

# 이종모 객관식 상법정리

## 제5판 추록

(2024년 09월 06일 기준)



- ㄷ. |○| 주의의무를 다했다고 하더라도 6개월이 경과하면 하자담보책임을 물을 수 없다. 상법 제69조제1항에 따라 상인간의 매매에서 매수인인 목적물 수령 후 즉시 하자를 통지하는 경우에만 손해배상 등을 청구할 수 있고, 예외적으로 즉시 발견하기 어려운 하자인 경우 6개월 내 통지한 경우에만 손해배상 등을 청구할 수 있다(제69조제1항제2문). 따라서 6개월이 경과하면 즉시 발견하기 어려운 하자라고 해도 하자담보책임을 물을 수 없는데, 이때 “6개월”은 절대적인 기간으로 주의의무 등을 다했다고 하더라도 이 기간 경과 후 하자담보책임을 물을 수 있는 경우는 없다(판례).

[대법원 1999. 1. 29., 선고, 98다1584, 판결] 매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6월 내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 과실의 유무를 불문하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다고 해석함이 상당하다.

- ㄹ. |×| 약속어음이 위조되어 무효인 경우 경락인은 채권자에게 경매대금 중 배당받은 금액에 대해 일반 부당이득 반환의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있을 뿐, 민법 제578조제2항에 의한 담보책임을 물을 수는 없다(판례).

[대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결] 경락인이 강제경매절차를 통하여 부동산을 경락받아 대금을 납부하고 그 앞으로 소유권이전등기까지 마쳤으나, 그 후 위 강제집행의 채무명의가 된 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효라는 이유로 그 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정됨으로써 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우 경락인은 경매 채권자에게 경매 대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있을 뿐, 민법 제578조 제2항에 의한 담보책임을 물을 수는 없다.

▶정답 ②

## 회사의 해산명령

중요도 ★★★ | 난이도 ①

### 002 법인에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?

(2023년 12회 37번)

- ㄱ. 「민법」상 사단법인과 재단법인의 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 못하면 그 효력이 없다.  
 ㄴ. 「민법」상 법인은 이사를 두지 않아도 된다.  
 ㄷ. 「민법」상 사단법인은 총 사원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못하고, 정관에 다른 규정이 있더라도 마찬가지이다.  
 ㄹ. 「민법」상 법인이 채무를 완제하지 못하게 된 때에는 이사는 지체없이 파산신청을 하여야 한다.  
 ㅁ. 「상법」상 회사의 이사가 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때 법원은 직권으로 회사의 해산을 명할 수 있다.  
 ㅂ. 「민법」상 법인의 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄹ, ㅁ

③ ㄴ, ㄹ, ㅂ

④ ㄱ, ㄹ, ㅁ, ㅂ

⑤ ㄴ, ㄷ, ㅁ, ㅂ

#### 4 이종모 객관식 상법정리

##### 해설

ㄱ. |○| 민법상 법인의 정관변경은 주무관청의 허가로 효력이 발생한다. 이는 사단법인과 재단법인이 다르지 않다.

제42조(사단법인의 정관의 변경) ① 사단법인의 정관은 총사원 3분의 2 이상의 동의가 있는 때에 한하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 정수에 관하여 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

② 정관의 변경은 주무관청의 허가를 얻지 아니하면 그 효력이 없다.

제45조(재단법인의 정관변경) ① 재단법인의 정관은 그 변경방법을 정관에 정한 때에 한하여 변경할 수 있다.

② 재단법인의 목적달성 또는 그 재산의 보전을 위하여 적당한 때에는 전항의 규정에 불구하고 명칭 또는 사무소의 소재지를 변경할 수 있다.

③ 제42조 제2항의 규정은 전2항의 경우에 준용한다.

ㄴ. |×| 민법상 법인의 이사는 필요상설기관이다. 이에 대한 예외는 없다.

제57조(이사) 법인은 이사를 두어야 한다.

ㄷ. |×| 정관에 다른 규정이 있으면 그에 따른다. 따라서 지문의 “정관에 다른 규정이 있더라도 마찬가지이다”라는 표현은 옳지 않다.

제78조(사단법인의 해산결의) 사단법인은 총사원 4분의 3 이상의 동의가 없으면 해산을 결의하지 못한다. 그러나 정관에 다른 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

ㄹ. |○| 채무를 완제하지 못하게 되면, 지체없이 파산신청을 해야 하고 그 신청은 이사가 한다. 다만 청산 중 채무완제 부족이 분명하게 된 때에는 청산인이 파산선고를 신청한다.

제79조(파산신청) 법인이 채무를 완제하지 못하게 된 때에는 이사는 지체없이 파산신청을 하여야 한다.

제93조(청산중의 파산) ① 청산중 법인의 재산이 그 채무를 완제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 청산인은 지체없이 파산선고를 신청하고 이를 공고하여야 한다.

ㅁ. |○| 법원은 신청 없이 직권으로 해산명령을 할 수 있다. 법원은 다음 사유가 있는 경우 이해관계인, 감사의 청구 또는 직권으로 회사의 해산을 명령할 수 있다. 이는 모든 회사에 적용되는 규정이다(제176조).

1. 회사의 설립목적이 불법한 것인 때
2. 회사가 정당한 사유없이 설립후 1년내에 영업을 개시하지 아니하거나 1년 이상 영업을 휴지하는 때
3. 이사 또는 회사의 업무를 집행하는 사원이 법령 또는 정관에 위반하여 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때

다만 이사 등이 법령 또는 정관에 위반하는 행위를 하였다고만 하여 해산을 명령할 수 있는 것은 아니고, 이로 인해 회사의 존속을 허용할 수 없는 행위를 한 때 해산명령을 할 수 있다.

ㅂ. |○| 이사가 없거나 결원이 있는 경우, 이로 인해 손해가 생길 염려가 있는 경우 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의해 임시이사를 선임하여야 한다(민법 제63조).

\*정답 ④

#### 주식의 질권설정 등

중요도 ★★☆☆ | 난이도 ①

003 「상법」상 비상장회사인 A주식회사는 2021. 5. 3. 신주를 제3자 배정의 방식으로 발행하였는데, 그중 甲이 신주 1,000주를 인수하여 취득하였다. 그 후 甲은 2022. 1. 11. 乙로부터 금 5천만 원을 차용하면서 그 신주에 대하여 乙을 질권자로 한 질권을 설정하였다. 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (A회사가 주식을 전자등록하지 않았음을 전제하고, 각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 38번)

- ① 주권이 2021. 12. 15. 발행되었다면 甲은 질권을 설정하기 위하여 그 주권을 乙에게 교부하여야 한다.
- ② 甲이 2021. 12. 15. 발행된 주권을 丙에게 보관시켰는데 丙이 다시 丁에게 그 주권을 보관시킨 경우, 甲이 2022. 1. 11. 乙을 질권자로 하여 질권을 설정하면서 반환청구권의 양도에 의하여 주권의 점유를 乙에게 이전하려면, 이때 대항요건으로서 丙의 승낙 또는 甲의 丙에 대한 통지 이외에도 丁의 승낙 또는 甲의 丁에 대한 통지까지 갖추어야 한다.
- ③ 2022. 1. 11. 질권을 설정할 당시까지 주권이 발행되지 않은 경우, 「민법」 제346조에 따른 권리질권설정의 일반원칙에 의하여 그 주식을 질권의 목적으로 할 수 있다.
- ④ 주권이 발행된 후 甲이 그 신주를 질권의 목적으로 한 경우에 甲의 청구에 따라 A회사가 乙의 성명과 주소를 주주명부에 덧붙여 쓰고 그 성명을 주권에 적은 경우에는 乙은 A회사로부터 이익배당을 받아 다른 채권자에 우선하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다.
- ⑤ 주권이 발행된 후 甲이 그 신주를 질권의 목적으로 한 경우에 甲의 청구에 따라 A회사가 乙의 성명과 주소를 주주명부에 덧붙여 쓰고 그 성명을 주권에 적은 경우, A회사가 주식을 소각함에 따라 甲이 질권을 설정한 위 신주의 소각으로 인하여 A회사로부터 받을 금전에 대하여 乙은 종전의 주식을 목적으로 한 질권을 행사할 수 있다.

## 해설

- ① |○| 주권이 발행된 경우 원칙적으로 질권을 설정하기 위해서는 주권을 교부하여야 한다(제338조제1항). 사례의 경우 질권설정일은 '22.1.11인데, 주권은 그 이전인 '21.12.15에 발행되었으므로 질권설정시 주권이 존재하였던 경우이다. 따라서 주권의 교부가 있어야 질권이 설정된다. 주식의 질권설정도 주식양도와 마찬가지로 원칙은 주권교부가 효력발생요건이다. 다만 질권설정시 주권이 발행되지 않은 경우 민법상 권리질 설정방법을 이용할 수도 있다(판례).

제338조(주식의 입질) ① 주식을 질권의 목적으로 하는 때에는 주권을 질권자에게 교부하여야 한다.

② 질권자는 계속하여 주권을 점유하지 아니하면 그 질권으로써 제삼자에게 대항하지 못한다.

대법원 2000. 8. 16., 자, 99그1, 결정

주권발행 전의 주식에 대한 양도도 인정되고, 주권발행 전 주식의 담보제공을 금하는 법률규정도 없으므로 주권발행 전 주식에 대한 질권설정도 가능하다고 할 것이지만, 상법 제338조 제1항은 기명주식을 질권의 목적으로 하는 때에는 주권을 교부하여야 한다고 규정하고 있으나, 이는 주권이 발행된 기명주식의 경우에 해당하는 규정이라고 해석함이 상당하므로, 주권발행 전의 주식 입질에 관하여는 상법 제338조 제1항의 규정이 아니라 권리질권설정의 일반원칙인 민법 제346조로 돌아가 그 권리의 양도방법에 의하여 질권을 설정할 수 있다고 보아야 한다.

- ② |×| “반환청구권 양도방식”으로 주권을 교부하기 위해서는 대항요건으로서 “승낙 또는 통지”가 있어야 하는 것은 맞지만, 점유매개관계가 중첩적으로 이루어진 경우 직접 점유자에 대해서까지 이것이 필요한 것은 아니다(판례). 즉 간접점유자인 병의 승낙 또는 병에 대한 통지만 있으면 된다.

대법원 2012. 8. 23., 선고, 2012다34764, 판결

주식의 질권설정에 필요한 요건인 주권의 점유를 이전하는 방법으로는 현실 인도(교부) 외에 간이인도나 반환청구권 양도도 허용되고, 주권을 제3자에게 보관시킨 경우 주권을 간접점유하고 있는 질권설정자가 반환청구권 양도에 의하여 주권의 점유를 이전하려면 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하여야 하고, 이 경우 대항요건으로서 제3자의 승낙 또는 질권설정자의 제3자에 대한 통지를 갖추어야 한다. 그리고 이러한 법리는 제3자가 다시 타인에게 주권을 보관시킴으로써 점유매개관계가 중첩적으로 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 최상위 간접점유자인 질권설정자는 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하고 대항요건으로서 제3자의 승낙 또는 제3자에 대한 통지를 갖추면 충분하며, 직접점유자인 타인의 승낙이나 그에 대한 질권설정자 또는 제3자의 통지까지 갖추는 필요는 없다.

