 制限이 加해져 있고(同法 3條 이하), 藥師免許證은 他人에게 貸與하지 못한다(同法 5條 III項)고 規定되어 있으며, 또 自動車運輸事業法도 自動車運送事業을 經營하고자 하는 者는 交通部長官의 免許를 얻어야 하고(同法 4條), 如何한 方法을 不問하고 그 名義로써 自動車運送事業을 他人에게 經營하게 하지 못한다(同法 26條)고 規定하여 일반적으로 일정한 資格을 요구하는 事業에 있어서는 그 名義貸與를 法律上 禁止하고 있으나, 실제 去來界에 있어서는 그 貸與가 이루어지고 있는 것이 實情이 아닌가 여겨진다.

(6) 實方, 前掲 時報 同面.

가 되는 것이나<sup>(7)</sup>, 善意의 去來相對方을 보호하기 위하여는 이 경우에 있어서도 名義貸與者의 善意의 第三者에 대한 責任을 인정하지 않으면 안된다. 우리 商法 第 24 條는 넓게 名義貸與者의 責任을 法定하여 이것을 立法的으로 解決한 것이라 할 수 있다.

III. 商號는 商人의 營業上의 名稱으로서<sup>(8)</sup> 商人의 信用의 기초가 된다. 그리하여 一般大衆은 商品을 고를 때에는 營業을 表彰하고 있는 商號와 관련을 맺는 것이 일반적이며, 새로이 營業을 하고자 하는 者는 이미 他人이 쌓아 올린 營業上의 信用이나 名聲을 이용하여 自己의 營業을 유리하게 이끌이 갈 것을 바라게 되는 것은 去來의 常情이라 할 수 있다. 여기에 去來上 「名義貸與」의 문제가 있으며, 이것의 方法으로는 「商號의 貸貸借」와 일정한 條件下에 그 商號를 使用하여 營業할 것을 許諾하는 경우를 들 수 있다. 여기서는 本件 判例와 관련하여 前者에 대해서만 살펴 보기로 한다. 商法 第 25 條는 「商號는 營業을 廢止하거나 營業과 함께 하는 경우에 限하여 이를 讓渡할 수 있다」고 규정하여 商號의 讓渡를 인정하고 있는데, 이 商號의 讓渡에 관한 規定은 商號의 貸貸借에도 類推適用된다고 解한다<sup>(9)</sup>. 그러므로 우리나라 商法上 商號의 貸貸借은 原則으로 營業의 貸貸借과 함께 하는 경우에만 인정되는 것이며, 營業主가 商號만을 貸貸하여 주고 그 營業을 계속한다는 것은 貸貸借의 性質上 있을 수도 없을 뿐 아니라 商號만의 貸貸借은 現行法上 許容되지도 않는다. 따라서 商號의 貸貸借은 바로 商法 第 24 條에서 말하는 名義貸與에 속하는 것이며, 그 貸貸人은 自己를 營業主로 誤認하여 去來한 第三者에 대하여 그 貸借人과 連帶하여 辨濟할 責任을 지는 것이다.

IV. 貨物自動車運送業을 經營하는 甲 會社(被告)가 朴○○에게 貨物自動車를 持込케 하여 甲 會社의 商號下에 營業할 것을 許諾하였고, 朴○○의 運轉者 裴某의 業務上 過失로 李某를 死亡케 한 事件에 있어서 原審判決이 商法 第 24 條(舊商第 23 條)를 引用하여 「按컨대 自己의 姓名 또는 商號를 使用하여 營業을 할 것을 許諾한 者는 使用者에 準하여 被用者가 그 事業의 執行에 관하여 第三者에게 加한 損害를 賠償하여야 한다」고 判示하였고, 被告會社는 被告會社의 商號를 使用하여 貨物運送을 하였다는 事實만으로써 運轉者 裴某의 業務上 過失로 訴外 李某를 死亡케 한 突發事故의 事實을 被告會社를 營業主라고 誤信하고 한 商去來 즉 被告會社와 被害者인 訴外 李某間의 商去來라고 인정하였음은 전혀 商去來의 法解釋을 曲解한 것이며, 따라서 그로 인하여 생긴 損害賠償의 責任을 被告會社에게 인정함에 있어 同法條를 引用한 原判決은 商去來에 대한 法解釋을 誤解한 違法이 있다고 上告理由를 밝히고 있다. 이에 대하여 大法院은 다음과 같이 判示하고 있다<sup>(10)</sup>.

(7) 日本大法院判例(1926年<大正15年>4月21日民集5卷271面)는 이것을 明白히 하고 있다.

(8) K. H. Capelle, *Handelsrecht*, 7. Aufl, 1959, S. 32. H.G.B § 17 I. Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

(9) 獨逸商法 第 22 條 II 項은 營業의 貸貸借의 경우에 貸貸人의 商號의 續用을 인정하고 있다. Vgl. Baumbach-Duden, *Handelsgesetzbuch*, 17., Neubearbeitete Auflage, 1966, SS. 94-99.

(10) 1959年5月21日大法院判決(4291年民上第58號 慰籍料請求事件) 上告棄却.

