

Free Public Edition

제7판

법학 입문

Introduction to Civil Law, Book 5

Commercial Law · Civil Procedure Law

민사법 5

상법·민사소송법

김해마루 지음

율현출판사

Introduction to Civil Law, Book 5

Commercial Law · Civil Procedure Law

민사법 5

상법·민사소송법

상법이란, 쉽게 말해 장사에 관한 법이다. 즉, 영리 목적으로 거래하는 법률관계를 다루는 법이다.

1. 민사 법률관계에는 원래 민법을 적용한다. 그런데 그중에서 **영리 목적 거래** 법률관계에 해당할 경우, 일부 사항을 특별히 민법과 다르게 정하기도 한다. 그런 특별 규정을 정한 법이 바로 **특별법**인 상법이다.
2. 뒤집어 말해, 특별 규정이 없는 부분은? 여전히 일반법인 민법을 적용한다. 실제로 영리 목적 거래 대부분에는 민법을 적용한다.

민사소송법이란, 쉽게 말해 민사소송에 관한 법이다. 즉, 민사 분쟁을 법원 판결로 해결하는 절차를 다루는 법이다.

1. 민사소송법은 민사법 중에서 **소송관계**를 다루는 법이다. 즉, 민사**절차법**이다.
2. 이와 비교해, 민법은 민사법 중에서 사람과 사람 사이의 법률관계, 즉 권리의무관계를 다루는 법이다. 즉, 민사**실체법**이다.

정리하면, 민법은 민사실체법 중 일반법이고, 상법은 민사실체법 중 특별법이며, 민사소송법은 민사절차법이다.

1. **원칙(민법)**을 이해해야만, **예외(상법)**를 잘 이해할 수 있다.
2. **실체(민법)**를 이해해야만, **절차(민사소송법)**를 잘 이해할 수 있다.

민사법 1 – 민사법 기초 | Basic Civil Law

제1강 민사구조론 | Civil Procedure Outline

제2강 계약법 기초 | Basic Contract Law

제3강 불법행위법 기초 | Basic Tort Law

제4강 물권법 기초 | Basic Property Law

민사법 2 – 권리변동법 | The Law of Rights Alteration

제5강 물권 취득과 소멸 | Acquisition and Extinction of Property Rights

제6강 채권 이전과 소멸 | Transfer and Extinction of Claims

민사법 3 – 채권법 | The Law of Obligations

제7강 강제이행 | Compulsory Performance

제8강 해제와 손해배상 | Rescission & Compensation

제9강 채무자 재산 보존 | Preservation of Chargeable Properties

민사법 4 – 민법총칙 | General Provisions of the Civil Code

- 제10강 법률행위론 | Theory of Juristic Act
- 제11강 흠 있는 계약 | Contract Defect
- 제12강 사람과 법인 | Natural Person & Juristic Person

민사법 5 – 상법·민사소송법 | Commercial Law · Civil Procedure Law

- 제13강 회사법 기초 | Basic Company Law
- 제14강 증권법 기초 | Basic Securities Law
- 제15강 보험법 기초 | Basic Insurance Law
- 제16강 소송요건론 | Theory of Litigation Requirements
- 제17강 복잡 소송 | Complex Litigation

제13강

회사법 기초

Basic Company Law

주식회사의 법률관계를 다루는 법에 관하여

장사를 하려면, 장사를 하는 조직이 필요하다. 그에 관한 법을 **기업조직법**이라 한다. 회사법이 대표적이다. 회사 중에서도 **주식회사**가 가장 중요하다.

일반법인 민법은 법인을 규율하고, 특별법인 상법(회사법)은 회사를 규율한다. 그 뜻을 생각하면서, 다음 내용을 공부하자.

- 1. **대출**과 **출자**와 같은 금융 개념을 살펴본다. 이를 기초로, **주식**과 **주주** 개념을 이해한다.
- 2. 주주총회, 이사회, 대표이사와 같은 **기관**을 살펴본다. 이를 통해 주식회사의 **지배 구조**를 이해한다.
- 3. 합병, 분할, 주식교환, 주식이전과 같은 회사의 **조직변경**을 살펴본다.

Ludolf Bakhuizen
Het dok van de Verenigde Oost-Indische Compagnie in Amsterdam
(The Dock of the Dutch East India Company at Amsterdam)
1696, oil on canvas, 126 × 142 cm, Mauritshuis, The Hague (on loan to the Amsterdam Museum)



들어가며	2	주식 보유 규제	96
대출과 출자	32	기업구조조정	112
자금제공자 권리 양도	37	이사의 지위	144
출자금의 단위	41	이사의 책임	165
주식회사의 기초 개념	51	주주 의결권	190
상업장부	60	회사소송	205
주식회사의 회계	67	사채	261
자본금의 증가, 감소	77	투자 계약	295

제14강

증권법 기초

Basic Securities Law

증권에 관한 법률관계를 다루는 법에 관하여

장사를 하면, 대금을 결제하게 된다. 그에 관한 법을 **대금결제법**이라 한다. 어음은 대표적 대금 결제 수단이다. 어음채권과 같은 **증권적 채권**의 법률관계를 이해하는 것이 이 강의의 목표다.

- 1. 어음 중에서도 **약속어음**이 가장 중요하다. **배서, 지급, 상환청구** 등 약속어음 관련 용어를 본다.
- 2. **무인성, 독립성**과 같은 **어음행위**의 특성을 살핀다. 어음행위가 민법상 법률행위와 어떤 차이를 갖는지 알 수 있다.
- 3. **주식양도**는 증권적 채권 양도에 해당하고, **명의개서**는 주식양도 법리와 함께 생각해야 한다. 그래서 증권적 채권 법리를 이해해야, 주식양도와 명의개서도 제대로 이해할 수 있다. 이 강의에서 본다.

Edward Matthew Ward
The South Sea Bubble, a Scene in 'Change Alley in 1720
1847, oil on canvas, 130 × 188 cm, Tate, London



증권적 채권	304	어음 교부	376
증권적 채권의 사례	308	어음행위	393
증권적 채권 양도방법	322	어음항변	402
지명채권과 증권적 채권 양도	329	특수 배서	415
약속어음	339	이득상환청구권	429
백지어음	351	주식양도와 명의개서	433
백지식 배서	367		

제15강

보험법 기초

Basic Insurance Law

보험에 관한 법률관계를 다루는 법에 관하여

장사는, 거래를 통해 이루어진다. 그에 관한 법을 **상거래법**이라 한다. 상행위법, 해상법 등이 있지만, 대표로 **보험법**을 본다.

- 1. 보험은 **손해보험**과 **인보험**으로 나눌 수 있다. 어떤 차이가 있는지 살핀다.
- 2. **보험계약자**, **피보험자**, **보험수익자**, **보험목적** 등 보험 관련 용어를 본다.

앞서 본 용어들이 손해보험과 인보험에서 각각 어떤 뜻을 갖는지 이해하는 것, 이를 토대로 실제 법률문제에 적용하고 이해하는 것이 이 강의의 목표다.

Unknown artist
The Great Fire of London, with Ludgate and Old St. Paul's
c. 1670, oil on canvas, 135 × 111 cm, Yale Center for British Art, New Haven



보험 제도	446	타인의 보험	457
손해보험	448	보험계약상 의무 위반	460
인보험	451	보험자대위	473
타인을 위한 보험	454	책임보험	481

제16강

소송요건론

Theory of Litigation Requirements

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여

소송요건이란, 법원이 재판을 하기 위한 전제다. 그러한 전제조건을 갖추지 못하면? 원고는 아무리 합리적 주장을 하더라도 패소한다.

- 1. 법원에 관한 소송요건이 있다. 대표적으로, 소제기 한 법원에 관할이 있어야 한다.
- 2. 당사자에 관한 소송요건이 있다. 당사자 능력, 당사자적격, 소송대리권을 살핀다.
- 3. 심판대상에 관한 소송요건이 있다. 소송장애사유가 없어야 하는데, 이를 위해 소송물 개념을 이해해야 한다. 권리보호이익도 살핀다.
- 4. 특수한 소송요건이 있다. 대표적으로, 확인소송에서 확인 이익이 있어야 한다.

흔어진 소송요건을 법원, 당사자, 심판대상, 특수한 소송요건 순서로 묶어 하나하나 짚어 가면, 빠짐없이 점검할 수 있다. 이를 훈련하는 것이 이번 강의의 목표다.

Jean-Louis Forain
Le Tribunal (The Tribunal)
c. 1902–1903, oil on canvas, 60 × 73 cm, Tate, London



들어가며	502	소 이익	544
소송물	506	요건심리와 본안심리	562
소송요건 의의	536	소송요건 조사	565

제17강

복잡 소송

Complex Litigation

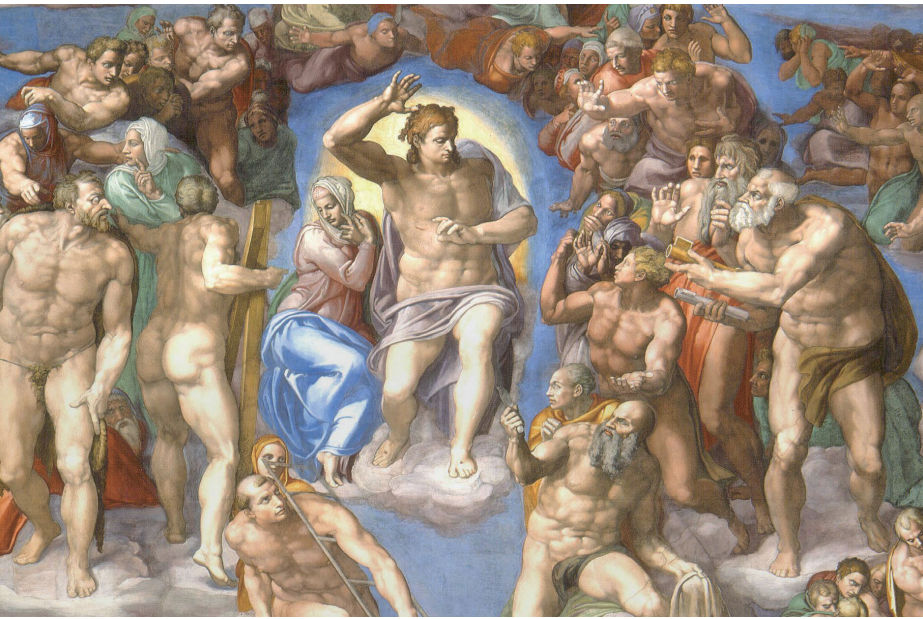
청구가 여러 개, 당사자가 여러 명인 소송에 관하여

지금까지는 원고 1명이 피고 1명을 상대로 1개의 청구를 하는 소송을 보았다. 그런데 실제로는 청구가 여러 개, 또는 당사자가 여러 명인 소송이 많다.

- 1. **청구**가 1개인지 여러 개인지, 서로 같은 청구인지 다른 청구인지 따지는 방법을 살핀다. 이 과정에서 청구, 즉 **소송물**을 판단하는 기준을 공부한다.
- 2. 청구가 여러 개, 즉 **청구 병합**을 살핀다. 청구 병합에는, 단순 병합, 선택적 병합, 예비적 병합이 있다.
- 3. 당사자가 여러 명, 즉 **공동소송**을 살핀다. 공동소송은 통상 공동소송과 필수적 공동소송으로 나뉜다. 물론 여기에도 단순 공동소송, 선택적 공동소송, 예비적 공동소송이 있다.
- 4. 중간에 청구나 당사자가 바뀌는 경우도 살핀다. **청구 변경**, **소송 승계**가 있다.

유형마다 저마다 특징적 심판 방법이 있는데, 복잡해서 실수하기 쉽다. 이를 정확히 이해하고 실제 사안에 적용할 수 있도록 하는 것이 이번 강의의 목표다.

Michelangelo Buonarroti
Il Giudizio Universale (The Last Judgment) (detail)
1536–1541, fresco, 1370 × 1220 cm, Sistine Chapel, Vatican City



병합 청구	572	당사자 변경	645
병합 청구 판결	583	특정 승계	653
청구 변경	594	기관력의 주관적 범위	663
반소	604	소송 참가	677
공동소송	607	선정당사자	701
공동소송 심판	625	부대항소	711
공동소송 판결	636		

일러두기

1. 문법상 작은따옴표가 맞아도, 시각적 효과를 위해 큰따옴표를 사용했다.
2. 법령 이름은 법제처 산하 법률 제명 약칭 위원회의 “법률 제명 약칭 기준”에 따른 약칭이 있을 경우 그 약칭으로 표기했다. 인용한 법령은 2026. 8. 시행 중인 것을 기준으로 하되, 형사소송법, 공소청법, 중수청법은 2026. 10., 법원조직법은 2028. 3. 시행 예정인 것을 기준으로 한다.
3. 판례번호는 “대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결”을 “2026도 1894”로 기재하는 식으로 사건번호만 표기하면서, 단기(檀紀) 연도는 서기 두 자리 연도로 같음했다. 단, 하급심 재판은 법원명을 “○○고법”, “○○행법”, “○○지법”, “○○지원”처럼 약칭해 함께 표기했다. 한편, 대법원 전원합의체 판결은 “전합”이라고 부기했지만, 헌법재판소 전원재판부 결정은 별도로 “전원재판부”라고 표시하지 않았고, 어느 경우든 법정 의견만 인용했다.
4. 기출문제가 곳곳에 있다. 공부 방향 설정에 참고하라고 넣은 것이다. 정답과 풀이는 제공하지 않는다.
5. 법령, 판례, 기출문제는 원문 그대로 인용하되, 비문 교정 또는 간결한 표현 등을 위해 수정한 부분은 “[]”로 표시했다. 단, 띄어쓰기는 별도의 수정 표시 없이 맞춤법에 맞게 교정했고, 가운데띄점(·), 아래아(ㄷ, ㄹ), 불릿(·) 등은 모두 쉼표(,) 또는 마침표(.)로 바꿨다.
6. 영문 병기는 한국법제연구원 “대한민국영문법령”과 대법원 “각급 기관 및 직위의 영문표기에 관한 내규”를 기본으로 하되, 뜻을 보다 명확히 전달하기 위해 의역한 용어도 있다. 영문 병기를 한 이유는 “외국인에게 일상적 용어로 우리 법률개념을 표현할 수 없다면 그 제도를 이해하지 못한 것”이라는 지은이의 신념을 담은 것이다.
7. 삽입한 법률서류는 실제 사건 양식을 참고하되, 인적사항과 구체적 내용은 가공했다.
8. 이 책 내용이 소속 기관의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다. 단, 기본 법리는 오로지 통설과 대법원 판례에 따라 설명했다. 쟁점에 관한 개인적 주장 또는 견해는 철저히 배제했다.

제7판 머리말

이 책은 수험용 민사법(민법, 상법, 민사소송법) 입문서다.

즉, 민사법(5권), 형사법(2권), 공법(1권)으로 구성된 8권짜리 “법학 입문” 시리즈의 일부로, 그중 민사법 제5권 “상법·민사소송법” 편에 해당한다. 이 시리즈는 제4판(2017)까지 “누워서 읽는 법학”이라는 이름으로 출간했고, 제5판(2019)부터는 “법학 입문”으로 이름을 바꿨다.

이번 제7판(2026)에서는 제6판(2023) 이후의 법령 개정과 새로 나온 판례를 반영했다.

배움은 단계를 뛰어넘어선 안 되고(學不可躐等), 조급하고 경솔하게 해서도 안 되니(不可草率), 그렇게 하면 헛되이 마음과 힘만 낭비할 뿐이다(徒費心力). 반드시 차례와 순서에 따라(須依次序), 올바른 방법으로 이해해야 한다(如法理會). 그렇게 하여 경전 하나를 충분히 익히면(一經通熟), 다른 책들도 쉽게 읽을 수 있게 된다(他書亦易看). — “주자어류(朱子語類)” 제11권 ‘독서법 하(讀書法下)’ 중에서

이 책은 법학을 이해하기 위한 최소한의 이론, 즉 다음 단계로 나아가기 위해 반드시 알아야만 하는 것부터 하나씩 쌓아가는 방식으로 서술했다. 이 시리즈의 공법, 형사법, 민사법 과목 사이에는 별도의 선후관계가 없으나, 같은 과목 안에서는 제1권(제1강 → 제2강 → 제3강 → 제4강), 제2권(제5강 → 제6강...), 제3권... 식의 순서를 따른다. 예를 들어, 민법총칙에서 가장 먼저 이해해야 할 부분은 제4권 “민법총칙”이 아니라 제1권 “민사법 기초”에 있다. 제4권 내용은 제1권부터 제3권까지를 이해한 이후에야 비로소 파악할 수 있는 나머지 민법총칙이다. 만약 제1권도 모른 채 제4권 하나만을 먼저 본다면, 민법총칙을 이해하는 데에도 제1권부터 제4권까지 넷을 순서대로 다 읽은 사람보다 오히려 더 오래 걸릴 것이다. 같은 권 안에서의 서술도 마찬가지다. 부디 순서대로 읽기를 바란다.

이번 제7판 역시 많은 분들의 도움으로 완성할 수 있었다.

아낌없는 조언을 해주신 강동호 님(아주대학교 법학전문대학원), 강현 변호사 님(한신대학교 겸임교수), 견대영 님, 김기만 님(국방부), 김별다비 경정님(경찰청, 변호사), 김승환 님(University of Cambridge, MPhil Classics), 김윤정 경정님(충청남도경찰청), 김현경 서기관님(외교부), 노진탁 님(전남대학교 법학전문대학원), 박수정 변호사님(법무법인 빗), 오현수 변호사님(법무법인(유한) 태평양), 전성환 님(연세대학교 신촌캠퍼스), 정수연 변호사님(법무법인 해운), 조다솔 변호사님, 조민지 서기관님(통일부), 최가희 변호사님(청주지방법원 전임회생위원), 하민희 님, 한종현 변호사님께 감사드립니다.

특히 오현수 변호사님은 시리즈 초기부터 변함없이 큰 힘이 되어 주셨다. 하민희 님과 한종현 변호사님 부부, 김현경 서기관님, 정수연 변호사님은 법률 용어의 영문표기 오류와 부적절한 표현까지 바로잡아 주셨고, 김승환 님은 라틴어 법언도 꼼꼼히 교정해 주셨다.

어떤 일이 있더라도, 또 어느 누가 뭐라 하더라도, 이 책을 읽는 모든 분이 항상 다음 네 가지를 중심에 두기를 당부한다.

조문, 판례, 기출문제, 강약조절.

이것이 수험 법학의 전부이며, 합격의 유일한 방법이다.

2026. 8. 지 은 이

제13강

회사법 기초

Basic Company Law



Ludolf Bakhuizen, *Het dok van de Verenigde Oost-Indische Compagnie in Amsterdam*
(*The Dock of the Dutch East India Company at Amsterdam*)
1696, oil on canvas, 126 × 142 cm, Mauritshuis, The Hague (on loan to the Amsterdam Museum)

주식회사의 법률관계를 다루는 법에 관하여

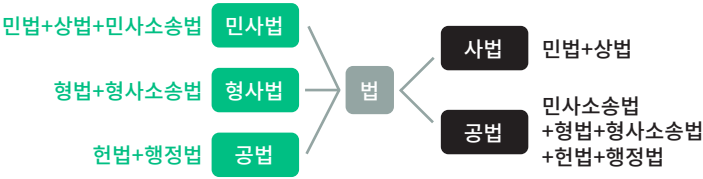
- 장사를 하려면, 장사를 하는 조직이 필요하다. 그에 관한 법을 **기업조직법**이라 한다. 회사법이 대표적이다. 회사 중에서도 **주식회사**가 가장 중요하다.
- 법인을 규율하는 민법은 일반법이다. 회사를 규율하는 상법(회사법)은 특별법이다. 그 뜻을 생각하면서, 다음 내용을 공부하자.
 1. **대출**과 **출자**와 같은 금융 개념을 살펴본다. 이를 기초로, **주식**과 **주주** 개념을 이해한다.
 2. 주주총회, 이사회, 대표이사와 같은 **기관**을 살펴본다. 이를 통해 주식회사의 **지배구조**를 이해한다.
 3. 합병, 분할, 주식교환, 주식이전과 같은 회사의 **조직변경**을 살펴본다.

들어가며
Introduction

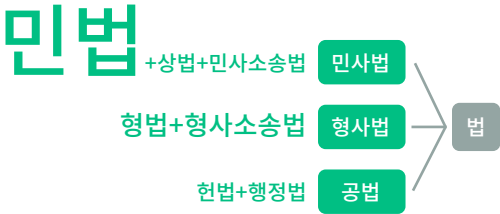
나중에 배울 것을 먼저 공부하게 되면 힘이 갑절이 든다.
나중에 배울 것으로 된 법분야는 대개 먼저 배워야 할 법분야의 법리를
수정하거나 보충하는 것으로 되어 있다. 법공부는 차례를 지켜서 하여야 한다.
- 양창수, “민법공부, 어떻게 할 것인가?”

복습: 법 체계

법 분류



시험 과목으로서의 법



번호사시험법 제9조(시험과목) ① 시험과목은 다음 각호와 같다.

1. 공법(헌법 및 행정법 분야의 과목을 말한다)
2. 민사법(「민법」, 「상법」 및 「민사소송법」 분야의 과목을 말한다)
3. 형사법(「형법」 및 「형사소송법」 분야의 과목을 말한다)
4. 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개 과목

다음을 모두 만족하는 자연수 M, H, G를 찾아라. 그것이 투자할 시간이다.

1. $M > H + G$
2. $H > G$

상법 둘러보기

편제

상법(commercial law)은, 쉽게 말해, 다음 법들이다.

여기부터는 일단 1쪽당 20초 이내로 빠르게 읽을 것.

1. 상법(Commercial Act)

상법 제1편 총칙[제1조~제45조]
상법 제2편 상행위[제46조~제168조의12]
상법 제3편 회사[제169조~제637조의2]
상법 제4편 보험[제638조~제739조의3]
상법 제5편 해상[제740조~제895조]
상법 제6편 항공운송[제896조~제935조]

2. 어음법(Bills of Exchange And Promissory Notes Act)

어음법 제1편 환어음[제1조~제74조]
어음법 제2편 약속어음[제75조~제78조]
어음법 부칙(1962. 1. 20.)[제79조~제85조]

어음 = 환어음(bills of exchange) + 약속어음(promissory notes)

3. 수표법(Check Act)

수표법[제1조~제62조]
수표법 부칙(1962. 1. 20.)[제63조~제71조]

상법총칙★

상법총칙(general provisions of the Commercial Act)이란,

- 1. 모든 상법 분야에 공통적으로 적용되는 원칙.
- 2. 상법 제1조~제45조.

상행위법★

상행위법(commercial activities law)이란,

- 1. 상인(merchants)의 거래를 규율하는 법.
- 2. 상법 제46조~제168조의12.

회사법★★★★★

회사법(company law)이란,

- 1. 회사(company)의 법률관계를 규율하는 법. 회사의 법률관계란, 회사재산 관리, 기관 구성, 회사 의사결정, 회사의 외부적 책임, 주주와 회사 사이의 권리의무에 관한 법률관계를 말한다.

회사의 법률관계는 여러 계약들을 거쳐 만들어진다. 그래서 “계약의 연결체(nexus of contracts)”라 부른다.

- 2. 상법 제169조~제637조의2.

보험법★

보험법(insurance law)이란,

1. 보험계약(insurance contracts)에 관한 법률관계를 규율하는 법.

넓은 의미의 보험법은 보험규제(insurance regulations)까지 다룬다. 그러나 보험규제법은 논외로 하자. 일단, 보험법이란 보험계약법(law of insurance contracts)이라 이해해도 무방하다.

2. 상법 제638조~제739조의3.

해상법

좁은 의미의 해상법(maritime law)이란,

1. 해상(marine commerce), 즉 바다 장사에 관한 법률관계를 규율하는 법.
2. 상법 제740조~제895조.

항공운송법이란,

1. 항공운송(carriage by air)에 관한 법률관계를 규율하는 법.
2. 상법 제896조~제935조.

넓은 의미의 해상법 = 좁은 의미의 해상법 + 항공운송법.

어음수표법★

어음수표법이란,

1. 어음(bills of exchange, promissory notes)과 수표(check)에 관한 법률관계를 다루는 법.
2. 어음법 + 수표법.

당부

민사법 제5권 내용은, 제4권까지 내용 이해를 전제로 한다.

1. 상법 중 먼저 학습할 기초 개념과 기본원리는 제5권이 아니라 제1권부터 제4권까지에 들어 있다.
2. 참고로, 민사소송법 중 먼저 학습할 기초 개념과 기본원리도 제5권이 아니라 제1권부터 제4권까지(특히 제1강 민사구조론)에 들어 있다.

혹시라도 제5권부터 보는 사람이 있다면? 지금 바로 구매한 책을 환불하고 제1권부터 보기 바란다.

시험 과목으로서의 상법



다음은 모두 만족하는 양수 G(상법총칙), A(상행위법), C(회사법), I(보험법), M(해상법), B(어음수표법)를 찾아라. 그것이 투자할 시간이다.

- 1. $C > G + A + I + M + B$
- 2. $M \approx 0$

늘리는 것은 누구나 할 수 있다. 잘 줄이는 자가 합격한다. 그러다가 M(해상법)이 출제되면? 다른 민사법 법리와 시험용 법전으로 해결할 수 있다.

상법총칙 내용

편제

상법 제1편 총칙
제1장 통칙[제1조~제3조]
제2장 상인[제4조~제9조]
제3장 상업사용인[제10조~제17조]
제4장 상호[제18조~제28조]
제5장 상업장부[제29조~제33조]
제6장 상업등기[제34조~제40조]
제7장 영업양도[제41조~제45조]

방향

이하 가볍게 보자.

상법총칙 제1장 통칙

머리에

- 1. 총칙 중에서도, 더 보편적이고 근본적 내용을 담은 부분이다.
- 2. 단 3개의 조문만 있다. 그중 2개만 보자.

법원(source of law)

법원이란, 법관이 재판할 때의 근거 기준.

“법원(法源; source of law)”은 법(法)의 근원(根源; source)이라는 뜻이다(예: 판례도 법원성을 인정받을 수 있을까?). 한편, “법원(法院; court)”은 우리가 평소 말하는 그 법원이다(예: 판결은 법원이 한다).

- 1. 민사사건(civil case): 법률(statutory law) → 관습법(customary law) → 조리(sound reasoning).

복습: 조리(條理)란, 사물의 이치 등을 뜻한다.

민법 제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 [따르]고 관습법이 없으면 조리에 [따르]다.

2017다228007전합: 조리는 일반적으로 사물의 이치, 본질적 법칙 등으로 이해[된다. 또는,] 사회적 의미를 중시하여 사람의 이성이나 양식에 기[초]하여 생각되는 사회공동 생활의 규범, 법의 일반원칙, 사회적 타당성, 형평, 정의 등으로 해석되기도 한다.

- 2. 상사사건(commercial case)은, 상법(Commercial Act) → 상관습법 (commercial customary law) → 민법(법률 → 관습법 → 조리).

상법 제1조(상사적용법규) 상사에 관하여 본법[= 상법]에 규정이 없으면 상관습법에 [따르]고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 [따르]다.

상법 제1조는 민법 제1조의 특칙이다.

일방적 상행위

일방적 상행위(unilateral commercial activities)에 관해 정한다.

상법 제3조(일방적 상행위) 당사자중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용한다.

상법총칙 제2장 상인

머리에

- 1. 누가 상인(merchant)인지 정한다.
- 2. 상법은 상인의 영업활동에 적용한다. 그래서 상인인지 아닌지 따질 필요가 있는 것이다.

상인 사례

- 1. 당연상인(merchant by nature of business)

상법 제4조(상인-당연상인) 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라 한다.

- 2. 의제상인(merchant by legal construction)

상법 제5조(동전-의제상인) ① 점포 기타 유사한 설비[에 따라] 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다.

② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다.

상법총칙 제3장 상업사용인

개념

상업사용인(commercial employee): 영업적으로 상인을 대리하는 사람.

사례

1. 지배인(manager): 재판상 + 재판 외 모든 사항

상법 제10조(지배인의 선임) 상인은 지배인을 선임하여 ... 영업을 하게 할 수 있다.

상법 제11조(지배인의 대리권) ① 지배인은 영업주[를] 갈음하여 그 영업에 관한 **재판상 또는 재판 외**의 모든 행위를 할 수 있다.

2. 부분사용인(partial employee): 재판 외 특정 사항

상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 사용인) ① 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인은 이에 관한 **재판 외**의 모든 행위를 할 수 있다.

의무

1. 경업금지(prohibition of competition)

상법 제17조(상업사용인의 의무) ① 상업사용인은 영업주의 허락없이 자기 또는 제3자의 계산으로 영업주의 영업부류에 속한 거래를 하...지 못한다.

② 상업사용인이 전항의 규정[을] 위반하여 거래를 한 경우에 그 거래가 자기의 계산으로 한 것인 때에는 영업주는 이를 영업주의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 영업주는 사용인에 대하여 이[에 따른] 이득의 양도를 청구할 수 있다.

2. 겸직금지(prohibition of concurrent offices)

상법 제17조(상업사용인의 의무) ① 상업사용인은 영업주의 허락없이 ... 회사의 무한책임사원, 이사 또는 다른 상인의 사용인이 되지 못한다.

표현지배인

상법 제14조(표현지배인) ① 본점 또는 지점의 본부장, 지점장, 그 밖에 **지배인**으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다. 다만, 재판상 행위에 관하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항은 상대방이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.

93다36974: 지점 **차장**이라는 명칭은 그 명칭 자체로서 상위직의 사용인의 존재를 추측할 수 있게 [한다. 그러]므로 상법 제14조 제1항[에서 정한 (현행법상으로는) 본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한] 명칭을 가진 사용인을 표시하는 것이라고 할 수 없[다.] 따라서 표현지배인이 아니다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 63.] 甲은 건축자재를 제조 및 판매하는 상인으로서 乙을 「상법」상 지배인으로 선임하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄴ. 乙이 甲의 허락 없이 B의 계산으로 건축자재를 판매하는 거래를 한 경우 甲은 乙에 대하여 이[에 따른] 이득의 양도를 청구할 수 있다.
 - ㄹ. 甲의 상업사용인이 아닌 丁이 판매에 관해서만 대리권이 있는 차장이라는 명칭을 사용하여 D에게 건축자재를 판매한 경우 D는 표현지배인에 관한 「상법」 제14조를 유추적용하여 甲에게 책임을 물을 수 있다.

상법총칙 제4장 상호

머리에

상호(trade name): 상인이 영업에서 자신을 나타내는 명칭.

회사(company) 상호

- 1. 회사(company) 상호를 규율한다.

상법 제19조(회사의 상호) 회사의 상호에는 그 종류에 따라 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사 또는 유한회사의 문자를 사용하여야 한다.

회사는 상호를 반드시 등기해야 한다. 자연인과 다르다.

- 상법 제180조(설립의 등기) 합명회사의 설립등기에[는] 다음의 사항을 등기하여야 한다.
- 1. 제179조 제1호[부터] 제3호[까지][⇒ 상호]...의 사항...
- 상법 제271조(등기사항) 합자회사의 설립등기를 할 때에는 제180조 각호의 사항[⇒ 상호] 외에 각 사원의 책임이 무한책임인지 유한책임인지를 등기하여야 한다.
- 상법 제287조의5(설립의 등기 등) ① 유한책임회사는 본점의 소재지에서 다음 각호의 사항을 등기함으로써 성립한다.
- 1. 제179조... 제2호[⇒ 상호]...에서 정한 사항...
- 상법 제317조(설립의 등기) ② 제1항의 설립등기[⇒ 주식회사의 설립등기]에[는] 다음의 사항을 등기하여야 한다.
- 1. 제289조 제1항 제1호[부터] 제4호[까지][⇒ 상호]...에 기재한 사항
- 상법 제549조(설립의 등기) ② 제1항의 등기[⇒ 유한회사의 설립등기]에서 다음 각호의 사항을 등기하여야 한다.
- 1. 제179조...제2호[⇒ 상호]...에 규정된 사항...

상호 단일성(unitary)

상법 제21조(상호의 단일성) ① 동일한 영업[p]에는 단일상호를 사용[q]하여야 한다.

따라서 동일 영업(p)에 여러 상호(~q)를 사용할 수 없다. 사람들이 영업주를 혼동할 위험이 있기 때문이다. 그러나 반대로 여러 영업(~p)에 단일상호(q)를 사용할 수는 있다. 사람들이 영업주를 혼동할 위험이 없기 때문이다.

일정한 상호 사용 금지

1. 등기한 상호(trade name registered) 사용을 금지한다.

상법 제22조(상호등기의 효력) 타인이 등기한 상호는 동일한 특별시, 광역시, 시, 군에서 동종영업의 상호로 등기하지 못한다.

동일 상호에 적용한다. 즉, 유사(similar) 상호에는 적용하지 않는다.

2010다20754: 상법 제22조[로] 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력이 미치는 범위는 먼저 등기된 상호와 **동일한 상호에 한정**된다.] 먼저 등기한 상호인 ‘동부주택건설 주식회사’와 나중에 등기한 상호인 ‘동부건설 주식회사’, ‘주식회사 동부’, ‘동부디앤씨 주식회사’, ‘동부부산개발 유한회사’가 **동일하지 않음**이 외관, 호칭에서 명백하다. 그러므로 동부주택건설 주식회사에 상법 제22조의 **등기 말소청구권이 없다.**]

2. 오인할 상호(trade name causing misconception) 사용을 금지한다.

상법 제23조(주체를 오인시킬 상호의 사용금지) ① 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 **오인할 수 있는 상호**를 사용하지 못한다.
② 제1항의 규정[을] 위반하여 상호를 사용하는 자가 있는 경우에 이 [때문에] 손해를 받을 염려가 있는 자 또는 상호를 등기한 자는 그 폐지를 청구할 수 있다.

동일 상호일 필요는 없다. 즉, 유사(similar) 상호에도 적용할 수 있다.

2013다76635: 어떤 상호가 ‘타인의 영업으로 **오인할 수 있는 상호**’에 해당하는지를 판단할 때에는 [어떻게 해야 하나?] 양 상호 전체를 비교 관찰하여 각 영업의 성질이나 내용, 영업 방법, 수요자층 등에서 서로 밀접한 관련을 가지고 있는 경우[인지를 봐야 한다. 즉,] 일반인이 양 업무의 주체가 서로 관련이 있는 것으로 생각하[는 경우에 해당하는지를 고려하거나 ... 타인의 상호가 [뚜렷]하게 널리 알려져 있어 일반인으로부터 기업의 명성으로 견고한 신뢰를 획득한 경우에 해당하는지를 종합적으로 고려하여야 한다. 원고의 상호 “대성홀딩스 주식회사(DAESUNG HOLDINGS CO., LTD)”와 ... 피고의 상호 “주식회사 대성지주(DAESUNG GROUP HOLDINGS CO., LTD.)”는 전체적으로 관찰하여 **유사하다.** 그리고 원고와 피고의 주된 영업 목적이 지주사업으로 동일하다. 그러므로 ... 피고의 상호는 원고의 영업으로 **오인할 수 있는 상호에 해당**한다.]

명의대여자(person who has lent his/her name)의 책임

상법 제24조(명의대여자의 책임) 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다.

상호 양도(transfer of trade name)

상법 제25조(상호의 양도) ① 상호는 영업을 폐지하거나 영업과 함께 하는 경우에 한하여 이를 양도할 수 있다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 59.] 상호 및 상호권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 甲이 상호를 먼저 등기한 후에 乙이 그와 동일 또는 유사한 상호를 동종영업의 상호로 등기하였다면, 甲은 자신이 선(先)등기자라는 이유를 들어 乙을 상대로 그 상호등기의 말소를 청구할 수 있다.
 - ② 甲이 자신의 상호를 등기하지 않고 있는 동안에 乙이 부정한 목적으로 甲의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하여 甲이 손해를 받을 염려가 있는 경우, 甲은 乙에 대하여 乙이 등기한 상호의 말소를 청구할 수 있다.
 - ③ 하나의 영업에 여러 상호를 사용하는 것은 원칙적으로 금지되지만, 반대로 한 상인이 수 개의 영업을 영위하면서 하나의 상호를 공통적으로 사용하는 것은 허용된다.
 - ④ 회사의 경우 상호는 반드시 등기해야 하지만, 자연인의 경우 상호를 반드시 등기해야 하는 것은 아니다.
 - ⑤ 상호는 영업과 함께 양도하여야 하나, 영업을 폐지한 경우에는 상호만 양도할 수 있다.

상법총칙 제5장 상업장부

개념

상업장부(trade book) = 회계장부(book of account) + 대차대조표(balance sheet).

- 상법 제29조(상업장부의 종류, 작성원칙) ① 상인은 영업상의 재산 및 손익의 상황을 명백히 하기 위하여 회계장부 및 대차대조표를 작성하여야 한다.
- ② 상업장부의 작성에 관하여 이 법에[서] 규정한 것을 제외하고는 일반적으로 공정, 타당한 회계관행(→ 한국채택 국제회계기준(K-IFRS))에 [따른다].

중요성?

축하한다. 당신은 변호사시험을 위한 상법총칙 상업장부 부분 학습을 모두 마쳤다. 이 부분은 향후 70년 동안 더 볼 일 없다.

좋아하는 아이돌 그룹 사진 스티커로 덮어 버리자.

상법총칙 제6장 상업등기

개념

- 1. 상업등기(commercial registration): 일반인도 찾아볼 수 있도록 장사에 관한 일정 사항을 기재한 공개(public) 장부.

2. 상업등기부(commercial register): 그 공개 장부.

어떤 제도인가?

1. 민사에서 부동산(real property)에 관한 부동산등기부에 부동산등기.

2. 그것처럼, 상사(commercial)에 관한 상업등기부에 상업등기.

등기 효력(effects of registration)

상법 제37조(등기의 효력) ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

부실 등기(false registration)

상법 제39조(부실의 등기) 고의 또는 과실로 인하여 사실과 상위한 사항을 등기한 자는 그 상위를 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

상법총칙 제7장 영업양도

개념

영업양도(transfer of business): 쉽게 말해, 계약을 통해 영업 일체를 양도하는 것.

93다33173: 영업의 양도[란] 일정한 영업 목적[에 따라] 조직화된 업체 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말[한다.]

영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다.

양도인의 경업 금지

상법 제41조(영업양도인의 경업금지) ① 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시, 광역시, 시, 군과 인접 특별시, 광역시, 시, 군에서 동종 영업을 하지 못한다.

2021다227629: 영업양도인이 영업을 양도한 후에도 인근에서 동종영업을 한다면 영업양도는 유명무실해지고 영업양수인은 부당한 손실을 입게 된다. 그러므로 영업양도의 실효성을 높이고 영업양수인을 보호하기 위해서는 영업양도인의 경업을 제한할 필요가 있다. 상법 제41조 제1항은 이러한 취지에서 ... 규정하고 있다.

상호 계속 사용 경우 법률관계

상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임) ① 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업[에 따른] 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다.

- ② 전항의 규정은 양수인이 영업양도를 받은 후 지체 없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 때에는 적용하지 아니한다. 양도인과 양수인이 지체 없이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 경우에 그 통지를 받은 제3자에 대하여도 같다.

상법 제43조(영업양수인에 대한 변제) 전조 제1항의 경우[→ 양수인이 상호를 계속 사용하는 경우에] 양도인의 영업[에 따른] 채권에 대하여 채무자가 선의이며 중대한 과실 없이 양수인에게 변제한 때에는 그 효력이 있다.

상법 제44조(채무인수를 광고한 양수인의 책임) 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하지 아니하는 경우에 양도인의 영업[에 따른] 채무를 인수한 것을 광고한 때에는 양수인도 변제할 책임이 있다.

상법 제45조(영업양도인의 책임의 존속기간) 영업양수인이 제42조 제1항[→ 양수인이 상호를 계속 사용하는 경우] 또는 전조[→ 양수인이 채무인수를 광고]의 규정[에 따라] 변제의 책임이 있는 경우에는 양도인의 제3자에 대한 채무는 영업양도 또는 광고 후 2년이 경과하면 소멸한다.

관련 문제

1. 상호 아닌 다른 영업표지를 속용할 경우도 적용하는지?

2021다305659: 양수인[이] 속용[하]는 명칭이 상호 자체가 아닌 옥호 또는 영업표지인 때에[는 어떤가?]

[만약] 그것이 영업주체를 나타내는 것으로 사용되는 경우에는 채권자가 영업주체의 교체나 채무인수 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없[다. 그러므로] 양수인은 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항의 유추적용에 [따라] 그 채무를 부담한다.

2. 영업상 채권자가 선의여야 하는지?

2021다305659: 상호를 속용하는 영업양수인의 책임은 어디까지나 채무인수가 없는 영업양도[로] 채권추구의 기회를 빼앗긴 채권자를 보호하기 위한 것이[다. 그러므로] 영업양도에도 불구하고 채무인수 사실이 없다는 것을 알고 있는 악의의 채권자에 대하여는 상법 제42조 제1항에 따른 책임이 발생하지 않[는다. 그리고] 채권자가 악의라는 점에 대한 주장, 증명책임은 그 책임을 면하려는 영업양수인에게 있다.

나아가 채권자 보호의 취지와 상법 제42조 제1항의 적용을 면하기 위하여 양수인의 책임 없음을 등기하거나 통지하는 경우에는 영업양도를 받은 후 지체 없이 하도록 규정한 상법 제42조 제2항의 취지를 종합하면, [다음과 같이 봐야 한다.]

[i] 채권자가 영업양도 당시 채무인수 사실이 없음을 알고 있었거나 그 무렵 알게 된 경우에는 영업양수인의 변제책임이 발생하지 않[는다.]

[그러나] [ii] 채권자가 영업양도 무렵 채무인수 사실이 없음을 알지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항에 따른 영업양수인의 변제책임이 발생[한다.] 이후 채권자가 채무인수 사실이 없음을 알게 되었다고 하더라도 이미 발생한 영업양수인의 변제책임이 소멸하는 것은 아니다.

3. 양도인의 보증인이 영업양도 후에 보증채무를 이행해서 구상권을 취득했다면, 그 구상채무도 양수인이 책임지는지?

2019다270217: 상법 제42조 제1항은 ... [해당 상황에서] 양도인이 여전히 주채무자로서 채무를 부담하면서 양수인도 함께 변제책임을 지도록 하고 있다.]

[그러나] 위 규정이 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하도록 한 것이라고 보기는 어렵다. 그리고 영업양수인이 위 규정에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 ... 당시까지 발생한 것이어야 한다.]

4. 甲 → 乙 → 丙 순으로 양도 경우, 甲이 丙에도 경업 금지 의무를 부담하나?

2021다227629: 영업이 동일성을 유지한 채 전전양도된 경우에도 최초 영업양도인[甲]이 인근에서 동종영업을 한다면[?] 영업양도의 실효성이 크게 제한되어 영업양수인[乙]뿐만 아니라 전전 영업양수인들[丙]이 부담한 손실을 입게 되는 것은 마땅가지다. 그러므로 최초 영업양도인[甲]과 전전 영업양수인들[丙] 사이에서도 위와 같은 상법 제41조 제1항의 취지가 참작되어야 한다.

그렇다면 [다음과 같이 해석해야 한다.] ... [원칙적으로,] 영업양수인[乙]은 영업양도인[甲]에 대해 상법 제41조 제1항에 근거하여 경업금지청구권을 행사할 수 있다. 나아가 ... [원칙적으로,] 위와 같이 양도된 영업이 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인[乙]의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인[丙]에게 전전양도 된다. 그리고 그에 수반하여 지명채권인 경업금지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다.]

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 36.] A주식회사는 B주식회사에 호텔에 관한 영업을 양도하는 계약을 체결하였다. B회사는 A회사의 채무를 인수하지 않았지만 A회사의 채무에 대하여 자신에게 책임이 없음을 등기하거나 A회사의 채권자에 대하여 그 뜻을 통지하지 않았다. B회사는 영업양수 이후 동일한 호텔 영업을 하면서 A회사가 사용하던 '△△제주'라는 영업소 명칭을 그대로 사용하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 A회사와 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 B회사에 포괄적으로 승계된다.
- ② B회사[가] 속용[하]는 명칭이 상호 자체가 아닌 옥호 또는 영업표지인 때에도 B회사는 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조(상호를 속용한 양수인의 책임) 제1항의 유추 적용[에 따라] 그 채무를 부담한다.
- ③ A회사의 영업[에 따른] 제3자의 채권에 대하여 B회사의 변제책임은 영업양도 후 2년이 경과하면 소멸한다.
- ④ 영업양도에도 불구하고 채무인수 사실이 없다는 것을 알고 있는 A회사 채권자에 대하여는 B회사의 책임이 발생하지 않고, 채권자가 악의라는 점에 대한 주장, 증명책임은 B회사에 있다.
- ⑤ A회사의 채권자가 영업양도 무렵 채무인수 사실이 없음을 알지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항에 따른 B회사의 변제책임이 발생하고, 이후 채권자가 채무인수 사실이 없음을 알게 되었다고 하더라도 이미 발생한 B회사의 변제책임이 소멸하는 것은 아니다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 58.] A 주식회사가 B 주식회사에 영업을 양도한 경우, 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ② A 회사의 영업상 채권자 甲이 영업양도 무렵에는 B 회사의 채무인수 사실이 없음을 알지 못하였지만, 영업양도 이후 B 회사가 A 회사의 상호를 속용하고 있는 상황에서 甲이 B 회사의 채무인수 사실이 없음을 알게 된 경우 B 회사의 변제책임은 소멸한다.
 - ③ 영업양도 이전에 A 회사의 영업자금 차입에 대해 보증한 乙이 영업양도 이후 보증채무를 변제하더라도 乙은 B 회사에 대한 구상권을 취득하지 못한다.
 - ⑤ A 회사와 B 회사 사이의 영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면, 양도된 영업을 다시 동일성을 유지한 채 C 주식회사에 전전양도될 때 B 회사의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 C 회사에 전전양도되고, 그에 수반하여 지명채권인 경업금지청구권의 양도에 관한 통지 권한도 전전이전된다.

상행위법 내용

편제

상법 제2편 상행위

- 제1장 통칙[제46조~제66조]
- 제2장 매매[제67조~제71조]
- 제3장 상호계산[제72조~제77조]
- 제4장 익명조합[제78조~제86조]
- 제4장의2 합자조합[제86조의2~제86조의9]
- 제5장 대리상[제87조~제92조의3]
- 제6장 중개업[제93조~제100조]
- 제7장 위탁매매업[제101조~제113조]
- 제8장 운송주선업[제114조~제124조]
- 제9장 운송업[제125조~제150조]
 - 제1절 물건운송[제126조~제147조]
 - 제2절 여객운송[제148조~제150조]
- 제10장 공중접객업[제151조~제154조]
- 제11장 창고업[제155조~제168조]
- 제12장 금융리스업[제168조의2~제168조의5]
- 제13장 가맹업[제168조의6~제168조의10]
- 제14장 채권매매업[제168조의11~제168조의12]

방향

이하 가볍게 보자.

상행위법 제1장 통칙

머리에

상행위법은,

1. 상행위(commercial activities) 개념을 정한다.
2. 민법에 대한 특칙도 정한다.

상행위

1. 기본적인(basic) 상행위

상법 제46조(기본적 상행위) 영업으로 하는 다음의 행위를 상행위라 한다. ...

1. 동산, 부동산, 유가증권 기타의 재산의 매매
2. 동산, 부동산, 유가증권 기타의 재산의 임대차
3. 제조, 가공 또는 수선에 관한 행위
4. 전기, 전파, 가스 또는 물의 공급에 관한 행위
5. 작업 또는 노무의 도급의 인수
6. 출판, 인쇄 또는 촬영에 관한 행위
7. 광고, 통신 또는 정보에 관한 행위
8. 수신, 여신, 환 기타의 금융거래
9. 공중(公衆)이 이용하는 시설에 [따른] 거래
10. 상행위의 대리의 인수
11. 중개에 관한 행위
12. 위탁매매 기타의 주선에 관한 행위
13. 운송의 인수
14. 임치의 인수
15. 신탁의 인수
16. 상호부금 기타 이와 유사한 행위
17. 보험
18. 광물 또는 토석의 채취에 관한 행위
19. 기계, 시설, 그 밖의 재산의 금융리스에 관한 행위
20. 상호, 상표 등의 사용허락에 [따른] 영업에 관한 행위
21. 영업상 채권의 매입, 회수 등에 관한 행위
22. 신용카드, 전자화폐 등을 이용한 지급결제 업무의 인수

외울 필요 없다.

2. 보조적(appendage) 상행위

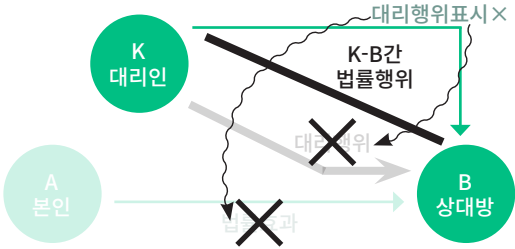
상법 제47조(보조적 상행위) ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다.
② 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.



추정은 깨질 수 있다. 간주는 그렇지 않다.

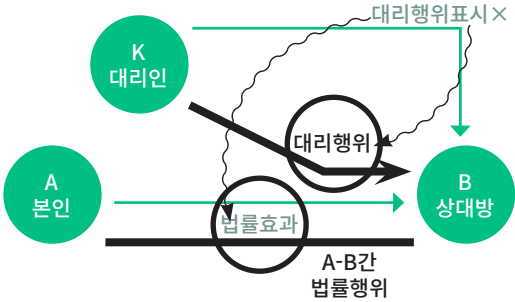
대리 방식

1. 민사: 대리인(K)이 본인(A)을 위한 것임을 표시하지 않으면 본인(A)에 대해 효력이 없다.



민법 제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위) 대리인[K]이 본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기[K]를 위한 것으로 본다. ...

2. 상사: 본인을 위한 것임을 표시하지 않아도 본인에 대하여 효력 있다.



상법 제48조(대리의 방식) 상행위의 대리인[K]이 본인[A]을 위한 것임을 표시하지 아니하여도 그 행위는 본인[A]에 대하여 효력이 있다. ...

제10장 민법총칙의 기본 중 “법률행위의 대리” 부분에서 배운 내용의 특칙이다.

상사법정이율

1. 민사법정이율: 연 5%

민법 제379조(법정이율) 이자 있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 **연 5분**으로 한다.

2. 상사법정이율(statutory interest rate in commercial activities): 연 6%

상법 제54조(상사법정이율) 상행위[에 따른] 채무의 법정이율은 **연 6[%]**로 한다.

제8강 해제와 손해배상 중 “금전채무 불이행의 특수성” 부분에서 배운 내용의 특칙이다.

상사시효

1. 민사시효: 10년

민법 제162조(채권...의 소멸시효) ① 채권은 **10년**간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

2. 상사시효(extinctive prescription for commercial claims): 5년

상법 제64조(상사시효) 상행위[에 따른] 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 **5년**간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. ...

제6강 채권 이전과 소멸 중 “소멸시효” 부분에서 배운 내용의 특칙이다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 63.] 甲은 건축자재를 제조 및 판매하는 상인으로서 乙을 「상법」상 지배인으로 선임하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 乙이 A에게 甲의 건축자재를 판매하는 매매계약을 A와 체결하면서 그 거래가 甲을 위한 것임을 표시하지 않은 경우에도 그 매매계약의 효과는 甲에게 귀속된다.

상행위법 제2장 매매

머리에

민사매매와 다른 상사매매(commercial sale)의 특칙을 정한다.

확정기 매매 이행지체 시 자동 해제 여부

1. 민사: 해제권이 발생할 뿐, 자동으로 해제되지는 않는다.

민법 제545조(정기행위와 해제) ... 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 **그 시기에 이행하지 아니한 때에는** 상대방은 ... 최고를 하지 아니하고 계약을 **해제할 수 있다**.

2. 상사: 자동으로 해제된다.

상법 제68조(확정기매매의 해제) 상인 간의 매매에[서] ... 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 [지난] 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제 한 것으로 본다.

제8강 해제와 손해배상 중 “해제권 발생” 부분에서 배운 내용의 특칙이다.

책임기간 단축

1. 민사: 매수인이 지체 없이 검사하지 않더라도, 또 즉시 알리지 않더라도, 매수인은 매도인에게 책임을 추궁할 수 있다. 하자를 안 날부터 6개월 내에만 청구하면 된다.

민법 제582조(전 2조의 권리행사기간) [매도인의 하자담보책임 등]에 [따른] 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6[개]월 내 행사하여야 한다.

민법 제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. ...

2. 상사: 매수인이 지체 없이 검사하고 즉시 알리지 않았다면? 매수인은 매도인에게 책임을 추궁할 수 없다.

상법 제69조(매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무) ① 상인 간의 매매에[서] 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체 없이 이를 검사하여야 하며 하자...[를] 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이[에 따른] 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. ...

2008다3671: 상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙[이다. 즉,] 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 하기 위한 규정[이다. 그리고] 그 성질상 임의규정으로 보아야 [한다.] 따라서 당사자 간의 약정[에 따라] 이와 달리 정할 수 있다.]

제7강 강제이행 중 “들어가며” 부분에서 배운 내용의 특칙이다.

연습문제3

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 59.] 상사매매와 위탁매매에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 상인 간의 매매에[서] 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시[에 따라] 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다.
- ㄴ. 매수인의 목적물의 검사와 하자 통지의무에 관한 「상법」 제69조 제1항은 「민법」상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로서 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 당사자 간의 약정[에 따라] 이와 달리 정할 수 있다.

상행위법 제3장 상호계산

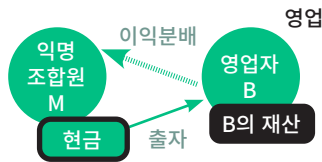
상호계산(account current) 개념

상법 제72조(의의) 상호계산은 상인 간 또는 상인과 비상인 간에 상시 거래관계가 있는 경우에 일정한 기간의 거래[에 따른] 채권채무의 총액에 관하여 상계하고 그 잔액을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

중요성?
가볍게 보자.

상행위법 제4장 익명조합

익명조합(undisclosed association) 개념



- 1. 익명조합원(association member)과 영업자(business owner) 사이의
- 2. 계약(contract, agreement)으로 생기는,
- 3. 조합.

상법 제78조(의의) 익명조합은 당사자[M, B]의 일방[M]이 상대방[B]의 영업을 위하여 출자하고 상대방[B]은 그 영업[에 따른] 이익을 분배할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

외부관계
제3자에 대한 관계(외부관계)에서는, 영업자의 단독 장사다.

상법 제79조(익명조합원의 출자) 익명조합원[M]이 출자한 ... 재산은 영업자[B]의 재산으로 본다.

상법 제80조(익명조합원의 대외관계) 익명조합원[M]은 영업자[B]의 행위에 관하여서는 제3자에 대하여 권리나 의무가 없다.

(참고) 반환을 거부해도, 형사상 횡령죄는 성립하지 않는다.

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2010도5014: 조합...과 달리 익명조합의 경우에는 익명조합원[M]이 영업을 위하여 출자한 금전 기타의 재산은 상대방인 영업자[B]의 재산이 된다. 그러므로 영업자[B]는 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않다. 따라서 영업자[B]가 영업이익금 등을 임의로 소비하였더라도 횡령죄가 성립할 수는 없다.

내부관계

익명조합원에 대한 관계(내부관계)에서는, 민법상 조합과 비슷하다.

- 1. 익명조합원은 출자를 해야 한다.
- 2. 영업자는 익명조합원에게 이익분배 등을 해야 한다.

상법 제78조(의의) 익명조합은 당사자[M, B]의 일방[M]이 상대방[B]의 영업을 위하여 출자하고 **상대방[B]은 그 영업[에 따른] 이익을 분배**할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

상법 제85조(계약종료의 효과) 조합계약이 **종료한 때에는** 영업자[B]는 익명조합원[M]에게 그 **출자의 가액을 반환**하여야 한다. 그러나 출자가 손실로 인하여 감소된 때에는 그 잔액을 반환하면 된다.

연습문제

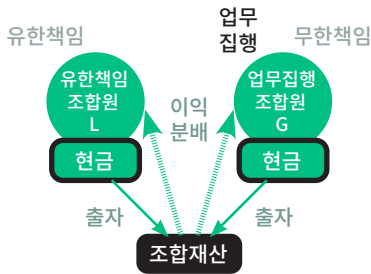
2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 12.] 횡령죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 甲이 A와 함께 특정 토지를 매수하여 전매한 후 전매이익금을 정산하기로 약정하고 A가 조달한 돈 등을 합쳐 토지를 매수하고 甲 명의로 소유권이전등기를 하였는데, 甲이 이를 임의로 매도한 후 A에게 전매이익금 반환을 거부한 경우, 甲과 A의 약정이 익명조합과 유사한 무명계약에 해당한다면 甲에게 횡령죄가 성립한다.

상행위법 제4장의2 합자조합

합자조합(limited partnership) 개념



상법 제86조의2(의의) 합자조합은 조합의 업무집행자로서 조합의 채무에 대하여 **무한 책임을 지는 조합원[G]**과 출자가액을 한도로 하여 **유한책임을 지는 조합원[L]**이 **상호출자**하여 **공동사업을 경영**할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

중요성?

가볍게 보자.

상행위법 제5장 대리상

개념

대리상(commercial agent)

상법 제87조(의의) 일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자를 대리상이라 한다.

대리상의 권리의무

- 상법 제88조(통지의무) ...
- 상법 제89조(경업금지) ...
- 상법 제90조(통지를 받을 권한) ...
- 상법 제91조(대리상의 유치권) ...
- 상법 제92조(계약의 해지) ...
- 상법 제92조의2(대리상의 보상청구권) ...
- 상법 제92조의3(대리상의 영업비밀준수의무) ...

기초 개념: 중개와 주선

머리에

타인 사이 거래를 연결하는 방법으로 다음이 있다.

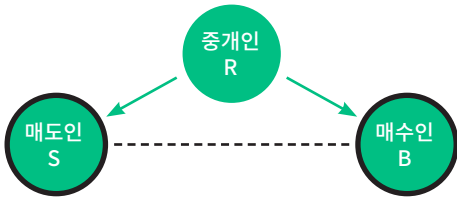
- 1. 중개(brokerage): 중개
- 2. 주선(intermediation): 위탁매매, 운송주선

공통점

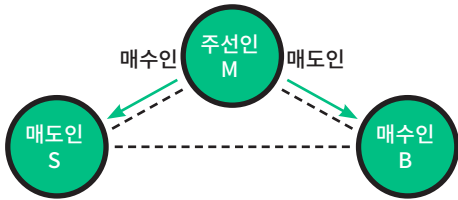
타인 계산(account)으로 연결한다.

차이점

- 1. 중개: 타인 명의(name)로 거래가 이루어진다.



2. 주선: 자기 명의(name)로 거래가 이루어진다.



중개 사례

1. 이행 책임을 지더라도,

상법 제99조(중개인의 이행책임) 중개인이 ... 당사자의 일방의 성명 또는 상호를 상대방에게 표시하지 아니한 때에는 상대방은 중개인에 대하여 **이행을 청구할 수 있다**.

2. 거래 당사자로 되는 건 아니다.

주선 사례

1. 이행 책임을 질 뿐만 아니라,

상법 제105조(위탁매매인의 이행담보책임) 위탁매매인은 위탁자를 위한 매매에 관하여 상대방이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 위탁자에 대하여 이를 **이행할 책임이 있다**. ...

상법 제123조(준용규정) 운송주선인에 관하여는 본장의 규정 외에 위탁매매인에 관한 규정을 준용한다.

2. 거래 당사자로 될 수 있다.

상법 제107조(위탁매매인의 개입권) ① 위탁매매인이 거래소의 시세가 있는 물건...의 매매를 위탁받은 경우에는 직접 그 **매도인이나 매수인이 될 수 있다**. ...

상법 제116조(개입권) ① 운송주선인은 다른 약정이 없으면 **직접운송할 수 있다**. 이 경우에는 운송주선인은 **운송인과 동일한 권리의무**가 있다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 63.] 甲은 건축자재를 제조 및 판매하는 상인으로서 乙을 「상법」상 지배인으로 선임하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄷ. 「상법」상 중개인인 丙이 甲과 C 사이 건축자재에 대한 계약을 중개하며 甲의 성명을 C에게 표시하지 아니한 때 C가 丙에게 위 계약의 이행을 청구한 경우, 丙은 그 매매 계약[에 따른] 계약당사자 지위를 갖고 이를 이행하여야 한다.

상행위법 제6장 중개업

개념

- 1. 중개업(brokerage)
- 2. 중개인(broker)

상법 제93조(의의) 타인 간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 자를 중개인이라 한다.

중개인의 권리의무

- 1. 중개인은 거래 당사자(매도인, 매수인)가 아니다. 따라서 이론상 원래 중개인은 거래에 책임이 없다.
- 2. 그러나 너무 그러면 당사자가 중개인을 잘 안 쓰는 문제가 생긴다. 그래서 법은 중개인에 몇몇 책임을 부여했다.

상법 제94조(중개인의 급여수령대리권) ...
상법 제95조(건품보관의무) ...
상법 제96조(결약서교부의무) ...
상법 제97조(중개인의 장부작성의무) ...
상법 제98조(성명, 상호 묵비의 의무) ...
상법 제99조(중개인의 이행책임) ...
상법 제100조(보수청구권) ...

상행위법 제7장 위탁매매업

개념

- 1. 매도인(seller): 물건 파는 사람
- 2. 매수인(buyer): 물건 사는 사람
- 3. 위탁매매업(commission agency): 매매의 주선업
- 4. 위탁매매인(commission agent): 매매의 주선업자

상법 제101조(의의) 자기[乙]명의로써 타인[甲]의 계산으로 물건...의 매매를 영업으로 하는 자를 위탁매매인[乙]이라 한다.

위탁매매의 법률관계

- 1. 위탁매매인(乙)은 상대방(丙)에 직접 권리의무를 취득한다.

상법 제102조(위탁매매인[乙]의 지위) 위탁매매인[乙]은 위탁자[甲]를 위한 매매로 인하여 상대방[丙]에 대하여 직접 권리를 취득하고 의무를 부담한다.

반면, 위탁자(甲)는 상대방(丙)에 직접 권리의무를 취득하지 않는다.

2. 위탁자(甲)와 위탁매매인(乙) 사이에서 위탁물은 위탁자 소유로 본다.

상법 제103조(위탁물의 귀속) 위탁매매인(乙)이 위탁자(甲)로부터 받은 물건...이나 위탁매매로 인하여 취득한 물건... 또는 채권은 위탁자(甲)와 위탁매매인(乙) 또는 위탁매매인(乙)의 채권자 간의 관계에서는 이를 **위탁자(甲)의 소유 또는 채권으로 본다.**

따라서 위탁매매인(乙)이 임의로 위탁물을 처분하면?

1. 무권리자 양도에 해당해 무효다.

2011다31645: 위탁매매인(乙)이 그가 제3자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 그 채권자에게 위탁매매로 취득한 채권을 양도한 경우에 위탁매매인(乙)은 위탁자(甲)에 대한 관계에서는 **위탁자(甲)에 속하는 채권을 무권리자로서 양도한 것**이다. 따라서 그 채권양도는 무권리자의 처분 일반에서와 마찬가지로 ... 특별한 사정이 없는 한 위탁자(甲)에 대하여 **효력이 없다.**

2. 그 처분대금을 임의로 소비하면 횡령죄도 성립한다.

형법 제355조(횡령...) ①타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령...한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

81도2619: 위탁판매에[서는] 위탁품의 소유권은 위임자(甲)에게 속[한다. 그리고 그 판매대금은 다른 특약이나 특별한 사정이 없는 한 이를 수령함과 동시에 위탁자(甲)에 귀속한다. 그러므로 위탁매매인(乙)이 이를 사용, 소비한 때에는 횡령죄가 성립한다.

