

로서 양적 과잉방위에서 요구하는 일체성을 요구할 수 없으므로 과잉방위가 인정되지 않고 책임조각사유도 존재하지 않으므로 상해죄의 죄책을 진다.

(2) 설문(2)에서 乙에게는 자신의 행위가 아버지의 생명을 빼앗게 될지도 모른다는 결과발생의 가능성을 인식하고 이를 내적으로 용인하였거나, 적어도 결과발생을 감수 또는 묵인하였음이 인정되므로 존속상해의 고의와 중한 결과인 사망에 대한 인식 있는 과실이 아닌 존속살해의 미필적 고의를 인정할 수 있다. 따라서 乙은 존속살해죄의 죄책을 진다.

2012년 3월호 고시계
전남대학교 법학전문대학원 교수 김재윤

상 법

1. 무면허운전면책 / 보험자대위

【설 문】

2010년 9월 1일 甲화재해상보험주식회사(이하 甲보험회사)는 乙과 乙 소유의 승용차에 대한 만기 1년의 자동차종합보험계약을 체결하였다. 2011년 2월 14일 乙의 아들인 丙은 乙이 외출한 사이에 가방 속에 넣어 둔 승용차 열쇠를 꺼내어 집 대문 앞에 주차되어 있던 승용차에 자신의 여자친구인 丁을 태우고 운행하다가 과실로 중앙선을 침범하여 戊가 운전하던 다른 승용차와 충돌하는 사고를 일으켜 戊를 사망에 이르도록 하였다. 丙은 운전면허가 없는 상태였다.

(1) 甲보험회사는 戊를 사망에 대한 乙의 손해배상책임에 대하여 보험금을 지급하여야 하는가? (판례의 입장을 중심으로 서술하시오)

(2) 만약 甲보험회사가 보험금을 지급하여야 하는 경우 甲보험회사는 불법행위자인 丙에게 乙이 가지는 손해배상청구권을 대위청구할 수 있는가? (판례의 입장을 중심으로 서술하시오)

출제의도

자동차사고에 대한 보험보상은 임의보험인 자동차종합보험 외에도 피해자 보호를 위한 자동차손해배상보장법상의 의무보험이 있고 각각의 면책약관이 다르며 특히 무면허 운전 및 음주운전의 면책약관에 대해서는 다양한 이론과 다수의 판례가 존재하고 있다. 또한 실무적으로는 보험금을 지급한 이후에 보험회사가 손해발생자(가해자)에게 지급 보험금 상당액을 구상할 수 있는 지가 크게 문제되고 있고 이중 특히 동거친족과 관련하여 여러 판례가 존재하고 있다. 설문은 이 양자를 조합하여 문제로 만든 것이다. 무면허운전에 대한 보험실무와 관련 판례에 대한 이해를 높이는 계기가 되기를 기원한다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 제기
- II. 무면허운전 면책
 1. 서
 2. 자동차손해배상보장법상의 대인배상
 3. 임의가입한 자동차종합보험의 대인배상
- III. 보험자대위
 1. 서
 2. 청구권대위에서 제3자의 범위
 3. 자동차손해배상보장법상 보험자대위
- IV. 문제의 해결
 1. 설문 (1)에 대하여
 2. 설문 (2)에 대하여

IV. 문제의 해결

1. 설문 (1)에 대하여

甲보험회사가 戊를 사망에 대한 乙의 손해배상책임에 대하여 보험금을 지급하여야 하는가에 대해서는 무면허운전의 면책사유여부가 자동차손해배상보장법과 자동차종합보험약관에서 서로 다르게 되어있기 때문에 나누어 살펴보아야한다.

(1) 자동차손해배상보장법의 대상이 되는 대인 1억원까지의 손해에 대해서는 무면허운전이 면책사유가 아니므로 甲보험회사가 보험금을 지급하여야 한다.

(2) 자동차종합보험 대인배상에 해당하는 대인 1억원 초과외 손해에 대해서는 무면

허운전이 면책사유로 약관에 규정되어있고 이는 유효한 약관으로 해석된다. 다만 대법원 판례에 따르면 무면허운전이 보험계약자나 피보험자 등의 명시적 또는 묵시적 승인하에 이루어진 경우에만 무면허운전면책약관이 유효하다고 볼 수 있다. 따라서 기명피보험자인 乙이 아들인 丙의 무면허운전을 명시적 또는 묵시적으로 승인한 경우에는 무면허운전 면책약관을 근거로 보험금지급을 거절할 수 있지만 그렇지 않은 경우에는 보험금을 지급하여야 한다.

2. 설문 (2)에 대하여

甲보험회사가 보험금을 지급하여야 하는 경우 甲보험회사는 불법행위자인 丙에게 乙이 가지는 손해배상청구권을 대위청구할 수 있는가에 대해서 살펴보면, 우리 대법원은 자동차종합보험약관상 대인배상에서 무면허 운전자가 동거가족인 경우 특별한 사정이 없는 한 상법 제682조 소정의 제3자의 범위에 포함되지 않아 청구권 대위의 대상이 되지 않는다고 판단하고 있다. 따라서 보험자는 乙이 가지는 손해배상청구권을 대위행사할 수 없다.

자동차손해배상보장법에 의하여 지급한 보험금(대인 1억원)에 대해서도 대인배상이라는 측면에서 마찬가지로 해석해야할 것이어서 보험자는 乙이 가지는 손해배상청구권을 대위행사할 수 없다.

