

제1문

[제1문의 1] 문제 해설

1. 문제

(1) 丙의 피고 추가신청 적법성과 관련하여 주관적 예비적 공동소송의 적법 여부, (2) 이 사건에서 객관적 예비적 병합과 주관적 예비적 공동소송에 대한 법원의 판단이 문제 된다.

2. 丙의 피고 추가신청 적법성 - 주관적 예비적 공동소송의 적법 여부

- (1) 원칙 - 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 법원은 제1심의 변론을 종결할 때까지 원고의 신청에 따라 결정으로 피고를 추가하도록 허가할 수 있다(민소법 제70조 제1항, 제68조 제1항).
- (2) 판례 - 법률상 양립할 수 없는 경우란 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함한다.
- (3) 사안의 경우 - 丙이 주위적 피고인 甲에 대한 계약이 유효함을 전제로 한 소유권이전등기청구가 기각될 것을 대비하여 무권대리인 乙을 상대로 민법 제135조의 무과실 손해배상 책임을 묻기 위하여 예비적 피고를 추가한 것으로, 주위적 피고인 甲에 대한 청구가 인용되면 예비적 피고인 乙에 대한 청구는 기각하게 되어 실체법적으로 상호 결합되어 있어 서로 양립할 수 없는 경우에 해당하느바, 제1심 변론종결 전에 丙을 피고로 추가 신청한 것은 적법하다.

3. 법원의 판결 - 객관적 예비적 병합과 주관적 예비적 공동소송

(1) 객관적 예비적 병합

- 1) 원칙 - 예비적 청구란 여러 개의 청구를 하면서 그 심판순위를 붙여 제1차적 청구가 인용될 것을 해제 조건으로 하여 제2차적 청구에 대하여 심판을 구하는 병합형태를 말하며, 주위적 청구를 기각하는 때에는 예비적 청구를 심판하고 이유가 있는 때에는 인용하는 판결주문을 선고한다.
- 2) 사안의 경우 - 법원의 심리 결과 표현대리로 인한 매매계약 성립 주장이 인정되는바, 甲에 대한 주위적 주장을 기각하고, 예비적 주장을 인용하는 판결을 선고한다.

(2) 주관적 예비적 공동소송

- 1) 원칙 - 주관적 · 예비적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다(민소법 제70조 제2항).
- 2) 판례 - 주관적 · 예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고, 그 중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다.
- 3) 사안의 경우 - 주위적 피고인 甲에 대한 청구가 인용되었느바, 예비적 피고인 乙에 대한 청구를 기각한다.

4. 결론

- (1) 丙의 피고 추가신청은 적법하고, (2) 법원은 丙의 주위적 피고 甲에 대한 주위적 청구는 기각하고, 예비적 청구는 인용하며, 예비적 피고 乙에 대한 청구는 기각한다.

[제1문의 2] 문제 해설

1. 문제

- (1) 甲 병합청구의 형태, (2) 부진정 예비적 병합인정 여부, (3) 법원의 판단이 문제 된다.

2. 甲 병합청구의 형태

- (1) 원칙 - 선택적 병합이란 여러 개의 청구 중 어느 한 청구가 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 하여 청구하는 형태를 말하고, 예비적 병합이란 양립할 수 없는 여러 개의 청구를 하면서 그 심판의 순위를 붙여 주위적 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합을 말한다.
- (2) 판례 - 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다.
- (3) 사안의 경우 - 甲이 2021. 12. 12. 丙을 상대로 주위적으로 매매계약, 예비적으로 취득시효 완성을 원인으로 소를 제기한 것은 소유권이전등기를 위한 동일 목적을 달성하기 위한 것으로서 어느 한 청구가 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 하는바, 선택적 병합 관계에 있다.

3. 부진정 예비적 병합인정 여부

- (1) 판례 - 원칙적으로 선택적 병합으로 구해야 하는 청구를 주위적·예비적 병합하여 청구한 경우 부적법하지만 법원이 소송지휘권을 행사하여 보정하고, 예외적으로 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 있는 경우에 한하여 순서에 따라 심리한다.
- (2) 사안의 경우 - 甲이 매매계약에 기한 청구와 취득시효완성에 기한 청구를 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 있는 경우라고 볼 수 없으므로, 법원은 당사자가 붙인 순위에 따라서 심리를 하거나 판단을 할 필요가 없는바, 선택적 병합에 대한 청구로 보아서 판단하면 된다.

4. 법원의 판단¹⁾

(1) 점유취득시효 완성에 기한 청구

- 1) 원칙 - 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다(민법 제245조 제1항).

2) 판례

- ① 점유자가 스스로 매매와 같은 자주점유의 권원을 주장하였으나 이것이 인정되지 않는 경우에도 원래 위와 같은 자주점유의 권원에 관한 입증책임이 점유자에게 있지 아니한 이상 그 점유권원이 인정되지 않는 사유만으로 자주점유의 추정이 반복되거나 또는 점유권원의 성질상 타주점유라고 볼 수 없다.
- ② 부동산의 점유로 인한 시효취득자는 취득시효완성 당시의 진정한 소유자에 대하여 소유권이전등기청구권을 가진다.

- 3) 사안의 경우 - 甲이 乙로부터 X토지를 매수한 사실을 증명하지 못한 것만으로 자주점유의 추정이 반복

1) 선택적 병합 청구의 일부만 인용되는 경우, 병합된 청구 가운데 가장 많이 인용되는 청구를 선택하여 판단하고, 나머지 청구들에 대해서는 심판을 요하지 아니하나 이와 관련하여서는 다음 세 가지의 견해가 생길 수 있다. 법원실무제요 민사실무 (2), 701쪽에서는 ① 다른 청구에 대한 판단 없이 일부 인용되는 청구만을 선택, 판단하여 일부인용 일부기각의 주문을 내면 족하다는 견해, ② 병합된 청구 중 반드시 가장 많이 인용되는 청구를 먼저 선택하여 판단하고 그러한 취지를 판결 이유에 기재하되 적게 인용되는 다른 청구들에 대하여는 심리 판단할 필요가 없다는 견해, ③ 일부 기각되는 부분이 있는 한 항상 기각 부분에 해당하는 다른 청구도 심리 판단하여 이를 기각하는 주문을 내고 이유에도 기재해야 한다는 견해가 있다.