- ③ |○| 맞는 표현이다. ①의 설명 참조.
- ④ |○| 주식의 등록질을 설정한 경우 이익배당에 대해 질권의 효력이 미친다(제340조). 즉 등록질을 설정한 경우 질권자는 (1) 이익배당, (2) 잔여재산 분배, (3) 물상대위에 따른 금전을 지급받아 다른 채권자에 우선하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다는 것이 명문의 규정으로 정해져 있다. 다만 약식질의 경우 이와 같은 규정이 없으므로 해석에 따른다.

## 6 이종모 객관식 상법정리

- ⑤ 101 ④의 설명참조. 주식의 소각, 병합, 분할 또는 전환이 있는 때에는 이로 인하여 종전의 주주가 받을 금전이나 주식에 대하여도 종전의 주식을 목적으로 한 권리를 행사할 수 있다(물상대위, 제339조).

▶정답 ②

설립무효 · 취소소송, 제량기각, 제소기간

중요도 ★★☆☆ | 난이도 下

004 「상법」상 회사와 관련한 소송에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 39번)

- ㄱ. 합명회사는 물론 합자회사, 유한책임회사, 유한회사의 경우에도 설립에 관한 하자의 주장방법으로 설립취소의 소가 인정된다.
- ㄴ. 합명회사 설립취소의 소와 주주총회결의취소의 소의 경우 원인이 된 하자가 보완된 경우에만 법원은 회사의 제반 사정을 참작하여 청구를 기각할 수 있다.
- ㄷ. 감자무효의 소의 원인이 된 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것으로서 자본감소 결의의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것인 경우에는 그 하자가 보완되지 아니하였다 하더라도 법원은 회사현황 등 제반 사정을 참작하여 자본감소를 무효로 하는 것이 부적당하다고 인정한 때에는 그 청구를 기각할 수 있다.
- ㄹ. 주식회사 설립무효의 소의 제소기간은 신주발행무효의 소의 제소기간과 주주총회결의취소의 소의 제소기간보다 짧다.

- ①  $\neg$   
②  $\vdash$   
③  $\neg, \perp$   
④  $\neg, \vdash$   
⑤  $\neg, \vdash, \perp$

## 해설

7. 1. 0 주식회사의 경우에만 설립취소의 소가 인정되지 않는다. “회사”의 설립하자 사유 중 주관적 하자의 대부분은 설립취소소송의 원인이 되고, 주관적 하자 중 “의사무능력”만 설립무효소송의 원인이 되는데, 주식회사는 주관적 하자 전체가 설립의 하자가 되지 않는다. 즉 주식회사에서는 객관적 하자를 이유로 하는 설립무효소송만이 인정된다. 주관적 하자는 사원 개인의 문제로서 의사표시의 하자 또는 의사무능력 등이 그 원인인데, 주식회사에서 (1) 비진의표시는 항상 유효하고, (2) 사기, 착오, 강박에 의한 의사표시는 설립 후 취소할 수 없으므로 설립의 하자가 될 수 없다. (3) 상법상 특칙이 없는 의사무능력, 허위표시 등은 그 설립 후 그 무효를 주장할 수 있지만, 이때 주식인수가 무효가 되더라도 발기인이 자본충실책임으로서 인수담보책임을 부담해야 하므로(법정·과과실 책임), 결국 설립의 하자가 되지 않는다.
- 나. 1. x 주주총회결의 취소소송에서 재량기각은 “하자의 보완” 요건으로 하지 않는다(제397조). 회사법에 등장하는 대부분의 소송은 재량기각 제도를 인정하고 있고, 대부분의 경우 재량기각의 요건으로서 “심리중에 원인이 된 하자가 보완될 것”을 요건으로 한다. 그러나 주주총회결의 취소소송에서는 이를 요건으로 하지 않는다. 지문의 합병회사 설립취소소송의 재량기각에서도 하자의 보완이 요건이다. 참고로 주주총회 하자와 관련된 소송 중 주주총회결의취소소송에서만 재량기각이 인정되고, 부존재확인, 무효확인, 부당결의변경취소소송에서는 그와 같은 제도가 없다.

제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각) 설립무효의 소 또는 설립취소의 소가 그 심리중에 원인이 된 하자가 보완되고 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 설립을 무효 또는 취소하는 것이 부적당하다고 인정할 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.

제379조(법원의 재량에 의한 청구기각) 결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.





## 8 이종모 객관식 상법정리

### 해설

- ㄱ. |○| 실제 대표이사의 이름을 이용한 경우에도 표현대표이사로 인정될 수 있다. 표현대표이사 제도는 외관법리의 일종으로, 거래 상대방이 대표이사로 오인한 것이 핵심이므로, 대표이사로 오인된 자가 누구의 이름을 이용하였는가 또는 실제 이사의 자격은 갖추고 있는가 등이 문제되지 않는다(판례). 즉 제395조가 성립하기 위한 요건 중 하나로서 “외관의 존재” 여부를 따질 때 중요한 것은 “표현적 명칭”으로서 대표권이 있는 것과 같이 보이는 명칭을 사용했는지 여부이다.

대법원 2013. 7. 11., 선고, 2013다5091, 판결

상법 제395조는 표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용되고, 이러한 경우 회사가 표현대표이사의 행위에 대하여 책임을 면하기 위해서는 제3자가 표현대표이사에게 대표이사를 대행하여 법률행위를 할 권한이 없음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 증명하여야 한다

- ㄴ. |○| 대표권을 제한한 경우 이를 알지 못하는 자가 보호받기 위해서는 중대한 과실이 없어야 한다. 회사는 내부적으로 대표권을 제한할 수 있으나, 이는 내부적 제한에 불과하므로 이를 모르는 선의의 제3자에게 이러한 제한을 주장할 수 없는데(제389조제2항→제209조), 이때 선의의 제3자는 무증과실이어야 한다(판례).

대법원 2021. 2. 18., 선고, 2015다45451, 전원합의체 판결

거래행위의 상대방인 제3자가상법 제209조 제2항에 따라 보호받기 위하여 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. 증과실이란 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 이사회 결의가 없음을 알 수 있었는에도 만연히 이사회 결의가 있었다고 믿음으로써 거래 통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반하는 것으로, 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 게을리하여 공평의 관점에서 제3자를 구하여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태를 말한다.

- ㄷ. |×| 무과실까지 필요한 것이 아니고, 증과실만 없으면 보호받을 수 있다. 대표이사의 대표권을 제한하는 경우 이에 대해 선의인 경우 제3자는 보호받을 수 있으며, 이때 선의는 무증과실일 것을 요구하므로, 경과실의 제3자는 보호받는다. 이는 “이사회 결의”를 흠결한 “전단적 대표행위”에도 마찬가지로 적용되므로(전합판결), 제393조에 따라 이사회 결의가 필요함에도 불구하고 이를 거치지 않은 경우 제3자가 보호받기 위해서는 증과실 없는 선의이면 된다. “무과실”이어야만 보호를 받는 것은 아니다.

대법원 2021. 2. 18., 선고, 2015다45451, 전원합의체 판결

대표이사의 대표권을 제한하는상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. 법률의 부지나 법적 평가에 관한 착오를 이유로 그 적용을 피할 수는 없으므로, 이 조항에 따른 제한은 내부적 제한과 달리 볼 수도 있다. 그러나 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위’에 관하여 이사회의 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 위에서 본 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다.

- ㄹ. |○| 특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수 없지만 이사회의 참석하는 경우 의사정족수에는 포함된다(판례). 이사회결의는 주주총회결의와 달리 의사정족수가 존재하므로 이사총원의 과반이 “출석”하여야 한다. 또한 결의가 성립하려면 그 출석한 이사의 과반수가 찬성을 해야 한다(제391조제1항). 이때 특별이해관계가 있는 이사는 “과반의 출석”을 산정할 때는 포함되나, “출석이사 과반의 찬성”을 산정할 때는 제외된다. “출석이사의 과반 찬성”은 의결권을 행사할 수 있는 이사의 과반수를 의미하는 것이다. 따라서 A, B, C 3인의 이사가 있는 회사에서 특별이해관계인인 A와 그렇지 않은 이사 B가 출석한 경우, 3인 중 2인이 출석했으므로 과반출석(의사정족수)은 충족한 것이다. 그리고 A, B 모두가 찬성했을 때 정족수 계산에서 A는 제외하고, 의결권을 행사할 수 있는 B만을 기준으로 판단한다. 따라서 의결권 행사가능한 1인 중 1인이 찬성한 것이므로 출석이사 100%의 찬성이 된다.

대법원 1992. 4. 14., 선고, 90다카22698, 판결

특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니하는 것이므로 회사의 3명의 이사 중 대표이사와 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 의결을 하였다면 이사 3명중 2명이 출석하여 과반수 출석의 요건을 구비하였고 특별이해관계 있는 이사가 행한 의결권을 제외하더라도 결의에 참여할 수 있는 유일한 출석이사인 대표이사의 찬성으로 과반수의 찬성이 있는 것으로 되어 그 결의는 적법하다.



다. |×| 수동대표행위는 단독으로 할 수 있다. 주식회사에서 공동대표이사가 선임된 경우 공동대표이사들은 “공동”으로만 대표권을 행사할 수 있는데, 이는 능동적인 대표권행사에 관한 요건이다(제389조제2항). 따라서 거래상대방으로부터 의사표시를 수령하는 등의 수동적인 대표권행사는 단독으로 해도 회사에 유효하며, 불법행위시에도 공동으로 대표권행사를 할 것을 요구하지 않는다.

▶정답 ③

합병, 주식매수청구권, 간이합병, 채권자보호절차

중요도 ★★ ★ | 난이도 中

006 甲주식회사와 乙주식회사는 모두 자본금 총액이 10억 원 이상인 「상법」상 비상장회사이다. 甲회사가 乙회사를 흡수합병하는 경우 존속회사가 되는 甲회사가 乙회사의 주주에게 발행하는 신주 및 이전하는 자기주식의 총수가 甲회사의 발행주식총수의 10% 이하라면, 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (이 합병은 간이합병이 아님을 전제하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 41번)

(2023년 12회 41번)

- ㄱ. 합병에 반대하는 乙회사의 주주가 「상법」 제522조의3에 규정된 반대주주의 주식매수청구권을 행사하면, 乙회사는 주식매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다.
- ㄴ. 乙회사의 의결권이 없는 우선주를 가진 주주는 합병에 반대하더라도 「상법」 제522조의3에 규정된 반대주주의 주식매수청구권을 행사할 수 없다.
- ㄷ. 乙회사의 합병계약서에 주주총회의 승인을 얻지 아니하고 합병한다는 뜻을 기재하면 乙회사 이사회의 합병승인으로 乙회사 주주총회의 승인에 갈음할 수 있다.
- ㄹ. 甲회사와 乙회사 모두 채권자보호절차를 거칠 필요가 없다.

