

# 委託賣買人の 指定價額 遵守義務

金性倬\*

## I. 머리말

위탁매매인은 자기(의탁매매인)의 명의로 타인(위탁자)의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자이다(상법 101조). 위탁매매인과 위탁자는 기본적으로 위임의 관계에 있으므로 이들 관계에 대해서는 민법상 위임에 관한 규정을 적용한다(상법 112조). 한편, 위탁매매인의 경우 명의와 계산이 분리된다는 구조상의 특징 때문에 일반적인 위임과는 다른 여러 가지 법률문제가 야기된다. 그 중 하나가 위탁매매인의 지정가액 준수의무이다. 본인의 명의로 거래하는 대리나 두 당사자간의 법률행위의 성립에 조력하는 중개의 경우에는 이러한 문제가 발생할 여지가 없다.<sup>1)</sup>

위탁자는 위탁매매인에 매매를 위탁함에 있어서 목적물의 매매가격을 일임할 수도 있지만, 매매가격을 지정하여 위탁할 수도 있다. 후자의 경우 위탁매매인은 그 지정가액에 따라 매매를 실행하여야 할 의무를 진다. 우리 상법은 위탁매매인의 이러한 지정가 준수의무를 제106조에서 명시적으로 규정하고 있다. 즉, 위탁자가 지정한 가액보다 염가로 매도하거나 고가로 매수한 경우에도 위탁매매인이 그 차액을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자에 대하여 효력이 있다고 규정하는 한편(상법 106조 1항), 위탁자가 지정한 가액보다 고가로 매도하거나 염가로 매수한 경우에는 그 차액은 다른 약정이 없으면 위탁자의 이익으로 한다고 규정하고 있다(상법 106조 2항).

이하에서는 위탁매매에 있어서 위탁자의 지정가 준수의무를 규정하고 있는 상법 제

---

\* 영남대학교 법과대학 부교수

1) 민법 제114조 이하, 상법 제87조 이하, 상법 제93조 이하 참조.

106조의 법리와 이와 관련된 증권거래법 및 공정거래법상의 문제를 간단하게 살펴보고자 한다.

## II. 立法趣旨 및 機能

(1) 위탁자는 위탁매매인에 대하여 기본적으로 수임인의 지위에 있기 때문에 선량한 관리자의 주의로써 그 업무를 수행하여야 할 의무가 있다(민법 681조). 위임인인 위탁자는 수임인인 위탁매매인에 대하여 사무처리의 방법이나 방향을 지시할 수 있는 일반적인 지시권한이 있고, 수임인은 그 지시에 따라야 할 의무가 있다. 위탁자의 이러한 일반적인 지시권에는 매매가격을 지정할 수 있는 권리도 당연히 포함된다.

위탁자가 매매가격을 지정한 경우 단순한 희망가격을 표시한 것이 아니고 위탁자가 취할 수 있는 이익 내지 손실의 한계선을 제시하는 구속가격의 의미로 지시하는 경우가 보통이다. 그러므로 위탁자가 매도가격 또는 매수가격을 지정한 때에는 위탁매매인은 수임인으로서 그 지시를 따라 위탁자의 이익이 극대화되도록 또는 손실이 극소화되도록 선량한 관리자의 주의로써 위탁매매업무를 수행하여야 할 의무를 진다(상법 112조, 민법 681조).

위탁자가 매매가격을 지정하여 위탁하였음에도 불구하고 위탁매매인이 그보다 불리한 가격으로 매매를 한 때에는 위탁자의 지시를 준수하지 않은 채무불이행이 되므로, 위탁자는 그 매매를 위탁의 실행으로 인정하지 아니할 수 있다. 그러나 지정가액보다 불리한 가격으로 매매를 한 경우라고 하더라도, 위탁매매인이 그 차액을 부담한다면 경제적인 측면에서 위탁자로서는 당초에 자신이 희망했던 가격에 의하여 매매한 것이 되어 결과적으로 아무런 불이익이 없다. 이 때문에 상법 제106조 제1항은 지정가액보다 불리한 가격으로 매매한 때에도 위탁매매인이 그 차액을 부담하는 것을 조건으로 위탁자는 그 매매의 효력이 자기에 대하여 생기는 것을 거부할 수 없도록 하고 있다. 이는 위탁매매에서 명의와 계산의 분리에 따른 당연한 결과이기도 하다.

