

안녕하세요. 한림법학원 김남훈 변호사입니다.

다들 추운 날씨와 어려운 상황 속에서 고생하셨습니다.

이하는 23년 제12회 변호사시험 민사법 사례형 출제분석 및 간략한 결론입니다.

자세한 상세답안은 추후 정식 교재로 출간할 예정입니다.

주관식 답안은 출제자의 의도가 가장 중요한 것이므로, 제 답안이 출제자의 의도에 정확하게 부합하지는 않겠지만, 수험생 입장에서 이러한 의도로 분석할 수 있다는 점을 전제로 보시면 좋을 듯 합니다.

본 글에 대한 질문사항이나 의문사항은 제 개인메일인 jusdroit@hanmail.net 또는 카카오톡 오픈채팅방 “푸에테앰프랙티스” (참여코드 passpass)을 이용하시길 바랍니다.

항상 기출문제를 분석할 때면, 좀 더 많이 강조할 걸....이라는 아쉬움이 많이 듭니다.

이 글을 보시는 분들이 23년 4월에 활짝 웃을 수 있기를 기원하겠습니다.

다들 행복하시고 건강하시길 바랍니다.

〈제1문의 1〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2021. 1. 15. 乙에게 甲 소유의 X토지를 매매대금 3억 원으로 정하여 매도하면서 계약금 3천만 원은 계약 당일, 잔금 2억 7천만 원은 2021. 3. 15. 지급받기로 하였고, 같은 날 계약금을 지급받았다.

乙은 잔금지급기일 전 X토지의 등기부를 열람하던 중 X토지에 관하여 丙의 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있음을 확인하고, 甲에게 위 丙 명의의 소유권이전등기를 말소하여 줄 것을 요구하였다. 甲이 이에 응하지 아니하자 乙은 잔금을 모두 지급한 뒤 2021. 7. 1. 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여 丙을 상대로 X토지에 관한 소유권이전등기말소청구의 소(이하 ‘이 사건 소송’이라 한다)를 제기하였다. 이 사건 소송에서 乙은 甲을 증인으로 신청하였고, 2022. 1. 12. 증인으로 출석한 甲은 丙의 소유권이전등기가 서류 위조 등으로 인하여 원인무효라는 취지로 증언하였다.

이 사건 소송의 제1심 계속 중인 2022. 3. 12. 乙이 사망하였고, 상속인으로는 丁, 戊, 己가 있다. 丁, 戊, 己는 모두 이 사건 소송을 적법하게 수계하였다.

[※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임, 기간 등과 관련하여 기재된 날짜가 공휴일 인지는 고려하지 말 것]

〈 추가적 사실관계 1 〉

丁은 이 사건 소송을 계속 진행하는 것에 부담을 느껴 소송계속 중인 2022. 5. 11. 소를 취하하였고 丙은 이에 동의하였다.

〈 문제 〉

1. 丁의 소취하가 유효한지 판단하고 근거를 서술하시오. (15점)

〈 추가적 사실관계 2 〉

이 사건 소송의 제1심은 심리를 진행한 뒤 丁, 戊, 己의 청구를 모두 기각하는 판결을 선고하였고, 이에 대하여 丁만이 항소를 제기하였다. 그러자 항소심은 丁만을 항소인으로 보아 소송을 진행한 다음 항소기각판결을 선고하였다.

〈 문제 〉

2. 丁만을 항소인으로 본 항소심 법원의 판단이 타당한지를 근거와 함께 서술하시오. (10점)

■ [출제포인트] 채권자대위소송에서 원고가 사망한 경우에 원고의 상속인들은 유사필수적 공동소송이 된다는 91다 23486판결을 근거로 출제된 문제이다. 민사소송법 압기장에 수록된 사례와 동일한 사례이다.

[민사소송법 압기장 사례 적중]

소유자인 B로부터 임야를 매수한 甲은 소유자 명의를 乙로 되어 있어서 B를 대위하여 乙을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 제기하였다. 乙은 甲의 소제기 이전에 이미 사망하였지만 법원은 甲의 승소판결을 선고하였고 이 판결이 확정되었다. 乙의 사망사실을 알게 된 甲은 乙의 유일한 상속인인 丙을 피고로 하여 위와 동일한 내용의 소를 제기하면서 그 사실을 B에게 통지하였다. 이 소송계속 중 甲은 사망하였고 甲의 상속인으로는 丁, 戊, 己가 있었다. 丁, 戊, 己는 법원에 위 소송에 대한 수계신청을 적법하게 하였고, 변론기일이 지정되었다. 丁은 변론기일에 출석하여 소취하를 하겠다고 진술하였고 丙은 이에 대하여 이의를 하지 않았다. 戊는 청구포기의 취지가 적힌 준비서면에 공증사무소의 인증을 받아 제출하였다. 己는 변론기일에 출석하여 甲의 주장을 반복하여 진술하였다. 법원의 심리 결과 甲의 주장 및 상속인 丁, 戊, 己의 주장들이 사실로 입증되었다. 법원은 丁, 戊, 己의 청구에 대하여 어떤 판결을 선고하여야 하는가?

〈제1문의 2〉

〈 사실관계 〉

甲은 乙에게 판매한 물품의 대금을 지급받지 못하자, 乙을 상대로 매매대금청구의 소(이하 ‘선행소송’이라 한다)를 제기하였다. 乙은 선행소송의 제1심에서 甲에 대한 대여금채권을 자동채권으로 하는 상계항변을 하였으나, 선행소송의 제1심은 금전소비대차계약의 존부 등에 관한 증거가 부족하다는 이유로 乙의 상계항변을 배척하고 甲의 전부승소 판결을 선고하였다.

乙은 이에 불복하여 항소하였고, 그 항소심 계속 중 별도로 甲을 상대로 위 대여금을 청구하는 소(이하 ‘이 사건 소’라 한다)를 제기하였다.

