

委託賣買의 構造와 法律關係

- 委託關係와 賣買關係의 分리와 上觀關係 -

김 성 탁*

I. 머리말

위탁매매는 위탁매매인이 자신의 명의로 매매를 하고 매매의 경제적 계산을 위탁자에게 돌아가도록 하는 거래방식이다(상법 제101조). 물건 또는 유가증권의 위탁매매를 영업으로 하는 자를 委託賣買人(영: commission agent; 미: factor, consignee; 독: Kommissionär; 불: commissionaire, 일: 間屋)이라 하고, 상법에서는 이를 독립된 상인으로 규정하고 있다. 위탁매매제도는 원래 원격지 거래와 함께 발달된 것인데, 오늘날에는 거래에 전문성을 요하거나 일정한 자격을 요하는 경우에 흔히 이용되고 있다. 상품별로는 농수산물·증권·先物·중고차·골동품·미술품의 거래에서 위탁매매의 방식이 이용되는 경우가 많고, 제조자나 생산자가 대리점과 같은 독립된 유통상을 통하여 물품을 판매하는 경우에 위탁매매의 방식이 이용되기도 한다. 상법 제7장에서 위탁매매업에 관한 기본규정을 두고 있고, 증권거래법, 선물거래법, 농수산물유통및가격안정에관한법률, 독점규제및공정거래에관한법률 등의 상사특별법에서 이에 대한 특칙을 두고 있다.

위탁매매는 법률적 형식(名義)과 경제적 효과(計算)가 분리된다는 점이 특징이다. 이 같은 분리는 위탁매매제도의 기본구조를 이루고 이 제도의 존립기반이 되지만, 이는 동시에 위탁자의 권익보호와 관련한 문제발생의 원인이 되기도 한다. 위탁매매제도가 안고 있는 이러한 문제점을 시정함으로써 당사자간에 이익의 조화를 기하기 위

* 영남대학교 법과대학 부교수

하여 위탁매매의 경제적 실질을 그 법률관계에 여하히 반영할 것인가 하는 것이 위탁매매에 관한 법규정의 해석과 입법에 있어서 매우 중요한 과제가 된다.¹⁾ 이 같은 문제의식에 입각하여 이 글에서는 위탁매매의 구조상의 특징과 법률관계를 위탁계약과 매매계약의 분리와 그 상관관계를 중심으로 하여 살펴보고자 한다.

II. 委託賣買業의 概念要素

위탁매매업의 개념요소와 그 기본구조에 대해서는 상법 제101조에서 명시적으로 규정하고 있다. 이에 의하면, 위탁매매업은 위탁매매인이 자기(위탁매매인)의 명의로 타인(위탁자)의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매의 주선을 영업으로 하는 자이다. 이하에서 분설한다.

1. 名義와 計算의 분리(周旋)

(1) 위탁매매인은 「自己의 名義로」 타인의 계산으로 매매를 하는 자이다. 자기명의로 매매를 한다는 것은 위탁매매인 자신이 직접 법률행위의 당사자가 되어 그 행위로부터 생기는 권리와 의무의 주체가 된다는 뜻이다. 따라서 위탁매매인은 매도인 또는 매수인으로서 지위와 권리·의무를 갖는다(상법 제102조). 이처럼 위탁매매인은 법률관계의 당사자가 된다는 점에서 代理人과 代理商(상법 제87조) 그리고 仲介人(상법 제93조) 등과 본질적으로 차이가 있다.

(2) 위탁매매인은 「他人의 計算으로」 매매를 하는 자이다. 타인의 계산으로 한다는 것은 위탁매매인이 행한 매매의 경제적 효과, 즉 손익이 타인인 위탁자에게 귀속된다는 뜻이다. 위탁매매인은 그 같은 업무수행의 대가로 보수 내지 수수료(commission; factorage)를 받는데 그친다. 다만 특약으로 그 손익의 일부를 위탁매매인에게 돌아가도록 하는 것은 상관없다.²⁾

1) 서헌재, 「상법강의(상)」, 법문사, 2001, 308면; 손주찬(집필대표), 「주석상법(I)」, 한국사법행정학회, 1992, 555면(양승규 집필부분); 임홍근, 「상법-총칙·상행위」, 법문사, 2001, 370면; 西原寬一, 「商行為法」, 有斐閣, 1990, 265면.

위탁자가 받는 수익의 정도는 위탁매매인의 영업수완과 거래의 성과에 따라 달라질 것이나, 위탁거래의 성과와는 무관하게 위탁자가 위탁매매인으로부터 일정한 受益을 받기로 하는 약정도 불가능한 것은 아니다. 투자자문회사의 수익보장약정에 대해서, “투자자문회사의 투자자문계약은 증권거래나 증권투자신탁거래와는 달리 투자의 대상이 주식 등 유가증권에 한정되지 않으므로 그 본질상 투자손실을 투자자문회사의 위험부담으로 하거나 투자자의 수익을 보장하기로 하는 약정을 무효로 볼 이유가 없고, 증권거래법 제70조의6 제4호의 수익약정금지 규정은 투자자문회사의 영업질서를 규제하기 위한 단속규정에 불과하다.”는 하급심 판결이 있다.³⁾ 그러나 증권회사에 대한 증권위탁매매의 경우에는 위험자본(risk capital)에 대한 투자로서의 성격을 지니기 때문에 증권거래법 제52조에서 수익률약정을 금지하고 있다. 이에 반하는 약정은 “위험관리에 의하여 경제활동을 촉진하는 증권시장의 본질을 훼손하고 안이한 투자판단을 초래하여 가격형성의 공정을 왜곡하는 행위로서, 증권투자에 있어서의 자기책임원칙에 반하는 것이라고 할 것이므로, 정당한 사유 없는 손실보전의 약속 또는 그 실행행위는 사회질서에 위반되어 무효”라는 것이 판례의 입장이다.⁴⁾

(3) 위탁매매의 법적 효과가 본인인 위탁자에게 귀속된다는 점에서 이를 ‘間接代理’ 또는 ‘숨은 대리’라고 부르기도 한다. 그러나 위탁매매는 본인인 위탁자의 명의가 아니라 委託賣買人의 名義로 매매를 한다는 점에서 일반적인 민법상의 대리와는 그 법률적 형식이 엄연히 다르다. 위탁매매는 법률상의 대리가 아니며, 경제상으로 대리과 비슷한 효과가 인정되는 ‘經濟上의 代理’일 뿐이다.⁵⁾ 따라서 위탁매매에는 대리와는

2) 田中誠二·喜多子祐·堀口 亘·原茂太一, 「コンメンタル商行為法」, 勁草書房, 1973, 267면.

3) 서울지법 1997. 11. 27 선고, 96가합27211 판결.

4) 대법원 2001. 4. 24 선고, 99다30718 판결; 대법원 1997. 2. 14 선고, 95다19140 판결; 대법원 1980. 12. 23 선고, 79다2156 판결; 인천지법 1998. 1. 16 선고, 96가합17321 판결; 서울민사지법 1984. 5. 15 선고, 83가합7035 판결. 증권위탁매매에서의 수익률보장약정은 강행법규에 반하여 계약법적으로는 무효이지만 이에 대하여 불법행위를 이유로 손해배상책임을 묻는 것은 가능하다(대법원 1999. 6. 11 선고, 97다58477 판결; 대법원 1994. 1. 11 선고, 93다26205 판결 참조).

5) 김성태, 「상법총칙·상행위법강론」, 법문사, 1998, 535면; 박상조, 「신상법총론」, 형설출판사, 1996, 456면; 손주찬, 「상법(상)」(제13증정보판), 박영사, 2002, 328면; 이기수, 「상법-총칙·상행위」, 박영사, 1992, 396면; 이병태, 「상법(상)」(전정판), 법원사, 1988, 270면; 이철송, 「상법총칙·상행위」(제3판), 박영사, 1996, 420면; 임흥근, 전제서, 368면; 정동윤, 「상법총칙·상행위법」(개정판), 법문사, 1996, 472면; 정찬형, 「상법강의(상)」(제5판), 박영사, 2002, 278면; 채이식, 「상법강의(상)-총칙·상행위·회사법」(개정

달리 위탁매매인이 거래의 상대방에 대하여 위탁자를 顯名할 의무가 없으며(민법 제114조 1항·제115조), 無權代理(민법 제130조 내지 제136조)나 表現代理(민법 제125조·제126조·제129조)에 상응하는 제도가 없다. 다만 그 실질에 있어서 위탁매매는 대리와 유사한 점이 있기 때문에 위탁매매의 본질에 반하지 않는 한 대리에 관한 규정을 유추적용하여야 할 경우도 있을 수 있다.

2. 物件 또는 有價證券의 賣買

(1) 위탁매매인은 「物件 또는 有價證券」의 매매를 주선하는 자이다. 물건은 일반적으로 동산과 부동산을 모두 포함하지만(민법 제4장), 不動産도 위탁매매의 대상이 되는 물건에 포함되는가 하는 점에 대해서는 견해가 나누어지고 있다.