2011년 5월호 고시계
단국대학교 법대 교수 박영준

2. 전환사채의 실권과 처리, 분식결산 효과

【 설 문 】

甲건설주식회사(비상장회사, 자본금 10억원, 주주 A, B, C, D가 각각 총발행주식의 25%씩 보유)는 2011.6.1. 이사회를 개최하여 총 17명의 이사 중 11명이 참석한 가운데 총액 10억 원의 전환사채발행을 결의하였다. 위 사채는 2011.7.15. 기준으로 주주에게 우선 배정하되 실권시에는 이사회 결의에 의하여 제3자에게 배정하도록 하였다. 전환가액은 1주당 2,000원으로 甲주식회사의 주주배정 당시의 주당 시가인 5,000원보다 현저히 낮게 책정되어 있다. 甲주식회사의 주주 중 오직 A만 위 전환사채의 인수를 청약하였고 B, C, D는 인수청약을 하지 않아 대량 실권되었다. 그러자 甲주식회사는 이사회를 개최하여 B, C, D가 실권한 전환사채를 A에게 모두 배정하였고, 이에 따라 A는 실권부분에 대한 인수청약 및 인수대금납입을 완료하였다. 이후 A는 위 조건에 따라 전환권을 행사하여 甲주식회사에 대한 보유주식 비율을 늘렸다.

한편 과거 甲건설주식회사의 이사로 등기되지 않은 회장인 X는 2009년 회사에 순손실이 발생하였지만 회사의 경영을 위해서는 이익이 난 것처럼 꾸미는 것이 회사의 영업에 도움이 된다고 판단하여 대표이사인 K와는 상의하지 않고 직접 재무담당이사인 L에게 지시하여 회계서류를 조작하는 등 분식결산을 하였다. 甲건설주식회사의 외부감사인인 乙회계법인은 회계감사를 마친 후 재무제표에 대하여 “적정의견”을 표시하였고, 대표이사 K에 의하여 진행된 甲건설주식회사의 이사회와 주주총회는 분식으로 작성된 2009사업년도 재무제표를 아무런 이익 없이 승인하였다. 이 때 재무제표 등 서류에는 이사의 분식관련 책임사유가 기재되어 있지 않았다.

이 경우 다음에 답하라!

- (1) 실권한 부분에 대하여 회사는 이사회와 결의에 의하여 자유로이 제3자에게 처분할 수 있는가?
- (2) 실권된 부분에 대하여 인수된 부분과 별도로 취급하여 발행조건을 변경하여 발행하는 것이 가능한가?
- (3) 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 주주 B, C, D의 보유가치가 희석되고 A에게 부가 이전되는 효과가 발생할 경우 甲주식회사의 이사는 회사에 대하여 임무를 위배한 것이 되는가?
- (4) X는 당시 회사의 경영을 위해서는 이익이 난 것처럼 꾸미는 것이 회사의 영업에 도움이 된다고 판단하여 분식결산을 하였다는 것인바, 이 경우 경영판단원칙을 적용할 수 있는가?
- (5) 2009년 사업년도 재무제표를 정기총회에서 승인한 후 2년 내에 다른 결의가 없었다면 분식결산에 관여한 이사들의 책임은 어떠한가?

☞ 출제의도

신주나 전환사채의 제3자 배정이 경영권방어와 관련하여 많이 논의되고 있다. 그런데 제3자 배정이 아니라 주주배정의 경우에도 많은 법률적 논점이 대두되고 있는 상황이다. 전환사채를 주주에게 배정하였으나 주주가 인수하지 않아 실권한 경우 그 부분에 대하여는 이사회가 자유롭게 처분하는 것이 가능한지가 우선 문제된다. 그리고 실권된 부분을 인수된 부분과 별개로 취급하여 발행조건을 변경하여 발행하는 것이 가능한지 여부도 문제된다. 한편 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 기존 주주의 주식보유가치가 희석되고 결과적으로 그 실권된 부분을 인수한 자에게 부가 이전되는 효과가 발생한 경우 해당 회사의 이사가 그 임무를 게을리 한 것이 되는지 여부도 문제이다. 한편 분식결산은 법에서 금지하는 법령위반행위이다. 그러한 분식결산을 회사에 도움이 된다고 판단하여 행한 경우 이사(업무집행지사 포함)의 책임에 대해 일종의 면죄부를 주는 경영판단원칙을 적용할 수 있는지도 문제된다. 더 나아가 상법

제450조에 의한 이사의 책임해제를 위한 요건은 어떠한가도 문제된다. 본 설문은 이러한 제반 논점을 제기하고 해설하는 데에 그 출제 취지가 있다.

【답안구성 예】

I. 문제의 제기

II. 관련 판례

1. 시가보다 현저히 낮은 신주발행시 임무위배여부
2. 회사의 분식회계와 그 처리

III. 전환사채와 실권

1. 주주배정시 실권의 경우 처분
2. 발행조건 변경거부
3. 저가발행과 이사의 임무해태

IV. 분식결산과 처리

1. 분식결산과 경영판단원칙 적용
2. 상법 제450조와 이사의 책임면제 요건

V. 결 론

V. 결 론

사례의 설문에 대한 전체적인 해결을 제시하면 다음과 같다.

(1) 전환사채의 주주 배정시 실권한 부분에 대하여 이사회는 결의에 의하여 제3자에게 처분하는 것은 가능하다고 보아야 한다.

(2) 주주배정의 방법으로 주주에게 전환사채인수권을 부여하였지만 주주들이 인수 청약하지 아니하여 실권된 부분을 제3자에게 발행하더라도 주주의 경우와 같은 조건으로 발행할 수밖에 없고, 발행조건을 변경하여 발행하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

(3) 전환사채 발행시 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 기존 주주의 보유가치가 희석되고 특정 주주에게 부가 이전되는 효과가 발생할 경우 회사의 이사는 회사에 대하여 임무를 위배한 것이 되는지 여부와 관련하여 전환사채의 주주배정의 경우에는 제3자배정의 경우와 달리 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니된다는 제약(상법 제330조, 제417조) 외에는 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 한다. 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 기존주주의 보유가치가 희석되고 특정인에게 부가 이전되는 효과가 발생할 경우에도 회사의 이사는 회사에 대하여 임무를 위배한 것으로 보기 어렵다.

(4) 회사에 이익이 된다는 생각으로 행위하였다 하더라도 이사(업무집행지시자)의

법령위반행위에 대하여는 경영판단원칙이 적용되지 않는다.

