

법무사 1차대비
상법 기출문제
해설특강

장원석 변호사

법무사 1차 대비 상법 기출문제 해설특강

【문 1】 주주의 지위에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 따르고 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함. 이하 같음)

- ① 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련해 두고 있다.
- ② 주주명부에 명의개서를 한 주식양수인은 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권, 배당금청구권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다.
- ③ 회사로서도 주주명부에 기재된 자를 주주로 보고 주주로서의 권리를 인정한 경우 주주명부상 주주가 진정한 주주가 아니더라도 책임을 지지 않는다.
- ④ 주권발행 전 주식의 양도담보권자와 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 주주명부에 명의개서를 한 선후에 의하여 결정된다.
- ⑤ 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

【1】 정답 ④

- ① (○)상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체 법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 획일적으로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다.¹⁾
- ② (○) ③ (○) 주주명부에 명의개서를 한 주식양수인은 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권, 배당금청구권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다. 회사로서도 주주명부에 기재된 자를 주주로 보고 주주로서의 권리를 인정한 경우 주주명부상 주주가 진정한 주주가 아니더라도 책임을 지지 않는다. 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건(제337조 제1항)으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다.²⁾
- ④ (×) 주권발행 전 주식의 양수인과 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 송낙의 일시와 압류명령의 송달일시를 비교하여 그 선후에 따라 정하여야 한다. 주주가 제3자에게 주권발행 전 주식을 양도하고 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 송낙으로 주식양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 주주의 다른 채권자가 그 양도된 주식을 압류하더라도 위와 같이 먼저 주식을 양도받아 대항요건을 갖춘 제3자에 대하여 압류의 효력을 주장할 여지가 없다.³⁾ [법무사 최종정리 67번]
- ⑤ (○) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.⁴⁾

1) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결

2) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결

3) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결.

4) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결

【문 2】 상법상 주식회사 주식의 담보설정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 질권자는 계속하여 주권을 점유하지 아니하면 그 질권으로써 제3자에게 대항하지 못한다.
- ② 주식의 소각, 병합, 분할 또는 전환이 있는 때에는 이로 인하여 종전의 주주가 받을 금전이나 주식에 대하여도 종전의 주식을 목적으로 한 질권을 행사할 수 있다.
- ③ 주식의 질권설정에 필요한 요건인 주권의 점유를 이전하는 방법으로는 현실인도(교부)만이 허용될 뿐, 반환청구권의 양도는 허용되지 않는다.
- ④ 회사는 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우에는 발행주식총수의 20분의 1을 초과하여 자기의 주식을 질권의 목적으로 받을 수 있다.
- ⑤ 명의개서를 마친 등록양도담보권자는 자익권과 공익권 등 주주권을 행사할 수 있다.

【2】 정답 ③

① (○)등록질은 질권설정에 관한 ① 물권적 합의와 ② 주권의 교부뿐만 아니라, ③ 질권자의 성명을 주주명부에 기재하여야만 입질의 효력이 발생한다(제340조 제1항). 이 경우 주주명부에 질권자의 성명이 기재되므로 주주명부의 기재가 회사에 대한 대항요건이 된다. 그러나 제3자에 대한 대항요건은 약식질과 같이 ‘주권의 점유’라고 본다. 주주명부에의 기재는 질권자가 아니라 질권설정자의 청구에 의함을 유의해야 한다.⁵⁾

▶ 등록질과 약식질 ◀

	등록질	약식질
효력요건	① 합의 ② 주권의교부 ③ 주주명부의 기재	① 합의 ② 주권의 교부
회사에 대항요건	주주명부의 기재	주권의 점유
제3자에 대한 대항요건	주권의 점유	주권의 점유

② (○)질권은 민법에 따라 유치권, 우선변제권, 물상대위의 효력을 가진다. 특히 물상대위의 경우 상법은 주식의 소각·병합·분할 또는 전환이 있는 경우뿐만 아니라 신주발행의 무효(제432조 제3항), 준비금의 자본금전입(제461조 제7항), 합병(제530조 제3항), 주식교환(제360조의14 제4항), 주식이전(제360조의23 제4항), 조직변경(제604조 제4항),⁶⁾ 청산(제542조 제2항) 등에서도 적용한다. 이는 담보로 취득한 주식이 다양하게 변형(變形)될 수 있다는 특성을 반영한 것이다.⁷⁾

③ (×) 여기서 질권설정시 주권의 교부는 현실의 인도, 간이인도, 목적물반환청구권의 양도도 허용된다. 주권을 제3자에게 점유이전하는 경우 판례는 “간접점유자인 질권설정자가 반환청구권을 양도하기 위해서는 대항요건으로서 제3자의 승낙 또는 질권설정자의 제3자에 대한 통지가 있어야 하는데, 제3자가 다시 타인에게 주권을 보관시켜서 점유매개관계가 중첩적으로 된 경우에도 위의 대항요건으로 충분하며, 별도의 직접점유자인 타인의 승낙 또는 타인에 대한 질권설정자 또는 제3자의 통지가 필요한 것은 아니다”라고 판시한바 있다.⁸⁾ 【16 법부】

④ (○)질권의 경우 회사는 자기주식의 취득이 금지되는 것과 같은 취지에서 발행주식총수의 20분의 1을 초과하여 자기 주식을 질권의 목적으로 받지 못한다. 즉 A회사가 채권자로서 채무자 B가 보유하는 A회사 주식에 대해 질권을 설정받을 수 있는데, 그 규모를 발행주식총수의 1/20을 넘지 않아야 한다. 【16,18 등

5) 제340조(주식의 등록질) ① 주식을 질권(質權)의 목적으로 한 경우에 회사가 질권설정자의 청구에 따라 그 성명과 주소를 주주명부에 덧붙여 쓰고 그 성명을 주권(주권)에 적은 경우에는 질권자는 회사로부터 이익배당, 잔여재산의 분배 또는 제339조에 따른 금전의 지급을 받아 다른 채권자에 우선하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다.

6) 유한회사에서 주식회사로 조직을 변경하면 종전의 지분에 대한 질권은 새로이 발행되는 주식에 대하여 물상대위의 효력이 미친다(제604조 제4항).

7) 송옥렬, 상법강의, 861면. 나아가 명문의 규정은 없지만, 회사분할로 받게 되는 금전·주식, 주식매수청구권의 행사로 받는 매수대금에 대해서도 해석상 물상대위가 인정된다.

8) 대법원 2012.8.23. 선고 2012다34764 판결. 갑이 채권자이고, 을이 채무자인데 을의 주권을 병이 보관하고 있는 경우 을이 주권에 대해 질권을 설정하기 위해서는 을의 병에 대한 통지나 병의 승낙이 필요하며, 병이 다시 정에게 주권을 보관시킨 경우라도 별도로 정의 승낙이나 을의 정에 대한 통지 또는 병의 정에 대한 통지는 필요하지 않다는 사례임.

4 법무사 1차 대비 상법 기출문제 해설특강

- 기 그러나 ① 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우, ② 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 그 한도를 초과하여 질권의 목적으로 할 수 있다(제341조의3).
- ⑤ (○) 주식도 부동산이나 유체동산과 같이 양도담보의 대상이 된다. 주식의 양도담보에는 단순히 주권의 교부만으로 이루어지는 ‘약식양도담보’와 주권의 교부 및 주주명부에의 명의개서까지 마치는 ‘등록양도담보’가 있다. 양도담보는 외형은 주식양도의 형태지만 실질은 주식의 담보이므로 주식의 입질과 동일하게 취급하여야 한다. 따라서 채권자는 주식의 담보가치를 통하여 자신의 채권을 실현하여야 하고 비록 주식을 처분하더라도 채무자에 대한 정산(定算)의무를 부담한다. 다만 판례는 ① 대외적으로는 양도담보권자가 주식의 소유자이므로 양도담보권자로부터 주식을 취득한 제3자가 양도담보설정자에 대하여 진정한 주주임을 주장할 수 있고, ② 양도담보권자는 명의개서를 마친 뒤에 회사에 대하여 주주권까지 행사할 수 있다고 한다.¹⁰⁾

【문 3】 상법상 주식회사의 종류주식에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 주식회사는 우선주에 한하여 의결권이 없는 주식을 발행할 수 있다.
- ② 회사가 의결권이 없는 종류주식 등을 발행하는 경우에 정관에 의결권의 행사 또는 부활의 조건 등을 정한 경우에는 그 조건 등을 정하여야 한다.
- ③ 회사가 분할 또는 분할합병을 하기 위한 주주총회의 승인결의에 관하여는 의결권이 배제되는 주주도 의결권이 있다.
- ④ 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있는 종류주식을 발행할 수 있다.
- ⑤ 회사가 종류주식을 발행하는 경우에는 정관에 일정한 사유가 발생할 때 회사가 주주의 인수 주식을 다른 종류주식으로 전환할 수 있음을 정할 수 있다.

【3】 정답 ①

- ① (×) 2011년 개정 상법 이전에는 이익배당에 관한 우선주에 대해 무의결권주식을 발행할 수 있었으나, 개정 상법은 배당여부에 불문하고 종류주식으로 의결권이 제한되는 주식을 발행할 수 있게 되었다(제344조의3). 개정 전의 ‘무의결권주식제도’는 폐지되었다.
- ② (○) 의결권이 제한되는 주식을 발행하는 경우 정관에 의결권을 행사할 수 없는 사항과 의결권행사 또는 부활의 조건을 정한 경우에는 그 조건 등을 정하여야 한다(제344조의3 제1항).¹¹⁾ 즉, 정관으로 의결권의 행사 또는 부활(復活)의 조건 등을 규정하지 아니하면 행사 또는 부활은 허용되지 않는다. ¹²⁾
- ③ (○) 분할회사는 분할계획서(단순분할의 경우) 또는 분할합병계획서(분할합병의 경우)를 작성하여 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 얻어야 한다(제530조의3 제1항·제2항). 이 총회에서는 의결권이 없는 주식을 가진 주주도 의결권을 행사할 수 있다(제530조의3 제3항).¹³⁾
- ④ (○) 상환주식이란 주식의 발행시부터 장차 회사 스스로 또는 주주의 청구로 이익으로써 상환하여 소멸(소각)할 것이 예정된 주식을 의미한다(제345조 제1항·제3항). 이는 상환권이 부여된 주식으로써 주주는 출자금을 환급받지 못하는 것이 원칙이지만, 상환종류주식은 주주가 출자를 환급받은 예외적인 경우으로써 정관으로 정하는 경우 인정된다. 상환주식에는 ① 회사가 상환권을 갖는 ‘회사상환주식’과 ② 주주가 상환권을 갖는 ‘주주상환주식’이 있다.¹⁴⁾ 전자는 회사가 주식을 발행하여 우선 자금을 조달하고 자금사정이 호전되면 주식을 상환하는 것이 특징이며, 후자는 주주가 상환기간 내에 회사의 경영상황을 탐색하여 투자자금을 회수(回收)할 수 있는 것이 특징이다.

9) 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결.

10) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결.

11) 개정법 전에는 의결권이 없는 주식에 관한 의결권의 부활에 대해 법률에서 정하였으나, 2011년 개정상법은 ‘정관으로 정하게 하여 자율성을 부여하였다.’

12) 예를 들어 “의결권이 제한된 이익배당 우선주의 경우, 최저배당률은 액면금액을 기준으로 하여 연 3%로 하고 이익배당이 이에 미치지 못할 경우에도 의결권은 부활하지 않는다.”라는 규정은 허용된다.

13) 주의할 점은, 합병의 경우에는 없는 조문이다.

14) 전자를 상환조항부 주식, 후자를 상환청구권부 주식이라고도 한다.

- ⑤ (○) 전환(종류)주식이란 주주가 다른 종류의 주식으로 전환할 수 있는 권리가 부여된 주식 또는 회사가 다른 종류의 주식으로 전환할 수 있는 권리가 부여된 주식을 의미한다(제346조). 예컨대, 우선주를 보통주로 전환함을 의미한다.¹⁵⁾ 상환주식과 전환주식 모두 회사가 주주로부터 매입하여 소각한다는 측면에는 동일하지만, 상환주식은 그 대가로 금전을 지급하지만, 전환주식은 그 대가로 당해 회사의 다른 주식을 지급한다는 차이가 있을 따름이다.

【문 4】 주주의 회계장부열람권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
- ② 회사는 주주의 회계 장부와 서류 열람 등 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있고, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지는 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- ③ 주식매수청구권을 행사한 주주도 회사로부터 주식의 매매대금을 지급받지 아니하고 있는 동안에는 주주로서의 지위를 여전히 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요한 경우에는 위와 같은 회계장부열람·등사권을 가진다.
- ④ 주주가 주식의 매수가액을 결정하기 위한 경우뿐만 아니라 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 주식매수청구권을 행사하였다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다.
- ⑤ 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 상태에서 회계 장부와 서류 열람 등을 재판 상으로 청구하였다면, 이후 소송계속 도중에 보유한 주식의 수가 발행주식 총수의 100분의 3 미만으로 되었다 하더라도 회계장부의 열람·등사를 구할 당사자적격을 상실하지 아니한다.

【4】 정답 ⑤

- ① (○)발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주(채권자 ×)는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(제466조 제1항). 회계의 장부와 서류는 기업의 비밀(秘密)장부이므로 남용위험성이 크므로 소수주주권으로 되어 있다.¹⁶⁾ [17 법부]
- ② (○)주주는 이유를 붙인 서면(書面)으로 청구하여야 하고, 회사는 이러한 청구가 부당하다고 인정되는 경우 열람을 거부할 수 있는데(제466조 제2항) 이때 주주는 구체적 이유를 붙여 청구해야 한다.¹⁷⁾ [10,17법부] 판례에 의하면 “회사는 주주의 회계 장부와 서류 열람 등 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있고, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지는 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.” 고 한다. ¹⁸⁾ 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권의 행사가 “① 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 ② 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경영에 이용할 우려가 있거나, 또는 ③ 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 한다.” 고 판시한 바 있다. ¹⁹⁾ [공경/불] 나아가 이러한 사유의 입증책임은 회사에 있다. [17 법부]
- ③ (○) ④ (○) 상법 제466조 제1항에서 규정하고 있는 주주의 회계장부와 서류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우 회사는 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있고, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지는 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여

15) 정관의 규정에 따라 일정한 기간이 경과, 일정한 조건성취에 의하여 자동으로 전환되는 주식은 상법상의 전환주식이 아니다.
 16) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다58051 판결.
 17) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결
 18) 대법원 2004. 12. 24. 자 2003마1575 결정.
 19) 대법원 2004. 12. 24. 자 2003마1575 결정.

판단하여야 한다. 한편 주식매수청구권을 행사한 주주도 회사로부터 주식의 매매대금을 지급받지 아니하고 있는 동안에는 주주로서의 지위를 여전히 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요한 경우에는 위와 같은 회계장부열람·등사권을 가진다. 주주가 주식의 매수가액을 결정하기 위한 경우뿐만 아니라 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 주식매수청구권을 행사하였다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다.²⁰⁾

- ⑤ (X) 최근의 판례에 의하면, 열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다고 한다.²¹⁾ [법무사 상법 오엑스 186페이지]

【문 5】 금융리스에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 금융리스계약은 금융리스업자가 금융리스이용자가 선정한 기계, 시설 등 금융리스물건을 공급자로부터 취득하거나 대여받아 금융리스이용자에게 일정 기간 이용하게 하고 그 기간 종료 후 물건의 처분에 관하여는 당사자 사이의 약정으로 정하는 계약이다.
- ② 금융리스업자가 금융리스이용자에게 금융리스물건을 취득 또는 대여하는 데 소요되는 자금을 관한 금융의 편의를 제공하는 것을 본질적 내용으로 한다.
- ③ 금융리스업자는 특별한 사정이 없는 한, 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 협력할 의무와 별도로 독자적인 금융리스물건 인도 의무 또는 검사·확인 의무를 부담한다.
- ④ 금융리스업자는 금융리스이용자가 금융리스계약에서 정한 시기에 금융리스계약에 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 하여야 하고 금융리스이용자가 금융리스물건수령증을 발급한 경우에는 금융리스업자와 사이에 적합한 금융리스물건이 수령된 것으로 추정한다.
- ⑤ 금융리스이용자는 중대한 사정변경으로 인하여 금융리스물건을 계속 사용할 수 없는 경우에는 3개월 전에 예고하고 금융리스계약을 해지할 수 있다. 이 경우 금융리스이용자는 계약의 해지로 인하여 금융리스업자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다.