① 不動産 除外說 - 위탁매매의 대상이 되는 물건에는 부동산은 포함되지 않고, 동산과 유가증권만이 위탁매매의 대상이 된다고 보는 견해이다.⁶⁾ 그 논거로, (i) 동산이나 유가증권의 경우는 점유라는 사실상의 지배를 공시방법으로 하고, 이 같은 점유에는 권리추정력(민법 제200조)이 있기 때문에 위탁매매인과 제3자간의 매매행위를 무리없이 진행시킬 수 있으나, 부동산의 경우는 상법 제103조의 적용으로 등기와 일치하지 않는 소유관계가 생겨나고, 거래가 성사된 경우에도 등기를 새로이 이전하여야 하는 복잡한 문제가 생길 뿐만 아니라 위탁자의 이익을 해칠 염려가 있다는 점, (ii) 상법상 운송주선업·운송업·창고업 등에 관한 규정에서도 '물건운송의 주선'(상법 제114조)·'물건의 운송'(상법 제125조)·'물건의 보관'(상법 제155조) 등으로 규정되어 있지만 부동산이 제외되는 것으로 해석된다는 점을 들고 있다.

② 不動産 包含說 - 위탁매매의 대상에 동산과 유가증권뿐만 아니라 부동산도 포함되는 것으로 해석하는 견해이다.⁷⁾ 그 논거로, 물건에는 일반적으로 동산과 부동산이

판), 박영사, 1997, 257면; 최기원, 「신상법학신론(상)」(제13신정판), 박영사, 2001, 303면; 西原寬一, 전게서, 262면; 田中誠二 外, 전게서, 266면. 구상법에서는 "위임과 대리에 관한 규정을 준용한다."고 하였지만(구상법 552조 2항), 위탁매매의 관계는 대리의 관계가 아니라고 보고 있다(박원선, 「상법총칙·상행위법」, 수학사, 1974, 168면).

6) 김성태, 상게서, 539면; 김영호, 「상인법총론·상거래법」, 박영사, 1999, 432면; 김정호, 「상법강의(상)」(제3판), 법문사, 2001, 274면; 박상조, 상게서, 457면; 이기수, 상게서, 396면; 이병태, 상게서, 270면; 이범찬·최준선, 「상법(상)」(제2판), 삼영사, 2001, 289면; 이철송, 상게서, 420~421면; 최기원, 상게서, 303~304면.

7) 강위두, 「상법총칙·상행위법」(제2전정판), 형설출판사, 1998, 325면; 김종엽, 「상법강의(상)」(제1중정판), 세종출판사, 2002, 219면; 박원선, 전게서, 167면; 서돈각·정완용, 「

포함되므로 상법에 부동산을 제외한다는 명문의 규정이 없는 이상, 이러한 해석은 불가피하다는 점을 들고 있다. 현행 상법상 부동산도 위탁매매의 대상이 될 수 있는 것으로 해석하지만, 입법론으로는 검토의 여지가 있다는 견해도 있다.⁸⁾ 판례 중에는, “부동산실권리자명의등기에관한법률이 ‘위임·위탁매매의 형식에 의한 명의신탁약정’을 무효로 규정하고 있지만 민법 제680조 내지 제692조 또는 상법 제101조 내지 제113조에 정한 바에 따른 순수한 위임·위탁매매, 즉 부동산에 관한 물권을 자기 명의로 취득하기 위하여 수임인 또는 수탁자에게 매수사무를 위임·위탁하는 경우까지 이를 무효로 하려는 취지는 아니다.”라고 하여, 부동산의 경우에도 위탁매매의 대상이 될 수 있음을 전제한 것으로 엿보이는 판례가 있다.⁹⁾

③ 立法例 - 독일 상법 제383조는 위탁매매의 대상으로 ‘상품(Ware) 또는 유가증권(Wertpapiere)’을 들고 있는데, 여기에서 상품은 동산에 한정한다. 스위스 채무법 제425조 제1항은 ‘동산 또는 유가증권’(bewegliche Sachen oder Wertpapier)으로 명시하고 있다. 일본 상법 제551조에서는 ‘물품’으로 규정되어 있는데, 부동산은 제외된다고 보는 것이 일반적이다.¹⁰⁾

이상에서 보는 바와 같이 위탁매매의 대상에 부동산도 포함되는가에 대해서는 찬반양론이 있으나, 부동산을 위탁매매의 대상으로 하면 과도한 등기비용 때문에 현실적으로 부동산을 위탁매매의 대상으로 삼기에는 적합하지 않다. 이 때문에 부동산의 경우는 통상적으로 중개제도가 이용되고 있다.¹¹⁾ 그렇다고 해서 현행 상법의 해석상 부동산이 위탁매매의 대상이 될 수 없는 것은 아니라고 본다.

(2) 有價證券은 위탁매매의 대상이 될 수 있다. 유가증권은 현재 위탁매매의 주된 대상이 되고 있다. 그러나 無體財産權이나 債權 등과 같은 權利는 그것이 有價證券化

상법강의(상권), (제4전정판), 법문사, 1999, 197면; 손주찬, 전게서, 329면; 임흥근, 전게서, 368면; 정찬형, 전게서, 278면; 채이식, 전게서, 257면.

8) 정동윤, 전게서, 473면.

9) 대법원 1990. 03. 27 선고, 89도813 판결(이 판결은 위탁매매에서 횡령죄의 성립 여부를 다룬 판결이나, 부동산도 위탁매매의 대상이 됨을 전제하고 있다.); 춘천지법 1998. 11. 5 선고, 98가단6438 판결.

10) 西原寬一, 전게서, 262면. 일본에서도 ‘물품’ 대신 ‘동산 또는 유가증권’으로 개정하여야 한다는 입법론이 있는가 하면(田中誠二 外, 전게서, 268면 참조), 부동산의 경우에도 위탁매매에 관한 규정을 유추적용하여야 한다는 견해가 있다(長谷川雄一, 「基本商法講義(商行為法)」, 成文堂, 1991, 120면).

11) 서헌재, 전게서, 307면.

되기 전에는 물건과 유가증권으로 한정하고 있는 상법규정상 위탁매매의 대상이 되지 못함이 원칙이다. 다만 증권거래법은 동법의 적용대상이 되는 유가증권에 표시되어야 할 권리는 그 有價證券이 發行되지 아니한 경우에도 동법상의 有價證券으로 간주하고 있다(증권거래법 제2조 제2항). 물건이나 유가증권을 제외한 用役, 無體財産權 등의 權利, 先物 등은 상법에서 위탁매매의 대상으로 명시하고 있는 것은 아니지만, 이들을 자기 명의로 타인의 재산으로 거래하는 경우에는 그 성질이 허용하는 범위 내에서 위탁매매에 관한 규정을 유추적용할 필요가 있다고 본다.

(3) 위탁매매인은 물건 또는 유가증권의 「賣買」를 주선하는 자이다. 이 점에서 운송계약을 주선하는 運送周旋人(상법 제114조)과 다르고, 매매 아닌 행위를 주선하는 準委託賣買人(상법 제113조)과 다르다. 다만 준위탁매매인에 대해서는 위탁매매에 관한 규정 중에서 매매를 전제로 하지 않는 규정을 준용한다(상법 제113조). 위탁매매인의 매매는 매도 또는 매수의 어느 한 쪽을 하는 것만으로도 충분하고, 매도와 매수 양쪽 모두를 하여야 하는 것은 아니다.

3. 獨立된 商人

(1) 위탁매매인은 물건 또는 유가증권의 매매의 주선을 「營業으로」 하는 독립된 상인이다. 상법에서는 「委託賣買 기타의 周旋에 관한 행위」를 基本的 商行為로 규정하고 있으므로(상법 제46조 제12호), 위탁매매인은 이러한 매매의 주선을 인수하는 것을 영업으로 함으로써 當然商人(상법 제46조 제12호, 제4조)이 된다.¹²⁾ 이러한 주선의 인수에 기하여 위탁매매인이 제3자와 하는 매도 또는 매수의 계약은 위탁업무의 이행행위에 불과한 補助的 商行為(상법 제47조 제1항)가 된다고 보는 것이 통설이다.¹³⁾ 한편, 委託者가 상인인 경우 그 위탁자에게 있어서 매도 또는 매수의 위탁은 補助的 商行為가 된다.¹⁴⁾

위탁매매인은 그 자신이 스스로의 독립된 재산하에서 영업을 하는 「獨立된 商人」이고 위탁자의 商業使用人이 아니다. 그러므로 위탁매매인은 상업사용인과는 달리 위탁

12) 대법원 1996. 1. 23 선고, 95다39854 판결.

13) 이 같은 지배적인 견해와는 달리 위탁매매에 관한 행위(46조 12호)로서 영업의 내용이 되는 기본적 상행위로 봄이 더욱 타당하다는 견해가 있다(채이식, 전게서, 259면).

14) 이철송, 전게서, 421면.

자에 대한 관계에서 겸직금지의무와 경업피지의무(상법 제17조)를 부담하지 않는다. 또 위탁매매인은 상인이기 때문에 당사자간에 報酬의 약정이 없는 경우에도 위탁의 실행행위가 이행되었을 때 위탁매매인은 위탁업무의 수행의 대가로 위탁자에 대하여 상당한 보수를 청구할 수 있다(상법 제61조).

