법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

# 변호사시험의 자격시험을 위한 상법표준판례연구

〈 표준판례 479선 〉

본 과제는 법학전문대학원협의회에서
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라
“한국상사법학회”에 의뢰하여 25개교 법학전문대학원 교수가 참여하여
개발된 연구결과물입니다.

# 목 차

## 총칙 · 상행위

### 제1편 총칙

#### 제1장 서론

1. 상관습과 관습법(대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결) ····· 3

#### 제2장 상인

2. 사과 재배 · 위탁판매시 상인 여부(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7174 판결) ····· 3
3. 변호사의 상인성(대법원 2011. 4. 22. 자 2011마110 결정) ····· 4
4. 새마을금고의 상인성(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결) ····· 5
5. 수산업협동조합의 상인성(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다70475 판결) ····· 5

#### 제3장 상업사용인

6. 지배인의 행위, 영업에 관한 행위여부 판단기준
(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카2073 판결) ····· 6
7. 지배인의 권한남용(대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7721, 7738 판결) ····· 6
8. 지배인의 대리권 제한 위반, 대항가능한 제3자 범위
(대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결) ····· 7
9. 표현지배인과 영업소 실체(대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결) ····· 8
10. 건설회사 현장소장과 부분적 포괄대리권을 가진 사용인
(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다79838 판결) ····· 9
11. 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 대한 상법 제14조의 유추적용 부정
(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결) ····· 9
12. 물건판매점포의 사용인 점포외 대금수령권한 유무 ····· 10
(대법원 1971. 3. 30. 선고 71다65 판결)

#### 제4장 상호

13. 상호전용권(대법원 2004. 3. 26. 선고 2001다72081 판결) ····· 11

14. 상호권의 역혼동(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결) ····· 12
15. 상법 제23조에 규정된 '타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호'에 해당하는지의
판단주체 및 '부정한 목적'의 의미(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다76635 판결) ····· 13
16. 선등기자의 등기말소청구와 동일상호(대법원 2011.12.27. 선고 2010다20754 판결) ····· 14
17. 명의대여자의 책임의 성립요건과 영업범위내 거래 여부
(대법원 1983.3.22. 선고 82다카1852 판결) ····· 14
18. 명의대여자의 책임과 명의대여자의 상인성, 명의차용자의 행위의 상행위성 요구 여부
(대법원 1987. 3. 24. 선고 85다카2219 판결) ····· 15
19. 명의대여자의 사용자배상책임(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다50462 판결) ····· 16

## 제5장 상업등기

20. 상업등기의 의의와 부실등기의 효력(대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결) ····· 16
21. 이사선임 주주총회결의의 취소판결과 상법 제39조 적용 여부
(대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결) ····· 17
22. 상법 제39조와 고의 · 과실 판단 기준 주체
(대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618,1619 판결) ····· 18
23. 부존재하는 주주총회결의에 의해 이사·대표이사 선임등기 시 회사의 부실등기책임 유무
(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312, 71329, 71336, 71343 판결) ····· 19

## 제6장 영업양도

24. 상법 제42조의 취지(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결) ····· 20
25. 상호속용 영업양수인 책임의 존속기간은 직권조사사항
(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다64116 판결) ····· 20
26. 영업양도와 상호속용인의 책임의 옥호, 영업표지에의 유추적용
(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다35138 판결) ····· 21
27. 영업을 출자받은 상호속용인에 대한 상법 제42조의 유추적용 여부
(대법원 1995. 8. 22. 선고 95다12231 판결) ····· 22
28. 영업임대차에 대한 상법 제42조 유추적용 여부
(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다47737 판결) ····· 23
29. 상호속용 · 채무인수광고시 영업양도인에 대한 채권과 영업양수인에 대한 채권
(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다114783 판결) ····· 23

# 제1장 상행위법 총칙

## Ⅰ. 상행위 통칙

30. 퇴직근로자 임금채권과 상사법정이율 적용
(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결) ····· 25
31. 부당해고 근로자 미지급 입금과 상사법정이율 적용
(대법원 2019. 9. 10. 선고 2015다30886, 2015다30893(병합) 판결) ····· 25
32. 국가계약의 손해배상액 예정과 상사법정이율
(대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결) ····· 26
33. 불법행위와 상법 제54조 상사법정이율 적용여부
(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결) ····· 27
34. 상행위로서 한 운송계약의 불이행을 원인으로 한 손해배상채무와 상사법정이율
(대법원 2014. 11. 27. 선고 2012다14562 판결) ····· 27
35. 공동수급체 구성원이 상인인 경우 탈퇴한 공동수급체 구성원에 대한 지분환급의무와
상법 제57조 연대채무(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다233098 판결) ····· 28
36. 다수채무자의 연대책임(상법 제57조)(대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다39897 판결) ····· 29
37. 보증의 상행위와 연대책임(대법원 1959. 8. 27. 선고 4291민상407 판결) ····· 29
38. 상법 제58조의 일반상사유치권의 성립요건
(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769,39776 판결) ····· 30
39. 선행저당권과 상인간 상사유치권의 경합시 우선순위
(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결) ····· 30
40. 상사유치권 배제 특약은 묵시적 약정으로도 가능함
(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다37176 판결) ····· 31
41. 상사유치권의 성립요건(대법원 2010. 7. 2. 자 2010그24 결정) ····· 32
42. 질권설정자가 상인이 아닌 경우 상법 제59조의 유질계약 허용 여부
(대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결) ····· 33
43. 회사사업자금을 대표이사 개인이 차용한 경우 상사채무 여부
(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다70184 판결) ····· 34
44. 대표이사 개인의 차용행위와 상행위, 상사소멸시효 적용여부
(대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결) ····· 34
45. 상인의 자격과 상행위, 상사소멸시효(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104246 판결) ····· 35
46. 회사설립과정에서의 개인차입과 보조적 상행위, 상사소멸시효
(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결) ····· 36
47. 상행위인 도급계약의 수급인의 하자담보책임의 소멸시효와 그 기산점
(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다202383 판결) ····· 37
48 상사소멸시효의 취지(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다47886 판결) ····· 37

49. 부당이득반환청구권과 소멸시효(대법원 2010.10.14. 선고 2010다32276 판결) ····· 38
50. '판결이 확정된 채무'에 대한 보증채무의 소멸시효
(대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결) ····· 39
51. 상인과 비상인의 공동차입시 소멸시효(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결) ····· 40
52. 영업준비를 위한 차금행위와 상행위에 관한 상법 규정 적용
(대법원 2016. 5. 12. 선고 2014다37552 판결) ····· 41
53. 가맹사업자의 수수료에 관한 부당이득반환채권의 소멸시효(상법 제64조)
(대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803 · 2017다248810(병합) 판결) ····· 41

## Ⅱ. 상사매매

54. 상법 제69조의 취지(대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결) ····· 42
55. 상법 제69조의 불완전이행에의 적용 여부(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결) ···· 43
56. 상법 제69조의 임의규정성(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결) ····· 44
57. 상법 제69조와 증명책임(대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카28498,28504(반소) 판결) ····· 45
58. 6개월 내에 발견할 수 없는 하자의 경우(대법원 1999. 1. 29. 선고 98다1584 판결) ····· 45

## Ⅲ. 익명조합

59. 익명조합의 법률관계(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도5014 판결) ····· 46
60. 이익분배와 관계 없는 일정액 지급과 익명조합 여부
(대법원 1983. 5. 10. 선고 81다650 판결) ····· 46

# 제2장 상행위법 각칙

## Ⅰ. 대리상

61. 총판계약의 대리점 여부(대법원 1999. 2. 5. 선고 97다26593 판결) ····· 47
62. 대리상의 보상청구권이 특약점에게 유추적용되기 위한 요건
(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011다28342 판결) ····· 48

## Ⅱ. 중개업

63. 계약불성립시 중개인의 보수청구권 인정 여부
(대법원 1956. 4. 12. 선고 4289민상81 판결) ····· 49

## Ⅲ. 위탁매매업

64. 준위탁매매인의 판단기준과 위탁물의 귀속
(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결) ····· 50

65. 위탁매매인의 담보책임과 시효(대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결) ····· 51
66. 위탁매매업(대법원 1995. 12. 22. 선고 95다16660 판결) ····· 52

## Ⅳ. 운송주선업

67. 운송주선인의 손해배상책임(대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1358 판결) ····· 52
68. 실제의 운송주선인(대법원 2007.4.27. 선고 2007다4943 판결) ····· 53

## Ⅴ. 운송업

69. 고가물과 운송인의 불법행위로 인한 사용자배상책임
(대법원 1991. 8. 23. 선고 91다15409 판결) ····· 54
70. 운송인책임시효 1년의 단기제척기간의 기산점(상법 제147조, 제121조 관련)
(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결) ····· 55

## Ⅵ. 공중접객업

71. 상법 제152조 제1항의 규정에 의한 임치의 성립요건
(대법원 1992. 2. 11. 선고, 91다21800 판결)(소위 “국화장” 사건) ····· 56
72. 공중접객업자의 인적 손해배상책임(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다47302 판결) ····· 57

## Ⅶ. 창고업

73. 임치인은 임치물의 소유권자임을 요하지 않음
(대법원 1954. 3. 10. 선고 4287민상128 판결) ····· 58
74. 창고업자의 손해배상책임(대법원 2004. 1. 27. 선고 2000다63639 판결) ····· 58

## Ⅷ. 금융리스업

75. 금융리스의 법적 성질(대법원 1986. 8. 19. 선고 84다카503, 504 판결) ····· 59
76. 금융리스와 물품대여계약(대법원 2013. 7. 12. 선고 판결) ····· 60
77. 상법 제168조의3 제1항에 따라 금융리스업자가 부담하는 의무의 내용
(대법원 2019. 2. 14. 선고 2016다245418(본소) 채무부존재확인, 2016다245425(반소)
판결) ····· 61

## Ⅸ. 채권매입업

78. 채권매입업의 개념 및 법적 성질(대법원 2000. 1. 5. 자 99그35 결정) ····· 62

# 회 사

## 제1편 통칙

79. 법인격 부인 (대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결) ····· 65
80. 법인격의 형해화의 요건 (대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결) ····· 66
81. 채무면탈의 법인격부인 (1) (대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결) ····· 67
82. 채무면탈의 법인격부인 (2) (대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결) ····· 68
83. 채무면탈의 법인격부인 (3) (대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결) ····· 69
84. 회사의 영리성과 기부행위 (대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결) ····· 70
85. 1인 회사 (대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1187 판결) ····· 71
86. 1인 회사에서 주주총회의 형해화 (대법원 1993. 6. 11. 선고 93다8702 판결) ····· 71
87. 1인회사와 배임죄 (대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결) ····· 72
88. 회사의 권리능력 (대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결) ····· 73
89. 회사의 불법행위능력 (대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결) ····· 74
90. 회사법의 강행규정성 (대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다51820 판결) ····· 75

## 제2편 설립

### 제1장 회사의 설립절차

91. 회사설립무효의 소 (대법원 1992. 2. 14. 선고 91다31494 판결) ····· 76
92. 설립중의 회사 (대법원 1994. 1. 28. 선고 93다50215 판결) ····· 76
93. 현물출자와 재산인수 (대법원 1994. 5. 13. 선고 94다323 판결) ····· 77
94. 재산인수의 추인 (대법원 1992. 9. 14. 선고 91다33087 판결) ····· 78

### 제2장 가장납입

95. 일시차입금에 의한 위장납입의 효력
(대법원 1985. 1. 29. 선고 84다카1823, 84다카1824 판결) ····· 79
96. 위장납입의 형사책임 (대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결) ····· 80
97. 전환사채의 가장납입 (대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결) ····· 81

## 제3편 주식과 주주

### 제1장 종류주식

98. 상환주식의 상환청구를 한 주주의 지위
(대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결) ····· 83
99. 종류주주총회 (대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다44575, 44582 판결) ····· 83

### 제2장 주주

100. 주주의 확정 (1) (대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결) ····· 85
101. 주주의 확정 (2) (대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결) ····· 86
102. 회사에 대한 주주권의 행사 기준
(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결) ····· 87
103. 주주권의 포기 (대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다54691 판결) ····· 90
104. 주주평등의 원칙 (1) (대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161, 38178 판결) ····· 91
105. 주주평등의 원칙 (2) (대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920, 9937 판결) ····· 92

### 제3장 주권

106. 주권의 효력발생시기 (대법원 1977. 4. 12. 선고 76다2766 판결) ····· 93
107. 주권에 대한 제권판결 (대법원 2013. 12. 12. 선고 2011다112247,112254 판결) ····· 93
108. 주권의 선의취득 (대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다251812 판결) ····· 94

### 제4장 주식의 양도와 명의개서

109. 주식의 양도와 명의개서청구권 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결) ····· 95
110. 회사에 대한 주주권 확인 (대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결) ····· 96
111. 주식의 명의신탁 (1) (대법원 1992. 10. 27. 선고 92다16386 판결) ····· 97
112. 주식의 명의신탁 (2) (대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다218511 판결) ····· 98
113. 회사의 심사의무 (대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결) ····· 99
114 부적법한 명의개서의 추정력 (대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결) ····· 100
115. 명의개서의 부당거절 (대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결) ····· 100
116. 실기주의 처리 (대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결) ····· 101

### 제5장 주식의 양도제한

117. 정관에 의한 주식의 양도제한
(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다221258,221265 판결) ····· 102

118. 이사회의 승인을 얻지 못한 양도의 효력
(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다14193 판결) ····· 102
119. 양도제한의 주주간약정 (대법원 2000. 9. 26. 선고 99다48429 판결) ····· 103
120. 주권발행 전 주식양도 (1) (대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카982, 86다카983 판결) ···· 104
121. 주권발행 전 주식양도 (2) (대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076,62083 판결) ····· 105
122. 주권발행 전 주식양도 (3) (대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결) ····· 106
123. 주권발행 전 주식양도 (4) (대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결) ····· 108
124. 주권발행 전 주식양도 (5) (대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결) ····· 109

## 제6장 자기주식취득과 상호주

125. 배당가능이익에 의하지 않은 자기주식취득
(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다60147 판결) ····· 110
126. 자기주식취득이 허용되는 경우 (대법원 1977. 3. 8. 선고 76다1292 판결) ····· 111
127. 제3자의 명의에 의한 위법한 자기주식취득
(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결) ····· 111
128. 자금지원과 자기주식취득의 구별 (대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다23610 판결) ····· 113
129. 상호주 판단의 기준시 (대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결) ····· 114
130. 10% 이상 취득과 통지의무 (대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결) ····· 115

## 제7장 지배주주에 의한 소수주식의 전부취득

131. 발행주식총수의 95% 판단의 기준 (대법원 2017. 7. 14. 자 2016마230 결정) ····· 116

## 제8장 주식에 대한 담보설정

132. 약식질의 방법 (대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다34764 판결) ····· 116
133. 질권 설정된 주식의 의결권 행사 (대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결) ····· 117

# 제4편 기 관

## 제1장 주주총회

### Ⅰ. 주주총회의 권한

134. 주주총회의 권한과 이사회에 대한 포괄적 위임의 여부
(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결) ····· 118

## Ⅱ. 주주총회의 소집절차

135. 주식의 양도담보 및 명의개서와 임시주주총회의 소집 신청권자
(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263 결정) ····· 119
136. 법원의 소집 허가에 따른 소수주주의 주주총회 소집기간
(대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결) ····· 119
137. 임시주주총회 소집철회의 방법과 절차
(대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결) ····· 120
138. 주주총회의 속행 또는 연기 (대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3200 판결) ····· 121
139. 전원출석주주총회와 소집절차상 하자의 치유
(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결) ····· 121

## Ⅲ. 주주총회의 의사진행

140. 주주총회의 결의방법 (대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3200 판결) ····· 122
141. 총회의 질서유지와 의장의 자격 (대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결) ····· 122

## Ⅳ. 주주의 의결권

142. 의결권의 포괄적 위임과 행사방법 (대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다56839 판결) ····· 123
143. 주주총회결의에 있어서 특별이해관계인의 판단기준
(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결) ····· 124
144. 의결권의 대리행사, 불통일행사의 방법과 한계
(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701,22718 판결) ····· 125

## Ⅴ. 주주총회의 결의사항

145. 주주총회 결의사항과 신의성실의 원칙
(대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결) ····· 126
146. 자본금감소와 주주총회결의의 하자 (대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결) ····· 127

## Ⅵ. 영업양도와 주주총회의 특별결의

147. 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도의 의미 및 판단기준
(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다38633 판결) ····· 128
148. 영업용 재산의 처분과 주주총회의 특별결의 여부
(대법원 1997. 4. 8. 선고 96다54249,54256 판결) ····· 128
149. 특허권의 양도와 주주총회의 특별결의
(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다13717 판결) ····· 129

### Ⅶ. 주주총회의 정족수

150. 정관상 주주총회 의사정족수 규정의 유효성
(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결) ····· 130
151. 감사선임 시 3% 초과주식과 발행주식총수의 산정 방식
(대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결) ····· 131

### Ⅷ. 반대주주의 주식매수청구권

152. 반대주주의 주식매수청구권의 행사와 주식매수대금의 지급시기
(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결) ····· 132
153. 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수가액의 산정 방법
(대법원 2006. 11. 24. 자, 2004마1022 결정) ····· 133

### Ⅸ. 주주총회 결의의 하자

154. 주주명부에 따른 소집통지와 주주총회 결의의 하자
(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결) ····· 134
155. 주주권 행사에 관한 이익공여의 금지와 주주총회 결의의 하자
(대법원 2014. 7. 11. 자 2013마2397 결정) ····· 134
156. 이사의 사망과 주주총회결의 취소의 소의 원고 적격
(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결) ····· 135
157. 주식의 포괄적 교환과 주주총회결의 하자소송의 원고적격
(대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결) ····· 136
158. 청구의 변경과 주주총회결의취소소송의 제소기간 준수 여부
(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결) ····· 137
159. 주주총회결의의 부존재 (대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결) ····· 137
160. 이사선임 주주총회결의 취소판결의 확정과 이사의 거래행위의 효력
(대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결) ····· 138

## 제2장 이사와 이사회

### Ⅰ. 이사의 선임과 해임

161. 이사·감사의 지위 취득시기
(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결) ····· 139
162. 정관상 의사정족수 규정과 이사 선임을 위한 집중투표제도
(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결) ····· 140

163. 대표이사의 해임과 상법 제385조의 준용 여부
(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123) ····· 140

## Ⅱ. 이사의 임기

164. 정관에 의한 이사의 임기 연장 (대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결) ····· 141
165. 직무집행정지 가처분과 이사의 임기
(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결) ····· 142

## Ⅲ. 이사의 보수

166. 이사의 보수의 개념과 종류(특별성과급)
(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결) ····· 143
167. 이사의 보수의 개념과 종류(퇴직금과 퇴직위로금)
(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결) ····· 144
168. 명목상 이사·감사의 보수청구권 (대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결) ····· 144
169. 이사의 퇴직금 중간정산금의 청구요건
(대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결) ····· 145
170. 이사의 해직보상금과 주주총회 결의의 요부
(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결) ····· 146
171. 과다한 이사의 보수와 그 효력 (대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결) ····· 147
172. 이사 보수 감액결의의 효력 (대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결) ····· 147
173. 등기이사 및 비등기임원의 법적 지위와 보수청구권
(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결) ····· 148

## Ⅳ. 이사회

174. 중요한 자산의 처분과 이사회의 결의 여부
(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결) ····· 149
175. 회생절차개시신청과 이사회의 결의사항
(대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결) ····· 150
176. 명목상 이사에 대한 이사회의 소집통지와 특별이해관계인의 의결권
(대법원 1992. 4. 14. 선고 90다카22698 판결) ····· 151
177. 주주의 이사회의사록 열람·등사 청구와 청구의 부당성
(대법원 2014. 7. 21. 자 2013마657 결정) ····· 152
178. 주주의 의결권행사를 곤란하게 하는 이사회결의의 효력
(대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결) ····· 152

## Ⅴ. 대표이사

179. 대표이사의 전단적 대표행위와 대표권 남용행위
(대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결) ····· 154
180. 표현대표이사의 성립 요건 (대법원 1994. 12. 2. 선고 94다7591 판결) ····· 155
181. 업무담당이사의 명칭과 표현대표이사
(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다62029 판결) ····· 156
182. 이사의 자격 여부와 표현대표이사 (대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결) ····· 156
183. 상법 제395조의 요건 중 표현대표이사의 행위에 대한 회사의 귀책사유
(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다17702 판결) ····· 157
184. 표현대표이사와 상대방의 선의 등 (대법원 1998. 3. 27. 선고 97다34709 판결) ····· 158
185. 대행 방식의 거래와 표현대표이사
(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결) ····· 159
186. 상법 제37조 상업등기의 효력과 표현대표이사 성립 여부
(대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결) ····· 159
187. 공동대표이사 중 1인의 단독 대표행위와 표현대표이사의 성립 여부
(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다19033 판결) ····· 160
188. 건설회사 대표이사의 업무집행과 불법행위책임
(대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165) ····· 161
189. 이사와 회사 간의 소에 있어서 법원이 선임한 일시대표이사의 대표권
(대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결) ····· 162
190. 이사직을 사임한 자가 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 회사를 대표할 자
(대법원 2013. 9. 9. 자 2013마1273 결정) ····· 162

## Ⅵ. 이사의 선관주의의무

191. 금융기관 이사(임원)의 선관의무와 경영판단원칙
(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결) ····· 163
192. 이사의 감시의무와 판단기준
(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467, 60474 판결) ····· 164

## Ⅶ. 이사의 경업 및 겸직금지의무

193. 경업대상회사의 지배주주가 되는 행위와 이사의 경업 및 겸직금지의무
(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결) ····· 165
194. 이사의 경업 및 겸직금지 의무위반과 이사 해임의 정당한 이유
(대법원 1993. 4. 9. 선고 92다53583 판결) ····· 166

## Ⅷ. 이사의 회사 기회 및 자산의 유용금지의무

195. 이사의 회사 기회 및 자산 유용금지의무(신세계 주주대표소송 사건)
(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결) ····· 167

## Ⅸ. 이사의 자기거래

196. 이사회의 승인이 없는 이사의 자기거래행위의 효력(간접거래, 수표행위)
(대법원 1994. 10. 11. 선고 94다24626 판결) ····· 168
197. 이사회의 승인이 없는 자기거래에서 자기거래의 무효를 주장할 수 있는 자(회사)
(대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결) ····· 168
198. 자본금총액 10억 원 미만인 회사에서의 자기거래 승인의 방법과 절차
(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결) ····· 169
199. 이사회 승인이 없는 대표이사의 자기거래행위의 효력(간접거래, 겸임이사)
(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결) ····· 170
200. 이사의 자기거래와 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 행위
(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결) ····· 171
201. 이사의 자기거래와 주주 전원의 동의
(대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결) ····· 172
202. 이사의 자기거래와 주주총회의 승인
(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결) ····· 173

## Ⅹ. 이사의 회사에 대한 손해배상책임

203. 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 성질과 소멸시효
(대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결) ····· 173
204. 이사, 감사의 회사에 대한 손해배상책임과 상당인과관계 등
(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결) ····· 174
205. 이사의 법령위반행위와 회사에 대한 손해배상책임
(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결) ····· 175
206. 대주주의 지시와 이사의 손해배상책임
(대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결) ····· 176
207. 이사회결의에 찬성한 이사의 책임
(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결) ····· 177

## Ⅺ. 이사의 제3자에 대한 손해배상책임

208. 횡령으로 인한 회사재산의 감소와 주주의 간접손해에 대한 이사의 책임
(대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결) ····· 179

209. 횡령사실 등을 숨긴 부실공시에 따른 왜곡된 주가의 형성과 주주의 손해
(대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결) ····· 179
210. 업무집행지시자 등의 제3자에 대한 책임
(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결) ····· 181
211. 이사의 제3자에 대한 책임과 상법 제450조의 적용 여부
(대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결) ····· 181

### Ⅻ. 주주대표소송

212. 비자발적인 주주 지위의 상실과 주주대표소송의 원고적격
(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결) ····· 182
213. 대표소송 제기 후 주식을 처분한 주주의 원고적격(신세계 주주대표소송 사건)
(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결) ····· 183
214. 주주대표소송 승소판결의 집행채권자
(대법원 2014. 2. 19. 자 2013마2316 결정) ····· 184

### ⅩⅢ. 직무집행가처분 및 직무대행자

215. 이사 직무대행자의 권한과 주주총회 소집절차상의 하자
(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다62362 판결) ····· 184

## 제3장 감사 및 감사위원회

### Ⅰ. 감사

216. 이사와 회사 간의 소에 관한 대표
(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다86918 판결) ····· 185
217. 임기만료 전 감사의 해임과 회사에 대한 손해배상청구
(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다42348 판결) ····· 186
218. 분식회계와 감사의 제3자에 대한 책
(대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결) ····· 186

### Ⅱ. 감사위원회

219. 감사위원회 위원의 손해배상책임
(대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결) ····· 187

## 제5편 기업재무

### 제1장 주주의 신주인수권

220. 경영권방어 목적의 제3자배정 (대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결) ····· 189
221. 현물출자와 주주의 신주인수권 (대법원 1989. 3. 14. 선고 88누889 판결) ····· 190
222. 실권주의 처분 (대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결) ····· 190
223. 구체적 신주인수권의 양도 (대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결) ····· 193

### 제2장 위법한 신주발행 등에 관한 구제

224. 신주발행 등 무효의 원인 (대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결) ····· 194
225. 이사회결의의 하자와 신주발행의 효력
(대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다77060, 77077 판결) ····· 195
226. 현저하게 불공정한 신주발행 (대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결) ····· 196
227. 신주발행 무효의 소의 제소기간 (대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결) ····· 197
228. 신주발행무효의 소의 당사자 (대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결) ····· 197

### 제3장 사채

229. 사채의 발행 (대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다15550 판결) ····· 198
230. 신주인수권부사채발행 무효확인
(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결) ····· 199

### 제4장 회사의 계산

231. 기업가치의 평가 (1) (대법원 2006. 11. 24. 자 2004마1022 결정) ····· 200
232. 기업가치의 평가 (2) (대법원 2011. 10. 13. 자 2008마264 결정) ····· 202
233. 차등배당 (서울고등법원 1980. 4. 14. 선고 79나3882 제11민사부 판결) ····· 203
234. 분식회계로 인한 위법배당 (대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결) ····· 203
235. 분식회계와 이사의 제3자에 대한 책임
(대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결) ····· 205
236. 재무제표의 승인의 승인과 책임 해제
(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결) ····· 206

## 제6편 기업구조조정 및 해산

### 제1장 합병

237. 자본시장법에 따른 합병비율의 공정성
(대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결) ····· 208
238. 합병비율의 불공정과 합병무효의 소
(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701,22718 판결) ····· 209
239. 합병무효의 소 (대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결) ····· 209
240. 합병에 있어 이사의 주의의무 (대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결) ····· 210

### 제2장 회사분할

241. 분할 전 채무에 대한 연대책임 (1)
(대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결) ····· 211
242. 분할 전 채무에 대한 연대책임 (2)
(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다73321 판결) ····· 212
243. 연대책임의 배제 (1) (대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다25973 판결) ····· 213
244. 연대책임의 배제 (2) (대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다38516 판결) ····· 215

### 제3장 차입매수

245. 담보제공형 차입매수 (대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결) ····· 216
246. 합병형 차입매수 (대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결) ····· 218
247. 담보제공형 차입매수에서 임무해태의 판단
(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도9148 판결) ····· 219

### 제4장 해산과 청산

248. 청산의 법률관계 (대법원 1994. 5. 27. 선고 94다7607 판결) ····· 221

## 제7편 주식회사 이외의 회사

249. 합명회사 사원의 책임 (대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다65903 판결) ····· 223
250. 업무집행사원의 권한상실 (대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결) ····· 224

# 어음 · 수표

## 제1편 총론

### 제1장 어음·수표의 종류별 특성


251. 융통어음 (대법원 1995.9.15. 선고 94다54856 판결) ····· 229
252. 호의적 융통어음의 증명 (대법원 1996.5.14. 선고 96다3449 판결) ····· 230
253. 기업어음 (대법원 1984.11.15. 선고 84다카1227 판결) ····· 231
254. 가계수표 (대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결) ····· 232


### 제2장 어음·수표행위

#### Ⅰ. 어음행위의 특성


255. 어음행위의 무인성 (대법원 1997.7.25. 선고 96다52649 판결) ····· 233
256. 어음행위독립의 원칙 (대법원 1997.12.13. 선고 77다1753 판결) ····· 233


#### Ⅱ. 어음행위의 해석


257. 외관해석의 원칙 (대법원 1997.5.7. 선고 97다4517 판결) ····· 234
258. 어음행위 내용의 해석 (대법원 2000.12.8. 선고 2000다33737 판결) ····· 235
259. 유효해석의 원칙 (대법원 1981.7.28. 선고 80다1295 판결) ····· 236


#### Ⅲ. 어음행위의 성립


260. 기명(記名) (대법원 1969.7.22. 선고 69다742 판결) ····· 237
261. 기명(記名)과 날인(捺印)의 불일치 (대법원 1978.2.8. 선고 77다2489 판결) ····· 237
262. 법인의 기명(記名)과 날인(捺印) (대법원 1964.10.31. 선고 63다1168 판결) ····· 238
263. 법인의 어음행위 (대법원 1979.3.27. 선고 78다2477 판결) ····· 238
264. 법인의 대표관계 내지 대리관계의 표시 (대법원 1973.12.26. 선고 73다1436 판결) ····· 239
265. 조합(組合)의 어음행위 (대법원 1970.8.31. 선고 70다1360 판결) ····· 240
266. 특별법에 의한 어음상 권리능력 (대법원 1985.2.26. 선고 84다카527 판결) ····· 241
267. 학교법인의 어음행위 (대법원 1971.2.23. 선고 70다2981 판결) ····· 242
268. 어음행위상 통정허위표시의 효력 (대법원 1996.8.23. 선고 96다18076 판결) ····· 242
269. 기망(欺罔)에 의한 어음발행 (대법원 1996.7.30. 선고 95다6861 판결) ····· 243
270. 어음행위의 취소·추인의 상대방 (대법원 1997.5.16. 선고 96다49513 판결) ····· 244

271. 어음의 효력 발생시기 (대법원 1989.10.24. 선고 88다카24776 판결) ····· 245
272. 어음행위의 성립시기 (대법원 1999.11.26. 선고 99다34307 판결) ····· 246

## Ⅳ. 어음행위의 대리

273. 표현대리와 제권판결의 효력 (대법원 1969.12.23. 선고 68다2186 판결) ····· 247
274. 대리권표시에 의한 표현대리 (대법원 1980.8.12. 선고 80다901 판결) ····· 248
275. 서명대리 (대법원 1991.6.11. 선고 91다3994 판결) ····· 249
276. 어음행위상 표현대리의 제3자 범위 (대법원 1986.9.9. 선고 84다카2310 판결) ····· 249
277. 어음행위상 명의대여자의 책임 (대법원 1969.3.31. 선고 68다2270 판결) ····· 251
278. 어음행위상 무권대리인의 책임 (대법원 2001.2.23. 선고 2000다45303 판결) ····· 252

## Ⅴ. 법인의 어음행위

279. 이사의 자기거래와 어음행위 (대법원 1966.9.6. 선고 66다146 판결) ····· 252
280. 표현대표이사의 어음행위 (대법원 1988.10.25. 선고 86다카1228 판결) ····· 253

## Ⅵ. 어음의 위조와 변조

281. 어음의 위조(僞造) 및 변조(變造) (대법원 1996.10.11. 선고 94다55163 판결) ····· 254
282. 어음의 변조 (1) (대법원 1980.3.25. 선고 80다202 판결) ····· 256
283. 어음의 변조 (2) (대법원 1981.10.13. 선고 81다726 판결) ····· 256
284. 어음의 부당보충과 위조 (대법원 1978.3.14. 선고 77다2020 판결) ····· 257
285. 어음위조의 표현책임 (대법원 1987.3.24. 선고 86다카1348 판결) ····· 258
286. 어음위조의 효과 : 사용자배상책임의 손해액 산정
(대법원 1992.6.23. 선고 91다43848 판결) ····· 259
287. 위조어음의 증명책임 (대법원 1993.8.24. 선고 93다4151 전원합의체 판결) ····· 260
288. 어음의 만기변조와 보전절차 (대법원 1996.2.23. 선고 95다49936 판결) ····· 261
289. 변조어음의 증명책임 (대법원 1987.3.24. 선고 86다카37 판결) ····· 262

## Ⅶ. 어음의 선의취득

290. 어음의 선의취득 (대법원 1987.4.14. 선고 85다카1189 판결) ····· 263
291. 어음 선의취득자의 중과실 인정 (대법원 1997.5.28. 선고 97다7936 판결) ····· 264
292. 어음 선의취득자의 중과실 부정 (대법원 1985.5.28. 선고 85다카192 판결) ····· 266

# 제3장 어음항변

293. 융통어음의 항변 가능성 (대법원 2012.11.15. 선고 2012다60015 판결) ····· 267

294. 융통어음 재도사용(再度使用)의 항변 (대법원 2001.12.11. 선고 2000다38596 판결) ····· 268
295. 인적 항변의 절단 (대법원 1994.11.18. 선고 94다23098 판결) ····· 269
296. 악의의 항변요건 (대법원 1971.3.23. 선고 71다101 판결) ····· 269
297. 이중무권(二重無權)의 항변 (대법원 2003.1.10. 선고 2002다46508 판결) ····· 270

## 제4장 어음·수표의 실질관계

298. 변제수단으로서의 어음교부 (대법원 2010.12.23. 선고 2010다44019 판결) ····· 271
299. 변제를 위한 어음교부시 채권의 병존시기 (대법원 1994.3.25. 선고 94다2374 판결) ····· 272
300. 어음채권과 원인채권의 행사순서 (대법원 1995.10.13. 선고 93다12213 판결) ····· 273
301. 원인채권의 행사시 어음반환 (대법원 1993.11.9. 선고 93다11203 판결) ····· 274
302. 어음소송과 원인채권의 시효 (대법원 1999.6.11 선고 99다16378 판결) ····· 275
303. 지급을 위한 어음행위 (대법원 1996.11.8. 선고 95다25060 판결) ····· 276
304. 원인채무의 보증을 위한 어음행위 (대법원 2009.10.29. 선고 2009다44884 판결) ····· 277

## 제5장 어음상 권리의 소멸

305. 주채무자에 대한 어음의 시효 (대법원 2004.12.10. 선고 2003다33769 판결) ····· 278
306. 상환청구권의 시효 (대법원 2003.3.14. 선고 2002다62555 판결) ····· 279

## 제6장 이득상환청구권

307. 이득상환청구권의 발생요건 (대법원 1970.3.10. 선고 69다1370 판결) ····· 280
308. 이득상환청구권의 양도방법 (대법원 1976.1.13. 선고 70다2462 전원합의체 판결) ····· 281

# 제2편 환어음 · 약속어음

## 제1장 어음의 발행

309. 만기(滿期)의 요건 (대법원 2000.4.25. 선고 98다59682 판결) ····· 283
310. 지급지의 기재방법 (대법원 2001.11.30. 선고 2000다7387 판결) ····· 284
311. 발행지의 기재요령 (대법원 1998.4.23. 선고 95다36466 전원합의체 판결) ····· 284
312. 백지어음 보충권수여의 증명책임 (대법원 1984.5.22. 선고 83다카1585 판결) ····· 285
313. 백지어음의 시효중단 (대법원 2010.5.20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결) ····· 286
314. 백지어음 제권판결 이후의 권리행사 (대법원 1998.9.4. 선고 97다57573 판결) ····· 288
315. 만기가 백지인 어음의 보충권 행사기간 (대법원 2003.5.30. 선고 2003다16214 판결) ·· 289
316. 백지수표의 보충권 행사 (대법원 2001.10.23. 선고 99다64018 판결) ····· 290

317. 백지어음 취득자의 부당보충 (대법원 1999.2.9. 선고 98다37736 판결) ····· 291
318. 백지보충과 어음행위의 효력발생시기
(대법원 1971.8.31. 선고 68다1176 전원합의체 판결) ····· 293

## 제2장 환어음의 인수

319. 어음외 인수통지의 효력 (대법원 2008.9.11. 선고 2007다74683 판결) ····· 294
320. 백지인수와 인수일자 (대법원 1980.12.12. 선고 78다1164 판결) ····· 295

## 제3장 배서

321. 어음할인 (대법원 2002.4.12. 선고 2001다55598 판결) ····· 296
322. 배서의 연속성 판단 (대법원 1974.9.24. 선고 74다902 판결) ····· 297
323. 기한후배서의 판단 (대법원 1987.8.25. 선고 87다카152 판결) ····· 298

## 제4장 어음보증

324. 조건부보증의 효력 (대법원 1986.3.11. 선고 85다카1600 판결) ····· 299
325. 어음채무에 대한 민법상 보증 (대법원 2003.1.24. 선고 2000다37937 판결) ····· 300

## 제5장 지급

326. 어음의 처분금지가처분과 지급제시 (대법원 2002.6.25. 선고 2002다13720 판결) ····· 301
327. 어음의 소지 없는 어음금 청구 (대법원 2001.6.1. 선고 99다60948 판결) ····· 303

## 제6장 상환청구

328. 환어음의 만기전 상환청구요건 중 자력의 결핍
(대법원 2007.8.24. 선고 2006다80636 판결) ····· 304
329. 약속어음의 만기전 상환청구 (대법원 1993.12.28. 선고 93다35254 판결) ····· 305
330. 상환청구시 거절증서작성 면제 (대법원 1962.6.14. 선고 62다171 판결) ····· 306
331. 만기후배서 피배서인의 상환청구권 행사 (대법원 2000.1.28. 선고 99다44250 판결) ···· 307

## 제3편 수표

332. 부정수표단속법상 일람출급성 보장 (대법원 2000.1.28. 선고 99다44250 판결) ····· 309
333. 발행한도를 초과한 가계수표의 효력 (대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결) ····· 310
334. 수표면상 발행지 기재 (대법원 1999.8.19. 선고 99다23383 전원합의체 판결) ····· 311
335. 수표의 교부와 이득상환청구권의 양도 (대법원 1978.6.13. 선고 78다568 판결) ····· 312
336. 백지수표의 보충권 (대법원 1995.8.22. 선고 95다10945 판결) ····· 313
337. 수표의 선의취득 (대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결) ····· 314
338. 선일자수표 (대법원 1963.7.25. 선고 63다305 판결) ····· 315
339. 수표의 상환청구시 거절증서의 작성방법 (대법원 1982.6.8. 선고 81다107 판결) ····· 316

# 보험

## 제1편 보험법의 법원

340. 약관의 작성자불이익해석의 원칙(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다28208,28215 판결) ·· 319
341. 약관의 설명의무(대법원 2007. 4. 27. 선고 2006다87453 판결) ····· 319
342. 약관의 설명의무 이행의 정도 및 설명의무 위반의 하자 치유 여부
(대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342, 43359 판결) ····· 320
343. 약관의 명시·설명의무 위반의 효과(대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다22242 판결) ····· 321
344. 약관의 내용을 잘못 설명한 경우 계약의 효력
(대법원 1989. 3. 28. 선고 88다4645 판결) ····· 322
345. 계속적 보험거래관계의 보험약관의 개정(대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카122 판결) ···· 323

## 제2편 보험계약

### 제1장 보험계약의 체결

346. 승낙 전 보험사고(대법원 2008.11. 27. 선고 2008다40847 판결) ····· 324
347. 보험료 수령 후 승낙 전 부적격 피보험체의 보험사고
(대법원 1991. 11. 8. 선고 91다29170 판결) ····· 324
348. 보험자 또는 보험모집종사자의 적합성 원칙 위반의 판단기준과 위반의 효력
(대법원 2013. 6. 13. 선고 2010다34159 판결) ····· 325
349. 보험의의 고지수령권한 및 보험자의 악의 또는 중과실의 의미
(대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다40353 판결) ····· 326
350. 고지의무의 대상인 중요한 사항의 의미
(대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다59688,59695 판결) ····· 327
351. 다수 생명보험계약의 존재 여부에 대한 고지의무
(대법원 2001.11.27. 선고 99다33311 판결) ····· 328
352. 손해보험계약에서 중복보험계약 체결 사실의 고지의무
(대법원 2003.11.13. 선고 2001다49623 판결) ····· 329
353. 고지의무의 이행시기와 위반 여부의 판단시기
(대법원 2012. 8. 23. 선고 2010다78135,78142 판결) ····· 330
354. 고지의무 위반에 따른 해지권 행사의 상대방
(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카2973 판결) ····· 331
355. 질문표의 질문 사항에 사실과 다른 기재를 한 경우 고지의무 위반 여부
(대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결) ····· 331

356. 약관 명시·설명의무 위반과 고지의무 위반에 따른 해지와의 관계
(대법원 1992. 3. 10. 선고 91다31883 판결) ····· 332
357. 고지의무 위반에 따른 해지의 범위(대법원 1999. 4. 23. 선고 99다8599 판결) ····· 332
358. 고지의무 위반과 보험사고의 인과관계가 없는 경우 보험계약의 해지
(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결) ····· 333
359. 고지의무위반과 사기의 관계(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결) ····· 334
360. 보증보험계약의 성질과 고지의무의 대상인 중요한 사항
(대법원 2001.02.13. 선고 99다13737 판결) ····· 335

## 제2장 보험계약의 효과

361. 보험자의 책임개시시기(대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결) ····· 336
362. 보험모집인의 고지(통지) 수령권한(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결) ····· 337
363. 약관이 정한 책임개시 전 보험사고(대법원 2004. 8.20. 선고 2002다20889 판결) ····· 338
364. 보험금청구권의 소멸시효의 기산점(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다36521 판결) ····· 339
365. 보험금 확정절차가 있는 경우 보험금청구권의 소멸시효 기산점
(대법원 2006. 01. 26. 선고 2004다19104 판결) ····· 340
366. 손해배상책임이 판결에 의하여 확정되는 경우 피해자의 직접청구권의 소멸시효 기산점
(대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결) ····· 340
367. 인보험에서 장해상태 악화로 인한 보험금청구권의 소멸시효 기산점
(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다52359 판결) ····· 341
368. 보험금지급의무와 면책사유(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결) ····· 342
369. 면책사유로서 고의의 의미와 고의의 증명방법
(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다26075 판결) ····· 343
370. 면책사유인 고의 상해에 있어서 고의의 인정 범위
(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다62628 판결) ····· 343
371. 생명보험계약의 면책사유인 자살의 의미
(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다76696 판결) ····· 344
372. 정신질환을 면책사유로 정한 약관의 효력
(대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결) ····· 345
373. 인보험에서의 음주운전 면책약관의 효력
(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다48753 판결) ····· 346
374. 무면허운전 면책조항의 불이익변경금지 위반 여부
(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결) ····· 347
375. 자동차보험약관 중 산업재해보상보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해에 대한
면책조항의 효력(대법원 2005. 3. 17. 선고 2003다2802 전원합의체 판결) ····· 350
376. 손해배상책임보험에서 면책조항의 적용
(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다1177 판결) ····· 351
377. 보험금청구권의 양수인 또는 질권자에 대한 보험자의 면책사유의 항변
(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결) ····· 352

## 제3장 보험계약의 무효·변경·소멸·부활


378. 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적인 생명보험계약이 효력
(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다 49064판결) ····· 353
379. 다수 보험계약의 무효 판단 기준(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결) ····· 354
380. 타인을 위한 보험계약의 무효와 부당이득반환
(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결) ····· 354
381. 실효약관의 효력(대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결) ····· 355
382. 보험계약의 해지(대법원 2002.07. 26. 선고 2000다25002 판결) ····· 356


# 제3편 손해보험 통칙

## 제1장 손해보험계약의 요소


383. 손해보험의 피보험이익(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다14800 판결) ····· 357
384. 사기로 인한 중복보험(대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결) ····· 358


## 제2장 손해보험계약의 효과


385. 손해방지비용의 범위(대법원 1994. 9. 9. 선고 94다16663 판결) ····· 359
386. 양도담보 설정자의 피보험이익과 양도담보권자의 보험금청구권에 대한 물상대위
(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결) ····· 359
387. 보험자 대위(대법원 1990. 2. 9. 선고 89다카21965 판결) ····· 360
388. 보험자 대위를 위한 보험금 지급의 의미
(대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다88716 판결) ····· 361
389. 공동불법행위자들의 보험자들 상호간 구상권 행사
(대법원 1998. 9. 18. 선고 96다19765 판결) ····· 362
390. 사용자 책임에 기한 손해배상청구권에 대한 보험자 대위
(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다32153 판결) ····· 363
391. 임차인과 소유자를 피보험자로 한 중복보험의 경우 중복보험자의 중복보험 분담금
청구권과 보험자 대위(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다214529 판결) ····· 364
392. 일부보험의 경우 피보험자의 권리와 경합하는 경우 보험자대위권 행사의 범위
(대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다100312 판결) ····· 365
393. 무보험자동차에 의한 상해담보특약의 성질과 중복보험의 보험자의 구상권의 성질
(대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결) ····· 366
394. 보험금 지급 후 피보험자의 제3자에 대한 청구권의 처분
(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다37609 판결) ····· 367
395. 보험자 대위권 침해와 손해배상청구(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다61593 판결) ····· 367

## 제3장 손해보험계약의 변경·소멸

396. 보험의 목적의 양도와 보험계약상 권리의무의 승계
(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다1158 판결) ····· 368
397. 보험목적의 양도와 위험의 변경·증가(대법원 1996. 7. 26. 선고 95다52505 판결) ····· 369

# 제4편 손해보험 각칙

## 제1장 화재보험

398. 화재보험계약 상 화재 발생의 우연성 등
(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56603,56610 판결) ····· 371

## 제2장 책임보험

399. 책임보험 피해자의 직접청구권 우선과 피보험자에 대한 지급거절권의 포기
(대법원 1995. 9. 26. 선고 94다28093 판결) ····· 373
400. 직접청구권의 법적 성질(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다2530 판결) ····· 374
401. 보험금청구권 부존재 판결의 확정과 피해자의 직접청구권
(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다4424 판결) ····· 375

## 제3장 자동차보험

402. 자동차종합보험약관상 자기신체사고의 범위
(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다211223 판결) ····· 376
403. 자동차손해배상보장법상 운행과 운전의 의미
(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9294, 9300 판결) ····· 377

# 제5편 인보험

## 제1장 생명보험계약

404. 타인의 생명보험계약에서 대리나 대행에 의한 서면동의의 효력
(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결) ····· 378
405. 타인의 생명보험계약에서 피보험자의 서면동의의 철회
(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다101520 판결) ····· 378

406. 장해보험금 지급 후 사망한 경우 사망보험금 지급 기준
(대법원 2013. 5. 23. 선고 2011다45736 판결) ····· 379
407. 단체보험의 보험수익자와 상속인을 보험수익자로 한 경우 보험금청구권의 성질
(대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결) ····· 380
408. 보험수익자를 상속인으로 정한 경우 보험금청구권의 범위
(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다236820, 236837 판결) ····· 381

## 제2장 상해보험계약

409. 태아의 피보험자 적격(대법원 2019. 3. 28 선고 2016다211224 판결) ····· 382

# 해상

## 제1편 해상기업

### 제1장 선박

410. 상법 제5편에 규정된 선박소유자 책임제한 대상이 되는 선박
(대법원 2012. 4. 17. 자 2010마222 결정) ····· 385
411. 선박의 국적과 편의치적의 문제(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000도354 판결) ····· 385

### 제2장 해상기업의 보조자

412. 선장의 대리권의 범위(대법원 1975. 12. 23. 선고 75다83 판결) ····· 386
413. 도선사의 법적 지위(대법원 1995. 4. 11. 선고 94도3302 판결) ····· 387

### 제3장 선박소유자 등의 책임제한

414. 선박소유자의 책임제한규정의 법적 성질 및 당사자의 약정으로 배제할 수 있는지 여부
(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다61343 판결) ····· 389
415. 운송의 종료 후 발생한 손해배상채권이 책임제한채권에 해당하는지 여부
(대법원 2014. 5. 9. 자 2014마223 결정) ····· 390
416. 상법상 선박소유자 등의 책임제한채권과 주관적 사유를 이유로 한 책임제한 배제사유
(대법원 1995. 6. 5. 자 95마325 결정) ····· 391
417. 주관적 사유로 인한 선박소유자 등의 책임제한 배제의 요소로서 선박소유자 「자신」의 의미
(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다27082 판결) ····· 392
418. 선박소유자 등의 책임제한 배제사유로서의 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위'의 의미(대법원 2012. 4. 17. 자 2010마222 결정) ····· 393
419. 책임보험자의 선박소유자 등의 책임제한권자 여부
(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다58470 판결) ····· 395
420. 예선의 충돌과 책임제한채권의 성립 여부 등
(대법원 1998. 3. 25. 자 97마2758 결정) ····· 396

### 제4장 선박담보

421. 선박우선특권에 관한 상법 제861조(현행 상법 제777조) 제1항 제1호의 '최후 입항 후'의 의미(대법원 1996. 5. 14. 선고 96다3609 판결) ····· 398

422. 선박우선특권의 의의와 임금우선특권과의 관계
(대법원 2005. 10. 13. 선고 2004다26799 판결) ····· 398
423. 선박우선특권의 효력(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다176 판결) ····· 399

## 제2편 해상운송계약

### 제1장 개품운송계약의 당사자 확정과 계약의 유형

424. 개품운송계약의 당사자 확정(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다27144 판결) ····· 401
425. 해상운송계약상 수하인의 법적 지위와 선하증권의 관계
(대법원 2003. 10. 24. 선고 2001다72296 판결) ····· 402
426. 운송주선인의 의의와 개입권행사(대법원 1987. 10. 13. 선고 85다카1080 판결) ····· 403
427. 반환된 선하증권과 선박대리점의 법적 지위
(대법원 2019. 4. 11. 선고 2016다276719 판결) ····· 404

### 제2장 운송인의 주의의무

428. 해상운송계약상 화물의 적부에 있어서 운송인의 주의의무
(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결) ····· 405
429. 감항능력주의의무의 의의와 내용(대법원 1989. 11. 24. 선고 88다카16294 판결) ····· 406
430. 감항능력주의의무의 정도와 정당한 이로(대법원 1998. 2. 10. 선고 96다45054 판결) ····· 407
431. 감항능력 구비여부의 판단 기준(대법원 1996. 10. 11. 선고 94다60332 판결) ····· 409
432. 보세창고업자가 실수입자와의 임치계약에 의하여 해상운송화물을 보관하게 되는 경우,
운송인 등에 대한 보세창고업자의 법률상 지위
(대법원 2007. 6. 28. 선고 2005다22404 판결) ····· 409
433. 운송물의 불법인도와 관련하여 보세창고업자에 대한 운송인의 사용자관계를 인정할 수
있는지 여부(대법원 2001. 1. 16. 선고 99다67192 판결) ····· 411
434. 운송물의 인도시점과 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도한 보세창고업자의 책임
(대법원 2000. 11. 14. 선고 2000다30950 판결) ····· 411
435. 액체화물의 인도시점(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008다33818 판결) ····· 412
436. 화물인도지시서와 운송물의 인도(대법원 2005. 2. 18. 선고 2002다2256 판결) ····· 413
437. 소위 '보증도'의 유효성과 손해배상책임(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결) ····· 414
438. 소위 '선상도'의 유효성(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다2137 판결) ····· 415
439. 해상운송인의 주의의무의 내용(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다8494 판결) ····· 416

## 제3장 해상운송인의 면책

440. 상법 제795조 제2항의 해상운송인의 면책사유로서의 '화재' 및 '운송인'의 의미
(대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다39364 판결) ····· 417
441. 상법상 해상운송인의 법정면책사유로서의 '해상이나 그 밖에 항행할 수 있는
수면에서의 위험 또는 사고'의 의미(대법원 2017. 6. 19. 선고 2016다270407 판결) ···· 418
442. 운송인의 면책사유로서의 '운송물의 숨은 하자'의 의미
(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다21593 판결) ····· 419
443. 해상운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어서 귀책사유에 관한 입증책임의 소재
(대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327 판결) ····· 420
444. 선하증권에 기재된 배상액제한약관의 효력유무 및 그 판단기준
(대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카21149 판결) ····· 421
445. 해상운송인의 손해배상 책임제한의 기준이 되는 포장의 의미 및 포장의 수에 대한 판단기준
(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다44267 판결) ····· 422
446. 독립적 계약자의 책임제한 여부와 히말라야 약관의 효력
(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결) ····· 424
447. 상법 제814조의 법적 성질(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결) ····· 425
448. 운송인이 운송을 제3자에게 재위탁한 경우, 운송인의 제3자에 대한 구상권이
상법 제814조 제1항의 단기제척기간의 적용대상인지 여부
(대법원 2001. 10. 30. 선고 2000다62490 판결) ····· 426
449. 상법 제814조 제2항 전단에서 정한 '제1항의 기간'에 같은 조 제1항 단서에 따라
당사자의 합의에 의하여 연장된 기간이 포함되는지 여부
(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다244761 판결) ····· 427

## 제4장 복합운송계약

450. 복합운송계약과 손해배상책임(대법원 2019. 7. 10. 선고 2019다213009 판결) ····· 429
451. 복합운송계약상 제소기간약정과 상법상 불이익변경금지원칙
(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28490 판결) ····· 431
452. 복합운송계약에서 손해발생구간이 명확한 경우의 단기제소기간의 효력여부
(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다58978 판결) ····· 432

## 제5장 해상여객운송계약

453. 해상여객운송인의 책임범위 등(대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1191 판결) ····· 433

## 제3편 용선계약

### 제1장 항해용선계약

454. 용선계약상 체선료의 법적 성질과 용선계약의 해지로 인한 손해배상의 범위
(대법원 2005. 7. 28. 선고 2003다12083 판결) ····· 434
455. 선박소유자와 재운송계약의 상대방 사이의 관계
(대법원 1998. 1. 23. 선고 97다31441 판결) ····· 435

### 제2장 정기용선계약

456. 정기용선계약의 법적 성질(대법원 1992. 2. 25. 선고 91다14215 판결) ····· 436
457. 정기용선계약과 운송인의 확정(대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327 판결) ····· 437
458. 정기용선된 선박의 이용에 관한 채권자가 선박소유자의 선박에 대해 선박우선특권에
기한 경매청구를 할 수 있는지 여부(대법원 2019. 7. 24. 자 2017마1442 결정) ····· 438
459. 정기용선계약에서 선장의 과실에 따른 손해배상책임의 귀속주체
(대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다65977 판결) ····· 441
460. 정기용선계약에서 반선의 의미와 준거법 등
(대법원 2019. 12. 27. 선고 2019다218462 판결) ····· 442

### 제3장 선체용선계약

461. 선박 이용계약의 법적 성질 결정원리(대법원 1999. 2. 5. 선고 97다19090 판결) ····· 444
462. 선체용선계약상 제3자에 대한 책임의 주체
(대법원 1975. 3. 31. 선고 74다847 판결) ····· 445
463. 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질
(대법원 2011. 4. 14. 선고 2008두10591 판결) ····· 446

## 제4편 운송증권

### 제1장 선하증권의 법리

464. 선하증권의 추정적 효력과 부지약관(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다49074 판결) ····· 448
465. 운송물을 수령 또는 선적하지 않고 발행한 선하증권의 효력 및 상법 제854조 제2항에서
말하는 '선하증권을 선의로 취득한 소지인'의 의미
(대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다3170 판결) ····· 449

466. 순환보상약관과 운송인의 사용인 등의 책임
(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결) ····· 451
467. 선하증권의 상환증권성과 그 예외(대법원 1997. 6. 24. 선고 95다40953 판결) ····· 452
468. 선하증권의 법적 성질과 기명식 선하증권의 효력
(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결) ····· 452
469. 선하증권의 요식증권성과 기재사항
(서울고등법원 1995. 12. 12. 선고 95나9473 판결) ····· 454
470. 선박대리점의 법적 지위와 선하증권상 면책약관의 효력
(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다8012 판결) ····· 454

## 제2장 화물운송장의 법리

471. 항공화물운송장이 발행된 경우, 계약운송인의 확정 및 손해배상의 법리
(대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결) ····· 456
472. 선하증권 이면약관이 약관규제법의 적용 대상인지 여부 및 상법상 면책사유로서의
불가항력의 의미(대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결) ····· 457

# 제5편 선박충돌

473. 예선계약상 선박소유자의 책임제한제도(대법원 2010. 7. 30. 자 2010마660 결정) ····· 459
474. 예인선단과 손해배상책임의 주체
(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다65686,65693 판결) ····· 460
475. 선박충돌의 의미와 정기용선계약상 외부관계의 법리
(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99754 판결) ····· 461
476. 쌍방과실로 인한 선박충돌의 경우 손해배상의 법리
(대법원 1972. 6. 13. 선고 70다213 판결) ····· 462
477. 선박충돌로 인한 손해배상의 범위
(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결) ····· 463

# 제6편 항공운송

478. 항공여객운송에서 피해자 위자료 산정의 특별 고려사항 등
(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007다77149 판결) ····· 465
479. 항공화물운송인의 책임(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017다240496 판결) ····· 466

# 총칙 · 상행위

**제1편 총칙**

제1장 서론

제2장 상인

제3장 상업사용인

제4장 상호

제5장 상업등기

제6장 영업양도

**제2편 상행위**

제1장 상행위법 총칙

제2장 상행위법 각칙

# 제 1 편 총칙

## 제 1 장 서 론

### 1. 상관습과 관습법

(대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결)

〈쟁점〉

관습과 관습법의 구별 기준

〈판결요지〉

관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다.

〈선정이유〉

상관습법은 상법의 법원(法源)이 되지만 상관습은 의사해석의 기준이 될 뿐이다(민법 제106조 참조). 따라서 양자를 구분하는 것이 필요하다. 그 기준으로서는 법적확신의 유무에 의하여 구분하는 것이 통설이다. 본 판례는 상관습은 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 가리킨다고 함으로써 상관습법과의 구분을 법적 확신유무에서 찾고 있음을 보여주고 있다.

## 제 2 장 상 인

### 2. 사과 재배·위탁판매시 상인 여부

(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7174 판결)

〈쟁점〉

1차 산업에 해당하는 농업, 어업 등의 행위와 상행위·상인에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

약 5,000평의 사과나무 과수원을 경영하면서 그 중 약 2,000평 부분의 사과나무에서 사과를 수확하여 이를 대부분 대도시의 사과판매상에 위탁판매한다는 것이어서 피고가 영업으로 사과를 판매하는 것으로는 볼 수 없으니 피고는 상인이 아니라고 할 것이고, 한편 매수인에게 즉시 목적물의 검사와 하자통지를 할 의무를 지우고 있는 상법 제69조의 규정은 상인간의 매매에 적용되는 것임이 그 문면에 의하여 명백하고, 소론과 같이 매수인이 상인인 한 매도인이 상인인지 여부를 불문하고 위 규정이 적용되어야 한다고 볼 여지는 없다.

〈선정이유〉

농업이나 어업 등 1차 산업의 행위를 하는 경우 상인, 상행위가 되지 않고 상법 제5조에 의하여 의제상인이 될 수 있을 뿐이다. 사과나무 과수원을 경영하여 사과를 판매하여도 의제상인의 요건을 갖추면 상인이 될 것이다. 하지만 구체적으로 이 대법원 판례의 경우는 의제상인의 요건을 갖추지는 못하여 상인으로 인정되지 아니하였다.

## 3. 변호사의 상인성

(대법원 2011. 4. 22. 자 2011마110 결정)

〈쟁점〉

변호사의 행위가 상행위에 해당하는지, 변호사가 상인인지 여부

〈판결요지〉

변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정에 비추어 보면, 위임인·위촉인과의 개별적 신뢰관계에 기초하여 개개 사건의 특성에 따라 전문적인 법률지식을 활용하여 소송에 관한 행위 등에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 수행하는 변호사의 활동은, 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동을 벌이고, 자유로운 광고·선전활동을 통하여 영업의 활성화를 도모하며, 영업소의 설치 및 지배인 등 상업사용인의 선임, 익명조합, 대리상 등을 통하여 인적·물적 영업기반을 자유로이 확충하여 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 허용되는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있고, 변호사의 직무 관련 활동과 그로 인하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 아니 될 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없으므로, 변호사는 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고 볼 수 없다(대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정 참조).

〈선정이유〉

의사, 변호사, 화가 등 전문자유직업인이 상인인지, 그들의 명칭을 상호로 보호할 수 있는지 여부가 끊임없이 문제가 되고 있다. 그런데 대법원 판례는 변호사와 같은 전문자유직업인의 행위는 상행위가 아니고 변호사가 상인적 방법에 의해 영업을 하는 자가 아니라고 보았다. 따라서 변호사의 로펌 등의 명칭을 사용하더라도 상법상 '상호'로 보호받을 수 없다.

## 4. 새마을금고의 상인성

(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결)

〈쟁점〉

새마을금고가 상인에 해당하는지, 새마을금고의 행위가 상행위에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

어느 행위가 상법 제46조 소정의 기본적 상행위에 해당하기 위하여는 영업으로 동조 각 호 소정의 행위를 하는 경우이어야 하고, 여기서 영업으로 한다고 함은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다. 새마을금고법의 제반 규정에 의하면 새마을금고는 우리 나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금의 조성 및 이용과 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상 및 지역사회개발을 통한 건전한 국민정신의 함양과 국가경제발전에 기여함을 목적으로 하는 비영리법인이므로, 새마을금고가 금고의 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로는 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

상인이 되기 위해서는 영리성, 계속성, 대외적 인식가능성이 필요하다. 그런데 새마을금고는 우리 나라 고유의 상부상조 정신에 입각하여 자금의 조성 및 이용과 회원의 경제적·사회적·문화적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 비영리법인으로서 상인이 아니다. 따라서 새마을금고의 행위는 상행위에 해당하지도 않는다.

## 5. 수산업협동조합의 상인성

(대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다70475 판결)

〈쟁점〉

수산업협동조합이 상인에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

구 수산업협동조합법(1994. 12. 22. 법률 제4820호로 개정되기 전의 것)에 의하여 설립된 조합이 영위하는 사업은 조합원을 위하여 차별없는 최대의 봉사를 함에 그 목적이 있을 뿐이고, 조합은 영리 또는 투기를 목적으로 하는 업무를 행하지 못하는 것이므로(제6조 제1항, 제2항), 김제수협을 상인으로 볼 수는 없다 할 것인바(대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다50817 판결 참조), 같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

수산업협동조합은 해당 법률에 의하여 조합원을 위하여 차별없는 최대의 봉사를 함에 그 목적이 있을 뿐이고, 수산업협동조합은 영리 또는 투기를 목적으로 하는 업무를 행하지 못하도록 되어 있다. 이러한 목적 등에 비추어 수산업협동조합은 상인이 아님을 밝혀준 판례이다.

# 제 3 장 상업사용인

## 6. 지배인의 행위, 영업에 관한 행위여부 판단기준

(대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카2073 판결)

〈쟁점〉

지배인의 행위가 영업에 관한 행위인지 여부를 판단하는 기준, 지배인의 권한남용의 경우 상대방에게 대항가능한지 여부

〈판결요지〉

지배인의 행위가 영업주의 영업에 관한 것인가의 여부는 지배인의 행위당시의 주관적 의사와는 관계없이 그 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단되어야 한다.
지배인의 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에도 지배인이 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 또는 그 대리권에 관한 제한에 위반하여 한 행위에 대하여는 그 상대방이 악의인 경우에 한하여 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있다.

〈선정이유〉

지배인은 영업에 관하여 포괄적 대리권이 있다. 그런데 영업에 관한 행위인지를 당사자의 주관적 의도를 기준으로 판단하면 거래안전을 보호할 수 없다. 이에 영업에 관한 행위인지 여부는 객관적 추상적으로 판단할 필요성이 있다. 한편 지배인이 그 권한을 남용한 경우라 하더라도 상대방이 그에 대하여 악의가 아니면 대항할 수 없다고 하여야 한다. 이 점을 밝혀준 대표적인 판례이다.

## 7. 지배인의 권한남용

(대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7721, 7738 판결)

〈쟁점〉

지배인의 권한남용과 그 효력

〈판결요지〉

지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고, 그 상대방이 지배인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 지배인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.

은행 지점장이 자신이 유용한 씨디 매도 대금을 마련하기 위하여 그 지점에서 담보용으로 보관중인 어음을 임의로 유출하여 할인하거나 그 할인금 채무의 담보조로 교부한 경우, 그 어음할인과 어음양도는 은행의 이익과 의사에 반하여 그 지점장 자신의 이익을 위하여 한 배임적인 행위로서 금융업에 종사하는 상대방으로서도 제반 사정에 비추어 통상의 주의만 기울였다면 이를 충분히 알 수 있었으므로 위 어음할인 및 양도행위는 영업주 본인인 은행에 대한 관계에서 무효라고 본 사례.

〈선정이유〉

대표이사의 권한남용에 대하여 대법원 판례의 주류는 비진의의사표시설을 취하면서 일부 권리남용설을 취하고 있다. 지배인의 권한남용에 대하여 본 판례는 비진의의사표시설에 입각하여 민법 제107조 단서에 따라 지배인의 권한남용의 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 영업주 본인은 책임을 지지 않음을 밝혀주고 있다.

## 8. 지배인의 대리권 제한 위반, 대항가능한 제3자 범위

(대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결)

〈쟁점〉

지배인이 대리권 제한을 위반하여 행위를 한 경우 상대방을 보호하기 위하여 요구되는 요건, 보호받는 제3자의 범위

〈판결요지〉

지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다.

지배인이 내부적인 대리권 제한 규정에 위배하여 어음행위를 한 경우, 이러한 대리권의 제한에 대항할 수 있는 제3자의 범위에는 그 지배인으로부터 직접 어음을 취득한 상대방뿐만 아니라 그로부터 어음을 다시 배서양도받은 제3취득자도 포함된다.

〈선정이유〉

상인은 지배권을 제한할 수 있다. 가령 회사내규에 의해 대리권을 제한할 수 있다. 그러나 이 제한으로 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다(상법 제11조 제3항). 이 때 상인은 제3자에게 악의·중과실이 있으면 대항할 수 있다. 상대방의 악의·중과실은 그를 들어 책임을 면하려는 상인 본인이 증명책임을 부담한다. 그리고 지배인이 내부적 제한을 위반하여 행위를 한 경우 보호받은 제3자의 범위는 지배인의 직접상대방에게 한정해서는 아니되고, 가령 어음·수표행위의 경우 어음·수표의 제3취득자를 포함하여야 한다. 이를 밝혀준 대표적인 판례이다.

## 9. 표현지배인과 영업소 실체

(대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결)

〈쟁점〉

표현지배인이 되기 위하여 해당 장소가 영업소 실체를 구비하여야 하는지 여부, 영업에 관한 행위의 판단기준

〈판결요지〉

상법 제14조 제1항 소정의 표현지배인에 관한 규정이 적용되기 위하여는 당해 사용인의 근무장소가 상법상 지점으로서의 실체를 구비하여야 하고, 어떠한 영업장소가 상법상 지점으로서의 실체를 구비하였다고 하려면 그 영업장소가 본점 또는 지점의 지휘·감독 아래 기계적으로 제한된 보조적 사무만을 처리하는 것이 아니라, 일정한 범위 내에서 본점 또는 지점으로부터 독립하여 독자적으로 영업활동에 관한 결정을 하고 대외적인 거래를 할 수 있는 조직을 갖추어야 한다.

지배인의 행위가 영업주의 영업에 관한 것인가의 여부는 지배인의 행위 당시의 주관적인 의사와는 관계없이 그 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단하여야 할 것인바, 지배인이 영업주 명의로 한 어음행위는 객관적으로 영업에 관한 행위로서 지배인의 대리권의 범위에 속하는 행위라 할 것이므로 지배인이 개인적 목적을 위하여 어음행위를 한 경우에도 그 행위의 효력은 영업주에게 미친다 할 것이고, 이러한 법리는 표현지배인의 경우에도 동일하다.

〈선정이유〉

대법원 1998. 10. 13. 선고 97다43819 판결등 유사한 판결이 있지만 표현지배인이 되려면 당해 사용인의 근무 장소가 상법상 지점으로서 실체를 구비하여야 한다는 대표적인 판결이다. 그리고 지배인의 영업에 관한 행위인지 여부는 당사자의 주관적 의도와는 관계없이 객관적·추상적으로 판단하여야 함을 밝힌 판례이다.

## 10. 건설회사 현장소장과 부분적 포괄대리권을 가진 사용인

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다79838 판결)

〈쟁점〉

건설회사 현장소장이 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 해당하는지 여부 및 그 권한범위

〈판결요지〉

상법 제15조에 의하여 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인은 그가 수여받은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있으므로 개개의 행위에 대하여 영업주로부터 별도의 수권이 필요 없으나, 어떠한 행위가 위임받은 영업의 특정한 종류 또는 사항에 속하는가는 당해 영업의 규모와 성격, 거래행위의 형태 및 계속 반복 여부, 사용인의 직책명, 전체적인 업무분장 등 여러 사정을 고려해서 거래통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다.

건설회사 현장소장은 일반적으로 특정된 건설현장에서 공사의 시공과 관련된 업무만을 담당하는 자이어서 특별한 사정이 없는 한 상법 제15조 소정의 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인으로서 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권만을 가지고 있다고 봄이 상당하고, 일반적으로 건설회사의 현장소장에게는 회사의 부담으로 될 채무보증 또는 채무인수 등과 같은 행위를 할 권한이나 회사가 공사와 관련하여 거래상대방에 대하여 취득한 채권을 대가 없이 일방적으로 포기할 권한이 회사로부터 위임되어 있다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

부분적 포괄대리권을 가진 사용인이란 상인에 갈음하여 영업에 관한 포괄적인 권한행사를 할 수 있는 지배인과 달리 부분적 포괄대리권을 가진 사용인은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대해 위임을 받은 자를 가리킨다. 일반적으로 증권회사의 지점장 대리는 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인으로서 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권을 가진 사용인으로 보고 있다(대법원 1994. 1. 28. 선고 93다49703). 건설회사 현장소장의 경우, 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인으로서 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권만을 가지고 있다고 할 수 있지만, 건설회사의 현장소장에게는 회사의 부담으로 될 채무보증 또는 채무인수 등과 같은 행위를 할 권한이나 회사가 공사와 관련하여 거래상대방에 대하여 취득한 채권을 대가 없이 일방적으로 포기할 권한이 있다고 할 수 없다는 점을 밝혀준 판례이다.

## 11. 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 대한 상법 제14조의 유추적용 부정

(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결)

〈쟁점〉

부분적 포괄대리권을 가진 사용인에게 상법 제14조의 표현대리인에 대한 규정을 유추적용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제14조 제1항은, 실제로는 지배인에 해당하지 않는 사용인이 지배인처럼 보이는 명칭을 사용하는 경우에 그러한 사용인을 지배인으로 신뢰하여 거래한 상대방을 보호하기 위한 취지에서, 본점 또는 지점의 영업주임 기타 유사한 명칭을 가진 사용인은 표현지배인으로서 재판상의 행위에 관한 것을 제외하고는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다고 규정하고 있으나, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에는 상법은 그러한 사용인으로 오인될 만한 유사한 명칭에 대한 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 취지의 규정을 따로 두지 않고 있는바, 그 대리권에 관하여 지배인과 같은 정도의 획일성, 정형성이 인정되지 않는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인들에 대해서까지 그 표현적 명칭의 사용에 대한 거래 상대방의 신뢰를 무조건적으로 보호한다는 것은 오히려 영업주의 책임을 지나치게 확대하는 것이 될 우려가 있으며, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 해당하지 않는 사용인이 그러한 사용인과 유사한 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우 그 거래 상대방은 민법 제125조의 표현대리나 민법 제756조의 사용자책임 등의 규정에 의하여 보호될 수 있다고 할 것이므로, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에도 표현지배인에 관한 상법 제14조의 규정이 유추적용되어야 한다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

상법에는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에게 상법 제14조의 표현대리인에 대한 규정을 적용내지 유추적용할 수 있는지 여부에 대한 규정이 없다. 부분적 포괄대리권을 가진 사용인은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있는 대리권을 가진 상업사용인을 말하는 것이므로, 이에 해당하기 위해서는 그 사용인의 업무 내용에 영업주를 대리하여 법률행위를 하는 것이 당연히 포함되어 있어야 하는 것이라고 하면서, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에는 상법은 그러한 사용인으로 오인될 만한 유사한 명칭에 대한 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 취지의 규정을 따로 두지 않고 있는바, 그 대리권에 관하여 지배인과 같은 정도의 획일성, 정형성이 인정되지 않는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인들에 대해서까지 그 표현적 명칭의 사용에 대한 거래 상대방의 신뢰를 무조건적으로 보호한다는 것은 오히려 영업주의 책임을 지나치게 확대하는 것이 될 우려가 있다는 등의 이유를 들어 상법 제14조의 표현대리인에 대한 규정을 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에게 유추적용하는 것을 부정한 판례이다.

## 12. 물건판매점포의 사용인 점포외 대금수령권한 유무

(대법원 1971. 3. 30. 선고 71다65 판결)

〈쟁점〉

물건판매점포사용인의 권한

〈판결요지〉

상법 제16조의 물건판매점포의 사용인은 특별한 수권사실이 없는 한 그 점포 외에서의 대금영수권한이 있다고는 볼 수 없으므로, 그의 퇴직 사실을 모르고 정포 외에서 그에게 외상대금을 지급

하였다 하여도 본조의 표현대리가 성립할 수는 없다.

〈선정이유〉

물건판매점포사용인과 관련하여, 상법은 상업사용인 가운데 물건을 판매하는 점포의 사용인은 그 판매에 관한 모든 권한을 가지고 있는 것으로 본다(제16조)고 규정하고 있다. 이는 '의제상업사용인'에 해당하며 외관법리에 따라 판매에 관한 권한이 있는 것으로 믿은 제3자를 보호하고자 하는 목적이 있다. 다만, 물건판매점포사용인에서는 장소적·업무적 제한을 받는다. 이와 관련하여, 본 판례는 물건판매점포사용인은 특별한 수권사실이 없는 한 그 장소를 떠나서는 대금영수권한이 있다고는 볼 수 없다는 점을 밝혀준 것이다.

# 제 4 장 상 호

## 13. 상호전용권

(대법원 2004. 3. 26. 선고 2001다72081 판결)

〈쟁점〉

상법 제23조의 오인상호사용금지청구권에서의 '부정한 목적'의 의미

〈판결요지〉

상법 제23조 제1항은 "누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다."고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 "동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종 영업으로 타인이 등기한 상호를 사용하는 자는 부정한 목적으로 사용하는 것으로 추정한다."고 규정하고 있는바, 위 조항에 규정된 '부정한 목적'이란 어느 명칭을 자기의 상호로 사용함으로써 일반인으로 하여금 자기의 영업을 그 명칭에 의하여 표시된 타인의 영업으로 오인시키려고 하는 의도를 말한다.

〈선정이유〉

오인상호 사용금지청구권 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다(상법 제23조 제1항). 이에 위반하여 상호를 사용하는 경우 손해를 받을 염려가 있는 자는 손해의 배상과 상호사용의 폐지를 청구할 수 있다(상법 제23조 제2항, 제3항). 이를 부정목적 사용금지청구권 혹은 오인상호사용금지청구권이라 한다. 이때 '부정한 목적'이 무엇인가가 문제된다. 본 판례는 여기서의 '부정한 목적'이란 어느 명칭을 자기의 상호로 사용함으로써 일반인으로 하여금 자기의 영업을 그 명칭에 의하여 표시된 타인의 영업으로 오인시키려고 하는 의도를 가리킴을 밝혀주고 있다.

## 14. 상호권의 역혼동

(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결)

〈쟁점〉

후발 상호를 통한 상호의 역혼동으로 인한 손해배상청구권 및 그 가능 여부

〈판결요지〉

상법 제23조 제1항은 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다고 규정하고 있는바, 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호는 그 타인의 영업과 동종 영업에 사용되는 상호만을 한정하는 것은 아니라고 할 것이나, 어떤 상호가 일반 수요자들로 하여금 영업주체를 오인·혼동시킬 염려가 있는 것인지를 판단함에 있어서는, 양 상호 전체를 비교 관찰하여 각 영업의 성질이나 내용, 영업방법, 수요자층 등에서 서로 밀접한 관련을 가지고 있는 경우로서 일반 수요자들이 양 업무의 주체가 서로 관련이 있는 것으로 생각하거나 또는 그 타인의 상호가 현저하게 널리 알려져 있어 일반 수요자들로부터 기업의 명성으로 인하여 절대적인 신뢰를 획득한 경우에 해당하는지 여부를 종합적으로 고려하여야 한다.

상호를 먼저 사용한 자(선사용자)의 상호와 동일·유사한 상호를 나중에 사용하는 자(후사용자)의 영업규모가 선사용자보다 크고 그 상호가 주지성을 획득한 경우, 후사용자의 상호사용으로 인하여 마치 선사용자가 후사용자의 명성이나 소비자 신용에 편승하여 선사용자의 상품의 출처가 후사용자인 것처럼 소비자를 기망한다는 오해를 받아 선사용자의 신용이 훼손된 때 등에 있어서는 이를 이른바 역혼동에 의한 피해로 보아 후사용자의 선사용자에 대한 손해배상책임을 인정할 여지가 전혀 없지는 않다고 할 것이나, 상호를 보호하는 상법과 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률의 입법 취지에 비추어, 선사용자의 영업이 후사용자의 영업과 그 종류가 다른 것이거나 영업의 성질이나 내용, 영업방법, 수요자층 등에서 밀접한 관련이 없는 경우 등에 있어서는 위와 같은 역혼동으로 인한 피해를 인정할 수 없다.

〈선정이유〉

대법원은, 상호를 먼저 사용한 자(선사용자)의 상호와 동일·유사한 상호를 나중에 사용하는 자(후사용자)의 영업규모가 선사용자보다 크고 그 상호가 주지성을 획득한 경우, 후사용자의 상호사용으로 인하여 마치 선사용자가 후사용자의 명성이나 소비자 신용에 편승하여 선사용자의 상품의 출처가 후사용자인 것처럼 소비자를 기망한다는 오해를 받아 선사용자의 신용이 훼손된 때 등에 있어서는 이를 역혼동에 의한 피해로 보아 후사용자의 선사용자에 대한 손해배상책임을 인정할 수 있음을 긍정하고 있다. 다만 양자의 영업이 그 종류가 다른 것이거나 양자의 영업의 성질이나 내용, 영업방법, 수요자층 등에서 밀접한 관련이 없는 경우 등에는 역혼동으로 인한 손해배상을 청구할 수 없음을 밝힘으로써 역혼동으로 인한 손해배상청구의 기준을 제시하고 있다.

## 15. 상법 제23조에 규정된 '타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호'에 해당하는지의 판단주체 및 '부정한 목적'의 의미

(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다76635 판결)

〈쟁점〉

상법 제23조의 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호 및 부정한 목적의 판단 기준

〈판결요지〉

상법 제23조 제1항은 "누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다."고 규정하고 있는데, 위 규정의 취지는 일반거래시장에서 상호에 관한 공중의 오인.혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호함과 아울러 상호권자가 타인의 상호와 구별되는 상호를 사용할 수 있는 이익을 보호하는 데 있다. 위와 같은 입법취지에 비추어 볼 때 어떤 상호가 '타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호'에 해당하는지를 판단함에 있어서는 양 상호 전체를 비교 관찰하여 각 영업의 성질이나 내용, 영업방법, 수요자층 등에서 서로 밀접한 관련을 가지고 있는 경우로서 일반인이 양 업무의 주체가 서로 관련이 있는 것으로 생각하거나 또는 그 타인의 상호가 현저하게 널리 알려져 있어 일반인으로부터 기업의 명성으로 인하여 견고한 신뢰를 획득한 경우에 해당하는지 여부를 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결 등 참조).

또한 위 조항에 규정된 '부정한 목적'이란 어느 명칭을 자기의 상호로 사용함으로써 일반인으로 하여금 자기의 영업을 그 명칭에 의하여 표시된 타인의 영업으로 오인하게 하여 부당한 이익을 얻으려 하거나 타인에게 손해를 가하려고 하는 등의 부정한 의도를 말하고, 부정한 목적이 있는지는 상인의 명성이나 신용, 영업의 종류.규모.방법, 상호 사용의 경위 등 여러 가지 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다(원고가 자신의 상호인 '대성홀딩스㈜(영문: DAESUNG HOLDINGS CO., LTD)'와 유사한 '㈜대성지주(DAESUNG GROUP HOLDINGS CO., LTD.)'를 상호로 정하여 사용한 피고를 상대로 상법 제23조에 기하여 상호사용금지 등을 구한 사건에서, 상법 제23조의 입법취지에 비추어 볼 때 '타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호'에 해당하는지의 판단주체는 '일반인'으로 보아야 하고, 피고가 원고의 상호와 유사하여 일반인으로 하여금 오인.혼동을 일으킬 수 있다는 것을 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 피고의 상호를 사용한 사정 등을 이유로 '부정한 목적'이 인정된다고 판단하여 상고기각한 사안임).

〈선정이유〉

상법 제23조에서는 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다고 하여 오인상호 사용금지청구권을 규정을 하고 있다. 오인상호사용을 금지하는 이유는 일반거래시장에서 상호에 관한 공중의 오인.혼동을 방지하여 이에 대한 신뢰를 보호함과 아울러 상호권자가 타인의 상호와 구별되는 상호를 사용할 수 있는 이익을 보호하는 데 있다. 그리고 '타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호'에 해당하는지의 판단주체는 '일반인'으로 보아야 한다. 또한 부정한 목적'이란 어느 명칭을 자기의 상호로 사용함으로써 일반인으로 하여금 자기의 영업을 그 명칭에 의하여 표시된 타인의 영업으로 오인하게 하여 부당한 이익을 얻으려 하거나 타인에게 손해를 가하려고 하는 등의 부정한 의도를 가리킨다. 본 판례는 상법 제23조의 내용을 구체화하는 이러한 내용을 내포하고 있는 중요한 판례이다.

## 16. 선등기자의 등기말소청구와 동일상호

(대법원 2011.12.27. 선고 2010다20754 판결)

〈쟁점〉

상법 제22조의 선등기자의 등기말소청구의 대상

〈판결요지〉

2009. 5. 28. 법 제9749호로 상업등기법 제30조를 개정하여 '동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 동일한 상호는 등기할 수 없다'고 규정함으로써 먼저 등기된 상호가 가지는 등기 배척력이 미치는 범위를 그와 동일한 상호로 한정하기에 이르렀다. 그렇다면 상법 제22조의 규정취지 및 상업등기법 제30조의 개정경위 등에 비추어 볼 때, 위와 같이 개정된 상업등기법의 시행 이후에는 상법 제22조에 의하여 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력이 미치는 범위 역시 개정 상업등기법 제30조에 상응하도록 동일한 상호에 한정된다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

등기 후 같은 행정구역에 동종영업의 상호로 등기한 상호와 동일한 상호의 등기는 금지되며(상법 제22조), 같은 행정구역에서 타인이 등기한 상호를 사용하는 자는 부정한 목적이 있는 것으로 추정된다(상법 제23조 제4항). 상법 제22조에 따라 상호등기가 금지되는 상호는 등기공무원의 재량을 배제하기 위해 완전히 동일한 상호에 한정된다. 중간에 상업등기법 제30조가 개정됨으로써 그전에 유사상호도 등기금지하던 것을 동일 상호에 국한하게 된 것이다. 창업의 활성화의 목적도 있다. 바로 이 점을 밝혀주는 판례이다.

## 17. 명의대여자의 책임의 성립요건과 영업범위내 거래 여부

(대법원 1983.3.22. 선고 82다카1852 판결)

〈쟁점〉

명의대여자의 책임을 지기 위한 영업주 오인, 영업범위 내에서의 거래 해당 여부

〈판결요지〉

상법 제24조에 규정된 명의대여자의 책임은 제3자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 그 영업의 범위 내에서 명의사용자와 거래한 제3자에 대한 책임이므로, 정미소의 임차인이 임대인의 상호를 계속 사용하는 경우에 있어서 임대인이 대여한 상호에 의하여 표상되는 영업은 정미소 영업이 분명하니, 임차인이 정미소 부지내에 있는 창고 및 살림집을 제3자에게 임대한 행위는 설령 명의사용자가 임대행위의 목적이 정미소 창고 건축비용을 조달키 위함이라고 말하였다고 하더라도 위 정미소 영업범위외의 거래이므로 그에 관하여 명의대여자에게 책임을 물을 수 없다.

〈선정이유〉

우리나라에서는 인·허가, 사업자등록 등의 명의자와 실질적으로 권리의무의 주체가 되는 자가 다른 경우가 많다. 이처럼 '다른 사람의 명의로' 영업을 하였을 때 일정한 요건 하에 그 명의를 빌려준 자의 책임을 인정함으로써 거래상대방을 보호하려는 것이 명의대여자 책임이며, 이는 상법상 외관주의를 구현하는 제도 중의 하나이다. 명의대여자 책임을 인정하기 위해서는 거래통념상 명의차용인의 영업에 관하여 명의대여자가 영업주체라고 인정할 수 있어야 한다. 명의대여자의 영업과 명의차용인의 영업이 다른 경우에는 어떻게 볼 것인가에 대하여는 명의동일성설, 영업동일성설이 대립되어 있다. 이와 관련하여 본 판례는 명의대여한 부분은 정미소 영업이 분명한 경우, 명의차용인이 정미소 부지내에 있는 창고 및 살림집을 제3자에게 임대한 행위는 명의대여자 책임의 대상이 아니라는 점을 밝혀주고 있다.

## 18. 명의대여자의 책임와 명의대여자의 상인성, 명의차용자의 행위의 상행위성 요구 여부

(대법원 1987. 3. 24. 선고 85다카2219 판결)

〈쟁점〉

명의대여자 책임과 관련하여 명의대여자의 상인성, 명의차용자의 행위의 상행위성 요구 여부

〈판결요지〉

상법 제24조는 금반언의 법리 및 외관주의의 법리에 따라 타인에게 명의를 대여하여 영업을 하게 한 경우 그 명의대여자가 영업주인 줄로 알고 거래한 선의의 제3자를 보호하기 위하여 그 거래로 인하여 발생한 명의차용자의 채무에 대하여는 그 외관을 만드는데에 원인을 제공한 명의대여자에게도 명의차용자와 같이 변제책임을 지우자는 것으로서 그 명의대여자가 상인이 아니거나, 명의차용자의 영업이 상행위가 아니라 하더라도 위 법리를 적용하는데에 아무런 영향이 없다.

사단법인이 인천직할시로부터 병원시설을 임대받아 위탁경영하고 있던 인천직할시립병원의 경영주체가 사단법인이 아니고, 인천직할시라고 인정한 원심판결은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 한 예

〈선정이유〉

명의대여자의 책임과 관련하여 명의대여자가 상인이 아니거나 명의차용자의 행위가 상행위가 아니어도 명의대여자의 책임을 인정할 수 있는지 여부가 문제된다. 그런데 상법 제24조의 명의대여자의 책임은, 명의대여자가 영업주인 줄로 알고 거래한 선의의 제3자를 보호하기 위하여 그 거래로 인하여 발생한 명의차용자의 채무에 대하여는 그 외관을 만드는데에 원인을 제공한 명의대여자에게도 명의차용자와 같이 변제책임을 지우자는 것으로서 그 명의대여자가 상인이 아니거나, 명의차용자의 영업이 상행위가 아니라 하더라도 위 법리를 적용하는 데에 지장이 없다고 하여야 한다. 이러한 취지에서 모 사단법인이 인천광역시의 승낙을 받아 '인천광역시립병원'이라는 상호로 병원을 운영한 경우 그 병원의 의약품 매입채무에 관하여 인천광역시는 명의대여자 책임을 진다는 점을 밝힌 대표적인 판례이다.

## 19. 명의대여자의 사용자배상책임

(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다50462 판결)

〈쟁점〉

명의차용자의 불법행위에 대하여 명의대여자가 상법 제24조의 책임을 지는가의 문제와는 별도로 사용자배상책임을 지기 위한 요건

〈판결요지〉

타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고, 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 그 명의대여로 인한 사용관계의 여부는 실제적으로 지휘·감독하였느냐의 여부에 관계없이 객관적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카459 판결, 1994. 10. 25. 선고 94다24176 판결 등 참조).

〈선정이유〉

명의차용자의 불법행위에 대하여 명의대여자가 상법 제24조의 책임을 지는가의 문제와는 별도로 명의대여자와 명의차용자가 사용관계에 있는 때에는 명의차용자가 타인에게 한 불법행위에 대하여 명의대여자가 민법상 사용자책임을 지게 된다(민법 제756조). 타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부적으로는 그 타인과 명의자가 이를 공동운영하는 관계로 그 타인이 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부적으로는 그 타인이 명의자의 고용인임을 표명한 것과 다름이 없으므로 명의사용을 허가받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허가한 사람은 민법 제756조 제1항에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. 이때 사용관계 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였는지 여부와 관계없이 객관적·규범적으로 보아 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐를 기준으로 결정해야 한다(대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다3658 판결 참조). 바로 이점을 밝혀준 판례이다.

# 제 5 장 상업등기

## 20. 상업등기의 의의와 부실등기의 효력

(대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결)

〈쟁점〉

부실등기의 책임을 지기 위한 귀책사유 요건

〈판결요지〉

상법 제39조는 고의나 과실로 스스로 사실과 상위한 내용의 등기신청을 함으로써 부실의 사실을 등기하게 한 자는 그 부실등기임을 내세워 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 취지로서 등기신청권자 아닌 제3자가 문서위조 등의 방법으로 등기신청권자의 명의를 도용하여 부실등기를 경료한 것과 같은 경우에는 비록 그 제3자가 명의를 도용하여 등기신청을 함에 있어 등기신청권자에게 과실이 있다 하여도 이로서 곧 등기신청권자 자신이 고의나 과실로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시 할 수는 없는 것이고, 또 이미 경료되어 있는 부실등기를 등기신청권자가 알면서 이를 방치한 것이 아니고 이를 알지 못하여 부실등기 상태가 존속된 경우에는 비록 등기신청권자에게 부실등기 상태를 발견하여 이를 시정하지 못한 점에 있어서 과실이 있다 하여도 역시 이로서 곧 스스로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시 할 수 없는 법리라 할 것이므로 등기신청권자 아닌 제3자의 문서위조 등의 방법으로 이루어진 부실등기에 있어서는 등기신청권자에게 그 부실등기의 경료 및 존속에 있어서 그 정도가 어떠하건 과실이 있다는 사유만 가지고는 상법 제39조를 적용하여 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

부실등기자의 책임을 규정한 상법 제39조가 적용되기 위해서는 ① 사실과 상위한 등기, ② 등기신청자의 고의·과실, ③ 제3자의 선의가 요건이 된다. 이때 등기신청자의 고의 · 과실 요건이 문제가 된다. 제39조는 등기신청인과 등기신청 대리인의 고의·과실에 모두 적용된다. 등기신청인이 합명회사인 경우 대표업무집행사원, 주식회사의 경우 대표이사를 기준으로 고의·과실을 판단한다(대법원 1971. 2. 23. 선고 70다1361,1362 판결; 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618,1619 판결). 과실방치 등기신청인이 부실등기를 과실로 알고도 시정조치를 태만히 한 경우에 한정하여 상법 제39조를 유추적용한다(다수설). 본 판례는 등기신청권자가 이미 경료된 부실등기를 알면서 이를 방치한 것이 아니고 이를 알지 못하여 부실등기상태가 존속된 경우 부실등기상태를 시정하지 못한 점에 과실이 있다고 해도 상법 제39조를 적용할 수 없다고 보고 있다.

## 21. 이사선임 주주총회결의 취소판결과 상법 제39조 적용 여부

(대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결)

〈쟁점〉

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된 경우 상법 제39조 책임여부

〈판결요지〉

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다.

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 상법 제39조의 부실등기에 해당된다.

〈선정이유〉

상법 제37조와 제39조의 관계가 문제된다. 대표이사 A가 해임되었음에도 회사가 해임등기를 하지 않아서 A가 등기부상 여전히 대표이사로 남아 있다면 상법 제37조 제1항의 문제이다. 반면 대표이사 선임결의가 없었던 B를 허위서류에 의해 대표이사로 등기하였다면 상법 제39조의 문제이다. 그런데 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된 경우 그 사이 대표이사가 한 행위에 대해 상법 제39조 책임을 지는지가 문제된다. 본 대법원 판결은 그러한 경우에도 상법 제39조의 책임을 짐을 밝혀주고 있다.

## 22. 상법 제39조와 고의 · 과실 판단 기준 주체

(대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618,1619 판결)

〈쟁점〉

상법 제39조의 고의 · 과실 판단의 기준이 되는 자

〈판결요지〉

상법 제39조 소정의 부불실등기에 있어서의 고의 과실은 피고 합명회사의 대표사원인 소외 A를 기준으로 그 고의 과실의 유무를 결정하여야 한다 할 것이고, 피고 회사의 정관에 대표사원 유고시는 사원이 업무집행을 할 수 있게 되어 있다 하여 동인을 표준으로 하여 결정할 수는 없다 할 것이며, 위 A는 당시 행방불명 상태에 있었으므로 동 부실등기를 피고의 책임으로 돌릴 수 없다.

〈선정이유〉

상법 제39조의 부실등기의 책임은 등기신청권자가 부실등기를 과실로 알고도 시정조치를 태만히 한 경우(고의 · 과실)에 한정하여 인정된다. 회사의 경우에는 진정한 대표이사(대표사원)를 기준으로 고의 · 과실 여부를 판단하여야 한다. 따라서 진정한 대표이사(대표사원)가 행방불명이 된 경우에는 설사 회사의 정관에 대표사원 유고시는 사원이 업무집행을 할 수 있게 되어 있다 하더라도 회사의 귀책사유를 인정할 수는 없다고 할 것인데, 본 판례는 이점을 밝혀주고 있다.

## 23. 부존재하는 주주총회결의에 의해 이사·대표이사 선임등기 시 회사의 부실등기책임 유무

(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312, 71329, 71336, 71343 판결)

〈쟁점〉

상법 제39조의 부실등기의 책임과 등기신청권자의 고의·과실

〈판결요지〉

등기신청권자에게 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 묻기 위해서는 원칙적으로 등기가 등기신청권자에 의하여 고의·과실로 마쳐진 것임을 요하며, 등기신청권자가 스스로 등기를 하지 아니한 경우에는 그의 책임 있는 사유로 그 등기가 이루어지는 데 관여하거나 그 부실등기의 존재를 알고 있음에도 이를 시정하지 않고 방치하는 등 등기신청권자의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 그 등기신청권자에 대하여 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 있다. 한편, 주식회사의 경우에는 위와 같은 부실등기에 대한 고의·과실의 유무는 대표이사를 기준으로 판정하여야 하는바, 대표이사가 아닌 자가 주주총회 결의 및 이사회결의 등의 외관을 만들고 이에 터 잡아 새로운 대표이사 선임등기를 마쳤으나 주주총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있어 그 결의가 부존재한다고 인정될 경우에는, 주주총회의 개최와 결의가 존재하나 무효 또는 취소사유가 있는 경우와는 달리, 그 새로운 대표이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정이 존재하지 아니하여 등기신청권자인 회사가 그 등기가 이루어지는 데 관여할 수 없었으므로, 달리 회사의 적법한 대표이사가 그 부실등기가 이루어지는 것에 협조·묵인하는 등의 방법으로 관여하였다거나 그 부실등기의 존재를 알고 있었음에도 시정하지 않고 방치하는 등 이를 회사의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 없다.

〈선정이유〉

고의 · 과실로 사실과 상위한 사실, 가령 대표이사 아닌 자를 대표이사로 등기한 경우에는 회사는 그가 대표이사가 아니라는 사실로써 대항할 수 없다. 다만 그와 같은 등기해태 또는 부실등기를 등기의무자가 한 것으로 인정될 수 있는 경우에만 적용된다. 그렇지 않고 등기의무자인 진정한 대표이사의 관여 없이 제3자가 주도가 되어 부실등기가 이루어진 경우에는 상법 제39조의 책임을 지울 수 없다. 이 점을 밝힌 판례이다.

# 제 6 장 영업양도

## 24. 상법 제42조의 취지

(대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결)

〈쟁점〉

상호속용영업양수인의 책임을 인정하는 상법 제42조의 취지와 채무의 변제기 도래 여부, 제42조의 적용범위에 관하여 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위의 승계는 포함되지 않음

〈판결요지〉

상법 제42조 제1항은 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다고 규정함으로써 양도인이 여전히 주채무자로서 채무를 부담하면서 양수인도 함께 변제책임을 지도록 하고 있으나, 위 규정이 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하도록 한 것이라고 보기는 어렵고, 영업양수인이 위 규정에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

상법 제42조의 요건을 충족하면 영업양수인은 영업양도 전에 발생한 양도인의 영업으로 인한 채무에 대하여 변제책임이 있다. 양도인의 책임도 존속한다. 양도인과 양수인은 부진정연대채무 관계에 선다. 이때 영업양수인이 제42조에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 발생하기만 하면 되는 것인지 아니면 채무의 변제기까지 도래하여야 하는지가 문제된다. 이에 대해 본 판결은 채무의 변제기가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생될 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 볼 수 없다는 점을 밝혀주고 있다.

## 25. 상호속용 영업양수인 책임의 존속기간은 직권조사사항

(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다64116 판결)

〈쟁점〉

상법 제45조 2년의 제척기간 경과 여부가 법원의 직권조사사항인지 여부

〈판결요지〉

상법 제42조 제1항은 “영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으

로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다."고 규정하고 있다. 이는 상호를 계속 사용하는 영업양수인으로 하여금 영업양도인이 영업으로 인하여 제3자에게 부담한 채무를 함께 변제할 책임을 지도록 한 것일 뿐이고, 이 규정으로 인하여 영업양도인이 영업양도 이후에 발생한 영업양수인의 제3자에 대한 채무를 함께 변제할 책임을 부담하는 것은 아니다.

상법 제45조는 '영업양수인이 제42조 제1항에 의하여 변제의 책임이 있는 경우에는 양도인의 제3자에 대한 채무는 영업양도 후 2년이 경과하면 소멸한다'고 규정하고 있다. 그런데 이 규정에 의한 영업양도인의 책임의 존속기간은 제척기간이므로 그 기간이 경과하였는지 여부는 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다.

〈선정이유〉

영업양도란 일정한 영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지하면서 이전하는 채권계약이다. 영업양도의 대상인 영업이란 ① 상인의 영리활동(주관적 의의의 영업)과 ② 상인이 영리목적을 위하여 결합한 조직적 재산의 전체(객관적 의의의 영업)라는 두 가지 의미를 가진다. 이 중 영업양도의 대상이 되는 영업은 객관적 의의의 영업을 말한다(대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결). 영업양도는 객관적 의의의 영업을 양도인이 그 동일성을 유지하면서 전체로서 계약에 의하여 양수인에게 이전하는 것이다(영업재산양도설, 통설·판례). 동일성 유무의 판단은 종래의 영업조직의 전부 또는 중요한 일부가 유지되면서 같은 기능을 할 수 있는가의 여부이다(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결). 영업재산의 전부를 양도했어도 종래의 영업조직을 해체하여 양도하였으면 영업양도가 아니다(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다7987 판결). 상법 제42조의 상호속용영업양수인의 책임부담시 양도인의 책임은 2년이 지나면 소멸한다(상법 제45조). 이때 2년의 제척기간경과여부는 법원의 직권조사사항임을 밝혀준 판례이다.

## 26. 영업양도와 상호속용인의 책임의 옥호, 영업표지에의 유추적용

(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다35138 판결)

〈쟁점〉

상법 제42조의 상호속용 영업양수인의 책임의 옥호, 영업표지에의 유추적용 가부

〈판결요지〉

상호를 속용하는 영업양수인의 책임을 정하고 있는 상법 제42조 제1항은, 일반적으로 영업상의 채권자의 채무자에 대한 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되어 있는 것이 대부분인데도 실제 영업의 양도가 이루어지면서 채무의 승계가 제외된 경우에는 영업상의 채권자의 채권이 영업재산과 분리되게 되어 채권자를 해치게 되는 일이 일어나므로 영업상의 채권자에게 채권추구의 기회를 상실시키는 것과 같은 영업양도의 방법, 즉 채무를 승계하지 않았음에도 불구하고 상호를 속용함으로써 영업양도의 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 또는 영업양도에도 불구하고 채무의 승계가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 등이 채용된 경

우에 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위하여 마련된 규정이라고 해석된다(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다17123, 17130 판결 등 참조). 따라서 양수인에 의하여 속용되는 명칭이 상호 자체가 아닌 옥호(屋號) 또는 영업표지인 때에도 그것이 영업주체를 나타내는 것으로 사용되는 경우에는 영업상의 채권자가 영업주체의 교체나 채무승계 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 양수인은 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항의 유추적용에 의하여 그 채무를 부담한다고 봄이 상당하다 .

〈선정이유〉

영업양수인이 채무를 인수하지 아니한 경우라도 인수한 것과 같은 외관을 만든 경우(외관주의) 제3자에 대한 책임이 발생할 수 있다. 상호를 속용하면 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여도 양수인도 변제책임이 있고(상법 제42조 제1항), 상호를 속용하지 않아도 양도인의 영업상의 채무를 인수할 것을 광고한 경우에는 양수인의 책임이 발생한다(상법 제44조). 상법 제42조의 적용요건은 다음과 같다: ① 영업양도가 있을 것, ② 양도인의 영업으로 인한 채권이 있을 것, ③ 영업양수인이 양도인의 영업상 채무를 인수하지 않았을 것, ④ 상호의 속용, ⑤ 채권자의 선의 등의 요건을 갖추어야 한다. 이때 상호속용이란 동일한 상호를 계속하여 사용하는 것을 말한다. 그런데 옥호나 영업표지를 계속 사용하는 경우에도 외관보호의 필요성은 같다. 이에 본 판결은 상법 제42조의 상호속용 영업양수인의 책임에 대해 옥호, 영업표지의 경우에도 유추적용됨을 밝혀주고 있다.

## 27. 영업을 출자받은 상호속용인에 대한 상법 제42조의 유추적용 여부

(대법원 1995. 8. 22. 선고 95다12231 판결)

〈쟁점〉

영업을 출자받은 상호속용인(신설된 회사)에의 상법 제42조 유추적용 여부

〈판결요지〉

상법 제42조 제1항은 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는 바, 영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는 영업의 양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이란 점에서 영업의 양도와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로, 새로 설립된 법인은 상법 제42조 제1항의 규정의 유추적용에 의하여 출자자의 채무를 변제할 책임이 있다고 할 것이다(대법원 1989.3.28. 선고 88다카12100 판결 참조).

〈선정이유〉

영업이 현물출자된 경우에도 영업양도에 준하여 상호를 속용하는 양수인의 책임과 채무인수를

광고한 양수인의 책임규정을 유추적용을 할 수 있는지가 문제된다. 본 판결은 영업이 현물출자된 경우에도 상호속용 영업양수인의 책임에 대한 상법 제42조가 유추적용됨을 밝혀 주고 있다.

## 28. 영업임대차에 대한 상법 제42조 유추적용 여부

(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다47737 판결)

〈쟁점〉

영업임대차에 대한 상법 제42조 유추적용 여부

〈판결요지〉

영업임대차의 경우에는 상법 제42조 제1항과 같은 법률규정이 없을 뿐만 아니라, 채권자가 제공하는 영업상의 신용에 대하여 실질적인 담보의 기능을 하는 영업재산의 소유권이 재고상품 등 일부를 제외하고는 모두 임대인에게 유보되어 있고 임차인은 사용·수익권만을 가질 뿐이어서 임차인에게 임대인의 채무에 대한 변제책임을 부담시키면서까지 임대인의 채권자를 보호할 필요가 있다고 보기 어렵다. 여기에 상법 제42조 제1항에 의하여 양수인이 부담하는 책임은 양수한 영업재산에 한정되지 아니하고 그의 전 재산에 미친다는 점 등을 더하여 보면, 영업임대차의 경우에 상법 제42조 제1항을 그대로 유추적용할 것은 아니다(대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다9212 판결 참조). 이는 영업임대차의 종료로 영업을 반환하는 경우에도 마찬가지이다.

〈선정이유〉

영업임대차에서 임차인이 임대인의 상호를 속용하는 경우 상법 제42조 제1항을 유추적용할 수 있는지 여부가 문제된다. 그런데 대법원은 이미 이전 판결(대법원 2016.8.24. 선고 2014다9212 판결)에서 임대차의 경우에는 상법 제42조 제1항을 유추적용할 수 없다고 하였으며 본 판결도 같은 취지이다.

## 29. 상호속용 · 채무인수광고시 영업양도인에 대한 채권과 영업양수인에 대한 채권

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다114783 판결)

〈쟁점〉

상법 제42조, 제44조와 관련하여 상호속용, 채무인수광고 시 영업양도인에 대한 채권과 영업양수인에 대한 채권의 상호 관계

〈판결요지〉

상법 제42조(상호속용시 영업양수인의 책임) 또는 제44조(채무인수를 광고한 영업양수인의 책임)

가 적용되는 경우에 채권자의 영업양도인에 대한 채권과 영업양수인에 대한 채권은 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없으므로, 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 한다. 이러한 법리는 상법 제44조와 그 책임의 근거를 같이 하며 동일한 효과를 규정하고 있는 상호를 속용하는 양수인의 책임에 관한 상법 제42조의 사안에도 마찬가지로 적용된다.

〈선정이유〉

상법 제42조, 제44조에 의하여 양수인의 양도인의 채무에 대한 책임인정시 채권자의 양도인에 대한 채권과 양수인에 대한 채권의 상호관계가 문제된다. 이에 대하여 본 판결은 양자는 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없고, 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 한다는 점을 밝혀주고 있다.

# 제 2 편 상 행 위

## 제1장 상행위법 총칙

### Ⅰ. 상행위 통칙

#### 30. 퇴직근로자 임금채권과 상사법정이율 적용

(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결)

〈쟁점〉

퇴직근로자 임금채권과 상사법정이율 적용 여부

〈판결요지〉

갑 등이 을 주식회사를 상대로 미지급 임금 등과 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하였는데, 제1심은 갑의 청구만 일부 인용하고 나머지 사람들의 청구를 모두 기각하였으나, 원심은 갑 등의 청구를 일부 인용한 사안에서, 원심에서 을 회사의 주장이 일부 받아들여져 갑 등의 청구금액 중 일부만이 인용된 이상, 을 회사로서는 원심판결 선고일까지는 미지급 임금 등의 존부를 다투는 것이 적절하였다고 보이므로, 위 기간에 대하여 근로기준법에서 정한 연 20%의 이율을 적용하는 것은 부당하고, 을 회사가 갑 등과 체결한 근로계약은 보조적 상행위에 해당하므로 상법에서 정한 연 6%의 이율을 적용하여야 하는데도, 위 기간에 대하여 근로기준법에서 정한 이율에 따른 지연이자를 지급할 의무가 있다고 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다.

〈선정이유〉

상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼이다(상법 제54조). 이는 일방적 상행위에도 적용되므로, 차주와 대주 중에서 어느 한쪽만 상인이어도 상사법정이율이 적용된다. 상법 제54조는 보조적 상행위에도 적용된다. 따라서 회사인 상인이 근로계약을 맺는 것은 보조적 상행위에 해당하므로 퇴직근로자 임금채권에 대하여는 연 6푼의 상사법정이율을 적용하여야 함을 밝혀준 판례이다.

#### 31. 부당해고 근로자 미지급 입금과 상사법정이율 적용

(대법원 2019. 9. 10. 선고 2015다30886, 2015다30893(병합) 판결)

〈쟁점〉

부당해고 미지급 임금과 상사법정이율 적용 여부

〈판결요지〉

퇴직일부터 복직 시까지 원고가 지급받을 미지급 임금의 지연손해금 지급과 관련하여 “피고 회사가 이 사건 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 판결 선고일까지 연 6%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.”라고 하여 상사법정이율인 6%를 적용한 원심의 판단에 대하여, “부당해고 기간 중의 미지급 임금은 상행위로 생긴 것이므로 그 변형으로 인정되는 지연손해금채무, 즉 채무불이행으로 인한 손해배상채무도 상사채무라 할 것이어서 상법이 정한 연 6%의 범위 내에서 이유 있다.”라고 한 대법원 2014.8.26. 선고 2014다28305 판결을 인용하여, 부당해고 중의 미지급 임금에 대한 지연손해금 계산에 있어서 이율을 잘못 적용한 위법이 없다고 판시하였다.

〈선정이유〉

상법 제54조의 상사법정 이율 적용은 원채무가 상행위로 인한 경우뿐만 아니라 그 변형채무에 대하여도 적용된다. 가령 상행위로 인한 채무의 불이행에 따른 손해배상채무에도 적용된다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2012다14562 판결 = 상행위로 한 운송계약의 불이행을 원인으로 한 손해배상채무에 대한 지연손해금은 연 6푼으로 산정함). 다만 가집행으로 보험금 지급 후 가집행선고가 실효됨에 따른 원상회복의무는 민법상 법정이율에 따른다(대법원 2004. 2.27. 선고 2003다52944 판결). 이 판례는 부당해고 기간 중의 미지급 임금은 상행위로 생긴 것이므로 그 지연손해금채무에 대하여도 상법 제54조의 상사법정이율이 적용됨을 밝히고 있다.

## 32. 국가계약의 손해배상액 예정과 상사법정이율

(대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결)

〈쟁점〉

일방적 상행위의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권행사시 지연손해금 이율

〈판결요지〉

국가계약의 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없어 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사법의 규정 내지 법원리가 그대로 적용된다. 상법 제54조의 상사법정이율이 적용되는 ‘상행위로 인한 채무’에는 상행위로 인하여 직접 생긴 채무뿐만 아니라 그와 동일성이 있는 채무 또는 그 변형으로 인정되는 채무도 포함되고 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채무뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채무도 포함된다. 이 사건 계약은 상인인 원고회사가 영업으로 하는 상행위에 해당하고 피고는 이 사건 계약상 원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 행사하고 있으므로 그 지연손해금에 관하여는 상사법정이율인 연 6%를 적용해야 한다.

〈선정이유〉

상법 제54조의 상사법정 이율에 대한 규정은 일방적 상행위에도 적용되므로, 차주와 대주 중에

서 어느 한쪽만 상인이어도 상사법정이율이 적용된다. 동 규정은 보조적 상행위에도 적용된다. 이러한 점에서 본 판결은 상인인 회사가 영업으로 하는 상행위에 해당하고 그 회사의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권행사시 그 지연손해금에 대해서도 상사법정이율인 연 6%를 적용해야 함을 밝히고 있다.

## 33. 불법행위와 상법 제54조 상사법정이율 적용여부

(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결)

〈쟁점〉

상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무와 상법 제54조 상사법정이율 적용 여부

〈판결요지〉

신탁회사가 신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 그 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 '불법행위'로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지지 않는다. 상법 제54조의 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결).

〈선정이유〉

상법 제54조의 상사법정 이율에 대한 규정은 일방적 상행위에도 적용되므로, 차주와 대주 중에서 어느 한쪽만 상인이어도 상사법정이율이 적용된다. 동 규정은 보조적 상행위에도 적용된다. 상행위로 인한 채무의 변형인 경우에는 상법 제54조가 적용되지만 그렇지 않은 불법행위로 인한 채무에 대해서는 민법을 적용하여야 함을 밝혀주고 있는 것이 본 판결이다.

## 34. 상행위로서 한 운송계약의 불이행을 원인으로 한 손해배상채무와 상사법정이율

(대법원 2014. 11. 27. 선고 2012다14562 판결)

〈쟁점〉

상인의 운송계약의 불이행을 원인으로 한 손해배상채무와 상사법정이율 적용 여부

〈판결요지〉

상법 제54조의 상사법정이율이 적용되는 '상행위로 인한 채무'에는 상행위로 인하여 직접 생긴

채무뿐만 아니라 그와 동일성이 있는 채무 또는 그 변형으로 인정되는 채무도 포함된다. 그런데 이 사건 운송계약은 상인인 피고가 영업으로 하는 상행위에 해당하고, 원고는 비크조이엘리의 피고에 대한 운송계약상의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 대위행사하고 있으므로, 그 지연손해금은 민사법정이율이 아닌 상법 제54조가 정한 연 6%의 상사법정이율을 적용하여 산정하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

상법 제54의 상사법정 이율에 대한 규정은 일방적 상행위에도 적용되므로, 차주와 대주 중에서 어느 한쪽만 상인이어도 상사법정이율이 적용된다. 동 규정은 보조적 상행위에도 적용된다. 상행위로 인한 채무의 변형인 경우에는 상법 제54조가 적용된다. 같은 취지에서 본 판결은 상인의 운송계약상의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 대위행사하는 경우, 그 지연손해금은 민사법정이율이 아닌 상법 제54조가 정한 연 6%의 상사법정이율을 적용하여야 함을 밝혀주고 있다.

## 35. 공동수급체 구성원이 상인인 경우 탈퇴한 공동수급체 구성원에 대한 지분환급의무와 상법 제57조 연대채무

(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다233098 판결)

〈쟁점〉

조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 부담한 채무와 상법 제57조의 연대채무

〈판결요지〉

조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정함이 상당하므로, 공동수급체의 구성원들이 상인인 경우 탈퇴한 조합원에 대하여 잔존 조합원들이 탈퇴 당시의 조합재산상태에 따라 탈퇴 조합원의 지분을 환급할 의무는 그 구성원 전원의 상행위에 의하여 부담한 채무로서 공동수급체의 구성원들인 잔존 조합원들은 연대하여 탈퇴한 조합원에게 지분환급의무를 이행할 책임이 있다. 피고 회사들이 연대하여 지분환급의무를 지는 것이므로 연대채무자 중 1인인 피고회사 H가 원고에 대하여 갖는 별개의 채권으로 원고의 지분환급청구권과 상계하는 것은 유효하다.

〈선정이유〉

건설회사들이 컨소시엄을 구성하여 그 컨소시엄 구성원들이 상인인 경우 탈퇴한 조합원에 대하여 잔존 조합원들이 탈퇴 당시의 조합재산상태에 따라 탈퇴 조합원의 지분을 환급할 의무를 부담하게 되었다. 이러한 경우 본 판결은 그 지분을 환급해줄 의무는 구성원 전원의 상행위에 의하여 부담한 채무로서 공동수급체의 구성원들인 잔존 조합원들(잔존 건설회사들)은, 상법 제57조에 따라 연대하여 탈퇴한 조합원에게 지분환급의무를 이행할 책임이 있음을 밝히고 있다.

## 36. 다수채무자의 연대책임(상법 제57조)

(대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다39897 판결)

〈쟁점〉

영농조합법인이 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 되는 채무와 상법 제57조의 연대책임 적용 여부

〈판결요지〉

구 농어업경영체법 등에는 영농조합법인의 채권자가 조합원에 대하여 권리를 행사하는 경우에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 민법 중 조합에 관한 법리가 적용된다고 할 것이고, 영농조합법인의 채권자는 민법 제712조에 따라 그 채권 발생 당시의 각 조합원에 대하여 당해 채무의 이행을 청구할 수 있다. 조합의 채무는 조합원의 채무로서 특별한 사정이 없는 한 조합의 채권자는 각 조합원에 대하여 지분의 비율에 따라 또는 균일적으로 변제의 청구를 할 수 있을 뿐이나, 조합채무가 특히 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정함이 상당하다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다39897 판결, 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다6919 판결 등 참조).

〈선정이유〉

민법상 수인이 채무를 부담하는 경우 분할채무가 원칙이다. 그러나 수인이 그 1인 또는 전원에게 상행위가 되는 행위로 인하여 채무를 부담한 때에는 연대하여 변제할 책임이 있다(상법 제57조 제1항). 쌀을 공동구매하여 동일상표로 포장·판매하는 민법상 조합에서, 조합의 업무집행을 위해 업무집행조합원이 쌀을 구입함으로 인한 쌀 구입대금채무는 조합원 전원을 위한 상행위로 인하여 부담하게 된 조합채무이므로, 다른 조합원들도 연대책임을 진다(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다55574 판결). 같은 취지에서 본 판결은 영농조합법인이 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 인하여 부담하게 된 채무에 대하여는 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정하여야 함을 밝혀주고 있다.

## 37. 보증의 상행위와 연대책임

(대법원 1959. 8. 27. 선고 4291민상407 판결)

〈쟁점〉

상법 제57조 제2항의 보증인의 연대채무 여부

〈판결요지〉

상법 제57조 제2항에 소위 보증이 상행위라 함은 보증이 보증인에 있어서 상행위인 경우 뿐 아니라 채권자에 있어서 상행위성을 가진 경우를 포함한다고 해석함이 타당하다 할 것이다. 본건에

있어서 일건 기록과 원 판결에 의하면 원고 조합은 금융기관으로서 은행거래를 영업으로 하는 자로서 1951년 7월 20일 소외인을 원고 조합서기로 고용하고 피고 등을 동 소외인의 신원보증인으로 하였다는 주장이므로 피고 등이 동 소외인을 위하여 원고조합과 같은 이상 당해 보증 행위는 이를 상행위라 할 것이며 따라서 피고 등은 별단의 의사표시가 없는 한 주 채무자 소외인과 연대하여 동인의 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.

〈선정이유〉

민법상 보증채무는 단순보증이 원칙이다(최고검색의 항변권 등 보증채무의 보충성 인정). 그러나 보증이 상행위이거나 주채무가 상행위로 인한 것인 때에는 주채무자와 보증인은 연대하여 변제할 책임이 있다(상법 제57조 제2항). 본 판결은 보증행위가 상행위인 경우에, 보증인에게 상행위가 되는 상행위 뿐만 아니라 채권자에게 상행위가 되는 상행위도 포함된다고 하고 있다. 그러나 학설의 다수설은 보증은 보증인에게 있어서 상행위가 되어야 한다고 보고 있다.

## 38. 상법 제58조의 일반상사유치권의 성립요건

(대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769,39776 판결)

〈쟁점〉

상법 제58조의 일반상사유치권의 목적물에 부동산도 포함되는지 여부, 목적물이 채무자 소유일 것이 요구되는지 여부, 피담보채권과 유치권의 개별적 견련성 요부

〈판결요지〉

상사유치권은 [...] 민사유치권과 마찬가지로 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 '물건 또는 유가증권'으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면 상사유치권의 대상이 되는 '물건'에는 부동산도 포함된다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

유치권의 대상에 부동산도 포함되는지 문제된다. 본 판례는 상법 제58조에서 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 '물건 또는 유가증권'으로 규정하고 있는 점에 비추어 상사유치권의 대상이 되는 '물건'에는 부동산도 포함된다는 점을 밝혀주고 있다.

## 39. 선행저당권과 상인간 상사유치권의 경합시 우선순위

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결)

〈쟁점〉

선행저당권자와 상법 제58조의 일반상사유치권자의 우선순위

〈판결요지〉

상사유치권은 민사유치권과 달리 피담보채권이 '목적물에 관하여' 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 '채무자 소유'일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 '채무자 소유의 물건'에 한정하는 취지는, 상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, 그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받는 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다.

〈선정이유〉

본 판례는 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있으므로, 채무자 소유의 부동산에 이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우 상사유치권자는 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서 상사유치권으로 대항할 수 없다는 점을 밝혀주고 있는 판례이다.

## 40. 상사유치권 배제 특약은 묵시적 약정으로도 가능함

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다37176 판결)

〈쟁점〉

묵시적 약정에 의한 상사유치권 배제 가능 여부

〈판결요지〉

상법은 상인 간의 거래에서 신속하고 편리한 방법으로 담보를 취득하게 하기 위한 목적에서 민법상의 유치권과 별도로 상사유치권에 관한 규정을 두고 있다. 즉 상법 제58조 본문은 "상인 간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행

위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다."고 규정하여 상사유치권을 인정하는 한편 같은 조 단서에서 "그러나 당사자 간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다."고 규정하여 상사유치권을 특약으로 배제할 수 있게 하였다. 이러한 상사유치권 배제의 특약은 묵시적 약정에 의해서도 가능하다.

〈선정이유〉

상법 제58조 단서에서 유치권배제의 특약이 가능함을 밝혀주고 있다. 그런데 당사자 약정의 전후관계 등을 살펴서 명시적인 유치권 배제에 대한 표현이 없더라도, 묵시적인 유치권 배제를 인정할 수 있는지가 문제 된다. 이 점에 대하여 묵시적으로도 유치권 배제가 가능함을 밝혀준 판례이다.

## 41. 상사유치권의 성립요건

(대법원 2010. 7. 2. 자 2010그24 결정)

〈쟁점〉

상법 제58조의 일반상사유치권의 성립요건

〈판결요지〉

상사유치권은 상법 제58조의 규정상 채권자가 채무자에 대한 상행위로 인하여 점유하고 있는 채무자 소유의 물건을 대상으로 하는 경우에 이를 행사할 수 있다.....선박블록 5조를 직접 점유·지배해 온 것이라 하더라도, 甲중공업에 대한 상행위로 인하여 이 사건 선박블록 5조를 점유하게 되었다고 볼 만한 사정은 없으므로, 원심으로서는 상대방이 이 사건 선박블록 5조를 점유하게 된 시기, 경위, 방법 등을 좀 더 살펴 甲중공업에 대한 상행위로 인하여 이 사건 선박블록 5조를 점유하게 되었는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

〈선정이유〉

상사유치권은 채권자와 채무자가 모두 상인인 경우에 한해 성립한다(상법 제58조). 그러므로 은행과 상인이 아닌 고객, 영업주와 그 상업사용인, 주식회사와 그 이사 등 사이에는 상사유치권이 성립될 수 없다. 상사유치권은 상시 거래관계에 있는 상인 간의 담보취득의 가능성을 확대해 주기 위한 것이다. 피담보채권이 되기 위해서는 ① 상행위로 인한 채권이어야 한다. 피담보채권은 당사자 쌍방을 위한 상행위가 되는 쌍방적 행위에 의하여 발생되어야 한다(상법 제59조). ② 피담보채권은 유치물의 경매대금에서 변제될 수 있는 것이어야 한다. 원칙적으로 금전채권이면 된다. 처음부터 반드시 금전채권일 필요는 없고, 금전채권으로 변환될 수 있는 채권이면 가능하다. 채권이 변제기가 도래한 때에 유치권을 행사할 수 있다. 다만, 유치물의 점유를 취득한 때에는 변제기에 있지 않아도 무방하다. 한편 상법 제58조의 일반상사유치권에서는 대상 유치물은 물건 또는 유가증권에 한정된다. 다만 채무자에 대한 상행위로 인하여 채권자가 점유하고 있는 물건 또는 유가증권이어야 한다. '상행위로 인하여'라는 의미는 점유취득행위가 상행위이어야 한다는 것이 아니라 점

유취득의 원인행위가 상행위이어야 한다는 의미이다. 이러한 일반상사유치권 성립요건과 관련하여 본 판례는 채권자가, 채무자에 대한 상행위로 인하여 이 사건 목적물을 취득하게 된 것인지 여부의 석명을 요구하고 있다.

## 42. 질권설정자가 상인이 아닌 경우 상법 제59조의 유질계약 허용 여부

(대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결)

〈쟁점〉

상법 제59조에 의한 유질계약 허용과 질권설정자의 상인 요부

〈판결요지〉

민법 제339조는 "질권설정자는 채무변제기 전의 계약으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 취득하게 하거나 법률에 정한 방법에 의하지 아니하고 질물을 처분할 것을 약정하지 못한다."라고 정하여 이른바 유질계약을 금지하고 있다. 그러나 상법 제59조는 "민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다."라고 정함으로써 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위한 질권설정계약에 대해서는 유질계약을 허용하고 있다. 질권설정계약에 포함된 유질약정이 상법 제59조에 따라 유효하기 위해서는 질권설정계약의 피담보채권이 상행위로 인하여 생긴 채권이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니다. 또한 상법 제3조는 "당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용한다."라고 정하고 있으므로, 일방적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 유질약정을 허용한 상법 제59조가 적용된다고 보아야 한다. 이러한 결론이 법규정의 문언에 충실한 해석일 뿐만 아니라, 위와 같은 질권에 대하여 유질계약을 금지할 필요도 없다는 점에서도 정당하다.

피고 갑 은행이, 금융기관인 병과 정으로부터 피고 을 회사에 대한 대출금 채권을 양수하였는데, 원고(피고 을 회사의 대표이사) 등이 위 대출금 채권을 담보하기 위해서 자신들이 보유하고 있던 주식에 근질권을 설정하면서 유질계약을 한 사안에서, 근질권설정계약의 피담보채권은 피고 을 회사와 금융기관 병, 정 사이의 상행위로 인하여 생긴 채권이고, 이 경우 질권설정자인 원고가 상인일 것을 요하지 않으므로, 상법 제59조에 따라 민법 제339조의 규정이 적용되지 않아 유질계약이 유효하다고 판단한 사례.

〈선정이유〉

민법에서는 채무자 보호를 위해 유질계약을 금지하고 있다(민법 제339조). 그러나 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에 관하여는 유질계약이 허용된다(상법 제59조). 반드시 쌍방적 상행위일 필요는 없으나 채무자에 대한 민법상 보호를 배제하는 것이므로 적어도 채무자의 입장에서 상행위가 되는 채권에 관해서만 적용된다(통설). 상법 제59조 유질계약 허용규정이 적용되기 위한 요건으로서, 본 판결은 질권설정계약의 피담보채권이 상행위로 인하여 생긴 채권이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니라는 점을 밝혀 주고 있다.

## 43. 회사사업자금을 대표이사 개인이 차용한 경우 상사채무 여부

(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다70184 판결)

〈쟁점〉

회사 재건축사업을 위한 대표이사 개인 차입과 상사채무 여부

〈판결요지〉

상인은 상행위로 인하여 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위하는 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하며, 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92다7948 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다83226 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 상법에 의해 상인으로 의제되는 甲건설이 위 지분제 공사도급계약을 체결하여 이 사건 재건축사업으로 인하여 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것인데, 甲건설이 아니라 소외인 개인이 피고들에게서 돈을 차용한 이상, 비록 소외인이 甲건설을 실질적으로 경영하면서 이 사건 재건축사업을 위하여 차용한 것이라고 하더라도 소외인을 상인으로 볼 수 없어 위 차용금채무를 상사채무로 볼 수는 없다. 그럼에도 원심은 이와 달리 소외인의 피고들에 대한 차용금채무가 상사채무로서 상사소멸시효가 적용된다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판단에는 상행위 및 소멸시효기간에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

〈선정이유〉

회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없다는 점을 본 판결이 밝혀주고 있다. 회사 자체와 개인은 구분하여야 함을 밝혀주는 판례이다.

## 44. 대표이사 개인의 차용행위와 상행위, 상사소멸시효 적용여부

(대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결)

〈쟁점〉

대표이사의 개인자격에서의 차용, 투자 행위와 상행위 여부

〈판결요지〉

회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인이 상인이 되는 것은 아니다. 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받더라도 그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92다7948 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결 등). 또한 상인이 그 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수 없다. 피고는 A나 B의 대표이사가 아닌 개인 자격으로 소외 망인 甲으로부터 돈을 지급받은 것이므로 비록 그 명목이 B의 공장 신축을 위한 자금을 마련하기 위한 것이었다고 하더라도 피고를 상인으로 볼 수 없다. 그리고 甲이 컨테이너 제조·판매·대여업을 하던 상인이었다고 해도 甲 또한 개인 자격에서 피고에게 자금을 투자하거나 지급한 것으로 볼 수 있어 보조적 상행위로 볼 수도 없다. 따라서 甲이 피고에게 4억 5천만원을 지급한 것은 피고의 상행위로 인한 것이라거나 甲의 보조적 상행위로 인한 것으로 볼 수 없고, 결국 원고의 피고에 대한 채권은 민사채권으로서 10년의 소멸시효가 적용된다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

회사 자체가 아니라 회사의 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받는 행위가 상행위가 되는지 문제된다. 그리고 상인이 그 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위가 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위가 되는지도 문제된다. 그런데 본 판결에서 대법원은 두 가지 경우 모두 상행위가 아니라는 점을 밝혔다. 회사는 대표기관을 통하여 행위하는 것이며 회사와 개인은 구분하여야 한다는 점이 배경에 깔려있다.

## 45. 상인의 자격과 상행위, 상사소멸시효

(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104246 판결)

〈쟁점〉

상인이 되는 시점과 개업준비행위 및 보조적 상행위

〈판결요지〉

영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 최초의 보조적 상행위가 되는 것이고, 이와 같은 개업준비행위는 반드시 상호등기·개업광고·간판부착 등에 의하여 영업의사를 일반적·대외적으로 표시할 필요는 없으나 점포구입·영업양수·상업사용인의 고용 등 준비행위의 성질로 보아 영업의사를 상대방이 객관적으로 인식할 수 있으면 당해 준비행위는 보조적 상행위로서 여기에 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다.

甲이 학원 설립과정에서 영업준비자금으로 乙에게서 돈을 차용한 후 학원을 설립하여 운영한 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲이 운영한 학원업은 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 경우에 해당하여 甲은 상법 제5조 제1항에서 정한 '의제상인'에 해당하는데, 甲의

차용행위는 학원영업을 위한 준비행위에 해당하고 상대방인 乙도 이러한 사정을 알고 있었으므로 차용행위를 한 때 甲은 상인자격을 취득함과 아울러 차용행위는 영업을 위한 행위로서 보조적 상행위가 되어 상법 제64조에서 정한 상사소멸시효가 적용된다.

〈선정이유〉

상인자격을 취득하는 데 필요한 절차는 없고 당연상인(상법 제4조)이나 설비상인(상법 제5조 제1항)의 요건을 구비하면 된다. 단지 영업개시의 사실관계로 판단할 뿐이다. 영업개시를 위한 준비행위의 경우에는 상대방이 객관적으로 영업의사를 인식할 수 있으면 상행위이므로 개업준비에 착수한 표징을 상대방이 인식할 수 있으면 상인자격을 취득한다(영업의사표시설)(통설·판례). 업태에 따라 주무관청의 허가를 요하는 경우에는 허가의 유무가 자격취득의 조건이 되지는 않는다. 학원업을 하는 경우 상법 제5조에 의하여 의제상인이 될 수 있다. 이때 학원업을 하기 위하여 영업준비자금으로 타인에게서 돈을 차용한 후 학원을 설립하여 운영한 경우 그 차용행위는 보조적 상행위로서 상법 제64조의 상사소멸시효가 적용된다는 점을 본 판례는 밝혀주고 있다.

## 46. 회사설립과정에서의 개인차입과 보조적 상행위, 상사소멸시효

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결)

〈쟁점〉

회사설립을 위한 개인의 행위와 상행위 여부

〈판결요지〉

영업자금 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다.

영업을 준비하는 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하므로, 어떠한 자가 자기 명의로 상행위를 함으로써 상인자격을 취득하고자 준비행위를 하는 것이 아니라 다른 상인의 영업을 위한 준비행위를 하는 것에 불과하다면, 그 행위는 행위를 한 자의 보조적 상행위가 될 수 없다. 여기에 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없는 법리를 더하여 보면, 회사 설립을 위하여 개인이 한 행위는 그것이 설립중 회사의 행위로 인정되어 장래 설립될 회사에 효력이 미쳐 회사의 보조적 상행위가 될 수 있는지는 별론으로 하고, 장래 설립될 회사가 상인이라는 이유만으로 당연히 개인의 상행위가 되어 상법 규정이 적용된다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

개인사업자가 영업의사를 밝히고 자금을 차용하는 행위는 상행위로 볼 수 있다. 하지만 회사를 설립하는 와중에 개인자격에서의 차용행위는, 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없다는 점을 본 판례가 밝혀주고 있다.

## 47. 상행위인 도급계약의 수급인의 하자담보책임의 소멸시효와 그 기산점

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다202383 판결)

〈쟁점〉

건설공사 도급계약 하자담보책임과 상사시효적용 여부

〈판결요지〉

건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 하고, 이때 신축건물의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 그 권리를 행사할 수 있는 때라고 볼 수 있는, 그 건물에 하자가 발생한 시점부터 진행한다.

〈선정이유〉

상행위로 인한 채권은 상법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(상법 제64조). 상법 제64조는 일방적 상행위, 보조적 상행위 등 모든 상행위에 적용된다. 당사자 중 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법을 적용한다(일방적 상행위에 관한 제3조). 예컨대 대주와 차주 중 어느 한 쪽이 상인이기만 하면 그 차입금반환채무는 상사시효에 걸린다(대법원 1994. 4. 29. 선고 93다54842 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결). 상인과 비상인이 공동차주로서 차입하였고 그것이 상인인 차주에게 보조적 상행위에 해당한다면 전체 채무가 상사시효에 걸린다(2013다68207). 보조적 상행위에도 상사시효가 적용된다. 본 판례는, 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조에 의하여 5년의 소멸시효가 적용됨을 밝혀주고 있다.

## 48. 상사소멸시효의 취지

(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다47886 판결)

〈쟁점〉

보험계약상 보험금지급과 부당이득반환채권에의 상사시효적용 여부

〈판결요지〉

원고와 甲주식회사 및 주식회사 乙철강 사이에 체결된 이 사건 보험계약은 상인 간에 이루어진 기본적 상행위이고, 원고가 주장하는 부당이득반환청구권은 기본적으로 상행위에 해당하는 이 사건 보험계약에 기초한 급부가 이루어짐에 따라 발생한 것일 뿐만 아니라, 그 채권 발생의 경위나 원인, 원고와 피고의 지위와 관계, 장기간의 시간이 경과함에 따라 상사소멸시효가 완성되거나 책임재산이 일탈되고 이로 인하여 질권자인 피고가 질권설정자에 대하여 가지는 금융거래상의 채권 보전 내지 행사가 곤란하게 되는 점 등에 비추어 그 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 봄이 상당하므로 이에 대하여는 5년의 소멸시효기간을 정한 상법 제64조가 적용되는 것으로 보아야 한다고 전제한 다음, 원고는 피고가 원고로부터 보험금을 지급받아 그 금액 상당을 부당이득하게 된 1997. 10. 31. 및 1997. 12. 2.부터 이 사건 부당이득반환청구권을 행사할 수 있었으므로, 이는 그로부터 상사소멸시효기간인 5년이 지난 2002. 10. 31.경 및 2002. 12. 2.경 각 시효가 완성되어 소멸하였다고 할 것인데, 이 사건 소는 그 이후인 2004. 8. 4. 제기되었음이 기록상 분명하다는 이유로, 피고의 소멸시효 항변을 받아들여 원고의 이 사건 청구를 배척한 판단은 정당하다.

〈선정이유〉

상행위로 인한 채권은 상법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다(상법 제64조). 상법 제64조는 일방적 상행위, 보조적 상행위 등 모든 상행위에 적용된다. 본 판례는 보험금을 지급한 후 보험계약이 무효임을 이유로 한 부당이득반환채권에 대하여는 상법 제64조의 상사시효가 적용됨을 밝혀주고 있다.

## 49. 부당이득반환청구권과 소멸시효

(대법원 2010.10.14. 선고 2010다32276 판결)

〈쟁점〉

자동차손해배상보장사업, 부당이득반환청구권과 상사소멸시효적용 여부

〈판결요지〉

구 자동차손해배상 보장법(1999. 2. 5. 법률 제5793호로 전부 개정되기 전의 것) 제14조 제2항은 보험가입자 등(의무보험에 가입한 자와 당해 의무보험 계약의 피보험자)이 아닌 자가 같은 법 제3조의 규정에 의한 손해배상의 책임을 지게 되는 경우에 정부가 피해자의 청구에 따라 책임보험금의 한도 안에서 그가 입은 피해를 보상한다고 규정하고 있을 뿐이고, 같은 법 제14조 이하에서 규정하고 있는 자동차손해배상 보장사업은 정부가 자동차의 보유자를 알 수 없거나 무보험 자동차의 운행으로 인한 사고로 인하여 사망하거나 부상을 입은 피해자의 손해를 책임보험의 보험금의 한도 안에서 보상하는 것을 주된 내용으로 하는 것으로서, 뺑소니 자동차 또는 무보험 자동차에 의한 교통사고의 피해자 보호를 목적으로 하면서 법률상 가입이 강제되는 자동차책임보험제도를

보완하려는 것이지 피해자에 대한 신속한 보상을 주목적으로 하고 있는 것이 아니다.

교통사고 피해자가 가해차량이 가입한 책임보험의 보험자로부터 사고로 인한 보험금을 수령하였음에도 자동차손해배상 보장사업을 위탁받은 보험사업자로부터 또다시 피해보상금을 수령한 것을 원인으로 한 위 보험사업자의 피해자에 대한 부당이득반환청구권에 관하여는 상법 제64조가 적용되지 아니하고, 그 소멸시효기간은 민법 제162조 제1항에 따라 10년이라고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

가해차량이 가입한 타 보험자로부터 보험금을 받고서도 자동차손해배상 보장사업을 위탁받은 보험사업자로부터 또다시 피해보상금을 수령한 것을 원인으로 한 위 보험사업자의 피해자에 대한 부당이득반환청구권에 관하여는 상법 제64조가 적용되지 아니하고 민사시효 10년이 적용됨을 밝혀준 판례이다. 부당이득반환청구권의 시효에 민법의 10년의 시효를 적용할 것인지 아니면 상법 제64조에 의해 5년의 시효를 적용할 것인지에 대하여, 판례는 거래의 신속성을 판단기준으로 삼고 있다. 그런데 일반인으로서는 어떠한 경우가 거래의 신속성이 인정되는지를 알기 어려운 측면이 있어 문제점을 노정하고 있다.

## 50. '판결이 확정된 채무'에 대한 보증채무의 소멸시효

(대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결)

〈쟁점〉

판결확정된 채무에 대한 보증채무와 상사소멸시효 적용 여부

〈판결요지〉

보증채무는 주채무와는 별개의 독립한 채무이므로 보증채무와 주채무의 소멸시효기간은 채무의 성질에 따라 각각 별개로 정해진다. 그리고 주채무자에 대한 확정판결에 의하여 민법 제163조 각 호의 단기소멸시효에 해당하는 주채무의 소멸시효기간이 10년으로 연장된 상태에서 주채무를 보증한 경우, 특별한 사정이 없는 한 보증채무에 대하여는 민법 제163조 각 호의 단기소멸시효가 적용될 여지가 없고, 성질에 따라 보증인에 대한 채권이 민사채권인 경우에는 10년, 상사채권인 경우에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다.

건설자재 등 판매업을 하는 A가 甲 주식회사를 상대로 제기한 물품대금 청구소송에서 A 승소판결이 확정된 후 B가 甲 회사의 물품대금채무를 연대보증한 사안에서, 상인인 A가 상품을 판매한 대금채권에 대하여 B로부터 연대보증을 받은 행위는 반증이 없는 한 상행위에 해당하고, 따라서 A의 B에 대한 보증채권은 특별한 사정이 없는 한 상사채권으로서 소멸시효기간은 5년이라고 한 사례.

〈선정이유〉

판결이 확정된 채무는 소멸시효가 10년으로 된다(민법 제165조 제1항). 본 판례는, 판결에 의해 소멸시효가 10년이 된 상태에서 주채무를 보증한 경우 그 보증채무에는 민법 제163조의 단기시효

가 적용되지 않고, 성질에 따라 보증인에 대한 채권이 민사채권인 경우에는 10년, 상사채권인 경우에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다는 점을 밝혀준 판례이다. 이 때 보증채무에 대하여는 민법 제163조 각 호의 단기소멸시효가 적용될 여지가 없다고 한 것은 보증인 보호를 위한 특별법의 경우 3년의 소멸시효가 적용된다는 점을 배경으로 하고 있다.

## 51. 상인과 비상인의 공동차입시 소멸시효

(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결)

〈쟁점〉

상인과 비상인의 공동차입과 상법 제64조 상사시효적용 여부

〈판결요지〉

회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며(상법 제5조 제2항, 제1항, 제47조 제1항), 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다. 또한 상법 제3조에 따라 당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법이 적용되므로, 당사자의 일방이 수인인 경우에 그중 1인에게만 상행위가 되더라도 전원에 대하여 상법이 적용된다고 해석된다.

소외 회사가 공장매입자금 일부를 마련하기 위하여 원고와 사이에 이 사건 소비대차계약을 체결한 것은 그 영업을 위하여 한 보조적 상행위이고, 비록 소외 1이 상인은 아니지만 소외 회사에 대하여 상행위가 되는 이 사건 소비대차계약을 소외 회사와 함께 체결하여 공동차주로서 이 사건 차용금채무를 부담하였으므로 소외 1에 대하여도 상법이 적용된다고 할 것이다. 따라서 소외 회사 및 소외 1의 이 사건 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 할 것이고, 그 상사소멸시효가 완성되어 주채무인 그들의 이 사건 차용금 채무가 소멸된다면 특별한 사정이 없는 한 부종성의 법리에 따라 피고의 연대보증채무도 소멸된다고 할 것이다.

〈선정이유〉

당사자 중 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법을 적용한다(일방적 상행위에 관한 제3조). 예컨대 대주와 차주 중 어느 한 쪽이 상인이기만 하면 그 차입금반환채무는 상사시효에 걸린다(대법원 1994. 4. 29. 선고 93다54842 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결). 본 판례는 상인과 비상인이 공동차주로서 차입하였고 그것이 상인인 차주에게 보조적 상행위에 해당한다면 전체 채무가 상사시효에 걸린다는 점을 밝혀준 판례이다.

## 52. 영업준비를 위한 차금행위와 상행위에 관한 상법 규정 적용

(대법원 2016. 5. 12. 선고 2014다37552 판결)

〈쟁점〉

영업의사표시, 보조적 상행위와 상법 적용 여부

〈판결요지〉

영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 그의 최초의 보조적 상행위가 된다. 영업자금의 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. X가 기존 영업이 영업정지되는 등 업종변경을 할 수 밖에 없는 사정이었고, 차입금 용도를 생활비로 보기는 어려운 점 등에 비추어 위 차입은 X의 스탠드바 영업을 위한 준비행위이다.

〈선정이유〉

자연인이 상인자격을 취득하는 데 필요한 절차는 없고 당연상인(상법 제4조)이나 설비상인(상법 제5조 제1항)의 요건을 구비하면 된다. 단지 영업개시의 사실관계로 판단할 뿐이다. 영업개시를 위한 준비행위의 경우에는 상대방이 객관적으로 영업의사를 인식할 수 있으면 상행위이므로 개업준비에 착수한 표징을 상대방이 인식할 수 있으면 상인자격을 취득한다(영업의사표시설)(통설·판례). 그리고 그의 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 최초의 보조적 상행위가 된다. 이 점을 밝혀주고 있는 것이 본 판례이다.

## 53. 가맹사업자의 수수료에 관한 부당이득반환채권의 소멸시효(상법 제64조)

(대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803 · 2017다248810(병합) 판결)

〈쟁점〉

가맹사업자가 수수료 명목으로 부당하게 받아간 돈의 반환청구권에 상사시효 적용 여부

〈판결요지〉

상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용된다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결 등 참조). 원고들은 피고에 대한 부당이득반환채권은 피고가 원고들에 대하여 이 사건 가맹계약에 따른 가맹점 지원업무 수수료 명목으로 어드민피를 부과하였고 이로 인해 원고들은 납부할 의무가 없는 어드민피를 지급한 데서 비롯된 것으로서 근본적으로 상인 사이의 행위에 기초하여 발생한 것으로 볼 수 있고, 그 채권 발생의 경

위나 원인 등에 비추어 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 그 소멸시효 기간은 상법 제64조에 의하여 5년이다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다63150 판결 등 참조).

부당이득의 원인이 된 어드민피의 지급이 1년 이내의 기간 단위로 이루어졌다고 하더라도 부당이득반환채권 자체는 "1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권"이라고 할 수 없으므로, 민법 제163조 제1호에 따른 단기소멸시효가 적용될 수 없다. 다만 위 부당이득반환채권은 이행기의 정함이 없는 채권으로서 그 성립과 동시에 소멸시효가 진행하는바, 위 원고들의 피고에 대한 부당이득반환채권은 각 매월 어드민피를 지급한 때로부터 각각의 소멸시효가 진행한다 할 것이고, 이 사건 소가 2015. 6. 18. 제기되었음은 기록상 명백하므로, 특별한 사정이 없는 한 위 원고들의 피고에 대한 부당이득반환채권 중 2015. 6. 18.부터 역산하여 5년이 경과한 2010. 6. 18. 이전에 피고에게 지급하여 부당이득반환채권이 발생한 부분은 시효로 소멸하였다.

〈선정이유〉

상법 제64조는 상행위, 일방적 상행위, 보조적 상행위에도 적용된다. 그리고 원채권이 변형된 경우에도 원칙적으로 원채권에 적용되던 시효가 적용된다. 예컨대 ① 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권(대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21569 판결), ② 상행위로 생긴 채무의 불이행으로 인한 손해배상청구권(대법원 1997. 8. 26. 선고 97다9260 판결), ③ 상행위인 매매·도급계약에 기한 하자담보책임(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다202383 판결) 등도 상사시효 대상이다. 가맹업을 하는 경우 가맹계약을 맺는 쌍방이 모두 상인이다(상법 제46조 제20호 참조). 그러한 점에서 가맹계약 상의 부당이득반환청구권에도 상법 제64조의 5년 상사시효가 적용됨을 밝혀주고 있는 것이 본 판례이다.

# Ⅱ. 상사매매

## 54. 상법 제69조의 취지

(대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결)

〈쟁점〉

상법 제69조의 취지와 도급계약에의 부적용

〈판결요지〉

당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급할 것을 약정하고 이에 대하여 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 이른바 제작물공급계약은 그 제작의 측면에서는 도급의 성질이 있고 공급의 측면에서는 매매의 성질이 있어 이러한 계약은 대체로 매매와 도급의 성질을 함께 가지고 있는 것으로서 그 적용법률은 계약에 의하여 제작공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매로 보아서 매매에 관한 규정이 적용된다고 할 것이나 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 불대체물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 강하게 띠고 있다 할 것이므로 이 경우에는 매매에 관한 규정이 당연히 적용된다고 할 수 없다.

상법 제69조 제1항의 매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무에 관한 규정의 취지는 상인간의 매매에 있어 그 계약의 효력을 민법 규정과 같이 오랫동안 불안정한 상태로 방치하는 것은 매도인에 대하여는 인도 당시의 목적물에 대한 하자의 조사를 어렵게 하고 전매의 기회를 잃게 될 뿐만 아니라, 매수인에 대하여는 그 기간중 유리한 시기를 선택하여 매도인의 위험으로 투기를 할 수 있는 기회를 주게 되는 폐단 등이 있어 이를 막기 위하여 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 한 것이다.

〈선정이유〉

상인 간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체 없이 이를 검사하여야 하며 목적물의 하자 또는 수량의 부족을 발견한 때에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야 한다(상법 제69조). 동 규정은 임의규정이므로 당사자의 합의로 적용을 배제할 수 있다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결). 실제로 부동산이나 고가의 장비 같은 경우에 6개월의 하자통지기간은 지나치게 짧고 매수인에게 불리하므로 매매계약에서 더 긴 하자보증기간에 합의하는 경우가 많다. 그 경우 상법 제69조의 적용은 배제된다. 그런데 이는 매매의 경우에 적용하는 것이며 계약의 주목적이 도급인 경우에는 적용되지 않는다. 그리고 상법 제69조의 매수인의 검사·통지의무는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 종결하려는 데에 그 취지가 있다. 이러한 점을 밝혀준 판례이다.

## 55. 상법 제69조의 불완전이행에의 적용 여부

(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결)

〈쟁점〉

상법 제69조의 매수인의 검사·통지의무의 불완전이행에의 적용 여부

〈판결요지〉

상법 제69조 제1항은 민법상 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로서, 채무불이행에 해당하는 이른바 불완전이행으로 인한 손해배상책임을 묻는 청구에는 적용되지 않는다.

갑 유한회사가 을 주식회사를 상대로 을 회사가 유류, 중금속 등으로 오염된 토지를 매도하였다는 이유로 매도인의 하자담보책임 또는 불완전이행으로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 갑 회사와 을 회사의 매매계약은 상인 간의 매매인데 갑 회사가 토지를 인도받아 소유권이전등기를 마친 때로부터 6개월이 훨씬 경과한 후에야 토지에 토양 오염 등의 하자가 있음을 통지하였다는 이유로 하자담보책임에 기한 손해배상청구는 배척하고, 을 회사가 오염된 토양을 정화하지 않은 채 토지를 인도한 것은 불완전이행에 해당한다는 이유로 오염된 토양을 정화하는 데 필요한 비용 상당의 손해배상책임을 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례.

〈선정이유〉

일반 민법에 의하면 매수인은 선의인한 그 사실을 안 날로부터 1년 또는 6월내에 경우에 따라 계약을 해제하거나 대금감액 또는 손해배상을 청구하면 된다(민법 제573조, 제575조 및 제582조). 그러나 이와 같이 장기간 매도인을 불확정한 상태에 두는 것은 신속한 종결을 요하는 상거래에서는 매우 불합리하다. 매도인이 선의인 경우에는 빨리 이후의 대책을 강구할 필요가 있고 매수인이 그 기간 중 자기에게 유리한 시기를 선택하여 담보책임을 묻는 등 매도인의 희생에 의한 투기를 방지할 필요가 있다. 또한 장기간이 경과한 후에 하자담보책임을 추궁 받는 경우에는 인도당시의 목적물에 대한 하자의 유무에 대한 조사가 곤란하게 된다. 상사매매에 있어서는 매수인도 전문적 지식을 갖는 상인이기 때문에 이러한 의무를 부과하였다. 상법 제69조는 거래를 신속히 종결시킴으로써 매도인의 보호를 도모하고 있다. 이러한 매수인의 의무는 게르만 고유법의 매수인이 의무를 진다는 원칙에서 유래한 독일법(독일 상법 제377조)의 매수인의 검사·통지의무를 계수한 것이다. 한편 이 의무는 그 불이행으로 바로 매수인의 배상책임을 발생시키지 않으므로 직접의무가 아니라 간접의무에 속한다. 그런데 이 의무는 하자담보책임에 대하여 적용되는 것이지 불완전이행의 책임을 묻는 경우에는 적용되지 않는다. 이에 상인 간에 매매된 토지가 중금속 등으로 오염된 경우 매수인이 하자담보책임을 물으려면 특약이 없는 한 상법 제69조의 제한을 받지만, 불완전이행으로 인한 채무불이행 책임을 묻는 경우에는 그러하지 아니함을 밝혀준 판례가 본 판례이다. 본 판례는 하자담보책임에 대하여는 상법 제69조 제1항 단서에 의해 6개월이 이미 지났으므로, 인정하지 아니하고 불완전이행에 대한 책임은 인정하고 있다.

## 56. 상법 제69조의 임의규정성

(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결)

〈쟁점〉

상법 제69조 매수인의 검사통지의무 규정의 임의규정 여부

〈판결요지〉

상인간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시, 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6월 내에 매수인이 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못하도록 규정하고 있는 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 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

상사매매에 대한 규정은 당사자간에 다른 약정을 하는 것이 가능하다. 대표적인 상법 제69조도 당사자가 다른 약정을 하지 아니하였을 때 적용된다. 즉 상법 제69조는 강행규정이 아니고 임의규정이다. 본 판례는 이 점을 밝혀주고 있다.

## 57. 상법 제69조와 증명책임

(대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카28498,28504(반소) 판결)

〈쟁점〉

상법 제69조 매수인의 검사 · 통지의무와 증명책임의 소재

〈판결요지〉

상법 제69조는 상인 간의 매매에 있어서는 매수인의 매매목적물에 대한 검사와 하자통지의무를 매수인이 매도인에 대하여 매매목적물에 관한 하자담보책임을 묻기 위한 전제요건으로 삼고 있음이 분명하므로 그와 같은 하자담보책임의 전제요건, 즉 매수인이 목적물을 수령한 때에 지체 없이 그 목적물을 검사하여 즉시 매도인에게 그 하자를 통지한 사실, 만약 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6월 내에 이를 발견하여 즉시 통지한 사실 등에 관한 입증책임은 매수인에게 있다.

〈선정이유〉

민사소송법상 자기에게 유리한 요건사실은 그를 주장하는 자가 증명책임을 져야 한다. 이러한 점에서 본 판례는 매수인의 매매목적물에 대한 검사와 하자통지의무는 매수인이 매도인에 대하여 매매목적물에 관한 하자담보책임을 묻기 위한 전제요건이므로 그 증명책임은 매우인이 부담하여야 함을 밝혀주고 있다.

## 58. 6개월 내에 발견할 수 없는 하자의 경우

(대법원 1999. 1. 29. 선고 98다1584 판결)

〈쟁점〉

상법 제69조 제1항 단서의 6개월내 검사 · 통지의무를 이행하지 못한 경우의 효과

〈판결요지〉

상법 제69조는 상거래의 신속한 처리와 매도인의 보호를 위한 규정인 점에 비추어 볼 때, 상인 간의 매매에 있어서 매수인은 목적물을 수령한 때부터 지체 없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하여야만 그 하자로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 있고, 설령 매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6월 내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 과실의 유무를 불문하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다고 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

상법 제69조는 상거래를 신속하게 종결하는 대에 그 취지가 있으므로, 본 판례는 6개월 내에 발견할 수 없었던 하자에 관하여도 매수인이 6월 내에 이를 발견하여 지체 없이 통지하지 아니하면 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다는 것을 밝혀 주고 있다.

# Ⅲ. 익명조합

## 59. 익명조합의 법률관계

(대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도5014 판결)

〈쟁점〉

익명조합에서 영업자의 금원소비와 횡령죄 성립 여부

〈판결요지〉

조합 또는 내적 조합과 달리 익명조합의 경우에는 익명조합원이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대편인 영업자의 재산이 되므로 영업자는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않고, 따라서 영업자가 영업이익금 등을 임의로 소비하였더라도 횡령죄가 성립할 수는 없다.

〈선정이유〉

익명조합은 상법이 인정하는 공동기업의 한 형태로, 익명조합원과 영업자는 내적조합의 내부관계를 가질 뿐이고 외부적으로는 영업자가 단독으로 운영하는 기업이다. 즉 외부적 행위로 인한 권리의무는 영업자에게만 귀속하고, 익명조합원은 영업자와의 계약에 따른 권리의무를 가질 뿐이다. 상법 제79조에 의하면 익명조합원이 출자한 금원 기타의 재산은 영업자의 재산으로 본다. 이에 본 판례는 영업자가 영업이익금 등을 임의로 소비하였더라도 타인의 재물을 보관하는 위치에 있지 아니하므로 횡령죄가 성립할 수 없음을 밝히고 있다.

## 60. 이익분배와 관계 없는 일정액 지급과 익명조합 여부

(대법원 1983. 5. 10. 선고 81다650 판결)

〈쟁점〉

익명조합 여부

〈판결요지〉

피고와 소외인 사이의 위 동업관계는 중국음식점 甲의 경영을 공동사업으로 하고, 또 이익이 난 여부를 묻지 아니하고 매일 매상액 중 일정한 금액의 지급을 약정한 점 등에서 상법상의 익명조합이라고는 할 수 없고, 한편 합유인 조합재산이 없고 소외인이 영업을 위한 재료의 구입등 위 조합

의 대외적인 법률행위를 함에 있어서는 조합원인 피고를 대리할 필요없이 자기 명의로 단독으로 하고 이를 위한 권리의무가 위 소외인에게 귀속되는 점에서 조합원들의 합유인 조합재산이 있고, 외부관계에서 법률행위를 함에 있어서 업무집행자가 조합원을 대리하여 그 법률효과가 조합원 전체에 귀속되는 민법상의 통상의 조합과 구별되는 일종의 특수한 조합이라고 할 것이고, 이러한 특수한 조합에 있어서는 대외적으로는 오로지 영업을 경영하는 위 소외인만이 권리를 취득하고 채무를 부담하는 것이어서 민법 제713조가 적용될 여지가 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

익명조합은 익명조합원이 영업자의 영업을 위해 출자하고 영업자는 영업으로 얻은 이익을 분배할 것을 약정하는 계약이다(상법 제78조). 익명조합계약으로 출자의무와 이익분배 및 영업으로 인한 권리·의무와 분배의무가 생겨난다. 민법상 조합계약(민법 703조)은 조합원 전부가 조합채무에 무한책임을 부담하고(민법 제712조) 전 조합원이 업무집행에 관여하므로(민법 제706조 제3항) 영업으로 인한 위험부담을 피하면서 투자이익을 얻으려는 익명조합원이나 경영간섭을 받지 않으면서 자본금만 필요로 하는 영업자에게는 적합한 계약형태가 아니다. 익명조합의 성질은 다음과 같다: ① 민법상 조합은 소유형태가 합유이므로 조합재산과 채무가 공동으로 귀속하고, 조합원 전원이 직간접적으로 업무집행에 관여하지만, 익명조합은 내부적으로는 익명조합원과의 내적조합이지만 외부적으로는 조합재산과 채무가 영업자의 단독소유로 나타난다. ② 합자회사는 전 사원이 지분을 가진 단체법적·조직법적인 공동기업이지만 익명조합은 개인법적·거래법적인 영업자의 단독기업이다. ③ 신탁의 경우 수탁자가 파산하더라도 신탁재산은 수탁자의 파산재산에 편입되지 않으나 익명조합은 파산격리기능이 없으므로 영업자가 파산한 경우 익명조합원의 출자재산은 영업자의 파산재산에 편입된다. 이러한 점에서 본 판례는 이익분배가 없으면 익명조합이 아니고 본 사안의 경우는 민법상의 통상의 조합과도 구분이 되어 민법 제713조가 적용되지 아니함을 밝혀주고 있는 것이다.

# 제 2 장 상행위법 각칙

## Ⅰ. 대리상

### 61. 총판계약의 대리점 여부

(대법원 1999. 2. 5. 선고 97다26593 판결)

〈쟁점〉

대리상의 판단기준

〈판결요지〉

어떤 자가 제조회사와 대리점 총판 계약이라고 하는 명칭의 계약을 체결하였다고 하여 곧바로 상법 제87조의 대리상으로 되는 것은 아니고, 그 계약 내용을 실질적으로 살펴 대리상인지의 여부

를 판단하여야 하는바, 제조회사와 대리점 총판 계약을 체결한 대리점이 위 제조회사로부터 스토어(노래방기기 중 본체)를 매입하여 위 대리점 스스로 10여 종의 주변기기를 부착하여 노래방기기 세트의 판매가격을 결정하여 위 노래방기기 세트를 소비자에게 판매한 경우에는 위 대리점을 제조회사의 상법상의 대리상으로 볼 수 없고, 또한 제조회사가 신문에 자사 제품의 전문취급점 및 A/S 센터 전국총판으로 위 대리점을 기재한 광고를 한 번 실었다고 하더라도, 전문취급점이나 전국총판의 실질적인 법률관계는 대리상인 경우도 있고 특약점인 경우도 있으며 위탁매매업인 경우도 있기 때문에, 위 광고를 곧 제조회사가 제3자에 대하여 위 대리점에게 자사 제품의 판매에 관한 대리권을 수여함을 표시한 것이라고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

대리상이란 일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 말한다(상법 제87조). 거래계약의 체결을 대리하는 체약대리상과 거래를 중개하는 중개대리상으로 구분된다. 어느 경우이든 대리상에게 그 거래의 효과가 직접 귀속되지는 않고, 대리·중개 서비스에 대한 수수료를 받게 된다. 본 판례는 제조회사와 대리점 총판 계약이라는 명칭의 계약을 체결하였다고 하여 곧바로 상법 제87조의 대리상으로 되는 것은 아니고, 그 계약 내용을 실질적으로 살펴 대리상인지의 여부를 판단하여야 함을 발혀준 것이다.

## 62. 대리상의 보상청구권이 특약점에게 유추적용되기 위한 요건

(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011다28342 판결)

〈쟁점〉

대리상의 보상청구권의 재판매업자에의 유추적용을 위한 요건

〈판결요지〉

상법 제92조의2 제1항은, 대리상의 활동으로 본인이 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고 이로 인하여 계약의 종료 후에도 본인이 이익을 얻고 있는 경우에는 대리상은 본인에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다고 규정함으로써, 대리상이 계약 존속 중에 획득하거나 현저히 증가시킨 고객관계로 인하여 계약 종료 후에도 본인은 이익을 얻게 되나 대리상은 더 이상 아무런 이익을 얻지 못하게 되는 상황을 염두에 두고, 형평의 원칙상 대리상의 보호를 위하여 보상청구권을 인정하고 있다.

한편 대리상의 보상청구권에 관한 위와 같은 입법 취지 및 목적 등을 고려할 때, 제조자나 공급자로부터 제품을 구매하여 그 제품을 자기의 이름과 계산으로 판매하는 영업을 하는 자에게도, ① 예를 들어 특정한 판매구역에서 제품에 관한 독점판매권을 가지면서 제품판매를 촉진할 의무와 더불어 제조자나 공급자의 판매활동에 관한 지침이나 지시에 따를 의무 등을 부담하는 경우처럼 계약을 통하여 사실상 제조자나 공급자의 판매조직에 편입됨으로써 대리상과 동일하거나 유사한 업무를 수행하였고, ② 자신이 획득하거나 거래를 현저히 증가시킨 고객에 관한 정보를 제조자나 공급자가 알 수 있도록 하는 등 고객관계를 이전하여 제조자나 공급자가 계약 종료 후에도 곧바로

그러한 고객관계를 이용할 수 있게 할 계약상 의무를 부담하였으며, ③ 아울러 계약체결 경위, 영업을 위하여 투입한 자본과 그 회수 규모 및 영업 현황 등 제반 사정에 비추어 대리상과 마찬가지의 보호필요성이 인정된다는 요건을 모두 충족하는 때에는, 상법상 대리상이 아니더라도 대리상의 보상청구권에 관한 상법 제92조의2를 유추적용할 수 있다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

대리상은 일정한 상인을 위하여 판로를 개척하고 고객을 획득하는데, 대리상의 기여로 인한 성과가 계약 종료 후에도 남아 있는 경우 이것을 본인이 모두 가져가면 부당하므로 대리상에게 보상청구권이 인정된다(상법 제92조의2). 그 강행규정성에 대해서는 견해의 대립이 있다. 다수설은 대리상 보호를 위한 입법취지상 배제특약은 무효이나, 이미 발생한 보상청구권을 포기하는 것은 유효하다고 한다. 보상청구권의 요건은 다음과 같다: ① 대리상의 활동으로 본인이 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고, ② 이로 인하여 계약의 종료 후에도 본인이 이익을 얻고 있으며, ③ 계약의 종료가 대리상의 책임 있는 사유로 인한 경우가 아니어야 한다. 효과 대리상은 본인에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다. 이 보상액은 계약의 종료 전 5년간의 평균년보수액을 초과할 수 없다. 계약종료일로부터 6월이 경과하면 보상청구권은 소멸한다. 제조자·공급자로부터 제품을 구매하여 그 제품을 자기의 이름과 계산으로 판매하는 영업을 하는 자(이른바 특약점 또는 총판)는 대리상은 아니다. 이들은 대리·중개 서비스에 대한 수수료가 아니라 매입가격과 판매가격의 차이(판매마진)를 수익원으로 한다. 그러나 이들도 특정 상인에 대한 종속성이 큰 경우에는 대리상과 유사하게 보호해 줄 필요가 있다. 본 판례는 ① 계약을 통하여 사실상 제조자·공급자의 판매조직에 편입됨으로써 대리상과 동일하거나 유사한 업무를 수행하였을 것, ② 자신이 획득하거나 거래를 현저히 증가시킨 고객에 관한 정보를 제조자나 공급자가 알 수 있도록 하는 등 제조자·공급자에게 고객관계를 이전할 계약상 의무를 부담하였을 것, ③ 계약체결 경위, 영업을 위하여 투입한 자본과 그 회수 규모 및 영업 현황 등 제반 사정에 비추어 대리상과 마찬가지의 보호필요성이 인정될 것의 요건이 충족되면 재판매업자에 대리상의 보상청구권이 유추적용할 수 있음을 밝힌 것이다.

## Ⅱ. 중개업

### 63. 계약불성립시 중개인의 보수청구권 인정 여부

(대법원 1956. 4. 12. 선고 4289민상81 판결)

〈쟁점〉

매매의 불성립과 중개인의 보수청구권 인정 여부

〈판결요지〉

매매중개료청구권은 매매가 중개인의 손을 거쳐 성립되었음을 조건으로 하여 발생하므로, 매매가 성립되지 아니한 이상 중개인이 중개의 노력을 하였다 하더라도 그 노력의 비율에 상당한 보수를 청구하지 못한다.

〈선정이유〉

상인 스스로 거래의 상대방을 구하기 어려운 상거래분야에서 위탁자 또는 상인을 보조하여 공급과 수요사이의 적절한 거래조건을 창출하여 계약체결을 신속·용이하게 하고 그에 대하여 보수를 받는 상인의 보조영업이다. 이때 이를 영업으로 하는 자를 중개인이라 한다(상법 제93조). 중개인은 시장시세와 상대방의 신용상태 등을 탐지하고 상품의 감정, 유가증권의 진위, 보험료의 고저, 선박의 성질 등 전문적 자료를 준비하고서 위탁자에게 조언하며 때로는 당사자에게 상대방을 알리지 않음으로써 거래를 원활하게 하는 기능을 한다. 중개업에는 상거래에 익숙하면서도 자력이 없는 사람이 종사하는데 시장이 상품별로 세분화되어 있는 고도산업사회에서 이용도가 점차 높아지고 있다. 가령 증권 등의 매매, 금융거래, 운송 및 보험거래 등이 속한다.