- ①  $\neg$   
②  $\neg, \perp$   
③  $\neg, \sqcup$   
④  $\perp, \sqcup$   
⑤  $\neg, \sqcup, \sqcap$

## 해설

7. 10 반대주주의 주식매수청구권에 따른 회사의 매수의무이행기간은 2개월이며, 그 기산점은 “주식매수청구기간 종료일”부터이다. 합병반대주주는 합병승인에 대한 주주총회의 결의일로부터 20일 내에 서면으로 주식매수를 청구할 수 있는데(매수청구기간), 이 기간이 종료하는 날부터 2개월 내 회사는 매수의무를 부담한다(제530조제2항→제374조의2제2항). 개정 전 상법은 “주식매수청구를 한 날로부터 2개월”을 회사의 매수의무 이행기간으로 보았으나, 이를 개정함으로써 기산점을 통일한 것이다.

제374조의2(반대주주의 주식매수청구권) ① 제374조에 따른 결의사항에 반대하는 주주(의결권이 없거나 제한되는 주주를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구를 받으면 해당 회사는 같은 항의 매수 청구 기간(이하 이 조에서 “매수청구기간”이라 한다)이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다.

나.  $|x|$ 의 결편이 없는 주식을 가진 주주도 행사할 수 있다. 개정전 상법은 명문의 규정으로 이를 정하지 않았지만 해석상 가능하다고 보는 것이 다수의 견해였는데, 상법개정을 통해 이를 분명히 한 것이다.

제522조3(합병반대주주의 주식매수청구권) ① 제522조제1항에 따른 결의사항에 관하여 이사회에 결의가 있는 때에 그 결의에 반대하는 주주(의결권이 없거나 제한되는 주주를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우에는 그 총회의 결의일부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 소유하고 있는 주식의 매수를 청구할 수 있다.

- ㉔. |×| 간이합병이 아니므로 이사회결의로 주주총회 승인을 갈음할 수 없다. 지문의 사례는 흡수합병이고 흡수합병에 있어 소멸회사는 일정한 요건을 갖춘 경우 합병승인에 관한 주주총회결의를 이사회결의로 갈음할 수 있다. 즉 (1) 존속회사가 소멸회사 주식의 90% 이상을 소유하고 있거나, (2) 사전에 소멸회사 주주 전원이 동의한 경우가 그것인데(제527조의2제1항), 지문의 사례는 간이합병이 아님을 전제하고 있으므로, 을 회사에 있어 이사회결의로 갈음할 수 있는 경우는 없다.
- ㉕. |×| 모두 채권자보호절차를 거쳐야 한다. 합병에 있어서 해당 회사에 채권자가 존재한다면 채권자보호절차가 생략되는 경우는 없다. 이는 소규모합병 및 간이합병에 있어서도 마찬가지이다.

▶정답 ①

## 명의대여자 책임, 상호의 가등기, 상호전용권, 사전등기배척권, 상호의 양도

중요도 ★★★ | 난이도 ①

### 007 「상법」상 상호에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 42번)

- ① 합병회사가 그 상호를 변경하고자 할 때에는 본점의 소재지를 관할하는 등기소에 상호의 가등기를 신청할 수 있다.
- ② 甲이 乙에게 건설업 면허를 대여하였다. 이 경우 면허를 대여받은 乙이 그 면허를 사용하여 대여자 甲의 명의로 하도급거래를 하였다면, 甲을 영업의 주체로 오인한 하수급인에 대하여 甲은 특별한 사정이 없는 한 「상법」 제24조의 명의대여자 책임을 부담한다.
- ③ 「상법」 제23조 제1항은 “누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다.”라고 규정하고 있는바, 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호는 그 타인의 영업과 동종영업에 사용되는 상호에 한정되지 않는다.
- ④ 타인이 등기한 상호를 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 상호로 등기한 경우 선등기자가 후등기자에게 「상법」 제22조에 의하여 그와 동일한 상호의 등기의 말소를 소로써 청구할 수 없다.
- ⑤ 「상법」 제25조 제1항은 “상호는营业을 폐지하거나 영업과 함께 하는 경우에 한하여 이를 양도할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 이때 영업의 폐지라 함은 정식으로 영업폐지에 필요한 행정절차를 밟아 폐업하는 경우에 한하지 아니하고 사실상 폐업한 경우도 이에 해당한다.

#### 해설

- ① |○| 상호변경 시 상호의 가등기 신청에는 회사 종류의 제한이 없다. 다만 “회사의 설립”시 상호의 가등기를 할 수 있는 회사 종류는 주식회사, 유한책임회사 또는 유한회사로 제한되어 있다(제22조의2).

제22조의2(상호의 가등기) ① 유한책임회사, 주식회사 또는 유한회사를 설립하고자 할 때에는 본점의 소재지를 관할하는 등기소에 상호의 가등기를 신청할 수 있다.

② 회사는 상호나 목적 또는 상호와 목적을 변경하고자 할 때에는 본점의 소재지를 관할하는 등기소에 상호의 가등기를 신청할 수 있다.

③ 회사는 본점을 이전하고자 할 때에는 이전할 곳을 관할하는 등기소에 상호의 가등기를 신청할 수 있다.

④ 상호의 가등기는 제22조의 적용에 있어서는 상호의 등기로 본다.

⑤ 삭제

- ② |○| 하도급에 있어서도 명의대여자의 책임이 인정된다(판례). 원칙적으로 명의대여 관계에서 명의대여자가 책임을 부담하는 범위는 직접 명의를 대여해준 차용자에 대해서이다. 따라서 명의차용자의 사용인이 명의대여자의 명의를 사용하는 경우에 대여자의 책임을 인정하지 않는다(판례). 그러나 건설업 등과 같이 하도급 거래가 일반적인 경우에는 직접 명의를 차용한 자가 아닌 경우에도 책임을 인정한다(판례).

대법원 1989. 9. 12., 선고, 88다카26390, 판결

명의대여자가 영업주로서 자기의 성명이나 상호를 사용하는 것을 허락했을 때에는 명의차용자가 그것을 사용하여 법률행위를 함으로써 지게된 거래상의 채무에 대하여 변제의 책임이 있다는 것을 밝히고 있는 것에 그치는 것이므로 여기에 근거한 명의대여자의 책임은 명의의 사용을 허락받은 자의 행위에 한하고 명의차용자의 피용자의 행위에 대해서까지 미칠 수는 없다.

대법원 2008. 10. 23., 선고, 2008다46555, 판결

건설업 면허를 대여한 자는 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설업을 할 것을 허락하였다고 할 것인데, 건설업에서는 공정에 따라 하도급거래를 수반하는 것이 일반적이어서 특별한 사정이 없는 한 건설업 면허를 대여받은 자가 그 면허를 사용하여 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 하는 것도 허락하였다고 봄이 상당하므로, 면허를 대여한 자를 영업의 주체로 오인한 하수급인에 대하여도 명의대여자로서의 책임을 지고, 면허를 대여받은 자를 대리 또는 대행한 자가 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 한 경우에도 마찬가지이다.

- ③ |○| 동종영업으로 한정되지 않는다(판례). 영업의 종류와 관계없이 일반 수요자의 입장에서 영업주체의 오인이 발생할 염려가 있는지 여부로 판단한다.

대법원 1996. 10. 15., 선고, 96다24637, 판결

상법 제23조 제1항에서는 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다고 규정하고 있는 바, 이 경우 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호는 그 타인의 영업과 동종 영업에 사용되는 상호만을 한정하는 것은 아니고, 각 영업의 성질이나 내용, 영업 방법, 수요자층 등에서 서로 밀접한 관련을 가지고 있는 경우로서 일반 수요자들이 양 업무의 주체가 서로 관련이 있는 것으로 생각하거나 또는 그 타인의 상호가 현저하게 널리 알려져 있어 일반 수요자들로부터 기업의 명성으로 인하여 절대적인 신뢰를 획득한 경우에는, 영업의 종류와 관계없이 일반 수요자로 하여금 영업주체에 대하여 오인·혼동시킬 염려가 있는 것에 해당한다.

- ④ |×| 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있다(판례). 상법 제22조에 따르면 타인이 등기한 상호를 동일 행정구역에서 동종영업의 상호로 “등기할 수 없다”로 표현되어 있는데, 판례는 상법 제22조가 후등기자가 등기한 경우에 이를 말소할 수 있는 권리를 인정하는 규정이라고 본다.

대법원 2004. 3. 26., 선고, 2001다72081, 판결

상법 제22조의 규정은 동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서는 동일한 영업을 위하여 타인이 등기한 상호 또는 확연히 구별할 수 없는 상호의 등기를 금지하는 효력과 함께 그와 같은 상호가 등기된 경우에는 선등기자가 후등기자를 상대로 그와 같은 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력도 인정된 규정이라고 봄이 상당하다.

- ⑤ |○| 사실상 폐업한 경우도 포함된다. 상호는 영업과 독립하여 양도할 수 없고, (1) 영업과 함께 양도하거나, (2) 영업이 폐지된 경우에만 양도할 수 있는데(제25조제1항), 이때의 영업폐지에는 법률상 폐지뿐만 아니라 사실상 폐지된 경우도 포함된다(판례).

대법원 1988. 1. 19., 선고, 87다카295, 판결

상법 제25조 제1항은 상호는 영업을 폐지하거나 영업과 함께 하는 경우에 한하여 이를 양도할 수 있다고 규정하고 있어 영업과 분리하여 상호만을 양도할 수 있는 것은 영업의 폐지의 경우에 한하여 인정되는데 이는 양도인의 영업과 양수인의 영업과의 사이에 혼동을 일으키지 않고 또 폐업하는 상인이 상호를 재산적 가치물로서 처분할 수 있도록 하기 위한 것인점에 비추어 위 법조항에 규정된 영업의 폐지라 함은 정식으로 영업폐지에 필요한 행정절차를 밟아 폐업하는 경우에 한하지 아니하고 사실상 폐업한 경우도 이에 해당한다.



대법원 1969. 9. 30., 선고, 69다975, 976, 판결

타인의 금융 또는 채무담보를 위하여 약속어음(소위 용통어음)을 발행한자는 이를 양수한 제3자가 선의이거나 악의이든 간에, 또 기한후 배서에 의한 취득이었다 하더라도 댓가 관계없이 발행된 용통어음이었다는 항변(인적항변)으로 대항할 수 없다.

## 이사 선임, 이사의 보수, 이사의 해임과 손해배상청구 등

중요도 ★★★ | 난이도 ④

**009** 甲은 A주식회사 주주총회의 적법한 결의로 임기 2년의 이사로 선임되었고 甲이 이를 승낙하였으나 甲과 A회사 사이에서 따로 이사임용계약이 체결되지는 않았다. A회사의 정관에 이사의 정원은 3명으로, 이사의 임기는 2년으로 규정되어 있고, 임기 연장에 관한 규정은 없다. 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 44번)

- ① 甲과 A회사 사이에 이사임용계약이 체결되지 않았더라도 甲이 A회사의 이사 지위를 취득한다.
- ② A회사 정관에 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정하도록 한 경우 주주총회결의 없이 甲이 A회사로부터 ‘특별성과급’이라는 명칭으로 경영성과에 따라 금원을 지급받은 경우, 甲이 지급받은 그 금원은 직무수행에 대한 보상으로 지급된 보수로서 법률상 원인없이 이루어진 부당이득에 해당한다.
- ③ 만약 A회사가 정당한 이유 없이 甲의 임기만료 이전에 甲을 해임한 때에는 甲은 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있고, 이러한 경우 ‘정당한 이유’의 존부에 관한 증명책임은 손해배상을 청구하는 甲이 부담한다.
- ④ 甲을 포함하여 A회사의 이사가 3명만 선임되어 있고, 甲의 임기 2년이 경과하였으나 후임 이사가 선임되지 않아 이사의 원수를 결한 경우에는, 甲은 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다.
- ⑤ 위 ④의 경우에 甲이 임기만료 후에도 계속 이사로서의 직무를 수행하는 경우, 甲은 「상법」 제385조 제1항에서 해임 대상으로 정하고 있는 ‘이사’에 포함된다.

