

# 支配人制度에 관한 小考

崔 基 元

……………〈目 次〉……………	
I. 序	V. 表見支配人
II. 支配人의 代理權	VI. 支配人의 不作爲義務
III. 代理權의 不可制限性	VII. 結 言
IV. 共同支配	

## I. 序

企業의 規模가 확대되고 그 내용이 복잡하게 되면 商人은 企業補助者를 필요로 하게 된다. 더욱이 商去來의 圓滑 및 신속한 締結과 履行이 요청되는 오늘날 商人은 그의 營業을 부분적으로 代理 또는 補助하는 사용인 만으로는 불충분하여 企業의 目的을 달성할 수 없게 되었다. 그리하여 근대적인 企業은 그들의 營業全般에 관하여 포괄적인 代理權을 갖고 보조하는 人的施設을 확보하지 않으면 안되게 된 것이다.

이상과 같은 요청에 적응하기 위하여는 물론 民法(第 114 條—第 136 條)에도 代理에 관한 규정이 풍부하게 존재하지만 이러한 民法上의 규정만으로는 商去來의 특수한 需要(den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs)를 충족시키기에는 불충분하다.<sup>(1)</sup> 그리하여 商法은 營業主의 營業에 관하여 포괄적인 代理權을 갖는 支配人(Prokurist)制度를 확립하고 있는 것이다(商法 第 10 條—第 14 條). 商人은 이러한 포괄적인 代理權을 갖는 支配人을 선임하여<sup>(2)</sup> 그에게 대외적으로 광범한 권한을 주어 去來를 할 수 있도록 하므로써 營

筆者 : 서울大學校 商科大學 附設 韓國經營研究所 研究員, 서울大學校 商科大學 助教授.

- (1) 民法에 의하면 代理의 방식에 있어서 顯名主義를 채용하고 있기 때문에 代理人의 意思表示가 본인에 대하여 효력이 생기려면 반드시 권한내에서 本人을 위하여 한다는 것을 表示하여야 하며(第 114 條), 또한 代理關係가 순전히 人的關係로 파악되고 있기 때문에 本人이 死亡하는 경우에 代理權이 消滅한다(第 127 條 1 號).
- (2) 小商人은 支配人을 선임할 수 없으며(商法 第 9 條), 完全商人에 의하여 선임된 支配人도 營業規模가 小商人化한 때에는 支配人은 終任한다.

業主인 商人은 배후에서 그의 營業全般을 지휘할 수 있을 뿐만 아니라, 營業의 活動領域을 확대시킬 수 있는 것이다.

또한 法律上的의 포괄적인 代理權을 갖는 支配人과 거래하는 第三者는 代理權의 有無나, 그 범위를 확인할 필요없이 안심하고 거래를 할 수 있으므로 去來의 安全(Verkehrssicherheit)과 신속한 去來의 締結(Rascher Geschäftsabschluß)을 도모할 수 있게 된다.

支配人制度는 中世市場去來時代에 各國의 商人에 의하여 시장에 파견된 代理人이 代理人登記簿에 등기하여 고객들로 하여금 代理關係의 豫測을 용이하게 한 것으로부터 시작되어 근대적 제도로써 이를 확립한 것은 獨逸舊商法으로서 오늘날 獨逸法을 계수한 국가에만 존재하며 佛法과 英美法系에서는 찾아 볼 수 없다.

우리나라에는 李朝時代에 존재하던 差人制度가 支配人制度와 類似한 性格을 갖이고 있었다고 할 수 있다. 그 당시에 差人은 營業主라고 할 수 있는 錢主에 예속하여 營業에 관한 代理權을 가졌었고 경우에 따라 差人の 代理權이 광범위하였으며, 地方에서 파견된 差人은 商業帳簿에 錢主의 성명을 표시하지 않고 差人自身の 성명만을 표시하여 거래하는 관습이 있었다고 한다.<sup>(3)</sup>

## II. 支配人の 代理權

商法은 第三者에 대한 支配人の 代理權範圍에 관하여 第11條 1項에서 「支配人は 營業主에 갈음하여 그 營業에 관한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 수 있다」고 규정하고 있다.<sup>(4)</sup> 이와 같이 支配人の 代理權은 代表社員(商法 第208條), 船舶管理人(商法 第761條) 및 船長의 경우(商法 第773條 1項)와 마찬가지로 法律에 의하여 객관적으로 定型化되어 있는 것이다.

