

제5회 변호사시험 객관식 해설

문 1. 주식회사의 자본금에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주식 발행사항의 결정권이 이사회에 있는 회사가 무액면주식을 발행한 경우 그 회사의 자본금은 주식 발행가액의 2분의 1 이상의 금액으로서 이사회가 자본금으로 계상하기로 한 금액의 총액이다.
- ② 액면주식을 무액면주식으로 전환하는 경우 자본금을 변경할 수 없다.
- ③ 자본금 감소의 무효는 자본금 감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 소(訴)만으로 주장할 수 있고, 이 기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다.
- ④ 액면주식의 병합에 의하여 자본금을 감소하는 경우 자본금 감소는 「상법」 제440조의 주권제출기간이 만료한 때에 그 효력이 생기지만, 채권자이의절차가 종료되지 아니한 때에는 그 종료한 때에 자본금 감소의 효력이 발생한다.
- ⑤ 결손의 보전을 위하여 자본금을 감소시키려면 주주총회의 특별결의와 채권자이의절차를 거쳐야 한다.

정답 ⑤

① (O) 주식회사의 자본금은 액면주식의 경우 '발행주식의 수와 액면가액을 곱한 값'으로 계산된다(제451조 제1항). 무액면주식의 경우 **주식의 발행가액의 2분의1 이상의 금액으로서 이사회에서 자본금으로 계상하기로 정한 금액**을 말한다(제291조 3호, 제451조 제2항)(stated capital). 다만, 신주발행을 주주총회 결의에서 정하는 경우 주주총회에서 정하는 금액¹⁾이 된다.

② (O) 액면주식을 무액면주식으로 전환하거나 무액면주식을 액면주식으로 전환함으로써 회사의 자본금은 **변경될 수 없다**(제451조 제3항).

③ (O) 자본금 감소의 무효는 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 자본금의 감소를 승인하지 아니한 채권자만이 자본금 감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 소(訴)만으로 주장할 수 있다(제445조). 나아가 제소 후 6월이 경과한 후에는 **새로운 무효사유를 주장하는 것은 허용되지 않는다**.

④ (O) 주식병합의 효력은 **주권제출기간이 만료한 때** 발생한다(제441조 본문). 다만, 자본금이 감소하는 때에는 **채권자보호절차**를 거쳐야 하므로 그 절차가 종료해야 한다.

⑤ (x) 통상의 감자를 위해서는 **주주총회의 특별결의**를 거쳐야 한다.(제438조 제1항) 한편, 2011년 개정상법은 **결손보전을 위한 자본금의 감소**는 회사자산이 유출됨이 없이 단지 계정(計定)간의 수치조정에 그치므로 주주총회의 특별결의가 아닌 **보통결의**만으로 할 수 있게 하였다

1) 발행가액의 2분의1 이상의 금액

(제438조 제2항).

문 2.

비상장회사의 자기주식에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 회사는 자기주식을 가지고 의결권을 행사할 수 없다.
ㄴ. 회사는 발행주식총수의 20분의 1을 초과하여 자기주식을 질권의 목적으로 받지 못하나, 회사가 권리를 실행함에 있어서 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 그 한도를 초과하여 질권의 목적으로 할 수 있다.
ㄷ. 회사가 보유하는 자기주식을 처분하는 경우에 주식을 처분할 상대방 및 처분방법에 관하여 정관에 규정이 없는 것은 이사회가 결정한다.
ㄹ. 단주를 처리하기 위하여 자기주식을 취득하는 때에도 배당가능한 이익의 존재를 요한다.

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

정답 ③

ㄱ. (O) 회사는 자기가 가진 자기주식에 대해 의결권이 없다(제369조 제2항).

ㄴ. (O) 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 A회사주식에 대해 질권을 설정받을 수 있는데, 그 규모를 발행주식총수의 20분의 1을 넘지 않아야 한다. 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).

ㄷ. (O) 회사가 보유하는 자기의 주식을 처분하는 경우에 ① 처분할 주식의 종류와 수, ② 처분할 주식의 처분가액과 납입기일, ③ 주식을 처분할 상대방 및 처분방법 등의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 이사회가 결정한다(제342조).

ㄹ. (X) 회사는 배당가능이익이 없어도 특정한 목적을 위해 자기주식을 취득할 수 있는 경우가 있다(제341조의2). 즉, ① 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업 전부의 양수 (동조 1호) ② 회사의 목적 달성(동조 2호) ③ 단주의 처리 (동조 3호) ④ 주식매수청구권의 행사

(동조 4호) 등의 경우로 제한하고 있다.

문 3.

A주식회사에서 甲은 2012. 1. 30. 주주총회의 결의에 의하여 감사로 선임됨과 동시에 취임
을 승낙하였고, 乙은 2013. 2. 15. 주주총회의 결의에 의하여 임기를 2년으로 하여 이사로
선임됨과 동시에 취임을 승낙하였다. A주식회사의 정기주주총회는 2015. 3. 20. 개최되어
당일 종결되었다. A주식회사는 매년 12월 31일을 결산일로 하며, 정관에는 “이사의 임기는
그 임기 중 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장한다.”라고 규정
되어 있다. 甲과 乙은 연임된 바가 없다. 甲과 乙의 임기가 만료된 날짜는 언제인가? (다툼
이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲: 2015. 1. 29., 乙: 2015. 2. 14.
- ② 甲: 2015. 1. 29., 乙: 2015. 3. 20.
- ③ 甲: 2015. 3. 20., 乙: 2015. 2. 14.
- ④ 甲: 2015. 3. 20., 乙: 2015. 3. 20.
- ⑤ 甲: 2015. 1. 29., 乙: 2016. 2. 14.

정답 ④

① 甲의 경우 : 감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결시
까지로 한다(제410조). 감사의 지위를 강화하기 위하여 상법이 그 임기를 규정하고 있는
것이므로, 이 기간은 정관으로도 단축할 수 없다.

설문의 경우 갑의 취임 후 3년 내의 최종의 결산기는 2014년 12월 31일이고 그에 관한 정
기주주총회는 2015년 3월 20일이므로 갑의 임기는 2015년 3월 20일에 만료된다.

② 乙의 경우 : 乙의 임기는 2년으로, 2013년 2월 15일에 개시되어 2015년 2월 15일에 만
료되었으나 이는 최종 결산기의 말일인 2014년 12월 31일과 당해 결산기에 관한 정기주주
총회 개최일인 2015년 3월 20일 사이에 만료하는 경우에 해당하므로 정관에 따라 정기주
주총회의 종결에 이르기까지 연장되어 2015년 3월 20일에 乙의 임기가 만료된다.