### 해설

- ① | ○ 임용계약 체결이 없더라도 이사의 지위를 취득한다. 이사는 회사와 위임계약 관계이므로(제382조제2항), 일반적인 계약법리에 따라 청약과 승낙이 합치되어야 하는 것이 원칙이나, 전원합의체 판결에 따라 회사의 청약 없이 주주총회의 결의와 후보자의 승낙만으로 이사의 지위를 취득한다.

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

이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사·감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다.

- ② | ○ 이사의 직무수행에 대한 대가는 보수로서 정관 또는 주주총회결의의 근거가 있어야 한다(제388조), 명칭과 관계없이 보수에 해당하는지 여부는 실질적으로 판단한다(판례). 따라서 “성과급”이라는 명칭이더라도 직무수행의 대가라면 보수이므로 지급근거가 정관 또는 주주총회결의에 존재해야 하며, 존재하지 않는 경우 부당이득에 해당한다.

대법원 2020. 4. 9., 선고, 2018다290436, 판결

甲 회사의 대표이사인 乙이 주주총회의 결의 없이 甲 회사로부터 ‘특별성과급’이라는 명목으로 금원을 지급받은 사안에서, 乙이 ‘특별성과급’이라는 명목으로 지급받은 금원은 직무수행에 대한 보상으로 지급된 보수에 해당하는데, 乙이 특별성과급을 지급받

## 14 이종모 객관식 상법정리

을 때 주주총회의 결의 없이 甲 회사의 대주주의 의사결정만 있었다면, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정만으로 결의가 있었던 것과 같게 볼 수 없고, 특별성과급 일부가 주주총회에서 정한 이사의 보수한도액 내에 있다는 사정만으로 그 부분의 지급을 유효하다고 볼 수도 없으므로, 乙에게 지급된 특별성과급은 법률상 원인 없이 이루어진 부당이득에 해당한다.

- ③ |○| 해임당하는 이사가 해임사유가 정당하지 않다고 입증하여야 한다. 위임계약 관계에 있는 이사의 해임에 꼭 정당한 이유가 필요한 것은 아니다. 법인과 이사의 관계는 위임계약관계이고 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있기 때문이다(민법 제689조제1항). 다만 임기중 이사가 정당하지 않은 이유로 해임되는 경우 남은 임기동안의 보수를 손해로 하여 배상을 청구할 수 있을 뿐이다(제385조제1항). 이때 손해배상을 청구하는 이사가 정당한 이유에 대해 입증을 하여야 하는데, 판례는 주관적 신뢰관계 상실을 정당하지 않은 이유로 본다(판례).

대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결

주식회사 이사의 임기를 정한 경우에 주식회사가 정당한 이유 없이 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있는데(상법 제385조 제1항 후문), 이러한 경우 '정당한 이유'의 존부에 관한 입증책임은 손해배상을 청구하는 이사가 부담한다.

- ④ |○| 결원이 있다면 후임이사 선임시까지 계속 이사로서 권리의무를 갖는다(제386조제1항). 이러한 제도의 적용을 위해서는 임기만료 또는 사임으로 이사의 지위가 상실된 경우로 한정된다. 사례의 경우 정관상 이사의 임기가 2년이고, 정관상 임기연장 규정이 없으므로 취임 후 2년이 경과하면 이사의 지위를 상실한다(등기는 대항요건). 이때 결원이 발생한다는 의미는 해당 이사의 지위상실로 이사회 구성이 어려운 경우를 말한다(판례). 퇴임이사는 이사와 동일한 권리의무를 갖는 것이며, 상무로 권한이 제한되는 것이 아니다.

제386조(결원의 경우) ① 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다.

② 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사 기타의 이해관계인의 청구에 의하여 일시 이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있다. 이 경우에는 본점의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다.

대법원 2005. 3. 8.자 2004마800 전원합의체 결정

대표이사를 포함한 이사가 임기의 만료나 사임에 의하여 퇴임함으로써 말미암아 법률 또는 정관에 정한 대표이사나 이사의 원수(최저인원수 또는 특정한 인원수)를 채우지 못하게 되는 결과가 일어나는 경우에, 그 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사(후임이사)가 취임할 때까지 이사로서의 권리의무가 있는 것인바(상법 제386조 제1항, 제389조 제3항), 이러한 경우에는 이사의 퇴임등기를 하여야 하는 2주 또는 3주의 기간은 일단의 경우처럼 퇴임한 이사의 퇴임일부터 기산하는 것이 아니라 후임이사의 취임일부터 기산한다고 보아야 하며, 후임이사가 취임하기 전에는 퇴임한 이사의 퇴임등기만을 따로 신청할 수 없다고 봄이 상당하다.

- ⑤ |×| 퇴임이사는 해임대상은 아니며, 해당 퇴임이사가 이사로서 업무수행이 적절하지 않다면, 제386조제2항에 따른 임시이사를 선임해야 한다. 임시이사제도는 퇴임이사제도에 보충적으로 적용되는 것으로 퇴임이사가 업무를 수행하는 것이 적절하지 않은 때 임시이사를 선임하면 퇴임이사는 그 자격을 상실한다(판례). 주주총회를 통해 해임을 해야 하는 것이 아니다.

대법원 2021. 8. 19., 선고, 2020다285406, 판결

임기만료로 퇴임한 이사라 하더라도 상법 제386조 제1항 등에 따라 새로 선임된 이사의 취임 시까지 이사로서의 권리의무를 가지게 될 수 있으나(이하 '퇴임이사'라고 한다), 그와 같은 경우에도 새로 선임된 이사가 취임하거나 상법 제386조 제2항에 따라 일시 이사의 직무를 행할 자가 선임되면 별도의 주주총회 해임결의 없이 이사로서의 권리의무를 상실하게 된다. 이러한 상법 제385조 제1항의 입법 취지, 임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사의 지위 등을 종합하면, 상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 '이사'에는 '임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사'는 포함되지 않는다고 보아야 한다.



## 백지어음, 부당보충 등

중요도 ★★★ | 난이도 ㉠

## 010 백지어음에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 45번)

- ① 백지어음이 아니라 불완전 어음으로서 무효라는 점에 관한 증명책임은 발행인에게 있다.
- ② 백지보충 전 어음으로 지급제시하면 상환청구권이 보전되지 않으며, 백지보충 전의 지급제시는 그 청구시점에 시효 중단의 효력도 없다.
- ③ 수취인이 백지인 채로 발행된 어음은 인도에 의하여 어음법적으로 유효하게 양도될 수 있고, 어음이 전전양도된 후 그 어음을 인도받은 최종 소지인이 수취인으로서 자기를 보충하였다고 하더라도 그 소지인이 발행인을 해할 것을 알고 취득한 경우가 아니면 발행인으로부터 인적항변의 대항을 받지 아니한다.
- ④ 만기를 백지로 하여 발행된 약속어음의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 3년이다.
- ⑤ 백지어음에 미리 합의한 사항과 다른 내용을 보충한 경우에는 그 합의의 위반을 이유로 소지인에게 대항하지 못한다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

## 해설

- ① |○| 어음의 주채무자인 발행인이 보충권을 수여할 의사가 없는 불완전어음이므로 무효라고 입증해야 한다(판례). 불완전어음이 아닌 백지어음은 보충권을 수여할 의사로 발행하는 것으로 해당 어음이 무효가 아니고, 이에 대한 책임을 부담하기 때문이다.

대법원 2001. 4. 24., 선고, 2001다6718, 판결

백지약속어음의 경우 발행인이 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는지의 여부에 관하여는 발행인에게 보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점, 즉 백지어음이 아니고 불완전어음으로서 무효라는 점에 관한 입증책임이 있다.

- ② |×| 백지를 보충하기 전에 지급제시해도 시효는 중단된다. 백지가 보충되지 않은 백지어음으로 지급제시를 하는 것은 적법한 지급제시가 아니므로 상환청구권은 보전되지 않는다. 다만 시효가 중단되는 효과는 있다(판례).

대법원 1979. 8. 14. 선고 79다1189 판결

약속어음은 발행지의 기계가 없으면 적법한 제시기간내에 발행지란을 보충하여 지급을 위한 제시를 하지 아니하는 한 피소구권자에 대한 소구권을 상실하는 것과 마찬가지로 발행일단의 보충없이 지급제시 한 경우도 적법한 지급제시가 되지 못하여 소구권을 상실한다.

대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결

만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잡자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이라고 할 수 있고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다고 할 것이다.

- ③ |○| 백지어음도 일반적인 어음과 마찬가지로 배서로 양도할 수 있고, 인적항변 절단의 효력도 발생한다. 따라서 해의로 취득한 경우가 아니라면 인적항변은 절단된다(어음법 제17조).

제17조(인적 항변의 절단) 환어음에 의하여 청구를 받은 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변(抗辯)으로써 소지인에게 대항하지 못한다. 그러나 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

- ④ |○| 만기가 백지인 경우 백지보충권의 소멸시효는 “보충권을 행사할 수 있는 때”로부터 3년이다(판례). 만기 이외의 사항이 백지인 경우에는 만기를 기산점으로 한다.

대법원 1997. 5. 28., 선고, 96다25050, 판결

만기가 백지로 발행된 약속어음의 백지보충권은 그 보충권을 행사할 수 있는 때로부터 소멸시효가 진행한다고 할 것이고, 이 사건



과 같이 장래의 계속적인 물품거래로 발생할 채무의 지급을 위하여 만기를 백지로 한 약속어음을 발행한 경우에는, 그 보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 물품거래가 종료하여 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행한다고 할 것이므로

대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다16214 판결

만기 이외의 어음요건이 백지인 경우 그 백지보충권을 행사할 수 있는 시기는 다른 특별한 사정이 없는 한 만기를 기준으로 한다.

- ⑤ |○| 백지어음이 부당보충된 경우 소지인이 악의 또는 중과실인 경우 보당보충의 항변을 주장할 수 있다(어음법 제10조, 판례). 이때 어음의 소지인이 어음의 기명날인자에게 직접 보충권의 범위를 확인하지 않으면 중과실이 인정된다(판례).

대법원 1995. 6. 30. 선고 95다10600 판결

어음법 제77조 제2항, 제10조에 의하여 백지약속어음의 발행인은 수취인이 미리 한 합의와 다른 보충을 한 경우에도 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 어음을 취득한 때를 제외하고는 이로써 소지인에게 대항하지 못하게 되어 있는바, 여기에서의 “악의 또는 중대한 과실로 어음을 취득한 때”란 소지인이 약속어음의 부당보충 사실을 알고 있고, 이를 취득할 경우 어음채무자를 해하게 된다는 것을 인식하면서도 어음을 양수하거나 조금만 주의를 기울였어도 어음의 부당보충 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 만연히 부당보충된 어음을 취득한 것을 말한다.