된다고 볼 수 없고, 2000. 3. 3. 이후 현재까지 계속 점유하고 있어서 2020. 3. 3. 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 乙의 상속인인 丙과 丁에게 법정상속분인 1/2지분씩 각각 취득한 것으로 볼 수 있는바, 甲의 丙에 대한 X토지 전체에 대한 청구는 일부 인용된다.

(2) 매매계약에 기한 청구

甲은 乙로부터의 매매계약 사실을 증명하지 못하였는바, 상속인 丙에 대한 매매계약 청구 부분도 기각한다.

5. 결론

법원은 甲의 丙에 대한 매매계약에 기한 주위적 청구를 기각하고, 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 1/2지분 범위 내에서 일부 인용 한다.

[제1문의 3] 문제 1. 해설

1. 문제

관할위반의 항변에 대한 법원의 판단이 문제 된다.

2. 주관적 병합에서의 관련재판적 인정 여부

- (1) 원칙 - 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 그 여러 사람이 공동소송인으로서 당사자가 되는 경우에는 여러 사람 가운데 하나의 청구에 대한 관할권이 있는 법원에 소를 제기할 수 있다(민소법 제25조 제1, 2항).
- (2) 판례 - 수소법원의 재판관할권 유무는 법원의 직권조사사항으로서 법원이 그 관할에 속하지 아니함을 인정한 때에는 민사소송법 제34조 제1항에 의하여 직권으로 이송결정을 하는 것이고, 소송당사자에게 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있는 것은 아니다. 따라서 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미 밖에 없다.
- (3) 사안의 경우 - 1억 원의 손해배상청구는 지참채무로서 의무이행지인 원고의 주소지 인천에 특별재판적이 있고, 피고 乙의 주소지인 서울중앙지법과 피고 丙의 주소지인 대전지법에 보통재판적이 있다. 그런데, 乙과 丙은 공모에 의한 공동불법행위자로서 부진정연대채무관계에 있어 소송목적이 되는 의무가 공통되는 경우 해당하여 관련재판적이 인정되는바, 원고 甲이 피고 乙의 관할권이 있는 서울중앙지법에 소를 제기한 것은 관할위반의 하자가 없다.

3. 결론

乙의 관할위반의 본안전 항변을 직권발동을 촉구하는 의미로 보아도 관할위반의 하자가 없는바, 법원은 속행 하면 된다.

[제1문의 3] 문제 2. 해설

1. 문제

(1) 甲의 乙, 丙에 대한 소송관계, (2) 법원판결의 당부가 문제 된다.

2. 甲의 乙, 丙에 대한 소송관계 - 통상공동소송

- (1) 원칙 - 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우에는 그 여러 사람이 공동소송인으로서 당사자가 될 수 있다(민소법 제65조). 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위 또는 이에 대한 상대방의 소송행위와 공동소송인 가운데 한 사람에 관한 사항은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니한다(민소법 제66조).

- (2) 판례 - 민소법 제66조의 명문의 규정과 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때, 통상의 공동소송에 있어서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 주장 사실은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니한다.
- (3) 사안의 경우 - 원고 甲이 공동불법행위자인 乙과 丙을 공동피고로 삼은 경우 실체법상 관리처분권이 공동귀속 되거나 합일확정이 필수적인 경우가 아니어서 통상공동소송관계에 있는바, 공동피고인 乙, 丙이 행한 주장은 서로에게 영향을 미치지 않는다.

3. 법원 판결의 당부 - 공동소송인 독립의 원칙 준수 여부

(1) 乙에 대한 판단

乙은 변론 중에서 2천만 원을 변제한 사실을 주장하였고, 법원이 이를 받아들여 乙에게 丙과 공동하여 8천만 원 지급을 선고한 부분은 타당하다.

(2) 丙에 대한 판단

- 1) 원칙 - 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하는 경우에는 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 것으로 보아 그 사실을 자백한 것으로 본다(민소법 제150조 제1,3항).
- 2) 판례 - 통상공동소송인 중 1인의 자백은 다른 공동소송인에게 효력이 생기지 않는다.
- 3) 사안의 경우 - 공동소송인 독립의 원칙에 따라 乙의 변제 항변과 丙의 자백의 효과는 상호간에 영향을 미치지 않으므로 丙에 대한 청구는 乙의 변제 항변을 고려함이 없이 자백만을 인정하여 전부 인용 판결을 하여야 하는바, 丙은 甲에게 1억 원을 지급하라는 판결을 선고하여야 한다.

4. 결론

따라서, 법원은 “원고 甲에게, 피고 丙은 1억 원을, 피고 乙은 피고 丙과 공동하여 위 돈 중 8천만 원을 각 지급하라(=원고 甲에게, 피고들은 공동하여 8천만 원을, 피고 丙은 2천만 원을 각 지급하라)²⁾”는 판결을 선고하여야 하는바, 문제에 제시된 법원의 판결은 타당하지 않다.

[제1문의 4] 문제 해설

1. 문제

- (1) 乙의 항소제기 적법여부, (2) 불이익변경금지원칙에 따른 항소심 법원의 판단이 문제 된다.

2. 乙의 항소제기 적법여부

- (1) 원칙 - 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다(민소법 제216조 제2항).
- (2) 판례 - 원고의 청구를 전부 기각한 판결에 대하여는 피고가 판결이유 중의 판단에 불복이 있더라도, 상계를 주장한 청구가 성립되어 원고의 청구가 기각된 때와 같이 예외적으로 기판력이 있는 경우를 제외 하고는, 상소를 할 이익이 없다.
- (3) 사안의 경우 - 乙은 상계를 주장한 2019. 3. 5.자 5천만 원의 손해배상채권이 성립함을 전제로 한 상계 항변이 받아들여져 甲의 청구가 기각되어 乙의 자동채권이 소멸되는 점에 기판력이 발생되므로, 乙은 제1심판결에 대해 항소이익이 있는바, 乙의 항소 자체는 적법하다.

