

# 商法 第395條에 의한 會社의 責任

崔 基 元\*

## 《目 次》

一. 序	五. 395조의 適用要件
二. 395조의 立法趣旨	六. 共同代表와 表見代表理事
三. 395조와 商業登記制度 의 關係	七. 395조의 適用效果
四. 395조의 適用範圍	八. 本條와 最近의 大法院判例 概要
	九. 結 言

## 一. 序

資本主義國家에 있어서 國家經濟의 主導者는 例外없이 株式會社라고 하여도 過言이 아니다. 그리하여 一般國民의 經濟生活은 株式會社라는 企業의 活動에 따라 커다란 영향을 받게 된다. 즉 직접적이거나 간접적으로라도 株式會社의 去來相對方이 되지 않고 生活하는 國民이란 存在할 수 없는 것이다. 그러므로 一般公衆의 去來相對方인 株式會社의 代表者가 누구인가 하는 것은 실제로 있어서나 法律的으로도 중요한 문제가 아닐 수 없다. 株式會社의 代表機關은 代表理事로 선임되어 登記된 者만으로 구성되며 그 數에 있어서 制限이 있는 것이 아니다. 그러나 代表理事로 登記된 者가 數名인 경우에도 그 名稱은 多樣하게 사용하고 있어서 代表理事로서 社長 또는 副社長이란 名稱을 사용하는 者가 있는가 하면 代表理事이면서 專務・常務 등의 名稱을 사용하는 例도 허다하다. 반면에 대부분의 小規模會社의 경우는 會社의 業務執行機關은 代表理事인 社長과 代表權이 없는 기타 副社長・專務・常務 등 業務擔當理事로 구성되는 것이 보편화되고 있다. 물론 社長・副社長・專務・常務 등의 名稱은 法이 예정한 명칭이 아니라 會社의 經營組織上的 名稱에 불과한 것이라고 할 수 있다. 그러나 去來關係에 있어서는 이러한 명칭들이 第1次的인 意義가 있는 것이며 이러한 名稱을 信賴한 者의 보호라는 문제가 去來의 圓滑과 安全을 위하여 중요한 과제가 아닐 수 없다. 그리하여 本稿에서는 이러한 問題의 解決을 위하여 立法化된 商法 第395條의 適用上の 문제점을 考察하고 이에 關한 大法院判例의 立場을 檢討코자 한다.

## 二. 商法 제395조의 立法趣旨

本條에서는 會社의 社長・副社長・專務・常務 기타 會社를 代表할 權限이 있는 것으로

\* 서울大學校 法科大學 教授

인정될 만한 名稱을 사용한 理事의 行爲에 대하여는 그 理事가 會社를 代表할 權限이 없는 경우에는 會社는 善意的 第三者에 대하여 그 責任을 진다고 규정하고 있다. 이 規定의 立法趣旨은 會社들이 理事中에서 1人만을 代表理事로 登記하여 두고 다른 理事들에게는 社長・副社長・專務・常務 등의 名稱을 사용하여 어음・手票 등을 비롯한 去來活動을 하게 한 다음에 去來가 會社를 위하여 不利할 때는 會社의 代表理事는 1人밖에 없다는 것을 登記簿의 謄本에 의하여 증명하면서 會社의 責任을 회피하는 弊端을 방지하는데 目的이 있었다고 한다.<sup>(1)</sup> 즉 이 규정은 會社에서 상당한 權限이 있는 것으로 보이는 名稱이 갖는 外觀을 信賴한 者를 保護하여 去來의 安全을 도모하려는 獨逸의 外觀法理(Rechtsscheintheorie)와 自己가 表示한 것과 矛盾되는 抗辯의 提起를 허용하지 않는 英美의 禁反言의 原理(rule of estoppel)에 기초를 둔 것으로서 民法上的 表見代理와 商法 第14條의 表見支配人과 동일한 目的에서 立法化한 것이라고 할 수 있다.

本條는 舊商法時代에 처음 立法化된 것으로서 現行商法에 있어서 그 存在意義가 다소 變質되었다고 본다. 舊商法에서는 株式會社의 모든 理事가 各自 代表權을 갖고 會社의 機關을 구성할 수 있었으므로 理事가 代表權이 없다는 것이 例外에 속하여 一般의 信賴를 벗어나는 결과가 되어 會社의 表見責任은 第三者의 消極的인 信賴를 보호하는 기능밖에 하지 못하였으나 代表權이 없는 理事의 存在를 인정하고 있는 現行法에서는 第三者의 積極的인 信賴를 보호하는 규정으로 變質되었다고 한다.<sup>(2)</sup> 私見으로는 本條가 처음 立法化된 舊商法時代에는 모든 理事가 代表權이 있음을 原則으로 하였으며 더욱기 社長・專務 등의 名稱을 사용한 때는 代表權의 存在에 대한 信賴를 보다 두텁게 하는 결과가 되어 이들의 行爲에 대하여 會社의 責任을 인정한 것이지만 現行商法은 理事會制度(board of directors)를 導入하여 代表理事가 아닌 各理事는 理事會의 構成員에 불과하게 되었고 代表權이 없는 것이 原則이므로 舊商法上的 理事와 正反對의 地位에 있게 되었으며 株式會社의 代表機關이 代表理事라는 뚜렷한 法律上的 名稱이 存在하게 되었으므로 代表理事가 아닌 기타의 業務擔當理事들에 관하여 代表權의 存在에 대한 信賴의 保護라는 문제는 再考되어야 할 것으로 본다. 오늘날 一般人的 經濟生活이 고도로 商化되어 代表理事와 기타 理事의 地位를 구별 못할 善意的 去來相對力이 더욱기 大企業間의 去來에 있어서 얼마나 될 것인가 하는 점을 감안할 때 本條의 適用에 있어서도 종래와 다른 次元에서의 해석이 내려져야 할 것이다. 本條와 民法上的 表見代理에 관한 규정과의 관계는 本條는 代表權 授與의 表示에 의한 表見代理에 관한 民法 제125조의 규정을 強化하고 變容시켜서 定型化시킨 것이라고 할 수 있다. 또 本條는 權限을 넘은 表見代理가 성립하는 경우에도 적용된다. 왜냐하면 本條는 包括的이고 不可制限的인 代表權의 存在를 일반적으로 추측케 하는 名稱의 使用을 허용한데

(1) 徐廷甲, 「法律新聞」第1298號 11면; 山口幸五郎, 註釋會社法(4) 387면.