중개인은 상인이기 때문에 당사자 사이에 아무런 특약이 없는 경우에도 중개인은 중개에 대한 일정한 보수, 즉 중개료를 청구할 수 있다(제61조). 그를 행사하기 위하여는 우선 중개당사자간의 계약이 성립하여야 한다. 즉 중개당사자간에 계약이 유효하게 성립되어야 한다. 계약이 성립되지 않으면 중개인의 수고가 아무리 크다하더라도 보수청구권은 발생하지 않는다. 계약이 성립한 이상 이행의 유무는 묻지 않으므로 채무불이행을 이유로 계약이 해제되더라도 보수청구권은 소멸하지 않는다. 그러나 계약의 이행을 조건으로 하는 특약은 유효하며 부동산거래의 중개에서는 그러한 관습도 있다. 본 판례는 바로 유효하게 계약이 성립하여야 중개인의 보수청구권이 성립됨을 밝혀준 것이다.

# Ⅲ. 위탁매매업

## 64. 준위탁매매인의 판단기준과 위탁물의 귀속

(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결)

〈쟁점〉

위탁매매에서의 위탁물의 귀속에 관한 상법 제103조

〈판결요지〉

위탁매매란 자기의 명의로 타인의 계산에 의하여 물품을 매수 또는 매도하고 보수를 받는 것으로서 명의와 계산의 분리를 본질로 한다. 그리고 어떠한 계약이 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지는 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단하여야 한다. 이는 자기명의로써, 그러나 타인의 계산으로 매매 아닌 행위를 영업으로 하는 이른바 준위탁매매(상법 제113조)에 있어서도 마찬가지이다.

갑 주식회사가 국내에서 독점적으로 판권을 보유하고 있는 영화의 국내배급에 관하여 을 주식회사와 체결한 국내배급대행계약이 준위탁매매계약의 성질을 갖는지가 문제된 사안에서, 배급대행계약서의 내용 등 여러 사정에 비추어 을 회사는 위 배급대행계약에 따라 갑 회사의 계산에 의해 자신의 명의로 각 극장들과 영화상영계약을 체결하였다고 보아야 하므로, 을 회사는 준위탁매매인의 지위에 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.

위탁매매인이 그가 제3자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 그 채권자에게 위탁매매로

취득한 채권을 양도한 경우에 위탁매매인은 위탁자에 대한 관계에서는 위탁자에 속하는 채권을 무권리자로서 양도한 것이고, 따라서 그 채권양도는 무권리자의 처분 일반에서와 마찬가지로 양수인이 그 채권을 선의취득하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자에 대하여 효력이 없다. 이는 채권양수인이 양도의 목적이 된 채권의 귀속 등에 대하여 선의였다거나 그 진정한 귀속을 알지 못하였다는 점에 관하여 과실이 없다는 것만으로 달라지지 아니한다.

〈선정이유〉

위탁매매관계에서는 대내적으로 위탁물 및 위탁매매로 취득한 것은 위탁자 소유이다. 즉 위탁매매인이 위탁자로부터 받은 물건·유가증권이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건·유가증권·채권은 '위탁자'와 '위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자' 간의 관계에서는 이를 위탁자의 소유 또는 채권으로 본다(상법 제103조). 따라서 위탁매매인이 불법영득의사로 위탁물을 사용·소비한 경우 타인(위탁자)의 물건을 사용·소비한 것이므로 업무상 횡령죄가 성립한다(대법원 1982. 2. 23. 선고 81도2619 판결). 위탁매매인이 파산한 경우 위탁자는 위탁물에 대해 환취권을 행사할 수 있다. 위탁매매인의 채권자가 위탁물에 대해 강제집행을 하면 위탁자는 자기 소유임을 이유로 제3자이의의 소를 제기할 수 있다.

위탁매매에 관한 규정은 자기명의로써 타인의 계산으로 매매 아닌 행위를 영업으로 하는 자에 준용한다(상법 제113조). 즉 매매가 아니라 용역제공(영화배급 등) 등을 위탁받은 경우에도 위탁매매인에 준하여 취급하는 것이다. 이러한 준위탁매매관계에서 위탁물의 귀속에 대한 상법 제103조 적용을 밝혀주고 있는 것이 본 판례이다.

## 65. 위탁매매인의 담보책임과 시효

(대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결)

〈쟁점〉

위탁매매인의 담보책임과 소멸시효

〈판결요지〉

3년의 단기소멸시효가 적용되는 민법 제163조 제6호 소정의 '상인이 판매한 상품의 대가'란 상품의 매매로 인한 대금 그 자체의 채권만을 말하는 것으로서, 상품의 공급 자체와 등가성 있는 청구권에 한한다.

위탁자의 위탁상품 공급으로 인한 위탁매매인에 대한 이득상환청구권이나 이행담보책임 이행청구권은 위탁자의 위탁매매인에 대한 상품 공급과 서로 대가관계에 있지 아니하여 등가성이 없으므로 민법 제163조 제6호 소정의 '상인이 판매한 상품의 대가'에 해당하지 아니하여 3년의 단기소멸시효의 대상이 아니고, 한편 위탁매매는 상법상 전형적 상행위이며 위탁매매인은 당연한 상인이고 위탁자도 통상 상인일 것이므로, 위탁자의 위탁매매인에 대한 매매 위탁으로 인한 위의 채권은 다른 특별한 사정이 없는 한 통상 상행위로 인하여 발생한 채권이어서 상법 제64조 소정의 5년의 상사소멸시효의 대상이 된다.

〈선정이유〉

위탁매매의 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는, 위탁매매인은 위탁자에 대하여 이를 이행할 책임이 있다(105조). 즉 위탁매매인에게 위탁자를 위한 이행담보책임을 지우는 것이다. 물론 위탁매매인은 채무를 불이행한 상대방에 대해 매매계약에 따른 권리를 행사할 수 있다. 이때 그 담보책임의 시효가 문제된다. 본 판례는 이행담보책임은 물건의 위탁자의 위탁매매인에 대한 상품 공급과 서로 대가관계에 있지 아니하여 등가성이 없으므로 민법 제163조 제6호 소정의 '상인이 판매한 상품의 대가'에 해당하지 아니하여 3년의 단기소멸시효의 대상이 아니고, 한편 위탁매매는 상법상 전형적 상행위이며 위탁매매인은 당연한 상인이고 위탁자도 통상 상인일 것이므로, 위탁자의 위탁매매인에 대한 매매 위탁으로 인한 위의 채권은 다른 특별한 사정이 없는 한 통상 상행위로 인하여 발생한 채권이어서 상법 제64조 소정의 5년의 상사소멸시효의 대상임을 밝혀주고 있다.

## 66. 위탁매매업

(대법원 1995. 12. 22. 선고 95다16660 판결)

〈쟁점〉

위탁매매업에서 영업점포 상호, 영업장소 변경이 차지하는 비중

〈판결요지〉

위탁판매 계약이 수탁 판매인의 영업점포의 상호 변경이나 영업장소의 변경으로 당연히 해지된다고 볼 수 없고, 또한 위탁판매점 계약에서 상품 전시시설이 계약의 중요 요소가 된다고 볼 수 있는 것도 아니므로 소외 1이 영업장소를 이전한 ○○오토바이부속이라는 상호의 점포에 전시시설이 있는지를 심리하여야 한다거나 그 유무에 따라 계약의 해지 여부에 관한 판단이 달라진다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

물건 또는 유가증권에 관한 매도위탁(물건 등을 팔아달라는 부탁)을 받아 매도하거나 매수위탁(물건 등을 사달라는 부탁)을 받아 매수하는 행위를 자기명의·타인계산으로 영업으로 하는 자가 위탁매매인이다(상법 제101조). 자기명의란 위탁매매인 자신이 법률행위의 당사자로서 그 권리의무의 주체가 됨을 의미한다. 타인의 계산이란 그 법률행위의 경제적 효과가 타인(위탁자)에게 귀속함을 의미한다. 영업점포의 상호변경이나 영업장소 변경이 위탁매매계약 해지사유가 되는지와 관련하여 본 판례는 그러한 요소는 중요한 요소가 아님을 밝혀 주고 있다.

# Ⅳ. 운송주선업

## 67. 운송주선인의 손해배상책임

(대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1358 판결)

〈쟁점〉

운송주선인이 손해배상책임을 지는 경우

〈판결요지〉

수출자가 선하증권 대신 신용장발행은행을 화물수취인으로 한 운송주선업자 화물수취증을 첨부하여 환어음을 발행한 경우 역시 신용장 발행은행이 운송목적지에서의 수출품의 반환청구권을 가지게 되고, 위 반환청구권이 수출대금을 담보로 하는 기능을 하게 되는 것이므로, 화물수취증을 발행한 운송주선인으로서는 선적서류, 예컨대 선하증권이 화물수취증에 이어 발행될 때에는 그러한 선적서류상의 화물의 처분에 관한 조건이 화물수취증에 의하여 부과된 의무와 상치되지 않도록 주의하여야 하며 위 화물수취증상의 운송물인도에 관한 조건에 위배하여 운송물을 처분하였을 경우에는 그에 대한 책임을 면할 수 없다

〈선정이유〉

상법 제115조에 의하면 운송주선인은 자기나 그 사용인이 운송물의 수령, 인도, 보관, 운송인이나 다른 운송주선인의 선택 기타 운송에 관하여 주의를 게을리 하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상하여야 한다. 이 제115조는 운송주선인 책임에 대해 과실책임, 사용인의 과실에 대한 운송주선인의 책임, 운송주선인의 증명책임을 선언하고 있다. 이는 민법 제391조 등에 의하여서도 인정되는 것이므로 제115조는 주의적인 규정이다. 제115조는 '사용인'뿐만 아니라 모든 이행보조자, 이행대행자에 관하여도 적용되고 또 운송물이 멸실·훼손·연착된 경우뿐만 아니라 모든 주선의무 불이행에 적용된다. 운송물의 수령 등등의 규정은 운송주선인의 의무를 예시적으로 열거한 것에 불과하다. 즉 운송주선인의 의무는 당사자의 약정에 의하여 정해지는 것이지 상법 제115조에 의하여 운송주선인에게 수령, 보관, 인도의 의무가 생기는 것은 아니다. 운송물의 멸실은 물리적 멸실 뿐만 아니라 도난, 분실, 무권리자에의 인도 따위와 같은 인도할 수 없는 모든 경우를 포함한다. 훼손은 가격을 감소하게 하는 물질적 손상을 지칭한다. 그리고 연착은 약정된 일시 또는 보통 도착할 일시보다 늦게 도착하는 경우를 가리킨다. 본 판례는 화물수취증을 발행한 운송주선인은 선적서류가 화물수취증에 이어 발행될 때에는 그러한 선적서류 상의 화물의 처분에 관한 조건이 화물수취증에 의하여 부과된 의무와 상치되지 않도록 주의하여야 하며 위 화물수취증상의 운송물인도에 관한 조건에 위배하여 운송물을 처분하였을 경우에는 손해배상책임을 져야 함을 밝혀주고 있다.

## 68. 실제의 운송주선인

(대법원 2007.4.27. 선고 2007다4943 판결)

〈쟁점〉

하주나 운송인의 대리인으로 운송계약을 체결하는 경우와 운송주선인 해당 여부

〈판결요지〉

물품운송계약은 당사자의 일방에게 물품을 한 장소로부터 다른 장소로 이동할 것을 약속하고 상대방이 이에 대하여 일정한 보수를 지급할 것을 약속함으로써 성립하는 계약으로서(대법원 1963. 4. 18. 선고 63다126 판결, 1983. 4. 26. 선고 82누92 판결 참조), 운송계약에 따른 권리·의무를 부담하는 운송인은 운송의뢰인에 대한 관계에서 운송을 인수한 자가 누구인지에 따라 확정된다. 한편, 운송주선인은 자기의 명의로 물건운송의 주선을 영업으로 하는 사람으로서, 자기의 이름으로 주선행위를 하는 것이 원칙이지만 하주나 운송인의 대리인 또는, 위탁자의 이름으로 운송계약을 체결하였다고 하더라도 실제로 주선행위를 하였다면 운송주선인임에는 변함이 없다(대법원 1987. 10. 13. 선고 85다카1080 판결 참조).

〈선정이유〉

운송주선인은 자기명의로써 위탁자인 타인의 계산으로 운송계약을 체결함을 영업으로 하는 자이다. 따라서 운송주선인은 운송인과 운송계약을 체결함으로써 권리·의무의 귀속주체가 된다. 이점에서 위탁매매인이나 준위탁매매인과 같고 대리상이나 운송중개인과 다르다. 그런데 실무에서는 운송주선을 하면서 위탁자의 명의로 운송계약을 체결하는 대리가 성행한다. 왜냐하면 은행의 신용을 얻기 위하여 화환어음을 발행하여 처리할 때 위탁자를 송하인으로 하여 화물상환증이나 선하증권을 발행할 필요가 있기 때문이다. 본 판례는 운송주선인은 자기의 명의로 물건운송의 주선을 영업으로 하는 사람으로서, 자기의 이름으로 주선행위를 하는 것이 원칙이지만 하주나 운송인의 대리인 또는, 위탁자의 이름으로 운송계약을 체결하였다고 하더라도 실제로 주선행위를 하였다면 운송주선인이 될 수 있음을 밝혀주고 있다.

# Ⅴ. 운송업

## 69. 고가물과 운송인의 불법행위로 인한 사용자배상책임

(대법원 1991. 8. 23. 선고 91다15409 판결)

〈쟁점〉

지입차량의 소유명의자의 사용자배상책임과 고가물불고지 면책의 불법행위에의 적용 여부

〈판결요지〉

소위 지입차량의 소유명의자는 그 지입차량의 운전자를 직접 고용하여 지휘감독을 한 바 없었더라도 명의대여자로서 뿐만 아니라 객관적으로 지입 차량의 운전자를 지휘 감독할 관계에 있는 사용자의 지위에 있다 할 것이므로 그 운전자의 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에는 사용자 책임을 부담한다.

상법 제136조와 관련되는 고가물불고지로 인한 면책규정은 일반적으로 운송인의 운송계약상의 채무불이행으로 인한 청구에만 적용되고 불법행위로 인한 손해배상청구에는 그 적용이 없으므로 운송인의 운송이행업무를 보조하는 자가 운송과 관련하여 고의 또는 과실로 송하인에게 손해를 가한 경우 동인은 운송계약의 당사자가 아니어서 운송계약상의 채무불이행으로 인한 책임은 부담하

지 아니하나 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하므로 위 면책규정은 적용될 여지가 없다.

〈선정이유〉

본 판례는, 지입회사는 차량의 운전자에 대하여 객관적으로 지휘감독할 관계에 있으므로 차량운전자의 잘못에 대하여 사용자배상책임을 져야 하며(민법 제756조), 상법 제136조 상의 고가물불고지의 면책은 불법행위로 인한 책임에는 적용되지 아니함을 밝혀주고 있는 판례이다.

## 70. 운송인책임시효 1년의 단기제척기간의 기산점(상법 제147조, 제121조 관련)

(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결)

〈쟁점〉

운송인 책임에 대한 1년의 단기제척기간의 기산점

〈판결요지〉

상법 제814조 제1항은 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권과 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸하되, 당사자의 합의에 의하여 위 기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 해상 운송인의 송하인이나 수하인에 대한 권리·의무에 관한 소멸기간은 제척기간이고(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28490 판결 등 참조), 제척기간의 기산점은 '운송물을 인도한 날 또는 인도할 날'이다. 해상운송계약에서 운송인은 운송물의 수령·선적·적부·보관·운송·양륙 및 인도의무를 부담하므로(상법 제795조 제1항), 운송인은 운송채무의 최종 단계에서 운송물을 정당한 수하인에게 인도함으로써 운송계약의 이행을 완료하게 된다. 여기서 운송물의 인도는 운송물에 대한 점유 즉, 사실상의 지배·관리가 정당한 수하인에게 이전되는 것을 말한다. 선하증권이 발행된 경우에는 선하증권의 정당한 소지인에게 인도하여야 한다(상법 제861조, 제132조). 따라서 운송인이 운송계약상 정해진 양륙항에 도착한 후 운송물을 선창에서 인도 장소까지 반출하여 보세창고업자에게 인도하는 것만으로는 그 운송물이 운송인의 지배를 떠나 정당한 수하인에게 인도된 것으로 볼 수 없다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2001다33918 판결 등 참조). 운송물이 멸실되거나 운송물의 인도가 불가능하게 된 경우에는 '운송물을 인도할 날'을 기준으로 제척기간이 도과하였는지를 판단하여야 한다. 여기서 '운송물을 인도할 날'이란 통상 운송계약이 그 내용에 좇아 이행되었으면 인도가 행하여져야 했던 날을 의미한다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28490 판결, 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다5058 판결 등 참조). (원고가 피고와 체결한 운송계약상 목적지인 터키 내 항구까지 화물을 운송하였으나 당초 해당 화물은 터키 내 항구를 경유하여 시리아까지 운송될 예정이었는데, 터키 당국이 이를 허용하지 않아 터키 내 보관장소에서 상당한 시간 임치되어 있었고 결국 시리아로 운송되지 못한 사안으로, 해당 화물이 운송계약에서 정한 양륙항에 입항하였다는 것만으로는 '운송물의 인도'가 이루어진 것이 아니므로, 화물이 최종목적지에 도달할 수 없어 정당한 수하인에게 인도될 수 없는 때에는 '운송물을 인도한 날'이 아니라 '운송물을 인도할 날'을 기준으로 상법 제814조 제1항에서 규정하는 제척기간을 기산하여야 한다는 이유로 운송물이 인도되었다고 판단한 원심을 파기한 사례).

〈선정이유〉

운송인의 책임은 단기에 소멸하도록 규정되어 있다. 우선 운송인의 책임은 수하인이 유보하지 않고 운송물을 수령함과 동시에 운임 기타 비용을 지급한 때에는 소멸한다(상법 146조 제1항 본문). 그리고 운송인의 손해배상책임은 운송물의 일부멸실·훼손·연착의 경우에는 수하인이 운송물을 수령한 날로부터 1년, 운송물이 전부멸실한 경우에는 그 인도할 날로부터 1년을 경과한 때에 시효로 소멸한다(상법 제147조, 제121조). 운송물이 멸실되거나 운송물의 인도가 불가능하게 된 경우에는 '운송물을 인도할 날'을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단해야 한다. 여기서 '인도할 날'이란 통상 운송계약이 그 내용에 좇아 이행되었으면 인도가 행하여져야 했던 날을 의미한다(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다5058 판결). 본 판례는 해당 화물이 운송계약에서 정한 양륙항에 입항하였다는 것만으로는 '운송물의 인도'가 이루어진 것이 아니므로, 화물이 최종목적지에 도달할 수 없어 정당한 수하인에게 인도될 수 없는 때에는 '인도한 날'이 아니라 '인도할 날'을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단해야 함을 밝혀 주고 있다.

# Ⅵ. 공중접객업

## 71. 상법 제152조 제1항의 규정에 의한 임치의 성립요건

(대법원 1992. 2. 11. 선고, 91다21800 판결)(소위 "국화장" 사건)

〈쟁점〉

공중접객업자의 책임과 임치계약 성립 여부

〈판결요지〉

상법 제152조 제1항의 규정에 의한 임치가 성립하려면 우선 공중접객업자와 객 사이에 공중접객업자가 자기의 지배영역 내에서 목적물 보관의 채무를 부담하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있음을 필요로 하는바, 여관 부설주차장에 시정장치가 된 출입문이 설치되어 있거나 출입을 통제하는 관리인이 배치되어 있거나 기타 여관측에서 그 주차장에의 출입과 주차사실을 통제하거나 확인할 수 있는 조치가 되어 있다면, 그러한 주차장에 여관 투숙객이 주차한 차량에 관하여는 명시적인 위탁의 의사표시가 없어도 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있은 것으로 볼 수 있으나, 위와 같은 주차장 출입과 주차사실을 통제하거나 확인하는 시설이나 조치가 되어 있지 않은 채 단지 주차의 장소만을 제공하는 데에 불과하여 그 주차장 출입과 주차사실을 여관측에서 통제하거나 확인하지 않고 있는 상황이라면, 부설주차장 관리자로서의 주의의무 위배 여부는 별론으로 하고 그러한 주차장에 주차한 것만으로 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있은 것으로 볼 수 없고, 투숙객이 여관측에 주차사실을 고지하거나 차량열쇠를 맡겨 차량의 보관을 위탁한 경우에만 임치의 성립을 인정할 수 있을 것이다. 그런데 원심확정사실에 의하면 이 사건 주차장에 시정장치가 된 출입문을 설치하거나 주차된 차량을 경비하는 종업원이 배치되어 있지 않음을 알 수 있고, 또 주차장은 출입구가 위 여관의 계산대에서 마주볼 수 있는 위치에 있기는 하나 이 곳에서 주차장출입차량을 일일이 통제하거나 확인할 수 있을 정도는 아닌 사실이 엿보이므로, 위 원심확정사실만으로는 주차사실을 전혀 고지하지 아니한 소외 A와 피고 사이에 주차차량에 관한 임

치의 합의가 있었던 것으로 보기 어렵다(관련 판례: 서울지방법원 2001.3.27. 선고, 2000나56203 판결).

〈선정이유〉

공중접객업자와 고객 사이에 명시적 또는 묵시적 임치합의에 따라 물건의 임치가 있는 때에 공중접객업자는 그 물건의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해를 고객에게 배상할 책임이 있다(상법 제152조 제1항). 고객의 범위는 공중접객업소의 시설을 이용하는 자를 말하지만 반드시 이용계약이 성립될 필요는 없다. 공중접객업자의 주의의무 위반을 추정하여 책임을 면하기 위해서는 공중접객업자가 임치를 받은 물건의 보관에 관하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하여야 한다. 공중접객업자는 임치받지 않은 경우도 그 시설 내에 휴대한 물건이 자기 또는 그 사용인의 과실로 인하여 멸실 또는 훼손된 때에는 손해배상책임이 있다(상법 제152조 제2항). 임치받지 않은 물건에 대한 책임은 임치받은 물건에 대한 책임보다 완화되어 고객이 공중접객업자의 과실을 증명하여야 한다. 여관에 차를 주차하는 경우 임치한 경우와 임치를 하지 않은 경우 공중접객업자의 책임이 차이가 난다. 이 때 그 구별기준으로서 본 판결은, 여관 부설주차장에 시정장치가 된 출입문이 설치되어 있거나 출입을 통제하는 관리인이 배치되어 있거나 기타 여관측에서 그 주차장에의 출입과 주차사실을 통제하거나 확인할 수 있는 조치가 되어 있다면, 그러한 주차장에 여관 투숙객이 주차한 차량에 관하여는 명시적인 위탁의 의사표시가 없어도 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있은 것으로 볼 수 있으나, 위와 같은 주차장 출입과 주차사실을 통제하거나 확인하는 시설이나 조치가 되어 있지 않은 채 단지 주차의 장소만을 제공하는 데에 불과하여 그 주차장 출입과 주차사실을 여관측에서 통제하거나 확인하지 않고 있는 상황이라면, 부설주차장 관리자로서의 주의의무 위배 여부는 별론으로 하고 그러한 주차장에 주차한 것만으로 여관업자와 투숙객 사이에 임치의 합의가 있은 것으로 볼 수 없다는 것을 제시하고 있다.

## 72. 공중접객업자의 인적 손해배상책임

(대법원 1997. 10. 10. 선고 96다47302 판결)

〈쟁점〉

공중접객업자의 보호의무와 손해배상책임

〈판결요지〉

공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시 사용을 위한 임대차계약으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는

부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담하고, 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반 사실을 주장·입증하여야 하며 숙박업자로서는 통상의 채무불이행에 있어서와 마찬가지로 그 채무불이행에 관하여 자기에게 과실이 없음을 주장·입증하지 못하는 한 그 책임을 면할 수는 없다고 할 것이고, 이와 같은 법리는 장기투숙의 경우에도 마찬가지이다.

〈선정이유〉

상법은 공중접객업자의 책임에 대해서는 규정하고 있지 않다. 본 판례는 공중접객업자는 고객의 보호의무가 있으며, 이를 위반한 경우 민법상 채무불이행에 기한 손해배상책임을 져야 함을 밝혀주고 있다.

# Ⅶ. 창고업

## 73. 임치인은 임치물의 소유권자임을 요하지 않음

(대법원 1954. 3. 10. 선고 4287민상128 판결)

〈쟁점〉

창고계약에서 임치인이 임치물의 소유자이어야 하는지 여부

〈판결요지〉

임치계약상 임치인은 반드시 그 임치물의 소유권자임을 요하는 것이 아니므로 임치인의 청구에 의하여 창고증권이 발행되었다고 하여도 임치물의 소유권이 임치인에 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

창고업자라 함은 타인을 위하여 창고에 물건을 보관하는 것을 영업으로 하는 사람을 말한다(상법 제155조). 이 때 보관의 대상은 타인의 물건이다. 따라서 자기의 물건을 보관하기 위하여 창고를 운영하는 사람은 창고업자가 아니다. 그러나 자기의 물건을 보관한 경우일지라도 보관물에 관하여 창고증권이 발행되고 이 창고증권을 제3자가 취득한 때에는 발행인은 창고업자로서 창고증권의 문언에 따라 소지인에 대하여 책임을 진다. 그리고 임치인이 반드시 물건의 소유자이어야 하는지가 문제되는 바, 본 판례는 임치인이 물건의 소유자가 아니어도 무방함을 밝혀주고 있다.

## 74. 창고업자의 손해배상책임

(대법원 2004. 1. 27. 선고 2000다63639 판결)

〈쟁점〉

창고업자의 수하인 아닌 자에 대한 물건 인도와 손해배상책임

〈판결요지〉

항공화물이 통관을 위하여 보세창고에 입고된 경우에는 운송인과 보세창고업자 사이에 항공화물에 관하여 묵시적 임치계약이 성립한다고 볼 것이고, 따라서 보세창고업자는 운송인과의 임치계약에 따라 운송인 또는 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있고, 한편 운송인은 항공화물 운송장상의 수하인이나 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있으므로, 보세창고업자로서는 운송인의 이행보조자로서 항공운송의 정당한 수령인인 수하인 또는 수하인이 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무를 부담하게 되는바, 보세창고업자가 화물을 인도함에 있어서 운송인의 지시 없이 수하인이 아닌 사람에게 인도함으로써 수하인의 화물인도청구권을 침해한 경우에는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

〈선정이유〉

상법 제160조에 의하여 창고업자는 자기 또는 사용인이 임치물의 보관에 관하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 임치물의 멸실 또는 훼손에 대하여 손해를 배상할 책임을 면치 못한다. 창고업자는 임치계약의 성질상 임치시와 동일한 상태로 임치물을 반환할 의무가 있으므로 책임을 면하기 위하여는 자기의 무과실을 증명하여야 한다. 이 책임은 절대적 책임으로 실화(失火)로 인하여 임치물이 멸실된 경우에도 창고업자는 실화책임에 관한 법률에 의한 면책을 주장할 수 없다. 그리고 창고업자는 불법행위에 기한 손해배상책임도 진다. 창고업자는 보관계약불이행으로 인한 모든 손해를 배상하여야 한다. 운송인에서와 같은 배상액의 정형화제도는 없다. 본 판례는, 창고업자로서는 운송인의 이행보조자로서 항공운송의 정당한 수령인인 수하인 또는 수하인이 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무를 부담하고, 창고업자가 화물을 인도함에 있어서 운송인의 지시 없이 수하인이 아닌 사람에게 인도함으로써 수하인의 화물인도청구권을 침해한 경우에는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있음을 밝혀 주고 있다.

## Ⅷ. 금융리스업

### 75. 금융리스의 법적 성질

(대법원 1986. 8. 19. 선고 84다카503, 504 판결)

〈쟁점〉

금융리스계약의 법적 성질이 임대차계약인지, 무명계약인지 여부

〈판결요지〉

시설대여(리스)는 시설대여회사가 대여시설이용자가 선정한 특정물건을 새로이 취득하거나 대여받아 그 물건에 대한 직접적인 유지·관리 책임을 지지 아니하면서 대여시설이용자에게 일정기간 사용하게 하고, 그 기간에 걸쳐 일정대가를 정기적으로 분할하여 지급받으며, 그 기간 종료 후의 물건의 처분에 관하여는 당사자 간의 약정으로 정하는 계약으로서(시설대여산업육성법 제2조 제1호 참조), 형식에서는 임대차 계약과 유사하나 그 실질은 물적금융(物的金融)이고 임대차 계약과는 여러 가지 다른 특질이 있기 때문에 시설대여(리스)계약은 비전형계약(無名契約)이고 따라서 이에

대하여는 민법의 임대차에 관한 규정이 바로 적용되지는 아니한다고 할 것이다.

〈선정이유〉

보통 리스라고 할 경우 운용리스가 아닌 금융리스를 말한다. 금융리스(finance lease)는 금융리스이용자가 선정한 기계, 시설, 그밖의 재산(금융리스물건)을 금융리스업자가 공급자로부터 취득하거나 대여받아 금융리스이용자에게 이용하게 하는 거래를 말한다(상법 제168조의2). 금융리스업자는 리스물건에 대한 직접적인 유지관리 책임을 지지 않으면서 이용자로부터 대여기간 중 리스료를 지급받아 리스물건 취득자금과 그 이자, 기타 비용을 회수한다. 금융리스의 본질적 기능은 이용자에게 리스물건의 취득자금에 대한 금융편의를 제공하는 데에 있다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다26098 판결). 금융리스는 형식적으로 임대차의 성질을 가지지만 목적물의 취득, 취득대가의 지급, 회수담보방법 등 실질적인 측면에서 금융거래적 성격이 강하다. 본 판례가 보여주듯이, 우리 판례는 일관되게 비전형계약설을 취하고 있으며 리스거래를 물적금융(物的金融)이라고 하면서 임대차 관련 규정을 적용하지 않는다.

## 76. 금융리스와 물품대여계약

(대법원 2013. 7. 12. 선고 판결)

〈쟁점〉

정수기 대여계약이 금융리스계약에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

민법 제163조 제1호에서 3년의 단기소멸시효에 걸리는 것으로 규정한 '1년 이내의 기간으로 정한 채권'이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말한다.

금융리스는 리스이용자가 선정한 특정 물건을 리스회사가 새로이 취득하거나 대여받아 리스물건에 대한 직접적인 유지·관리 책임을 지지 아니하면서 리스이용자에게 일정 기간 사용하게 하고 대여 기간 중에 지급받는 리스료에 의하여 리스물건에 대한 취득 자금과 이자, 기타 비용을 회수하는 거래관계로서, 그 본질적 기능은 리스이용자에게 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의를 제공하는 데에 있다.

甲주식회사('甲회사')와 A가 체결한 정수기 대여계약에 기한 월 대여료 채권의 소멸시효 기간이 문제 된 사안에서, 위 대여계약은 甲회사가 보유하는 정수기를 그 사용을 원하는 A 등 불특정 다수를 대상으로 대여하기 위하여 체결한 것으로서 본질이 리스물건의 취득 자금에 대한 금융 편의 제공이 아니라 리스물건의 사용 기회 제공에 있는 점, 위 대여계약에서 월 대여료는 甲회사가 A에게 제공하는 취득 자금의 금융 편의에 대한 원금의 분할변제와 이자·비용 등의 변제 성격을 가지는 것이 아니라 정수기의 사용 대가인 점 등에 비추어 위 대여계약은 금융리스에 해당한다고 볼 수 없으므로, 위 대여계약에 기한 월 대여료 채권은 민법 제163조 제1호에 정한 '사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전의 지급을 목적으로 한 채권'으로서 소멸시효 기간은 3년이라는 이유로, 이와 달리 소멸시효 기간이 5년이라고 본 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

본 판례는 회사가 보유하는 정수기를 그 사용을 원하는 불특정 다수를 대상으로 대여하기 위하여 체결한 계약은 금융리스 계약에 해당하지 아니하므로 대여계약에 기한 월 대여료 채권은 민법 제163조 제1호에 정한 '사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전의 지급을 목적으로 한 채권'으로서 소멸시효 기간은 3년이지, 상법 제64조의 의하여 5년의 시효가 적용되는 것이 아님을 밝혀주고 있다.

## 77. 상법 제168조의3 제1항에 따라 금융리스업자가 부담하는 의무의 내용

(대법원 2019. 2. 14. 선고 2016다245418(본소) 채무부존재확인, 2016다245425(반소) 판결)

〈쟁점〉

금융리스업자가 부담하는 의무의 내용

〈판결요지〉

금융리스계약은 금융리스업자가 금융리스이용자가 선정한 기계, 시설 등 금융리스물건을 공급자로부터 취득하거나 대여받아 금융리스이용자에게 일정기간 이용하게 하고 그 기간 종료 후 물건의 처분에 관하여는 당사자 사이의 약정으로 정하는 계약이다(상법 제168조의2). 금융리스계약은 금융리스업자가 금융리스이용자에게 금융리스물건을 취득 또는 대여하는 데 소요되는 자금에 관한 금융의 편의를 제공하는 것을 본질적 내용으로 한다(대법원 1996. 8. 23. 선고 95다51915 판결 참조). 금융리스업자는 금융리스이용자가 금융리스계약에서 정한 시기에 금융리스계약에 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 하여야 하고(상법 제168조의3 제1항), 금융리스이용자가 금융리스물건수령증을 발급한 경우에는 금융리스업자와 사이에 적합한 금융리스물건이 수령된 것으로 추정한다(상법 제168조의3 제3항). 이러한 금융리스계약의 법적 성격에 비추어 보면, 금융리스계약 당사자 사이에 금융리스업자가 직접 물건의 공급을 담보하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 금융리스업자는 금융리스이용자가 공급자로부터 상법 제168조의3 제1항에 따라 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 협력할 의무를 부담할 뿐이고, 이와 별도로 독자적인 금융리스물건 인도의무 또는 검사·확인의무를 부담한다고 볼 수는 없다.

원고는 리스이용자로서 리스업자인 피고들을 상대로 리스물건이 "적합한 리스물건"이 아님을 주된 이유로 하여 "리스계약 해제 및 리스료 지급거절, 리스계약 해지, 리스계약 취소"를 주장하였는데, (1) 원고 스스로 리스물건의 이용 목적 등을 고려하여 직접 리스물건을 선정하고 이를 목적물로 하여 리스업자인 피고들과 금융리스계약을 체결한 다음, 피고들에게 리스물건을 인도받았다는 수령증을 발급하였으므로, 이로써 원고는 상법 제168조의3 제3항에 따라 금융리스계약에 적합한 금융리스물건을 수령한 것으로 추정되고, 원고 제출의 증거들만으로는 위 추정이 번복된다고 보기 어려우며, 피고들이 원고에 대해 독자적인 금융리스물건 인도의무 또는 검사·확인의무를 부담한다고 볼 수 없고, (2) 원고의 사기에 의한 금융리스계약 취소 주장과 상법 제168조의5 제1항에 기한 리스계약 해지 주장은 이유 없다고 하여 원고의 청구를 모두 기각한 원심의 판단에 상법 제168조의3 제1 내지 3항, 제168조의5 제3항, 민법 제110조 제2항의 해석에 관한 법리오해, 사실오인 등의 잘못이 없다고 하여 원고들의 상고를 기각한 사례.

〈선정이유〉

우리 판례는 금융리스의 법적성질을 임대차계약이 아닌 무명계약으로 보고 있다. 본 판례는, 금융리스업자가 직접 물건의 공급을 담보하기로 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한, 금융리스업자는 상법 제168조의3 제1항에 따라 금융리스이용자가 공급자로부터 적합한 금융리스물건을 수령할 수 있도록 협력할 의무를 부담할 뿐이고, 이와 별도로 독자적인 금융리스물건 인도의무 또는 검사확인의무를 부담한다고 볼 수 없다는 점을 밝혀주고 있다.

# Ⅸ. 채권매입업

## 78. 채권매입업의 개념 및 법적 성질

(대법원 2000. 1. 5. 자 99그35 결정)

〈쟁점〉

팩토링 금융회사의 정리채권과 상거래 정리채권의 차별, 보증채권과 주채권의 차등의 정당화

〈판결요지〉

이른바 팩토링 금융회사의 정리채권을 금융기관 정리채권으로 분류하여 상거래 정리채권과 차등을 둔 정리계획인가가 헌법상 평등의 원칙이나 구 회사정리법 제228조, 제229조, 제233조 제1항 제2호를 위반하였다고 볼 수 없다....일반적으로 보증채무의 경우에는 변제책임을 지는 주채무자가 따로이 있을 뿐만 아니라 반드시 보증에 상응하는 대가를 얻는 것도 아니라는 점에서 정리채권이 보증채권인 경우에는 주채권인 경우에 비하여 일정한 차등을 두더라도 공정·형평이나 평등의 원칙에 어긋난다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

채권매입업(factoring)은 상인이 상거래에서 발생하는 외상매출채권을 회수할 때 이용하는 금융거래의 하나이다. 즉 거래상인(채권매입계약의 채무자)은 자신의 외상매출채권을 금융기관인 채권매입업자(factor)에게 양도하고, 채권매입업자는 거래상인에 갈음하여 채무자로부터 매출채권을 추심하는 동시에 채권추심과 관련된 부수적 행위를 할 것을 인수하는 경우가 많은데, 이를 채권매입업이라고 한다. 1995년 개정상법은 채권매입업을 '영업상 채권의 매수·회수 등에 관한 행위'로 표현하여 기본적 상행위에 포함시켰다(상법 제46조 제21호). 우리 상법 제168조의11에서는 채권매입업과 관련하여 "타인이 물건·유가증권의 판매, 용역의 제공 등에 의하여 취득하였거나 취득할 영업상의 채권(이하 이 장에서 "영업채권"이라 한다)을 매입하여 회수하는 것을 영업으로 하는 자를 채권매입업자라 한다."고 규정하고 있다. 본 판례는 과거에 회사정리법이 존재하던 때에 팩토링 금융회사의 정리채권과 상거래 정리채권의 차별, 보증채권과 주채권의 차등 취급이 공정 · 평등의 원칙에 위배되지 않음을 밝혀주고 있다.

# 회 사

**제1편 통칙**
**제2편 설립**
제1장 회사의 설립절차
제2장 가장납입
**제3편 주식과 주주**
제1장 종류주식
제2장 주주
제3장 주권
제4장 주식의 양도와 명의개서
제5장 주식의 양도제한
제6장 자기주시취득과 상호주
제7장 지배주주에 의한 소수주식의 전부취득
제8장 주식에 대한 담보설정
**제4편 기관**
제1장 주주총회
제2장 이사와 이사회
제3장 감사 및 감사위원회
**제5편 기업재무**
제1장 주주의 신주인수권
제2장 위법한 신주발행 등에 관한 구제
제3장 사채
제4장 회사의 계산
**제6편 기업구조조정 및 해산**
제1장 합병
제2장 회사분할
제3장 차입매수
제4장 해산과 청산
**제7편 주식회사 이외의 회사**

# 제1편 통 칙

## 79. 법인격 부인

(대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결)

〈쟁점〉

회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 그 실질에 있어서는 그 법인의 형식이 형해화되어 있는 경우 회사의 채권자가 법인격부인의 법리에 의하여 회사의 주주에게 그 채권의 이행을 구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

회사는 그 구성원인 사원과는 별개의 법인격을 가지는 것이고, 이는 이른바 1인 회사라 하여도 마찬가지이다. 그러나 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰여지는 경우에는 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없다 할 것이고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 할 것이다.

기록에 의하면, 피고 Y는 종전부터 욱일팔래스유통 주식회사, 전일산업 주식회사 등 여러 회사를 사실상 지배하면서 이들 회사를 내세워 그 회사 명의로 또는 자신의 개인 명의로 빌딩 또는 오피스텔 등의 분양사업을 하여 왔고, 이러한 사업의 일환으로 이 사건 건물의 분양 및 관리를 위하여 1991. 5. 3. 피고 회사 전 대표이사인 소외 A로부터 피고 회사의 주식을 양수한 다음 자신이 피고 회사의 대표이사로 취임한 사실, 피고 회사 주식은 모두 5,000주인데 현재 외형상 피고 Y 등 4인 명의로 분산되어 있으나 실질적으로는 피고 Y가 위 주식의 대부분을 소유하고 있고, 주주총회나 이사회의 결의 역시 외관상 회사로서의 명목을 갖추기 위한 것일 뿐 실질적으로는 이러한 법적 절차가 지켜지지 아니한 채 피고 Y 개인의 의사대로 회사 운영에 관한 일체의 결정이 이루어져 온 사실, 피고 회사 사무실은 현재 폐쇄되어 그 곳에 근무하는 직원은 없고, 피고 회사가 수분양자들로부터 지급받은 분양대금 약 78억원 중 30억원 가량은 피고 Y가 임의로 자신의 명의로 위 A로부터 이 사건 건물의 부지인 이 사건 대지를 매입하는 자금으로 사용하였고 회사채권자들에 의한 강제집행에 대비하여 위 대지에 관하여 제3자 명의로 가등기를 경료하였다가 이를 말소하는 등 피고 회사의 재산과 피고 Y 개인 재산이 제대로 구분되어 있지도 아니한 사실, 피고 회사가 시행하는 이 사건 공사는 공사 발주금액만도 166억원 가량에 이르는 대규모 공사이고 이 사건 건물의 분양대금도 수백억원에 이르는 데에 반하여 피고 회사의 자본금은 5,000만원에 불과할 뿐만 아니라 이마저도 명목상의 것에 불과하고 위 분양대금으로 매수한 이 사건 대지는 피고 Y 개인 명의로

소유권이전등기가 경료되어 있고 나머지 분양대금 역시 그 용도가 명확히 밝혀지지 아니한 채 모두 사용되어 버려 피고 회사의 실제 자산은 사실상 전혀 없다시피 한 사실을 인정할 수 있다.

이와 같은 피고 Y의 피고 회사 주식양수 경위, 피고 Y의 피고 회사에 대한 지배의 형태와 정도, 피고 Y와 피고 회사의 업무와 재산에 있어서의 혼융 정도, 피고 회사의 업무실태와 지급받은 분양대금의 용도, 피고 회사의 오피스텔 신축 및 분양사업의 규모와 그 자산 및 지급능력에 관한 상황 등 제반 사정에 비추어 보면 피고 회사는 형식상은 주식회사의 형태를 갖추고 있으나 이는 회사의 형식을 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질은 배후에 있는 피고 Y의 개인기업이라 할 것이고 따라서 피고 회사가 분양사업자로 내세워져 수분양자들에게 이 사건 건물을 분양하는 형식을 취하였다 할지라도 이는 외형에 불과할 뿐이고 실질적으로는 위 분양사업이 완전히 피고 Y의 개인사업과 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 피고 회사로부터 이 사건 오피스텔을 분양받은 원고로서는 피고 회사는 물론 피고 회사의 실질적 지배자로서 그 배후에 있는 피고 Y에 대하여도 위 분양계약의 해제로 인한 매매대금의 반환을 구할 수 있다 할 것이다.

〈선정이유〉

대법원이 최초로 본격적인 법인격부인의 법리를 채택한 판결이다. 채무불이행책임에 관하여 인정했다는 점과, 그 근거로서 신의성실의 원칙을 들고 있다는 특징이 있다. 이후 대법원은 법인격부인의 구체적인 법리를 지속적으로 명확하게 하여 한국형 법인격부인의 법리를 정립하였다.

## 80. 법인격의 형해화의 요건

(대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결)

〈쟁점〉

모회사가 자회사의 독자적인 법인격을 주장하는 것이 법인격의 남용에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

친자회사 사이에 있어서는 상호 간에 상당 정도의 인적·자본적 결합관계가 존재하는 것이 당연하므로, 자회사의 임직원이 모회사의 임·직원 신분을 겸유하고 있었다는 사정이나, 모회사가 자회사의 전 주식을 소유하여 그에 따른 주주권의 행사로서 이사 및 임원 선임권을 지닌 결과 자회사에 대해 강한 지배력을 가진 사정, 그 밖에 자회사의 사업 규모가 확장되었으나 자본금의 규모가 그에 상응하여 증가되지 아니한 사정 등만으로는 모회사가 자회사의 독자적인 법인격을 주장하는 것이 자회사의 채권자에 대한 관계에서 법인격의 남용에 해당한다고 보기에 부족하고, 적어도 자회사가 그 자체의 독자적인 의사 또는 존재를 상실하고 모회사가 자신의 사업의 일부로서 자회사를 운영한다고 할 수 있을 정도로 완전한 지배력을 행사하고 있을 것이 요구되며, 구체적으로는 모회사와 자회사 간의 재산과 업무 및 대외적인 기업거래활동 등이 명확히 구분되어 있지 않고 양자가 서로 혼용되어 있다는 등의 객관적 징표가 있어야 할 것이며, 무엇보다 여기에 더하여 자회사의 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 사용되거나 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용하는 등의 주관적 의도 또는 목적이 인정되어야 할 것이다.

〈선정이유〉

모자회사 관계에 있어서 법인격부인의 요건을 설시한 최초의 판결이다. 자회사에 대한 완전한 지배와 재산의 혼용을 두 가지 요건으로 하면서, 특히 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 사용되어야 한다는 단서를 달고 있다.

## 81. 채무면탈의 법인격부인 (1)

(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결)

〈쟁점〉

기존회사가 채무면탈의 목적으로 기업의 형태와 내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우 기존회사의 채권자가 두 회사 모두에 대하여 채무의 이행을 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태, 내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다 할 것이어서 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무의 이행을 청구할 수 있다고 볼 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 일부 인용하여 그 판시 사실을 각 인정한 다음, 피고 회사는 소외 주식회사 안건사(이하 '안건사'라 한다)와 상호, 상징, 영업목적, 주소, 해외제휴업체 등이 동일하거나 비슷한 점, 안건사와 일부 다른 피고 회사의 주요 이사진이나 주주 대부분이 안건사의 지배주주로서 대표이사였던 A의 친·인척이거나 안건사에서 A의 직원이었던 점, 피고 회사는 대외적으로 영업 등을 하면서 안건사와 동일한 회사인 양 홍보하였으며, 위 A와 피고 회사의 대표이사인 B도 안건사에서의 직책대로 활동한 점, 그에 따라 피고 회사가 외부에서 안건사와 동일한 회사로 인식된 채로 공사 등을 수주한 점, 피고 회사 내부적으로도 여전히 A가 회장으로서 역할을 수행하고 있는 것으로 보이는 점, 이 사건 제1심판결로 피고 회사가 안건사의 채무를 부담하게 되는 상황이 되자 이번에는 A의 아들 등이 주식회사 뮤텍코리아를 설립하여 피고 회사와 관련된 공사를 수주한 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 피고 회사는 안건사에 비해 직원 수 등 그 규모는 줄어들었으나 안건사와 실질적으로 동일한 회사로서 안건사의 채무를 면탈할 목적으로 안건사와 별개의 새로운 회사를 설립하는 형식만 갖춘 것이라 할 것이어서 피고 회사가 원고들에 대하여 안건사와 별개의 법인격임을 내세워 그 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하거나 법인격을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다 할 것이므로, 원고들은 안건사뿐만 아니라 피고 회사에 대하여도 임대차보증금의 지급을 청구할 수 있다고 판단하였다. 원심의 판단은 앞서 본 법리에 비추어 결국 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결 결과에 영향을 미친 심리미진 또는 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이나 주식회사 제도 및 법인격 부인에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

채무면탈을 위한 사해설립에 법인격부인을 적용한 최초의 판결이다. 우리나라에서 채무면탈을 위한 회사설립은 법인격부인이 적용되는 가장 전형적인 사례이며, 이후 대법원은 여러 판례를 통하여 법인격이 부인되는지의 판단을 위한 상세한 기준을 제시하게 된다.

## 82. 채무면탈의 법인격부인 (2)

(대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결)

〈쟁점〉

다른 사정을 충분히 고려하지 아니하고 신설회사가 기존회사의 대표이사에 의하여 지배되고 있다는 사정에 기초하여 채무면탈의 목적으로 신설회사를 설립한 경우로 본 원심판결을 파기한 사례

〈판결요지〉

기존회사가 채무를 면탈하기 위하여 기업의 형태, 내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 이러한 경우에 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없으므로, 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무의 이행을 청구할 수 있다고 할 것인바, 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 신설회사를 설립한 것인지 여부는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 신설회사의 설립시점, 기존회사에서 신설회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 신설회사로 이전된 자산이 있는 경우, 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, A주식회사는 그 대표이사인 B가 사주인 의약품 제조업체로서, 이 사건 대출금을 포함하여 다수의 채무를 부담하고 있는 상태에서 1997. 6.경 부도가 난 사실, 피고 회사는 2000. 5. 9. A주식회사와 같은 주소지인 안성시 신소현동(지번 생략)에서 상호를 “피고 주식회사”로 하여 의약품 제조 및 판매 등을 목적으로 설립된 회사로서 A주식회사의 주소지와 영업 목적이 동일하고, 임원진과 주주 등이 A주식회사의 대표이사이던 B의 처 또는 자녀이거나 그의 부하직원인 관계에 있는 사실, 피고 회사는 위 주소지상에 있는 A주식회사의 부동산과 기계류 등에 관한 수원지방법원 평택지원 99타경12114호 부동산 임의경매절차에서 2000. 12. 8. 위 부동산과 기계류 등을 10억4,500만원에 낙찰받아 2001. 11. 20. 그 대금을 완납함으로써 소유권을 취득하였는데, 위 낙찰대금 중 579,374,450원은 피고 회사가 서울저축은행으로부터 대출받은 금원으로, 258,445,600원은 위 부동산 등에 관하여 근저당권을 설정해 주고 소외 3으로부터 차용한 금원으로 지급한 사실, 또한 피고 회사는 2001. 12. 17. A주식회사와 사이에 A주식회사의 제조시설 및 품질관리시설과 제조에 관한 모든 제법 등 일체, 의약품 제조업 허가증 및 의약품 제조품목 허가(신고)증 일체, 등록 및 인·허가 등에 관한 일체의 자료, 권리와 의무를 대금 1억5천만원에 양수하기로 하는 양도·양수계약을 체결하고, 위 양도·양수계약을 기초로 식품의약품안전청장으로부터 의약품 제조업 변경허가를 받았는데, 위 대금 중 7,500만원만을 A주식회사가 의약품제조와 관련하여 부과받았던 과징금을 A주식회사 대신 납부하는 방식으로 지급하고, 나머지 대금은 면제받은 사

실, 피고 회사는 A주식회사의 근로자들을 대부분 그대로 승계하고, 특히 약사 자격이 있는 B를 품질관리자(나중에 제조관리자로 변경등록하였다)로 하여 A주식회사가 생산하던 것과 동일한 다수의 의약품을 생산하고 있는 사실, 한편 A주식회사의 경리과장으로서 B의 부하직원이었던 C는 별다른 자금력이 없는데도 주도적으로 피고 회사를 설립하여 앞서 본 바와 같이 A주식회사 등의 재산을 낙찰받고 그 경영권을 공익근무중인 B의 아들 D에게 모두 넘겨주었는데, 위 부동산 등에 대한 위 낙찰대금 중 은행 대출금을 제외한 나머지 경매비용이나, 피고 회사의 법인 설립비용 등 일련의 과정에서 소요된 자금과 관련하여 C의 자금출처가 분명하지 아니하며, C를 제외한 나머지 주주들은 모두 B의 처 또는 자녀로서, 당시 별다른 수입원이 있었다고 보이지 않는 사실을 알 수 있다.

위 사실에 의하면, 이 사건에서 피고 회사는 A주식회사와 기업의 형태·내용이 같고 모두 B에 의하여 지배되고 있는 회사라고 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 A주식회사의 부동산 등에 대한 낙찰대금 10억4,500만원 중 837,820,050원이 피고 회사 명의로 대출받거나 차용한 금원으로 지급되었고, 또한 피고 회사가 이 사건 의약품 제조 허가권 등과 관련하여 A주식회사에게 7,500만원을 대금으로 지급한 사실을 알 수 있으므로, 이에 불구하고 피고 회사가 A주식회사의 채무를 면탈하기 위하여 신설된 것이라고 인정하려면, 이 사건 의약품 제조 허가권 등에 대한 가액 평가나 대금의 일부 면제가 부당하게 이루어졌거나, 거래처를 비롯한 영업권이 아무런 대가 없이 이전되었거나, 그 밖에 A주식회사의 자산이 피고 회사의 설립비용 등의 자금으로 유용되었다는 사실 등 A주식회사의 채권자에게 불리한 결과를 초래하는 채무면탈에 관한 사정이 인정될 수 있어야 한다. 그런데도 원심은 이와 같은 채무면탈에 관한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 원심 판시와 같이 피고 회사의 설립비용 등의 자금이 실질적으로 B로부터 나왔다고 보인다는 점 등을 주된 논거로 삼아, A주식회사를 지배하고 있던 B가 다시 그가 지배하는 피고 회사를 설립하였다는 사정에 기초하여 B가 A주식회사의 채무를 면탈할 목적으로 피고 회사를 설립하였다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 채무를 면탈할 목적으로 새로운 회사를 설립하는 경우의 법인격 남용에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

〈선정이유〉

채무면탈을 위한 회사설립에서 법인격부인을 적용하기 위하여 상세한 요건을 설시하고, 이런 요건에 대한 심사 없이 법인격부인을 인정한 원심을 파기한 사례이다. 채무면탈형 법인격부인의 요건을 제시하고 있다는 점에서 법리상 중요한 지위를 차지하고 있다.

## 83. 채무면탈의 법인격부인 (3)

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결)

〈쟁점〉

기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우, 기존회사의 채권자가 두 회사 모두에 채무 이행을 청구할 수 있는지 여부 및 어느 회사가 채무를 면탈할 목적으로 이미 설립되어 있는 다른 회사를 이용한 경우에도 위 법리가 적용되는지 여부

〈판결요지〉

기존회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사의 채권자에게 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실 원칙상 허용될 수 없다 할 것이어서 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무 이행을 청구할 수 있고, 이와 같은 법리는 어느 회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 이미 설립되어 있는 다른 회사를 이용한 경우에도 적용된다.

기존회사의 채무를 면탈할 의도로 다른 회사 법인격을 이용하였는지는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 기존회사에서 다른 회사로 유용된 자산의 유무와 정도, 기존회사에서 다른 회사로 이전된 자산이 있는 경우 정당한 대가가 지급되었는지 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

채무면탈의 법인격부인이 단순히 사해설립의 상황, 즉 회사를 신설한 경우에만 적용되는 것이 아니라 채무면탈을 위해 기존 회사를 이용하였을 경우에도 적용된다는 법리를 확인한 판결이다. 이와 함께 그 판단을 위한 요건도 자세하게 설시하고 있다.

## 84. 회사의 영리성과 기부행위

(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결)

〈쟁점〉

카지노사업자인 갑 주식회사의 이사회에서 주주 중 1인인 을 지방자치단체에 대한 기부행위를 결의하였는데, 갑 회사가 이사회 결의에 찬성한 이사인 병 등을 상대로 상법 제399조에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 병 등이 위 결의에 찬성한 것은 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례

〈판결요지〉

카지노사업자인 갑 주식회사의 이사회에서 주주 중 1인인 을 지방자치단체에 대한 기부행위를 결의하였는데, 갑 회사가 이사회 결의에 찬성한 이사인 병 등을 상대로 상법 제399조에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 위 이사회 결의는 폐광지역의 경제 진흥을 통한 지역 간 균형발전 및 주민의 생활향상이라는 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌고, 기부액이 갑 회사 재무상태에 비추어 과다하다고 보기 어렵다고 하더라도, 기부행위가 폐광지역 전체의 공익 증진에 기여하는 정도와 갑 회사에 주는 이익이 그다지 크지 않고, 기부의 대상 및 사용처에 비추어 공익 달성에 상당한 방법으로 이루어졌다고 보기 어려울 뿐만 아니라 병 등이 이사회에서 결의를 할 당시 위와 같은 점들에 대해 충분히 검토하였다고 보기도 어려우므로, 병 등이 위 결의에 찬성한 것은 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

〈선정이유〉

회사의 기부행위가 회사의 영리성에 비추어 어느 정도까지 허용되는지에 대하여 다룬 드문, 중요한 판결이다. 일반적으로 회사의 기부행위는 허용되지만, 이 판례에서는 기부규모가 회사규모에 비하여 크지 않음에도 불구하고 이사의 주의의무 위반을 인정하였다. 매우 드물지만 회사법의 기초적인 문제에 대한 좋은 사례이다.

## 85. 1인 회사

(대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1187 판결)

〈쟁점〉

주주총회의 소집절차가 위법한 경우, 1인 회사에서 그 주주총회결의의 효력

〈판결요지〉

주주총회의 소집절차에 관한 법의 규정은 각 주주의 이익을 보호하려는데 그 목적이 있는 것이므로, 주주총회가 소집권한 없는 자의 소집에 의하여 소집되었고, 또 그 총회를 소집키로 한 이사회의 정족수와 결의절차에 흠결이 있어 소집절차가 위법한 것이라 하더라도, 1인주주회사에서 그 주주가 참석하여 총회개최에 동의하고 아무 이의없이 결의한 것이라면 그 결의 자체를 위법한 것이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

1인 회사의 도입 판례로 유용하다. 이와 함께 전원출석 주주총회에 대해서 연결하여 이해할 수 있다. 판례는 주주명부상의 주주 전원(또는 주주의 의결권을 적법하게 위임받은 수임인과 다른 주주 전원)이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 본다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다69927 판결).

## 86. 1인 회사에서 주주총회의 형해화

(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다8702 판결)

〈쟁점〉

1인 회사에서 주주총회를 개최한 사실이 없음에도 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성된 경우 형식적인 사유에 의하여 결의가 없었던 것으로 다툴 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주식회사에 있어서 회사 발행의 총 주식을 한사람이 소유하고 있는 1인회사의 경우에는 그 주주

가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원총회로서 성립하고, 그 주주의 의사대로 결의될 것임이 명백하므로 따로이 총회소집절차가 필요 없다 할 것이고, 실제로 총회를 개최한 사실이 없다 하더라도 그 1인주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있어 형식적인 사유에 의하여 결의가 없었던 것으로 다툴 수는 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

1인 회사는 그 특성상 주주총회의 중요성이 현저히 약화되는데, 판례는 이미 1976.4.13. 선고 74다1755 판결에서, 실제로 총회를 개최한 사실이 없더라도 의사록의 작성만으로 그 하자의 치유를 인정하고 있다. 위 판결은 이런 법리를 다시 확인한 판결로서, 1인 회사의 특수성을 잘 보여주고 있다는 점에서 중요하다.

## 87. 1인회사와 배임죄

(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

소위 1인 주주가 회사에 대한 배임죄의 주체가 될 수 있는지 여부

〈판결요지〉

배임의 죄는 타인의 사무를 처리하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하여 그 행위의 주체는 타인을 위하여 사무를 처리하는 자이며 그의 임무위반 행위로써 그 타인인 본인에게 재산상의 손해를 발생케 하였을 때 이 죄가 성립되는 것인즉 주식회사의 주식이 사실상 1인 주주에 귀속하는 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임의 죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다고 하더라도(또 주식회사의 손해가 항시 주주의 손해와 일치한다고 할 수도 없다) 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없다고 할 것이며 한편 우리 형법은 배임죄에 있어 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 또 본인에게 손해를 가하려는 목적을 그 구성요건으로 규정하고 있지 않으므로 배임죄의 범의는 자기의 행위가 그 임무에 위배한다는 인식으로 족하고 본인에게 손해를 가하려는 의사는 이를 필요로 하지 않는다고 풀이할 것이다. 이와 그 견해를 달리하는 당원의 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결; 1976. 5. 11. 선고 75도823 판결 등의 판례는 이를 폐기하는 바이다.

따라서 1인 회사의 경우 그 회사의 손해는 바로 그 1인 주주의 손해에 돌아간다는 전제아래 임무위반행위로써 회사에 손해를 가하였다고 하더라도 손해를 가하려는 의사 즉 범의가 없다고 무죄를 선고한 원심조치는 필경 행위의 주체와 본인을 혼동하였을 뿐만 아니라 법률상 권리, 의무의 주체로써의 법인격을 갖춘 주식회사와 이윤귀속 주체로써의 주주와를 동일시하고 업무상배임죄의 기수시기와 그 구성요건을 그릇 파악함으로써 업무상 배임죄의 법리를 오해한 잘못을 저질렀다.

〈선정이유〉

1인 회사에서 1인 주주의 횡령죄와 배임죄의 성립을 인정하는 것은 판례의 확고한 입장이고, 이후 많은 법리가 1인 회사의 배임죄의 법리에 기초하여 발전하였다. 그러나 1인 주주는 채권자의 이익을 보호하는 한 회사를 해산할 수 있는 권한을 가진다는 점에서, 1인 회사에서 배임죄가 어떤 의미를 가지는지는 회사법의 법리에서 아직도 다투어지고 있다. 논쟁이 많다는 점에서 회사법에서 특히 중요성을 가진다.

## 88. 회사의 권리능력

(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결)

〈쟁점〉

회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 행위가 회사의 목적범위 내의 행위인지 여부

〈판결요지〉

회사의 권리능력은 회사의 설립 근거가 된 법률과 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 목적범위 내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는 데 있어 직접, 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되고 목적수행에 필요한지의 여부는 행위자의 주관적, 구체적 의사가 아닌 행위 자체의 객관적 성질에 따라 판단하여야 할 것인데(대법원 1988. 1. 19. 선고 86다카1384 판결, 1991. 11. 22. 선고 91다8821 판결 등 참조), 그 판단에 있어서는 거래행위를 업으로 하는 영리법인으로서 회사의 속성과 신속성 및 정형성을 요체로 하는 거래의 안전을 충분히 고려하여야 할 것인바, 회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는 그것이 상법상의 대표권 남용에 해당하여 무효로 될 수 있음은 별론으로 하더라도 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위라고 봄이 상당하다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고 회사의 지배주주이자 대표이사이던 소외 1 및 그 가족이 전 대표이사이던 망 소외 2의 사망으로 인한 원고 회사의 주식 등 상속재산에 부과된 상속세납부의무의 연부연납허가를 받기 위하여 피고와 납세보증보험계약을 체결함에 있어서 원고 회사가 위 소외 1 등을 위하여 피고에 대한 연대보증채무를 부담한 행위(이하 '이 사건 연대보증행위'라고 한다)는 원고 회사의 정관상의 목적범위를 벗어난 권리능력범위 밖의 행위로서 무효라고 보아야 한다는 이유로 무효인 위 연대보증계약에 기하여 피고에게 지급한 합계 1,311,875,806원 및 그 지연손해금 상당의 부당이득의 반환을 구하는 원고 회사의 주장에 대하여, 그 판시 인정 사실과 같은 이 사건 연대보증행위 당시 원고 회사의 경영난과 위 상속재산 중 원고 회사의 주식을 제외한 나머지 상당 부분을 차지하는 부동산이 원고 회사의 금융기관 대출을 위하여 담보로 제공되어 있던 점 및 원고 회사로서는 위 상속세의 일시 납부를 위하여 위 부동산의 담보를 즉시 해제하여 주기 어려운 형편이었던 점 등의 사정에 비추어 이 사건 연대보증행위는 그 실질 및 객관적 성질상 원고 회사를 위한 측면과 아울러 회사와 거래관계 혹은 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 경우와 유사하게 회사의 목적 수행에 간접적으로 필요한 행위로서 원고 회사의 목적범위 내의

것으로 봄이 상당하다는 이유로 위 주장을 배척하였는바, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 앞서 본 법리 및 기록에 비추어 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것처럼 채증법칙 위배 혹은 심리미진으로 인한 사실오인이나 주식회사의 권리능력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

판례는 회사의 권리능력을 회사의 정관상 목적으로 제한하는 제한긍정설의 입장을 취하고 있다(대 법원 1975. 12. 23. 선고 75다1479 판결). 그러나 그 목적범위내의 행위를 넓게 인정함으로써 사실상 반대의 방식으로 운용하고 있다. 이 판례는 보증행위에 대하여 정관상 목적범위에 해당한다는 것으로서 이런 판례의 입장을 잘 보여주고 있다.

## 89. 회사의 불법행위능력

(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결)

〈쟁점〉

주식회사 대표이사의 불법행위로 인한 타인의 손해에 대하여 공동면책을 얻게 한 다른 공동불법행위자가 공동대표이사 중 한 사람을 상대로 구상권을 행사하는 경우, 그 공동대표이사가 응하여야 하는 구상의 범위 및 이 때 주식회사와 공동대표이사들 사이 또는 각 공동대표이사 사이의 내부적인 부담비율을 내세워 구상권자에게 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주식회사의 대표이사가 업무집행을 하면서 고의 또는 과실에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 주식회사는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 제3자에게 손해배상책임을 부담하게 되고, 그 대표이사도 민법 제750조 또는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 주식회사와 공동불법행위책임을 부담하게 된다. 그리고 주식회사 및 대표이사 이외의 다른 공동불법행위자 중 한 사람이 자신의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 한 후 구상권을 행사하는 경우에 그 주식회사 및 대표이사는 구상권자에 대한 관계에서는 하나의 책임주체로 평가되어 각자 구상금액의 전부에 대하여 책임을 부담하여야 하고, 이는 위 대표이사가 공동대표이사인 경우에도 마찬가지이다. 따라서 공동면책을 얻은 다른 공동불법행위자가 공동대표이사 중 한 사람을 상대로 구상권을 행사하는 경우 그 공동대표이사는 주식회사가 원래 부담하는 책임부분 전체에 관하여 구상에 응하여야 하고, 주식회사와 공동대표이사들 사이 또는 각 공동대표이사 사이의 내부적인 부담비율을 내세워 구상권자에게 대항할 수는 없다.

〈선정이유〉

회사는 대표기관이 하는 행위는 회사의 행위로 되므로, 그 행위가 불법행위인 경우에는 회사의 불법행위로 된다. 따라서 회사도 불법행위능력을 가진다고 본다. 그 법적 근거로 판례는 회사와 대표기관의 연대책임을 인정하고 있는 제210조를 든다.

## 90. 회사법의 강행규정성

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다51820 판결)

〈쟁점〉

1주 1의결권의 원칙을 정한 상법 제369조 제1항이 강행규정인지 여부

〈판결요지〉

상법 제369조 제1항에서 주식회사의 주주는 1주마다 1개의 의결권을 가진다고 하는 1주 1의결권의 원칙을 규정하고 있는바, 위 규정은 강행규정이므로 법률에서 위 원칙에 대한 예외를 인정하는 경우를 제외하고, 정관의 규정이나 주주총회의 결의 등으로 위 원칙에 반하여 의결권을 제한하더라도 그 효력이 없다.

그런데 상법 제409조 제2항· 제3항은 '주주'가 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임에 있어서 그 의결권을 제한하고 있고, 구 증권거래법 제191조의11은 '최대주주와 그 특수관계인 등'이 일정 비율을 초과하여 소유하는 주권상장법인의 주식에 관하여 감사의 선임 및 해임에 있어서 의결권을 제한하고 있을 뿐이므로, '최대주주가 아닌 주주와 그 특수관계인 등'에 대하여도 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임 및 해임에 있어서 의결권을 제한하는 내용의 정관 규정이나 주주총회 결의 등은 무효라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

회사법의 각 규정이 강행규정인지는 회사법에서 중요한 쟁점이며, 아직도 논쟁이 많은 부분이다. 이 판례는 1주 1의결권을 정하고 있는 제369조 제1항이 강행규정이라고 하면서 이에 위반된 정관의 무효를 선언하고 있다. 이 정관이 이 모습으로 존재하게 된 경위도 흥미로운 판결로서, 회사법의 법리상 중요한 위치를 점하는 판결이다.

# 제 2 편 총 칙

## 제 1 장 회사의 설립절차

### 91. 회사설립무효의 소

(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다31494 판결)

〈쟁점〉

회사를 설립함에 있어 모집설립의 절차를 취하였으나 발기인이 주식모집 전에 주식의 대부분을 인수하고 형식상 일반공중으로부터 주식을 모집함에 있어 타인의 명의를 모용하여 주식을 인수한 경우 이를 발기설립으로 보아야하는지 여부

〈판결요지〉

가. 회사를 설립함에 있어 모집설립의 절차를 갖추었으나 발기인이 주식모집 전에 주식의 대부분을 인수하고 형식상 일반공중으로부터 주식을 모집함에 있어 발기인이 타인의 명의를 모용하여 주식을 인수하였다면 명의모용자가 주식인수인이라 할 것이어서 결국 주식 전부를 발기인이 인수한 결과가 된다 할 것이므로 회사의 설립을 발기설립으로 보아야 한다.

나. 원고가 소장에서 피고회사의 설립이 모집설립임을 전제로 창립총회가 개최되지 아니하였음을 그 무효 사유로 주장하고 있으나, 한편 준비서면 등에 의하여 피고회사의 설립은 원래 발기설립으로 하여야 하나 편의상 모집설립의 절차를 취한 탈법적 방법으로 그 설립이 선량한 풍속 기타 사회질서, 강행법규 또는 주식회사의 본질에 반하여 설립된 회사로서 그 설립이 당연무효라고 주장하였다면, 원심이 피고회사 설립의 무효 사유를 발기설립절차의 하자로 인정하였다 하더라도 이는 원고 청구의 범위 내에 속하는 사항에 대한 판단이어서 정당하고 변론주의의 법리를 오해한 위법이 없다.

〈선정이유〉

발기설립과 모집설립의 의의에 관한 드문 판례로서 가치가 있고, 특히 변론주의와 관련하여 소송법적인 쟁점도 다루고 있어 학습적 효과가 크다.

### 92. 설립중의 회사

(대법원 1994. 1. 28. 선고 93다50215 판결)

〈쟁점〉

설립중의 회사로서의 실체가 갖추어지기 이전에 발기인이 취득한 권리, 의무를 설립 후의 회사

에 귀속시키기 위하여 특별한 이전행위가 있어야 하는지 여부

〈판결요지〉

설립중의 회사라 함은 주식회사의 설립과정에서 발기인이 회사의 설립을 위하여 필요한 행위로 인하여 취득하게 된 권리의무가 회사의 설립과 동시에 그 설립된 회사에 귀속되는 관계를 설명하기 위한 강학상의 개념으로서 정관이 작성되고 발기인이 적어도 1주 이상의 주식을 인수하였을 때 비로소 성립하는 것이고, 이러한 설립중의 회사로서의 실체가 갖추어지기 이전에 발기인이 취득한 권리, 의무는 구체적 사정에 따라 발기인 개인 또는 발기인조합에 귀속되는 것으로서 이들에게 귀속된 권리의무를 설립후의 회사에 귀속시키기 위하여는 양수나 채무인수 등의 특별한 이전행위가 있어야 할 것이다.

〈선정이유〉

설립중의 회사는 설립과정에서 발생한 권리의무를 설립된 회사에 귀속시켜 법률관계를 단순하게 정리하기 위해서 만들어낸 개념으로서 설립의 법리에서 중요한 기능을 한다. 이 법리와 관련하여 법률관계를 설시한 드문 판결로서 가치가 있다.

## 93. 현물출자와 재산인수

(대법원 1994. 5. 13. 선고 94다323 판결)

〈쟁점〉

상법 제290조 제3호 소정의 "회사 성립 후에 양수할 것을 약정"한다는 것의 의미와 회사 성립 후 회사와 현물출자자 사이의 매매계약의 방법에 의하여 현물출자를 완성하기로 한 약정의 효력

〈판결요지〉

상법 제290조 제3호는 회사성립 후에 양수할 것을 약정한 재산의 종류, 수량, 가격과 그 양도인의 성명은 이를 정관에 기재함으로써 그 효력이 있다고 규정하고 있는바, 이때에 회사의 성립 후에 양수할 것을 약정한다 함은 회사의 변태설립의 일종인 재산인수로서 발기인이 설립될 회사를 위하여 회사의 성립을 조건으로 다른 발기인이나 주식인수인 또는 제3자로부터 일정한 재산을 매매의 형식으로 양수할 것을 약정하는 계약을 의미한다고 할 것이므로, 당사자 사이에 회사를 설립하기로 합의하면서 그 일방은 일정한 재산을 현물로 출자하고, 타방은 현금을 출자하되, 현물출자에 따른 번잡함을 피하기 위하여 회사의 성립 후 회사와 현물출자자 사이의 매매계약에 의한 방법에 의하여 위 현물출자를 완성하기로 약정하고 그 후 회사설립을 위한 소정의 절차를 거쳐 위 약정에 따른 현물출자가 이루어진 것이라면, 위 현물출자를 위한 약정은 그대로 위 법조가 규정하는 재산인수에 해당한다고 할 것이어서 정관에 기재되지 아니하는 한 무효라고 할 것이다.

원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴본바, 원심이 그 거시증거를 종합하여 원고(선정당사자, 이하 원고라고만 한다) 및 선정자 소외 1이 1984.12.19. 위 소외 2와 공동으로 광산업 등을 목적으로 하는 피고 회사를 설립하기로 합의하고 원고 및 위 선정자는 금 96,040,000원으로 평가된 그 공동소유의 이 사건 각 광업권을 현물로 출자하고, 위 소외 2는 금 100,000,000원을 출자하

되, 현물출자에 따른 번잡함을 피하기 위하여 피고 회사의 성립 후 피고 회사 및 원고, 위 선정자 사이의 매매계약에 의한 광업권이전등록의 방법에 의하여 위 현물출자를 완성하기로 약정한 사실, 위 약정에 따라 1985.2.7. 피고 회사의 설립등기가 마쳐진 후 같은 달 21. 이 사건 각 광업권에 관하여 원고 및 위 선정자로부터 피고 회사 명의의 매매를 원인으로 한 각 광업권이전등록이 경료된 사실, 그러나 피고 회사 설립 후의 이 사건 광업권의 양수와 관련하여서는 정관에 변태설립사항으로서 기재된 바가 없었던 사실, 그 후 피고 회사는 이 사건 광업권자로 되어 광산의 개발 등 영업을 하여 오던 중 위 선정자가 피고 회사를 상대로 설립무효의 소송을 제기한 결과 피고 회사의 설립절차에 관하여 설시와 같은 상법상 강행규정에 위반한 하자가 있다는 이유로 피고 회사의 설립을 무효로 한다는 확정판결이 있었던 사실을 인정한 다음, 이에 터잡아 위와 같은 취지에서 위 현물출자를 위한 약정은 위 법조가 규정하는 재산인수에 해당하고, 이것이 정관에 기재되지 아니하였으므로 무효라고 판단하여 이 사건 각 광업권에 관한 피고 회사 명의의 위 각 광업권이전등록의 말소를 구하는 원고의 청구를 인용한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 무슨 위법이 있다 할 수 없다.

〈선정이유〉

정관에 기재되지 않은 현물출자와 재산인수는 무효라는 법리를 잘 정리하고 있고, 현물출자의 규제를 피하기 위해서 재산인수를 이용하는 상황에 대한 설명도 충분하다. 일반적으로 변태설립사항은 회사의 설립에 있어서 대단히 중요한 쟁점이지만 판례가 별로 없다. 이 판례는 드물게 보는 변태설립사항에 대한 판례로서, 기본적인 법리를 익히기에 아주 좋은 판결이다.

## 94. 재산인수의 추인

(대법원 1992. 9. 14. 선고 91다33087 판결)

〈쟁점〉

회사성립 후 소유권이전등기의 방법으로 현물출자를 완성하기로 약정하고 회사설립절차를 거쳐 현물출자가 이루어진 것이라면 재산인수에 해당하여 정관에 기재되지 않는 한 무효이나, 현물출자가 동시에 사후설립에 해당하고 이에 대하여 주주총회의 추인이 있었다면 회사는 현물출자로 인한 부동산의 소유권을 취득한다고 한 사례

〈판결요지〉

상법 제290조 제3호는 변태설립사항의 하나로서 회사성립 후에 양수할 것을 약정한 재산의 종류, 수량, 가격과 그 양도인의 성명은 정관에 기재함으로써 그 효력이 있다고 규정하고 있고, 이 때에 회사의 성립 후에 양수할 것을 약정한다 함은 이른바 재산인수로서 발기인이 회사의 성립을 조건으로 다른 발기인이나 주식인수인 또는 제3자로부터 일정한 재산을 매매의 형식으로 양수할 것을 약정하는 계약을 의미한다고 할 것이고, 아직 원시정관의 작성전 이어서 발기인의 자격이 없는 자가 장래 성립할 회사를 위하여 위와 같은 계약을 체결하고 그 후 그 회사의 설립을 위한 발기인이 되었다면 위 계약은 재산인수에 해당하고 정관에 기재가 없는 한 무효라고 할 것이다.

이 사건에 있어서 원심이 설시하고 있는 바와 같이 1969. 2. 경 망 소외 5와 소외 4가 공동으

로 축산업 등을 목적으로 하는 원고 회사를 설립하기로 합의하고 위 소외 5는 금 5백만 원으로 평가된 부동산을 현물로 출자하고 소외 4는 현금 5백만 원을 출자하되, 현물출자에 따른 번잡함을 피하기 위하여 원고 회사의 성립 후 원고 회사와 위 소외 5간의 매매계약에 의한 소유권이전등기의 방법에 의하여 위 현물출자를 완성하기로 약정하고 그 후 회사설립을 위한 소정의 절차를 거쳐 위 약정에 따른 현물출자가 이루어진 것이라면, 위 현물출자를 위한 약정은 그대로 상법 제290조 제3호가 규정하는 재산인수에 해당한다고 할 것이어서 정관에 기재되지 아니하는 한 무효라고 하지 않을 수 없고, 원심의 이와 다른 판시는 찬동할 수 없으나 한편 위와 같은 방법에 의한 현물출자가 동시에 상법 제375조가 규정하는 사후설립에 해당하고 이에 대하여 주주총회의 특별결의에 의한 추인이 있었다면 원고 회사는 유효하게 위 현물출자로 인한 부동산의 소유권을 취득한다고 할 것이다.

원심은 앞에서 본 바와 같이 1969. 3. 11. 원고 회사와 망 소외 5 사이에 이 사건 토지들에 관한 매매계약이 체결되었다는 것과 그 후 같은 해 3.18. 원고 회사의 임시주주총회에서 위 매매계약을 추인하는 결의가 있었을 뿐만 아니라 1989. 3. 9. 에 이르러서도 위와 같은 주주총회의 특별결의가 있었다고 인정하였는바, 그렇다면 원고 회사의 이 사건 토지들에 관한 소유권이전등기는 사후설립으로서 유효하다고 할 것이므로 원심의 결론은 정당하다.

〈선정이유〉

정관에 기재되지 않은 현물출자 또는 재산인수에 대해서 사후적으로 주주총회의 특별결의에 의한 추인이 있을 경우에 관한 판결이다. 변태설립사항의 법률관계에 대한 중요한 예외에 해당한다.

# 제 2 장 가장납입

## 95. 일시차입금에 의한 위장납입의 효력

(대법원 1985. 1. 29. 선고 84다카1823, 84다카1824 판결)

〈쟁점〉

주금을 가장납입한 경우의 효력 및 회사의 주주에 대한 주금상환 청구가부

〈판결요지〉

회사의 설립이나 증자의 경우에 일시적인 차입금을 가지고 주금납입의 형식을 취하여 회사설립이나 증자절차를 마친 후 곧 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제하는 이른바 주금의 가장납입의 경우에도 주금납입의 효력을 부인할 수 없으므로 주금납입의 절차는 일단 완료되고 주식인수인이나 주주의 주금납입의무도 종결되었다고 보아야 함은 소론과 같다.

그러나 위와 같은 가장납입에 있어서 회사는 일시차입금을 가지고 주주들의 주금을 체당 납입한 것과 같이 볼 수 있으므로 주금납입의 절차가 완료된 후에 회사는 주주에 대하여 체당 납입한 주금의 상환을 청구할 수 있는 이치라 할 것인바, 원심판결이 원고는 피고회사에 대하여 주금납입의 의무가 있다고 판시한 대목은 그 표현이 미흡하기는 하나 위와 같은 주금 상환의무를 말하는 취지

라고 못볼 바 아니므로, 가장납입이라고 할지라도 일단 주금납입이 끝난 이상 주주의 주금납입의무란 있을 수 없음에도 불구하고 주주인 원고의 주금납입의무를 인정한 원심판결은 판례위반, 주금납입의 법리오해와 이유모순의 위법을 저지른 것이라는 논지는 이유없다.

〈선정이유〉

일시차입금에 의한 위장납입의 경우 판례는 확고하게 그 민사적 효력을 인정하고 있는데, 그 시초가 된 판결이다. 아울러 이 경우 체당의 법리에 의하여 회사의 주금상환청구를 인정하고 있는 것도 설립에 있어 중요한 법리이다.

## 96. 위장납입의 형사책임

(대법원 2004. 6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

타인으로부터 금원을 차용하여 주금을 납입하고 설립등기나 증자등기 후 바로 인출하여 차용금 변제에 사용하는 경우, 상법상 납입가장죄의 성립 외에 공정증서원본불실기재·동행사죄의 성립 여부 및 업무상횡령죄의 성립 여부

〈판결요지〉

[다수의견] 상법 제628조 제1항 소정의 납입가장죄는 회사의 자본충실을 기하려는 법의 취지를 유린하는 행위를 단속하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 당초부터 진실한 주금납입으로 회사의 자금을 확보할 의사 없이 형식상 또는 일시적으로 주금을 납입하고 이 돈을 은행에 예치하여 납입의 외형을 갖추고 주금납입증명서를 교부받아 설립등기나 증자등기의 절차를 마친 다음 바로 그 납입한 돈을 인출한 경우에는, 이를 회사를 위하여 사용하였다는 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 회사의 자본이 늘어난 것이 아니어서 납입가장죄 및 공정증서원본불실기재죄와 불실기재공정증서원본행사죄가 성립하고, 다만 납입한 돈을 곧바로 인출하였다고 하더라도 그 인출한 돈을 회사를 위하여 사용한 것이라면 자본충실을 해친다고 할 수 없으므로 주금납입의 의사 없이 납입한 것으로 볼 수는 없고, 한편 주식회사의 설립업무 또는 증자업무를 담당한 자와 주식인수인이 사전 공모하여 주금납입취급은행 이외의 제3자로부터 납입금에 해당하는 금액을 차입하여 주금을 납입하고 납입취급은행으로부터 납입금보관증명서를 교부받아 회사의 설립등기절차 또는 증자등기절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용하는 경우, 위와 같은 행위는 실질적으로 회사의 자본을 증가시키는 것이 아니고 등기를 위하여 납입을 가장하는 편법에 불과하여 주금의 납입 및 인출의 전과정에서 회사의 자본금에는 실제 아무런 변동이 없다고 보아야 할 것이므로, 그들에게 회사의 돈을 임의로 유용한다는 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵다 할 것이고, 이러한 관점에서 상법상 납입가장죄의 성립을 인정하는 이상 회사 자본이 실질적으로 증가됨을 전제로 한 업무상횡령죄가 성립한다고 할 수는 없다.

[반대의견] 이른바 견금 방식의 가장납입의 경우에도 납입으로서의 효력을 인정하는 종래 대법원의 견해를 따르는 한 납입이 완료된 것은 진실이고, 따라서 등기공무원에 대하여 설립 또는 증자를 한 취지의 등기신청을 함으로써 상업등기부원본에 발행주식의 총수, 자본의 총액에 관한 기재가

이루어졌다 할지라도 이를 두고 '허위신고'를 하여 '불실의 사실의 기재'를 하게 한 경우에 해당한다고 할 수 없어 공정증서원본불실기재·동행사죄가 성립할 여지가 없으며, 또한 주금납입과 동시에 그 납입금은 회사의 자본금이 되는 것이기 때문에 회사의 기관이 이를 인출하여 자신의 개인 채무의 변제에 사용하는 것은 회사에 손해를 가하는 것이 될 뿐만 아니라 불법영득의사의 발현으로서 업무상횡령죄가 성립한다고 볼 수밖에 없다.

〈선정이유〉

판례가 민사적으로는 일시차입금에 의한 위장납입도 납입으로서의 효력을 인정하고 있으나, 형사적으로는 납입가장죄를 인정하고 있다. 이렇게 납입가장죄를 인정하는 이상 납입이 없었다는 의미가 되므로, 납입의 존재를 전제로한 한 횡령죄는 인정할 수 없다는 것이다. 민사적 효력과 형사적 효력에서 차이가 나는 부분을 숙지할 필요가 있다.

## 97. 전환사채의 가장납입

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결)

〈쟁점〉

실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우, 전환사채 발행업무를 담당하는 사람이 업무상배임죄의 죄책을 지는지 여부

〈판결요지〉

전환사채는 발행 당시에는 사채의 성질을 갖는 것으로서 사채권자가 전환권을 행사한 때에 비로소 주식으로 전환된다. 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람과 전환사채 인수인이 사전 공모하여 제3자에게서 전환사채 인수대금에 해당하는 금액을 차용하여 전환사채 인수대금을 납입하고 전환사채 발행절차를 마친 직후 인출하여 차용금채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우에, 전환사채의 발행이 주식 발행의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어졌고 실제로 목적대로 곧 전환권이 행사되어 주식이 발행됨에 따라 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하여, 전환사채 인수인이 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 하고, 회사가 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금전을 취득하지 못하게 하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로, 업무상배임죄의 죄책을 진다. 그리고 그 후 전환사채의 인수인이 전환사채를 처분하여 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 또는 사채로 보유하는 이익과 주식으로 전환할 경우의 이익을 비교하여 전환권을 행사함으로써 전환사채를 주식으로 전환하였더라도, 이러한 사후적인 사정은 이미 성립된 업무상배임죄에 영향을 주지 못한다.

〈선정이유〉

전환사채는 바로 전환될 경우 실질적으로 신주발행과 유사한 측면이 있다. 그러나 사채로서의 속성도 있기 때문에 가장납입의 법리가 바로 적용될 수 없다. 이 판결은 양자의 측면을 구분하면서, 언제 가장납입의 법리가 전환사채 발행에도 적용되는지 판단기준을 제시하고 있다. 가장설립의 법리와 함께 전환사채의 법리도 함께 익힐 수 있는 아주 좋은 판례이다.

# 제 3 편 주식과 주주

## 제 1 장 종류주식

### 98. 상환주식의 상환청구를 한 주주의 지위

(대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결)

〈쟁점〉

상법 제345조 제3항에서 정한 종류주식의 주주가 회사에 대하여 상환권을 행사한 이후에도 상환금을 지급받을 때까지는 여전히 주주의 지위에 있는지 여부

〈판결요지〉

회사는 정관으로 정하는 바에 따라 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있는 종류주식을 발행할 수 있다. 이 경우 회사는 정관에 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있다는 뜻, 상환가액, 상환청구기간, 상환의 방법을 정하여야 한다(상법 제345조 제3항). 주주가 상환권을 행사하면 회사는 주식 취득의 대가로 주주에게 상환금을 지급할 의무를 부담하고, 주주는 상환금을 지급받음과 동시에 회사에게 주식을 이전할 의무를 부담한다. 따라서 정관이나 상환주식인수계약 등에서 특별히 정한 바가 없으면 주주가 회사로부터 그 상환금을 지급받을 때까지는 상환권을 행사한 이후에도 여전히 주주의 지위에 있다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

상환주식의 주주가 회사에 상환청구를 하는 경우, 그 법률관계를 민법의 일반원리에 기초하여 설시한 판결이다. 그러나 주주가 이미 상환청구를 하였다면 대금청산의 문제만 남는 것이어서 주주의 이해관계는 채권자와 비슷해진다. 민법과 회사법의 관계와 관련하여 생각해 볼 점이 많다.

### 99. 종류주주총회

(대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다44575, 44582 판결)

〈쟁점〉

종류주주총회의 결의의 법적 성격 및 종류주주총회의 결의가 이루어지지 않은 경우, 정관변경을 결의한 주주총회결의 자체의 효력에 하자가 있게 되는지 여부

〈판결요지〉

1. 원심 판시 제2 정관변경에 관한 종류주주총회결의의 필요 여부

상법 제435조 제1항은 “회사가 수종의 주식을 발행한 경우에 정관을 변경함으로써 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에는 주주총회의 결의 외에 그 종류의 주주의 총회의 결의가 있어야 한다.”고 규정하고 있는바, 위 규정의 취지는 주식회사가 보통주 이외의 수종의 주식을 발행하고 있는 경우에 보통주를 가진 다수의 주주들이 일방적으로 어느 종류의 주식을 가진 소수주주들에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경할 수 있게 할 경우에 그 종류의 주식을 가진 소수주주들이 부당한 불이익을 받게 되는 결과를 방지하기 위한 것이므로, 여기서의 ‘어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때’라 함에는, 어느 종류의 주주에게 직접적으로 불이익을 가져오는 경우는 물론이고, 외견상 형식적으로는 평등한 것이라고 하더라도 실질적으로는 불이익한 결과를 가져오는 경우도 포함되며, 나아가 어느 종류의 주주의 지위가 정관의 변경에 따라 유리한 면이 있으면서 불이익한 면을 수반하는 경우도 이에 해당된다고 할 것이다.

원심은, 이와 같은 취지에서, 이 사건 정관의 두 차례에 걸친 변경 내용을 비교하여 보면, 원심 판시 제2 정관변경으로 인하여, 기존의 우선주주들이 무상증자 등에 의하여 향후 새로 배정받게 될 우선주의 내용에만 차이가 생기는 것일 뿐이고 그 외에는 아무런 차이가 없는데, 차이가 생기는 부분인 향후 배정받게 될 우선주의 내용은 구 우선주와 달리 10년 후에도 보통주로 전환할 수 없는 것이므로, 보통주로의 전환에 의한 의결권의 취득을 바라고 있던 우선주주의 지위에서는 제2 정관변경이 불리한 반면, 의결권의 취득에는 관심이 적고 그보다는 이익배당에 더 관심이 있던 우선주주의 지위에서는 특정 비율 이상의 우선배당권이 10년의 제한을 받지 아니하고 언제까지나 보장되는 것이어서 유리하다고 한 다음, 정관을 변경함으로써 우선주주 각자의 입장에 따라 유리한 점과 불리한 점이 공존하고 있을 경우에는 우선주주들로 구성된 종류주주총회의 결의가 필요하다고 판단하였는바, 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 제2점에서 주장하는 상법 제435조 소정의 ‘어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때’에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 종류주주총회의 결의가 이루어지지 않은 경우 확인청구의 대상인 법률관계

가. 앞에서 본 상법 제435조 제1항의 문언에 비추어 보면, 어느 종류 주주에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경함에 있어서 그 정관변경에 관한 주주총회의 결의 외에 추가로 요구되는 종류주주총회의 결의는 정관변경이라는 법률효과가 발생하기 위한 하나의 특별요건이라고 할 것이므로, 그와 같은 내용의 정관변경에 관하여 종류주주총회의 결의가 아직 이루어지지 않았다면 그러한 정관변경의 효력이 아직 발생하지 않는 데에 그칠 뿐이고, 그러한 정관변경을 결의한 주주총회결의 자체의 효력에는 아무런 하자가 없다고 할 것이다.

나. 그러나 정관의 변경결의의 내용이 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에 해당하는지 여부에 관하여 다툼이 있는 관계로 회사가 종류주주총회의 개최를 명시적으로 거부하고 있는 경우에, 그 종류의 주주가 회사를 상대로 일반 민사소송상의 확인의 소를 제기함에 있어서는, 정관변경에 필요한 특별요건이 구비되지 않았음을 이유로 하여 정면으로 그 정관변경이 무효라는 확인을 구하면 족한 것이지, 그 정관변경을 내용으로 하는 주주총회결의 자체가 아직 효력을 발생하지 않고 있는 상태(이른바 불발효 상태)라는 관념을 애써 만들어서 그 주주총회결의가 그러한 ‘불발효 상태’에 있다는 것의 확인을 구할 필요는 없다. 특정 외국의 학설이나 판례가 그 나라의 법체계와 법규정에 근거하여 설정하거나 발전시켜온 이론을, 그와 다른 법체계 하에 있는 우리나라의 소송사건에 원용하거나 응용하는 것은, 꼭 그렇게 하여야 할 이유가 있는 경우에 한하여 필요한 범위 안에서 신중하게 하여야 할 것이다.

원심이, 이와 달리 종류주주총회의 결의는 주주총회결의 자체의 효력을 발생시키기 위한 추가적

인 요건이라는 전제 하에, 주주총회의 결의 외에 종류주주총회의 결의를 요하는 경우에 그 종류주주총회의 결의가 없는 동안에는 주주총회결의 자체가 불발효 상태에 있다고 판단한 것은, 일단 종류주주총회결의의 효력에 관한 법리를 오해한 위법에 해당한다고 아니할 수 없다.

〈선정이유〉

종류주주총회는 종류주주의 이익을 보호하기 위한 중요한 제도이다. 그럼에도 불구하고 종류주주총회에 대한 판결은 많지 않다. 이 판결은 종류주주총회가 언제 필요한지, 그 경우 종류주주총회를 거치지 않았다면 어떤 효과가 발생하는지 등에 대하여 중요한 법리를 제시하고 있다.

# 제 2 장 주주

## 100. 주주의 확정 (1)

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결)

〈쟁점〉

타인 명의로 주식을 인수한 경우, 누가 주주인지 결정하는 기준과 방법

〈판결요지〉

상법 제332조 제1항은 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 자는 주식인수인으로서의 책임이 있다고 정하고, 제2항은 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 자는 그 타인과 연대하여 납입할 책임이 있다고 정한다. 이처럼 상법은 가설인(이는 현실로는 존재하지 않고 외형만을 꾸며낸 사람을 가리킨다)이나 타인의 이름으로 주식을 인수할 수도 있다는 것을 전제로 납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 규정을 두고 있지 않다.

타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 누가 주주인지는 결국 주식인수를 한 당사자를 누구로 볼 것인지에 따라 결정하여야 한다. 발기설립의 경우에는 발기인 사이에, 자본의 증가를 위해 신주를 발행할 경우에는 주식인수의 청약자와 회사 사이에 신주를 인수하는 계약이 성립한다. 이때 누가 주식인수인이고 주주인지는 결국 신주인수계약의 당사자 확정 문제이므로, 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 법리를 따르되, 주식인수계약의 특성을 고려하여야 한다. 발기인은 서면으로 주식을 인수하여야 한다(상법 제293조). 주식인수의 청약을 하고자 하는 자는 주식청약서 2통에 인수할 주식의 종류·수와 주소를 기재하고 기명날인하거나 서명하여야 한다(상법 제302조 제1항, 제425조). 이와 같이 상법에서 주식인수의 방식을 정하고 있는 이유는 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준으로 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다. 주식인수계약의 당사자를 확정할 때에도 이러한 특성을 충분히 반영하여야 한다.

타인 명의로 주식을 인수하는 경우에 주식인수계약의 당사자 확정 문제는 다음과 같이 두 경우로 나누어 살펴보아야 한다.

첫째, 가설인 명의로 또는 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하는 약정을 한 경우이다. 가설인은 주식인수계약의 당사자가 될 수 없다. 한편 타인의 명의로 주식을 인수하면서 그 승낙을 받지 않은 경우 명의자와 실제로 출자를 한 자(이하 '실제 출자자'라 한다) 중에서 누가 주식인수인인지 문제 되는데, 명의자는 원칙적으로 주식인수계약의 당사자가 될 수 없다. 자신의 명의로 주식을 인수하는 데 승낙하지 않은 자는 주식을 인수하려는 의사도 없고 이를 표시한 사실도 없기 때문이다. 따라서 실제 출자자가 가설인 명의나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하기로 하는 약정을 하고 출자를 이행하였다면, 주식인수계약의 상대방(발기설립의 경우에는 다른 발기인, 그 밖의 경우에는 회사)의 의사에 명백히 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다.

둘째, 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우이다. 이 경우에는 계약 내용에 따라 명의자 또는 실제 출자자가 주식인수인이 될 수 있으나, 원칙적으로는 명의자를 주식인수인으로 보아야 한다. 명의자와 실제 출자자가 실제 출자자를 주식인수인으로 하기로 약정한 경우에도 실제 출자자를 주식인수인이라고 할 수는 없다. 실제 출자자를 주식인수인으로 하기로 한 사실을 주식인수계약의 상대방인 회사 등이 알고 이를 승낙하는 등 특별한 사정이 없다면, 그 상대방은 명의자를 주식인수계약의 당사자로 이해하였다고 보는 것이 합리적이기 때문이다.

〈선정이유〉

타인명의로 주식을 인수한 경우 누가 대세적으로 주주의 지위를 취득하는지에 대하여 판례는 주식인수계약의 당사자 확정의 문제로 본다. 주식의 차명거래와 관련하여 아주 중요한 의미를 가진다. 이 문제는 회사에 대한 주주권 행사의 문제와 구분해야 한다.

## 101. 주주의 확정 (2)

(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결)

〈쟁점〉

주주명부상 주주가 아닌 제3자가 주식을 인수하고 그 대금을 납입한 경우, 제3자를 실질상 주주로 볼 것인지 판단하는 방법

〈판결요지〉

주주명부상의 주주가 아닌 제3자가 주식을 인수하고 그 대금을 납입한 경우 그 제3자를 실질상의 주주로 보기 위해서는 단순히 제3자가 주식인수대금을 납입하였다는 사정만으로는 부족하고 그 제3자와 주주명부상의 주주 사이의 내부관계, 주식 인수와 주주명부 등재에 관한 경위 및 목적, 주주명부 등재 후 주주로서의 권리행사 내용 등을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다29441 판결 등 참조).

〈선정이유〉

위 대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결에서 정한 주주 확정의 기준을 보다 명확하

게 한 것이다. 그 이전에도 단순히 인수대금의 납입만 가지고는 실질주주라고 할 수 없다는 법리가 확립되어 있었는데, 이를 그대로 차용한 것이다.

## 102. 회사에 대한 주주권의 행사 기준

(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니한 경우 또는 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 타인의 명의로 주주명부 기재를 마친 경우, 주주명부상 주주만이 의결권 등 주주권을 행사할 수 있는지 여부 및 이 경우 회사가 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[다수의견] (가) 상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 획일적으로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다.

(나) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

주식양도의 경우와 달리 주식발행의 경우에는 주식발행 회사가 관여하게 되므로 주주명부에의 기재를 주주권 행사의 대항요건으로 규정하고 있지는 않으나, 그럼에도 상법은 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소 등을 기재하여 본점에 비치하도록 하고(제352조 제1항, 제396조 제1항), 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자로부터 회사에 통지한 주소로 하면 되도록(제353조 제1항) 규정하고 있다. 이와 같은 상법 규정의 취지는, 주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 획일적으로 확정하기 위한 것으로 보아야 한다.

(다) 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 타인의 명의로 주주명부에의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다.

이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고, 회사의 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 주식의 양수를 회사에 대항할 수 없다는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운

결과이다.

또한 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의가 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들이려는 의사였다고 봄이 합리적이다.

그렇기 때문에 주주명부상 주주가 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

(라) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

상법은 주식발행의 경우 주식인수인이 성명과 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명한 서면에 의하여 주식을 인수한 후 그 인수가액을 납입하도록 하면서, 회사로 하여금 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 수와 종류 등을 기재하고 이를 회사의 본점에 비치하여 주주와 회사채권자가 열람할 수 있도록 하고 있다(제352조 제1항, 제396조). 이는 회사가 발행한 주식에 관하여 주주권을 행사할 자를 확정하여 주주명부에 주주로 기재하여 비치·열람하도록 함으로써 해당 주주는 물론이고 회사 스스로도 이에 구속을 받도록 하기 위한 것이다.

주식양도의 경우에는 주식발행의 경우와는 달리 회사 스스로가 아니라 취득자의 청구에 따라 주주명부의 기재를 변경하는 것이기는 하나, 회사가 주식발행 시 작성하여 비치한 주주명부에의 기재가 회사에 대한 구속력이 있음을 전제로 하여 주주명부에의 명의개서에 대항력을 인정함으로써 주식양도에 있어서도 일관되게 회사에 대한 구속력을 인정하려는 것이므로, 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부에의 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다.

(마) 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다.

주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부에의 기재는 주주명부에의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.

[대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견] (가) 회사의 설립 시에는 다른 특별한 사정이 없는 한 주식인수계약서에 발기인 또는 주식청약인으로 서명 날인한 명의인이 회사의 성립과 더불어 주주의 지위를 취득하는 것이고, 배후에 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 내부관계에 불과할 뿐 회

사에 대하여 주주로서의 지위를 주장할 수는 없다.

(나) 상법은 가설인이나 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 주금납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 주식인수를 한 당사자가 누구인지를 확정하는 문제이다. 먼저 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 명의의 사용자가 형사책임을 질 수 있음은 별론으로 하더라도(상법 제634조) 주식인수계약의 당사자로서 그에 따른 출자를 이행하였다면 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다. 가설인이나 주식인수계약의 명의자가 되는 것에 승낙조차 하지 않은 사람이 주식인수계약의 당사자가 될 수는 없기 때문이다. 이것이 당사자들의 의사에 합치할 뿐만 아니라 상법 제332조 제1항의 문언과 입법 취지에도 부합한다. 다음으로 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 주식인수계약의 당사자가 누구인지에 따라 결정하면 된다. 이에 관해서는 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 문제에 관한 법리를 적용하되, 주식인수계약의 특성을 반영하여야 한다. 통상은 명의자가 주식인수계약의 당사자가 되는 경우가 많지만, 무조건 명의자가 누구인지만으로 주주를 결정할 것도 아니다.

(다) 주식 양도의 효력 내지 주주권의 귀속 문제와는 별도로 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련하여 두고 있다. 즉 주식의 양수에 의하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 안 된다(상법 제337조 제1항). 명의개서에 의하여 주식양수인은 회사에 대하여 적법하게 주주의 지위를 취득한 것으로 추정되므로 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다. 회사로서도 주주명부에 주주로 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 인정하면 설사 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 지지 아니한다. 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 규정하고 있을 뿐 주식 인수의 효력발생요건으로 정하고 있지 아니하므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주로 되는 설권적 효력이 생기는 것은 아니다.

(라) 상장회사의 발행 주식을 취득하려는 자는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하게 된다. 매매거래계좌의 개설은 금융거래를 위한 것이어서 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률'이 적용되므로 실명확인 절차를 거쳐야 하고, 매매거래의 위탁은 실명으로 하여야 한다. 증권회사가 증권시장에서 거래소를 통하여 매수한 주식은 계좌명의인의 매매거래계좌에 입고되는데, 위와 같이 입고된 주식은 위탁자인 고객에게 귀속되므로(상법 제103조), 그 주식에 대해서는 계좌명의인이 주주가 된다. 계좌명의인에게 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 약정에 관한 문제에 불과할 따름이다.

## 〈선정이유〉

이 판결은 '주주권의 행사'와 관련하여 주주명부 기재의 효력에 관한 종전 입장을 변경한 전원합의체 판결로서, 회사법 곳곳의 해석에 영향을 미치고 있어서 중요하다. 이 판결 선고전까지 대법원은 주주명부의 기재에도 불구하고 회사는 실제 주주의 의결권을 행사할 수 있다는 입장을 취하고 있었으나, 대상판결에서는 태도를 변경하여 "(주식의 실제 소유관계에 관계없이) 회사에 대한 관계에서는 주주명부상의 주주만이 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다."는 법리를 확고하게 선언하였다. 대상판결로 인하여 회사에 대한 의결권 행사에 있어서 실제 소유관계를 반영하여야 한

다거나 할 수 있다는 입장을 취하였던 다수의 판결들이 효력을 상실하였고, 주주명부상의 주주만이 의결권 등 주주권을 행사하게 됨으로써 실무에 커다란 영향을 미치고 있다.

그 밖에도 대상판결은 주주명부 제도를 둔 이유, 주식발행과 주식양도 모두에 대하여 동일한 법리가 적용되고, 주주명부에 '적법하게' 기재되어 있어야 하며, 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 '극히 예외적인 사정이 인정되는 경우'에는 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다고 판시하고 있다. 다만, 대상판결은 회사에 대한 주주권의 행사에 관한 법리를 설시한 것이므로 주주권의 귀속 문제는 구분하여 생각하여야 한다.

## 103. 주주권의 포기

(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다54691 판결)

〈쟁점〉

주주가 일정기간 주주권을 포기하고 타인에게 주주로서의 의결권 행사권한을 위임하기로 약정한 사정만으로는 그 주주가 주주로서의 의결권을 직접 행사할 수 없게 되었다고 볼 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

주주권은 주식의 양도나 소각 등 법률에 정하여진 사유에 의하여서만 상실되고 단순히 당사자 사이의 특약이나 주주권 포기의 의사표시만으로 상실되지 아니하며 다른 특별한 사정이 없는 한 그 행사가 제한되지도 아니한다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99다14808 판결 참조).

이 사건에서 소외 1이 1998. 8. 3. 향후 7년간 주주권 및 경영권을 포기하고 주식의 매매와 양도 등을 하지 아니하며 원고 1에게 정관에 따라 주주로서의 의결권 행사권한을 위임하기로 약정하였고, 이에 따라 원고 1이 소외 1의 주주로서의 의결권을 대리행사할 수 있게 되었지만, 이러한 사정만으로는 소외 1이 주주로서의 의결권을 직접 행사할 수 없게 되었다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고, 원심이 소외 1이 주주로서의 의결권을 행사할 수 없음을 전제로 2000. 6. 21. 및 2001. 3. 2.의 임시주주총회 결의가 모두 존재하지 아니한다고 판단한 것은, 주주로서의 의결권 대리행사와 주주권 포기 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

〈선정이유〉

주주권을 당사자가 의사표시로 포기할 수 없다는 판례를 다시 확인한 것이다. 특히 사안에서 의결권의 행사를 오랫동안 위임하고 있었다는 것을 포기의 의사로 해석할 수 없다는 부분은 실무상으로도 중요한 의미를 가진다. 실무상 명의신탁이 많이 이루어지면서 의결권의 행사도 위임되어 있는 경우가 많아 문제가 자주 되고 있다.

## 104. 주주평등의 원칙 (1)

(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161, 38178 판결)

〈쟁점〉

회사가 직원들을 유상증자에 참여시키면서 퇴직시 출자 손실금을 전액 보전해 주기로 약정한 것이 주주평등의 원칙에 위배되어 무효인지 여부 및 이 경우 위 손실보전약정이 무효라는 이유로 신주인수계약까지 무효가 되는지 여부

〈판결요지〉

가. 원심판결의 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 이 사건 손실보전합의 및 퇴직금 특례지급기준(이하 이들을 포괄하여 '이 사건 손실보전약정'이라고만 한다)은 유상증자에 참여하여 주주의 지위를 갖게 될 평화은행의 직원들에게 퇴직시 그 출자 손실금을 전액 보전해 주는 것을 내용으로 하고 있어서 회사가 주주에 대하여 투하자본의 회수를 절대적으로 보장하는 셈이 되고 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위반되어 무효라고 한 판단은 정당하다.

비록 이 사건 손실보전약정이 사용자와 근로자의 관계를 규율하는 단체협약 또는 취업규칙의 성격을 겸하고 있다고 하더라도, 주주로서의 지위로부터 발생하는 손실에 대한 보상을 주된 목적으로 한다는 점을 부인할 수 없는 이상 주주평등의 원칙의 규율 대상에서 벗어날 수는 없을 뿐만 아니라, 그 체결 시점이 원고들의 주주자격 취득 이전이라 할지라도 원고들이 신주를 인수함으로써 주주의 자격을 취득한 이후의 신주매각에 따른 손실을 전보하는 것을 내용으로 하는 것이므로 주주평등의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 할 것이고, 이 사건 손실보전약정 당시 원고들이 평화은행의 직원이었고 또한 시가가 액면에 현저히 미달되는 상황이었다는 사정을 들어 달리 볼 수는 없다.

다. 민법 제137조는 임의규정으로서 의사자치의 원칙이 지배하는 영역에서 적용된다고 할 것이므로, 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 그러한 규정이 없다면 원칙적으로 민법 제137조가 적용될 것이나 당해 효력규정 및 그 효력규정을 둔 법의 입법 취지를 고려하여 볼 때 나머지 부분을 무효로 한다면 당해 효력규정 및 그 법의 취지에 명백히 반하는 결과가 초래되는 경우에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다고 할 것이다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결 등 참조). 따라서 이 사건에서 원고들의 신주인수의 동기가 된 이 사건 손실보전약정이 주주평등의 원칙에 위반되어 무효라는 이유로 이 사건 신주인수까지 무효로 보아 원고들로 하여금 그 주식인수대금을 부당이득으로서 반환받을 수 있도록 한다면 이는 사실상 다른 주주들과는 달리 원고들에게만 투하자본의 회수를 보장하는 결과가 되어 오히려 강행규정인 주주평등의 원칙에 반하는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이 사건 신주인수계약까지 무효라고 보아서는 아니 될 것이다(대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다63671 판결 참조). 원심이, 원고들의 신주인수계약까지 무효로 됨을 전제로 하여 각 그 주식인수대금 상당의 부당이득의 반환을 구하는 청구를 배척한 것은 위 법리에 따른 것이어서 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

일부 주주에 대한 손실보전약정이 주주평등의 원칙에 반하여 무효이지만, 그 신주인수계약까지 무효가 되지는 않는다는 판결이다. 회사법상 중요한 법리인 주주평등의 원칙에 대해서 실제 사건에서 다룬 아주 중요한 판결이다.

## 105. 주주평등의 원칙 (2)

(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920, 9937 판결)

〈쟁점〉

주주평등의 원칙의 의미 및 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정의 효력

〈판결요지〉

[1] 주주평등의 원칙이란, 주주는 회사와의 법률관계에서는 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받아야 함을 의미한다. 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이다.

[2] 갑 주식회사와 그 경영진 및 우리사주조합이 갑 회사의 운영자금을 조달하기 위하여 을과 '을은 우리사주조합원들이 보유한 갑 회사 발행주식 중 일부를 액면가로 매수하여 그 대금을 갑 회사에 지급하고, 이와 별도로 갑 회사에 일정액의 자금을 대여하며, 갑 회사 임원 1명을 추천할 권리를 가진다'는 내용의 주식매매약정을 체결하였고, 그 후 갑 회사가 을과 '을이 위 임원추천권을 행사하는 대신 갑 회사가 을 및 그의 처인 병에게 매월 약정금을 지급한다'는 내용의 약정을 체결하여 을 등에게 매월 약정금을 지급하였는데, 갑 회사가 위 약정금 지급약정이 주주평등의 원칙에 반하여 무효라고 주장하면서 약정금의 지급을 중단하고 부당이득반환을 구한 사안에서, 을이 임원추천권을 가지게 된 것은 자금난에 처한 갑 회사에 주식매매약정에 따라 주식매매대금과 대여금으로 운영자금을 조달해 준 대가이므로, 임원추천권 대신 을 등에게 약정금을 지급하기로 한 위 지급약정도 그러한 운용자금 조달에 대한 대가라고 볼 수 있고, 이와 같이 을 등이 지급약정에 기해 매월 약정금을 받을 권리는 주주 겸 채권자의 지위에서 가지는 계약상 특수한 권리인 반면, 을 등은 주식매매대금을 지급하고 주식을 매수한 때부터 현재까지 갑 회사의 주주이고, 이러한 주주로서의 권리는 주식을 양도하지 않는 이상 변함이 없으므로, 을 등이 갑 회사로부터 적어도 운영자금을 조달해 준 대가를 전부 지급받으면 갑 회사 채권자로서의 지위를 상실하고 주주로서의 지위만을 가지게 되는데, 채권자의 지위를 상실하여 주주에 불과한 을 등에게 갑 회사가 계속해서 지급약정에 의한 돈을 지급하는 것은 갑 회사가 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 주주인 을 등에게 부여하는 것으로 주주평등의 원칙에 위배된다고 한 사례.

〈선정이유〉

주주와 채권자의 지위를 겸하는 자에게 임원추천권 또는 자문료를 지급한 경우, 채권자의 지위가 종료된 이후에는 주주평등의 원칙에 위반된다고 본 판결이다. 회사법상 중요한 법리인 주주평등의 원칙에 대해서 실제 사건에서 다룬 아주 중요한 판결이다.

# 제 3 장 주권

## 106. 주권의 효력발생시기

(대법원 1977. 4. 12. 선고 76다2766 판결)

〈쟁점〉

주권발행의 효력발생 시기

〈판결요지〉

원심은 원고회사는 피고회사의 전신인 소외 경성전기주식회사의 주주로서 그판시 기명식 주식을 소유하고 있었던 사실, 위 소외회사등 3개회사의 합병으로 신설된 피고회사는 구주를 회수하고 기명식 신주를 발행한 사실과 소외 대한수산주식회사가 별개의 회사인 원고회사의 상호를 대한수산주식회사로 변경한 것처럼 허위의 변경계를 제출한 것을 피고 회사에서 그 상호변경이 적법하게 된 것으로 오인한 과실로 말미암아 원고회사라고 칭하는 소외 대한수산주식회사에게 동 회사가 가지고 온 원고회사 소유의 위 기명주식 구주권과 상환으로 원판시 신주권을 발행교부한 사실을 확정한 다음 이와같이 피고회사가 비설권 증권인 주권을 해당 주식에 대한 진정한 권리자 아닌 위 소외 회사에게 발행해주었다 하여 적법한 주식소유권자인 원고회사에 대한 주권발행의무가 면제된다고 할 수는 없다는 이유에서 원고회사의 이건 신주권 발행 청구를 인용하고 있다. 살피건데 상법 제355조 규정의 주권발행은 동법 제356조 소정의 형식을 구비한 문서를 작성하여 이를 주주에게 교부하는 것을 말하고 위 문서가 주주에게 교부된 때에 비로소 주권으로서의 효력을 발생한다고 해석되므로 피고회사가 주주권을 표창하는 문서를 작성하여 이를 주주가 아닌 제3자에게 교부하여 주었다 하더라도 위 문서는 아직 피고회사의 주권으로서의 효력을 갖지 못한다고 보아야 할 것이니 같은 취지에서의 원심판단은 적법한 사실인정에 따른 정당한 것이라 할 것이고, 주권발행에 관한 법리오해의 위법있다고 볼 수 없다. 논지는 이와달리 주권의 발행은 법정형식을 구비한 증권을 작성하여 자발적 의사로 이를 타인에게(주주에 한하지 않고) 교부하여 유통상태에 두면 그 증권은 유효한 주권이 된다고 보아야 할 것이라는 견해에 입각한 주장으로서 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

판례는 주권의 효력발생시기와 관련하여 교부시설을 채택하고 있는데, 그 결과 주권이 정당한 주주에게 교부되기 전에는 주권으로서의 효력을 가지지 않기 때문에 선의취득이나 채권자에 의한 압류가 불가능하다.

## 107. 주권에 대한 제권판결

(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011다112247,112254 판결)

〈쟁점〉

기존 주권을 무효로 하는 제권판결에 기하여 주권이 재발행되었으나 제권판결에 대한 불복의 소가 제기되어 제권판결을 취소하는 판결이 선고·확정된 경우, 재발행된 주권의 소지인이 그 후 이를 선의취득할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제360조 제1항은 "주권은 공시최고의 절차에 의하여 이를 무효로 할 수 있다"라고 정하고, 같은 조 제2항은 "주권을 상실한 자는 제권판결을 얻지 아니하면 회사에 대하여 주권의 재발행을 청구하지 못한다"라고 정하고 있다. 이는 주권은 주식을 표창하는 유가증권이므로 기존의 주권을 무효로 하지 아니하고는 동일한 주식을 표창하는 다른 주권을 발행할 수 없다는 의미로서, 위 규정에 반하여 제권판결 없이 재발행된 주권은 무효라고 할 것이다. 한편 증권이나 증서의 무효를 선고한 제권판결의 효력은 공시최고 신청인에게 그 증권 또는 증서를 소지하고 있는 것과 동일한 지위를 회복시키는 것에 그치고 공시최고 신청인이 실질적인 권리자임을 확정하는 것은 아니다. 따라서 증권이나 증서의 정당한 권리자는 제권판결이 있더라도 실질적 권리를 상실하지 아니하고, 다만 제권판결로 인하여 그 증권 또는 증서가 무효로 되었으므로 그 증권 또는 증서에 따른 권리를 행사할 수 없게 될 뿐이다. 그리고 민사소송법 제490조, 제491조에 따라 제권판결에 대한 불복의 소가 제기되어 제권판결을 취소하는 판결이 확정되면 제권판결은 소급하여 효력을 잃고 정당한 권리자가 소지하고 있던 증권 또는 증서도 소급하여 그 효력을 회복하게 된다. 그런데 위와 같이 제권판결이 취소된 경우에도 그 취소 전에 제권판결에 기초하여 재발행된 주권이 여전히 유효하여 그에 대한 선의취득이 성립할 수 있다면, 그로 인하여 정당한 권리자는 권리를 상실하거나 행사할 수 없게 된다. 이는 실제 주권을 분실한 적이 없을 뿐 아니라 부정한 방법으로 이루어진 제권판결에 대하여 적극적으로 불복의 소를 제기하여 이를 취소시킨 정당한 권리자에게 가혹한 결과이고, 정당한 권리자를 보호하기 위하여 무권리자가 거짓 또는 부정한 방법으로 제권판결을 받은 때에는 제권판결에 대한 불복의 소를 통하여 제권판결이 취소될 수 있도록 한 민사소송법의 입법 취지에도 반한다. 또한 민사소송법이나 상법은 제권판결을 취소하는 판결의 효력을 제한하는 규정을 두고 있지도 아니하다. 따라서 기존 주권을 무효로 하는 제권판결에 기하여 주권이 재발행되었다고 하더라도 제권판결에 대한 불복의 소가 제기되어 제권판결을 취소하는 판결이 선고·확정되면, 재발행된 주권은 소급하여 무효로 되고, 그 소지인이 그 후 이를 선의취득할 수 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

제권판결에 기하여 주권을 재발행받아 제2양수인에게 교수하였으나 제권판결이 취소된 경우 누구의 권리가 우선하는가의 문제를 다룬 판결이다. 제권판결의 법리는 대단히 복잡하지만, 실무에서 자주 문제가 되고 있어서 잘 익혀 두어야 할 내용이다.

## 108. 주권의 선의취득

(대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다251812 판결)

〈쟁점〉

상법 제359조, 수표법 제21조 단서에서 정한 '악의 또는 중대한 과실'의 의미 및 그 유무 판단의 기준 시기(=주권의 취득 시기) 및 주권 등을 취득하면서 양도인이 무권리자임을 의심할 만한 사정이 있는데도 이에 대하여 상당하다고 인정될 만한 조사를 하지 않은 경우, 양수인에게 위 단서에서 말하는 '중대한 과실'이 있다고 보아야 하는지 여부

〈판결요지〉

주권의 선의취득은 주권의 소지라는 권리외관을 신뢰하여 거래한 사람을 보호하는 제도이다. 주권 취득이 악의 또는 중대한 과실로 인한 때에는 선의취득이 인정되지 않는다(상법 제359조, 수표법 제21조). 여기서 악의 또는 중대한 과실이 있는지는 그 취득 시기를 기준으로 결정하여야 하며, '악의'란 교부계약에 하자가 있다는 것을 알고 있었던 경우, 즉 종전 소지인이 무권리자 또는 무능력자라거나 대리권이 흠결되었다는 등의 사정을 알고 취득한 것을 말하고, 중대한 과실이란 거래에서 필요로 하는 주의의무를 현저히 결여한 것을 말한다. 그리고 주권 등을 취득하면서 통상적인 거래기준으로 판단하여 볼 때 양도인이 무권리자임을 의심할 만한 사정이 있음에도 불구하고 이에 대하여 상당하다고 인정될 만한 조사를 하지 아니한 채 만연히 주권 등을 양수한 경우에는 양수인에게 상법 제359조, 수표법 제21조 단서에서 말하는 '중대한 과실'이 있다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

주권의 선의취득에서 중과실의 판단에 관한 드문 판결이다. 이 사건의 사실관계는 특히 주식의 명의신탁이 이루어진 사안이므로, 실제 사실관계를 가지고 선의취득 여부를 판단해 보는 것은 주권의 법리를 익히는 데 아주 좋은 훈련이 될 수 있다.

# 제 4 장 주식의 양도와 명의개서

## 109. 주식의 양도와 명의개서청구권

(대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결)

〈쟁점〉

기명주식의 양도인이 회사에 대하여 양수인 명의로 명의개서를 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

명의개서청구권은 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주권에 기하여 그 기명주식에 관한 자신의 성명, 주소 등을 주주명부에 기재하여 줄 것을 청구하는 권리로서 기명주식을 취득한 자만이 그 기명주식에 관한 명의개서청구권을 행사할 수 있다. 또한 기명주식의 취득자는 원칙적으로 취득한 기명주식에 관하여 명의개서를 할 것인지 아니면 명의개서 없이 이를 타인에게 처분할 것인지 등에 관하여 자유로이 결정할 권리가 있으므로, 주식 양도인은 다른 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 주식 양수인 명의로 명의개서를 하여 달라고 청구할 권리가 없다. 이러한 법리는

주권이 발행되어 주권의 인도에 의하여 기명주식이 양도되는 경우뿐만 아니라, 회사 성립 후 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 아니하여 양도인과 양수인 사이의 의사표시에 의하여 기명주식이 양도되는 경우에도 동일하게 적용된다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 소외 1 등이 2007. 12.경 피고 회사의 성립 후 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 아니한 이 사건 기명주식을 원고 등에게 양도한 후 2008. 2. 18. 피고 회사에게 그 양도사실을 확정일자 있는 내용증명우편으로 통지하면서 원고 등 명의로의 명의개서를 청구한 사실이 있다 하더라도, 이는 명의개서청구권이 없는 주식 양도인의 명의개서청구에 불과하므로 피고 회사가 그 명의개서를 거절한 것을 가리켜 부당하다고 할 수 없다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것처럼 주식 양도에 있어서 명의개서청구권자에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

주식의 양도의 법리에서 먼저 해결되어야 할 것이 회사에 대한 대항력, 즉 명의개서 청구의 요건이다. 판례는 주식의 양도인이 아니라 양수인에게 명의개서 청구권을 인정하고 있으며, 양수인은 양도인의 협력을 요하지 않는다(대법원 2000. 1. 28. 선고 98다17183 판결 참조).

## 110. 회사에 대한 주주권 확인

(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결)

〈쟁점〉

이행의 소를 제기할 수 있는데도 확인의 소를 제기한 경우, 확인의 이익이 있는지 여부 및 주식을 취득한 자가 주권 제시 등의 방법으로 주식 취득 사실을 증명하여 회사에 단독으로 명의개서를 청구할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

가. 확인의 소는 법적 지위의 불안·위험을 제거하기 위하여 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정되고, 이행을 청구하는 소를 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결 등 참조). 또한 확인의 소에 확인의 이익이 있는지 여부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12905 판결 참조).

한편 주식을 취득한 자는 특별한 사정이 없는 한 점유하고 있는 주권의 제시 등의 방법으로 자신이 주식을 취득한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 단독으로 그 명의개서를 청구할 수 있다(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47728 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결 등 참조).

나. 기록에 의하면, 원고는 원래 피고의 주주명부상 이 사건 주식의 소유자로 기재되어 있었는데 소외인이 위조한 주식매매계약서로 인해 타인 앞으로 명의개서가 되었으므로 여전히 원고가 피고의 주주라고 주장하면서, 이 사건 소를 통해 피고를 상대로 주주권 확인을 구하고 있음을 알 수

있다.

다. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 이 사건 주식의 발행인인 피고를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 명의개서절차의 이행을 구할 수 있다. 따라서 원고가 피고를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 아니거나, 분쟁의 종국적 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다. 그럼에도 원심은 피고를 상대로 주주권 확인을 구하는 원고의 이 사건 소에 확인의 이익이 있음을 전제로, 원고가 이 사건 주식의 소유자임을 인정하기 어렵다고 하여 원고의 청구를 기각한 제1심판결에 대한 원고의 항소를 기각함으로써 본안에 관하여 나아가 판단하고 있다. 이러한 원심판단에는 회사에 대한 주주권 확인의 소의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

〈선정이유〉

명의개서 청구는 양수인이 단독으로 할 수 있고, 이 경우 청구의 상대방은 회사이다. 이처럼 자신이 주주임을 주장하는 자는 주권의 제시 또는 다른 방법으로 주주임을 증명하여 회사에 대해서 명의개서절차의 이행을 청구할 수 있으므로, 회사를 상대로 주주권의 확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법 각하되어야 한다는 판결이다. 소송법적 쟁점을 포함한 판결이다.

## 101. 주식의 명의신탁 (1)

(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다16386 판결)

〈쟁점〉

주주명의의 신탁자가 명의신탁계약을 해지한 경우의 법률관계

〈판결요지〉

또 주주명의를 신탁한 사람이 수탁자에 대하여 명의신탁계약을 해지하면 바로 주주의 권리가 명의신탁자에게 복귀하는 것이지, 주식의 양도를 위하여 새로 법률행위를 하여야 하는 것도 아니다. 따라서 소론과 같이 원고들이 주권발행 전의 주식에 관한 주주명의를 피고들에게 신탁하였다가 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 다음에 명의신탁계약을 해지하였다고 하더라도, 원고들이 그와 같은 사실을 증명하여 회사를 상대로 주주명부상의 명의개서를 청구하지 아니하고 수탁자인 피고들을 상대로 명의개서절차의 이행을 소구하는 것은, 소의 이익이 있다고 할 수 없을 것이다.

물론 소론이 지적하는 바와 같이, 주권발행 전의 주식의 양도인과 양수인 또는 명의신탁자와 수탁자 사이에 주주의 권리의 귀속을 둘러싸고 다툼이 생긴 경우에는, 주식의 양수인이나 명의신탁자가 양도인이나 명의수탁자를 상대로주주권확인 등의 소를 제기하여 판결을 받아 주주명부상의 명의개서를 위한 입증자료로써 회사에 제출할 필요성이 있을 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 주식의 양도인이나 명의수탁자를 상대로 막바로 주주명부상의 명의개서절차의이행을 청구할 수도 있다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

주식의 명의신탁에 대한 기본적인 판결이다. 명의신탁이 해지되면 주권의 반환과 무관하게 주주권이 바로 신탁자에게 회복된다는 것이다. 물론 이 경우 회복된 주주권을 회사에 대항하기 위해서는 명의개서가 되어야 하며, 그 입증책임에 대하여는 아래 판결이 다루고 있다.

## 112. 주식의 명의신탁 (2)

(대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다218511 판결)

〈쟁점〉

명의신탁된 주식이 제3자에게 이미 양도된 경우의 확인의 이익 및 주주명부상 주주 명의의 명의신탁관계에 관한 증명책임의 소재

〈판결요지〉

1. 확인의 소에서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고, 확인의 이익은 그 대상인 법률관계에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있고 그로 인하여 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 불안·위험이 있을 때 확인판결을 받는 것이 그 불안·위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정된다(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다93299 판결 등 참조).

원심은, 원고가 피고 1에게 명의신탁하였다고 주장하는 주식이 이미 제3자에게 양도되어 위 피고는 주주명부에 주주로 등재되어 있지 않으므로, 원고가 위 피고를 상대로 주주권 확인을 구하는 부분은 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다. 원고가 위 피고를 상대로 위 주식의 주주가 원고라는 확인을 받는다고 하더라도 그 판결의 효력이 그 주식을 발행한 회사나 주식을 양수하여 주주명부에 주주로 등재된 제3자에게는 미치지 않아 원고의 권리 또는 법률상 지위에 대한 불안을 제거할 유효·적절한 수단이 되지 못하므로, 원고의 위 피고에 대한 주주권 확인을 구하는 부분에 관한 소가 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

2. 주주명부에 주주로 등재되어 있는 자는 그 회사의 주주로 추정되며 이를 번복하기 위하여는 그 주주권을 부인하는 측에 입증책임이 있으므로, 주주명부의 주주 명의가 신탁된 것이고 그 명의 차용인으로서 실질상의 주주가 따로 있다고 하려면 그러한 명의신탁관계를 주장하는 측에서 이를 입증하여야 한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다27755 판결 등 참조).

원심은, 원고가 제출한 증거만으로는 원고가 2003년경 소외 1 등이 보유한 피고 회사 주식을 소외 1 등으로부터 양수한 후 이를 다시 소외 2, 3에게 명의신탁하였다고 인정하기 어렵고, 오히려 그 판시와 같은 사정들을 종합하여 보면 피고 1이 2003년경 위와 같이 소외 1 등이 보유하고 있던 주식과 원고가 피고 1에게 명의신탁하였던 주식을 소외 1 등과 원고로부터 양수한 사실을 인정할 수 있다는 이유로, 원고가 피고 회사의 주식 전부에 관한 실질적 소유자라는 원고의 주장을 배척하였다. 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

〈선정이유〉

실무상 명의신탁된 주식을 둘러싸고 주주권 확인을 구하는 분쟁이 많다. 원칙적으로 실질주주는 명의주주를 상대로 주주권의 확인을 구할 이익이 있는데(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011다109708 판결), 이 판결에서는 명의주주가 이미 제3자에게 양도하여 명의주주가 주주명부상 주주로 등재되어 있지 않다면, 이러한 명의주주를 상대로 주주권의 확인을 받더라도 회사나 제3자에게 대항할 수 없으므로 확인의 이익을 부정하였다.

## 113 회사의 심사의무

(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결)

〈쟁점〉

주권이 발행되어 있는 주식을 취득한 자가 주권을 제시하는 등 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 신청하고, 주주명부를 작성할 권한 있는 자가 형식적 심사의무를 다한 경우, 이에 따라 이루어진 명의개서를 적법하다고 보아야 하는지 여부

〈판결요지〉

1. 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로(상법 제336조 제2항), 주권을 점유하는 자는 반증이 없는 한 그 권리자로 인정되고 이를 다투는 자는 반대사실을 입증하여야 한다. 주권이 발행되어 있는 주식을 양도할 때에는 주권을 교부하여야 하고(상법 제336조 제1항), 주권이 발행되어 있는 주식을 양수한 자는 주권을 제시하여 양수사실을 증명함으로써 회사에 대해 단독으로 명의개서를 청구할 수 있다. 이때 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하면 족하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대한 실질적 자격까지 심사할 의무는 없다. 따라서 주권이 발행되어 있는 주식을 취득한 자가 주권을 제시하는 등 그 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 신청하고, 그 신청에 관하여 주주명부를 작성할 권한 있는 자가 형식적 심사의무를 다하였으며, 그에 따라 명의개서가 이루어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 그 명의개서는 적법한 것으로 보아야 한다.

2. 갑 주식회사의 자회사인 을 주식회사가 신주를 발행하자, 갑 회사의 대표이사인 병의 동서 정이 자기앞수표로 위 주식의 인수대금을 납입한 다음 주권을 발행받아 현재까지 소지하고 있는데, 갑 회사가 병이 대표이사직에서 해임된 후 정에게 주식 명의신탁 해지의 의사표시를 하면서 주권을 반환하라고 요구하는 통지서를 발송하고 병에게도 주권이 반환될 수 있도록 해달라는 통지서를 발송한 다음, 을 회사를 상대로 위 주식은 갑 회사가 정에게 명의신탁한 것인데 적법하게 명의신탁이 해지되었다며 명의개서절차 이행을 청구하여 을 회사로부터 위 주식에 관한 명의개서를 받은 사안에서, 을 회사는 정이 위 주식에 관한 주권을 소지하고 있음을 잘 알고 있으면서도 주권을 점유하지 않은 제3자인 갑 회사의 명의개서절차 이행청구에 따라 위 주식에 관한 명의개서를 마쳐주었고, 당시 갑 회사가 정과 위 주식의 명의신탁약정을 체결하였다는 처분문서조차 제시하지 못한 점 등에 비추어 보면, 을 회사는 명의신탁 해지를 주주권 취득원인으로 주장한 갑 회사의 명의개서절차 이행청구에 대하여 형식적 심사의무를 다하였다고 볼 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

주권을 점유하는 자는 적법한 소지인으로 추정되기 때문에 명의개서의 청구를 받은 회사로서도 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하여 명의개서를 하면 충분하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대해서 실질적으로 그 자격을 심사할 의무는 없다. 이런 기본적인 법리를 보여주는 판결이다.

## 114. 부적법한 명의개서의 추정력

(대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결)

〈쟁점〉

명의개서의 추정력이 적법하지 않은 소지자에게까지 미치는지 여부

〈판결요지〉

상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련해 두고 있다. 즉, 주식을 양수하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의 성명과 주소를 주주명부에 기재하여야 한다(상법 제337조 제1항). 주주명부에 명의개서를 한 주식양수인은 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권, 배당금청구권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다. 회사로서도 주주명부에 기재된 자를 주주로 보고 주주로서의 권리를 인정한 경우 주주명부상 주주가 진정한 주주가 아니더라도 책임을 지지 않는다. 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건(제337조 제1항)으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다.

〈선정이유〉

현재 판례가 명의개서를 기초로 주주권의 행사를 획일적으로 처리하고 있기 때문에, 명의개서가 된 경우 그 추정력이 어디까지 미치는지 하는 문제는 매우 중요하다. 명의개서가 되어 있으면 주주로 추정되지만, 이는 어디까지나 추정에 불과하고 권리를 창설하는 효력을 가지는 것은 아니다. 이 판결은 주식의 적법한 소지인이 아닌 자가 어떠한 경위로 명의개서를 했다고 하여 주주가 되는 것은 아님을 명확히 하고 있다.

## 115. 명의개서의 부당거절

(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결)

〈쟁점〉

회사가 정당한 사유 없이 명의개서를 거절한 경우의 법률관계

〈판결요지〉

위 소외 1로부터 주식을 양도받은 원고 4 등 4인이 1990.8.30. 명의개서를 청구하였는데도(기록 51면 갑 제3호증의 2 참조)위 주식양도에 입회하여 그 양도를 승락하였고 더구나 그 후 원고 4 등 4인의 주주로서의 지위를 인정한 바 있는 피고회사의 대표이사인 위 소외 2가 정당한 사유없이 그 명의개서를 거절하였던 것임을 알 수 있는 바, 이와 같이 피고회사가 정당한 사유없이 명의개서를 거절한 것이라면 그 명위개서가 없음을 이유로 그 양도의 효력과 주식양수인의 주주로서의 지위를 부인할 수는 없다고 할 것이므로, 원심판결에 기명주식이전의 대항요건에 관한 법리오해 및 판례위반의 위법이 있다는 논지도 받아들일 수 없으며, 그외 원심판결에 소론주장과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

회사가 부당하게 명의개서를 거절하면서 그처럼 명의개서를 거절당한 주주에게 소집통지를 하지 않고 주주총회를 개최한 경우 그 결의에 하자가 있다. 명의개서 부당거절에 대한 기본적인 판결이다.

## 116. 실기주의 처리

(대법원 1995. 7. 28. 선고 94다25735 판결)

〈쟁점〉

주식 양수 후 명의개서를 하지 않은 경우, 신주인수권의 귀속

〈판결요지〉

상법 제416조에 의하여 주식회사가 주주총회나 이사회의 결의로 신주를 발행할 경우에 발생하는 구체적 신주인수권은 주주의 고유권에 속하는 것이 아니고 위 상법의 규정에 의하여 주주총회나 이사회의 결의에 의하여 발생하는 구체적 권리에 불과하므로 그 신주인수권은 주주권의 이전에 수반되어 이전되지 아니한다 할 것인바, 회사가 신주를 발행하면서 그 권리의 귀속자를 주주총회나 이사회의 결의에 의한 일정시점에 있어서의 주주명부에 기재된 주주로 한정할 경우 그 신주인수권은 위 일정시점에 있어서의 실질상의 주주인가의 여부와 관계없이 회사에 대하여 법적으로 대항할 수 있는 주주, 즉 주주명부에 기재된 주주에게 귀속된다 할 것이므로 주주명부상의 주주가 신주인수대금을 납입하였다면 위 명부상의 주주가 신주를 취득한다고 보아야 한다. 원심이 같은 취지에서 이 사건 신주를 소외인이 적법하게 취득한 것으로 판단한 조치는 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 신주인수권에 관한 법리를 오해한 위법을 저질렀다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

회사에 대한 권리는 형식주주가 가지고, 실질주주와의 이해조정은 개인법적 법률관계로 해결한다. 이 판결은 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주인 양도인에게 신주발행에 관하여 주주로서의 권리를 가진다는 점을 명확히 하고 있다.

# 제 5 장 주식의 양도제한

## 117. 정관에 의한 주식의 양도제한

(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다221258,221265 판결)

〈쟁점〉

주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 얻어야 하는 경우, 주식을 취득하였으나 회사로부터 양도승인거부의 통지를 받은 양수인이 회사에 대하여 주식매수청구권을 행사할 수 있는지 여부 및 주식을 취득하지 못한 양수인의 주식매수청구의 효력

〈판결요지〉

주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 얻어야 하는 경우에 주식을 취득하였으나 회사로부터 양도승인거부의 통지를 받은 양수인은 상법 제335조의7에 따라 회사에 대하여 주식매수청구권을 행사할 수 있다. 이러한 주식매수청구권은 주식을 취득한 양수인에게 인정되는 이른바 형성권으로서 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립하게 되므로, 주식을 취득하지 못한 양수인이 회사에 대하여 주식매수청구를 하더라도 이는 아무런 효력이 없고, 사후적으로 양수인이 주식 취득의 요건을 갖추게 되더라도 하자가 치유될 수는 없다.

〈선정이유〉

상법 제335조의2 이하 주식양도의 제한에 관한 법리를 설시한 드문 판결이다. 양수인은 사후승인을 청구할 수 있는데, 여기서 말하는 양수인은 주식을 취득한 양수인에 국한되며, 주식을 취득하지 못한 양수인은 양도의 승인청구 또는 주식매수청구를 하더라도 아무 효력이 없고, 사후적으로 주식을 취득하더라도 하자가 치유되지 않는다.

## 118. 이사회의 승인을 얻지 못한 양도의 효력

(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다14193 판결)

〈쟁점〉

양도 제한이 있는 주식을 이사회의 승인을 얻지 않고 양도한 경우, 주주 사이의 그 양도계약의 효력

〈판결요지〉

주식의 양도는 이사회의 승인을 얻도록 규정되어 있는 회사의 정관에도 불구하고 이사회의 승인을 얻지 아니하고 주식을 양도한 경우에 그 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없을 뿐, 주주 사이의 주식양도계약 자체가 무효라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

주식양도가 이사회의 승인을 얻지 않았다고 하더라도 양도인과 양수인 사이에서 채권적 효력은 인정된다는 판결이다. 양수인이 회사에 대하여 주주로서의 권한을 행사할 수 없는 한 당사자 사이의 효력을 부정할 필요는 없기 때문이다.

## 119. 양도제한의 주주간약정

(대법원 2000. 9. 26. 선고 99다48429 판결)

〈쟁점〉

상법 제335조 제1항 단서의 취지 및 정관의 규정으로 주식의 양도를 전면적으로 금지할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제335조 제1항은 주식은 타인에게 이를 양도할 수 있고, 다만 주식의 양도는 정관이 정하는 바에 따라 이사회의 승인을 얻도록 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 그러한 상법 제335조 제1항 단서는 주식의 양도를 전제로 하고, 다만 이를 제한하는 방법으로서 이사회의 승인을 요하도록 정관에 정할 수 있다는 취지이지 주식의 양도 그 자체를 금지할 수 있음을 정할 수 있다는 뜻은 아니기 때문에, 정관의 규정으로 주식의 양도를 제한하는 경우에도 주식양도를 전면적으로 금지하는 규정을 둘 수는 없다고 할 것이다.

원심이 제1심판결을 인용하여 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 피고 회사와 주주들은 1994. 6. 3. 이 사건 합작투자계약시에, 그리고 주주들을 대리한 소외 주식회사 포항제철과 소외 주식회사 경방은 1994. 9. 4. 투자약정시에, 피고 회사 발행 주식의 양도제한에 관하여 "합작회사(이하 '피고 회사'를 말한다)가 사전에 공개되는 경우를 제외하고 합작회사의 설립일로부터 5년 동안, 합작회사의 어느 주주도 합작회사 주식의 전부 또는 일부를 다른 당사자 또는 제3자에게 매각, 양도할 수 없다. 단 법률상 또는 정부의 조치에 의하여 그 주식의 양도가 강제되는 경우 또는 당사자들 전원이 그 양도에 동의하는 경우는 예외로 한다. 위 예외의 경우나 설립일로부터 5년이 경과한 후 합작회사의 공개 이전까지 포항제철이나 코오롱 이외의 주주가 보유하는 합작회사의 주식의 전부 또는 일부를 양도하고자 할 경우에는 포항제철과 코오롱이 주식 매입시의 각자의 주식보유비율에 따라 동 주식을 우선 매수할 권리가 있다. 이때 양도인은 우선 포항제철과 코오롱에 서면으로 동 주식의 양도를 청약하여야 하고, 그 양도가액은 합의된 가격 또는 감정에 의한 공정가격으로 한다. 위 계약들에 의한 주식의 양도제한에 위배하여 합작회사의 주식이 양도된 경우 그 주식양수인은 위 계약들에 따른 어떠한 권리와 이익도 가지지 아니하며, 그 주식의 양도인은 본 계약 및

위 합의서 등의 서면에 의한 약정 및 의무에 대하여 계속 책임을 진다."는 내용의 합의를 하였다는 것이다.

그러나 이 사건 약정은, 그 내용 자체에 의하더라도 그 양도에 이사회의 승인을 얻도록 하는 등 그 양도를 제한하는 것이 아니라, 설립 후 5년간 일체 주식의 양도를 금지하는 내용으로, 이와 같은 내용은 위에서 본 바와 같이 정관으로 규정하였다고 하더라도 이는 주주의 투하자본회수의 가능성을 전면적으로 부정하는 것으로서 무효라고 할 것이다. 그러므로 그와 같이 정관으로 규정하여도 무효가 되는 내용을 나아가 회사나 주주들 사이에서, 혹은 주주들 사이에서 약정하였다고 하더라도 이 또한 무효라고 할 것이다.

그리고 이 사건 약정 가운데 주주 전원의 동의가 있으면 양도할 수 있다는 내용이 있으나, 이 역시 상법 제335조 제1항 단서 소정의 양도제한 요건을 가중하는 것으로서 상법 규정의 취지에 반할 뿐 아니라, 사실상 양도를 불가능하게 하거나 현저하게 양도를 곤란하게 하는 것으로서 실질적으로 양도를 금지한 것과 달리 볼 것은 아니다.

그러므로 이 사건 양도제한약정은 무효라고 할 것이고, 피고는 그와 같은 무효인 양도제한약정을 들어 이 사건 명의개서청구를 거부할 수는 없는 것이다. 원심의 판단은 그 이유 설시에 있어 다소 명확하지 않은 점이 있으나, 이 사건 양도제한약정의 효력을 부정한 결론에 있어서는 정당하다. 이 점 상고이유는 받아들일 수 없다.

〈선정이유〉

실무상 합작회사 등 다양한 상황에서 주식의 양도제한 약정이 자주 체결된다. 이 판결은 그 양도제한 약정의 기간이 긴 경우에는 주주의 투하자본회수의 가능성을 배제하였다고 보아 무효라고 한 판결로서, 이론적으로도 중요하고 학습적인 측면에서도 생각해 볼 쟁점이 많은 판결이다.

## 120. 주권발행 전 주식양도 (1)

(대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카982, 86다카983 판결)

〈쟁점〉

주권발행전 주식양도의 효력

〈판결요지〉

주권발행전에 한 주식의 양도는 회사가 이를 승인하여 주주명부에 그 변경을 기재하거나 후일 회사에 의하여 주권이 발행되었다 할지라도 회사에 대한 관계에 있어서는 그 효력이 없다.

〈선정이유〉

주권발행 전 6월이 경과하기 전의 주식양도는 회사에 대하여 효력이 없다는 중요한 법리를 선언한 판결이다. 회사도 임의로 그 양도의 효력을 인정할 수 없다. 판례도 회사가 주권발행 전 주식양도를 승인하고 명의개서까지 해주더라도 무효이므로, 양수인은 회사에 대하여 주권의 발행을 청구할 수 없다고 하고, 설사 회사가 그 요청에 응하여 양수인에게 주권을 발행해 주더라도 주권으로서의 효력이 없다고 본다.

## 121. 주권발행 전 주식양도 (2)

(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076,62083 판결)

〈쟁점〉

주권발행 전에 한 주식양도가 회사성립 후 또는 신주 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 이루어졌으나 6월이 경과할 때까지 회사가 주권을 발행하지 않은 경우, 회사에 대하여도 효력이 발생하는지 여부

〈판결요지〉

다. 주권발행 후의 주식의 양도는 주권을 교부하여야 효력이 발생하고(「상법」 제336조 제1항), 이 경우 주권의 교부는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시와 함께 주식양도의 효력발생요건이 되지만, 주권의 교부가 없더라도 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시만으로 주식양도를 목적으로 하는 양도계약은 유효하게 성립한다. 그리고 주권발행 전에 한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없으나 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에는 회사에 대하여도 효력이 있다[「상법」 제335조 제3항, 구 「상법」(1995. 12. 29. 법률 제5053호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 「상법」') 제335조 제2항]. 이 경우 주식의 양도는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 효력이 발생하는 것이고 ( 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결 등 참조), 나아가 주권발행 전에 한 주식의 양도가 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 이루어졌다고 하더라도 그 이후 6월이 경과하고 그때까지 회사가 주권을 발행하지 않았다면, 그 하자는 치유되어 회사에 대하여도 유효한 주식양도가 된다( 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000두1850 판결 참조).

한편 주식병합의 효력이 발생하면 구주권은 실효되고 회사는 신주권을 발행하여야 하며, 주주는 병합된 만큼 감소된 수의 신주권을 교부받게 되는데, 이에 따라 교환된 주권 역시 병합 전의 주식을 여전히 표창하면서 그와 동일성을 유지하는 것이다( 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다51887 판결 참조).

위와 같은 상법의 규정과 관련 법리를 종합하여 볼 때, 주식병합이 있어 구주권이 실효되었음에도 주식병합 후 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않은 경우에는 주권의 교부가 없더라도 당사자의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생긴다고 볼 것이다. 그리고 이는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시가 주권의 발행 후 주식병합이 있기 전에 있었다고 하더라도 마찬가지로서, 주식병합으로 실효되기 전의 구주권의 교부가 없는 상태에서 주식병합이 이루어지고 그로부터 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않았다면 주식병합 후 6월이 경과한 때에 주식병합 전의 당사자 사이의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생긴다고 보아야 할 것이다.

라. 위와 같은 법리에 비추어 보면, 이 사건에서 만일 피고 회사가 1987. 1. 11. 실시된 주식병합의 효력이 발생한 후 6월이 경과하도록 신주권을 발행하지 않았다면 구 「상법」 제335조 제2항에 의하여 원고는 주권의 교부 없이 이 사건 합의만으로도 이 사건 주식에 상응한 병합 후 주식의 소유권을 유효하게 취득하게 된다고 보아야 한다. 더욱이 피고들은 이 사건 제1심에서 위 주식병합 이후 별도의 주권을 발행하지는 않았다는 취지로 자인한 바도 있으므로(피고들 제출의 2008. 1. 30.자 준비서면 참조), 원고가 이 사건 주식에 상응한 병합 후 주식의 소유권까지 취득하였다고 볼 가능성은 상당하다고 판단된다.

그렇다면 원심으로서는 먼저 피고 회사가 위 주식병합의 효력이 발생한 후 6월이 경과할 때까지 신주권을 발행하였는지 여부를 심리·확정한 다음 원고가 이 사건 주식에 상응한 병합 후 주식의 소유권을 취득하였는지 여부에 관해서 판단하였어야 함에도 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 원고가 위 주식 소유권을 취득하지 못하였다고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 주식양도에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이를 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

〈판결요지〉

회사성립 또는 신주의 납입기일 후 6월 이내에 주권발행 전 주식양도가 이루어진 경우 6월이 경과하게 되면 그 하자가 치유된다는 법리를 선언한 판결이다. 사실관계도 흥미롭기 때문에 학습적인 측면에서도 좋은 판결이다.

## 122. 주권발행 전 주식양도 (3)

(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결)

〈쟁점〉

1. 주권발행 전 주식의 이중양수인이 모두 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙의 요건을 갖추지 못한 경우, 제2 주식양수인이 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고 자신의 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 수 있는지 여부(소극) 및 회사가 그 청구를 받아들여 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 마쳐 주었더라도 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인인지 여부(적극)

2. 확정일자 없는 증서에 의한 주식의 양도통지나 승낙 후 그 증서에 확정일자를 얻은 경우, 제3자에 대한 대항력을 취득하는지 여부(적극) 및 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식 양도통지일로 소급하여 발생하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

2. 주권발행 전 주식의 이중양수인의 대항요건에 관하여

가. 주권발행 전 주식의 이중양수인의 대항요건

상법 제335조 제3항 소정의 주권발행 전에 한 주식의 양도는 회사 성립 후 6월이 경과한 때에는 회사에 대하여 효력이 있는 것으로서 이러한 주권발행 전의 주식의 양도는 지명채권 양도의 일반원칙에 따르는 것이므로, 주권발행 전의 주식양도의 제3자에 대한 대항요건으로는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이라고 보는 것이 상당하다 (대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결 참조).

그런데, 주권발행 전 주식이 양도된 경우 그 주식을 발행한 회사가 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 주식양수인(이하 '제1 주식양수인'이라 한다)에게 명의개서를 마쳐 준 경우, 그 주식을 이중으로 양수한 주식양수인(이하 '제2 주식양수인'이라 한다)이 그 후 회사에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙 역시 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 제2 주식양수인으로서는 그 주식 양수로써 제

1 주식양수인에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로, 회사에 대하여 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 회사가 제2 주식양수인의 청구를 받아들여 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인이라고 봄이 타당하다.

원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 피고 회사는 소외 1이 소외 3 외 3명으로부터 양수한 주식 1,900주에 관하여 2002. 10.경 소외 1 앞으로 명의개서를 마쳐준 사실, 소외 4는 2007. 11. 28. 소외 3, 5, 6으로부터, 소외 1이 양수한 주식 중 1,500주를 이중으로 양수한 사실, 이 사건 임시주주총회 개최일인 2007. 12. 24. 당시 소외 1이나 소외 4는 모두 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙의 요건을 갖추지 못하였고, 다만 소외 3, 5, 6은 그 이후인 2008. 9. 24. 비로소 소외 4에 대한 주식양도사실을 내용증명우편으로 피고 회사에 통지한 사실을 알 수 있는바, 이러한 경우 소외 4로서는 위 통지 전까지는 그 주식양수로써 제1 주식양수인인 소외 1보다 우선적 지위에 있음을 주장하지 못하는 것이어서 회사에 대하여 소외 1 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 자신 앞으로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 비록 피고 회사가 소외 4의 청구를 받아들여 위 통지 전에 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 피고 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인인 소외 1이라고 봄이 타당하다.

나. 대항력 취득 효력의 소급 여부

한편, 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였더라도 확정일자 없는 증서에 의한 양도통지나 승낙 후에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하는 것이나(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결 참조), 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식 양도통지일로 소급하여 발생하는 것은 아니라 할 것이다.

앞서 본 바와 같이 소외 3, 5, 6은 이 사건 임시주주총회 결의 이후인 2008. 9. 24. 피고 회사에 소외 4에 대한 주식양도사실을 내용증명우편으로 통지하였으므로, 소외 4는 이 사건 임시주주총회 결의 이후에야 위 주식 1,500주의 양수와 관련하여 제3자에 대한 대항력을 취득하였을 뿐이고, 그 대항력 취득의 효력이 이 사건 임시주주총회 결의 이전의 소외 4의 주식 양도통지일로 소급하여 이 사건 임시주주총회 결의의 절차상의 하자가 치유된다고 볼 수도 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

## 〈선정이유〉

주권발행 전 주식양도의 가장 중요한 법리는 6월 이후 이중양도의 경우 누가 주주로서의 권리를 가지는가 하는 문제이다. 이 판결은 그 법리를 잘 설명하면서, 이를 다시 주주권의 행사 문제와 연결시키고 있다. 다음 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결과 사실관계를 비교하면서 학습하는 것이 필요하다.

## 123. 주권발행 전 주식양도 (4)

(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결)

〈쟁점〉

주권발행 전 주식의 이중양수인이 모두 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙의 요건을 갖추지 못한 경우의 우열관계

〈판결요지〉

가. 원심은, 위 주식양도계약 및 원고의 공동대표이사로의 선임 과정에서 원고에게의 주식양도에 관하여 양도통지가 있었거나 피고 회사가 이를 승낙하였고, 제2 주식양수인인 소외 3, 4(이하 '이 사건 제2 주식양수인들'이라 한다)는 그 후에 주식을 양수하였으며, 원고 및 이 사건 제2 주식양수인들 모두 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지나 승낙을 갖추지 못한 사실을 인정한 후, 제1 주식양수인인 원고는 이 사건 주식양도계약 이후에 이중으로 주식을 양수한 이 사건 제2 주식양수인들에게 자신의 주식양수 사실로 대항할 수 있고, 그와 같은 사정을 알고 있었을 피고 회사에 대하여도 주주권을 행사할 수 있으며, 이 사건 제2 양수인들이 주주명부상 명의개서를 마쳤다 하더라도 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다고 판단하였다.

원심은 나아가, 원고는 피고 회사에 대하여 자신이 양수한 9,500주(지분 95%)에 관하여 주주권을 행사할 수 있었다 할 것인데, 피고 회사는 2011. 7. 29.자 및 2012. 9. 17.자 각 주주총회의 소집 당시 주주명부상의 주주인 소외 1, 4, 3, 5에게 소집통지를 하고 원고에게 소집통지를 하지 않은 상태에서 이 사건 결의 및 추인결의를 하였다 할 것이므로, 이 사건 결의 및 추인결의에는 그 결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다고 판단하였다.

나. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 제1 주식양수인인 원고가 먼저 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의하지 아니한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 후 이 사건 제2 주식양수인들이 다시 주식을 양수하고 주주명부상 명의개서를 마쳤다 하더라도, 제2 주식양수인들이 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 아니한 이상 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다고 본 원심의 위와 같은 판단은 정당하고(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결 참조), 거기에 상고이유 주장과 같은 주식양도의 대항요건에 대한 법리오해의 위법이 없다.

다. 그러나 원심이, 원고가 위 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다는 사정만으로 피고 회사에 대하여 곧바로 주주권을 행사할 수 있다고 인정한 것은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

주식을 취득한 자가 회사에 대하여 의결권을 주장할 수 있기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하므로, 명의개서를 하지 아니한 주식양수인에 대하여 주주총회소집통지를 하지 않았다고 하여 주주총회결의에 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결 참조).

그런데 원심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 원고는 이 사건 주식양도계약을 체결한 직후 열린 2009. 11. 20. 임시주주총회에서 대표이사로 선출되었는데, 위 임시주주총회에서는 주주명부상의 주주 소외 1(5,000주), 소외 2(4,500주), 소외 5(500주) 중 소외 1(5,000주), 소외 2(4,500주) 2인이 출석하여 찬성하였고, 원고는 결의에 참여하지 않은 사실, ② 2010. 7. 2. 임시주주총회에서

는 원고가 공동대표이사로서 주주총회를 진행하여 사내이사로 소외 6을 추가선임하고 소외 6을 공동대표이사로 선출하는 내용의 결의가 있었는데, 이때 주주명부상의 주주 소외 1(5,000주), 소외 2(4,500주), 소외 5(500주) 3인이 출석하여 찬성하였고, 원고는 결의에 참여하지 않은 사실, ③ 2011. 7. 29. 소외 6이 공동대표이사로서 임시주주총회를 소집하여 원고를 공동대표이사에서 해임하는 등의 이 사건 결의가 있었는데, 이때 주주명부상의 주주 소외 1(2,500주), 소외 5(500주), 소외 3(4,500주), 소외 4(2,500주) 전원이 출석하여 찬성하였고, 원고에게는 소집통지가 없었던 사실, ④ 이 사건 결의 당시까지도 원고는 피고 회사에 명의개서를 청구하지 않은 사실을 알 수 있다.

위와 같이 원고가 이 사건 결의 당시까지 명의개서를 마치지 않아 자신이 양수한 주식에 관한 주주권을 행사할 수 없었던 이상, 피고 회사가 원고에게 소집통지를 하지 않고 임시주주총회를 개최하여 이 사건 결의를 하였다 하더라도 이 사건 결의에 부존재나 무효에 이르는 중대한 흠이 있다고 할 수 없다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 결의에 그 결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 명의개서하지 않은 주식양수인의 주주권 행사 및 주주총회결의 무효·부존재 사유에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

〈선정이유〉

주권발행 전 주식양도에서 6월 이후 이중양도의 경우 누가 주주로서의 권리를 가지는가 하는 문제를 다룬 판결이다. 이 판결에서는 그 주주로서의 권리를 가진 주주가 명의개서를 하지 않았기 때문에 소집통지를 하지 않아도 된다고 판시하고 있다. 위 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결과 사실관계를 비교하면서 이해하여야 하는 판결이다.

## 124. 주권발행 전 주식양도 (5)

(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결)

<쟁점>

주권발행 전 주식의 양도인이 회사에 대한 양도통지 전에 제3자에게 주식을 이중으로 양도한 후 확정일자 있는 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 주어 양수인이 그 제3자에게 대항할 수 없게 되었고, 이러한 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우, 제3자에 대한 양도행위의 효력

〈판결요지〉

주권발행 전 주식의 양도는 당사자의 의사표시만으로 효력이 발생하고, 주권발행 전 주식을 양수한 사람은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있지만, 회사 이외의 제3자에 대하여 양도 사실을 대항하기 위하여는 지명채권의 양도에 준하여 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙을 갖추어야 한다는 점을 고려할 때, 양도인은 회사에 그와 같은 양도통지를 함으로써 양수인으로 하여금 제3자에 대한 대항요건을 갖출 수 있도록 해 줄 의무를 부담한다. 따라서 양도인이 그러한 채권양도의 통지를 하기 전에 제3자에게 이중으로 양도하고 회사에게 확정일

자 있는 양도통지를 하는 등 대항요건을 갖추어 줌으로써 양수인이 그 제3자에게 대항할 수 없게 되었고, 이러한 양도인의 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우라면, 제3자에 대한 양도행위는 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효이다.

〈선정이유〉

예외적인 법리로서, 판례는 대항력을 갖춘 이중양수인이 이중양도라는 배임행위에 적극 가담한 경우에는 그 양수인에 대한 양도행위는 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 본다. 이중양도의 일반적인 법리를 적용한 것으로서 주의해야 하는 법리이다.

# 제 6 장 자기주식취득과 상호주

## 125. 배당가능이익에 의하지 않은 자기주식취득

(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다60147 판결)

〈쟁점〉

주주 간의 분쟁 등 일정한 사유가 발생할 경우 특정 주주를 제명하고 회사가 그 주주에게 출자금 등을 환급하도록 규정한 정관이나 내부규정의 효력

〈판결요지〉

1. 상법은 제218조 제6호, 제220조, 제269조에서 인적 회사인 합명회사, 합자회사에 대하여 사원의 퇴사사유의 하나로서 '제명'을 규정하면서 제명의 사유가 있는 때에는 다른 사원 과반수의 결의에 의하여 그 사원의 제명의 선고를 법원에 청구할 수 있도록 규정하고 있음에 비하여, 주식회사의 경우에는 주주의 제명에 관한 근거 규정과 절차 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 상법이 인적 결합이 아닌 자본의 결합을 본질로 하는 물적 회사로서의 주식회사의 특성을 특별히 고려한 입법이라고 해석되므로, 회사의 주주의 구성이 소수에 의하여 제한적으로 이루어져 있다거나 주주 상호간의 신뢰관계를 기초로 하고 있다는 등의 사정이 있다 하더라도, 그러한 사정만으로 인적 회사인 합명회사, 합자회사의 사원 제명에 관한 규정을 물적 회사인 주식회사에 유추적용하여 주주의 제명을 허용할 수 없다.

2. 주주 간의 분쟁 등 일정한 사유가 발생할 경우 어느 주주를 제명시키되 회사가 그 주주에게 출자금 등을 환급해 주기로 하는 내용의 규정을 회사의 정관이나 내부규정에 두는 것은 그것이 회사 또는 주주 등에게 생길지 모르는 중대한 손해를 회피하기 위한 것이라 하더라도 법정사유 이외에는 자기주식의 취득을 금지하는 상법 제341조의 규정에 위반되므로, 결국 주주를 제명하고 회사가 그 주주에게 출자금 등을 환급하도록 하는 내용을 규정한 정관이나 내부규정은 물적 회사로서의 주식회사의 본질에 반하고 자기주식의 취득을 금지하는 상법의 규정에도 위반되어 무효이다.

〈선정이유〉

2011년 상법개정으로 자기주식취득이 허용되었지만, 배당가능이익의 범위 내에서 주주평등을 유

지하는 경우에만 가능하다. 상법개정 이전의 판례이기는 하지만, 이 판결은 회사가 일부 주주에게 출자금을 환급해 주기로 하는 내용의 정관은 자기주식취득 금지에 위반된다고 본 것으로서, 이론적으로나 실무적으로 중요한 의미를 가진다.

## 126. 자기주식취득이 허용되는 경우

(대법원 1977. 3. 8. 선고 76다1292 판결)

〈쟁점〉

회사가 자기 주식을 취득하기 위하여는 주식을 가진 채무자의 무자력을 입증하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

주식회사가 자기주식을 취득할 수 있는 경우로서 제341조 제3호(현행 제341조의2 제2호)가 규정한 "회사의 권리를 실행함에 있어서 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때"라 함은, 회사가 그의 권리를 실행하기 위하여 강제집행, 담보권의 실행 등에 당하여 채무자에 회사의 주식 이외에 재산이 없는 때에 한하여 회사가 자기주식을 경락 또는 대물변제 등으로 취득할 수 있다고 해석되며, 따라서 채무자의 무자력은 회사의 자기주식취득이 허용되기 위한 요건사실로서 자기주식 취득을 주장하는 회사에게 그 입증책임이 있다.

〈선정이유〉

특별한 목적을 위한 자기주식취득에 관한 드문 판례로서, 자기주식취득의 법리의 해석론을 전개하고 있으며, 소송법적 쟁점도 함께 포함하고 있다. 이 사건의 사실관계는 주권의 교부 및 질권 설정 등 학습상 유용한 전형적인 것으로서, 사실관계와 함께 다루면 소송법적 쟁점까지 커버할 수 있는 유용한 판례이다.

## 127. 제3자의 명의에 의한 위법한 자기주식취득

(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결)

〈쟁점〉

회사가 대여금을 실질적으로 회수할 의사 없이 제3자에게 주식인수대금 상당을 대여하고 제3자는 그 대여금으로 주식인수대금을 납입한 경우 그 납입의 효력

〈판결요지〉

1. 주식회사가 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하는 것은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 주주 및 채권자의 이익을 해하고 주주평등의 원칙을 해하며 대표이사 등에 의한 불공정한 회사지배를 초래하는 등의 여러 가지 폐해를 생기게 할 우려가 있으므로 상법은 일반 예방적

인 목적에서 이를 일률적으로 금지하는 것을 원칙으로 하면서, 예외적으로 자기주식의 취득이 허용되는 경우를 유형적으로 분류하여 명시하고 있으므로 상법 제341조, 제341조의2, 제342조의2 또는 증권거래법 등에서 명시적으로 자기주식의 취득을 허용하는 경우 외에, 회사가 자기주식을 무상으로 취득하는 경우 또는 타인의 계산으로 자기주식을 취득하는 경우 등과 같이, 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하거나 주주 등의 이익을 해한다고 할 수 없는 것이 유형적으로 명백한 경우에도 자기주식의 취득이 예외적으로 허용되지만, 그 밖의 경우에 있어서는, 설령 회사 또는 주주나 회사 채권자 등에게 생길지도 모르는 중대한 손해를 회피하기 위하여 부득이 한 사정이 있다고 하더라도 자기주식의 취득은 허용되지 아니하는 것이고 위와 같은 금지규정에 위반하여 회사가 자기주식을 취득하는 것은 당연히 무효이다.

2. 회사 아닌 제3자의 명의로 회사의 주식을 취득하더라도 그 주식취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 그 주식취득에 따른 손익이 회사에 귀속되는 경우라면, 상법 기타의 법률에서 규정하는 예외사유에 해당하지 않는 한, 그러한 주식의 취득은 회사의 계산으로 이루어져 회사의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 있는 것으로서 상법 제341조가 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다.

3. 주식회사의 자본충실의 원칙상 주식의 인수대금은 그 전액을 현실적으로 납입하여야 하고 그 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못하는 것이므로 회사가 제3자에게 주식인수대금 상당의 대여를 하고 제3자는 그 대여금으로 주식인수대금을 납입한 경우에, 회사가 처음부터 제3자에 대하여 대여금 채권을 행사하지 아니하기로 약정되어 있는 등으로 대여금을 실질적으로 회수할 의사가 없었고 제3자도 그러한 회사의 의사를 전제로 하여 주식인수청약을 한 때에는, 그 제3자가 인수한 주식의 액면금액에 상당하는 회사의 자본이 증가되었다고 할 수 없으므로 위와 같은 주식인수대금의 납입은 단순히 납입을 가장한 것에 지나지 아니하여 무효이다.

원심이 적법하게 인정한 사실에 의하면, 대한종합금융 주식회사(이하 '대한종금'이라 한다)의 제안에 따라 원고는 원고 또는 그가 지정하는 자의 이름으로 대한종금의 유상증자에 참여하기로 하되, 100억 원을 대한종금으로부터 대출받아 이를 신주인수의 청약대금으로 대한종금에 납입하고, 인수한 주식 전부를 대한종금에 담보로 제공하며, 대한종금이 영업정지를 받는 등의 사유가 발생하는 경우에는 그 전 일자로 대한종금에 대하여 원고가 위 주식의 매수(환매)를 청구할 수 있는 권리가 발생한 것으로 간주하고 그 매수가격을 발행가액으로 하여 원고의 위 대출금채무와 상계된 것으로 보고 이자 등 일체의 채권에 대하여 대한종금의 권리가 상실되는 것으로 계약을 체결하였다는 것인바, 이는 결국 원고가 청약하는 신주인수대금을 대한종금이 대출의 형식으로 제공하여 납입하게 하지만 원고에게는 그 대여금 상환의 책임을 지우지 아니하고 그 주식인수에 따른 손익을 대한종금에 귀속시키기로 하는 내용의 계약이라고 할 것이고, 따라서 이 계약의 실질은 대한종금의 계산 아래 대한종금이 원고 또는 원고가 지정하는 자의 명의로 대한종금 스스로 발행하는 신주를 인수하여 취득하는 것을 목적으로 하는 것으로서, 앞에서 본 법리에 비추어 자기주식의 취득이 금지되는 유형에 해당한다고 할 것이므로, 위 계약은 대출약정을 포함한 그 전부가 무효라고 할 것이고, 그 계약에 따라 원고가 대한종금의 대여금으로 신주대금을 납입한 것 역시 무효라고 할 것이다.