위탁매매인의 권리의무

- 상법 제104조(통지의무, 계산서제출의무) ...**
- 상법 제105조(위탁매매인(乙)의 이행담보책임)** 위탁매매인(乙)은 위탁자(甲)를 위한 매매에 관하여 상대방(丙)이 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 위탁자(甲)에 대하여 이를 이행할 책임이 있다. 그러나 다른 약정이나 관습이 있으면 그러하지 아니하다.
- 상법 제106조(지정가액준수의무)** ① 위탁자(甲)가 지정한 가액보다 염가로 매도하거나 고가로 매수한 경우에도 위탁매매인(乙)이 그 차액을 부담한 때에는 그 매매는 위탁자(甲)에 대하여 효력이 있다.
- 상법 제107조(위탁매매인(乙)의 개입권)** ① 위탁매매인(乙)이 거래소의 시세가 있는 물건...의 매매를 위탁받은 경우에는 직접 그 매도인이나 매수인이 될 수 있다. 이 경우의 매매대가는 위탁매매인(乙)이 매매의 통지를 발송할 때의 거래소의 시세에 따른다.
- 상법 제108조(위탁물의 훼손, 하자 등의 효과) ...**
- 상법 제109조(매수물의 공탁, 경매권) ...**
- 상법 제110조(매수위탁자가 상인인 경우) ...**
- 상법 제111조(준용규정)** 제91조의 규정[= 대리상의 유치권]은 위탁매매인에 준용한다.
- 상법 제112조(위임에 관한 규정의 적용) ...**
- 상법 제113조(준위탁매매인)** 본 장의 규정은 자기명의로써 타인의 계산으로 매매아닌 행위를 영업으로 하는 자에 준용한다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 57.] 甲은 위탁매매업자 乙에게 중고 자동차의 매도를 위탁하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?
- ① 甲이 지정한 가격보다 100만 원이 낮은 가격에 중고 자동차를 매도한 경우, 乙이 그 차액을 부담하면 그 매매는 甲에게 효력이 있다.
 - ② 乙이 丙에게 중고 자동차를 매도한 경우, 丙은 甲을 상대로 직접 위 자동차의 인도를 구할 수 있다.
 - ③ 중고 자동차에 관하여 거래소의 시세가 있을 경우에 乙은 직접 매수인이 될 수 있고, 그 매수가는 乙이 甲에게 통지를 발송할 때의 거래소의 시세에 따른다.
 - ④ 乙로부터 중고 자동차를 매수한 자가 乙에게 그 채무를 이행하지 않는 경우, 다른 약정이나 관습이 없는 한 乙은 甲에게 이를 이행할 책임이 있다.
 - ⑤ 매도 위탁에 따라 乙이 甲으로부터 받은 중고 자동차는 甲과 乙의 채권자 간의 관계에서는 甲의 소유로 본다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 59.] 상사매매와 위탁매매에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄹ. 위탁매매인이 제3자인 자신의 채권자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 그 채권자에게 위탁매매로 취득한 채권을 양도한 경우에 그 채권양도는 특별한 사정이 없는 한 위탁자에 대하여 효력이 없다.
 - ㄱ. 위탁판매[에서] 위탁품의 판매대금은 다른 특약이나 특별한 사정이 없는 한 이를 수령함과 동시에 위탁자에 귀속하더라도, 위탁매매인이 이를 사용, 소비하는 경우 횡령죄가 성립하지 않는다.

상행위법 제8장 운송주선업

개념

- 1. 송하인(consignor): 물건 보내는 사람
- 2. 수하인(consignee): 물건 받는 사람
- 3. 운송인(carrier): 물건 운송하는 사람
- 4. 운송주선업(forwarding agent business): 운송의 주선업
- 5. 운송주선인(forwarding agent): 운송의 주선업자

상법 제114조(의의) 자기의 명의로 물건운송의 주선을 영업으로 하는 자를 운송주선인이라 한다.

상법 제123조(준용규정) 운송주선인에 관하여는 본 장의 규정외에 위탁매매인에 관한 규정을 준용한다.

위탁매매, 운송주선 모두 주선이다. 그래서 위탁매매에 관해 먼저 규정하고, 그
걸 운송주선에 준용한다.

운송주선인의 권리의무

상법 제115조(손해배상책임) ...
상법 제116조(개입권) ...
상법 제117조(중간운송주선인의 대위) ...
상법 제118조(운송인의 권리의 취득) ...
상법 제119조(보수청구권) ...
상법 제120조(유치권) ...
상법 제121조(운송주선인의 책임의 시효) ...
상법 제122조(운송주선인의 채권의 시효) ...
상법 제124조(동전) 제136조, 제140조와 제141조의 규정은 운송주선업에 준용한다.
상법 제136조(고가물에 대한 책임) ...
상법 제140조(수하인의 지위) ① 운송물이 도착지에 도착한 때에는 수하인은 송하인과 동일한 권리를 취득한다.
② 운송물이 도착지에 도착한 후 수하인이 그 인도를 청구한 때에는 수하인의 권리가 송하인의 권리에 우선한다.
상법 제141조(수하인의 의무) 수하인이 운송물을 수령한 때에는 운송인에 대하여 운임 기타 운송에 관한 비용과 채당금을 지급할 의무를 부담한다.

상행위법 제9장 운송업

개념

- 1. 운송업(carriage business)
- 2. 운송인(carrier)

상법 제125조(의의) 육상 또는 호천, 항만에서 물건 또는 여객의 운송을 영업으로 하는 자를 운송인[A]이라 한다.
--

물건 운송(carriage of goods)의 법률관계

상법 제126조(화물명세서) ...
상법 제127조(화물명세서의 허위기재에 대한 책임) ...
상법 제134조(운송물멸실과 운임) ...
상법 제135조(손해배상책임) 운송인[A]은 자기[A] 또는 운송주선인이나 사용인, 그 밖 에 운송을 위하여 사용한 자가 운송물의 수령, 인도, 보관 및 운송에 관하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착 [때문 인] 손해를 배상할 책임이 있다.

상법 제136조(고가물에 대한 책임) ...

- 상법 제137조(손해배상의 액) ① 운송물이 전부 멸실 또는 연착된 경우의 손해배상액은 인도할 날의 도착지의 가격에 따른다.
- ② 운송물이 일부 멸실 또는 훼손된 경우의 손해배상액은 인도한 날의 도착지의 가격에 따른다.
- ③ 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 운송인[A]의 고의나 중대한 과실 [때문인] 때에는 운송인[A]은 모든 손해를 배상하여야 한다.

상법 제138조(순차운송인의 연대책임, 구상권) ...

상법 제139조(운송물의 처분청구권) ...

- 상법 제140조(수하인[乙]의 지위) ① 운송물이 도착지에 도착한 때에는 수하인[乙]은 송하인[甲]과 동일한 권리를 취득한다.
- ② 운송물이 도착지에 도착한 후 수하인[乙]이 그 인도를 청구한 때에는 수하인[乙]의 권리가 송하인[甲]의 권리에 우선한다.

상법 제141조(수하인[乙]의 의무) 수하인[乙]이 운송물을 수령한 때에는 운송인[A]에 대하여 운임 기타 운송에 관한 비용과 해당금을 지급할 의무를 부담한다.

상법 제142조(수하인불명의 경우의 공탁, 경매권) ...

상법 제143조(운송물의 수령거부, 수령불능의 경우) ...

- 상법 제146조(운송인[A]의 책임소멸) ① 운송인[A]의 책임은 수하인[乙] 또는 화물상 환증소지인이 유보없이 운송물을 수령하고 운임 기타의 비용을 지급한 때에는 소멸한다. 그러나 운송물에 즉시 발견할 수 없는 훼손 또는 일부 멸실이 있는 경우에 운송물을 수령한 날로부터 2주간내에 운송인[A]에게 그 통지를 발송한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 전항의 규정은 운송인[A] 또는 그 사용인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.

상법 제147조(준용규정) 제117조, 제120조[부터] 제122조[까지]의 규정은 운송인에 준용한다.

상법 제117조(중간운송주선인의 대위) ...

상법 제120조(유치권) ...

상법 제121조(운송주선인의 책임의 시효) ...

상법 제122조(운송주선인의 채권의 시효) ...

물건을 인도받을 권리가 들어 있는 증권을 화물상환증(bill of lading; B/L)이라 한다. 위 조항들 사이에 화물상환증 규정도 있다. 그런데 우리나라는 육상운송에 시간이 오래 걸리지 않아서, 굳이 화물상환증을 발행하는 사례가 없다. 해상화물운송에서 같은 역할을 하는 선하증권만 기억해도 충분하다.

여객 운송(carriage of passengers)의 법률관계

상법 제148조(여객이 받은 손해의 배상책임) ...

상법 제149조(인도를 받은 수하물에 대한 책임) ...

상법 제150조(인도를 받지 아니한 수하물에 대한 책임) ...

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 35.] 甲은 A운송회사와 수하인을 乙로 하여 컴퓨터 10대를 서울에서 순천까지 운송하는 계약을 체결하였다(이 계약에는 운송인의 손해배상책임에 관한 면책약관은 없었고, 화물상환증은 발행되지 않았음). 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 운송 도중 컴퓨터 전부가 멸실되었다면 A회사는 자기 또는 사용인이 운송물의 멸실과 관련하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하여야 손해배상책임을 면할 수 있다.
 - ② 운송 도중 컴퓨터 전부가 멸실되었다면 손해배상액은 A회사가 乙에게 인도할 날의 서울에서의 시가에 따른다.
 - ③ 만약 A회사의 고의나 중과실로 인하여 컴퓨터가 전부 멸실되었다면 A회사는 모든 손해를 배상하여야 한다.
 - ④ 만약 운송 도중 발생한 컴퓨터의 훼손이 즉시 발견할 수 있는 것이었는데 A회사나 그 사용인이 그 훼손에 대하여 악의인 경우, 乙이 유보 없이 컴퓨터 전부를 수령하고 운임 기타의 비용을 지급하더라도 A회사의 책임이 소멸하지 않는다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 57.] 의류와 신발을 제조하는 상인인 甲은 육상운송업자인 A와 甲의 의류와 신발을 2025. 4. 30.까지 乙에게 운송하기로 하는 운송계약을 체결하였다. 그러나 의류는 일부가 훼손된 상태로 2025. 4. 30. 도착하였으며, 신발은 2025. 5. 1. 훼손 없이 도착하였다. 「상법」상 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (의류와 신발은 모두 고가물이 아님. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ㄱ. A의 경한 과실로 의류가 훼손된 경우 그에 대한 손해배상액은 2025. 4. 30. 도착지의 가격에 따른다.
 - ㄴ. A 또는 A의 사용인이 악의가 아닌 한, A의 손해배상책임은 운송물에 즉시 발견할 수 없는 하자 또는 일부 멸실이 있는 경우를 제외하고는 乙이 유보 없이 운송물을 수령하고 운임 기타의 비용을 지급한 때 소멸한다.
 - ㄷ. A의 경한 과실로 신발이 연착한 경우 그에 대한 손해배상액은 2025. 5. 1. 도착지의 가격에 따른다.
 - ㄹ. 신발의 연착이 A의 중대한 과실 [때문인] 때에는 A가 모든 손해를 배상하여야 한다.

상행위법 제10장 공중접객업

개념

- 1. 공중접객업(hospitality business)
- 2. 공중접객업자(hospitality service provider)

상법 제151조(의의) 극장, 여관, 음식점, 그 밖의 공중이 이용하는 시설에 [따른] 거래를 영업으로 하는 자를 공중접객업자(公衆接客業者)라 한다.

공중접객업자의 권리의무

상법 제152조(공중접객업자의 책임) ...
상법 제153조(고가물에 대한 책임) ...
상법 제154조(공중접객업자의 책임의 시효) ...

상행위법 제11장 창고업

개념

- 1. 창고업(warehousing)
- 2. 창고업자(warehouse business entity)

상법 제155조(의의) 타인을 위하여 창고에 물건을 보관함을 영업으로 하는 자를 창고업자라 한다.
--

창고업자의 권리의무

상법 제160조(손해배상책임) ...
상법 제161조(임치물의 검사, 견품적취, 보존처분권) ...
상법 제162조(보관료청구권) ...
상법 제163조(임치기간) ...
상법 제164조(동전-부득이한 사유가 있는 경우) ...
상법 제165조(준용규정) 제67조 제1항과 제2항의 규정은 임치인...이 임치물의 수령을 거부하거나 이를 수령할 수 없는 경우에 준용한다.
상법 제67조(매도인의 목적물의 공탁, 경매권) ...
상법 제166조(창고업자의 책임의 시효) ...
상법 제167조(창고업자의 채권의 시효) ...
상법 제168조(준용규정) 제108조와 제146조의 규정은 창고업자에 준용한다.
상법 제108조(위탁물의 훼손, 하자 등의 효과) ...
상법 제146조(운송인의 책임소멸) ...

상행위법 제12장 금융리스업

개념

- 1. 금융리스업(financial lease business)
- 2. 금융리스업자(financial lease business entity)
- 3. 금융리스이용자(financial lessee)
- 4. 공급자(supplier)

상법 제168조의2(의의) 금융리스이용자가 선정한 기계, 시설, 그 밖의 재산(이하 이 장에서 “금융리스물건”이라 한다)을 제3자(이하 이 장에서 “공급자”라 한다)로부터 취득하거나 대여받아 금융리스이용자에게 이용하게 하는 것을 영업으로 하는 자를 금융리스업자라 한다.

금융리스업의 법률관계

- 상법 제168조의3(금융리스업자와 금융리스이용자의 의무) ...
- 상법 제168조의4(공급자의 의무) ...
- 상법 제168조의5(금융리스계약의 해지) ...

상행위법 제13장 가맹업

개념

- 1. 가맹업(franchise business)
- 2. 가맹업자(franchisor)
- 3. 가맹상(franchisee)

상법 제168조의6(의의) 자신의 상호, 상표 등(이하 이 장에서 “상호등”이라 한다)을 제공하는 것을 영업으로 하는 자[이하 “가맹업자”(加盟業者)라 한다]로부터 그의 상호 등을 사용할 것을 허락받아 가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라 영업을 하는 자를 가맹상(加盟商)이라 한다.

가맹업의 법률관계

- 상법 제168조의7(가맹업자의 의무) ...
- 상법 제168조의8(가맹상의 의무) ...
- 상법 제168조의9(가맹상의 영업양도) ...
- 상법 제168조의10(계약의 해지) ...

상행위법 제14장 채권매매업

개념

- 1. 채권매입업(bonds purchasing business)
- 2. 채권매입업자(bonds purchasing business entity)

상법 제168조의11(의의) 타인이 물건, 유가증권의 판매, 용역의 제공 등[으로] 취득하였거나 취득할 영업상의 채권(이하 이 장에서 “영업채권”이라 한다)을 매입하여 회수하는 것을 영업으로 하는 자를 채권매입업자라 한다.

채권매입업자의 권리의무

상법 제168조의12(채권매입업자의 상환청구) ...

결론

머리에

1. 민사법 제1~4권에 있는 민법 법리(원칙)를 보지 않은 상태에서,
2. 민사법 제5권에 있는 상법 규정(예외)을 먼저 보는 것은 위험하다.

게다가, 상법은 지금 봤자 금방 잊어버리기 쉬운 단순 조문 문제가 더 많은 편이다. 효율적이고 합리적인 순서로 공부해야 한다.

상법총칙, 상행위법

1. 방금 간략히 살폈다. 대략 어디에 어떤 조문이 있는지 알면 충분하다.
2. 지금 단계에서 그 이상으로 공부할 필요 없다.

“지금 단계에서 그 이상으로 공부할 필요 없는데도” 그걸 더 보고 있는 것은, 남들이 더 중요하고 먼저 봐야 할 것을 보고 있을 때 그걸 안 보고 있다는 뜻이다. 수험법학은 시간 싸움이다. 강약조절 없이 합격할 수 없다.

회사법

1. 알게 모르게 많은 부분을 이미 제12강 사람과 법인 강의에서 봤다.
2. 나머지 기초는 제13강 회사법 기초 강의에서 다지자.

어음수표법

1. 알게 모르게 조금씩 어음수표법의 이해에 필요한 법리를 봤다.
2. 나머지 기초는 제14강 증권법 기초 강의에서 다지자.

보험법

1. 보험 개념은 제2강 계약법 기초 강의에서 소개했다.
2. 나머지 기초는 제15강 보험법 기초 강의에서 다지자.

해상법

지금 단계에서 볼 필요 없다.

여기까지는 1쪽당 20초 이내로 빠르게 읽었어야 한다. 그렇게 하지 않았는가? 그랬다면 잘못 읽은 것이다.

대출과 출자

Loan and Contribution

돈은 “내 돈”과 “남의 돈” 두 가지가 있다.
- 장하성

들어가며

문제 상황

- 1. A는 현금 1억 원을 가지고 있다. 그 돈을 이용해 수익(profit)을 내고 싶다.
- 2. X회사는 돈을 벌기 위한 사업 아이디어가 있다. 그 사업을 하려면 1억 원이 필요하다.

방안?

서로의 뜻이 맞았다. 그래서,

- 1. A는 X회사에 1억 원의 자금을 제공(funding)한다.
- 2. X회사 입장에서는 A로부터 1억 원의 자금 조달(corporate finance)을 받은 것이다.



자금 조달 종류

이러한 자금제공(자금 조달) 방법으로 크게 2가지 방법이 있다.

- 1. 대출(loan): 1억 원을 X회사에 빌려주는 것

X회사가 보유한 1억 원은, 남에게 빌린 돈이다.

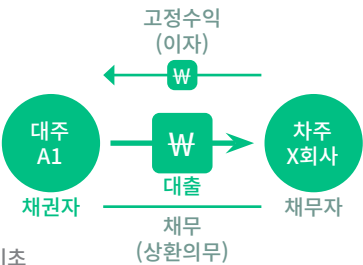
- 2. 출자(투자; contribution): 1억 원을 X회사에 지불하고 X회사의 지분권을 얻는 것

X회사가 보유한 1억 원은, X회사의 돈이다.

대출

상황

A1이 1억 원을 X회사에 빌려주었다. 즉, 대출(loan)을 했다.



채권자 지위

- 1. X회사는 A1에게 채무(debt)를 부담한다.
- 2. A1은 X회사에 대한 채권자(debenture holder)가 된다.

고정수익(이자)

- 1. 빌려준 대가로 A1은 X회사로부터 약속한 이자(interest)를 받는다. 예를 들어, 대출 당시 한 달에 100만 원씩 이자를 받기로 하면서 빌려줄 수 있다.
- 2. A1은 고정된 수익을 받는다(fixed claimant).

상환의무 존재

- 1. X회사는 약속한 때가 되면 A1에게 1억 원을 갚아야 한다.
- 2. 이렇게 갚기로 약속한 때를 만기(maturity)라고 한다.

타인자본

- 1. X회사는 빌린 1억 원을 사업에 사용해도 된다. 그렇더라도, 결국 그 1억 원만큼은 갚을 돈(빚)이다.
- 2. 위 1억 원은 “남의 돈”이다. 타인자본(loan capital; debt capital; borrowed capital)이다.
- 3. 대출은 민법상 금전소비대차다. A1은 대주(lender)가 되고, X회사는 차주(borrower)가 된다.

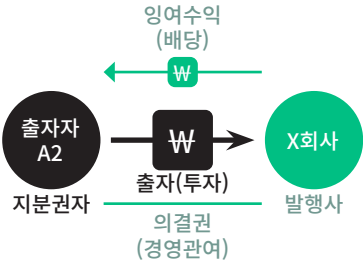
경영권(의결권)

- A1은 X회사에 대해 의결권이 없다. 즉,
- 1. A1은 X회사에 대해 채권자로서 권리를 행사할 수 있다.
 - 2. 그러나 A1이 직접 X회사의 경영에 관여할 수는 없다.

출자

상황

A2가 1억 원을 X회사에 지불하고 X회사에 대한 지분권(equity interest)을 얻었다. 즉, 출자(contribution)를 했다.



지분권자 지위

1. X회사는 A2에게 채무를 부담하지 않는다.
2. 다만, A2는 X회사에 대한 지분권자(shareholder; equity holder)가 된다.

잉여수익(배당)

1. X회사는 사업으로 얻은 이익을 출자자들에게 배당한다. A2도 X회사에 대한 출자자들(지분권자들) 중 한 사람이다. 따라서 A2는 X회사로부터 배당(dividend) 받는다.
2. 이때 X회사는 A1 등으로부터 빌린 돈을 먼저 갚고, 그 남은 돈으로 배당을 해야 한다. 말하자면, A2는 남은 수익을 받는다(residual claimant).

출자 당시에는 배당금으로 얼마를 받게 될지 아무도 알 수 없다. 사업이 잘되면 많이 받고, 그렇지 않으면 적게 받는다.

상환의무 부존재

1. X회사는 1억 원을 빌린 것이 아니다. 따라서 X회사는 A2에게 갚을 필요가 없다.
2. 따라서 만기 개념이 없다.

자기자본

1. X회사는 빌린 1억 원을 사업에 사용하면 된다. 이 돈은 누구에게 갚을 돈이 아니다.
2. 위 1억 원은 “내 돈”이다. 자기자본(share capital; equity capital)이다.
3. 대표적으로 주식투자가 있다. A2는 주주(shareholder)가 되고, X회사는 주식회사(stock company)가 된다.

경영권(의결권)

A2는 원칙적으로 X회사에 대해 의결권이 있다. 즉,

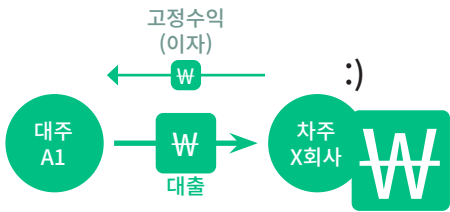
1. A2는 X회사에 대한 채권자가 아니므로, X회사 상대로 돈을 갚으라고 할 수는 없다.
2. 그러나 A2는 X회사의 지분권자이므로, 원칙적으로 X회사의 경영에 관여할 수 있다.

A2가 직접 X회사를 경영하지 않더라도, 적어도 경영에 영향력을 미칠 수 있다.

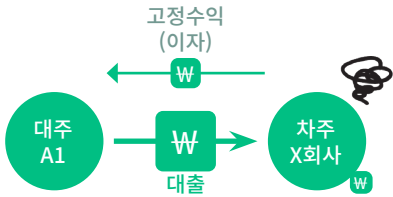
장단점

대출

1. 대주는 X회사 사업이 잘되어도 어차피 약속한 이자를 받는다(fixed claimant).



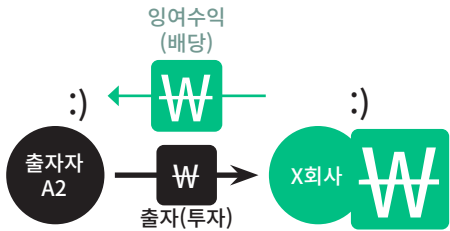
2. 반대로 대주는 X회사 사업이 잘 안 되어도 어차피 약속한 이자를 받는다 (fixed claimant).



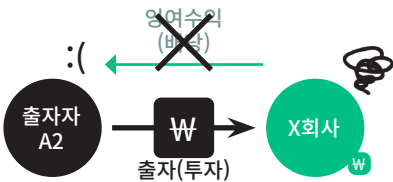
3. A1은 안정적 수익을 선호하기 때문에 대출을 택했을 수 있다(low risk, low return).

출자

1. 출자자는 X회사 사업이 잘될수록, 회사에 남는 돈이 많아져 배당을 많이 받는다.



2. 반대로 X회사 사업이 잘 안 되면, 회사에 남는 돈이 없어 배당을 못 받을 수도 있다(residual claimant).



3. A2는 모험적 수익을 선호하기 때문에 출자를 택했을 수 있다(high risk, high return).

소결

일장일단이 있기 때문에, 대출과 출자 중 어느 것이 더 좋은 것이라고 단정할 수 없다.

위험 있는 곳에는 이익도 있어야 한다(*Ubi periculum, ibi et lucrum collocetur*; Where there is risk, there profit should also be placed).
불이익이 귀속하는 사람에게 이익도 귀속하는 것이 자연의 이치다(*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*; It is in accordance with nature that the advantages of a thing should belong to the person to whom its disadvantages will belong).

정리

	대출(loan)	출자(contribution)
개념	빌려주는 것	주는 것
법적 성질	소비대차(차입)	증여(투자)
채권자 지위	채권자(debenture holder)	지분권자(equity holder)
자본구성	타인자본(debt capital)	자기자본(equity capital)
상환의무	만기(maturity) 존재	만기 부존재
수익	고정수익(fixed claimant): 이자(interest)	잉여수익(residual claimant): 배당(dividend)
경영권	의결권(voting right) 없음	의결권 있음 (원칙)
목적	자금 조달(financing)	

자금제공자 권리 양도

Assignment of Funder's Right

훌륭한 매매는, 첫째도 손절, 둘째도 손절, 셋째도 손절이다. - Ed Seykota

대출채권 양도

문제 상황

1. A1은 작년에 X회사에 만기 3년, 이자 월 100만 원의 조건으로 1억 원을 대출했다.

민법 제598조(소비대차의 의의) 소비대차는 당사자 일방[A1]이 금전...의 소유권을 상대방[X회사]에게 이전할 것을 약정하고 상대방[X회사]은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

2. A1은 1년 동안 1,200만 원(= 100만 원 × 12회)의 이자를 받아 오며 재미를 보았다.

민법 제600조(이자계산의 시기) 이자 있는 소비대차는 차주[X회사]가 목적물의 인도를 받은 때로부터 이자를 계산하여야 하며 차주[X회사]가 그 책임 있는 사유로 수령을 지체할 때에는 대주[A1]이 이행을 제공한 때로부터 이자를 계산하여야 한다.

3. 그런데 A1은 갑자기 집안에 급한 일이 생겨서 돈이 필요하게 되었다.
4. 안타깝게도, 아직 대출채권은 만기가 되지 않았다. 따라서 A1은 X회사를 상대로 1억 원을 지금 갚으라고는 할 수 없다.

민법 제603조(반환시기) ① 차주[X회사]는 약정시기[(만기)]에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다.

해결 방법?

A1은 1억 원 대출채권을 다른 사람에게 돈을 받고 넘기기로 했다. 다행히, A1은 대출채권을 넘겨받겠다는 M1을 찾았다.

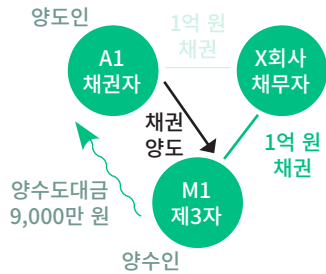
민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. ...

할인

1. A1은 M1에게 대출채권을 액면 그대로 1억 원에 양도하고 싶었다.
2. 그러나 M1은 “X회사가 나중에 갚을지 안 갚을지, 심지어 회사가 있을지 없을지도 모르는데, 1억 원 그대로 주고 대출채권을 사는 바보가 어디 있습니까?” 하면서 가격을 낮춰 달라고 한다.
3. A1은 어쩔 수 없이 할인(discount)해서 9,000만 원에 대출채권을 양도했다.

양도 결과

대출채권자(debenture holder) 지위는 A1으로부터 M1에게 넘어간다.



출자지분 양도

문제 상황

1. A2는 작년에 X회사에 1억 원을 출자했다.

상법 제421조(주식에 대한 납입) ① 이사는 신주의 인수인[A2]으로 하여금 그 배정한 주수(株數)에 따라 납입기일에 그 인수한 주식에 대한 인수가액의 전액을 납입시켜야 한다.

지금 단계에서는 이 조문을 100% 이해하지 못해도 좋다.

2. A2는 배당을 받기도 하면서 재미를 보았다.

상법 제462조(이익의 배당) ① 회사[X회사]는 대차대조표의 순자산액으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다. ...

역시 이 조문을 100% 이해하지 못해도 좋다.

3. 그런데 A2도 갑자기 집안에 급한 일이 생겨서 돈이 필요하게 되었다.

4. 안타깝게도, 출자한 1억 원을 X회사 상대로 돌려 달라고는 할 수 없다. 회사에 대한 출자금은 임의로 환급해 달라고 할 수 없다.

92도616: [만약] 주주에 대한 출자의 환급이라는 결과를 가져[오면] 자본충실의 원칙에 반하고 회사재산을 위태롭게 한다는 [문제가 있다.]

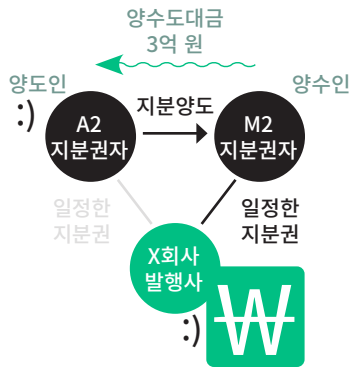
해결 방법?

A2는 X회사에 대한 지분권을 다른 사람에게 돈을 받고 넘기기로 했다. 다행히 지분권을 넘겨받겠다는 M2를 찾았다.

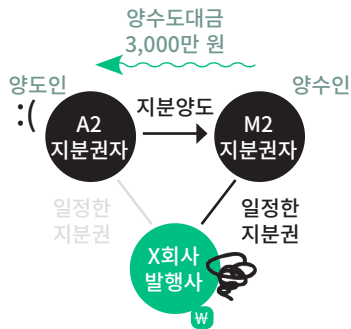
차익과 차손

A2는 처음에는 M2에게 지분권을 1억 원에 양도하려고 하다가, 망설인다.

1. 만약 X회사의 사업이 엄청나게 잘되어 유망한 상황이라면? X회사에 대한 지분권자는 배당금도 예전보다 많이 받을 것이다. 즉, A2가 보유한 지분권의 현재 가치는, 처음에 출자했던 1억 원보다 더 클 수 있다. A2는 M2에게 X회사에 대한 지분권을 3억 원에 양도할 수 있다.



- 1억 원 투자해서, 3억 원에 탈출(exit)했다. 2억 원(= 3억 원 - 1억 원) 이익 봤다.
2. 만약 X회사의 사업이 예전보다 훨씬 어려운 상황이라면? X회사에 대한 지분권자는 배당금을 예전보다 적게 받거나, 아예 받지 못할 수도 있다. 즉, A2가 보유한 지분권의 현재 가치는, 처음에 출자했던 1억 원보다 더 작을 수 있다. A2는 M2에게 X회사에 대한 지분권을 3,000만 원에 양도할 수 있다.



- 1억 원 투자해서, 3,000만 원에 탈출(exit)했다. 7,000만 원(= 1억 원 - 3,000만 원) 손해 봤다.

양도의 결과

지분권자(shareholder; equity holder) 지위는 A2로부터 M2에게 넘어간다.
대표적으로 주식양도를 생각하면 된다. 구체적 양도 절차는 차차 배우자.

의미와 기능

자금제공의 목적

A1(대출채권자)과 A2(지분권자)가 X회사에 자금을 제공(funding)한 이유는? 모두 돈을 벌기 위해서였다.

자금제공자 권리 양도의 목적

그런데, 자금제공자(A1, A2)는 어떤 이유에서든 X회사와 관계를 끊고 싶을 수도 있다. 예를 들어,

1. 사정상 돈이 급하게 필요한 경우
2. 또는 X회사 상황이 신통치 않다고 판단한 경우

이처럼 관계를 끊는 것을 보장하기 위해, 대출채권 양도 또는 출자지분(권) 양도는 허용했다.

소결

대출채권 양도와 출자지분 양도는, 실질적으로,

1. 제공했던 자금을 회수할 수 있게 해준다.
2. X회사로부터 이탈(exit)할 수 있다.

출자금의 단위

Unit of Contribution

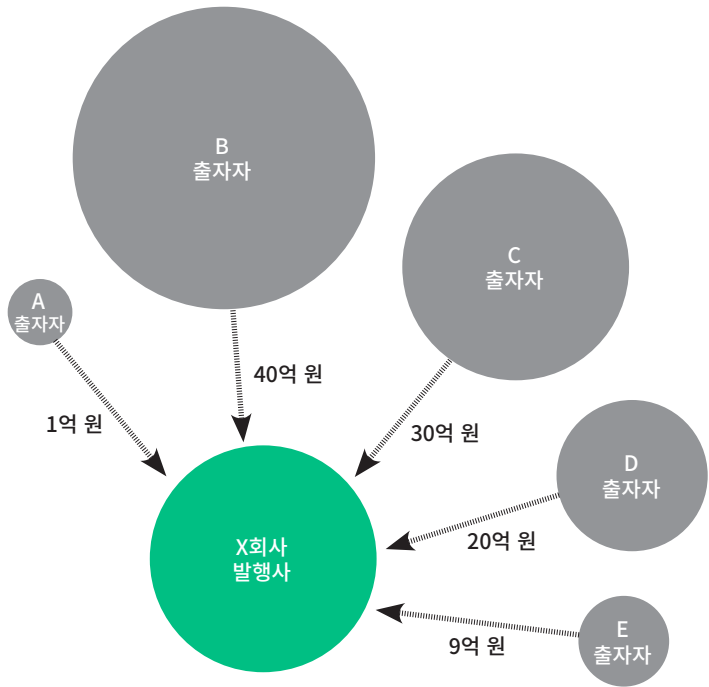
절이 마음에 들지 않으면 종이 절을 떠나거나,
자기 마음에 들도록 절을 고치는 수밖에 없다. - 김상조

들어가며

사실관계

A가 X회사에 1억 원을 출자(contribution)했다. 그런데, X회사에 대한 출자자는 A 외에도 여러 명이 있다. 다음과 같이 출자하기로 했다.

- 1. A가 1억 원
- 2. B가 40억 원
- 3. C가 30억 원
- 4. D가 20억 원
- 5. E가 9억 원



X회사는 실제로 위 금액을 모두 받았다. 즉, X회사는 총 100억(= 1억 + 40억 + 30억 + 20억 + 9억) 원을 받았다.

그 외에 다른 출자자는 없다고 가정한다.

출자금

출자받은 금액을 출자금(investment in capital)이라 한다.

- 1. B의 출자금: 40억 원
- 2. X회사에 대한 출자금 총액: 100억 원

납입금

회사가 실제로 출자금을 받으면 그 금액을 납입금(paid-in capital)이라 한다.

- 1. B의 납입금: 40억 원
- 2. X회사에 대한 납입금 총액: 100억 원

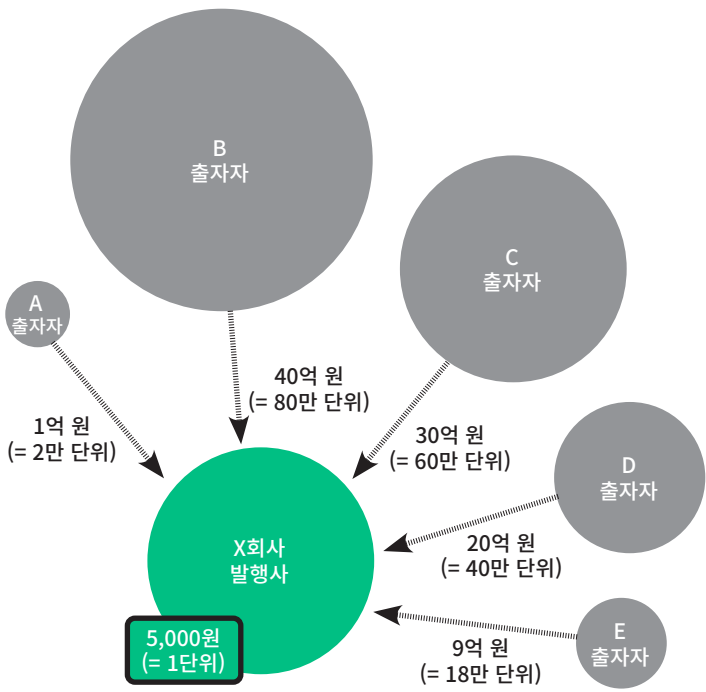
특별한 문제가 없다면, 출자금이 결국 납입금이 된다.

출자금의 단위

단위의 설정

- 1. 출자를 할 때, 어떤 출자자가 얼마만큼 출자했는지를 표시하기 위해 어떤 단위(unit)를 둔다.
- 2. 1단위를 얼마로 정할 것인가? 이것은 정하기 나름이다. X회사가 출자금 단위(unit)를 5,000원으로 정했다고 하자.

지분권의 표시



그러면 X회사에 대한 지분권은 다음과 같이 표시한다.

1. A가 2만 단위(= 출자금 1억 원 ÷ 5,000원)만큼 지분권을 갖는다.
2. B가 80만 단위(= 출자금 40억 원 ÷ 5,000원)만큼 지분권을 갖는다.
3. C가 60만 단위(= 출자금 30억 원 ÷ 5,000원)만큼 지분권을 갖는다.
4. D가 40만 단위(= 출자금 20억 원 ÷ 5,000원)만큼 지분권을 갖는다.
5. E가 18만 단위(= 출자금 9억 원 ÷ 5,000원)만큼 지분권을 갖는다.

단위의 총수

단위의 총수(total number of units; total amount of units)는 200만 단위가 된다. 여기서 “200만”이란, 어떤 의미인가? 다음 2가지 의미가 있다.

1. 각자의 지분권 단위의 합계(2만 + 80만 + 60만 + 40만 + 18만)
2. 출자금 총액(100억 원)을 1단위의 금액(5,000원)으로 나눈 값

의미?

예를 들어, D는 전체 200만 단위 중 40만 단위를 소유한다면?

1. 이것은 D가 X회사에 대한 20%(= 40만 단위 ÷ 200만 단위) 지분권자라는 의미다.
2. 그 이상도 그 이하도 아니다.

소결

1. X회사는 가장 작은 출자 단위(= 1단위)를 5,000원으로 정했다.
2. X회사에 대한 출자금(투자금)은 가장 작은 출자 단위인 5,000원을 기준으로 잘게 쪼개져 있다.

단위 설정의 필요성

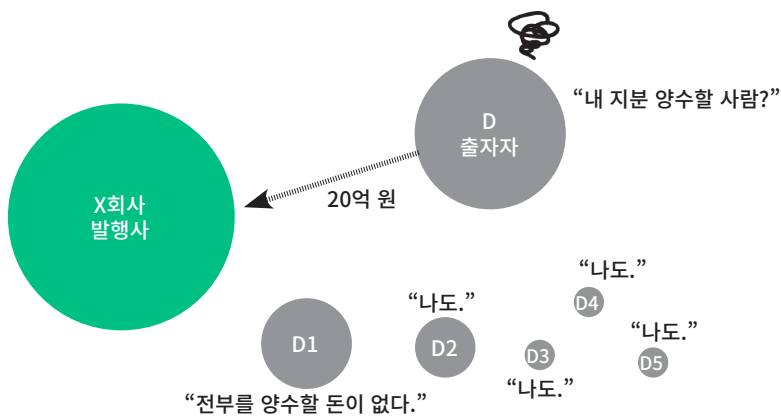
머리에

이렇게 출자(contribution)를 일정한 단위(unit)로 나눈 이유는 무엇인가? D가 갑자기 현금이 필요해 지분 일부를 제3자에게 양도하고 싶다고 하자.

출자를 단위로 나누지 않을 경우

만약 출자의 단위를 나누어 놓지 않았다고 가정하면?

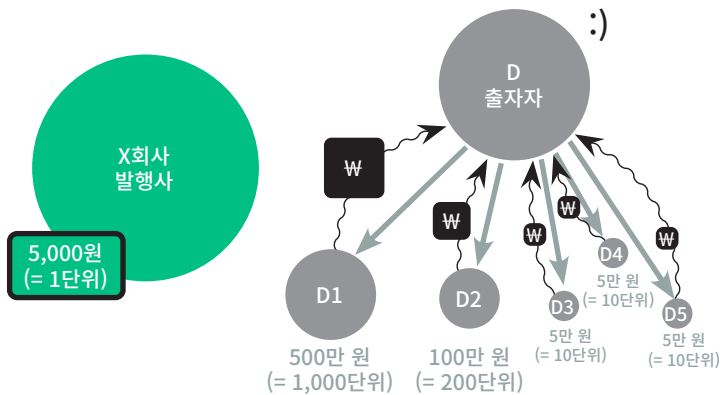
1. D는 자신의 X회사에 대한 지분권 전체(20억 원 출자에 따른 지분 전체)를 양수할 사람을 찾아야 한다.
2. 그러나 20억 원 출자에 따른 지분권 전체는 너무 비싸다. 그래서 D는 이를 선뜻 양수할 사람을 찾기는 쉽지 않을 것이다.



출자를 단위로 나눌 경우

만약 출자지분을 5,000원을 단위로 쪼개어 놓으면? 일부 양도가 편리하다. 40만 단위를 보유한 D는, 예를 들어,

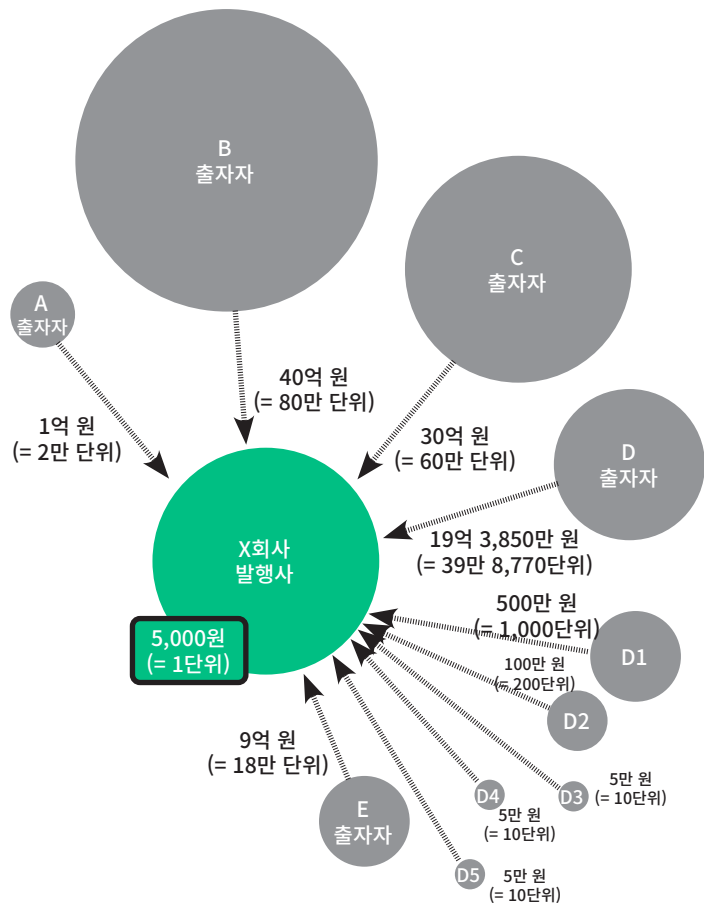
- 1. D1에게 1,000단위 양도하고,
- 2. D2에게 200단위 양도하고,
- 3. D3에게 10단위 양도하고,
- 4. D4에게 10단위 양도하고,
- 5. D5에게 10단위 양도할 수 있다.



그 결과,

- 1. A가 2만 단위만큼 지분권을 갖는다.
- 2. B가 80만 단위만큼 지분권을 갖는다.
- 3. C가 60만 단위만큼 지분권을 갖는다.

- 4. D가 39만 8,770단위(= 40만 - 1,000 - 200 - 10 - 10 - 10)만큼 지분권을 갖는다.
- 5. D1이 1,000단위만큼 지분권을 갖는다.
- 6. D2가 200단위만큼 지분권을 갖는다.
- 7. D3가 10단위만큼 지분권을 갖는다.
- 8. D4가 10단위만큼 지분권을 갖는다.
- 9. D5가 10단위만큼 지분권을 갖는다.
- 10. E가 18만 단위만큼 지분권을 갖는다.



소결

출자를 일정한 단위(예를 들어, 5,000원)로 잘게 나눈 이유는? 투자자들이 투자금을 회수하고 이탈(exit)하는 것을 쉽게 만들기 위해서다.

- 1. 투자자 입장에서든 그래야 안심하고 투자할 수 있다.
 - 2. 회사 차원에서도 그래야 처음부터 투자자들을 모으기 쉽기 때문이다.
- 결국, 회사가 대중으로부터 자금을 쉽게 조달할 수 있도록 만들기 위해서다.

1단위의 액면금액

1단위 5,000원 의미?

“5,000원”은 명목상 금액(face value)일 뿐이다.

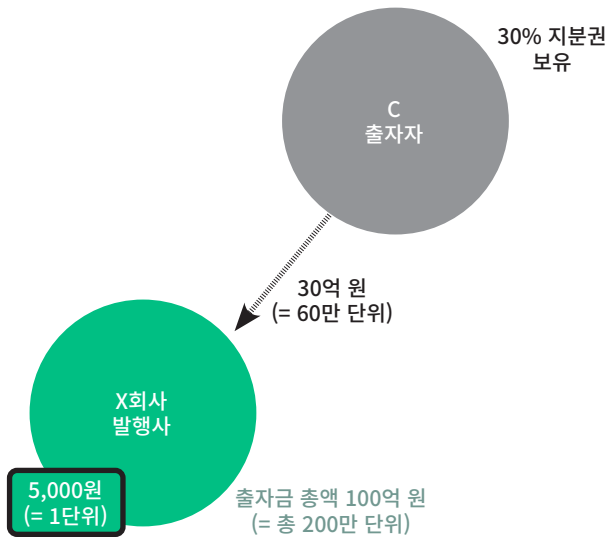
명목상 금액을 다른 말로 액면금액(par value)이라 부른다.

- 1. “5,000원”이라는 금액은 단지 X회사에 대한 “1 / 200만”이라는 지분비율을 나타낼 뿐이다.
- 2. X회사 1단위 지분의 경제적 가치가 실제 현금 5,000원이라는 뜻이 아니다.

60만 단위 소유 의미?

C가 X회사의 60만 단위를 소유하고 있다면?

- 1. C가 X회사에 대해 30%(= 60만 / 200만)의 지분을 가지고 있다는 의미일 뿐이다.
- 2. C가 보유한 X회사 지분권의 경제적 가치가 실제로 30억 원(= 60만 단위 × 5,000원)이라는 뜻이 아니다.



정리(사례 경우)

1. 1단위 액면금액(par value per unit): 5,000원
2. 단위의 총수(total amount of units): 200만
3. 액면금액의 총액(total sum of par value): 100억(= 5,000원 × 200만) 원
4. “C가 60만 단위를 소유했다” = “C의 출자비율(지분비율)이 30%(= 60만 / 200만)이다”.

참고로, 액면금액이 아예 없는 경우(no par value)도 있다. 차차 배우자.

1단위의 경제적 가치

복습

1. C가 60만 단위(개)를 소유했다고 해서,
2. C가 보유한 X회사 지분권의 경제적 가치 또는 실제 가치(actual value)가 30억 원(= 60만 단위 × 5,000원)이라는 뜻은 아니다.

출자금 총액과 실제 가치의 구별

1. “출자금(납입금) 총액이 100억 원”이라는 명제가 곧 “현재 X회사의 실제 가치가 반드시 100억 원”이라는 의미가 아니다.
2. 회사는 받은 자금을 밑천으로 영업을 하므로, 영업활동이나 경기에 따라 재산과 실제 가치는 계속 변동한다.
3. 따라서 실제 회사 가치는 100억 원보다 많을 수도, 적을 수도 있다.

사례

사업이 잘되어서, 2023. 4. 5. 기준 X회사의 실제 재산이 400억 원이 되었다.

1. 회사재산: 400억 원
2. C의 출자비율(지분비율): 30% (= 60만 / 200만)
3. C가 보유한 X회사 지분권의 경제적 가치: 120억 원(= 회사재산 400억 원 × 지분비율 30%)

다음과 같이 볼 수도 있다. 같은 이야기다.

1. 회사재산(total amount of actual value): 400억 원
2. 1단위 지분권의 경제적 가치(actual value per unit): 2만 원(= 회사재산 400억 원 ÷ 단위의 총수 200만)
3. C가 보유한 X회사 지분권의 경제적 가치: 120억 원(= 1단위 지분권의 경제적 가치 2만 원 × 60만 단위)

주식회사와 유한회사

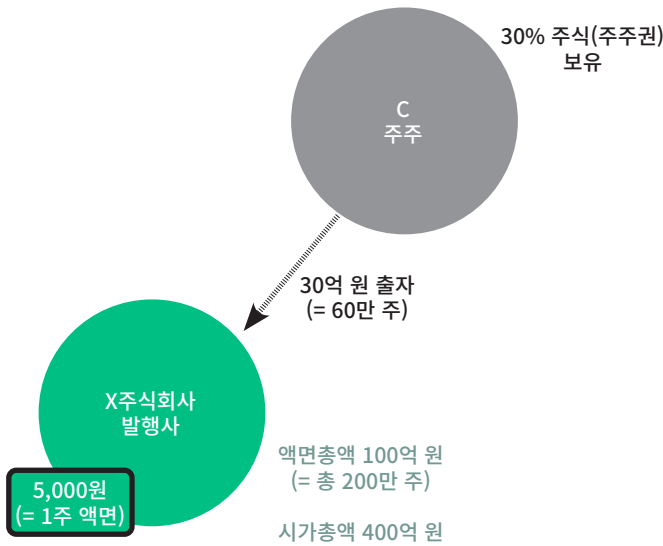
머리에

회사 중에는 주식회사, 유한회사가 있다.

상법 제170조(회사의 종류) 회사는 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 주식회사와 유한회사의 5종으로 한다.

주식회사 경우

만약 X회사가 주식회사라면?



- 1. 지분 = 주식(share): 주식회사에 대한 출자지분을 “주식”이라 한다.
- 2. 지분의 단위 = 주(share): 주식의 단위를 “주”라 한다.

C가 소유한 X회사 주식은 60만 주

- 3. 지분권자의 지위 = 주주(shareholder): 주식 소유자를 “주주”라 한다.

C는 X회사 주식 60만 주를 소유한 주주

- 4. 지분권자의 권리 = 주주권(shareholder’s right): 주주의 회사에 대한 권리를 “주주권”이라 한다.
- 5. 1단위당 액면금액 = 1주당 액면금액(par value per share)

X회사 주식 “1주당 액면금액”은 5,000원

상법 제329조(자본금의 구성) ③ 액면주식 1주의 금액은 100원 이상으로 하여야 한다.

6. 액면금액의 총액 = 발행주식의 액면총액(total sum of par value): 회사 주식의 각 액면금액을 모두 합한 금액을 “발행주식의 액면총액”이라 한다. 하나의 회사가 발행하는 주식의 액면금액은 모두 같아야만 한다. 그 결과, 발행주식의 액면총액 = 1주당 액면금액 × 발행주식 총수.

X회사 발행주식의 액면총액은 100억 원(= 5,000원 × 200만 주)

상법 제329조(자본금의 구성) ② 액면주식의 금액은 균일하여야 한다.

7. 1단위 지분권의 경제적 가치 = 1주당 시가(actual value per share): “주가(market price of share)”라고도 한다.

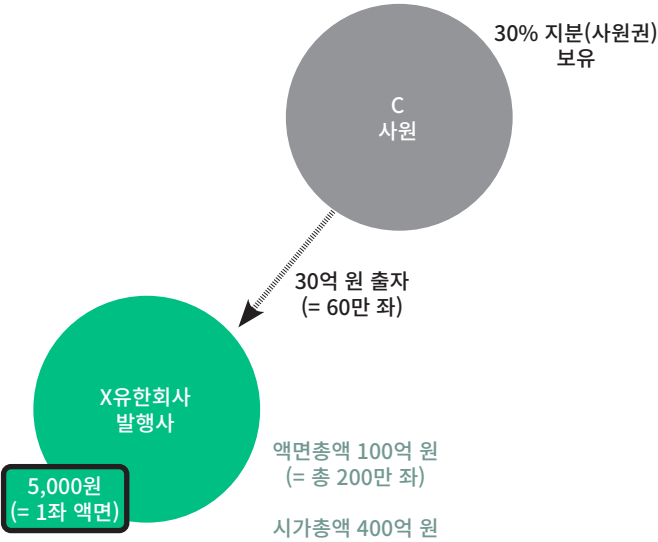
X회사 주식 “1주당 경제적 가치”는 2023. 4. 5. 기준으로 2만 원

8. 시가총액(market capitalization) = 회사 주식의 각 경제적 가치를 모두 합한 금액: 어떤 회사가 같은 종류의 주식을 발행하는 이상 1주당 경제적 가치는 모두 같다. 그 결과, 시가총액 = 1주당 경제적 가치 × 발행주식 총수.

X회사 시가총액은 2023. 4. 5. 기준으로 400억 원(= 2만 원 × 200만 주)

유한회사 경우

만약 X회사가 주식회사가 아니라 유한회사라면?



1. 지분 = 출자(contribution): 유한회사에 대한 출자지분을 출자금의 구성단위라는 의미에서 “출자”라 한다. “지분(share)”이라 부르기도 한다.
2. 지분의 단위 = 좌(unit): 출자의 단위(= 지분의 단위)를 “좌”라 한다.

C가 소유한 X회사 출자는 60만 좌 또는 지분은 60만 좌

3. 지분권자의 지위 = 사원(member; unitholder). 지분 소유자를 “사원”이라 한다.

C는 X회사 지분 60만 좌를 소유한 사원

4. 지분권자의 권리 = 사원권(member's right; unitholder's right): 사원의 회사에 대한 권리를 “사원권”이라 한다.

5. 1단위당 액면금액 = 1좌당 액면금액(par value per unit)

X회사 지분 “1좌당 액면금액”은 5,000원

상법 제546조(출자 1좌의 금액의 제한) 출자 1좌의 금액은 100원 이상으로 균일하게 하여야 한다.

6. 액면금액의 총액: 지분의 액면총액(total sum of par value)

X회사 경우 100억 원(= 5,000원 × 200만 좌)

7. 1단위 지분권의 경제적 가치: 1좌당 시가(actual value per unit)

X회사 경우 2023. 4. 5. 기준으로 2만 원

8. 시가총액(market capitalization) = 회사 지분의 각 경제적 가치를 모두 합한 금액

X회사 경우 2023. 4. 5. 기준으로 400억 원(= 2만 원 × 200만 좌)

주식회사의 기초 개념

Basic Concepts of the Stock Companies

주식회사가 자본주의를 움직일 것이다. - Karl Marx

주식회사의 기관

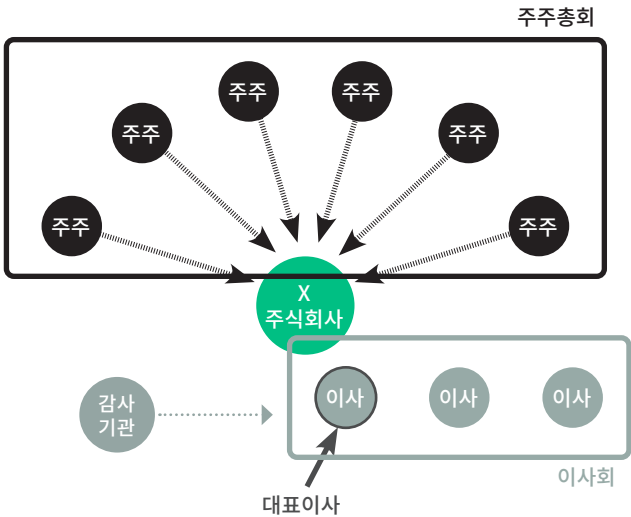
주지사항

주식회사의 기관은,

- 1. 비영리법인(민법상 법인)의 기관과 다르다.
- 2. 유한회사의 기관과도 다르다.

개요

주식회사의 기관은 다음과 같다.



- 1. 주주총회(shareholder's meeting): 근본 사항 결정
- 2. 이사회(board of directors): 업무집행 결정
- 3. 대표이사(representative director): 업무집행 실행
- 4. 감사기관(auditing institution): 이사회와 대표이사의 업무집행 감사

2015다45451전합: 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가진다. 대표이사는 회사의 행위를 대신하는 것이 아니라 회사의 행위 자체를 하는 회사의 기관이다. 회사는 주주총회나 이사회 등 의사결정기관을 통해 결정한 의사를 대표이사를 통해 실현하며, 대표이사의 행위는 곧 회사의 행위가 된다.

주주총회 결정사항 vs 이사회 결정사항

주주총회가 결정하는 사항도 있고, 이사회가 결정하는 사항도 있다.

- 1. 상대적으로 더 중요한 사항을 주주총회(shareholder’s meeting)가 결정한다. 절차가 더 번거롭다.

예: 정관변경, 합병

상법 제433조(정관변경의 방법) ① 정관의 변경은 **주주총회의 결의**[에 따라]야 한다.
상법 제522조(합병계약서와 그 승인결의) ① 회사가 합병을 함에는 합병계약서를 작성하여 **주주총회의 승인**을 얻어야 한다.

- 2. 상대적으로 덜 중요한 사항을 이사회(board of directors)가 결정한다. 절차가 더 간단하다.

예: 자산양도, 차입

상법 제393조(이사의 권한) ① 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치, 이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 **이사의 결의**로 한다.

더 중요하고 덜 중요하고는 어디까지나 상대적이다. 이사회 결정사항이라 해서 모두 사소한 결정이 아니다. 실무상 그보다도 더 사소한 결정은 이사회가 직접 결정하지 않고, 이사회가 대표이사에게 위임해 두기도 한다.

96다48282: 이사회가 일반적, 구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무에 대하여는 이사회에게 그 의사결정권한이 있다. [→ 대표이사에 위임했거나 일상 업무에 속하는 사소한 업무는 대표이사가 처리 가능]

대표이사

- 1. 이사(director)는 대표권이 없다.
- 2. 대표이사(representative director)만 대표권이 있다.
- 3. 이사회가, 이사 중에서, 대표이사를 선정한다.

등기번호	123456	등기사항전부증명서(말소사항포함)	
등록번호	110111-3456789		
상 호	주식회사 로테오원차		. . . 변경
			. . . 등기
	주식회사 로테오일렉트로닉스		2009. 05. 28. 변경
			2009. 06. 09. 등기
사내이사 강수정 640518-*****			
2019년 01월 04일 취임		2019년 01월 04일 등기	
2021년 03월 22일 중임		2021년 03월 23일 등기	
대표이사 강수정 640518-***** 서울특별시 서초구 왕호로 335, 201동 2203호(방배동, 상우드림2차)			
2019년 01월 04일 취임		2019년 01월 04일 등기	
2021년 03월 22일 중임		2021년 03월 23일 등기	

상법 제389조(대표이사) ① 회사는 이사회 의결로 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다. ...

③ ... 제209조...의 규정은 대표이사에 준용한다.

상법 제209조(대표사원의 권한) ① 회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다.

② 전항의 권한에 대한 제한은 선의의 제[3]자에게 대항하지 못한다.

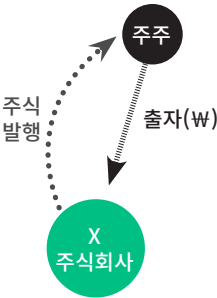
주식회사와 달리, 비영리법인(민법상 법인)의 이사(director)는 각자 대표권이 있다. 따라서 비영리법인은 원칙적으로 별도로 대표이사를 두지 않는다.

등기번호	000999	등기사항전부증명서(말소사항포함)	
등록번호	130121-0001234		
명칭	사단법인 도우며살기운동협의회		
임원에 관한 사항			
이사 김상부 691207-***** 서울특별시 노원구 다름로21길 4-3(상계동) 2020년 3월 24일 취임 2020년 3월 25일 등기			

수권자본

복습: 주식

주식(share): 주식회사의 자본금(capital)을 구성하는 단위(unit). 즉, 출자(contribution)의 단위.



- 1. 주식회사가 출자를 받으면,
- 2. 주식회사는 출자자에게 주식을 발행해 준다.

출자하기로 한 날(납입기일; date set for the payment)에 출자하면, 다음 날 주주로 된다.

상법 제423조(주주가 되는 시기, 납입해태의 효과) ① 신주의 인수인은 납입...을 한 때에는 납입기일의 다음 날로부터 주주의 권리의무가 있다.
② 신주의 인수인이 납입기일에 납입...을 하지 아니한 때에는 그 권리를 잃는다.

정관에 기재하는 주식 수

- 주식회사의 정관에는,
- 1. “현재까지 발행된 주식 수(= 발행주식 총수)”를 적지 않는다. 즉, 실제 출자된 돈을 적지 않는다.
 - 2. “앞으로 발행할 주식 수(= 발행할 주식 총수)”를 적는다. 즉, 앞으로 출자될 돈까지 합한 액수만 적는다.

상법 제289조(정관의 작성, 절대적 기재사항) ① 발기인은 정관을 작성하여 다음의 사항을 적고 각 발기인이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

- 3. 회사가 발행할 주식의 총수

정관 제1장 총칙 제1조(상호) 당 회사는 ‘주식회사 로데오일렉트로닉스’라고 부른다.
제2장 주식(株式)과 주권(株券) 제5조(회사가 발행할 주식의 총수 및 각종 주식의 내용과 수) 당 회사가 발행할 주식의 총수는 20,000,000주로서 보통주식으로 한다. 제6조(1주의 금액) 당 회사가 발행하는 주식 1주의 금액은 5,000원으로 한다.

주식발행을 위해 필요한 절차

- “발행주식 총수” 변경은 정관변경을 초래하지 않는다. 따라서, 회사는,
- 1. 발행할 주식 총수 범위에서는,
 - 2. 정관개정 절차 없이,
 - 3. 수시로 주식을 발행할 수 있다.

즉, 주식발행은,

- 1. 주주총회(shareholder’s meeting) 결의 없이,
- 2. 이사회(board of directors) 결의만 있으면 할 수 있다.

상법 제416조(발행사항의 결정) 회사가 그 성립 후에 주식을 발행하는 경우에는 다음의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 **이사회가 결정**한다. ...

- 1. 신주의 종류와 수
- 2. 신주의 발행가액과 납입기일

수권자본

- 1. 주식발행에 관해 이사회가 권한을 수여(authorized) 받았다.
- 2. 자본금(capital)을 정하는 권한을 이사회가 부여받았다고 이해해도 된다.

서울고법86구501: 수권자본제도를 채택하[는] 우리 상법은 정관에서 **신주발행을 주주총회에서 결정하도록 규정하[는] 경우를 제외하고는 **이사회에서 결정**하도록 규정하고 있[다.] ... **자본조달의 기동성 내지 편의성**을 확보하고자 하는 [것이] 수권자본제도의 본래의 취지[다.]**

발행할 주식 총수 변경을 위해 필요한 절차

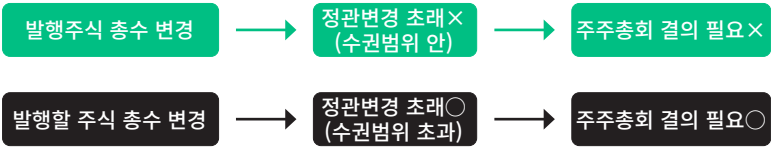
그러나 더 나아가 “발행할 주식 총수”를 변경하려면? 즉, 수권 범위를 변경하려면? 발행할 주식 총수는 정관 기재 사항이므로, 정관 변경을 초래한다. 따라서,

- 1. 이사회(board of directors) 결의만으로는 부족하고,
- 2. 주주총회(shareholder’s meeting) 결의가 필요하다.

상법 제433조(정관변경의 방법) ① 정관의 변경은 **주주총회의 결의**[에 따라]야 한다.

상법 제434조(정관변경의 특별결의) 제433조 제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

이사회가 부여받은 권한을 넘는 것이라, 주주총회 결의가 필요한 것이다.



주의: 등기부에 기재하는 주식 수

주식회사의 등기부에는,

- 1. “현재까지 발행된 주식 수(→ 실제 출자된 돈)”도 적는다.
- 2. “앞으로 발행할 주식 수(→ 앞으로 출자될 돈까지 합한 액수)”도 적는다.

상법 제317조(설립의 등기) ② [주식회사]의 설립등기[를 할 때]는 다음의 사항을 등기하여야 한다.

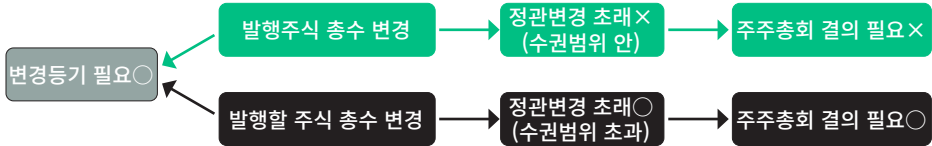
- 1. ... 사항[⇒ 회사가 **발행할** 주식의 총수]
- 2. 자본금의 액
- 3. **발행주식**의 총수, 그 종류와 각종주식의 내용과 수

④ 제181조[부터] 제183조[까지]의 규정은 주식회사의 등기에 준용한다.

따라서 회사는 수시로 주식을 발행할 수는 있지만, 때때마다 변경등기 절차는 거쳐야 한다.

상법 제183조(변경등기) [설립등기사항]에 변경이 있는 때에는 본점소재지에서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 변경등기를 하여야 한다.

등기번호	123456	등기사항전부증명서(말소사항포함)
등록번호	110111-3456789	
상 호	주식회사 로테오완자	. . . 변경
		. . . 등기
	주식회사 로테오일렉트로닉스	2009. 05. 28. 변경
		2009. 06. 09. 등기
1주의 금액	금 5,000원	. . . 변경
		. . . 등기
발행할 주식의 총수	8,000,000주	. . . 변경
		. . . 등기
	20,000,000주	2012. 05. 28. 변경
		2012. 06. 02. 등기
발행주식의 총수와 그 종류 및 각각의 수	자본의 총액	변경연월일 등기연월일
발행주식의 총수	200,000주	
보통주식	200,000주	금 1,000,000,000원
발행주식의 총수	500,000주	. . .
보통주식	500,000주	2008. 02. 03. 변경
발행주식의 총수	1,000,000주	2008. 02. 13. 등기
보통주식	1,000,000주	2009. 05. 06. 변경
발행주식의 총수	1,000,000주	2009. 05. 12. 등기
보통주식	1,800,000주	2010. 12. 03. 변경
발행주식의 총수	1,800,000주	2010. 12. 14. 등기
보통주식	1,800,000주	2013. 08. 05. 변경
발행주식의 총수	6,000,000주	2013. 08. 07. 등기
보통주식	6,000,000주	2018. 11. 22. 변경
발행주식의 총수	8,000,000주	2018. 11. 30. 등기
보통주식	8,000,000주	2021. 02. 05. 변경
발행주식의 총수	10,000,000주	2021. 02. 10. 등기
보통주식	10,000,000주	



주주권과 주권

주주권

주식회사에서 주주의 권리를 주주권, 줄여서 주권(株權; shareholder’s right)이라 한다. 그리고 그런 주주의 지위를 주식(株式; share)이라 한다. 예를 들어, 주권(株權)의 “권(權)”은 권리(權利), 권능(權能), 권세(權勢) 할 때 그 권이다.