3. 불이익변경금지원칙에 따른 항소심 법원의 판단

- (1) 원칙 - 제1심 판결을 그 불복의 한도 안에서 바꿀 수 있다. 다만, 상계에 관한 주장을 인정한 때에

2) 2022년도 민사재판실무 제3장 주문(P82) 참조하기 바랍니다. 청구취지에 대한 작성연습은 사례형 문제 풀이 과정보다 하기를 권합니다.

는 그러하지 아니하다(민소법 제415조).

- (2) 판례 - 피고의 상계항변을 인용한 제1심 판결에 대하여 피고만이 항소하였는데, 항소심이 제1심에서 자동채권으로 인정하였던 부분을 인정하지 아니하고 피고의 상계항변을 배척하였다면, 항소심이 제1심과는 다르게 그 자동채권에 관하여 피고의 상계항변을 배척한 것은 항소인인 피고에게 불이익하게 제1심 판결을 변경한 것에 해당한다.
- (3) 사안의 경우 - 항소심 법원이 甲의 대여금채권이 인정되지만 상계의 자동채권인 乙의 손해배상채권이 인정되지 않는다고 판단하였더라도 불이익변경금지의 원칙상 제1심 판결과 마찬가지로 소구채권 및 상계의 자동채권의 존재를 전제로 상계항변을 받아들여 항소기각 판결을 선고하여야 한다.

4. 결론

항소심 법원은 제1심 판결과 동일한 이유를 근거로 항소기각 판결을 선고하여야 한다.

[제1문의 5] 문제 1. 해설

1. 문제

제소 전 사망을 간과한 판결의 항소심에서 당사자표시정정 신청의 적법 여부가 문제 된다.

2. 제소 전 사망을 간과한 판결의 항소심에서 당사자표시정정 신청의 적법 여부

- (1) 판례 - 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다.
- (2) 사안의 경우 - 소송계속시기에 대하여 소장부분송달시절을 취하고 있는 판례에 의하면, 피고 乙은 이 사건 소장이 송달되기 전에 사망하였으므로, 제소 당시 사망한 자를 피고로 하는 소제기로서 이 사건 판결은 무효이고 이에 대한 항소도 부적법한 바, 항소심에서 피고를 상속인 丙으로 정정하는 당사자표시정정 신청 또한 부적법하다.

3. 결론

항소는 부적법 각하 되어야 할 것인바, 당사자표시정정 신청은 적법하지 않다.

[제1문의 5] 문제 2. 해설

1. 문제

- (1) 대여금 채권의 소멸시효 완성시점, (2) 대여금 청구 소송에서 화해권고결정으로 인한 시효중단 여부, (3) 추심금 청구 소송으로 인한 시효중단 여부가 문제 된다.

2. 대여금 채권의 소멸시효 완성시점

- (1) 원칙 - 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(상법 제64조).
- (2) 사안의 경우 - 대부업자 甲은 상인으로서 2013. 5. 1. 乙에게 2억 원을 변제기 2014. 5. 20.로 정하여 대여하였는데, 2019. 5. 20. 소멸시효가 완성된다.

3. 대여금 청구 소송에서 화해권고결정으로 인한 시효중단 여부

- (1) 원칙 - 재판상의 청구가 각하된 경우에는 시효중단의 효력이 없다(민법 제170조 제1항). 화해권고결정이 확정된 때에는 재판상 화해와 같은 효력을 가진다(민소법 제231조). 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력을 가진다(민소법 제220조).
- (2) 사안의 경우 - 甲의 乙에 대한 대여금 청구 소송에서 丙이 압류 및 추심명령을 받은 부분에 대해서는 당사자적격이 없음이 확인되어 각하되었는바, 2019. 5. 1. 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 없다.

4. 추심금 청구 소송으로 인한 시효중단 여부

- (1) 원칙 - 재판상의 청구는 소송 각하의 경우에는 시효중단의 효력이 없지만, 그 경우 6개월 내에 재판상의 청구를 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조 제2항).
- (2) 판례 - 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송이 압류 및 추심명령으로 인한 당사자적격의 상실로 각하되더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 각하판결이 확정된 날로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다.
- (3) 사안의 경우 - 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금 채권에 대하여 2019. 5. 1. 제기한 소송이 당사자적격이 없음을 이유로 각하 판결이 확정된 2019. 11. 1.부터 6개월 내인 2020. 1. 10. 압류 및 추심명령자 丙이 甲을 상대로 추심금 청구의 소를 제기하였는바, 甲의 乙에 대한 대여금 채권은 2019. 5. 1. 시효중단 된다.

5. 결론

따라서, 압류 및 추심명령을 받은 1억 원의 대여금 채권이 시효로 소멸하였다는 乙의 주장은 타당하지 않다.

[제1문의 5] 문제 3. 해설

1. 문제

- (1) 채권자의 수익자에 대한 제소기간 준수의 효과가 전득자에게 미치는지 여부, (2) 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료된 경우, 채권자취소권 행사의 대상 및 제척기간의 기산점이 문제 된다.

2. 채권자의 수익자에 대한 제소기간 준수의 효과가 전득자에게 미치는지 여부

- (1) 판례 - 채권자가 수익자를 상대로 사해행위취소를 구하는 소를 제기하여 판결이 선고되어 확정되었더라도 판결의 효력은 전득자에게는 미치지 아니하므로, 채권자가 전득자에 대하여 채권자취소권을 행사하여 원상회복을 구하기 위하여는 민법 제406조 제2항에서 정한 기간 안에 별도로 전득자에 대한 관계에서 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하는 청구를 하여야 한다.
- (2) 사안의 경우 - 甲이 2019. 10. 1. 丙을 상대로 2015. 8. 14. 매매예약 취소 및 가등기 말소를 구한 것은 2019. 9. 15. 안 날로부터 1년, 사해행위 있는 날로부터 5년 내에 제기한 적법한 채권자 취소소송이나 그 소 제기의 효과가 丁에게 미치지 아니하므로 개별적으로 제척기간 준수 여부를 검토하여야 한다.