(2) 朴俊庸, “表見代表理事制度”, 「司法研究資料」第6輯 162면; 註釋會社法(4) 388면.

대하여 會社의 表見責任을 인정한 규정이며 行爲者가 처음부터 어떠한 代理權을 가졌는가 또 그 行爲가 代理權을 踰越한 行爲인가 하는 것은 문제삼지 않기 때문이다. 또한 代理權의 消滅후에 表見代理가 성립하는 경우에도 本條의 적용에 의하여 會社는 責任을 진다. 즉 代表理事나 理事의 退任登記후 專務理事 등의 名稱使用을 허락했거나 默認한 때는 本條에 의한 責任을 면하지 못할 것이다.<sup>(3)</sup>

### 三. 商法 제395조와 商業登記制度와의 關係

商法 제395조의 表見代表理事制度는 商業登記制度와 正面으로 충돌하게 된다. 商業登記制度의 취지에서 본다면 代表理事의 姓名과 住所는 登記事項(商 317조 9호, 8호)이고 登記와 公告후에는 그 效力에 의하여 善意의 第三者에게도 대항할 수 있는 것이다(商 37조 1항). 그러므로 會社는 代表理事로 登記된 者가 아닌 理事의 行爲에 대하여는 責任을 질 이유가 없어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 表見代表理事制度를 法定한 것은 登記와 관계 없이 代表權이 있는 것으로 인정되는 名稱에 대한 信賴를 보호함으로써 去來의 安全을 도모하기 위한 취지인 것이다. 表見代表理事制度和 商業登記制度와의 關係에 대하여는 여러 가지의 說이 存在한다. 첫째는 兩者는 각기 그 次元을 달리한다는 說이다.<sup>(4)</sup> 이 說에서는 어떠한 意味에서 다른 次元이나 하는 것을 말하지 않고 있으므로 충분한 說得力이 없을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 登記簿의 調査에 관하여 相對方의 重大한 過失이 문제될 수 있기 때문에 異次元性에는 限界가 있고 兩者는 모두 外觀에 대한 信賴의 보호라는 점에서는 오히려 同一次元에 속한다고 할 수 있기 때문에 異次元說의 主張에는 문제점이 없지 않은 것이다. 둘째로는 商法 제395조는 商法 제37조의 例外的規定이라는 說이다.<sup>(5)</sup> 이에 의하면 會社가 會社를 代表할 理事를 登記・公告하였을 때는 기타의 理事는 代表權이 없다는 것을 善意의 第三者에게 대항할 수 있는 것이지만 會社가 스스로 만든 外觀에 대하여 責任을 져야 하는 경우에는 이 範圍에서 商法 제37조의 適用이 排除된다는 것으로서 이러한 說明이 타당한 것으로 본다. 셋째로는 名稱에 의하여 代表權이 있는 것으로 信賴한 것이 商法 제37조 2항의 「正當한 事由」에 속한다는 說이다.<sup>(6)</sup> 그러나 「正當한 事由」란 登記・公告가 있었으나 이를 알려고 하았어도 알 수 없었던 경우로서, 交通杜絶, 官報・新聞紙의 不到着 등의 客觀的障害인 不可抗力 등의 事由를 말하고 長期旅行이나 疾病 등의 主觀的事由는 포함되지 않는 것으로 보는 것이 通說이다. 그러므로 商法 제395조에서 열거하고 있는 名

(3) 代理權 消滅後에 民法의 表見代理에 관한 규정은 適用이 없다는 判例(日最高判 1974. 3. 22)

(4) 大判 1979. 2. 13, 77 다 2436; 註釋會社法(4), 388면.

(5) 拙著, 商法講義(上); 宅信正三, “共同代表의 表見代表”, 會社上 訴訟(上) (松田記念論文集 349면, 日最高判 1967. 4. 28 참조. 加藤勝郎, “表見代表取締役과 商業登記”, 現代商法等의 課題(下) 鈴木竹雄先生古稀記念) 1290면.

(6) 野津務, 改訂新會社法(上) 231면.

稱에 대한 信賴를 登記・公告된 事項을 알리고 하였어도 알 수 없었던 客觀的障害로 보기에는 無理라고 할 수도 있지만<sup>(7)</sup> 商業登記의 公示力이 미약한 실정하에서는 전혀 無理한 것만은 아니라고 본다.<sup>(8)</sup>

#### 四. 商法 제395조의 適用範圍

商法 제395조는 外觀에 대한 信賴를 보호함으로써 法來의 安全을 도모하기 위한 규정으로서 그 適用範圍는 法律行爲에 한하고 不法行爲에는 적용되지 않는다. 그러므로 表見代表理事가 그의 職務遂行을 위한 法來行爲와 관련하여 不法行爲를 한 경우에도 會社의 責任은 民法 제35조나 제756조에 의하여 부담하게 될 것이다. 또한 商法 제395조는 訴訟上의 行爲에는 적용되지 않는다. 그러므로 訴訟上의 和解에 대하여도 一面에 있어서 訴訟行爲性을 가지는 이상 訴訟上의 行爲로 취급되어 商法 제395조가 적용될 수 없지만<sup>(9)</sup> 公正證書에 의한 強制執行認諾의 合意의 경우에는 그 成立過程이 순수한 私法上의 法律行爲로 볼 수 있기 때문에 商法 제395조가 적용 된다고 본다.<sup>(10)</sup>

우리나라의 大法院은 特許抗告審判請求事件에 관하여 「審判請求人會社의 專務理事가 代表機關의 同意도 없이 自意的으로 抗告審判請求取下書를 제출한 데 대하여 審判請求人會社를 代表할 權限이 있는 것으로 인정될만한 專務理事職에 있었음은 審判請求人이 스스로 주장하는 바이고 登記되어 있지 않은 理事라 하더라도 이는 審判請求人會社의 內部事情에 不過한 것이다」라고 하여 專務理事에 의한 抗告審判請求取下書의 提出을 유효하다고 判示하였는데(大判 1970.6.30 宣告 70 후 7) 이는 商法 제395조의 立法趣旨과 그 法理를 오해한 判決이 아닐 수 없다.