관련판례

상법 제383조 제3항은 임기가 만료되는 이사에 대하여는 임기 중의 결산에 대한 책임을 지
고 주주총회에서 결산서류에 관한 주주들의 질문에 답변하고 변명할 기회를 주는 한편, 회
사에 대하여는 정기주주총회를 앞두고 이사의 임기가 만료될 때마다 임시주주총회를 개최하
여 이사를 선임하여야 하는 번거로움을 덜어주기 위한 것에 그 취지가 있다. …… 위 규정은
결국 이사의 임기가 최종 결산기의 말일과 당해 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되
는 경우에 정관으로 그 임기를 정기주주총회 종결일까지 연장할 수 있도록 허용하는 규정인
다고 보아야 한다.²⁾

2) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결.

문 4.

甲은 청과물시장의 위탁매매상인 乙에게 자신이 과수원에서 재배한 대추의 판매를 위탁하고, 乙은 이를 대추가공품 제조업자인 상인 丙에게 판매하였다. 甲, 乙, 丙의 법률관계에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (이에 관하여 다른 약정이나 관습이 없다고 가정하고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 乙이 丙으로부터 받을 판매대금채권을 甲에게 알리지 않고 자신의 채권자 丁에게 양도하였다면, 丁이 그 채권을 선의취득했다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 채권양도는 甲에 대하여 효력이 없다.
- ㄴ. 乙이 甲으로부터 대추를 인도받은 후 가격이 폭락하는 상황임을 안 때에는 즉시 甲에게 통지를 발송해야 하고, 甲의 지시를 받을 수 없는 경우 적절한 보관을 할 수는 있지만 이를 처분할 수는 없다.
- ㄷ. 丙이 매매대금채무를 이행하지 아니하는 경우 乙에게 귀책사유가 없다면, 乙은 甲에게 그 매매대금채무를 이행할 책임이 없다.
- ㄹ. 甲이 乙에게 1kg당 1만 원에 매도할 것을 위탁하였으나 乙이 이를 1kg당 1만 5천 원에 매도했다면, 1kg당 차익 5천 원은 甲의 이익으로 한다.
- ㅁ. 乙이 丙으로부터 판매대금을 받아 보유하던 중 이를 임의로 사용·소비한 때에는 특별한 사정이 없는 한 횡령죄가 성립한다.

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

정답 ②

ㄱ. (○) 위탁매매인이 제3자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 제3자에게 위탁매매로 취득한 채권을 양도한 경우에 위탁매매인은 위탁자에 대한 관계에서는 위탁자에 속하는 채권을 무권리자로서 양도한 것이고, 따라서 그 채권양도는 무권리자의 처분 일반에서와 마찬가지로 위탁자에 대하여 효력이 없다. 이는 채권양수인이 채권의 귀속에 대하여 선의 또는 무과실이더라도 달라지지 아니한다.³⁾

ㄴ. (×) 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). 이 경우에 위탁자의 지시를 받을 수 없거나 그 지시가 지연되는 때에는 위탁매매인은 위탁자의 이익을 위하여 적당한 처분을 할 수 있다(동조 제2항).

3) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결

ㄷ. (X) 위탁매매인은 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 스스로 이를 이행할 책임이 있는데(제105조) 이를 위탁매매인의 **이행담보책임(개입의무)**라 한다. 거래상대방이 채무를 이행하지 않으면 위탁매매인도 위탁자에 대한 의무를 이행할 수 없게 되고, 위탁자도 상대방에 대해 이행청구를 할 수 없어 손해를 볼 수 있는 상황에서 상법은 위탁자보호를 위해 위탁매매인에게 **무과실의 이행담보책임**을 부과하고 있다.

ㄹ. (O)위탁매매인이 지정가액보다 염가매도 또는 고가매수한 경우 위탁자는 그로 인한 손실을 자기가 부담할 이유가 없으므로 **그 결과를 인수하지 않아도 된다**(제106조 제1항). 그러나 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. 설문의 경우 차액 5천원은 특별한 약정이 없다면 **甲의 이익**으로 한다.

ㅁ. (O) 위탁물의 귀속에 관하여는 위탁자와 위탁매매인의 채권자간의 관계에 있어서는 위탁자의 소유(所有)로 본다(제103조). 위탁매매인이 이러한 물건 또는 유가증권을 임의로 사용·소비한 경우에는 보관중인 타인의 재물을 횡령한 것이 되어 **횡령죄**에 해당한다.(대법원 1982. 2. 23. 선고, 81도2619 판결).

문 5.

A주식회사는 B주식회사의 의결권 있는 발행주식총수의 92%를 소유하고 있는데, B주식회사를 흡수합병하고자 한다. 이에 의하여 A주식회사가 B주식회사의 주주에게 발행하는 신주는 A주식회사 발행주식총수의 12%이다. 이 경우에 「상법」상 생략할 수 있는 절차는?

- ① A주식회사의 채권자이의절차
- ② A주식회사의 주주총회 특별결의
- ③ B주식회사의 채권자이의절차
- ④ B주식회사의 주주총회 특별결의
- ⑤ 생략할 수 있는 절차 없음

정답 ④

① 간이합병

주식회사 간에 '흡수합병(신설합병×)'을 함에 있어서 소멸회사의 총주주의 동의를 있거나 소멸회사의 발행주식총수의 100분의 90 이상을 존속회사가 소유하고 있는 때에는 소멸회사의 주주총회의 승인은 이를 이사회의 승인결의로 갈음할 수 있다(제527조의2 제1항).⁴⁾

설문의 경우 존속법인 A회사가 소멸회사인 B회사의 주식의 100분의 90 이상인 92%를 소유하고 있으므로 **간이합병의 요건을 충족하므로 B주식회사의 주주총회 특별결의를 이사회 결의로 대체가능하다**. 나아가 간이합병을 하더라도 합병당사회사들의 채권자 보호절차(채권

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

자이의절차)를 생략할 수 없다.

② 소규모합병

주식회사 간에 '흡수합병(신설합병×)'을 하는 경우에 있어서 합병 이후에 존속회사가 합병으로 인해 발행하는 신주의 총수가 그 회사의 발행주식총수의 100분의 10를 초과하지 아니한 때에는 존속회사의 주주총회의 승인은 이사회회의 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.

설문의 경우 존속법인 A회사가 소멸회사인 B회사의 주주에 발행하는 신주의 규모가 10%를 초과하므로 A회사는 소규모합병을 할 수 없는바, A회사의 주주총회 특별결의를 이사회결의로 갈음할 수 없다. 한편, 소규모합병을 하더라도 합병당사회사들의 채권자 보호절차(채권자이의절차)를 생략할 수 없다.

문 6.

A주식회사는 아래와 같은 내용의 정관 규정을 두고 있다. 「상법」상 허용되는 것을 모두 고른 것은?

