

14회 변시 상법사례

문제1

A주식회사는 주식의 전자등록을 하지 않은 비상장회사이다.¹⁾ 甲은 A회사의 정기주주총회에서 2023. 6. 9.부터 정관에 따라 임기를 3년으로 하는 이사로 선임되었다. 한편, A회사의 발행주식총수의 1%를 소유하는 乙(주주명부상 명의개서를 완료함)은 丙에 대한 채무의 이행을 담보하기 위하여 자신이 소유한 A회사 주식 전부에 질권을 설정하였고, 丙은 2024. 10. 초순 「상법」상 등록질권자로서의 요건을 갖추었다. 2024. 11. 중순 소집된 A회사의 이사회는, 甲을 이사에서 해임하는 건을 의제로 하는 임시주주총회를 2025. 1. 10. 개최하기로 적법하게 결의하였다(의결권 행사 기준일: 2024. 12. 1.). A회사는 임시주주총회 소집통지 과정에서 乙에게는 소집통지를 하지 아니하고 丙에게만 소집통지를 하였다. 이후 2025. 1. 10. 개최된 임시주주총회에서 甲을 이사에서 해임하는 안(案)이 가결되었고, 丙은 위 임시주주총회에 참석하여 위 해임안에 대하여 의결권을 행사하였다. 이에 甲은 정당한 이유 없이 임기 만료 전에 해임되었음을 이유로 A회사를 상대로 「상법」 제385조 제1항 후문에 따른 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

1. 「상법」 제385조 제1항 후문의 ‘정당한 이유’란 무엇이고, A회사에 대한 손해배상청구 소송에서 甲과 A회사 중 누가 정당한 이유의 존부에 관한 증명책임을 부담하는가? (10점)
2. 乙이 A회사를 상대로 위 해임 결의의 효력을 다투는 「상법」상 소를 제기한 경우, 법원은 이를 인용할 것인가? (10점)

문제2

A주식회사는 건설업을 하는 비상장회사(대표이사 甲)로서 감사를 두고 있으며, 설립된 지 5년이 경과하였지만 주권을 발행하지 않고 있고, 주식을 전자등록하고 있지도 않다. A회사는 보통주만을 10만 주(1주 액면금액: 2만 원) 발행하였는데, 乙은 그중 1천5백 주를 소유하고 있으며 주주명부에 주주로 기재되어 있다. A회사의 2023년 영업년도 말 대차대조표상 순자산액은 35억 원, 기적립이익준비금은 12억 원, 기적립자본준비금은 0원, 미실현이익은 0원이었다. 한편, 주주총회 소집통지 권한이 없는 A회사의 평이사가 정기주주총회 소집통지를 하여 2024. 3. 15. 정기주주총회가 개최되었다. 위 정기주주총회에서는 2023년 영업년도의 재무제표 및 이익배당안(1주당 2천 원)에 대한 승인 결의가 이루어졌다(2023년 결산기에 이익준비금을 추가로 적립하지 않는 내용을 포함함). 乙은 위 정기주주총회 종료 후 이익배당의 기준일이 도래하기 전에 A회사 주식 1천5백 주 전부를 丙에게 양도하였으나, 이후에도 丙은 계속하여 주주명부의 명의개서를 청구하지 않고 있다.

1. 甲이 A회사를 대표하여 乙의 A회사 주식 1천5백 주 양도행위를 양도일에 승낙한 경우, 乙과 丙 중 누가 A회사에 대하여 3백만 원의 배당금 지급을 청구할 권리를 가지는가? (15점)

1) 전자증권법에 의하면 상장주식은 반드시 전자등록을 하여야 한다. 기존에 예탁되어 있는 상장주식은 2019. 9. 16.자로 전자등록된 것으로 간주되고(법 부칙 제3조 제1항), 이후 상장회사 발행 신주는 반드시 전자등록을 하여야 한다. 비상장회사의 경우 주식의 전자등록 여부는 선택사항이다. 전자등록된 주식에 대해서는 주식을 발생할 수 없으며 발행하더라도 무효이다(법 제36조).

점)

2. A회사가 2억 원의 이익배당금을 주주들에게 지급한 경우, 이러한 배당은 배당가능이익을 초과한 위법배당 또는 배당절차상 하자가 있는 위법배당이라고 할 수 있는가? 만약 위 배당이 위법하다면, A회사(대표이사 갑)는 지급한 배당금을 주주들로부터 반환받기 위해서 어떠한 절차를 거쳐야 하는가? (20점)

3. 만약 A회사가 이사회 결의만으로 자신이 유효하게 취득하여 보유하고 있는 자기주식으로 A회사 자신을 제외한 주주들에게 각자의 주식 보유 비율에 따라 배당하려면, 어떠한 요건을 갖추어야 하는가? (자기주식에 의한 배당은 허용되는 것으로 전제함) (10점)

