

‘상법상 지배인제도 개선에 관한 토론회’

CONTENTS

주제발표

소송담당 지배인의 소송대리인 적격에 관하여	1
-------------------------	---

박 기 역 변호사(대한변협 사업이사)

가장지배인에 관한 소송법상 문제	23
-------------------	----

김 홍 엽 성균관대학교 법학전문대학원 교수

토론문

‘상법상 지배인제도 개선에 관한 토론회’	31
------------------------	----

이 흥 권 수원지방법원 부장판사

상법상 지배인 제도 개선 방안 - 법원 및 변호인의 역할을 중심으로	35
--	----

노 영 희 변호사(대한변협 수석대변인)

가장지배인의 문제점과 그 개선방안에 관하여	41
-------------------------	----

심종혁 변호사(포스코P&S 사내변호사)

가장지배인의 법률사무 취급 행위에 대한 형법적 검토	49
------------------------------	----

이 성 기 성신여대 법과대학 교수

지배인을 가장한 변호사법 위반 행위 근절해야	57
--------------------------	----

김 재 홍 법률신문 차장

● ● ● 주제발표 1

소송담당 지배인의 소송대리인 적격에 관하여

박 기 역 변호사 (대한변협 사업이사)



소송담당 지배인의 소송대리인 적격에 관하여

박 기 역

변호사 (대한변협 사업이사)

I 문제의 제기

지배인 소송 2만 건 시대에 들어섰다. 최근 법원행정처가 밝힌 자료에 의하면 지배인이 소송대리인이 되어 소송에 관여한 사건수가 2013년에 2만 2천여 건, 2014년에는 전반기 5개월간 1만 1천여 건에 이른다. 이런 추세라면 2014년에도 2만 건을 훨씬 초과할 것임은 불 보듯 뻔하다. 바야흐로 지배인 소송 전성시대가 도래한 것이다. 이러한 결과는 소송건수가 많은 보증보험회사나 일반 보험회사, 카드회사, 채권추심회사, 각종 은행과 캐피탈회사, 자산유동화회사 등 금융회사와 건설회사들이 규모의 대소를 불문하고 광범위하게 지배인 등기제도를 남용하여 직원에게 소송을 전담시킨 결과가 아닌가 한다.

우리 민사소송법은 변호사대리의 원칙을 채택하고 있고, 변호사법은 변호사가 아닌 자의 법률사무 등 취급을 엄격히 금지하고 있다. 그런데, 과연 지배인으로 등기한 후 소송대리를 하는 지배인 중에 지배인으로서의 실체를 가진 지배인은 얼마나 될까. 기업들은 저마다 소송전담 지배인을 두고 소송사건을 처리하고 있는데, 이러한 소송전담 지배인이 실질적인 지배인이라고 할 수 있는지 여부가 문제가 아닐 수 없다. 하에서는 지배인의 대리권(지배권)의 특성과 범위에 관하여 살펴볼 필요가 있겠다.

특히 지배인에게 소송대리권을 부여하는 점과 관련해서는 변호사대리의 원칙이라는 큰 틀에서 살펴보는 것이 필요하다. 의사나 변호사는 모두 전통적인 전문직(Profession)이다. 이들의 직무는 한결같이 고도의 전문지식과 풍부한 경험을 필요로 하기 때문에 제도적으로 법제화하여 엄격한 교육과정과 자격시험제도를 마련해 두고 있고, 이를 통과한 사람만이 의사나 변호사로서 의료행위와 소송대리업무 등을 수행할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 의료인이 아닌 사람이 의료행위를 할 경우에는 설령 무상이라고 하더라도 처벌하고 있고(의료법 제27조 제1항)¹⁾, 변호사법도 비변호사의 소송대리 등 법률사무 취급을 금지하고 이를 위반하였을 경우에는 처벌하는 규정(변호사법 제109조)을 두고 있다. 소송대리의 기본원칙에 관하여 민사소송법은 법률에 따라 재판상 행위를 할 수 있는 대리인 외에는 변호사가 아니면 소송대리인이 될 수 없다고 규정(제87조)함으로써 변호사대리의 원칙을 선언하고 있다. 위와 같이 의료인이 아니면 의료행위를 해서는 안 되는 것처럼 변호사가 아니면 원칙적으로 소송대리인이 될 수 없는 것이다.²⁾ 변호사대리의 원칙이 민사소송법상 기본원칙임에도 불구하고 상법이 지배인에게 소

1) 의료법 제27조 제1항 본문 : 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

2) 최광률, “변호사 아닌 자의 소송대리행위”, 대한변호사협회지 1987. 7., 8-9면 참조.

송대리권까지 부여한 것은 특별한 이유가 있을 것인데, 그렇다면 그 목적에 맞게 지배인제도가 운영되어야 할 것이다. 이 점관 관련하여 지배인에게 소송대리권을 부여한 이유에 관해서도 고찰할 필요가 있겠다.

마지막으로 실무상 지배인이 아닌 자(지배권이 없는 지배인)³⁾의 소송행위의 법적 취급에 관하여 살펴보고, 어떤 기준으로 실질적인 지배인인지 여부를 판가름할 것인지에 관한 기준에 대해서도 살펴보고자 하겠다.

II 지배인의 의의 및 소송대리권을 부여한 이유

1. 지배인의 의의 및 연혁

기업의 규모가 커지면 상인의 기업활동을 보조하는 자, 이른바 기업보조자가 필요하게 되는데, 기업 내부에서 특정한 상인(영업주)에 고용되어 종속적으로 영업활동을 보조하는 사람들을 상업사용인이라고 한다.

상업사용인은 그 대리권의 폭에 따라 세 가지의 종류로 나누어진다. 지배인(상법 제11조), 부분적·포괄적 대리권을 가지는 사용인(상법 제15조), 물건판매점포의 사용인(상법 제16조)이 그 세 가지이다. 이 중에서 가장 넓은 폭의 대리권을 가진 사용인이 지배인이다. 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있다(상법 제11조 제1항). 지배인처럼 넓은 대리권을 가진 사용인을 상급사용인이라고 부른다면 나머지는 중급·하급의 사용인이라고 부르게 된다.⁴⁾

지배인제도는 중세 상거래 시대에 각국의 상인에 의하여 파견된 대리인들이 대리인등기부에 등기하여 고객들에게 대리관계를 알리도록 한 데서 시작되었고, 이를 근대적인 제도로 확립한 것은 1962년 독일의 구상법이다. 오늘날 이 제도는 독일과 독일법계를 계수한 국가(오스트리아·스위스·일본·한국 등)에만 존재하고 프랑스법계와 영미 법계에서는 찾아볼 수 없다고 한다.⁵⁾

2. 지배인에게 소송대리권을 부여한 이유

상법은 지배인에게 영업주에 갈음하여 재판상의 행위를 할 권한까지 부여하였는데, 그 이유는 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 모든 행위를 할 수 있으므로 그 영업에 관한 사항에 대하여는 지배인에게 모든 권한과 책임이 있고, 또한 그 내용에 관하여도 누구보다 잘 알고 있을 것이므로 재판상의 행위까지 할 수 있게 한 것이다.⁶⁾

3) 지배권이 없는 지배인을 ‘참칭지배인’ 또는 ‘사이비지배인’이라고 부르기도 한다.

4) 김교창, “지배인의 재판상의 권한 -사이비지배인과 관련하여-”, 대한변호사협회지, 1987.7, 20면 참조.

5) 최기원, “지배인의 대리권에 관한 소고”, 법학 27권4호(1986), 서울대학교 법학연구소, 17면; 손진화, 상법강의(제3판), 신조사, 2012, 51면 참조.

