

III. 사안의 해결

(1) 변경된 판례에 따르면, 설립인가처분은 단순한 강학상 인가에 그치지 않는 설권적 처분으로서, 조합설립행위의 무효를 이유로 설립인가처분을 항고소송으로 다투는 것은 얼마든지 가능하다. 따라서 설문은 타당하지 않다.

(2) 비록 형식이 조합설립변경인가처분이지만 그 실질은 조합설립변경신고에 대한 수리처분인 점에서, 전자에서 후자로의 전환을 인정하면, 조합설립변경인가처분이 후행처분이라고 하더라도 선행처분인 조합설립인가처분이 이에 흡수되지 않는다는 결론에 이른다. 따라서 설문은 타당하지 않다.

2011년 4월호 고시계
홍익대학교 교수 송시강

상 법

1. 경영판단의 원칙

【設問】

1. 甲은 해운업을 운영하는 A 해운주식회사의 자회사로서 재정적으로 파탄에 임박한 수산업을 운영하는 B 수산주식회사에 대하여, 도산을 불러올지도 모른다는 것을 알고 난 후에 솔직히 B 수산주식회사에 대한 용자를 중단할 것인가, 아니면 성어기까지의 연결자금을 용자해 줌으로써 B 수산주식회사의 경영호전을 기대할 기회를 가질까 어떤가의 선택에 직면하였다. 숙고한 甲은 적극적인 경영정책을 선택하여 B 수산주식회사에 연결자금을 용자해 주고 B 수산주식회사에 대한 관리를 강화함과 동시에 담보권을 확보하기 위한 갖은 노력을 강구하였지만, 기대하였던 성어기가 도래하기 전에 B 수산주식회사는 도산하여 위 용자금의 회수가 불가능하게 되었다.

2. 한편으로 甲은 절세하기 위해 행한 행위가 세무서에 의해 탈세행위라고 지적되어 법인세법에 따라 A해운주식회사에 증가산세가 부과되었다.

위와 같은 각 경우 A해운주식회사는 A해운주식회사의 대표이사인 甲에 대하여 손해배상 청구를 하는 것이 가능한가?

출제의도

본 설문은 최근에 활발히 논의되고 있는 경영판단의 원칙에 대하여 질문을 던지고 있다. 이러한 질문은 기본적으로 영·미법에서는 판례법으로 인정하여 왔고, 독일에서는 최근 주식법 제93조 제1항 제1문에 명문으로 규정을 두고 있는 경영판단의 원칙에 대한 것이다. 특히 미국법률협회는 경영판단의 원칙에 관한 명문 규정을 두어 각 주의 법원의 판결이나 입법의 기준을 제시하고 있다. 그런데 경영판단의 원칙을 인정하고자 하는 가장 큰 이유는 무릇 회사의 경영환경은 수시로 변화하는 사회적 경제적 여건에 종속될 수 밖에 없고, 또한 전문 경영인의 위와 같은 환경에서의 회사를 위한 경영에 대한 판단이 위험을 수반할 수밖에 없다는데 있다. 그러므로 본문은 첫째, 과연 우리나라에서도 경영판단의 원칙을 도입할 수 있는가 하는 점에 대하여 묻고 있다. 두 번째로는 경영판단의 원칙을 받아들인다고 하는 견해를 채용할 경우 그 조건과 범위는 어떻게 상정하여야 할 것인가 그리고 입증책임은 어떻게 전환되는가 하는 점에 대한 것이다. 마지막으로 그렇다고 하더라도 법령을 위반한 경우에도 경영판단의 원칙을 고수할 수 있을 수 있는지에 대해서도 묻고 있는 것이다. 비록 교과서에는 경영판단의 원칙에 대하여 많은 지면이 할애되어 있지 않지만 이것은 매우 시사성이 있는 논제이다. 왜냐하면 그러한 논의의 배경에는 우리나라가 1998년 경 IMF라는 미증유의 경제적인 충격을 받았기 때문이다.

문제의 해석과 중요한 논점

그렇다면 문제를 어떻게 해석하고 중요한 논점을 어떠한 순서대로 살펴해야 되는지 차례로 본다.

1. 소문 1

소문1에서는 甲은 B로부터의 자금의 회수가 불가능하게 되었다는 것에 의해 A회사에 손해를 주고 있지만, 甲은 B의 경영의 호전을 기대하여 B에 용자를 행하고 있다고 말하는 것이다. 그리하여 경영판단의 원칙을 적용하여 이사 책임(상법 제399조 제1항/423조 제1항)을 면하는 것이 불가능한가가 문제로 된다. IMF 이전까지는 우리나라에서 이사에 대한 법적 책임을 묻은 적이 없다. 그러나 1998년 상법 개정을 통하여 주주의 대표소송 요건이 완화됨으로써 주주들의 회사에 대한 통제가 더 촉진되었다.