(2) 委託者는 상인이건 상인이 아니건, 특정인이건 불특정인이건 묻지 아니한다. 위탁자가 상인이 아닐 수도 있기 때문에 위탁매매업을 언제나 商人의 인적 보조자 또는 그 조직의 일부로만 보는 것은 무리가 있다.¹⁵⁾ 買受委託者가 商人인 경우에는 위탁매매인을 보호하기 위하여 商事賣買에 관한 규정의 일부(상법 제68조 내지 제71조)를 준용하고 있다.

(3) 상법에서는 委託賣買人을 상인으로 규정하고 있지만, 당사자간에 商人 아닌 자를 위탁매매인으로 하는 위탁계약의 체결이 불가능한 것은 아니라고 본다. 그러나 이는 상법 제7장에서 규정하는 위탁매매가 아니므로 상법의 위탁매매업에 관한 규정을 적용할 수 없다. 이러한 경우에 당사자간의 법률관계는 위탁계약의 내용에 의하여 정하여지고, 민법의 위임에 관한 규정이 이에 보충적으로 적용된다고 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 內部의 法律關係(委託關係)

委託者와 委託賣買人 사이의 법률관계, 즉 위탁관계는 위탁계약에 의하여 성립되므로 그 내용은 기본적으로 위탁계약에 의하여 정해진다.

1. 委託契約의 本質

委託者와 委託賣買人 사이에는 위탁매매인이 위탁자를 위하여 물건이나 유가증권의 매매를 주선하기로 하는 委託賣買契約이 체결된다. 위탁매매인은 위탁의 인수의 영업으로 하는 상인이기 때문에 위탁매매계약은 물건이나 유가증권의 매매라는 사무처리

15) 채이식, 전제서, 258면.

를 위탁하는 「有償의 委任契約」이라고 보는 것이 통설이다.¹⁶⁾ 민법상의 위임계약은 특약이 없는 한 무상이므로(민법 제686조 제1항), 위탁매매계약을 전형적인 위임계약으로 볼 수는 없다. 그러나 그러한 점을 제외하면 그 법적 본질은 위임이므로, 위탁자와 위탁매매인의 관계에 대해서는 상법에서 별도로 규정하고 있는 것을 제외하고는 민법의 委任에 관한 규정이 적용된다(상법 제112조).¹⁷⁾

2. 委託契約의 成立

(1) 위탁계약은 원칙적으로 不要式 諾成契約이므로, 당사자간 매매주선의 합의만으로 성립하고 목적물이나 대금의 수수는 그 요건이 아니라고 보는 것이 다수설이다.¹⁸⁾ 한편, 증권위탁계약의 경우는 증권회사에 증권매매거래를 위탁한다는 합의 외에 금원이나 주식의 수령을 요함으로써 사실상 要物契約처럼 운용되고 있다. 판례도, “증권매매거래의 위탁계약의 성립시기는 위탁금이나 위탁증권을 받을 직무상 권한이 있는 직원이 증권매매거래를 위탁한다는 의사로 이를 위탁하는 고객으로부터 금원이나 주식을 수령하면 곧바로 위탁계약이 성립한다고 할 것이고, 그 이후에 그 직원의 금원수납에 관한 처리는 위 계약의 성립에 영향이 없다.”라고 하여, 이와 같은 취지로 판시

16) 독일에서는 유상의 위탁매매는 사무관리의 관계로(독일 민법 675조), 무상의 위탁매매는 위임관계로(독일 민법 662조 이하) 보고 있다(임흥근, 전게서, 373면).

17) 강위두, 전게서, 326면; 김성태, 전게서, 542면; 김정호, 전게서, 274~275면; 박상조, 전게서, 459면; 서돈각·정완용, 전게서, 197~198면; 서헌재, 전게서, 313면; 손주찬, 전게서, 329면; 안동섭, “위탁매매계약”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1987, 12, 34면; 옥무석, 「상법총론」, 한국방송통신대학출판부, 1997, 240면; 이기수, 전게서, 398면; 이병찬·최준선, 전게서, 290면; 이병태, 전게서, 271면; 이철송, 전게서, 422면; 임흥근, 상게서, 372~373면; 정동윤, 전게서, 474면; 정찬형, 전게서, 279면; 채이식, 전게서, 258면; 최기원, 전게서, 305면; 長谷川雄一, 전게서, 120면; 田邊光政, 「商法總則・商行爲法」, 新世社, 1995, 255면; 田中誠二 外, 전게서, 268면. 증권위탁매매계약의 경우는 위임계약뿐만 아니라 임치계약의 성질도 가미된 특수한 계약으로, 상법에 규정이 없는 사항에 대해서는 이와 가장 유사한 위임계약의 규정을 준용하여야 한다는 견해가 있다(김영호, 전게서, 437면).

18) 강위두, 상게서, 326면; 김성태, 상게서, 540면; 박상조, 상게서, 459면; 서돈각·정완용, 상게서, 198면; 서헌재, 상게서, 313~314면; 옥무석, 상게서, 240면; 이기수, 상게서, 397면; 이병태, 상게서, 271면; 이철송, 상게서, 423면; 임흥근, 상게서, 372면. 이 같은 견해와는 달리 위탁을 필요로 하는 거래에서는 인도를 계약의 성립요건으로 하는 것이 현실과 부합되며 법리적으로도 무리가 없다는 견해가 있다(김영호, 상게서, 438~440면). 증권위탁매매계약의 체결방법에 대해서는 증권거래소의 업무규정(61조)과 동 시행세칙(70조)에서 상세하게 규정하고 있다.

하고 있다.¹⁹⁾

(2) 繼續的으로 거래가 이루어지는 법률관계에서는 基本契約을 기초로 위탁자의 개별적인 注文이 있는 시점에 위탁계약이 이루어진 것으로 보아야 할 것이다. 즉, 기본계약을 체결하는 시점에 금전이나 증권이 예탁되는 것과 동시에 고객과 증권회사간에 상법상의 위탁매매계약이 성립하는 것은 아니고, 그러한 계약은 고객이 증권회사에 매매주문을 낼 때에 비로소 성립한다.²⁰⁾ 판례도, “고객이 증권회사와 체결하는 「매매거래계좌설정계약」은 고객과 증권회사간의 계속적인 거래관계에 적용될 기본계약에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 그에 의하여 바로 매매거래에 관한 위탁계약이 이루어지는 것이 아니고, 매매거래계좌설정계약을 토대로 하여 고객이 매수주문을 할 때에 비로소 매매거래에 관한 위탁계약이 이루어지는 것이라고 보아야 한다.”라고 함으로써 이와 같은 취지로 판시하고 있다.²¹⁾

(3) 위탁매매계약을 체결하는 方式은 원칙적으로 자유롭다. 당사자간에 위탁매매계약에 관한 합의와 위탁매매계약의 본질적인 부분이 갖추어져 있는 한, 부수적인 결함이 있다고 하더라도 이는 위탁매매계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 판례도, “주식거래에 관한 위탁이 증권거래소가 제정한 수탁업무규정 소정의 수탁계약준칙과 매매거래 수탁방법 및 일임매매제한규정에 위배된 것이고, 매수주문표나 유상청약서에 고객의 기명날인이 되어 있지 않다고 하더라도, 이와 같은 사정만으로는 증권회사와 고객간의 거래가 무효라고 볼 수는 없다.”고 하거나,²²⁾ “위탁자통장의 예입금액 액수 앞에 취급자의 도장이 날인되어 있지 않거나 그 통장적요란의 입금기재에 회사의 고무인이 찍혀 있지 아니하고 사필로 기재되어 있다하더라도 위 계약의 성립에는 영향이 없다.”고 하여 이와 같은 취지로 판시하고 있다.²³⁾

19) 대법원 1994. 4. 29 선고, 94다2688 판결.

20) 김전식, “고객의 주식을 보관하는 증권회사의 의무”, 「상사판례연구 III」, 박영사, 1996, 494면; 민병훈, “증권회사의 고객에 대한 주의의무”, 「상사판례연구 III」, 박영사, 1996, 533면; 이중기, “증권매매거래위탁의 성립시기와 종결시기”, 「상사판례연구 III」, 박영사, 1996, 430면.

21) 대법원 1993. 12. 28 선고, 93다26631 판결.

22) 대법원 1993. 9. 10 선고, 93다26519, 93다26526 판결; 대법원 1981. 9. 22 선고, 81다570, 81다571 판결; 대법원 1979. 3. 27 선고, 78다2483, 78다2484 판결; 서울고법 1989. 5. 1 선고, 87나2908 판결. 증권거래소의 수탁계약준칙은 현재 폐지되었다.

23) 서울고법 1984. 10. 16 선고, 83나3719 판결.