(5) 상법 제450조에 따른 이사, 감사의 책임 해제는 재무제표 등에 그 책임사유가 기재되어 정기총회에서 승인을 얻은 경우에 한정되는 것이다. 따라서 설문의 경우 2009 정기총회에서 승인한 재무제표 등에 이사의 책임사유가 기재되어 있지 않다면 상법 제450조에 의한 이사의 책임해제는 발생하지 않는다고 보아야 한다. 그리고 정기총회에서 재무제표 승인 후 2년 내에 다른 결의가 없었다 하더라도 부정행위가 있는 경우 책임을 진다. 우리 대법원 판례는 동조의 부정행위의 범위를 넓게 해석하고 있다.

2011년 9월호 고시계
건국대학교 법학전문대학원 교수 최병규

3. 지급제시의 해태와 어음의 원인관계

【설문】

X가 Y에 대한 공사대금채무의 이행에 관하여 발행인 A, 배서인 X로 된 약속어음을 Y에게 교부하였으나, 소지인인 Y가 지급기일에 지급제시를 하지 아니하여 소구권을 상실하였다. 그 후 Y가 A에게 지급제시를 하였으나, A가 무자력으로 되어 어음금을 지급받지 못하였다.

이에 Y는 X에 대하여 대금채무의 지급을 청구하였고, X는 Y에 대하여 지급제시의 해태로 인한 X의 손해배상청구권과 Y의 공사대금채권의 상계를 주장하였다. 이 경우 X와 Y의 법률관계는 어떠한가?

☞ 출제의도

어음이 수수되는 경우에는 그 배후에 어떠한 실질적 이유내지 목적이 있게되고, 어음채권은 기본적으로 원인관계를 바탕으로하여 성립된다. 어음수수가 이루어지는 유형을 보면 ① 당사자가 기존채무를 소멸시키고 어음채무만을 존속시킬 의사로 “지급에 갈음하여” 또는 “지급자체로서” 어음이 수수된 경우 ② 어음이 지급의 방법으로 교부된 경우인 기존채무의 “지급을 위하여” 교부된 경우, ③ 어음이 기존채권의 확보를 위하여 교부된 경우인 “담보를 위하여” 또는 “지급을 확보하기 위하여”인 경우로 구별되는데, 이 3가지 유형중 어느 것에 해당하는 가는 먼저 당사자의 의사에 의하고 당사자의 의사가 명백하지 않은 경우에는 당사자의 합리적인 의사를 탐구하여 정하여야 한다. 이 문제는 어음의 수수가 기존채무에 미치는 영향과 기존채무의 “지급을 위하

여”어음을 수수한 경우에 채권자가 지급제시기간 내에 권리보전절차를 취하지 아니하여 소구권을 상실한 경우, 기존채권을 행사할 수 있는가와 관련하여 학설의 대립이 있음을 서술하여야 한다.

【답안구성 예】

I. 문제의 논점

II. 어음의 수수가 기존채무에 미치는 영향

1. 서
2. 당사자의 의사가 명백한 경우
3. 판례의 태도(대법원 1996. 11. 8. 판결, 95다25060)
4. 당사자의 의사가 명백하지 않은 경우
 - (1) 서
 - (2) '지급을 위하여'로 추정되는 경우
 - (3) '지급을 확보하기 위하여'로 추정되는 경우
 - (4) 판례의 태도(대법원 1996. 11. 8. 판결, 95다25060)
 - (5) 검토

III. 권리보전절차의 해태

1. 권리보전절차의 해태와 기존채권의 행사

- (1) 서
 - (2) 학 설
 - (3) 판례의 태도(대법원 1996. 11. 8. 판결, 95다25060/ 대법원 1995. 10. 13 판결, 93다12213)
 - (4) 검토
2. 권리보전절차의 이행의무
 3. 판례의 태도(대법원 1996. 11. 8. 판결, 95다25060)
 4. 권리보전절차의 해태와 손해배상책임

IV. 문제의 해결

V. 참조판례

1. 대법원 1976. 11. 23. 선고, 76다1391판결
2. 대법원 1989. 5. 9. 선고, 88다카7733판결
3. 대법원 1992. 2. 25. 선고, 91다14192판결
4. 대법원 1994. 3. 25. 선고, 94다2374판결

IV. 문제의 해결

본 사례에서 X가 Y에게 수수한 어음은 제3자인 A가 발행한 약속어음으로서 원인관계상의 채무자와 어음상의 주된 채무자가 동일하지 않으므로, X가 Y에게 A발행의 약속어음을 수수한 것은 채권자인 Y로 하여금 어음채권부터 먼저 행사하게 할 의사로 즉

X의 공사대금채무의 '지급을 위하여' 수수한 것으로 추정된다.

따라서 Y는 X에게 먼저 어음채권을 행사하여 채권의 변제를 받고 그로써 만족을 얻지 못하면 공사대금채권을 행사하여야 한다.

그러나 Y가 지급제시·지급거절증서 작성 등의 권리보전절차를 취하지 않았고, 이 경우에 기존채권을 행사할 수 있는가에 관하여 학설의 대립이 있으나 판례의 입장인 손해배상채무발생설에 의하면 Y는 X에 대하여 공사대금채무의 지급을 청구할 수 있고 다만 Y의 권리보전절차의 해태로 인하여 X가 손해를 입은 때에는 Y가 X에 대하여 손해배상책임을 진다.

A가 지급제시기간 후에 무자력으로 되면 X는 A에 대한 어음채권이나 기존채권의 어느 것에 의하여서도 만족을 받을 수 없어 손해를 입게 되므로 Y는 X에 대하여 손해배상책임을 지나, X가 입은 손해는 A의 무자력으로 인하여 생긴 손해로서 민법 제393조 제2항의 이른바 “특별한 사정으로 인한 손해”이므로 Y가 권리보전절차의 불이행 당시인 지급제시기간에 장차 A의 자력이 악화될 것임을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 Y는 X에 대하여 손해배상책임을 지고, X는 Y에 대하여 X의 손해배상채권과 Y의 공사대금채권의 상계를 주장할 수 있다.

