

〈논문〉

## 합명회사의 業務執行\*

朴 庠 根\*\*

### I. 머리말

합명회사는 인적회사로서 그 支配構造도 물적회사와는 많이 다르다. 먼저 상법은 합명회사의 지배구조에 관하여 합명회사의 내부관계에 관한 節(상법 제195조 이하)에서 ‘業務執行’에 관한 규정들을 통하여 규율하고 있다. 합명회사의 업무집행에 관한 상법의 규율의 특징은 定款에 의한 私的自治, 즉 定款自治가 폭넓게 인정된다는 것이다. 즉 상법 제195조가 합명회사의 내부관계에 관하여는 정관에 다른 규정을 할 수 있음을 선언하고 있고, 업무집행에 관한 상법 제200조 제1항과 제203조도 해당 규정이 정관에 다른 정함이 없는 때에만 적용됨을 명시하고 있다. 따라서 합명회사의 지배구조는 사원들의 자치에 거의 전적으로 맡겨져 있다. 그러므로 합명회사의 지배구조의 형성에 있어서 정관자치는 會社法의 一般原則과 私法의 基本原則에 의한 제한만을 받을 뿐이다. 이러한 제한 중에 합명회사와 합자회사, 즉 인적회사에 특유한 것으로 ‘自己機關의 原則’이 있다. 합명회사의 지배구조의 또 하나의 특징은 물적회사인 주식회사와 유한회사에 비하여 단순하다는 것이다. 합명회사에 있어서는 회사의 의사 결정기관과 그 의사의 실행기관의 분화가 분명하지 않으며, 감독기관도 없고, 다만 業務執行機關이 있을 뿐이다.

상법은 합명회사의 업무집행에 관하여 정관자치를 광범위하게 인정하면서, 정관에 해당 규정이 없는 경우를 위한 규정들을 두고 있다. 이 글에서는 이러한 상법 규정들을 중심으로 합명회사의 업무집행에 관하여 고찰해 보고자 한다.

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학 부교수

우리나라에서는 합명회사를 포함하는 인적회사에 대한 연구가 매우 미흡하다. 인적회사에 관한 문헌은 회사법 교과서를 제외하면 거의 찾을 수 없다. 그나마도 다수의 교과서는 그 전에 출간된 교과서의 설명을 거의 그대로 따르면서, 약간의 수정을 하는 경우가 있으며, 그 과정에서 기존의 설명이 왜곡되는 모습도 볼 수 있다. 그래서 이 글에서는 회사법 교과서들을 중심으로 합명회사의 업무집행에 관한 설명을 주제별로 세밀하게 비교·검토하는 작업을 하고자 한다. 인적회사에 관한 국내의 연구성과가 미약하기 때문에 우리 인적회사법의 원형인 독일 인적회사법에 관한 문헌을 많이 참고할 것이며, 이러한 작업을 통하여 독일법의 이론과 해석이 그동안 국내의 문헌에서 잘못 소개되어온 부분도 바로 잡고자 한다.

## II. 業務執行의 概念

### 1. 業務執行의 定義

(1) 상법은 물론 민법도<sup>1)</sup> 업무집행의 개념에 관한 규정을 두지 않고 있다. 업무집행의 개념에 관한 회사법 교과서들의 서술을 그 내용에 따라 다음과 같이 세 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 업무집행이란 회사의 목적을 달성하기 위하여 직접 또는 간접으로 관련되는 모든 업무의 처리라고 하는 견해가 있다.<sup>2)</sup> 둘째, 회사가 정관에 정하여진 목적을 달성하기 위하여 하는 직·간접의 대내·대외적인 업무활동을 업무집행이라고 하는 견해이다.<sup>3)</sup> 셋째, 업무집행은 회사조직을 유지하고 회사의 목적이 되는 사업을 수행하기 위해 하는 활동이라는 견해가 있

1) 민법은 法人에 관한 규정에서 ‘事務執行’이라는 표현과 ‘業務執行’이라는 표현을 함께 사용하고 있으며, 이러한 용어의 혼용은 組合에 관한 규정에서도 볼 수 있다(민법 제 58조, 제67조, 제706조 이하 참조). 민법의 사무집행의 개념은 업무집행의 개념과 다르지 않다(민법주해 [], 총칙(1), 1992, 제58조 II(崔基元 집필부분) 참조).

2) 崔基元, **신회사법론**, 제12대정판(2005)(이하 ‘崔基元’이라 한다) 1093면; 鄭熙喆, **상법학(상)**, 1989(이하 ‘鄭熙喆’이라 한다), 327면; 權奇範, **현대회사법론**, 제2판(2005)(이하 ‘權奇範’이라 한다) 215면.

3) 鄭東潤, **회사법**, 제6판(2000)(이하 ‘鄭東潤’이라 한다) 747면; 鄭燦亨, **회사법강의**, 제3판(2003)(이하 ‘鄭燦亨’이라 한다) 161면; 林泓根, **회사법**, 2000(이하 ‘林泓根’이라 한다) 845면; 李基秀/柳珍熙/李東承, **회사법**, 2002(이하 ‘李基秀 외’라 한다) 620면; 姜熙甲, **회사법강의**, 2004(이하 ‘姜熙甲’이라 한다) 112면; 崔竣璿, **회사법**, 제2판(2006)(이하 ‘崔竣璿’이라 한다) 740면.

다.<sup>4)</sup>

첫째 견해와 둘째 견해는 일견 같은 것으로 보일 수 있으나, 본질적인 차이가 있다.<sup>5)</sup> 첫째 견해는 ‘회사의 목적’을, 둘째 견해는 ‘정관상 목적’ 내지 ‘회사 사업’을 업무집행의 개념의 핵심요소로 삼고 있다. 회사의 목적과 정관의 기재사항인 목적은 그 의미가 다르다. 會社의 目的은 사원들이 회사를 통하여 달성하고자 하는 공동의 목적으로서, 반드시 포함되어야 하는 것은 상법 제169조에서 정하고 있는 영리의 목적이다. 이에 비하여 定款上 目的은 회사가 영위하려는 사업의 종류, 즉 업종이라는 것이 通說이다. 만약 둘째 견해에 따라 정관 소정의 목적 사업을 수행하기 위하여 제반 사무를 처리하는 것을 업무집행이라고 한다면, 정관 소정의 목적 사업의 수행에 필요하지 않은 사무처리는 업무집행이 아니라는 결론이 나게 된다. 이것은 정관 소정의 목적에 의하여 회사의 권리능력의 범위가 제한되는가에 관한 논의에서 通說인 제한부정설의 결론을 무색하게 만드는 것으로서 명백히 부당하다.

셋째 견해는 회사 자체의 문제인 회사조직과 회사가 영위하는 영업을 구분하여 양 쪽에서 이루어지는 활동을 업무집행의 개념으로 하고 있는 점에서 회사의 본질을 잘 반영하고 있다고 할 것이다. 그러나 역시 회사의 목적사업에 의하여 업무집행을 제한적으로 정의하고 있는 점이 문제이다.

결국 위의 견해 중에서는 첫째 견해의 설명이 가장 무난하므로, 업무집행을 ‘회사의 목적을 달성하기 위한 모든 활동’으로 일단 정의할 수 있을 것이다.

(2) 위와 같은 업무집행의 정의는 매우 불완전하다. 회사의 목적을 달성하기 위한 활동 중에는 업무집행의 범주에 넣을 수 없는 활동들이 있다. 업무집행의 개념을 정하는 것은 업무집행의 범위의 획정을 통하여 구체화되어야 한다.

## 2. 業務執行의 範圍

### (1) 業務執行인 行爲

위에서 업무집행은 회사의 목적을 달성하기 위하여 행하여지는 모든 활동이라고 하였다. 이러한 활동은 회사 내에서 이루어지는 사실행위와 법률행위를 포함

4) 李哲松, **회사법강의**, 제13판(2006)(이하 ‘李哲松’이라 한다), 131면.

5) 교과서 저자들이 이러한 차이를 인식하고 업무집행의 개념 정의를 한 것인지는 의문이다.

하며, 외부관계에서 제 3자에 대하여 이루어지는 행위를 포함한다. 업무집행은 通常業務의 집행만을 의미하는 것이 아니며, 통상의 범위를 넘어서는 업무, 예컨대 지배인의 선임과 해임, 지점의 설치 등도 업무집행이다.<sup>6)</sup> 특정한 행위를 업무집행을 하는 사원이 단독으로 할 수 있는가, 아니면 예컨대 업무를 집행하는 사원 과반수의 동의를 필요로 하는가 하는 문제는 業務執行權限의 범위의 문제로서, 그 행위가 업무집행에 해당하는가 하는 문제인 업무집행의 범위의 문제와 구별하여야 한다. 업무집행을 하는 사원의 동의는 해당 행위를 유효하게 하기 위한 요건일 뿐이며, 그 행위가 업무집행인 점은 변함이 없다.

업무집행에 속하는 행위를 모두 열거하거나 업무집행이 아닌 행위와 명확히 구분할 수는 없으며, 이러한 구분이 추상적인 定義에 의하여 이루어지기 보다는 구체적인 사실관계 속에서 비로소 이루어질 수 있는 경우가 많다.<sup>7)</sup> 다음의 행위들은 전형적인 업무집행이라고 할 수 있다<sup>8)</sup>: 영업을 위한 법률행위의 준비와 체결, 특히 생산설비와 원료의 취득 및 가공, 생산물의 판매; 직원의 채용 및 해고, 직원에 대한 지시와 감독; 회계작업, 연말결산서의 작성; 회사재산의 관리, 회사채권의 행사; 영업용 건물의 임차와 관리; 사원의 결의의 실행 등.

## (2) 業務執行이 아닌 行爲

1) 회사의 목적을 달성하기 위한 활동 중에서 업무집행에 포함되지 않는 것들이 있는바, 이를 규정하는 방식에 두 가지 견해가 있다. 하나는 회사의 기초에 관한 행위가 업무집행이 아니라고 하는 견해이며,<sup>9)</sup> 다른 하나는 업무집행은 영업을 존재를 전제로 하므로 영업 자체의 변경을 가져오는 행위가 업무집행이 아니라는 견해이다.<sup>10)</sup> 이 견해들이 공통적으로 업무집행이 아니라고 하는 것은 정관의 변경, 영업을 양도, 회사의 해산, 합병, 조직변경 등이다. 그러나 이들 견해는 업무집행이 아닌 행위의 범위를 너무 좁게 보고 있다. 업무집행의 정의에 관한 논의에서 보듯이 영업을 업무집행의 일부 영역을 구성할 뿐이며, 정관의 변경이 업무집행이 아닌 것은 모든 견해가 동의하는바, 영업 내지 회사의 존립에 영

<sup>6)</sup> A. Hueck, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, 4. Aufl. 1971(이하 'A. Hueck'이라 한다) S. 116. 통상업무와 비통상업무의 구별에 관하여는 아래 IV 3 참조.

<sup>7)</sup> *MünchKommHGB/Rawert*, 2004, § 114 Rdn. 8.

<sup>8)</sup> *MünchKommHGB/Rawert*, a.a.O.

<sup>9)</sup> 林泓根, 845면; 崔竣璿, 740면; 權奇範, 215면; 鄭東潤, 747면.