(4) 위탁매매계약은 委託者와 委託賣買人 또는 이들로부터 위탁매매계약의 체결의 代理權을 부여받은 자와의 사이에 체결되어야 한다. 판례는, 증권위탁매매계약의 경우 증권회사 객장의 창구직원, 지점장,²⁴⁾ 지점장 겸 지배인,²⁵⁾ 영업부장 겸 지배인²⁶⁾ 등은 직무상 위탁매매계약을 체결할 수 있는 권한 있는 자에 해당한다고 판시하고 있다(상법 제11조, 제15조, 제16조 참조).²⁷⁾

〈대법원 1980. 11. 11 선고, 80다135 판결〉

“원고가 증권회사의 지배인 겸 영업부장실에서 동인에게 적당한 시기에 적당한 증권을 매입 매도하여 이득금이 남도록 관리하여 달라고 하면서 주식매수 대금조로 금원을 교부하고, 그 영업부장의 명함 뒷면이나 위 회사 영업부장용 메모지 위에 그 금원을 보관하고 있다는 취지의 보관증을 작성·교부받았다면, 원고와 그 증권회사 사이에 증권매매 위탁계약이 성립된 것으로 보아야 한다.”

위탁매매인으로부터 위탁매매계약을 체결할 수 있는 권한을 부여받은 자와 위탁자 사이에 계약이 체결된 것이라 할지라도 그것이 適法한 代理權의 행사라고 볼 수 없는 경우에는 개인간의 단순한 사적인 거래관계에 불과할 뿐이고 위탁매매인과의 위탁매매계약은 존재하지 않는다. 대리권자와의 위탁계약의 체결이 통상적인 방법을 현저하게 일탈한 경우에는 본인과의 위탁계약이 성립되었다고 할 수 없다.²⁸⁾ 판례는, “증권거래법 제52조에서 금지하고 있는 수익률보장약정에 의한 투자권유행위는 지점장으로서 지점의 영업에 관하여 포괄적으로 증권회사를 대리할 권한이 있다 하여도 이는 강행법규에 위반되는 행위로 그 대리권의 범위에 포함된다고는 할 수 없다.”고 하여 같은 취지로 판시하고 있다.²⁹⁾

〈대법원 1998. 3. 27 선고, 97다19687 판결〉

“고객이 증권회사에 증권매수대금을 예치하는 경우에는 담당직원이 그 금액을 입금표에 기재하여 현금출납창구에 제시하도록 되어 있고, 현금출납직원은 이를 확인한 다음 전산 단말담당자에게 넘겨 전산입력처리 후 입금확인서를 고객에게 교부하는 것이 증권거래에

24) 대법원 1994. 4. 29 선고, 94다2688 판결; 서울고법 1989. 5. 1 선고, 87나2908 판결.

25) 대법원 1997. 2. 14 선고, 95다19140 판결.

26) 대법원 1980. 5. 27 선고, 80다418 판결.

27) 김전식, 「증권거래법」(제2판), 두성사, 2001, 333면 참조.

28) 서울고법 1986. 11. 3 선고, 85나3225 판결.

29) 서울민사지법 1993. 4. 29 선고, 91가합70173 판결.

공지된 일반적인 방식이다. 그럼에도 불구하고 고객이 증권회사 직원의 관련증권계좌에 입금하는 등의 방법으로 금원을 교부하여 왔고, 이 금원에 대하여 이자명목으로 매월 2%의 확정수익을 얻어 온 경우에는 당해 금원에 대하여 고객과 증권회사 사이에 증권매매거래 위탁관계가 성립되었다고 할 수 없다.”

한편, 투자상담사의 경우는 투자상담이라는 사실상의 행위에 종사할 뿐, 증권회사를 위하여 위탁계약을 체결할 수 있는 대리권이 부여된 자가 아니므로 투자상담사의 행위에 대해서는 表現代理도 성립할 수 없다.³⁰⁾ 판례도 같은 취지로 판시하고 있다 (아래 판결 참조).

〈대법원 1992. 5. 26 선고, 91다32190 판결〉

“증권회사의 직원이 아니면서도 사실상 투자상담사의 역할을 하는 자에게 유가증권 매매의 위탁 권유 등과 관련하여 증권회사를 대리하여 예약금을 수령하거나 위탁매매계약을 체결할 권한이 있고 또 그것이 증권업계의 일반적인 관행이라고 볼 수 없다. [중략] 민법 제126조의 표현대리가 성립하기 위해서는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 하는바, 증권회사로부터 위임받은 고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정실적의 제고 등의 업무는 사실행위에 불과하므로 이를 기본대리권으로 하여서는 권한초과의 표현대리가 성립할 수 없다.”

(5) 委託賣買契約은 청약에 해당하는 「委託」과 승낙에 해당하는 「受託」의 합치에 의하여 성립한다. 즉, 증권위탁매매의 경우 고객의 주문은 청약인 위탁에 해당하므로 위탁매매계약이 고객의 주문만으로는 성립하지 못하고 그에 대하여 증권회사의 승낙인 수탁이 필요하다.

증권위탁매매에서 증권회사의 직원이 자신이 관리하는 계좌의 주식을 고객의 주문(위탁)이 없음에도 불구하고 임의로 처분하는 경우를 증권거래법에서는 任意賣買라고 하여 금지하고 있다(증권거래법 제52조의3). 그 위반에 대하여 형사처벌조항을 두고 있으며(동법 제207조의3), 불법행위책임(민법 제750조)을 진다.³¹⁾

증권거래소의 업무규정에서는 일정한 경우에 증권회사가 受託을 拒否할 수 있음을 규정하고 있다(업무규정 제66조 제1항). 증권회사가 승낙의 의사를 표시하지 않는 경우에도 수탁을 명시적으로 거부하지 않는 한, 매매거래계좌를 설정한 고객을 상법

30) 이종기, 전제논문, 434면.

31) 대법원 1995. 10. 22 선고, 94다16786 판결.

제53조의 「상시 거래관계에 있는 자」라고 보아 위탁매매계약은 성립한다고 보아야 할 것이다.³²⁾ 約款에 의하여 위탁매매계약을 체결하는 경우에는 사업자인 위탁매매인은 약관의 중요한 내용을 설명하고 위탁자가 요구하는 경우에는 당해 약관을 교부하여야 한다(약관규제법 제3조 제1항, 업무규정 제62조 제2항).

3. 委託의 範圍 : 包括的 一任의 문제

계약자유 원칙에 따라 위탁자가 위탁매매인에게 위탁의 실행과 관련한 일체의 사항을 포괄적으로 일임하는 일임매매의 위탁도 원칙적으로 가능하다. 그러나 증권거래법에서는 유가증권의 위탁매매의 경우 包括的 一任賣買를 금지하고 制限的 一任賣買만을 허용하고 있다. 포괄적 일임매매는 증권회사의 권한남용으로 인한 분쟁의 소지가 많기 때문에 위탁자인 고객을 보호하기 위함이다.³³⁾ 유가증권의 위탁매매에 있어서 매도 또는 매수위탁, 매매목적물, 가격, 매매시기 등의 전부 또는 일부를 위탁매매인의 판단에 맡기는 제한적인 범위에서의 일임매매의 위탁이 가능할 뿐이고, 그 유가증권의 종류·종목 및 매매의 구분과 방법에 관하여는 위탁이 금지되고 고객이 이를 결정하여야 한다(증권거래법 제107조 제1항). 이에 위반한 자에 대해서는 형사벌칙이 가해질 수 있다(동법 제208조 제3호). 포괄적 일임매매의 약정은 증권거래법 제107조에 위반한 것이기는 하지만, 판례는 이를 團束規定의 위반으로 보아 그 사법적 효력은 유효하다고 보고 있다.³⁴⁾

〈대법원 1991. 5. 24 선고, 90다14416 판결〉

“증권회사직원을 통하여 매매거래구좌설정계약을 체결하고 그에게 송금하여 주식을 매수하고 위 직원은 위탁자로부터 그 거래구좌의 통장 및 인감을 전내받고 주식의 매입, 매도 등 거래전반에 관하여 위임을 받은 뒤 위탁자 명의로 거래를 계속해 왔다면, 위탁자는 위 직원을 통하여 그의 재량적 판단 아래 주식거래를 하여 이득을 남겨줄 것을 의뢰함과 동시에 이익배당금의 수령이나 무상증자에 따른 신주의 인수 등 주식위탁과 관련하여 통상 위탁자에게 손해가 되지 않고 경제적으로 이익이 된다고 볼 수 있는 제반사항의 대행을 포괄적으로 위임한 것이고, 위탁자와 증권회사 사이에 있어서도 그와 같은 내용의 증권매매위탁 약정이 성립되었다고 할 것이다.”

32) 김전식, 전제서, 336면.

33) 김전식, 상제서, 324면.

34) 대법원 1996. 8. 23 선고, 94다38199 판결; 대법원 1992. 7. 28 선고, 92도691 판결.

