

-2018년 법무사 문제집강의 자료(2019년 4월)-

※ 본 자료의 해설은 최종정리 무료특강에서 합니다.

상법교수들이 선정한 2018년 주요상사판례 지문정리

*정리제공: 하영태 박사

■ 신탁회사의 주의의무위반 책임의 성격

▶ 신탁회사가 신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지지는 않는다.¹⁾

■ 상사법정이율의 적용범위

▶ 상법 제54조의 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다.²⁾

■ 상행위에서 조합원의 연대책임

▶ 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 타당하다.³⁾

■ 상인자격의 취득시기

▶ 상인은 상행위에서 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위한 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 한다.⁴⁾

▶ 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인

1) (O): 대판 2018.2.28. 2013다26425.
2) (O): 대판 2018.2.28. 2013다26425.
3) (O): 대판 2018.4.12. 2016다39897.
4) (O): 대판 2018.4.24. 2017다205127.

이 상인이 되는 것은 아니다.⁵⁾

▶ 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받더라도 그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니다.⁶⁾

▶ 상인이 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수 없다.⁷⁾

■ 이사의 퇴직연금과 압류금지채권

▶ 압류금지채권규정의 취지: 민사집행법 제246조 제1항은 제4호 본문(압류금지채권)⁸⁾의 규정취지는 계속적으로 일정한 일을 하면서 그 대가로 정기적으로 얻는 경제적 수입에 의존하여 생활하는 채무자의 경우에 그러한 경제적 수입(그러한 일에서 더 이상 종사하지 않게 된 후에 이미 한 일에 대한 대가로서 일시에 또는 정기적으로 얻게 되는 경제적 수입을 포함)은 채무자 본인은 물론 그 가족의 생계를 유지하는 기초가 된다. 따라서 이와 관련된 채권자의 권리 행사를 일정 부분 제한함으로써 채무자와 그 가족의 기본적인 생활(생계)을 보장함과 아울러 근로 또는 직무수행의 의욕을 유지시켜 인간다운 삶을 가능하게 하려는 사회적·정책적 고려에 따른 것이다.⁹⁾

▶ 이사의 보수의 범위: 상법 제388조가 정하는 '이사의 보수'에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 퇴직금 또는 퇴직위로금도 그 재직 중의 직무수행에 대한 대가로 지급되는 급여로서 상법 제388조의 '이사의 보수'에 해당한다.¹⁰⁾

▶ 이사의 퇴직연금이 압류금지채권인지 여부: 주식회사의 이사, 대표이사(이사 등)의 보수청구권(퇴직금 등의 청구권을 포함)은, 그 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형을 잃을 정도로 과다하거나, 이를 행사하는 사람이 법적으로는 주식회사 이사 등의 지위에 있으나 이사 등으로서의 실질적인 직무를 수행하지 않는 이른바 명목상 이사 등에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 민사집행법 제246조 제1항 제4호 또는 제5호가 정하는 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다.¹¹⁾

▶ 퇴직연금채권자: 회사가 퇴직하는 근로자나 이사 등 임원에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직연금 제도를 설정하고 은행, 보험회사 등 근로자퇴직급여 보장법 제26조가 정하는 퇴직연금사업자(퇴직연금사업자)와 퇴직연금의 운용관리 및 자산관리 업무에 관한 계약을 체결하였을 때, 재직 중에 위와 같은 퇴직연금에 가입하였다가

5) (O): 대판 2018.4.24. 2017다205127.

6) (O): 대판 2018.4.24. 2017다205127.

7) (O): 대판 2018.4.24. 2017다205127.

8) 민사집행법 제246조 제1항은 제4호 본문에서 '급여·연금·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을, 제5호에서 '퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액'을 압류금지채권으로 규정하고 있다.

9) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

10) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

11) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

퇴직한 이사, 대표이사(이사 등)는 그러한 퇴직연금사업자를 상대로 퇴직연금 채권을 가진다.¹²⁾

▶**재직 중 직무수행대가로서의 급여:** 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는 이사 등의 퇴직연금 채권에 대해서는 '퇴직연금 제도의 급여를 받을 권리'의 양도 금지를 규정한 근로자퇴직급여 보장법 제7조 제1항은 적용되지 않는다. 다만 퇴직연금이 이사 등의 재직 중의 직무수행에 대한 대가로서 지급되는 급여라고 볼 수 있는 경우에는 그 이사 등의 퇴직연금사업자에 대한 퇴직연금 채권은 민사집행법 제246조 제1항 제4호 본문이 정하는 '퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질의 급여채권'으로서 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다.¹³⁾

▶**재직 중 직무수행대가로서의 급여의 판단기준:** 퇴직연금이 이사 등의 재직 중의 직무수행에 대한 대가로서 지급되는 급여에 해당하는지는 회사가 퇴직연금 제도를 설정한 경위와 그 구체적인 내용, 이와 관련된 회사의 정관이나 이사회, 주주총회 결의의 존부와 그 내용, 이사 등이 회사에서 실질적으로 수행한 직무의 내용과 성격, 지급되는 퇴직연금의 액수가 이사 등이 수행한 직무에 비하여 합리적인 수준을 벗어나 현저히 과다한지, 당해 퇴직연금 이외에 회사가 이사 등에게 퇴직금이나 퇴직위로금 등의 명목으로 재직 중의 직무수행에 대한 대가로 지급하였거나 지급할 급여가 있는지, 퇴직연금사업자 또는 다른 금융기관이 당해 이사 등에게 퇴직연금의 명목으로 지급하였거나 지급할 다른 급여의 존부와 그 액수, 그 회사의 다른 임원들이 퇴직금, 퇴직연금 등의 명목으로 수령하는 급여와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.¹⁴⁾

▶**퇴직연금에 대한 상계허용 범위:** 회사 또는 퇴직연금사업자가 이사, 대표이사(이사 등)에 대한 채권자로서의 지위를 겸하는 경우에, 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금 채권을 민사집행법상의 압류금지채권으로 보더라도, 이사 등의 직무수행에 비하여 합리적이라고 인정되는 범위를 벗어난 부분에 대해서는 이사 등의 보수청구권 행사 자체가 제한됨에 비추어 보면, 민법 제497조에 따라 회사 또는 퇴직연금사업자의 상계가 금지되는 범위 또한 합리적인 범위 내에 있는 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금 채권 부분에 한정된다고 보아야 한다.¹⁵⁾

▶**압류명령신청·압류금지채권축소재판신청 여부:** 채권자가 스스로를 제3채무자로 하여 채무자의 자신에 대한 채권을 압류하는 것이 금지되지 않으므로, 회사 또는 퇴직연금사업자는 이사 등을 채무자, 스스로를 제3채무자로 하여 해당 보수청구권 또는 퇴직연금 채권에 대하여 압류명령을 신청함과 동시에 민사집행법 제246조 제3항 후단에 따른 '압류금지채권의 축소 재판'신청을 할 수 있다.¹⁶⁾

12) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

13) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

14) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

15) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

16) (O): 대판 2018.5.30. 2015다51968.

▣상행위로 인한 부당이득반환청구권의 소멸시효

▶**상사소멸시효 적용범위:** 상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조(상사소멸시효)가 적용되거나 유추적용 될 수 있다.¹⁷⁾

▶**상행위로 인한 부당이득채권:** 가맹점사업자인 갑 등이 가맹본부인 을 유한회사를 상대로 을 회사가 가맹계약상 근거를 찾을 수 없는 'SCM Adm'(Administration Fee)이라는 항목으로 갑 등에게 매장 매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 청구하여 지급받은 것은 갑 등과 을 회사 모두에게 상행위가 되는 가맹계약에 기초하여 발생한 부당이득에 해당하며, 갑 등은 을에게 부당이득반환채권이 발생한다.¹⁸⁾