- ㄱ. 법정준비금의 자본금 전입은 주주총회에서 결정한다.
- ㄴ. 최대주주가 보유하고 있는 주식 1주에 대해서는 2개의 의결권을 부여한다.
- ㄷ. 대표이사는 이사 전원의 과반수의 승인을 얻어 회사와 거래할 수 있다.
- ㄹ. 이사의 임기는 3년 이내로 하고, 각 이사별 임기를 다르게 할 수 있다.
- ㅁ. 회사경영에 공로가 지대한 대주주가 인수하는 주식에 대하여 주금의 납입책임을 면제할 수 있다.

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

정답 ①

ㄱ. (O) 준비금을 자본금으로 전입하기 위해서는 원칙적으로 '이사회' 결의를 거쳐야 하며(제461조 제1항 본문), 정관에 규정이 있는 경우 '주주총회'가 결의할 수도 있다(동조 제1항 단서).

ㄴ.(X) 의결권이란 주주가 주주총회의 결의에 참석할 수 있는 권리를 의미하며, 1주마다 1개로 한다(제369조 제1항). 따라서 특정 주식에 수개의 의결권이 인정되는 복수의결권은 허용되지 않는다. 1주 1의결권에 관한 규정은 주식회사의 본질에서 유래하는 강행규정(強行規定)으로서 '정관'으로 달리 정할 수 없으며 이와 다른 주주간의 '합의'도 무효이다.⁵⁾

ㄷ. (X) 이사의 자기거래의 승인기관은 이사회이다(제398조). 원래 이사회 결의는 이사 과반수의 출석(의사정족수)과 출석이사 과반수의 찬성(의결정족수)으로 하는 것이 원칙이지만(제391조 제1항 본문), 2011년 개정상법은 의결정족수를 강화하여 이사의 자기거래의 경우 '재적이사 3분의 2 이상의 찬성'으로 하게 하였다.⁶⁾

ㄹ.(O) 이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다(제386조 제2항). 이는 임기를 정하지 않은 경우 임기가 3년으로 된다는 의미는 아니다.

ㅁ.(X) 회사경영에 공로가 지대한 대주주가 인수하는 주식에 대하여 주금의 납입책임을 면제할 수 있다는 정관규정은 자본충실의 원칙이나 주주평등원칙에 반하여 허용되지 아니한다.

문 7.

아래 주권은 비상장회사가 발행한 것이다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (아래 주권은 형식상의 문제가 없는 것으로 가정하며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

1 주 권 금 5,000원 정 회사의 상호: 주식회사 법토피아 회사의 성립연월일: 2015년 7월 7일 회사가 발행할 주식의 총수: 10,000주 1주의 금액: 금 5,000원 정 주식의 종류: 기명식 보통주식 주권발행 연월일: 2015년 9월 9일 이 주권은 우리 회사의 정관에 의한 주식 1주의 주주임을 증명하기 위하여 이면의 기명자에게 교부함. 주식회사 법토피아 대표이사 홍 익 인 
--

① 위 주권의 효력이 발생하는 시기는 회사가 주권을 작성하여 회사의 의사에 기하여 누구에게라도 주권을 교부한 때이다.

② 회사성립일인 2015. 7. 7. 이전에 위 주권을 발행했더라도 주권이 무효로 되는 것은 아니다.

③ 회사설립 당시 납입된 위 회사의 자본금은 반드시 5,000만 원이어야 한다.

④ 위 주식은 기명주식이므로 주식을 양도하기 위해서는 주권에 배서하고 주권을 교부하여야 양도의 효력이 생긴다.

5) 대법원 2009. 11. 26, 2009다51820 판결.

6) 의사정족수는 여전히 재적이사 과반수 출석임에 유의한다.

⑤ 위 회사는 주주총회의 특별결의를 거쳐 주식을 분할할 수 있고, 이 경우 1주의 액면가는 100원 이상이고 균일하여야 한다.

정답 ⑤

① (X) 상법 제355조 규정의 주권발행은 동법 제356조 소정의 형식을 구비한 문서를 작성하여 이를 주주에게 교부하는 것을 말하고 위 문서가 '주주에게' 교부된 때에 비로소 주권으로서의 효력을 발생한다고 해석되므로 피고회사가 주주권을 표창하는 문서를 작성하여 이를 주주가 아닌 제3자에게 교부하여 주었다 하더라도 위 문서는 아직 피고회사의 주권으로서의 효력을 갖지 못한다.⁷⁾

② (X) 회사는 성립 후 또는 신주의 납입기일후 지체없이 주권을 발행하여야 한다(제355조 제1항). 주식은 주권의 교부를 통하여서만 양도되므로(제335조 제1항), 주식의 양도성을 보장하기 위하여 주권발행의무가 강제되는 것이다. 반대로 회사는 회사성립전이나 신주납입기일 이전에는 주권을 발행할 수가 없으며, 설령 발행되었다고 하더라도 무효로 취급된다(제355조 제2항, 제3항).

③ (X) 종전에는 최저 자본금은 5,000만원 이상이었는데, 개정상법은 용이한 창업을 위하여 최저 자본금제도를 폐지(廢止)하였다.

④ (X) 주식의 양도는 당사자 간에 ① 양도의 합의와 ② 주권의 교부만으로 양도의 효력이 발생한다(제336조 제1항). 따라서 주권에 배서할 것이 요구되지 않는다.

⑤ (O) 주식의 분할이란 회사의 자본을 변경시키지 아니하고 주식을 세분화하여 발행주식의 총수를 증가시키는 것을 의미한다. 자본의 크기에는 변화가 없으므로 채권자보호절차를 거칠 필요는 없으나, 액면가가 정관의 필요적 기재사항이므로(제289조 제1항 제4호) '정관변경'을 위한 주주총회의 '특별결의'는 있어야 한다(제329조의2 제1항). 주식분할 후의 액면주식 1주의 금액을 100원 미만으로 하는 것은 허용되지 않는다(제329조의2 제2항).

문 8.

甲은 비상장회사인 A주식회사의 주주로서 주권(株券)을 실물로 소지하고 있다. 甲은 주권의 보관에 부담을 느껴 이를 소지하지 않기를 원하고 있다. A주식회사의 정관에는 주권불소지의 신고에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고, 甲은 위 주식에 질권을 설정한 바가 없다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (아래 각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 주권불소지의 신고를 하면 A주식회사는 주권불소지에 관하여 정관에 아무런 근거 규정이 없다는 이유로는 이를 거절할 수 없다.

② 甲이 주권불소지의 신고를 하면 A주식회사는 지체없이 주권을 발행하지 아니한다는 뜻

7) 대법원 1977. 4. 12. 선고 76다2766 판결.

을 주주명부와 그 복본에 기재하고 그 사실을 주주에게 통지하여야 한다.

③ 甲이 주권불소지의 신고를 하려면 주권을 A주식회사에 제출하여야 하고, A주식회사는 제출받은 주권을 무효로 하거나 명의개서대리인에게 임치하여야 한다.

④ 甲이 주권불소지의 신고를 하였다면, 甲의 乙에 대한 주식양도는 주권교부 없이 甲과 乙간의 주식양도에 관한 의사의 합치로 할 수 있다.