문제3

농부 甲은 도시 근교에서 집포 및 대규모 생산시설과 설비를 갖추고 상인적 방법으로 사과를 재배하여 판매하는 자로서, 자신이 재배하는 사과가 유기농으로 3개월 보관이 가능한 품종이라는 점을 홍보하고자 한다. 이에 甲은 A주식회사와 사이에, A회사가 甲이 디자인한 도안과 규격에 맞춘 포장지를 제작하여 甲에게 공급하기로 하는 계약을 체결하였다. 甲은 A회사로부터 포장지를 인도받고 즉시 그 하자 유무에 관하여 검사하지 않은 채 보관하다가, 5개월이 지난 후에야 甲 자신이 디자인한 도안 및 규격과 달라서 사용할 수 없음을 발견하고 이를 A회사에 통지하였다. 한편 乙은 2024. 10. 5. 甲으로부터 사과를 구입하고, 그 매매대금의 지급을 위하여 어음금액 10,000,000원, 만기 2024. 12. 16.인 약속어음을 甲에게 발행하였다. 乙은 3개월 보관이 가능한 품종의 사과라는 甲의 말을 믿고 이를 구입하였으나, 수령한 날로부터 1주일 만에 사과가 썩기 시작하여 절반 이상의 사과가 상품 가치를 상실하게 되었다. 이에 乙은 2024. 10. 25. 위 사과 매매계약을 적법하게 해제하였다. 甲은 위 사과 매매계약이 해제된 사실을 알고 있는 丙에게 2024. 10. 27. 위 약속어음을 배서 · 교부하였다.

1. 甲은 상인인가? 甲은 A회사와 체결한 포장지 공급계약을 「상법」 제69조에 따라 해제할 수 없는 것인가? (15점)

2. 丙이 위 약속어음을 계속 소지하고 있다가 2024. 12. 16. 위 약속어음 발행인인 乙에게 지급제시한 경우, 乙은 丙에게 어음금을 지급하여야 하는가? (10점)

3. 만약 丙이 위 약속어음을 소지하던 중 사망한 후 유일한 상속인인 丁이 2024. 12. 1. 위 약속어음을 戊에게 배서 · 교부하였다면, 戊가 乙에게 어음상 권리를 행사하고자 할 때 적법한 어음의 소지인으로 추정되는가? (10점)

문제1의 해설

설문1의 해설

1. 「상법」 제385조 제1항 후문의 ‘정당한 이유’란 무엇이고, A회사에 대한 손해배상청구소송에서 甲과 A회사 중 누가 정당한 이유의 존부에 관한 증명책임을 부담하는가? (10점)

1. 문제의 소재

갑 이사해임 시 제385조 제1항의 정당한 사유의 기준 및 입증책임이 문제된다.

2. 갑의 부당해임에 의한 손해배상청구 여부

(1) 의의

① 이사의 임기를 정한 경우에 ② 정당한 이유 없이 임기만료 전에 ③ 주주총회 결의로 해임된 때에는 이사는 회사에게 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다(제 385조 제1항). [임/정/해]

(2) 정당한 사유의 기준

판례는 “① 법령, 정관에 위반된 행위를 하였거나 ② 정신적·육체적으로 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, ③ 직무수행능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등 이사가 업무를 집행하는 데 장해가 될 객관적 상황이 발생한 경우”라고 판시한바 있다.²⁾ [법/정/신]

3. 증명책임

이러한 정당한 이유의 존부에 관한 입증책임은 판례에 의하면, 손해배상을 청구하는 이사 본인이 부담 한다.³⁾

4. 결론

부당해임에 의한 이사의 손해배상청구의 경우, ‘정당한 사유’는 이사가 업무를 집행하는 데 장해가 될 객관적 상황이 발생한 경우를 의미하고, 입증책임은 ‘이사’가 부담한다.

설문2의 해설

2. 乙이 A회사를 상대로 위 해임 결의의 효력을 다투는 「상법」상 소를 제기한 경우, 법원은 이를 인용할 것인가? (10점)

1. 문제의 소재

채무자 을이 채권자 병에 대한 채무를 담보하기 위해 등록질권을 설정한 경우, 을과 병 중에 누가 주주권 행사자인지 여부가 주주총회결의하자와 관련하여 문제된다.

2. 주식에 대한 질권설정과 주주권 행사자

2) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다25611 판결,

3) 대법원 2006.11.23. 선고 2004다49570 판결

(1) 주식에 대한 입질

주식은 주권의 교부(交付)를 통하여 질권을 설정함이 원칙(제338조)이며, 명의개서 여부에 따라 등록질과 약식질로 구분이 된다.

설문의 경우 을과 병 간에 등록질권이 설정되었으며, 을은 질권설정자, 병은 질권자에 해당한다.

(2) 질권설정시 주주권 행사자의 확정

판례에 의하면 “주식에 대해 질권이 설정되었다고 하더라도 ‘질권자가 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 직접 의결권을 행사하기로 약정하는 등의 특별한 약정이 있는 경우’를 제외하고 질권설정자는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다.”고 판시한바 있다.⁴⁾

(3) 기준일 제도

주주권의 행사자를 일정한 날에 주주명부에 기재된 자를 기준으로 정할 때의 일정한 날을 ‘기준일’이라 한다(제354조). 이는 회사 사무처리의 편의상 주주의 권리가 제한할 수 있도록 허용하고 있는 것이다.

(4) 소결

설문의 경우 질권자 병이 ‘주주권을 행사한다’는 특별한 약정이 없으므로 **질권설정자 을이 주주로서 주주권을 행사함이 타당하다.** 따라서 A회사 기준일 2024. 12. 1.에 2025.1.15. 주주총회에서 주주권 행사자로 주주 을이 확정된다.

3. 주주총회 취소의 소의 제기 여부

(1) 의의

총회의 소집절차, 결의방법의 하자, 정관위반의 경우 주주, 이사, 감사가 결의일로부터 2월 내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다(제376조). 주주 乙은 결의취소의 소를 제기할 원고격 격이 인정된다.