(2) 상법 제106조 제2항은 이와는 반대로 위탁매매인이 지정가액보다 고가로 매도하거나 저가로 매수함으로써 발생한 차액을 위탁자의 이익으로 하고 있다. 위탁자가

가격을 지정한 경우 그 지정가보다 유리한 가격이라면 매매할 의사가 있는 것이 보통이고, 위탁매매는 위탁매매인의 영업수완을 활용한다는 점과 위탁자의 계산으로 한다는 점을 고려할 때, 이는 지극히 당연한 규정이다.<sup>2)</sup> 이 조항은 구 상법에서 해석상 인정되었던 것을 상법에서 명시적으로 규정한 것이다.

(3) 위탁매매인의 지정가액 준수의무를 규정하고 있는 상법 제106조는 다음과 같은 기능을 수행한다.

첫째, 본조의 제1항 및 제2항은 위탁자와 위탁매매인의 이해관계를 조정하는 기능을 갖는다. 그러나 그 중점은 위탁자의 보호에 있다.

둘째, 위탁매매인이 수수료 수입 등을 올리기 위하여 위탁자에게 불리한 가격에 의한 거래를 무리하게 강행하는 것을 방지하는 효과를 기대할 수 있다. 지정가액보다 불리한 가격으로 매매를 한 경우, 본조에 의하여 그 차액부담은 위탁매매인에게 돌아가게 되기 때문이다.

셋째, 본조는 지정가액보다 불리한 가격에 의한 매매라고 해서 이를 절대적으로 금지하지 않음으로써(위탁매매인이 그 차액을 부담한다면 유효하다), 거래의 성사를 촉진시키고 신속한 거래를 가능하게 하는 기능을 수행한다.

넷째, 본조는 부수적으로 위탁매매인의 이익을 보호하는 기능을 수행한다. 위탁매매인 입장에서 지정가와 실제 매매가격과의 차액을 자기가 부담하더라도 보수가 그 차액을 능가하는 경우에는 이익을 얻는 것이 가능하기 때문이다. 따라서 본조에 의하여 위탁매매인이 반드시 불리해지는 것만은 아니다.

### Ⅲ. 委託者が 賣買價格을 指定하는 方法과 그 意味

상법 제106조가 적용되기 위해서는 우선 그 전제로 위탁자가 매매가격을 지정하였

2) 梁承圭, “委託賣買業”, 『註釋商法(Ⅰ)』(孫珠瓊 집필대표, 1992), 566면. 우리 상법 제106조 제2항에 해당하는 규정을 두고 있지 않는 日本商法 제554조에서도 이와 동일한 취지로 해석하고 있다(西原寬一, 『商行爲法』(1990), 269면; 蓮井良憲, 『商法總則·商行爲法』(1995), 203면; 長谷川雄一, 『基本商法講義(商行爲法)』(1991), 129면; 田中誠二 外, 『コンメンタル商行爲法』(1973), 291면).

어야 한다. 위탁자가 매매가격을 위탁매매인에게 일임하는 경우에는 동조가 적용될 여지가 없다. 매매가격이 지정되었다는 것은 매매의 목적물이 품질·종류·종목 등에 의하여 특정되었다는 것을 전제로 한다. 실제 위탁자가 매매가액을 지정하는 경우란 거래의 대상물을 어느 정도 정형화 내지 유형화할 수 있어서 당해 목적물의 가격수준만이 매매할 것인가 말 것인가를 결정함에 있어서 중요한 고려사항이 될 때에 흔히 이용된다.

“매매가격을 지정”한다는 것은 단순한 희망가격을 표시한 것이 아니라 매도 또는 매수의 가격을 구속하는 의미로 가격을 지정하는 것을 뜻한다. 위탁자가 매매가격을 지정(拘束)한 것으로 볼 것인지 아니면 단순한 希望價格의 표시에 불과한 것인지의 여부는 거래의 제반 사정을 감안하여 위탁자의 意思를 解釋하는 문제로 귀착된다(민법 105조, 106조 참조).

매매가격을 지정하는 방법으로는 다양한 방법이 있을 수 있다. 예를 들면, (i) 일정한 가격으로만 매매하도록 하는 拘束指定價額(絶對的 指定價額), (ii) 일정한 가격의 폭의 범위 내에서 위탁매매인의 재량에 의하여 매매하도록 하는 裁量指定價額, (iii) 시장가격에 의하여 매매하도록 하는 時勢指定價額 등의 방법이 있다.<sup>3)4)</sup> 그러나 매매가격을 지정하는 방법에는 이에 국한하는 것은 아니고, 이에 다른 조건을 추가하는 것도 가능하다.