대법원 1978. 3. 14. 선고 77다2020 판결

어음금액이 백지인 어음을 취득하면서 보충권한을 부여받은 자의 지시에 의하여 어음금액만을 보충하는 경우 보충권의 내용에 관하여 어음의 기명날인자에게 직접 조회하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 취득자에게 중대한 과실이 있다.

▶정답 ②

## 자기주식

중요도 ★★★ | 난이도 ㉠

### 011 「상법」상 주식회사의 자기주식 등에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 46번)

- ① 자기주식 취득가액의 총액을 배당가능이익의 범위 내로 제한하는 「상법」 제341조 제1항 단서는 자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐만 아니라 은행으로부터 대출을 받아 그 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미한다.
- ② 주식회사가 단주(端株)의 처리를 위하여 필요한 경우에는 자기주식을 취득하는 것이 허용된다.
- ③ 주식회사가 특정 주주와 사이에 특정한 금액으로 주식을 매수하기로 약정함으로써 사실상 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여하여 주주가 그 권리를 행사하는 경우는, 특정 목적에 의한 자기주식 취득으로서 허용되는 경우 중 하나인 「상법」 제341조의2 제4호에서 정한 ‘주주가 주식매수청구권을 행사한 경우’에 해당하지 않는다.
- ④ 주식회사가 무상으로 자기주식을 취득하는 때와 같이 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하거나 회사 채권자와 주주의 이익을 해한다고 할 수가 없는 경우에는 예외적으로 자기주식의 취득을 허용할 수 있다.
- ⑤ 배당가능이익을 재원으로 하여 자기주식을 취득하려는 주식회사는 취득할 수 있는 주식의 종류와 수를 반드시 주주총회의 결의로만 정할 수 있는 것은 아니고, 이사회 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다.

## 해설

- ① |×| 차입금으로 자기주식을 취득하는 것을 허용하지 않는 것은 아니다(판례). 배당가능한 이익으로 자기주식을 취득하는 것을 허용하는 것은, 자본금, 법정준비금 등을 자기주식 취득의 재원으로 이용해서는 안된다는 것을 의미하는 것이다. 즉 자본금의 환급 등을 방지하기 위한 것이므로 그 외의 재원인 차입금을 이용하는 것까지 금지하는 것은 아니다(판례).

대법원 2021. 7. 29. 선고 2017두63337 판결

배당가능이익은 채권자의 책임재산과 회사의 존립을 위한 재산적 기초를 확보하기 위하여 직전 결산기상의 순자산액에서 자본금의 액, 법정준비금 등을 공제한 나머지로써 회사가 당기에 배당할 수 있는 한도를 의미하는 것이지 회사가 보유하고 있는 특정한 현금을 의미하는 것이 아니다. 또한 회사가 자기주식을 취득하는 경우 당기의 순자산이 그 취득가액의 총액만큼 감소하는 결과 배당가능이익도 같은 금액만큼 감소하게 되는데, 이는 회사가 자금을 차입하여 자기주식을 취득하더라도 마찬가지이다. 따라서 상법 제341조 제1항 단서는 자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.

- ② |○| 단주를 처리하기 위해서라면 배당가능이익이 없더라도 자기주식을 취득할 수 있다. 상법상 기본적으로 자기주식취득은 제한되며, 이때 자기주식은 명의와 관계없이 회사의 계산으로 취득하는 주식을 말한다(통설). 다만 (1) 배당가능이익으로 취득하는 경우(목적불문), (2) 특정목적으로 취득하는 경우(이익 여부 불문)는 취득이 허용된다(제341조, 제341조의2). 주식회사는 단주가 발생하는 경우 원칙적으로 정매로 처분하여 각 주주에 따라 대금을 종전주주에게 지급해야 하는데(제443조 등), 이를 위해 회사가 취득하는 것이다.

제341조의2(특정목적에 의한 자기주식의 취득) 회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다.

1. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우
2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우
3. 단주(端注)의 처리를 위하여 필요한 경우
4. 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우

- ③ |○| 주식매수청구권은 법정된 경우에 인정되는 것으로 약정에 의해 사실상 매수하는 권리를 부여하는 결과가 되는 것은 제341조의2 제4호에서 말하는 주식매수청구권에 포함되지 않는다(판례).

대법원 2021. 10. 28., 선고, 2020다208058, 판결

개정 상법 제360조의5 제1항, 제374조의2 제1항, 제522조의3 제1항 등에 따라 주주가 주식매수청구권을 행사하는 경우에는 개정 상법 제341조의2 제4호에 따라 회사가 제한 없이 자기주식을 취득할 수 있으나, 회사가 특정 주주와 사이에 특정한 금액으로 주식을 매수하기로 약정함으로써 사실상 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여하여 주주가 그 권리를 행사하는 경우는 개정 상법 제341조의2 제4호가 적용되지 않으므로, 개정 상법 제341조에서 정한 요건하에서만 회사의 자기주식취득이 허용된다.

- ④ |○| 자기주식을 무상으로 취득하는 것은 제한되는 것이 아니다. 자기주식 취득을 제한하는 것은 회사 자본금 등이 주주에게 환급되는 것을 금지하는 취지로 그러한 효과가 없는 것은 회사가 취득하더라도 제한되는 자기주식 취득이 아니다. 즉 (1) 회사명 의지만 타인계산으로 취득하는 경우, (2) 무상으로 취득하는 경우 등은 금지되지 않는다(판례).

대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결

회사가 자기주식을 무상으로 취득하는 경우 또는 타인의 계산으로 자기주식을 취득하는 경우 등과 같이, 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하거나 주주 등의 이익을 해한다고 할 수 없는 것이 유형적으로 명백한 경우에도 자기주식의 취득이 예외적으로 허용되지만, 그 밖의 경우에 있어서는, 설령 회사 또는 주주나 회사채권자 등에게 생길지도 모르는 중대한 손해를 회피하기 위하여 부득이 한 사정이 있다고 하더라도 자기주식의 취득은 허용되지 아니하는 것이고 위와 같은 금지규정에 위반하여 회사가 자기주식을 취득하는 것은 당연히 무효이다.

- ⑤ |○| 정관규정이 있다면 이사회 결의로 정할 수 있다. 원칙적으로 자기주식을 취득하기 위해서는 취득 주식의 종류 및 수 등을 주주총회의 결의로 정해야 하는 것이지만(제341조제2항본문), 이익배당을 이사회결의로 하는 것으로 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회 결의로써 주주총회 결의를 갈음할 수 있다(제341조제2항단서).

제341조(자기주식의 취득) ② 제1항에 따라 자기주식을 취득하려는 회사는 미리 주주총회의 결의로 다음 각 호의 사항을 결정하여야 한다. 다만, 이사회의 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회의 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다.

1. 취득할 수 있는 주식의 종류 및 수
2. 취득가액의 총액의 한도
3. 1년을 초과하지 아니하는 범위에서 자기주식을 취득할 수 있는 기간

제462조(이익의 배당) ② 이익배당은 주주총회의 결의로 정한다. 다만, 제449조의2제1항에 따라 재무제표를 이사회가 승인하는 경우에는 이사회의 결의로 정한다.

제449조의2(재무제표 등의 승인에 대한 특칙) ① 제449조에도 불구하고 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제447조의 각 서류를 이사회의 결의로 승인할 수 있다. 다만, 이 경우에는 다음 각 호의 요건을 모두 충족하여야 한다.

1. 제447조의 각 서류가 법령 및 정관에 따라 회사의 재무상태 및 경영성과를 적정하게 표시하고 있다는 외부감사인의 의견이 있을 것
2. 감사(감사위원회 설치회사의 경우에는 감사위원을 말한다) 전원의 동의가 있을 것

▶정답 ①

## 주식회사의 이익배당 등

중요도 ★★★ 난이도 ㉠

### 012 「상법」상 자본금 총액이 10억원 이상인 주식회사의 이익배당에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 47번)

- ㄱ. 이익배당에 관하여 내용이 다른 종류주식을 발행하는 경우, 정관에 이익배당에 관한 내용을 정하여야 한다.
- ㄴ. 연 1회의 결산기를 정한 회사는 영업연도 중 1회에 한하여 이사회의 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 이익을 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.
- ㄷ. 회사가 배당가능한 이익이 없음에도 이익배당을 한 경우, 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있고, 그 반환청구권의 소멸시효기간은 5년이다.
- ㄹ. 주주총회의 결의로 이익배당을 정한 경우, 주주의 회사에 대한 이익배당금 지급청구권의 소멸시효기간은 10년이다.
- ㅁ. 회사는 정관으로 이익배당을 금전 외의 재산으로 할 수 있음을 정할 수 있다.

- |              |              |
|--------------|--------------|
| ① ㄴ, ㅁ       | ② ㄷ, ㄹ       |
| ③ ㄱ, ㄴ, ㅁ    | ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅁ |
| ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄹ, ㅁ |              |

#### 해설

ㄱ | 01 이익배당에 관하여 내용이 다른 종류주식을 발행할 경우 이익배당에 관한 내용을 정관에 정해야 한다(제344조의2제1항)

제344조의2(이익배당, 잔여재산분배에 관한 종류주식) ① 회사가 이익의 배당에 관하여 내용이 다른 종류주식을 발행하는 경우에는 정관에 그 종류주식의 주주에게 교부하는 배당재산의 종류, 배당재산의 가액의 결정방법, 이익을 배당하는 조건 등 이익배당에 관한 내용을 정하여야 한다.

- ㄴ | ○ | 연 1회의 결산기를 정한 회사만 중간배당을 정관으로 정할 수 있다. 결산기가 1연회인 회사는 1회에 한하여 직전영업연도를 기준으로 중간배당을 할 수 있다는 것을 정관으로 정할 수 있다. 중간배당의 근거는 정관으로 정해야 하지만, 중간배당 결정은 이사가 한다.

제462조의3(중간배당) ① 년 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도중 1회에 한하여 이사회회의 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 이익을 배당(이하 이 條에서 “中間配當”이라 한다)할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.

중간배당은 영업년도 중간에 배당을 하는 것이므로 당해 년도의 결산이 있기 전이다. 따라서 다음과 같이 직전 년도를 기준으로 배당을 하며(제462조의3제2항), 당해 년도에 결손이 발생할 ‘우려’가 있는 경우 중간배당을 해서는 안된다(동조제3항). 그럼에도 불구하고 배당을 한 경우 이사는 회사에 대해 배상책임을 부담하는데, 배당결정에 있어 주의의무를 다했음을 스스로 입증한 경우 그 책임을 면할 수도 있다(동조제4항).

제462조의3(중간배당) ② 중간배당은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 다음 각호의 금액을 공제한 액을 한도로 한다.

1. 직전 결산기의 자본금의 액
2. 직전 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액
3. 직전 결산기의 정기총회에서 이익으로 배당하거나 또는 지급하기로 정한 금액
4. 중간배당에 따라 당해 결산기에 적립하여야 할 이익준비금

③ 회사는 당해 결산기의 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각호의 금액의 합계액에 미치지 못할 우려가 있는 때에는 중간배당을 하여서는 아니된다.