〈 문제 〉

이 사건 소에서 제기될 수 있는 아래의 쟁점들에 관하여 판단하고 근거를 서술하시오. (30점)

- ① 乙이 선행소송에서 상계항변을 제출한 다음 그 소송계속 중 이 사건 소를 제기한 것이 중복된 소제기에 해당하는지
- ② 이 사건 소제기 후 乙이 선행소송의 항소심에서 상계항변을 철회한 경우, 이 사건 소제기가 재소금지 원칙을 위반하는지
- ③ 위 ②의 상계항변 철회 이후, 선행소송의 항소심이 심리를 진행한 뒤 제1심판결을 취소하고 甲의 일부승소 판결을 선고하면서 그 판결 이유에서 乙의 상계항변에 관하여 판단하지 않고 그대로 판결이 확정된 경우, 선행소송 확정판결의 기판력이 이 사건 소에 미치는지

■ [출제포인트] 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결을 기초로 출제된 문제이다. 최근 판례 중에서도 출제가 유력한 쟁점이어서 첨삭반 전범위 문제에 출제하였다.

[22년 첨삭반 전범위 5회차 사례문제 적중]

〈 공통된 사실관계 〉

甲은 乙을 상대로 공사대금청구소송을 제기하였다(이하 ‘선행소송’이라 함). 乙은 선행소송의 제1심에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권(이하 A채권이라 함)을 자동채권으로 하여 상계항변을 하였다. 선행소송의 제1심은 하자의 존재 여부 등에 관한 乙의 증거가 부족하다는 이유로 乙의 상계항변을 배척하고 甲의 전부승소 판결을 선고하였다. 乙은 선행소송에 대하여 항소를 제기한 이후에 甲을 상대로 A채권을 청구하는 소를 별도로 제기하였다(이하 ‘후행소송’이라 함).

〈 문제 〉

1. 후행소송이 중복된 소제기에 해당하는 지에 대하여 서술하시오. (15점)

〈 추가된 사실관계 〉

乙은 선행소송의 제2심 제2회 변론기일에서 상계항변을 甲의 동의도 받지 않고 철회하였다. 이러한 사실을 알게 된 甲은 乙의 후행소송이 재소금지에 위반되는 소제기이므로 위법하다는 주장을 하였다.

〈 문제 〉

2. 이러한 甲의 주장이 타당한 것인지에 대하여 서술하시오. (15점)

〈제1문의 3〉

〈 사실관계 〉

甲은 乙을 상대로 이혼의 소를 제기하였다. 甲이 이혼의 소를 제기할 당시 甲, 乙과 그들의 성년 자녀인 丙은 모두 주소지인 송달장소에서 주민등록상 동일 세대를 구성하며 동거하고 있었고, 乙은 위 송달장소에서 소장 부분 등을 직접 송달받았다.

법원은 甲과 乙이 이혼한다는 내용의 화해권고결정을 하였다. 그 결정 정본은 위 송달장소로 송달되었는데, 丙이 甲에 대한 결정 정본과 乙에 대한 결정 정본을 동시에 송달받았다. 甲과 乙은 모두 위 결정 정본이 송달된 날로부터 2주 이내에 이의신청을 하지 않았다.

丙은 지적 능력과 관련한 장애는 없다. 丙은 위 각 결정 정본을 송달받을 무렵 甲과 乙의 혼인 파탄의 책임이 乙에게 있다며 甲에게 乙과 이혼하고 자신과 평화롭게 살아갈 것을 제안하기도 하였다.

乙은 자신에 대한 위 결정 정본이 적법하게 송달되지 않았으며, 위 결정 정본의 송달 당시 병원에 입원 중이어서 위 결정이 내려진 사실을 알 수도 없었다고 주장하고 있다.

〈 문제 〉

丙이 甲에 대한 결정 정본과 乙에 대한 결정 정본을 동시에 송달받은 것이 적법·유효한지 판단하고 근거를 서술하시오. 만약 甲에 대한 결정 정본은 甲이 위 송달장소에서 직접 수령하였지만, 乙에 대한 결정 정본은 丙이 우연히 우체국 창구에서 송달받았다면 丙에게 이루어진 송달이 적법·유효한지 판단하고 근거를 서술하시오. (15점)

■ [출제포인트] 다음 각 판례에 근거하여 출제된 문제이다. 진모 선택형 문제에 출제하였던 판례이고, 판례의 결론만 알고 있으면 사례형으로 출제되더라도 충분히 답안을 작성할 수 있다고 강의하였다.

1. 보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다 54366 판결).

2. [1] 송달은 원칙적으로 민사소송법 제170조 제1항에서 정하는 송달을 받을 자의 주소, 거소, 영업소 또는 사무실 등의 '송달장소'에서 하여야 하는바, 송달장소에서 송달받을 자를 만나지 못할 때에는 그 사무원, 고용인 또는 동거자로서 사리를 변식할 지능이 있는 자에게 서류를 교부하는 보충송달의 방법에 의하여 송달할 수는 있지만, 이러한 보충송달은 위 법 조항에서 정하는 '송달장소'에서 하는 경우에만 허용되고 송달장소가 아닌 곳에서 사무원, 고용인 또는 동거자를 만난 경우에는 그 사무원 등이 송달받기를 거부하지 아니한다 하더라도 그 곳에서 그 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달의 방법으로서 부적법하다. [2] 우체국 창구에서 송달받을 자의 동거자에게 송달서류를 교부한 것은 부적법한 보충송달이라고 한 사례(대법원 2001. 8. 31.자 2001마3790 결정).

〈제1문의 4〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2018. 2. 1. 乙로부터 주택 건축 공사를 도급받았다. 위 계약 시 甲은 乙과 공사대금은 4억 원으로 정하고 계약금 1억 원은 계약 당일에, 잔금 3억 원은 주택을 완공하여 인도 시에 지급받기로 합의하였고 계약금으로 1억 원을 지급받았다. 甲은 위 계약에 따라 주택 공사를 시작하여 2019. 1. 31. 완공하고 같은 날 乙에게 주택을 인도하였다. [※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임, 기간 등과 관련하여 기재된 날짜가 공휴일인지는 고려하지 말 것]

〈 추가적 사실관계 1 〉

甲은 乙에게 위와 같이 주택을 인도하였음에도 계약금 1억 원 외에 나머지 공사대금을 지급받지 못하자 2021. 11. 1. 乙을 상대로 공사잔대금 3억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였고 그 소장 부분은 2021. 11. 10. 乙에게 송달되었다. 그런데 甲은 성급하게 소를 제기한 것 같다는 생각에 일단은 조금 더 기다려 보기로 하고 乙이 답변서를 내기 전인 2021. 11. 25. 법원에 소취하서를 제출하였다. 소취하서는 2021. 12. 5. 乙에게 송달되었다. 이후 甲은 乙로부터 소제기에 관한 항의를 받고 화가 나 2022. 5. 28. 乙을 상대로 다시 공사잔대금 3억 원의 지급을 구하는 소(이하 ‘이 사건 소송’이라 한다)를 제기하였다.