그렇다면 위 계약에 기초하여 원고와 대한종금 사이에서 이루어진 100억 원의 대출약정은 무효이므로 위 대출약정에 따른 원고의 채무는 존재하지 아니한다고 할 것이고, 그 계약에 따라 대출금으로 원고에게 입금되었던 금원은 신주인수대금 명목으로 다시 대한종금에 입금되었으므로 원고가 대출금 상당의 부당이득을 한 것으로 볼 수도 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

회사가 제3자에게 주식인수대금 상당을 대여하여 그 자금으로 회사의 주식을 취득하게 한 것이 자기주식취득 규제에 위반되어, 그 효력이 무효가 된다는 판결이다. 그러나 이에 대해서 부당이득반환이 성립되지 않는다는 내용도 아울러 담고 있다. 회사법적으로 생각해 볼 쟁점이 많은 판결로서, 자기주식취득과 함께 가장납입, 부당이득반환의 법리가 얽혀 있어서 학습에 유용하다.

## 128. 자금지원과 자기주식취득의 구별

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다23610 판결)

〈쟁점〉

회사가 제3자 명의로 회사 주식을 취득하는 것이 상법 제341조에서 금지하는 자기주식 취득에 해당하기 위한 요건

〈판결요지〉

상법 제341조는, 회사는 같은 조 각 호에서 정한 경우 외에는 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득하지 못한다고 규정하고 있다. 이 규정은 회사가 자기의 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다면 회사의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 있어 상법 기타의 법률에서 규정하는 예외사유가 없는 한 원칙적으로 이를 금지하기 위한 것으로서, 회사가 직접 자기 주식을 취득하지 아니하고 제3자의 명의로 회사의 주식을 취득하였을 때 그것이 위 조항에서 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다고 보기 위해서는, 그 주식취득을 위한 자금이 회사의 출연에 의한 것이고 그 주식취득에 따른 손익이 회사에 귀속되는 경우이어야 한다 (대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다44109 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 후, 자기주식의 취득을 금지하는 입법 취지에 비추어 볼 때, 회사의 경영자 등이 회사의 지배권을 취득하거나 유지·강화할 목적으로 회사로부터 금융상 지원을 받아 주식을 취득하는 것도 위와 같은 요건을 갖춘 경우에는 자기주식취득에 관한 탈법행위의 일종으로서 금지된다고 봄이 상당하다고 한 다음, 그 판시와 같은 사실관계에 나타나는 여러 사정들, 특히 피고의 이사인 소외인 등이 원래 피고의 최대 주주인 주식회사 버추얼텍(이하 '버추얼텍'이라고만 한다)의 경영위임에 따라 피고를 경영하다가 주식회사 글로벌피앤티(이하 '글로벌피앤티'라고만 한다)를 설립한 후, 버추얼텍으로부터 글로벌피앤티 명의로 이 사건 주식을 인수하여 글로벌피앤티를 통하여 피고를 지배하게 되었는데, 이것은 소외인 등이 글로벌피앤티에게 피고의 중요한 영업부문을 사실상 무단히 이전하고 피고의 재산을 빼돌리는 방법으로 피고의 희생하에 이루어진 것이므로, 이 사건 주식취득은 그 자금이 피고의 출연에 의한 것이고 그 주식취득에 따른 손익이 피고에게 귀속되는 경우에 해당하여 피고의 자본적 기초를 위태롭게 한다는 점 등을 근거로, 글로벌피앤티의 이 사건 주식취득은 외관상으로는 글로벌피앤티의 명의로 그 부담과 책임하에 이루어진 것처럼 보이지만 실질적으로는 피고의 계산이나 전폭적인 금융상 지원하에 이루어진 것으로서 상법 제341조가 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다고 판단하였다.

그러나 피고가 글로벌피앤티에게 선급금을 지급하고, 글로벌피앤티가 이 사건 주식 인수대금으로

사용할 자금을 대출받을 때 그 대출원리금 채무를 연대보증하는 방법으로 글로벌피앤티로 하여금 이 사건 주식 인수대금을 마련할 수 있도록 각종 금융지원을 한 것을 비롯하여 원심 판시와 같이 피고의 이사인 소외인 등이 피고의 중요한 영업부문과 재산을 글로벌피앤티에게 부당하게 이전하는 방법을 통하여 글로벌피앤티로 하여금 주식취득을 위한 자금을 마련하게 하고 이를 재원으로 이 사건 주식을 취득하게 함으로써 결국 글로벌피앤티를 이용하여 피고를 지배하게 되었다 하더라도, 이러한 사정들만으로는 글로벌피앤티가 이 사건 주식 인수대금을 마련한 것이 피고의 출연에 의한 것이라는 점만을 인정할 수 있을 뿐, 더 나아가 소외인 등이 설립한 글로벌피앤티의 이 사건 주식취득에 따른 손익이 피고에게 귀속되는 관계에 있다는 점을 인정하기는 어렵고, 달리 기록을 살펴보아도 법률상 별개의 회사들인 피고와 글로벌피앤티 사이에 글로벌피앤티의 이 사건 주식취득에 따른 손익을 피고에게 귀속시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 약정이 있었다는 등 글로벌피앤티의 이 사건 주식취득에 따른 손익이 피고에게 귀속되는 것으로 볼만한 사정을 찾아볼 수 없다.

따라서 사정이 이러하다면 위에서 본 법리에 따라 글로벌피앤티의 이 사건 주식취득이 피고의 계산에 의한 주식취득으로서 피고의 자본적 기초를 위태롭게 할 우려가 있는 경우로서 상법 제341조가 금지하는 자기주식의 취득에 해당한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

회사의 자금지원과 제3자 명의에 의한 자기주식취득은 쉽게 구별되지 않는다. 우리나라는 자금지원을 위법하다고 보지 않기 때문에 이 구별이 중요한데, 이 판결은 이에 대해서 명확한 판단기준을 제시하고, 그에 따라 사안을 판단하고 있다.

## 129. 상호주 판단의 기준시

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결)

〈쟁점〉

주주총회에서 권리를 행사할 주주의 확정을 위한 기준일에는 상법 제369조 제3항에 정한 의결권이 제한되는 주식의 상호소유 요건에 해당하지 않았던 주식이 실제 주주총회일에는 그 요건을 충족하는 경우, 의결권이 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제369조 제3항은 "회사, 모회사 및 자회사 또는 자회사가 다른 회사의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사가 가지고 있는 회사 또는 모회사의 주식은 의결권이 없다"고 규정하고 있다. 이와 같이 모자회사 관계가 없는 회사 사이의 주식의 상호소유를 규제하는 주된 목적은 상호주를 통해 출자 없는 자가 의결권 행사를 함으로써 주주총회 결의와 회사의 지배구조가 왜곡되는 것을 방지하기 위한 것이다. 한편, 상법 제354조가 규정하는 기준일 제도는 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 기재되어 있는 주주를 계쟁 회사의 주주로서의 권리를 행사할 자로 확정하기 위한 것일 뿐, 다른 회사의 주주를 확정하는 기준으로 삼을 수는 없으므로, 기준일에는 상법 제369조 제3항이 정한 요건에 해당하지 않더라도, 실제로 의결권이

행사되는 주주총회일에 위 요건을 충족하는 경우에는 상법 제369조 제3항이 정하는 상호소유 주식에 해당하여 의결권이 없다. 이때 회사, 모회사 및 자회사 또는 자회사가 다른 회사 발행주식 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는지 여부는 앞서 본 '주식 상호소유 제한의 목적'을 고려할 때, 실제로 소유하고 있는 주식수를 기준으로 판단하여야 하며 그에 관하여 주주명부상의 명의개서를 하였는지 여부와는 관계가 없다.

〈선정이유〉

의결권을 행사하는 시점에서 아직 상호주의 기초가 되는 주식의 명의개서가 이루어지지 않은 경우에도 의결권이 제한되는가에 관해서, 판례는 명의개서와 상관없이 상호주가 성립한다고 본다. 상호주로서의 폐해가 모두 인정되기 때문이다. 상호주의 적용과 관련하여 중요한 판결이다.

## 130. 10% 이상 취득과 통지의무

(대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결)

〈쟁점〉

상법 제342조의3 소정의 주식취득 통지의무의 적용 범위

〈판결요지〉

상법 제342조의3은 회사가 다른 회사의 발행주식 총수의 10분의 1 이상을 취득하여 의결권을 행사하는 경우 경영권의 안정을 위협받게 된 그 다른 회사는 역으로 상대방 회사의 발행주식의 10분의 1 이상을 취득함으로써 이른바 상호보유주식의 의결권 제한 규정(제369조 제3항)에 따라 서로 상대 회사에 대하여 의결권을 행사할 수 없도록 방어조치를 취하여 다른 회사의 지배가능성을 배제하고 경영권의 안정을 도모하기 위한 것으로서, 특정 주주총회에 한정하여 각 주주들로부터 개별안건에 대한 의견을 표시하게 하여 의결권을 위임받아 의결권을 대리행사하는 경우에는 회사가 다른 회사의 발행주식 총수의 10분의 1을 초과하여 의결권을 대리행사할 권한을 취득하였다고 하여도 위 규정이 유추적용되지 않는다.

〈선정이유〉

판례는 상법 제342조의3 규정을 경영권방어를 위한 것으로 이해하고 있다. 상호주 관계의 통지의무에 대한 드문 판례로서, 통지의무에 관한 해석론을 전개함에 있어 함께 다루면 좋을 판례이다.

# 제 7 장 지배주주에 의한 소수주식의 전부취득

## 131. 발행주식총수의 95% 판단의 기준

(대법원 2017. 7. 14. 자 2016마230 결정)

〈쟁점〉

자회사의 소수주주가 상법 제360조의25 제1항에 따라 모회사에 주식매수청구를 한 경우, 모회사가 지배주주에 해당하는지는 자회사가 보유한 자기주식을 발행주식총수 및 모회사의 보유주식에 각각 합산하여 판단하여야 하는지 여부

〈결정요지〉

자회사의 소수주주가 상법 제360조의25 제1항에 따라 모회사에게 주식매수청구를 한 경우에 모회사가 지배주주에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 상법 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수를 기준으로 보유주식의 수의 비율을 산정하도록 규정할 뿐 발행주식총수의 범위에 제한을 두고 있지 않으므로 자회사의 자기주식은 발행주식총수에 포함되어야 한다. 또한 상법 제360조의24 제2항은 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산하도록 규정할 뿐 자회사가 보유한 자기주식을 제외하도록 규정하고 있지 않으므로 자회사가 보유하고 있는 자기주식은 모회사의 보유주식에 합산되어야 한다.

〈선정이유〉

상법 제360조의25 제1항의 적용을 판단함에 있어, 회사가 자기주식을 보유하고 있는 경우 95% 계산을 어떻게 할 것인지가 문제가 된다. 규정에서 명확하게 하고 있지 않기 때문에 학설이 갈리는데, 판례는 자기주식을 분모와 분자에 모두 포함시키는 입장을 취한다. 소수주식의 전부취득과 관련하여 특수한 쟁점이기는 하지만, 회사법의 해석의 방법을 연마할 수 있는 좋은 판결이다.

# 제 8 장 주식에 대한 담보설정

## 132. 약식질의 방법

(대법원 2012. 8. 23. 선고 2012다34764 판결)

〈쟁점〉

주권에 관하여 중첩적 점유매개관계가 이루어진 경우, 최상위 간접점유자의 반환청구권 양도에 의한 질권설정방법 및 그 대항요건

〈판결요지〉

기명주식의 약식질에 관한 상법 제338조는 기명주식을 질권의 목적으로 하는 때에는 주권을 질권자에게 교부하여야 하고(제1항), 질권자는 계속하여 주권을 점유하지 아니하면 그 질권으로써 제3자에게 대항하지 못한다고(제2항) 규정하고 있다. 여기에서 주식의 질권설정에 필요한 요건인 주권의 점유를 이전하는 방법으로는 현실 인도(교부) 외에 간이인도나 반환청구권 양도도 허용되고, 주권을 제3자에게 보관시킨 경우 주권을 간접점유하고 있는 질권설정자가 반환청구권 양도에 의하여 주권의 점유를 이전하려면 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하여야 하고, 이 경우 대항요건으로서 제3자의 승낙 또는 질권설정자의 제3자에 대한 통지를 갖추어야 한다. 그리고 이러한 법리는 제3자가 다시 타인에게 주권을 보관시킴으로써 점유매개관계가 중첩적으로 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 최상위 간접점유자인 질권설정자는 질권자에게 자신의 점유매개자인 제3자에 대한 반환청구권을 양도하고 대항요건으로서 제3자의 승낙 또는 제3자에 대한 통지를 갖추면 충분하며, 직접점유자인 타인의 승낙이나 그에 대한 질권설정자 또는 제3자의 통지까지 갖출 필요는 없다.

〈선정이유〉

주식에 대한 담보설정, 특히 질권 설정은 실무상 광범위하게 이루어지고 자주 법적 쟁점이 되지만, 이에 대한 판결은 거의 찾아보기 어렵다. 이 판결은 쟁점은 다소 세부적이지만, 실무상 흔한 약식질이 어떻게 이루어지는지 소개하는 판결로서의 의미가 있다.

## 133. 질권 설정된 주식의 의결권 행사

(대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결)

〈쟁점〉

주식에 대하여 질권이 설정된 경우, 질권설정자인 주주가 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

주식에 대해 질권이 설정되었다고 하더라도 질권설정계약 등에 따라 질권자가 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 직접 의결권을 행사하기로 약정하는 등의 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고 질권설정자인 주주는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다.

〈선정이유〉

이 판결은 질권 설정의 경우 주주권의 행사에 대해서 다루고 있다. 법리는 간단하지만, 그 사실관계까지 함께 고려하면 주식의 담보와 관련하여 좋은 학습교재가 될 수 있는 판결이다.

# 제 4 편 기 관

## 제 1 장 주주총회

### Ⅰ. 주주총회의 권한

#### 134. 주주총회의 권한과 이사회에 대한 포괄적 위임의 여부

(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결)

〈쟁점〉

정관 또는 주주총회에서 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것이 허용되는지 여부(소극) 및 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우, 이를 주주총회에서 직접 정하는 것이 가능한지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제361조는 "주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다."라고 규정하고 있는데, 이러한 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 아니한다. 그리고 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우에도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것도 상법이 규정한 권한의 범위에 속하는 것으로서 가능하다.

〈선정이유〉

대상판결은 주주총회의 최고기관성과 그 권한에 대한 위임의 한계를 분명히 하고 있다. 주주총회는 성격상 모든 사항을 일일이 결정하기는 어려워서 그 권한의 위임이 불가피한 측면은 있지만, 최고기관으로서 주주총회의 최고기관성과 기관 간의 권한분장을 고려하면 '상법' 또는 '정관'에서 주주총회의 권한으로 규정된 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않는다는 취지이다.

# Ⅱ. 주주총회의 소집절차

## 135. 주식의 양도담보 및 명의개서와 임시주주총회의 소집 신청권자

(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263 결정)

〈쟁점〉

채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 주주로서 주주권을 행사할 수 있는 사람(=양수인) 및 이 경우 회사가 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 있는지 여부(소극)

〈결정요지〉

채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 그 양수인이 주주로서 주주권을 행사할 수 있고 회사 역시 주주명부상 주주인 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 없다.

A주식회사의 주주명부상 발행주식총수의 2/3 이상을 소유한 주주인 甲이 상법 제366조 제2항에 따라 법원에 임시주주총회의 소집허가를 신청한 사안에서, A회사는 甲이 주식의 양도담보권자인데 피담보채무가 변제로 소멸하여 더 이상 주주가 아니므로 위 임시주주총회 소집허가 신청이 권리남용에 해당한다고 주장하나, 甲에게 채무담보 목적으로 주식을 양도하였더라도 주식의 반환을 청구하는 등의 조치가 없는 이상 甲은 여전히 주주이고, 甲회사가 주장하는 사정과 제출한 자료만으로는 甲이 주주가 아니라거나 임시주주총회 소집허가 신청이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 임시주주총회 소집허가 신청을 인용한 사례.

〈선정이유〉

이 판결은 주주명부 기재의 효력에 관한 2017년 전원합의체 판결(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전합 판결)의 연장에 있다. 회사에 대한 주주명부 기재의 구속력은 채무자가 채무담보의 목적으로 주식을 양도하면서 채권자(양도담보권자)를 주주명부상 주주로 기재한 경우에도 마찬가지라고 한다.

## 136. 법원의 소집 허가에 따른 소수주주의 주주총회 소집기간

(대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결)

〈쟁점〉

법원이 소수주주에게 회의의 목적사항을 정하여 주주총회의 소집을 허가하면서 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우, 소수주주가 총회를 소집하여야 하는 시기(=총회소집허가결정일로부터 상당한 기간 내)/ 위 기간이 경과하도록 총회가 소집되지 않은 경우, 소집허가결정에 따른 소집권한이 소멸하는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

법원은 상법 제366조 제2항에 따라 총회의 소집을 구하는 소수주주에게 회의의 목적사항을 정하여 이를 허가할 수 있다. 이때 법원이 총회의 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우에도 소집허가를 받은 주주는 소집의 목적에 비추어 상당한 기간 내에 총회를 소집하여야 한다. 소수주주가 아무런 시간적 제약 없이 총회를 소집할 수 있다고 보는 것은, 이사회 이외에 소수주주가 총회의 소집권한을 가진다는 예외적인 사정이 장기간 계속되는 상태를 허용하는 것이 되고, 이사회는 소수주주가 소집청구를 한 경우 지체 없이 소집절차를 밟아야 하는 것에 비해 균형을 상실하는 것이 된다. 따라서 총회소집허가결정일로부터 상당한 기간이 경과하도록 총회가 소집되지 않았다면, 소집허가결정에 따른 소집권한은 특별한 사정이 없는 한 소멸한다. 소집허가결정으로부터 상당한 기간이 경과하였는지는 총회소집의 목적과 소집허가결정이 내려진 경위, 소집허가결정과 총회소집 시점 사이의 기간, 소집허가결정의 기초가 된 사정의 변경 여부, 뒤늦게 총회가 소집된 경위와 이유 등을 고려하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

법원이 소수주주에게 임시주주총회의 소집을 허가하면서 그 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우, 총회 소집을 허가받은 소수주주는 총회소집허가결정일로부터 '상당한 기간' 내에 임시주주총회를 소집하여야 한다. 대법원은 법원의 소집결정 후 7년이 지나서 개최된 이 사건 주주총회는 총회소집허가결정일로부터 상당한 기간이 지난 시점에 이루어진 것으로 소집권이 없는 자의 소집에 해당한다고 보았다.

## 137. 임시주주총회 소집철회의 방법과 절차

(대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결)

〈쟁점〉

대표이사가 이사회결의를 거쳐 주주들에게 임시주주총회 소집통지서를 발송하였다가 다시 이를 철회하기로 하는 이사회결의를 거친 후 주주들에게는 총회 소집이 철회되었다는 소집철회통지를 한 사안에서, 임시주주총회 소집이 적법하게 철회되었다고 본 사례

〈판결요지〉

주식회사 대표이사가 이사회결의를 거쳐 주주들에게 임시주주총회 소집통지서를 발송하였다가 다시 이를 철회하기로 하는 이사회결의를 거친 후 총회 개최장소 출입문에 총회 소집이 철회되었다는 취지의 공고문을 부착하고, 이사회에 참석하지 않은 주주들에게는 퀵서비스를 이용하여 총회 소집이 철회되었다는 내용의 소집철회통지서를 보내는 한편, 전보와 휴대전화(직접 통화 또는 메시지 녹음)로도 같은 취지의 통지를 한 사안에서, 임시주주총회 소집을 철회하는 이사회결의를 거친 후 주주들에게 소집통지와 같은 방법인 서면에 의한 소집철회통지를 한 이상 임시주주총회 소집이 적법하게 철회되었다고 본 사례

〈선정이유〉

상법은 주주총회의 소집절차는 비교적 상세하게 규정하고 있으나(상법 제362조, 제363조), 소집된 주주총회의 소집철회절차에 관한 규정은 두고 있지 않은데, 대상판결은 주주총회의 소집철회절차에 관한 기준을 제시하고 있어서 의미가 있다.

주주총회 소집의 통지·공고가 행하여진 후에 소집을 철회하거나 연기하기 위해서는 이사회결의를 거쳐서 그 뜻을 소집절차와 같은 방법으로 통지·공고할 것이 요구되지만(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도8195 판결), 주주총회 소집의 철회시점은 주주총회일로부터 얼마 남지 않은 것이 보통이므로 2주 전 소집통지를 요구하는 소집통지의 절차를 그대로 준용하기는 어렵다. 따라서 소집통지와 같은 방법인 서면에 의한 소집철회통지를 한 이상 그 통지가 주주에게 전달되면 족하고 소집 시의 2주 전 통지기간은 소집철회에는 적용되지 않는다고 볼 것이다. 이 사건에서도 주주총회 소집통지의 철회 통지는 임시주주총회일의 전날에 주주들에게 도달하였으나 대법원은 이를 문제삼지 않았다.

## 138. 주주총회의 속행 또는 연기

(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3200 판결)

〈쟁점〉

속행된 주주총회 계속회의 개최에 관하여 별도의 소집절차를 밟아야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

주주총회의 계속회가 동일한 안건토의를 위하여 당초의 회의일로부터 상당한 기간내에 적법하게 거듭 속행되어 개최되었다면 당초의 주주총회와 동일성을 유지하고 있다고 할 것이므로 별도의 소집절차를 밟을 필요가 없다.

〈선정이유〉

상법은 주주총회의 소집 또는 철회와는 달리, 총회의 속행 또는 연기는 주주총회의 결의에 의하되 별도의 소집통지가 필요 없음을 분명히 하고 있다(상법 제372조 제1항). 주주들이 모인 주주총회에서 회의의 속행 또는 연기를 결정하였으므로 별도의 소집통지를 요구할 필요성이 적기 때문이다.

## 139. 전원출석주주총회와 소집절차상 하자의 치유

(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결)

〈쟁점〉

이사회 결의 및 소집절차가 없었더라도 주주 전원이 임시주주총회에 참석하여 이의 없이 만장일

〈판결요지〉

주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의 및 소집절차 없이 이루어졌다 하더라도, 주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하다.

〈선정이유〉

주주평등의 원칙, 주주총회의 엄격한 소집절차나 결의방법을 비롯한 회사법의 강행성은 주주 등의 권리를 보호하기 위한 것이다. 따라서 1인주주가 출석한 경우나 주주 전원이 출석하여 그 절차상 하자를 묻지 않고서 결의하였다면 특별한 사정이 없는 한 소집절차상의 하자는 치유된다고 보아야 한다.

# Ⅲ. 주주총회의 의사진행

## 140. 주주총회의 결의방법

(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3200 판결)

〈쟁점〉

주주총회 토의과정에서 찬성, 반대의 의사표시가 있었다면 그 사실만으로 주주총회결의가 있었던 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

주주총회에서 토의된 안건에 관하여 가부의 의결을 하지 않은 이상 그 토의과정에서 주주들의 찬성 또는 반대의 의사표시가 있었다고 하더라도 이러한 사실만으로 가부의 결의가 있었던 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 주주총회 결의가 성립하기 위해서는 주주들의 찬성과 반대 토론이 있었다는 것만으로는 부족하고, 안건에 대한 가부의 의결절차를 통해서 취합된 찬성의 의사표시가 결의정족수를 충족할 것을 요구하고 있다. 따라서 비록 일부의 주주라고 하더라도 반대 의견이 있는 경우에는 그 결의의 효력이 문제될 수 있으므로 엄격하게 찬반을 묻는 결의절차를 거치는 것이 바람직하다.

## 141. 총회의 질서유지와 의장의 자격

(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결)

〈쟁점〉

대주주가 적법한 소집절차나 임시주주총회의 개최 없이 나머지 주주들의 의결권을 위임받아 자신이 임시의장이 되어 임시주주총회 의사록을 작성하여 법인등기를 마친 사안에서, 주주총회의 의사진행권한을 가진 의장의 자격이 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의 및 소집절차 없이 이루어졌다 하더라도, 주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 유효하다.

대주주가 적법한 소집절차나 임시주주총회의 개최 없이 나머지 주주들의 의결권을 위임받아 자신이 임시의장이 되어 임시주주총회 의사록을 작성하여 법인등기를 마친 사안에서, 대주주에게 그 주주총회의 의사진행권한을 가진 의장의 자격이 없다고 할 수 없고, 따라서 주주총회 의사록을 작성함에 있어 의장의 자격을 모용하였다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 1인 주식회사의 법리를 주주총회의 의장 선임에 대해서도 확장하여 적용하고 있다. 주주 전원의 의결권을 위임받아 진행한 임시주주총회의 결의를 절차상의 하자에도 불구하고 유효하다고 보는 이상, 주주총회에 유일하게 참석한 것으로 기재되어 있는 대주주에게 그 주주총회의 의사진행권한을 가진 의장 자격이 없다고는 할 수 없다고 하면서, 자격모용사문서작성 및 동행사죄의 죄책을 부인하였다.

# Ⅳ. 주주의 의결권

## 142. 의결권의 포괄적 위임과 행사방법

(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다56839 판결)

〈쟁점〉

1. 주식회사 주주가 의결권 행사를 포괄적으로 위임할 수 있는지 여부(적극)

2. 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위해 주식에 질권을 설정한 경우, 질권설정계약 등 약정으로 질권자가 가지는 권리의 범위와 행사 방법을 정할 수 있는지 여부(적극) 및 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권 실행을 위한 약정에 따라 담보제공자인 주주에게서 의결권을 위임받아 행사하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

1. 주주는 상법 제368조 제2항에 따라 타인에게 의결권 행사를 위임하거나 대리행사하도록 할 수 있다. 이 경우에는 의결권의 행사를 구체적이고 개별적인 사항에 국한하여 위임해야 한다고 해석하여야 할 근거는 없고 포괄적으로 위임할 수도 있다.

2. 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 주식에 대하여 질권이 설정된 경우에 질권자가 가지는 권리의 범위 및 그 행사 방법은 원칙적으로 질권설정계약 등의 약정에 따라 정하여질 수 있고(상법 제59조), 특별한 사정이 없는 이상 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권 실행을 위한 약정에 따라 그 재산적 가치 및 권리의 확보 목적으로 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 그 약정에서 정한 범위 내에서 의결권을 행사하는 것도 허용된다.

〈선정이유〉

이 판결은 실무상 행하여지는 의결권 포괄위임 약정의 유효성을 인정한 것으로서, 계약자유의 원칙과 의결권을 비롯한 주주권의 행사방식, 유가증권 법정주의 간의 관계에 대해서 생각해 볼 점이 있다. 대법원은 계약자유의 원칙상 주식에 대한 근질권 설정과 채권회수를 위하여 설정된 의결권 위임약정은 비록 그 내용이 포괄적이라고 하더라도 유효하다고 보았으나, 이러한 약정은 주주권에서 의결권을 분리하는 것으로 보여질 수 있어서 주주권에서 의결권을 분리하는 것이 가능한지, 어느 정도로 분리가 가능한지 등과 관련하여 논란이 될 수 있다.

## 143. 주주총회결의에 있어서 특별이해관계인의 판단기준

(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결)

〈쟁점〉

주주총회가 재무제표를 승인한 후 2년 내에 이사와 감사의 책임을 추궁하는 결의를 하는 경우, 당해 이사와 감사인 주주가 그 결의에 관한 특별이해관계인에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주주총회가 재무제표를 승인한 후 2년 내에 이사와 감사의 책임을 추궁하는 결의를 하는 경우 당해 이사와 감사인 주주는 회사로부터 책임을 추궁당하는 위치에 서게 되어 주주의 입장을 떠나 개인적으로 이해관계를 가지는 경우로서 그 결의에 관한 특별이해관계인에 해당한다.

그러나 주주의 의결권은 주주의 고유하고 기본적인 권리이므로 특별이해관계인이라는 이유로 그 의결권을 제한하기 위하여는 그 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있음이 객관적으로 명확하여야 하는데, 이 사건 안건이 "제13기 결산서 책임추궁 결의에 관한 건"이라는 제목에 비추어 2003. 4. 1.부터 2004. 3. 31.까지의 기간 동안에 재직한 경영진에 대한 책임을 추궁하기 위한 것으로 추측된다는 것일 뿐, 구체적으로 위 기간 동안에 이사나 감사로 재임한 자들 전원의 책임을 추궁하려는 것인지, 그중 일부 이사나 감사만의 책임을 추궁하려는 것인지, 나아가 어떠한 책임을 추궁하려는 것인지 알 수 없는 등 드러난 사정만으로는 위 기간 동안 이사나 감사였던 주주들이 이 사건 결의에 관한 특별이해관계인에 해당한다고 단정할 수 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 주주총회의 결의에 관하여 의결권이 제한되는 특별한 이해관계가 있는 자의 판단기준을 제시하고 있다. 총회에서 의결권이 제한되는 '특별한 이해관계가 있는 자'란 그 결의에 관하여 '주주의 입장을 떠나 개인적으로 이해관계를 가지게 되는 경우'를 말하고, 특별한 이해관계가 있음

이 '객관적으로 명확'하여야 한다고 판시하고 있다.

## 144. 의결권의 대리행사, 불통일행사의 방법과 한계

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701,22718 판결)

〈쟁점〉

1. 주주의 의결권 행사를 위한 대리인 선임의 한계
2. 주주 본인 및 대리권을 증명하는 서면의 의의
3. 주주의 대리인의 자격을 주주로 제한한 정관의 효력(유효) 및 이 경우 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 소속의 공무원, 직원 또는 피용자 등이 주주를 위한 대리인으로서 의결권을 대리행사하는 것은 허용되는지 여부(적극)
4. 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인이 제3자에게 그 의결권 행사를 재위임할 수 있는지 여부(적극)
5. 상법 제368조의2 제1항에 정한 통지기간을 위반한 의결권 불통일행사의 효력

〈판결요지〉

1. 주주의 자유로운 의결권 행사를 보장하기 위하여 주주가 의결권의 행사를 대리인에게 위임하는 것이 보장되어야 한다고 하더라도 주주의 의결권 행사를 위한 대리인 선임이 무제한적으로 허용되는 것은 아니고, 그 의결권의 대리행사로 말미암아 주주총회의 개최가 부당하게 저해되거나 혹은 회사의 이익이 부당하게 침해될 염려가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 회사가 이를 거절할 수 있다.

2. 상법 제368조 제2항(대상판결 시에는 제368조 제3항)이 규정하는 '대리권을 증명하는 서면'이라 함은 위임장을 일컫는 것으로서 회사가 위임장과 함께 인감증명서, 참석장 등을 제출하도록 요구하는 것은 대리인의 자격을 보다 확실하게 확인하기 위하여 요구하는 것일 뿐, 이러한 서류 등을 지참하지 아니하였다 하더라도 주주 또는 대리인이 다른 방법으로 위임장의 진정성 내지 위임의 사실을 증명할 수 있다면 회사는 그 대리권을 부정할 수 없다. 한편, 회사가 주주 본인에 대하여 주주총회 참석장을 지참할 것을 요구하는 것 역시 주주 본인임을 보다 확실하게 확인하기 위한 방편에 불과하므로, 다른 방법으로 주주 본인임을 확인할 수 있는 경우에는 회사는 주주 본인의 의결권 행사를 거부할 수 없다.

3. 상법 제368조 제2항의 규정은 주주의 대리인의 자격을 제한할 만한 합리적인 이유가 있는 경우 정관의 규정에 의하여 상당하다고 인정되는 정도의 제한을 가하는 것까지 금지하는 취지는 아니라고 해석되는바, 대리인의 자격을 주주로 한정하는 취지의 주식회사의 정관 규정은 주주총회가 주주 이외의 제3자에 의하여 교란되는 것을 방지하여 회사 이익을 보호하는 취지에서 마련된 것으로서 합리적인 이유에 의한 상당한 정도의 제한이라고 볼 수 있으므로 이를 무효라고 볼 수는 없다. 그런데 위와 같은 정관규정이 있다 하더라도 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 등이 그 소속의 공무원, 직원 또는 피용자 등에게 의결권을 대리행사하도록 하는 때에는 특별한 사정이 없는 한 그들의 의결권 행사에는 주주 내부의 의사결정에 따른 대표자의 의사가 그대로 반영된다고 할 수 있고 이에 따라 주주총회가 교란되어 회사 이익이 침해되는 위험은 없는 반면에, 이들의

대리권 행사를 거부하게 되면 사실상 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 등의 의결권 행사의 기회를 박탈하는 것과 같은 부당한 결과를 초래할 수 있으므로, 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 소속의 공무원, 직원 또는 피용자 등이 그 주주를 위한 대리인으로서 의결권을 대리행사하는 것은 허용되어야 하고 이를 가리켜 정관 규정에 위반한 무효의 의결권 대리행사라고 할 수는 없다.

4. 대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하므로, 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다.

5. 상법 제368조의2 제1항은 의결권 불통일행사의 통지는 주주총회 회일의 3일 전에 회사에 도달할 것을 요한다. 다만, 3일의 기간이 부여된 취지에 비추어 보면, 비록 불통일행사의 통지가 주주총회 회일의 3일 전이라는 시한보다 늦게 도착하였다고 하더라도 회사가 스스로 총회운영에 지장이 없다고 판단하여 이를 받아들이기로 하고 이에 따라 의결권의 불통일행사가 이루어진 것이라면, 그것이 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그와 같은 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 의결권의 대리행사의 다양한 쟁점들에 대한 대법원의 입장을 알 수 있다. 의결권의 불통일행사에 있어서 '주주총회일의 3일 전' 통지기간은 총회 운영에 지장을 주지 않기 위하여 부여된 기간이므로, 회사가 총회 운영에 지장이 없다고 판단하였다면 그 기간에 위반한 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수는 없다고 한다.

# V. 주주총회의 결의사항

## 145. 주주총회 결의사항과 신의성실의 원칙

(대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결)

〈쟁점〉

주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도한 후 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어 스스로 약정의 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위반하는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

상법 제374조 제1항 제1호는 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도행위를 할 때에는 제434조에 따라 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 결의가 있어야 한다고 규정하고 있는데 이는 주식회사가 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 계약을 체결할 때에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 하여 그 결정에 주주의 의사를 반영하

도록 함으로써 주주의 이익을 보호하려는 강행법규이므로, 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도한 후 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어 스스로 그 약정의 무효를 주장하더라도 주주 전원이 그와 같은 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등 특별한 사정이 인정되지 않는다면 위와 같은 무효 주장이 신의성실 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 회사법규의 강행성이 가지는 의미와 민법상 신의성실의 원칙 간의 관계를 알 수 있다. 신의성실의 원칙은 민사관계의 기본적인 법리로서 회사관계에서도 적용되지만, 회사법의 강행규정이 가지는 의미에 상충되지 않도록 조화롭게 해석하여야 한다.

이 사건에서 원심은 주주총회 특별결의 요건 이상에 해당하는 84%의 지분을 가진 주주들이 영업양도에 협력하겠다는 확인서를 작성하였으므로 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어서 회사 스스로 영업양도 약정의 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위반한다고 보았으나, 대법원은 84%의 주주들이 영업양도에 동의하였다는 사정만으로는 피고회사의 무효 주장을 배척할 만한 특별한 사정이 인정된다고 볼 수 없다고 하였다. 소집통지와 논의절차가 전제되는 주주총회 결의 정족수와 주주총회 절차 밖에서 이루어지는 단순한 동의 비율을 같은 선상에서 평가할 수는 없다고 보았기 때문이다.

그러나 100%에 가까운 주주들이 영업양도에 동의하였고 소수주주의 피해도 없음에도 불구하고 총회 특별결의가 없었다는 이유를 들어서 회사 스스로 영업양도 약정의 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위반할 가능성을 배제할 수 없다. 물론 1인주주의 동의가 있는 경우에는 소집절차의 하자는 문제되지 않고, 주주총회 특별결의가 있다고 보아도 무방할 것이다.

## 146. 자본금감소와 주주총회결의의 하자

(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결)

〈쟁점〉

주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있더라도 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있은 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 다툴 수 있다.

〈선정이유〉

하자있는 주주총회 결의에 의해서 신주발행이나 자본감소, 합병이나 분할 등이 이루어진 경우에, 주주총회 결의의 하자는 동시에 신주발행무효의 소, 감자무효의 소, 합병무효의 소 등의 원인이 되

기 때문에 어느 소(訴)를 제기하여야 하는지가 문제 된다.

이 사건에서는 자본감소 결의의 하자가 문제되었는데, 대법원은 자본감소의 효력이 발생한 후에는 특별한 사정이 없는 한 자본감소 무효의 소에 의해서만 다툴 수 있다고 하고 있다. 같은 취지로 신주발행의 효력이 발생한 후에는 신주발행무효의 소에 의하여서만 다툴 수 있고(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결), 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소에 의하여만 다툴 수 있다(대법원 1993.5.27. 선고 92누14908 판결).

# Ⅵ. 영업양도와 주주총회의 특별결의

## 147. 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도의 의미 및 판단기준

(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다38633 판결)

〈쟁점〉

상법 제374조 제1항 제1호에서 정한 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'의 의미 및 주식회사가 사업목적으로 삼는 영업 중 일부를 양도하는 경우, 상법 제374조 제1항 제1호에서 정한 '영업의 중요한 일부의 양도'에 해당하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

주주총회의 특별결의가 있어야 하는 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직되고 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미하는 것으로서, 이에는 양수 회사에 의한 양도 회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부분의 승계가 수반되어야 하는 것이므로 단순한 영업용 재산의 양도는 이에 해당하지 않는다.

나아가 주식회사가 사업목적으로 삼는 영업 중 일부를 양도하는 경우 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 '영업의 중요한 일부의 양도'에 해당하는지는 양도대상 영업의 자산, 매출액, 수익 등이 전체 영업에서 차지하는 비중, 일부 영업의 양도가 장차 회사의 영업규모, 수익성 등에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

이 판결은 회사가 여러 개의 영업 중에서 일부 영업만을 양도하는 경우에, 상법 제374조 제1항에 따라서 주주총회의 특별결의를 거쳐야 하는 '영업의 중요한 일부의 양도'에 해당하는지에 대한 판단기준을 제시하고 있다.

## 148. 영업용 재산의 처분과 주주총회의 특별결의 여부

(대법원 1997. 4. 8. 선고 96다54249,54256 판결)

〈쟁점〉

주주총회의 특별결의를 필요로 하는 상법 제374조 소정의 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'의 의미

〈판결요지〉

주주총회의 특별결의가 있어야 하는 상법 제374조 제1호 소정의 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직되고 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미하는 것으로서, 이에는 양수회사에 의한 양도회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부분의 승계가 수반되어야 하는 것이므로 단순한 영업용 재산의 양도는 이에 해당하지 않으나, 다만 영업용 재산의 처분으로 말미암아 회사영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다.

〈선정이유〉

이 판결은 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'와 '영업용 재산의 처분'을 구분하고, '영업용 재산의 처분' 행위에 대해서는 주주총회 특별결의가 요구되지 않지만, 영업용 재산의 처분 행위라고 하더라도 그로 말미암아 회사 영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다고 한다.

사안에서 대법원은 이 사건 건물이 대중음식점업 등을 목적으로 하는 피고회사의 존속의 기초가 되는 중요한 재산이라고 하더라도 처음부터 타인(임대인) 소유의 대지를 임차하여 그 지상에 신축된 것으로서 그 존속기간이 예정되어 있는 등 그 양도에 이르게 된 경위, 임대차계약의 내용 등을 종합하여 볼 때 그 기간 만료시 건물의 소유권을 임대인에게 귀속시키더라도 그로 인하여 영업의 전부 또는 일부가 폐지 또는 중단된 것으로 볼 수는 없으므로 주주총회 특별결의는 필요하지 않다고 보았다.

## 149. 특허권의 양도와 주주총회의 특별결의

(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다13717 판결)

〈쟁점〉

주주총회의 특별결의를 요하는 상법 제374조 제1항 제1호의 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'의 의미

〈판결요지〉

주주총회의 특별결의가 있어야 하는 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 '영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도'라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직되고 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미하는 것으로서, 이에는 양수 회사에 의한 양도회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부분의 승계가 수반되어야 하는 것이므로 단순한 영업

용 재산의 양도는 이에 해당하지 않으나, 다만 영업용 재산의 처분으로 말미암아 회사 영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다.

당해 특허권을 이용한 공사의 수주를 회사의 주된 사업으로 하고, 위 특허권이 회사의 자산에서 대부분의 비중을 차지하는 경우, 위 특허권의 양도는 회사 영업의 전부 또는 일부를 양도하거나 폐지하는 것과 같은 결과를 가져오는 것이므로 특허권의 양도에는 주주총회의 특별결의가 필요하다고 한 사례.

〈선정이유〉

이 판결은 특정한 영업용 재산의 처분, 예를 들어 특허권의 처분이라고 하더라도, '영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도'하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다고 판시하고 있다.

# Ⅶ. 주주총회의 정족수

## 150. 정관상 주주총회 의사정족수 규정의 유효성

(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 정관에서 주주총회 성립에 관한 의사정족수를 규정할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제368조 제1항은 주주총회의 보통결의 요건에 관하여 "총회의 결의는 이 법 또는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 한다."라고 규정하여 주주총회의 성립에 관한 의사정족수를 따로 정하고 있지는 않지만, 보통결의 요건을 정관에서 달리 정할 수 있음을 허용하고 있으므로, 정관에 의하여 의사정족수를 규정하는 것은 가능하다.

〈선정이유〉

상법 제368조 제1항은 주주총회 정족수를 정하면서 "이 법 또는 정관에서 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는"이라는 문구를 사용하고 있어서 정관을 통해서 주주총회의 의사정족수를 규정할 수 있음은 분명하지만 대상판결은 이를 확인하였다는 의미가 있다. 그런데 상법 제386조 제1항은 정관에 의하면 보통결의 정족수보다 낮은 정족수도 정할 수 있는 것처럼 되어 있으나, 회사법의 단체성, 강행성 등을 고려하면 높은 정족수만이 허용된다고 볼 것이다.

## 151. 감사선임 시 3% 초과주식과 발행주식총수의 산정 방식

(대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결)

〈쟁점〉

감사 선임 시에 3%를 초과하여 의결권이 없는 주식이 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입되는지 여부(소극) 및 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사의 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

〈판결요지〉

주주총회에서 감사를 선임하려면 우선 '출석한 주주의 의결권의 과반수'라는 의결정족수를 충족하여야 하고, 나아가 의결정족수가 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'이어야 하는데,

상법 제371조는 제1항에서 '발행주식총수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서 상법 제409조 제2항의 의결권 없는 주식('3% 초과 주식')은 이에 포함시키지 않고 있고, 제2항에서 '출석한 주주의 의결권 수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서는 3% 초과 주식을 이에 포함시키고 있다.

그런데 만약 3% 초과 주식이 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입된다고 보게 되면, 어느 한 주주가 발행주식총수의 78%를 초과하여 소유하는 경우와 같이 3% 초과 주식의 수가 발행주식총수의 75%를 넘는 경우에는 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'라는 요건을 충족시키는 것이 원천적으로 불가능하게 되는데, 이러한 결과는 감사를 주식회사의 필요적 상설기관으로 규정하고 있는 상법의 기본 입장과 모순된다. 따라서 감사의 선임에서 3% 초과 주식은 상법 제371조의 규정에도 불구하고 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입되지 않는다. 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다.

〈선정이유〉

상법상 주주총회 보통결의를 위해서는 '출석한 주주의 의결권의 과반수'와 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'가 필요한데(상법 제368조 제1항), 입법 과정에서의 실수인지 다른 이유 때문인지 간에 관련규정이 명확하지 않아서, 이 사건에서처럼 출석주주 또는 발행주식총수의 산정에 어려움이 있는 경우가 생기고 있다.

이와 관련하여, 상법 제371조 제1항은 총회의 정족수 산정 시에 발행주식총수에서 배제할 주식들을 정하면서 감사 선임 시 3% 초과주식(상법 제409조 제2항)은 열거하지 않고 있으므로, 엄격하게 해석하면 3% 초과주식은 발행주식총수에 포함시켜야 하지만, 이렇게 보면 주주총회의 보통결의 요건을 충족하는 것이 원천적으로 불가능해진다. 대상판결은 이러한 문제점을 반영하여 비록 명문의 규정은 없지만 감사 선임 시 3% 초과주식을 발행주식총수의 산정에서 제외하고 있다.

# Ⅷ. 반대주주의 주식매수청구권

## 152. 반대주주의 주식매수청구권의 행사와 주식매수대금의 지급시기

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결)

〈쟁점〉

영업양도에 반대하는 주주가 행사하는 주식매수청구권의 법적 성질(=형성권)과 상법 제374조의2 제2항에서 정한 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'이 주식매매대금 지급의무의 이행기인지 여부(적극) 및 위 기간 내에 주식매수가액이 확정되지 않더라도 그 기간 경과로 회사가 지체책임을 지는지 여부(적극)

〈판결요지〉

영업양도에 반대하는 주주의 주식매수청구권에 관하여 규율하고 있는 상법 제374조의2 제1항 내지 제4항의 규정 취지에 비추어 보면, 영업양도에 반대하는 주주의 주식매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립하고, 상법 제374조의2 제2항의 '회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월'은 주식매매대금 지급의무의 이행기를 정한 것이라고 해석된다. 그리고 이러한 법리는 위 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 다르지 아니하다.

영업양도에 반대하는 주주들의 주권이 금융기관에 예탁되어 있었는데 반대주주들이 주식매수청구권을 행사하면서 회사가 공정한 매매대금을 지급함과 동시에 언제든지 자신들이 소지하고 있는 주권을 인도하겠다는 취지의 서면을 회사에 제출한 사안에서, 반대주주들이 주식매수청구권을 행사한 날부터 2월이 경과하였을 당시 회사에 주식매수대금 지급과 동시에 주권을 교부받아 갈 것을 별도로 최고하지 않았더라도 주권 교부의무에 대한 이행제공을 마쳤다고 보아 회사의 동시이행 항변을 배척한 사례.

〈선정이유〉

이 판결은 반대주주의 주식매수청구권의 법적 성질(형성권), 주식매매대금 지급의무의 이행기와 이행지체책임의 시점 등에 관한 전반적인 쟁점들을 다루고 있다.

대상판결 선고 후인 2015년 12월에 개정된 상법 제374조의2 제2항은 "회사는 매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다."고 하면서, 반대주주의 매수청구기간이 종료하는 날부터 2개월 이내로 '회사의 주식매수기간'을 통일하였다. 이에 따르면 '반대주주의 매수청구기간'은 주주총회결의일부터 20일 이내로 개정 전과 동일하지만, '회사의 주식매수기간'은 개별주주의 주식매수청구일자에 상관없이 반대주주의 매수청구기간의 종료일부터 2개월 이내가 된다. '회사의 주식매수기간' 내에 주식매수가액이 확정되지 않더라도 그 기간 경과로 회사가 지체책임을 지는 것은 동일하다.

## 153. 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수가액의 산정 방법

(대법원 2006. 11. 24. 자, 2004마1022 결정)

〈쟁점〉

1. 회사의 합병 또는 영업양도 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장 주식의 매수를 청구하는 경우 그 매수가액의 산정 방법

2. 주식을 회사의 경영권과 함께 양도하는 경우 그 거래가격을 주식의 시가로 볼 수 있는지 여부(소극)

3. 비상장법인의 순자산가액에 당해 법인의 영업권의 가액이 포함되는지 여부(적극)

4. 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등 여러 가지 평가요소를 종합적으로 고려하여 비상장주식의 매수가액을 산정하는 경우, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등에 따라 위 평가요소의 반영비율을 달리하여야 하는지 여부(적극)

〈결정요지〉

1. 회사의 합병 또는 영업양도 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장 주식의 매수를 청구하는 경우, 그 주식에 관하여 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 매수가액을 정하여야 하나, 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 비상장주식의 평가방법을 규정한 관련 법규들은 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있으므로, 어느 한 가지 평가방법(상속세 및 증여세법 시행령 제54조의 평가방법 등)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수 없고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다.

2. 회사의 발행주식을 회사의 경영권과 함께 양도하는 경우 그 거래가격은 주식만을 양도하는 경우의 객관적 교환가치를 반영하는 일반적인 시가로 볼 수 없다.

3. 비상장법인의 순자산가액에는 당해 법인이 가지는 영업권의 가액도 당연히 포함된다.

4. 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등 여러 가지 평가요소를 종합적으로 고려하여 비상장주식의 매수가액을 산정하고자 할 경우, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성, 위와 같은 평가요소가 주식의 객관적인 가치를 적절하게 반영할 수 있는 것인지, 그 방법에 의한 가치산정에 다른 잘못은 없는지 여부에 따라 평가요소를 반영하는 비율을 각각 다르게 하여야 한다.

〈선정이유〉

합병당사자에게 가장 중요한 것은 합병비율인데, 이 결정은 그 바탕이 되는 주식매수가액의 산정기준을 제시하고 있어서 의미가 크다. 상장주식의 경우에는 특별한 사정이 없는한 거래소 가격을 기준으로 산정할 것이다.

# Ⅸ. 주주총회 결의의 하자

## 154. 주주명부에 따른 소집통지와 주주총회 결의의 하자

(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결)

〈쟁점〉

명의개서를 하지 아니한 주식양수인에게 소집통지를 하지 않고 이루어진 주주총회결의에 절차상 하자가 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

주식의 이중양도 및 명의개서의 효력과 관련하여, 제1양수인(원고)이 주식의 양도통지나 승낙의 요건을 갖추었다는 사정만으로 회사에 대하여 곧바로 주주권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 주식양수인이 회사에 대하여 의결권을 주장할 수 있기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하므로, 회사가 명의개서를 하지 아니한 주식양수인(원고)에 대하여 주주총회 소집통지를 하지 않았다고 하여 주주총회결의에 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

주식이 이중으로 양도되는 경우에 누가 우선하는지, 회사는 누구에게 의결권을 부여하여야 하는지 등에 관하여 복잡한 문제가 생기는데, 대법원은 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의하지 아니한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 못한 이중양수인 간에는 회사 및 상대방에 대해서 우선적 지위를 주장할 수 없으므로 회사가 주주명부에 기재된 대로 소집통지를 하고 의결권 행사를 허용하였다면 주주총회 절차에는 하자가 없다고 하고 있다. 대상판결의 내용은 주주명부의 기재에 강력한 효력을 인정하는 2017년 전원합의체 판결(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 판결)에 의해서 더욱 분명해졌다.

## 155. 주주권 행사에 관한 이익공여의 금지와 주주총회 결의의 하자

(대법원 2014. 7. 11. 자 2013마2397 결정)

〈쟁점〉

A회사가 이사회에서 정기주주총회에서 실시할 임원선임결의에 관한 사전투표 시기를 정관에서 정한 날보다 연장하고, 의결권을 행사하는 주주들에게 골프장 예약권 등을 제공하기로 결의하여 이에 따라 이루어진 주주총회에서 종전 대표이사 甲 등이 이사로 선임된 주주총회 결의에 부존재 또는 취소 사유가 있는지

〈결정요지〉

상법 제467조2 제1항은 “회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공

여할 수 없다"고 규정하고, 이어 제2항 전문은 "회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다"고 규정하고 있다. 이러한 규정에 비추어 보면, 이 사건 회사가 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 투표권을 행사한 주주들에게 무상으로 이 사건 예약권과 상품권을 제공하는 것은 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정된다. 뿐만 아니라 제반 사정에 비추어 보면, 이러한 이익은 단순히 투표율 제고나 정족수 확보를 위한 목적으로 제공되기보다는 의결권이라는 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 의도로 공여된 것으로 보인다. 따라서 이 사건 예약권과 상품권은 주주권 행사와 관련되어 교부되었을 뿐만 아니라 그 액수도 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로서 상법상 금지되는 주주의 권리행사와 관련된 이익공여에 해당하고, 이러한 이익공여에 따른 의결권행사를 기초로 한 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

대상결정은 상법 제467조의2 이익공여의 금지를 정면으로 다룬 최초의 사례이다. 사안에서 대법원은 회사가 주주의 의결권 행사와 관련하여 재산상의 이익(골프장 예약권 등)을 공여한 것으로 보고 상법 제467조의2 제1항을 곧바로 적용하고 있다.

한편, 상법 제467조의2를 위반하여 이루어진 주주총회 결의의 효력이 문제되는데, '총회의 결의방법이 법령에 위반'한 것으로서 상법 제376조 결의취소의 사유가 존재한다고 보았다.

## 156. 이사의 사망과 주주총회결의 취소의 소의 원고 적격

(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결)

〈쟁점〉

이사가 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중이나 사실심 변론종결 후에 사망한 경우, 소송이 중단되지 않고 그대로 종료하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

이사가 그 지위에 근거하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망하였거나 사실심 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회의 구성원이고, 의사결정기관 구성원의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다.

〈선정이유〉

상법 제376조 총회결의 취소의 소, 상법 제380조 결의무효 및 부존재확인의 소에 있어서는 원고의 자격이 문제되는 경우가 많은데, 대법원은 이사가 그 지위에 근거하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 사망하였다면, 소송은 중단되는 것이 아니고 종료된다고 한다. 이사는 이사회의 구성원이고, 그 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다. 주주의 경우에는 사망하여도 소송이 종료되지 않고 그 상속인에게 수계되는 것과 차이가 있다.

## 157. 주식의 포괄적 교환과 주주총회결의 하자소송의 원고적격

(대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결)

〈쟁점〉

1. 주주총회결의 부존재 확인의 소의 원고적격 및 확인의 소에서 확인의 이익이 인정되는 경우/주식회사의 주주가 회사의 재산관계에 대하여 구체적 또는 법률상 이해관계를 가지는지 여부(소극)

2. 주주총회결의 취소소송의 계속 중 원고가 주주의 지위를 상실하는 경우, 원고적격을 상실하는지 여부(적극) 및 원고가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

〈판결요지〉

1. 주주총회결의 부존재 확인의 소는 제소권자의 제한이 없으므로 결의의 부존재의 확인에 관하여 정당한 법률상 이익이 있는 자라면 누구나 소송으로써 그 확인을 구할 수 있으나, 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다. 그리고 주식회사의 주주는 주식의 소유자로서 회사의 경영에 이해관계를 가지고 있다고 할 것이나, 회사의 재산관계에 대하여는 단순히 사실상, 경제상 또는 일반적, 추상적인 이해관계만을 가질 뿐, 구체적 또는 법률상의 이해관계를 가진다고는 할 수 없다.

2. 주주총회결의 취소소송의 계속 중 원고가 주주로서의 지위를 상실하면 원고는 상법 제376조에 따라 그 취소를 구할 당사자적격을 상실하고, 이는 원고가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다. 원고들은 이 사건 주주총회결의 당시부터 피고(하나은행)의 주주였으나, 이 사건 소송의 계속 중 피고와 하나금융지주가 이 사건 주식교환을 완료하여 하나금융지주가 피고의 100% 주주가 되고 원고들은 더 이상 피고의 주주가 아니게 되었으므로, 주주가 아닌 원고들은 상법 제376조에 따라 이 사건 주주총회결의 취소의 소를 제기할 원고적격이 인정되지 않는다고 판단하였다. 원심의 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하다.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 주주총회결의 취소소송 및 부존재 확인의 소송의 원고적격에 관한 판례의 태도를 알 수 있을뿐만 아니라, 그 법리는 대표소송을 비롯한 다른 회사소송에서도 적용되고 있어서 유용하다.

사안에서는 원고주주들이 피고회사를 상대로 주위적으로 주주총회 결의 부존재확인의 소를 제기하고 예비적으로 주주총회결의 취소의 소를 제기한 상태에서 주식의 포괄적 교환이 실행되면서, 원고들은 완전모회사가 된 회사의 주식을 취득하는 대신에 완전자회사가 된 피고회사의 주주 지위를 상실하였는데, 대법원은 원고들은 더 이상 피고회사의 주주가 아니기 때문에 주주총회결의 부존재 확인을 구할 이익이 없을뿐만 아니라, 이중대표소송이 허용되지 않는 것과 같은 취지에서 모회사의 주주가된 원고들은 자회사인 피고회사를 상대로 주주총회 결의 취소의 소를 제기할 수 없다고 판단하였다. 그러나 2020년 12월 9일 개정상법 제406조의2에서 다중대표소송제도가 신설되면서 대상판결의 판시가 그대로 유지될 것인지는 확실치 않다.

## 158. 청구의 변경과 주주총회결의취소소송의 제소기간 준수 여부

(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결)

〈쟁점〉

주주총회결의취소소송 제기기간 내에 그 결의 무효확인의 소를 제기하였다가 취소소송 제기기간 경과 후에 동일한 하자를 원인으로 한 취소소송으로 소를 변경하거나 추가한 경우, 취소소송의 제소기간을 준수한 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

주주총회결의취소의 소는 상법 제376조에 따라 결의의 날로부터 2월 내에 제기하여야 하나, 동일한 결의에 관하여 무효확인의 소가 상법 제376조 소정의 제소기간 내에 제기되어 있다면, 동일한 하자를 원인으로 하여 결의의 날로부터 2월이 경과한 후 취소소송으로 소를 변경하거나 추가한 경우에도 무효확인의 소 제기시에 제기된 것과 동일하게 취급하여 제소기간을 준수하였다고 보아야 한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결 참조).

〈선정이유〉

주주총회 결의의 하자는 취소, 무효, 부존재 등 다양하게 나타나지만 명확하게 구분하기 어렵기 때문에, 취소에 해당하는 경우에 잘못 판단하여 결의무효확인의 소를 제기하면 2개월의 제소기간이 손쉽게 도과될 수 있다. 대상판결은 위와 같은 사정을 반영한 일종의 구제조치이다. 같은 취지에서 결의부존재 확인의 소가 2개월 내에 제기되었다면, '동일한 하자'를 원인으로 하여서 결의일로부터 2개월이 경과한 후 결의취소소송으로 소를 변경하거나 추가하더라도 제소기간을 준수한 것으로 본다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결 등).

## 159. 주주총회결의의 부존재

(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결)

〈쟁점〉

소집권한이 없는 자가 이사회 소집결정도 없이 소집하여 이루어진 주주총회결의의 효력

〈판결요지〉

주주총회를 소집할 권한이 없는 자가 이사회의 주주총회 소집결정도 없이 소집한 주주총회에서 이루어진 결의는, 1인 회사의 1인 주주에 의한 총회 또는 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 결의가 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 총회 및 결의라고 볼 만한 것이 사실상 존재한다고 하더라도 그 성립 과정에 중대한 하자가 있어 법률상 존재하지 않는다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

결의부존재 확인의 소는 형식적 하자를 원인으로 하는 점에서는 결의취소의 소와 비슷하지만 결의절차에 통상적인 하자가 있는 것으로는 부족하고, '총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자'가 있는 경우에 인정되는데(상법 제380조 후단), 사안에서 대법원은 소집권한이 없는 자가 이사회결정도 없이 소집하여 이루어진 주주총회는 결의의 하자가 중대하여 부존재사유가 존재한다고 보았다.

## 160. 이사선임 주주총회결의 취소판결의 확정과 이사의 거래행위의 효력

(대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결)

〈쟁점〉

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우, 위 결의로 선임된 이사들에 의해 선정된 대표이사의 자격(=소급 상실) 및 그 취소판결이 확정되기 전에 대표이사가 한 행위의 효력(=무효)

〈판결요지〉

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다.

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우, 상법 제39조에 의하여 회사의 부실등기책임을 인정한 사례.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 결의취소판결의 대세적, 소급적 효력(상법 제376조 제2항, 제190조 본문)이 구체적인 사건에서 어떻게 적용되는지를 알 수 있다.

한편, 대표이사가 결의취소판결이 확정되기 전에 한 거래행위는 소급하여 무효가 되지만, 상대방은 외관책임의 법리에 의하여 보호를 받을 수 있다. 이 경우 상법 제395조(표현대표이사)와 제39조(부실의 등기)의 요건을 모두 갖춘 경우에는 어느 조항에 의해서도 회사를 상대로 책임을 물을 수 있겠지만, 사안에서는 상법 제39조에 의하여 회사의 부실등기책임을 인정하였다.

# 제 2 장 이사와 이사회

## Ⅰ. 이사의 선임과 해임

### 161. 이사·감사의 지위 취득시기

(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 이사 또는 감사의 지위를 취득하기 위한 요건(=주주총회의 선임결의와 피선임자의 승낙) 및 이때 피선임자가 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하여야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사·감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다. 결론적으로, 주주총회에서 이사나 감사를 선임하는 경우, 선임결의와 피선임자의 승낙만 있으면, 피선임자는 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하였는지와 관계없이 이사나 감사의 지위를 취득한다.

〈선정이유〉

종전까지 판례는 이사·감사의 선임에 관한 주주총회 선임결의는 회사내부의 결정에 불과하고, 대표이사와 '임용계약을 체결'함으로써 비로소 이사·감사의 지위를 취득한다고 보았으나(대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9410 판결), 이 사건에서 대법원은 이사·감사의 지위 취득을 위해서는 '주주총회의 선임결의'와 '피선임자의 승낙'만이 필요하고 그 밖에 임용계약의 체결은 필요하지 않다고 하였다.

회사의 대표이사가 주주총회에서 선임된 이사·감사와 임용계약의 체결을 거부하는 상황은 거의 대부분 경영권 분쟁의 상황에서 문제되는데, 적법한 주주총회에서 선임되었음에도 불구하고 대표이사가 임용계약의 체결을 거부함으로써 이사·감사의 지위를 취득할 수 없다면, 비록 손해배상청구나 직무집행정지 가처분 등을 통한 구제방안이 있다고 하더라도 현실성이 떨어지고 타이밍을 놓치기 쉽다고 보았기 때문이다.

## 162. 정관상 의사정족수 규정과 이사 선임을 위한 집중투표제도

(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결)

〈쟁점〉

정관에서 주주총회 성립에 관한 의사정족수를 규정하는 경우, 이사의 선임을 집중투표의 방법으로 하는 때에도 정관에 규정한 의사정족수가 충족되어야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제382조의2에 정한 집중투표란 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에 각 주주가 1주마다 선임할 이사의 수와 동일한 수의 의결권을 가지고 이를 이사 후보자 1인 또는 수인에게 집중하여 투표하는 방법으로 행사함으로써 투표의 최다수를 얻은 자부터 순차적으로 이사에 선임되는 것으로서, 이 규정은 어디까지나 주주의 의결권 행사에 관련된 조항이다.

따라서 주식회사의 정관에서 이사의 선임을 발행주식총수의 과반수에 해당하는 주식을 가진 주주의 출석과 출석주주의 의결권의 과반수에 의한다고 규정하는 경우, 집중투표에 관한 위 상법조항이 정관에 규정된 의사정족수 규정을 배제한다고 볼 것은 아니므로, 이사의 선임을 집중투표의 방법으로 하는 경우에도 정관에 규정한 의사정족수는 충족되어야 한다.

〈선정이유〉

이 판결은 상법 제382조의2의 집중투표제도는 주주의 의결권 행사방법에 관한 것으로써, 일정한 숫자 이상의 출석(의사정족수)이나 찬성(의결정족수)을 요구하는 총회의 결의정족수와는 직접적인 관련은 없음을 밝히고 있다.

피고회사의 정관 제22조(이사의 선임)는 "당 회사의 이사는 발행주식총수의 과반수에 해당하는 주식을 가진 주주가 출석하여 그 의결권의 과반수로 선임한다."고 하면서, 의사정족수와 의결정족수를 모두 요구하는데, 이러한 정관상 주주총회의 의사정족수 규정은 유효할뿐만 아니라, 집중투표의 방법으로 이사를 선임하는 경우에도 적용된다. 따라서 피고회사가 집중투표의 방법으로 이사를 선임하는 경우에는 먼저 정관 제22조에 규정된 의사정족수(발행주식총수의 과반수 출석)를 충족하여야 하고, 그 다음에는 집중투표의 방식으로 의결권을 행사하여 투표의 최다수를 얻은 자부터 순차적으로 이사를 선임하면 된다.

## 163. 대표이사의 해임과 상법 제385조의 준용 여부

(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123)

〈쟁점〉

상법 제385조(해임) 제1항의 규정 취지 및 위 규정이 이사회의 결의에 의한 대표이사의 해임에도 유추 적용될 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제385조(해임) 제1항은 주주총회의 특별결의에 의하여 언제든지 이사를 해임할 수 있게 하는 한편, 임기가 정하여진 이사가 그 임기 전에 정당한 이유 없이 해임당한 경우에는 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있게 함으로써 주주의 회사에 대한 지배권 확보와 경영자 지위의 안정이라는 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이고, 이사의 보수청구권을 보장하는 것을 주된 목적으로 하는 규정이라 할 수 없으므로, 이를 이사회가 대표이사를 해임한 경우에도 유추 적용할 것은 아니고, 대표이사가 그 지위의 해임으로 무보수, 비상근의 이사로 되었다고 하여 달리 볼 것도 아니다.

〈선정이유〉

자기주식의 처분 등 특정한 상황에 적용할 마땅한 조항이 없는 경우에 신주발행 등 다른 상법 조항을 유추 적용할 것인지 문제되는 경우가 많은데, 이 판례를 통해서는 유추적용 여부에 대한 중요한 고려사항 중 하나는 해당 조항의 입법 취지임을 알 수 있다.

이 사건에서는 이사회 결의로 해임된 대표이사에 대해서 상법 제385조의 손해배상청구권을 유추적용할 수 있는지가 쟁점이 되어 있는데, 원심은 사실상 1인회사에서는 이사회 결의를 통해서 대표이사를 해임한 경우에도 상법 제385조 제1항이 유추적용될 수 있다고 보았으나, 대법원은 상법 제385조 제1항은 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이고, 이사의 보수청구권을 보장하는 것을 주된 목적으로 하는 규정이라고 할 수 없으므로, 이를 이사회가 대표이사를 해임한 경우에도 유추적용할 것은 아니라고 하고 있다.

## Ⅱ. 이사의 임기

### 164. 정관에 의한 이사의 임기 연장

(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결)

〈쟁점〉

정관으로 이사의 임기를 그 임기 중의 최종 결산기에 관한 정기주주총회 종결일까지 연장할 수 있도록 정한 상법 제383조 제3항의 규정 취지 및 그 조항이 이사의 임기가 최종 결산기의 말일과 그 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되는 경우에만 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제383조 제3항은 이사의 임기는 3년을 초과할 수 없도록 규정한 같은 조 제2항에 불구하고 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 이를 연장할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정은 임기가 만료되는 이사에 대하여는 임기 중의 결산에 대한 책임을 지고 주주총회에서 결산서류에 관한 주주들의 질문에 답변하고 변명할 기회를 주는 한편, 회사에 대하여는 정기주주총회를 앞두고 이사의 임기가 만료될 때마다 임시주주총회를 개최하여 이사를 선임하여야 하는 번거로움을 덜어주기 위한 것에 그 취지가 있다. 위와 같은 입법 취지 및 그 규정 내용에 비추어 보면, 위 규정상의 '임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회'라 함은

임기 중에 도래하는 최종의 결산기에 관한 정기주주총회를 말하고, 임기 만료 후 최초로 도래하는 결산기에 관한 정기주주총회 또는 최초로 소집되는 정기주주총회를 의미하는 것은 아니므로, 위 규정은 결국 이사의 임기가 최종 결산기의 말일과 당해 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되는 경우에 정관으로 그 임기를 정기주주총회 종결일까지 연장할 수 있도록 허용하는 규정이라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

대법원은 상법 제383조 제3항의 취지를 설명하면서, 동조항은 이사의 임기가 최종결산기의 말일과 그 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되는 경우에만 적용되는 것을 분명히 하고 있다. 즉, 동조항은 이사의 임기가 최종결산기에 관한 정기주주총회가 종료된 후(後)에 만료되는 경우에는 적용되지 않는다.

## 165. 직무집행정지 가처분과 이사의 임기

(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결)

〈쟁점〉

주식회사 이사나 감사의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분결정이 있는 경우, 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장되는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

주식회사의 이사나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 가처분결정은 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지만, 이는 어디까지나 직무집행 행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다.

〈선정이유〉

이사에 대한 법원의 직무집행가처분이 있을 경우 그 기간 동안 이사의 임기가 당연히 정지되는지가 문제될 수 있는데, 대법원은 이사의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분결정이 선고되더라도, 이사의 임기는 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장되는 것은 아니라고 하고 있다. 다만, 이처럼 보게 되면 장기간 분쟁이 진행되는 도중에 해당 이사의 임기가 만료되어 손해를 볼 수 있으므로, 이사의 자격이 상실되었다는 이유만으로 과다한 불이익을 주는 판단은 신중하게 운용할 필요가 있다.

# Ⅲ. 이사의 보수

## 166. 이사의 보수의 개념과 종류(특별성과급)

(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 정관에서 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정한 경우, 주주총회의 결의 없이 이사가 보수청구권을 행사할 수 있는지 여부(소극)/ 이때 '이사의 보수'에 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되는지 여부(적극) 및 회사가 성과급, 특별성과급 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하는 금원이나 성과 달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 마찬가지인지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제388조는 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 규정한다. 이는 이사가 자신의 보수와 관련하여 개인적 이익을 도모하는 폐해를 방지하여 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 강행규정이다. 따라서 정관에서 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정한 경우 그 금액·지급방법·지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사는 보수청구권을 행사할 수 없다. 이때 '이사의 보수'에는 월급, 상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 회사가 성과급, 특별성과급 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하는 금원이나 성과 달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 마찬가지이다.

A주식회사의 정관에 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정하도록 규정하고 있는데, A회사의 대표이사인 甲이 주주총회의 결의 없이 A회사로부터 '특별성과급'이라는 명목으로 금원을 지급받은 사안에서, 甲이 '특별성과급'이라는 명목으로 지급받은 금원은 직무수행에 대한 보상으로 지급된 보수로서 법률상 원인 없이 이루어진 부당이득에 해당한다.

〈선정이유〉

판례는 월급·수당·상여금 등 명칭을 불문하고 '이사의 직무수행에 대한 보상'으로 지급되는 대가는 보수에 포함되고, 퇴직금, 퇴직금 중간정산금 또는 퇴직위로금도 그 직무수행의 대가로 지급된다면 보수의 일종이라고 하면서(대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결 등 참조) 이사의 보수를 폭 넓게 해석하고 있다.

이 판결에서는 종전과 같은 판례의 기조를 유지하면서, '특별성과급' 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하거나 성과달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 보수에 해당한다고 하고 있다. 따라서 정관이나 주주총회의 결의 없이 지급받은 '특별성과급'은 법률상 원인 없이 수령한 부당이득에 해당하고 회사에 반환하여야 한다(상법 제388조, 민법 제741조).

## 167. 이사의 보수의 개념과 종류(퇴직금과 퇴직위로금)

(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결)

〈쟁점〉

1. 상법 제388조에서 말하는 이사의 보수에는 퇴직금 또는 퇴직위로금도 포함되는지 여부(적극)
2. 정관에서 이사의 보수 또는 퇴직금에 관하여 주주총회 결의로 정한다고 규정하고 있는 경우 주주총회 결의 없이 이사의 보수나 퇴직금을 청구할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제388조는 "이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다."고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 이사의 보수에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 퇴직금 내지 퇴직위로금도 그 재직 중의 직무집행의 대가로 지급되는 보수의 일종이다.

상법 제388조는 강행규정이므로, 정관에서 이사의 보수 또는 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 되어 있는 경우에 그 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없다면 이사는 보수나 퇴직금을 청구할 수 없다.

〈선정이유〉

이사의 퇴직위로금은 퇴직 시 은혜의 차원에서 지급되는 금원처럼 보이지만, 실무상으로는 일반 직원의 퇴직금과는 별도로 운영되고 있고, 퇴임하는 이사에게 재직 기간 동안의 직무수행에 대한 보상으로 지급하는 보수의 성격이 강하다. 이를 반영하여 대상판결은 퇴직위로금도 이사의 보수에 해당한다는 점을 명확히 하고 있다.

## 168. 명목상 이사·감사의 보수청구권

(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결)

〈쟁점〉

이사·감사로서의 실질적인 업무를 수행하지 않고 소극적인 직무만을 수행한 경우, 주주총회결의에서 정한 보수청구권의 효력을 부정할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

주주총회에서 선임된 이사·감사가 업무를 다른 이사 등에게 포괄적으로 위임하고 이사·감사로서의 실질적인 업무를 수행하지 않는 경우라 하더라도 이사·감사로서 상법 제399조, 제401조, 제414조 등에서 정한 법적 책임을 지므로, 이사·감사를 선임하거나 보수를 정한 주주총회 결의의 효력이 무효이거나 또는 소극적인 직무 수행이 배임적인 행위에 해당하는 등의 특별한 사정이 없다면, 소극적인 직무 수행 사유만을 가지고 이사·감사로서의 자격을 부정하거나 주주총회 결의에서

정한 보수청구권의 효력을 부정하기는 어렵다. 다만 이사·감사의 소극적인 직무 수행에 대하여 보수청구권이 인정된다 하더라도, 이사·감사가 회사에 대하여 제공하는 반대급부와 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하므로 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하거나, 오로지 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 보수청구권의 일부 또는 전부에 대한 행사가 제한되고 회사는 합리적이라고 인정되는 범위를 초과하여 지급된 보수의 반환을 구할 수 있다.

〈선정이유〉

사회적으로 이사·감사의 과다한 보수가 논란이 되고 있다. 대상판결은 명목상의 이사·감사라고 하더라도 정관 또는 주주총회 결의에서 정한 보수청구권의 효력을 부인하기는 어렵다고 하면서도, 이사·감사의 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저하게 균형을 잃을 정도로 과다하다는 등 '특별한 사정'이 있는 경우에는 보수청구권의 전부 또는 일부에 대한 행사가 제한될 수도 있다는 법리를 처음으로 판시한 점에서 중요하다.

## 169. 이사의 퇴직금 중간정산금의 청구요건

(대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결)

〈쟁점〉

정관에서 퇴직금을 비롯한 임원의 보수는 주주총회에서 총액을 정하고 각자의 보수액은 이사회 결의로 정한다고 규정하고 있는 경우에도, 재임 중인 이사가 퇴직금 중간정산금 청구권을 행사하기 위하여는 퇴직금 중간정산에 관한 별도의 주주총회 결의가 요구되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제388조에 의하면 주식회사의 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 규정되어 있다. 즉, 퇴직금, 퇴직금 중간정산금을 비롯한 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회결의로 이를 정하여야 한다. 그런데 퇴직금 중간정산금은 지급시기가 일반적으로 정해져 있는 정기적 보수 또는 퇴직금과 달리 권리자인 이사의 신청을 전제로 이사의 퇴직 전에 지급의무가 발생하게 되므로, 이사가 중간정산의 형태로 퇴직금을 지급받을 수 있는지 여부는 퇴직금의 지급시기와 지급방법에 관한 매우 중요한 요소이다. 따라서 정관 등에서 이사의 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정하면서 퇴직금의 액수에 관하여만 정하고 있다면, 퇴직금 중간정산에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사는 퇴직금 중간정산금을 청구할 수 없다.

〈선정이유〉

퇴직금 중간정산금은 퇴직금의 일종이지만, 이사의 신청을 전제로 재직 중에 지급의무가 발생하고 관련 규정의 제·개정에 이해관계자인 이사가 관여할 수도 있으므로 그 허용 여부는 분명하게 정해져 있어야 한다. 따라서 회사가 정관이나 주주총회에서 '퇴직금 중간정산금'이 아니라 '퇴직금의 액수'에 관하여만 정하고 있다면, 이것만으로는 퇴직금의 중간정산을 허용하는 규정이 있다고

볼 수 없다. 같은 취지로 대법원은 회사가 이사에게 퇴직금 중간정산을 허용하려면 세밀한 지급 방법은 하위 규정에 위임하더라도, 퇴직금 중간정산금 청구 자체가 허용되는지는 정관이나 주주총회결의에서 명확하게 할 것을 요구하고 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결 등 참조).

## 170. 이사의 해직보상금과 주주총회 결의의 요부

(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결)

〈쟁점〉

주식회사와 이사가 고용계약을 체결하면서 이사가 자신의 의사에 반하여 해임될 경우 회사가 퇴직위로금 외에 해직보상금을 지급하기로 약정한 경우, 이사가 회사에 해직보상금을 청구하기 위하여 주주총회의 결의가 있어야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주식회사와 이사 사이에 체결된 고용계약에서 이사가 그 의사에 반하여 이사직에서 해임될 경우 퇴직위로금과는 별도로 일정한 금액의 해직보상금을 지급받기로 약정한 경우, 그 해직보상금은 형식상으로는 보수에 해당하지 않는다 하여도 보수와 함께 같은 고용계약의 내용에 포함되어 그 고용계약과 관련하여 지급되는 것일 뿐 아니라, 의사에 반하여 해임된 이사에 대하여 정당한 이유의 유무와 관계없이 지급하도록 되어 있어 이사에게 유리하도록 회사에 추가적인 의무를 부과하는 것인바, 보수에 해당하지 않는다는 이유로 주주총회 결의를 요하지 않는다고 한다면, 이사들이 고용계약을 체결하는 과정에서 개인적인 이득을 취할 목적으로 과다한 해직보상금을 약정하는 것을 막을 수 없게 되어, 이사들의 고용계약과 관련하여 그 사익 도모의 폐해를 방지하여 회사와 주주의 이익을 보호하고자 하는 상법 제388조의 입법 취지가 잠탈되고, 나아가 해직보상금액이 특히 거액일 경우 회사의 자유로운 이사해임권 행사를 저해하는 기능을 하게 되어 이사선임기관인 주주총회의 권한을 사실상 제한함으로써 회사법이 규정하는 주주총회의 기능이 심히 왜곡되는 부당한 결과가 초래되므로, 이사의 보수에 관한 상법 제388조를 준용 내지 유추적용하여 이사는 해직보상금에 관하여도 정관에서 그 액을 정하지 않는 한 주주총회 결의가 있어야만 회사에 대하여 이를 청구할 수 있다.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 우회 수단을 통해서 규제를 회피하는 경우에 상법 제388조(이사의 보수)를 준용하거나 유추적용할 필요가 있는지를 생각해볼 수 있어서 학습에 도움이 된다. 엄격하게 보면 이사의 해직위로금은 '직무집행에 대한 대가'인 이사의 보수는 아니지만, 대법원은 적절한 규제가 없을 경우 이사들이 개인적인 이득을 취할 목적으로 과다한 해직보상금을 약정하는 것을 막을 수 없다는 우려를 반영하여, 해직위로금에 대해서도 상법 제388조를 준용 내지 유추적용하여 정관에 이사의 해직보상금액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의가 있어야만 회사에 대해서 청구할 수 있도록 하고 있다.

## 171. 과다한 이사의 보수와 그 효력

(대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결)

〈쟁점〉

경영권 상실 등으로 퇴직을 앞둔 이사가 합리적 수준을 현저히 벗어나는 이사보수지급기준을 마련하고 소수주주의 반대에도 불구하고 주주총회결의가 성립되도록 한 경우 그 행위의 효력(무효)

〈판결요지〉

비록 이사의 보수와 직무 간의 상관관계가 상법에 명시되어 있지 않더라도 이사가 회사에 대하여 제공하는 직무와 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하며, 회사의 재무상황이나 영업실적에 비추어 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하여서는 아니 된다.

따라서 경영권 상실 등으로 퇴직을 앞둔 이사가 회사에서 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급 기준을 마련하고 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 상법 제382조의3(이사의 충실의무)에서 정한 의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 배임행위에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤다 하더라도 그러한 위법행위가 유효하다 할 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 합리적인 수준에서 이사 보수를 제한하는 것으로서, 과다한 이사의 보수는 제한될 수 있다는 의미에서 선례적인 가치가 크다.

원고들은 피고회사의 대표이사 및 이사들로 재직하였던 자들인데, 피고회사는 막대한 누적 손실을 기록하고 있었고 인수합병으로 조만간 자신들이 교체될 것임이 예상되는 상황에서 대표이사는 종전의 5배, 이사는 종전의 3배에 해당하는 임원 퇴직금 지급률을 정하고 더구나 이를 소급적용하였는데, 대법원은 이를 무효로 보았다.

## 172. 이사 보수 감액결의의 효력

(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결)

〈쟁점〉

유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정한 경우, 유한회사가 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정하였다면, 보수액은 임용계약의 내용이 되어 당사자인 회사와 이사 쌍방을 구속하므로, 이사가 보수의 변경에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 직무내용의 변동에 따른 보수의 변경을 감수한다는 묵시적 동의가 있었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 유한회사가 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없다. 따라서 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 하더라도, 이러한 사원총회 결의는 결의 자체의 효력과 관계없이 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.

〈선정이유〉

이사의 보수에 관해서는 회사가 정관 또는 주주총회의 결의로 정하는 단체법적인 측면과 해당 이사가 정해진 보수금액을 받아들이는 계약법적 측면이 모두 있는데, 일단 정관 또는 주주총회결의를 거쳐서 특정 이사의 보수액이 적법하게 정하여 졌다면 이는 임용계약의 내용이 되고 회사와 이사 쌍방은 그 내용에 구속된다. 그 이후에는 회사가 정관 또는 주주총회(사원총회) 결의를 통해서도 이미 정해진 이사의 보수액을 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없음은 당연하다.

## 173. 등기이사 및 비등기임원의 법적 지위와 보수청구권

(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결)

〈쟁점〉

1. 주식회사의 등기된 이사 및 감사와 등기되지 않은 이사 및 감사의 직무권한의 차이
2. 회사의 임원에게 지급하는 보수와 퇴직금의 법적 성격
3. 회사의 이사 및 감사가 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

1. 상법상 이사와 감사는 주주총회의 선임 결의를 거쳐 임명하고 그 등기를 하여야 하며, 이사와 감사의 법정 권한은 위와 같이 적법하게 선임된 이사와 감사만이 행사할 수 있을 뿐이고 그러한 선임절차를 거치지 아니한 채 다만 회사로부터 이사라는 직함을 형식적·명목적으로 부여받은 것에 불과한 자는 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수 없다.

2. 주식회사의 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니며, 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없고, 회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 그 퇴직금은 근로기준법 소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 직무집행에 대한 대가로 지급되는 보수에 불과하다.

3. 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명

목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

〈선정이유〉

이사는 재직중의 직무집행에 대한 대가로 보수를 지급받고, 근로자는 근로기준법 소정의 임금 및 퇴직금을 지급받으므로, 구체적인 경우에 이사 또는 근로자에 해당하는지를 구분하는 것이 중요하다. 이 판결은 상법상 이사는 등기이사를 의미하고, 회사의 수임인으로서 원칙적으로 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 다만, 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 그 실질에 따라 판단할 것이므로, 구체적인 업무수행 방식에 따라서는 등기된 임원도 근로자에 해당할 수 있음을 주의하여야 한다.

# Ⅳ. 이사회

## 174. 중요한 자산의 처분과 이사회의 결의 여부

(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결)

〈쟁점〉

상법 제393조 제1항에 규정된 '중요한 자산의 처분'에 해당하는지 여부의 판단 기준 및 '중요한 자산의 처분'에 해당하는 경우 이사회규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 않더라도 이사회의 결의를 거쳐야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제393조 제1항은 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도는 이사회의 결의로 한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 중요한 자산의 처분에 해당하는가 아닌가는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회가 그에 관하여 직접 결의하지 아니한 채 대표이사에게 그 처분에 관한 사항을 일임할 수 없는 것이므로 이사회규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 아니하더라도 반드시 이사회의 결의를 거쳐야 한다.

〈선정이유〉

주식회사는 다수의 주주로 구성되는 단체이므로 그 의사결정의 권한을 명확하게 정하여 둘 필요가 있다. 이와 관련하여 상법은 주주총회는 '상법'과 '정관'에서 정하는 기본적인 사항을 결정하고(상법 제361조), 그 밖에 '중요한' 자산의 처분 및 양도를 비롯한 회사의 업무집행은 이사회 결의로 하도록 하고 있다(상법 제393조 제1항). '일상적한' 업무집행사항에 대한 의사결정이나 대표이

사의 업무집행권한과의 관계 등에 대해서는 견해가 나뉜다.

사안에서 피고회사는 자산총액의 약 5~6%에 상당하는 이 사건 부동산을 약 160억 원에 원고회사에게 매도하였는데, 피고회사의 이사회규정은 이사회 부의사항으로 '최근 사업연도 말 자산총액의 10% 이상에 상당한 주요 자산의 취득, 임대차 또는 처분'을 규정하고 있었다. 원심은 이사회의 결의를 거치지 아니하였으니 무효라는 주장에 대하여, 이 사건 매매대금(160억 원)은 피고회사 자산총계의 약 5~6%에 불과하여 이사회 결의사항에 해당하지 않는다고 보았으나, 대법원은 상법 제393조 제1항의 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회 부의사항으로 정해져 있지 않더라도 이사회 결의를 거쳐야 하고, 이 사건 부동산은 피고의 부동산 중 3번째로 규모가 크고, 피고의 규모, 경영상태 등에 비추면, '중요한' 자산 처분에 해당하므로 이사회의 결의가 필요하다고 판시하였다.

주식회사 이사회의 권한을 규정하는 상법 제393조는 강행규정이므로, 이사회규정상 이사회 부의사항에 해당하지 않더라도 상법 제393조 제1항의 중요한 자산의 처분에 해당한다면 이사회의 결의가 요구되는 것은 당연하다.

## 175. 회생절차개시신청과 이사회의 결의사항

(대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결)

〈쟁점〉

주식회사가 회생절차개시신청을 하는 경우, 이사회 결의를 거쳐야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제393조 제1항은 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다고 규정함으로써 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정권한이 있음을 밝히고 있으므로, 주식회사의 중요한 자산의 처분이나 대규모 재산의 차입행위뿐만 아니라 이사회가 일반적·구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무에 대해서는 이사회의 결의를 거쳐야 한다.

주식회사가 회생절차를 신청할 경우 개시 결정 전에도 법원의 보전처분을 통해 채무자의 업무 및 재산에 관한 처분권한이 통제되는 등 채무자에 미치는 영향이 적지 않을뿐만 아니라, 회생절차가 개시되면 주식회사의 업무수행권과 관리처분권이 관리인에게 전속하게 되는 등 회사의 경영에 근본적인 변화가 발생하게 된다. 이와 같은 회생절차개시결정의 효과 등에 비추어 보면 주식회사의 회생절차개시신청은 대표이사의 업무권한인 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무에 해당하여 이사회 결의가 필요하다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

이 사건에서 대법원은 회사의 회생절차개시신청은 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무로서 이사회 결의가 필요하다고 보았다.

## 176. 명목상 이사에 대한 이사회의 소집통지와 특별이해관계인의 의결권

(대법원 1992. 4. 14. 선고 90다카22698 판결)

〈쟁점〉

1. 이사 3명 중 회사의 경영에 관한 모든 사항을 다른 이사들에게 위임하여 놓고 필요시 이사회 회의록 등에 날인만 하여 주고 있는 이사에 대한 소집통지 없이 열린 이사회 결의가 유효하다고 한 사례

2. 3명의 이사 중 대표이사와 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 대표이사 1인의 찬성으로 이사회결의가 이루어진 경우 그 결의의 적부(적극)

〈판결요지〉

1. 이사 3명 중 회사의 경영에 전혀 참여하지 않고 경영에 관한 모든 사항을 다른 이사들에게 위임하여 놓고 그들의 결정에 따르며 필요시 이사회 회의록 등에 날인만 하여 주고 있는 이사에 대한 소집통지 없이 열린 이사회에서 한 결의는 위 이사가 소집통지를 받고 참석하였다 하더라도 그 결과에 영향이 없었다고 보여지므로 유효하다.

2. 특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니하는 것이므로 회사의 3명의 이사 중 대표이사와 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 의결을 하였다면 이사 3명중 2명이 출석하여 과반수 출석의 요건을 구비하였고 특별이해관계 있는 이사가 행사한 의결권을 제외하더라도 결의에 참여할 수 있는 유일한 출석이사인 대표이사의 찬성으로 과반수의 찬성이 있는 것으로 되어 그 결의는 적법하다.

〈선정이유〉

이 판결은 특별한 사정이 있는 경우에는 명목상 이사에 대한 소집통지 없이 진행된 이사회결의도 유효하다고 하는데, 이러한 판시가 계속하여 유지될 것인지는 분명하지 않다. 명목상의 이사라고 하더라도 이사의 자격이나 보수청구권 등을 부정할 수 없을뿐만 아니라(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결), 명목상 이사에 대한 소집통지가 필요없다고 보게 되면 그 이사의 이사회 불참을 조장하고, 이사회를 중심으로 회사의 의사를 결정하는 이사회 제도의 취지에도 맞지 않기 때문이다. 다만, 이 사안에서 해당 이사는 그 후 이사회 결의에 동의한다는 뜻으로 이사회 회의록에 날인하였는 데, 이러한 사후적인 행위도 이사회 결의가 유효하다고 판단하는 데 일조하지 않았나 생각한다.

한편 상법은 특별한 이해관계가 있는 이사는 의결권을 행사하지 못한다고 규정하고 있어서(상법 제391조 제3항, 제368조 제3항), 이사회 결의 시에 의결정족수에서 배제되는 것은 분명하지만, 의사정족수에는 포함되는지가 분명하지 않은데, 대상판결은 의사정족수의 산정 시에는 특별한 이해관계가 있는 이사를 포함시키고 있다.

## 177. 주주의 이사회의사록 열람·등사 청구와 청구의 부당성

(대법원 2014. 7. 21. 자 2013마657 결정)

〈쟁점〉

주주로서 권리를 행사하기 위하여 이사회 의사록의 열람·등사가 필요하다고 인정되는 경우, 열람·등사를 청구한 주주가 적대적 인수합병을 시도하고 있다는 사정만으로 청구가 부당하다고 할 수 있는지(원칙적 소극)

〈결정요지〉

상법 제391조의3 제3항, 제466조 제1항에서 규정하고 있는 주주의 이사회 의사록 또는 회계장부 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는데, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지는 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 특히 주주의 열람·등사권 행사가 회사 업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것으로 보아야 한다.

적대적 인수·합병을 시도하는 주주의 열람·등사청구라고 하더라도 목적이 단순한 압박이 아니라 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라면 허용되어야 하는데, 주주가 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 이사회 의사록의 열람·등사가 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 이를 청구하는 주주가 적대적 인수·합병을 시도하고 있다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

주주는 이사회의사록 열람·등사 청구를 비롯하여 상법에 규정된 각종 권리를 행사할 수 있지만, 회사의 구성원으로서 소수주주의 권리 행사는 한계가 있고 회사의 이익을 해하지 않는 범위 내에서 허용되어야 한다. 따라서 회사는 주주의 청구가 부당함을 증명하면 이를 거부할 수 있다고 볼 것인데, 대법원은 주주가 적대적 인수합병 시도를 하고 있다고 하여 그 주주에 의한 이사회 의사록 열람·등사청구가 부당한 것은 아니라고 하고 있다. 다만, 청구가 부당한 것인지는 제반 상황을 종합하여 판단할 것이므로, 법원이 적대적 인수합병의 상황을 전혀 고려하지 않는다고 말할 수는 없을 것이다.

## 178. 주주의 의결권행사를 곤란하게 하는 이사회결의의 효력

(대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결)

〈쟁점〉

1. 주식회사 이사회 소집통지를 할 때 회의의 목적사항도 함께 통지하여야 하는지 여부(원칙적

소극)

2. 주주의 의결권행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 것을 내용으로 하는 이사회결의의 효력(무효)

〈판결요지〉

1. 이사회 소집통지를 할 때에는, 회사의 정관에 이사들에게 회의의 목적사항을 함께 통지하도록 정하고 있거나 회의의 목적사항을 함께 통지하지 아니하면 이사회에서의 심의·의결에 현저한 지장을 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주주총회 소집통지의 경우와 달리 회의의 목적사항을 함께 통지할 필요는 없다.

2. 소유와 경영의 분리를 원칙으로 하는 주식회사에서 주주는 주주총회 결의를 통하여 회사 경영을 담당할 이사의 선임과 해임 및 회사의 합병, 분할, 영업양도 등 법률과 정관이 정한 회사의 기초 내지는 영업조직에 중대한 변화를 초래하는 사항에 관한 의사결정을 하기 때문에, 이사가 주주의 의결권행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 것은 주식회사 제도의 본질적 기능을 해하는 것으로서 허용되지 아니하고, 그러한 것을 내용으로 하는 이사회결의는 무효로 보아야 한다.

3. 주식회사 대표이사 甲이 자신이 乙에게 교부하였던 주식에 대하여 甲 측과 경영권 분쟁 중인 乙 측의 의결권행사를 허용하는 가처분결정이 내려진 것을 알지 못한 채 이사회결의를 거쳐 임시주주총회를 소집하였다가 나중에 이를 알고 가처분결정에 대하여 이의절차로 불복할 시간을 벌기 위해 일단 임시주주총회 소집을 철회하기로 계획한 후 이사회를 소집하여 결국 임시주주총회 소집을 철회하기로 하는 내용의 이사회결의가 이루어진 사안에서, 乙 측은 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주로서 구 상법(2009. 5. 28. 법률 제9746호로 개정되기 전의 것) 제366조에 따라 임시주주총회 소집을 청구할 수 있고 소집절차를 밟지 않는 경우 법원의 허가를 얻어 임시주주총회를 소집할 수 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 임시주주총회 소집을 철회하기로 하는 이사회결의로 乙 측의 의결권행사가 불가능하거나 현저히 곤란하게 된다고 볼 수 없으므로 위 이사회결의가 주식회사 제도의 본질적 기능을 해하는 것으로서 무효가 되기에 이르렀다고 보기 어렵다고 한 사례.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 주주총회, 이사회, 대표이사로 이어지는 주식회사의 기관구조와 의사결정의 방식, 각 기관별 성격을 알 수 있어서 중요하다.

주식회사는 다수의 주주로서 구성되는 자본단체로서 그 성격상 모든 사항을 주주총회에서 결정할 수는 없지만, 이사의 선임과 해임, 합병 등을 비롯한 중요하고도 기본적인 사항은 주주가 결정하여야 하고, 이를 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 이사회결의는 주식회사 제도의 본질적 기능을 해하는 것으로서 무효가 된다. 다만, 대법원은 이사회가 임시주주총회의 소집을 철회하였다고 하여서, 소집철회에 반대하는 주주의 의결권행사가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 된다고 볼 수 없으므로 그 소집을 철회하는 이사회결의를 무효라고 보기는 어렵다고 한다.

# Ⅴ. 대표이사

## 179. 대표이사의 전단적 대표행위와 대표권 남용행위

(대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결)

〈쟁점〉

1. 대표이사가 이사회의 결의 없이 대외적 거래행위를 한 경우의 효력 및 그 경우 상대방의 악의에 대한 주장 입증책임의 소재

2. 대표이사가 개인적 이익을 위하여 권한을 행사하고 상대방이 악의인 경우 그 행위의 회사에 대한 효력

〈판결요지〉

1. 주식회사의 대표이사가 이사회의 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니하고 한 경우라도 이와 같은 이사회결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회결의가 없었음을 알거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 해석되고 위와 같은 상대방의 악의는 이를 주장하는 회사측이 주장·입증하여야 할 것이다.

2. 주식회사의 대표이사가 회사의 이익을 위해서가 아니고 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 그 행위는 회사에 대하여 무효가 된다.

〈선정이유〉

대표이사의 대표권의 제한에 위반한 대외적인 거래행위의 효력(이른바 '전단적 대표행위')과 대표이사가 개인적인 이익을 도모할 목적으로 대표권을 남용한 대외적인 거래행위의 효력(이른바 '대표권 남용행위')을 어떻게 정리할 것인지가 문제되는데, 판례는 이사회 결의를 거치지 아니한 경우라도 이는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 그 거래는 회사의 행위로서 '원칙적으로 유효'하지만, 그 사실을 알거나 알 수 있었을 악의의 제3자에게는 대항할 수 있다는 취지로 판시하고 있다(대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결 등 다수). 이에 대해서는 판례와는 차이를 두면서 이사회결의 없이 한 대외적인 거래행위는 무권대표행위로서 '원칙적으로 무효'이지만, 그러한 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 설명하는 견해도 있다.

한편, 대표권의 제한에 위반한 행위이면서, 동시에 대표권을 남용하는 행위가 있을 수 있는데, 이 경우 대표권의 제한에 위반한 행위, 즉 전단적 대표행위에 대해서만 그 효력을 판단하면 된다고 보는 견해가 있으나, 양자를 모두 판단해야 하는 상황이 있을 수 있다.

## 180 표현대표이사의 성립 요건

(대법원 1994. 12. 2. 선고 94다7591 판결)

〈쟁점〉

회사의 운영권을 인수하였다 하여 회사의 적법한 대표자라고 볼 수 있는지 여부(소극), 상법 제395조의 표현대표이사의 책임을 인정한 사례

〈판결요지〉

1. 회사의 운영권을 인수한 자라 하더라도 그가 이사회에서 대표이사로 선정된 바 없는 이상 회사의 적법한 대표자라고 볼 수 없다.

2. 피고회사는 택시운송업을 하는 회사인데, 그 대표이사인 甲은 건강상의 문제로 회사의 주식을 양도하고 중도금까지 수령한 후 乙에게 회사의 경영권 및 운영권 일체 등 회사의 전권을 위임한다는 내용의 위임장을 작성하여 주고, 운영권 행사에 지장이 없도록 대표이사의 인감과 고무인을 인도하고 사무실까지 넘겨주었고, 이에 따라 乙은 丙에게 부사장의 직함을 주어 회사의 운영을 돕도록 하는 한편 스스로 회사에서 발생한 노사분규를 수습하였으며, 원고들과의 택시 운행권 매매 이전에도 여러 사람에게 회사의 택시 운영권을 매매하는 등 그 후 甲과의 분쟁이 발생하기까지의 4개월여 동안 아무런 장애 없이 독자적으로 회사운영권을 행사하여 온데다가, 원고들은 택시 운행권 매매계약 후 乙로부터 계약이 불이행될 경우 대금반환의 확보를 위하여 회사의 택시에 근저당권을 설정받기까지 하였다면, 달리 특단의 사정이 없는 한 원고들은 乙이 회사의 경영권을 가지고 적법한 대표권을 행사하는 자라고 믿을 만한 사정이 있었다고 보아야 할 것이고, 따라서 원고들이 乙이 회사의 적법한 대표이사가 아니라는사실을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있었다고 하기는 어렵다고 보아 乙의 표현대표행위에 대한 피고 회사의 책임을 인정한 사례.

〈선정이유〉

상법 제395조는 대표이사가 아닌 자가 회사를 대표하여 행위한 경우에 회사의 외관책임을 규정하는데, 이 판결은 상법 제395조 표현대표이사 책임의 성립 여부를 살펴볼 수 있는 전형적인 사례이다.

상법 제395조에 따라 회사에 외관책임(표현책임)이 인정되기 위해서는 ① 외관의 존재(사장 등 대표권이 있는 것으로 인정될만한 명칭의 사용), ② 외관의 부여(표현대표이사의 행위에 대한 회사의 귀책사유), ③ 외관의 신뢰(상대방의 선의)라는 3가지 기본적인 요건이 필요하다. 사안에서 대법원은 비록 乙이 적법한 절차에 의하여 선임된 대표이사는 아니지만, 경영권을 양수하고 대표이사의 명칭 사용을 용인받아 실제로 회사경영을 담당하여 온 사실에 비추면 '외관의 존재'와 '외관의 부여' 사실이 인정되고, 乙이 적법한 대표이사가 아니라는 사실을 거래상대방이 알았거나 쉽게 알 수 있었다고도 보기 어려워 '외관에 대한 신뢰'도 인정된다고 보고, 원고(거래상대방)에 대한 피고회사의 매매대금 반환책임을 인정하였다.

한편, 상법 제395조는 "선의의 제3자"로 규정하고 있으나, 판례는 표현대표이사가 회사를 대표할 권한이 있다고 믿은 데 제3자에게 중과실이 있는 경우에는 악의로 보고 있으므로 회사의 표현대표이사 책임이 성립되려면 제3자에게 선의 · 무중과실(경과실은 선의로 본다)이 요구되며, 이 경우 제3자의 악의 또는 중과실은 회사가 증명하여야 한다(대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다5091 판결).

## 181. 업무담당이사의 명칭과 표현대표이사

(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다62029 판결)

〈쟁점〉

'경리담당이사'는 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 상법 제395조에 따른 회사의 책임을 부정한 사례

〈판결요지〉

상법 제395조에 정한 표현대표이사의 행위로 인한 회사의 책임이 성립하기 위하여는 회사의 대표이사가 아닌 이사가 외관상 회사의 대표권이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 거래행위를 하여야 하고, 그와 같은 명칭이 표현대표이사의 명칭에 해당하는지 여부는 사회 일반의 거래통념에 따라 결정하여야 한다.

'경리담당이사'는 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 상법 제395조에 따른 회사의 책임을 부정한 사례.

〈선정이유〉

이 판결에서는 상법 제395조의 표현대표이사의 책임 요건 중에서 '외관의 존재(회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될만한 명칭)'의 인정 여부가 쟁점이 되어 있다.

표현대표이사제도는 실제로는 대표권이 없지만 외관상 대표권이 있는 것처럼 보이는 경우에 이를 신뢰한 상대방을 보호하려는 제도인데, 사장, 부사장, 전무 등과는 달리, 사안에서 문제된 '경리담당이사'는 그 자체로서 회사를 대표할 권한이 있다고 보이는 명칭이라고 보기 어려우므로 회사에게 표현대표이사책임을 묻기는 어렵다.

## 182. 이사의 자격 여부와 표현대표이사

(대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결)

〈쟁점〉

이사의 자격이 없는 표현대표이사의 행위에 대한 상법 제395조의 유추적용 여부(적극), 주주총회의 개최 없이 주총의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 회사에게 상법 제395조에 따른 책임을 묻기 위한 요건

〈판결요지〉

상법 제395조는 대표이사로서의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위하여 그와 같은 외관의 존재에 관하여 귀책사유가 있는 회사로 하여금 선의의 제3자에 대하여 책임을 지도록 하려는 것으로, 회사가 이사의 자격이 없는 자에게 표현대표이사의 명칭을 사용하게 허용한 경우는 물론, 이사의 자격이 없는 사람이 임의로 표현대표이사의 명칭을 사용하고 있는 것을 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 방치하여 묵인한 경우에도 유추적용된다(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다

34709 판결 등 참조).

한편 주주총회를 소집, 개최함이 없이 주총의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 의사록 작성으로 대표자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정될 경우 상법 제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물을 수 있고, 이 경우 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 사실상 회사의 운영을 지배하는 자인 경우와 같이 주주총회결의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는 회사에 귀책사유가 있다.

〈선정이유〉

상법 제395조는 "사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사의 행위에 대하여는"이라는 문구를 사용하고 있어서, 표현대표이사의 명칭을 사용하는 자가 실제 이사인 경우에 한정하여 상법 제395조가 적용되는 것처럼 규정되어 있으나, 대법원은 이사의 자격을 가진 자는 물론이고, 이사가 아니라도 대표할 권한이 있는 명칭을 사용한 경우에도 상법 제395조(표현대표이사)를 유추 적용하고 있다.

## 183. 상법 제395조의 요건 중 표현대표이사의 행위에 대한 회사의 귀책사유

(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다17702 판결)

〈쟁점〉

이사 또는 이사의 자격이 없는 자가 임의로 표현대표자의 명칭을 사용하고 있는 것을 회사가 알면서 이에 동조하거나 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하는 경우, 회사가 표현대표자의 명칭사용을 묵시적으로 승인한 것으로 볼 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제395조에 의하여 회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인함으로써 대표자격의 외관 현출에 책임이 있는 경우에 한하는 것이나(대법원 1995. 11. 21. 선고 94다50908 판결 참조), 이사 또는 이사의 자격이 없는 자가 임의로 표현대표자의 명칭을 사용하고 있는 것을 회사가 알면서도 이에 동조하거나 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치한 경우도 회사가 표현대표자의 명칭사용을 묵시적으로 승인한 경우에 해당한다고 봄이 상당하다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결 참조).

〈선정이유〉

이 판결에서는 상법 제395조의 표현대표이사 책임의 요건 중에서 '외관의 부여(표현대표이사의 행위에 대한 회사의 귀책사유)'의 인정 여부가 쟁점이 되어 있다. 대법원은 회사가 표현대표자의 명칭 사용을 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 경우 그 명칭의 사용을 묵시적으로 승인한 것으로 볼 수 있다고 한다.

## 184. 표현대표이사와 상대방의 선의 등

(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다34709 판결)

〈쟁점〉

1. 이사의 자격이 없는 표현대표이사의 행위에 대한 상법 제395조의 유추적용 여부(적극)
2. 표현대표이사가 다른 대표이사의 명칭을 사용한 경우, 상법 제395조의 적용 여부(적극)
3. 표현대표이사책임에 관한 상법 제395조 소정의 상대방의 '선의'의 내용
4. 표현대표이사의 행위로 인정되는 행위에 이사회의 결의가 필요하고 상대방이 그 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었던 경우, 회사의 책임 유무(소극)

〈판결요지〉

1. 상법 제395조는 외관을 신뢰한 제3자를 보호하기 위하여 그와 같은 외관의 존재에 대하여 귀책사유가 있는 회사로 하여금 선의의 제3자에 대하여 그들의 행위에 관한 책임을 지도록 하려는 것이므로, 회사가 이사의 자격이 없는 자에게 표현대표이사의 명칭을 사용하게 허용한 경우는 물론, 이사의 자격이 없는 사람이 임의로 표현대표이사의 명칭을 사용하고 있는 것을 회사가 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하여 소극적으로 묵인한 경우에도 위 규정이 유추적용되는 것으로 해석함이 상당하다.

2. 상법 제395조는 표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용된다.

3. 상법 제395조 소정의 '선의'란 표현대표이사가 대표권이 없음을 알지 못한 것을 말하는 것이지 반드시 형식상 대표이사가 아니라는 것을 알지 못한 것에 한정할 필요는 없다.

4. 표현대표이사의 행위와 이사회의 결의를 거치지 아니한 대표이사의 행위는 모두 본래는 회사가 책임을 질 수 없는 행위들이지만 거래의 안전과 외관이론의 정신에 입각하여 그 행위를 신뢰한 제3자가 보호된다는 점에 공통되는 면이 있으나, 제3자의 신뢰의 대상이 전자에 있어서는 대표권의 존재인 반면, 후자에 있어서는 대표권의 범위이므로 제3자가 보호받기 위한 구체적인 요건이 반드시 서로 같다고 할 것은 아니고, 따라서 표현대표이사의 행위로 인정이 되는 경우라고 하더라도 만일 그 행위에 이사회의 결의가 필요하고 거래의 상대방인 제3자의 입장에서 이사회의 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우라면 회사로서는 그 행위에 대한 책임을 면한다.

〈선정이유〉

이 판결에서는 상법 제395조 표현대표이사의 요건 중 대부분이 다루어지고 있지만, 특히 '외관의 신뢰(상대방의 선의)'가 쟁점이 되어 있다.

대법원은 대상판결에서 상법 제395조 소정의 상대방의 '선의'란 '대표권이 없음을 알지 못한 것'을 말하며, 형식상 대표이사가 아니라는 것을 알지 못한 것에 한정할 필요는 없다고 한다. 그러나 상대방이 표현대표이사가 실제 대표이사의 명칭을 사용하여 대표행위를 하는 사실을 알고 있었던 경우에는 상대방의 선의는 대표권이 아니라 '대행권의 존재'를 믿었는지에 있음을 주의하여야 한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결). 상대방에게 '중대한 과실'이 있는 경우에는 회사는 상법 제395조의 책임을 부담하지 않는다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다91985 판결).

## 185. 대행 방식의 거래와 표현대표이사

(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결)

〈쟁점〉

현대표이사가 대표이사의 이름으로 행위한 경우 상법 제395조가 적용되는지 여부(적극) 및 이 때 상대방의 악의 또는 중대한 과실 유무의 판단 기준

〈판결요지〉

상법 제395조(표현대표이사의 행위와 회사의 책임)는 표현대표이사가 자신의 이름으로 행위한 경우는 물론이고 대표이사의 이름으로 행위한 경우에도 적용된다. 그리고 이 경우에 상대방의 악의 또는 중대한 과실은 표현대표이사의 대표권이 아니라 대표이사를 대리하여 행위를 할 권한이 있는지에 관한 것이다.

소외 1은 자기의 이름으로 행위한 것이 아니라 피고 회사의 대표이사를 대리하여 이 사건 차용증을 작성한 것이므로, 상대방인 원고가 악의인지 또는 중대한 과실이 있는지는 소외 1에게 피고 회사의 대표권이 있는지가 아니라 그에게 피고 회사의 대표이사를 대리하여 이 사건 차용증을 작성하여 채무 부담을 할 권한이 있는지 여부에 관하여 판단되어야 한다. 그렇다면 소외 1이 피고 회사의 대표이사가 아님을 원고가 알았다고 하더라도 그 점은 원고의 악의 또는 중과실을 판단하는 데 결론을 좌우할 만한 사정이 된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

판례는 표현대표이사가 자신의 이름으로 회사를 대표하는 경우뿐만 아니라, 실제 대표이사의 명의로 거래행위를 하는 경우, 즉 대행의 방식으로 행위를 하는 경우에도 상법 제395조가 적용된다고 한다(대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결 등). 예를 들어, 위의 사례에서 소외 1이 자신을 대표이사로 표기하여 차용증을 작성하여 주었다면 제3자의 선의는 소외 1에게 '대표권'이 있는지를 믿은 것에 있으나, 실제 대표이사의 이름으로 차용증을 작성하여 주었다면 제3자의 선의는 소외 1에게 '대행권'이 있는지를 믿은 것에 있다.

## 186. 상법 제37조 상업등기의 효력과 표현대표이사 성립 여부

(대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결)

〈쟁점〉

1. 이사자격이 없는 자에게 회사가 표현대표이사의 명칭을 사용케 하거나 용인상태에 둔 경우 상법 제395조에 의한 회사의 표현책임 여부(적극)
2. 표현대표이사의 명칭을 사용하는 이사가 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 행위한 경우의 회사의 표현책임 여부(적극)
3. 상법 제395조의 판단에 상업등기의 여부를 고려할 것인지 여부(소극)

〈판결요지〉

1. 이사자격이 없는 자에게 회사가 표현대표이사의 명칭을 사용케 한 경우이거나 이사자격 없이 그 명칭을 사용하는 것을 회사가 알고 용인상태에 둔 경우에는 회사는 상법 제395조에 의한 표현책임을 면할 수 없다.

2. 표현대표이사의 명칭을 사용하는 이사가 자기명의로 행위할 때 뿐 아니라 행위자 자신이 표현대표이사인 이상 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 행위한 경우에도 상법 제395조가 적용된다.

3. 상법 제395조와 상업등기와의 관계를 헤아려 보면, 상법 제395조는 상업등기와는 다른 차원에서 회사의 표현책임을 인정한 규정이라고 해야 옳고, 이 책임을 물음에 상업등기가 있는 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다.

〈선정이유〉

상법 제37조에 의하면 등기할 사항을 등기하는 경우에는 선의의 제3자에게도 대항할 수 있는 바, 상법 제395조 표현대표이사의 요건 중 외관의 신뢰(상대방의 선의)를 판단함에 있어서 이미 상업등기가 되어 있다면 그 사실을 들어서 회사는 거래상대방에게 대항할 수 있는가? 이에 대하여 대법원은 상업등기제도는 상업등기의 공시력을 인정하는 것이고, 표현대표이사제도는 외관에 대한 거래안전을 보호하기 위한 것으로써 양자는 그 요건과 보호법익에 차이가 있다고 보고, 상법 제395조의 표현대표이사책임을 물음에 있어서는 상업등기의 여부는 고려대상에 넣어서는 아니 된다고 한다(이차원설).

## 187. 공동대표이사 중 1인의 단독 대표행위와 표현대표이사의 성립 여부

(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다19033 판결)

〈쟁점〉

1. 회사가 공동대표이사에게 단순한 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인 내지 방임한 경우 상법 제395조에 의한 표현책임을 부담하는지 여부(적극)

2. 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 제3자와 한 법률행위를 추인하는 의사표시의 상대방(=법률행위를 한 공동대표이사나 상대방인 제3자)

〈판결요지〉

1. 회사가 공동대표이사에게 단순한 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인 내지 방임한 경우에도 회사는 상법 제395조에 의한 표현책임을 면할 수 없다.

2. 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 제3자와 한 법률행위를 추인함에 있어 그 의사표시는 단독으로 행위한 공동대표이사나 그 법률행위의 상대방인 제3자 중 어느 사람에게 대하여서도 할 수 있다.

〈선정이유〉

공동대표이사는 '공동으로' 회사를 대표하여야 하고, 특별한 사정이 없는한 단독대표이사의 명의

로 체결한 대외적인 거래행위는 무권대표에 해당하고 회사에게 효력이 없다. 그러나 이러한 경우에도 상법 제395조 표현대표이사의 책임 요건을 모두 구비하면 회사에게 책임을 물을 수 있는 것은 당연하다. 그리고 상법 제395조의 표현대표이사의 책임을 물음에 있어서 상업등기의 여부는 고려대상이 아니므로(대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결), 위의 내용은 회사가 공동대표이사인 사실을 등기한 경우에도 마찬가지이다.

## 188. 건설회사 대표이사의 업무집행과 불법행위책임

(대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165)

〈쟁점〉

주식회사의 대표이사가 업무집행과 관련하여 정당한 권한 없이 직원으로 하여금 타인의 부동산을 지배·관리하게 하는 등으로 소유자의 사용수익권을 침해한 경우, 회사와 별도로 손해배상책임을 부담하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주식회사의 대표이사가 업무집행을 하면서 고의 또는 과실에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 주식회사는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 제3자에게 손해배상책임을 부담하게 되고, 대표이사도 민법 제750조 또는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 주식회사와 연대하여 불법행위책임을 부담하게 된다. 따라서 주식회사의 대표이사가 업무집행과 관련하여 정당한 권한 없이 직원으로 하여금 타인의 부동산을 지배·관리하게 하는 등으로 소유자의 사용수익권을 침해하고 있는 경우, 부동산의 점유자는 회사일 뿐이고 대표이사 개인은 독자적인 점유자는 아니기 때문에 부동산에 대한 인도청구 등의 상대방은 될 수 없다고 하더라도, 고의 또는 과실로 부동산에 대한 불법적인 점유상태를 형성·유지한 위법행위로 인한 손해배상책임은 회사와 별도로 부담한다고 보아야 한다. 대표이사 개인이 부동산에 대한 점유자가 아니라는 것과 업무집행으로 인하여 회사의 불법점유 상태를 야기하는 등으로 직접 불법행위를 한 행위자로서 손해배상책임을 지는 것은 별개라고 보아야 하기 때문이다.

〈선정이유〉

이 판결에서는 상법 제210조의 회사 및 대표이사의 불법행위책임과 관련하여, 회사의 불법행위능력의 여부, 회사와 별도로 대표이사도 손해배상책임을 부담하는지 여부, 합명회사의 대표사원과 주식회사의 대표이사 간에 책임의 범위에 차등을 둘 것인지 등의 쟁점이 내포되어 있어서 생각할 점이 있다.

상법 제210조는 회사의 불법행위능력에 대한 논란을 불식시키고, 피해자의 보호를 두텁게 하기 위하여, 회사를 대표하는 사원이 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 사원과 연대하여 손해를 배상하도록 하고 있다. 이 경우 회사와 그 대표사원은 별도로 손해배상책임을 부담하며 그 성질은 부진정연대책임이다. 다만, 상법 제389조 제3항이 준용하는 상법 제210조는 본질적으로 조합의 성격을 가지는 합명회사를 대표하는 사원의 업무집행을 대상으로 한 조문이어서 성격이 다른 주식회사의 대표이사에 대해서 어느 정도까지 준용할 것인지는 논란이 있을 수 있다.

## 189. 이사와 회사 간의 소에 있어서 법원이 선임한 일시대표이사의 대표권

(대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결)

〈쟁점〉

회사가 주주총회에서 선임된 이사를 상대로 이사 지위의 부존재 확인소송을 제기한 경우에, 법원이 선임한 일시대표이사로 하여금 회사를 대표하게 한 것이 감사의 대표권을 규정한 상법 제394조에 위반하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제394조 제1항은 이사와 회사 사이의 소에 관하여 감사로 하여금 회사를 대표하도록 규정하고 있는데, 이는 이사와 회사 양자 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로, 그 충돌을 방지하고 공정한 소송수행을 확보하기 위한 것이다.

甲 주식회사의 일시대표이사인 乙이 甲 회사를 대표하여 甲 회사의 소수주주가 소집한 주주총회에서 이사로 선임된 丙을 상대로 이사선임결의의 부존재를 주장하며 이사 지위의 부존재 확인을 구하자, 丙이 회사와 이사 사이의 소는 상법 제394조 제1항에 따라 감사가 회사를 대표하여야 한다고 주장한 사안에서, 소 제기 전 甲 회사의 주주가 甲 회사를 적법하게 대표할 사람이 없다는 이유로 일시대표이사 및 이사의 선임을 구하는 신청을 하여 변호사인 乙이 甲 회사의 일시대표이사 및 이사로 선임된 것이어서 일시대표이사인 乙로 하여금 甲 회사를 대표하도록 하였더라도 그것이 공정한 소송수행을 저해하는 것이라고 보기는 어려우므로, 위 소에 상법 제394조 제1항은 적용되지 않는다고 한 사례.

〈선정이유〉

이 판결을 통해서는 회사와 이사 간의 소에 있어서 언제나 감사가 회사를 대표하여야 하는 것은 아니고, 공정한 소송수행을 저해한다고 보기 어려운 경우에는 대표이사도 회사를 대표할 수 있음을 알 수 있다. 공정한 소송수행을 저해하지 않는 경우까지 감사의 대표권을 고집하는 것은 회사관계를 교착상태에 빠트릴 수 있기 때문이다. 이에 관해서는 이사가 이미 이사직을 떠난 경우(대법원 2013. 9. 9. 자 2013마1273 결정), 회사가 퇴직이사들을 상대로 하는 주주대표소송에 참여하는 경우(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결) 등 비슷한 취지의 판례들이 있다.

## 190. 이사직을 사임한 자가 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 회사를 대표할 자

(대법원 2013. 9. 9. 자 2013마1273 결정)

〈쟁점〉

등기이사이던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하며 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소를 제기한 경우, 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람(=대표이사)

〈결정요지〉

회사의 이사로 등기되어 있던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하면서 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 상법 제394조 제1항은 적용되지 아니하므로 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람은 감사가 아니라 대표이사라고 보아야 한다. 상법 제394조가 이사와 회사의 소에서 감사로 하여금 회사를 대표하도록 규정하고 있는 이유는 공정한 소송수행을 확보하기 위한 데 있고, 회사의 이사가 사임으로 이미 이사직을 떠난 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 상법 규정은 적용될 여지가 없기 때문이다. 한편 사임은 상대방 있는 단독행위로서 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 효력이 발생하므로 그에 따른 등기가 마쳐지지 아니한 경우에도 이로써 이사의 지위를 상실함이 원칙이다. 따라서 이사가 회사를 상대로 소를 제기하면서 스스로 사임으로 이사의 지위를 상실하였다고 주장한다면, 적어도 그 이사와 회사의 관계에서는 외관상 이미 이사직을 떠난 것으로 보기에 충분하고, 또한 대표이사로 하여금 회사를 대표하도록 하더라도 공정한 소송수행이 이루어지지 아니할 염려는 거의 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 회사와 이사 간의 소에 있어서 감사의 대표권에 관한 예외를 인정한 것이다. 이사직을 사임한 자가 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소는 공정한 소송수행을 저해한다고 보기 어려우므로 대표이사가 회사를 대표할 수 있다.

# Ⅵ. 이사의 선관주의의무

## 191. 금융기관 이사(임원)의 선관의무와 경영판단원칙

(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결)

〈쟁점〉

금융기관의 임원의 선관의무의 내용과 경영판단의 원칙과의 관계 및 금융기관의 임원이 선관의무에 위반하여 임무를 해태하였는지 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

1. 금융기관의 임원이 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.

2. 금융기관의 임원, 특히 새마을금고의 임원이 대출을 결정함에 있어서 임원이 법령이나 정관에 위반한 대출이었음을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 대출에 관한 어떤 이해관계

가 있어 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 대출을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 임원으로서의 주의의무를 다 할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 대출을 실행한 경우에는 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다.

〈선정이유〉

이 판결은 이사의 회사에 대한 책임을 논함에 있어서 경영판단의 개념을 사용하였고, 그 이후에는 우리나라의 판례에서도 '경영판단' 내지 '경영판단의 원칙'이라는 용어가 자주 사용되기 시작하였기에 의미가 크다.

경영판단에 해당하는지에 관해서, 법원이 '의사결정과정' 외에 '의사결정내용'의 합리성에 대해서도 심사하는 것인지는 불분명하다. ① 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결(대상판결)에서는 "그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것(이다)"고 하면서 의사결정과정을 중시하였고, ② 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결(대우사건)에서는 "그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것"이라고 하면서 의사결정내용의 합리성까지 심사하는 듯한 판시를 하였으며, ③ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결(신세계 대표소송 사건) 및 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결(한화 대표소송 사건)에서는 "그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것"이라고 하면서 다시 의사결정과정의 합리성만을 심사하는 기준으로 복귀한 것 같기도 하다.

## 192. 이사의 감시의무와 판단기준

(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467, 60474 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 이사가 다른 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 이를 방치한 경우, 회사가 입은 손해에 대한 배상책임의 유무(적극)

〈판결요지〉

주식회사의 이사는 이사회의 일원으로서 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않고, 담당업무는 물론 다른 업무담당이사의 업무집행을 전반적으로 감시할 의무가 있으므로, 주식회사의 이사가 다른 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 이사의 감시의무를 인정하고 그 위반 시에는 회사가 입은 손해를 배상하도록 하고 있어서 중요하다. 이사가 감시의무를 부담하는 근거는 선관주의의무(상법 제382조 제2항)와 이사에

대한 이사회의 감독권(상법 제393조 제2항)에 있다.

판례가 인정하는 감시의무의 폭과 정도는 상당히 넓다. 판례는 업무집행을 담당하지 않고 단순히 이사회의 구성원에 불과한 '평이사'(대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결), 사무분장에 의하여 일정한 영역의 업무를 전담하여 처리하는 '업무담당이사'(대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다8131 판결)뿐만 아니라, 실권자인 부사장의 전횡을 방지하지 못한 '대표이사'(대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60474 판결), '사외이사'나 '비상근이사'(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결)에 대해서도 감시의무와 그 위반에 대한 책임을 인정하고 있다.

## Ⅶ. 이사의 경업 및 겸직금지의무

### 193. 경업대상회사의 지배주주가 되는 행위와 이사의 경업 및 겸직금지의무

(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결)

〈쟁점〉

이사가 경업대상회사의 지배주주가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있게 되는 경우 상법 제397조 제1항에 따라 자신이 속한 회사 이사회의 승인을 얻어야 하는지 여부(적극), 이사가 실질적으로 그가 속한 회사의 지점 내지 영업부문으로 운영되고 공동의 이익을 추구하는 관계에 있는 다른 회사의 지배주주가 되려는 경우, 상법 제397조 제1항에 따라 자신이 속한 회사 이사회의 승인을 얻어야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법이 제397조 제1항으로 "이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다."고 규정한 취지는, 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로써 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있다. 따라서 이사는 경업대상회사의 이사, 대표이사가 되는 경우뿐만 아니라 그 회사의 지배주주가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있게 되는 경우에도 자신이 속한 회사 이사회의 승인을 얻어야 한다.

한편 어떤 회사가 이사가 속한 회사의 영업부류에 속한 거래를 하고 있다면 그 당시 서로 영업지역을 달리하고 있다고 하여 그것만으로 두 회사가 경업관계에 있지 아니하다고 볼 것은 아니지만, 두 회사의 지분소유 상황과 지배구조, 영업형태, 동일하거나 유사한 상호나 상표의 사용 여부, 시장에서 두 회사가 경쟁자로 인식되는지 여부 등 거래 전반의 사정에 비추어 볼 때 경업대상 여부가 문제되는 회사가 실질적으로 이사가 속한 회사의 지점 내지 영업부문으로 운영되고 공동의 이익을 추구하는 관계에 있다면 두 회사 사이에는 서로 이익충돌의 여지가 있다고 볼 수 없고, 이사가 위와 같은 다른 회사의 주식을 인수하여 지배주주가 되려는 경우에는 상법 제397조가 정하는 바와 같은 이사회의 승인을 얻을 필요가 있다고 보기 어렵다.

〈선정이유〉

타인의 사무를 처리하는 수임인은 선량한 관리자의 주의로서 그 사무를 처리하여야 하고, 본인과의 경업을 삼가는 것은 수임인의 덕목이다. 이를 반영하여 상법 제397조 제1항은 이사는 '이사회의 승인'이 없으면 ① 자기 또는 제3자의 계산으로 '회사의 영업부류에 속한 거래'를 하거나(경업거래금지) ② '동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사'가 되지 못하도록 하고 있다(특정 지위의 겸직금지).

대상판결은 이사가 경업대상회사의 지배주주가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있게 되는 경우 상법 제397조 제1항에 따라 자신의 속한 회사의 이사회 승인을 얻도록 하고 있으나, 제397조 제1항 전단의 경업거래금지에 위반한 것인지 후단의 특정 지위의 겸직금지에 위반한 것인지는 구분하고 있지 않다. 법적인 효과에는 차이가 없기 때문으로 보이지만, 굳이 구분하자면 이사의 경업은 직접적인 영업보다는 회사를 통해서 이루어지는 경우가 많고, 경업대상회사의 지배주주가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여하는 것은 직접적인 경업거래나 다를 바 없으므로 상법 제397조 제1항 전단의 경업거래금지의무를 위반한 것으로 볼 것이다.

## 194. 이사의 경업 및 겸직금지 의무위반과 이사 해임의 정당한 이유

(대법원 1993. 4. 9. 선고 92다53583 판결)

〈쟁점〉

경업의 대상이 되는 회사가 영업을 개시하지 못한 채 영업준비작업을 추진하고 있는 단계에 있는 경우에도 상법 제397조 제1항 소정의 "동종영업을 목적으로 하는 다른 회사"에 해당하는지 여부(적극)

회사의 이사가 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 한 경우 이사의 해임에 관한 상법 제385조 제2항 소정의 "법령에 위반한 중대한 사실"이 있는 경우에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

1. 이사의 경업금지의무를 규정한 상법 제397조 제1항의 규정취지는 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로써 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있으므로, 경업의 대상이 되는 회사가 영업을 개시하지 못한 채 공장의 부지를 매수하는 등 영업의 준비작업을 추진하고 있는 단계에 있다 하여 "동종영업을 목적으로 하는 다른 회사"가 아니라고 볼 수는 없다.

2. 회사의 이사가 회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 하여 오다가 영업활동을 개시하기 전에 다른 회사의 이사 및 대표이사직을 사임하였다고 하더라도 이는 상법 제397조 제1항 소정의 경업금지의무를 위반한 행위로서 특별한 다른 사정이 없는 한 이사의 해임에 관한 상법 제385조 제2항 소정의 "법령에 위반한 중대한 사실"이 있는 경우에 해당한다.

〈선정이유〉

대법원은 이사가 '영업을 준비하고 있는 다른 회사'의 이사가 되는 경우에도, 상법 제397조 제1항 후단의 '동종영업을 목적으로 하는 다른 회사'의 이사에 취임한 것으로써 겸직금지의무를 위반하였다고 보았다. 일단 그 다른 회사의 이사가 되었다면 그 시점에서 겸직금지의무를 위반한 것이고, 그 다른 회사가 영업을 개시하기 전에 사임하였다고 하더라도 책임을 면할 수는 없다.

## Ⅷ. 이사의 회사 기회 및 자산의 유용금지의무

### 195. 이사의 회사 기회 및 자산 유용금지의무(신세계 주주대표소송 사건)

(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결)

〈쟁점〉

이사회가 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 회사에 이익이 될 여지가 있는 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인한 경우, 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반한 것인지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다.

그러나 회사의 이사회가 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었더라도 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

이 판결에서는 회사의 기회 및 자산유용금지 의무의 내용과 그 위반 여부를 판단함에 있어서 경영판단원칙이 어떻게 작동하는지를 살펴볼 수 있다. 대법원은 이사회가 회사의 이익을 위하여 정당한 절차를 거쳐서 이사의 행위를 승인하였다면 이사들의 경영판단은 존중되어야 하고, 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하였다고 하더라도 이사들이 선관주의의무나 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다고 한다.

## Ⅸ. 이사의 자기거래

## 196. 이사회의 승인이 없는 이사의 자기거래행위의 효력(간접거래, 수표행위)

(대법원 1994. 10. 11. 선고 94다24626 판결)

〈쟁점〉

대표이사가 이사회의 승인 없이 한 자기거래행위의 제3자에 대한 효력과 그 입증책임

〈판결요지〉

회사의 대표이사가 한 이사회의 승인이 없는 자기거래행위는 회사와 이사 간에는 무효이지만 제3자에 대하여는 그 거래의 무효임을 주장하는 회사가 제3자의 악의를 입증하여야 한다.

甲은 A회사의 대표이사로 재직하는 동안에 원고에게 빌린 개인 채무의 반환을 담보하기 위하여, 이 사건 수표에 배서하면서 "A주식회사, 甲"이라고 기재하고, 그 옆에는 "A주식회사 대표이사"라고 조각된 인장을 날인하여 원고에게 건네주었다. 원고는 A회사(피고)를 상대로 수표금 청구를 한 사례

〈선정이유〉

이 판결은 상법 제398조가 어음·수표행위에도 적용되는지 여부(적극), 간접거래에도 적용되는지 여부(적극), 이사회의 승인이 없는 자기거래의 효력(무효), 수표의 기명날인 방식 등 다양한 법적 쟁점을 내포하고 있어서 생각해볼 점이 많다.

이사회의 승인 없는 자기거래 행위의 효력과 관련하여, 대법원은 A회사 명의 수표배서행위는 이사회의 승인없이 이루어진 것으로서 회사(A)와 이사(甲) 간에는 무효이지만, 이사회 승인은 회사 내부의 문제이므로 제3자(원고)에게 그 수표배서행위의 무효를 주장하기 위해서는 그 무효를 주장하는 A회사가 제3자인 원고의 악의를 입증하여야 한다고 판시하고 있다. 그런데 대표권의 제한에 위반한 전단적 대표행위와는 달리, 이사회의 승인이 없이 이루어지는 자기거래는 이사가 거래당사자인 점을 고려하여 회사와 이사 간에는 무효로 보는 등 전형적인 전단적 대표행위와는 그 판단구조에서 약간의 차이가 있다.

## 197. 이사회의 승인이 없는 자기거래에서 자기거래의 무효를 주장할 수 있는 자(회사)

(대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결)

〈쟁점〉

상법 제398조가 이사와 회사의 거래에 관하여 이사회의 승인을 얻도록 한 취지 및 이사와 회사 사이의 거래에서 거래상대방인 이사 스스로가 상법 제398조 위반을 이유로 거래의 무효를 주장하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

상법 제398조가 이사와 회사 사이의 거래에 관하여 이사회의 승인을 얻도록 한 것은, 이사가 그

지위를 이용하여 회사와 직접 거래를 하거나 이사 자신의 이익을 위하여 회사와 제3자 사이의 거래를 함으로써 이사 자신의 이익을 도모하고 회사 및 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것이므로(대법원 1973. 10. 31. 선고 73다954 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결 등 참조), 그 규정 취지에 비추어 이사와 회사 사이의 거래가 상법 제398조를 위반하였음을 이유로 무효임을 주장할 수 있는 자는 회사에 한정되고 특별한 사정이 없는 한 거래의 상대방이나 제3자는 그 무효를 주장할 이익이 없다고 보아야 하므로, 거래의 상대방인 당해 이사 스스로가 위 규정 위반을 내세워 그 거래의 무효를 주장하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

이 판결은 계약이 법령에 위반하여 무효나 취소의 사유가 있는 경우에, 그 무효를 주장하는 자를 제한할 수 있는지를 생각해 볼 수 있어서 도움이 된다.

이사 등의 자기거래를 비롯하여 이사회의 승인이 요구되는 회사의 행위에 이사회의 승인이 없는 경우에는 그 효력발생을 위한 요건이 없는 것으로서 이사와 회사 간의 계약은 원칙적으로 무효가 된다. 그러나 상법 제398조는 이사가 그 지위를 이용하여 개인적인 이익을 도모하는 것을 막고 회사와 주주의 이익을 보호하기 규정인데, 이사 스스로가 해당 거래의 무효를 주장할 수 있도록 허용하면, 동조의 취지에 어긋날뿐만 아니라 나중에 기회주의적 선택을 하는 폐단도 생겨날 수 있다. 따라서 이사의 무효 주장은 허용하기 어렵다고 볼 것이고, 같은 취지로 판시한 대법원의 판단은 타당하다.

## 198. 자본금총액 10억 원 미만인 회사에서의 자기거래 승인의 방법과 절차

(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결)

〈쟁점〉

자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 주식회사의 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 전에 주주총회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 주주총회의 승인을 받지 않은 경우, 그 거래의 효력(원칙적 무효)

〈판결요지〉

상법 제398조는 이사 등이 그 지위를 이용하여 회사와 거래를 함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사와 주주에게 예기치 못한 손해를 끼치는 것을 방지하기 위한 것으로, 이사와 지배주주 등의 사익추구에 대한 통제력을 강화하고자 적용대상을 이사 외의 주요주주 등에게까지 확대하고 이사회 승인을 위한 결의요건도 가중하여 정하였다. 다만 상법 제383조에서 2인 이하의 이사만을 둔 소규모회사의 경우 이사회의 승인을 주주총회의 승인으로 대신하도록 하였다. 이 규정을 해석·적용하는 과정에서 이사 등의 자기거래를 제한하려는 입법 취지가 몰각되지 않도록 해야 한다.

일반적으로 주식회사에서 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 주주총회 결의가 있는 것과 마찬가지라고 볼 수 없다. 따라서 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 회사의 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 전에 주주총회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히

고 주주총회의 승인을 받지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 그 거래는 무효라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

자본금 총액이 10억 원 미만인 소규모회사에서 이사회가 구성되지 않은 경우 상법은 자기거래에 필요한 이사회의 승인을 주주총회의 승인으로 대신하도록 하고 있는데(상법 제383조 제3항), 대법원은 소규모 회사에서 이사회의 승인 대신에 주주총회의 승인을 거치는 경우에는 상법 제398조의 입법 취지가 몰각되지 않을 것을 요구하고 있다. 따라서 실제 사례에서는 어떠한 방식과 정족수로 주주총회 승인을 얻어야지 상법 제398조의 입법취지에 부합하는지를 생각해야 한다.

## 199. 이사회 승인이 없는 대표이사의 자기거래행위의 효력 (간접거래, 겸임이사)

(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결)

〈쟁점〉

1. 회사가 대표이사의 자기거래행위가 이사회 승인을 얻지 못하여 무효임을 제3자에게 주장하려면 이사회 승인을 얻지 못한 사실 외에 제3자가 이사회 승인이 없었음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있다는 사실을 증명하여야 하는지 여부(적극)/ 이 경우 '중대한 과실'의 의미

2. 주식회사의 대표이사가 이사회결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우, 그 거래행위의 효력(원칙적 유효)/ 거래 상대방이 이사회결의가 없음을 알았거나 알 수 있었다는 사정에 관한 증명책임자(=회사)

〈판결요지〉

1. 회사의 대표이사가 이사회의 승인 없이 한 이른바 자기거래행위는 회사와 이사 간에서는 무효이지만, 회사가 위 거래가 이사회의 승인을 얻지 못하여 무효라는 것을 제3자에 대하여 주장하기 위해서는 거래의 안전과 선의의 제3자를 보호할 필요상 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 것 외에 제3자가 이사회의 승인 없음을 알았다는 사실을 증명하여야 할 것이고(1994. 10. 11. 선고 94다24626 판결 등 참조), 비록 제3자가 선의였다 하더라도 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 증명한 경우에는 악의인 경우와 마찬가지라고 할 것이며, 이 경우 중대한 과실이라 함은 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 그 거래가 이사와 회사 간의 거래로서 이사회의 승인이 필요하다는 점과 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이사회의 승인을 얻은 것으로 믿는 등 거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로서 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결)

2. 주식회사의 대표이사가 이사회의 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이다(대법원 2012. 8. 17. 선고 2012다45443 판결 등 참조). 이때 거래 상대방이 이사회 승인이 없음을 알았거나 알 수 있었던 사정 또는 이사회 결의가 없음을 알았

거나 알 수 있었던 사정은 이를 주장하는 회사가 주장·증명하여야 할 사항에 속하므로 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차는 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 일반 경험칙에 부합하는 해석이라 할 것이다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결 등 참조).

〈선정이유〉

이사의 자기거래는 직접적인 자기거래의 형태, 겸임이사의 형태, 간접거래의 형태 등 다양하게 나타나므로 그 법리의 적용에 어려움이 많은데, 이 판결은 간접거래와 겸임이사의 속성을 함께 가지는 사례로서 (i) 자기거래에 대한 이사회 승인(제398조)의 흠결에 따른 거래행위의 효력과 (ii) 대규모재산의 차입에 준하는 연대보증에 관한 이사회결의(제393조)의 흠결에 따른 거래행위의 효력을 분리하여 각각 다루고 있어서 흥미롭다.

甲은 A회사와 B회사의 대표이사를 겸하고 있었는데(B회사는 A회사가 설립한 회사이다), A회사를 대표하여 C보증보험회사('C보증')와 A회사의 소외 회사(피보험자)에 대한 임차보증금 반환채무에 관하여 이행(지급)보증보험계약을 체결하고, B회사를 대표하여 B회사 이사회의 승인이나 의결 없이 위 보험계약으로 A회사가 C보증에 부담하게 될 채무에 관한 연대보증계약을 체결하였다. C보증(원고)은 소외 회사에게 보험금 50억 원을 지급하고, B회사(피고)를 상대로 구상금을 청구하였다.

B회사의 측면에서 보면 B회사가 A회사를 위하여 C보증과 체결한 연대보증계약은 회사(B회사)와 제3자(C보증) 사이에서 체결된 것으로서 형식적으로는 회사(B회사)와 이사(甲)가 직접 거래를 하는 것은 아니지만, 그 연대보증의 실질적인 이익은 이사인 甲(실제 이익은 A회사가 보지만, 겸임이사의 법리에 따라 甲이 대표이사로 있는 A회사와 甲 개인을 동일시하였다)에게 귀속되는 간접거래의 형태인데, 대상판결에서 보듯이 대법원은 간접거래를 자기거래에 포함하고 불리한 처지에 놓인 B회사 이사회의 승인을 요구하고 있다. 즉, 이 사례에서는 간접거래와 겸임이사의 법리가 동시에 적용되고 있다.

한편, B회사가 C보증과 체결한 연대보증계약은 위와 같이 이사의 자기거래에 해당하지만, 동시에 상법 제393조의 대규모 재산의 차입에도 해당하는데, 대법원은 이사회 결의가 필요한 대외적인 거래행위(연대보증)에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도 이는 회사의 내부적 의사결정에 불과하고 그 거래상대방이 이사회결의가 없었음을 알거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 보아서 선의의 제3자인 C회사(원고)에게는 대항할 수 없다고 보았다.

## 200. 이사의 자기거래와 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 행위

(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결)

〈쟁점〉

이사와 회사의 거래에서 양자의 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 경우에도 상법 제398조에 따라 이사회의 승인을 얻어야 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 거래에 관하여 이사회의 승인을 얻도록 규정하고 있

는 취지는, 이사가 그 지위를 이용하여 회사와 직접 거래를 하거나 이사 자신의 이익을 위하여 회사와 제3자 간에 거래를 함으로써 이사 자신의 이익을 도모하고 회사 및 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것이므로, 이사와 회사 사이의 거래라고 하더라도 양자 사이의 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 때에는 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다.

주식회사의 이사가 자신을 피보험자 및 수익자로 하여 회사 명의로 퇴직보험에 가입한 사안에서, 회사가 이사를 피보험자로 하여 퇴직보험계약을 체결한 것은 임원퇴직금지급규정상 임원의 보수를 지급하기 위한 수단에 불과하고, 회사에게 퇴직금을 조성하기 위한 일반적인 자금 운영의 범위를 넘는 실질적인 불이익을 초래할 우려가 없으므로, 이에 관하여 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다고 본 사례.

〈선정이유〉

상법상의 각종 규제는 회사와 주주, 채권자의 이익을 보호하기 위한 것이 대부분이고, 상법 제393조도 이사가 그 지위를 이용하여 개인적인 이익을 도모하고 회사와 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것에 그 취지가 있다. 따라서 이사와 회사 간의 거래라고 하더라도 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 때에는 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다.

## 201. 이사의 자기거래와 주주 전원의 동의

(대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결)

〈쟁점〉

구 상법 제398조에서 정한 이사의 자기거래에 해당하는 회사의 채무부담행위에 대하여 주주 전원이 이미 동의한 경우, 회사가 이사회의 승인이 없었음을 이유로 책임을 회피할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제398조는 "이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다."라고 정하고 있다. 그러나 회사의 채무부담행위가 구 상법 제398조에서 정한 이사의 자기거래에 해당하여 이사회의 승인이 필요하다고 할지라도, 위 규정의 취지가 회사와 주주에게 예기치 못한 손해를 끼치는 것을 방지함에 있으므로, 그 채무부담행위에 대하여 주주 전원이 이미 동의하였다면 회사는 이사회의 승인이 없었음을 이유로 그 책임을 회피할 수 없다.

〈선정이유〉

이사 등의 자기거래에 대하여 1인주주 또는 주주 전원이 동의한 경우에도 이사회의 승인이 필요한가? 이에 대해서는 회사의 이익과 주주의 이익이 다를 수 있다는 관점에서 이사회의 승인이 필요하다는 견해가 있지만, 대법원은 1인주주 또는 주주 전원의 동의가 있으면 이사회의 승인을 거치지 않은 자기거래도 유효하다고 한다(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다16310 판결 등 참조).

## 202. 이사의 자기거래와 주주총회의 승인

(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결)

〈쟁점〉

이사와 회사 사이의 이익상반거래와 관련된 이사는 이사회의 승인 전에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 등을 개시할 의무가 있는지 여부(적극) 및 위 사항이 이사회에 개시되지 아니한 채 단순히 통상의 거래로서 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 경우, 상법 제398조 전문이 규정한 이사회의 승인이 있다고 볼 수 있는지 여부(소극)

이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 주주총회에서 사후적으로 추인 결의가 이루어진 경우, 그 거래가 유효하게 되는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

1. 이사와 회사 사이의 이익상반거래가 비밀리에 행해지는 것을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적정한 직무감독권의 행사를 보장하기 위해서는 그 거래와 관련된 이사는 이사회의 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회의 승인이 있다고 할 수는 없다.

2. 이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대한 승인은 주주 전원의 동의가 있다거나 그 승인이 정관에 주주총회의 권한사항으로 정해져 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사회의 전결사항이라 할 것이므로, 이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판결은 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것) 제398조(이사와 회사간의 거래)에 근거하여 선고된 것이나, 이사 등의 자기거래에 관한 기본적인 판시는 여전히 유효하므로 도움이 된다. 이 판결 이후에 개정된 2011년 개정상법 제398조는 이사회의 사전승인을 명시적으로 요구하고 있다.

# X. 이사의 회사에 대한 손해배상책임

## 203. 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 성질과 소멸시효

(대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결)

〈쟁점〉

주식회사 이사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임의 법적 성질(=채무불이행 책임) 및

그 소멸시효기간(=10년)

〈판결요지〉

주식회사의 이사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 일반불법행위 책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행 책임이므로 그 소멸시효기간은 일반채무의 경우와 같이 10년이라고 보아야 한다(대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결 참조).

〈선정이유〉

상법에는 민법의 원칙에 대한 각종 특칙 규정이 많이 있는데, 그 법적 성질을 어떻게 보는지에 따라서 입증책임, 소멸시효 등의 적용에 차이가 있어서 주의깊게 살펴보아야 한다.

상법 제399조(회사에 대한 책임)의 법적 성질에 대해서는 다양한 견해가 있으나, 이 사건에서 대법원은 이사의 회사에 대한 '임무해태로 인한 손해배상책임'은 일반불법행위 책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행 책임으로서 그 소멸시효기간은 일반채무와 같이 10년이라고 보았다. 한편, 이사가 '법령 또는 정관에 위반하여 행위'를 한 때에도 그 성질이 문제될 수 있는데, 판례는 이사가 법령에 위반하여 행위를 한 때에는 그 자체가 채무불이행에 해당한다고 하고 있다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결).

## 204. 이사, 감사의 회사에 대한 손해배상책임과 상당인과관계 등

(대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결)

〈쟁점〉

1. 금융기관의 임원이 선관의무에 위반하여 임무를 게을리하였는지 여부의 판단 기준
2. 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 인정되는 경우, 당해 이사의 임무위반의 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상액을 제한할 수 있는지 여부(적극)
3. 이사가 상법 제399조 제1항에 정한 '법령에 위반한 행위'로 회사에 손해를 끼친 경우에도 경영판단의 원칙이 적용되는지 여부(소극)
4. 종합금융회사의 이사가 상법 제341조와 종합금융회사 감독규정 제23조 제1항을 위반한 경우에 경영판단의 원칙이 적용되는지 여부(소극)
5. 이사 또는 감사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무위반행위와 그 결과로 발생한 손해 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하는 경우에도 상법 제399조 또는 제414조에 정한 손해배상책임이 성립하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

1. 금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 부담하므로 그 의무를 충실히 이행하여야만 임원으로서의 임무를 다한 것이라고 할 것인바, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지 여부를 제반 규정의 준수 여부, 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등

여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.

2. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다.

3. 이사가 임무를 수행함에 있어서 위와 같이 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당하므로, 그로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없다. 한편, 이사가 임무를 수행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무위반으로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에도, 통상의 합리적인 금융기관의 임원이 그 당시의 상황에서 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 직무를 수행하였고 그 의사결정과정 및 내용이 현저하게 불합리하지 않다면, 그 임원의 행위는 경영판단이 허용되는 재량범위 내에 있다고 할 것이나, 위와 같이 이사가 법령에 위반한 행위에 대하여는 원칙적으로 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다.

4. 구 종합금융회사에 관한 법률 제21조에 따라 금융감독위원회가 제정한 종합금융회사 감독규정 제23조 제1항은 "종금사는 직접, 간접을 불문하고 당해 종금사의 주식을 매입시키기 위한 대출을 하여서는 아니 된다."고 규정하고 있는바, 이는 상법 제341조(자기주식의 취득), 제622조(이사 등의 특별배임죄)의 취지를 잠탈하는 것을 막기 위한 것으로, 종합금융회사의 이사가 상법 제341조, 제622조의 규정을 위반하였을 뿐만 아니라, 그와 같은 취지를 규정한 종합금융회사 감독규정 제23조 제1항을 위반한 경우에는 경영판단의 원칙이 적용된다고 볼 수 없다.

5. 이사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무위반행위로 인한 상법 제399조 소정의 손해배상책임과 감사의 임무위반행위로 인한 상법 제414조 소정의 손해배상책임은 그 위반행위와 상당인과관계 있는 손해에 한하여 인정될 뿐이므로, 비록 이사나 감사가 그 직무수행과정에서 법령·정관 위반행위 혹은 임무위반행위를 하였다고 하더라도, 그 결과로서 발생한 손해와의 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하는 경우에는 이사나 감사의 손해배상책임이 성립하지 아니한다.

〈선정이유〉

이 판결은 이사의 선관주의의무 위반 여부, 손해배상액의 제한 여부, 법령에 위반한 행위에 대한 경영판단원칙의 적용 여부, 임무위반행위와 손해 간의 상당인과관계의 여부 등 중요한 쟁점에 대한 대법원의 입장이 제시되어 있다.

## 205. 이사의 법령위반행위와 회사에 대한 손해배상책임

(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결)

〈쟁점〉

1. 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로 뇌물을 공여한 것이 상법 제399조에 정한 '법령에 위반한 행위'에 해당하는지 여부(적극)

2. 이사가 '법령에 위반한 행위'로 회사에 손해를 입힌 경우에도 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는지 여부(소극)

3. 손해배상액의 산정에 있어서 손익상계가 허용되기 위한 요건

4. 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 인정되는 경우, 당해 이사의 임무위반의 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상액을 제한할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

1. 회사가 기업활동을 함에 있어서 형법상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로서 뇌물을 공여하였다면 이는 상법 제399조에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위에 해당된다고 할 것이고 이로 인하여 회사가 입은 뇌물액 상당의 손해를 배상할 책임이 있다.

2. 이사가 임무를 수행함에 있어서 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수는 없다 할 것이며, 위와 같은 법령에 위반한 행위에 대하여는 이사가 임무를 수행함에 있어서 선관주의의무를 위반하여 임무해태로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에 고려될 수 있는 경영판단의 원칙은 적용될 여지가 없다.

3. 손해배상액의 산정에 있어서 손익상계가 허용되기 위하여는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.

4. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다.

〈선정이유〉

상법 제399조 제1항의 이사의 회사에 대한 책임에는 '법령 또는 정관에 위반한 행위'와 '그 임무를 게을리한 행위'의 2가지가 있는데, 양자는 모두 회사에 대한 채무불이행에 해당하지만, 경영판단원칙의 적용 등에서는 차이가 있다.

대법원은 회사의 자금으로 뇌물을 공여하는 등 법령에 위반한 행위에 대하여는 경영판단의 원칙은 적용될 여지가 없다고 한다. 정관에 위반한 경우에도 경영판단원칙의 적용이 배제되는지는 분명하지 않지만, 법령에 위반한 경우와 동일하게 처리할 것이다. 그 밖에도 이사가 회사의 손해를 묵인 내지 감수하면서까지 적정 가액보다 현저히 낮은 가액에 비상장주식을 매도한 경우에는 상법 제450조에 의하여 책임이 해제될 수 없는 부정행위에 해당한다는 판시가 있다.

## 206. 대주주의 지시와 이사의 손해배상책임

(대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결)

〈쟁점〉

1. 회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우, 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 신의칙에 반하는지 여부(소극)

2. 이사 또는 감사가 법령 등에 위반한 행위를 하여 회사에 손해배상책임을 지는 경우, 임무위반의 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상액을 제한할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 책임감경 사유에 관한 사실인정이나 그 비율의 결정이 사실심의 전권사항인지 여부(적극)

〈판결요지〉

1. 회사와 회사의 대주주 겸 대표이사는 서로 별개의 법인격을 갖고 있을 뿐만 아니라, 회사의 대주주 겸 대표이사의 지시가 위법한 경우 회사의 임직원이 반드시 그 지시를 따라야 할 법률상 의무가 있다고 볼 수 없으므로, 회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 이는 위와 같은 위법한 분식회계로 인하여 회사의 신용등급이 상향 평가되어 회사가 영업활동이나 금융거래의 과정에서 유형·무형의 경제적 이익을 얻은 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

2. 이사나 감사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사나 감사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여한 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사나 감사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사나 감사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있고, 나아가 책임감경사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.

〈선정이유〉

이사는 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 한 경우에 회사에 대하여 그 손해를 배상할 책임을 지는데(상법 제399조 제1항), 이 경우 이사의 행위가 회사를 위한 것이거나 대주주 또는 대표이사의 지시 등에 따른 것이었어도 책임을 지는가? 대법원은 분식회계에 가담한 이사의 행위가 대주주 겸 대표이사의 지시에 따른 것이었다고 하더라도 회사에 대한 책임은 면제되는 것은 아니고, 회사의 이사에 대한 손해배상청구도 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다고 한다.

## 207. 이사회결의에 찬성한 이사의 책임

(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결)

〈쟁점〉

1. 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우, 상법 제399조 제3항

에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 있는지 여부(소극)

2. 카지노사업자인 甲주식회사의 이사회에서 주주 중 1인인 乙지방자치단체에 대한 기부행위를 결의하였는데, 甲회사가 이사회 결의에 찬성한 이사인 丙 등을 상대로 상법 제399조에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 제반 사정에 비추어 丙 등이 위 결의에 찬성한 것은 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당한다고 본 사례

3. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우, 임무 위반의 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상액을 제한할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 제한의 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극)

## 〈판결요지〉

1. 상법 제399조 제2항은 같은 조 제1항이 규정한 이사의 임무 위반행위가 이사회 결의에 의한 것일 때 결의에 찬성한 이사에 대하여도 손해배상책임을 지우고 있고, 상법 제399조 제3항은 같은 조 제2항을 전제로 하면서, 이사의 책임을 추궁하는 자로서는 어떤 이사가 이사회 결의에 찬성하였는지를 알기 어려워 증명이 곤란한 경우가 있음을 고려하여 증명책임을 이사에게 전가하는 규정이다. 그렇다면 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우에 그 이사는 "이의를 한 기재가 의사록에 없는 자"라고 볼 수 없으므로, 상법 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 없고, 따라서 같은 조 제2항의 책임을 부담하지 않는다고 보아야 한다.

2. 카지노사업자인 甲 주식회사의 이사회에서 주주 중 1인인 乙 지방자치단체에 대한 기부행위를 결의하였는데, 甲 회사가 이사회 결의에 찬성한 이사인 丙 등을 상대로 상법 제399조에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 위 이사회 결의는 폐광지역의 경제 진흥을 통한 지역 간 균형발전 및 주민의 생활향상이라는 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌고, 기부액이 甲 회사 재무상태에 비추어 과다하다고 보기 어렵다고 하더라도, 기부행위가 폐광지역 전체의 공익 증진에 기여하는 정도와 甲 회사에 주는 이익이 그다지 크지 않고, 기부의 대상 및 사용처에 비추어 공익 달성에 상당한 방법으로 이루어졌다고 보기 어려울 뿐만 아니라 丙 등이 이사회에서 결의를 할 당시 위와 같은 점들에 대해 충분히 검토하였다고 보기도 어려우므로, 丙 등이 위 결의에 찬성한 것은 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당한다.

3. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 손해배상의 범위를 정할 때에는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무 위반의 경위 및 임무 위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 손해배상액을 제한할 수 있다. 이때 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 제한의 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다.

## 〈선정이유〉

이 판결은 회사의 사회적 책임이 주목받는 상황에서, 영리법인인 회사의 기부행위가 허용되는지 여부, 허용된다면 그 기준은 어떠한지를 밝히고 있어서 의미가 크다. 또한 상법 제399조 제2항의

위법한 이사회 결의에 찬성한 이사의 책임, 동조 제3항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다는 조문의 적용 범위 등도 제시하고 있어 학습에 도움이 된다.

## Ⅺ. 이사의 제3자에 대한 손해배상책임

### 208. 횡령으로 인한 회사재산의 감소와 주주의 간접손해에 대한 이사의 책임

(대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결)

〈쟁점〉

주주가 대표이사의 임무해태행위로 입은 간접손해에 대하여 상법 제401조 제1항에 의한 손해배상을 청구할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

주식회사의 주주가 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사와 회사에 대하여 상법 제401조, 제389조 제3항, 제210조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없고, 이와 같은 법리는 주주가 중소기업창업지원법상의 중소기업창업투자회사라고 하여도 다를 바 없다.

〈선정이유〉

상법 제401조에 의하여 이사를 상대로 책임을 추궁하는 제3자(원고)는 ① 이사의 위법행위, ② 제3자의 손해발생, ③ 상당인과관계의 3가지 요건을 입증하여야 하는데, 이 판결은 그중에서도 '제3자의 범위', '인과관계'에 대한 기준을 제시하고 있다.

대법원은 제3자는 회사와 이사 외의 자를 말하고, 해당 회사의 주주도 이사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 제3자에 포함된다고 한다. 한편, 주주가 청구할 수 있는 손해는 직접적인 손해에 한정하고, 간접적인 손해는 제401조 제1항의 손해에 포함되지 않는다고 하고 있으나, 간접적인 손해라도 상당인과관계가 인정된다면 청구할 수 있다고 볼 것이다.

횡령으로 인한 회사의 재산감소 등 주주가 입은 간접적인 손해에 대해서는 상법 제399조에 의하여 회사가 이사를 상대로 직접 손해배상을 청구하거나, 회사가 책임을 추궁하지 아니할 경우에는 대표소송을 통해서 그 책임을 추궁할 수 있을 것이다.

### 209. 횡령사실 등을 숨긴 부실공시에 따른 왜곡된 주가의 형성과 주주의 손해

(대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결)

〈쟁점〉

회사 재산을 횡령한 이사가 악의 또는 중대한 과실로 부실공시를 하여 재무구조 악화 사실이 증권시장에 알려지지 아니함으로써 회사 발행주식 주가가 정상주가보다 높게 형성되었고, 주식매수인이 이를 모르고 주식을 취득하였다가 그 후 이러한 사실이 증권시장에 공표되어 주가가 하락한 경우, 주주가 이사를 상대로 구 상법 제401조 제1항에 의한 손해배상을 청구할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

주식회사의 주주가 이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사에 대하여 상법 제401조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 이사가 회사의 재산을 횡령하여 회사의 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다.

그러나 회사의 재산을 횡령한 이사가 악의 또는 중대한 과실로 부실공시를 하여 재무구조의 악화 사실이 증권시장에 알려지지 아니함으로써 회사 발행주식의 주가가 정상주가보다 높게 형성되고, 주식매수인이 그러한 사실을 알지 못한 채 주식을 취득하였다가 그 후 그 사실이 증권시장에 공표되어 주가가 하락한 경우에는, 주주는 이사의 부실공시로 인하여 정상주가보다 높은 가격에 주식을 매수하였다가 주가가 하락함으로써 직접 손해를 입은 것이므로, 이사에 대하여 상법 제401조 제1항에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다.

〈선정이유〉

상법 제401조에 의하여 주주 등 제3자가 이사를 상대로 손해배상을 청구하려면, 이사의 위법행위와 주주가 입은 손해 간에 상당한 인과관계가 있음을 입증하여야 하는 데, 이 판결은 인과관계의 판단이 어떻게 이루어지는지를 이해하는데 도움이 된다.

대법원은 이사의 횡령으로 인하여 주주가 입은 간접손해에 대해서 이사의 책임을 부정한 판결(대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결)과는 달리, 대상판결에서는 회사재산을 횡령한 이사의 부실공시로 인하여 주가가 정상주가보다 높게 형성되었고, 그러한 사실을 알지 못한 채 제3자가 주식을 취득하였다가 부실공시의 사실이 공표되어 주가가 하락함으로 인하여 손해를 입었다면, 이는 높은 가격에 주식을 매수하였다가 주가가 하락함으로써 직접 손해를 입은 것으로서, 상당인과관계가 인정되는 손해이고, 상법 제401조 제1항에 의하여 이사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.

비슷한 상황이지만, 이사들의 부실공시나 주가조작 이전에 주식을 취득하였거나, 부실공시나 주가조작으로 인한 주가 부양의 효과가 사라진 후에 주식을 취득하였다면, 이사의 부실공시 및 주가조작 행위와 주가하락으로 인하여 제3자(원고)가 입은 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 볼 수 없으므로 상법 제401조에 의하여 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다. 다만, 상당인과관계의 문제보다는 주주의 간접손해에 해당한다고 보아서 손해배상을 청구할 수 없다고 설명하는 견해도 있다.

## 210. 업무집행지시자 등의 제3자에 대한 책임

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결)

〈쟁점〉

상법 제401조의2 제1항 제3호의 표현이사가 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것을 요건으로 하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제399조·제401조·제403조의 적용에 있어 이사로 의제되는 자에 관하여, 상법 제401조의2 제1항 제1호는 "회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자", 제2호는 "이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자", 제3호는 "이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자"라고 규정하고 있는바, 제1호 및 제2호는 회사에 대해 영향력을 가진 자를 전제로 하고 있으나, 제3호는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있기 때문에 그에 더하여 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것까지 요건으로 하고 있는 것은 아니다.

〈선정이유〉

이 판결은 상법 제401조의2 제1항 제3호, 표현이사에 관한 최초의 대법원 판결로서 의미가 있다.

이 사건에서 피고는 임원이지만 비등기이사로서 법률상으로는 이사의 지위를 갖지 못하는 자인데, 자신은 '회사에 대해서 영향력을 가진 자'가 아니므로 제3호 표현이사의 책임을 부담할 이유가 없다고 주장하였으나, 대법원은 제3호를 적용함에는 회사에 대한 영향력을 가진 자일 것까지 요구되는 것은 아니고, 비등기이사이지만 피고가 사용하던 이사라는 직명에는 업무집행권이 표시되어 있다고 하면서 피고의 책임을 인정하였다.

## 211. 이사의 제3자에 대한 책임과 상법 제450조의 적용 여부

(대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결)

〈쟁점〉

이사 등의 책임해제에 관한 상법 제450조의 규정이 이사 등의 제3자에 대한 책임에 대하여도 적용되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

주주총회에서 재무제표 등의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다고 한 상법 제450조는 이사 등의 회사에 대한 책임에 관한 규정으로서 이사 등의 제3자에 대한 책임에 대하여는 적용되지 아니한다.

〈선정이유〉

이 판결은 상법 제450조(이사, 감사의 책임해제)는 이사의 제3자에 대한 책임에 대해서는 적용되지 않음을 분명히 하고 있다. 이사의 제3자에 대한 책임은 회사가 아니라 제3자에게 부담하는 책임이므로 총주주의 동의가 있거나, 정기총회에서 재무제표를 승인한 후에 2년이 경과하였다고 하더라도 그 책임이 면제될 수 있는 것은 아니기 때문이다.

## Ⅻ. 주주대표소송

### 212. 비자발적인 주주 지위의 상실과 주주대표소송의 원고적격

(대법원 2019. 5. 10. 선고 2017다279326 판결)

〈쟁점〉

대표소송을 제기한 주주가 소송 계속 중 주주의 지위를 상실한 경우, 그 주주가 제기한 소가 부적법하게 되는지 여부(원칙적 적극) 및 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

〈판결요지〉

주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 상법 또는 금융회사의 지배구조에 관한 법률이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다. 그러나 대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 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(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결 등 참조).

〈선정이유〉

이 사건에서는 현대증권의 주주들이 이사들을 상대로 주주대표소송을 제기하였다가 소송의 계속 중에 주식의 포괄적 교환에 의하여 비자발적으로 주주의 지위를 상실하였는데, 이 경우에도 상법 제403조 제5항 괄호에서 언급하는 “발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우”에 해당하여 원고 적격을 상실하는지의 여부가 쟁점이 되어 있다.

이에 대해서는 논란이 분분하지만, 대법원은 대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실한 경우에도 ‘발행주식을 보유하지 아니한 경우’에 해당한다고 보고 원고적격을 인정하지 않았다. 비슷하게는 외환은행의 주주들이 대표소송을 제기하였다가 주식의 포괄적 교환에 의하여 주주의 지위를 상실하여 원고적격을 인정받지 못한 사례도 있다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결).

## 213. 대표소송 제기 후 주식을 처분한 주주의 원고적격 (신세계 주주대표소송 사건)

(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결)

〈쟁점〉

상법 제403조에 따라 대표소송을 제기하기 위하여 상법 또는 구 증권거래법이 정하는 주식보유요건을 갖추어야 할 시기 및 대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등으로 주주의 지위를 상실한 경우, 그 주주가 제기한 부분의 소가 부적법하게 되는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

상법 제403조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항과 구 증권거래법 제191조의13 제1항을 종합하여 보면, 여러 주주들이 함께 대표소송을 제기하기 위하여는 그들이 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 보유주식을 합산하여 상법 또는 구 증권거래법이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다. 그러나 대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 되고, 이는 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

주주의 대표소송 제기권(상법 제403조), 총회소집 청구권(상법 제366조), 회계장부의 열람권(상법 제466조) 등은 모두 소수주주의 권리를 보호하기 위한 것이지만, 그 종류별로 지분 보유의 시기, 기간 등에 대해서 차이가 있어서 소송을 제기하거나 수행할 때에는 주의깊게 원고적격을 갖추었는지를 살펴보아야 한다.

대법원은 대상판결에서 대표소송의 경우에는 주주가 '소의 제기를 청구할 때'와 회사를 위하여 '소를 제기할 때' 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 발행주식총수의 100분의 1에 미달하게 되어도 무방하다고 하는데, 이 점에서 회계장부의 열람·등사청구권을 행사함에 있어서 '열람·등사에 소요되는 기간' 또는 '소송이 계속되는 기간' 동안 계속하여 3% 이상의 주식 보유가 요구되는 것과는 차이가 있다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결 등).