#### 五. 商法 제395조의 適用要件

表見代表理事制度는 一方에 있어서 會社側에 歸責事由가 있고 他方에 있어서는 會社側이 만든 外觀을 신뢰한 第三者가 있을 때 會社가 責任을 지도록 하는 데 목적이 있으므로 商法 제395조를 적용하기 위한 要件으로는, 첫째로 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 인정될 만한 外觀이 存在하여야 하고, 둘째로는 會社가 外觀의 原因을 만들었으며, 셋째는 그 外觀에 대한 第三者의 信賴 등의 要件이 갖추어졌어야 한다.

##### 1. 外觀의 存在

商法 제395조가 適用되기 위하여는 그 첫째의 要件으로서 會社를 代表할 權限이 있는 者

(7) 宅倍正三, 上揭書 349면.

(8) 獨逸商法 제15조 2항에서는 公告로부터 15日 이후는 正當한 事由의 存在를 立證하여도 登記의 公示力을 排除할 수 없다고 하여 登記公告의 効力을 강화하는 한편 위 制限期間內에는 善意를 주장할 수 있는 것으로 해석할 수 있는데 이는 正當한 事由를 완화시킨 것으로 볼 수 있다.

(9) 日廣島高判 1958. 10. 21.

(10) 朴俊庸, 上揭書 168면.

로 보이는 外觀이 存在하여야 한다. 여기서 外觀이란 代表權이 存在하는 것과 같은 名稱을 말한다고 할 수 있다. 名稱은 商法에서 例示하고 있는 社長・副社長・專務・常務를 비롯하여<sup>(11)</sup> 總裁・副總裁・銀行長 등의 명칭을 포함하는 것으로 企業組織上的의 一般의인 通念에 의하여 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 보이는 名稱은 모두 포함될 수 있다고 본다. 理事長이란 名稱은 우리나라에 있어서는 組合이나 公益法人 등에서 이용되고 있을 뿐이고 株式會社의 경우는 별로 一般화된 代表機關의 名稱이라고 할 수 없다고 보며, 日本에서는 取締役會長도 포함된다는 肯定說도 있지만<sup>(12)</sup> 우리의 경우에 단순한 理事會長은 會社의 內部에서 강력한 영향력을 미치는 地位이기는 하나 會社의 業務執行의 一線에서 會社를 代表하여 活動하는 職位의 名稱이라고 보기에는 다소 거리감이 있다고 본다.<sup>(13)</sup>

商法 제395조는 理事인 者가 代表權이 있는 것으로 보이는 名稱을 사용한 경우에 적용되는 것으로서 만일에 理事가 아닌 使用人이 그러한 名稱을 사용한 때는 이 규정이 類推適用되어야 할 것이다. 日本에서는 會社의 使用人이 常務取締役의 명칭을 사용하여 한 행위에 대하여 會社가 責任을 진다는 判決(日最高判 1960. 10. 14)이 있지만 우리의 경우는 商法 제395조가 예시한 名稱이 理事의 資格을 전제로 한 것이라 하더라도 단순히 專務(專務理事가 아닌)・常務의 名稱을 사용한 使用人의 行爲에 대하여는 類推適用되어야 할 것으로 본다. 또한 경우에 따라서는 理事職을 辭任한 後에 그러한 名稱을 會社의 許諾에 의하여 계속하여 사용할 때도 類推適用될 수 있을 것이다.

商法 제395조는 表見代表理事가 自己의 명칭을 사용하여 한 行爲에 대하여 適用되는 것이 원칙이지만<sup>(14)</sup> 行爲者自身이 表見代表理事인 이상 다른 代表理事의 명칭을 사용한 行爲에 대하여도 적용된다.<sup>(15)</sup> 우리 大法院도 최근의 判例에서 專務理事가 自己名義가 아닌 代表理事의 名義로 契約을 체결한 데 대하여 本條가 適用된다고 하였는데 이는 종래의 大法院의 입장을 사실상 變更시킨 것이 아닌가 한다. 왜냐하면 大法院은 1968年 7月 30日(68 다 127)의 判決에서 常務理事가 代表理事의 印章을 偽造하여 代表理事의 名義로 約束이음을 발행한 事案에 대하여 그 判決理由에서 「代表權이 없는 常務理事가 會社代表理事를 代理하여 法律行爲를 한 경우에는 商法 제395조는 適用되지 아니하고 代理에 관한 규정이 적용된다」고 하여 商法 제395조를 適用한 原審을 代理로 단정하여 破棄還送하였었기 때문이다. 즉

(11) 例示한 名稱이 우리나라에서는 專務・常務라고 표현하고 있는데 비하여 日本商法(第262조)에서는 專務取締役・常務取締役이라고 한 것은 專務・常務라는 명칭만으로는 代表할 權限이 있다고 하기에는 다소 無理한 것으로 판단한 것이 아닌가 짐작된다. 이러한 觀點에서 보면 우리 商法도 專務理事・常務理事라고 하는 것이 타당한 것으로 본다. 왜냐하면 단순히 專務・常務라는 명칭은 個人企業이나 支店 등에서도 이용되는 경우가 많기 때문이다.

(12) 山口, 註釋會社法(4) 391면.

(13) 鄭東潤, 「表見代表理事」 89면 (商法論集).

(14) 大判 1968. 7. 16, 68 다 334.

(15) 大判 1979. 2. 13, 77 다 2436; 徐廷甲, 判例評釋, 「法律新聞」 1979, 1298호; 金教昌, 表見代表理事의 行爲, 法政 1968. 10月號; 日本의 判例로는 日最高判 1965. 4. 9, 仙台高判 1956. 10. 9.