④ 당해 결산기 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각호의 금액의 합계액에 미치지 못함에도 불구하고 중간배당을 한 경우 이사는 회사에 대하여 연대하여 그 차액(配當額이 그 差額보다 적을 경우에는 配當額)을 배상할 책임이 있다. 다만, 이사가 제3항의 우려가 없다고 판단함에 있어 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다.

- ㄷ | × | 5년이 아닌 10년이다. 위법배당은 무효이므로 회사는 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다(판례). 일반적으로 상거래로 인한 부당이득반환청구권은 신속한 해결에 필요성이 있는 경우 5년의 소멸시효(제64조)가 적용되고, 그렇지 않을 경우 10년의 소멸시효가 적용된다(판례). 지문과 같이 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 상행위로 발생한 것이 아니고, 상법 제64조가 적용되지 않는다(판례). 위법배당한 배당금의 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사는 신속하게 확정할 필요성이 크지 않기 때문이다(판례).

대법원 2021. 6. 24., 선고, 2020다208621, 판결

이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다. 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득반환청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다. 특히 배당가능이익이 없는 데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적이므로, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다.

- ㄴ | × | 이익배당청구권의 소멸시효는 5년이다(제464조의2제2항).

제464조의2(이익배당의 지급시기) ① 회사는 제464조에 따른 이익배당을 제462조제2항의 주주총회나 이사회회의 결의 또는 제462조의3제1항의 결의를 한 날부터 1개월 내에 하여야 한다. 다만, 주주총회 또는 이사회에서 배당금의 지급시기를 따로 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 배당금의 지급청구권은 5년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

□ | 이 현물배당을 할 수 있다. 다만 이를 위해서는 정관에 근거규정이 있어야 한다.

제462조의4(현물배당) ① 회사는 정관으로 금전 외의 재산으로 배당을 할 수 있음을 정할 수 있다.

② 제1항에 따라 배당을 결정한 회사는 다음 사항을 정할 수 있다.

1. 주주가 배당되는 금전 외의 재산 대신 금전의 지급을 회사에 청구할 수 있도록 한 경우에는 그 금액 및 청구할 수 있는 기간
2. 일정 수 미만의 주식을 보유한 주주에게 금전 외의 재산 대신 금전을 지급하기로 한 경우에는 그 일정 수 및 금액

▶정답 ③

## 주식회사의 분할 등

중요도 ★★★ 난이도 ①

013甲주식회사는 「상법」상 비상장회사이다. 건설업 및 유통업을 하는 甲회사는 유통업 부문을 분할하여 「상법」상 비상장회사인 乙회사를 설립하고 乙회사의 주식을 甲회사의 주주들에게 지급하는 회사분할을 진행하고자 한다. 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 48번)

- ① 甲회사와 乙회사가 분할 전의 甲회사 채무에 관하여 甲회사의 채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 경우, 이 채무에는 분할 전에 발생한 채무로서 그 변제기가 분할 당시에는 아직 도래하지 않은 채무도 포함된다.
- ② 甲회사와 乙회사가 분할 전의 甲회사 채무에 관하여 甲회사의 채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 경우, 그 책임은 부진정연대책임으로서, 甲회사에 대한 소멸시효 중단의 효과는 乙회사에게 효력이 미치지 않는다.
- ③ 乙회사는 甲회사의 채무 중에서 분할계획서에 승계하기로 정한 채무에 대한 책임만을 부담하는 것으로 정할 수 있고, 이 경우 甲회사는 「상법」 제439조 제3항 및 제527조의5의 규정이 준용되어 채권자보호절차를 거쳐야 한다.
- ④ 甲회사의 분할계획서에 대한 주주총회의 승인결의에 관하여는 「상법」 제344조의3 제1항에 따라 의결권이 배제되는 주주도 의결권이 있다.
- ⑤ 분할에 반대하는 甲회사의 주주는 분할계획서의 승인을 위하여 개최되는 주주총회 전에 회사에 대하여 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우 「상법」 제522조의3의 규정이 준용되어 반대주주의 주식매수청구권을 행사할 수 있다.

### 해설

- ① | 이 분할 당시 변제기가 도래하지 않은 채무도 연대채무에 포함된다. 단순분할로 회사를 설립하는 경우 분할회사와 단순분할신설회사는 분할회사의 기존 채무에 대해 연대책임을 부담하는데(제530조의9제1항), 연대책임에 포함되는 채무는 변제기가 도래한 채무로 한정되지 않는다(판례). 즉 변제기가 도래하지 않은 채무에 대해서도 분할신설회사는 연대책임을 부담한다.

대법원 2008. 2. 14., 선고, 2007다73321, 판결

상법 제530조의9 제1항에 따라 주식회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사와 존속하는 회사가 회사 채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 분할 또는 분할합병 전의 회사 채무에는, 회사 분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 발생하였으나 분할 또는 분할합병 당시에는 아직 그 변제기가 도래하지 아니한 채무도 포함된다.

- ② | 이 부진정연대책임을 지는 경우, 연대책임을 부담하는 자 1인에 대한 이행청구 또는 1인이 행한 채무승인 또는 시효이익의 포기는 다른 연대채무에게 영향을 미치지 않는다(판례).

대법원 2017. 5. 30., 선고, 2016다34687, 판결

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.

- ③ | ○ 연대채무를 부담하지 않고, 책임을 구분하는 경우 채권자보호절차를 거쳐야 한다. 원칙적으로 분할회사와 단순분할신설회사는 분할회사 채무에 대해 연대책임을 부담해야 하고, 이 경우 채권자보호절차는 존재하지 않는다. 그러나 분할회사는 분할계획서 승인을 위한 주주총회 결의로 단순분할신설회사는 분할계획서에서 특정한 채무만을 부담하고 나머지 채무에 대해 분할회사가 책임을 부담하기로 정하는 경우(제530조의9제2항), 채권자보호절차를 거쳐야 한다(제530조의9조제4항, 제527조의5).
- ④ | ○ 법정된 효과로서 의결권이 부활한다. 합병, 주식의 포괄적 교환 및 이전 등에서는 이와 같은 규정이 존재하지 않는다. 단순 분할 및 분할합병에서만 의결권이 부활하는 효과를 정하고 있다(제530조의3제3항).

제530조의3(분할계획서·분할합병계약서의 승인) ① 회사가 분할 또는 분할합병을 하는 때에는 분할계획서 또는 분할합병계약서를 작성하여 주주총회의 승인을 얻어야 한다.

② 제1항의 승인결의는 제434조의 규정에 의하여야 한다.

③ 제2항의 결의에 관하여는 제344조의3제1항에 따라 의결권이 배제되는 주주도 의결권이 있다.

④ 분할계획 또는 분할합병계약의 요령은 제363조에 정한 통지에 기재하여야 한다.

⑤ 삭제

⑥ 회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 분할 또는 분할합병에 관련되는 각 회사의 주주의 부담이 가중되는 경우에는 제1항 및 제436조의 결의외에 그 주주 전원의 동의가 있어야 한다.

- ⑤ | × 단순분할의 경우에는 주식매수청구권을 인정하지 않는다. 단순분할은 인적분할이 원칙이므로, 분할신설회사의 주식은 분할회사의 주주에게 주식수에 비례하여 분배된다(제530조의4, 제530조의5제1항제4호 등). 예외적으로 물적분할이 가능한데, 이때 분할신설회사의 주식은 분할회사가 취득한다(제530조의12). 어떠한 형식의 분할이든 분할회사 반대주주에게 주식매수청구권을 인정할 정도의 기업의 구조조정이라고 보지 않는 것이다.

•정답 ⑤

## 감사 및 감사위원회

중요도 ★★★ | 난이도 ①

### 014 「상법」상 주식회사의 감사 및 감사위원회에 관한 설명 중 옳은 것은?

(2023년 12회 49번)

- ① 자본금 총액이 10억 원 미만인 주식회사는 반드시 감사를 선임하여야 하지만, 이사는 선임하지 아니할 수 있다.
- ② 비상장회사인 주식회사가 감사위원회를 설치하는 경우, 감사위원회의 위원의 해임에 관한 이사회 결의는 이사 총수 3분의 2 이상의 결의로 하여야 한다.
- ③ 상장회사가 감사를 선임할 때에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3(정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있으며, 정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정한 경우에는 그 비율로 한다)을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 의결권을 행사할 수 없으나, 감사를 해임할 때에는 그 초과하는 주식에 관하여도 의결권을 행사할 수 있다.
- ④ 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사로서 감사위원회를 반드시 설치해야 하는 회사의 경우 감사위원회의 위원을 선임하거나 해임하는 권한은 이사회에 있다.
- ⑤ 비상장회사인 주식회사가 감사위원회를 설치하는 경우 3명 이상의 이사로 구성하되, 사외이사가 위원의 과반수 이상이어야 한다.



## 해설

- ① |×| 소규모회사에서 감사는 임의기관이다(제409조제4항), 따라서 반드시 감사를 선임해야 하는 것은 아니다. 그러나 이사는 반드시 선임해야 한다. 다만 이사회를 두지 않을 수 있으므로 1인 또는 2인의 이사를 선임할 수 있다.

제409조(선임) ① 감사는 주주총회에서 선임한다.

- ④ 제1항, 제296조제1항 및 제312조에도 불구하고 자본금의 총액이 10억원 미만인 회사의 경우에는 감사를 선임하지 아니할 수 있다.

제383조(원수, 임기) ① 이사는 3명 이상이어야 한다. 다만, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다.

- ② |○| 해임은 이사총수 3분의 2 이상의 결의로 한다. 비상장사에서 감사를 겸임하여 감사위원회를 둘 수 있는데, 감사위원회는 이사회 내 위원회이므로 이사회가 선임 및 해임권한을 갖는다. 선임 시 일반적인 결의로서 이사 과반의 출석과 출석이사 과반의 찬성으로 하지만, 해임시에는 이사총수의 2/3 이상의 결의로 해야 한다.

제415조의2(감사위원회) ③ 감사위원회의 위원의 해임에 관한 이사회의 결의는 이사 총수의 3분의 2 이상의 결의로 하여야 한다.

- ③ |×| 비상장사와 달리 상장사에서는 감사해임 시에도 의결권이 제한된다. 상법개정으로 변경된 것이다. 비상장회사에서는 감사를 선임할 때만 의결권이 제한되며, 해임 시에는 3% 초과주식에 대한 의결권 제한이 없다. 상장회사의 감사를 주주총회에서 선임할 때도 마찬가지였으나, 상법개정으로 해임 시에도 의결권이 제한된다.

제409조(선임) ① 감사는 주주총회에서 선임한다.

- ② 의결권없는 주식을 제외한 발행주식의 총수의 100분의 3(정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있으며, 정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정한 경우에는 그 비율로 한다)을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 제1항의 감사의 선임에 있어서는 의결권을 행사하지 못한다.

비상장사는 감사의 선임에 대해서만 명시적인 규정을 두고 있으며, 해임은 이사 관련 규정을 준용하고 있다. 준용규정에 따르면 해임 시 특별결의로 한다는 것만 있으며, 의결권이 제한된다는 내용은 없다.