[5] 정답 ③

- ① (O) ② (O) 리스란 “이용자가 선정한 특정 물건을 리스회사가 취득하거나 대여받아 거래상대방에게 일정기간 동안 사용하게 하고, 일정한 대가를 정기적으로 지급받으며 그 기간 종료 후의 물건의 처분에 관하여는 당사자 간의 약정으로 정하는 금융”이라 할 수 있다(제46조 19호). 리스회사입장에서는 리스물건에 대한 전문적인 지식 없이 물건에 대한 소유권은 가지지만, 이용권을 리스이용자에게 부여하므로 리스회사의 보호가 주로 문제된다.
- ③ (X) 금융리스계약의 법적 성격에 비추어 보면, 금융리스계약 당사자 사이에 금융리스업자가 직접 물건의 공급을 담보하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 금융리스업자는 금융리스이용자가 공급자로부터 상법 제168조의3 제1항에 따라 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 협력할 의무를 부담할 뿐이고, 이와 별도로 독자적인 금융리스물건 인도 의무 또는 검사·확인 의무를 부담한다고 볼 수는 없다.²²⁾ [법무사 최종정리 70번]
- ④ (O) 이용자는 금융리스물건을 수령함과 동시에 리스료를 지급하여야 한다(동조의3 제2항). [18법부] 리스물건수령증을 발급한 경우에는 계약 당사자 사이에 적합한 물건이 수령된 것으로 추정한다(동조의3 제3항). [18법부]
- ⑤ (O) 리스이용자는 중대한 사정변경으로 인하여 리스물건을 계속 사용할 수 없는 경우에는 3개월 전에 예고하고 금융리스계약을 해지할 수 있다. 이 경우 이용자는 계약의 해지로 인하여 리스업자에게 발생한 손해를 배상하여야 한다(제168조의5). [13법부]

20) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017다270916 판결

21) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결

22) 대법원 2019. 2. 14 선고 2016다245418 판결

【문 6】 상법상 주식회사의 회계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(단, 상장회사에 관한 특례 및 주식회사의 외부감사에 관한 법률은 논외로 함)

- ① 회사의 회계는 상법과 상법 시행령으로 규정한 것을 제외하고는 일반적으로 공정하고 타당한 회계관행에 따른다.
- ② 배당금의 지급청구권은 5년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
- ③ 주식에 의한 배당은 이익배당총액의 2분의 1에 상당하는 금액을 초과하지 못한다.
- ④ 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
- ⑤ 대주주에게는 30%, 소수주주에게는 33%의 이익배당을 하기로 하는 주주총회의 결의는, 이익배당이 각 주주가 가진 주식의 수에 따라야 한다는 상법 제464조에 반하여 위법하다.

【6】 정답 ⑤

- ① (○) 제29조 [상업장부의 종류 · 작성원칙] ① 상인은 영업상의 재산 및 손익의 상황을 명백히 하기 위하여 회계장부 및 대차대조표를 작성하여야 한다. ② 상업장부의 작성에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 일반적으로 공정 · 타당한 회계관행에 의한다.
- ② (○) 배당금지금은 재무제표 승인결의를 한 날로부터 1월내에 이루어져야 한다(제464조의2 제1항). 이러한 배당청구권은 구체화된 채권적 권리이며, 일반 상사채권의 시효와 같이 5년의 소멸시효가 적용된다(제464조의2 제2항). 【09법무】
- ③ (○) 주식배당이란 회사가 주주에게 배당할 이익의 일부를 금전(金錢)대신 새로운 주식으로써 배당하는 것을 의미한다(제462조의2 제1항 본문).²³⁾ 이러한 주식배당은 기업이 배당가능이익을 사외로 유출(流出)시키지 아니하고 사내유보(社內留保)함으로써 회사의 자금조달상의 편의를 가져온다는 장점이 있으나, 반면에 주주의 이익배당청구권을 침해할 위험성이 있어서 이익배당총액의 2분의 1에 상당하는 금액을 초과하지 못하도록 하고 있다²⁴⁾(같은 항 단서). 【04,09법무】
- ④ (○) 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주(채권자 X)는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(제466조 제1항). 회계의 장부와 서류는 기업의 비밀(秘密)장부이므로 남용위험성이 크므로 소수주주권으로 되어 있다.²⁵⁾ 【17 법무】
- ⑤ (X) 주주총회에서 대주주에게는 30%, 소수주주에게는 33%의 이익배당을 하기로 결의한 것은 대주주가 자기들이 배당받을 몫의 일부를 떼내어 소수주주들에게 고루 나누어 주기로 한 것이니, 이는 주주가 스스로 그 배당받을 권리를 포기하거나 양도하는 것과 마찬가지로 본조에 위반된다고 할 수 없다.²⁶⁾

【문 7】 상법상 인보험에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다.
- ② 오랜 기간 지속되는 생명보험계약에서는 보험계약자의 사정에 따라 계약 내용을 변경해야 하는 경우가 있다. 생명보험계약에서 보험계약자의 지위를 변경하는 데 보험자의 승낙이 필요하다고 정하고 있더라도 보험계약자는 일방적인 의사표시만으로 보험계약상의 지위를 이전할 수 있다.
- ③ 상해 및 사망을 보험사고로 한 보험계약에서는 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 발생한 경우에도 보험자는 보험금을 지급할 책임을 면하지 못한다.
- ④ 15세 미만자 등의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 피보험자의 동의가 있었는지 또는 보험수익자가 누구인지와 관계없이 무효가 된다.
- ⑤ 자기신체사고 자동차보험의 보험자는 특별한 사정이 없는 한 보험약관이 예정하지 아니하는 피보험자의 손해배상청구권을 대위할 수 없다.

23) 새로운 주식으로 배당하지 않고 기존 주식, 즉 자기주식으로 배당하는바, 이는 주식배당이 아니라 현물배당에 해당한다.

24) 배당가능이익의 사내유보가 주식배당의 가장 주된 목적이다.

25) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다58051 판결.

26) 대법원 1980. 8. 26. 선고 80다1263 판결

[7] 정답 ②

- ① (○) 타인의 생명보험계약을 체결하기 위하여는 그 타인의 서면동의를 얻어야만 하는데(제731조 제1항) 이는 효력발생요건이다(통설, 판례). 나아가, 보험계약으로 생긴 권리의 양도에도 타인의 서면동의를 요한다(동조 제2항). [13법부]
- ② (×) 생명보험계약에서 보험계약자의 지위를 변경하는 데 보험자의 승낙이 필요하다고 정하고 있는 경우, 보험계약자가 보험자의 승낙이 없는데도 일방적인 의사표시만으로 보험계약상의 지위를 이전할 수는 없다. 유증은 유언으로 수증자에게 일정한 재산을 무상으로 주기로 하는 단독행위로서 유증에 따라 보험계약자의 지위를 이전하는 데에도 보험자의 승낙이 필요하다고 보아야 한다. 보험계약자가 보험계약에 따른 보험료를 전액 지급하여 보험료 지급이 문제 되지 않는 경우에도 보험자의 승낙이 필요하다. 유언집행자가 유증의 내용에 따라 보험자의 승낙을 받아서 보험계약상의 지위를 이전할 의무가 있는 경우에도 보험자가 승낙하기 전까지는 보험계약자의 지위가 변경되지 않는다.²⁷⁾
- ③ (○) 손해보험의 경우 보험계약자 측의 고의, 중과실에 의한 사고이면 보험자가 면책된다(제659조). 인보험의 경우 보험계약자 측의 고의로 인한 사고이면 면책되나, 중과실로 인한 사고라면 면책되지 않는다(제732조의2 제1항, 제739조). 나아가 2014년 개정상법에 의하면 “둘 이상의 보험수익자 중 일부가 고의로 피보험자를 사망하게 한 경우 보험자는 다른 보험수익자에 대한 보험금 지급 책임을 면하지 못한다”고 규정하였다(제732조의2 제2항). [18법부]
- ④ (○) 타인의 사망보험계약은 도덕적 위험이 발생하게 되면 피보험자의 살해라는 결과가 발생할 수 있으므로 다른 보험계약에 비하여 그 도덕적 위험을 방지하기 위한 필요성이 크다고 할 것이다. 우리 상법에서도 ① 제731조에서 동의주의를 채택하고, ② 제732조에서 15세미만자, 심신상실자, 심신박약자 등의 사망보험을 무효로 하고 있다. 제731조의 동의주의에 대해 에 대하여 판례는 강행규정이라고 해석한다.²⁸⁾ [17 법부]
- ⑤ (○) 자기신체사고 자동차보험은 인보험의 일종인 상해보험으로서 상법 제729조 단서에 의하여 보험자는 당사자 사이에 다른 약정이 있는 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있는바, 상법 제729조의 취지가 피보험자의 권리를 보호하기 위하여 인보험에서의 보험자대위를 일반적으로 금지하면서 상해보험에 있어서 별도의 약정이 있는 경우에만 예외적으로 이를 허용하는 것인 이상, 이러한 약정의 존재 및 그 적용 범위는 보험약관이 정한 바에 따라 이를 엄격히 해석하여야 하는 것이 원칙이므로, 보험자는 특별한 사정이 없는 한 보험약관이 예정하지 아니하는 피보험자의 손해배상청구권을 대위할 수 없다. ²⁹⁾

【문 8】 영업양도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 경업금지지역으로서의 동일 지역 또는 인접 지역은 양도된 물적 설비가 있던 지역을 기준으로 정할 것이 아니라 영업양도인의 통상적인 영업활동이 이루어지던 지역을 기준으로 정하여야 한다.
- ② 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도로 볼 수 있다.
- ③ 양수인에 의하여 속용되는 명칭이 상호 자체가 아닌 옥호 또는 영업표지인 때에는, 양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 변제할 책임이 없다.
- ④ 영업임대차의 경우에는 상법 제42조 제1항을 유추적용할 수 없으므로, 임차인은 임대인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 변제할 책임이 없다.
- ⑤ 양도인의 영업으로 인한 채권에 대하여 채무자가 선의이며 중대한 과실 없이 양도인의 상호를 계속하여 사용하는 양수인에게 변제한 때에는 그 효력이 있다.

27) 대법원 2018. 7. 12 선고 2017다235647 판결

28) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다24451 판결

29) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8430 판결

[8] 정답 ㉓

- ① (○) 경업금지지역으로서의 동일 지역 또는 인접 지역은 양도된 물적 설비가 있던 지역을 기준으로 정할 것이 아니라 영업양도인의 통상적인 영업활동이 이루어지던 지역을 기준으로 정하여야 한다.³⁰⁾ [16,17 등기]
- ② (○) 상법 제42조가 말하는 영업이란 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 뜻하는바, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다 할 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 당해 분야의 영업을 경영함에 있어서 무(무)로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다(슈퍼마켓의 매장 시설과 비품 및 재고 상품 일체를 매수한 것이 영업양도에 해당한다고 한 사례).³¹⁾
- ③ (○) 양수인에 의하여 속용되는 명칭이 ‘상호 그 자체가 아니라 옥호(ex, 서울종합예술원)’ 나 그 밖의 ‘영업표지’인 경우에도 그것이 영업주체를 나타내는 것으로 사용되는 경우에는 영업상의 채권자가 영업주체의 교체나 채무승계 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 양수인은 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항의 ‘유추적용’에 의하여 그 채무를 부담한다.³²⁾ [12법부]
- ④ (○) 판례에 의하면 영업임대차의 경우에는 본조가 유추적용되지 아니한다고 판시한 바 있다. 즉 ① 상법 제42조 제1항과 같은 법률규정이 없을 뿐만 아니라, ② 영업재산의 소유권이 모두 임대인에게 유보되어 있고, 임차인은 사용·수익권만을 가질 뿐이어서 임차인에게 임대인의 채무에 대한 변제책임을 부담시키면서까지 임대인의 채권자를 보호할 필요가 있다고 보기 어렵다. 여기에 ③ 상법 제42조 제1항에 의하여 양수인이 부담하는 책임은 양수한 영업재산에 한정되지 아니하고 그의 전 재산에 미친다는 점 등을 더하여 보면, 영업임대차의 경우에 상법 제42조 제1항을 그대로 유추적용할 것은 아니다. [규/보/전]³³⁾ 나아가 이러한 법리는 영업임대차의 종료로 영업을 반환하는 경우에도 마찬가지이다.³⁴⁾
- ⑤ (○) 영업양도 이후 양수인이 상호를 계속 사용하게 되면 양도인의 영업상의 채무자는 영업양도의 사실을 모르고 양수인에게 변제할 가능성이 있다. 그런데 이를 변제로서의 효력이 전혀 없는 것으로 본다면 채무자는 이중(二重)변제의 위험에 빠지게 되므로 선의의 변제자를 보호하기 위해 그 변제를 유효한 것으로 취급할 필요가 있다. ³⁵⁾ [02법부] 본조가 적용되기 위해서는 ① 영업양도가 있을 것, ② 양도인의 영업으로 인한 채권이 있을 것, ③ 양수인이 양도인의 영업상 채권을 양도받지 않았을 것, ④ 양수인이 양도인의 상호를 계속 사용할 것, ⑤ 채무자의 선의 등 다섯 가지의 요건이 필요하다. [12법부] [양/채/양/속/선]

【문 9】 주식매수선택권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 상법 제434조가 정한 주주총회의 특별결의로 회사의 설립·경영 및 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리를 부여할 수 있다.
- ② 회사는 주식매수선택권을 부여받은 자의 권리를 부당하게 제한하지 않고 정관의 기본 취지나 핵심 내용을 해치지 않는 범위에서 주주총회 결의와 개별 계약을 통해서 주식매수선택권을 부여받은 자가 언제까지 선택권을 행사할 수 있는지를 자유롭게 정할 수 있다.
- ③ 주주총회 결의 이후 회사가 주식매수선택권 부여에 관한 계약을 체결할 때 주식매수선택권의 행사기

30) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결

31) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결

32) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다35138 판결.

33) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다9212 판결.

34) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다47737 판결

35) 본조는 양도인의 채무자가 양수인에게 변제하는 경우를 전제로 하는 것이지, 양도인의 채무자가 양도인에게 변제하는 경우를 규정하는 것은 아니다.

간 등을 일부 변경하거나 조정한 경우 그것이 주식매수선택권을 부여받은 자, 기존 주주 등 이해관계인들 사이의 균형을 해치지 않고 주주총회 결의에서 정한 본질적인 내용을 훼손하는 것이 아니라면 유효하다.

- ④ 본인의 귀책사유가 아닌 사유로 퇴임 또는 퇴직하게 된 경우에는, 비록 형식적으로는 상법 제340조의4 제1항의 ‘2년 이상 재임 또는 재직’ 요건을 충족하지 못하더라도 주식매수선택권을 행사할 수 있다.
- ⑤ 회사가 주식매수선택권을 부여하기 위해서는 정관에 근거가 있어야 하고, 주식매수선택권에 관한 주주총회 결의에서는 주식매수선택권을 부여받을 자의 성명, 부여방법, 행사가액과 조정에 관한 사항, 주식매수선택권의 행사기간, 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수를 정하여야 한다.