大法院은 今般의 判決(1979. 2. 13. 77 다 2436)을 통하여 表見代表理事가 代表理事의 名義로 契約을 체결한 경우에는 商法 제395조가 적용된다는 입장을 분명히 한 것이라고 할 수 있다. 이 判決의 原審(서울高法判 1977. 11. 24. 76 나 2380)은 「被告會社의 理事가 아니었고 더우기 會社의 代表權 있음을 표방하여 自己의 名義로 契約을 체결한 것이 아니라 단순히 代表理事를 代理할 權限이 있는 것으로 가장하여 代表理事인 소의 L의 名義로 契約을締結한 것에 지나지 않는 점」 등으로 미루어 商法 제395조가 적용될 수 없다고 하였던 것이다. 本條의 취지에서 볼 때 表見代表理事가 自己의 名義로 한 경우 뿐만 아니라 代表理事의 名義로 한 行爲에 대하여도 會社가 責任을 진다는 것은 지나친 擴大適用이라고는 할 수 없다고 하겠지만, 과거에 表見代表理事로서 退任登記한 理事가 代表理事의 名義로 한 경우에도 本條가 適用된다고 한 것은 商法 제395조의 射程距離를 지나치게 확장시킨 判決이 아닌가 한다.

## 2. 外觀에 대한 歸責事由

會社가 代表理事도 아닌 表見代表理事의 行爲에 대하여 責任을 지도록 하려면 적어도 外觀이 생기게 한 데 대하여 會社에 歸責事由가 있어야 할 것이다. 그러므로 表見代表理事가 任意로 代表權이 存在하는 듯한 名稱을 사용한 때는 本條가 適用될 수 없는 것이다.

外觀에 대한 會社의 歸責事由는 첫째로 會社가 그러한 名稱을 적극적으로 부여하였거나 그 使用을 許容한 경우라고 할 수 있다. 즉 會社가 定款이나 株主總會 또는 理事會의 결의로 그러한 名稱을 理事에게 부여하여 去來關係에 나서게 한 경우를 말한다. 둘째로는 會社가 그러한 名稱을 사용하는 것을 알면서 消極的으로 默認한 경우도 포함한다. 그리하여 大法院도 1975年 5月 7日의 判決(74 다 1366)에서 「商法 제39조에 의하여 表見代表者의 行爲에 대하여 會社가 責任을 지는 것은 會社가 表見代表者의 名稱使用을 明示的으로나 默示的으로 承認한 경우에만 한하는 것이고 會社의 명칭사용承認없이 任意로 名稱을 濫用한 者의 行爲에 대하여는 이를 會社의 責任으로 돌려 善意의 第三者에 대하여 責任을 부담하게 하는 취지는 아니라 할 것이다」라고 判示하고 있다. 그런데 會社가 그러한 名稱의 使用을 알면서 默認한 경우에 문제가 되는 것은 會社가 알고 默認했다는 것을 어떠한 基準에 의하여 결정하여야 할 것인가 하는 점이다. 이에 관하여는 理事 全員의 默認이 있는 때는 물론이고<sup>(16)</sup> 代表理事 및 一部の 理事는 名稱의 使用을 알지 못하였더라도 「理事 全員의 過半數 즉 理事會를 개최하여 會社의 意思를 決定함에 충분한 數의 理事」가 그러한 名稱의 使用을 적극적으로 許容했거나 알면서 放置한 경우도<sup>(17)</sup> 默認으로 본다는 입장이 있으며, 會社의 惡意는 會社의 代表理事를 기준으로 결정되어야 한다는說이 있는데,<sup>(18)</sup> 會社의 默認은 理事全員 또는 過半數가 알고 默認한 경우는 물론이고 적어도 1人의 代表理事가 알고 있

(16) 日最高判 1967. 4. 28.

(17) 日東京地判 1956. 9. 10.

(18) 日最高判 1960. 10. 14.

있던 때도 會社의 責任을 인정하여야 될 것이다.<sup>(19)</sup> 그런데 大法院은 최근의 判例(1979. 2. 13, 77 다 2436)에서 會社의 專務理事가 會社의 商號變更登記와 理事退任登記가 있는 다음에 會社의 前商號로 會社의 代表理事의 名義로 계속 契約을 체결한 데 대하여 「理事資格없이 表見代表理事의 名稱을 사용하는 것을 會社가 알고 그대로 두거나 아무런 措置도 쓰지 않고 容認狀態에 놓아둔 경우도 포함한다고 해석해야 옳다」고 하였는데, 會社가 表見代表理事의 行爲를 방지할 수 없어 會社의 商號變更登記와 理事退任登記 등의 措置 등을 취한 외에 大法院은 더 이상 어떠한 내용의 措置를 요구하는 것인지 분명하지 못하다.

### 3. 外觀에 대한 第三者의 信賴

商法 제395조에 의하여 會社가 責任을 지야할 相對方은 善意의 第三者이다. 第三者란 表見代表理事의 法律行爲의 직접적인 相對方 뿐만 아니라 表見代表理事가 사용한 名稱의 表示를 信賴한 第三者도 포함한다.<sup>(20)</sup> 그러므로 社長의 名義로 발생한 約束어음의 受取人으로부터 會社를 發行人으로 믿고 어음을 취득한 第三者에 대하여도 會社는 本條에 의한 責任을 지게 된다.