商法 第11條 1項에서 代理權에 관하여 「營業에 關한」이라고 규정하고 있는 것은 어떠한 制限的인 성격이 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 營業에 관한 行爲인가 아닌가 하는 문제는 客觀的이고 抽象的으로 어떠한 行爲가 일반적으로 營業에 관한 行爲로 볼 수 있느냐 없느냐에 따라서 결정된다고 할 수 있다. 그러므로 支配人の 主觀的 意圖와는 관계가 없는 것이다. 그 결과 支配人이 自己의 遊興費 調達이나 기타 개인적인 目的을 위

(3) 鄭熙喆, 新商法要論(上) p.76.

(4) Thöl은 支配人이란 營業主에게는 第二의 自己(alter ego), 또는 營業主와의 사이에 2개의 形狀을 갖인 사람(Doppelgänger)과 같은 지위에 있는 것이라고 표현하고 있다. (Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1958, 8. Aufl. §21 I. 2. S.130)

하여 한 行爲라도 營業主에 대하여 효력이 있는 것이다.<sup>(5)</sup> 오히려 支配人은 營業主의 동일한 商號로서 하는 한 現存하는 營業과 전혀 다른 營業行爲로 할 수 있는 것이다.<sup>(6)</sup> 그러므로 예를들어 포도酒商의 支配人은 營業主를 위하여 毛織에 관하여 投機行爲를 할 수 있고 또 메추리도 구입할 수 있는 것이다. 또한 支配人은 支店의 設置를 확대할 수 있고 변경시킬 수 있으며 營業主의 부담으로 贈與나 金錢借入行爲도 유효하게 할 수 있는 권한이 인정된다.<sup>(7)</sup> 支配人은 裁判上 訴訟當事者의 資格은 인정되지 않지만 어떠한 審級의 法院에서든지 營業主의 訴訟代理人이 될 수 있고(民訴 第 80 條), 辯護士에게 訴訟委任을 할 수 있는 권한이 인정된다.

그러나 支配人의 營業에 관한 행위는 營業의 存在가 우선 前提要件이 되어야하기 때문에 支配人은 營業自體를 停止시키는 行爲로서 營業의 讓渡(Veräußerung des Geschäfts), 商號의 廢止(Löschung der Firma) 및 破産申請(Konkursantrag) 등은 할 수 없는 것이다.

더욱이 行爲의 性質로 보아 營業主의 私的領域(private Sphäre)에만 국한되는 結婚, 養子入籍等의 親族法上 또는 相續法上의 行爲는 支配人의 권한에서 제외된다. 그러나 이러한 行爲의 代理도 그 性質에 따라 營業主의 特別한 授權에 의하여 가능할 수 있는 것이다.

또한 支配人이 第三者를 營業에 參加시키는 경우로서 無限責任社員이나 有限責任社員의 入社나 匿名組合員을 營業에 끌어 드리는 行爲는 營業과는 직접적인 관련이 없고 그것은 다만 營業의 組織自體에 관한 행위라고 할 수 있으므로 支配人의 權限外에 行爲라고 할 수 있는 것이다.<sup>(8)</sup>

支配人은 자기의 동등한 지위의 商業使用人인 支配人을 선임하지 못한다.<sup>(9)</sup> 그것은 商法 第 10 條에서 支配人의 選任權限이 商人에게 있다는 것을 규정하고 있으며 商法 第 11 條 II 項 규정의 해석으로서도 명백하다고 할 수 있다. 그러나 支配人은 自己 다음가는 部分的 包括代理權을 갖는 使用人이나 物件販賣店舖의 使用人을 선임할 수 있음은 물론이다.

또한 財産目錄과 貸借對照表에 記名捺印은 商法 第 30 條 III 項에서 帳簿의 作成者인 商人이 한다는 것을 규정하고 있으므로 支配人의 權限에 속하지 않는다.

이 밖에도 獨逸商法 第 49 條 II 項(Immobiliarklausel)에서는 土地의 讓渡와 負擔에 관한

(5) 大判 1955. 3. 10 民上 292 號 : 銀行의 支配人이 個人用途에 소비할 의도로 돈을 借用하고 支配人資格을 冒用하여 約束어음을 발행한 경우에도 그 相對方이 그 情을 알지 못하는 한 은행은 그에 대항하지 못한다.

