

2. 상 행 위

가. 보조적 상행위

1) 상법 제47조 규정의 성격

상법 제47조⁴¹¹⁰⁾에 의하여, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 보조적 상행위로 추정된다.⁴¹¹¹⁾ 보조적 상행위에 있어서 같은 구성요건인 '상인의 행위'에 의하여 '영업을 위하여 하는 행위'가 추정되는 것이므로 위 규정은 무전제의 추정 또는 잠정적 진실 규정에 해당하고(자주 및 평온·공연 점유 추정 규정인 민법 제197조 제1항과 같은 성격이다), 법률상의 추정 규정이 아니라 통상의 증명책임분배 규정에 불과한 것이다.⁴¹¹²⁾ 이는 추정사실의 부존재의 증명책임을 상대방에게 부담시키는 순전한 증명책임전환규정으로서 본문·단서의 관계에서 오는 번잡함을 회피하려는 입법기술에 불과한 것인바, 본문·단서의 형식으로 환언해 보면, "상인의 행위는 상행위로 한다. 그러나 영업을 위하여 하는 것이 아니면 그러하지 아니하다."로 고쳐 쓸 수 있다.⁴¹¹³⁾

2) '상인'의 점에 대한 증명

위 추정 규정을 적용하기 위해서는 우선 '상인'(자기명의로 상행위를 하는 자⁴¹¹⁴⁾)이라

영업양수인에 대한 채권은 어디까지나 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없다. 따라서 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 하는 것이다." ⁴¹¹¹⁾ 이러한 법리는 상법 제44조와 그 책임의 근거를 같이 하며 동일한 효과를 규정하고 있는 상호를 속용하는 양수인의 책임에 관한 상법 제42조의 사안에도 마찬가지로 적용된다(2012다114783).

4110) 상법 제47조(보조적 상행위) ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다. ② 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.

4111) "상법 제365조 제2항(제503조 제2항)의 규정은 상인의 행위가 그 행위 자체로부터 관찰하여 영업을 위하여 한 것이 아님이 의심 없을 경우에는 그 적용이 없는 것이다."라는 일본 대심원 대정 13. 7. 19. 판결에 따라, 상법 제47조 제2항 소정의 추정 규정은 상인의 행위가 그 성질상 영업을 위하여 행하여질 가능성이 있고 또 사실상 영업을 위하여 행하여졌느냐 아니냐가 의심스러운 경우에만 적용되는 것이고, 행위 자체가 성질상 영업을 위한 것이 아님이 객관적으로 명료한 경우에는 그 적용이 없으므로, 그와 같은 경우에는 오히려 상대방에서 당해 행위가 영업을 위하여 한 것임을 증명할 책임을 부담하게 된다고 하는 견해도 있으나(오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 480면), 그렇게 제한적으로 해석할 근거는 없고 법 규정의 문언 그대로 해석함이 옳다.

4112) 주석 신민사소송법(V), 81면(손용근 집필).

4113) 오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 123면.

4114) 상법 제4조(상인-당연상인) 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라 한다. ■ 여기서 "자기 명의"란 상행위로부터 생기는 권리의무의 귀속주체로 된다는 뜻으로 실질에 따라 판단하여야 하므로, 행정관청에 대한 인·허가 명이나 국세청에 신고한 사업자등록상의 명칭과 실제 영업상의 주체가 다를 경우 후자가 상인이 된다(2007다66590).

제5조(의제상인) ① 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다. ② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다. ■ 이는 간주규정으로 전제사실이 인정되는 한 간주사실에 대한 복명이 허용되지 않는다. 변호사, 법무사는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고 볼 수 없다(2011마110, 2007마996).

는 점이 인정되어야 하므로, 위 추정 규정의 적용을 주장하는 쪽은 '상인'이라는 점에 대하여 주장·증명하여야 하고,⁴¹¹⁵⁾ 상대방은 반증으로 이를 다투면 된다. 인·허가나 사업자등록상의 명의자는 권리의무의 실질적인 귀속주체로 사실상 추정된다.⁴¹¹⁶⁾

어떠한 자가 자신의 영업을 위한 '개업준비행위'를 하면, 그 때 상인 자격을 취득하고, 그 개업준비행위는 최초의 보조적 상행위가 된다. 따라서 개업준비행위의 존재 사실을 주장·증명하면 위 추정 규정이 적용될 수 있다. 행위 자체의 성질로 보아 개업준비행위에 해당함을 알 수 없는 경우에는, '행위자의 주관적 의사가 영업 준비를 위한 것이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 사실'까지 주장·증명하여야 한다.⁴¹¹⁷⁾