3. 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료된 경우, 채권자취소권 행사의 대상 및 제척기간의 기산점

- (1) 원칙 - 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다(제406조 제1, 2항).
- (2) 판례 - 채무자 소유의 부동산에 관하여 수익자의 명의로 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료된

경우에, 본등기의 기초가 된 가등기의 등기원인인 법률행위를 제쳐놓고 본등기의 등기원인인 법률행위만이 취소의 대상이 되는 사해행위라고 볼 것은 아니므로, 가등기의 등기원인인 법률행위가 있는 날이 언제인지와 관계없이 본등기가 경료된 날로부터 사해행위 취소의 소의 제척기간이 진행된다고 볼 수 없다.

(3) 사안의 경우 - 甲의 丁에 대한 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위는 가등기의 원인행위와 본등기의 원인행위가 같아 2015. 8. 14. 매매예약이 되므로, 2020. 10. 1. 이사건 소 제기는 있는 날로부터 5년이 도과하였다. 그리고, 안 날로부터 1년의 기산점은 甲이 사해행위 사실을 알게된 2019. 9. 15.을 기산점으로 하여야 하는바, 위 기간 또한 도과하였다.

4. 결론

甲의 丁을 피고로 한 소 제기는 제척기간을 도과하여 적법하지 않는바, 부적법 각하되어야 한다. (참고로 위와 같은 부당함을 방지하기 위하여는 원상회복청구의 모습이 원물반환인 경우에는 丙을 상대로 처분금지가 처분, 가액반환인 경우에는 가압류 등의 보전처분을 해두는 것이 바람직하다.)

[제1문의 5] 문제 4. 해설

1. 문제

(1) 채권자취소권 가부, (2) 원상회복방법 (3) 취소 및 가액배상의 범위가 문제 된다.

2. 채권자취소권 가부

(1) 요건 - ① 피보전채권의 존재, ② 채무자의 사해행위, ③ 채무자의 사해의사(제406조).

(2) 피보전채권의 존재

甲의 乙에 대한 2014. 5. 20. 변제기로 하는 1억 원의 채권은 2018. 5. 1. 사해행위 이전인 2013. 5. 21.에 발생하였는바, 피보전채권이 존재한다.

(3) 채무자의 사해행위 및 사해의사

1) 판례 - 채무자가 자기의 유일재산인 부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸거나 타인에게 무상으로 이전하여 주는 행위는 채권자에 대하여 사해행위가 된다고 볼 것이므로 채무자의 사해의사는 추정되고, 이를 매수하거나 이전 받은 자가 악의가 없었다는 입증책임은 수익자에게 있다.

2) 사안의 경우 - 채무자 乙이 채무초과 상태에서 자신의 Y 토지를 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾼 행위는 채권자 甲에 대한 사해행위가 되어 채무자 乙의 사해의사는 추정되고, 수익자 丙의 악의는 추정되므로 채권자의 악의 입증이 없더라도 사해의사에 대한 丙의 악의는 인정된다.

(4) 소결 - 채권자취소에 필요한 요건을 충족하여 甲의 채권자취소소송은 인용된다.

3. 원상회복방법

(1) 판례

① 사해행위 후 변제에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위를 취소하여 그 부동산 자체를 회복하는 것은 채권자들의 공동담보가 아닌 부분까지 회복하는 것이 되어 공평에 반하므로 허용되지 않고 가액배상을 하여야 한다.

② 사해행위를 전부 취소하고 원상회복을 구하는 채권자의 주장 속에는 사해행위를 일부 취소하고 가액의 배상을 구하는 취지도 포함되어 있다.

(2) 사안의 경우 - Y토지의 소유권을 이전받은 사해행위 이후 丙이 근저당권자 丁에 대한 피담보채무를 변제함으로써 근저당권이 말소되어 원물반환이 불가능하므로 가액배상을 해야 하고, 채권자 甲이 변론종결 시까지 종전의 청구취지를 유지하였다고 하여도 가액배상을 구하는 취지가 포함되어 있는바, 원상회복의 일환으로 가액반환이 인용되는 것은 처분권주의에 부합한다.

4. 취소 및 가액배상의 범위

(1) 원칙 - 채권자의 피보전채권액, 목적물의 공동담보가액, 수익자·전득자의 이익 중 가장 적은 금액을 한도로 이루어진다.

(2) 판례

- 1) 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립하고, 그 가액산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 한다.
- 2) 사해행위 당시 어느 부동산이 가압류되어 있다는 사정은 채권자 평등의 원칙상 채권자의 공동담보로서 그 부동산의 가치에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 법원이 사해행위를 취소하면서 원상회복으로 가액배상을 명하는 경우에도 그 변제액을 공제할 것은 아니다.
- (3) 사안의 경우 - 피보전채권액 1억 원과 채권자 취소소송의 사실심변론종결 당시의 Y토지의 시가 1억 원에서 근저당권자 丁의 피담보채권 5천만 원을 공제한 5천만 원 범위에서 사해행위가 성립하고, Y토지에 대한 채권자 戊의 가압류 청구금액 3천만 원은 공제의 대상이 아닌바, 5천만 원 범위에서 최소 및 가액배상이 이루어질 수 있다.

5. 결론

법원은 “1. 피고 丙과 소외 乙사이에 Y부동산에 관한 2018. 5. 1.자 매매계약을 5천만 원 범위 내에서 취소한다. 2. 피고 丙은 원고 甲에게 5천만 원 및 이에 대한 판결 확정일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 지급하라.”는 일부 인용 판결을 한다.

제2문

[제2문의 1] 문제 1. 해설

1. 문제

(1) A 종중과 B와의 건물공사계약 효력, (2) 단축급부에 따라 지급된 2억 원의 부당이득반환청구 가부가 문제된다.

2. A 종중과 B와의 건물공사계약 효력

- (1) 원칙 - 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다(민법 제275조 제1항). 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다(민법 제276조 제1항). 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있으나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다(민법 제107조 제1항).
- (2) 판례 - 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 단순한 채무부담행위를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 다만, 단순한 채무부담행위를 조합 임원회의의 결의 등을 거치도록 한 조합규약은 조합장의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다.
- (3) 사안의 경우 - A종중과 B와의 건물공사계약은 총유물 그 자체에 관한 행위에 포함되지 않고, 단순한 금전채무부담행위이므로 총유물의 관리, 처분행위에 속하지 않으므로 결의가 없었다는 사정만으로 무효로 볼 수 없다. 그런데, A종중과 B와의 건물공사계약은 A종중 정관 제13조에 따라 총회결의를 요함에도 이를 거치지 않았으므로 대표권 제한을 위반한 행위이고, 이에 대하여 B는 이러한 하자를 알고 있었는바, 비진의표시 유추 적용에 따라 건물공사계약의 무효를 주장할 수 있다.