(6) Gierke, op. cit. § 21 III. S. 131.

(7) RGZ 125, 381.

(8) Schlegelberger, HGB. 4 Aufl. § 49 II. 2.

(9) 더욱이 獨逸商法 第 25 條 II 項에서는 支配權의 讓渡가 불가능하다는 것을 규정하고 있다.

行爲는 包括的인 代理權과는 관계없이 별도로 支配人에게 그 권한이 수여된 때에 한하여 할 수 있다고 制限的으로 규정하고 있지만,<sup>(10)</sup> 우리나라 商法에는 이것과 相應하는 규정이 없으므로 韓國商法上에 支配人の 권한은 獨逸商法上의 支配人보다 營業主를 위한 代理權이 더욱 광범위하다고 할 수 있는 것이다. 그러므로 支配人과 去來하는 第三者는 營業主의 營業에 관한 行爲는 무엇이든지 支配人과 안심하고 去來할 수 있다고 하겠으나 營業主로서는 그의 증대한 이익이 침해될 수 있는 가능성이 크다고 할 수 있는 것이다.

### Ⅲ. 代理權의 不可制限性

商法 第 11 條 Ⅲ項에서는 支配人の 代理權에 대한 制限으로 선의의 第三者에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다. 그 때문에 支配權은 특정한 行爲(gewisse Geschäfte)나 特定種類의 行爲(gewisse Arten von Geschäften)에 한정한다든가 혹은 특정한 경우(nur unter gewissen Umständen), 또는 특정한 時期 및 장소에서만 할 수 있다는 制限은 第三者에 대하여 대항할 수 있는 效力이 없는 것이다.<sup>(11)</sup> 그러므로 支配人이 契約을 체결함에 있어서 그 내용이 營業主의 指示에 일치하는가의 문제는 契約의 효력에 영향을 미치지 못하며 支配人이 그의 代理權範圍內에서 한 이상 그 契約은 營業主와 第三者 사이에 유효하게 성립되므로 營業主나 第三者도 支配人이 內部關係에 있어서 營業主의 指示에 合致되지 않는다는 것을 주장할 수 없는 것이다. 그러나 이때에 營業主는 내부적인 代理權에 制限을 위반한 支配人을 解任시킬 수 있고 또 損害賠償請求權을 행사할 수 있음은 물론이다.

商法에서 第三者에 대한 代理權의 不可制限性을 강조하고 있는 이유는 去來의 수요가 증가함에 따라 支配人과의 去來를 용이하게 하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 第三者로 하여금 支配人の 代理權에, 혹시 營業主와의 사이에 특별한 約定에 의하여, 制限이 없는가 하는 것에 대한 調査業務를 지운다면 그것은 立法趣旨에 어긋나는 것이라고 할 수 있는 것이다. 그 때문에 원칙적으로 去來相對方의 過失이나 증대한 過失에 의한 不知까지도 去來에 대하여 아무런 영향을 미치지 못하게 된다.<sup>(12)</sup> 그러나 第三者가 惡意로 支配人과 모의에 의하여 代理權에 대한 制限을 알고도 營業主에게 損害를 주기 위하여 支配人の 代理權을 惡用하였을 때는 惡意에 대한 抗辯으로서 民法 第 750 條에 의한 損害賠償請求로

(10) 이 규정은 支配人の 權限을 制限하는 유일한 것으로서 土地所有者를 보호하려는 데 목적이 있는 것이다.

(11) 이에 관하여 獨逸商法 第 50 條 Ⅱ項에서 명확하게 규정하고 있다.

(12) Schlegelberger, HGB. § 50 Anm. 2; vgl. RG 57, 389.

대항할 수 있는 것이다. (13)

#### IV. 共同支配

營業主는 數人의 支配人으로 하여금 代理權을 共同으로 행사하게 할 수 있다(商法 第 12條 I項). 이러한 支配權의 形態를 共同支配權(Gesamtprokura)이라고 한다. (14) 共同支配權의 本質은 數人의 支配人이 원칙적으로 共同으로만 營業主를 위한 행위를 할 수 있다는 점에 있는 것이다. 그러므로 營業主를 위하여 第三者에 대하여 意思表示를 할 때에도 共同支配人 全員이 共同으로 하지 않으면 안된다. (15) 이것은 결코 支配人의 代理權 自體를 制限하는 것이 아니라 다만 代理權을 共同으로 행사하는 것이라고 할 수 있기 때문에 共同支配人도 商法 第 11條 I項에서 규정하는 포괄적인 代理權이 있는 것이다.