6) 김교창, 전제논문, 18면 및 20면; 신혜영, “비변호사의 소송대리 중 '지배인 아닌 자'에 의한 소송대리에 관하여”, 실무연구자료 제6권: 조용무 법원장 정년퇴임기념, 대전지방법원, 2005, 40면 각 참조.

하급심 판결도 한결같이, “지배인에게 소송대리권이 인정되는 이유는 지배인이 영업주의 최고경영보조자로서 특정영업소(본점 또는 지점)에서의 영업에 관한 포괄적 영업대리권을 가지고 있는 점에 착안하여 법률이 그 소송대리권을 특별히 인정하였기 때문이며, 이 점은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 부분적 포괄대리인에게는 재판외의 행위에 관한 대리권만을 인정할 뿐 재판상의 행위에 관한 대리권은 부여하지 않고 있는 법률(상법 제15조 제1항)의 취지에 비추어 보더라도 명백하다”고 판시⁷⁾함으로써 상업사용인 중 지배인에게만 소송대리권을 인정한 이유를 적절히 설명하고 있다.

지배인에게 소송대리권을 인정한 이유가 위와 같다면 특정영업소에서의 영업에 관한 포괄적 영업대리권을 가지고 있지 아니한 자에게는 영업주의 소송대리권을 부여할 이유는 없다고 보아야 할 것이다.

Ⅲ 지배인 소송의 실태

법원행정처가 2014. 7.경 밝힌 최근 5년간 각급 법원에 제기된 민사 본안사건 중 ‘상법상 지배인 자격으로 소송을 제기한 사건수(다음 표 참조)’⁸⁾에 의하면, 2009년 15,566건, 2010년 11,875건, 2011년 10,321건, 2012년 14,075건, 2013년 22,683건이고, 2014년 1월부터 5월까지 5개월간 11,348건에 이르는데, 주목할 만 한 점은 2013년부터 소제기 건수가 급격하게 증가하여 2만여 건을 넘긴 이래 소제기 건수가 계속 늘고 있다는 사실이다. 2014년도 전반기 5개월간 소제기 건수가 1만 1천여 건이므로 그런 추세라면 연말에는 2만 건을 훨씬 초과할 것이 예상된다.

[상법상 지배인 자격으로 소송을 제기한 사건수]

법 원	접수건수															
	2009년		2010년		2011년			2012년			2013년			2014. 1.~ 5.		
	1심	2심	1심	2심	1심	2심	3심	1심	2심	3심	1심	2심	3심	1심	2심	3심
대법원							8			11			7			1
서울고등법원		36		48		33			44			83			13	
대전고등법원				1		7			11			2				
대구고등법원		1		1		1			2			5				
부산고등법원		6		4		1			5			10				
광주고등법원				10		11			12			17			4	
서울중앙지법	9,510	28	5,858	7	3,925	63		3,558	203		3,648	79		2,335	4	
서울동부지법	330	15	982	4	217	63		846	47		2,432	30		856	2	

7) 서울민사지법 1986. 1. 20. 선고 85가단5402 판결(확정); 서울중앙지법 2010. 3. 25. 선고 2009나29570 판결(확정); 서울중앙지법 2009. 4. 16. 선고 2008가합90502 판결(확정) 등 참조.

8) 이는 대한변호사협회장이 법원행정처장에게 자료요청 협조공문을 보내 법원행정처장이 회신한 자료이다.

법 원	접수건수															
	2009년		2010년		2011년			2012년			2013년			2014. 1.~ 5.		
	1심	2심	1심	2심	1심	2심	3심	1심	2심	3심	1심	2심	3심	1심	2심	3심
서울남부지법	376	11	391	29	459	6		1,522	25		4,005	38		974	18	
서울북부지법	91	12	100	24	208	6		296	9		507	1		241	2	
서울서부지법	1,711	28	527	4	1,006	1		910	3		1,465	3		2,905	3	
의정부지법	160	1	326	4	237	6		259	17		353	12		100	4	
인천지방법원	116	11	166	30	127	10		255	17		874	54		384	8	
수원지방법원	304	25	441	72	520	28		782	19		1,243	1		491		
춘천지방법원	111	22	283	22	199	5		139	2		137			98	1	
대전지방법원	225		316	2	487	22		682	49		1,004	105		693	14	
청주지방법원	164	26	116	25	107	24		118	26		318	33		122	2	
대구지방법원	339		675	6	796	59		1,673	61		1,329	54		316	14	
부산지방법원	891		209		377	6		358	71		838	24		472	1	
울산지방법원	24		11		5	4		238	15		1,523	1		302		
창원지방법원	234	20	146	13	219	15		263	34		514	34		163	2	
광주지방법원	447	33	740	52	376	30		485	23		628	16		371	5	
전주지방법원	254	2	229		636	10		959	20		790	19		291	6	
제주지방법원	2		1			1		5	1		442	5		128	2	
합 계	15,289	277	11,517	358	9901	412	8	13,348	716	11	22,050	626	7	11,242	105	1
연도별 총합계	15,566		11,875		10,321			14,075			22,683			11,348		

주: 1. 대리인 중에 지배인이 포함된 사건 수입.

2. 지원, 시군법원 사건수는 해당지방법원에 포함됨.

IV 지배인의 대리권(지배권)의 특성

지배인이 가지는 대리권을 특히 지배권이라고 부른다. 그 대리권의 폭이 다른 사용인들의 그것에 비하여 넓기도 하지만 여기에는 그렇게 따로 이름을 붙일 만한 특성이 있다. **포괄성**, **정형성** 그리고 **불가제한성**이 그것이다.⁹⁾ 지배권의 이러한 특성으로 인하여 ‘완전한 지배권이 아니면 지배권은 없다 (Entweder ganze Prokura oder keine Prokura)’라고까지 일컬어진다.¹⁰⁾

9) 임홍근 상법총칙 220면 이하; 정동윤, 주석상법(Ⅰ-1) : 총칙·상행위(1), 한국사법행정학회, 2013, 179면 이하; 강위두/임재호, 상법판례연습, 법문사, 2009, 12면;

10) 田中誠二/喜多了祐, 全訂 コンノンタール 商法總則, 勁草書房, 1981, 388면; 정동윤, 주석상법(Ⅰ-1) : 총칙·상행위(1), 한국사법행정학회, 2013, 178면 각 참조.

1. 포괄성(包括性)

민법상의 대리권의 범위는 개별적으로 정하여지나 지배인의 대리권의 범위는 ‘영업 전반’에 걸친다는 점에서 포괄성을 가진다. 지배권이 영업 전반에 걸친다는 점에서 상업사용인 중 권한이 가장 크고, 영업의 일부에 한정하여 대리권을 가지는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인이나 점포에서 물건판매의 대리권만 가지는 물건판매점포의 사용인과 구별된다.¹¹⁾ 지배권의 ‘포괄성’이야말로 지배권의 가장 핵심적인 특성을 보여주는 것이므로 영업에 관한 포괄적인 권한이 없다면 더 이상 지배인이라고 할 수 없다고 보아야 한다.

2. 정형성(定型性)

민법상의 대리권의 범위는 본인의 의사에 의하여 정하여지나 지배권의 범위는 법률의 규정(상법 제11조 제1항)에 의하여 객관적으로 정하여져 있다는 점에서 지배권은 정형성을 가진다. 즉 지배인의 선임권은 영업주에게 주어져 있지만 그 대리권의 범위는 영업주의 의사가 아니라 법률에 정하여져 있는 것이다. 상법은 지배권의 범위에 관하여 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있다고 규정하고 있다(제11조 제1항).