<sup>10)</sup> 崔基元, 1093면; 鄭燦亨, 161면; 李哲松, 132면.

향을 주거나 영업의 조직 자체의 변경을 초래하지 않는 정관의 변경도 얼마든지 있는 점을 고려하면, 後者の 견해는 옳지 않다. 또한 회사의 기초에 관한 행위가 아니지만, 업무집행사원에게 맡겨 놓을 수도 없는 회사의 활동, 예컨대 업무집행사원에 대한 보수의 결정이나 결산의 승인 등을 업무집행이라 할 수는 없으므로, 前者의 견해도 동의할 수 없다. 이러한 결론은 상법의 규정에 의하여도 뒷받침된다. 사원의 競業에 대한 동의(상법 제198조 1항)와 사원의 自己去來에 대한 동의(상법 제199조)는 위 두 견해 중에 어느 것에 의하더라도 업무집행이 아닌 행위에 속하지 않지만, 그 성질상 업무집행이 될 수는 없으므로,<sup>11)</sup> ‘업무를 집행하는 사원의 동의’가 아닌 ‘다른 사원의 동의’로 하였다. 기존의 견해는 업무집행이 아닌 행위의 범위를 지나치게 좁게 보고 있으므로, 상법의 규정을 감안하여 기존의 견해에 따른 업무집행이 아닌 행위의 범위를 확장할 필요가 있다.

2) 참고로 독일에서의 논의를 보면, 업무집행이 아닌 행위가 회사의 기초에 관한 행위라는 견해,<sup>12)</sup> 회사의 기초에 관한 행위와 사원 상호 간의 관계에 관한 행위라는 견해,<sup>13)</sup> 사원 상호 간의 관계에 관한 결정이라는 견해가<sup>14)</sup> 있다. 우리나라의 견해가 업무집행이 아닌 행위라고 하는 회사의 활동들은 사원들의 법적인 관계에 근본적이고 전반적인 영향을 미치는 사항들이며, 위의 상법 규정들에 의한 동의는, 회사의 기초에 관한 행위만큼은 아니지만, 역시 사원들의 관계에 영향을 미치는 사항이다. 따라서 업무집행이 아닌 회사의 활동은 사원들의 관계에 영향을 주는 행위라고 정의해도 무방할 것이다. 다만 이러한 행위 중에 가장 중요한 것이 회사의 기초에 관한 행위이므로, 이해의 편의를 위하여, 업무집행에 포함되지 않는 행위는 회사의 기초에 관한 행위와 사원 상호 간의 관계에 관한 행위라고 설명할 수 있을 것이다. 여기에 속하는 것은, 예컨대 정관의 변경, 사원의 입사 및 제명, 지분의 양도에 대한 동의, 회사의 전 재산의 양도, 업무집행권한과 대표권한의 부여 및 박탈, 업무집행에 대한 보수의 결정, 회계감사인의 선임, 결산의 승인 등이다. 이러한 사항들은, 정관이나 법률에 다른 정함이 없으면,

<sup>11)</sup> A. Hueck, S. 116.

<sup>12)</sup> Hopt/Hehl/Vollrath, *Handels- und Gesellschaftsrecht, Bd. II, Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 1996, S. 98; Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2000, S. 22.

<sup>13)</sup> A. Hueck, S. 116. 同旨: *MünchKommHGB/Rawert*, § 114 Rdn. 9.

<sup>14)</sup> Wiedemann, *Gesellschaftsrecht, Band II, Recht der Personengesellschaften*, 2004(이하 ‘Wiedemann II’라 한다) S. 329. 同旨: Ulmer in *Großkomm. HGB*, 4. Aufl., 19. Lieferung, 1999, § 114 Rdn. 15.

사원 전원의 동의로 결정하여야 한다.<sup>15)</sup>

3) 일상적인 것이 아닌 결정을 해야 할 때에, 그것이 업무집행이 아닌 행위인지 아니면 통상의 범위를 넘어서는 업무집행인지의 구별이 문제될 수 있다. 왜냐하면 원칙적으로 후자는 사원 과반수의 결의로 결정하지만,<sup>16)</sup> 전자는 사원 전원의 동의로 결정해야 하기 때문이다. 구별의 기준은 그 결정이 사원 상호 간의 관계에 영향을 미치는지 하는 것이 될 것이며, 통상업무가 아닌 업무집행은 그 내용과 목적이 종래의 영업활동의 범위를 넘어서는 것으로서 예외적인 상황이라는 특성을 가진다.<sup>17)</sup>

### 3. 業務執行과 會社代表

상법은 합명회사의 内部關係에 관한 節에서 業務執行을 규율하고 있고(상법 제200조~제203조, 제205조~제206조), 外部關係에 관한 節에서 會社代表를 규율하고 있다(상법 제207조~제211조). 이처럼 상법이 업무집행과 회사대표를 회사의 내부관계와 외부관계에 각각 나누어 규율하고 있지만,<sup>18)</sup> 업무집행과 회사대표가 서로 배타적인 구성요건을 갖는 행위인 것은 아니다. 업무집행은 내부관계 뿐만 아니라 외부관계에서도 효력을 가질 수 있으며, 그 업무집행이 외부관계에서도 효력을 가지는 법률행위일 경우에 그 행위는 외부관계에서 대표행위가 된다. 즉 하나의 행위가 업무집행이면서 동시에 대표행위일 수 있다. 예컨대 회사를 위한 매매계약의 체결은 회사 내부에서 보면 업무집행이며, 회사 외부에서 보면 대표행위이다. 반대로 회계장부의 작성은 업무집행이지만 대표행위는 아니다. 즉 업무집행이 항상 대표행위인 것은 아니지만, 대표행위는 항상 업무집행이다. 그러므로 대표권한이 없이 업무집행권한만 있는 사원은 있으나, 업무집행권한이 없이 대표권한만 있는 사원은 없다. 업무집행은 업무집행을 하는 사원이 회사, 사원 그리고 거래계를 상대로 행위할 권리와 의무가 있는 관할영역이라고 한다면, 이 영역 안에서 회사를 위하여 법률행위를 할 수 있는 권한이 대표권한이다.<sup>19)</sup>

15) 민법주해 [XVI], 채권(9), 1997, 제706조 1 2 (2), 74면(金載亨 집필부분) 참조.

16) 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제706조 2항 1문. 이에 관하여는 아래 IV 4 (2) 참조.

17) MünchKommHGB/Jickeli, § 116 Rdn. 7.

18) 이러한 상법의 編制는 독일 상법(HGB)의 것과 같다. HGB의 해당 부분 편제의 연원에 대하여는 Ulmer in Großkomm. HGB, § 114 Rdn. 13 참조.

19) Wiedemann II, S. 330.

업무집행에서는 그 사원이 그 행위를 하는 것이 내부적으로 허용되는가(Dürfen)가 문제되며, 회사대표에서는 그 사원이 외부에서 그 행위를 하는 것이 가능한가(Können)가 문제된다.<sup>20)</sup> 따라서 업무집행에 문제가 있는 경우는 그 사원의 회사와 다른 사원에 대한 책임이 발생할 수 있으며, 대표행위에 문제가 있는 경우는 그 행위가 유효한가의 문제가 생긴다.<sup>21)</sup>

아래에서 ‘업무집행’이라고 하는 것은 대외적으로 대표행위가 되는 행위를 포함하는 의미로 사용하기로 한다.

#### 4. 業務執行機關

합명회사에서 업무집행기관은 상법상 유일한 필요기관이다. 정관에 다른 규정이 없는 때에는 각社員이 업무집행의 권리와 의무가 있으므로(상법 제200조 1항) 이들이 업무집행기관이며, 정관으로 業務執行社員을 정한 경우에는(상법 제201조 1항) 이들이 업무집행기관이다. 이들의 기관지위는 사원지위와 정관으로부터 나온다. 합명회사는 인적회사로서 自己機關의 原則이 적용된다. 아래에서는 자기기관의 원칙을 알아보고, 업무집행기관 별로 살펴본 다음에 업무집행 또는 업무집행기관에 대한 견제수단에 관하여 고찰하기로 한다.

### Ⅲ. 自己機關의 原則

#### 1. 論議의 狀況

인적회사에서는 자기기관의 원칙이 적용된다는 것이 通說이다.<sup>22)</sup> 自己機關의 의미에 대하여는 두 가지 설명이 있다. 多數說은 사원자격과 기관자격이 일치하는 것을 자기기관 또는 자기기관의 원칙이라고 한다.<sup>23)</sup> 少數說은 사원이 선임행위 없이 당연히 업무집행기관이 되는 것을 자기기관이라고 한다.<sup>24)</sup> 그러나 아래

<sup>20)</sup> *MünchKommHGB/Rawert*, § 114 Rdn. 7.

<sup>21)</sup> 林泓根, 846면.

<sup>22)</sup> 異說 없음.

<sup>23)</sup> 자기기관: 崔竣璿, 740면. 자기기관의 원칙: 鄭燦亨, 161면; 鄭東潤, 747면; 姜熙甲, 112면; 權奇範, 216면.

<sup>24)</sup> 崔基元, 1093면; 李哲松, 132면.

에서 보듯이 독일 문헌에 의하면, 다수설은 자기기관의 의미를 설명한 것이며, 소수설은 자기기관의 원칙을 설명한 것이다. 한편 自己機關의 原則에 대하여는 사원이 아닌 자에게 업무집행의 권리의무를 인정할 수 없다는 것으로 일반적으로 설명한다.<sup>25)</sup>

국내문헌에서는 자기기관 또는 자기기관의 원칙의 의미와 내용에 대하여 더 상세한 설명을 찾아볼 수 없다. 따라서 부득이 獨逸의 문헌을 중심으로 이 원칙에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 自己機關

자기기관(Selbstorganshaft)의 본래의 의미는 기관기능이 사원지위와 결합되어 있는 것이며, 이러한 결합이 존재하지 않는 경우에 他人機關(Fremdorganshaft) 또는 第三者機關(Drittorganshaft)이라 한다.<sup>26)</sup> 자기기관의 長點은 일반적으로 다음과 같이 설명할 수 있다<sup>27)</sup>: 자기기관은 단순하면서도 효율적인 조직형태로서, 회사의 사원이 직접 업무집행을 하게 되면 스스로 올바르게 신중하게 행동하게 되며, 사원총회나 별도의 감독기관에 의한 상시적인 관리가 필요없고, 특히 다른 영리 활동을 하지 않는 업무집행사원에 있어서는 이해관계의 충돌도 생기지 않는다. 그러나 출자를 했다는 사실이 경영능력을 담보하는 것은 아니기 때문에 업무집행사원이 무능할 수 있다는 것이 자기기관의 短點이며, 이것은 특히 지분의 상속으로 사원이 된 次世代가 회사운영과 기업경영에 흥미도 능력도 없는 때에 심각한 문제가 된다.<sup>28)</sup>

## 3. 自己機關의 原則

### (1) 意義

‘자기기관의 원칙(Grundsatz der Selbstorganshaft)’은 두 가지 의미를 가진다. 우선 이 원칙은 他人機關의 禁止(Verbot der Fremdorganshaft)를 의미하며, 또한

25) 이에 관한 문헌의 설명은 그 취지는 같으나 표현상 약간의 차이가 있다. 이 점에 관하여는 아래 4. 참조.