4115) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결: "상인은 상행위에서 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위한 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 한다. 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인이 상인이 되는 것은 아니다. 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받더라도 그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니다. 또한 상인이 그 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수 없다." (건설회사 대표이사인 피고가 회사 운영자금으로 사용하려고 망인으로부터 돈을 투자받았는데, 이후 망인의 상속인인 원고들에게 투자금을 반환하기로 약정한 사안에서, 대표이사인 피고는 상인이 아니고, 망인은 상인이지만 자신의 영업(콘테이너 제조판매대여)과 무관하게 개인적으로 돈을 투자한 것으로서 보조적 상행위로 볼 수도 없어 원고들의 피고에 대한 채권은 10년의 소멸시효가 적용되는 민사채권으로 보아야 한다고 한 예). ● [동일 판시] ① 소외 택시회사의 주주인 원고 등이 피고들과 주식양도계약을 체결하면서 '도급 문제로 감차 예정인 차량 1대분은 추후 소송 여하에 따라 승소 시 해당 시세의 50%를 원고 등에게 지급한다'는 취지로 정하였고, 그 후 피고들이 회사의 대표이사 등으로 취임한 사안에서, 피고들의 회사 양수 행위가 영업을 위한 보조적 상행위에 해당한다는 이유 등으로 위 약정금채권에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 판단한 원심을 파기한 예(2019다283794). ② 甲 등이 乙 회사와 재건축사업을 위한 지분제 공사도급계약을 체결하였는데, 乙 회사의 실질적인 경영주로서 재건축사업을 사실상 주도한 丙 개인이 재건축사업의 공사대금 등의 명목으로 丁 등으로부터 돈을 차용한 사안에서, 丙을 상인으로 볼 수 없어 위 차용금채무를 상사채무로 볼 수는 없다고 한 사례(2014다70184). ⇨ 회사와 그 대표이사가 공동채주로서 회사의 자금 마련을 위해 소비대차계약을 체결한 경우에는, 상법 제3조에 따라 대표이사의 채무 역시 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용된다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결).

4116) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도14990 판결: "사업자등록을 한 경우에는 그 사업에 관한 거래에서 대외적으로 권리·의무의 주체가 되는 사업자가 그 명의자임을 밝힌 것이므로, 극히 예외적인 경우가 아니라면 그 명의자의 사업자로서의 지위를 쉽게 부정하여서는 아니 될 것이며, 다른 사람의 부탁에 의하여 사업자등록을 하였다든 사정만을 가지고 선불리 그 사업자등록이 형식적인 것에 불과하고 그 명의자가 사업자가 아니라고 단정하여서는 아니 될 것이다."

4117) ㉠ 개업준비행위의 보조적 상행위성

① 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결: "영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 그의 최초의 보조적 상행위가 된다. 이와 같은 개업준비행위는 반드시 상호등기·개업광고·간판부착 등에 의하여 영업의사를 일반적·대외적으로 표시할 필요는 없으나 점포 구입·영업양수·상업사용인의 고용 등 그 준비행위의 성질로 보아 영업의사를 상대방이 객관적으로 인식할 수 있으면 당해 준비행위는 보조적 상행위로서 여기에 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그리고 영업자금의 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그런데 이러한 준비행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 그 행위를 하는 자 스스로 상인자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하므로, 어떠한 자가 자기 명의로 상행위를 함으로써 상인자격을 취득하고자 준비행위를 하는 것이

3) 추정 배제 사실의 증명

일단 상인의 행위임이 인정된 경우에 상법 제47조 제2항 소정의 추정을 배제하기 위해서는, 추정사실에 대한 반대사실의 존재 즉 ‘영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실’을 ‘본증’으로써 주장·증명하여야 한다.⁴¹¹⁸⁾ 의제상인인 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 이를 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다.⁴¹¹⁹⁾

