

제 2 장 商 人

제1절 상인의 의의

제1 총설

기업의 거래로 인하여 생기는 법률관계에서는 권리의무의 귀속주체가 필요한데, 이의 법적인 주체가 상인이다. 따라서 개인기업의 경우 영업주가 상인이 되고, 회사에 있어서는 회사 그 자체가 상인이 된다.

제2 상인개념에 관한 입법주의

상인개념을 먼저 정하느냐 상행위개념을 먼저 정하느냐에 따라 객관주의, 주관주의, 절충주의로 구별된다.

1. 객관주의(상행위주의, 실질주의) -- 상행위의 종류를 열거하여 상행위의 개념을 먼저 전제로 한 뒤 상행위를 영업으로 하는 자를 상인으로 보는 방법이다. 제한적으로 열거된 상행위는 경제발전예 따라 생겨나는 새로운 영업활동을 수용할 수 없어 새로운 상행위의 주체가 상인으로 되지 못하고 따라서 상법의 적용대상에서 제외되는 단점이 있다.

2. 주관주의(상인주의, 형식주의) -- 일정한 기준을 갖춘 특정인을 상인으로 정한 뒤 상인이 하는 행위를 상행위로 보는 방법이다. 주관주의에 의하면 일정한 기준을 갖추지 않으면 상행위를 해도 상인이 될 수 없고 상인이 하는 영업과 관련없는 모든 행위가 상행위로 되는 점에서 문제가 있다.

3. 절충주의 -- 객관주의와 주관주의를 병용하여 단점을 보완하는 방법으로서, 상행위를 영업으로 하는 자뿐만 아니라 일정한 형식을 갖추고 상인적 방법으로 영업을 하는 자도 상인으로 하는 방법이다.

4. 상법의 입장 -- 상법은 제4조에서 상행위를 하는 자를 상인으로 규정하고 있고 제46조에서 21종류의 행위를 상행위로 규정하고 있는 점에서 객관주의

입장을 취하고 있으며, 제5조에서 상행위와 관계없이 상인이 되는 의제상인(설비상인과 회사)을 규정하고 있고 제47조에서 상인이 하는 행위를 상행위로 보는 점에서 주관주의 입장을 아울러 취하고 있으므로 절충주의를 취하고 있다고 하겠다. 그런데 기본적 상행위를 규정한 제46조는 예시적 규정이며, 상행위를 하지 않더라도 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상인이 되고(5) 상인이 영업을 위해 하는 행위는 상행위로 간주되므로(47) 주관주의적 성질이 더 강한 절충주의라고 하겠다.

제3 당연상인

자기명의로 상행위를 하는 자이다(4).

- (1) 자기명의 - 명의자가 상거래로 인하여 생긴 권리의무의 주체가 된다는 것을 말한다.
- (2) 상행위 - 제46조에 열거된 22가지의 기본적 상행위를 말한다.
- (3) 영업으로 - 제46조에 열거된 행위를 영업으로 한 때에만 상행위가 된다. 영업으로 한다는 것은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복하는 것을 말한다.

제4 의제상인

당연상인의 개념만으로는 경제발전과 더불어 새로이 형성된 실질적인 상행위를 영업으로 하는 자를 상인으로 취급할 수 없기 때문에 의제상인의 개념이 등장했다. 의제상인에는 설비상인과 민사회사가 있다(5).

점포, 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 설비상인은 제46조에 열거한 기본적 상행위를 하지 않더라도 상인으로 보며, 회사는 상행위를 하지 않더라도 상인으로 본다. 상법상의 회사중 상행위를 영업으로 하는 상사회사(169, 172)는 당연상인이고, 제5조에서 말하는 회사는 상행위가 아닌 행위를 영업으로 하는 민사회사를 말한다.

상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보므로(보조적 상행위; 47-1), 상인이 제46조에서 열거하지 않은 영업행위를 하더라도 상법의 적용을 받게 된다.

제5 소상공인

상행위 또는 기타 행위를 영업으로 하더라도 영업의 규모가 작아 기업성이 희박한 상인으로서, 현재 자본금액 1천만원 미만의 회사가 아닌 상인을 말한다(상법의 일반규정의 시행에 관한 규정 제2조). 이들에 대해서는 상법이 요구하는 과중한 부담을 덜어주고 일반상인의 상호이용을 보장하기 위해 지배인, 상호, 상업장부, 상업등기 등에 관한 규정이 적용되지 않는다(9).