여기서 善意란 表見代表理事가 會社를 代表할 權限이 없다는 것을 몰랐다는 것을 뜻한다. 그러므로 會社가 責任을 지지 않으려면 第三者의 惡意를 會社가 立證하여야 한다.<sup>(21)</sup> 그런데 善意에 관하여 문제가 되는 것은 第三者가 株式會社인 경우에 善意란 누구를 기준으로 판단하여야 될 것인가 하는 점이다. 물론 善意란 會社自身의 善意로서 會社의 代表理事를 기준으로 하여야 될 것이지만 相對方의 表見代表理事가 惡意인 때도 善意라고 할 것인지, 相對方의 機關構成員은 아니라도 일정한 去來의 契約締結에 관하여 代理權이 있는 擔當者が 惡意인 때도 會社의 代表理事가 善意이면 會社의 善意로 보아야 할 것인가 하는 문제가 있다. 이 점에 관하여 최근의 大法院判例(1979. 2. 13, 77 다 2436)는 表見代表理事인 專務理事의 辭任을 相對方에게 알린 점에 관하여 「原告會社가 徐某의 辭任을 알았다는 原審認定은 本件에 앞선 거래를 매듭짓는 자리에서 被告 張某가 徐某의 辭任을 알린 사실을 증거로 삼고 있으나 會社의 惡意는 代表理事에 대하여 결정할 것이므로 原審의 위 인정에는 또 法理誤解가 있다고 아니할 수 없다」고 判示하였던 것이다. 이러한 입장은 오히려 大法院의 判決이 表見代表理事制度의 法理를 오해한 것이 아닐 수 없으며 本條를 惡用함으로써 去來의 混亂을 조장시킬 우려가 없지 않다. 평소에 會社를 代理하여 수차 契約을 체결한 擔當者에게 알린 것이 相對方의 惡意가 되지 않는다면 去來當事者の 균형있는 利益의 調整을 파괴하는 것이 아닐 수 없다고 본다. 그러므로 相對方의 擔當者에게 알린 사실을 인정한다면 이는 相對方會社의 惡意로 보았어야 옳지 않았나 한다.

또한 문제가 되는 점은 第三者의 善意에 過失이 있는 경우에도 本條가 적용되느냐 하는

(19) 山口, 判評 107號 11면; 江頭, 法協 87卷 5號 671면; 布村, 民商 61卷 5號 829면.

(20) 日東京地判 1959. 7. 28.

(21) 徐燦珏=孫珠璣, 逐條新商法解說 261면.

것이다. 이에 관하여는 여러 가지의 說이 있는데, 첫째는 第三者의 善意에 過失이 없어야 한다는 것으로서 過失이 있는 第三者까지 보호하는 규정은 아니라는 見解<sup>(22)</sup>와 둘째는 第三者의 善意에 過失이 있더라도 本條가 適用된다고 하는데 이 說이 타당한 입장이 아닌가 한다.<sup>(23)</sup> 이는 同本條가 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 인정되는 名稱을 사용하는데 대한 責任을 지우기 위한 목적이 있는 것으로 생각되기 때문이다. 그러면 第三者의 善意에 重過失이 있는 경우도 本條가 適用되느냐 하는 문제가 있다. 去來相對方이 會社이고 중요한 契約을 체결함에 있어서 代表理事가 아닌 表見代表理事의 代表權에 관하여 疑心할만한 중대한 事由가 있음에도 불구하고 登記簿를 열람한다는 등의 調査를 하지 않고 去來를 하였다면 이는 重大한 過失이 있는 경우로서 本條의 適用은 없는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>(24)</sup>

## 六. 共同代表와 表見代表理事

會社의 代表에 관하여 共同代表의 定함이 있는 경우에(商 法 제389조 2항) 共同代表理事중의 1인이 단독으로 會社를 代表하는 행위를 한 경우에도 本條가 適用되느냐 하는 문제가 있다. 즉 共同代表理事중의 1인이 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 보이는 名稱을 사용하여 第三者가 代表權이 있다고 信賴하고 去來한 경우에도 本條가 類推適用되어야 할 것이다.<sup>(25)</sup> 그러나 共同代表理事중의 1인이 단순히 代表理事라는 명칭을 사용하여 한 행위에 대하여도 本條가 適用되는가 하는 문제에 대하여는 否定說과 肯定說이 있는데, 否定說에 의하면 本條는 代表權이 없는 理事에 관한 규정이고 代表理事에 관한 규정이 아니므로 正面으로 適用될 수 없고 代表理事란 名稱은 法律이 인정한 것이므로 會社가 특히 共同代表理事임을 표시하는 名稱을 사용하지 않았다고 하여 會社에 歸責事由가 있다고는 할 수 없고 또 共同代表理事의 登記・公告가 있는 한 商法 제37조에 의하여 會社는 共同代表理事라는 점을 들어 善意의 第三者에서 대항할 수 있다고 한다.<sup>(26)</sup> 이에 反하여 肯定說은 本條는 商業登記와는 다른 次元에게 會社의 責任을 인정하는 규정이며 會社의 代表는 單獨代表가 원칙이고 共同代表는 例外라고 할 수 있으므로 共同代表理事로 하여금 단순한 代表理事라는 名稱을 使用하게 한 때는 會社의 歸責事由를 인정하여 會社는 責任을 지야 한다는 것으로서,<sup>(27)</sup> 肯定說이 타당하다고 본다.

이에 관한 日本의 最高裁判所の 判決(1967. 4. 28, 第2小法廷)은 X가 Y株式會社 代表理事 A와의 사이에 이루어진 Y會社所有의 鑛泉地共有持分權買受契約에 따라 Y會社에 대하여 위

(22) 伊澤, 註釋新會社法 439면, 日大阪高判 1966. 11. 10.

(23) 徐廷甲, 「法律新聞」 第1298호 11면, 大判 1973. 2. 28, 72 다 1907, 日最高判 1966. 11. 10.

(24) 山口, 註釋會社法(4) 395면; 孫珠璣, 學說判例 註釋商法(上) 1018면.

(25) 日最高判 1967. 4. 28, 1968. 12. 24. 類推適用을 反對하는 判例로는 日東京高判 1966. 3. 24가 있다.

(26) 日東京高判 1966. 3. 24.

(27) 日最高裁 1967. 4. 28, 1968. 12. 24; 山口, 註釋會社法(4) 395-396면.