2011년 10월호 고시계
한국외국어대학교 법학전문대학원 교수 최완진

4. 회사분할에 있어서 채무의 승계와 책임

【설문】

반도체영업과 가전영업을 영위하는 甲주식회사(이하 甲회사라 한다)는 가전영업의 사무실 용도로 A 소유의 빌딩 일부를 임대보증금 2억원, 임료 월 2천만 원에 임차하고 있었다. 甲회사는 가전영업을 분할하여 乙주식회사(이하 乙회사라 한다)의 가전영업과 합병하고, 자기는 반도체영업만 영위하고 있다. 甲회사와 乙회사는 주주총회의 특별결의로 분할계약과 분할합병계약을 각각 승인하였고, 분할합병계약서에 의하면, ① 乙회사는 甲회사로부터 재산목록을 기초로 하여 분할합병기일에 분할되는 가전영업에 관한 권리의무를 승계하고, ② 乙회사는 甲회사의 채무 중에서 가전영업에 출자한 재산에 관한 채무만을 부담하는 것으로 되어 있다. 분할합병 결의 후 “회사분할합병에 이의가 있는 채권자는 공고게 재일로부터 1개월 이내에 회사에 이의를 제출하라”는 취지의 분할합병공고를 일간신문에 하였다. 이 과정에서 회사채권자 A에 대한 개별적인 최고절차는 생략되었다.

한편 분할합병 후 乙회사는 甲회사와 A 사이의 위 임대차계약에 따른 임차부

분을 계속하여 사용하고 있다. 甲회사는 회사분할을 전후하여 임대차계약상의 임료와 관리비를 지급하지 않았고, 乙회사 또한 회사 분할합병 이후 사용하고 있는 빌딩의 임료와 관리비를 지급하지 않고 있다. 이에 A회사는 甲회사와 乙회사에 대하여 회사분할 이전과 이후의 연체임료의 지급을 청구하고 있다.

A회사의 지급청구에 대한 甲회사와 乙회사의 책임에 대하여 설명하시오.

☞ 출제의도

회사의 분할 또는 분할합병에 의하여 회사의 경영이 효율화되어 주주의 이익이 증가할 수 있지만, 회사분할 자체가 법인격을 통하여 회사의 책임재산을 나누는 것이므로 회사채권자의 채권회수의 위험이 증가할 수 있다. 더욱이 회사분할은 합병과 달리 분할회사의 채무가 신설회사나 분할합병의 상대방회사에게 포괄적으로 승계되지 않는다. 상법은 채권자의 보호를 위한 절차규정을 두고 있는데, 최근 이와 관련한 판례들이 많이 나오고 있다. 아직 사법시험이나 변호사모의시험 등에서 다루어지지 않은 주제이므로 이 기회에 분할회사의 채무승계와 책임을 중심으로 정리해 둘 필요가 있다. 대표적으로 대판 2004. 7. 9, 2004다17191; 대판 2004. 8. 30, 2003다25973; 대판 2010. 2. 25, 2008다92336; 대판 2010. 8. 19, 2008다92336; 대판 2010. 8. 26, 2009다95769를 토대로 하여 사실관계를 구성하여 보았다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 소재
- II. 회사분할의 대상으로서의 영업
- III. 채권자보호의 절차
 1. 채권자보호의 필요성
 2. 단순분할에서의 채권자보호
 3. 분할합병에서의 채권자보호
- IV. 분할의 효력발생
 1. 채무의 승계
 2. 연대책임
 3. 책임의 제한(분할채무)
- V. 사안의 해결

V. 사안의 해결

상법 제530조의9 제1항은 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 또는 분할합병 전의 회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다고 규정하고 있다. 법문은 분할 또는 분할합병 전의 '회사채무'에 관하여 연대책임을 진다고 표현하는데, 여기서 '회사채무'란 분할 전에 분할회사에 발생한 채무를 말한다.

회사채권자 A가 가지고 있는 연체 임료 채권은甲회사가乙회사에게 영업으로 출자한 가전영업에 포함된 임대차보증금반환채권과 동일한 임대차계약에 기하여 발생한 것이므로 분할합병 전의甲회사의 회사채무라 할 수 있다. 따라서 A는甲회사와乙회사를 상대로 연체임료의 지급을 청구할 수 있다. 즉甲과乙회사는 A에게 연대하여 연체임료를 지급할 책임이 있다.

이 때甲회사와乙회사가 연대책임을 배제하기 위해서는, ① 상법 제530조의9 제2항, 제3항에 따라 분할회사 주주총회의 특별결의로 연대책임의 배제를 정해야 하고, 상법 제530조의5 제8호, 제530조의6 제7호에 따라 연대책임의 배제는 분할계획서·분할합병계약서에 기재되어야 한다. ② 상법 제530조의9 제4항, 제530조의11 제2항, 제527조의5에 따라 분할회사가 채권자보호절차를 거쳐야 한다. 즉, 채권자에게 분할에 대한 이의를 제출하도록 공고하고, 분할회사가 알고 있는 채권자에 대하여는 개별적으로 이의제출을 최고하여야 한다.

설문의 경우甲회사가 출자한 재산에 관한 채무만을乙회사가 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서가 작성되고, 이에 대한甲회사의 주주총회의 승인이 이루어졌다는 사정을 인정할 수 있으나,乙회사는甲회사가 출자한 재산에 관한 채무만을乙회사가 부담한다는 취지가 일간신문에 공고되었다고 하여 그에 따른 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 채권자 A에게 개별 최고를 생략하였다는 사정으로 인하여乙회사가 상법 제530조의9 제1항에 의하여 부담하게 되는 연대책임의 성부에 아무런 영향을 미치지 못한다.

