

적증의 신화는 계속 됩니다.

제13회 변시 상법 사례 해설

메가로이어스
상법 전임 장원석

甲주식회사는 비상장회사로서 아파트 건설업을 주된 영업으로 하고 있다. 甲회사는 설립 당시의결권 있는 주식만을 100,000주 발행하였다. 무직자인 A는 甲회사로부터 아파트를 분양받은 자인데, 甲회사의 귀책으로 말미암아 아파트 건설 공사 기간이 3개월 가량 늘어남에 따라 당초 입주 예정일을 한참 지난 후에야 입주하게 되었다.

甲회사의 발행주식총수 중 3,500주를 가진 주주 B는 이 같은 일련의 사정을 알게 되어 회계장부를 열람하였고 그 결과 B는 甲회사의 경영권을 탈취하는 데 많은 관심을 가지게 되었다. 얼마 지나지 않아 甲회사는 위 아파트를 분양하는 과정에서 대표이사의 주도로 甲회사가 거액을 들여 허위·과장광고를 하였다는 이유로 벌금형에 처해졌다.

또한 甲회사의 대표이사는 약속어음을 할인하여 주겠다는 C의 거짓말에 속아 그에게 회사 명의의 어음을 발행하여 주었으며, C는 그 어음을 D에게 배서양도하였다. 그 후 甲회사의 대표이사가 C의 사기를 이유로 어음발행 행위를 취소하였다.

위 모든 상황을 알게 된 주주 B는 甲회사의 대표이사에 대하여 대표소송을 통한 책임 추궁을 하기 위한 사전 단계로 甲회사의 회계장부에 대한 열람·등사를 이유를 붙인 서면으로 청구하였다. 그러나 甲회사는 B가 이미 회계장부를 열람한 적이 있고 B가 甲회사에 적대적이라는 근거를 들어 이를 거부하였다. 이에 B는 재판상 회계장부 열람·등사를 청구하였다.

한편 소송계속 중에 기존 주주에 대한 신주발행으로 인하여 甲회사의 발행주식총수가 140,000주로 늘어났는데, B는 그러한 신주발행에 응하지 않아 그가 소유한 주식 수에는 변화가 없었다.

甲회사는 B가 인수하지 않아 발생한 실권주를 소정의 요건과 절차를 갖추어 대표이사에게 적법하게 배정하였다. 다만, 甲회사의 정관에는 실권주를 제3자에게 배정하는 것에 관한 근거규정이 없었다.

- | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. A가 자신이 분양받은 아파트에 대한 입주 지연과 甲회사의 허위·과장광고로 입은 손해에 대하여 상사법정이율을 각각 적용하여 배상을 청구하는 경우 법원은 이를 인용할 것인가? (15점) |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|

1. 문제의 소재

아파트에 대한 입주 지연, 甲회사의 허위·과장광고로 입은 손해에 대하여 상사법정이율이 적용되는지 문제된다.

2. 상사법정이율의 적용범위

(1) 의의

민법은 법정이율로 연5%로 정하고 있지만, 상법은 “상행위로 인한 채권”에 대한 특칙을 두어 그 법정이율은 연6%로 정하고 있다(제54조).

(2) 범 위

통설과 판례에 따르면 상행위로 인한 채권인 이상 그 쌍방적, 일방적, 영업적, 보조적 행위를 불문하고 적용된다. 따라서 상행위가 아닌 불법행위에는 적용되지 않으며, 어음, 수표의 경우 상행위인지 여부와 무관하게 연6%의 법정이율을 적용된다(어 제48조, 수 제44조).

(3) 사안의 적용

1) 허위·과장광고로 인한 손해배상청구권

판례에 의하면, “허위·과장광고로 인한 손해배상청구권은 불법행위에 기한 손해배상청구권의 성격을 갖고, 상법 제54조의 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이며, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다”고 판시한바 있다.¹⁾

2) 입주 지연에 따른 지체상금

판례에 의하면, “주택건설업자의 아파트분양계약은 그의 영업을 위하여 하는 상행위라 할 것바, 그 주택건설업자의 아파트 입주 지연에 따른 지체상금은 상행위인 분양계약의 불이행으로 인한 손해배상채권으로서 그 지연손해금에 대하여도 상법 제54조 소정의 연 6%의 상사법정이율을 적용하여야 한다”고 판시한바 있다.²⁾

3. 결론

아파트에 대한 입주 지연의 경우 상사법정이율을 적용하지만, 甲회사의 허위·과장광고로 입은 손해에 대하여 상사법정이율이 아닌 민사법정이율을 적용한다.