〈 문제 〉

1. 이 사건 소송에서 乙은 공사잔대금채권이 시효로 소멸하였다고 주장하였고 이에 대하여 甲은 시효가 중단되었다며 반박하였다. 甲과 乙의 주장의 당부를 판단하고 근거를 서술하시오. (15점)

■ [출제포인트] 재판상 청구 후에 소의 취하로 인한 최고의 효력이 발생한 이후 6월 내에 재판상 청구가 있었기 때문에 최고시에 소멸시효가 중단된다는 민법 제170조와 관련된 쟁점이 출제되었다. 乙이 답변서를 제출하지 않았으므로 乙의 동의 없이 甲이 소를 취하할 수 있다는 점(민사소송법 제266조 제2항 참조), 2021. 12. 5.부터 6월 내에 재판상 청구를 하였으므로 소제기시인 2021. 11. 1.로 소급하여 시효중단의 효력이 발생한다는 점, 그 결과 乙의 소멸시효 완성의 주장은 타당하지 않다는 점을 서술하면 된다.

〈 추가적 사실관계 2 〉

丙은 甲에 대하여 3억 원의 대여금채권을 가지고 있었는데 이를 집행채권으로 하여 2021. 2. 1. 甲의 乙에 대한 공사잔대금채권 3억 원에 대하여 압류 및 추심명령을 받았고, 다음 날 그 압류 및 추심명령이 甲과 乙에게 각각 송달되었다. 丁도 甲에 대하여 4억 원의 대여금채권을 가지고 있어 이를 집행채권으로 하여 2021. 3. 3. 마찬가지로 甲의 乙에 대한 공사잔대금채권 3억 원에 대하여 압류 및 추심명령을 받았고, 다음 날 그 압류 및 추심명령이 甲과 乙에게 각각 송달되었다. 丙은 2021. 4. 1. 추심명령에 근거하여 乙을 상대로 3억 원의 지급을 구하는 추심금 청구의 소를 제기하였다. 소송절차에서 丙의 소송은 조정에 회부되었고, 그 조정절차에서 “1. 피고는 원고에게 2억 5천만 원을 지급한다. 2. 원고는 나머지 청구를 포기한다. 3. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다.”라는 조정을 갈음하는 결정이 있었으며 이 결정은 쌍방으로부터 이의신청이 없어 그대로 적법하게 확정되었다.

〈 문제 〉

2. 이후 丁이 乙을 상대로 추심금청구의 소를 제기할 경우, 위 조정을 갈음하는 결정의 효력이 丁이 제기한 추심금청구의 소에 미치는지를 판단하고 근거를 서술하시오. (15점)

[참고 법령] 「민사조정법」

제30조(조정을 갈음하는 결정) 조정담당판사는 합의가 성립되지 아니한 사건 또는 당사자 사이에 성립된 합의의 내용이 적당하지 아니하다고 인정한 사건에 관하여 직권으로 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청 취지에 반하지 아니하는 한도에서 사건의 공평한 해결을 위한 결정을 할 수 있다.

제34조(이의신청) ① 제30조 또는 제32조의 결정에 대하여 당사자는 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의를 신청할 수 있다. 다만, 조서의 정본이 송달되기 전에도 이의를 신청할 수 있다. ②~③ (생략) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제30조 및 제32조에 따른 결정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다. 1. 제1항에 따른 기간 내에 이의신청이 없는 경우 2.~3. (생략) ⑤ 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

■ [출제포인트] 추심채권자 사이에 기판력이 미치지 않는다는 다음 판결을 근거로 출제된 문제이다. “동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력은 그 소송의 변론종결일 이전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치지 않는다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390 판결).” 다만, 판례는 화해권고결정 사안이었는데, 이를 민사조정법상 조정사안으로 변형하여 출제한 것이다. 22년 민법 진모 소멸시효 파트에서 기판력의 쟁점이 민사조정법상의 조정과 관련하여 출제될 수 있고, 민사조정법상 조정이 출제되면, 민사조정법상 조정은 재판상 화해와 동일하므로, 그 점을 전제로 답안을 작성하면 된다고 강의하였다.

[22년 진모 민법 2회차 소멸시효 중단 사례 문제 중 참조조문]

〈 참조조문 〉 민사조정법

제30조(조정을 갈음하는 결정) 조정담당판사는 합의가 성립되지 아니한 사건 또는 당사자 사이에 성립된 합의의 내용이 적당하지 아니하다고 인정한 사건에 관하여 상당한 이유가 없으면 직권으로 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청 취지에 반하지 아니하는 한도에서 사건의 공평한 해결을 위한 결정을 하여야 한다.

제34조(이의신청) ① 제30조 또는 제32조의 결정에 대하여 당사자는 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의를 신청할 수 있다. 다만, 조서의 정본이 송달되기 전에도 이의를 신청할 수 있다. ② 제1항의 기간 내에 이의신청이 있을 때에는 조정담당판사는 이의신청의 상대방에게 지체 없이 이를 통지하여야 한다. ③ 이의신청을 한 당사자는 해당 심급의 판결이 선고될 때까지 상대방의 동의를 받아 이의신청을 취하할 수 있다. 이 경우 「민사소송법」 제266조 제3항부터 제6항까지의 규정을 준용하며, "소"는 "이의신청"으로 본다. ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제30조 및 제32조에 따른 결정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다. 1. 제1항에 따른 기간 내에 이의신청이 없는 경우 2. 이의신청이 취하된 경우 3. 이의신청이 적법하지 아니하여 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 각하결정이 확정된 경우 ⑤ 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

〈제1문의 5〉

〈 사실관계 〉

甲은 X토지를 소유하고 있는 乙과 X토지에 관한 매매계약을 체결하고 잔금까지 지급하였으나, 매도인인 乙이 이 전등기를 마쳐 주지 않자 A변호사를 소송대리인으로 선임하여 乙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다.