아니라 다른 상인의 영업을 위한 준비행위를 하는 것에 불과하다면, 그 행위는 그 행위를 한 자의 보조적 상행위가 될 수 없다. 여기에, 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 그 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없는 법리를 더하여 보면, 회사 설립을 위하여 개인이 한 행위는, 그것이 설립 중 회사의 행위로 인정되어 장래 설립될 회사에 효력이 미쳐 회사의 보조적 상행위가 될 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 장래 설립될 회사가 상인이라는 이유만으로 당연히 그 개인의 상행위가 되어 상법의 규정이 적용된다고 볼 수는 없다.” ㉠ 甲이 乙 등과 함께 시각장애인용 인도블록을 제조하는 공장을 운영하기로 한 후 丙에게서 사업자금을 차용하기 위하여 乙이 丙에게 부담하고 있던 채무를 연대보증하고 추가로 자금을 차용하여 함께 금액을 차용금액으로 하는 금전차용증서를 작성하였고, 그 후 丁 회사를 설립하여 대표이사로 취임한 사안에서, 甲은 직접 자신의 명의로 위 공장이나 그에 관한 사업을 운영하기 위한 목적이 아니라 설립이 예정된 丁 회사의 사업과 관련하여 필요한 자금을 마련하기 위해서 丙에게서 금원을 차용하였다고 볼 수 있고, 이러한 사정만으로는 甲을 자기 명의로 시각장애인용 인도블록 사업을 하는 상인으로 볼 수 없으므로 丁 회사의 행위가 아닌 甲의 차용행위를 보조적 상행위로 개입준비행위에 해당한다고 볼 수 없음에도, 甲의 차용금채무에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 본 원심에 위법이 있다고 한 사례. ㉡ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다47388 판결; “행위자의 어떤 행위가 상인자격을 취득할 주관적 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것이라는 점에 대한 입증은 없다면 이는 그 행위자의 보조적 상행위라고 볼 수 없다.” ㉢ 소외인이 토지 매매계약 체결 직후 원고와 그 계약금을 소비대차의 목적으로 하는 준소비대차계약을 체결하고 피고들은 연대보증하였는데, 그 후 소외인과 피고들 등은 그 토지 위에 모텔 건물 신축을 위한 기초공사를 진행하다가 포기각서를 작성한 뒤 그 공사현장에서 철수한 사안에서, 소외인이 준소비대차채무를 부담하게 된 것이 장차 상인자격을 취득할 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것인지에 대하여는 아무런 증명이 없다는 이유로 위 채무가 상사채무에 해당하지 않는다고 보아 피고들의 소멸시효 완성 주장을 배척한 것이 정당하다고 한 데.

- 4118) 판례 중에는 ‘상인이 한 행위는 반증이 없는 한 그 영업을 위하여 한 것으로 추정된다.’고 하고(2006다54378 판결(‘상인의 금전대여행위는 반증이 없는 한 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다.’)), 여기에서 ‘반증’은 ‘영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실’에 대한 것으로 설치한 것이 있는데(2007다91251 판결(‘이 사건 계불입금채권은 다른 반증이 없는 한, 원고에 대한 관계에서 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권으로서 상사채권에 해당하여 5년의 소멸시효기간이 적용되는 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다. … 원심은, 다른 반증이 있는지 여부를 따져 보지도 아니한 채, 이 사건 계불입금채권은 상사채권이 아니라고 단정하고 말았으니’), 2005다7863 판결(‘원심은, 특별한 반증의 제시 없이, 이 사건 약정행위가 일반 개인인 원고 또는 건축 및 실내장식업 등을 영업목적으로 하는 피고의 영업으로 인한 행위라거나 영업을 위한 행위로 볼 수 없다고 단정하여’), 2000다5862 판결(‘양도인이 주식회사인 경우에는 회사에게 사적인 생활이 존재하지 아니한 관계로 주식회사의 명의로 한 행위는 반증이 없는 한 일단 회사의 영업을 위하여 하는 행위로 추정되며, 따라서 그로 인하여 회사가 부담하는 채무도 영업으로 인한 채무로 추정된다고 할 것이지만, 반증에 의하여 그 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점이 밝혀지는 경우 그러한 추정은 복멸될 수 있을 것이다’)), 이는 ‘추정사실에 대한 반대사실의 증명’이 본증이라는 점에서 옳지 않은 것이고, ‘영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 번복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다’(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다82766 판결)는 판시가 옳은 것이다.
- 4119) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2021다309927 판결: “상법 제5조, 제47조에 의하면, 회사는 상행위를 하지 않더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. 그러므로 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 회사가 그 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보아야 한다. 이와 같은 추정을 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다.”

판례에 나타난 보조적 상행위 해당 여부에 관한 구체적 예는 아래와 같다.⁴¹²⁰⁾

4) 상사시효·상사법정이율 등에의 적용

보조적 상행위의 인정 여부가 소송상 주로 문제되는 경우는, '상행위로 인한 채권'에 적용되는 5년의 상사시효를 적용할 것인지에 관한 것이다.