2. B의 재판상 회계장부 열람·등사 청구는 인용될 것인가? (30점)

1. 문제의 소재

B의 회계장부 열람청구에 대해, 회사는 주주가 적대적이라는 사유, 이미 열람을 한 적이 있다는 사유로는 거부할 수 있는지, B의 지분이 3%미만으로 되어 당사자 적격을 상실하는지 문제된다.

2. 회계장부 열람청구의 인용여부

(1) 의의

발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주(채권자×)는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다(제466조 제1항).

회사는 이러한 청구가 부당하다고 인정되는 경우 열람을 거부할 수 있는데(제466조 제2항), 이러한 거부사유

1) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다28968 판결

2) 대법원 2000. 10. 27. 선고 99다10189 판결

의 입증책임은 회사에 있다.

(2) 주주가 적대적이라는 사유

판례는 “주주가 적대적 인수·합병을 시도하고 있다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다”고 판시한바 있다.³⁾

(3) 이미 회계장부를 열람한 적이 있다는 사유

판례는 “열람 및 등사의 목적 달성에 필요한 정도로 제한 없이 허용되어야 하고 사전에 1회만 허용한다는 식으로 제한을 가해서는 아니 된다”고 한다.⁴⁾

3. 당사자 적격의 흠결

(1) 판례의 태도

판례는 “열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다”고 한다.⁵⁾

(2) 소결

B는 소주주로서 3.5%의 지분을 보유했으나, 재판상 회계장부 열람청구 중에 신주발행에 응하지 아니하여 보유지분이 3% 미만인 되었는바, 회계장부의 열람·등사를 구할 당사자적격을 상실하였다.

4. 결론

B의 회계장부 열람청구에 대해, 회사는 주주가 적대적이라는 사유, 이미 열람을 한 적이 있다는 사유로는 거부할 수 없으나, 재판상 회계장부열람을 청구하는 동안 B의 지분이 3%미만으로 되어 당사자 적격을 상실하였으므로 인용이 불가능하다.

3. D가 어음의 만기일에 甲회사에 어음금을 청구하는 경우 甲회사는 어음금을 지급하여야 하는가? (10점)

1. 문제의 소재

갑은 사기를 이유로 어음발행을 취소할 수 있는지, 그 상대방은 누구인지 문제되며, D의 어음상 권리의 선의취득 및 갑의 어음행위 자체의 하자의 항변의 성질이 문제된다.

2. 어음행위의 하자과 취소의 상대방

(1) 문제점

어음행위도 법률행위와 마찬가지로 의사표시의 일반론이 적용되어 취소가 가능한데, 그 취소의 상대방이 직접상대방에 한정되는지 문제된다.

(2) 학설과 판례

학설은 ① 직접상대방한정설과 ② 제3취득자포함설의 대립이 있다. 판례는 “제3취득자포함설”

3) 대법원 2014.7.21. 자 2013마657 결정

4) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결.

5) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결

의 입장이다.

(3) 소결

판례에 의하면, 갑은 어음발행을 취소할 수 있으며 D는 적절한 취소의 상대방이 된다.

3. D의 어음상 권리취득여부

갑이 C에 대한 어음발행을 취소한 경우 어음발행은 소급하여 효력이 상실하므로 C는 어음상 권리를 취득할 수 없으므로 무권리자에 해당한다. 이에 D는 무권리자 C로부터 어음상 권리를 승계취득할 수 없지만, 선의취득(어 제6조 제2항)이 가능한바, D는 선의취득의 요건을 충족하므로 어음상 권리를 원시취득한다.

4. 갑의 어음행위 자체의 하자에 관한 항변

(1) 문제점

원인행위가 아닌 어음행위자체에 하자가 있는 경우 어음채무자가 제3자에게 어음금의 지급을 거절하는 항변의 성질이 무엇인지 문제된다.

(2) 학 설

학설은 ① 제3자에게 악의 또는 중과실을 요한다는 견해(다수설)와 ② 제3자에게 해의가 있을 때에만 대항할 수 있다는 견해가 대립하고 있다.

(3) 판례 - 해의를 요구하는 입장

어음행위에 착오, 사기, 강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방에 대한 인적 항변에 불과한 것이므로, 어음채무자는 소지인이 채무자를 해(害)할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 대항할 수 있지만, 중대한 과실로 그러한 사정을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적 항변으로써 소지인에게 대항할 수 없다.⁶⁾

(4) 소결

어음법은 일반 민법보다 거래의 안전이 강조되므로 '일반적인 어음법의 제17조의 인적 항변'으로 보는 판례의 태도가 타당하다. 설문의 경우 갑은 D의 해의를 입증하지 않는 한, D의 청구에 대해 어음금을 지급해야 한다.