⑤ 甲은 주권불소지의 신고를 한 경우에도 언제든지 A주식회사에 대하여 주권의 발행 또는 반환을 청구할 수 있다.

정답 ④

① (O) 주주가 주권을 분실하게 되면 선의의 제3자가 선의취득하게 되는 결과 주주는 주권을 상실하게 될 위험성이 있다. 이러한 위험을 방지하기 위하여 주주는 회사에 주권의 불소지신고를 하여 주권을 소지하지 아니할 수 있다(제358조의2). 주권의 불소지신고는 **회사의 '정관'에 이를 금하는 규정이 없어야 허용된다(제358조의2 제1항)**. 따라서 甲의 불소지신고에 대해 A회사는 정관에 근거규정이 없음을 이유로 이를 거절할 수 없고, 이에 응해야 한다.

② (O) 주식의 주주가 회사에 대하여 불소지신고를 하면 회사는 이를 주주명부 및 그 복본에 기재하고 그 사실을 주주에게 통지하여야 한다(동조 제2항).

③ (O) 주권발행후의 불소지신고가 되고 회사에 주권이 반환된 경우에는 회사는 주권을 무효로 하거나, **명의개서대리인에게 임치하여야 한다(동조 제3항)**.

④ (X) 주권의 불소지신고가 있었음에도 주주는 언제든지 회사에 대하여 주권의 발행 또는 반환을 청구할 수 있다(동조 제4항). 따라서 불소지신고시 주식을 양도하기 위해서는 **주권을 발행받아 주권의 교부만으로 양도가 가능하지만**, 주권발행 전의 주식양도처럼 지명채권 양도방식으로 주식을 양도할 수 없다.

⑤ (O) 주권의 불소지신고가 있었음에도 주주는 언제든지 회사에 대하여 주권의 발행 또는 반환을 청구할 수 있다(동조 제4항).

문 9.

주식회사의 이사와 감사의 보수 등에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 상장회사의 경우 이사와 감사의 보수액을 합하여 주주총회의 단일 의안으로 상정하여 의결할 수 있다.

② 감사의 재직 중 직무수행 대가로서의 퇴직금에 관하여 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다.

③ 이사의 보수를 정한 주주총회의 결의에 대하여 주주총회 결의 무효확인 소가 제기되어 무효의 판결이 확정된 경우, 그 주주총회 결의에 기한 보수청구권의 효력은 부인된다.

④ 임기의 정함이 있는 이사가 정당한 이유 없이 임기만료 전에 해임된 경우 회사에 대하여 해임으로 인한 손해배상을 청구하려면, 그 이사는 정당한 이유의 부존재에 관한 증명책임을 진다.

⑤ 1인 주주인 회사의 임원퇴직금규정에 관하여 주주총회의 결의가 없더라도 실질적으로 1인 주주의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 퇴직금을 지급하여 왔다면, 위 규정에 대하여 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.

정답 ①

① (X) 상장회사가 주주총회의 목적사항으로 감사의 선임 또는 감사의 보수결정을 위한 의안을 상정하려는 경우에는 이사의 선임 또는 이사의 보수결정을 위한 의안과는 **별도로 상정**하여 의결하여야 한다(제542조의12 제5항).

② (O) 감사의 재직 중 직무수행 대가(代價)로서의 퇴직금은 감사의 보수(報酬)의 성격을 가지는 바, 감사의 보수도 이사와 마찬가지로 **정관으로 그 액수를 정하지 않은 경우에는 주주총회의 결의로 이를 정한다**(제415조, 제388조).

③ (O) 이사의 보수를 정한 주주총회의 결의에 대하여 주주총회 결의 무효확인 소가 제기되어 무효의 판결이 확정된 경우, 결의무효확인에 대한 확정판결은 **제3자에 대하여도 그 효력이 있고, 소급효가 인정되므로**(제380조, 제190조 본문) 그 주주총회 결의에 기한 보수 청구권의 효력은 애초부터 인정되지 아니한다.

④ (O) 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 대한 입증책임은 손해배상을 청구하는 이사가 부담한다.**⁸⁾

⑤ (O) 임원퇴직금지급규정에 관하여 주주총회 결의가 있거나 주주총회의사록이 작성된 적은 없으나 위 규정에 따른 퇴직금이 **사실상 1인회사의 실질적 1인 주주의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 지급되었다면** 위 규정에 대하여 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.⁹⁾

문 10.

A주식회사(비상장회사)는 합병을 위하여 합병계약을 작성하여 주주총회의 승인을 얻고자 한다. A주식회사의 주주 甲은 이에 반대하여 주식매수청구권을 행사하려고 한다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 주식매수청구권을 행사하기 위해서는 합병 주주총회일 전에 A주식회사에 합병에

8) 대법원 2006.11.23. 선고 2004다49570 판결.

9) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결.

반대한다는 의사를 서면으로 통지하여야 한다.

② 甲이 주식매수청구권을 행사하기 위해서는 합병을 승인하는 주주총회의 결의일로부터 20일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 A주식회사에 청구하여야 한다.

③ 甲이 주식매수청구권을 행사하는 경우 A주식회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2개월 이내에 주식매수가액이 확정되지 않았다면, 그 2개월이 경과한 후에도 A주식회사는 이행지체책임을 지지 않는다.

④ 주식의 매수가액은 A주식회사와 甲의 협의에 의하되, 만일 A주식회사가 주식매수청구를 받은 날부터 30일 이내에 협의가 이루어지지 아니하면, 甲 또는 A주식회사는 법원에 매수가액의 결정을 청구할 수 있다.

⑤ 법원이 주식의 매수가액을 결정하는 경우, 법원은 위 주식에 관하여 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 매수가액을 정한다.

정답 ③

① (O) ② (O) 합병에 반대하는 주주가 승인결의 전에 회사에 대하여 서면으로 반대하는 의사를 통지한 때에는, 승인결의가 이루어진 경우에도 회사에 대하여 자기의 주식매수를 청구할 수 있다(제522조의3 제1항). 즉 합병결의에 반대하는 주주는 ① 주주총회 전에 회사에 대하여, ② 서면으로 그 결의에 반대하는 의사를 통지한 경우 ③ 총회결의일로부터 20일 이내에 서면으로 회사에 대하여 자기소유의 주식에 대해 매수를 청구할 수 있다(제522조의3 제1항).

③ (X) 영업양도에 반대하는 주주의 주식매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립하고, 상법 제374조의2 제2항의 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'은 주식매매대금 지급의무의 '이행기'를 정한 것이라고 해석된다. 그리고 이러한 법리는 위 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 마찬가지이다. 2월의 매수기간 내에 주식대금을 지급하지 않은 회사는 지체책임이 인정되며, 사후에 주식의 가액이 법원에서 결정되면 그 지연손해금은 2월의 법정기한이 경과한 시점부터 계산한다.¹⁰⁾

④ (O) 주식의 매매가액은 지배주주와 소수주주 간의 협의로 정하지만, 매도청구를 받은 날로부터 30일 내에 협의가 이루어지지 않으면 지배주주 또는(함께 X) 소수주주 법원에 매매가액의 결정을 청구할 수 있다(제360조의24 제8항).