제2절 상인자격의 득실

제1 자연인의 상인자격

자연인의 상인자격은 당연상인 또는 의제상인의 요건을 갖추고 영업을 개시함으로써 취득하게 된다. 영업의 개시는 영업준비행위를 포함한다. 점포의 구입, 영업의 양수, 영업재산의 매입 등은 영업의사를 객관적으로 인식할 수 있으므로 이때에 상인자격을 취득하게 된다. 주무관청의 행정적인 허가는 의미가 없다.

자연인은 사망, 영업의 폐지 또는 양도에 의해 상인자격을 상실한다. 영업의 폐지는 실제로 영업활동을 종료한 것을 의미하므로 대외적인 폐업의사만으로는 상인자격을 상실하지 않는다.

제2 법인의 상인자격

1. 영리법인(회사)

회사는 설립등기에 의하여 법인격을 취득하므로(172) 이때 비로소 상인자격을 취득한다(설립중의 회사도 마찬가지이다). 회사는 해산 후에도 청산의 목적범위내에서는 상인자격이 존속하며, 청산이 사실상 종료함으로써 상인자격을 상실한다. 청산등기는 선언적 효력밖에 없다.

회사가 합병하는 경우에는 청산절차 없이 소멸회사의 법인격이 소멸하므로, 소멸회사는 해산과 동시에 상인자격도 상실한다.

2. 비영리법인, 공법인, 특수법인(농협·수협·축협 등)의 경우는 영업활동을 하는 한정적인 범위에서 상인자격이 있는 것으로 본다.

제3절 영업능력

제1 총설

상인자격과 구별되는 영업능력은 민법의 행위능력에 관한 규정이 기본적으로 적용되지만 영업활동의 특수성을 감안하여 약간의 특칙을 두고있다.

제2 행위무능력자

1. 미성년자

미성년자는 법정대리인으로부터 허락을 얻은 특정한 영업에 관하여는 성년자와 동일한 행위능력이 인정된다(민법 제8조 제1항, 제10조). 따라서 법정대리인은 영업을 허락할 때 영업의 종류를 특정하여야 하고, 미성년자는 이 사실을 등기하여야 한다(6 ; 미성년자인 뜻, 성명·주소·주민등록번호, 영업의 종류와 영업소, 허락을 증명하는 서면을 첨부하여 등기를 신청한다). 이것은 이러한 사실을 제3자에게 공시하기 위함이다. 또한 미성년자가 법정대리인의 허락을 얻어 회사의 무한책임사원이 된 때에는 그 사원자격으로 인한 행위에 관해서는 능력자로 본다(7).

마찬가지로 법정대리인이 미성년자를 대리하여 영업을 할 때에도 등기를 하여야 하며(8-1), 대리권의 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(8-2).

2. 피한정후견인

피한정후견인은 원칙적으로 영업능력이 있는데, 다만 가정법원이 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위를 정했고 영업행위도 이에 해당하는 경우는 한정후견인의 동의를 받아야 영업을 할 수 있다(민 13조). 피한정후견인 한정

후견인의 허락을 받아 회사의 무한책임사원이 된 때에는 사원자격으로 인한 행위에 관해서는 능력자로 본다(7). 성년후견인이 피한정후견인을 대리하여 영업을 할 때에는 등기해야 한다(8-1, 2).

3. 피성년후견인

피성년후견인은 영업능력이 없기 때문에, 성년후견인은 피성년후견인의 영업행위를 언제나 취소할 수 있다(민 10). 따라서 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 영업을 할 수밖에 없고 등기를 해야 한다(8-1, 2). 다만 가정법원이 영업행위를 '취소할 수 없는 피성년후견인의 법률행위로 정한 경우에는 그렇지 않다(가능성은 별로.....).

제4절 영업의 제한

기본적으로 모든 국민은 직업선택의 자유(헌법 제15조)가 있으므로 누구나 영업의 자유를 가지지만 이에도 한계가 있다.

1. 공법상의 제한 -- 음란물과 마약 같은 공익상의 이유(형법)와 전매와 통신과 같은 국가재정상의 이유로 영업이 금지되는 경우가 있으며 이를 위반하면 사법상의 효력이 인정되지 않는다.

2. 사법에 의한 제한 -- 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않는 범위내에서 당사자간에 일정한 영업을 하지 않을 것을 약정하는 경우는 유효하다. 한편 상법은 일정한 자(영업양도인, 상업사용인, 업무집행사원, 이사 등)에게 영업금지의무를 부과하고 있다.