5. 결론

갑은 사기를 이유로 어음발행을 취소할 수 있으며, 갑은 D의 해의를 입증하지 않는 한, D의 청구에 대해 어음금을 지급해야 한다.

4. 甲회사가 실권주를 대표이사에게 적법하게 배정하기 위하여 갖춘 소정의 요건과 절차는 무엇인가? (15점)

1. 문제의 소재

주주배정하는 과정에서 발생한 실권주를 대표이사에게 배정하는 경우 이는 주주배정인지 제3자배정인지, 정관의근거가 필요한지가 문제가 되며, 또한 이사의 자기거래에도 해당하는지 문제된다.

6) 대법원 1997. 9. 15. 94다5856 판결

2. 갑회사의 실권주의 배정의 요건과 절차

(1) 실권주의 의의

회사가 주주배정방식에 의하여 신주를 발행하려는데 주주가 인수를 포기하거나 청약을 하지 아니함으로써 그 인수권을 잃은 주식을 의미한다. 이 경우 회사는 마감 또는 제3자에게 배정이 가능하다.

(2) 주주배정인지 제3자 배정인지

판례에 의하면 “주주배정방식과 제3자배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 하고, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다”고 판시하고 있다.⁷⁾⁸⁾ 다만 제3자배정이라고 보는 견해도 있다.

설문의 경우 판례에 의하면, 甲회사가 실권주를 대표이사에게 배정한 것은 ‘주주배정’에 해당한다.

(2) 정관의 규정 필요 여부

판례에 의하면 “회사는 **이사회**의 결의에 의하여 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있고, 이 경우 그 실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것에 관하여 **정관에 반드시 근거 규정**이 있어야 하는 것은 아니다.”⁹⁾¹⁰⁾ 다만 제3자배정이므로 정관에 근거를 두어야 한다는 견해도 있다.

설문의 경우 甲회사가 실권주를 대표이사에게 배정한 것은 주주배정에 해당하므로 이사회 결의에 의해 자유로이 제3자에게 처분이 가능하며, 정관에 근거를 요하는 것은 아니다.

3. 이사의 자기거래

이사가 실권주를 인수하는 자본거래의 경우에도 이해충돌의 우려가 있는바, 이는 이사의 자기거래(제398조)에 해당한다.¹¹⁾ 따라서 가중된 이사회 결의(재적2/3찬성)가 필요하고, 대표이사는 이사회에서 미리 중요사실을 밝히고, 거래내용은 공정해야 한다.

4. 결론

주주배정하는 과정에서 발생한 실권주를 대표이사에게 배정하는 경우 이는 주주배정이므로 이사회 결의로 자유로이 제3자에게 배정이 가능하며, 정관의 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 또한 이사의 자기거래에도 해당하므로 가중된 결의와 개시 의무의 이행이 필요하다.

< 추가적 사실관계 >

주택 건설업을 주된 영업으로 하는 乙주식회사의 발행주식총수 1,000,000주 중 B는 970,000주, E는 12,000주, F는 12,000주, G는 6,000주를 소유하고 있었다. 그런데 乙회사는 2023. 12.경 B에게는 5,000:1, 나머지 주주에게는 15,000:1로 주식병합을 하였고, E, F, G가 각각 소유하였던 주식을 단주 처리하였다. 주식병합을 실행하기에 앞서 개최된 주주총회에는 소집 통지를 받지 못한 E, F, G(이하 ‘E 등’이라 한다) 없이 B만 출석하여 관련 안건에 대한 결의

7) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결

8) 대법원 2012.11.15. 2010다49380판결.

9) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결

10) 대법원 2012.11.15. 2010다49380판결.

11) 서울지방법원 2010. 6. 18. 판결. 2008가합36393 참조. 이철송(회), 739면.

를 하였고, 乙회사는 채권자보호절차 등 주식병합에 필요한 나머지 상법상 절차를 적법하게 거쳤다. 자본금 변경등기는 2023. 12. 27. 경료되었다. E 등은 주주 지위에서 축출당한 것이 부당하다고 보아 소(訴)로써 다투고자 한다.

5. 2024. 1. 13. 현재 주주가 아닌 E 등이 제기할 수 있는 소의 유형과 원인은 무엇인가?
(30점)

1. 문제의 소재

주식병합의 방법으로 소수주주를 축출한 주주총회 결의와 관련하여 소집절차상의 하자 및 주주평등원칙이 문제되며, 이에 대한 구제수단으로 감사무효의 소가 문제된다.