共同支配權의 行使는 반드시 모든 共同支配人이 동시에 行爲를 하여야 할 필요는 없는 것이다. (16) 즉 數人의 共同支配人이 순차적으로 意思表示를 하여도 되는 것이다. 그것은 또한 반드시 다른 共同支配人의 同意가 第三者인 契約相對方에게 명백하게 표시될 필요는 없으며 오히려 共同支配人中에 1人이 먼저 意思表示를 하고 후에 다른 共同支配人이 前者에게 그 意思表示를 追認하여도 되는 것이다. (17) 그러나 이와 같은 共同支配權行使를 위한 前提要件은 前者의 意思表示가 대외적으로 완전한 契約內容(fertige vertragserklärung)이어야 하며 단순한 하나의 案으로는 불충분하다. 또한 行爲者인 前者의 意思表示가 다른 共同支配人의 追認當時에도 유효하게 존속하여야 한다. 그 이유는 共同支配人은 원칙적으로 공동으로만 意思表示를 하여야 된다는 데서 찾을 수 있는 것이다. 그러므로 共同性의 存在는 어떠한 경우에는 동일한 時點에서 확정될 수 있으면 되는 것이다.

共同支配權은 數人に 授與될 때에 비로서 유효하게 성립될 수 있으므로 1人의 支配人을 단순히 共同支配人이라고 한다면 이미 선임된 共同支配人이 어떤 支配人과 공동으로 행위를 하여야 된다는 것이 불확실한 경우는 共同支配人의 選任은 그 效力이 인정될 수

(13) Gierke, op. cit. S. 132.

(14) 이 制度는 먼저 설명한 바와 같이 營業主를 위한 支配人의 代理權이 극히 광범위하기 때문에, 代理權을 濫用 또는 濫用하는 것을 방지하고 신중한 意思表示를 하게 하므로써 營業主를 보호하려는 데 목적이 있는 것이다.

(15) 裁判上의 行爲에 대하여는 同代理가 인정되지 않으므로 各者가 當事者를 代理한다(民訴 第84條).

(16) RGZ 81, 325.

(17) 이에 대한 우리나라 學界의 지배적인 立場은, 意思表示를 동시에 할 필요는 없으나 共同으로 하여야 하고, 共同支配人 相互間의 同意 또는 追認으로는 부족하다고 한다.

없으며 그登記도 허용될 수 없는 것이다.<sup>(18)</sup> 그러나 獨逸의 判例가 인정하는 바와 같이 1人의 代表社員만이 있는 合名會社나 1人의 代表理事만이 있는 有限會社나 株式會社에서 1人의 支配人을 선임하여 유일한 會社代表와 共同으로만 行爲를 할 수 있도록 정하는 것은 허용될 수 있을 것이다.<sup>(19)</sup> 위의 경우에 支配人의 代理權은 그 行使가 制限된다고 할 수 있으나 會名會社의 代表社員이나 有限會社와 株式會社의 代表理事는 단독으로 支配人과는 관계 없이 會社를 代表할 수 있음은 물론이다.

共同支配權이 2人의 支配人에게 수여될 경우에 그중 1人의 支配人이 死亡하거나 解任되었을 때에 남은 1人의 支配人은 그에게 이미 援權되었든 受動的代理行爲에는 영향을 미치지 아니한다. 그러나 이 경우에 중요한 문제는 이제 남은 1人의 支配人이 營業主를 위하여 단독으로 能動的代理行爲를 할 수 있는가 하는 것이다. 이 문제는 營業主가 그 支配人의 行爲를 허용할 것인가의 여부에 따라 그 결과는 다를 수가 있다고 본다. 즉 營業主가 그 支配人이 單獨支配權의 범위에서 한 行爲를 허용한 때에는 單獨支配權의 選任關係가 존재한다고 할 수 있는 것이다.<sup>(20)</sup>