제415조(준용규정) 제382조제2항, 제382조의4, 제385조, 제386조, 제388조, 제401조, 제403조부터 제406조까지, 제406조의2 및 제407조는 감사에 준용한다.

제385조(해임) ① 이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다. 그러나 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유없이 그 임기만료전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.

개정 전 상법은 상장사의 감사 선·해임에 있어서도 비상장사와 동일한 내용을 두고 있었으나, 상법개정으로 해임시에도 3% 초과주식에 대해 의결권에 제한된다.

제542조의2(감사위원회의 구성 등) ①-③ <생략>

- ④ 제1항에 따른 감사위원회위원을 선임 또는 해임할 때에는 상장회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3(정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있으며, 정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정한 경우에는 그 비율로 한다)을 초과하는 수의 주식을 가진 주주(최대주주인 경우에는 사외이사가 아닌 감사위원회위원을 선임 또는 해임할 때에 그의 특수관계인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 소유하는 주식을 합산한다)는 그 초과하는 주식에 관하여 의결권을 행사하지 못한다. <개정 2020. 12. 29.>

⑤-⑥ <생략>

- ⑦ 제4항은 상장회사가 감사를 선임하거나 해임할 때에 준용한다. 이 경우 주주가 최대주주인 경우에는 그의 특수관계인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 소유하는 주식을 합산한다.

- ⑧ 회사가 제368조의4제1항에 따라 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 한 경우에는 제368조제1항에도 불구하고 출석한 주주의 의결권의 과반수로서 제1항에 따른 감사위원회위원의 선임을 결의할 수 있다.





대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결

상법 제368조 제1항은 주주총회의 보통결의 요건에 관하여 “총회의 결의는 이 법 또는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.”라고 규정하여 주주총회의 성립에 관한 의사정족수를 따로 정하고 있지는 않지만, 보통결의 요건을 정관에서 달리 정할 수 있음을 허용하고 있으므로, 정관에 의하여 의사정족수를 규정하는 것은 가능하다.

- ㄴ | 이 주주총회의 결의가 없는 영업양도는 무효이다. 이는 법령으로 정한 주주총회의 결의를 거치지 않은 전단적 대표행위로서 상대방의 선·악의를 불문하고 무효를 주장할 수 있다(판례). 다만 상법이 아닌 정관으로 정한 주주총회의 결의사항을 흠결한 전단적 대표행위의 경우 상대방이 선의이고 무중과실인 경우 주주총회결의가 없었음을 이유로 무효를 주장할 수 없다.

대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결

상법 제374조 제1항 제1호는 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도행위를 할 때에는 제434조에 따라 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 결의가 있어야 한다고 규정하고 있는데 이는 주식회사가 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 계약을 체결할 때에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 하여 그 결정에 주주의 의사를 반영하도록 함으로써 주주의 이익을 보호하려는 강행법규이므로, 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도한 후 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어 스스로 그 약정의 무효를 주장하더라도 주주 전원이 그와 같은 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등 특별한 사정이 인정되지 않는다면 위와 같은 무효 주장이 신의성실 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

- ㄷ | 이 개정된 상법의 내용이다. 이사회결의로 전자투표를 하는 경우 감사를 선임 시 주주총회 보통결의 요건 중 “발행주식 총수의 4분의 1 이상”의 요건 없이 출석주주 의결권수의 과반이 찬성함으로써 의결할 수 있다.

제409조 ③ 회사가 제368조의4제1항에 따라 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 한 경우에는 제368조제1항에도 불구하고 출석한 주주의 의결권의 과반수로써 제1항에 따른 감사의 선임을 결의할 수 있다.

- ㄹ | 이 전자투표와 달리 서면투표는 이사회결의가 아닌 정관에 근거가 있어야 한다.

제368조의3(서면에 의한 의결권의 행사) ① 주주는 정관이 정한 바에 따라 총회에 출석하지 아니하고 서면에 의하여 의결권을 행사할 수 있다.

② 회사는 총회의 소집통지서에 주주가 제1항의 규정에 의한 의결권을 행사하는데 필요한 서면과 참고자료를 첨부하여야 한다.

▶정답 ④

016 「상법」상 손해보험에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2023년 12회 51번)

- ㄱ. 당사자간에 보험가액을 정하지 아니한 때에는 사고발생시의 가액을 보험가액으로 한다.
- ㄴ. 당사자간에 보험가액을 정한 경우에도, 그 가액이 사고발생시의 가액을 현저하게 초과할 때에는 사고발생시의 가액을 보험가액으로 한다.
- ㄷ. 보험자가 보상할 손해액은 그 손해가 발생한 때와 곳의 가액에 의하여 산정하나, 당사자간에 다른 약정이 있는 때에는 그 신품가액에 의하여 손해액을 산정할 수 있다.
- ㄹ. 보험의 목적에 관하여 보험자가 부담할 손해가 생긴 경우에는 그 후 그 목적이 보험자가 부담하지 아니하는 보험사고의 발생으로 인하여 멸실될 때라면 보험자는 이미 생긴 손해를 보상할 책임을 면할 수 있다.



- ⑤ 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 「민법」 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우, 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 5년의 상사소멸시효기간이 적용되지 아니하고 10년의 민사소멸시효기간이 적용된다.

## 해설

- ① |○| 일방이 상인이므로 상사채권으로 5년의 시효가 적용된다. 증여계약의 성격을 갖는 기부채납의 일방이 주식회사로 상인이므로 상사채권에 해당한다(판례).

대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결

당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에 정해진 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당한다. 이 경우 상행위에는 상법 제46조 각호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위(상법 제47조)도 포함되고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보되 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. 따라서 기부자가 상인인 경우 지방자치단체와 그 기부자 사이에 체결된 기부채납 약정은 다른 사정이 없는 한 상인이 영업을 위하여 한 보조적 상행위에 해당하므로, 그러한 기부채납 약정에 근거한 채권에는 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다.

- ② |○| 불법행위로 인한 손해배상채권에는 상법 제64조가 적용되지 않는다(판례).

대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다220642 판결

상법 제64조가 정하는 일반 상사시효는 상행위로 인한 채권에 적용되고 불법행위로 인한 손해배상채권에는 적용되지 아니한다.

- ③ |○| 보조적 상행위에도 상사채권의 소멸시효가 적용된다(제47조, 판례).

대법원 2021. 12. 10. 선고 2020다295359 판결

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 포함되며...

- ④ |○| 상행위로 생긴 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에는 상사시효가 적용된다(판례).

대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다242232 판결

상인이 그 소유 부동산을 매도하기 위해 체결한 매매계약은 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 그와 같은 추정은 매매계약이 토지보상법에 의한 협의취득이라는 사정만으로 반복되지 않는다. 결국 당사자 일방이 상인인 경우에는 토지보상법에 의한 협의 취득으로 체결된 부동산 매매계약이라고 하더라도 다른 사정이 없는 한 보조적 상행위에 해당하므로, 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서는 상사소멸시효가 적용된다.

- ⑤ |×| 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우는 보험자가 상행위로 보험계약을 체결하는 과정에서 드물지 않게 발생하는 전형적인 무효사유의 하나이다. 이때에는 사안의 특성상 복수의 보험계약이 관련되므로 여러 보험자가 각자 부당이득반환청구권을 갖게 되거나 하나의 보험자가 여러 개의 부당이득반환청구권을 갖게 되는데, 이러한 법률관계는 실질적으로 동일한 원인에서 발생한 것이므로 정형적으로 신속하게 처리할 필요가 있다(판례).

대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결

보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다.

## 주주대표소송

중요도 ★★★ | 난이도 ①

## 018 「상법」상 비상장회사의 주주대표소송에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

(2023년 12회 60번)

- ㄱ. 주주가 주주대표소송을 제기하기 위하여는 주식회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 그 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 「상법」 등이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소제기 후에는 주주의 지위를 유지하는 한 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다.
- ㄴ. 주주는 적법하게 제기된 주주대표소송 계속 중에 「상법」 제403조 제2항에 따른 이유를 기재한 서면의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다.
- ㄷ. 주주대표소송의 항소심절차에서 회사가 원고를 위하여 공동소송참가하는 것은 적법하다.
- ㄹ. 주주대표소송의 원고 주주는 그 대표소송의 승소확정판결을 집행권원으로 하여 강제집행을 신청할 수 있으므로 집행채권자가 될 수 있다.

- ① ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○)  
 ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)  
 ③ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(○)  
 ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)  
 ⑤ ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(×)

## 해설

- ㄱ | ○ 소제기시에만 주식보유요건을 갖추면 된다. 소제기 이후 주식수가 감소되어도 제소의 효력에는 영향이 없다. 다만 주식을 전혀 보유하지 않게 되면 더 이상 “주주”가 아니므로 부적법 각하된다.

제403조(주주대표소송) ⑤ 제3항과 제4항의 소를 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우(發行株式을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다.

대법원 2019. 5. 10., 선고, 2017다279326, 판결

대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고...

- ㄴ | ○ 법적 평가만 달리한 청구를 추가하는 것이 가능하다. 원칙적으로 소수주주는 (1) 회사에 대한 소제기 청구 후 (2) 30일 내 회사의 소제기가 없는 경우 직접 대표소송을 제기할 수 있다. 이때 (2)의 소제기시 (1)의 소제기 청구와 원인사실이 같다면 법적 평가가 달라지는 것은 허용된다. 다만 “회복할 수 없는 손해”가 생길 염려가 있는 경우에는 “30일 내 소제기가 없을 것”의 요건을 갖출 필요가 없으므로 (1)의 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 대표소송을 제기할 수 있다.

대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결

주주가 아예 상법 제403조 제2항에 따른 서면(이하 ‘제소청구서’라 한다)을 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부적법하다. 반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가를 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다. 따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가를 달리한 청구를 추가할 수도 있다.

- ㄷ | ○이 회사는 항소심절차에서도 공동소송참가를 할 수 있다. 회사는 소수주주가 직접 대표소송을 제기하는 경우 소송에 참가할 수 있고(제404조제1항), 이를 위해 소를 제기한 소수주주는 소송고지의무를 부담한다(제404조제2항). 회사의 공동소송참가는 항소심에서도 허용된다.

대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결

공동소송참가는 항소심에서도 할 수 있는 것이고, 항소심절차에서 공동소송참가가 이루어진 이후에 피참가소가 소송요건의 흠결로 각하된다고 할지라도 소송의 목적이 당사자 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 한하여 인정되는 공동소송참가의 특성에 비추어 볼 때, 심급이익 박탈의 문제는 발생하지 않는다.

- ㄹ | ○이 원고 주주도 집행채권자가 될 수 있다.

대법원 2014. 2. 19.자 2013마2316 결정

주주대표소송의 주주와 같이 다른 사람을 위하여 원고가 된 사람이 받은 확정판결의 집행력은 확정판결의 당사자인 원고가 된 사람과 다른 사람 모두에게 미치므로, 주주대표소송의 주주는 집행채권자가 될 수 있다.