26) K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002(이하 ‘K. Schmidt’라 한다) S. 409.

27) Wiedemann, *Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen*, 1980(이하 ‘Wiedemann I’라 한다) S. 343 f.

28) Wiedemann I, S. 344.



물적회사에서는 업무집행인이 선임되어야 하는 것과 달리 인적회사에서는 사원 지위가 성립함으로써 업무집행인이 이미 존재한다는 의미이다.<sup>29)</sup> 이 원칙의 근거는 법률에서 찾을 수 있다. 상법은 인적회사에 관한 규정에서 사원은 원칙적으로 업무집행의 권리와 의무가 있다고 규정하고 있으며(상법 제200조 1항), 타인기관의 선임·감독·손해배상책임 등에 관한 규정을 두지 않고 있는바, 이것은 사원 지위와 업무집행의 필요적 결합을 의미하는 것이다.<sup>30)</sup> 한편 자기기관의 원칙이 법에 의하여 강제되는 것인가에 대하여 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>31)</sup>

## (2) 正當性

인적회사에 있어서는 정관에 의하더라도 타인기관을 둘 수 없으므로, 자기기관의 원칙은 정관자치를 제한하는 원리로 작용하는데, 이를 정당화시키는 이유에 대하여 몇 가지 설명이 있다.

가장 전통적인 설명은 자기기관의 원칙의 정당성을 지배와 책임의 상관성, 또는 ‘支配와 責任의 一致의 原則(Prinzip der Einheit von Herrschaft und Haftung)’에서 찾는 견해로서 기업의 채무에 대한 무한책임은 그 기업에 대한 지배에 상응하여야 한다는 것이다.<sup>32)</sup> 이에 대하여는 독일 연방법원이 지배와 책임의 상관성을 부인하였으며,<sup>33)</sup> 물적회사의 타인기관에서 보듯이 회사의 채무에 대한 책임과 회사의 지배는 서로 관련이 없다는 反論이 있다.<sup>34)</sup>

한편 ‘支配’의 다른 의미를 사용하여 人的會社와 物的會社의 근본적인 차이로 자기기관의 원칙을 설명하는 견해가 있다. 이에 따르면, 물적회사에 있어서 지배는 회사 조직 내에 존재하는 재산을 대상으로 행사되지만, 인적회사에 있어서는 무한책임을 지는 사원의 경우 그의 개인재산도 지배의 대상이 되는데, 타인이 이러한 지배를 하는 것은 법의 일반원칙에 반한다는 것이다.<sup>35)</sup> 이에 대하여는 인적

<sup>29)</sup> Sudhoff/Buß, *Personengesellschaften*, 8. Aufl. 2005(이하 ‘Sudhoff/Buß’라 한다) § 9 Rdn. 4. 異說: K. Schmidt, S. 410 은 첫째 의미를 부정한다.

<sup>30)</sup> Wiedemann II, S. 334. 反對: H. P. Westermann, “Die grundsätzliche Bedeutung des Grundsatzes der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht”, in: *Festschrift für Marcus Lutter*, 2000, S. 955, 957.

<sup>31)</sup> H. P. Westermann, a.a.O., S. 961 ff.

<sup>32)</sup> Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1970, S. 117 ff.

<sup>33)</sup> BGHZ 45, 204 ff.

<sup>34)</sup> Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band/Erster Teil, Die Personengesellschaft*, 1977, S. 244.

회사와 물적회사의 구분 자체가 인위적이며 教條的이라는 批判이 있다.<sup>36)</sup>

다른 설명은 보호이익의 관점에서 자기기관의 원칙의 정당성을 설명한다. 즉 무한책임을 지는 사원은 자신의 보호를 위하여 스스로 회사의 업무집행을 담당하고 있어야 하며,<sup>37)</sup> 업무집행인이 무한책임을 지는 경우에는 업무집행상의 잘못이 줄어들게 되어 다른 사원들과 거래계를 보호할 수 있다는 것이다.<sup>38)</sup> 이에 대하여는 합자회사에서 유한책임사원도 출자에 따른 위험을 부담하지만 업무집행 내지 회사대표를 할 수 없다는 비판이 있다.<sup>39)</sup>

이와 같이 자기기관의 원칙의 정당성을 설명하는 견해들은 모두 타당한 듯이 보이지만 비판도 받고 있다. 이것은 자기기관의 원칙이 절대적인 법원칙이 되지 못함을 뜻한다고 하겠다.<sup>40)</sup>

#### 4. 第3者의 業務執行

##### (1) 他人機關 禁止의 原則과 業務執行의 委任

인적회사에 있어서는 자기기관의 원칙이 적용되므로 업무집행의 권리의무를 사원이 아닌 자에게 인정하는 것은 허용되지 않는다는 것이 通說이다.<sup>41)</sup> 여기서 “업무집행의 권리의무를 사원이 아닌 자에게 인정하는 것”은 사원이 아닌 자를 회사법적 차원에서 업무집행을 맡기는 것, 즉 타인을 업무집행기관으로 하는 것(타인기관)을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 그렇다면 위의 통설의 설명은 “인적회사에 있어서 타인기관은 허용되지 않는다”는 명제가 되므로, 자기기관의 원칙의 다른 측면인 타인기관 금지의 원칙을 확인한 것이다. 한편 타인에게 채권법적 차원에서 영업에 관한 업무집행을 맡기는 것, 즉 업무집행의 위임은 허용된다. 이것은 상법 제203조가 합명회사에서 支配人을 선임하는 것을 허용하고 있는

<sup>35)</sup> Flume, a.a.O., S. 244 f.

<sup>36)</sup> K. Schmidt, S. 413.

<sup>37)</sup> 李哲松, 132면.

<sup>38)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB*, 4. Aufl., 12. Lieferung, 1989, § 109 Rdn. 34; Wiedemann I, S. 343 f.; K. Schmidt, S. 413.

<sup>39)</sup> H. P. Westermann, a.a.O., S. 959 f.

<sup>40)</sup> 이에 관한 독일의 상황은 權奇範, 216-217면 참조.

<sup>41)</sup> 異說 없음. 다만 타인기관 금지의 원칙을 설명하면서 “사원이 아닌 자에게 업무집행을 맡길 수 없다”거나(鄭燦亨, 162면; 李哲松, 132면) “업무집행의 권리의무를 사원이 아닌 자에게 위임하는 것은 허용되지 않는다”는(鄭東潤, 748면; 姜熙甲, 112면) 표현은 업무집행의 위임이 허용되지 않는다는 의미로 해석될 소지가 있으므로 적절하지 않다.

데서 명백하다. 지배인은 영업에 관한 포괄적인 업무집행권한과 대리권한을 가질 뿐이지만, 외부인에게 회사 자체의 내부관계, 즉 사원 상호 간의 관계에 관한 업무의 집행을 위임하는 것도 사적자치의 원칙상 가능하다고 할 것이다.

### (2) 第3者의 業務執行과 社員의 業務執行權限

제3자가 업무집행을 담당할 때에 제3자는 사원으로부터 그의 업무집행권한을 양도받는 것이 아니다. 사원의 업무집행권한은 사원이 회사의 기관으로서 가지는 것이며, 사원지위의 구성요소이므로, 업무집행권한을 사원이 아닌 자에게 양도하는 것은 자기기관의 원칙 및 사원지위 분리금지의 원칙(Abspaltungsverbot)에 반하여 허용되지 않는다.<sup>42)</sup> 업무집행을 위임받는 제3자는 업무집행의 임무를 부여받을 뿐이며, 회사의 기관의 지위에 취임하는 것이 아니다. 임무를 집행하는 제3자는 회사와 위임 또는 고용의 관계에 있게 된다. 따라서 사원들은 회사를 통하여 업무집행에 대한 지시를 할 수 있으며, 위임 또는 고용관계를 해지할 수 있어야 한다. 이러한 사원들의 권리가 보장되지 않는 경우는 사실상 타인기관이 성립하는 것이므로 허용되지 않는다.

제3자가 업무집행을 맡게 되면, 사원들은 그 업무에 관하여는 업무집행권한이 없게 되고 다만 회사를 통하여 지시를 할 수 있는 권한만을 보유하는 것이 일반적일 것이다. 예컨대 정관에서 영업에 관하여는 지배인을 선임하여 맡기는 것으로 정한 경우에 사원들은 영업에 관한 업무집행권한이 없으며 지시를 할 권한만을 가지게 될 것이고, 지시권한도 일부 사원에게만 부여될 수도 있을 것이다. 이와 같이 하여 사원들이 실질적으로 모든 업무집행으로부터 배제되는 경우가 있을 수 있다. 이 경우도 사원(들)의 (회사를 통한) 업무집행에 대한 지시권한과 계약해지권이 보장되는 한 허용된다고 할 것이다. 또한 업무집행을 할 제3자와 위임계약을 체결하려면 사원 중에 1인은 대표권한을 가지고 있어야 하고, 대표권한은 업무집행권한을 전제로 하므로, 모든 사원이 업무집행으로부터 완전히 배제되는 것은 불가능하다.<sup>43)</sup>

42) 權奇範, 216면.

43) 同旨: 權奇範, 217면.

#### IV. 各 社員의 業務執行

##### 1. 意義

(1) 합명회사에서는, 정관에 다른 정함이 없는 한, 모든 사원이 업무집행권한이 있으며, 사원 각자가 업무집행을 할 수 있다(상법 제200조 1항). 따라서 각 사원은 원칙적으로 업무집행에 속하는 모든 행위를 다른 사원의 동의나 협력 없이 할 수 있다. 이를 單獨業務執行이라 할 수 있다. 이때 각 사원은 회사의 機關의 지위를 가진다. 따라서 사원의 작위나 부작위 및 인식은 회사의 작위나 부작위 및 인식이 되며, 그 법률효과는 해당 사원이 아니라 회사에 발생한다.

상법 제200조 제1항은 임의규정이므로 정관으로 다르게 정할 수 있는바, 모든 사원이 업무집행을 하는 경우에도 共同業務執行을 하도록 정할 수 있다.<sup>44)</sup> 각 사원에게 담당업무를 分掌시킬 수도 있고, 각 사원의 업무집행을 지도하고 조정하는 기구를 만들 수도 있다.<sup>45)</sup>

##### (2) 用語의 整理

합명회사에 있어서는 정관에 다른 규정이 없으면 각 사원이 업무집행을 하는 데(상법 제200조), 정관으로 업무집행사원을 정할 수도 있다(상법 제201조). 즉 상법에서 ‘業務執行社員’은 다른 사원이 업무집행에서 배제된 상태에서 업무집행을 담당하는 사원을 의미하는 용어이다.<sup>46)</sup> 한편 상법 제205조의 표제는 “업무집행사원의 권한상실선고”로 되어 있지만, 同條는 제200조와 제201조에 의하여 업무를 집행하는 사원 모두에게 적용된다. 문헌 중에도 양자의 경우를 구별하지 않고, 상법 제200조에 의하여 업무를 집행하는 사원도 업무집행사원으로 부르는 경우가 흔히 있다. 그러나 이 글에서는 상법 제200조와 제201조의 경우를 구별하여, 제201조의 경우만을 ‘업무집행사원’으로 부르고, 제200조의 경우와 양자의 경우를 포괄하는 용어로는 ‘업무를 집행하는 사원’ 또는 ‘업무집행을 하는 사원’을 사용하기로 한다.