⑤ (O) 비상장주식의 거래에 있어서 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 가액을 평가하여야 하나, 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 비상장주식의 평가방법을 규정한 관련 법규들은 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있으므로 어느 한 가지 평가방법이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다.¹¹⁾

10) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결.

문 11.

甲과 乙은 동업계약을 체결하고 공동의 명의로 사업자등록을 한 뒤, 2011. 4. 8. 丙 소유의 호텔(상호는 '반도호텔') 건물 내의 일부 시설을 3년간 임차하여 '반도나이트클럽'이라는 상호로 영업을 하였다. 위 '반도나이트클럽'은 丙의 명의로 영업허가가 난 것이고, 丙은 甲과 乙에게 그 영업허가 명의를 이용할 것을 허락하였다. 그후 乙은 甲과의 동업계약을 해지하고, 2012. 12. 15. 공동사업자 탈퇴신고를 하여 甲 단독명의로 사업자등록을 변경하였다. 甲은 단독으로 위 나이트클럽을 운영하던 중 개업 당시부터 거래관계에 있던 丁에게 2013. 12. 5. 외상으로 공급받은 주류대금을 지급하지 않은 상태에서 임대차 기간이 종료된 2014. 4. 7. 영업을 정리하였다. 이후 2014. 12. 5. 戊가 丙으로부터 위 나이트클럽 시설을 임대받아 현재까지 같은 업종으로 운영하고 있다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (아래 각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 동업관계가 종결된 이후에도 甲이 '반도나이트클럽'이라는 상호를 계속 사용하는 것에 대하여 乙이 아무런 이의를 제기하지 않았고, 乙이 동업관계로부터 탈퇴한 사실을 丁이 알지 못한 데에 중대한 과실이 없다면, 丁은 위 주류대금채권에 대하여 乙에게 명의대여자의 책임을 물을 수 있다.
- ㄴ. 甲과 丙이 '반도나이트클럽'을 운영하는 것으로 丁이 중대한 과실 없이 믿은 경우, 丁의 甲에 대한 위 주류대금채무의 이행청구에 대하여 甲이 채무승인을 한 경우에도 그것만으로는 丙의 丁에 대한 명의대여자로서의 책임은 시효중단되지 않는다.
- ㄷ. 戊는 丁의 위 주류대금채권에 대하여 영업양수인으로서 변제할 책임을 진다.
- ㄹ. 甲이 2015. 6. 6. '반도나이트클럽' 인근에서 종전 영업과 동일한 내용으로 나이트클럽을 개업하여 운영하고 있는 경우라면, 戊는 甲을 상대로 「상법」상의 경업금지 의무 위반을 이유로 영업금지를 구하거나 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 갖는다.

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

정답 ③

ㄱ.(O) 판례는 "그 후 명의자가 동업관계에서 탈퇴하고 사업자등록을 타인 단독 명의로 변경하였다 하더라도 이를 거래 상대방에게 알리는 등의 조치를 취하지 아니하여 여전히 공동사업자인 것으로 오인하게 하였다면 명의자는 탈퇴 이후에 타인과 거래상대방 사이에 이루어진 거래에 대하여도 상법 제24조에 의한 명의대여자로서의 책임을 부담한다"고 판시한 바 있다.¹²⁾ 즉 동업관계가 종결 후 甲이 '반도나이트클럽'이라는 상호를 계속 사용하는 것에 대하여 乙이 아무런 이의를 제기하지 않은 점은 **목시적 허락**에 해당하므로, 丁은 위 주

11) 대법원 2010. 5. 28. 선고 2009마2238 결정.

12) 대법원 2008. 1. 24. 선고 2006다21330 판결.

류대금채권에 관하여 乙에게 명의대여자의 책임을 물을 수 있다.

ㄴ. (O) ‘반도나이트클럽’은 丙의 명의로 영업허가가 난 것이고, 병이 甲과 乙에게 그 영업허가 명의를 이용할 것을 허락하는바 병은 명의대여자로서 책임을 부담할 수 있다. 따라서 명의대여자 병과 명의차용자 갑은 선의,무중과실의 정에게 주류대금에 대해 부진정연대 책임을 부담한다. 다만, 부진정연대채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치지 아니하므로 丁의 甲에 대한 주류대금 이행청구에 대하여 甲이 채무승인을 한 경우에도 그것만으로는 丙의 丁에 대한 명의대여자로서의 책임은 시효중단되지 않는다.

관련판례

명의대여자는 명의차용자와 연대하여 제3자에게 변제할 책임이 있으며(제24조), 그 법적 성질은 부진정(不眞正)연대채무로 보는 것이 일반적이다. 한편 부진정연대채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치지 아니한다.¹³⁾

ㄷ. (X) 설문의 경우 甲이 2014. 4. 7. 영업을 정리한 후에 戊가 丙으로부터 위 나이트클럽 시설을 임대받아 새로이 나이트클럽을 운영하고 있으므로 戊는 영업을 양수한 자에 해당하지 아니한바 戊는 상법상의 영업양수인으로서의 책임을 지지 않는다.

ㄹ. (X) 만약 甲이 2015. 6. 6. ‘반도나이트클럽’ 인근에서 종전 영업과 동일한 내용으로 나이트클럽을 개업하여 운영하고 있는 경우라면, 갑은 영업양도인의 경업금지의무를 위반한 것이다. 그러나 영업양도인의 동 의무위반에 관하여 상법은 양수인에게 아무런 구제수단을 인정하지 않고 있다. 따라서 일반채무불이행의 원칙에 따라 양수인은 강제이행으로서 양도인의 비용으로 위반한 결과를 제거하고 장래에 대한 적당한 처분을 법원에 청구할 수 있다(민법 제398조 제3항).

문 12.

「상법」상 주식의 발행에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (정관에 근거규정이 있다고 가정함)

- ① 발행주식 중 일부는 액면주식으로, 나머지는 무액면주식으로 하여 발행할 수 없다.
- ② 주주의 상환청구권을 배제하고 회사만이 상환권을 갖는 상환주식을 발행할 수 있다.
- ③ 상환의 대가를 배당가능이익의 범위 내에서 발행회사의 사채(社債)로 지급하는 상환주식을 발행할 수 있다.
- ④ 회사의 이익으로써 소각할 수 있는 조건이 붙은 의결권 없는 이익배당우선주를 발행할 수 있다.
- ⑤ 사채(社債)로의 전환청구권을 행사할 수 있는 전환주식을 발행할 수 있다.