가격의 지정이 단순히 “가능하면 유리한 가격에 의한 매매를 원한다”는 의미의 희망가격의 표시에 불과한 때에는, 위탁자가 매매가격을 지정하였다고 볼 수 없다. 이러한 경우에는 위탁매매인은 선량한 관리자의 주의로써 상당한 가격에 의하여 매매를 하여야 하고 또 그것으로 충분하다.<sup>5)</sup> “특정일의 最高價格”으로 지정한 경우에는, 그 날의 거래가 종료할 때까지는 최고가격이 얼마가 될 것인지를 도대체 알 수 없기 때문에, 이는 희망가격을 표시한 것에 불과하다고 보아야 할 것이다.<sup>6)</sup>

3) 朴相群, 「新商法總論」(1996), 468면; 李基秀, 「商法(總則·商行爲)」(1992), 401면; 林泓根, 「商法(總則·商行爲)」(2001), 382면; 蓮井良憲, 203면. 證券去來所の 業務規程에서는 注文價格을 정하는 방법으로 指定價注文, 市場價注文, 條件附指定價注文 등에 대하여 상세한 규정을 두고 있다(업무규정 2조 2호, 同 시행세칙 7조).

4) 시세의 대표적인 것은 거래소 등에서 형성되는 가격이다. 거래소에서도 매매약정가격, 평균치, 대표치 등의 여러 가지 시세가 있을 수 있으나, 일반적으로 매매약정가격을 시세로 하는 것이 보통이다. 경우에 따라서는 공식적인 시장이 아닌 암시장에서의 시세로 지정하는 것도 가능하다.

5) 梁承圭, 567면.

6) 梁承圭, 567면; 田中誠二 外, 290면.

지정가가 얼마인가 하는 것이 다투어지는 경우, 일반적으로 민사소송법상 입증책임 분배의 원칙에 따라 이를 주장하는 사람이 立證하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나, 위탁매매인이 이와 관련된 자료를 보관하도록 하고 있는 경우에는 위탁매매인이 이를 입증할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.<sup>7)</sup>

#### IV. 指定價額보다 不利한 價格으로 賣買한 경우

위탁매매인이 지정가액보다 낮은 가액으로 매도하거나 높은 가액으로 매수하는 差損去來의 경우, 위탁자는 그 매매를 자기의 계산으로 되는 것을 부인할 수 있고 보수의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 위탁매매인이 그 차액을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자에 대하여 효력이 있다(상법 106조 1항).

##### 1. 委託者の 拒絶權

(1) 위탁매매인이 지정가액보다 염가로 매도하거나 고가로 매수함으로써 위탁자의 지정가격보다 불리한 가격으로 매매를 하였어야 한다. 매매가격의 유리·불리에 대한 판단은 賣買時點을 기준으로 指定價額과의 相違 그 자체만 놓고 판단해야지, 원칙적으로 다른 사항을 고려하여서는 아니 된다고 본다. 매매시점에 지정가액보다 불리한 가격으로 매매가 이루어졌다면, 그 후 가격변동 등으로 오히려 위탁자에게 유리해진 경우에도 본조의 적용대상이 된다고 보아야 한다.

예컨대, 지정가액보다 고가로 매수하였는데, 그 후 당해 목적물의 시장가격이 매수 가격보다 상승함으로써 결과적으로 이익이 발생한 경우에도 본조의 적용대상이 된다. 반대로 지정가액보다 염가로 매도하였는데, 그 후 당해 목적물의 시장가격이 매도가격보다 폭락하여 결과적으로 경제적 손실을 줄일 수 있었던 경우에도 본조의 적용대상이 된다. 다만 이런 경우에는 현실적으로 위탁자가 위탁매매인에게 본조에 의한 의무위반

7) 예를 들면, 證券委託賣買의 경우 證券會社는 고객으로부터 매매주문을 받은 경우 그 주문 내용에 대하여 서면확인, 녹음 기타의 방법으로 그 내용을 證憑할 수 있는 자료를 보관·유지하도록 하고 있다(증권업감독규정 4-23조 2항). 증권업자의 기록보관의무에 대해서는 증권업감독규정 제4-46조 등 참조.

을 문제삼지 않는 것이 보통일 것이다.