2. 주주총회 결의의 하자

(1) 주주총회결의 취소소송(제376조)

1) 소집절차상의 하자

총회소집은 이사회가 이를 결정한다(제362조). 대표이사는 총회일의 2주 전에 주주에게 서면으로 ‘통지’를 발송하여야 하며(제363조 제1항), 회의의 목적사항도 통지해야 한다. [이/대/2/통/목] 판례는 일부 주주에게 통지를 흠결하면 취소사유, 대부분 주주에게 통지를 흠결하면 부존재 사유라고 한다.

설문의 경우 E 등이 보유한 주식의 3%에 불과하므로 이들에 대해 소집통지를 결한 것은 총회결의 취소사유에 해당한다.

2) 원고 적격

총회결의 취소소송은 주주, 이사, 감사만이 소제기가 가능하다.

설문의 경우 E 등은 주주총회 결의로 주주의 지위를 박탈당하게 되었으므로 이에 대해 총회결의를 다룰 원고적격이 인정된다.

3) 소결

E 등은 주주총회결의에 대해 결의일로부터 2월내에 총회결의 취소의 소를 일응 제기할 수 있다.

(2) 주주총회결의 무효확인 소송(제380조)

1) 주주평등원칙의 효력

주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미한다. 이는 **강행(強行)규정**으로서 동 원칙을 침해하는 정관의 규정, 주주총회 및 이사회 결의는 **무효로 된다**.

2) 차등감자의 허용여부

판례에 의하면, “주주의 주식수에 따라 다른 비율로 주식병합을 하여 차등감자가 이루어진다면 이는 주주평등의 원칙에 반하여 무효의 원인이 될 수 있다”고 한다.¹²⁾

3) 단주처리를 통한 소수주주의 축출

판례에 의하면, “소수주주의 축출을 위한 소수주식의 강제매수제도의 허용, 단주 처리시 법원의 허가가 있으므로 단주 가격의 적정성이 보장된다는 점을 이유로 단주처리를 통한 소수주주

12) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결

의 추출이 주주평등원칙에 반하지 않는다”고 판시한바 있다.¹³⁾

4) 원고 적격

총회결의 무효확인 소는 ‘확인소송의 성질’을 가진다. 따라서 E 등은 주주총회 결의로 주주의 지위를 박탈당하게 되었으므로 이에 대해 총회결의를 다툼 원고적격(확인 소의 이익)이 인정된다.

5) 소결

단주처리를 통한 소수주주의 추출은 주주평등원칙에 반하지 않으나, B에게만 5,000:1로 주식 병합비율을 정하는 것은 주주평등원칙에 반하여 총회결의무효확인 소의 원인이 된다.

3. 감자무효의 소의 제기 여부

(1) 의의

자본금감소절차에 하자가 있는 경우 주주, 이사, 감사, 청산인 등은 감자변경등기일로부터 6월 내에 감자무효의 소를 제기할 수 있다. 주식병합에 의해 자본금이 감소하게 되면 감자무효의 소에 의한다(제445조).¹⁴⁾

(2) 양 소송과의 관계

자본금감소의 주주총회 결의에 하자가 있는 경우 ① 자본금감소의 주주총회 결의의 하자에 관한 소에 의해 다룰 수 있지만, ② **자본금감소의 효력이 발생한 후에는** 주주총회 결의의 하자는 감자무효의 소의 원인으로 흡수되므로 감자무효의 소와 주주총회결의하자의 소를 제기할 수는 없다고 본다(흡수설). 최근의 판례 역시 같은 태도이다.¹⁵⁾

(3) 소결

E 등은 감자변경등기일로부터 6월내인 2024. 1. 13. 현재 감자무효의 소를 제기하여, 본안에서 주주총회소집절차상의 하자, 주주평등원칙에 반하는 차등감자의 사유를 주장할 수 있다.

4. 결론

E 등은 2024. 1. 13. 현재 주주총회 결의 취소나 무효소송은 제기할 수 없으나, 총회소집절차상의 하자 및 차등감자의 사유를 이유로 감자무효의 소를 제기할 수 있다.

문의사항은 kity225@daum.net 로 해주세요.

13) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결

14) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다15520 판결. 판례는 자본금의 감소가 수반되지 아니하는 주식병합에 대해서도 감자무효의 소를 유추적용하여, 주식병합의 변경등기가 있는 날로부터 6월 내에 주식병합 무효의 소를 제기할 수 있다고 한다.

15) 대법원 2010. 2. 11. 2009다83599 판결. 상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다룰 수 있다.