▶**상행위로 인한 부당이득반환채권의 소멸시효:** 갑 등이 청구하는 부당이득반환채권은 을 회사가 정형화된 방식으로 가맹계약을 체결하고 가맹사업을 운영해 온 탓에 수백 명에 달하는 가맹점사업자들에게 갑 등에게 부담하는 것과 같은 내용의 부당이득반환채무를 부담하는 점 등 채권 발생의 경위나 원인 등에 비추어 볼 때 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 가맹사업거래에서의 부당이득반환채권은 상법 제64조에 따라 5년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성된다.¹⁹⁾

▣법인관련 준거법과 영농조합법인의 조합원의 상법상 연대책임

▶**법인관련 준거법:** 법인의 준거법인 국제사법 제16조 본문(법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 의한다)의 적용범위는 법인의 설립과 소멸, 조직과 내부관계, 기관과 구성원의 권리와 의무, 행위능력 등 법인에 관한 문제 전반을 포함한다고 보아야 한다. 따라서 법인의 구성원이 법인의 채권자에 대하여 책임을 부담하는지, 만일 책임을 부담한다면 그 범위는 어디까지인지 등에 관하여도 해당 법인의 설립 준거법에 따라야 한다.²⁰⁾

▶**영농조합법인의 준거법:** 구 농어업경영체법에 의해 설립된 영농조합법인은 특별한 규정이 없으면 법인격을 전제로 한 것을 제외하고는 민법의 조합에 관한 규정이 준용된다.²¹⁾

▶**영농조합법인의 채권자의 권리행사 및 조합원의 책임:** 영농조합법인의 채권자는 조합원에 대하여 권리를 행사할 때에는 조합원에 대한 채권자의 권리행사에 관한 민법 제712조에 따라 채권 발생 당시의 각 조합원에 대하여 지분비율에 따라 또는 균분해서 해당 채무의 이행을 청구할 수 있다. 다만 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정하여야 하는데, 이러한 법리는 영농조합법인의 채권자가 권리를 행사하는 경우에도 마찬가지로이다.²²⁾

17) (O): 대판 2018.6.15. 2017다248803, 248810.

18) (O): 대판 2018.6.15. 2017다248803, 248810.

19) (O): 대판 2018.6.15. 2017다248803, 248810.

20) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

21) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

22) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

▶**사안해결:** 갑 영농조합법인이 별장식 휴양타운의 개발사업을 추진하면서 을 외국 법인과 휴양타운의 분양과 회원모집을 위한 판매·홍보업무 대행계약을 체결하였는데, 을 법인이 갑 법인의 조합원인 병 등을 상대로 계약에 따른 약정금의 지급을 구하는 경우, 갑 법인은 대한민국의 구 농어업경영체법에 의하여 설립되었으므로, 갑 법인의 구성원인 병 등이 갑 법인의 채권자인 을 법인에 대하여 연대책임을 지는지에 관하여는 갑 법인의 설립 준거법인 대한민국의 법이 준거법이 되고, 구 농어업경영체법에 따라 영농조합법인인 갑 법인의 조합원인 병 등은 법인이 부담하는 채무에 대하여 일반적으로 민법 제712조에 따라 변제책임을 지는데, 갑 법인은 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 위 약정금 채무를 부담하였으므로, 병 등은 상법 제57조 제1항에 따라 연대하여 을 법인에 약정금을 지급할 의무가 있다.²³⁾

■이사의 의무와 책임

▶**이사의 경업금지규정의 취지와 승인범위:** 이사의 경업금지규정인 상법 제397조 제1항 규정의 취지는, 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로서 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있다. 따라서 이사는 경업 대상 회사의 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.²⁴⁾

▶**이사가 회사에 대하여 부담하는 기회유용금지의무의 내용:** 이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사의 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.²⁵⁾

▶**이사의 손해배상책임의 제한 및 참작사유의 판단주체:** 이사가 법령 또는 정관을 위반한 행위를 하거나 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정할 때에는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무 위반의 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 비추

23) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

24) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

25) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.