3. 단축급부에 따라 지급된 2억 원의 부당이득반환청구 가부

- (1) 원칙 - 법률상 원인없이 타인의 재산으로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다(제741조).
- (2) 판례 - 계약상의 급부를 한 계약당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다. 자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가, 채권자인 계약당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하기 때문이다.
- (3) 사안의 경우 - A종중은 수급인 B의 요청으로 B에게 지급하여야 할 공사대금 일부에 대한 변제조로 하수급인 C에게 2억 원을 지급한 것이므로 A종중은 계약의 직접 당사자인 B에게 부당이득반환을 청구할 수 있을 뿐 제3자인 C를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 없다.

4. 결론

A종중은 C에게 지급한 2억 원을 부당이득으로 반환할 것을 청구할 수 없다.

[제2문의 1] 문제 2. 해설

1. 문제

법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 한 경우의 소멸시효 기산점이 문제된다.

2. 대표 甲의 소멸시효 항변 당부

(1) 불법행위로 인한 소멸시효 적용여부

- 1) 원칙 - 불법행위로 인한 손해배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간, 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과할 때까지 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다(제766조 제1,2항).
- 2) 판례 - 법인의 경우 대표기관의 인식여부를 기준으로 판단한다.
- 3) 사안의 경우 - 대표 甲이 2016. 9. 1. B로부터 리베이트를 받고 B가 제시하는 공사대금이 과대계상된 것임을 알면서도 계약을 체결하여 A종중에 3억 원의 손해가 발생하는 불법행위를 하였고, 위 시점을 기산점으로 삼을 경우 2019. 9. 1. 시효가 도과한다.

(2) 대표자가 불법행위의 주체인 경우도 동일한지 여부

- 1) 판례 - 법인과 그 대표자는 이익이 상반되므로 현실로 그로 인한 손해배상청구권을 행사하리라고 기대하기 어려운 바, 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등이 이를 안 때를 기준으로 한다.
- 2) 사안의 경우 - A 종중의 정당한 이익을 보전할 권한을 가진 신임 대표 乙이 선임되어 실시한 감사 과정에서 甲의 비위사실이 적발된 2019. 10. 1.이 단기소멸시효의 기산점이 되므로, 2021. 10. 1.에는 아직 소멸시효가 완성되지 않았다. 또한, 불법행위를 한 날인 2016. 9. 1.부터 10년도 도과하지 않았는 바, 대표 甲의 소멸시효 항변은 부당하다.

3. 결론

A 종중이 2021. 10. 1. 甲을 상대로 제기한 불법행위로 인한 손해배상청구의 소는 인용된다.

[제2문의 2] 문제해설

1. 문제

- (1) 乙의 유익비상환청구 가부, (2) 甲의 상계항변, (3) 乙의 소멸시효 재항변, (4) 甲의 재재항변으로 소멸시효 중단 및 소멸시효 완성된 채권에 의한 상계 당부가 문제 된다.

2. 乙의 유익비상환청구 가부

- (1) 원칙 - 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차종료시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인의 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다(민법 제626조 제2항). 채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 채무자에게 있다(민법 제380조).
- (2) 사안의 경우 - 임차인 乙이 임대차계약이 종료된 2021. 7. 1. X 토지의 형질변경을 위해 지출한 1억 원과 현존가치 증가액 2억 원을 청구할 수 있고, 임대인 甲은 민법 제626조 제2항에 따라 둘 중 하나를 선택하여 상환할 수 있다. 즉, 1억 원이라고 주장하는 것은 1억 원을 선택한 것으로 해석되는바, 乙의 유익비 상환청구는 1억 원 범위 내에서 타당하다.

3. 甲의 상계항변의 당부

- (1) 원칙 - 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다(민법 제492조 제1항).
- (2) 사안의 경우 - 甲이 乙에게 갖는 구상금 채권(자동채권)은 甲이 乙을 대신하여 납부한 때부터 변제기가 도래한 것이고, 乙이 甲에게 갖는 유익비 채권(수동채권) 임대차 기간이 종료된 2021. 7. 1. 변제기가 도래하여, 양 채권의 변제기가 도래하였는바, 상계적상 시점은 2021. 7. 1.로서 상계는 가능하다.

4. 乙의 소멸시효 재항변 당부

- (1) 원칙 - 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(민법 제162조 제1항).
- (2) 사안의 경우 - 甲의 乙에 대한 구상채권 중에서 10년의 소멸시효가 완성된 3천만 원 부분에 대한 시효 완성 항변은 타당하다.

5. 甲의 재재항변

(1) 소멸시효 중단

- 1) 원칙 - 최고는 6월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 화해를 위한 소환, 임의출석, 압류 또는 가압류, 가처분을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(민법 제174조).
- 2) 사안의 경우 - 甲이 2011. 6. 30. 3천만 원의 구상채권에 대하여 최고를 하였으나, 이후 6월 내에 재판상의 청구 등을 시효중단을 위한 후속 조치가 없었는바, 시효가 중단되었다는 재재항변은 타당하지 않다.

(2) 소멸시효 완성된 채권에 의한 상계

- 1) 원칙 - 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다(민법 제495조).
- 2) 판례 - 민법 제495조는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 하므로, 임대차 존속 중 임대인의 구상금채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 구상금채권을 자동채권으로 삼아 임차인의 유익비상환채권과 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없다.
- 3) 사안의 경우 - 3천만 원 부분에는 민법 제495조의 요건이 충족되지 않아서 상계의 합리적 기대이익이 있다고 볼 수 없어 상계할 수 없고, 7천만 원 부분에는 민법 제495조의 요건이 충족되어 상계의 합리적 기대이익이 인정되어 상계 가능한바, 甲의 재재항변은 7천만 원 부분에서 타당하다.