甲은 A변호사에게 소송위임을 하면서 ‘소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙’에 관한 특별수권을 하였다. 소송 중에 A변호사는 乙이 甲에게 소유권이전등기를 마쳐 주지 못한 이유가 X토지의 일부를 도로로 사용하고 있는데 甲이 소유권을 취득한 후 그 도로를 없애버리면 곤란해지기 때문이라는 점을 파악하고, 乙과 X토지 전체의 5%에 해당하는 도로 부분을 분할하여 그 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여 甲에게 소유권이전등기를 마쳐 주는 내용으로 소송상 화해를 하였다. 이에 대하여 甲은 준재심의 소를 제기하면서 자신이 A변호사에게 화해에 관한 권한은 부여하였으나, X토지 전체의 5%를 처분할 수 있는 권한을 준 것은 아니라고 주장하였다.

〈 문제 〉

甲의 주장이 타당한지 판단하고 근거를 서술하시오. (10점)

■ [출제포인트] 소송위임에 의한 소송대리인의 소송대리권의 범위는 민사소송법에서 정하고 있다(민사소송법 제90조 참조). 이 경우에 변호사인 소송대리인의 소송대리권은 제한하지 못한다(민사소송법 제91조). 즉 본인이 변호사인 소송대리인에게 화해의 권한을 부여하였다면 그에 대한 제한은 소송법상 효력이 없다. 따라서 답안에는 본 조문의 내용과 취지를 서술하고 甲의 주장이 타당하지 않다고 결론을 내리면 된다.

〈제1문의 6〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2019. 3. 1. 乙로부터 X토지를 임대차보증금 5억 원, 임대차 기간 3년으로 정하여 임차하였다. 甲은 2019. 3. 1. A은행으로부터 3억 원을 변제기 2022. 2. 28.로 정하여 대출받으면서 A은행에 위 임대차보증금반환채권 중 3억 원에 대하여 질권을 설정해 주었다. 질권설정계약 당일 乙은 A은행에 위 질권 설정에 관하여 확정일자 있는 승낙을 하였고, 임대차의 종료 등으로 임대차보증금을 반환하는 경우 질권이 설정된 3억 원을 A은행에 직접 반환하기로 약정하였다. [※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임, 기간 등과 관련하여 기재된 날짜의 공휴일 여부, 이자 및 지연손해금은 고려하지 말 것]

〈 추가적 사실관계 1 〉

丙은 甲에 대하여 5억 원의 대여금채권을 가지고 있는데, 2019. 5. 1. 위 대여금채권을 집행채권으로 하여 甲의 임대차보증금반환채권 5억 원에 대한 압류 및 전부명령을 받았고, 위 압류 및 전부명령은 2019. 5. 10. 채무자 甲과 제3채무자 乙에게 각각 송달된 후 확정되었다. 乙은 임대차가 종료된 2022. 2. 28. 위 보증금 5억 원을 丙에게 지급하였다. A은행은 丙이 지급받은 금원 중 3억 원이 자신에게 먼저 지급되었어야 할 몫이라고 주장하며, 丙을 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였다.

〈 문제 〉

1. A은행의 丙에 대한 청구가 이유 있는지 판단하고 근거를 서술하시오. (20점)

■ [출제포인트] 대법원 2022. 3. 31. 선고 2018다21326 판결에 기초하여 출제된 문제이다. 최신판례강의에서 기록형에 출제되면 A은행이 乙을 피고로 질권에 근거하여 이행청구를 해야 한다는 내용으로 강의하였다. A은행은 乙에게 질권을 행사할 수 있으므로, A은행의 丙에 대한 부당이득반환청구는 이유 없다는 내용으로 서술하면 된다.

〈 추가적 사실관계 2 〉

甲은 乙이 X토지를 B에게 매도하려 한다는 소식을 듣고 乙에게 보증금반환채권을 위한 담보를 요구하였다. 이에 乙은 2020. 1. 3. 甲에게 X토지에 관하여 채권최고액 5억 원, 채무자 乙, 근저당권자 甲으로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 이후 乙과 B 사이의 매매계약 체결이 무산되자, 甲과 乙은 2020. 5. 1. X토지에 관한 근저당권설정계약을 해지하고 위 근저당권설정등기를 말소하였다. 이후 乙은 X토지를 丁에게 양도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 뒤늦게 이러한 사정을 알게 된 A은행은 甲의 근저당권은 피담보채권의 중된 권리로서 그 피담보채권인 임대차보증금반환채권과 함께 질권의 목적이 되므로, A은행의 동의 없이 말소된 甲 명의의 근저당권설정등기가 회복되어야 한다고 주장하며 乙과 丁을 상대로 말소된 근저당권설정등기에 관한 회복등기청구의 소(이하 ‘이 사건 소송’이라 한다)를 제기하였다. 甲과 乙 사이의 임대차계약, 甲과 A은행 사이의 질권설정계약 당시 근저당권 설정에 관해서는 논의된 바 없고, 甲의 근저당권설정등기에 관하여 질권의 부기등기가 마쳐지지 않는 않았다.

〈 문제 〉

2. 법원은 乙과 丁에 대한 이 사건 소송에 관하여 어떠한 판단을 하여야 하는지 ① 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용)과 ② 근거를 서술하시오. (20점)

■ [출제포인트] 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결을 기초로 출제된 문제이다. 최신판례강의에서 사안의 경우에는 근저당권에 질권의 효력이 미치지 않으므로, 질권자가 근저당권설정등기에 대한 말소회복청구를 할 수 없다는 점이 사례형으로 출제될 수 있다고 강조한 판례이다. 한편 말소회복등기청구소송의 피고적격자는 말소당시의 소유자이므로, A의 말소당시 소유자인 乙에 대한 청구는 피고적격은 구비되었으나 A에게 말소회복등기청구권이 인정되지 않으므로 청구기각판결을 선고해야 한다는 점, A의 회복당시 소유자인 丁에 대한 청구는 丁은 말소회복등기청구소송의 피고적격자가 아니므로 소각하판결을 선고해야 한다는 점을 중심으로 서술하면 된다(참고로 A는 丁을 상대로는 말소회복등기에 대한 승낙의사청구를 해야 한다. 물론 A에게 말소회복등기청구권이 없으므로 승낙의사청구는 청구기각이 될 것이다).