(2) 소집절차상의 하자

주주총회의 소집은 이사회가 이를 결정하고(제362조), 대표이사는 총회일의 2주 전에 모든 주주에게 서면으로 ‘통지’를 발송하여야 하며(제363조 제1항), 회의의 목적사항도 통지해야 한다. [이/대/2/통/목] 판례는 “일부주주에게 소집통지를 결하면 취소사유, 대다수의 주주에게 결하면 부존재사유”로 본다.

(3) 결의방법상의 하자

A회사가 질권자 병이 의결권을 행사하도록 한 점은 주주권을 행사할 수 없는 자가 총회에 참석했다는 점에서 **결의방법상의 하자**(제376조)에 해당한다.

4) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결

(4) 소결

설문의 경우 A회사가 1%를 소유하는 주주 을에게 소집통지를 안 하고, 병에게 소집통지한 소집절차상의 하자가 존재하며 이는 **주주총회 취소의 소의 원인**(제376조)이 된다.

3. 결론

주주 乙은 A회사를 상대로 해임결의에 대해 주주총회 결의 취소소송(제376조)을 제기할 수 있다.

문제2의 해설

설문1의 해설

1. 甲이 A회사를 대표하여 乙의 A회사 주식 1천 5백 주 양도행위를 양도일에 승낙한 경우, 乙과 丙 중 누가 A회사에 대하여 3백만 원의 배당금 지급을 청구할 권리를 가지는가? (15점)

1. 문제의 소재

乙은 주권발행전에 주식을 丙에게 양도하였으나, 대표이사 갑이 이를 알고 있는 경우, 이익배당금청구권자가 을과 병 중 누구인지 문제된다.

2. 주권발행전 주식양도

주권발행 전의 주식은 주권이 없어서 적법한 양도방법이 없다는 점 때문에 상법에서는 주권발행전의 주식양도를 원칙적으로 금지하고 있다(제335조 제3항 본문).

그러나 이러한 양도제한을 절대화하게 되면 주주는 투하자본을 회수할 방법이 없다는 점에서 주식의 효력이 발생(회사설립 후 또는 신주의 납입기일 후)한지 6월이 경과한 후에는 주식을 양도할 수 있도록 허용하였다(같은 항 단서).

A주식회사 설립된 지 5년이 경과하고 주권이 발행하지 않고 있는 상황에서, 을은 적법하게 병에게 주식을 양도할 수 있다.

3. 이익배당청구권의 의의

회사가 영업연도의 영업활동으로 얻은 당기순이익을 주주에게 배당하는 것을 이익배당이라고 한다. 주주의 이익배당청구권은 재무제표승인의 결의에 의하여 구체적 권리로 변하게 된다.

설문의 경우 A회사는 2024. 3. 15. 정기주주총회에서는 재무제표 및 이익배당안에 대한 승인결의가 있었으므로 구체적 이익배당청구권이 성립되었다.

4. 명의개서 미필주주 병의 지위

명의개서 미필주주란 주식을 취득하고도 명의개서를 하지 않아 주주명부상의 주주로 기재되어 있지 않은 자를 의미한다. 주식을 취득한 자는 명의개서를 하여야만 회사에 대하여 권리 를 행사할 수 있다(제337조 제1항). 따라서 주식을 취득하고도 명의개서를 하지 아니하면 회사에 대하여 주주권을 ‘행사’ 하지 못함이 원칙이다.

설문의 경우 ‘이익배당의 기준일’ 을 근거로 을이 명의주주이고 병은 실질주주로서 명의개서 미필주주의 지위에 있다.

5. 이익배당기준일에 이익배당청구권자의 확정

(1) 문제점

제337조 제1항에 의하면 명의개서 미필주주는 주주권을 행사할 수 없지만, 반대로 회사가 명의개서 미필주주에 대하여 임의적으로 주주권의 행사를 인정하여 주는 것은 가능한지 문제된다.

(2) 학 설

편면적 구속설과 쌍면적 구속설이 대립한다.

(3) 판례 - 쌍면적 구속설(부정설)

종래 판례는 “편면적 구속설”의 입장이지만, 5) 최근의 전합 판례는 “(a) 주주권을 행사할 주체를 회사가 임의로 선택한다면 주주명부 제도의 존재이유를 부정하는 것이고, (b) 회사의 잘못된 판단, (c) 회사가 선택권을 가질 경우에는 주주명부상 주주에게는 실질적인 권리가 없다는 이유로, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 주식인수인이나 양수인에게는 주주명부에 기재를 마치지 않았다는 이유로, 양자의 권리행사를 모두 거부할 수도 있어서 권리행사의 공백이 생길 수 있다”는 등을 근거로 “쌍면적 구속설”的 입장을 취하고 있다. (d) 따라서 “명의개서청 구의 부당거절의 경우를 제외하고는 (5) 회사는 실제주식을 인수하거나 양수하고자 하던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없다”고 판시하였다. [제/잘/공/부/알]

(4) 검討

단체법적 법률관계의 획일적 처리를 강조하는 전원합의체 판결의 ‘쌍면적 구속설’이 타당하다.

설문의 경우 A회사의 대표이사 갑이 을과 병 간의 양도사실을 알고 있음에도 A회사는 실질 주주 병을 주주로 인정해서는 안 되며, 병도 회사에 대해 이익배당을 청구할 수 없는바, 결국 명의주주 을이 이익배당의 기준일에 이익배당청구권자로 확정된다.