(2) 지정가보다 불리한 가격으로 위탁매매인이 매매를 하고서도 위탁매매인이 그 차액을 부담하지 않는 경우 위탁자가 이를 拒絶할 수 있는 방법에는 원칙적으로 제한이 없다. 다만, 위탁자의 默示的 意思表示에 의한 追認(즉, 거절권의 소멸)을 인정할 수 있을 것인가 하는 것이 문제된다. 독일 상법에서는 지정가액을 지키지 않은 매매라 하더라도 위탁매매인으로부터 위탁자가 실행의 통지를 받은 후 지체 없이 부인의 의사 표시를 하지 아니하면 지정가액과의 상위를 승인한 것으로 보고 있다(독일 상법 386 조 1항). 우리 상법상으로는 이와 동일하게 해석할 수 없다는 견해가 있다.<sup>8)</sup>

생각건대, 독일 상법과는 달리 이에 관한 명시적인 규정이 없는 우리 상법에서도 이와 동일한 취지로 해석할 수 있다고 본다. 위탁매매인의 그 같은 통지에 대하여 위탁자가 추인하는 것이 불가능한 것은 아니라고 보기 때문이다. 만일 이같이 해석하지 않으면 통지를 받은 위탁자가 그 이후의 가격변동을 보아 기회주의적으로 추인 또는 거절 중에서 선택할 가능성이 있어 위탁매매인의 지위가 불안정해진다. 매매시점에는 지정가격보다 불리하지만 그 이후 가격하락이 예상되는 경우에는 지정가액을 하회하는 가격으로 매매하더라도 위탁자에게 반드시 불리한 것만은 아니다. 그러므로 지정가액보다 불리한 가격에 의한 매매의 통지에 대하여 위탁자가 상당한 기간 내에 거절의 의사를 표시하지 않으면 이를 묵시적으로 추인한 것으로 보아야 할 것이다.

## 2. 委託賣買人의 差額負擔義務

위탁매매인의 “차액부담의 의사표시”는 差額 全額에 대하여 하여야 한다.<sup>9)</sup> 또한 본조의 차액부담의 의사표시는 일방적인 의사표시이기 때문에 條件을 붙일 수 없다. 차액 일부에 대해서만 또는 어떤 조건을 붙여서 차액부담을 하겠다는 의사표시는 본조의 적용요건을 충족하지 못한다. 차액부담의 의사를 표시하는 방식에 관하여는 특별한 제한이 없으므로 구두나 서면, 또는 전자문서로서도 할 수 있다.<sup>10)</sup>

8) 梁承圭, 566면.

9) 朴相祚, 468면; 徐憲濟, 「商法講義(上)」(2001), 317면; 孫珠瓚, 「商法(上)」(제13정증보판, 2002), 331면; 李基秀, 402면; 李範燦·崔堉瑋, 「商法(上)」(제2판, 2001), 293면; 李炳泰, 「商法(上)」(전정판, 1988), 276면; 鄭東潤, 「商法總則·商行為法」(개정판, 1996), 476면; 鄭燦亨, 「商法講義(上)」(제5판, 2002), 282면; 西原寬一, 269면; 蓮井良憲, 203면; 長谷川雄一, 128면.

차액부담의 의사표시를 하는 시기를 위탁매매인의 임의에 맡기는 것은 불합리하다. 그러므로 그 의사표시는 늦어도 매도 또는 매수의 통지(상법 104조)와 동시에 위탁자에게 도달하여야 한다고 보는 것이 통설이다.<sup>11)</sup> 차액의 현실적인 지급의 시기·방법·조건·장소 등에 관하여는 위탁매매인과 상대방 사이에 성립한 매매계약에서 정하는 바에 의한다.<sup>12)</sup>

위탁매매인의 차액부담의 의사표시는 形成權이라고 본다. 그 결과 위탁매매인의 일방적인 차액부담의 의사표시에 의하여 위탁자의 거절권이 상실되는 효과가 생기고, 이 때 위탁자의 동의를 요하지 않는다. 다만, 이러한 효과발생은 위탁매매인에게 차액을 지급할 능력이 있는 경우에 한한다. 위탁매매인에게 지급능력이 없는 때에는 위탁매매인이 차액부담의 의사표시를 한 경우에도 위탁자는 매매의 효과가 자신에게 귀속하는 것을 거절할 수 있다.<sup>13)</sup>

### 3. 本條의 適用을 排除하는 다른 特約이 존재하는 경우

상법 제106조 제1항은 任意規定이다. 본조는 위탁자와 위탁매매인의 명시적 의사표시가 없는 경우에 보충적으로 양 당사자의 이해관계를 조정하는 것을 그 취지로 하고 있기 때문이다. 그러므로 법문에 명시적 규정은 없지만 당사자간에 이에 관하여 다른 약정을 할 수 있다고 본다.<sup>14)</sup> 예컨대, 상품의 가격을 통일하기 위하여 지정가액이 아니면 절대로 매매하지 않는다는 위탁자의 의사표시가 있었을 경우(즉, 絕對指定價額의 경우)에는 당사자간에 지정가액 이외의 가격에 의한 매매를 금지하는 특약이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 특약이 있는 경우 위탁매매인은 이를 준수하여야 할 계약상의 의무를 지게 되므로 본조의 적용이 배제된다.