〈제2문의 1〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲은 2022. 2. 1. A로부터 A 소유의 X토지 및 Y토지를 대금 각 1억 원에 매수하고, 위 대금을 모두 지급하였다. 이어서 甲은 2022. 3. 31. 「부동산등기법」에 따라 ① X토지에 관하여는 甲 명의의 소유권이전등기의 등기신청정보를 전산정보처리조직에 저장하였고, ② Y토지에 관하여는 그 등기 명의만을 乙로 하기로 하는 乙과의 합의 및 이에 대한 A의 협조에 乙 명의의 소유권이전등기의 등기신청정보를 전산정보처리조직에 저장하였다. 이에 따라 등기관은 2022. 4. 4. 전산정보처리조직을 이용하여 각 등기부에 위 소유권이전등기에 관한 등기사항을 기록함으로써 등기사무를 처리한 뒤 나머지 후속절차까지 모두 마쳤다.

〈 문제 〉

1. 위 각 토지에 관한 등기가 모두 마쳐진 상태에서, 2022. 4. 1.을 기준으로 X토지 및 Y토지의 각 소유자는 누구인가? (10점)

■ [출제포인트] 부동산등기법 제6조와 3자간 명의신탁의 효력에 관한 문제가 출제되었다. 기록형 압기장에 부동산등기법 제6조의 조문을 수록하였고, 1순환 기록형 압기장 강의에서 “현재는 전산화되어 있으므로 정보를 저장하면 접수된 것으로 보고 등기가 마쳐지면 접수시로 소급하여 등기의 효력이 발생한다”고 강의하였다. 따라서 X토지는 부동산등기법에 따라 저장된 때인 2022. 3. 31.에 甲의 소유가 되고, Y토지는 3자간 명의신탁이어서 물건변동이 무효이므로, 여전히 A의 소유라는 점을 서술하면 된다. [관련조문] 부동산등기법 제6조(등기신청의 접수시기 및 등기의 효력발생시기) ① 등기신청은 대법원규칙으로 정하는 등기신청정보가 전산정보처리조직에 저장된 때 접수된 것으로 본다. ② 제11조 제1항에 따른 등기관이 등기를 마친 경우 그 등기는 접수한 때부터 효력을 발생한다.

〈 추가적 사실관계 〉

甲의 대여금 채권자 丙은 2022. 6. 1. 대여금채권의 변제에 갈음하여 甲으로부터 Y토지의 소유권을 이전받기로 약정하고, 같은 날 乙로부터 직접 丙 명의의 소유권이전등기를 마쳤다. 그 후 갑자기 Y토지의 시가가 폭등하자, Y토지에 관한 乙 명의의 소유권이전등기 과정을 잘 알고 있던 A는 Y토지를 되찾아올 목적으로, 丙을 상대로 Y토지에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다.

〈 문제 〉

2. A의 丙에 대한 위 소유권이전등기청구 소송에서, 丙은 ① 자신은 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제4조 제3항의 ‘제3자’에 해당하고, ② 자신 명의의 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다고 항변하였다. A의 丙에 대한 청구는 인용될 수 있는가? (25점)

■ [출제포인트] “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항에 정한 ‘제3자’는 명의수탁자가 물건자임을 기초로 그와 새로운 이해관계를 맺은 사람을 말하고, 이와 달리 오로지 명의신탁자와 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 경로받은 것 같은 외관을 갖춘 자는 위 조항의 제3자에 해당하지 아니하므로, 같은 조항을 들어 무효인 명의신탁등기에 더 잡아 경로된 자신의 등기의 유효를 주장할 수는 없으나, 이러한 자도 자신의 등기가 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다는 주장은 할 수 있다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다45187 판결).”는 판례를 기초로 출제된 문제이다. 한편, 이와 동일한 취지의 최근 판례가 판시되었는데, 이를 근거로 사실관계를 구성한 것으로 추측된다. [최근판례] 이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 명의신탁약정과 그에 기한 등기는 무효로 되고[부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다) 제4조 제1항, 제2항], 그 결과 명의신탁된 부동산은 매도인 소유로 복귀하므로 매도인은 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있게 된다. 한편 부동산실명법은 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약의 효력을 부정하는 규정을 두고 있지 아니하므로 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하고, 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구하거나 그 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의수탁자에게 무효인 그 명의 등기의 말소를 구할 수 있다. 그러므로 이러한 지위에 있는 명의신탁자가 제3자와 사이에 부동산 처분에 관한 약정을 맺고 그 약정에 기하여 명의수탁자에서 제3자 앞으로 마쳐준 소유권이전등기는 다른 특별한 사정이 없는 한 실체관계에 부합하는 등기로서 유효하다고 보아야 한다(대법원 2022. 9. 29. 선고 2022다228933 판결).

〈제2문의 2〉

A는 2022. 4. 1. 甲에게 1억 원을 변제기 2022. 4. 30.로 정하여 대여하였고, 甲의 부탁을 받은 乙은 같은 날 A와 사이에 甲의 A에 대한 위 대여금채무를 위한 보증계약을 체결하였다.

한편 乙은 2022. 5. 2. 甲에게 乙 소유의 X토지를 1억 원에 매도하면서 X토지의 인도 및 소유권이전등기 소요서류의 교부는 2022. 7. 1. 이행하기로 하였고, 대금은 계약 당일 전액 수령하였다. 그런데 甲은 2022. 5. 30. 乙에게 착오를 이유로 위 매매계약을 취소하였고, 위 취소의 의사표시는 2022. 5. 31. 乙에게 도달하여 매매계약은 적법하게 취소되었다.

위 상태에서 甲에 대한 1억 원의 대여금 채권자 丙은 2022. 6. 2. 관할 법원에 甲을 채무자, 乙을 제3채무자로 하여 甲의 乙에 대한 위 부당이득반환채권에 대해 압류 및 추심명령을 신청하였고, 법원은 2022. 6. 10. 압류 및 추심명령을 발령하였다. 위 압류 및 추심명령은 2022. 6. 20. 甲과 乙에게 송달되었고, 丙은 2022. 6. 21. 乙을 상대로 위 추심명령에 따른 추심금 청구의 소를 제기하였다. 한편 乙은 2022. 7. 20. A에게 甲의 A에 대한 2022. 4. 1.자 대여금 채무 전액을 변제하였다.