- 1. 배당(dividends)을 받을 권리(지위)

상법 제462조(이익의 배당) ① 회사[X회사]는 대차대조표의 순자산액으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다. ...

- 2. 주주총회에 출석해 투표(voting)할 권리(지위)

상법 제369조(의결권) ① 의결권은 1주마다 1개로 한다.

머릿수 기준이 아니라, 주식 수 기준이다. 쉽게 말해, 돈을 더 많이 투자한 사람이 의결권도 더 크다. 바로, 주주평등 원칙이다.

2021다293213: 주주평등 원칙이란, 주주는 회사와의 법률관계에서 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 무효[다.]

주주권은 단독주주권과 소수주주권으로 나뉜다.

- 1. 단독주주권(right exercisable by any shareholder): 1주만 보유해도 행사할 수 있는 권리.

상법 제376조(결의취소의 소) ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반[되]거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반[될] 때에는 주주...는 결의의 날로부터 2[개]월 내 결의취소의 소를 제기할 수 있다.

- 2. 소수주주권(right of minority shareholder): 일정 수 이상 주식을 보유해야 행사할 수 있는 권리.

상법 제366조(소수주주[의] 소집청구) ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다.

주권

주식(share)을 종이로 표시(표창)한 증권(securities)을 주권(株券; share certificate)이라 한다.

주권(株券)의 “권(券)”은 여권(旅券), 복권(福券), 증권(證券) 할 때 그 권이다.

재물성

1. 주주권, 주권(株權; shareholder’s right), 주식(share): 재물(property)×

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2020도2884: 자본의 구성단위 또는 주주권을 의미하는 주식은 재물이 아니므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다. ... 주권이 발행되지 않은 상태에서 ... 예탁결제원에 예탁된 것으로 취급되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 [따라] 양도되는 주식은 재물이 아니[다.] [그러]므로 횡령죄의 객체가 될 수 없다.

2. 주권(株券; share certificate): 재물(property)○

형법 제355조(횡령...) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

2020도2884: 주권은 유가증권으로서 재물에 해당되므로 횡령죄의 객체가 될 수 있[다.] ... 따라서 예탁결제원에 예탁되어 계좌 간 대체 기재의 방식에 [따라] 양도되는 주권은 유가증권으로서 재물에 해당[된다.] [그러]므로 횡령죄의 객체가 될 수 있[다.]

소결

2020도2884: 상법상 주식은 자본구성단위 또는 주주의 지위(주주권)를 의미[한다.] 주식은 주주권을 표창하는 유가증권인 주권과는 구분된다.

연습문제

2026년도 변호사시험 형사법 선택형

[문 12.] 횡령죄에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 甲이 A로부터 계좌 간 대체 기재 방식으로 예탁주식을 양수받아 A를 위해 보관하던 중 정당한 사유 없이 반환을 거부한 경우, 주식은 횡령죄의 객체가 될 수 없으므로 주권 발행 여부와 상관없이 甲에게 횡령죄가 성립하지 않는다.

종류주식

개념

- 1. 종류주식(different classes of shares)

상법 제344조(종류주식) ① 회사는 이익의 배당, 잔여재산의 분배, 주주총회에서의 의결권의 행사, 상환 및 전환 등에 관하여 **내용이 다른 종류의 주식**(이하 “종류주식”이라 한다)을 발행할 수 있다.

- 2. 보통주식(common shares; ordinary shares): 그 외의 주식

사례

- 1. 우선주(preferred shares): 다른 주주들보다 우선해 배당 받는 주식.

상법 제344조의2(이익배당...에 관한 종류주식) ① 회사가 **이익의 배당에 관하여 내용이 다른** 종류주식을 발행하는 경우에는 ...

- 2. 의결권 없는 주식(non-voting shares)

상법 제344조의3(의결권의 배제, 제한에 관한 종류주식) ① 회사가 **의결권이 없는** 종류주식이나 의결권이 제한되는 종류주식을 발행하는 경우에는 ...

- 3. 상환주(redeemable shares)

상법 제345조(주식의 상환에 관한 종류주식) ① 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 **회사의 이익으로써 소각할 수 있는** 종류주식을 발행할 수 있다. ...

주주가 옵션을 가질 경우, 회사 전망이 좋을 때는 그대로 주식을 들고 있다, 회사 전망이 나빠지면 주식을 상환하면 된다.

- 4. 전환주(convertible shares)

상법 제346조(주식의 전환에 관한 종류주식) ① ... 정관으로 정하는 바에 따라 주주는 인수한 주식을 **다른 종류주식으로 전환**할 것을 청구할 수 있다. ...

② ... 정관에 일정한 사유가 발생할 때 회사가 주주의 인수 주식을 **다른 종류주식으로 전환**할 수 있음을 정할 수 있다. ...

주주가 옵션을 가질 경우, 일단 우선주로 우선 배당을 받다가, 주가가 상승하면 보통주로 전환해 시세차익을 얻으면 된다.

상업장부
Trade Books

측정되지 않은 것은 관리되지 않는다. - Peter Drucker

머리에

개념

상업장부(trade books) = 재무제표(financial statements; F/S) + 회계장부(book of account)

상법 제29조(상업장부의 종류, 작성원칙) ① 상인은 영업상의 재산 및 손익의 상황을 명백히 하기 위하여 회계장부 및 대차대조표를 작성하여야 한다.

재무제표

- 1. 대차대조표(balance sheets; B/S): 특정 시점의 회사 재무상태
- 2. 손익계산서(income statements; profit and loss statement; I/S; P&L): 일정 기간의 기업 경영성과(1주당 수익률 등)
- 3. 자본변동표(statement of changes in equity; SCE): 일정 기간의 자본계정 변동
- 4. 현금흐름표(cash flow statement; CFS): 일정 기간의 회사 현금흐름을 보여주는 표
- 5. 기타

상법 제447조(재무제표의 작성) ① 이사는 결산기마다 다음 각호의 서류와 그 부속명세서를 작성하여 이사회에 승인을 받아야 한다.

- 1. 대차대조표
- 2. 손익계산서
- 3. 그 밖에 회사의 재무상태와 경영성과를 표시하는 것으로서 대통령령으로 정하는 서류

상법 시행령 제16조(주식회사 재무제표의 범위 등) ① 법 제447조 제1항 제3호에서 “대통령령으로 정하는 서류”란 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 서류를 말한다. 다만, ... 외부감사 대상 회사의 경우에는 다음 각호의 모든 서류, 현금흐름표 및 주석(註釋)을 말한다.

- 1. 자본변동표
- 2. 이익잉여금 처분계산서 또는 결손금 처리계산서

회계장부

거래, 영업상 재산에 영향 있는 사항을 기재한 장부

대차대조표

복습: 개념

대차대조표(balance sheets; B/S)란,

- 1. 특정 시점의
- 2. 회사 재무상태

기업회계에서는 재무상태표(statement of financial position; SFP)라 한다.

사례

	제 57 기	2025.12.31 현재	
	제 56 기	2024.12.31 현재	
	제 55 기	2023.12.31 현재	
	(단위 : 백만원)		
	제 57 기	제 56 기	제 55 기
자산			
유동자산	101,439,429	82,320,322	68,548,442
현금및현금성자산 (주4,28)	12,581,632	1,653,766	6,061,451
단기금융상품 (주4,28)	12,332,721	10,187,991	50,071
매출채권 (주4,5,7,28)	42,081,734	33,840,357	27,363,016
미수금 (주4,7,28)	2,146,762	3,249,731	1,910,054
선급비용	1,474,647	1,381,781	1,349,755
재고자산 (주8)	28,051,916	29,154,115	29,338,151
기타유동자산 (주4,28)	2,770,017	2,852,581	2,475,944
비유동자산	257,462,622	242,645,805	228,308,847
기타포괄손익-공정가치금융자산 (주4,6,28)	4,248,587	2,176,346	1,854,503
당기손익-공정가치금융자산	0	0	1
종속기업, 관계기업 및 공동기업 투자 (주9)	59,498,635	57,427,196	57,392,438
유형자산 (주10)	155,360,355	151,446,870	140,579,161
무형자산 (주11)	11,233,489	10,496,956	10,440,211
순확정급여자산 (주14)	3,367,162	2,249,792	3,745,697
이연법인세자산 (주25)	19,320,422	14,333,432	9,931,358
기타비유동자산 (주4,7,28)	4,433,972	4,515,213	4,365,478
자산총계	358,902,051	324,966,127	296,857,289
부채			
유동부채	72,935,381	80,157,976	41,775,101
매입채무 (주4,28)	14,247,155	10,287,967	7,943,834
단기차입금 (주4,5,12,28)	15,375,658	11,110,972	5,625,163
미지급금 (주4,28)	21,165,572	18,591,524	15,256,046
선수금 (주17)	450,101	350,448	302,589
예수금 (주4,28)	495,432	516,454	445,470
미지급비용 (주4,17,28)	11,031,657	9,039,886	6,931,991
당기법인세부채	3,811,821	1,380,469	0
유동성장기부채 (주4,12,13,28)	268,801	22,264,226	228,491
총당부채 (주15)	5,724,412	6,257,389	4,540,702
기타유동부채 (주17)	364,772	358,641	500,815
비유동부채	31,636,587	8,411,494	30,294,414

사채 (주4,13,28)	7,134	14,530	19,064
장기차입금 (주4,12,28)	23,399,087	795,703	22,902,035
장기미지급금 (주4,28)	5,223,964	4,965,481	4,942,826
장기충당부채 (주15)	2,226,960	2,602,575	2,413,133
기타비유동부채	779,442	33,205	17,356
부채총계	104,571,968	88,569,470	72,069,515
자본			
자본금 (주18)	897,514	897,514	897,514
우선주자본금	119,467	119,467	119,467
보통주자본금	778,047	778,047	778,047
주식발행초과금	4,403,893	4,403,893	4,403,893
이익잉여금 (주19)	254,566,830	233,734,316	219,963,351
기타자본항목 (주20)	(5,538,154)	(2,639,066)	(476,984)
자본총계	254,330,083	236,396,657	224,787,774
부채와자본총계	358,902,051	324,966,127	296,857,289

손익계산서

복습: 개념

손익계산서(income statements; profit and loss statement; I/S; P&L)란,

- 1. 일정 기간의
- 2. 기업 경영성과(1주당 수익률 등)

사례

제 57 기 2025.01.01 부터 2025.12.31 까지			
제 56 기 2024.01.01 부터 2024.12.31 까지			
제 55 기 2023.01.01 부터 2023.12.31 까지			
(단위 : 백만원)			
	제 57 기	제 56 기	제 55 기
매출액 (주29)	238,043,009	209,052,241	170,374,090
매출원가 (주21)	165,994,290	152,061,472	144,023,552
매출총이익	72,048,719	56,990,769	26,350,538
판매비와관리비 (주21,22)	48,445,100	44,629,735	37,876,835
영업이익(손실) (주29)	23,603,619	12,361,034	(11,526,297)
기타수익 (주23)	9,815,254	10,351,185	29,643,315
기타비용 (주23)	247,096	540,542	375,723
금융수익 (주24)	7,445,403	7,717,689	7,388,664
금융비용 (주24)	7,181,098	8,139,788	7,598,459
법인세비용차감전순이익	33,436,082	21,749,578	17,531,500
법인세비용(수익) (주25)	(250,519)	(1,832,987)	(7,865,599)
당기순이익	33,686,601	23,582,565	25,397,099
주당이익 (주26)			
기본주당이익 (단위 : 원)	5,027	3,472	3,739
희석주당이익 (단위 : 원)	5,026	3,472	3,739

자본변동표

복습: 개념

자본변동표(statement of changes in equity; SCE)란,

- 1. 일정 기간의
- 2. 자본계정 변동

사례

제 57 기 2025.01.01 부터 2025.12.31 까지					
제 56 기 2024.01.01 부터 2024.12.31 까지					
제 55 기 2023.01.01 부터 2023.12.31 까지					
(단위 : 백만원)					
	자본				
	자본금	주식발행초과금	이익잉여금	기타자본항목	자본 합계
2023.01.01 (기초자본)	897,514	4,403,893	204,388,016	(273,232)	209,416,191
당기순이익	0	0	25,397,099	0	25,397,099
기타포괄손익-공정가치금융자산평가손익 (주6,20)	0	0	(12,327)	368,799	356,472
순확정급여부채(자산) 재측정요소 (주14,20)	0	0	0	(572,551)	(572,551)
배당 (주19)	0	0	(9,809,437)	0	(9,809,437)
자기주식의 취득 (주18,20)	0	0	0	0	0
자기주식의 소각 (주18)	0	0	0	0	0
주식기준보상 (주20)	0	0	0	0	0
2023.12.31 (기말자본)	897,514	4,403,893	219,963,351	(476,984)	224,787,774
2024.01.01 (기초자본)	897,514	4,403,893	219,963,351	(476,984)	224,787,774
당기순이익	0	0	23,582,565	0	23,582,565
기타포괄손익-공정가치금융자산평가손익 (주6,20)	0	0	(2,163)	241,947	239,784
순확정급여부채(자산) 재측정요소 (주14,20)	0	0	0	(592,254)	(592,254)
배당 (주19)	0	0	(9,809,437)	0	(9,809,437)
자기주식의 취득 (주18,20)	0	0	0	(1,811,775)	(1,811,775)
자기주식의 소각 (주18)	0	0	0	0	0
주식기준보상 (주20)	0	0	0	0	0
2024.12.31 (기말자본)	897,514	4,403,893	233,734,316	(2,639,066)	236,396,657
2025.01.01 (기초자본)	897,514	4,403,893	233,734,316	(2,639,066)	236,396,657
당기순이익	0	0	33,686,601	0	33,686,601
기타포괄손익-공정가치금융자산평가손익 (주6,20)	0	0	3,682	1,542,122	1,545,804
순확정급여부채(자산) 재측정요소 (주14,20)	0	0	0	(12,435)	(12,435)
배당 (주19)	0	0	(9,808,728)	0	(9,808,728)
자기주식의 취득 (주18,20)	0	0	0	(8,189,263)	(8,189,263)
자기주식의 소각 (주18)	0	0	(3,049,041)	3,049,041	0
주식기준보상 (주20)	0	0	0	711,447	711,447
2025.12.31 (기말자본)	897,514	4,403,893	254,566,830	(5,538,154)	254,330,083

현금흐름표

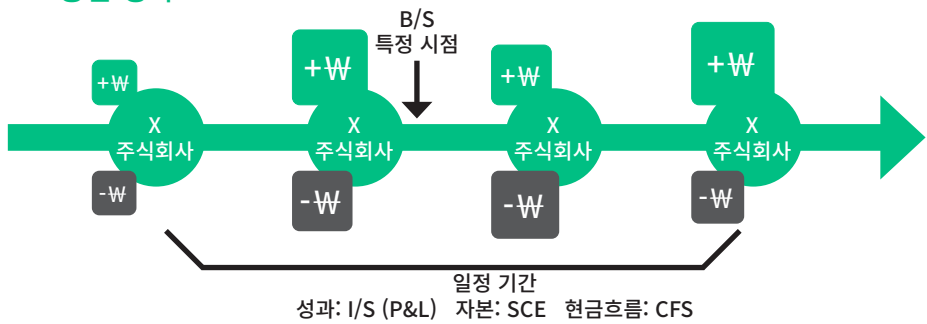
복습: 개념
현금흐름표(cash flow statement; CFS)란,

- 1. 일정 기간의
- 2. 회사 현금흐름

사례

제 57 기 2025.01.01 부터 2025.12.31 까지			
제 56 기 2024.01.01 부터 2024.12.31 까지			
제 55 기 2023.01.01 부터 2023.12.31 까지			
(단위 : 백만원)			
	제 57 기	제 56 기	제 55 기
영업활동현금흐름	68,733,956	52,491,497	34,455,084
영업에서 창출된 현금흐름	62,631,899	44,315,608	8,088,628
당기손이익	33,686,601	23,582,565	25,397,099
조정 (주27)	33,652,598	21,493,129	(4,092,924)
영업활동으로 인한 자산부채의 변동 (주27)	(4,707,300)	(760,086)	(13,215,547)
이자 수취	307,064	277,362	332,111
이자 지급	(687,461)	(674,010)	(798,649)
배당금 수입	9,325,148	9,635,502	29,497,803
법인세 납부액	(2,842,694)	(1,062,965)	(2,664,809)
투자활동현금흐름	(44,863,548)	(50,377,644)	(47,571,537)
단기금융상품의 순감소(증가)	(2,201,896)	(10,122,673)	(49,934)
기타포괄손익-공정가치금융자산의 처분	26,604	2,942	15,538
기타포괄손익-공정가치금융자산의 취득	0	0	(15,515)
당기손익-공정가치금융자산의 처분	0	1	243
종속기업, 관계기업 및 공동기업 투자의 처분	152,808	319,965	144,292
종속기업, 관계기업 및 공동기업 투자의 취득	(1,186,866)	(336,648)	(108,300)
유형자산의 처분	170,270	130,956	164,415
유형자산의 취득	(37,748,045)	(38,246,765)	(45,026,206)
무형자산의 처분	2,303	13,327	12,002
무형자산의 취득	(4,104,861)	(2,069,083)	(2,639,614)
기타 투자활동으로 인한 현금유출입액	26,135	(69,666)	(68,458)
재무활동현금흐름	(12,941,531)	(6,520,814)	15,268,902
단기차입금의 순증가(감소) (주27)	4,498,284	5,316,919	3,274,337
사채 및 장기차입금의 차입 (주27)	2,800,000	0	21,990,000
사채 및 장기차입금의 상환 (주27)	(2,240,906)	(217,305)	(185,316)
배당금의 지급	(9,809,646)	(9,808,653)	(9,810,119)
자기주식의 취득	(8,189,263)	(1,811,775)	0
외화환산으로 인한 현금의 변동	(1,011)	(724)	(12,591)
현금및현금성자산의 증가(감소)	10,927,866	(4,407,685)	2,139,858
기초의 현금및현금성자산	1,653,766	6,061,451	3,921,593
기말의 현금및현금성자산	12,581,632	1,653,766	6,061,451

중간 정리



지금 단계에서는 100% 이해하지 못해도 좋다. 이것들이 “재무제표”라는 것 자체와 그것을 어디에서 구출하는지(“Know-Where”)만 기억해도 충분하다. 개념은 경영학을 전공한 친구와 식사를 자주 하며 알아나가자.

회계장부

특수: 개념

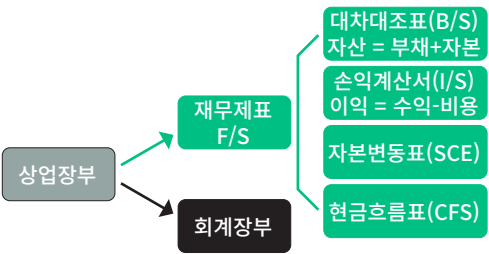
거래, 영업상 재산에 영향 있는 사항을 기재한 장부

조문

- 상법 제29조(상업장부의 종류, 작성원칙) ② 상업장부의 작성에 관하여 이 법에[서] 규정한 것을 제외하고는 일반적으로 공정, 타당한 회계관행[→ 한국채택 국제회계기준(K-IFRS)]에 [따른다].
- 상법 제30조(상업장부의 작성방법) ① 회계장부에는 거래와 기타 영업상의 재산에 영향이 있는 사항을 기재하여야 한다.
- 상법 제446조의2(회계의 원칙) 회사의 회계는 이 법과 대통령령으로 규정한 것을 제외하고는 일반적으로 공정하고 타당한 회계관행[→ 한국채택 국제회계기준(K-IFRS)]에 따른다.

재무제표와 회계장부의 구별

개념



구별실익

1. 회계장부 열람청구: 3% 이상 주주만 가능(원칙)

상법 제466조(주주의 회계장부열람권) ① 발행주식의 총수의 **100분의 3 이상**에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 **회계의 장부**와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.

2. 재무제표 열람청구: 회사채권자(회사에 대한 채권자)와 주주는 누구나 가능

상법 제448조(재무제표 등의 비치, 공시) ① 이사는 정기총회회일의 1주간의 전부터 제 447조...의 서류[**재무제표**]와 감사보고서를 본점에 5년간, 그 등본을 지점에 3년간 비치하여야 한다.

- ② **주주와 회사채권자**는 영업시간내에 언제든지 제1항의 비치서류를 열람할 수 있으며 ...
-

주식회사의 회계

Accounting for Stock Companies

세상에는 돈 버는 법과 돈 못버는 법이 있다.
- 김건식

자본금

자본금 개념

상법은 일정 금액을 주식회사의 재산으로 확보하도록 강제한다. 그 일정 금액을 자본금(capital)이라 부른다. 자본금은,

1. 실제 회사가 확보한 금액이 아니라,
2. 회사가 확보해 두어야 하는 최소한의 금액(equity cushion)이다.

자본금 산정

자본금을 어떻게 산정하는가? 즉, 회사가 확보해 두어야 하는 금액은 얼마인가?

1. 이것은 법에서 정하기 나름이다.
2. 우리 법은 자본금을 발행주식의 액면총액(total sum of par value)으로 정했다.

상법 제451조(자본금) ① 회사의 자본금은 이 법에서 달리 규정한 경우 외에는 발행주식의 액면총액으로 한다.

발행주식의 액면총액(total sum of par value) = 주당 액면금액(par value per share) × 발행주식 총수

3. 발행주식의 액면총액은, 주식발행을 통해 회사가 출자받은 금액 합계다.
4. 결국, 출자받은 금액만큼은 회사가 확보해 두라는 취지다.

사례

어떤 회사가,

1. 1주당 액면금액(par value per share) 5,000원인 주식을,
2. 현재까지 100만 주 발행했다.
3. 이 회사의 자본금은 50억 원(= 5,000원 × 100만 주)이 된다. 즉, 이 회사가 확보하고 있어야만 하는 최소한의 금액은 50억 원이다.

이익배당

이익배당 개념

쉽게 말해, 회사가 돈을 잘 벌어 이익이 남으면, 그 남은 이익(surplus)을 주주들에게 배당한다. 즉, 이익배당(dividends)을 한다.

이익배당 요건

- 1. “배당할 수 있는 이익”, 즉 배당가능이익(distributable profits) 한도 내에서 이익배당을 할 수 있고,

이익 없으면, 배당 없다.

- 2. 주주총회 결의가 필요하다.

상법 제449조(재무제표 등의 승인, 공고) ① 이사는 제447조의 각 서류[재무제표]를 정기총회에 제출하여 그 승인을 요구하여야 한다.

상법 제462조(이익의 배당) ① 회사는 대차대조표[B/S 또는 SFP]의 순자산액[(= 총 자산 - 총부채)]으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다. ...

② 이익배당은 주주총회의 결의로 정한다. ...

상법 제368조(총회의 결의방법과 의결권의 행사) ① 총회의 결의는 이 법 또는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

2020다208621: 이익의 배당...은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위[다.]

보통 1년에 한 번씩 정기 주주총회(2026. 3.)를 하면서, 배당 기준일(2025. 12. 31.)에 따라 배당액을 계산한다. 배당 기준일과 결정일 사이에는 제법 시간적 간격이 생겨 불안정할 수 있다. 이 간격을 단축하고 절차를 간소화하기 위해, 일정 요건 아래 주주총회 결의 대신 이사회 결의만으로 이익배당을 할 수 있다.

상법 제462조(이익의 배당) ② 이익배당은 주주총회의 결의로 정한다. 다만, 제449조의2 제1항에 따라 재무제표를 이사회가 승인하는 경우에는 **이사의 결의**로 정한다.

상법 제449조의2(재무제표 등의 승인에 대한 특칙) ① 제449조에도 불구하고 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제447조의 각 서류[재무제표]를 **이사의 결의**로 승인할 수 있다. 다만, 이 경우에는 다음 각호의 요건을 모두 충족하여야 한다.

- 1. 제447조의 각 서류[재무제표]가 법령 및 정관에 따라 회사의 재무상태 및 경영성과를 적정하게 표시하고 있다는 **외부감사인의 의견**이 있을 것
- 2. **감사... 전원의 동의**가 있을 것

배당가능이익 산정

배당가능이익(distributable profits)을 어떻게 산정하는가?

- 1. 이것도 법에서 정하기 나름이다.
- 2. 우리 법은 배당가능이익을 다음과 같이 정했다.

상법 제462조(이익의 배당) ① 회사는 대차대조표[B/S 또는 SFP]의 순자산액[(= 총 자산 - 총부채)]으로부터 다음의 금액을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다.

1. 자본금의 액
2. 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액
3. 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액
4. 대통령령으로 정하는 미실현이익

배당가능이익(distributable profits; P) = 순자산(net assets) - {자본금(capital) + 준비금(reserves) + 기타}

이익배당 청구권

주주는 이익배당 받을 권리가 있다. 2종류로 나뉜다.

1. 추상적 이익배당 청구권(abstract claim for dividend)

2010다53792: 주주의 이익배당청구권은 ... 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정되기 전에는 **장차 이익배당을 받을 수 있다는 추상적 권리**에 지나지 않는다.[다] 그때까지는 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정되지 아니한다.

주주가 회사 상대로 추상적 청구권에 기초해 배당금 지급 청구하면 → 패소.

2. 구체적 이익배당 청구권(concrete claim for dividend): 이익배당 승인 결의 후 or 정관상 산정 방식이 일의적이고 구체적

2020다263574: [i] 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때까지는 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정되지 아니한다.

다만 [ii] 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 **배당할 금액이 일의적으로 산정**된다면? 그리고 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다[면? 이런 경우는] 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다.

주주가 회사 상대로 구체적 청구권에 기초해 배당금 지급 청구하면 → 승소.

2020다263574: 이러한 경우 회사는 주주총회에서 이익배당에 관한 결의를 하지 않았거나 정관과 달리 이익배당을 거부하는 결의를 하였다는 사정을 들어 주주에게 이익 배당금의 지급을 거절할 수 없다.

위법배당

이익배당이 위법한 것을 위법배당(illegal dividend)이라 한다.

1. 좁은 의미의 위법배당: 배당가능이익을 초과한 배당

예: 배당가능이익이 10억 원인데, 12억 원을 배당 → 2억 원 부분.

2. 넓은 의미의 위법배당: 그 외 사유로 위법한 배당

예: 근거 없이 주주 A에게는 1주당 100만 원씩, 주주 B에게는 1주당 80만 원씩 배당(주주평등 원칙 위반).

좁은 의미의 위법배당 경우,

- 1. 회사는 주주에게 배당금(초과금)을 반환하라고 청구할 수 → ○

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

- 2. 회사의 채권자는 주주에게 배당금(초과금)을 회사에 반환하라고 청구할 수 → ○

상법 제462조(이익의 배당) ③ 제1항[배당가능이익 한도에서 배당]을 위반하여 이익을 배당한 경우에 **회사채권자는** 배당한 이익을 **회사에 반환할 것을** 청구할 수 있다.

넓은 의미의 위법배당 경우,

- 1. 회사는 주주에게 배당금(초과금)을 반환하라고 청구할 수 → ○

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

- 2. 회사의 채권자는 주주에게 배당금(초과금)을 회사에 반환하라고 청구할 수 → ×

할 수 있다는 규정이 없기 때문이다.

정기배당과 중간배당

- 1. 정기배당: 앞서 본 이익배당. 즉, 결산기에 재무제표를 주주총회 결의로 승인 받아 실시하는 배당.
- 2. 중간배당(interim dividend): 결산기가 아닌 일정한 날 기준으로 이사회 결의로 실시하는 배당.

상법 제462조의3(중간배당) ① [연] 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도 중 1회에 한하여 이사회의 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 이익을 배당...할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.

중간배당은 낙장불입.

2022다223778: 연 1회의 결산기를 정한 회사의 경우 정관에 정함이 있으면 이사회 결의로 중간배당을 실시할 수 있고 그 횟수는 **영업년도 중 1회로 제한된다.**

중간배당에 관한 이사회의 결의가 성립하면 추상적으로 존재하던 중간배당청구권이 구체적인 중간배당금 지급청구권으로 확정[된다. 그러므로] 상법 제462조의3이 정하는 중간배당에 관한 **이사회 결의가 있으면** 중간배당금이 지급되기 전이라도 [해당] 영업년도 중 1회로 제한된 **중간배당은 이미 결정된 것**이다. 따라서] 같은 영업년도 중 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다. 이사회 결의로 주주의 중간배당금 지급청구권이 구체적으로 확정된 이상 그 청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 내용의 이사회 결의도 허용될 수 없다.

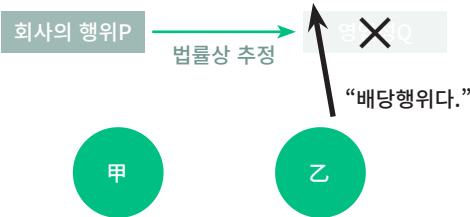
배당은 상행위인가?

회사 입장에서, 주주에 배당(dividend)하는 건 영업을 위한 행위가 아니다. 즉,

- 1. 회사는 상인이다. 그래서 원래 회사의 모든 행위는 영업을 위해 한다고 추정 (presume)한다.

상법 제5조(동전-의제상인) ① [어떤] 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다.
② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다.
상법 제47조(보조적 상행위) ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다.
② 상인의 행위는 <u>영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.</u>

- 2. 그러나 회사의 그 행위가 배당이라는 점을 증명하면, 그 추정을 깰 수 있다.



따라서,

- 1. 회사의 배당금 지급: 상행위 X
- 2. 위법배당에 따른 회사로의 부당이득 반환: 역시 상행위 X

2020다208621: <u>이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위[다. 그래]서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지급청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위[에 따른] 채권이라고 볼 수 없다.</u> 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득 반환 청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다.

따라서,

- 1. 배당금 지급 청구권: 당사 소멸시효가 아니라 민사 소멸시효 10년에 걸린다.
- 2. 위법배당에 따른 부당이득 반환 청구권: 역시 당사 소멸시효가 아니라 민사 소멸시효 10년에 걸린다.

상법 제64조(상사시효) 상행위[에 따른] 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. ...
민법 제162조(채권...의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

2020다208621: 특히 배당가능이익이 없는데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적[다. 그러므로 그] 회수를 위한 부당이득 반환 청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다.
--

따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 49.] 비상장주식회사의 이익배당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 이익배당은 주주총회 결의로 정하나 상법 제449조의2(재무제표 등의 승인에 대한 특칙) 제1항에 따라 재무제표를 이사회가 승인하는 경우에는 이사회 결의로 정한다.
- ② 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다.
- ④ 회사가 배당가능 이익의 한도 내에서 주주평등의 원칙을 위반하여 이익을 배당한 경우 회사채권자는 배당한 이익을 회사에 반환할 것을 청구할 수 있다.
- ⑤ 연 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도 중 1회에 한하여 이사회 결의로 일정한 날을 정하여 그날의 주주에 대하여 이익을 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 54.] 주식회사의 배당제도에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (모든 회사는 액면주식을 발행한 회사이고 전자등록은 고려하지 않음. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다.
- ㄴ. 「상법」 제462조의3이 정하는 중간배당에 관한 이사회 결의가 있었다고 하더라도 중간배당금이 지급되기 전이라면 같은 영업년도 중 다시 이사회를 소집하여 중간배당금 지급청구권의 내용을 변경하는 이사회 결의를 할 수 있다.
- ㄷ. 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것으로 「상법」 제64조가 적용되는 상행위[에 따른] 채권이다.

주식배당

주식배당 개념

쉽게 말해,

- 1. 이익배당(dividends)을 하는데,
- 2. 돈 대신 신주(new shares)를 주는 배당이다.

상법 제462조의2(주식배당) ① 회사는 주주총회의 결의[에 따라] 이익의 배당을 새로 이 발행하는 주식으로써 할 수 있다. ...

주식배당 요건

기본적으로, 이익배당 요건과 같다.

- 1. “배당할 수 있는 이익”, 즉 배당가능이익(distributable profits) 한도 내에서 주식배당을 할 수 있고,

이익 없으면, 배당 없다.

- 2. 주주총회 결의가 필요하다.

이익배당은 앞서 본 것처럼 이사회 결의만으로 할 수 있다는 특별규정이 있다. 그러나 주식배당은 그렇지 않다. 즉, 반드시 주주총회 결의로 해야 한다.

상법 제462조의2(주식배당) ① 회사는 주주총회의 결의[에 따라] 이익의 배당을 새로 이 발행하는 주식으로써 할 수 있다. ...

주식배당 한도

상법 제462조의2(주식배당) ① ... 그러나 주식에 [따른] 배당은 이익배당총액의 2분의 1에 상당하는 금액을 초과하지 못한다.

배당받을 주식 수

액면금액(par value; face value)에 따라 배당(발행)한다.

상법 제462조의2(주식배당) ② 제1항의 배당은 주식의 권면액으로 [한다.] ...

- 1. 배당할 이익이 5억 원이라 하자.
- 2. 1주당 액면금액이 5,000원이라 하자.
- 3. 그러면, 주식배당으로 신주 10만 주(= 배당 이익 5억 원 / 주당 5,000원)를 발행한다.
- 4. 그 결과, 자본금(capital)은 5억 원(= 주당 액면금액 5,000원 × 발행 신주 10만 주) 만큼 증가한다.

상법 제451조(자본금) ① 회사의 자본금은 이 법에서 달리 규정한 경우 외에는 발행주식의 액면총액으로 한다.

주식배당 총액 = 자본금 증가액

종류주식이 있을 경우

만약 종류주식(different classes of shares)이 있는 회사가 주식배당을 한다면? 예를 들어, 우선주(A), 보통주(B)를 발행한 회사라 하자.

상법 제344조(종류주식) ① 회사는 ... 내용이 다른 종류의 주식(이하 “종류주식”이라 한다)을 발행할 수 있다.

- 1. 제1안: 우선주(A) 주주들에게도, 보통주(B) 주주들에게도, 모두 보통주(B)를 배당(발행)하는 방법이 있다.
- 2. 제2안: 우선주(A) 주주들에게는 우선주(A)를, 보통주(B) 주주들에게는 보통주(B)를 배당(발행)하는 방법이 있다.

그러나 어느 방법이든 액면금액에 따라 배당해야 한다.

상법 제462조의2(주식배당) ② 제1항의 배당은 주식의 권면액으로 하며, 회사가 종류주식을 발행한 때에는 각각 그와 같은 종류의 주식으로 할 수 있다.

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 49.] 비상장주식회사의 이익배당에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 회사는 주주총회 결의[에 따라] 이익의 배당을 새로이 발행하는 주식으로써 할 수 있으나, 주식에 [따른] 배당은 이익배당총액의 2분의 1에 상당하는 금액을 초과하지 못한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 54.] 주식회사의 배당제도에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (모든 회사는 액면주식을 발행한 회사이고 전자등록은 고려하지 않음. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄹ. 주주총회의 결의[에 따라] 이익배당을 새로이 발행하는 주식으로 할 경우, 배당은 주식의 권면액으로 하며, 회사가 종류주식을 발행한 때에는 각각 그와 같은 종류의 주식으로 할 수 있다.

준비금

준비금 개념

이처럼, 순자산액에서 자본금을 공제한 후라도, 남은 금액을 모두 배당에 쓸 수 있는 것은 아니다. 이렇게 추가로 회사에 유보하는 부분을 준비금(reserves)이라 한다.

준비금은 회사재산의 유출을 막는 의미가 있다.

- 1. 법정준비금(statutory reserves): 법이 강제하는 준비금
- 2. 임의준비금(reserves by agreement): 법이 강제하는 준비금은 아니지만, 정관이나 주주총회결의 등으로 둔 준비금

법정준비금 산정

- 1. 이익준비금(earned surplus reserves): 이익배당액의 10% 이상

상법 제458조(이익준비금) 회사는 그 자본금의 2분의 1이 될 때까지 매 결산기 **이익배당액의 10분의 1 이상을 이익준비금**으로 적립하여야 한다. ...

이익준비금(ESR) ≥ 이익배당액(D)/10

- 2. 자본준비금(capital reserves): 주주와 회사 사이에 거래(= 자본거래)에서 발생한 잉여금

상법 제459조(자본준비금) ① 회사는 자본거래에서 발생한 잉여금을 대통령령으로 정하는 바에 따라 자본준비금으로 적립하여야 한다.

상법 시행령 제18조(적립할 자본준비금의 범위) 법 제459조 제1항에 따라 회사는 ... 회계기준에 따라 자본잉여금을 자본준비금으로 적립하여야 한다.

역시 지금 단계에서는 100% 이해하지 못해도 좋다.

준비금의 자본금 전입

개념

준비금의 자본금 전입(capital transfer)이란?

- 1. 준비금을 줄이고,
- 2. 같은 액수만큼 자본금을 늘리는 것

회사의 실제 재정상태는 변화가 없다. 단지 항목의 재분류가 일어날 뿐이다.

방법

어떻게 시행하는가?

- 1. 일단 자본금을 늘려야 한다.
- 2. 자본금을 늘리려면, 발행주식의 액면총액을 늘려야 한다.

상법 제451조(자본금) ① 회사의 **자본금**은 이 법에서 달리 규정한 경우 외에는 **발행주식의 액면총액**으로 한다.

- 3. 따라서 신주(new shares)를 발행해야 한다. 즉, 전입할 금액을 주식 1주당 액면(예: 5,000원)으로 나눈 수만큼 신주를 발행한다.

상법 제461조(준비금의 자본금 전입) ① 회사는 이사회의 결의[에 따라] 준비[금] 전부 또는 일부를 자본금에 전입할 수 있다. ...

② 제1항의 경우에는 주주에 대하여 그가 가진 주식의 수에 따라 **주식을 발행**하여야 한다. ...

의의

준비금을 자본금에 전입할 때,

1. 주주들로부터 새로 돈을 납입(paid-in) 받지는 않는다. 회사의 재정상태에는 변화가 없다.
2. 납입 없이 그저 신주를 기존 주주들에게 기존 주식비율에 비례해 제공한다.
그래서 **무상증자(increase of capital without consideration)**라 부른다.

자본금의 증가, 감소

Capital Increase and Reduction

나는 발행주식 수를 늘리는 경향이 있는 회사에는 절대 투자하지 않는다.
- Warren Buffett

머리에

복습: 자본금

자본금(capital)이란, 주식회사의 재산으로 확보하도록 강제한 일정 금액.

상법 제451조(자본금) ① 회사의 자본금은 이 법에서 달리 규정한 경우 외에는 발행주식의 액면총액으로 한다.

자본금(C) = 주당 액면금액(P) × 발행주식 총수(N)

자본금 변동 사유

다음 사유로 자본금이 변동한다.

- 1. 주당 액면금액 증가, 감소.

자본금(C) ∝ 주당 액면금액(P)

- 2. 발행주식 총수 증가, 감소.

자본금(C) ∝ 발행주식 총수(N)

논의 전제

- 1. 이 중에서 액면금액 변경은 논외로 한다.
- 2. 주식 수 변경에 따라 자본금이 변동하는 경우를 본다.

사례 제시

기존 발행주식 총수와 주당 액면금

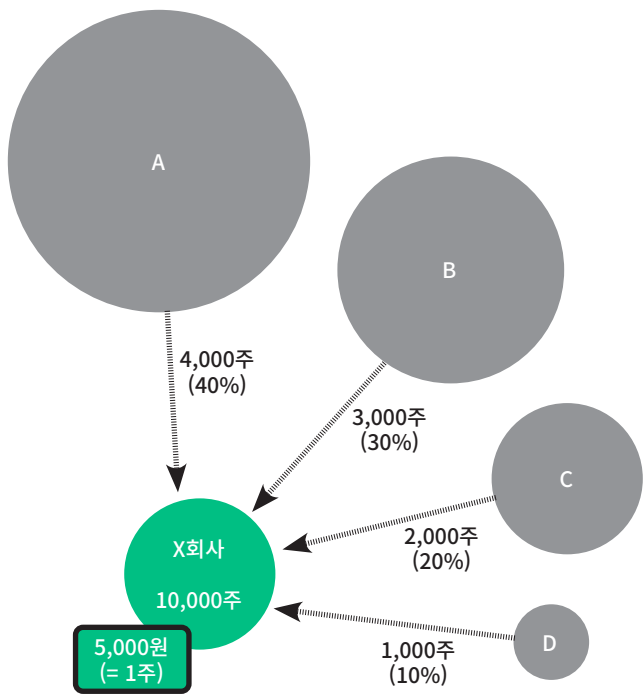
- 1. 1주당 액면금은 5,000원이다.
- 2. 현재 발행주식 총수는 1만 주이다.

기존 자본금

현재 자본금은 5,000만 원(= 5,000원 × 1만 주)이다.

기존 주주 구성

기존 주주로 A(40%, 4,000주), B(30%, 3,000주), C(20%, 2,000주), D(10%, 1,000주)가 있다.



자본금 증가(증자): 신주발행

개념

말 그대로, 자본금이 증가하는 것. 즉, 발행주식 총수가 증가하는 것.

자본금(C) ↑ ∝ 발행주식 총수(N) ↑

사례

회사가 신주를 배정받을 사람으로부터 돈을 납입(paid-in) 받고서 신주 1,000주를 발행하였다.

회사로 돈이 들어오므로, 유상증자(capital increase with consideration)라 부른다.

의의

1. 발행할 주식 총수 범위에서는, 이사회가 자본금을 정할 수 있다(수권자본). 즉, 이사회는 자본금(capital)을 증가하는 결정을 할 수 있다.
2. 구체적으로, 어떤 결정을 하는가? 이사회는 주식(shares)을 추가로 발행하는 결정을 한다. 이 발행을 신주 발행(issuance of new shares)이라 한다.

기존 주식을 구주(existing shares), 추가로 발행하는 주식을 신주(new shares)라 부른다.

3. 신주를 배정받는 사람은 그 주식(신주)의 주인, 즉 주주(신주주)가 된다.

주식(shares)은 물건(종이)이 아니라, 권리(채권)다. 신주발행은 물건(종이)을 주는 것이 아니라, 권리(채권)를 부여한다.

논의 전제

1. 회사를 처음에 설립할 때도 신주를 발행한다. 그러나 회사설립시의 신주발행은 논외로 하자.
2. 이미 회사가 성립한 후에 이루어지는 신주발행만 본다.

신주발행 방식

1. 원칙: 주주 배정(shareholder allotment) 방식

상법 제418조(신주인수권의 내용 및 배정일의 지정, 공고) ① 주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다.

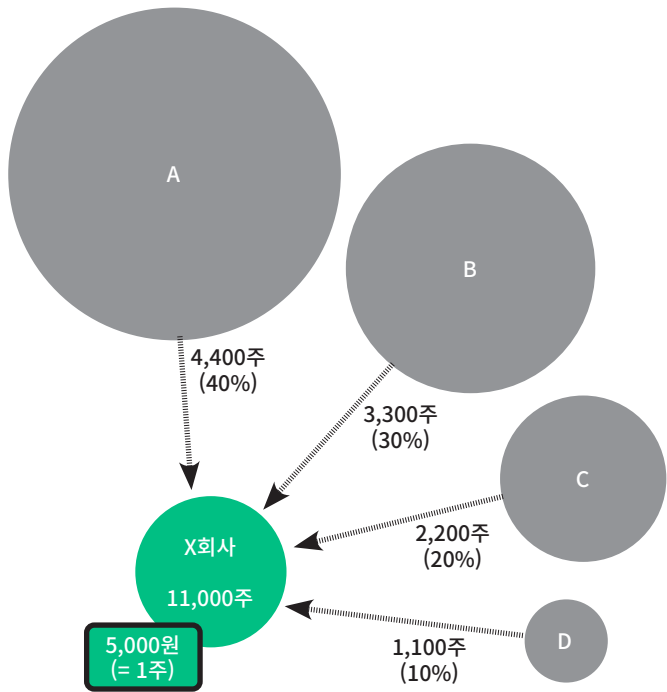
2. 예외: 제3자 배정(third party allotment) 방식

상법 제418조(신주인수권의 내용 및 배정일의 지정, 공고) ② 회사는 제1항의 규정[이 있더라도] 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.

주주 배정 방식

신주를 기존 주주들에게 지분 비율에 따라 배정. 즉, 신주를 A에 400주, B에 300주, C에 200주, D에 100주 배정한다. 그 결과,

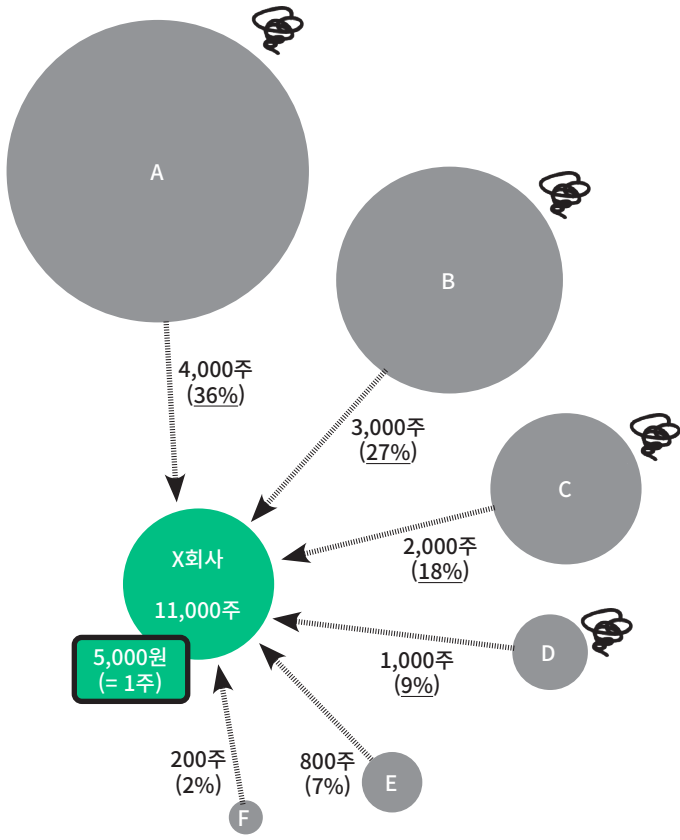
- 1. 주주는 A(40%, 4,400주), B(30%, 3,300주), C(20%, 2,200주), D(10%, 1,100주) 상태가 된다.
- 2. 발행주식 총수는 1만 1,000주로 된다.
- 3. 자본금은 5,500만 원(= 5,000원 × 1만 1,000주)으로 된다.



제3자 배정 방식

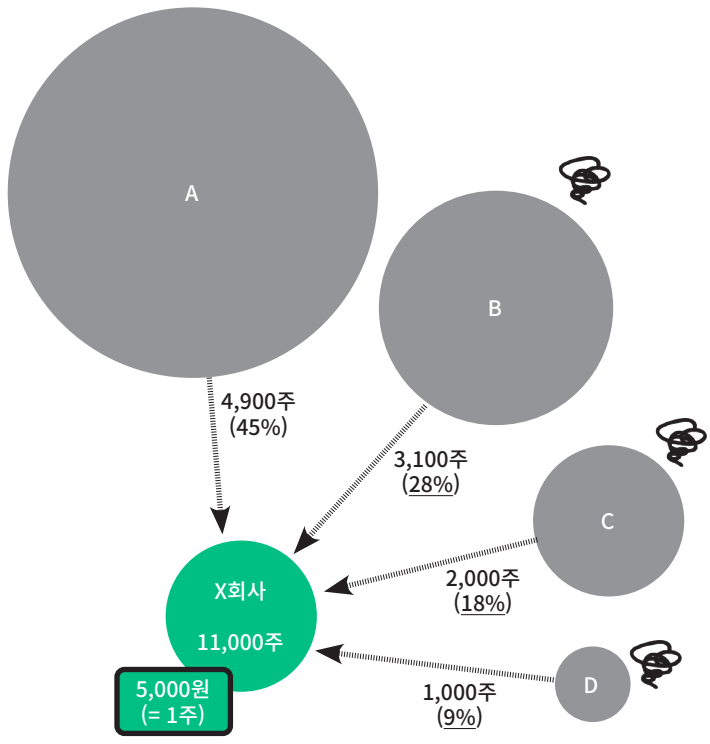
신주를 기존 주주 아닌 사람에게 배정. 즉, 신주를 E에 800주, F에 200주 배정한다. 그 결과, 새로운 주주가 생기면서, 다음과 같이 기존 주주들의 지분율이 낮아진다.

- 1. 주주는 A(36%, 4,000주), B(27%, 3,000주), C(18%, 2,000주), D(9%, 1,000주), E(7%, 800주), F(2%, 200주) 상태가 된다.
- 2. 발행주식 총수는 1만 1,000주로 된다.
- 3. 자본금은 5,500만 원(= 5,000원 × 1만 1,000주)으로 된다.



또는, 신주를 기존 주주들에게 지분 비율에 따르지 않고 배정. 즉, 신주를 A에 900주, B에 100주, C에 0주, D에 0주 배정한다. 그 결과, 일부 기존 주주들의 지분율이 높아지면서, 다음과 같이 나머지 기존 주주들의 지분율이 낮아진다.

- 1. 주주는 A(45%, 4,900주), B(28%, 3,100주), C(18%, 2,000주), D(9%, 1,000주) 상태가 된다.
- 2. 발행주식 총수는 1만 1,000주로 된다.
- 3. 자본금은 5,500만 원(= 5,000원 × 1만 1,000주)으로 된다.



두 경우 모두 지분 희석(equity dilution) 결과가 발생한다. 그래서 두 경우 모두 제3자 배정으로 보고 규제한다.

신주인수권과 신주인수권자

1. 신주인수권(preemptive right; stock warrants): 회사가 신주 발행을 할 때, 우선적으로 신주를 배정받을 수 있는 권리.
2. 신주인수권자(holder of preemptive right): 신주인수권을 가진 사람.

배정과 관련해 어떤 의미가 있나?

1. 주주 배정이 원칙이다. → 기존 주주들은 보유 주식 비율에 따라 신주인수권을 갖는다.
2. 제3자 배정이라는 예외가 있다. → 일정 요건 아래, 제3자가 신주인수권을 가질 수도 있다.

신주인수권자 없는 신주발행도 있지만, 논외로 한다.

신주발행 절차

신주발행 결정(determination): 이사회

상법 제416조(발행사항의 결정) 회사가 그 성립 후에 주식을 발행하는 경우에는 다음의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 이사회가 결정한다. ...

1. 신주의 ... 수
 2. 신주의 발행가액과 납입기일
 3. 신주의 인수방법
-

최고(peremptory notice): 회사 → 인수권자

상법 제419조(신주인수권자에 대한 최고) ① 회사는 신주의 인수권을 가진 자에 대하여 그 인수권을 가지는 주식의 ... 수와 일정한 기일까지 주식인수의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다. 이 경우 제416조 제5호...에 규정한 사항의 정함이 있는 때에는 그 내용도 통지하여야 한다.

② 제1항의 통지는 제1항의 기일의 2주간전에 이를 하여야 한다.

청약(subscription): 인수권자 → 회사

상법 제420조(주식청약서) 이사는 주식청약서를 작성하여 다음의 사항을 적어야 한다.

1. [상호, 회사가 발행할 주식의 총수, 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액]
 3. 제416조 제1호[부터] 제4호[까지]에 제기한 사항
 5. 주주에 대한 신주인수권의 제한에 관한 사항 또는 특정한 제[3]자에게 이를 부여할 것을 정한 때에는 그 사항
 6. 주식발행의 결의연월일
-

상법 제425조(준용규정) ① 제302조 제1항...의 규정은 신주의 발행에 준용한다.

상법 제302조(주식인수의 청약, 주식청약서의 기재사항) ① 주식인수의 청약을 하고자 하는 자는 주식청약서 2통에 인수할 주식의 ... 수와 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.

배정(allotment): 회사 → 인수권자

- 1. 신주인수: 청약에 대해 배정을 받는 것.
- 2. 신주인수인(subscriber): 청약하여 배정을 받은 신주인수권자.

납입(payment): 인수인 → 회사

인수인은 납입기일에 돈을 내야 한다.

상법 제421조(주식에 대한 납입) ① 이사는 신주의 인수인으로 하여금 그 배정한 주 수(株數)에 따라 납입기일에 그 인수한 주식에 대한 인수가액의 전액을 납입시켜야 한다.

신주발행 효력 발생(effective date)

납입기일 다음 날을 기준으로,

- 1. 신주발행 효력이 발생한다.
- 2. 자본금이 늘어난다.

상법 제423조(주주가 되는 시기, ...) ① 신주의 인수인은 납입 또는 현물출자의 이행을 한 때에는 납입기일의 다음 날로부터 주주의 권리의무가 있다.



등기

- 1. 기간 내에 변경등기를 해야 한다.
- 2. 그러나 변경등기를 안 해도, 신주발행은 여전히 유효하다.

상법 제317조(설립의 등기) ② 제1항의 설립등기에 [관해]서는 다음의 사항을 등기하여야 한다.

- 2. 자본금의 액
- 3. 발행주식의 총수...
- ④ 제181조[부터] 제183조[까지]의 규정은 주식회사의 등기에 준용한다.

상법 제183조(변경등기) 제180조에 계기한 사항에 변경이 있는 때에는 본점소재지에 서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 변경등기를 하여야 한다.

실권주 문제

배경

신주인수권자는 신주를 인수할 권리(option)가 있을 뿐, 의무(duty)는 없다. 신주 배정을 받으면 돈(납입대금)을 내야 하므로, 신주인수권자가 신주 배정을 원하지 않을 수도 있다.

신주인수권 상실

신주인수권자는, 다음 경우 신주인수권을 잃는다.

- 1. 기간 내에 청약(subscribe)하지 않을 경우.

상법 제419조(신주인수권자에 대한 최고) ① 회사는 신주의 인수권을 가진 자에 대하여 그 인수권을 가지는 주식의 종류 및 수와 일정한 기일까지 주식인수의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다. ...
③ 제1항의 통지[가 있더라도] 그 **기일까지 주식인수의 청약을 하지 아니한 때에는** 신주의 인수권을 가진 자는 그 권리를 잃는다.

- 2. 기간 내에 청약해서 신주배정을 받았더라도, 기간 내에 납입(pay)하지 않을 경우. 즉, 돈(납입대금)을 내지 않을 경우.

상법 제423조(... 납입해태의 효과) ② 신주의 인수인이 **납입기일에 납입...을 하지 아니한 때에는** 그 권리를 잃는다.

규정상 따로 실권 절차가 없다. 즉, 만약 납입기일까지 납입 안 하면 바로 신주인수권을 잃는다. 그러나 실무에서는 청약 받을 때 이미 “청약증거금” 명목으로 납입대금도 미리 받기 때문에, 납입을 안 해서 신주인수권을 잃는 경우가 실제로는 거의 없다.

실권주

그러면 해당 신주는 다른 사람에게 발행한다. 이렇게 포기해서 발행한 신주를 실권주(forfeited stock; unclaimed stock)라 부른다.

- 1. 미청약에 따른 실권주 ← 실무상 거의 대부분
- 2. 미납입에 따른 실권주 ← 실무상 거의 없음

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 65.] 비상장주식회사인 A 회사가 신주를 발행하는 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (전자등록은 고려하지 않음. 각 지문은 독립적이고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① A 회사의 주주 乙이 자신에게 배정된 신주의 납입기일에 주식대금을 납입하지 못한 경우 A 회사가 신주인수계약의 해제의 의사표시를 하는 때에 乙은 신주인수권을 잃는다.

② A 회사의 주주 丙이 납입을 이행한 때에는 납입기일의 다음 날로부터 주주의 권리 의무가 있다.

자본금 감소(감자)

개념

말 그대로, 자본금이 감소하는 것. 즉, 발행주식 총수가 감소하는 것.

자본금(C) ↓ ∝ 발행주식 총수(N) ↓

감자 방식

- 1. 주식 병합(consolidation of shares) 방식
- 2. 주식 소각(retirement of shares) 방식

주식 병합 방식

다수의 주식을 합쳐서 소수의 주식으로 바꾸는 것. 모든 발행주식에 균등하게 적용한다. 예를 들어, 2주를 합쳐서 1주로 바꿀 수 있다. 그 결과,

- 1. 주주는 A(40%, 2,000주), B(30%, 1,500주), C(20%, 1,000주), D(10%, 500주) 상태가 된다.
- 2. 발행주식 총수는 1/2로 된다. 즉, 1만 주에서 5,000주로 된다.
- 3. 자본금은 1/2로 된다. 즉, 5,000만 원에서 2,500만 원으로 된다.

주식 소각 방식

특정 주식을 소멸시키는 것.

상법 제343조(주식의 소각) ① 주식은 자본금 감소에 관한 규정에 따라서만 소각(消却)할 수 있다. 다만, 이사회 결의[로] 회사가 보유하는 자기주식을 소각하는 경우에는 그러하지 아니하다.

자세한 설명은 생략한다.

감자 종류

개요

- 1. 실질적(real) 감자

유상감자(capital reduction with refund)라고도 한다.

- 2. 형식적(nominal) 감자

무상감자(capital reduction without refund)라고도 한다.

결손금과 자본잠식

1. 결손금: 쉽게 말해, 사업하다 발생한 손실.
2. 자본잠식: 쉽게 말해, 결손금이 쌓여서, 회사 재산이 자본금보다 적어진 상태. 자본금이란 회사 재산으로 확보하도록 강제한 금액인데, 그 확보가 되지 않는 상태다.

“(자산 - 부채) < 자본금”인 상태.

실질적 감자

감자로 생긴 돈을 주주들에게 환급(refund)하는 감자.

1. 자본금이 감소한다.
2. 회사 돈이 주주들로 빠져나간다. 따라서 회사의 실질적 자산도 줄어든다.
3. 왜 하나? 주주들이 출자금을 회수하기 위해, M&A 준비 목적에서 회사 규모를 줄이기 위해 등.

형식적 감자

주주들에게 환급 없이 진행하는 감자.

1. 자본금은 감소한다.
2. 그러나 회사의 실질적 자산은 변동 없다.
3. 왜 하나? 자본잠식 상태에서 벗어나기 위해. 즉, 자본금 액수를 줄여, 재산보다 자본금을 작게 만드려는 것이다. 이것이 바로, 결손 보전 목적 자본금 감소(reduction of capital for recovery from deficit)다.

“(자산 - 부채) < 자본금”에서, 좌변을 늘릴 수 없으면, 우변을 줄이면 되겠다!

감자 절차

머리에

앞서 본 것처럼, 원래 이사회는 일정 범위에서는 자본금을 스스로 정할 수 있다. 그래서 이사회 결정만으로 자본금을 증가(신주발행)시킬 수 있는 것처럼, 이사회 결정만으로 자본금을 감소(감자)시킬 수도 있을 것만 같다. 그러나 실제로는,

1. 감자는 주주의 권리를 소멸, 감소시킨다. 그래서 주주 보호를 위해 주주총회 결의를 거쳐야 한다.
2. 감자는 사내유보재산을 감소시킨다. 자본금(capital)이란, 주식회사의 재산으로 확보하도록 강제된 일정 금액이기 때문이다. 그래서 채권자 보호 문제가 생긴다.

복습: 감자 방식과 종류

1. 감자 방식에는 앞서 본 주식 소각 방식, 주식 병합 방식이 있다.
2. 감자 종류로 실질적 감자, 형식적 감자(결손 보전 목적 자본금 감소)가 있다.

감자 결정(determination): 이사회

상법 제438조(자본금 감소의 결의) ③ 자본금의 감소에 관한 의안의 주요내용은 제363조에 따른 통지에 적어야 한다.

상법 제363조(소집의 통지) ① 주주총회를 소집할 때에는 ...

감자 결의(resolution): 주주총회

1. 원칙: 특별결의(출석 2/3 이상 + 총수 1/3 이상) 필요.

상법 제439조(자본금 감소의 방법, 절차) ① 자본금 감소의 결의에서는 그 감소의 방법을 정하여야 한다.

상법 제438조(자본금 감소의 결의) ① 자본금의 감소에는 제434조에 따른 결의가 있어야 한다.

상법 제434조(정관변경의 특별결의) 제433조 제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

2. 예외(결손 보전 목적 자본금 감소 경우): 보통결의(출석 1/2 초과 + 총수 1/4 이상) 필요.

상법 제438조(자본금 감소의 결의) ② 제1항[이 있더라도] 결손의 보전(補填)을 위한 자본금의 감소는 제368조 제1항의 결의에 [따른다].

상법 제368조(총회의 결의방법과 의결권의 행사) ① 총회의 결의는 이 법 또는 정관에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 출석한 주주의 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.

채권자보호절차(protection of creditors): 회사 → 사채권자들

1. 원칙: 채권자보호절차 필요.

상법 제439조(자본금 감소의 방법, 절차) ② 자본금 감소의 경우에는 제232조를 준용한다. ...

상법 제232조(채권자의 이익) ① 회사는 합병의 결의가 있는 날부터 2주내에 회사채권자에 대하여 합병에 이익이 있으면 일정한 기간내에 이를 제출할 것을 공고하고 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 이를 최고하여야 한다. 이 경우 그 기간은 1개월 이상이어야 한다.

2. 예외(결손 보전 목적 자본금 감소 경우): 채권자보호절차 불필요.

상법 제439조(자본금 감소의 방법, 절차) ② 자본금 감소의 경우에는 제232조를 준용한다. 다만, 결손의 보전을 위하여 자본금을 감소하는 경우에는 그러하지 아니하다.

주식에 관한 조치: 회사 → 기존 주주들

1. 주식 병합 방식 경우: 공고, 통지 + 신주권(new share certificate) 교부.

상법 제440조(주식병합의 절차) 주식을 병합할 경우에는 회사는 1[개]월 이상의 기간을 정하여 그 뜻과 그 기간 내에 주권을 회사에 제출할 것을 공고하고 주주명부에 기재된 주주와 질권자에 대하여는 각별로 그 통지를 하여야 한다.

상법 제442조(신주권의 교부) ① 주식을 병합하는 경우에 구주권을 회사에 제출할 수 없는 자가 있는 때에는 회사는 그 자의 청구[로] 3[개]월 이상의 기간을 정하고 이해관계인에 대하여 그 주권에 대한 이의가 있으면 그 기간 내에 제출할 뜻을 공고하고 그 기간이 [지난] 후에 신주권을 청구자에게 교부할 수 있다.

2004다51887: 주식병합의 효력이 발생하면 회사는 신주권을 발행하고(상법 제442조 제1항), 주주는 병합된 만큼 감소된 수의 신주권을 교부받게 [된다.] 이에 따라 교환된 주권은 병합 전의 주식을 여전히 표창하면서 그와 동일성을 유지한다.

2. 주식 소각 방식 경우: 공고, 통지.

상법 제343조(주식의 소각) ② 자본금감소에 관한 규정에 따라 주식을 소각하는 경우에는 제440조...를 준용한다.

주식 소각 방식에서는 신주권을 교부할 이유가 없다.

감자 효력 발생

주식에 관한 조치 기간 만료일(실질적 감자 경우 채권자보호절차까지 만료 필요) 기준으로,

1. 감자 효력이 발생한다.
2. 자본금이 줄어든다.

상법 제440조(주식병합의 절차) 주식을 병합할 경우에는 회사는 1[개]월 이상의 기간을 정하여 그 뜻과 그 기간 내에 주권을 회사에 제출할 것을 공고하고 주주명부에 기재된 주주와 질권자에 대하여는 각별로 그 통지를 하여야 한다.

상법 제441조(동전) 주식의 병합은 전조의 기간이 만료한 때에 그 효력이 생긴다. 그러나 제232조의 규정에 [따른] 절차가 종료하지 아니한 때에는 그 종료한 때에 효력이 생긴다.

상법 제343조(주식의 소각) ② 자본금감소에 관한 규정에 따라 주식을 소각하는 경우에는 제440조 및 제441조를 준용한다.

등기

1. 기간 내에 변경등기를 해야 한다.
2. 그러나 변경등기를 안 해도, 감자는 여전히 유효하다.

상법 제317조(설립의 등기) ② 제1항의 설립등기에 [관해]서는 다음의 사항을 등기하여야 한다.

- 2. 자본금의 액
- 3. 발행주식의 총수...

④ 제181조[부터] 제183조[까지]의 규정은 주식회사의 등기에 준용한다.