44) A. Hueck, S. 118. 공동업무집행에 관하여는 아래 V.2 참조.

45) Wiedemann II, S. 336.

46) 민법은 組合에 관한 제706조 이하에서 ‘業務執行者’라는 용어를 사용하고 있으며, 업무집행자는 합명회사의 업무집행사원에 해당하는 용어이다.

## 2. 業務를 執行하는 社員의 地位

### (1) 社員과 會社의 關係

1) 인적회사에 있어서 업무집행을 하는 사원의 지위에 관한 誤解 중의 하나가 업무집행권한을 가진 사원과 회사의 관계가 委任이라고 하는 것이다.<sup>47)</sup> 이러한 견해는 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제707조가 위임에 관한 민법 제681조 내지 제688조를 준용하고 있어서, 합명회사의 업무를 집행하는 사원에게 위임에 관한 규정들이 준용되는 것에 기인할 것이다. 그러나 이와 같은 준용규정의 의미는 글자 그대로 합명회사의 업무를 집행하는 사원에게 위임에 관한 규정들이 준용된다는 것일 뿐이며, 이것이 업무를 집행하는 사원과 회사의 관계를 위임관계로 만드는 것은 아니다. 주식회사에 있어서 회사와 이사의 관계에 대하여 위임에 관한 규정을 준용하는 것(상법 제382조 2항)과는 다르다. 주식회사의 이사는 타인기관이므로, 회사와 이사의 관계가 채권법적인 (준)위임인 것은 당연하다. 자기기관의 원칙이 적용되는 합명회사에 있어서, 사원은 사원의 자격에서 회사의 업무를 집행할 권리와 의무가 있으며(상법 제200조 1항), 이러한 업무집행의 권리와 의무의 존재가 사원과 회사의 관계를 계약관계로 볼 수 없는 결정적인 근거이다. 그렇다면 업무를 집행하는 사원과 회사의 관계는 무엇일까? 우선 상법 제200조에 의하여 각 사원이 업무집행을 하는 경우를 보기로 하자.

2) 회사의 업무를 집행할 권리와 의무는 사원지위의 내용이며, 정관에 그 근거가 있다.<sup>48)</sup> 그러므로 업무를 집행하는 사원의 법적지위의 구체적인 내용, 즉 그의 업무집행사원으로서의 권리와 의무는 정관에 의하여 정하여지며, 정관에 규정이 없으면 보충적으로 민법의 위임에 관한 규정에 따르는 것이다. 업무를 집행하는 사원의 기관지위는 정관에 의하여 생기는 것이므로, 그 종료도 정관 또는 법률이 정한 방법(상법 제205조)에 의하며, 위임의 종료에 관한 민법 제689조 이하의 준용되지 않는다. 이것 역시 업무를 집행하는 사원과 회사의 관계가 위임이 될 수 없는 법률상의 근거이다. 업무를 집행하는 사원은 회사의 사용인이 아니므로 원칙적으로 업무집행에 대한 보수를 받지 않으며, 사원으로서 이익분배를 받고, 비용의 상환을 받을 뿐이다.<sup>49)</sup>

47) 위임이라는 견해: 鄭熙喆, 328면; 李基秀 외, 621면; 姜熙甲, 112-113면; 鄭燦亨, 163면.

48) 독일의 通說. 대표적으로 A. Hueck, S. 137 f.; Wiedemann II, S. 340.

49) Wiedemann II, a.a.O.

## (2) 業務執行의 權利와 義務

1) 합명회사의 사원은 업무집행의 권리가 있다(상법 제200조 1항). 이 권리는 정관 또는 법률에 의해서만 제한할 수 있다. 따라서 사원은 다른 사원에 대하여 자신이 업무집행에 참여하게 해달라고 청구할 수 있으며, 다른 사원이 자신의 업무집행을 방해할 경우는 그 방해 행위를 하지 말아달라고 요구할 수 있다.<sup>50)</sup>

2) 업무집행은 사원의 권리일 뿐만 아니라 의무이기도 하다(상법 제200조 1항). 업무집행의 의무의 범위는, 정관에 구체적인 정함이 없는 때에는, 영업의 종류와 규모, 사원의 수, 해당 사원에게 배정된 업무영역의 성격, 해당 사원의 개인적 상황(나이, 건강, 교육, 경력 등)에 따라 정해질 것이다.<sup>51)</sup> 다른 사원으로부터 업무집행의 의무의 이행을 청구당할 수 있으며, 업무집행을 하지 않는데 대하여 손해배상책임을 질 수도 있다.<sup>52)</sup>

다른 사원의 업무집행에 정당한 이의가 있을 경우에 이를 제기하는 것이 업무집행의 의무에 속하며, 공동업무집행의 경우에 자신의 제안을 하고 다른 사원의 동의를 구하는 등의 노력을 할 의무와 다른 사원의 제안에 자신의 의견을 제시할 의무가 있으나, 통상업무가 아닌 업무집행의 결정 등 사원의 과반수로 결정하는 경우에는 기권하는 것이 허용된다.<sup>53)</sup>

## (3) 業務執行을 하는 社員의 義務

1) 합명회사의 업무를 집행하는 사원에게는 상법 제195조와 민법 제707조를 통하여 민법 제681조가 준용된다. 따라서 업무집행을 하는 사원은 선량한 관리자의 주의로써 업무를 집행하여야 한다(善管義務, Sorgfaltspflicht, duty of care).

2) 선관의무는 본래의 업무집행 활동에만 적용되는 것이며, 업무집행을 하는 사원의 일반적인 忠實義務(Treuepflicht, duty of loyalty)에 의하여 보충되어진다. 합명회사 사원은 충실의무를 지며, 이에 의하면 사원은 회사의 이익을 위하여 행동하여야 하며, 회사의 이익을 해하는 행동을 하여서는 안된다.<sup>54)</sup> 업무집행을 하는 사원은, 그렇지 않은 사원보다 회사의 업무와 사정에 더 정통하므로, 사원의

<sup>50)</sup> Wiedemann II, a.a.O.

<sup>51)</sup> A. Hueck, S. 133.

<sup>52)</sup> A. Hueck, a.a.O.

<sup>53)</sup> A. Hueck, S. 134 ff.

<sup>54)</sup> 崔基元, 1099면; 權奇範, 206면.

일반적인 충실의무보다 더 무거운 충실의무를 진다고 할 것이다. 업무를 집행하는 사원의 충실의무의 내용을 구체적으로 규정하는 것은 불가능하지만, 일반적으로 충실의무에 속하는 것으로 인정되는 것은 競業禁止, 自己去來禁止, 會社機會流用禁止, 會社秘密維持義務, 報告義務 등이다.<sup>55)</sup> 이 중에서 경업금지는 상법 제198조, 자기거래금지는 상법 제199조에 의하여 모든 사원이 부담하는 의무로서 충실의무에 속하는 것인데,<sup>56)</sup> 업무를 집행하는 사원에게는 더욱 엄격하게 적용하여야 할 것이다. 보고의무에 있어서는, 상법 제195조와 민법 제707조에 의하여 준용되는 민법 제683조에 의한 수입인의 보고의무가 있으나, 이는 일시적인 위임관계에서의 보고에 관한 것이므로 지속적인 업무집행이 이루어지는 합명회사의 경우에 준용하는 것은 적절하지 않다고 할 것이다. 합명회사의 업무집행을 하는 사원은 주기적으로 사원들에게 업무처리상황을 보고하여야 할 것이며, 중요한 업무가 있을 때에는 사원들의 요구가 없더라도 사전과 사후에 처리상황을 보고하여야 할 것이다.

### 3. 業務執行權限 — 通常業務의 執行

상법에는 업무를 집행하는 사원의 업무집행권한에 관하여 지배인의 선임과 해임에 관한 제203조만이 있으며 일반규정이 없다. 따라서 정관에 다른 규정이 없는 때에는 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제706조 제2항과 제3항에 따라야 한다.<sup>57)</sup> 이에 따르면 각 사원은 通常業務에 속하는 모든 행위를 단독으로 할 수 있다.<sup>58)</sup> 통상업무는 일상 반복하여 행하는 업무이다.<sup>59)</sup> 어떠한 행위가 통상업무에 속하는가는 그 행위의 성격과 범위를 고려하여 해당 영업에서 흔히 있는 일인지 여부를 구체적인 상황에 따라 판단하여야 한다.<sup>60)</sup> 통상업무에 속하지 않는 업무의 집행은 사원의 과반수로써 결정한다.<sup>61)</sup> 통상업무에 속하지 않는 행위는 기존의 영업에서 완전히 새로운 행위나 기존 영업의 통상적인 범위를 넘어서는 행위이며, 예컨대 영업범위의 현저한 확장, 새로운 공장의 건축, 지점의 신

55) Wiedemann II, S. 342 f.

56) 權奇範, 206면.

57) 權奇範, 218면; 林泓根, 847면.

58) 민법 제706조 3항 1문 준용.

59) **민법주해**, 제706조 II 2 (1), 75면(金載亨 집필부분).

60) A. Hueck, S. 121.

61) 민법 제706조 2항 1문 준용.

설이나 폐점(영업의 성격상 처음부터 많은 지점의 설치를 예정한 경우는 통상업무), 현저한 고액의 신용공여, 현저한 대형 또는 장기 공급계약 등이 이에 속한다.<sup>62)</sup> 어떤 업무가 통상업무인가의 여부는 구체적인 사정에 따라 판단하여야 하므로, 특정 회사에서는 통상업무인 행위가 다른 회사에서는 통상업무가 아닐 수도 있다.

#### 4. 業務執行의 方法과 節次

##### (1) 業務執行의 方法

업무집행을 하는 사원은 스스로 업무집행을 하여야 한다. 여기서 직접 하여야 하는 것은 업무집행을 지배하는 것이다.<sup>63)</sup> 그러므로 업무집행의 수행을 위하여 보조자를 사용할 수 있다. 이러한 보조자의 지위는 회사의 사용인이며, 업무집행을 하는 사원의 이행보조자가 아니다.<sup>64)</sup>

각 사원이 업무집행의 권리와 의무가 있다고 해서, 사원1이 하는 업무집행에 대하여 사원2가 이의를 제기할 수 없는 것은 아니며(상법 제200조 2항), 어떤 업무집행 행위에 대하여 여러 사원이 합의를 하는 것이 허용되지 않는 것도 아니다.<sup>65)</sup> 오히려 각 사원은 각각의 업무집행활동을 서로 조화시키기 위하여 협의할 의무가 있으며, 서로 정보제공을 요구할 권리가 있다고 할 것이다.<sup>66)</sup>

##### (2) 業務執行의 節次

1) 국내의 많은 문헌들이 업무집행의 절차를 설명하면서 업무집행의 결정과 그 집행을 분리하여, 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제706조 제2항에 따라 사원의 과반수에 의하여 업무집행이 결정되면, 상법 제200조 이하에 따라 업무가 집행 또는 실행되는 것으로 서술하고 있다. 그러나 이러한 설명은 불완전하다. 왜냐하면 위 3.에서 보았듯이 업무집행에는 통상업무와 통상의 범위를 넘는 업무가 있으며, 통상업무는 업무집행을 하는 사원이 專行할 수 있고, 통상업무가 아닌 업무에 있어서만 사원 과반수의 결정이 필요하기 때문이다. 그런데 많

62) A. Hueck, a.a.O.