〈 문제 〉

丙의 乙에 대한 위 추심금청구 소송에서, 乙은 甲에 대한 사전구상권과 사후구상권을 자동채권으로, 甲의 乙에 대한 부당이득반환채권을 수동채권으로 하여 상계하였다. 乙의 각 상계 주장은 타당한가? (이자나 지연손해배상 기타 부수 청구는 고려하지 말 것) (30점)

■ [출제포인트] 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결과 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결을 근거로 출제된 문제이다. 제9회 변사에서 동시이행의 항변권과 관련된 사안(제498조의 예외사안)이 출제되었으므로, 앞으로는 본 사안(제498조의 반대해석사안)이 출제될 수 있다고 강조하였고, 진도별 모의고사에서도 출제하였다. 사전구상권에는 甲의 담보제공청구권의 항변권이 있어서, 사후구상권에는 자동채권의 변제기가 수동채권의 변제기보다 나중에 도래하여서, 乙의 각 상계 주장은 타당하지 않다는 내용으로 서술하면 된다.

[22년 민법 진모 6회차 사례형 적중]

甲은 2015. 11. 19. 乙에 대한 승소확정판결에 기하여 乙의 丙에 대한 부당이득금반환채권(변제기는 2013. 12. 27.에 도달함)에 대하여 채권압류 및 추심명령(이하 '이 사건 추심명령'이라 한다)을 받았고, 이 사건 추심명령이 2015. 11. 23. 丙에게 송달되었다. 한편 丙은 乙의 丁에 대한 채무에 대하여 乙의 부탁을 받고 丁과 연대보증계약을 체결하였다. 그 후 2013. 4. 19. 채무의 이행기가 도래함으로써 민법 제442조 제1항 제4호에 따라 丙은 乙에 대한 사전구상권을 취득하였다. 그 후 丙이 2016. 9. 29. 丁에게 乙의 丁에 대한 채무 원리금인 1억 원을 전액 변제하였다.

〈 문제 〉

그 이후에 甲이 이 사건 추심명령에 근거하여 丙에게 추심금 청구를 한 경우에 丙이 乙에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하고 乙의 자신에 대한 부당이득금반환채권을 수동채권으로 하여 상계를 하여, 甲에게 상계로 대항할 수 있는지에 대하여 서술하시오. (25점)

〈제2문의 3〉

〈 기초적 사실관계 〉

甲(남편)과 乙(부인)은 2020. 1.경 혼인신고를 마친 부부이다. 乙은 2022. 4. 1. 甲을 대리하여 丙으로부터 丙 소유의 X토지를 매매대금 3억 원에 매수하면서, 잔금 지급과 토지인도 및 소유권이전등기 소요서류의 교부는 2022. 6. 30. 동시에 이행하기로 약정하였다(이하 ‘제1매매계약’이라 한다). 이후 乙은 2022. 8. 1. 甲을 대리하여 丁에게 X토지를 매매대금 3억 5,000만 원에 매도하면서, 잔금 지급과 토지인도 및 소유권이전등기 소요서류의 교부는 2022. 10. 31. 동시에 이행하기로 약정하였다(이하 ‘제2매매계약’이라 한다). [※ 이하의 추가적 사실관계 1, 2는 각각 독립적인 별개의 사실관계임]

〈 추가적 사실관계 1 〉

제1, 2매매계약은 적법하게 체결되었고 그 이행기도 모두 경과하였으나, 위 각 매매계약에 따른 잔금 지급과 소유권이전등기는 이루어지지 않고 있었다. 그러던 중 甲, 丙, 丁 3인은 ‘丙은 甲을 거치지 아니하고 곧바로 丁에게 X토지에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주기로 한다’는 내용의 합의서를 작성하였다. 그러나 위 합의에도 불구하고 丙이 소유권이전등기를 계속 미루자 丁은 丙을 상대로 X토지에 관하여 직접 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 위 소송에서 丙은 ‘위 합의서 작성 이후 甲과 사이에 제1매매계약에 따른 미지급 잔대금 2억 원을 2억 3,000만 원으로 증액하기로 약정하였으므로, 위 2억 3,000만 원을 지급받을 때까지는 丁의 청구에 응할 수 없다’고 항변하였다.

〈 문제 〉

1. 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 ① 결론(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용 - 일부 인용의 경우 인용 범위를 특정할 것)과 ② 논거를 서술하시오. (10점)

■ [출제포인트] 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003다66431 판결을 근거로 출제된 문제이다. 丙의 동시이행의 항변권이 인정되므로, 법원은 丙은 甲으로부터 2억 3천만 원을 지급받음과 동시에 丁에게 소유권이전등기절차를 이행하라는 청구 일부인용 판결을 선고해야 한다는 내용을 서술하면 된다. [관련판례] 최초매도인과 중간매수인, 중간매수인과 최종매수인 사이에 순차로 매매계약이 체결되고 이들 간에 중간생략등기의 합의가 있는 후에 최초매도인과 중간매수인 간에 매매대금을 인상하는 약정이 체결된 경우 최초매도인은 인상된 매매대금이 지급되지 않았음을 이유로 최종매수인 명의로의 소유권이전등기의무의 이행을 거절할 수 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003다66431 판결).

〈 추가적 사실관계 2 〉

제1매매계약은 乙이 부동산 매매를 통한 시세차익을 얻기 위해 타지에 출장 중인 甲과 상의 없이 집에 보관 중이던 甲의 인감도장을 사용하여 체결한 것으로, 乙은 제1매매계약에 따른 매매대금을 지급하고 2022. 6. 30. X토지에 관하여 甲 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 2022. 7. 중순경 乙로부터 X토지의 소유권취득 경위를 듣게 되었으나 이에 대해 별다른 이의를 제기하지 않았다. 이후 X토지의 시세가 하락할 것이라는 소문이 돌자, 乙은 甲에게 알리지 않고 甲의 인감도장을 사용하여 甲 명의의 위임장을 작성한 다음, 2022. 8. 1. 甲을 대리하여 丁에게 X토지를 매도하는 제2매매계약을 체결하였다. 丁은 위 계약체결 당시 乙과 부동산중개인을 만나 ‘乙은 甲의 배우자로 출장 중인 남편 甲을 대리하여 X토지를 매수하였다가 바로 전매하는 것이다. 甲이 매매계약을 체결하라고 인감도장과 서류도 乙에게 맡기고 갔다’는 설명을 들었고, 乙이 甲의 인감도장과 X토지의 등기필정보를 소지하고 있음을 확인하였다. 출장에서 돌아온 甲은 2022. 8. 중순경 乙로부터 제2매매계약의 체결 사실을 듣고 X토지의 시세를 확인해 보니, 소문과 달리 X토지의 시세가 상승한 것을 확인하였다. 이에 甲은 즉시 丁에게 ‘제2매매계약은 乙이 무단으로 체결한 것이므로 무효’라고 주장하며 丁에 대한 소유권이전등기절차를 이행하지 아니할 의사를 밝혔다.