당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 5년의 상사시효가 적용되는 상사채권에 해당하고(당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법이 적용되므로(상법 제3조), '당사자의 일방이 수인'인 경우에 그중 '1인에게만 상행위'가 되더라도 '전원'에 대하여 '상법'이 '적용'된다⁴¹²¹⁾), 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위⁴¹²²⁾뿐만 아니라, 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다.⁴¹²³⁾

이는 동일한 법규정 문언⁴¹²⁴⁾인 '상행위로 인한 채무'에 적용되는 연 6%의 상사법정이율 적용에 있어서도 기본적으로 마찬가지이다.

유질계약이 허용되는 질권의 피담보채권인 '상행위로 인하여 생긴 채권'에도 일방적 상행위로 생긴 채권이 포함된다.⁴¹²⁵⁾

4120) 보조적 상행위로 인정한 예로는, ① 음식점업을 영위하는 상인인 원고가 부동산중개업을 영위하는 상인인 피고에게 고율의 이자로 대여한 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고, 금전대여행위가 원고와 피고 사이에 상호 고율의 이자소득을 얻기 위한 목적으로 행하여졌다는 사정만으로는 그 추정이 번복된다고 볼 수 없다고 판단한 예(2006다54378), ② 부동산 중개 업무를 영위하는 상인이 그 중개를 성사시키기 위하여 또는 그 중개에 대한 책임으로 보증각서를 작성하여 매수인의 잔금채무를 보증한 행위는 영업을 위하여 한 것으로 추정된다고 한 예(2007다66590), ③ 상인이 사업자금을 조달하기 위하여 계에 가입한 경우 계주가 상인에 대하여 가지는 계불입금채권은 상사채권에 해당된다고 한 예(2007다91251), ④ 영업을 위하여 금전 차용을 한 것임을 외부에서 인식할 수 없었다고 하더라도, 그것이 영업을 위하여 한 행위인지 여부를 판단함에 있어서 고려될 수 있는 하나의 사정이라고 할 수 있을지언정 그것만으로 금전차용이 영업을 위하여 한 것이 아니라고 쉽사리 인정할 수 없다고 한 예(2009다87294) 등이 있고, 부정한 예로는, ① 상인이 그 영업과 관련 없이 개인 자격에서 회사의 설립을 준비하면서 다른 회사로부터 영업시설 등을 양수하기 위한 자금으로 사용하기 위하여 금원을 차용하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위가 아닐 뿐 아니라 장차 성립될 회사나 영업시설 등을 양도하는 회사의 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수도 없다고 한 예(2002다18589), ② 상인인 피고가 자신의 남편이 발행한 약속어음의 부도를 막기 위하여 한 채무부담약정은 피고가 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수는 없다고 한 예(2001다25191) 등이 있다.

4121) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결; 소외 회사와 그 대표이사 소외 1이 공동차주로서 소외 회사의 공장매입자금 마련을 위해 피고의 연대보증하에 원고와 소비대차계약을 체결한 사안에서, 소외 1이 상인은 아니지만 소외 회사에 대하여 보조적 상행위가 되는 소비대차계약을 소외 회사와 함께 체결하여 공동차주로서 차용금채무를 부담하였으므로 소외 1에 대하여도 상법이 적용되어, 소외 회사 및 소외 1의 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용되고, 그 시효가 완성되어 주채무인 차용금 채무가 소멸되면 부종성의 법리에 따라 피고의 연대보증채무도 소멸된다고 한 사례.

4122) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결; "어느 행위가 상법 제46조의 기본적 상행위에 해당하기 위하여는 영업으로 동조 각 호의 행위를 하는 경우이어야 하고, 여기서 '영업으로 한다'는 것은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다."

4123) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결 등.

4124) 동일한 법령에서의 용어는 법령에 다른 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석·적용되어야 하고(2011두21157), 개별 조항의 목적에 따라 약간의 수정이 가해질 수 있을 뿐이다.

4125) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결; "민법 제339조는 ... 유질계약을 금지하고 있다. 그러나 상법

나. 상사법정이율

상사법정이율⁴¹²⁶⁾이 적용되는 '상행위로 인한 채무'에는 상행위로 인하여 직접 생긴 채무뿐만 아니라 그와 동일성이 있는 채무 또는 그 변형으로 인정되는 채무도 포함되고, 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채무뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채무도 포함된다.⁴¹²⁷⁾

의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여채권, 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당하지 않고, 상사법정이율이 적용되지 않는다.⁴¹²⁸⁾ 상행위가 아

제59조는 ... 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위한 질권설정계약에 대해서는 유질계약을 허용하고 있다. 질권설정계약에 포함된 유질약정이 상법 제59조에 따라 유효하기 위해서는 질권설정계약의 피담보채권이 상행위로 인하여 생긴 채권이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니다. 또한 상법 제3조는 '당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용한다.'라고 정하고 있으므로, 일반적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 유질약정을 허용한 상법 제59조가 적용된다고 보아야 한다. 이러한 결론이 법규정의 문언에 충실한 해석일 뿐만 아니라, 위와 같은 질권에 대하여 유질약정을 금지할 필요가 없다는 점에서도 정당하다."