상법 제183조(변경등기) 제180조에 계기한 사항에 변경이 있는 때에는 본점소재지에
서는 2주간 내, 지점소재지에서는 3주간 내에 **변경등기를 하여야** 한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 67.] 비상장주식회사인 A 회사는 2025년 말 현재 자본금이 순자산에 미치지 못하는 상태여서 결손보전을 위한 무상감자를 실시하려고 한다. 이에 관한 설명 중 옳은 것 (○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (A 회사는 액면주식을 발행한 회사이고 전자등록은 고려하지 않음. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. A 회사가 결손을 보전하기 위해서 자본금을 감소하는 경우 채권자의 보호를 위하여 자본금 감소의 결의가 있는 날부터 2주 내에 일정한 기간을 정하여 그 기간 내에 채권자는 이의가 있으면 제출하도록 공고하고, A 회사가 알고 있는 채권자에 대하여는 따로따로 최고하여야 한다.
- ㄴ. A 회사가 결손을 보전하기 위한 자본금 감소를 위해서 주식병합을 하는 경우, 주권 제출기간이 만료하는 때에 주식병합의 효력이 생긴다.

회사 설립

머리에

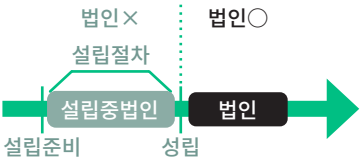
- 1. 지금까지는 이미 설립한 회사의 자본금 증가(신주 발행), 자본금 감소(주식 소각 등)를 봤다.
- 2. 여기서는 회사를 처음 설립하면서 자본금을 구성하는 과정을 본다.

복습: 법인 설립

- 1. 설립절차(incorporation procedure): 법인을 만들기 위해 조직하는 절차
- 2. 성립(formation): 법인의 권리능력이 발생하는 순간(= 설립등기 시)

이에 따라,

- 1. 설립중법인(incorporating association): 설립준비 후 성립(= 설립등기) 전 사단(← 법인 아닌 사단)
- 2. (성립 후) 법인(juristic person; corporation): 성립(= 설립등기) 후 사단 (← 사단법인)



회사 설립 단계

- 1. 정관(articles of incorporation) 작성
- 2. 사원/주주 확정
- 3. 출자(investment) 이행
- 4. 기관(organ) 구성
- 5. 설립등기(registration of incorporation)

정관과 사원

- 1. 유한회사: 정관에 사원 기재○ → 사원이 바뀌려면 정관 변경 필요○

상법 제543조(정관의 작성, 절대적 기재사항) ② [유한회사] 정관에는 다음의 사항을 기재하고 각 사원이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

- 1. 제179조 제1호[부터] 제3호[까지]에 정한 사항

상법 제179조(정관의 절대적 기재사항) [합명회사] 정관에는 다음의 사항을 기재하고 총사원이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

- 3. 사원의 성명, 주민등록번호 및 주소

- 2. 주식회사: 정관에 주주 기재× → 주주가 바뀌더라도 정관 변경 필요×

상법 제289조(정관의 작성, 절대적 기재사항) ① [주식회사] 발기인은 정관을 작성하여 다음의 사항[→ 주주의 성명은 없음]을 적고 각 발기인이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

설립 진행자

- 1. 유한회사: 정관에 기재된 사원이 설립을 진행하면 된다.
- 2. 주식회사: 설립 단계에서는 주주가 없다. 그래서 설립을 진행할 사람, 즉 발기인(incorporator)이 따로 필요하다.

상법 제288조(발기인) 주식회사를 설립함에는 발기인이 정관을 작성하여야 한다.

상법 제289조(정관의 작성, 절대적 기재사항) ① 발기인은 정관을 작성하여 다음의 사항을 적고 각 발기인이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

- 4. 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액
- 5. 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수

상법 제291조(설립 당시의 주식발행사항의 결정) 회사설립 시에 발행하는 주식에 관하여 다음의 사항은 정관으로 달리 정하지 아니하면 발기인 전원의 동의로 이를 정한다.

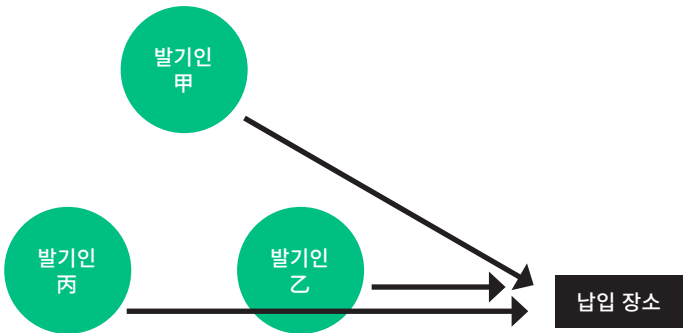
- 1. 주식의 종류와 수

상법 제297조(발기인의 의사록작성) 발기인은 의사록을 작성하여 의사의 경과와 그 결과를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.

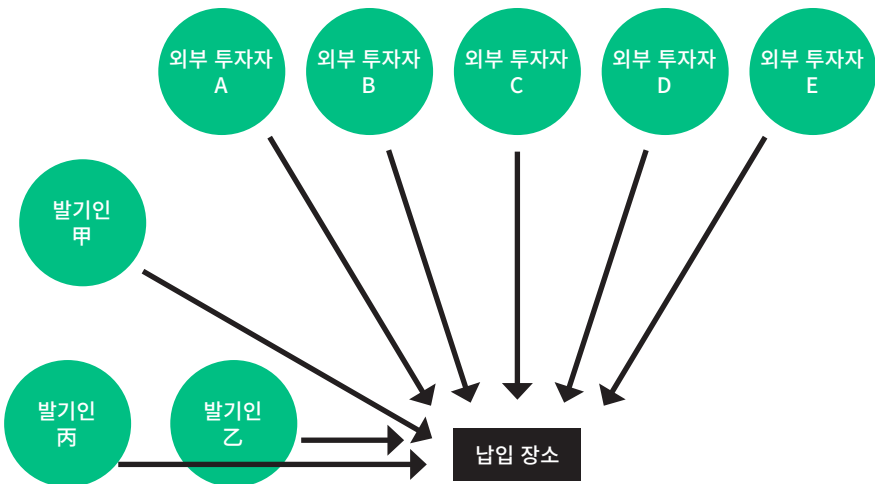
- 상법 제311조(발기인의 보고) ① 발기인은 회사의 창립에 관한 사항을 서면[으로] 창립 총회에 보고하여야 한다.
- 상법 제322조(발기인의 손해배상책임) ① 발기인이 회사의 설립에 관하여 그 임무를 해태한 때에는 그 발기인은 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.
- 상법 제326조(회사불성립의 경우의 발기인의 책임) ① 회사가 성립하지 못한 경우에는 발기인은 그 설립에 관한 행위에 대하여 연대하여 책임을 진다.

주식회사 설립 종류

1. 발기 설립(incorporation by incorporators): 발기인(incorporator)이 발행 주식 모두를 인수



2. 모집 설립(incorporation by subscription): 모집(invitation)한 외부 투자자가 발행 주식을 인수



실무상 주식회사 설립 단계에서부터 외부 투자자가 참여하는 경우는 잘 없다.
즉, 대부분 발기 설립이다.

발기 설립

1. 발기인의 주식 전부(all of the shares) 인수(subscription)
2. 인수인의 납입(payment)

상법 제295조(발기설립의 경우의 납입과 현물출자의 이행) ① 발기인이 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 **총수를 인수**한 때에는 지체 없이 각 주식에 대하여 그 인수가액의 전액을 납입하여야 한다. ...

② 현물출자를 하는 발기인은 납입기일에 지체 없이 출자의 목적인 재산을 인도하고 등기, 등록 기타 권리의 설정 또는 이전을 요할 경우에는 이에 관한 서류를 완비하여 교부하여야 한다.

3. 발기인의 임원 선임

상법 제296조(발기설립의 경우의 임원선임) ① [제295조]의 규정에 [따른] 납입과 현물출자의 이행이 완료된 때에는 **발기인은** 지체 없이 의결권의 **과반수로** 이사와 감사를 선임하여야 한다.

4. 인수인(= 발기인)은 회사 성립 시 주주로 된다.

모집 설립

1. 발기인의 주식 일부(part of the shares) 인수: 최소 1주는 인수해야 한다.

상법 제293조(발기인의 주식인수) 각 발기인은 서면[으로] 주식을 인수하여야 한다.

2. 발기인의 외부 투자자 모집(invitation)

상법 제301조(모집설립의 경우의 주주모집) 발기인이 회사의 설립시에 발행하는 주식의 **총수를 인수하지 아니하는 때에는 주주를 모집하여야** 한다.

3. 외부 투자자의 청약(subscription): 인수를 원하는 외부 투자자는 청약한다. 이때 발기인이 작성한 주식청약서를 이용한다.

상법 제302조(주식인수의 청약, 주식청약서의 기재사항) ① 주식인수의 청약을 하고자 하는 자[→ **외부 투자자**]는 **주식청약서** 2통에 인수할 주식의 종류 및 수와 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다.

② 주식청약서는 **발기인이 작성**하고 다음의 사항을 적어야 한다.

4. 발기인의 주식 배정(allotment)

상법 제303조(주식인수인의 의무) 주식인수를 청약한 자[→ 외부 투자자]는 **발기인이 배정**한 주식의 수에 따라서 인수가액을 납입할 의무를 부담한다.

5. 인수인의 납입(payment)

상법 제305조(주식에 대한 납입) ① 회사설립 시에 발행하는 주식의 총수가 인수된 때에는 발기인은 지체 없이 주식인수인에 대하여 각 주식에 대한 인수가액의 전액을 납입시켜야 한다.

6. 창립총회에서 임원 선임

상법 제308조(창립총회) ① 제305조의 규정에 [따른] 납입과 현물출자의 이행을 완료한 때에는 발기인은 지체 없이 창립총회를 소집하여야 한다.
상법 제309조(창립총회의 결의) 창립총회의 결의는 출석한 주식인수인의 의결권의 3분의 2 이상 이며 인수된 주식의 총수의 과반수 에 해당하는 다수로 하여야 한다.
상법 제312조(임원의 선임) 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다.

7. 인수인(= 배정받은 외부 투자자 + 발기인)은 회사 성립 시 주주로 된다.

변태설립사항

다음 사항이 있을 경우, 회사의 자본충실을 해할 위험이 크다.

- 1. 특별이익(special benefits): 발기인에게 회사 설비를 이용할 수 있는 특혜를 주는 경우 등. 회사 이익이 발기인에게 빠져나가기 때문이다.
- 2. 현물출자(investment in kind): 인수인이 출자를 금전이 아니라 공장 건물로 하는 경우 등. 1억 원짜리 공장 건물을 2억 원이라고 부풀려서 출자할 수도 있기 때문이다.
- 3. 재산인수(contracts for acquisition of property): 발기인이 장차 설립할 회사를 위해 공장 건물을 양수하는 계약을 체결한 경우 등. 역시 1억 원짜리 공장 건물을 2억 원으로 부풀려서 양수 계약을 체결할 수도 있기 때문이다.
- 4. 설립비용(expenses for incorporation): 설립사무소 직원 월급 등.
- 5. 발기인 보수(remunerations for the incorporators)

그래서 미리 정관에 기재하게 했다. 이런 사항을 변태설립사항(particulars of exceptional incorporation)이라 부른다.

상법 제290조(변태설립사항) 다음의 사항은 정관에 기재함으로써 그 효력 이 있다. 1. 발기인이 받을 특별이익과 이를 받을 자의 성명 2. 현물출자를 하는 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가격과 이에 대하여 부여할 주식의 종류와 수 3. 회사성립후에 양수할 것을 약정한 재산의 종류, 수량, 가격과 그 양도인의 성명 4. 회사가 부담할 설립비용과 발기인이 받을 보수액

변태설립사항은 보고도 해야 한다.

- 1. 발기 설립: 법원에 보고

상법 제299조(검사인의 조사, 보고) ① 검사인은 제290조 각호의 사항...을 조사하여 법원에 보고하여야 한다.
상법 제299조의2(현물출자 등의 증명) 제290조 제1호 및 제4호에 기재한 사항에 관하여는 공증인의 조사, 보고로, 제290조 제2호 및 제3호의 ... 사항...에 관하여는 공인된 감정인의 감정으로 제299조 제1항의 규정에 [따른] 검사인의 조사[를] 갈음할 수 있다. 이 경우 공증인 또는 감정인은 조사 또는 감정 결과를 법원에 보고 하여야 한다.

상법 제300조(법원의 변경처분) ① 법원은 ... 심사하여 제290조의 규정에 [다른] 사항을 부당하다고 인정한 때에는 이를 변경하여 각 발기인에게 통고할 수 있다.

2. 모집 설립: 창립총회에 보고

상법 제310조(변태설립의 경우의 조사) ① 정관으로 제290조에 제기한 사항을 정한 때에는 발기인은 이에 관한 조사...

③ ... 제299조의2의 규정은 제1항의 조사에 관하여 이를 준용한다.

상법 제313조(이사, 감사의 조사, 보고) ① 이사와 감사는 취임후 지체 없이 회사의 설립에 관한 모든 사항이 법령 또는 정관의 규정에 위반되지 아니하는지의 여부를 조사하여 창립총회에 보고하여야 한다.

상법 제314조(변태설립사항의 변경) ① 창립총회에서는 제290조에 제기한 사항이 부당하다고 인정한 때에는 이를 변경할 수 있다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 61.] 회사의 설립 및 설립 무효, 취소에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄴ. 모집설립 방식으로 주식회사를 설립하는 경우 법원은 재산인수의 내용이 부당하다고 인정한 때에는 이를 변경하여 각 발기인들에게 통고할 수 있으며, 이러한 법원의 변경처분에 불복하는 발기인은 그 주식의 인수를 취소할 수 있다.
-

주식 보유 규제

Regulations on Shareholdings

벳헤드가 1달러를 꺼내 비비스에게서 초콜릿 바 하나를 산다.
그러자 비비스는 그 1달러를 다시 벳헤드에게 건네면서 초콜릿 바 하나를 산다.
그들은 계속해서 그 1달러를 주고받았고,
얼마 지나지 않아 둘 다 초콜릿 바를 전부 판매했다.
- Jason Rosenhouse

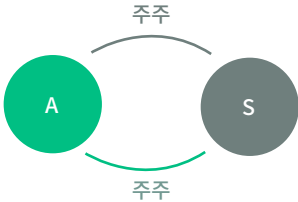
상호주

개념

두 회사가 서로 상대방 회사 발행 주식을 소유하기도 한다. 이때 각 회사 소유 주식을 상호주(cross-owned shares)라 부른다.

사례

발행 주식의 주당 액면금액이 모두 5,000원인 S회사, A회사가 있다.



- 1. 처음에는 S회사가 신주 2만 주를 발행하면서 1억 원(= 주당 5,000원 × 2만 주) 증자할 때, A회사가 신주를 모두 인수했다. A회사는 S회사에 1억 원을 납입하면서 S회사 2만 주 주주가 된다.
- 2. 다음에는 A회사가 신주 2만 주를 발행하면서 1억 원(= 주당 5,000원 × 2만 주) 증자할 때, S회사가 신주를 모두 인수했다. S회사는 A회사에 1억 원을 납입하면서 A회사 2만 주 주주가 된다.

문제점

상호주에는 다음 문제가 있다. 그래서 상호주를 규제한다.

- 1. 자본금의 공동화 ← 순재산 증가 없이 자본금이 증가
- 2. 회사 지배 왜곡 ← 출자 없이 주주총회에 영향

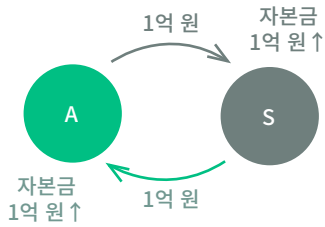
2025마6793: 모자회사 관계가 없는 회사 사이의 주식 상호보유를 규제하는 주된 목적은[?] 상호주를 통해 출자 없는 자가 의결권 행사를 함으로써 주주총회결의와 회사의 지배구조가 왜곡되는 것을 방지하기 위한 것이다.

문제점1: 자본금의 공동화

머리에

자본금의 공동화(hollowing-out)란,

- 1. 순재산 증가 없이
- 2. 자본금이 증가하는 문제를 말한다.



순재산

두 회사의 각 순재산은 그대로다. 왜?

- 1. A회사가 S회사에 1억 원을 지급했다(A회사 1억 ↓ & S회사 1억 ↑).
- 2. S회사도 A회사에 1억 원을 지급했다(A회사 1억 ↑ & S회사 1억 ↓).

자본금

그런데도, 두 회사의 각 자본금은 1억 원씩 증가했다. 왜?

- 1. S회사 발행주식이 2만 주 증가해, S회사 자본금은 1억 원(= 주당 5,000원 × 2만 주) 증가했다.
- 2. A회사 발행주식도 2만 주 증가해, A회사 자본금은 1억 원(= 주당 5,000원 × 2만 주) 증가했다.

상법 제451조(자본금) ① 회사의 자본금은 이 법에서 달리 규정한 경우 외에는 발행주식의 액면총액으로 한다.

자본금(C) ∝ 발행주식 총수(N)

소결

상호주에는,

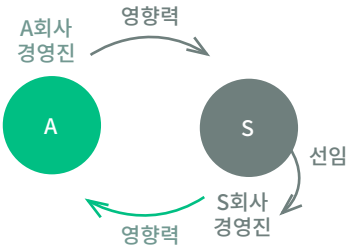
- 1. 실제 순자산에 아무 증가가 없는데도,
- 2. 마치 자본금이 증가한 것처럼 보이는 문제가 있다.

문제점2: 회사 지배 왜곡

머리에

회사 지배 왜곡(distortion of governance)이란,

- 1. 출자 없이
- 2. 회사를 지배하는 문제를 말한다.



영향력 순환

- 1. A회사 경영진은 → A회사가 의결권을 행사할 때 영향력을 행사한다.
- 2. A회사(= B회사의 주주)는 → S회사 주주총회에서 영향력을 행사한다.
- 3. S회사 주주총회에서 → S회사 경영진을 선임한다.
- 4. S회사 경영진은 → S회사가 의결권을 행사할 때 영향력을 행사한다.
- 5. S회사(= A회사의 주주)는 → A회사의 주주이므로 A회사 주주총회에서 영향력을 행사한다.

소결

상호주에는,

- 1. A회사 경영진이 아무런 출자도 안 하고서,
- 2. A회사 주주총회에서 영향력을 행사하는 문제가 있다.

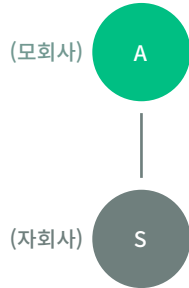
이론상 모자회사

머리에

A회사가 S회사 주식을 보유한다.

이론상 모자회사

- 1. A회사: 이론상 모회사(parent company)
- 2. S회사: 이론상 자회사(subsidiary company)



중간 결론

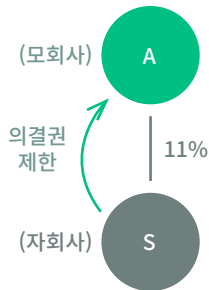
상호주 규제 방법

상호주 규제로 다음 방법을 생각할 수 있다.

- 1. 상호주 의결권 제한
- 2. 상호주 취득 금지

의결권 제한

일정한 기준(예: 10%)을 넘을 경우,



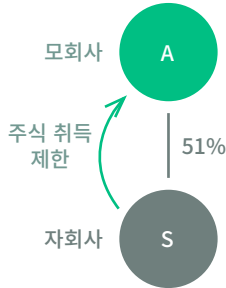
- 1. 상호주 의결권을 없앨 필요가 있다.
- 2. 그래서 그런 자회사가 모회사 발행 주식을 취득하면 의결권을 제한한다.

상법 제369조(의결권) ③ 회사[A]...가 다른 회사[S]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[S]가 가지고 있는 회사[A]...의 주식은 의결권이 없다.

취득 금지

일정한 기준(예: 50%)을 넘을 경우,

- 1. 상호주 취득 자체를 금지할 필요가 있다.
- 2. 그래서 그런 자회사가 모회사 발행 주식을 취득하는 걸 금지한다.



상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ① 다른 회사[S]의 발행주식의 총수의 **100분의 50을 초과**하는 주식을 가진 회사[A]...의 주식은 ... 그 다른 회사[S]...가 이를 취득할 수 없다.

- 비교**
- 모회사가 자회사 발행 주식을 더 취득하는 건,
- 1. 앞서 본 상호주 문제가 없다.
 - 2. 그래서 원칙적으로 규제하지 않는다.

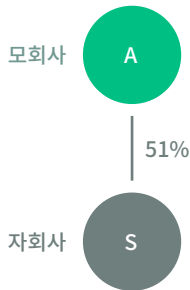
상법상 모자회사

머리에

상법에서는 50% 초과 경우만을 “모회사”, “자회사”라 정의한다.

기본 개념: A가 S주식 51% 보유

A회사가 S회사 주식 50%를 초과해 보유한다.

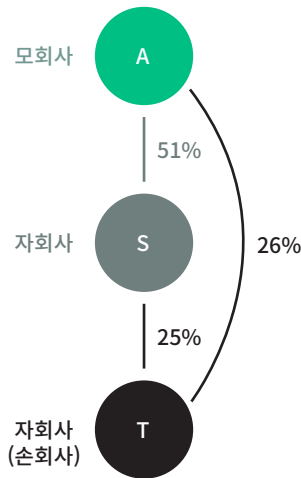


- 그러면,
- 1. A회사: 모회사(parent company)
 - 2. S회사: 자회사(subsidiary company)

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ① 다른 회사[S]의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사[A](이하 “**모회사**”라 한다)... 그 다른 회사[S](이하 “**자회사**”라 한다)...

확장한 개념1: A(= S의 모회사)가 T주식 26% 보유 & S가 T주식 25% 보유

- 1. A회사가 S회사 주식 50%를 초과해 보유하고(기본 모자관계),
- 2. S회사가 T회사 주식을 s% 보유하고, A회사가 T회사 주식을 a% 보유한다. (s+a)%는 50%를 초과한다.



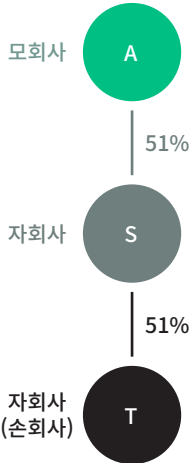
그러면,

- 1. A회사: 모회사(parent company)
- 2. S회사: 자회사(subsidiary company)
- 3. T회사: 자회사(subsidiary company)

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ③ 다른 회사[T]의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 모회사[A] 및 자회사[S]...가 가지고 있는 경우 그 다른 회사[T]는 이 법의 적용에[서] 그 모회사[A]의 자회사로 본다.

확장한 개념2: S(= A의 자회사)가 T주식 51% 보유

- 1. A회사가 S회사 주식 50%를 초과해 보유하고(기본 모자관계),
- 2. S회사가 T회사 주식 50%를 초과해 보유한다.



그러면,

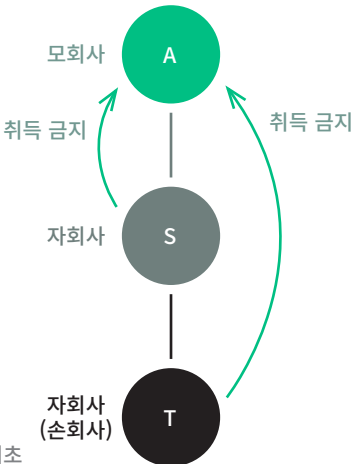
- 1. A회사: 모회사(parent company)
- 2. S회사: 자회사(subsidiary company)
- 3. T회사: 자회사(subsidiary company)

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ③ 다른 회사[T]의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 ... 자회사[S]가 가지고 있는 경우 그 다른 회사 [T]는 이 법의 적용에[서] 그 모회사[A]의 자회사로 본다.

상호주 취득 금지

머리에

- 1. 자회사는 모회사 주식을 취득할 수 없다.
- 2. 즉, 회사는 50% 초과 주주인 다른 회사 주식을 취득할 수 없다.



기본 자회사(C 자회사)의 취득 금지

- 1. S회사는 A회사 주식을 취득할 수 없다.
- 2. S회사는 A회사(모회사)의 자회사기 때문이다.

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ① 다른 회사[S]의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사[A](이하 “모회사”라 한다)의 주식은 ... 그 다른 회사[S](이하 “자회사”라 한다)가 이를 취득할 수 없다.

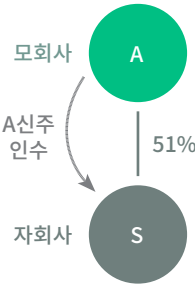
확장한 자회사(= 손회사 C 자회사)의 취득 금지

- 1. T회사도 A회사 주식을 취득할 수 없다.
- 2. T회사도 A회사(모회사)의 자회사로 간주하기 때문이다.

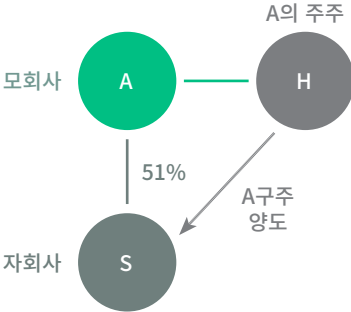
상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ③ 다른 회사[T]의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 [i] 모회사[A] 및 자회사[S] 또는 [ii] 자회사[S] 간 가지고 있는 경우 그 다른 회사[T]는 이 법의 적용에[서] 그 모회사[A]의 자회사로 본다.

규제 대상인 취득

- 1. 원시취득: 모회사가 발행하는 주식(신주)을 인수해 취득하는 것도 금지 대상이다.



- 2. 승계취득: 모회사가 이미 발행한 주식(구주)을 양수해 취득하는 것도 금지 대상이다.



예외: 상호주 취득 허용

다음 경우는 예외다. 즉, 자회사라도 모회사 주식을 취득할 수 있다.

1. 주식교환, 주식이전, 합병, 영업 전부 양수

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ① ...모회사...의 주식은 다음의 경우를 제외하고는 ...자회사...가 이를 취득할 수 없다.
1. 주식의 포괄적 교환, 주식의 포괄적 이전, 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수[에 따른] 때

이게 무슨 제도인지 곧 배운다.

2. 필요한 권리 실행

상법 제342조의2(자회사[의] 모회사주[식] 취득) ① ...모회사...의 주식은 다음의 경우를 제외하고는 ...자회사...가 이를 취득할 수 없다.
2. 회사의 권리를 실행함에 ... 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때

상법 제341조의2(...) ...
2. 회사의 권리를 실행함에 ... 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우

서울고법2024나2008377: 상법 제341조의2 제2호가 규정하고 있는 ‘회사의 권리를 실행함에 ... 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 때’[란?] 회사가 그 권리를 실행하기 위하여 강제집행, 담보권의 실행 등을 함에 ... 채무자에게 회사의 주식 이외에 재산이 없을 때 회사가 자기주식을 [경매 매수] 또는 대물변제로 취득하는 경우 등을 말한다.]

연습문제1

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 66.] A 회사는 B 회사의 발행주식총수 중 55%를 보유하고 있다. A 회사는 2025. 3. 20. 정기주주총회(이하 ‘A주주총회’라 한다.)를 개최하려고 하고, B 회사는 2025. 3. 31. 정기주주총회(이하 ‘B주주총회’라 한다.)를 개최하려고 한다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (모든 회사는 보통주만을 발행한 비상장주식회사임. 각 지문은 독립적이고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
ㄱ. A 회사와 B 회사가 각각 G 회사의 발행주식총수 중 25%와 30%를 보유하고 있는 경우 G 회사는 A 회사의 주식을 원칙적으로 취득하지 못한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

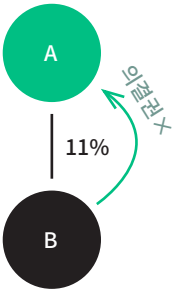
[문 68.] A 회사는 B 회사의 발행주식총수 중 51%를 보유하고 있다. B 회사가 A 회사의 주식을 취득할 수 있는 경우에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (모든 회사는 보통주만을 발행한 비상장주식회사임. 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
ㄱ. B 회사가 C 회사로부터 A 회사의 주식을 유상으로 양도받은 경우
ㄴ. B 회사가 권리를 실행하기 위하여 강제집행, 담보권의 실행 등을 함에 ... C 회사에 A 회사의 주식 이외에 재산이 없을 때 A 회사의 주식을 경락 또는 대물변제로 취득하는 경우

상호주 의결권 제한

머리에

회사는 10% 초과 주주인 다른 회사 주식을 취득해도 의결권이 없다.

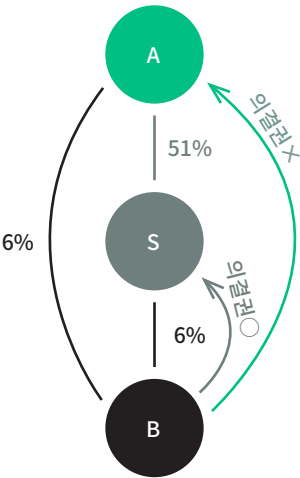
기본 제한: A가 B주식 11% 보유



B가 보유한 A주식은 의결권 X

상법 제369조(의결권) ③ [i] 회사[A]...가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[11% > 10%]하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[B]가 가지고 있는 회사[A]...의 주식은 의결권이 없다.

확장한 제한1: A(= S의 모회사)가 B주식 6% 보유 & S가 B주식 6% 보유



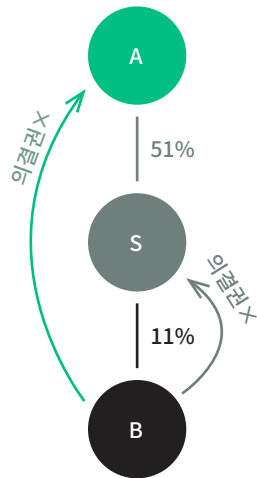
1. B가 보유한 A주식은 의결권 X

상법 제369조(의결권) ③ ... [ii] 모회사[A] 및 자회사[S]...가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[(6%+6%) > 10%]하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[B]가 가지고 있는 ... 모회사[A]의 주식은 의결권이 없다.

2. B가 보유한 S주식은 의결권○

상법 제369조(의결권) ③ [i] 회사[S]...가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[→ 6% ≤ 10%]이므로, 초과 아님]하는 주식을 가지고 있는 경우 ...

확장한 제한2: S(= A의 자회사)가 B주식 11% 보유



1. B가 보유한 A주식은 의결권×

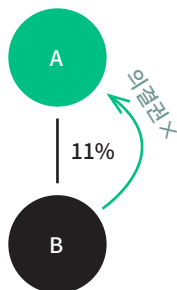
상법 제369조(의결권) ③ ... [iii] 자회사[S]가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[11% > 10%]하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[B]가 가지고 있는 ... 모회사[A]의 주식은 의결권이 없다.

2. B가 보유한 S주식도 의결권×

상법 제369조(의결권) ③ [i] 회사[S]...가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[11% > 10%]하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[B]가 가지고 있는 회사[S]...의 주식은 의결권이 없다.

판단 기준 시점?

기본 제한 사안으로 설명한다.



상법 제369조(의결권) ③ [i] 회사[A]...가 다른 회사[B]의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과[→ 11%]하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사[B]가 가지고 있는 회사[A]...의 주식은 의결권이 없다.

상법 제354조(주주명부의 ... 기준일) ① 회사[A]는 의결권을 행사하거나 배당을 받을 자 기타 주주...로서 권리를 행사할 자를 정하기 위하여 ... 일정한 날[= 기준일]에 주주명부에 기재된 주주...를 그 권리를 행사할 주주...로 볼 수 있다.

2025마6793: 상법 제354조가 규정하는 **기준일** 제도는 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 기재되어 있는 주주를 대상회사[A]의 주주로서의 권리를 행사할 자로 확정하기 위한 것일 뿐[이다]. 다른 회사[B]의 주주를 확정하는 기준으로 삼을 수는 없다.

1. 규제 적용(A가 B의 10% 초과 주주인지)? ← A기준일× but A총회일○

2025마6793: [A의] 기준일에는 상법 제369조 제3항이 정한 요건[→ A가 B의 10% 초과 주주]에 해당하지 않[는다. 그럼]더라도, 실제로 의결권이 행사되는 대상회사[A]의 주주총회일에 위 요건을 충족한다면 다른 회사[B]가 가지고 있는 대상회사[A]의 주식은 상법 제369조 제3항이 정하는 상호보유 주식에 해당하여 의결권이 없[다].

[즉,] 상법 제369조 제3항 전단의 “[A]가 다른 회사[B]의 발행주식총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우”를 해석할 때에는 대상회사[A]의 주주총회일을 기준으로 판단하여야 [한다.]

2. 규제 대상(B 보유 A 주식인지)? ← A총회일× but A기준일○

2025마6793: 나아가 다른 회사[B]가 가지고 있던 대상회사[A]의 주식을 기준일이 지난 다음 제3자에게 처분하는 등의 사유로 [A의] 주주총회일 당시에 [B가] 더 이상 가지고 있지 않[다. 그럼] 경우에도 대상회사[A]의 주주로서 권리를 행사할 자가 확정되는 시점은 [A의] 기준일[이다.]

[즉,] 상법 제369조 제3항 후단의 “다른 회사[B]가 가지고 있는 대상회사[A]의 주식은 의결권이 없다.” 부분에서 ‘가지고 있는’의 기준시점은 대상회사[A]의 ... 기준일로 해석하여야 한다.

3. 소결: 10% 초과인지는 A총회일, 의결권 없는 주식인지는 A기준일



2025마6793: [A의] 주주총회일에 [A]가 다른 회사[B]의 발행주식 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있다면[?]

상법 제369조 제3항에 따라 다른 회사[B]가 [A의] 기준일에 가지고 있던 대상회사[A]의 주식은 의결권이 없다.

통지 의무

1. 10% 초과 주식 취득 시, 취득 회사(acquirer) A는 통지 의무를 진다.

상법 제342조의3(다른 회사[B]의 주식취득) 회사[A]가 다른 회사[B]의 발행주식총수의 10분의 1을 초과하여 취득한 때에는 그 다른 회사[B]에 대하여 지체 없이 이를 통지하여야 한다.

2. 대상 회사(target) B의 방어 기회 보장을 위해서다.

2001다12973: [그 취지는?] 회사[A]가 다른 회사[B]의 발행주식 총수의 10분의 1 이상을 취득하여 의결권을 행사하는 경우[를 생각하자.] 경영권의 안정을 위협받게 된 그 다른 회사[B]는 **역으로 상대방[A] 회사의 발행주식의 10분의 1 이상을 취득**[하는 방법]을 고려할 수 있다. 즉, 이]로써 이른바 상호보유주식의 의결권 제한 규정(상법 제369조 제3항)에 따라 서로 상대 회사에 대하여 의결권을 행사할 수 없도록 **방어조치**를 취할 수 있다. 이렇게 해서] 다른 회사의 지배가능성을 배제하고 경영권의 안정을 도모[할 수 있다.]

규제 대상인 취득

제도 취지에 비추어,

- 1. “주식 취득” 사안에 한정한다.
- 2. “의결권 대리행사 권한 취득” 사안에는 통지 의무 조항을 적용하지 않는다. 따라서 통지 의무가 없다.

상법 제368조(총회의 결의방법과 의결권의 행사) ② 주주는 대리인으로 하여금 그 의결권을 행사하게 할 수 있다. ...

2001다12973: 특정 주주총회에 한정하여 각 주주들로부터 개별안전에 대한 의견을 표시하게 하여 의결권을 위임받아 의결권을 대리행사하는 경우[를 보자.] 회사[A]가 다른 회사[B]의 발행주식 총수의 10분의 1을 초과하여 의결권을 대리행사할 권한을 취득하였다고 하여도 위 규정이 유추적용 되지 않는다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 66.] A 회사는 B 회사의 발행주식총수 중 55%를 보유하고 있다. A 회사는 2025. 3. 20. 정기주주총회(이하 ‘A주주총회’라 한다.)를 개최하려고 하고, B 회사는 2025. 3. 31. 정기주주총회(이하 ‘B주주총회’라 한다.)를 개최하려고 한다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (모든 회사는 보통주만을 발행한 비상장주식회사임. 각 지문은 독립적이고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. C 회사가 A 회사의 발행주식총수 중 15%를 취득한 때에는 C 회사는 A 회사에 대해서 지체 없이 이를 통지하여야 한다.

ㄴ. A 회사의 발행주식총수 중 20%를 보유하는 복수의 주주들 전원이 각자 A주주총회의 개별 안전에 대해서 찬반 의사를 명시적으로 표기한 위임장을 D 회사에 송부하고 D 회사가 이 복수의 주주들의 의사에 따라 의결권을 대리행사하는 경우 D 회사는 「상법」 제342조의3에 따라 A 회사에 지체 없이 이러한 사실을 통지하여야 한다.

- ㄷ. E 회사가 A 회사의 발행주식총수 중 9%를 보유하고 있고, B 회사가 2025. 3. 10. E 회사의 발행주식총수 중 11%를 취득한 경우 E 회사는 A주주총회에서 의결권을 행사할 수 있다.
- ㄹ. F 회사가 B 회사의 발행주식총수 중 9%를 보유하고 있고, A 회사와 B 회사가 각각 F 회사의 발행주식총수 중 7%와 8%를 보유하고 있는 경우 F 회사는 B주주총회에서 의결권을 행사할 수 있다.

자기주식

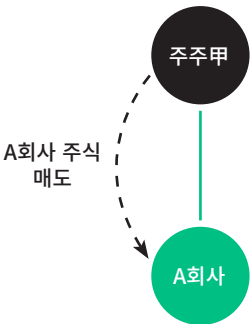
개념

어떤 회사가 자기가 발행한 주식을 소유하기도 한다. 이때 그 주식을 자기주식(자사주; treasury shares)라 부른다. 즉,

- 1. 자기(A)가 발행한 주식을
- 2. 자기(A)가 보유할 때.

사례

A회사의 주주 甲이, 그 주식을 A회사에 팔면, A회사 주주가 A회사로 된다.



문제점

자기주식에는 다음 문제가 있다. 그래서 자기주식을 규제한다.

- 1. 주주평등 위반 ← 특정 주주(甲)에게 임의로 출자금을 환급하는 셈
- 2. 회사 지배 왜곡 ← 자기주식에 따른 의결권을 경영진이 행사한다면, 출자 없이 주주총회에 영향

자기주식 규제 방법

자기주식 규제에 다음 방법을 생각할 수 있다.

- 1. 자기주식 의결권 등 제한
- 2. 자기주식 취득 금지

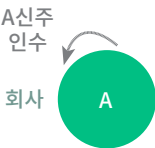
자기주식 취득 금지

머리에

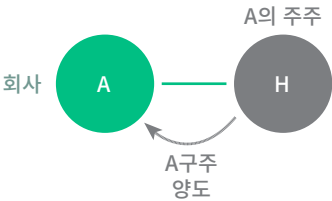
- 1. 원칙: 자기주식 취득 금지
- 2. 예외: 자기주식 취득 허용

규제 대상인 취득

- 1. 원시취득: 회사가 발행하는 주식(신주)을 그 회사가 인수해 취득하는 것도 금지 대상이다.



- 2. 승계취득: 회사가 이미 발행한 주식(구주)을 그 회사가 양수해 취득하는 것도 금지 대상이다.



예외: 자기주식 취득 허용

다음 경우는 예외다. 즉, 자기주식이라도 취득할 수 있다.

- 1. 합병, 영업 전부 양수

상법 제341조의2(특정목적에 [따른] 자기주식의 취득) 회사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다.

- 1. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수[에 따른] 경우

이게 무슨 제도인지 곧 배운다.

- 2. 필요한 권리 실행

상법 제341조의2(특정목적에 [따른] 자기주식의 취득) 회사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다.

- 2. 회사의 권리를 실행함에 ... 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우

2005다75729: 주식회사가 자기주식을 취득할 수 있는 경우로서 상법[에서] 규정하고 있는 ‘회사의 권리를 실행함에 ... 그 목적을 달성하기 위하여 필요할 때’[란?] 회사가 그 권리를 실행하기 위하여 강제집행, 담보권의 실행 등을 함에 ... 채무자에게 회사의 주식 이외에 재산이 없을 때 회사가 자기주식을 [경매 매수] 또는 대물변제로 취득하는 경우 등을 말[한다.]

3. 기타 등등

자기주식 소각 의무

회사가 예외적으로 자기주식을 취득한 경우,

1. 원칙: 1년 이내 소각

상법 제341조의4(자기주식의 소각의무 등) ① 회사가 자기주식을 취득한 때에는 그 취득한 날부터 1년 이내에 소각하여야 한다.

2. 예외: by 매년 주주총회 승인

상법 제341조의4(자기주식의 소각의무 등) ② 제1항에도 불구하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 회사가 자기주식보유처분계획을 작성하여 주주총회의 승인을 받은 때에는 그 승인된 계획에 따라 자기주식을 보유 또는 처분할 수 있다.

③ 회사는 제2항에 따른 자기주식보유처분계획을 매년 주주총회에서 승인받아야 한다.

자기주식 의결권 등 제한

머리에

1. 의결권 제한
2. 신주인수권, 배당권 제한
3. 기타 등등

의결권 제한

상법 제341조의3(자기주식의 권리제한 등) ① 회사는 자기주식에 관하여 제369조의 의결권... 등 주주로서의 권리를 행사하지 못한다.

상법 제369조(의결권) ② 회사가 가진 자기주식은 의결권이 없다.

신주인수권, 배당권 제한

상법 제341조의3(자기주식의 권리제한 등) ① 회사는 자기주식에 관하여 ... 제418조의 신주인수권, 제461조[→ 준비금의 자본금 전입] 제2항에 따른 주식을 발행받을 권리, 제462조[→ 이익배당] 및 제462조의2부터 제462조의4까지[→ 주식배당, 중간배당 등]에 따른 배당을 받을 권리 등 주주로서의 권리를 행사하지 못한다.

제14강

증권법 기초

Basic Securities Law



Edward Matthew Ward, *The South Sea Bubble, a Scene in 'Change Alley in 1720*
1847, oil on canvas, 130 × 188 cm, Tate, London

증권에 관한 법률관계를 다루는 법에 관하여

- 장사를 하면, 대금을 결제하게 된다. 그에 관한 법을 **대금결제법**이라 한다. 어음은 대표적 대금 결제 수단이다. 어음채권과 같은 **증권적 채권**의 법률관계를 이해하는 것이 이 강의의 목표다.
 1. 어음 중에서도 **약속어음**이 가장 중요하다. **배서, 지급, 상환청구** 등 약속어음 관련 용어를 본다.
 2. **무인성, 독립성**과 같은 **어음행위**의 특성을 살핀다. 그 과정에서 어음행위가 민법상 법률행위와 어떤 차이를 갖는지 알 수 있다.
 3. 회사법 강의에서 본 **주식양도**는 증권적 채권 양도에 해당한다. 그리고 **명의개서**는 주식양도 법리와 함께 생각해야 한다. 결국, 증권적 채권 법리를 이해해야, 앞서 공부한 회사법상 주식양도와 명의개서도 제대로 이해할 수 있다. 이 강의에서 본다.

증권적 채권
Securitized Claim

100달러는 항상 100달러의 가치가 있습니다.
제가 아무리 마구 구기고 발로 짓밟고 더럽게 했을지라도.
- 어느 강연

채권증서

개념

채권증서(document evidencing claim)란, 채권(claim)이 있다는 것을 증명하는 문서.

사례

1. 금전대여에 따른 채권은 소비대차 계약서가 채권증서다.

금 전 차 용 계 약 서

제1조(당사자) 채권자 사일록(이하 "갑"이라고 함)은 2016년 1월 12일 금 5,000,000원을 채무자 안돈이(이하 "을"이라고 함)에게 대여하고 을은 이를 차용한다.

제2조(변제기) 차용금의 변제기한 2017년 1월 12일로 한다.

제3조(이자 및 지연손해금) ① 이자는 연 10%의 비율로 한다.
② 원리금의 변제를 지체했을 때에는 을은 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 가산해서 지불해야 한다.

2. 어음상 권리(채권)는 그 어음이 바로 채권증서다.

약 속 어 음서울 01-710536

박 수 취 귀하
자가58661221

금 貳仟萬圓正 (₩20,000,000)

위의 금액을 귀하 또는 귀하의 지시인에게 이 약속어음과 상환으로 지급하겠습니다.

지급기일	2019년 4월 1일	발행일	2019년 2월 1일
지급지	서울	발행지	서울
지급장소	주식회사 신안은행	주소	
반포지점		발행인	김 발 행 (인)

발행지, 발행일, 수취인들이 누락된 상태에서 지급 제시하는 경우 지급거절로 선의의 피해를 입을 수도 있으니 누락 없도록 주의하시기 바랍니다.
점선 아래의 앞뒷면은 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.

2013다32574: ‘채권증서’는 채권의 존재를 증명하기 위하여 채권자에게 제공된 문서
[다. 채권증서에 해당하기 위해] 특정한 이름이나 형식을 따라야 하는 것은 아니다.]

지명채권

개념

지명채권(nominative claim)이란, 채권자가 특정되어(specified) 있는 채권.

사례

지금까지 공부한 채권들 대부분이 지명채권이다. 채권자가 특정되어 있기 때문이다.

흔히 그냥 “채권”이라고만 하면 지명채권을 말한다.

증권적 채권

개념

증권적 채권(securitized claim)이란, 채권증서를 가지고 있는 사람이 곧 채권자인 채권.

사례

1. 어음상 권리.
2. 수표상 권리.

지명채권 양도

지명채권 양도 방법

1. 지명채권을 양도할 때 반드시 채권증서까지 넘겨야 하는가? 필요 없다.
2. 채권양도 합의(계약)만 있으면 충분하다.

2010다100711: 지명채권(이하 단지 ‘채권’이라고만 한다)의 양도[란] 채권의 귀속주체가 법률행위[로] 변경되는 것, 즉 법률행위에 [따른] 이전을 의미한다.

2015다46119: 지명채권의 양도[는] ... 처분행위의 성질을 가[진다.]

지명채권 양도 사례

1. 금전소비대차에 따른 채권은 지명채권이다. 처음에 채권자는 돈을 빌려준 사람(대주)으로 특정되어 있기 때문이다.
2. 대주가 제3자에게 그 채권을 양도하려고 한다. 그러면 대주(채권양도인)와 제3자(채권양수인) 사이의 채권양도 합의만 있으면 충분하다. 소비대차 계약서까지 넘길 필요는 없다.

99다67482: 일반적으로 지명채권의 양도거래에[서] 양도대상인 지명채권의 행사 등에 그 채권증서(계약서 등)의 소지, 제시가 필수적인 것은 아[니]다. 이에 따라 양도, 양수 당사자 간에 그 채권증서를 수수하지 않는 경우도 적지 아니한 실정이다.[특히 양수인이 채권양도 거래의 경험이 없는 개인이라면 더욱 그렇다.]

배서를 보면 양도 내력을 알 수 있다. 아래는 김발행(발행인) → 박수취(수취인) → 최양수 → 홍전득으로 어음상 권리가 유통된 사례다.

증권적 채권 양도와 채권증서

채권은 원래 눈에 보이지 않는다. 그러나 증권적 채권 경우, 채권을 채권증서(증권)를 통해 눈에 보이게 만들었다. 이것을 “권리가 채권증서에 화체 되었다.”라고 표현한다.

화체(化體; incorporated)에서 화(化)는 “~로 되다”, 체(體)는 “형체”를 말한다. 즉, 화체란 권리(관념)를 증권(물질)에 넣는 것(표상)을 뜻한다.

결론

지명채권

채권증서 교부는 채권양도의 증거에 불과하다.

증권적 채권

채권증서 교부는 채권양도 그 자체다.

증권적 채권의 사례

Examples of Securitized Claim

필요가 발명을 낳는다. - 박진준

머리에

사례

증권적 채권에는 무엇이 있는가?

관련법

증권적 채권에 관한 법률관계는 어느 법에서 정하나?

반복하면, 어떤 법이 무엇을 규율하는지 아는 것(Know-Where)이 중요하다.

어음

개념

어음(bills of exchange; promissory note)이란, 어음금 지급을 약정하는 증권이다.

71다418: 약속어음은 발행인[김발행]이 수취인[박수취]에 대하여 어음금액[2,000만원]을 지급할 것을 약속하는 유가증권이다.
99헌가13: [어음은] 신용기능을 그 제1차적 기능으로 하고 있다.

규율 법률

어음법(Bills of Exchange and Promissory Notes Act).

97헌바41: 채권을 증권에 화체한 어음제도는 어음법[에 따라] 규율[된다.] 어음상의 권리의 득실, 변경, 행사 등 재산권인 어음상의 권리의 구체적 모습 역시 [어음법[에 따라] 형성된다.
--

어음 발행인과 지급인

어음은,

- 1. 발행인(drawer)은 있다.
- 2. 지급인(drawee)은 있을 수도 있고, 없을 수도 있다.

종류

- 1. 환어음(bills of exchange): 발행인(drawer)도 있고, 지급인(drawee)도 있는 어음. 지급인이 어음금을 지급한다.
- 2. 약속어음(promissory note): 발행인(drawer)만 있고, 지급인(drawee)이 따로 없는 어음. 그냥 발행인이 어음금을 지급한다.

어음에는 환어음(bill of exchange), 약속어음(promissory note)이 있다. 그러나 실제로 환어음은 거의 사용하지 않는다. 모두 약속어음이라 보면 된다.

약속어음

서울 01-710536

박수취

귀하

자/가58661221

금貳仟萬圓正 (₩20,000,000)

위의 금액을 귀하 또는 귀하의 지시인에게 이 약속어음과 상환으로 지급하겠습니다.

지급기일2019년 4월 1일

발행일2019년 2월 1일

지급지서울

발행지서울

지급장소주식회사 신안은행

주소

반포지점

발행인김발행 (인)

발행지, 발행일, 수취인등이 누락된 상태에서 지급 제시하는 경우 지급거절로 선의의 피해를 입을 수도 있으니 누락 없도록 주의하시기 바랍니다.
점선 아래의 윗머리는 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.

어음법 제75조(어음의 요건) 약속어음에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 약속어음임을 표시하는 글자[예: (제목) “약속어음”]
- 2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 약속하는 뜻[예: “금 이천만 원 정 ... 위 금액을 ... 지급하겠습니다.”]
- 3. 만기[예: “지급기일 2019년 4월 1일”]
- 4. 지급지[예: “서울”]
- 5. 지급받을 자 또는 지급받을 자를 지시할 자의 명칭[예: “박수취 귀하”]
- 6. 발행일[예: “2019년 2월 1일”]과 발행지[예: “서울”]
- 7. 발행인[예: “김발행”]의 기명날인 또는 서명

제76조(어음 요건의 흠) 제75조 각호의 사항을 적지 아니한 증권은 약속어음의 효력이 없다. 그러나 ...

소결

- 1. 어음상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.
- 2. 어음은 증권(securities)이다.

수표

개념

수표(check)란, 수표금 지급을 약정하는 증권이다.

99현가13: 수표는 발행인이 지급인(은행)에 대하여 ... 수표의 정당한 소지인에게 일정한 금액의 지급을 위탁하는 유가증권이다.

즉 수표는 현금의 지급[을] 갈음하여 발행하는 지급증권[이다.] 발행인이 스스로 금전을 지급하는 번잡과 위험을 피할 목적으로 금융기관인 은행으로 하여금 현금 수수를 하도록 하기 위하여 발행하는 것이다.

위와 같이 수표는 그 본질적인 경제적 기능이 **지급기능**인 점에서 신용기능을 그 제1차적 기능으로 하[는] 어음과 근본적으로 차이가 있[다.] ... 어음과 수표는 다같이 유통증권이기는 하지만 수표는 **현금의 대용물**[이라는 차이가 있다.]

규율 법률

수표법(Check Act).

수표의 발행인과 지급인

수표는,

- 1. 발행인(drawer)도 있다.
- 2. 지급인(drawee)도 있다. 수표의 지급인은 반드시 은행이어야 한다.

어음은 발행인이거나 지급인이 반드시 은행일 필요는 없다.

종류

- 1. 자기앞수표(cashier's check): 발행인(drawer) = 지급인(drawee)인 수표



수표법 제6조(...자기앞수표) ③ 수표는 발행인[예: “발행인 상호저축은행중앙회”] 자신 을 지급인[예: “지급인 상호저축은행중앙회”]으로 하여 발행할 수 있다.

수표법 제1조(수표의 요건) 수표에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 수표임을 표시하는 글자 [예: (제목) “자기앞수표”]
- 2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 위탁하는 뜻[예: “금 일십만 원 정 ... 이 수 표 금액을 소지인에게 지급하여 주십시오.”]
- 3. 지급인의 명칭[예: “상호저축은행중앙회”]
- 4. 지급지(支給地)[예: “서울”]

- 5. 발행일[예: “〇〇〇〇년 〇〇월 〇〇일”]과 발행지(發行地)[예: “서울특별시”]
- 6. 발행인[예: “상호저축은행중앙회”]의 기명날인(記名捺印) 또는 서명

2. 당좌수표(account check): 발행인(drawer) ≠ 지급인(drawee)인 수표.
즉, 발행인이 은행에 당좌예금(current deposit)을 개설해 발행한다.

발행인이 당좌예금을 통해 은행에 미리 돈을 넣어 둔다. 나중에 수표 소지인은 은행에서 수표를 돈으로 교환할 수 있다.

견본

지 급 지

주식회사 신안은행 반포지점

금 삼천만원정 (₩30,000,000)

이 수표 금액을 소지인에게 지급하여 주십시오.
거절증서 작성을 면제함.

발 행 지 서울특별시

발 행 인

당 좌 수 표

마가98766543

2019년 2월 1일

표 본 좌 (인)

서울 01-123456

발행지, 발행일 등이 누락된 상태에서 지급 제시하는 경우 지급거절로 선의의 피해를 입을 수도 있으니 누락 없도록 주의하시기 바랍니다.
전선 아래의 앞뒷면은 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.

수표법 제1조(수표의 요건) 수표에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

- 1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 수표임을 표시하는 글자 [예: (제목) “당좌수표”]
- 2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 위탁하는 뜻[예: “금 삼천만 원 정 ... 이 수표 금액을 소지인에게 지급하여 주십시오.”]
- 3. 지급인의 명칭[예: “주식회사 신안은행”]
- 4. 지급지(支給地)[예: (미기재)]
- 5. 발행일[예: “2019년 2월 1일”]과 발행지(發行地)[예: “서울특별시”]
- 6. 발행인[예: “표본좌”]의 기명날인(記名捺印) 또는 서명

수표법 제2조(수표 요건의 흠) 제1조 각호의 사항을 적지 아니한 증권은 수표의 효력이 없다. 그러나 다음 각호의 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 지급지가 적혀 있지 아니한 경우: 지급인의 명칭[예: “주식회사 신안은행”]에 부기 (附記)한 지(地)[예: “반포지점”]를 지급지로 본다. ...

소결

- 1. 수표상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.
- 2. 수표는 증권(securities)이다.

주권

복습: 관련 기초 개념

주식회사가, 불특정 다수의 투자자에게 증권을 발행해 주면서 투자받고 회사의 “지분을 배정”해 줄 수 있다. 위 투자자들을 주주(shareholder)라 한다. 주주의 지분을 주식(share)이라 한다.

주주가 투자한 돈은 회사 자기 돈이 된다. 즉, 자기자본(equity capital; own capital)이다. 값을 돈은 아니고, 단지 수익이 나면 수익을 주주에게 배당한다.

- 1. 주주권(株主權; shareholder’s right): 주주가 주식을 통해 갖는 권리다. 줄여서 주권(株權)이라고도 한다.

2007도4949전합: 주식회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립된 사단법인이다.] 주식회사의 자본은 사업을 영위하기 위한 물적 기초를 구축하기 위하여 주주들이 출연하는 [돈]이다.] **주식은 주주들이 출자비용에 따라 주식회사에 대하여 가지는 지분이다.** ... 주식회사가 회사 운영을 위하여 필요한 자금을 조달하는 수단으로는 신주를 발행하여 **자기자본**을 증가시키는 방법[이 있다.]

- 2. 주권(株券; share certificate): 이때 발행하는 증권이다. 주주권을 종이(채권증서)에 넣은 것이다.

84도2303: 주권(株券)은 주식의 일정단위가 화체된 유가증권[이다.]

규율 법률

상법(Commercial Act) 제3편 회사 중 제4장 주식회사(stock company).

상법 제3편 회사 제4장 주식회사 제2절 주식 제1관 주식과 주권[제329조~제360조]

상법 제355조(주권발행의 시기) ② 주권(株券)은 회사의 성립후 또는 신주의 납입기일 후가 아니면 발행하지 못한다.

주식회사 로데오일렉트로닉스 株券

일 주 권

금 오 천 원 整

1. 회사의 상호

1. 회사의 성립연월일

1. 회사가 발행할 주식의 총수

1. 1주의 금액

1. 주식의 종류

1. 주식발행연월일

주식회사 로데오일렉트로닉스

2006년 4월 14일

20,000,000(이천만)주

5,000(오천)원

기명식 보통주식

2017년 2월 5일

第7回 發行

가第123456號

본 주권은 당회사의 정관에 의한 주식 일주권의 주주임을 증하기 위하여 이면 기명자에게 교부함.

주식회사 로데오일렉트로닉스

대표이사 강 수 정 (인)

주주 인 수 회 귀하			교 부 연월일	서기 2017년 2월 9일	
등록연월일	주 주 명	등록증인	등록연월일	주 주 명	등록증인
① 2017 년 6월 3일	양 수 연	회인 인수	⑤		
②			⑥		
③			⑦		
④			⑧		
					(뒷면)

상법 제356조(주권의 기재사항) 주권[株券]에는 다음의 사항과 번호를 기재하고 대표
이사가 기명날인 또는 서명하여야 한다.

1. 회사의 상호[예: “주식회사 로데오일렉트로닉스”]
2. 회사의 성립년월일[예: “2006. 4. 14.”]
3. 회사가 발행할 주식의 총수[예: “2,000만 주”]
4. 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액[예: “5,000원”]
5. 회사의 성립후 발행된 주식에 관하여는 그 발행 연월일[예: “2017. 2. 5.”]
6. 종류주식이 있는 경우에는 그 주식의 종류와 내용[예: (해당 없음)]

6의2. 주식의 양도에 관하여 이사회 승인을 얻도록 정한 때에는 그 규정[예: (해당 없음)]

소결

1. 주주권(株主權, shareholder’s right)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 주권(株券, share certificate)은 증권(securities)이다.

사채권

복습: 관련 기초 개념

주식회사가, 불특정 다수의 투자자에게 증권을 발행해 주면서 돈을 “빌릴” 수 있다. 위 투자자들을 사채권자(bondholder)라 한다.

사채권자가 투자한 돈은 남의 돈이다. 즉, 타인자본(debt capital; borrowed capital)이다. 수익과 상관없이, 갚을 돈이다.

상법 제478조(채권의 발행) ② 채권에는 다음의 사항을 적고 대표이사가 기명날인 또는 서명하여야 한다.

1. 채권의 번호[예: “가제000012호”]
 2. 제474조 제2항 제1호[회사의 상호: “주식회사 로데오일렉트로닉스”], 제4호[사채의 총액 “3,000만 원”], 제5호[각 사채의 금액 “각 1,000만 원”], 제7호[사채의 이율 “연 3%”], 제8호[사채의 상환과 이자지급의 방법과 기한 “원금 만기 일시상환 / 이자 매 3개월 후급”], 제10호[채권을 기명식 또는 무기명식에 한한 때에는 그 뜻 “무기명 양도 가능”]...에 규정된 사항
-

소결

1. 사채권(社債權; bondholder's right)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 사채권(社債券; bond certificate)은 증권(securities)이다.

신주인수권 증서

복습: 신주인수권 관련 개념

1. 신주인수권(preemptive right; stock warrants): 회사가 신주 발행을 할 때, 우선적으로 신주를 배정받을 수 있는 권리.
2. 신주인수권자(holder of preemptive right): 신주인수권을 가진 사람.
3. 실권주(forfeited stock; unclaimed stock): 신주인수권자가 청약 등을 하지 않아 신주인수권을 상실하고 다른 사람에게 발행한 신주.

관련 기초 개념: 신주인수권과 그 증서

1. 신주인수권(-引受權; preemptive right): 신주인수권자가 신주인수권을 통해 갖는 권리다.

상법 제418조(신주인수권의 내용 ...) ...

2. 신주인수권 증서(-引受權 證書; certificate for preemptive right; R): 이와 관련해 발행하는 증권이다. 신주인수권(引受權)을 종이(채권증서)에 넣은 것이다.

상법 제420조의2(신주인수권증서의 발행) ...

비교: 신주인수권 있는 사채와 그 증서

1. 신주인수권 있는 사채(-引受權 - 社債; bond with warrant; BW): 신주인수권(call option)이 붙은 사채(bond)다.

상법 제516조의2(신주인수권부사채의 발행) ...

2. 신주인수권 증권(-引受權 證券; warrant certificate): 이와 관련해 발행하는 증권이다. 신주인수권 있는 사채에서 신주인수권만을 분리해 종이(채권증서)에 넣은 것이다.

상법 제516조의5(신주인수권증권의 발행) ...

지금은 신주“인수권”과 그 증“서”를 보고 있다.

신주인수권 양도 필요성

1. 이사회 결정으로 신주발행을 하는 상황에서, 주주는 신주인수권을 갖는다.
2. 그런데 어떤 주주 A가 신주 인수를 안 하거나(하기 싫어서) 못 해서(돈이 없어서) 실권주가 생기면? 다른 사람이 신주를 인수해, 결과적으로 주주 A는 지분 희석(equity dilution)에 따른 손해를 본다. 즉, 주주 A는 신주 인수를 사실상 강요 받는다.
3. 그래서 주주 A는 차라리 신주인수권을 팔아서 현금화 하고 싶다.

신주인수권 증서 발행

1. 이사회가 “신주인수권은 양도할 수 있다.”라고 정할 수 있다.

상법 제416조(발행사항의 결정) 회사가 그 성립 후에 주식을 발행하는 경우에는 다음의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 이사회가 결정한다. ...

5. 주주가 가지는 신주인수권을 양도할 수 있는 것에 관한 사항

2. 그 경우, 회사는 신주인수권 증서를 발행해야 한다.

상법 제420조의2(신주인수권증서의 발행) ① 제416조 제5호에 규정한 사항을 정한 경우 회사에 ... 신주인수권증서를 발행하여야 한다.

아래에서는 이사회가 양도를 정한 상황, 즉 신주인수권 증서를 발행해야 하는 상황을 전제로 설명한다.

발행 방법

원칙적으로,

1. 청약 기일 2주 전까지
2. 모든 주주에게 발행

상법 제420조의2(신주인수권증서의 발행) ① ... 회사는 ... 정함이 없는 때에는 제419조 제1항의 기일의 2주간 전에 신주인수권증서를 발행하여야 한다.

상법 제419조(신주인수권자에 대한 최고) ① 회사는 신주의 인수권을 가진 자에 대하여 그 인수권을 가지는 주식의 종류 및 수와 일정한 기일까지 주식인수의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다. ...

그러나 만약 이사회가 “기간 내 발행 청구를 하면 그 주주에게 발행한다.”라고 정했다면,

1. 이사회가 정한 기간까지
2. 발행 청구를 한 주주에게 발행

상법 제420조의2(신주인수권증서의 발행) ① ... 회사는 [제416조] 제6호의 정함이 있는 때에는 그 정함에 따라... 신주인수권증서를 발행하여야 한다.

상법 제416조(발행사항의 결정) 회사가 그 성립 후에 주식을 발행하는 경우에는 다음의 사항으로서 정관에 규정이 없는 것은 **이사회가 결정**한다. ...

6. 주주의 청구가 있는 때에만 신주인수권증서를 발행한다는 것과 **그 청구기간**
-

규율 법률

상법(Commercial Act) 제3편 회사 중 제4장 주식회사(stock company).

상법 제3편 회사 제4장 주식회사 제4절 신주의 발행[제416조~제432조]

상법 제420조의2(신주인수권증서의 발행) ② 신주인수권증서에는 다음 사항과 번호를 기재하고 이사가 기명날인 또는 서명하여야 한다.

1. 신주인수권증서라는 뜻의 표시
 2. 제420조에 규정한 사항
 3. 신주인수권의 목적인 주식의 종류와 수
 4. 일정기일까지 주식의 청약을 하지 아니할 때에는 그 권리를 잃는다는 뜻
-

상법 제420조(주식청약서) 이사는 주식청약서를 작성하여 다음의 사항을 적어야 한다.

1. 제289조 제1항 제2호[부터] 제4호[까지] [(예: 회사의 상호: “주식회사 로데오일렉트로닉스”, 회사가 발행할 주식의 총수: “2,000만 주”, 액면주식을 발행하는 경우 1주의 금액: “5,000원”)]에 기재한 사항
 3. 제416조 제1호[부터] 제4호[까지] [(신주의 종류와 수, 신주의 발행가액과 납입기일, 신주의 인수방법)]에 기재한 사항
 5. 주주에 대한 신주인수권의 제한에 관한 사항 또는 특정한 제3자에게 이를 부여할 것을 정한 때에는 그 사항
 6. 주식발행의 결의연월일[예: “2026. 5. 13.”]
-

소결

1. 신주인수권(-引受權; preemptive right)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 신주인수권 증서(-引受權 證書; certificate for preemptive right; R)는 증권(securities)이다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 65.] 비상장주식회사인 A 회사가 신주를 발행하는 경우에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (전자등록은 고려하지 않음. 각 지문은 독립적이고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ A 회사가 신주인수권을 양도할 수 있다고 정하면서 주주의 청구가 있는 때에만 신주 인수권증서를 발행한다는 것과 그 청구기간을 정하지 않은 경우에는 신주의 청약기 일로부터 2주간 전에 신주인수권증서를 발행하여야 한다.