4. 再委託의 경우 : 複代理規定의 準用 여부

위탁매매의 관계는 委託者와 委託賣買人 사이의 信賴關係를 바탕으로 하므로 위탁매매인은 다른 상관습이 없는 한 위탁자의 승낙이나 부득이한 사유 없이는 자기가 위탁받은 사무의 처리를 제3자에게 再委託할 수 없다(민법 제682조 제1항 참조).³⁵⁾ 그러나 위탁자의 승낙이 있는 경우나 계약에 의하여 위탁매매를 여러 단계로 나누어 하수위탁매매인을 두는 것은 가능하다.³⁶⁾

위탁매매인이 부득이한 사정으로 위탁자의 승낙 없이 다른 사람에게 再委託을 한 경우(민법 제682조 제1항), 그것은 委託賣買人이 제3자를 履行補助者로 이용하는데 지나지 않고 위탁자의 명의로 재위탁하는 것이 아니므로 委託者와 再受託者 사이에는 아무런 법률관계가 없다. 따라서 委託者와의 사이에서 위탁매매인으로서 권리의무를 가지는 것은 본래의 委託賣買人뿐이다. 이 점이 複代理의 경우 복대리인이 한 대리행위의 효과가 본인에 대하여 생기는 것(민법 제123조)과 다르다.³⁷⁾ 위탁매매인(乙)으로부터 재위탁을 받아 청과를 매매한 자(丙)에 대하여 본래의 위탁자(甲)가 매매대금의 지급을 청구한 사건에서, 일본 최고재판소는 위탁자(甲)는 본래의 위탁매매인(乙)에게 대금청구권을 가진다고 판시함으로써 위탁매매에 複代理에 관한 규정의 준용을 부정한 바 있다.³⁸⁾

5. 委託賣買人의 責任

위탁매매인이 고의 또는 과실에 기하여 위탁매매계약의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 경우 위탁자는 위탁매매인에 대하여 善管注意義務 위반을 이유로 債務不履行責任(민법 제390조)을 물을 수 있음은 물론이다.³⁹⁾ 이에 (i) 위탁매매계약 자체의 불이행에 따른 책임, (ii) 거래과정에서 선관주의의무 위반에 기한 채무불이행책임, 그리고 (iii) 상법이 위탁매매인에게 부과한 각종의 거래에 부수되는 의무를 위반한 경우의 채무불이행책임 등이 포함된다.⁴⁰⁾

35) 정동윤, 전제서, 474면.

36) 박상조, 전제서, 465면.

37) 안동섭, 전제논문, 35면; 이기수, 전제서, 411면; 정동윤, 전제서, 474면; 최기원, 전제서, 305면; 西原寬一, 전제서, 267면; 蓮井良憲, 「商法總則·商行為法」, 法律文化社, 1995, 208~209면.

38) 日最判 1956. 10. 12, 民集 10권, 10호, 1260면; 田邊光政, 전제서, 256면.

39) 대법원 1991. 5. 24 선고, 90다1416 판결.

또한 위탁매매인은 선관주의의무 위반을 이유로 不法行爲責任(민법 750조)을 질 수도 있다. 판례는, 증권위탁매매에서 선관주의의무 위반을 이유로 불법행위책임을 물을 수 있기 위해서는, “거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식 형성을 방해하거나, 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있어야 한다.”고 판시하고 있다.⁴¹⁾

6. 委託賣買關係의 終了

위탁매매의 관계는 위임관계이기 때문에 委任契約의 일반적인 종료사유인 委託者와 委託賣買人의 死亡 또는 破産, 委託賣買인인 禁治産宣告 등에 의하여 위탁매매관계는 종료한다(민법 제690조). 위탁매매계약 당사자의 契約解止에 의하여 그리고 위탁매매의 目的을 달성한 경우에도 위탁매매관계가 종료한다. 위탁계약이 유효하게 해지되었다고 보기 위해서는 해지권자에 의하여 해지의 의사가 표시되었다고 인정될 수 있는 경우이어야 한다(아래 판례 참조).

〈대법원 1995. 12. 22 선고, 95다16660 판결〉

“위탁매매계약이 수탁판매인의 영업점포의 상호변경이나 영업장소의 변경으로 인하여 당연히 해지된다고 볼 수 없고, 또한 위탁판매점계약에서 상품전시시설이 계약의 중요요소가 된다고 볼 수 있는 것도 아니므로, 수탁판매인이 영업장소를 이전한 점포에 전시시설이 있는지의 유무에 따라 계약해지 여부에 관한 판단이 달라진다고 볼 수 없다.”

위탁자는 위탁계약을 撤回 또는 정정할 수 있다. 이때의 철회나 정정은 매매거래가 성립되지 않은 범위 내에서만 가능하다. 증권위탁매매의 경우 고객이 주문을 한 후에

40) 김영호, 전제서, 433~434면.

41) 대법원 2001. 10. 12 선고, 2000다28537, 28544 판결(증권회사 임·직원의 이른바 ‘단정적 판단’의 제공에 의한 권유행위’에 따라 투자한 투자자가 손실을 본 경우, 불법행위책임이 성립하기 위한 요건에 대해서도 동일한 취지로 판결하였다.); 대법원 2001. 4. 27 선고, 2000다30943 판결; 대법원 1999. 6. 11 선고, 97다58477 판결; 대법원 1996. 8. 23 선고, 94다38199 판결; 대법원 1994. 1. 11 선고, 93다26205 판결; 서울고법 1994. 8. 26 선고, 93다45826 판결.

이를 철회하면 증권회사는 호가를 취소하여야 한다(업무규정 제13조). 판례도, “증권회사가 주식매매거래를 위탁받고 주식매도주문을 하였다가 주식 소유자의 요청에 따라 이를 취소하였으나 취소주문이 증권거래소에 접수되기 이전에 위 매도주문에 맞는 매수주문이 접수되어 위 주식이 전량 매도되었다면 이는 한국증권거래소업무규정에 따라 이루어진 것으로서 여기에 증권회사의 고의 또는 과실이 있었다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.⁴²⁾

IV. 外部의 法律關係(賣買關係)

委託賣買人은 위탁계약에 따라 제3자와 매매계약을 체결하는 당사자가 되고, 委託者와 제3자와의 사이에는 직접적으로 아무런 법률관계가 없다.

1. 賣買契約의 成立

(1) 委託賣買人과 제3자는 매매의 당사자관계에 있으므로 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매로 인하여 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담한다(상법 제102조). 위탁매매인이 위탁자의 계산으로 매매한 것임을 상대방이 알고 있었던 경우에도 마찬가지이다.⁴³⁾ 委託者는 숨은 당사자로서 내부적으로 위탁매매인과 법률관계를 맺고 있을 뿐이고, 委託賣買人이 표면상의 당사자로서 자기 명의로 상대방과 법률행위를 한다.

(2) 위탁매매인은 상대방과의 관계에서 매매의 당사자로서의 지위에 있게 되므로 賣買契約의 成立 및 效力에 영향을 미치는 사정은 모두 委託賣買人을 기준으로 하여 결정함이 원칙이다. 즉, 意思表示의 효력이 行爲無能力, 意思의 흠결, 詐欺·強迫 또

42) 서울고법 1990. 3. 30 선고, 89나25207 판결. 통정허위표시에 의한 위탁매매계약 철회의 의사표시는 민법 제108조의 적용에 의하여 무효라는 판례가 있다(서울고법 1990. 5. 25 선고, 89나45102 판결).

43) 박상조, 전게서, 460면; 손주환, 전게서, 337면; 정찬형, 전게서, 279~280면; 최기원, 전게서, 306면; 西原寬一, 전게서, 265면.

는 어떠한 사정을 알았거나 과실로 알지 못하는 것으로 인하여 영향을 받을 경우에, 그 사실의 유무는 委託賣買人과 相對方을 표준으로 하여 결정한다는 것이 통설이다(민법 제116조 1항 類推適用).⁴⁴⁾ 그러나 위탁매매인의 하자 있는 의사표시에 의한 위탁매매의 효과, 즉 무효 또는 취소의 효과는 위탁자에게 귀속한다. 委託者와 제3자 간에 존재하는 抗辯事由나 反對價權은 위탁매매인이나 제3자가 서로 상대방에 대하여 이를 원용하거나 상계할 수 없다.⁴⁵⁾

(3) 위탁매매인이 委託者의 指示에 따라 계약을 체결한 경우 민법 제116조 제2항의 취지를 유추하여 委託者의 惡意를 委託賣買人의 惡意와 동일시할 수 있는가 하는 점에 대해서는 다음과 같은 견해가 있다.

① 類推適用 肯定說 - 이와 같은 경우 민법 제116조 제2항을 유추적용함으로써 위탁자는 자기가 안 사정 또는 과실로 알지 못한 사정에 관하여 위탁매매인이 알지 못하였음을 제3자에게 주장할 수 없다고 해석하여야 한다는 견해이다.⁴⁶⁾

② 類推適用 否定說 - 이에 대하여 위탁매매는 대리와 그 법률형식이 전혀 다르기 때문에 대리에 관한 규정을 위탁매매에 유추적용하는 것에는 문제가 있다고 한다. 이와 같은 경우 위탁자가 알고 있었던 중요한 사실의 不知를 위탁매매인이 주장하는 경우 제3자는 信義誠實의 원칙에 의한 항변으로 대항할 수 있다고 한다.⁴⁷⁾

위의 견해들은 위탁매매인이 위탁자의 지시에 따른 경우 민법 제116조 제2항의 類推適用에 의하여 또는 信義則의 적용에 의하여 相對方이 委託賣買人에게 위탁자의 惡意를 주장할 수 있다는 결론에 이르는 점에 있어서는 동일하다. 다만 제3자가 항변할 수 있는 사유와 그 범위에 있어서, 후자의 견해에 의하는 경우가 전자의 견해에 의하는 경우에 비하여 좀더 좁을 것으로 여겨진다.