63) A. Hueck, S. 137.

64) A. Hueck, a.a.O.

65) Wiedemann II, S. 336.

66) Wiedemann II, a.a.O.



은 문헌들이 위와 같이 설명하고 있는 이유는, 대부분의 교과서들이<sup>67)</sup> 상법 제 195조에 의하여 민법 제706조 제 2 항이 준용되는 것을 설명하고 있으면서 同條 제 3 항의 준용을 언급하지 않고 있으며, 심지어 일부 교과서들은<sup>68)</sup> 통상업무와 통상업무에 속하지 않는 업무의 구분 없이 모든 업무집행이 사원 과반수의 결정에 따라야 하는 것으로 설명하는 데에 있는 것으로 보인다.<sup>69)</sup> 이것은 명백히 잘못된 것이다. 합명회사의 내부관계에 관하여 조합에 관한 민법의 규정을 준용하고 있는 상법 제195조에 따라 민법 제706조 제 3 항도 준용되며, 달리 同 규정의 준용을 부정할 근거도 보이지 아니한다. 더구나 2001년의 상법개정에 의하여 신설된 제200조의2 제 1 항 제 1 문에서 상법 제183조의 2 에 의한 職務代行者의 권한범위가 통상업무의 집행에 한정되고 있는 것을 보면, 상법의 태도도 통상업무와 통상업무가 아닌 업무를 구분하고 있음이 분명하다. 생각건대 업무집행의 절차를 [업무집행의 결정 → 집행]이라는 시간적 순서로 설명할 것이<sup>70)</sup> 아니라, 업무의 성격을 통상업무와 통상업무가 아닌 것으로 구분한 다음에 각각에 대한 절차를 설명하는 것이 바람직하다.

2) 한편 상법 제200조 이하의 규정은 결정된 업무를 단순히 ‘집행’하는 데에만 적용된다는 전제에서 “상법 제200조 이하의 규정들이 업무집행에 관한 결정과 집행의 양자 모두에 적용된다고 보는 것은 상법 규정이 민법 제706조에 대한 특칙이라고 해석하는 것”이라는 견해가 있다.<sup>71)</sup> 이에 는 동조할 수 없다. 먼저 이 견해는 그 전제가 잘못되었다. 상법 제200조 제 1 항과 제201조 제 1 항은 업무집행권한의 귀속, 즉 업무집행기관이 누구인가를 정하고 있다. 상법 제200조 이하가 결정된 업무의 ‘집행’에만 적용된다면, 제200조와 제201조가 정하고 있는 업무집행권한은 결정된 업무의 ‘집행’권한일 뿐이며, 업무집행기관은 결정된 업무의 ‘집행’기관일 뿐이라는 것이 되는바, 이는 납득할 수 없다. 그리고 상법 제200조 이하에서 업무집행의 방법에 관한 규율은 제200조 제 2 항 및 제201조 제 2 항의

67) 鄭熙喆, 328면; 李基秀 외, 621면; 崔基元, 1095면; 崔竣璿, 741면; 鄭東潤, 749면; 鄭燦亨, 163면; 姜熙甲, 114면; 李哲松, 134면.

68) 鄭熙喆, 328면; 李基秀 외, 621면; 崔基元, 1095면.

69) 다수의 교과서들은 민법 제706조 3항의 준용에 관하여 언급하지 않고서, 단지 통상업무 또는 일상업무는 업무집행을 하는 사원이 단독으로 결정과 집행을 할 수 있다고 서술하고 있을 뿐이다. 崔竣璿, 741면; 鄭東潤, 749면. 同旨: 李哲松, 134면; 姜熙甲, 114면; 鄭燦亨, 163면.

70) 대표적으로 鄭東潤, 749면; 林泓根, 847-848면; 鄭燦亨, 163-164면; 姜熙甲, 114-115면.

71) 權奇範, 218면.

업무집행에 대한 이의제기와 제202조의 공동업무집행에 관한 것뿐이며, 업무집행의 원칙적인 방법에 관한 규율이 없기 때문에 업무집행의 방법에 관하여는 상법 제195조에 따라 민법 제706조 제2항 및 제3항을 준용하여야 한다. 그러므로 민법 제706조 제2항 및 제3항이 상법 규정을 보충하는 지위에 있는 것이며, 상법에는 민법 제706조 제2항 및 제3항에 해당하는 규정이 없는데, 어떻게 상법 규정이 민법 규정에 대한 특칙이 될 수 있다는 것인지 이해할 수 없다.

3) 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제706조에 의하면, 조합의 통상사무에 있어서는 제3항에 따라 각 조합원이 스스로 사무집행을 결정하여 집행하며(各 組合員의 專行),<sup>72)</sup> 통상의 범위를 넘는 사무, 즉 통상사무에 속하지 않는 사무는 제2항에 따라 조합원의 과반수로 결정한다. 이를 합명회사에 옮겨 적용하면, 통상업무의 경우는 각 사원이 업무집행을 결정하고 집행한다. 그리고 통상업무에 속하지 않는 행위는 사원의 과반수로 결정하면, 그 결정에 따라 집행한다. 이때 업무집행의 결정에서 집행방법을 정하면 이에 따르면 되고, 누가 집행할 것인지를 정하지 않은 경우는 원칙으로 돌아가서 단독업무집행의 대상이 된다.<sup>73)</sup>

## V. 業務執行社員

### 1. 總說

#### (1) 選任

정관으로 사원 중에 1인 또는 數人을 업무집행사원으로 정할 수 있다(상법 제201조 1항). 즉 업무집행사원의 선임은 회사의 설립 시에는 정관의 작성에 의하여, 그 후에는 정관의 변경에 의하여 이루어진다. 정관으로 업무집행사원을 정하는 방법은 제한이 없다. 회사의 모든 업무집행을 담당하는 업무집행사원도 있을 수 있고, 특정 업무만을 담당하는 업무집행사원도 있을 수 있다.<sup>74)</sup> 예컨대 각 사원에게 생산, 판매, 특정 지점의 영업 등을 맡기는 식으로 사원에게 업무를 分掌시킬 수도 있다. 업무집행권한에 기간적 제한을 하는 것도 가능하다. 예컨대 업무집행사원의 임기를 정하거나, 반대로 어느 사원의 업무집행권한이 없는 기간

72) 민법주해, 제706조 II 2 (1), 75면(金載亨 집필부분).

73) A. Hueck, S. 122.

74) 李哲松, 133면.

을 정할 수도 있다.

## (2) 業務執行社員の 地位

업무집행사원은 정관에 의하여 정하여지는데, 이는 정관이 다른 사원(들)을 업무집행으로부터 배제한 것이라고 할 수도 있다. 그러므로 회사와의 관계, 업무집행사원의 권리와 의무 등은 원칙적으로 각 사원이 업무집행을 하는 경우와 같다.

## (3) 業務執行權限과 業務執行의 方法

업무집행사원이 정해지면, 이들만이 업무집행권한이 있다(상법 제201조 1항). 다른 사원들의 업무집행권한은 정관에 의하여 배제된 것이며, 따라서 업무집행사원이 아닌 사원은 업무집행권한이 없다. 각 업무집행사원의 업무집행권한의 범위와 그 행사방법 역시 각 사원이 업무집행을 하는 경우와 같다. 즉 각 업무집행사원은 통상업무는 專行할 수 있으며(단독업무집행), 통상업무에 속하지 않는 업무는 업무집행사원 과반수의 결정에 따라야 한다.<sup>75)</sup> 마찬가지로 특정 업무를 담당하는 업무집행사원은 그 업무에 관한 업무집행권한만을 가지며, 원칙적으로 해당 업무에 수반하는 통상업무만을 단독으로 처리할 수 있고,<sup>76)</sup> 그 범위를 넘어서는 업무는 업무집행사원 과반수의 결정에 따라야 한다.

## (4) 終任

업무집행사원이 辭任하거나 解任될 수 있는지에 관하여, 정관에 다른 규정이 없으면, 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따라, 업무집행사원은 정당한 사유 없이 사임하지 못하며, 다른 사원의 일치가 아니면 해임하지 못한다는 견해가 있다.<sup>77)</sup> 그러나 업무집행사원의 解任은 허용되지 않는다. 합명회사에 있어서는 민법상 조합과는 달리 업무집행권한의 상실신고 제도가 있으며, 이 제도의 취지가, 아래 VI.3 (1)에서 보듯이, 업무집행사원의 해임 제도를 대체하는 것이다. 따라서 민법 제708조의 업무집행자의 해임에 관한 규정은 합명회사에 준용되지 않는다.<sup>78)</sup> 그러나 민법 同條의 辭任에 관한 규정은 준용된다. 따라서 업

75) 상법 제195조에 따른 민법 제706조 2항, 3항 준용.

76) A. Hueck, S. 123.

77) 鄭東潤, 748면; 姜熙甲, 113면; 崔竣璿, 741면; 金教昌, “업무집행사원의 권한상실신고”, **회사법의 제문제**, 1982, 364면.

무집행사원은 정당한 사유가 있으면 사임할 수 있다.<sup>79)</sup>

## 2. 共同業務執行<sup>80)</sup>

### (1) 形態

정관으로 수인의 업무집행사원이 공동으로만 업무집행을 하도록 정할 수 있으며, 이때는 그 전원의 동의가 없으면 업무집행을 할 수 없다(상법 제202조). 공동 업무집행은 공동업무집행사원의 수가 많아짐에 따라 업무집행의 효율성이 떨어질 것이므로, 공동업무집행을 하도록 묶여지는 사원의 수는 보통 두세 명을 넘지 않을 것이다. 공동업무집행의 형태는 다양하게 구성할 수 있다. 업무의 종류에 따라 공동업무집행이 필요한 업무를 정할 수도 있고, 인적구성을 다양하게 할 수도 있다. 예컨대 일부 사원은 단독으로 업무집행을 할 수 있으나 나머지 사원은 공동으로만 업무집행을 할 수 있게 하거나, 여러 명의 업무집행사원 중 항상 두 명씩의 사원이 공동으로 업무집행을 하게 하거나, 공동업무집행을 하되 특정 사원이 항상 포함되어야 하는 것으로 정할 수도 있다.<sup>81)</sup> 비교적 대규모의 회사에서는 업무의 종류 등에 따라 구분되는 여러 개의 공동업무집행 조(組)를 운용할 수도 있을 것이다.