10) 田中誠二 外, 290면.

11) 姜渭斗, 「商法總則·商行爲法」(제2전정판, 1998), 331면; 金英浩, 「商人法總論·商去來法」(1999), 445면; 朴相祚, 468면; 徐憲濟, 317면; 孫珠瓚, 331면; 安東燮, 「委託賣買契約」, 「司法行政」(1987. 12), 35면; 梁承圭, 567면; 李基秀, 402면; 李範燦·崔埃璿, 294면; 鄭東潤, 476면; 鄭燦亨, 282면; 西原寬一, 269면; 蓮井良憲, 203면; 田中誠二 外, 290면.

12) 朴相祚, 468면; 徐憲濟, 317면; 孫珠瓚, 331면; 梁承圭, 567~568면; 鄭東潤, 476면; 鄭燦亨, 282면; 西原寬一, 269면; 田中誠二 外, 290면.

13) 鄭東潤, 477면.

14) 姜渭斗, 331면.

## 4. 適用效果

(1) 위탁매매인이 차액부담의 의사표시를 한 때에는 상법 제106조 제1항에 의하여 委託者에게 그 賣買의 效力이 있게 된다. 따라서 위탁자는 매매에 따른 효과가 자신에게 귀속하는 것을 부인할 수 없다. 그렇다고 해서 본조에 의하여 위탁자가 적극적으로 위탁매매인에게 차액부담을 청구할 수 있는 권리가 부여되는 것은 아니다. 다만, 위탁매매인이 차액을 부담하지 아니하면 위탁자는 소극적으로 당해 매매를 위탁의 실행으로 보지 않을 수 있을 뿐이다.<sup>15)</sup>

이러한 경우 위탁자는 委任契約의 위반을 이유로 위탁매매인에게 損害賠償責任을 물을 수 있다. 예컨대, 지정가액 이하의 가격으로 대량 매도함으로써 시장가격이 폭락되고, 그로 인하여 위탁자가 추가로 매도하여야 상품의 가격하락에도 영향을 끼친 경우와 같이, 위탁매매인이 본조에 기하여 차액을 부담하여도 그와는 별도로 위탁자에게 손해가 생기게 된 때에는, 위탁자는 위탁매매인에게 그 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.<sup>16)</sup>

(2) 위탁매매인이 지정가액보다 불리한 가격으로 매매를 하고서는 그 차액도 부담하지 않는 때에는, 위탁자는 그 매매가 위탁의 실행이라는 것을 부인하고<sup>17)</sup> 보수의 지급을 거절할 수 있음은 물론이다. 또 그로 인하여 손해가 발생한 경우 위탁자는 위탁매매인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 위탁매매인과 제3자 간의 매매가 무효로 되는 것은 아니므로,<sup>18)</sup> 위탁매매인은 제3자에 대하여 매매의 당사자로서 매매에 따른 권리와 의무를 갖는다.

15) 姜渭斗, 333면; 朴相祚, 468~469면; 孫珠瓚, 331면; 李炳泰(편저), 『新註釋商法總攬』(최신개정판, 1993), 206면; 長谷川雄一, 128면; 田邊光政, 『商法總則·商行為法』(1995), 258면; 田中誠二 外, 291면.

16) 姜渭斗, 332면; 朴相祚, 469면; 徐燦珪·鄭完溶, 『商法講義(上卷)』(제4전정판, 1999), 200면; 徐憲濟, 317면; 梁承圭, 568면; 安東燮, 35면; 玉武錫, 『商法總論』(1997), 249면; 李基秀, 403면; 李哲松, 『商法總則·商行為』(제3판, 1996), 428면; 林泓根, 382~383면; 鄭東潤, 477면; 鄭燦亨, 282면; 崔基元, 『商法學新論(上)』(제13신정판, 2001), 309면; 田中誠二 外, 291면.

17) 朴相祚, 468면; 徐燦珪·鄭完溶, 200면; 李範燦·崔堉璿, 293면; 鄭東潤, 476면.

18) 金星泰, 『商法總則·商行為法講論』(1998), 547면; 李哲松, 427면; 田中誠二 外, 291면.



## V. 指定價額보다 有利한 價格으로 賣買한 경우

위탁매매인이 위탁자의 지정가액보다 고가로 매도하거나 저가로 매수한 差益去來의 경우에는 그 차액은 다른 約定이 없으면 委託者의 이익으로 한다(상법 106조 2항).

### 1. 適用要件

(1) 위탁자가 매매가격을 지정하였어야 한다. 이 점은 앞서 상법 제106조 제1항에서 언급한 바와 같다. 위탁자가 지정가액의 준수를 매매의 절대적 조건으로 한 경우가 아니어야 한다.<sup>19)</sup> 이 점도 동조 제1항에서 언급한 바와 같다.