선하증권

개념

해상화물운송 관련해, 하역하는 항구, 즉 양륙항(port of discharge)에서 선하증권 소지자에게 운송물을 인도한다. 즉, 그렇게 인도받을 권리가 화체된 증권이 바로 선하증권(bill of lading; B/L)이다.

2000다70064: 선하증권은 해상운송인이 운송물을 수령한 것을 증명하고 양륙항에서 정당한 소지인에게 운송물을 인도할 채무를 부담하는 유가증권[이다.] 운송인과 그 권소지인 사이에는 증권 기재에 따라 운송계약상의 채권관계가 성립하는 채권적 효력이 발생[한다.]

규율 법률

상법(Commercial Act) 제5편 해상(marine commerce).

상법 제5편 해상 제2장 운송과 용선 제6절 운송증서[제852조~제864조]

상법 제852조(선하증권의 발행) ① 운송인은 운송물을 수령한 후 송하인의 청구[에 따라] 1통 또는 수통의 선하증권을 교부하여야 한다.

1. 해상운송에는 육상운송과 비슷한 규정이 많다.

- 상법 제131조(화물상환증 기재의 효력) ① 제128조에 따라 화물상환증이 발행된 경우에는 운송인과 송하인 사이에 화물상환증에 적힌 대로 운송계약이 체결되고 운송물을 수령한 것으로 추정한다.
- ② 화물상환증을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 화물상환증에 적힌 대로 운송물을 수령한 것으로 보고 화물상환증에 적힌 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다.

- 상법 제854조(선하증권 기재의 효력) ① 제853조 제1항에 따라 선하증권이 발행된 경우 운송인과 송하인 사이에 선하증권에 기재된 대로 개품운송계약이 체결되고 운송물을 수령 또는 선적한 것으로 추정한다.
- ② 제1항의 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증권에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증권에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다.

2. 해상운송의 선하증권에 육상운송의 화물상환증 규정을 준용하기도 한다.
증권 법리는 대체로 같다.

상법 제861조(준용규정) 제129조[화물상환증의 상환증권성], 제130조[화물상환증의 당연한 지시증권성], 제132조[화물상환증의 처분증권성] 및 제133조[화물상환증교부의 물권적 효력]는 제852조...의 선하증권에 준용한다.

Bill of Lading				출처: kita.net	
① Shipper/Exporter ABC TRADING CO. LTD. 1. PIL-DONG, JUNG-KU, SEOUL, KOREA			⑪ B/L No. ; But 1004		
② Consignee TO ORDER OF XYZ BANK					
③ Notify Party ABC IMPORT CORP. P.O.BOX 1, BOSTON, USA					
Pre-Carrage by		⑥ Place of Receipt BUSAN, KOREA			
④ Ocean Vessel WONIS JIN		⑦ Voyage No. 1234E		⑫ Flag	
⑤ Port of Loading ⑧ Port of Discharge ⑨ Place of Delivery ⑩ Final Destination(For the Merchant Ref.) BUSAN, KOREA BOSTON, USA BOSTON, USA BOSTON, USA					
⑬ Container No. ⑭ Seal No. Marks & No ISCU1104 Total No. of Containers or Packages(in words)		⑮ No. & Kinds of Containers or Packages 1 CNTR		⑯ Description of Goods LIGHT BULBS (64,000 PCS)	
				⑰ Gross Weight 4,631 KGS	
				Measurement 58,000 CBM	
⑱ Freight and Charges		⑲ Revenue tons		⑳ Rate	
				㉑ Per	
				㉒ Prepaid	
				㉓ Collect	

㉓ Freight prepaid at	㉔ Freight payable at	㉕ Place and Date of Issue May 21, 2007, Seoul Signature
Total prepaid in	㉖ No. of original B/L	
㉗ Laden on board vessel Date May 21, 2000 Signature		㉘ ABC Shipping Co. Ltd. as agent for a carrier, zzz Liner Ltd.

상법 제853조(선하증권의 기재사항) ① 선하증권에는 다음 각호의 사항을 기재하고 운송인이 기명날인 또는 서명하여야 한다.

- 1. 선박의 명칭, 국적 및 톤수
- 2. 송하인이 서면으로 통지한 운송물의 종류, 중량 또는 용적, 포장의 종별, 개수와 기호
- 3. 운송물의 외관상태
- 4. 용선자 또는 송하인의 성명, 상호
- 5. 수하인 또는 통지수령인의 성명, 상호
- 6. 선적항
- 7. 양륙항
- 8. 운임
- 9. 발행지와 그 발행연월일
- 10.수통의 선하증권을 발행한 때에는 그 수
- 11.운송인의 성명 또는 상호
- 12.운송인의 주된 영업소 소재지

소결

- 1. 선하증권상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.
- 2. 선하증권은 증권(securities)이다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 35.] 甲은 A운송회사와 수하인을 乙로 하여 컴퓨터 10대를 서울에서 순천까지 운송하는 계약을 체결하였다(이 계약에는 운송인의 손해배상책임에 관한 면책약관은 없었고, 화물상환증은 발행되지 않았음). 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 만약 甲의 청구[로] A회사가 화물상환증을 발행하였고 그 화물상환증의 운송물란에 ‘컴퓨터 100대’라고 기재되어 있다면, 甲과 A회사 사이에는 컴퓨터 100대를 운송물로 하는 운송계약이 체결되고 컴퓨터 100대를 수령한 것으로 추정한다.

증권적 채권 종류

머리에

증권적 채권은 다시 몇 가지로 나뉜다. 그중 다음 정도만 기억하면 충분하다.

지시채권

지시채권(orderable claim): 채권증서에 채권자가 특정인으로 표시된 채권.

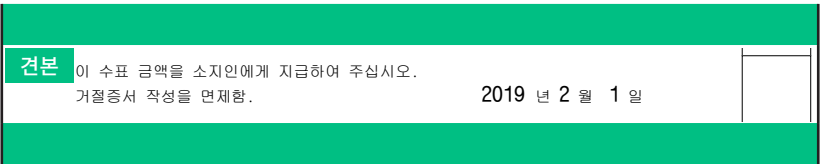
- 1. 증권을 보면 “○○○에게 돈을 지급하라 지시(指示)”하고 있다.
- 2. 어음, 수표, 주권, 지시식 선하증권(order B/L) 등



무기명채권

무기명채권(bearer claim): 채권증서에 채권자가 표시가 안 되는 채권.

- 1. 증권을 보면 “지급받을 사람 이름(名)이 기재(記)되어 있지 않다(無).”
- 2. 정당한 소지인이기만 하면 돈 받을 수 있어 “소지인출급식”이라고도 부른다.
- 3. 무기명수표, 무기명사채, 무기명식 선하증권(bearer B/L) 등



수표 경우

- 1. 자기앞수표란? “발행인 = 지급인”인 수표다. 그 수표상 권리는 지시채권에 해당한다.
- 2. 무기명수표란? 돈 받을 사람이 표시 안 된 수표다. 그 수표상 권리는 무기명채권에 해당한다.

무기명수표와 자기앞수표는 서로 다른 개념이다.

증권적 채권 양도방법

Transfer of Securitized Claim

보는 것이 믿는 것이다. - 서양 속담

머리에

문제점

1. 지명채권은 양도인과 양수인 사이에 채권을 양도한다는 합의(계약)를 하면 양도된다.
2. 그러면, 증권적 채권은 어떻게 양도하나?

증권적 채권 양도에 관한 민법 규정 존재

민법 규정을 보면, 증권적 채권은 배서, 교부를 통해 양도한다.

1. 지시채권: 채권증서 배서(endorsement) + 교부(delivery)

민법 제3편 채권 제1장 총칙 제7절 지시채권[제508조~제522조]

민법 제508조(지시채권의 양도방식) 지시채권은 그 증서에 배서하여 양수인에게 교부하는 방식으로 양도할 수 있다.

2. 무기명채권: 채권증서의 교부(delivery)

민법 제3편 채권 제1장 총칙 제8절 무기명채권[제523조~제525조]

민법 제523조(무기명채권의 양도방식) 무기명채권은 양수인에게 그 증서를 교부함으로써 양도의 효력이 있다.

일반규정의 한계

그러나 위 민법 규정은 이론적 일반규정(general provision)일 뿐이다.

1. 개별법(어음법, 수표법, 상법 등)에 있는 다음 특별규정을 우선 살펴야 한다.
2. 특별규정에서 정하고 있지 않다면, 그때 비로소 민법을 적용한다.

상법 제1조(상사적용법규) 상사에 관하여 본법[상법]에 규정이 없으면 상관습법에 [따르]고 상관습법이 없으면 민법의 규정에 [따르]다.

그런데 실제로는 증권적 채권 양도에 관해 특별규정을 둔 경우가 많다. 그 결과, 민법의 증권적 채권 규정(민법 제508조~제526조)을 실제 적용할 일이 많지 않다.

소결

오히려 민법 규정과 차이가 있는 부분이 많아서, 민법 규정으로 공부하다가 틀릴 수 있다. 위 민법 규정은 개념 정도만 이해하고, 과감히 제치자. 아래에서는 특별규정들을 본다.

어음상 권리 양도방법

복습

- 1. 어음상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.
- 2. 어음은 증권(securities)이다.

양도방법

배서(endorsement) + 교부(delivery).

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.
1. 배서(제11조부터 제20조까지)
어음법 제11조(당연한 지시증권성) ① 환어음은 ... 배서(背書)[로] 양도할 수 있다.
어음법 제13조(배서의 방식) ① 배서는 환어음...에 적고 배서인이 기명날인하거나 서명하여야 한다.
어음법 제14조(배서의 권리 이전적 효력) ① 배서는 환어음으로부터 생기는 모든 권리를 이전(移轉)한다.
대구지법87가합1426: 어음상 권리의 양도방법은 어음법에 [따른] 배서, 교부이다.]

어음 뒷면에 배서 내역이 있다. 배서는 연속되어야 배서로서 의미가 있다. 예를 들어, (i) 갑발행(발행인) → 박수취(수취인), (ii) 박수취(제1 배서인) → 최양수(제1 피배서인), (iii) 최양수(제2 배서인) → 홍전득(제2 피배서인) 식.

(뒷면)	영면에 적은 금액을 지급하여 주십시오 (통칙 또는 부기) 거절 또는 작성을 면제함 주 수 영 장 영 배 수 취 (인)	영전득 영면에 적은 금액을 지급하여 주십시오 (통칙 또는 부기) 거절 또는 작성을 면제함 주 수 영 장 영 배 수 취 (인)	영 영면에 적은 금액을 지급하여 주십시오 (통칙 또는 부기) 거절 또는 작성을 면제함 주 수 영 장 영 배 수 취 (인)	영 영면에 적은 금액을 지급하여 주십시오 (통칙 또는 부기) 거절 또는 작성을 면제함 주 수 영 장 영 배 수 취 (인)
정선 아래의 앞뒷면은 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.				
인쇄, 복사 등의 방법으로 위조된 어음은 밝은 빛에 비추어 보면 은행마크 주위에 숨겨진 무궁화 무늬가 나타나지 않습니다.				

수표상 권리 양도방법

복습

1. 수표상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 수표는 증권(securities)이다.

양도방법

1. 일반적 수표 경우: 배서(endorsement) + 교부(delivery).
2. 무기명수표 경우: 교부(delivery).

“수표상 권리” 양도방법은 한 번 보고 바로 잊어도 좋다.

자기앞수표 경우?

1. 우리가 일상생활에서 자기앞수표(대부분 무기명수표로 발행한다)를 사용할 때 배서를 하지 않고 그저 교부만 한다.

자기앞수표란, “발행인 = 지급인”인 수표다.

수표법 제6조(...자기앞수표) ③ 수표는 발행인 자신을 지급인으로 하여 발행할 수 있다.

2. 그러나 자기앞수표 교부는 수표 양도와는 관계가 없다. A가 B에게 자기앞수표를 건네는 것은 애당초 “증권적 채권” 양도가 아니기 때문이다. 즉, 엄밀히 말해, “수표상 권리” 양도가 아니다.
3. 의외로, A가 B에게 이렇게 교부하는 건 이득상환청구권이라는 지명채권(nominative claim) 양도에 해당한다.

수표법 부칙(1962. 1. 20.) 제63조(이득상환청구권) 수표에서 생긴 권리가 절차의 흠결로 인하여 소멸한 때나 그 소멸시효가 완성한 때라도 소지인[A]은 발행인, 배서인...에 대하여 그가 받은 이익의 한도 내에서 상환을 청구할 수 있다.

2019다203286: 수표상의 권리가 절차의 흠결로 인하여 또는 소멸시효의 완성으로 말미암아 소멸될 당시 수표의 정당한 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 사람[A]은 수표법 제63조에 따라 발행인 등에 대하여 그가 받은 이익의 한도에서 상환을 구할 수 있다. 이러한 **이득상환청구권은** 법률의 직접 규정[에 따라] 수표의 효력 소멸 당시 정당한 소지인[A]에게 부여된 **지명채권**에 속[한다.]

이러한 법리는 그 수표가 은행 등이 자신을 지급인으로 하여 발행한 자기앞수표(수표법 제6조 제3항)의 경우에도 마찬가지이다. 자기앞수표의 정당한 소지인[A]이 ... 수표상의 권리가 소멸됨으로써 수표법 제63조에 따라 취득하게 되는 이득상환청구권... 역시 지명채권에 해당한다.

70다2462전합: 금융기관 발행의 자기앞수표는 ... 발행은행에서 또는 그 외의 금융기관에서 쉽게 지급받을 수 있다는 거래상의 확신[이 있다. 따라서] 현금과 같이 널리 유통되고 있다. ... [A가 B에게] 수표를 양도하는 행위는 ... 소지인[A]에게 발생한 **이득상환청구권까지도 이를 양도하는 ... 것**이다.]

4. 따라서 양도인 A의 통지가 대항요건이다.

81다167: [이러한 자기앞수표의 이득상환청구권을 양수[할 때는] 지명채권 양도의 방법에 따른 절차를 밟[는다].

민법 제450조(지명채권양도의 대항요건) ① 지명채권의 양도는 양도인[A]이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제[3]자에게 대항하지 못한다.

② 전항의 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 [따르]지 아니하면 채무자 이외의 제[3]자에게 대항하지 못한다.

5. 그런데 양도인 A는 양도할 때 양수인 B에게 통지 권능까지 함께 줬다고 본다.

2019다203286: 자기앞수표의 정당한 소지인[A]이 ... 수표상의 권리가 소멸된 자기앞수표를 교부하는 경우 [다음과 같다.] 특별한 사정이 없으면 [A는] 자기앞수표의 이득상환청구권을 양도함과 동시에 그에 수반하여 이득을 얻은 발행인인 은행 등에 대하여 소지인[A]을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 [B에게] 부여하는 것으로 볼 수 있[다.]

6. 그 결과, 자기앞수표 양도는 지명채권 양도에 해당하는데도 마치 증권적 채권 양도처럼 보인다.

70다2462전합: 위 양도받은 수표를 양수인[B]이 다시 제3자[C]에게 양도하는 행위는 [어떨까?] 이와 같이 [A로부터] 양도받은 ... 이득상환청구권을 위 소지인[A]으로부터 수권된 ... 통지의 권능이 수반된 상태로 [다시 C에게] 이전하는 행위[다.] 이와 같은 수표의 정당한 소지인[C]은 발행은행에 대하여 ... 이득상환청구권을 행사할 수 있[다.]

2019다203286: 지급제시기간이 경과한 자기앞수표는 이득상환청구권이 화체된 유가증권이 아니[다]. 즉, 그 소지자가 이득상환청구권을 취득 또는 양수하였다는 점을 유력하게 뒷받침하는 증거증권으로서의 의미를 갖는다.

주주권 양도방법

복습

- 1. 주주권(株主權, shareholder's right)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
- 2. 주권(株券, share certificate)은 증권(securities)이다.

논의 전제

- 1. 무기명주식은 실무상 거의 발행하지 않는다.
- 2. 기명주식을 기준으로 본다.

기명주식만 알아도 충분하다.

양도방법

인도(delivery).

지시채권인데도, 배서까지는 필요 없다. 주권(share certificate) 인도(교부)로 충분하다.

상법 제336조(주식의 양도방법) ① 주식의 양도[는] 주권을 교부하여야 한다.

93다8719: 주권발행 후의 주식의 양도[는] 주권을 교부하여야만 효력이 발생한다.

무기명 사채권 양도방법

복습

1. 사채권(社債權, corporate bond)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 사채권(社債券, bond certificate)은 증권(securities)이다.

논의 전제

1. 기명사채는 실무상 거의 발행하지 않는다.
2. 무기명사채를 기준으로 본다.

무기명사채만 알아도 충분하다.

양도방법

교부(delivery).

무기명채권이므로, 배서가 필요 없다. 증서(certificate) 교부로 충분하다.

민법 제523조(무기명채권의 양도방식) 무기명채권은 양수인에게 그 증서를 교부함으로써 양도의 효력이 있다.

신주인수권 양도방법

복습

1. 신주인수권(-引受權; preemptive right)은 증권적 채권(securitized claim)이다.
2. 신주인수권 증서(-引受權 證書; certificate for preemptive right; R)는 증권(securities)이다.

양도방법

교부(delivery).

주식처럼, 배서가 필요 없다. 증서(certificate) 교부로 충분하다.

상법 제420조의3(신주인수권의 양도) ① 신주인수권의 양도는 신주인수권증서의 교부 [로]만 이를 행한다.

선하증권상 권리 양도방법

복습

1. 선하증권상 권리는 증권적 채권(securitized claim)이다.

2. 선하증권은 증권(securities)이다.

양도방법

1. 지시식 선하증권(order B/L) 경우: 배서(endorsement) + 교부(delivery).

지시채권이므로, 배서가 필요하다.

상법 제861조(준용규정) ...제130조...는 ...선하증권에 준용한다.
상법 제130조(화물상환증의 당연한 지시증권성) 화물상환증은 기명식인 경우에도 배서[로] 양도할 수 있다. ...
2000다70064: 선하증권[은] ... 법률상 당연한 지시증권으로서 배서[로] 양도가 가능하[다. 그러]므로 ... 선하증권을 교부받음으로써 그 채권적 효력으로 운송계약상의 권리를 취득[한다.]

2. 무기명식 선하증권(bearer B/L) 경우: 교부(delivery).

무기명채권이므로, 배서가 필요 없다.

민법 제523조(무기명채권의 양도방식) 무기명채권은 양수인에게 그 증서를 교부함으로써 양도의 효력이 있다.
85다카1080: 운송계약상의 권리의무... 양도...[절차는 어떠한가?] ... 무기명식의 선하증권이 발행되어 있을 때에는 민법 ... 제523조[에 따라] ... 교부함으로써 그러한 절차를 이행하는 것이 된다.

결론

정리

사례	양도대상	합의?	교부?	배서?	근거 법률	
지시채권	일반	지시채권	○	○	○	민508
	어음	어음상 권리	○	○	○	어77(1),11
	수표	수표상 권리	○	○	○	수14
	주권	주식	○	○	×	상336
	신주인수권 증서	신주인수권	○	○	×	상420-3(1)
	지시선하증권 (order B/L)	해상물건운송 계약상 권리	○	○	○	상861,130
무기명채권	일반	무기명채권	○	○	×	민523
	무기명수표	수표상 권리	○	○	×	민523
	무기명사채권	사채권	○	○	×	민523
	무기명선하증권 (bearer B/L)	해상물건운송 계약상 권리	○	○	×	민523
지명채권	일반	지명채권	○	×	×	민449

하나하나 다 외울 필요 없다.

의미

채권증서를 통해 증권적 채권을 양도하는 것에는 어떤 의미가 있을까? 다음 3가지 의미가 있다.

1. 증권적 채권은 권리가 채권증서에 화체되어(incorporated) 있다.
2. 증권적 채권은 채권증서를 교부하는 것 자체가 채권양도다.

2001도2832: 유가증권이란 증권상에 표시된 재산상의 권리의 행사와 처분에 그 증권의 점유[가 필요한] 것을 총칭하는 것[이다. 유가증권은 (i) 재산권이 증권에 화체된다는 것과 (ii) 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 한다는 두 가지 요소를 갖추[고 있다.]

추가로 배서가 필요한 경우도 있고, 아닌 경우도 있다.

3. 증권적 채권의 채권증서는 단순한 증거 이상 의미가 있다.

지명채권과 증권적 채권 양도

Transfer of Nominative Claim and Securitized Claim

누구도 자기가 가진 것 이상의 권리를 양도할 수 없다. - 오래된 법언

용어

대인적 항변

대인적(*in personam*; against a person) 항변이란,

- 1. 채무자(D)가
- 2. 특정인(A)에게 못 준다는 항변이다.

인적 항변(*personal defense*)이라고도 부른다.

대세적 항변

대세적(*in rem*; against a thing) 항변이란,

- 1. 채무자(D)가
- 2. 누구에게든 못 준다는 항변이다.

물적 항변(*real defense*)이라고도 부른다.

지명채권 양도 방식의 단점

머리에

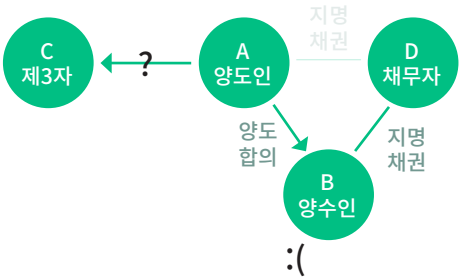
지명채권은 양도합의(계약)만으로 양도할 수 있다. 그 대신, 몇 가지 단점이 있다. 한 마디로, 양수인(B)은 불안하다.

이중양도 위험

양수인(B)은 불안하다. 왜? 양도인(A)이 채권을 다른 사람에게 이중으로 양도했

을 수도 있기 때문이다. 예를 들어,

- 1. 만약 양도인(A)이 다른 사람(C)에게도 같은 채권을 양도했다면, 양수인(B)으
- 로서는 채권 만족을 못 받을 수도 있다.
- 2. 두 양수인들(B, C) 중 누가 우선할지 확실하지 않다.
- 3. 그래서 양수인(B)은 불안하다.

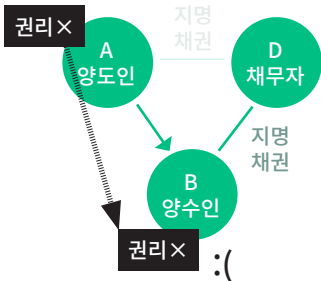


선의취득 불가

양수인(B)은 불안하다. 왜? 지명채권은 선의취득 대상이 아니기 때문이다. 예를 들어,

- 1. 만약 양도인(A)이 무권리자라면, 양수인(B)은 권리를 취득할 수 없다.
- 2. 양수인(B)은 무권리자로부터 채권을 양수한 셈이다.
- 3. 그래서 양수인(B)은 불안하다.

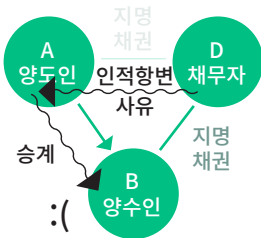
아무리 양도인(A)이 “내가 양도할 채권을 보유한 권리가 맞다.”라고 말해 줘도, 양수인(B)은 여전히 불안하다.



인적항변 승계

양수인(B)은 불안하다. 왜? 지명채권의 채무자(D)가 양도인(A)에게 돈 못 주겠다는 항변사유가 승계(인적항변 승계)되기 때문이다. 예를 들어,

- 1. 애당초 A가 D에게 사기를 쳐서 D가 채무를 부담했던 것이라 하자. 채무자(D)가 계약을 취소해 버리면, 채권은 소급해 무효로 된다.
- 2. 양수인(B)은 무효인 채권을 양수한 셈이다. 그 결과, 채무자(D)는 양도인(A)을 상대로는 물론, 양수인(B)을 상대로도 돈 못 주겠다며 항변할 수 있다.
- 3. 그래서 양수인(B)은 불안하다.



대항력 구비를 위한 추가절차 필요

양수인(B)은 불안하다. 왜? 양도(양수) 자체는 합의만으로 유효하지만, 양도(양수) 사실을 다른 사람에게 주장하려면 번거로운 절차를 거쳐야 한다. 거치더라도, 양수인의 권리 실현이 100% 보장되지도 않는다.

증권적 채권 양도 방식의 장점

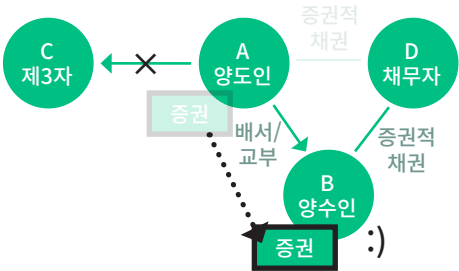
머리에

증권적 채권을 양수하려면 증권적 채권 양도 방식(배서나 교부) 절차를 거쳐야 한다. 그러나 그만큼 더 확실히 권리를 취득할 수 있다는 장점이 있다. 한 마디로, 양수인(B)은 안심이다.

아직 아래 내용을 100% 이해할 수는 없다. 가벼운 마음으로 읽자. 맥락을 이해하면 충분하다.

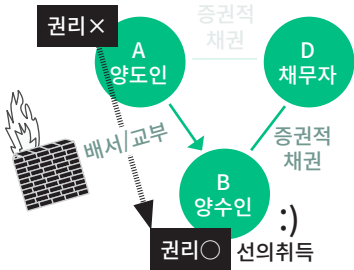
이중양도 위험 해방

양수인(B)은 안심이다. 왜? 증권적 채권을 행사, 처분하려면 그 증서(증권)를 점유하고 있어야 한다. 내가 양수해서 증권을 점유하는 이상, 다른 사람에게 이중으로 양도되거나 다른 사람이 행사할 위험이 없다.



선의취득 가능

양수인(B)은 안심이다. 왜? 양도인(A)이 무권리자라 하더라도, 일정 요건만 갖추면 양수인(B)이 유효하게 권리를 취득할 수 있다. 증권적 채권은 선의취득 (bona fide acquisition)을 할 수 있다.



어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.

1. 배서(제11조부터 제20조까지)

어음법 제16조(배서의 자격 수여적 효력 및 어음의 선의취득) ...

85다카1189: [B가] 법인의 직원이라고 자칭하는 무권리자[A]로부터 ... [약속어음을]
양도받은 [사안이다. 그러므로 어음법 제16조에 따라 [판단한다.]

수표법 제21조(수표의 선의취득) ...

상법 제359조(주권의 선의취득) 수표법 제21조의 규정은 주권에 ... 준용한다.

상법 제854조(선하증권 기재의 효력) ② ... 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증문에 기재된 대로 운송물을 수령 혹은 선적한 것으로 보고 선하증문에 기재된 바에 따라 운송인으로서 책임을 진다.

민법 제514조(동전-선의취득) [지시채권에서] 누구든지 증서의 적법한 소지인에 대하여 그 반환을 청구하지 못한다. ...

민법 제524조(준용규정) 제514조[부터] 제522조[까지] 규정은 무기명채권에 준용한다.

심지어, 양도인이 무권리자인 경우뿐만 아니라 양도 행위가 무권대리인 경우도 선의취득 가능하다.

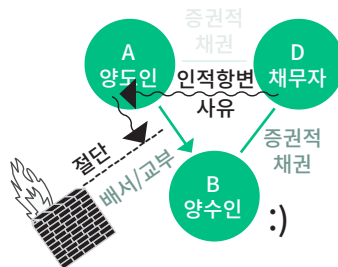
민법 제130조(무권대리) 대리권없는 자가 타인의 대리인으로 한 계약은 ... 본인에 대하여 효력이 없다.

94다55217: 어음의 선의취득으로 인하여 치유되는 하자의 범위 즉, 양도인의 범위는 양도인이 무권리자인 경우뿐만 아니라 대리권의 흠결이나 하자 등의 경우도 포함된다.

어음 문면상 회사[A] 명의의 배서를 위조한 총무부장으로부터 어음할인의 방법으로 그 어음을 취득했다. 양수인(B에게) 약의 또는 중대한 과실이 없다[면] 선의취득을 인정[할 수 있다.]

인적항변 절단

양수인(B)은 안심이다. 왜? 증권적 채권의 채무자(D)가 구 소지자(양도인 A)에게 돈 못 주겠다는 항변사유가 있다면? 그래도 현재 소지자(양수인 B)는 채무자(D)에게 돈 달라고 할 수 있다. 즉, 구 소지자(A)에 대한 항변사유는 절단(cutting off)된다.



어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.

1. 배서(제11조부터 제20조까지)

어음법 제17조(인적 항변의 절단) 환어음[으로] 청구를 받은 자[D]는 ... **종전의 소지인[A]에 대한 인적 관계[에 따른] 항변(抗辯)으로써 소지인[B]에게 대항하지 못한다.**

...

96다49513: 어음행위에 착오, 사기, 강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방[A]에 대한 인적항변에 불과[하다. 그러]므로, 어음채무자[D]는 ... 종전 소지인[A]에 대한 인적항변으로써 소지인[B]에게 대항할 수 없다.

수표법 제22조(인적 항변의 절단) 수표[로] 청구를 받은 자[D]는 발행인 또는 종전의 소지인[A]에 대한 인적 관계[에 따른] 항변(抗辯)으로써 소지인[B]에게 대항하지 못한다.

민법 제515조(이전배서와 인적항변) 지시채권의 채무자[D]는 소지인[B]의 전자[A]에 대한 인적관계의 항변으로 소지인[B]에게 대항하지 못한다. ...

민법 제524조(준용규정) 제514조[부터] 제522조[까지] 규정은 무기명채권에 준용한다.

대항력 구비를 위한 추가절차 필요 없음

양수인(B)은 안심이다. 왜? 배서나 교부로 증권을 소지하게 된 이상, 소지하는 자체로 권리자라는 주장을 할 수 있다. 다른 번거로운 추가절차가 필요 없다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 60.] 어음의 선의취득에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 어음의 선의취득으로 인하여 치유되는 하자의 범위에는 양도인이 무권리자인 경우 뿐만 아니라 양도행위에 대리권의 흠결이나 하자가 있는 경우도 포함된다.

제권판결과 선의취득

증권 도난, 분실 경우

증권(어음, 수표, 주권 등)을 도난당하거나 분실했다면? 주인은 누군가 그 증권을 유통하지 않도록 그 증권을 무효로 만들고 싶다. 이 경우,

- 1. 일정 기간 동안 권리 신고를 하라는 공고를 하고(공시최고),
- 2. 그 기간에 권리 신고가 없으면 증권을 무효로 하는 판결(제권판결)을 받는 제도가 있다.

공시최고 절차

- 1. 도난, 분실 증권 주인(K)이 제권판결을 희망하는 공시최고 신청

- 민사소송법 제492조(증권의 무효선고를 위한 공시최고) ① 도난, 분실되거나 없어진 증권, 그 밖에 **상법**에서 무효로 할 수 있다고 규정한 증서의 무효선고를 청구하는 공시최고절차에는 제493조[부터] 제497조[까지]의 규정을 적용한다.
- 상법 제360조(주권의 제권판결...) ① 주권은 공시최고의 절차[에 따라] 이를 무효로 할 수 있다.
- 민사소송법 제493조(증서에 관한 공시최고신청권자) ... 배서(背書)로 이전할 수 있...는 증권[→ **어음** 등]...에 관하여는 **최종소지인이 공시최고절차를 신청**할 수 있으며, 그 밖의 증서[→ **주권** 등]에 관하여는 그 증서에 따라서 권리를 주장할 수 있는 사람[→ **주주**]이 **공시최고절차를 신청**할 수 있다.
- 민사소송법 제477조(공시최고의 신청) ① 공시최고의 신청에는 그 신청의 이유와 제권판결(除權判決)을 청구하는 취지를 밝혀야 한다.

2. 법원은 공시최고 허가(= 법원 홈페이지 공고란에 공시최고문을 공고)

의정부지방법원 고양지원

공 시 최 고

사 건 2026카공1234 공시최고

신 청 인 김털링

고양시 일산동구 호롱이로 412

별지 기재 증서의 소지인은 공시최고기일인 2026. 4. 6. 11:00까지 이 법원에 권리 또는 청구의 신고를 하고 그 증서를 제출하기 바랍니다. 만일 이를 게을리하면 권리를 상실하여 증서의 무효가 선고될 수 있습니다.

2026. 1. 2.

판 사 최 고 야 (인)

- 민사소송법 제478조(공시최고의 허가여부) ① 공시최고의 허가여부에 대한 재판은 결정으로 한다. ...
- 민사소송법 제480조(공고방법) 공시최고는 대법원규칙이 정하는 바에 따라 공고하여야 한다.

민사소송법 제481조(공시최고기간) 공시최고의 기간은 공고가 끝난 날[→ 2026. 1. 2.]부터 3[개]월 뒤[→ 2026. 4. 6. 11:00까지]로 정하여야 한다.

민사소송법 제495조(신고최고, 실권경고) 공시최고에는 공시최고기일까지 권리 또는 청구의 신고를 하고 그 증서를 제출하도록 최고하고, 이를 게을리하면 권리를 잃게 되어 증서의 무효가 선고된다는 것을 경고하여야 한다.

만약 공고를 보고 권리 신고를 하는 사람이 있으면, 절차가 중지될 수도 있다. 그러나 실무상 권리 신고를 하는 사례는 거의 없다. 법원 홈페이지 공고란을 계속 지켜보는 사람이 잘 없기 때문이다.

민사소송법 제485조(신고가 있는 경우) 신청이유로 내세운 권리 또는 청구를 다투는 신고가 있는 때에는 법원은 그 권리에 대한 재판이 확정될 때까지 공시최고절차를 중지하거나, 신고한 권리를 유보하고 제권판결을 하여야 한다.

3. 도난, 분실 증권 주인(K)은 공시최고기일에 출석해 제권판결 희망 진술. 법원은 제권판결 선고.

의정부지방법원 고양지원

제 권 판 결

사

건

2026카공1234 공시최고

신

청

인

김덜렁

고양시 일산동구 호롱이로 412

주 문

별지 목록 기재 증서의 무효를 선고한다.

이 유

별지 목록 기재 증서에 관해 2026. 1. 2. 공시최고를 했다. 그런데 그 공시최고에서 정한 2026. 4. 6. 11:00까지 권리 신고나 청구 및 증서를 제출한 자가 없다. 그러므로 신청인의 신청에 따라 주문과 같이 판결한다.

2026. 4. 6.

판사

최고야

최 고 야

(인)

민사소송법 제486조(신청인의 진술의무) 공시최고의 신청인[K]은 공시최고기일에 출석하여 그 신청을 하게 된 이유와 제권판결을 청구하는 취지를 진술하여야 한다.

민사소송법 제487조(제권판결) ① 법원은 신청인[K]이 진술을 한 뒤에 제권판결신청에 정당한 ... 이유가 있다고 인정할 때에는 제권판결을 선고하여야 한다.

민사소송법 제496조(제권판결의 선고) 제권판결에서는 증권 또는 증서의 무효를 선고하여야 한다.

제권판결의 효력

1. 제권판결에 따라 그 증권은 무효로 된다.
2. 신청인(K)은 그 증권을 소지한 것과 같은 지위를 회복한다.
3. 도난, 분실된 그 증권을 현실적으로 소지한 사람(Z)은 무효 어음을 소지한 것과 같다.

민사소송법 제497조(제권판결의 효력) 제권판결이 내려진 때에는 신청인[K]은 증권 또는 증서에 따라 의무를 지는 사람에게 증권 또는 증서에 따른 권리를 주장할 수 있다.

94다18614: 약속어음에 관한 제권판결의 효력은 그 판결 이후[에 해당] 어음을 무효로 하고 공시최고 신청인[K]에게 어음을 소지함과 동일한 지위를 회복시[킨다.]

취득자[Z]가 소지하고 있는 약속어음은 제권판결의 소극적 효과로서 약속어음으로서의 효력이 상실되었다. 그러므로 약속어음의 소지인[Z]은 무효로 된 어음을 유효한 어음이라고 주장하여 어음금을 청구할 수 없다.

선의취득의 경우?

제권판결을 받은 증권을 선의취득 했다면? 그래도 그 증권은 여전히 제권판결에 따라 무효다.

94다18614: 어음소지인이 공시최고 전에 선의취득하였다고 하여 [앞서 본] 이치를 달리 볼 것이 아니다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 60.] 어음의 선의취득에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

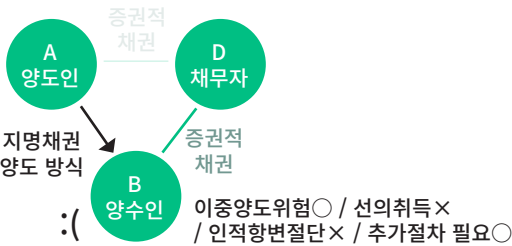
- ③ 어음을 선의취득한 자의 경우에도 공시최고절차에서 권리 신고를 하지 않은 채 그 어음에 대한 제권판결이 선고된 이상 불복의 소를 제기하여 취소판결을 받기 전에는 그 어음상 권리를 주장할 수 없다.
-

지명채권 양도 방식에 따른, 증권적 채권 양도

문제점

증권적 채권을 굳이 지명채권 양도 방식으로 양도할 이유는 좀처럼 없다. 그러나 그렇다고 해서 지명채권 양도 방식이 금지되지는 않는다. 경우에 따라 증권적 채권 양도 방식(배서, 교부)이 곤란할 수도 있다. 그러면,

- 1. 부득이 여러 장점을 포기한 채,
- 2. 지명채권 양도 방식을 활용하기도 한다.



역시 아래 내용도 맥락을 이해하면 충분하다.

어음상 권리 양도 사례

어음 배서를 할 수 없는 경우, 어음상 권리를 지명채권 양도 방식으로 양도하기도 한다.

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.

1. 배서(제11조부터 제20조까지)

어음법 제11조(당연한 지시증권성) ② 발행인이 환어음에 “지시 금지”라는 글자 또는 이와 같은 뜻이 있는 문구를 적은 경우에는 그 어음은 **지명채권의 양도 방식**으로만, 그리고 **그 효력**으로써만 양도할 수 있다.

88다카20774: 배서금지의 문언을 기재한 약속어음은 어음법상의 **배서의 방법[으로]는 양도할 수는 없다. 그러나** 배서금지어음이라도 양도성 그 자체까지 없어지는 것은 아니[다. 그러]므로 어음법 제77조 제2항, 제11조 제2항[에 따라] 지명채권의 양도에 관한 방식에 따라서 그리고 그 효력으로써는 이를 양도할 수 있[다.]

그러나 배서를 할 수 없는 경우에도, 어음 교부는 필요하다.

주식 양도 사례

주권 교부를 할 수 없는 경우, 주식을 지명채권 양도 방식으로 양도하기도 한다.

상법 제335조(주식의 양도성) ③ **주권[株券]발행전**에 한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. 그러나 회사성립후 또는 신주의 납입기일후 6[개]월이 [지난] 때에는 그러하지 아니하다.

2004도7112: 주권발행 전의 주식양도라고 하더라도 회사성립 후 6월이 [지난] 후에 이루어진 때에는 회사에 대하여 효력이 있[다.] 이 경우는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 그 양도의 효력이 발생[한다.]

선하증권 양도 사례

선하증권 배서를 할 수 없는 경우, 선하증권상 권리를 지명채권 양도 방식으로 양도하기도 한다.

상법 제861조(준용규정) ...제130조...는 ... 선하증권에 준용한다.

상법 제130조(화물상환증의 당연한 지시증권성) 화물상환증은 기명식인 경우에도 배서[로] 양도할 수 있다. 그러나 화물상환증에 **배서를 금지하는 뜻을 기재한 때에는** 그러하지 아니하다.

99다17890: 선하증권[에] ... 배서를 금지하는 뜻이 기재된 경우에는 배서[로]는 양도할 수 없[다](상법 제820조, 제130조)[.] 그러한 경우에는 일반 지명채권양도의 방법[으]로만 이를 양도할 수 있[다.]

효과

이처럼 증권적 채권을 지명채권 양도 방식으로 양도하면, 양수인(B)은,

1. 양도인(A)이 이중양도할 위험을 부담한다.
2. 선의취득을 할 수 없다.
3. 인적항변은 절단되지 않는다(승계된다).

2014다83657: 어음채무자[D]는 어음채권을 지명채권양도의 방법으로 양수한 자[B]에게 양도인[A]에 대한 인적 항변으로 대항할 수 있[다.] 따라서 지명채권양도의 방법으로 양수한 어음채권의 행사는 어음채무자[D]와 양도인[A] 사이의 원인관계의 효력에 따라 제한될 수 있[다.]

4. 대항력 구비를 위해서는, 추가절차를 거쳐야 한다.

증권적 채권이 전부명령으로 이전되는 경우도 마찬가지다. 배서나 교부가 없기 때문이다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 60.] 어음의 선의취득에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ④ 어음을 지명채권 양도방법이나 전부명령[에 따라] 취득한 경우에는 선의취득이 인정되지 않는다.
-

약속어음
Promissory Note

어제는 부도수표나 다름없고, 내일은 약속어음 같은 것이다.
- 스샤오옌

복습

어음 개념과 기능

- 1. 어떤 사람이 종이에 얼마(어음금)를 써서 발행해 준다. 그걸 소지한 사람에게 돈(어음금)을 주겠다고 할 수 있다.
- 2. 어음의 제1차적 기능: 신용기능(credit)

약속어음상 채권 양도

- 1. 약속어음상 채권의 성격: 증권적 채권 중 지시채권(orderable claim)
- 2. 약속어음의 유통방법: 배서(endorsement)로 교부(delivery)

어음의 연속

약속어음

서울 01-710536

 박수취 귀하 자기58661221

금貳仟萬圓正 (₩20,000,000)

위의 금액을 귀하 또는 귀하의 지시인에게 이 약속어음과 상환으로 지급하겠습니다.

지급기일2019년 4월 1일발행일2019년 2월 1일

지급지서울발행지서울

지급장소주식회사 신안은행주소

반포지점발행인김발행(인)

발행지, 발행일, 수취인등이 누락된 상태에서 지급 제시하는 경우 지급거절로 선의의 피해를 입을 수도 있으니 누락 없도록 주의하시기 바랍니다.
정선 아래의 앞뒷면은 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.

(뒷면)

앞면에 적은 금액을 취
그 지시인에게 지급하여
(복각 또는 파기)
거절권을 서 작성할 면제함

주식명장

박수취 (인)

앞면에 적은 금액을
그 지시인에게 지급하여
(복각 또는 파기)
거절권을 서 작성할 면제함

주식명장

홍전득 (인)

앞면에 적은 금액을
그 지시인에게 지급하여
(복각 또는 파기)
거절권을 서 작성할 면제함

주식명장

최양수 (인)

앞면에 적은 금액을
그 지시인에게 지급하여
(복각 또는 파기)
거절권을 서 작성할 면제함

주식명장

최양수 (인)

정선 아래의 앞뒷면은 전산처리 부분이오니 글씨를 쓰거나 더럽히지 마십시오.

인쇄, 복사 등의 방법으로 위조된 어음은 밝은 빛에 비추어 보면 은행마크 주위에 숨겨진 무궁화 무늬가 나타나지 않습니다.

- 1. 발행: 김발행(발행인) → 박수취(수취인)
- 2. 제1차 배서: 박수취(제1 배서인) → 최양수(제1 피배서인)
- 3. 제2차 배서: 최양수(제2 배서인) → 홍전득(제2 피배서인)

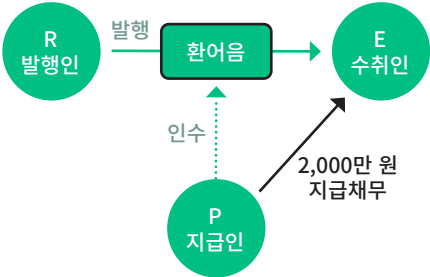
어음 종류

- 1. 환어음(bill of exchange; draft): 발행한 사람이 제3자에게 어음금 지급을 부탁해 놓은 어음.
- 2. 약속어음(promissory note; note): 발행한 사람 스스로 직접 어음금을 지급하겠다고 약속한 어음.

환어음

개념

발행한 사람이 제3자에게 어음금 지급을 부탁해 놓은 어음.



특징

별도로 지급인(drawee) 개념을 둔다. 지급인이 지급 채무자다.

환어음 = 지급위탁(entrustment of payment)증권.

인수 절차 존재

- 1. 발행인이 어음을 발행했다고 해서, 지급인이 채무를 부담하지 않는다. 아직 지급인은 아무 관계 없는 제3자이기 때문이다. 지급인이 “어음채무를 부담하겠다.”라고 해야 지급채무를 진다. 지급인이 그렇게 하겠다고 수용하는 것을 인수(acceptance)라 부른다.

어음법 제25조(인수의 방식) ① 인수는 환어음에 적어야 하며, “인수” 또는 그 밖에 이와 같은 뜻이 있는 글자로 표시하고 지급인이 기명날인하거나 서명하여야 한다. ...

어음법 제28조(인수의 효력) ① 지급인은 인수를 함으로써 만기에 환어음을 지급할 의무를 부담한다.

- 2. 인수는 환어음에 특유한 절차다.

인수 제시(presentment for acceptance)

소지인이 지급인에게 인수하라며 환어음을 보여주는 것.

1. 지급인은 어음 발행 사실조차 모를 수 있다.
2. 그래서 인수 제시 할 수 있게 했다.

어음법 제21조(인수 제시의 자유) 환어음의 소지인 또는 단순한 점유자는 만기에 이르기까지 인수를 위하여 지급인에게 그 주소에서 어음을 제시할 수 있다.

발행인은 발행할 때 환어음에,

1. 인수 제시 명령을 적을 수도 있다.
2. 인수 제시 금지를 적을 수도 있다.

어음법 제22조(인수 제시의 명령 및 금지) ① 발행인은 환어음에 기간을 정하거나 정하지 아니하고, 인수를 위하여 어음을 제시하여야 한다는 내용을 적을 수 있다.

② 발행인은 인수를 위한 어음의 제시를 금지한다는 내용을 어음에 적을 수 있다. ...

단순하지 않은 인수

1. 일부 인수(partial acceptance) 허용: “2,000만 원 중 1,500만 원까지 지급하겠다.”

어음법 제26조(부단순인수) ① ... 지급인은 어음금액의 일부만을 인수할 수 있다.

2. 조건 있는 인수(conditional acceptance) 금지: “A물품이 도착하면 지급하겠다.”

어음법 제26조(부단순인수) ① 인수는 조건 없이 하여야 한다. ...

인수 말소(cancellation of acceptance)

어음법 제29조(인수의 말소) ① 환어음에 인수를 기재한 지급인이 그 어음을 반환하기 전에 인수의 기재를 말소한 경우에는 인수를 거절한 것으로 본다. ...

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

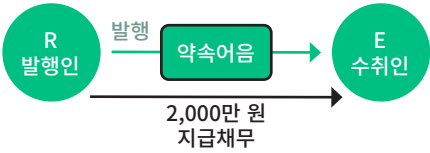
[문 70.] 환어음의 인수에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 인수는 조건 없이 하여야 하지만, 지급인은 어음금액의 일부만을 인수할 수 있다.
- ㄴ. 발행인은 환어음에 기간을 정하거나 정하지 않고, 인수를 위하여 어음을 제시하여야 한다는 내용을 적을 수 있다.
- ㄷ. 환어음에 인수를 기재한 지급인이 그 어음을 반환하기 전에 인수의 기재를 말소한 경우에는 인수를 거절한 것으로 본다.
- ㄹ. 환어음의 단순한 점유자는 인수제시를 할 수 없다.

약속어음

개념

발행한 사람 스스로 직접 어음금을 지급하겠다고 약속한 어음.



특징

- 1. 별도로 지급인(drawee) 개념이 없다. 발행인(drawer; issuer)이 곧 지급 채무자다.

약속어음 = 지급약속(promissory of payment)증권.

인수 절차 부존재

- 1. 지급인 개념이 없으므로,
- 2. 약속어음에는 인수 절차가 없다.

어음법 체계

조문

어음법 제1편 환어음	
제1장 환어음의 발행과 방식[제1조~제10조]	
제2장 배서[제11조~제20조]	
제3장 인수[제21조~제29조]	
제4장 보증[제30조~제32조]	
제5장 만기[제33조~제37조]	
제6장 지급[제38조~제42조]	
제7장 인수거절 또는 지급거절[에 따른] 상환청구[제43조~제54조]	
제8장 참가[제55조~제63조]	
제9장 복본[제64조~제68조]	
제10장 변조[제69조]	
제11장 시효[제70조~제71조]	
제12장 통칙[제72조~제74조]	
어음법 제2편 약속어음[제75조~제78조]	

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 대하여는 약속어음의 성질에 상반되지 아니하는 한도에서 다음 각호의 사항에 관한 환어음에 대한 규정을 준용한다.

- 1. 배서(제11조부터 제20조까지)
- 2. 만기(제33조부터 제37조까지)
- 3. 지급(제38조부터 제42조까지)
- 4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)
- 5. 참가지급(제55조, 제59조부터 제63조까지)
- 6. 등본(제67조와 제68조)
- 7. 변조(제69조)
- 8. 시효(제70조와 제71조)
- 9. 휴일, 기간의 계산과 은혜일의 인정 금지(제72조부터 제74조까지)
- ② 약속어음에 관하여는 ... 제4조 및 제27조, ... 제5조, ... 제6조, ... 제7조, ... 제8조, ... 제10조를 준용한다.
- ③ 약속어음에 관하여는 보증에 관한 제30조부터 제32조까지의 규정을 준용한다. ...

어음법 부칙(1962. 1. 20.) 제79조(이득상환청구권) ...

의의

실제로 환어음을 발행하지는 않는다. 그러나 인수에 관한 것을 제외하고는 환어음에 관한 규정을 대체로 약속어음에도 준용한다. 따라서, 준용하는 범위에서 환어음에 관한 규정을 살필 필요가 있다.

약속어음 문제에 대한 답안에는, 반드시 어음법 제77조 제1항을 근거 규정으로 제시해야 한다.

발행 관련 개념

발행인(drawer; maker)

약속어음을 발행한 사람(R). 즉, 어음금을 원래 지급할 사람.

수취인(payee)

약속어음을 발행인으로부터 교부받은 사람(E). 즉, 어음금을 원래 지급받을 사람.

발행(drawing)

발행인(R)이 약속어음을 만들어 수취인(E)에게 교부(delivery)하는 것.

사례



어음법 제75조(어음의 요건) 약속어음에는 다음 각호의 사항을 적어야 한다.

7. 발행인[R]의 기명날인 또는 서명

88다카24776: 약속어음의 작성자[R]가 어음요건을 갖추어 유통시킬 의사로 그 어음에 자기[R]의 이름을 서명날인하여 상대방[E]에게 교부하는 단독행위를 발행이라 [한다.]

일상의 용어[에서] 사람들이 발행이라는 표현을 쓴다 하여도 위에서 본 바와 같은 의미로 쓴 것이 아닌 경우에는 어음법상의 발행으로 볼 것이 아니다.

배서 관련 개념

소지인(bearer)

약속어음을 현재 들고 있는 사람.

정당한 소지인을 의미한다. 예를 들어, 도둑은 소지인이 아니다.

배서(endorsement):

약속어음 소지인이 약속어음상 권리를 양도하는 방법. 약속어음 뒷면에 “양도한다.”라고 적고 서명날인해 양수인에게 교부한다.

배서인(endorser)

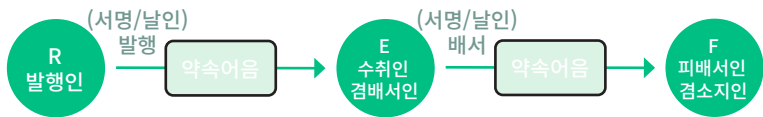
배서를 하는 사람. 양도인에 해당한다.

피배서인(endorsee)

배서를 받는 사람. 양수인에 해당한다.

사례

1. 수취인(E)이 배서해서 F에게 양도.



어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

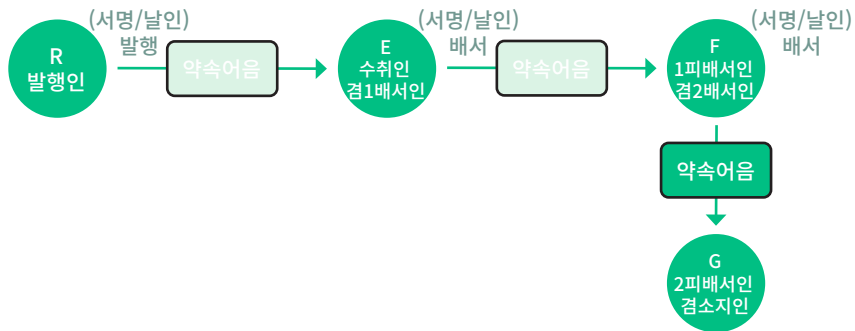
1. 배서(제11조부터 제20조까지)

어음법 제11조(당연한 지시증권성) ① 환어음은 ... 배서(背書)[로] 양도할 수 있다.

어음법 제13조(배서의 방식) ① 배서는 환어음...에 적고 배서인[E]이 기명날인하거나 서명하여야 한다.

어음법 제14조(배서의 권리 이전적 효력) ① 배서는 환어음으로부터 생기는 모든 권리를 이전(移轉)한다.

2. 배서를 받은 사람, 즉 피배서인(F)이 다시 배서해서 G에게 양도.



인쇄, 복사 등의 방법으로 위조된 어음은 받은 뒤에 비추어 보면 은행마크 주위에 숨겨진 무궁화 무늬가 나타나지 않습니다.	앞면에 적은 금액을 최 양 수 또는 (원) 그 지시인에게 지급하여 주십시오 (목적 또는 부기) 거절증서 작성을 면제함 년 월 일 주소 성명 박 수 취 (인)
	앞면에 적은 금액을 홍 전 득 또는 그 지시인에게 지급하여 주십시오 (목적 또는 부기) 거절증서 작성을 면제함 년 월 일 주소 성명 최 양 수 (인)
	앞면에 적은 금액을 또는 그 지시인에게 지급하여 주십시오 (목적 또는 부기) 거절증서 작성을 면제함 년 월 일 주소 성명 (인)
	앞면에 적은 금액을 또는 그 지시인에게 지급하여 주십시오 (목적 또는 부기) 거절증서 작성을 면제함 년 월 일 주소 성명 (인)
	앞면에 적은 금액을 또는 그 지시인에게 지급하여 주십시오 (목적 또는 부기) 거절증서 작성을 면제함 년 월 일 주소 성명 (인)

제2 배서, 제3 배서, 식으로 계속 배서로 양도할 수 있다.

지급 관련 개념

지급제시(presentation for payment)

소지인이 발행인에게 어음금 달라며 약속어음을 보여주는 것.

- 어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

3. 지급(제38조부터 제42조까지)
- 어음법 제38조(지급 제시의 필요) ① ... 환어음 소지인[G]은 지급을 할 날 또는 그날 이후의 2거래일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 한다.

“지급을 할 날”은 만기를 뜻한다. 다만, 만기가 휴일이면 직후 평일을 뜻한다.

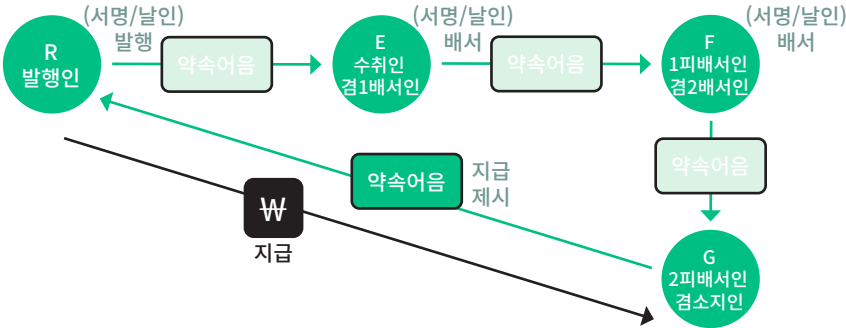
- 어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

9. 휴일, 기간의 계산과 은혜일의 인정 금지(제72조부터 제74조까지)
- 어음법 제72조(휴일과 기일 및 기간) ① 환어음의 만기가 법정휴일인 경우에는 만기 이후의 제1거래일에 지급을 청구할 수 있다. ...

지급(payment)

발행인이 소지인에게 어음금을 주는 것.

사례



- 어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

3. 지급(제38조부터 제42조까지)
- 어음법 제39조(상환증권성...) ① 환어음의 지급인[→ 약속어음의 발행인 R]은 지급을 할 때에 소지인[G]에게 그 어음에 영수(領受)를 증명하는 뜻을 적어서 교부할 것을 청구할 수 있다.
- 어음법 제40조(지급의 시기 및 지급인의 조사의무) ③ 만기에 지급하는 지급인[R]은 ... 배서의 연속이 제대로 되[었]는지를 조사할 의무가 있[다.] ...

상환청구 관련 개념

지급거절(non-payment)

소지인이 발행인에게 지급제시를 했는데 발행인이 거절하는 것.

상환청구(recourse by holder)

- 1. 발행인으로부터 지급거절을 당한 소지인이,
- 2. 자기한테 약속어음을 양도했던 사람들을 상대로,
- 3. 대신 어음금 달라고 하는 것.

원래 “소구(遡求)”라는 용어를 썼다. 현행법은 “상환청구(償還請求)”로 명칭을 바꾸었다.

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.
4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)
어음법 제43조(상환청구의 실질적 요건) 만기에 지급이 되지 아니한 경우 소지인은 배서인, ... 그 밖의 어음채무자에 대하여 상환청구권(償還請求權)을 행사할 수 있다. ...

거절증서(protest for non-payment)

“지급제시를 했는데 지급이 거절되었다.”라는 취지의 공정증서(notarized certificate; notarial deeds).

- 1. 소지인은 거절증서가 있어야 상환청구를 할 수 있다.

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.
4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)
2. 거절증서는 공정증서(notarized certificate)여야 한다.

어음법 제44조(상환청구의 형식적 요건) ① ... 지급의 거절은 공정증서 (...지급거절증서)로 증명하여야 한다.
99다44250: 만기에 지급제시된 어음에 교환필이라는 스탬프가 압날되고 피사취 또는 예금부족 등의 사유로 지급거절한다는 취지의 지급은행의 부전이 첨부되어 있다. 이처럼 지급거절의 사실이 어음면에 명백하게 되어 있다. 그렇다고 하더라도 이를 가지고 적법한 지급거절증서가 작성되었다고는 할 수 없다.

그러나 거절증서 공증을 받는 것은 번거롭다. 그래서 실제로는 실무상 거의 예외 없이 배서할 때 미리 “거절증서까지는 필요 없다.”라고 면제해 둔다. 따라서 거절증서가 필요하다는 형식적 요건은 실제로는 큰 의미가 없다.

인세, 복사 등의 방법으로 위조된 이름은 법에 비추어 보아 원천 이첩의 원본과 전신처리 부합이	앞면에 적은 금액을 최 양 수 또는 (인)
	그 지시인에게 지급하여 주십시오
	(목적 또는 부기)
	거절증서 작성을 면제함
	년 월 일
	주소
	성명 박 수 취 (인)
	앞면에 적은 금액을 홍 전 득 또는
	그 지시인에게 지급하여 주십시오
	(목적 또는 부기)
거절증서 작성을 면제함	
년 월 일	
주소	
성명 최 양 수 (인)	

- 어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.
4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)
- 어음법 제46조(거절증서 작성 면제) ① 발행인, 배서인...은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 문구를 환어음에 적고 기명날인하거나 서명함으로써 소지인의 상환청구권 행사를 위한 ... 지급거절증서의 작성을 면제할 수 있다.
2. 거절증서 불필요

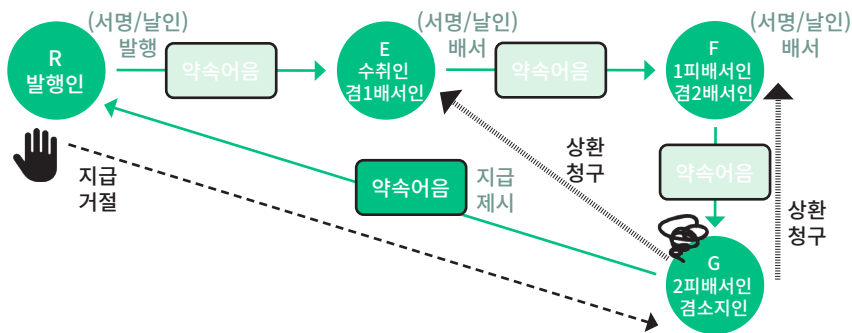
재상환청구(recourse by party)

1. 소지인으로부터 상환청구를 당한 자가,
2. 약속어음을 돌려받은(환수한) 뒤,
3. 자기에게 약속어음을 양도했던 사람들을 상대로,
4. 다시 상환청구하는 것.

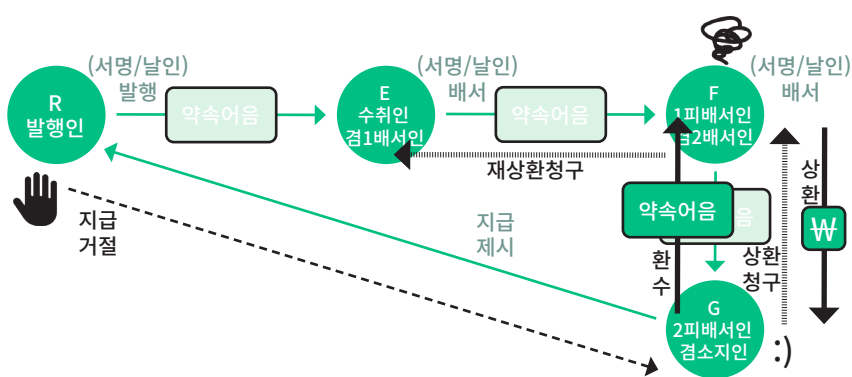
- 어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.
4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)
- 어음법 제49조(재상환청구금액) 환어음을 환수한 자[F]는 그 전자(前者)[E]에 대하여 다음 각호의 금액의 지급을 청구할 수 있다. ...

사례

1. 지급거절을 당한 소지인(G)이 앞의 사람들(E 또는 F)을 상대로 상환청구.



2. 소지인(G)으로부터 상환청구를 당한 자(F)가 앞의 사람(E)을 상대로 재상환청구.



요건사실과 증명책임

문제 상황

지급거절을 당한 소지인(G)이 직전 배서인(F)을 상대로 상환청구(어음금 청구)를 한다면?



편의상, 지급거절증서 작성 면제를 전제한 청구를 본다.

원고 소지인 G vs 피고 배서인 F

원고(소지인 G)가 주장, 증명할 청구원인 요건사실은 다음과 같다.

1. 소지인(G)이 어음 소지(= 원고 G가 소지인인 사실)
2. 배서인(F)의 배서(= 피고 F가 배서인인 사실)
3. 소지인(G)의 어음상 권리 취득
4. 소지인(G)의 지급제시
5. 발행인(R)의 지급거절
6. 배서인(F)의 지급거절증서 작성 면제

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

3. 지급(제38조부터 제42조까지)
4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)

어음법 제43조(상환청구의 실질적 요건) 만기에 **지급이 되지 아니한 경우 소지인[G]은 배서인[F]...에 대하여** 상환청구권(償還請求權)을 행사할 수 있다. ...

어음법 제38조(지급 제시의 필요) ① ... 소지인[G]은 지급을 할 날 또는 그날 이후의 2 거래일 내에 **지급을 받기 위한 제시**를 하여야 한다.

어음법 제46조(거절증서 작성 면제) ① ...배서인[F]...은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 문구를 환어음에 적고 기명날인하거나 서명함으로써 소지인[G]의 상환청구권 행사를 위한 ... **지급거절증서의 작성을 면제**할 수 있다.

2. 거절증서 불필요
- ② 제1항 각호의 문구가 있더라도 소지인[G]의 법정기간 내 어음의 제시 ... 의무가 면제되는 것은 아니다. ...

피고(배서인 F)가 주장, 증명할 항변사실은 다음과 같다.

1. 법정기간을 벗어난 지급제시

어음법 제77조(환어음에 관한 규정의 준용) ① 약속어음에 ... 환어음에 대한 규정을 준용한다.

4. 지급거절[에 따른] 상환청구(제43조부터 제50조까지, 제52조부터 제54조까지)

어음법 제46조(거절증서 작성 면제) ② 제1항 각호의 문구가 있더라도 소지인[G]의 법정기간 내 어음의 제시 ... 의무가 면제되는 것은 아니다. **법정기간을 준수하지 아니하였음**은 소지인[G]에 대하여 이를 **원용(援用)**하는 자[F]가 증명하여야 한다.