3. 불가제한성(不可制限性)

지배인의 대리권은 그 범위가 객관적으로 법률에 의하여 정형화되어 있으므로 거래의 안전을 위하여 그 획일성(劃一性)이 요구된다. 영업주가 지배인의 대리권의 범위를 제한하더라도 이는 영업주와 지배인간의 대내적인 관계에서 효력을 가지는 데에 불과하고(대내적으로 해임 또는 손해배상청구의 사유가 될 것임), 대외적인 관계에서는 대리권의 제한은 효력을 가질 수 없다. 영업주가 지배인의 대리권을 제한하더라도 이를 선의의 제3자에게는 대항할 수 없는데(상법 제11조 제3항), 지배인의 대리권은 제한될 수 없는 것이 아니라, 그 제한을 제3자에게 대항하지 못한다는 의미에서 불가제한성이 있다고 한다.

영업주가 지배인의 대리권을 제한할 수 있다고 하더라도 이를 제한하는 데에는 일정한 한계가 있다. 포괄성을 해치는 정도로 제한한다면 그것은 벌써 지배인을 선임한 것이 아니다. 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 대리권만을 수여하였다면 그것은 지배인을 선임한 것이 아니고, 부분적·포괄적 대리권을 가지는 사용인을 선임한 데 지나지 않는다.¹²⁾

한편, 거래의 상대방인 선의의 제3자에게 중과실이 있는 경우, 즉 대리권에 제한이 있다는 사실을

11) 손진화, 전게서, 52면.

12) 김교창, 전게논문, 20면; 신혜영, 전게논문, 40면 참조.

알지 못하였으나 알지 못한 데 중대한 과실이 있는 경우, 악의자와 동일하게 보는 입장이 다수설이고, 판례도 마찬가지로 입장이다.¹³⁾ 대리권의 제한은 등기사항이 아니므로 제3자가 알기 어렵다는 점에서 중과실의 성립을 인정할 수 있는 경우는 적지만, 중과실이 인정되는 경우에는 악의자와 동일하게 취급하여 지배권에 대한 제한으로 대항을 받는다고 보는 다수설·판례의 입장이 타당할 것이다.¹⁴⁾

V 지배인의 대리권(지배권)의 내용 및 범위

1. 대리권의 내용

지배인은 영업주에 갈음하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다(상법 제11조 제1항).

가. 재판상의 행위

지배인이 행사할 수 있는 재판상의 행위란 소송행위를 뜻한다. 따라서 지배인은 변호사가 아닌 경우에도 영업주를 대리하여 소송을 제기하거나 응소할 수 있다. 지배인은 소송상 원고·피고가 될 수 있는 당사자적격은 없지만, 모든 심급의 법원에서 영업주의 소송대리인이 될 수 있다. 지배인은 법률에 의하여 재판상의 행위를 할 수 있는 소송대리인이므로(민사소송법 제92조, 상법 제11조 제1항) 별도의 수권을 받음이 없이 소송대리인을 선임하거나 소송서류를 송달받거나 반소의 제기, 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙, 상소의 제기 또는 취하 등도 할 수 있다.

나. 재판 외의 행위

재판 외의 행위란 소송 외에서 하는 영업에 관한 일체의 행위를 말한다. 영업에 관한 행위인 이상 영업주가 영업으로 하는 행위이든(기본적 상행위), 영업을 위하여 하는 행위이든(보조적 상행위) 불문하고, 유상이든 무상이든 불문한다. 또한 지배인은 영업에 관하여 대리인을 선임할 수도 있고(그러나 지배인은 영업주의 특별한 수권이 없는 이상 다른 지배인을 선임하지는 못한다), 지배인이 아닌 점원과 기타 사용인을 선임 또는 해임할 수도 있다.

2. 대리권의 범위

지배인의 대리권 행사가 적법하기 위해서는 영업주의 영업에 관한 행위를 대리하여야 하고(사항적

13) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결 : 지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다.

14) 정경영, 상법학강의(개정판), 박영사, 2009, 46-47면 참조.

한계), 그러한 영업에 관한 권한은 특정한 영업소와 상호의 범위 내에서만 효력이 미친다는 점에서 장소 및 상호적 한계를 갖는다.

가. 영업에 관한 행위(영업 관련성)

지배인이 가지는 재판상의 권한은 그 ‘영업’에 관한 것이다.¹⁵⁾ 그의 권한은 영업에 관한 행위에 한하고, 영업 이외의 것에는 미치지 아니한다. 그리고 영업에 관한 것 중에서도 그가 맡고 있는 영업에 한하는 것이다. 따라서 담당하고 있는 영업이 없다면 그런 지배인은 대리할 만한 재판상의 행위도 없다고 할 것이다.¹⁶⁾ 결국 담당하고 있는 영업이 있는지 여부가 실질적인 지배인인지 여부를 판단하는데 있어서 매우 중요한 요소로 작용할 것이다.

여기서 ‘영업에 관한 행위’란 영업으로 하는 행위(기본적 상행위)뿐만 아니라 영업을 위하여 하는 행위(보조적 상행위)도 포함된다고 보는 것이 일반적이다.¹⁷⁾ 따라서 지배인은 영업을 위한 자금차입, 소비대차, 각종의 어음행위도 할 수 있으나, 영업의 범위를 벗어난 행위라 할 수 있는 영업의 양도, 폐지, 상호의 변경, 파산신청, 신분법상의 행위는 할 수 없다. 지배인이 영업에 관한 행위가 아닌 사항을 대리한 경우에는 무권대리가 될 것이다.

영업에 관한 행위인지 여부에 관한 판단은 객관적·추상적으로 이루어져야 하고 지배인의 주관적 의도를 고려할 필요는 없다(통설).¹⁸⁾ 대법원 판례¹⁹⁾도 같은 입장이다.

나. 특정 영업소 및 상호 관련성

지배인은 영업주의 모든 영업소에 관해 지배권을 행사할 수 있는 것이 아니라 특정 영업소·상호의 범위 내에서만 권한을 행사할 수 있다.²⁰⁾ 다시 말하면 지배인의 대리권은 영업주의 ‘영업’에 관한 것이므로 ‘영업’에 의하여 그 범위가 한정되는데, 여기서 영업이라는 것은 영업주의 모든 영업이 아니라 특정 상호와 영업소(본점 또는 지점)에 의하여 개별화된 특정영업을 말하는 것이다.²¹⁾ 따라서 지배인 등기를 함에는 지배인을 둔 장소, 즉 ‘영업소’를 등기하여야 하고(상업등기법 제53조 제4항), 영업주가 2개 이상의 상호로 2개 이상 종류의 영업을 할 때에는 지배인이 대리할 ‘영업’과 그 사용할 ‘상호’를 등기하여야 한다(상업등기법 제53조 제3항).

15) ‘영업에 관한 포괄적인 대리권은 소송대리인 자격의 전제’라고 설명하는 견해는 伊藤眞, 民事訴訟法 第3版 3訂版, 有斐閣, 2008, 127-128면 참조.

16) 김교창, 전제논문, 20면; 신혜영, 전제논문, 40면 각 참조.

17) 정경영, 전제서, 45면 참조.

18) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 1999, 83면; 임흥근, 전제서, 223면; 정경영, 전제서, 45-46면; 落合誠一/大塚龍兒/山下友信, 商法Ⅰ—總則·商行為(第5版), 有斐閣, 2013, 97면 참조.

19) 지배인의 행위가 영업주의 영업에 관한 것인가의 여부는 지배인의 행위 당시의 주관적 의사와는 관계없이 그 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단되어야 한다(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카2073 판결; 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결 등 참조).

20) 정경영, 46면 참조.

21) 임흥근, 전제서, 220면.