(2) 위탁매매인이 지정가액보다 고가로 매도하거나 저가로 매수함으로써 差益이 발생한 경우이어야 한다. 차익의 발생여부는 매매시점을 기준으로 한다. 지정가액보다 유리한 가격으로 매매가 성립하였다는 사실이 다투어지는 경우 그 입증은 입증책임분배에 관한 일반원칙에 따라 이를 주장하는 위탁자가 하여야 한다고 본다.<sup>20)</sup>

### 2. 適用效果

(1) 위탁매매인이 지정가액보다 고가로 매도하거나 저가로 매수함으로써 발생한 차익은 당사자간에 다른 약정이 없는 한 委託者의 이익으로 한다(상법 106조 2항). 위탁매매인의 탁월한 협상력이 주효하여 차익거래를 한 경우라 하더라도 그 차익이 위탁매매인에게 당연히 귀속되는 것은 아니고,<sup>21)</sup> 이러한 경우에도 그 차익은 원칙적으로 위탁자에게 귀속한다. 위탁매매인은 그 영업수완을 발휘함으로써 그 대가로 보수를 받는 자이고, 위탁매매는 위탁자의 계산으로 매매하는 것이기 때문이다.

(2) 그러나 차익 전부를 위탁자에게만 귀속시키는 것이 현저하게 불합리한 경우에는 그러하지 아니하다. 예컨대, 지정가액보다 유리한 조건으로 매매하게 된 연유가 상

19) 鄭東潤, 477면.

20) 崔基元, 310면.

21) 金正皓, 「商法講義(上)」(제3판, 2001), 279면.

대방의 위탁매매인에 대한 순전한 개인적인 호의에 의한 할인의 경우와 같이 위탁매매인의 일신상의 사유에 기인하여 그 차익을 위탁자에 돌리는 것이 불합리하다고 인정될 때에는 그 이익은 委託賣買人에게 귀속된다고 보아야 할 것이다.<sup>22)</sup> 이 같은 특수한 사실의 존재에 대해서는 이를 주장하는 위탁매매인이 입증하여야 할 것이다.

### 3. 適用의 排除

(1) 상법 제106조 제2항은 任意條項이다. 따라서 위탁자와 위탁매매인의 特約에 의하여 그 차익의 전부 또는 일부를 위탁매매인에게 귀속시키기로 하는 것도 가능하다. 이 같은 약정의 존재 여부가 다투어지는 경우 위탁매매인이 이를 입증하여야 한다.<sup>23)</sup> 이러한 약정에 기하여 위탁매매인은 영업성과에 따른 보수와는 별도로 거래이익의 전부 또는 일부의 이익을 인센티브로 제공받을 수도 있다.

成功報酬의 약정이 이에 속한다. 이렇게 함으로써 위탁매매의 실행이 촉진되고, 이는 동시에 위탁자에게도 이익이 된다. 다만, 증권거래의 경우 성공보수의 약정은 위탁매매인의 무리한 매매를 야기함으로써 위탁자인 투자자에게 손해를 줄 가능성이 있기 때문에 이를 금지하는 경우가 있다.<sup>24)</sup>

(2) 보다 유리한 가격에 의한 매매가 가능하였음에도 불구하고 일정한 가격에 의해서만 매매가 될 수 있다고 위탁매매인이 위탁자를 欺罔하여 위탁매매인이 제시한 가격을 지정가액으로 하여 위탁한 때에는, 위탁자는 이를 取消할 수 있다(민법 110조 1항).

또한 위탁매매인은 선량한 관리자의 주의의무에 기하여 보다 유리한 가격으로 매매를 할 수 있다는 것을 위탁자에게 알려주어야 할 의무가 있다.<sup>25)</sup> 그럼에도 불구하고 이를 默秘하여 지정가액으로 매매한 때에도 위탁자는 詐欺를 이유로 위탁매매계약을 취소할 수 있다고 보는 견해가 있다.<sup>26)</sup> 그런데 이와 같은 경우에 사기를 이유로 한

22) 姜渭斗, 332면; 梁承圭, 568~569면; 李炳泰(1993), 206면; 田中誠二 外, 292면.

23) 崔基元, 310면.

24) 證券會社는 법에 의하여 投資—任業을 영위하는 경우를 제외하고는 고객으로부터 成果報酬(증권회사가 영업의 대가로 고객의 투자수익에 연동된 보수를 받는 것을 말한다)를 받기로 하는 약정을 체결하여서는 아니 된다(증권업감독규정 4-33조 1항).