제15강

보험법 기초

Basic Insurance Law



Unknown artist, *The Great Fire of London, with Ludgate and Old St. Paul's*
c. 1670, oil on canvas, 135 × 111 cm, Yale Center for British Art, New Haven

보험에 관한 법률관계를 다루는 법에 관하여

- 장사는, 거래를 통해 이루어진다. 그에 관한 법을 **상거래법**이라 한다. 상행위법, 해상법 등이 있지만, 대표로 **보험법**을 본다.
 1. 보험은 **손해보험**과 **인보험**으로 나눌 수 있다. 어떤 차이가 있는지 살핀다.
 2. **보험계약자**, **피보험자**, **보험수익자**, **보험목적** 등 보험 관련 용어를 본다.
- 앞서 본 용어들이 손해보험과 인보험에서 각각 어떤 뜻을 갖는지 이해하는 것, 이를 토대로 실제 법률문제에 적용하고 이해하는 것이 이 강의의 목표다.

보험 제도
Introduction

도박은 행운을 기대하고 돈을 건다. 보험은 불행을 대비해 돈을 투자한다.
- 김승동

복습: 보험

보험 제도

어떤 사고가 나면, 이 사고를 보험(insurance)한 자가 있다면 그가 보험금을 지급해야 한다. 보험에 가입한 사람은 안심하고 사회, 경제활동을 할 수 있다.

상법 제638조(보험계약의 의의) 보험계약은 당사자 일방이 약정한 보험료를 지급하고 재산 또는 생명이나 신체에 불확정한 사고가 발생할 경우에 상대방이 일정한 보험금이나 그 밖의 급여를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생긴다.

보험 종류는 관행과 개별 법령에 따라 명칭과 체계가 조금씩 다르다. 아래에서는 상법을 기준으로 설명한다.

특징

- 1. 유상계약
- 2. 쌍무계약
- 3. 계속적 계약

2019다267020: 보험계약은 장기간의 보험기간 동안 존속하는 계속적 계약[이다.]

복습: 보험 종류

손해보험(indemnity insurance)

재산상 손해(property loss)를 보상하는 보험.

- 1. 손해가 얼마나 발생할지 모르기 때문에,
- 2. 계약 당시에 보험금 액수를 확정할 수 없다.
- 3. 사고가 발생하면, 실제 발생한 손해를 보상한다. 즉, 실손보험(actual loss insurance)이다.

상법 제665조(손해보험자의 책임) 손해보험계약의 보험자는 보험사고로 인하여 생길 피보험자의 재산상의 손해를 보상할 책임이 있다.

인보험(personal insurance)

사람이 다치거나 죽으면 이를 보상하는 보험.

1. 사고 후 신체와 생명에 값을 매겨서 보상할 수는 없기 때문에,
자유인의 신체는 금전으로 평가할 수 없다(*Quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*; Because the body of a free person cannot be given a monetary valuation).
2. 처음부터 계약 당시 그냥 보험금 액수를 정해둔다.
3. 사고가 발생하면, 미리 정해둔 돈으로 보상한다. 즉, 정액보험(fixed-sum insurance)이다.

만약 정액보험이 아니라면? 사고가 났을 때 신체와 생명의 가격이 얼마인지 두고 보험회사와 보험수익자가 다투야 하는 눈물 나는 상황이 발생한다. 그래서 정액보험으로 했다.

상법 제727조(인보험자의 책임) ① 인보험계약의 보험자는 피보험자의 생명이나 신체에 관하여 보험사고가 발생할 경우에 보험계약으로 정하는 바에 따라 보험금이나 그 밖의 급여를 지급할 책임이 있다.

복습: 보험계약

보험자의 채무

보험자는 보험금 지급 채무를 부담한다.

보험자의 책임

보험금을 받을 사람은 보험자 상대로 금전지급청구의 소를 제기할 수 있다. 보험자는 책임을 부담한다.

손해보험

Indemnity Insurance

보험은 불확정한 것을 확정된 것으로 바꾸는 유일한 수단이다.
- Solomon S. Huebner

머리에

개념

손해보험(indemnity insurance)이란,

1. 어떤 사고가 나면
2. 그에 따른 재산상 손해를
3. 보험자가 보상하는
4. 보험

본질

1. 실손해 이내로 보상한다.
2. 실손해를 초과한 보상으로 오히려 이익을 얻는 것은 금지한다. 이득금지 원칙이라 한다.

관련자

보험자(insurer)

보험하는 자. 쉽게 말해, 보험회사.

보험계약자(policyholder)

보험계약을 체결한 자. 쉽게 말해, 고객.

피보험자(the insured)

사고로 재산상 손해를 입는 사람. 쉽게 말해, 물건 주인.

주의

손해보험에서는 보험금은 피보험자가 받는다. 그래서 손해보험에는 별도로 보험 수익자(beneficiary) 개념이 없다.

관련 돈

보험료(insurance premium)

보험의 대가. 쉽게 말해, 고객이 보험회사에 매달 조금씩 내는 돈.

보험금(insurance money)

보험사고가 발생하면, 보험자(보험회사)가 보상하는 돈.

보험금액(insured amount)

만약 보험금의 최대한도를 약정하는 경우, 그 최대한도 금액.

보험목적과 피보험이익

보험목적(insurance purpose)

보험에 가입된 목적물. 쉽게 말해, 물건.

피보험이익(insurable interest)

피보험자가 보험목적에 대해 갖는 경제상 이익. 쉽게 말해, 사고가 없었더라면 물건으로 누렸을 이익.

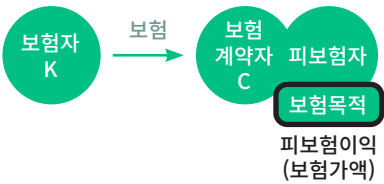
보험가액(insurable value)

피보험이익을 돈으로 환산한 금액.

주의

손해보험은 실손보험이므로, 피보험이익이 반드시 있어야 한다. 피보험이익이 없다면 어떻게 보상하겠는가? 보상할 기준이 없다.

중간 정리



효과

보험료에 관하여

보험료는 보험계약자(policyholder)가 낸다.

1. 보험자(K)는, 보험계약자(C)에게 보험료 지급을 요구할 권리를 취득한다.
2. 보험계약자(C)는, 보험자(K)에게 보험료를 지급할 의무를 부담한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



사고 발생 시 보험금에 관하여
보험금은 피보험자(the insured)가 받는다.

보험수익자 개념은 없다.

- 1. 보험자(K)는, 피보험자에게 보험금을 지급할 의무를 부담한다.
- 2. 피보험자는, 보험자(K)에게 보험금 지급을 요구할 권리를 취득한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



- 3. 보험금을 받는 액수: 보험금액(insured amount)과 보험가액(insurable value) 중 작은 값

인보험

Personal Insurance

우리 생명에는 태어나는 순간부터 죽는 순간까지 가격표가 매겨진다.
- Howard Friedman

머리에

개념

인보험(personal insurance)이란,

- 1. 어떤 사고가 나면
- 2. 미리 정한 금액을
- 3. 보험자가 보상하는
- 4. 보험

종류

- 1. 생명보험(life insurance)

상법 제730조(생명보험자의 책임) 생명보험계약의 보험자는 피보험자의 사망, 생존, 사망과 생존에 관한 보험사고가 발생할 경우에 약정한 보험금을 지급할 책임이 있다.

2022다200317: 생명보험은 피보험자의 [i] **사망**, [ii] 생존, [iii] 사망과 생존에 관한 **보험사고**가 발생할 경우에 약정한 보험금을 지급하는 내용의 보험이다.

- 2. 상해보험(insurance for injury)

상법 제737조(상해보험자의 책임) 상해보험계약의 보험자는 신체의 상해에 관한 보험사고가 생길 경우에 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 있다.

2016다211224: 상해보험은 피보험자가 보험기간[에] 급격하고 우연한 외래의 사고로 인하여 **신체에 손상**을 입는 것을 **보험사고**로 하는 인보험이다.

본질

- 1. 미리 정한 일정한 금액, 즉 정액으로 보상한다.
 - 2. 손해보험과 달리, 이득금지 원칙이 적용되지 않는다.
- 사실 상해보험에는 손해보험 성격도 있어서, 이득금지 원칙이 적용될 수도 있다.
그러나 일단 논외로 하자.

관련자

보험자(insurer)

보험하는 자. 쉽게 말해, 보험회사.

보험계약자(policyholder)

보험계약을 체결한 사람. 쉽게 말해, 고객.

피보험자(the insured)

쉽게 말해, 팔다리 주인.

2016다211224: 상해보험은 ... 인보험이므로, 피보험자는 신체를 가진 사람(人)임을 전제로 한다(상법 제737조). ... 인보험인 상해보험에서 피보험자는 '보험사고의 객체'에 해당하여 그 신체가 보험의 목적이 되는 자로서 보호받아야 할 대상을 의미한다.

보험수익자(beneficiary)

쉽게 말해, 보험금 탈 사람.

주의

인보험에서는 보험금은 보험수익자가 받는다. 피보험자 기준이 아니다.

관련 돈

보험료(insurance premium)

보험의 대가. 쉽게 말해, 고객이 보험회사에 매달 조금씩 내는 돈.

보험금(insurance money)

보험사고가 발생하면, 보험자(보험회사)가 보상하는 돈.

보험금액(insured amount)

약정한 보험금 액수.

주의

인보험은 정액보험(fixed-sum insurance)이므로, 반드시 보험금액을 정한다.

보험목적

보험목적(insurance purpose)

보험에 가입된 생명, 신체. 쉽게 말해, 팔다리.

주의

인보험은 정액보험이므로, 별도로 피보험이익 개념을 두지 않는다. 따라서 보험가액 개념도 없다. 피보험이익(보험가액)이 없어도 보상할 수 있다. 보상할 기준은 약정한 금액인 보험금액이다.

중간 정리



효과

보험료에 관하여

보험료는 보험계약자(policyholder)가 낸다.

- 1. 보험자(K)는, 보험계약자(C)에게 보험료 지급을 요구할 권리를 취득한다.
- 2. 보험계약자(C)는, 보험자(K)에게 보험료를 지급할 의무를 부담한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



사고 발생 시 보험금에 관하여

보험금은 보험수익자(beneficiary)가 받는다. 피보험자가 아니다.

- 1. 보험자(K)는, 보험수익자에게 보험금을 지급할 의무를 부담한다.
- 2. 보험수익자는, 보험자(K)에게 보험금 지급을 요구할 권리를 취득한다.

위 1.과 2.는 같은 명제다.



- 3. 보험금을 받는 액수: 보험금액(insured amount)

피보험이익(보험가액) 개념이 없다. 약정한 보험금액 그대로 지급한다.

타인을 위한 보험

Insurance for Benefit of Third Party

오직 타인을 위하여 산 인생만이 가치 있다.
- Albert Einstein

머리에

구분

보험 종류를 나누는 기준은 여러 가지가 있다.

누구를 위한 보험인가?

“누구를 위한” 보험인지에 따라 다음과 같이 2종류로 나눌 수 있다.

1. 자기를 위한 보험
2. 타인을 위한 보험

개념

구별 기준

보험계약자와 보험금 받는 자가 같은가?

자기를 위한 보험(insurance for one's own benefit)

1. 보험계약을 체결한 자(보험계약자)가 보험금을 받는 보험.

보험계약자 = 보험금 받는 자

타인을 위한 보험(insurance for benefit of third party)

1. 보험계약을 체결하지도 않은 자(보험계약자 아닌 자)가 보험금 받는 보험.

보험계약자 ≠ 보험금 받는 자

상법 제639조(타인을 위한 보험) ① 보험계약자는 ... 타인을 위하여 보험계약을 체결
할 수 있다. ...

② 제1항의 경우에는 그 타인은 ... 그 계약의 이익을 받는다. ...

손해보험 경우

복습

손해보험(indemnity insurance)은, 누가 보험금을 받는가? 피보험자(the insured)가 보험금을 받는다. 따라서 다음과 같다.

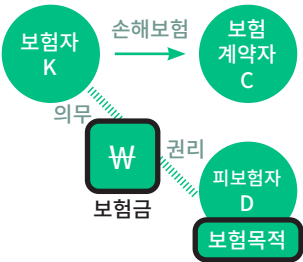
자기를 위한 손해보험(indemnity insurance for one’s own benefit)

- 1. 만약 “보험계약자 = 피보험자”라면,
- 2. 자기를 위한 손해보험이다.



타인을 위한 손해보험(indemnity insurance for benefit of third party)

- 1. 만약 “보험계약자 ≠ 피보험자”라면,
- 2. 타인을 위한 손해보험이다.



구별 기준

2024다250286: 손해보험에[서] 보험의 목적물과 위험의 종류만이 정해져 있고 피보험자와 피보험이익이 명확하지 않은 경우[를 보자.] 그 보험계약이 보험계약자 자신을 위한 것인지 아니면 타인을 위한 것인지는 [어떻게 구별하나?] 보험계약서 및 당사자가 보험계약의 내용으로 삼은 약관의 내용, 당사자가 보험계약을 체결하게 된 경위와 그 과정, 보험회사의 실무처리 관행 등 제반 사정을 참작하여 결정하여야 한다.]

인보험 경우

복습

인보험(personal insurance)은, 누가 보험금을 받는가? 보험수익자(beneficiary)가 보험금을 받는다. 따라서 다음과 같다.

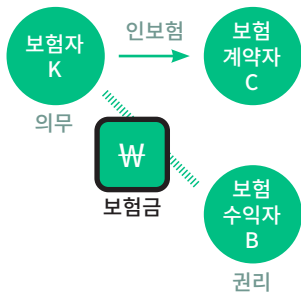
자기를 위한 인보험(personal insurance for one’s own benefit)

- 1. 만약 “보험계약자 = 보험수익자”라면,
- 2. 자기를 위한 인보험이다.



타인을 위한 인보험(personal insurance for benefit of third party)

- 1. 만약 “보험계약자 ≠ 보험수익자”라면,
- 2. 타인을 위한 인보험이다.



2022다200317: 보험계약자는 보험수익자를 지정 또는 변경할 권리를 가진다(상법 제 731조 제1항). 보험계약자는 피보험자의 사망 등에 관한 보험사고로 인하여 발생할 불이익에 대비하여 일정한 사고 발생 시 자신이 지정하는 보험수익자에게 보험금이 지급 되도록 할 목적으로 생명보험계약을 체결한다. 따라서 보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 생명보험에서 보험계약자는 유효한 보험계약 체결과 보험금 지급에 관한 법적 이해관계 내지 이익을 가진다.

타인의 보험

Third-party Insurance

자살해도 보험금이 나오나요? - “검은 집”에서

머리에

구분

보험 종류를 나누는 기준은 여러 가지가 있다.

누구를 위한 보험인가?

“누구의” 보험인지에 따라 다음과 같이 2종류로 나눌 수 있다.

- 1. 자기의 보험
- 2. 타인의 보험

개념

구별 기준

보험계약자와 보험목적 주인이 같은가?

자기의 보험(own insurance)

보험계약을 체결한 자(보험계약자)의 것이 보험목적인 보험.

보험계약자 = 보험목적 주인

타인의 보험(third-party insurance)

보험계약을 체결하지도 않은 자(보험계약자 아닌 자)의 것이 보험목적인 보험.

보험계약자 ≠ 보험목적 주인

손해보험 경우

복습

손해보험(indemnity insurance)은, 누가 보험목적 주인인가? 보험목적(물건) 주인은 피보험자다. 따라서 이론상으로는 다음과 같다.

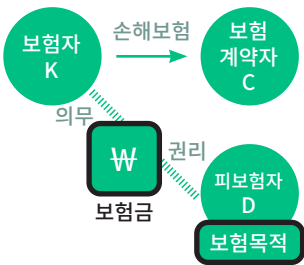
자기의 손해보험

- 1. 만약 “보험계약자 = 피보험자”라면,
- 2. 자기의 손해보험이다.



타인의 손해보험

- 1. 만약 “보험계약자 ≠ 피보험자”라면,
- 2. 타인의 손해보험이다.



분석

- 1. 이 기준은 자기/타인“을 위한” 손해보험 기준과 정확히 같다.
- 2. 따라서 굳이 자기/타인“의” 손해보험이라는 용어를 쓸 필요가 없다. 그저 앞서 본 자기/타인“을 위한” 손해보험이라 하면 된다.

인보험 경우

복습

인보험(personal insurance)은, 누가 보험목적 주인인가? 보험목적(팔다리) 주인은 피보험자다. 따라서 다음과 같다.

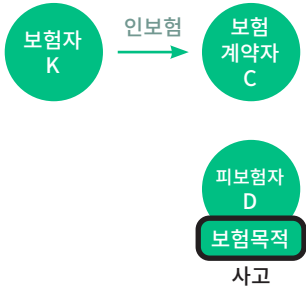
자기의 인보험(own personal insurance)

- 1. 만약 “보험계약자 = 피보험자”라면,
- 2. 자기의 인보험이다.



타인의 인보험(third-party personal insurance)

- 1. 만약 “보험계약자 ≠ 피보험자”라면,
- 2. 타인의 인보험이다.



타인의 생명보험 문제

개념

- 1. “보험계약자 ≠ 피보험자”인,
- 2. 생명보험

서면 동의 필요

상법 제731조(타인의 생명의 보험) ① 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면...에 [따른] 동의를 얻어야 한다.

2004다56677: 상법 제731조 제1항이 [위와 같이] 규정한 것은 동意的 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데 취지가 있다. 그러므로 피보험자인 타인의 동意的는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면[에 따라] 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하다.

상법 제731조 제1항에 [따르면] 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동意的의 의사 표시를 하여야 하는 시점은 ‘보험계약 체결 시까지’이다. 이는 **강행규정으로서 이[를] 위반한 보험계약은 무효**이다. 그러므로 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동意的가 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 된다. 그리고 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추진하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수는 없다.

연습문제

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 40.] 甲은 아버지인 乙을 피보험자로 하여 A보험회사와 乙의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? [‘서면’에는 상법 제731조 제1항(타인의 생명의 보험)에 규정된 전자문서가 포함되고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함]

- ㄴ. 乙의 동意的는 보험계약에 대하여 개별적으로 서면[에 따라] 이루어져야 하고 포괄적, 묵시적 또는 추정적 동의만으로는 부족하다.
- ㄷ. 乙이 서면으로 동意的의 의사표시를 하여야 하는 시점은 보험계약 체결 시까지이다.
- ㄹ. 乙의 서면 동意的가 없다면 보험계약은 무효가 되나, 乙이 추진한다면 보험계약이 유효로 될 수 있다.

제16강

소송요건론

Theory of Litigation Requirements



Jean-Louis Forain, *Le Tribunal (The Tribunal)*
c. 1902–1903, oil on canvas, 60 × 73 cm, Tate, London

재판을 받기 위한 전제조건이 무엇인지에 관하여

- **소송요건**이란, 법원이 재판을 하기 위한 전제다. 그러한 **전제조건**을 갖추지 못하면? 원고는 아무리 합리적 주장을 하더라도 패소한다.
 1. **법원**에 관한 소송요건이 있다. 대표적으로, 소제기 한 법원에 **관할**이 있어야 한다.
 2. **당사자**에 관한 소송요건이 있다. **당사자 능력**, **당사자적격**, **소송대리권**을 살핀다.
 3. **심판대상**에 관한 소송요건이 있다. 소송장애사유가 없어야 하는데, 이를 위해 **소송물** 개념을 이해해야 한다. **권리보호이익**도 살핀다.
 4. 특수한 소송요건이 있다. 대표적으로, 확인소송에서 **확인 이익**이 있어야 한다.
- 흠어진 소송요건을 법원, 당사자, 심판대상, 특수한 소송요건 순서로 **뉘어** 하나하나 짚어 가면, 빠짐없이 점검할 수 있다. 이를 훈련하는 것이 이번 강의의 목표다.

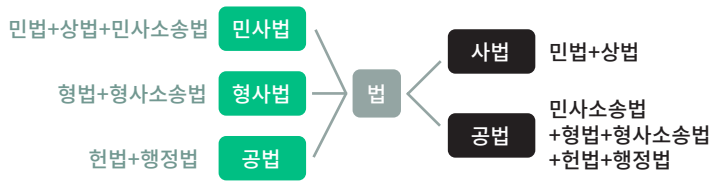
들어가며

Introduction

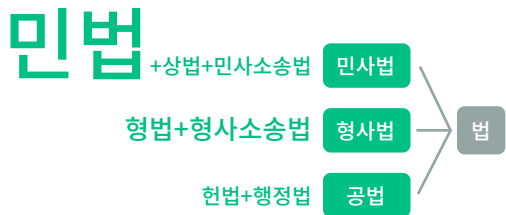
질차가 불비하여 그 권리의 실질을 달성할 수 없다고 한다면,
그 실체법은 공허한 문자에 불과한 것이다.
- 양창수

복습: 법 체계

법 분류



시험 과목으로서의 법



변호사시험법 제9조(시험과목) ① 시험과목은 다음 각호와 같다.

1. 공법(헌법 및 행정법 분야의 과목을 말한다)
2. 민사법(「민법」, 「상법」 및 「민사소송법」 분야의 과목을 말한다)
3. 형사법(「형법」 및 「형사소송법」 분야의 과목을 말한다)
4. 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개 과목

민사절차법 둘러보기

편제

민사절차법은, 쉽게 말해, 다음 법들이다.

1. 민사소송법(civil procedure law)
2. 민사보전법(civil preservative law)
3. 민사집행법(civil execution law)
4. 민사조정법(civil conciliation law)

민사소송법★★★

민사소송법(civil procedure law)이란,

1. 민사소송(civil suit)을 규율하는 법.
2. 민사소송법(Civil Procedure Act).

민사보전법★★★

민사보전법(civil preservative law)이란,

1. 보전소송(preservative action)을 규율하는 법. 즉, 가압류(provisional seizure), 가처분(provisional disposition)을 규율하는 법.
2. 민사집행법(Civil Execution Act) 제4편(제276조부터 제312조까지).

민사집행법★★★

민사집행법(civil execution law)이란,

1. 민사집행(civil execution)을 규율하는 법. 즉, 강제집행(compulsory execution)과 담보권실행경매(judicial sale to enforce a security right)를 규율하는 법.
2. 민사집행법(Civil Execution Act) 제1편부터 제3편까지(제1조부터 제275조까지).

변호사시험에서 민사집행법(민사집행법과 민사보전법)은 원래 출제범위가 아니다. 그러나 민법 법리와 연결된 민사집행법 내용은 시험에 나온다. 민사집행법과 민사보전법은 그 한도에서만 보면 된다. 변호사시험을 위해 민사집행법 교과서 전체를 처음부터 끝까지 다 읽는 것은 비효율적이다.

민사조정법

민사조정법(civil conciliation law)이란,

1. 민사조정(civil conciliation)을 규율하는 법.
2. 민사조정법(Judicial Conciliation Of Civil Disputes Act).

민사소송법 내용

제1편 총칙

민사소송법 제1편 총칙

제1장 법원

제2장 당사자

제4장 소송절차

제2편 제1심 소송절차

민사소송법 제2편 제1심의 소송절차

제1장 소의 제기

제2장 변론과 그 준비

제3장 증거

제4장 제소전화해...의 절차

제3편 상소

민사소송법 제3편 상소

제1장 항소

제2장 상고

제3장 항고

제4편 재심

민사소송법 제4편 재심

민사보전법 내용

가압류

민사집행법 제4편 보전처분[제276조~제299조]

가처분

민사집행법 제4편 보전처분[제300조~제307조]

기타

민사집행법 제4편 보전처분[제308조~제312조]

민사집행법 내용

제1편 총칙

민사집행법 제1편 총칙

제2편 강제집행

1. 금전집행

2. 비금전집행

민사집행법 제2편 강제집행

제1장 총칙

제2장 금전채권에 기초한 강제집행

제3장 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행

제3편 담보권실행경매

민사집행법 제3편 담보권 실행 등을 위한 경매

결론

민사소송법

1. 총칙(법원, 당사자, 소송절차) 기초내용은 제1강 민사구조론 강의에서 봤다.
 2. 제1심 소송절차(소제기, 변론과 변론준비, 증거, 화해) 기초내용도 제1강 민사구조론 강의에서 봤다.
 3. 상소(항소, 상고, 항고) 기초내용도 제1강 민사구조론 강의에서 봤다.
 4. 재심 기초내용도 제1강 민사구조론 강의에서 봤다.
- 나머지 내용은 제16강 복잡 소송 강의에서 보자.

민사보전법

가압류, 가처분의 기초내용은

1. 제1강 민사구조론 강의에서 봤고,
2. 제9강 채무자 재산 보전 강의에서 상세히 봤다.

지금 단계에서 그 이상으로 공부할 필요 없다.

민사집행법

강제집행과 담보권실행경매 기초내용은,

1. 제1강 민사구조론 강의에서 봤고,
2. 제7강 강제이행 강의에서 상세히 봤다.

지금 단계에서 그 이상으로 공부할 필요 없다.

민사조정법

민사조정의 기초내용은 제1강 민사구조론 강의에서 봤다. 지금 단계에서 그 이상으로 공부할 필요 없다.

소송물

Subject-matter of a Lawsuit

예링이 로마법의 정신에서 밝힌 “로마는 세계를 세 번 정복했다.”라는 주장은 로마인들만이 “청구권(actio)”이라는 인류 역사상 전대미문의 민사법 법집행 수단을 개발하여 근대시민법체계에 영향을 미쳤다는 것을 의미한다.
- 김차동

머리에

지금까지 본 것

주로 청구가 1개인 소송을 보았다. 즉, 원고 1명이 피고 1명을 상대로 청구 1개.



앞으로 볼 것

청구가 여러 개인 소송을 보자. 즉,

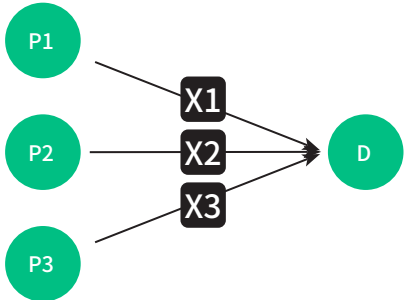
- 1. 병합 청구(joinder of claims): 원고 1명이 피고 1명을 상대로 청구 n개.

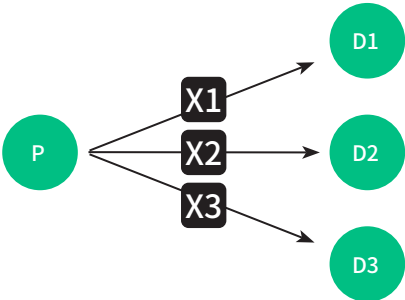
객관적(objective) 병합이라고도 한다. 그 소송을 병합 청구 소송이라 한다.



- 2. 공동소송(co-litigation): 원고 n명이 피고 1명을 상대로 청구, 또는 원고 1명이 피고 n명을 상대로 청구.

주관적(subjective) 병합이라고도 한다. 그 소송을 다수 당사자 소송이라 한다.



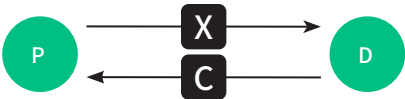


청구나 당사자가 바뀌는 경우도 보자. 즉,

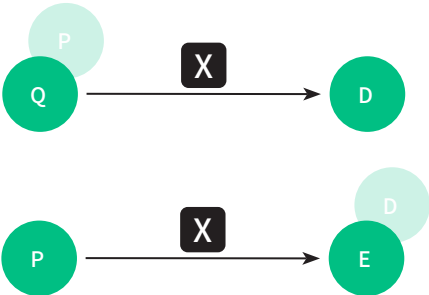
- 1. 청구 변경(alteration in claims): 소송 중 X청구가 Y청구로 바뀌는 경우. 객관적(objective) 변경이라고도 한다.



- 2. 반소(counterclaim): 소송 중 같은 절차에서 피고가 원고에게 거꾸로 C청구를 하는 경우.



- 3. 당사자 변경(alteration of a party): 소송 중 원고가 P에서 Q로 바뀌는 경우, 또는 피고가 D에서 E로 바뀌는 경우. 주관적(subjective) 변경이라고도 한다.



소송물

개념

소송에서 심판 대상을 소송물이라 한다. 소송물은 다음과 같이 여러 이름을 갖고 있다.



1. 청구(claim)

민사소송법 제25조(관련재판적) ① 하나의 소로 여러 개의 청구를 하는 경우...

2. 소송목적인 권리(subject-matter of a lawsuit)

민사소송법 제25조(관련재판적) ② 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통...되는 경우...

3. 소송 객체(object of a lawsuit)

소송물(= 소송목적인 권리 = 소송 객체)이 X인 사건에서 심판 대상을 Y로 삼으면, 처분권주의 위반이다. 즉 위법하다.

민사소송법 제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

사례 1

A부동산 매도인이 매수인을 상대로 매매계약 취소를 이유로 말소등기 청구를 한다면?



1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 A부동산 말소등기 청구권

2. 근거: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 2

A부동산 소유자가 등기명의자를 상대로 자기가 소유자임을 이유로 말소등기 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 소유권에 근거한 A부동산 말소등기 청구권
- 2. 근거: 소유권(민법 제213조)

민법 제214조(소유물방해제거, ...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

사례 3

1억 원을 대여한 대주가 차주를 상대로 대여금 반환 청구를 한다면?



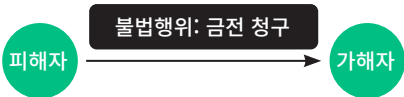
- 1. 소송물: 대여금 약정에 근거한 1억 원 반환(금전) 청구권
- 2. 근거: 약정(소비대차계약)

물론 제603조 제1항을 들어도 된다. 그러나 약정에 근거한 청구는 굳이 “제603조 제1항에 근거해 청구한다.”라고 말하지는 않는다. 그냥 “약정(= 계약 = 합의)한 대로 청구한다.”라고 말해도 충분하다.

민법 제603조(반환시기) ① [소비대차의] 차주는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다.

사례 4

1억 원 사기를 당한 불법행위 피해자가 가해자 상대로 손해배상 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 불법행위에 근거한 1억 원 손해배상(금전) 청구권
- 2. 근거: 불법행위(민법 제750조)

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

소송물의 구별 기준

기준 1: 청구취지

청구취지가 다르면 서로 다른 소송물이다. 예를 들어, 다음은 서로 소송물이 다르다.

1. 말소등기 청구(사례 1, 2)



2. 금전청구(사례 3, 4)



예외가 있다. 예외는 차차 배우자.

기준 2: 채권적 vs 물권적

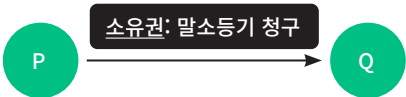
청구취지가 같더라도, 채권적 청구와 물권적 청구는 서로 다른 소송물이다. 예를 들어, 같은 말소등기 청구라도, 다음은 서로 소송물이 다르다.

1. 급여부당이득에 근거한 청구(사례 1)



민법 제3편 채권
제4장 부당이득
제741조(부당이득의 내용) ...

2. 소유권에 근거한 청구(사례 2)

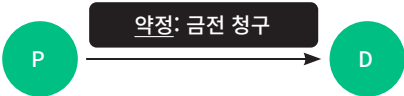


민법 제2편 물권
제3장 소유권
제214조(소유물방해제거, ...) ...

기준 3: 근거 채권관계

청구취지가 같은 채권적 청구끼리는 근거하는 채권관계가 다르면 서로 다른 소송물이다. 예를 들어, 같은 금전청구로서 채권적 청구라도, 다음은 서로 소송물이 다르다.

1. 약정에 근거한 청구(사례 3)

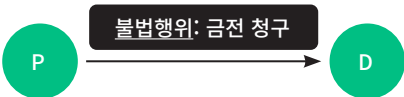


민법 제3편 채권

제2장 계약

제603조(반환시기) ...

2. 불법행위에 근거한 청구(사례 4)



민법 제3편 채권

제5장 불법행위

제750조(불법행위의 내용) ...

소결

전후소 소송물이 같다는 것은?

1. 당사자(litigation party)가 같음: 만약 전소는 甲-乙 사이 소송이고, 후소는 丙-乙 사이 소송이면? 당사자가 달라 원칙적으로 소송물이 다르다.

59다310: [중복소제기 금지 규정을] 적용[하려면?] 같은 당사자 간에 동일 소송물에 관하여 2개의 소송이 전후하여 제기되고 ... 전소가 현[재] 계속 중[이어야 한다.]

94다42389: 본안에 대한 중독판결이 있는 후 소를 취하한 사람에게 미치는 재소 금지의 효력이란 동일한 당사자 사이의 동일한 소송물에 대한 것[이다.]

2011다49981: 동일한 당사자 사이에서 전소의 소송물과 동일한 소송물에 대한 후소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.

2. 청구(claim)가 같음: 만약 전소는 매매대금 청구 소송이고, 후소는 손해배상 청구 소송이면? 청구가 달라 원칙적으로 소송물이 다르다.

2001다22246: 채권자[A]가 채무인수자[C]를 상대로 제기한 채무이행청구소송(전소)과 채무인수자[C]가 채권자[A]를 상대로 제기한 원래 채무자[B]의 채권자[A]에 대한 채무부존재확인소송(후소)은 그 청구취지와 청구원인이 서로 다르므로 중복제소에 해당하지 않는다.

청구 내용이 구분되어 겹치지 않는다면? 역시 청구가 달라 소송물이 다르다.

91다41187: 동일한 교통사고에 [따른] 피해자[V1, V2]가 여러 명이고 그중 한 사람 [V1]이 피보험자[O]를 대위하여 보험자[I]를 상대로 자신[V1]의 손해부분에 관한 보험금청구를 하고 있다. 이] 경우, 다른 피해자[V2]가 피보험자[O]를 대위하여 다른 피해자[V2]의 손해부분에 관하여 별도의 보험금청구를 하는 것은 중복제소에 해당한다고 할 수 없다.] 이와 같은 경우 각 피해자[V1, V2]마다 별개의 보험사고가 성립하고 그 보험금청구권의 소송물은 동일하다고 할 수 없다.

연습문제

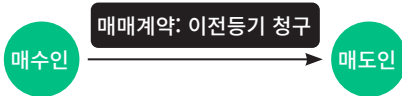
2024년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 58.] 중복된 소제기의 금지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ① 동일한 교통사고 피해자 甲, 乙 중 甲이 그 가해자인 피보험자 丙을 대위하여 보험자 A회사를 상대로 제기한 자신의 손해 부분에 관한 보험금청구소송의 계속 중 乙이 위 丙을 대위하여 자신의 손해 부분에 관하여 위 A회사를 상대로 별도로 제기한 보험금청구의 소는 중복된 소제기에 해당하지 않는다.
 - ④ 채권자가 채무인수자를 상대로 제기한 채무이행청구소송(전소)과 채무인수자가 채권자를 상대로 제기한 원래 채무자의 채권자에 대한 채무부존재확인소송(후소)은 그 청구취지와 청구원인이 서로 다르므로 전소의 소송계속 중 후소가 제기되더라도 중복된 소제기에 해당하지 않는다.

등기청구 소송물 사례

사례 1: 매매계약을 원인으로 하는 이전등기 청구

A부동산 매수인이 매도인 상대로 매매계약을 이유로 이전등기 청구를 한다면?

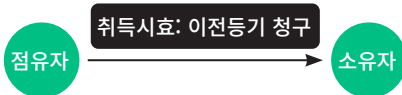


- 1. 소송물: 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구권
- 2. 청구원인: 약정(매매계약)

민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다.

사례 2: 취득시효 완성을 원인으로 하는 이전등기 청구

A부동산 점유자가 소유자를 상대로 취득시효 완성을 이유로 이전등기 청구를 한다면?

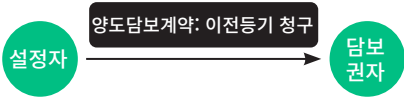


- 1. 소송물: 취득시효 완성에 근거한 A부동산 이전등기 청구권
- 2. 청구원인: 취득시효 완성(민법 제245조 제1항)

민법 제245조(점유[에 따른] 부동산소유권의 취득기간) ① 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기함으로써 그 소유권을 취득한다.

사례 3: 양도담보계약을 원인으로 하는 이전등기 청구

A부동산 양도담보권자가 양도담보설정자 상대로 양도담보계약을 이유로 이전등기 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 양도담보계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구권
- 2. 청구원인: 약정(양도담보계약)

사례 4-1: 부당이득 반환을 원인으로 하는 말소등기 청구

A부동산에 관해 매매를 원인으로 하는 등기를 마쳐준 사람이 등기명의자를 상대로 사실 매매계약이 성립하지 않았다면 말소등기 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 A부동산 말소등기 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 4-2: 부당이득 반환을 원인으로 하는 말소등기 청구

A부동산 매도인이 매수인을 상대로 매매계약 취소를 이유로 말소등기 청구를 한다면?

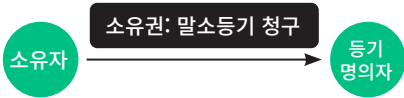


- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 A부동산 말소등기 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 5-1

A부동산 소유자가 등기명의자를 상대로 자기가 소유자임을 이유로 말소등기 청구를 한다면?

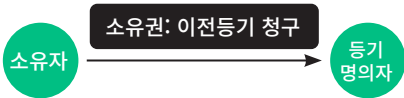


- 1. 소송물: 소유권에 근거한 A부동산 말소등기 청구권
- 2. 청구원인: 소유권(민법 제214조)

민법 제214조(소유물방해제거, ...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

사례 5-2

A부동산 소유자가 등기명의자를 상대로 자기가 소유자임을 이유로 이전등기 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 소유권에 근거한 A부동산 이전등기 청구권
- 2. 청구원인: 소유권(민법 제214조)

민법 제214조(소유물방해제거, ...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

89다카12398전합: 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 [따라] 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 [무엇이 있을까?] 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 **말소를 구하는 [방법]**이 있다. 그러나 **그 [외에]도** “진정한 등기명의를 회복”을 원인으로 한 소유권**이전등기** 절차의 이행을 직접 구하는 것도 허용되어야 한다.

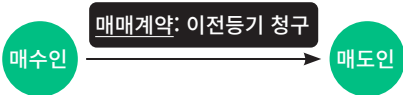
[그 이유는 다음과 같다.] 현재의 부진정한 등기명의인은 진정한 소유자의 공시에 협력할 의무를 진다. 그런데 진정한 등기명의를 회복에 협력하기 위하여는 자기의 등기를 말소하는 방법에 [따르]거나 등기부상의 진정한 권리자에게 직접 이전등기를 이행하는 방법에 [따르]거나 간에 **그 본질적인 면에서 아무런 차이가 없다.** 그]뿐만 아니라 그 어느 방법에 [따르]더라도 자기의 **등기를 잃는 점에[서]는 그 이해를 달리하지 않[는다].**

이런 이전등기를 특별히 (진정)명의회복 이전등기라 부른다. 법적으로는, “명의회복 이전등기 = 말소등기”라 봐도 좋다.

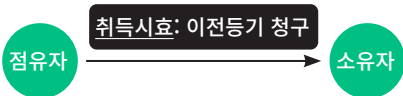
사례 1, 2, 3 분석

모두 A부동산에 관한 이전등기 청구라는 점은 같지만, 소송물이 서로 다르다. 채권적 청구인데, 근거하는 채권관계가 다르기 때문이다.

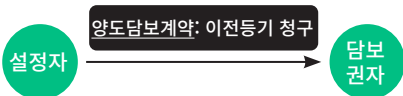
1. 사례 1: 약정(매매계약)에 근거한 이전등기 청구



2. 사례 2: 취득시효 완성에 근거한 이전등기 청구



3. 사례 3: 약정(양도담보계약)에 근거한 이전등기 청구



94다49922: 소유권이전등기청구사건에[서] 등기원인을 달리하는 경우에는 그것이 단순히 공격, 방어방법의 차이에 불과한 것이 아니[다.] 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다.

68다123: 동일 부동산에 대한 소유권이전등기절차 이행청구 사건이라도 후소에서는 **매매**를 전소에서는 **취득시효의 완성**을 각[각] 그 청구원인으로 한 경우에는 소송물이 별개[다.]

91다40696: 원고가 **매매**를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구[했다. 이에] 대하여 원심이 **양도담보약정**을 원인으로 한 소유권이전등기를 명[했다. 이] 경우 원심판결에 처분권주의를 위반한 위법이 있다.]

사례 4 분석

모두 A부동산에 관한 말소등기 청구이고, 소송물도 서로 같다. 채권적 청구인데, 근거하는 채권관계가 같기 때문이다.

1. 사례 4-1: 급여부당이득에 근거한 말소등기 청구



2. 사례 4-2: 급여부당이득에 근거한 말소등기 청구



여기서는 계약 불성립이나 취소냐에 따라 소송물이 달라지지 않는다. 단지 공격 방법이 다를 뿐이다.

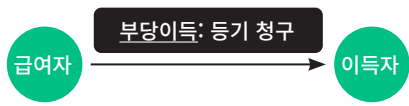
80다1548: 말소등기청구사건의 소송물은 [해당] 등기의 말소등기청구권이[다.] 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 [해당] “등기원인의 무효”에 국한[된다.]

전소에서 한 사기에 [따른] 매매의 취소 주장과 후소에서 한 매매의 부존재 또는 불성립의 주장은 다 같이 청구원인인 등기원인의 무효를 뒷받침하는, 독립된 공격방어방법에 불과하[다.] ... 전소와 후소의 소송물은 동일하다.

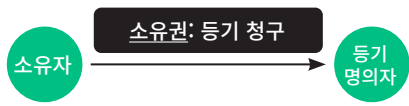
사례 4, 5 분석

모두 A부동산에 관한 등기 청구라는 점은 같지만, 사례 4와 사례 5는 소송물이 서로 다르다. 사례 4는 채권적 청구이고 사례 5는 물권적 청구이기 때문이다.

- 1. 사례 4-1, 4-2: 급여부당이득에 근거한 등기 청구



- 2. 사례 5-1, 5-2: 소유권에 근거한 등기 청구



71다2353: 전소[에서의] 청구는 ... 이 사건 부동산에 대한 소유권 ... 말소등기 청구권의 존부에 있었[다. 이]에 반하여 후소인 이 사건[에서의] 청구는 비록 동일한 부동산에 관한 것이지만 시효취득[에 따른] 소유권이전등기 절차이행 청구권의 존부에 있[다. 그러]므로 이 전후 양소는 그 청구가 각기 상이하[다.]

92다1353: 소유권에 기[초]한 방해배제청구권의 행사로서 말소등기청구를 한 전소의 확정판[결] 기판력이 계약해제에 따른 원상회복으로 말소등기청구를 하는 후소에 미치지 않는[다.]

사례 4는 계약 불성립 또는 취소에 따른 급여부당이득 사례지만, 계약 해제에 따른 원상회복 사례라 해도 마찬가지다. 결국 여기서는 계약 불성립이나 취소나 해제냐는 단지 공격방법 차이일 뿐이다.

2018다244013: 계약해제의 효과로서 원상회복은 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가[진다.] 채무불이행을 이유로 한 이 사건 매매계약 해제에 따른 원상회복으로서 이미 지급한 매매대금 반환을 구하는 소송은 ... 이 사건 매매계약이 자동으로 해제 또는 실효되었음을 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 부당이득반환으로서 구하는 소송과 소송물이 동일하[다.]

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

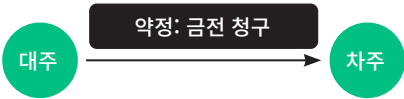
[문 37.] 처분권주의에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 원고가 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구한 경우, 법원이 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기를 명한다면 이는 처분권주의에 위배된다.

금전청구 소송물 사례

사례 1

1억 원을 대여한 대주가 차주를 상대로 대여금 반환 청구를 한다면?

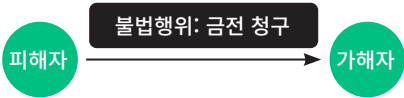


- 1. 소송물: 대여금 약정에 근거한 1억 원 반환 청구권
- 2. 청구원인: 약정(소비대차계약)

민법 제603조(반환시기) ① [소비대차의] 차주는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다.

사례 2

1억 원 사기를 당한 불법행위 피해자가 가해자 상대로 손해배상 청구를 한다면?

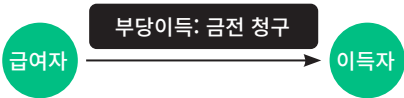


- 1. 소송물: 불법행위에 근거한 1억 원 손해배상 청구권
- 2. 청구원인: 불법행위(민법 제750조)

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

사례 3

1억 원 매매대금을 지급한 사람이 상대방을 상대로 사실 매매계약이 성립하지 않았다고 매매대금 반환 청구를 한다면?

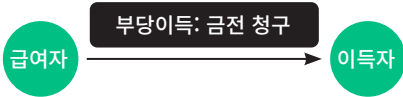


- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 1억 원 반환 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 4

1억 원 매매대금을 지급한 매수인이 매도인을 상대로 매매계약을 취소하고 매매대금 반환 청구를 한다면?



- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 1억 원 반환 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 5

건물 임대인이 임차인을 상대로 2022. 1. 1.부터 2023. 12. 31.까지 발생한 차임 1억 원 지급 청구를 한다면?

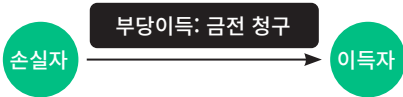


- 1. 소송물: 임대차계약에 근거한 1억 원 차임 청구권
- 2. 청구원인: 약정(임대차계약)

민법 제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

사례 6

건물 소유자가 무단 점유자를 상대로 2022. 1. 1.부터 2023. 12. 31.까지 취득한 사용이익 1억 원 반환 청구를 한다면?



건물 소유자는 위 기간 취득했을 이익을 취득하지 못한 손실(손해)이 있다.

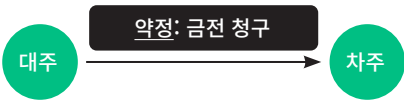
- 1. 소송물: 침해부당이득에 근거한 1억 원 반환 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

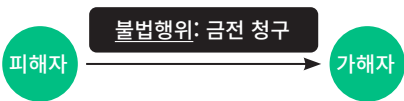
사례 1, 2, 3 분석

모두 1억 원 금전청구라는 점은 같지만, 소송물이 모두 다르다. 채권적 청구인데, 근거하는 채권관계가 다르기 때문이다.

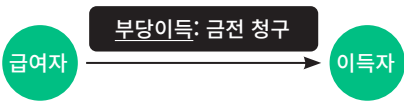
- 1. 사례 1: 대여금 약정에 근거한 금전청구



- 2. 사례 2: 불법행위에 근거한 금전청구



- 3. 사례 3: 급여부당이득에 근거한 금전청구

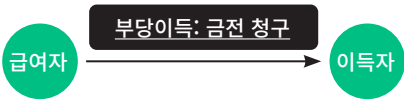


2013다45457: 부당이득반환 청구권과 불법행위[에 따른] 손해배상 청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재[한다.] 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리[한다.]

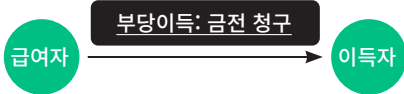
사례 3, 4 분석

모두 1억 원 금전청구이고, 소송물도 서로 같다. 채권적 청구인데, 근거하는 채권관계가 같기 때문이다.

- 1. 사례 3: 급여부당이득에 근거한 금전청구



2. 사례 4: 급여부당이득에 근거한 금전청구



여기서도 매매계약 불성립이나 취소냐에 따라 소송물이 달라지지 않는다. 단지 공격방법이 다를 뿐이다.

2000다5978: 부당이득반환청구에서 법률상의 원인 없는 사유를 계약의 불성립, 취소, 무효, 해제 등으로 주장하는 것은 공격방법에 지나지 아니[한다.] ... 전소에서 주장하였던 무효 또는 기망에 [따른] 의사표시의 취소의 효과로서 구하였던 매매대금반환의 성질은 부당이득반환이[다.]

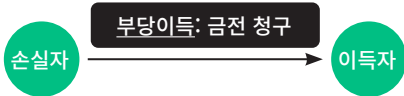
사례 5, 6 분석

모두 1억 원 금전청구라는 점은 같지만, 소송물이 서로 다르다. 채권적 청구인데, 근거하는 채권관계가 다르기 때문이다.

1. 사례 5: 임대차계약에 근거한 금전청구



2. 사례 6: 침해부당이득에 근거한 금전청구

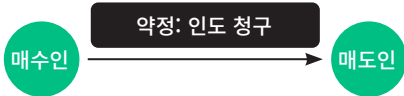


2014다31721: 토지의 소유자가 소유권에 기[초]하여 그 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소[를] 제기하여 무단 점유자가 그 점유 토지의 인도시까지 매월 일정금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 [있다.] 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환 청구권이다.

인도청구 소송물 사례

사례 1

A부동산 매수인이 매도인을 상대로 매매계약을 이유로 인도청구를 한다면?



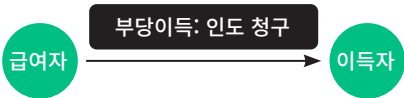
1. 소송물: 매매계약에 근거한 A부동산 인도 청구권

2. 청구원인: 약정(매매계약)

민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다.

사례 2

A부동산에 관해 매매를 원인으로 인도한 사람이 인도받은 사람 상대로 사실 매매계약이 성립하지 않았으며 인도(반환)청구를 한다면?

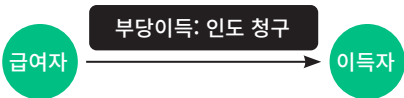


- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 A부동산 인도 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 3

A부동산 매도인이 매수인을 상대로 매매계약 취소를 이유로 인도(반환)청구를 한다면?

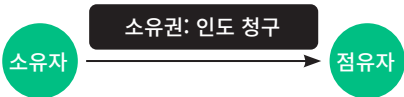


- 1. 소송물: 급여부당이득에 근거한 A부동산 인도 청구권
- 2. 청구원인: 부당이득(민법 제741조)

민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이 [때문에] 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

사례 4

A부동산 소유자가 점유자 상대로 자기가 소유자임을 이유로 인도청구를 한다면?



- 1. 소송물: 소유권에 근거한 A부동산 인도 청구권
- 2. 청구원인: 소유권(민법 제213조)

민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. ...

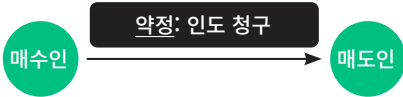
주의: 이 경우도 소유권 자체는 소송물이 아니다.

84다카148: 토지소유권에 기[초]한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은[?] 토지**소유권이 아니라** 그 물권적 청구권인 토지인도청구권이다.]

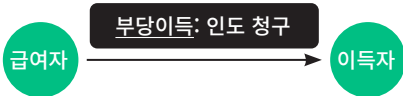
분석

등기청구, 금전청구에서 본 것을 이해했다면, 쉽게 다음과 같이 소송물을 구별할 수 있다.

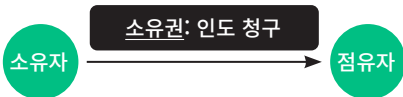
- 1. 사례 1: 매매계약에 근거한 인도청구(채권적 청구)



- 2. 사례 2, 3: 급여부당이득에 근거한 인도청구(채권적 청구)



- 3. 사례 4: 소유권에 근거한 인도청구(물권적 청구)



채권자대위소송, 채권자취소소송 소송물 사례

복습: 채권자취소소송 구성

사해행위취소 청구의 소와 그에 따른 원상회복 청구의 소는 소송물이 다르다.

- 1. 취소청구를 먼저 하고, 취소가 되면 그다음 원상회복청구를 할 수도 있다.
- 2. 처음부터 원상회복청구를 취소청구와 병합해 할 수도 있다.



2001다14108: 채권자가 민법 제406조 제1항에 따라 사해행위의 취소와 원상회복을 청구하는 경우[를 보자.] 사해행위 취소 청구가 민법 제406조 제2항에 정하여진 기간 안에 제기되었다면 원상회복의 청구는 그 기간이 지난 뒤에도 할 수 있다.

편의상, 채권자취소소송에서는 취소 청구 부분만 보자.

채권자취소소송

- 1. 소송물: 특정 법률행위의 취소
- 2. 청구원인: 특정 법률행위가 사해행위에 해당

민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. ...

2001다13532: 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 [어떤가?] 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다.

2010다80503: 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다.]

채권자대위소송

- 1. 소송물: 피대위채권
- 2. 청구원인: 피대위채권 청구 소송에 해당하는 청구원인

민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. ...

2011다108095: 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부...

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 25.] 甲은 乙에 대하여 변제기가 도래한 2억 원의 대여금채권(A 채권)을 가지고 있고, 채무초과 상태인 乙은 丙에 대하여 변제기가 도래한 2억 원의 대여금채권(B 채권)을 가지고 있으며, 乙은 그 소유의 X 부동산을 丁에게 증여하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

⑤ 甲이 A 채권을 피보전채권으로 하여 제척기간 내에 丁을 상대로 사해행위취소의 소를 제기하였다가 제척기간이 경과한 후에 피보전채권을 乙에 대한 부당이득반환채권으로 변경하였다면, 이는 소의 교환적 변경에 해당하지 않으므로 위 사해행위취소의 소는 적법하다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

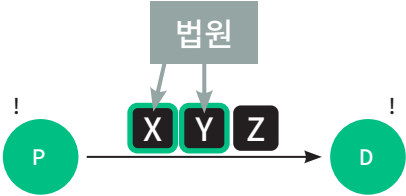
[문 51.] 사해행위취소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

② 채권자가 사해행위취소소송 계속 중 피보전채권을 추가하거나 교환하는 것은 청구 자체를 변경하는 것이 아니다.

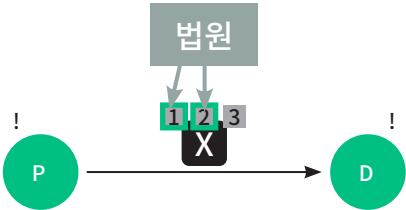
판결 누락과 판단 누락

개념

- 1. 판결 누락(omission of judgment): 법원이 어떤 소송물(청구)에 관한 판단을 빠뜨리고 판결하는 경우



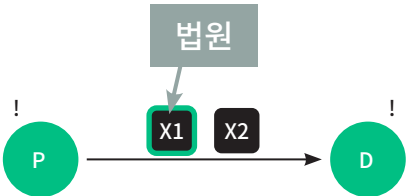
- 2. 판단 누락(omission of an important matter): 법원이 어떤 공격방어 방법에 관한 판단을 빠뜨리고 판결하는 경우



사례

P가 D를 상대로 대여금 청구(X1), 매매대금 청구(X2)를 했다.

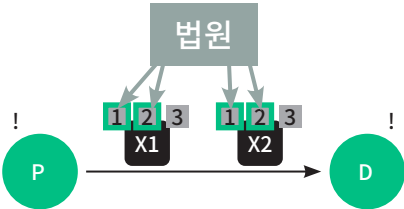
- 1. 판결 누락: 법원이 매매대금 청구(X2)를 빠뜨리고 대여금 청구(X1)만 판단해서 판결을 선고했다.



민사소송법 제212조(재판의 누락) ① 법원이 청구[X1, X2] [일]부[X2]에 대하여 재판을 누락한 경우에 ...

2003다13604: 재판의 탈루[→ 판결의 누락]가 있는지 여부는 우선 **주문의 기재**[로] 판정하여야 [한다.] ... 3필지의 토지에 대한 각 소유권이전등기 말소청구 사건에서 ... 3필지의 토지 중 1필지 토지에 관한 소유권이전등기 말소청구의 기재가 누락되어 있[다.] 이] 경우 위 주문을 청구 전부에 대한 판단이라고 볼 수 없[다.] ... 누락된 1필지 토지에 관하여는 판단이 없[다.]

2. 판단 누락: 법원이 대여금 청구(X1), 매매대금 청구(X2) 모두 판단해서 판결을 선고했다. 원고는 당시 소송에서 (1) 유권대리, (2) 표현대리, (3) 무권대리 추인을 모두 주장했다고 한다. 그런데 법원은 (1) 유권대리, (2) 표현대리 주장을 배척하면서, (3) 무권대리 추인 판단을 빠뜨렸다.



민사소송법 제208조(판결서의 기재사항 등) ② 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격, 방어방법에 관한 판단을 표시한다.

민사소송법 제451조(재심사유) ① ...

9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항[(3)]에 관하여 판단을 누락한 때
2001다73572: 주문에 청[구] 전부에 대한 판단이 기재되어 있으나 이유 중에 청[구] 일부에 대한 판단이 빠져 있는 경우[다.] 어쨌든 주문에는 청[구] 전부에 대한 판시가 있[다. 그러]므로 이유를 붙이지 아니한 위법이 있다고 볼 수 있을지언정 재판의 탈루[→ 판결의 누락]가 있다고 볼 수는 없다.

전반적 취지상 어떤 판단을 했다고 볼 수 있으면, 판단 누락이 아니다.

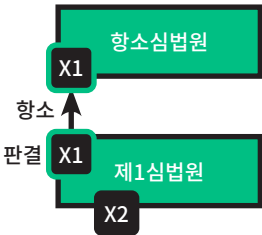
2024다228777: 판결서에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적, 직접적인 판단이 표시되어 있지 않[다고 하자. 그렇]더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단을 누락한 것이라 보기는 어렵다.

판결 누락의 후속 조치

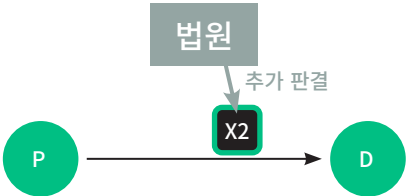
누락된 청구(X2) 부분에 관해,

1. 상소 X: 상소 대상인 매매대금 청구(X2) 판결이 없기 때문이다.

판결한 청구(X1) 부분은 패소한 당사자가 상소할 수 있다. 그 결과, 판결한 청구(X1)는 상소심으로 이심되고, 나머지 청구(X2)는 원심에 남는다.



2. 추가 판결 ○: 법원은 빠뜨린 것을 알게 되었다면 계속해 매매대금 청구(X2)에 관해 판결해야 한다.



민사소송법 제212조(재판의 누락) ① 법원이 청[구] 일부에 대하여 재판을 누락한 경우에 그 청구부분에 대하여는 그 법원이 계속하여 재판한다.

판단 누락의 후속 조치

누락된 주장에 관해,

1. 상소 ○: 판단 누락은 중대한 흠이므로, 상소할 수 있다.



2. 추가 판결 ×: 이미 청구(소송물)들에 판결을 선고했으므로, 또 판결을 할 수 없다.

민사소송법 제451조(재심사유) ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중 국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. ...

9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때

민사소송법 제416조(제1심판결의 취소) 항소법원은 제1심판결을 정당하지 아니하다고 인정한 때에는 취소하여야 한다.

민사소송법 제423조(상고이유) 상고는 판결에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있다.

2011헌바5: 민사소송법 제451조 제1항에 규정된 재심사유는 모두 상고이유가 [된다.] 동조항 제9호 “판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때”의 재심사유는 그 흠이 중대하[다.]

구별 기준

1. 소송물(청구) 자체에 관한 판단을 빠뜨렸는지?
2. 공격방어 방법에 관한 판단을 빠뜨렸는지?

소송물과 기판력

복습: 기판력

확정된 판결에 대해 당사자들은 나중에 다른 소리를 할 수 없다.

- 1. 객관적 범위: 원칙적으로 주문(text)
- 2. 주관적 범위: 원칙적으로 판결을 받은 당사자

기판력이 작용하는 경우

- 1. 동일: 전소(A) 소송물 = 후소(B) 소송물
- 2. 선결 관계: 전소(A) 소송물 판단 → 후소(B) 소송물 판단
- 3. 모순 관계: 전소(A) 소송물 ↔ 후소(B) 소송물

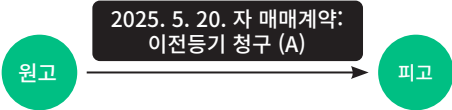
2000다41349: 기판력이[란] 기판력 있는 전소판결의 소송물과 **동일**한 후소를 허용하지 않는 것[이다.]

2017다224906: [뿐만 아니라,] 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 **선결**문제가 되거나 **모순**관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 [한다.]

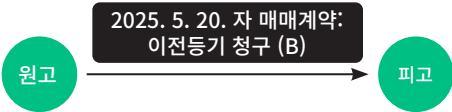
동일한 소송물

만약 전소(A) 소송물과 후소(B) 소송물이 동일하면, 기판력이 작용한다. 예를 들어,

- 1. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(A)의 소송물 = 위 계약에 근거한 원고의 이전등기 청구권



- 2. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(B)의 소송물 = 위 계약에 근거한 원고의 이전등기 청구권



87다카2478: [B]판결이 당사자 및 **소송물이 동일**한 전 소송[A]의 판결의 기판력에 저촉된다는 이유로 원고의 청구를 부당하다고 하여 기각하였[다. 그렇다]면 [B]판결의 취지는 [다음과 같다. 즉,] 전 소송[A]에서 한 원고 청구기각 판결의 기판력에 [따라] 그 내용과 모순되는 판단을 하여서는 안 되는 구속력 때문에 전 소[A]판결의 판단을 채용하여 원고 청구기각의 판결을 [한 것이다.]

2017다23066: 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 **동일한 청구**의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

또 예를 들어,

- 1. 원고 소유권에 근거한 원고의 부동산 명의회복 이전등기 청구(A)의 소송물 = 소유권에 근거한 원고의 방해제거 청구권



- 2. 원고 소유권에 근거한 원고의 부동산 말소등기 청구(B)의 소송물 = 소유권에 근거한 원고의 방해제거 청구권



민법 제214조(소유물방해제거, ...) 소유자는 소유권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 ... 있다.

99다37894전합: 말소등기[를] 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권 이전등기 청구권[A]과 무효등기의 말소 청구권[B]은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기 명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하[다. 그리고] 두 청구권[A, B] 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하[다. 그러므로] 비록 전자[A]는 이전등기, 후자[B]는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 **소송물은 실질상 동일한** 것으로 보아야 [한다.]

따라서 소유권이전등기 말소청구소송[A]에서 패소확정판결을 받았다면 그 **기판력**은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구소송[B]에도 **미친다**.

(복습) 법적으로는, “명의회복 이전등기 = 말소등기”라 봐도 좋다.

선결 관계인 소송물

만약 전소(A) 소송물 판단이 후소(B) 소송물 판단의 선결 문제라면, 기판력이 작용한다. 예를 들어,

- 1. 원고의 소유권 확인 청구(A)의 소송물 = 원고의 소유권
- 2. 원고의 소유권에 기초한 반환 청구(B)의 소송물 = 원고의 반환(인도) 청구권

98다18155: 확정된 전소[A]의 **기판력 있는 법률관계**가 후소[B]의 소송물 자체가 되지 아니하여도[→ 소송물이 동일하지 않아도] 후소[B]의 **선결문제**가 되는 때에는 전소[A]의 확정판결의 판단은 후소의 **선결문제로서 기판력이 작용**하[다.]

[그러므로] 소유권확인청구[A]에 대한 판결이 확정된 후 다시 동일 피고를 상대로 소유권에 기[초]한 물권적 청구권을 청구원인으로 하는 소송[B]을 제기한 경우에는 [다음과 같다. 즉,] 전소[A]의 확정판결에서의 소유권의 존부에 관한 판단에 구속되어 [후소(B)에서] 당사자로서는 이와 다른 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라 법원으로서도 이와 다른 판단은 할 수 없다.

또 예를 들어,

1. 원고의 배당이의의 청구(A)의 소송물 = 원고의 배당수령권
2. 원고의 배당수령권 침해에 따른 부당이득 반환 청구(B)의 소송물 = 원고의 부당이득 반환 청구권

민사집행법 제145조(매각대금의 배당) ① 매각대금이 지급되면 법원은 배당절차를 밟아야 한다.

민사집행법 제151조(배당표에 대한 이의) ③ 기일[→ 배당기일]에 출석한 채권자는 자기의 이해에 관계되는 범위 안에서는 다른 채권자를 상대로 그의 채권 또는 그 채권의 순위에 대하여 이의할 수 있다.

민사집행법 제152조(이의의 완결) ② 관계인이 제151조의 이의를 정당하다고 인정하거나 다른 방법으로 합의한 때에는 이에 따라 배당표를 경정(更正)하여 배당을 실시하여야 한다.

③ 제151조의 이의가 완결되지 아니한 때에는 이의가 없는 부분에 한하여 배당을 실시하여야 한다.

민사집행법 제154조(배당이의의 소 등) ① ... 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다.

2011다48902: 배당이의의 소는 배당표에 배당을 받는 것으로 기재된 자의 배당액을 줄여 자신에게 배당이 되도록 하기 위하여 배당표의 변경 또는 새로운 배당표의 작성을 구하는 [소다.]

99다3501: 채권자가 제기한 **배당이의의 소[A]**의 본안판결이 확정된 때에는 이의가 있었던 배당액에 관한 실제적 **배당수령권의 존부[A]**의 판단에 기판력이 생긴다.