Ⅵ 지배인인지 여부와 등기와의 관계

지배인인지 여부는 그 권한의 실질에 따라 결정하여야 한다는 것이 통설이다.²²⁾ 상인이 그 상업사용인에게 어떠한 명칭을 붙여 주었든지 그것은 상관없이 실제로 영업에 관한 포괄적인 권한, 즉 지배권을 부여하였으면 그는 지배인이다. 실제로 포괄적인 대리권을 부여하지 아니하면서 지배인이나 이와 유사한 명칭을 붙여 준 경우에 표현지배인의 법리(상법 제14조 제1항 전문)에 의하여 제3자를 보호하는 것은 별개의 문제로 하고 지배인은 아닌 것이다.

지배인의 성명·주소 및 주민등록번호는 등기사항이다(상업등기법 제53조 제1항). 그러나 이 등기는 어디까지나 공시의 방법이고 제3자에 대한 대항요건일 뿐(상법 제37조 제1항), 이에 의하여 선임·해임의 효력이 생기는 것은 아니다. 따라서 상인이 어떤 사람을 지배인으로 선임하였으면 그 사람은 그 때부터 지배인인 것이지 등기를 해야만 그 때부터 지배인이 되는 것은 아니다. 해임의 경우에도 마찬가지이다. 반면 상인이 어떤 사람을 지배인이라고 등기하여 놓았다 하더라도 실제로 그를 지배인으로 선임하지 않았거나 영업에 관한 포괄적 대리권을 부여하지 않았다면(제한되는 경우와 구별) 그는 지배인이 아니다.²³⁾

결국 어떤 사람이 실제로 지배인인가 아닌가 하는 것은 그 명칭이나 등기만을 가지고 정하여서는 안 된다. 비록 지배인이라는 명칭이나 등기를 가지지 아니하였지만, 실제로 지배인인 사람도 얼마든지 있다. 영업부장, 영업소장, 지점장, 지사장, 지부장 등의 이름을 가진 사람은 대부분 지배인이라 할 수 있다. 때로는 전무, 상무라는 이름을 가진 지배인도 볼 수 있다. 그런가 하면 지배인이란 이름을 가진 영업보조자 중에 실제로는 지배인이 아닌 사람도 많이 있다. 따라서 지배인이란 명칭을 부여받고 지배인 등기를 마쳤어도 실제로 지배권을 부여받지 않았으면 그 사람은 지배인이 아닌 것이다.²⁴⁾

Ⅶ 지배인이 아닌 자의 소송행위의 법적 취급

지배인으로 등기되어 있지만 실제로는 지배인의 실체를 갖추지 못한 경우에 그가 행한 소송대리행위는 형사법적으로는 변호사법위반의 문제가, 소송법적으로는 대리권없는 자의 소송행위로 무효 또는 부적법한 소인지 여부가 문제된다.²⁵⁾ 특히 후자의 경우에는 무효인 소를 추인할 수 있는지 여부도 문제된다.

22) 김교창, 전게논문, 20면; 정경영, 전게서, 40면; 손진화, 전게서, 52면; 강위두/임재호, 전게서, 12면;

23) 김교창, 전게논문, 21면; 신혜영, 전게논문, 42면

24) 김교창, 전게논문, 21면; 신혜영, 전게논문, 42면

25) 신혜영, 전게논문, 38면 참조.

1. 변호사법위반의 문제

변호사법 제109조 제1호²⁶⁾는 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 소송사건 등에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선하는 행위를 처벌하는 조항을 두고 있다. 이른바 ‘비변호사의 법률사무 취급 등 금지’ 조항이다.

일본 변호사법 72조²⁷⁾도 ‘비변호사의 법률사무 취급 등 금지’라는 제목으로 우리나라 변호사법과 같은 취지의 규정을 두고 있다. 따라서 지배인으로 등기되어 있다고 하더라도 그 지배인이 실질적으로 지배인의 실체를 갖추지 못하고 있다면 이는 변호사법 제109조에 위반되어 처벌을 면할 수 없을 것이다.

실무상 지배인의 실체가 없는 등기지배인에 대하여 변호사법위반으로 형사 처벌한 사례를 소개하면 다음과 같다.

(1) 대법원 1978. 12. 26. 선고 78도2131 판결 【변호사법위반】

변호사 사무원으로 있으면서 3개 회사의 지배인으로 등기된 것은 그 회사들이 순전히 변호사법을 어겨 변호사가 아닌 자로 하여금 그 회사의 소송사건을 맡아 처리할 수 있도록 하기 위한 하나의 방편에 불과하였던 것임을 인정할 수가 있으므로 위 소위는 각 회사의 지배인을 가장한 변호사법 위반에 해당한다.

(2) 수원지법 2012. 11. 15. 2012노2390 판결²⁸⁾ 【변호사법위반】

[사실관계]

피고인은 과거 다른 회사의 법무팀에 근무한 경력이 있는 자로서 (주)D에 입사하여 ‘법무담당이사’라는 직함을 받고 지배인 등기를 한 후 가처분신청 등 서면작성과 법정출석을 하는 등 위 회사의 소송사건과 관련한 법률사건을 도맡아 처리함. 한편 (주)D는 피고인에 대하여 지배인 등기를 하면서 소송사건과 관련한 법적 분쟁에 한하여 대리권을 가진다는 취지의 대리권제한규정도 함께 등기함.

26) 변호사법 제109조(벌칙) : 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자

가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건

나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이익신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건

다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건

라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건

마. 그 밖에 일반의 법률사건

27) (非)弁護士の法律事務の取扱い等の禁止 第七十二条 弁護士又は弁護士法人でない者は、報酬を得る目的で訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件その他一般の法律事件に関して鑑定、代理、仲裁若しくは和解その他の法律事務を取り扱い、又はこれらの周旋をすることを業とすることができない。ただし、この法律又は他の法律に別段の定めがある場合は、この限りでない(변호사 또는 변호사 법인이 아닌 자는 보수를 얻을 목적으로 소송사건, 비송사건 및 심사청구, 이익신청, 재심사청구 등 행정청에 대한 불복신청사건 기타 일반 법률사건에 관하여 감정, 대리, 중재 혹은 화해 기타 법률사무를 취급하거나 이들의 주선을 업으로 할 수 없다. 다만, 이 법률 또는 다른 법률에 다른 정함이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.)

28) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도15187 판결(상고기각)로 확정되었다.

[1심판결]²⁹⁾

다음과 같은 점에서 피고인은 순전히 변호사법을 어겨 변호사가 아니면서도 회사의 소송사건을 맡아 처리하기 위한 하나의 방편으로 지배인 등기를 한 사실을 인정할 수 있으므로 피고인의 행위는 지배인 등기를 가장한 변호사법 위반에 해당한다.

- 피고인은 본점에 관한 포괄적 영업대리권을 가지고 있지 않음에도 불구하고 (주)D의 본점 지배인으로 등기하였는데, 이는 이 사건 공사와 관련한 재판상 행위에 관하여 소송대리권을 획득하기 위한 목적이었다.
- 피고인 스스로도 공소사실 기재 법률사무 이외에는 계약내용 검토업무 및 인사관련 업무를 담당하였다는 것인바, 이러한 업무내용은 (주)D의 일반적인 업무로 보여 ‘본점이라는 개별화된 특정영업점’에 대한 업무라고 보기 어려우므로 특정영업소에 관하여 포괄적인 대리권을 가지는 지배인으로서의 실체를 가지고 있지 않다.
- 또 위 업무내용은 대외적으로 대리권이 필요한 업무가 아니어서 ‘재판외의 대리권’을 부여하기 위하여 지배인 선임 등기를 할 필요는 없었다. 따라서 피고인이 본점의 지배인으로 등기된 이유는 재판상 대리권을 부여하기 위한 목적이라고 볼 수밖에 없다.
- 위와 같은 대리권제한규정에 의하면 피고인이 이 사건 공사 관련 법률사무의 소송대리를 목적으로 지배인으로 등기되었다는 점이 명백하다.