### (2) 機能

1) 공동업무집행은 업무집행사원의 권한을 제한하는 것이라고 설명하는 견해가 있다.<sup>82)</sup> 그러나 우리나라에서는 권한의 공동행사가 정해진 경우에 일반적으로 이를 권한의 제한으로 보지 않고, 권한의 행사방법의 제약으로 본다.<sup>83)</sup>

2) 공동업무집행의 취지는 업무집행의 결정과정에서 다수결의 불합리를 시정

<sup>78)</sup> 상법 제200조 1 항에 의하여 업무집행권한을 가지는 사원에 있어서도 같다.

<sup>79)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB* § 117 Rdn. 81; *MünchKommHGB/Jickeli*, § 117 Rdn. 88; A. Hueck, S. 159. 상법 제200조 1 항에 의하여 업무를 집행하는 사원도 사임할 수 있다.

<sup>80)</sup> 공동업무집행은 업무집행사원이 수인인 경우뿐만 아니라 각 사원이 업무를 집행하는 경우에도 가능하지만, 전자의 경우가 일반적일 것이므로 업무집행사원에 관한 설명을 하는 이곳에서 설명한다. 여기의 설명은 후자의 경우에도 적의 적용된다.

<sup>81)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB* § 115 Rdn. 30; A. Hueck, S. 118.

<sup>82)</sup> 李哲松, 133면.

<sup>83)</sup> 대표적으로 李哲松, 565면(주식회사의 공동대표이사); 同, **상법총칙·상행위**, 제4 전정판(2003), 93면(공동지배인).

하려는 것이라는 견해가 있다.<sup>84)</sup> 이 견해는 두 가지 조건 하에서만 타당하다. 첫째, 공동업무집행의 형태가 업무집행을 하는 사원 모두가 하나의 공동업무집행으로 묶여 있는 경우여야 한다. 그렇지 않고 수 개의 공동업무집행 조가 있거나 단독업무집행을 하는 사원(들)이 있으면, 업무를 집행하는 사원 전원의 결의로 결정하는 경우에는, 다수결의 문제는 생기기 마련이다. 둘째, 통상업무가 아닌 업무의 집행이어야 한다. 왜냐하면 통상업무의 경우는 업무를 집행하는 각 사원이 진행할 수 있으므로, 그 업무집행의 결정이 다수결의 대상이 아니기 때문이다.<sup>85)</sup>

3) 공동업무집행에 관하여 업무를 집행하는 사원의 권한남용을 방지하기 위한 것이라는 견해가 있다.<sup>86)</sup> 그러나 합명회사에 있어서 단독업무집행이라고 하여 — 합명회사에 있어서는 예외적인 상황인 업무집행사원이 1인인 경우를 제외하고 — 권한남용의 위험이 특별히 커지는 것은 아니다. 왜냐하면 단독업무집행에 있어서는 업무집행권한을 가진 다른 사원이 이의를 제기할 수 있기 때문이다. 단독업무집행에 있어서 업무집행권한을 가진 다른 사원의 異議는 공동업무집행에 있어서 다른 공동업무집행사원의 同意와 같은 기능을 가진다. 즉 두 제도 모두 업무집행권한을 가진 다른 사원의 業務干與權을 보장하는 것이다.<sup>87)</sup> 사원 상호 간의 신뢰를 중시하는 합명회사의 특성을 고려해 볼 때, 단독업무집행의 경우는 다른 업무집행사원의 이의 제기를 방지하기 위하여, 공동업무집행의 경우는 다른 공동업무집행사원의 동의를 얻기 위하여, 업무집행권한을 가진 다른 사원과 사전에 논의를 거칠 것이라는 점에서 두 제도는 서로 접근한다.<sup>88)</sup>

### (3) 業務執行의 方法

1) 공동업무집행의 경우에 공동업무집행사원으로 묶인 사원들의 업무집행권한은 단독업무집행을 하는 사원의 업무집행권한과 같다.<sup>89)</sup> 즉 이들은 공동으로 통상업무를 專行할 수 있으며, 통상업무에 속하지 않는 업무는 업무집행사원의 과반수의 결의에 의하여 정한다. 예컨대 업무집행사원이 여러 명이 있고 그 중에

<sup>84)</sup> 주석 상법 (III), 회사(1), 제3판(1997), § 202 I, 201면(鄭東潤 집필부분).

<sup>85)</sup> 위 견해는 모든 업무집행의 결정을 사원 또는 업무집행사원 과반수의 결의로 하여야 함을 전제하고 있다.

<sup>86)</sup> 姜熙甲, 113면.

<sup>87)</sup> MünchKommHGB/Rawert, § 115 Rdn. 9, 47; Wiedemann II, S. 339.

<sup>88)</sup> Ulmer in Großkomm. HGB, § 115 Rdn. 28.

<sup>89)</sup> A. Hueck, S. 123.

두 명이 공동업무집행사원으로 정해진 경우에, 이 두 명이 합의하면 통상업무는 진행할 수 있으나, 통상업무에 속하지 않는 업무는 전체 업무집행사원의 과반수의 결정에 따라야 한다. 따라서 업무집행사원 전원이 하나의 공동업무집행으로 묶여진 경우는 이들의 합의로 모든 업무집행을 할 수 있다.

2) 공동업무집행이라고 해서 공동업무집행사원들이 항상 공동으로 또는 동시에 행위하여야 하는 것이 아니라 공동업무집행사원 전원의 同意가 필요하다는 것이며, 이러한 동의는 사전 또는 사후 승인의 방법을 취할 수도 있다.<sup>90)</sup> 사전 승인은 업무의 종류 또는 범위를 구체적으로 정하여 주어질 수 있으나, 포괄적인 사전 승인은 공동업무집행의 취지를 몰각시키므로 허용되지 않는다.<sup>91)</sup>

#### (4) 遲滯의 念慮 — 單獨業務執行

1) 공동업무집행의 경우에 지체할 염려가 있는 때에는 각 업무집행사원은 단독으로 업무를 집행할 수 있다(상법 제202조 단서).<sup>92)</sup> ‘지체할 염려가 있는 때’를 ‘회사의 재산을 유지하기 위하여 지체없이 처리하여야 할 때’라고 하는 것은,<sup>93)</sup> 지나치게 좁게 해석한 것이며, ‘즉시 업무집행을 하지 않으면 회사에 손해가 생길 염려가 있는 때’라고 해야 할 것이다.<sup>94)</sup> 따라서 단독업무집행이 허용되려면, 업무집행을 지체하면 적지 않은 손해가 발생할 염려가 있거나, 회사가 이익을 낼 수 있는 기회를 상실하는 경우여야 하며, 공동으로 업무집행을 하는 모든 다른 사원의 의견을 제때에 물어볼 수 없는 상황이어야 한다.<sup>95)</sup> 다른 공동업무집행사원에게 물어보았으나 한 명의 사원이라도 동의를 거부한 경우는 지체의 염려가 있는 때가 아니다.<sup>96)</sup>

2) 상법 제202조 단서에 해당하는 규정이 共同代表에 있어서는 존재하지 않는

<sup>90)</sup> Wiedemann II, S. 339.

<sup>91)</sup> **주식 상법**, § 202 II, 201면(鄭東潤 집필부분); A. Hueck, S. 124.

<sup>92)</sup> 이를 흔히 ‘緊急業務執行(Notgeschäftsführung)’이라고 부르는데, 이것은 오해의 소지가 있다. 독일어 ‘Notgeschäftsführung’은 상법 제202조 단서의 경우뿐만 아니라, 독일 민법 제744조 2항에서 유추하여, 급박한 위험을 피하기 위하여 업무집행권한이 없이 조치를 취하는 것을 이른다(Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 114 Rdn. 34 참조). 국내에서는 후자에 관한 논의가 없다.

<sup>93)</sup> 鄭東潤, 750면(이것은 독일 민법 제744조 2항의 경우를 설명한 것이다).

<sup>94)</sup> 崔基元, 1096면; 李基秀 외, 621-622면.

<sup>95)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 115 Rdn. 37; A. Hueck, S. 125.

<sup>96)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB*, a.a.O.; A. Hueck, a.a.O.

다.<sup>97)</sup> 그런데 공동업무집행에 있어서는 공동업무집행사원들이 공동대표를 하는 것으로 정해지는 경우가 일반적일 것이다. 이때 지체할 염려가 있어서 업무를 단독으로 집행하는 것은 상법 제202조 단서에 의하여 내부관계에서는 허용되지만, 그것이 대표행위가 될 경우는 무권한의 대표행위로서 무권대리행위에 준하는 효력이 생길 뿐이다.<sup>98)</sup> 해당 업무집행이 내부관계에서 허용되는 것이라면, 다른 공동업무집행사원 겸 공동대표사원은 단독업무집행으로 인한 대표행위를 추인하여 온전한 상태로 만들어야 할 충실의무가 있다.<sup>99)</sup>

## VI. 業務執行에 대한 牽制

### 1. 異議權

#### (1) 異議權者

各社員이 업무집행을 하는 경우에 다른 사원은 異議를 제기할 수 있으며, 이때에는 그 행위를 즉시 중지하고 총 사원 과반수의 결의에 의하여 업무집행을 결정하여야 한다(상법 제200조 2항). 이러한 이의권은 업무집행권한에 속하며, 각 사원이 동등한 업무집행권한을 가지기 때문에 인정되는 것이다.<sup>100)</sup>

수인의 業務執行社員이 있는 경우에는 각 업무집행사원의 업무집행에 대하여 다른 업무집행사원은 異議를 제기할 수 있으며, 이때에는 업무집행사원 과반수의 결의에 의하여야 한다(상법 제201조 2항). 이의제기도 업무집행이므로, 업무집행권한이 있는 업무집행사원만이 이의를 제기할 수 있다.<sup>101)</sup> 업무집행권한이 있는 영역이 구분되어 있는 경우는 업무집행권한이 있는 영역에서만 이의를 할 수 있다.<sup>102)</sup> 共同業務執行의 경우는 이의제기도 공동으로 하여야 한다.<sup>103)</sup> 예컨대 업무집행사원 1, 2, 3 중에 1과 2가 공동으로 업무를 집행하고 3이 단독으로 업무를 집행하는 경우에, 3의 업무집행 행위에 대하여 공동업무집행사원 1과 2

97) 상법 제208조 참조.

98) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 115 Rdn. 39.

99) Ulmer in *Großkomm. HGB*, a.a.O.

100) A. Hueck, S. 125 f.

101) 權奇範, 219면; 鄭東潤, 749면.

102) A. Hueck, S. 127.

103) 崔基元, 1096면; 權奇範, 220면.

가 이의를 제기하려면, 1 과 2 는 이를 공동으로 하여야 한다.<sup>104)</sup> 그러나 지체할 염려가 있는 때에는 그러하지 아니하다(상법 제202조 단서).