(1) 경영판단원칙에 관하여 외국의 예를 보면, 미국에서는 이미 19세기 중반부터

- 1) 상법을 개정하기 전에는 발행주식 총수의 100분의 5 이상의 주식을 가진 주주만이 자격을 부여받았으나, 개정으로 인하여 발행주식 총수의 100분의 1 이상의 주식을 가진 주주라면 이사의 책임을 추궁하는 소송을 제기 할 수 있게 되었다(상법 제403조 제1항)

판례법으로 이사에 대한 책임제한의 법리로서 이를 인정하고 있고, 독일도 2006년 말부터 주식법 제93조 제1항 제2문에 명문화 하여 이를 적용하고 있다. 그러므로 우리나라에서도 이러한 경영판단원칙에 어느 정도의 수정을 가하여 일정한 요건 하에서 경영판단원칙의 적용하여야 한다는 것이 다수설이다.

(2) 다음으로, 경영판단의 원칙의 적용이 인정됨으로써 어떤 경우에 이사의 선관주의의무위반이 부정되는 것으로 되는가 하는 것이 그 판단기준의 문제로 되고 있다. 이 점에 대해서는 경영판단의 과정(절차)과 내용으로 나누어 기준을 설정하는 것이 일반적이다.

2. 소문 2

(1) 소문 2에서는 甲에 대한 책임추급을 인정하는 전제로서, 甲의 행위가 423조 1항의 「임무를 해태」한때에 해당하느냐가 문제로 되고 있다. 그러나 이사는 회사에 법령위반 행위를 하지 않게 할 모든 법령을 준수하는 의무를 진다고 봐야하기 때문에 이사의 법령 위반 행위는 당연히 「임무를 해태」한때라고 말할 수 있다.

(2) 甲의 행위가 제399조 제1항의 「임무를 해태」한때에 해당된다고 해석한 경우, 다음으로, 법령위반에 기초한 이사의 책임에 대하여 경영판단의 원칙을 적용하는 것이 가능한가 하는 것이 문제로 되고 있다.

이 점, 법령위반의 경우에는 경영판단의 원칙의 적용은 인정되지 않는다고 보는 견해도 있지만 법령위반의 경우에도 경영판단의 원칙의 적용을 인정하는 견해도 유력하다.

그러므로 중요한 논점을 정리하면 아래와 같다.

첫째, 경영판단의 원칙

둘째, 제399조 제1항 「임무를 해태」한때의 의미

셋째, 법령위반과 경영판단의 원칙의 적부

그리고 답안을 작성하는데 주의할 점도 있어서는 안 된다. 즉, 경영판단의 원칙을 선관주의의무위반의 판단의 문제로서도 된다는 점을 염두에 두어 서로 묶어서 서술하여야 한다는 것이다. 본문은 A회사로부터 이사에 대한 청구를 문제로 삼고 있는데, 그러나 제399조 제1항에 대하여는 검토하지 않도록 주의해야 한다. 마지막으로 경영판단의 원칙이 문제로 되는 경우는 구체적인 사정이 중요한데 그 적용을 확실히 해야 한다.

【답안구성 예】

I. 소문 1에 대하여

1. 문제의 제기
2. 적용여부에 대한 학설의 비판
 - (1) 도입긍정설
 - (2) 도입부정설
 - (3) 검토

- (4) 입증책임
- 3. 경영판단의 원칙의 적용범위
 - (1) 일반론
 - (2) 판례의 전개
 - (3) 본문의 경우

II. 소문 2에 대하여

- 1. 법적인 쟁점
- 2. 법령위반의 경우에도 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는지 여부
 - (1) 본문의 경우
 - (2) 법령위반의 범위
 - (3) 판례의 전개
 - (4) 과실책임의 원칙
- 3. 손해배상
 - (1) 그러면 甲은 제399조 제1항에 근거하여 甲 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 것인가?
 - (2) 결론

2010년 6월호 고시계
건국대학교 교수 진흥기

2. 회사채권자의 보호와 이사 등의 책임

【設問】

IT 제품의 생산판매를 영업으로 하는 자본금 100억원의 甲주식회사 대표이사 X는 사업확장을 목적으로 이사회를 결의한 후 Y로부터 200억원을 차입하여 무모하게 공장설비를 증강하였다. 그러나 IT 제품에 대한 거품이 꺼지는 국제적인 상황을 충분히 감안하지 못하고 관련설비를 증강한 결과 회사는 결국 도산하고 말았다. 이 경우 이 甲주식회사에 대하여 채권을 가지고 있는 Y는 다음 각 사람에 대하여 책임을 물을 수 있는가?