대상판결의 판시를 사안에 적용해 보면, A, B 및 C라는 주주들이 공동으로 대표소송을 제기한 후에 A 및 B가 보유하는 주식 전부를 처분한 경우, (ⅰ) C가 한 주라도 갖고 있으면 상법 제403조 제5항에 따라 주주대표소송은 유지되고, 그 후 (ⅱ) 만일 이사의 책임이 인정되면, 법원은 주주대표소송을 인용하는 판결을 하되, 주주가 아닌 A 및 B에 대하여는 '소 각하' 판결을 내려야 하며, (ⅲ) 만일 이사의 책임이 인정되지 아니하면, A 및 B에 대하여는 소 각하 판결을, C에 대하여는 청구기각 판결을 하여야 할 것이다. 즉, 주식을 전부 처분한 주주들에 대하여는 소 각하 판결이 내려지고, 주식을 보유하고 있는 나머지 주주들의 청구에 관하여는, 본안에 관한 판단 여하에 따라, 청구인용 또는 청구기각의 판결이 선고될 것이다. 대상판결의 사안에서 원심판결은 위 (ⅲ)의 내용으로 판결을 선고하였다.

## 214. 주주대표소송 승소판결의 집행채권자

(대법원 2014. 2. 19. 자 2013마2316 결정)

〈쟁점〉

주주대표소송의 주주가 집행채권자가 될 수 있는지 여부(적극)

〈결정요지〉

주주대표소송의 주주와 같이 다른 사람을 위하여 원고가 된 사람이 받은 확정판결의 집행력은 확정판결의 당사자인 원고가 된 사람과 다른 사람 모두에게 미치므로, 주주대표소송의 주주는 집행채권자가 될 수 있다.

〈선정이유〉

주주대표소송은 주주가 회사를 위하여 이사를 상대로 제기하는 소송(제3자의 소송담당)으로서, 원고는 주주이고 회사는 당사자가 아니지만, 민사소송법 제218조 제3항에 따라 그 확정판결은 회사에 대해서도 효력이 미치고, 승소 시 그 경제적 효과도 회사에 직접 귀속되므로, 청구취지 및 주문은 "피고(이사)는 회사에게 금 ○○원을 지급하라"는 형태가 되고 원고(주주)는 청구취지 및 주문에 나타나지 않는다. 그런데 승소에도 불구하고 회사가 확정판결을 집행하지 아니하면 주주대표소송을 수행한 원고는 난감한 사정에 빠질 수 있다. 이를 반영하여 대법원은 대표소송의 원고는 집행채권자가 될 수 있다고 하고 있다.

# XIII. 직무집행가처분 및 직무대행자

## 215. 이사 직무대행자의 권한과 주주총회 소집절차상의 하자

(대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다62362 판결)

〈쟁점〉

상법 제408조 제1항이 규정하는 회사의 '상무'의 의미 및 대표이사 직무대행자가 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 사항이 안건으로 포함된 정기주주총회를 법원의 허가 없이 소집하여 결의한 경우 결의취소사유에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상법 제408조 제1항이 규정하는 회사의 '상무'라 함은 일반적으로 회사에서 일상 행해져야 하는 사무, 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상 행하는 영업범위 내의 사무 또는 회사경영에 중요한 영향을 주지 않는 통상의 업무 등을 의미하고, 어느 행위가 구체적으로 이 상무에 속하는가 하는 것은 당해 회사의 기구, 업무의 종류·성질, 기타 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 것인바, 직무대행자가 정기주주총회를 소집함에 있어서도 그 안건에 이사회의 구성 자체를 변경하는 행위나 상법 제374조의 특별결의사항에 해당하는 행위 등 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 것이 포함되어 있다면 그 안건의 범위에서 정기총회의 소집이 상무에 속하지 않는다고 할

것이고, 직무대행자가 정기주주총회를 소집하는 행위가 상무에 속하지 아니함에도 법원의 허가 없이 이를 소집하여 결의한 때에는 소집절차상의 하자로 결의취소사유에 해당한다.

〈선정이유〉

이사의 직무를 대행하는 직무대행자는 그 성격상 회사의 상무에 속하는 행위만을 할 수 있고, 상무에 속하지 아니하는 사항은 법원의 허가를 얻어야 한다(상법 제408조).

이 판결은 회사의 '상무'에 대한 판단기준을 제시하면서, 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 사항 등 상무에 속하지 아니하는 사항에 대해서 법원의 허가 없이 주주총회를 소집하여 결의한 때에는 그 주주총회는 소집절차상의 하자가 있다고 보아서 총회결의의 취소사유에 해당한다고 하고 있다.

# 제 3 장 감사 및 감사위원회

## Ⅰ. 감사

### 216. 이사와 회사 간의 소에 관한 대표

(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다86918 판결)

〈쟁점〉

주식회사의 이사가 회사를 상대로 제기한 소에서 감사가 아닌 대표이사가 회사를 대표하여 한 소송행위의 효력(무효) 및 이사가 감사가 아닌 대표이사에 대하여 한 소송행위의 효력(무효)

〈판결요지〉

주식회사의 이사가 회사에 대하여 소를 제기함에 있어서 상법 제394조에 의하여 그 소에 관하여 회사를 대표할 권한이 있는 감사를 대표자로 표시하지 아니하고 대표이사를 회사의 대표자로 표시한 소장을 법원에 제출하고, 법원도 이 점을 간과하여 회사의 대표이사에게 소장의 부본을 송달한 채 소송이 수행되었다면, 그 소송에 관하여는 회사를 대표할 권한이 대표이사에게 없기 때문에, 소장이 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없음은 물론 회사의 대표이사가 회사를 대표하여 한 소송행위나 이사가 회사의 대표이사에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다(대법원 1990. 5. 11. 선고 89다카15199 판결 참조).

그러나 법원은 대표권이 흠결된 경우에는 그 흠결을 보정할 수 없음이 명백한 때가 아닌 한 기간을 정하여 보정을 명하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 이와 같은 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다2376 판결 참조).

〈선정이유〉

이 판결은 이사와 회사 간의 소에 있어서 감사의 대표권이 가지는 의미와 그에 위반하여 제기되었거나 진행된 소송의 효력을 밝히고 있다. 즉, 이사와 회사 간의 소에 있어서 감사가 아닌 대표이사가 회사를 대표하는 경우에는 대표권이 없는 경우로서 소송을 각하하여야 하고, 그럼에도 불구하

고 이사 또는 회사를 상대로 소송이 진행되었다면 그러한 소송행위는 무효가 된다.

## 217. 임기만료 전 감사의 해임과 회사에 대한 손해배상청구

(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다42348 판결)

〈쟁점〉

임기만료 전에 정당한 이유 없이 해임된 감사가 상법 제415조, 제385조 제1항에 따라 회사를 상대로 보수 상당액을 해임으로 인한 손해배상액으로 청구하는 경우, 남은 임기 동안 다른 직장에 종사하여 얻은 이익을 손해배상액에서 공제하여야 하는지 여부(한정 적극)

〈판결요지〉

1. 상법 제415조, 제385조 제1항에 규정된 '정당한 이유'란 주주와 감사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 감사가 그 직무와 관련하여 법령이나 정관에 위반된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 감사로서 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 감사로서 직무수행능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 감사가 그 직무를 수행하는 데 장해가 될 객관적 상황이 발생한 경우에 비로소 임기 전에 해임할 수 있는 정당한 이유가 있다고 할 것이다.

2. 감사가 임기만료 전에 정당한 이유 없이 해임되었음을 이유로 회사를 상대로 남은 임기 동안 또는 임기 만료 시 얻을 수 있었던 보수 상당액을 해임으로 인한 손해배상액으로 청구하는 경우, 당해 감사가 그 해임으로 인하여 남은 임기 동안 회사를 위한 위임사무 처리에 들이지 않게 된 자신의 시간과 노력을 다른 직장에 종사하여 사용함으로써 얻은 이익이 해임과 사이에 상당인과관계가 인정된다면 해임으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서 공제되어야 한다.

〈선정이유〉

이 판결은 감사가 해임된 이후에 다른 회사에 근무함으로써 보수를 얻었다면, 공평의 원칙상 그 이익은 손익상계의 대상이 될 수 있다고 한다. 또한 임기만료 전 감사의 해임 시에있어서 '정당한 이유'의 판단기준을 제시하고 있어서 도움이 되고 있다.

## 218. 분식회계와 감사의 제3자에 대한 책임

(대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다82601 판결)

〈쟁점〉

1. 주식회사의 감사가 직무 수행 의사 없이 명의만 빌려줌으로써 이사로 하여금 분식된 재무제표 등을 작성·이용하여 제3자에게 손해를 입히도록 묵인·방치한 경우, 악의 또는 중대한 과실이 인정되어 손해배상책임을 지는지 여부(적극)

2. 주식회사의 감사가 결산 업무를 수행하면서 재무제표 등이 허위로 기재된 것을 발견하지 못

한 경우, 제3자에 대한 손해배상책임의 성립요건인 중과실 유무의 판단 기준

〈판결요지〉

1. 주식회사의 감사가 실질적으로 감사로서의 직무를 수행할 의사가 없으면서도 자신의 도장을 이사에게 맡기는 등의 방식으로 그 명의만을 빌려줌으로써 회사의 이사로 하여금 어떠한 간섭이나 감독도 받지 않고 재무제표 등에 허위의 사실을 기재한 다음 그와 같이 분식된 재무제표 등을 이용하여 거래 상대방인 제3자에게 손해를 입히도록 묵인하거나 방치한 경우, 감사는 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 때에 해당하여 그로 말미암아 제3자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

2. 주식회사의 감사가 감사로서 결산과 관련한 업무 자체를 수행하기는 하였으나, 분식결산이 회사의 다른 임직원들에 의하여 조직적으로 교묘하게 이루어진 것이어서 감사가 쉽게 발견할 수 없었던 때에는 분식결산을 발견하지 못하였다는 사정만으로 중대한 과실이 있다고 할 수는 없고, 따라서 감사에게 분식결산으로 인하여 제3자가 입은 손해에 대한 배상책임을 인정할 수 없다.

〈선정이유〉

감사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 감사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제414조 제2항). 이 판결에서는 감사의 회사의 채권자(분식결산된 재무제표를 믿고 회사 발행의 회사채에 대한 지급보증을 한 은행)에 대한 책임이 문제되고 있는데, 판시내용에서 보듯이 감사가 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 해태하였는지 여부를 판단함에 있어서는 감사업무의 실제 수행 여부, 수행 방식, 결산자료를 건네받은 시점, 분식결산이 교묘하게 이루어진 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 불가피하다.

이 사건에서 피고(감사)는 이사가 법정 제출시한(6주)을 지키지 못하고 주주총회 직전에 재무제표 등을 제출하여 부득이 적정의견이 기재된 외부감사인의 감사보고서를 참고하여 감사보고서를 작성·제출할 수 밖에 없었다고 하면서 중대한 과실이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 원심은 회사가 허위의 재무제표를 작성·공시하는 과정에서 피고가 감사로서의 아무런 직무를 수행하지 않고 방치하였으므로 그 자체로서 중대한 과실로 인한 임무해태에 해당한다고 판단하였으나, 대법원은 감사로서의 직무를 수행할 의사가 전혀 없이 자신의 도장을 이사에게 맡기는 등 그 명의만을 빌려준 경우와는 달리, 결산업무 자체는 수행하였으나 분식결산이 회사의 다른 임직원들에 의하여 조직적으로 교묘하게 이루어진 것이어서 감사가 쉽게 발견할 수 없었던 때에는 분식결산을 발견하지 못하였다는 사정만으로 중대한 과실을 인정할 수 없다고 하였다.

# Ⅱ. 감사위원회

## 219. 감사위원회 위원의 손해배상책임

(대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결)

〈쟁점〉

1. 주식회사의 감사위원회의 위원이 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무를

해태한 경우, 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있는지 여부(적극)

2. 금융기관 감사위원이 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

1. 주식회사의 감사위원회는 이사의 직무집행을 감사하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그러한 행위를 할 염려가 있다고 인정한 때에는 이사회에 이를 보고하여야 하며, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 그 행위에 대한 유지청구를 하는 등의 의무가 있다(상법 제415조의2 제7항, 제412조 제1항, 제391조의2, 제402조). 감사위원회의 위원은 상법상 위와 같은 의무 또는 기타 법령이나 정관에서 정한 의무를 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이행하여야 하고, 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 그 임무를 해태한 때에는 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제415조의2 제7항, 제414조 제1항, 제382조 제2항).

2. 금융기관 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 이행하여야 임원으로서 임무를 다한 것이다. 금융기관 감사위원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 여부는 개별 대출에 대한 감사를 함에 있어 통상의 감사위원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지 여부를 제반 규정 준수 여부, 대출 조건과 내용 및 규모, 변제계획, 담보 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장 가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.

3. A상호저축은행이 상근 감사위원이었던 甲을 상대로 B주식회사 등에 대한 불법·부당대출로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 甲은 자신이 서명한 대출 관련 심사부의안과 대출심사자료만 선량한 관리자의 주의의무로 검토하였더라도 B회사 등에 대한 대출이 형식적인 신용조사만을 거쳐 충분한 채권보전조치 없이 이루어지는 것임을 쉽게 알 수 있었으므로, 관계 서류의 제출 요구 등을 통해 대출이 위법·부당한 것인지 여부에 관하여 추가로 조사하거나 감사위원회를 통해 이사회에 위와 같은 사실을 보고하여 위법·부당한 행위의 시정 등을 요구할 의무가 있었음에도 그와 같은 의무를 다하지 않았다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

감사의 선관주의의무와 손해배상책임을 빌롯하여 감사에 관한 규정들은 감사위원회에 준용되므로(상법 제415조의2 제7항, 제412조~제414조), 감사에 관한 내용은 특별한 사정이 없는한 감사위원회에 대해서도 적용된다.

# 제 5 편 기업재무

## 제 1 장 주주의 신주인수권

### 220. 경영권방어 목적의 제3자배정

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결)

〈쟁점〉

주식회사가 신주를 발행하면서 경영진의 경영권이나 지배권 방어의 목적으로 제3자에게 신주를 배정한 경우, 기존 주주의 신주인수권을 침해하는지 여부

〈판결요지〉

상법 제418조는 종래 주주의 신주인수권을 정관에 의하여 폭넓게 제한할 수 있도록 하다가 2001. 7. 24. 법률 개정을 통하여 제1항을 "주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다."라고, 제2항을 "회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다. 다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다."라고 각 개정하였는바, 이는 주식회사가 신주를 발행하면서 주주 아닌 제3자에게 신주를 배정할 경우 기존 주주에게 보유 주식의 가치 하락이나 회사에 대한 지배권 상실 등 불이익을 끼칠 우려가 있다는 점을 감안하여, 신주를 발행할 경우 원칙적으로 기존 주주에게 이를 배정하고 제3자에 대한 신주배정은 정관이 정한 바에 따라서만 가능하도록 하면서, 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조 개선 등 기업 경영의 필요상 부득이한 예외적인 경우로 제한함으로써 기존 주주의 신주인수권에 대한 보호를 강화하고자 하는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이라고 할 것이다.

한편, 신주 발행을 사후에 무효로 하는 경우, 거래의 안전과 법적 안정성을 해할 우려가 큰 점을 고려할 때 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관의 위반이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 주식에 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에는 그 신주의 발행을 무효라고 보지 않을 수 없다.

〈선정이유〉

회사의 경영권에 관한 분쟁이 벌어진 상황에서 현재의 지배주주나 경영자가 그 우호세력에게 제

3자배정으로 신주를 발행한 경우 제418조 제2항에서 말하는 경영상 목적이 인정되는지가 실무상 자주 문제가 된다. 판례는 경영권방어를 경영상 목적에서 배제하고 있다. 적대적 기업인수와 관련하여 가장 중요한 판례이다.

## 221. 현물출자와 주주의 신주인수권

(대법원 1989. 3. 14. 선고 88누889 판결)

〈쟁점〉

현물출자자에 대하여 발행하는 신주에 일반주주의 신주인수권이 적용되는지 여부

〈판결요지〉

주주의 신주인수권은 주주가 종래 가지고 있던 주식의 수에 비례하여 우선적으로 인수의 배정을 받을 수 있는 권리로서 주주의 자격에 기하여 법률상 당연히 인정되는 것이지만 현물출자자에 대하여 발행하는 신주에 대하여는 일반주주의 신주인수권이 미치지 않는다.

〈선정이유〉

현물출자의 경우에도 주주의 신주인수권이 적용되는지는 신주인수권의 적용범위와 관련하여 중요한 쟁점이다. 이 판결은 세법 판결로서, 이 쟁점에 대한 본격적인 분석이 이루어진 것은 아니지만(아직 이에 관한 대법원 판례는 없고, 하급심에서는 이와 반대로, 현물출자도 제3자배정 요건을 갖추어야 한다고 본 것이 있다. 서울남부지법 2010. 11. 26. 선고 2010가합3538 판결), 법원의 선례로서 지금까지 중요한 기능을 하고 있다. 법원의 입장이 타당한지에 대해서 생각해 볼 점을 많이 던져주고 있다.

## 222. 실권주의 처분

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

〈쟁점〉

1. 회사의 이사가 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행한 경우 업무상배임죄가 성립하는지 여부

2. 신주 등의 발행에서 주주 배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준 및 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였다면 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 시가보다 현저히 낮은 가액으로 제3자에게 배정한 경우에도 주주 배정방식으로 볼 수 있는지 여부

3. 주주 배정방식에 의한 전환사채 발행시 주주가 인수하지 아니하여 실권된 부분을 제3자에게 발행하는 경우 전환가액 등 발행조건을 변경하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

1. [다수의견] 주주는 회사에 대하여 주식의 인수가액에 대한 납입의무를 부담할 뿐 인수가액 전액을 납입하여 주식을 취득한 후에는 주주 유한책임의 원칙에 따라 회사에 대하여 추가 출자의무를 부담하지 않는 점, 회사가 준비금을 자본으로 전입하거나 이익을 주식으로 배당할 경우에는 주주들에게 지분비율에 따라 무상으로 신주를 발행할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 회사가 주주배정의 방법, 즉 주주가 가진 주식 수에 따라 신주, 전환사채나 신주인수권부사채(이하 '신주 등'이라 한다)의 배정을 하는 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 발행가액 등을 반드시 시가에 의하여야 하는 것은 아니다. 따라서, 회사의 이사로서는 주주 배정의 방법으로 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약 외에는 주주 전체의 이익, 회사의 자금조달의 필요성, 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 하므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다. 그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자 배정방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없다. 제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적정한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다. 이와 같이 현저하게 불공정한 가액으로 제3자 배정방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당하는 것으로서 그로 인하여 회사에 공정한 발행가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 입힌 이상 이사에 대하여 배임죄의 죄책을 물을 수 있다. 다만, 회사가 제3자 배정의 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 회사의 재무구조, 영업전망과 그에 대한 시장의 평가, 주식의 실질가액, 금융시장의 상황, 신주의 인수가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 이사가 그 임무에 위배하여 신주의 발행가액 등을 공정한 가액보다 현저히 낮추어 발행한 경우에 해당하는지를 살펴 이사의 업무상배임죄의 성립 여부를 판단하여야 한다.

[대법관 양승태의 별개의견] 회사에 자금이 필요한 때에는 이사는 가능한 방법을 동원하여 그 자금을 형성할 의무가 있다 할 것이나, 이사는 회사에 필요한 만큼의 자금을 형성하면 될 뿐 그 이상 가능한 한 많은 자금을 형성하여야 할 의무를 지는 것은 아니고, 또 회사에 어느 정도 규모의 자금이 필요한지, 어떠한 방법으로 이를 형성할 것인지는 원칙적으로 이사의 경영판단에 속하는 사항이다. 그런데 신주발행에 의한 자금형성의 과정에서 신주를 저가 발행하여 제3자에게 배정하게 되면 기존 주주의 지분율이 떨어지고 주식가치의 희석화로 말미암아 구 주식의 가치도 하락하게 되어 기존 주주의 회사에 대한 지배력이 그만큼 약화되므로 기존 주주에게 손해가 발생하나, 신주발행을 통하여 회사에 필요한 자금을 형성하였다면 회사에 대한 관계에서는 임무를 위배하였다고 할 수 없고, 신주발행으로 인해 종전 주식의 가격이 하락한다 하여 회사에 손해가 있다고 볼 수도 없으며, 주주의 이익과 회사의 이익을 분리하여 평가하는 배임죄의 원칙상 이를 회사에 대한 임무위배로 볼 수 없어, 배임죄가 성립한다고 볼 수 없다.

2. [다수의견] 신주 등의 발행에서 주주 배정방식과 제3자 배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행하는 때에 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질의 것이지, 신주 등의 인수권을 부여

받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한 결과 회사 지분비율에 변화가 생기고, 이 경우 신주 등의 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 그 인수권을 행사하지 아니한 주주들이 보유한 주식의 가치가 희석되어 기존 주주들의 부(부)가 새로이 주주가 된 사람들에게 이전되는 효과가 발생하더라도, 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택에 의한 것일 뿐이다. 또한, 회사의 입장에서 보더라도 기존 주주들이 신주 등을 인수하여 이를 제3자에게 양도한 경우와 이사회가 기존 주주들이 인수하지 아니한 신주 등을 제3자에게 배정한 경우를 비교하여 보면 회사에 유입되는 자금의 규모에 아무런 차이가 없을 것이므로, 이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다.

[대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 이홍훈, 대법관 김능환, 대법관 전수안의 반대의견] 신주 등의 발행이 주주 배정방식인지 여부는, 발행되는 모든 신주 등을 모든 주주가 그 가진 주식 수에 따라서 배정받아 이를 인수할 기회가 부여되었는지 여부에 따라 결정되어야 하고, 주주에게 배정된 신주 등을 주주가 인수하지 아니함으로써 생기는 실권주의 처리에 관하여는 상법에 특별한 규정이 없으므로 이사는 그 부분에 해당하는 신주 등의 발행을 중단하거나 동일한 발행가액으로 제3자에게 배정할 수 있다. 그러나 주주 배정방식으로 발행되는 것을 전제로 하여 신주 등의 발행가액을 시가보다 현저히 저가로 발행한 경우에, 그 신주 등의 상당 부분이 주주에 의하여 인수되지 아니하고 실권되는 것과 같은 특별한 사정이 있는 때에는, 그와 달리 보아야 한다. 주주 배정방식인지 제3자 배정방식인지에 따라 회사의 이해관계 및 이사의 임무 내용이 달라지는 것이므로, 회사에 대한 관계에서 위임의 본지에 따른 선관의무상 제3자 배정방식의 신주 등 발행에 있어 시가발행의무를 지는 이사로서는, 위와 같이 대량으로 발생한 실권주에 대하여 발행을 중단하고 추후에 그 부분에 관하여 새로이 제3자 배정방식에 의한 발행을 모색할 의무가 있고, 그렇게 하지 아니하고 그 실권주를 제3자에게 배정하여 발행을 계속할 경우에는 그 실권주를 처음부터 제3자 배정방식으로 발행하였을 경우와 마찬가지로 취급하여 발행가액을 시가로 변경할 의무가 있다고 봄이 상당하다. 이와 같이 대량으로 발생한 실권주를 제3자에게 배정하는 것은, 비록 그것이 주주 배정방식으로 발행한 결과라고 하더라도, 그 실질에 있어 당초부터 제3자 배정방식으로 발행하는 것과 다를 바 없고, 이를 구별할 이유도 없기 때문이다. 그러므로 신주 등을 주주 배정방식으로 발행하였다고 하더라도, 상당 부분이 실권되었음에도, 이사가 그 실권된 부분에 관한 신주 등의 발행을 중단하지도 아니하고 그 발행가액 등의 발행조건을 제3자 배정방식으로 발행하는 경우와 마찬가지로 취급하여 시가로 변경하지도 아니한 채 발행을 계속하여 그 실권주 해당부분을 제3자에게 배정하고 인수되도록 하였다면, 이는 이사가 회사에 대한 관계에서 선관의무를 다하지 아니한 것에 해당하고, 그로 인하여 회사에 자금이 덜 유입되는 손해가 발행하였다면 업무상배임죄가 성립한다.

3. [다수의견] 상법상 전환사채를 주주 배정방식에 의하여 발행하는 경우에도 주주가 그 인수권을 잃은 때에는 회사는 이사회의 결의에 의하여 그 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있는 것인데, 단일한 기회에 발행되는 전환사채의 발행조건은 동일하여야 하므로, 주주배정으로 전환사채를 발행하는 경우에 주주가 인수하지 아니하여 실권된 부분에 관하여 이를 주주가 인수한 부분과 별도로 취급하여 전환가액 등 발행조건을 변경하여 발행할 여지가 없다. 주주배정의 방법으로 주주에게 전환사채인수권을 부여하였지만 주주들이 인수청약하지 아니하여 실권된 부분을 제3자에게 발행하더라도 주주의 경우와 같은 조건으로 발행할 수밖에 없고, 이러한 법리는 주주들이 전환사채의 인수청약을 하지 아니함으로써 발생하는 실권의 규모에 따라 달라지

는 것은 아니다.

[대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 이홍훈, 대법관 김능환, 대법관 전수안의 반대의견] 상법에 특별한 규정은 없지만, 일반적으로 동일한 기회에 발행되는 전환사채의 발행조건은 균등하여야 한다고 해석된다. 그러나 주주에게 배정하여 인수된 전환사채와 실권되어 제3자에게 배정되는 전환사채를 '동일한 기회에 발행되는 전환사채'로 보아야 할 논리필연적인 이유나 근거는 없다. 실권된 부분의 제3자 배정에 관하여는 다시 이사회 결의를 거쳐야 하는 것이므로, 당초의 발행결의와는 동일한 기회가 아니라고 볼 수 있다. 그 실권된 전환사채에 대하여는 발행을 중단하였다가 추후에 새로이 제3자 배정방식으로 발행할 수도 있는 것이므로, 이 경우와 달리 볼 것은 아니다. 그리고 주주 각자가 신주 등의 인수권을 행사하지 아니하고 포기하여 실권하는 것과 주주총회에서 집단적 의사결정 방법으로 의결권을 행사하여 의결하는 것을 동일하게 평가할 수는 없는 것이므로, 대량의 실권이 발생하였다고 하여 이를 전환사채 등의 제3자 배정방식의 발행에 있어서 요구되는 주주총회의 특별결의가 있었던 것으로 간주할 수도 없다.

〈선정이유〉

유명한 에버랜드 판결이다. 실권주를 동일한 가격으로 제3자에게 처분한 사안에서, 처음부터 저가로 제3자배정이 이루어진 것이라면 이사의 임무위배가 있다고 할 것이지만 주주배정에서 실권된 주식을 처분한 것이라면 그 발행조건을 변경할 수 없는 것이므로 이사의 임무위배가 아니라고 본 판결이다. 회사법에서 가장 많은 논란을 가져왔던 판결이고, 생각할 점이 많다.

## 223. 구체적 신주인수권의 양도

(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결)

〈쟁점〉

정관 또는 이사회의 결의로 신주인수권의 양도에 관한 사항을 결정하지 아니한 경우의 신주인수권 양도의 가부 및 신주인수권증서가 교부되지 아니한 신주인수권 양도의 방법

〈판결요지〉

1. 상법 제416조 제5호에 의하면, 회사의 정관 또는 이사회의 결의로 주주가 가지는 신주인수권을 양도할 수 있는 것에 관한 사항을 결정하도록 되어있는바, 신주인수권의 양도성을 제한할 필요성은 주로 회사측의 신주발행사무의 편의를 위한 것에서 비롯된 것으로 볼 수 있고, 또 상법이 주권발행 전 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다고 엄격하게 규정한 것과는 달리 신주인수권의 양도에 대하여는 정관이나 이사회의 결의를 통하여 자유롭게 결정할 수 있도록 한 점에 비추어 보면, 회사가 정관이나 이사회의 결의로 신주인수권의 양도에 관한 사항을 결정하지 아니하였다 하여 신주인수권의 양도가 전혀 허용되지 아니하는 것은 아니고, 회사가 그와 같은 양도를 승낙한 경우에는 회사에 대하여도 그 효력이 있다.

2. 주권발행 전의 주식의 양도는 지명채권 양도의 일반원칙에 따르고, 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권의 양도 또한 주권발행 전의 주식양도에 준하여 지명채권 양도의 일반원칙에 따른다고 보아야 하므로, 주권발행 전의 주식양도나 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권

양도의 제3자에 대한 대항요건으로는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이라고 보는 것이 상당하고, 주주명부상의 명의개서는 주식 또는 신주인수권의 양수인들 상호간의 대항요건이 아니라 적법한 양수인이 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니한다.

〈선정이유〉

신주인수권의 양도와 관련하여, 판례는 소수설에 따라, 정관 또는 이사회의 결의로 양도에 관한 사항을 정하지 않은 경우에도 양도가 가능하며, 그 양도방법이나 효력은 지명채권 양도의 원칙에 따른다고 본다.

# 제 2 장 위법한 신주발행 등에 관한 구제

## 224. 신주발행 등 무효의 원인

(대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결)

〈쟁점〉

상법상 전환사채발행무효의 소가 허용되는지 여부 및 전환사채발행무효의 소에 있어서 무효원인의 판단기준

〈판결요지〉

1. 상법은 제516조 제1항에서 신주발행의 유지청구권에 관한 제424조 및 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자의 책임에 관한 제424조의2 등을 전환사채의 발행의 경우에 준용한다고 규정하면서도 신주발행무효의 소에 관한 제429조의 준용 여부에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 전환사채는 전환권의 행사에 의하여 장차 주식으로 전환될 수 있는 권리가 부여된 사채로서, 이러한 전환사채의 발행은 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 전환사채의 발행의 경우에도 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다고 봄이 상당하고, 이 경우 당사자가 주장하는 개개의 공격방법으로서의 구체적인 무효원인은 각각 어느 정도 개별성을 가지고 판단할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 전환사채의 발행에 무효원인이 있다는 것이 전체로서 하나의 청구원인이 된다는 점을 감안할 때 전환사채의 발행을 무효라고 볼 것인지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 무효원인에 개재된 여러 위법 요소가 종합적으로 고려되어야 한다.

2. 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조에도 무효원인이 규정되어 있지 않고 다만, 전환사채의 발행의 경우에도 준용되는 상법 제424조에 '법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행'이 신주발행유지청구의 요건으로 규정되어 있으므로, 위와 같은 요건을 전환사채 발행의 무효원인으로 일응 고려할 수 있다고 하겠으나 다른 한편, 전환사채가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 전환사채나 전환권의 행사에 의하여 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 전환사채발행유지청구권은 위법한 발행에 대한 사전 구제수단임에 반하여, 전환사채발행무효의 소는 사후

에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 전환사채와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 전환사채의 발행 또는 그 전환권의 행사에 의한 주식의 발행을 무효로 할 수 있을 것이며, 그 무효원인을 회사의 경영권 분쟁이 현재 계속중이거나 임박해 있는 등 오직 지배권의 변경을 초래하거나 이를 저지할 목적으로 전환사채를 발행하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한정할 것은 아니다.

그리고 전환사채발행무효의 소에 있어서의 무효원인을 위와 같이 엄격하게 해석하여야 하는 이상 단지 전환사채의 인수인이 회사의 지배주주와 특별한 관계에 있는 자라거나 그 전환가액이 발행시점의 주가 등에 비추어 다소 낮은 가격이라는 것과 같은 사유는 일반적으로 전환사채발행유지청구의 원인이 될 수 있음은 별론으로 하고, 이미 발행된 전환사채 또는 그 전환권의 행사로 발행된 주식을 무효화할 만한 원인이 되지는 못한다 할 것이다.

〈선정이유〉

유명한 삼정전자 전환사채 판결이다. 법원은 전환사채발행에도 신주발행과 같은 구제수단을 인정하면서, 다만 그 무효원인을 엄격하게 판단하고 있다. 특히 “전환사채의 인수인이 회사의 지배주주와 특별한 관계에 있는 자라거나 그 전환가액이 발행시점의 주가 등에 비추어 다소 낮은 가격이라는 것과 같은 사유”를 무효원인에서 배제함으로써 실무상 큰 영향을 주었다. 회사법적으로는 논의해 볼 수 있는 쟁점이 많은 판결이다.

## 225. 이사회결의의 하자와 신주발행의 효력

(대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다77060, 77077 판결)

〈쟁점〉

회사의 대표이사가 이사회 결의 없이 또는 하자 있는 이사회 결의에 기하여 신주를 발행한 경우, 그 신주발행의 효력

〈판결요지〉

주식회사의 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 설령 신주발행에 관한 이사회의 결의가 없거나 이사회의 결의에 하자가 있더라도 이사회의 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다고 할 것인바, 비록 원심의 이유설시가 적절하다고 할 수는 없지만 원심이 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고만 한다) 회사가 감사 및 이사인 원고들에게 이사회 소집통지를 하지 아니하고 이사회를 개최하여 신주발행에 관한 결의를 하였다고 하더라도 피고 회사의 2001. 2. 28. 자 신주발행의 효력을 부인할 수 없다고 판단한 것은 결론에 있어서 정당하고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반, 신주발행의 효력에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

판례는 신주발행에 있어 절차를 준수하지 않은 경우, 예를 들어 이사회를 거치지 않은 경우에도, 그 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하다고 보아 그 하자는 신주발행의 효력에 영향이 없다고 보고 있다. 거래의 안전을 중시하는 판단이라고 할 수 있으며, 실무상 중요한 의미를 가진다. 그 결과 실무상 신주발행이 무효가 되는 것은 거의 차단되고 있는 실정이다.

## 226. 현저하게 불공정한 신주발행

(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결)

〈쟁점〉

신주발행의 무효원인 및 그 유무의 판단 기준

〈판결요지〉

신주발행 무효의 소를 규정하는 상법 제429조에는 그 무효원인이 따로 규정되어 있지 않으므로 신주발행유지청구의 요건으로 상법 제424조에서 규정하는 '법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행'을 신주발행의 무효원인으로 일응 고려할 수 있다고 하겠으나 다른 한편, 신주가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 신주발행유지청구권은 위법한 발행에 대한 사전 구제수단임에 반하여 신주발행 무효의 소는 사후에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 신주와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 신주의 발행을 무효로 할 수 있을 것이다.

신주발행을 결의한 갑 회사의 이사회에 참여한 이사들이 하자 있는 주주총회에서 선임된 이사들이어서, 그 후 이사 선임에 관한 주주총회결의가 확정판결로 취소되었고, 위와 같은 하자를 지적한 신주발행금지가처분이 발령되었음에도 위 이사들을 동원하여 위 이사회를 진행한 측만이 신주를 인수한 사안에서, 위 신주발행이 신주의 발행사항을 이사회결의에 의하도록 한 법령과 정관을 위반하였을 뿐만 아니라 현저하게 불공정하고, 그로 인하여 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미쳤다는 등의 이유로 무효라고 한 사례.

〈선정이유〉

우리나라에서 신주발행무효는 극히 예외적으로만 인정되고 있다. 이 판결은 절차의 불공적으로 인하여 무효가 인정된 매우 드문 사례로서, 실제 사실관계까지 합하여 읽으면 어느 정도 문제가 있어야 신주발행이 무효가 될 수 있는지에 대한 감각을 익힐 수 있다.

## 227. 신주발행 무효의 소의 제소기간

(대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결)

〈쟁점〉

신주발행무효의 소의 출소기간이 경과한 이후 새로운 무효사유를 추가하는 것이 허용되는지 여부 및 같은 법리를 전환사채발행무효의 소에도 적용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제429조는 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로, 새로운 무효사유를 출소시간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고, 한편 상법 제429조의 유추적용에 의한 전환사채발행무효의 소에 있어서도 전환사채를 발행한 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 한다.

기록에 의하면, 원고는 1997. 3. 24. 발행된 이 사건 전환사채에 관하여 같은 해 6. 24. 이 사건 소를 제기한 후 1998. 4. 16.자 항소이유서에서 비로소 이 사건 전환사채의 발행을 위한 이사회 결의에 흠이 있다는 주장을 새로 추가하였음이 분명한바, 이처럼 전환사채발행무효의 소의 출소기간이 경과한 후에 새로운 무효사유를 추가하여 주장하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

앞서 다룬 삼성전자 전환사채 판결이다. 이 판결에서는 신주발행무효의 소의 제소기간의 적용범위에 대해서도 선례를 남겼는데, 6개월의 제소기간은 심급을 변경하여 항소 또는 상고한 경우에도 적용되므로, 제소기간이 경과한 다음 항소하는 경우에는 그 항소심에서 신주발행의 무효원인을 추가할 수 없다. 신주발행무효의 소의 절차와 관련하여 자주 문제되는 쟁점이다.

## 228. 신주발행무효의 소의 당사자

(대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결)

〈쟁점〉

신주발행무효의 소 계속중 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 주식 양수인이 소송에 승계참가할 수 있는지 여부 및 신주발행무효의 소에 승계참가하는 경우에 그 제소기간 준수 여부의 판단기준시

〈판결요지〉

가. 민사소송법 제74조(현행 제81조)에서 규정하고 있는 소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함

은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주발행무효의 소 계속 중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위 소송을 적법하게 승계할 수도 있다.

나. 승계참가가 인정되는 경우에는 그 참가시기에 불구하고 소가 제기된 당초에 소급하여 법률상의 기간준수의 효력이 발생하는 것이므로, 신주발행무효의 소에 승계참가하는 경우에 그 제소기간의 준수 여부는 승계참가시가 아닌 원래의 소 제기시를 기준으로 판단하여야 한다.

다. 주식의 양수인이 이미 제기된 신주발행무효의 소에 승계참가하는 것을 피고회사에 대항하기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 해야 하는바, 주식 양수인이 명의개서절차를 거치지 않은 채 승계참가를 신청하여 피고회사에 대항할 수 없는 상태로 소송절차가 진행되었다고 할지라도, 승계참가가 허용되는 사실심 변론종결 이전에 주주명부에 명의개서를 마친 후 소송관계를 표명하고 증거조사의 결과에 대하여 변론을 함으로써 그 이전에 행하여진 승계참가상의 소송절차를 그대로 유지하고 있다면 명의개서 이전의 소송행위를 추인한 것으로 봄이 상당하여 그 이전에 행하여진 소송절차상의 하자는 모두 치유되었다고 보아야 한다.

〈선정이유〉

이 판례는 명의개서에 관한 실체적인 법리와 신주발행무효의 소에 관한 소송법적 법리가 복합된 사실관계를 다루고 있어서, 학습적 효과가 높다.

# 제 3 장 사채

## 229. 사채의 발행

(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다15550 판결)

〈쟁점〉

사채모집위탁계약 및 인수계약의 당사자가 아닌 사채권자가 사채모집위탁계약 및 인수계약상 기한의 이익 상실규정을 원용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원심은, 이 사건 사채모집위탁계약 및 인수계약의 당사자가 아닌 피고가 위 기한의 이익 상실규정을 원용할 수 있는 근거에 관하여, 그 채용 증거들에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 판시와 같은 이유로, 비록 사채청약신청서에 위 기한의 이익 상실규정 등 이 사건 사채모집위탁계약이나 인수계약의 내용이 모두 기재되어 있지 않다고 하더라도, 이 사건 사채모집위탁계약은 발행회사가 수탁회사에게 사채모집에 관한 사무를 위임하여 수탁회사로 하여금 수탁회사 명의로 발행회사를 위하여 사채응모자와 사이에 사채모집위탁계약서와 같은 내용으로 사채계약을 체결하도록 하는 위임계약으로 볼 수 있고, 피고는 2003. 1. 3. 청약증거금 및 권면금액 3백억 원으로 하여 에스케이증권 주식회사를 통하여 수탁회사인 대우증권 주식회사에게 사채청약을 하고 이를 승낙한 대우증권 주식회사로부터 이 사건 회사채를 배정받았으므로, 원고와 수탁회사 사이의 위임계약에 따라 수

탁회사가 사채응모자와 사채계약을 체결함으로써, 위 기한의 이익 상실규정을 원용하여 행사할 수 있는 효과가 계약의 당사자가 아닌 사채권자에게 미치는 것으로 봄이 상당하고, 그렇지 않다 하더라도, 발행회사와 수탁회사 사이에 사채권자를 위한 일종의 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 해석할 수 있으므로, 수익자인 사채권자의 수익의 의사표시에 의하여 사채권자도 위 기한의 이익 상실을 주장할 수 있다고 볼 수 있어, 결국 이 사건 회사채 소지인인 피고는 위 기한의 이익 상실 규정을 원용하여 자신의 권리를 행사할 수 있다고 판단하였다.

원심이 인정한 바와 같이, 이 사건 회사채에 관한 사채계약의 내용에 기한의 이익 상실에 관한 규정을 두고 있지 아니한 이상, 원고와 수탁회사 등 사이의 이 사건 사채모집위탁계약 및 인수계약상의 기한의 이익 상실규정에 관하여 피고가 사채계약의 체결로써 당연히 이를 원용할 수 있다고 볼 것은 아니므로, 원심의 주위적 판단에는 사채모집위탁계약 및 회사채인수계약의 법적 성질 및 사채계약, 기한의 이익 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 것이다.

그러나 기록에 의하면, 이 사건 사채모집위탁계약 및 인수계약에서는 발행회사의 기한의 이익 상실을 사채의 발행조건의 하나로 규정하면서, "이 사건 회사채 조건은 이 사건 회사채 및 기타 이 사건 회사채의 발행과 관련된 모든 계약과 기타 자료에서 정하는 발행회사, 사채권자 및 주간사회사의 의무 및 권리를 말한다."고 규정하여(이 사건 사채모집위탁계약서 제1조 제3항, 이 사건 인수계약서 제1조 제4항), 사채조건이 발행회사와 수탁회사 또는 주간사회사의 권리의무에 한정되는 것이 아니라 사채권자의 권리의무에도 미친다는 점을 명시함으로써, 그 계약의 당사자가 아닌 사채권자로 하여금 직접 기한의 이익 상실에 관한 규정에 따른 권리를 취득하게 하고 있어, 이 사건 사채모집위탁계약 및 인수계약상 기한의 이익 상실규정은 제3자인 사채권자를 위한 규정으로 보기에 충분하므로, 제3자를 위한 계약의 법리에 따라 사채권자인 피고는 수익의 의사표시에 의하여 위 기한의 이익 상실규정을 원용할 수 있다고 보아야 할 것이어서, 같은 취지의 원심의 부가적·가정적 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

〈선정이유〉

사채의 법리는 회사법 학습에서 거의 다루지 못하고 있는 실정이다. 상법 규정과 실무가 괴리되어 있는 부분이 큰 원인이다. 사채발행이 상법의 규정보다는 사채계약을 통해 발전해 왔기 때문에, 사채계약의 구체적 모습을 이해하기 위해서는 사채모집위탁계약 및 인수계약의 내용을 간단히라도 살펴볼 필요가 있다. 이 판례는 사채계약의 내용에 관하여 다룬 드문 판결로서, 이 사실관계를 가지고 사채계약의 구체적인 내용을 학습할 수 있다.

## 230. 신주인수권부사채발행 무효확인

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결)

〈쟁점〉

신주인수권부사채 발행의 경우, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용되는지 여부 및 신주발행의 무효원인에 관한 법리가 마찬가지로 적용되는지 여부

〈판결요지〉

가. 상법 제418조 제1항, 제2항은 회사가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하고 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. 따라서 회사가 위와 같은 사유가 없음에도 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이다. 그리고 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서).

나. 신주 발행을 사후에 무효로 하는 것은 거래의 안전을 해할 우려가 크기 때문에 신주발행무효의 소에서 무효원인은 엄격하게 해석하여야 하나, 신주 발행에 법령이나 정관을 위반한 위법이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우에는 원칙적으로 신주의 발행은 무효이다. 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서 신주인수권부사채 발행의 경우에도 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 제429조가 유추적용되고, 신주발행의 무효원인에 관한 법리 또한 마찬가지로 적용된다.

〈선정이유〉

판례는 전환사채 및 신주인수권부사채 발행에 있어서도, 그것이 기존 주주의 이해관계에 미치는 영향은 실질적으로 신주를 발행한 것과 유사하므로 신주발행 무효의 소에 관한 법리를 유추적용하고 있다. 이 판례는 이 점을 명확히 확인하고 있다.

# 제 4 장 회사의 계산

## 231. 기업가치의 평가 (1)

(대법원 2006. 11. 24. 자 2004마1022 결정)

〈쟁점〉

회사의 합병 또는 영업양도 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장 주식의 매수를 청구하는 경우 그 매수가액의 산정 방법

〈결정요지〉

1. 회사의 합병 또는 영업양도 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장 주식의 매수를 청구하는 경우, 그 주식에 관하여 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 매수가액을 정하여야 하나, 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 비상장주식의 평가방법을 규정한 관련 법규들은 그 제정 목적에 따라 서

로 상이한 기준을 적용하고 있으므로, 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 증권거래법 시행령 제84조의 7 제1항 제2호의 평가방법이나 상속세 및 증여세법 시행령 제54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수 없고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다.

2. 유선방송사업의 경우 초기에 방송장비 및 방송망 설치 등의 대규모 시설투자가 필요하지만, 그 이후에는 인건비 등의 비용 외에는 추가비용이 크게 필요하지 않고, 일정 수 이상의 가입자가 확보되면 월 사용료 상당의 수입이 안정적으로 확보된다는 특색이 있기 때문에 가입자의 수, 전송망의 용량, 지역 내 독점 여부 등을 기초로 한 미래의 수익률이 기업가치 내지 주식가치를 평가하는 데 중요한 고려요소이다. 나아가 종합유선사업을 하는 주식회사의 가입자 수가 점차 증가하고 있었다면, 기준시점 당시 그 주식회사가 독점적으로 종합유선방송사업을 영위할 수 있었는지 여부, 종합유선방송업의 현황 및 전망, 거시경제전망, 회사의 내부 경영상황, 사업계획 또는 경영계획 등을 종합적으로 고려하여 주식의 수익가치를 산정하는 것이 주식의 객관적인 가치를 반영할 수 있는 보다 적절한 방법이다.

3. 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등 여러 가지 평가요소를 종합적으로 고려하여 비상장주식의 매수가액을 산정하고자 할 경우, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성, 위와 같은 평가요소가 주식의 객관적인 가치를 적절하게 반영할 수 있는 것인지, 그 방법에 의한 가치산정에 다른 잘못은 없는지 여부에 따라 평가요소를 반영하는 비율을 각각 다르게 하여야 한다.

앞서 본 바와 같이 드림씨티가 2001. 1. 31. 은평방송의 주식 69.85%가 되는 349,250주를 매수한 거래가액 28,633원에 경영권의 양도 대가가 포함되어 있다고는 하나, 위와 같은 거래는 합병에 관한 이사회 결의가 있기 전 2개월도 안 되는 시점에 이루어진 것으로, 위 거래가액에서 경영권의 양도 대가에 상당하는 액수를 공제한 액수는 주식에 대한 여러 가지 평가요소가 적절한지 여부를 판단하는 결정적인 기준이 된다고 할 것이다. 그런데 원심이 은평방송 주식의 순자산가치를 1,386원으로, 수익가치를 0원으로 산정하게 된 데에는 앞서 본 바와 같은 잘못이 있을 뿐만 아니라, 위 거래가액에서 경영권의 양도 대가에 상당한 액수를 공제하여 산정된 시장가치 22,025원과 차이가 심하여 위 순자산가치와 수익가치를 이사건 주식의 매수가액을 산정하는 평가요소로 고려하기에는 적절치 않다고 할 것이다. 기록에 의하면, 2001. 3. 10.경 한국케이블티브이 관악방송의 주식 52,672주(총발행주식의 4.39%)가 1주당 약 37,970원, 합계 20억 원에 매도되었고, 서초종합유선방송의 주식 97,443주(총발행주식의 4.39%)가 1주당 약 55,417원, 합계 54억 원에 매도된 것으로 보인다. 따라서 위와 같은 업체가 은평방송과 동일한 업종을 영위하는지 여부, 당해 법인의 자산규모, 가입자 수 등을 비교하여, 위 거래가액에서 경영권의 양도 대가를 공제하여 산정한 은평방송의 1주당 시장가치 22,025원이 적절한지 여부를 판단하고, 위와 같이 산정한 시장가치가 적절하지 않다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없고, 달리 은평방송의 순자산가치와 수익가치의 적정한 평가금액을 산출하기 어려운 경우에는 그와 같이 적절하게 평가된 시장가치를 은평방송 주식의 공정한 가액으로 인정하여 매수가액을 결정할 수도 있을 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 위와 같이 산정한 시장가치, 순자산가치, 수익가치라는 세 가지 요소들 중 특별히 어느 요소를 가중하여 평균을 구할 근거를 발견할 수 없다는 이유로 위 세 가지 가격을 단순히 산술평균하여 은평방송 주식의 매수가액을 7,803원으로 산정한 것은 비상장주식의 매수가액 결정시 평가요소의 반영비율에 관한 법리를 오해하여 결정에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 할 것이다. 신청인들의 재항고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

〈선정이유〉

기업가치의 평가는 실무에서 대단히 흔하게 발생하지만, 아직도 명확한 기준이 없고, 법원의 재량에 맡겨져 있는 분야이다. 이 판결은 기업가치 평가에 관한 추상적인 기준을 최초로 선언한 판결임과 동시에, 평가 과정을 자세하게 설시하고 있어서 학습적 가치도 높은 판결이다.

## 232. 기업가치의 평가 (2)

(대법원 2011. 10. 13. 자 2008마264 결정)

〈쟁점〉

주권상장법인의 합병 등에 반대하여 주식매수를 청구한 주주 또는 당해 법인이 법원에 매수가격 결정을 청구한 경우, 매수가격의 산정 방법

〈결정요지〉

주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제191조 제1항에 의하여 당해 법인에 대하여 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 당해 법인 간에 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 당해 법인이 법원에 매수가격 결정을 청구한 경우, 일반적으로 주권상장법인의 시장주가는 유가증권시장에 참여한 다수의 투자자가 법령에 근거하여 공시되는 당해 기업의 자산내용, 재무상황, 수익력, 장래의 사업전망 등 당해 법인에 관한 정보에 기초하여 내린 투자판단에 의하여 당해 기업의 객관적 가치가 반영되어 형성된 것으로 볼 수 있고 , 주권상장법인의 주주는 통상 시장주가를 전제로 투자행동을 취한다는 점에서 시장주가를 기준으로 매수가격을 결정하는 것이 당해 주주의 합리적 기대에 합치하는 것이므로, 법원은 원칙적으로 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. 다만 이처럼 시장주가에 기초하여 매수가격을 산정하는 경우라고 하여 법원이 반드시 구 증권거래법 시행령(2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법 시행령'이라 한다) 제84조의9 제2항 제1호에서 정한 산정 방법 중 어느 하나를 선택하여 그에 따라서만 매수가격을 산정하여야 하는 것은 아니고, 법원은 공정한 매수가격을 산정한다는 매수가격 결정신청사건의 제도적 취지와 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 이사회결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또는 일정기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 구 증권거래법 시행령 제84조의9 제2항 제1호에서 정한 산정 방법 중 어느 하나에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다. 나아가 당해 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나( 구 증권거래법 시행령 제84조의9 제2항 제2호) 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 당해 주권상장법인의 객관적 가치를 제대로 반영하지 못하고 있다고 판단되는 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 당해 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 위 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.

원심은, 주권상장법인인 사건본인이 2001. 4. 16.부터 2004. 1. 10.까지 회사정리 절차 중에

있었던 관계로 그 주식의 시장가치가 저평가되어 있는 것으로 보이는 점, 위와 같이 회사정리절차가 진행되는 동안 사건본인의 주식이 유가증권시장에서 관리대상종목에 편입됨으로써 주식의 거래에 다소의 제약을 받고 있었던 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 그 시장가치만을 가지고 이 사건 주식의 객관적 교환가치를 파악하기는 어렵다고 할 것이므로 이 사건 주식의 매수가격은 시장가치 외에 순자산가치 등 가능한 다른 요소도 고려하여 산정하여야 할 것이라고 전제한 다음, 구 증권거래법 시행령 제84조의9 제2항을 준용하되 산정기준일을 합병계획 발표일 전날인 2004. 1. 12.로 하여 산정한 1주당 시장가치 2,593원과 위 산정기준일 현재의 순자산가액 503,839,259,319원을 발행주식 총수 55,648,975주로 나눈 1주당 순자산가치 9,053원을 산술평균한 5,823원을 이 사건 주식의 매수가격으로 산정하였다.

그러나 원심이 이 사건에서 시장가치만으로 이 사건 주식의 객관적 교환가치를 파악하기는 어렵다고 보아 순자산가치를 매수가격 산정에 반영하여야 한다고 본 점은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

먼저 기업이 회사정리절차에 들어간 것은 그 기업의 재무상황이 채무를 더 이상 변제할 수 없는 상황이었기 때문이므로, 시장의 투자자들이 그러한 기업의 시장가치를 정상기업에 비하여 낮게 평가하는 것은 그 기업의 재무상황이 반영된 정상적인 주가반응이라고 할 것이다. 그리고 회사정리절차에 있는 기업은 채무의 감면과 대주주 소유 주식의 무상소각 및 소수주주 주식의 병합에 의한 감자 등으로 주당 순자산가치가 다소 높게 산정될 수 있으나 여전히 회생가능성에 대한 시장의 의구심이 존재하고 정상기업보다 수익창출력이 떨어지는 것이 보통일 것이므로, 순자산가치뿐만 아니라 계속기업으로서의 수익가치도 반영되는 시장주가가 정상기업에 비해 낮게 형성되고 그 시장주가가 주당 순자산가치에 상당히 못 미친다는 사정만으로 시장주가가 그 기업의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다거나 거래 이외의 부정한 요인에 의하여 그 가격형성이 왜곡되었다고 볼 수 없다.

다음으로 어떠한 기업의 주식이 관리종목으로 지정되었더라도 신용거래 대상에서 제외되며 대용증권으로 활용될 수 없을 뿐이므로 그러한 사정만으로는 그 시장주가가 당해 기업의 객관적 가치를 반영하지 못할 정도의 거래의 제약이 있다고 보기 어렵고, 기록상 달리 사건본인의 주식이 관리대상종목에 편입됨으로써 위와 같은 정도의 거래의 제약을 받았다는 사정을 찾아볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 앞서와 같은 이유만을 들어 상장법인인 사건본인의 이 사건 주식에 관한 시장주가가 이 사건 주식의 객관적 교환가치를 제대로 반영하고 있지 않다고 단정하여 시장가치 외에 순자산가치까지 포함시켜 이 사건 주식의 매수가격을 산정하여야 한다고 판단하였으니, 여기에는 상장법인 주식의 매수가격 결정 기준에 관한 법리를 오해하여 결정에 영향을 미친 위법이 있다.

## 〈선정이유〉

기업가치의 평가는 법원의 광범위한 재량을 허용함과 동시에, 다양한 사항을 모두 고려하여야 하는 고도의 법리라 할 수 있다. 이 판결은 회생절차가 진행되어 증권시장에서 관리대상종목인 회사의 가치평가가 문제된 경우로서, 특수한 상황의 상장회사라는 점, 상장회사에 대해서는 주가가 존재한다는 점 등이 어떻게 감안되어야 하는지를 생각하게 하는 결정이다.

## 233. 차등배당

(서울고등법원 1980. 4. 14. 선고 79나3882 제11민사부 판결)

〈쟁점〉

주주총회의 차등배당 결의가 상법 제464조의 규정에 위배되는지 여부

〈판결요지〉

상법 제464조의 취지는 정관상 같은 종류의 주식을 가진 주주는 이익이나 이자 배당에 있어서 주식수에 따라 이를 배당 받을 권리가 있고, 누구든지 자기의 의사에 의하지 아니하고 위 평등의 원칙에 반하는 내용을 강요당하지 아니한다는 것일 뿐 자기의 배당받을 권리를 포기하거나 양도하는 것을 절대로 금지한다는 취지는 아니라고 할 것이므로, 모든 대주주가 참석하여 당해 사업년도 잉여이익중 자기들이 배당받을 몫의 일부를 스스로 떼내어 소액주주들에게 고루 나눠주기로 한 주주총회 결의는 그 결의내용이 위 규정에 반하는 것이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

주주평등의 원칙은 회사법의 대원칙으로서, 특히 회사재산의 반환에서는 엄수되어야 하는 원칙이라고 할 수 있다. 그러나 실무상 대주주가 적게 분배받는 형태의 차등배당이 자주 이루어지고 있다. 이에 대해서, 판례는 주주평등의 원칙에 위배되지 않는다고 보는데(대법원 1980. 8. 26. 80다1263 판결), 이 대법원 판결은 검색되지 않는 관계로 그 하급심 판결을 선정하였다.

## 234. 분식회계로 인한 위법배당

(대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결)

〈쟁점〉

배당가능이익이 없음에도 있는 것으로 재무제표가 분식되어 주주에 대한 이익배당과 법인세의 납부가 이루어진 경우, 회사에 손해가 발생한 것인지 여부 및 재무제표의 승인을 위해서 이사회결의 등 절차를 거쳐야 한다는 사정만으로 위 분식회계 행위와 회사가 입은 손해 사이의 인과관계가 단절되는지 여부

〈판결요지〉

1. 기업회계기준에 의할 경우 회사의 당해 사업연도에 당기순손실이 발생하고 배당가능한 이익이 없는데도, 당기순이익이 발생하고 배당가능한 이익이 있는 것처럼 재무제표가 분식되어 이를 기초로 주주에 대한 이익배당금의 지급과 법인세의 납부가 이루어진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 회사는 그 분식회계로 말미암아 지출하지 않아도 될 주주에 대한 이익배당금과 법인세 납부액 상당을 지출하게 되는 손해를 입게 되었다고 봄이 상당하고, 상법상 재무제표를 승인받기 위해서 이사회결의 및 주주총회결의 등의 절차를 거쳐야 한다는 사정만으로는 재무제표의 분식회계 행위

와 회사가 입은 위와 같은 손해 사이에 인과관계가 단절된다고 할 수 없다.

2. 분식회계로 발생한 가공이익이 차후 사업연도에 특별손실로 계상됨으로써 이월결손금이 발생하고, 그 후 우연히 발생한 채무면제익이 위 이월결손금의 보전에 충당됨으로써 법인세가 절감된 경우, 위 분식회계로 인하여 회사가 상당인과관계 있는 새로운 이득을 얻었다고 할 수 없다.

3. 회사와 회사의 대주주 겸 대표이사는 서로 별개의 법인격을 갖고 있을 뿐만 아니라, 회사의 대주주 겸 대표이사의 지시가 위법한 경우 회사의 임직원이 반드시 그 지시를 따라야 할 법률상 의무가 있다고 볼 수 없으므로, 회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 이는 위와 같은 위법한 분식회계로 인하여 회사의 신용등급이 상향 평가되어 회사가 영업활동이나 금융거래의 과정에서 유형·무형의 경제적 이익을 얻은 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

분식회계는 자본시장법상 손해배상책임이 인정되는 것 이외에도, 회사법상으로도 이사의 책임이 인정된다. 이 경우 회사가 분식회계로 어떤 손해를 입었는가 하는 점이 문제가 되는데, 판례는 회사는 분식회계로 말미암아 지출하지 않아도 될 이익배당금과 법인세 납부액을 지출하였으므로 그만큼의 손해를 입었다고 보고 있다. 이론적으로 생각해 볼 논점이 많은 판결이다.

## 235. 분식회계와 이사의 제3자에 대한 책임

(대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결)

〈쟁점〉

금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 그 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 대출을 해 준 경우, 회사의 대출금채무와 회사 임직원의 손해배상채무의 관계 및 위 대출금채권의 양도로 손해배상채권도 수반하여 양도되는지 여부

〈판결요지〉

금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출을 해 준 경우, 회사의 금융기관에 대한 대출금채무와 회사 임직원의 분식회계 행위로 인한 금융기관에 대한 손해배상채무는 서로 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 그러나 금융기관의 회사에 대한 대출금채권과 회사 임직원에 대한 손해배상채권은 어디까지나 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 회사 임직원에 대한 손해배상채권이 회사에 대한 대출금채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 특히 금융기관이 부실채권을 신속하게 정리하기 위하여 타인에게 대출금채권을 양도하고 받은 대금이 대출금채권액에 미달하는 경우에는 미회수된 채권 상당액을 회사 임직원에 대한 손해배상청구를 통하여 회수할 실익이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 금융기관이 회사에 대한 대출금채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 회사 임직원에 대한 손해배상채권까지 당연히 함께 수반되어 양도된 것이

라고 단정할 수는 없다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결을 인용하여, 원고가 2000. 12. 29. 한국자산관리공사에게 이 사건 대출금채권 400억 원을 포함한 원고의 대우자동차에 대한 3,837억 원의 부실채권을 968억 9,400만 원(이 사건 대출금채권의 양도가액은 95억 9,560만 원)에 양도한 사실을 인정한 다음, 그와 같은 사정만으로는 이 사건 대출금채권의 양도 당시 피고들에 대한 이 사건 손해배상청구권도 함께 양도된 것으로 보기 어렵다고 보아, 원고가 이 사건 대출금채권의 양도로 피고들에 대한 이 사건 손해배상청구권을 상실하였다는 피고들의 항변을 배척한 것은 정당하고, 거기에 피고들이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반과 채권양도 및 부진정연대채무에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

〈선정이유〉

분식회계로 인한 실제 사건의 흐름을 잘 알 수 있는 판례이다. 이 사건은 우리은행이 대우자동차의 분식결산된 재무제표를 믿고 대출을 하였다가 대출금을 회수하지 못한 손해에 관하여, 대우자동차의 이사에 대하여 제401조의 손해배상책임을 물은 사안이다. 판례는 금융기관이 회사의 부실한 재무제표를 믿고 대출한 경우 회사 이사의 제3자 책임이 성립한다는 법리를 제시하고 있다. 원고 우리은행은 부실채권을 정리하기 위하여 위 대출금채권을 KAMCO에 양도하였는데, 대출금채권의 양도로 우리은행의 위 손해배상청구권까지 수반하여 양도된 것은 아니라고 보았다.

## 236. 재무제표의 승인의 승인과 책임 해제

(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결)

〈쟁점〉

상법 제450조에 따른 이사와 감사의 책임 해제의 요건

〈판결요지〉

상법 제450조에 따른 이사, 감사의 책임 해제는 재무제표 등에 그 책임사유가 기재되어 정기총회에서 승인을 얻은 경우에 한정되는 것이다(대법원 1969. 1. 28. 선고 68다305 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다76854 판결 등 참조).

원심은, "동아건설의 1995 내지 1997 회계연도에 대한 각 재무제표는 각 다음 회계연도의 정기주주총회에서 승인되었고, 또한 1997 회계연도까지 행한 분식 내용을 모두 기재한 1998 회계연도 재무제표가 1999. 2. 주주총회에서 승인되었으며, 그로부터 2년 내에 위 승인을 뒤집는 다른 결의가 없었으므로, 피고 2, 3 등의 책임은 상법 제450조에 의하여 해제되었다"는 위 피고들의 주장에 대하여, 동아건설의 1995 내지 1997 회계연도에 대한 재무제표에 분식결산하였다는 기재가 있거나 위 재무제표의 기재 자체에 의하여 분식결산 사실을 알 수 있는 것은 아니고, 나아가 비록 1998 회계연도 재무제표에 1997 회계연도까지 행한 분식 내용이 모두 반영되었다 하더라도 위 재무제표에 위 피고들의 책임사유가 기재되어 있었다는 점을 인정할 증거가 없다는 이유로, 위 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상법 제450조에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

이 사건은 동아건설의 분식결산으로 인한 이사 및 감사의 회사에 대한 손해배상책임을 묻는 소송이었다. 다른 이사의 업무에 대한 감시의무를 게을리하여 분식결산을 방치함으로써 회사에 법인세 납부액과 이익배당액 상당의 손해를 입혔으므로 이를 배상할 책임이 있다고 판시하였다. 이 사건에서는 제450조에 의한 책임해제 주장도 있었으나, 대법원은 위와 같은 이유로 받아들여지지 않았다. 분식결산과 관련된 다양한 쟁점의 하나로서 제450조를 다룬 의미 있는 판결이다.

# 제 6 편 기업구조조정 및 해산

## 제 1 장 합병

### 237. 자본시장법에 따른 합병비율의 공정성

(대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결)

〈쟁점〉

흡수합병시 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효인지 여부의 판단 방법

〈판결요지〉

1. 합병비율을 정하는 것은 합병계약의 가장 중요한 내용이고, 그 합병비율은 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정함이 원칙이며, 만일 그 비율이 합병할 각 회사의 일방에게 불리하게 정해진 경우에는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실케 되는 결과를 초래하므로, 현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다.

2. 흡수합병시 존속회사가 발행하는 합병신주를 소멸회사의 주주에게 배정·교부함에 있어서 적용할 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 하는 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없고, 그 제반 요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어졌다면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없으므로, 합병당사자 회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 증권거래법과 그 시행령 등 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

상장회사가 개입된 경우 그 합병비율에 대해서는 자본시장법상의 규제가 있다. 이 규정에 따라 합병을 한 경우 그 합병비율이 공정한지가 문제된다. 판례는 이러한 관점에서 자본시장법에 따라 합병비율을 정하였다면, 그 산정이 허위자료나 터무니없는 추정에 근거하는 등 사유가 없는 한, 합병비율을 불공정하다고 보지 않는 입장이다. 최근 상성물산 합병을 계기로 회사법에서 많은 논의가 이루어지고 있다.

## 238. 합병비율의 불공정과 합병무효의 소

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701,22718 판결)

〈쟁점〉

합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등이 상법 제529조에 의한 합병무효의 소를 제기할 수 있는지 여부 및 합병비율이 현저하게 불공정한지 여부의 판단 방법

〈판결요지〉

현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다. 다만, 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 할 것인 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없고, 그 제반요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어진 것이라면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없다. 따라서 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 증권거래법과 그 시행령 등 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

위 판결과 판결요지는 같으나, 이 사건은 합병 과정에서 많은 진통이 있었던 사건으로서, 실제 사실관계를 보면서 학습한다면 합병에 관한 다양한 실무적 쟁점을 이해할 수 있는 좋은 사안이다.

## 239. 합병무효의 소

(대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결)

〈쟁점〉

합병등기 후 합병결의무효확인청구만을 독립된 소로서 구할 수 있는지 여부 및 회사합병무효의 소에서 청구인낙이 허용되는지 여부

〈판결요지〉

회사의 합병에 있어서 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의 무효확인 청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없고, 또 청구의 인낙은 당사자의 자유로운 처분이 허용되는 권리에 관하여만 허용되는 것으로서 회사법상의 주주총회결의의 하자를 다투는 소나 회사합병무효의 소 등에 있어서는 인정되지 아니하므로, 이와 같이 법률상 인정되지 아니하는 권리관계를 대상으로 하는 청구인낙은 그 효력이 없다고 할 것이다. 사실관계가 원심이

인정한 바와 같다면, 재설공영의 주주총회에서 이루어진 원고와 재설공영 사이의 합병결의의 효력을 다투어 소외 이영우가 원고를 상대로 제기한 무효확인청구소송에서 원고가 위 이영우의 청구를 인낙하고 그에 관하여 인낙조서가 작성되었다 하여 그 합병이 무효로 되는 것은 아니라 할 것이므로, 그 합병으로 인하여 원고에게 이전된 이 사건 면허는 의연히 원고에게 남아 있다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

합병무효의 소에 대한 판례는 많지가 않은데, 이 판례는 합병무효의 소에 대한 소송법적 쟁점이 복합된 드문 판결로서, 학습적인 의의가 있다.

## 240. 합병에 있어 이사의 주의의무

(대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다62278 판결)

〈쟁점〉

비상장법인 간 흡수합병의 경우 소멸회사의 주주인 회사의 이사가 합병에 동의할 것인지를 결정할 때 부담하는 선관주의의무의 내용 및 이때 이사가 적정한 합병비율을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 합병비율의 적정성을 판단하여 합병에 동의할 것인지를 결정하였고 합병비율이 객관적으로 현저히 불합리하지 아니할 정도로 상당성이 있는 경우, 선관주의의무를 다한 것인지 여부

〈판결요지〉

흡수합병 시 존속회사가 발행하는 합병신주를 소멸회사의 주주에게 배정·교부함에 있어서 적용할 합병비율을 정하는 것은 합병계약의 가장 중요한 내용이고, 만일 합병비율이 합병할 각 회사의 일방에게 불리하게 정해진 경우에는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실하게 되는 결과를 초래하므로, 비상장법인 간 흡수합병의 경우 소멸회사의 주주인 회사의 이사로서는 합병비율이 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정하여졌는지를 판단하여 회사가 합병에 동의할 것인지를 결정하여야 한다.

다만 비상장법인 간 합병의 경우 합병비율의 산정방법에 관하여는 법령에 아무런 규정이 없을 뿐만 아니라 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 하는 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없는 것이므로, 소멸회사의 주주인 회사의 이사가 합병의 목적과 필요성, 합병 당사자인 비상장법인 간의 관계, 합병 당시 각 비상장법인의 상황, 업종의 특성 및 보편적으로 인정되는 평가방법에 의하여 주가를 평가한 결과 등 합병에 있어서 적정한 합병비율을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 합병비율의 적정성을 판단하여 합병에 동의할 것인지를 결정하였고, 합병비율이 객관적으로 현저히 불합리하지 아니할 정도로 상당성이 있다면, 이사는 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것이다.

〈선정이유〉

합병에 있어서 이사의 주의의무의 내용이 무엇인지 문제가 된다. 다만 이 판결은 합병당사자인

회사의 이사가 아니라 그 주주인 회사의 이사들의 주의의무를 다루는 것이라, 쟁점은 다르다. 아직 이에 관한 대법원 판례는 존재하지 않기 때문에, 이 판례를 가지고 합병시 이사의 주의의무를 다루는 것을 제안한다. 이사의 의무는 회사에 대한 것이라는 관점에서, 이론적인 대립이 있다.

# 제 2 장 회사분할

## 241. 분할 전 채무에 대한 연대책임 (1)

(대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결)

〈쟁점〉

상법 제530조의9 제1항에 의하여 분할당사회사가 연대책임을 지는 경우, 채권자가 개별 최고에 이의제출을 하지 아니하였다거나 분할 또는 분할합병에 동의하였기 때문에 개별 최고를 생략하였다는 등의 사정으로 분할당사회사가 연대책임을 면할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

1. 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사(이하 '분할당사회사'라고 한다)는 특별한 사정이 없는 한 상법 제530조의9 제1항에 의하여 각자 분할계획서 또는 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지는 것이 원칙이고, 이 연대책임은 채권자에 대하여 개별 최고를 거쳤는지 여부와 관계없이 부담하게 되는 법정책임이므로, 채권자에 대하여 개별 최고를 하였는데 채권자가 이의제출을 하지 아니하였다거나 채권자가 분할 또는 분할합병에 동의하였기 때문에 개별 최고를 생략하였다는 등의 사정은 상법 제530조의9 제1항이 규정하는 분할당사회사의 연대책임의 성부에 영향을 미치지 못한다.

2. 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사(이하 '분할당사회사'라고 한다)가 상법 제530조의9 제1항에 의한 연대책임을 면하고 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무에 대한 변제책임만을 지는 분할채무관계를 형성하기 위해서는, 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서를 작성하여 이에 대한 주주총회의 승인을 얻어야 하고( 상법 제530조의9 제3항, 제2항 후단, 상법 제530조의3 제1항, 제2항), 이러한 요건이 충족되었다는 점에 관한 주장·증명책임은 분할당사회사가 연대책임관계가 아닌 분할채무관계에 있음을 주장하는 측에게 있다. 단순히 분할합병계약서에 상법 제530조의6 제1항 제6호가 규정하는 '분할되는 회사가 분할합병의 상대방 회사에 이전할 재산과 그 가액'의 사항 등을 기재하여 주주총회의 승인을 얻었다는 사정만으로는 위와 같이 분할책임관계를 형성하기 위한 요건이 충족되었다고 할 수 없으므로, 분할당사회사는 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 면할 수 없다.

3. 갑 주식회사의 전기공사업 부문을 분할하여 을 주식회사에 합병하는 내용의 분할합병이 이루어진 사안에서, 갑 주식회사가 출자한 재산에 관한 채무만을 을 주식회사가 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서가 작성되어 이에 대한 갑 주식회사의 주주총회의 승인이 이루어졌다는 사정을 인정할 수 없으므로, 을 주식회사는 상법 제530조의9 제1항에 의하여 위 분할합병계약서에 의

하여 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지고, 나아가 위 분할합병계약서에 아무런 기재가 없고 주주총회의 승인을 얻은 적이 없는데도 갑 주식회사가 출자한 재산에 관한 채무만을 을 주식회사가 부담한다는 취지가 일간신문에 공고되었다고 하여 그에 따른 효력이 발생한다고 볼 수 없고, 채권자가 분할합병에 동의한 관계로 개별 최고를 생략하였다는 사정 등 역시 을 주식회사가 상법 제530조의9 제1항에 의하여 부담하게 되는 연대책임의 성부에 아무런 영향을 미치지 못한다고 한 사례.

〈선정이유〉

회사분할에서 가장 중요한 법리는 분할 전 채권자의 이익을 어떻게 보호할 것인가 하는 것으로서, 연대책임을 먼저 이해할 필요가 있다. 이 판결은 연대책임의 법리를 자세하게 설시하면서, 그 법리를 어떻게 사실관계에 적용하는지 잘 보여주고 있다.

## 242. 분할 전 채무에 대한 연대책임 (2)

(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다73321 판결)

〈쟁점〉

상법 제530조의9 제1항에 따라 주식회사의 분할 또는 분할합병시 설립되는 회사와 존속하는 회사가 연대책임을 부담하는 채무에, 분할 또는 분할합병시 변제기가 도래하지 않은 채무도 포함되는지 여부

〈판결요지〉

상법 제530조의9 제1항에 따라 주식회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사와 존속하는 회사가 회사 채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 분할 또는 분할합병 전의 회사 채무에는, 회사 분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 발생하였으나 분할 또는 분할합병 당시에는 아직 그 변제기가 도래하지 아니한 채무도 포함된다.

원심이 채택한 증거에 의하면, 피고 회사는 2005. 3.경 원고 회사와 사이에 원고 회사로부터 피고 회사가 도급받아 시행중이던 제주시 (주소 생략) 지상 ○○○○○ 교회 및 부속 유치원 신축공사현장(이하 '이 사건 공사현장'이라 한다)에 필요한 고장력 철근 약 300t을 공급받기로 하는 계약(이하 '이 사건 공급계약'이라 한다)을 체결하면서 위 공사현장에 철근이 필요한 시점을 정확히 예측할 수 없자 그 공급시기를 2005. 3.경부터 월·일을 따로 정하지 아니한 채 2005년까지라고만 정하였고, 그 대금은 매월 1.부터 15.까지 납품분에 대하여는 같은 달 16.에, 매월 16.부터 말일까지의 납품분에 대하여는 다음달 1.에 현금으로 결제하기로 한 사실, 피고 회사는 위 계약 체결 이후 원고 회사로부터 철근을 공급받던 중 건축공사업 및 토목공사업에 관련된 사업 부분을 별도로 신설할 신이레토건 주식회사(이하, '신이레토건'이라 한다)가 담당하되 그 사업 부분과 관련된 채무액도 인수하며, 분할 전 채무는 피고 회사와 신설회사가 연대하여 책임을 지는 방식으로 회사를 분할하기로 하고, 그에 따른 분할계획서를 작성한 다음 주주총회 특별결의를 거쳐 2005. 6. 22. 분할등기를 마친 사실, 원고 회사는 이 사건 공급계약에 따라 이 사건 공사현장에 2005. 3. 25.부터 2005. 10. 3.까지 총 172,550,220원 상당의 고장력 철근을 공급한 사실을 알 수 있는바, 위

인정 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고 회사가 위와 같이 취득한 물품대금채권은 비록 약정된 물품의 구체적인 공급시기가 정해지지 아니한 채로 분할 공급되는 관계로 구체적인 대금의 변제기는 다르다고 하더라도 결국 위 회사 분할 이전에 체결된 이 사건 공급계약에 의하여 발생한 것에 불과하므로, 그 변제기가 위 회사 분할 이후에 도래한 것이라고 하더라도 상법 제530조의9 제1항의 회사 분할 전 채무에 해당한다고 할 것인바, 피고 회사로서는 위 회사 분할 이후에도 원고 회사가 취득한 물품대금채권에 대하여 신이레토건과 연대하여 변제할 책임이 있다고 할 것이다.

그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 비록 그 표현에 있어 다소 부적절한 면이 없지 아니하나 정당하고, 거기에 채증법칙을 위배하거나 회사분할에 있어서 분할로 인하여 설립되는 회사와 존속하는 회사가 연대책임을 부담하는 채무의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

연대책임의 대상이 되는 것은 분할 전 분할회사의 채무이다. 경우에 따라서는 그 구분이 어려울 수 있는데, 이 사건에서는 변제기가 분할 이후에 도래하는 경우가 문제가 되었다. 판례는 분할 전에 채무가 "발생"하면 충분하다고 보아, 이 경우에도 분할 전 채무로 인정하였다. 그 이외에도 채무가 분할 전에 발행하였는지 문제되는 상황은 다양하다.

## 243. 연대책임의 배제 (1)

(대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다25973 판결)

〈쟁점〉

상법 제530조의9 제2항에 의한 회사분할에 있어서 같은 조 제4항, 제527조의5 제1항이 정하는 '알고 있는 채권자에 대한 개별최고의 절차'를 누락한 경우, 신설회사와 분할되는 회사의 채권자에 대한 책임관계

〈판결요지〉

상법은 회사가 분할되고 분할되는 회사가 분할 후에도 존속하는 경우에, 특별한 사정이 없는 한 회사의 책임재산은 분할되는 회사와 신설회사의 소유로 분리되는 것이 일반적이므로 분할 전 회사의 채권자를 보호하기 위하여 분할되는 회사와 신설회사가 분할 전의 회사채무에 관하여 연대책임을 지는 것을 원칙으로 하고, 이 경우에는 회사가 분할되더라도 채권자의 이익을 해할 우려가 없으므로 알고 있는 채권자에 대하여 따로 이를 최고할 필요가 없도록 한 반면에, 다만 만약 이러한 연대책임의 원칙을 엄격하게 고수한다면 회사분할제도의 활용을 가로막는 요소로 작용할 수 있으므로 연대책임의 원칙에 대한 예외를 인정하여 신설회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자받은 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 분할되는 회사의 주주총회의 특별결의로써 정할 수 있게 하면서, 그 경우에는 신설회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 그 부분의 채무만을 부담하고, 분할되는 회사는 신설회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담하게 하여 채무관계가 분할채무관계로 바뀌도록 규정하였다고 해석된다. 그리고 이와 같이 분할되는 회사와 신설회사가 분할 전 회사의 채무에 대하여 연대책임을 지지 않는 경우에는 채무자의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권자의 이해관

계에 중대한 영향을 미치므로 채권자의 보호를 위하여 분할되는 회사가 알고 있는 채권자에게 개별적으로 이를 최고하도록 규정하고 있는 것이고, 따라서 분할되는 회사와 신설회사의 채무관계가 분할채무관계로 바뀌는 것은 분할되는 회사가 자신이 알고 있는 채권자에게 개별적인 최고절차를 제대로 거쳤을 것을 요건으로 하는 것이라고 보아야 하며, 만약 그러한 개별적인 최고를 누락한 경우에는 그 채권자에 대하여 분할채무관계의 효력이 발생할 수 없고 원칙으로 돌아가 신설회사와 분할되는 회사가 연대하여 변제할 책임을 지게 되는 것이라고 해석하는 것이 옳다.

그런데 기록에 의하면, 원고가 피고를 상대로 하동화력발전소 1호기 내지 4호기의 가동으로 인하여 손실을 입었다고 주장하면서 그 보상을 지속적으로 요구해 왔고, 상당한 기간의 협상과정을 거쳐 1998. 7. 14. 원고의 위탁판매수수료 감소분에 관하여 "평가는 실시하고 손실분 지급에 대해서는 관계 기관의 유권해석에 따른다."는 합의를 하기에 이르렀으며, 위 합의에 따라 원·피고 쌍방이 합의하여 선정한 중앙감정평가법인과 정일감정평가법인이 피고가 분할되기 이전인 2000. 11. 7.경 원고의 위탁판매수수료 감소분이 모두 6억 2,253만 원이라고 평가하였고, 피고가 분할된 이후인 2001. 5. 25.경 해양수산부장관은 "원고는 관계 법령에 근거하여 수산물의 위탁판매사업을 전담 수행하여 왔으므로 하동화력발전소의 건설·가동으로 인한 위탁판매수수료 감소분에 대하여는 손실보상이 이루어져야 한다."는 취지의 회신을 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실과 기록에 의하여 알 수 있는 피고의 발전소 가동 및 그로 인하여 원고가 손실을 입은 내역, 원·피고 사이에 피고의 발전소 가동으로 인한 손실보상채무를 둘러싼 위 합의에 이른 과정과 합의의 내용, 감정평가를 거쳐 피해액이 확정된 상황, 원고의 손실보상 주장의 객관적 타당성 여부 등 제반 사정을 종합하여 보면, 비록 손실보상의 대상이 되는지 여부에 대한 관계 기관의 유권해석이 피고의 회사분할 이후에 이루어졌다고 하더라도, 원고는 분할되는 회사인 피고가 회사분할사실을 개별적으로 최고하여야 하는 상법 제530조의9 제4항, 제527조의5 제1항 소정의 '알고 있는 채권자'에 해당된다고 할 것인바, 그렇다면 원심으로서는 마땅히 피고가 회사를 분할함에 있어 원고에 대한 개별적인 최고절차를 다하였는지 여부를 가려본 다음에 피고의 회사분할에도 불구하고 여전히 피고가 원고에 대한 변제책임을 지는지 여부를 판단하였어야 할 것인데, 이에 이르지 아니한 채 단순히 피고가 회사분할을 하면서 주주총회의 특별결의로써 원고에 대한 이 사건 손실보상채무를 피고로부터 남부발전으로 이전하기로 정하였다는 이유만으로 피고가 이제 그 채무를 면하였다고 단정하여 원고의 청구를 배척하고 말았으니, 원심판결에는 회사분할에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 제1점의 주장은 이유 있다.

## 〈선정이유〉

회사분할에서는 일정한 요건을 거치면 연대책임을 배제할 수 있다. 그 중요한 것이 채권자보호절차인데, 이를 갖추지 못하였다면 원칙으로 돌아가 신설회사 등에게 연대책임이 부과된다. 이 판결은 이런 기본원칙을 선언하고 있다. 실무상으로는 “알고 있는 채권자”에 대한 최고 문제가 늘 쟁점이 되는데, 이 판결 역시 이런 사실관계에서 법리를 재확인하고 있다.

## 244. 연대책임의 배제 (2)

(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다38516 판결)

〈쟁점〉

회사의 분할 또는 분할합병에서 상법 제530조의9 제4항, 제527조의5 제1항에 따라 개별 최고가 필요한 '회사가 알고 있는 채권자'의 의미 및 회사 대표이사 개인이 알고 있는 채권자가 이에 포함되는지 여부

〈판결요지〉

분할되는 회사와 수혜회사가 분할 전 회사의 채무에 대하여 연대책임을 지지 않는 경우에는 채무자의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권자의 이해관계에 중대한 영향을 미치므로 채권자의 보호를 위하여 분할되는 회사가 알고 있는 채권자에게 개별적으로 이를 최고하도록 규정하고 있는 것이고, 따라서 분할되는 회사와 수혜회사의 채무관계가 분할채무관계로 바뀌는 것은 분할되는 회사가 자신이 알고 있는 채권자에게 개별적인 최고절차를 제대로 거쳤을 것을 요건으로 하는 것이라고 보아야 하며, 만약 그러한 개별적인 최고를 누락한 경우에는 그 채권자에 대하여 분할채무관계의 효력이 발생할 수 없고 원칙으로 돌아가 수혜회사와 분할되는 회사가 연대하여 변제할 책임을 지게 된다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다25973 판결 참조).

이와 같이 분할 또는 분할합병으로 인하여 회사의 책임재산에 변동이 생기게 되는 채권자를 보호하기 위하여 상법이 채권자의 이의제출권을 인정하고 그 실효성을 확보하기 위하여 알고 있는 채권자에게 개별적으로 최고하도록 한 입법 취지를 고려하면, 개별 최고가 필요한 '회사가 알고 있는 채권자'라 함은 채권자가 누구이고 그 채권이 어떠한 내용의 청구권인지가 대체로 회사에게 알려져 있는 채권자를 말하는 것이고, 그 회사에 알려져 있는지 여부는 개개의 경우에 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인바, 회사의 장부 기타 근거에 의하여 그 성명과 주소가 회사에 알려져 있는 자는 물론이고 회사 대표이사 개인이 알고 있는 채권자도 이에 포함된다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

실무상 연대책임을 배제하기 위해서 채권자에 대한 최고절차를 거쳤는지가 자주 문제되는데, 이 판결은 여기서 분할회사가 "알고 있는 채권자"의 범위를 대표이사가 개인적으로 알고 있는 채권자까지 확대한 사안이다. 이 판결의 사실관계를 보면 어음의 발행을 매개로 채권자의 범위가 확대되는데, 회사법적으로 많은 논의가 가능한 판결이다.

# 제 3 장 차입매수

## 245. 담보제공형 차입매수

(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결)

〈쟁점〉

이른바 LBO 방식으로 기업을 인수하면서 피인수기업의 자산을 담보로 제공한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 경우

〈판결요지〉

가. 배임죄에서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험을 발생시킨 이상 나중에 피해가 회복되었다고 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주는 것은 아니며, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태를 고려하여 경제적 관점에 따라 판단되어야 하므로 법률적 판단에 의하여 당해 배임 행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다( 대법원 2000. 11. 24. 선고 99도822 판결, 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조).

또한, 주식회사 상호간 및 주식회사와 주주는 별개의 법인격을 가진 존재로서 동일인이라 할 수 없으므로 1인 주주나 대주주라 하여도 그 본인인 주식회사에 손해를 주는 임무위배행위가 있는 경우에는 배임죄가 성립하고, 회사의 임원이 그 임무에 위배되는 행위로 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 이로써 배임죄가 성립하며 위와 같은 임무위배행위에 대하여 사실상 주주의 양해를 얻었다고 하여 본인인 회사에게 손해가 없었다거나 또는 배임의 범의가 없었다고 볼 수 없다( 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결, 1985. 10. 22. 선고 85도1503 판결 등 참조).

기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 그 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식{이른바 LBO(Leveraged Buyout) 방식}을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 된다. 그러므로 위와 같이 인수자만을 위한 담보제공이 무제한 허용된다고 볼 수 없고, 인수자가 피인수회사의 위와 같은 담보제공으로 인한 위험 부담에 상응하는 대가를 지급하는 등의 반대급부를 제공하는 경우에 한하여 허용될 수 있다 할 것이다. 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 인수자 또는 제3자에게 담보 가치에 상응한 재산상 이익을 취득하게 하고 피인수회사에게 그 재산상 손해를 가하였다고 봄이 상당하다. 부도로 인하여 회사정리절차(2006. 4. 1. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 시행으로 회생절차로 바뀌었다.)가 진행 중인 주식회사의 경우에도 그 회사의 주주나 채권자들의 잠재적 이익은 여전히 보호되어야 할 것이므로, 피인수회사가 회사정리절차를 밟고 있는 기업이라고 하더라도 위와 같은 결론에는 아무런 영향이 없다.

업무상배임죄의 고의가 인정되려면, 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사가 있어야 하고, 자기 또는 제3자에게 재산상의 이득을 주려는 의사가 있어야

할 뿐만 아니라, 그의 행위가 임무에 위배된다는 인식이 있어야 할 것인바, 피고인이 피해자 본인의 이익을 위한다는 의사도 가지고 있었다 하더라도 이는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 배임죄의 고의가 있었다고 보아야 할 것이다( 대법원 2000. 11. 24. 선고 99도822 판결, 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결 등 참조). 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에 배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다( 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판결, 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

나. 원심 및 제1심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 아래와 같은 사실이 인정된다.

피고인은 회사정리절차가 진행 중인 공소외 1 주식회사(이하 ' 공소외 1 회사'이라 한다)을 인수하기 위하여 2001. 5. 23. 서류상 회사인 공소외 2 회사를 설립하고 대표이사로서 2001. 6. 4.(상호 생략)종합금융 주식회사(이하 ' 공소외 3 종금'이라 한다)로부터 350억 원을 대출받으면서, 그 담보를 위하여 공소외 2 회사가 공소외 1 회사의 유상증자에 참여하여 취득하게 될 공소외 1 회사의 신주 520만 주(1주 액면 5천 원)에 대하여 공소외 3 종금에게 근질권을 설정하여 주고, 공소외 2 회사가 공소외 1 회사를 인수한 후에 공소외 1 회사의 소유인 이 사건 담보부동산에 대하여 공소외 3 종금에 근저당권을 설정하여 주기로 약정하였다. 위 약정에 따라 공소외 2 회사는 위 대출금으로 인수한 공소외 1 회사의 신주 520만 주에 대하여 공소외 3 종금에 대하여 근질권을 설정해 주었다가 피고인이 2001. 6. 7. 공소외 1 회사의 대표이사로 선임된 다음 2001. 7. 3.부터 같은 달 9. 사이에 이 사건 담보부동산에 대하여 여러 차례에 걸쳐 근저당권을 설정하여 주고 공소외 3 종금으로부터 위 신주를 반환받았다.

이와는 별도로 피고인은 공소외 2 회사의 대표이사로서 2001. 6. 5. 한미은행으로부터 320억 원을 대출받으면서, 공소외 2 회사가 인수하는 공소외 1 회사에 대한 정리채권 및 정리담보권 합계 620억 원 상당을 한미은행에 담보로 제공하고, 회사정리절차가 종결된 후 당시 공소외 1 회사가 보유하고 있던 예금 합계 333억여 원 중 320억 원을 인출하여 한미은행에 예금하며 위 예금에 근질권을 설정하여 주는 대신에 위 정리채권 등을 반환받기로 약정하였다. 위 약정에 따라 피고인은 공소외 1 회사의 대표이사로 선임된 다음 2001. 6. 12.경 한미은행에 예금 320억 원에 대하여 근질권을 설정해 주고 위 정리채권 등에 대한 담보를 해지하였다.

위와 같이 피고인은 서류상 회사인 공소외 2 회사가 공소외 1 회사의 주식 및 공소외 1 회사에 대한 정리채권 등을 인수하기 위하여 금융기관으로부터 대출받은 자금에 관하여 공소외 1 회사의 자산을 담보로 제공하였으면서도, 공소외 1 회사의 담보 제공 부담에 상응하는 반대급부를 제공하거나 최소한 위 대출금이 상환될 때까지 공소외 2 회사가 인수한 주식, 채권 등이 임의로 처분되지 못하도록 공소외 1 회사 또는 금융기관에 담보로 제공하는 등의 조치를 취하지 아니하였다.

다. 앞서 본 법리와 아울러 위 사실을 종합하여 보면, 피고인의 위 각 담보제공행위로 인하여 공소외 1 회사로서는 주요자산의 대부분이 공소외 2 회사의 위 대출금채무를 위한 책임재산으로 제공되어 장차 위 대출금채무 미변제시 환가처분될 수 있는 위험을 부담하게 되었으므로, 피고인은 그 임무에 위배하여 피고인 또는 제3자에게 재산상 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에게 재산상 손해를 가하였다고 할 것이다.

〈선정이유〉

이 사건은 도산 상태에 처한 대상회사의 자산을 담보로 하여 인수회사가 부채를 차입한, 전형적인 담보제공형 LBO 방식이었다. 대법원은 대상회사의 경영진에게 배임죄를 인정하였는데, 주주와 회사는 서로 다른 법인격을 가진다는 점을 주요 논리로 삼고 있다. LBO 법리의 신호탄이 된 중요한 판결이다.

## 246 합병형 차입매수

(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결)

〈쟁점〉

인수·합병 추진 계획이 있는 피인수회사의 이사로 취임한 갑이 미리 인수회사 그룹에 피인수회사의 매각업무에 관한 정보를 제공하고 인수회사의 대표이사 을로부터 거액의 재산상 이익을 취득한 사안에서, 배임죄 성립 여부의 판단 기준

〈판결요지〉

1. 인수·합병 추진계획이 있는 피인수회사의 이사로 취임한 갑이 미리 인수회사 그룹에 피인수회사의 매각업무에 관한 정보를 제공하고 인수회사의 대표이사 을로부터 거액의 재산상 이익을 취득한 사안에서, 피고인 갑이 회사의 이사로서 다른 이사들에 대한 감시의무가 있고, 이사 본래의 사무로서 이사회에 참석하여 발언하고 의결하는 등의 방법으로 그 회사의 매각절차에 관여할 수 있는 지위에 있었으며, 실제 이사 취임을 전후로 인수회사 그룹에 매각업무에 관한 정보를 제공하고 피인수회사에 이 그룹을 인수업체로 추천하였을 뿐만 아니라, 인수회사와 사이에 경영자문계약을 체결한 점 등에 비추어 위 매각절차에 관련한 업무를 처리하는 지위에 있다고 볼 것이고, 피고인 갑이 위 정보제공 외에 피고인 을로부터 특별한 대가를 받을 이유가 없고, 일부 금원은 인수회사의 비자금에서 지급된 점 등에 비추어 정보제공 등으로 인수를 도와달라는 취지의 묵시적 청탁이 있었다고 추인함이 상당하고, 위와 같은 청탁은 사회상규 또는 신의성실의 원칙에 반하는 부정한 청탁이라는 이유로, 피고인 갑의 배임수재 및 피고인 을의 배임증재의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 법리오해의 위법을 이유로 파기한 사례.

2. 이른바 차입매수 또는 LBO란 일의적인 법적 개념이 아니라 일반적으로 기업인수를 위한 자금의 상당 부분에 관하여 피인수회사의 자산을 담보로 제공하거나 그 상당 부분을 피인수기업의 자산으로 변제하기로 하여 차입한 자금으로 충당하는 방식의 기업인수 기법을 일괄하여 부르는 경영학상의 용어로, 거래현실에서 그 구체적인 태양은 매우 다양하다. 이러한 차입매수에 관하여는 이를 따로 규율하는 법률이 없는 이상 일률적으로 차입매수 방식에 의한 기업인수를 주도한 관련자들에게 배임죄가 성립한다거나 성립하지 아니한다고 단정할 수 없는 것이고, 배임죄의 성립 여부는 차입매수가 이루어지는 과정에서의 행위가 배임죄의 구성요건에 해당하는지 여부에 따라 개별적으로 판단되어야 한다.

〈선정이유〉

합병형 LBO도 부채의 상환을 인수회사의 자산으로 하는 결과가 되는 것이고, 인수회사는 결국 대상회사를 자회사로 보유하는 것이어서 신한 사건과 다르지 않지만, 대법원은 이 경우 배임죄가 성립되지 않는다고 보았다. 대상회사의 자산이 따로 담보로 제공된 적이 없고, 합병과정에서 주주나 채권자를 보호하는 절차가 마련되어 있다는 것이 주된 논거였다.

## 247. 담보제공형 차입매수에서 임무해태의 판단

(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도9148 판결)

〈쟁점〉

차입매수 또는 LBO 방식의 기업인수를 주도한 관련자들에게 배임죄가 성립하는지 판단하는 기준

〈판결요지〉

가. 이른바 차입매수 또는 LBO(Leveraged Buy-Out의 약어이다)란 일의적인 법적 개념이 아니라 일반적으로 기업인수를 위한 자금의 상당 부분에 관하여 피인수회사의 자산을 담보로 제공하거나 그 상당 부분을 피인수기업의 자산으로 변제하기로 하여 차입한 자금으로 충당하는 방식의 기업인수 기법을 일괄하여 부르는 경영학상의 용어로, 거래현실에서 그 구체적인 태양은 매우 다양하다. 이러한 차입매수에 관하여는 이를 따로 규율하는 법률이 없는 이상 일률적으로 차입매수방식에 의한 기업인수를 주도한 관련자들에게 배임죄가 성립한다거나 성립하지 아니한다고 단정할 수 없는 것이고, 배임죄의 성립 여부는 차입매수가 이루어지는 과정에서의 행위가 배임죄의 구성요건에 해당하는지 여부에 따라 개별적으로 판단되어야 한다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도1544 판결 등 참조).

그리고 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지의 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다(대법원 2004. 7. 22.

선고 2002도4229 판결 참조).

나. 원심은, 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)가 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라 한다)을 인수하는 과정에서 공소외 1 회사의 내부에 유보되어 있던 자금이나 공소외 1 회사의 유상증자 및 전환사채 발행 등에 의하여 자체적으로 마련한 자금도 상당 정도 투입하였으므로 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 한 경우와는 근본적으로 차이가 있는 점, 공소외 1 회사가 공소외 2 회사의 구주를 전부 소각하고 신주를 100% 취득하여 공소외 2 회사의 1인 주주가 됨으로써 공소외 1 회사와 공소외 2 회사의 경제적인 이해관계가 일치하게 된 점, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사 인수의 우선협상대상자로 지정받은 후 2006. 5. 23. 공소외 2 회사와 이 사건 투자계약을 체결할 당시부터 공소외 2 회사와 합병을 전제로 인수계약을 논의하였고, 2006. 10. 2.경 합병 예정을 대외적으로 공시한 후 2007. 11. 12.경 공소외 2 회사를 흡수합병함으로써 법률적으로도 합일하여 동일한 인격체가 되었으며, 이러한 인수·합병의 실질이나 절차에 하자가 있다는 점을 기록상 찾아볼 수 없고, 위 합병의 효과에 의하여 인수자인 공소외 1 회사와 피인수자인 공소외 2 회사의 재산은 혼연일체가 되어 합병 전에 이루어진 공소외 2 회사의 자산 담보제공으로 인한 부담 내지 손해는 공소외 1 회사의 그것으로 귀결된 점, 공소외 1 회사가 인수한 공소외 2 회사 발행의 신주인수권부사채 834억 원 상당을 공소외 2 회사가 ○○ 사옥 등을 담보로 제공하고 대출받은 장기대출금으로 조기상환함에 따라 공소외 2 회사의 부채비율이 현저히 감소하여 재무구조가 개선되고 3년간 이자비용인 약 125억 1,000만 원을 절감할 수 있게 되는 등 신주인수권부사채의 조기상환이 인수과정에서 전체적으로 공소외 2 회사에 손해가 되었다고 보기 어렵고 위 조기상환은 경영자의 자율적 경영판단의 영역에 속하는 것으로 보이는 점, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사 인수 당시 공소외 2 회사에 비하여 자산의 규모는 작지만 부채비율은 공소외 2 회사의 363%에 비하여 낮은 양호한 상태였고, △△△△△로부터 150억 원을 투자받아 기존의 통신기기 제조·판매업 외에 무선인터넷전화, 인터넷티브이 사업을 계획하고 있어서 공소외 2 회사를 인수할 경영상 필요가 있었으며, 실제로 공소외 2 회사 인수 후 공소외 2 회사 건물에 200억 원 상당의 설비투자를 한 점, 공소외 1 회사는 이 사건 투자계약 체결 시 공소외 2 회사의 기존 근로자들의 고용보장을 약정하였고 실제로 공소외 2 회사 인수 후 기존 근로자들의 고용관계를 그대로 유지한 점, 피고인이 공소외 2 회사 인수절차 진행 중 자신이 보유하던 공소외 1 회사 지분(7.78%) 전부를 공소외 3 주식회사에 매각하고 그 과정에서 시세차익을 취득하기는 하였으나, 이는 공소외 1 회사의 투자자인 △△△△△가 공소외 2 회사 인수에 반대하면서 풋옵션을 행사하여 자신이 보유하는 공소외 1 회사 지분을 공소외 1 회사가 인수할 것을 청구하자, 피고인이 공소외 3 주식회사(이하 '공소외 3 회사'라 한다)에 대하여 공소외 1 회사 대신 위 △△△△△ 지분을 인수할 것을 요청하였고, 이에 대하여 공소외 3 회사의 부회장 공소외 4가 △△△△△ 지분뿐만 아니라 공소외 1 회사의 경영권을 포함한 피고인의 지분도 함께 양수해야겠다고 요구하여 피고인이 어쩔 수 없이 자신의 공소외 1 회사 지분을 공소외 3 회사에 매각한 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합하면, 피고인이 공소외 2 회사의 인수자금 또는 공소외 1 회사 운영자금을 조달하면서 이 부분 공소사실 기재와 같이 업무상 임무에 위배하여 공소외 2 회사의 부동산 등 자산을 담보로 제공하거나 신주인수권부사채를 조기상환함으로써 공소외 1 회사로 하여금 이득을 취하게 하고 공소외 2 회사에 손해를 가하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고인에게 공소외 1 회사에 이익을 주고 공소외 2 회사에 손해를 가하려는 의사, 즉 배임의 범의가 있었다고 볼 수도 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 설시한 이유 중 다소 미흡한

부분이 없지 아니하나, 원심이 위와 같은 판시 사정을 종합하여 피고인이 공소외 2 회사 인수자금 등 조달 과정에서 공소외 2 회사의 자산을 담보로 제공하거나 신주인수권부사채를 조기상환함에 있어 공소외 1 회사에 이익을 주고 공소외 2 회사에 손해를 가하고자 하는 배임죄의 고의가 있었다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

〈선정이유〉

최초의 신한 판결과 비슷한 담보제공형 LBO에서 반대의 결론을 내린 판결이다. 두 판결의 법리를 명확히 구분하는 것은 쉽지 않지만, 실무상 아주 많은 관심을 끌었던 판결이었고, LBO의 법리의 전환을 예고하는 중요한 판결이다.

# 제 4 장 해산과 청산

## 248. 청산의 법률관계

(대법원 1994. 5. 27. 선고 94다7607 판결)

〈쟁점〉

해산 및 청산종결 간주된 휴면회사의 대표자

〈판결요지〉

제520조의2의 규정에 의하여 주식회사가 해산되고 그 청산이 종결된 것으로 보게 되는 회사라도 어떤 권리관계가 남아 있어 현실적으로 정리할 필요가 있으면 그 범위 내에서는 아직 완전히 소멸하지 아니하고, 이러한 경우 그 회사의 해산 당시의 이사는 정관에 다른 규정이 있거나 주주총회에서 따로 청산인을 선임하지 아니한 경우에 당연히 청산인이 되고, 그러한 청산인이 없는 때에는 이해관계인의 청구에 의하여 법원이 선임한 자가 청산인이 되므로, 이러한 청산인만이 청산중인 회사의 청산사무를 집행하고 대표하는 기관이 된다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고 회사는 1972.10.17. 설립등기를 마친 주식회사로서 그 설립등기 당시 대표이사인 이사로 소외 1, 소외 2가, 이사로 소외 3이, 감사로 소외 4가 각 등재되었으나 위 법조의 규정에 의하여 1987.6.8.자로 해산등기가, 이어 1990.9.12.자로 청산종결등기가 각 경료됨과 아울러 대표이사 및 이사에 관한 기재가 주말된 사실, 위 소외 2는 1977.1.26. 사망하였고, 위 소외 1은 원고 회사의 대표이사 자격으로 변호사를 소송대리인으로 선임하여 이 사건 소를 제기한 후 제1심 변론종결 전인 1993.3.17.에 사망한 사실, 제1심은 대표자 표시의 변경 절차 없이 변론을 종결하여 같은 해 4.8. 원고 회사 패소의 판결을 선고하여 그 판결이 같은 달 15. 위 소송대리인에게 송달된 사실, 원고 회사의 감사로 있던 위 소외 4가 같은 달 27. 원고 회사의 대표자대행 자격으로 제1심판결에 대한 항소를 제기한 사실을 인정한 다음, 제1심판결의 송달 당시 위 소외 1 및 소외 2가 이미 사망한 이상 원고 회사를 대표하여 항소를 제기할 자격이 있는 자는 이사이던 위 소외 3 또는 법원이 선임할 청산인 밖에 없고, 감사직에 있었던 소외 4로서는 원고 회사를 대표할 자격이 없다 하여 그가 원고 회사의 대표대행자라 하여 제기한 이 사건 항소를 부적법하다고 판단하여 각하하였는바, 원고 회사의 정관에 감사를 청산인으로 한다는 규정

이 있거나 그 주주총회에서 위 소외 4를 청산인으로 선임하였다는 자료가 없는 이 사건에 있어서, 원심의 위 인정판단은 위 판시취지에 따른 것으로 정당하고, 또한 어떤 부동산의 공동소유자이던 자가 그 부동산에 관하여 경료된 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 공동원고로 되어 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 필요적 공동소송이라 할 수도 없으므로, 원심판결에 소론과 같은 심리미진, 감사의 법률적 지위 및 필요적 공동소송에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

〈선정이유〉

해산 및 청산의 법률관계를 다룬 판례이다. 청산 단계에서의 대표권에 대한 법리를 간과하고 소를 제기하는 경우가 있기 때문에 주의해서 익혀두어야 한다.

# 제 7 편 주식회사 이외의 회사

## 249. 합명회사 사원의 책임

(대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다65903 판결)

〈쟁점〉

합명회사 사원 또는 합자회사 무한책임사원의 회사 채권자에 대한 책임의 발생시기

〈판결요지〉

상법 제212조 제1항은 "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 합명회사의 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다"고 규정하고, 제2항은 "회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 전항과 같다"고 규정하고 있는바, 합명회사는 실질적으로 조합적 공동기업체이어서 회사의 채무는 실질적으로 각 사원의 공동채무라고 할 것이므로, 합명회사의 사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이고, "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때" 또는 "회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때"에 비로소 발생하는 것은 아니며, 이는 회사채권자가 그와 같은 경우에 해당함을 증명하여 합명회사의 사원에게 보충적으로 책임의 이행을 청구할 수 있다는 책임이행의 요건을 정한 것으로 봄이 타당하다. 그리고 합자회사의 장에 다른 규정이 없는 사항은 합명회사에 관한 규정을 준용하므로(상법 제269조), 합자회사의 무한책임사원의 회사채권자에 대한 책임은 합명회사의 사원의 책임과 동일하다고 할 것이다.

원심판결 및 원심이 채용한 증거들에 의하면, 소외 1은 소외 2 합자회사의 무한책임사원인 사실, 소외 2 합자회사는 원고에게 2000. 1. 5.부터 2000. 7. 1.까지 사이에 액면 합계 6,454,250,000원 상당의 약속어음 12장을 발행한 사실, 소외 1과 그 사돈인 피고는 소외 2 합자회사의 부도 발생 하루 전인 2000. 8. 17. 소외 1 소유인 이 사건 각 부동산의 소유권을 소외 1의 피고에 대한 대여금채무 변제에 갈음하여 피고에게 이전하기로 하는 이 사건 대물변제계약을 체결하고, 이를 원인으로 하여 이 사건 각 부동산에 관하여 대전지방법원 천안지원 2000. 8. 22. 접수 제48937호로 피고 명의의 소유권이전등기절차를 마친 사실, 소외 2 합자회사는 2002. 3. 22. 수원지방법원 2002화1호로 화의개시신청을 하여 2002. 7. 29. 화의인가결정을 받았으며, 원고도 위 약속어음금채권을 화의채권으로 신고한 사실, 위 화의개시결정에 대하여 원고가 서울고등법원 2002라436호로 항고를 제기하여 항고법원이 2002. 12. 20. 제1심결정을 취소하면서 채권자집회에서 가결된 화의조건에 기한 화의를 인가하지 아니한다는 결정을 하였고, 이에 대하여 소외 2 합자회사가 대법원 2003마28호로 재항고를 하자, 대법원은 2003. 6. 25. 원심결정을 파기하고 서울고등법원에 환송하는 결정을 하였으며, 그 후 환송심인 서울고등법원(2003라405호)이 2003. 7. 31. 원고의 항고를 기각하고, 대법원이 2004. 3. 16. 위 결정에 대한 원고의 재항고( 2003마1434)를 기각함으로써 위 화의인가결정이 확정된 사실, 위 화의인가결정의 화의조건에 의하면, 금융기관 이외의 자에 대한 화의채권은 원금을 35% 탕감하여 2006년부터 2011년까지 균등 분할변제하고, 이자는 면제하기로 되어 있는 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 소외 2 합자회사가 원고에게 위 약속어

음들을 발행함과 동시에 원고는 소외 2 합자회사의 무한책임사원인 소외 1에 대하여도 소외 2 합자회사에 대한 약속어음금채권과 동일한 내용의 채권을 가지는 것이므로, 이 사건 대물변제계약 체결 이전에 원고의 소외 1에 대한 위 채권이 성립되어 있었다고 할 것이고, 소외 2 합자회사에 대한 화의인가결정이 확정됨에 따라 원고의 소외 1에 대한 위 채권도 구 화의법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제61조, 구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제299조에 의해 화의조건에서 정한 바와 같이 원금은 35%가 탕감되어 변제기가 유예되고 이자는 면제된 채권으로 변경된 상태로 원심 변론종결일 당시까지 존재하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은, 원심 변론종결일 무렵 소외 2 합자회사의 원고에 대한 채무 이행기가 도래하지 않은 상태이므로 소외 2 합자회사의 재산으로 채무를 완제할 수 없거나 소외 2 합자회사의 재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 경우에 해당한다고 할 수 없고, 그 결과 소외 1에게 원고에 대한 채무를 변제할 책임이 발생하였다고 할 수 없으므로 사해행위취소소송의 피보전채권이 성립되지 않은 경우에 해당한다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 합자회사 무한책임사원의 책임의 발생시기 및 채권자취소권의 피보전채권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

〈선정이유〉

무한책임사원의 책임이 언제 발생하는지에 대한 법리를 설시하고 있는 아주 흥미로운 판결이다. 판례는 무한책임사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이라고 보면서, 회사 채권자가 보충적으로만 청구할 수 있다는 주장을 배척하였다. 정책적으로도 회사 제도의 의의와 관련하여 흥미로운 논의가 가능하다.

## 250. 업무집행사원의 권한상실

(대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결)

〈쟁점〉

합명회사의 사원이 상법 제205조 제1항에 따른 방법과 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따른 방법 중 어느 하나의 방법으로 다른 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시킬 수 있는지 여부

〈판결요지〉

상법은 합명회사의 법률관계를 내부관계와 외부관계로 구별한 다음 제195조에서 “합명회사의 내부관계에 관하여는 정관 또는 본법에 다른 규정이 없으면 조합에 관한 민법의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있다. 위 규정에 비추어 볼 때, 합명회사의 내부관계에 관한 상법 규정은 원칙적으로 임의규정이고, 정관에서 상법 규정과 달리 정하는 것이 허용된다. 이와 같이 합명회사의 정관에서 내부관계에 관하여 상법과 달리 정한 경우, 해당 정관 규정이 관련 상법 규정의 적용을 배제하는지 여부는 해당 정관 규정의 내용, 관련 상법 규정의 목적, 합명회사의 특징 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

상법 제205조 제1항은 합명회사의 내부관계와 관련하여 “사원이 업무를 집행함에 현저하게 부

적임하거나 중대한 의무에 위반한 행위가 있는 때에는 법원은 사원의 청구에 의하여 업무집행권한의 상실을 선고할 수 있다."고 규정하고 있고, 합명회사인 이 사건 회사의 정관 제11조는 "업무집행사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 업무에 위반한 행위가 있는 때에는 총사원의 결의로써 업무집행권한을 상실하게 할 수 있다."고 규정하고 있다. 원심은 위 정관 규정이 위 상법 규정을 대체하는 규정이라고 판단한 다음, 원고 단독으로 피고의 업무집행권한의 상실 선고를 구하는 예비적 청구 부분의 소가 법률상 근거가 없거나 절차적 요건을 흠결하여 부적법하다고 판단하였다.

그러나 위와 같은 원심판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다. 상법상 합명회사의 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시키는 방법으로는 다음의 두 가지를 상정할 수 있다. 첫째, 상법 제205조 제1항에 따라 다른 사원의 청구에 의하여 법원의 선고로써 그 권한을 상실시키는 방법이다. 둘째, 상법 제195조에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따라 법원의 선고절차를 거치지 않고 총사원이 일치하여 업무집행사원을 해임함으로써 그 권한을 상실시키는 방법이다. 위 두 가지 방법은 그 요건과 절차가 서로 다르므로, 상법 제205조 제1항이 민법 제708조의 준용을 배제하고 있다고 보기 어렵다. 따라서 정관에서 달리 정하고 있지 않는 이상, 합명회사의 사원은 두 가지 방법 중 어느 하나의 방법으로 다른 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시킬 수 있다.

한편 합명회사의 사원은 회사채권자에 대하여 직접·연대·무한책임을 진다. 만약 다른 사원 또는 업무집행사원이 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반하는 경우에는 그로 인하여 자신의 책임이 발생·증대될 우려가 있으므로, 그 다른 사원 또는 업무집행사원을 업무집행에서 배제할 수 있는지 여부는 각 사원의 이해관계에 큰 영향을 미친다. 합명회사의 사원은 업무집행권한 상실제도를 통하여 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반한 사원이나 업무집행사원을 업무집행에서 배제함으로써 자신의 책임이 부당하게 발생·증대되는 것으로부터 자신을 보호할 수 있다. 따라서 업무집행권한 상실에 관한 정관이나 관련 법률 규정을 해석할 때에는 위와 같은 사원의 권리가 합리적 근거 없이 제한되지 않도록 신중하게 해석하여야 한다.

원심은 정관 제11조가 상법 제205조 제1항과 공통된 사유를 업무집행권한 상실사유로 규정하면서도 총사원의 결의라는 엄격한 절차를 거치도록 한 점을 고려하여 사적 자치규범인 위 정관 규정이 위 상법 규정의 적용을 배제한다고 보았으나, 이는 타당하지 않다.

## 〈선정이유〉

이 판례는 상법상 합명회사의 내부관계에 관한 규정은 임의규정이라는 전제를 하면서도, 이 사건 정관 제11조가 상법규정의 적용을 배제한 것이라고 보지는 않았다. 업무집행사원의 권한상실에 관한 법리를 다룸과 동시에, 특히 정관 규정의 효력범위에 대한 자세한 법리적 해석을 하고 있다는 점에서 학습적인 의의가 높다. 위 판결요지에서는 생략되었으나, 판례가 원심을 파기한 여러 논리는 자세하게 살펴볼 가치가 있다.

# 어음 · 수표

**제1편 총론**
제1장 어음 · 수표의 종류별 특성
제2장 어음 · 수표행위
제3장 어음항변
제4장 어음 · 수표의 실질관계
제5장 어음상 권리의 소멸
제6장 이득상환청구권
**제2편 환어음 · 약속어음**
제1장 어음의 발행
제2장 환어음의 인수
제3장 배서
제4장 어음보증
제5장 지급
제6장 상환청구
**제3편 수표**

# 제 1 편 총론

## 제 1 장 어음·수표의 종류별 특성

### 251. 융통어음

(대법원 1995.9.15. 선고 94다54856 판결)

〈쟁점〉

[1] 정당한 어음소지인이 자신의 앞뒤에 임의의 사람을 중간배서인으로 기재하여 어음을 양도한 경우 어음양수인이 적법하게 권리를 취득하는지 여부

[2] 융통어음의 할인을 금한 상호신용금고 업무운용규칙이나 대출 및 어음할인 규정의 효력

[3] 융통어음의 항변으로 어음양수인인 제3자에게 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 정당한 어음소지인이 자신의 배서 앞뒤에 임의의 사람을 중간 배서인으로 기재하여 어음을 양도한 경우, 약속어음을 양도한 자가 정당한 소지인인 이상 그 양수인은 적법하게 어음상의 권리를 이전받는다.

[2] 이른바 융통어음의 할인을 금하고 있는 상호신용금고 업무운용준칙이나 상호신용금고의 대출 및 어음할인규정의 각 규정은 모두 단속규정에 지나지 아니하고 효력규정이라고 볼 수 없으므로, 그 규정에 위반하였다고 하여 약속어음 취득의 사법적 효력까지 부인할 수 없다.

[3] 융통어음을 발행한 자는 피융통자에 대하여 어음상의 책임을 부담하지 아니하지만, 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 달리 특별한 사정이 없는 한 선의·악의를 묻지 아니하고 대가 없이 발행한 융통어음이었다는 항변으로 대항할 수 없다.

〈선정이유〉

상업어음은 기업이 물품이나 용역을 구입하고 그 대금을 지급하는 수단으로 발행하는 약속어음(진성어음)인데 비해 융통어음은 금융계에서는 자금조달을 목적으로 발행하는 어음을 말한다. 융통어음은 과거 금융감독기관의 감독규정이나 행정지도에 의해 금융기관이 할인매입을 금지하고 있으나 이러한 감독규정은 단속규정에 불과하고 효력규정이 아니므로 이에 위반하여 금융기관이 융통어음을 취득한다고 해서 취득행위가 무효가 되는 것은 아니다. 다만 이 판결에서 융통어음을 발행한 자는 피융통자에 대하여 어음상 책임을 부담하지 않고, 특별한 사정이 없는 한 선의·악의를 묻지 아니하고 대가 없이 발행한 융통어음이었다는 항변으로 대항할 수 없다는 점을 미루어 볼 때 호의적 융통어음으로 볼 수 있다.

## 252. 호의적 융통어음의 증명

(대법원 1996.5.14. 선고 96다3449 판결)

〈쟁점〉

[1] 융통어음 의의 및 발행인이 할인을 의뢰하면서 어음을 교부한 경우 융통어음인지 여부(소극)

[2] 어음항변 중 악의의 항변 내용

[3] 甲이 乙에게 할인 목적으로 교부한 어음을 丙이 그 사실을 알면서 취득하여 乙의 채무에 대한 담보로 처리한 경우 甲이 인적 항변으로서 丙에게 대항할 수 있다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 융통어음이라 함은 타인으로 하여금 어음에 의하여 제3자로부터 금융을 얻게 할 목적으로 수수되는 어음을 말하는 것이고, 이러한 융통어음에 관한 항변은 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의·악의를 불문하고 대항할 수 없는 것이므로, 어떠한 어음이 위에서 말하는 융통어음에 해당하는지 여부는 당사자의 주장만에 의할 것은 아니고 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 하는데, 어음의 발행인이 할인을 의뢰하면서 어음을 교부한 경우, 이는 원인관계 없이 교부된 어음에 불과할 뿐이고, 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 아니하는 이른바 융통어음이라고 할 수는 없다.

[2] 이른바 악의의 항변이라 함은 항변사유의 존재를 인식하는 것만으로는 부족하고 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 해를 입는다는 사실까지도 알아야 한다.

[3] 甲이 乙에게 할인의 목적으로 어음을 교부하고 丙이 그 사실을 알면서 乙의 어음할인 부탁에 따라 그 어음을 취득한 후 乙의 대출금채무에 대한 담보로 처리한 경우, 그 어음은 아무런 원인관계 없이 丙에게 교부된 것이므로 甲으로서는 이러한 원인관계에 대한 인적 항변으로 丙에게 대항할 수 있다.

〈판결이유〉

원심은 거시 증거에 의하여 소외 乙이 소외 A로부터 위 회사 발행의 이 건 어음의 할인을 부탁받은 사실, 을지로지점 당좌담당 과장인 소외 甲이 위 乙의 사무실에 들렀다가 위 乙로부터 위 어음이 할인 목적으로 받은 것이라는 사실을 알게 된 사실, 위 丙은 이 건 어음을 위 乙로부터 교부받은 사실을 인정한 다음, 이 건 어음은 실질적인 원인관계 없이 자금 융통을 위하여 발행된 어음이라는 점에서 융통어음이기는 하나 위 A가 스스로의 자금 융통을 위하여 乙에게 발행하면서 할인을 의뢰한 것이었으므로 이러한 경우 발행인의 당초 의도와는 달리 그 할인 부탁을 받은 사람이 이를 발행인의 신뢰에 반하여 유통시켰고, 그 어음취득자가 이와 같은 사정을 알면서 어음을 취득하였다면 발행인은 이른바 악의의 항변으로서 그 취득자에게 대항할 수 있는 것이라 하여 피고의 악의의 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하였다.

이른바 융통어음이라 함은 타인으로 하여금 어음에 의하여 제3자로부터 금융을 얻게 할 목적으로 수수되는 어음을 말하는 것이고 이러한 융통어음에 관한 항변은 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의·악의를 불문하고 대항할 수 없는 것이므로 어떠한 어음이 위에서 말하는 융통어음에 해당하는지 여부는 당사자의 주장만에 의할 것은 아니고 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 할 것인바, 이 건에 있어서 원심이 인정한 사실관계와 같이 소외 A가 위 乙에게 할인을 의뢰하면서

이 건 어음을 교부한 것이라면 이는 원인관계 없이 교부된 어음에 불과할 뿐 위에서와 같이 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 아니하는 이른바 융통어음이라고는 할 수 없을 것이다. 원심이 이 건 어음을 융통어음이라고 판단한 것은 잘못이라고 할 것이나 아래에서 보는 바와 같이 원고의 청구를 기각한 결론에 있어 정당한 이상 이 건 어음이 융통어음이라는 전제하에 내세우는 논지는 이유 없다.

〈선정이유〉

판례에서의 융통어음은 금융계의 융통어음과 다른 개념으로 사용된다. 판례상 융통어음이란 상품이나 자금의 공급과 같은 경제적인 대가관계가 없이 호의적으로 타인에게 발행해주는 어음을 의미한다. 이러한 융통어음을 금융실무상의 융통어음과 구별하여 호의적 융통어음이라 한다. 위 판결은 사건의 융통어음을 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 않는 호의적 융통어음으로 판단하지 않았다.

## 253. 기업어음

(대법원 1984.11.15. 선고 84다카1227 판결)

〈쟁점〉

[1] 단자회사가 소위 기업어음(CP)을 할인의 방식으로 매출하면서 무담보배서를 한 경우의 책임

[2] 단자회사가 개별적으로 시행해야 할 기업어음(Commercial Paper, CP) 적격업체의 심사선정업무를 어음중개실운영위원회로 하여금 전담케 한 것이 단기금융업법 제12조 소정의 확인의무를 해태한 것인지 여부 (소극)

〈판결요지〉

[1] 단자회사가 할인매수한 어음을 다시 일반 제3자에게 어음할인의 방식으로 매출한 것은 그 성질이 어음의 매매라고 볼 것이므로 그 매매의 이행으로 어음을 배서·양도함에 있어 배서란에 "지급을 책임지지 않음"이라는 문언을 기재한 것은 특단의 사정이 없는 한 어음상 배서인으로서의 담보책임 뿐만 아니라 매매계약상의 채무불이행책임이나 하자담보책임까지 배제하기로 한 취지라고 보아야 한다.

[2] 기업어음(CP)의 할인매수 및 매출을 담당하는 단자회사가 개별적으로 시행하여야 할 기업어음 적격업체의 심사선정업무를 일원화하여 당시 전국투자금융협회 어음중개실운영위원회로 하여금 전담케 한 것은 단자회사가 개별적으로 시행하는 것보다 더 객관적이고 공정한 방법으로 대상 기업의 신용상태와 자산의 건전성 등을 조사케함으로서 기업어음의 공신력을 높이고자한 것이라고 해석되므로 단자회사가 별도로 기업어음 발행회사의 신용상태 등을 조사함이 없이 위 위원회가 조사, 선정한 바에 따라 기업어음 적격업체로 인정하였다고 하여도 특단의 사정이 없는 한 단기금융업법[1] 제12조 소정의 확인의무를 다한 것으로서 이를 소홀히 한 과실이 있다 할 수 없다.

---

1) '단기금융업법(1972.8.17. 법률 제2339호)'은 음성적인 사채자금을 금융자금으로 유도하기 위한 조치의 일환으로서 단기어음시장을 개발하여 기업의 단기자금수급을 매개할 단기금융회사의 설립 및 운영에 관한 법적 근거를 마련하고, 어음의 발행과 인수 등을 통하여 단기자금의 유통을 원활하게 함으로써 기업의 자금운용상의 애로를 타개하며, 새로운 신용질서의 확립에 기여하기 위하여 제정·공포되었고, '종합금융회사에 관한 법

〈선정이유〉

기업어음(CP)이란 기업이 단기의 자금조달을 위해 발행하는 정액화된 약속어음으로 이를 발행한 기업이 단기금융회사에 매각을 의뢰하면 단기금융회사가 무담보배서하여 투자자에게 매각하고 그 대금을 발행기업에 건네주는 식으로 거래되는 어음을 지칭한다. 기업어음의 의의와 단기금융회사의 무담보배서 효력범위를 규정한 판례로 기업어음의 근거 법률이 어떻게 변화해 오고 있는지 가늠할 수 있다.

## 254. 가계수표

(대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결)

〈쟁점〉

[1] 수표 취득에 있어 인적 항변이 절단되는 경우

[2] 발행한도를 초과하여 발행한 가계수표의 효력

[3] 스스로 발행한도를 초과한 가계수표를 발행한 발행인이 소지인에 대하여 발행한도 초과경위를 확인하지 아니한 중대한 과실이 있다는 주장을 내세워 수표금의 지급을 거절할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 수표법 제22조 단서에서 규정하는 '채무자를 해할 것을 알고 수표를 취득한 때'라 함은 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 수표를 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알아야 하는 것인바, 발행인이 수표에 횡선을 긋고, 수표 표면 좌측상단에 '제누디세'라는 자신의 상호와 '기일엄수'라는 기재를 하였다는 사정만으로 소지인이 발행인의 인적항변을 충분히 알았다고 볼 수 없다.

[2] 가계수표 용지에 부동문자로 인쇄되어 있는 '100만원 이하' 등의 문언은 지급은행이 사전에 발행인과의 사이에 체결한 수표계약에 근거하여 기재한 것으로서 이는 단지 수표계약의 일부 내용을 제3자가 알 수 있도록 수표 문면에 기재한 것에 지나지 아니한 것이고, 한편 수표법 제3조 단서에 의하면 수표자금에 관한 수표계약에 위반하여 수표를 발행한 경우에도 수표로서의 효력에는 영향을 미치지 아니하므로 발행한도액을 초과하여 발행한 가계수표도 수표로서의 효력에는 아무런 영향이 없다.

[3] 수표 표면에 '100만원 이하'라고 인쇄된 가계수표 용지에 발행인 스스로 발행한도액을 초과하여 '15,000,000'원으로 액면금을 기재하여 제3자에게 발행한 수표를 소지인이 배서양도받은 경우, 발행인으로서는 소지인이 당해 수표를 취득함에 있어 발행인에게 발행한도액을 초과한 경위를 확인하지 아니한 것이 중대한 과실에 해당한다는 이유로 수표금의 지급을 거절할 수는 없다.

---

률(1995.12.29. 법률 제5045호)'로 통합되었다가, '자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2007.8.3. 법률 제8635호)' 제정으로 폐지·대체되었다.

〈선정이유〉

가계수표는 소액으로 발행한다는 점 외에는 당좌수표와 마찬가지로 수표계약에 의해 발행한 수표를 그 은행이 지급할 수 있도록 발행인이 그 은행에 자금을 보관해야 한다. 가계수표는 수표면에 발행금액의 한도가 기재되어 있어 그 이하의 금액으로만 발행할 수 있지만 발행한도액을 초과하여 발행한 가계수표도 수표로서의 효력이 발생한다는 점을 기억할 필요가 있다.

# 제 2 장 어음·수표행위

## I. 어음행위의 특성

### 255. 어음행위의 무인성

(대법원 1997.7.25. 선고 96다52649 판결)

〈쟁점〉

원인채무가 소멸된 약속어음으로써 한 어음금 청구가 바로 권리남용에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

어음행위는 무인행위로서 어음수수의 원인관계로부터 분리하여 다루어져야 하고 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이라 할 것인바, 원인채무가 이미 변제된 약속어음을 소지함을 기화로 그 발행인을 상대로 어음금을 청구하였다 하더라도 어음행위의 무인성의 법리에 비추어 그 소지인의 어음금청구가 바로 신의성실의 원칙에 어긋나는 것으로서 권리의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

어음의 실질관계(원인관계·자금관계)가 어떤 사유로 부존재·무효·취소되더라도 어음행위는 그 자체에 흠이 없는 한 유효하다. 어음행위의 무인성(추상성)은 어음취득자가 전단계 어음행위자들에 대해 갖는 지위를 강화해 주지만 그 외에도 어음행위자와 직접 상대방 사이에 있어서도 상대방에게 매우 유리한 지위를 부여한다. 어음행위는 무인행위로서 어음수수의 원인관계로부터 분리하여 다루어져야 하고 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이므로, 어음의 소지인은 소지인이라는 사실만으로 어음상의 권리를 행사할 수 있고 그가 어떠한 실제적 이익을 가지는지 증명하여야 하는 것이 아니다(대법원 2007.9.20. 선고 2007다36407 판결). 어음행위의 무인성(無因性)을 설시한 대표적인 판결이다.

### 256. 어음행위독립의 원칙

(대법원 1997.12.13. 선고 77다1753 판결)

〈쟁점〉

위조발행되어 전전(轉轉)된 어음을 분실한 자의 책임

〈판결요지〉

위조발행된 어음이라도 어음행위독립의 원칙상 그 뒤에 유효하게 배서한 배서인에 대하여는 소구권을 행사할 수 있으므로 이를 보관 중 분실한 자에 대하여는 손해배상을 청구할 수 있다.

〈판결이유〉

피고가 소송을 제기함에 있어서 약속어음의 위조사실을 알았거나 몰랐음에 과실이 있었다고 인정할만한 증거가 없을뿐더러 유통된 어음의 최후소지인이 된 피고는 비록 최초의 발행행위가 위조되었다 하더라도 어음행위독립의 원칙상 그 뒤에 유효하게 배서한 배서인에 대하여는 소구권을 행사할 수 있다.

〈선정이유〉

어음행위독립의 원칙이란 어음행위를 한 자는 그 어음행위의 전제가 되는 타인의 어음행위가 형식적 하자 이외의 사유로 무효·취소되더라도 영향을 받지 않고 자신이 행한 어음행위의 내용에 따라 책임을 부담하는 법리를 말한다. 어음은 발행된 후 배서에 의해 전전 유통되므로 어음의 유통성 보호를 위해 배서에 대해서도 어음행위독립의 원칙이 적용된다.

# II. 어음행위의 해석

## 257. 외관해석의 원칙

(대법원 1997.5.7. 선고 97다4517 판결)

〈쟁점〉

[1] 불확정한 날을 만기로 정한 어음의 효력(=무효)

[2] 제3자가 채무자를 위하여 약속어음을 발행한 경우 중첩적 채무인수로 볼 것인지 여부 (한정적극)

〈판결요지〉

[1] 어음의 만기는 확정가능하여야 하므로 어음 자체에 의하여 알 수 있는 날이어야 하고 어음 이외의 사정에 의하여 좌우될 수 있는 불확정한 날을 만기로 정할 수 없는 것인바, 불확정한 날을 만기로 정한 어음은 무효이다.

[2] 타인의 채무에 관하여 제3자가 채무자를 위하여 약속어음을 발행하여 채권자에게 교부한 경우 특별한 사정이 없는 한 동일한 채무를 면책적 또는 중첩적으로 인수한 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

어음행위의 해석에 있어서 어음에 기재된 사항은 그 자체가 뜻하는 바대로 해석해야 하며, 원인관계나 기타 어음 외적 사실에 기초하여 해석해서는 안 된다는 외관해석원칙의 실제적 의미를 지적한 판례이다.

## 258. 어음행위 내용의 해석

(대법원 2000.12.8. 선고 2000다33737 판결)

〈쟁점〉

어음행위의 내용에 대한 해석방법

〈판결요지〉

[1] 어음행위의 내용은 어디까지나 어음상의 기재에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지, 어음 외의 사정에 의하여 어음상의 기재를 변경하는 방식으로 해석하여서는 아니 된다.

[2] 약속어음의 소지인 甲이 어음의 배서란에 배서인으로 서명·날인하면서 乙을 피배서인으로 기재한 경우, 위 배서는 乙을 피배서인으로 한 기명식 배서로 보아야 하므로 위 배서에 이어 乙의 적법한 배서가 없이 위 어음을 취득한 丙은 배서의 연속이 흠결되어 위 어음의 적법한 권리자로 추정될 수 없고, 위 배서에 의하여 어음상의 권리가 甲으로부터 丙에게로 실질적으로 이전되었다고 볼 수도 없다고 한 사례.

〈판결이유〉

어음행위의 내용은 어디까지나 어음상의 기재에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지, 어음 외의 사정에 의하여 어음상의 기재를 변경하는 방식으로 해석하여서는 아니된다고 할 것이다.

소외 김수성은 이재수로부터 교부받은 이 사건 약속어음의 배서란에 배서인으로 서명·날인하면서 소외 배종윤의 성명을 그 피배서인란에 기재하였음을 알아 볼 수 있는바, 김수성의 위와 같은 피배서인란 기재의 의미는 어디까지나 어음상의 기재 자체에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지 그의 내심의 의사 등과 같은 어음 외의 사정을 들어 그 기재와 달리 해석할 수는 없는 것이므로, 김수성의 위 배서는 그 어음상의 기재대로 배종윤을 피배서인으로 하여 한 기명식 배서로 보아야 한다고 할 것이고, 따라서 위 배서에 이은 배종윤의 적법한 배서가 없는 이 사건에서는 배서의 연속이 흠결되어 원고를 이 사건 약속어음의 적법한 권리자로 추정할 수 없을 뿐만 아니라, 위 배서에 의하여 이 사건 약속어음의 어음상의 권리가 김수성으로부터 원고에게로 실질적으로 이전되었다고 할 수도 없다고 할 것이다.

그렇다면 원심이 배종윤의 성명기재가 피배서인의 취지로 기재된 것이 아니라는 이유로 김수성의 위 배서가 피배서인을 지명하지 아니하고 한 백지식 배서라고 판단한 끝에 원고가 위 배서에 의하여 이 사건 약속어음상의 권리를 적법하게 양도받았다고 한 것은 잘못이다.

〈선정이유〉

어음행위의 내용은 어디까지나 어음상의 기재(記載)에 의하여 객관적으로 해석하는 외관해석의 원리를 따라야 한다. 외관해석의 원칙은 ① 어음행위의 성립과 유효 여부를 모두 어음에 기재된 문언에 따라 정하고, ② 어음행위의 효과도 어음상 기재된 문언에 따르는 것을 그 내용으로 한다. 甲의 위 피배서인란(欄) 기재의 의미는 어디까지나 어음상의 기재 자체에 의하여 객관적으로 해석하여야 하는 것이지 그의 내심의 의사 등과 같은 어음 외의 사정을 들어 어음상 그 기재를 변경하는 방식으로 해석할 수는 없다는 외관해석의 원리를 보여준 판례이다.

## 259. 유효해석의 원칙

(대법원 1981.7.28. 선고 80다1295 판결)

〈쟁점〉

발행일자가 달력에 없는 날짜인 '1978.2.30.'으로 기재된 약속어음의 유효 여부 (적극)

〈판결요지〉

발행일의 기재가 1978.2.30.인 약속어음은 같은 해 2월 말일을 발행일로 하는 약속어음으로서 유효하다.

〈판결이유〉

약속어음의 발행일의 기재가 1978.2.30.로 되어 있음은 소론과 같으나 이는 같은 해 2월 말일을 발행일로 하는 약속어음으로서 유효하다고 할 것이다. 왜냐하면 약속어음 외의 사실을 조사하여 약속어음의 일부의 기재착오를 보충하거나 정정하는 것은 약속어음행위가 증권행위이므로 허용되어서는 아니되지만 위와 같은 약속어음의 기재자체를 본인의 합리적인 의사에 따라서 판단한다면 그 달의 말일의 의미로 생각하는 것이 당연하고 이를 약속어음의 요건을 흠결한 무효한 것이라고 생각하는 것은 오히려 교활한 약속어음 채무자에게 지급거절의 구실을 주게 되어 약속어음의 유통성 강화에 해가 되고 약속어음법의 이념에 반하기 때문이다.

〈선정이유〉

유효해석의 원칙이란 어음행위가 다소 흠이 있더라도 신의칙에 입각해서 가급적 유효하게 해석해야 한다는 것이다. 따라서 본안에서와 같이 1978년 2월 30일을 발행일자로 기재한 어음은 1978년 2월 말일을 발행일로 하는 유효한 어음으로 해석해야 한다는 것이 판례의 태도이다. 그렇지만 어음거래의 특성을 감안한다면 어음행위의 해석은 어음의 문언성과 그에 따른 외관해석의 원칙이 우선해야 한다. 따라서 유효해석의 적용범위를 축소해서 외관해석의 원칙에 따라야 할 필요가 엄존한다.

# III. 어음행위의 성립

## 260. 기명(記名)

(대법원 1969.7.22. 선고 69다742 판결)

〈쟁점〉

어음행위상 기명이 본명과 일부 불일치 하는 경우 어음의 효력

〈판결요지〉

약속어음의 발행에 있어 발행인의 기명이 반드시 그 본명과 일치하여야 하는 것은 아니다.

〈판결이유〉

약속어음의 발행에 있어서 발행인의 기명·날인이 필요요건으로 되어있으나 그 기명에 있어서는 반드시 공부상의 명의가 동일함을 필요로 하지 않으며 발행인의 의사에 의하여 발행되었다고 인정되는 이상 외형상 발행인의 기명이 있는 것으로 보여지면 되는 것이고 반드시 발행인의 본명을 기입하여 되는 것은 아니라고 할 것인바, 이 사건에 있어서 원심은 이 사건 약속어음이 피고의 의사에 의하여 발행되었다고 인정하고 있는 것이므로 피고의 본명이 정창균 임에도 불구하고 "정창규"라고 기명하였다고 하여도 "창균"이라는 피고의 도장을 찍은 이상에는 약속어음으로서의 유효조건을 결여하였다거나 피고가 발행한 것이 안 된다고는 할 수 없으므로 원심이 이 사건 약속어음을 피고가 발행한 것으로 인정한 조치에 위법이 없다.

〈선정이유〉

기명이라 함은 자필기명만을 뜻하는 것이 아니고 단지 성명을 기재함을 의미한다. 따라서 타자나 개인용 컴퓨터(PC)로 이름을 쓰는 것도 무방하며 이름이 새겨진 고무인을 쓰는 것 역시 무방하지만 날인만 있고 기명이 없는 어음행위는 행위자가 특정되지 아니하므로 무효이다. 어음행위가 성립하는 형식적 요건 중 기명에 대한 판례이다.

## 261. 기명(記名)과 날인(捺印)의 불일치

(대법원 1978.2.8. 선고 77다2489 판결)

〈쟁점〉

어음에 기명된 자와 압날(押捺)된 인영이 다를 경우 어음 요건의 흠결 여부

〈판결요지〉

어음법상의 기명·날인이라는 것은 기명된 자와 여기에 압날된 인영이 반드시 합치됨을 요구한다

고 볼 근거는 없으므로 약속어음에 기명이 되고 거기에 어떤 인장이 압날되어 있는 이상 외관상 날인이 전연 없는 경우와는 구별되어야 한다.

〈선정이유〉

유통성의 보장이란 이유로 기명과 일치하지 않는 날인도 유효한 날인으로 본다. 왜냐하면 이러한 기명·날인을 무효라고 할 경우 이는 어음행위의 형식적 하자를 구성하여 그 이후의 어음행위가 모두 무효가 되기 때문이다. 하지만 인쇄된 기명·날인은 '기명'부분은 유효하지만 '날인'부분은 적법하지 않다. 날인을 요구하는 취지가 기명의 진실성을 증명하기 위함이므로 인쇄된 날인은 그러한 기능을 할 수 없다.

## 262. 법인의 기명(記名)과 날인(捺印)

(대법원 1964.10.31. 선고 63다1168 판결)

〈쟁점〉

법인의 어음행위

〈판결요지〉

법인의 행위는 대표관계에 의하여서만 실현할 수 있는 것이므로 법인이 어음행위를 함에 있어서는 대표기관이 법인을 위하여 하는 것이라는 취지 즉 대표자격이 있다는 것을 표시하고 그 사람이 기명·날인하여야 한다.

〈선정이유〉

법인의 어음행위는 법인의 대표자가 대표자격을 표시하고, 자신의 기명·날인 또는 서명을 하거나, 법인의 대리인이 대리자격을 표시하고 기명·날인 또는 서명하는 방법으로 해야 한다. 따라서 법인의 명칭을 기재하고 법인의 인장을 날인한 것은 법인의 어음행위로 볼 수 없다. 대표자의 기명·날인 또는 서명이 없이 회사인(會社印)만을 압날했기 때문이다.

## 263. 법인의 어음행위

(대법원 1979.3.27. 선고 78다2477 판결)

〈쟁점〉

발행인 난(欄)에 회사 대표이사 개인 이름만이 기재되고 그 명하(名下)에 회사 대표이사 직인이 날인된 약속어음의 발행인을 회사로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

약속어음의 발행인 명의가 회사 대표이사인 개인 甲으로만 되어 있고, 동인(同人)이 회사를 위하여 발행하였다는 뜻이 표시되어 있지 아니한 이상, 그 명하에 날인된 인영이 회사의 대표이사 직인이라 할지라도 그 어음은 동인이 회사를 대표하여 발행한 것이라고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

법인의 어음행위는 대표자가 법인을 대표하여 한다는 뜻이 표시되어야 하므로 단순히 대표자의 기명·날인만 있다면 이는 대표자 개인의 어음행위로 보아야 한다. 대표이사 직인을 압날한 경우도 같다. 법인의 어음행위상 기명·날인 방법을 적시한 판례이다.

## 264. 법인의 대표관계 내지 대리관계의 표시

(대법원 1973.12.26. 선고 73다1436 판결)

〈쟁점〉

법인이 어음행위를 하는 경우 그 대표관계 내지 대리관계의 표시방법

〈판결요지〉

법인이 어음행위를 하려면 대표기관이 그 법인을 위하여 하는 것임을 표시하고 자기 성명을 기재하여야 하는 것은 대표기관 자신이 직접 어음행위를 하는 경우이고, 대리인이 어음행위를 하려면 어음상에 대리관계를 표시하여야 하는바, 그 표시방법에 대하여 특별한 규정이 없으므로 어음상에 대리인 자신을 위한 어음행위가 아니고 본인을 위하여 어음행위를 한다는 취지를 인식할 수 있을 정도의 표시가 있으면 된다.

〈판결이유〉

법인의 어음행위는 대표기관에 의하여서만 할 수 있는 것이므로 법인이 어음행위를 함에 있어 이점을 어음상 명확하게 하기 위하여 대표기관이 법인을 위하여 하는 것이라는 취지 즉 대표자격이 있다는 것을 표시하고 그 사람이 기명·날인하여야 한다고 할 것인바, 이 건(件) 약속어음의 배서란을 보면 피고 회사는 연합실업 주식회사에 발행하고 동 회사는 원고 이용주와 소외 손덕원에게 배서·양도함에 있어 "연합실업주식회사 이사 김용식"이라는 명판과 인장만을 날인하고 대표이사 표시가 없고 대표이사의 기명·날인이 없으므로 이 건 어음의 배서는 무효라고 판시하였다. 그러나 회사나 기타 법인이 어음행위를 하려면 대표기관이 그 법인을 위하여 하는 것임을 표시하고 자기 성명을 기재하여야 하는 것은 대표기관 자신이 직접 어음행위를 하는 경우이고 대리인이 어음행위를 하려면 어음상에 대리관계를 표시하여야 하는바, 그 표시방법에 대하여 특별한 규정이 없으므로 어음상에 대리인 자신을 위한 어음행위가 아니고 본인을 위하여 어음행위를 한다는 취지를 인식할 수 있을 정도의 표시가 있으면 대리관계의 표시로 보아야 할 것인바, 본 건에 있어 "연합실업주식회사 이사 김용식"이라는 표시는 동 회사의 대리관계의 표시로서 적법한 표시로 인정하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

법인의 어음행위에 있어서 대표자격의 표시가 요구되는 것은 법인의 대표기관이 직접 어음행위를 하는 경우이고, 대리인이 법인의 어음행위를 대리할 경우에는 대리자격을 표시해야 한다. 그 대리자격은 본인을 위해 어음행위를 한다는 뜻을 인식할 수 있으면 족하다. 법인의 어음행위상 대리자격의 표시가 요구되는 의미를 적시한 판례이다.

## 265. 조합(組合)의 어음행위

(대법원 1970.8.31. 선고 70다1360 판결)

〈쟁점〉

조합이 어음행위를 한 경우 그 조합원의 어음행위로 인한 권리의 취득 또는 의무의 부담 여부

〈판결요지〉

[1] 법인격 없는 조합이 어음행위를 하였을 경우에는 조합 자체가 아닌 그 조합원이 위 어음행위로 권리를 취득하거나 의무를 부담한다.

[2] 조합의 어음행위는 전(全) 조합원의 어음상의 서명에 의한 것은 물론 대표조합원이 그 대표자격을 밝히고 조합원 전원을 대리하여 서명하였을 경우에도 유효하다.

〈판결이유〉

법인격 없는 조합이 어음행위를 하였을 경우에는 그 조합원이 위 어음행위로 인한 권리의 취득 또는 의무의 부담을 하는 것이고 조합 자체가 위 어음행위로 인한 권리취득이나 의무부담을 하는 것은 아니다. 조합의 어음행위는 전 조합원의 어음상의 서명에 의한 것은 물론 대표조합원이 그 대표자격을 밝히고 조합원 전원을 대리하여 서명하였을 경우에도 유효하다고 하여야 할 것이다. 그리고 조합의 대표조합원이 그 대표자격을 밝히고 어음상에 서명하는 경우에는 그 조합의 대표자격을 밝히기만 하면 유효한 것이며 반드시 어음행위의 본인이 되는 전 조합원을 구체적으로 표시할 필요는 없다.

〈참조판례〉

민법상의 조합과 법인격은 없으나 사단성이 인정되는 비법인사단을 구별함에 있어서는 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 하는바, 조합은 2인 이상이 상호간에 금전 기타 재산 또는 노무를 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하는 계약관계에 의하여 성립하므로(민법 제703조) 어느 정도 단체성에서 오는 제약을 받게 되는 것이지만 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 비하여 비법인사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 특성이 있다 하겠는데 민법상 조합의 명칭을 가지고 있는 단체라 하더라도 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행해지며, 구성원의 가입, 탈퇴등으로 인한 변경에 관계없이 단

체 그 자체가 존속되고, 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 확정되어 있는 경우에는 비법인사단으로서의 실체를 가진다고 할 것이다. 따라서 비법인사단인 선어중매조합의 대표자의 위임에 따른 어음행위로 인한 어음금의 지급책임이 독립한 권리의무의 주체인 위 조합에게 귀속되는 것이지 그 구성원들이 이를 부담하는 것은 아니라고 한 사례(대법원 1992.7.10. 선고 92다2431 판결).

〈선정이유〉

조합은 법인격이 없으므로 조합 자체의 어음행위가 있을 수 없고, 조합 자체의 기명·날인 또는 서명도 있을 수 없다. 조합의 어음행위는 조합원 전원이 기명·날인하거나, 조합원 전원을 대리할 권한이 있는 자가 조합원을 대리하여 기명·날인해야 한다. 현명주의 원칙에 따라 조합원 전원을 본인으로 기재하고 대리인이 기명·날인하는 것이 원칙이지만 조합대표가 조합의 명칭과 그 대표자격을 표시하고 기명·날인한 때에도 전 조합원의 어음행위로서 유효하다고 한 판례이다.

## 266. 특별법에 의한 어음상 권리능력

(대법원 1985.2.26. 선고 84다카527 판결)

〈쟁점〉

새마을금고 이사장이 이사회 의결 없이 한 비조합원으로부터의 자금차입이나 약속어음 배서행위의 효력

〈판결요지〉

소외 김용식은 피고 새마을금고의 이사장으로 근무함을 기화로 피고 이사회의 의결 없이 개인목적에 사용할 자금차입을 위하여 액면 금 1,000만 원의 약속어음 2매를 발행하여 피고 명의로 거절증서작성의무를 면제하여 각 배서양도하고 소외 김재걸로부터 자금을 차입하였다. 살피건대, 피고 새마을금고는 새마을금고법에 의하여 설립된 비영리법인으로서 동법 제13조 제3항 제3호 소정의 소요 자금의 차입에는 이사회의 의결을 얻어야 한다고 한 규정과 동법 제16조 제1항 제1호 소정의 금고의 신용사업으로는 회원으로부터의 예탁금, 적금의 수입과 회원에 대한 자금의 대출로 한정하고 있는 점 및 동법 제7조 소정의 회원의 자격, 출자에 관한 규정 등과 동법의 목적으로 하는 바에 비추어 새마을금고 이사장이 이사회의 의결 없이 한 비조합원으로부터의 자금차입이나 약속어음 배서행위는 무효라고 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

판례는 특별법에 의해 설립된 비영리법인의 어음행위를 엄격하게 제한하고 있다. 특수법인의 설립근거인 해당 특별법에 의해 설립된 비영리법인의 자금차입 기타 채무부담행위 등 어음행위를 엄격하게 제한하여 어음발행을 통한 자금차입행위 기타 배서·보증과 같은 채무부담행위를 무효라고 판시한 사례이다.

## 267. 학교법인의 어음행위

(대법원 1971.2.23. 선고 70다2981 판결)

〈쟁점〉

사립학교의 장(長)이 사립학교 명의로 발행한 어음의 효력

〈판결요지〉

[1] 학교법인의 사업체에 불과한 학교 자체로서는 권리의무의 주체가 될 수 없으니 [甲대학 학장 乙]이란 이름으로 발행된 약속어음을 곧 그 대학을 경영하는 학교법인이 발행한 것이라고는 볼 수 없고, 위의 법리는 乙이 당시 甲대학 학장 겸 그 학교법인의 이사였다 하더라도 다를 바 없어 위 약속어음은 을 개인 이름으로 발행된 것으로 보아야 한다.

[2] 학교법인의 사업체에 불과한 학교자체로서는 권리의무의 주체가 될 수 없으니 약속어음이 "甲대학교장 乙"이란 직명으로 발행되었다 할지라도 결국 위 직명의 표시는 권리의무의 자체로서의 표시가 될 수 없는 것이므로 乙 개인 이름으로 발행된 것으로 보아야 하며 乙이 당시 甲대학장 겸 그 학교법인의 이사였다 하더라도 위 어음을 곧 학교법인이 발행한 것이라고는 볼 수 없다.

〈판결이유〉

1966.12.9. '청구대학장 최해청'이란 직명으로 액면 금 200만 원 지급기일 1967.2.20. 발행지 지급지 다 같이 대구시 지급장소 한일은행 대구지점으로 된 이 사건 약속어음 1장을 소외 삼보국토건설 주식회사에게 발행하였다는 사실에 의하여 학교법인의 사업체에 불과한 학교 자체로서는 권리의무의 주체가 될 수 없으니 위의 약속어음이 '청구대학장 최해청'이란 직명으로 발행되었다 할지라도 결국 위 직명의 표시는 권리의무의 주체로서의 표시가 될 수 없는 것이므로 최해청 개인 이름으로 발행된 것으로 보아야 한다. 피고가 당시 청구대학장 겸 등 학교법인의 이사였다 하더라도 사립학교법의 적용을 받는 학교법인은 그 이사들 중에서 선출된 이사장만이 그 학교법인을 대표함은 사립학교 제19조에 의하여 명백할 뿐만 아니라 어음법상의 권리관계는 그 문언증권서에 의하여 오로지 그 어음상에 표시된 문언에 의하여서만 정하여지는 것이므로 '청구대학장 최해청'이란 이름으로 발행된 약속어음은 곧 위 학교법인이 발행한 것이라고는 볼 수 없다.

〈선정이유〉

사립학교의 장(長)이 학교운영자금을 조달하기 위한 목적에서 사립학교 명의로 어음·수표를 발행할 경우 사립학교는 사립학교법에 의해 설립된 학교법인이 운영하는 사업체에 지나지 않고, 그 자체가 권리능력 있는 단체가 아니므로 이러한 어음·수표는 권리능력이 없는 자가 발행한 어음·수표로서 무효이거나 상황에 따라 학교장 개인이 발행한 것으로 보아야 한다고 설시한 판례이다.

## 268. 어음행위상 통정허위표시의 효력

(대법원 1996.8.23. 선고 96다18076 판결)

〈쟁점〉

어음행위에 민법 제108조가 적용됨을 전제로 형식상 주채무자 명의의 대출약정 및 그에 따른 어음발행행위가 통정허위표시에 해당하여 무효라고 본 사례

〈판결요지〉

동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 구 상호신용금고법(1995.1.5. 법률 제4867호로 개정되기 전의 것) 제12조의 적용을 회피하기 위하여 실질적인 주채무자가 실제 대출받고자 하는 채무액 중 일부에 대하여 제3자를 형식상의 주채무자로 내세웠고 상호신용금고도 이를 양해하면서 제3자에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 제3자 명의로 대출관계서류 및 약속어음을 작성받았음을 충분히 추단할 수 있는 경우 제3자는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 상호신용금고와 실질적 주채무자이므로, 제3자 명의로 되어있는 대출약정 및 약속어음 발행은 상호신용금고의 양해하에 그에 따른 채무부담 의사 없이 형식적으로 이루어진 것에 불과하여 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위라고 판단한 원심판결을 수긍한 사례.

〈판결이유〉

피고 ㈜대생상호신용금고가 소외 주식회사 현대프로세스의 요청에 따라 금 1,000,000,000원을 대출함에 있어 동일인에 대한 대출액 한도를 제한한 상호신용금고법(1995.1.5. 법률 제4867호로 개정되기 전의 것) 제12조, 같은 법 시행령(1995.4.11. 대통령령 제14574호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제1호의 규정의 적용을 회피하기 위하여 소외 회사는 자신이 실질적인 주채무자이면서도 그 중 금 500,000,000원에 대하여 원고를 형식상의 주채무자로 내세웠고, 피고도 이를 양해하면서 원고에 대하여는 채무자로서의 책임을 지우지 않을 의도하에 원고 명의로 대출관계 서류 및 이 사건 약속어음을 작성받았음을 충분히 추단할 수 있으므로, 원고는 형식상의 명의만을 빌려 준 자에 불과하고 그 대출계약의 실질적인 당사자는 피고와 소외 회사라 할 것이어서, 원고가 공동 발행인으로 되어 있는 이 사건 약속어음 중 원고 명의의 부분은 피고의 양해하에 그에 따른 채무부담 의사 없이 형식적으로 기재 · 작성된 것에 불과하고, 따라서 원고의 위 약속어음 공동 발행행위는 통정허위표시에 해당하는 무효의 법률행위이다.

〈선정이유〉

민법 제107조 내지 제110조는 의사표시에 하자가 있는 경우의 선의의 제3자를 보호하고 있다. 이러한 의사와 표시의 불일치가 어음행위에 적용되더라도 어음의 유통성에 장애를 주지 않는다. 어음행위에서 비진의표시는 상대방이 알거나 알 수 있었을 경우 무효이나 선의의 제3자에게는 대항하지 못하고, 통정허위표시는 무효이나 선의의 제3자에게 대항하지 못하므로 어음행위에도 의사와 표시의 불일치에 관련한 법리를 적용할 수 있다고 설시한 판례이다.

## 269. 기망(欺罔)에 의한 어음발행

(대법원 1996.7.30. 선고 95다6861 판결)

〈쟁점〉

[1] 약속어음 발행인이 제3자에게 기망을 당하여 어음발행행위를 한 사안에서 어음행위에 민법 제110조가 적용됨을 전제, 같은 조 제2항에 의한 취소를 인정한 사례

[2] 약속어음 발행인이 제3자에게 기망을 당하여 어음발행행위를 한 경우, 그 약속어음의 수취인이 민법 제110조 제3항의 제3자에 해당하는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

[1] 상호신용금고가 어음할인거래 채무자를 위한 연대보증인으로부터 할인대상 어음과 별도로 담보 목적의 약속어음을 발행·교부받고 어음할인거래 채무자에게 할인대상 어음을 할인하여 주었는데, 그 할인대상 어음이 위조된 것이었으나 연대보증인이 어음할인거래 채무자에게 기망을 당하여 그 위조 사실을 모르고 연대보증 및 담보 목적의 약속어음을 발행한 사안에서, 구체적 사실관계에 비추어 상호신용금고로서는 위조어음을 할인할 당시 그 어음이 위조되었다는 것과 나아가 연대보증인이 어음할인거래 채무자에게 기망을 당하여 어음할인거래 채무에 대하여 연대보증하여 약속어음을 상호신용금고에게 발행·교부하기에 이른 것임을 알 수 있었던 것으로 봄이 상당하다.

[2] 이 경우 상호신용금고는 어음할인거래 채무자에게 기망을 당한 약속어음 발행인으로부터 그 약속어음을 발행·교부받은 자이므로, 민법 제110조 제3항 소정의 제3자에 해당하지 아니한다.

〈선정이유〉

법률행위 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우나 의사표시가 사기나 강박에 의해 이루어진 경우에는 취소할 수 있으나 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(민법 제109조, 제110조). 그렇지만 '발행인으로부터 직접 약속어음을 교부받은 수취인'은 어음행위의 직접 상대방이어서 동조에 규정된 제3자에도 해당하지 않으므로 기망에 의해 이루어진 어음발행의 취소를 인정한 판례이다.

## 270. 어음행위의 취소·추인의 상대방

(대법원 1997.5.16. 선고 96다49513 판결)

〈쟁점〉

[1] 기망에 의한 어음발행행위 취소의 상대방과 효력의 범위

[2] 어음행위에 의사표시의 하자가 있다는 항변의 성격

〈판결요지〉

[1] 사기와 같은 의사표시의 하자를 이유로 어음발행행위를 취소하는 경우에 그 취소의 의사표시는 어음발행행위의 직접 상대방에 대하여 뿐만 아니라 어음발행행위의 직접 상대방으로부터 어음을 취득하여 그 어음금의 지급을 청구하고 있는 소지인에 대하여도 할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이지만, 이와 같은 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것이고, 이 때의 제3자라 함은 어음발행행위의 직접 상대방 이외의 자를 가리키는 것이므로, 어음의 발행인이 어음발행행위의 직접 상대방이 아닌 소지인을 상대로 어음발행행위 취소의 의사표시를 할 수 있다 하여

소지인의 선의·악의를 불문하고 취소의 효과를 주장할 수 있게 되는 것은 아니다.

[2] 어음행위에 착오·사기·강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방에 대한 인적항변에 불과한 것이므로, 어음채무자는 소지인이 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아닌 한, 소지인이 중대한 과실로 그러한 사실을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항할 수 없다.

〈판결이유〉

피고가 약속어음을 할인하여 주겠다는 소외 이은창(일명 이은중)의 거짓말에 속아 1994.11.5. 이은창에게 액면 금 50,000,000원, 지급기일 1995.1.20.로 된 약속어음 1장을 발행하여 주었고, 이은창은 이 사건 어음의 지급기일을 1995.4.20.로 변조한 다음 지급거절증서 작성의무를 면제하여 원고에게 백지식 배서의 방법으로 양도하여 원고가 변조된 이 사건 어음의 최종 소지인이 된 사실을 확정하였다. 사기와 같은 의사표시의 하자를 이유로 어음발행행위를 취소하는 경우에 그 취소의 의사표시는 어음발행행위의 직접 상대방에 대하여 뿐만 아니라 어음발행행위의 직접 상대방으로부터 어음을 취득하여 그 어음금의 지급을 청구하고 있는 소지인에 대하여도 할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이지만, 이와 같은 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것이고(민법 제110조 제3항), 이 때의 제3자라 함은 어음발행행위의 직접 상대방 이외의 자를 가리키는 것이므로, 어음의 발행인이 어음발행행위의 직접 상대방이 아닌 소지인을 상대로 어음발행행위 취소의 의사표시를 할 수 있다 하여 소지인의 선의·악의를 불문하고 그 취소의 효과를 주장할 수 없다.

〈선정이유〉

법률행위에 취소사유가 있는 경우 법률행위의 직접 상대방에 대하여 취소 또는 추인의 의사표시를 해야 하지만(민법 제142조, 제143조 제2항) 어음행위에 제한능력, 착오, 사기·강박 등 취소사유가 있는 경우 취소 또는 추인의 의사표시는 어음행위의 직접 상대방에 한하지 않고 그 후 어음을 취득한 소지인에 대해서도 할 수 있다고 한 판례(통설)이다.

## 271. 어음의 효력 발생시기

(대법원 1989.10.24. 선고 88다카24776 판결)

〈쟁점〉

어음공정증서 작성을 위하여 공증인에게 어음을 접수시킨 경우 그 어음의 발행 간주 여부(적극)

〈판결요지〉

간이절차에 의한 민사분쟁사건처리특례법과 공증인법에 의하여 변호사들이나 공증인이 공증인법 제56조의2 제1항 소정의 공정증서를 작성하기 위하여 같은 법 제2항 소정의 자로부터 촉탁을 받아 어음을 접수한 경우에는 비록 그 어음발행인이 작성된 어음을 수취인에게 교부하지 않았더라도 그 어음의 수취인과 함께 촉탁했을 때에는 그 접수시에 공증인이 수취인의 기관으로서 교부받은

것으로 보는 것이 옳으므로 그 어음은 발행된 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

약속어음의 발행이란 그 작성자가 어음요건을 갖추어 유통시킬 의사로 그 어음에 자기의 이름을 기명·날인하여 상대방에게 교부하는 단독행위이다. 어음의 효력발생시기에 대해 약속어음의 발행은 단독행위의 성격을 가지므로 '수취인의 기관'으로서 교부받는 것으로 간주하여 효력을 인정한 것이다. 그렇지만 수취인에게 교부하지 않고 누구에게라도 교부하면 효력이 발생한다고 보는 '발행설'이 타당한지에 대해서는 의문이 남는다. 어음의 효력발생시기에 관해 특정 학설에 근거한 판례는 아직 없다.

## 272. 어음행위의 성립시기

(대법원 1999.11.26. 선고 99다34307 판결)

〈쟁점〉

어음상에 발행인으로 기명·날인한 후 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 유통된 경우 어음작성자가 소지인에 대하여 어음상의 채무를 부담하는지 여부 (한정 적극)

〈판결요지〉

어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명·날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음을 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다.

〈판결이유〉

어음의 교부흠결의 점에 대하여 어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명·날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음을 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다고 할 것이다. 피고는 물품대금의 지급에 사용할 목적으로 이 사건 약속어음에 금액은 백지로 하여 발행인으로서 서명·날인하여 두었고, 한편 원고는 그 후 백지가 보충되어 완성된 이 사건 약속어음을 소외 안용배로부터 할인취득하였음을 알 수 있으므로, 원고가 이 사건 약속어음을 취득함에 있어서 악의 또는 중과실이 있음을 피고가 주장·입증하지 아니하는 한, 이 사건 약속어음을 유통시킬 목적으로 작성하여 발행인으로 기명·날인한 피고는 이 사건 어음의 적법한 소지인인 원고에 대하여 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

어음의 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여 그 소지인의 악의·중과실이 증명되지 않는 한 발행인이 어음상 책임을 부담해야 한다는 표현을 사용하고 있어서 어음행위의 성립시기에 관한 학설 중 권리외관설을 취한 것으로 볼 수 있는 판례이다. 권리외관설에 의해 발행설을 보충하고 있는 사례이다.

# IV. 어음행위의 대리

## 273. 표현대리와 제권판결의 효력

(대법원 1969.12.23. 선고 68다2186 판결)

〈쟁점〉

[1] 피고 회사의 수표장과 대표이사의 도장을 보관하고 있던 자가 피고의 승낙 없이 피고 명의의 수표를 발행한 경우와 표현대리

[2] 제권 판결이 있은 뒤의 당해 수표의 효력

〈판결요지〉

수표에 관하여 제권판결이 있으면 수표의 정당한 소지인이라 할지라도 그 수표상의 권리를 행사할 수 없고, 공시최고를 신청한 사람이 실지 이 수표를 도난당하였거나, 또는 분실한 자가 아닐 경우에도 수표상의 실체적 권리자는 제권판결의 효력을 소멸시키기 위하여 불복의 소를 제기하여 취소판결을 얻지 않는 한 수표상의 권리를 주장할 수 없다.

〈판결이유〉

소외 김소암이 약 10년 전부터 피고 회사의 생산물의 매매 및 원료의 구입을 알선하여 왔고 1966년 6월경부터는 피고 회사의 수표장과 대표이사 우창래의 실인을 보관하고 원료구입에 있어 수표발행의 필요가 있을 때에는 피고 회사명의의 수표를 발행하여 왔는바, 동 김소암은 1966년 10월 중순경 본건 수표를 피고 회사의 승낙 없이 발행하여 소외 최봉린에게 교부하였으나 동 소외인은 김소암에게 피고 회사를 대리하여 수표를 발행할 대리권이 있다고 믿을 정당한 이유가 있다는 전제 아래 동 소외인의 수표발행행위가 민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리로서 법률상 유효하다.

〈선정이유〉

어음의 표현대리는 수표발행의 경우에도 동일하게 적용된다. 타인의 인장을 보관하는 자가 그 인장을 이용하여 타인의 이름으로 어음이나 수표를 발행하고 이 어음·수표의 금액이 계속 지급되었다면 상대방으로서는 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 판시한 사례이다.

## 274. 대리권표시에 의한 표현대리

(대법원 1980.8.12. 선고 80다901 판결)

〈쟁점〉

[1] 지방은행 예금취급소장의 개인수표 지급보증행위와 표현대리상의 과실

[2] 은행에 대하여 그 소속 예금취급소장의 불법행위에 대한 사용자책임을 인정한 사례

〈판결요지〉

[1] 지방은행의 예금취급소장이 그 자격을 사용하여 액면이 거액인 개인수표를 지급보증한다는 것은 이례에 속하는 것이므로 위 예금취급소장이 거액의 개인수표를 지급보증할 권한이 있는가를 지점이나 본점에 문의해 보는 조처를 취한바 없다면 위와 같은 대리권 있는 것으로 믿은데 과실이 있다고 할 것이다.

[2] 지방은행의 예금취급소장이 개인수표를 지급보증하는 것은 외관상 그 은행의 업무로 보여지고 또 본래의 업무와 밀접한 관계가 있는 것이므로 은행은 사용자로서 그 피용자인 예금취급소장의 불법행위로 인한 손해를 배상하여야 한다.