6. 결론

A회사에 대하여 3백만 원의 배당금 지급을 청구할 권리인 명의주주 을로 확정된다.

5) 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결.

2. A회사가 2억 원의 이익배당금을 주주들에게 지급한 경우, 이러한 배당은 배당가능이익을 초과한 위법배당 또는 배당절차상 하자가 있는 위법배당이라고 할 수 있는가? 만약 위 배당이 위법하다면, A회사(대표이사 갑)는 지급한 배당금을 주주들로부터 반환받기 위해서 어떠한 절차를 거쳐야 하는가? (20점)

설문2의 해설

1. 문제의 소재

A회사의 배당이 배당가능이익이 없는 배당인지, 절차나 내용이 위법한 배당인지 문제 되며, A회사의 주주에 대한 부당이득반환청구 여부와 관련하여 선결소송으로서 결의취소의 소의 제기여부가 문제 된다.

2. 배당가능이익의 존재 여부

(1) 배당가능이익의 산정

이익배당의 실체 요건으로 ‘배당가능이익’이 있을 것이 요구된다(제462조 제1항). 여기서 ‘배당가능이익’이란 순자산에서 ① 자본금액, ② 결산기에 적립된 법정준비금, ③ 결산기에 적립할 이익준비금, ④ 미실현이익을 차감한 금액이므로 이를 한도로 이익배당 할 수 있다.

(2) 소결

설문의 경우 A회사의 자본금은 20억 원이며, 순자산액은 35억 원, 기적립이익준비금은 12억 원, 기적립자본준비금은 0원, 미실현이익은 0원이므로, 배당가능이익은 3억 원에 해당한다.

3. 위법한 배당인지 여부

(1) 위법배당의 의의

위법한 배당은 ① 배당가능이익이 없거나 이를 초과하여 배당하는 ‘협의의 위법배당’과 ② 배당에 필요한 주주총회, 이사회 결의 등 절차나 내용에 하자가 있는 ‘광의의 배당’이 있다.⁶⁾ 이 경우 위법배당은 당연무효 사유에 해당한다.

(2) 배당가능이익을 초과한 위법배당 여부(협의의 위법배당)

배당가능이익이 없음에도 배당을 한 경우 이는 위법한 배당으로서 당연무효이다(통설).

설문의 경우 배당가능이익이 3억 원인데 2억을 배당하는 경우이므로 ‘협의의 위법배당’ 사유에 해당하지 않는다.

(3) 배당절차상 하자가 있는 위법배당 여부(광의의 위법배당)

1) 쟁점

① 이익준비금을 추가로 적립하지 않는 결의가 위법한지, ② 배당결의를 위한 소집절차상의

6) 그 밖에 정관에 근거없는 배당, 차등 배당 등도 여기에 해당한다.

하자가 문제된다.

2) 이익준비금을 추가하지 아니한 결의의 위법여부

상법 제462조에 의하면 배당가능이익을 산정하기 위해서는 기(既)적립이익준비금 뿐만 아니라 2023년 즉 당기에 적립할 이익준비금도 차감을 해야 한다. 그리고 이익준비금은 자본금의 1/2이 될 때까지 결산기 이익배당액의 1/10이상을 적립해야 한다(제458조).

설문의 경우 ‘당기에 이익준비금을 추가로 적립하지 않는 내용’의 결의를 하여 일종 위법해 보이지만, 회사는 이미 기(既)적립이익준비금이 12억 원으로서, 자본금(20억 원)의 1/2을 초과한 상태이므로 당기에 이익배당액의 1/10이상을 적립하지 아니하여도 위법하지 아니하다.

3) 배당결의를 위한 소집절차상의 하자

가. 부당이득의 주장

① 주주총회 결의가 부존재나 무효인 경우 ‘확인소송설’의 입장에서는 막바로 위법배당의 무효를 주장할 수 있지만, ② 취소사유인 경우 ‘형성소송’ 인 탓에 반드시 먼저 취소의 소를 제기해야만 총회결의의 효력을 부인할 수 있다.

나. 주주총회 결의 하자

소집절차상의 하자가 있는 경우, 경미한 하자이면 주주총회결의 취소의 소, 중대한 경우라면 부존재확인의 소를 제기할 수 있다. 판례는 이사회결의가 없거나, 주주총회 소집권한이 없는 자가 소집한 경우는 취소사유로 보지만, 두 하자가 결합되면 부존재사유로 보는 경향이 있다.⁷⁾⁸⁾

다. 소결

설문의 경우 주주총회 소집통지 권한이 없는 A회사의 평의사가 정기주주총회 소집통지를 하였으므로 이는 주주총회 결의취소의 사유(제376조)에 해당한다.

4. A회사의 주주들에 대한 조치

(1) 회사채권자의 반환청구

배당가능이익을 초과하여 배당한 경우 이는 회사 순자산의 감소 우려가 있으므로 회사채권자의 반환청구(제462조 제3항)가 가능하지만, 본 사안의 경우 배당가능이익을 초과한 경우가 아니므로 채권자는 관여할 여지가 없다.

(2) 주주총회 취소의 소의 필요 여부

주주총회결의 취소의 소는 ‘형성소송’ 이므로, 판결이 확정되기 전에는 결의의 효력을 부인할 수 없으며, 반드시 선결소송으로서 그 결의효력을 부인해야 한다.

7) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93도698 판결. 대표이사 아닌 이사가 이사회의 소집 결의에 따라서 주주총회를 소집한 것이라면 위 주주총회에 있어서 소집절차상 하자는 주주총회결의의 취소사유에 불과하다.

8) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결

(3) 소결

A회사는 ① 우선, 원고적격을 보류한 갑 이사로 하여금 A회사를 피고로 하여, 주주총회 결의취소의 소를 제기하여 결의의 효력을 부인한 후에 ② 주주들을 상대로 배당이 위법무효임을 이유로 부당이득반환청구의 소송을 제기해야 한다.

5. 결론

A회사의 배당은 배당가능이익 내의 배당이나, 주주총회결의 취소의 하자가 있는 경우인바, A회사는 주주총회 결의취소의 소를 제기하여 결의의 효력을 부인한 후에 주주들을 상대로 배당이 위법무효임을 이유로 부당이득반환청구의 소송을 제기해야 한다.

설문3의 해설

3. 만약 A회사가 이사회 결의만으로 자신이 유효하게 취득하여 보유하고 있는 자기주식으로 A회사 자신을 제외한 주주들에게 각자의 주식 보유 비율에 따라 배당하려면, 어떠한 요건을 갖추어야 하는가? (자기주식에 의한 배당은 허용되는 것으로 전제함) (10점)

1. 문제의 소재

이사회 결의에 의한 자기주식을 현물로 배당할 수 있는지 여부 및 요건이 문제된다.

2. 자기주식에 의한 현물배당 인정여부

(1) 현물배당의 의의

현물배당이란 금전 이외에 회사가 보유하고 있는 자산으로 배당하는 것을 말한다. 제462조의4 제1항은 “회사는 정관으로 금전 외의 재산으로 배당을 할 수 있음을 정할 수 있다”고 규정하고 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 또한 다수설은 주주총회 또는 이사회에서 현물배당을 할 것을 정해야 한다고 한다.¹¹⁾

설문의 경우 자기주식을 배당하는 것이므로 이는 신주발행을 전제로 하는 주식배당이 아니라 ‘현물배당’에 해당하는바, 정관으로 정하는 경우 주주총회 또는 이사회 결의에 의해야

9) 정찬형, 「상법강의(상)(제17판)」(박영사, 2014), 1136면. 제462조의4 제1항에 대해 정관에 규정이 있는 경우에는 주주총회가 아닌 ‘이사회’도 현물배당 여부를 결정할 수 있도록 규정하고 있다고 해석하는 입장이 다수설적 입장이다. 이 견해는 이 점에서 현물배당이 금전배당 및 주식배당의 경우와 구별된다고 한다.

10) 권기범, 「현대회사법론(제5판)」(삼영사, 2014), 1116면; 곽관훈, “현물배당의 활용 가능성 및 한계와 개선방안”, 「상사법연구」 제33권 제1호(한국상사법학회, 2014. 5), 106면(김재범교수의 토론토지). 동 규정에 대해 이사회 결의로 현물배당을 하는 것에 대해 부정적인 입장도 있다. 이는 현물배당의 결정 기관을 주주총회로 일원화해야 한다는 견해이다. 즉, 주식배당의 결정권은 주주총회에만 있는데 비하여, 현물배당의 결정권은 주주총회 또는 이사회에 있다. 그런데 현물배당의 대상재산은 주식인 경우가 많을 것으로 예상되고, 주식을 현물배당할 경우에 주주의 관점에서 발행회사의 신주(주식배당의 경우)이거나 다른 회사의 주식이거나 금전 이외의 재산이 배당된다는 점은 동일하다. 따라서 현물배당의 결정에 주주가 참여하는 것이 형평에 맞다고 한다.

11) 송옥렬, 상법강의 14판, 1227면

한다.

(2) 자기주식에 대한 현물배당 여부

1) 학설의 대립

① 긍정설

상법이 현물배당의 목적물을 **특별히 제한하고 있지 아니하는 점**, 현물배당과 주식배당은 그 요건이 다른 점 등을 근거로 한다.¹²⁾

② 부정설

명문으로 주식배당(제462조의2 제1항)은 신주만을 대상으로 하는 점, 회사가 자기주식을 주주에게 배당하면 배당가능성이익이 감소하지 않으므로 이익배당으로 보기 어려운 점¹³⁾ 등을 근거로 한다.¹⁴⁾¹⁵⁾

2) 소결

설문의 경우 자기주식에 의한 배당은 허용되는 것으로 전제하였으므로 이를 전제하여 논의 한다.

3. 이사회 결의에 의한 배당의 요건

(1) 이사회결의의 배당결의

원칙상 배당결의는 주주총회가 결정하지만, 이는 배당받을 주주와 배당을 결정하는 주주 간에 소위 ‘배당락’이 발생하는 문제가 제기된다.¹⁶⁾

이에 2011년 개정상법은 ‘정관’에 규정이 있는 경우에는 ‘외부감사인의 의견’ 또는 ‘감사 전원의 동의’에 따라 ‘이사회’로 하여금 주주총회에 갈음하여 재무제표를 승인할 수 있게 되었는데(제449조의2 제1항), **재무제표와 이익배당의 연계성으로 인해 ‘재무제표를 이사회가 승인’하는 경우에는 이사회가 이익배당을 결정하도록 하였다(제462조 제2항 단서).**

자기주식의 취득	재무제표의 승인	이익배당
주주총회	주주총회	주주총회
이사회(정관)	이사회(정관)	이사회(정관)

12) 김정호, 「회사법(제3판)」(법문사, 2014), 670면; 이철송, “2011년 개정상법의 개요 및 세제상의 유의 점”, 「계간 세무사」 통권 제129호(한국세무사회, 2011. 9), 120면; 김의석, “자기주식거래의 과세”, 「법학연구」 제15집 제2호(인하대학교 법학연구소, 2012. 7), 406면; 신기선, “개정 상법과 세무문제”, 「조세법연구」 제18집 제1호(한국세법학회, 2012), 387면.