- (1) 대표이사 A
- (2) 대표이사 A의 무모한 행위를 방지할 조치를 취하지 않은 평이사 B
- (3) 이사가 아니면서 자신의 영향력을 이용하여 공장증설에 간접적으로 관여한 사실상의 이사 C
- (4) 대표이사 A의 무모한 행위에 대해 조치를 취하지 않은 감사 D

회사의 경영결과는 주주에게만이 아니라 회사채권자에게 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 회사채권자 보호에 미흡하게 되면 자본시장에서 자금조달의 길이 막히고 말 것이다. 그러므로 주주보호와 아울러 회사채권자를 보호하기 위해서도 이사 및 감사 등의 책임은 중요하다. 또한 우리 사회는 사회 모든 분야에서 고강도의 투명성을 요구하는 시대에 접어들었다. 이러한 흐름은 기업활동의 측면에서도 기업민주주의의 대한 강한 요구로 나타나고 있다. 특히 소액주주들의 권리의식이 강화되고 있으며, 기업은 영자에 대한 책임추궁도 강화되고 있다. 그러므로 기업경영과 관련하여 이사의 책임 전반에 대한 철저한 이해는 더욱 중요해지고 있다고 할 것이다. 뿐만 아니라 실제로 이사도 아니면서 회사에 대하여 영향력을 행사하는 자의 책임의 문제, 이 점과 관련한 감사 책임의 문제 등과 같은 내용에 대하여 포괄적으로 이해하여야 할 것이다.

【답안구성 예】

I. 논점정리

II. 대표이사 A의 책임

III. 평이사 B의 책임

1. 서

2. 책임의 법적 성질

(1) 법정책임설(다수설)

(2) 불법행위책임설(소수설)

(3) 사건

3. 책임의 내용

(1) 책임의 원인

(2) 손해의 범위

(3) 책임의 부담자

(4) 수동적 감시의무와 능동적 감시의무

(5) 제3자의 범위

(6) 입증책임

(7) 책임의 소멸

4. 소결

IV. 사실상 이사 C의 책임

1. 의 의

2. 책임의 주체

(1) 업무집행지시자

(2) 무권대행자

- (3) 표현이사
- 3. 책임의 내용
- 4. 소결

V. 감사 D의 책임

VI. 문제의 해결

회사자본의 2배에 달하는 설비증강에 관한 문제는 중요한 업무집행에 관한 사항으로 이사회 결의를 거쳐야 하는 사항에 해당한다(제393조 제1항). 그럼에도 불구하고 대표이사 A가 이사회 결의를 거치지 않고 독단적으로 결정하고 집행하여 그 결과 X회사가 도산에 이르게 된 것은 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 해태한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 X회사에 대한 채권을 가진 Y는 대표이사 A에 대하여 손해배상 책임을 물을 수 있다. 또한 평이사에게는 수동적 감시의무만이 아니라, 이사회에 상정되지 아니한 사항에 대하여도 감시할 능동적 감시의무가 있다. 평이사 B가 이사회결의도 거치지 않은 대표이사 A의 무모한 행위를 방지할 하등의 조치를 취하지 않은 것은 감시의무 위반으로서 중대한 임무해태에 해당한다고 할 것이다(제401조 제1항). 그러므로 Y는 B에 대하여 손해배상 책임을 물을 수 있다. 나아가서 상법은 C와 같은 사실상의 이사가 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 회사와 제3자에 대하여 회사의 이사와 동일한 책임을 인정한다. 그러므로 Y는 C에 대하여 손해배상 책임을 물을 수 있다.

마지막으로 감사 D는 이사의 직무집행에 대하여 상시감사를 적절하게 하고 적절한 조치를 요구하거나(제391조의 2 제1항), 대표이사 A에 대하여 그 행위의 유지를 청구하였어야 했다(제402조). 감사 D가 아무 조치를 취하지 아니한 것은 악의 또는 중대한 과실로 임무를 해태한 것이며, 그로 인하여 Y는 X회사로부터 채권을 회수할 수 없는 손해를 입었다. 결국 Y는 감사 D에 대하여 손해배상 책임을 물을 수 있다고 하여야 할 것이다.

2010년 6월호 고시계
한남대학교 교수 한철

3. 백지어음 · 어음항변 등

【 설 문 】

甲은 지인사이인 乙의 요청에 의해 지급지 및 수취인 백지의 액면 5억원의 약속어음을 발행일 2006년 7월 1일, 지급기일 2006년 10월 1일로 하여 발행하여 아무런 거래없이 금전 대부의 목적으로 乙에게 교부하였다. 이 어음을 乙이 丙에게 건축자재 물품 대금조로 지급하였다. 丙은 그 지급기일로부터 3년이 경과된 2010년 6월 23일에 이르러 위 각 백지부분을 보충하여 2010년 7월 8일 발행인인 甲에게 지급제시하였다. 그런데 丙은 2009년 9월 7일 백지부분을 보충하지 않은 상태에서 甲을 상대로 동 어음금을 청구하는 소를 제기하였다. 이 경우 다음에 답하라.