〈판결이유〉

이 사건에서 문제된 수표 4매 액면 도합 35,000,000원을 피고 은행 진주지점 관내 남부 간이예금취급소장이던 소외 구판진이 지급 보증을 하게 된 경위와 위 예금취급소장의 권한·업무한계 등을 설명한 후 비록 원고나 원고의 대리인 소외 박규창이가 위 소외인의 행위가 피고 은행의 정상적인 업무라고 믿었다 하더라도 그로서는 이른바 권한 유월(逾越)에 의한 표현대리가 될 수는 없는 것이므로 피고 은행에 대하여 본인으로서의 책임을 추궁할 수 없다고 설시하였는바, 그 조처는 그대로 수긍이 간다. 지방은행의 예금취급소장이 그 자격을 사용하여 액면이 거액인 개인의 수표를 지급보증한다는 것은 이례(異例)에 속한다 할 것이므로 원고가 논지에서 말하는 바와 같이 초등학교 밖에 나오지 않은 사람이라고 해서 그 이례에 속하는 것을 당연한 것으로 믿었다고 함은 이유없다.

〈선정이유〉

은행의 지방예금취급소장이 은행을 대리하여 거액의 개인수표를 지급보증하는 경우는 거래통념상 이례적인 대리행위에 속하므로 상대방이 설령 대리권이 있는 것으로 믿었다 하더라도 정당한 사유가 있다고 할 수 없다. 특히 고액의 어음인 경우 어음의 외관으로 보아 진정한 대리권의 존재를 의심할 만한 사정이 있음에도 불구하고 발행인 본인에게 확인하지 않았다면 대리권을 믿은 데에 정당한 사유가 없다고 한 사례이다. 권한을 넘은 표현대리의 판단기준을 어음·수표의 거래관행에 적용하여 표현대리상 과실을 인정한 판례이다.

## 275. 서명대리

(대법원 1991.6.11. 선고 91다3994 판결)

〈쟁점〉

[1] 처가 본인의 인장을 사용하여 2년 동안에 걸쳐 모두 100여 장의 본인 명의의 수표 및 어음을 발행하는 것을 중간에 알고도 방치한 자에게 처가 본인 명의로 수표를 발행하여 할인한 데 대한 표현대리 책임을 인정한 사례

[2] 수표발행의 직접 상대방에게 표현대리의 요건이 갖추어져 있는 경우 그로부터 수표를 전전양수한 소지인에 대한 본인의 책임 유무(적극)

〈판결요지〉

[1] 피고의 처가 피고 경영의 가스상회에서 경리업무를 보면서 1988년경부터 약 2년간에 걸쳐 피고가 당좌를 개설한 은행으로부터 피고의 수표용지를 수령해 피고가 별도로 경영하는 가스대리점에서 사용하는 인장이나 은행에 신고된 인장을 사용하여 모두 100여 장의 피고 명의의 수표 및 어음을 발행하였으며 피고도 1988년 10월경부터는 이를 알았으나 방치하였고, 피고가 피사취계를 내기 전까지는 대부분 어음과 수표가 정상적으로 지급되어왔는데, 피고의 처가 1989년 9월경 수표할인을 받기 위하여 은행에 신고된 피고의 인감도장을 사용하여 수표를 발행하였다면, 피고는 위 수표를 교부받은 자로 하여금 처가 피고 명의의 수표를 발행할 권한이 있다고 믿게 할 만한 외관을 조성하였다 할 것이고, 상대방으로서는 피고의 처에게 피고를 대리하여 피고 명의의 수표를 발행할 권한이 있다고 믿을 만한 충분한 사정이 있었다고 할 것이다.

[2] 수표발행의 직접 상대방에게 표현대리의 요건이 갖추어져 있는 이상 그로부터 수표를 전전양수한 소지인으로서는 표현대리에 의한 위 수표행위의 효력을 주장할 수 있으므로 본인은 표현대리의 법리에 따라 그 책임을 부담한다.

〈선정이유〉

어음행위의 표현대리는 대리인을 사칭하는 자가 대리인으로서 기명·날인하는 경우에 성립한다. 판례는 본인의 수권에 의한 기명·날인의 대행을 대리의 일종인 서명대리로 다루었다. 어음발행시 서명대리의 외관을 묵시적으로 승낙한 경우 표현대리의 법리에 따라 본인이 책임을 부담한 사례이다.

## 276. 어음행위상 표현대리의 제3자 범위

(대법원 1986.9.9. 선고 84다카2310 판결)

〈쟁점〉

[1] 약속어음의 지급보증 부분이 위조된 경우 동 어음의 제3취득자가 위 지급보증행위가 민법 제126조 소정 표현대리라고 주장할 수 있는 제3자에 해당하는지 여부

[2] 은행이사회가 지급보증 부분이 위조된 약속어음이라도 지급제시기간 내에 제시된 어음에 관하여는 어음금액을 지급하기로 결의한 경우 지급제시기간 경과후에 제시된 어음의 지급보증까지 추인한 것으로 볼 수 있는지 여부

[3] 조건부 어음보증의 효력

[4] 피용자가 사용자 명의의 조건부 어음보증 부분을 위조하였으나 조건의 불성취로 사용자에게 보증책임을 물을 수 없게 된 경우 민법상의 사용자책임 유무

〈판결요지〉

[1] 표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리 행위의 직접 상대방이 된 자만을 지시하는 것이고, 약속어음의 지급보증은 발행인을 위하여 그 어음금채무를 담보할 목적으로 하는 보증인의 단독행위이므로 그 행위의 구체적·실질적인 상대방은 어음의 제3취득자가 아니라 발행인이라 할 것이어서 약속어음의 지급보증 부분이 위조된 경우, 동 약속어음을 배서·양도받는 제3취득자는 위 지급보증행위가 민법 제126조 소정의 표현대리행위로서 지급보증인에게 그 효력이 미친다고 주장할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다.

[2] 은행명의의 약속어음 지급보증 부분이 위조된 것이어서 은행이 이사회의 결의로써 그 지급보증부분이 위조된 것이라도 일단 지급제시기간 내에 제시된 어음에 관하여는 지급거절로 인하여 야기될 경제적 혼란과 금융기관의 대외적인 공신력 실추 등을 방지하기 위하여 일응 그 어음요건을 심사한 후 소지인에게 어음금액을 지급하기로 방침을 정한 사실이 있고, 위와 같은 어음들의 어음금을 실지로 지급한 사례가 있었다 하더라도 그 사정만으로는 지급제시기간 경과 후에 제시된 약속어음에 대한 지급보증행위까지 모두 발행인 또는 소지인에 대하여 추인한 것이라고 볼 수 없다.

[3] 어음법상 보증의 경우에는 발행 및 배서의 경우와 같이 단순성을 요구하는 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라, 부수적 채무부담행위인 점에서 보증과 유사한 환어음 인수에 불단순 인수를 인정하고 있음에 비추어 어음보증에 대하여 환어음 인수의 경우보다 더 엄격하게 단순성을 요구함은 균형을 잃은 해석이고 또 조건부보증을 유효로 본다고 하여 어음거래의 안전성이 저해되는 것도 아니므로 조건을 붙인 불단순 보증은 그 조건부 보증문언대로 보증인의 책임이 발생한다고 보는 것이 마땅하다.

[4] 피용자가 어음금의 지급을 지급기일까지 보증한다는 내용의 사용자 명의의 어음보증을 위조한 경우, 소지인이 위 위조한 어음보증을 진정한 것으로 믿고 그 어음을 취득하기 위하여 금원을 출연함으로써 손해를 입었다 하더라도 그 어음의 지급제시기간 내에 지급제시를 하지 아니하여 보증조건이 성취되지 아니함으로써 보증 문언에 따른 보증책임을 추궁할 수 없게된 것인 이상 어음보증인인 사용자에 대하여 위와 같은 손해를 입었다 하여 민법상 사용자책임을 물어 그 배상을 구할 수 없다.

〈판결이유〉

표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 이는 위 규정을 표현대리에 의한 어음행위의 효력에 적용 또는 유추적용할 경우에 있어서도 마찬가지로 해석함이 상당하다. 또 약속어음의 지급보증은 발행인을 위하여 그 어음금채무를 담보할 목적으로 하는 보증인의 단독행위이므로 그 행위의 구체적, 실질적인 상대방은 어음의 제3취득자가 아니라 발행인이라 할 것이다.

원고는 소외 영동개발 주식회사가 발행하고 소외 윤경구와 김영호 등이 권한 없이 위 약속어음

면에 피고(舊 조흥은행) 명의의 지급보증문언을 기재하여 위조한 이 사건 약속어음을 위 발행으로부터 배서양도받아 제3취득자가 된 경우에 불과하다면, 가사 그 지급보증에 관한 기재내용이 진정한 것으로 오인하여 이를 취득한 것이라 하더라도 원고는 위 윤경구, 김영호 등이 한 지급보증행위의 직접상대방이 아니므로 소외 윤경구, 김영호 등이 권한없이 한 이 사건 지급보증행위가 민법 제126조 소정의 표현대리행위로서 피고에게 효력이 미친다고 주장할 수 있는 제3자에 해당하지 아니한다 할 것이다.

〈선정이유〉

표현대리에 관한 민법 제125조, 제126조, 제129조에서 말하는 제3자는 표현대리의 직접 상대방만을 의미한다. 어음행위의 표현대리에는 제3자를 직접 상대방으로 해석하는 제한설과 모든 어음취득자를 제3자의 범위에 포함시키는 확장설이 대립한다. 판례는 제한설에 따라 어음보증을 피보증인에 대한 단독행위라고 보고 제3자의 범위를 피보증인으로 제한하므로 표현대리에 의한 보증의 경우 피보증인(발행인)만 보호받을 수 있다. 그렇지만 어음보증은 피보증인이 어음채무불이행에 대비하여 보증인이 어음소지인에게 대신 책임질 의사를 표시하는 어음행위이다. 따라서 보증이 표현대리가 된 경우 어음소지인을 구제해야지 피보증인까지 구제할 필요가 있을지 의문이다.

## 277. 어음행위상 명의대여자의 책임

(대법원 1969.3.31. 선고 68다2270 판결)

〈쟁점〉

보험회사가 그 회사 지사장의 약속어음 발행행위에 대하여 명의대여자로서 책임을 져야 한다고 인정된 사례

〈판결요지〉

甲이 약속어음을 발행할 때 주소를 대한교육보험 주식회사(피고) 부산지사라고만 표시하고 동 회사 지사장이라고 기재하지 않았다 해도 그 성명 아래에는 개인 도장 외에 동 회사 부산지사장이라는 직인을 찍은 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이는 동인(同印)이 피고 회사 부산지사장이라는 대표자격을 표시한 것이라 할 것이고, 또 피고 회사는 甲에게 부산지사라는 상호를 사용하여 보험가입자와 피고 회사와의 사이에 보험계약체결을 알선할 것을 허락하였고, 甲은 부산지사 사무실 비품대금을 조달하기 위하여 乙에게 약속어음을 발행하고, 丙(원고)이 그 소지인이 되었다는 것이며, 乙이 甲의 위 어음발행행위의 주체를 피고 회사로 오인한 데에 중대한 과실이 있다고 보여지지 않으므로 피고 회사는 명의대여자로서 그 외관을 신뢰한 甲과의 거래에 대하여 상법 제24조에 의한 책임을 져야 한다.

〈선정이유〉

어음행위에서 명의대여자의 책임이 문제되는 경우는 명의차용자가 명의대여자의 허락없이 그의 이름으로 어음행위를 한 때에 발생한다. 명의대여자의 기명·날인을 위조하거나 무권대리한 경우에

해당한다. 판례에 따르면 명의차용자가 영업과 관련하여 어음행위를 한 경우 상법 제24조가 적용된다고 한다(적용설). 그렇지만 상법 제24조는 명의차용자의 영업상 채무에 관한 규정이므로 어음의 추상성으로 보아 어음채무를 영업상 채무로 볼 수 없으므로 명의대여자가 명의차용자의 채무에 대해 연대책임을 부담할 수 없고, 어음의 위조 또는 무권대리에 관한 법리에 의해 해결해야 한다는 주장도 있다(부적용설).

## 278. 어음행위상 무권대리인의 책임

(대법원 2001.2.23. 선고 2000다45303 판결)

〈쟁점〉

[1] 대리인이 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우, 본인은 수권의 범위 내에서 어음상의 채무를 부담하는지 여부 (적극)

[2] 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서의 집행력 유무 (소극)

〈판결요지〉

[1] 어음행위의 대리 또는 대행권한을 수여받은 자가 그 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우에 본인은 그 수권의 범위 내에서는 대리 또는 대행자와 함께 어음상의 채무를 부담한다.

[2] 공정증서가 채무명의로서 집행력을 가질 수 있도록 하는 집행인낙의 표시는 공증인에 대한 소송행위이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 공정증서가 작성된 경우 채무명의로서의 효력이 없다.

〈선정이유〉

무권대리는 권한이 없는 자가 타인의 대리인으로서 법률행위를 한 경우를 의미한다. 민법상 본인이 무권대리행위를 추인하면 무권대리행위는 처음부터 유효한 대리행위가 되지만(민법 제132조, 제133조), 본인이 추인하지 않을 경우 무권대리행위가 표현대리행위의 요건을 구비하면 본인이 그 무권대리행위의 이행책임을 부담하게 된다. 어음행위의 무권대리의 경우 무권대리인은 유권대리라면 본인이 부담해야 할 책임과 동일한 책임을 부담한다. 본인이 수권한 범위에서는 대리인과 함께 어음채무를 부담한다고 판시한 사례이다.

# V. 법인의 어음행위

## 279. 이사의 자기거래와 어음행위

(대법원 1966.9.6. 선고 66다146 판결)

〈쟁점〉

이사의 자기거래에 어음행위가 포함되는지 여부

〈판결요지〉

상법 제398조의 규정은 이사와 회사와의 사이에 직접적인 이해상반 거래에 있어 회사의 이익보호를 위해 회사는 당해 이사에 대하여 이사회의 승인을 얻지 못한 것을 이유로 그 거래행위의 무효를 주장할 수 있다는 것이고, 이사가 회사를 대표하여 자기를 위하여 회사 이외의 제3자와의 사이에 한 거래에 있어서는 거래안전과 선의의 제3자를 보호해야 하므로 회사는 이사회의 승인을 얻지 못하였다는 것 외에 상대방인 제3자가 이사회의 승인이 없었음을 알았다는 사실을 주장·입증하여야만 비로소 그 거래의 무효를 그 상대방인 제3자에게 주장할 수 있다고 해석함이 타당하다.

〈선정이유〉

주식회사의 이사가 회사를 상대방으로 하여 자기 또는 제3자의 계산으로 거래하는 것을 자기거래라고 한다. 이사의 자기거래는 이사회의 승인을 얻어야 한다. 어음행위는 원인행위와는 무관한 독립된 책임이 발행할 뿐만 아니라 항변절단의 효력이 있는 등 회사의 이익을 해할 가능성이 일반 거래에 비해 더욱 커지므로 이사의 자기거래에 당연히 포함시켜야 한다고 판시한 사례이다.

## 280. 표현대표이사의 어음행위

(대법원 1988.10.25. 선고 86다카1228 판결)

〈쟁점〉

표현대표이사가 다른 대표이사의 명칭을 사용한 경우에 상법 제395조의 적용 여부

〈판결요지〉

상법 제395조가 정한 표현대표이사의 행위에 의한 회사의 책임에 관한 규정은 표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용된다.

〈판결이유〉

피고회사의 경리담당 상무이사 소외 이상화가 피고회사의 자금관리업무를 담당하면서 구체적인 수권 없이 소외 세영콤퓨터주식회사가 발행한 액면 2,489만원의 약속어음 이면(裏面)에 피고회사 대표이사 명의로 백지식 배서를 하여 소외 망(亡) 이종태를 통하여 소외 정낙준에게 어음할인을 요청하고 정낙준은 위 이상화가 피고회사의 경리담당 상무로서 어음배서 등의 방법으로 자금조달을 하여 오고 있는 사정을 알고 있는 터라서 이 사건 어음도 위 이상화가 피고회사를 위하여 그 명의로 배서한 것이라는 위 이종태의 말을 믿고 그의 중개로 어음할인을 하여 주고 어음을 양도받아 1984.9.7.에 그 어음을 원고에게 양도하여 원고가 그 어음의 최종 소지인이 된 사실을 인정한 다음 피고는 이 사건 어음의 배서인으로서 원고에게 어음금액과 어음법 소정의 이자를 지급할 의무가 있다. 상법 제395조가 정한 표현대표이사의 행위에 의한 회사의 책임에 관한 규정은 표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용된다고 하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

상법 제395조는 대표이사가 아닌 자가 회사로부터 부여받은 표현적인 명칭을 가지고 대표행위를 한 경우 회사가 그 거래의 이행책임을 부담한다고 규정한다. 어음행위도 거래상대방을 보호할 필요성과 어음거래에서의 거래안전이 강도 높게 요구되는 어음행위에도 상법 제395조가 적용될 필요가 있다. 표현대표이사가 대표이사의 자격으로 자신이 기명·날인한 경우뿐만 아니라 자기 이름을 표시하지 않고 진정한 대표이사의 이름으로 어음행위를 한 경우에도 적용대상으로 한다. 보호대상인 제3자의 범위도 어음행위의 직접 상대방뿐만 아니라 제3취득자까지 포함된다고 판시한 사례이다.

# VI. 어음의 위조와 변조

## 281. 어음의 위조(僞造) 및 변조(變造)

(대법원 1996.10.11. 선고 94다55163 판결)

〈쟁점〉

무권리자가 수표 발행인란의 기명 부분을 발행회사의 구(舊) 상호에서 신(新) 상호로 임의 변경한 것이 수표의 위조 또는 변조에 해당되는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

무권리자가 수표 발행인 회사의 상호가 변경된 후에 임의로 그 회사가 상호변경 전에 적법하게 발행하였던 백지수표의 발행인란의 기명 부분만을 사선으로 지우고 그 밑에 변경 후의 상호를 써 넣은 경우 그 변경 전후의 기명은 모두 동일한 회사를 가리키는 것이어서 객관적으로 볼 때 그 백지수표의 발행인란의 기명·날인은 그 동일성이 유지되어 있고, 그 백지수표의 다른 기재사항에는 아무런 변경도 없으므로 그와 같은 발행인란의 기명의 변경에 의하여 수표면에 부진정한 기명·날인이 나타나게 되었다거나 새로운 수표행위가 있은 것과 같은 외관이 작출되었다고 볼 수는 없으므로 이를 수표법상 수표의 위조에 해당한다고 할 수는 없고, 또한 그 백지수표의 발행인란의 기명을 그와 같이 변경함으로 말미암아 그 백지수표의 효력이나 그 수표 관계자의 권리의무의 내용에 영향을 미친 것은 아니므로 이를 수표법상 수표의 변조에 해당한다고 할 수도 없다.

〈판결이유〉

원심은 소외 甲은 원고로부터 계속적으로 물품을 외상으로 공급받음에 있어 그 물품대금 채무를 담보하기 위하여, 1991. 5. 29.경 원고에게 지급지는 서울, 지급인은 주식회사 제일은행(성수동지점)이고 발행인 명의가 피고 주식회사 한일신소재(피고회사) 및 위 甲으로 된 당좌수표 1장(백지수표)을 금액, 발행일 및 발행지란을 각 백지인 채로 교부한 사실, 원고는 1992. 3. 20. 이 사건 백지수표의 백지부분을 발행일은 같은 날, 금액은 금 2,394,759,584원, 발행지는 서울로 각 보충하여 그 보충된 수표를 위 지급은행에 지급제시하였으나 '위조와 변조'를 이유로 지급거절된 사실 등을 인정하고, 피고회사가 위 甲을 통하여 원고에게 이 사건 백지수표를 위 물품대금 채무의 담보를 위하여 교부하였으므로 그 발행인으로서의 책임을 부담하여야 한다는 원고의 주장에 대하여, 피고회사가 이 사건 백지수표에 기명·날인하였음을 인정할 만한 증거는 없고, 오히려 피고회사는 원래

그 상호가 한일라켓트공업 주식회사이었다가 1990년 5월경 현재의 상호로 변경하였는데, 이와같이 상호를 변경하기 전인 1989.8.23.경 주식회사 한일트레이딩의 주식회사 현대종합상사에 대한 물품대금 채무를 담보하기 위하여 지급지 서울, 지급인 주식회사 제일은행(성수동지점)이고 발행인 명의가 한일라켓트공업 주식회사로 된 당좌수표를 작성하여 위 주식회사 현대종합상사에게 교부한 사실, 그 후 피고 회사가 위 피담보채무를 모두 변제하자 위 甲이 1991년 5월경 주식회사 한일트레이딩의 영업담당이사라는 직책을 이용하여 위 백지수표를 회수하였음을 기화로 이를 피고회사에게 반환하지 않고 보관하고 있다가, 임의로 위 백지수표상의 발행인란에 기재된 '한일라켓트공업(주)'를 사선으로 지우고 그 바로 밑에 변경된 상호인 '(주) 한일신소재'의 고무명판을 찍고 부전지를 붙여 공동 발행인으로 자신의 이름을 추가 기재한 이 사건 백지수표를 원고에게 교부한 사실 등을 인정한 다음, 비록 이 사건 백지수표의 발행인으로 표시되었던 '한일라켓트공업 (주)'라는 명칭이 피고 회사의 변경 전 상호라고 할지라도 이미 그 상호가 변경된 후에 위 최용남이 아무런 권한 없이 위 변경 전 상호로 표시된 발행인의 기명을 말소한 것은 변조에 해당하며, 그 대신 변경 후의 상호로 발행인의 기명을 새로이 작출한 것은 위조에 해당한다고 볼 것이라고 판단하여, 피고 회사가 이 사건 백지수표를 발행하였음을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다고 하였다. 그리고 피고회사가 표현대리책임에 관한 민법의 각 규정에 의하여 이 사건 백지수표의 발행인으로서의 책임을 부담하여야 한다는 원고의 주장에 대하여는, 피고 회사가 위 백지수표의 발행에 관하여 위 甲에게 대리권수여의 표시를 하였음을 인정할 자료가 없고, 원고가 위 백지수표를 취득함에 있어 위 甲에게 대리권이 있다거나 피고회사의 기명·날인이 진정하게 성립한 것으로 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 하여 위 표현대리책임에 관한 원고의 주장도 배척하였다.

그러나 이 사건에서 위 최용남이 피고 회사의 상호가 변경된 후에 임의로 피고 회사가 상호변경 전에 적법하게 발행하였던 백지수표의 발행인란의 기명 부분만을 사선으로 지우고 그 밑에 변경 후의 상호를 써넣었다고 하더라도 그 변경 전후의 기명은 모두 피고 회사를 가리키는 것이어서 객관적으로 볼 때 이 사건 백지수표의 발행인란의 기명·날인은 그 동일성이 유지되어 있고 위 백지수표의 다른 기재 사항에는 아무런 변경도 없으므로 위와 같은 발행인란의 기명의 변경에 의하여 수표면에 부진정한 기명·날인이 나타나게 되었다거나 새로운 수표행위가 있은 것과 같은 외관이 작출되었다고 볼 수는 없다 할 것이니 이를 수표법상 수표의 위조에 해당한다고 할 수는 없고, 또 이 사건 백지수표의 발행인란의 기명을 위와 같이 변경함으로 말미암아 위 백지수표의 효력이나 그 수표 관계자의 권리의무의 내용에 영향을 미친 것은 아니라고 할 것이므로 이를 수표법상 수표의 변조에 해당한다고 할 수도 없으며( 대법원 1993.7.13. 선고 93다753 판결 참조), 따라서 원심이 이를 수표의 변조 및 위조에 해당한다고 보아서 위 백지수표가 피고 회사에 의하여 발행된 것이 아니라는 취지로 판단하였음은 잘못이라 할 것이다.

## 〈선정이유〉

어음의 위조(僞造)는 권한 없이 타인의 성명을 모용하여 어음행위를 하는 것이다. 이미 행해진 타인의 기명·날인 또는 서명의 기재를 변경하여 종전의 어음행위자가 아닌 자가 어음행위를 한 듯한 외관을 나타내는 경우도 위조에 해당한다. 그러나 어음행위 후에 어음행위자의 상호가 변경되어 소지인이 그 기명·날인 중 기명부분에 표시된 구(舊) 상호를 지우고 신(新) 상호를 기재하는 경우 어음행위자의 동일성에 변동이 없는 기명의 변경은 위조가 아니라고 판시한 사례이다.

## 282. 어음의 변조 (1)

(대법원 1980.3.25. 선고 80다202 판결)

〈쟁점〉

지시금지문구 위의 어음첨부

〈판결요지〉

제3자가 고의로 약속어음에 기재된 지시금지의 문구 위에 인지를 첨부한 경우에는 이는 어음의 기재내용을 일부 변조한 것이므로 어음발행인은 변조 전의 문구에 따라서만 책임을 부담한다.

〈판결이유〉

약속어음 표면에 지시금지의 문구가 기재된 것이라고 인정한 자체에서 원고 주장의 그 문구 위에 100원짜리 수입인지를 붙여서 그것을 받은 사람으로 하여금 내용을 알 수 없게 하였고, 그 인지의 첨부가 그 어음을 발행한 피고에 의하여 저질러진 것이 아니라 권한 없는 제3자에 의하여 지시금지의 문구를 고의로 가리게 하기 위한 것이었다면 이는 어음의 기재내용을 일부 변조한 것이다.

〈선정이유〉

변조는 타인이 앞서 한 어음행위의 내용에 변경을 가하여 그 타인이 표시한 의사와 다른 내용의 어음채무가 발생한 것과 같은 외관을 만들어 내는 것이다. 기재사항의 말소, 기재사항의 내용변경 및 사항추가 등을 말한다. 적극적으로 기재사항을 말소하거나 변경·추가하는 것 이외에도 기재사항 위에 인지를 붙여 기재내용을 알 수 없게 하는 것도 변조라고 설시한 판례이다.

## 283. 어음의 변조 (2)

(대법원 1981.10.13. 선고 81다726 판결)

〈쟁점〉

약속어음 발행인의 수취인 변조와 발행인을 위한 보증인의 책임

〈판결요지〉

甲이 乙을 수취인으로 기재하여 작성한 약속어음에 피고로부터 발행인을 위한 어음보증을 받은 다음, 피고의 동의 없이 멋대로 수취인란의 기재를 삭제하고 원고에게 이를 교부하여 원고가 그 수취인란에 자신의 이름을 써넣었다면 이와 같은 약속어음의 수취인란 기재변경은 피고에 대한 관계에 있어서 어음의 변조에 해당하고, 위 어음보증의 주된 채무는 발행인 甲의 수취인 乙에 대한 채무이며, 원고에 대한 채무가 아니므로 변조된 수취인인 원고에 대해서까지 어음보증의 책임을 지는 것이 아니다.

〈판결이유〉

어음발행인이 자기 수중에 있는 어음의 기재내용에 어떠한 변경을 가하여도 이는 통상 권리자의 변경행위로서 변조가 되지 않는 것이나, 다만 그 어음상에 다른 권리 또는 의무를 가진 자가 있을 때에는 이러한 자의 동의를 받지 아니한 변경은 변조에 해당하는 것이다. 소외 전원개발 주식회사의 대표이사인 소외 이길상은 1979.9.29. 소외 한국에이스 주식회사를 수취인으로 기재하여 작성한 이 사건 약속어음에 피고로부터 발행인을 위한 어음보증을 받은 다음, 피고의 동의 없이 멋대로 수취인난(欄)의 기재를 삭제하고 원고에게 이를 교부하여 원고가 그 수취인난(欄)에 자신의 이름을 써넣었다는 것이므로 위와 같은 약속어음의 수취인난(欄) 기재변경은 피고에 대한 관계에 있어서 어음의 변조에 해당한다. 어음의 변조에 해당한다고 보는 이상 변조 전의 문언에 따른 당초의 수취인 한국에이스 주식회사에 대한 어음채무의 내용과 변조 후의 원고를 수취인으로 하는 어음채무의 내용과 사이에 차이가 없다고 하여도, 원래 어음보증은 어음상 채무를 담보함을 목적으로 하는 부속적 어음행위로서 주된 채무의 형식적 존재를 전제로 한 것인데, 이 사건 어음보증의 주된 채무는 발행인의 수취인 한국에이스 주식회사에 대한 채무이며 원고에 대한 채무가 아니므로 변조된 수취인인 원고에 대해서까지 어음보증의 책임을 물을 수 없는 것이다.

〈선정이유〉

어음행위자가 타인에게 어음을 교부하기 전에 자신의 어음행위 내용을 변경한다면 이는 원칙적으로 변조가 아니다. 그렇지만 이로 인해 이미 행해진 타인의 의무내용을 변경하는 결과가 되면 변조가 된다고 판시한 사례이다.

## 284. 어음의 부당보충과 위조

(대법원 1978.3.14. 선고 77다2020 판결)

〈쟁점〉

[1] 약속어음 금액란 부당보충이 위조에 해당하는지 여부

[2] 백지어음 금액란이 보충된 경우에 보충권의 내용에 관하여 발행인에 확인하지 아니한 것이 어음취득에 있어 중과실이 되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 약속어음의 금액란이 부당보충된 경우에는 어음법상의 어음의 위조에는 해당되지 않는다.

[2] 어음금액이 백지인 어음을 취득하면서 보증권한을 부여받은 자의 지시에 의하여 어음금액란을 보충하는 경우 보충권의 내용에 관하여 어음의 기명·날인자에게 직접 조회하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 취득자에게 중대한 과실이 있다.

〈판결이유〉

본건 어음에 관하여 부여된 보충권의 한도액인 금 136,000원을 초과하여 금액란에 3,500,000원으로 부당보충이 된 것이고, 금액란이 부당보충된 본건의 경우에는 어음법상 보충권의 남용에 해

당되고, 어음법상의 어음의 위조에 해당되는 것이 아니다. 왜냐하면 어음의 위조라고 하는 것은 어음행위자의 명의를 조작하는 것을 말하는데 백지어음의 부당보충의 경우에는 그 보충으로 인하여 완성된 어음행위의 주체는 의연히 당초의 어음행위자 그대로이고 다만 합의된 내용과 상이한 기재가 이루어진 것에 불과한 것이어서 어음의 위조와 보충권의 남용은 그 개념이 서로 다르기 때문이다.

〈선정이유〉

어음위조란 어음행위를 하지 않은 자가 어음행위를 한 것과 같은 외관을 만드는 것이고, 어음변조란 타인이 앞서 한 어음행위의 내용에 변경을 가하여 그 타인이 표시한 의사와 다른 내용의 어음채무가 발생한 것과 같은 외관을 만드는 것이다. 백지어음의 부당보충(不當補充)도 어음발행인의 의사와 다른 내용을 표현한다는 점에서 변조와  같다. 그렇지만 변조는 어음에 표현된 어음행위자의 의사를 변경하는 것이고, 부당보충은 어음 외적으로 표현된 발행인의 의사를 변경하여 어음에 기재하는 것으로 변조와 구별된다는 점을 눈여겨 볼 필요가 있다.

## 285. 어음위조의 표현책임

(대법원 1987.3.24. 선고 86다카1348 판결)

〈쟁점〉

수표위조행위가 대리권수여에 의한 표현대리에 해당한다는 사례

〈판결요지〉

甲이 자기의 사위인 乙에게 상호를 포함한 영업일체를 양도하여서 동일상호를 사용하여 영업을 계속하게 하는 동안 자기의 당좌거래를 이용하여 대금결제를 하도록 하였고, 또 영업을 乙에게 양도한 이후에도 자기명의의 당좌수표 및 약속어음 20여장이 乙로부터 丙에게 물품대금으로 교부되어 그 대부분이 결제되었다면 甲이 丙으로 하여금 乙이 甲명의의 수표를 사용할 권한이 있다고 믿게 할 만한 외관을 조성하였다 할 것이고, 이와같은 외관을 가지고서 乙이 甲의 인장을 남용하여 수표를 위조한 행위는 대리권 수여표시에 의한 표현대리에 해당한다.

〈판결이유〉

원심은 그 채택증거를 종합하여 甲이 제주시에서 애경상사라는 상호로 영업을 하여 오다가 1980.2.경 甲의 사위인 乙에게 상호를 포함한 영업일체를 양도하였는데 그 후 乙이 영업상 대금결제에 필요하다고 간청하여 그때마다 甲이 자기명의의 당좌수표나 약속어음을 스스로 작정 발행하여 乙에게 교부하였는바, 甲이 1982.2.경 자궁암으로 ○○대학교 부속병원에 입원 또는 통원가료를 받게 되어 인장의 보관을 소홀히 한 틈을 타서 乙이 甲의 인장을 도용하여 이 사건 당좌수표를 위조한 사실을 인정한 다음 甲이 乙에게 수표발행의 대행권이나 대리권을 수여한 사실이 없으므로 乙의 행위는 권한을 넘은 표현대리에 해당하지 않는다고 판단하였다.

그러나 원심이 확정한 바와 같이 甲이 그 사위인 乙에게 같은 상호를 사용하여 영업을 계속하게

하면서 甲의 당좌거래를 이용하여 대금결제를 하도록 하였고, 뿐만 아니라 제1심법원의 사실조회에 의한 회보에 의하면 영업을 양도한 이후에도 甲 명의의 당좌수표 및 약속어음 20여장이 乙로부터 丙에게 물품대금으로 교부되어 그 대부분이 결제되었음을 알 수 있는바, 이러한 사정을 종합하여 볼 때 甲은 丙으로 하여금 乙이 甲명의의 수표를 사용할 권한이 있다고 믿게 할 만한 외관을 조성하였다 할 것이고, 이와 같은 외관을 가지고서 乙의 수표위조행위는 대리권수여의 표시에 의한 표현대리에 해당한다고 할 것이다.

원심은 甲이 丙에게 수표발행의 권한을 수여한 일이 없으므로 甲의 행위는 권한을 넘은 표현대리에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 丙의 주장 요지는 乙에게 그 명의의 수표를 사용하게 한 이상 乙이 발행한 甲명의의 수표에 대하여 지급책임을 면할 수 없다는 것이니 이 주장은 반드시 권한을 넘은 표현대리라는 취지만이 아니고 표현대리를 광범위하게 주장한 취지라고도 볼 수 있으므로, 원심으로서는 대리권수여의 표시에 의한 표현대리에 해당하는지 여부에 대하여서도 심리판단하여야 할 것이다. 원심이 이 점에 관한 심리판단을 소홀히 함으로써 판결의 결과에 영향을 미친 위법을 범하였으므로 소송촉진 등에 관한 특례법 제12조 제2항에 해당한다 할 것이니 논지는 이유있다.

이에 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문(원심판결을 파기하고 사건을 제주지방법원 합의부에 환송한다)과 같이 판결한다.

〈선정이유〉

민법에서는 대리권 없는 자의 법률행위라도 제3자가 보기에 행위자에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 정상적인 대리행위와 마찬가지로 본인에게 책임을 귀속시킨다. 그 사유로 대리권수여의 표시에 의한 표현대리(민법 제125조), 권한을 넘은 표현대리(민법 제126조), 대리권소멸 후의 표현대리(민법 제129조)를 든다. 상법은 민법과 달리 본점·지점에서 지배인으로 오인할 만한 명칭을 사용하여 영업주를 대리한 표현지배인의 행위에 대해 영업주의 책임을 인정한다. 마찬가지로 어음행위에서도 乙이 甲의 대리인임을 사칭하고 甲의 이름으로 丙에게 어음을 발행하거나 배서 혹은 보증한 경우 丙이 乙에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있다면 甲은 어음발행인이나 배서인 혹은 보증인으로서의 책임을 면하지 못한다.

## 286. 어음위조의 효과 : 사용자배상책임의 손해액 산정

(대법원 1992.6.23. 선고 91다43848 판결)

〈쟁점〉

위조된 수표를 할인에 의하여 취득한 사람이 그로 인해 입게 되는 손해액 (=현실적으로 출연한 할인금 상당액)

〈판결요지〉

위조된 수표를 할인에 의하여 취득한 사람이 그로 인해 입게 되는 손해액은 특별한 사정이 없는 한 그 위조수표를 취득하기 위하여 현실적으로 출연한 할인금에 상당하는 금액이지, 그 수표가 진

정한 것이었더라면 그 수표의 소지인이 지급 받았을 것으로 인정되는 그 수표의 액면에 상당하는 금액이 아니라고 봄이 상당한바, 위조수표의 액면에 상당하는 금액은 그 수표가 위조된 것이 계기가 되어 그 소지인이 그 금액을 얻을 수 있으리라는 기대를 갖게 되는 이익에 지나지 아니할 뿐, 수표의 위조라는 불법행위가 없었더라면 그 소지인이 원래 얻을 수 있었던 것으로서 그 수표의 위조행위로 말미암아 얻을 수 없게 된 이익은 아니라고 할 것이므로, 그 소지인이 그 액면에 상당하는 금액을 지급받지 못하게 된 것이 불법행위로 인한 소극적 손해에 해당한다고 볼 수 없기 때문이다.

〈선정이유〉

어음위조는 피위조자와 전혀 무관한 자뿐만 아니라 피위조자와 특별한 관계, 특히 고용관계에 있는 피용자가 사익을 위하여 위조행위를 하는 것이 대부분이다. 이러한 피용자의 위조행위는 불법행위가 되므로 피위조자가 사용자배상책임을 부담해야 하는 경우가 있다. 이 경우 위조어음의 할인금 등 어음을 취득하기 위하여 지급한 금액이 어음금액과 상위한 경우 실제 지급한 취득금액(할인금액)을 손해액으로 한다고 판시한 사례이다.

## 287. 위조어음의 증명책임

(대법원 1993.8.24. 선고 93다4151 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

어음상의 어음채무자가 자신의 기명·날인이 위조되었음을 주장하는 경우 그 기명·날인의 진정 여부에 대한 증명책임의 소재

〈판결요지〉

[다수의견] 어음에 어음채무자로 기재되어 있는 사람이 자신의 기명·날인이 위조된 것이라고 주장하는 경우에는 그 사람에 대하여 어음채무의 이행을 청구하는 어음의 소지인이 그 기명·날인이 진정한 것임을 증명하지 않으면 안 된다.

[별개의견] 어음의 배서가 형식적으로 연속되어 있으면 그 소지인은 정당한 권리자로 추정되므로 배서가 위조된 경우 이를 주장하는 사람이 그 위조 사실을 입증하여야 한다.

〈선정이유〉

피위조자 명의의 배서란에 압날된 인영이 피위조자의 것임은 밝혀졌으나, 피위조자가 타인이 압날한 것임을 증명하였으므로 피위조자의 책임을 묻기 위해서는 소지인은 인장을 압날한 타인이 피위조자로부터 배서를 대리할 권한이 있음을 증명해야 한다고 판시한 사례이다.

## 288. 어음의 만기변조와 보전절차

(대법원 1996.2.23. 선고 95다49936 판결)

〈쟁점〉

[1] 약속어음의 변조 전에 기명·날인 또는 서명한 자의 어음상 책임

[2] 약속어음의 최종 소지인이 변조 전 원문언에 따른 지급제시기간 내에 지급제시하지 아니함으로써, 변조 전 배서인에 대한 소구권을 상실하였다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 약속어음의 문언에 변조가 있는 경우 변조 전에 기명·날인 또는 서명한 자는 그 변조에 동의하지 아니한 이상 변조 후의 문언에 따른 책임을 지지는 아니한다고 하더라도, 변조 전의 원문언에 따른 책임은 지게 된다.

[2] 약속어음의 최종 소지인이 배서인에 대하여 변조 전의 원문언에 따른 소구의무자로서의 책임을 묻기 위하여서는 소지인이 변조 전의 원문언에 따른 적법한 지급제시를 하였음이 인정되어야 할 것인바, 소지인이 약속어음이 변조된 후에야 비로소 그 어음을 취득하였고 변조 전의 원문언에 따른 지급제시기간 내에 그 약속어음을 지급제시하지 않은 경우, 그 최종소지인의 배서인에 대한 소구권은 요건 흠결로 상실되어 배서인에 대하여 변조 전의 원문언에 따른 책임도 물을 수 없다고 한 사례

〈사실관계〉

甲은 금액 23,000,000원, 만기 1994.2.25.인 약속어음을 작성하여 乙, A, B의 배서를 받아 C에게 차용금의 담보로 제공하였다. 그러나 甲은 채무변제기에 변제할 자금이 없어 C로부터 이 어음을 회수하는 한편 다른 어음을 발행하였다. 그리고 甲은 회수한 어음의 금액을 30,000,000원으로 만기를 1994.4.29.로 변경하여 D에게 교부하였다. D는 1994.4.29.에 이 어음을 甲에게 제시하였으나 역시 자금부족으로 거절되었으므로 배서인인 A에게 소구하였다. 이에 대해 법원은 A는 변조된 어음내용에 관해서는 책임이 없으나 원어음 문언에 따른 책임을 부담해야 하고, A의 책임을 묻기 위해서는 원문언에 따른 소구권보전절차를 밟아야 한다고 판시하였다.

〈판결이유〉

이 사건 약속어음의 최종 소지인인 원고가 배서인인 피고에 대하여 변조 전의 원문언에 따른 소구의무자로서의 책임을 묻기 위하여서는 원고가 변조 전의 원문언에 따른 적법한 지급제시를 하였음이 인정되어야 할 것인바, 변조 전의 원문언에 따른 이 사건 약속어음의 지급기일이 1994.2.25.임은 원심이 적법하게 확정한 바이고, 기록에 의하면 원고는 이 사건 약속어음이 변조된 후인 같은 해 3월 9일에야 비로소 위 어음을 취득하였다고 주장하고 있을 뿐만 아니라, 원고가 변조 전의 원문언에 따른 지급제시기간 내에 이 사건 약속어음을 지급제시하였음을 인정할 만한 증거도 엿보이지 아니하므로 (원고도 위 어음을 1994.4.7.에 지급제시하였다고 주장하고 있다), 원고의 피고에 대한 소구권은 요건 흠결로 상실되어 원고는 피고에 대하여 변조 전의 원문언에 따른 책임도 물을 수 없다고 할 것이다.

〈선정이유〉

변조된 어음의 소지인은 변조사실을 알지 못하는 한 변조 후의 만기를 기준으로 상환청구권보전절차를 밟을 것임이 분명하므로 결과적으로 변조 전의 어음행위자에 대하여는 상환청구권을 잃게 된다고 설시한 판례이다.

## 289. 변조어음의 증명책임

(대법원 1987.3.24. 선고 86다카37 판결)

〈쟁점〉

어음문언의 변경 후 기명·날인 여부 증명책임

〈판결이유〉

어음발행인이라 하더라도 어음상에 권리의무를 가진 자가 있는 경우에 이러한 자의 동의를 받지 아니하고 어음의 기재내용에 변경을 가하였다면 이는 변조에 해당할 것이고 약속어음에 배서인이 있는 경우 배서인은 어음행위를 할 당시의 문언에 따라 어음상의 책임을 지는 것이지 그 변조된 문언에 의한 책임을 지울 수는 없는 것이다. 또, 어음의 문언에 변개(개서)가 되었음이 명백한 경우에 어음소지인이 기명·날인자(배서인등)에게 그 변개 후의 문언에 따른 책임을 지우자면 그 기명·날인이 변개 후에 있은 것 또는 기명·날인자가 그 변개에 동의하였다는 것을 입증하여야 할 것이다. 이 사건 약속어음의 문언을 보면, 소외 이상만이 발행하여 소외 홍재락, 피고 김은환, 피고 서진석, 소외 주식회사 상호무역, 소외 박일선을 거쳐 원고 앞으로 배서연속이 되어있으나, 그 어음 전면 지급기일이 1984.7.20.에서 9.20.로 변개(개서)되고 여기에 발행인인 위 이상만의 정정인만이 날인되어 있음이 명백하므로 이러한 경우 어음소지인인 원고가 배서인인 피고들에게 위 변개된 문언에 따른 책임을 구하기 위하여는 피고들의 배서가 위 변개 후에 되었거나 또는 피고들이 그 변개를 동의하였다는 점을 증명해야 할 것이고, 원고가 그 증명을 다하지 못하면 그 불이익은 원고가 입어야 할 것이다.

〈선정이유〉

판례는 한때 변조를 주장하는 자가 그 어음이 변조된 사실, 즉 자신이 어음에 기명·날인할 당시의 어음문언에 관하여 증명책임을 부담한다는 입장을 취하였으나,[2] 그 후 판례는 어음문언의 변경이 명백한 경우 어음채무자에게 변경 후의 문언에 따라 책임을 지우자면 어음소지인이 어음채무자의 기명·날인이 변경 후에 있은 것을 증명해야 한다고 판시한 사례이다.

2) 어음법 제77조, 제69조의 규정에 의하여 약속어음의 문언에 변조가 있는 경우에는 그 변조 후에 기명·날인한 자는 변조된 문언에 따라 책임을 지고 변조 전에 기명·날인한 자는 원문언에 따라 책임을 지게 되는 것이므로 약속어음변조의 법률효과를 주장하는 자는 그 약속어음이 변조된 사실 즉, 그 약속어음에 서명날인할 당시의 어음문언에 관하여 증명책임을 진다(대법원 1985.11.12. 선고 85다카131 판결).

# VII. 어음의 선의취득

## 290. 어음의 선의취득

(대법원 1987.4.14. 선고 85다카1189 판결)

〈쟁점〉

[1] 법인의 어음행위 방식

[2] 약속어음의 선의취득에 관한 심리 및 판단을 하지 아니한 위법이 있다 하여 원심판결을 파기한 사례

〈판결요지〉

[1] 법인의 어음행위는 어음행위의 서면성, 문언성에 비추어 법인의 대표자 또는 대리인이 그 법인의 대표자 또는 대리권자임을 어음면상에 표시하고 기명·날인하는 대리방식에 의하던가, 법인의 대표자로부터 대리권을 수여받고 직접 법인의 대표자의 명의로 서명할 수 있는 권한이 주어져 있는 자의 대행 방식에 의하여 이루어져야 할 것이고 만일 어음행위자가 대리(대행)권한 없이 대리(대행)방식에 의하지 아니한 어음행위를 하였다면 무권대리인의 어음행위가 된다.

[2] 법인이 약속어음에 피배서인을 백지로 한 배서를 하여 보관하고 있던 중 분실하였는데 甲이 위 법인의 직원이라고 사칭하는 무권리자로부터 그 약속어음을 단순히 교부받은 경우에는 이같은 어음은 단순한 교부만으로도 양도가 가능한 점과 무권대리인의 어음행위의 법리에 비추어 보면 甲의 위 약속어음의 취득은 권한 없는 직원이 한 무권대리인의 어음행위로 인한 것으로는 볼 수가 없고 다만 어음행위자의 의사에 기하지 아니하고 유통된, 즉 교부행위가 흠결된 어음으로서 무권리자로부터 양도받은 것으로 보아야 하므로 어음법 제16조에 따라 甲이 그 약속어음을 취득할 당시 악의 또는 중대한 과실이 있었는지를 심리 판단하여야 한다.

〈판결이유〉

원심은 피고가 1983.9.16. 소외 동양전기산업 주식회사에게 액면 금 10,000,000원, 지급기일 1984.1.9. 발행지 및 지급지 각 서울특별시, 지급장소 주식회사 조흥은행 중앙지점, 수취인 위 소외 회사로 된 약속어음 1매를 물품대금조로 발행교부하고, 위 소외 회사는 이를 할인하기 위하여 위 어음 이면(裏面)의 피배서인을 백지로 한 채 배서를 하여 두고 회사관리부 차장인 소외 이과식에게 보관시키던 중 분실한 사실과 원고는 같은 날 14:00경 위 소외회사의 이(李)차장이라고 자칭하는 사람으로부터 전화로 어음할인의 요청을 받고 이를 응락한 후 이 사건 어음을 소지하고 나타난 약 25세 가량의 설명불상 남자로부터 그의 신분을 확인하거나 위 소외 회사에 문의함이 없이 이 사건 어음을 교부받고, 액면금에서 지급기일까지 월 2푼 9리의 이자를 공제한 잔액을 그에게 지급하여 어음할인을 하여 준 사실 및 원고는 위 어음의 최후소지인으로서 백지로 된 피배서인란에 원고의 성명을 보충한 후 지급기일인 1984.1.9. 지급장소에 지급제시하였으나 분실된 어음이라는 이유로 지급거절 당한 사실을 각 인정한 다음 위 소외 회사의 직원이라고 자칭하면서 위 회사를 대리하여 어음할인의 방법으로 원고에게 이 사건 어음을 양도한 위 성명불상자는 실제로 위 회사를 대리할 권한이 없는 자이므로 비록 위 어음면상 위 소외 회사의 배서가 진정하게 이루어졌

고, 원고가 이를 취득할 당시 위 성명불상자를 위 소외 회사의 적법한 대리권자로 믿었다 하더라도 원고는 위 어음상의 권리를 적법하게 취득할 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 배척하고 있다. 이미 피배서인란이 백지로 된 채 법인의 배서가 적법히 기재되어 배서의 어음행위가 있었고 다만 배서가 된 어음을 분실 당한 뒤에 법인의 직원이라고 자칭하는 자로부터 피배서인란이 백지로 되어 있는 이 사건 약속어음을 단순히 교부받은 경우 이 같은 어음은 단순한 교부만으로도 양도가 가능한 점과, 무권대리인의 어음행위의 법리에 비추어 보면, 원고는 이 사건 약속어음의 취득을 위의 권한 없이 직원이 한 무권대리인의 어음행위로 인한 것으로는 볼 수가 없다 할 것이고 다만 어음행위자의 의사에 기하지 아니하고 유통된, 즉 교부행위가 흠결된 어음으로서 무권리자로부터 양도받은 것으로 보아야 사리에 맞다. 따라서 원심은 어음법 제16조에 따라 이 사건 약속어음을 양도받은 원고가 위 약속어음을 취득할 당시 악의 또는 중대한 과실이 있었는가를 판단함이 마땅하다 할 것이다.

〈선정이유〉

어음에 표현대리이론이 적용되기 위해서는 발행·배서·보증 등의 어음행위가 전제되어야 한다. 단순히 어음을 교부하는 것만으로는 어음행위가 성립되지 않고, 설령 그 교부행위가 민법상 표현대리의 요건을 갖추었다 하더라도 표현대리는 성립하지 않는다. 어음행위가 없는 경우 무권대리도 성립하지 않는다. 정당한 교부행위가 흠결된 어음의 취득을 무권리자로부터 양수한 것으로 보고 선의취득의 성립 여부를 판단한 사례이다.

## 291. 어음 선의취득자의 중과실 인정

(대법원 1997.5.28. 선고 97다7936 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음을 취득함에 있어서 양도인의 실질적 무권리성을 의심하게 할 만한 사정이 있는 경우 이에 대하여 조사를 하지 아니하고 양수한 것이 중대한 과실에 해당하는지 여부 (적극)

[2] 지급기일이 기재되지 아니한 백지어음을 담보취득한 은행에게 중과실을 인정한 사례

〈판결요지〉

[1] 어음·수표를 취득함에 있어서 통상적인 거래기준으로 판단하여 볼 때 양도인이나 그 어음·수표 자체에 의하여 양도인의 실질적 무권리성을 의심하게 할 만한 사정이 있는데도 불구하고 이에 대하여 상당하다고 인정될 만한 조사를 하지 아니하고 만연히 양수한 경우에는 중대한 과실이 있다.

[2] 은행이 어음을 담보취득함에 있어, 어음이 일반적으로 법인 발행의 어음에 비하여 지급이 불확실한 개인 발행의 어음이고, 발행인이나 배서인이 당해 은행과 아무런 거래실적이 없는 자이며, 지급은행의 소재지와 다른 곳에 거주하는 배서인이 타지에서 담보제공하는 것이었고, 개인이 발행한 어음으로서는 비교적 고액이었으며, 특히 당시 어음의 지급기일 등 어음요건이 대부분 불비되어 있는 데다가 은행이 어음을 취득할 당시에 배서인이 어음을 발행인으로부터 공사대금조로 교부받

았다고 하였다면 경험칙상 발행인이 지급기일조차도 기재하지 않는다는 것은 극히 이례에 속하는 경우인 점에서 그 양도인의 실질적 무권리성을 의심하게 할 만한 사정이 있었다고 보여짐에도 불구하고 어음의 발행인에게 그 발행 경위에 관하여 확인하거나 지급 은행에 구체적인 정보조회를 하여 이의 의심을 해소할 만한 상당한 조사를 하여 보지도 아니한 채 이를 취득한 데에는 중대한 과실이 있다고 한 사례

〈판결이유〉

피고는 1994년 11월말경 이 사건 어음을 수취인, 발행일, 발행지, 지급기일, 발행인의 주소 모두 공란으로 두고 액면금과 발행인란에 피고의 명판과 도장만을 날인한 채 보관하고 있다가 1995.1.12. 위 어음이 분실된 것을 알고 분실신고를 한 사실, 한편 소외 강신달은 1994.8.13. 소외 장순만의 연대보증 아래 원고(한미은행)로부터 금 20,000,000원 등을 대출받았으나 그 상환을 지체함에 따라 추가담보제공을 요구받게 되자 자신이 발행인으로 있던 시도자치신문사의 광주지사 계약문제로 알게 된 강성은에게 담보제공을 부탁하게 되었고 위 강성은은 자신이 우연히 습득한 이 사건 어음을 위 강신달의 원고에 대한 위 대출금채무를 위하여 담보로 제공하기로 승낙하고 1995.1.16. 원고 은행 미아지점 사무실에서 원고와 유가증권용 근질권설정계약을 체결한 다음 원고 앞으로 배서하여 준 사실, 위 강성은은 전남 광주에 거주하는 자로서 그 동안 원고 은행과 거래실적이 전무하였으며, 지급이 불확실한 개인 발행의 어음이며 피고도 원고 은행과 거래실적이 전혀 없는 자인데, 원고는 이 사건 어음의 지급 은행인 위 오류동지점에 전화연락하여 피고의 거래사실 유무만을 확인하고 주민등록번호를 알아 금융결제원에 연결되어 있는 원고 은행 내의 컴퓨터 단말기로 피고의 신용정보조회를 하여 적색거래자에 해당되지 않는다는 정보만을 취한 뒤, 이 사건 어음을 피고로부터 공사대금조로 교부받았다는 위 강성은의 설명에 위 강성은이 사업자등록이 되어 있는 사실만을 확인한 채 더 이상 이 사건 어음의 발행·교부가 적법하게 이루어졌는가에 대한 아무런 조사도 아니한 사실을 인정하고 있다.

금융기관인 원고로서는 어음거래에 정통하고 있으므로 일반인의 경우에 비하여 어음거래 및 담보취득에 있어 더욱 신중하게 대처하여야 할 것인데, 원고가 이 사건 어음을 담보취득함에 있어, 이 사건 어음은 일반적으로 법인 발행의 어음에 비하여 지급이 불확실한 개인 발행의 어음이고, 발행인인 피고나 배서인인 위 강성은이 원고 은행과 아무런 거래실적이 없는 자였으며, 전남 광주에 거주하는 위 강성은이 지급은행이 대전 소재 은행으로 되어 있고 개인이 발행한 어음으로서는 비교적 고액인 이 사건 어음을 서울에서 담보제공하는 것이었고, 특히 당시 이 사건 어음의 지급기일 등 어음요건이 대부분 불비되어 있는 데다가 원고의 주장에 의하더라도 원고가 이 사건 어음을 취득할 당시에 위 강성은이 이 사건 어음을 피고로부터 공사대금조로 교부받았다고 하였다면 경험칙상 피고가 지급기일 조차도 기재하지 않는다는 것은 극히 이례에 속하는 경우인 점에서 그 양도인의 실질적 무권리성을 의심하게 할 만한 사정이 있었다고 보여짐에도 불구하고 원고는 이 사건 어음의 발행인인 피고에게 그 발행 경위에 관하여 확인하거나 지급 은행에 구체적인 정보조회를 하여 이의 의심을 해소할 만한 상당한 조사를 하여 보지도 아니한 채 이를 취득한 데에는 중대한 과실이 있다.

〈선정이유〉

어음의 선의취득이란 무권자의 형식적 자격을 신뢰하고 그로부터 어음을 양수한 자는 적법하게 어음상 권리를 취득하는 것으로 인정하는 제도이다(어음법 제16조 제2항). 선의취득은 동산의 거래

에서 인정된다. 그렇지만 어음이 채권임에도 불구하고 어음의 유통성을 고려하여 어음의 배서에 동산의 인도와 같은 공신력을 부여한 것이다. 어음의 선의취득 성립요건 중에서 양도인이 무권리자이고, 취득자에게 악의·중과실이 없어야 한다. 위 사안은 중과실을 인정한 예로 판례는 상대방 신분의 확실성, 어음금액의 크기, 거래계에서 통용되는 어음의 특성, 어음의 외양, 취득자의 조사능력 및 조사의 난이도, 어음거래조건의 통상성 여부 등을 중과실 판단근거로 제시하고 있다.

## 292. 어음 선의취득자의 중과실 부정

(대법원 1985.5.28. 선고 85다카192 판결)

〈쟁점〉

유통과정을 조사확인함이 없이 최후의 배서가 백지식으로 된 어음을 취득한 경우 중과실유무

〈판결요지〉

최후의 배서가 백지식으로 된 어음은 단순한 교부만으로 양도가 가능한 것이므로 원고가 어음할인의 방법으로 이를 취득함에 있어서는 양도인의 실질적인 무권리성을 의심하게 할 만한 특별한 사정이 없는 이상 어음문면상의 최후배서인에게 연락을 취하여 누구에게 양도하였는지를 알아보는 등 그 유통과정을 조사확인하지 아니하였다 하여 이를 가지고 그 어음취득에 있어서 중대한 과실이 있다고 할 수 없고, 이는 원고가 사채업자라 하여도 또한 같다.

〈판결이유〉

원심은 이른바 사채업자인 원고로서는 어음의 유통과정이나 그 발행 및 배서인의 신용 등에 관하여 전문적 지식이 있다고 보여지는 만큼 어음을 취득함에 있어서 보통사람에 비하여 보다 더한 주의가 요구된다 할 것이고, 더구나 이 사건 어음과 같이 액면이 고액이고 발행인은 신용있는 회사이나 최후배서인은 신용을 알 수 없는 개인으로 되어 있으며 최후배서가 백지식으로 되어 있어 배서없이 단시간내에 여러단계 유통될 수 있는 어음을 취득함에 있어서는 발행인의 신용이나 중개인의 말만 신뢰하는것으로는 부족하고 가능한한 어음문면상 원고의 전자인 최후배서인에게 연락을 취하여 누구에게 양도하였던 것인지를 알아보는 등 어음의 유통과정을 조사하였어야 한다 할 것이며, ...이는 중대한 과실에 해당한다고 하여 원고의 이 사건 어음금 청구를 배척하고 있다. 그러나 원고가 어음할인의 방법으로 이를 취득함에 있어서는 양도인의 실질적인 무권리성을 의심하게 할 만한 특별한 사정이 없는 이상 위 어음문면상의 최후배서인에게 연락을 취하여 누구에게 양도하였는지를 알아보는 등 그 유통과정을 조사·확인하지 아니하였다 하여 이를 가지고 그 어음취득에 있어서 중대한 과실이 있다고 할 수는 없다 할 것이고, 이는 원고가 사채업자라 하여도 또한 같다고 할 것이며, 한편 원심이 앞서 인정한 사실만으로서는 원고가 이사건 어음을 취득할 당시 양도인의 실질적인 무권리성을 의심케 할 만한 사정이 있었다고 보기도 어렵다할 것이다.

〈선정이유〉

취득자가 사채업자라 하더라도 백지식배서가 된 어음을 취득하면서 최후의 배서인에게 연락을 취하지 않은 것을 중과실이라 할 수 없다고 판시한 사례이다.

# 제 3 장 어음항변

## 293. 융통어음의 항변 가능성

(대법원 2012.11.15. 선고 2012다60015 판결)

〈쟁점〉

[1] 융통어음의 의의와 융통어음 발행자의 항변권 및 어음할인을 의뢰하며 교부한 어음이 그 어음을 양수한 제3자에게 악의의 항변을 할 수 없는 융통어음에 해당하는지 여부 (소극)

[2] 어음소지인이 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 어음을 소지할 정당한 권원이 없어지고 어음금 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우에도 인적항변 절단의 이익을 향유할 수 있는지 여부 (소극)

[3] 甲주식회사에 부탁하여 어음할인에 사용할 약속어음을 발행받은 乙주식회사가 어음할인을 받지 못하자 甲회사에 어음을 반환하기로 약속하고서도 그 후 丙주식회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였고, 丙회사도 甲회사의 어음 반환 요구를 거부한 채 丁주식회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였는데, 그 후 丁회사가 어음소지인으로서 위 어음을 지급제시하자 甲회사가 지급거절한 사안에서, 위 어음이 당초부터 원인관계 없이 교부된어음에 불과하다고 본 원심의 판단 부분은 잘못이나, 甲회사의 항변을 받아들여 丁회사의 어음금 청구를 배척한 원심의 조치는 결과적으로 정당하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 융통어음은 타인으로 하여금 어음에 의하여 제3자로부터 금융을 얻게 할 목적으로 수수되는 어음을 말한다. 융통어음의 발행자는 피융통자로부터 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의이거나 악의이거나, 또한 그 취득이 기한 후 배서에 의한 것이라 하더라도 대가 없이 발행된 융통어음이라는 항변으로 대항할 수 없으나, 피융통자에 대하여는 어음상의 책임을 부담하지 아니한다. 그리고 어떠한 어음이 융통어음에 해당하는지는 당사자의 주장만에 의할 것은 아니고 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 한다. 한편 어음의 발행인 또는 배서인이 어음할인을 의뢰하면서 어음을 교부한 것이라면 이는 원인관계 없이 교부된 어음에 불과할 뿐 이를 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 아니하는 이른바 융통어음이라고는 할 수 없다.

[2] 어음에 의하여 청구를 받은 자는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하는 것이 원칙이지만, 이와 같이 인적항변을 제한하는 법의 취지는 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하기 위한 것이므로 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 어음소지인이 그 어음을 소지할 정당한권원이 없어지고 어음의 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우에는 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하다고 보아야 한다.

[3] 甲주식회사에 부탁하여 어음할인에 사용할 약속어음을 발행받은 乙주식회사가 어음할인을 받지 못하자 甲회사에 어음을 반환하기로 약속하고서도 그 후 丙주식회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였고, 丙회사도 甲회사의 어음반환 요구를 거부한 채 丁주식회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였는데, 그 후 丁회사가 어음소지인으로서 위 어음을 지급제시하자 甲회사가 지급거절한 사안에서, 甲회사가 당초 乙회사로 하여금 제3자에게서 어음할인을 받

아 금융을 얻게 할 목적으로 위 어음을 발행하였으므로 위 어음을 융통어음이라고 보아야하는데도 이를 당초부터 원인관계 없이 교부된 어음에 불과하다고 본 원심의 판단 부분은 잘못이나, 丙회사는 乙회사한테서, 丁회사는 丙회사한테서 각기 어음할인을 위하여 원인관계 없이 약속어음을 교부받았고 丁회사가 위 어음의 지급을 구할 경제적 이익이 없는 이상 甲회사는 丁회사에 대하여 위 어음의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 하므로, 甲회사의 항변을 받아들여 丁회사의 어음금 청구를 배척한 원심의 조치는 결과적으로 정당하다고 한 사례

〈선정이유〉

타인의 자금사정을 도와주기 위해 대가 없이 발행하는 어음을 융통어음이라고 한다. 융통어음은 어음을 발행해주는 융통자와 융통어음을 발행받는 피융통자 사이의 내부적인 합의에 의해 수수되므로 융통어음인지 여부를 판단하기 어렵다. 융통어음의 경우 그 수취인이 발행인에게 어음금을 청구한다면 발행인이 어음금지급을 거절할 수 있으나 융통어음은 발행인이 어음채무를 부담하려는 의사에서 발행한 것이므로 수취인 이외의 소지인에 대해서는 원칙적으로 특별한 사정이 없는 한 항변사유가 되지 않는다고 판시한 사례이다. 융통어음을 발행한 자는 피융통자에 대하여 어음상 책임을 부담하지 않지만, 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 달리 특별한 사정이 없는 한 선의·악의를 묻지 않고 대가 없이 발행한 융통어음이었다는 항변으로 대항할 수 없다(대법원 1995.9.15. 선고 94다54856 판결; 대법원 1995.1.20. 선고 94다50489 판결 참조).

## 294. 융통어음 재도사용(再度使用)의 항변

(대법원 2001.12.11. 선고 2000다38596 판결)

〈쟁점〉

융통인이 융통수표 재사용의 항변으로 제3자에게 대항하기 위한 요건

〈판결요지〉

융통인이 피융통인에게 신용을 제공할 목적으로 수표에 배서한 경우 특별한 사정이 없는 한 융통인과 피융통인 사이에 당해 수표에 의하여 자금융통의 목적을 달성한 때는 피융통인이 융통인에게 지급자금을 제공하든가 혹은 당해 수표를 회수하여 융통인의 배서를 말소하기로 합의한 것이라고 보아야 할 것이므로, 피융통인이 당해 수표를 사용하여 금융의 목적을 달성한 다음 이를 반환받은 때에는 위 합의의 효력에 의하여 피융통인은 융통인에 대하여 융통인의 배서를 말소할 의무를 부담하고, 이것을 다시 금융의 목적을 위하여 제3자에게 양도하여서는 아니 된다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 피융통인이 이를 다시 제3자에게 사용한 경우 융통인이 당해 수표가 융통수표이었고, 제3자가 그것이 이미 사용되어 그 목적을 달성한 이후 다시 사용되는 것이라는 점에 관하여 알고 있었다는 것을 증명하면, 융통인이 피융통인에 대하여 그 재사용을 허락하였다고 볼 만한 사정이 없는 한, 융통인은 위 융통수표 재도사용의 항변으로 제3자에 대하여 대항할 수 있다.

〈선정이유〉

약속어음의 발행인이 특정채무 담보용으로만 사용한다는 조건으로 약속어음을 발행하고 어음소지인 역시 그러한 사정을 알면서 특정채무의 담보용으로만 사용한다는 조건으로 수취인으로부터 약속어음을 배서양도받은 경우, 위 약속어음으로 담보된 채무가 모두 이행되어 피담보채권이 모두 소멸되었다면 어음소지인은 특단의 사정이 없는 한 배서인에게 그 어음을 반환할 의무가 있을 뿐 발행인에게 어음상의 권리를 행사할 수 없다 할 것이고, 이러한 사유는 발행인도 소지인에게 대항할 수 있는 항변사유가 된다고 판시한 사례이다.

## 295. 인적 항변의 절단

(대법원 1994.11.18. 선고 94다23098 판결)

〈쟁점〉

[1] 수취인 백지의 어음이 인도에 의하여 양도될 수 있는지 여부

[2] 위 백지어음의 최종 소지인이 수취인을 자기로 보충한 경우, 발행인으로부터 인적 항변의 대항을 받는지 여부

〈판결요지〉

[1] 수취인이 백지인 채로 발행된 어음은 인도에 의하여 어음법적으로 유효하게 양도될 수 있다.

[2] 위 백지어음이 인도에 의하여 양도된 경우 어음법 제17조가 적용되는 것이므로, 어음이 전전양도된 후 그 어음을 인도받은 최종 소지인이 수취인으로서 자기를 보충하였다고 하더라도 그 소지인이 발행인을 해할 것을 알고 취득한 경우가 아니면, 어음문면상의 기재와는 관계없이, 발행인으로부터 원인관계상의 항변 등 인적 항변의 대항을 받지 아니한다.

〈선정이유〉

인적 항변의 절단이란 인적 항변사유를 자신의 어음행위 상대방에 대해서만 원용할 수 있고 그 이후 선의의 어음소지인에게는 원용할 수 없다고 하여 어음의 유통성을 보장하는 중요한 제도이다. 인적항변 절단의 효과는 배서에 의해 어음을 취득한 자뿐만 아니라 백지식으로 배서된 어음 또는 수취인이 백지인 어음을 교부에 의해 양수한 자도 그 효과를 볼 수 있다고 설시한 판례이다.

## 296. 악의의 항변요건

(대법원 1971.3.23. 선고 71다101 판결)

〈쟁점〉

해의(害意)의 의미

〈판결요지〉

공사대금의 지급담보를 위하여 피고로부터 약속어음 발행받은 자가 시공을 하지 않고 소송제기를 위하여 숨은 추심위임의 취지하에 만기 후에 다만 날짜를 만기일로 소급하여 원고에게 배서양도한 것이라면 배서인은 공사대금의 청구권이 없고 원고는 공사대금의 담보조로 발행된 어음임을 알면서 기한 후에 배서양도받은 악의 취득자라 할 것이므로 배서인에게 대항할 수 있는 피고의 인적 항변은 원고에게 대항할 수 있다.

〈판결이유〉

피고 유장현이 1967.4.21.에 그 소유 전분공장의 전기공사를 소외 최영옥에게 대금 187만원에 도급하고 그 공사대금의 지급담보를 위해서 피고들 공동명의로 본건 액면 187만원 지급기일 1967.7.30.의 약속어음을 소외인에게 발행하였으나, 최영옥은 그 시공을 하지 않고 위 어음을 소지함을 기화로 1969.5.경에 원고명의로 소송을 제기하기 위해서 숨은 추심위임의 취지하에 그 날자를 1967.7.30.로 소급하여 이를 원고에게 배서양도한 사실을 인정한 다음, 그렇다면 최영옥은 그 공사대금의 청구권이 없고, 원고는 위 어음이 공사대금의 담보조로 발행된 것임을 알면서 기한 후배서양도를 받은 악의의 취득자라 할 것이므로 최영옥에게 대항할 수 있는 피고들의 인적항변은 원고에게 대항할 수 있다.

〈선정이유〉

어음법 제17조 단서에 의하여 인적 항변 절단의 예외로서 악의의 항변이 성립하기 위해서는 어음소지인이 어음채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득해야 한다. 이 경우 '해할 것을 알고(害意)'의 의미는 ① 전자(前者)와 어음소지인 사이에 어음채무자를 해할 의사로 통모하거나(공모설), ② 소지인이 단순히 채무자에게 항변사유가 있음을 알면 족하다고 보거나(악의설), ③ 소지인이 항변사유를 아는 것만으로는 부족하고 자신의 어음취득으로 채무자의 항변이 절단되고 따라서 채무자가 손해를 입는다는 사실을 알아야 하는 경우(해의설)로 나뉜다. 이미 항변사유가 발생한 후에 취득자가 이 사실을 알면서 취득한 경우 장차 항변사유가 해소될 것임을 믿을 수 있는 특별한 사유가 없는 한 해의가 있는 것으로 보아야 한다고 판시한 사례이다(대법원 1996.5.14. 선고 96다3449 판결 참조).

## 297. 이중무권(二重無權)의 항변

(대법원 2003.1.10. 선고 2002다46508 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음소지인이 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 그 어음을 소지할 정당한 권원이 없어지고 어음금의 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우, 인적항변 절단의 인정 여부 (소극)

[2] 어음의 배서인이 발행인으로부터 지급받은 어음금 중 일부를 어음 소지인에게 지급한 경우 어음의 발행인은 그 범위 내에서 배서인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항하여 그 부분 어음금의 지급을 거절할 수 있다고 한 사례

[3] 화의인가 결정상 화의조건에 관한 규정취지에 비추어 채무자가 화의조건대로 원금을 변제하지 아니하는 경우에 그 불이행으로 인한 지연손해금까지 면제한 것이라고 할 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 어음에 의하여 청구를 받은 자는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하는 것이 원칙이지만, 이와 같이 인적항변을 제한하는 법의 취지는 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하기 위한 것이므로 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 어음소지인이 그 어음을 소지할 정당한 권원이 없어지고 어음금의 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우에는 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하다고 보아야 할 것이다.

[2] 어음의 배서인이 발행인으로부터 지급받은 어음금 중 일부를 어음 소지인에게 지급한 경우, 어음소지인은 배서인과 사이에 소멸된 어음금에 대하여는 지급을 구할 경제적 이익이 없게 되어 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하므로 어음의 발행인은 그 범위 내에서 배서인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항하여 그 부분 어음금의 지급을 거절할 수 있다고 한 사례

[3] 화의인가 결정상 화의조건에 기발생이자 및 장래발생이자를 면제하는 한편, 나머지 이자 및 손해배상금은 화의채권의 지급이 이행되면 그 지급을 면제한다고 되어 있는 경우, 채무자가 화의조건대로 원금을 변제하지 아니하는 경우에 그 불이행으로 인한 지연손해금까지 면제한 것이라고 할 수 없다고 한 사례.

〈선정이유〉

연속된 어음거래자 3인 사이에 원인관계가 무효·취소되는 등 항변사유가 연속하는 경우 최초의 어음채무자가 자기 후자((後者)의 항변을 원용하여 소지인의 청구를 거절하는 것을 이중무권의 항변이라고 한다. 이중무권의 항변은 일반적인 후자의 항변과 달리 악의의 항변으로 허용된다. 그렇지만 甲이 자금차입을 위해 乙에게 어음을 발행하고 A에게 배서양도하고 자금을 받아 甲에게 건넸는데 甲이 어음을 회수하지 아니한 채 차입금의 일부를 乙에게 지급하고 乙이 다시 이 금액을 A에게 지급한 경우 A가 어음을 소지함을 기화로 甲에게 어음금 전액을 청구한 위 사건에서와 같이 이중무권의 항변을 허용한 것으로 본 사례이다.

# 제 4 장 어음·수표의 실질관계

## 298. 변제수단으로서의 어음교부

(대법원 2010.12.23. 선고 2010다44019 판결)

〈쟁점〉

[1] 기존 채무의 이행에 관하여 채무자가 채권자에게 어음을 교부하였는데 그 어음상의 주채무자가 원인관계상의 채무자와 동일하지 않은 경우, 그 어음이 기존 원인채무의 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정되는지 여부(원칙적 적극)

[2] 식품 제조 공장에 관한 매매계약에서 매수인이 매도인에게 제3자가 발행한 약속어음을 교부한 것이 매매대금의 '지급에 갈음하여' 이루어진 것이라고 볼 여지가 많음에도, 이를 매매대금의

'지급을 위하여' 이루어진 것이라고 보아 위 어음 교부로 매매대금 채무가 소멸하지 않았다고 판단한 원심판결을 파기한 사례

〈판결요지〉

[1] 기존 채무의 이행에 관하여 채무자가 채권자에게 어음을 교부할 때의 당사자의 의사는 기존 원인채무의 '지급에 갈음하여', 즉 기존 원인채무를 소멸시키고 새로운 어음채무만을 존속시키려고 하는 경우와, 기존 원인채무를 존속시키면서 그에 대한 지급방법으로서 이른바 '지급을 위하여' 교부하는 경우 및 단지 기존 채무의 지급 담보의 목적으로 이루어지는 이른바 '담보를 위하여' 교부하는 경우로 나누어 볼 수 있는데, 어음상의 주채무자가 원인관계상의 채무자와 동일하지 아니한 때에는 제3자인 어음상의 주채무자에 의한 지급이 예정되어 있으므로 이는 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정되지만, '지급에 갈음하여' 교부된 것으로 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그러한 추정은 깨진다.

[2] 식품제조 공장에 관한 매매계약에서 매수인이 매도인에게 제3자가 발행한 약속어음을 교부한 것이 매매대금의 '지급에 갈음하여' 이루어진 것이라고 볼 여지가 많음에도, 이를 매매대금의 '지급을 위하여' 이루어진 것이라고 보아 위 어음교부로 매매대금 채무가 소멸하지 않았다고 판단한 원심판결을 파기한 사례

〈선정이유〉

어음행위는 기존의 금전채무를 변제하는 수단으로 쓰인다. 그러나 변제수단으로 어음을 교부하는 당사자의 의사에는 ① 변제에 갈음한 어음교부, ② 지급방법으로 변제를 위한 어음교부, ③ 지급담보를 위한 어음교부로 나뉜다. 당사자 사이에 명시된 합의가 없는 경우 '변제를 위한' 또는 '지급담보롤 위한' 어음교부로 해석한다(통설·판례). 특히 어음상 주채무자가 원인관계상 채무자와 동일하지 아니한 경우 제3자인 어음상 주채무자에 의한 지급이 예정되어 있으므로 '변제를 위한' 어음교부로 추정해야 한다고 설시한 판례이다.

## 299. 변제를 위한 어음교부시 채권의 병존시기

(대법원 1994.3.25. 선고 94다2374 판결)

〈쟁점〉

원인채권 압류 전에 그 지급을 위하여 발행된 약속어음을 압류 후에 지급한 경우 압류채권자에 대항할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

원인채권에 대한 압류의 효력이 발생하기 전에 원인채권의 지급을 위하여 약속어음을 발행하고 그것이 제3자에게 배서양도된 경우에 그 어음의 소지인에 대한 어음금의 지급이 원인채권에 대한 압류의 효력이 발생한 후에 이루어졌다 하더라도 그 어음을 발행하거나 배서양도한 원인채무자는 그 어음금의 지급에 의하여 원인채권이 소멸하였다는 것을 압류채권자에게 대항할 수 있다.

〈판결이유〉

피전부채권인 소외 주식회사 여수도계장의 피고들에 대한 매매대금채권은 이 사건 압류명령이 피고들에게 송달되기 이전에 피고들이 발행 또는 배서한 약속어음을 소외 회사에게 양도하고 그 후 약속어음이 제3자에게 배서양도되어 만기 또는 그 즈음에 정상적으로 지급되었고, 원인채권에 대한 압류의 효력이 발생하기 전에 원인채권의 지급을 위하여 약속어음을 발행하고 그것이 제3자에게 배서양도된 경우에 그 어음의 소지인에 대한 어음금의 지급이 원인채권에 대한 압류의 효력이 발생한 후에 이루어졌다 하더라도 그 어음을 발행하거나 배서양도한 원인채무자는 그 어음금의 지급에 의하여 원인채권이 소멸하였다는 것을 압류채권자에게 대항할 수 있다.

〈선정이유〉

변제를 위한 어음교부의 경우 어음채무는 제3자가 그 어음을 소지하는 경우에 그 자체의 소멸원인에 의해 소멸할 뿐이지 원인채무의 소멸에 의해 영향을 받지 않으므로(無因性) 원인채무가 변제·시효완성 등으로 소멸하더라도 어음채무는 소멸하지 아니한다. 어음이 유통되는 도중 원인채권자의 제3채권자가 원인채권을 압류하는 경우가 있다. 그렇지만 원인채권이 압류되었더라도 채무자는 어음채무자로서 어음금을 지급함으로써 압류채권자에 대해 원인채무가 소멸하였음을 이유로 대항할 수 있다고 판시한 사례이다.

## 300. 어음채권과 원인채권의 행사순서

(대법원 1995.10.13. 선고 93다12213 판결)

〈쟁점〉

[1] 기존 채무의 이행을 위하여 제3자 발행의 어음을 교부한 경우의 법률관계

[2] 채권자가 기존 채무의 이행을 위하여 제3자 발행의 어음을 교부받은 경우 그 어음에 대한 소구권 보전절차를 취할 의무를 부담하는지 여부

[3] 채권자가 기존 채무의 이행을 위하여 교부받은 어음에 대한 소구권 보전의무를 게을리한 경우 채무자가 이로 인한 손해배상 채권으로 기존 채무와 상계하기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 채무자가 기존 채무의 이행에 관하여 채권자에게 어음을 교부하는 경우에 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없고, 다른 한편 어음상의 주채무자가 원인관계상의 채무자와 동일하지 아니한 때에는 제3자인 어음상의 주채무자에 의한 지급이 예정되고 있으므로, 이는 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정된다.

[2] [1]항의 경우, 채권자는 어음채권과 원인채권 중 어음채권을 먼저 행사하여 만족을 얻을 것을 당사자가 예정하였다고 할 것이므로, 채권자로서는 어음채권을 우선 행사하고 그에 의하여서는 만족을 얻을 수 없을 때 비로소 채무자에 대하여 기존의 원인채권을 행사할 수 있으며, 나아가 이러한 목적으로 어음을 배서양도받은 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채무자에 대하여 원인채권을 행사하기 위하여는 어음을 채무자에게 반환하여야 하므로, 채권자가 채무자에 대하여 자기의 원인

채권을 행사하기 위한 전제로서 지급기일에 어음을 적법히 제시하여 소구권 보전절차를 취할 의무가 있다고 보는 것이 양자 사이의 형평에 맞는다.

[3] 채권자가 기존 채무의 이행을 위하여 교부받은 어음을 지급기일에 적법하게 지급제시를 하지 아니함으로써 소구권이 보전되지 아니하였더라도, 약속어음의 주채무자인 발행인이 자력이 있는 한 어음을 반환받은 채무자가 발행인에 대한 어음채권이나 원인채권을 행사하여 자기 채권의 만족을 얻을 수 있기 때문에 아직 손해는 발생하지 아니하고, 지급기일 후에 어음발행인의 자력이 악화되어 무자력이 됨으로써 채권자에게 자신의 채무를 이행하여야 할 채무자가 어음을 반환받더라도 발행인에 대한 어음채권과 원인채권의 어느 것도 받을 수 없게 된 때에야 비로소 자신의 채권에 대하여 만족을 얻지 못하게 되는 손해를 입게 되고, 이러한 손해는 어음 주채무자인 발행인의 자력의 악화라는 특별 사정으로 인한 손해로서 소구권 보전의무를 불이행한 어음소지인이 그 채무 불이행 당시인 어음의 지급기일에 장차 어음발행인의 자력이 악화될 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에만 그 배상채권으로 상계할 수 있다.

〈선정이유〉

채권자는 어음채권과 원인채권을 동시에 가질 경우 원인채권의 변제를 위해 어음이 교부되었다면 어음채권을 먼저 행사하기로 합의된 것으로 본다(통설·판례). 그렇지만 양 채권중 어느 채권을 먼저 행사하더라도 무방한 경우와 어느 채권도 행사할 수 없는 경우도 있다는 점을 유의하자. 또 통상적인 방법으로 어음상의 권리행사를 통해 목적을 달성할 수 없는 경우 어음이 지급수단으로서의 가치를 상실했다고 보아 원인채권의 행사를 허용해야 한다. 다만 채무자가 어음을 환수하여 권리행사가 가능하도록 어음의 법률적 가치를 보전해야 하므로 상환청구권보전절차를 취해야 한다고 판시한 사례이다.

## 301. 원인채권의 행사시 어음반환

(대법원 1993.11.9. 선고 93다11203 판결)

〈쟁점〉

기존채무와 어음채무가 병존하는 경우 어음의 반환 없는 이행최고와 지체책임

〈판결요지〉

기존채무와 어음·수표채무가 병존하는 경우 원인채무의 이행과 어음·수표의 반환이 동시이행의 관계에 있다 하더라도 채권자가 어음·수표의 반환의 제공을 하지 아니하면 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 없다고 할 수는 없고, 채무자는 원인채무의 이행기를 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 지고, 채권자로부터 어음·수표의 반환을 받지 아니하였다 하더라도 이 어음·수표를 반환하지 않음을 이유로 위와 같은 항변권을 행사하여 그 지급을 거절하고 있는 것이 아닌 한 이행지체의 책임을 면할 수 없다.

〈판결이유〉

기존의 원인채권과 어음·수표채권이 병존하는 경우에 채권자가 원인채권을 행사함에 있어서는 어음, 수표의 반환이 필요하고, 이는 채무자의 채무이행과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이고, 따라서 채무자는 어음·수표와 상환으로 지급하겠다고 하는 항변으로 채권자에게 대항할 수 있고, 이와 같은 항변이 있을 때에는 법원은 어음·수표와 상환으로 지급하라는 취지의 상환이행의 판결을 하여야 할 것이다. 그러나 채무자가 어음·수표의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 것은 채무자로 하여금 무조건적인 원인채무의 이행으로 인한 이중지급의 위험을 면하게 하려는데 그 목적이 있는 것이지 기존의 원인채권에 터잡은 이행청구권과 상대방의 어음·수표의 반환청구권이 민법 제536조에 정하는 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것은 아니므로, 원인채무의 이행과 어음·수표의 반환이 동시이행의 관계에 있다 하더라도 이는 어음·수표의 반환과 상환으로 하지 아니하면 지급을 할 필요가 없으므로 이를 거절할 수 있다는 것을 의미하는 것에 지나지 아니한다고 할 것이다. 따라서 채무자가 어음·수표의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 권능을 가진다고 하여 채권자가 어음·수표의 반환의 제공을 하지 아니하면 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 없다고 할 수는 없고, 채무자는 원인채무의 이행기를 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 지고, 채권자로부터 어음·수표의 반환을 받지 아니하였다 하더라도 이 어음·수표를 반환하지 않음을 이유로 위와 같은 항변권을 행사하여 그 지급을 거절하고 있는 것이 아닌 한 이행지체의 책임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

채권자가 어음채권의 만족을 얻지 못하여 원인채권을 행사할 경우 또는 어음채권의 행사와 동시에 원인채권을 행사하는 경우 채권자가 원인채권을 변제받더라도 어음채권이 소멸하는 것은 아니다. 채권자가 원인채권을 변제받고 어음을 유통시킨다면 채무자는 이중변제의 위험을 부담하게 된다. 그러므로 원인채권을 행사할 경우 동시이행의 방법으로 어음을 반환해야 한다. 그렇지만 어음을 반환해야만 원인채무의 이행을 최고할 수 있는 것은 아니므로 채권자는 어음을 반환하지 않고 이행을 최고할 수 있고, 이 경우 채무자는 어음반환과 동시이행을 주장할 수 있다. 동시이행의 주장 없이 단순히 이행을 거절할 경우 이행지체가 된다고 판시한 사례이다.

## 302. 어음소송과 원인채권의 시효

(대법원 1999.6.11 선고 99다16378 판결)

〈쟁점〉

[1] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우 원인채권의 행사가 어음채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있는지 여부 (소극)

[2] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우 어음채권의 행사가 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

[1] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다.

[2] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도 채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 원인채권에 기하여 청구를 한 것이 아니라 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈선정이유〉

원인채권을 행사하기 위한 소송이 제기되더라도 원인채권의 변제를 위해 교부한 어음의 시효를 중단시키는 효력은 발생하지 않는다(어음채무의 無因性). 반대로 어음금을 청구하는 소송이 제기된 경우에는 원인채권의 시효가 중단되는 효력이 발생한다. 판례는 어음소송에 원인채권의 시효중단 효력을 인정하지 않으면 어음소송이 진행되는 도중에 원인채권이 시효완성으로 소멸할 경우 원인채권의 소멸은 어음채무자가 채권자에 대항할 수 있는 인적 항변이 되어 채권자를 구제할 방법이 없으므로 어음소송을 제기하면 소송상대방에 대한 원인채권의 시효가 중단된다고 설시한다.

## 303. 지급을 위한 어음행위

(대법원 1996.11.8. 선고 95다25060 판결)

〈쟁점〉

[1] 기존 채무의 이행을 위하여 제3자 발행의 어음을 교부한 경우의 법률관계

[2] 채권자가 기존 채무의 이행을 위하여 제3자 발행의 어음을 교부받은 경우 그 어음에 대한 소구권 보전절차를 취할 의무를 부담하는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

[1] 기존 채무의 이행에 관하여 채무자가 채권자에게 어음을 교부할 때의 당사자의 의사는 기존 원인채무의 '지급에 갈음하여', 즉 기존 원인채무를 소멸시키고 새로운 어음채무만을 존속시키려고 하는 경우와, 기존 원인채무를 존속시키면서 그에 대한 지급방법으로서 이른바 '지급을 위하여' 교부하는 경우 및 단지 기존 채무의 지급 담보의 목적으로 이루어지는 이른바 '담보를 위하여' 교부하는 경우로 나누어 볼 수 있는데, 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없으면 어음의 교부가 있다고 하더라도 이는 기존 원인채무는 여전히 존속하고 단지 그 '지급을 위하여' 또는 그 '담보를 위하여' 교부된 것으로 추정할 것이며, 따라서 특별한 사정이 없는 한 기존의 원인채무는 소멸하지

아니하고 어음상의 채무와 병존한다고 보아야 할 것이고, 이 경우 어음상의 주채무자가 원인관계상의 채무자와 동일하지 아니한 때에는 제3자인 어음상의 주채무자에 의한 지급이 예정되고 있으므로 이는 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정하여야 한다.

[2] 어음이 '지급을 위하여' 교부된 경우에는 채권자는 어음채권과 원인채권 중 어음채권을 먼저 행사하여 만족을 얻을 것을 당사자가 예정하였다고 할 것이므로 채권자로서는 어음채권을 우선 행사하고, 그에 의하여서는 만족을 얻을 수 없을 때 비로소 채무자에 대하여 기존의 원인채권을 행사할 수 있다고 하여야 하며, 나아가 이러한 목적으로 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 있다고 보는 것이 양자 사이의 형평에 맞는다.

〈선정이유〉

판례의 문언에서는 '지급을 위하여 또는 지급을 담보하기 위하여 어음을 교부한 때'로 '지급을 위하여'와 '지급을 담보하기 위하여'를 병용하므로 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우 당사자 의사해석의 문제가 남는다. 채무자가 타인으로부터 취득한 어음을 채권자에게 교부한 때에는 '지급을 위하여' 교부한 것으로 추정해야 한다고 본 판례이다.

## 304. 원인채무의 보증을 위한 어음행위

(대법원 2009.10.29. 선고 2009다44884 판결)

〈쟁점〉

[1] 타인의 채무에 대한 담보의 목적으로 약속어음에 배서한 경우, 그로 인하여 어음의 배서인과 채권자 사이에 민사상 보증계약이 성립하였다고 인정하기 위한 요건

[2] 약속어음의 배서인이 채무자(어음발행인)와 채권자의 대여관계의 내용을 알고 배서하였다는 점이나 채권자가 배서인의 보증이 없었다면 대여금을 대여하지 않았을 것이며 이러한 사정을 배서인이 잘 알고 있었다는 점은 배서인에게 민사상 보증채무까지 부담지우는 근거가 되기에 부족하다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 약속어음의 배서인에게 어느 특정인의 채무를 담보하기 위한 것이라는 약속어음의 사용 목적에 대한 인식이 있었다 하더라도 그러한 사실이 약속어음의 배서인에게 민사상의 보증채무까지 부담할 의사가 있었다고 인정하는 데 있어 적극적인 요소 중의 하나가 될 수 있음은 별론으로 하고, 그러한 사실로부터 바로 약속어음의 배서인과 채권자 사이에 민사상 보증계약이 성립한다고 추단할 수는 없다. 그보다 더 나아가 채권자의 입장에서 배서시에 원인이 되는 채무에 대한 민사상의 보증채무를 부담할 것까지도 배서인에게 요구하는 의사가 있었고 배서인도 채권자의 그러한 의사 및 채무의 내용을 인식하면서 그에 응하여 배서하였다는 사실, 즉 배서인이 단순히 어음법상의 상환의무를 부담한다는 형태로 채권자에게 신용을 공여한 것이 아니라 민사상의 보증의 형태로도 신

용을 공여한 것이라는 점이 채권자 및 채무자와 배서인 사이의 관계, 배서에 이르게 된 동기, 배서인과 채권자 사이의 교섭과정 및 방법, 약속어음의 발행으로 인한 실질적 이익의 귀속 등 배서를 전후한 제반 사정과 거래계의 실정에 비추어 인정될 수 있을 정도에 이르러야만 배서인과 채권자 사이의 민사상 보증계약의 성립을 인정할 수 있고, 그에 미치지 못하는 경우에는 배서인은 원칙적으로 약속어음의 채무자로서 약속어음이 지급거절된 경우 그 소지인에 대하여 상환청구에 응하지 않으면 안 되는 어음법상의 채무만을 부담할 뿐이다.

[2] 약속어음의 배서인이 채무자(어음발행인)와 채권자의 대여관계의 내용을 알고 배서하였다는 점이나 채권자가 배서인의 보증이 없었다면 대여금을 대여하지 않았을 것이며 이러한 사정을 배서인이 잘 알고 있었다는 점은 배서인에게 민사상 보증채무까지 부담지우는 근거가 되기에 부족하다고 한 사례

〈선정이유〉

채무자가 채무담보를 위해 채권자에게 약속어음을 발행하는 경우 채무자의 신뢰하지 못하는 채권자의 요구에 의해 제3자가 보증의 의미로 배서하고 이 배서인이 담보책임을 부담하게 된다. 또 채권자는 제3자의 배서가 행해진 때 원인채권에 대한 민사상 보증채무를 부담할 것을 배서인에게 요구하는 의사가 있었고, 배서인도 채권자의 이러한 의사와 채무의 내용을 인식하면서 배서한 사실이 인정될 경우 민사상 보증채무까지 부담한 것으로 볼 수 있다. 그리고 이러한 배서인과 채권자의 의사는 배서에 이르게 된 동기, 배서인과 채권자 사이의 교섭과정과 방법, 어음발행으로 인한 실질적 이익의 귀속 등 배서를 전후한 제반 사정과 거래계의 실정에 비추어 판단해야 한다고 설시한 판례이다.

# 제 5 장 어음상 권리의 소멸

## 305. 주채무자에 대한 어음의 시효

(대법원 2004.12.10. 선고 2003다33769 판결)

〈쟁점〉

약속어음이 수취인 겸 소지인의 발행인에 대한 장래 발생할 구상채권을 담보하기 위하여 발행된 경우, 위 소지인의 발행인에 대한 약속어음상 청구권의 소멸시효 기산점 (=구상채권이 현실적으로 발생한 때)

〈판결요지〉

발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 만기의 날로부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 약속어음이 수취인 겸 소지인의 발행인에 대한 장래 발생할 구상채권을 담보하기 위하여 발행된 것이라면, 소지인은 발행인에 대하여 구상채권이 발생하지 않은 기간 중에는 약속어음상의 청구권을 행사할 수 없고, 구상채권이 현실로 발생한 때에 비로소 이를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 그 약속어음의 소지인의 발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 위 구상채권이 현실적으로 발생하여 그 약속어음상의 청구권을 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행된다

고 봄이 상당하고 이러한 결과가 민법 제184조 제2항의 규정에 반하여 소멸시효를 가중하는 것이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

어음상의 권리는 민법에 정한 채권의 일반적인 소멸사유, 즉 소멸시효의 완성, 변제, 대물변제, 공탁, 상계, 경개, 면제에 의해 소멸된다. 이 중 약속어음의 발행인과 환어음의 인수인의 지급채무는 만기일로부터 3년이 경과하면 소멸한다. 주채무자에 대한 시효는 만기로부터 기산함이 원칙이지만 장래 발생할 채무를 담보하기 위하여 채무자가 채권자에게 발행한 어음의 경우 피담보채무가 발생한 시점을 기산점으로 삼아야 한다고 판시한 사례이다.

## 306. 상환청구권의 시효

(대법원 2003.3.14. 선고 2002다62555 판결)

〈쟁점〉

환어음 소지인의 배서인과 발행인에 대한 청구권의 소멸시효기간을 규정한 어음법 제70조 제2항은 만기 전·후를 불문하고 환어음 및 약속어음의 소구권에 모두 적용되는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

어음법은 환어음의 경우 만기 전 소구와 만기 후 소구에 관한 규정을 모두 두고 있고, 환어음 소지인의 배서인, 발행인에 대한 청구권의 소멸시효에 관한 어음법 제70조 제2항은 "소지인의 배서인과 발행인에 대한 청구권은 적법한 기간 내에 작성시킨 거절증서의 일자로부터, 무비용상환의 문언이 기재된 경우에는 만기의 날로부터 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다"라고만 규정하고 있을 뿐 만기 후 소구권 행사의 경우에만 위 조항을 적용한다고는 규정하고 있지 아니하고 있으므로 위 규정은 환어음의 만기 전 소구권의 행사의 경우에도 당연히 적용된다고 보아야 할 것이고, 한편 어음법상 약속어음에 관하여는 환어음의 경우와 같은 만기 전 소구에 관한 규정을 두고 있지 않으나 약속어음에 있어서도 발행인의 파산이나 지급정지 기타 그 자력을 불확실하게 하는 사유로 말미암아 만기에 지급거절이 될 것이 예상되는 경우에는 만기 전의 소구가 가능하다고 할 것이므로 만기 전의 소구가 가능한 약속어음의 경우에도 역시 만기 전·후의 소구권 행사 여부를 불문하고 그 소멸시효에 관하여는 모두 어음법 제77조 제1항 제8호에 의하여 준용되는 같은 법 제70조 제2항이 적용된다고 해석하여야 한다.

〈선정이유〉

주채무자를 제외한 채무자들, 즉 환어음의 발행인, 약속어음 및 환어음의 배서인 그리고 이들의 보증인 또는 무권대리인에 대한 상환청구권의 시효는 1년이다(어음법 제70조 제2항, 제77조 제1항 제8호). 어음법은 약속어음의 만기 전 상환청구에 관해서는 규정을 두고 있지 않으나 약속어음에 관해서도 만기 전의 상환청구를 인정해야 할 것이므로 어음법 제70조 제2항은 약속어음의 만기 전 상환청구에도 적용된다고 본 판례이다.

# 제 6 장 이득상환청구권

## 307. 이득상환청구권의 발생요건

(대법원 1970.3.10. 선고 69다1370 판결)

〈쟁점〉

이득상환청구권 행사의 전제가 되는 권리의 소멸

〈판결요지〉

[1] 이득상환청구권이 발생하는 데 있어서는 모든 어음상의 또는 민법상의 채무자에 대하여 각 권리가 소멸되었음을 요한다.

[2] 이득상환청구권은 지명채권양도의 방법에 의하여 양도할 수 있고, 약속어음상의 권리가 소멸된 이후 배서양도만으로서는 양도의 효력이 없다.

〈판결이유〉

[1] 어음법에 약속어음의 소지인의 발행인에게 대한 이득상환의 청구권을 인정함은 소지인이 타에 어음상 또는 민법상 하등의 구제방법이 없을 경우에 발행인으로 하여금 그 이득을 취득시킴은 불공평하다는 원칙에서 나온 것이므로 이득상환의 청구권이 발생하는데 있어서는 모든 어음상 또는 민법상의 채무자에 대하여 각 권리가 소멸되었음을 요한다 함이 당원의 견해(대법원 1959.9.10. 선고 4291민상717 판결 참조)인바, 원고는 원판시 특약에 따른 주식반환청구권(그 이행불능시는 손해배상청구권) 또는 주식매매대금청구권 등(채무불이행으로 인한 손해배상청구권 또는 부당이득반환청구권이 인정될 경우도 있을 것임) 민법상의 청구권이 있다고 보여지는 본건에 있어서 특별한 사유가 없는 한 원고는 본건 약속어음상의 권리가 시효에 의하여 소멸하였다 하더라도 원고가 이와 병존하는 민법상의 권리를 행사할 수 있는 이상 그 이득상환청구를 할 수 없다.

[2] 이득상환청구권은 법률의 직접 규정에 의하여 어음의 효력소멸 당시의 소지인에게 부여된 지명채권에 속하므로 지명채권양도의 방법에 의하여 양도할 수 있는 것이고 약속어음상의 권리가 소멸된 이후에 배서양도만으로써는 양도의 효력이 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

이득상환청구권이란 어음·수표상의 권리가 상환청구권보전절차의 흠결·시효완성 등으로 소멸한 경우 어음소지인이 그로 인해 이익을 얻은 어음채무자에게 그 이익의 반환을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 이득상환청구권은 어음상 권리가 소멸된 경우 배서양도만으로는 양도의 효력이 없다고 판시한 사례이다.

## 308. 이득상환청구권의 양도방법

(대법원 1976.1.13. 선고 70다2462 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

은행 또는 기타 금융기관이 발생한 자기앞수표의 소지인이 수표법상의 보전절차를 취함이 없이 제시기간을 도과하여 수표상의 권리가 소멸된 수표를 전전양도한 경우에 양도행위의 내용과 수표의 정당한 소지인의 발행은행에 대한 이득상환청구권

〈판결요지〉

은행 또는 기타 금융기관 발행의 자기앞수표는 제시기간내는 물론 제시기간후에도 발행은행에서 또는 그외의 금융기관에서 쉽게 지급받을 수 있다는 거래상의 확신에 의해서 현금과 같이 널리 유통되고 있고 또한 수표의 양도는 거래의 일반적인 인식으로서는 수표에 표시된 액면상당의 금원을 발행은행으로부터 지급받을 수 있는 권리가 수표상의 권리이던 또는 이득상환권이던 간에 구별없이 또 이를 구별하려고도 않고 양도 양수한다는 거래의 실정에 비추어 볼 때 수표소지인이 수표법상의 보전절차를 취함이 없이 제시기간 도과후에 수표상의 권리가 소멸된 수표를 양도하는 행위는 수표금액의 지급수령권한과 아울러 특별한 사정이 없는한 수표상의 권리의 소멸로 인해서 소지인에게 발생한 이득상환청구권까지도 이를 양도하는 동시에 그에 수반해서 이득을 한 발행인인 은행에 대하여 소지인을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것이라고 하여야 할 것이고 위 양도받은 수표를 양수인이 다시 제3자에게 양도하는 행위는 이와 같이 양도받은 수표금액의 지급수령권한 및 이득상환청구권을 위 소지인으로부터 수권된 이득을 한 채무자인 발행은행에 대한 통지의 권능이 수반된 상태로 이전하는 행위라 할 것이고 이와 같은 수표의 정당한 소지인은 발행은행에 대하여 그가 받은 이익의 한도에서 이득상환청구권을 행사할 수 있고 또 채무자인 발행은행도 동수표의 소지인에게 변제하므로써 유효하게 동 채무를 면하게 된다.

〈판결이유〉

수표상의 권리가 절차의 흠결로 인해서 또는 소멸시효의 완성으로 말미암아 소멸되었을 때 당시의 동 수표의 정당한 소지인은 이득을 한 수표상의 의무자에 대하여 그가 받은 이익의 한도에서 상환을 구할 수 있으며, 한편 은행 또는 기타 금융기관이 발행한 자기앞수표(이하 단순히 은행의 자기앞수표라고 약칭한다)는 제시기간 내에서는 물론이거니와 제시기간 후에도 발행은행에서 또는 그 외의 금융기관에서 쉽게 지급받을 수 있다는 거래상의 확신에 의해서 현금과 같이 널리 유통되고 있을 뿐만 아니라, 수표의 양도는 거래의 일반적인 인식으로서는 수표에 표시되어 있는 액면상당의 금원을 발행은행으로부터 지급받을 수 있는 권리를 그것이 수표상의 권리이던 또는 그렇지 않고 (어느 의미에 있어서는) 동 권리의 변형물이라고도 할 수 있는 동 권리의 소멸로 인해서 발생되는 이득상환권이던 간에 구별함이 없이 또 그것을 구별하려고도 하지 않고 양도하고 양도받는 것이 거래의 실정이라고 할 것이므로 이와 같은 거래의 실정에 비추어 볼 때 수표소지인이 수표법상의 보전절차를 취함이 없이 제시기간을 도과하여 수표상의 권리가 소멸된 수표를 양도하는 행위는 수표금액의 지급수령권한과 아울러 특별한 사정이 없으면 수표상 권리의 소멸로 인해서 소지인에게 발생한 이득상환청구권까지도 이를 양도하는 동시에 그에 수반해서 이득을 한 발행인인 은행

에 대하여 소지인을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것이라고 하여야 할 것이고 그렇게 양도받은 수표를 양수인이 다시 제3자에게 양도하는 행위는 이와같이 양도받은 수표금액의 지급수령권한과 아울러 이득상환청구권을 위 소지인으로부터 수권된 이득을 한 채무자인 발행은행에 대한 통지의 권능이 수반된 상태로 이전하는 행위라 할 것이고, 그렇게 하는 것이 특별한 사정이 없는 한 당사자들의 의사에 합치될 뿐만 아니라 거래의 실정에 적합하고 나아가서는 이와 같은 수표의 양도로 인해서 야기될 수 있는 법률관계를 간결하고 타당하게 해결할 수 있는 것이라고 할 것이므로 이와 같은 수표의 정당한 소지인은 발행은행에 대하여 그가 받는 이익의 한도에서 이득상환청구권을 행사할 수 있고 또 채무자인 발행은행도 동  수표의 소지인에게 변제하므로써 유효하게 동 채무를 면하게 된다고 할 것이다. 당원의 판례(대법원 1970.1.27. 선고 69다1390 판결)는 이상의 취지에 저촉되는 한도에서 본 판결에 의해 변경된 것으로 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

이득상환청구권은 지명채권이므로 지명채권의 양도방법(민법 제450조)에 의해서만 양도할 수 있으므로 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙이 필요하다. 은행이 발행한 자기앞수표의 경우 지급의 확실성으로 인해 제시기간이 경과한 후에도 수표의 교부만으로 양도하고 발행은행도 이의 없이 지급하는 관행이 유지되고 있다. 이러한 거래계의 실정을 감안하여 제시기간이 경과한 수표를 양도하는 경우 수표교부에 의해 이득상환청구권을 양도함과 동시에 상환의무자인 발행은행에 대해 채권양도의 통지할 권능을 아울러 이전하는 합의가 있는 것으로 본 판례이다.

# 제 2 편 환어음 · 약속어음

## 제 1 장 어음의 발행

### 309. 만기(滿期)의 요건

(대법원 2000.4.25. 선고 98다59682 판결)

〈쟁점〉

만기의 일자가 발행일보다 앞선 일자로 기재되어 있는 확정일출급 약속어음의 효력 (무효)

〈판결요지〉

어음의 요식증권 내지 문언증권으로서의 성질상 어음요건의 성립 여부는 어음상의 기재만에 의하여 판단하여야 하고, 어음요건의 기재가 그 자체로 불가능한 것이거나 각 어음요건이 서로 명백히 모순되어 함께 존립할 수 없게 되는 경우에는 그와 같은 어음은 무효라고 봄이 상당하고, 한편 약속어음의 발행일은 어음요건의 하나로서 그 기재가 없는 상태에서는 어음상의 권리가 적법하게 성립할 수 없는 것이므로, 확정된 날을 만기로 하는 확정일출급 약속어음의 경우에 있어서 만기의 일자가 발행일보다 앞선 일자로 기재되어 있다면 그 약속어음은 어음요건의 기재가 서로 모순되는 것으로서 무효라고 해석하여야 한다.

〈판결이유〉

피고가 소외 김창현에게 액면 금 30,000,000원, 발행일 1995.10.2., 지급기일 1995.1.17., 발행지 및 지급지 완도군, 지급장소 주식회사 국민은행 완도지점으로 된 약속어음 1매를 발행하고, 위 김창현은 원고에게 위 어음을 배서양도한 사실, 원고는 이 사건 약속어음의 최후 소지인으로서 위 은행에 지급제시하였으나 지급이 거절된 사실을 인정한 다음, 위 약속어음은 그 지급기일이 발행일 이전의 날이어서 어음요건을 갖추지 못하여 무효이고, 어음요건의 구비는 원칙적으로 어음문면 그 자체에 의하여 판단할 것이지 약속어음 외의 사실을 조사하여 약속어음의 일부의 기재착오를 보충하거나 정정하는 것은 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

만기(滿期)라 함은 어음면에 어음금이 지급될 시기로 기재된 일자를 말한다. 만기는 단일하고, 확정할 수 있고, 가능해야 한다. 발행일 이전의 날짜를 만기로 한 어음은 가능하지 않으므로 무효라고 판단한 사례이다.

## 310. 지급지의 기재방법

(대법원 2001.11.30. 선고 2000다7387 판결)

〈쟁점〉

어음면상 지급장소의 기재로써 지급지의 기재를 보충할 수 있는지 여부 (한정 적극)

〈판결요지〉

어음면상 지급지에 관한 특별한 표시가 없다 할지라도 거기에 지급장소의 기재가 있고 그것이 지(地)의 표시를 포함하고 있어 그로부터 지급지에 해당하는 일정 지역이 추지될 수 있는 경우에는 지급지의 기재가 이에 의하여 보충되는 것으로 볼 수 있다.

〈판결이유〉

이 사건 약속어음에는 지급장소로서 "중소기업은행 능곡지점"이라고 표시되어 있음을 알 수 있는 바, 위 지급장소의 기재 중에는 '능곡'이라는 지역 이름이 포함되어 있고, 위 기재로부터 능곡 혹은 능곡이 소재하고 있는 경기 고양시가 지급지에 해당하는 것을 쉽게 알 수 있다고 할 것이므로, 이러한 경우에 약속어음상의 지급지란(欄) 자체는 백지라고 할지라도 위 지급장소의 기재에 의하여 지급지가 보충되었다고 봄이 상당하다

〈선정이유〉

지급장소만 기재했더라도 지급지의 적격이 있는 지역을 기재내용 중에 포함하고 있다면 지급지를 기재한 것으로 보아야 한다고 설시한 판례이다.

## 311. 발행지의 기재요령

(대법원 1998.4.23. 선고 95다36466 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음면상 발행지의 기재가 없으나 기타 어음면의 기재로 보아 그 어음이 국내에서 어음상 효과를 발행시키기 위해 발행된 것임이 인정되는 경우 국내어음으로 추단할 수 있는지 여부 (적극)

[2] 어음면상 발행지의 기재가 없으나 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우 그 어음의 효력 (유효)

〈판결요지〉

[1] 국내어음이란 국내에서 발행되고 지급되는 어음을 말하는 것이므로 국내어음인지 여부는 어음면상의 발행지와 지급지가 국내인지 여부에 따라 결정될 것이지만, 어음면상에 발행지의 기재가 없다고 하더라도 그 어음면에 기재된 지급지와 지급장소, 발행인과 수취인, 지급할 어음금액을 표시하는 화폐, 어음문구를 표기한 문자, 어음교환소의 명칭 등에 의하여 그 어음이 국내에서 어음상

의 효과를 발생시키기 위하여 발행된 것으로 여겨지는 경우에는 발행지를 백지로 발행한 것인지 여부에 불구하고 국내어음으로 추단할 수 있다.

[2] [다수의견] 어음에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력(歲曆)을 달리하는 어음 기타 국제어음에 있어서는 어음행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내어음에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못하고, 또한 일반의 어음거래에 있어서 발행지가 기재되지 아니한 국내어음도 어음요건을 갖춘 완전한 어음과 마찬가지로 당사자 간에 발행·양도 등의 유통이 널리 이루어지고 있으며, 어음교환소와 은행 등을 통한 결제 과정에서도 발행지의 기재가 없다는 이유로 지급거절됨이 없이 발행지가 기재된 어음과 마찬가지로 취급되고 있음은 관행에 이른 정도인 점에 비추어 볼 때, 발행지의 기재가 없는 어음의 유통에 관여한 당사자들은 완전한 어음에 의한 것과 같은 유효한 어음행위를 하려고 하였던 것으로 봄이 상당하므로, 어음면의 기재 자체로 보아 국내어음으로 인정되는 경우에 있어서는 그 어음면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 어음으로 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

어음법은 발행지를 어음요건으로 하므로 발행지가 기재되지 않은 어음을 무효라고 본 판례가 다수 있었다. 약속어음에 지급지와 지급장소의 기재가 있더라도 발행지(發行地)의 기재나 발행인의 명칭에 부기한 지(地)의 기재가 없으면 그 약속어음은 적법한 제시기간 내에 발행지란(欄)을 보충하여 지급을 위한 제시를 하지 아니하는 한 피소구권자에 대한 소구권은 상실하는 것이라고 보았다(대법원 1976.11.23. 선고 76다214 판결). 그렇지만 현재의 판례는 국내에서 발행되고 국내에서 지급되는 국내어음에 관한 한 발행지가 기재되지 않은 어음도 유효하다고 설시하였다.

## 312. 백지어음 보충권수여의 증명책임

(대법원 1984.5.22. 선고 83다카1585 판결)

〈쟁점〉

백지어음의 보충권 수여에 관한 증명책임

〈판결요지〉

백지약속어음의 경우 발행인이 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는가 여부의 점에 대하여는 발행인에게 보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점, 즉 백지어음이 아니고 불완전어음으로서 무효라는 점에 관한 증명책임이 있다.

〈판결이유〉

원고는 발행인 이태복의 서명날인이 되어 있고 주소는 이태복의 주소인 인천시 중구 유동 9, 지급장소는 주식회사 조흥은행 인천지점으로 되어 있으며 그 밖에 부분은 모두 백지인 약속어음을 소지하고 있던 중 본건 소송을 제기할 무렵 발행일을 1978.4.25., 액면금을 20,000,000원, 수취인란을 원고로 기입하고 원심소송 계속중 지급기일을 1983.2.24., 지급지를 서울특별시, 발행지를

인천직할시로 각 기입한 사실을 인정한 다음 원심이 믿지 아니하는 증거를 제외하고는 소외 이 태복이 그의 기명·날인과 주소 및 지급장소만을 기재하고 그 밖의 어음요건기재는 고의로 흠결한 채 원고에게 그 보충을 예정하여 교부하였다거나 원고가 위 어음에 기입한 내용과 같은 보충권을 원고에게 수여하였다고 인정할 아무런 증거가 없다. 그러나 백지약속어음인 경우에 발행자가 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는가의 여부의 점에 대하여는 발행인에게 보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점, 즉 백지어음이 아니고 불완전어음으로서 무효라는 점에 관한 증명책임이 있다고 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

백지어음은 기명·날인 또는 서명 이외의 어음요건의 일부를 기재하지 아니하고, 이 부분을 보충할 권한을 수취인에게 부여한 채 발행한 어음을 말한다. 그렇지만 수취인 기타 어음요건을 기재하지 않고 발행한 어음은 백지어음을 발행한 것으로 추정해야 하므로 백지어음이 아니고 불완전어음임을 증명할 책임을 부담하는 자는 발행인이라고 본 판례이다.

## 313. 백지어음의 시효중단

(대법원 2010.5.20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 만기가 기재된 백지 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않고 어음금을 청구한 경우 소멸시효 중단의 효력이 있는지 여부(적극) 및 이 경우 백지보충권은 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하는 한 행사할 수 있는 것인지 여부 (적극)

[2] 약속어음의 지급기일로부터 3년의 소멸시효기간이 완성되기 전에 그 어음금을 청구하는 소를 제기한 경우 약속어음상의 청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다.이 경우 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 있다.

[2] 지급지 및 지급을 받을 자 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 한 사례

〈판결이유〉

만기가 기재된 백지어음은 일반적인 조건부 권리와는 달리 그 백지 부분이 보충되지 않은 미완성어음인 상태에서도 만기의 날로부터 어음상의 청구권에 대하여 소멸시효가 진행한다. 따라서 만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인은 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 시효가 진행함에 대응하여 발행인을 상대로 어음상의 청구권에 대한 시효진행을 중단시킬 수 있는 조치를 취할 수 있다고 봄이 상당하다. 또한 백지어음상의 백지보충을 조건으로 하는 어음상의 청구권은 그 소지인이 언제라도 백지 부분을 보충하기만 하면 어음이 완성되어 완전한 어음상의 청구권으로 성립하게 되고, 백지 부분을 보충하지 않은 상태의 어음금청구라도 그 백지어음의 발행인이 어음금채무를 승인하고 어음금을 지급하여 어음에 관한 법률관계를 소멸시키는 것도 얼마든지 가능하므로, 백지어음의 소지인이 어음요건의 일부를 오해하거나 그 흠결을 알지 못하는 등의 사유로 백지 부분을 보충하지 아니한 채 어음금을 청구하더라도, 이는 완성될 어음에 기한 어음금청구와 동일한 경제적 급부를 목적으로 하는 실질적으로 동일한 법률관계에 관한 청구로서 어음상의 청구권을 실현하기 위한 수단이라고 봄이 상당하다. 그렇다면 만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이라고 할 수 있고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다고 할 것이다(대법원 1962.1.31. 선고 4294민상110, 111판결 참조). 이 경우 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 있다. 이와 달리 지급을 받을 자 부분이 백지로 된 약속어음의 소지인은 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서는 어음상의 청구권을 행사할 수 없으므로, 그 백지어음 소지인의 권리행사에 의한 소멸시효 중단의 효과는 전혀 생길 여지가 없다는 취지로 판단한 대법원 1962.12.20. 선고 62다680판결은 이 판결에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다. 원심이 원고가 지급지 및 지급을 받을 자 부분이 각 백지로 된 액면 490,000,000원의 약속어음을 소지하고 있다가 그 지급기일인 2004.10.1.로부터 3년이 경과한 2008.6.23.경에 이르러 위 각 백지 부분을 보충하여 2008.7.8.경 발행인인 피고에게 지급제시를 하였으나, 원고가 위 약속어음의 지급기일로부터 3년의 소멸시효기간이 완성되기 전인 2007.9.7. 그 어음금을 청구하는 이 사건 소를 제기한 이상, 이로써 위 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 중단되었다는 취지로 판단한 것은 정당하다.

〈선정이유〉

백지를 보충하지 않고는 권리행사가 불가능하다는 이론에 충실하면 백지인 채로 지급제시를 하거나 소를 제기하더라도 시효중단의 효력은 없다고 보는 것이 옳다. 백지어음이라도 만기가 있는 경우에는 시효가 진행한다는 사실과의 균형상 백지어음인 채로도 시효를 중단시킬 수 있다고 보아야 하며, 백지어음을 가지고 어음금을 청구하는 것도 권리행사를 객관적으로 표명하는 것으로 보아야 한다는 이유에서 시효중단의 효력을 인정한 판례이다. 위 전원합의체는 어음시효가 완성하기 전에 소를 제기하고 소송 진행 중 시효가 완성되었고, 변론종결 전에 소지인이 백지를 보충한 위 사안에서 소제기를 할 때에 백지가 보충되지 않았지만 시효가 중단되었다고 보았다. 백지인 채로 소제기를 하더라도 변론종결 전에 보충할 경우 소제기시로 소급하여 시효를 중단하는 효력이 있다는 것이 판례의 입장이다.

## 314. 백지어음 제권판결 이후의 권리행사

(대법원 1998.9.4. 선고 97다57573 판결)

〈쟁점〉

백지어음에 대한 제권판결을 받은 자가 어음 외의 의사표시로 백지를 보충하여 발행인에 대한 어음상 권리를 행사할 수 있는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

제권판결제도는 증권 또는 증서를 상실한 자에게 이를 소지하고 있는 것과 같은 형식적 자격을 부여하여 그 권리를 실현할 수 있도록 하려는 것인 점과, 백지어음의 발행인은 백지보충을 조건으로 하는 어음금지급채무를 부담하게 되고, 백지에 대한 보충권과 백지보충을 조건으로 한 어음상의 권리는 백지어음의 양도와 더불어 양수인에게 이전되어 그 소지인은 언제라도 백지를 보충하여 어음상의 권리를 행사할 수 있으므로, 백지어음은 어음거래상 완성어음과 같은 경제적 가치를 가지면서 유통되고 있는 점을 함께 고려하여 보면, 백지어음에 대한 제권판결을 받은 자는 발행인에 대하여 백지보충권과 백지보충을 조건으로 한 어음상의 권리까지를 모두 민사소송법 제468조에 규정된 '증서에 의한 권리'로서 주장할 수 있다고 봄이 상당하고, 따라서 백지어음의 제권판결을 받은 자는 발행인에 대하여 백지 부분에 대하여 어음 외의 의사표시에 의하여 보충권을 행사하고 그 어음금의 지급을 구할 수 있다.

〈판결이유〉

어음에 대한 제권판결이 선고되면 그 어음은 어음으로서의 효력을 상실하고, 제권판결을 얻은 자는 어음소지인으로서의 지위를 회복하여 어음상의 권리를 행사할 수 있는 것이지만(민사소송법 제467조, 제468조), 어음요건의 일부가 백지로 된 백지어음은 미완성의 어음이므로 백지의 보충이 없이는 어음상의 권리를 행사할 수 없고, 또한 백지어음에 대한 제권판결이 있다고 하더라도 그 제권판결에 의하여 백지어음 자체가 부활하는 것은 아니므로 그 어음면에 백지를 보충할 방법은 없다 할 것이다. 그런데 민사소송법 제468조는 "제권판결이 있는 때에는 신청인은 증권 또는 증서에 의하여 의무를 부담한 자에 대하여 증서에 의한 권리를 주장할 수 있다."고 규정하고 있는바, 제권판결제도는 증권 또는 증서를 상실한 자에게 이를 소지하고 있는 것과 같은 형식적 자격을 부여하여 그 권리를 실현할 수 있도록 하려는 것인 점과, 백지어음의 발행인은 백지보충을 조건으로 하는 어음금지급채무를 부담하게 되고, 백지에 대한 보충권과 백지보충을 조건으로 한 어음상의 권리는 백지어음의 양도와 더불어 양수인에게 이전되어 그 소지인은 언제라도 백지를 보충하여 어음상의 권리를 행사할 수 있으므로, 백지어음은 어음거래상 완성어음과 같은 경제적 가치를 가지면서 유통되고 있는 점을 함께 고려하여 보면, 백지어음에 대한 제권판결을 받은 자는 발행인에 대하여 백지보충권과 백지보충을 조건으로 한 어음상의 권리까지를 모두 위 민사소송법 제468조에 규정된 '증서에 의한 권리'로서 주장할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이다. 따라서 발행일·발행지·지급지·수취인의 각 난(欄)을 백지로 하여 발행된 이 사건 약속어음에 대한 제권판결을 받은 원고로서는 발행인인 피고에 대하여 위 백지 부분에 대하여 어음 외의 의사표시에 의하여 보충권을 행사하고 그 어음금의 지급을 구할 수 있다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같

은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

백지어음의 점유를 상실한 경우 일반적인 증권의 무효선언을 위한 공시최고절차(민소법 제492조)에 따라 공시최고를 신청할 수 있고 제권판결을 받을 수 있다. 그렇지만 분실한 것이 백지어음이므로 그 제권판결문으로 지급제시를 할 수 없다. 제권판결을 받은 자는 증서에 의해서만 의무를 부담하는 자에게 '증서에 의한 권리'를 주장할 수 있기 때문이다(민소법 제497조). 어음의 백지보충권은 증권상 권리로 보아야 하므로 백지어음에 대해 제권판결을 받은 자는 어음 외의 의사표시로서 보충권을 행사하고 어음금의 지급을 청구할 수 있다고 본 판례이다.

## 315. 만기가 백지인 어음의 보충권 행사기간

(대법원 2003.5.30. 선고 2003다16214 판결)

〈쟁점〉

[1] 만기가 백지인 약속어음의 백지보충권의 소멸시효의 기산점 및 소멸시효기간

[2] 만기 이외의 어음요건이 백지인 약속어음의 백지보충권의 소멸시효의 기산점

〈판결요지〉

[1] 만기를 백지로 한 약속어음을 발행한 경우 그 보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 어음발행의 원인관계에 비추어 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행하고, 백지약속어음의 보충권 행사에 의하여 생기는 채권은 어음금 채권이며 어음법 제77조 제1항 제8호, 제70조 제1항, 제78조 제1항에 의하면 약속어음의 발행인에 대한 어음금 채권은 만기의 날로부터 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 점 등을 고려할 경우 만기를 백지로 하여 발행된 약속어음의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 3년으로 보아야 한다.

[2] 만기 이외의 어음요건이 백지인 경우 그 백지보충권을 행사할 수 있는 시기는 다른 특별한 사정이 없는 한 만기를 기준으로 한다.

〈선정이유〉

지급기일을 공란으로 하여 약속어음을 발행한 경우에는 어음법 제2조 제1호를 적용하여 특별한 사정이 없는 한 그 어음은 일람출급의 어음으로 볼 것이 아니라 백지어음으로 보아야 할 것이고 이와 같은 백지어음을 교부한 때에는 후일 그 소지인으로 하여금 임의로 그 지급기일의 기재를 보충시킬 의사로서 교부한 것이라고 추정함이 옳다(대법원 1976.3.9. 선고 75다984 판결). 만기가 백지인 어음은 소멸시효의 기산점이 없으므로 어음상 권리가 시효로 소멸할 수 없다. 이 경우 보충권은 보충권 자체의 제척기간 내에 행사해야 하고, 이 제척기간이 경과하면 백지를 보충할 방법이 없으므로 어음상 권리가 발생하지 않은 상태로 된다. 이에 대해 판례는 만기를 백지로 한 약속어음 보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 어음발행의 원인관계에 비추어 어음상

권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행한다고 본다. 따라서 원인관계에 의존하여 기산점을 정하므로 기산점에 관해 당사자가 특약을 정할 수 있다. 또 보충권의 행사기간이 명문으로 정해져 있지 않으므로 백지인 약속어음의 보충권 행사에 의해 생기는 채권은 약속어음금 채권이고, 약속어음의 발행인에 대한 어음금 채권의 소멸시효가 3년이라는 점을 근거로 보충권 자체의 제척기간 또는 소멸시효를 부정하고 주채무자에 대한 어음상 권리와 같이 3년의 시효에 걸린다고 보았다. 만기가 백지인 약속어음 보충권의 소멸시효 기산점과 행사기간의 입법불비를 보충한 판결이다.

## 316. 백지수표의 보충권 행사

(대법원 2001.10.23. 선고 99다64018 판결)

〈쟁점〉

[1] 발행일이 백지인 수표의 백지보충권의 소멸시효 기산점

[2] 발행일이 백지인 수표의 백지보충권의 소멸시효기간

[3] 발행일이 백지인 수표에 있어서의 백지보충권 소멸시효항변이 인적 항변인지 여부 (적극)

〈판결요지〉

[1] 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 수표발행의 원인관계에 비추어 발행 당사자 사이에 수표상의 권리를 행사할 수 있는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행한다.

[2] 백지수표의 보충권 행사에 의하여 생기는 채권은 수표금 채권이고, 수표법 제51조에 의하면 수표의 발행인에 대한 소구권은 제시기간 경과 후 6개월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 점 등을 고려하면 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 6개월로 봄이 상당하다.

[3] 발행일 백지인 수표의 취득자가 백지보충권의 소멸시효기간 경과 후에 백지를 보충한 경우에 있어서도 수표법 제13조가 유추적용되어 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 백지보충권의 소멸시효 경과 후의 백지보충의 항변으로써 대항받지 아니한다고 해석함이 상당하다고 할 것이나, 이 경우에도 그 수표취득자가 스스로 수표상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 새로이 6개월이 경과할 때까지 발행일을 보충하지 않았다면 그 보충권의 소멸시효는 완성되었다고 보아야 할 것이다.

〈판결이유〉

발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 수표발행의 원인관계에 비추어 발행 당사자 사이에 수표상의 권리를 행사할 수 있는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행한다 할 것이다(대법원 1997.5.28. 선고 96다25050 판결 참조). 그리고 백지수표의 보충권 행사에 의하여 생기는 채권은 수표금 채권이고, 수표법 제51조에 의하면 수표의 발행인에 대한 소구권은 제시기간 경과 후 6개월간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되

는 점 등을 고려하면 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 6개월로 봄이 상당하다 할 것이다. 한편, 발행일 백지인 수표의 취득자가 백지보충권의 소멸시효기간 경과 후에 백지를 보충한 경우에 있어서도 수표법 제13조가 유추적용되어 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 백지보충권의 소멸시효 경과 후의 백지보충의 항변으로써 대항받지 아니한다고 해석함이 상당하다고 할 것이나, 이 경우에도 그 수표취득자가 스스로 수표상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 새로이 6개월이 경과할 때까지 발행일을 보충하지 않았다면 그 보충권의 소멸시효는 완성되었다고 보아야 할 것이다. 발행인을 피고로 하고 발행일을 백지로 하여 발행된 이 사건 당좌수표를 소외 김대율이 1992년 6월경 교부받아 1992년 10월경 소외 안영모에게 교부하였고 원고는 1992년 12월경 위 안영모로부터 부동산 매매대금의 지급을 위하여 교부받았으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 위 1992년 12월경부터 백지인 발행일에 대한 보충권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 그 때부터 6개월 내에 보충권을 행사하지 아니하다가 1997.1.7.에서야 발행일의 보충권을 행사하였기 때문에 결국 이 사건 당좌수표의 백지보충권은 시효소멸하였다고 판단하였고, 원고가 뒤늦게 이 사건 당좌수표의 발행일을 보충하여 지급제시하였다고 하여도 이로써 발행인인 피고에 대한 소구권은 발생되지 아니한다.

〈선정이유〉

수표의 제시기간은 발행일로부터 10일간이다(수표법 제29조 제1항). 발행일 이외의 수표요건이 백지인 백지수표의 경우 10일 내에 보충하면 된다. 그렇지만 발행일이 백지인 백지수표의 경우 제시기간의 기산점을 확정할 수 없다. 따라서 판례는 만기가 없는 어음에서와 마찬가지로 백지보충권을 행사할 수 있는 날을 기산점으로 하고, 백지보충권의 행사로 말미암아 발행인에 대한 상환청구권이 생기므로 상환청구권의 시효와 동일하게 백지보충권을 행사할 수 있는 날로부터 6월 내에 행사해야 한다고 판시하고 있다.

## 317. 백지어음 취득자의 부당보충

(대법원 1999.2.9. 선고 98다37736 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음법 제10조 소정의 '소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때'의 의미

[2] 어음금액란을 백지로 하는 약속어음을 발행한 경우 발행인은 통상적으로 그 보충권의 범위를 한정한다고 보아야 하는지 여부 (적극)

[3] 부당보충된 약속어음을 취득함에 있어 소지인에게 악의 또는 중과실이 있다고 인정한 사례

[4] 소지인이 악의 또는 중과실로 부당보충된 어음을 취득한 경우에도 발행인은 자신이 보충권을 수여한 범위 내에서는 책임을 지는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

[1] 어음법 제10조가 규정하는 '악의로 어음을 취득한 때'라 함은 소지인이 백지어음이 부당보충되었다는 사실과 이를 취득할 경우 어음채무자를 해하게 된다는 것을 알면서도 어음을 양수한 때

를 말하고, '중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때'라 함은 소지인이 조금만 주의를 기울였더라면 백지어음이 부당보충되었다는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 그와 같은 주의도 기울이지 아니하고 부당보충된 어음을 양수한 때를 말한다.

[2] 어음금액란의 기재는 대단히 중요한 사항이므로 어음금액란을 백지로 하는 어음을 발행하는 경우에 발행인은 통상적으로 그 보충권의 범위를 한정한다고 봄이 상당하다.

[3] 부당보충된 약속어음을 취득함에 있어 소지인에게 악의 또는 중과실이 있다고 인정한 사례

[4] 소지인이 악의 또는 중과실로 부당보충된 어음을 취득한 경우에도 발행인은 자신이 유효하게 보충권을 수여한 범위 안에서는 당연히 어음상의 책임을 진다.

〈판결이유〉

어음법 제10조가 규정하는 '악의로 어음을 취득한 때'라 함은 소지인이 백지어음이 부당보충되었다는 사실과 이를 취득할 경우 어음채무자를 해하게 된다는 것을 알면서도 어음을 양수한 때를 말하고, '중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때'라 함은 소지인이 조금만 주의를 기울였더라면 백지어음이 부당보충되었다는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 그와 같은 주의도 기울이지 아니하고 부당보충된 어음을 양수한 때를 말한다(대법원 1995.6.30. 선고 95다10600 판결 참조).

피고 회사의 자금사정이 어렵게 되자 피고 회사의 당시 대표이사이던 소외 홍건천이 1995.8.경 소외 현정환에게 금 10,000,000원 내지 금 20,000,000원 정도의 어음할인을 의뢰하면서 어음금액과 발행일, 지급기일, 수취인을 각 백지로 한 이 사건 약속어음 3장을 발행하고, 현정환으로 하여금 제3자로부터 할인할 돈을 받으면서 그 금액에 맞추어 이 사건 각 약속어음의 어음금액란을 보충하도록 한 사실, 현정환은 그 약속어음 중 한 장에는 발행일 1995.9.12., 액면 금 105,000,000원, 지급기일 1995.12.18.로 기재하였다가 그 후 위 지급기일을 1996.12.18.로 고쳤고(이하 제1어음이라 한다), 다른 약속어음 한 장에는 발행일 1995.10.5., 액면 금 100,000,000원, 지급기일 1996.12.19.로 기재하고(이하 제2어음이라 한다), 나머지 약속어음 한 장에는 발행일 1995.10.5., 액면 금 100,000,000원, 지급기일 1995.12.26.로 기재하였다가 그 후 위 지급기일을 1996.12.26.로 고쳤는데(이하 제3어음이라 한다), 제1, 제3어음의 지급기일란의 연도가 고쳐졌음은 육안으로도 어느 정도 알아 볼 수 있는 사실, 현정환은 피고를 위하여 이 사건 약속어음들을 할인하지 아니하고, 1995.말 일자불상경 현정환의 원고에 대한 기존 차용금 채무의 변제를 위하여 이 사건 약속어음들을 배서·양도하여 원고가 이를 소지하게 되었다.

한편 어음금액란의 기재는 대단히 중요한 사항이므로 어음금액란을 백지로 하는 어음을 발행하는 경우에 발행인은 통상적으로 그 보충권의 범위를 한정한다고 봄이 상당하다 할 것(대법원 1978.3.14. 선고 77다2020 판결 참조)이다. 원고가 이 사건 약속어음들을 취득할 당시에 이 사건 약속어음이 어음금액란을 백지로 발행되어 현정환이 이를 보충하였음을 알고 있음을 자인하였고, 거기에 원심이 인정한 사실관계 특히 종전에 현정환이 피고 회사 발행의 액면 금 10,000,000원 내지 20,000,000원 정도의 어음에 대하여 원고에게 할인을 의뢰한 일이 있었을 뿐 피고 회사로부터 이 사건 각 약속어음과 같은 거액의 약속어음을 취득한 일이 없었음에도 이 사건에서는 현정환이 이 사건 각 약속어음을 취득하여 원고에 대한 자신의 채무 변제를 위하여 원고에게 양도하였다는 사실 및 원고가 현정환의 자금사정 등을 잘 알고 있었음에도 불구하고 피고 회사에 대하여 현정환에게 어느 금액 범위 안에서 이 사건 각 약속어음의 어음금액란을 보충할 권한을 부여하였는지 전혀 확인하지 아니하였던 사실 등을 종합하여 보면 이 사건에서 원고가 조금만 주의를 기울였더라면 이 사건 약속어음들이 부당보충되었다는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 그와 같은 주

의도 기울이지 아니하고 부당보충된 이 사건 약속어음들을 양수하였다고 할 수 있으므로 결국 원심이 피고의 항변이 이유 있다고 판단한 것은 정당하다.

그러나 비록 소지인이 악의 또는 중과실로 부당 보충된 어음을 취득하였다 하더라도 발행인은 자신이 유효하게 보충권을 수여한 범위 안에서는 당연히 어음상의 책임을 져야 할 것이다.

〈선정이유〉

어음법 제10조 단서에 근거하여 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 어음을 취득한 때에는 발행인은 부당보충되었음을 이유로 어음채무의 이행을 거절할 수 있다. 이 경우 악의란 보충권이 남용된 사실을 알고 취득하거나 백지어음을 취득하여 자신이 보충권을 남용하는 것을 말한다. 판례는 '악의로 어음을 취득한 때'를 소지인이 백지어음이 부당보충되었다는 사실과 이를 취득할 경우 '어음채무자를 해하게 된다는 것을 알면서도' 어음을 취득한 때를 말한다고 하여 어음법 제17조 단서의 악의의 항변과 같은 개념으로 설시하였다. 중과실 여부를 판단함에 있어 과실의 경중은 이미 부당보충된 어음을 당초 완성어음으로 발행된 것인 줄 알고 취득한 경우와 백지인 채로 부진정한 보충권을 고지받으며 취득한 경우를 구분할 필요가 있다. 특히 금액이 백지인 경우에는 양도인으로부터 보충할 수 있는 금액의 범위를 전해 듣고 발행인에게 보충권의 내용에 관하여 조회하지 않았다면 중과실에 해당할 수 있다.

## 318. 백지보충과 어음행위의 효력발생시기

(대법원 1971.8.31. 선고 68다1176 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

백지어음의에 만기 전에 한 배서의 만기 후에 백지가 보충된 때의 효력

〈판결요지〉

백지어음에 있어서 백지의 보충시와 어음행위 자체의 성립시기와는 엄격히 구별하여야 할 문제로서 백지의 보충없이는 어음상의 권리를 행사할 수 없으나 어음행위의 성립시기를 곧 백지의 보충시기로 의제할 수는 없는 것이며 그 성립시기는 그 어음행위 자체의 성립시기로 결정하여야 할 것이므로 백지어음에 만기 전에 한 배서는 만기 후에 백지가 보충된 때에도 기한후 배서로 볼 것이 아니다(본 전원합의체 판결로 65.8.31 65다1217 판결 변경).

〈판결이유〉

피고가 소외 오충환에게 금액 50,000원, 만기 1966.1.20. 지급지와 발행지 모두 대전시, 지급장소 한일은행 대전지점, 지급받을 자 난(欄) 공백, 발행일 65.12.13.인 백지약속어음 1장을 발행교부하고, 오충환은 소외 최종인에게, 최종인은 소외 남광옥에게 그 무렵 각각 인도·양도하고 1966.1.10. 남광옥은 원고에게 배서양도하고, 그 소지인이 된 원고가 1967.8.24. 위 공백부분에 지급받을 자의 성명을 남광옥으로 기입·보충하였다는 것인바, 백지어음에 있어서 백지의 보충시와 어음행위 자체의 성립시기와는 엄격히 구별하여야할 문제로서, 백지의 보충없이는 어음상의 권리를

행사할 수는 없으나, 어음행위의 성립시기를 곧 백지의 보충시로 의제할 수는 없는 것이며, 그 성립시기는 그 어음행위 자체의 성립시기로 결정하여야 할 것이다. 그렇다면, 그 보충이 1967.8.24.에 된 1966.1.20. 만기의 이 사건 어음에서 1966.1.10.에 이루어진 본건 배서를 만기 후 배서로 아니 본 원판결의 판단은 실로 정당하다. 그러므로 위 견해와 상충되는 당원의 종전판례(1965.8.31. 선고 65다1217 판결)에 입각하여 이 사건 배서는 기한후배서로 보고 그 효력은 단지 지명채권의 양도의 효력밖에 없다고 주장하는 상고논지는 이유 없다.

〈선정이유〉

백지어음에 한 모든 어음행위가 보충에 의해 효력을 발생한다. 백지어음의 효력발생시기가 문제된 사안에서 어음행위의 성립시기와 보충시기(효력발생시기)를 구분하여 어음행위는 보충에 의해 효력이 발생하지만, 어음행위의 성립시기는 어음행위 자체의 성립시기로 결정해야 하므로 위 사안의 경우 기한후배서가 되지 않는다고 판시한 사례이다.

# 제 2 장 환어음의 인수

## 319. 어음외 인수통지의 효력

(대법원 2008.9.11. 선고 2007다74683 판결)

〈쟁점〉

지급인이 환어음에 인수문언의 기재 및 기명·날인 등을 하지 아니한 채 소지인 등에게 인수의 통지를 한 경우 어음법 제29조 제2항에 따른 책임을 지는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

어음법 제29조 제2항은 환어음에 인수를 기재한 지급인이 그 어음을 반환하기 전에 인수의 기재를 말소하였음에도 소지인 등에게 서면으로 인수의 통지를 한 때에는 어음에 기재된 말소 전의 인수문언에 따라 책임을 진다는 취지를 규정한 것으로 해석함이 상당하므로, 만일 지급인이 환어음에 인수문언의 기재 및 기명·날인 등을 하지 아니한 채 소지인 등에게 인수의 통지를 한 경우에는 그 지급인에 대하여 어음법 제29조 제2항에 따른 어음상의 책임을 물을 수 없다.

〈판결이유〉

어음법 제29조 제2항은 "전항의 규정에 불구하고 지급인이 소지인 또는 어음에 기명·날인 또는 서명한 자에게 서면으로 인수의 통지를 한 때에는 통지한 상대방에 대하여 인수의 문언에 따라 책임을 진다"라고 규정하고 있는바, 이 조항은 '전항의 규정에도 불구하고'라는 문구를 두고 있음에 비추어 같은 조 제1항에서 규정하는 것처럼 환어음에 인수를 기재한 지급인이 그 어음을 반환하기 전에 인수의 기재를 말소하였음에도 소지인 등에게 서면으로 인수의 통지를 한 때에는 어음에 기재된 말소 전의 인수 문언에 따라 책임을 진다는 취지를 규정한 것으로 해석함이 상당하므로, 만일 지급인이 환어음에 인수문언의 기재 및 기명·날인 등을 하지 아니한 채 소지인 등에게 인수의

통지를 한 경우에는 그 지급인에 대하여 어음법 제29조 제2항에 따른 어음상의 책임을 물을 수는 없다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 대한민국 법인인 원고 은행(신한은행)이 수익자인 리플렉스 및 리조스로부터 이 사건 각 백투백신용장에 터잡아 발행된 환어음과 선적서류 등을 매입한 후 이 사건 각 백투백신용장을 개설한 대한민국 법인인 피고 은행(우리은행)의 방글라데시 다카지점에 이를 송부·제시함에 따라 피고 은행 다카지점이 서류송부은행인 원고 은행에게 그 환어음의 만기를 확정하면서 이 사건 각 백투백신용장의 개설조건인 이 사건 특수조건과 동일하게 해당 마스터신용장 대금을 지급받는 것을 조건으로 하여 그 환어음을 인수하겠다는 취지를 통보한 사실을 알 수 있기는 하나, 피고 은행 다카지점이 이 사건 각 백투백신용장에 기한 해당 환어음에 '인수' 기타 이와 동일한 의의가 있는 문자로 표시하고 기명·날인 또는 서명을 하였다거나 어음의 표면에 단순한 기명·날인 또는 서명을 하였음을 인정할만한 아무런 자료가 없으므로, 피고 은행이 이 사건 각 백투백신용장에 터잡아 발행된 환어음을 인수 내지 조건부로 인수하였다고 볼 수 없음은 물론, 피고 은행이 어음법 제29조 제2항에 따라 인수의 문언에 따른 책임을 져야 한다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

인수(引受)란 환어음에 기재된 내용에 따라 어음금을 지급할 채무를 부담하는 지급인의 어음행위이다. 어음에 인수의 문구를 기재한 지급인이 그 어음을 제시자에게 반환하기 전에 인수의 기재를 말소한 때에는 인수를 거절한 것으로 본다. 그렇지만 지급인이 어음을 반환하기 전에 인수를 말소하였더라도 어음소지인이나 다른 어음채무자에게 서면으로 인수를 통지한 때에는 그 통지받은 상대방에 대하여 인수의 문구에 따라 책임을 부담한다. 인수통지에 의해 상대방의 신뢰가 생기므로 말소를 이유로 인수거절을 주장하는 것은 권리남용에 해당한다고 보기 때문이다. 위 사안은 어음법 제29조 제2항의 법문이 '제1항에도 불구하고'라고 표현하므로 인수를 했다가 어음반환 전에 인수 문구를 말소한 지급인이 다시 인수통지를 한 때에만 적용되는 것처럼 보이지만 인수의 문구를 기재한 사실이 없는 지급인이 어음외의 서면으로 인수의 뜻을 통지한 경우에도 소지인 등의 신뢰를 보호할 필요가 있으므로 어음법 제29조 제2항이 적용될 필요가 있다.

## 320. 백지인수와 인수일자

(대법원 1980.12.12. 선고 78다1164 판결)

〈쟁점〉

환어음의 백지인수가 가능한지 여부

〈판결요지〉

일람후 정기출급 환어음은 지급인이 그 환어음 원본에 인수 기타 이와 동일한 의의가 있는 문자로 표시하고 인수일자를 기재하거나 또는 기재하지 아니한 채 기명날인하여 이를 그 인수제시인에게 교부·반환하면 인수가 되는 것이고, 위와 같이 인수일자를 기재하지 아니할 때에 장차 소지인에게 그 제1의 인수제시일자 또는 인수일자의 보충권을 수여하는 이른바 백지인수도 가능하다.

〈판결이유〉

원판시와 같은 甲이 지급인으로서 본건 각 환어음의 인수란에 기명·날인하게 된 경위나 甲이 선적서류를 실제로 인수하지 아니하였다는 사정만으로는 위 甲이 한 본건 각 환어음 인수의 효력을 부정할 수 없다고 할 것이고, 또 원심이 적시하고 있는 본건 각 환어음상의 지급조건(d/a 90)은 일람후 90일출급이라는 의미 밖에 없는 바, 원심은 본건 각 환어음상의 지급조건만에 비추어 그 보충권의 범위를 넘은 것이라고 판단하고 있으나 원판시 사실에 의하면 甲은 원고 은행이 소지하고 수차 그 인수를 위하여 제시한 본건 각 환어음에 그 유예기간을 구하여 오다가 1971.4.경에야 위와 같은 백지인수를 한 것이고, 소지인인 원고 은행측에서는 그 제1의 인수제시일자를 위와 같이 보충한 것이라고 보아야 할 것임에도 불구하고 위와 같이 판단한 원심의 조처에는 환어음의 인수에 관한 법리오해 내지 이유불비의 위법이 있다.

〈선정이유〉

인수제시는 어음의 점유자 또는 소지인이 지급인에 대하여 인수 여부를 최고하는 것이다. 제시한 결과 인수가 되면 주채무자가 확정되고, 인수가 거절되면 만기 전에 상환청구권을 행사할 수 있따. 따라서 인수일자의 기재가 인수요건은 아니지만 인수한 날이 언제인가는 중요한 의미를 가진다. 일람후정기출급어음 또는 특별한 기재에 의하여 일정한 기간 내에 인수를 위해 제시해야 하는 어음의 경우 인수일자를 어음면에 기재해야 한다. 다만 소지인이 인수일자 대신 제시일자의 기재를 요구한 때에는 제시일자를 적어야 한다. 본안은 소지인에게 제시일자 또는 인수일자의 보충권을 수여하는 백지인수도 가능하다고 판단하였으나 사실과 다른 제시일자 또는 인수일자는 효력을 가질 수 없다. 왜냐하면 발행인·배서인이 기간을 정하여 인수제시를 명한 어음의 경우 인수일자가 기간준수 여부를 판단하는 근거가 되기 때문이다. 인수일자가 적혀 있지 아니한 경우 소지인은 배서인과 발행인에 대한 상환청구권 보존을 위해서는 적법한 시기에 일자거절증서를 작성하게 하여 일자의 기재가 없었다는 점과 기간준수 사실을 증명해야 한다(어음법 제25조 제2항 후단).

# 제 3 장 배서

## 321. 어음할인

(대법원 2002.4.12. 선고 2001다55598 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음 또는 수표의 할인이 금융기간이 아닌 사인 간에 이루어진 경우 그 성질이 소비대차인지 어음 또는 수표의 매매에 해당하는지 여부의 판단 기준

[2] 사인(私人) 간에 이루어진 어음 또는 수표 할인의 성질이 소비대차로 볼 여지가 많아 보인다고 한 사례

[3] 다른 사람이 발행 또는 배서양도하는 약속어음에 배서인이 된 사람이 원인채무에 대한 보증책임을 부담하는지 여부 (한정 소극)

〈판결요지〉

[1] 통상 어음할인이라 함은 아직 만기가 도래하지 아니한 어음의 소지인이 상대방에게 어음을 양도하고 상대방이 어음의 액면금액에서 만기까지의 이자 기타 비용을 공제한 금액을 할인의뢰자에게 교부하는 거래를 말하는 것인데, 수표의 경우에는 만기가 없으므로 어음할인과 같은 엄격한 의미에서의 수표할인은 존재할 수 없으나 특정기일 전까지 지급제시를 하지 않기로 하고 수표금액에서 그 기간까지의 이자를 공제하는 방법에 의한 수표할인은 가능한 바, 그와 같은 형태의 어음 또는 수표의 할인이 금융기관이 아닌 사인 간에 이루어진 경우 그 성질이 소비대차에 해당하는 것인지 아니면 어음의 매매에 해당하는 것인지의 여부는 그 거래의 실태와 당사자의 의사에 의하여 결정되어야 할 것이다.

[2] 금융기관이 아닌 사인이 거래관계로 알게 된 상대방으로부터 자금의 융통을 요청받고는 거의 대부분 그 상대방이 발행인으로 된 융통어음과 수표를 교부받으면서 그 액면금액에서 만기 등까지의 이자를 공제한 나머지의 금액을 그 상대방에게 교부하였고, 소외 회사가 발행한 어음에 대하여도 그 상대방이 발행한 어음이나 수표와 같은 형태로 할인거래가 이루어졌다면 그 사인으로서는 그 어음 또는 수표 자체의 가치에 중점을 두고 이를 매수한 것이 아니라 어음 또는 수표의 할인의뢰인인 그 상대방의 신용이나 자력을 믿고서 그 상대방에게 어음 또는 수표를 담보로 금전을 대여하여 주었다고 봄이 상당하므로 그 사인과 그 상대방 간에는 어음 및 수표의 액면 상당 금액에 대한 원인관계인 계약이 체결되고, 그 어음 및 수표는 그와 같은 각 계약상의 채무를 담보하기 위하여 교부된 것으로 볼 여지가 많아 보인다고 한 사례

[3] 다른 사람이 발행 또는 배서양도하는 약속어음에 배서인이 된 사람은 그 배서로 인한 어음상의 채무만을 부담하는 것이 원칙이고, 특별히 채권자에 대하여 자기가 그 발행 또는 배서양도의 원인이 된 채무까지 보증하겠다는 뜻으로 배서한 경우에 한하여 그 원인채무에 대한 보증책임을 부담한다.

〈선정이유〉

어음할인은 아직 만기가 도래하지 아니한 어음을 소지하는 자가 어음을 양도하고 양수인이 어음의 액면금액에서 만기까지의 이자 기타 비용을 공제한 금액을 양도인에게 교부하는 거래를 말한다. 어음소지인이 만기에 이르기 전 어음을 자금화하는 수단으로 이용된다. 판례는 금융기관이 아닌 일반인 사이에 어음할인이 이루어진 경우 그 성질이 소비대차에 해당하는 것인지 아니면 어음의 매매에 해당하는 것인지의 여부는 그 거래의 실태와 당사자의 의사에 의하여 결정되어야 한다고 판시하였다. 또 수표에는 만기가 없어 수표할인도 없으나 특정기일 전까지 지급제시를 하지 않기로 하고 수표금액에서 그 기간까지의 이자를 공제하는 방법으로 수표할인이 가능하므로 수표할인은 거의 소비대차의 담보 형태로 이루어진다.

## 322. 배서의 연속성 판단

(대법원 1974.9.24. 선고 74다902 판결)

〈쟁점〉

약속어음의 배서가 위조되었을 때 이를 선의로 수취한 피배서인이 약속어음의 권리를 행사할 수 있는가의 여부

〈판결요지〉

약속어음의 배서가 위조된 경우에도 배서의 연속이 흠결된 것이라고 할 수 없으므로 피배서인은 배서가 위조되었는지의 여부에 관계없이 배서의 연속이 있는 약속어음의 적법한 소지인으로 추정되며 다만 발행인은 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 취득한 사실을 주장 입증하여 발행인으로서의 어음채무를 면할 수 있을 뿐이다.

〈판결이유〉

피고가 소외 한국포리에스텔 주식회사에게 이 사건 약속어음을 발행하고, 소외 김우웅이 위 약속어음을 훔쳐내어 '한국포리에스텔 주식회사 대표이사 사장 이동찬'으로 된 고무명판과 대표이사 직인을 위조하여 이 사건 약속어음의 배서인란에 이를 날인하여 원고에게 양도함으로써 원고가 이 사건 약속어음을 소지하게 된 사실, 그러나 어음법 제77조 동법 제16조 제1항의 규정에 의하여 보면 약속어음의 점유자가 배서의 연속에 의하여 그 권리를 증명한 때에는 이를 적법한 소지인으로 추정된다고 할 것이고, 위 법조에 규정된 배서의 연속이란 그 배서가 형식상 연속되어 있으면 족하고 실질상 유효한 것임을 요하지 아니한다 할 것이므로 배서가 위조된 경우에 있어서도 배서의 연속이 흠결된 것이라고는 할 수 없다고 함이 상당하다 할 것인바, 원심이 위에서 확정한 사실에 의하면 이 사건 약속어음의 배서는 형식상으로는 연속되어 있고 원고는 그 배서양도인에 의하여 이 사건 약속어음을 소지하게 되었다는 것이므로 피배서인인 원고는 그 배서가 위조되었는가의 여부에 관계없이 배서의 연속이 있는 이 사건 약속어음의 적법한 소지인으로 추정된다 할 것이고, 다만 이 경우에 발행인은 그 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 동인이 이를 취득한 사실을 주장·입증을 하지 않는 한 발행인으로서의 어음채무를 부담하는 것이다.

〈선정이유〉

배서의 자격수여적 효력으로 외관상 흠결없이 발행된 어음이 소지인에 이르기까지 적법하게 유통되었다는 사실을 추정할 수 있다. 어음유통에 관한 형식적 증거에 의해 자격수여적 효력이 주어지므로 배서의 연속 역시 형식적 근거에 의해 판단된다. 배서의 연속은 형식적으로 존재하면 족하다. 형식적으로 연속된 배서의 중간에 허무인(虛無人)의 배서가 들어 있거나 위조의 배서가 들어 있더라도 각각 배서의 요건을 구비한다면 배서의 연속에는 문제가 되지 않는다고 판시한 사례이다.

## 323. 기한후배서의 판단

(대법원 1987.8.25. 선고 87다카152 판결)

〈쟁점〉

적법한 거절증서가 작성되지 아니한 만기후 배서의 효력

〈판결요지〉

어음법 제20조에 의하면 만기후에 배서가 이루어졌더라도 그것이 지급거절증서 작성전 또는 지급거절증서 작성기간 경과전에 이루어진 것이면 만기전의 배서와 동일한 효력을 가진다 할 것이고, 한편 거절증서는 위탁자의 위탁에 의하여 공증인, 집달관(거절증서령 제2조), 합동법률사무소 또는 법무법인이 작성하게 되어 있어 비록 만기시에 지급제시된 어음에 '교환필'이라는 스탬프가 압날되고 피사취 또는 예금부족 등의 사유로 지급거절한다는 취지의 지급은행의 부전이 첨부되어 있는 등 지급거절 사실이 어음면에 명백하게 되어 있다 하더라도 이를 가지고 적법한 지급거절증서가 작성되었다고는 할 수 없다 하겠으므로 그러한 어음에 대한 배서도 그것이 지급거절증서 작성기간 내의 것이기만 하면 이는 기한후의 배서가 아닌 만기후의 배서로서 만기전의 배서와 동일한 효력이 있다.

〈선정이유〉

인수거절 등 어음법상 상환청구권이 발생하는 사유가 생기면 그 후의 배서는 어음취득자가 이 사실을 아는 한 기한후배서로 보는 견해가 있는 반면, 어음법 제20조의 법문에서는 지급거절증서 작성 후 또는 동 증서 작성기간 경과 후의 배서만 기한후배서라고 규정하여 기한후배서인지 여부에 대해 형식적인 판단기준을 제시하고 있다. 이 판례는 어음법 제20조의 법문에 충실하여 지급거절 사실이 어음면에 명확히 나타나 있어 어음취득자가 알 수 있어도 적법한 지급거절증서가 작성되지 아니하면 지급거절증서 작성기가내 이루어진 배서는 기한후배서가 아니라고 판시한 사례이다.

# 제 4 장 어음보증

## 324. 조건부보증의 효력

(대법원 1986.3.11. 선고 85다카1600 판결)

〈쟁점〉

조건부 어음보증의 효력

〈판결요지〉

어음법상 보증의 경우에는 발행 및 배서의 경우와 같이 단순성을 요구하는 명문이 없을 뿐 아니라, 부수적 채무부담행위인 점에서 보증과 유사한 환어음 인수에 불단순인수를 인정하고 있음에 비추어 어음보증에 대하여 환어음 인수의 경우보다 더 엄격하게 단순성을 요구함은 균형을 잃은 해석이고, 또 조건부보증을 유효로 본다고 하여 어음거래의 안전성이 저해되는 것도 아니므로 조건을 붙인 불단순보증은 그 조건부 보증문언대로 보증인의 책임이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

〈판결이유〉

피고 은행(조흥은행) 중앙지점 예금 및 대부계 담당대리인 소외 윤경구와 같은 대부계 주임인 소외 김영호가 상업어음보증·지급보증·할인어음 등 대출업무와 국고수납업무 등을 관장하면서 지점장

을 대행하여 소외 영동개발 주식회사(이하 영동개발이라 한다)가 발행한 약속어음에 대한 지급보증 업무를 담당하고 있음을 기화로 영동개발의 회장인 소외 이복례 및 대표이사인 소외 곽근배의 부탁을 받고 그들과 공모하여 1983.7.19.경 위 중앙지점 사무실에서 금고안에 있던 어음지급보증용 고무명판과 직인 등을 임의로 꺼내어 영동개발 직원인 소외 박현숙, 같은 이순실과 함께 영동개발 명의의 발행액면 30,000,000원, 발행일자 1983.8.19., 지급일자 1983.10.15.로 된 약속어음에 "우기금액의 지급을 지급기일까지 보증함"이라는 각인과 위 중앙지점장 이택구의 서명 명판 및 직인 등을 압날하여 위 어음의 지급보증부분을 위조한 사실과 원고는 위 약속어음의 지급보증부분이 피고 은행의 권한 있는자에 의하여 정당하게 이루어진 것으로 믿고 소외 권태영의 소개로 위 어음을 할인교부받아 소지하고 있다가 지급 제시기간 경과 후인 1983.10.19. 지급제시한 사실, 그러나 어음법상 보증의 경우에는 발행 및 배서의 경우와 같이 단순성을 요구하는 명문의 규정이 없을 뿐 아니라, 주된 채무를 전제로 하는 부수적 채무부담행위인 점에서 보증과 유사한 환어음의 인수에 조건을 붙인 경우에는 일단 인수거절로 보되 인수인으로 하여금 인수의 문언에 따라 책임을 지도록 함으로써 불단순인수를 인정하고 있음에 비추어 볼 때 어음보증에 대하여 환어음인수의 경우보다 더 엄격하게 단순성을 요구함은 균형을 잃은 해석이라고 하겠고, 또 조건부 보증을 유효로 본다고 하여 어음거래의 안전성이 저해되는것도 아니므로, 조건을 붙인 불단순보증은 그 조건부 보증 문언대로 보증인의 책임이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

〈선정이유〉

어음보증이란 특정 어음채무자의 채무이행을 담보하는 어음행위이다(어음법 제30조 제1항). 보통 어음보증은 서면행위로 이루어지는데 어음보증에 붙인 조건을 유익적 기재사항으로 보아 조건이 붙은 상태로 보증으로서의 효력을 인정한다. 위 사안의 경우 보증에는 발행·배서와 같이 단순성을 요하는 명문의 규정이 없다는 점, 인수에 조건을 붙인 경우 일단 인수거절로 보되 지급인은 인수문구에 따라 책임지게 하는데, 보증에 대해 인수보다 엄한 단순성을 요구하는 것은 균형이 맞지 않는다는 점, 보증에 조건을 붙이더라도 어음관계를 불안정하게 하지 않는다는 점 등을 제시하면서 조건부보증의 효력을 인정하는 판결이다.

## 325. 어음채무에 대한 민법상 보증

(대법원 2003.1.24. 선고 2000다37937 판결)

〈쟁점〉

[1] 계속적 보증계약에 있어서의 보증인의 해지권의 유무 (한정 적극) 및 그 판단기준

[2] 어음금지급채무에 대한 민사상 보증인이 민법 제481조, 제482조에 따라 채권자인 소지인을 대위하여 소구권을 행사할 수 있는지 여부 (적극) 및 채권자의 고의나 과실로 소구권이 상실되면 보증인은 보증책임을 면하는지 여부 (한정 적극)

[3] 어음채권자인 소지인이 배서인에 대한 소구권을 상실하게 된 것이 고의나 과실에 의한 것이 아니라고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 계속적 보증계약에 있어서 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 보증인으로서 보증계약을 해지할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 보증인으로 하여금 그 보증계약을 그대로 유지·존속케 하는 것은 사회통념상 바람직하지 못하므로 그 계약해지로 인하여 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고 보증인은 일방적으로 이를 해지할 수 있다고 할 것이고, 계속적 보증계약을 해지할 만한 상당한 이유가 있는지 여부는 보증을 하게 된 경위, 주채무자와 보증인간의 관계, 보증계약의 내용, 채무증가의 구체적 경과와 채무의 규모, 주채무자의 신뢰상실 여부와 그 정도, 보증인의 지위변화, 주채무자의 자력에 관한 채권자나 보증인의 인식 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

[2] 민법 제485조는 법정대위권자가 있는 경우에 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때에는 대위권자는 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 그 책임을 면한다고 규정하고 있는바, 약속어음의 소지인이 배서인에 대하여 가지는 소구권은 약속어음이 지급거절된 경우 어음금 지급에 대한 배서인의 담보책임의 이행을 구하는 권리이므로 소구권은 어음금 지급채무에 대한 담보라고 할 수 있고, 어음금 지급채무에 대한 민사상 보증인이 변제를 하게 되면 민법 제481조, 제482조에 따라 채권자인 소지인을 대위하여 담보에 관한 권리인 소구권을 행사할 수 있으며, 만일 채권자의 고의나 과실로 소구권이 상실되면 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 위 보증인은 보증책임을 면하게 된다.

[3] 어음채권자인 소지인이 배서인에 대한 소구권을 상실하게 된 것이 고의나 과실에 의한 것이 아니라고 한 사례

〈선정이유〉

보증채무를 이행한 보증인은 보증된 자와 그 자의 어음상 채무자에 대하여 어음상 권리를 취득한다(어음법 제32조 제3항). 민법상의 보증인도 보증채무를 이행하면 변제자대위(민법 제481조, 제482조)의 방법으로 상환청구권을 행사할 수 있다. 또 채권자인 어음소지인이 상환청구권보전절차를 밟지 않아 보증인이 상환청구권을 행사할 수 없는 경우는 채권자가 담보를 상실한 것이므로 보증인은 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 보증채무를 면한다고 판시한 사례이다.

# 제 5 장 지급

## 326. 어음의 처분금지가처분과 지급제시

(대법원 2002.6.25. 선고 2002다13720 판결)

〈쟁점〉

약속어음의 백지보충과 지급제시 등 소구권보전을 위한 행위가 약속어음처분금지가처분에 저촉되는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

약속어음 발행인의 어음반환청구권을 피보전권리로 하여 약속어음의 배서양도 점유이전 기타 일

체의 처분을 금지하는 가처분은 약속어음이 제3자에게 이전되는 것을 방지하여 그 현상을 유지하기 위한 것이고, 약속어음은 일정한 권리행사기간이 있어 그 기간이 도과하면 본래의 효력을 가질 수 없으므로, 약속어음의 백지보충과 지급제시 등 소구권 보전을 위한 조치는 위 가처분에서 금지하는 처분행위에 해당하지 아니하는 것이다.

〈판결이유〉

가. 원고는 1997.7.29. 피고와 사이에 소각처리시설 및 방지시설 1식에 대하여 리스물건 공급자는 신광산업 주식회사(이하 '신광산업'이라 한다), 리스금액은 5,554,250,000원, 리스기간은 물건수령증 발급일로부터 60개월, 리스보증금은 277,713,000원으로 하는 리스계약(이하 '이 사건 리스계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 이 사건 리스계약 당시 특약사항으로, ① 피고는 이 사건 리스계약으로 인한 채무를 포함하여 원고에 대한 현재 및 장래의 모든 채무를 보증하기 위하여 액면금액 및 지급기일이 공란으로 된 약속어음 1장을 발행하여 원고에게 교부하고, ② 원고는 피고가 요청할 경우 리스물건구입에 따른 계약금 및 중도금을 구입금액의 70% 이내에서 신광산업에게 선급금으로 지급하며, 이러한 경우 피고의 요청이 있는 때에는 신광산업이 원고에게 제출하여야 할 이행보증보험증권 및 기타 담보의 제공을 생략할 수 있되, 피고 또는 신광산업의 귀책사유로 리스물건의 구매주문이 철회되거나 리스물건의 매매계약이 해제됨으로써 원고가 입은 손해는 피고가 전액 배상하기로 한다는 내용 등을 정하였다.

다. 원고는 피고 요청에 따라 1997.7.30. 신광산업에게 선급금 2,221,700,000원을 지급하였다.

라. 피고는 위 특약사항에 따라 액면금액 및 지급기일 등을 각 백지로 하는 약속어음 1장을 발행하여 원고에게 교부하였다.

마. 1997.12.경 신광산업의 부도로 리스물건 제작이 불가능하게 되자, 피고는 1999. 1. 6.자로 원고에게, 원고는 1999.1.15.자로 피고에게 이 사건 리스계약을 각 해제한다고 통보하고, 또한 원고는 그 무렵 신광산업에게 리스물건 매매계약을 해제한다고 통보하였다.

바. 원고는 위 특약사항에 따른 손해배상청구권을 행사하기 위하여, 위 약속어음의 발행일과 지급기일을 각 1999.1.19., 액면금을 2,676,352,514원으로 각 보충한 다음 지급제시기간 내에 지급제시하였으나, 약속어음 위·변조를 이유로 지급거절되었다.

사. 한편, 피고는 원고를 상대로 이 사건 약속어음의 반환청구권을 피보전권리로 하여 서울지방법원 99카합제54호로 약속어음처분금지가처분신청을 하여 1999. 1. 14. 원고로 하여금 '이 사건 약속어음의 배서, 양도, 점유이전 등 일체의 처분을 금지하는' 내용의 가처분결정이 내려지고 그 결정문이 같은 달 16일 원고에게 송달되었다.