25) 證券會社는 당해 매매가 당시의 시세에 비추어 고객에게 最善의 去來條件으로 이루어질 수 있도록 적절한 주의와 노력을 하여야 한다(증권업감독규정 4-25조 1항).

취소권이 인정되려면 민법 제110조에서 규정하고 있는 欺罔行爲로 평가될 수 있는 정도로 위탁매매인의 적극적인 기망이 인정되는 경우이어야 할 것이다. 이러한 경우 위탁자는 선관주의의무 위반을 이유로 위탁매매인에게 그에 따른 책임을 물을 수 있다. 위탁자는 위탁매매계약을 해제하고 그 차액을 부당이득으로써 반환청구할 수 있다.<sup>27)</sup>

## VI. 受任人の 指示逸脫權과 指定價額 遵守義務條項과의 關係

위임의 법률관계에서 수임인은 위임인의 지시에 복종하여야 할 의무가 있는 것이 일반적이지만, 수임인이 위임인의 이익을 보호하기 위하여 그의 지시로부터 이탈할 수 있는 권리를 인정하는 견해와<sup>28)</sup> 입법례가<sup>29)</sup> 있다. 이에 의하면, 수임인의 지식이나 경험에 비추어 그 지시가 적합하지 못하거나 위임인에게 불리한 결과를 초래한다고 판단될 때에는 그 사실을 위임인에게 알리고 지시의 변경을 요구하거나 또는 사정이 급박한 때에는 지시에 어긋나는 임기응변의 조치를 취하는 것이 수임인의 선관주의의무를 다하는 것이 된다. 또한 위임자의 지시가 부적절하다고 인식하거나 인식할 수 있었던 경우에는 본인의 지시와는 달리 본인의 이익을 배려할 의무가 있다고 한다.<sup>30)</sup>

이처럼 수임인에게 지시이탈권이 인정된다고 하더라도, 그 이탈이 本人의 利益을 위한 것이어야 하고, 일단은 본인을 설득하여 지시의 변경을 요구하는 선행절차가 요구된다. 이러한 절차 없이 위탁매매인이 임의로 지정가와 다른 가격으로 매매한 경우에는 상법 제106조의 적용을 받게 된다. 만일 위탁매매인이 위탁자를 설득하여 가격변경을 요구하였음에도 불구하고 고객이 이를 받아들이지 않은 때에는, 위탁매매인은 위탁자의 지정가격대로 매매하여야 할 의무가 있다.

한편, 증권상의 위탁매매에서 위탁매매인인 증권회사는 고객의 지시에 따라야 할 의무가 있음은 일반 위탁매매와 동일하다. 그러나 (i) 매매주문방법의 변경이 고객의 당초 매매주문의 목적을 달성하는 데 더 효과적이라고 볼 수 있는 합리적인 근거가 있

26) 崔基元, 310면.

27) 鄭東潤, 477면.

28) 李銀榮, 「債權各論」(제3판, 1999년), 568면.

29) 독일민법 제665조, 스위스민법 제397조 등.

30) 李銀榮, 568면.

고, (ii) 이에 대하여 고객의 서면 등에 의한 사전동의가 있어야 하고, (iii) 이에 대한 내부통제(compliance)가 적절히 이루어지고 있는 것을 조건으로 증권회사가 주문 방법을 변경할 수 있다(증권업감독규정 4-25조 3항). 즉, 이러한 변경은 고객에 최선의 매매거래집행이어야 할 것과 고객의 사전동의를 요건으로 하고 있다. 이러한 요건에 해당하는 경우에도 증권회사가 자유재량을 발휘할 수 있는 것은 단순히 주문방법의 변경에 국한하고, 가격변경권은 이에 포함되지 않는다고 본다.

## VII. 證券委託賣買의 경우 價格逆指定委託

(1) 증권위탁매매의 경우 지정가액주문의 특수한 형태로 가격역지정주문이 있다. 이는 통상적인 지정가주문과는 달리 유가증권의 매매를 위탁함에 있어서 유가증권의 시세가 위탁 당시의 시세보다 등귀하여 자기가 위탁한 가격 이상이 될 때에 매수할 것을 위탁하거나, 유가증권의 시세가 위탁 당시보다 저락하여 자기가 위탁한 가격 이하가 될 때에 매도할 것을 위탁하는 것이다. 예컨대, 甲 회사의 주식시세가 10,000원에 형성되고 있음에도 불구하고 11,000원 이상으로 가격이 형성될 경우 매수하도록 하거나 또는 9,000원 이하로 가격이 형성될 때에 매도하도록 하는 것이 그것이다. 이는 주가변동을 알 수 없는 시점보다는 일단 변동이 시작된 시점에 매매에 나서는 것이 오히려 유리한 가격으로 매매할 수 있기 때문에 이용되는 증권투자기법이다.<sup>31)</sup>