- (1) 약속어음상의 청구권 및 백지보충권에 대한 소멸시효가 중단되었는가?
- (2) 丙이 어음을 취득할 당시 이 어음이 아무런 거래관계 없이 자금유통을 위하여 발행된 것임을 알았던 경우 그가 백지를 모두 보충하여 지급일일에 甲을 상대로 어음금을 청구할 때 甲은 유통어음의 항변을 제기할 수 있는가? 乙이 甲에게 청구하면 어떠한가? 이 후자의 경우 유통어음에 대한 증명책임은 누가 부담하는가?
- (3) 사안에서 丙이 甲에게 2006년 10월 1일에 지급지 및 수취인란을 채우지 않고 은행에 어음금의 지급을 요구하였더니 은행에서는 무거래로 부도처리되었다고 하는 경우 배서인 乙에게 어음금의 변제를 요구하였으나 乙은 응하지 않고 있다. 이 경우 丙은 2006년 12월 1일 현재 乙을 상대로 상환청구권을 행사할 수 있는가?

출제의도

백지어음과 관련하여서는 여러 가지 논점이 있다. 백지보충권과 그의 시효, 부당보충의 문제 등도 있지만 특히 백지를 보충하지 않고서 재판상 청구하는 경우에 시효중단의 효력이 있는지가 문제되고 있으며 그에 대하여 대법원이 2010년 전원합의체판결을 선고하였다. 따라서 그 전원합의체 판결에 대한 숙지를 위한 사례 제시는 의미가 있다. 그리고 유통어음의 항변은 특수성이 존재하며 그를 둘러싼 이론과 판례가 의미가 있는바 그를 숙지하기 위한 설문제시도 중요하다고 보았다. 한편 상환청구권을 보전하기 위한 형식적, 실질적 요건을 이해하는 것이 중요하다. 그 가운데 실질적 요건과 관련하여 백지어음의 경우 백지보충을 하지 않은 상태에서의 지급제시가 상환청구권을 보전하는 효력이 있는지 여부를 설문에서 다루었다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 논점
- II. 백지어음과 보충권
 1. 백지어음의 의미
 2. 백지보충권의 존재
 3. 보충권의 발생
 4. 백지보충의 효과
- III. 백지어음의 청구와 시효중단여부
 1. 일반의 경우
 2. 백지어음의 경우
- IV. 유통어음의 항변
- V. 백지미보충 상태에서의 어음금 청구와 상환청구권 보전여부

VI. 문제의 해결

1. 설문 (1)

지급지 및 수취인 부분이 백지로 된 약속어음의 소지인이 그 지급기일로부터 3년이 경과한 후에야 위 백지 부분을 보충하여 발행인에게 지급제시를 하였으나 그 소지인이 위 약속어음의 지급기일로부터 3년의 소멸시효기간이 완성되기 전에 그 어음금을 청구하는 소를 제기한 이상 이로써 위 약속어음상의 청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 보아야 한다. 이것이 최근 판례의 입장이기도 하다. 이때 백지에 대한 보충권은 그 행사에 의하여 어음상의 청구권을 완성시키는 것에 불과하여 그 보충권이 어음상의 청구권과 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니므로 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있다고 보아야 한다. 설문에서 丙은 2009년 9월 7일 비록 백지부분을 보충하지 않은 상태에서 이기는 하지만 동 어음금을 청구하는 소를 발행인 甲에 대하여 제기하였기 때문에 어음상의 청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 보아야 한다. 그리고 백지보충권은 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니기 때문에 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있는 것이다.

2. 설문 (2)

유통어음이란 아무런 권원 없이 단순히 자금의 유통을 목적으로 발행한 어음을 말한다. 본래 유통어음의 항변은 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의·악의를 불문하고 대항할 수 없다. 즉 유통어음이라는 항변은 그 성질상 악의의 항변이 성립될 여지가 없다. 왜냐하면 유통어음의 어음행위의 목적이 자금유통에 있으므로 비록 제3취득자가 그러한 사실을 알고 취득하였더라도 그러한 취득행위는 오히려 유통어음 본래의 목적달성에 유익한 행위가 되기 때문이다. 설문에서 유통자 甲이 피유통자 乙에게 자신의 신용을 이용하여 금을 얻게 할 목적으로 어음을 발행 또는 인수하는 것이기 때문에 甲과 乙 사이에는 명시적 또는 묵시적으로 乙은 유통어음의 만기까지 어음의 지급에 필요한 자금을 지급하여주거나 또는 할인해 받았다가 이를 다시 회수하여 甲에게 손해를 끼치지 않겠다는 등의 약속이 행하여지는 것이 통례이다. 따라서 유통어음을 발행한자는 피유통자에 대하여 어음상의 책임을 부담하지 아니함은 명백하나 이러한 사유는 피유통자에 대해서만 대항할 수 있는 것이다. 그리고 그 어음을 양수한 제3자인 丙에 대해서는 어음상의 채무를 부담할 의사로서 발행한 것이므로 제3자인 丙이 선의이건 악의이건 간에 그 취득이 기한후배서에 의한 것이었다 하더라도 대가없이 발행된 유통어음이었다는 항변으로 대항할 수 없다는 것이 판례의 태도이다(대법원 1979.11.30 선고 79다479 판결). 따라서 사안에서 甲은 丙의 청구에 대하여 지급을 거절할 수 없다. 다만 乙이 甲에게 청구한다면 유통어음이라는 항변의 주장이 가능하고 이 때 유통어음이라는 점에 대한 증명책임은 발행자인 甲이 부담한다.