## V. 表見支配人

營業主를 위한 支配人의 포괄적인 代理權은 營業主의 명백한 代理權授與와 그의 登記에 의하여 발생하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 營業의 去來關係에 있어서는 實際로 代理權이 明示나 默示로도 授與되지 않았음에도 不拘하고 代理權이 授與된 것과 같은 外觀이 存在하는 境遇가 많은 것이다. 이러한 外觀이 있는 者와 그것을 信賴하고 去來한 第三者가 있는 경우에 이 去來가 營業主에 대하여 効力이 없다면 相當한 外觀에 대한 第三者의 信賴를 保護할 수 없게 될 뿐만 아니라 去來의 圓滑과 迅速성은 期待할 수 없게 되고 善意의 第三者가 不意의 損害를 보게 되는 결과를 가져오게 된다.<sup>(21)</sup> 그리하여 獨逸法界에서는 外觀法理(Rechtsscheintheorie)가 전개되었고 英美法上에 있어서는 「表示에 의한 禁反言」(Estoppel by Representative)의 原理가 발전하게 된 것이다.

獨逸의 外觀法理는 일정한 外見의事實을 信賴하고 法律行爲를 한 者에 대하여 그 信賴

(18) Vgl. KG JW 1938, 876.

(19) JFG 22, 19.

(20) Schlegelberger, HGB § 49 Anm. 7.

(21) 大判 1954. 6. 10, 民上 74 號: 會社의 社印 및 社長印을 보관 사용하여 對內 對外的 全責任으로 會社를 代表운영한 사실을 근거로 同人에게 會社를 代理할 權限이 있다고 믿고 한 賣買契約은 유효하다.

를 보호하는 思想으로서 去來安全保護라는 요청을 기초로 하고 있는데 비하여 英美法上의 表示에 의한 禁反言의 原理는 自己의 表示에 의하여 상대방이 어떤 事實의 存在를 믿고 行動을 하였을 때는 表示者는 후에 그 事實의 存在를 부정할 수 없다는 것으로서 倫理的인 色彩가 강한 法理라고 할 수 있다.

이들 原理는 立論의 기초는 다르지만 모두 事物의 外觀과 眞相이 일치하지 않는 경우에 外觀에 優위를 인정하여 去來의 安全을 도모하는데 目的이 있는 외에 外觀과 眞相의 離反을 방지하여 紛糾을 미연에 방지하려는 의도가 있는 것이라고 할 수 있다.

우리나라 商法에 있어서도 外觀에 대한 信賴를 보호하고자 하는 思想은 商法全般을 支配하는 基本理念이 되고 있다고 할 수 있다. 그 결과 代理關係에 있어서도 商法 第17條 I項에서 「支配人이 아니면서 商人의 本店 또는 支店의 營業主任 기타 類似한 名稱을 가진 使用人은 裁判外의 行爲에 관하여 本店 또는 支店의 支配人과 同一한 權限이 있는 것으로 본다」고 규정하고 있는 것이다. 이상과 같은 表見支配人의 營業에 관한 裁判外의 行爲에 대한 權限은 支配人과 커다란 차이가 없다고 할 수 있다. 오히려 실적에 있어서는 裁判上의 行爲보다 裁判外의 行爲가 중요한 比重을 차지하기 때문에 거의 權限面에서 支配人과 同一한 地位에 있다고 할 수 있다.

그러므로 이러한 使用人의 行爲는 支配人의 行爲와 마찬가지로 營業主에 대하여 效力이 있는 것이다. 즉 營業主는 이들에게 실제로 代理權을 수여하지 않았더라도 去來關係에 있어서 이들이 마치 代理權을 수여받은 것과 같이 行動하도록 한데 대한 責任을 지는 것이라고 할 수 있다. 그러나 例外的으로 營業主의 責任은 營業主가 精神病이나 기타 事由로 인하여 行爲無能力者가 된 때에는 그의 責任이 문제로 될 수 없는 것이다. 이때에는 行爲無能力者의 保護가 外觀에 대한 信賴의 보호보다 우선 하여야 되기 때문이다.<sup>(22)</sup> 또한 위의 경우에 營業主의 責任은 善意의 第三者를 보호하는데 目的이 있으므로 惡意의 第三者까지 보호할 필요는 없는 것이다. 그러므로 去來의 相對方이 代理權이 없다는 것을 알았거나 알 수 있었을 때에는 營業主는 이에 對抗할 수 있다(商法 第14條 II項).