배당이의의 소[A]에서 패소의 본안판결을 받은 당사자가 그 판결이 확정된 후 상대방에 대하여 위 본안판결[로] 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소송[A]을 제기[했다. 이] 경우에는, **전소인 배당이의의 소[A]**의 본안판결에서 판단된 **배당수령권의 존부[A]**가 [후소(B)에서] **부당이득반환청구권[B]의 성립 여부를 판단하는 데[에]** 선결문제가 된다. 그러므로 당사자는 그 배당수령권의 존부[A]에 관하여 위 배당이의의 소[A]의 본안판결의 판단과 다른 주장을 할 수 없고, 법원도 이와 다른 판단을 할 수 없다.

모순 관계인 소송물

만약 전소(A) 소송물이 후소(B) 소송물과 모순 관계라면, 기판력이 작용한다. 예를 들어,

1. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(A)의 소송물 = 위 계약에 근거한 원고의 이전등기 청구권

2. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약 무효를 원인으로 하는 피고의 부동산 이전등기 말소등기 청구(B)의 소송물 = 위 계약 무효에 근거한 피고의 말소등기 청구권

2002다44014: 전[A], 후[B] 양소의 소송물이 **동일하지 않다**고 하[자. 그렇]더라도, 후소[B]의 소송물이 전소[A]에서 확정된 법률관계와 **모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼았다면**[?] 이러한 경우에는 전소[A] 판결의 기판력이 후소[B]에 미[친다.]

94다61649: 소유권이전등기 절차를 명하는 확정판결[A]에 [따라] 소유권이전등기가 마쳐[졌다. 이] 경우에, 다시 원인무효임을 내세워 그 말소등기 절차의 이행을 청구[B]함은 확정된 이전등기 청구권[A]을 부인하는 것이어서 **기판력에 저촉된다.**

비교: 역선결 관계인 소송물

전소 소송물 판단이 후소 소송물 판단의 선결 문제라면, 기판력이 작용한다고 했다. 그러나 만약 거꾸로 후소 소송물 판단이 전소 소송물 판단의 선결 문제라면, 기판력이 작용하지 않는다.

즉, “A판단 → B판단” 관계에서, “A가 전소, B가 후소”인 경우라면 기판력이 작용하고, 거꾸로 “B가 전소, A가 후소”인 경우라면 기판력이 작용하지 않는다.

예를 들어,

1. 원고의 소유권에 기초한 반환 청구(전소 B)의 소송물 = 원고의 반환 청구권
2. 원고의 소유권 확인 청구(후소 A)의 소송물 = 원고의 소유권

2008다36022: 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미[친다. 즉,] 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니[다. 그러므로] 전소에서 확정된 법률관계란 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계[→ 반환 청구권의 존부(B)]를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계[→ 소유권의 존부(A)]까지 의미하는 것은 아니[다.]

위 **전소** 판결들의 기판력이 미치는 법률관계 즉 소송물로 주장된 법률관계는 피고의 ... **반환청구권의 존부[B]**[다. 반면, **후소**에서 문제 되는] 이 사건 건물의 **소유권의 존부[A]**는 그[(B의)] 전제가 되는 법률관계에 불과하[다. 그래서 후소(A)에] 위 전소[B] 판결들의 기판력이 미치지 아니[한다.]

또 예를 들어,

1. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약 무효를 원인으로 하는 피고의 부동산 이전등기 말소등기 청구(전소 B)의 소송물 = 위 계약 무효에 근거한 피고의 말소등기 청구권
2. 원고의 소유권 확인 청구(후소 A)의 소송물 = 원고의 소유권

97다22904: 甲이 乙을 상대로 ... 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송[B]을 제기하여 이를 인용한 판결이 확정[되었다.] ... 丙이 위 판결의 변론 종결일 이후에 ... 乙 명의의 [부동산]에 관하여 丙 명의의 소유권이전등기를 마침으로써 그 ...소유권을 승계취득[했다.]

[이] 경우 그러한 丙의 ...소유권의 존부[A]에 관하여는 위 말소등기 청구[B]를 인용한 판결의 기판력이 미치지 [않는다.]

[그러한] 이상, 丙이 당연히 위 말소등기 청구[B]를 인용한 판결의 변론 종결 후의 승계인에 해당한다고 할 수는 없다.]

주의: 가등기에 기초한 이전등기와 말소등기 청구 소송물

소송물은 각각 다음과 같다.

- 1. 원고-피고 간 2024. 8. 20. 자 매매예약에 근거한 원고의 가등기에 기초한, 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(P)의 소송물 = 위 매매계약에 근거한 원고의 이전등기 청구권

93다52488: 가등기에 기[초]한 소유권이전등기 절차의 이행을 명한 전소[P] 판결의 기판력은 **소송물인 소유권이전등기 청구권[P]**의 존부에만 미[친다. 즉,] 그 등기청구권의 원인이 되는 채권계약의 존부나 판결이유 중에 실시되었을 뿐인 가등기의 효력 유무에 관한 판단에는 미치지 [않는다.]

- 2. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약 무효를 원인으로 하는 피고의 부동산 이전등기 말소등기 청구(Q)의 소송물 = 위 매매계약 무효에 근거한 피고의 본등기 말소등기 청구권

93다52488: 만일 후소[Q]로써 위 가등기에 기[초]한 **소유권이전등기의 말소[Q]**를 청구한다면[?] 이는 1물1권주의의 원칙에 비추어 볼 때 전소[P]에서 확정된 소유권이전등기 청구권[P]을 부인하고 그와 **모순**되는 정반대의 사항[Q]을 소송물로 삼은 경우에 해당하여 전소[P] 판결의 **기판력에 저촉**된다.]

P가 전소, Q가 후소면, 기판력 작용○ (∴ 모순 관계)

- 3. 원고-피고 간 2024. 8. 20. 자 매매예약 무효를 원인으로 하는 피고의 가등기 말소 청구(R)의 소송물 = 위 매매예약 무효에 근거한 피고의 가등기 말소등기 청구권

93다52488: [그러지만] 이와 달리 위 가등기만의 말소를 청구[R]하는 것[은 어떤가? **가등기의 효력 유무(R)는 전소[P]에서 판단의 전제가 되었을 뿐**이다. 가등기 말소 청구(R)는 아직 확정되지는 아니한 법률관계를 다투는 것에 불과하[다. 그래서] 전소[P] 판결의 기판력에 저촉된다고 볼 수 없다.

P가 전소, R이 후소면, 기판력 작용× (∴ 역선험 관계)

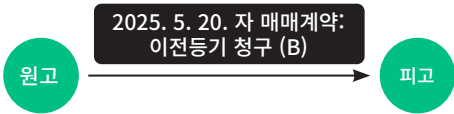
소송물이 다른 사례

다음은 전소(A) 소송물과 후소(B) 소송물이 달라, 기판력이 작용하지 않는다.

1. 원고 소유권에 근거한 원고의 부동산 말소등기 청구(A)의 소송물 = 소유권에 근거한 원고의 방해제거 청구권



2. 원고-피고 간 2025. 5. 20. 자 매매계약에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(B)의 소송물 = 위 계약에 근거한 원고의 이전등기 청구권



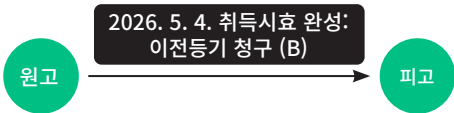
93다43491: 부동산에 관한 소유권이전등기가 원인무효라는 이유로 그 등기의 말소를 명하는 판결[A]이 확정되었다고 하[자. 그렇]더라도 그 확정판결의 기판력은 그 소송물 이었던 말소등기청구권[A]의 존부에만 미[친다. 그러므로] 그 소송에서 패소한 당사자 도 전소에서 문제 된 것과는 전혀 다른 청구원인[B]에 기[초]하여 상대방에 대하여 소 유권이전등기 청구를 할 수 있다.

다음도 전소(A) 소송물과 후소(B) 소송물이 달라, 기판력이 작용하지 않는다.

1. 원고 소유권에 근거한 원고의 부동산 말소등기 청구(A)의 소송물 = 소유권에 근거한 원고의 방해제거 청구권



2. 원고-피고 간 2026. 5. 4. 취득시효 완성에 근거한 원고의 부동산 이전등기 청구(B)의 소송물 = 위 취득시효 완성에 근거한 원고의 이전등기 청구권



94다35039: 甲이 이미 乙을 상대로 토지에 관한 乙 명의의 소유권보존등기의 말소등기 절차의 이행...을 구하는 소송[A]을 제기하여 승소의 확정판결을 받고 이에 기[초]하여 그 토지에 관한 乙 명의의 소유권보존등기를 말소한 다음 새로이 甲 앞으로 소유권 보존등기를 마쳤다. 그런데] 乙이 그 후 반소로써 그 확정판결 전에 그 토지의 일부에 대한 취득시효 기간이 완성되었음을 이유로 甲에게 그 토지 부분에 대한 소유권이전등기 절차의 이행[B]을 구하고 있다.]

전 소송[A]의 소송물은 ... 乙 명의로 잘못 [마친] 소유권보존등기의 말소등기 청구권의 존부였[다. 이]에 반하여, 후소인 반소청구[B]는 비록 동일 부동산에 관한 것이기는 하지만 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기 청구권의 존부[다. 그래서 그 전 후의 양 소[A, B]는 그 청구취지와 청구원인이 각기 상이하여 서로 모순, 저촉된다고 할 수 없[다. 그러므로] 전소판결의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없[다.]

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 41.] 기판력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲의 乙에 대한 배당이의의 소에서 청구기각판결을 받은 甲이 그 판결이 확정된 후 乙에 대하여 위 판결[로] 확정된 배당액이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구하는 소를 제기한 경우, 후소 법원은 전소 확정판결의 판단과 다른 판단을 할 수 없다.
- ② 甲의 乙에 대한 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구하는 소에서 청구인용판결이 확정된 후 乙이 甲을 상대로 위 가등기만의 말소를 청구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다.
- ③ X 토지의 매수인 甲이 매도인 A를 대위하여 乙을 상대로 X 토지에 관한 乙 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소(전소)를 제기하여 청구인용판결이 확정되었는데, 그 소송의 사실심 변론 종결 후 B로부터 X 토지를 매수하여 소유권이전등기를 마친 丙이 甲을 상대로 X 토지의 인도 및 차임 상당 부당이득반환청구의 소(후소)를 제기한 경우, 丙은 변론 종결 뒤의 승계인에 해당하여 전소 확정판결의 기판력이 후소에 미친다.
- ④ 甲이 부동산 소유자 乙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 받은 승소확정판결에 기하여 소유권이전등기를 마친 경우, 乙에 대한 다른 소유권이전등기청구권자 丙이 乙을 대위하여 甲 명의의 소유권이전등기가 원인무효임을 내세워 그 등기의 말소를 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다.
- ⑤ 甲이 乙을 상대로 제기한 소유권이전등기청구의 소에서 청구인용판결이 확정되어 그에 따른 甲 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 후 乙이 위 등기가 원인무효임을 주장하며 甲을 상대로 소유권 확인의 소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 45.] 기판력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고가 X 토지의 소유권에 기한 소유권이전등기말소청구소송에서 청구기각의 확정판결을 받은 후, X 토지를 위 소송의 사실심 변론 종결 전에 매수하였음을 원인으로 하여 원고가 같은 피고를 상대로 제기한 소유권이전등기청구의 소는 위 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다.

소송물과 병합 청구, 공동소송

여러 청구



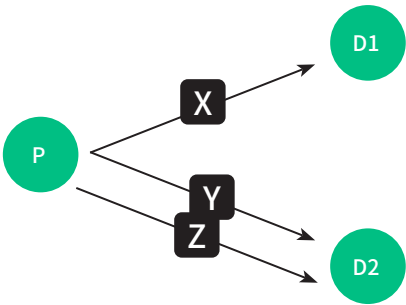
한 사람과 관계에서 청구권 X, Y, Z가 발생할 수 있다. 그러면 권리자는 X, Y, Z 모두 청구할 수 있을까? 예를 들어, A부동산을 1억 원에 매수했는데, 사기당한 것 아닌가 싶다. 그러면 다음을 생각해 볼 수 있다.

- 1. 계약의 유효를 전제로, 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구
- 2. 계약의 무효를 전제로, 매매계약 취소를 원인으로 하는 급여부당이득을 근거로 1억 원 매매대금 반환 청구
- 3. 사기의 불법행위를 근거로 1억 원 손해배상 청구

92다56087: 법률행위가 사기에 [따른] 것으로서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 [어떻게 될까?] 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위[에 따른] 손해배상청구권은 경합하여 병존[한다].

병합 청구(joinder of claims) 문제다. 당사자는 같고, 소송물(청구)이 변한다.

여러 당사자



여러 사람과 관계에서 각각 청구권이 발생할 수 있다. 그러면 권리자는 D1, D2, D3 모두를 상대로 청구할 수 있을까? 예를 들어, D1의 대리인을 자처하는 D2로부터 A부동산을 1억 원에 매수했는데, D2가 무권대리인 아닌가 싶다. 그러면 다음을 생각해 볼 수 있다.

- 1. 유권대리를 전제로, 본인 D1을 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구
- 2. 무권대리를 전제로, 대리인 D2를 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구

3. 대리인 D2를 상대로 사기의 불법행위를 근거로 1억 원 손해배상 청구

민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다.

공동소송(joinder of parties; co-litigation) 문제다. 당사자가 변해서, 소송물(청구)도 변한다.

소결

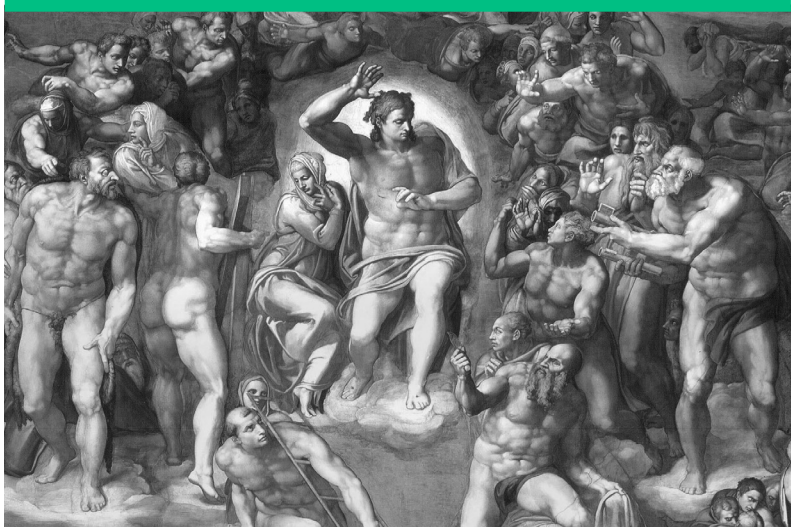
앞으로 다음을 본다.

1. 병합 청구(joinder of claims): 여러 소송물(청구)
2. 공동소송(joinder of parties; co-litigation): 여러 당사자의 소송물(청구)

제17강

복잡 소송

Complex Litigation



Michelangelo Buonarroti, *Il Giudizio Universale (The Last Judgment)* (detail)
1536–1541, fresco, 1370 × 1220 cm, Sistine Chapel, Vatican City

청구가 여러 개, 당사자가 여러 명인 소송에 관하여

- 지금까지는 원고 1명이 피고 1명을 상대로 1개의 청구를 하는 소송을 보았다. 그런데 실제로는 청구가 여러 개, 또는 당사자가 여러 명인 소송이 많다.
 1. **청구가 1개인지 여러 개인지**, 서로 같은 청구인지 다른 청구인지 따지는 방법을 살핀다. 이 과정에서 청구, 즉 **소송물**을 판단하는 기준을 공부한다.
 2. 청구가 여러 개, 즉 **청구 병합**을 살핀다. 청구 병합에는, 단순 병합, 선택적 병합, 예비적 병합이 있다.
 3. 당사자가 여러 명, 즉 **공동소송**을 살핀다. 공동소송은 통상 공동소송과 필수적 공동소송으로 나뉜다. 물론 여기에도 단순 공동소송, 선택적 공동소송, 예비적 공동소송이 있다.
 4. 중간에 청구나 당사자가 바뀌는 경우도 살핀다. **청구 변경**, **소송 승계**가 있다.
- 유형마다 저마다 특징적 심판 방법이 있는데, 복잡해서 실수하기 쉽다. 이를 정확히 이해하고 실제 사안에 적용할 수 있도록 하는 것이 이번 강의의 목표다.

병합 청구

Joinder of Claims

어떤 것이 서로 동일한지 그 성질로는 알 수 없다.
동일한지 따지는 기준을 세우고 나서야 알 수 있다.
- 中田淳一

병합 청구

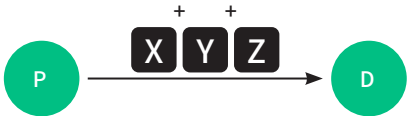
개념

병합 청구(joinder of claims)란, 원고 1명이 피고 1명을 상대로 청구 n개를 하는 경우다.

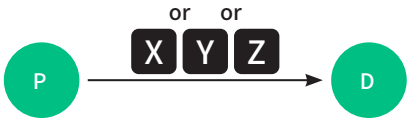
객관적 병합(objective joinder)이라고도 한다.

종류

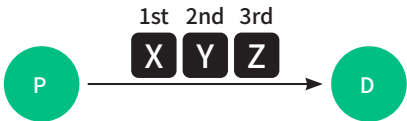
1. 단순 병합(ordinary joinder): X, Y, Z청구 모두 인용을 구한다($X + Y + Z$).



2. 선택적 병합(selective joinder): X, Y, Z청구 중 하나만 인용을 구한다(X or Y or Z).



3. 예비적 병합(preliminary joinder): X, Y, Z청구 순서로 인용을 구한다($X > Y > Z$).



주의

소송물이 여러 개가 아니면,

- 1. 병합 청구가 아니다.
- 2. 공격방법이 여러 개일 뿐이다.

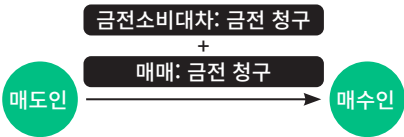
단순 병합

개념

여러 청구 모두 인용되기를 바라는 경우다.

사례

1억 원을 대여하고, 같은 사람에게 A부동산도 매도했다. 그런데 돈을 전혀 주지 않는다. 그러면 다음과 같이 병합 청구를 할 수 있다.



1. 금전소비대차 계약에 근거한 금전청구

민법 제603조(반환시기) ① 차주는 약정시기에 차용물과 같은 종류, 품질 및 수량의 물건을 반환하여야 한다.

2. 매매계약에 근거한 금전청구

민법 제568조(매매의 효력) ① 매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 하며 매수인은 매도인에게 그 대금을 지급하여야 한다.

요건

1. 청구의 기초 사실 사이에 관련성이 있을 필요는 없다. 청구들이 민사소송 사안이기만 하면, 청구들 사이에 아무 관련이 없어도 상관없다. 예를 들어, (i) 종로에서 뺨을 맞았다는 이유로 불법행위에 근거한 손해배상 청구와 (ii) 한강 아파트 매매계약에 근거한 이전등기 청구도 단순 병합 청구할 수 있다.

다만, 민사(civil) 사건을 가사(family) 사건 등과 병합할 수는 없다.

민사소송법 제253조(소의 객관적 병합) 여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다.

2018다243089: 가사사건은 민사사건과 다른 종류의 소송절차에 따른 것이[다.] 원칙적으로 가사사건에 관한 소송에서 통상의 민사사건에 속하는 청구를 병합할 수 없[다.]

2. 청구가 양립할 수 있어야(compatible) 한다.

97누6889: 서로 양립할 수 없는 청구[의] ... 단순병합은 허용되지 아니한[다.]

선택적 병합

개념

어느 한 청구만이라도 인용되면 목적을 달성해서, 나머지 다른 청구의 심판을 바라지 않는 경우다.

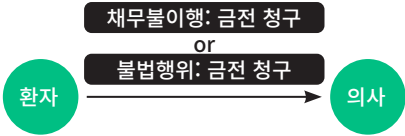
어렵게 말하면 다음과 같다: 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 청구의 심판을 구하는 것.

민법 제147조(조건성취의 효과) ② 해제조건있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다.

96다99: 청구의 선택적 병합이란[?] ... 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태[다.]

사례

의사 과실로 상해를 입은 환자는 다음 중 어느 것으로든 손해배상만 받으면 된 다면서 선택적 병합 청구를 할 수 있다.



1. 진료계약(위임계약)상 채무불이행에 근거한 손해배상 청구

민법 제681조(수임인의 선관의무) 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의 로써 위임사무를 처리하여야 한다.

민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니 한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. ...

85다카1491: 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 받드 시 달성해야 할 결과채무가 아니[다.] 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무 를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 책무 이른 바 수단채무라고 보아야 [한다.]

2. 불법행위에 근거한 손해배상 청구

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

2000다39674: 의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어 불법행위가 된다고 하여 손해배상을 청구하는 경우[가 있다. 이때]도 일반의 불법행위와 마찬가지로 의료 행위상의 과실과 손해의 발생 및 그 과실과 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 [한다.]

요건

- 1. 청구의 기초 사실 사이에 관련성이 있어야(mutually related) 한다.
- 2. 청구가 양립할 수 있어야(compatible) 한다.

81다카1120: 청구의 선택적 병합이란 [i] 양립할 수 있는 수개의 경합적 청구권에 기 [초]하여 동일 취지의 급[여]를 구하거나 [ii] 양립할 수 있는 수개의 형성권에 기[초]하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우... [가능하다. 그러]므로 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구는 성질상 선택적 병합으로 동일소송절차내에서 동시에 심판될 수 없다.

예비적 병합

개념

우선적으로 구하는 한 청구(주위적 청구)가 인용되지 않을 경우에 한해, 나머지 다른 청구(예비적 청구)의 심판을 바라는 경우다.

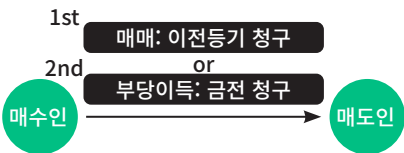
어렵게 말하면 다음과 같다: 주위적 청구가 인용될 것을 해제조건으로 예비적 청구의 심판을 구하는 것.

민법 제147조(조건성취의 효과) ② 해제조건있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다.

2020다292411: 청구의 예비적 병합은[?] ... 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다.

사례

A부동산 자체를 원하되 안 되면 매매대금이라도 돌려받고자 하는 매수인은 다음과 같이 예비적 병합 청구를 할 수 있다.



- 1. 주위적 청구: 매매계약에 근거한 이전등기 청구
- 2. 예비적 청구: 급여부당이득에 근거한 금전청구

요건

- 1. 청구의 기초 사실 사이에 관련성이 있어야(mutually related) 한다.

2005다51495: 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하[다. 따라서 그러한 청구는] 허용되지 않는다.

- 2. 청구가 양립할 수 없어야(incompatible) 한다.

97누6889: [X, Y]청구는 서로 양립할 수 없는 청구로서 주위적, 예비적 청구로서만 병합이 가능하[다. 즉,] 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 아니한[다.]

병합 청구(객관적 병합) 중 예비적 병합에 특유한 요건이다.

어떤 종류의 병합인지 판단하는 방법

복습

	단순 병합	선택적 병합	예비적 병합
개념	+	or	1st / 2nd
청구 기초 관련성	필요×	필요○	필요○
청구 양립	양립○	양립○	양립×

판단 기준

청구의 성질(nature)에 따라 결정한다.

1단계: 청구의 기초 사이에 관련성이 있는가?

전혀 관련성 없다면(mutually unrelated), 단순 병합 사안이다. 즉,

- 1. 원고가 단순 병합으로 청구 → 당연히 단순 병합이다.
- 2. 원고가 선택적 병합으로 청구 → 선택적 병합이 될 수 없다. 단순 병합으로 봐야 한다.
- 3. 원고가 예비적 병합으로 청구 → 예비적 병합이 될 수 없다. 단순 병합으로 봐야 한다.

2007다354: 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다. 따라서 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 ... 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 [한다.] 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 ... 판결을 하였다 하더라도 그 [때문에] 청구의 병합 형태가 선택적 또는 예비적 병합 관계로 **바뀔 수는 없다.**

관련성이 있다면(mutually related), 2단계로 넘어가자.

2단계: 양립 가능한가?

양립 가능하다면(compatible), 단순 병합 또는 선택적 병합 사안이다. 즉,

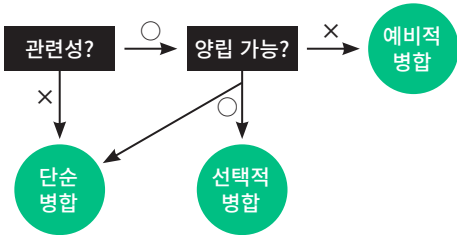
- 1. 원고가 단순 병합으로 청구 → 당연히 단순 병합이다.
- 2. 원고가 선택적 병합으로 청구 → 당연히 선택적 병합이다.
- 3. 원고가 예비적 병합으로 청구 → 예비적 병합이 될 수 없다. 선택적 병합으로 봐야 한다. 성질은 선택적 병합이지만, 원고가 구하는 순서대로 판단한다.

순위를 붙인 선택적 병합(selective joinder with the desired order)이라 한다. 예비적 병합은 아니지만 예비적 병합 비슷해서 “부진정 예비적 병합(quasi-preliminary joinder)”이라고도 부른다. 그렇다고 예비적 병합은 아니다.

2020다292411: 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하[자. 그렇]더라도, [i] 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 [ii] 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 [경우가 있다.]

[이처럼] 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 [어떻게 처리하나?] 당사자가 **불인 순위에 따라서** 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리[한다. 이것이 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소[이고,] 허용된다.]

소결



연습문제

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 58.] 청구의 병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 금액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 불가분적으로 결합하여 제소할 수 있다.

대상 청구 병합

대상 청구 개념

어떤 물건을 인도 받을 권리가 있다고 하자.

- 1. 인도 청구를 할 수도 있다.
- 2. 인도 불능을 대비해, 금전 청구를 할 수도 있다. 이런 금전 청구를 대상 청구 (vicarious compensation)라 한다. 쉽게 말해, 물건이 안 되면, 돈으로 받겠다는 청구다.

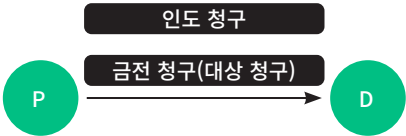
민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 **손해배상을 청구**할 수 있다. ...

복습: 대상(代償; vicarious compensation; substitute commodum)에는 “인도 불능에 대비한 손해배상(금전)” 뜻도 있고, “대신 얻은 이익” 뜻도 있다. 인도 청구에 병합한 대상 청구 할 때는 앞의 뜻(vicarious compensation; 손해배상)이고, 대상청구권 할 때는 뒤의 뜻(substitute commodum; 대체물)이다. 제7강 강제이행 중 “대상청구 제도”에서는 뒤의 뜻인 대상을 봤다. 지금은 앞의 뜻인 대상을 보자.

문제점

인도 청구와 대상 청구를 병합해 청구하면,

- 1. 어떤 병합인가?
- 2. 법원은 어떻게 처리해야 하는가?



편의상, 물건이 특정물(specified property)인 경우로 설명하겠다.

복습

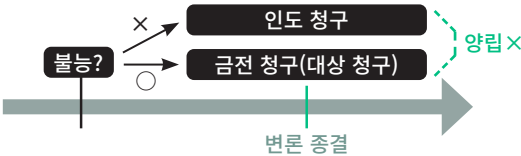
요건사실 갖추었는지 판단 기준시 = 변론 종결 시 = 기판력 표준시

변론 종결 전 이행불능을 대비한 대상 청구 경우

쉽게 말해, “지금(변론 종결 시)” 불능이면, 돈이라도 달라는 경우다.

- 1. 인도 청구를 인용하려면, 인도 이행을 할 수 있어야 한다. 불가능한 이행을 명할 수 없기 때문이다. 정확히는, 변론 종결 시 이행이 가능해야 한다.
- 2. 대상 청구를 인용하려면, 인도 이행을 할 수 없어야 한다. 불능이면 돈이라도 받겠다는 취지기 때문이다. 정확히는, 변론 종결 시 이행불능이어야 한다.

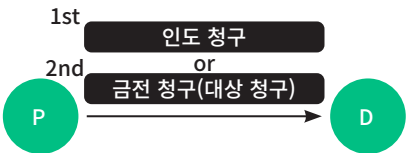
그런데 인도 이행이 같은 변론 종결 시에 가능한 것과 불가능한 것은 양립할 수 없다. 즉, 예비적 병합이다.



내가 같은 시간 동시에 슈퍼맨과 클라크로 활동할 수는 없다.

따라서 법원은,

- 1. 먼저 인도 청구를 심리한다.
- 2. 변론 종결 시 이행할 수 있다고 보아 인도 청구를 인용할 경우, 대상 청구에 관해 판결하지 않는다.
- 3. 인도 청구를 배척할 경우, 대상 청구 판결을 해야 한다.



인도 청구가 타당하지 않더라도, 대상 청구는 타당할 수 있다. 변론 종결 시 인도할 수 없더라도, 변론 종결 시 손해배상 의무는 있을 수 있기 때문이다. 그래서 손해배상 의무가 있는지, 또 얼마큼 있는지 심리를 해서 판결한다.

62다172: 청구자[P]가 소송상 특정물의 인도와 그 인도할 수 없는 때는 그 가격에 상당하는 금액의 지급을 청구한 경우[다.] 제2위의 청구는 제1위의 청구[를] 갈음할 손해배상의 청구라고 해석함이 타당하[다.] 이 경우 ... 이행이 불가능한 경우에는 ... 제1위의 청구가 이유 없다고 하여 그것을 이유로 제2위의 청구를 배척할 수 없[다. 즉, 따로] ... **금전청구 부분에 대하여 손해액에 관한 심판을 하여야** [한다.]

변론 종결 후 이행불능을 대비한 대상 청구 경우

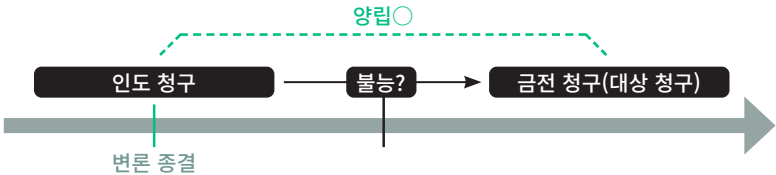
쉽게 말해, “나중에(변론 종결 후)” 불능으로 바뀌면, 돈이라도 달라는 경우다.

- 1. 인도 청구를 인용하려면, 인도 이행을 할 수 있어야 한다. 불가능한 이행을 명할 수 없기 때문이다. 정확히는, 변론 종결 시 이행이 가능해야 한다.
- 2. 대상 청구를 인용하려면, 인도 이행을 할 수 있어야 한다. 지금은 인도 청구권이 있지만, 그것이 나중에 불능으로 변하면 돈이라도 받겠다는 취지기 때문이다. 즉, 변론 종결 시 이행이 가능해야 한다.

물론, 일단 지금은 인도 청구만 하고, 나중에 불능으로 변하면 그때 금전 청구를 해도 된다. 즉, 금전 청구는 나중에 해도 된다. 그러나 미리 청구할 필요가 있는 이상, 한꺼번에 청구하면 편리하다.

민사소송법 제251조(장래의 이행을 청구하는 소) 장래에 이행할 것을 청구하는 소는 **미리 청구할 필요**가 있어야 제기할 수 있다.

그런데 인도 이행이 변론 종결 시에 가능한 것과 변론 종결 후에 불가능한 것은 양립할 수 있다. 즉, 단순 병합이다.



내가 1시에 슈퍼맨으로, 2시에 클라크로 활동할 수는 있다.

2021다239905: 채권적 청구권에 기[초]하여 물건의 인도를 구함과 동시에 그 집행불능에 대비하여 손해배상을 구하는 경우[를 보자.] 그중 대상적 급[여]인 손해배상청구는 민법 제390조의 이행불능[에 따른] 전보배상 또는 민법 제395조의 이행지체[에 따른] 전보배상을 구하는 것[이다.] 이러한 청구의 병합은 **현재의 급[여]청구인 본래적 급[여]청구**와 사실상 **변론 종결 후에 발생하는 장래의 급[여]청구인 대상적 급[여]청구**의 **단순 병합**에 해당한다[다.]

따라서 법원은,

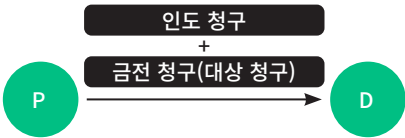
- 1. 인도 청구를 심리한다.
- 2. 변론 종결 시 이행할 수 있다고 보아 인도 청구를 인용할 경우에도, 대상 청구에 관해 판결한다.

2011다30666: 이러한 대상 청구를 본래의 급[여]청구에 ... 병합한 경우에도 본래의 급[여]청구가 인용된다는 이유만으로 [대상] 청구에 대한 **판단을 생략할 수는 없다.**

인도, 대상 청구 모두 인용 판결을 받았다 하자. 그 후 이행불능(집행불능)이 되었는지 어떻게 판단하나? 집행 절차에서 목적을 달성할 수 없는지로 판단한다.

2021다201061: 채권적 청구권에 기[초]하여 물건의 인도를 구함과 동시에 그 집행불능에 대비한 전보배상을 구하여 이를 인용하는 판결이 확정[되었다고 하자.] 물건 인도에 관한 강제집행이 불능인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 집행법상 요건에 따라 적법하게 개시된 강제집행절차에서 그 목적이 달성되지 못하였는지 여부로 판단하면 충분하다.

- 3. 인도 청구를 배척할 경우에도, 대상 청구 판결을 해야 한다.



인도 청구가 타당하지 않다면, 대상 청구는 타당할 여지가 없다. 애당초 변론 종결 시 인도 의무가 없었다면, 그 후 인도할 수 없게 되었다는 이유로 돈을 줄 이유가 없기 때문이다. 그래서 추가 심리 없이 모두 기각 판결하면 된다.

68다158: 단순병합[은] 주된 청구인 물건의 인도청구가 이유 없는 때에는 ... 그 대가에 해당하는 [돈]의 지급청구에 관하여는 **심리할 필요없이 이를 배척하여야** [한다.]

소결

변론 종결 전 이행불능을 대비해 대상 청구도 함께 하면,

- 1. 예비적 병합.
- 2. 대상 청구 부분은 현재 이행의 소.
- 3. 인도 청구 인용시, 대상 청구 판단 ×.

변론 종결 후 이행불능을 대비해 대상 청구도 함께 하면,

- 1. 단순 병합.
- 2. 대상 청구 부분은 장래 이행의 소.
- 3. 인도 청구 인용 상관없이, 대상 청구 판단 ○. 단, 인도 청구 기각하면, 대상 청구도 당연히 기각.

연습문제

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 58.] 청구의 병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

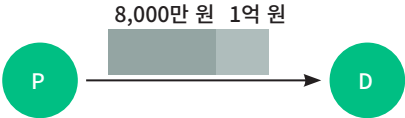
④ 채권자가 본래적 [급여]청구에 이를 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우, 이는 본래적 [급여]청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결 확정 전에 이행불능되거[나] 판결 확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 것이므로 양자의 병합은 현재의 [급여]청구와 장래의 [급여]청구의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다.

청구의 흡수

주의

소송물이 여러 개가 아니라면, 병합 청구가 아니다. 사례를 들어 보자.

양적 감축 청구 사례



- 1. P방법으로 손해액을 계산해 1억 원 손해배상 청구를 하면서,
- 2. 안 되면 Q방법으로 손해액을 계산해 8,000만 원 손해배상을 인정해 달라는 경우.

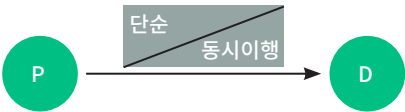
2016다225353: 주위적 청구와 동일한 목적물에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하면서 주위적 청구를 양적이나 질적으로 일부 감축하여 하는 청구는 주위적 청구에 흡수되는 것일 뿐 소송상의 예비적 청구라고 할 수 없다.

1억 원을 청구하다가 8,000만 원 청구로 감축할 경우, 청구 일부 포기가 아니라 소 일부 취하로 추정한다. 즉, 원칙적으로, 청구 중 2,000만 원 부분 포기(waiver)가 아니라, 소 중 2,000만 원 부분 취하(withdrawal)다.

민사소송법 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취하할 수 있다.

2003다46758: 수량적으로 가분인 동일 청구권에 기[초]한 청구금액의 감축은 소의 일부 취하로 해석[된다].

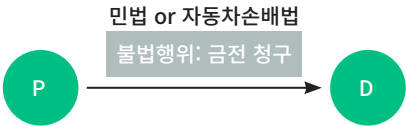
질적 감축 청구 사례



- 1. A부동산 이전등기 청구를 하면서,
- 2. 그냥은 안 되면 매매대금 1억 원 지급과 동시에라도 이전등기 절차 이행을 명해 달라는 경우.

98다61463: 주위적으로 무조건적인 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 금전 지급과 상환으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 경우[를 보자.] 위 예비적 청구는 주위적 청구를 **질적으로 일부 감축하여 하는 청구[일] 뿐**, 그 목적물과 청구원인은 주위적 청구와 완전히 동일하므로 소송상의 예비적 청구라고는 볼 수 없다.

법조 적용만 다르게 하고 같은 소송물인 사례



- 1. 자동차손배법에 근거한 손해배상 청구를 하면서,
- 2. 안 되면 민법에 근거한 손해배상을 인정해 달라는 경우.

자동차손배법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ...

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실[에 따른] 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

70다1501: [자동차손배법]의 규정은 민법 제750조의 특별규정이[다. 그러]므로 당사자가 주장을 하지 않더라도 민법상의 손해배상의 규정에 우선하여 적용하여야 한다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 42.] 소의 취하에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 원고가 소송계속 중 청구금액을 감축한 경우 이는 소의 일부 취하에 해당한다.

병합 청구 판결

Judgment on Joinder Claims

우선 순위를 잘못 선택하면, 삶의 목표에서 멀어진다.
- John Naisbitt

단순 병합 청구 판결

머리에

단순 병합 청구에 관해, 법원은 어떻게 판결해야 하나?



전부판결

X, Y청구 모두에 대해 한꺼번에 1개의 판결을 선고해야 한다. 예를 들어, 다음은 제대로 된 판결이다.

- 1. X, Y청구 인용.
- 2. X청구 인용, Y청구 기각.
- 3. X, Y청구 기각.

빠짐없이 재판을 했다는 뜻에서 전부판결이라 부른다.

일부판결

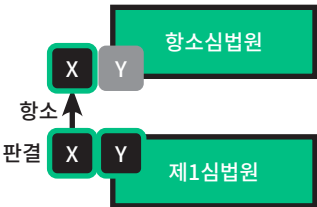
- 1. X청구 인용: Y청구에 관한 판단이 빠졌다.
- 2. X청구 기각: Y청구에 관한 판단이 빠졌다.

빠뜨리고 재판을 했다는 뜻에서 일부판결이라 부른다. 단순 병합은 일부판결이 허용되지만, 일부러 같은 당사자 사이에 일부판결을 하는 경우는 드물다.

민사소송법 제200조(일부판결) ① 법원은 소[송] 일부에 대한 심리를 마친 경우 그 일
부에 대한 종국판결을 할 수 있다.

전부판결에 대한 상소

법원은 전부판결을 했는데, X에 대해서만 상소하면?



1. 이심(= 확정 차단) 범위는 X, Y 전부다. 즉, Y도 이심(= 확정 차단)된다.

2020다297843: 청구 중 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 피고만 항소를 하였다. 그렇더라도 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부[X, Y]가 불가분적으로 항소심에 이심[된다.]

2. 상소심 심판 범위는 상소한 X뿐이다. 즉, Y는 상소심 판단 대상이 아니다.

민사소송법 제415조(항소를 받아들이는 범위) 제1심판결은 그 불복의 한도안에서 바꿀 수 있다. ...

민사소송법 제431조(심리의 범위) 상고법원은 상고이유에 따라 불복신청의 한도 안에서 심리한다.

2020다297843: 항소심의 심판범위는 이심된 부분[X, Y] 가운데 피고가 불복 신청한 한도[X]로 제한[된다. 그리고] 나머지 부분[Y]은 원고가 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 아니[한다.]

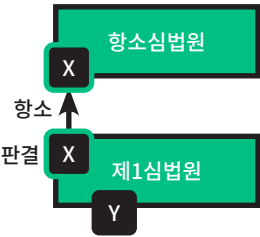
X, Y 모두에 대해 상소했다가 Y 불복만을 철회해도 마찬가지로. 즉, Y까지 이심(= 확정 차단)되고 다만 Y는 상소심 판단 대상은 아니다.

2016다241249: 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없[다. 그러]므로 병합된 수개의 청구 전부[X, Y]에 대하여 불복한 항소에서 그 중 일부 청구[Y]에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 [않는다.] 항소인이 항소심의 변론 종결 시까지 언제든지 ... 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다.

판결이 두 부분으로 이루어진 경우에는 항소도 두 부분 각각에 필요하다(*Ut duplex fertur sententia, ibi duplex appellatio est necessaria*; Where a judgment consists of two parts, a separate appeal is required for each part).

일부판결에 대한 상소

법원이 일부판결을 하면? 즉, Y를 간과하고 X에 대해서만 판결하면?



- 1. Y에 대한 판결 누락(omission of judgment)이다.
- 2. 따라서 X만 상소 대상이고, Y는 상소 대상이 아니다. Y에 대해 추가 판결을 해야 한다.

민사소송법 제212조(재판의 누락) ① 법원이 청구[X, Y] [일]부[Y]에 대하여 재판을 누락한 경우에 그 청구부분에 대하여는 그 법원이 계속하여 재판한다.

연습문제1

2022년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 55.] 재판의 누락 및 판단 누락에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲이 乙을 상대로 제기한 1억 원의 부당이득반환청구 소송에서 甲이 청구취지를 7,000만 원으로 감축한다고 진술하였는데 제1심법원이 이 청구취지를 5,000만 원으로 감축한 것으로 보아 판결한 경우, 甲이 그가 감축한 금액을 제외한 나머지 2,000만 원의 청구 부분에 대하여 한 항소는 부적법하다.

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 43.] 상소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ 병합된 수 개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소심에서 그중 일부 청구에 대한 불복 신청을 철회하였더라도, 항소 그 자체의 효력에는 아무런 영향이 없다.

연습문제3

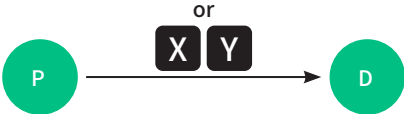
2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 46.] 청구병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 수 개의 청구를 단순병합한 소가 제기되었는데, 제1심법원이 그중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구는 기각하는 판결을 선고하였고, 이에 대하여 피고만이 위 인용된 청구에 대하여 항소한 경우, 위 수 개의 청구 모두가 항소심으로 이심되지만 피고가 불복한 청구만이 항소심의 심판 대상이 된다.

선택적 병합 청구 판결

머리에

선택적 병합 청구에 관해, 법원은 어떻게 판결해야 하나?



전부판결

X, Y청구 모두에 대해 한꺼번에 1개의 판결을 선고하되, 어느 하나가 인용되면 다른 청구를 판단할 필요가 없다. 예를 들어, 다음은 제대로 된 판결이다.

- 1. X청구 인용.
- 2. Y청구 인용.
- 3. X, Y청구 기각.

X청구만 인용했어도, 또는 Y청구만 인용했어도, 빠짐없이 재판을 한 셈이다. 그래서 모두 전부판결이라 부른다.

일부판결

예를 들어, 다음은 잘못된 판결이다.

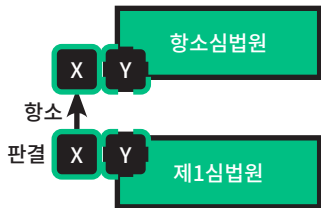
- 1. X청구 기각: Y청구에 관한 판단이 빠졌다.
- 2. Y청구 기각: X청구에 관한 판단이 빠졌다.

빠뜨리고 재판을 했다는 뜻에서 일부판결이라 부른다.

96다99: 선택적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합[해] 있다. 그렇기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다.

전부판결에 대한 상소

법원은 X청구를 인용했는데, 피고가 X에 대해서 상소하면?

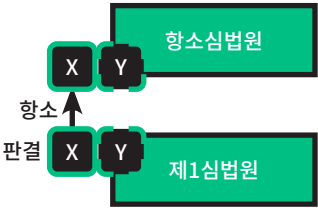


- 1. 이심(= 확정 차단) 범위는 X, Y 전부다. 즉, Y도 이심(= 확정 차단)된다.
- 2. 상소심 심판 범위도 X, Y 전부다. 즉, Y도 상소심 판단 대상이 될 수 있다.

2009다12580: 수개의 청구[X, Y]가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그중 어느 하나의 청구[X]에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 [사건이다. 이] 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구[Y]까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 [된다. 그러므로] 항소심이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구[X, Y] 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있[다. 그러나] 원고의 청구를 모두 기각할 경우에는 원고의 선택적 청구[X, Y] 전부에 대하여 판단하여야 한다.

일부판결에 대한 상소

법원이 일부판결을 하면? 즉, Y를 간과하고 X에 대해서만 청구 기각 판결하면?



- 1. 판결 누락이 아니다. Y에 대한 판단 누락(omission of an important matter)이다.
- 2. 따라서 X, Y는 하나의 상소 대상이다. 추가 판결을 할 일이 아니다.

96다99: 제1심법원이 원고의 선택적 청구[X, Y] 중 하나[X]만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법[하다.] 원고가 [이처럼] 위법한 제1심판결에 대하여 항소한 이상 원고의 선택적 청구[X, Y] 전부가 항소심으로 이심되었다.]

소송물(청구) 판단을 누락했지만, 선택적 병합의 특수성을 고려한 해석이다.

연습문제

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

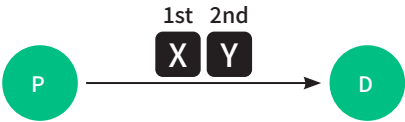
[문 39.] 항소 절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 선택적 병합 청구 소송에서 제1심법원이 그중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 않은 경우, 원고가 항소하면 병합된 청구 전부가 항소심으로 이심된다.

예비적 병합 청구 판결

머리에

예비적 병합 청구에 관해, 법원은 어떻게 판결해야 하나?



전부판결

주위적 X, 예비적 Y청구 모두에 대해 한꺼번에 1개의 판결을 선고하되, 주위적 청구 X가 인용되면 다른 청구 Y를 판단할 필요가 없다. 예를 들어, 다음은 제대로 된 판결이다.

- 1. X청구 인용.
- 2. X, Y청구 기각.

X청구만 인용했어도, 또는 Y청구만 인용했어도, 빠짐없이 재판을 한 셈이다. 그래서 모두 전부판결이라 부른다.

일부판결

예를 들어, 다음은 잘못된 판결이다.

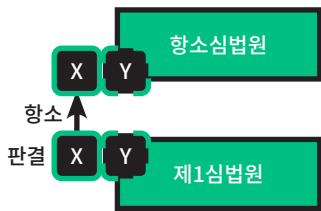
- 1. X청구 기각: Y청구에 관한 판단이 빠졌다.
- 2. Y청구 인용: X청구에 관한 판단이 빠졌다.

빠뜨리고 재판을 했다는 뜻에서 일부판결이라 부른다.

98다22253전합: 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구[X, Y]가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합[해] 있다. 그렇기 때문에 [i] 주위적 청구[X]를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구[Y]만을 인용하거나 [ii] 주위적 청구[X]만을 배척하고 예비적 청구[Y]에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다.

전부판결(주위적 청구 인용)에 대한 상소

법원은 주위적 청구 X를 인용했는데, 피고가 X에 대해서 상소하면?

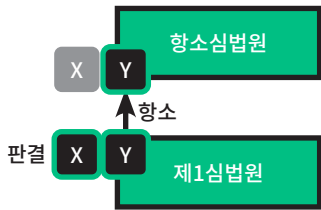


- 1. 이심(= 확정 차단) 범위는 X, Y 전부다. 즉, Y도 이심(= 확정 차단)된다.
- 2. 상소심 심판 범위도 X, Y 전부다. 즉, Y도 상소심 판단 대상이 될 수 있다.

상소심이 주위적 청구 X를 배척하면 예비적 청구 Y 심판을 해야 한다.

전부판결(주위적 청구 기각, 예비적 청구 인용)에 대한 상소

법원은 주위적 청구 X를 기각하고 예비적 청구 Y를 인용했는데, 피고가 Y에 대해서 상소하면?



1. 이심(= 확정 차단) 범위는 X, Y 전부다. 즉, X도 이심(= 확정 차단)된다.

94다31624: 제1심법원이 원고들의 주위적 청구[X]와 예비적 청구[Y]를 병합 심리한 끝에 주위적 청구[X]는 기각하고 예비적 청구[Y]만을 인용하는 판결을 선고[했다. 이에] 대하여 피고만이 항소한 경우[다. Y에 대한] 항소제기에 [따른] 이심의 효력은 당연히 사건 전체에 미쳐 주위적 청구[X]에 관한 부분도 항소심에 이심[된다.]

2. 그러나 상소심 심판 범위는 Y에 한정한다. 즉, X는 상소심 판단 대상이 될 수 없다.

민사소송법 제415조(항소를 받아들이는 범위) 제1심판결은 그 불복의 한도 안에서 바꿀 수 있다. ...

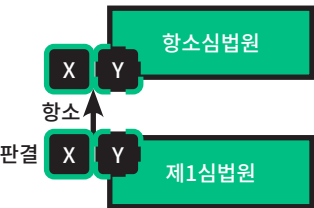
민사소송법 제431조(심리의 범위) 상고법원은 상고이유에 따라 불복신청의 한도 안에서 심리한다.

94다31624: 항소심의 심판범위는 [이심(= 확정 차단) 범위]에 관계없이 피고의 불복신청의 범위에 한[한다. 즉,] 예비적 청구[Y]를 인용한 제1심판결의 당부에 그치고 ... 주위적 청구[X]는 심판대상이 될 수 없다.

피고 입장에서 생각해 보라. Y가 싫어서 상소했는데, 더 싫은 X로 판결이 나면 억울하다.

일부판결에 대한 상소

법원이 일부판결을 하면? 즉, Y를 간과하고 X에 대해서만 청구 기각 판결하면?



- 1. 판결 누락이 아니다. Y에 대한 판단 누락(omission of an important matter)이다.
- 2. 따라서 X, Y는 하나의 상소 대상이다. 추가 판결을 할 일이 아니다.

98다17145: 위법한 판결로 인하여 불이익을 받게 된 당사자는 ... 그 소송절차 내에서 상소를 통하여 그 분쟁해결을 위한 적절한 판단을 구할 길이 열려져 있[다.] ... 주위적 청구[X]를 배척하면서 예비적 청구[Y]에 대하여 판단하지 아니한 판결은 ... 위법[다.] 상고[에 따라] 주위적 청구[X]와 예비적 청구[Y]가 함께 상고심에 이심[된다.]

소송물(청구) 판단을 누락했지만, 예비적 병합의 특수성을 고려한 해석이다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 46.] 청구병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ③ 서로 양립할 수 없는 수 개의 청구가 주위적, 예비적으로 병합된 경우, 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나, 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 것은 법률상 허용되지 아니한다.

부진정 예비적 병합 청구 판결

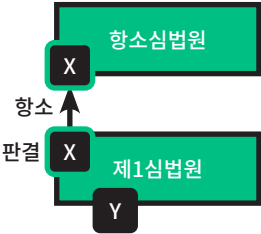
머리에

다음과 같이 부진정 예비적 병합 청구를 했다.

- 1. 주위적으로는 X 청구(불법행위 손해배상 청구 1억 원)
- 2. 예비적으로는 Y 청구(부당이득 반환 청구 8,000만 원)

2020다292411: 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구[X, Y]라고 하자. 그렇더라도, ... 수개의 청구[X, Y] 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는 [어떻게 처리하나?] ... 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소[이고,] 허용된다.]

주위적 청구(X)만 판단한 경우, 상소 시 → 단순 병합처럼 만약 법원이 Y를 간과하고 X에 대해서만 판결(= 일부판결)했다면?



2005다51495: 법원이 ... 본안판결을 하면서 그중 하나의 청구[X]에 대하여만 심리, 판단하여 이를 인용하고 나머지 청구[Y]에 대한 심리, 판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였[다고 하자.]

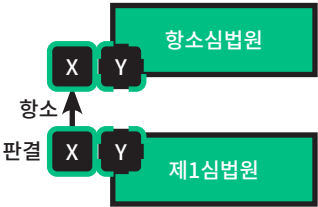
[그렇]더라도 그[에 따라] 청구의 병합 형태가 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없[다(→ 즉, 단순 병합이다).]

- 1. Y에 대한 판결 누락(omission of judgment)이다.
- 2. 따라서 X만 상소 대상이고, Y는 상소 대상이 아니다. Y에 대해 추가 판결을 해야 한다.

민사소송법 제212조(재판의 누락) ① 법원이 청구[X, Y] [일]부[Y]에 대하여 재판을 누락한 경우에 그 청구부분에 대하여는 그 법원이 계속하여 재판한다.

2005다51495: 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리, 판단하여 인용한 청구[X]만이 항소심으로 이심될 뿐[이다. 즉,] 나머지 심리, 판단하지 않은 청구[Y]는 여전히 제1심에 남아 있게 된다.

주위적 청구(X) 기각, 예비적 청구(Y) 인용 경우, 상소 시 → 선택적 병합처럼
만약 법원은 주위적 청구 X를 기각하고 예비적 청구 Y를 인용(= 전부판결)했는데, 피고가 Y에 대해서 상소하면?



2013다96868: 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구[X, Y]에 관하여 당사자가 주위적[X], 예비적[Y]으로 순위를 붙여 청구하였[다.] 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구[X]를 기각하고 예비적 청구[Y]만을 인용하는 판결을 선고[했다. 그래서] 피고만이 항소를 제기[했다].

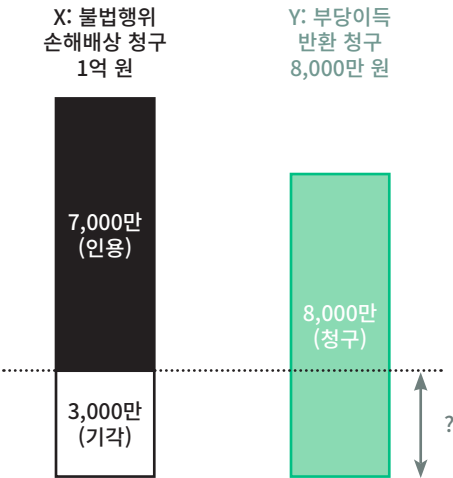
병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 **병합청구의 성질**을 기준으로 판단하여야 [한다.]

- 1. 이심(= 확정 차단) 범위는 X, Y 전부다. 즉, Y도 이심(= 확정 차단)된다.
- 2. 상소심 심판 범위도 X, Y 전부다. 즉, Y도 상소심 판단 대상이 될 수 있다.

2013다96868: 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질[→ 실질적으로 선택적 병합]을 기준으로 결정하여야 한다.

[이] 경우에도, 항소심으로서는 두 청구[X, Y] 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.

주위적 청구(X) 일부 기각 경우, 예비적 청구(Y) 판단 필요?



1. 법원이 주위적 청구(X)인 불법행위 손해배상 청구(1억 원) 중 7,000만 원만 인용하고 3,000만 원은 기각하려 한다.

손해배상에서 원고 측 과실을 30%로 보아 과실상계 처리를 할 수도 있다.

민법 제763조(준용규정) ...제396조...의 규정은 불법행위[에 따른] 손해배상에 준용한다.

민법 제396조(과실상계) 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

2. 그러면 법원은 예비적 청구(Y)인 부당이득 반환 청구(8,000만 원)도 판단을 해야만 하나?

부당이득 반환에는 원칙적으로 과실상계 처리를 할 수 없다.

2010다68237: 원고가 ... 부당이득반환을 구하고 있는 이 사건에서, ... 과실상계를 하지 아니[한] ... 잘못이 있다는 주장은 그 전제가 잘못된 것으로 ... 받아들일 수 없다.

원고가 소제기를 한 의사에 따라 case by case다. 법원은 석명(request elucidation)해야 한다.

1. 만약 원고가 주위적 청구(X)가 일부라도 기각되는 것을 대비해 그만큼 예비적 청구(Y)를 했다면? → 부당이득 반환 청구(8,000만 원) 중 3,000만 원 범위에서는 판단해야 한다.
2. 만약 원고가 주위적 청구(X)가 전부 기각되는 것을 대비해 예비적 청구(Y)를 했다면? → 부당이득 반환 청구(8,000만 원)는 판단할 필요가 없다.

2002다23598: 주위적 청구원인[X]과 예비적 청구원인[Y]이 양립 가능한 경우에도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적인 필요성이 있는 경우에는 심판의 순위를 붙여 청구할 수 있다.]

이러한 경우 주위적 청구[X]가 전부[1억 원] 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구[X]에서 인용되지 아니한 수액 범위[3,000만 원] 내에서의 예비적 청구[Y]에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 불가분적으로 결합시켜 제소할 수도 있는 것이다. 그러므로 주위적 청구[X]가 일부[7,000만 원]만 인용되는 경우에 나아가서 예비적 청구[Y]를 심리할 것인지의 여부는 소송에서의 **당사자의 의사** 해석에 달린 문제다.]

[그래서] 법원이 주위적 청구원인에 기한 청구[X]의 일부[3,000만 원]를 기각하고 예비적[Y] 청구취지[8,000만 원]보다 적은 금액[7,000만 원]만을 인용할 경우에[는 다음과 같이 처리해야 한다.] [1] 원고에게 주위적 청구[X]가 전부[1억 원] 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구[X]에서 인용되지 아니한 수액 범위[3,000만 원] 내에서의 **예비적 청구[Y]에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지인지 여부를 석명[해야 한다.** 그리고] [2] 그 결과에 따라 예비적 청구[Y]에 대한 판단 여부를 정하여야 [한다.]

연습문제1

2023년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 58.] 청구의 병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ① 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적, 예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우, 항소심법원은 위 예비적 청구 부분만을 심판의 대상으로 하여야 한다.
 - ② 논리적으로 전혀 관계없는 수개의 청구를 선택적 또는 예비적으로 병합하여 청구하였는데 법원이 어떠한 보정도 명하지 않고 본안판결을 하면서 그중 하나의 청구에 대해서만 판단하여 인용하고 나머지 청구를 판단하지 아니하였다면, 피고의 항소에 따라 이심되는 청구는 제1심에서 심리, 판단하여 인용된 청구에 국한된다.
 - ⑤ 항소심법원은 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있으며 심리 결과 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우, 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일하여도 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.
-

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 46.] 청구병합에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

-
- ① 원고가 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적으로 병합하여 청구하였는데, 제1심법원이 그중 하나의 청구에 대하여만 심리, 판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리, 판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하여 피고만이 이에 대하여 항소한 경우, 위 수 개의 청구는 모두 항소심으로 이심된다.
 - ② 원고가 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 주위적, 예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소한 경우, 항소심으로서 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.
 - ⑤ 원고가 서로 양립 가능한 수 개의 금전청구를 병합하면서 합리적 필요에 따라 심판의 순위를 붙여 청구한 경우, 법원이 심리한 결과 주위적 청구의 일부를 기각하고 예비적 청구취치보다 적은 금액만을 인용할 경우에는 석명을 통해 원고의 의사를 밝힌 다음 그에 따라 예비적 청구에 대해 나아가 판단할지를 정하여야 한다.
-

청구 변경

Alteration in Claims

무엇이든지 구하는 바를 그에게서 받나니...
- “요한일서” 제3장 제22절

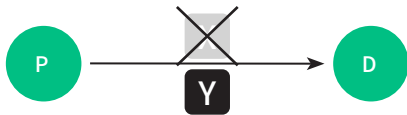
청구 변경

개념

청구 변경(alteration in claims)이란,

- 1. 소송 중,
- 2. 원고와 피고는 그대로 유지하면서,
- 3. 청구(소송물)가 바뀌는 경우를 말한다.

객관적 변경(objective alteration)이라고도 한다.



민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도안에
서 변론을 종결할 때...까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. ...
96다50520: 동일 부동산에 대하여 이전등기를 구하면서 그 등기청구권의 발생원인을
처음에는 매매로 하였다가 후에 취득시효의 완성...으로 ...하[였다. 이는] 단순한 공격방
법의 차이가 아니라 별개의 청구를 추가시킨 것이므로 ... 소의 ... 변경에 해당한다.

주의

소송물이 바뀌지 않으면,

- 1. 청구 변경이 아니다.
- 2. 공격방법 변경일 뿐이다.

요건

- 1. 청구 기초(basis of claim)가 동일할 것
- 2. 뚜렷한 절차 지연(significant delay)을 초래하지 않을 것
- 3. 변론 종결(closure of oral proceedings) 전일 것

민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도안에
서 변론을 종결할 때...까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. 다만, 소송절차
를 [뚜렷]히 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다.

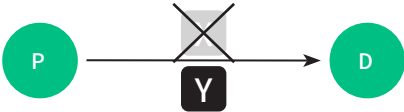
2011다49745: 원고 A은 ... 2004. 9. 13. 자 대여금 반환...을 구하다가 ... 2004. 6. 25. 자 대여금 반환...을 구하는 것으로 소를 교환적으로 변경하[였다.] ... 양 청구는 청구금액이나 채권의 발생일자에 다소 변경이 있기는 하나 [돈] 지급 시 교부된 차용증...[이] 동일하고, ... 경제적 이익이 동일할 뿐만 아니라 사실자료 사이에 심리의 계속적 시행을 정당화할 정도의 공통성도 있다고 인정[된다. 그러]므로 청구의 기초에 변경이 있다고 할 수 없다.

종류

1. 추가적(additional) 변경: X청구 → X, Y청구



2. 교환적(exchanging) 변경: X청구 → Y청구



추가적 변경

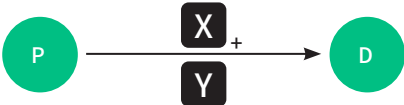
개념

기존 X청구와 새로운 Y청구 모두 있게 된다.

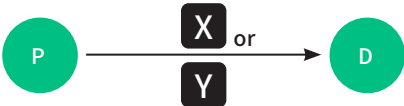
가능한 추가적 변경

추가하는 원고의 뜻에 따라, 다음 3가지 중 하나로 된다.

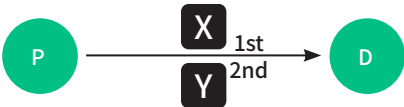
1. 단순 병합



2. 선택적 병합



3. 예비적 병합



교환적 변경

개념

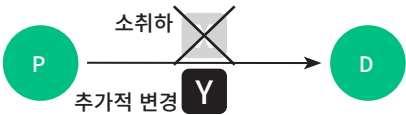
기존 X청구는 없어지고 새로운 Y청구만 있게 된다.

2017다21411: 청구의 교환적 변경은 기존 청구의 소송계속을 소멸시키고 새로운 청구에 대하여 법원의 판단을 받고자 하는 소송법상 행위이다. ... 청구의 교환적 변경에 따라 ... 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다.

본질

결국 교환적 변경은 다음 2가지가 동시에 이루어지는 셈이다.

- 1. 새로운 청구 소제기(추가적 변경)
- 2. 기존 청구 소취하



민사소송법 제248조(소제기의 방식) ① 소를 제기하려는 자는 법원에 소장을 제출하여야 한다.

민사소송법 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취할 수 있다.

86다카2600: 소의 교환적 변경은 신청구의[Y] 추가적 병합과 구청구[X]의 취하의 결합형태이다.]

추가적인지 교환적인지?

민사소송법 제136조(석명권(釋明權), 구문권(求問權) 등) ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

86다카2600: 소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의[한다.] 당사자가 구청구를 취하한다는 명백한 표시없이 새로운 청구취지를 항소장에 기재하는 등으로 그 변경형태가 불명할 경우[가 있다. 이때]는 사실심 법원으로서 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점에 대하여 석명으로 이를 밝혀 볼 의무가 있다.

청구 변경과 상소

상소심에서 청구 변경이 가능한가?

- 1. 항소심에서? → ○

민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때...까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. ...

69다406: 항소심에서도 청구의 기초에 변경이 없는 한 청구의 확장 변경이 가능하다.

피고 동의는 필요 없다. 어차피 청구 기초 동일성이 있다면 피고가 감수할 부분 이고, 청구 기초 동일성이 없다면 피고가 이의할 수 있기 때문이다.

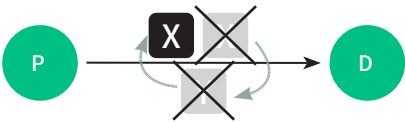
2. 상고심에서? → ×

96후1217: 법률심인 상고심에서는 청구취지의 ... 변경이 허용되지 아니[한다.]

결국, “변론 종결 전”은 “항소심 변론 종결 전”을 뜻한다.

원래 청구로 교환적 변경?

$X \rightarrow Y \rightarrow X$ 청구로 변경도 가능한가?



- 1. 가능하다.
- 2. 다만, 항소심(제2심)에서는 안 된다. 제1심판결 선고 후에 X청구를 소취하한 셈이라서 그렇다.