13) 따라서 자기주식의 현물배당을 이익배당으로 보기 어렵고 **회사가 무상으로 자기주식을 처분하는 것으로** 이해하여야 한다(정준혁, “준비금제도와 이익배당”, 「주식회사법대계 Ⅲ(한국상사법학회 편저)」(법문사, 2012)). 참고로 일본의 회사법에서는 자기주식, 신주예약권, 사채 등을 배당할 경우에는 배당 절차 이외의 별도의 절차를 필요로 하므로, 자기주식에 의한 현물배당은 인정되지 않는다(일본회사법 제454조 제1항 제1호).

14) 최준선, 「주식회사 자본제도 개선방안 연구」(한국상장회사협의회, 2006. 9).

15) 송옥렬, 상법강의 14판, 1224면. 회사가 보유하는 **자기주식의 처분을 신주발행과 동일시하는 입장**으로써, 자기주식으로 배당하는 것에 대해 **부정적인 입장이다.**

16) 송옥렬, 상법강의 14판, 1224면

(2) 외부감사인의 의견 또는 감사전원의 동의

이익배당을 이사회가 결정하는 경우 재무제표승인도 이사회에서 결정(제462조 제2항 단서)해야 하는바, 이 경우 ‘외부감사인의 의견’¹⁷⁾ 또는 ‘감사전원의 동의’가 필요하게 된다.

(3) 주주의 금전배당청구권 보장

배당결의에서 주주로 하여금 현물 대신에 현금배당을 선택할 수 있도록 하는지, 일정 수 만의 주식을 보유한 소액주주에 대한 금전배당 여부를 결정할 수 있다(제462조의4 제2항).

4. 중간배당의 여부

중간배당이란 ① 연 1회의 결산기를 정한 회사가 ② 영업연도 중 1회에 한하여 ③ 이사회의 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 ④ 금전으로 하는 이익배당을 의미한다(제426조의3 제1항).

이는 직전 결산기의 미처분이익을 재원(財源)으로 하는 배당으로서 당해 년도의 손익이 확정되기 전에 회사재산을 유출하는 것인데 이사회 결의만으로 가능하므로 자본충실을 해할 염려가 크다.

5. 결론

A회사는 정관에 근거가 있는 경우 자기주식을 주주에게 현물배당이 가능하며, 이사회 결의에 의한 배당결의의 경우 ‘외부감사인의 의견’ 또는 ‘감사전원의 동의’가 있어야 하며, 나아가 금전배당을 원하는 주주에게 선택권을 보장해야 한다. 또한 중간배당의 방식으로도 자기주식의 배당이 가능하다.

문제3의 해설

설문1의 해설

- 甲은 상인인가? 甲은 A회사와 체결한 포장지 공급계약을 「상법」 제69조에 따라 해제 할 수 없는 것인가? (15점)

1. 문제의 소재

甲은 사과를 재배하여 판매하는 농부인바, 갑의 당연상인 및 의제상인인지 여부가 문제되며, 「상법」 제69조에 의한 해제가 문제된다.

2. 갑의 상인인지 여부

(1) 상인의 의의

자기명의로 상행위를 영업으로 하는 자를 상인이라고 하며, 상법은 행위에 따라 당연상인과 의제상인으로 구분한다.

17) 자산 또는 매출액이 500억 원 이상되는 주식회사, 유한회사 등은 외감법 적용대상이다.

(2) 당연상인인지 여부

1) 당연상인의 의의

자기명의로 기본적 상행위를 영업으로 하는 자를 당연상인이라고 한다(제4조).

2) 원시생산업자의 생산 및 판매

가. 문제점

원시생산업자가 생산하고 매도하는 행위가 제46조 제1호의 ‘매매(賣買)’에 해당하는지 문제된다.

나. 학설

학설은 매매를 ① 매수와 매도로 보는 견해,¹⁸⁾ ② 매도와 매수는 내면적 연관성이 존재하여야 한다는 견해(다수설),¹⁹⁾²⁰⁾ ③ 영업성을 갖추었으면 상행위가 될 수 있다는 견해가 있다.

다. 판례

“(a) 자기가 재배한 농산물을 매도하는 행위도 이를 ‘영업으로’ 할 경우에는 (기본적) 상행위에 해당한다고 볼 수 있겠으나, (b) 약 5,000평의 사과나무 과수원을 경영하면서 대도시의 사과판매장에 위탁판매 하는 경우 이는 ‘영업으로’ 사과를 판매하는 것으로는 볼 수 없으니 피고는 상인이 아니다”라고 판시하여 학설 ③의 입장이다.²¹⁾

라. 검토

매도와 매수 간에 내면적 연관성이 존재하여야 한다는 견해(다수설)가 타당하다. 따라서 원시생산업자가 생산한 물건을 파는 행위는 제46조의 제1호의 매매에 해당하지 않으므로 농부 갑은 당연상인에 해당하지 아니한다.

(3) 의제상인인지 여부

의제상인이란 상인적인 설비와 방법에 의하여 ‘기본적 상행위 이외의 행위(준상행위)’를 영업으로 하는 자를 의미한다(제5조).