그러나 代理權이 없는 使用人이 적극적으로 事實과 달리 代理權의 存在를 주장하였을 때에 相對方이 그 主張을 信賴할 수 있었던 경우로서 예를 들어 當該 使用人이 수년간 동일한 종류의 거래를 異議없이 처리하여 왔을 때는 營業主는 그 範圍內에서 使用人이 한 意思表示의 效力을 받아 드리지 않으면 안 될 것이다.<sup>(23)</sup>

(22) Schlegelberger, HGB § 54 Anm. 9.

(23) Vgl. RGZ 65, 294; 117, 164; 133, 101.

## VI. 支配人の 不作為義務

支配人は營業主の營業에 관하여 포괄적인 代理權을 享有하기 때문에 營業主의 營業에 精通하므로 營業主와 支配人 사이에는 高度의 人的信賴關係의 維持가 질실히 요청된다고 할 수 있다.

그리하여 商法에서는 營業主와 支配人 間에 競業的인 關係가 發生하는 것을 막고 支配人의 精力離散을 방지하기 위하여 支配人에 대하여 특별한 不作為義務(Unterlassungspflicht)을 課하고 있다. 즉 商法 第17條에서는 支配人의 忠實義務에 관하여, 商業使用人は 營業主의 허락없이 自己 또는 第三者의 計算으로 營業主의 營業部類에 속한 去來를 하지 못하고 또 會社의 無限責任社員, 株式會社나 有限會社의 理事 기타 다른 商人의 使用인이 될 수 없음을 규정하고 있다. 舊商法에서는 이러한 不作為義務를 支配人에 대하여만 규정하고 있었는데 新商法에서는 모든 商業使用人에 대하여 적용하고 있다.<sup>(24)</sup>

또한 舊商法에서는 獨逸商法(第60條)과 같이 去來의 範圍에 관하여 일반적으로 모든 營業行爲를 禁止하고 있었으나 現行商法에서는 營業主의 營業部類에 속한 거래만을 할 수 없는 것으로 그 범위를 縮少하여 규정하고 있다. 그러나 商業使用인이 비록 營業主의 營業과 同一部類에 속한 거래는 아니라 할지라도 다른 營業을 한다고 한다면 營業主에 대한 忠實義務는 기대할 수 있을 것이다.

營業部類에 속한 去來라고 함은, 自己의 名義로 去來를 할 것을 허용한 경우는 물론이고 대외적으로 他人名義로 하더라도 실제에 있어서 使用인이 企業主인 경우도 포함될 것이다. 그러므로 假設人의 名義로 하는 경우도 競業關係가 發生하는 것이라고 할 수 있다.<sup>(25)</sup>

同一部類의 營業은 반드시 營業主와 使用人 사이에 雇傭契約을 체결한 당시에 존재하여야 되는 것은 아니고 오히려 使用인이 去來를 한 時點이 기준이 되는 것이며 使用인에게 禁止되는 거래는 그 方式에 拘礙되지 않는다. 그러므로 營業主와 競爭關係에 있는 企業에 匿名組合員으로 參與하거나 競爭關係에 있는 企業에 대한 金融貸與도 금지된 去來에 속하는 것이다.<sup>(26)</sup> 또한 去來가 雇傭關係의 存續中에 체결된 것이면 그것이 雇傭關係의 終了後에 履行된다 하더라도 이는 禁止된 去來로 看做될 수 있는 것이다.<sup>(27)</sup>

(24) 獨逸商法(第60條)에서는 이와 동등한 의무를 支配人과 商業代理人(Handlungsvollmachte)에 대하여는 적용하지 않고 순수한 商業使用人(Handlungsgehilfe)만을 대상으로 하고 있다.

(25) Schlegelberger, HGB § 60 Anm. 6; vgl. RGZ 109, 355.

(26) RG in JW 1906, 736; RG in JW 1937, 2654.

(27) Schlegelberger, HGB § 60 Anm. 8 c; Würclinger, a.a.O.



商法 第 17 條 I 項 後文에서는 忠實義務를 구체적으로 표현하여 支配人은 合名會社와 合資會社의 無限責任社員이 될 수 없으며 有限會社나 株式會社의 理事가 될 수 없고 또는 다른 商人의 使用人이 되지 못한다고 규정하고 있다.<sup>(28)</sup> 그러나 他企業에 대한 단순한 資本的參加로서 合資會社의 有限責任社員이나 匿名組合員, 그리고 株主는 될 수 있다고 解하여야 될 것이다.