3. 설문 (3)

만기후의 상환청구요건으로서 약속어음에 대한 적법한 지급제시가 있었음에도 불구하고 발행인의 지급이 거절되고 그 사실이 거절증서에 의해 증명된 경우 소지인은 지급을 담보한 배서인, 보증인 등에 대하여 상환책임을 물을 수 있다. 이때 실질적 요건으로서 소지인의 적법한 지급제시와 발행인의 지급거절이 있어야 한다. 백지어음·수표는 보충 후에만 적법한 지급제시를 할 수 있으므로 제시기간 내에 적법한 보충을 하여 지급제시 하지 않는 한 소지인은 상환청구권을 상실한다. 백지어음의 최종 소지인인 丙이 지급지와 수취인란이 백지인 것을 채우지 않은 채 지급제시하였으므로 乙을 상대로 상환청구권을 행사할 수 없다. 다만 乙이 丙에게 동 약속어음을 물품 대금조로 교부하였으므로 어음채권과 물품대금채권은 병존하므로 대금채권을 원인채권으로 하여 청구할 수는 있다.

2010년 8월호 고시계
건국대학교 교수 최병규

4. 발기인의 책임 · 회사의 중요재산 처분과 주주총회 특별결의 등

【設問】

乙은 고교동창인 丙, 丁과 함께 주로 자동차부품, 냉장고 및 에어컨 등 가전부품, 공업용 미싱부품 기타 산업기계부품 등의 생산을 주영업으로 하는 금속제품생산업체로 A주식회사를 설립키로 하였다. 그런데 발기인 대표 乙은 설립시에 발행하는 주식의 일부를 개인적으로 잘 알고 있는, 파산신청을 한 J에게 배정하였다. 그 이후 동 회사에 대한 설립등기가 이루어졌다. 그런데 그 등기이후 J의 파산관재인인 L은 J의 주식인수에 대하여 부인권을 행사하는 등으로 회사에 차질이 초래되었다. A회사 영업개시후 4년이 지나 사업이 분궤도에 오른 상태에서 2010년 9월 A주식회사는 T 사업소 소재의 부동산을 주주총회의 동의를 받지 아니하고 H회사에 매각하였다. 이 부동산은 원래 A주식회사의 목장이었는데 도시구역 안에서는 목장업을 금지한다는 정부시책이 발표되어 A주식회사에서는 목장으로 쓰던 문제의 부동산을 타 업종으로 이용하고자 하다가 마침 이 지역에서 온천수가 발견되어 문제의 부동산을 포함한 이 지역 일대가 온천지역으로 지정·고시되고 더 이상 목장으로서의 기능을 발휘할 수 없게 되자 A주식회사는 문제의 부동산에 대해 온천개발 등의 사업계획을 세우기 시작하던 중 매도한 것이었다. 동 회사가 문제의 부동산을 매각할 당시 회사의 주된 영업은 금속제품 생산업이었고 온천개발사업은 아니었다. 더 나아가 A주식회사는 이사회결의를 거쳐 주주총회를 개최하여 당시 회사의 대표이사인 P의 주도하에 해당가능 이익이 없는데도 불구하고 이익배당에 대한 결의를 하여 배당하였다. 이때 동회사 주식의 0.3%를 소유하고 있는 주주 BB는 의결권불통일신청을 하였으나 주주총회일 2일전에 회사

에 도달하였고 A주식회사는 불통일 행사를 허용하였다. 이 경우 다음에 답하라.

- (1) L의 부인권 행사는 가능한가?
- (2) 乙은 A주식회사에 대하여 어떠한 책임을 부담하는가?
- (3) A주식회사의 주주총회결의 없는, H회사에의 부동산 양도는 유효한가?
- (4) 위의 이익배당과 관련하여 A회주식사의 채권자 L이 취할 수 있는 조치에 대하여 논하시오.
- (5) 회사가 주주총회 2일전에 도달된 불통일 행사요청을 승인한 것은 문제가 없는가?