위 특약사항 ②항 중 담보제공에 관한 부분은 원고가 신광산업에게 선급금을 지급하는 경우에 신광산업에게 이행보증보험증권 등의 담보제공을 요구할 수 있지만, 피고의 요청이 있는 경우에는 원고가 피고의 신용 등을 감안하여 신광산업으로부터 담보의 제공을 받지 아니할 수도 있다는 취지로서, 원고가 신광산업으로부터 담보의 제공을 받는 것은 원고의 권리일 뿐이고, 피고의 요청이 없는 경우에는 원고가 반드시 피고를 위하여 신광산업으로부터 이행보증보험증권 및 기타 담보를 제공받아야 할 의무가 있다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

어음의 소유권 분쟁이 생길 경우 어음이 제3자에게 이전되는 것을 방지할 목적에서 어음의 반환청구권을 피보전권리로 하여 어음의 배서양도, 점유이전 기타 일테의 처분을 금지하는 가처분을 내릴 수 있다. 이 경우 어음금청구를 위한 지급제시도 금지되는 가의 여부에 대해 판례는 “약속어음은 일정한 권리행사기간이 있어 그 기간이 도과하면 본래의 효력을 가질 수 없으므로, 약속어음의 백지보충과 지급제시 등 소구권 보전을 위한 조치는 위 가처분에서 금지하는 처분행위에 해당하지 아니 한다”고 판시한 사례이다.

## 327. 어음의 소지 없는 어음금 청구

(대법원 2001.6.1. 선고 99다60948 판결)

〈쟁점〉

어음채무자가 어음을 점유하고 있는 경우, 채권자는 어음의 소지없이 권리행사를 할 수 있는지 여부(적극) 및 채무자는 상환이행의 항변을 할 수 있는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

어음은 제시증권, 상환증권이므로(어음법 제38조, 제39조) 어음을 소지하지 않으면 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이지만, 이와 같이 어음상의 권리 행사에 어음의 소지가 요구되는 것은 어음채무자에게 채권자를 확지시키고 또 채무자로 하여금 이중지급의 위험을 회피·저지할 수 있게 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 어음이 어떤 이유로 이미 채무자의 점유에 귀속하는 경우에는 위와 같은 점을 고려할 필요가 없어 어음의 소지는 채무자에 대한 권리행사의 요건이 되지 아니하고, 채무자는 상환이행의 항변을 하지 못한다.

〈판결이유〉

원고는 소외 진로종합유통 주식회사(이하 '소외 회사'라고 약칭한다)와 사이에 팩토링거래약정을 체결하고 1992년 4월경부터 1997년 2월경까지 합계 금 254,382,000,000원을 대출해 주면서 1997년 2월경 위 대출금의 일부를 담보하기 위하여 소외 회사로부터 소외 회사와 같은 진로그룹의 계열회사인 피고가 발행한 이 사건 각 약속어음 3매를 배서·교부받은 사실, 원고는 이 사건 각 어음을 소지하고 있다가 각 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 모두 무거래로 지급거절된 사실, 이에 원고는 1997년 5월 하순경 소외 회사와 사이에, 소외 회사가 피고의 원고에 대한 이 사건 각 어음금채무를 병존적으로 인수하면서 원고에게 새로이 약속어음 4장을 발행해 주고 대신 이 사건 각 어음은 소외 회사가 보관하고 있다가 소외 회사 발행의 어음금채무가 불이행되어 원고가 피고를 상대로 이 사건 각 어음금 청구의 소를 제기할 경우 즉시 원고에게 반환하기로 하는 내용의 채무인수약정을 체결한 사실, 원고는 위 약정에 따라 소외 회사가 발행한 어음 4매를 교부받으면서 이 사건 각 어음을 소외 회사에 보관시켰으나 소외 회사는 그 무렵 위 약정에 반하여 이 사건 각 어음을 피고에게 반환하고, 피고는 이를 그 지급은행인 주식회사 충북은행에게 반환하였으며, 충북은행은 1997.7.4. 위 각 어음을 서손(書損) 처리한 사실, 원고는 소외 회사가 발행한 어음 4매

를 1998.1.12. 지급제시하였으나 지급제시기간 경과를 이유로 지급거절된 사실을 인정한 다음, 이 사건 각 어음은 최종소지자였던 원고가 이미 그 각 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 각 무거래로 지급거절되었던 것들이고, 그 후 소외 회사는 원고와의 채무인수약정에 따라 이 사건 각 어음을 보관하고 있다가 반환약정을 무시하고 같은 진로그룹의 계열회사인 피고 회사에게 반환하였으며, 피고는 다시 이를 지급은행에게 반환하여 서손(書損) 처리를 하게 하였으므로 원고가 이 사건 각 어음상의 권리자임이 명백할 뿐만 아니라 이중지급의 위험성도 없다고 보아야 할 것이며, 피고는 소외 회사로부터 이미 지급거절증서가 작성되어 있던 이 사건 각 어음을 반환받았으므로 이 사건 각 어음을 선의취득하였다고 주장할 수도 없다고 하여, 이 사건 각 어음금 중 원고가 일부 지급받았다고 자인하는 금 467,886,928원을 공제한 나머지 금 5,657,378,772원의 지급을 구하는 원고의 청구를 받아들였다.

피고가 같은 그룹의 계열회사인 소외 회사의 채무를 보증하기 위하여 이 사건 각 어음을 발행하였다가 지급거절된 후 별도로 다른 의무를 부담함이 없이 단순보관자에 불과한 소외 회사로부터 위 각 어음을 회수한 점 등 기록에 나타난 여러 사정에 의하면 피고에 대한 관계에서 원고가 이 사건 각 어음상의 권리자임이 명백하며, 이 사건 각 어음에 관하여 이중지급의 위험이 없다.

〈선정이유〉

지급제시란 어음의 소지인이 약속어음의 발행인 또는 환어음의 지급인에게 지급을 구하며 어음의 존재 및 그 기재사항을 인지할 수 있도록 보이는 것을 말한다. 일반적으로는 발행인에 대한 어음금 청구에는 어음이 제시가 필요하지만 극히 예외적인 경우 어음의 제시 없는 어음금 청구를 인용한 사례이다. 어음이 어음채무자의 수중에서 서손(書損) 처리된 특수한 상황을 전제로 어음의 제시가 요건이 아니라고 하였으나, 원칙적으로는 어음의 제시가 어음금 청구의 요건이라는 의미를 전제로 한 해석이다.

# 제 6 장 상환청구

## 328. 환어음의 만기전 상환청구요건 중 자력의 결핍

(대법원 2007.8.24. 선고 2006다80636 판결)

〈쟁점〉

구(舊) 파산법 제64조 제5호에 정한 '지급정지'의 의미

〈판결요지〉

구 파산법 제64조 제5호에서 정하고 있는 부인권 행사의 대상이 되는 무상행위의 시기적 요건을 판단하는 기준이 되는 '지급정지'라 함은 채무자가 변제기에 있는 채무를 자력의 결핍으로 인하여 일반적, 계속적으로 변제할 수 없다는 것을 명시적, 묵시적으로 외부에 표시하는 것을 말하고, 여기서 '자력의 결핍'이란 단순한 채무초과 상태를 의미하는 것이 아니라 채무자에게 채무를 변제할 수 있는 자산이 없고 변제의 유예를 받거나 또는 변제하기에 족한 융통을 받을 신용도 없는 것을 말한다.

〈판결이유〉

파산자 주식회사 진로종합유통에 대한 화의개시신청 당시의 진로종합유통의 자금사정의 급속한 악화로 인한 지급정지상태에 준하는 위기상태는 그 화의인가결정의 확정에 따라 일응 해소되었고, 그 후 진로종합유통이 약 5년간 변경된 화의채무의 변제의사를 표시함과 동시에 계속적으로 일부씩이나마 화의채무를 변제하여 왔으므로, 위 화의개시의 원인이 된 지급정지에 준하는 위기상태는 그로부터 약 5년 후 이루어진 이 사건 파산선고와 직결된다고 할 수 없고, 따라서 진로종합유통의 위 화의개시신청을 파산법 제64조 제5호에서 정하고 있는 '지급정지'로 볼 수는 없으며, 진로종합유통의 화의개시신청에 따라 개시된 화의절차가 화의인가결정의 확정으로 종료되고 그로부터 약 5년이 경과한 후 법원이 화의법 제68조 제2항에 따라 진로종합유통이 정당한 사유 없이 화의조건의 이행을 해태하고 있고 장래에도 화의조건을 이행할 의사나 능력이 없다고 인정하여 직권으로 화의의 취소결정을 하고 화의법 제9조 제1항에 의하여 파산선고를 한 이 사건에 있어서는 그 '화의취소결정'을 파산법 제64조 제5호에서 정하고 있는 '지급정지'로 봄이 상당하다고 판단하였다.

〈선정이유〉

상환청구는 만기에 이르러 지급이 되지 아니한 경우 어음소지인이 배서인, 발행인, 그 밖의 어음채무자에 대하여 행사할 수 있다. 그렇지만 만기 전이라도 인수의 전부 또는 일부의 거절이 있는 경우, 지급인의 인수 여부와 관계없이 지급인이 파산한 경우, 그 지급이 정지된 경우 또는 그 재산에 대한 강제집행이 주효(奏效)하지 아니한 경우, 인수를 위한 어음의 제시를 금지한 어음의 발행인이 파산한 경우에는 상환청구가 허용된다. 어음법 제43조 제2호의 '지급정지'와 '자력의 결핍'을 구체적으로 설시한 판례이다.

## 329. 약속어음의 만기전 상환청구

(대법원 1993.12.28. 선고 93다35254 판결)

〈쟁점〉

약속어음에 있어서 만기 전의 소구가 인정되는 경우

〈판결요지〉

약속어음에 있어서도 발행인의 파산이나 지급정지 기타 그 자력을 불확실하게 하는 사유로 말미암아 만기에 지급거절이 될 것이 예상되는 경우에는 만기 전의 소구가 가능하다.

〈판결이유〉

원고는 소외 주식회사 벽산산업이 발행하고 소외 박근덕과 피고의 배서가 연속되고 지급기일이 1992.3.5.인 이 사건 약속어음 1매를 피고로부터 배서양도받아 같은 해 3.4. 그 소지인으로서 지급장소에 지급제시하였으나 그 지급이 거절된 사실과 이 사건 약속어음의 발행인인 위 주식회사 벽산산업은 같은 해 1.15. 예금부족으로 부도가 발생하고 이후 같은 해 9.23.경까지 그 부도금액이 합계금 792,080,000원에 이른 사실을 인정한 다음 이 사건 약속어음도 만기에 지급거절이 될

것이 충분히 예상되므로 그 소지인인 원고로서는 만기 전이라도 지급제시하여 소구권을 행사할 수 있다고 판단하고 있다.

〈선정이유〉

어음법은 약속어음의 경우에 환어음의 경우와 같은 만기 전 소구에 관한 규정을 두고 있지 않으나 약속어음에 있어서도 발행인의 파산이나 지급정지 기타 그 자력을 불확실하게 하는 사유로 말미암아 만기에 지급거절이 될 것이 예상되는 경우에는 만기 전의 소구가 가능하다고 판시한 사례이다(대법원 1992.5.26.선고 92다6471판결 참조).

## 330. 상환청구시 거절증서작성 면제

(대법원 1962.6.14. 선고 62다171 판결)

〈쟁점〉

〈판결요지〉

[1] 약속어음의 배서인이 거절증서의 작성의무를 면제한 이상 소지인은 적법한 기한 내에 동 어음을 제시한 것이라고 추정하게 되는 것이다

[2] '무비용상환'의 문구에는 기재자의 서명을 요하나, 위 서명은 반드시 무비용상환문구 자체에 서명을 하여야 한다는 의미가 아니고, 배서인이 배서를 하는 문구 중에 무비용상환의 문구를 기재하고 배서·서명만을 하였을 경우에도 적법한 무비용상환문구의 기재가 있는 것으로 볼 수 있고, 반드시 배서·서명 외에 별도로 무비용상환문구에 배서인의 서명을 필요로 하는 것은 아니다.

〈판결이유〉

약속어음에 준용된 어음법 제46조에 의하면 "진출인 배서인은 그 증권에 기재하고 또 서명한 '무비용상환' '거절증서 불요'의 문구 기타 이와 같은 의미가 있는 문구에 의하여 소지인에게 대하여 그 소급권을 행하기 위한 인수 거절증서 또는 지급거절증서의 작성을 면제할 수 있다"라고 규정함으로서 '무비용상환'의 문구에 기재자의 서명을 하도록 규정하였는바, 이것은 그 기재자의 서명이 없는 경우에는 그 기재자를 판단하기가 어렵고, 따라서 그 기재의 효력을 정하기가 어렵기 때문이다. ...피고는 본건 약속어음을 배서함에 있어서 배서인으로서의 서명 날인을 하였고 부기로서 지급거절증서의 작성을 면제함이라고 기재되어 있음이 명백하므로 소론과 같이 위의 '거절증서 작성을 면제함'이라는 문구에 서명이 없다고 하더라도 본건 어음의 소지인인 원고에게 대한 피고의 거절증서 작성의무 면제의 효과에는 아무 영향이 없다고 할 것이며 위에서 설명한 바와 같이 배서인인 피고가 거절증서의 작성의무를 면제한 이상 소지인인 원고는 적법한 기간내에 본건 약속어음을 정시한 것이라고 추정하게 되는 바 일건 기록을 검토하여도 피고의 반증을 발견할 수 없으므로 정시기간 도과로서 원고의 권리는 상실되었다 운운의 논지는 이유없다.

〈선정이유〉

거절증서의 작성은 상환청구권행사를 위한 법정요건이다. 그렇지만 상환의무자가 그 이익을 포기하고 소지인으로 하여금 거절증서의 작성 없이 상환청구할 수 있다. 상환의무자인 발행인, 배서인, 보증인은 '무비용상환' '거절증서 불필요' 기타 이와 같은 의미가 있는 문구를 환어음에 적고 기명·날인하거나 서명함으로써 소지인의 상환청구권 행사를 위한 인수거절증서 또는 지급거절증서의 작성을 면제할 수 있다(어음법 제46조). 거절증서작성면제의 요건인 기명·날인은 거절증서작성면제의 문구가 특정 배서인의 면제로 볼 수 있을 정도로 무비용상환문구를 기재하고 배서·서명하였다면 별도의 기명·날인을 요하지 않는다고 판시한 사례이다.

## 331. 만기후배서 피배서인의 상환청구권 행사

(대법원 2000.1.28. 선고 99다44250 판결)

〈쟁점〉

[1] 어음면상 지급거절의 사실이 명백한 경우에도 지급거절증서 작성 전으로서 지급거절증서 작성기간 경과 전에 한 만기후배서는 만기전배서와 동일한 효력이 있는지 여부 (적극)

[2] 만기 전의 배서와 동일한 효력을 갖는 만기후배서의 피배서인이 어음의 최종 소지인의 지위에서 소구권을 보전하기 위하여는 스스로 적법한 지급제시를 하여야 하는지 여부 (적극)

[3] 만기후배서의 피배서인이 배서인이 지급제시함으로써 보전한 소구권을 지명채권 양도와 같은 효력으로 승계하였음을 주장·행사할 수 있는지 여부 (적극)

〈판결요지〉

[1] 어음법 제20조에 의하면 만기후배서도 그것이 지급거절증서 작성 전 또는 지급거절증서 작성기간 경과 전에 이루어진 것이면 만기 전의 배서와 동일한 효력을 가지고, 비록 만기에 지급제시된 어음에 교환필이라는 스탬프가 압날되고 피사취 또는 예금부족 등의 사유로 지급거절한다는 취지의 지급은행의 부전이 첨부되어 있는 등 지급거절의 사실이 어음면에 명백하게 되어 있다 하더라도 이를 가지고 적법한 지급거절증서가 작성되었다고는 할 수 없으므로, 그러한 어음에 한 배서도 그것이 지급거절증서 작성 전으로서 지급거절증서 작성기간 경과 전이기만 하면 이는 기한후배서가 아닌 만기후배서로서 만기 전의 배서와 동일한 효력이 있다.

[2] 만기 전의 배서와 동일한 효력을 갖는 만기후배서의 피배서인이 어음의 최종소지인의 지위에서 어음의 배서인 등 소구의무자에 대한 소구권을 보전하기 위하여는 그에게 만기후배서를 한 배서인이 지급제시를 하였는지 여부와 관계없이 다시 스스로 적법한 지급제시기간 내에 지급제시를 하여야 한다.

[3] 만기후배서의 피배서인이 배서인이 지급제시하여 지급거절된 사실을 알고 있었다면, 그 배서인이 지급제시함으로써 보전한 소구권을 지명채권 양도와 같은 효력으로 승계하였음을 주장하여 이를 행사할 수 있다.

〈판결이유〉

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 甲이 이 사건 어음의 소지인으로서 만기인 1995. 7. 15. 지급장소에 지급제시하였다가 무거래라는 이유로 지급거절되었고, 그 후 이 사건 약속어음이 甲으로부터 乙, 원고에게 순차로 배서양도된 사실을 인정한 다음, 甲 및 乙의 각 배서가 지급거절증서 작성기간 경과 후에 이루어졌다는 피고의 입증이 없으므로, 甲 및 乙의 각 배서는 만기 전의 배서와 동일한 효력을 갖는 만기후배서라고 판단하고 있는바, 원심이 甲 및 乙의 각 배서가 만기 전의 배서와 동일한 효력을 갖는 만기후배서라고 판단한 것은 위에서 본 법리에 비추어 일응 정당하다.

〈선정이유〉

만기후배서는 만기전배서와 동일한 효력이 있으나 지급거정증서작성후 또는 지급거절증서작성기간경과후의 배서는 지면채권양도의 효력만 있다(어음법 제20조). 만기후배서의 피배서인인 원고가 甲이 지급제시하여 지급거절된 사실을 알고 있었다면 甲이 지급제시함으로써 보전한 소구권을 지명채권 양도와 같은 효력으로 승계하였음을 주장하여 이를 행사할 수 있다. 그렇지만 원고가 甲의 지급제시를 원용하여 소구권을 행사하는 경우 피고의 주장을 융통어음 항변에 관하여 판단했어야 한다고 설시한 판례이다.

# 제 3 편 수표

## 332. 부정수표단속법상 일람출급성 보장

(대법원 2000.1.28. 선고 99다44250 판결)

〈쟁점〉

[1] 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄의 성립 요건

[2] 피고인 개인의 채무를 담보하기 위하여 백지수표를 발행한 후 그 채무를모두 변제하였으나 수표를 반환받지 못한 상태에서 수표소지인이 피고인이 연대보증한 회사의 채무를 변제받기 위하여 수표를 지급제시한 경우, 피고인에 대하여 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 책임을 물을 수 없다고 한 원심의판단을 수긍한 사례

〈판결요지〉

[1] 수표를 발행한 사람이 예금부족 등의 사유로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 수표를 발행하면 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 죄가 성립하고, 그 예견은 미필적이라도 되며, 기타 지급제시를 하지 않는다는 특약이나 수표를 발행하게 된 경위 또는 지급하지 못하게 된 경위 등에 대내적 사유가 있다는 사정만으로는 그 책임을 면할 수 없으나, 발행 당시에 그와 같은 결과발생을 예견하지 아니하였거나 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 있으면 그 책임을 지지 않는다.

[2] 피고인 개인의 채무를 담보하기 위하여 백지수표를 발행한 후 그 채무를 모두 변제하였으나 수표를 반환받지 못한 상태에서 수표소지인이 피고인이 연대보증한 회사의 채무를 변제받기 위하여 수표를 지급제시한 경우, 피고인에 대하여 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 책임을 물을 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례

〈판결이유〉

피고인이 경일상호신용금고에 대한 피고인 개인의 어음할인거래에 따른 채무를 담보하기 위하여 위 상호신용금고에게 액면과 발행일이 백지로 된 그 판시의 수표를 발행·교부한 경위, 위 상호신용금고에 대한 피고인 개인의 위 채무가 모두 변제된 경위, 피고인이 그 이후 주식회사 광성을 설립하여 위 회사 명의로 위 상호신용금고와 사이에 새로운 어음할인약정을 체결하고 그 담보로 판시 근저당권을 설정하여 준 경위 등에 비추어 볼 때, 위 수표는 피고인에게 반환되어야 할 것으로서 피고인은 위 상호신용금고를 인수한 한아름상호신용금고가 주식회사 광성의 채무를 연대보증한 피고인으로부터 위 회사의 채무를 변제받기 위하여 위 수표에 그 채권액을 보충하여 지급제시하리라는 것을 예견할 수 없었고, 그와 같은 결과발생을 예견하지 못한 것에 잘못이 있다고 할 수 없으므로 피고인에 대하여 위 수표가 지급되지 아니한 데에 따른 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 책임을 물을 수 없다.

〈선정이유〉

수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에도 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다. 수표를 발행한 사람이 예금부족 등의 사유로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 수표를 발행하면 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 죄가 성립한다. 그리고 그 예견은 미필적이라도 가능하다고 판시한 사례이다.

## 333. 발행한도를 초과한 가계수표의 효력

(대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결)

〈쟁점〉

[1] 수표 취득에 있어 인적 항변이 절단되는 경우

[2] 발행한도를 초과하여 발행한 가계수표의 효력

[3] 스스로 발행한도를 초과한 가계수표를 발행한 발행인이 소지인에 대하여 발행한도 초과경위를 확인하지 아니한 중대한 과실이 있다는 주장을 내세워 수표금의 지급을 거절할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 수표법 제22조 단서에서 규정하는 '채무자를 해할 것을 알고 수표를 취득한 때'라 함은 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고, 자기가 수표를 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알아야 하는 것인바, 발행인이 수표에 횡선을 긋고, 수표 표면 좌측상단에 '제누디세'라는 자신의 상호와 '기일엄수'라는 기재를 하였다는 사정만으로 소지인이 발행인의 인적항변을 충분히 알았다고 볼 수 없다.

[2] 가계수표 용지에 부동문자로 인쇄되어 있는 '100만원 이하' 등의 문언은 지급은행이 사전에 발행인과의 사이에 체결한 수표계약에 근거하여 기재한 것으로서 이는 단지 수표계약의 일부 내용을 제3자가 알 수 있도록 수표 문면에 기재한 것에 지나지 아니한 것이고, 한편 수표법 제3조 단서에 의하면 수표자금에 관한 수표계약에 위반하여 수표를 발행한 경우에도 수표로서의 효력에는 영향을 미치지 아니하므로 발행한도액을 초과하여 발행한 가계수표도 수표로서의 효력에는 아무런 영향이 없다.

[3] 수표 표면에 '100만원 이하'라고 인쇄된 가계수표 용지에 발행인 스스로 발행한도액을 초과하여 '15,000,000'원으로 액면금을 기재하여 제3자에게 발행한 수표를 소지인이 배서양도받은 경우, 발행인으로서는 소지인이 당해 수표를 취득함에 있어 발행인에게 발행한도액을 초과한 경위를 확인하지 아니한 것이 중대한 과실에 해당한다는 이유로 수표금의 지급을 거절할 수는 없다.

〈선정이유〉

수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시 또는 묵시의 계약에 따라서만 이를 발행할 수 있다.

그러나 이 규정에 위반하는 경우에도 수표로서의 효력에 영향을 미치지 아니한다(수표법 제3조). 수표자금이 수표계약상의 약정한도를 초과하여 발행되었다하더라도 수표의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 판시한 사례이다.

## 334. 수표면상 발행지 기재

(대법원 1999.8.19. 선고 99다23383 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 수표면상에 발행지의 기재가 없더라도 그 밖의 수표면의 기재로 보아 그 수표가 국내에서 수표상의 효과를 발생시키기 위하여 발행된 것으로 인정되는 경우 국내수표로 추단할 수 있는지 여부 (적극)

[2] 수표면상 발행지의 기재는 없으나 그 밖의 수표면의 기재로 보아 국내수표로 인정되는 경우 그 수표의 효력 (유효)

〈판결요지〉

[1] 국내수표란 국내에서 발행되고 지급되는 수표를 말하는 것이므로 국내수표인지 여부는 수표면상의 발행지와 지급지가 국내인지 여부에 따라 결정될 것이지만, 수표면상에 발행지의 기재가 없다고 하더라도 그 수표면에 기재된 지급지와 지급장소, 발행인, 지급할 수표금액을 표시하는 화폐, 수표문구를 표기한 문자, 어음교환소의 명칭 등에 의하여 그 수표가 국내에서 수표상의 효과를 발생시키기 위하여 발행된 것으로 여겨지는 경우에는 발행지를 백지로 발행한 것인지 여부에 불구하고 국내수표로 추단할 수 있다.

[2] [다수의견] 수표면의 기재 자체로 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다.

[반대의견] 재판할 사항에 대하여 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는, 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여 그 법규의 적용범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 법원으로서는 명문의 효력규정의 적용범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것인바, 수표법 제1조 제5호 및 제2조에 관하여는 정의의 요청 또는 합헌적인 해석의 요청에 의하여 그 적용범위를 예외적으로나마 제한하여 해석할 만한 아무런 특별한 사정이 있다고 할 수 없으므로, 다수의견과 같이 위 수표법의 명문규정이 이른바 '국내수표'에는 적용되지 아니한다고 하는 것은 법원이 수표법에도 없는 단서 조항 즉 '발행지에 관하여 국내수표의 경우에는 그러하지 아니하다.'라는 규정을 신설하는 셈이 되고, 이는 명문의 규정에 반하는 법형성 내지 법률 수정을 도모하는 것으로서 법원의 법률해석권의 범위를 명백하게 일탈한 것이다.

〈판결이유〉

원심은 피고가 할인을 위하여 소외 甲에게 각 발행일 및 발행지 백지, 액면금 각 금 1,000,000원, 지급지 각 대구, 지급인 각 주식회사 국민은행 대구지점으로 된 가계수표 5장을 발행하였는데, 원고는 1997.10.9. 위 甲에게 위 각 수표를 할인하여 주고 이를 배서, 양도받아 발행일을 각 1997.12.9.로 보충하여 1997.12.11. 위 각 수표를 위 지급인에게 지급제시하였으나 지급거절되어 같은 날 위 지급인으로부터 지급거절선언을 작성받아 위 각 수표를 소지하고 있는 사실, 원고는 위 각 수표를 지급제시함에 있어 발행지는 보충하지 아니한 채로 지급제시한 사실을 인정한 다음, 이 사건 각 수표는 국내 금융기관인 국민은행이 교부한 용지에 의하여 작성된 것으로, 지급지는 대구, 지급장소는 국민은행 대구지점으로 되어 있으며, 그 발행인은 국내의 자연인이고, 수표금액은 원화로 표시되어 있으며, 그 수표문구 등 수표면상의 문자가 국한문 혼용으로 표기되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 각 수표는 국내에서 발행되고 지급되는 국내수표임이 명백하므로 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다고 할 것이어서, 위 각 수표에 대한 지급제시가 비록 발행지의 기재 없이 이루어졌다고 하더라도 이는 적법하게 지급제시된 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 위 각 수표의 발행인인 피고는 소구권을 행사하는 원고에게 위 각 수표의 액면 합계 금 5,000,000원 및 이에 대한 그 판시와 같은 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

〈선정이유〉

국내어음의 경우 발행지의 기재가 없는 어음도 유효하고(대법원 1998.4.23. 선고 95다36466 판결), 같은 이유로 수표면의 기재내용을 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다고 판시한 사례이다.

## 335. 수표의 교부와 이득상환청구권의 양도

(대법원 1978.6.13. 선고 78다568 판결)

〈쟁점〉

자기앞수표 악의취득자로부터 지급제시기간 경과 후 그 수표를 취득한 제3자의 이득상환청구권

〈판결요지〉

이득상환청구권이 있는 수표소지인이라 함은 그 수표상의 권리가 소멸할 당시의 정당한 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 자를 뜻하므로 수표(자기앞수표)가 분실된 것임을 알고 있는 악의의 취득자로부터 지급제시 기간이 경과한 후에 이를 취득한 제3자에게는 이득상환청구권이 없다.

〈판결이유〉

이득상환청구권이 있는 수표소지인이라 함은 그 수표상 권리가 소멸할 당시의 정당한 소지인으로서 그 수표상 권리를 행사할 수 있었던 자를 뜻한다고 할 것인바, 피고가 액면 금 900,000원, 지급지 및 발행지 각 주식회사 조흥은행 동대문지점, 발행일 1977.4.6.로 된 자기앞수표 1매을 발행하였고, 원고가 이 수표를그 지급제시기간이 지난 1977.4.25.에 취득하였다는 것이며, 원래 이 사건 수표의 정당한 소지인은 소외 전봉엽이었던바, 동 소외인은 1977.4.일자불상경, 이 사건 수표와 주민등록증 및 명함 등이 들어 있는 지갑을 분실하였는데, 그 후 같은 달 25일, 성명 불상자가 위 분실된 위 전봉엽의 주민등록증과 명함 등을 제시하면서 자기가 전봉엽이라고 사칭하며, 금 900,000원과 상환하여 이 사건 수표를 원고에게 넘겨주었다는 것이다. 그렇다면 위 소외 전봉엽임을 사칭하여 원고에게 이 사건 수표를 넘겨준 위 성명불상자는 분실된 이 사건 수표를 습득한 자이거나, 적어도 이 사건 수표가 위 소외 전봉엽에게서 분실된 것임을 알고 있는 악의의 취득자라고 보아 마땅하다 할 것이니, 그로부터 지급제시기간이 경과한 후에 이를 취득한 원고는 이득상환을 청구할 수 있는 정당한 권리자가 될 수 없다.

〈선정이유〉

자기앞수표의 제시기간은 발행일로부터 10일이지만 그 기간이 경과한 후에도 은행은 수표금을 예외 없이 지급하고 있다. 왜냐하면 수표의 제시기간이 경과하면 수표상 권리가 소멸하므로 은행은 수표금 지급을 거절할 수 있으나, 지급거절의 경우 은행은 수표상 권리가 절차의 흠결로 수표상소멸하거나 소멸시효가 완성한 경우 소지인은 발행인, 배서인 또는 지급보증을 한 지급인에 대하여 그가 받은 이익의 한도내에서 상환을 청구할 수 있기 때문이다. 이득상환청구권은 지명채권이므로 어음상 권리가 소멸할 당시 정당한 소지인에 한해 이득상환청구권을 가질 수 있고 그로부터 적법하게 어음상 권리를 승계한 자에 한해 이득상환청구권을 취득하게 된다. 그렇지만 분실된 수표를 습득하거나, 분실된 것임을 알고 있는 악의의 취득자는 어음상 권리를 정당한 소지인에게 승계한 자가 아니므로 제급세시기간이 경과한 후에 수표를 취득한 경우 이득상환청구권을 행사할 수 없다고 본 사례이다.

## 336. 백지수표의 보충권

(대법원 1995.8.22. 선고 95다10945 판결)

〈쟁점〉

백지수표 취득자가 그 보충권의 내용을 조회하지 아니한 경우 중대한 과실이 있는지 여부

〈판결요지〉

어음법 제10조 소정의 '중대한 과실'에 관하여 "어음금액이 백지로 된 백지어음을 취득한 자가 그 어음의 발행인에게 보충권의 내용에 관하여 직접 조회하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 취득자에게 중대한 과실이 있는 것이라고 보아야 한다"고 판시한 대법원판결(1978.3.14. 선고 77다2020)은, 비록 백지약속어음에 관한 것이기는 하지만, 백지수표에 관한 수표법 제13조의 규정과

백지어음에 관한 어음법 제10조의 규정은 백지수표와 백지어음의 보충권의 남용 내지 부당보충에 관하여 동일한 법리를 규정하고 있으므로, 백지어음의 부당보충에 관한 위 판결이 취하고 있는 견해는 백지수표에 관하여도 그대로 적용되어야 한다.

〈판결이유〉

피고는 1994.4.경 발행한도액이 "1,000,000원 이하"로 기재된 가계수표용지를 사용하여 발행일, 지급지, 금액 등을 백지로 한 가계수표를 발행하여 소외 김정숙에게 교부하였고, 위 김정숙은 같은 달 18.경 원고로부터 금 9,250,000원을 지급받고 원고에게 위 가계수표를 교부, 양도한 사실, 원고는 위 가계수표의 금액을 금 10,000,000원으로 보충한 후(나머지 백지부분도 보충함) 위 가계수표를 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 지급거절된 사실 등을 인정한 다음, 원고의 수표금청구에 대한 피고의 다음과 같은 주장, 즉 원고가 위 김정숙으로부터 위 가계수표를 교부, 양도받으면서 발행인인 피고에 대하여 아무런 확인을 하지 아니하고 이를 취득하였으므로 원고의 청구에 응할 수 없다는 주장에 대하여는, 위와 같은 사유는 원고의 청구를 거절할 정당한 사유가 되지 못한다는 이유로 피고의 위 주장을 배척하였다. 그렇지만 이 사건을 살펴보면 원고가 위 김정숙으로부터 위 가계수표를 교부, 양도 받으면서 발행인인 피고에 대하여 아무런 확인을 하지 아니하고 이를 취득하였으므로 원고의 청구에 응할 수 없다는 피고의 주장은, 원고가 금액이 백지로된 가계수표의 백지를 보충하면서 피고에게 보충권의 내용에 관하여 직접 조회하지 않은 과실이 있다는 주장으로 해석되므로, 원심판결에는 수표법 제13조 소정의 중대한 과실의 해석에 관하여 당원의 판례와 상반되는 해석을 한 위법이 있다.

〈선정이유〉

백지수표는 수표요건의 일부를 백지로 발행하면서 수취인에게 백지를 보충할 권한을 부여한 수표이다. 수표금액이 부당보충된 가계수표를 교부, 양도받으면서 발행인에게 보충권의 내용에 관해 직접 확인하지 아니하고 수취인이 이를 취득하였다면 특별한 사정이 없는 한 취득자에게 중대한 과실이 있는 것으로 판시한 사례이다.

## 337. 수표의 선의취득

(대법원 1998.2.13. 선고 97다48319 판결)

〈쟁점〉

[1] 수표 취득에 있어 인적 항변이 절단되는 경우

[2] 발행한도를 초과하여 발행한 가계수표의 효력

[3] 스스로 발행한도를 초과한 가계수표를 발행한 발행인이 소지인에 대하여발행한도 초과경위를 확인하지 아니한 중대한 과실이 있다는 주장을 내세워수표금의 지급을 거절할 수 있는지 여부 (소극)

〈판결요지〉

[1] 수표법 제22조 단서에서 규정하는 '채무자를 해할 것을 알고 수표를 취득한 때'라 함은 단지

항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 수표를 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알아야 하는 것인바, 발행인이 수표에 횡선을 긋고, 수표 표면 좌측상단에 '제누디세'라는 자신의 상호와 '기일엄수'라는 기재를 하였다는 사정만으로 소지인이 발행인의 인적항변을 충분히 알았다고 볼 수 없다.

[2] 가계수표 용지에 부동문자로 인쇄되어 있는 '100만원 이하' 등의 문언은 지급은행이 사전에 발행인과의 사이에 체결한 수표계약에 근거하여 기재한 것으로서 이는 단지 수표계약의 일부 내용을 제3자가 알 수 있도록 수표 문면에 기재한 것에 지나지 아니한 것이고, 한편 수표법 제3조 단서에 의하면 수표자금에 관한 수표계약에 위반하여 수표를 발행한 경우에도 수표로서의 효력에는 영향을 미치지 아니하므로 발행한도액을 초과하여 발행한 가계수표도 수표로서의 효력에는 아무런 영향이 없다.

[3] 수표 표면에 '100만원 이하'라고 인쇄된 가계수표 용지에 발행인 스스로 발행한도액을 초과하여 '15,000,000'원으로 액면금을 기재하여 제3자에게 발행한 수표를 소지인이 배서양도받은 경우 발행인으로서는 소지인이 당해 수표를 취득함에 있어 발행인에게 발행한도액을 초과한 경위를 확인하지 아니한 것이 중대한 과실에 해당한다는 이유로 수표금의 지급을 거절할 수는 없다.

〈선정이유〉

어떤 사유로든 수표의 점유를 잃은 자가 있는 경우에 그 수표의 소지인은 그 수표가 소지인출급식일 때 또는 배서로 양도할 수 있는 수표의 소지인이 배서의 연속에 의하여 그 권리를 증명할 때에는 그 수표를 반환할 의무가 없다. 그러나 소지인이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 수표를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다. 따라서 수표취득시 취득자의 중과실 여부를 판단하기 위해 해당 거래의 성질과 수표사용을 연관시켜 사고수표인지 아닌지를 조회하는 것이 중요하다. 그렇지만 발행한도를 초과하여 발행된 수표를 취득하면서 수표발행인에게 발행한도 등을 조회하지 않은 경우 취득자의 중과실을 인정하지 않은 사례이다.

## 338. 선일자수표

(대법원 1963.7.25. 선고 63다305 판결)

〈쟁점〉

수표의 소구권 소멸시효

〈판결요지〉

수표의 소구권의 소멸시효는 법정제시기간인 10일이 지난 다음 날부터 진행한다.

〈판결이유〉

본건 수표의 소지인인 원고들의 수표상환의무자인 피고에 대한 소구권이 본건 수표의 발행날자로부터 법정정시기간 10일이 경과한 1961.5.31.부터 6개월이 경과함으로서 원고의 피고에 대한 수표소구권이 소멸시효로 소멸된 사실을 인정한 것은 정당하며 그 소멸시효의 가산일을 원고들이

본건수표를 은행에 정시한 1961.6.26.부터 기산하여야 할 특단의 사유가 있다는 상고논지는 독자적 견해에 지나지 않으며 기타 원심의 적법한 증거취사 선택을 비난하는 논지는 이유없다.

〈선정이유〉

수표에 선일자로 기재된 발행일자는 일람출급성에 위반되므로 효력이 없다. 그렇지만 수표면에 실제 기재된 발행일자를 기산일로 하여 제시기간이 늘어나는 효과가 있고, 시효를 계산하는 경우에도 기재된 발행일을 기산점으로 판단한 사례이다. 최초 보험료 상당액을 선일자수표로 교부하고 보험료가수증을 받은 사안에서 판례는 수표금의 지급이 있는 결제시에 보험료가 지급되는 것으로 보았다(대법원 1989.11.28. 선고 88다카33367 판결). 그렇지만 보험계약자가 교부한 선일자수표를 보험자가 수령한 경우 보험료 지급을 유예하면서 보험위험을 인수한 것으로 판단한 유예설이 보험법리에 더 충실한 해석으로 보인다.

## 339. 수표의 상환청구시 거절증서의 작성방법

(대법원 1982.6.8. 선고 81다107 판결)

〈쟁점〉

지급거절선언의 방법

〈판결요지〉

수표의 지급거절선언은 수표자체에 기재하여야 하고 수표가 아닌 지편에 되어 있는 지급인의 지급 거절선언은 가사 그 지편이 수표에 부착되어 간인까지 되어 있는 경우라 하더라도 부적법하다.

〈판결이유〉

수표의 소지인이 적법한 기간내에 지급을 위한 제시를 하였으나 그 지급을 받지 못한 경우에 소구권을 행사하기 위하여 그 지급거절을 증명하는 방법의 하나로 갖추어야 할 지급인의 지급거절선언은 수표법 제39조 제2호의 규정상 수표 자체에 기재한 것이어야만 하므로 수표가 아닌 지편에 기재한 지급인의 지급거절선언은 비록 그 지편을 수표에 부착시키고 부착부분에 간인을 하였다하더라도 수표 자체에 기재한 것이 아니어서 수표법 제39조 제2호 소정의 지급거절선언에 해당하는 것으로는 볼 수 없다 할 것이다.

〈선정이유〉

수표는 인수절차가 없으므로 수표소지인이 거절증서, 지급인의 거절선언 및 어음교환소의 거절선언으로 지급거절을 증명한 경우 배서인, 발행인, 그 밖의 채무자에 대하여 상환청구권을 행사할 수 있다. 이 경우 수표면이 아닌 지편에 기재한 지급인의 지급거절선언은 비록 그 지편을 수표에 부착시키고 부착부분에 간인을 압날했다하더라도 적법한 지급거절선인에 해당하지 않는다고 판시한 사례이다.

# 보 험

**제1편 보험법의 법원**
**제2편 보험계약**
제1장 보험계약의 체결
제2장 보험계약의 효과
제3장 보험계약의 무효 · 변경 · 소멸 · 부활
**제3편 손해보험 통칙**
제1장 손해보험계약의 요소
제2장 손해보험계약의 효과
제3장 손해보험계약의 변경 · 소멸
**제4편 손해보험 각칙**
제1장 화재보험
제2장 책임보험
제3장 자동차보험
**제5편 인보험**
제1장 생명보험계약
제2장 상해보험계약

# 제 1 편 보험법의 법원

## 340. 약관의 작성자불이익해석의 원칙

(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다28208,28215 판결)

〈쟁점〉

보험회사의 보험계약 약관에서 말하는 암 수술급여금의 지급대상인 '수술'에 폐색전술이 해당하는지 여부가 문제된 사안에서, 을이 받은 폐색전술은 보험계약 약관 제5조의 '수술'에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

보험계약 약관 제5조에서는 암 보험급여의 대상이 되는 수술을 특정암 또는 일반암의 치료를 직접적인 목적으로 수술을 받는 행위라고만 규정하고 있을 뿐 의료계에서 표준적으로 인정되는 수술이라고 제한하고 있지 않고, 위 약관에서 수술의 의미를 구체적으로 명확하게 제한하고 있지도 않으므로, 가는 관을 대동맥에 삽입하여 이를 통해 약물 등을 주입하는 색전술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있고, 보험회사는 병원에 직접 을의 치료내용을 확인한 후 3년 3개월 동안 19회에 걸쳐 합계 1억 1,400만 원의 암 수술급여금을 지급해 왔으므로, 을이 받은 폐색전술은 보험계약 약관 제5조의 수술에 해당한다고 봄이 상당하고, 이러한 해석론이 약관 해석에 있어서의 작성자 불이익의 원칙에도 부합하는 것이다.

〈선정이유〉

약관상 보험사고의 범위 내지 의미가 불명한 경우 보험금 지급과 관련하여 분쟁이 빈발하는데, 보험회사의 보험계약 약관에서 말하는 암 수술급여금의 지급대상인 '수술'에 폐색전술이 해당하는지 여부가 문제된 사안에서, 의학적 관점에서 수술인지 여부에 다툼이 있는 경우 약관해석에 관한 작성자불이익원칙을 적용하여 보험사고로 해석한 점에서 약관에 정한 보험사고의 범위가 불명한 경우 보험금 지급책임을 인정한 판결로서 의미가 있다.

## 341. 약관의 설명의무

(대법원 2007. 4. 27. 선고 2006다87453 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험자가 보험약관의 명시·설명의무를 위반하여 보험계약을 체결한 경우, 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 있는지 여부(소극)

[2] 보험약관의 기재 사항이 별도의 설명 없이 보험계약자가 충분히 예상할 수 있는 것이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것인 경우에도 보험자에게 명시·설명의무가 있는지 여부(소극)

[3] 피보험자동차의 양도에 관한 통지의무를 규정한 보험약관이 보험자의 개별적인 명시·설명의무의 대상이 되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 일반적으로 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약을 체결함에 있어 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있으므로, 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무를 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다.

[2] 약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나, 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면, 그러한 사항에 관하여 까지 보험자에게 명시·설명의무가 있다고는 할 수 없다.

[3] 피보험자동차의 양도에 관한 통지의무를 규정한 보험약관은 거래상 일반인들이 보험자의 개별적인 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항인 점 등에 비추어 보험자의 개별적인 명시·설명의무의 대상이 되지 않는다.

〈선정이유〉

본 판결은 약관의 설명의 대상 및 명시·설명의무 위반의 효과에 관한 기본적 법리를 명시한 판결로서 설명의 대상과 관련하여 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나, 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항은 설명의 대상이 아니라고 하여 범위를 제한하였다.

## 342. 약관의 설명의무 이행의 정도 및 설명의무 위반의 하자 치유 여부

(대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342, 43359 판결)

〈쟁점〉

보험계약의 청약을 유인하는 안내문에 보험약관의 내용이 추상적·개괄적으로만 소개되어 있는 경우, 그 안내문의 송부만으로 약관에 대한 보험자의 설명의무를 다한 것으로 볼 수 있는지 여부(한정 소극) 및 보험계약자가 상법 제638조의3 제2항에 정한 기간 내에 계약 취소권을 행사하지 아니한 경우, 보험계약자가 보험자의 설명의무 위반의 법률효과를 주장할 수 없거나 보험자의 설명의무 위반의 하자가 치유되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[3] 보험계약의 청약을 유인하는 안내문에 보험약관의 내용이 추상적·개괄적으로 소개되어 있을 뿐 그 약관 내용이 당해 보험계약에 있어서 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 충분히 예상할 수 있거나 법령의 규정에 의하여 정하여진 것을 부연하는 것과 같은 것이 아닌 이상, 그러한 안내문의 송부만으로 그 약관에 대한 보험자의 설명의무를 다하였다거나 보험계약자가 그 내용을

알게 되어 굳이 설명의무를 인정할 필요가 없다고는 할 수 없으며, 이와 같은 보험약관의 명시·설명의무에 관한 법리는 보험료율이 낮다거나 보험계약의 체결 방식이 통상의 경우와 다르다고 하여 달라지지 아니한다.

[4] 상법 제638조의3 제2항에 의하여 보험자가 약관의 명시·설명의무를 위반한 때에는 보험계약자가 보험계약 성립일로부터 1월 내에 행사할 수 있는 취소권은 보험계약자에게 주어진 권리일 뿐 의무가 아님이 그 법문상 명백하고, 상법 제638조의3 제2항은 약관의규제에관한법률 제3조 제3항과의 관계에서는 그 적용을 배제하는 특별규정이라고 할 수 없으므로, 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않았다고 하더라도 보험자의 설명의무 위반의 법률효과가 소멸되어 이로써 보험계약자가 보험자의 설명의무 위반의 법률효과를 주장할 수 없다거나 보험자의 설명의무 위반의 하자가 치유되는 것이 아니다.

[4] 통신판매 방식으로 체결된 상해보험계약에서 보험자가 약관 내용의 개요를 소개한 것이라는 내용과 면책사고에 해당하는 경우를 확인하라는 내용이 기재된 안내문과 청약서를 보험계약자에게 우송한 것만으로는 보험자의 면책약관에 관한 설명의무를 다한 것으로 볼 수 없다.

〈선정이유〉

실무상 청약을 유인하는 안내문을 근거로 설명의무 이행을 주장함에 대하여 설명의무 이행을 인정하지 아니함으로써 설명의무이행의 구체적 기준을 제시하였으며, 상법 제638조의3 제2항의 설명의무 위반에 따른 취소권과 설명의무위반에 따른 해당 약관이 계약편입에서 배제되도록 한 약관규제법 제3조의 설명의무위반의 효력과의 관계를 명확히 한 판결로서 의미가 있다.

## 343. 약관의 명시·설명의무 위반의 효과

(대법원 2014. 10. 27. 선고 2012다22242 판결)

〈쟁점〉

보험회사 또는 보험모집종사자가 보험계약을 체결하거나 모집하면서 보험계약의 중요사항에 관한 설명의무를 위반한 경우, 손해배상책임을 부담하는지 여부(적극) 및 이때 설명의무의 정도와 판단 기준

〈판결요지〉

[1] 보험회사 또는 보험모집종사자는 고객과 보험계약을 체결하거나 모집할 때 보험료의 납입, 보험금·해약환급금의 지급사유와 금액의 산출 기준은 물론이고, 변액보험계약인 경우 투자형태 및 구조 등 개별 보험상품의 특성과 위험성을 알 수 있는 보험계약의 중요사항을 명확히 설명함으로써 고객이 정보를 바탕으로 보험계약 체결 여부를 합리적으로 판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 의무가 있고, 이러한 의무를 위반하면 민법 제750조 또는 구 보험업법(2010. 7. 23. 법률 제10394호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제102조 제1항에 따라 이로 인하여 발생한 고객의 손해를 배상할 책임을 부담한다.

여기서 보험회사 또는 보험모집종사자가 고객에게 보험계약의 중요사항에 관하여 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 보험상품의 특성 및 위험도 수준, 고객의 보험가입경험 및 이해능력 등을

종합하여 판단하여야 하지만, 구 보험업법 제97조 제1항, 제95조 제1항, 구 보험업법 시행령(2011. 1. 24. 대통령령 제22637호로 개정되기 전의 것) 제42조 등에서 규정하는 보험회사와 보험모집종사자의 의무 내용이 유력한 판단 기준이 된다. 그리고 보험계약의 중요사항은 반드시 보험약관에 규정된 것에 한정된다고 할 수 없으므로, 보험약관만으로 보험계약의 중요사항을 설명하기 어려운 경우에는 보험회사 또는 보험모집종사자는 상품설명서 등 적절한 추가자료를 활용하는 등의 방법으로 개별 보험상품의 특성과 위험성에 관한 보험계약의 중요사항을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

[2] 보험계약 체결에 설명의무 위반이 있는 경우에 이후 보험약관에 따른 해약환급금이 지급되었다면, 보험계약자가 설명의무 위반으로 입은 손해는 납입한 보험료 합계액에서 지급받은 해약환급금액을 공제한 금액 상당이다.

[3] 갑이 을 보험회사의 보험모집인 병이 보험계약 체결 당시 보험계약의 중요한 내용을 충분히 설명하지 아니하였음을 이유로 을 회사를 상대로 손해배상을 구하였는데, 을 회사가 보험계약이 실효됨에 따라 갑이 해약환급금을 지급받을 수 있으므로 사실심 변론종결 시를 기준으로 인정되는 해약환급금 상당액을 손해액에서 공제하여야 한다고 주장한 사안에서, 해약환급금청구권에 관하여 소멸시효가 완성될 수 있는 점, 발생한 손해 상당액이 납입 보험료 전액임을 기초로 과실상계를 하여 배상액을 산정한 손해배상소송의 사실심 변론종결 후 또는 그와 같은 손해배상금 지급 후에 보험계약자가 보험자를 상대로 해약환급금을 청구하는 경우에는 신의칙상 보험자가 약관에 따른 해약환급금 중 보험자 측의 과실비율에 상응하는 금액의 지급을 거절할 수 있다고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 해약환급금이 실제로 지급되지 않은 이상 손해액에서 공제할 수 없다.

〈선정이유〉

약관의 명시·설명의무 위반의 경우 약관규제법에 따른 효력 규제 이외에 보험계약자의 보호를 위해 둔 보험업법에 따라 보험계약자가 입은 손해에 대한 배상청구권을 인정하고 그 손해의 범위에 대하여 판단한 판결로서 의미를 가진다. 2020. 3. 24. 보험업법 개정으로 제101조의2에서 금융소비자 보호에 관한 법률 제19조와 제21조를 준용함에 따라 동법 제44조에 따른 보험자의 직접적인 책임이 확대되었고, 이에 보험업법 제102조는 삭제되었으나 준용 규정에 의하여 보험자의 책임이 인정될 수 있을 것으로 보인다.

## 344. 약관의 내용을 잘못 설명한 경우 계약의 효력

(대법원 1989. 3. 28. 선고 88다4645 판결)

〈쟁점〉

보험대리점 또는 보험외판원이 보험계약자에게 보통보험약관과 다른 내용으로 보험계약을 설명한 경우 그 약관의 구속력 여부와 계약의 효력

〈판결요지〉

보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 당사자가 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문인 바, 일반적

으로 보통보험약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서가 작성되면 약관의 구속력은 계약자가 그 약관의 내용을 알지 못하더라도 배제할 수 없으나 당사자가 명시적으로 약관의 내용과 달리 약정한 경우에는 배제된다고 보아야 하므로 보험회사를 대리한 보험대리점 내지 보험외판원이 보험계약자에게 보통보험약관과 다른 내용으로 보험계약을 설명하고 이에 따라 계약이 체결되었으면 그 때 설명된 내용이 보험계약의 내용이 되고 그와 배치되는 약관의 적용은 배제된다.

〈선정이유〉

보험설계사가 계약의 체결을 유인하기 위하여 약관의 내용과 달리 설명하는 경우가 빈발하고 있는데, 보험대리점이나 보험설계사는 보험회사의 직원이 아닌 자로서 청약의 유인만을 하는 자이고 보험계약은 계약자와 보험회사가 체결하는 점을 기화로 보험회사가 잘못된 설명에 대한 책임을 회피하고 약관의 내용을 계약내용으로 주장하는 경우가 많았다. 이와 관련하여 보험설계사 등의 설명을 신뢰하고 계약을 체결한 경우 그 설명을 계약내용으로 인정한 판결로서 계약자 보호에 있어서 중요한 의미를 가진 판결이다.

## 345. 계속적 보험거래관계의 보험약관의 개정

(대법원 1986. 10. 14. 선고 84다카122 판결)

〈쟁점〉

계속적 보험거래관계에 있어서 종전 보험계약의 내용이 된 보험약관이 가입자에게 불리하게 변경된 사실이 고지되지 아니한 채 새로운 보험계약이 체결된 경우 변경된 약관의 소급 여부

〈판결요지〉

가. 보통보험약관을 포함한 이른바 일반거래약관이 계약의 내용으로 되어 계약당사자에게 구속력을 갖게 되는 근거는 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 갖기 때문은 아니며 계약당사자가 이를 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 하였기 때문이라고 볼 것이다.

나. 동일한 보험계약당사자가 일정한 기간마다 주기적으로 동종계약을 반복 체결하는 계속적 거래관계에 있어서 종전계약의 내용이 된 보험약관을 도중에 가입자에게 불리하게 변경하였다면 보험자로서는 새로운 보험계약 체결 시 그와 같은 약관변경사실 및 내용을 가입자인 상대방에게 고지하여야 할 신의칙상의 의무가 있다고 봄이 상당하고, 이러한 고지 없이 체결된 보험계약은 과거와 마찬가지로 종전약관에 따라 체결된 것으로 봄이 타당하다.

〈선정 이유〉

보험약관의 구속력의 근거를 당사자의 의사에서 찾는 것을 전제로 계속적 보험거래관계에서 보험약관이 계약자에게 불리하게 변경된 경우 보험자의 약관변경사실 및 그 내용에 대한 고지의무를 인정한 판결로서 그 의미가 있다. 동 판결의 취지에 따르면 가입자에게 유리한 변경은 고지 없이 소급하여 적용되는 것으로 해석할 여지가 있고, 변경된 약관이 기존 약관과 해석상 큰 차이가 없으면 설명의무가 없다고 한 대법원 1993. 4.13. 선고 92다45261판결과 비교되는 판결로서 의미가 있다.

# 제 2 편 보험계약

## 제 1 장 보험계약의 체결

### 346. 승낙 전 보험사고

(대법원 2008.11. 27. 선고 2008다40847 판결)

〈쟁점〉

승낙 전 보험사고에 대한 보험자 책임의 소극적 요건으로 상법 제638조의2 제3항이 규정하는 '청약을 거절할 사유'의 의미

〈판결요지〉

[1] 상법 제638조의2 제3항에 의하면 보험자가 보험계약자로부터 보험계약의 청약과 함께 보험료 상당액의 전부 또는 일부를 받은 경우(인보험계약의 피보험자가 신체검사를 받아야 하는 경우에는 그 검사도 받은 때)에 그 청약을 승낙하기 전에 보험계약에서 정한 보험사고가 생긴 때에는 그 청약을 거절할 사유가 없는 한 보험자는 보험계약상의 책임을 지는바, 여기에서 청약을 거절할 사유란 보험계약의 청약이 이루어진 바로 그 종류의 보험에 관하여 해당 보험회사가 마련하고 있는 객관적인 보험인수기준에 의하면 인수할 수 없는 위험상태 또는 사정이 있는 것으로서 통상 피보험자가 보험약관에서 정한 적격 피보험체가 아닌 경우를 말하고, 이러한 청약을 거절할 사유의 존재에 대한 증명책임은 보험자에게 있다.

[2] 이른바 승낙 전 보험사고에 대하여 보험계약의 청약을 거절할 사유가 없어서 보험자의 보험계약상의 책임이 인정되면, 그 사고발생사실을 보험자에게 고지하지 아니하였다는 사정은 청약을 거절할 사유가 될 수 없고, 보험계약 당시 보험사고가 이미 발생하였다는 이유로 상법 제644조에 의하여 보험계약이 무효로 된다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

승낙 전에 보험사고가 발생하더라도 청약을 거절할 사유가 없는 한 보험자의 보험계약상의 책임이 인정되며, 그 사고발생사실을 보험자에게 고지하지 아니하였다는 사정이 '청약을 거절할 사유'에 해당하지 않는다고 한 판결이다. 이에 따르는 판결로는 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다97314 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다24435 판결이 있다.

### 347. 보험료 수령 후 승낙 전 부적격 피보험체의 보험사고

(대법원 1991. 11. 8. 선고 91다29170 판결)

〈쟁점〉

보험회사가 생명보험가입청약을 받고 제1회 보험료를 수령한 직후 보험사고가 발생하였으나 피보험자가 약관에 정한 적격 피보험체가 아님을 사유로 그 승낙을 거절함으로써 위 보험계약의 불성립을 주장할 수 있는지 여부(적극) 및 해당 생명보험약관에 "별표에서 정하는 '대상이 되는 불의의 사고'로 인한 경우에는 피보험자가 적격 피보험체에 해당하는지 여부에 관계없이 제1회 보험료를 납부한 때로부터 책임을 집니다."라고 규정한 경우 그 약관의 취지

〈판결요지〉

가. 보험회사가 보험모집인을 통하여 위험보장배수 10배인 '태양보험'(생명보험) 가입청약을 받고 제1회 보험료를 납부받은 직후 피보험자가 오토바이 운전중 교통사고로 사망하는 보험사고가 발생하였으나 피보험자가 오토바이 사용자인 위험직종으로서 그 약관에 정한 적격피보험체가 아님을 사유로 보험회사가 그 승낙을 거절하고 보험료를 반환한 경우 위 보험계약은 성립되지 아니하였다고 본다.

나. 해당 생명보험약관 제2조 제2항에서 "회사가 청약시에 제1회 보험료를 받고 청약을 승낙하기 전에 보험금 지급사유가 발생하였을 때에도 제1회 보험료를 납입한 날로 소급하여 이 약관이 정하는 바에 따라 책임을 집니다. 그러나 제1회 보험료를 납입한 날 현재 피보험자가 이 계약의 적격 피보험체가 아님을 회사가 입증하는 경우에는 책임을 지지 아니합니다."라고, 같은 조 제3항에서는 "제2항의 규정에도 불구하고 별표 2에서 정하는 '대상이 되는 불의의 사고'로 인하여 보험금 지급사유가 발생한 경우에는 피보험자가 적격 피보험체에 해당하는지 여부 및 진단이 끝난 여부에 관계없이 제1회 보험료를 납입한 때로부터 이 약관이 정한 바에 따른 책임을 집니다."라고 각 규정하고 있고, 위 약관 별표 2에서는 '대상이 되는 불의의 사고'로서 자동차 기타 도로교통기관사고 등 우발적인 외래의 사고들을 열거하여 규정하고 있다면, 위 약관 제2조 제3항의 규정취지는 보험자가 보험가입의 청약을 받고 제1회 보험료를 수령하였으나 보험계약이 성립되기 전, 즉, 승낙 전에 별표 2에서 규정하고 있는 보험금 지급사유에 해당하는 우발적인 외래의 사고 등 재해가 발생한 경우 비록 피보험자에게 당해 보험의 적격 피보험체가 될 수 없다고 하더라도 보험금을 지급한다는 취지로 해석할 것이지, 우발적인 외래의 사고와 같은 재해가 아니고 바로 부적격 피보험체인 그 위험직종과 직접 관련이 있는 사고가 발생한 경우에도 보험금을 지급하겠다는 취지로 해석할 것은 아니다.

〈선정이유〉

보험료 수령 후 승낙 전 사고의 경우에도 보험약관상 적격 피보험체가 아님을 사유로 승낙을 거절할 수 있다는 점과 그에 대한 약관 상 예외 사유인 불의의 사고의 의미는 우발적 외래의 사고를 의미하고 부적격 피보험체인 그 위험직종과 직접 관련 있는 사고의 경우를 포함하지 아니한다는 점을 밝힌 판결로서 승낙 전 보험사고의 경우 승낙거절을 불허한 판결과 비교되는 판결이다.

## 348. 보험자 또는 보험모집종사자의 적합성 원칙 위반의 판단기준과 위반의 효력

(대법원 2013. 6. 13. 선고 2010다34159 판결)

〈쟁점〉

보험회사나 보험모집종사자에게 적합성 원칙 위반에 따른 손해배상책임이 있는지 여부와 적합성 원칙 위반의 판단 기준

〈판결 요지〉

보험회사나 보험모집종사자는 고객의 연령, 재산 및 소득상황, 사회적 경험, 보험가입의 목적 등에 비추어 투자성이 있는 보험이나 변액보험이 고객에게 적합하지 아니하다고 인정되면 그러한 보험계약의 체결을 권유하여서는 아니 되고, 이러한 적합성 원칙을 지키지 않은 채 과대한 위험성을 수반하는 보험계약의 체결을 권유함으로써 그 권유행위가 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위로 평가되면, 민법 제750조 또는 구 보험업법 제102조 제1항에 기하여 그로 인하여 발생한 고객의 손해를 배상할 책임을 부담한다.

여기서 적합성 원칙의 위반에 따른 손해배상책임의 존부는 고객의 연령, 재산 및 소득상황과 보험가입의 목적, 가입한 보험의 특성 등 여러 사정을 종합적으로 충분히 검토하여 판단하여야 하고, 이에 관한 주장·증명책임은 보험계약 체결을 권유받은 고객에게 있으므로, 단지 그 체결을 권유받은 변액보험상품에 높은 투자위험이 수반된다거나 소득에서 보험료 지출이 차지하는 비중이 높다는 단편적인 사정만을 들어 바로 적합성 원칙을 위반하여 위법한 권유행위를 하였다고 단정해서는 아니 된다.

〈선정이유〉

적합성원칙 위반 여부의 판단에 있어서 투자위험이 수반된다는 점 이외에 투자목적, 재산상황, 투자경험 등 사정을 고려하여 과대한 위험성을 수반하는지를 판단하여야 한다고 판시함으로써 그 위반 여부의 판단기준을 구체적으로 제시하였고, 그 위반의 경우 민법 제750조 또는 보험업법에 따른 손해배상책임을 부담한다는 원칙을 밝힌 판결로서 의미가 있다. 아울러 변액 유니버설보험상품이 보험료의 납입금액과 납입시기를 어느 정도 조절할 수 있는 장점이 있고 특별계정의 운용을 주식형 펀드에서 채권형 펀드로 변경함으로써 위험에 대처할 수 있는 상품인 사실을 근거로 과대한 위험성을 수반하는 거래가 아니라고 인정하여 위험성 거래의 판단 기준에 있어서 상품의 특성을 고려한 판결로서 의미가 있다.

## 349. 보험의의 고지수령권한 및 보험자의 악의 또는 중과실의 의미

(대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다40353 판결)

〈쟁점〉

보험계약자 또는 피보험자의 고지의무 위반을 이유로 한 보험자의 보험계약 해지의 제한사유인 상법 제651조 단서 소정의 '보험자의 악의 또는 중대한 과실'의 인정 범위 및 보험자에게 소속된 의사가 보험계약자를 검진하였으나 보험자의 보조자로서의 자격으로 행한 것이 아닌 경우, 보험자에게 소속된 의사라는 사유만으로 그 의사가 검진 과정에서 알게 된 보험계약자 등의 질병에 대하여 보험자의 악의 또는 중과실을 인정할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 하였다고 하더라도 보험자가 계약 당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그 고지의무 위반을 들어 계약을 해지할 수 없다고 할 것인바, 여기에서 말하는 보험자의 악의나 중대한 과실에는 보험자의 그것뿐만 아니라 이른바 보험자의 보험의(보험의)를 비롯하여 널리 보험자를 위하여 고지를 수령할 수 있는 지위에 있는 자의 악의나 중과실도 당연히 포함된다고 할 것이나, 보험자에게 소속된 의사가 보험계약자 등을 검진하였다고 하더라도 그 검진이 위험측정자료를 보험자에게 제공하는 보험자의 보조자로서의 자격으로 행해진 것이 아니라면 그 의사가 보험자에게 소속된 의사라는 사유만으로 그 의사가 검진 과정에서 알게 된 보험계약자 등의 질병을 보험자도 알고 있으리라고 보거나 그것을 알지 못한 것이 보험자의 중대한 과실에 의한 것이라고 할 수는 없다고 할 것이며, 이와 같이 해석하는 것이 환자에 대한 비밀의 누설이나 기록의 공개를 원칙적으로 금지하고 있는 의료법의 취지에도 부합한다.

〈선정이유〉

보험의가 계약체결 과정에서 검진한 경우 당해 계약에서 고지수령권한을 가지는 점과 보험의가 고지대상인 중요한 사항을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 보험자의 악의 또는 중과실로 본다는 점을 확인하는 한편, 검진이 보험자의 보조자로서 위험측정자료를 제공하기 위하여 행하여진 것이 아니라면 보험자에 소속된 의사라는 사유만으로는 그 의사가 검진 과정에서 알게 된 질병에 대한 보험회사의 고의 또는 과실을 인정하지 아니한 판결이다.

## 350. 고지의무의 대상인 중요한 사항의 의미

(대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다59688,59695 판결)

〈쟁점〉

상법 제651조에 정한 고지의무의 대상인 '중요한 사항'의 의미 및 같은 법 제651조의2에서 규정하는 '서면'에 보험청약서도 포함되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 보험계약자나 피보험자가 보험계약 당시에 보험자에게 고지할 의무를 지는 상법 제651조의 '중요한 사항'이란 보험자가 보험사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 아니하든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하리라고 평가되는 사항을 말한다. 한편 보험자가 계약 체결에 있어서 서면으로 질문한 사항은 보험계약에 있어서 중요한 사항에 해당하는 것으로 추정되고(상법 제651조의2) 여기의 서면에는 보험청약서도 포함된다. 따라서 보험청약서에 일정한 사항에 관하여 답변을 구하는 취지가 포함되어 있다면 그 사항은 상법 제651조에서 말하는 '중요한 사항'으로 추정된다.

[2] 보험청약서에서 답변을 구하는 것이 구체적으로 어떤 사항에 관한 것인가는 결국 보험청약서에 기재된 질문내용의 해석에 관한 문제이고, 그 해석은 그 질문내용에 의하여 보험계약자나 피보험자가 부담하게 되는 고지의무의 대상인 '중요한 사항'의 범위에 영향을 미칠 수 있다는 사정 등을 고려하여 평균적인 보험계약자의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 이루어져야 한다.

〈선정이유〉

고지의무의 대상인 중요한 사항의 의미와 질문 내용의 해석 방법에 대하여 밝히고, 청약서에 기재된 사항이 서면으로 질문한 사항에 포함된다고 한 판결로서 의미를 가진다.

## 351. 다수 생명보험계약의 존재 여부에 대한 고지의무

(대법원 2001.11.27. 선고 99다33311 판결)

〈쟁점〉

[1] 다수의 생명보험계약이 체결되었고 그 보험료나 보험금이 다액이며 발생경위가 석연치 않은 교통사고로 보험계약자가 사망하였다는 사정만으로는 생명보험계약 체결의 동기가 자살에 의하여 보험금의 부정취득을 노린 반사회질서적인 것이라고 단정할 수 있는지 여부(소극)

[2] 보험자가 생명보험계약을 체결함에 있어서 다른 보험계약의 존재 여부를 청약서에 기재하여 질문한 경우, 다른 보험계약의 존재 여부가 고지의무의 대상이 되는지 여부(적극)

[3] 생명보험계약 체결 후 동일한 위험을 담보하는 보험계약을 체결하는 때에는 이를 통지하도록 하고, 그와 같은 통지의무를 위반하는 경우 보험계약을 해지할 수 있다는 약관이 유효한지 여부(적극)

[4] 생명보험계약 체결 후 다른 생명보험에 다수 가입하였다는 사정이 상법 제652조 소정의 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 다수의 생명보험계약이 체결되었고 그 보험료나 보험금이 다액이며 발생경위가 석연치 않은 교통사고로 보험계약자가 사망하였다는 사정만으로는 생명보험계약 체결의 동기가 자살에 의하여 보험금의 부정취득을 노린 반사회질서적인 것이라고 단정하기 어렵다.

[2] 보험자가 생명보험계약을 체결함에 있어 다른 보험계약의 존재 여부를 청약서에 기재하여 질문하였다면 이는 그러한 사정을 보험계약을 체결할 것인지의 여부에 관한 판단자료로 삼겠다는 의사를 명백히 한 것으로 볼 수 있고, 그러한 경우에는 다른 보험계약의 존재 여부가 고지의무의 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 그러한 경우에도 보험자가 다른 보험계약의 존재 여부에 관한 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위하여는 보험계약자 또는 피보험자가 그러한 사항에 관한 고지의무의 존재와 다른 보험계약의 존재에 관하여 이를 알고도 고의로 또는 중대한 과실로 인하여 이를 알지 못하여 고지의무를 다하지 않은 사실이 입증되어야 할 것이다.

[3] 보험계약 체결 당시 다른 보험계약의 존재 여부에 관하여 고지의무가 인정될 수 있는 것과

마찬가지로 보험계약 체결 후 동일한 위험을 담보하는 보험계약을 체결할 경우 이를 통지하도록 하고, 그와 같은 통지의무의 위반이 있으면 보험계약을 해지할 수 있다는 내용의 약관은 유효하다고 할 것이다. 그러나 그와 같은 경우에도 보험자가 통지의무위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위하여는 고지의무위반의 경우와 마찬가지로 보험계약자 또는 피보험자가 그러한 사항에 관한 통지의무의 존재와 다른 보험계약의 체결 사실에 관하여 이를 알고도 고의로 또는 중대한 과실로 인하여 이를 알지 못하여 통지를 하지 않은 사실이 우선 입증되어야 할 것이다.

[4] 생명보험계약 체결 후 다른 생명보험에 다수 가입하였다는 사정만으로 상법 제652조 소정의 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에 해당한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

다수의 생명보험계약이 체결된 경우 그 효력, 다른 보험계약의 체결 사실이 고지의무의 대상인지와 고지의무위반이 인정되는 경우 해지권 행사 요건 등 다양한 쟁점에 관하여 판시한 판결로서 보험계약의 선의성에 대한 판례의 입장을 확인할 수 있는 판결이다.

## 352. 손해보험계약에서 중복보험계약 체결 사실의 고지의무

(대법원 2003.11.13. 선고 2001다49623 판결)

〈쟁점〉

손해보험계약에 있어서 보험계약자에게 중복보험계약의 체결사실을 통지하도록 규정한 상법 제672조 제2항의 취지 및 중복보험계약의 체결사실이 상법 제651조 소정의 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'인지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제672조 제2항에서 손해보험에 있어서 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약을 체결하는 경우에는 보험계약자는 각 보험자에 대하여 각 보험계약의 내용을 통지하도록 규정하고 있으므로, 이미 보험계약을 체결한 보험계약자가 동일한 보험목적 및 보험사고에 관하여 다른 보험계약을 체결하는 경우 기존의 보험계약에 관하여 고지할 의무가 있다고 할 것이나, 손해보험에 있어서 위와 같이 보험계약자에게 다수의 보험계약의 체결사실에 관하여 고지 및 통지하도록 규정하는 취지는, 손해보험에서 중복보험의 경우에 연대비례보상주의를 규정하고 있는 상법 제672조 제1항과 사기로 인한 중복보험을 무효로 규정하고 있는 상법 제672조 제3항, 제669조 제4항의 규정에 비추어 볼 때, 부당한 이득을 얻기 위한 사기에 의한 보험계약의 체결을 사전에 방지하고 보험자로 하여금 보험사고 발생시 손해의 조사 또는 책임의 범위의 결정을 다른 보험자와 공동으로 할 수 있도록 하기 위한 것일 뿐, 보험사고발생의 위험을 측정하여 계약을 체결할 것인지 또는 어떤 조건으로 체결할 것인지 판단할 수 있는 자료를 제공하기 위한 것이라고 볼 수는 없으므로 중복보험을 체결한 사실은 상법 제651조의 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항에 해당되지 아니한다.

〈선정이유〉

손해보험에서 이미 보험계약을 체결한 보험계약자가 동일한 보험목적 및 보험사고에 관한 보험계약 체결 시 부담하는 고지의무와 상법 제651조의 고지의무의 취지의 차이점을 전제로 중복보험을 체결한 사실은 보험계약의 해지사유로서 고지의무의 대상인 중요한 사항이 아니라고 판시한 판결이다. 즉 손해보험에서 중복보험의 고지의무를 생명보험계약의 고지의무와 달리 본 판결로서 의미가 있다.

## 353. 고지의무의 이행시기와 위반 여부의 판단시기

(대법원 2012. 8. 23. 선고 2010다78135,78142 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약의 성립 요건 및 상법 제651조에서 정한 '중요한 사항'에 대한 고지의무 위반 여부 판단 시점(=보험계약 성립 시)

[2] 갑이 을 주식회사에 피보험자를 병으로 하는 보험계약을 청약하고 보험청약서의 질문표에 병이 최근 5년 이내에 고혈압으로 진단받았거나 투약 등을 받은 적이 없다고 기재하여 을 회사에 우송하였는데, 사실은 청약 당일 병이 고혈압 진단을 받았고, 이에 갑이 상법 제651조에서 정한 중요한 사항에 대한 고지의무를 위반하였는지가 문제 된 사안에서, 갑이 고지의무를 위반하였고 이를 이유로 보험계약이 적법하게 해지되었으므로, 을 회사의 보험금 지급의무는 존재하지 아니한다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 보험계약은 원칙적으로 보험계약자의 청약에 대하여 보험자가 승낙함으로써 성립하고, 보험자가 보험계약자로부터 보험계약의 청약과 함께 보험료 상당액의 전부 또는 일부의 지급을 받은 때에는 다른 약정이 없으면 30일 내에 상대방에 대하여 낙부의 통지를 발송하여야 하며, 보험자가 기간 내에 낙부의 통지를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다( 상법 제638조의2 제1, 2항). 한편 보험계약자 또는 피보험자는 상법 제651조에서 정한 '중요한 사항'이 있는 경우 이를 보험계약의 성립 시까지 보험자에게 고지하여야 하고, 고지의무 위반 여부는 보험계약 성립 시를 기준으로 하여 판단하여야 한다.

[2] 갑이 을 주식회사에 피보험자를 병으로 하는 보험계약을 청약하고 보험청약서의 질문표에 병이 최근 5년 이내에 고혈압 등으로 의사에게서 진찰 또는 검사를 통하여 진단을 받았거나 투약 등을 받은 적이 없다고 기재하여 을 회사에 우송하였는데, 사실은 청약 당일 병이 의사에게서 고혈압 진단을 받았고, 이에 갑이 상법 제651조에서 정한 중요한 사항에 대한 고지의무를 위반하였는지가 문제 된 사안에서, 보험계약을 청약한 이후 보험계약이 성립하기 전에 병이 고혈압 진단을 받았음에도 갑은 청약서의 질문표를 작성하여 을 회사에 우송할 때에 고의 또는 중과실로 그러한 사실이 없다고 기재하는 등 고지의무를 위반하였고 이를 이유로 한 을 회사의 해지 의사표시에 따라 보험계약이 적법하게 해지되었으므로, 보험계약에 기한을 회사의 보험금 지급의무는 존재하지 아니한다.

〈선정이유〉

청약 후 보험계약 성립 전 중요한 사항을 알게 된 경우에도 고지의무를 부담하므로 이를 고지하지 아니하거나 부실고지한 경우 고지의무에 위반된다고 판시하여 고지의무는 보험계약의 성립 시까지 이행하여야 하는 점과 고지의무위반 여부의 판단 시점이 보험계약의 성립 시라는 점을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 354. 고지의무 위반에 따른 해지권 행사의 상대방

(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카2973 판결)

〈쟁점〉

타인을 위한 생명보험계약에 있어서 고지의무위반을 이유로 한 해지의 상대방

〈판결요지〉

생명보험계약에 있어서 고지의무위반을 이유로 한 해지의 경우에는 계약의 상대방 당사자인 보험계약자나 그의 상속인(또는 그들의 대리인)에 대하여 해지의 의사표시를 하여야 하고, 타인을 위한 보험에 있어서도 보험금 수익자에게 해지의 의사표시를 하는 것은 특별한 사정(보험약관상의 별도기재 등)이 없는 한 효력이 없다.

〈선정이유〉

타인을 위한 보험계약의 보험수익자는 고지의무 위반에 따른 해지의 상대방이 될 수 없고, 그 상대방은 보험계약자 또는 그 상속인임을 밝힌 판결이다.

## 355. 질문표의 질문 사항에 사실과 다른 기재를 한 경우 고지의무 위반 여부

(대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결)

〈쟁점〉

상법 제651조에서 정한 고지의무의 대상인 '중요한 사항'의 의미와 그 판단 기준 및 같은 법 제651조의2에 규정된 '서면'에 보험청약서도 포함되는지 여부(적극)와 보험자가 다른 보험계약의 존재 여부에 관한 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 보험자가 서면으로 질문한 사항은 보험계약에 있어서 중요한 사항에 해당하는 것으로 추정되고( 상법 제651조의2), 여기의 서면에는 보험청약서도 포함될 수 있으므로, 보험청약서에 일정한 사항에 관하여 답변을 구하는 취지가 포함되어 있다면 그 사항은 상법 제651조에서 말하는 '중요한 사항'으로 추정된다.

[2] 보험자가 다른 보험계약의 존재 여부에 관한 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하려면 보험계약자 또는 피보험자가 다른 보험계약의 존재를 알고 있는 외에 그것이 고지를 요하는 중요한 사항에 해당한다는 사실을 알고도, 또는 중대한 과실로 알지 못하여 고지의무를 다하지 아니한 사실을 입증하여야 한다.

〈선정이유〉

청약서의 질문표에 기재된 질문사항이 고지의무의 대상인 중요한 사항으로 추정되는 점과 다른 보험계약의 존재 여부가 고지의무의 대상이 되는 점을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 356. 약관 명시·설명의무 위반과 고지의무 위반에 따른 해지와의 관계

(대법원 1992. 3. 10. 선고 91다31883 판결)

〈쟁점〉

보험자 등이 보험약관의 기재사항 등 보험계약의 중요 내용에 대한 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 경우 보험계약자 등의 그 약관에 규정된 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시 설명의무를 지고 있다고 할 것이어서 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다 할 것이므로 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수는 없다.

〈선정이유〉

약관의 명시설명의무 위반의 경우 약관에 규정된 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지가 인정될 수 없다는 점을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 357. 고지의무 위반에 따른 해지의 범위

(대법원 1999. 4. 23. 선고 99다8599 판결)

〈쟁점〉

수개의 물건에 대하여 하나의 화재보험계약을 체결하였는데, 보험계약자가 일부 물건에 대한 고

지의무를 위반한 경우, 보험자는 계약 전체를 해지할 수 있는지 여부(한정 소극) 및 보험자가 계약 전체를 실효시키거나 취소하기 위한 요건

〈판결요지〉

경제적으로 독립한 여러 물건에 대하여 화재보험계약을 체결함에 있어 집합된 물건 전체에 대하여 단일의 보험금액으로써 계약을 체결하거나 물건을 집단별로 나누어 따로이 보험금액을 정하거나 간에, 보험의 목적이 된 수개의 물건 가운데 일부에 대하여만 고지의무 위반이 있는 경우에 보험자는 나머지 부분에 대하여도 동일한 조건으로 그 부분만에 대하여 보험계약을 체결하지 아니하였으리라는 사정이 없는 한 그 고지의무 위반이 있는 물건에 대하여만 보험계약을 해지할 수 있고 나머지 부분에 대하여는 보험계약의 효력에 영향이 없다고 할 것이고, 이 경우 보험계약자가 일부 물건에 대하여 고지하지 아니한 사항이 보험계약의 나머지 부분에 있어서도 상법 제651조에서 정한 '중요한 사항', 즉 보험자가 보험사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 아니하든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하리라고 생각되는 사항에 해당하는 경우에만 그 불고지를 들어 계약 전체를 실효시키거나 취소할 수 있다.

〈선정이유〉

여러 물건에 하나의 손해보험계약을 체결한 사안에서 그 물건들 가운데 일부에 대하여만 고지의무 위반이 있는 경우 보험계약 전체를 실효시키기 위한 요건에 관하여 밝힌 판결로서 의미가 있다.

## 358. 고지의무 위반과 보험사고의 인과관계가 없는 경우 보험계약의 해지

(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결)

〈쟁점〉

고지의무 위반과 보험사고 발생 사이에 인과관계가 없는 경우에도 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 위 보험사고에 관한 보험금액 지급책임이 소멸하는지 여부(원칙적 소극)

〈판결요지〉

상법 제651조는 고지의무 위반으로 인한 계약해지에 관한 일반적 규정으로 이에 의하면 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이에 인과관계를 요하지 않는 점, 상법 제655조는 고지의무 위반 등으로 계약을 해지한 때에 보험금액청구에 관한 규정이므로, 그 본문뿐만 아니라 단서도 보험금액청구권의 존부에 관한 규정으로 해석함이 상당한 점, 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약 당시에 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항을 불고지·부실고지하면 이로써 고지의무 위반의 요건은 충족되는 반면, 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계는 '보험사고 발생 시'에 비로소 결정되는 것이므로, 보험자는 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과

관계가 인정되지 않아 상법 제655조 단서에 의하여 보험금액 지급책임을 지게 되더라도 그것과 별개로 상법 제651조에 의하여 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다고 해석함이 상당한 점, 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 상법 제651조에 의한 계약해지를 허용하지 않는다면, 보험사고가 발생하기 전에는 상법 제651조에 따라 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는 반면, 보험사고가 발생한 후에는 사후적으로 인과관계가 없음을 이유로 보험금액을 지급한 후에도 보험계약을 해지할 수 없고 인과관계가 인정되지 않는 한 계속하여 보험금액을 지급하여야 하는 불합리한 결과가 발생하는 점, 고지의무에 위반한 보험계약은 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계를 불문하고 보험자가 해지할 수 있다고 해석하는 것이 보험계약의 선의성 및 단체성에서 부합하는 점 등을 종합하여 보면, 보험자는 고지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를 불문하고 상법 제651조에 의하여 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험금액청구권에 관해서는 보험사고 발생 후에 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지한 때에는 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계에 따라 보험금액 지급책임이 달라지고, 그 범위 내에서 계약해지의 효력이 제한될 수 있다.

〈선정이유〉

고지의무 위반과 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 않지만, 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다는 점을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 359. 고지의무위반과 사기의 관계

(대법원 1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약체결시 그 중요한 사항에 관한 보험계약자의 고지의무위반이 사기에 해당하는 경우 민법의 일반원칙에 따라 그 보험계약을 취소할 수 있는지 여부(적극)

[2] 매매잔대금의 지급이행보증보험계약이 보험계약자에 의한 사기로 취소된 경우에 있어 잔대금을 지급받지 못하게 된 피보험자인 매도인에 대하여 보험회사 직원의 매매계약 내용확인의무를 게을리 한 과실에 따른 보험회사의 사용자책임을 인정할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 보험계약을 체결함에 있어 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 민법의 일반원칙에 따라 그 보험계약을 취소할 수 있다.

[2] 매매잔대금 11억 9천만 원의 지급이행보증보험청약을 받은 보험회사의 직원들이 매매계약의 진위여부나 그 내용에 관한 확인의무를 게을리 한 채 보험계약을 체결하였다가 보험계약이 사기에 해당하는 보험계약자의 고지의무위반으로 취소되고 보험계약자의 도산 등으로 피보험자인 매도인이 잔대금을 지급받지 못하게 된 경우에 보험회사는 사용자책임을 진다.

〈선정이유〉

고지의무위반이 사기에 해당하는 경우 고지의무위반에 따른 해지권과 사기를 이유로 한 취소권의 관계에 관하여 민·상법 중첩적용설을 취하여 취소권을 인정한 판결로서 의미가 있다.

## 360. 보증보험계약의 성질과 고지의무의 대상인 중요한 사항

(대법원 2001.02.13. 선고 99다13737 판결)

〈쟁점〉

[1] 보증보험계약의 법적성질 및 보험자가 보험계약자의 기망을 이유로 보증보험계약을 취소한 경우, 그 취소로써 피보험자에게 대항할 수 있는지 여부(한정소극)

[3] 보증보험계약상의 보증인에 관한 사항이 상법 제651조 소정의 고지의무의 대상인지 여부(소극)

[4] 상법 제659조가 보증보험계약에 적용되는지 여부(한정소극)

〈판결요지〉

[1] 보증보험은 보험계약자인 채무자의 채무불이행으로 인하여 채권자가 입게 되는 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이지만 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하고, 이행보증보험과 같은 경우 피보험자는 보증보험에 터잡아 물품공급계약을 체결하거나 이미 체결한 물품공급계약에 따른 물품인도의무를 이행하는 것이 보통이므로, 일반적으로 타인을 위한 보험계약에서 보험계약자의 사기를 이유로 보험자가 보험계약을 취소하는 경우 보험사고가 발생하더라도 피보험자는 보험금청구권을 취득할 수 없는 것과는 달리, 보증보험계약의 경우 보험자가 이미 보증보험증권을 교부하여 피보험자가 그 보증보험증권을 수령한 후 이에 터잡아 새로운 계약을 체결하거나 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 피보험자의 신뢰를 보호할 필요가 있으므로, 주채무자에 해당하는 보험계약자가 보증보험계약을 체결함에 있어서 보험자를 기망하였다는 이유로 보험자가 보증보험계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도, 이미 그 보증보험계약의 피보험자인 채권자가 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면, 피보험자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우이거나, 혹은 피보험자와 보험자 사이에 피보험자가 보험자를 위하여 보험계약자가 제출하는 보증보험계약 체결 소요 서류들이 진정한 것인지 등을 심사할 책임을 지고 보험자는 그와 같은 심사를 거친 서류만을 확인하고 보증보험계약을 체결하도록 미리 약정이 되어 있는데, 피보험자가 그와 같은 서류심사에 있어서 필요한 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있었던 탓으로 보험자가 보증책임을 이행한 후 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 취소를 가지고 피보험자에게 대항할 수 없다.

[3] 보증보험에서는 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항으로서 주계약상의 거래조건, 금액, 기간, 보험계약자의 신용이나 자력 등에 관한 사항을 들 수 있을 것이며, 보증인이 누구인가는 보험

사고 발생의 가능성 등과는 관계없이 보험사고가 이미 발생한 후에 보험자가 구상권을 행사하기 위한 대비를 해 두기 위한 것이므로, 보증인에 관한 사항은 일반적으로는 고지의무의 대상이 되지 않는다.

[4] 보증보험의 성질상 상법 제659조의 규정은 보증보험계약이 보험계약자의 사기행위에 피보험자가 공모하였다든지 적극적으로 가담하지는 않았더라도 그러한 사실을 알면서도 묵인한 상태에서 체결되었다고 인정되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 보증보험에는 그 적용이 없다.

〈선정이유〉

보증보험계약의 성질, 보증보험계약에서 보증인이 중요한 사항인지와 고의 또는 중대한 과실로 인한 면책사유의 판단과 관련하여 피보험자의 고의 또는 중대한 과실의 의미에 관하여 피보험자가 보험계약자의 사기행위에 공모하였거나 알면서 묵인한 경우가 아니면 보험자의 면책사유인 피보험자의 고의 또는 중대한 과실을 인정할 수 없다는 점을 밝힌 판결로서 보증보험계약의 특성을 이해할 수 있는 판결이다.

# 제 2 장 보험계약의 효과

## 361. 보험자의 책임개시시기

(대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결)

〈쟁점〉

가. 최초의 보험료를 선일자수표로 지급한 경우 보험자의 보험금지급 책임의 발생시기

나. 단체의 대표자가 단체구성원을 피보험자로 한 생명보험을 일괄적으로 체결하는 경우 피보험자의 개별적인 동의 여부(적극)

〈판결요지〉

가. 선일자수표는 대부분의 경우 당해 발행일자 이후의 제시기간내의 제시에 따라 결제되는 것이라고 보아야 하므로 선일자수표가 발행 교부된 날에 액면금의 지급효과가 발생된다고 볼 수 없으니, 보험약관상 보험자가 제1회 보험료를 받은 후 보험청약에 대한 승낙이 있기 전에 보험사고가 발생한 때에는 제1회 보험료를 받은 때에 소급하여 그때부터 보험자의 보험금 지급책임이 생긴다고 되어 있는 경우에 있어서 보험모집인이 청약의 의사표시를 한 보험계약자로부터 제1회 보험료로서 선일자수표를 발행받고 보험료 가수증을 해주었더라도 그가 선일자수표를 받은 날을 보험자의 책임발생 시점이 되는 제1회 보험료의 수령일로 보아서는 안된다.

나. 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 피보험자의 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로 보아야 하므로 피보험자의 동의는 방식이야 어떻든 당해 보험계약의 효력발생 요건이 되는 것이고, 그 입법취지에는 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 외에도 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 요건으로 삼는다는 데서 오는 공서양속 침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어 있다고 할 것이므로 단체 대형보장보험의 경우 그 단체의 대표자 내지 사용자가 일괄적으로 그 구성원을 피보험자로 하여 보험계약을

체결하는 것이어서 도박보험이나 피보험자 살해의 위험성이 없다는 이유만으로는 피보험자의 서면에 의한 동의를 요구하고 있는 단체대형보장보험의 약관의 통용성을 부정할 수는 없다고 봄이 타당하다.

〈선정이유〉

보험자의 책임은 제1회 보험료를 받은 후에 개시되므로 보험료 납입이 중요한 의미를 가진다. 보험계약자가 보험보집인에게 선일자수표로 보험료를 지급한 사안에서, 보험모집인이 보험계약의 체결대리권이나 고지수령권이 없는 중개인에 불과하다 하여도 오늘날의 보험업계의 실정에 비추어 제1회 보험료의 수령권이 있음을 부정할 수는 없다고 하면서도(개정법에서는 보험자 작성의 영수증을 교부한 경우로 제한하였음) 그가 선일자 수표를 받은 날을 보험자의 책임발생 시점이 되는 제1회 보험료의 수령일로 보아서는 안된다고 하여 보험자의 보험금지급책임을 부인한 판결이다. 아울러 단체보험의 일괄체결의 경우에 피보험자의 동의를 요한다고 확인한 판결로서 그 후 상법 제735조의3이 신설되어 단체의 규약에 단체생명보험계약 체결의 근거를 둔 경우 피보험자의 동의를 얻지 않아도 무방하지만 규약이 없는 경우 동일한 법리가 적용될 수 있을 것이다.

## 362. 보험모집인의 고지(통지) 수령권한

(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결)

〈쟁점〉

보험약관상 규정된 보험계약자 또는 피보험자의 보험자에 대한 자동차 구조변경 등과 관련된 통지의무의 규정이 상법 제652조 제1항에서 이미 규정된 통지의무를 구체적으로 부연한 정도에 불과한 경우, 그 약관 내용에 관하여 보험자에게 별도의 설명의무가 있는지 여부(소극) 및 보험계약자가 보험계약 체결 당시 보험모집인에게 장차 피보험차량에 크레인을 장착할 예정임을 알려주었으나 그 후 크레인 장착을 완료한 사실을 보험자에게 통지하지 않았고 보험모집인 역시 위 구조변경 후 그 사실을 통지해야 한다는 약관 내용을 설명하지 않은 사안에서, 보험자가 상법 제652조 제1항에 의하여 보험계약자의 통지의무 위반을 이유로 위 보험계약을 해지할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

자동차보험에 있어서는 피보험자동차의 용도와 차종뿐만 아니라 그 구조에 따라서도 보험의 인수 여부와 보험료율이 달리 정하여지는 것이므로 보험계약 체결 후에 피보험자동차의 구조가 현저히 변경된 경우에는 그러한 사항이 계약 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 사실에 해당하여 상법 제652조 소정의 통지의무의 대상이 되고, 따라서 보험계약자나 피보험자가 이를 해태할 경우 보험자는 바로 상법 규정에 의하여 자동차보험계약을 해지할 수 있다.

자동차종합보험계약에 적용되는 보험약관에서 보험계약을 체결한 후 피보험자동차의 구조변경 등의 중요한 사항에 변동이 있을 때 또는 위험이 뚜렷이 증가하거나 적용할 보험료에 차액이 생기는 사실이 발생한 때에는 보험계약자 또는 피보험자는 지체 없이 이를 보험자에게 알릴 의무를 규정하고 있다고 하더라도 이는 상법 제652조에서 이미 정하여 놓은 통지의무를 자동차보험에서 구

체적으로 부연한 정도의 규정에 해당하여 그에 대하여는 보험자에게 별도의 설명의무가 인정된다고 볼 수가 없다.

보험계약자가 보험계약 체결 당시 보험모집인에게 장차 트럭에 크레인을 장착할 예정임을 알려주었으나 그 후 크레인 장착을 완료한 사실을 보험자에게 통지하지 않았고, 보험모집인 역시 위 보험계약 체결 당시 보험계약자에게 구조변경 후 그 사실을 보험자에게 서면으로 알리고 보험증권에 보험자의 승인을 받아 할증된 보험료를 추가로 납입하여야 한다는 약관의 내용을 제대로 설명하지 않은 사안에서, 보험계약자가 보험모집인에 불과한 자에게 피보험차량에 크레인을 장착할 예정이라는 사실을 알려주었을 뿐이라면, 일반적으로 보험모집인이 독자적으로 보험자를 대리하여 보험계약을 체결할 권한이 없을 뿐만 아니라 고지 내지 통지의 수령권한도 없는 점에 비추어 볼 때 그로써 피보험차량의 구조변경에 관한 통지의무를 다한 것이라고 할 수 없으므로, 보험계약자가 나아가 보험계약 체결 후에 보험자에게 크레인 장착을 완료한 사실을 통지하지 아니한 이상, 이는 보험계약자가 상법 제652조 소정의 통지의무를 해태한 것이라고 할 것이어서, 보험자가 보험약관상 규정된 보험계약 체결 후 자동차의 구조변경 사실에 관한 보험계약자의 통지의무에 관한 규정을 보험계약자에게 설명하였는지 여부와 상관없이 상법 제652조에 의하여 위 보험계약을 해지할 수가 있다.

〈선정이유〉

보험모집인은 고지 또는 위험이 변경·증가된 사실에 대한 통지를 수령할 권한이 없으므로 보험계약자가 보험모집인에게 그 사실을 고지하거나 통지한 경우에도 고지 또는 통지의무의 이행한 것으로 볼 수 없음을 분명히 한 판결로서 의미를 가지며, 아울러 보험약관상 보험계약자 또는 피보험자의 보험자에 대한 자동차 구조변경 등과 관련된 통지의무의 규정이 상법 제652조 제1항에서 이미 규정된 통지의무를 구체적으로 부연한 정도에 불과하다고 보아 보험자가 별도의 설명의무를 부담하지 않는다는 점을 밝힌 판결이다.

## 363. 약관이 정한 책임개시 전 보험사고

(대법원 2004. 8.20. 선고 2002다20889 판결)

〈쟁점〉

상법 제644조 단서에 의하여 보험계약이 유효하다고 하더라도 보험계약에서 정한 책임개시시기 이전에 보험사고가 발생한 경우, 보험자에게 보험금지급의무가 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

상법 제644조는 "보험계약 당시에 보험사고가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 보험계약의 당사자 쌍방 및 피보험자가 모두 선의이어서 위 단서가 적용되는 경우라 할지라도 그 보험계약에서 정한 책임개시시기 이후 발생한 보험사고에 대하여 보험자에게 보험금지급의무가 인정될 수 있을 뿐이고, 보험계약에서 정한 책임개시시기 이전에 보험사고가 발생한 경우 이는 그 보험자가 인수하지 아니한 위험에 해당하므로 보험금지급의무가 인

정될 여지는 없다.

〈선정이유〉

보험자의 책임개시이전에 보험사고가 발생한 경우에 그 보험사고는 보험자가 인수하지 아니한 위험임을 이유로 보험금 지급의무가 없다고 한 판결로서 승낙 전 보험사고와 비교되는 판결로서 의미를 가진다.

## 364. 보험금청구권의 소멸시효의 기산점

(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다36521 판결)

〈쟁점〉

[1] 피해자의 보험회사에 대한 보험금 직접청구권 및 피보험자의 보험회사에 대한 자손사고로 인한 보험금청구권의 성질과 소멸시효

[2] 보험금청구권의 소멸시효의 기산점

[3] 보험회사가 보험금청구권자에게 보험사고가 면책 대상이어서 보험금 지급 대상이 아니라고 잘못 통보한 경우, 보험금청구권의 소멸시효의 기산점(=보험사고 발생시)

〈판결요지〉

[1] 자동차종합보험보통약관(1993. 10. 14.자로 개정되기 전의 것)에 의하여 피해자가 보험회사에 대하여 갖는 보험금의 직접청구권이나 피보험자가 자손사고로 인하여 갖는 보험금청구권은 모두 상법 제662조의 규정에 의한 보험금액의 청구권에 다름 아니어서 어느 것이나 이를 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

[2] 보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 사정이 있는 경우에는 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었을 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행하지만, 그러한 특별한 사정이 없는 한 보험금청구권의 소멸시효는 원칙적으로 보험사고가 발생한 때부터 진행한다.

[3] 피해자가 스스로 자동차를 운전하다가 사망한 사고에 관해 보험회사가 보험금청구권자에게 그 사고는 면책 대상이어서 보험금을 지급할 수 없다는 내용의 잘못된 통보를 하였다고 하더라도 그와 같은 사유는 보험금청구권을 행사하는 데 있어서 법률상의 장애사유가 될 수 없고, 또 이로 인하여 보험금청구권자가 보험사고가 발생하였다는 것을 알 수 없게 되었다고 볼 수도 없으므로 보험회사의 보험계약상의 보험금 지급채무는 사고 발생시로부터 2년의 기간이 경과함으로써 시효 소멸한다.

〈선정이유〉

보험금청구권의 소멸시효 기산점은 원칙상 보험사고 발생한 때가 되지만 보험사고의 발생을 알 수 없었던 사정이 있는 경우 보험사고 발생을 알았거나 알 수 있었을 때부터 진행한다는 예외를 밝히고 보험사고 발생을 과실 없이 알 수 없었던 사정에 대한 판단 사례의 의미를 가지는 판결이다.

## 365. 보험금 확정절차가 있는 경우 보험금청구권의 소멸시효 기산점

(대법원 2006. 01. 26. 선고 2004다19104 판결)

〈쟁점〉

보험금청구권의 행사에 일정한 절차가 요구되는 경우 보험금청구권의 소멸시효 기산점

〈판결요지〉

[1] 보험금액청구권의 소멸시효의 기산점은 특별한 사정이 없는 한 보험사고가 발생한 때라고 할 것이지만, 약관 등에 의하여 보험금액청구권의 행사에 특별한 절차를 요구하는 때에는 그 절차를 마친 때, 또는 채권자가 그 책임 있는 사유로 그 절차를 마치지 못한 경우에는 그러한 절차를 마치는 데 소요되는 상당한 기간이 경과한 때로부터 진행한다고 보아야 할 것이므로, 보험금액청구금의 소멸시효기산점을 판단함에 있어서는 그 보험사고가 무엇인지와 보험금액청구권을 행사하는 데 특별한 제한이 있는지를 확정하는 것이 중요한 전제가 된다.

[2] 화물유통촉진법 등의 관계 규정에 따라 마련된 '복합운송주선업 영업보증금 및 보증보험가입금 운영규정'의 제정 목적과 내용, 그에 따른 보험 실무처리 관행, 나아가 같은 법 시행령에서 복합운송주선업 인·허가보증보험의 가입을 등록조건으로 규정하고 있는 입법 취지 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 위 보험계약의 보험사고는 운임지급채무의 불이행이 아니라 '복합운송주선업자의 도산 등의 사유로 위 운영규정에 열거된 일정 채무의 변제가 불가능하게 됨으로써 채권자들이 손해를 보는 경우'로 봄이 상당하고, 여기서의 '도산 등'에는 비록 복합운송주선업자가 일부 영업을 유지하고 있는 상태라고 하더라도 등록취소, 영업중단 및 위 시행령에서 정한 등록조건을 결여하게 된 경우 등도 포함된다.

[3] 복합운송주선업 인·허가보증보험계약상의 보험사고가 발생한 경우에 보험금액청구권을 행사하기 위하여는 화물유통촉진법 등의 관계 규정에 따라 마련된 '복합운송주선업 영업보증금 및 보증보험가입금 운영규정'에서 정한 보험금의 확정절차를 마쳐야 하므로, 그 보험금액청구권의 소멸시효는 위 절차를 마쳤거나, 채권자가 그 책임 있는 사유로 이를 마치지 못하였다면 위 절차를 거치는 데 필요하다고 볼 수 있는 시간이 경과한 때로부터 진행한다.

〈선정이유〉

보험금청구권의 소멸시효기산점과 관련하여, 보험금액청구권을 행사하는 데 일정한 절차를 거쳐야 하는 경우에는 보험사고 발생한 때가 아니라 그 절차를 거쳐 보험금이 결정된 때로부터 소멸시효가 진행되는 것으로 본 판결이다.

## 366. 손해배상책임이 판결에 의하여 확정되는 경우 피해자의 직접청구권의 소멸시효 기산점

(대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결)

〈쟁점〉

소멸시효가 진행하지 아니하는 '권리를 행사할 수 없는 때'의 의미 및 피보험자가 피해자에게 지는 손해배상액이 판결에 의하여 확정됨에 따라 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금의 지급을 청구하는 직접청구권의소멸시효의 기산점(=확정판결이 있은 때)

〈판결요지〉

가. 자동차종합보험보통약관에 피보험자가 피해자에게 지는 손해배상액이 판결에 의하여 확정되는 등의 일정한 경우에는 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금의 지급을 청구할 수 있도록 규정되어 있다 하더라도, 위 약관에 의하여 피해자에게 부여된 보험회사에 대한 보험금액청구권은 상법 제662조 소정의 보험금액청구권에 다름 아니므로 이를 2년 간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다.

나. 소멸시효에서 권리를 행사할 수 없는 때라 함은 권리행사에 법률상의 장애사유 예컨대 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고 사실상 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다는 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없다.

다. 피보험자가 피해자에게 지는 손해배상액이 판결에 의하여 확정되는 등의 경우에 피해자가 보험회사에 대하여 직접 보험금의 지급을 청구할 수 있다는 자동차종합보험보통약관의 규정에 따라 피해자가 보험회사에 대하여 판결금액 상당의 보험금액을 직접 청구하는 소송을 제기한 경우 이 직접청구권의 소멸시효는 확정판결이 있은 때로부터 기산된다.

라. 대법원전원합의체판결에서 무면허운전에 관한 종전의 견해를 변경한 바 있다 하여 이로써 피해자가 보험회사에 대하여 보험금액 직접청구권을 행사함에 있어 법률상 장애가 있었다 할 수 없으므로 그 소멸시효가 위 대법원판결이 있은 때로부터 기산된다 할 수 없다.

〈선정이유〉

자동차종합보험에서 피해자가 보험자에 대하여 보험금액의 지급을 청구하는 소송을 제기한 경우 그 직접청구권의 소멸시효는 보험사고 발생한 시점이 아니라 확정판결이 있은 때로부터 기산된다는 예외를 인정한 판결이다.

## 367. 인보험에서 장해상태 악화로 인한 보험금청구권의 소멸시효 기산점

(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다52359 판결)

〈쟁점〉

보험사고로 인한 장해가 발생한 후 장해상태가 더 악화된 경우에는 그 악화된 장해상태를 기준으로 장해등급을 결정한다고 보험약관이 규정한 경우, 장해상태가 악화된 경우 추가로 지급받을 수 있는 보험금청구권의 소멸시효

〈판결요지〉

재해장해보장을 받을 수 있는 기간 중에 장해상태가 더 악화된 경우에는 그 악화된 장해상태를

기준으로 장해등급을 결정한다고 보험약관이 규정한 경우, 보험사고가 발생하여 그 당시의 장해상태에 따라 산정한 보험금을 지급받은 후 당초의 장해상태가 악화된 경우 추가로 지급받을 수 있는 보험금청구권의 소멸시효는 그와 같은 장해상태의 악화를 알았거나 알 수 있었을 때부터 진행한다.

〈선정이유〉

교통사고로 장해등급 제5급 인정에 따른 보험금을 지급받은 후 당초의 장해상태가 악화되었다고 주장하면서 장해등급 제3급에 해당하는 보험금의 지급을 청구한 사안에서, 교통사고의 발생 시점을 보험금청구권의 소멸시효 기산점으로 삼지 아니하고 장해가 악화된 사실을 알았거나 알 수 있었을 때부터 진행한다고 판시한 판결이다.

## 368. 보험금지급의무와 면책사유

(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결)

〈쟁점〉

보험자가 보험금청구권 양도 또는 질권설정을 승낙하면서 면책사유에 대한 이의를 보류하지 않은 경우, 양수인 또는 질권자에게 보험계약상의 면책사유를 주장할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

보험금청구권은 보험자의 면책사유 없는 보험사고에 의하여 피보험자에게 손해가 발생한 경우에 비로소 권리로서 구체화되는 정지조건부권리이고, 그 조건부권리도 보험사고가 면책사유에 해당하는 경우에는 그에 의하여 조건불성취로 확정되어 소멸하는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 보험금청구권의 양도 또는 질권설정에 대한 채무자의 승낙은 별도로 면책사유가 있으면 보험금을 지급하지 않겠다는 취지를 명시하지 않아도 당연히 그것을 전제로 하고 있다고 보아야 하고, 그 양수인 또는 질권자도 그러한 사실을 알고 있었다고 보아야 할 것이며, 더구나 보험사고 발생 전의 보험금청구권 양도 또는 질권 설정을 승낙함에 있어서 보험자가 위 항변사유가 상당한 정도로 발생할 가능성이 있음을 인식하였다는 등의 사정이 없는 한 존재하지도 아니하는 면책사유 항변을 보류하고 이의하여야 한다고 할 수는 없으므로, 보험자가 비록 위 보험금청구권 양도 승낙시나 질권 설정 승낙시에 면책사유에 대한 이의를 보류하지 않았다 하더라도 보험계약상의 면책사유를 양수인 또는 질권자에게 주장할 수 있다.

〈선정이유〉

보험사고가 면책사유에 해당하는 경우 보험금청구권이 조건불성취로 소멸하는 것으로 보고, 보험자가 보험금청구권의 양도를 승낙하면서 면책사유에 대한 이의를 유보하지 않은 경우에도 양수인에게 보험계약상 면책사유를 주장할 수 있다고 한 판결로서 의미를 가진다.

## 369. 면책사유로서 고의의 의미와 고의의 증명방법

(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다26075 판결)

〈쟁점〉

보험약관상 면책사유인 '피보험자 등의 고의에 의한 사고'에서의 '고의'의 의미와 그 입증 방법 및 보험사고의 발생에 복수의 원인이 존재하는 경우, 그 중 하나가 피보험자 등의 고의행위임을 주장하여 보험자가 면책되기 위한 요건

〈판결요지〉

보험약관에서 '피보험자 등의 고의에 의한 사고'를 면책사유로 규정하고 있는 경우 여기에서의 '고의'라 함은 자신의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 이를 행하는 심리상태를 말하는 것으로서 그와 같은 내심의 의사는 이를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 사실관계의 연결상태를 논리와 경험칙에 의하여 합리적으로 판단하여야 할 것임은 물론이지만, 보험사고의 발생에 기여한 복수의 원인이 존재하는 경우, 그 중 하나가 피보험자 등의 고의행위임을 주장하여 보험자가 면책되기 위하여는 그 행위가 단순히 공동원인의 하나이었다는 점을 입증하는 것으로는 부족하고 피보험자 등의 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정적 원인이었음을 입증하여야 할 것이다.

〈선정이유〉

면책사유로서 고의에 의한 보험사고에 있어서 고의는 미필적 고의를 포함하는 점과 그 고의의 증명방법인 간접사실에 대해 밝힌 판결이며, 보험사고의 발생에 복수의 원인이 존재하는 경우그 중 일부인 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정적 원인이 되어야 면책된다는 것을 명시한 판결이다.

## 370. 면책사유인 고의 상해에 있어서 고의의 인정 범위

(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다62628 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약자 또는 피보험자가 피해자의 상해에 대하여는 이를 인식·용인하였으나, 피해자의 사망 등 중대한 결과에 대하여는 이를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우, 그 사망 등으로 인한 손해가 자동차보험의 면책약관에서 정한 '보험계약자 또는 피보험자의 고의에 의한 손해'에 해당하는지 여부(소극)

[2] 사람이 승용차 보닛 위에 엎드려 매달리자 그를 차량에서 떨어지게 할 생각으로 승용차를 지그재그로 운전하다가 급히 좌회전하여 위 사람을 승용차에서 떨어뜨려 사망에 이르게 한 사안에서, 피해자의 사망으로 인한 손해가 가해차량 운전자의 '고의에 의한 손해'라고 할 수 없어 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다.

〈판결요지〉

자동차보험약관에서 '보험계약자 또는 피보험자(이하 '보험계약자 등'이라 한다)의 고의에 의한 손해'를 보험자가 보상하지 아니하는 사항으로 규정하고 있는 경우, 이러한 면책약관은 이를 엄격히 제한적으로 해석함이 원칙인 점, 상해와 사망 또는 사망에 준하는 중상해(이하 이를 '사망 등'이라 한다) 사이에는 그 피해의 중대성에 있어 질적인 차이가 있고 손해배상책임의 범위에도 커다란 차이가 있으므로 통상 예상할 수 있는 범위를 넘어서 사망 등과 같은 중대한 결과가 생긴 경우에까지 보험계약자 등이 스스로 초래한 보험사고로 취급되어 면책약관이 적용되리라고는 생각하지 않는 것이 보험계약자 등의 일반적인 인식인 점, 보험계약자 등이 적극적으로 사망 등의 결과를 의욕하거나 의도한 것이 아닌 이상, 그에 대하여 위 면책약관이 적용되지 아니하는 것으로 보더라도 인위적인 사고를 조장할 위험성이 크다고는 할 수 없고 오히려 보험의 사회보장적 기능에 부합하는 점 등을 종합적으로 고려하면, 자동차 운행으로 인한 사고의 경위와 전후 사정 등에 비추어 보험계약자 등이 피해자의 상해에 대하여는 이를 인식·용인하였으나, 피해자의 사망 등 중대한 결과에 대하여는 이를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우에는, 그 사망 등으로 인한 손해는 위 자동차보험약관에서 정한 '보험계약자 등의 고의에 의한 손해'에 해당하지 아니하고, 따라서 위 면책약관이 적용되지 아니하는 것으로 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

고의에 의한 보험사고에서 고의란 결과를 인식·용인하였다고 볼 수 있는 경우로서 미필적 고의를 포함한다. 사망의 결과를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우 상해의 고의만으로 사망의 결과에 대한 고의가 인정되지 않는다고 하여 면책약관의 적용을 부인한 판결로서 의미를 가진다.

## 371. 생명보험계약의 면책사유인 자살의 의미

(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다76696 판결)

〈쟁점〉

사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 자살의 의미 및 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우가 자살에 포함되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 상법 제659조 제1항 및 제732조의2의 입법 취지에 비추어 볼 때, 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우, 그 자살은 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 그러한 경우 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면 그 보험사고는 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 재해에 해당한다.

[2] 보험계약의 피보험자가 술에 취한 나머지 판단능력이 극히 저하된 상태에서 신병을 비관하는 넋두리를 하고 베란다에서 뛰어내린다는 등의 객기를 부리다가 마침내 음주로 인한 병적인 명정으로 인하여 심신을 상실한 나머지 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 충동적으로 베란다에서 뛰어내려 사망한 사안에서, 이는 우발적인 외래의 사고로서 보험약관에서 재해의 하나로 규정한 '추락'에 해당하여 사망보험금의 지급대상이 된다.

〈선정이유〉

보험계약의 피보험자가 음주로 인하여 심신을 상실한 상태에서 충동적으로 베란다에서 뛰어내려 사망한 경우 이는 우발적인 외래의 사고로서 보험약관에서 재해의 하나로 규정한 '추락'에 해당하여 사망보험금의 지급대상이 된다고 판단한 사례로서 면책사유인 자살의 의미에 대하여 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 372. 정신질환을 면책사유로 정한 약관의 효력

(대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결)

〈쟁점〉

사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 '자살'의 의미 및 피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 경우, 보험사고인 사망에 해당하는지 여부(적극) / 면책약관에서 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는 경우, 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항인지 여부(소극) 및 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 보험사고가 발생한 경우, 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우에, 자살은 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것은 아니므로, 피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있다.

다만 면책약관에서 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는 경우, 이러한 면책사유를 둔 취지는 피보험자의 정신질환으로 인식능력이나 판단능력이 약화되어 상해의 위험이 현저히 증대된 경우 증대된 위험이 현실화되어 발생한 손해는 보험보호의 대상으로부터 배제하려는 데에 있고 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달리 정해질 수 있는 것이어서 이러한 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없으므로, 만일 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의

사결정을 할 수 없는 상태에 이르렀고 이로 인하여 보험사고가 발생한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다.

〈선정이유〉

고의에 의한 사망(자살)의 의미와 관련하여 정신질환에 의한 자살은 면책사유에서 제외된다는 판결과 비교하여, 정신질환을 별도 면책사유로 정한 경우 불이익변경금지에 위반되지 않는다고 본 판결로서 의미를 가진다.

## 373. 인보험에서의 음주운전 면책약관의 효력

(대법원 1998. 3. 27. 선고 97다48753 판결)

〈쟁점〉

사망·상해보험의 경우 약관에 중과실에 의한 사망이나 상해를 면책사유로 정한 경우 그 약관 규정의 효력(한정 무효)

〈판결요지〉

상법 제732조의2, 제739조, 제663조의 규정에 의하면 사망이나 상해를 보험사고로 하는 인보험에 관하여는 보험사고가 고의로 인하여 발생한 것이 아니라면 비록 중대한 과실에 의하여 생긴 것이라 하더라도 보험금을 지급할 의무가 있다고 할 것인데, 음주운전에 관하여 보면, 음주운전의 경우는 술을 먹지 않고 운전하는 자의 경우에 비하여 보험사고 발생의 가능성이 많음은 부인할 수 없는 일이나 그 정도의 사고 발생 가능성에 관한 개인차는 보험에 있어서 구성원 간의 위험의 동질성을 해칠 정도는 아니라고 할 것이고, 또한 음주운전이 고의적인 범죄행위이기는 하나 그 고의는 특별한 사정이 없는 한 음주운전 자체에 관한 것이고 직접적으로 사망이나 상해에 관한 것이 아니어서 그 정도가 결코 그로 인한 손해보상을 가지고 보험계약에 있어서의 당사자의 신의성·윤리성에 반한다고는 할 수 없으므로, 상해보험 약관 중 "피보험자가 음주운전을 하던 중 그 운전자가 상해를 입은 때에 생긴 손해는 보상하지 아니한다."고 규정한 음주운전 면책약관이 보험사고가 전체적으로 보아 고의로 평가되는 행위로 인한 경우뿐만 아니라 과실(중과실 포함)로 평가되는 행위로 인한 경우까지 보상하지 아니한다는 취지라면 과실로 평가되는 행위로 인한 사고에 관한 한 무효라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

사망 또는 상해보험의 경우 면책사유는 고의에 한정되며, 과실에 의한 사망 또는 상해를 면책사유로 정하는 것은 불이익변경금지에 위반되므로 무효인 점을 기초로 음주운전 면책 약관이 과실로 평가되는 행위로 인한 사망 또는 상해를 보상하지 않는다는 취지라면 무효라고 하여 음주운전 면책 약관의 적용을 고의에 한정하여 해석한 판결이다.

## 374. 무면허운전 면책조항의 불이익변경금지 위반 여부

(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다카23899 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

가. 보험자의 면책사유를 규정한 상법 제659조 제1항의 법의 및 자동차종합보험보통약관 소정의 이른바 무면허운전면책조항이 위 조항의 적용대상이라고 볼 수 있는지 여부(소극)

나. 보험약관에 있어 약관의 내용통제원리로 작용하는 신의성실의 원칙의 의미와 이에 반하는 약관조항의 해석방법(=수정해석)

다. 위 "가"항의 무면허운전면책조항에 대하여 수정해석할 필요가 있는지 여부(적극)와 유효한 조항으로 유지될 수 있는 '무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능한 상황에서 이루어진 경우'의 의미

〈판결요지〉

가. 상법 제659조 제1항은 보험사고를 직접 유발한 자 즉 손해발생원인에 전적인 책임이 있는 자를 보험의 보호대상에서 제외하려는 것이므로 보험약관에서 이러한 손해발생원인에 대한 책임조건을 경감하는 내용으로 면책사유를 규정하는 것은 상법 제663조의 불이익변경금지에 저촉되겠지만, 손해발생원인과는 관계없이 손해발생시의 상황이나 인적 관계 등 일정한 조건을 면책사유로 규정하는 것은 위 상법 제659조 제1항의 적용대상이라고 볼 수 없는 것인바, 자동차종합보험보통약관 제10조 제1항 제6호 소정의 책임보험조항의 '자동차의 운전자가 무면허운전을 하였을 때에 생긴 사고로 인한 손해를 보상하지 아니한다'는 이른바 무면허운전면책조항은 사고발생의 원인이 무면허운전에 있음을 이유로 한 것이 아니라 사고발생시에 무면허운전중이었다는 법규위반상황을 중시하여 이를 보험자의 보상대상에서 제외하는 사유로 규정한 것이므로 위 상법 제659조 제1항의 적용대상이라고 보기 어렵다.

나. 약관의규제에관한법률 제6조 제1항, 제2항, 제7조 제2, 3호가 규정하는 바와 같은 약관의 내용통제원리로 작용하는 신의성실의 원칙은 보험약관이 보험사업자에 의하여 일방적으로 작성되고 보험계약자로서는 그 구체적 조항내용을 검토하거나 확인할 충분한 기회가 없이 보험계약을 체결하게 되는 계약 성립의 과정에 비추어, 약관 작성자는 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대 즉 보험의 손해전보에 대한 합리적인 신뢰에 반하지 않고 형평에 맞게끔 약관조항을 작성하여야 한다는 행위원칙을 가리키는 것이며, 보통거래약관의 작성이 아무리 사적자치의 영역에 속하는 것이라고 하여도 위와 같은 행위원칙에 반하는 약관조항은 사적자치의 한계를 벗어나는 것으로서 법원에 의한 내용통제 즉 수정해석의 대상이 되는 것은 당연하며, 이러한 수정해석은 조항 전체가 무효사유에 해당하는 경우뿐만 아니라 조항 일부가 무효사유에 해당하고 그 무효부분을 추출배제하여 잔존부분만으로 유효하게 존속시킬 수 있는 경우에도 가능하다.

다. 위 "가"항의 약관 소정의 무면허운전면책조항을 문언 그대로 무면허운전의 모든 경우를 아무런 제한 없이 보험의 보상대상에서 제외한 것으로 해석하게 되면 절취운전이나 무단운전의 경우와 같이 자동차보유자는 피해자에게 손해배상책임을 부담하면서도 자기의 지배관리가 미치지 못하는 무단운전자의 운전면허소지 여부에 따라 보험의 보호를 전혀 받지 못하는 불합리한 결과가 생기는 바, 이러한 경우는 보험계약자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 어긋나는 것으로서 고객에게 부당하게 불리하고 보험자가 부담하여야 할 담보책임을 상당한 이유 없이 배제하는 것이어서 현저하게

형평을 잃은 것이라고 하지 않을 수 없으며 이는 보험단체의 공동이익과 보험의 등가성 등을 고려하더라도 마찬가지라고 할 것이므로 결국 위 무면허운전면책조항이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능성이 없는 무면허운전의 경우에까지 적용된다고 보는 경우에는 그 조항은 신의성실의 원칙에 반하는 공정을 잃은 조항으로서 약관의규제에관한법률 제6조 제1, 2항, 제7조 제2, 3호의 각 규정에 비추어 무효라고 볼 수밖에 없기 때문에 위 무면허운전면책조항은 위와 같은 무효의 경우를 제외하고 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능한 상황에서 이루어진 경우에 한하여 적용되는 조항으로 수정해석을 할 필요가 있으며 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능한 상황에서 이루어진 경우라고 함은 구체적으로는 무면허운전이 보험계약자나 피보험자 등의 명시적 또는 묵시적 승인하에 이루어진 경우를 말한다.

### [다수의견에 대한 보충의견]

(1) 보통거래약관 및 보험제도의 특성에 비추어 볼 때, 보험약관의 해석은 일반 법률행위와는 달리 개개 계약당사자가 기도한 목적이나 의사를 기준으로 하지 않고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하되 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적, 획일적으로 해석하여야 하며, 다만 약관을 계약내용으로 편입하는 개별약정에 약관과 다른 내용이 있을 때에 한하여 개별약정이 우선할 뿐이다. 또 약관이 작성자인 기업에 의하여 일방적으로 유리하게 작성되고 고객에게 그 약관내용에 관한 교섭이나 검토의 기회가 제대로 주어지지 않는 형성의 과정에 비추어 고객보호의 측면에서 약관내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 약관작성자에게 불리하게 제한해석하여야 한다는 불명료의 원칙이 적용된다.

(2) 그러나 이와 달리 약관조항의 의미가 명확하게 일의적으로 표현되어 있어 다의적인 해석의 여지가 없는 때에는 위와 같은 방법으로 제한해석을 할 수 없고, 다만 그 내용이 불공정하거나 불합리한 경우에 강행법규나 공서량속 또는 신의성실의 원칙에 위반됨을 이유로 그 효력의 전부 또는 일부를 부인할 수밖에 없으며 이는 직접적 내용통제로서의 약관의 수정해석에 해당하는 것이다.

(3) 책임보험조항의 위 무면허운전면책조항이 문언상 다의적으로 해석할 여지가 없을 만큼 명백한 것이라면, 약관의 간접적 내용통제의 방법으로 제한해석을 할 수는 없고, 다만 불공정성 또는 불합리성을 이유로 한 직접적인 내용통제로서 약관의 수정해석을 시도할 수 있을 뿐이라고 할 것이므로 다수의견이 약관규제법의 규정을 근거로 위 무면허면책조항을 수정해석한 것은 정당하다고 할 것이다.

(4) 상법 제659조 제1항, 제663조에 의하여 손해발생이 보험계약자 등에 의하여 유발된 경우보다 보험계약자 등에게 불리하게 면책사유를 정할 수 없는 불이익변경금지의 제한은 손해발생원인에 의한 면책사유에 한하여 적용되고 손해발생시에 상황이나 조건에 의한 면책사유에는 적용될 여지가 없는 것이다.

(5) 책임보험에 있어서의 보험사고원인인 자동차사고의 발생은 운전자의 고의 또는 과실에 의한 행위의 결과이지 교통법규에 의한 면허취득 여부와는 직접 관련이 없는 것이므로, 위 무면허운전면책조항은 사고발생의 원인이 무면허운전에 있음을 이유로 한 것이 아니라 사고발생시에 무면허운전중이었다는 법규위반 상황을 중시하여 보험자의 보상대상에서 제외하도록 한 것이다.

### [별개의견]

(1) 상법 제651조와 제653조는 단순히 보험계약의 해지사유만을 규정한 것이 아니라, 보험사고가 발생한 후에도 보험자가 그와 같은 사유를 들어 보험계약을 해지함으로써 보험금액을 지급할

책임을 면할 수 있다는 점에서 넓은 의미에 있어서의 보험자의 면책사유까지 규정한 것이라고 볼 수 있다.

(2) 원래 보험자는 보험계약을 체결함에 있어서 피보험이익에 대한 위험사정을 파악하여 이를 기초로 보험사고가 발생할 개연율을 측정하고 그 결과에 따라 위험을 인수할 것인지의 여부와 보험료 및 그 조건 등을 결정하는 것인바, 이와 같은 과정을 거쳐 보험자가 인수한 위험은 보험기간 중에 그대로 유지되어야 하는 것이므로, 피보험이익에 대한 위험사정을 가장 잘 알 수 있는 위치에 있는 보험계약자와 피보험자에게 보험계약 당시에 그 위험사정을 고지할 의무를 지게 하고, 보험기간 중에도 보험자가 인수한 위험을 보험자의 동의 없이 변경하거나 증가시키지 아니할 위험유지의무를 보험계약자, 피보험자와 보험수익자에게 지우려는 것이 상법 제651조와 제653조의 규정취지이다.

(3) 자동차사고로 인하여 피보험자가 제3자에게 손해배상책임을 짐으로써 입게 되는 손해의 보상을 목적으로 하는 보험계약을 체결함에 있어서, 보험계약자나 피보험자가 자동차를 운전할 피보험자 등이 운전면허를 받지 아니한 사실을 고지하지 아니하였다면, 이것은 바로 위험사정에 관한 중요한 사항을 보험자에게 고지하지 아니한 경우에 해당할 것이고, 또 보험기간 중에 피보험자 등이 받은 운전면허가 취소되거나 그 운전면허의 효력이 정지되었는데도 그대로 자동차를 운전하거나, 운전면허를 받지 아니한 자에게 자동차의 운전을 허용하였다면, 이것은 피보험자 등이 고의 또는 중대한 과실로 인하여 보험사고발생의 위험을 증가시킨 경우에 해당한다고 보는 것이 상당하다.

(4) 무면허라는 점에 관한 보험계약자 등의 고지의무위반사실이나 피보험자등의 고의 또는 중대한 과실로 인한 무면허운전 사실을 알게 된 보험자는 그와 같은 사유만으로 보험계약을 해지할 수 있고, 이 경우에는 이미 보험사고가 발생한 후에 보험계약을 해지하였다고 하더라도 보험자는 일응 보험금액을 지급할 책임을 면하게 되지만, 보험계약자나 피보험자가 무면허운전이 교통사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음을 증명한 때에는 보험계약에 따라 보험금액을 지급받을 수 있도록 하려는 것이 상법이 규정하고 있는 해결방법이라고 볼 수 있다.

(5) 자동차종합보험 중 책임보험에 있어서도 피보험자 등의 무면허운전으로 인한 보험자의 면책사유에 관하여 위에서 본 상법의 규정보다 보험계약자 등에게 불이익하게 규정한 면책약관은 효력이 없는 것이라고 보아야 할 것이므로 보험계약자 등이 고지의무에 위반한 사실이 있는지의 여부나 피보험자 등의 고의 또는 중대한 과실로 인한 무면허운전으로 인하여 교통사고가 발생한 것인지의 여부를 가리지 아니하고, 무면허운전이라는 사실만을 기준으로 그 사실만 있으면 절취운전이나 무단운전의 경우까지 포함하여 보험자가 보험금액을 지급할 책임을 면하도록 정한 면책약관은 보험계약자와 피보험자를 상법 제4편 제1장의 규정보다 더 불이익한 지위에 빠뜨리게 하는 것이어서 상법 제663조에 위반되어 무효라고 볼 수밖에 없다.

## 〈선정이유〉

면책사유인 중대한 과실에 의한 보험사고의 적용과 관련하여 무면허운전면책조항이 그 적용대상이 아니라는 점을 밝히면서 보험약관을 수정 해석하여 한정적으로 유효한 것으로 해석할 수 있다는 점을 밝힌 판결이며(무면면책조항의 효력은 신의칙에 반하여 약관규제법에 위반된다는 이유로 수정 해석하여야 함을 밝히고 있음), 음주운전 면책약관의 효력에 관하여 밝힌 판결과 함께 면책사유 규정의 의미를 명확히 한 점에서 의미가 있다.

## 375. 자동차보험약관 중 산업재해보상보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해에 대한 면책조항의 효력

(대법원 2005. 3. 17. 선고 2003다2802 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

업무용 자동차종합보험계약약관 중 대인배상 Ⅱ에서 "배상책임 있는 피보험자의 피용자로서 산업재해보상보험법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람에 대하여는 보상하지 아니한다."는 면책조항의 취지 및 "산업재해보상보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해가 발생한 경우에도 보상하지 아니한다."는 그 면책조항의 '괄호 안 기재 부분'의 효력(무효)

〈판결요지〉

[1] 업무상 자동차종합보험약관 중 대인배상 Ⅱ에서 "배상책임 있는 피보험자의 피용자로서 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법'이라 한다)에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람에 대하여는 보상하지 아니한다."는 면책조항을 규정한 취지는, 사용자와 근로자의 노사관계에서 발생한 업무상 재해로 인한 손해에 대하여는 노사관계를 규율하는 근로기준법에서 사용자의 각종 보상책임을 규정하는 한편, 이러한 보상책임을 담보하기 위하여 산재보험법으로 산재보험제도를 설정하고 있으므로, 산재보험 대상인 업무상 자동차사고에 의한 피해 근로자의 손해에 대하여도 산재보험에 의하여 전보 받도록 하고, 이처럼 산재보험에 의한 전보가 가능한 범위에서는 제3자에 대한 배상책임을 전보하는 것을 목적으로 하는 자동차보험의 대인배상 범위에서 이를 제외하려는 데 있는 것으로 해석함이 상당하며, 그렇지 아니하고 업무상 자동차사고에 의한 피해 근로자의 손해가 산재보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 경우에도 면책조항에 의하여 보험자가 면책된다고 한다면 자동차보험의 피보험자인 사업주의 피해 근로자에 대한 자동차손해배상보장법 또는 민법 등에 의한 손해배상책임이 남아 있음에도 불구하고 보험자의 면책을 인정하여 피보험자에게 실질적으로 손해배상책임을 부담하게 하는 것이 되는바, 이는 피보험자동차의 사고로 인하여 피보험자가 타인에 대하여 부담하는 손해배상책임을 담보하기 위한 자동차보험의 취지에 어긋나는 것으로서, 약관의규제에관한법률 제6조 제1항, 제2항 제1호 및 제7조 제2호 소정의, 고객인 보험계약자 및 피보험자에게 부당하게 불리할 뿐만 아니라, 사업자인 보험자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 것이 되므로, "산재보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해가 발생한 경우에도 보상하지 아니한다."는 면책조항의 '괄호 안 기재 부분'은 위 같은 법률의 각 조항에 의하여 효력이 없다.

[2] 보험회사와 사이에 업무용 자동차종합보험계약을 체결하고 상시 1명의 정규직원을 두고 사업을 하던 자가 업무를 위해 자동차 운전석 옆자리에 일용직 근로자를 탑승시켜 운행하다가 고속도로의 갓길에 주차되어 있던 대형화물차량의 좌측 뒷부분을 들이받음으로써 모두 사망한 경우, 업무상 자동차종합보험약관 중 "산업재해보상보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해가 발생한 경우에도 보상하지 아니한다."는 면책약관의 '괄호 안 기재 부분'은 효력이 없다.

〈선정이유〉

보험회사와 사이에 업무용 자동차종합보험계약을 체결하고 사업을 하던 자가 업무를 위해 자동차 운전석 옆자리에 일용직 근로자를 탑승시켜 운행하다가 고속도로의 갓길에 주차되어 있던 대형화물차량의 좌측 뒷부분을 들이받음으로써 모두 사망한 사안에서, 업무상 자동차종합보험약관 중 "

산업재해보상보험법에 의한 보상범위를 넘어서는 손해가 발생한 경우에도 보상하지 아니한다."는 면책약관의 '괄호 안 기재 부분'은 사업자인 보험자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 것임을 근거로 효력을 부인한 판결로서 면책조항의 유효성을 판단하는 기준을 제시하였다.

## 376. 손해배상책임보험에서 면책조항의 적용

(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다1177 판결)

〈쟁점〉

손해배상책임보험에서 동일한 사고로 피해자에 대하여 배상책임을 지는 피보험자가 복수로 존재하는 경우, 각 피보험자별로 손해배상책임 발생요건이나 보험자 면책조항 적용 여부를 가려야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

손해배상책임보험에서 동일한 사고로 피해자에 대하여 배상책임을 지는 피보험자가 복수로 존재하는 경우에는 피보험이익도 피보험자마다 개별로 독립하여 존재하는 것이므로 각각의 피보험자마다 손해배상책임의 발생요건이나 면책조항의 적용 여부 등을 개별적으로 가려서 보상책임의 유무를 결정하는 것이 원칙이다. 따라서 손해배상책임보험약관에 정한 보험사고 해당 여부나 보험자 면책조항의 적용 여부를 판단하는 경우에 특별한 사정이 없는 한 약관에 피보험자 개별적용조항을 별도로 규정하고 있지 않더라도 각 피보험자별로 손해배상책임의 발생요건이나 보험자 면책조항의 적용 여부를 가려 보험사고 해당 여부 또는 면책 여부를 결정하여야 하고, 약관의 규정 형식만으로 복수의 피보험자 중 어느 한 사람에 대하여 보험사고에 해당하지 아니하거나 면책조항에 해당한다고 하여 보험자의 모든 피보험자에 대한 보상책임이 성립하지 아니하거나 모든 피보험자에 대한 보상책임을 면하는 것으로 해석할 것은 아니다. 그리고 이와 같은 법리는 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임보험약관에서 보상하는 손해로 우연한 사고로 타인의 신체의 장해 또는 재물의 손해에 대한 법률상의 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 규정하고 있거나 보상하지 아니하는 손해로 피보험자의 고의를 원인으로 하여 생긴 손해를 규정하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

〈선정이유〉

약관에 피보험자 개별적용조항을 별도로 규정하고 있지 않더라도 각 피보험자별로 손해배상책임의 발생요건이나 보험자 면책조항의 적용 여부를 가려 보험사고 해당 여부 또는 면책 여부를 결정하여야 하고, 약관의 규정 형식만으로 복수의 피보험자 중 어느 한 사람에 대하여 보험사고에 해당하지 아니하거나 면책조항에 해당한다고 하여 보험자의 모든 피보험자에 대한 보상책임이 성립하지 아니하거나 모든 피보험자에 대한 보상책임을 면하는 것은 아니라고 하여 피보험자가 복수인 경우 면책조항의 적용 여부에 대한 기준을 제시한 판결이다.

## 377. 보험금청구권의 양수인 또는 질권자에 대한 보험자의 면책사유의 항변

(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험자가 보험금청구권 양도 또는 질권설정을 승낙하면서 면책사유에 대한 이의를 보류하지 않은 경우, 양수인 또는 질권자에게 보험계약상의 면책사유를 주장할 수 있는지 여부(한정 적극)

[2] 보험자가 이의를 보류하지 아니하고 보험금청구권 양도 또는 질권설정을 승낙한 경우, 보험료 미납을 이유로 한 해지 항변으로써 양수인 또는 질권자에 대하여 대항할 수 있는지 여부(소극)

[3] 보험자가 이의를 보류하지 아니하고 보험료환급청구권에 대한 질권설정을 승낙한 경우, 보험료 미납으로 인하여 보험료환급금 지급이 거절될 수도 있다는 예상을 하지 못한 질권자에게 중과실을 인정할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 보험금청구권은 보험자의 면책사유 없는 보험사고에 의하여 피보험자에게 손해가 발생한 경우에 비로소 권리로서 구체화되는 정지조건부권리이고, 그 조건부권리도 보험사고가 면책사유에 해당하는 경우에는 그에 의하여 조건불성취로 확정되어 소멸하는 것이라 할 것이므로, 위와 같은 보험금청구권의 양도 또는 질권설정에 대한 채무자의 승낙은 별도로 면책사유가 있으면 보험금을 지급하지 않겠다는 취지를 명시하지 않아도 당연히 그것을 전제로 하고 있다고 보아야 하고, 그 양수인 또는 질권자도 그러한 사실을 알고 있었다고 보아야 할 것이며, 더구나 보험사고 발생 전의 보험금청구권 양도 또는 질권설정을 승낙함에 있어서 보험자가 위 항변사유가 상당한 정도로 발생할 가능성이 있음을 인식하였다는 등의 사정이 없는 한 존재하지도 아니하는 면책사유 항변을 보류하고 이의하여야 한다고 할 수는 없으므로, 보험자가 비록 위 보험금청구권 양도 승낙시나 질권설정 승낙시에 면책사유에 대한 이의를 보류하지 않았다 하더라도 보험계약상의 면책사유를 양수인 또는 질권자에게 주장할 수 있다.

[2] 다른 면책사유의 경우에는 보험자가 채권양도 또는 질권설정 승낙시에 면책사유 발생 가능성을 인식할 수 있었다고 단언할 수 없는 것이지만, 보험료 미납이라는 사유는 승낙시에 이미 발생할 수 있는 가능성이 있다는 점을 보험자가 누구보다도 잘 알고 있었다고 보아야 할 것이어서, 보험료 미납이라는 면책사유는 당연히 승낙시에 보험자가 이의를 보류할 수 있는 것이라 할 것이고, 그러함에도 보험자가 이의를 보류하지 아니한 경우에까지 면책사유의 일종이라는 이유만으로 양수인 또는 질권자에게 대항할 수 있다고 하는 것은 양수인 또는 질권자의 신뢰보호라는 원칙을 무시하는 결과가 된다 할 것이므로, 보험료 미납을 이유로 한 해지 항변은 보험자가 이의를 보류하지 아니하고 양도 또는 질권설정을 승낙한 경우에는 양수인 또는 질권자에 대하여 대항할 수 없다.

[3] 보험계약상 보험료가 현실로 납입된 이상은 중도해지의 경우든 만기 도달의 경우든 어떠한 경우에도 보험료환급금이 발생하게 되어 있는 경우에 있어서는, 보험료 미납이 있으면 당연히 보험료환급청구권이 발생할 여지가 없다고 보아야 할 것이지, 보험금청구권의 경우와 같이 보험료환급책임이 면제되는 것이 아니라 할 것이므로, 그 양도 또는 질권설정 승낙시 이의를 보류하지 않았다면 보험료가 현실적으로 납입된 것으로 추정하는 것이 일반적이지, 보험료 미납시에는 보험료환급금을 지급하지 않겠다는 취지를 당연히 전제로 하고 있다고 볼 수도 없다 할 것이어서, 그러한 이의를 보류하지 아니하고 질권설정을 승낙한 이상 당연히 질권자에 대하여 대항할 수 없다고 보

아야 할 것이며, 또 그러한 경우에 그 환급청구권에 대하여 질권을 취득하는 질권자로서는 보험료 미납 사실을 알지 못하는 한 당연히 환급청구권에 대하여 어떠한 항변권도 없다고 믿을 수밖에는 없다 할 것이므로, 보험료 미납으로 인하여 보험료환급금 지급이 거절될 수도 있다는 예상을 하지 못한 것에 중과실이 있다고 볼 수도 없다.

〈선정이유〉

보험금청구권의 양도 또는 질권 설정의 경우 보험자의 면책사유의 항변 가능 여부와 항변 행사의 요건에 관하여 판시한 판결로서 의미를 가진다.

# 제 3 장 보험계약의 무효·변경·소멸·부활

## 378. 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적인 생명보험계약이 효력

(대법원 2000. 2. 11. 선고 99다 49064판결)

〈쟁점〉

[1] 당초부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 체결한 생명보험계약의 효력(무효)

[2] 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 피보험자의 공동상속인 중 1인이 상속인을 보험수익자로 하여 생명보험계약을 체결한 후 피보험자를 살해한 경우, 고의로 보험사고를 일으키지 않은 다른 공동상속인이 보험금을 청구할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 생명보험계약은 사람의 생명에 관한 우연한 사고에 대하여 금전을 지급하기로 약정하는 것이어서 금전을 취득할 목적으로 고의로 피보험자를 살해하는 등의 도덕적 위험의 우려가 있으므로, 그 계약 체결에 관하여 신의성실의 원칙에 기한 선의(이른바 선의계약성)가 강하게 요청되는바, 당초부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 생명보험계약을 체결한 경우에는 사람의 생명을 수단으로 이득을 취하고자 하는 불법적인 행위를 유발할 위험성이 크고, 이러한 목적으로 체결된 생명보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 되므로, 이와 같은 생명보험계약은 사회질서에 위배되는 법률행위로서 무효이다.

[2] 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 체결한 생명보험계약은 사회질서에 위배되는 행위로서 무효이고, 따라서 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 피보험자의 공동상속인 중 1인이 상속인을 보험수익자로 하여 생명보험계약을 체결한 후 피보험자를 살해한 경우, 다른 공동상속인은 자신이 고의로 보험사고를 일으키지 않았다고 하더라도 보험자에 대하여 보험금을 청구할 수 없다.

〈선정이유〉

보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 생명보험계약을 체결한 경우 보험계약이 무효이

며, 다른 공동상속인도 보험금을 청구할 수 없다는 점을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 379. 다수 보험계약의 무효 판단 기준

(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결)

〈쟁점〉

보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 체결한 보험계약의 효력(무효) 및 보험계약자가 위와 같은 목적으로 보험계약을 체결하였는지는 직접적인 증거가 없더라도 보험계약자의 직업, 재산상태 등 제반 사정에 기해 추인할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우, 이러한 목적으로 체결된 보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 되므로, 이와 같은 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 할 것이다. 한편 보험계약자가 그 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지에 관하여는 이를 직접적으로 인정할 증거가 없더라도, 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수의 보험계약의 체결 경위, 보험계약의 규모, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다.

〈선정이유〉

보험금 부정취득 목적으로 다수 계약을 체결한 경우 무효인 점과 무효의 판단의 기준을 제시한 판결로서 의미를 가진다.

## 380. 타인을 위한 보험계약의 무효와 부당이득반환

(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결)

〈쟁점〉

보험계약자가 타인의 생활상 부양이나 경제적 지원을 목적으로 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것인지 여부(적극) 및 위 보험계약이 무효이거나 해제된 경우, 보험자가 보험수익자를 상대로 이미 급부한 보험금의 반환을 구할 수 있는지 여부(적극) / 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있더라도 마찬가지인지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우, 이러한 목적으로 체결된 보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 해치게 되므로, 이와 같은 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 할 것이다. 한편 보험계약자가 그 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지에 관하여는 이를 직접적으로 인정할 증거가 없더라도, 보험계약자의 직업 및 재산상태, 다수의 보험계약의 체결 경위, 보험계약의 규모, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다.

[2] 보험계약자가 타인의 생활상의 부양이나 경제적 지원을 목적으로 보험자와 사이에 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이다. 따라서 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

〈선정이유〉

제3자를 위한 계약의 이행 후 계약 무효가 인정되면 부당이득의 반환청구는 수익자가 아닌 요약자를 대상으로 하여 청구함이 원칙이나, 타인을 위한 보험계약이 무효인 경우에는 이와 달리 보험수익자에게 부당이득을 구할 수 있음을 밝힌 판결이다.

## 381. 실효약관의 효력

(대법원 1995. 11. 16. 선고 94다56852 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

분납 보험료 연체시 납입유예 기간의 경과로 구 상법(1991.12.31. 법률 제4470호로 개정되기 전의 것) 제650조조 소정의 최고 및 해지절차 없이 곧바로 보험계약이 실효되도록 하는 보험약관의 효력

〈판결요지〉

구 상법(1991.12.31. 법률 제4470호로 개정되기 전의 것) 제650조는 보험료가 적당한 시기에 지급되지 아니한 때에는 보험자는 상당한 기간을 정하여 보험계약자에게 최고하고 그 기간 내에 지급하지 아니한 때에는 계약을 해지할 수 있도록 규정하고, 같은 법 제663조는 위 규정을 보험당사자 간의 특약으로 보험계약자 또는 보험수익자의 불이익으로 변경하지 못한다고 규정하고 있으므로, 분납 보험료가 소정의 시기에 납입되지 아니하였음을 이유로 그와 같은 절차를 거치지 아니하고 보험계약이 해지되거나 실효됨을 규정하고 보험자의 보험금지급 책임을 면하도록 규정한 보

험약관은 위 상법의 규정에 위배되어 무효이다.

〈선정이유〉

대법원판결은 실효약관의 효력에 관하여 무효로 보는 판결과 유효로 보는 판결로 나뉘다가.[3] 동 전원합의체판결을 통하여 최고 등 절차를 거치지 않고 계약을 실효시키는 것은 불이익변경금지원칙에 반한다는 점을 근거로 실효약관의 유효성을 부정하여 입장을 정리하였다.

## 382. 보험계약의 해지

(대법원 2002.07. 26. 선고 2000다25002 판결)

〈쟁점〉

보험계약상의 일부 보험금에 관한 약정지급사유가 발생한 이후에 그 보험계약이 해지, 실효되었다는 보험회사 직원의 말만을 믿고 해지환급금을 수령한 경우, 이를 보험계약을 해지 의사로 볼 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 도달사실을 입증하여야 한다.

[2] 보험계약상의 일부 보험금에 관한 약정지급사유가 발생한 이후에 그 보험계약이 해지, 실효되었다는 보험회사 직원의 말만을 믿고 해지환급금을 수령한 경우, 이를 보험계약을 해지하는 의사로써 한 행위라고 할 수 없다.

[3] 보험료 납입의 연체를 이유로 보험계약이 일정기간 경과 후 당연히 실효된다고 한 보험약관의 규정은 무효이다.

〈선정이유〉

보험계약상의 일부 보험금에 관한 약정지급사유가 발생한 이후에 그 보험계약이 해지되었다는 보험회사 직원의 말만을 믿고 해지환급금을 수령한 행위는 해지 의사표시로 볼 수 없으므로 보험계약의 해지로써 효력이 없다고 판시하여 보험계약자의 해지 의사표시는 보험계약을 해지하려는 의사로써 한 것이 아니면 해지의 효력이 없음을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

3) 유효성을 인정하는 것(92다46820판결)과 부정하는 것(92다23629)

# 제 3 편 손해보험 통칙

## 제 1 장 손해보험계약의 요소

### 383. 손해보험의 피보험이익

(대법원 1997. 5. 30. 선고 95다14800 판결)

〈쟁점〉

임차인이 임차건물과 그 안의 동산 및 기계 등에 대하여 자신을 소유자로 기재하여 보험계약을 체결한 경우, 그 중 건물 부분에 관하여는 건물주를 위한 물건보험(화재보험)을 체결한 것으로 볼 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

공장을 경영하는 임차인이 임차건물과 그 안에 있는 동산 및 기계 등에 대하여 피보험자에 대하여는 명확한 언급이 없이 자신을 보험목적의 소유자로 기재하여 '사업장종합보험'을 체결하였고 그 보험계약에 편입된 보통약관상 보험회사는 보험에 가입한 물건에 입은 화재에 따른 손해, 소방손해, 피난손해 등을 보상하도록 되어 있는 경우, 그 보험계약은 손해보험의 일종인 화재보험으로서의 성격을 갖는 것임이 분명하고, 이러한 화재보험은 다른 특약이 없는 한 피보험자가 그 목적물의 소유자인 타인에게 손해배상의무를 부담하게 됨으로써 입게 되는 손해까지 보상하기로 하는 책임보험의 성격을 갖는다고 할 수 없으며, 또한 이와 같이 손해보험에 있어서 보험의 목적물과 위험의 종류만이 정해져 있고 피보험자와 피보험이익이 명확하지 않은 경우에 그 보험계약이 보험계약자 자신을 위한 것인지 아니면 타인을 위한 것인지는 보험계약서 및 당사자가 보험계약의 내용으로 삼은 약관의 내용, 당사자가 보험계약을 체결하게 된 경위와 그 과정, 보험회사의 실무처리 관행 등 제반 사정을 참작하여 결정하여야 하는바, 위의 보험계약 체결시 건물의 임차인인 사업자가 건물주를 피보험자로 한다는 별다른 의사표시를 하지 않으므로 보험청약서의 소유자란에 사업자의 성명을 그냥 기재하였을 뿐인 점, 한편 건물의 임차인인 사업자가 그의 이름으로 보험계약을 체결한 경우에도 건물주의 동의서를 제출하게 한 후 보험금을 지급하여 온 점, 이 때 지급되는 보험금은 당해 건물에 발생한 손해액 전액에 해당하는 금원인 점 등에 비추어 볼 때, 위의 보험계약 중 건물에 관한 부분은 보험계약자인 임차인이 그 소유자를 위하여 체결한 것으로서, 보험회사는 보험사고가 발생한 경우에 보험계약자인 임차인이 그 건물의 소유자에 대하여 손해배상책임을 지는지 여부를 묻지 않고 그 건물의 소유자에게 보험금을 지급하기로 하는 제3자를 위한 보험계약을 체결하였다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

보험목적인 물건에 피보험이익을 가진 자는 그 물건의 소유자임이 원칙이고, 단순한 채권자의 지위에 있는 자는 권리의 대상이 된 물건에 대한 피보험이익을 갖지 못한다. 임차인은 임차건물에

대한 피보험이익을 갖지 못하므로 임차건물에 대한 화재보험계약을 체결한 경우 임대인을 위한 보험계약이 된다는 점을 밝힌 판결이다.

## 384. 사기로 인한 중복보험

(대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결)

〈쟁점〉

[1] 사기로 인해 체결된 중복보험계약의 의미 및 통지의무의 해태로 인한 사기의 중복보험을 인정하기 위한 요건

[2] 보험계약 해지의 의사표시를 담은 소장 부본을 피고에게 송달함으로써 해지권을 재판상 행사하는 경우, 소장 부본이 제척기간 내에 피고에게 송달되어야만 해지권 행사의 효력이 발생하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 사기로 인하여 체결된 중복보험계약이란 보험계약자가 보험가액을 넘어 위법하게 재산적 이익을 얻을 목적으로 중복보험계약을 체결한 경우를 말하는 것이므로, 통지의무의 해태로 인한 사기의 중복보험을 인정하기 위하여는 보험자가 통지의무가 있는 보험계약자 등이 통지의무를 이행하였다면 보험자가 그 청약을 거절하였거나 다른 조건으로 승낙할 것이라는 것을 알면서도 정당한 사유 없이 위법하게 재산상의 이익을 얻을 의사로 통지의무를 이행하지 않았음을 입증하여야 할 것이고, 단지 통지의무를 게을리 하였다는 사유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 수는 없다.

[2] 보험계약의 해지권은 형성권이고, 해지권 행사기간은 제척기간이며, 해지권은 재판상이든 재판외이든 그 기간 내에 행사하면 되는 것이나 해지의 의사표시는 민법의 일반원칙에 따라 보험계약자 또는 그의 대리인에 대한 일방적 의사표시에 의하며, 그 의사표시의 효력은 상대방에게 도달한 때에 발생하므로 해지권자가 해지의 의사표시를 담은 소장 부본을 피고에게 송달함으로써 해지권을 재판상 행사하는 경우에는 그 소장 부본이 피고에게 도달할 때에 비로소 해지권 행사의 효력이 발생한다 할 것이어서, 해지의 의사표시가 담긴 소장 부본이 제척기간 내에 피고에게 송달되어야만 해지권자가 제척기간 내에 적법하게 해지권을 행사하였다고 할 것이고, 그 소장이 제척기간 내에 법원에 접수되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

사기로 인한 중복보험계약의 의미와 통지의무해태로 인하여 사기의 중복보험을 인정하기 위한 요건으로서 통지의무를 이행하였다면 보험자가 승낙을 거절하거나 다른 조건으로 승낙할 것을 알 것과 위법하게 재산상 이익을 얻을 의사가 있을 것이 요구되는 점과 그 증명책임이 보험자에게 있음을 밝힌 점에 의미가 있다.

# 제 2 장 손해보험계약의 효과

## 385. 손해방지비용의 범위

(대법원 1994. 9. 9. 선고 94다16663 판결)

〈쟁점〉

보험사고 발생 시 피보험자의 법률상 책임 여부가 판명되지 아니한 상태에서 피보험자가 손해확대방지를 위한 긴급한 행위를 함으로써 발생한 필요 유익한 비용을 보험자가 부담하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

가. 손해보험에서 피보험자가 손해의 확대를 방지하기 위하여 지출한 필요유익한 비용을 보험자가 부담하게 되어 있는 경우 이는 원칙적으로 보험사고의 발생을 전제로 하는 것이므로 보험자가 보상책임을 지지 아니하는 사고에 대하여는 손해방지의무가 없고 따라서 이로 인한 보험자의 비용부담 등의 문제도 발생할 수 없는 것이 원칙이지만 다만 사고발생시 피보험자의 법률상 책임 여부가 판명되지 아니한 상태에서 피보험자가 손해확대방지를 위한 긴급한 행위를 하였다면 이로 인하여 발생한 필요 유익한 비용도 손해확대방지를 위한 비용으로서 보험자가 부담하는 것으로 해석하여야 한다.

나. 자동차 소유자인 피보험자가 사고 직후 자신에게 손해배상책임이 있는지 여부를 판단하기 어려운 가운데 중상을 입어 의식을 잃은 피해자를 신속하게 치료를 받게 함으로써 더 이상의 피해상태의 악화를 방지하기 위하여 치료비 채무의 연대보증을 하였다면 피보험자의 책임 유무가 가려지지 아니한 상태에서 그가 손해배상책임을 져야 할 경우에 대비하여 한 최소한도의 손해확대방지행위라고 보아야 하므로 이로 인하여 보험회사의 면책통보 이전까지의 치료비로서 피보험자가 지출한 금원은 보험회사가 보상하여야 할 손해확대방지비용에 해당한다.

〈선정이유〉

손해방지의무는 보험사고 발생 후 부담하게 되지만, 책임보험의 경우 피보험자의 법률상 책임 여부가 판명되지 아니한 상태에서 피보험자가 손해확대방지를 위한 긴급한 행위를 하였다면 이로 인하여 발생한 필요 유익한 비용도 손해확대방지를 위한 비용으로서 보험자가 부담하는 점을 밝힌 판결이다.

## 386. 양도담보 설정자의 피보험이익과 양도담보권자의 보험금청구권에 대한 물상대위

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결)

〈쟁점〉

[1] 양도담보 목적물의 소실로 양도담보 설정자가 취득한 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권

에 기한 물상대위권을 행사할 수 있는지 여부(적극)

[2] 양도담보 설정자가 그 목적물에 관하여 체결한 화재보험계약의 피보험이익을 가지는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 동산에 대하여 양도담보를 설정한 경우 채무자는 담보의 목적으로 그 소유의 동산을 채권자에게 양도해 주되 점유개정에 의하여 이를 계속 점유하지만, 채무자가 위 채무를 불이행하면 채권자는 담보목적물인 동산을 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 이를 환가하여 우선변제받음으로써 위 양도담보권을 실행하게 되는데, 채무자가 채권자에게 위 동산의 소유권을 이전하는 이유는 채권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있도록 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자가 양도받았던 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것인바, 이와 같이 담보물의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보로 제공된 목적물이 멸실, 훼손됨에 따라 양도담보 설정자와 제3자 사이에 교환가치에 대한 배상 또는 보상 등의 법률관계가 발생되는 경우에도 그로 인하여 양도담보 설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여 담보적 효력이 미친다. 따라서 양도담보권자는 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보 설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우에도 담보물 가치의 변형물인 위 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있다.

[2] 동산 양도담보 설정자는 담보목적물인 동산의 소유권을 채권자에게 이전해 주지만 이는 채권자의 우선변제권을 확보해 주기 위한 목적에 따른 것으로, 양도담보 설정자는 여전히 그 물건에 대한 사용, 수익권을 가지고 변제기에 이르러서는 채무 전액을 변제하고 소유권을 되돌려 받을 수 있으므로, 그 물건에 대한 보험사고가 발생하는 경우에는 그 물건에 대한 사용·수익 등의 권능을 상실하게 될 뿐 아니라 양도담보권자에 대하여는 그 물건으로써 담보되는 채무를 면하지 못하고 나아가 채무를 변제하더라도 그 물건의 소유권을 회복하지 못하는 경제적인 손해를 고스란히 입게 된다. 따라서 양도담보 설정자에게 그 목적물에 관하여 체결한 화재보험계약의 피보험이익이 없다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

피보험이익은 소유자가 가지고, 양도담보는 소유권이 담보권자에게 이전되는 형식을 취하므로 담보권 설정자가  피보험이익을 가지는지가 문제된 사안에서, 동산 양도담보 설정자는 물건에 대한 사용수익권을 가지고 변제기에 채무를 변제하면 소유권을 회복할 수 있는 지위를 가지는 점을 근거로 피보험이익을 가진다는 점과 양도 담보 목적물 멸실에 따른 보험금청구권에 담보권자가 물상대위권을 행사할 수 있음을 밝힌 점에 의의가 있다.

## 387. 보험자 대위

(대법원 1990. 2. 9. 선고 89다카21965 판결)

〈쟁점〉

보험자대위에 관한 상법 제682조의 규정이 타인을 위한 손해보험계약에도 적용되는지 여부(적극) 및 타인을 위한 손해보험계약자가 상법 제682조의 제3자에 포함되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

가. 보험자대위에 관한 상법 제682조의 규정을 둔 이유는 피보험자가 보험자로부터 보험금액을 지급받은 후에도 제3자에 대한 청구권을 보유, 행사하게 하는 것은 피보험자에게 손해의 전보를 넘어서 오히려 이득을 주게 되는 결과가 되어 손해보험제도의 원칙에 반하게 되고 또 배상의무자인 제3자가 피보험자의 보험금수령으로 인하여 그 책임을 면하게 하는 것도 불합리하므로 이를 제거하여 보험자에게 그 이익을 귀속시키려는데 있고 이와 같은 보험자대위의 규정은 타인을 위한 손해보험계약에도 그 적용이 있다.

나. 타인을 위한 손해보험계약은 타인의 이익을 위한 계약으로서 그 타인(피보험계약자)의 이익이 보험의 목적이 되는 것이지 여기에 당연히(특약없이) 보험계약자의 보험이익이 포함되거나 예정되어 있는 것은 아니라 할 것이므로 피보험이익의 주체가 아닌 보험계약자는 비록 보험자와의 사이에서는 계약당사자이고 약정된 보험료를 지급할 의무자이지만 그 지위의 성격과 보험자대위규정의 취지에 비추어 보면 보험자대위에 있어서 보험계약자와 보험계약자 아닌 제3자와를 구별하여 취급하여야 할 법률상의 이유는 없는 것이며 따라서 타인을 위한 손해보험계약자가 당연히 제3자의 범주에서 제외되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

보험사고에 의하여 손해가 발생하고 피보험자가 그 손해에 관하여 제3자에게 손해배상 청구권을 갖게 되면 보험금을 지급한 보험자는 제3자에게 귀책사유가 있음을 입증할 필요가 없이 보험자 대위에 관한 법률의 규정에 의하여 당연히 그 손해배상 청구권을 취득하게 되는데(대법원 1995. 11. 14. 선고 95다33092판결), 보험자 대위 규정이 타인을 위한 손해보험계약에 적용되며, 그 보험계약자가 제3자에 포함되는 점을 밝힌 판결이다.

## 388. 보험자 대위를 위한 보험금 지급의 의미

(대법원 2014. 10. 15. 선고 2012다88716 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약에서 담보하지 아니하는 손해에 해당하여 보험금 지급의무가 없는데도 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 경우, 보험자대위가 인정되는지 여부(소극) 및 이는 상법 제729조 단서에 따른 보험자대위의 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 무보험자동차에 의한 상해담보특약을 맺은 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 경우, 상법 제729조 단서에 따라 피보험자의 배상의무자에 대한 손해배상청구권을 대위행사할 수 있는 범위

〈판결요지〉

[1] 상법 제682조 제1항에서 정한 보험자의 제3자에 대한 보험자대위가 인정되기 위하여는 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급할 책임이 있는 경우라야 하고, 보험계약에서 담보하지 아니하는 손해에 해당하여 보험금지급의무가 없는데도 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 경우에는 보험자대위의 법리에 따라 피보험자의 손해배상청구권을 대위행사할 수 없는데, 이러한 이치는 상법 제729조 단서에 따른 보험자대위의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 무보험자동차에 의한 상해담보특약의 보험자는 피보험자의 실제 손해액을 기준으로 위험을 인수한 것이 아니라 보통약관에서 정한 보험금 지급기준에 따라 산정된 금액만을 제한적으로 인수한 것이므로, 무보험자동차에 의한 상해담보특약을 맺은 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 경우 상법 제729조 단서에 따라 피보험자의 배상의무자에 대한 손해배상청구권을 대위행사할 수 있는 범위는 피보험자가 배상의무자에 대하여 가지는 손해배상청구권의 한도 내에서 보통약관에서 정한 보험금 지급기준에 따라 정당하게 산정되어 피보험자에게 지급된 보험금액에 한정된다.

〈선정이유〉

보험자 대위가 인정되기 위한 보험금 지급은 지급의무가 있는 경우에 지급한 것만을 의미하는 점을 명시하고, 무보험자동차에 의한 상해보상특약의 보험자가 인수한 위험은 실제 손해가 아닌 약관상 보험금 지급기준에 따라 정당하게 산정된 금액이므로 그 금액에 한정하여 보험자 대위가 인정된다고 하여 무보험자동차에 의한 상해보상특약에 따른 보험자대위의 범위를 명확히 밝힌 판결이다.

## 389. 공동불법행위자들의 보험자들 상호간 구상권 행사

(대법원 1998. 9. 18. 선고 96다19765 판결)

〈쟁점〉

[1] 상법 제724조 제2항 소정의 피해자의 직접청구권이 보험자 대위의 목적이 될 수 있는지 여부(적극)

[2] 공동불법행위자들의 보험자들 상호간에 직접 구상권을 행사할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 상법 제682조의 보험자 대위에 의하여 보험자가 취득하는 권리는 당해 사고의 발생 자체로 인하여 피보험자가 제3자에 대하여 가지는 불법행위로 인한 손해배상청구권이나 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 포함하는 것이고, 한편 같은 법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이므로, 이와 같은 피해자의 직접청구권도 역시 상법 제682조의 보험자 대위에 의하여 보험자가 취득하는 권리에 당연히 포함된다.

[2] 공동불법행위의 경우 공동불법행위자들과 각각 보험계약을 체결한 보험자들은 각자 그 공동

불법행위의 피해자에 대한 관계에서 상법 제724조 제2항에 의한 손해배상채무를 직접 부담하는 것이므로, 이러한 관계에 있는 보험자들 상호간에는 공동불법행위자 중의 1인과 사이에 보험계약을 체결한 보험자가 피해자에게 손해배상금을 보험금으로 모두 지급함으로써 공동불법행위자들의 보험자들이 공동면책되었다면 그 손해배상금을 지급한 보험자는 다른 공동불법행위자들의 보험자들이 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있다.

〈선정이유〉

공동불법행위자 중 1인과 보험계약을 체결한 보험자의 보험금 지급으로 공동면책된 경우 그 보험자는 다른 보험자들에게 직접 구상권을 행사할 수 있다고 하여 공동불법행위자들의 보험자들 상호간의 구상권의 직접 행사를 인정한 판결이다.

## 390. 사용자 책임에 기한 손해배상청구권에 대한 보험자 대위

(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다32153 판결)

〈쟁점〉

보험사고가 피보험자인 파견근로자의 행위로 인하여 발생한 경우, 또 다른 피보험자인 업무위탁자가 보험사고를 유발한 파견근로자의 사용자인 업무수탁자에 대하여 가지는 사용자책임에 기한 손해배상청구권 등에 대하여 보험자대위가 인정되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

보험사고가 피보험자인 파견근로자(업무위탁계약에 따라 업무위탁자가 업무수탁자로부터 파견받은 근로자)의 행위로 인하여 발생한 경우로서 보험자가 보험자대위의 법리에 따라 피보험자인 업무위탁자가 또 다른 피보험자인 파견근로자 본인에 대하여 가지는 권리를 취득할 수는 없다고 하더라도, 업무수탁자가 피보험자인 업무위탁자에 대하여 파견근로자의 사용자로서 별도로 손해배상책임을 지는 이상, 보험자는 보험자대위의 법리에 따라 피보험자인 업무위탁자가 파견근로자의 사용자에 대하여 가지는 권리를 취득할 수 있으며, 설령 업무수탁자가 파견근로자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 하더라도 제반 사정에 따라 구상권의 행사가 부인되거나 제한될 수도 있으며, 보험사고에 대하여 과실이 큰 파견근로자에게 일정한 정도의 손해를 분담시키는 것이 반드시 부당하다고 할 수도 없으므로, 업무위탁자가 보험사고를 유발한 파견근로자의 사용자인 업무수탁자에 대하여 가지는 사용자책임에 기한 손해배상청구권 등에 대하여 보험자대위를 인정하는 것이 반드시 불합리하다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

파견근로관계에서 보험자는 피보험자인 위탁자의 손해가 파견근로자에 의해 발생한 경우 파견근로자에 대한 손해배상청구권에 대위할 수 없지만, 파견근로자의 사용자인 수탁자가 사용자책임을 부담하므로 보험자는 위탁자의 수탁자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다고 명시한 판결이다.

## 391. 임차인과 소유자를 피보험자로 한 중복보험의 경우 중복보험자의 중복보험 분담금 청구권과 보험자 대위

(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다214529 판결)

〈쟁점〉

[1] 건물의 임차인이 임차건물을 보험목적으로 하여 가입한 화재보험과 건물의 소유자가 건물을 보험목적으로 하여 가입한 화재보험이 소유자를 피보험자로 하는 중복보험의 관계에 있는 경우, 임차인의 책임 있는 사유로 임차건물에 화재가 발생하여 소유자에게 보험금을 지급한 소유자 화재보험의 보험자가 임차인 화재보험의 보험자로부터 중복보험 분담금을 지급받았더라도 임차인에 대하여 보험자대위에 의한 청구권을 행사할 수 있는지 여부(적극) 및 그 범위와 임차인 화재보험의 보험자가 화재에 대한 임차인의 손해배상책임을 보상하는 책임보험자의 지위를 겸하고 있는 경우, 소유자 화재보험의 보험자가 상법 제724조 제2항에 따라 같은 금액을 임차인 화재보험의 보험자에게 청구할 수 있는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 건물의 임차인이 임차건물을 보험목적으로 하여 가입한 화재보험(이하 '임차인 화재보험'이라고 한다)과 건물의 소유자가 건물을 보험목적으로 하여 가입한 화재보험(이하 '소유자 화재보험'이라고 한다)이 소유자를 피보험자로 하는 중복보험의 관계에 있는 경우, 임차인의 책임 있는 사유로 임차건물에 화재가 발생하여 소유자 화재보험의 보험자가 소유자에게 건물에 관한 보험금을 지급하였다면, 소유자 화재보험의 보험자로서는 임차인 화재보험의 보험자로부터 상법 제672조 제1항에 따라 중복보험 분담금을 지급받았다고 하더라도 상법 제682조에 따라 임차인에 대하여 보험자대위에 의한 청구권을 행사할 수 있고, 다만 그 범위가 소유자에게 지급한 보험금에서 임차인 화재보험의 보험자로부터 지급받은 중복보험 분담금을 공제한 금액 중 보험자대위에 의한 청구권의 상대방인 임차인의 책임비율에 따른 부담 부분으로 축소될 뿐이다. 한편 임차인 화재보험의 보험자가 위 화재에 대한 임차인의 손해배상책임을 보상하는 책임보험자의 지위도 겸하고 있다면, 소유자 화재보험의 보험자는 책임보험 직접청구권에 관한 상법 제724조 제2항에 따라 같은 금액을 임차인 화재보험의 보험자에게 청구할 수 있다.