이상과 같은 忠實義務는 營業主의 許諾이 있을 때는 문제가 되지 않는다. 營業主의 許諾은 行爲의 以前이나 以後에도 授與될 수 있는 것이고 또 營業主의 許諾의 表示(Einwilligungserklärung)는 明示나 默示(Stillschweigen)로도 할 수 있다. 이에 대하여는 意思表示의 效力과 取消에 관한 民法의 規定이 적용된다.

營業主의 許諾으로 擬制될 수 있는 것은 獨逸商法 第 60 條 II 項에서 明定하고 있는 解釋規定의 취지와 같이 支配人의 選任 當時에 同種營業을 하고 있는 것을 알고 營業의 廢止에 관하여 명확한 合意가 없었거나 이미 支配權의 授與當時에 他會社의 無限責任社員인 것을 또는 理事임을 알고 있었을 때에는 특별한 合意가 없는 한 許諾이 있는 것으로 看做할 수 있는 것이다. 營業主가 許諾을 한 때에는 營業主는 一方的인 意思表示로 이를 철회할 수 없는 것이다. 그러나 물론 營業主가 許諾을 철회할 수 있다는 約定이 있을 때는 그러하지 아니하다.

支配人이 그의 義務를 위반한 경우에 그 行爲 自體는 유효하다. 營業主는 다만 對內的으로 支配人에 대하여 그 義務違反의 行爲로 인하여 생긴 損害의 賠償을 請求할 수 있고<sup>(29)</sup> 또 支配人을 解任시킬 수 있는 것이다(商法 第 17 條 III 項). 그 밖에 商法(第 17 條 II 項)에서는 支配人이 義務違反의 去來를 自己의 計算으로 한 때에는 營業主는 그것을 營業主를 위한 行爲(als für Rechnung des Unternehmers)로 볼 수 있고, 第三者의 計算으로 한 때에는 支配人에 대하여 그로 인한 利得의 讓渡를 청구할 수 있는 介入權(Eintrittsrecht) 또는 奪取權(Enteignungsrecht)을 營業主에게 인정하고 있다.<sup>(30)</sup> 이와 같은 權利를 營業主에게 인정하고 있는 理由는 支配人의 義務違反으로 인하여 생긴 損害는 적극적인 손해라

(28) 현행 우리나라 商法이 理事會制度를 導入하여 外部理事의 參與가 요청되고 오늘날 企業規模의 大型化와 더불어 그 내용이 복잡하여 짐에 따라 企業이 從的·橫的으로 불가피하게 연결되는 현상을 고려할 때 精力分散의 防止를 위하여 支配人이 代表理事나 業務擔當理事로 선임되는 것은 막을 필요가 있으나 단순한 理事職의 兼有를 禁止하는 것은 消極的인 立場이 아닐 수 없다.

(29) 실제로 발생한 적극적인 損害뿐만 아니라 상실된 期待利益(entgangene Gewinn)에 대하여도 賠償을 請求할 수 있다.

(30) 損害賠償請求를 할 것인가 또는 介入權을 行使할 것인가의 문제는 營業의 自由裁量(freries Ermessen)에 따르지만 한가지의 權利를 行使하게 되면 다른 權利는 상실한다(OLGR 7, 149).

기 보다는 期待利益의 喪失의 경우가 많고 또 損害의 證明이 곤란할 뿐만 아니라 營業主를 위하여 顧客關係를 유지시켜야 된다는 데에 있다.

介入權은 營業主가 支配人에 대하여 一方的 意思表示로서 行使할 수 있는 形成權으로서 어떠한 方式을 요구하지 않는다. 그러나 한번 한 意思表示는 그것이 支配人에게 전달된 후에는 營業主가 一方的으로 변경하지 못한다. (31)

介入權行使의 效果는 적극적인 것으로서 營業主와 支配人 間의 對內的인 關係에 불과하므로 第三者에게 직접 영향을 미치지 않고 支配人은 다만 그 義務違反의 行爲의 經濟的 效果를 전부 營業主에게 귀속시켜야 할 의무를 지며 또 去來로 인하여 취득한 권리를 이전하고 金錢 기타의 物件을 인도할 의무를 진다. 이것은 그 去來로 인하여 얻은 모든 경제적 效果를 營業主에게 귀속시키는 것이므로 營業主가 직접 自身이 그 去來를 하였더라면 얻었을 높은 經濟的 利益은 그 대상이 되지 않는다는 점이 損害賠償請求의 경우와 다르다고 할 수 있다.