2011년 10월호 고시계
전남대학교 법학전문대학원 교수 안성포

5. 어음위조와 피위조자의 책임

【설문】

A회사의 경리과 직원인 甲은 A회사가 사용할 어음용지의 수불 및 어음작성 업무 등에 종사하던 중 거래은행으로부터 수령하여 온 100매의 어음용지 중 10매를 자금과장에게 교부하지 아니하고 A회사의 어음수불부에도 기재하지 아니한 채 횡령하여 자신의 책상철함 속에 넣어 보관하고 있었다. 그 후 자신이 보관

하고 있던 어음용지 중 이 사건 어음용지의 발행인란에 거래은행에 신고된 A회사의 명판을 찍고, 체크크라이터로 금 100,000,000원의 액면금액을 찍고 아라비아 숫자로 같은 액면금액을 수기하고, 수취인란에는 거래회사인 한국도화종합기술공사(Υ)를 기재한 뒤 경리부장이 보관하고 있던 은행에 신고된 경리부장직인을 몰래 사용하여 수기된 액면금액 앞에 날인한 후, 회사가 거래처에 발행할 여러 장의 진정한 약속어음용지 사이에 이 사건 어음용지를 끼워 넣어 부사장(발행대행권자)에게 결재를 올리면서 그 모두가 진정한 어음이라고 기망하여 그 사실을 모르는 부사장으로 하여금 은행에 신고된 A회사의 대표이사의 인감을 발행인란에 일괄적으로 날인하게 하였다. 그 후 甲은 위 어음의 배서인란에 ‘한국도화종합기술공사 김호곤’이라고 임의로 수기한 다음 미리 위조해 둔 김호곤의 인장을 날인한 후, 친구인 乙을 통하여 사채중개업자 丙에게 할인을 의뢰하였다. 사채중개업자 丙의 요청을 받은 X가 다시 丙을 시켜 A회사에 전화로 위 약속어음 발행의 진정여부를 확인하자, 甲이 진정하게 발행된 어음이라고 거짓 확인해 주면서 乙을 통하여 A회사 거래은행 발행의 사용인감 및 명판확인서를 전달하였다. X는 위 확인서에 의하여 이 사건 어음에 찍힌 A회사의 명판과 대표이사의 인감이 거래은행에 신고된 것과 동일하다는 확인을 한 후 A회사에서 진정하게 발행된 어음인 것으로 믿고 사채중개업자 丙을 통하여 그 지급일까지의 선이자를 공제한 금액 96,408,371원을 지급하였다. X는 그 약속어음의 소지인으로서 지급일에 이르러 지급제시하였으나 위조를 이유로 지급이 거절되었다.

- (1) 이 경우 A회사의 위조의 항변이 타당한지에 대하여 설명하고,
- (2) 위조의 입증책임이 누구에게 있는지 설명하고,
- (3) 어음위조가 성립한다는 가정하에 X는 A회사에 대하여 표현대리책임을 주장할 수 있는지 설명하고,
- (4) A회사측의 사용자배상책임에 관하여 설명하시오

(* 이 사례는 서울민사지법 1988. 12. 6. 선고 88다5029 판결을 기초로 작성하였다)

☞ 출제의도

사례의 내용을 자세히 보면 사기나 착오 등 의사표시의 하자로 인한 어음행위의 문제로도 연결될 수 있을 것 같지만, 이 사례의 기초가 된 판결에서는 부하직원의 기망으로 약속어음의 발행권자가 직접 기명날인 한 경우에도 어음위조의 성립을 인정한 특수한 사안이다. 즉, 통상적인 어음위조의 사례에 있어서는 피위조자가 전혀 어음위조와는 무관하고 어음행위를 한 바가 없는 경우를 예정하고 있지만, 여기에서는 어음 발행권자가 직접 기명날인 한 점에 특색이 있다고 하겠다. (1)번 문제에서 어음위조의 성립을 인정해야 함으로써, 이후의 문제에 대해서는 다소 부자연스러운 면이 있을

수도 있지만, 위조의 본질이 무엇인가를 생각할 수 있으므로 의미가 있다. (2)번 문제도 역시 사례의 특수성을 감안하여 결과적으로는 피위조자가 위조사실을 입증해야 할 것이지만, 이것이 곧 입증책임의 전환을 의미하는 것은 아니라는 점을 부각시키기 위한 문제이다. (3)번 문제는 X가 표현대리책임을 주장하는 경우에 있어서 표현대리의 성립요건과 표현대리에 의해 보호되는 제3자의 범위가 문제될 수 있는데, 사례에서는 표현대리의 성립요건이 쟁점이 된다. 특히 甲에게 기본적 대리권이 있느냐 여부와 어음소지인 X의 과실에 관한 검토가 이루어져야 한다. (4)번 문제는 사용자배상책임과 관련해서는 주로 경리직원의 행위가 업무관련성이 있는지 여부 및 손해배상의 범위가 문제된다. 특히 피위조자의 표현책임과 사용자배상책임에 있어서의 차이에 대하여 정리할 수 있는 계기도 될 것이다.

【답안구성 예】

I. 문제의 소재

II. 어음위조의 성립

III. 위조의 입증책임

IV. 피위조자의 표현대리책임

1. 어음의 위조와 표현책임을 인정
2. 민법 제125조의 표현대리의 적용요건
3. 표현대리의 제3자의 범위

IV. 피위조자의 사용자배상책임

1. 사용자배상책임을 성립여부
2. 손해배상의 범위

V. 사례의 해결

V. 사례의 해결

(1) 회사의 경리와 직원이 어음발행권자를 기망하여 어음용지에 기명날인하게 한 행위는 기망자가 어음발행권자를 도구로 이용하여 기명날인자로 하여금 의사에 반하는 어음행위를 하게 한 것으로서, 어음의 위조에 해당한다고 본다. 어음위조는 권한없는 자가 타인의 기명날인 또는 서명을 위작하는 것을 말하는데, 발행권자를 기망하여 진정한 기명날인을 하게 한 경우에도 어음위조의 성립을 인정하여야 할 것이다. 왜냐하면 위조의 본질은 누가 기명날인했는가 아니라 명의상의 어음행위자의 의사결여에서 찾아야 하기 때문이다.

(2) 어음위조의 항변은 물적항변사유에 해당하는데, 누가 입증책임을 부담하는가가 문제된다. 과거 대법원판례는 피위조자입증책임설의 입장에 있다가 그 후 전원합의체

판결로 종래의 판례를 변경하여 소지인입증책임설을 취하고 있는데, 타당하다고 본다.