[2심판결]

피고인은 법무 및 인사 등의 전반적인 관리업무를 담당하기 위해 2010. 5. 1. D에 입사하여 근무하다가 지배인으로 선임된 것이 아니라, 사실은 영업에 관한 포괄적 대리권을 가지는 지배인으로서의 실질을 갖추지 못하였음에도 비변호사로서 D의 법률적 분쟁 건을 맡아 해결하기 위해 그 대리권 획득의 수단으로서 회사의 지배인으로 등기한 뒤 위 법률사건에 관한 대리 기타 법률사무를 처리하여 오다가 F(소송 상대방) 측에서 피고인의 소송대리권을 문제 삼자 그때서야 정식 직원으로 근무해 온 것 같은 외관을 갖추려 한 것으로 밖에는 볼 수 없다.

(3) 춘천지법 2010. 9. 3. 선고 2010노88 판결³⁰⁾ 【변호사법위반】

[사실관계]

‘행정사’가 비슷한 시기에 6개 회사의 지배인으로 등기한 후 각 회사의 소송사건에 관한 소장, 준비서면 등 법률관계 문서를 작성, 제출하는 등 법률사무를 취급한 사례임.

[1심판결]³¹⁾

“피고인이 위 6개 회사의 지배인으로 등기된 것은 위 각 회사들이 피고인을 회사에 종속시켜 대외적인 영업활동을 보조토록 하는 이른바 상업사용인으로서 지배인으로 선임하여서가 아니라 변호사가 아닌 피고인으로 하여금 그 회사의 소송사건을 맡아 처리할 수 있도록 하기 위한 방편에 불과하다.”는 범죄사실을 유죄로 인정함.

[2심판결]

피고인은 소송관련 업무를 수행하기 위하여 형식상 위 회사의 지배인으로 등재하여 변호사가 아님에도 법률사무를 취급한 사실을 인정할 수 있다.

29) 수원지법 성남지원 2012. 5. 22. 선고 2011고정1900 판결

30) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도12090 판결(상고기각)로 확정되었다.

31) 춘천지법 영월지원 2010. 1. 26. 선고 2009고단586 판결.

2. 소송요건(대리권) 흠결로 인한 소송의 부적법 각하

가. 대리권 흠결로 인한 소송은 각하사유

소송대리인에 의한 소제기의 경우에 대리인의 대리권존재는 소송요건의 하나로서 법원의 직권조사 사항이다.³²⁾ 또한 소송요건에 흠결 등이 있어서 본안에 들어가 판단을 할 수 없는 경우에 있어서는 그 소송은 부적법하다 하여 각하하여야 한다.³³⁾

법원도 지배인의 실체가 없는 등기지배인이 제기한 소송에 관하여 부적법하다는 이유로 다음과 같이 각하 판결을 선고하고 있다.

① 서울민사지방법원 1985. 12. 18. 선고 85가단6904 판결

회사의 말단사원으로 있는 자를 지배인으로 등기하고 그로 하여금 회사의 소송대리인 자격으로 회사의 소송에 관여하게 한 경우에 지배인의 실체를 갖추지 없이 오직 소송의 편의만을 위하여 지배인으로 등기한 자의 소제기는 부적법하다고 하여 소각하 판결을 함.

② 서울민사지법 1985. 1. 20. 선고 85가단5402 판결

지배인에게 영업주의 소송대리권을 인정한 것은 지배인이 영업주의 최고경영보조자로서 특정영업소에서의 영업에 관한 포괄적 영업대리권을 가지고 있는 점에 착안하여 법률이 특히 인정한 것으로 보아야 할 것이므로 회사가 부도난 후 그 회사의 각종 채권관계를 정리하고 이에 관한 소송업무를 처리하기 위하여 지배인으로 선임 등기된 자는 지배인의 실체는 갖추지 없이 오로지 소송의 편의만을 위한 것으로 그러한 지배인은 영업주의 소송대리권이 없다(위 판결은 주문에서는 기각하는 판결을 선고하였고, 이유에서는 부적법하다고 하였다).

③ 서울동부지법 2008. 3. 26. 선고 2007가합13006 판결(확정)

이 사건 소는 원고의 지배인이라고 하는 A가 자신의 명의로 제기한 것으로서, 그 소장의 말미에는 A의 이름 옆에 **‘경매소송관리센터장’**이라는 문구가 기재된 인영이 날인되어 있는 한편 **“소관 : 경매소송관리센터”**라고 기재되어 있으며, 또한 원고가 A를 원고의 경매소송관리센터에 지배인으로 두고 있다는 내용의 등기부초본이 이 사건 소장에 첨부되어 있는바, 원고의 경매소송관리센터는 그 명칭에서 알 수 있듯이 단순히 원고의 각종 채권 회수를 위한 경매·소송 업무만을 전담하기 위하여 설치된 부서에 불과할 뿐 독립적인 영업활동을 할 수 있는 상법상의 영업소(지점)에 해당하지 아니하므로, A는 원고의 특정영업소의 영업에 관한 포괄적인 대리권을 가진 상법상의 지배인이라고 할 수 없고, A명의로 위 지배인 등기는 지배인의 실체를 갖추지 없이 오로지 소송의 편의만을 위하여 경료한 것이라 할 것이다. 따라서 A가 원고의 지배인임을 전제로 하여 그 명의로 제기한 이 사건 소는 소송대리권 없는 자가 제기한 것으로서 부적법하다고 할 것이고, 원고가 소송수행의 편의를 도모하고자 그 의사에 기하여 A로 하여금 지배인이라는 명칭을 사용하여 이 사건 소송을 제기하게 한 이상 다시 이와 같은 소송대리권의 흠을 보정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다할 것이므로, 원고에게 보정을 명하지 아니하고 이 사건 소를 그대로 각하하기로 한다고 판시함.

32) 대법원 1962. 4. 26. 선고 4294행상147 판결; 대법원 1964. 5. 12. 선고 63다712 판결 등 참조.

33) 대법원 1994.11.8. 선고 94재누32 판결; 대법원 1997. 06. 27. 선고 97후235 판결 등 참조.

④ 서울중앙지법 2010. 3. 25. 선고 2009나29570 판결(확정)

이 사건 소는 원고의 지배인이라고 하는 B가 자신의 명의로 제기한 것으로서, 이 사건 소장에는 원고가 B를 원고의 **OO지역본부 소송팀**에 지배인으로 두고 있다는 내용의 등기부등본이 첨부되어 있다.

원고의 ‘**OO지역본부 소송팀**’은 그 명칭에서 알 수 있듯이 단순히 원고의 채권 회수 등을 위한 소송업무만을 전담하기 위하여 설치된 부서에 불과할 뿐 독립적인 영업활동을 할 수 있는 상법상의 영업소(지점)에 해당하지 아니하므로, B는 원고의 특정영업소의 영업에 관한 포괄적인 대리권을 가진 상법상의 지배인이라고 할 수 없고, B명의로 위 지배인 등기는 지배인의 실체를 갖추지 않아 오로지 소송의 편의만을 위하여 경료한 것이라 할 것이다.

따라서 B가 원고의 참된 지배인인 것을 전제로 하여 그 명의로 제기한 이 사건 소는 소송대리권 없는 자가 제기한 것으로서 부적법하고, 원고가 소송수행의 편의를 도모하고자 그 의사에 기하여 B로 하여금 지배인이라는 명칭을 사용하여 이 사건 소송을 제기하게 한 이상 다시 이와 같은 소송대리권의 흠을 보정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다 할 것이므로, 원고에게 보정을 명하지 아니하고 이 사건 소를 그대로 각하하기로 한다고 판시함.

한편, 일본 법원도 지배인의 실체를 갖추지 아니한 지배인이 제기한 소송을 아래와 같이 부적법 각하로 판시하고 있다.