이의제기에 관한 상법 규정은 임의규정이므로, 정관으로 다르게 정할 수 있다.<sup>105)</sup>

## (2) 異議의 提起

이의는 특정한 구체적인 업무집행 행위에 대하여 제기하여야 한다.<sup>106)</sup> 한 사원의 장래의 업무집행 행위에 대하여 포괄적인 이의를 제기하거나, 한 사원의 모든 업무집행 행위에 대하여 이의를 제기하는 것은, 그 사원의 업무집행권한을 제한하는 것이므로 허용되지 않으며, 이러한 목적을 위하여는 업무집행권한의 상실제도를 이용하여야 한다.<sup>107)</sup> 이의는 수령을 요하는 의사표시이므로, 문제의 업무집행 행위를 하는 사원에게 도달하여야 한다.<sup>108)</sup> 이의의 내용은 해당 행위를 중지할 것을 요구하는 분명한 것이어야 하며, 이유를 밝힐 필요는 없으나 상대방이 설명을 요구하면 이에 응하여야 한다.<sup>109)</sup>

이의는 통상업무의 경우에만 제기할 수 있다. 이와 다른 취지의 견해가 있다.<sup>110)</sup> 그러나 통상업무가 아닌 업무의 경우는 업무집행권한이 있는 사원의 과반수의 결의에 의하여 집행하는 것인데, 여기에 이의를 제기한다 해도, 다시 업무집행권한이 있는 사원 과반수의 결의에 의하여 동일한 결과가 나올 것이므로, 이의를 할 실익이 없다.

이의가 제기되면, 그 업무집행을 하는 사원의 해당 업무집행에 대한 업무집행권한이 박탈된다.<sup>111)</sup> 이러한 이의제기의 효과 때문에 이의는 대상 업무집행이 완료되기 전에 제기되어야 한다.<sup>112)</sup> 이의제기에도 불구하고 업무집행을 계속하는 것은 회사와 다른 사원에 대한 선관의무에 위반하는 것이며, 손해배상책임을 발생시킨다.<sup>113)</sup> 주의할 것은 이의제기는 해당 업무집행에 대한 업무집행권한만을

104) 權奇範, 220면.

105) 崔基元, 1096면; 權奇範, 219면.

106) 崔基元, 1096면.

107) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 115 Rdn. 13; A. Hueck, S. 126.

108) A. Hueck, S. 128.

109) A. Hueck, a.a.O.

110) 權奇範, 219면.

111) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 115 Rdn. 6.

112) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 115 Rdn. 19; A. Hueck, S. 129.



박탈하는 것이므로, 이의제기에도 불구하고 업무집행을 계속할 경우에 그 행위의 외부관계에서의 효력, 즉 대표행위의 효력은 상법 제209조 제2항에 의한다.<sup>114)</sup>

## 2. 業務監視權

### (1) 各 社員의 業務監視權

상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제710조에 의하면 각 사원은 언제든지 회사의 업무 및 재산상태를 검사할 수 있다. 이를 업무감시권이라 한다. 흔히 업무집행권이 없는 사원이 갖는 권리로 설명되고 있으며,<sup>115)</sup> 법이 업무집행권이 없는 사원을 보호하기 위하여 특별히 인정한 것이라는 견해도 있으나,<sup>116)</sup> 이 업무감시권은 모든 사원이 갖는 권리이다. 업무집행사원이라 하더라도 업무집행영역이 나누어져 있는 경우는 자신의 업무영역 이외의 회사의 업무와 재산상태를 알 수 있어야 한다. 또한 이 권리는 사원지위에서 가지는 권리이며, 업무집행권이 없는 것에 대한 보상물로 주어지는 것이 아니다.<sup>117)</sup>

### (2) 強行性

업무감시권은 합명회사의 사원이 사원지위에서 가지는 권리로서 정관에 의하여도 剝奪할 수 없다는 것이 通說이다.<sup>118)</sup> 다만 정관에 의하여 制限할 수 있는가에 관하여 학설의 대립이 있다. 否定說은<sup>119)</sup> 논거를 밝히지 않고 있으나, 肯定說은<sup>120)</sup> 업무집행의 원활을 위하여 제한이 가능하다고 한다. 긍정설이 옳다. 회사의 규모가 커지면, 즉 영업의 규모가 커지거나 사원의 수가 많아지면, 모든 사원이 업무감시권을 갖는 것은 효율적이지도 않고 바람직하지도 않다. 이러한 경우에는 監視機關을 만들어서 여기에 업무감시권을 주는 것이 좋을 것이다. 말하자

<sup>113)</sup> Wiedemann II, S. 337.

<sup>114)</sup> 同旨: 權奇範, 219면. 대외적으로 항상 유효하다는 견해가 있으나(鄭東潤, 749면), 우리 상법 제209조 2항과 이에 해당하는 독일 상법 제126조 2항의 규정이 다른 점을 간과한 듯하다.

<sup>115)</sup> 崔基元, 1097면; 鄭燦亨, 165면; 權奇範, 217면; 李基秀 외, 622면; 林泓根, 848면; 鄭熙喆, 329면.

<sup>116)</sup> 鄭熙喆, 329면; 崔基元, 1097면; 李基秀 외, 622면.

<sup>117)</sup> 同旨: 民법주해 XVI, 채권(9), 제710조 II, 103면(金載亨 집필부분).

<sup>118)</sup> 異說 없음.

<sup>119)</sup> 林泓根, 848면; 崔竣曠, 742면.

<sup>120)</sup> 崔基元, 1097면. 結論 同旨: 民법주해, 上同

면 정관에 의하여 監事를 두는 것인데, 이것이 허용되지 않는다고 하는 것은 회사제도의 발전을 막는 것이다. 또한 모든 사원에게 제한 없이 회사의 중요 정보에 대한 접근권을 주는 것 역시 현대 사회에서는 인용되기 힘들다. 사원의 회사에 대한 충실의무만 믿기보다는 어느 정도 통제를 하는 것이 현명한 처사이다.

### 3. 業務執行權限의 喪失宣告

#### (1) 制度의 趣旨

사원이 업무를 집행함에 있어서 현저하게 부적임하거나 중대한 의무위반행위 가 있는 때에는 법원은 사원의 청구에 의하여 업무집행권한의 상실을 선고할 수 있다(상법 제205조 1항). 이 제도의 취지는 다음과 같이 설명할 수 있다.

사원의 업무집행권한을 박탈하는 방법으로 생각해볼 수 있는 것은 그 사원을 업무집행을 하는 사원의 지위에서 해임하는 것이다. 조합에 있어서는 업무집행자인 조합원을 다른 조합원의 일치에 의하여 해임할 수 있는데(민법 제708조), 이 규정을 합명회사에 준용하는 것을 생각해 보자. 그런데 해임의 경우는 두 가지 문제가 있다. 우선 해임당한 사원이 해임결정에 불복하여 재판으로 갈 경우에 사원들과 영업은 불안정한 상태에 놓이게 된다.<sup>121)</sup> 또한 사원도 업무집행사원에서 언제 해임될지 모르는 불안한 상태에 있게 된다. 특히 합명회사에 있어서는 회사에 참여하는 것이 사원의 생업인 경우가 많으므로, 업무집행사원의 보호는 중요하다.<sup>122)</sup> 이러한 문제가 조합에 있어서는 그리 흔하지도 않고, 그 피해도 크지 않을 수 있다. 그러나 합명회사에 있어서 이러한 문제들은 심각한 결과를 낳을 수 있다. 그래서 업무집행권한의 박탈을 사원들이 아닌 법원이 결정하도록 하는 제도가 상법 제205조에 의한 업무집행권한의 상실선고 제도이다.<sup>123)</sup> 이에 대하여 업무집행사원의 해임이나 정관의 변경은 해당 사원을 포함한 총 사원의 동의가 있어야 하는데 해당 사원이 동의하지 않을 것이기 때문에 상법 제205조가 있는 것이라는 견해가 있다.<sup>124)</sup> 그러나 총 사원의 동의가 필요하다고 하더라도, 해당 사원은 특별이해관계인이므로, 그를 제외한 다른 사원 전원의 동의로 족하기 때문에, 이 견해의 논거는 잘못된 것이고, 다른 사원의 이익만을 고려하고 해당 사

121) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 117 Rdn. 1; *MünchKommHGB/Jickeli*, § 117 Rdn. 1.

122) *MünchKommHGB/Jickeli*, a.a.O.; A. Hueck, S. 146.

123) Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 117 Rdn. 2; A. Hueck, a.a.O.

124) 金教昌, 위의 글, 364면.

원의 이익을 무시하는 것은 바람직하지 않다.

## (2) 業務執行權限의 剝奪

상법 제205조는 사원의 업무집행권한을 박탈하는 경우에 적용된다. 즉 지배인 등 제 3 자에게 업무집행을 위임한 경우는 업무집행권한을 가진 사원(들)이 위임 또는 고용관계를 해지함으로써 업무집행권한을 박탈할 수 있다.

업무집행권한을 상실하면 대표권한도 상실한다.<sup>125)</sup> 반대로 상법 제216조에 의하여 대표권한을 상실하더라도 업무집행권한을 상실하는 것은 아니다.

상법 제205조는 임의규정이므로, 정관으로 달리 정할 수 있다. 예컨대 업무집행권한 상실선고를 청구하기 위하여 필요한 요건(업무를 집행함에 현저하게 부적임, 중대한 의무에 위반한 행위)을 달리 정하는 것은 물론이고, 법원의 선고 없이 사원의 결의만으로 업무집행권한을 박탈할 수 있도록 정할 수 있다.<sup>126)</sup>

사원의 업무집행권한의 박탈은 업무를 집행하는 사원에 관한 정관 규정의 변경을 초래한다. 따라서 업무집행권한의 상실선고는 形成判決이다.<sup>127)</sup> 판결이 나면, 사원들은 정관을 변경하여 새로운 업무집행체제를 만들어야 한다.<sup>128)</sup> 정관의 변경에는 업무집행권한을 박탈당한 사원의 동의도 있어야 한다.<sup>129)</sup> 그는 업무집행권한을 박탈당하였을 뿐이지 사원지위는 갖고 있기 때문이다.

## (3) 請求權者

상법 제205조가 단순히 ‘社員의 청구’라고 하고 있어서 청구권자가 누구인지에 관하여 학설이 대립한다. 판례의 입장은 분명하지 않으나, 권한상실선고 대상사원을 제외한 나머지 사원 3인 중에 2인이 청구한 업무집행권한 상실선고 사건에서 청구권자의 자격을 문제삼지 않았다.<sup>130)</sup> 다른 사원 전원의 동의에 의한 청구가 있어야 한다는 견해는, 인적회사의 의사결정은 원칙적으로 총사원의 동의를 요한다는 점과 상법 제205조 제 1 항에서 제200조와는 달리 ‘각 사원’이라고 하지

125) Wiedemann II, S. 348.

126) 崔基元, 1094면; 鄭燦亨, 163면; 姜熙甲, 113면; 鄭東潤, 748-749면. 同旨: 權奇範, 220면.

127) 주석 상법, § 205 III 2, 208면(鄭東潤 집필부분).

128) 업무집행권한의 상실선고가 정관변경을 강요해서는 안된다는 대법원 1977. 4. 26. 선고, 75다1341 판결은 업무집행권한 상실선고의 효과를 잘못 이해하고 있다.

129) MünchKommHGB/Jickeli, § 117 Rdn. 77.

130) 대법원 1977. 4. 26. 선고, 75다1341 판결.