사례에서는 위조의 사실을 주장하는 A회사의 귀책사유가 명백하고, 배서의 연속이 인정되지만, 그렇다고 하여 위조의 입증책임이 귀책사유가 있는 피위조자, 혹은 배서의 연속을 증명하는 자의 상대방인 피위조자에게로 입증책임이 전환되는 것은 아니라고 볼 것이다. 왜냐하면 어음법 제16조 제1항은 사실추정에 관한 규정이 아니라 권리추정에 관한 규정이기 때문이다. 또한 피위조자의 위조의 주장은 민사소송법상 부인에 해당 하는 것으로서 입증책임과는 구별되는 것이기 때문이다.

(3) 본 사례에서 어음위조가 성립한다는 전제하에 피위조자에게 법적책임을 지는 경우로서 표현책임과 사용자배상책임이 문제된다. 우선 표현책임에 있어서는 甲의 직책상 민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리규정을 유추적용여부가 문제되는데, 민법상 표현대리의 성립요건 중 기본적 대리권의 존재와 상대방의 과실이 문제가 된다. 우선 기본적 대리권과 관련해서는 그러한 기본적 대리권이 대리인의 대리권과 반드시 동일하거나 유사한 권한이어야 할 것은 아니지만, 경리담당업무를 하는 경리직원에게 회사의 경리담당상무나 경리부장 등과 같이 외관상 어음행위의 대리권이 있는 것으로 인정될 여지가 전혀 없다. 따라서 표현대리의 적용요건을 충족시키지 못한다. 또한 본 사례의 기초가 된 판결에서는 어음소지인의 어음취득시 확인조회의 측면에서 상당한 과실이 있으므로, 표현대리규정을 유추적용할 수 없다고 판시하였다.

(4) 어음의 피위조자의 사용자배상책임의 요건도 표현대리의 요건들과 크게 다르지 않으나 피용자의 업무관련성의 요건이 있다. 이는 표현대리의 요건 중 기본적 대리권의 존재와 비교할 수 있는 요건으로서, 甲의 어음위조행위와 그의 업무는 관련성이 인정된다. 또한 A회사의 어음용지 및 명관직인의 보관상태와 부사장의 결재과정의 부실함을 볼 때, A회사는 위조자 甲의 사용자로서 어음소지인이 입은 손해에 대하여 배상할 책임이 있다.

이 때 A회사가 배상해야 할 손해액에 대해서 과거 대법원판결은 어음금 전액을 배상하여야 한다고 하였으나, 그 후 전원합의체판결로써 이를 변경하여 출연액한도설을 취하고 있는데, 타당하다. 따라서 A회사는 X가 어음할인시에 지급한 금액을 배상하여야 한다. 다만 이 때 X의 어음취득시 과실이 인정되므로 과실상계가 가능하다.

2011년 11월호 고시계
창원대학교 법대 교수 오창석

6. 이사의 제3자(채권자)에 대한 책임

【설문】

한마음주식회사는 자산총액이 1,000억원이고 회사의 정관에 위원회를 설치한 다는 규정을 두지 않고 있고, 12월 31일이 결산일인 있는 상장회사이다. 한마음 주식회사의 대표이사 甲은 자의적 판단 하에 수차례 과대한 주식투기를 하였다. 그러나 주가가 급격히 하락하였다. 이로 인하여 2010년 12월 31일 결산시점에서 한마음주식회사는 재무구조가 매우 악화되어 파산상태에 이르게 되었다. 그 결과 한마음주식회사에 대하여 외상판매대금채권을 가지고 있었던 X는 채권의 회수할 수 없게 되었다. 한마음주식회사는 등기부상 대표이사 甲이외에 乙, 丙, 丁의 3명의 이사가 있었다. 이 중에서 丙은 이사선임결의를 거처지도 아니한 채 이사로 등기되었다. 그리고 乙과 丙은 甲으로부터 “이름만 빌려달라. 회사의 상무에는 종사하지 아니하여도 무방하다.”라는 이야기를 듣고 이사로서 선임되는데 동의하였고, 이사의 선임등기가 행하여졌다.

주주총회에서 사외이사로 선임되었던 丁은 甲에게 주식투기를 과대하게 하지말 것을 수차례 직언하였음에도 불구하고, 받아들여지지 아니하자 2010년 5월 30일 甲에게 사임의사를 표시하였고, 甲은 사표를 수리하였다. 다만 아직 퇴임이사등기는 이루어지지 아니한 상태이다. 이러한 사실관계를 기초로 한마음주식회사의 채권자 X는 한마음주식회사의 이사 甲, 乙, 丙, 丁에 대하여 어떠한 책임을 추궁할 수 있는가?(학설의 대립이 있는 경우에는 대법원의 판례에 따라 답을 하시오).

☞ 출제의도

학생들에게 이사의 제3자에 대한 책임을 질문하면 어느 정도 공부가 된 학생들은 곧잘 답변을 한다. 하지만 그 답변은 시중에 널리 읽히고 있는 교재의 ‘이사의 제3자에 대한 책임’ 편의 내용을 탈피하지 못한다. 그리하여 평이사 또는 퇴임이사 등의 제3자에 대한 책임 등에 대하여는 질문을 하면 정확히 답변을 하는 학생이 많지 않다. 따라서 본 문제는 이사의 제3자에 대한 책임을 사내대표이사, 평이사, 표현대표이사 및 퇴임등기 전 등기부상 이사에 대한 책임추궁을 소재화함으로써 해당 주제에 대한 기초적인 개념을 정확히 알고 있는지의 파악하고, 나아가 종합적인 지식을 습득하고 있는지를 묻기 위하여 출제하였다.