⑤ 札幌高裁 昭和 40年 3月 4日 判決³⁴⁾

미회수채권 수금 대행 사업을 하는 업으로 하는 자가 수금의뢰인을 위해 소송을 제기하는 방편으로 수금의뢰인의 지배인으로 등기하고 지배인 명의로 소송을 제기한 사안에서, 법원은 그 소는 변호사법 제72조³⁵⁾ 위반의 소로 무효이고, 그 소송행위는 추인에 의하여도 유효로는 될 수 없다고 판시하면서 소를 부적법 각하한 사례이다. 위 사례는 등기된 지배인이 본래의 종업원이 아니고, 대금업이나 수금대행업 등을 경영하고 있는 사람을 지배인으로 한 사안이다.

⑥ 仙台高判 昭和 59年 1月 20日 判決³⁶⁾

위 판결은 영업주의 본래의 종업원이 지배인이 된 사안으로서, 등기지배인의 직무내용이 영업 전반에 걸치는 것이 아니어서 실질적으로 지배인이 아닌 종업원을 지배인으로 선임하여 등기한 것이라는 이유로 등기지배인에 의한 소송제기를 무효라고 판시한 사례이다.³⁷⁾

34) 判例時報 416號(1965. 9.), “支配人として起した訴が弁護士法七二条違反として却下された事例”, 67면 이하.

35) 비변호사의 법률사무취급 등을 금지한 조항으로 우리나라 변호사법 제109조 제1호와 같은 취지이다.

36) 判例タイムズ 35卷 11號(通卷 第520號)(1984. 5. 1.), “一、信販会社東北地区本部の管理課長が支配人として選任・登記されている場合、その者がした訴訟代理行為は適法か(消極). 二、右の者がした訴訟代理行為は追完追認により有効になるか(消極)”, 149면 이하; 弥永眞生, “僭称支配人の提起した訴の効力と追認の可否”, JURIST 916號(1988.09), 有斐閣, 112면 이하 참조.

37) X주식회사 센다이(仙台)지점 지배인 소외 A명의로 소장을 제출하여 제기된 소송에서 A가 그 구두변론기일에 출석하여 위 소장을 진술한 후 다시 A가 X의 소송대리인으로서, 변호사 B를 X의 소송대리인으로 선임하여 B가 나머지 소송절차를 진행한 끝에 1심에서는 X가 승소하였다. 이에 Y가 항소하였는데, A가 그 명의로 B에게 소송을 위임하였고, 그 후 X가 다시 그 명의로 B를 소송대리인으로 선임하였다. 항소심에서는 X와 A의 관계, A가 맡고 있는 직무내용상 A는 비록 X의 위 지점의 지배인으로 등기되어 있으나, X의 대외적인 영업활동을 할 수 있는 대리권이 있는 자가 아니라 그 내부적인 사무에 종사하는 종업원에 불과하다고 하여 제심을 취소하고 X의 소를 각하하였다. 그러면서 X가 A의 행위를 추진하려는 것도 이는 변호사법을 참탈하는 결과에 다름 아니라는 이유로 그 추인도 허용하지 않았다.

⑦ 東京地裁 平成 15年 11月 17日 判決³⁸⁾

위 판결도 회사의 지점에 등기된 지배인에 대하여 일본 상법 38조 제1항 소정의 권한을 가진 지배인에 해당하는 것으로 인정할 수 없다는 이유로 동인이 제기한 소송을 부적법 각하한 사례이다.

나. 추인을 허용할 것인지 여부

무권대리인에 의한 또는 그에 대한 소송행위는 부적법하여 무효이므로 이에 대하여 추인할 수 있는지 여부가 문제된다. 일반적으로 법원의 직권조사나 상대방의 항변에 의하여 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우로 밝혀지면 법원은 기간을 정하여 대리권의 보정을 명하여야 하고(민사소송법 제59조, 제97조), 소송대리권의 흠결이 있는 자의 소송행위는 후에 당사자본인이나 보정된 소송대리인이 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 그 효력을 갖게 되는 것이나,³⁹⁾ 지배인이 아닌 자에 의한 소송대리의 경우에는 이와 달리 추인할 수 있는지 여부에 관하여 다툼이 있다.

이에 대하여 절대무효설과 추인가능설의 대립이 있을 수 있으나, '지배인 아닌 자'의 소송대리행위는 민사소송법상의 기본원칙인 변호사대리의 원칙을 침해하는 것이고, 또한 변호사법위반⁴⁰⁾의 범죄행위이므로 '지배인 아닌 자'의 소송대리행위에 대하여는 본인 등에 의한 추인이 허용되어서는 아니 될 것이다.⁴¹⁾

법원은 신의성실의 원칙에 반한다는 이유로 추인을 허용하지 않고 있다. 즉 서울중앙지법 2010. 3. 25. 선고 2009나29570 판결은 “소송수행의 편의를 도모하고자 그 의사에 기하여 ○○○로 하여금 지배인이라는 명칭을 사용하여 소를 제기하게 한 이상 다시 이와 같은 소송대리권의 흠을 보정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다”고 판시하여,⁴²⁾ 지배인 아닌 자의 소송대리행위에 관하여 그 추인을 허용하지 않고 있다.

일본의 경우에도 위에서 살펴본 ⑥ 仙台高判 昭和 59年 1月 20日 判決을 비롯하여 주류적인 판결은 절대적 무효설의 입장을 취하여 추인을 허용하지 않는다고 한다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 추인을 인정하지 않는 근거로는

38) 判例時報 1839호(2004. 1. 21.), “商工ロン会社の支店に登録された支配人について、商法三八条一項所定の権限を有する支配人に当たると認めることができないとして、同人が提起した(手形)訴訟が不適法とされた事例” 83면 이하 참조.

39) 대법원 1969. 6. 24. 선고 69다511 판결, 1996. 11. 29. 선고 94누13343 판결, 1997. 3. 14. 선고 96다25227 판결 등 참조.

40) 변호사법 제109조 제1호에 위반되어 형사처벌 대상이 되는 행위이다.

41) ‘지배인 아닌 자’에 의한 소송대리의 경우, 대부분 소송비용 절감 등의 소송편의를 위한 의도로 일선에서 그 업무를 맡았던 직원이나 채권담당직원 등을 지배인으로 등기한 경우이므로 본인 자신에게는 어떠한 하자가 있다 할 수 없고, 단지 본인에 의하여 소송대리권이 부여된 자에게 그 자격이 문제될 뿐인 바, 이런 경우는 위 '본인에게 소송능력, 법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우'에 해당하지 않으므로 본인이나 실제 지배권 있는 지배인이라 하더라도 '지배인 아닌 자'에 의한 무권대리행위를 추인할 수 없고, 또한 위와 같은 본인과 '지배인 아닌 자'의 관계, 위와 같은 '지배인 아닌 자'로 등기하게 된 경우 등을 종합했을 때 본인이나 실제 지배권 있는 지배인이 '지배인 아닌 자'의 소송대리행위를 추인하는 것은 신의성실의 원칙에도 반한다고 설명하는 견해도 있다(신혜인, 전제논문, 43-44면 참조).

42) 서울동부지법 2008. 3. 26. 선고 2007가합13006 판결도 마찬가지이다.

43) 榊素寛, “訴訟擔當支配人による訴訟行為の效力とみなし弁済の成否”, JURIST NO.1285 (2005. 3. 1.), 有斐閣, 123면 참조.