44) 강위두, 전게서, 327면; 김성태, 전게서, 554면; 박상조, 상게서, 460~461면; 서돈자·정완용, 전게서, 204면; 서헌재, 전게서, 309면; 손주찬, 상게서, 337면; 안동섭, 전게논문, 38면; 옥무석, 전게서, 243면; 이범찬·최준선, 전게서, 292면; 이병태, 전게서, 273~274면; 정동윤, 전게서, 488면; 정찬형, 상게서, 280면; 田邊光政, 전게서, 261면; 田中誠二 外, 전게서, 281~282면.

45) 김정호, 전게서, 278면; 양승규, 전게집필, 558면; 옥무석, 상게서, 243면; 이기수, 전게서, 409면; 이철송, 전게서, 423면; 蓮井良憲, 전게서, 207면; 田邊光政, 상게서, 262면.

46) 안동섭, 전게논문, 39면; 양승규, 상게집필, 559면; 옥무석, 상게서, 244면; 이기수, 상게서, 408면; 이범찬·최준선, 전게서, 292면; 이병태, 전게서, 274면; 정동윤, 전게서, 489면; 田邊光政, 상게서, 262면; 田中誠二 外, 전게서, 282면.

47) 최기원, 전게서, 307면.

2. 賣買契約의 履行

(1) 相對方은 위탁매매인과의 특약이 없는 한 매매계약에 의한 의무를 委託賣買人에 대하여 履行할 것으로 요한다. 따라서 상대방이 직접 위탁자에 대하여 이행하였다고 하여 당연히 면책되는 것은 아니다.⁴⁸⁾ 이는 상대방이 그 매매에 대하여 위탁매매인이 특정한 위탁자의 계산으로 하고 있음을 알고 위탁자에게 이행한 경우에도 마찬가지이다.

그러나 위탁매매인 및 상대방은 매매계약의 이행방법으로서, 위탁자가 상대방에 대하여 또는 상대방이 위탁자에 대하여 직접 물건을 인도하거나 대금을 지급한다는 내용으로 特約을 맺는 것은 가능하다. 이러한 특약이 있는 경우 위탁자가 상대방에 대하여 또는 상대방이 위탁자에게 물건을 인도하거나 대금을 지급하면, 위탁매매인은 상대방에게 또는 상대방은 위탁매매인에게 자기의 채무를 이행한 것이 된다.⁴⁹⁾

(2) 相對方이 債務不履行을 하는 경우에 「委託者」가 스스로 「直接」 위탁매매인의 상대방에 대한 채권을 행사할 수 있는가 하는 점에 대해서는 다음과 같은 견해가 있다.

① 否定說(다수설) - 위탁자와 상대방 사이에는 직접적인 법률관계가 없으므로, 위탁자가 위탁매매인으로부터 債權을 讓渡받지 않는 한 상대방에 대하여 직접 채권을 행사할 수 없고 또 위탁자가 위탁매매인으로부터 債務를 引受하지 않는 한 상대방도 위탁자에 대하여 채권을 행사할 수 없다고 한다. 이것이 다수설이다.⁵⁰⁾ 상대방이 채무불이행을 하는 경우, 위탁자는 債權者代位權(민법 404조)을 행사하여 간접적으로 권리를 실현하거나, 위탁매매인에 대하여 履行擔保責任(제105조)을 물을 수 있을 뿐이라고 한다.

② 肯定說(소수설) - 상대방에 대한 債權을 讓渡할 것을 위탁자가 청구하였음에도 위탁매매인이 정당한 사유 없이 이에 응하지 않는 경우에는 채무불이행에 대한 귀책사유가 있는 경우와 동일하게 보아 委託者가 위탁매매인의 상대방에 대한 권리를 행

48) 최기원, 상계서, 307면.

49) 양승규, 전계집필, 558면; 최기원, 상계서, 307면.

50) 강위두, 전계서, 327면; 김성태, 전계서, 555면; 김영호, 전계서, 434면; 박상조, 전계서, 461면; 서헌재, 전계서, 309~310면; 양승규, 전계집필, 560면; 이강용, 「신상법강의」, 형설출판사, 1998, 140면; 이병태, 전계서, 274면; 정동윤, 전계서, 489면; 정찬형, 전계서, 280면; 채이식, 전계서, 269면; 최준선, 「위탁매매인의 법률관계」, 「상사판례연구」 1, 박영사, 1996, 211면; 蓮井良憲, 전계서, 207면; 田中誠二 外, 전계서, 274면, 281면, 283면.

사할 수 있다고 보아야 하며, 이 경우에 위탁자에게 이행한 상대방은 면책된다는 견해가 있다. 그 이유로, 특별한 사정이 존재하지 않는 한 위탁매매계약의 본질에서 볼 때 위탁매매인은 상대방에 대한 채권을 위탁자에게 양도할 의무가 있기 때문이라는 점을 들고 있다.⁵¹⁾

생각전대, 상대방의 입장에서만 보면 위탁자의 직접적인 권리행사를 인정한다고 하여도 상대방이 위탁매매인에 대하여 갖는 일체의 항변사유를 가지고 위탁자에게 대항할 수 있는 한, 상대방은 그로 인하여 특별히 불리해지지는 바는 없다. 그러나 위탁매매인의 입장에서 보면, 위탁매매인은 위탁자에 대하여 보수·비용 등의 지급청구권을 갖고 이것을 위탁자에 대하여 판매대금과 상계하거나 매입물건을 유치할 수 있기 때문에, 만일 위탁매매인의 동의 없이 위탁자가 직접 상대방에 대하여 권리를 행사할 수 있다고 하면, 그로 인하여 위탁매매인의 이익이 부당하게 침해될 소지가 있다. 따라서 부정설이 타당하다고 본다.

(3) 상대방이 채무를 이행하지 않음으로 인하여 委託者가 입은 損害에 대하여 「委託賣買人」이 相對方에 대하여 그 배상을 청구할 수 있는가 하는 점에 대해서는 다음과 같은 견해가 있다.

① 否定說 - 위탁자가 입은 손해에 대하여 위탁매매인이 상대방에게 직접 그 배상을 청구할 수 없다는 견해이다. 그 논거로, 상대방의 불이행에 의하여 주선계약도 불이행이 되지만 그 불이행에 대하여 위탁매매인에게 귀책사유가 없다면 위탁매매인은 위탁자에 대하여 손해배상책임을 지지 않으므로, 위탁매매인은 수수료를 받지 못한 손해와 제105조에 의한 이행담보책임을 제외하고는 자신이 따로 손해를 본 바가 없기 때문이라는 점을 들고 있다.

② 肯定說 - 이와는 달리 위탁매매에 따른 손익이 위탁자에게 귀속한다는 경제적 실질을 중시하여 위탁매매인은 자기의 이름으로 제3자에게 위탁자가 입은 모든 손해에 대한 배상을 청구할 수 있는 것으로 풀이하는 견해이다.⁵²⁾ 이 견해는 위탁매매계약이 위탁매매인과 제3자 사이에서 체결된다는 법률적 형식만을 중시하고 그 매매에 의한 손익이 위탁자에게 귀속한다는 경제적 실질을 무시하면 부당한 결과를 가져오기 때문에 이를 시정할 필요가 있다는 것을 이유로 들고 있다. 위의 부정설에 의하면, 상대방이 채무를 이행하지 않음으로 해서 발생한 손해에 대하여 실제로 손해를 입은

51) 최기원, 전게서, 308면.

52) 양승규, 전게집필, 559~560면; 정동운, 전게서, 489면; 蓮井良憲, 전게서, 207면.

위탁자는 상대방과 아무런 직접적인 법률관계가 없기 때문에 상대방에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다는 문제가 생기게 된다고 한다. 긍정설은 이러한 문제를 해결하기 위하여 委託者와 제3자와의 사이에 間接的인 關係를 인정하려는 해석론적 시도의 하나로 행해지고 있다.

생각전대, 위탁매매인이 위탁자에 대하여 주선을 인수하였다는 것은 단지 매매계약을 체결하는 것에서 그치는 것이 아니고, 매도위탁의 경우에는 매수인으로부터 대금을 지급받고, 매수위탁의 경우에는 상대방으로부터 매매의 목적물을 급부로 받아 이를 위탁자에게 인도하는 것까지를 인수하는 것이 보통이다. 즉, 위탁자와 위탁매매인 사이의 주선계약은 보통 상대방의 채무불이행으로 인하여 위탁자에게 손해가 생긴 때에는 그 손해배상청구권을 위탁매매인의 이름으로 행사하는 것까지도 위탁되어 있는 것으로 해석된다. 그러므로 위탁자의 손해에 대하여 위탁매매인은 상대방에게 신탁적으로 그 배상을 청구할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 이렇게 해석한다고 해서 위탁매매인과 상대방에게 추가적으로 불이익을 주는 것은 아니며, 訴訟信託禁止의 조항(신탁법 제7조)에 저촉되는 것도 아니다.⁵³⁾ 위탁자의 손해를 이유로 한 위탁매매인의 상대방에 대한 손해배상청구소송에서 위탁매매인은 當事者適格을 가지고, 이 경우 제3자의 訴訟擔當이 될 것이다.