【답안구성 예】

- I. 문제의 논점
- II. 이사 甲에 대한 책임추궁
 1. 이사의 제3자에 대한 책임의 의의
 2. 입법취지
 3. 직접손해와 간접손해
 - (1) 개념
 - (2) 본 사례의 경우
 4. 제3자의 범위
 5. 이사의 제3자에 대한 책임의 법적 성질
 - (1) 학설과 판례
 - (2) 본 사례의 경우
 6. 불법행위와의 경합
 7. 사안의 해결
- III. 이사 乙에 대한 책임추궁
 1. 乙의 지위
 2. 평이사의 능동적 감시의무
 - (1) 학설과 판례
 - (2) 긍정설에 의거한 평이사의 감시의무
 3. 사안의 해결
- IV. 이사 丙에 대한 책임추궁
 1. 丙의 지위
 2. 표현대표이사의 행위에 대한 회사의 책임
 3. 부실등기와 丙의 책임
 - (1) 등기와 공신력
 - (2) 부실등기자의 범위
 4. 사안의 해결
- V. 이사 丁에 대한 책임추궁
 1. 丁의 지위 및 퇴임이사의 제3자에 대한 책임
 2. 부실등기에 관한 제39조의 적용가부
 3. 상업등기의 일반적 효력에 관한 제37조의 적용가부
 - (1) 퇴임이사와 상업등기
 - (2) 대항력의 제한을 받는 자 및 선의의 제3자
 4. 사안의 해결
- VI. 문제의 해결

VI. 문제의 해결

한마음주식회사의 대표이사 甲은 채권자 X에 대하여 전형적인 제3자의 책임을 부담한다. 그리고 판례는 이사의 제3자에 대한 책임의 성질을 법정책임으로 보고 있다. 이러한 점에서 채권자 X는 민법 제750조의 불법행위책임과 청구권경합의 관계에 서게 되어 불법행위책임의 추궁도 가능하다.

乙에 대한 책임추궁과 관련하여, 판례는 평이사의 능동적 감시의무를 인정하면서도 구체적으로는 절충설을 취하고 있다. 절충설에 의하면 乙은 대표이사 甲의 주식투기행위에 대하여 알거나 알 수 있는 지위에 있었음에도 불구하고 이를 방치하였기 때문에 중과실로 인한 임무해태를 인정할 수 있다. 따라서 채권자 X는 평이사 乙에 대하여도 상법 제401조 제1항의 책임을 추궁할 수 있다.

丙의 책임추궁과 관련하여, 채권자 X는 표현대표이사에 관한 상법 제395조를 유추 적용할 수 있으나, 동조를 적용하는 경우에는 회사가 채권자 X에 대하여 책임지고, 丙은 직접 X에 대하여 책임을 지지 아니한다. 그러나 X는 부실등기자의 책임에 대한 상법 제39조를 근거로 丙에 대하여 책임을 추궁할 수 있다.

丁의 책임과 관련하여, 丁은 퇴임이사이므로 채권자 X는 상법 제401조의 제1항을 직접 적용하거나 부실등기자의 책임에 관한 상법 제39조를 적용하더라도 책임을 추궁할 수는 없다. 다만 상업등기의 일반적 효력에 관한 상법 제37조를 적용하면, X는 丁에게 책임을 물을 수 있다.

2011년 12월호 고시계
제주대학교 법학전문대학원 교수 오성근

7. 주식양도와 회사에의 대항요건 등

【설문】

A는 2011년 2월 13일 설립된 甲주식회사의 주주인바 회사 주권이 발행되지 않은 상태에서 2012년 2월 1일 보유의 기명주식 10,000주를 B에게 양도하였다. 그런데 A는 동 주식을 2012년 2월 6일 K에게 다시 이중으로 양도하였으며 이러한 이중양도는 K가 적극적으로 가담하여 이루어졌다. 그런데 2012년 2월 10일 행하여진 A의 K에 대한 양도통지는 회사에게 내용증명우편으로 행하였다. A의 B에 대한 양도에 대한 회사에의 통지는 2012년 2월 7일에는 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어졌다가 2012년 2월 15일에는 주식양도증서 사본에 내용증명우편으로 함으로써 이루어졌다. 이 경우에 다음에 답하라.

(1) 회사와 관련은 있는 상황에서 승낙이 회사에 손해를 끼치는 것이 아닌 때에 甲주식회사의 대표이사 X가 A의 B에 대한 주식양도를 승낙하였다면 이러한

승낙행위가 대표권의 범위를 벗어난 것이거나 대표권의 남용에 해당하는가?

(2) A의 K에 대한 주식의 양도는 유효한가?

(3) A의 B에 대한 주식양도는 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것인가?

(4) 사안과 달리 주권이 발행된 상태에서 주권교부에 의하여 A가 B에게 주식을 양도하였다면 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있는 자는 누구인가? 만일 명의개서가 되어 있지 않는 경우 회사가 명의개서미필주주를 주주로 인정하여 권리행사를 허용할 수 있는가?

☞ 출제의도

주식양도와 관련하여서는 많은 논점이 있다. 우선 주권이 발행되지 않은 경우 회사가 무제한 주권을 발행하지 않으면 주식양도는 주권의 교부를 통하여 함이 원칙이므로 주주 및 이해관계자의 권리를 침해하게 된다. 그리하여 법이 6월이라는 기간을 정하고 있는 것이다(상법 제335조 제2항 단서). 따라서 6월이 지나면 회사에게도 유효하게 주식을 양도할 수 있다. 다만 그를 회사에 대항하기 위하여는 지명채권 양도에 준하여 민법 제450조의 대항요건을 갖추는 것이 필요하다. 주식을 이중양도하는 배임적 행위를 하는 경우 이중양수인이 그에 적극 가담하였다면 그러한 양도를 유효로 할 것인가 또한 문제된다. 그리고 주권발행전 주식의 양도 사실을 회사에 통지할 때 확정일자 있는 증서에 의하여야 제3자에게 대항할 수 있다. 이때 원본이 아닌 사본에 확정일자인을 받은 경우에도 유효한 제3자 대항요건을 갖춘 것이 되는 것인지 여부도 문제된다. 더 나아가 주식을 정상적으로 양도한 경우 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있는 자가 양도인인지 양수인인지도 문제가 되고 있다. 그 밖에 회사가 상법 제337조에도 불구하고 명의개서를 마치지 않은 주식취득자를 주주로 인정하여 권리행사를 시키는 것이 허용되는지 여부도 문제이다 이러한 주식양도와 회사에의 대항요건 등 법리를 이해하도록 하는 데에 본 문제의 출제의도가 있다.