44) 금융업자의 지배인에 관하여 지배인으로서의 실질을 결하여 그 소송행위를 무효로 함에 동시에 변호사에 의한 추인은 인정한 사례로는 千葉地

변호사법 72조(우리나라 변호사법 제109조 제1호)의 강행법규성이나 공익성을 강조하는 것 이외에 지배인제도의 남용에 관한 악의를 근거로 위법의 정도를 높이 평가하거나 소송상의 신의칙위반을 들 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 일본의 학설도 다수설은 추인 부정설이고, 다만 본래 종업원이 아닌 사람을 채권회수를 위한 소송수행 목적으로 지배인으로 한 사안(비변활동형)과 금융업자가 염가에 채권회수를 도모하기 위해서 채권회수를 담당하는 종업원을 지배인으로서는 선임하고 소송을 수행시킨 사안(종업원직무형)으로 나누어 전자의 경우에는 위법성이 강하다는 이유로 추인을 부정하고, 후자에 대하여는 추인을 인정하자는 견해가 제시되고 있기도 하다.⁴⁶⁾

VIII 실질적인 지배인인지 여부의 판단기준에 관하여

결국 등기된 지배인이 지배인의 실체를 갖추지 못한 사이비 지배인이라고 할 수 있는지 여부를 어떻게 판단할 것인가가 문제인바, 이에 대하여 ① 재판상의 행위 이외에는 대리권이 없는 사람은 더 물을 것도 없이 지배인이 아니고, 기업에서의 실제의 직위와 담당하고 있는 직무를 물어 소송수행을 전담하는 것이 그의 직무라고 밝혀지면 역시 그를 소송에 관여하지 못하게 하여야 한다고 설명하는 견해,⁴⁷⁾ ② 지배인의 고용관계, 통상적인 업무내용, 업무내용에 소송관여가 차지하는 비중, 당해사건과 업무관련성 등을 종합적으로 평가하여 판단하여야 한다고 설명하는 견해,⁴⁸⁾ ③ 등기부 이외에 실제 그가 맡고 있는 영업소의 영업이 무엇인지 적극적으로 심리해야한다는 견해⁴⁹⁾ 등이 제시되고 있다.

일본의 경우 본점 영업부장과 지점의 지점장이 지배인에게 해당하는 것은 다툼이 없다고 볼 수 있지만, 소송에 의해 채권회수를 도모하는 것이 많은 회사가 단순한 종업원에 대해 지배인의 등기를 한 경우 그 사람을 지배인의 실체를 갖춘 자로 볼 수 있는가, 민사소송법에서 정한 「법령에 의해 재판상의 행위를 할 수 있는 대리인」에 해당한다고 할 수 있을 것인가 아닌가에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다.

이에 대하여 영업에 관한 포괄적인 대리권은 소송대리인 자격의 전제가 된다는 이유로 그러한 포괄적 대리권을 가지지 않는 종업원이 지배인으로 등기된 경우에는 변호사대리의 원칙, 변호사법 72조를 잠탈할 목적이 인정된다는 이유로 소송대리권을 인정하지 않는다고 하는 소극설이 다수설과 판례이다.⁵⁰⁾

裁 平成 14年 3月 13日 判決 - 判例タイムズ 53권 16호(1088)(2002.07), 286 이하 참조.

45) 榊素寛, 전게논문, 123면 참조.

46) 上田徹一郎, “本人訴訟・弁護士代理原則と訴訟担当者および法令上の訴訟代理人—支配人の当事者本人性と訴訟代理人性”, 木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』上巻, 判例タイムズ社, 1994, 411면 참조.

47) 김교창, 전게논문, 22면 참조.

48) 김홍엽, 민사소송법 제4판, 박영사, 2013, 191면 참조.

49) 신혜영, 전게논문, 45면 참조.

50) 奥田正昭, “従業員の支配人適格”, 金融・商事判例 NO.1211(2005, 3.): 増刊-金融・商事判例50講, 經濟法令研究會, 128면 이하 참조.

결국 지배권의 대표적인 징표인 영업 관련성과 포괄적인 대리권이 있는지 여부, 즉 영업에 관한 포괄적인 대리권이 있는지 여부를 기준으로 개별적, 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이나 일응 다음과 같은 구체적인 기준을 제시할 수 있을 것이다.

1. 다수의 지배인이 선임된 경우

동일한 영업소 내에 수인의 지배인이 등기되어 있고, 이들의 업무가 소송과 관련이 있는 경우에는 같은 영업소 내에 포괄적 대리권을 가진 수인의 지배인이 있어야만 할 특별한 사정이 없는 한 이들은 영업에 관한 포괄적인 대리권을 가진 지배인이라고 볼 수 없어 소송을 담당할 목적으로 등기된 사이버 지배인이라고 보아도 무방할 것이다.

일본의 경우 금융회사가 한 영업소에 19명을 지배인으로 등기한 사안에서 지배인적격을 부인한 판결이 있다. 前橋地裁 平成 7年 1月 25日 判決⁵¹⁾은 금융회사가 19명을 지배인으로 등기한 조치는 민사소송법 제79조 제1항⁵²⁾의 취지를 참탈하고 변호사가 아닌 자에게 재판상의 행위를 시킬 것을 목적으로 하는 것으로서, 본래 지배인이 아니어서 재판상의 행위를 할 수 없는 자에 관하여 이들을 지배인으로 하는 등기수속을 한 것이기 때문에 그 등기는 무효이고, 그 등기된 지배인은 민사소송법에서 정한 ‘법령에 의해 재판상의 행위를 할 수 있는 대리인’에 해당하지 아니한다고 판시하면서 등기된 지배인의 소송대리권을 부정하고 있는바, 참고할 만한 사례라 할 것이다.

2. 대리권 제한규정을 둔 경우

영업주가 지배인 등기를 하면서 “소송업무에 관한 대리권만을 부여함”, “소송업무 이외 대리권 없음”이라는 대리권제한규정을 둔 경우⁵³⁾에는 등기된 지배인에게 지배권의 본질인 포괄적인 대리권이 없는 경우임이 명백하고, 소송목적으로 등기된 것으로 볼 수 있으므로 이러한 경우는 모두 사이버 지배인이라고 할 수 있겠다.

수원지법 2012. 11. 15. 2012노2390 판결도 회사가 지배인 등기를 하면서 소송사건과 관련한 법적 분쟁에 한하여 대리권을 가진다는 취지의 대리권제한규정도 함께 등기한 사안에 관하여, 위와 같은 대리권제한규정에 의하면 피고인이 이 사건 공사 관련 법률사무의 소송대리를 목적으로 지배인으로 등기되었다는 점이 명백하다고 판시하면서 변호사법위반죄를 인정하였다.

51) 杉山正己, “支配人の登記がされていても実質上は支配人でないとしてその訴訟代理権が否定された事例”, 판례타임즈 臨時増刊 47卷 23號 (913)(1996.09) : 平成7年度 主要民事判例解説, 判例タイムズ社, 200면 이하 참조.

52) 이는 소송대리인의 자격에 관한 규정으로서 아래와 같이 현재의 제54조 제1항이고, 우리나라 민사소송법 제87조(소송대리인의 자격)의 규정과 같은 취지이다.

(訴訟代理人の資格) 民事訴訟法 第五十四条 1. 法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ訴訟代理人となることができない。ただし、簡易裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を訴訟代理人とすることができる。

53) 실제로 많은 회사들이 이러한 대리권제한규정을 등기부에 기재해 두고 있다.

3. 영업과 무관한 부서 소속인 경우

지배인은 영업에 관한 포괄적인 대리권이 있어야 한다. 따라서 지배인이 소속된 부서가 영업부서가 아닌 경우, 즉 영업을 전제로 하지 않는 부서의 경우, 예컨대 채권추심팀이나 송무팀, 경매관리센터 등 그 명칭에서 보아도 채권회수를 위한 소송업무에 관여하기 위한 부서에 지배인이 있는 경우에는 지배인의 실체가 없는 사이비지배인으로 보아도 무방할 것입니다.