持分權移轉登記節次를 청구한 事件에서, Y會社에는 A를 비롯하여 4名の 代表理事가 있고 이들은 모두 共同代表理事로서 登記되어 있는데 A가 單獨으로 한 契約이 Y會社에 대하여 效力이 있느냐 하는 事案에 관하여 다음과 같이 判示하고 있다. Y會社에 있어서는 위 契約當時 共同代表의 定함이 있었어도 그 취급이 放漫하여 代表理事중에 1人만이 會社를 代表하여 行動하는 것을 放任하였으며 A 以外の 代表理事들은 會社에 대한 投資의 回收에만 주력하고 會社의 주된 事業場에서 事務에 專念한 者は A뿐으로서 同人이 단독으로 同會社를 代表하여 業務執行하여 왔다는 등의 認定事實關係로 미루어 A가 共同代表의 定함이 있음에도 불구하고 單獨으로 代表理事의 名稱을 사용하여 行動하는 것을 Y會社에서 默認하여 온 사실이 認定되며, 他方 X도 A의 單獨代表를 信賴하고 契約한 것을 인정하여, Y會社가 本件契約에 대하여 責任을 지야 하는 것으로 판단한 原判決을 是認하여「共同代表의 定함이 있고 또 그것이 登記된 경우에 代表理事의 1人이 단독으로 한 法律行爲에 대하여도 本條의 類推適用이 가능한 것으로서 前示한 것과 같은 原審認定의 事實關係의 경우는 會社가 그 責任을 지는 것으로 봄이 相當하다」고 하여 이 경우 代表理事라는 名稱도 本條에서 말하는 名稱에 포함된다고 하였다. 또 1968年 12月 24日의 最高裁判所의 判決은 Y株式會社의 代表理事 A, B가 共同代表로서 登記된 경우에 Y會社 代表理事 A名義로 발행된 約束어음에 관하여 所持人 X가 Y會社에 대하여 어음金の 支給을 청구한 事案에서 原判決이 共同代表의 定함이 있는 경우에 本條의 적용을 인정하지 않고 登記의 效力에 관한 규정(日商 12조)에 따라야 하는 것이라고 하여 X의 請求를 棄却한 데 대하여, 앞의 1967年의 判決의 취지는 어음行爲에 대하여도 타당한 것으로「X는 原審에 의하면 Y會社에 共同代表의 定함에 관한 登記가 있다는 것을 알지 못했다는 점과 A가 Y會社의 社長이라고 稱하여 Y會社의 主宰者라고 할 수 있으므로 單獨으로 代表權을 갖고 있다고 믿었다는 것이 記錄에 미루어 명확하므로 위 주장의 事實이 存在하고 또 Y會社는 當時 A가 Y會社의 社長이라고 稱하며 行動하는 것을 許容 또는 默認한 등의 事情이 存在한다면 Y會社는 本件 各어음에 관하여 X에 대하여 本條에 따라 發行人으로서의 責任을 지야 할 여지가 있다」고 하여 破棄還送하였다.

商法 제395조는 會社를 代表할 權限이 있는 理事가 사용한 名稱에 대한 信賴를 보호하는 규정이지 代表權이 있으면서 다만 그 行使方法에 制限이 있는데 불과한 경우를 직접 豫정한 규정은 아니라 하더라도 會社의 代表는 單獨代表를 원칙적으로 하며 共同代表는 例外的인 경우이고 代表理事란 名稱은 어떠한 名稱보다도 가장 뚜렷하게 代表權이 있는 外觀이 있음에도 그 行使方法을 制限한 共同代表의 登記가 있다는 것으로 善意的 第三者에 대항할 수 있다면 去來의 安全을 阻害할 우려가 있을 것이므로 이 경우에도 本條가 適用되어야 한다고 본다.

## 七. 商法 제395조의 適用效果

會社는 表見代表理事의 行爲에 대하여 代表理事가 한 行爲와 마찬가지로 第三者에 대하여 責任을 부담하게 된다. 그 결과 會社는 代表權限이 없다는 것을 이유로 表見代表理事가 한 法律行爲의 效果를 부정할 수 없게 되어 會社에 대하여 行爲의 效力이 발생하고 이로 인한 權利를 취득함과 동시에 義務를 부담하게 된다. 그런데 本條가 적용되는 경우에 民法上の 無權代理에 관한 규정(民 130조 이하)의 適用關係는 어떻게 될 것인가의 문제가 있게 된다. 이에 관하여는 本條는 無權代理의 경우에 해당하므로 民法上の 無權代理에 관한 규정의 적용이 가능하여 相對方은 그 法律行爲를 취소할 수 있고(民 134조) 會社도 表見代表理事의 行爲를 스스로 追認하여 相對方의 取消權도 소멸시킬 수 있다(民 130조, 133조)는 說도 있지만,<sup>(28)</sup> 本條의 適用이 있는 때는 無權代理에 관한 民法의 규정은 그 적용이 排除되는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>(29)</sup> 그러나 어음行爲의 경우는 本人인 會社가 本條에 의하여 責任을 지는 때에도 별도로 表見代表理事는 어음法 제 8조에 따라 無權代理人으로서 어음上の 責任을 지며<sup>(30)</sup> 手票의 경우도 같다. 會社가 表見代表理事의 行爲에 대하여 責任을 負擔하게 됨으로써 損害가 생긴 때는 그 表見代表理事에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있는 것이다.

## 八. 本條와 最近의 大法院判例 概要

### 〔事實의 概要〕

被告人 Y社는 生絲의 製造・販賣業 등을 目的으로 하는 會社로서 1968年 11月 19일에 설립되어 1969年 8月 30일에 設立登記를 하였는바 當初 星寶製絲株式會社였으나 1975年 8月 8日 星寶産業株式會社로 商號를 변경하였다. 訴外 S는 被告會社의 代表理事인 L의 사위로서 1968年 11月初 專務理事로 취임하고 1973年 부터는 서울事務所長을 兼任하여 서울에서 生絲의 販賣, 그 代金の 領收, 組合의 連絡關係를 담당하고 있었으며 實際의 契約段階에서는 代表理事 L의 名義를 사용하여 왔다. 訴外 S는 1974年 12月 5일에 被告會社를 退職하였고 同 12月 17日에는 退任登記까지 한바 있으나 1975年 8月 13日과 8月 27日 등 2회에 걸쳐 生絲輸出入業體인 原告 X와 同年 8月 8일에 변경된 商號가 아닌 舊商號로 前과 같이 專務理事로 행세하면서 代表理事 L의 名義로 契約을 체결한 事業에 대하여 被告 Y가 契約의 이행을 기질하자 原告 X는 契約不履行의 責任을 추궁하였다.

第1審(서울地方法院 17部, 1976. 7. 9 判決)에서는 訴外 S의 生絲賣買行爲는 同人이 被告會

(28) 佐佐木, 學說判例總覽商法 會社編 1133면.