▶정답 ③

## 주주대표소송

중요도 ★★★ | 난이도 ①

### 019 「상법」상 주주총회 및 사원총회에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2023년 12회 63번)

- ① 회사의 총회가 적법한 소집권자에 의하여 소집되지 않았을 뿐 아니라 정당한 사원 아닌 자들이 모여서 개최한 집회에 불과하여 법률상 부존재로 볼 수밖에 없는 경우, 그 총회결의에 대하여 원고가 결의무효확인을 구하더라도 이는 부존재확인의 의미로 무효확인을 구하는 취지이므로 적법하다.
- ② 주주가 1인인 1인회사의 경우 주주총회 소집절차에 하자가 있거나 주주총회 의사록이 작성되지 않았더라도, 유일한 주주인 1인 주주의 의사가 주주총회결의 내용과 일치한다면 증거에 의하여 그러한 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.
- ③ 주주총회결의의 효력이 그 회사 아닌 제3자 사이의 소송에서 선결문제로 된 경우, 당사자는 먼저 회사를 상대로 제소할 필요 없이 그 소송에서 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재하다고 다룰 수 있다.
- ④ 여러 사람이 공동으로 제기하는 주주총회결의의 부존재 또는 무효의 확인을 구하는 소송은 통상공동소송에 해당한다.
- ⑤ 주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각기 결의가 행하여진 경우 위 결의에 대한 주주총회결의취소의 소의 제소기간 준수 여부는 각 안건에 대한 결의마다 별도로 판단되어야 한다.

#### 해설

- ① | ○이 주주총회결의 부존재사유가 존재함에도 불구하고 결의무효확인을 제기한 것을 적법한 것으로 본다. 주주총회결의의 절차상·방법상 하자가 중대한 것은 결의부존재확인소송의 사유이고, 결의내용상 하자가 중대한 경우(법령에 위반한 경우)는 결의무효확인소송의 대상이다(제380조). 즉 결의부존재확인의 소와 결의무효확인의 소는 그 원인이 명백히 다르다. 그럼에도 불구하고 판례는 부존재 원인이 존재한 주주총회결의에 대해 결의무효확인의 소를 제기한 것을 적법한 것으로 본다(판례).

대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 전원합의체 판결

회사의 총회결의에 대한 부존재확인청구나 무효확인청구는 모두 법률상 유효한 결의의 효과가 현재 존재하지 아니함을 확인받고자 하는 점에서 동일한 것이므로 예컨대, 사원총회가 적법한 소집권자에 의하여 소집되지 않았을 뿐 아니라 정당한 사원 아닌 자들이 모여서 개최한 집회에 불과하여 법률상 부존재로 볼 수 밖에 없는 총회결의에 대하여는 결의무효 확인을 청구하고 있다고 하여도 이는 부존재확인의 의미로 무효확인을 청구하는 취지라고 풀이함이 타당하므로 적법하다고 할 것이다.

- ② | 이 주주가 1인인 1인회사의 경우 주주총회 소집 절차 및 결의방법에 관한 일반 규정이 적용되지 않는다. 즉 이사회회의의 소집결정이 없거나 대표이사가 소집통지를 하지 않아도 그 1인 주주의 의사에 따라 주주총회 결의가 있는 것으로 본다(판례). 다시 말하면 단체를 전제로 한 주주총회 관련 규정의 적용이 없다. 다만 그 1인 주주의 의사가 어떤 것인지에 대해 의문이 있을 수 있는데, 1인 주주의 의사에 따라 총회의사록이 작성되어 있다면 그 의사록을 주주총회 결의로 볼 수 있다(판례). 나아가 판례는 주주총회 의사록이 작성되어 있지 않더라도 1인 주주의 의사를 입증할 수 있으면 그것을 주주총회 결의내용으로 본다(판례).

대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결

주식회사에 있어서 회사가 설립된 이후 총 주식을 한 사람이 소유하게 된 이른바 1인회사의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없고, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 이는 실질적으로 1인회사인 주식회사의 주주총회의 경우도 마찬가지이며, 그 주주총회의사록이 작성되지 아니한 경우라도 증거에 의하여 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.

- ③ | 이 주주총회 결의에 무효 또는 부존재 원인이 있을 경우 이에 대한 판결 없이 다른 소송에서 선결문제로 주장할 수 있다(판례).

대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결

주주총회결의의 효력이 회사 아닌 제3자 사이의 소송에서 선결문제로 된 경우에 당사자는 언제든지 당해 소송에서 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재한다고 주장하면서 다룰 수 있고, 반드시 먼저 회사를 상대로 주주총회의 효력을 직접 다투는 소송을 제기하여야 하는 것은 아니다.

- ④ | × | 통상공동소송에 해당하지 않는다(판례). 주주총회결의의 부존재 또는 무효확인 판결은 대세적 효력이 있으므로, 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력은 다른 공동소송인에게 미치고, 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되므로, 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다(판례).

대법원 2021. 7. 22., 선고, 2020다284977, 전원합의체 판결

이 사건 소는 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소로서, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계 소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.

- ⑤ | 이 한번의 주주총회에서 여러 개의 안건을 결의하였고, 각 안건에 대해 개별적으로 주주총회 결의취소소송에 제기된 경우 제소 기간의 준수는 각 소송별로 개별적으로 판단한다(판례).

대법원 2010. 3. 11., 선고, 2007다51505, 판결

임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 이사선임결의에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월 내에 주주총회결의 무효확인의 소를 제기한 뒤, 위 임시주주총회에서 이루어진 정관변경결의 및 감사선임결의에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월이 지난 후 주주총회결의 무효확인의 소를 각각 추가적으로 병합한 후, 위 각 결의에 대한 주주총회결의 무효확인의 소를 주주총회결의 취소의 소로 변경한 경우, 위 정관변경결의 및 감사선임결의 취소에 관한 부분은 위 각 주주총회결의 무효확인의 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 취소의 소가 제기된 것으로 볼 수 있으나, 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었으므로 부적법하다.





- ㄷ |×| 그렇지 않다. 하자에 대한 입증은 원고가 해야 한다. 주주총회 결의의 하자를 다투는 경우에 총회가 개최되었다는 사실은 피고인 회사가 입증해야 하지만, 중대한 하자 등의 입증책임은 원고에게 있다(판례).

대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193

주주가 회사를 상대로 제기한 분할합병무효의 소에서 당사자 사이에 분할합병계약을 승인한 주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가 증명책임을 부담하고 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 증명책임을 부담하는 것이 타당하다.

- ㄴ |○| 하자의 보완이 원칙이지만 보완이 불가능하다면 경우에 따라 보완없이 재량기각이 가능하다(판례). 회사법상 재량기각이 인정되는 소송의 대부분은 “원인이 된 하자의 보완”이 그 요건이다. 다만 주주총회결의 취소 소송에서는 요건이 아니다. 하자의 보완을 요건으로 하는 경우에도 보완이 불가능한 경우 법원은 제반사정을 참작하여 보완이 없음에도 재량기각이 가능하다(판례).

대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193

법원이 분할합병무효의 소를 재량기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소 제기 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 할 것이나, 그 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것인 경우에는 그 하자가 보완되지 아니하였다고 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 분할합병무효의 소를 재량기각할 수 있다.

▶정답 ⑤

## 직무집행정지 및 대행자 선임

중요도 ★★★ | 난이도 ①

### 021 직무집행정지 및 직무대행자선임에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) (2023년 12회 65번)

- ① 「민법」상 조합의 청산인에 대하여 법원에 해임을 청구할 권리가 조합원에게 인정되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분은 허용되지 않는다.
- ② 주식회사의 이사나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 그 이사 등의 임기는 가처분결정으로 인하여 당연히 정지되고 그 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다.
- ③ 가처분재판에 의하여 비법인사단인 종중의 대표자의 직무대행자가 선임된 상태에서 적법하게 소집된 총회의 결의에 따라 피대행자의 후임자가 새로 선출되었더라도 위 가처분결정이 취소되지 않는 한 총회에서 선임된 위 후임자는 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표권을 가지지 못한다.
- ④ 이사의 직무집행정지를 위한 가처분에서 주식회사에는 피신청인의 적격이 없다.
- ⑤ 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의하여 주식회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 무효인 계약이 가처분신청의 취하에 의하여 유효하게 되지는 않는다.

#### 해설

- ① |○| 청산인에 대한 가처분청구는 허용되지 않는다. 민법상 조합원은 청산인의 가처분을 청구할 수 없는 권리가 없다. 따라서 민법상 조합의 청산인에 대한 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 대행자 선임을 구하는 가처분은 인정되지 않는다(판례).

대법원 2020. 4. 24.자 2019다6918

민법은 조합원 중에서 청산인을 정한 때 다른 조합원의 일치가 아니면 청산인인 조합원을 해임하지 못한다고 정하고 있을 뿐이고(제723조, 제708조), 조합원이 법원에 청산인의 해임을 청구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 민법상 조합의 청산인에 대한

여 법원에 해임을 청구할 권리가 조합원에게 인정되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분은 허용되지 않는다.

그러나 주식회사의 청산인에 대해서는 가처분이 허용되는 것을 주의해야 한다(판례).

대법원 1997. 9. 9. 선고 97다12167

청산인 직무집행정지 및 직무대행자 선임의 가처분결정이 있을 후 소집된 주주총회에서 회사를 계속하기로 하는 결의 및 새로운 이사들과 감사를 선임하는 결의가 있었다면, 특별한 사정이 없는 한 위 주주총회의 결의에 의하여 위 직무집행정지 및 직무대행자선임의 가처분결정은 더 이상 유지할 필요가 없는 사정변경이 생겼다고 할 것이므로, 위 가처분에 의하여 직무집행이 정지되었던 피신청인으로서 그 사정변경을 이유로 가처분이의의 소를 제기하여 위 가처분의 취소를 구할 수 있다.

- ② |×| 가처분 기간 동안 임기가 정지되지 않는다. 직무집행이 정지되는 것 일뿐 이사의 지위 자체를 박탈하는 것이 아니므로 가처분 기간 동안에도 임기는 진행된다. 따라서 직무집행이 정지된 기간만큼 임기가 연장되지 않는다(판례).

대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148

주식회사의 이사나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 가처분결정은 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다.

- ③ |○| 가처분 결정이 취소되지 않는한 후임자가 적법하게 선임되어도 직무집행대행자만이 권한을 행사할 수 있다(판례).

대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다70395

가처분재판에 의하여 법인 등 대표자의 직무대행자가 선임된 상태에서 피대행자의 후임자가 적법하게 소집된 총회의 결의에 따라 새로 선출되었다 해도 그 직무대행자의 권한은 위 총회의 결의에 의하여 당연히 소멸하는 것은 아니므로 사정변경 등을 이유로 가처분결정이 취소되지 않는 한 직무대행자만이 적법하게 위 법인 등을 대표할 수 있고, 총회에서 선임된 후임자는 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표권을 가지지 못한다.

- ④ |○| 이사의 직무집행 정지 가처분 청구에서 피신청인은 이사이다(판례).

대법원 1982. 2. 9. 선고 80다2424

이사직무집행정지가처분에 있어서 피신청인이 될 수 있는 자는 그 성질상 당해 이사이고, 회사에게는 피신청인의 자격이 없다.

- ⑤ |○| 가처분 결정에 반하는 행위는 절대적으로 무효이며, 이후 가처분결정이 취소되어도 무효인 행위가 유효한 것으로 되지 않는다(판례).

대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다4537

법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가처분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로, 가처분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다.