[9] 정답 ④

- ① (○) 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 상법 제434조가 정한 주주총회의 특별결의로 회사의 설립·경영 및 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리를 부여할 수 있다. 이러한 주식매수선택권이란 미국에서 기원하여 세계적으로 활용되고 있는 이른바 스톡옵션(stock option)제도를 도입한 것이다. 이는 회사의 임원 등에게 장래 일정한 시기에 이르러 예정된 가격에 회사가 보유한 자기주식이나 또는 신주를 취득할 수 있는 권리를 부여하는 제도이다(제340조의2 제1항 본문).
- ② (○) ③ (○) [1] 주주총회 결의 시 해당 사항의 세부적인 내용을 빠짐없이 정하도록 예정한 것으로 보기는 어렵다. 이후 회사가 주식매수선택권부여에 관한 계약을 체결할 때 주식매수선택권의 행사기간 등을 일부 변경하거나 조정한 경우 그것이 주식매수선택권을 부여받은 자, 기존 주주 등 이해관계인들 사이의 균형을 해치지 않고 주주총회 결의에서 정한 본질적인 내용을 훼손하는 것이 아니라면 유효하다고 보아야 한다. [2] 상법은 주식매수선택권을 부여하기로 한 주주총회 결의일(상장회사에서 이사회결의로 부여하는 경우에는 이사회 결의일)부터 2년 이상 재임 또는 재직하여야 주식매수선택권을 행사할 수 있다고 정하고 있다(상법 제340조의4 제1항, 제542조의3 제4항, 상법 시행령 제30조 제5항). 이와 같이 상법은 주식매수선택권을 행사할 수 있는 시기(始期)만을 제한하고 있을 뿐 언제까지 행사할 수 있는지에 관해서는 정하지 않고 회사의 자율적인 결정에 맡기고 있다. 36)
- ④ (×) 주식매수선택권을 부여받은 비상장법인 임직원들이 자신들의 귀책사유가 아닌 사유로 비자발적으로 퇴직한 경우에 상법 제340조의4 제1항의 최소 재임(재직) 요건에 관계없이 주식매수선택권을 행사할 수 있는지가 문제된 사안에서, “그러한 경우라 하더라도 최소 재임(재직) 요건을 충족하지 못하는 한 위 조항에 따른 주식매수선택권을 행사할 수 없다”는 것이 대법원의 태도이다(대법원 2011. 03. 24. 선고 2010다85027 판결).
- ⑤ (○) 이사회에 권한남용을 방지하기 위하여 정관의 규정 및 주주총회특별결의가 있어야만 동 권리를 부여할 수 있도록 하고 있다(제340조의2 제1항 본문). 【16 법무】 다만 상장회사의 경우 정관이 정하는 바에 따라 이사회 결의로만 주식매수선택권을 부여할 수 있다(제542조의3 제3항). 주식매수선택권에 관한 주주총회 결의에서는 주식매수선택권을 부여받을 자의 성명, 부여방법, 행사가액과 조정에 관한 사항, 주식매수선택권의 행사기간, 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수를 정하여야 한다. 37)

36) 대법원 2018. 7. 26 선고 2016다237714 판결.

37) 제340조의3 [주식매수선택권의 부여] ② 제340조의2 제1항의 주식매수선택권에 관한 주주총회의 결의에 있어서는 다음 각호의 사항을 정하여야 한다.

1. 주식매수선택권을 부여받을 자의 성명
2. 주식매수선택권의 부여방법
3. 주식매수선택권의 행사가액과 그 조정에 관한 사항
4. 주식매수선택권의 행사기간
5. 주식매수선택권을 부여받을 자 각각에 대하여 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수

【문 10】 중복보험과 일부보험에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 하나의 사고에 관하여 여러 개의 무보험자동차특약보험계약이 체결되고 보험금액의 총액이 피보험자가 입은 손해액을 초과하는 때에는 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지고, 이 경우 각 보험자 사이에서는 각자의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 진다.
- ② 여러 보험자가 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 보험금 지급책임의 부담에 관하여 각 보험자 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 각 보험자는 그 보험금 지급채무에 대하여 부진정연대관계에 있다고 봄이 타당하다.
- ③ 두 개의 책임보험계약이 보험의 목적, 즉 피보험이익과 보험사고의 내용 및 범위가 전부 공통되지는 않으나 상당 부분 중복되고, 발생한 사고가 그 중복되는 피보험이익에 관련된 보험사고에 해당된다면, 이와 같은 두 개의 책임보험계약에 가입한 것은 피보험자, 피보험이익과 보험사고 및 보험기간이 중복되는 범위 내에서 중복보험에 해당한다.
- ④ 무보험자동차특약보험의 경우 중복보험에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준이 되는 ‘손해액’은 ‘약관에서 정한 보험금 지급기준에 의해 산출한 금액’이 아니라, ‘피보험자의 실제 손해액’을 의미한다.
- ⑤ 보험가액의 일부를 보험에 붙인 경우에는 보험자는 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 보상할 책임을 진다. 그러나 당사자 간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 보험금액의 한도 내에서 그 손해를 보상할 책임을 진다.

【10】 정답 ④

피보험이익이 동일하고 보험사고와 보험기간을 공통으로 하는 보험계약을 체결함으로써 수인의 보험자와 수개의 손해보험계약이 병존하는 것을 중복보험이라 한다.

- ① (○) 피보험자가 동일한 사고로 제3자에게 배상책임을 짐으로써 입은 손해를 보상하는 수개의 책임보험계약이 동시 또는 순차로 체결된 경우에 그 보험금액의 총액이 피보험자의 제3자에 대한 손해배상액을 초과하는 때에는 중복보험규정을 준용한다(제725조의2).³⁸⁾ 판례도 “하나의 사고에 관하여 여러 개의 무보험자동차특약보험계약이 체결되고 보험금액의 총액이 피보험자가 입은 손해액을 초과하는 경우 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지고, 각 보험자 사이에서는 각자의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 진다”는 입장이다. ³⁹⁾ 【10법부】
- ② (○) 위와 같이 상법 제672조 제1항이 준용됨에 따라 여러 보험자가 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지는 경우 특별한 사정이 없는 한 보험금 지급책임의 부담에 관하여 각 보험자 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 각 보험자는 보험금 지급채무에 대하여 부진정연대관계에 있다.⁴⁰⁾
- ③ (○) [1] 중복보험이라 함은 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약이 동시 또는 순차로 체결되고 그 보험금액의 총액이 보험가액을 초과하는 경우를 말하므로 보험계약의 목적 즉 피보험이익이 다르면 중복보험으로 되지 않으며, 한편 수개의 보험계약의 보험계약자가 동일할 필요는 없으나 피보험자가 동일인일 것이 요구되고, 각 보험계약의 보험기간은 전부 공통될 필요는 없고 중복되는 기간에 한하여 중복보험으로 보된다. [2] 두 개의 책임보험계약이 보험의 목적, 즉 피보험이익과 보험사고의 내용 및 범위가 전부 공통되지는 않으나 상당 부분 중복되고, 발생한 사고가 그 중복되는 피보험이익에 관련된 보험사고에 해당된다면, 이와 같은 두 개의 책임보험계약에 가입한 것은 피보험자, 피보험이익과 보험사고 및 보험기간이 중복되는 범위 내에서 상법 제725조의2에 정한 중복보험에 해당한다고 한 사례. ⁴¹⁾
- ④ (×) 무보험자동차특약보험의 경우 중복보험에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준이 되는 ‘손해액’ 역시 ‘피보험자의 실제 손해액’이 아니라 ‘약관에서 정한 보험금 지급기준에 의해 산출한 금액’을 의미한다고 할 것이다. ⁴²⁾

38) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다65901 판결.

39) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다217178 판결.

40) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다217178 판결

41) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다57687 판결

- ⑤ (○) 상법은 보험자가 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 손해를 보상하는 것을 원칙으로 하고 있다(비례부담의 원칙: 제674조 본문). 만약 손해액이 5,000만원이라면 보험자는 3,500만원을 보상하면 되는 것이다. 다만 당사자 간에 합의로 보험금액 내에서 손해액 전부를 지급하기로 약정도 가능하다(제674조). 만약 실손해액이 5,000만원이라면 보험자는 3,500만원을 보상하면 되지만, 특약으로 실손해액 5,000만원의 보험금지급도 가능하다. 43)

【문 11】 선박우선특권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 복수의 선원 그 밖의 선박사용인이 선박우선특권에 의하여 그들을 고용한 선박소유자가 소유한 복수의 선박 등에 대한 경매신청을 한 경우, 선박우선특권에 의해 경매신청을 한 압류채권자의 지위에서 당연히 우선 배당을 받을 수 있는 대상은 그 선원이 승선한 당해 선박과 그 속구 등의 매각대금에 한정되는 것이고 당해 선박이 아닌 다른 선박에 대한 매각대금에 대하여서까지 따로 배당요구를 하지 않더라도 당연히 우선 배당을 받을 수 있는 것은 아니다.
- ② 국제사법 규정에 의하여 선박우선특권의 성립 여부를 선적국법에 의하여 판단하여야 하는 경우에도, 선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에 실행기간을 포함한 실행방법은 우리나라의 절차법에 의하여야 한다.
- ③ 어선의 책임선장이 선주와의 약정에 따라 지급받기로 한 특별상여금 채권은 상법 제861조 제1항 제2호가 정한 ‘선원 기타의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권’으로서 선박우선특권 있는 채권에 해당한다.
- ④ 선박우선특권은 일정한 채권을 담보하기 위하여 법률에 의하여 특별히 인정된 권리로서 일반적으로 그 피담보채권과 분리되어 독립적으로 존재하거나 이전되기는 어려우므로, 선박우선특권이 유효하게 이전되는지 여부는 그 선박우선특권이 담보하는 채권의 이전이 인정되는 경우에 비로소 논할 수 있다.
- ⑤ 수회의 항해에 관한 채권의 우선특권이 경합하는 때에는 후의 항해에 관한 채권이 전의 항해에 관한 채권에 우선하는 것이 아니라, 각 채권액의 비율에 따라 변제하여야 한다.

【II】 정답 ⑤

- ① (○) 복수의 선원 그 밖의 선박사용인(이하 ‘선원’)이 선박우선특권에 의하여 그들을 고용한 선박소유자가 소유한 복수의 선박 등에 대한 경매신청을 한 경우, 선박우선특권에 의해 경매신청을 한 압류채권자의 지위에서 당연히 우선 배당을 받을 수 있는 대상은 그 선원이 승선한 당해 선박과 그 속구 등의 매각대금에 한정되는 것이고 당해 선박이 아닌 다른 선박에 대한 매각대금에 대하여서까지 따로 배당요구를 하지 않더라도 당연히 우선 배당을 받을 수 있는 것은 아니다. 그리고 그 선원이 근로기준법 등에 의한 임금우선특권을 가지고 있다고 하더라도, 선박우선특권과 달리 임금우선특권만으로는 경매신청을 할 수 없으므로 배당요구종기일 전에 그에 기한 적법한 배당요구를 하지 않는 한 임금우선특권에 의한 우선 배당을 받을 수도 없다.44)

42) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다25356 판결. 이러한 법리에서 이 사건에서 피보험자인 원고가 입은 손해액을 살펴보면, 원심은 원고에게 일실수입손해와 기타손해를 합한 2억 54,014,009원에서 책임보험금 9,500만원을 공제하여 1억 59,014,009원을 이 사건 개별 보험계약에 터잡아 피고가 원고에게 지급하여야 할 보상책임액으로 인정하였는바, 그렇다면 이는 개별 보험계약에서 정한 1인당 보상한도인 2억원에도 미달하므로 이 사건 각 무보험자동차특약보험은 중복보험에 해당한다고 할 것이고, 결국 원고는 피고로부터 개별 보험계약에 의해 산출된 각 보험금을 합산하여 지급받을 수 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 원고가 이 사건 각 무보험자동차특약보험에 대한 보험료를 별도로 지급하였으므로 피고는 원고에게 개별 보험계약에 의해 산출된 각 보험금을 합산하여 지급하여야 한다고 판시하였으나, 여기에는 중복보험에 대한 법리를 오해하거나 무보험자동차특약보험에 있어서 손해액의 개념을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

43) 제674조(일부보험) 보험가액의 일부를 보험에 붙인 경우에는 보험자는 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 보상할 책임을 진다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 보험금액의 한도 내에서 그 손해를 보상할 책임을 진다.

44) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다42188 판결

- ② (○) 국제사법 제60조 제1호는 해상에 관한 ‘선박의 소유권 및 저장권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권’은 선적국법에 의한다고 규정하고 있으므로 선박우선특권의 성립 여부는 선적국법에 의하여야 할 것이나, 선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에 그 실행기간을 포함한 실행방법은 우리나라의 절차법에 의하여야 한다. 45)
- ③ (○) 선박우선특권은 공시되지 않고, 언제나 저장권보다 선순위인 점에서 피담보채권은 제777조 제1항에서 엄격하게 4가지로 제한한다. [03법부] [공/고/구공/충]
1호 ~ 3호
4호. 선박의 충돌과 관련 채권
선박의 충돌과 그 밖의 항해사고로 인한 손해, 항해시설 · 항만시설 및 항로에 대한 손해와 선원이나 여객의 생명 · 신체에 대한 손해의 배상채권이 이에 해당한다. 판례에 의하면 어선의 책임선장이 선주와의 약정에 따라 지급받기로 한 특별상여금 채권이 상법 제861조 제1항 제2호가 정한 ‘선원 기타의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권’으로서 선박우선특권 있는 채권에 해당한다.46)
- ④ (○) 선박우선특권은 일정한 채권을 담보하기 위하여 법률에 의하여 특별히 인정된 권리로서 일반적으로 그 피담보채권과 분리되어 독립적으로 존재하거나 이전되기는 어려우므로, 선박우선특권이 유효하게 이전되는지 여부는 그 선박우선특권이 담보하는 채권의 이전이 인정되는 경우에 비로소 논할 수 있는 것인바, 국제사법 제60조 제1호, 제2호에서 선적국법에 의하도록 규정하고 있는 사항은 선박우선특권의 성립 여부, 일정한 채권이 선박우선특권에 의하여 담보되는지 여부, 선박우선특권이 미치는 대상의 범위, 선박우선특권의 순위 등으로서 선박우선특권에 의하여 담보되는 채권 자체의 대위에 관한 사항은 포함되어 있지 않다고 해석되므로, 그 피담보채권의 임의대위에 관한 사항은 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제35조 제2항에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 의하여야 한다. 47)
- ⑤ (×) 수회의 항해에 관한 채권의 우선특권이 경합하는 때에는 후의 항해에 관한 채권이 전의 항해에 관한 채권에 우선한다(제783조 제1항). [07, 11법부] 그러나 선박사용인의 고용채권에 따른 우선특권은 최후 항해에 한정되지 아니하고, 그 최후의 항해에 관한 다른 채권과 동일(同一)한 순위로 한다(제783조 제2항). [03법부]

【문 12】 상법상 공중접객업자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공중접객업자는 고객으로부터 임차받지 아니한 경우에도 그 시설 내에 휴대한 물건이 자기 또는 그 사용인의 과실로 인하여 멸실 또는 훼손되었을 때에는 고객의 휴대물에 대하여 책임이 없음을 알린 경우에도 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 화폐는 고객이 그 종류와 가액을 명시하여 임차하지 아니하면 공중접객업자는 그 물건의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해를 배상할 책임이 없다.
- ③ 여관 부설주차장에 시정장치가 된 출입문이 설치되어 있는 등 여관측에서 그 주차장에의 출입과 주차 시설을 통제하거나 확인할 수 있는 조치가 되어 있다면, 그러한 주차장에 여관투숙객이 주차한 차량에 관하여는 명시적인 위탁의 의사표시가 없어도 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있는 것으로 볼 수 있다.
- ④ 숙박업자는 고객에게 위협이 없는 안전하고 편안한 객실 등을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하고, 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명 등을 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불안전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다.
- ⑤ 고객의 임차물 및 휴대물에 대한 공중접객업자의 악의로 인한 책임은 공중접객업자가 임차물을 반환하거나 고객이 휴대물을 가져간 후 6개월이 지나면 소멸시효가 완성된다.