출제의도

주식회사를 설립하는 과정에서 사소한 하자가 있더라도 일단 회사가 등기가 되면 문제삼을 수 없도록 하고 있다. 그러나 그러한 사유에 해당하지 않는 경우에는 취소 등이 가능하며 발기인의 행위로 그러한 문제가 있게 된 경우에는 발기인이 책임을 져야 한다. 그리고 주식회사의 중요한 재산을 처분할 경우 주주총회의 특별결의를 거쳐야 하는지의 문제는 여전히 중요하게 취급되고 있다. 또한 위법한 배당을 한 경우 관계자의 책임 및 위법하게 배당받은 부분에 대한 채권자의 반환청구의 문제도 중요한 논제이며, 주주총회에서의 의결권불통일 행사를 하기 위한 요건규정과 그 위반시 효과를 법규정의 취지와 관례를 통하여 고찰하는 것이 필요한 상황이다. 이 문제는 이러한 논점의 이해를 염두에 두고 출제하였다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 제기
- II. 파산관재인 L의 부인권행사와 발기인의 책임
 1. L의 부인권행사가능성
 - (1) 주식인수의 무효·취소주장의 제한
 - (2) 설문의 경우
 2. 乙의 A주식회사에 대한 책임
 - (1) 발기인의 책임 - 회사가 성립한 경우
 - (2) 발기인의 책임 - 회사불성립시
 - (3) 설문의 경우
- III. 중요재산 처분과 주주총회 특별결의 필요여부
 1. 학설
 - (1) 형식설(결의불요설)
 - (2) 실질설(결의필요설)
 - (3) 절충적 견해
 2. 판례

3. 설문의 경우

IV. 위법배당

1. 검토사항
2. 위법배당의 의의
3. 위법배당결의의 무효
4. 주주의 위법배당액 반환의무
5. 이사감사의 책임
6. 채권자의 반환청구
7. 설문의 경우

V. 의결권불통일행사

1. 의결권의 불통일행사의 의의와 요건
 - (1) 의의
 - (2) 절차
 - (3) 불통일행사의 거부
 - (4) 효과
2. 판례의 태도와 설문의 경우

VI. 결 론

주식회사 설립시에는 사소한 주관적인 하자로는 문제삼을 수 없도록 하고 있지만 그 밖의 사유로는 주식인수의 취소가 가능하다. 파산에 임박한 J가 한 주식인수의 청약은 파산관재인이 취소할 수 있고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조) 이러한 청약의 의사표시를 회사성립후에 취소하는 경우에도 상법상 아무런 제한이 없으므로 본문에서 L이 회사성립후에 주식인수의 청약을 취소한 것은 적법하다. 또한 사례의 경우 발기인대표 乙은 자력이 부족한 J에게 주식을 배정하여 회사에 차질을 주었으므로 乙은 회사설립에 있어서 그 임무를 해태하였다고 볼 수 있다. 따라서 乙은 A회사에 대하여 L이 인수를 취소한 주식에 대하여 인수 및 납입담보책임을 부담할 뿐만 아니라 이와는 별도로 손해배상책임도 부담한다 [설문 (1), (2)]. 회사의 중요재산을 처분할 경우 주주총회의 특별결의를 받아야 하는가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 결의불요설(형식설)은 상법 제374조 제1호의 영업양도를 상법 제41조 이하의 영업양도와 동일한 것으로 풀이하여 일정한 영업목적에 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 재산이 이전되어 양수인이 영업활동을 승계하고, 양도인이 경업금지의무를 부담하는 경우로 해석하여 중요재산의 처분의 경우는 그러한 의미의 영업양도에 속하지 아니하므로 주주총회의 특별결의가 필요하지 않다고 한다. 이에 반하여 결의필요설(실질설)에서는 상법 제374조 제1호의 영업양도를 상법 제41조 이하의 영업양도보다 넓게 해석하여 중요한 영업용재산의 양도도 여기에 포함되어 주주총회의 특별결의가 필요하다고 한다. 판례는 기본적으로 형식설의 입장에 서면서 독특한 절충설의 입장을 취하고 있다. 사건으로 실질설, 결의필요설이 타당하다고 본다. 그에 의하면 설문의 부동산 매각은 무효가 된다. 그런데 우리 대법원 판례에 의하면 그 부동산 매각으로 인하여 사업이 중단된 것도 아니고 부동산 매각이 금속제품생산업에 직접적인 차질을 주는 것도 아니므로 설문의

경우 부동산 양도는 유효하게 된다. 실제로 설문의 사안에 대하여 관례는 주주총회의 특별결의가 없어도 된다고 판결한바 있다(설문 (3)). 배당가능이익이 없는 데도 불구하고 위법배당을 한 경우에 회사채권자도 직접 주주를 상대로 배당금의 반환을 청구할 수 있다(상법 제462조 제2항). 이러한 반환청구권은 위법배당 당시의 회사채권자에 한하지 않고 그 후의 회사채권자도 행사할 수 있으며, 채권액의 다과는 문제되지 않는다. 반환청구를 할 수 있는 금액은 채권액이 아니라 위법배당한 전액이다. 그러나 채권자가 하는 위법배당의 반환청구는 자신에게 반환하라고 하는 것이 아니라 회사에 반환하라고 청구하는 것이다(설문 (4)). 한편 의결권불통일 행사를 하기 위하여는 주주총회일 전 3일전까지 그 통지를 하여야 하는바, 그 이후에 통지가 도달하였음에도 불구하고 회사가 불통일 행사를 허용하였다고 하여 그것이 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 사정이 없는 한 관례의 태도 등을 고려하여 보면 유효하다고 보아야 한다(설문 (5)).