이러한 주문이 한꺼번에 몰리면 가격상승 또는 가격하락을 부추길 위험이 있고 투기의 우려가 있기 때문에 일반투자자를 보호하기 위하여 종전 증권거래법에서는 이를 금지하였다(종전 증권거래법 111조). 그러나 정당한 목적으로 가격역지정주문을 하는 경우도 있을 수 있기 때문에 이를 전면적으로 금지하는 것은 입법론상 검토가 필요하다는 지적이 있었다.<sup>32)</sup> 그래서 1999년 증권거래법을 개정할 때에 이 규정을 삭제하였다.

(2) 가격역지정주문은 주로 다음과 같은 경우에 이용된다. 첫째, 신용거래를 통한

31) 金建植, 「證券去來法」(제2판, 2001), 337면.

32) 安文宅, 「證券去來法體系」(1985), 229면.

매매거래에 있어서 미결제상태에 있는 투자자가 당해 주식의 시세가 예상대로 상승하거나 예상과는 반대로 하락할 때 결제목적의 반대매매로서 가격역지정주문을 사용하는 경우이다. 둘째, 어떤 종목의 주가가 일정한 수준을 넘어서면 그 때부터 추가적으로 오를 것이던가 또는 일정한 가격수준 밑으로 하락하면 더 하락할 것이라는 예측에 기하여 일정한 가격 수준 이상인 경우에는 매수주문을, 그 이하인 경우에는 매도주문을 하는 경우이다.

## VIII. 價格指定委託賣買와 公正去來法上 再販賣價格維持行爲의 禁止條項과의 관계

상법 제106조에서는 위탁자가 위탁매매인에게 매매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 위탁하는 지정가액위탁매매를 허용하고 있다. 그러나 독점규제및공정거래에 관한법률에서는 거래단계별로 판매가격을 미리 지정하여 이를 강제하는 재판매가격유지행위(resale price maintenance: RPM)를 가격경쟁을 제한하는 수직적 가격고정행위(vertical price fixing)라고 하여 원칙적으로 금지하고 있다(공정거래법 2조 7호, 29조, 26조 1항 4호).

위탁자가 독립된 事業者인 위탁매매인(예컨대, 대리점)에 대하여 판매가격을 지정하여 위탁매매계약을 체결한 경우, 이것이 공정거래법상 금지되어 있는 재판매가격유지행위에 해당하느냐의 여부와 그 위법성의 판단기준에 대해서는 여러 견해가 제시되고 있다. 이에 대하여 한국·미국·일본·독일의 심결 및 판결은 일반적으로 “진정한 위탁매매”(true consignment)의 경우에는 공정거래법상의 재판매가격유지행위의 금지규정이 적용되지 않는다고 보고 있다. 그러나 위탁매매의 형식을 취하고 있지만 그 실질은 진정한 위탁매매가 아니라 독립된 사업자간의 “매매”인 경우에는 공정거래법상 금지되는 재판매가격유지행위에 해당하여 위법하다고 보는 경향이 있다.<sup>33)</sup>

33) 공정거래위원회 2000. 12. 22. 제2000-179호 의결, 사건번호 2000유거1258; Hardwick v. Nuway Oil Co., Inc., 589 F.2d 806, 808-11(5th Cir), cert denied, 444 U.S. 836(1979) 등. 金性倬, “價格指定 委託賣買의 公正去來法上の 問題”, 『商事判例研究』(韓國商事判例研究學會, 2001, 제12집), 541~575면 참조.

## IX. 맺음말

상법 제106조에서 규정하고 있는 위탁매매인의 지정가격 준수의무조항은, 수임인이 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 업무를 처리하여야 할 주의의무가 있다는 점에 비추어 보면 지극히 당연한 조항이다. 동 조항은 매매에 직접 참여할 길이 없는 위탁자를 보호하는 데 그 중점이 있다. 한편, 위 조항은 위탁자의 이익을 보호하기 위한 규정이므로, 동 조항에 의하여 누리게 되는 이익을 위탁자 스스로가 포기할 수 있는 길을 열어두고 있다. 결국 상법 제106조는 위탁자와 위탁매매인이 자율적으로 자신들의 이익관계를 합의에 의하여 조정할 수 없거나 그러한 약정이 없는 경우에 2차적(보충적)으로 위탁자의 이익을 보호하는 기능을 주로 수행한다고 말할 수 있다.