갑은 농부로서 점포 및 대규모 생산시설과 설비를 갖추고 상인적 방법으로 기본적 상행위 이외의 행위를 하는 자이므로 설비상인(의제상인)에 해당한다.

3. 갑의 「상법」 제69조에 따른 해제의 여부

(1) 매수인의 검사통지의무

매수인은 ① 목적물을 수령하면 지체 없이 이를 검사하여야 하고(검사의무), ② 만약 하자가 있으면 그 하자를 즉시 매도인에게 통지하여야 한다(통지의무). ③ 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있더라도 최소한 6월 이내에 이를 검사하여 통지해야 한다. 이와 같은 상사매매에서의 매수

18) 이 견해에 의하면 원시생산업자의 매도행위는 상행위가 될 수 없다.

19) 내적 연관성이란 물건을 팔기위해서 사는 행위를 의미한다.

20) 이 견해에 의해도 원시생산업자의 매도행위는 매수와 내면적 연관성이 없으므로 상행위가 될 수 없다.

21) 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7174 판결.

인의 ‘목적물검사 및 하자통지의무’라고 한다.

본조는 목적물을 수령하고 상당기간 지남에 따라 하자의 조사가 어려워지며 매도인이 전매의 기회를 상실할 수 있다는 점을 고려하여 매도인을 보호하고자 함이 취지이다.

(2) 제작물공급계약의 경우

제작물공급계약의 법적 성질이 매매인지 문제되는 바, 판례는 주문에 의해 제작되는 국산차 자동포장지(부대체물)에 규격상의 하자가 있는 사안에서 “제작물공급계약에서 공급할 물건이 부대체물인 경우에는 도급계약의 성질이 강할 뿐만 아니라 부대체물의 공급계약에 관하여 매매에 관한 규정이 당연히 적용된다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.²²⁾ 즉 대체물이면 매매, 부대체물인 경우 전매의 가능성성이 없기 때문에 도급으로 봄이 타당하다.

(3) 소결

甲은 A회사와 체결한 포장지 공급계약은 도급에 해당하므로 제69조에 따라 해제할 수 없다.

4. 결론

갑은 의제상인(설비상인)이며, 디자인한 도안 및 규격이 즉시 발견할 수 있는 하자 여부와 무관하게 포장지 공급계약을 상볍 제69조에 따라 해제할 수 없다.

설문2의 해설

2. 丙이 위 약속어음을 계속 소지하고 있다가 2024. 12. 16. 위 약속어음 발행인인 乙에게 지급제시한 경우, 乙은 丙에게 어음금을 지급하여야 하는가? (10점)

1. 문제의 소재

어음소지인 병의 어음상 권리취득이 문제되고, 악의인 병에게 해의가 추정되는지 문제된다.

2. 병의 어음상 권리의 취득 여부

어음행위의 무인성(無因性)이란 어음행위의 원인이 된 법률관계가 무효, 취소, 해제 기타 사유로 실효되거나 부존재하는 경우에도 어음행위는 이로부터 영향을 받지 아니하고 유효하게 존속한다는 성질을 의미한다(어 제1조 2호, 제75조 2호, 제12조 제1항, 제26조 제1항). 이에 어음상 권리를 제3자에게도 유효하게 양도할 수 있다.

설문상 을과 갑 간에 원인행위가 해제되었음에도 병은 유효하게 어음상 권리를 취득한다.

3. 을의 항변 여부

(1) 인적 항변의 절단 및 예외

어음행위의 원인관계가 실효된 경우에도 어음채무자는 제3자에 대하여 원칙적으로 인적항변

22) 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결.

으로 대항하지 못한다. 그러나 예외적으로 제3자가 어음채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 때에는 어음채무자는 제3자에게 대항할 수 있다. 즉, 제3자에게 이른바 해의(害意)가 인정될 때는 인적항변이 절단되지 않는다.

(2) 해의의 의미

해의에 대해 공모설, 단순악의설, 해의설 등이 있지만, 통설과 판례는 해의설을 취하면서 해의(害意)란 ‘단순히 항변사유의 존재를 아는 것뿐만 아니라 어음소지인이 어음을 취득함으로써 어음채무자의 양도인에 대한 항변이 절단되어 어음채무자에게 손해가 발생한다는 사실까지 인식하는 것’을 말한다고 한다.²³⁾ 즉, 해의란 ① 악의와 ② 손해인식이 결합된 요소이다.

(3) 해의의 입증책임

어음채무자는 소지인의 해의(害意)를 증명함이 원칙이다. 그러나 해의의 내용을 모두 채무자가 증명해야 하는 것은 아니며 어음소지인의 ‘악의’를 채무자가 증명하면 **소지인에게 손해의 인식이 있었던 것으로 추정되고**, 따라서 ‘악의’는 있었지만 ‘손해의 인식은 없었다’는 사정은 소지인이 증명해야 한다.

(4) 해의의 존재시기 및 인식대상

소지인이 어음을 취득할 당시에 해의가 있었어야만 어음채무자가 대항할 수 있다.

(5) 소결

병은 어음취득 당시 이미 항변에 대하여 악의였고, ‘손해의 인식이 없었다’라는 사정은 존재하지 않으므로 해의가 추정된다.