어 그 손해배상액을 제한할 수 있다. 이때에 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 그 제한의 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다.²⁶⁾

▶ **이사의 손해배상책임과 상당인과관계:** 회사 이사가 법령을 위배하여 회사가 손해를 입은 경우 이사가 회사에 손해배상책임을 지기 위해서는 법령에 위배된 행위와 회사의 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 이때 **상당인과관계의 유무**는 결과발생의 개연성, 위배된 법의 입법 목적과 보호법익, 법령위배행위의 모습 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.²⁷⁾

▶ **사안의 해결:** 갑은 을 주식회사의 이사로 재직하던 중 병 주식회사를 설립하여 이사 또는 실질주주로서 병 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 지위에 있었는데, 병 회사가 을 회사와 정 외국법인이 체결한 정 법인 제품에 관한 독점판매계약의 기간이 종료하기 전부터 정 법인 제품을 수입·판매하는 사업을 하다가 위 계약 기간 종료 후 정 법인과 독점판매계약을 체결하여 정 법인의 한국 공식총판으로서 위 제품의 수입·판매업을 영위하고 그 후 이를 제3자에게 양도하여 영업권 상당의 이득을 얻자, 위 사업기회를 상실한 후 운영에 어려움을 겪다가 해산한 을 회사의 주주 무가 갑을 상대로 경업금지의무 및 기회유용금지의무 위반에 따른 손해배상을 구한 사안: 갑은 경업금지의무를 위반하고 사업기회를 유용하여 을 회사의 이사로서 부담하는 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무를 위반하였으므로 을 회사의 손해를 배상할 책임이 있고, 을 회사가 갑의 경업행위와 사업기회 유용행위로 입은 손해는 을 회사의 매출액 감소에 따른 영업수익 상실액 상당이며, 을 회사의 매출액 감소분은 병 회사가 판매한 정 법인 제품의 매출액 상당이라고 봄이 타당하다고 판단한 다음, 병 회사는 갑이 유용한 을 회사의 사업기회를 이용하여 직접 사업을 영위하면서 이익을 얻고 있다가 이를 제3자에게 양도하면서 영업권 상당의 이익을 얻었는데, 그 영업권 속에는 병 회사가 직접 사업을 영위하여 형성한 가치 외에 갑의 사업기회 유용행위로 을 회사가 상실한 정 법인과와의 독점판매계약권의 가치도 포함되어 있고, 위 사업 양도 후 수개월이 지나 을 회사가 해산하였다고 하여 해산 전에 을 회사가 입은 손해와 상당인과관계가 단절되지도 않으므로, 병 회사가 받은 양도대금 중 병 회사가 을 회사의 사업기회를 이용하여 수년간 직접 사업을 영위하면서 스스로 창출한 가치에 해당하는 부분을 제외하고 을 회사가 빼앗긴 사업기회의 가치 상당액을 산정하는 등의 방법을 통해 이를 을 회사의 손해로 인정하여야 한다.²⁸⁾

▣ **주주의 대표소송의 요건: 소제기 후 타의에 의한 주주권 상실**

▶ **소제기 후 주식보유요건 미달:** 주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 회사에 대

26) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.
 27) (O): 대판 2018.8.1. 2017다246739.
 28) (O): 대판 2018.10.25. 2016다16191.

하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 상법(제403조) 또는 구 은행법(제23조의5 제1항)이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다.²⁹⁾

▶**소제기 후 의사에 반한 주주지위 상실과 원고적격:** 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(상법 제403조 제5항), 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다.³⁰⁾

▶**사안해결:** 갑 은행 발행주식의 약 0.013%를 보유한 주주인 을 등이 대표소송을 제기한 후 소송 계속 중 갑 은행과 병 주식회사가 주식교환을 완료하여 병 회사가 갑 은행의 100% 주주가 되고 을은 갑 은행의 주주로서의 지위를 상실한 사안: 대표소송 제기 후 갑 은행의 주식을 전혀 보유하지 않게 된 을은 원고적격을 상실하였다.³¹⁾

29) (O): 대판 2018.11.29. 2017다35717.

30) (O): 대판 2018.11.29. 2017다35717.

31) (O): 대판 2018.11.29. 2017다35717.