4126) **상법 제54조(상사법정이율)** 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.

4127) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결: 원심은 민사법정이율인 연 5%의 지연손해금의 지급을 명하였으나, **대법원은** 이 사건 물품 납품계약은 상인인 원고(주식회사)가 영업으로 하는 상행위에 해당하고, 피고(대한민국)는 계약상 원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 행사하고 있으므로, 그 지연손해금에 관해서는 상사법정이율인 연 6%를 적용하여야 한다고 한 예. **▶ [동일 취지의 궁정례]** ① 주택건설업자의 아파트 입주 지연에 따른 지체상금은 상행위인 분양계약의 불이행으로 인한 손해배상채권으로서 그 지연손해금에 대하여 연 6푼의 상사법정이율을 적용하여야 한다고 한 예(99다10189), ② 건설회사가 차용원리금의 변제를 제대로 하지 못하자 채권자로 하여금 아파트를 임의로 타인에게 처분하여 채무원리금에 충당하도록 하고 잔존채무액을 일정액으로 하여 정산합의를 한 경우, 종전 차용금에 대한 이자 약정이 있었던 사실을 인정하였음에도 정산합의에 의한 잔존채무가 종전의 채무와 어떠한 관계에 있는 것인지를 밝히지도 아니하고 또 잔존채무에 대한 지연손해금에 대하여 종전의 약정이율이 적용되지 않을 이유를 명백히 제시하지도 않은 채 민사법정이율인 연 5푼의 이율을 적용한 원심판결에는 이유불비 또는 심리미진의 위법이 있다고 하고, 약정이율이 적용되지 않는 것이 정당하다고 하더라도 잔존채무에 대한 정산약정은 상인인 건설회사가 그 영업을 위하여 한 상행위로 추정된다고 할 것이어서 연 6푼의 상사법정이율에 의하여야 한다고 한 사례(92다10173, 10180), ③ 원심이 원고의 피고에 대한 대여금채권에 대하여 원고가 주장하는 월 2푼의 약정이자를 배척하고 연 5푼의 민사법정 지연손해금만을 인용한 데 대하여, 원고가 상행위를 목적으로 하는 주식회사이고 피고 또한 영업미역을 수집가공하여 수출하는 상인으로서 다만 그 물품에 대한 수출대행만을 원고회사에 의뢰하고 원고회사가 그 전도자금 등으로 금원을 선급하였다는 것이므로 위 거래관계는 상행위라 할 것이고 따라서 원고회사의 피고에 대한 채권은 상행위로 인하여 생긴 채권이므로 원고의 주장과 같은 약정이자를 인정하지 않는다 하더라도 민사법정이율에 의할 것이 아니라 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 이자의 지급을 명하여야 한다고 한 사례(84다464, 1951). **▶ [부정례]** 고속국도 관리청이 송유관 매설허가를 하면서 그 상대방에게 부판으로 부담시킨 송유관 이설비용 부담채무를 대신 이행함으로써 갖는 부당이득반환채무는 법률의 규정에 의한 법정채무일 뿐이므로, 그 지연손해금에 관하여 상법 제54조의 상사법정이율을 적용할 수 없다고 한 사례(2009다41786).

4128) ① 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결: "의사의 영리추구 활동을 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 ... 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. ... 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. ... 의사의 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다." ② 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결: "변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때,

닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 상사법정이율이 적용되지 않는다.⁴¹²⁹⁾ 어음금채무의 지연손해금은 상법이 아닌 어음법 소정의 연 6%의 법정이율이 적용된다.

변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다."

4129) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결; "신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 그 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지지는 않는다. ... 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다."(원심이, 피고 신탁회사의 심사의무와 설명의무 위반이 원고에 대한 채무불이행이 된다고 판단하고, 손해배상 원금에 대하여 연 6%의 지연손해금을 가산한 것은 잘못이라고 판단한 사례). ☞ 민법 제535조 규정 외의 일반적인 계약체결상의 과실책임에 대해서는 그 법적 성질과 이론적 근거를 '불법행위책임'으로 파악한 것이다.