4. 결론

어음소지인 병은 해의가 추정되므로 병이 ‘손해인식이 없었다’는 점을 입증하지 아니하면, 을은 어음상 항변을 제출하여 어음금 지급을 면할 수 있다.²⁴⁾

설문3의 해설

3. 만약 丙이 위 약속어음을 소지하던 중 사망한 후 유일한 상속인인 丁이 2024. 12. 1. 위 약속어음을 戊에게 배서 · 교부하였다면, 戊가 乙에게 어음상 권리를 행사하고자 할 때 적법한 어음의 소지인으로 추정되는가? (10점)

1. 문제의 소재

병과 정 간의 배서의 연속이 끊어진 경우, 어음소지인 무가 을에게 어음상 권리를 행사할 수 있는지 여부가 배서의 자격수여효와 관련하여 문제된다.

23) 대법원 1996. 5. 28. 선고 96다7120 판결

24) 악의이지만, 손해의 인식이 없는 경우의 예는 ‘만기에 항변사유가 없어질 것이라고 믿은 경우’이다. 즉 위의 사례에서는 (주어진 사실관계에 없지만) 을이 갑에게 하자가 없는 물건을 교환해주어서 문제 가 잘 해결될 것이라고 병이 믿은 경우가 된다.

2. 배서의 연속의 효과

(1) 의의

배서의 연속이란 어음의 수취인이 제1배서의 배서인이 되고 제1배서의 피배서인이 제2배서의 배서인이 되는 식으로, 수취인으로부터 소지인에 이르기까지 배서가 순차적으로 연결되어 있는 상태를 의미한다.

(2) 배서의 연속의 요건 및 효과

배서의 연속이 인정되기 위해서는 ① 배서의 순차적 동일성과 ② 각 배서의 형식적인 유효성을 요한다. 배서의 연속이 인정되면 ① 어음소지인의 적법추정, ② 선의취득, ③ 지급인의 면책 등의 효력이 발생한다.

3. 배서의 불연속의 효과

(1) 배서의 권리이전적 효력 인정

배서의 불연속 이후에 배서에 의해 어음을 취득한 소지인은 자신이 어음상 권리자를 실질적으로 승계했음을 입증한 때 어음상 권리를 행사 할 수 있다. 즉, 배서의 권리이전적 효력이란 배서의 연속을 전제로 하는 것이 아니다.

(2) 배서의 담보적 효력 인정

배서불연속 이후에 배서한 자도 상환의무를 부담한다. 왜냐하면 어음요건을 구비한 어음에 배서가 행해진 이상 소지인의 형식적 자격과는 무관하게 배서인의 기명날인 또는 서명에 대한 책임은 인정해야 할 것이기 때문이다.²⁵⁾

(3) 배서의 자격수여적 효력 부정

1) 쟁점

배서의 연속이 단절되면 자격수여적 효력이 인정되지 않는다. 따라서 **어음소지인은 적법한 권리자로 추정을 받지 못하므로 스스로 권리자임을 증명해야만 어음상 권리를 실현시킬 수 있다.** 여기서 어음소지인이 어떤 범위에서 권리승계를 증명하여야 하는지가 문제된다.

2) 학설

학설로는 ① 수취인으로부터 소지인에 이르기까지의 실질적인 권리승계를 전부 증명하여야 한다는 견해(전과정입증설), ② 배서불연속 이후의 권리이전과정을 증명해야 한다는 견해 ③ 배서연속이 단절된 부분의 권리승계사실만을 증명하면 된다는 견해(흡결부분입증설)가 대립된다.

3) 판례 - 흡결부분입증설

판례는 “어음에 있어서 형식상 배서의 연속이 끊어진 경우에 딴 방법으로 그 중단된 부분에 관하여 실질적 관계가 있음을 증명한 소지인이 한 어음상의 권리 행사는 적법하다”고 판시한 바 있다.²⁶⁾

25) 대법원 1995. 9. 29, 94다58377 판결.

26) 대법원 1995. 9. 15, 95다7024 판결.

4) 결론

배서연속이 단절된 부분 외의 나머지의 배서는 이미 외관상 연결되어 있으므로 그 범위에서는 적법추정을 받는다. 따라서 소지인은 단절된 부분에 대해서만 권리승계사실을 증명하면 충분하다고 본다. 어음소지인 무는 병과 정 간의 상속사실을 입증하면 을에게 어음상 권리를 행사할 수 있다.

(4) 배서의 연속의 회복 여부

학설은 ①단절된 부분에서 실질적 권리이전이 입증이 되면 형식적인 배서의 연속보다 더 확실한 권리의 승계를 인정할 수 있음을 근거로 하는 ‘가교긍정설’과 ②자격수여적 효력은 실질적인 권리승계와 무관하게 형식적으로만 판단되므로 배서의 연속이 인정되지 아니한다는 ‘가교부정설’이 대립한다.

결론적으로 배서의 연속은 오로지 외관으로만 판단되는 문제이므로 배서의 연속이 회복되는 것은 아니라고 보는 것이 타당하다.

4. 을의 어음상 채무 부담여부

을은 약속어음의 발행인으로서 만기로부터 3년간 1차적, 무조건의 책임을 부담한다. 다만 어음소지인 무의 어음상 청구에 대해 물적 항변인 배서의 불연속을 제출하여 어음금지급을 거부할 수 있다. 그러나 무가 배서의 불연속 부분인 병과 정간에 상속사실을 입증하면, 주채무자 을은 무의 어음상 청구에 응해야 한다.

5. 결론

어음소지인 무는 배서가 불연속된 부분에 대하여 병과 정간에 상속사실을 입증하면 을에게 어음상 권리를 행사할 수 있다.