정답 ⑤

13) 대법원 2011.4.14. 선고 2010다91886 판결.

① (O) 회사는 정관으로 액면 또는 무액면주식을 선택하여 발행할 수 있고 병행(並行)하여 발행하지 못한다(제329조 제1항 단서).

② (O) 상환주식에는 ① 회사가 상환권을 갖는 '회사상환주식'과 ② 주주가 상환권을 갖는 '주주상환주식'이 있다(제345조 제1항, 제3항). 전자는 회사가 주식을 발행하여 우선 자금을 조달하고 자금사정이 호전되면 주식을 상환하는 것이 특징이며, 후자는 주주가 상환기간 내에 회사의 경영상황을 탐색하여 투자자금을 회수할 수 있는 것이 특징이다.

③ (O) 상환종류주식을 상환할 때에 회사는 해당 주주에게 정관에 정한 상환가액을 지급해야 한다. 다만, 2011년 개정상법은 회사가 상환주식을 취득한 대가로 주주에게 금전뿐 아니라 현물(ex, 사채)로도 상환할 수 있지만, 다른 종류주식으로 상환하는 것은 허용되지 않는다.¹⁴⁾

④ (O) 개정상법에 의하면 개정상법에 의하면 여러 가지 종류주식의 결합이 가능하므로 의결권 없는 이익배당우선주를 발행할 수 있다. 한편, 상환주식은 상환주식과 전환주식을 제외하여 다른 종류주식을 대상으로 하고, 종류주식만을 대상으로 하므로 '보통주식'은 대상이 되지 않는다.¹⁵⁾ 즉, ① 이익배당과 잔여재산분배에 관한 종류주식과 ② 의결권제한 종류주식은 대상이 되지만, ③ 보통주식, ④ 상환주식, ⑤ 전환주식은 대상에서 제외된다(제345조 제5항). 따라서 회사는 회사의 이익으로써 소각할 수 있는 조건이 붙은 의결권 없는 이익배당우선주를 발행할 수 있다.

⑤ (X) 전환주식이란 주주가 다른 종류의 '주식'으로 전환할 수 있는 권리가 부여된 주식 또는 회사가 다른 종류의 '주식'으로 전환할 수 있는 권리가 부여된 주식을 의미한다(제346조). 따라서 전환의 대상은 보통주와 모든 종류주식이 되며, 전환의 대가는 보통주를 포함하는 다른 종류주식이 되는 것이지 사채(社債)로의 전환청구권을 행사할 수 있는 전환주식을 발행할 수는 없다.

문 13.

「어음법」 및 「수표법」상 어음·수표행위에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 어음발행인란에 수인이 공동으로 기명날인 또는 서명을 한 경우, 어음상의 권리자는 공동발행인 전원뿐만 아니라 공동발행인 각자에게도 어음금 전액을 청구할 수 있다.

② 어음에서의 기한 후 배서는 지명채권 양도의 효력을 가지므로 「민법」상 지명채권 양도의 대항요건을 구비하여야 한다.

③ 어음에 대한 일부의 배서는 그 부분에 한하여 유효하다.

14) 예를 들어 이익배당에 관한 종류주식을 상환주식으로 정하여 상환의 대가로 의결권이 제한되는 주식을 지급하면 결국 전환주식의 경우와 동일해지는 문제가 있기 때문이다.

15) 상환주식과 전환주식을 제외한다는 부분에 대해, 상환주식을 상환주식의 대상으로 함은 무의미하므로 주의적 규정이며, 전환주식의 경우 실무상 '상환전환우선주'가 발행되고 있으므로 입법오류라는 견해가 있다(송옥렬, (상), 779면).

④ 어음에 있어서 배서의 연속은 어음 기재상 형식적으로 연속되어 있어야 할 뿐만 아니라 실질적으로도 연속되어 있을 것을 요한다.

⑤ 수표에 기재되어야 할 수표행위자의 명칭은 반드시 수표행위자의 본명에 한한다.

정답 ①

① (O) 어음의 공동발행인은 어음소지인에 대하여 합동책임을 부담하므로(통설,판례) 소지인은 공동발행인 전원에 대해 청구하거나 그 중 1인에 대하여 전액 청구할 수 있다.

② (X) 어음법 제20조 제1항 후단에서 지급거절증서 작성 후 또는 지급거절증서 작성기간 경과 후의 배서는 지명채권 양도의 효력만이 있다고 규정하고 있는 것은 단지 그 효력이 지명채권 양도의 그것과 같다는 취지일 뿐이므로, 민법상 지명채권의 양도·양수절차인 채권양도인의 통지 또는 채무자의 승낙을 필요로 하는 것은 아니다.¹⁶⁾

③ (X) 일부배서는 어음금액의 일부에 대해 행하는 배서로서 이를 허용하면 어음금을 분할하여 양도할 수 있게 되어 권리와 증권이 분리되는 현상을 초래하므로 이를 '유해적 기재사항'으로 간주한다(어 제12조 제2항). 이 경우 배서부분이 무효로 된다. [일배지]

④ (X) 배서의 연속이 인정되기 위해서는 ① 배서의 순차적 동일성과 ② 각 배서의 형식적인 유효성을 요한다. 배서의 연속은 오로지 형식적으로 판단하기 때문에 배서에 실질적인 하자가 있더라도 이로 인해 배서연속이 부정되지는 않는다.

⑤ (X) 수표에 기재되어야 할 수표행위자의 명칭은 반드시 수표행위자의 본명에 한하는 것은 아니고, 상호·별명 등 그 밖의 거래상 본인을 가리키는 것으로 인식되는 칭호라면 어느 것이나 모두 가능하다고 볼 것이므로, 비록 그 칭호가 본명이 아니더라도 통상 그 명칭을 자기를 표시하는 것으로 거래상 사용하여 그것이 그 행위자를 지칭하는 것으로 인식되어 온 경우에는 그것을 수표상으로도 자기를 표시하는 칭호로 사용할 수 있다.(대법원 1996. 5. 10. 선고 96도527 판결)

문 14.

보험계약의 체결에 있어서 고지의무에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항에 대하여 고지하지 않거나 부실의 고지를 하는 경우 고지의무 위반이 된다.

② 냉동창고에 대한 화재보험계약 체결시에 보험의 목적인 냉동창고 건물이 완성되지 않아 완성된 냉동창고에 비하여 현저히 높은 화재위험에 노출되어 있었던 경우에 잔여공사를 계속하여야 한다는 사정은 고지의무의 대상이 된다.

③ 생명보험계약에 있어서 고지의무 위반이 있는 경우 보험자는 그 위반사실을 증명하여 보험계약자나 그의 상속인(또는 그들의 대리인)에 대하여 해지의 의사표시를 할 수 있다.

16) 대법원 1997.11.14. 선고 97다38145 판결.