45) 대법원 2011.10.13. 선고 2009다96625 판결. 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 같은 취지에서 선박우선특권의 제척기간을 규정한 우리나라 상법 제786조를 적용하여 피고의 선박우선특권은 피고가 2008. 11. 18. 울산지방법원에 그 실행을 위한 경매를 신청하기 전에 이미 소멸하였다는 이유로 원고의 선박우선특권 부존재확인 청구를 인용한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 선박우선특권 실행기간에 관한 준거법의 법리를 오해하는 등의 위법이 없다. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

46) 대법원 2008. 4. 24. 2008다10006

47) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결

[12] 정답⑤

- ① (○) 공중접객업자는 고객으로부터 임치를 받지 아니한 경우 시설 내에 휴대한 물건이 자기 또는 사용인의 과실로 인하여 멸실 또는 훼손된 때에는 손해를 배상할 책임이 있다(제152조 제2항). 이 경우 공중접객업자 측의 과실에 대한 증명책임을 ‘고객’이 부담한다는 점에서 제1항의 경우와 구별된다.⁴⁸⁾ 고객의 휴대물에 대하여 책임이 없음을 일방적으로 알린 경우에도 공중접객업자는 책임을 면하지 못한다(제152조 제3항). 【14법무】 【16 등기】
- ② (○) 화폐, 유가증권 등 그 밖의 고가물에 대하여는 고객이 그 종류와 가액을 명시하여 임치하지 아니하면 공중접객업자는 그 물건의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해를 배상할 책임이 없다(제153조).
- ③ (○) 상법 제152조 제1항의 규정에 의한 임치가 성립하려면 우선 공중접객업자와 객 사이에 공중접객업자가 자기의 지배영역 내에서 목적물보관의 채무를 부담하기로 하는 ‘명시적 또는 묵시적 합의’가 있음을 필요로 하는바, ① 여관 부설 주차장에 출입과 주차사실을 통제하거나 확인하는 시설이나 조치가 되어 있지 않은 채 단지 주차의 장소만을 제공하는 데에 불과하여 그 주차장 출입과 주차사실을 여관 측에서 통제하거나 확인하지 않고 있는 상황이라면, 부설주차장 관리자로서의 주의의무 위배 여부는 별론으로 하고 그러한 주차장에 주차한 것만으로 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있는 것으로 볼 수 없고, ② 투숙객이 여관측에 주차시설을 고지하거나 차량열쇠를 맡겨 차량의 보관을 위탁한 경우에만 임치의 성립을 인정할 수 있다.⁴⁹⁾
- ④ (○) 공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시 사용을 위한 임대차계약으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명·신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 부담하고, 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반 사실을 주장·입증하여야 하며 숙박업자로서는 통상의 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 그 채무불이행에 관하여 자기에게 과실이 없음을 주장·입증하지 못하는 한 그 책임을 면할 수는 없다. ⁵⁰⁾
- ⑤ (×) 공중접객업자의 책임은 공중접객업자가 임치 받은 물건을 고객에서 반환하거나 또는 고객이 휴대물을 가져간 후 6개월이 지나면 소멸시효가 완성한다(제154조 제1항). 단, 물건이 전부멸실된 경우에는 고객이 그 시설을 퇴거한 날로부터 6개월의 기간이 기산된다(동조 제2항). 【13,14법무】 【16 등기】 만약, 공중접객업자나 그 사용인이 악의인 경우에는 보호할 필요가 없으므로 단기시효도 적용되지 아니하고 5년의 일반상사시효가 적용된다(동조 제3항). 【14법무】

48) 대법원 1998. 12. 8. 선고, 98다37507 판결. 이 사건에서 대법원은 ① 주차관리시설이 되어 있지 아니하고 투숙객이 차량열쇠를 여관 측에 맡기지도 아니하였으므로 차량의 임치에 관한 묵시적 합의를 인정할 수 없으므로 여관 측에 상법 제152조 제1항의 책임이 인정될 수 없다고 판시한 뒤, ② 다시 같은 이유를 들어 상법 제152조 제2항의 책임마저 부정하였다.

49) 대법원 1992. 2. 11. 선고, 91다21800 판결.

50) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다38718,38725 판결

【문 13】 보험계약에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 타인을 위한 보험계약에서 피보험자 또는 보험수익자는 보험자에 대하여 별도로 수익의 의사표시를 하지 않더라도 당연히 그 보험계약상의 이익을 받을 수 있다.
- ② 보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 때에는 보험자는 그 사실을 안 날부터 1월내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.
- ③ 보험계약자가 계약체결 후 보험료의 전부 또는 제1회 보험료를 지급하지 않는 경우 다른 약정이 없는 한 계약성립 후 2월이 경과하면 그 계약은 해제된 것으로 본다.
- ④ 계속보험료가 약정한 시기에 지급되지 아니한 경우 보험자는 상당한 기간을 정하여 보험계약자에게 최고하고 그 기간 내에 지급되지 아니한 때에는 그 계약을 해지할 수 있다. 다만 보험계약자는 계약이 해지되고 해지환급금이 지급된 이후라도 일정한 기간 내에 연체보험료에 약정이자를 붙여 보험자에게 지급하고 그 계약의 부활을 청구할 수 있다.
- ⑤ 보험계약자가 고지의무를 위반하여 고지하지 않은 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계가 없더라도 보험자는 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다.

【13】 정답 ④

- ① (○) 타인을 위한 보험계약의 법적 성질에 대하여 판례는 이를 “제3자를 위한 계약”으로 파악하고 있다.⁵¹⁾ 다만, 이는 민법상의 제3자를 위한 계약(민법 제541조)의 경우와 달리 타인을 위한 보험계약의 경우 제3자의 수익의 의사표시 없이 법률에 의해 타인이 이익을 향유하게 되는 점에서 구별된다. [11법무]
- ② (○) 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자는 보험기간 중에 보험사고 발생의 위험을 증가시켜서는 안될 의무를 지고 있는데, 이를 보험계약자 등의 위험유지의무라 한다(제653조). 제653조의 위험은 보험계약자 등이 스스로 증가·변경시킨 주관적 위험이라는 점에서 객관적 원인에 의한 위험증가를 의미하는 제652조의 위험과 구별된다. 보험계약자 등이 이 의무에 위반하여 고의 또는 중대한 과실로 사고발생의 위험을 현저하게 변경·증가시킨 때에는 통지여부를 불문하고 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다(통지의무×, 제653조).
- ③ (○) 당사자는 보험계약의 성립시점과 보험자가 책임을 부담하는 기간의 개시시점을 달리 정할 수도 있다. 만약 당사자가 보험계약에서 보험기간을 명백히 하지 않은 때에는 보험기간은 최초의 보험료가 지급된 때로부터 개시한다(제656조).⁵²⁾ [11법무] 여기서 최초보험료란 그 지급이 없으면 보험자의 책임이 개시되지 아니하는 보험료를 의미하며, 최초보험료를 미지급시 2개월이 경과하면 자동해지된다(제650조).
- ④ (×) 계속보험료(최초보험료×)의 연체로 보험계약이 해지된 경우 아직 해지환급금이 지급되지 않았다면 보험계약자는 보험자와의 계약으로 종전의 보험계약을 부활시킬 수 있다(제650조의2). [17법무] 이 경우 보험계약자는 일정기간 내에 연체보험료에 약정이자를 붙여 지급해야 하며, 부활도 보험계약이므로 보험계약자는 고지의무를 부담하고, 보험자는 낙부통지의무를 부담한다.
- ⑤ (○) 보험계약자가 고지의무위반과 보험사고간에 인과관계가 없음을 입증한 경우 보험자는 보험금을 지급해야 하지만(제655조 단서), 보험자가 고지의무위반을 이유로 해지할 수 있는지 문제된다. 최근 대법원은 ‘고혈압 진단 및 투약 사실에 관한 피보험자의 고지의무 위반과 백혈병 발병이라는 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 않지만, 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다’고 하면서 “① 피보험자가 고혈압으로 진단, 투약을 받은 내용을 보험자에게 고지하지 않았다는 사실과, 그 후 피보험자에게 백혈병이 발생한 사실 사이에는 인과관계가 없다는 점이 인정된 전제에서 …… ② 보험자는 고지의무 위반의 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를 불문하고 상법 제651조에 의하여 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다”⁵³⁾라고 판시한 바 있다(해지금정설).⁵⁴⁾ [14법무]

51) 대법원 1974. 12. 10. 선고 73다1591 판결

52) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다3897 판결.

53) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결.

54) 송옥렬, 상법강의, 262면. 고지의무위반과 보험사고 발생에 인과관계가 없는 경우 보험자는 계약을 해지할 수 있는지 문제된다. 종래 제655조 단서가 애매하게 규정하고 있었고, 심지어 판례도 계약을 해지할 수 없다고 판시한 경우(93다52082, 2000다40353)까지 있었다. 그러나 보험계약의 해지는 제651조에 의해 정해지는 것이고,

【문 14】 상법상 주식회사의 주주총회 결의의 하자를 다투는 소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단된다.
- ② 결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.
- ③ 결의취소 및 결의무효·부존재확인 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있다.
- ④ 주주총회결의 취소소송의 계속 중 원고가 주주로서의 지위를 상실하면 원고는 그 취소를 구할 당사자적격을 상실한다.
- ⑤ 소제기 이후 주식의 포괄적 교환이 이루어져 원고가 피고회사의 주주의 지위를 상실한 경우에는 주주총회결의의 취소를 구할 원고적격이 인정되지 않는다.

[14] 정답 ①

- ① (×) [1] 이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중 에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회에의 구성원이고, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다.
- [2] 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부외의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다. 55) [법무사 최종정리 70번]
- ② (○) 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부당하다고 인정한 때에는 법원은 직권(職權)에 의해 청구를 기각할 수 있다(제379조). 재량기각은 결의취소소송에서만 허용된다. 법원의 재량기각판결도 기각판결이므로 대세적 효력이 없다. [15법무] 【17 동기】
- ③ (○) 원고승소판결의 경우 대세효(對世效)와 소급효(溯及效)를 지닌다(제376조, 제380조, 제190조 본문). 소급효를 지니게 됨으로써 회사의 이익은 보호되나, 거래안전은 침해될 위험성이 있다. 따라서 외관책임의 법리에 의하여 선의의 제3자를 보호하는 것이 필요하다.
- ④ (○) ⑤(○) 주주총회결의 취소소송의 계속 중 원고가 주식의 포괄적 교환으로 주주로서의 지위를 상실하면 원고는 상법 제376조에 따라 그 취소를 구할 당사자적격을 상실하고, 이는 원고가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다.56)

참고판례 ① 주주는 주식의 소유자로서 회사의 경영에 이해관계를 가지고 있다고 할 것이나, 회사의 재산관계에 대하여는 단순히 사실상, 경제상 또는 일반적, 추상적인 이해관계만을 가질 뿐, 구체적 또는 법률상의 이해관계를 가진다고는 할 수 없다.57) ② 예를 들어, 갑 주식회사의 주주인 을이 주주총회결의 부존재 확인의 소를 제기하였는데 소송 계속 중에 갑회사와 병 회사의 주식교환(株式交換)에 따라 병 회사가 갑회사의 완전모회사가 되고 을은 병 회사의 주주가 된 경우 을에게 주주총회결의 부존재 확인을 구할 이익이 없다. [17 동기]

제655조는 보험금지급책임에 관한 규정일 뿐이므로 서로 관련이 없다. 만일 그러하지 않는다면 보험사고 발생 전에는 고지의무위반을 이유로 해지할 수 있는 반면에, 보험사고 이후에는 인과관계가 없다고 해지할 수 없어 계속 보험관계를 유지해야 하는 불합리한 점이 발생한다. 판례도 해지할 수 있는 것으로 변경되었고(2010다 25353), 2014년 개정상법에서도 제655조 단서를 분명하게 하여 해지할 수 있는 것으로 정리하였다.

55) 대법원 2019. 2. 14 선고 2015다255258 판결

56) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결.

57) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결. 이 사건 주주총회결의가 부존재하는 것으로 확인이 되어 이 사건 주주총회결의에 근거한 배당액이 모두 피고에게 반환됨으로써 피고의 완전모회사인 하나금융지주에 이익이 된다고 하더라도, 이로 인하여 하나금융지주의 주주인 원고들이 갖는 이익은 사실상·경제상의 것에 불과하다고 할 것이므로, 원고들은 이 사건 주주총회결의 부존재의 확인을 구할 법률상 이익을 가진다고 할 수 없다.

【문 15】 상법상 1인회사의 법률관계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 총 주식을 한사람이 소유하게 된 1인회사의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 따로 총회소집절차가 필요 없다.
- ② 합명회사와 합자회사는 1인회사가 성립할 수 없다.
- ③ 1인회사는 주주와 회사의 이익이 일치하므로, 주주가 회사금원을 임의로 처분하더라도 횡령죄를 구성하지 않는다.
- ④ 실제로 주주총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 1인주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.
- ⑤ 회사의 유일한 영업재산을 그 회사의 대표이사이자 1인주주가 처분하였다면 주주총회의 특별결의가 없더라도 동 처분은 유효하다.

【15】 정답 ③

- ① (○) 주주총회의 소집절차와 결의방법에 관한 규정은 주주의 이익을 보호하고자 하는 데 취지가 있으므로 1인 회사에 대해서는 그 적용이 완화되는 것으로 해석된다(통설·판례), 즉, 1인 회사의 경우 주주총회의 소집절차가 일부 흠결되었더라도 1인주주의 의사에 합치(合致)되는 결의인 이상, 유효한 결의라고 본다. 【14법부】
- ② (○) 1인회사란 회사 지분 전부가 1인에게 귀속되어 있는 회사를 말한다. 형식적으로 복수의 사원이 있지만 실질적으로는 1인의 사원이 회사의 지분 전부를 소유하는 회사도 이에 해당한다.⁵⁸⁾ 합명회사와 합자회사는 2인 이상의 사원이 성립 및 존속요건이므로 1인회사가 인정되지 않는다. 그러나 주식회사와 유한회사 및 새로 도입된 유한책임회사는 1인에 의한 설립이 허용된다.⁵⁹⁾ 【14법부】
- ③ (×) 대법원 2010.4.29. 선고 2007도6553 판결. 주식회사의 주식이 사실상 1인주주에 귀속하는 1인회사에 있어서도 회사와 주주는 분명히 별개의 인격이어서 1인 회사의 재산이 곧바로 그 1인주주의 소유라고 볼 수 없으므로, 사실상 1인주주라고 하더라도 회사의 자금을 임의로 처분한 행위는 횡령죄를 구성한다. 【17 등기】
- ④ (○) ① 1인 주식회사의 경우에는 유일한 주주인 1인주주가 주주총회에 출석하면 전원총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 명백하므로 별도로 총회소집절차를 거칠 필요가 없고, ② 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다고 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 【12,15법부】 【17 등기】
- ⑤ (○)실질상 1인회사의 소유재산을 그 회사의 대표이사이자 1인주주가 처분하였다면 그러한 처분의사 결정은 곧 주주총회의 특별결의에 대치되는 것이라 할 것이므로 그 재산이 회사의 유일한 영업재산이라 하더라도 동 처분은 유효하다고 할 것이다.⁶¹⁾ 【15법부】

58) 송옥렬, 상, 718면. 2017년 전합판례(2015다248342)는 실질적 1인 회사의 법리에 영향이 없다고 한다.

59) 대법원 2010.4.29. 선고 2007도6553 판결. 주식회사의 주식이 사실상 1인주주에 귀속하는 1인회사에 있어서도 회사와 주주는 분명히 별개의 인격이어서 1인 회사의 재산이 곧바로 그 1인주주의 소유라고 볼 수 없으므로, 사실상 1인주주라고 하더라도 회사의 자금을 임의로 처분한 행위는 횡령죄를 구성한다. 【17 등기】

60) 대법원 1976. 4. 13, 선고 74다1755 판결. 동 판례의 사실관계 중에는 이사회의 소집이 없었던 경우도 포함되어 있었다.