(29) 大隅健一郎, 全訂會社法論(中) 295면; 山口, 註釋會社法(4) 390면.

(30) 日最高判 1958. 6. 17.

社를 退職하여 그 代理權이 消滅한 후에 權限없이 被告會社를 代理하여 한 行爲로서 S의 解任 및 商號變更의 事實은 賣買契約 이후에 통지한 것으로 인정할 수 있고 原告 X에게는 위 S가 被告 Y를 代理하여 本件 賣買契約을 체결할 權限을 갖고 있었다고 믿음에 過失이 있었다고 볼 수 없다고 하여 被告 Y의 表見代理의 責任을 인정하였다.

이러한 判決의 取消을 구하는 Y의 抗訴에 대하여 原審法院(서울高等法院 第7民事部, 1977. 11. 24 判決)은 原告 X가 訴外 S의 代理權消滅을 알지 못하였더라도 이어 理事退任과 商號變更을 商法 제317조, 183조, 40조, 37조의 規定에 의하여 登記를 하였고 이러한 登記事實을 알지 못한 점에 正當한 事由가 있음을 立證하지 않았으므로 契約當時에 善意였다고 할 수 없으며 또 被告 Y에 確認을 하지 않은 過失이 있으므로 Y의 代理權消滅後의 表見代理責任은 成立될 수 없다고 하였다. 그리고 商法 제395조에 의한 表見代表理事의 行爲에 대한 會社의 責任은 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 인정할 만한 名稱을 사용한 理事가 自己의 名義로 去來한 경우에 실제로는 그 理事가 代表權限이 없더라도 會社는 善意的 相對方에게 責任을 지야 한다는 취지이므로 訴外 S가 被告 Y의 專務理事를 표방하더라도 그 當時 S는 被告 Y社의 理事가 아니었고 또 自己名義가 아닌 代表理事 L의 名義로 契約을 체결하였으므로 商法 제395조가 適用되지 않으며, S의 無權代理行爲에 대하여 事後에 그 중 一部를 追認한바 있더라도 이것과 별개의 本件 無權代理의 賣買契約을 被告會社로부터 代理權을 수여받고 체결한 것이라고는 볼 수 없으며 그 當時 基本的 代理權限의 存在을 인정할 증거가 없으므로 S의 權限逾越에 의한 表見代理는 인정할 수 없다고 하여 原判決을 기각하였다.

#### 〔上告理由〕

原審에 대한 原告 X의 上告理由는 다음과 같다. 첫째로 訴外 S는 被告 Y社 代表理事 L의 個人的인 代理人을 표방한 것이 아니고 專務理事를 표방하여 L의 名義로 직접 契約을 체결하였으므로 被告 Y社의 專務理事로서의 代表權을 표방한 것이며, 訴外 S가 1975년 2월 6일과 3월 10일 두차례에 걸쳐 原告 X와 체결한 契約을 被告會社 代表理事인 L의 指示로 被告 Y가 이행하였던 事實은 그 外觀의 存在에 대하여 被告會社가 原因을 주고 있으며 表見代表理事의 行爲는 行爲者 自身の 名義뿐만 아니라 表見代表理事로서 代表權이 있는 것 같은 外觀을 이용하고 다른 代表理事 名義로 行爲한 경우도 포함한다는 것이 講學上的 通說이라고 할 수 있다. 둘째로는 우리나라는 잠정적으로 商業登記의 公告를 하지 않고 登記와 동시에 公告가 있는 것으로 하기 때문에 相對方會社의 登記事項이 變動을 登記와 동시에 알고 있는 것으로 擬制함은 無理로서 이는 善意的 第三者를 보호하려는 商法 제395조와 民法 제129조의 立法趣旨를 몰각하는 것이 된다. 따라서 商法 제395조나 民法 129조에 의한 善意的 第三者의 개념과 商業登記의 效力은 別途의 次元에서 다루어지야 한다. 셋째로 被告 Y는 1978년 2월 28일 書信으로 S의 解任事實을 通知하였으며 原告 X의 購買擔當者(課長代理)에게 이전에 口頭로 解任事實을 전하였다 하더라도 이는 原告 X의 過失이 문제가 되나 過失이 있어도 善意면 보호되어야 한다는 등이다.

#### 〔判決理由〕

大法院의 判決 (제4부 1979.2.13, 77 다 2436)의 理由를 요약하면 다음과 같다.

商法 제395조는 外部에서 會社의 代表權이 있다고 誤認할 염려가 있는 名稱을 사용한 理事가 한 行爲에 대하여 그 理事가 代表權을 안 가진 경우에 會社는 善意的 第三者에 대하여 이런 理事의 行爲를 마치 代表權이 있는 理事의 行爲와 같이 보아 會社가 責任을 진다는 趣旨의 規定이니 第三者를 保護하려는 去來의 安全의 표현이요 禁反言의 法理 내지는 外觀理論의 정신에서 나온 것이다. 이렇게 볼 때 本條는 表見代表理事가 理事의 資格을 갖출 것을 法形式上의 要件으로 하고 있지만 實질상으로 理事資格이 없는 者에게 會社가 表見代表理事의 名稱을 使用케 한 경우나 理事資格없이 表見代表理事의 名稱을 使用하는 것을 會社가 안고 그대로 두거나 아무런 조치도 쓰지 않고 容認狀態에 놓아둔 境遇도 包含한다고 解釋해야 옳다. 이런 때에도 會社에 名稱使用에 대해서 歸責事由가 充分히 있다고 아니할 수 없고 同條의 立法趣旨에도 맞기 때문이다. 그리고 表見代表理事의 名稱을 使用하는 理事가 自己名義로 行爲할 때 뿐 아니라 行爲者 自身이 表見代表理事인 以上 다른 代表理事의 名稱을 使用하여 行爲한 경우에도 本條가 適用된다고 보아야 할 것이다.