④ 고지의무 위반시 보험자는 보험사고 발생 후라도 그 위반사실을 안 날로부터 1월 내에, 보험계약 체결시로부터 3년 내에 한하여 보험계약을 해지할 수 있다.

⑤ 고지의무를 위반한 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우라 하더라도 보험자는 보험계약을 해지할 수 있을 뿐만 아니라 보험금지급책임도 면한다.

정답 ⑤

① (O) ④ (O) 고지의무란 보험계약자 또는 피보험자가 **보험계약의 성립시** 계약체결에 영향을 미칠 중요한 사항을 보험자에게 고지하여야 하는 의무를 말한다(제651조). 고지의무의 위반이 있는 경우에도 ① 보험자가 고지의무위반의 사실을 **안 날로부터 1월이 경과하거나 계약성립일로부터 3년이 경과한 때**(제651조 본문), 또는 ② 보험자가 계약당시에 불고지 또는 부실고지된 중요한 사항을 **알았거나 중대한 과실로** 알지 못한 때(동조 단서)에는 계약을 해지할 수 없다.

② (O) 갑이 손해보험업을 영위하는 을 주식회사와 냉동창고건물에 관한 보험계약을 체결하였는데, **체결 당시 보험의 목적인 건물이 완성되지 않아 잔여공사를 계속하여야 한다는 사정을 을 회사에 고지하지 않은** 사안에서, 제반 사정에 비추어 갑은 위와 같은 사정을 고지하여야 함을 충분히 알고 있었거나 적어도 현저한 부주의로 인하여 알지 못하였다는 이유로, 이와 달리 본 원심판결에 고지의무 위반에 관한 법리오해의 위법이 있다.¹⁷⁾

③ (O) 고지의무 위반이 되기 위해서는 **객관적 요건**으로 중요한 사항에 대한 불고지 내지는 부실고지가 있어야 하고, **주관적 요건**으로 고의 중과실이 있어야 한다. 이러한 객관적 요건과 주관적 요건에 대한 입증책임은 **고지의무를 주장하는 보험자가 부담한다**.

관련판례

보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 일정 기간 안에 그 계약을 해지할 수 있다(상법 제651조). 여기서 중대한 과실이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항임을 알지 못한 것을 의미하고, 그에 관한 증명책임은 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하고자 하는 보험자에게 있다.¹⁸⁾

⑤ (X) 보험계약자가 고지의무위반과 보험사고간에 인과관계가 없음을 입증한 경우 **보험자는 보험금을 지급해야 한다**(제655조 단서), 다만 보험자가 고지의무위반을 이유로 해지할 수 있는지 문제된다. 학설은 ① 해지부정설과 ② 해지긍정설이 대립하였고, **종래 판례는 "인과관계가 없는 경우에는 해지 할 수 없다"**는 입장이었다.¹⁹⁾ 그러나 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 않았

17) 대법원 2012.11.29. 선고 2010다38663 판결.

18) 대법원 2013.06.13. 선고 2011다54631 판결.

19) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결.

다는 사실과, 그 후 피보험자에게 백혈병이 발생한 사실 사이에는 **인과관계가 없다는 점**이 인정된 전제에서 …… ② 보험자는 고지의무 위반의 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를 불문하고 **상법 제651조에 의하여 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다**"²⁰⁾라고 판시한 바 있다(해지긍정설).

문 15.

「민법」과 「상법」상 계약의 성립 및 해제에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (당사자 간에 별도의 약정이 없는 것으로 가정하며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 「민법」에 의하면 청약을 받은 상대방이 계약체결을 원하지 않는 경우 원칙적으로 거절의 의사를 청약자에게 통지할 필요가 없다.
- ② 상인이 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 경우 건품 기타의 물건을 받은 때에는 청약을 거절한 때에도 청약수령자의 비용으로 그 물건을 보관하여야 한다.
- ③ 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 하고 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.
- ④ 상인이 아닌 당사자 간의 계약에서 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우, 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 이행의 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다.
- ⑤ 상인간의 매매에 있어서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우, 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다.

정답 ②

① (O) 민법에서는 **청약에 대한 회답의무가 없으므로** 청약자가 정한 기간 내에 이의를 제기하지 않으면 승낙한 것으로 간주한다는 뜻을 표시하더라도 이는 구속력이 없으며, 따라서 그 기간이 경과하면 청약이 실효하게 되어 계약은 불성립이 된다. 다만 이는 승낙기간을 정하는 의미를 가지므로 그 기간 내에 승낙을 한 경우에 한하여 계약이 성립할 수는 있다.²¹⁾

② (X) 상인이 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 경우에 건품 기타의 물건을 받은 때에는 그 청약을 거절한 때에도 **청약자(청약수령자 X)의 비용으로** 그 물건을 보관하여야 한다. 그러나 그 물건의 가액이 보관의 비용을 상환하기에 부족하거나 보관으로 인하여 손해를 받을 염려가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제60조) .

③ (O) 상인이 **상시(常時) 거래관계**에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체 없이 낙부의 통지를 발송(발신주의)하여야 하고 만약 이를 해태한 때에는 **승낙을 간주함으로써**, 청약을 받은 상인에 대하여 '낙부통지의무'를 부과하고 있다(제53조). 이는 외관

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

21) 대판 1999.1.29. 선고 98다48903 판결.

을 신뢰한 청약자를 보호하기 위한 것이다.

④ (O) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 **최고를 하지 아니하고 계약을 해제**할 수 있다(민법 제545조) .

⑤ (O) 상인간의 매매에서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의해 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 않으면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 당사자의 일방이 이행기가 경과하였는데도 **상대방이 즉시 이행청구를 하지 아니하면 매매계약이 해제된 것으로 '의제'된다**(제68조). 민법 제545조에서 해제의 의사표시를 요하는 것과 **달리 이행지체만으로 해제의 의사표시 없이 해제된 것으로 의제된다**는 점에서 특칙으로서의 의의가 있다.

문 16.

甲은 A보험회사와 자신을 피보험자로 하여 자신의 자동차에 대한 차량보험계약을 체결하고 그 자동차로 도로를 운행하던 중, 무단으로 중앙선을 침범하여 운전한 乙의 자동차에 의해 甲의 자동차가 크게 파손되는 사고를 당하여 A보험회사에 보험금청구권을 갖게 되었다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (아래 각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① A보험회사가 甲에 대해 차량보험금을 전액 지급하였다면, A보험회사는 그 지급한 금액의 한도에서 甲의 乙에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.

② 甲이 보험금을 지급받은 후 乙에 대한 손해배상청구권을 포기한 경우라 하더라도 A보험회사는 여전히 甲의 乙에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.

③ 甲에게 보험금을 지급한 A보험회사가 乙에 대해 대위할 수 있는 손해배상청구권은 甲의 A보험회사에 대한 보험금청구권과 같이 위 사고발생일로부터 3년의 시효로 소멸한다.