61) 대법원 1976. 5. 11. 선고 73다52 판결

【문 16】 어음행위 및 어음상 권리의 행사에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고가 배서가 연속된 이 사건 약속어음을 지급거절증서 작성기간이 지난 후에 백지식 배서의 방식으로 교부받았더라도 원고는 여전히 이 사건 약속어음의 적법한 소지인으로 추정된다.
- ② 어음은 제시증권, 상환증권이므로 어음을 소지하지 않으면 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이다.
- ③ 어음이 어떤 이유로 이미 채무자의 점유에 귀속하는 경우에도, 어음의 소지는 채무자에 대한 권리행사의 요건이므로, 채무자는 상환이행의 항변을 할 수 있다.
- ④ 어음행위의 내용은 어디까지나 어음상의 기재에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지, 어음 외의 사정에 의하여 어음상의 기재를 변경하는 방식으로 해석하여서는 아니 된다.
- ⑤ 어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음의 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다.

[16] 정답 ③

- ① (○) 어음법 제77조 제1항 제1호에 따라 약속어음에 준용되는 어음법 제13조 제2항은 “배서는 피배서인을 지명하지 아니하고 할 수 있으며 배서인의 기명날인 또는 서명만으로도 할 수 있다(백지식 배서). 배서인의 기명날인 또는 서명만으로 하는 백지식 배서는 환어음의 뒷면이나 보충지에 하지 아니하면 효력이 없다.” 고 규정하고 있고, 어음법 제16조 제1항은 “환어음의 점유자가 배서의 연속에 의하여 그 권리를 증명할 때에는 그를 적법한 소지인으로 추정한다. 최후의 배서가 백지식인 경우에도 같다. 말소한 배서는 배서의 연속에 관하여는 배서를 하지 아니한 것으로 본다. 백지식 배서의 다음에 다른 배서가 있는 경우에는 그 배서를 한 자는 백지식 배서에 의하여 어음을 취득한 것으로 본다.” 고 규정하고 있으며, 어음법 제20조 제1항은 “만기 후의 배서는 만기 전의 배서와 같은 효력이 있다. 그러나 지급거절증서가 작성된 후에 한 배서 또는 지급거절증서 작성기간이 지난 후에 한 배서는 지명채권 양도의 효력만 있다.” 고 규정하고 있다. 여기서 어음법 제20조 제1항 후문의 지명채권 양도의 효력만 있다는 규정은 단지 그 효력이 지명채권 양도의 그것과 같다는 취지일 뿐이므로, 민법상 지명채권의 양도·양수절차인 채권양도인의 통지 또는 채무자의 승낙을 필요로 하는 것은 아니다. 위와 같은 규정과 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 배서가 연속된 이 사건 약속어음을 지급거절증서 작성기간이 지난 후에 백지식 배서의 방식으로 교부받았더라도 원고는 여전히 이 사건 약속어음의 적법한 소지인으로 추정되므로 특별한 사정이 없는 한 발행인인 피고에게 약속어음금의 지급을 구할 수 있다. 62)
- ② (○) ③ (×) 어음은 제시증권, 상환증권이므로(어음법 제38조, 제39조) 어음을 소지하지 않으면 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이지만, 이와 같이 어음상의 권리행사에 어음의 소지가 요구되는 것은 어음채무자에게 채권자를 확지(確知)시키고 또 채무자로 하여금 이중지급의 위험을 회피·저지할 수 있게 하는데 그 취지가 있는 것이므로, 어음이 어떤 이유로 이미 채무자의 점유에 귀속하는 경우에는 위와 같은 점을 고려할 필요가 없어 어음의 소지는 채무자에 대한 권리행사의 요건이 되지 아니하고, 채무자는 상환이행의 항변을 하지 못한다.63)
- ④ (○) [1] 어음행위의 내용은 어디까지나 어음상의 기재에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지, 어음 외의 사정에 의하여 어음상의 기재를 변경하는 방식으로 해석하여서는 아니된다. [2] 약속어음의 소지인 값이 어음의 배서란에 배서인으로 서명날인하면서 을을 피배서인으로 기재한 경우, 위 배서는 을을 피배서인으로 한 기명식 배서로 보아야 하므로 위 배서에 이어 을의 적법한 배서가 없이 위 어음을 취득한 병은 배서의 연속이 흠결되어 위 어음의 적법한 권리자로 추정될 수 없고, 위 배서에 의하여 어음상의 권리가 갑으로부터 병에게로 실질적으로 이전되었다고 볼 수도 없다고 한 사례. 64)

62) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다106290,106306,106313 판결

63) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다60948 판결

64) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다33737 판결

- ⑤ (○) 어음행위자의 어음의 교부(交付)가 어음행위의 성립요건인지 여부가 문제된다.⁶⁵⁾ 판례는 “어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음을 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다” 고 한다.⁶⁶⁾ 즉 발행인이 소지인의 악의 중과실을 입증해야한다는 것이다.

【문 17】 상법상 주식회사의 감사 및 감사위원회에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(단, 상장회사에 관한 특례는 논외로 함)

- ① 감사의 임기는 취임 후 3년내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결시까지로 한다.
- ② 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식의 총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 감사의 선임에 있어서는 의결권을 행사하지 못한다.
- ③ 주주총회에서 감사를 선임하는 경우, 그 선임결의가 있었다고 하여 바로 피선임자가 감사의 지위를 취득하는 것은 아니고 회사의 대표기관과 별도의 임용계약을 체결하여야 감사의 지위를 취득하게 된다.
- ④ 감사는 언제든지 상법 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 해임할 수 있다.
- ⑤ 감사위원회는 3명 이상의 이사로 구성하고, 사외이사가 위원의 3분의 2 이상이어야 한다.

【17】 정답 ③

- ① (○) 감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결시까지로 한다(제410조). 감사의 지위를 강화하기 위하여 상법이 그 임기를 규정하고 있는 것이므로, 이 기간은 정관으로도 연장 또는 단축할 수 없다. [17 법부]
- ② (○) 감사선임(해임×)시에는 의결권이 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과주식에 대하여 의결권을 행사하지 못한다(제409조 제2항). [14법부] 이는 비상장회사이든 상장회사이든 동일하며, 다만, 상장회사의 경우 최대주주와 특별이해관계인의 특례가 있을 뿐이다(제542조의12 제3항 참조, 후술). 이는 감사선임시에 대주주의 영향력을 제한하려는 취지의 규정이다. 이와 같은 취지로 인하여 100분의 3의 비율을 정관으로 낮출 수는 있어도 높일 수는 없다(동조 제3항).

관련판례 감사의 선임과 정족수 문제

감사의 선임에서 3% 초과 주식은 제371조의 규정에도 불구하고 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수’에 산입되지 않는다. 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다.⁶⁷⁾

- ③ (×) 감사 선임시 발행주식총수의 100분의 3이상을 가진 주주의 보유주식에서 100분의 3을 초과(超過)되는 부분에 대해서는 상법 제371조의 규정에도 불구하고 제368조 제1항에서 말하는 ‘발행주식총수’에 산입되지 않는다는 것이 최근 판례의 태도이다. ⁶⁸⁾[특/감] 감사는 주주총회에서 보통결의로 선임한다(제409조 제1항). 최근의 전합 판례에 의하면 “주주총회에서 이사가 감사를 선임하는 경우, 선임결의와 피선임자의 승낙만 있으면, 피선임자는 대표이사과 별도의 임용계약을 체결하였는지와 관계없이 이사가 감사의 지위를 취득한다” 고 한다. ⁶⁹⁾⁷⁰⁾ [17법부] [18 등기]

65) 여기서 어음의 교부(交付)란 어음의 점유를 이전하는 것에 불과한 것이고, 백지식 배서를 전제로 하는 어음 법적 유통방식인 ‘교부’와는 전혀 다른 것이다.

66) 대법원 1999. 11. 26. 99다34307 판결.

67) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결.

68) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결.

69) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결

70) 주주총회의 선임결의에 따라 회사의 대표기관이 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 이에 승낙을 함으로써 비로소 피선임자가 감사의 지위를 취득한다는 대법원 2005. 11. 8. 2005마541 결정은 폐기되었다.

- ④ (○) 감사의 종임사유, 특별결의에 의한 해임, 소수주주의 해임판결의 청구의 소, 직무집행정지의 가처분 및 직무대행자선임은 모두 이사와 같다(제415조, 제382조 제2항, 제385조, 제386조, 제407조). 다만, 감사해임 결의 시에는 감사의 의견진술권이 보장되어 있고(제409조의2), 해임 시에는 특별결의로 해임되지만, 선임의 경우와 달리 3% 초과보유하는 주식의 의결권을 제한받지 않는다.⁷¹⁾ 즉 비상장회사의 경우 감사해임결의시 주주는 보유주식의 제한 없이 의결권을 행사 할 수 있다.
- ⑤ (○) 감사위원회는 이사회내의 위원회의 일종이므로 그 위원의 선임은 이사회내의 일반결의로 하며(제415조의2 제1항), 위원이 되기 위해서는 이사의 자격을 요한다. 다만 다른 위원회는 사외이사가 필수적이지 않지만, 감사위원회의 경우 사외이사가 감사위원회 위원의 3분의 2 이상(과반수×)이어야 한다(제415조의2 제2항 단서). ⁷²⁾ 한편 위원의 수는 다른 위원회가 2인 이상의 이사로 구성되는 데 반하여(제393조의2 제3항) 감사위원회는 3인 이상의 이사로 구성된다(제415조의2 제2항 본문).

【문 18】 회사의 설립과 청산에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 회사설립의 하자가 있는 경우 법률관계의 확실적 처리를 위하여 설립의 무효 또는 취소는 반드시 소에 의하여 주장하여야 한다.
- ② 회사설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있으나, 판결확정 전에 생긴 회사와 사원 및 제3자간의 권리의무에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 주식회사 창립총회에서 정관의 변경뿐만 아니라 소집통지서에 그 뜻의 기재가 없는 경우에도 설립의 폐지를 결의할 수 있다.
- ④ 등기의 공신력에 따라 회사에 관한 청산종결의 등기가 마쳐진 경우에는 남아 있는 청산사무가 있더라도 법인격은 소멸하고 남은 청산사무를 종료할 의무만을 부담한다.
- ⑤ 주식회사의 청산인은 법원이 선임한 경우를 제외하고는 언제라도 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다.

【18】 정답 ④

- ① (○) **회사설립의 하자란** 회사가 설립등기를 하여 성립하였으나, 설립절차상 중대한 하자가 있는 경우를 의미한다. 회사설립의 하자는 단체법적 법률관계의 확실성을 위하여 **회사법상의 소로써만 다룰 수 있다.** [12법무] 이러한 회사설립무효, 취소의 소는 법원의 판결에 의해서만 그 효력이 인정되는 형성(形成)의 소이다.
- ② (○) **회사설립무효, 취소의 소에서 원고 승소의 경우 판결은 형성판결(形成判決)로써** 대세효와 장래효(將來效)를 가진다(제328조, 제190조). [12법무] 나아가, **설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결이 확정된 때에는** 해산의 경우에 준하여 청산하여야 한다(제193조 제1항). 반면에 원고패소의 경우 민사소송의 일반원칙에 따라 회사와 당사자 사이에서만 효력이 미친다.⁷³⁾
- ③ (○) **창립총회에서는** 정관변경 또는 설립폐지를 결의할 수 있다. 소집통지서에 그 기재가 없는 경우에도 이를 할 수 있다(제316조).⁷⁴⁾ [15법무]
- ④ (×) **청산종결등기가 경료된 경우에도 청산사무가 종료되었다 할수 없는 경우에는 청산법인으로 존속한다.**⁷⁵⁾
- ⑤ (○)

71) 이를 입법의 미비라고 보는 견해가 있다(송옥렬, 상법강의, 1073면).

72) 감사위원회의 위원이 되기 위해서는 이사의 자격을 요하며, 상장회사의 규모에 상관없이 감사위원회를 두는 경우 사외이사는 감사위원회 위원의 3분의 2 이상이어야 한다(제415조의2 제2항 단서).

73) 모든 원고 패소의 판결은 권리관계의 부존재를 확인하는 확인판결이라 할 것이다.

74) 이때의 정관변경은 제314조와의 관계상 변태설립사항 이외의 사항을 의미하는 것으로 이해된다.

75) 대법원 1980. 4. 8. 선고 79다2036 판결

(1) 청산인의 선임

1) 자치적인 선임

청산회사의 업무집행기관은 청산인이다. 청산인을 선임하는 것은 1차적으로는 회사의 자치적 의사에 따른다. 즉, 합명회사, 유한책임회사는 **총사원 과반수**, 합자회사는 **무한책임사원 과반수의 결의로** 선임하고(제251조 제1항, 제287조 전단), 물적 회사의 경우에는 정관으로 정하거나 또는 주주총회의 보통결의로 선임한다(제531조 제1항 단서, 제613조 제1항).

2) 회사의 경영자

2차적으로 해산 전의 회사에서 경영을 담당하던 자가 청산인이 된다. 즉, 인적회사 및 유한책임회사의 경우에는 업무집행사원이(제251조 제2항, 제287조 후단), 물적회사의 경우에는 이사가(제531조 제1항 본문, 제613조 제1항) 각각 청산인이 되는 것이다.

3) 법원의 선임

청산인이 없을 때는 법원은 사원(주주) 기타의 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 또는 직권으로 청산인을 선임한다(제252조, 제269조, 제542조 제1항, 제613조 제1항). **【16 법무】**

(2) 청산인의 해임

인적 회사 및 유한책임회사의 경우 사원이 선임한 청산인은 총사원 과반수의 결의로 해임할 수 있다(제261조, 제269조). 물적 회사의 청산인 역시 법원이 선임한 경우 외에는 언제든지 주주총회의 보통결의로 이를 해임할 수 있다(제539조 제1항, 제613조 제1항).

【문 19】 상법 제58조의 일반상사유치권과 상법상 특별상사유치권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상법 제58조의 일반상사유치권이 성립하기 위하여는 채권자와 채무자가 모두 상인이어야 한다.
- ② 상법 제91조 대리상의 유치권은 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요가 없고, 유치권의 대상이 되는 물건도 ‘채무자 소유’ 일 것으로 제한되지 않는다. 다만, 당사자간의 약정으로 달리 정할 수 있다.
- ③ 상법 제58조의 일반상사유치권은 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 ‘채무자 소유’ 일 것으로 제한되어 있다. 다만, 당사자간의 약정으로 달리 정할 수 있다.
- ④ 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행 저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상법 제58조의 일반상사유치권이 성립한 경우, 위 유치권자는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에게 위 일반상사유치권으로 대항할 수 있다.
- ⑤ 상법 제58조의 일반상사유치권 배제의 특약은 당사자 사이의 묵시적 약정에 의해서도 가능하다.

【19】 정답 ④

상인 간의 상행위로 인한 채권의 채권자는 변제를 받을 때까지 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다(제58조). 이와 같이 상인에게 인정되는 유치권을 ‘일반상사유치권’이라 한다.⁷⁶⁾ [07법무] 상거래에서 발생하는 채권에 대해 신속하게 담보방법을 제공하기 위한 일반상사유치권은 (a) 피담보채권과의 관련성을 요구하지 않고, 또한 (b) 유치물은 채무자의 소유이어야 함을 그 특징으로 한다.

- ① (○) ③ (○) ⑤ (○) 채권자와 채무자 쌍방이 모두 ‘상인’이어야 한다. 상인의 자격은 피보전채권이 성립하는 시점에 구비되어야 하고, 유치물의 점유를 개시하는 시점에도 계속 상인의 자격을 갖추어야 한다. 일단 유치권이 성립한 후에는 후에 상인의 자격을 상실하여도 유치권은 유지된다.⁷⁷⁾ [11,14 법무] [18 등

76) 특히 제58조의 유치권은 상인의 종류를 불문하고 인정되는 것으로서 ‘일반상사유치권’이라 부르며, 그에 반해 특정한 종류의 상인에게만 인정되는 것은 ‘특별상사유치권’이라 한다.