6. 결론

법원을 乙의 甲에 대한 1억 원의 유익비 지급 청구의 소에서 3천만 원에 대하여 일부 인용 판결을 한다.

[제2문의 3] 문제 1. 해설

1. 문제

- (1) 甲과 乙의 상속재산 분할협의의 법률적 의미, (2) B가 乙을 상대로 한 1억 원의 청구에 대한 법원의 판단이 문제 된다.

2. 甲과 乙의 상속재산 분할협의의 법률적 의미

- (1) 원칙 - 상속재산의 분할은 상속 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(제1015조).
- (2) 판례 - 금전채무와 같이 급부의 내용이 가분인 채무가 공동상속된 경우, 이는 상속개시와 동시에 당연히 법정상속분에 따라 공동상속인에게 분할되어 귀속되는 것이므로, 상속재산 분할의 대상이 될 수 없는 상속채무에 관하여 공동상속인들 사이에 분할의 협의가 있는 경우라면, 이에 따라 공동상속인 중의 1인이 법정상속분을 초과하여 채무를 부담하기로 하는 약정은 면책적 채무인수의 실질을 가진다.
- (3) 사안의 경우 - 피상속인 A의 B에 대한 1억 원의 대여금 채무는 A의 사망과 동시에 甲과 乙에게 법정상속분 1/2지분에 따라 각각 5천만 원씩 분할상속되고, 협의분할 대상이 아니므로 소급효를 갖을 수 없으며, 乙이 단독으로 1억 원의 채무를 부담하기로 한 약정은 면책적 채무인수의 의미를 갖는다.

3. B가 乙을 상대로 한 1억 원의 청구 당부

- (1) 원칙 - 제3자가 채무자와의 계약으로 채무를 인수한 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 효력이 생긴다

(제454조 1항).

- (2) 판례 - 채권자에 대한 관계에서 위 약정에 의하여 다른 공동상속인이 법정상속분에 따른 채무의 일부 또는 전부를 면하기 위하여는 민법 제454조의 규정에 따른 채권자의 승낙을 필요로 하고, 명시적인 방법뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 승낙을 할 수 있는데, 채권자가 직접 채무 인수인에 대하여 인수채무금의 지급을 청구하였다면 그 지급 청구로써 묵시적으로 채무 인수를 승낙한 것으로 본다.
- (3) 사안의 경우 - 채권자 B가 甲과 乙의 상속재산분할협의의 내용을 알고 乙을 상대로 1억 원의 지급을 구한 것은 면책적 채무인수 약정에 대한 묵시적 승낙으로 판단되는바, 1억 원의 청구는 타당하다.

4. 결론

법원은 B의 乙에 대한 1억 원의 대여금 지급을 구하는 청구를 인용한다.

[제2문의 3] 문제 2. 해설

1. 문제

사후 피인지자 丙이 2022. 1. 15. 상속회복의 대상이 되는 재산의 내역 및 범위가 문제된다.

2. X 아파트 또는 그 가액과 관련하여

(1) X 아파트

- 1) 원칙 - 인지는 그 자의 출생시에 소급하여 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 취득한 권리를 해하지 못한다(민법 제860조).
- 2) 판례 - 상속개시 후에 인지되거나 재판이 확정되어 공동상속인이 된 자는 인지 이전에 다른 공동상속인이 이미 상속재산을 분할 내지 처분한 경우에는 인지의 소급효를 제한하는 민법 제860조 단서가 적용되어 사후의 피인지자는 다른 공동상속인들의 분할 기타 처분의 효력을 부인하지 못한다.
- 3) 사안의 경우 - 피상속인 A의 사망 이후 상속인 甲과 乙은 X아파트를 공유하다가, 2020. 1. 20. 제3자 D에게 처분하였으므로 이후 피인지자로서 공동상속인이 된 丙은 甲과 乙의 처분의 효력을 부인하지 못하되, X 아파트는 상속회복으로서 회수의 대상이 될 수 없다.

(2) X 아파트 가액

- 1) 원칙 - 상속개시후의 인지 또는 재판의 확정에 의하여 공동상속인이 된 자가 상속재산의 분할을 청구할 경우에 다른 공동상속인이 이미 분할 기타 처분을 한 때에는 그 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다(민법 제1014조).
- 2) 판례 - 민법 제1014조의 가액은 다른 공동상속인들이 상속재산을 실제처분한 가액 또는 처분한 때의 시가가 아니라 사실심 변론종결시의 시가를 의미한다.
- 3) 사안의 경우 - 丙이 甲과 乙에게 X아파트 가액으로 상속개시 당시의 6억 원이 아닌 사실심 변론종결 당시의 시가 9억 원을 기준 가액으로 하여 법정상속분 1/3지분에 해당하는 3억 원에 대하여, 甲과 乙에게 각 1억 5천만 원의 가액반환을 구할 수 있다.

3. X 아파트 차임 수익과 관련하여

- (1) 원칙 - 천연과실은 그 원물로부터 분리하는 때에 이를 수취할 권리자에게 속한다. 법정과실은 수취할 권리의 존속기간일수의 비율로 취득한다(민법 제102조).
- (2) 판례 - 상속재산의 소유권을 취득한 자 즉, 분할받은 공동상속인 또는 공동상속인들로부터 양수한 자는 민법 제102조에 따라 그 과실을 수취할 권능도 보유하므로, 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급 청구에 있어 상속재산으로부터 발생한 과실은 그 가액산정 대상에 포함되지 않는다.

(3) 사안의 경우 - 甲과 乙의 X아파트 차임 수익 3천만 원은 가액반환의 대상이 되지 않는바, 회수 가능한 재산에 해당하지 않는다.

4. 결론

丙은 甲과 乙에게 각 1억 5천만 원의 X아파트 가액반환만을 구할 수 있다.

제3문

[제3문] 문제 1. (1). 해설

1. 문제

(1) 戊가 甲을 상대로 한 대표소송제기 가부, (2) 해당 대표소송의 인용여부가 문제된다.