V. 委託物의 歸屬

1. 委託者와 委託賣買人間의 目的物의 歸屬

(1) 委託者에의 歸屬

위탁매매는 위탁자의 계산으로 하는 것이므로 위탁자와 위탁매매인 사이에서는 위탁매매의 목적물이 委託者에게 歸屬하는 것은 당연하다. 증권위탁매매의 경우 증권에 약관에 예탁된 증권에 대해서 고객은 共有持分權을 가지고(증권거래법 제174조의4) 언제든지 공유지분에 해당하는 예탁증권의 반환을 청구할 수 있다. 판례도, “고객이

53) 양승규, 상계집필, 559~560면; 최기원, 전개서, 307면.

증권회사에게 예탁한 증권이나 담보로 제공한 유가증권의 반환을 청구할 경우 증권회사가 그것과 종목과 권리가 동일한 증권으로 반환할 수 있다는 약정의 취지는 증권회사가 고객에게 증권을 반환하여야 할 경우에 예탁 또는 담보로 제공받은 증권과 종목 및 권리가 동일한 증권을 반환할 수 있다는 취지이지, 예탁 또는 담보로 제공받은 증권의 소유권을 증권회사에게 귀속시키기로 한다거나 증권회사가 그 증권을 임의로 소비 또는 처분할 수 있다는 취지라고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.⁵⁴⁾

(2) 刑事責任

위탁매매의 목적물은 위탁자에 귀속하므로 위탁매매인은 「他人의 財物을 保管하는 자」에 해당한다. 따라서 위탁매매인이 위탁물을 유용하면 형법상의 橫領罪(형법 제355조)를 구성하게 된다는 것이 판례의 입장이다.⁵⁵⁾ 이 점은 匿名組合(상법 제78조)의 경우와 다르다.⁵⁶⁾

〈대법원 1986. 6. 24 선고, 86도1000 판결〉

“위탁매매에 있어서는 위탁품의 소유권은 위임자에게 속하고 그 판매대금은 다른 특약이나 특단의 사정이 없는 한 이를 수령함과 동시에 위탁자에게 귀속한다 할 것이므로 이를 사용 소비한 때에는 횡령죄가 구성된다.”

〈대법원 1980. 10. 14 선고, 79도671 판결〉

“증권회사의 부사장, 총무부장직에 있는 사람들이 고객들로부터 임치받아 보관중인 위탁증거금 또는 청약증거금을 그 고객들의 동의 없이 다른 목적이나 용도에 사용하였다면 그 행위는 업무상 횡령죄에 해당한다.”

횡령죄가 성립하기 위해서는 不法領得의 意思가 필요하다(형법 제355조). 위탁매매에 있어서는 판매대금의 정산관계 등을 고려하여 불법영득의 의사가 존부를 구체적으로 판단하여야 할 것이다. 판례도, “위탁판매인과 위탁자간에 판매대금에서 각종 비

54) 대법원 1994. 9. 9 선고, 93다40256 판결. 한편, 예탁자의 예탁증권을 다른 예탁자가 예탁한 동일 종목의 증권과 혼합보관하고 예탁자의 청구에 따라 예탁증권을 반환할 경우 예탁자의 예탁증권과 동일한 권리 및 종목의 증권을 반환하기로 하는 예탁자와 증권회사 간의 매매거래구좌설정계약은 소비임치계약이라는 판례가 있다(서울민사지법 1984. 4. 27 선고, 83가합6830 판결).

55) 대법원 1982. 2. 23 선고, 81도2619 판결; 대법원 1982. 2. 23 선고, 81도2366 판결.

56) 대법원 1973. 1. 30 선고, 72도2704 판결.

용이나 수수료 등을 공제한 이익을 분배하기로 하는 등 그 대금처분에 관하여 특별한 약정이 있는 경우에는 이에 관한 정산관계가 밝혀지지 않는 한 위탁물을 판매하여 이를 소비하거나 인도를 거부하였다 하여 곧바로 횡령죄가 성립한다고는 할 수 없다.”고 판시하고 있다.⁵⁷⁾ 위탁자 본인을 위하여 처분한 때에는 불법영득의 의사를 인정할 수 없다.⁵⁸⁾

(3) 委託物의 歸屬과 租稅問題

위탁매매인에 대한 부가가치세 부과 등의 조세문제에 있어서도 판례는 위탁매매에 의하여 매수한 목적물의 실질적 귀속자가 위탁자라는 점을 전제하고 있다(아래 판결 참조).

〈서울고등법원 1994. 6. 21 선고, 93구34826 판결〉

“갑 회사 정관상의 목적사업, 외국인 투자인가시 갑이 등록한 사업의 종류, 갑과 을과의 업무위탁계약의 내용, 갑과 병 등과의 계약내용 등에 비추어 볼 때 갑의 사업내용은 판촉물의 구매 및 판매이익의 부가가치를 창출하는 것이 아니라 을이 사용할 판촉물의 구매업무를 위탁받아 그 수수료의 부가가치를 창출하는 것이고, 갑이 병 등으로부터 구입하여 공급한 이 사건 판촉물은 을이 판매촉진용으로 사용할 목적으로 갑에게 의뢰한 것을 을이 계약명의로는 갑으로 하되 을의 재산으로 구입한 것으로서 갑 자신의 사업에 사용될 재화라고 할 수 없다. 그렇다면 이 사건 판촉물은 부가가치세법 제6조 제1항 제5호 본문의 규정에 의하여 위탁자인 을이 공급받아 담배판매상에게 공급한 것으로 보아야 하고, 원고 갑이 이 사건 판촉물을 구입하면서 납부한 부가가치세 금 47,17,1646원이 부가가치세법 제17조 제1항 제1호의 규정에 의하여 갑의 매출세액에서 공제될 매입세액에 해당하지 아니한다.”

2. 委託者와 제3자간의 目的物의 歸屬

(1) 商法 제103조

상법에서는 委託賣買인이 위탁자를 위하여 취득한 物件, 有價證券 또는 債權은 委

57) 대법원 1990. 3. 27 선고, 89도813 판결; 대법원 1982. 11. 23 선고, 82도1887 판결.

58) 대법원 1982. 3. 9 선고, 81도3009 판결.

託者와 委託賣買人 또는 委託賣買人의 債權者 간의 관계에서는 委託者의 소유 또는 채권으로 본다고 규정하고 있다(상법 제103조). 본조는 위탁매매에서 법률적 형식과 경제적 실질이 분리됨으로 인해 생겨나는 불합리를 시정하기 위함이다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

위탁매매인이 매매를 하였으나 아직 위탁자에게 이전하는 절차를 밟지 않는 상태에서 委託賣買人이 破産하였거나 委託賣買人의 債權者가 強制執行을 한 경우에, 委託者는 그 소유권에 기하여 위탁매매인이 破産한 경우에는 還取權(파산법 제79조)을, 強制執行의 경우에는 第三者 異議의 訴(민사집행법 제48조)를 제기할 수 있다.

(2) 適用範圍

1) 物的範圍

본조의 적용대상은 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 物件·有價證券과 위탁매매로 인하여 위탁매매인이 취득한 物件·有價證券 또는 債權이다. 구체적으로, (i) 매도 위탁으로 위탁자가 위탁매매인에게 맡긴 물건 또는 유가증권, (ii) 매수위탁의 실행에 의하여 위탁매매인이 상대방으로부터 인도받은 물건 또는 유가증권, (iii) 매도위탁을 받고 위탁물을 처분하여 상대방에 대하여 취득한 대금채권 및 상대방의 불이행으로 인한 손해배상청구권, (iv) 매수위탁을 실행한 경우의 상대방에 대한 목적물인도청구권 및 상대방의 불이행으로 인한 손해배상청구권 등이 이에 속한다.⁶¹⁾

59) 본조는 외부관계에서 위탁매매인에게 귀속할 채권을 내부관계에서 위탁자의 재산으로 귀속하는 것으로 보는 것으로, 이는 위탁매매인에 의한 권리취득의 신탁적 성질에 그 근거를 두고 있다고 보는 견해가 있다(임흥근, 전계서, 374면).

60) 본조는 독일 상법 제392조 제2항을 참조하여 입법한 것이다. 독일 상법 제392조 제1항에서는 상대방에 대하여 취득한 채권의 경우 위탁자는 위탁매매인으로부터 이를 양도받지 않으면 채권자에 대하여 행사할 수 없다고 규정하고, 동조 제2항에서는 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서는 당연히 위탁자에게 귀속한다고 규정하고 있다. 독일 상법 제392조 제1항이 위탁매매의 외부관계를 규정한 것이라면, 우리 상법 제103조에 해당하는 독일 상법 제392조 제2항은 위탁매매의 내부관계를 규정한 것이다. 독일 상법 제392조는 매도위탁의 경우 위탁매매의 실행 이후 회수되지 않은 채권에 대한 문제만을 규정하고 있는데 비하여, 우리 상법 제103조는 위탁매매의 실행 전후를 불문하고 적용되고, 매도·매수위탁 모두에 적용되며, 채권뿐만 아니라 물건과 유가증권의 위탁매매에 대해서도 광범위하게 적용되는 것으로 규정하고 있는 점에서 차이가 있다. 본조는 독일 상법 제392조를 참조하여 입법한 것이기는 하지만 그 내용이 독일 상법과 같지 않고 입법과정도 불분명하여 해석상 많은 의문을 야기한다는 지적이 있다(정동운, 전계서, 490면; 최준선, 전개논문, 216면). 일본 상법에는 우리 상법 제103조에 해당하는 조문이 없다.