- 기 당사자 간의 특약이 있으면 상사유치권의 성립을 배제할 수 있고(제58조 단서) 이러한 특약은 묵시적으로 할 수 있다.
- ② (○) 일반상사유치권의 경우 채권자는 채무자 소유(所有)의 물건(부동산 포함) 또는 유가증권에 대해서만 상사유치권을 행사할 수 있다. 그러나 목적물이 채무자의 소유여야 한다는 것은 유치권의 성립요건일 뿐 존속요건이 아니므로, 일단 유치권이 성립한 후에는 목적물의 소유권이 제3자에게 양도되더라도 채권자는 유치권을 잃지 아니하고, 새로운 소유자에 대해 유치권을 계속 행사할 수 있다. [18 등기] 반면에 대리상은 거래의 대리 또는 중개로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 그 변제를 받을 때까지 본인을 위하여 점유하고 있는 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다(제91조). [08법무] 대리상이 목적물의 점유를 취득하게 된 원인은 단지 본인을 위하여 점유하게 된 것인 이상 반드시 상행위로 인하여 점유하였을 것을 요하지 않고, 그 소유관계 또한 불문한다. 즉 개별적인 관련성을 요하지 않는다는 점과 임의규정이라는 점은 일반상사유치권의 경우와 마찬가지로이다.
- ④ (×) 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행(先行)저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 그 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정 받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 그 상사유치권으로 대항할 수 없다.⁷⁸⁾

【문 20】 어음법 및 수표법상 이득상환청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 환어음 또는 약속어음에서 생긴 권리가 절차의 흠결로 인하여 소멸한 때나 그 소멸시효가 완성한 때라도 소지인은 발행인, 인수인 또는 배서인에 대하여 그가 받은 이익의 한도 내에서 상환을 청구할 수 있다.
- ② 어음법에 의한 이득상환청구권이 발생하기 위하여는 모든 어음상 또는 민법상의 채무자에 대하여 각 권리가 소멸되어야 하는 것인바, 원인관계에 있는 채권의 지급을 확보하기 위하여 발행된 약속어음이 전전양도되어 최후의 소지인이 어음상의 권리를 상실한 경우라도 원인채무는 그대로 존속하는 것이므로 발행인이 바로 어음금액 상당의 이득을 얻고 있다고는 할 수 없다.
- ③ 이득상환청구권은 어음의 효력소멸 당시의 소지인에게 부여된 지명채권에 속하므로 지명채권 양도의 방법에 의하여 양도할 수 있다.
- ④ 어음법 제79조에서 말하는 ‘받은 이익’이라는 것은 어음채무자가 어음상의 권리의 소멸에 의하여 어음상의 채무를 면하는 것 자체를 말하는 것이 아니라 어음수수의 원인관계 등 실질관계(기본관계)에 있어서 현실로 받은 재산상의 이익을 말하는 것이다.
- ⑤ 자기앞수표의 지급제시기간이 경과된 후에는 수표상의 권리가 아니라 이득상환청구권이 양도되는 것이고, 수표소지인은 이득상환청구권의 선의취득자로 보호받게 된다.

[20] 정답 ⑤

- ① (○) 제79조 [이득상환청구권] 환어음 또는 약속어음에서 생긴 권리가 절차의 흠결로 인하여 소멸한 때나 그 소멸시효가 완성한 때라도 소지인은 발행인, 인수인 또는 배서인에 대하여 그가 받은 이익의 한도 내에서 상환을 청구할 수 있다.
- ② (○) 판례는 ① 모든 어음채무자에 대한 어음상의 권리가 소멸된 뒤에도 원인채무가 존속하는 경우⁷⁹⁾는 물론 ② 어음상의 권리가 소멸된 뒤에 원인채권이 존속하다가 그 원인채권까지 소멸한 경우 에도 이득상환청구권은 발생하지 않는다고 한다.⁸⁰⁾ 나아가 판례는 ③ 원인채권이 먼저 소멸한 뒤에 어음채권이 시효소멸한 경우까지도 이득상환청구권이 발생하지 않는다고 판시한 바 있다.⁸¹⁾ 【11법무】

77) 송옥렬, 상법강의, 101면.

78) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결.

79) 대법원 1993. 3. 23. 92다50942 판결.

80) 대법원 1977. 2. 22. 77다19 판결.

81) 대법원 1992. 3. 31. 91다40443 판결.

<참고판례>

어음법에 의한 이득상환청구권이 발생하기 위하여는 모든 어음상 또는 민법상의 채무자에 대하여 각 권리가 소멸되어야 하는 것인바, 원인관계에 있는 채권의 지급을 확보하기 위하여 발행된 약속어음이 전전양도되어 최후의 소지인이 어음상의 권리를 상실한 경우라도 원인채무는 그대로 존속하는 것이므로 발행인이 바로 어음금액 상당의 이득을 얻고 있다고는 할 수 없다.⁸²⁾

- ③ (○) ① 잔존물설에 의하면 어음의 교부만으로 권리가 이전된다고 하는 반면, ② 통설인 지명채권설에 의하면 당사자간의 의사표시로 양도의 효력이 발생하고 의무자에게 통지·승낙을 함으로써 대항요건을 구비할 수 있다고 한다. 판례는 “지명채권설에 따라 어음상 권리의 소멸 이후에 어음을 배서양도하는 것만으로는 이득상환청구권이 양도되지 않는다” 고 판시한 바 있다.⁸³⁾
- ④ (○) 어음채무자에게 이득이 있어야 한다. 여기서의 이득이란 어음상 권리의 소멸로 인해 단순히 어음채무를 면한 것을 의미하는 것이 아니라 ‘실질관계’에서 현실적으로 취한 재산상의 이익을 말한다. 예를 들면 ① 약속어음의 경우 발행인 ② 환어음의 경우 인수인 ③ 수표의 경우 지급보증인에게 이득이 있는 경우에 해당하나 ④ 약속어음이라고 하더라도 융통어음이 발행된 경우라면 예외적으로 피용통자인 수취인에게 이득이 존재할 수도 있다. 그러나 ⑤ 대가를 지급하고 배서를 받고, 대가를 지급하고 배서한 경우 이는 현실적으로 이득을 취한 경우가 아니다. 판례에 따르면 “자기앞수표의 발행은행은 수표금액만큼 이득을 한 것으로 추정된다” 고 한다.⁸⁴⁾
- ⑤ (×) 원심이 그 적시한 증거자료에 의하여 이건 수표 3매는 피고 보조참가인이 소지하고 있던 중 1978.8.19. 22:10경 소외인 등으로부터 소매치기 당한 사실을 인정한 조치는 정당하고 동 수표 등은 위 소매치기 당할 당시에 이미 지급제시 기간이 경과되었음이 분명하므로 수표상의 권리가 소멸되고 이득상환청구권이 발생하여 있었으나 원고는 동 청구권을 적법한 절차에 의하여 양수한 것이 아님이 분명하고 또 이득상환청구권은 선의취득의 대상이 될 수 없다 할 것이니 이와 같은 취지로 판단하여 원고의 청구를 배척한 원심의 조치는 정당하여 논지는 그 이유없으므로 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다. ⁸⁵⁾

【문 21】 다음 중 주식회사 정관의 절대적 기재사항이 아닌 것은?

- ① 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수
- ② 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액
- ③ 현물출자를 하는 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가격과 이에 대하여 부여할 주식의 종류와 수
- ④ 회사가 공고를 하는 방법
- ⑤ 발기인의 성명, 주민등록번호 및 주소

[21] 정답 ③

- ③ (×) 정관의 절대적 기재사항으로는 ① 목적, ② 상호, ③ 발행할 주식 총수(수권주식수), ④ 액면가, ⑤ 설립시 발행하는 주식의 총수, ⑥ 본점의 소재지, ⑦ 회사가 공고를 하는 방법, ⑧ 발기인의 성명·주민등록번호 및 주소가 있다(제289조 제1항). [목/상/발/에 설/본/공/발] [13,17법무] [16,17 등기]

82) 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다50942 판결
 83) 대법원 1970. 3. 10. 69다1370 판결.
 84) 대법원 1961. 7. 31. 4293민상841 판결.
 85) 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다537 판결

【문 22】 상법상 주식회사의 이사 및 이사회에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 이사회 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 이사는 의결권을 행사하지 못한다.
- ② 이사회는 이사 및 감사 전원의 동의가 있는 때에는 회일을 정하고 그 전에 통지하는 등의 절차 없이 언제든지 회의할 수 있다.
- ③ 사외이사는 대표이사가 선임한다.
- ④ 주주는 영업시간내에 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.
- ⑤ 이사회는 정관이 정한 바에 따라 위원회를 설치할 수 있다.

【22】 정답 ③

- ① (○) 이사회 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 이사는 의결권을 행사하지 못한다(제391조 제3항, 제368조 제3항). 통설인 ‘개인법설’에 의하면 특정한 이사가 이사의 지위를 떠나 개인적으로 갖는 이해관계를 특별이해관계로 이해한다. 따라서 ① 주식양도를 제한하는 경우 양도승인을 청구하는 이사, ② 이사의 자기거래시 이사, ③ 이사의 경업금지의무에 대한 승인시 이사 등이 이사회결의와 관련하여 의결권을 행사할 수 없다. [양/자/정] 그러나 ① 대표이사의 선임결의는 논란이 있으나, ② 대표이사 해임결의에서 당해 이사는 특별이해관계 있는 자에 해당하지 않는다.
- ② (○) 소집권자는 회일의 1주간 전에 모든 이사와 감사에 대하여 소집통지를 ‘발송’하여야 하는데, 이사와 감사 전원(全員)의 동의가 있다면 이러한 절차 없이 언제든지 회의할 수 있다(동조 제3항, 제4항). 감사에게도 이사회출석 및 의견진술권이 있으므로 감사에게도 통지하여야 한다. 86) 【15법부】 【10법부】
- ③ (×) 사내이사이든 사외이사이든 이사선임은 주주총회에서 보통결의로 선임한다(제382조 제1항). 【16 등기】 일반회사의 경우 이사선임은 보통결의사항이므로 후보까지 통지, 공고할 필요는 없다. 그러나 ① 상장회사의 경우 소집통지한 이사후보 중에서 선임해야 하며, ② 대규모상장회사(자산총액이 2조원 이상)의 사외이사의 경우에는 후보추천위원회에서 추천한 자에 한해 선임할 수 있다(제542조의 5, 제548조의 8 제5항). 87)
- ④ (○) 주주(채권자 ×)는 회사에 대하여 영업시간 내에 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있으며, 회사는 그 청구에 대하여 이유를 붙여 이를 거절할 수 있다. 이 경우 주주는 법원의 허가를 얻어 이사회 의사록을 열람 또는 등사할 수 있다(제391조의 3 제4항). 단독주주권임에 유의한다.
- ⑤ (○) 일반회사의 경우 이사회는 정관이 정하는 바에 따라 위원회를 임의적으로 설치할 수 있다(제393조의 2 제1항). 그러나 대통령령으로 정하는 대규모상장회사(자산총액 2조원 이상)는 이사회내의 위원회의 일종으로서 ‘사외이사추천위원회’와 ‘감사위원회’를 의무적으로 설치하여야 한다(제542조의 8 제4항, 제542조의 11 제1항).

【문 23】 상법상 책임보험에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피보험자가 제3자의 청구를 방어하기 위하여 지출한 재판상 또는 재판외의 필요비용은 보험의 목적에 포함된 것으로 한다. 피보험자는 보험자에 대하여 그 비용의 선급을 청구할 수 있다.
- ② 수개의 책임보험을 체결한 경우에 보험자 1인에 대한 권리의 포기는 다른 보험자의 권리의무에 영향을 미치지 아니한다.
- ③ 피보험자가 제3자에 대하여 변제, 승인, 화해 또는 재판으로 인하여 채무가 확정된 때에는 지체없이 보험자에게 그 통지를 발송하여야 하고, 보험자는 특별한 기간의 약정이 없으면 위 통지를 받은 날로부터 10일내에 보험금액을 지급하여야 한다.
- ④ 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있고, 위 청구권은 보험금청구권이므로 상법 제662조에 따라 보험사고 발생일로부터 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.
- ⑤ 보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자가 그 배상을 받기 전에는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다.

86) 그러나 감사의 출석이 이사회 결의의 유효요건은 아니다.

87) 대규모상장회사란 자산규모를 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사를 의미한다. 현행 대통령령은 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 상장회사라고 규정한다(상법 시행령 제34조 제2항).

[23] 정답 ④

- ① (○) 방어비용이란 피보험자가 제3자의 청구를 방어하기 위하여 지출한 재판상 또는 재판외의 필요비용을 의미하는 것으로(제720조 제1항), 보험자의 방어 의무를 전제로 하는 것으로 이해되고 있다.⁸⁸⁾ 피보험자는 보험자에 대하여 방어비용의 선급을 청구할 수 있다(제720조 제1항 후문). 피보험자는 방어비용을 실제로 지출한 경우만이 아니라 명백히 지출할 것으로 예상되는 경우에도 보험자에게 방어비용선급청구권을 행사할 수 있는 것이므로 “방어비용을 실제로 지출한 경우에 한하여 보험자에게 방어비용을 청구할 수 있다는 약관의 규정은 무효” 라는 것이 판례의 입장이다.⁸⁹⁾
- ② (○) 피보험자가 동일한 사고로 제3자에게 배상책임을 짐으로써 입은 손해를 보상하는 수개의 책임보험 계약이 동시 또는 순차로 체결된 경우에 그 보험금액의 총액이 피보험자의 제3자에 대한 손해배상액을 초과하는 때에는 중복보험규정을 준용한다(제725조의2).⁹⁰⁾ 수개의 책임보험을 체결한 경우에 보험자 1인에 대한 권리의 포기는 다른 보험자의 권리의무에 영향을 미치지 아니한다.
- ③ (○) 피보험자가 제3자로부터 배상의 청구를 받은 때에는 지체없이 보험자에게 그 통지를 발송하여야 한다(제722조 제1항 : 배상청구 통지의무). 보험자에게 손해에 대한 조치를 준비하고 보험금 지급을 중지하기 위해서이다. 피보험자가 위의 의무를 위반해서 그 통지를 게을리하여 손해가 증가된 경우 보험자는 그 증가된 손해를 보상할 책임이 없다. 다만, 피보험자가 보험사고발생의 통지를 발송한 경우에는 그러하지 아니한다(제722조 제2항, 제657조제1항). 또한, 피보험자가 제3자에 대하여 변제, 승인, 화해 또는 재판으로 인하여 보상채무가 확정된 때에는 지체없이 보험자에게 그 통지를 발송하여야 한다(제723조 제1항 : 채무확정 통지의무).⁹¹⁾ 보험자는 특별한 약정이 없으면 전항의 통지를 받은 날로부터 10일내에 보험금액을 지급하여야 한다(제723조 제2항).
- ④ (×) 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이고, 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권의 변형 내지는 이에 준하는 권리가 아니다. 그러나 이러한 피해자의 직접청구권에 따라 보험자가 부담하는 손해배상채무는 보험계약을 전제로 하는 것으로서 보험계약에 따른 보험자의 책임 한도액의 범위 내에서 인정되어야 한다.⁹²⁾ 【10, 18법무】
- ⑤ (○) 보험자는 특별한 기간의 약정이 없으면 피보험자의 채무확정통지를 받은 날로부터 10일 내에 보험금액을 지급해야 하지만, 이 경우 보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해를 제3자에게 배상하기 전에는 보험금액의 전부나 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다(제724조 제1항).

관련판례 상법 제724조 제1항은 “보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자가 그 배상을 받기 전에는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다.”고 규정(이하 ‘지급거절조항’)하고 있는바, ① 보험회사의 자동차보험약관상 위 규정의 내용과 같은 지급거절 조항을 두고 있지 않다면 보험자는 그 약관에 의하여 제724조 제1항 소정의 지급거절권을 포기한 것으로 봄이 상당하다 할 것이지만, ② 만약 약관에 명시적으로 지급거절조항을 두고 있다면 보험자는 제724조 제1항 및 지급거절조항에 의하여 피보험자의 보험금지급청구를 거절할 권리가 있다고 할 것이다. ⁹³⁾

88) 사고발생 후 어차피 보험자가 모든 책임을 부담하므로 피보험자는 상대방에 대한 방어가 소극적일 개연성이 있는데 이에 보험자에게 방어 의무를 부담하게 하며, 이러한 방어 의무에 기초하여 보험자가 방어비용을 부담하는 것이다.

89) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002다22106 판결.

90) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다65901 판결.

91) 채무확정 통지의무 위반에 대해서는 규정이 없다.

92) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결

93) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2006다43330 판결

【문 24】 주식회사 대표이사에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 대표이사는 이사회에서 선정하나, 정관으로 정한 경우에는 주주총회에서 선정할 수 있다.
- ② 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표하도록 정한 경우에 제3자의 회사에 대한 의사표시는 대표이사 중 1인에 대하여 함으로써 그 효력이 생긴다.
- ③ 주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 회사의 영리 목적과 관계없이 자기의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 회사의 행위로서 유효하다. 다만 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우 회사는 상대방의 악의를 증명하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있다.
- ④ 대표이사는 이사의 자격을 전제로 하므로 이사의 자격을 상실하면 대표이사의 자격도 잃게 되나, 반대로 대표이사에서 해임되었다고 하여 이사의 자격을 상실하는 것은 아니다.
- ⑤ 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 간접적인 손해가 발생한 경우 주주는 이와 같은 손해에 대하여 대표이사를 상대로 상법 제401조 제1항에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.

【24】 정답 ㉔

- ① (○) 대표이사는 이사회가 선임하는 것이 원칙이나, 예외적으로 정관에 규정을 두고 주주총회에서 선임하는 것으로 할 수 있다(제389조 제1항). 【16 등기】 【17 범무】 대표이사는 이사 중에서 선출되어야 하며, 1인 또는 수인의 선정이 가능하고, 나아가 이사 전원을 대표이사로 선임하여도 무방하다. 【12, 13범무】
- ② (○) 공동대표이사법리는 ① 남용의 우려가 있는 능동대리의 경우에만 적용되고, ② 수동대리에는 적용이 없다. 【16 범무】 【16,17 등기】 즉 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표하도록 정한 경우에 제3자의 회사에 대한 의사표시(수동대표)는 대표이사 중 1인에 대하여 함으로써 그 효력이 생긴다.
- ③ (○) 판례는 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다고 하여 ‘비진의표시설’의 입장을 취한 것이 다수⁹⁴⁾이지만, 드물게는 ‘권리남용설’을 취한 것도 있다.⁹⁵⁾ 【12,13,17 범무】 【16 등기】

<참조판례>

형식적으로는 회사를 위한 대표권의 행사로 보이지만 주관적으로 회사가 아닌 대표이사 자신이나 혹은 제3자에게 그 법률행위에 따른 이익을 귀속시킬 목적으로 권한을 행사하는 것을 ‘대표권의 남용(濫用)’이라 한다. 다만 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우 회사는 상대방의 악의를 증명하여 그 행위의 효과를 부인할 수 있다.

- ④ (○) 대표이사는 이사직을 전제로 하므로 이사직을 사임하면 당연히 대표이사직도 소멸한다. 반대로 대표이사의 직을 해임하더라도 이사의 직이 당연히 소멸하는 것은 아니다.
- ⑤ (×) ① 대법원은 일관하여 ‘제외설’의 입장에서 “이사가 회사재산을 횡령(橫領)하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다”고 판시하고 있다.⁹⁶⁾ 【16 범무】 【17 등기】 ② 다만, 최근의 판례에 따르면 “회사의 재산을 횡령(橫領)한 이사가 악의 또는 중대한 과실로 부실공시를 하여 재무구조의 악화 사실이 증권시장에 알려지지 아니함으로써 회사 발행주식의 주가가 정상주가보다 높게 형성되고, 주식매수인이 그러한 사실을 알지 못한 채 그 주식을 취득하였다가 그 후 그 사실이 증권시장에 공표되어 주가가 하락한 경우에는 그 주주는 이사의 부실(不實)공시로 인하여 정상주가보다 높은 가격에 주식을 매수하였다가 그 주가가 하락(下落)함으로써 ‘직접(直接) 손해’를 입은 것이므로, 그 이사에 대하여 상법 제401조 제1항에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 이사의 임무태행위에 의한 직접손해를 구체적으로 판단하되, 간접손해는 배상대상에서 제외하는 입장이다.⁹⁷⁾ 【17 등기】

94) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결

95) 대법원 1987. 10. 13. 86다카1522 판결.

96) 대법원 2003. 10. 24. 2003다29661 판결.

97) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결

【문 25】 위탁매매에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매에 관하여 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 다른 약정이나 관습이 없는 이상 위탁자에 대하여 이를 이행할 책임이 있다.
- ② 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매로 인하여 상대방에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담하므로, 위탁매매인이 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자간의 관계에서 이를 위탁매매인의 소유 또는 채권으로 본다.
- ③ 위탁매매인이 위탁자가 지정한 가액보다 염가로 매도하거나 고가로 매수한 경우에도 위탁매매인이 그 차액을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자에 대하여 효력이 있다.
- ④ 위탁매매인이 거래소의 시세가 있는 물건 또는 유가증권의 매매를 위탁받은 경우에는 직접 그 매도인이나 매수인이 될 수 있다. 이 경우의 매매대가는 위탁매매인이 매매의 통지를 발송할 때의 거래소의 시세에 따른다.
- ⑤ 위탁매매인이 위탁매매의 목적물을 인도받은 후 그 물건의 훼손 또는 하자를 발견하거나 그 물건이 부패할 염려가 있는 때 또는 가격저락의 상황을 안 경우 위탁자의 지시를 받을 수 없거나 그 지시가 지연되는 때에는 위탁자의 이익을 위하여 적당한 처분을 할 수 있다.

【25】 정답 ㉔

위탁매매인이란 자기명의, 타인계산으로 물건 또는 유가증권의 매매(買賣)를 영업으로 하는 자를 의미한다(제101조). ‘자기명의’란 자신이 직접 법률행위의 당사자가 됨을 의미하고, ‘타인계산’이란 법률행위에 따른 경제적 효과를 타인에게 귀속시키는 것을 의미한다. 【07, 18법무】

- ① (○) 위탁매매인은 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 스스로 이를 이행할 책임이 있는데(제105조) 이를 위탁매매인의 ‘이행담보책임(개입의무)’라 한다. 【18법무】 위탁매매인은 위탁자로부터 위탁받은 거래를 하고, 그 이행을 받아서 이를 위탁자에게 이전할 의무를 부담한다. 이 경우 상대방이 의무를 이행하지 않으면 위탁자에 대해서 이전의무가 불가능해지므로 상법은 위탁자를 보호하기 위해 위탁매매인에게 무과실의 이행담보책임을 부과하고 있다. 【12법무】
- ② (×) 위탁자와 제3자는 어떠한 법률관계를 맺지 아니한다. 따라서 제3자의 채무불이행이 있더라도 위탁자는 제3자에 대해 직접 손해배상청구를 할 수 없다. 다만, 위탁물의 귀속(歸屬)에 관하여는 위탁자와 위탁매매인의 채권자간의 관계에 있어서는 위탁자의 소유로 간주(看做)한다(제103조). 【12,16,18법무】 【16,18 등기】
- ③ (○) (a)염가매도 또는 고가매수한 경우 - 차손거래
위탁매매인이 지정가액보다 염가매도 또는 고가매수한 경우 위탁자는 그로 인한 손실을 자기가 부담할 이유가 없으므로 그 결과를 인수하지 않아도 된다(제106조 제1항). 그렇다고 해서 위탁매매인과 상대방 사이의 매매계약이 무효로 된다는 것은 아니며, 다만, 위탁매매인이 거래의 경제적 효과를 위탁자에게 귀속시키지 못하고 또한 매매계약의 체결에 대한 보수를 청구할 수 없다는 뜻이다. 【17 등기】 한편 위의 경우 위탁매매인이 그 차액(差額)의 손실을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자에 대하여 효력이 있다(제106조 제1항). 이때 위탁매매인이 위탁자에게 보수를 청구할 수 있음은 당연하다. 【07,16 법무】 【16 등기】
- (b) 고가매도 또는 염가매수한 경우 - 차익거래 【16 법무】
지정가액보다 고가매도 또는 염가매수한 경우에는 그 차액은 ‘위탁자의 이익’으로 귀속된다(동조 제2항). 거래는 위탁자의 계산으로 하는 것이므로 그 거래로 인해 생긴 이익 역시 위탁자에게 귀속되는 것이 당연하기 때문이다. 【11법무】
- ④ (○) 거래소(98)의 시세(市勢)있는 물건의 매매를 위탁받은 경우에는 직접 그 매도인이나 매수인이 될 수 있다(제107조 제1항). 이는 형성권(形成權)으로서 거래의 직접 당사자가 될 수 있는 권리라는 점에서 ‘전면적 개입권’이라 하는데, 경업금지위반의 효과로서 거래효과의 탈취(奪取)권인 ‘실질적 개입권’과 구분된다. 이때 가격의 결정은 위탁매매인이 매매의 통지를 발송한 당시의 거래소의 시세로 한다(제107 제1항). 【18법무】 【16 등기】
- ⑤ (○) 위탁매매인이 위탁매매의 목적물을 인도받은 후에 그 물건의 훼손 또는 하자를 발견하거나 그 물건이 부패할 염려가 있는 때 또는 가격저락의 상황을 안 때에는 지체없이 위탁자에게 그 통지를 발송하여야 한다(제108조 제1항). 【손자/부력】 이 경우에 위탁자의 지시를 받을 수 없거나 그 지시가 지연되는 때에는 위탁매매인은 위탁자의 이익을 위하여 적당한 처분을 할 수 있다(동조 제2항).

98) 거래소란 공개경쟁적인 방법으로 매매가 형성되는 시장을 의미한다(이철송, (회), 390면). 예를 들어 가락동 농수산물시장, 부산 공동어시장을 의미한다.^^

【문 26】 상법상 주식회사의 합병과 분할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다.
- ② 채권자가 분할이 이루어진 후에 분할회사를 상대로 분할 전의 분할회사 채무에 관한 소를 제기하여 분할회사에 대한 관계에서 시효가 중단되거나 확정판결을 받아 소멸시효 기간이 연장되었다면, 그와 같은 소멸시효 중단이나 연장의 효과는 다른 채무자인 분할로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사에 효력이 미친다.
- ③ 합병할 회사의 일방이 합병후 존속하는 경우에 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 총주주의 동의가 있거나 그 회사의 발행주식총수의 100분의 90이상을 합병후 존속하는 회사가 소유하고 있는 때에는 합병으로 인하여 소멸하는 회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인으로 갈음할 수 있다.
- ④ 합병을 하는 회사의 일방이 합병후 존속하는 경우에 존속하는 회사의 이사 및 감사로서 합병전에 취임한 자는 합병계약서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 합병후 최초로 도래하는 결산기의 정기총회가 종료하는 때에 퇴임한다.
- ⑤ 회사의 합병은 합병후 존속하는 회사 또는 합병으로 인하여 설립되는 회사가 그 본점소재지에서 합병의 등기를 함으로써 그 효력이 생긴다.

【26】 정답 ㉔

- ① (○) 대법원은 “합병비율을 정하는 것은 ① 합병계약의 가장 중요한 내용이고, ② 그 합병비율은 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정함이 원칙이며, 만일 그 비율이 합병할 각 회사의 ③ 일방에게 불리하게 정해진 경우에는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실케 되는 결과를 초래하므로, 현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 ④ 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효다”고 판시하였다.⁹⁹⁾ [가/상/신] [12,15법부]
- ② (×) 부진정연대채무에서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치지 않는다. 따라서 채권자가 분할 또는 분할합병이 이루어진 후에 분할회사를 상대로 분할 또는 분할합병 전의 분할회사 채무에 관한 소를 제기하여 분할회사에 대한 관계에서 시효가 중단되거나 확정판결을 받아 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 연장의 효과는 다른 채무자인 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사에 효력이 미치지 않는다.¹⁰⁰⁾
- ③ (○) 주식회사 간에 ‘흡수합병(신설합병×)’을 함에 있어서 소멸회사의 총주주의 동의가 있거나 소멸회사의 발행주식총수의 100분의 90 이상을 존속회사가 소유하고 있는 때에는 소멸회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인결의로 갈음할 수 있다(제527조의2 제1항).¹⁰¹⁾ [16 법부] 예를 들어 B회사가 A회사를 흡수합병하는 경우 A회사 모든 주주가 B회사와 합병하기를 원하거나 또는 A회사의 주식을 B회사가 이미 90%보유한 경우에는 A회사(소멸회사)의 이사회로 합병승인이 가능하다. 반면에 주식회사 간에 ‘흡수합병(신설합병×)’을 하는 경우에 있어서 합병 이후에 존속회사가 합병으로 인해 발행하는 신주 또는 이전하는 구주(자기주식)의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 10를 초과하지 아니한 때에는 존속회사의 주주총회의 승인은 이사회의 승인결의로 갈음할 수 있다(제527조의3 제1항 본문). 즉 존속회사의 기업가치가 소멸회사의 가치보다 10배 이상인 경우에는 존속회사에서 입장에서 합병규모가 너무 미미(微微)하다는 점을 근거로 한다.
- ④ (○) 존속회사의 이사 및 감사로서 합병 전에 취임한 자는 합병 후 최초로 도래하는 결산기의 정기총회가 종료하는 때에 퇴임한다(제527조의4). [14법부]
- ⑤ (○) 합병절차가 완료되면 본점과 지점의 소재지에서 존속회사는 변경등기를, 소멸회사는 해산등기를, 신설회사는 설립등기를 하여야 한다(제233조). 이러한 합병등기는 단순한 대항요건이 아닌 합병의 효력발생요건이다. [06,12,16법부]

99) 대법원 2008. 1. 19. 2007다64136 판결.

100) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결

101) 존속회사가 이미 소멸회사의 주식을 100%보유하고 있다면 소멸회사주주에게 신주를 발행할 필요가 없다. 이를 무증자합병이라고 한다.

【문 27】 상법상 해상운송에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 운송인이 수통의 선하증권을 교부한 경우 양륙항이나 양륙항이 아닌 곳에서 수통의 선하증권 중 1통을 소지한 자가 운송물의 인도를 청구하여 운송물의 인도를 받은 때에는 다른 선하증권의 효력이 상실된다.
- ② 2인 이상의 선하증권소지인이 운송물의 인도를 청구한 때에는 선장은 지체 없이 운송물을 공탁하고 각 청구자에게 그 통지를 발송하여야 한다. 이 때 수인의 선하증권소지인에게 공통되는 전 소지인으로 부터 먼저 교부를 받은 증권소지인의 권리가 다른 소지인의 권리에 우선한다.
- ③ 해상물건운송인의 면책사유나 책임제한에 관한 규정은 해상물건운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에는 적용되지 않는다.
- ④ 여객이 출발지나 항해 도중 정박항에서 승선시기까지 승선하지 아니한 때에는 선장은 즉시 발항할 수 있다. 이 경우 정박항에서 발항한 경우에는 여객이 운임 전액을 지급하여야 하나 출발지에서 발항한 경우에는 발항 전 계약 해제에 준하여 운임의 반액을 지급할 의무가 있다.
- ⑤ 항해용선계약에서 운송물이 전부 또는 일부가 멸실 또는 연착된 경우의 손해배상액은 인도할 날의 도착지의 가격에 따른다.