〈 문제 〉

2. 丁은 ① 乙이 甲의 배우자로서 X토지의 처분에 관한 대리권이 있었고, 그렇지 않다 하더라도 ② 丁으로서 乙에게 그러한 대리권이 있는 것으로 믿을 수밖에 없었으므로, 甲은 丁에게 제2매매계약에 따른 소유권이전등기의무가 있다고 주장한다. 丁의 주장은 타당한가? (25점)

■ [출제포인트] 일상가사대리권의 범위와 일상가사대리권을 기본대리권으로 하는 민법 제126조의 표현대리의 성립가능성에 관한 문제가 출제되었다. ①과 관련하여, 일상가사대리권의 범위에 특별한 사정이 없는 한 토지 처분은 포함되지 않는다는 점, ②와 관련하여 객관적 사정을 인정하기 어려우므로 일상가사대리권을 기본대리권으로 하여 민법 제126조의 표현대리가 성립하기 어렵다는 점(물론 인정된다고 서술할 수도 있음)을 중심으로 서술하면 된다.

〈제3문의 1〉

〈 기초적 사실관계 〉

A주식회사는 중고자동차 수출입업을 하는 비상장회사이다. A회사에는 대표이사 甲을 포함하여 총 7인의 이사가 있으며, 丁은 감사로 재직 중이다. 甲은 A회사의 영업이 호조를 보이자 스스로 전액 출자하여 중고자동차 수출입업을 하는 B주식회사를 설립하기로 하였다. 甲은 자신의 계획을 A회사 이사회에서 승인받기 위하여 적절한 절차를 거쳐 이사회를 소집하였다. 이사 전원이 참석한 A회사 이사회는 甲으로부터 B회사의 설립과 관련된 간단한 요약 자료에 의한 보고를 받고 이의 승인여부를 표결에 부쳤다. 이러한 보고 자료 외에 B회사 영업의 구체적인 내용이나 A회사에 미치는 영향 등에 대한 설명이나 검토는 이루어지지 않았다. 이사 乙은 B회사의 영업이 A회사와 경쟁관계에 있어 손해를 초래할 수 있으므로 이에 대해 충분한 검토를 해야 한다고 주장하며 표결에서 반대하였으나, 甲을 포함한 이사 5명은 찬성, 丙은 기권(의사록에는 이의를 했다는 기록은 없고 단지 기권한 것으로 기재되어 있음)하였다. 이사회 종료 후 甲은 B회사를 설립하고营业을 개시하였다. B회사가 A회사와 주된 거래처를 두고 서로 경쟁하였고, 이로 인해 A회사는 매출액이 크게 감소하면서 손해를 입게 되었다.

〈 문제 〉

1. 가. A회사의 대표이사인 甲이 B회사를 설립하여 중고자동차 수출입업을 행하는 것은 「상법」상 요건을 갖춘 것인가? (15점)
나. A회사는 乙을 제외한 나머지 이사 전부를 피고로 하여 손해배상청구소송을 제기하였다. 이 손해배상청구는 인용될 수 있는가? (20점)

■ [출제포인트] 甲이 상법상 '경업금지의무'와 '회사의 기회유용금지의무'를 위반하였는지를 판단하는 문제가 출제되었다. (i) 가.와 관련하여, 甲은 특별이해관계인이므로 의결권이 제한되어서, 이사회의 찬성 비율은 4/6이어서 2/3 이상의 찬성요건(상법 제397조의2 제1항)은 충족하였지만, 이사회에서 'B회사 영업의 구체적인 내용이나 A회사에 미치는 영향 등에 대한 설명이나 검토는 이루어지지 않았다.'고 하였으므로, 판례의 취지상 이사회 결의 내용이 적법하지 못하므로, 상법상의 요건을 갖추지 못하였다고 서술하면 된다. (ii) 나.와 관련하여, 손해배상청구소송에서는 甲을 포함하여 찬성한 이사 5명은 충실의무 등을 위반하였고, 경영판단의 법칙으로 보호받을 수 없으므로 제399조 제2항에 의하여 책임을 부담하지만, 기권한 丙은 판례의 취지상 제399조 제2항의 책임을 부담하지 않는다고 서술하면 된다.

[관련판례] 특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니하므로, 회사의 3명의 이사 중 대표이사과 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 의결을 하였다면 이사 3명중 2명이 출석하여 과반수 출석의 요건을 구비하였고 특별이해관계 있는 이사가 행사한 의결권을 제외하더라도 결의에 참여할 수 있는 유일한 출석이사인 대표 이사의 찬성으로 과반수의 찬성이 있는 것으로 되어 결의는 적법하다(대법원 1992. 4. 14. 선고 90다카22698 판결).

[관련판례] 이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 그러나 회사의 이사회가 그에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었다더라도 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결).

[관련판례] 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우에 그 이사는 "이익을 한 기재가 의사록에 없는 자"라고 볼 수 없으므로, 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 없고, 따라서 제2항의 책임을 부담하지 않는다고 보아야 한다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결).

< 추가적 사실관계 >

A회사는 비상장회사인 C주식회사의 발행주식총수 9천 주 중 7천6백 주를 주권 형태로 소유하고 있으며 주주명부에 명의개서까지 완료한 상태이다. 아울러 C회사는 자기주식 1천 주를 보유하고 있다. C회사는 경제 상황이 불안정해지자 자금을 추가 조달할 생각으로 A회사의 거래처인 D주식회사에 주식 1천 주를 적법하게 추가 발행하였다. C회사는 D회사의 명의로 주주명부에 명의개서까지 완료하였으나 주권을 발행하지는 않았다. 그런데 D회사는 신주를 발행받은 후 C회사의 경영실적이 급격히 악화되자 A회사에 C회사 주식 1천 주를 매수할 것을 요구하였다. 이에 A회사는 신주 발행일로부터 4개월이 지난 시점에 D회사로부터 1천 주를 매수하였고, D회사는 이를 C회사에 통지하였다. A회사가 D회사로부터 주식을 매수한 후 3개월이 더 지났으나 C회사는 여전히 1천 주에 대한 주권을 발행하지 않고 있으며, 주주명부상 D회사가 여전히 1천 주의 주주로 기재되어 있다. 경영실적이 더욱 악화된 C회사는 A회사가 「상법」상 지배주주의 매도청구권을 이용하여 C회사 소수주주들의 주식 전부를 강제적으로 매수하는 것이 C회사의 경영정상화의 첫걸음이라고 판단하였다. A회사, D회사, 소수주주들에게 소집통지를 하여 개최된 C회사의 주주총회에서는 A회사와 D회사의 찬성으로 A회사가 C회사의 소수주주들에게 주식의 매도를 청구할 수 있도록 승인하는 결의가 이루어졌다.