61) 김성태, 전계서, 557면; 박상조, 전계서, 463면; 이기수, 전계서, 411면; 이철송, 전계

한편, 위탁매매인이 수령한 매수대금이나 매도대금 등의 金錢의 경우나 代替物(예컨대, 증권)의 경우에도 본조의 적용대상이 되는가 하는 점에 대해서는 견해가 나누어진다.

① 不包含說 - 위탁자가 매수의 위탁을 하여 맡긴 금전이나 위탁매매인이 매도의 위탁을 받고 매도하여 받은 매각대금은 이에 포함되지 아니한다고 한다. 그 이유로, 이들 금전은 그 특성상 위탁매매인의 일반재산에 混融되어 특정할 수 없기 때문이라는 점을 들고 있다.⁶²⁾

② 包含說 - 금전이나 대체물의 경우에도 본조의 적용대상이 된다고 한다. 본조는 바로 이 문제를 입법적으로 해결한 것이라고 한다.⁶³⁾ 판례도 이와 같은 취지이다.⁶⁴⁾

2) 人的範圍

「위탁매매인의 채권자」에 위탁매매인의 매매 상대방인 第3者도 포함하는가 하는 점에 대해서는 다음과 같은 견해가 있다.

① 肯定說 - 위탁매매의 실행행위의 상대방도 본조의 채권자에 포함된다고 보는 견해이다. 위탁매매의 거래상대방을 위탁매매인의 일반채권자보다 더욱 보호하여야 할 당위성이 없다는 것을 그 이유로 들고 있다.⁶⁵⁾

② 否定說 - 위탁매매인과 매매계약을 체결한 상대방은 본조에서 규정하고 있는 위탁매매인의 채권자에 포함되지 않는다는 견해이다. 그 논거로, (i) 위탁매매인의 신용을 이용하는 위탁자보다 위탁매매인을 신뢰하여 거래한 상대방을 더욱 보호하여야 한다는 점과, (ii) 만일 위탁매매인과 매매계약을 체결한 상대방을 본조의 채권자에 포함하면 제3자의 의사를 무시하고 위탁자와의 사이에 매매계약이 체결된 것으로 의제하는 셈이 되고, 그 결과 위탁매매인과 거래한 상대방은 자신도 모르는 불측의 사유에 의하여 자신이 취득한 권리를 행사할 수 없게 된다는 문제점을 들고 있다.⁶⁶⁾

부정설이 타당하다고 본다. 부정설에 의하면, 매수위탁을 받은 위탁매매인이 물건

서, 425면.

62) 김성태, 상계서, 557면; 박상조, 상계서, 463~464면; 이철송, 상계서, 425면.

63) 김영호, 전계서, 447면.

64) 대법원 1994. 9. 9 선고, 93다40256 판결; 대법원 1982. 2. 23 선고, 81도1619 판결 참조.

65) K. Schmidt, *Handelsrecht*, S.803 f.

66) 강위두, 전계서, 329면; 김성태, 전계서, 557~558면; 김정호, 전계서, 277면; 박상조, 전계서, 464면; 이기수, 전계서, 410면; 이철송, 전계서, 425면; 채이식, 전계서, 269면; 최준선, 전계논문, 214면.

을 매수하고서는 상대방에게 대금을 지급하지 아니하여 상대방이 인도한 목적물에 대하여 강제집행을 하거나 계약을 해제하고 목적물의 반환을 청구할 경우, 위탁자는 상대방에게 이의를 제기할 수 없다.

「委託者의 債權者」는 본조의 적용대상에 포함되지 아니한다. 만일 위탁자의 채권자가 위탁자에 대한 채권을 가지고 위탁물에 대하여 강제집행을 할 수 있다고 하면, 이는 위탁매매의 법률관계에 혼란을 줄 뿐만 아니라, 위탁매매에 있어서 형식과 실질의 분리에서 생기는 불공평을 제거하려는 상법 제103조의 입법취지에 맞지 않는 문제가 생기기 때문이다.⁶⁷⁾ 따라서 위탁자의 채권자는 위탁매매인에 대하여 직접 그 권리를 행사할 수 없고, 債權者代位權(민법 제404조)에 의하여 위탁자의 위탁매매인에 대한 권리를 대위행사할 수 있는 데 그친다.

VI. 맺음말

(1) 위탁매매제도는, 위탁매매인을 앞세워 거래를 함으로써 위탁매매인의 평판과 전문성을 이용하면서 그 경제적 효과를 위탁자가 누릴 수 있다는 점, 대리권 남용의 위험이 없다는 점, 상업사용인이나 지점을 설치하는 것보다는 고정적인 영업비용을 절감할 수 있다는 점, 다수의 위탁매매인들 사이의 경쟁을 통하여 위탁자는 보다 양질의 서비스를 저렴하게 제공받을 수 있고 원하는 위탁매매인으로 용이하게 교체할 수 있다는 점, 거래 상대방으로서도 위탁자 본인의 신용과 위탁매매인의 대리권 유무를 일일이 조사할 필요가 없으므로 안심하고 신속하게 거래할 수 있다는 점 등에서 탁월한 경제적 기능을 발휘할 수 있다.

그러나 다른 한편, 위탁매매제도는 명의와 계산이 분리된다는 점 때문에 위탁자의 지위가 불안정해지는 문제가 생길 수 있다. 그렇다고 해서 위탁자와 제3자간에 직접적인 법률관계를 인정하면 위탁매매인과 제3자의 권리를 해칠 우려가 있다. 그러므로 위탁매매의 법률관계에 적용될 法條를 선택함에 있어서나 그 해석에 있어서 이러한 점을 특히 유념하여야 한다. 위탁매매에 대한 법적 규율에 있어서 상법이나 상사특별

67) 김성태, 상계서, 558면; 박상조, 상계서, 464면; 이기수, 상계서, 410면; 이철송, 상계서, 425면; 최준선, 상계논문, 214면.

법에 규정이 없는 부분에 대해서는 민법의 委任에 관한 규정을 적용하고 있다(상법 제112조). 이는 위탁자와 위탁매매인 사이의 내부적 법률관계를 규율하는 데에 있어서는 유용하지만, 대외적 법률관계를 규율함에 있어서는 한계가 있다.

우리와는 달리 일본 상법 제552조 제2항에서는 위탁자와 위탁매매인의 관계에 대하여 「委任과 代理에 관한 규정을 準用한다」고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이러한 입법방식은 참조할만하다고 생각한다. 종래 우리 학계에서는 위탁매매의 대외적 법률관계를 취급함에 있어서, 제한적인 범위 내에서 위탁자와 제3자간에 간접적인 법률관계를 인정하려는 해석론적 시도가 행해지고 있기도 하지만, 일반적으로 위탁매매에 대리에 관한 규정을 유추적용하는 문제에 대하여 상당히 신중한 입장을 보이는 경향이 있다. 위탁매매와 대리는 그 법률적 형식이 다르다는 점을 감안한 때문이다. 위탁매매는 그 법률적 형식이 대리과 다르지만 그 경제적 효과면에서는 유사하다. 그러므로 위탁매매의 대외적 법률관계를 규율함에 있어서 위탁매매제도의 본질과 위탁매매인과 상대방의 이익을 해치지 않는 범위 내에서 代理에 관한 규정을 類推適用할 필요가 있다고 본다.

(2) 상법에서는 위탁매매의 대상물을 '物件과 有價證券'에 한정하고 있기 때문에 이를 제외한 그 밖의 목적물을 위탁매매의 대상으로 삼으려고 하는 경우 이에 대한 법적 규율이 흠결되어 있다(상법 제101조). 이들을 準委託賣買業에 해당하는 것으로 보아 위탁매매에 관한 규정을 준용하기에도 해석상의 난점이 있다. 준위탁매매에 관한 상법 제113조는 '매매 아닌 행위'의 주선을 영업으로 하는 자로 규정되어 있기 때문이다. 물건이나 유가증권을 제외한 用役, 無體財産權 등의 權利, 先物 등은 상법에서 위탁매매의 대상으로 명시하고 있는 것은 아니지만, 이들을 자기 명의로 타인의 계산으로 거래하는 경우에는 그 성질이 허용하는 범위 내에서 위탁매매에 관한 규정을 유추적용하여야 할 것으로 생각한다.

68) 위탁자와 위탁매매인은 위임의 관계에 있으므로 위임에 관한 규정은 '준용'되는 것이 아니라 '적용'되는 것이고, 준용되는 것은 대리에 관한 규정이라는 것이 일본의 통설이다(西原寬一, 전거서, 266면).