【27】 정답 ③

- ① (X) 양륙항에서 수통의 선하증권 중 1통을 소지한 자가 운송물의 인도를 청구하는 경우에도 선장은 그 인도를 거부하지 못한다. 수통의 선하증권 중 1통의 소지인이 운송물의 인도를 받은 때에는 다른 선하증권은 그 효력을 잃는다(제857조). [법11] 그러나 양륙항 외에서는 선장은 모든 선하증권과 상환하여 운송물을 인도해야 한다(제858조).
- ② (O) 2인 이상의 선하증권소지인이 운송물의 인도를 청구한 때에는 선장은 지체 없이 운송물을 공탁하고 각 청구자에게 그 통지를 발송하여야 한다. [법05] 선장이 양륙항에서 운송물의 일부를 인도한 후 다른 소지인이 운송물의 인도를 청구한 경우에도 인도하지 아니한 나머지 운송물에 대하여도 공탁하고 통지해야 한다(제859조). 공탁한 운송물에 대하여는 수인의 선하증권소지인에게 공통되는 전 소지인으로 부터 먼저 교부를 받은 증권소지인의 권리가 다른 소지인의 권리에 우선한다. 격지자에 대하여 발송한 선하증권은 그 발송한 때를 교부받은 때로 간주(看做)한다(제860조).
- ③ (X) 해상운송인의 책임제한에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다(제798조 제1항). 예를 들어 선하증권에 기재된 면책약관은 불법행위에도 적용된다는 의미이다. 본조는 아래 83년 전합 판례가 나온 후인 1991년에 개정으로 신설되었다.¹⁰²⁾ [법11]

83년 전합 판례

해상운송인이 발행한 선하증권에 기재된 면책약관은 일반운송계약상의 면책특약과는 다름 운송계약상의 채무불이행책임뿐만 아니라 그 운송물의 소유권침해로 인한 불법행위책임에 대해서도 이를 적용하기로 하는 당사자간의 숨은 합의가 포함되어 있다고 보는 것이 타당하므로 별도로 당사자 사이에 위 면책약관을 불법행위책임에도 적용키로 한 합의를 인정할 증거가 없더라도 그 면책약관의 효력은 당연히 운송인의 불법행위책임에까지 미친다고 보아야 한다.¹⁰³⁾

- ④ (X) 여객이 승선시기까지 승선하지 아니한 때에는 선장은 즉시 발항할 수 있다. 항해 도중의 정박항에서도 또한 같다. 이 경우에는 여객은 운임의 전액을 지급하여야 한다(제821조).

102) 83년 전합 판례에서 면책약관이 불법행위에도 미치는 근거를 숨은 합의라고 판시하였는바 왜 당사자의 해석을 그렇게 해야 하는지에 대해 논란이 있었는데 이를 91년 상법개정으로 명문으로 해결하였다.

103) 대법원 전합 1983.03.22., 82다카1533

1. 발항 전의 임의해제(해지)
 송하인은 다른 송하인 전원과 공동으로 하는 경우에 운임의 반액을 지급하고 개품운 송계약을 해제 또는 해지를 할 수 있다. 이 경우 외에는 송하인이 발항 전에 계약을 해제 또는 해지한 때에도 운임의 전액을 지급하여야 한다.
 발항 전이라도 송하인이 운송물의 전부 또는 일부를 선적한 경우에는 다른 용선자와 송하인의 동의를 받지 아니하면 계약을 해제 또는 해지하지 못한다(제833조).

2. 발항 후의 임의해지
 발항 후에는 송하인은 운임의 전액, 체당금·체선료와 공동해손 또는 해난구조의 부담액을 지급하고, 그 양륙하기 위하여 생긴 손해를 배상하거나 이에 대한 상당한 담보를 제공하지 아니하면 계약을 해지하지 못한다(제837조).

⑤ (X) 항해운송인의 손해배상액은 운송물의 전부멸실 또는 연착의 경우는 '인도할 날'의 도착지의 가격에 의하고, 운송물의 일부멸실 또는 훼손의 경우는 '인도한 날'의 도착지의 가격에 의한다. 그러나 운송인의 고의나 중과실로 인하여 손해가 발생한 경우에는 운송인은 모든 손해를 배상하여야 한다(제815조, 제146조).

【문 28】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 익명조합원이 자기의 성명을 영업자의 상호 중에 사용하게 하거나 자기의 상호를 영업자의 상호로 사용할 것을 허락한 때에는 그 사용 이후의 채무에 대하여 영업자와 연대하여 변제할 책임이 있다.
- ② 상인간의 매매에서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다.
- ③ 상인간의 매매에서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야 하며, 이 경우 매수인이 계약을 해제한 때에도 매도인의 비용으로 매매의 목적물을 보관 또는 공탁하여야 한다.
- ④ 합자조합에서 유한책임조합원의 지분은 조합계약에서 정하는 바에 따라 양도할 수 있으나, 업무집행조합원은 다른 조합원 전원의 동의가 있어야만 그 지분의 전부나 일부를 타인에게 양도할 수 있다.
- ⑤ 중개인은 당사자 간에 계약이 성립된 때에 각 당사자의 성명 또는 상호, 계약년월일과 그 요령을 기재한 서면을 작성하여 기명날인 또는 서명한 후 각 당사자에게 교부하여야 한다. 이 경우 거래의 명확성을 위하여 당사자가 요구하는 경우에도 그 성명 또는 상호의 기재는 생략할 수 없다.

【28】 정답 ⑤

- ① (O) 익명조합원은 거래상대방에 대하여 아무런 권리의무를 갖지 아니하는바, 이 점에서 대외적으로 일정한 채무를 직접 부담할 지위에 있는 합자회사의 유한책임사원과 비교된다. 다만, 익명조합원이 자기의 성명을 영업자의 상호 중에 사용하게 하거나 자기의 상호를 영업자의 상호로 사용할 것을 허락한 때에는 그 사용 이후(以後)의 채무에 대하여 영업자와 연대하여 변제할 책임이 있다(제81조). 이는 익명조합계약에서 나타나는 지위라기보다는 명의대여자의 책임을 주의적으로 규정한 것에 불과하다. [15법무]
- ② (O) 상인 간의 매매에서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의해 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 않으면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우, 즉 확정기매매에서 당사자의 일방이 이행기가 경과하였는데도 상대방이 즉시 이행청구를 하지 아니하면 매매계약이 해제된 것으로 '의제' 된다(제68조). 예를 들어 선물환계약 등이 그 예이다. [10법무] 민법 제545조에서 해제의 의사표시를 요하는 것과 달리 이행지체만으로 해제의 의사표시 없이 해제된 것으로 의제된다는 점에서 특칙으로서의 의의가 있다. [16법무]
- ③ (O) 상인간의 매매에서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야 한다(제69조). 또한 목적물의 인도장소와 매도인의 영업소가 다른 지역(특·광·시·군)에 있는 경우 ① 매수인이 계약을 해제하거나, ② 매매의 목적물과 상위 또는 그

수량이 초과된 경우 매수인은 매도인의 비용으로 ‘매매목적물’을 보관 또는 공탁하여야 한다. [10법무] 단, 예외적으로 법원의 허가를 얻어 경매를 통하여 ‘그 대가’를 보관 또는 공탁할 수 있다(제70조, 제71조).

- ④ (○) 합자조합에서 지분의 양동 관하여 상법은 업무집행조합원과 유한책임조합원의 경우로 나누어 정하고 있다. 즉, ① 무한책임조합원의 지분양도는 조합원 전원의 동의가 필요하고(제86조의7 제1항), ② 유한책임조합원의 지분양도는 ‘조합계약이 정하는 바에 따른다(제86조의7 제2항)’. [17 등기] 즉, 합자회사의 경우 유한책임사원의 지분양도는 무한책임사원 전원의 동의를 요하는 것에 비해(제276조), 합자조합의 유한책임조합원 지분양도는 그 요건을 사적자치에 의하여 정할 수 있도록 완화하였다고 볼 수 있다. [14법무]
- ⑤ (×) 당사자가 그 성명 또는 상호를 상대방에게 표시하지 아니할 것을 중개인에게 요구한 때에는 중개인은 그 상대방에게 교부할 결약서(結約書)와 일기장(日記帳)의 등본에 이를 기재하지 못한다(제98조). 【17 법무】

【문 29】 상사소멸시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 쌍방적 상행위가 되는 가맹계약을 기초로 하여 발생한 부당이득반환채권에는 상법 제64조가 정한 5년의 상사시효가 적용된다.
- ② 상법 제166조 소정의 창고업자의 책임에 관한 단기소멸시효는 창고업자의 계약상대방인 임치인의 청구뿐만 아니라 임치물이 타인 소유의 물건인 경우에 소유권자인 타인의 청구에도 적용된다.
- ③ 위탁자의 위탁상품 공급으로 인한 위탁매매인에 대한 이득상환청구권이나 이행담보책임 이행청구권은 민법 제163조 제6호 소정의 ‘상인이 판매한 상품의 대가’에 해당하지 아니하여 3년의 단기소멸시효의 대상이 아니다.
- ④ 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위가 되는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하고, 그 상행위에는 상법 제46조 각호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라, 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다.
- ⑤ 신용협동조합의 대출을 받은 회원이 상인으로서 그 영업을 위하여 대출을 받았다면 그 대출금채권은 상사채권이므로 위 상사채권에도 상법 제64조에 정한 5년의 소멸시효기간이 적용된다.

[29] 정답 ②

- ① (○) 가맹점사업자인 甲 등이 가맹본부인 乙 유한회사를 상대로 乙 회사가 가맹계약상 근거를 찾을 수 없는 ‘SCM Adm’(Administration Fee)이라는 항목으로 甲 등에게 매장 매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 청구하여 지급받은 것은 부당이득에 해당한다며 그 금액 상당의 반환을 구한 사안에서, …… 위 부당이득반환채권은 상법 제64조에 따라 5년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다고 한 사례.¹⁰⁴⁾
- ② (×) 상법 제166조 소정의 창고업자의 책임에 관한 단기소멸시효는 창고업자의 계약상대방인 임치인의 청구뿐만 아니라 임치물이 타인 소유의 물건인 경우에 소유권자인 타인의 청구에도 적용된다.¹⁰⁵⁾
- ③ (○) 위탁매매인은 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 스스로 이를 이행할 책임이 있는데(제105조) 이를 위탁매매인의 ‘이행담보책임(개입의무)’라 한다. [18법무] 위탁매매인은 위탁자로부터 위탁받은 거래를 하고, 그 이행을 받아서 이를 위탁자에게 이전할 의무를 부담한다. 이 경우 상대방이 의무를 이행하지 않으면 위탁자에 대해서 이전의무가 불가능해지므로 상법은 위탁자를 보호하기 위해 위탁매매인에게 무과실의 이행담보책임을 부과하고 있다. [12법무] 다만, 위탁매매인의 이행담보책임은 위탁매매인의 영업상의 책임이므로 상대방 채무의 시효기간과는 별도로 5년의 시효로 소멸한다(제64조).¹⁰⁶⁾ 즉 상인의 대가채권이 아니므로 3년의 시효가 적용되는 것이 아님에 유의한다. [18법무]

104) 대법원 2018. 6. 15 선고 2017다248803 판결

105) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다75318 판결

106) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결

- ④ (○) 통설과 판례에 따르면 상행위로 인한 채권이면 쌍방적, 일방적, 영업적, 보조적 행위를 불문하고 상사시효의 적용을 받는다고 본다.¹⁰⁷⁾ [17 법부] 판례는 부당하고 기간 중의 미지급 임금은 상행위로 생긴 것이므로 그 변형으로 인정되는 지연손해금채무, 즉 채무불이행으로 인한 손해배상채무도 상사채무이라고 한다.¹⁰⁸⁾ [16 법부] [18 등기]
- ⑤ (○) 어느 행위가 상법 제46조에서 정한 기본적 상행위에 해당하기 위해서는 영업으로 같은 조 각호에서 정한 행위를 하는 경우이어야 하고, 여기서 영업으로 한다고 함은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다. 그런데 신용협동조합법의 제반 규정에 의하여 인정되는 신용협동조합의 설립 목적, 법적 성격, 업무 내용에 비추어 보면 신용협동조합이 조합의 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로는 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵다고 할 것이다. 다만 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위가 되는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는 것이고, 그 상행위에는 상법 제46조 각호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함되므로, 신용협동조합의 대출을 받은 회원이 상인으로서 그 영업을 위하여 대출을 받았다면 그 대출금채권은 상사채권이라고 보아야 한다.¹⁰⁹⁾

【문 30】 상법상 상호에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상호를 속용하는 영업양수인이 상법 제42조 제1항에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이거나 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권이어야 한다.
- ② 회사가 아니면 회사의 영업을 양수한 경우에도 상호에 회사임을 표시하는 문자를 사용하지 못한다.
- ③ 적법하게 상호를 선정한 경우 상호를 등기하지 않았더라도 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하는 자에 대하여 그 폐지를 청구할 수 있다.
- ④ 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있고, 이 때 명의대여자와 명의차용자의 책임은 부진정연대책임이다.
- ⑤ 명의차용자가 불법행위를 한 경우에는 설령 피해자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 있었다라도 그와 같은 오인과 피해의 발생 사이에 인과관계가 없으므로, 이 경우 명의대여자는 신뢰관계를 전제로 하는 명의대여자의 책임을 부담하지 않는다.

【30】 정답 ①

- ① (×) 상법 제42조 제1항에 의하여 “상호를 속용하는 영업양수인이 변제책임을 지는 양도인의 제3자에 대한 채무는 양도인의 영업으로 인한 채무로서 영업양도 전에 발생한 것이면 족하고, 반드시 영업양도 당시의 상호를 사용하는 동안 발생한 채무에 한하는 것은 아니다” 고 하였다¹¹⁰⁾. 즉 상호를 속용하는 영업양수인이 상법 제42조 제1항에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시까지 발생한 것이거나 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권에 한정되는 것은 아니다.
- ② (○) 개인상인은 상호 중에 회사임을 표시하는 문자를 사용하지 못하며, 이는 개인이 회사의 영업을 양수한 경우에도 마찬가지이다(제20조). 회사임을 표시하는 문자에는 ‘상사’ 또는 ‘(주)’ 등 회사로 인식될 수 있는 문자가 포함된다. ¹¹¹⁾ [07,15,16,17법부]

107) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다7863 판결.

108) 대법원 2014.8.26. 선고 2014다28305 판결.

109) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다254658 판결

110) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다35138 판결. 양도인 갑이 ‘A상사’라는 상호를 영업을 하던 중 병에 대한 영업상의 채무가 발생하였고, 그 후 갑이 상호를 ‘B상사’로 변경하여 영업을 하다가 이 영업을 을에게 양도한 경우에도 영업양수인 을은 병에 대해 변제책임을 진다는 사안이다.

111) 송옥렬, 상법강의, 50면.

- ③ (○) 상호전용권은 타인이 부정한 목적으로 자신의 상호와 동일 또는 유사한 상호를 사용하는 경우 이를 배척할 수 있는 권리이다(제23조 제1항). 이러한 상호전용권의 내용으로는 ① 상호폐지청구권과 ② 손해배상청구권이 있다. [15법무] [18 등기] 한편, 상호전용권의 발생(發生)에 관하여 상호등기에 의해 발생한다는 견해도 있으나, 등기의 유무와는 무관하게 상호의 사용만으로 상호전용권은 발생하고, 상호의 등기는 상호전용권을 강화(強化)시킬 뿐이라고 봄이 타당하다.
- ④ (○) 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다(제24조). 이는 독일법계의 외관주의법리 또는 영미법계의 금반언의 법리에 근거를 두고 있다. [13법무] 명의대여자는 명의차용자와 연대하여 제3자에게 변제할 책임이 있으며(제24조), 그 법적 성질은 부진정(不眞正)연대채무로 보는 것이 일반적이다. [13법무] 명의대여자는 명의차용자의 항변사유를 원용할 수 있으나, 명의차용자에 대한 이행청구 또는 명의차용자의 채무승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 명의대여자에게 효력을 미치지 아니한다.¹¹²⁾ [13,16법무]
- ⑤ (○) 불법행위의 경우에는 사실행위적 불법행위와 거래행위적 불법행위를 구분하여 후자에 대해서는 본조의 책임을 인정해야 한다는 견해도 있지만, 판례는 “설령 피해자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 있었더라도 그와 같은 오인과 피해의 발생 사이에 아무런 인과관계가 없으므로, 명의대여자에게 책임을 지워야 할 이유가 없다” 고 하여 부정적인 입장이다.¹¹³⁾ [09,16,17법무] 【17 등기】

112) 대법원 2011.4.14. 선고 2010다91886 판결.

113) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다55621 판결