따라서 이런 法理 위에서 보면 訴外 서인석이 가 표방한 專務理事는 本條에서 말하는 表見代表理事인에 異論이 있을 수 없고 同人이 代表理事 이윤준 名義로 한 行爲에 本條의 適用을 못한다고는 못하리니 이에 관한 위 原審判斷은 위 法理를 안 나뉘었다 하겠으니 위법하며, 또 이미 설치한 바와 같이 서인석이 理事를 그만둔 후에 설치 2차례의 契約(75.2.6과 3.10)을 被告會社가 거의 履行했다는 事實에 原審이 排斥치 아니한 1審記錄 檢證結果(장상익 審問調書記載 1記錄 219정 以下)에 의하여 서인석의 理事 辭任後인 74.12.31부터 75.2.21에 이르는 사이에 그가 하던 종전방법으로 동아임직회사에 生사 10조(代金 700여만원 상당)를 비롯하여 재경 생사판제 10사에 도한 170조(總代金 1억 1천만여원)를 받았으며, 被告會社가 履行한 事實이 認定될 수 있는 事情을 합쳐보면 被告會社는 辭任한 서인석의 專務理事행세를 默認해 온 事實이 充分하다 하리니 被告會社는 서인석의 辭任後에 있는 本件去來까지를 包含하여 繼續의인 일련의 去來에 대하여 表見責任을 免할 수 없는 法理라 하겠다.

그러므로 이를 反對로 理解한 原判決에는 이에 관한 法理誤解가 없다고 못할 것이다.

또 商法 第395條와 商業登記와의 關係를 해아려 보면 本條는 商業登記와는 다른 次元에서 會社의 表見責任을 認定한 規定이라고 해야 옳으리니 이 責任을 들음에 商業登記가 있는 여부는 考慮의 對象에 넣어서는 아니된다고 하겠다.

따라서 原判決이 被告會社의 商號變更登記로 말미암아 被告의 商號變更에 대하여 原告의 惡意를 看做한 判斷은 當院이 認定치 않은 法理 위에 선 것이라 하겠다. 原告會社가 서인석의 辭任을 알았다는 原審認定은 本件에 앞선 그 去來(75.2.6과 3.10)를 매듭짓는 자리에서 被告 장상익이가 原告會社 擔當社員에게 서인석의 辭任을 알린 事實을 證據로 삼고 있으나 會社의 惡意는 代表理事에 대하여 決定할 것이므로 原審의 위 認定에는 또 法理誤解가 있다고 아니할 수 없다. 그렇다면 原判決 判斷은 商法 第395條의 法理를 誤解한 違法과 審理를 못다한 잘못에 의하여 理由不備의 違法을 남겼다고 하리니 論旨은 理由있어 原判決은 破棄한다. 原審으로 하여금 다시 審理判斷케 하기 위하여 事件을 原審에 되돌려 보내기로 하여 一致한 意見으로 主文과 같이 判斷한다.

大法院의 本判決은 原告 X의 上告理由를 그대로 받아들인 것이라고 할 수 있는데 위에 서도 부분적으로 지적된 바와 같이 몇가지의 문제점을 요약한다면, 첫째로 本條가 現在 表見代表理事의 요건을 갖춘 者가 自己名義가 아닌 代表理事의 名義를 사용한 때에도 適用되어야 하고 또 前에 表見代表理事였으나 退任한 후라도 會社가 그러한 名稱의 使用을 계속 허용한 경우에도 會社는 責任을 지야 한다는 점에는 수긍이 가지만, 本件의 경우와 같이 表見代表理事의 退任登記와 商號變更登記까지 하였음에도 舊商號로 自己의 名義도 아닌 代表理事의 名義로 한 行爲에 대하여도 적용된다고 한 것은 無理라고 하지 않을 수 없다. 물론<sup>14</sup>

大法院은 S의 行爲에 대하여 더 이상의 措置를 취하지 않았다고 하지만 大法院이 요구하는 措置란 理事退任登記와 商號變更登記 이외에 더 이상의 어떠한 措置를 말하는 것인지 알 수 없다. 또한 被告 Y는 S의 退任登記와 商號變更登記까지 마쳤고 이러한 사실을 原告 X社의 擔當社員에게 알렸음에도 大法院은 「本條는 商業登記와는 다른 次元의 규정이고……原告 X社의 擔當社員에게 S의 辭任을 알린 사실을 증거로 삼고 있으나 會社의 善意는 代表理事에 대하여 決定할 것이므로 原審의 위 인정에는 또 法理誤解가 있다」고 하였는데 종래에 原告 X의 代理權을 갖고 契約을 체결한 바 있는 擔當社員에게 알린 事實을 인정하면서도 代表理事에게 직접 알리지 않았다고 하여 會社의 善意를 인정한 것은 그야말로 大法院이 商法 제395조의 射程距離를 無限한 것으로 誤認하여 그 適用의 限界를 벗어난 判決을 한 것이 아닌가 한다.

## 九. 結 言

表見代表理事制度는 그 立法趣旨가 株式會社라는 巨大한 企業과 去來關係에 있는 非專門의인 相對方의 보호를 도모하기 위한 것이 아닌가 한다. 株式會社制度의 發展初期에 舊商法上的의 모든 理事 個個人이 會社의 代表機關을 구성할 수 있음을 전제로 하여 여기에 더우기 一般公衆들로 하여 會社를 代表할 權限이 있는 것으로 믿게 하는 뚜렷한 소위 會社의 重役이란 名稱을 信賴하고 去來한 경우에 相對方을 보호하기 위한 것이 本條의 目的이라고 할 수 있다. 그러나 現行法에서는 理事會制度를 도입하여 理事는 理事會의 構成員에 불과하고 代表權이 없는 것이 원칙이므로 理事의 地位는 舊商法時代와 正反對의 위치에 놓이게 되었고 대부분의 去來相對方이 專門的知識을 겸비한 商人이거나 株式會社인 경우가 대부분이므로 非專門의인 去來相對方의 보호를 목적으로 생긴 本條는 오늘날 그 適用에 있어서 지나치게 擴大適用하게 되면 오히려 이러한 규정의 適用으로 企業의 維持를 위태롭게 하거나 去來關係에 혼란을 조장할 우려가 없지 않다. 위에서 수차 지적한 바 있는 최근의 이에 관한 大法院의 判例(大判 1979.2.13, 77 다 2436)는 무리하게 擴大適用한 느낌이 없지 않다.