않은 점을 근거로 든다.<sup>131)</sup> 다른 사원의 과반수로 충분하다고 하는 견해는, 업무집행권한 상실선고의 청구는 원칙적으로 다른 사원 과반수의 결의를 필요로 하는 비통상업무이고, 보다 중한 제명선고의 청구도 다른 사원 과반수의 결의에 의한다(상법 제220조 1항)는 점을 근거로 든다.<sup>132)</sup> 한편 업무집행권한 상실선고는 제명선고에 비하여 가벼운 제재이므로 다른 사원 각자가 청구할 수 있다는 견해도 있다.<sup>133)</sup> 생각건대 업무집행권한 상실선고에 의하여 정관이 변경되는 효과가 발생하는데 권한상실선고의 청구가 업무집행에 속하는 행위라고 할 수는 없으며,<sup>134)</sup> 제명선고의 청구를 다른 사원 과반수의 결의에 의하도록 한 상법 규정은 합명회사의 본질에 반하는 것으로서 개정되어야 마땅한 규정이다. 또한 업무집행 사원을 선임할 때에 사원 전원의 동의로 하였으므로, 그 업무집행권한의 박탈도 사원 전원의 합의로 하는 것이 타당하다. 따라서 업무집행권한 상실선고는 대상 사원을 제외한 나머지 사원 전원의 동의에 의한 청구가 있어야 할 것이다.

#### (4) 唯一한 業務執行社員의 業務執行權限 喪失宣告

1) 업무집행사원이 1인뿐인 경우에 그에 대한 업무집행권한 상실선고가 가능한지에 관하여 학설의 대립이 있다. 업무집행사원이 수인인 경우에 그 전부에 대하여 업무집행권한 상실선고가 청구된 때도 마찬가지이다. 肯定說은 不適任인 업무집행사원을 방치하게 되면 다른 사원과 회사채권자 모두에게 불이익을 주는 것이 되어 부당하고 업무집행권한 상실제도의 취지를 몰각시키는 것이라고 한다.<sup>135)</sup> 否定說은 합명회사에서 유일한 업무집행사원의 업무집행권한을 박탈하면 그 회사는 운영불능의 상태가 되고, 이는 업무집행권한 상실선고 제도의 취지에 반한다고 한다.<sup>136)</sup> 大法院은 무한책임사원이 1인뿐인 합자회사의 업무집행사원에 대한 권한상실선고 사건에서 “업무집행사원의 권한상실선고 제도는 회사의 운영에 있어서 장애사유를 제거하는데 목적이 있고 회사를 해산상태로 몰고 가자는데 목적이 있는 것이 아니므로 무한책임사원이 1인뿐인 합자회사에서 업무

131) 崔基元, 1094면. 同旨: 姜熙甲, 114면; 鄭東潤, 748면.

132) 權奇範, 220면.

133) 金教昌, 위의 글, 365면.

134) *MünchKommHGB/Rawert*, § 114 Rdn. 9; *Sudhoff/Buß*, § 9 Rdn. 40.

135) 權奇範, 221면; 姜熙甲, 114면; 鄭東潤, 748면; 崔基元, 1094면; 金教昌, 위의 글, 368-369면. 同旨: 崔竣禧, 741면.

136) 鄭燦亨, 162면.

집행사원에 대한 권한상실선고는 회사의 업무집행사원 및 대표사원이 없는 상태로 돌아가게 되어 권한상실제도의 취지에 어긋나게 되어 회사를 운영할 수 없으므로 이를 할 수 없다”고 하였다.<sup>137)</sup> 대법원의 이 판결을 유일한 업무집행사원의 업무집행권한 상실선고를 부정한 판례로 보는 견해가 있으나,<sup>138)</sup> 이는 옳지 않다. 이 판결은 무한책임사원이 1인뿐인 합자회사에서 그 무한책임사원의 업무집행권한을 박탈하는 것을 부정한 것이다. 합자회사에 있어서는 상법 제278조에 의하여 유한책임사원의 업무집행이 금지되고 있으므로, 무한책임사원이 업무집행권한을 상실하게 되면, 업무집행의 공백상태가 되기 때문에 유일한 업무집행사원의 업무집행권한 상실선고를 할 수 없다는 결론이 나올 수도 있다.<sup>139)</sup> 그러나 합명회사에 있어서는 유일한 또는 모든 업무집행사원의 업무집행권한을 박탈하더라도 업무집행을 할 수 있는 다른 사원이 남아 있으므로, 위 사건의 합자회사와 같은 상황이 발생하지 않는다.<sup>140)</sup> 마찬가지로 이유로 부정설의 논거도 잘못되었다.

2) 유일한 또는 모든 업무집행사원의 업무집행권한이 박탈되고 나면, 회사는 업무집행사원이 없는 상태가 된다.<sup>141)</sup> 그렇다고 해서 상법 제200조가 적용되는 것은 아니다. 왜냐하면 정관, 즉 사원들의 원래의 의도는 업무집행사원으로 하여금 업무집행을 하도록 하는 것이었으므로, 업무집행사원이 없다고 해서 각 사원이 단독업무집행을 하는 것은 사원들의 의사에 어긋나는 것이다. 따라서 업무집행사원이 없는 상태는 업무집행방법에 대한 결정이 없는 상태, 즉 업무집행방법에 관한 한 정관의 정함이 없는 상태, 말하자면 정관의 작성 이전의 상태와 같다. 그러므로 사원 전원의 합의에 의하여 업무집행을 하여야 하며, 업무집행권한 상실선고에 의하여 업무집행권한을 박탈당한 사원도 함께 하여야 한다.<sup>142)</sup> 왜냐하면 이때의 업무집행은 업무집행권한에 의한 공동업무집행이 아니라 사원의 지위에서 회사의 업무를 처리하는 것이기 때문이다.<sup>143)</sup> 이와 달리 업무집행권한을

137) 1977. 4. 26. 선고, 75다1341 판결. 이 사건의 사실관계와 소송의 경과에 대하여는 金敎昌, 위의 글, 362-363면 참조.

138) 鄭燦亨, 162면.

139) 이 결론이 타당하다는 것은 아니다.

140) 同旨: 姜熙甲, 114면.

141) 金敎昌, 위의 글, 367면은 유일한 업무집행사원이 권한상실선고를 받으면, 어떻게 하든 새로운 업무집행사원을 내세우면 된다고 한다. 그러나 이러한 설명은 문제를 잘못 이해한 것이다. 문제는 새로운 업무집행사원을 정할 때까지의 공백기에 업무집행을 누가 어떻게 하느냐 하는 것이다.

142) 독일의 通說.

박탈당한 사원을 제외한 다른 사원 전원이 공동으로 업무집행을 한다는 견해는<sup>144)</sup> 그 논거를 알 수 없다.

## VII. 맺는 말

합명회사의 지배구조는 종래에 합명회사의 ‘업무집행’이라는 주제 아래 설명되어 왔다. 합명회사의 업무집행에 관한 기존의 설명은 여러 가지 이유로 많이 부족하다. 전체적으로 인적회사에 대한 연구가 부족한 것이 한 이유이고, 오래 전의 연구성과를 더 이상의 고찰 없이 답습해온 것이 또 다른 이유이다. 이렇게 된 것은 우리나라에 인적회사의 수가 많지 않으며, 그 결과 인적회사에 관한 실무경험과 판례의 축적이 미미하다는 데에 그 원인이 있을 것이다. 인적회사에 대한 연구가 적다 보니 인적회사법의 발전도 없었고, 이것이 회사의 형태로 인적회사를 기피하는 하나의 이유가 되었을 것이다. 회사형태를 선택함에 있어서 회사의 지배구조는 중요한 요소이다. 인적회사 중에서도 기본이 되는 합명회사의 업무집행의 기본틀을 살펴보고자 한 것이 이 글의 목적이었다. 업무집행의 개념 정립부터 시작하여 인적회사의 지배구조의 핵심인 자기기관의 원칙을 살펴보았다. 그리고 각 사원이 업무를 집행하는 경우와 업무집행사원이 정해진 경우를 보았고, 업무집행에 대한 견제수단들을 고찰하였다. 이 글에서 중점을 둔 것은 기존의 문헌에서 설명하고 있는 내용들을 검토한 것이다. 기본적인 설명은 가능한 한 배제하고 학설의 대립이 있는 사항과 잘못 이해되고 있는 내용들을 지적하고 의견을 제시하였다. 또 한번 절실히 느낀 점은 우리나라에서 인적회사에 대한 이해가 아직 많이 부족하다는 사실이다. 이 글이 인적회사에 대한 연구에 작은 보탬이 되기를 바란다.

주제어: 합명회사, 인적회사, 업무집행, 자기기관

<sup>143)</sup> Ulmer in *Großkomm. HGB*, § 117 Rdn. 19a, 75a; *MünchKommHGB/Jickeli*, 2004, § 117 Rdn. 7, 78.

<sup>144)</sup> 崔基元, 1094면; 鄭東潤, 748면; 姜熙甲, 114면; 崔竣璿, 741면.

<Zusammenfassung>

## Geschäftsführung der OHG

Sang-Geun Park\*

Die *Geschäftsführung* ist jede auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft. Die Geschäftsführung beschränkt sich nicht auf die Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, sie umfaßt vielmehr auch ungewöhnliche Geschäfte. Nicht zur Geschäftsführung gehören dagegen Handlungen, die die Grundlage der Gesellschaft selbst oder Beziehungen der Gesellschafter zueinander betreffen.

Der für die Personengesellschaften maßgebende *Grundsatz der Selbstorganschaft besagt*, dass die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung den Gesellschaftern vorzubehalten ist. Der Sinn und Zweck des Grundsatzes der Selbstorganschaft läßt sich aus Schutzinteressen erklären: Die unbeschränkt haftenden selbst sollen zu ihrem Schutz die Unternehmensleitung in der Hand behalten; das Zusammentreffen von Unternehmensleitung und unbeschränkter Haftung sichert die Mitgesellschafter und den Rechtsverkehr gegen vermeidbare Fehlentscheidungen des Managements.

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Trotzdem liegt kein Dienstverhältnis vor, sondern das *Pflichtrecht* zur Geschäftsführung ist Ausfluß der Mitgliedschaft bei der OHG und hat seine Grundlage im Gesellschaftsvertrag. Auf den Rechten und Pflichten der Geschäftsführer gilt das Auftragsrecht entsprechend. Jeder Geschäftsführer ist für alle Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung zuständig (*Einzelgeschäftsführung*). Für die Vornahme *außergewöhnlicher Geschäfte* ist ein Mehrheitsbeschluß aller geschäftsführenden Gesellschafter nötig. Ordnet der Gesellschaftsvertrag an, dass die geschäftsführenden Gesellschafter nur gemeinsam handeln dürfen, ist für jedes Geschäft die Zustimmung aller geschäftsführenden

---

\* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

Gesellschafter erforderlich, es sei denn, es bestünde Gefahr in Verzug (*Gesamtgeschäftsführung*).

Jeder Geschäftsführer kann einzelnen Maßnahmen anderer Geschäftsführer widersprechen (*Widerspruchsrecht*). Es dient dazu, den geschäftsführenden Gesellschaftern Mitsprache und gleichberechtigten Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft zu sichern. Die Geschäftsführungsbefugnis kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung vorliegt (*Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis*). Sie kann — entgegen h. M. — auch dem einzig Befugten entzogen werden.

Schlüsselwörter: OHG, Personengesellschaft, Geschäftsführung, Selbstorganschaft