또한 介入權은 支配人이 아니면 營業主는 도저히 그 去來를 할 수 없었을 경우에도 行使할 수 있다. 즉 支配人은 第三者가 그 營業主와는 절대로 거래를 하지 않았을 것이라는 것을 證明한 때에도 介入權行使에 對항하지 못한다. (32)

介入權은 營業主가 그 去來를 안 때로부터 2週間을 경과하거나 去來가 있는 날로부터 1年의 除斥期間의 경과로 消滅한다(商法 第17條 IV項). (33) 이 期間은 除斥期間으로서 時效가 아니기 때문에 停止나 中斷의 문제는 발생하지 않는다.

去來를 안 때라고 하는 것은 支配人이 의무위반의 去來를 착수한 것을 인정한 것으로 충분하며 그 거래의 구체적인 내용을 알 필요는 없는 것이다. 또한 營業主의 인지(Kenntnis)는 반드시 營業主 自身이 안 때만이 아니라 支配人을 감독하는 지위에 있는 法定代理人이 안 때에도 마찬가지이다. 그러나 代理人 自身이 支配人이거나 그 自身이 직접 금지된 去來에 참여한 때에는 그러하지 아니하다. (34)

## VII. 結 言

우리나라 商法上의 支配人制度는 일반적으로 英·美에서 말하는 manager와는 달리 獨

(31) Würdinger, § 61 Anm. 2.

(32) Schlegelberger, HGB § 61 II 6 b.

(33) 獨逸商法 第61條 II項에서는 介入權은 義務違反의 去來를 안 때로부터 3個月을 경과하거나 去來가 있는 날로부터 5年이 경과하면 消滅한다고 규정하고 있다.

(34) Schlegelberger, HGB § 61 Anm. 7.

逸商法上の Prokura 制度를 그대로 繼受한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 支配人制度에 관한 보다 깊은 理解와 解釋을 위하여는 獨逸法の 研究가 절실히 요청된다고 할 수 있다. 그리하여 本 小考에서도 주로 獨逸法과 文獻을 참고로 하였다.

本 小考에서는 支配人制度 全般에 관하여 정리하므로서 보다 본격적인 연구를 위한 토대를 마련한데 의의가 있다고 할 수 있다.

오늘날 우리나라 商法上の 支配人制度는 실제에 있어서 일반적으로 보편화되고 있다고는 할 수 없다. 다만 특수한 營業分野에서만 部分的으로 이용되고 있는 실정이다. 支配人制度가 모든 營業分野에 보편화되고 있지 않은 이유는 첫째로 우리나라의 대부분의 企業이 국제적인 기준에서 볼 때 그 규모가 근소하고 내용이 단순하여, 個人企業의 경우는 아직도 營業主 自身이 직접 모든 經營職能을 담당할 수 있으며 또 會社인 경우는 會社의 業務執行機關이 직접 모든 職能을 수행할 수 있는 단계에 있으므로 營業全般에 대하여 포괄적인 代理權이 있는 使用人의 필요성을 절실히 느끼지 못하고 있기 때문이라고 할 수 있을 것이다. 또한 둘째의 원인은 전통적으로 家父長的이고 閉鎖的인 經營관념에 사로잡혀 방대한 代理權을 갖는 支配人의 選任을 두려워 하는데서 찾을 수 있으며 셋째는 企業의 去來秩序가 확립되지 못하고 있다는 점을 들 수 있을 것이다.

최근 우리나라에는 많은 外國資本이 여러 가지 형태로 上陸하고 있다. 특히 合作投資會社를 설립한 경우에 外國人의 投資比率(持株率)이 過半數以上을 훨씬 초과하는데도 外國人이 代表理事로 선임되지 않고 오히려 실질적인 運營責任者라고 할 수 있는 總支配人의 地位를 차지하고 있다는 것을 주목하지 않을 수 없는 것이다. 즉 이러한 方法은 外國資本의 上陸初期에 導入國의 國民感情을 자극하지 않으면서 실질적인 目的을 달성할 수 있는 것이라고 할 것이다.