법원도 “소관 : 경매소송관리센터”⁵⁴⁾나 ‘○○지역본부 소송팀’⁵⁵⁾이라는 부서 소속 지배인이 제기한 소송에 관하여 위 명칭에서 알 수 있듯이 단순히 회사의 채권 회수 등을 위한 소송업무만을 전담하기 위하여 설치된 부서에 불과할 뿐 독립적인 영업활동을 할 수 있는 상법상의 영업소(지점)에 해당하지 아니하다는 이유로 지배인성을 인정하지 않았다.

IX 결론

상법이 지배인에게 소송대리권을 부여한 이유는 지배인은 그 영업에 관한 모든 권한을 가지고 있을 뿐만 아니라 그 내용에 관하여 누구보다 잘 알고 있을 것이기 때문이라는 점은 이미 살펴본 바와 같다. 그러나 소송전담 지배인은 대부분 자신이 직접 담당하고 있는 영업이 없어서 다른 사람이 담당하고 있는 영업에 관하여 단지 소송만을 담당하게 되고, 그러므로 그 내용에 관하여 잘 알지 못한다. 또한 자신이 담당하는 영업에 관한 소송이 아니고 영업주로부터 포괄적인 대리권을 부여받은 사람도 아니기 때문에 해당 사건에 관하여 결정권도 없다. 따라서 이들은 사건의 내용을 잘 알지 못할 뿐만 아니라 최종 결정권도 가지고 있지 않기 때문에 결국 그 내용을 잘 아는 사람에게 물어야 하고, 또한 결정권자로부터 허락을 얻어야 하므로 소송절차의 원활한 진행에 별다른 도움을 주지 못한다. 이는 지배인에게 소송대리권을 부여하는 이유에 정면으로 반하는 것이다. 같은 이유로 소송전담 지배인이 소송절차에 관여하는 것은 소송절차의 원활한 진행에 방해가 되기 때문에 소송절차에 관여하는 것이 금지되어야 한다.

또한 소송담당 지배인이 소송에 계속 관여하는 것은 본인의 이익보호에도 반한다. 원래 우리 민사소송법이 변호사소송대리의 원칙을 채택한 이유 중의 하나는 바로 당사자 본인의 이익을 보호하기 위해서다. 즉 소송대리를 맡길 경우에 누구에게나 소송대리를 허용한 것이 아니라 소송에 관한 전문적인 지식과 경험을 가진 변호사에게만 소송대리를 맡겨 당사자 본인의 이익을 보호하려 한 것이다. 하지만, 소송담당 지배인은 법률전문가가 아니다. 법률전문가가 아닌 사람으로서 회사에서 요구하는 많은 사건을 다루게 되면 소송에 소홀할 수밖에 없고, 결국 본인의 이익보호에도 반하는 결과가 초래된다. 무엇보다도 소송담당 지배인이 소송에 관여하는 것은 변호사법위반의 범죄행위이기 때문에 금지되어야 마땅하다.

54) 서울동부지법 2008. 3. 26. 선고 2007가합13006 판결(확정).

55) 서울중앙지법 2010. 3. 25. 선고 2009나29570 판결(확정).

소송담당 지배인의 소송관여가 근절되지 않는다면 상법 제11조에 규정된 “재판상”이라는 문구를 삭제함으로써 지배인이 더 이상 소송상 대리인이 될 수 없도록 하는 방안도 적극적으로 검토할 필요도 있을 것이다.⁵⁶⁾

56) 지배인에 관한 상법 제11조에서 재판외의 모든 행위가 주된 것이고, 재판상의 행위는 이에 부수하는 것이라면서 재판상의 권한이 부수적인 것이라면 재판상의 행위만은 못하도록 제한하는 것은 가능하다는 견해는 김교창, 전제논문 20면; 신혜영, 전제논문, 40면 각 참조.

[참고문헌]

[단행본]

- 김홍엽, 민사소송법 제4판, 박영사, 2013
- 손진화, 상법강의(제3판), 신조사, 2012
- 임흥근, 상법총칙, 법문사, 1986
- 정경영, 상법학강의(개정판), 박영사, 2009
- 정동윤, 주식상법(I-1) : 총칙·상행위(1), 한국사법행정학회, 2013
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 1999
- 落合誠一/大塚龍児/山下友信, 商法 I - 總則・商行為[第5版], 有斐閣, 2013
- 伊藤眞, 民事訴訟法 第3版 3訂版, 有斐閣, 2008.
- 田中誠二/喜多了祐, 全訂 コンノンタール 商法總則, 勁草書房, 1981

[논문]

- 김교창, "지배인의 재판상의 권한 -사이비지배인과 관련하여-", 대한변호사협회지, 1987.7.
- 신혜영, "비변호사의 소송대리 중 '지배인 아닌 자'에 의한 소송대리에 관하여", 실무연구자료 제6권; 조용무 법원장 정년퇴임기념, 대전지방법원, 2005.
- 최광률, "변호사 아닌 자의 소송대리행위", 대한변호사협회지 1987. 7.
- 최기원, "지배인의 대리권에 관한 소고", 법학 27권4호(1986), 서울대학교 법학연구소
- 谷口安平, "支配人と当事者適格",ジュリスト 別冊 49號(1975.10) : 商法(總則・商行為)判例百選, 有斐閣
- 大塚市助, "弁護士法七二条潜脱の目的で支配人に選任されかつ登記された場合、その者は裁判上の行為をなす権限を有する支配人たりうるか—その者のした訴訟行為の効力",ジュリスト 401호 (1968.07), 有斐閣
- 弥永眞生, "僭称支配人の提起した訴の効力と追認の可否",ジュリスト 916號(1988.09), 有斐閣
- 杉山正己, "支配人の登記がされていても実質上は支配人でないとしてその訴訟代理權が否定された事例", 판례타임즈 臨時増刊 47卷 23號(913)(1996.09) : 平成7年度 主要民事判例解説, 判例タイムズ社
- 上田徹一郎, "本人訴訟・弁護士代理原則と訴訟担当者および法令上の訴訟代理人—支配人の当事者本人性と訴訟代理人性", 木川統一郎博士古稀祝賀 『民事裁判の充実と促進』 上卷, 判例タイムズ社, 1994.

柳素寛, “訴訟擔當支配人による訴訟行為の効力とみなし弁済の成否”, ジュリスト NO.1285(2005. 3. 1.), 有斐閣

岩崎稜, “支配人”, 法學セミナー 26巻 1號(323호)(1982.01), 日本評論社

永澤信義, “支配人として営業主のために訴を提起し訴訟を遂行する行為が弁護士法第七二条違反と認められた事例, 右の場合その者のなした訴訟行為の効力およびその追完補正の可否”, 民商法雑誌 58巻2號(1968.05), 有斐閣

奥田正昭, “従業員の支配人適格”, 金融・商事判例 NO.1211(2005. 3.): 増刊-金融・商事判例50講, 經濟法令研究會,

田中耕太郎, “訴訟に於ける支配人の地位—支配人は當事者たる適格を有せず”, 法學協會雑誌 50巻10號 (1932.10), 東京大學法學協會

田中恒朗, “非弁護士のなした訴訟代理行為の効力”, 判例タイムズ 17巻1號(183)(1966.01), 判例タイムズ社

住吉博, “訴訟代理権ありと認められてよい支配人の範囲”, ジュリスト 臨時増刊 838號(1985.06): 昭和59年度 重要判例解説, 有斐閣

判例時報 416號(1965. 9.), 札幌高裁 昭和 40年 3月 4日 判決

判例タイムズ 35巻 11號(通巻 第520號)(1984. 5. 1.) 仙台高判 昭和 59年 1月 20日 判決

判例タイムズ 53권 16호(1088)(2002.07), 千葉地裁 平成 14年 3月 13日 判決