2010년 11월호 고시계
건국대학교 교수 최병규

5. 주주총회의 전자적 방법에 의한 의결권행사(전자투표제도)

【設問】

2010년 11월 15일 회사는 이사회 결의에 의하여 12월 31일 정기주주총회에서 전자적 방법에 의한 의결권행사를 허용하기로 하였다. 회사는 보다 정확한 주총결의를 도모하기 위해 자사 홈페이지를 활용하기 보다는 전자투표 전문 사이트인 'K-evote' 사이트에서 주주가 의결권을 행사할 수 있도록 하였다. 동년 11월 25일 회사는 이사회 결의의 내용을 바탕으로 회의의 목적사항과 필요한 정보 및 주주총회에서 전자투표제도에 의하여 의결권을 행사할 수 있다는 내용 등을 회사의 기명주주들에게 사전동의를 받아서 이메일로 주총소집을 통지하였고, 무기명주주들을 위해서는 회사의 정관규정에 따라 회사 홈페이지에 주총소집의 사실을 공고하였다.

- (1) 회사가 전자투표제도를 도입할 수 있는지 여부와 이는 주주를 구속하는가?
- (2) 주주는 전자적 방법에 의하여 의결권을 위임할 수 있는가?
- (3) 주주는 언제까지 의결권을 행사하여야 하는가?
- (4) 회사의 이메일 통지와 홈페이지 공고는 적법한 주주총회 소집통지와 공고인가?
- (5) 주주는 전자투표에 의한 의결권을 철회하거나 변경할 수 있는가?

IT기술 발달에 따른 새로운 전자적 방식의 제도들이 최근 상법개정으로 도입되었다. 특히 회사법 분야에서는 '전자적 방법에 의한 회사의 공고,' '전자주주명부의 작성,' 전자 문서에 의한 주주총회 소집청구권,' '주주총회에서의 전자투표제도' 등이 상법개정에 의하여 새로이 도입되면서 2010년 5월 29일부터 시행되었다. 이 중 주주총회에서 전자적 방법에 의하여 주주의 의결권 행사가 가능한 전자투표제도는 새로운 법률적 이슈로 등장하였고 이제 2010년 하반기부터 실제로 활용되기 시작하였다. 따라서 전자투표제도 도입의 초기단계에서 아직 판례나 이론 등이 충분히 축적되지 않은 상황에도 불구하고 실무적으로 활용되고 있는 상법상의 전자투표제도를 이해할 필요가 있고 이에 관한 시험 준비의 필요성을 염두에 두면서 본 사례와 설문에 관한 문제 출제를 하였다. 따라서 학습자는 전자투표제도에 대해서는 상법의 유일한 규정인 제368조의4를 중심으로 학습하면서 파생되는 문제에 대하여 관련된 법해석을 통한 문제해결의 노력이 필요하다.

【답안구성 예】

I. 서론 - 회사법의 전자화 수용

II. 주주총회의 전자투표제도

1. 전자투표제도의 도입
2. 전자투표제도의 장점
3. 전자투표의 절차와 요건

III. 설문에 대한 답변

1. 설문 (1)에 대하여
 - (1) 주주총회의 전자투표 가능성
 - (2) 설문의 답변

회사는 상법 제368조의4에 의거하여 이사회 결의로서 주주총회에서의 전자투표제를 도입할 수 있으며 이에 따라 주주는 총회에 출석하지 아니하고 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있다. 다만, 전자투표제는 주주의 동의를 필요하고 강제적이고 획일적인 전자투표제의 시행은 범위반이 되어 주주총회 하자로 인한 주총결의 무효 또는 결의 부존재의 사유가 된다. 따라서 상법 제368조의4에 의하여 이사회 결의에 의한 전자투표제도 도입 결정은 유효하지만, 주주가 전자적 방법으로 의결권을 행사하여야 하는지 여부는 주주 스스로가 결정할 문제이고 이에 동의하는 경우에만 전자투표에 참여할 수 있다.

2. 설문 (2)에 대하여
 - (1) 의결권의 전자위임 가능성
 - (2) 설문의 답변

전자투표제도에서 주주의 의결권을 위임하는 경우 기존의 방식대로 서면에 의한 위

입과 대리권 증명은 상법 제368조 제3항에 의거하여 당연히 허용된다. 그러나 이러한 방식은 전자투표의 취지에 반할 뿐만 아니라 전자적 방식의 의결권행사라는 점과 서면에 의한 대리권 증명이라 점으로 인하여 온라인과 오프라인의 이중적인 방식에 의한 혼선과 번잡스러움을 야기시킨다. 따라서 아직 명문규정은 없지만 전자투표제도의 취지에 맞게 주주는 전자적 방법에 의하여 의결권을 위임할 수 있어야 하며 이는 전자서명에 의한 전자문서의 작성으로 가능하고 입증될 수가 있다.