【답안구성 예】

I. 문제제기

II. 관련논의

1. 주권발행전 주식양도
2. 명의개서청구권자
3. 회사의 주식양도 인정가부
4. 대표이사의 대표권 남용 등

III. 관련 판례

1. 주권발행전 주식양도와 회사에의 대항요건 등
2. 주식양도와 명의개서청구권자

3. 편면적 구속설 여부

IV. 정리 및 결론

IV. 정리 및 결론

(1) 회사의 대표이사가 투자자에게 주식을 환매해주시기로 하고 주권보관증을 발행하여 주는 행위는 대표권의 범위에 비추어 문제되지 않는다고 보아야 한다. 판례(대법원 2006.9.14. 선고 2005다45537 판결)도 주식양도에 대한 승낙 그 자체만으로는 회사에 어떠한 불이익이 발생하는 것이 아니라는 이유로 회사의 대표이사인 자가 주식양수인에게 주식보관증을 작성하여 준 행위가 자기의 개인적 이익을 도모할 목적으로 이루어져 대표권의 범위를 벗어난 것이거나 남용한 것이라고 볼 수 없다고 하였다. 따라서 사안의 경우 甲주회사의 대표이사 X가 주식양도를 승낙한 것 자체는 문제가 없으며 주식회사 대표이사의 대표권 유월 내지 남용에 해당하지 않는다고 하여야 할 것이다.

(2) 주식회사에서 주권발행된 주식의 (적법한) 양도인은 회사에 민법 제450조에 의한 양도통지를 해줌으로써 양수인으로 하여금 제3자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담한다고 보아야 한다. 그렇기 때문에 양도인이 그러한 채권양도의 통지를 하기 전에 다른 제3자에게 이증으로 양도하여 회사에 확정일자 있는 양도통지를 하거나 회사의 승낙을 받는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 그 제3자에게 대항할 수 없게 되었고, 이러한 양도인의 배임행위에 제3자(이증양수인)가 적극 가담한 경우라면, 제3자에 대한 양도행위는 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 보아야 할 것이다. 따라서 사안의 경우 A의 K에 대한 주식양도는 무효라고 보아야 한다.

(3) 주식양도증서(주식양도계약서) 또는 주식보관증 등에 확정일자인을 받은 주식양도통지 또는 회사의 승낙의 경우에 제3자에게 대항력을 인정할 수 있다. 그런데 이와 관련하여 사본에 확정일자를 받은 경우에도 그 효력을 인정할 수 있을지가 문제이다. 회사에 대한 주식양도의 통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였다더라도 확정일자 없는 증서에 의한 양도통지나 승낙 후에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하는 것으로 보아야 한다(대법원 1987.4.12. 선고 87다카2429 판결 등 참조). 그리고 확정일자 제도의 취지에 비추어 볼 때 원본이 아닌 사본에 확정일자를 갖추었다 하더라도 대항력의 판단에 있어서는 아무런 차이가 없다고 보는 것이 대법원의 태도이다. 주식양도사실을 통지하기 위하여 내용증명우편으로 주식양도서나 주식보관증이 원본이 아닌 사본이라 하더라도 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것으로 보아야 한다. 따라서 사안의 경우 A의 B에 대한 주식양도는 2012년 2월 15일 발송한 통지가 도달한 이후에는 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다.

(4) 상법 제337조에 의하여 주식양수인이 회사에 대하여 권리주장을 하기 위하여는

주주명부에 명의개서를 하여야 하므로 명의개서 청구는 중요한 의미가 있다. 그런데 주식양도의 경우 누가 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있는지가 문제된다. 그런데 양수인의 경우에는 자신이 주주명부에 명의개서를 요구하지 않고 제3자에게 바로 다시 양도할 수 있는 것이므로 회사에 대하여 명의개서 청구여부를 판단하고 실행할 수 있는 자는 양수인이라고 하여야 한다. 판례도 같은 입장이다. 더 나아가 회사가 명의개서를 마치지 않은 주식취득자를 주주로 인정하여 권리를 행사하도록 할 수 있는지 문제된다. 이점에 대해서 상법 제337조 제1항은 명의개서를 하지 않으면 회사에 대항하지 못한다고 규정하고 있을 뿐이므로 회사가 명의개서를 마치지 않은 주식취득자를 주주로 인정하는 것은 아무 상관이 없다는 입장(편면적 구속설)과 회사는 그가 주주임을 확인한 경우에도 주주로 인정하여 권리를 행사시킬 수 없다는 입장(쌍방적 구속설)이 대립되어 있다. 판례(대법원 1989.10.24. 선고 89다카14714 판결; 대법원 2001.5.15. 선고 2001다12973 판결)는 전자(편면적 구속설)의 입장을 취하고 있다.

2012년 3월호 고시계
건국대학교 법학전문대학원 교수 최병규

행정법

1. 위법성의 승계, 재량행위에 대한 사법심사의 방식, 집행정지, 금지소송, 사정판결

【 설 문 】

국가는 A하천의 상류부에 댐건설을 계획하였는데, 용지매수가 잘 되지 않자, 토지수용제도를 이용하기 위해, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「토지취득보상법」이라 함)에 의한 사업인정의 신청을 하였다. 이에 대하여, 국토해양부장관이 사업인정을 하고, 3년 후, 중앙토지수용위원회 Y는 수용재결을 했다.

이에 대하여, 수용지의 소유자인 X는 민족문화의 성지임에도 불구하고, 댐건설에 의한 민족문화훼손에 대한 판단이 고려되지 않았으므로 그 사업인정은 위법하고, 사업인정의 위법성은 수용재결에 승계되므로, 수용재결도 위법하다고 하여, 수용재결의 취소를 구하였다.

[문1] 수용재결의 취소소송에서 사업인정의 위법성을 다룰 수 있는가?

[문2] 댐건설에 의한 민족문화훼손에 대한 판단이 고려되지 않았음을 이유로 하여 사업인정의 위법성을 주장하려면, 어떤 법적 구성이 필요한가?