[2] 갑이 을 소유의 건물 점포를 임차하여 주점을 운영하던 중 화재로 점포를 포함한 건물 일부가 소훼되었는데, 갑이 병 보험회사와 체결한 점포 등에 관한 재산종합보험계약 중 책임보험계약 특별약관에서 병 회사가 보상하지 아니하는 손해 중 하나로 '계약자 또는 피보험자가 소유, 점유, 임차, 사용하거나 보호, 관리, 통제하는 재물이 손해를 입음으로써 그 재물에 대하여 정당한 권리를 가지는 사람에 대한 손해에 대한 손해배상책임'을 정한 사안에서, 갑이 을로부터 임차하여 점유·사용하고 있던 점포는 면책조항에 정한 '피보험자가 임차한 재물'에 해당하므로 병 회사는 점포에 발생한 손해에 관한 갑의 배상책임에 대하여는 책임보험계약에 따른 보상책임을 면한다.

〈선정이유〉

손해배상책임을 지는 제3자가 책임보험에 가입한 자인 경우 손해배상청구권을 가진 자를 피보험자로 한 계약의 보험자는 제3자와 책임보험계약을 체결한 보험자에게 직접청구권을 행사할 수도 있다는 점을 확인한 판결이며, 소유자와 임차인을 피보험자로 하는 중복보험의 경우 중복보험 분담

금을 임차인의 보험자가 지급하였더라도 소유자에게 보험금을 지급한 소유자의 보험자는 임차인의 보험자에게 보험자대위에 의해 청구권을 행사할 수 있다는 점을 밝힌 판결이다.

## 392. 일부보험의 경우 피보험자의 권리와 경합하는 경우 보험자대위권 행사의 범위

(대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다100312 판결)

〈쟁점〉

피보험자와 제3자의 과실이 경합하여 보험사고가 발생한 경우, 보험자대위에 의하여 보험자가 행사할 수 있는 권리의 범위

〈판결요지〉

[1] 상법 제682조는 "손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 그러나 보험자가 보상할 보험금액의 일부를 지급한 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 내에서 그 권리를 행사할 수 있다."고 규정하고 있다. 이러한 손해보험에서의 보험자대위권은 피보험자의 이중이득을 방지하기 위하여 정책적으로 인정되는 것인 점 등을 고려할 때, 이른바 '일부보험'의 경우 보험자가 대위할 수 있는 피보험자의 제3자에 대한 권리의 범위는 보험약관 등에 이에 관한 명시적인 규정이 있다면 이에 따라야 할 것이나, 그렇지 않다면 약관 해석에 관한 일반원칙에 따라 고객에게 유리하게 해석하여, 피보험자가 실제로 입은 손해 이상의 이득을 취하는 것이 아닌 이상, 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 내로 제한된다고 봄이 타당하다. 따라서 손해보험계약의 약관에서 "보험자가 보험금을 지급한 때에는 지급한 보험금의 한도 내에서 보험계약자 또는 피보험자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 취득하되, 보험자가 보상한 금액이 피보험자가 입은 손해의 일부인 경우에는 피보험자의 권리를 침해하지 아니하는 범위 내에서 보험자가 그 권리를 취득한다."고 규정하고 있다면 보험자대위에 의하여 보험자가 행사할 수 있는 권리의 범위는 그 약관 규정에 따라 제한된다. 따라서 보험사고가 피보험자와 제3자의 과실이 경합되어 발생한 경우 피보험자가 제3자에 대하여 그 과실분에 상응하여 청구할 수 있는 손해배상청구권 중 피보험자의 전체 손해액에서 보험자로부터 지급받은 보험금을 공제한 금액만큼은 여전히 피보험자의 권리로 남는 것이고, 그것을 초과하는 부분의 청구권만이 보험자가 보험자대위에 의하여 제3자에게 직접 청구할 수 있게 된다.

[2] 갑이 운영하는 점포에서, 갑의 과실과 위 점포에 액화석유가스를 공급한 을의 과실이 경합하여 화재가 발생하였는데, 갑과 점포 내 시설 및 집기비품에 대하여 각 보험금액을 달리하여 화재보험계약을 체결한 병 보험회사가 갑에게 보험금을 지급하고, 을과 가스사고배상책임보험계약 등을 체결한 정 보험회사가 갑을 제외한 피해자들에게 보험금을 지급한 뒤 병 회사가 정 회사를 상대로 구상금을 청구한 사안에서, 화재보험계약에서 시설과 집기비품을 구분하여 따로 보험가액을 산정하기는 하였지만 보험사고 내용이 동일하고 하나의 보험증권이 발급된 점 등에 비추어 위 화재보험계약은 시설과 집기비품 모두를 대상으로 한 하나의 보험계약으로 체결되었다고 보아야 하고, 갑은 위 사고로 인한 전체 손해액에서 병 회사로부터 지급 받은 보험금을 공제한 나머지 부분에 관하여 여전히 을 또는 정 회사에 대하여 자신의 권리를 가지고 있으며, 병 회사는 이러한 갑의 권리를

침해하지 않는 범위, 즉 갑의 전체 손해액 중 을의 과실비율에 해당하는 금액과 위 나머지 부분의 차액의 범위 내에서만 보험자대위를 할 수 있음에도, 이와 달리 위 화재보험계약 중 시설에 대한 부분과 집기비품에 대한 부분을 별개의 보험으로 보아 병 회사가 보험자대위를 할 수 있는 범위를 시설에 관하여 지급된 보험금 중 을의 과실비율에 해당하는 부분 전액으로 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.

〈선정이유〉

일부보험에서 피보험자의 전체 손해액에서 보험자로부터 지급받은 보험금을 공제한 금액만큼은 여전히 피보험자의 권리로 남는 것이고 초과 부분의 청구권만이 보험자가 대위에 의하여 제3자에게 청구할 수 있다고 하여 보험자대위권의 범위에 관하여 차액설을 취한 판결이다.

## 393. 무보험자동차에 의한 상해담보특약의 성질과 중복보험의 보험자의 구상권의 성질

(대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결)

〈쟁점〉

[1] 무보험자동차에 의한 상해담보특약에도 중복보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되는지 여부(적극)

[2] 복수의 무보험자동차에 의한 상해보험특약의 보험자들 중 일방 보험자가 다른 보험자에 대하여 가지는 중복보험에 따른 구상금채권의 소멸시효기간(=5년)

〈판결요지〉

[1] 피보험자가 무보험자동차에 의한 교통사고로 인하여 상해를 입었을 때에 그 손해에 대하여 배상할 의무자가 있는 경우 보험자가 약관에 정한 바에 따라 피보험자에게 그 손해를 보상하는 것을 내용으로 하는 무보험자동차에 의한 상해담보특약(이하 '무보험자동차특약보험'이라고 한다)은 상해보험으로서의 성질과 함께 손해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험이므로, 하나의 사고에 관하여 여러 개의 무보험자동차특약보험계약이 체결되고 그 보험금액의 총액이 피보험자가 입은 손해액을 초과하는 때에는 손해보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되어 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지고, 이 경우 각 보험자 사이에서는 각자의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 진다.

[2] 복수의 무보험자동차특약보험이 상법 제672조 제1항이 준용되는 중복보험에 해당함을 전제로 보험자가 다른 보험자에 대하여 그 부담비율에 따른 구상권을 행사하는 경우, 각각의 보험계약은 상행위에 속하고, 보험자와 다른 보험자는 상인이므로 중복보험에 따른 구상관계는 가급적 신속하게 해결할 필요가 있는 점 등에 비추어, 그 구상금채권은 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효에 걸린다.

[3] 피고가 원고의 청구권이 상사채권으로서 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 주장하다가 이를 철회하고 보험금청구권에 해당하므로 2년의 소멸시효기간이 적용된다고 주장한 사안에서, 2년의 소멸시효기간 주장 속에는 그보다 장기간인 5년의 소멸시효기간에 관한 주장이 포함되어 있다는

이유로, 원고의 청구권에 2년의 소멸시효기간이 적용되지 않는다고 보아 곧바로 피고의 주장을 배척한 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

무보험자동차에 의한 상해담보특약이 상해보험으로서의 성질과 함께 손해보험으로서의 성질도 가진다고 보아 중복보험에 관한 규정의 적용을 인정한 판결이다. 아울러 중복보험의 보험자가 가지는 구상금 채권은 상사채권으로서 5년의 소멸시효기간에 걸리는 점을 밝힌 판결로서 의미가 있다.

## 394. 보험금 지급 후 피보험자의 제3자에 대한 청구권의 처분

(대법원 1997. 11. 11. 선고 97다37609 판결)

〈쟁점〉

보험사고의 피해자가 보험금을 지급받은 후, 보험사고에 대해 손해배상책임이 있는 자에 대해 한 손해배상청구권 포기의 효력(무효)

〈판결요지〉

화재보험의 피보험자가 보험금을 지급받은 후 화재에 대한 책임 있는 자로부터 손해배상을 받으면서 나머지 손해배상청구권을 포기하였다 하더라도, 피보험자의 화재에 대한 책임 있는 자에 대한 손해배상청구권은 피보험자가 보험자로부터 보험금을 지급받음과 동시에 그 보험금액의 범위 내에서 보험자에게 당연히 이전되므로, 이미 이전된 보험금 상당 부분에 관한 손해배상청구권의 포기는 무권한자의 처분행위로서 효력이 없고, 따라서 보험자가 이로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

보험자의 대위의 효력에 의해 피보험자 등의 제3자에 대한 손해배상청구권이 보험자에게 이전되므로 제3자의 피보험자에 대한 청구권의 포기는 효력이 없고 피보험자 등의 처분권이 인정되지 아니한다는 점을 밝힌 판결이다.

## 395. 보험자 대위권 침해와 손해배상청구

(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다61593 판결)

〈쟁점〉

보험자가 피보험자를 상대로 보험자대위권 침해를 이유로 부당이득반환 또는 손해배상청구를 하기 위한 요건과 그 입증책임

〈판결요지〉

보험금을 지급한 보험자가 피보험자를 상대로 보험자대위권 침해를 이유로 부당이득반환 또는

손해배상청구를 하기 위하여는 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 사실, 피보험자가 보험금을 수령한 후 무권한자임에도 불구하고 제3자로부터 손해배상을 받은 사실(피보험자가 보험자로부터 받은 보험금이 실제 발생된 손해액에 미치지 못한 경우에는 피보험자는 그 차액 부분에 관하여는 여전히 제3자에 대하여 자신의 권리를 가지고 있으므로 피보험자가 이를 초과하여 제3자로부터 손해배상을 받은 사실), 제3자의 피보험자에 대한 손해배상이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 사실을 주장, 입증하여야 할 것이고, 이 경우에 채권의 준점유자에 대한 변제가 유효하기 위한 요건으로서의 선의라 함은 준점유자에게 변제수령의 권한이 없음을 알지 못하는 것뿐만 아니라 적극적으로 진정한 권리자라고 믿었음을 요하는 것이고, 무과실이란 그렇게 믿는 데에 과실이 없음을 의미하므로, 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 보험금을 수령한 사실을 전혀 모르고 이 점에 대하여 과실이 없이 피보험자에게 손해배상을 한 경우, 또는 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 이미 보험금을 수령한 사실을 알고 있었던 경우에는 피보험자가 입은 손해액과 피보험자가 보험자로부터 보험금을 수령함으로써 보험자대위권(상해보험의 경우에는 대위 약정에 따라)의 대상이 된 금액을 살펴, 피보험자에게 아직도 자신에 대한 손해배상청구권이 남아 있다고 믿고 손해배상을 한 경우에만 선의, 무과실에 해당된다고 할 수 있을 것이고, 위 요건의 주장, 입증책임도 보험자에게 있다.

〈선정이유〉

보험금 지급 후 피보험자 등이 제3자에 대한 손해배상청구권을 포기하거나 변제 수령을 한 경우 그 효력은 무효이지만, 제3자의 손해배상이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 것으로 인정된 경우에는 보험자가 피보험자 등에게 부당이득반환 또는 손해배상청구를 할 수 있다는 점을 밝힌 판결로서 보험금 지급 후 청구권 처분은 효력이 없다는 취지의 판결과 비교되는 판결이다.

# 제 3 장 손해보험계약의 변경·소멸

## 396. 보험의 목적의 양도와 보험계약상 권리의무의 승계

(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다1158 판결)

〈쟁점〉

가. 당사자간의 계약에 의하여 상법 제679조의 적용을 배제할 수 있는지 여부 (적극)

나. 원칙적으로 위 법조의 적용을 배제하고 있는 자동차종합보험 보통약관의 규정이 상법 제663조의 보험계약자 등의 불이익변경금지 조항에 위배되거나 약관의규제에관한법률 제6조에 정한 신의칙에 반한 불공정한 약관으로서 무효인지 여부(소극)

다. 보험차량을 양수하여 그 명의로 차량이전등록을 마친 양수인이 위 약관에 피보험자로 정한 기명피보험자의 승낙을 얻어 자동차를 사용 또는 관리중인 자에 해당하는지 여부(소극)

〈판결요지〉

가. 상법 제679조의 취지는 보험의 목적이 양도된 경우 양수인의 양도인에 대한 관계에서 보험계약상의 권리도 함께 양도된 것으로 당사자의 통상의 의사를 추정하고, 이것을 사회 경제적 관점

에서 긍정한 것이고 동조에 위반한 법률행위를 공서양속에 반한 법률행위로서 무효로 보아야 할 것으로는 해석되지 아니하므로 위 규정은 임의규정이라고 할 것이고, 따라서 당사자간의 계약에 의해 위 규정의 적용을 배제할 수 있다.

나. 자동차종합보험 보통약관의 규정이 자동차보험계약에 있어 원칙적으로 상법 제679조의 적용을 배제하고 있더라도 이는 위 계약에 있어 보험의 목적인 자동차를 교체하는 경우가 자주 생기고, 또 그 경우 보험계약자는 무사고 등을 이유로 보험료의 할인혜택을 받기 위하여 자동차를 교체하는 형태로 보험계약을 유용할 필요성도 있고, 한편 보험자로서도 예측위험율의 변화 등 보험계약의 기초에 중대한 변경을 초래할 가능성이 있는 피보험자의 교체에 대하여 중요한 이해관계가 있어 보험계약관계의 유지나 변경 등의 결정에 관한 기회를 부여받아야 할 필요성도 있다는 점 등을 고려한 것이므로, 위 약관의 규정이 상법 제663조의 보험계약자등의 불이익변경금지조항에 위배된다거나 약관의규제에관한법률 제6조에 정한 신의칙에 반한 불공정한 약관으로서 무효라고 할 수는 없다.

다. 자동차보험약관에 기명피보험자의 승낙을 얻어 자동차를 사용 또는 관리중인 자를 피보험자로 규정하고 있는 경우의 기명피보험자라 함은 피보험자동차에 대한 운행지배나 운행이익을 향유하는 피보험자를 말한다고 보아야 할 것인바, 보험차량을 양도하여 양수인 명의로 차량이전등록을 마친 후 양수인이 고용한 운전사가 그 차량을 운전하던 중 사고를 냈다면 양도인은 그 차량에 대한 소유권을 양수인에게 양도함으로써 자동차의 운행이익이나 운행지배권을 상실하였으므로, 양수인을 위 약관에 정한 기명피보험자의 승낙을 얻어 자동차를 사용 또는 관리중인 자에 해당한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

손해보험에서 보험의 목적을 양도한 경우 그 효력에 관하여 규정한 상법 제679조의 성질을 임의규정으로 보아 약관에서 보험계약상 권리의무의 승계를 원칙상 인정하지 아니하고 보험자의 승인을 얻도록 하는 경우 그 약관은 유효하다고 본 판결이며, 승인 없이 이전된 경우 양수인은 기명피보험자의 승낙을 얻은 자로서 약관상 피보험자에 해당하지 않는다고 판시한 판결이다.

## 397. 보험목적의 양도와 위험의 변경·증가

(대법원 1996. 7. 26. 선고 95다52505 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약자가 보험목적의 양도에 따른 통지의무를 위반하였으나 그로 인해 현저한 위험의 변경 또는 증가가 없는 경우, 화재보험보통약관상의 해지사유가 되는지 여부(소극)

[2] 화재보험보통약관상 해지사유인 '위험의 현저한 변경 또는 증가'의 의미 및 그 판단 기준

[3] 화재보험의 목적물이 양도되었으나 소유자만 바뀌고 보험요율의 결정요소는 동일한 경우, 그 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 보험목적물의 양도를 보험계약자의 통지의무 사유로 들고 있는 화재보험보통약관 제9조와

‘현저한 위험의 변경 또는 증가와 관련된 제9조에 정한 계약 후 알릴 의무를 이행하지 아니하였을 때’를 보험계약의 해지사유로 들고 있는 같은 약관 제11조 제2항의 규정을 종합하여 보면, 화재보험의 목적물이 양도된 경우 그 양도로 인하여 현저한 위험의 변경 또는 증가가 있고 동시에 보험계약자 또는 피보험자가 양도의 통지를 하지 않는 경우에는 보험자는 통지의무 위반을 이유로 당해 보험계약을 해지할 수 있으나, 보험목적의 양도로 인하여 현저한 위험의 변경 또는 증가가 없는 경우에는 양도의 통지를 하지 않더라도 통지의무 위반을 이유로 당해 보험계약을 해지할 수 없다고 봄이 상당하다.

[2] 화재보험보통약관상 위험이라고 함은 보험사고 발생의 가능성을 가리키는 것이고, ‘위험의 현저한 변경 또는 증가’라 함은 그 정도의 위험이 계약 체결 당시에 존재하였다고 한다면 보험자가 계약을 체결하지 아니하였거나 또는 적어도 동일한 조건으로는 그 계약을 체결하지 아니하였으리라고 생각되는 정도의 위험의 변경 또는 증가를 말하므로, 화재보험의 목적물의 양도로 인하여 이러한 정도의 위험의 변경 또는 증가가 있었는지 여부는 보험목적물의 사용·수익방법의 변경 등 양도 전후의 구체적인 여러 사정을 종합하여 인정·판단하여야 할 것이지(이에 관한 입증책임은 그 존재사실을 들어 보험계약의 해지를 주장하는 자가 부담한다.), 화재보험의 목적물의 양도로 인하여 소유자가 바뀌었다고 하여 당연히 위험의 현저한 변경 또는 증가가 있었다고 볼 수는 없다.

[3] 화재보험의 목적물이 양도되었으나 그 소유자만 변경되었을 뿐 보험요율의 결정요소인 영위직종과 영위작업, 건물구조 및 작업공정이 양도 전후에 동일한 경우, 보험목적물의 양도로 인하여 위험의 현저한 증가 또는 변경이 있었다고 볼 수 없으므로 그 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수는 없다.

## 〈선정이유〉

보험목적의 양도의 경우 그 소유자의 변경을 현저한 위험의 변경 또는 증가로 볼 수 없고, 따라서 보험목적의 양도에 의해 실제 위험이 변경 또는 증가된 경우가 아니면 그 양도의 통지를 하지 않더라도 통지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다고 판시하여 보험목적의 양도와 위험의 변경 등 통지의무와의 관계에 대하여 밝힌 판결이다.

# 제 4 편 손해보험 각칙

## 제 1 장 화재보험

### 398. 화재보험계약 상 화재 발생의 우연성 등

(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56603,56610 판결)

〈쟁점〉

[1] 화재보험에서 화재 발생의 우연성이 추정되는지 여부(적극)

[2] 화재보험약관에서 면책사유로 정한 '보험계약자나 피보험자의 고의 또는 중대한 과실로 발생한 손해'에 해당하는 사실에 관한 증명책임자(=보험자) 및 그 증명의 정도

[3] '피보험자 등이 보험금청구 등에 관한 서류 또는 증거를 위조 또는 변조한 경우에는 보험금청구권을 상실한다'는 내용의 화재보험 약관조항의 취지와 해석 방법 및 위 약관조항에 의해 피보험자가 상실하게 되는 보험금청구권의 범위

[4] 손해보험에서 보험의 목적물과 위험의 종류만이 정해져 있고 피보험자와 피보험이익이 명확하지 않은 경우 피보험자의 결정 기준 및 임차인이 임차건물과 내부 시설 등에 대하여 피보험자에 대한 명확한 언급 없이 자신을 소유자로 기재하여 화재보험을 체결한 경우 위 화재보험을 책임보험으로 볼 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[1] 상법 및 화재보험약관 규정의 형식 및 취지, 화재가 발생한 경우에 보험자에게 면책사유가 존재하지 않는 한 소정의 보험금을 지급하도록 함으로써 피보험자로 하여금 신속하게 화재로 인한 피해를 복구할 수 있게 하려는 화재보험제도의 존재의의에 비추어 보면, 화재보험에서 화재가 발생한 경우에는 일단 우연성의 요건을 갖춘 것으로 추정되고, 다만 화재가 보험계약자나 피보험자의 고의 또는 중과실에 의하여 발생하였다는 사실을 보험자가 증명하는 경우에는 위와 같은 추정이 번복되는 것으로 보아야 한다.

[2] 화재보험계약의 약관에서 "보험계약자나 피보험자의 고의 또는 중대한 과실로 발생한 손해에 대하여는 보상하지 아니한다"고 규정하고 있는 경우에 보험자가 보험금 지급책임을 면하기 위해서는 위 면책사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있고, 여기에서의 증명은 법관의 심증이 확신의 정도에 달하게 하는 것을 가리키고, 그 확신이란 자연과학이나 수학의 증명과 같이 반대의 가능성이 없는 절대적 정확성을 말하는 것은 아니지만, 통상인의 일상생활에 있어 진실하다고 믿고 의심치 않는 정도의 고도의 개연성을 말하는 것이고, 막연한 의심이나 추측을 하는 정도에 이르는 것만으로는 부족하다.

[3] "계약자 또는 피보험자가 손해통지 또는 보험금청구에 관한 서류에 고의로 사실과 다른 것을 기재하였거나 그 서류 또는 증거를 위조 또는 변조한 경우에는 피보험자는 손해에 대한 보험금청구권을 잃게 된다"고 규정하고 있는 화재보험 약관조항의 취지는 보험자가 보험계약상의 보상책임

유무의 판정, 보상액의 확정 등을 위하여 보험사고의 원인, 상황, 손해의 정도 등을 알 필요가 있으나 이에 관한 자료들은 계약자 또는 피보험자의 지배·관리영역 안에 있는 것이 대부분이므로 피보험자로 하여금 이에 관한 정확한 정보를 제공하도록 할 필요성이 크고, 이와 같은 요청에 따라 피보험자가 이에 반하여 서류를 위조하거나 증거를 조작하는 등으로 신의성실의 원칙에 반하는 사기적인 방법으로 과다한 보험금을 청구하는 경우에는 그에 대한 제재로서 보험금청구권을 상실하도록 하려는 데 있다. 다만, 위와 같은 약관조항을 문자 그대로 엄격하게 해석하여 조금이라도 약관에 위배하기만 하면 보험자가 면책되는 것으로 보는 것은 본래 피해자 다중을 보호하고자 하는 보험의 사회적 효용과 경제적 기능에 배치될 뿐만 아니라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항이 된다는 점에서 이를 합리적으로 제한하여 해석할 필요가 있으므로, 위 약관조항에 의한 보험금청구권의 상실 여부는 그 취지를 감안하여 보험금청구권자의 청구와 관련한 부당행위의 정도 등과 보험의 사회적 효용 내지 경제적 기능을 종합적으로 비교·교량하여 결정하여야 한다. 한편, 독립한 여러 물건을 보험목적물로 하여 체결된 화재보험계약에서 위 약관에 의해 피보험자가 상실하게 되는 보험금청구권은 피보험자가 '허위의 청구를 한 당해 보험목적물'의 손해에 대한 보험금청구권만을 의미한다고 해석함이 상당하다.

[4] 손해보험에 있어서 보험의 목적물과 위험의 종류만이 정해져 있고 피보험자와 피보험이익이 명확하지 않은 경우에 그 보험계약이 보험계약자 자신을 위한 것인지 아니면 타인을 위한 것인지는 보험계약서 및 당사자가 보험계약의 내용으로 삼은 약관의 내용, 당사자가 보험계약을 체결하게 된 경위와 그 과정, 보험회사의 실무처리 관행 등 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것인바, 임차인이 임차건물과 그 안에 있는 시설 및 집기비품 등에 대하여 피보험자에 대하여는 명확한 언급이 없이 자신을 보험목적의 소유자로 기재하여 화재보험을 체결한 경우, 이러한 화재보험은 다른 특약이 없는 한 피보험자가 그 목적물의 소유자인 타인에게 손해배상의무를 부담하게 됨으로써 입게 되는 손해까지 보상하기로 하는 책임보험의 성격을 갖는다고는 할 수 없다.

## 〈선정이유〉

화재보험에서 보험사고인 화재발생의 우연성이 추정되며, 따라서 고의 또는 중과실에 의한 화재임에 대한 증명책임을 보험자가 부담한다고 하여 증명책임의 소재와 독립한 여러 물건을 보험목적물로 하여 체결된 화재보험계약에서 보험금 청구 서류 도는 증거의 허위기재와 위조·변조로 인하여 피보험자가 상실하게 되는 보험금청구권은 피보험자가 '허위의 청구를 한 당해 보험목적물'의 손해에 대한 보험금청구권만을 의미한다고 판시하는 등 다양한 쟁점에 관해 판시한 판결이다. 한편, 임차인이 보험목적의 소유자로 기재하여 화재보험을 체결한 경우, 다른 특약이 없는 한 피보험자가 그 목적물의 소유자인 타인에게 손해배상의무를 부담하게 됨으로써 입게 되는 손해까지 보상하기로 하는 책임보험의 성격을 가지는 것은 아니하고 판시하여 계약의 효력을 판단함에 있어서 실질 보다 형식에 중점을 두었다.

# 제 2 장 책임보험

## 399. 책임보험 피해자의 직접청구권 우선과 피보험자에 대한 지급거절권의 포기

(대법원 1995. 9. 26. 선고 94다28093 판결)

〈쟁점〉

가. 책임보험에 있어 보험자에 대한 피보험자의 보험금청구권과 피해자의 직접청구권과의 우선관계

나. 책임보험약관상에 "손해액이 확정되어 피보험자가 보험금 청구를 한 경우 보험금을 지급한다"는 취지의 규정이 있는 경우, 보험자의 보험금지급의 요건 및 그 지급의 상대방

다. 책임보험의 보험자가 피보험자와 피해자 사이에 확정된 손해액에 대한 지연손해금까지 피해자에게 지급할 의무가 있는지 여부

〈판결요지〉

가. 상법 제724조 제1항은 피보험자가 상법 제723조 제1, 2항의 규정에 의하여 보험자에 대하여 갖는 보험금청구권과 제3자가 상법 제724조 제2항의 규정에 의하여 보험자에 대하여 갖는 직접청구권의 관계에 관하여, 제3자의 직접청구권이 피보험자의 보험금청구권에 우선한다는 것을 선언하는 규정이라고 할 것이므로, 보험자로서는 제3자가 피보험자로부터 배상을 받기 전에는 피보험자에 대한 보험금 지급으로 직접청구권을 갖는 피해자에게 대항할 수 없고, 따라서 보험자는 제3자가 피보험자로부터 배상을 받기 전에는 상법 제724조 제1항의 규정을 들어 피보험자의 보험금 지급 청구를 거절할 권리를 갖게 된다.

나. 업무용자동차 종합보험 보통약관이 "피보험자는 판결의 확정, 재판상의 화해, 중재 또는 서면에 의한 합의로 손해액이 확정되었을 때에 회사에 대하여 보험금의 지급을 청구할 수 있으며, 회사는 피보험자로부터 보험금 청구에 관한 서류를 받은 때에는 지체 없이 필요한 조사를 마치고 곧 보험금을 지급한다."는 취지로 규정되어 있고, 피보험자가 제3자에게 손해배상을 하기 전에는 피보험자에게 보험금을 지급하지 않는다는 내용의 조항을 두지 않고 있다면, 보험자는 그 약관에 의하여 상법 제724조 제1항 소정의 지급거절권을 포기하였다고 봄이 상당하고, 따라서 피보험자로서는 그 약관 소정의 요건을 충족하기만 하면 보험자에 대하여 보험금 청구권을 행사할 수 있으며, 이 경우 피보험자로부터 보험금 지급청구를 받은 보험자로서는 상법 제724조 제2항에 의하여 직접청구권을 갖는 피해자에게 직접 보험금을 지급함으로써 보험금의 이중지급의 위험을 회피하는 방법을 선택하여야 할 것이다.

다. 보험자는 피해자와 피보험자 사이에 판결에 의하여 확정된 손해액은 그것이 피보험자에게 법률상 책임이 없는 부당한 손해라는 등의 특별한 사정이 없는 한 원본이든 지연손해금이든 모두 피해자에게 지급할 의무가 있다.

〈선정이유〉

책임보험에 있어서 피보험자의 보험금청구권과 제3자의 직접청구권의 관계에 관하여 직접청구권이 우선한다는 점을 밝힘과 동시에 보험금 지급에 관한 규정을 근거로 지급거절권의 포기의 취지

로 해석하고, 이중지급의 위험을 회피하는 방법으로서 제3자에게 직접 보험금을 지급하는 방안을 제시한 판결이다.

## 400. 직접청구권의 법적 성질

(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다2530 판결)

〈쟁점〉

가. 피해자가 공동음주유흥을 위하여 차량소유자에게 무면허음주운행을 하게 하였다는 사정만으로 자동차손해배상보장법에 의한 손해배상책임을 구할 수 없는 공동운행자에 해당한다고 볼 수 없다 한 사례

나. 운전면허취소처분 이후 적법한 통지 또는 공고가 없는 동안의 운전이 자동차종합보험약관상의 무면허운전인지 여부(소극)

다. 운전면허증을 회수당하여 소지하지 아니한 채 운전한 것이 위 "나"항의 "무면허운전"에 해당하는지 여부(소극)

라. 자동차임의보험의 약관에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질(=보험자의 병존적 손해배상채무인수)

마. 보험회사가 소송의 결과에 따라 판결금액을 배상하도록 한 자동차종합보험약관 제15조 단서는 피해자가 직접청구권을 행사하여 보험회사를 상대로 소송을 제기하는 경우에도 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

가. 피해자가 공동음주유흥을 위하여 차량소유자에게 무면허음주운행을 하게 하였다는 사정만으로 자동차손해배상보장법에 의한 손해배상책임을 구할 수 없는 공동운행자에 해당한다고 볼 수 없다 한 사례.

나. 운전면허의 취소는 도로교통법시행령 제53조 소정의 적법한 통지 또는 공고가 없으면 효력을 발생할 수 없으므로 운전면허취소처분 이후 적법한 통지 또는 공고가 없는 동안의 자동차운전은 자동차종합보험약관상의 무면허운전이라고 할 수 없다.

다. 운전면허증을 회수당하여 소지하지 아니한 채 운전한 것을 일컬어 위 "나"항의 무면허운전에 해당한다고 할 수 없다.

라. 자동차임의보험의 약관에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험금이 아니라 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것이다.

바. 보험회사가 대인사고로 지급책임을 지는 금액의 한도에 관하여 자동차종합보험약관 제15조는 원칙적으로 약관의 보험금지급기준에 의하여 산출한 금액을 기준으로 하되, 다만 소송이 제기되었을 경우에는 확정판결에 의하여 피보험자가 피해자에게 배상하여야 할 금액(지연배상금 포함)을 기준으로 하도록 규정하고 있는바, 약관규정의 단서는 피해자가 피보험자를 상대로 소송을 제기하는 경우뿐만 아니라 직접청구권을 행사하여 보험회사를 상대로 소송을 제기하는 경우에도 적용된다.

〈선정이유〉

운전면허취소처분의 적법한 통지 또는 공고 이후에 비로소 무면허운전이 된다고 하여 무면허운전의 개념에 관하여 밝히고, 특히 책임보험의 경우 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험금이 아니라 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것임을 인정한 판결로서 의미를 가진다.

## 401. 보험금청구권 부존재 판결의 확정과 피해자의 직접청구권

(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다4424 판결)

〈쟁점〉

가. 보험회사와 피보험자 사이에 피보험자의 보험금청구권이 부존재한다는 판결이 선고 확정되었다는 사유만으로 당연히 피해자가 보험금을 직접 청구하지 못하게 되는지 여부

나. 배상책임의무가 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 경우를 면책사유로 규정하고 있는 자동차종합보험보통약관의 취지와 적용범위

〈판결요지〉

가. 책임보험인 자동차종합보험에 관하여 개정상법(1991.12.31. 법률 제4470호)의 시행 전에 그 약관에 의하여 인정되던 보험금 직접청구권은 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권에 바탕을 두고 그와 내용을 같이 하는 것이기는 하지만, 피해자가 그 약관에서 정한 요건을 갖추어 보험자에게 보험금청구권을 행사하기 이전에 보험자와 피보험자 사이에 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권이 부존재한다는 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다고 하여도 그 판결의 당사자가 아닌 피해자에 대하여서까지 판결의 효력이 미치는 것이 아니어서 이 사유만으로 당연히 보험금을 청구하지 못하게 되는 것은 아니다.

나. 배상책임의무가 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람이 죽거나 다친 경우를 면책사유로 규정하고 있는 자동차종합보험보통약관의 취지는 노사관계에서 발생하는 업무상 재해로 인한 손해에 대하여 원칙적으로 산업재해보상보험에 의하여 전보받도록 하려는 데 그 취지가 있는 것이지, 근로기준법상의 업무상 재해라고 하여 산업재해보상보험법에 의하여 보상을 받을 수 없는 경우까지 위 면책사유의 적용대상에 해당하는 것으로 취급하려는 것이 아니다.

〈선정이유〉

피보험자의 보험금청구권과 피해자의 직접청구권의 관계에 관하여 밝힌 판결로서 피보험자의 보험금청구권 부존재 판결의 확정에 불구하고 피해자가 직접청구권의 존부에 관하여 다툴 수 있음을 밝힌 판결이다.

# 제 3 장 자동차보험

## 402. 자동차종합보험약관상 자기신체사고의 범위

(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013다211223 판결)

〈쟁점〉

자동차종합보험약관에서 자기신체사고에 관하여 피보험자가 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 죽거나 다친 때 그로 인한 손해를 보상한다고 하면서 기명피보험자의 부모, 배우자 및 자녀가 피보험자에 포함된다고 정한 경우, 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 다른 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 죽거나 다친 때가 자기신체사고에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

자동차종합보험약관에서 '대인배상 Ⅱ'에 관하여 기명피보험자의 부모, 배우자 및 자녀(이하 '기명피보험자의 부모 등'이라고 한다)가 죽거나 다친 경우를 보험회사의 면책사항으로 정하는 한편, '자기신체사고'에 관하여 피보험자가 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 죽거나 다친 때 그로 인한 손해를 보험회사가 보상한다고 하면서, 기명피보험자의 부모 등을 피보험자에 포함시키고 실제 손해액에서 대인배상 Ⅰ, Ⅱ에 의해 보상받을 수 있는 금액 등을 공제한 잔액을 자기신체사고보험금으로 지급한다고 정하고 있다면, 이러한 약관의 내용 및 체계와 아울러 기명피보험자의 부모 등이 죽거나 다친 경우를 대인배상 Ⅱ의 보상대상에서 제외한 취지가 일정 범위의 친족 간 사고에서 기명피보험자의 부모 등이 사고로 손해를 입은 경우에는 가정 내에서 처리함이 보통이고 손해배상을 청구하지 않는 것이 사회통념에 속하며 이러한 경우의 보호는 별도의 보험인 자기신체사고보험에 의하도록 하는 데 있는 점 등을 종합해 볼 때, 자기신체사고의 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 다른 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 죽거나 다친 때는 위와 같은 약관에서 정한 자기신체사고에 해당한다고 보아야 하고, 죽거나 다친 다른 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 직접 피보험자동차를 소유·사용·관리한 경우로 한정하여 해석할 것은 아니다.

〈선정이유〉

기명피보험자의 배우자로서 피보험자에 해당하는 자가 피보험자동차를 운전하던 중 기명피보험자의 자녀로서 피보험자에 해당하는 자를 충격하여 사망에 이르게 한 사안에서, 약관상 자기신체사고에 관하여 기명피보험자의 부모, 배우자 및 자녀를 피보험자에 포함시킨 경우, 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 다른 피보험자인 기명피보험자의 부모 등이 죽거나 다친 때가 자기신체사고에 해당함을 인정한 판결이다.

## 403. 자동차손해배상보장법상 운행과 운전의 의미

(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다9294, 9300 판결)

〈쟁점〉

[1] 자동차손해배상 보장법 제2조 제2호에서 규정하는 '운행'의 의미와 도로교통법 제2조 제24호에서 규정하는 '운전'의 의미

[2] 차량의 운전과 관계없이 그 부착 장치를 이용한 작업 중 발생한 사고가 보험약관의 객관적 해석상 운전자상해보험에 의한 보상대상이 되는 보험사고인지 여부(소극)

〈판결요지〉

자동차의 운행으로 인한 손해배상을 보장하는 자동차보험에 관하여 규정하고 있는 「자동차손해배상 보장법」에서 말하는 '자동차'라 함은 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구 또는 이에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구이고, 그 '운행'이라 함은 사람 또는 화물의 운송 여부에 관계없이 자동차를 그 용법에 따라 사용하거나 관리하는 것을 말하는데(같은 법 제2조 제1, 2호), 이때 '자동차를 그 용법에 따라 사용한다'는 것은 자동차의 용도에 따라 그 구조상 설비되어 있는 각종의 장치를 각각의 장치목적에 따라 사용하는 것을 말하는 것으로서, 자동차가 주행 상태에 있지 아니한 상태에서 각종 부수적인 장치를 사용하는 것도 이에 포함되고, 또한 자동차의 당해 장치의 용법에 따른 사용 이외에 그 사고의 다른 직접적인 원인이 존재하거나 그 용법에 따른 사용의 도중에 일시적으로 본래의 용법 이외의 용도로 사용한 경우에도 전체적으로 위 용법에 따른 사용이 사고발생의 원인이 된 것으로 평가될 수 있다면 역시 이에 포함된다고 보는 반면 (대법원 2004. 7. 9. 선고 2004다20340, 20357 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고 2004다71232 판결 등 참조), '운전'의 개념에 대해서는 「도로교통법」상의 도로에서 차마를 그 본래의 사용 방법에 따라 사용하는 것을 말한다고 규정하고 있고(「도로교통법」 제2조 제24호), 그 중 '자동차운전'은 자동차의 원동기를 사용하는 고의의 운전행위로서, 엔진의 시동뿐만 아니라 발진조작의 완료까지 요하는 것이므로, 이는 주행 상태가 아닌 주행의 전후 단계로서 주·정차 상태에서 각종 부수적인 장치를 사용하는 것도 포함하는 「자동차손해배상 보장법」상 '운행'의 개념보다는 좁은 개념으로 해석되고 있다 (대법원 1999. 11. 12. 선고 98다30834 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2004도1109 판결 등 참조).

차량의 운전과 관계없이 그 부착 장치를 이용한 작업중 발생한 이 사건 사고는 보험약관의 객관적 해석상 이 사건 운전자상해보험에 의한 보상대상이 되는 보험사고의 범위에 들어간다고 해석하기는 어렵다 할 것이고, 이 사건 보험요율의 산정 및 예상되는 통상적인 보험사고의 유형 등을 감안할 때 이와 같은 해석론이 고객에게 부당하게 불리하거나 예상치 못한 불이익을 강요하는 것이라고 할 수 없고, 달리 이 사건 보험약관의 내용에 명백하지 못하거나 의심스러운 사정이 있다고 할 수도 없다.

〈선정이유〉

운전자상해보험에 의한 보상대상이 되는 보험사고의 범위에 장시간 주차한 화물차의 고가사다리를 이용한 이삿짐 운반작업 중 인부가 추락하여 사망한 경우는 포함되지 않는다고 하여 자동차의 운행과 운전의 개념을 구분한 판결로서 의미를 가진다. 자동차보험과 운전자상해보험이 각 약관에서 보장하는 보상대상의 차이점을 유의할 수 있는 판결이다.

# 제 5 편 인보험

## 제 1 장 생명보험계약

### 404. 타인의 생명보험계약에서 대리나 대행에 의한 서면동의의 효력

(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결)

〈쟁점〉

타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약의 효력요건인 타인의 서면동의의 방식 및 타인으로부터 특정한 보험계약에 관하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받은 사람이 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우, 그 서면동의의 효력(유효)

〈판결요지〉

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어 피보험자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하나, 피보험자인 타인의 서면동의가 그 타인이 보험청약서에 자필 서명하는 것만을 의미하지는 않으므로 피보험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모집인이 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험청약서에 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 타인으로부터 특정한 보험계약에 관하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 사람이 권한 범위 내에서 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우에도 그 타인의 서면동의는 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것이다.

〈선정이유〉

타인의 생명보험계약의 경우 피보험자의 서명동의가 없는 경우 계약이 무효로 되어 분쟁이 다수 발생하는 반면, 피보험자로부터 대행권을 부여받은 경우가 많아 그 효력이 문제 되었는데, 대행과 대리의 방식 및 유효성에 대해 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

### 405. 타인의 생명보험계약에서 피보험자의 서면동의의 철회

(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다101520 판결)

〈쟁점〉

[1] 보험계약자가 피보험자의 서면동의를 얻어 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하였으나 피보험자가 서면동의할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는 경우, 피보험자가 동의

를 철회할 수 있는지 여부(적극) 및 피보험자가 서면동의할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는지 판단하는 기준

[2] 갑 주식회사가 임직원으로 재직하던 을 등이 재직 중 보험사고를 당할 경우 유가족에게 지급할 위로금 등을 마련하기 위하여 을 등을 피보험자로 한 보험계약을 체결하고 을 등이 보험계약 체결에 동의한 사안에서, 을 등이 갑 회사에서 퇴직함으로써 보험계약의 전제가 되는 사정에 중대한 변경이 생겨 을 등은 보험계약에 대한 동의를 철회할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례

〈판결요지〉

[1] 상법 제731조, 제734조 제2항의 취지에 비추어 보면, 보험계약자가 피보험자의 서면동의를 얻어 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결함으로써 보험계약의 효력이 생긴 경우, 피보험자의 동의 철회에 관하여 보험약관에 아무런 규정이 없고 계약당사자 사이에 별도의 합의가 없었다고 하더라도, 피보험자가 서면동의를 할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는 경우에는 보험계약자 또는 보험수익자의 동의나 승낙 여부에 관계없이 피보험자는 그 동의를 철회할 수 있다. 그리고 피보험자가 서면동의를 할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는지는 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약을 체결하거나 서면동의를 하게 된 동기나 경위, 보험계약이나 서면동의를 통하여 달성하려는 목적, 보험계약 체결을 전후로 한 보험계약자 또는 보험수익자와 피보험자 사이의 관계, 보험계약자 또는 보험수익자가 고의로 피보험자를 해치려고 하는 등으로 피보험자의 보험계약자 또는 보험수익자에 대한 신뢰가 깨졌는지 등의 제반 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.

[2] 갑 주식회사가 임직원으로 재직하던 을 등이 재직 중 보험사고를 당할 경우 유가족에게 지급할 위로금 등을 마련하기 위하여 을 등을 피보험자로 한 보험계약을 체결하고 을 등이 보험계약 체결에 동의한 사안에서, 을 등이 갑 회사에 계속 재직한다는 점은 보험계약에 대한 동의의 전제가 되는 사정이므로 을 등이 갑 회사에서 퇴직함으로써 보험계약의 전제가 되는 사정에 중대한 변경이 생긴 이상 을 등은 보험계약에 대한 동의를 철회할 수 있다

〈선정이유〉

법문상 타인을 위한 생명보험계약의 경우 피보험자의 동의 철회에 관한 규정이 없어 철회 가능 여부가 불명한데, 철회 가능성을 인정하고 그 기준을 제시한 판결로서 의미가 있다.

## 406. 장해보험금 지급 후 사망한 경우 사망보험금 지급 기준

(대법원 2013. 5. 23. 선고 2011다45736 판결)

〈쟁점〉

하나의 보험계약에서 장해보험금과 사망보험금을 함께 규정하고 있는 경우, 동일한 재해로 인한 보험금의 지급 방법 및 재해 이후 사망에 이르기까지의 상태가 증상이 고정된 장해상태인지 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 상태인지 판단하는 기준

〈판결요지〉

하나의 보험계약에서 장해보험금과 사망보험금을 함께 규정하고 있는 경우, 사망보험금은 사망을 지급사유로 하는 반면 장해보험금은 생존을 전제로 한 장해를 지급사유로 하는 것이므로, 동일한 재해로 인한 보험금은 당해 보험계약에서 중복지급을 인정하는 별도의 규정을 두고 있는 등 특별한 사정이 없는 한, 그중 하나만을 지급받을 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 따라서 재해로 인한 장해상태가 회복 또는 호전을 기대하기 어렵거나 또는 호전가능성을 전혀 배제할 수는 없지만 기간이 매우 불확정적인 상태에 있어 증상이 고정되었다면 장해보험금의 지급을 청구할 수 있고, 그 증상이 고정되지 아니하여 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 장해상태에서 치료를 받던 중 재해와 인과관계가 있는 원인으로 사망한 경우에는 그 사이에 장해진단을 받았더라도 장해보험금이 아닌 사망보험금을 지급받을 수 있을 뿐이다. 이때 재해 이후 사망에 이르기까지의 상태가 증상이 고정된 장해상태인지 사망으로의 진행단계에서 거치게 되는 일시적 상태인지는 장해진단으로부터 사망에 이르기까지의 기간, 재해로 인한 상해의 종류와 정도, 장해부위와 장해율, 직접 사인과 장해의 연관성 등 관련 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

〈선정이유〉

장해보험금과 사망보험금을 함께 규정한 경우가 많고, 장해보험금 지급 이후 사망한 경우 사망보험금 이외 별도 장해보험금을 지급하여야 하는지에 대하여 판단 기준을 제시한 판결이다.

## 407. 단체보험의 보험수익자와 상속인을 보험수익자로 한 경우 보험금청구권의 성질

(대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결)

〈쟁점〉

[1] 단체의 규약으로 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없는데도 피보험자의 서면 동의 없이 단체보험계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한 경우, 그 지정의 효력(무효) 및 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 경우, 보험수익자(=피보험자 또는 그 상속인)

[2] 보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 하여 맺은 생명보험계약이나 상해보험계약에서 피보험자의 사망이라는 보험사고 발생 시 위 상속인이 갖는 보험금청구권이 상속재산인지 여부(소극) 및 이때 보험수익자로 지정된 상속인 중 1인이 자신에게 귀속된 보험금청구권을 포기하는 경우, 포기한 부분이 당연히 다른 상속인에게 귀속되는지 여부(소극) / 이러한 법리는 단체보험에서 피보험자의 상속인이 보험수익자로 인정된 경우에도 동일하게 적용되는지 여부(적극)

〈판결요지〉

[1] 구 상법(2017. 10. 31. 법률 제14969호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제735조의3 제3항은 '단체보험계약에서 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때에는 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 서면 동의를 받아야 한다'고 규정하고 있는바, 단체의 규약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 명시적

으로 정하였다고 인정하기 위해서는 피보험자의 서면 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급할 수 있을 정도로 그 의사가 분명하게 확인되어야 한다. 따라서 단체의 규약으로 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없음에도 피보험자의 서면 동의 없이 단체보험계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정하였다면 그 보험수익자의 지정은 구 상법 제735조의3 제3항에 반하는 것으로 효력이 없고, 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 경우에는 피보험자 또는 그 상속인이 보험수익자가 된다.

[2] 보험계약자가 피보험자의 상속인을 보험수익자로 하여 맺은 생명보험계약이나 상해보험계약에서 피보험자의 상속인은 피보험자의 사망이라는 보험사고가 발생한 때에는 보험수익자의 지위에서 보험자에 대하여 보험금 지급을 청구할 수 있고, 이 권리는 보험계약의 효력으로 당연히 생기는 것으로서 상속재산이 아니라 상속인의 고유재산이다. 이때 보험수익자로 지정된 상속인 중 1인이 자신에게 귀속된 보험금청구권을 포기하더라도 그 포기한 부분이 당연히 다른 상속인에게 귀속되지는 아니한다. 이러한 법리는 단체보험에서 피보험자의 상속인이 보험수익자로 인정된 경우에도 동일하게 적용된다.

〈선정 이유〉

단체보험에서 피보험자 또는 상속인 이외의 자를 수익자로 지정한 경우 단체보험계약의 유효 요건을 밝히고, 그 지정이 무효인 경우 피보험자 또는 그 상속인이 보험수익자가 되는 점과 그 경우 보험금청구권의 성질은 상속인의 고유재산임을 밝힌 판결로서 의미를 가진다.

## 408. 보험수익자를 상속인으로 정한 경우 보험금청구권의 범위

(대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다236820, 236837 판결)

〈쟁점〉

상해의 결과로 피보험자가 사망한 때에 사망보험금이 지급되는 상해보험에서 보험계약자가 보험수익자를 단지 피보험자의 '법정상속인'이라고만 지정하였는데 보험수익자인 상속인이 여러 명인 경우, 각 상속인이 자신의 상속분에 상응하는 범위 내에서 보험자에 대하여 보험금을 청구할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

〈판결요지〉

상해의 결과로 피보험자가 사망한 때에 사망보험금이 지급되는 상해보험에서 보험계약자가 보험수익자를 단지 피보험자의 '법정상속인'이라고만 지정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 지정에는 장차 상속인이 취득할 보험금청구권의 비율을 상속분에 의하도록 하는 취지가 포함되어 있다고 해석함이 타당하다. 따라서 보험수익자인 상속인이 여러 명인 경우, 각 상속인은 특별한 사정이 없는 한 자신의 상속분에 상응하는 범위 내에서 보험자에 대하여 보험금을 청구할 수 있다.

〈선정이유〉

생명보험의 보험계약자가 스스로를 피보험자로 하면서, 수익자는 만기까지 자신이 생존할 경우에는 자기 자신을, 자신이 사망한 경우에는 '상속인'이라고만 지정하고 그 피보험자가 사망하여 보험

사고가 발생한 경우, 보험금청구권은 상속인들의 고유재산으로 보지만(대법원 2001. 12. 28. 선고 2000다31502 판결 [보험금]), 상속인이 수인인 경우 특별한 사정이 없는 한 보험금의 배분은 상속분에 따른다는 점을 밝힌 판결이다.

# 제 2 장 상해보험계약

## 409. 태아의 피보험자 적격

(대법원 2019. 3. 28 선고 2016다211224 판결)

〈쟁점〉

태아를 피보험자로 하는 상해보험계약의 효력(유효) 및 출생 전 태아가 보험기간 개시 후 보험계약에서 정한 우연한 사고로 상해를 입은 경우, 보험기간 중에 발생한 보험사고에 해당하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

상해보험계약을 체결할 때 약관 또는 보험자와 보험계약자의 개별 약정으로 태아를 상해보험의 피보험자로 할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다. 상해보험은 피보험자가 보험기간 중에 급격하고 우연한 외래의 사고로 인하여 신체에 손상을 입는 것을 보험사고로 하는 인보험이므로, 피보험자는 신체를 가진 사람(人)임을 전제로 한다(상법 제737조). 그러나 상법상 상해보험계약 체결에서 태아의 피보험자 적격이 명시적으로 금지되어 있지 않다. 인보험인 상해보험에서 피보험자는 '보험사고의 객체'에 해당하여 그 신체가 보험의 목적이 되는 자로서 보호받아야 할 대상을 의미한다. 헌법상 생명권의 주체가 되는 태아의 형성 중인 신체도 그 자체로 보호해야 할 법익이 존재하고 보호의 필요성도 본질적으로 사람과 다르지 않다는 점에서 보험보호의 대상이 될 수 있다. 이처럼 약관이나 개별 약정으로 출생 전 상태인 태아의 신체에 대한 상해를 보험의 담보범위에 포함하는 것이 보험제도의 목적과 취지에 부합하고 보험계약자나 피보험자에게 불리하지 않으므로 상법 제663조에 반하지 아니하고 민법 제103조의 공서양속에도 반하지 않는다.

따라서 계약자유의 원칙상 태아를 피보험자로 하는 상해보험계약은 유효하고, 그 보험계약이 정한 바에 따라 보험기간이 개시된 이상 출생 전이라도 태아가 보험계약에서 정한 우연한 사고로 상해를 입었다면 이는 보험기간 중에 발생한 보험사고에 해당한다.

〈선정이유〉

상해보험과 사망보험 등 인보험의 피보험자는 사람임을 전제로 종래 태아는 피보험자가 될 수 없다고 보는 것이 일반적인 설명이었으나, 동 판결은 피보험자적격을 인정한 최초의 판결로서 의미를 가진다.

# 해 상

**제1편 해상기업**
제1장 선박
제2장 해상기업의 보조자
제3장 선박소유자 등의 책임제한
제4장 선박담보
**제2편 해상운송계약**
제1장 개품운송계약의 당사자 확정과 계약의 유형
제2장 운송인의 주의의무
제3장 해상운송인의 면책
제4장 복합운송계약
제5장 해상여객운송계약
**제3편 용선계약**
제1장 항해용선계약
제2장 정기용선계약
제3장 선체용선계약
**제4편 운송증권**
제1장 선하증권의 법리
제2장 화물운송장의 법리
**제5편 선박충돌**
**제6편 항공운송**

# 제 1 편 해상기업

## 제 1 장 선박

### 410. 상법 제5편에 규정된 선박소유자 책임제한 대상이 되는 선박

(대법원 2012. 4. 17. 자 2010마222 결정)

〈쟁점〉

다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 국유 또는 공유 아닌 부선이 구 상법 제5편에 규정된 선박소유자 책임제한 대상이 되는 선박에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상법'이라고 한다) 제740조는 선박이란 상행위 기타 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박을 이른다고 규정하고 있는데, 구 선박법(2007. 8. 3. 법률 제8621호로 개정되기 전의 것) 제1조의2는 자력항행능력이 없어 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 부선도 선박이라고 규정하고 있고, 제29조는 상법 제5편 해상에 관한 규정은 상행위를 목적으로 하지 아니하더라도 항행용으로 사용되는 선박(단 국유 또는 공유의 선박은 제외)에 관하여는 이를 준용한다고 규정하고 있다. 따라서 다른 선박에 의하여 끌리거나 밀려서 항행되는 국유 또는 공유 아닌 부선은 상행위 기타 영리를 목적으로 항행하는지에 상관없이 구 상법 제5편에 규정된 선박소유자 책임제한의 대상이 되는 선박에 해당한다.

〈선정이유〉

선박의 개념은 이를 규정하는 개별 법률에 따라 일정하지 않다. 그러나 상법 해상편의 적용을 위해서는 상법상 선박의 개념을 정확히 할 필요가 있다. 상법 제740조는 「이 법에서 "선박"이란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박을 말한다.」고 규정하고 있지만, 해운실무상 자주 문제가 되는 것은 자력 항행능력이 결여된 '부선(barge)'의 상법상 선박으로서의 인정 여부이다.

이에 관해서는 견해가 나뉘지만, 판례는 다른 선박에 의해 끌리거나 밀려서 항행되는 부선도 상행위 기타 영리 추구 여부와 상관없이 상법상 선박의 개념에 포함된다는 점을 명확히 하였다.

### 411. 선박의 국적과 편의치적의 문제

(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000도354 판결)

〈쟁점〉

관세법 제2조 제1항 소정의 '인취'의 의미 및 외국의 선박을 편의치적의 방법에 의하여 사실상

소유권 내지 처분권을 취득한 후 국내에 반입하여 사용한 행위가 관세법상의 수입에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

관세법 제2조 제1항 제1호는 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 우리나라에 인취하는 것을 관세의 부과대상이 되는 수입의 한 가지 형태로 규정하고 있고, 여기서 우리나라에 인취한다고 함은 물품이 사실상 관세법에 의한 구속에서 해제되어 내국물품이 되거나 자유유통 상태에 들어가는 것을 의미한다고 할 것인바, 선박의 경우에는 그것이 우리나라와 다른 나라를 왕래하는 등의 특수성이 있으므로 선박이 우리나라의 영역에 들어온 것만으로는 그 선박이 수입되었다고 볼 것은 아니며, 다만 우리나라에 거주하는 자가 외국에 있던 선박의 사실상 소유권 내지 처분권을 취득하고 나아가 그 선박이 우리나라에 들어와 사용에 제공된 때에는 형식적으로는 그 선박이 우리나라의 국적을 아직 취득하지 아니하였더라도 실질적으로는 관세부과의 대상이 되는 수입에 해당한다고 보는 것이 실질과세의 원칙에 비추어 타당하고, 외국의 선박을 국내 거주자가 취득하면서 편의치적의 방법에 의하여 외국에 서류상으로만 회사를 만들어 놓고 그 회사의 소유로 선박을 등록하여 그 외국의 국적을 취득하게 한 다음 이를 국내에 반입하여 사용에 제공하게 한 때에도 위에서 말하는 관세법상의 수입에 해당하게 되는 것이다.

〈선정이유〉

국제연합 해양법협약은 선박의 국적과 선적국 사이에 '진정한 관련성(genuine link)'을 요구하고 있다. 우리 선박법 제2조는 대한민국 선박의 요건을 규정하고 있지만, 해운실무상 선박소유자는 조세·행정규제·노동규제 등을 회피하기 위해 편의상 그 소유선박을 선박과의 진정한 관련성이 결여된 외국에 등록하는 소위 '편의치적(flag of convenience)'이 보편화 되어 있다. 각국 정부와 노동계 등은 위와 같은 탈법적 행위를 개선하기 위해 노력하고 있고, 우리 법원도 지속적으로 편의치적의 폐해를 줄이기 위해 편의치적된 선박에 관한 조세법적 문제에 있어서는 일관하여 실질과세의 원칙에 따라 선박의 명의 · 선적국에 불구하고 실체에 따라 과세하고 있다.

# 제 2 장 해상기업의 보조자

## 412. 선장의 대리권의 범위

(대법원 1975. 12. 23. 선고 75다83 판결)

〈쟁점〉

[1] 개품운송계약에 관한 권한이 상법 773조(현행 상법 제749조) 1항 소정 선적항외에서의 선장의 권한에 포함되는지 여부

[2] 선박소유자는 상법 789조(현행 상법 제796조) 2항 1호 소정 사고에 의한 손해에 대하여 운송계약 당사자 간의 운송도중의 사고발생으로 인한 화물의 피해변상 책임에 관한 특약에 의하여 상법 788조(현행 상법 제795조) 2항 면책규정의 적용이 배제되는지 여부와 약 2개월의 경험밖에 없는 항해사의 항해상 과실로 인한 사고에 대하여 상법 787조(현행 상법 제794조) 소정 책임을

면할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 상법 773조 1항 소정 선적항외에서의 선장의 항해에 필요한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한 가운데에는 개품운송계약에 관한 권한도 포함되고 운송도중의 사고발생으로 인한 화물의 피해변상책임에 관한 특약도 운송계약내용의 일부라 할 것이다.

[2] 상법 789조 2항 1호 소정의 사고에 의한 손해라도 운송계약 당사자 간의 운송도중의 사고발생으로 인한 화물의 피해변상책임에 관한 특약에 의하여 상법 788조 2항 소정 선박소유자의 면책규정의 적용이 배제되고 약 2개월의 경험밖에 없는 항해사는 안전항해 능력이 부족하므로 그의 항해상 과실로 인한 사고에 대하여 선박소유자는 상법 787조 소정의 손해배상책임을 면할 수 없다.

〈선정이유〉

선장은 사법상 선박소유자 등을 위해 법률행위를 대리하는 자로서의 지위와 적하이해관계인 등의 타인을 위해 사실행위를 하는 대표자로서의 지위를 갖는다. 상법상 선장의 대리권은 임의대리권으로서 포괄성·정형성·불가제한성을 가진다는 점에서 지배인 또는 선박관리인의 대리권과 동일하지만, 「항해를 위하여 필요한 행위」 및 「선적항 외」로 제한된다는 점에서 위의 자들의 대리권과 상이하다.

상법 제749조 제1항은 "선적항 외에서는 선장은 항해에 필요한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다"고 규정하고 있다. 그런데 위의 "항해에 필요한 행위"의 범위와 관련해서, 운송계약이나 보험계약의 체결이 이에 포함되는지에 관해 견해가 나뉘고 있다. 이에 대해서는, 운송계약이나 보험계약의 체결이 기술적 의미에서의 항해를 위해 필요한 행위에 해당하는 경우에 한해 선장의 대리권을 인정할 수 있다는 견해(제한적 긍정설)와 운송계약이나 보험계약의 체결도 경제적 의미에서는 항해를 위해 필요한 행위라는 점과 선장의 해상기업의 보조자 성을 인정하는 한도에서는 선장의 운송계약 내지 보험계약 체결권을 인정할 필요가 있다는 견해(전면적 긍정설)가 있는데, 위 판례는 전면적 긍정설의 태도를 취한 것이다.

한편 상법 제799조 제1항은 "제794조부터 제798조까지의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다. 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정도 또한 같다."고 규정하고 있다. 따라서 운송계약 당사자 간의 특약으로 상법 제794조부터 제798조까지의 규정에 반해 운송인의 의무 또는 책임을 감경하는 것은 허용되지 않지만, 운송인의 의무 또는 책임을 가중하는 것은 허용된다. 위 판례에서는 당사자 간의 특약에 의해 운송인의 면책규정의 적용을 배제하는 것이므로, 이러한 특약은 상법 제799조 제1항에 의해 유효하다고 볼 것이다.

## 413. 도선사의 법적 지위

(대법원 1995. 4. 11. 선고 94도3302 판결)

〈쟁점〉

[1] 강제도선사가 좌초 사고에 관하여 해도를 믿고 항행하였다는 사유로 면책될 수 있는지 여부

[2] 강제도선구에서의 선장의 주의의무

〈판결요지〉

[1] 도선사는 법률에 의하여 상당히 고도의 주의의무가 부과되어, 해도에 표시된 장애물 뿐 아니라 해도에 표시되어 있지 않고 외관상 쉽게 발견되지 않는 위험물을 포함하여 지방수역에 관한 지식을 가지고 있어야 하며 이를 활용할 의무가 있고 더욱이 강제도선사는 전문지식이 있다고 판단하여 선임된 자이기 때문에 선박이 임의로 승선시킨 도선사보다 고도의 주의의무를 부담하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 강제도선사인 피고인이 선택한 항로로 운항 중이던 유조선의 수중암초 충돌로 인한 업무상과실치상 및 해양오염방지법위반 사건에 관하여 피고인이 해도를 믿고 항행을 하였다 하여 면책될 수 없다.

[2] 선장이 강제도선구에서의 도선사의 조선지휘사항에 일일이 간섭할 수는 없다 하더라도, 도선사의 운항로 선택 등 조선지휘상황이 통상의 예에서 벗어난 위험한 것임을 알았음에도 조기에 이를 시정토록 촉구하여 안전한 운항로 선택 및 안전운항조치를 취하도록 적극적인 조치를 취하지 아니한 것은 잘못이다.

〈선정이유〉

도선사란 특정 지역의 수로에 관한 지식을 가지고 선박을 안전한 수로로 안내할 목적으로 임시로 승선하는 사람을 말한다(도선법 제2조 제1호 및 제2호 참조). 도선사는 도선을 한 경우 해양수산부령이 정하는 바에 따른 도선료를 선박소유자나 선장에게 청구할 수 있고, 선장 등은 지체 없이 도선료를 지급하여야 한다(도선법 제21조). 따라서 도선사는 도선업을 영위하는 독립된 상인으로서 도선업무의 수행을 위해 선박소유자의 대리인인 선장에 의해 임시로 선임된 선박사용인이라고 보는 것이 통설적 견해이다. 도선계약의 법적 성질에 대해서는, 도급계약설, 고용계약설, 위임계약설, 무명계약설 등 다양한 견해가 제시되고 있다. 도선계약은 선박소유자와 도선사 사이에 체결되는 유상 · 쌍무의 계약으로서 도선업무의 주된 내용은 도선법에 규정되어 있지만, 개별 도선계약의 법적 성질은 일률적으로 규정하기 보다는 도선계약의 내용에 따라 정해질 문제이다.

한편 도선업무의 공익성과 관련해서 특기할 점은 '강제도선(Compulsory pilot)'제도이다. 도선사의 사용의 임의성 여부에 따라 임의도선과 강제도선으로 구분하는데, 임의도선은 도선사의 사용이 선박소유자의 자유의사에 맡겨져 있는데 반해, 강제도선은 도선사의 사용이 법령 등에 의해 강제되어 있는 것을 말한다. 강제도선과 관련해서는 국내외적으로 '도선사와 선박소유자의 관계' 특히 도선사의 업무상 귀책사유로 인한 선박소유자의 책임론에 대해 논의가 있다. 강제도선은 선박소유자의 의사와 무관하게 법령에 의해 도선사의 사용이 강제되어 있다는 점에서 해양사고 발생 시 선박소유자의 책임을 부정하는 견해도 있을 수 있지만, 강제도선의 경우 비록 법령에 의해 특정 도선구에서는 선박소유자의 도선사 선임이 강제되어 있지만, 사법적(私法的) 측면에서 본다면 선박소유자와 도선사 사이에는 유효한 계약관계가 성립하고 단지 선박소유자의 도선계약 체결의 동기 내지 원인에 도선사 선임의 강제라는 행정법상 의무의 이행이 자리하고 있을 뿐이다. 따라서 강제도선의 경우에도 도선사의 법적 지위는 임의도선의 경우와 다르지 않다고 볼 것이다.

# 제 3 장 선박소유자 등의 책임제한

## 414. 선박소유자의 책임제한규정의 법적 성질 및 당사자의 약정으로 배제할 수 있는지 여부

(대법원 2015. 11. 17. 선고 2013다61343 판결)

〈쟁점〉

당사자 사이의 합의에 의하여 상법 제769조 본문에서 정한 선박소유자 등의 책임제한의 적용을 배제할 수 있는지 여부 및 해상운송인의 책임에 관한 당사자 사이의 특약의 효력

〈판결이유〉

상법 제769조 본문은 그 규정 형식과 내용 및 입법 취지 등에 비추어 임의규정으로 보아야 하므로 당사자 사이의 합의에 의하여 선박소유자 등의 책임제한의 적용을 배제할 수 있다. 그리고 상법 제799조 제1항에 의하면 해상운송인의 책임에 관한 당사자 사이의 특약은 상법 제794조부터 제798조까지의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 경우가 아닌 한 유효하다.

〈선정이유〉

상법 제769조와 제773조는 선박소유자 등이 책임을 제한할 수 있는 채권과 책임제한이 부인되는 채권을 각 명시하고 있지만, 법률행위 당사자의 의사표시에 의해 선박소유자 등의 책임제한에 관한 상법규정의 적용을 배제할 수 있는지 여부에 관해서는 명문규정이 없다. 특정 법규정이 법률행위 당사자의 의사표시에 의해 그 적용이 배제될 수 있는지 여부는 해당 법규정이 민법상 '선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는지' 여부에 의해 판단할 수밖에 없는데, 선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법규정이 강행규정인지 여부에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 그러나 특정 법규정을 강행규정으로 볼 것인가 하는 문제는 원칙적으로 해당 법규정의 입법취지 및 기능이 법률행위 당사자의 사적자치를 용인하는 것인가 하는 관점에서 파악하여야 한다. 우리 법제상 선박소유자 등의 책임제한제도는 법률이 정한 집단적 채무청산제도이긴 하지만, 법률행위 당사자의 의사표시에 의해 선박소유자 등의 책임제한에 관한 상법규정의 적용을 배제하더라도 책임제한이 배제된 채권자는 원칙적으로 책임제한기금 이외의 선박소유자 등의 재산에 대해 그 권리를 행사할 수 있다는 점에서 책임제한채권자의 권리에 영향을 미치지 않는다. 또한 상법은 선박소유자 등의 총체적 책임제한과 운송인의 개별적 책임제한을 중첩적으로 허용하고 있지만, 개품운송인의 개별적 책임제한과 달리 선박소유자 등의 총체적 책임제한에 대해서는 상법 제799조 제1항을 준용하지 않음으로써, 개품운송계약과 달리 선박소유자 등의 책임제한제도의 경우에는 사적자치를 폭넓게 인정하고 있다. 이러한 사정은 상법 제769조 및 1976년 책임제한조약이 선박소유자 등의 책임제한권행사 여부를 임의규정화하여 선박소유자 등은 자신의 책임을 사후적으로도 제한할 것인지 여부를 선택할 수 있도록 한 것에서도 잘 알 수 있다. 만약 특정 법규정을 강행규정으로 해석하는 경우, 이는 법률행위의 내용을 법률이 존중하거나 당사자의 의사표시의 실현에 법률의 조력을 받을 수 없다는 것을 의미한다. 선박소유자 등의 책임제한에 관한 상법규정을 강행규정으로 볼 경우, 선박소유자 등은 책

임제한권을 포기하는 조건으로는 계약을 체결하지 못하거나 그 실현에 법률의 조력을 받을 수 없다는 것을 의미할 것인데, 이는 사적자치에 대한 법률의 과도한 간섭이라고 하지 않을 수 없다.

## 415. 운송의 종료 후 발생한 손해배상채권이 책임제한채권에 해당하는지 여부

(대법원 2014. 5. 9. 자 2014마223 결정)

〈쟁점〉

선박의 운항이 종료된 후에 발생한 선박소유자의 단순한 채무불이행이 상법 제769조 제1호에서 정한 '선박의 운항에 직접 관련'된 것이라고 할 수 있는지 여부

〈결정요지〉

상법 제769조 제1호는 선박소유자가 청구원인의 여하에 불구하고 같은 법 제770조에 따른 금액의 한도로 그 책임을 제한할 수 있는 채권의 하나로 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 그 선박 외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권'을 규정하고 있고, 같은 법 제774조 제1호는 용선자 등도 위 규정에 따라 선박소유자의 경우와 동일하게 책임을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 위와 같이 선박소유자의 책임제한 대상을 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한' 손해에 관한 채권으로 한정하고 있는 것은 1976년 해사채권에 대한 책임제한조약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims) 제2조 제1항 (a)호의 'occurring in direct connection with the operation of the ship'을 수용한 것으로서, 선박소유자 책임제한제도의 목적, 연혁 및 취지 등을 종합하면, 선박의 운항이 종료된 후에 발생한 선박소유자의 단순한 채무불이행은 선박의 운항에 직접 관련된 것이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

운송물을 선하증권과 상환하지 않고 선하증권의 정당한 소지인이 아닌 타인에게 인도한 경우 선박소유자 등이 책임제한을 할 수 있는지 여부에 대해서는, 국내외의 견해가 일치하지 않는다. 영국의 경우, 선박소유자 등의 책임제한 내지 면책의 허용 여부는 계약해석의 문제로서, 계약자유의 원칙상 계약당사자는 책임제한 내지 면책을 원칙적으로 자유로이 규정할 수 있다고 본다. 다만 당사자 사이의 책임제한 등에 관한 규정은 명확하고 상세하게 규정되어야 한다. 따라서 선박소유자 등에 대한 채권이 상법 제769조 제1호의 책임제한채권에 해당하는지 여부를 논하기에 앞서, 용선계약 내지 운송계약상 선박소유자 등의 책임제한을 인정하는 당사자의 합의가 있었는지 여부를 검토할 필요가 있다. 한편 선박소유자 등의 책임제한 내지 면책에 관한 논의는 이들의 책임기간과 대응하여 고찰할 필요가 있고, 1976년 책임제한조약은 운송인의 책임제한에 관한 국제적 입법례와 상호 영향을 주고받으면서 발전해 왔다는 점을 감안할 필요가 있다. 특히 헤이그 비스비규칙은 운송인의 책임기간을 선적 시부터 양하 `시까지로 한정하고 있다는 점에서, 1976년 책임제한조약이 선박소유자 등의 책임제한채권을 원칙적으로 「선박에서 또는 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 손해에 관한 채권 또는 그러한 손해로 인한 연속적 손해에 관한 채권」으로 제한한 것은 선박소유자 등의 책임제한채권의 인정범위를 책임기간에 일치시키고자 한 것으로 보인다. 1976년 책임제한조약의 입법취지는 책임제한채권을 제한하려는 것이 아니라, 책임제한채권을 확대하여 사실상 깨어

지지 않는 책임제한제도를 확립하고자 한 것에 있다는 점은, 우리 상법상 책임제한제도의 운영에 있어서도 경청할 필요가 있다. 1976년 책임제한조약의 입법취지를 감안한다면, 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 증권의 정당한 소지인이 아닌 타인에게 인도함으로써 손해가 발생한 경우에도 그러한 손해도 원칙적으로 1976년 책임제한조약 제2조에서 규정한 책임제한채권에 포함하되, 선박소유자 등에게 동 조약 제4조 또는 상법 제769조에서 규정하고 있는 고의 등 책임제한의 주관적 배제사유가 존재하는 경우에는 책임제한권을 부정하는 것이 타당할 것이다.

## 416. 상법상 선박소유자 등의 책임제한채권과 주관적 사유를 이유로 한 책임제한 배제사유

(대법원 1995. 6. 5. 자 95마325 결정)

〈쟁점〉

[1] 선박소유자의 책임제한이 선박충돌의 경우에도 인정되는지 여부

[2] 상법 제746조(현행 상법 제769조) 단서의 규정에 의하여 선박소유자 또는 용선자의 책임제한을 배제하기 위한 요건

〈결정요지〉

[1] 선박충돌 사고로 인한 손해배상채권은 상법 제746조 제1호가 규정하는 “선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 그 선박 이외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권"에 해당하고, 그러한 채권은 불법행위를 원인으로 하는 것이라 하여도 "청구원인의 여하에 불구하고“ 책임을 제한할 수 있는 것으로 규정하고 있는 같은 법 제746조 본문의 해석상 책임제한의 대상이 된다.

[2] 상법 제746조 단서에 의하여 책임제한이 배제되기 위하여는, 책임제한의 주체가 선박소유자인 경우에는 선박소유자 본인의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위가 있어야 하는 것이고 선장 등과 같은 선박소유자의 피용자에게 고의 또는 무모한 행위가 있었다는 이유만으로는 선박소유자가 상법 제746조 본문에 의하여 책임을 제한할 수 없다고는 할 수 없으며, 상법 제750조 제1항 제1호에 의하여 용선자가 책임제한의 주체인 경우에도 용선자 자신에게 고의 또는 무모한 행위가 없는 한 피용자에게 고의 또는 무모한 행위가 있다는 이유만으로 책임을 제한할 수 없다고 볼 것은 아니다.

〈선정이유〉

선박소유자는 청구원인의 여하에 불구하고 ‘선박에서 또는 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 사람의 사망, 신체의 상해 또는 그 선박 외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권’에 대하여 상법 제770조에 따른 금액의 한도로 그 책임을 제한할 수 있다(상법 제769조). 선박에서 발생한 물적 손해는 당해 선박에 적재되어 있던 운송물이나 여객의 수하물, 하역장비, 선박의 연료유 등의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해를 말하고, 충돌사고 관련 선박 자체의 멸실 또는 훼손으로 인한 손해는 여기에 해당하지 않는다.

상법상 선박충돌의 법적 성질은 본질적으로 민법상 불법행위인데, 상법 제769조는 ‘청구원인의

여하에 불구하고' 선박소유자의 책임제한권을 인정하고 있으므로, 선박충돌사고로 인한 손해배상채권은 상법 제746조 제1호가 규정하는 책임제한채권에 해당한다.

한편 상법 제774조 제1호는 용선자도 선박소유자와 동일하게 책임을 제한할 수 있다고 규정한다. 따라서 용선자도 선박소유자와 같이 책임제한을 할 수 있지만, 이 경우 상법 제769조 단서에 따라 손해배상채권이 용선자 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 것인 때에는 책임제한권이 부인된다. 여기서 위와 같은 주관적 사유를 이유로 용선자의 책임제한권을 부인하기 위해서는 주관적 사유가 용선자 「자신」에게 있어야 하는데, 이 판례는 용선자 「자신」에게 고의 또는 무모한 행위가 없는 한 피용자에게 고의 또는 무모한 행위가 있다는 이유만으로 책임을 제한할 수 없다고 판시하여, 주관적 사유를 이유로 한 선박소유자의 책임제한권 배제에 관한 법리를 용선자의 경우에도 그대로 인용하고 있다.

## 417. 주관적 사유로 인한 선박소유자 등의 책임제한 배제의 요소로서 선박소유자 「자신」의 의미

(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다27082 판결)

〈쟁점〉

해상운송인이 법인인 경우, 해상운송인의 책임제한의 배제에 관한 상법 제797조 제1항 단서의 '운송인 자신'의 범위

〈판결요지〉

해상운송인의 책임제한의 배제에 관한 상법 제797조 제1항의 문언 및 입법 연혁에 비추어, 단서에서 말하는 '운송인 자신'은 운송인 본인을 말하고 운송인의 피용자나 대리인 등의 이행보조자를 포함하지 않지만, 법인 운송인의 경우에 그 대표기관의 고의 또는 무모한 행위만을 법인의 고의 또는 무모한 행위로 한정한다면 법인의 규모가 클수록 운송에 관한 실질적 권한이 하부의 기관으로 이양된다는 점을 감안할 때 위 단서조항의 배제사유가 사실상 사문화되고 당해 법인이 책임제한의 이익을 부당하게 향유할 염려가 있다. 따라서 법인의 대표기관뿐만 아니라 적어도 법인의 내부적 업무분장에 따라 당해 법인의 관리 업무의 전부 또는 특정 부분에 관하여 대표기관에 갈음하여 사실상 회사의 의사결정 등 모든 권한을 행사하는 사람은 그가 이사회의 구성원 또는 임원이 아니더라도 그의 행위를 운송인인 회사 자신의 행위로 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

우리 상법상 선박소유자 등은 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 채권에 대해서는 그 책임을 제한하지 못한다(제769조 단서). 이러한 사유가 있는 경우에까지 선박소유자 등의 책임제한을 인정하는 것은 불합리하다는 점을 감안하여, 상법은 선박소유자 등의 주관적 사유로 인한 책임제한의 예외로서, 1976년 책임제한조약상의 책임제한 배제사유를 수용한 것이다(동 조약 제4조). 상법상 선박소유자 등의 주관적 사유로 인한 책임제한 배제사유는 동 법상 개품운송인의 포장당 책임제한의 배제사유로도 규

정되어 있다(제797조 제2항).

그런데 상법에서 규정하는 선박소유자 등의 주관적 사유로 인한 책임제한 배제에 있어, 선박소유자를 누구로 보아야 할 것인지가 문제가 될 수 있다. 먼저, 상법 제769조는 선박소유자 등의 자신의 행위만이 책임제한 배제사유이기 때문에, 선장, 선박사용인 그 밖의 피용자나 대리인의 행위는 선박소유자 등의 책임제한권을 상실시키지 않는다. 이 판례는 이러한 점을 분명히 한 것이다(같은 취지, 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다31611 판결).

나아가 선박소유자 등이 회사와 같은 법인인 경우 누구의 행위를 선박소유자 등의 자신의 행위라고 볼 것인가 하는 문제도 있다. 법인이 대형화되고 업무가 점점 복잡해지는 현실을 고려할 때 대표기관이 스스로 선박의 운항에 관여하는 경우는 드물 것이므로, 법인의 대표기관의 행위만을 선박소유자 자신의 행위로 본다면 사실상 책임제한 배제사유를 인정하기 어려울 것이다. 따라서 법인의 대표기관 뿐만 아니라 대표기관으로부터 선박의 운항에 관한 권한을 실질적으로 위임받은 자의 행위도 선박소유자 자신의 행위로 보아야 한다는 것이 위 판결의 취지라고 볼 것이다.

## 418. 선박소유자 등의 책임제한 배제사유로서의 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위'의 의미

(대법원 2012. 4. 17. 자 2010마222 결정)

〈쟁점〉

[1] 구 상법 제746조에서 선박소유자 책임제한 배제사유로 정한 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위'의 의미

[2] 허베이 스피리트호 유류오염사고로 피해를 입은 주민 등이 예인선과 부선을 임차하였던 갑 주식회사에 관한 책임제한절차개시결정에 대하여 즉시항고를 제기한 사안에서, 갑 회사로부터 선박 관리를 위탁받은 을 주식회사 또는 위 선박들의 선장, 선두의 행위를 기준으로 해상사고 당시 갑 회사가 무모한 행위를 하였는지를 판단할 수 없고, 제반 사정에 비추어 책임제한절차개시결정을 위하여 필요한 범위 내에서는 책임제한 배제사유의 부존재에 대해서 소명이 되었다고 한 사례

〈결정요지〉

[1] 구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것) 제746조 단서가 선박소유자 책임제한이 배제되는 사유로 정한 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위'란 손해발생의 개연성이 있다는 것을 알면서도 이를 무시하거나 손해가 발생하지 않을 수도 있다고 판단하였지만 판단 자체가 무모한 경우를 의미하므로, 단지 선박소유자 등의 과실이 무겁다는 정도만으로는 무모한 행위로 평가할 수 없다.

[2] 허베이 스피리트호 유류오염사고로 피해를 입은 주민 등이 예인선과 부선을 임차하였던 갑 주식회사에 관한 책임제한절차개시결정에 대하여 즉시항고를 제기한 사안에서, 갑 회사가 선박들의 운항을 포괄적으로 관리·감독하는 지위에 있었던 것으로 보이고, 갑 회사로부터 선박 관리를 위탁받은 을 주식회사 또는 위 선박들의 선장, 선두가 갑 회사의 대표기관에 갈음하여 예인선단의 관리·운항에 관하여 회사의 의사결정 등 권한을 행사하는 대표기관에 준하는 지위에 있었던 것으로 볼 수 없으므로, 을 회사의 대표기관 행위나 위 선장, 선두 행위를 기준으로 해상사고 당시 갑 회

사가 무모한 행위를 하였는지를 판단할 수 없고, 또한 갑 회사가 항행에 필요한 충분한 안전조치 등을 강구했는지에 관하여 의문을 가지게 하는 사정이 있었더라도 제반 사정에 비추어 책임제한절차개시결정을 위하여 필요한 범위 내에서는 책임제한 배제사유의 부존재에 대해서 소명이 되었다고 한 사례.

〈선정이유〉

상법 제769조 단서는, 책임제한채권이 선박소유자 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 것인 때에는 선박소유자 등의 책임제한을 부인한다. 상법 제769조의 '손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위'는 「1976년 해사채권에 대한 책임제한에 관한 국제협약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, 이하 '1976년 책임제한조약'이라고 함)」 제4조의 'his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result'를 국문번역한 것이다. 그런데 위 문언의 개념은 우리나라에서는 생소한 것으로, 위 규정의 성질과 내용이 구체적으로 무엇인지에 관해 국내의 견해가 일치하지 않고 있다. 나아가 우리 상법은 1976년 책임제한조약의 관련 규정을 문언 그대로 번역하지 않고 다소 변형하여 수용하였기 때문에 위 문언의 해석에 관해서는 더욱 더 어려움이 가중되고 있다. 이 판례는 그 동안 학술적 논의의 대상이었던 위 문언에 성질과 내용에 관해 대법원이 유권해석을 한 것이라는 점에서 그 의의가 있다고 할 수 있다.

한편 대법원은 이 사건에서 책임제한절차 신청인인 갑 회사가 을 회사에 선박들의 관리를 위탁한 사실, 그 관리위탁계약에서 장비관리 등 안전관리업무 및 공사 수행에 필요한 선단의 운영 등은 을 회사가 책임지나, 갑 회사는 공사현장에 감독원을 파견하여 을 회사의 용역업무를 점검하고 을 회사의 관리자에게 관리위탁용역과 관련된 작업지시를 요청할 수 있으며 을 회사는 정당한 사유가 없는 한 그 작업 지시에 따르도록 정하고 있는 사실, 을 회사는 갑 회사의 협력업체로서 그 소재지를 갑 회사의 소재지에 두고 위 선박들의 관리·운영 외에는 다른 영업을 하지 아니한 사실, 을 회사는 위 선박과 예인선단의 운항에 관한 안전관리 체계나 안전관리 매뉴얼 등을 마련하지 아니하였고 인력이나 전문성의 부족으로 예인선단의 운항상의 안전관리업무를 예인선 선장이나 부선의 선두에게 일임하였던 사실, 위 선장과 선두는 갑 회사 소속 직원들의 통제·감독을 받으면서 이 사건 예인선단을 운항하였던 사실, 갑 회사는 위 선박들을 자신의 소재지 공장에서 자신의 업무에 사용하다가 소외 병 주식회사가 시공하는 인천대교 건설공사에 제공하고, 거제-인천 간 예인항해와 관련하여 선박보험에 가입하면서 자신의 비용으로 보험검사를 받았으며, 인천대교 건설공사 현장에 자신의 직원들을 파견한 사실, 그 현장에서 작업이 종료되자 이 사건 예인선단이 갑 회사 소재지로 복귀하기 위하여 출항하였는데, 갑 회사의 직원들은 작업 종료를 확인한 다음 이 사건 예인선단이 출항 준비를 하는 것을 보고 현장을 떠났으며, 을 회사로부터 출항 보고를 받은 사실 등을 인정한 후, 갑 회사가 위 선박들의 운항을 포괄적으로 관리·감독하는 지위에 있었다고 봄이 상당하므로 을 회사 또는 위 선박들의 선장, 선두가 갑 회사의 대표기관에 갈음하여 이 사건 예인선단의 관리·운항에 관하여 회사의 의사결정 등 권한을 행사하는 대표기관에 준하는 지위에 있었다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

같은 취지에서 을 회사의 대표기관의 행위나 위 선장, 선두의 행위를 기준으로 이 사건 해상사고 당시 갑 회사가 무모한 행위를 하였는지를 판단할 수 없다고 판시한 것이다.

## 419. 책임보험자의 선박소유자 등의 책임제한권자 여부

(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다58470 판결)

〈쟁점〉

[1] 선박소유자의 책임보험자가 피보험자인 선박소유자 등의 책임제한 항변을 원용하여 책임제한을 주장할 수 있는지 여부

[2] 책임보험자가 '선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률'에 규정한 책임제한절차 외에서 선박소유자의 책임제한 항변을 원용하는 경우, 책임제한절차의 폐지 또는 책임제한절차 개시결정의 취소를 조건으로 제한채권자의 청구를 인용할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것) 제750조 제1항에 선박소유자의 경우와 동일하게 책임을 제한할 수 있는 자로 선박소유자의 책임보험자가 규정되어 있지는 않으나, 같은 법 제724조 제2항에서 "제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도 내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다"고 규정하고 있을 뿐 아니라, 책임보험자는 피보험자의 책임범위 내에서만 책임을 부담하는 것이 보험법의 일반원리에도 충실하고, 같은 피해자라도 상대방이 보험에 가입하였느냐 여부 및 선박소유자 또는 보험자 어느 쪽에 대하여 청구권을 행사하느냐에 따라 그 손해전보의 범위가 달라지는 것은 합리적이지 못하며, 해상사고의 대규모성에 비추어 해상보험자에 대하여만 그 보호를 포기할 이유가 없다는 점 등을 고려하여 보면, 책임보험자도 피보험자인 선박소유자 등의 책임제한의 항변을 원용하여 책임제한을 주장할 수 있다.

[2] 책임보험자가 선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률에서 규정한 책임제한절차 외에서 선박소유자의 책임제한 항변을 원용하는 경우 법원으로서는 책임제한절차의 폐지 또는 책임제한절차 개시결정의 취소를 조건으로 제한채권자의 청구를 인용할 수 있다.

〈선정이유〉

상법 제774조 제1항, 제3항은 선박소유자의 책임제한권을 원용할 수 있는 자를 ① 용선자·선박관리인 및 선박운항자(동 조 제1항 제1호), ② 법인인 선박소유자 및 제1호에 규정된 자의 무한책임사원(제2호), ③ 자기의 행위로 인하여 선박소유자 또는 제1호에 규정된 자에 대하여 제769조 각 호에 따른 채권이 성립하게 한 선장·해원·도선사, 그 밖의 선박소유자 또는 제1호에 규정된 자의 사용인 또는 대리인(제3호)으로 규정하고 있다.

그런데 책임보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자에게 보험금액의 한도 내에서 직접 책임을 부담함에도 불구하고(상법 제724조 제1항, 제2항), 상법 제774조는 선박소유자의 책임보험자가 선박소유자의 책임제한권을 원용할 수 있는지에 대해 명문규정을 두고 있지 않다. 그러나 책임보험자는 제3자에 대해 직접 책임을 지는 경우 피보험자가 가지는 항변으로 제3자에게 대항할 수 있으므로(상법 제724조 제2항 단서), 상법 제774조에 불구하고 선박소유자의 책임보험자는 제3자에 대해 피보험자인 선박소유자의 책임제한권을 원용할 수 있다고 할 것이다. 이 판례는 이 점을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 있다.

한편 상법 제776조 제1항은, 책임을 제한하고자 하는 자는 채권자로부터 책임한도액을 초과하는

청구금액을 명시한 서면에 의한 청구를 받은 날부터 1년 이내에 법원에 책임제한절차개시의 신청을 하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 선박소유자 등은 「선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률(이하 '책임제한절차법'이라 한다)」에 따라 책임을 제한할 수 있다. 그러나 제한채권자는 책임제한절차에 참가함과 동시에, 다른 한편으로는 책임제한절차에 따라 신고된 자신의 채권이 제한채권이 아니라는 것을 주장하여 책임제한절차 외에서 채권전액의 청구를 하는 것도 가능하므로, 책임제한절차 외의 소송과 책임제한절차 내의 절차를 병행하는 것도 가능하다. 다만 책임제한채권인지 여부에 따라 책임제한절와 절차 외 소송의 결과가 모순되는 것을 방지하기 위해 책임제한절차법은 절차 외 소송의 중지, 절차 외 소송관할의 확장 등에 관한 규정을 두고 있다(책임제한절차법 제61조 내지 64조).

따라서 선박소유자 등이 책임제한절차 외에서 책임제한의 항변을 하는 경우, 법원은 양 절차의 모순을 방지하기 위해 책임제한절차의 폐지 또는 책임제한절차 개시결정의 취소를 조건으로 제한채권자의 청구를 인용할 수 있고, 이 판례는 이 점을 명확히 한 것이다.

## 420. 예선의 충돌과 책임제한채권의 성립 여부 등

(대법원 1998. 3. 25. 자 97마2758 결정)

〈쟁점〉

[1] 리스로 임차된 부선(barge)이 예인선과 예선열을 이루어 운항하던 중 타 선박과 충돌한 경우, 그로 인하여 상대방이 가지는 손해배상채권이 상법 제746조 제1호 소정의 책임제한 대상 채권에 해당하는지 여부

[2] 예인선과 피예인선이 예선열을 이루어 운항하던 중 선박소유자의 책임제한 대상이 되는 채권이 발생한 경우, 상법 제747조 제1항 제3호에 따른 책임한도액 결정시 항상 양 선박을 단일한 선박으로 간주해야 하는지 여부

〈결정요지〉

[1] 예인선의 선장 및 선원들이 예인선과 일체로서 영리 목적으로 사용되는 리스 임차 피예인선인 부선(barge)을 그 안전수칙에 위반하여 안개로 인한 시계제한 상태에서 운행하던 중 무선 연락 등으로 선행 선박의 항해 방향, 시속 등을 확인하지 않은 채 너무 근접하여 그 선박을 추월하다가 피예인선이 그 선박과 충돌한 경우, 예인선의 선박소유자는 그 피용인인 선장이나 선원들의 위와 같은 항해상의 잘못으로 인하여 발생한 사고로 인한 손해를 상대방 선박소유자에게 배상책임이 있으며, 그 손해배상채권은 상법 제746조 제1호가 정하는 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 그 선박 이외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 채권'으로서 선박소유자의 책임제한 대상 채권에 해당한다.

[2] 상법 제747조 제1항 제3호는 선박소유자의 책임제한에 관한 여러 입법주의 중 이른바 금액주의를 채택하면서 '그 선박'의 톤수에 따라 정하여진 금액을 책임의 한도액으로 하도록 하고 있는바, 예인선이 피예인선을 예인하면서 예선열을 이루어 운항하던 중에 선박소유자의 책임을 제한할 수 있는 채권이 발생한 모든 경우에 항법 분야에서 통용되는 이른바 예선열 일체의 원칙을 적용하여 예인선과 피예인선이 일체로서 상법 제747조 제1항 제3호가 정하는 '그 선박'에 해당하는 것으

로 의제할 근거는 없다.

[3] 위 [1]의 경우, 예인선 소유자는 피예인선의 임차인으로서 영리를 목적으로 피예인선을 항해에 사용하였으므로 상법 제766조 제1항에 따라 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있고, 예인선과 피예인선은 예인선 소유자의 해상기업조직에 편입되어 함께 그 기업활동을 수행하던 중에 사고를 일으켰으며, 예인선 소유자의 손해배상채무를 발생시킨 원인이 된 선장의 과실은 예인선의 항해에 국한된 것이 아니라 예인선이 예인하는 대로 항해할 수밖에 없는 피예인선의 항해에도 관련된 것이며, 충돌로 인한 상대 선박의 훼손은 예인선과 피예인선 두 선박 모두의 운항에 직접 관련하여 생긴 것이라고 할 수 있고, 피예인선이 선박검사증서에 명기된 운항 제한에 위반하여 출항한 것 자체가 그 운항에 책임 있는 예인선 소유자의 피용자의 과실이라고 할 수 있으므로, 예인선 소유자의 책임한도액은 예인선과 피예인선 두 선박에 대하여 각각 상법 제747조 제1항 제3호에 따라 산정한 금액을 합한 금액이 된다.

## 〈선정이유〉

예선계약이란 예선자가 예인선의 동력을 이용하여 다른 선박 또는 수면 등에서 이동이 가능한 물건의 해상에서의 장소적 이동을 위한 노무의 제공 또는 일의 완성을 약정하고 이에 대해 피예선자가 보수를 지급할 것을 약정한 계약을 말한다. 강학상 예선계약은 예선계약의 행태와 법적 성질에 따라 ① 고용형 예인계약, ② 운송형 예인계약, ③ 도급형 예인계약으로 구별하기도 한다.

예선계약의 내부관계인 예선자와 피예선자 사이의 법률관계는 계약자유의 원칙에 따라 당사자가 약정한 바에 따라 정해진다. 이에 반해 예인과정에서 제3자가 손해를 입은 경우에 누가 손해배상책임을 부담할 것인지에 관한 예선계약의 외부관계는 당사자 사이의 계약의 해석문제가 아니라 불법행위책임의 성립요건의 판단의 문제이다.

이 판례는 예인 도중에 발생한 손해에 대해 예선자 또는 피예선자가 선박소유자 등의 총체적 책임제한의 주체로서 책임을 제한하는 경우에 책임제한금액을 무엇을 기준으로 산정할 것인가 하는 점이 문제가 된 사안이다. 이 사안은, 타인으로부터 무동력 부선을 임차한 자가 무동력 부선에 적재한 물건을 해상 이동시킬 목적으로 다시 제3자로부터 예인선을 정기용선한 것이다. 정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정한 계약으로서, 정기용선자는 약정한 범위 안의 선박의 사용을 위해 선장을 지휘할 권리가 있다. 이 때 타인에게 손해가 발생한 경우, 손해배상의 주체는 예선계약의 유형에 따라 일률적으로 판단될 수 있는 문제가 아니라, 손해발생에 관한 귀책사유를 제공한 자가 배상책임을 부담한다고 볼 것이다. 같은 맥락에서 선박소유자 등의 책임제한의 주체는 자신의 책임을 제한할 수 있을 것인데, 이 경우에도 책임제한액은 원칙적으로 자신의 선박을 기준으로 책임제한액이 산정되어야 할 것이다. 다만 이 사건 대법원 판례가 지적하고 있는 바와 같이, 예인선 소유자가 피예인선을 소유하거나 임차하는 경우와 같이 피예인선에 관하여 선박소유자와 동일한 책임을 부담한다고 볼 사정이 있는 경우에는 예인선과 피예인선의 톤수를 합산하거나, 각 선박의 책임제한금액을 합산하는 방법이 타당할 것이다.

# 제 4 장 선박담보

## 421. 선박우선특권에 관한 상법 제861조(현행 상법 제777조) 제1항 제1호의 '최후 입항 후'의 의미

(대법원 1996. 5. 14. 선고 96다3609 판결)

〈쟁점〉

선박우선특권에 관한 상법 제861조 제1항 제1호의 '최후 입항 후'의 의미

〈판결요지〉

상법 제861조 제1항 제1호가 최후 입항 후의 선박보존비 등에 대하여 선박우선특권을 부여하는 것은, 이러한 채권이 없으면 다른 채권자들도 선박 경매대금으로부터 변제를 받기가 불가능하게 될 것이라는 점에서 이러한 비용은 경매에 관한 비용에 준하는 성질을 가지기 때문이고, 따라서 최후 입항 후라는 의미는 목적하는 항해가 종료되어 돌아온 항뿐만 아니라 선박이 항해 도중에 경매 또는 양도처분으로 항해가 중지되어 경매되는 경우의 선박보존비용도 달리 보아야 할 필요가 없으므로, 항해를 폐지한 시기에 있어서 선박이 존재하는 항도 포함하는 것으로 해석함이 상당하다.

〈선정이유〉

상법 제777조 제1항 제1호에 따라 채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비 채권을 가진 자는 선박·그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선특권이 있다. 상법이 이러한 채권에 선박우선특권을 인정한 이유는 이러한 채권에 의해 선박과 속구가 보존되어 다른 채권의 담보의 원인이 되기 때문이다.

그런데 선박우선특권의 대상이 되는 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비 채권과 관련해서는, 「최후 입항 후」의 기준이 되는 최후의 항구를 목적 항해를 종료하고 영업본거항으로 귀항한 경우의 항구만을 말하는 것인지, 아니면 항해 도중에 항해가 중단 또는 폐지된 경우에 선박이 존재하는 항구도 포함되는 것인지 의문이 있다.

이 판례는 위 문제에 관해 위 판시와 같이 '최후 입항'의 기준을 넓게 해석하여 반드시 선박이 목적한 항해를 마치고 선적항 내지 영업본거항으로 귀항한 경우뿐만 아니라 목적한 항해가 중간에 폐지 또는 중지되는 경우에는 선박이 기항하고 있는 항구도 최후에 입항한 항구로 보아야 한다고 판시하였다.

## 422. 선박우선특권의 의의와 임금우선특권과의 관계

(대법원 2005. 10. 13. 선고 2004다26799 판결)

〈쟁점〉

상법 제861조 제1항에 정한 선박우선특권 있는 채권과 구 근로기준법 제37조 제2항에 정한 임금우선특권 있는 채권 사이의 우선순위

〈판결요지〉

선박우선특권 제도는 원래 해상기업에 수반되는 위험성으로 인하여 해사채권자에게 확실한 담보를 제공할 필요성과 선박소유자에게 책임제한을 인정하는 대신 해사채권자를 두텁게 보호해야 한다는 형평상의 요구에 의하여 생긴 제도임에 비하여, 임금우선특권 제도는 근로자의 생활안정, 특히 사용자가 파산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의해 압류되었을 경우에 사회·경제적 약자인 근로자의 최저생활보장을 확보하기 위한 사회정책적 고려에서 일반 담보물권자 등의 희생 아래 인정되어진 제도로서 그 공익적 성격이 매우 강하므로, 양 우선특권제도의 입법 취지를 비교하면 임금우선특권을 더 강하게 보호할 수밖에 없고, 나아가 상법 제861조 제2항에 의하면, 선박우선특권 있는 채권을 가진 자는 다른 채권자보다 우선변제를 받을 권리가 있되 이 경우에 그 성질에 반하지 아니하는 한 민법상의 저당권에 관한 규정을 준용하도록 되어 있는 점, 조세채권우선원칙의 예외사유를 규정한 국세기본법 제35조 제1항단서나 지방세법 제31조 제2항에서 임금우선특권은 그 예외사유로 규정되어 당해세보다도 우선하는 반면에 선박우선특권은 예외사유에서 빠져 있는 점, 구 근로기준법(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 이전의 것) 제37조 제2항은 임금우선특권 있는 채권은 조세·공과금 채권에도 우선한다는 취지로 규정하고 있음에 반하여 상법에는 선박우선특권 있는 채권과 조세채권 상호간의 순위에 관하여 아무런 규정이 없을 뿐만 아니라, 오히려 상법 제861조 제1항은 '항해에 관하여 선박에 과한 제세금'을 제1호소정의 채권에 포함시켜 선박우선특권 내부에서 가장 앞선 순위로 규정하고 있는 점 등을 감안하면, 임금우선특권을 선박우선특권보다 우선시키는 것이 합리적인 해석이라고 할 것이다.

〈선정이유〉

근로기준법상 근로자의 최종 3월분의 임금과 재해보상금은 사용자의 총재산에 대해 질권 또는 저당권에 의해 담보된 채권, 조세공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제받을 권리가 있다(근로기준법 제37조 제2항). 이를 근로자의 임금우선특권이라 하는데, 우리 법은 선박우선특권과 임금우선특권의 우선순위에 관해 명문 규정을 두고 있지 않다. 이 판례는 위 문제에 관해 양 우선특권의 입법취지를 비교하여 근로자의 임금우선특권을 보다 강하게 보호하는 것이 타당하다고 판시한 것이다.

한편 선원의 고용계약으로 인한 채권 중 최종 3월분의 임금과 재해보상금 채권에 대해서는 임금우선특권과 제2순위의 선박우선특권(상법 제777조 제1항 제2호)이 경합할 수 있는데, 대법원 판례에 의할 경우 선원은 당연히 임금우선특권을 행사하여 변제를 받게 될 것이다.[4)]

## 423. 선박우선특권의 효력

(대법원 1974. 12. 10. 선고 74다176 판결)

4) 최종현, 『해상법상론』, 제2판, 박영사, 2014, 214면.

〈쟁점〉

상법 861조 소정의 선박우선특권을 가진 선박채권자가 선박을 양수한 사람에게 채무의 변제를 청구할 수 있는가 여부

〈판결요지〉

상법 제861조 소정의 선박우선특권을 가진 선박채권자는 선박을 양수한 사람에게 채무의 변제를 청구할 수 없고 다만 선박우선특권의 추급성에 의하여 선박이 우선특권의 목적물이 될 뿐이다.

〈선정이유〉

선박우선특권은 담보물권으로서 담보목적물에 대한 경매권(민사집행법 제269조)과 우선변제권(상법 제777조 제2항)을 가진다.

또한 선박우선특권은 선박소유권의 이전으로 인하여 영향을 받지 않는다. 따라서 선박우선특권자는 선박소유권이 이전된 경우에도 선박에 대한 우선특권을 행사할 수 있고, 이는 선박소유권을 선의로 취득한 자에 대해서도 동일하다.

다만 선박우선특권의 추급효는 선박과 그 속구에 한하여 인정되고, 선박소유권이 이전된 경우 양수인의 지위는 선박과 그 속구가 선박우선특권의 대상이 된다는 점에서 물상보증인의 지위와 유사하다. 따라서 선박의 양수인은 선박우선특권의 목적물인 선박을 양수한 사람으로서 선박우선특권의 추급효에 의해 추급당하는 위치에 놓였을 뿐 선박우선특권의 피담보채권의 채무자가 된 것은 아니므로 선박이 우선특권의 목적물이 된 것으로 그에게 채무의 변제를 구할 수 없음은 저당권에 있어서 물상보증인에게 저당채무의 지급을 구할 수 없음과 같다.

# 제 2 편 총칙

## 제 1 장 개품운송계약의 당사자 확정과 계약의 유형

### 424. 개품운송계약의 당사자 확정

(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다27144 판결)

〈쟁점〉

[1] 운임포함조건(C&F)으로 수출입매매계약이 체결된 경우, 운송계약의 당사자

[2] 본선인도조건(F.O.B.)으로 수출입매매계약을 체결하면서 매수인이 운임후불로 된 선하증권을 발행받아 화물을 수령할 때 그 운임을 지급하기로 약정한 경우, 운송계약의 당사자

〈판결요지〉

[1] 운임포함조건(C&F)으로 체결된 수출입매매계약에 있어서는, 매도인이 선복을 확보하여 운송인과 운송계약을 체결하고 그 운임을 부담할 의무가 있는 것이고 매수인에게는 선복을 확보할 의무가 없으므로, 운송계약의 당사자는 매도인이다.

[2] 본선인도조건(F.O.B.)과 같은 신용장상의 운송조건은 기본적으로는 수출입계약 당사자 사이의 비용 및 위험부담에 관한 약정이지만, 본선인도조건으로 체결된 수출입매매계약에 있어서는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 매수인이 용선계약을 체결하거나 기타 선복을 확보하여 화물을 선적할 선박을 매도인에게 통지하여 줄 의무가 있는 것이고 매도인에게는 스스로 선복을 확보하여 화물을 선적할 의무가 없는 것이므로, 매도인과 매수인이 본선인도조건으로 수출입매매계약을 체결하면서도 매수인이 선복을 확보하지 않고 매도인이 수출지에서 선복을 확보하여 운송계약을 체결하되 운임은 후불로 하여 운임후불로 된 선하증권을 발행받아 매수인이 수하인 또는 선하증권의 소지인으로서 화물을 수령할 때 운송인에게 그 운임을 지급하기로 약정하였다면, 이는 매수인이 매도인과의 내부관계에서는 운임을 부담하되 운송인과의 관계에서는 매도인이 매수인의 대리인이 아닌 본인으로서 운송계약을 체결하는 것으로 볼 것이 아니라, 매수인이 매도인에게 자신을 대리하여 운송계약을 체결하는 권한까지 부여하였다고 봄이 상당하다.

〈선정이유〉

개품운송계약의 당사자는 운송인과 송하인이다. 운송인은 물건의 해상운송을 인수한 자이고, 송하인은 운송을 위탁하는 자이다. 다만 상법상 해상운송계약의 당사자가 되기 위해 반드시 선박의 소유권을 가지고 있거나, 물건의 소유자일 필요는 없다.

한편 국제물품매매계약상 매도인과 매수인의 계약상 의무이행을 위해 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)가 제정한 소위 '정형거래조건(Incoterms)'을 사용하기로 약정한 경우, 매도인의 물품인도의무의 이행을 위해 해상운송이 필요한 경우에 누가 운송계약의 주체가 되어야 하는가 하는 문제는 각 정형거래조건에 따라 달라질 수 있다. 정형거래조건 중 해

상운송이 필요한 대표적 경우인 본선인도조건부 매매계약(FOB)에서는 매수인이 송하인이 되어 해상운송인과 운송계약을 체결할 의무를 부담하고, 운임포함조건부 매매계약(CIF · CFR)에서는 매도인이 운송계약의 당사자로서 송하인의 지위에 있게 된다.

이 판례는 인코텀즈의 정형거래조건에 따른 운송계약 당사자의 지위를 확인한 점에 그 의의가 있다. (대법원 2000. 8. 18. 선고 99다48474 판결 및 2012. 10. 11. 선고 2010마122 결정도 같은 취지).

## 425. 해상운송계약상 수하인의 법적 지위와 선하증권의 관계

(대법원 2003. 10. 24. 선고 2001다72296 판결)

〈쟁점〉

선하증권이 발행되지 아니한 해상운송에 있어서 수하인의 운송물에 대한 권리관계 및 목적지에 도착한 운송물에 대하여 수하인이 인도를 청구한 후 운송계약에 기한 선하증권이 발행된 경우 그 선하증권의 소지인이 운송인에 대하여 새로이 운송물에 대한 인도청구권 등의 권리를 갖는지 여부

〈판결요지〉

선하증권이 발행되지 아니한 해상운송에 있어 수하인은 운송물이 목적지에 도착하기 전에는 송하인의 권리가 우선되어 운송물에 대하여 아무런 권리가 없지만, 운송물이 목적지에 도착한 때에는 송하인과 동일한 권리를 보유하고, 운송물이 목적지에 도착한 후 수하인이 그 인도를 청구한 때에는 수하인의 권리가 송하인에 우선하게 되는바, 그와 같이 이미 수하인이 도착한 화물에 대하여 운송인에게 인도 청구를 한 다음에는 비록 그 운송계약에 기한 선하증권이 뒤늦게 발행되었다고 하더라도 그 선하증권의 소지인이 운송인에 대하여 새로이 운송물에 대한 인도청구권 등의 권리를 갖게 된다고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

선하증권은 운송물인도청구권이 증권에 화체된 유가증권으로서, 증권상 권리를 행사하기 위해서는 증권의 소지 및 제시가 필수적이다. 그런데 유가증권으로서의 선하증권은 이미 발생한 운송물인도청구권이 증권에 화체된 요인증권이라는 점에서, 선하증권 소지인이 유효한 운송물인도청구권을 취득하기 위해서는 운송물인도청구권이 유효하게 발생하고, 이러한 청구권이 선하증권에 화체되어야 한다.

그런데 선하증권이 발행되지 않은 경우, 운송물에 대한 권리는 운송계약당사자인 송하인이 가지다가 운송이 실행됨에 따라 수하인에게 점진적으로 이전되어, 목적항에서 수하인이 운송물의 인도를 청구하는 때에는 운송물에 대한 수하인의 권리가 송하인에 우선하고, 이 때 수하인은 운송물의 인도청구권을 취득한다고 보아야 한다. 따라서 선하증권이 발행되지 않은 상태에서 수하인이 운송물인도청구권을 취득한 후, 선하증권이 발행된 경우에는 선하증권에 화체될 운송물인도청구권이 존재하지 않는다는 점에서 선하증권 소지인은 운송인에 대해 운송물인도청구를 행사할 수 없다고 보아야 한다.

## 426. 운송주선인의 의의와 개입권행사

(대법원 1987. 10. 13. 선고 85다카1080 판결)

〈쟁점〉

[1] 운송주선계약에 대한 적용법규

[2] 위탁자의 이름으로 운송계약을 체결하는 경우에도 운송주선인인지 여부

[3] 운송주선업의 기능

[4] 운송주선인이 운송인과 물건운송계약을 체결한 경우 위탁자가 그 권리를 운송인에게 주장하기 위한 요건

[5] 도착지 운송주선인이나 중간운송주선인의 행위가 상법상의 운송주선행위 인지 여부

[6] 해상운송주선인이 그와 상호 대리관계가 있는 자의 대리인자격으로 발행한 선하증권이 "운송주선인이 작성한 증권"인지 여부

〈판결요지〉

[1] 상법 제46조 제12호, 제114조에 의하여 자기의 명의로 물건운송의 주선을 영업으로 하는 상인을 운송주선인이라고 하고 여기서 주선이라 함은 자기의 이름으로 타인의 계산 아래 법률행위를 하는 것을 의미하는 것이므로 운송주선계약은 운송주선인이 그 상대방인 위탁자를 위하여 물건운송계약을 체결할 것 등의 위탁을 인수하는 계약으로 민법상의 위임의 일종이기 때문에 운송주선업에 관한 상법의 규정이 적용되는 외에 민법의 위임에 관한 규정이 보충적용된다.

[2] 운송주선인은 자기의 이름으로 주선행위를 하는 것을 영업으로 하는 것이지만 하주나 운송인의 대리인이 되기도 하고 위탁자의 이름으로 운송계약을 체결하는 경우에도 운송주선인임에는 변함이 없다.

[3] 운송주선업은 운송의 거리가 육해공 삼면에 걸쳐 길어지고 운송수단도 다양할 뿐만 아니라 공간적 이동이 필요불가피한 화물도 복잡다양화, 대형 다량화 되어짐에 따라 송하인과 운송인이 적당한 상대방을 적기에 선택하여 필요한 운송계약을 체결하기 어렵게 되었으므로 송하인과 운송인의 중간에서 가장 확실하고 안전 신속한 운송로와 시기를 선택하여 운송을 주선하기 위한 긴요한 수단으로서 발달하게 된 것이다.

[4] 운송주선인은 위탁자를 위하여 물건운송의 주선을 하는 것이기 때문에 운송인과의 사이에 물건운송계약을 체결했을 때에는 상법 제123조, 제104조에 의하여 그 구체적 내용에 관한 통지를 해야 하고 이 경우에는 위탁자와의 내부관계에 있어서는 운송주선인이 체결한 운송계약상의 권리의무는 주선인에 의한 양도 등 특별한 이전절차 없이도 위탁자에 귀속되는 것이지만 위탁자가 그 권리를 운송인에게 주장할 수 있기 위하여는 민법 제450조 내지 제452조에 따른 채권양도의 통지가 필요하고 다만 지시식이나 무기명식의 선하증권이 발행되어 있을 때에는 민법 제508조, 제523조에 의하여 운송주선인이 이를 위탁자에게 배서 또는 교부함으로써 그러한 절차를 이행하는 것이 된다.

[5] 운송주선인이라 불려지고 있어도 발송지운송주선인의 위탁을 받고 하는 도착지운송주선인이나 중간운송주선인의 행위 등은 특별한 사정이 없는 한 상법상의 운송주선행위가 아니다.

[6] 해상운송주선인 갑이 선적선하증권을 자기의 명의로 발행한 것이 아니고 양육항에서의 통관 및 육상운송의 편의를 위하여 화주의 부탁을 받고 양육항의 현지상인이면서 갑과 상호대리관계에

있는 을의 대리인자격으로 발행한 것이라면, 갑과 을 간에 상호대리관계가 있다하여도 그것만으로는 이 선하증권이 상법 제116조의 개입권행사의 상법조건이 되는 "운송주선인이 작성한 증권"으로 볼 수는 없다.

〈선정이유〉

이 판례는 해상운송주선인의 의의와 기능에 대해 교과서적 기술을 하였다는 점에서 그 의의가 크다. 해상운송 실무에서는 통상 'Freight Forwarder'라고 칭하는 자가 해상운송과 관련한 운송계약의 대리·운송계약의 주선업무·계약의 인수 등의 주요한 기능을 수행하고 있다. 상법은 'Freight Forwarder'에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않고, 동 법 제816조는 복합운송에 관한 규정을 두고 있는데, 국제적으로 복합운송의 활성화에 따라 'Freight Forwarder'의 기능도 주목받고 있다. 「물류정채기본법」 제2조 제11호는 타인의 수요에 따라 자기의 명의와 계산으로 타인의 물류시설·장비 등을 이용하여 수출입화물의 물류를 주선하는 자를 '국제물류주선업자'라고 칭하고 있다.

한편 위와 같은 'Freight Forwarder'나 '국제물류주선업자'는 상법상 상인인 운송주선인과 그 개념이 완전히 동일하지는 않다. 다만 상법의 해석상 운송주선인이 개입권을 행사한 경우에는 운송인으로서 선하증권을 발행하여야 하고(상법 제116조 제1항), 운송주선인이 자기 명의로 선하증권을 발행한 경우에는 개입권을 행사한 것으로 본다(동 조 제2항). 그러나 운송주선인이 양륙항에서 통관 및 육상운송의 편의를 위해 화주의 부탁을 받고 양륙항의 상인을 대리하여 선하증권을 발행한 경우는, 자신의 명의로 선하증권을 발행한 것이 아니므로 이 경우 선하증권이 발행되었다해도 이는 상법 제116조의 개입권행사의 조건이 되는 '운송주선인이 작성한 선하증권'으로 볼 수는 없다.

## 427. 반환된 선하증권과 선박대리점의 법적 지위

(대법원 2019. 4. 11. 선고 2016다276719 판결)

〈쟁점〉

[1] 해상운송인의 요청에 따라 운송인이 부담하는 운송업무의 일부를 그의 보조자로서 수행하는 선박대리점이 운송계약상 운송인의 이행보조자인지 여부

[2] '반환된 선하증권(Surrender B/L)'이 발행된 경우, 도착지 선박대리점이 선하증권 원본의 회수 없이 운송인의 지시에 따라 수하인에게 화물인도지시서를 발행하여 화물을 반출하도록 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선박대리점은 해상운송사업을 영위하는 자를 위하여 그 사업에 속하는 거래의 대리를 업무로 하는 자로서 운송인과의 계약에 따라 화물의 교부와 관련한 일체의 업무를 수행한다. 따라서 해상운송인의 요청에 따라 운송인이 부담하는 운송업무의 일부를 그의 보조자로서 수행하는 선박대리점은 운송계약상 운송인의 이행보조자라고 할 수 있다.

[2] 운송계약에 따른 도착지의 선박대리점은 운송인의 이행보조자로서 수입화물에 대한 통관절차가 끝날 때까지 수입화물을 보관하고 해상운송의 정당한 수령인인 수하인 또는 수하인이 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무를 부담한다. 해상운송화물은 선하증권과 상환으로 그 소지인에게 인도

되어야 하므로, 선박대리점이 운송물을 선하증권 소지인이 아닌 자에게 인도하여 선하증권 소지인에게 운송물을 인도하지 못하게 된 경우에는 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리를 위법하게 침해한 것으로 불법행위가 된다.

그러나 무역실무상 필요에 따라 출발지에서 선하증권 원본을 이미 회수된 것으로 처리함으로써 선하증권의 상환증권성을 소멸시켜 수하인이 양륙항에서 선하증권 원본 없이 즉시 운송품을 인도받을 수 있도록 하는 경우가 있다. 이 경우 송하인은 운송인으로부터 선하증권 원본을 발행받은 후 운송인에게 선하증권에 의한 상환청구 포기(영문으로 'surrender'이다)를 요청하고, 운송인은 선하증권 원본을 회수하여 그 위에 '서렌더(SURRENDERED)' 스탬프를 찍고 선박대리점 등에 전신으로 선하증권 원본의 회수 없이 운송품을 수하인에게 인도하라는 통지(surrender notice)를 보내게 된다. 이처럼 반환된 선하증권(Surrender B/L)이 발행된 경우 선박대리점은 다른 특별한 사정이 없는 한 선하증권 원본의 회수 없이 운송인의 지시에 따라 운송계약상의 수하인에게 화물인도지시서를 발행하여 수하인이 이를 이용하여 화물을 반출하도록 할 수 있다.

〈선정이유〉

우리나라를 포함한 동북아 지역 내의 해상운송실무에서 사용되기 시작한 '서렌더 선하증권' 은 선박의 고속화로 인해 운송물이 선적서류보다 먼저 목적지에 도착함으로 인해 발생하는 운송물의 인도지연 등의 문제를 해결하기 위한 방안이다. 그러나 서렌더 선하증권의 유형, 관련 법리 등의 제반 사항들은 여전히 불분명하다고 볼 수밖에 없고, 이와 관련한 사건들은 여전히 발생하고 있다. 국내 학계는 서렌더 선하증권의 유형을 크게 ① 원본 선하증권이 발행된 경우와, ② 애초부터 원본 선하증권은 발행되지 않은 경우로 나누어 설명하고 있다. 그러나 위의 어느 경우이든, 반환된 선하증권은 정식의 선하증권이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 법리적으로는 선하증권이 발행되지 않았다고 보아야 한다. 반환된 선하증권의 경우 선하증권이 발행되지 않은 것과 동일하므로 운송물의 인도청구권자는 정당한 수하인이다. 따라서 운송인은 운송물을 인도함에 있어 누가 정당한 수하인인지를 선량한 관리자의 주의의무로써 판단하여야 한다. 한편 운송인의 운송물인도의무의 이행보조자로서의 선박대리점은 운송인과의 위임관계에 따라 위임된 사무를 처리할 의무를 부담하고, 만약 선박대리점이 위임사무의 처리에 있어 거래 상대방 등 제3자에게 자신의 귀책사유로 인해 손해를 야기한 경우에는 불법행위책임을 부담한다. 그러나 운송인의 선박대리점이 위임의 취지에 따라 가장 합리적인 방법으로 운송물을 인도한 경우에는, 비록 제3자에게 손해가 발생했다 하더라도 선박대리점의 손해배상책임은 인정하기 어렵다.

# 제 2 장 운송인의 주의의무

## 428. 해상운송계약상 화물의 적부에 있어서 운송인의 주의의무

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결)

〈쟁점〉

해상운송계약상 화물의 적부에 있어서 운송인의 주의의무

〈판결요지〉

운송계약이 성립한 때 운송인은 일정한 장소에서 운송물을 수령하여 이를 목적지로 운송한 다음 약정한 시기에 운송물을 수하인에게 인도할 의무를 지는데, 운송인은 그 운송을 위한 화물의 적부에 있어 선장·선원 내지 하역업자로 하여금 화물이 서로 부딪치거나, 혼합되지 않도록 그리고 선박의 동요 등으로부터 손해를 입지 않도록 하는 적절한 조치와 함께 운송물을 적당하게 선창 내에 배치하여야 하고, 가사 적부가 독립된 하역업자나 송하인의 지시에 의하여 이루어졌다고 하더라도 운송인은 그러한 적부가 운송에 적합한지의 여부를 살펴보고, 운송을 위하여 인도 받은 화물의 성질을 알고 그 화물의 성격이 요구하는 바에 따라 적부를 하여야 하는 등의 방법으로 손해를 방지하기 위한 적절한 예방조치를 강구하여야 할 주의의무가 있다.

〈선정이유〉

운송물의 적부란 운송물을 선창이나 그 밖의 선박 내의 장소에 계획적으로 배치하는 것을 말하는데, 일반적으로 운송물의 적부는 운송인 또는 선박소유자의 운송계약상 의무이다. 그러나 항해용선계약의 경우에는 계약자유의 원칙상 운송물의 적부 등을 선박소유자가 아닌 용선자가 자신의 비용과 위험부담 하에 하기로 약정하는 소위 'FIO'약정이 보편적으로 사용되고 있다. 항해용선계약상 FIO약정의 효력에 대해 통설적 견해와 판례는 유효하다고 보고 있다. 다만 항해용선계약상 FIO약정의 내용과 효력은 개별 사안에서 계약당사자의 의사표시해석에 따라 달라질 문제라는 점에서, 비록 FIO약정이 항해용선계약서에 삽입되어 있는 경우에도 운송인 내지 선박소유자의 손해배상책임과 적부 관련 비용부담 주체의 확정은 민법상 손해배상책임에 관한 법리와 계약의 해석에 따라 결정될 문제이다.

참고로 위 사안은 선박소유자가 선적, 적부 및 양하에 대한 의무와 책임을 부담하기로 약정한 사안이라는 점에서, 운송물의 선적과 적부 등을 행한 하역업자는 선박소유자의 이행보조자라고 보아야 하므로 하역업자의 과실로 인한 손해에 대해 선박소유자가 책임을 부담하는 것은 당연하다. (따름 판례: 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다23168 판결; 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다13109 판결 참조).

## 429. 감항능력주의의무의 의의와 내용

(대법원 1989. 11. 24. 선고 88다카16294 판결)

〈쟁점〉

자격을 갖춘 선장이 승선하지 아니한 채 출항한 사실을 알지 못한 선박소유자에게 감항능력 주의의무 위반의 과실이 있는지 여부

〈판결요지〉

선박소유자에게는 자기소유의 선박이 발항할 당시 안전하게 항해를 감당할 수 있도록 필요한 인적, 물적 준비를 하여 감항능력을 확보하여야 할 주의의무가 있는 것이고, 이러한 감항능력 주의의무의 내용에는 선박이 안전하게 항해를 하는데 필요한 자격을 갖춘 인원수의 선장과 선원을 승선

시켜야 할 주의의무가 포함되어 있는 것이므로 선박의 출항당시 관할 항만 당국으로부터 취직공인을 받은 선장이 승선하지 아니하였고, 이러한 사실을 위 선박의 소유자가 알지 못하였으며, 보수교육을 받지 아니하여 어로장으로서의 취직공인마저 받지 못한 어로장이 위 선박의 항해를 지휘하다가 그 항해상의 과실로 사고를 일으켰다면, 비록 그 어로장이 선장과 동종의 해기면황을 보유하고 있었더라도 위 선박은 출항당시 인적 감항능력을 충분히 갖추지 못한 상태에 있었다고 할 것이고, 따라서 이러한 사실을 알지 못한 선박의 소유자에게도 특별한 사정이 없는 한 감항능력 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있다고 할 것이다.

〈선정이유〉

감항능력 주의의무를 다 하였다고 하기 위해서는 선체가 약정한 항해를 감당할 수 있을 정도로 튼튼해야 할 뿐만 아니라, 선박의 운항에 필요한 적절한 수와 능력을 구비한 선원 등이 승선하여야 할 것인데, 위 판결은 운송인의 운항능력 주의의무의 이행과 관련한 선박소유자의 책임에 관한 판결이다. 위 판결에서 대법원은 선장이 승선하지 않고, 어로장으로서의 인정도 받지 못한 어로장이 선박의 항해를 지휘하다가 과실로 인해 사고가 발생한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그러한 사정을 모르는 선박소유자도 감항능력 주의의무를 위반한 과실이 있다고 판시하였다.

다만 대법원 1995. 8. 22. 선고 94다61113 판결은 "원칙적으로 선박직원법에 따른 해기사면허가 없는 선원이 승선한 선박은 소위 인적 감항능력을 결여한 것으로 추정되나, 선원이 그 면허를 소지하였는지 여부만이 선박의 인적 감항능력의 유무를 결정하는 절대적인 기준이 되는 것은 아니고, 비록 그 면허가 없다고 하더라도 사실상 특정 항해를 안전하게 수행할 수 있는 우수한 능력을 갖춘 선원이 승선하였다면 이러한 경우까지 선박이 인적 감항능력을 결여하였다고 할 수는 없다"고 판시하여, 비록 선박직원법에 따른 해기사면허가 없는 선원이 승선한 경우에도 곧 바로 선박의 인적 감항능력이 결여되었다고 볼 수는 없고, 선박의 인적 감항능력의 유무는 해기사면허 소지 여부와 별개로 개별 사안에서 당해 운송계약을 이행할 수 있는 실질적 인적능력을 구비하였는지 여부를 따져서 판단할 문제라고 판시하였다.

## 430. 감항능력주의의무의 정도와 정당한 이로

(대법원 1998. 2. 10. 선고 96다45054 판결)

〈쟁점〉

[1] 선박의 감항능력주의의무의 정도

[2] 레이더 장비의 노후화에 따른 성능유지를 위하여 필요한 일상적인 점검을 목적으로 이로한 것이 정당한 이로에 해당하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선박은 약정된 항해에서 통상 예견되는 황천 기타 기상이변에 대비한 준비가 되어 있어야 할 것인바, 해당 항로를 항해하는 선박이 통상 예견할 수 있는 정도의 돌풍이나 삼각파도에 의하여 선체 자체의 손상이나 인명피해 없이 화물창구 덮개의 일부만이 파손되었다면 발항 당시 선박이 불감항의 상태에 있었고, 선주 또는 그 선박사용인이 발항 전 상당한 주의로써 선체의 각 부분

을 면밀히 점검 조사하여 감항능력의 유무를 확인하였더라면 화물창구 덮개의 노후 등 하자를 발견하여 안전성을 확보할 수 있었는데도 이를 다하지 아니함으로써 선박의 화물창구 덮개 일부가 파손되고 거기로 해수가 유입되어 운송물이 침수되는 사고가 발생하였다고 봄이 상당하다.

[2] 선적항을 출항하여 항해하던 중 레이더 장비의 노후에 따른 성능유지를 위하여 필요한 일상적인 점검을 받고 선용품도 공급받기 위하여 다른 항구로 임시 기항하였다면 선주는 선적항을 출항할 당시 선박에 설치된 레이더 장비의 성능과 고장 여부를 점검하여 감항능력을 유지 확보하여야 하는데도 이를 게을리 하였다고 할 것이고, 이와 같이 발항 당시 레이더에 관한 감항능력주의의무의 이행을 다하지 아니한 선박이 출항한지 하루도 지나지 않은 상태에서 레이더의 수리 점검 및 선용품 공급을 위하여 예정된 항로를 변경한 것은 정당한 이유로 인한 이로에 해당한다고 할 수 없다.

## 〈선정이유〉

선박의 감항능력은, 선박이 운송계약을 이행하기에 적합한 상태를 유지하면서 안전하게 목적항까지 항해할 수 있는 능력을 말하는데, 상법 제794조는 운송인의 감항능력 주의의무를 선체능력 · 운항능력 · 감하능력으로 구분하여 규정하고 있다. 운송인의 감항능력 주의의무는 운송계약 당사자 간의 특약에 의해 면제하거나 감경할 수 없는 강행규정으로서, 선박의 안전과 인명과 재산을 보호하기 위한 공익적 성격을 갖는다. 감항능력 주의의무를 다 하였다고 하기 위해서는 선박 자체가 약정된 운송계약을 이행하기에 충분할 정도로 안전한 상태에 있어야 하고, 이러한 선박의 감항능력 구비여부의 판단시점은 「발항 당시」이다. 따라서 발항 당시에 감항능력을 구비하고 있었다면, 이후 감항능력이 결여되어도 운송인은 감항능력주의의무를 위반한 것이 아니다.

운송인은 감항능력주의의무를 '상당한 주의(due diligence)'로써 이행하여야 한다. 상당한 주의란 통상의 운송인이 기울였을 정도의 주의를 말하는데, 이는 구체적 상황을 참작하여 객관적으로 판단하여야 한다. 한편 운송인의 감항능력주의의무는 운송인의 일반적인 주의의무에 대해 우선적 지위를 가지므로, 운송물의 손해가 운송인의 면책사유인 항해과실 내지 화재로 인해 발생한 경우에도, 운송인이 감항능력주의의무를 결여한 것이 손해의 원인인 경우에는 운송인은 손해배상의무를 부담한다.

운송인은 '해상에서의 인명이나 재산의 구조행위 또는 이로 인한 항로이탈이나 그 밖의 정당한 사유로 인한 항로이탈' 사실이 있었다는 것과 운송물에 관한 손해가 그 사실로 인하여 보통 생길 수 있는 것임을 증명한 때에는 이를 배상할 책임을 면한다(상법 제796조 제8호). 상법 제796조는 운송인의 법정 면책사유의 하나로서 '항로이탈'을 규정하고 있는데, 이는 헤이그규칙 제4조 제4항의 '이로(deviation)'과 동일한 개념이다. 한편 상법 제701조의2는 항로이탈을 해상보험자의 면책사유로 규정하고 있다.

항로이탈은 운송물에 대한 해상위험을 변경시킴으로써 손해발생의 원인이 되기 때문에 원칙적으로 허용되지 않는다. 그러나 해상에서의 인명구조 또는 재산구조 등 정당한 사유가 있는 경우에는 항로이탈을 허용하는 것이 바람직하므로 상법은 이를 면책사유로 규정하고 있다. 다만 어떠한 경우에 정당한 사유가 있는 항로이탈인지는 구체적 상황에 따라 개별적으로 판단할 문제이다. 이 판례는, 운송인은 출항 당시에 상당한 주의로써 선박의 감항능력주의의무를 이행하여야 하므로, 운송인이 발항 당시에 감항능력주의의무를 다하지 않음으로 인해 항해 도중에 감항능력을 구비하기 위해 항로를 이탈한 것은 정당한 항로이탈에 해당하지 않는다는 점을 확인한 것이다.

## 431. 감항능력 구비여부의 판단 기준

(대법원 1996. 10. 11. 선고 94다60332 판결)

〈판결요지〉

해상보험에 있어서 감항성 또는 감항능력은 '특정의 항해에 있어서의 통상적인 위험에 견딜 수 있는 능력'(at the time of the insurance able to perform the voyage unless any external accident should happen)을 의미하는 상대적인 개념으로서 어떤 선박이 감항성을 갖추고 있느냐의 여부를 확정하는 확정적이고 절대적인 기준은 없으며 특정 항해에 있어서의 특정한 사정에 따라 상대적으로 결정되어야 하는 점 등에 비추어 보면, 부보선박이 특정 항해에 있어서 그 감항성을 갖추고 있음을 인정하는 감항증명서는 매 항해시마다 발급받아야 비로소 그 담보조건이 충족된다.

〈선정이유〉

상법상 해상운송인의 감항능력주의의무는 선박이 운송물의 수령 · 운송과 보존에 적합한 상태를 유지하면서 안전하게 목적항까지 항해할 수 있는 능력으로서, 운송인은 송하인에게 제공하는 선박이 발항 당시에 이러한 감항능력을 갖추도록 상당한 주의를 기울여야 한다(상법 제794조). 그러나 이러한 감항능력주의의무는 상대적 개념으로서, 선박이 약정된 운송계약을 이행하기에 적합한 상태를 갖추었는지 여부를 항해시기 · 항로 · 운송물 등에 따라 달리 판단할 문제이다.

한편 선박의 감항능력 내지 감항성 구비 여부는 해상보험계약상 보험자의 면책사유로서, 선박이 발항 당시 안전하게 항해하기에 필요한 준비를 하지 아니하거나 필요한 서류를 비치하지 아니함으로 인해 생긴 손해에 대해서는 보험자는 면책된다(상법 제706조 제1호). 나아가 보험증권에 그 준거법을 영국의 법률과 관습에 따르기로 하는 규정과 아울러 감항증명서의 발급을 담보한다는 내용의 명시적 규정이 있는 경우 이는 영국 해상보험법 제33조 소정의 명시적 담보에 관한 규정에 해당하고, 명시적 담보는 위험의 발생과 관련하여 중요한 것이든 아니든 불문하고 정확하게(exactly) 충족되어야 하는 조건(condition)이므로, 선박이 감항능력을 구비하지 못한 경우 보험자는 면책된다.

이 판례는, 영국법이 준거법인 사안에서 해상보험계약상 피보험자 등이 부담하는 명시적 담보의 하나인 선박의 감항능력 충족 여부의 판단기준에 관해, 감항능력은 상대적 개념으로서 이를 확정하는 확정적이고 절대적 기준이 없으므로, 특정 항해에 있어서의 특정한 사정에 따라 개별적 · 상대적으로 결정되어야 한다는 점을 명시하고 있다.

## 432. 보세창고업자가 실수입자와의 임치계약에 의하여 해상운송화물을 보관하게 되는 경우, 운송인 등에 대한 보세창고업자의 법률상 지위

(대법원 2007. 6. 28. 선고 2005다22404 판결)

〈쟁점〉

[1] 해상운송화물이 통관을 위하여 보세창고에 입고된 경우, 운송인과 보세창고업자 사이의 법률

관계 및 보세창고업자가 위 화물을 운송인의 지시 없이 선하증권상의 수하인이 아닌 사람에게 인도한 경우, 손해배상책임의 발생 여부

[2] 보세창고업자가 실수입자와의 임치계약에 의하여 해상운송화물을 보관하게 되는 경우, 운송인 등에 대한 보세창고업자의 법률상 지위

〈판결요지〉

[1] 해상운송화물이 통관을 위하여 보세창고에 입고된 경우에는 운송인과 보세창고업자 사이에 해상운송화물에 관하여 묵시적 임치계약이 성립한다고 볼 것이고, 따라서 보세창고업자는 운송인과의 임치계약에 따라 운송인 또는 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있고, 한편 운송인은 선하증권상의 수하인이나 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있으므로, 보세창고업자로서는 운송인의 이행보조자로서 해상운송의 정당한 수령인인 수하인 또는 수하인이 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무를 부담하게 되는바, 보세창고업자가 화물을 인도함에 있어서 운송인의 지시 없이 수하인이 아닌 사람에게 인도함으로써 수하인의 화물인도청구권을 침해한 경우에는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다( 대법원 2004. 1. 27. 선고 2000다63639 판결 등 참조).

[2] 보세창고업자가 해상운송화물의 실수입자와의 임치계약에 의하여 화물을 보관하게 되는 경우, 운송인 또는 그 국내 선박대리점의 입장에서는 해상운송화물이 자신들의 지배를 떠나 수하인에게 인도된 것은 아니고 보세창고업자를 통하여 화물에 대한 지배를 계속하고 있다고 볼 수 있으므로, 보세창고업자는 해상운송화물에 대한 통관절차가 끝날 때까지 화물을 보관하고 적법한 수령인에게 화물을 인도하여야 하는 운송인 또는 그 국내 선박대리점의 의무이행을 보조하는 지위에 있다고 할 수 있다( 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004다12394 판결 참조).

〈선정이유〉

운송인은 운송물을 수하인 등에게 인도함으로써 운송계약상 채무의 이행을 완료한다. 따라서 운송물의 인도시점은 운송인의 채무불이행책임 내지 불법행위책임의 성립과 관련될 뿐만 아니라 상법 제814조에서 규정하는 운송인의 채권채무의 단기제척기간의 기산점이 된다.

운송인은 운송계약상 채무의 이행을 위해 창고업자 등의 조력을 받는다. 특히 해상운송 실무상 운송물은 통상적으로 보세창고에 입고되어 통관절차 등을 마친 후 최종적으로 수하인 등이 인수하는 절차를 거치는데, 운송인은 수하인 등의 화주가 지정한 보세창고에 운송물을 입고시킨다. 그런데 보세창고업자와 운송물에 대한 임치계약을 체결한 당사자는 운송인이 아닌 수하인 등의 화주로서 창고료도 화주가 지급한다는 점에서, 보세창고업자의 귀책사유로 인한 채무불이행에 대해 운송인이 책임을 부담할 것인가 하는 점에 관해 논의가 있다.

대법원은 비록 운송물에 관한 명시적 임치계약은 화주와 보세창고업자 사이에 체결되지만 운송인과 영업용 보세창고업자 사이에도 묵시적 임치계약이 성립한다고 본다. 이에 따라 영업용 보세창고업자는 운송인의 이행보조자로서 보세창고업자의 귀책사유로 인한 손해에 대해 운송인은 채무불이행책임을 부담한다고 판시하고 있다.

## 433. 운송물의 불법인도와 관련하여 보세창고업자에 대한 운송인의 사용자관계를 인정할 수 있는지 여부

(대법원 2001. 1. 16. 선고 99다67192 판결)

〈쟁점〉

보세창고업자가 화물을 수하인의 지시 없이 수하인이 아닌 사람에게 인도함으로써 수하인의 인도청구권을 침해한 경우, 운송인이 보세창고업자의 사용자로서 불법행위책임을 부담하는지 여부

〈판결요지〉

일반적으로 보세창고업자는 운송인과의 임치계약에 따라 운송인 또는 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있고, 한편 운송인은 수하인이나 그가 지정하는 자에게 화물을 인도할 의무가 있으므로, 보세창고업자가 화물을 보관하고 이를 인도하는 것은 수하인에 대한 관계에서는 운송인의 이행보조자 또는 피용자의 지위에서 하는 것이고, 따라서 보세창고업자가 화물을 수하인의 지시 없이 수하인이 아닌 사람에게 인도함으로써 수하인의 인도청구권을 침해한 경우에는 운송인은 보세창고업자의 사용자로서 불법행위책임을 져야 한다.

〈선정이유〉

선하증권 원본과 상환하지 않고 보세창고업자가 운송물을 불법인도하는 등의 경우, 보세창고의 불법적 행위에 대해 운송인이 사용자로서 손해배상책임을 지는지 여부에 관해서는 판례의 태도가 일치하지 않는다. 운송인과 보세창고업자 간에 사용자관계가 성립하는지 여부에 관해서는, 운송인 또는 운송취급인은 운송물의 인도의무를 이행하기 위해 대부분의 경우 보세창고업자의 조력을 받아야 하므로, 보세창고업자의 불법행위에 대해 운송인이 민법 제756조에 따라 사용자책임을 부담하는지 여부는 구체적 사실관계에 따라 판단할 문제이다.[5] 그러나 대법원 판례는 유사한 사안에서도 그 결론이 일치하지 않는 것 같다. 이 판례는, 대법원이 보세창고업자와 운송인 사이에 민법 제756조에서 규정하는 사용자 관계가 있다고 본 대표적 판례이다.

## 434. 운송물의 인도시점과 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도한 보세창고업자의 책임

(대법원 2000. 11. 14. 선고 2000다30950 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권 소지인이 아닌 선하증권상의 통지처의 의뢰를 받은 하역회사가 양하작업을 완료하고 화물을 하역회사의 일반보세창고에 입고시킨 경우, 화물의 인도시점

[2] 보세장치장 설영자가 화물인도지시서나 운송인의 동의 없이 화물을 인도함으로 인하여 선하증권의 소지인이 손해를 입은 경우, 불법행위에 기한 손해배상책임을 지는지 여부

5) 유중원, 『운송증권』, 법률문화원, 2009, 347면.

〈판결요지〉

[1] 선하증권이 발행된 경우 해상운송화물의 하역작업이 반드시 선하증권 소지인에 의하여 수행되어야 하는 것이 아니고 선하증권의 제시가 있어야만 양하작업이 이루어지는 것도 아닌바, 운송인은 화물을 선하증권 소지인에게 선하증권과 상환하여 인도함으로써 그 의무의 이행을 다하는 것이므로 선하증권 소지인이 아닌 선하증권상의 통지처의 의뢰를 받은 하역회사가 양하작업을 완료하고 화물을 하역회사의 일반보세창고에 입고시킨 사실만으로는 화물이 운송인의 지배를 떠난 것이라고 볼 수 없고, 이러한 경우 화물의 인도시점은 운송인 등의 화물인도지시서에 의하여 화물이 하역회사의 보세장치장에서 출고된 때라고 할 것이다.

[2] 해상운송화물은 선하증권과 상환으로 그 소지인에게 인도되어야 하는 것이고 선하증권 없이 화물이 적법하게 반출될 수는 없는 것이므로, 선하증권을 제출하지 못하여 운송인으로부터 화물인도지시서를 발급받지 못한 통지처의 요구에 따라 운송물을 인도하면 이 화물이 무단반출되어 선하증권의 소지인이 운송물을 인도받지 못하게 될 수 있음을 예견할 수 있음에도 불구하고, 보세장치장 설영자가 화물인도지시서나 운송인의 동의를 받지 않고 화물을 인도함으로 말미암아 선하증권의 소지인이 입은 손해에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다고 할 것이다.

〈선정이유〉

선하증권 원본과 상환하지 않고 보세창고업자가 운송물을 인도한 경우, 언제 운송물의 인도가 있었는지 하는 문제는 운송인의 책임과 관련해서 실무상 자주 분쟁이 발생하는 것이다. 이에 관해 판례는 영업용 보세창고업자를 운송인의 이행보조자로 보고, 운송물이 영업용 보세창고에 입고되어 있는 동안은 운송물의 인도가 일어나지 않았다고 일관하여 판시하고 있다.

또한 판례는 선하증권의 상환증권성에 따라 운송인과 그 이행보조자는 선하증권과 상환하여 운송물을 인도할 권리와 의무를 부담하고 있으므로, 원칙적으로 영업용 보세창고업자가 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도해 준 경우 선하증권 소지인이 입은 손해에 대해 운송인과 영업용 보세창고업자가 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담한다는 점을 분명히 하였다.

## 435. 액체화물의 인도시점

(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008다33818 판결)

〈쟁점〉

액체화물의 인도시점

〈판결요지〉

유류화물은 일반 컨테이너 화물과 달리 운송인이 수입업자인 용선자(수입업자)와 사이에 국제적으로 표준화된 용선계약 양식에 따라 항해용선계약을 체결하고, 유조선이 도착항에 도착한 후 유조선의 파이프라인과 육상저장탱크의 파이프라인을 연결하는 유조선 갑판 위의 영구 연결점에서 유류화물을 인도하는 것으로 약정하는 것이 일반적이다. 따라서 이와 같은 약정에 따라 운송인이 유조선 도착 후 갑판 위의 영구호스 연결점을 통하여 수입업자가 미리 확보한 육상의 저장탱크에 연

결된 파이프라인으로 유류화물을 보낸 경우에, 위 약정에 불구하고 운송인이 수입업자와 별도로 육상의 저장탱크를 관리하는 창고업자에게 수입된 유류화물을 임치하였다고 볼 수 있는 사정이 없는 한 창고업자는 운송인의 유류화물 운송 내지 보관을 위한 이행보조자의 지위에 있다고 할 수 없으므로, 유류화물이 위 영구호스 연결점을 지나는 때에 운송인의 점유를 떠나 창고업자를 통하여 수입업자에게 인도된 것으로 보아야 한다.

〈선정이유〉

대법원은 운송물의 인도를 운송물에 대한 지배 · 관리권의 이전이라고 보고, 일반 화물의 경우 영업용 보세창고와 자가용 보세창고 중 어디에 입고되는지 여하에 따라 운송물의 인도시점을 달리 본다. 이러한 판례의 태도는 운송물에 대한 법률상 지배 · 관리권이 누구에게 있는가 하는 점을 기준으로 한 것으로 볼 수 있다.

그런데 유류 등의 액체화물은 그 운송수단 · 운송방법 · 운송물의 취급방법 등이 일반 컨테이너 화물과 다르다는 점에서, 운송물에 대한 지배 · 관리권의 보유 및 행사도 동일하지 않다. 일반적으로 액체화물은 선적과 양하가 육상의 저장탱크와 선박 내의 운송물 저장공간으로의 이동이 파이프라인을 통해 이루어진다는 점에서, 육상의 탱크측 파이프라인과 선박측 파이프라인이 연결되는 지점이 운송물의 인도가 이루어지는 곳으로서, 운송물이 위 연결점을 통과하는 순간에 운송물의 인도가 일어난다고 보는 것이 합리적이다.

## 436. 화물인도지시서와 운송물의 인도

(대법원 2005. 2. 18. 선고 2002다2256 판결)

〈쟁점〉

수하인이 보세장치장 설영자에게 운송물 전체에 대한 화물인도지시서를 제시하여 그 운송물 중 일부만을 출고하고 나머지는 자신의 사정으로 후에 출고할 의사로 그대로 둔 경우, 그 시점에서 운송인은 운송물 전체의 인도의무를 다하였는지 여부

〈판결요지〉

수하인이 보세장치장 설영자에게 운송물 전체에 대한 화물인도지시서를 제시하여 그 운송물 중 일부만을 출고하고 나머지는 자신의 사정으로 후에 출고할 의사로 그대로 둔 경우, 그 시점에서 운송인은 운송물 전체의 인도의무를 다하였다.

〈선정이유〉

화물인도지시서(delivery order, D/O)는 선하증권이 발행된 경우, 운송인이 창고업자 등에게 화물인도지시서의 소지인에게 운송물의 인도를 지시하는 서면이다. 화물인도지시서는 해상운송 실무에서 관습적으로 사용되고 있는 것이지만, 화물인도지시서의 법적 성질과 효력에 관해서는 견해가 일치하지는 않는다. 이에 따라 상법은 화물인도지시서에 관해서는 명문 규정을 두고 있지 않다.

다만 국내의 통설적 견해는 화물인도지시서의 면책증권으로서의 효력은 인정하고 있다. 판례는

보세창고업자를 운송인의 이행보조자로 보고 있으므로, 보세창고업자는 운송물을 인도함에 있어 선하증권 또는 운송인이 발행한 화물인도지시서에 기재된 자가 아닌 자에게 운송물을 인도한 경우 손해배상책임을 부담할 수 있다.

대법원은 화물인도지시서가 발행된 경우 운송물의 인도시점은 화물인도지시서에 의해 운송물이 실제로 보세창고 등으로부터 반출된 때라고 본다. 이 판례는, 수하인 등이 화물인도지시서를 제시하여 보세창고업자가 운송물을 일부 인도하였으나 수하인 등의 사정에 의해 나머지 운송물을 보세창고에 그대로 둔 경우에도, 운송물 전부에 대한 인도는 최초에 화물인도지시서에 의해 운송물이 인도된 때라고 본 것이다.

## 437. 소위 '보증도'의 유효성과 손해배상책임

(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결)

〈쟁점〉

운송인 등이 선하증권과 상환하지 아니하고 '보증도'에 의하여 운송물을 선하증권의 정당한 소지인이 아닌 자에게 인도함으로써 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리를 침해한 경우 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법 행위의 성부

〈판결요지〉

이른바 '보증도'에 관한 상관습은 운송인 또는 운송취급인의 정당한 선하증권 소지인에 대한 책임을 면제함을 목적으로 하는 것이 아니고 오히려 '보증도'로 인하여 정당한 선하증권 소지인이 손해를 입게 되는 경우 운송인 또는 운송취급인이 그 손해를 배상할 것을 전제로 하고 있는 것이므로 운송인 또는 운송취급인이 선하증권과 상환하지 아니하고 '보증도'에 의하여 운송물을 선하증권 소지인의 운송물에 대한 권리를 침해하였을 때에는 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위가 성립된다.

〈선정이유〉

해상운송계약상 선하증권이 발행된 경우, 원칙적으로 운송인은 선하증권과 상환하여 운송물을 인도하여야 한다. 그러나 신용장거래와 수반된 해상운송계약의 경우, 최근의 선박의 고속화 · 물류의 표준화 등의 요인으로 인해 선하증권 등의 선적서류보다 운송물이 목적지에 더 빨리 도착하는 사례가 종종 발생한다. 이 경우 운송물의 전매의 필요성 등의 이유로 운송물의 실수입자 등이 추후 선하증권을 입수하게 되면 선하증권을 운송인에게 반납하기로 약정한 후 운송물을 선하증권과 상환하지 않고 인도하는 경우가 있다.

특히 실수입자 등이 운송물을 인도 받으면서, 추후 선하증권과 상환하지 않고 운송물을 인도함으로 인해 운송인이 손해배상책임을 부담할 경우에 대비하여 운송인에게 은행이 발행한 지급보증서(화물선취보증장, Letter of Indemnity or Letter of Guarantee)를 제출한 후 운송물을 수령하는 것을 '보증도'라고 하는데, 이러한 보증도는 국내뿐만 아니라 국제 해운실무상 광범위하게 존재하는 상관습으로 볼 여지가 있다. 이에 대해 대법원은. 운송인은 선하증권과 상환으로 운송물을 인도할 의무를 부담한다는 점에서, 비록 화물선취보증장을 수령하고 운송물을 인도하였다 하더라도

운송인은 채무불이행책임을 부담한다고 본다.

그런데 위에서 본 바와 같이 보증도의 국제상관습성을 인정하는 경우, 보증도에 따라 운송물을 인도한 운송인의 행위에 대해 불법행위책임을 물을 경우 과연 운송인의 행위에 위법성이 있다고 볼 것인지가 문제가 될 수 있다. 이에 대해 대법원은 위 판례에서 운송인이 보증도로 인하여 선하증권의 정당한 소지인에게 운송물을 인도할 수 없는 경우에는 운송계약상 채무불이행책임뿐만 아니라 고의 또는 중과실로 인한 불법행위책임도 부담한다는 점을 명확히 하였다.

## 438. 소위 '선상도'의 유효성

(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다2137 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권이 발행된 해상운송에 있어서 운송인이 이른바 '선상도'의 방식으로 인도 약정을 한 경우 운송물의 인도의무 이행시점 및 위 운송인이 선하증권과 상환 없이 실수입업자의 의뢰를 받은 하역업자로 하여금 양하작업을 하도록 하고 운송물을 인도한 경우 불법행위의 성립 여부와 위 하역업자의 법적 지위

[2] 운임 이외의 운송과 관련된 비용과 하역비용을 수하인이 부담하기로 한 해상운송계약에서 운송인의 선하증권 소지인 및 하역과 보세운송을 담당한 실수입업자의 이행보조자에 대한 불법행위 책임의 성부

〈판결요지〉

[1] 해상운송에 있어서 선하증권이 발행된 경우 운송인은 수하인, 즉 선하증권의 정당한 소지인에게 운송물을 인도함으로써 그 계약상의 의무이행을 다하는 것이 되고, 그와 같은 인도의무의 이행방법 및 시기에 대하여는 당사자 간의 약정으로 이를 정할 수 있음은 물론이며, 만약 수하인이 스스로의 비용으로 하역업자를 고용한 다음 운송물을 수령하여 양륙하는 방식(이른바 '선상도')에 따라 인도하기로 약정한 경우에는 수하인의 의뢰를 받은 하역업자가 운송물을 수령하는 때에 그 인도의무의 이행을 다하는 것이 되고, 이 때 운송인이 선하증권 또는 그에 갈음하는 수하인의 화물선취보증서 등(이하 '선하증권 등'이라고 한다)과 상환으로 인도하지 아니하고 임의로 선하증권상의 통지처에 불과한 실수입업자의 의뢰를 받은 하역업자로 하여금 양하작업을 하도록 하여 운송물을 인도하였다면 이로써 선하증권의 정당한 소지인에 대한 불법행위는 이미 성립하는 것이고, 달리 특별한 사정이 없는 한 위 하역업자가 운송인의 이행보조자 내지 피용자가 된다거나 그 이후 하역업자가 실수입업자에게 운송물을 전달함에 있어서 선하증권 등을 교부받지 아니하였다 할지라도 별도로 선하증권의 정당한 소지인에 대한 불법행위가 성립하는 것은 아니다.

[2] 운임 이외의 운송과 관련된 비용과 하역비용을 수하인이 부담하기로 한 해상운송계약에서 운송인이 선하증권과 상환 없이 하역과 보세운송을 담당한 실수입업자의 이행보조자에게 화물을 인도하였다면, 이로써 선하증권의 정당한 소지인에 대하여 불법행위가 성립하고, 위 이행보조자가 선하증권과 상환 없이 화물을 실수입업자의 자가보세장치장까지 보세운송한 행위는 선하증권의 정당한 소지인에 대한 관계에서 별도로 불법행위가 된다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

해상운송계약상 운송인은 운송물의 인수·선적·적부·보관·운송·양하·인도의 의무를 부담한다. 그런데 해상운송 실무에서는 운송물의 선적과 양하를 선박소유자가 아닌 운송인의 계약상대방인 송하인이나 수하인이 하기로 약정하는 소위 'FIO'약정이 보편적으로 사용되고 있다. 통설적 견해와 판례는 항해용선계약의 경우에는 계약자유의 원칙상 FIO약정이 유효하다고 보고 있다. 그러나 개품운송계약의 경우 운송인이 부담하는 계약상 의무인 운송물의 선적과 양하를 계약상대방에게 부담시키는 것은 상법 제799조(불이익금지규정)에 위반될 소지가 있다.

한편 해상운송계약상 운송물의 양하와 인도는 엄밀히 구분되는 개념으로서, 통상적인 경우에는 운송물이 선박에서 양하된 후 최종적으로 인도됨으로써 운송인의 계약상 채무의 이행이 종료된다. 그런데 해상운송계약에 FIO약정이 삽입된 경우, 운송물의 선적과 양하를 운송인의 계약상대방이 한다는 점에서 선적과 양하 중에 발생한 운송물의 손해, 하역비용 부담의 주체, 운송물의 인도시기 등에 관해 분쟁이 발생할 소지가 있다. 기본적으로 FIO약정이 삽입된 운송계약상 당사자의 권리의무의 내용은 운송계약의 해석의 문제라고 할 것이지만, 만약 FIO약정의 내용이 운송물의 양하를 운송인의 계약상대방의 비용과 위험부담으로 하기로 한 것으로 볼 수 있는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 목적항에서 운송인의 계약상대방이 운송물을 양하한 순간에 운송물의 인도도 동시에 일어난다고 보는 것이 당사자 의사의 합리적 해석이라고 볼 것이다.

위 판례는 운송물이 수하인에 의해 선박에서 양하된 후 곧 바로 보세운송되어 수하인의 자가용 보세장치장에 입고된 사안인데, 대법원은 이러한 경우에는 선박에서 양하와 인도가 동시에 일어나는 소위 '선상도'의 약정이 있었다고 보았다. 따름 판례: 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다221 판결.

위 판례의 사안과 달리, FIO약정이 있었지만 선하증권의 통지처의 의뢰를 받은 하역업자가 양하작업을 완료한 후 운송물이 영업용 보세창고에 입고된 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012다115847 판결에서는, "운송인은 화물을 선하증권 소지인에게 선하증권과 상환하여 인도함으로써 그 의무의 이행을 다하는 것이므로 선하증권 소지인이 아닌 선하증권상의 통지처의 의뢰를 받은 하역회사가 양하작업을 완료하고 화물을 영업용 보세창고에 입고시킨 사실만으로는 화물이 운송인의 지배를 떠난 것이라고 볼 수 없다. 이러한 경우 화물의 인도시점은 운송인 등의 화물인도지시서에 의하여 화물이 영업용 보세창고에서 출고된 때라고 할 것이다.

… (중략) … 그렇다면 보세창고업자인 피고가 선하증권의 소지인이 아닌 통지처의 의뢰를 받아 이 사건 화물을 양하하여 자신의 영업용 보세창고에 입고한 이 사건에서, 이 사건 운송계약이 FO조건으로 체결되어 수입자의 의뢰와 비용부담으로 양하작업이 이루어졌다고 하더라도 이로써 이 사건 화물이 양하되는 즉시 운송인의 지배를 떠났다고 볼 수 없다."고 판시하였다. 위 대법원 판례는 앞서 소개한 대법원 2004다2137 판결과 사실관계가 다르다는 점에서 주의를 요한다.

## 439. 해상운송인의 주의의무의 내용

(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다8494 판결)

〈쟁점〉

선박이 100m 정도의 수중에 있는 물체와 충돌하여 운송물이 손상된 경우, 해상운송인이 손해배

상책임을 지는지 여부

〈판결요지〉

해상을 운행하던 선박이 수중에 있는 물체와 충돌하여 화물이 침수되는 사고가 발생하였으나 당시 수심이 100m 정도이고 그런 수중물체가 있음을 짐작하게 하는 수면 위의 부유물도 발견할 수 없어 미리 사고를 예견하거나 방지할 수 없었던 점에 비추어, 위 사고는 상법 제789조 제2항 제1호, 제2호에 규정된 해상 고유의 위험 내지 불가항력 또는 상법 제788조 제2항 소정의 항해과실에 의한 사고이므로 운송인에게 손해배상책임을 지울 수 없다.

〈선정이유〉

해상운송인은 운송계약을 이행할 채무를 부담하고 있고, 상법은 이와 관련하여 감항능력주의의무 · 운송물에 관한 주의의무 등을 규정하고 있다. 따라서 운송인이 위와 같은 운송계약상 채무를 이행하지 못한 경우에는 손해배상책임을 부담할 수 있다. 운송인의 채무불이행을 이유로 한 손해배상책임은 다른 민사상 책임과 동일하게 과실책임주의를 원칙으로 하며, 이 때 운송인의 과실은 추정되어 운송인이 책임을 면하기 위해서는 자신의 무과실을 증명하여야 한다(상법 제794조, 제795조).

한편 해상운송인의 주의의무의 내용은, 운송물의 선적, 운송 등에 관하여 운송인 자신과 그 선박사용인이 통상의 운송인에게 기대되는 주의의무를 다하여 사고를 예견하거나 방지하기 위해 적절한 조치를 취하여야 한다는 것이다. 이 판례의 경우, 사고가 수중에 있는 물체와 충돌하여 발생한 것인 데다가 당시 수심이 100m 정도이고 그런 수중물체가 있음을 짐작하게 하는 수면 위의 부유물도 발견할 수 없었던 관계로 사고를 예견하거나 방지할 수 없었다는 점에서, 사고가 상법 제789조 제2항 제1호, 제2호 소정의 해상 고유의 위험 내지 불가항력 또는 상법 제788조 제2항 소정의 항해과실에 의하여 발생한 것으로 본 것이다.

# 제 3 장 해상운송인의 면책

## 440. 상법 제795조 제2항의 해상운송인의 면책사유로서의 '화재' 및 '운송인'의 의미

(대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다39364 판결)

〈쟁점〉

[1] 상법 제788조 제2항(현행 상법 제795조 제2항) 본문 및 단서 소정의 '화재'의 범위

[2] 상법 제788조 제2항 단서 소정의 '운송인'의 범위

〈판결이유〉

[1] 상법 제788조 제2항 본문 및 단서에서의 '화재'란, 운송물의 운송에 사용된 선박 안에 발화원인이 있는 화재 또는 직접 그 선박 안에서 발생한 화재에만 한정되는 것이 아니고, 육상이나 인접한 다른 선박 등 외부에서 발화하여 당해 선박으로 옮겨 붙은 화재도 포함한다고 해석된다.

[2] 상법 제788조 제2항 단서에 따라 화재로 인한 손해배상책임의 면제에서 제외되는 사유인 고의 또는 과실의 주체인 '운송인'이란, 상법이 위 제2항 본문에서는 운송인 외에 '선장, 해원, 도선사 기타의 선박사용인'을 명시하여 규정하고, 같은 조 제1항 및 제787조에서도 각 '자기 또는 선원 기타의 선박사용인'을 명시하여 규정하고 있는 점과 화재로 인한 손해에 관한 면책제도의 존재 이유에 비추어 볼 때, 그 문언대로 운송인 자신 또는 이에 준하는 정도의 직책을 가진자 만을 의미할 뿐이고, 선원 기타 선박사용인 등의 고의 또는 과실은 여기서의 면책제외사유에 해당하지 아니한다고 해석하여야 할 것이며, 위 조항이 상법 제789조의2 제1항 단서처럼 '운송인 자신의 고의'라는 문언으로 규정되어 있지 않다고 하여 달리 해석할 것이 아니다.

〈선정이유〉

상법 제795조 제2항은 "운송인은 선장·해원·도선사, 그 밖의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다. 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 상법이 화재면책을 인정하는 이유는, 선박의 화재는 운송물 전체를 소실시켜 거액의 손해를 발생시킬 수 있다는 점에서 화재로 인한 손해를 운송인에게 부담시키는 것이 적절하지 않다는 점과 화재로 인한 운송물의 손해는 적하보험에서 보상되기 때문에 운송인을 면책하여도 적하 이해관계인에게 불이익하지 않다는 점에 있다.

우리 상법상 운송인의 면책사유로서의 화재란 반드시 선박에서 발생하거나 발화원이 선박 내에 있을 것을 요하지 않는다. 따라서 육상에서 발생한 화재가 선박으로 옮겨 붙거나, 다른 선박에서 발화한 화재가 옮겨 붙은 경우도 포함한다. 이 판례는 이러한 점을 확인한 것에 그 의의가 있다.

한편 상법 제795조 제2항은 운송인은 선장 내지 선박사용인의 화재로 인한 손해에 대해서는 면책되지만, 자신의 고의 또는 과실로 인한 화재에 대해서는 면책되지 않는다. 따라서 선박소유자 '자신'을 누구로 볼 것인지가 실무상 문제가 될 수 있는데, 판례는 "화재로 인한 손해배상책임의 면제에서 제외되는 사유인 고의 또는 과실의 주체인 '운송인'이란, … 그 문언대로 운송인 자신 또는 이에 준하는 정도의 직책을 가진자 만을 의미할 뿐이고, 선원 기타 선박사용인 등의 고의 또는 과실은 여기서의 면책제외사유에 해당하지 아니한다고 해석하여야 할 것이(다) …"고 판시하여, 화재면책의 연혁적 이유에 충실하게 선장 등 상업사용인의 고의 또는 과실로 인한 화재손해에 대해서는 원칙적으로 운송인을 면책시키고 있다.

## 441. 상법상 해상운송인의 법정면책사유로서의 '해상이나 그 밖에 항행할 수 있는 수면에서의 위험 또는 사고'의 의미

(대법원 2017. 6. 19. 선고 2016다270407 판결)

〈쟁점〉

영국 협회선박기간보험약관 제4조 제1항 제1호에서 부보위험의 하나로 규정하고 있는 '해상 고유의 위험(perils of the seas)'의 의미

〈판결요지〉

영국 협회선박기간보험약관 제4조 제1항 제1호에서 부보위험의 하나로 규정하고 있는 '해상 고유의 위험(perils of the seas)'이란 해상에서 보험의 목적에 발생하는 모든 사고 또는 재난을 의미하는 것이 아니라, 해상에서만(of the seas) 발생하는 우연한 사고 또는 재난만을 의미한다. 우연성이 없는 사고, 예컨대 바람이나 파도에 의한 통상적인 손상, 자연적인 소모 등은 이에 해당하지 아니한다(대법원 1998. 5. 15. 선고 96다27773 판결 참조).

〈선정이유〉

우리 상법은 해상보험계약과 관련해서 해상 고유의 위험에 대해 별다른 규정을 두고 있지 않지만, 동 법 제796조 제1호는 '해상이나 그 밖에 항행할 수 있는 수면에서의 위험 또는 사고'를 해상운송인의 면책사유로서 규정하고 있는데, 국내의 통설적 견해는 이를 해상 고유의 위험을 규정한 것으로 해석한다.

해상보험계약상 부보위험의 하나인 해상 고유의 위험은 그 법적 성질이 해상운송계약의 그것과 동일하다고 보므로, 해상보험계약상 운송인의 면책사유의 하나인 해상 고유의 위험의 개념을 살펴보는 것은 의미가 있다. 일반적으로 해상 고유의 위험이란, 해상에서만 만날 수 있는 위험으로서, 선박의 항행구역이나 계절에 비추어 볼 때 상당한 주의로써 예견할 수 없거나 예견할 수 있다고 하더라도 방지할 수 없는 해상이나 그 밖에 항행할 수 있는 수면에 특유한 위험 또는 사고를 말한다. 해상 고유의 위험의 요건으로는 일반적으로, ① "해상에서만(of the seas)" 발생하는 위험으로서, ② 우연성을 갖추고 있어야 한다고 해석한다.