3. 설문 (3)에 대하여

- (1) 전자투표의 의결권행사 기한
- (2) 설문의 답변

주주가 전자적 방식에 의한 의결권에 동의하여 전자투표에 참여하는 경우 이러한 의결권은 주주총회 회일의 전일까지 행사되어야 한다. 그러나 구체적으로 회일의 전일중 어느 시점까지 의결권을 행사하여야 하는가에 대하여는 아직 명문규정이 없기 때문에 해석에 의하여 해결할 수밖에 없다. 따라서 주주총회 소집통지와 공고에서 정한 바에 따라서 의결권행사의 기한을 정하는 것이 타당하므로 예컨대, 총회 전일의 영업시간 이내로 하였다면 영업시간 종료시점까지를 전자투표의 의결권 행사기한으로 보아야 한다.

4. 설문 (4)에 대하여

- (1) 주주총회의 전자적 소집통지 및 공고
- (2) 설문의 답변

회사는 상법 제363조 제1항에 의거하여 회사가 주주총회를 소집할 때에는 기명주권의 경우 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 따라서 회사가 11월 25일에 이메일을 통하여 기명주주에게 주주총회를 소집통지한 사실은 ① 기명주주 요건, ② 2주전의 요건 및 ③ 주주의 동의가 있는 전자문서 요건 등을 모두 충족하므로 유효한 주주총회 소집통지가 된다. 또한 상법 제363조 제3항에 의거하여 무기명식 주권을 발행한 경우에는 주주총회일의 3주 전에 총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 하고 상법 제289조 제3항에 의거하여 회사는 정관규정에 따라 전자적 방법으로도 공고할 수 있다. 따라서가 회사가 11월 25일에 회사 홈페이지를 통하여 무기명주주에게 주주총회를 소집 공고한 사실은 ① 무기명주주 요건, ② 3주전의 요건 및 ③ 정관규정에 의한 전자적 방식의 회사공고 요건 등을 모두 충족하므로 유효한 주주총회 소집 공고가 된다. 따라서 회사가 이메일을 통하여 주주소집 통지를 하고 회사 홈페이지를 통하여 주주소집 공고를 한 것은 적법한 주주총회 소집통지와 공고에 해당된다.

5. 설문 (5)에 대하여

- (1) 전자투표에 의한 의결권의 철회 또는 변경
- (2) 설문의 답변

주주는 상법시행령 제5조의2 제3항에 의하여 전자투표를 한 이후에는 이를 철회하거나 변경하는 것이 불가능하다. 따라서 주주가 전자투표에서 의결권을 일단 행사하였다면 그 모습은 안건에 대한 찬성, 반대, 기권 등의 의사표시로 이루어지게 되고 이와

같은 전자투표에 의한 의결권은 일단 행사된 이상 이를 철회하거나 취소 또는 변경할 수 없다. 달리 전자투표의 사항을 서면결의로 철회하거나 변경하지도 못한다(동시행령 제5조의2 제4항).

2010년 12월호 고시계
영산대학교 교수 김병태

민사소송법

1. 독립당사자참가소송의 적법요건 및 패소한 두 당사자 중 일방만이 항소한 경우 항소심의 심판범위

【設問】

X는 Y 소유의 A토지를 매수하였으나 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료하기 전에 Y가 사망하자, Y의 상속인 Y1과 Y2를 상대로 A토지에 관해 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송계속 중 Z는 A토지에 관해서 Y와 매매계약을 체결한 당사자는 자신인데 편의상 매수인의 이름을 X로 하였을 뿐이라고 주장하며, X를 상대로 소유권이전등기청구권 존재확인청구를, Y1과 Y2를 상대로 소유권이전등기절차이행청구를 제기하는 독립당사자참가신청을 하였다.

다음 물음에 답하시오.

1. Z의 참가신청이 적법한지 판단하시오.
2. 제1심법원은 Z와 Y 사이의 매매계약체결사실을 인정하여 X의 Y1·Y2에 대한 청구기각, Z의 X·Y1·Y2에 대한 청구인용판결을 선고하였다. 이 판결에 대해서 Y1은 항소하였지만 Y2는 항소하지 않았으며, X 역시 항소하지 않았다. 항소심법원은 1심과 달리 Z와 Y 사이의 매매계약체결사실도 인정할 수 없다고 판단한 경우, Y1과 Y2에 대한 Z의 청구인용판결을 취소하여 Y1과 Y2에 대한 Z의 청구를 기각할 수 있는가?

출제의도

<설문 1>은 권리주장참가의 요건중본소청구와 참가인의 청구가 양립하지 않을 것'이라는 요건을 이해하고 있는지를 묻고 있다. 특히 부동산이중양도에서 제1양수인의 권리주장참가의 허부에 관한 판례와 다수설의 논거, 그리고 이중양도의 사례와 참가인 자신이 진정한 계약당사자임을 주장하는 사례를 비교하여 이해하여야 한다.