「原審이 確定한 事實에 의하면 被告會社는 自動車運送業을 經營하는 會社로서 訴外 朴○○로 하여금 被告會社의 商號를 使用하여 本件 貨物自動車로써 貨物運送業을 經營할 것을 許諾하였다는 것인 바 그렇다면 被告會社와 訴外 朴○○는 그 内部關係에 있어서는 各獨立의 營業者이며 運轉手인 訴外 裴某는 被告會社의 雇用人이 아니고 訴外 朴○○의 雇用人이라고 할지라도 外部에 대한 關係에 있어서는 同事業이 被告會社의 事業이고 또 그 從業員은 被告會社의 從業員임을 表明한 것이라고 할 것이므로 同從業員인 運轉手 訴外 裴某가 前記 貨物運送業務遂行中 故意·過失로 인하여 他人에게 損害를 加한 경우에는 被告會社는 民法 第 715 條에 의하여 그 損害를 賠償할 責任이 있다고 할 것이다. 그러므로 原審이 同一趣旨下에서 被告會社에게 本件 損害賠償의 責任을 인정한 것은 正當하다고 아니할 수 없다. 그리고 原判決은 商法 第 24 條를 適用하여 被告會社의 損害賠償責任을 인정한 趣旨가 아닌 것임은 그 判文自體에 의하여 明確한 바이므로 此點에 대한 上告論旨은 何等 理由가 없는 것이다.」

즉 이 事件에서 大法院은 貨物自動車를 持込한 朴○○이 甲會社의 商號를 사용하여 營業을 하는 경우에 内部關係에 있어서는 獨立된 營業이라 하더라도 外部關係에 있어서는 甲會社의 營業으로 보아 朴○○의 雇傭人의 行爲를 甲會社의 雇傭人의 行爲와 同一視하여 被告會社의 責任을 인정하고 있다. 그러나 이 경우에 있어서는 朴○○의 自動車運送業이 甲會社의 그것과 전혀 獨立된 것이라면 그것을 内部關係와 外部關係로 구별하여 그 責任關係를 논할 것이 아니라 오히려 名義貸與者의 責任으로서 그것이 去來關係에서 일어난 것인지 아닌지를 判斷하여 決定하는 것이 妥當하지 않을까 생각한다.

V. 本件에 있어서는 被告 K가 龍塘精米所를 그 商號와 더불어 甲에게 賃貸하여 주고 그 甲이 同 精米所를 經營하는 期間 동안 原告 J로부터 쌀의 消費任置를 받았고, K가 이에 대한 責任을 질 것이냐 하는 것이 그 核心으로 되어 있다. 여기서 K가 甲에게 龍塘精米所를 빌려 준 것은 앞에서 본 바와 같은 商號의 賃貸借로서 K는 商法 第 24 條의 「他人에게 自己의 姓名 또는 商號를 使用하여 營業을 할 것을 許諾한 者」에 해당하는 것임은 물론이다. 그러므로 本件에 있어서는 原告 J가 被告 K를 營業主라고 誤認하였느냐 아니냐가 K의 責任 여부를 결정하는 열쇠가 되는 것이다. 그리하여 大法院이 「원고가 피고를 용당정미소의 영업주라고 오인하였다는 사실이 인정된다면 피고는 그 백미 보관으로 인한 책임을 면할 수 없을 것」이라고 判示하여, 原審에서 이에 관한 審理를 하도록 破棄選送한 것은 妥當한 措置라 할 수 있다.

商法 第 24 條가 정하는 名義貸與者의 責任은 결국 名義貸與者를 營業主라고 誤認하여 去來를 한 者에 대한 責任이므로 본래 善意의 第三者에 대한 것임은 당연하다<sup>(11)</sup>. 따라서 本件에 있어서 被告 K는 原告 J가 自己를 營業主라고 誤認하여 去來를 한 경우에만 賃借人 甲의 白米保管에 대한 責任을 지게 됨은 말할 나위도 없다. 여기서 J가 K를 營業主라고

(11) 日本大判 1939(昭和 14)年 4月 18日 民集 6卷 19號 19面.

誤認하였느냐 아니냐는 하나의 事實問題로서 具體的인 事例에 따라 決定하여야 하는 것이나, 誤認에 대한 第三者의 過失有無는 또한 문제가 되는 것이다. 이에 관하여 日本의 判例는 「誤認하여 去來를 한 者가 本人을 去來의 相對方이라고 誤認한 것에 重大한 過失이 있는 때에는 本人은 本條(우리 商法 第24條)의 責任을 免한다」라고 判示하여<sup>(12)</sup>, 誤認하여 去來한 者에게 「重大한 過失」이 없을 것을 그 要件으로 하고 있는 것이 있고, 이에 同調하는 學者도 있다<sup>(13)</sup>. 그러나 商法 第24條의 規定은 앞에서 본 바와 같이 看板貸에 의한 表見的인 營業主와 去來를 한 第三者의 信賴를 保護하고자 하는 것이므로 信賴는 客觀的 基礎를 가지는 것이어야 함은 물론, 각각의 具體的 事情에 따라 通常人으로서 그 外觀을 信賴하는 것이 客觀的으로 보아 相當하지 않는 경우에까지 第三者를 보호할 필요는 없는 것이다<sup>(14)</sup>. 다만 우리는 商法 第24條를 運營함에 있어서 오늘날 우리 社會의 經濟機構가 나날이 복잡해지고 一般去來大衆은 去來의 相對方인 營業主體의 個性보다는 營業 그 자체를 對象으로 하여 去來하고 있는 것이 實情이므로, 「許諾」이라든가 「誤認」이라든가 하는 主觀的인 要件에 지나치게 얽매어서는 안 될 것이고, 外觀尊重이라는 觀念에 따라 去來相對方의 보호에 보다 重點을 두어 去來의 安全을 꾀하는 것이 바람직한 일이라고 생각한다.

(12) 1961年(昭 36) 2月 28日 靜岡地判(判例體系 商法 總則·商行爲 16-2 170의 76面).

(13) 大隅健一郎 商法總則 190面.

(14) 石井照久 名義貸의 責任(鈴木竹雄·大隅健一郎 編 商法演習 II 18面).