2. 戊가 甲을 상대로 한 대표소송제기 가부

(1) 戊의 원고적격 인정여부

- 1) 원칙 - 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다(상법 제403조 제1항). 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식 총수의 1만분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제403조에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있고(상법 제542조의6 제6항), 이는 이 장 다른 절에 우선하여 적용한다는 제542조의2 제2항에도 불구하고 다른 법률 규정에 의한 소수주주권의 행사에 영향을 미치지 아니한다(상법 제542조의6 제10항).
- 2) 판례 - 상장회사특례규정이 상법규정의 적용을 배제하는 특별법에 해당한다고 볼 수 없고, 6월의 보유기간요건을 갖추지 못한 경우라 할지라도 상법규정의 요건을 갖추고 있으면 그에 기하여 주주총회소집 청구권을 행사할 수 있다.
- 3) 사안의 경우 - 상법 제542조의6 제10항에 의해 동조 제2항의 규정이 상법 제403조에 따른 대표소송제기에 영향을 미치지 아니하는바, 주주 戊는 상장회사인 A회사의 주식 100분의 2를 3개월째 보유 중으로 6개월의 특례요건을 충족하지 못하였더라도 상법 제403조 제1항에 따라 대표소송을 제기할 수 있다.

(2) 甲의 피고적격 인정여부

- 1) 원칙 - 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자에 관하여 제403조를 적용하는 경우에는 그 자를 “이사”로 본다(상법 제401조의2 제1항 제1호).
- 2) 사안의 경우 - 戊는 A주식회사의 주식 15%를 보유하고 있는 주요주주로서 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 대표이사 乙에게 업무집행을 지시한 자에 해당하는바, 대표소송의 피고적격이 인정된다.

3. 해당 대표소송의 인용여부

(1) 이사의 회사에 대한 책임인정 여부

- 1) 원칙 - 업무집행지시자가 고의로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 경우에는 그 업무집행지시자는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항, 상법 제401조의2 제1항 제1호).
- 2) 사안의 경우 - 업무집행지시자 甲은 제401조의2 제1항에 따라 제399조 제1항에 의한 책임이 있는바, A회사가 甲의 지시에 따라 甲의 동창인 주주 丙에게 전환사채를 발행한 것이 법령에 위반된 행위인지 여부가 검토되어야 한다.

(2) 丙에 대한 전환사채발행 적법 여부

1) 주주배정방식 인지 제3자배정방식인지

- ① 판례 - 전환사채 발행에서 주주 배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준은 회사가 전환사채를 발행하는 때에 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질이다.
- ② 사안의 경우 - A회사는 2021. 2. 1. 다른 주주들에게 전환사채를 발행받을 기회를 부여하지 않고 오로지 丙에게만 전환사채를 발행한 것은 제3자 전환사채 배정방식에 해당한다.

2) 제3자에 전환사채 발행요건 충족여부

- ① 원칙 - 주주외의 자에 대하여 전환사채를 발행하는 경우에 그 발행할 수 있는 전환사채의 액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용과 전환을 청구할 수 있는 기간에 관하여 정관에 규정이 없으면 주주총회 특별결의로써 이를 정하여야 하고, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다(상법 제513조 제3항, 제418조 제2항 단서). 전환조건이 공정하여야 한다(상법 제516조 제1항, 제424조의2).
- ② 사안의 경우
- ㄱ) 주주총회 특별결의 - A회사의 정관에 전환사채 발행 관련 내용은 따루 두고 있지 아니하므로 주주총회 특별결의를 요함에도 불구하고, 이사회 결의만으로 발행한 하자가 존재한다.
- ㄴ) 경영상 목적 - 주주 아닌 제3자 丙에게 전환사채를 발행하는 경우 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한하는데, 자신에게 우호적인 丙에게만 발행한 것은 회사 지배력을 강화하기 위한 것으로 추정되므로, 경영상 목적을 결여한 하자가 존재한다.
- ㄷ) 발행가액의 불공정성 - 발행가액을 합리적 이유 없이 시가보다 현저하게 낮게 발행하여 주주들의 기존가치가 신주발행으로 희석되었을 우려가 큰바, 공정가액을 준수하지 못한 하자가 존재한다.
- (3) 소결 - 업무집행지시자 甲이 대표이사 乙에게 주주총회 특별결의를 거치지 않고 경영상 목적 없이 丙에게 시가보다 현저히 낮게 A회사의 전환사채를 발행한 것은 고의로 법령에 위반된 행위를 하여 A회사에 손해를 발생시킨 것으로 이사에 회사에 대한 책임이 인정되는바, 주주대표소송은 인용될 수 있다.

4. 결론

戊는 甲을 상대로 대표소송을 제기할 수 있고, 해당 대표소송에서 청구는 인용될 수 있다.

[제3문] 문제 1. (2). 해설

1. 문제

戊의 대표소송이 (1) 2021. 10. 16. (2) 2021. 11. 3. 기준으로 유지되는지 여부가 문제 된다.

2. 2021. 10. 16. 기준

- (1) 원칙 - 대표소송을 제기한 주주의 보유주식이 제소후 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소한 경우 (발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제소의 효력에는 영향이 없다(제403조 제5항).
- (2) 판례 - 주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 상법이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다.
- (3) 사안의 경우 - 戊가 제기한 위 대표소송은 2021. 10. 16. 기준으로 자기가 보유한 주식의 80%를 매각하여, 제소후 A회사 발행주식총수의 0.4%를 보유하게 되어 1% 미만으로 감소하였으나 제소의 효력에는 영향이 없는바, 유지된다.

3. 2021. 11. 3. 기준

- (1) 원칙 - 회사는 주식의 포괄적 교환에 의하여 다른 회사의 발행주식의 총수를 소유하는 회사 즉, 완전모회사가 될 수 있다. 이 경우 그 다른 회사를 완전자회사라 한다. 주식의 포괄적 교환에 의하여 완전자회사가 되는 회사의 주주가 가지는 그 회사의 주식은 주식을 교환하는 날에 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사에 이전하고, 그 완전자회사가 되는 회사의 주주는 그 완전모회사가 되는 회사가 주식교환을 위하여 발행하는 신주의 배정을 받거나 그 회사 자기주식의 이전을 받음으로써 그 회사의 주주가 된다(상법 제360조의2 제1,2항).
- (2) 판례 - 대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위

를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고, 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다.