④ 甲이 A보험회사로부터 보험금을 지급받은 후, 乙이 A보험회사의 대위권 취득의 사실을 모르고 과실 없이 甲에게 손해배상금을 지급한 때에는 A보험회사는 乙에 대해 대위권을 행사할 수 없다.

⑤ 乙이 생계를 같이하는 甲의 배우자인 경우 A보험회사는 甲 의 손해배상청구권을 대위할 수 없지만, 만일 乙이 고의로 위 사고를 일으켰다면 A보험회사는 乙에 대해 대위할 수 있다.

정답 ③

① (O) **제3자에 대한 보험자대위**란 '손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자가 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득하는 제도'를 말하며(제682조 제1항) **청구권대위**라고도 한다. 따라서 A보험회사가 甲에 대해 보험금을 전액 지급하였다면, A보험회사는 지급한 금액의 한도에서 甲의 乙에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.

② (O) 보험자가 피보험자에게 보험금액을 지급하면 피보험자의 권리는 보험자에게 당연히

이전되므로 피보험자가 제3자에게 행사할 수 있는 권리는 존재하지 않는다. 그럼에도 피보험자가 보험금 수령 후에 손해배상청구권을 포기하면 이는 무권한자의 처분행위로서 무효이다. 따라서 보험회사는 제3자에게 여전히 대위권을 행사할 수 있으므로 보험회사는 손해를 본 것이 없는바 피보험자에 대해 부당이득반환청구를 할 수 없다.²²⁾

③ (X) 보험자대위에 의하여 피보험자 등의 제3자에 대한 권리는 동일성을 잃지 않고 그대로 보험자에게 이전되므로, 이 때 보험자가 취득하는 채권의 소멸시효 기간과 그 기산점 또한 피보험자 등이 제3자에 대하여 가지는 채권 자체를 기준으로 판단하여야 한다. ²³⁾甲에게 보험금을 지급한 A보험회사가 乙에 대해 대위할 수 있는 손해배상청구권은 불법행위에 기한 손해배상청구권이므로 손해 및 가해자를 안날로부터 3년, 불법행위가 있는 날로부터 10년의 시효로 소멸한다(민법 제766조).

④ (O) 피보험자가 보험금 수령 후에 제3자가 피보험자에게 손해배상금을 지급한 경우 이러한 변제는 무효이지만, 채권의 준점유자에 대한 변제(민법 제470조)로 유효하게 취급될 수 있다. 이때 제3자의 채무는 유효한 변제로 소멸하므로 보험자는 청구권대위의 침해를 이유로 피보험자에게 부당이득반환청구 내지는 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

관련판례

제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 이미 보험금을 수령한 사실을 알고 있었던 경우에는 피보험자가 입은 손해액과 피보험자가 보험자로부터 보험금을 수령함으로써 보험자대위권의 대상이 된 금액을 살펴, 피보험자에게 아직도 자신에 대한 손해배상청구권이 남아 있다고 믿고 손해배상을 한 경우에만 선의, 무과실에 해당된다. 이렇게 채권의 준점유로 인정되면 제3자의 보험자에 대한 채무가 소멸하므로 보험자는 청구권대위를 할 수 없다. …… 이러한 채권의 준점유자에 대한 변제가 유효하기 위한 요건의 주장, 입증책임은 보험자에게 있다.²⁴⁾

⑤ (O) 2014년 개정상법은 “보험계약자나 피보험자의 권리가 그와 생계를 같이 하는 가족에 대한 것인 경우에는 보험자는 그 권리를 취득하지 못한다. 다만, 손해가 그 가족의 고의(故意)로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하였다(제682조 제2항).

문 17. 어음의 위조와 변조에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 위조된 배서를 진정한 것으로 믿고 어음을 유상취득한 경우의 손해액은 그 어음을 취득하기 위하여 지급한 금원이 아니라 해당 어음액면 상당액이다.
- ② 어음상의 피위조자는 귀책사유를 불문하고 선의의 어음소지인에게 어음상의 책임을 진다.
- ③ 어음상의 피위조자는 위조 사실을 증명하지 못하면 어음상의 책임을 면하지 못한다.
- ④ 어음이 위조된 후 그 어음을 취득하여 배서양도한 자는 위조된 문언대로 어음상의 책임

22) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다36698 판결, 대법원 1997.11.11 선고 97다37609 판결.

23) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67500 판결.

24) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다61593 판결.

을 진다.

⑤ 변조 후에 그 어음에 기명날인하여 어음행위를 한 자는 원칙적으로 원래 문구에 따라 어음상의 책임을 진다.

정답 ④

① (X) 위조된 약속어음을 취득함으로써 입은 손해는 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 취득하기 위하여 **현실적으로 출연한 할인금 상당액**일 뿐, 그 어음이 진정한 것이었다면 어음소지인이 지급받았을 것이라고 인정되는 그 어음액면 상당액이라고는 할 수 없다.²⁵⁾

② (X) 어음위조의 경우 피위조자는 귀책사유가 없는 것이 일반적이므로 피위조자는 어음상의 책임을 지지 아니한다. 즉, 어음이 위조되었다는 주장은 어음법상 **물적(物的) 항변**이다. 다만, 귀책사유가 있는 경우 표현책임을 부담하게 된다.

③ (X) 위조에 대한 입증책임에 관하여 판례는 '**어음소지인부담설**'의 입장에서 "어음에 어음채무자로 기재되어 있는 사람이 자신의 기명날인 또는 서명이 위조된 것이라고 주장하는 경우에는 그 사람에게 대해 어음채무의 이행을 청구하는 어음소지인이 그 기명날인 또는 서명이 진정한 것임을 증명하지 않으면 안된다"고 판시하였다.²⁶⁾

④ (O) 선행어음행위가 위조되었다 하더라도 어음에 형식적 하자가 없는 이상 그 이후의 어음행위는 '**어음행위독립의 원칙**'에 의해 유효하며, 따라서 위조된 어음 위에 기명날인 또는 서명한 자도 어음소지인에게 어음채무를 부담한다(어 제7조 2호). 판례도 같은 취지에서 "어음의 최종소지인은 그 어음의 최초의 발행행위가 위조되었다 하더라도 어음행위독립의 원칙상 그 뒤에 유효하게 배서한 배서인에 대하여는 상환청구권을 행사할 수 있다"고 판시하고 있다.²⁷⁾

⑤ (X) 어음의 문구가 변조된 경우에는 그 변조 후에 기명날인하거나 서명한 자는 **변조된 문구**에 따라 책임을 지고, 변조 전에 기명날인하거나 서명한 자는 **원래 문구**에 따라 책임을 진다(어음법 제69조)..

25) 대법원 1994.11.8. 선고 93다21514 전합판결.

26) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93다4151 전합판결.

27) 대법원 1977. 12. 13. 77다1753 판결.