민사소송법 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 중국판결이 있는 뒤에 소를 취하 한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

86다카2600: [제1심]판결이 있는 후에 구청구[X]를 신청구[Y]로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구청구[X]로 교환적 변경을 한 경우[는?] 중국판결이 있는 후 소[X]를 취하하였다가 동일한 소[X]를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법[하다].

청구 변경과 제소기간

문제 상황

- 1. A 소송에는 제소기간 제한이 있다.

행정소송법 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. ...

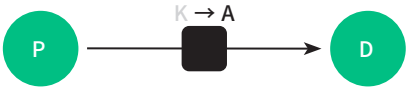
② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년...을 경과하면 이를 제기하지 못한다. ...

상법 제376조(결의취소의 소) ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관[을] 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관[을] 위반한 때에는 주주, 이사 또는 감사는 **결의의 날로부터 2[개]월** 내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다.

- 2. 그 제소기간 내에 K로 소 제기 했다.
- 3. 소송 중 그 제소기간이 지났는데, 이후 K → A로 변경했다.
- 4. 제소기간을 지킨 것으로 처리하나?

유형

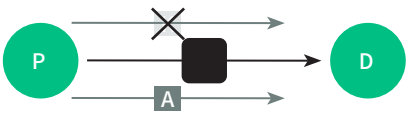
- 1. 종류(type) 변경: 본질적으로 같은 청구인데, 소송 종류(형식)만 변경



- 2. 청구(claim) 변경: 청구(소송물) 자체를 변경



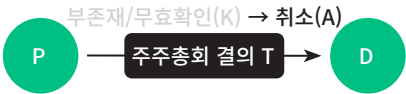
- 3. 공격방법(offense) 변경: 청구는 그대로고, 그 청구를 이유 있게 하는 공격 방법(주장)만 변경



종류(형식) 변경 사례

일정한 경우, 소송 중 소송 종류(형식; type) 변경을 할 수 있다.

- 1. 주주총회의 어떤 결의를 다투는 “부존재/무효확인” 소송(K) → 주주총회의 같은 결의를 다투는 “취소” 소송(A)



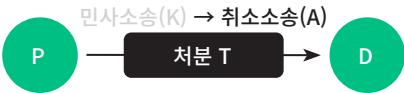
상법 제380조(결의무효 및 부존재확인인 소) ... 총회의 결의의 내용이 법령[을] 위반한 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소[→ 주주총회 결의 무효확인 소송]와 총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 것을 이유로 하여 결의부존재의 확인을 청구하는 소[→ 주주총회 결의 부존재확인 소송]...

상법 제376조(결의취소의 소) ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관[을] 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관[을] 위반한 때에는 주주, 이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2[개]월 내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다.

2001다45584: 동일한 결의에 관하여 **부존재확인[K]**의 소가 ... 제기되어 있다[고 하자]. ... 동일한 하자를 원인으로 하여 ... **취소소송[A]**으로 소를 변경...[했다.]

2007다40000: 주주총회결의... **무효확인[K]**의 소를 제기하였[다. 그러]다가 ... 동일한 하자를 원인으로 한 **취소소송[A]**으로 소를 변경[했다.]

2. 어떤 처분을 다투는 “민사”소송(K) → 같은 처분을 다투는 “취소”소송(A)



행정소송법 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다.

- 1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

- 1. 취소소송: 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송

2021두44425: [원고는 토지보상법]에 따라 공장이주대책용지의 공급대상자로 선정 [되었다. 그런데] 원고는 피고[한국토지주택공사]로부터 2019. 1. 16. 자로 공장이주대 책용지 매매계약을 해제한다는 취지의 행정처분인 이 사건 처분을 통보받[았다. 그리] 고 2019. 2. 26. 이를 다투는 취지의 소를 **민사소송[K]**으로 잘못 제기하였다. 이후 이 사건 소가 행정소송에 해당하여 관할위반이라는 이유로 관할법원으로 이송하는 결정 이 확정된 다음, 원고는 ... 이 사건 처분의 취소를 구하는 **항고소송[A]**으로 소 변경을 하였다.

청구(소송물) 변경 사례

일정한 경우, 소송 중 청구(소송물; claim) 변경을 할 수 있다.

- 1. 주주총회의 “어떤 결의”를 다투는 소송(K) → 주주총회의 “다른 결의”를 다투는 소송(A)



민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때...까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. ...

- ② 청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 한다.

2007다51505: 주주총회에서 **여러 개의 안건**이 상정되어 각기 결의가 행하여진 경우 위 제소기간의 준수 여부는 **각 안건에 대한 결의마다 별도로** 판단되어야 한다.

임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 이사선임결의[K]에 대하여 ... 주주총회결의 ... 소를 제기[했다. 그 뒤] 위 임시주주총회에서 이루어진 ... 감사선임결의[A]에 대하여 ... 주주총회결의 ... 소를 ... 추가적으로 병합[=추가적 변경] 했다.]

2. “어떤 처분”을 다투는 소송(K) → “다른 처분”을 다투는 소송(A)



행정소송법 제8조(법적유예) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 ... 민사소송법...의 규정을 준용한다.

99두9407: 행정소송법[에서 따로 규정한] 소의 변경은 그 법조[로] 특별히 인정되는 것으로서 민사소송법상의 소의 변경을 배척하는 것이 아니[다. 그러므로] 행정소송의 원고는 행정소송법 제8조 제2항에 [따라] 준용되는 민사소송법 [현행 제262조]에 따라 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 청구의 취지 또는 원인을 변경할 수 있다.

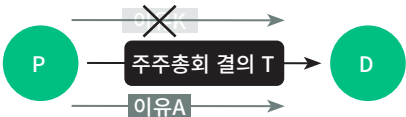
2003두12257: 이 사건 ... 현역병 입영통지 처분[A]은 보충역 편입처분 취소 처분[K]을 전제로 한 것이기는 [하다. 그러나] 각각[K, A] 단계적으로 별개의 법률효과를 발생시키는 독립된 행정처분[이다. 즉,] 하나의 소송물로 평가할 수 없다. 그리고 보충역 편입처분 취소 처분[K]의 효력을 다투는 소에 ... 현역병 입영통지 처분[A]을 다투는 소도 [다 연히] 포함되어 있다고 볼 수는 없[다.]

보충역 편입처분 취소 처분[K]의 효력을 다투는 소에 ... 현역병 입영통지 처분[A]의 취소를 구하는 청구를 추가적으로 병합[=추가적 변경] 했다.]

공격방법(주장) 변경 사례

일정한 경우, 소송 중 공격방법(주장; offense) 변경을 할 수 있다.

1. “어떤 이유”로 주주총회의 어떤 결의를 다투는 소송(K) → “다른 이유”로 주주총회의 같은 결의를 다투는 소송(A)



서울고법2010나120489: 주주총회결의취소의 소의 소송물[은] 개개의 결의마다 하나이고 개개의 하자는 공격방법에 불과하[다.]

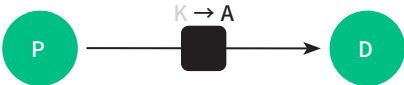
2. “어떤 이유”로 어떤 처분을 다투는 소송(K) → “다른 이유”로 같은 처분을 다투는 소송(A)



91누6108: [행정소송인] 과세처분 무효확인 소송의 경우 소송물은 권리 또는 법률관계의 존부 확인을 구하는 것이[다.] 이는 청구취지만으로 소송물의 동일성이 특정된[다.] 따라서 당사자가 청구원인에서 무효사유로 내세운 개개의 주장은 공격방어방법에 불과하다.

종류(형식) 변경 시 제소기간 준수 여부

종류(형식; type) 변경이 가능한 경우라면, 제소기간을 지킨 것으로 처리한다. 처음부터 본질적으로 같은 청구를 했기 때문이다.



- 1. 처음 소 제기 시 A 주주총회 결의 취소 소송을 제기한 것으로 취급 → ∴ 제소기간 준수○

2001다45584: 동일한 결의에 관하여 부존재확인인 소[K]가 [주주총회 결의 취소 소송]의 제소기간 내에 제기되어 있다. 그렇다면, 동일한 하자를 원인으로 하여 결의의 날로부터 2[개]월이 경과한 후 취소소송으로 소를 변경[K → A]...한 경우에도 부존재확인인 소 제기 시에 제기된 것과 동일하게 취급[한다. 즉,] 제소기간을 준수[했다.]

2007다40000: 동일한 결의에 관하여 무효확인인 소[K]가 [주주총회 결의 취소 소송]의 제소기간 내에 제기되어 있다. 그렇다면, 동일한 하자를 원인으로 하여 결의의 날로부터 2[개]월이 경과한 후 취소소송으로 소를 변경[K → A]...한 경우에도 무효확인인 소 제기 시에 제기된 것과 동일하게 취급[한다. 즉,] 제소기간을 준수[했다.]

- 2. 처음 소 제기 시 A 취소소송을 제기한 것으로 취급 → ∴ 제소기간 준수○

2021두44425: 수소법원이 그 항고소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하여 관할법원에 이송하는 결정을 하였[다. 그리고] 그 이송결정이 확정된 후 원고가 항고소송으로 소 변경[K → A]을 하였[다. 그렇다면] 그 항고소송에 대한 제소기간의 준수 여부는 원칙적으로 처음에 소를 제기한 때를 기준으로 판단하여야 한다.

청구(소송물) 변경 시 제소기간 준수 여부

청구(소송물; claim) 변경이 가능한 경우라도, 제소기간은 못 지킨 것으로 처리한다. 변경 후 청구는 변경 시점에 처음 있었기 때문이다.



민사소송법 제265조(소제기에 따른 시효중단의 시기) ... 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 ... 제262조 제2항...의 규정에 따라 서면[청구 변경 신청서]을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.

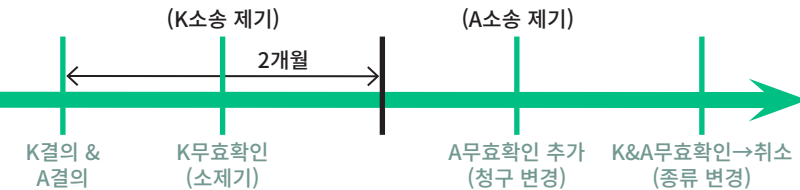
행정소송법 제8조(법적용례) ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 ... 민사소송법...의 규정을 준용한다.

1. 변경 시에서야 A 주주총회 결의 취소소송을 제기한 것으로 취급 → ∴ 제소기간 준수×

2007다51505: 임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 이사선임결의[K]에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월 내에 주주총회결의 ... 소를 제기[했다. 그] 뒤, 위 임시주주총회에서 이루어진 ... 감사선임결의[A]에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월이 지난 후 주주총회결의 ... 소를 ... 추가적으로 병합[(= 추가적 변경) 했다.]

위 ... 감사선임결의[A] ... 부분은 위 ... 주주총회결의 ... 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 ... 소가 제기된 것으로 볼 수[는] 있다. 그러나 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었으므로 부적법하다.]

무효확인 소송을 취소 소송으로 종류를 변경하는 부분은 별 문제가 없다. 단지 다루는 안건 변경에 따라 소송물이 변경되는 부분 때문에 문제가 생겼다. 위 판결을 좀 더 풀어쓰면 다음과 같다.



2007다51505: 임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 이사선임결의[K]에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월 내에 주주총회결의 무효확인의 소를 제기[했다. 그] 뒤, 위 임시주주총회에서 이루어진 ... 감사선임결의[A]에 대하여 그 결의의 날로부터 2개월이 지난 후 주주총회결의 무효확인의 소를 ... 추가적으로 병합[(= 추가적 변경) 했다.]

위 각 결의[K, A]에 대한 주주총회결의 무효확인의 소를 주주총회결의 취소의 소로 변경[했다. 이 경우,] 위 ... 감사선임결의[A] 취소에 관한 부분은 위 ... 주주총회결의 무효확인의 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 취소의 소가 제기된 것으로 볼 수 [는] 있다. 그러나 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었으므로 부적법하다.]

2. 변경 시에서야 A 취소소송을 제기한 것으로 취급 → ∴ 제소기간 준수×

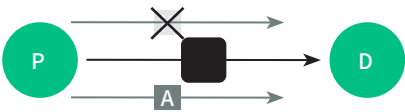
2011두27544: 청구취지를 교환적으로 변경[K → A]하여 종전의 소[K]가 취하되고 새로운 소[A]가 제기된 것으로 보게 [된다. 이] 경우에 새로운 소[A]에 대한 제소기간의 준수 등은 원칙적으로 소의 변경이 있을 때를 기준으로 하여 판단된다.

2003두12257: 현역병 입영통지 처분[A]의 취소를 구하는 소의 제소기간의 준수 여부는 ... 그 청구취지의 추가, 변경 신청이 있을 때를 기준으로 개별적으로 살펴야 [한다. 즉,] 최초로 보충역 편입처분 취소 처분[K]의 취소를 구하는 소가 제기된 때를 기준으로 할 것은 아니[다.]

한편, 행정청이 소송 중 처분을 변경하는 바랍에 원고도 청구(소송물)를 변경해야 하는 경우는 특별규정이 있다. 더이상의 자세한 설명은 생략한다.

- 행정소송법 제22조(처분변경[에 따른] 소의 변경)** ① 법원은 행정청이 소송의 대상인 처분을 소가 제기된 후 변경한 때에는 원고의 신청에 [따라] 결정으로써 청구의 취지 또는 원인의 변경을 허가할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 [따른] 신청은 처분의 변경이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 한다.

공격방법(주장) 변경 시 제소기간 준수 여부
변경이 가능한지 그렇지 않은지, 제소기간은 당연히 지켰다.



1. 처음부터 그 결의에 주주총회 결의 취소 소송을 제기 → ∴ 제소기간 준수○
2. 처음부터 그 처분에 취소소송을 제기 → ∴ 제소기간 준수○

(복습) 다만, 제소기간은 경우에 따라 사유 주장까지 제한하기도 한다. 따라서 제소기간을 준수했다고 해서 꼭 추가한 공격방법대로 승소하는 건 아니다.

연습문제1

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 52.] A 주식회사의 주주 甲, 乙, 丙은 A 주식회사를 상대로 위 회사의 임시주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인의 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

③ 위 소가 위 결의의 날부터 2개월 내에 제기되었다면, 동일한 하자를 원인으로 하여 위 결의의 날부터 2개월이 경과한 후 취소소송으로 소를 변경하거나 추가한 경우에도 취소소송의 제소기간을 준수하였다고 보아야 한다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 52.] 회사관계소송에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄹ. 주주총회에서 이사 및 감사 선임결의가 있는 후, 원고가 그 결의의 날로부터 2개월 내에 이사선임결의에 대하여 적법하게 주주총회결의의 무효확인 소를 제기한 다음 그 결의의 날로부터 2개월이 지난 후에 위 감사선임결의에 대하여 주주총회결의의 무효확인 소를 추가적으로 병합한 경우, 그 후 위 각 결의에 대한 무효확인 소를 취소의 소로 변경하면 위 감사선임결의 취소에 관한 부분은 부적법하다.

반소

Counterclaim

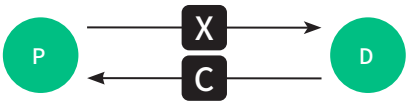
혹 떼려다 혹 붙인다.
- 우리 속담

반소

개념

반소(counterclaim)란,

- 1. 소송 중,
- 2. 원고와 피고는 그대로 유지하면서,
- 3. 피고가 원고에게 거꾸로 청구를 하는 경우를 말한다.



민사소송법 제269조(반소) ① 피고는 ... 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다. ...

67다116: [원고는] 임대차종료를 원인으로 건물[인]도를 청구하는 본소[청구를 하였다. 그러자 피고는 원고가] ... 건물에 대한 급수 및 전기공급을 단절[함에 따른] 손해배상의 반소청구[를 하였다.]

주의

소송물로 구하지 않으면,

- 1. 반소가 아니다.
- 2. 방어방법 변경일 뿐이다.

요건

- 1. 청구 기초(basis of claim)가 동일할 것
- 2. 뚜렷한 절차 지연(significant delay)을 초래하지 않을 것
- 3. 변론 종결(closure of oral proceedings) 전일 것

민사소송법 제269조(반소) ① 피고는 소송절차를 [뚜렷]히 지연시키지 아니하는 경우에만 변론을 종결할 때까지 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다. 다만, 소송의 목적이 된 청구가 다른 법원의 관할에 전속되지 아니하고 본소의 청구 또는 방어의 방법과 서로 관련이 있어야 한다.

67다116: 임대차 종료로 원인으로 건물[인]도를 청구하는 본소와 그 건물에 대한 [급수 등을 건물주가 단절함[에 따른] 손해배[상]의 반소청구는 [어떤가?] 그 목적물 또는 발생원인[에] 사실상 공통되는 점이 있으므로 관련이 있다.

종류

- 1. 단순 반소(ordinary counterclaim): 본소청구X, 반소청구C 모두 심판을 구한다(X and C).
- 2. 예비적 반소(preliminary counterclaim): 본소청구X가 인용된다면, 반소 청구C도 심판을 원한다($\sim X > C$).

2006다19061: 피고의 **예비적 반소는 본소청구가 인용될 것을 조건으로 심판**을 구하는 것[이다. 따라서] 제1심이 원고의 본소청구를 배척한 이상 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판대상이 될 수 없다.]

관련 문제

상소심에서 청구 변경

- 1. 항소심에서? → ○

민사소송법 제412조(반소의 제기) ① 반소는 상대방의 **심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의**를 받은 경우에 제기할 수 있다.

② 상대방이 이익을 제기하지 아니하고 반소의 본안에 관하여 변론을 한 때에는 반소제기에 동의한 것으로 본다.

2010다7504: 피고는 [항소심에서도] 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의를 받은 경우에는 반소를 제기할 수도 있다. 여기서 ‘상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우’라고 함은 반소청구의 기초를 이루는 실질적인 쟁점이 제1심에서 본소의 청구원인 또는 방어방법과 관련하여 충분히 심리되어 상대방에게 제1심에서의 심급의 이익을 잃게 할 염려가 없는 경우를 말한다.

피고 동의가 필요하다.

- 2. 상고심에서? → ×

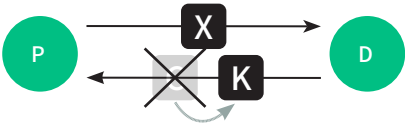
99다36617: 상고심은 법률심이어서 과연 ... 어느 범위의 손해가 있었는가 등의 사실관계를 심리 확정할 수 없다. 그렇기 때문에 ... 당사자 사이에 다툼이 없어 사실심리가 필요하지 않은] 경우를 제외하고는 ... 상고심에서는 원칙적으로 허용되지 아니한다.

결국 “변론 종결 전”은 “항소심 변론 종결 전”을 뜻한다. 예외가 있는데, 차차 배우자.

반소의 교환적 변경?

반소도 C → K청구로 변경도 가능한가?

- 1. 가능하다.
- 2. 물론, 청구 변경 요건은 갖춰야 한다.



민사소송법 제262조(청구의 변경) ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도안에
서 변론을 종결할 때...까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. ...

2010다28338: 제1심에서 적법하게 반소를 제기하였던 당사자가 항소심에서 반소를 교
환적으로 변경하는 경우[다.] 변경된 청구와 종전 청구가 실질적인 쟁점이 동일하여 청
구의 기초에 변경이 없으면 그와 같은 청구의 변경도 허용된다.

공동소송
Co-Litigation

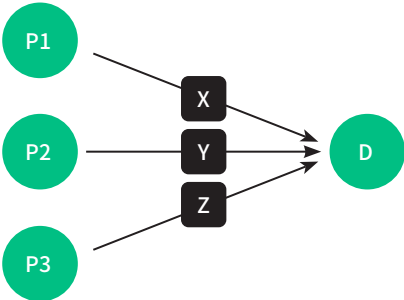
집단소송은 어떤 사람들에게는 프랑켄슈타인으로,
어떤 사람들에게는 찬란한 갑옷을 입은 기사로 보이지만,
현실은 그 어느 것도 아니다. - Arthur Miller

공동소송

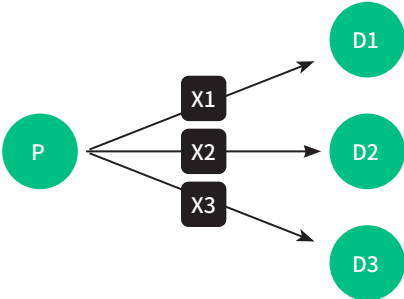
개념

공동소송(co-litigation)이란,

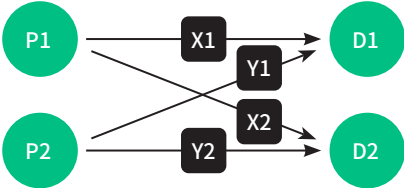
- 1. 원고 n명이 피고 1명을 상대로 청구하는 경우,



- 2. 원고 1명이 피고 n명을 상대로 청구하는 경우,



- 3. 또는 원고 n명이 피고 m명을 상대로 청구하는 경우

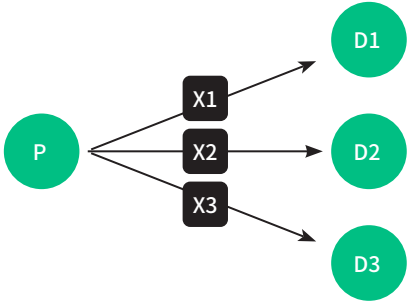


주관적 병합(subjective joinder)이라고도 한다. 편의상, 원고 1명이 피고 n명
을 상대로 청구하는 경우를 기준으로 설명한다.

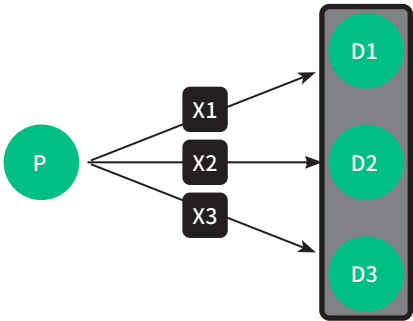
종류: 통상 vs 필수적

피고들 사이에 소송 결과가 반드시 한꺼번에 확정되어야 하는지에 따라,

- 1. 통상 공동소송(ordinary co-litigation): D1, D2, D3에 대한 소송 결과가 따로 확정되어도 상관없는 경우



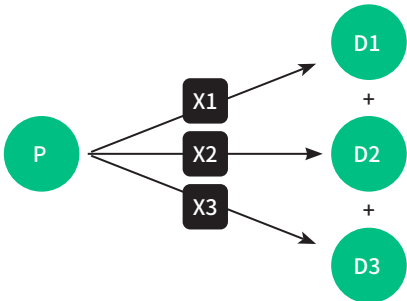
- 2. 필수적 공동소송(indispensable co-litigation): D1, D2, D3에 대한 소송 결과가 반드시 한꺼번에 확정되어야 하는 경우



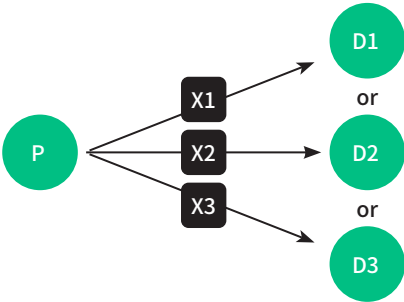
종류: 단순 vs 선택적 vs 예비적

원고가 심판을 바라는 뜻에 따라,

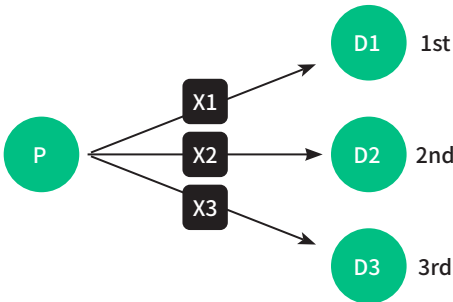
- 1. 단순 공동소송(ordinary co-litigation): D1, D2, D3에 대한 청구 모두 인용을 구한다(D1 + D2 + D3).



2. 선택적 공동소송(selective co-litigation): D1, D2, D3에 대한 청구 중 하나만 인용을 구한다(D1, D2, or D3).



3. 예비적 공동소송(preliminary co-litigation): D1, D2, D3에 대한 청구 순서로 인용을 구한다(D1 > D2 > D3).



통상 공동소송

개념

쉽게 말해, 일반적 공동소송이다. 단순 공동소송이라고도 부른다.

요건

피고들 사이에 다음 관계가 있어야 한다.

민사소송법 제65조(공동소송의 요건) [i]소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 [ii] 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우에는 그 여러 사람이 공동소송인으로서 당사자가 될 수 있다. [iii-a] 소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, [iii-b] 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우에도 또한 같다.

통상 공동소송“이라도” 필요한 요건이다. 따라서 필수적 공동소송에도 당연히 필요한 요건이다.

1. 권리의무 공통: 예를 들어, D1, D2, D3가 연대채무자인 경우

민법 제413조(연대채무의 내용) 수인의 채무자가 채무전부를 각자 이행할 의무가 있고 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 되는 때에는 그 채무는 연대채무로 한다.

2. 권리의무 발생원인 공통: 예를 들어, D1이 주채무자, D2, D3가 보증채무자인 경우

민법 제428조(보증채무의 내용) ① 보증인은 주채무자가 이행하지 아니하는 채무를 이행할 의무가 있다.

서울고법2016나2037554: 민사소송법 제65조 전문에 규정된 통상공동소송은 공동소송인과 상대방의 각 **청구**를 이유 있게 하는 **원인사실의 주요 부분이 일치**하는 관계에 있으면 된다.

3. 권리의무 및 권리의무 발생원인 동종: 예를 들어, 건물주가 101호 임차인 D1, 102호 임차인 D2, 103호 임차인 D3를 상대로 차임청구를 하는 경우

서울고법2016나2037554: 민사소송법 제65조 후문에 규정된 통상공동소송은 청구의 원인은 각자 다르지만 소송의 종류는 같은 경우를 말[한다.] 민사소송법 제65조 전문에 규정된 통상공동소송의 경우보다 그 요건이 넓어 각 청구 상호 간에 **구체적인 관련성이 [필요한] 것이 아니다**. 그러므로 공동소송인들 서로 간에는 아무런 관련이 없고 단지 같은 원고나 피고가 되는 것에 불과하다.

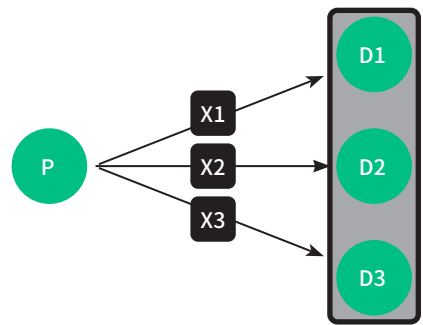
필수적 공동소송

개념

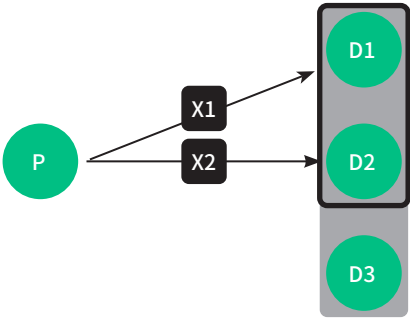
D1, D2, D3에 대한 소송 결과가 반드시 한꺼번에 확정되어야 하는 경우다.

종류

1. 고유(characteristic) 필수적 공동소송: 공동소송이 강제되는 경우.



- 2. 유사(quasi) 필수적 공동소송: 공동소송이 강제되지 않는 경우. 다만, 공동소송으로 진행하면 소송 결과가 반드시 한꺼번에 확정되어야 한다.



요건

- 1. 단순(통상) 공동소송 요건은 갖춰야 한다.

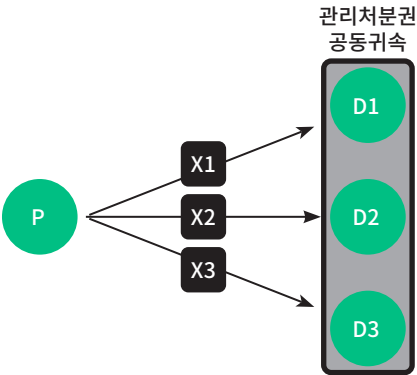
민사소송법 제65조(공동소송의 요건) ...

- 2. 개별 유형별 특유한 요건도 갖춰야 한다. 아래에서 보자.

고유필수적 공동소송

개념

- 1. D1, D2, D3가 반드시 공동으로만 소송해야 하는 경우다.
- 2. 즉, 관리처분권(소송수행권)이 공동 귀속하는 경우다.
- 3. 공동소송이어야 하고, 필수적 공동소송이다.



그 뜻이 잘 와닿지 않으므로, 사례를 통해 기억하자.

사례 1: 조합재산(합유물)에 관한 일반 소송

1. 합유지분을 처분하려면, 조합원 전원 동의가 필요하다.

민법 제271조(물건의 합유) ① 법률의 규정 또는 계약[에 따라] 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전체에 미친다.

민법 제704조(조합재산의 합유) 조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다.

민법 제272조(합유물의 처분, 변경과 보존) 합유물을 처분 또는 변경함에는 **합유자 전원의 동의**가 있어야 한다. ...

민법 제273조(합유지분의 처분과 합유물의 분할금지) ① 합유자는 **전원의 동의** 없이 합유물에 대한 지분을 처분하지 못한다.

민법 제278조(준공동소유) 본질의 규정은 소유권 이외의 재산권에 준용한다. ...

2. 그래서 소송수행권은 조합원 전원에 공동 귀속한다. 이런 소송은 **고유필수적 공동소송**이다.

2008다50691: 조합원들을 상대로 조합재산인 ... 건물에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 사안[이다.] 그 소는 합유물에 관한 소송으로서 조합원들 **전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송**[이다.]

93다31825: 만일 동업자들이 **동업자금**을 공동명의로 **예금**한 경우라면 채권의 **준합유** 관계에 있다. 이 경우, 합유의 성질상 은행에 대한 예금반환청구가 **필요적 공동소송**에 해당한다[다.]

주의: 보존행위 경우는 예외다. 그 합유자 단독으로 할 수 있어서, **고유필수적 공동소송이 아니다**.

민법 제272조(합유물의 처분, 변경과 보존) ... 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

2010다93806: 민법 제272조 단서에 따라 합유물의 보존행위를 위한 소의 제기는 합유자 각자가 할 수 있다.

비교: 공유재산(공유물)에 관한 일반 소송 → **고유필수적 공동소송 ×**

1. 공유지분을 처분할 때, 그 공유자 단독으로 할 수 있다.

민법 제263조(공유지분의 처분과 공유물의 사용, 수익) **공유자는 그 지분을 처분할 수 ... 있다**.

민법 제278조(준공동소유) 본질의 규정은 소유권 이외의 재산권에 준용한다. ...

2. 그래서 합유와 달리, 소송수행권이 공유자 전원에 공동 귀속하지 않는다. 이런 소송은 **고유필수적 공동소송이 아니다**.

2001다43922: 공유자가 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분할 수는 없으나 그 지분은 단독으로 처분할 수 있다. 그러므로 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 [다음과 같다.] 특별한 사정이 없는 한 그 권리자 중 한 사람은 자신의 지분에 관하여 **단독으로** 그 가등기에 기한 본등기를 **청구할 수 있다**.[다.]

93다31825: 공동명의 예금채권자들 중 1인이 전부를 출연하거나 또는 각자가 분담하여 출연한 돈을 **동업 이외**의 특정목적을 위하여 공동명의로 **예치**해 [됐다. 이]로써 그 목적이 달성되기 전에는 공동명의 예금채권자가 자신의 예금에 대하여도 혼자서는 인출할 수 없도록 [했다. 이처럼] 방지, 감시하고자 하는 목적으로 공동명의로 예금을 개설한 경우에는 [어떨까?] 그 예금에 관한 관리처분권까지 공동명의 예금채권자 전원에게 공동으로 귀속된다고 볼 수 없[다. 그러므로] 이러한 경우에는 은행에 대한 예금반환청구가 민사소송법상의 **필요적 공동소송에 해당한다고 할 수 없다**.

참고: 보존행위 경우도 마찬가지다. 그 공유자 단독으로 할 수 있어서, 고유필수적 공동소송이 아니다.

민법 제265조(공유물의 관리, 보존) ... 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다.

92다52870: 부동산의 공유자의 1인은 [해당] 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 [마쳐져] 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.

사례 2: 공유자들 간 공유재산 확인 청구 소송

1. 공유물 자체의 소유관계 확인은 공유자 전원이 해야 한다.

94다35008: 공유물 전체에 대한 소유관계 확인도 이를 다투는 제3자를 상대로 공유자 전원이 하여야 하는 것인지 공유자 일부만이 그 관계를 대외적으로 주장할 수 있는 것이 아니[다.]

2. 그래서 소송수행권은 공유자 전원에 공동 귀속한다. 이런 소송도 고유필수적 공동소송이다.

민법 제1006조(공동상속과 재산의 공유) 상속인이 수인인 때에는 상속재산은 그 공유로한다.

2006다40980: 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 이른바 고유필수적 공동소송이[다.]

사례 3: 공유물분할 청구 소송

1. 공유자 중 1인은 공유물분할 청구를 하려면 나머지 공유자들 전부인 D1, D2, D3를 상대방으로 해야 한다.

민법 제268조(공유물의 분할청구) ① 공유자는 공유물의 분할을 청구할 수 있다. 그러나 5년내의 기간으로 분할하지 아니할 것을 약정할 수 있다.

민법 제269조(분할의 방법) ① 분할의 방법에 관하여 협의가 성립되지 아니한 때에는 공유자는 법원에 그 분할을 청구할 수 있다.

2. 그래서 소송수행권은 공유자 전원에 공동 귀속한다. 이런 소송도 고유필수적 공동소송이다.

2013다78556: 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 **전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송**이다.

사례 4: 공유토지 경계확정 소송

인접 토지 경계가 불분명하면 경계확정 소송을 할 수 있다.

2018다207830: 토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우 재판으로 그 경계를 확정해 줄 것을 구하는 소[다.] ... 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호이익이 인정된다.

- 1. 토지 공유자가 인접 토지 소유자를 상대로 경계확정의 소를 제기하려면, 공유자들 전부가 공동원고로 되어야 한다.
- 2. 토지 공유자를 상대로 인접 토지 소유자가 경계확정의 소를 제기하려면, 공유자들 전부를 공동피고로 삼아야 한다.
- 3. 그래서 소송수행권은 공유자 전원에 공동 귀속한다. 이런 소송도 고유필수적 공동소송이다.

2000다24207: 토지의 경계는 토지소유권의 범위와 한계를 정하는 중요한 사항이다. 그래서] 그 경계와 관련되는 인접 토지의 소유자 전원 사이에서 합일적으로 확정될 필요가 있다. 그러므로] **인접하는 토지의 한편 또는 양편이 여러 사람의 공유에 속하는** 경우에, 그 경계의 확정을 구하는 소송[은 다음과 같다. 즉,] 관련된 공유자 전원이 공동하여서만 제소하고 상대방도 관련된 공유자 전원이 공동으로서만 제소될 것을 요건으로 하는 **고유필요적 공동소송**이다.]

채무 중첩 관계와 고유필수적 공동소송 사이의 관계

불가분채무인지와 고유필수적 공동소송인지는 별개다. 예를 들어,

- 1. 공유물 철거 의무 → (실체법상) 불가분채무○

민법 제411조(불가분채무와 준용규정) 수인이 불가분채무를 부담한 경우에는 제413조... 및 전조[(제410조)]의 규정을 준용한다.

민법 제410조(1인의 채권자에 생긴 사항의 효력) ① 전조[(제409조)]의 규정[에 따라] 모든 채권자에게 효력이 있는 사항을 제외하고는 불가분채권자중 1인의 행위나 1인에 관한 사항은 다른 채권자에게 효력이 없다.

민법 제409조(불가분채권) 채권의 목적이 그 성질 또는 당사자의 의사표시[에 따라] 불가분인 경우에 채권자가 수인인 때에는 각 채권자는 모든 채권자를 위하여 이행을 청구할 수 있고 채무자는 모든 채권자를 위하여 각 채권자에게 이행할 수 있다.

민법 제413조(연대채무의 내용) 수인의 채무자가 채무전부를 각자 이행할 의무가 있고 채무자 1인의 이행으로 다른 채무자도 그 의무를 면하게 되는 때에는 그 채무는 연대채무로 한다.

80다756: 공동상속인들[→ **공유자들**의 건물철거의무는 그 성질상 불가분채무[다. 즉,] 각자 그 지분의 한도내에서 건물 전체에 대한 철거의무를 지는 것이다.

- 2. 공유물 철거 소송 → (소송법상) 고유필수적 공동소송×(통상 공동소송 ○)

민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) ① 소송목적이 공동소송인 모 두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우...

69다609: 공유물의 반환 또는 철거에 관한 소송을 필[수]적 공동소송이라고는 할 수 없다. 그러므로 그러한 청구는 공유자 각자에 대하여 그의 지분권 한도 내에서의 인도 또는 철거를 구하는 것으로 보고 그 당부에 관한 판단을 [해야 한다.]

고유필수적 공동소송은 아니라서, 꼭 동시에 공유자 전원을 공동피고로 삼아 소송할 필요는 없다. 그러나 불가분채무라서, 공유자 일부만을 상대로 승소 판결을 받아 봤자 철거 집행이 안 된다. 즉, 동시에는 개별적으로든 공유자 전원을 상대로 승소 판결을 받아야 철거 집행이 된다. 집합건물 철거도 마찬가지다.

2017다204247: 1동의 집합건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 건물의 대지 전체를 공동으로 점유, 사용하는 것이다. 그러므로 대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 구할 수 있다.

집합건물은 건물 내부를 (구조상, 이용상 독립성을 갖춘) 여러 개의 부분으로 구분하여 독립된 소유권의 객체로 하는 것일 뿐 1동의 건물 자체는 일체로서 건축되어 전체 건물이 존립과 유지[에서] 불가분의 일체를 이[룬다. 그러므로] 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것은 사실상 불가능하다. 그러나 구분소유자 전체를 상대로 각 전유부분과 공용부분의 철거 판결을 받거나 동의를 얻는 등으로 집합건물 전체를 철거하는 것은 가능하[다. 그리고] 이와 같은 철거 청구가 구분소유자 전원을 공동피고로 해야 하는 필수적 공동소송이라고 할 수 없[다. 결국,] 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않는다.

부진정 연대 채무인지와 고유필수적 공동소송인지도 별개다. 예를 들어,

1. 직접점유자와 간접점유자의 부당이득 반환 의무 → (실체법상) 부진정 연대 채무○

민법 제192조(점유권의 취득과 소멸) ① 물건을 사실상 지배하는 자는 점유권이 있다.

민법 제194조(간접점유) 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임차 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다.

2019다14943: 어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우[를 보자.] 그에 대한 점유, 사용[에 따른] 부당이득의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무[다. 그리고] 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 부진정연대채무의 관계에 있[다.]

2. 직접점유자와 간접점유자에 대한 부당이득 반환 청구 소송 → (소송법상) 고유필수적 공동소송×(통상 공동소송 ○)

민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) ① 소송목적이 공동소송인 모 두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우...

2019다14943: 그와 같이 부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우[를 보자.] ... 거기에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제 67조는 준용되지 않는[다.]

소결

- 1. 관리처분권(소송수행권)이 공동 귀속 ○ 경우 → 공동소송 강제 ○
- 2. 관리처분권(소송수행권)이 공동 귀속 × 경우 → 공동소송 강제 ×

관리처분권(소송수행권)이 공동 귀속하는 것은 예외다. 따라서 원칙적으로, 공동소송이 강제되지 않는다. 즉, 통상 공동소송에 해당한다.

2021다239301: 정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유, 사용함으로써 이익을 얻[었다. 그리고] 구분소유자들이 해당 부분을 사용할 수 없게 [되[었다. 이]에 따라 부당이득의 반환을 구하는 법률관계는 [어떤가?] 구분소유자 [각각]의 공유지분권에 기초한 것이[다. 그래]서 그에 대한 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다.

90다9872: 순차 [마친] 등기 또는 수인 앞으로 [마친] 공유등기의 말소청구소송은 권리관계의 합일적인 확정[이] 필요[한] 필[수]적 공동소송이 아니라 [통상]공동소송[이]다.]

연습문제1

2024년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 64.] 고유필수적 공동소송에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲, 乙, 丙의 합의로 소유권이전등기가 된 부동산에 관하여 甲, 乙, 丙을 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소
- ㄴ. 토지 공유자 甲, 乙, 丙이 인접 토지의 소유자인 丁을 상대로 제기하는 경계의 확정을 구하는 소
- ㄷ. 동업자 甲, 乙이 동업 이외의 특정 목적을 위하여 각자가 분담하여 출연한 돈을 공동명의로 예치해 두고 그 목적을 달성하기 전에는 甲이나 乙 혼자서는 인출할 수 없도록 감시하려는 목적으로 공동명의로 예금을 개설한 경우, 甲과 乙이 은행을 상대로 하는 예금반환청구의 소
- ㄹ. 공동상속인 甲, 乙, 丙 중 甲과 乙이 원고가 되어 丙을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소
- ㅁ. 공유물의 소유자인 甲, 乙, 丙을 피고로 공유물의 철거를 구하는 소

연습문제2

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 16.] 부동산의 합유에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 합유등기가 마쳐진 부동산에 관하여 합유자 중 1인이 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당하지 않는다.

연습문제3

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 19.] 불가분채권, 채무관계에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

㉔. 타인 소유 대지 위에 권원 없이 세워진 건물의 소유자를 상속한 공동상속인들의 건물철거의무는 다른 공동상속인의 지분에 관하여도 철거의무를 부담하는 불가분채무이므로, 이 경우 공동상속인들을 상대로 한 건물철거소송은 필수적 공동소송이다.

연습문제4

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 37.] 집합건물인 A 아파트의 구분소유자인 甲이 A 아파트의 공용 부분을 정당한 권원 없이 배타적으로 점유, 사용하자, 다른 구분소유자인 乙이 甲을 상대로 해당 부분에 관하여 乙의 지분에 상응하는 차임 상당 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. A 아파트에는 관리단 丙이 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 위 부당이득반환청구의 소를 乙이 단독으로 제기한 것은 적법하다.

연습문제5

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 38.] 공동소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲 소유의 토지에 관하여 乙이 위법한 방법으로 소유권보존등기를 마쳤고 이에 [기초해] 丙이 소유권이전등기를 마친 경우, 甲이 乙과 丙을 상대로 소유권보존등기 및 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송은 통상공동소송에 해당한다.

② 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산이라는 확인을 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당한다.

④ 甲과 乙을 조합원으로 하는 동업체에서 토지를 매수한 경우, 그 매매계약에 기하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당한다.

연습문제6

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 49.] 공동소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

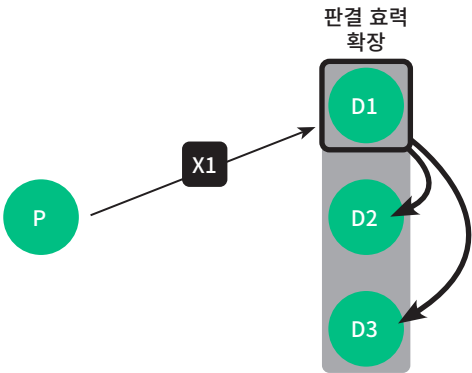
② 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것이 사실상 불가능하더라도 그 집합건물 전체에 대한 철거 청구는 구분소유자 전원을 공동피고로 삼아야 하는 필수적 공동소송으로 볼 수 없다.

유사필수적 공동소송

개념

D1만 피고로 소송이 진행돼도, 그 판결 효력이 D1, D2, D3 모두에게 미치는 경우가 있다. 이런 경우 공동소송으로 진행할 경우라면 소송 결과가 반드시 한꺼번에 확정되어야 한다. 즉,

- 1. D1, D2, D3가 반드시 공동으로 소송하지 않아도 되지만,
- 2. 판결 효력(기판력)이 확장되는 경우다.
- 3. 공동소송일 경우, 필수적 공동소송이다.



그 뜻이 잘 와닿지 않으므로, 사례를 통해 기억하자.

사례 1: 주주총회 결의 취소/무효확인 청구

- 1. 주식회사 D1의 주주총회 결의가 위법할 경우 주주는 D1을 상대로 주주총회 결의 취소 또는 무효확인 청구를 할 수 있다.

결의 절차(procedures)나 방법(methods)이 위법하면 취소 청구를 한다. 결의 내용(details)이 위법하면 무효확인 청구를 한다.

상법 제376조(결의취소의 소) ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반...한 때에는 주주, 이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2[개]월 내 결의취소의 소를 제기할 수 있다.
상법 제380조(결의무효...확인인의 소) ... 총회의 결의의 내용이 법령에 위반[된] 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소...

- 2. 그 인용(acceptance) 판결은 제3자에게도 효력이 있다.

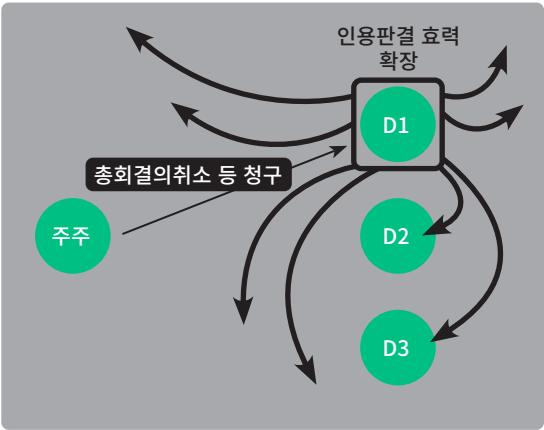
세상에 대한 효력, 즉 대세효(in rem; against a thing)가 있다고 표현한다. 그 중에서도 청구 인용 판결만 대세효가 있고 청구 기각 판결은 대세효가 없어서, 편면적(one-sided) 대세효가 있다고 표현한다.

상법 제376조(결의취소의 소) ② ... 제190조 본문...의 규정은 제1항[결의취소]의 소에 준용한다.

상법 제380조(결의무효...확인 의 소) ... 제190조 본문...의 규정은 총회의 결의의 내용이 법령에 위반[된] 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소...에 이를 준용한다.

상법 제190조(판결의 효력) 설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있다. ...

2020다284977전합: 이 사건 소는 주주총회결의의 ... 무효 확인을 구하는 소[다.] 상법 제380조에 [따라] 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.



3. 그래서 D2, D3도 공동피고가 되었다면, D1, D2, D3에 대한 소송 결과는 한꺼번에 확정되어야 한다. 이런 소송은 유사필수적 공동소송이다.

2020다284977전합: 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소 판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미[친다. 그러]므로 공동소송인 사이에 소송법상 **합일확정의 필요성**이 인정[된다.] ... 이는 민사소송법 제67조[필수적 공동소송에 대한 특별규정]가 적용되는 **필수적 공동소송**에 해당한다.

사례 2: 대위소송

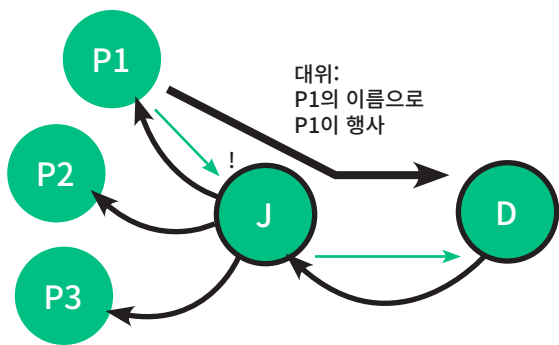
- 1. 채권자 P1은 채무자 J의 제3채무자 D에 대한 채권을 대위행사 할 수 있다.
- 2. 채무자 J가 P1의 대위소송을 알면, 그 판결은 J에게도 효력이 있다.

민법 제404조(채권자대위권) ① 채권자[P1]는 자기[P1]의 채권을 보전하기 위하여 채무자[J]의 권리를 행사할 수 있다. ...

민법 제405조(채권자대위권행사의 통지) ① 채권자[P1]가 전조 제1항의 규정[에 따라] 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자[J]에게 통지하여야 한다.

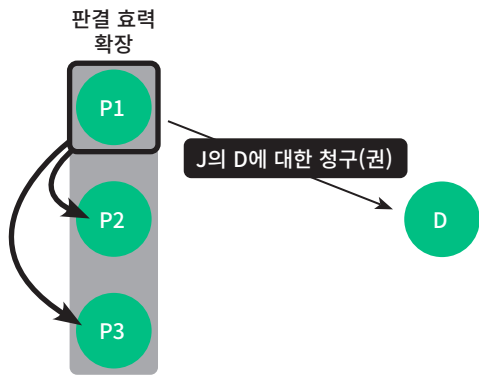
② 채무자[J]가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자[P1]에게 대항하지 못한다.

91다23486: 채무자[J]가 채권자대위권에 [따른] 소송이 제기된 것을 알았을 경우에는 그 확정판결의 효력은 채무자[J]에게도 미친다.



3. 그 결과 그 판결은 다른 채권자들 P2, P3에게도 효력이 있다.

서울고법2012나68738: 채권자[P1]가 제3채무자[D]를 상대로 채무자[J]에게 ... 채권자대위[청구의 소를] 제기한 경우[를 보자.] 다른 채권자[P2, P3]는 그 소송에서의 판결의 기판력을 받는 것은 아니[다. 그렇]지만 ... 채무자[J]가 이러한 소송계속 사실을 알았으면 그 소송의 판결의 효력은 기판력을 받게 되는 채무자[J]를 통해 채권자[P2, P3]에게도 미치게 [된다.]



4. 그래서 P2, P3도 공동원고가 되었다면, P1, P2, P3에 대한 소송 결과는 한꺼번에 확정되어야 한다. 이런 소송도 유사필수적 공동소송이다.

91다23486: 각 채권자대위권에 기[초]하여 공동하여 채무자[J]의 권리를 행사하는 다수의 채권자들[P1, P2, P3]은 유사필[수]적 공동소송 관계에 있[다.]

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 38.] 공동소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ③ A 주식회사의 주주인 甲과 乙이 A 주식회사를 상대로 주주총회결의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소송은 필수적 공동소송에 해당한다.

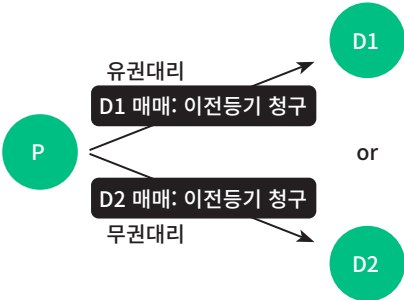
선택적 공동소송

개념

- 1. 어느 한 피고에 대해서만이라도 인용되면 목적을 달성해서,
- 2. 나머지 다른 피고에 대한 청구의 심판을 바라지 않는 경우다.

사례

D1의 대리인을 자처하는 D2로부터 A부동산을 1억 원에 매수한 매수인은 다음과 같이 누구로부터든 뭐라도 받으면 된다면서 선택적 공동소송을 할 수 있다.



- 1. 유권대리를 전제로, 본인 D1을 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구
- 2. 무권대리를 전제로, 대리인 D2를 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구

민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 다른 자[D1]의 대리인[D2]으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인[D1]의 추인을 받지 못한 경우에는 그[D2]는 상대방[P]의 선택에 따라 계약을 이행할 책임...이 있다.

요건

- 1. 단순(통상) 공동소송 요건은 갖춰야 한다.

민사소송법 제65조(공동소송의 요건) ...

- 2. 청구가 양립할 수 없어야 한다. 예를 들어, 본인 D1을 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구를, 대리인 D2를 상대로 1억 원 대여금 반환 청구를 하는 것은 선택적 공동소송이 아니다. 둘 다 인용할 수 있기 때문이다.

민사소송법 제70조(예비적, 선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조[필수적 공동소송에 대한 특별규정]...를 준용한다. ...

② 제1항의 소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다.

2007마515: 민사소송법 제70조 제1항[에서] ‘법률상 양립할 수 없다’는 것은 [어떤 뜻인가?] 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우[를 말한다. 또는,] 당사자들 사이의 사실관계 여하[에 따라] 또는 청구원인을 구성하는 태일적 사실인정[에 따라] 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우[를 말한다.]

[즉, 법률상 양립할 수 없다는 것은] 두 청구들 사이에서 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합[한] 관계를 의미[한다. 이는] 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함[한다.]

단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인 뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우[를 보자.] 누가 피고 적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있[다.] 이는 ... 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당한다.

병합 청구에서 선택적 병합은 양립할 수 있어야 가능하다. 그러나 공동소송에서 선택적 공동소송은 명문 규정상 양립할 수 없어야 가능하다. 명문 규정이 있고 없는 것에 주의하라.

예비적 공동소송

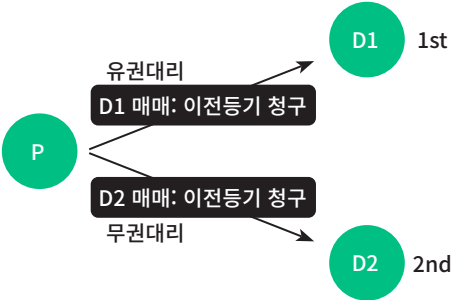
개념

우선적으로 구하는 피고(주위적 피고)에 대한 청구가 인용되지 않을 경우에 한해, 나머지 다른 피고(예비적 피고)에 대한 청구의 심판을 바라는 경우다.

2020다292756: 주관적, 예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태[다.]

사례

매도인 본인으로부터 매수하기를 원하되 안 되면 대리인으로부터라도 매수하고자 하는 매수인은 다음과 같이 예비적 공동소송을 할 수 있다.



- 1. 주위적 피고에 대한 청구: 유권대리를 전제로, 본인 D1을 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구
- 2. 예비적 피고에 대한 청구: 무권대리를 전제로, 대리인 D2를 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구

만약 A부동산 소유자가 D1라면, P 입장에서는 선택적 공동소송보다는 예비적 공동소송을 선호할 것이다.

매도인 본인으로부터 매수하기를 원하되 안 되면 대리인으로부터라도 손해배상을 받고자 하는 매수인은 다음과 같이 예비적 공동소송을 할 수도 있다.



민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 다른 자[D1]의 대리인으로서 계약을 맺은 자[D2]가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인[D1]의 추인을 받지 못한 경우에는 그[D2]는 상대방[P]의 선택에 따라 ... 손해를 배상할 책임이 있다.

2020다292756: [P]는 [D1]이 [D2]에게 이 사건 매매계약을 체결할 대리권을 수여하였다고 주장[한다. 그러]면서, 주위적으로 [D1]을 상대로 이 사건 매매계약에 기[초]한 이 사건 아파트에 관한 소유권이전등기의무의 이행을 구[한다.] ... 나아가 [D1]에게 이 사건 매매계약의 효력이 미치지 않을 것에 대비하여 예비적으로 [D2]를 상대로 [D1]과의 ... 무권대리[에 따른] 손해배상책임을 주장하면서 일정 [돈]의 지급을 구하였[다.]

[D1, D2]에 대한 청구는 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있거나 일방 청구에 대한 판단 이유가 다른 일방 청구에 대한 판단에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합된 관계에 있[다. 그래서] 모든 당사자들 사이에 결론의 합일확정이 필요한 주관적, 예비적 공동소송에 해당한다.

요건

- 1. 단순(통상) 공동소송 요건은 갖춰야 한다.

민사소송법 제65조(공동소송의 요건) ...

- 2. 청구가 양립할 수 없어야 한다. 예를 들어, 본인 D1을 상대로 매매계약에 근거한 A부동산 이전등기 청구를, 대리인 D2를 상대로 1억 원 대여금 반환 청구를 하는 것은 예비적 공동소송이 아니다. 둘 다 인용할 수 있기 때문이다.

민사소송법 제70조(예비적, 선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조[필수적 공동소송에 대한 특별규정)]...를 준용한다. ...

② 제1항의 소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하여야 한다.

부대항소

Incidental Appeal

입술이 없으면 이가 시리다. - “춘추좌씨전”

머리에

사안

- 1. 원고 甲이 피고 乙 상대로 1,000만 원 지급을 구했다.
- 2. 제1심법원은 700만 원까지 인용하고 나머지 300만 원은 기각했다.

청구인용	청구기각
700	300

복습: 불이익 변경 금지

- 1. 상소심법원은
- 2. 원심판결보다
- 3. 상소인에게 불리한(in peius; disadvantageous change) 재판을
- 4. 할 수 없다(원칙).

민사소송법 제415조(항소를 받아들이는 범위) 제1심판결은 그 불복의 한도 안에서 바꿀 수 있다. ...
민사소송법 제431조(심리의 범위) 상고법원은 상고이유에 따라 불복신청의 한도 안에서 심리한다.
2004다8197: 불이익하게 변경된 것인지 여부는 [어떻게 판단하나?] 동시이행의 판결에[서는] 원고가 그 반대급[여]를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없[다. 그러므로] 비록 피고의 반대급[여] 이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급[여]의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 된[다.]

복습: 이심(확정 차단) 범위 ≠ 상소심 심판 범위

- 1. 이심(확정 차단) 범위는 제1심판결 심판대상이었던 청구 전부다.
- 2. 상소심 심판 범위는 상소한 부분뿐이다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형
[문 43.] 상소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
⑤ 건물인도청구소송에서 피고의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 상환이행판결에 대하여 원고만 항소한 경우, 항소심이 위 금전채권의 액수를 더 큰 금액으로 변경하여 상환이행판결을 선고하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다.

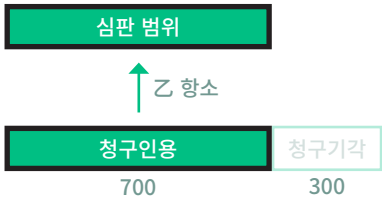
항소심 심판 범위

원고 甲만 항소한 경우



- 1. 항소심 심판 범위는 원고 甲(항소인)이 패소해 불복한 부분, 즉 300만 원 부분이다.
- 2. 원고 甲(항소인)은 총 700만 원~1,000만 원 범위에서 지급받게 된다.

피고 乙만 항소한 경우



- 1. 항소심 심판 범위는 피고 乙(항소인)이 패소해 불복한 부분, 즉 700만 원 부분이다.
- 2. 피고 乙(항소인)은 총 0원~700만 원 범위에서 지급하게 된다.

쌍방 항소한 경우



- 1. 항소심 심판 범위는 원고 甲(항소인 겸 피항소인)이 패소해 불복한 부분, 즉 300만 원 부분과, 피고 乙(항소인 겸 피항소인)이 패소해 불복한 부분, 즉 700만 원 부분이다.
- 2. 원고 甲(항소인 겸 피항소인)은 총 0원~1,000만 원 범위에서 지급받게 된다. 즉, 피고 乙(항소인 겸 피항소인)은 총 0원~1,000만 원 범위에서 지급하게 된다.

부대항소 제도

개념

원고 甲만 항소했다고 하자.

- 1. 상황: 甲(항소인)이 항소를 해서 이미 항소심 절차가 개시된 상황에서,
- 2. 내용: 乙(피항소인) 자신에게 유리하도록 항소심 심판 범위를 확장하는
- 3. 주체: 乙(피항소인)의 신청.

2001다68914 : 부대항소란 ... 상대방[甲]이 제기한 항소의 존재를 전제로 이에 부대하여 원판결을 자기[乙]에게 유리하게 변경을 구하는 제도[다.]

2022다252387: 부대항소란 피항소인[乙]이 제기한 불복신청[이다. 그 목적은? 이 신청]으로 항소심의 심판 범위가 항소인[甲]의 불복 범위에 한정되지 않도록 [한다. 이]로써 자기[乙]에게 유리하게 제1심판결을 변경하기 위한 것[이다.]

부대항소(附帶抗訴, incidental appeal)란, 주된 항소에 덧붙이는 항소라는 뜻이다. 여기서 “부(附)”는 붙다, “대(帶)”는 데리다는 뜻이다.

사례

- 1. 원고 甲만 항소했다. 피고 乙은 항소하지 않은 채 항소기간이 다 지나, 乙의 항소권은 소멸했다.
- 2. 그렇다면, 원래 항소심 심판 범위는 원고 甲(항소인)이 패소한 부분, 즉 300만 원 부분뿐이다.



- 3. 이때 피고 乙(피항소인)은 자신이 패소한 부분, 즉 700만 원 부분까지도 심판해 달라고 신청할 수 있다. 乙의 이 신청이 부대항소다.



- 4. 원고 甲(항소인)은 총 0원~1,000만 원 범위에서 지급받게 된다. 즉, 피고 乙(피항소인)은 총 0원~1,000만 원 범위에서 지급하게 된다.

제도 취지

1. 甲(항소인)은 항소 후 일방적으로 심판 범위를 확장할 수 있다.



2. 여기에 대응해, 乙(피항소인)도 부대항소를 통해 심판 범위를 확장할 수 있게 했다.



부대항소와 불이익 변경 허용

2001다68914: 피항소인[乙]이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인[甲]이 주된 항소 [에 따라] 불복을 제기한 범위[로] 제한을 받지 아니한다.

원고[乙]의 청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고[甲]가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였[다. 그렇다]고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고[乙]가 항소심 계속 중 부대항소로서 청구취지를 확장할 수 있[다. 그러므로] 항소심이 원고[乙]의 부대항소를 받아들여 제1심판결의 인용금액을 초과하여 원고[乙] 청구를 인용하였더라도 거기에 불이익 변경 금지의 원칙이나 항소심의 심판 범위에 관한 법리오해의 위법이 없다.

연습문제2

2026년도 변호사시험 민사법 선택형

[문 39.] 항소 절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄴ. 원고의 금전청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 않은 경우에도, 원고가 부대항소로서 원금 부분의 청구를 확장하였다면 항소심법원은 제1심판결에서 인용한 원금의 액수를 초과하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.

부대항소의 요건과 방식

요건

- 1. 주된 항소가 적법하게 계속 중이어야 한다.
- 2. 주된 항소의 피항소인이 항소인을 상대로 해야 한다.
- 3. 변론 종결 시까지 해야 한다.

민사소송법 제403조(부대항소) 피항소인은 항소권이 소멸된 뒤에도 변론이 종결될 때까지 부대항소(附帶抗訴)를 할 수 있다.

방식

서면으로 신청해야 한다.

민사소송법 제405조(부대항소의 방식) 부대항소에는 항소에 관한 규정을 적용한다.
민사소송법 제397조(항소의 방식, 항소장의 기재사항) ① 항소는 항소장을 제1심법원에 제출함으로써 한다.

2022다252387: [부대항소에는] 항소에 관한 규정이 준용됨에 따라 민사소송법 제397조 제2항에서 정한대로 부대항소취지가 기재된 ‘부대항소장’을 제출하는 방식으로 하여야 [하는 것]이 원칙이다.

다만, 제목을 꼭 “부대항소장”이라 기재할 필요는 없다.

2022다252387: 피항소인이 항소기간이 지난 뒤에 단순히 항소기각을 구하는 방어적 신청에 그치지 [않았다. 피항소인이] 제1심판결보다 자신에게 유리한 판결을 구하는 적극적, 공격적 신청의 의미가 객관적으로 명백히 기재된 서면을 제출[했다.] 이에 대하여 상대방인 항소인에게 공격방어의 기회 등 절차적 권리가 보장[되었다. 이] 경우에는 비록 그 서면에 ‘부대항소장’이나 ‘부대항소취지’라는 표현이 사용되지 않았더라도 이를 부대항소로 볼 수 있다.

항소하지 않은 나머지 부분 확정 시기

애당초 항소(300만 원)하지 않은 나머지 부분은,

- 1. 원래는 항소심 심판대상은 아니다.
- 2. 그러나 항소인(甲)의 심판 범위 확장 또는 피항소인(乙)의 부대항소가 있으면 항소심 심판대상이 될 수도 있다.
- 3. 따라서 항소심 판결을 선고하기 전까지는 확정되지 않는다. 즉, 그 부분은 항소심 판결 선고로 확정된다.

2021다239134: 1개의 청구 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 일방 당사자만이 항소한 경우 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부가 불가분적으로 항소심에 이심[된다. 그러나] 항소심의 심판범위는 이심된 부분 가운데 항소인이 불복한 한도로 제한[된다. 이때] 항소심의 심판대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다.

연습문제

2025년도 변호사시험 민사법 선택형

- [문 43.] 상소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
- ④ 피항소인이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소로 불복한 범위에 한한다.
 - ⑤ 건물인도청구소송에서 피고의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 상황이 행판결에 대하여 원고만 항소한 경우, 항소심이 위 금전채권의 액수를 더 큰 금액으로 변경하여 상환이행판결을 선고하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다.

부대항소의 종속성

개념

만약 주된 항소 실효 → 부대항소도 따라 실효

민사소송법 제404조(부대항소의 종속성) 부대항소는 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 때에는 그 효력을 잃는다. ...

주된 항소의 취하 자유

민사소송법 제363조(항소취하) ① 항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있다.

94다51543: 새로운 종국판결이 있기까지는 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계 없이 항소를 취하할 수 있[다.] 그 때문에 피항소인이 부대항소의 이익을 잃게 되어도 이는 그 이익이 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸되는 것이어서 어쩔 수 없[다. 그러므로] 이미 부대항소가 제기되어 있다 하더라도 주된 항소의 취하는 그대로 유효하다.