- (3) 사안의 경우 - A회사와 E회사의 포괄적 주식교환 절차를 통해 A회사가 E회사의 완전자회사가 되었고, 戊는 완전모회사인 E회사의 발행주식 총수의 10만분의 1에 해당하는 주식을 갖게 됨과 동시에 완전자회사인 A회사의 주식을 보유하지 아니하게 되어 대표소송을 제기한 원고적격을 상실하게 되는데, 위 대표소송은 부적법 각하되어야 하므로 유지되지 못한다.

4. 결론

戊가 제기한 위 대표소송은 2021. 10. 16. 기준으로 유지되나, 2021. 11. 3. 기준으로 유지되지 못한다.

[제3문] 문제 2. 해설

1. 문제

- (1) A회사가 B회사에 배서한 약속어음의 의미, (2) 약속어음에 기한 청구, (3) 매매대금(원인채권) 청구가 부가 문제된다.

2. A회사가 B회사에 배서한 약속어음의 의미

- (1) 원칙 - 어음행위는 무인행위로서 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이지만, 어음은 원인관계를 전제로 하여 그 결제수단으로 수수되는 것이므로 당사자 사이에 특별한 사정이 없는 한 지급을 위해서 또는 지급을 담보하기 위해서 교부한다.
- (2) 판례 - 어음상의 주채무자가 원인관계상의 채무자와 동일하지 아니한 때에는 제3자인 어음상의 주채무자에 의한 지급이 예정되고 있으므로 이는 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정한다.
- (3) 사안의 경우 - A가 B에게 매매대금의 대가로서 丁이 발행한 약속어음을 배서·양도한 것을 이른바 '복명어음'에 해당하고, 이는 지급을 위하여 교부된 것으로 추정되는데, 어음채권을 원인채권 보다 먼저 행사하여야 하고, 그 행사로 만족을 얻을 수 없는 경우에 한하여 원인채권을 행사할 수 있다.

3. 약속어음에 기한 청구

- (1) 원칙 - 배서한 내용 중 추심하기 위하여 라는 문구가 있으면 소지인은 약속어음으로부터 생기는 모든 권리를 행사할 수 있다. 그러나 소지인은 대리를 위한 배서만을 할 수 있다.(어음법 제77조 제1항 제1호, 어음법 제18조 제1항 제2호). 즉, 추심위임배서란 배서인이 피배서인에게 어음·수표상의 권리를 행사할 대리권을 부여할 목적으로 하는 배서로서 피배서인은 배서인의 대리인이 된다.
- (2) 사안의 경우 - B회사가 약속어음에 “추심하기 위하여”라는 문구를 적어 배서하여 C회사에 교부한 것은 추심위임배서에 해당하고, C회사가 만기에 丁에게 적법하게 지급제시를 하고 지급을 거절당하였는데, B회사는 약속어음에 기한 청구를 통해 만족을 얻을 수 없게 되었다.

4. 매매대금(원인채권) 청구

- (1) 원칙 - 채권자가 원인채권을 행사하는 경우에는 채무자는 이중지급의 위험으로부터 보호하기 위하여 동시이행의 방법으로 어음 수표의 반환을 청구할 수 있다.
- (2) 판례 - 어음을 배서양도받은 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채무자에 대하여 원인채권을 행사하기 위하여는 어음을 채무자에게 반환하여야 하므로, 채권자가 채무자에 대하여 자기의 원인채권을 행사하기 위한 전제로서 지급기일에 어음을 적법히 제시하여 소구권 보전절차를 취할 의무가 있다.
- (3) 사안의 경우 - B회사의 추심위임 피배서인인 C회사가 해당어음에 관한 상환청구 요건을 적법하게 구비하였으므로 매매대금을 청구할 수 있고, A회사는 B회사의 매매대금 청구에 어음 반환과의 동시이행항변

을 주장할 수 있는바, 어음을 반환하면서 매매대금을 청구하여야 한다.

5. 결론

B회사는 약속어음을 A회사에 제시하면서 매매대금 채권을 청구할 수 있다.

[제3문] 문제 3. 해설

1. 문제

(1) A회사가 D회사에 상법 제69조 제1항 하자담보책임 가부, (2) 36개월의 하자담보책임 보증 특약이 있는 경우가 문제 된다.

2. A회사가 D회사에 상법 제69조 제1항 하자담보책임 가부

- (1) 원칙 - 상인간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견한 때에도 같고 이는 매도인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다 (상법 제69조 제1항, 제2항).
- (2) 판례 - 상법 제69조는 상거래의 신속한 처리와 매도인의 보호를 위한 규정인 점에 비추어 볼 때, 매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6월내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 과실의 유무를 불문하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다.
- (3) 사안의 경우 - ① A와 D 모두 회사로서 당연상인으로 가구매매계약은 상행위이고, ② A가 2021. 5. 10. 매도인 D로부터 가구를 인도받았고, ③ 즉시 발견할 수 없었던 하자를 2021. 12. 15. 발견하였지만, ④ 하자발견 시점이 이미 가구를 수령한 2021. 5. 10.부터 6개월이 초과하였는바, 그러한 사실을 몰랐던 매도인 D에게 상법 제69조 제1항의 하자담보책임을 물을 수 없다.

3. 36개월의 하자담보책임 보증 특약이 있는 경우

- (1) 판례 - 상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 하기 위한 규정으로서 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 당사자간의 약정에 의하여 이와 달리 정할 수 있다.
- (2) 사안의 경우 - 상법 제69조 제1항의 담보책임은 임의규정으로서, A회사와 D회사간에 인도시인 2021. 5. 10.부터 36개월간인 2024. 5. 10.까지 매도인 D회사가 하자담보책임을 지기로 하는 특약을 맺었다면 이는 유효한바, A회사는 그 특약에 근거하여 D회사에게 하자담보책임을 물을 수 있다.

4. 결론

A회사는 2021. 12. 15. 상법 제69조 제1항에 근거한 담보책임을 D회사에게 물을 수 없으나, 담보책임기간을 36개월로 연장하기로 한 특약이 있다면, 그에 근거하여 물을 수 있다.