이 판례는 영국법이 준거법인 사안에서, 영국 해상보험약관상 규정된 해상고유의 위험의 의미에 관한 것이지만, 우리 법이 준거법인 사안에서 해상운송계약의 해석에 있어서도 동일한 기준이 적용될 수 있다는 점에서 주목할 만하다.

## 442. 운송인의 면책사유로서의 '운송물의 숨은 하자'의 의미

(대법원 2006. 5. 12. 선고 2005다21593 판결)

〈쟁점〉

운송물의 숨은 하자의 의미

〈판결요지〉

운송물인 페놀의 변색이 그 자체의 특수한 성질이나 제조과정에서 생성된 부산물의 존재 등 숨은 하자로 인하여 생긴 것이고, 그와 같은 변색은 그 특수한 성질이나 숨은 하자로 인하여 보통 생길 수 있는 것이라고 봄이 상당하므로, 상법 제796조의 규정에 의하여 해상운송인의 책임이 면책된다.

〈선정이유〉

해상운송인은 자기 또는 선원 기타의 선박사용인이 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양륙

과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있는 것이지만, 운송물에 특수한 성질 또는 숨은 하자가 있었다는 것과 운송물에 관한 손해가 그 사실로 인하여 보통 생길 수 있는 것임을 증명한 때에는 이를 배상할 책임을 면한다(상법 제796조 제2항 제10호).

운송물의 숨은 하자란 동종의 물품에 일반적으로 존재하는 하자가 아니라 특정한 물품에만 존재하는 하자로서 상당한 주의를 기울여도 발견할 수 없는 하자를 말한다. 이 때 운송물의 하자가 상당한 주의를 기울여도 발견할 수 없는 숨은 하자라는 사실에 대한 증명책임은 운송인이 부담한다.

이 판례는 운송물이 화학제품인 경우 그 제조과정에서의 잘못된 부산물로 인한 운송물의 변색이 상법상 운송인의 면책사유인 운송물의 숨은 하자에 해당한다는 취지로 판시하였다.

## 443. 해상운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어서 귀책사유에 관한 입증책임의 소재

(대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327 판결)

〈쟁점〉

해상운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어서 귀책사유에 관한 입증책임의 소재

〈판결이유〉

상법 제789조의3(현행 상법 제798조) 제4항은 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인 이외의 실제운송인 또는 그 사용인이나 대리인에 대하여 제기된 경우에도 제1항 내지 제3항의 규정을 적용한다고 규정하고 있고, 같은 조 제1항은 이 장의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 이를 적용한다고 규정하고 있는데, 같은 조 제1항에서 말하는 "운송인의 책임에 관한 규정"에 입증책임의 분배에 관한 상법 제788조(현행 상법 제795조) 제1항은 포함되지 아니하므로, 운송인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는 청구인이 운송인에게 귀책사유가 있음을 입증하여야 한다.

〈선정이유〉

운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령 · 선적 · 적부(積付) · 운송 · 보관 · 양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실 · 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제795조 제1항). 이러한 운송인의 책임은 민법상 채무불이행책임으로서, 채무자인 운송인의 과실은 추정된다. 따라서 운송인이 면책되기 위해서는 운송인이 상법 제795조 제1항에서 규정한 운송인으로서의 주의의무를 다하였다는 사실을 증명하여야 한다.

한편 상법 제798조 제1항은 “이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.”고 규정하고 있는데, 위 조항이 규정하는 「운송인의 책임에 관한 규정」에는 운송계약상 증명책임의 분배에 관한 상법 제795조 제1항은 포함되어 있지 않다. 따라서 운송인에게 불법행위책임을 묻기 위해서는, 민법상 불법행위책임에 관한 법리에 따라 청구인이 운송인의 과실을 증명하여야 한다.

## 444. 선하증권에 기재된 배상액제한약관의 효력유무 및 그 판단기준

(대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카21149 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권에 기재된 배상액제한약관의 효력유무 및 그 판단기준

[2] 대한민국과 외국 사이의 물품운송에 관한 사건에 있어서 "거래계에서 관행으로 정하여 지고 있는 책임제한액"의 의미

〈판결요지〉

[1] 해상운송인의 책임결과의 일부를 감경하는 배상액제한약관은 원칙적으로 상법 제790조(현행 상법 제799조)[6]에 저촉되지 않는다고 할 것이지만 배상책임을 면제하는 것과 다름없다고 할 정도로 적은 액수를 책임한도액으로 정한 배상액제한약관은 실질적으로는 책임제외약관과 다른 바 없는 것이므로 상법 제790조에 저촉되어 무효라고 할 것이나, 배상액제한약관에서 정한 책임한도액이 배상책임을 면제하는 것과 다름없는 정도의 소액인가의 여부는 그 책임한도액이 해상운송의 거래계에서 관행으로 정하여지고 있는 책임한도액 및 운송인이 받은 운임 등과 비교하여 볼 때 실질적으로 운송인의 배상책임을 면제하는 정도의 명목상의 금액에 불과한 것인가의 여부에 따라 결정하여야 한다.

[2] 대한민국과 외국 사이의 물품운송에 관한 사건에 있어서 위 "[1]"항에서 말하는 "해상운송의 거래계에서 관행으로 정하여지고 있는 책임한도액"이라 함은 국제해상운송의 거래관행상 정하여지고 있는 책임한도액을 의미하는 것이다.

〈선정이유〉

상법상 해상운송인은 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해에 관해 육상운송인과 같이 정액배상주의에 따라 손해배상액을 제한할 수 있다(상법 제815조, 제137조). 따라서 운송물이 전부멸실 또는 연착된 경우의 손해배상액은 인도할 날의 도착지의 가격에 따르고(상법 제137조 제1항), 운송물이 일부 멸실 또는 훼손된 경우의 손해배상액은 인도한 날의 도착지의 가격에 의한다(제2항). 다만 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 운송인의 고의나 중대한 과실로 인한 때에는 운송인은 모든 손해를 배상하여야 한다(제3항). 이러한 해상운송인의 손해배상액 정액주의는 우리 민법의 채무불이행책임의 범위에 관한 제393조의 특별규정이라고 할 수 있다.

한편 해상운송인의 손해배상에 관한 정액배상주의와 함께 상법은 해상운송인의 손해배상책임을 운송물의 포장당 또는 선적단위당 일정 금액으로 제한할 수 있는 포장당 책임제한 내지 중량당 책임제한제도를 인정하고 있다(개별적 책임제한제도, 상법 제797조 제1항). 해상운송인은 개별적 책임제한과 함께 정액배상주의원칙에 따라 정해진 금액 중 자신에게 유리한 것을 주장하여 책임제한을 할 수 있다.

그런데 과거 해운 실무상 운송인은 자신의 계약상 지위를 남용하는 등의 방법으로, 선하증권이나 그 밖의 운송계약을 증명하는 문서에 운송인의 책임을 면제하거나 감경하는 약관을 기재하는

6) 상법(1991. 5. 31. 법률 제4372호로 개정되기 전의 것) 제790조 (선박소유자의 책임 등의 경감금지) 전3조의 규정에 반하여 선박소유자의 의무 또는 책임을 경감하는 당사자 간의 특약은 효력이 없다.

경우가 많았다. 이에 따라 상법은 상법 제794부터 제798조까지의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 감면하는 계약당사자 사이의 특약은 효력이 없다고 규정하는(제799조), 불이익변경금지원칙에 관해 규정하고 있다.

이 판례는 운송인의 손해배상액이 신의성실에 반하고 공서양속에 반하는 정도의 소액이 아닌 한 상법 제799조에 위반되지 아니하므로 유효라고 보고 있다. 그러나 이 판례는 1991년 상법 개정 전의 것으로서, 개별적 책임제한제도를 도입한 현행 상법의 해석상 운송인의 책임제한액을 상법 제797조 제1항에서 규정하는 개별적 책임제한책보다 감경하는 특약은 효력이 없다고 보아야 할 것이므로, 이 판례는 그러한 한도에서는 선례로서의 효력이 상실되었다고 보아야 한다.

다만 불이익변경금지에 관한 상법 제797조가 동 법 제815조와 제137조를 그 대상으로 하고 있지 않다는 점 등을 감안하면, 정액배상주의원칙에 대해서는 상법 제797조가 적용되지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 정액배상주의에 따라 정해지는 금액보다 적은 금액을 배상액으로 정한 당사자의 특약은 원칙적으로 유효하지만, 배상액의 수준이 공서양속에 반할 정도로 소액인 경우에는 이 판례에 따라 무효가 될 수 있다고 본다.

## 445. 해상운송인의 손해배상 책임제한의 기준이 되는 포장의 의미 및 포장의 수에 대한 판단기준

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다44267 판결)

〈쟁점〉

[1] 해상운송인의 손해배상 책임제한의 기준이 되는 포장의 의미 및 포장의 수에 대한 판단 기준

[2] 손상된 유니트(unit)의 숫자를 기준으로 포장당 책임제한액을 계산하여야 함에도, 손상된 팰리트(pallet)의 숫자를 계산단위로 하여 해상운송인의 책임을 제한한 원심판결을 파기한 사례

〈판결요지〉

[1] 상법 제789조의2(현행 상법 제797조)에 의한 해상운송인의 손해배상 책임제한의 기준이 되는 '포장'이란 운송물의 보호 내지는 취급을 용이하게 하기 위하여 고안된 것으로서 반드시 운송물을 완전히 감싸고 있어야 하는 것도 아니며 구체적으로 무엇이 포장에 해당하는지 여부는 운송업계의 관습 내지는 사회 통념에 비추어 판단하여야 할 것이고, 선하증권의 해석상 무엇이 책임제한의 계산단위가 되는 포장인지의 여부를 판단함에 있어서는 선하증권에 표시된 당사자의 의사를 최우선적인 기준으로 삼아야 할 것이며, 그러한 관점에서 선하증권에 대포장과 그 속의 소포장이 모두 기재된 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한 최소포장단위에 해당하는 소포장을 책임제한의 계산단위가 되는 포장으로 보아야 할 것인바, 비록 '포장의 수'란에 최소포장단위가 기재되어 있지 아니하는 경우라 할지라도 거기에 기재된 숫자를 결정적인 것으로 본다는 명시적인 의사표시가 없는 한 선하증권의 다른 난의 기재까지 모두 살펴 그 중 최소포장단위에 해당하는 것을 당사자가 합의한 책임제한의 계산단위라고 봄이 상당하고, 포장의 수와 관련하여 선하증권에 'Said to Contain' 또는 'Said to Be'와 같은 유보문구가 기재되어 있다는 사정은 포장당 책임제한조항의 해석에 있어서 아무런 영향이 없다.

[2] 손상된 유니트(unit)의 숫자를 기준으로 포장당 책임제한액을 계산하여야 함에도, 손상된 팰리트(pallet)의 숫자를 계산단위로 하여 해상운송인의 책임을 제한한 원심판결을 파기한 사례.

〈선정이유〉

우리 상법에 따라 해상운송인은 매 포장 당 또는 선적단위 당 666.6 SDR의 금액과 중량 1킬로그램당 2 SDR의 금액 중 큰 금액을 한도로 제한할 수 있다(제797조 제1항). 따라서 해상운송인의 손해배상액은 책임제한의 단위인 포장 또는 선적단위를 무엇으로 보느냐에 따라 달라질 수 있다.

이에 따라 상법 제797조 제2항은 "컨테이너나 그 밖에 이와 유사한 운송용기가 운송물을 통합하기 위하여 사용되는 경우에 그러한 운송용기에 내장된 운송물의 포장 또는 선적단위의 수를 선하증권이나 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서에 기재한 때에는 그 각 포장 또는 선적단위를 하나의 포장 또는 선적단위로 본다. 이 경우를 제외하고는 이러한 운송용기 내의 운송물 전부를 하나의 포장 또는 선적단위로 본다."고 규정하고 있다.

이 판례의 사안에서, 운송인인 피고는 소외 삼보컴퓨터 주식회사(이하 '삼보'라고 한다)와 사이에 개인용 컴퓨터 합계 2,496대(이하 '이 사건 화물'이라고 한다)에 관하여, 송하인인 삼보가 컨테이너에 이 사건 화물을 직접 적입·적재·계량하는 조건(Shipper Load Stowage & Count)하에, 부산항에서 일본 요코하마항까지 운송하기로 하는 계약을 체결한 후, 선하증권을 작성함에 있어 삼보가 제시한 선적의뢰서에 따라 '컨테이너 또는 포장의 수(Number of Containers or Package)'란에 '40' × 4(104 plts)', '포장의 종류 및 화물의 내역(Kind of Package : Description of Goods)'란에 'Shipper Load Stowage & Count, Said to be : 104plts(2,496units) of micro pc station 400B 1,872units, 433ID 624units'라고 기재하였다. 한편 삼보는 모니터, 키보드를 포함하여 컴퓨터 한 세트마다 1개의 종이상자(1 unit/carton)로 포장한 다음, 운송의 편의 등을 위하여 1개의 팰리트(pallet) 위에 24개의 위 종이상자를 올려 놓은 후(한 층에 네 상자씩 여섯층을 쌓았다.) 사방에 모서리 보호용 섬유판을 대고 투명한 비닐(shrink wrap)로 감싼 다음 1개의 컨테이너당 26개의 팰리트씩 4개의 컨테이너에 나누어 적재하였는데, 운송 도중 1개의 컨테이너 안에 든 화물 전체(26 팰리트 = 624 상자)가 침수되어 이 사건 화물의 적하보험자인 원고가 선하증권의 소지인에게 그로 인한 손해를 배상하였다.

이 사건의 원심은, 상법 제789조의2에 의한 피고의 손해배상 책임제한의 기준이 되는 포장이 무엇인지 결정함에 있어 가장 중요한 객관적 증거자료는 선하증권상에 나타난 포장의 기재(그 중에서도 특히 '포장의 수')라고 전제하고, 이어 위와 같은 선하증권의 작성경위 및 기재 내용에 비추어 보면, 이 사건 화물의 포장단위는 위 선하증권의 포장의 종류 및 화물의 내역(Kind of package : Description of goods)란에 'Shipper Load Stowage & Count, Said to be'라는 유보문구와 함께 기재된 유니트라기보다는 위 선하증권의 컨테이너 또는 포장의 수(Number of Containers or package)란에 기재된 팰리트라고 보고 피고의 손해배상책임이 손상된 팰리트의 숫자에 상응한 13,000 계산단위(= 26팰리트 × 500 계산단위)로 제한된다고 판단하였다.

이에 대해 대법원은, 선하증권 전면에 있는 포장의 개수란에 기재된 포장의 수와 포장의 성질란에 기재된 포장의 수가 일치하지 않는 경우, 당사자의 의사는 달리 특별한 사정이 없는 한 최소포장단위에 해당하는 소포장을 책임제한의 계산단위가 되는 포장으로 하고자 하였을 것이라는 점을 감안하여, 책임제한의 기준이 되는 포장도 최소포장단위가 된다는 점을 분명히 하였다.

## 446. 독립적 계약자의 책임제한 여부와 히말라야 약관의 효력

(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결)

〈쟁점〉

[1] 상법 제789조의3 제2항에서 정한 운송인의 '사용인 또는 대리인'의 범위에 자기 고유의 사업을 영위하는 독립적인 계약자도 포함되는지 여부 및 그러한 독립적 계약자가 같은 법 제811조에 기한 항변을 원용할 수 있는지 여부

[2] 선하증권 뒷면에 운송인이 주장할 수 있는 책임제한 등의 항변을 운송관련자들이 원용할 수 있다는 취지의 이른바 '히말라야 약관'(Himalaya Clause)이 기재되어 있는 경우, 독립적인 계약자인 터미널 운영업자도 위 약관조항에 따라 운송인이 주장할 수 있는 책임제한을 원용할 수 있는지 여부

[3] '운송인의 사용인 또는 대리인' 이외의 운송관련자의 경우에도 운송인이 주장할 수 있는 책임제한을 원용할 수 있다고 한 약정이 상법 제789조의3의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감하는 특약으로서 같은 법 제790조 제1항에 따라 무효인지 여부

[4] 이른바 '히말라야 약관'(Himalaya Clause)이 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제1항에서 정하는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 조항'이라거나 같은 법 제6조 제2항의 각 호에 해당하는 조항이라고 할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 상법 제789조의3 제2항에서 정한 운송인의 '사용인 또는 대리인'이란 고용계약 또는 위임계약 등에 따라 운송인의 지휘·감독을 받아 그 업무를 수행하는 자를 말하고 그러한 지휘·감독과 관계없이 스스로의 판단에 따라 자기 고유의 사업을 영위하는 독립적인 계약자는 포함되지 아니하므로, 그러한 독립적인 계약자는 같은 법 제811조에 기한 항변을 원용할 수 없다.

[2] 선하증권 뒷면에 '운송물에 대한 손해배상 청구가 운송인 이외의 운송관련자(anyone participating in the performance of the Carriage other than the Carrier)에 대하여 제기된 경우, 그 운송관련자들은 운송인이 주장할 수 있는 책임제한 등의 항변을 원용할 수 있고, 이와 같이 보호받는 운송관련자들에 하수급인(Subcontractors), 하역인부, 터미널 운영업자(terminals), 검수업자, 운송과 관련된 육상·해상·항공 운송인 및 직간접적인 하청업자가 포함되며, 여기에 열거된 자들에 한정되지 아니한다'는 취지의 이른바 '히말라야 약관'(Himalaya Clause)이 기재되어 있다면, 그 손해가 고의 또는 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에 해당하지 않는 한, 독립적인 계약자인 터미널 운영업자도 위 약관조항에 따라 운송인이 주장할 수 있는 책임제한을 원용할 수 있다.

[3] 상법 제789조의3 제2항은 '운송인이 주장할 수 있는 책임제한'을 원용할 수 있는 자를 '운송인의 사용인 또는 대리인'으로 제한하고 있어 운송인의 사용인 또는 대리인 이외의 운송관련자에 대하여는 적용되지 아니한다고 할 것이므로, 당사자 사이에서 운송인의 사용인 또는 대리인 이외의 운송관련자의 경우에도 운송인이 주장할 수 있는 책임제한을 원용할 수 있다고 약정하더라도 이를 가리켜 상법 제789조의3의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감하는 특약이라고는 할 수 없고, 따라서 상법 제790조 제1항에 따라 그 효력이 없다고는 할 수 없다.

[4] 이른바 '히말라야 약관'(Himalaya Clause)은 운송인의 항변이나 책임제한을 원용할 수 있는

운송관련자의 범위나 책임제한의 한도 등에 관하여 그 구체적인 내용을 달리 하는 경우가 있으나, 해상운송의 위험이나 특수성과 관련하여 선하증권의 뒷면에 일반적으로 기재되어 국제적으로 통용되고 있을 뿐만 아니라, 간접적으로는 운송의뢰인이 부담할 운임과도 관련이 있는 점에 비추어 볼 때, 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제1항에서 정하는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 조항'이라거나 같은 법 제6조 제2항의 각 호에 해당하는 조항이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

상법 제798조 제2항에 따라 운송인의 피용자와 대리인은 운송인의 운송계약상 항변이나 책임제한을 원용할 수 있음에 반해, 독립계약자는 명문 규정이 없음으로 인해 운송인의 책임제한 등을 원용할 수 있는지 의문이다. 이에 대해 대법원은 위 판결을 통해 원칙적으로 독립적 계약자는 운송인의 책임제한 등의 항변을 원용할 수 없지만, 소위 '히말라야 약관'이 선하증권에 포함되어 있는 경우에는 운송인의 책임제한 등의 항변을 원용할 수 있고, 이러한 원용의 허용이 상법 제799조의 편면적 강행규정과 약관규제법 제6조에 위반되지 않는다는 점을 명확히 하였다.

## 447. 상법 제814조의 법적 성질

(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다205947 판결)

〈쟁점〉

[1] 상법 제814조 제1항에서 정한 해상 운송인의 송하인이나 수하인에 대한 권리·의무의 소멸기간이 제척기간인지 여부 및 그 기산점

[2] 운송인이 운송계약상 양륙항에 도착한 후 운송물을 선창에서 인도 장소까지 반출하여 보세창고업자에게 인도하는 것만으로 운송물이 수하인에게 인도된 것으로 볼 수 있는지 여부

[3] 운송물이 멸실되거나 운송물의 인도가 불가능하게 된 경우, '운송물을 인도할 날'을 기준으로 상법 제814조 제1항의 제척기간이 도과하였는지를 판단하여야 하는지 여부 및 여기서 '운송물을 인도할 날'의 의미

[4] 상법 제814조 제1항의 제척기간이 도과하였는지가 법원의 직권조사사항인지 여부및 당사자가 제척기간 도과 여부를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 않았더라도 상고심에서 이를 새로이 주장·증명할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 상법 제814조 제1항은 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권과 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸하되, 당사자의 합의에 의하여 위 기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 해상 운송인의 송하인이나 수하인에 대한 권리·의무에 관한 소멸기간은 제척기간이고, 제척기간의 기산점은 '운송물을 인도한 날 또는 인도할 날'이다.

[2] 해상운송계약에서 운송인은 운송물의 수령·선적·적부·보관·운송·양륙 및 인도의무를 부담하므로(상법 제795조 제1항), 운송인은 운송채무의 최종 단계에서 운송물을 정당한 수하인에게 인도함으로써 운송계약의 이행을 완료하게 된다. 여기서 운송물의 인도는 운송물에 대한 점유, 즉 사실

상의 지배·관리가 정당한 수하인에게 이전되는 것을 말한다. 선하증권이 발행된 경우에는 선하증권의 정당한 소지인에게 인도하여야 한다(상법 제861조, 제132조). 따라서 운송인이 운송계약상 정해진 양륙항에 도착한 후 운송물을 선창에서 인도 장소까지 반출하여 보세창고업자에게 인도하는 것만으로는 그 운송물이 운송인의 지배를 떠나 정당한 수하인에게 인도된 것으로 볼 수 없다.

[3] 운송물이 멸실되거나 운송물의 인도가 불가능하게 된 경우에는 '운송물을 인도할 날'을 기준으로 제척기간이 도과하였는지를 판단하여야 한다. 여기서 '운송물을 인도할 날'이란 통상 운송계약이 그 내용에 좇아 이행되었으면 인도가 행하여져야 했던 날을 의미한다.

[4] 상법 제814조 제1항의 제척기간을 도과하였는지는 법원의 직권조사사항이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 또한 당사자가 제척기간의 도과 여부를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였다 하더라도 상고심에서 이를 새로이 주장·증명할 수 있다.

〈선정이유〉

상법 제814조 제1항은 "운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다."고 규정하고 있는데, 통설적 견해와 판례는 위 기간을 제척기간으로서 제소기간으로 해석한다. 따라서 위 기간의 준수여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고 이를 위반한 경우 소각하 판결을 하여야 한다.

따라서 실무상 위 기간의 준수여부는 소송당사자 사이의 초미의 관심사이고, 특히 '운송물을 인도한 날' 및 '운송물의 인도할 날'의 의미는 해석에 맡겨져 있다. 위 판결은 대법원이 제척기간의 기산점이 되는 '운송물을 인도할 날'의 의의 및 위 기간의 법적 성질에 대해 판단한 사례이다.

## 448. 운송인이 운송을 제3자에게 재위탁한 경우, 운송인의 제3자에 대한 구상권이 상법 제814조 제1항의 단기제척기간의 적용대상인지 여부

(대법원 2001. 10. 30. 선고 2000다62490 판결)

〈쟁점〉

재운송계약이 체결된 해상물건운송계약에서 재운송인의 고의·과실로 운송물이 멸실되어 원수운송인이 선하증권소지인에게 손해를 배상한 후 그 배상액을 재운송인에게 구상하는 경우, 상법 제811조 소정의 단기제척기간이 적용되는지 여부

〈판결요지〉

해상물건운송계약에 있어 계약운송인과 실제운송인과의 관계와 같이 복수의 주체가 운송물의 멸실·훼손으로 인하여 선하증권소지인에 대하여 연대하여 손해배상책임을 부담하는 경우, 어느 일방이 선하증권소지인에 대하여 먼저 손해액을 배상한 후 다른 일방에 대하여 그 배상금액을 구상하는 경우에는, 운송인의 채권·채무의 소멸을 규정하고 있는 상법 제811조 소정의 단기제척기간에 관한 규정은 적용되지 않는다고 할 것이다.

〈선정이유〉

운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우에 송하인 또는 수하인이 상법 제814조 제1항의 기간 이내에 운송인과 배상 합의를 하거나 운송인에게 재판상 청구를 하였다면, 그 합의 또는 청구가 있은 날부터 3개월이 경과하기 이전에는 그 제3자에 대한 운송인의 채권·채무는 상법 제814조 제1항에도 불구하고 소멸하지 아니한다(상법 제814조 제2항 본문).

이는 운송주선업자가 송하인과 운송계약을 체결한 후 자신이 인수한 운송을 다시 실제운송인에게 재위탁하거나, 운송인이 인수한 운송의 일부를 하수운송인에게 재위탁하는 경우와 같이, 운송인과 제3자 사이에 운송계약이 체결되는 경우 원수운송인이 송하인의 지위에 있고 제3자는 운송인의 지위를 갖게 된다. 이 때 송하인에게 운송물에 대한 손해배상을 해 준 계약운송인이 자신이 제3자와 체결한 운송계약에 기해 제3자에 대해 송하인의 지위에서 손해배상책임을 청구할 경우, 손해배상청구권의 제척기간의 기산점도 원칙적으로 상법 제814조 제1항에 따라 운송물을 인도한 날 또는 운송물을 인도할 날로부터 1년이 될 것이다.

그런데 위의 경우 수하인이 운송인에게 1년의 제척기간이 만료될 무렵에 손해배상청구를 하는 경우, 운송인이 1년의 단기제척기간 내에 제3자에 대한 손해배상청구의 소를 제기하는 것이 현실적으로 용이하지 않다. 이에 다라 상법은 2007년 개정 시에 상법 제814조 제2항을 신설하여, 운송인의 제3자에 대한 손해배상청구는 송하인 또는 수하인이 운송인과 1년의 단기제척기간 안에 배상합의를 하거나 운송인에 대한 배상청구를 소를 제기한 날로부터 3개월이 경과하기 전에는 소멸하지 않도록 하였다.

이 판례는 재운송인의 고의·과실로 운송물이 멸실되어 원수운송인이 선하증권소지인에게 손해를 배상한 후 재운송인에 대하여 손해배상을 청구하는 소송을 제기한 경우, 그 청구원인에는 불법행위에 의한 손해배상책임을 구하는 취지뿐만 아니라 선하증권소지인에게 배상한 금액에 관한 구상권 행사의 취지도 포함되어 있다고 보아 상법 제811조에서 정한 제소기간 도과를 이유로 소를 각하한 원심판결을 파기한 사례이다.

그런데 이 판례는 2007년 상법 개정 전의 것으로, 상법 제814조 제2항에 따라  그 효력을 잃게 되는 것은 아닌가 하는 의문이 있다. 이에 대해서는 상법 제814조 제2항은 동 조 제1항이 적용되는 것을 전제로 하여 동 조 제1항에도 불구하고 일정 기간 내에는 운송인의 채권이 소멸하지 않는다고 규정하고 있으므로, 이 판례의 사안과 같이 운송인이 제3자에 대해 부진정연대채무자 사이의 구상청구를 하는 경우에는 그 적용이 배제된다는 견해[7]가 제시되고 있다.

## 449. 상법 제814조 제2항 전단에서 정한 '제1항의 기간'에 같은 조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간이 포함되는지 여부

(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다244761 판결)

〈쟁점〉

상법 제814조 제2항 전단에서 정한 '제1항의 기간'에 같은 조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간이 포함되는지 여부

7) 최종현, 앞의 책, 342면.

〈판결요지〉

상법 제814조 제2항 전단에서 규정한 '제1항의 기간'이란 상법 제814조 제1항 본문에서 정한 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년의 기간은 물론, 상법 제814조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간을 포함한다고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간은 '운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년의 기간'(본문)과 '당사자의 합의에 의하여 연장된 기간'(단서)이다. 상법 제814조 제2항 전단은 '제1항 단서'라고 규정한 같은 항 후단과 달리 '제1항의 기간'이라고만 규정하여 상법 제814조 제1항의 본문과 단서를 구분하거나 적용 범위를 제한하고 있지 않다. 따라서 위 '제1항의 기간' 부분을 그 문언의 통상적 의미로 충실하게 해석하면 상법 제814조 제1항 본문과 단서에 정해진 기간을 모두 의미한다고 해석할 수 있다.

또한 구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제811조는 상법 제814조 제1항과 마찬가지로 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권·채무에 관하여 1년의 단기 제척기간을 정함은 물론, 이를 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있도록 정하고 있었다. 그런데 구 상법 제811조에 대해서는, 운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우 구 상법 제811조에 따라 운송인과 제3자 사이의 채권·채무에 운송인과 송하인 또는 수하인 사이에 적용되는 제척기간과 동일한 제척기간이 적용되면 운송인이 불측의 손해를 입을 우려가 있다는 지적이 있었다. 이에 2007. 8. 3. 상법 개정 당시 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권·채무에 관한 구 상법 제811조를 상법 제814조 제1항으로 옮기면서 상법 제814조 제2항을 신설하여, 운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우에 송하인 또는 수하인이 상법 제814조 제1항의 기간 이내에 운송인과 배상 합의를 하거나 운송인에게 재판상 청구를 하였다면, 그 합의 또는 청구가 있은 날부터 3개월이 경과하기 이전에는 그 제3자에 대한 운송인의 채권·채무는 제1항에도 불구하고 소멸하지 않도록 하여 운송인의 채권을 보호하기 위한 규정을 두었다. 따라서 상법 제814조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간도 상법 제814조 제2항 전단에서 정한 '제1항의 기간'에 포함된다고 보는 것이 상법 제814조 제2항의 입법 취지에 맞는다.

게다가 상법 제814조 제2항 전단의 '제1항의 기간'에 상법 제814조 제1항 단서에 따라 당사자의 합의에 의하여 연장된 기간을 포함하지 않으면, 당사자의 합의에 의하여 상법 제814조 제1항 본문의 기간을 연장할 수 있도록 한 그 단서의 취지에도 맞지 않는다.

따라서 운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우, 송하인 또는 수하인이 상법 제814조 제1항에서 정한 기간, 즉 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 또는 당사자의 합의에 의하여 연장한 기간 이내에 운송인과 배상 합의를 하거나 운송인에게 재판상 청구를 하였다면, 그 합의 또는 청구가 있는 날부터 3개월이 경과하기 이전에는 제3자에 대한 운송인의 채권·채무는 소멸하지 않는다.

〈선정이유〉

상법 제814조는 "운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다(제1항), 운송인이 인수한 운송을 다시 제3자에게 위탁한 경우에 송하인 또는 수하인이 제1항의 기간 이내에 운송인과 배상 합의를 하거나 운송인에게 재판상 청구를 하였다면, 그 합의 또는 청구가 있은 날부터 3개월이 경과하기 이전에는 그 제3자에 대한 운송인의 채권·채무는 제1항에도 불구하고 소멸하지 아니한

다. 운송인과 그 제3자 사이에 제1항 단서와 동일한 취지의 약정이 있는 경우에도 또한 같다(제2항).”고 규정하고 있다.

상법 제814조 제2항의 취지에 대해서는, 운송주선업자가 계약운송인으로서 인수한 운송을 실제 운송인에게 재위탁하거나 운송인이 인수한 운송의 일부에 관하여 하수운송계약을 체결한 경우와 같이, 운송인이 인수한 운송을 제3자에게 재위탁한 경우에 운송인이 원운송계약에 따라 송하인 등에게 손해배상을 한 후 재운송계약에 따라 제3자에 대해 손해배상을 청구함에 있어, 상법 제814조 제1항에 따라 자신의 제3자에 대한 손해배상청구권이 1년의 제척기간의 적용대상이 될 경우 불측의 손해를 입을 소지가 있으므로, 이러한 경우 운송인의 제3자에 대한 손해배상채권은 운송인이 송하인 등에게 손해배상을 한 날 또는 송하인 등의 제소일로부터 3개월  간은 제척기간으로 소멸하지 않도록 한 것이다.

그런데 상법 제814조 제2항 1문은 ‘제1항의 기간’이라고 규정하고 있을 뿐 동 조 제1항 본문과 단서의 기간을 구분하고 있지 않다. 이 판례는 상법 제814조의 입법취지 등을 고려할 때, 동 조 제2항 1문에서 규정하는 ‘제1항의 기간’에는 동 조 전문의 기간뿐만 아니라 운송계약당사자의 합의에 따라 연장된 동 조 제2항 2문의 기간도 포함된다는 점을 명확히 한 것에 그 의의가 있다.

# 제 4 장　복합운송계약

## 450. 복합운송계약과 손해배상책임

(대법원 2019. 7. 10. 선고 2019다213009 판결)

〈쟁점〉

[1] 복합운송계약의 의미 / 국제물류주선업자가 자기 명의로 운송계약을 체결하고 운송을 인수하는 경우, 복합운송인의 지위를 취득하여 해당 운송계약에 따른 권리·의무의 주체가 되는지 여부 및 당사자 사이에 복합운송뿐만 아니라 항만 양·적하, 보관 및 이동, 나아가 물류정보의 활용 등 일체의 물류 관련 활동을 포함하는 내용의 종합물류운영에 관한 계약을 체결한 경우, 그중 가장 핵심이 되는 요소는 복합운송으로 보아야 하는지 여부

[2] 복합운송 과정에서 운송물의 멸실·훼손 등으로 손해가 발생하였으나 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명하거나 성질상 특정한 지역으로 한정할 수 없는 경우, 해상운송 구간이 가장 길다면 위 손해에 대한 복합운송인의 책임에 대하여 해상운송에 관한 규정을 적용하여야 하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 복합운송계약이란 운송물을 육상운송, 해상운송, 항공운송 중 적어도 두 가지 이상의 서로 다른 운송수단을 결합하여 운송을 수행하는 것을 말한다. 구 화물유통촉진법에서 2007. 8. 3. 법률 제8617호로 전부 개정된 물류정책기본법은 물류의 범위를 기존에 재화의 운송·보관·하역 등을 중심으로 하는 물적 유통에 한정하였던 것을 재화의 조달·생산·소비 및 회수·폐기에 이르기까지의 전 과정을 포괄하는 것으로 확장하고(법 제2조 제1항 제1호), 구 화물유통촉진법상 복합운송주선인을 국제물류주선업자로 본다고 규정하고 있다(부칙 제7조 제1항). 그리고 이 법 시행규칙에 의하면

국제물류주선업자는 자기의 이름으로 선하증권과 항공화물운송장을 발행할 수 있으므로(제5조 제2항 제2호 참조), 국제물류주선업자가 자기 명의로 운송계약을 체결하고 운송을 인수하는 경우에는 복합운송인의 지위를 취득하여 해당 운송계약에 따른 권리·의무의 주체가 된다. 이처럼 당사자 사이에 복합운송뿐만 아니라 항만 양·적하, 보관 및 이동, 나아가 물류정보의 활용 등 일체의 물류 관련 활동을 포함하는 내용의 종합물류운영에 관한 계약을 체결한 경우에 가장 핵심이 되는 요소는 복합운송으로 보아야 한다.

[2] 복합운송 과정에서 운송물의 멸실·훼손 등으로 인하여 손해가 발생한 경우에 운송인에게 어느 운송수단에 적용되는 법에 따라 책임을 물을 것인지가 문제 된다. 복합운송인의 책임에 관하여 상법은 손해가 발생한 운송구간에 적용될 법에 따라 책임을 지도록 규정한다(상법 제816조 제1항). 그리고 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명한 경우 또는 손해의 발생이 성질상 특정한 지역으로 한정되지 아니하는 경우에는 운송인은 운송거리가 가장 긴 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 지되, 운송거리가 같거나 가장 긴 구간을 정할 수 없는 경우에는 운임이 가장 비싼 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 진다고 규정한다(제2항). 따라서 손해가 발생한 운송구간이 불분명하거나 그 성질상 특정한 지역으로 한정할 수 없는 경우, 해상운송 구간이 가장 길다면 해상운송에 관한 규정을 적용하여야 한다.

## 〈선정이유〉

복합운송은 1960년대부터 본격화하기 시작한 컨테이너를 이용한 물건운송의 등장과 함께 부각되기 시작하여 오늘날에는 국제화물운송체계에 있어 널리 보편화되어 있다. 복합운송은 원칙적으로 종류가 다른 두 가지 이상의 운송수단에 의한 운송이라는 점에서, 단일한 운송수단에 의한 물건운송에 비해 상대적으로 운송거리가 장거리일 가능성이 높을 뿐만 아니라 서로 다른 종류의 운송수단 간 운송물의 환적 등의 과정에서 운송물의 멸실이나 손상이 발생할 가능성 또한 높다. 특히 컨테이너를 이용한 국제복합운송의 경우, 컨테이너에 적입된 운송물의 상세한 내역 등에 대해 운송인은 정확히 파악하기 어려울 뿐만 아니라, 운송물에 대한 손해의 발견도 수하인 등에게 인도된 후에 발견되는 경우가 다수라는 점에서 운송 중 발생한 물건의 손해의 원인을 명확히 하는 것이 용이하지 않다는 문제가 있다.

복합운송과 관련한 위와 같은 실무적 문제점과 함께 복합운송을 구성하는 각 운송구간에 적용되는 운송법제는 해당 구간운송의 특징을 반영하여 발전해 온 것으로서, 고유의 법제적 특징을 가지고 있다. 이러한 사실은 복합운송인의 운송물에 대한 손해배상책임법제의 정립에 있어 이론적·실천적 장애로서 작용하고 있다. 국제연합을 위시한 복합운송관련 주요 주체들은 일찍이 복합운송에 관한 통일적 법제의 확립을 위해 노력하고 있는데 반해, 우리의 경우 2007년 상법 개정 시에 해상편에 한 개의 조문을 신설하였다. 그러나 위와 같은 상법 개정 이전에도 복합운송관련 주체들은 FIATA증권, KIFFA증권 등을 제정하여 복합운송에 관한 입법적 불비에 대응하여 왔다. 그런데 2007년 상법 개정에 의해 신설된 제816조는 복합운송 전반에 걸친 입법의 완비가 아닐 뿐만 아니라, 복합운송인의 책임에 관해서도 전술한 바와 같이 국제적 조류와 일치하지 않는 등의 여러 가지 문제점을 노정하고 있다.

대법원은 상법 제816조의 해석상, 복합운송 중 손해가 발생한 운송구간이 불분명하거나 그 성질상 특정한 지역으로 한정할 수 없는 경우, 상법 제816조 제2항에 따라 운송거리가 가장 긴 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 부담하여야 하므로, 해상운송 구간이 가장 길다면 해상운송에 관한 규정이 적용되어야 한다는 취지로 판시하였다. 대법원이 이 사건 계약에 따라 피고들이 운송을 부담

하는 각 운송거리의 장단(長短)에 따라 기계적으로 적용되는 법을 확정한 것은 상법 제816조의 문리해석상 법리적으로 문제는 없다. 그러나 상법 제816조 제2항의 문리해석상 복합운송인이 담당한 각 운송구간의 길고 짧음이 운송인의 책임법제의 결정에 관한 획일적 기준이 되는데, 극단적 사례로서 육상운송구간의 거리가 100km이고 해상운송구간의 거리가 101km인 경우와 같이 근소한 운송거리의 차이에 따른 복합운송인의 책임법제의 획정에 법리적 정당성을 부여할 수 있을 것인지 의문이다.

## 451. 복합운송계약상 제소기간약정과 상법상 불이익변경금지원칙

(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28490 판결)

〈쟁점〉

복합운송약관에서 제소기간을 상법 제814조보다 단기간으로 정한 경우의 효력

〈판결요지〉

이 사건 운송약관 제17조는 "화물이 인도된 후 또는 화물이 인도되어야 할 날, 또는 제6조 제4항에 따라 화물이 인도되지 않아 수하인이 그 화물을 멸실된 것으로 간주할 수 있는 권한을 갖게 되는 날로부터 9개월 이내에 소송이 제기되지 않고 다른 방법에 의하여 명백히 합의되지 않는 한 운송인은 본 조항에 의해 모든 책임으로부터 면제된다."고 규정하고 있는바, 이러한 부제소 특약은 앞서 본 상법 제811조의 제척기간보다 해상운송인의 책임소멸기간을 단축하는 것이 되어 효력이 없다.

〈선정이유〉

대부분의 선하증권에는 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날로부터 1년 내에 재판상 청구를 하지 않으면 운송인은 손해배상책임을 면한다는 취지의 약관이 기재되어 있다. 상법 제814조 제1항도 운송인과 계약상대방 간의 채권채무는 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날로부터 1년 내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다고 규정하고 있으므로, 선하증권 이면약관의 위와 같은 제소기한에 관한 약관은 특별한 의미는 없다.

그런데 복합운송계약과 관련하여, 대표적인 복합운송증권인 FIATA 운송증권에는 제소기한이 9개월로 단축되어 있는데, 상법 제799조 제1항은 “제794조부터 제799조까지의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다”고 규정할 뿐, 운송계약당사자의 특약에 의해 제814조 제1항에 반하는 내용으로 제소기간을 단축하는 것의 효력 여부에 대해서는 명문 규정을 두고 있지 않다.

이에 대해 상법 제814조는 강행규정으로서, 송하인 등에게 불리하게 제소기간을 단축하는 것은 원칙적으로 무효지만, 1년보다 연장하는 것은 유효하다고 볼 것이다. 이 판례는 위 약관이 상법 제799조 제1항이 규정한 불이익변경금지원칙에 위반되어 무효라고 판시하였다.

## 452. 복합운송계약에서 손해발생구간이 명확한 경우의 단기제소기간의 효력여부

(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다58978 판결)

〈쟁점〉

복합운송에서 손해발생구간이 육상운송구간임이 명백한 경우, 복합운송증권에서 정한 9개월의 제소기간의 효력

〈판결요지〉

해상운송의 경우에는 구 상법(2007. 8. 3 법률 제8581호로 개정되기 전의 것) 제811조에서 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채무는 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 등으로부터 1년 내에 재판상 청구가 없으면 소멸하도록 하고 이를 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있으나 단축할 수는 없도록 규정하고 있는 반면에, 육상운송의 경우에는 상법 제147조, 제121조에 따라 운송인의 책임은 수하인이 운송물을 수령한 날로부터 1년을 경과하면 소멸시효가 완성하고 이는 당사자의 합의에 의하여 연장하거나 단축할 수 있다고 볼 것인 점, 복합운송의 손해발생구간이 육상운송구간임이 명백한 경우에도 해상운송에 관한 규정을 적용하면 복합운송인이 그 구간에 대하여 하수급운송인으로 하여금 운송하게 한 경우에 하수급운송인과 복합운송인 사이에는 육상운송에 관한 법률이 적용되는 것과 균형이 맞지 않게 되는 점 등을 고려하면, 복합운송에서 손해발생구간이 육상운송구간임이 명백한 경우에는 복합운송증권에서 정하고 있는 9개월의 제소기간은 강행법규에 저촉되지 아니하는 것으로서 유효하다.

〈선정이유〉

상법 제814조 제1항은 “운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동 법 제799조 제1항은 “제794조부터 제798조까지의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다. 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정도 또한 같다.”고 규정하고 있다. 따라서 상법 제814조는 동 법 제799조 제1항의 적용대상이 아니라는 점에서, 당사자 간의 특약으로 상법 814조 제1항에 반하여 제소기간을 단축할 수 있을 것인지 의문이다.

대법원 1997. 11. 28. 선고 97다28490 판결은 복합운송계약에서 계약당사자들의 특약으로 상법 제814조 제1항에서 규정한 제소기간보다 단기의 제소기간을 약정한 것은 상법 제799조 제1항이 규정한 불이익변경금지원칙에 위반되어 무효라고 판시한 바 있다.

따라서 복합운송계약의 경우에도 당사자 간의 특약으로 제소기한을 상법 제814조 제1항보다 단기간으로 정하는 것은 원칙적으로 무효라고 할 것이다. 그러나 해상운송 및 타 운송이 결합된 형태의 상법상 복합운송계약에서 손해발생구간이 확인된 경우에는 해당 운송법제에 적용될 법에 의해 손해배상이 이루어져야 할 것이므로(상법 제816조 제1항), 손해발생구간이 육상운송구간임이 명백한 경우에는 복합운송증권상 9개월의 제소기간은 강행법규에 저촉되지 않는다고 볼 것이고, 이 판례는 이러한 법리를 명확히 한 것이다.

# 제 5 장 해상여객운송계약

## 453. 해상여객운송인의 책임범위 등

(대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1191 판결)

〈쟁점〉

[1] 해상여객운송인의 승선자와 하선자의 수의 확인의무가 운송에 관한 주의의무의 범위에 속하는지 여부

[2] 해상여객 운송인의 여객이 입은 손해에 대한 상법 제830조(현행 상법 제826조), 제148조에 따른 배상책임 요건

〈판결요지〉

[1] 해상여객운송에 있어서 운송인이 승선자의 수와 하선자의 수를 확인하지 아니하였다고 하여 그것이 인명사고의 원인이 될 운송에 관한 주의의무의 범위에 속한다고 할 수 없다.

[2] 상법 제830조에 의하여 준용되는 동법 제148조의 규정은 여객이 해상운송도중 그 운송으로 인하여 손해를 입었고 또 그 손해가 운송인이나 그 사용인의 운송에 관한 주의의무의 범위에 속하는 사항으로 인하였을 경우에 한하여 운송인은 자기 또는 사용인이 운송에 관한 주의를 게을리 하지 아니하였음을 증명하지 아니하는 한 이를 배상할 책임을 면할 수 없다는 것이지 여객이 피해를 입기만 하면 그 원인을 묻지 않고 그 책임을 지우는 취지는 아니라 할 것이므로 여객이 입은 손해라도 그것이 운송인 또는 그 사용인의 운송에 관한 주의의무의 범위에 속하지 아니하는 한 운송인은 그로 인한 손해를 배상할 책임이 없다.

〈선정이유〉

해상여객운송인의 여객의 인적 손해에 대한 손해배상책임은 육상여객운송인의 손해배상책임과 동일하다(상법 제826조 제1항, 제148조). 따라서 해상여객운송인은 자기 또는 사용인이 운송에 관한 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 여객이 운송으로 인해 받은 손해를 배상할 책임을 면하지 못한다(상법 제148조 제1항).

위 규정의 해석상 해상여객운송인은 과실책임을 지며, 운송인의 과실은 추정되지만, 운송인의 주의의무의 범위에 속하지 아니하는 사항에 대해서는 이러한 과실추정의 원칙은 적용되지 않고, 이에 대해서는 운송인의 손해배상책임을 인정할 여지가 없다고 보아야 한다. 상법상 해상여객운송인은 승선에 관한 의무 · 감항능력주의의무 · 식사제공의무 등을 부담하지만, 여객 등의 인적 손해에 대한 운송인의 손해배상책임은 운송인의 운송계약상 의무의 위반이 있는 경우에만 성립하며, 이 경우에도 운송인의 주의의무위반과 손해발생 사이에는 상당인과관계가 존재하여야 한다. 이 판례는, 승선자와 하선자의 수의 확인의무가 운송인의 운송에 관한 주의의무의 범위에 포함되지 않는다는 점과 운송인의 주의의무의 범위에 속하지 않는 사안에 대해서는 운송인이 손해배상책임을 부담하지 않는다는 점을 명확히 하였다.

# 제 3 편 용선계약

## 제 1 장 항해용선계약

### 454. 용선계약상 체선료의 법적 성질과 용선계약의 해지로 인한 손해배상의 범위

(대법원 2005. 7. 28. 선고 2003다12083 판결)

〈쟁점〉

[1] 양륙기간을 약정한 용선계약에 있어서 체선료의 법적 성질 및 운송인의 과실을 참작하여 체선료를 감액하거나 과실상계를 할 수 있는지 여부

[2] 용선계약의 해지로 인하여 용선자가 배상하여야 할 손해의 범위

〈판결요지〉

[1] 양륙기간을 약정한 용선계약에 있어서 용선자가 약정한 기간 내에 양륙작업을 완료하지 못하고 기간을 초과하여 양륙한 경우에 운송인이 그 초과한 기간에 대하여 용선자에게 청구할 수 있는 소위 정박료 또는 체선료는 체선기간 중 운송인이 입는 선원료, 식비, 체선비용, 선박이용을 방해받음으로 인하여 상실한 이익 등의 손실을 전보하기 위한 법정의 특별보수라고 할 것이므로, 체선료의 약정이 용선자의 채무불이행으로 인한 손해배상의 예정이라는 전제하에서 운송인의 과실을 참작하여 체선료를 감액하거나 과실상계를 할 수 없다.

[2] 용선계약이 해지됨과 동시에 운송인은 계약의 구속력에서 해방되기 때문에 통상은 다른 곳에 선박을 용선하여 줌으로써 동일한 정도의 수입을 얻어 손해의 발생을 방지할 수 있는 것이고, 또한 다른 곳에 용선하여 줌에 있어서도 합리적인 노력을 기울여 채무불이행으로부터 발생하여야 할 손해를 최소한으로 해야 할 신의칙상의 의무가 있으므로, 용선계약이 해지됨으로 인하여 용선자가 배상하여야 할 손해의 범위는 위 선박의 최종항차 종료일부터 용선계약 종료일까지의 기간 전부에 대한 손해가 아니라 용선시장의 사정과 거래관행 등을 고려하여 용선계약에 투입이 예정된 선박을 위 선박의 최종항차 종료일 후 다른 곳에 정상적으로 용선하여 줄 수 있는 시점까지의 합리적인 기간 동안의 손해로 한정함이 상당하다.

〈선정이유〉

항해용선계약의 경우 선박소유자는 용선자가 운송물을 선적 또는 양하하도록 선적항 등에서 일정 기간 동안 선박을 정박시킬 의무가 있다. 이러한 선박의 정박기간이란 당사자 사이에 선적 또는 양하에 관한 약정이 있으면 그 기간을 의미하고, 정박기간에 관한 약정이 없는 경우에는 선적항 등에서의 관습에 따라 합리적으로 신속하게 선적을 할 경우 필요한 관습상의 기간을 의미한다. 해운 실무에서는 약정된 선적 기간 또는 관습상의 선적기간을 도과하여 운송물을 선적하는 경우에 용선자가 선박소유자에게 초과된 일당 일정한 금원을 지급하기로 약정하는 '체선료(demurage) 또

는 정박료 약정'을 한다. 체선료약정이 있는 경우 선박소유자는 약정된 체선료를 청구할 수 있는데, 이러한 체선료의 법적 성질에 관해서는 특별보수설과 손해배상설이 대립한다. 이에 관해 이 판례는 선박소유자의 체선료는 손해배상이 아니므로, 손해배상에 관한 과실상계나 감액이 허용되지 않는다는 점을 명확히 하였다.

한편 항해용선계약도 계약의 일반 종료원인에 의해 종료될 수 있지만, 상법은 항해용선계약의 특수성을 감안하여 항해용선계약의 종료원인에 관해 특별히 규정하고 있다. 다만 상법상 항해용선계약의 종료원인에 관한 규정은 임의규정이므로, 당사자는 이와 다른 약정을 할 수 있다.

특히 상법은 제832조부터 제837조에서 항해용선계약의 임의해제 내지 임의해지 시의 법률관계에 관해 규정하고 있는데, 전술한 바와 같이 위 규정들은 임의규정으로서 항해용선계약 당사자의 의사표시에 의해 용선계약은 해제 내지 해지된다.

나아가 항해용선계약상 채무불이행을 이유로 계약당사자는 계약을 해지 내지 해제할 수 있고, 이 경우 손해가 있으면 배상을 청구할 수 있다. 이 판례는 항해용선계약상 채무불이행을 이유로 한 계약해지 시 손해배상의 범위와 관련하여, 채무불이행으로 의한 손해배상책임에 있어 배상권리자인 원고에게 손해의 발생 및 확대에 과실이 인정되는 등의 사정에 비추어 채무자에게 전체 손해에 대한 배상책임을 지우는 것이 신의칙이나 공평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 감경할 수 있지만, 용선계약이 해지됨과 동시에 선박소유자는 계약의 구속력에서 해방되기 때문에 통상은 선박을 다른 곳에 용선하여 줌으로써 동일한 정도의 수입을 얻어 손해의 발생을 방지할 수 있다는 점, 또한 다른 곳에 용선하여 줌에 있어서도 합리적인 노력을 기울여 채무불이행으로부터 발생하여야 할 손해를 최소한으로 해야 할 신의칙상의 의무가 있다는 점을 감안하여, 용선계약이 해지됨으로 인하여 용선자가 배상하여야 할 손해의 범위는 용선기간 전부에 대한 손해가 아니라 용선시장의 사정과 거래관행 등을 고려하여 용선계약에 투입이 예정된 선박을 계약해제 후 다른 곳에 정상적으로 용선하여 줄 수 있는 시점까지의 합리적인 기간 동안의 손해로 한정함이 상당하다고 판시하였다.

## 455. 선박소유자와 재운송계약의 상대방 사이의 관계

(대법원 1998. 1. 23. 선고 97다31441 판결)

### 〈쟁점〉

선박이 재용선된 경우 선주가 직접 재용선자 또는 수하인에 대하여 주된 운송계약의 운임을 청구할 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

재용선계약의 경우에는 선주와 용선자 사이의 주된 운송계약과 용선자와 재용선자 사이의 재운송계약은 각각 독립된 운송계약으로서 선주와 재운송계약의 운송의뢰인(재용선자)과의 관계에서는 아무런 직접적인 관계가 없으므로 선주가 직접 재용선자에 대하여 주된 운송계약상의 운임 등을 청구할 수는 없고, 수하인에 대한 관계에서도 수하인이 화물을 수취하여도 수하인은 재용선계약의 운송인인 용선자에 대하여 운임 지불 의무를 부담하는 것일 뿐 선주가 수하인에 대하여 주된 운송계약의 운임 등을 직접 청구할 수는 없다.

〈선정이유〉

항해용선자가 자기 명의로 제3자와 운송계약을 체결하는 경우에 이를 재운송계약이라 한다(상법 제809조). 이 때 선박소유자와 항해용선자 사이의 계약을 주운송계약이라고 한다. 재운송계약은 재용선계약일 수도 있고 개품운송계약인 경우도 있다. 재운송계약은 주운송계약과 독립한 별개의 운송계약으로서, 재운송계약의 형태와 내용이 주운송계약과 동일할 필요가 없고, 재운송계약은 주운송계약의 법률관계에 아무런 영향을 미치지 않는다.

상법 제809조가 규정하는 재운송계약과 유사하지만 구별할 것으로는, 운송주선업자가 송하인과 개품운송계약을 체결한 후 자신이 인수한 계약의 이행을 위해 실제운송인과 다시 개품운송계약을 체결하는 경우이다. 이러한 계약은 앞서 본 재운송계약과 계약 체결의 순서가 반대이지만 그 법률관계는 유사하다.

한편 선박소유자와 재운송계약의 상대방인 제3자 사이에는 원칙적으로 아무런 직접적 법률관계가 없다(대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040 판결). 따라서 선박소유자는 제3자에 대해 운임이나 용선료를 청구할 수 없다. 그러나 제3자가 항해용선자에게 운임 등을 지급하였다 하더라도 항해용선자가 선박소유자에게 운임 등을 지급하지 않은 경우, 선박소유자는 상법 제807조 제2항에 의해 자신의 채권이 만족될 때까지 자신이 점유하는 제3자의 운송물을 유치할 수 있으므로, 이러한 한도에서는 선박소유자와 항해용선자 사이의 법률관계가 제3자의 법적 지위에 사실상 영향을 미칠 수 있다.

# 제 2 장 정기용선계약

## 456. 정기용선계약의 법적 성질

(대법원 1992. 2. 25. 선고 91다14215 판결)

〈쟁점〉

[1] 정기용선계약의 계약 내용에 비추어 정기용선자에게 선박임차인에 관한 상법 제766조(현행 상법 제848조)의 유추적용에 의해 선하증권상의 운송인으로서의 책임이 있다고 판시한 사례

[2] 위 "[1]"항의 정기용선계약에 있어 그 "계약이 선박임대차로 해석되지 않는다"는 계약 규정의 의의

〈판결요지〉

[1] 당사자 간에 체결된 정기용선계약이 그 계약 내용에 비추어 선박에 대한 점유권이 용선자에게 이전되는 것은 아니지만 선박임대차와 유사하게 용선자가 선박의 자유사용권을 취득하고 그에 선원의 노무공급계약적인 요소가 수반되는 것이라면 이는 해상기업활동에서 관행적으로 형성 발전된 특수한 계약관계라 할 것으로서 이 경우 정기용선자는 그 대외적인 책임관계에 있어서 선박임차인에 관한 상법 제766조의 유추적용에 의하여 선박소유자와 동일한 책임을 지는 것이라 할 것이므로 정기용선자는 선장이 발행한 선하증권상의 운송인으로서의 책임을 부담한다 할 것이다.

[2] 위 "[1]"항의 정기용선계약에 있어 그 "계약이 선박임대차로 해석되지 않는다"는 내용의 기재가 있어도 이는 용선계약의 표준약관의 일부로 포함되어 있는 것으로서 그 규정만으로 용선계약의

성질이 확정되는 것이 아니며 이는 선박소유자와 용선자 사이의 계약 내용을 규율함에 있어 해석의 기준이 될 수 있을 뿐 제3자의 보호를 주안으로 하는 정기용선계약의 해석론에는 별다른 영향을 미치는 것이 아니다.

〈선정이유〉

정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정한 것이다. 정기용선계약은 그 기원이 19세기 중반 영국에 있는 관계로, 우리 상법상 정기용선계약의 해석에 있어 그 성질이 정확히 어떤 것인지에 관해 계약당사자 및 실무가 사이에 견해가 일치하지 않는다. 이와 관련하여 정기용선계약의 법적 성질론으로는, 운송계약설, 혼합계약설, 특수계약설 등 다양한 견해가 제시되고 있다.

이 판례는 정기용선계약을 선박임대차와 유사한 노무공급적요소가 추가된 특수한 계약이라고 본 것이다. 따라서 이 판례에 따르면 선박임대차적 요소가 정기용선계약의 핵심 요소로 보게 되므로, 정기용선자는 선박의 임차인의 지위와 유사한 대외적 책임을 부담한다고 본 것이다.

한편 해운 실무에서 정기용선계약은 대부분 표준계약서식에 의해 체결된다. 이 판례는 사적자치의 원칙이 강하게 지배하는 정기용선계약의 경우, 계약당사자들은 위 표준계약서식의 첨삭을 통해 자신들의 사정에 적합한 계약내용을 형성할 수 있지만, 이러한 계약당사자 사이의 법률관계는 선박소유자와 정기용선자 사이의 내부적 법률관계에 관한 지표가 되는 것이지, 정기용선계약 하에서 제3자에 대한 손해배상칙임 등 대외적 법률관계에까지 정기용선계약의 내용이 규범적 효력을 가지지는 않는다는 점을 확인한 것이다.

※ 참고 판례: 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99754 판결(정기용선계약의 의미 및 선박임대차계약과의 차이점)

타인의 선박을 빌려 쓰는 용선계약에는 기본적으로 선박임대차계약, 정기용선계약 및 항해용선계약이 있는데, 이 중 정기용선계약은 선박소유자 또는 선박임차인(이하 통칭하여 '선주'라 한다)이 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급할 것을 약정하는 계약으로서 용선자가 선주에 의해 선임된 선장 및 선원의 행위를 통하여 선주가 제공하는 서비스를 받는 것을 요소로 하는바, 선박의 점유, 선장 및 선원에 대한 임면권, 그리고 선박에 대한 전반적인 지배관리권이 모두 선주에게 있는 점에서, 선박 자체의 이용이 계약의 목적이 되어 선주로부터 인도받은 선박에 통상 자기의 선장 및 선원을 탑승시켜 마치 그 선박을 자기 소유의 선박과 마찬가지로 이용할 수 있는 지배관리권을 가진 채 운항하는 선박임대차계약과는 본질적으로 차이가 있다.

## 457. 정기용선계약과 운송인의 확정

(대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327 판결)

〈쟁점〉

정기용선자로부터 선복을 용선받은 재용선자가 송하인과 운송계약을 체결한 사안에서, 정기용선자는 운송계약상 책임을 지는 운송인의 지위에 있는지 여부

〈판결요지〉

정기용선자로부터 선복을 용선받은 재용선자가 송하인과 운송계약을 체결한 사안에서, 재용선자가 발행한 선하증권의 이면약관상 재용선자가 위 운송계약의 운송인이 됨을 명시하고 있으며, 재용선자는 정기용선자에게 일정한 선복용선료만 지급할 뿐이고 위 운송계약에 따른 운임은 모두 재용선자의 수입으로 되는 사정 등을 고려할 때, 위 정기용선자는 운송계약상 책임을 지는 운송인의 지위에 있지 않다.

〈선정이유〉

정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정한 것이다(상법 제842조). 그러나 정기용선계약은 항해장비를 갖춘 선박이라는 물건을 일정한 기간 동안 항해에 사용한다는 점에서 선박임대차적 요소를 갖고 있을 뿐만 아니라 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무한 선박을 이용하게 한다는 점에서는 노무공급계약적 요소를 갖추고 있다. 이에 따라 정기용선계약의 제3자와의 외부관계에서 누가 운송인의 지위에 있는지 하는 문제의 판단이 항상 용이한 것은 아니다. 이 경우 누가 운송계약상 운송인인가 하는 문제는 원칙적으로 계약의 해석문제가 될 것이며, 이를 위해서는 운송계약을 둘러 싼 제반 정황요소들을 종합적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

이 판례의 사안은 정기용선된 선박이 다시 선복용선계약(Space Charter) 관계에 있던 자에게 재용선된 후 재용선자가 송하인과 운송계약을 체결한 사안인데, 이 경우 정기용선자도 송하인에 대해 운송인의 지위에 있는지 여부가 다투어졌다.

이에 대해 대법원은, 재용선자가 발행한 선하증권의 이면약관에서 재용선자가 운송계약의 운송인이 됨을 명시하고 있을 뿐만 아니라, 재용선자는 정기용선자에게 일정한 선복용선료만 지급할 뿐이고 송하인과 재용선자 사이의 운송계약에 따른 운임은 모두 재용선자의 수입으로 되는 것으로 보이므로, 이러한 사정 등을 고려하여 정기용선자가 이 사건에서 운송인의 지위에 있지 아니하다고 판단한 것이다.

## 458. 정기용선된 선박의 이용에 관한 채권자가 선박소유자의 선박에 대해 선박우선특권에 기한 경매청구를 할 수 있는지 여부

(대법원 2019. 7. 24. 자 2017마1442 결정)

〈쟁점〉

[1] 선박의 이용계약이 선체용선계약, 정기용선계약, 항해용선계약 중 어느 계약에 해당하는지 결정하는 방법

[2] 정기용선의 경우, 선체용선에 관한 상법 제850조 제2항이 유추적용되어 정기용선된 선박의

이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자가 선박소유자의 선박에 대하여 경매를 청구할 수 있는지 여부

〈결정요지〉

[1] 선박의 이용계약이 선체용선계약, 정기용선계약 또는 항해용선계약인지 여부는 계약의 취지 및 내용, 특히 이용기간의 장단, 사용료의 고하, 점유관계의 유무 기타 임대차 조건 등을 구체적으로 검토하여 결정하여야 한다.

[2] 선박우선특권에 대해서는 그 성질에 반하지 않는 한 민법의 저당권에 관한 규정을 준용하므로(상법 제777조 제2항), 선박우선특권을 가진 채권자는 그 채권을 발생시킨 선박에 대한 경매를 청구하여 채권의 우선변제를 받을 수 있다. 선체용선에서 제3자에 대한 법률관계에 관하여 상법 제850조 제1항은 "선체용선자가 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있다."라고 규정하고, 제850조 제2항은 "제1항의 경우에 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권은 선박소유자에 대하여도 그 효력이 있다. 다만 우선특권자가 그 이용의 계약에 반함을 안 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정한다. 따라서 선체용선자의 경우에도 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자는 선박소유자에 대한 효력을 주장하여 해당 선박에 대하여 경매를 청구할 수 있다.

정기용선의 경우 제3자에 대한 법률관계에 관하여 상법은 아무런 규정을 두지 않고 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 선체용선에 관한 상법 제850조 제2항의 규정이 정기용선에 유추적용되어 정기용선된 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자는 선박소유자의 선박에 대하여 경매청구를 할 수 있다고 봄이 타당하다.

① 정기용선계약은 선체용선계약과 유사하게 용선자가 선박의 자유사용권을 취득하고 그에 선원의 노무공급계약적인 요소가 수반되는 특수한 계약관계로서 정기용선자는 다른 특별한 사정이 없는 한 화물의 선적, 보관 및 양하 등에 관련된 상사적인 사항의 대외적인 책임관계에 선체용선에 관한 상법 제850조 제1항이 유추적용되어 선박소유자와 동일한 책임을 부담한다.

② 선체용선에서 선박의 이용에 관한 사항에 대하여는 선체용선자만이 권리·의무의 주체가 되고 선박소유자와 제3자 사이에는 원칙적으로 직접적인 법률관계가 발생하지 않는 것이나, 상법은 선박채권자를 보호하기 위하여 제850조 제2항을 두어 선박우선특권은 선박소유자에 대하여도 효력이 발생하고 그러한 채권은 선박을 담보로 우선변제를 받을 수 있도록 하였다. 이와 같은 선박채권자 보호의 필요성은 선체용선과 정기용선이 다르지 않다.

특히 상법 제777조 제1항 제1호에 규정된 예선료 채권을 보면, 채무자가 선박소유자 또는 선체용선자인지, 정기용선자인지를 구별하지 않고 우선적으로 보호하여야 할 필요성이 크다. 예선업자는 특별한 사정이 없는 한 예선의 사용 요청을 거절하지 못하고(선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률 제29조 제1항), 정당한 이유 없이 이를 위반하여 예선의 사용 요청을 거절한 때에는 형사처벌을 받는다(같은 법 제55조 제4호). 이처럼 예선업자는 대상 선박을 이용하는 자가 누구인지 여부와 상관없이 예선계약의 체결이 사실상 강제될 뿐만 아니라 현실적으로 예선계약 체결 당시 예선료 채무를 부담하는 자가 선박소유자인지 여부 등을 확인하기도 곤란하다.

③ 상법 제777조 제1항에서는 선박우선특권이 인정되는 채권을 한정적으로 열거하고 있으므로, 정기용선자에 대한 그와 같은 채권에 관하여 선박우선특권을 인정하더라도 선박소유자나 선박저당권자에게 예상치 못한 손해가 발생한다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

상법 제850조는 "①선체용선자가 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 선박소유자와 동일한 권리의무가 있다. ②제1항의 경우에 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권은 선박소유자에 대하여도 그 효력이 있다. 다만, 우선특권자가 그 이용의 계약에 반함을 안 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 선체용선계약의 경우에는 선박에 대한 물권적 지배관리권이 용선자에게 이전되어 있으므로, 선박의 이용에 관한 사항에는 선체용선자가 선박소유자와 동일한 권리의무의 주체로 인정한 것이다. 여기서 "선박소유자와 동일한 권리의무가 있다"는 것은 선체용선자가 선박소유자로 취급되어 선박소유자의 권리와 의무를 갖는다는 의미이다.

한편 위와 같이 선체용선자가 선박의 이용에 관한 사항에 대해 제3자에게 선박소유자와 동일한 권리의무를 가지므로, 상법은 선체용선자에 대해서도 선박소유자와 동일하게 책임제한권을 인정하고 있다(상법 제769조).

원칙적으로 선체용선된 선박의 소유자는 선박의 운항과 관련하여 제3자와 아무런 법률관계를 갖지 않는다. 그러나 상법은 선체용선자의 선박 이용과 관련하여 채권을 가지는 채권자를 보호하기 위해 선체용선자가 상행위 그 밖에 영리를 목적으로 선박을 사용하는 경우에 그 이용에 관하여 생긴 선박우선특권은 선박소유자에게도 효력이 있다는 특칙을 두고 있다(제850조 제2항). 이는 영미법상 선박 자체에 당사자능력과 책임주체로서의 지위를 인정하는 '대물소송(action in rem)'를 취하고 있지 않은 우리 법제상, 선박우선특권의 추급효를 확대하여 채무자인 선체용선자의 재산이 아닌 선박소유자의 선박에 대해서도 우선특권을 인정하여 채권자를 보호하기 위한 것이다.

그런데 이 판례에서는 위와 같은 선체용선에 관한 상법 제850조 제2항이 유추적용되어 정기용선된 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자가 선박소유자의 선박에 대하여 경매를 청구할 수 있는지 여부가 문제가 되었다. 상법 제850조 제2항과 달리 정기용선계약의 경우에는 위와 같은 규정이 없을 뿐만 아니라 위 규정을 정기용선계약에 준용하는 규정도 없다. 이에 관해 대법원은 선체용선계약과 정기용선계약이 선박의 임대차적 요소를 구비하고 있다는 점과 선체용선계약의 경우 제3자에게 선박우선특권을 인정하여 채권자를 보호할 필요는 정기용선계약의 경우에도 동일하다는 점, 그리고 상법 제777조 제1항에서는 선박우선특권이 인정되는 채권을 한정적으로 열거하고 있으므로, 정기용선자에 대한 제3자의 채권에 관하여 선박우선특권을 인정하더라도 선박소유자나 선박저당권자에게 예상치 못한 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 점을 논거로 정기용선된 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자가 선박소유자의 선박에 대하여 경매를 청구할 수 있다고 보았다.

그런데 대법원은 2014. 10. 2. 자 2013마1518 결정에서 「선박우선특권 및 저당권에 관한 1993년 국제협약'(Convention on Maritime Lien and Mortgages, 1993, 이하 '1993년 협약'이라고 한다)」의 해석상 정기용선자에 대한 채권에 관해서는 선박우선특권이 인정되는지 않는다는 취지로 판시한 바 있다. 이는 1993년 협약이 「선박우선특권 및 저당권에 관한 1967년 국제협약'(Convention on Maritime Lien and Mortgages, 1967, 이하 '1967년 협약'이라 한다)」에서 인정하던 '다른 용선자(other charterer)'에 대한 채권에 관한 선박우선특권을 삭제한 것으로, 선박우선특권의 경우 선박에 저당권이 이미 설정된 경우에도 저당권에 우선하여 변제받을 수 있어 선박저당권자의 권리가 침해될 수 있으므로, 선박우선특권으로 담보되는 채권을 합리적으로 축소·조정하여 선박저당권자의 지위를 강화하고 선박금융을 원활하게 하기 위하여 대외적으로 선박소유자와 같은 책임을 부담하는 선체용선자(demise charterer)를 제외한 나머지 용선자들, 즉 정기용

선자(time charterer)와 항해용선자(voyage charterer)에 대한 채권을 선박우선특권의 피담보채권의 범위에서 제외한 것이다.

위 대법원 2014. 10. 2. 자 2013마1518 결정의 취지를 감안할 때, 과연 정기용선된 선박의 이용에 관하여 생긴 우선특권을 가지는 채권자에 대해 선박우선특권을 인정하는 것이 바람직한지는 의문이다.

## 459. 정기용선계약에서 선장의 과실에 따른 손해배상책임의 귀속주체

(대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다65977 판결)

〈쟁점〉

정기용선된 선박의 선장이 항행 상의 과실로 충돌사고를 일으켜 제3자에게 손해를 가한 경우 손해배상책임의 귀속주체

〈판결요지〉

정기용선계약에 있어서 선박의 점유, 선장 및 선원에 대한 임면권, 그리고 선박에 대한 전반적인 지배관리권은 모두 선주에게 있고, 특히 화물의 선적, 보관 및 양하 등에 관련된 상사적인 사항과 달리 선박의 항행 및 관리에 관련된 해기적인 사항에 관한 한 선장 및 선원들에 대한 객관적인 지휘·감독권은 달리 특별한 사정이 없는 한 오로지 선주에게 있다고 할 것이므로, 정기용선된 선박의 선장이 항행 상의 과실로 충돌사고를 일으켜 제3자에게 손해를 가한 경우 용선자가 아니라 선주가 선장의 사용자로서 상법 제845조 또는 제846조에 의한 배상책임을 부담하는 것이고, 따라서 상법 제766조 제1항이 유추적용될 여지는 없으며, 다만 정기용선자에게 민법상의 일반 불법행위책임 내지는 사용자책임을 부담시킬 만한 귀책사유가 인정되는 때에는 정기용선자도 그에 따른 배상책임을 별도로 부담할 수 있다.

〈선정이유〉

정기용선계약의 외부 관계에 대하여 종래 우리나라의 학설들은 먼저 정기용선계약의 법적 성질을 규명한 후 이러한 정기용선계약의 법적 성질을 정기용선의 외부관계인 제3자에 대한 책임귀속주체의 확정에 곧 바로 연결함으로써 누가 책임의 귀속주체인지 하는 문제에 대한 명확한 해답을 주지 못하였다. 정기용선계약의 법적 성질에 관한 기존의 견해는 실제 정기용선계약의 운용실태와 그 경제적 기능의 일 측면만을 부각시키거나 고찰한 것으로서 정기용선계약의 정확한 법적 성질을 파악하는데 실패하였다. 정기용선계약은 운송계약의 성질을 가지고 있으면서 선박임대차 및 노무공급계약적 요소도 혼재되어 있고, 한편 해운기업의 영업 단위조직인 선박의 임대차라는 측면도 내포되어 있는 특수한 계약 내지 우리 민법 채권편의 '무명계약'의 일종으로 보아야 할 것이다. 따라서 정기용선계약의 법적 성질에 따른 그 외부 관계의 규명은 전혀 설득력이 없는 방법론으로서 지양되어져야 할 것이고, 정기용선계약에 기한 운송계약상 책임의 귀속주체는 운송인 확정의 문제로, 제3자에 대한 불법행위책임의 귀속주체에 관해서는 민법의 불법행위책임론에 근거하여 개별 사안에 따라 구체적인 책임주체를 확정하여야 할 것이다. 따라서 정기용선자가 대외적 책임관계에 있어서 선박소유자와 동일한 책임을 지는지 하는 문제에 대하여 선체용선자에 관한 현행 상법 제850조

제1항을 유추적용하여 정기용선자의 책임을 인정하는 대법원의 견해는 시정을 요한다고 보여 진다. 반면 선박충돌로 인한 선박소유자의 손해배상책임에 대한 대법원의 판시는 선박소유자가 그 책임의 주체가 되어야 한다는 결론에 있어서는 동의하지만, 그 이론 구성에 있어서는 상법 상 선박소유자의 충돌배상책임은 무과실책임으로서 위험원의 관리자인 선박소유자가 부담하는 것으로, 민법 상 사용자책임의 경우에는 선장 등 선박사용인에 대한 실질적 지휘 · 감독권이 누구에게 귀속되었는가 하는 점에 대한 고찰에 의하여 해결하여야 합당하다.

## 460. 정기용선계약에서 반선의 의미와 준거법 등

(대법원 2019. 12. 27. 선고 2019다218462 판결)

〈쟁점〉

[1] 준거법을 영국법으로 하여 체결된 정기용선계약에서 '반선(redelivery)'의 의미 및 위 정기용선계약에서 선박소유자로 하여금 반선 시점에 선박에 남아 있는 연료유(bunker)를 인수하고 정기용선자에게 그 대금을 정산하여 지급하도록 하는 한편, 정기용선자에게는 사전에 선박소유자에게 반선 시점과 반선 지점을 수차례에 걸쳐 통지할 의무를 부과하고, 반선 시점에 남아 있는 연료유의 품질과 예상 최소수량을 정하는 등 그 요건과 절차를 정하고 있는 경우, 이때의 반선에 정기용선계약의 중도해지 등으로 선박을 돌려주는 경우 등이 포함되는지 여부

[2] 갑 주식회사가 을 외국법인 등과 그들이 소유하는 각 선박에 관하여 준거법을 영국법으로 하는 정기용선계약을 체결하여 선박을 인도받았다가, 갑 회사에 대한 회생절차가 개시된 후 갑 회사의 관리인이 위 각 계약을 중도해지하고 선박을 을 법인 등에 돌려주었는데, 그 후 을 법인 등이 갑 회사의 파산관재인 병을 상대로 정기용선계약에 따른 용선료의 지급을 구하자, 병이 을 법인 등에 대한 잔존연료유 대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 한 사안에서, 갑 회사의 회생절차가 개시된 이후에 그 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 정기용선계약을 해지한 경우에는 반선 시 선박소유자가 잔존연료유를 인수하고 그 대금을 지급하도록 정한 위 정기용선계약의 부속서 조항이 적용되지 않아 병의 을 법인 등에 대한 잔존연료유 대금채권이 존재하지 않으므로 이를 자동채권으로 한 병의 상계항변은 이유 없다고 본 원심판단에는 계약의 해석, 연료유의 소유권 귀속에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 선박의 점유, 선장 및 선원에 대한 임면권, 그리고 선박에 대한 전반적 지배관리권이 모두 선박소유자에게 있는 정기용선계약에서 "반선(redelivery)"이라는 용어는 원칙적으로 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 정기용선자가 선박소유자에게 배를 돌려주는 것을 의미한다. 만약 정기용선계약에서, 선박소유자로 하여금 반선 시점에 선박에 남아 있는 연료유(bunker)를 인수하고 정기용선자에게 그 대금을 정산하여 지급하도록 정하는 한편, 정기용선자에게는 사전에 선박소유자에게 반선 시점과 반선 지점을 수차례에 걸쳐 통지할 의무를 부과하고, 또 반선 시점에 남아있는 연료유의 품질과 예상 최소수량을 정하는 등 그 요건과 절차를 정하고 있다면, 특별히 달리 정하지 않는 한 이때의 반선은 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 이루어지는 것을 전제로 하므로, 여기에는 정기용선계약의 중도해지 등으로 인하여 선박을 돌려주는 경우 등은 포함되지 않는다고 해석하

여야 한다.

[2] 갑 주식회사가 을 외국법인 등과 그들이 소유하는 각 선박에 관하여 준거법을 영국법으로 하는 정기용선계약을 체결하여 선박을 인도받았다가, 갑 회사에 대한 회생절차가 개시된 후 갑 회사의 관리인이 위 각 계약을 중도해지하고 선박을 을 법인 등에 돌려주었는데, 그 후 을 법인 등이 갑 회사의 파산관재인 병을 상대로 정기용선계약에 따른 용선료의 지급을 구하자, 병이 을 법인 등에 대한 잔존연료유 대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 한 사안에서, 위 정기용선계약에서는 정기용선자가 선박을 반선할 때 선박소유자에게 그 시점과 지점을 사전에 통지할 의무를 부과하고, 또 선박을 인도받았을 때의 연료유의 양과 근접한 수준의 연료유의 양을 유지하여 반선하도록 정하고 있는데, 정기용선계약이 중도해지되는 경우에는 정기용선자가 선박소유자에게 위와 같은 의무를 이행하기 불가능한 점, 위 정기용선계약은 'NYPE(New York Produce Exchange) 1946 양식'을 기본으로 하되 일부 조항을 부속서로 개정하는 형식으로 체결되었는데, 선박소유자가 잔존연료유를 인수하고 그 대금을 지급하도록 정한 부속서 조항에서는 "인도(delivery)"와 "반선(redelivery)" 이외에 정기용선계약의 중도해지에 의한 종료를 포함하고 있지 않은 점 등을 종합하면 갑 회사의 회생절차가 개시된 이후에 그 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 정기용선계약을 해지한 경우에는 위 부속서 조항이 적용되지 않아 병의 을 법인 등에 대한 잔존연료유 대금채권이 존재하지 않으므로 이를 자동채권으로 한 병의 상계항변은 이유 없다고 본 원심판단에는 계약의 해석, 연료유의 소유권 귀속에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례

〈선정이유〉

우리 상법은 실무에서 많이 사용되는 정기용선에 관한 표준약관인 'NYPE(New York Produce Exchange) 1946 양식' 등을 참조하여 정기용선계약상 선박소유자와 정기용선자의 내부관계에 관해 몇 개의 규정을 두고 있다. 그러나 상법상 정기용선계약에 관한 규정은 대부분 임의규정으로서, 정기용선계약당사자 사이의 내부관계는 정기용선계약의 내용이 우선적으로 적용된다. 다만 정기용선계약이나 상법에 규정이 없는 사항에 대해서는 해사관습에 의하고, 해사관습도 없는 경우에는 민법의 임대차에 관한 규정을 유추적용할 수 있을 것이다.

한편 정기용선자는 용선기간이 만료되면 용선을 위하여 선박을 인수한 때의 상태와 동일한 상태로 선박을 선박소유자에게 반환할 의무를 부담한다. 따라서 선박을 반환할 때 선박에 용선기간 중 발생한 손상이 있는 경우에는 그 손상이 정기용선자의 계약상 의무위반으로 인한 것이면 정기용선자가 그로 인한 수리비를 지급할 책임을 부담한다. 그러나 그러한 손상이 선박의 사용에 의한 통상적 마모의 결과인 때에는 정기용선자는 수리비를 지급할 책임 없다.

또한 정기용선자는 용선기간이 만료되기 일정 기간 전에 선박의 반환예정일과 반환장소를 선박소유자에게 통지하여야 하는데, 이 판결은 정기용선계약에서 "반선(redelivery)"이라는 용어는 원칙적으로 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 정기용선자가 선박소유자에게 배를 돌려주는 것을 의미하고, 특별히 달리 정하지 않는 한 이때의 반선은 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 이루어지는 것을 전제로 하므로 여기에는 정기용선계약의 중도해지 등으로 인하여 선박을 돌려주는 경우 등은 포함되지 않는다고 해석하여야 한다는 점을 명확히 하였다.

# 제 3 장 선체용선계약

## 461. 선박 이용계약의 법적 성질 결정원리

(대법원 1999. 2. 5. 선고 97다19090 판결)

〈쟁점〉

[1] 선박이용계약의 구분 기준

[2] 선박이용계약이 항해용선계약이 아니라 선박임대차와 유사하게 선박사용권과 아울러 선장과 선원들에 대한 지휘·감독권을 가지는 노무공급계약적 요소가 수반된 특수한 계약이라고 본 사례

〈판결요지〉

[1] 선박의 이용계약이 선박임대차계약인지, 항해용선계약인지 아니면 이와 유사한 성격을 가진 제3의 특수한 계약인지 여부 및 그 선박의 선장·선원에 대한 실질적인 지휘·감독권이 이용권자에게 부여되어 있는지 여부는 그 계약의 취지·내용, 특히 이용기간의 장단, 사용료의 고하(高下), 점유관계의 유무 기타 임대차 조건 등을 구체적으로 검토하여 결정하여야 한다.

[2] 해상구난업무를 위하여 선장 및 선원이 딸린 채로 예인선을 빌린 사안에서, 그 이용기간, 이용료, 해상구난업무의 성격 및 작업 중 사고를 용선자가 책임지기로 한 점 등에 비추어 위 선박이용계약이 항해용선계약이 아니라 선박임대차와 유사하게 선박사용권과 아울러 선장과 선원들에 대한 지휘·감독권을 가지는 노무공급계약적 요소가 수반된 특수한 계약이라고 본 사례.

〈선정이유〉

상법은 선박이용계약으로 항해용선계약, 정기용선계약, 선체용선계약에 대해 규정하고 있고, 해운실무에는 선박소유자가 일정한 항로를 정해진 일정에 따라 운항하는 정기 컨테이너선의 선복(Slot or Space) 중의 일부를 물건의 운송에 제공하기로 약정하고 용선자가 이에 대해 용선료를 지급하기로 약정하는 소위 '슬로트 용선계약'도 이용되고 있다. 나아가 선박의 이용계약을 넓게 볼 경우에는 상법상 개품운송계약도 이에 해당할 여지가 있다.

그런데 상법상 세 가지 용선계약과 개품운송계약은 고유한 특성과 함께 공통점을 가지고 있다는 점에서, 실무상 선박의 이용계약의 법적 성질이 위의 계약 중 어느 것인지 확실하지 않은 경우가 많다. 이에 관해 대법원은 위 판례에서 특정한 선박의 이용계약의 법적 성질의 결정 및 선장과 선원에 대한 실질적인 지휘 · 감독권이 누구에게 있는지 여부는 그 계약의 취지·내용, 특히 이용기간의 장단, 사용료의 고하(高下), 점유관계의 유무 기타 임대차 조건 등을 구체적으로 검토하여 결정하여야 한다고 판시하였다.

구체적으로 위 판례의 사안에서 대법원은, '△△△△△△△△'라는 상호로 해상구난업체를 운영하는 망인이 좌초된 ○○○○○호를 구조하기 위하여 예인선인 이 사건 선박을 선장 및 선원이 딸린 채로 빌리면서, 그 이용기간은 ○○○○○호를 구조 완료할 때까지로, 그 이용료는 인천 예인선 선주협회가 정한 예인선 용선요금표에 의한 용선료를 주기로 하였는데, 그 요금표에 의하면, 이 사건 선박과 같은 500마력짜리 예인선의 경우 용선요금은 1일당 금 660,000원으로 하되, 구역 및 작업현장 사정에 따라 다소 조정하기로 정해져 있는 점, 해상구난업무의 성격상 선장은 용선자가

지정하는 장소로 이동하여야 하고, 구조업무를 행하기 위하여는 단순한 항해기술 외에 전문기술을 필요로 하는 점, 망인과 선박소유자 사이에 적용하기로 한 예인선 용선요금표의 부대조항에 의하면, 작업중 발생하는 사고에 관하여는 용선자가 책임지기로 한 점, 망인은 이 사건 선박의 정원이 총 4명임에도 자신의 직원 6명과 ○○○○○호 선원 6명 등 총 15명이나 승선시키고, 자신이 시의회 의원이니 책임지겠다며 출항신고도 하지 아니한 채 출항한 점 등을 고려하면, 이 사건 선박의 이용계약은 항해용선계약으로는 볼 수 없고, 선박임대차와 유사하게 선박사용권과 아울러 선장과 선원들에 대한 지휘·감독권을 가지는 노무공급계약적 요소가 수반된 특수한 계약관계로 봄이 상당하다고 판시하였다.

## 462. 선체용선계약상 제3자에 대한 책임의 주체

(대법원 1975. 3. 31. 선고 74다847 판결)

〈쟁점〉

선박임차인이 상행위 기타 영리를 목적으로 향해에 사용 중 선장의 과실로 제3자에게 손해를 가하였을 경우에 선박을 임대한 선박소유자에게도 손해배상책임이 있는지 여부

〈판결요지〉

상법 제746조(현행 상법 제769조)의 정한 바에 따라 선박사용인이 제3자에 가한 손해를 배상할 책임을 지는 선박소유자는 그 선박을 소유할 뿐만 아니라 상행위 기타 영리를 목적으로 항해에 사용한 자를 말하며 단지 선박을 소유하는데 그치고 그 소유선박을 임대 등 사유에 의하여 항해에 사용하지 아니하는 자는 그 임대차등기의 유무에 불구하고 위 제3자에게 대한 손해를 배상할 책임을 지지 아니하며 선박임차인이 상행위 기타 영리를 목적으로 그 선박을 항해에 사용한 때에는 그가 위 제3자에게 대한 손해를 배상할 책임이 있다.

〈선정이유〉

선체용선계약은 용선자의 관리·지배 하에 선박을 운항할 목적으로 선박소유자가 용선자에게 선박을 제공할 것을 약정하고 용선자가 이에 따른 용선료를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생긴다(상법 제847조 제1항). 따라서 선박소유자가 선장과 그 밖의 해원을 공급할 의무를 지는 경우에도 용선자의 관리·지배 하에서 해원이 선박을 운항하는 것을 목적으로 하면 이를 선체용선계약으로 본다(상법 제847조 제2항).

강학상 선체용선계약에는 일반적인 선체용선계약과 선박금융의 수단으로서 이용되는 선체용선계약이 있는데, 일반적인 선체용선계약의 경우에는 선체용선자가 자기의 관리·지배 하에서 선박을 운항할 것을 목적으로 선박을 용선하므로 선원이 승무하지 않고 의장이 되지 않은 상태의 선박을 용선하여 용선자가 선원의 고용 및 선박의 의장을 하는 경우가 일반적이다. 따라서 일반적인 선체용선계약은 선박 자체의 임대차계약과 유사하므로, 상법은 선체용선계약은 그 성질에 반하지 아니하는 한 민법상 임대차에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있다(제848조제1항). 이에 반해 선박금융의 수단으로 이용되는 선체용선계약의 경우 용선기간 만료 시 선체용선자가 선박의 소유권을 취득할 수 있는 선택권이 약정되어 있는 것이 일반적인데, 이러한 선체용선계약을 '소유권취득조건

부 선체용선계약'이라고 칭하고, 상법은 소유권취득조건부 선체용선계약에도 상법의 선체용선계약에 관한 규정이 적용되도록 규정하고 있다(제848조 제2항).

한편 선체용선계약의 경우 선박의 관리 · 지배권이 선체용선자에게 이전되어 있으므로, 선박의 이용에 관한 제3자와의 법률관계의 주체는 대부분의 경우 선체용선자가 될 것이다. 특히 선체용선한 선박의 상업적 이용에 관해 제3자에게 손해배상책임을 부담하는 주체는 대부분의 경우에 선체용선자가 될 것인데, 이는 선체용선계약의 법적 성질에 임대차계약적 요소가 있다는 점에서 직접적으로 도출되는 것으로 해석할 수는 없다. 오히려 선체용선계약의 경우에는 원칙적으로 선박의 관리·지배권이 용선자에게 이전되어 있으므로 손해배상의 요소인 귀책사유도 선체용선자에게 있다는 사실로 인한 것으로 판단하여야 한다. 이 판례는 선체용선계약의 경우 임차인인 선체용선자가 손해배상의 주체가 된다는 취지로 판시하고 있으나, 오히려 이 판례의 사안에서 임차인의 지위에 있는 선체용선자에게 귀책사유가 있음으로 인해 선체용선자가 손해배상책임을 부담한다고 보는 것이 옳다고 본다.

## 463. 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질

(대법원 2011. 4. 14. 선고 2008두10591 판결)

〈쟁점〉

[1] 선박들을 소유한 갑 외국법인이 해운업 등을 주된 사업으로 영위하는 을 내국법인이 해외에 설립한 병 외국법인과 소유권취득조건부 선체용선계약을 체결하고, 을 법인은 병 외국법인과 위 선박들에 관한 정기용선계약을 체결한 뒤 위 선박들을 해운사업에 사용해 온 사안에서, 병 외국법인은 선체용선계약의 명의상 당사자일 뿐 을 법인이 계약의 실질적인 당사자라고 한 사례

[2] 선박들을 소유한 갑 외국법인이 해운업 등을 주된 사업으로 영위하는 을 내국법인이 해외에 설립한 명목회사(Paper Company) 병 외국법인과 소유권취득조건부 선체용선계약을 체결하고, 을 법인은 병 외국법인과 위 선박들에 관한 정기용선계약을 체결한 뒤 해운사업에 사용해 오다가 위 선체용선계약의 마지막 연부금 지급일 전 병 외국법인에 선박을 반환한 사안에서, 위 선박들에 대한 선체용선계약이 해제되었다거나, 위 선박들이 갑 외국법인에 반환되었다고 추인할 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 외국 및 우리나라의 금융기관들에 의하여 파나마 등 해외에 설립된 갑 외국법인이 위 금융기관들에게서 차입한 돈으로 선박들을 매입하여, 해운업 등을 주된 사업으로 영위하는 을 내국법인이 파나마 등 해외에 설립한 병 외국법인과 소유권취득조건부 선체용선계약을 체결하였고, 이후 을 법인은 병 외국법인과 위 선박들에 관한 정기용선계약을 체결한 뒤 위 선박들을 자신의 해운사업에 사용해 온 사안에서, 병 외국법인은 자본금이 1달러에 불과하고 아무런 인적 조직과 물적 시설을 갖추지 않은 명목회사인 점, 병 외국법인을 통하여 갑 외국법인에 용선료를 지급하는 업무 일체를 을 법인이 관장해 온 점 등에 비추어 볼 때, 병 외국법인은 선체용선계약의 명의상 당사자일 뿐이고, 을 법인이 위 계약의 실질적인 당사자라고 본 사례.

[2] 외국 및 우리나라의 금융기관들에 의하여 파나마 등 해외에 설립된 갑 외국법인이 위 금융

기관들에게서 차입한 돈으로 선박들을 매입하여, 해운업 등을 주된 사업으로 영위하는 을 내국법인이 해외에 설립한 명목회사(Paper Company) 병 외국법인과 선박을 선체용선하되 약정한 용선료를 완납하면 그 소유권을 취득하는 내용의 선체용선계약(소유권취득조건부 선체용선계약)을 체결하고, 을 법인은 병 외국법인과 위 선박들에 관한 정기용선계약을 체결한 뒤 위 선박들을 해운사업에 사용해 오다가 위 선체용선계약의 마지막 연부금 지급일 전 병 외국법인에 선박을 반환한 사안에서, 위 소유권취득조건부 선체용선계약의 실질적인 당사자는 을 법인이고, 을 법인이 자신이 설립한 명목회사인 병 외국법인에 선박을 반환한다는 것을 쉽게 상정하기 어려울 뿐 아니라 가사 을 법인이 선박들을 병 외국법인에 반환하였다고 하더라도 이를 가지고 위 선박들이 을 법인의 지배범위를 벗어나 갑 외국법인에 반환되었다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 위 선박들에 대한 소유권취득조건부 선체용선계약이 해제되었다거나, 위 선박들이 갑 외국법인에 반환되었다고 추인할 수 없다

〈선정이유〉

소유권취득조건부 선체용선계약은 그 법적 형식상 선박의 소유권은 선박소유자가 보유하고 있지만, 선박소유자의 소유권 보유는 자신의 금융에 대한 담보확보의 방안으로 작용하고 있다는 점에서 조세법상 과세요건인 납세의무자 및 조세채무의 확정과 관련하여 과세관청과 선체용선자의 견해가 대립되고 있다. 특히 실무상 선체용선선박에 대한 취득세 납부와 관련하여 과연 용선자가 지방세법상 취득세 납세의무자인가 하는 점과 관세법상 선박의 수입을 어떻게 파악할 것인가 하는 점이 다투어지고 있다.

지방세법상 취득의 개념을 소유권취득조건부 선체용선계약에 대비해 보면, 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우 용선선박에 대한 포괄적·배타적 지배권이 용선자에게 이전되므로, 지방세법상 취득세 부과대상으로서 취득행위를 파악함에 있어 비록 형식적 소유권은 선박소유자에게 유보되어 있다 하더라도 용선자가 지방세법상 취득세 납세의무자가 된다고 보아야 할 것이다. 대법원은 위 사안에서 비록 모회사인 내국 법인이 선체용선계약의 주체가 아닌 관계로 대법원은 실질과세의 원칙에 입각하여 모회사인 내국 법인을 취득세 납세의무자로 판단하였으나, 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우 용선자가 취득세 납세의무자라는 점을 명확히 한 것에서 의의가 크다.

# 제 4 편 운송증서

## 제 1 장 선하증권의 법리

### 464. 선하증권의 추정적 효력과 부지약관

(대법원 2001. 2. 9. 선고 98다49074 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권 기재의 추정적 효력과 "운송물이 외관상 양호한 상태로 선적되었다."는 기재의 의미

[2] 컨테이너 운송에서 그 내용물에 관한 부지약관이 기재된 무고장 선하증권이 발행된 경우 부지약관의 효력과 내용물의 상태에 관한 입증책임의 소재

〈판결요지〉

[1] 상법 제814조의2(현행 상법 제854조)의 규정에 의하면, 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정되므로, 선하증권에 운송물이 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 기재가 있는 무고장 선하증권이 발행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 운송인은 그 운송물을 양호한 상태로 수령 또는 선적한 것으로 추정된다 할 것이고, 따라서 무고장 선하증권의 소지인이 운송물의 훼손으로 인한 손해를 입증함에 있어서는 운송인으로부터 운송물을 수령할 당시의 화물의 손괴사실만 입증하면 되는 것이고 나아가 이러한 손해가 항해 중에 발생한 것임을 입증할 필요는 없으나 선하증권에 기재되어 추정을 받는 '운송물의 외관상태'는 상당한 주의를 기울여 검사하면 발견할 수 있는 외관상의 하자에 대하여서만 적용되는 것이지 상당한 주의를 기울이더라도 발견할 수 없는 운송물의 내부상태에 대하여서는 위 추정규정이 적용될 수 없다.

[2] 송하인측에서 직접 화물을 컨테이너에 적입하여 봉인한 다음 운송인에게 이를 인도하여 선적하는 형태의 컨테이너 운송의 경우에 있어서는, 상법 제814조 제1항 소정의 선하증권의 법정기재사항을 충족하기 위하여 혹은 그 선하증권의 유통편의를 위하여 부동문자로 "외관상 양호한 상태로 수령하였다."는 문구가 선하증권상에 기재되어 있다고 할지라도, 이와 동시에 "송하인이 적입하고 수량을 셈(Shipper's Load & Count)" 혹은 "……이 들어 있다고 함(Said to Contain……)." 등의 이른바 부지문구가 선하증권상에 기재되어 있고, 선하증권을 발행할 당시 운송인으로서 그 컨테이너 안의 내용물 상태에 대하여 검사, 확인할 수 있는 합리적이고도 적당한 방법이 없는 경우 등 상법 제814조 제2항에서 말하는 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 부지문구는 유효하고, 위 부지문구의 효력은 운송인이 확인할 수 없는 운송물의 내부상태 등에 대하여도 미친다고 할 것이어서 선하증권상에 위와 같은 부지문구가 기재되어 있다면, 이와 별도로 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 취지의 기재가 있다 하여 이에 의하여 컨테이너 안의 내용물의 상태에 관하여까지 양호한 상태로 수령 또는 선적된 것으로 추정할 수는 없다고 할 것이므로, 이러한 경우 선하증권 소지인은 송하인이 운송인에게 운송물을 양호한 상태로 인도하였다는 점을 입증하여야 한다.

〈선정이유〉

해상운송계약상 선하증권이 발행된 경우 운송인과 송하인 사이에 선하증권에 기재된 대로 개품운송계약이 체결되고 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정된다(상법 제854조 제1항). 따라서 운송인은 선하증권의 선의의 소지인을 제외하고는, 반증을 들어 선하증권 기재의 효력을 부인할 수 있다.

이 판례는 무고장 선하증권[8]이 발행된 경우, 선하증권의 추정적 효력에 따라 특별한 사정이 없는 한 운송인은 그 운송물을 양호한 상태로 수령 또는 선적한 것으로 추정되지만, 이러한 추정은 운송물의 외관상태에만 미칠 뿐 운송인이 상당한 주의를 기울이더라도 알 수 없는 운송물의 내부상태에는 미치지 않는다는 것이다. 따라서 운송물의 손해를 이유로 운송인을 상대로 손해배상을 구하는 선하증권 소지인은 운송인으로부터 운송물을 수령할 당시의 화물의 손괴사실만 증명하면 되는 것이고 나아가 이러한 손해가 항해 중에 발생한 것임을 증명할 필요는 없다는 것이다. 이러한 대법원의 판시는 민사소송법상 증명책임의 분배원리에 비추어 당연한 것이라고 할 것이다.

한편 컨테이너로 운송되는 화물의 경우 해상운송인은 송하인이 컨테이너에 운송물을 적입한 후 봉인(sealing)한 컨테이너를 인도받아 운송한다는 점을 고려할 때, 해상운송인은 컨테이너 내부의 운송물의 수량 · 성상 등에 대해 알지 못한 상태에서 송하인이 고지한 것을 선하증권에 기재하면서 자신은 컨테이너 내부의 운송물의 사정을 알지 못한다는 소위 '부지문구(unknown clause)'를 선하증권에 기재한다. 이러한 부지문구는 컨테이너를 이용한 해상운송의 실무를 반영한 것으로 정당하다고 보아야 하고, 판례도 "부지문구가 선하증권상에 기재되어 있고, 선하증권을 발행할 당시 운송인으로서 그 컨테이너 안의 내용물 상태에 대하여 검사, 확인할 수 있는 합리적이고도 적당한 방법이 없는 경우 등 상법 제814조 제2항에서 말하는 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 부지문구는 유효하(다)…"고 판시하여 부지문구의 유효성을 인정하고 있다.

또한 앞서 설명한 컨테이너 운송의 특성을 고려할 때, 선하증권상에 부지문구와 별도로 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 취지의 기재가 있는 경우, 이에 의하여 컨테이너 안의 내용물의 상태에 관하여까지 양호한 상태로 수령 또는 선적된 것으로 추정할 수는 없다고 할 것이므로, 이러한 경우 선하증권 소지인은 송하인이 운송인에게 운송물을 양호한 상태로 인도하였다는 점을 증명하여야 한다고 판시하고 있는데, 대법원의 위와 같은 판시는 컨테이너를 이용한 해상운송의 실무를 반영한 것으로 정당하다고 할 것이다. 따라서 부지문구가 기재된 선하증권이 발행된 경우, 해상운송인의 손해배상을 구하는 자는 컨테이너에 운송물을 적입할 때에는 양호한 상태였다는 사실과 컨테이너를 개봉한 후 운송물에 손해가 발생한 사실을 증명하여야 한다.

## 465. 운송물을 수령 또는 선적하지 않고 발행한 선하증권의 효력 및 상법 제854조 제2항에서 말하는 '선하증권을 선의로 취득한 소지인'의 의미

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다3170 판결)

〈쟁점〉

[1] 운송물을 수령 또는 선적하지 않고 발행한 선하증권의 효력 및 이러한 법리는 운송물이 이

8) 무고장 선하증권(Clean Bill of Lading)은 화물 또는 그 포장에 하자 있는 상태를 명시적으로 표시하는 조항 도는 단서를 기재하고 있지 않는 선하증권을 말한다.

미 수하인에게 적법하게 인도된 후 발행된 선하증권의 경우에도 마찬가지인지 여부
[2] 상법 제854조 제2항에서 말하는 '선하증권을 선의로 취득한 소지인'의 의미

〈판결요지〉

[1] 선하증권은 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권인데, 이는 운송계약에 기하여 작성되는 유인증권으로 상법은 운송인이 송하인으로부터 실제로 운송물을 수령 또는 선적하고 있는 것을 유효한 선하증권 성립의 전제조건으로 삼고 있으므로, 운송물을 수령 또는 선적하지 아니하였음에도 발행된 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못하여 목적물의 흠결이 있는 것으로서 무효이고(대법원 2005. 3. 24. 선고 2003다5535 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다47585 판결 등 참조), 이러한 법리는 운송물이 이미 수하인에게 적법하게 인도된 후에 발행된 선하증권의 경우에도 마찬가지이다.

[2] 상법 제854조는 제1항에서 "선하증권이 발행된 경우 운송인과 송하인 사이에 선하증권에 기재된 대로 개품운송계약이 체결되고 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정한다."라고 규정하는 한편, 제2항에서 "제1항의 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증권에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다."라고 규정하고 있다. 상법 제854조 제2항은 제1항에서 정한 운송인과 송하인 사이의 법률관계와 달리 선하증권을 선의로 취득한 제3자를 보호함으로써 선하증권의 유통성 보호와 거래의 안전을 도모하기 위한 규정이므로, 여기서 말하는 '선하증권을 선의로 취득한 소지인'이란 운송계약의 당사자인 운송인과 송하인을 제외한, 유통된 선하증권을 선의로 취득한 제3자를 의미한다고 봄이 타당하다.

〈선정이유〉

선하증권은 운송물의 수령을 원인으로 하여 발행되는 유인증권 내지 요인증권으로서, 운송계약의 부존재, 무효, 취소 또는 운송물의 수령 없이 선하증권을 발행한 경우는 원칙적으로 선하증권은 무효라고 본다. 한편 선하증권은 유가증권의 일종으로서, 선하증권에 관한 이해관계자 사이의 법률관계는 선하증권에 기재된 바에 따라 정한다(문언증권성). 다만 운송인은 선하증권의 선의의 소지인에 대해서는 상법 제855조 제2항에 따라 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 부담하므로, 운송물을 수령하지 않았음에도 수령 또는 선적한 것으로 기재한 소위 '공선하증권'의 경우에도 운송인은 선의의 선하증권 소지인에 대해서는 선하증권의 기재에 따라 책임을 부담하므로, 만일 선하증권에 기재된 운송물을 인도하지 못하는 경우에는 채무불이행책임을 부담한다는 것이 통설적 견해이다.

그런데 이 판례는 선하증권의 유인증권성을 이유로 실제로 운송물을 수령 또는 선적하지 않았음에도 선하증권을 발행한 경우, 그 선하증권은 원인과 요건을 구비하지 못한 무효의 선하증권이라고 판시하고 있다. 그러나 이러한 해석은 상법 제854조 제2항의 기재에 반하는 것으로서 문제가 있다고 본다.

한편 상법 제854조 제2항은 "제1항의 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증권에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다."라고 규정하고 있다. 위 규정은 선하증권의 기재를 신뢰하여 거래한 제3자를 보호하고 선하증권의 유통성을 확보하기 위해 상법이 헤이그-비스비규칙의 관련 규정을 수용한 것이다. 따라서 이 판례가 '선하증권을 선의로 취득한 소지인'이란 운송계약의 당사자인 운송인과 송하인을 제외한, 유통된 선하증권을 선의로 취득한 제3자를 의미한다.

## 466. 순환보상약관과 운송인의 사용인 등의 책임

(대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권의 약관조항이 운송인의 면책이나 책임경감에 관한 사항을 운송인의 이행보조자에게도 확장 적용하여 형평을 기하고자 하는 취지로서 운송인의 이행보조자와의 사이에 부제소의 합의가 이루어진 것으로 볼 수 있는지 여부

[2] 선하증권에 기재된 면책약관이 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임을 추궁하는 경우에 적용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선하증권 이면 약관에 "운송인의 하수인과 대리점은 고용 중 또는 고용과 관련된 행동 중에 자기의 행위, 소홀, 실수로 인하여 직접적 또는 간접적으로 발생하는 면실 또는 손상에 대하여 어떠한 경우에도 화주에게 책임을 지지 않는다"고 규정되어 있으나 그 후단부에 "이 선하증권상의 모든 면책, 제한, 조건과 자유 그리고 운송인에게 적용되는 모든 권리 책임으로부터의 면책, 방어와 면제는 위와 같은 운송인의 하수인이나 대리점을 보호하기 위하여 적용되고 확장될 수 있다"고 규정되어 있고, 그 마지막 부분에 "화주 또는 기타의 자가 운송인의 대리점으로부터 화물의 면실, 훼손 또는 지연으로 인한 손해를 보상받은 경우에는 운송인은 화주에 대하여 보상금액을 상환 받을 수 있는 권한이 있다"고 이른바 순환보상약관을 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 위 약관조항은 운송계약상 운송인의 면책이나 책임경감에 관한 사항을 운송인의 이행보조자에게도 확장 적용하여 형평을 기하고자 하려는 데 그 취지가 있는 것이고, 위 약관조항의 존재만으로 운송인의 이행보조자와의 사이에 부제소의합의가 이루어진 것으로 볼 수 없고 위 약관은 면책약관의 성질을 가지는 것이라고 봄이 상당하다.

[2] 선하증권에 기재된 면책약관은 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임을 추궁하는 경우에는 적용되지 않는다.

〈선정이유〉

운송인의 피용자 또는 대리인 등을 손해배상책임으로부터 보호하기 위한 장치로서, 수하인 등이 운송인의 피용자 등으로부터 손해배상을 받은 경우 운송인이 수하인 등으로부터 그 배상 받은 금액의 상환을 청구할 수 있다는 취지의 조항이 선하증권의 이면약관에 기재되는 경우가 있다. 이러한 조항을 '순환보상약관'이라고 하는데, 그 취지는 히말라야약관과 유사하게 손해배상책임을 운송인에게 집중시킴으로써 운송인의 피용자 등을 보호하기 위한 것이다.

이러한 순환보상약관의 효력에 관해, 이 판례는 운송인의 피용자 또는 대리인 등에 대한 부제소약관이 아니라 면책약관으로 해석한 후, 운송인의 피용자 등에게 손해발생에 대한 고의 또는 중과실이 있을 경우에는 위 약관이 적용되지 않는다고 판시한 것이다.

## 467. 선하증권의 상환증권성과 그 예외

(대법원 1997. 6. 24. 선고 95다40953 판결)

〈쟁점〉

해상운송인이 선하증권 소지인의 인도 지시 내지 승낙에 따라 운송물을 제3자에게 인도한 경우, 그 선하증권 소지인에 대한 손해배상책임 유무

〈판결요지〉

해상운송인으로서는 운송물을 선하증권의 소지인에게 선하증권과 상환하여 인도하여야 함이 원칙이라 할 것이나, 해상운송인이 선하증권 소지인의 인도 지시 내지 승낙에 따라 운송물을 제3자에게 인도한 경우에는 그 제3자가 선하증권을 제시하지 않았다 하더라도 해상운송인이 그와 같은 인도 지시 내지 승낙을 한 선하증권 소지인에 대하여 운송물인도의무 불이행이나 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

해상운송계약상 선하증권이 발행된 경우, 원칙적으로 선하증권의 정당한 소지인이 운송물의 수령권자가 된다. 따라서 운송인은 선하증권과 상환하여 운송물을 인도하여야 한다. 그러나 운송인이 선하증권의 정당한 소지인의 인도지시 내지 승낙에 따라 운송물을 제3자에게 인도한 경우에는, 운송인은 운송물에 대한 정당한 처분권자인 선하증권 소지인의 지시에 따라 운송물에 대한 처분행위를 한 것으로 볼 수 있으므로, 이 경우 선하증권 소지인은 운송인에 대해 채무불이행 내지 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 없다.

## 468. 선하증권의 법적 성질과 기명식 선하증권의 효력

(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결)

〈쟁점〉

[1] 선하증권의 효력

[2] 기명식 선하증권상의 권리양도 방법 및 기명식 선하증권이 양도된 경우 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 물론 불법행위로 인한 손해배상청구권도 선하증권에 화체되어 선하증권이 양도됨에 따라 선하증권 소지인에게 이전되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선하증권은 해상운송인이 운송물을 수령한 것을 증명하고 양륙항에서 정당한 소지인에게 운송물을 인도할 채무를 부담하는 유가증권으로서, 운송인과 그 증권소지인 사이에는 증권 기재에 따라 운송계약상의 채권관계가 성립하는 채권적 효력이 발생하고, 운송물을 처분하는 당사자 사이에는 운송물에 관한 처분은 증권으로서 하여야 하며 운송물을 받을 수 있는 자에게 증권을 교부한

때에는 운송물 위에 행사하는 권리의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 물권적 효력이 발생하므로 운송물의 권리를 양수한 수하인 또는 그 이후의 자는 선하증권을 교부받음으로써 그 채권적 효력으로 운송계약상의 권리를 취득함과 동시에 그 물권적 효력으로 양도 목적물의 점유를 인도받은 것이 되어 그 운송물의 소유권을 취득한다.

[2] 선하증권상에 특정인이 수하인으로 기재된 기명식 선하증권의 경우 그 증권상에 양도불능의 뜻 또는 배서를 금지한다는 취지의 기재가 없는 한 법률상 당연한 지시증권으로서 배서에 의하여 양도가 가능하다고 할 것이고, 그 증권의 소지인이 배서에 의하지 아니하고 권리를 취득한 경우에는 배서의 연속에 의하여 그 자격을 증명할 수 없으므로 다른 증거방법에 의하여 실질적 권리를 취득하였음을 입증하여 그 증권상의 권리를 행사할 수 있다고 할 것이며, 이러한 경우 운송물의 멸실이나 훼손 등으로 인하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 물론 불법행위로 인한 손해배상청구권도 선하증권에 화체되어 선하증권이 양도됨에 따라 선하증권 소지인에게 이전된다.

〈선정이유〉

선하증권은 불완전 유가증권으로서, 운송물 인도청구권이 증권에 불가분적으로 화체되어 있는 것이다. 따라서 운송물에 관한 권리자가 운송인에 대해 운송물의 인도를 청구하기 위해서는 선하증권 원본을 제시하여야 하고, 선하증권과 상환하여야 운송물을 인도받을 수 있다. 또한 선하증권은 운송물 인도청구권이 화체되어 있는 유가증권이라는 점에서, 선하증권의 정당한 소지인은 운송물이 목적지에 도착한 후에는 언제든지 선하증권을 제시하여 운송물을 인도 받을 수 있으므로, 선하증권의 정당한 소지인은 운송물에 대한 간접 점유를 하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 선하증권을 정당한 방법으로 양수 받은 자는 운송물에 대한 권리를 적법하게 취득한 것으로 인정되고, 선하증권을 양도하는 방법으로 운송물에 대한 소유권을 이전하거나 질권설정 등의 담보에 제공할 수 있다.

한편 우리 상법은 선하증권은 기명식으로도 발행할 수 있고, 기명식 선하증권도 증권상에 양도불능의 뜻 또는 배서를 금지한다는 취지의 기재가 없는 한 법률상 당연한 지시증권으로서 배서에 의하여 양도가 가능하다(상법 제861조, 제130조). 따라서 기명식 선하증권도 배서에 의해 증권상의 권리를 이전할 수 있다는 점에서, 우리 상법은 선하증권의 지시증권성을 원칙적으로 인정하고 있다. 따라서 기명식 선하증권을 적법한 배서의 연속에 의해 양도 받은 자는 선하증권의 자격수여적 효력에 따라 정당한 권리자로서 추정이 된다.

다만 양도불능의 뜻 또는 배서를 금지한다는 취지의 기재가 있는 기명식 선하증권은 그 법적 성질은 지명채권의 일종으로 보아야 하므로, 이러한 선하증권은 민법상 지명채권 양도의 방법(민법 제450조)에 의해 양도될 수 있다.[9] 그렇다면 양도불능 또는 배서금지의 취지가 기재되지 않은 단순한 기명식 선하증권의 소지인이 배서에 의하지 아니하고 권리를 취득한 경우에는 배서의 연속에 의하여 그 자격을 증명할 수 없으므로 다른 증거방법에 의하여 실질적 권리를 취득하였음을 입증하여 그 증권상의 권리를 행사할 수 있다고 할 것이다.

9) 이균성, 『신 해상법대계』, 한국해양수산개발원, 2010, 565면.

## 469. 선하증권의 요식증권성과 기재사항

(서울고등법원 1995. 12. 12. 선고 95나9473 판결)

〈쟁점〉

선하증권상 수하인의 인수거절에 따라 선하증권을 반환받은 선적서류 매입은행이 그 선하증권의 정당한 소지인인지 여부

〈판결요지〉

선하증권과 같은 인도증권에 관하여는 어음법 제2조 제1항과 같은 규정이 적용되지 않는 점과 선하증권의 요식증권성을 엄격히 해석하여 기재 사항 흠결의 경우 증권을 무효로 한다면 거래의 안전을 해치는 결과가 된다는 점에 비추어 보면, 선하증권에는 어떠한 운송품이 어떠한 선주 또는 해상운송인에 의하여 선적되고, 어느 항구에서 인도될 것으로 되어 있는가의 점이 명확히 기재되어 있으면 족하고, 그 이외의 사항에 대한 기재가 흠결되더라도 선하증권으로서의 효력이 부정되는 것은 아니라고 해석함이 상당하므로, 선하증권의 수하인으로 기재된 자가 선하증권의 인수를 거절하는 경우 그 선하증권상의 수하인의 기재는 그로써 효력을 잃게 되고, 그에 따라 그 인수거절된 선하증권을 적법하게 반환하거나 양수받은 자는 그에 대한 권리를 취득하는 한편 송하인과 해상운송인은 그 소지인의 요청에 따라 선하증권상의 수하인의 기재를 변경해 줄 의무가 있으므로, 선하증권을 그와 같은 경위로 취득한 자는 그 수하인의 기재가 변경되기 전이라도 선하증권의 정당한 소지인이라고 보아야 한다.

〈선정이유〉

상법 제853조 제1항은 선하증권의 기재사항에 관해 규정하고 있다. 따라서 선하증권의 법정기재사항에 흠결이 있는 경우, 선하증권의 효력이 문제된다. 상법상 선하증권에는 법정기재사항을 기재하고 운송인이 기명날인 또는 서명하여야 한다는 점에서 선하증권은 요식증권이라고 할 수 있다. 그러나 완전유가증권인 어음이나 수표와 달리, 불완전유가증권의 일종인 선하증권의 경우에는 그 요식성도 어음이나 수표와 같이 엄격하게 해석할 이유가 없다. 따라서 선하증권에 법정기재사항 중 일부가 흠결되어 있더라도, 흠결사항이 선하증권의 본질에 관한 것이 아닌 한 선하증권의 유효성에는 영향이 없다고 본다.

이 판례의 경우, 선하증권의 상대적 요식증권성을 인정한 후 선하증권상 수하인으로 기재된 자가 선하증권의 인수를 거절하는 경우 선하증권상 수하인의 기재는 무효가 되지만 선하증권 자체의 유효성에는 문제가 없다는 점을 확인한 것이다.

## 470. 선박대리점의 법적 지위와 선하증권상 면책약관의 효력

(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다8012 판결)

〈쟁점〉

[1] 선박운송물의 인도 및 선하증권 회수 등의 업무를 수행한 선박대리점이 그 운송물을 선하증

권 소지인 아닌 자에게 인도한 것에 대하여 고의 아니면 중과실로 인한 불법행위가 성립하는지 여부
[2] 선하증권에 기재된 면책약관이 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임에 적용되는지 여부

〈판결요지〉

[1] 선박운송물의 인도 및 선하증권 회수 등의 업무를 수행한 선박대리점이 그 운송물을 선하증권 소지인 아닌 자에게 인도한 것에 대하여 고의 아니면 중과실로 인한 불법행위가 성립한다.

[2] 선하증권에 기재된 면책약관은 특별한 사정이 없는 한 운송계약상의 채무불이행책임 뿐만 아니라 그 운송물의 소유권 침해로 인한 불법행위책임에도 적용된다고 보아야 할 것이지만 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임을 추궁하는 경우에는 적용되지 아니한다.

〈선정이유〉

선박대리점이란 해운법상 해운대리점업을 영위하는 자를 통칭하는데, 해상운송실무상 선박대리점의 주된 업무는 출발지와 도착지에서의 운송인을 위한 화물운송의 인수 · 선하증권 등 운송서류의 발행 · 운송물 인도업무의 대리 또는 대행 · 선박 입출항에 관한 행정사무의 처리 등 광범위하다. 선박대리점은 독립된 상인으로서 자기의 책임과 계산 아래 운송인 등을 위해 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리를 영업으로 한다는 점에서 상법 제87조에서 규정하는 대리상의 일종으로서, 본인과 선박대리점의 관계는 민법상 위임관계라고 본다. 따라서 선박대리점은 위임사무의 처리에 있어 거래 상대방에 대해서도 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 하므로(민법 제681조), 운송물의 인도에 있어서도 위임의 취지에 따라 업무를 수행해야 할 선관주의의무를 부담한다. 다만 선박대리점은 운송인 등의 대리인 또는 이행보조자의 지위에서 법률행위의 대리 또는 사실행위의 대행 등을 한다는 점에서, 특별한 사정이 없는 한 선박대리점은 운송인에 대해서만 계약상 책임을 부담할 뿐이고 운송인 외의 제3자에 대해서는 불법행위책임만이 문제가 된다고 볼 것이다. 이 판례는 선박대리점이 운송물을 선하증권 소지인 아닌 자에게 인도한 경우 고의 아니면 중과실로 인한 불법행위가 성립한다는 점을 확인한 것이다.

한편 면책약관이란 운송인의 책임을 감경하거나 면제하는 약관을 말하는데, 이는 원칙적으로 운송계약당사자 사이의 법률관계의 내용이 된다는 점에서 채무불이행책임에 한해서만 인정된다. 그런데 채무불이행이 불법행위의 요건도 충족하는 경우 채무불이행책임 외에도 불법행위책임도 성립한다는 청구권경합설의 입장에 따를 경우, 운송인은 채무불이행책임 외에 불법행위책임도 부담할 수 있다. 이 때 운송인의 면책약관이 채무불이행책임에만 적용되고 불법행위책임에는 적용되지 않는다면, 해상운송인의 보호를 목적으로 하는 면책약관의 취지를 달성할 수 없다. 이 판결은 선하증권에 기재된 면책약관은 특별한 사정이 없는 한 운송계약상의 채무불이행책임 뿐만 아니라 그 운송물의 소유권 침해로 인한 불법행위책임에도 적용된다고 보아야 한다는 점을 분명히 하면서도, 불법행위가 운송인의 고의나 중과실로 인한 것인 때에도 운송인을 면책시키는 것은 선량한 풍속 내지 일반인의 법감정에 반한다는 점에서 허용할 수 없다고 볼 것이다.

# 제 2 장 화물운송장의 법리

## 471. 항공화물운송장이 발행된 경우, 계약운송인의 확정 및 손해배상의 법리

(대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결)

〈쟁점〉

[1] 혼재항공화물운송장(House Air Waybill)이 발행된 경우, 송하인 및 수하인에 대한 관계에서 운송계약에 따른 권리·의무를 부담하는 계약운송인(contracting carrier)의 의미

[2] 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여는 '국제항공운송에 있어서의 일부규칙의 통일에 관한 협약'이 민법이나 상법에 우선하여 적용되는지 여부

[3] 국내 운송취급인이 운송인으로부터 아무런 지시도 받지 않고 수하인에게는 화물도착의 통지도 하지 아니한 채 수입회사의 청구에 따라 수출회사에 화물을 반송한 경우, 수하인의 화물인도청구권의 침해로 인한 손해배상책임을 부담하는지 여부

〈판결요지〉

[1] 혼재항공화물운송장(House Air Waybill)이 발행된 경우, 송하인 및 수하인에 대한 관계에서 운송계약에 따른 권리·의무를 부담하는 계약운송인(contracting carrier)이란, 송하인 또는 그 대리인으로부터 운송을 의뢰받아 실제운송인(actual carrier)에게 그 운송의 전부 또는 일부를 이행하도록 위임하고, 하우스 항공화물운송장을 작성·교부한 자이다.

[2] 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여는 1955년 헤이그에서 개정된 '국제항공운송에 있어서의 일부규칙의 통일에 관한 협약'이 일반법인 민법이나 상법에 우선하여 적용된다.

[3] 국내 운송취급인이 운송인으로부터 아무런 지시도 받지 않고 수하인에게는 화물도착의 통지도 하지 아니한 채 수입회사의 청구에 따라 수출회사에 화물을 반송한 경우, 수하인의 화물인도청구권의 침해로 인한 손해배상책임을 부담한다.

〈선정이유〉

화물운송장(waybill)이란 운송인이 운송물을 수령 또는 선적하였음을 확인하고 목적항까지 운송하여 지정된 수하인에게 인도할 것을 약정하고 발행하는 운송계약의 증거서류를 말한다. 화물운송장은 선박의 고속화 · 물류의 표준화의 진행에 따라 신용장거래에서 선하증권 등의 선적서류보다 운송물이 더 빨리 도착함으로 인한 운송물의 인도지연 · 전매시기의 상실 등의 문제를 해결하기 위해 고안된 것이다. 따라서 화물운송장은 선하증권과 달리 운송물인도청구권 등의 운송계약상 권리가 증권에 화체되어 있지 않다는 점에서 유가증권으로서의 성질을 가지지 않고, 단순한 운송계약의 증거서류에 불과하다. 화물운송장에는 운송수단의 종류에 따라 해상화물운송장(sea waybill) · 항공화물운송장(air waybill) 등이 있는데, 실무에서는 항공화물의 경우 운송기간의 단기간 등의 이유로 인해 항공화물운송장이 주로 이용되고 있다. 다만 신용장통일규칙은 해상화물운송장을 수리가능한 선적서류 중 하나로 인정하고 있고, 상법 제863조 및 제864조는 해상화물운송장에 관해 규정하고 있다.

한편 상법상 운송계약의 당사자는 운송인과 송하인인데, 운송인은 반드시 운송수단을 소유하고

있을 필요는 없고 운송계약을 체결한 후 운송인으로서의 채무를 부담할 의사를 표시한 자라는 점에서, 자신이 송하인으로부터 운송을 인수한 후 운송계약의 이행을 위해 제3자인 실제운송인에게 운송을 위탁할 수도 있다. 이 경우 운송인은 송하인에 대해서는 운송인으로서의 지위에 있지만, 실제운송인에 대해서는 송하인의 지위에 있다. 이 때 송하인 등에 대해 운송계약에 따른 권리의무의 주체인 계약운송인이 누구인가 하는 운송인의 확정이 문제될 수 있는데, 이 판례는 화물운송장을 발행한 자는 운송인으로서의 지위에 있다고 본 것이다.

항공운송계약에 적용될 법규와 관련하여, 우리나라는 1967. 10. 11자로 "1929.10.12 바르샤바에서 서명된 국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약을 개정하기 위한 의정서"(이하 헤이그 의정서라 한다)를 조약 제259호로 공포하였고, 헤이그 의정서 제23조 제2항에서는 "협약의 당사국이 아닌 국가에 의한 본 의정서에의 가입은 본 의정서에 의한 개정된 협약에의 가입의 효력을 가진다"고 규정하고 있고, 동 제19조가 "본 의정서의 당사국간에 있어서는 협약과 의정서는 합쳐서 하나의 단일문서로 읽어지고 또한 해석되며 1955. 헤이그에서 개정된 바르샤바 협약이라고 알려 진다"고 규정하고 있으므로, 우리나라는 위와 같이 헤이그 의정서에 가입함으로써 1929. 10. 12 바르샤바에서 서명된 "국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약"(이하 바르샤바협약이라 한다)에의 가입의 효력이 발생하였고 따라서 바르샤바협약은 헤이그 의정서에 의하여 개정된 내용대로 국내법과 동일한 효력을 가지게 되어서 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여는 일반법인 민법에 대한 특별법으로서 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바 협약(개정된 바르샤바협약)이 우선 적용되어야 한다(대법원 1986. 7. 22. 선고 82다카1372 판결).

## 472. 선하증권 이면약관이 약관규제법의 적용 대상인지 여부 및 상법상 면책사유로서의 불가항력의 의미

(대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결)

〈쟁점〉

[1] 「약관의규제에관한법률(이하, '약관규제법'이라 한다)」 제15조 소정의 대통령령으로 정하는 특정 업종들의 약관에 대하여는 같은 법 제6조의 적용도 배제되는지 여부

[2] 육상운송 도중 강도로 인한 운송물의 멸실이 그 자체로서 불가항력으로 인한 운송인의 면책사유가 되는지 여부 및 그 경우 운송인이나 피용자의 무과실 추정 여부

〈판결요지〉

[1] 약관규제법은 제15조에서 "국제적으로 통용되는 약관 기타 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령이 정하는 경우에는 제7조 내지 제14조의 규정의 적용을 조항별, 업종별로 제한할 수 있다."고 규정하고 있는바, 위 제15조의 문리해석상으로는 같은 법 제6조의 적용은 배제되지 않는다고 볼 수 있으나, 약관이 구체적으로 무효가 되는 경우들을 규정한 같은 법 제7조 내지 제14조에 대하여 약관이 일반적으로 무효가 되는 경우를 포괄적으로 규정하고 있는 제6조가 적용되게 되면 구체적 무효조항들의 적용을 배제하는 제15조의 규정 취지가 거의 완전히 몰각되는 불합리한 결과를 가져오게 되므로, 제6조 역시 대통령령으로 정하는 특정 업종들의 약관에는 적용이 없다고 보아야 할 것이다.

[2] 해상운송에 있어서 해상강도로 인한 운송물의 멸실이 운송인의 손해배상책임을 면하게 하는 면책사유의 하나로서 인정되는 것과는 달리 육상에서의 강도로 인한 운송물의 멸실은 반드시 그 자체로서 불가항력으로 인한 면책사유가 된다고 할 수 없으므로, 다시 운송인이나 그 피용자에게 아무런 귀책사유도 없었는지 여부를 판단하여야 할 것이고, 그 경우 운송인이나 피용자의 무과실이 경험칙상 추단된다고 할 수도 없다.

〈선정이유〉

약관규제법 제15조는 "국제적으로 통용되는 약관이나 그 밖에 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령으로 정하는 경우에는 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하는 것을 조항별·업종별로 제한할 수 있다."고 규정하고 있고, 동 법 시행령 제3조는 ① 국제적으로 통용되는 운송업, ② 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업, ③ 「무역보험법」에 따른 무역보험 업종의 약관에 대해서는 약관규제법 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 국제적으로 통용되는 운송업의 약관에 대해서는 약관규제법 제7조 내지 제14조까지의 규정이 적용되지 않을 수 있다.

위 약관규제법 제15조 및 동 법 시행령 제3조의 문리해석에 따를 경우, 국제적으로 통용되는 운송업종의 약관이라도 약관규제법 제6조는 적용될 소지가 있다. 그런데 약관규제법 제6조는 약관이 구체적 · 개별적 무효사유를 정하고 있는 동 법 제7조 내지 제14조의 일반조항으로서의 성질을 가진다는 점에서, 약관규제법 제15조의 규정에도 불구하고 동 법 제6조가 국제적으로 통용되는 운송업의 약관에 적용이 되는 경우에는 약관규제법 제15조의 취지가 거의 상실될 여지가 있다. 이 판례는 이와 같은 문제점을 감안하여, 국제적으로 통용되는 운송업의 약관에는 약관규제법 제6조도 적용되지 않는다는 점을 확인한 것이다.

한편 상법 제796조 제2호는 '불가항력'을 운송인의 면책사유로 규정하고 있다. 따라서 운송인은 불가항력이 있었다는 사실과 운송물에 대한 손해가 불가항력으로 인해 보통 생길 수 있는 것임을 증명하면 손해를 배상할 책임을 면한다(상법 제796조 본문). 상법이 운송인의 면책사유로 규정하는 '불가항력'이란 인간의 행위가 개입되지 않은 자연력에 의한 재해로서 상당한 주의로써 예견하거나 방지할 수 없는 것을 말한다. 불가항력은 인간의 행위가 개재되지 않아야 한다는 점과 해상에 특유한 위험이 아니어도 된다는 점에서 상법 제796조가 규정하는 운송인의 면책사유의 일종인 '해상고유의 위험'과 구별된다.

이 판례의 사안에서 해상운송계약의 준거법은 멕시코법인데, 육상운송 도중 강도에 의한 화물의 강탈이 멕시코법상 운송인의 면책사유인 불가항력(Force Majeure)이나 공적(공적)의 행위(Act of Public Enemies)에 해당한다는 피고의 주장에 대해, 대법원은 해상운송에 있어서 해상강도로 인한 운송물의 멸실이 운송인의 손해배상책임을 면하게 하는 면책사유의 하나로서 인정되는 것과는 달리 육상에서의 강도로 인한 운송물의 멸실은 반드시 그 자체로서 불가항력으로 인한 면책사유가 된다고 할 수 없다는 점을 명확히 하였다. 나아가 대법원은 육상에서의 강도를 이유로 면책이 되기 위해서는 인간의 행위가 개재되지 않아야 하므로, 운송인이나 그 피용자에게 아무런 귀책사유도 없었는지 여부를 판단하여야 하고, 그 경우 운송인이나 피용자의 무과실이 경험칙상 추단되지 않는다고 판시하였다.

# 제 5 편 선박충돌

## 473. 예선계약상 선박소유자의 책임제한제도

(대법원 2010. 7. 30. 자 2010마660 결정)

〈쟁점〉

[1] 예인선이 피예인선을 예인하면서 예선열을 이루어 운항하던 중 선박소유자의 책임을 제한할 수 있는 채권이 발생한 경우, 예인선 소유자의 책임한도액 산정 방법

[2] 예인선 소유자로부터 예인선을 정기용선한 자가 임차한 피예인선(무동력 부선)은 예인선의 예인목적물에 불과하고 달리 예인선 소유자가 피예인선을 소유하거나 임차하는 등으로 피예인선에 관하여 선박소유자와 동일한 책임을 부담한다고 볼 사정이 없음에도, 예인선의 피예인선에 대한 지배적 기능에만 치중하여 예인작업을 하는 동안은 예인선 소유자가 피예인선의 재임차인 내지 그와 유사한 지위에 있다고 보아 예인선 소유자에게 피예인선의 책임한도액에 상응하는 금전까지 공탁할 의무가 있다고 한 원심의 판단에는 선박소유자의 책임 제한에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

〈결정요지〉

구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것) 제747조 제1항 제3호는 선박소유자의 책임제한에 관한 여러 입법주의 중 이른바 금액주의를 채택하면서 '그 선박'의 톤수에 따라 정하여진 금액을 책임의 한도액으로 하도록 규정하고 있는바, 예인선이 피예인선을 예인하면서 예선열을 이루어 운항하던 중에 선박소유자의 책임을 제한할 수 있는 채권이 발생한 모든 경우에 항법 분야에서 통용되는 이른바 예선열 일체의 원칙을 적용하여 예인선과 피예인선이 일체로서 상법 제747조 제1항 제3호가 정하는 '그 선박'에 해당하는 것으로 의제할 근거는 없고, 다만 예인선 소유자가 피예인선을 소유하거나 임차하는 등으로 선박소유자와 동일한 책임을 부담하고, 예인선측의 과실이 피예인선의 항해에도 관련이 있다는 등의 사정이 인정되는 경우에는, 예인선 소유자의 책임한도액은 예인선과 피예인선에 대하여 각각 구 상법 제747조 제1항 제3호에 따라 산정한 금액을 합한 금액이 된다 할 것이다(대법원 1998. 3. 25.자 97마2758 결정 참조).

〈선정이유〉

예선계약이란 예선자가 예인선의 동력을 이용하여 다른 선박 또는 수면 등에서 이동이 가능한 물건의 해상에서의 장소적 이동을 위한 노무의 제공 또는 일의 완성을 약정하고 이에 대해 피예선자가 보수를 지급할 것을 약정한 계약을 말한다. 강학상 예선계약은 예선계약의 행태와 법적 성질에 따라 ① 고용형 예인계약, ② 운송형 예인계약, ③ 도급형 예인계약으로 구별하기도 한다.

예선계약의 내부관계인 예선자와 피예선자 사이의 법률관계는 계약자유의 원칙에 따라 당사자가 약정한 바에 따라 정해진다. 이에 반해 예인과정에서 제3자가 손해를 입은 경우에 누가 손해배상책임을 부담할 것인지에 관한 예선계약의 외부관계는 당사자 사이의 계약의 해석문제가 아니라 불법행위책임의 성립요건의 판단의 문제이다.

이 판례는 예인 도중에 발생한 손해에 대해 예선자 또는 피예선자가 선박소유자 등의 총체적 책임제한의 주체로서 책임을 제한하는 경우에 책임제한금액을 무엇을 기준으로 산정할 것인가 하는 점이 문제가 된 사안이다. 이 사안은, 타인으로부터 무동력 부선을 임차한 자가 무동력 부선에 적재한 물건을 해상 이동시킬 목적으로 다시 제3자로부터 예인선을 정기용선한 것이다. 정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정한 계약으로서, 정기용선자는 약정한 범위 안의 선박의 사용을 위해 선장을 지휘할 권리가 있다. 이 때 타인에게 손해가 발생한 경우, 손해배상의 주체는 예선계약의 유형에 따라 일률적으로 판단될 수 있는 문제가 아니라, 손해발생에 관한 귀책사유를 제공한 자가 배상책임을 부담한다고 볼 것이다. 같은 맥락에서 선박소유자 등의 책임제한의 주체는 자신의 책임을 제한할 수 있을 것인데, 이 경우에도 책임제한액은 원칙적으로 자신의 선박을 기준으로 책임제한액이 산정되어야 할 것이다. 다만 이 사건 대법원 판례가 지적하고 있는 바와 같이, 예인선 소유자가 피예인선을 소유하거나 임차하는 경우와 같이 피예인선에 관하여 선박소유자와 동일한 책임을 부담한다고 볼 사정이 있는 경우에는 예인선과 피예인선의 톤수를 합산하거나, 각 선박의 책임제한금액을 합산하는 방법이 타당할 것이다.

## 474. 예인선단과 손해배상책임의 주체

(대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다65686,65693 판결)

〈쟁점〉

피예인선이 부선이거나 그 승무원에게 예인선의 항해를 지휘·감독할 권한 또는 의무가 없다는 사정만으로 구 해상교통안전법상 음향신호와 등화신호를 할 의무가 면제되는지 여부 및 피예인선인 부선이 다른 선박 또는 물체와 충돌한 경우 부선의 소유자나 승무원 등의 과실 유무와 상관없이 예인선 측만이 그 책임을 부담하는지 여부

〈판결이유〉

구 해상교통안전법(2007. 4. 11. 법률 제8380호로 전부 개정되기 전의 것) 제28조 및 제31조 제3항은 "끌려가고 있는 선박은 현등 1쌍, 선미등 1개를 표시하여야 한다"고 규정하고, 제42조 제1항 제4호는 "시계가 제한된 수역을 항행하는 경우 끌려가고 있는 선박은 승무원이 있을 경우에는 2분을 넘지 아니하는 간격으로 연속된 4회의 기적(장음 1회에 단음 3회를 말한다)을 울려야 한다"고 규정하고 있는바, 피예인선이 자력 항행이 불가능한 부선이라거나 피예인선의 승무원에게 예인선의 항해를 지휘·감독할 권한 또는 의무가 없다는 사정만으로는 피예인선 승무원의 위 음향신호 및 등화신호를 할 의무가 면제된다고 할 수 없고, 같은 법 제10조 제1항 제2호 단서가 선박의 안전관리체제를 수립해야 하는 선박에 선박법 제1조의2 제3호의 규정에 의한 부선을 포함하지 않고 있다고 하여, 피예인선인 부선이 다른 선박 또는 물체와 충돌한 경우 부선의 소유자나 승무원 등의 과실 유무와 무관하게 예인선 측만이 책임을 부담한다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

예선계약의 이행 도중 제3자와 예선열을 구성하는 선박들 중 하나가 충돌함으로 인해 제3자에게 손해가 발생한 경우, 제3자에 대한 손해배상책임 주체의 확정에 관한 우리나라의 통설적 견해는 예선계약을 민법상 전형계약들로 분류한 후 이들 계약들의 법적 성질론, 특히 예선항해에 대한 지휘·감독권을 누가 행사하느냐 하는 문제로부터 제3자에 대한 손해배상책임의 주체를 도출해 내고 있다. 그러나 예선계약상 제3자에 대한 손해배상책임의 주체는 원칙적으로 예선계약의 법적 성질론이 아닌 제3자의 손해에 대한 예선계약 당사자의 고의··과실 등 귀책사유의 유무 및 인과관계의 유무에 의해 결정되어야 할 문제이다. 따라서 예인선이나 피예인선이 예선계약의 이행 중 제3자의 선박과 충돌한 경우 손해배상책임은 각 당사자의 귀책사유의 유무 등에 따라 결정되어야지, 소위 예선열 일체의 원칙에 따라 기계적으로 예인선 또는 피예인선 중 하나가 손해배상책임의 주체라고 볼 수는 없다. 한편 예선계약의 이행과 관련해서 어느 당사자도 예선항해에 있어 수수방관할 수 있는 국외자의 위치에 있다고 볼 수는 없다. 예선항해에 대한 지휘·감독권이 예인선과 피예인선 중 누구에게 있든 상관없이 각 선박의 선원 등은 예선항해를 위한 주의의무를 공통적으로 부담한다고 보아야 한다. 이러한 예선항해 관련자의 주의의무의 근거는 충돌사고의 위험을 회피하기 위한 선원의 상무규정에서 찾을 수 있을 뿐만  아니라, 독자적인 항행능력이 제한됨으로 인해 사고발생의 위험이 높은 예선항해의 특성상 예인선 및 피예인선은 항해의 안전한 완수를 위한 협력의무를 각 부담하고 있다고 보아야 한다. 이러한 주의의무의 일례로서 부선인 피예인선의 선원 등은, 설령 부선이 동력선인 예인선에 수동적으로 이끌려 가는 지위에 있다 하더라도 해사안전법 등에서 규정한 등화와 음향신호를  적절히 표시하여야 할 의무를 부담하고 있고, 특히 안개 등으로 인해 시계가 극히 제한된 야간의 경우에는 상대방 선박에게 자선의 존재와 위치를 적극적으로 알려 충돌을 회피하기 위한 주의의무를 부담한다고 보아야 한다. 이러한 취지에서 부선인 피예인선 선원에 대해 예선운항상 지휘권의 유무에 불구하고 항해상 일정한 주의의무가 있다고 판시한 이 사건 판결의 취지는 타당하다고 보여 진다.

## 475. 선박충돌의 의미와 정기용선계약상 외부관계의 법리

(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99754 판결)

〈쟁점〉

[1] 구 상법 제845조에 정한 '선박 충돌'의 의미 및 그 의미가 예인선과 자력항행이 불가능한 부선인 피예인선 상호간에도 마찬가지로 적용되는지 여부

[2] 예인선이 철골구조물을 실은 무동력 부선을 예인하던 중 강한 조류에 떠밀리는 바람에 철골구조물이 다리 상판과 충돌한 후 해저로 추락하고 그 과정에서 부선이 파손된 사안에서, 위 예인선 용선계약은 정기용선계약으로 봄이 상당하므로, 예인선 소유자는 예인선 선장의 항행상 과실로 인하여 파손된 부선의 손해를 배상할 책임이 있는지 여부

〈판결요지〉

[1] 정기용선된 선박의 선장이 항행상의 과실로 충돌사고를 일으켜 제3자에게 손해를 가한 경우 그 선박소유자가 구 상법(2007. 8. 3. 법률 제8581호로 개정되기 전의 것) 제845조에 의한 손해

배상책임을 부담하는바, 여기에서의 선박의 충돌이란 2척 이상의 선박이 그 운용상 작위 또는 부작위로 선박 상호 간에 다른 선박 또는 선박 내에 있는 사람 또는 물건에 손해를 생기게 하는 것으로 직접적인 접촉의 유무를 묻지 아니하며, 예인선과 자력항행이 불가능한 부선인 피예인선 상호 간의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

[2] 예인선이 철골구조물을 실은 무동력 부선을 예인하던 중 강한 조류에 떠밀리는 바람에 철골구조물이 다리 상판과 충돌한 후 해저로 추락하고 그 과정에서 부선이 파손된 사안에서, 위 예인선 용선계약은 예인선 소유자가 영업의 일환으로 예인선을 용선자의 철골구조물 운반 작업에 제공하고 이를 위하여 자신의 피용자인 선장과 선원들로 하여금 예인선을 운항하도록 한 정기용선계약으로 봄이 상당하므로, 예인선 소유자는 예인선 선장의 항행상 과실로 인하여 파손된 부선의 손해를 배상할 책임이 있다고 한 사례.

〈선정이유〉

상법상 선박의 충돌이란 2척 이상의 선박이 그 운용상 작위 또는 부작위로 선박 상호 간에 다른 선박 또는 선박 내에 있는 사람 또는 물건에 손해를 생기게 하는 것을 말하며, 직접적인 접촉의 유무를 묻지 아니한다(제876조 제2항). 따라서 선박이 다른 선박과의 충돌을 피하기 위해 좌초한 다든가 부두 또는 암벽 등에 충돌하여 손해를 입은 경우인 간접충돌도 상법의 적용대상이다. 그러나 선박충돌은 반드시 2척의 선박만이 관여될 필요는 없고 2척 이상의 선박이 충돌하면 족하고, 선박 상호 간의 충돌이어야 하므로 선박이 아닌 부두시설이나 암벽 등과 충돌하는 것은 상법상 선박충돌에 해당되지 않는다. 나아가 충돌한 선박들의 소유자가 달라야 할 필요도 없다. 한편 선박은 반드시 자항능력을 구비할 필요가 없으므로, 자항능력이 없는 부선과 동력선이 충돌한 경우도 상법상 선박충돌에 해당한다. 따라서 예인선과 피예인선 상호 간의 충돌도 예인선이 무동력의 피예인선을 예인하여 물건을 운송하는 경우가 아닌한 선박충돌에 해당한다. 이 판례의 경우 예인선과 자력항행이 불가능한 부선인 피예인선 상호 간의 경우에도 상법상 선박충돌에 해당한다는 점을 명확히 하였다.

한편 이 사건의 경우, 예인선 용선계약의 법적 성질이 단순한 예인선 임대차계약인지, 아니면 정기용선계약 또는 항해용선계약인지 여부가 다투어졌다. 이 사건 용선계약의 법적 성질에 따라 제3자가 입은 손해를 배상할 주체가 달라진다고 본 것인데, 이 판례는 이 사건 용선계약의 법적성질을 정기용선계약으로 본 후 정기용선계약은 선박소유자가 선원 등을 통해 선박의 직접적 지배와 점유를 가지고 있으므로, 선장 등의 과실로 인한 제3자의 손해에 대해서는 선박소유자가 책임을 부담한다고 본 것이다.

## 476. 쌍방과실로 인한 선박충돌의 경우 손해배상의 법리

(대법원 1972. 6. 13. 선고 70다213 판결)

〈쟁점〉

선박충돌로 인하여 생긴 손해의 배상에 관하여는 상법규정(제846조, 현행 상법 제879조)만이 적용되고 민법상의 공동불법행위에 관한 규정은 그 적용이 배제된다.

〈판결요지〉

상법 제846조는 구 상법 제797조와는 달리 통일조약 제4조에 따라 명문으로서 제3자의 사상으로 생한 손해에 한하여 연대책임을 인정하고 재산상의 손해에 대하여는 각 선주의 과실정도에 의한 분할책임을 규정하고 있으므로 상법 제843조에 의하여 선박충돌로 인하여 생긴 손해의 배상에 관하여는 위 상법규정(제846조)만이 적용되고 민법상의 공동불법행위 관한 규정은 그 적용이 배제된다.

〈선정이유〉

상법 제879조는 쌍방선박의 과실로 인해 충돌사고가 발생한 경우의 손해배상책임에 관해, "선박의 충돌이 쌍방의 선원의 과실로 인하여 발생한 때에는 쌍방의 과실의 경중에 따라 각 선박소유자가 손해배상의 책임을 분담한다. 이 경우 그 과실의 경중을 판정할 수 없는 때에는 손해배상의 책임을 균분하여 부담한다(제1항). 제1항의 경우에 제3자의 사상에 대한 손해배상은 쌍방의 선박소유자가 연대하여 그 책임을 진다(제2항)"고 규정하고 있다.

따라서 쌍방선박의 과실로 인해 충돌사고가 발생하여 제3자가 사상을 입은 경우, 이러한 제3자의 사상에 대한 손해배상은 쌍방의 선박소유자가 연대하여 책임을 부담한다. 이는 민법 제760조가 규정하는 공동불법행위자의 손해배상책임의 원리와 동일하다.

한편 쌍방의 선박의 과실로 제3자에게 물적 손해가 발생한 경우에 과실 있는 각 선박소유자가 제3자에 대해 어떤 손해배상책임을 부담하는지에 대해 우리 상법에는 명문규정이 없다. 그러나 이 판례는 상법 제879조 제1항은 선박소유자 사이의 내부적 법률관계뿐만 아니라 제3자에 대한 물적 손해에 대한 손해배상책임에도 적용되어 과실 있는 각 선박의 소유자는 그 과실비율에 따라 분할책임을 부담한다고 판시하였다. 이러한 판례의 태도는 통설적 견해와 동일한 입장이다. 통설적 견해와 판례의 입장에 따르면 선박충돌로 인해 제3자가 입은 물적 손해의 배상은 민법 제760조가 아닌 상법 제879조에 따라 이루어져야 한다. 다만 상법 제879조가 규정하는 '분할배상책임의 원리'는 충돌 선박 내에 있는 물건의 손해배상에 관한 것이므로(상법 제876조 참조), 선박 외에서 발생한 물적 손해의 배상에 관해서는 여전히 민법 제760조에 따라 공동불법행위자들의 부진정연대책임이 인정된다.

## 477. 선박충돌로 인한 손해배상의 범위

(대법원 2004. 3. 18. 선고 2001다82507 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

[1] 불법행위(선박충돌사고)로 영업용 물건(선박)이 멸실된 경우, 교환가치 상당액 이외에 휴업손해도 배상할 범위에 포함되는지 여부

[2] 불법행위에 의하여 재산권이 침해된 경우, 위자료를 인정하기 위한 요건

〈판결요지〉

[1] 불법행위로 영업용 물건이 멸실된 경우, 이를 대체할 다른 물건을 마련하기 위하여 필요한

합리적인 기간 동안 그 물건을 이용하여 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 이익, 즉 휴업손해는 그에 대한 증명이 가능한 한 통상의 손해로서 그 교환가치와는 별도로 배상하여야 하고, 이는 영업용 물건이 일부 손괴된 경우, 수리를 위하여 필요한 합리적인 기간 동안의 휴업손해와 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

[2] 일반적으로 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면, 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있다.

## 〈선정이유〉

상법상 선박충돌 관련 규정들은 선박 또는 선박 내에 있는 물건이나 사람에 관하여 생긴 손해의 배상에 대해서 적용된다(제876조 제1항). 따라서 위 조항에서 규정하고 있는 물건이나 사람 외의 물건 또는 사람에게 발생한 손해에 대해서는 상법이 적용되지 않고 민사상 불법행위책임에 관한 규정이 적용된다.

한편 상법상 선박충돌로 인한 손해배상은 선박충돌과 상당인과관계가 있는 손해이다. 따라서 선박충돌로 인해 선박이 전부 멸실된 경우, 손해는 선박의 시장가격과 상실된 운임 및 대체선박을 마련하기 위해 필요한 합리적인 기간 동안 그 물건을 사용하지 못함으로 인한 휴업손해가 통상의 손해라고 볼 것이고, 일부 손상된 경우에는 수리비 및 수리기간 동안 선박을 영업에 활용하지 못함으로 인해 발생한 합리적인 기간 동안의 휴업손해라고 할 것이다.

참고로 이 판결은 불법행위로 영업용 선박, 자동차, 건물 등의 물건이 멸실된 경우에 그 물건의 교환가격 상당액의 배상 이외에 그 물건을 대체할 다른 물건의 제조 또는 구입시까지의 기간 동안 그 멸실된 물건을 사용·수익하지 못하여 입은 손해의 배상을 구할 수 없다는 취지로 판시한 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다29325 판결, 대법원 1990. 10. 16. 선고 90다카20210 판결, 대법원 1990. 8. 28. 선고 88다카30085 판결, 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다1840 판결을 비롯하여 이 판결의 견해에 배치되는 판결들은 그 배치되는 범위 내에서 이를 변경한 것이다.

한편 상법상 선박충돌의 법적 성질은 민법의 불법행위이므로, 불법행위에 관한 법리가 선박충돌의 경우에도 원칙적으로 그대로 적용되어야 한다. 따라서 일반적으로 타인의 불법행위 등에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면, 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 청구할 수 있는 것이다( 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다31574 판결 등 참조).

# 제 6 편 항공운송

## 478. 항공여객운송에서 피해자 위자료 산정의 특별 고려사항 등

(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007다77149 판결)

〈쟁점〉

[1] 불법행위로 인한 위자료 산정의 일반적 참작요소 및 항공기 사고 피해에 대한 위자료 산정의 특수한 참작요소

[2] 항공기 사고 피해에 대한 위자료 산정에서 불법행위 위자료 산정의 일반적 참작요소 외에 항공기 사고의 특수한 사정들도 참작하여 위자료를 산정한 원심의 판단은 정당하고, 그 위자료 산정에 재량권의 범위를 일탈한 위법이 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 법원이 불법행위로 인한 위자료를 산정함에 있어서는 피해자의 연령, 직업, 사회적 지위, 재산 및 생활상태, 피해로 입은 고통의 정도, 피해자의 과실 정도 등 피해자 측의 사정에 가해자의 고의, 과실의 정도, 가해행위의 동기, 원인, 가해자의 재산상태, 사회적 지위, 연령, 사고 후의 가해자의 태도 등 가해자 측의 사정까지 함께 참작하는 것이 손해의 공평부담이라는 손해배상의 원칙에 부합한다. 특히 항공기 사고로 인한 피해에 대한 위자료를 산정함에 있어서는, 항공기 사고는 피해 승객의 과실이 개입될 여지가 거의 없는 점, 항공기 사고로 인한 피해결과 및 고통의 정도가 자동차 사고 등 다른 사고보다 중한 점, 항공기 사고에 관한 책임의 소재, 범위, 배상액을 둘러싸고 항공운송인 측과 피해자 측의 견해 차이로 최종적인 피해보상에 장기간이 소요되는 경우가 많은 점, 항공기 사고는 사고지역 및 피해자의 국적분포에 있어서 국제성을 띠고 있어 동일 사고로 인한 피해배상에 관하여는 국적을 불문하고 피해자들 사이의 균형이 고려되어야 하는데, 항공기 사고의 위험에 대비한 항공보험 및 재보험 제도는 동일 항공기 사고의 피해자들에 대하여 유사한 피해배상이 이루어질 수 있는 기능을 수행하고 있는 점 등 항공기 사고의 손해배상에 있어서의 특수한 사정을 함께 고려하여야 한다.

[2] 원심이 이 사건 사고는 이 사건 항공기의 운항승무원들의 전적인 과실에 의하여 발생하였고 피해자 승객들에게는 아무런 과실이 없는 것으로 보이는 점, 이 사건 항공기가 추락한 이후 발생한 화재 및 폭발 등으로 인하여 사고현장에서 사망한 피해자 승객들의 신체가 그 사망 전후에 걸쳐서 대부분 심하게 손상된 점, 그로 인하여 유족들이 여러 병원을 전전하면서 사망자들의 시신 및 유골을 확인하여 수습하는 데 상당한 곤란을 겪었을 뿐만 아니라 두 차례에 걸쳐 시행한 유전자(DNA) 대조검사 등을 통하여도 시신 및 유골을 온전히 확인·수습하지 못한 채 장례를 치러야만 하였고 신원이 확인되지 않은 시신 부분 및 유골이 확인된 부분보다 훨씬 많이 남아 있는 점, 이 사건 사고 이후 5년 이상 경과하도록 이 사건 사고의 피해자 유족들과 피고 측의 손해배상액을 둘러싼 현격한 입장 차이로 인하여 그 손해전보가 제대로 이루어지지 아니하고 있는 점, 피고가 2002. 6.경 사망자 승객들의 유족에게 이 사건 사고에 관한 합의금으로 대한민국의 법률에 의하여 인정되는 적극적·소극적 손해 및 위자료 등의 손해배상액 외에 특별위로금으로 사망자 1인당 1억

원을 더한 금액을 지급할 것을 제의하였고 일부 유족이 이를 승낙하여 위와 같은 내용의 합의금을 수령한 점, 피고가 중국인민보험공사와 이 사건 항공기에 관하여 체결한 보험계약상 1회 사고당 인적 피해에 대한 보험금 한도액이 미화 12억 5,000만 달러(1좌석당 약 694만 달러)로 되어 있는 점 등의 항공기 사고의 위자료 산정에 있어서 고려하여야 할 제반 사정을 참작하여, 사망 피해자들에 대한 위자료로 1억 5,000만 원을, 부상 피해자인 원고 19에 대한 위자료로 5,000만 원을 정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 위자료 산정에 관한 재량권의 범위를 일탈한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

불법행위 등을 이유로 한 위자료를 산정하기 위해서는 재산적 손해배상과 마찬가지로 전보될 손해가 무엇인지, 그리고 그 손해액은 얼마인지가 확정되어야 한다. 그러나 위자료 산정에 있어서는 그 대상이 되는 손해가 정신적 손해라는 금전평가가 불가능한 것이기 때문에 재산상 손해의 배상처럼 수리적으로 명확히 확정되기 어렵다.

우리 민법은 위자료의 산정방법이나 산정 시 고려할 사항에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않음으로 인해, 그 산정은 법원의 판단에 일임되어 있다.

판례는 일관해서 불법행위로 인한 정신적 손해에 대한 위자료 액수는 사실심 법원의 변론종결 시까지 구두변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 재량에 의해 이를 확정할 수 있으며, 이 경우 참작할 사정에는 제한이 없고, 피해자측, 가해자측, 그 외의 일체의 사정이 고려의 대상이 된다고 본다.

판례에 의해 제시된 위자료 산정의 구체적 참작사유로는, 피해자의 피해정도(고통)·연령·성별·직업·재산상태·과실유무 및 과실정도 등을 종합적으로 고려하고 있다. 이 판례는 불법행위 등으로 인한 손해배상의 원칙을 전제로, 항공운송 중 발생한 여객의 인명 손해에 대한 위자료 액수의 산정에 있어서는 항공여객운송 및 항공사고의 특성을 고려하여 위자료 액수를 산정할 수 있음을 확인한 것이다.

## 479. 항공화물운송인의 책임

(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017다240496 판결)

〈쟁점〉

[1] 운임 및 보험료 포함 조건으로 매수인을 수하인으로 하여 항공화물운송인에게 운송물을 위탁하는 방법으로 물품을 인도하기로 하는 수출입매매계약이 체결된 경우, 물품에 대한 소유권이 매수인에게 이전되는 시기(=물품이 도착지에 도착하여 매수인이 인도청구권을 취득한 때) 및 이 경우 운송계약의 대상인 수출 물품에 관하여 매도인과 보험회사가 체결한 보험계약의 피보험이익이 매도인에게 있는지 여부

[2] 갑 주식회사가 파라과이 소재 을 외국법인과 운임 및 보험료 포함 조건으로 수출계약을 체결하여 병 주식회사에 운송을 위탁한 수출화물이 운송 중 도난당하는 사고가 발생하자 그로부터 3일 후 '도난당한 화물은 회수가능성이 없으니 손해배상을 청구한다'는 내용의 서면을 병 회사에 보냈는데, 갑 회사와 병 회사가 체결한 항공화물 운송계약에는 '병 회사는 화물의 도난 등으로 인한 갑 회사와 제3자의 모든 손해를 배상하여야 한다. 손해배상액은 갑 회사가 산정하여 서면통보하고

병 회사는 통보일로부터 15일 이내에 전액 현금으로 갑 회사에 지급하여야 한다'는 내용의 조항이 있고, 병 회사가 수출화물을 선적하면서 송하인을 갑 회사, 수하인을 을 법인으로 하여 발행한 항공화물운송장의 이면약관에는 '화물이 멸실, 손상, 지연된 경우 인도받을 권리를 가지는 자에 의해 운송인에게 서면으로 이의가 이루어져야 한다. 항공화물운송장이 발행된 날 또는 화물을 인수한 날로부터 120일 이내에 서면으로 된 이의가 이루어지지 않는 경우에는 운송인을 상대로 소를 제기할 수 없다'는 내용의 조항이 있는 사안에서, 위 이면약관 조항에서 '인도받을 권리를 가지는 자'는 송하인인 갑 회사가 '국제항공운송에 있어서의 일부 규칙 통일에 관한 협약' 제12조 제1항에서 정한 처분권을 행사하지 아니하는 한 수하인인 을 법인을 의미하고, 다만 위 이면약관 조항은 운송계약 조항의 내용에 배치되는 한도 내에서는 효력이 없으므로, 갑 회사가 운송계약 조항에 따라 손해배상을 청구하는 서면을 병 회사에 보낸 이상, 병 회사는 이면약관 조항에서 정한 부제소특약을 주장할 수 없다고 한 사례

〈판결요지〉

[1] 운임 및 보험료 포함(Carriage and Insurance Paid, CIP) 조건으로 매수인을 수하인으로 하여 항공화물운송인에게 운송물을 위탁하는 방법으로 물품을 인도하기로 하는 수출입매매계약이 체결된 경우, 특별한 사정이 없는 한 물품이 도착지에 도착함으로써 매수인이 운송인에 대하여 물품의 인도청구권을 취득하였을 때에 매도인으로부터 매수인에게 물품의 인도가 이루어지고 그 소유권이 매수인에게 이전된다. 이 경우 매도인으로서는 운송계약의 대상인 수출 물품이 목적지에 손상 없이 도착하여 상대방에게 무사히 인도되는 것에 관하여 기대이익(expected profit)을 포함하여 경제적 이익이 없다고 할 수 없으므로, 매도인과 보험회사 사이에 체결한 보험계약의 피보험이익이 매도인에게 없다고 볼 수 없다.

[2] 갑 주식회사가 파라과이 소재 을 외국법인과 운임 및 보험료 포함(Carriage and Insurance Paid, CIP) 조건으로 수출계약을 체결하여 병 주식회사에 운송을 위탁한 수출화물이 운송 중 도난당하는 사고가 발생하자 그로부터 3일 후 '도난당한 화물은 회수가능성이 없으니 손해배상을 청구한다'는 내용의 서면을 병 회사에 보냈는데, 갑 회사와 병 회사가 체결한 항공화물운송계약에는 '병 회사는 화물의 도난 등으로 인한 갑 회사와 제3자의 모든 손해를 배상하여야 한다. 손해배상액은 갑 회사가 산정하여 서면통보하고 병 회사는 통보일로부터 15일 이내에 전액 현금으로 갑 회사에 지급하여야 한다'는 내용의 조항이 있고, 병 회사가 수출화물을 선적하면서 송하인을 갑 회사, 수하인을 을 법인으로 하여 발행한 항공화물운송장의 이면약관(Conditions of Contract on Reverse Side of the Air Waybill)에는 '화물이 멸실, 손상, 지연된 경우 인도받을 권리를 가지는 자(the person entitled to delivery)에 의해 운송인에게 서면으로 이의가 이루어져야 한다. 항공화물운송장이 발행된 날 또는 화물을 인수한 날로부터 120일 이내에 서면으로 된 이의가 이루어지지 않는 경우에는 운송인을 상대로 소를 제기할 수 없다'는 내용의 조항이 있는 사안에서, 화물의 출발지와 도착지가 모두 '국제항공운송에 있어서의 일부 규칙 통일에 관한 협약'(이하 '몬트리올 협약'이라 한다)의 당사국이므로 위 국제항공운송에 관한 법률관계에는 몬트리올 협약이 민법이나 상법보다 우선적으로 적용되는데, 몬트리올 협약 제11조, 제12조 제1항, 제4항, 제13조의 체계와 내용을 종합하면, 항공화물운송에서 운송인이 화물을 분실하거나 화물이 도착하지 아니하였을 때에 수하인은 운송인에 대하여 운송계약으로부터 발생한 권리를 행사할 권한이 있고 송하인에게 부여된 권리는 수하인의 권리가 발생한 때에 소멸하므로, 위 이면약관 조항에서 화물이 멸실, 손상 지연된 경우에 운송인에게 일정한 기간 내에 서면으로 이의를 제기할 수 있는 '인

도받을 권리를 가지는 자'는 운송 도중 송하인인 갑 회사가 몬트리올 협약 제12조 제1항에서 정한 처분권을 행사하지 아니하는 한 수하인인 을 법인을 의미하고, 다만 위 이면약관 조항은 운송계약 조항의 내용에 배치되는 한도 내에서는 효력이 없으므로, 갑 회사가 운송계약 조항에 따라 손해배상을 청구하는 서면을 병 회사에 보낸 이상, 병 회사는 이면약관 조항에서 정한 부제소특약을 주장할 수 없다.

〈선정이유〉

국제물품매매계약에서 Incoterms 2010의 CIP조건이 사용된 경우, 매도인은 매수인을 위해 물품의 운송계약 및 보험계약을 체결할 의무를 부담한다. 또한 매도인은 매매계약에 따라 물품을 운송인에게 넘겨줄 때까지는 물품의 멸실 등에 대한 위험부담을 자신이 부담하지만 그 이후에는 물품의 위험부담은 매수인에게 이전된다. 한편 매수인은 설령 운송 중에 물품의 도난 등의 사건이 발생하더라도 물품대금을 매도인에게 지급하여야 한다. 다만 매수인은 물품의 위험부담을 매도인이 자신을 위해 체결한 보험계약에 따라 보상받아야 한다. 이러한 매도인과 매수인 간의 위험부담의 배분은, 계약당사자들이 CIP조건에 따라 매매계약을 이행하기로 합의한 결과이다. 그런데 만약 매도인이 매매계약에서 정한 바와 달리 보험계약상 피보험자를 자신으로 한 경우, 이는 매매계약에서 정한 매도인의 보험계약 체결의무와 일치하지 않는다. 그러나 매도인이 CIP조건에 따라 매매계약을 이행하기로 약정하였다는 점을 감안한다면, 매도인이 보험계약을 체결함에 있어 자신을 피보험자로 기재하였다 하더라도, 이는 물품을 운송인에게 넘겨주기 전까지 자신이 부담하는 물품의 위험부담에 대비하기 위한 것이고, 그 이후에는 피보험자를 매수인으로 교체할 의도였다고 해석하여야 한다.

한편 상법상 피보험이익의 본질을 피보험자가 보험목적에 대해 가지는 경제적 이익 내지 경제적 이해관계의 존부로 볼 경우, 피보험이익의 핵심요소는 금전적 가치를 가지는 이익이어야 한다. 특히 손해보험계약의 특성상 피보험이익의 특징적 징표는 피보험자에게 발생하는 경제적 손해의 발생 여부라고 볼 것이다. 그렇다면 매도인이 피보험이익을 가지는지 여부는 과연 매도인이 물품의 손상으로 인해 손해를 입을 수 있는가 하는 점에 달려 있다. 그렇지만 매매계약당사자들이 Incoterms 2010 CIP조건에 따라 자신들의 계약상 권리의무와 위험부담을 결정하기로 한 경우, 매도인은 운송인에게 물품을 넘겨줌으로써 계약상 인도의무를 다하였고 그 이후부터는 물품의 멸실 등으로 인한 위험부담은 매수인에게 이전한다.

따라서 매도인은 설령 물품이 운송 도중에 도난당하더라도 매수인으로부터 매매대금을 수령할 권리를 여전히 가지고 있으므로 물품의 운송 중 도난으로 인해 매도인이 입게 되는 손해는 없고, 따라서 피보험이익도 없다고 보아야 한다.