< 문제 >

2. 가. A회사는 D회사로부터 1천 주를 유효하게 취득하였는가? (10점)
 - 나. A회사의 매도청구를 승인하는 C회사의 주주총회결의에서 D회사가 소집통지를 받고, 의결권을 행사한 것은 결의의 하자라고 할 수 있는가? (10점)
 - 다. A회사는 C회사의 소수주주들에게 주식의 매도를 청구할 권리가 있는가? (10점)

■ [출제포인트] 가.와 관련하여, 주권발행전 주식양도의 하자치유가능성의 문제가 출제되었다. 따라서 신주 발행일로부터 4개월만에 주식을 양도하였지만, 그로부터 3개월이 지날때까지 주권이 발행되지 않았으므로 A회사는 D회사로부터 1천 주를 유효하게 취득하였다고 서술하면 된다.

나.와 관련하여, D회사가 주식을 양도하여 실질주주는 아니지만, 주주명부에 명의개서가 존재하므로, 형식설과 쌍면적 구속설의 입장에서 D회사가 의결권을 행사한 것은 결의의 하자라고 할 수 없다고 서술하면 된다.

다.와 관련하여, 지배주주의 매도청구권과 관련하여 95%를 계산하는 방법에 관한 쟁점이 출제되었다. 본 쟁점은 최근에 기출된 쟁점인데, 다시 출제되었다. 자회사의 자기주식을 분모와 분자에 포함한다는 것이 판례의 입장이므로 A회사는 1만주 중에서 9천 6백주를 보유하고 있으므로 요건을 충족한 것이라고 서술하면 된다.

[관련판례] 주권발행 전에 한 주식의 양도가 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 이루어졌더라도 그 이후 6월이 경과하고 그 때까지 회사가 주권을 발행하지 않았다면, 하자는 치유되어 회사에 대하여도 유효한 주식양도가 된다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2000두1850 판결).

[관련판례] 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부에 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 판결).

[관련판례] 자회사의 소수주주가 제360조의25 제1항에 따라 모회사에게 주식매수청구를 한 경우에 모회사가 지배주주에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수를 기준으로 보유주식의 수의 비율을 산정하도록 규정할 뿐 발행주식총수의 범위에 제한을 두고 있지 않으므로 자회사의 자기주식은 발행주식총수에 포함되어야 한다. 또한 제360조의24 제2항은 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산하도록 규정할 뿐 자회사가 보유한 자기주식을 제외하도록 규정하고 있지 않으므로 자회사가 보유하고 있는 자기주식은 모회사의 보유주식에 합산되어야 한다(대법원 2017. 7. 14. 선고 2016마230 판결).

〈제3문의 2〉

유명 가수인 甲은 乙과 대형 레스토랑 사업에 관하여 다음과 같이 약정하였다.

1. 甲은 사업자금 5억 원 전액을 출자하되, 레스토랑 운영에는 관여하지 않는다.
2. 레스토랑은 乙의 단독명의로 운영한다.
3. 이익의 분배는 甲과 乙이 7대 3의 비율로 한다.
4. 상호는 ‘월드스타 甲 레스토랑’으로 한다.

乙은 위 약정에 따라 레스토랑 영업을 개시한 이후 식자재도매상인 丙과 식자재납품계약을 체결하였는데 丙에게 3억 원의 대금을 변제하지 못하고 있다.

〈 문제 〉

丙은 지급받지 못한 식자재납품대금을 甲과 乙에게 청구할 수 있는가? (20점)

■ [출제포인트] 익명조합의 법률관계가 출제되었다. 익명조합은 출제가능성이 높음에도 수험가에서 중요도를 간과하고 있는 쟁점이라 유의해야 한다고 강조하였고, 22년 침삭반 전범위 모의고사에서 익명조합의 모든 쟁점을 학습할 수 있는 문제를 출제하였다. 乙은 영업자이므로 대외적으로 단독영업자의 책임주체로서 대금지급의무를 부담하고, 甲은 익명조합원이지만 예외적으로 상법 제81조에 따라 대금지급의무를 부담한다. 따라서 甲과 乙은 부진정연대책무를 부담하므로, 丙은 甲과 乙에게 대금을 청구할 수 있다고 서술하면 된다.

[22년 침삭반 전범위 모의시험 상법 제4회 사례형 적중]

〈 공통된 사실관계 〉

컴퓨터 소프트웨어 프로그램 개발사업자인 甲은 자금력이 있는 乙과 다음과 같은 동업계약을 체결하였다. 『① 乙은 프로그램 개발사무소의 임대, 개발비용 및 운영자금을 위해 5억 원을 출자하고, 甲은 프로그램개발 및 그 운영사업을 담당하고 다른 사업에는 종사하지 않는다. ② 甲은 乙에게 영업이익의 발생하는 경우에 그 이익금의 5할을 분배한다. ③ 영업손실은 전적으로 甲이 부담한다. ④ 甲은 매월 10일까지 전월의 영업손익계산서를 乙에게 제출한다.』 그런데 영업개시 후에 일정한 영업이익이 발생하고 있음에도 1년이 지나도록 甲이 乙에게 이익금을 분배하지 아니하자, 乙은 甲에게 1년 동안의 영업손익계산서를 제시할 것을 요구하였으나 甲은 이를 거부하였다.

〈 문제 〉

(1) 甲과 乙간의 계약이 상법상의 익명조합에 해당하는지 여부, (2) 乙의 채권자인 丙은 甲명의로의 영업재산을 압류할 수 있는지 여부, (3) 乙은 甲에 대하여 계약을 해지하고 손해배상을 청구할 수 있는지 여부에 대하여 서술하시오. (25점)

〈제3문의 3〉

E주식회사는 외상채무의 지급을 위하여 甲에게 약속어음(어음금 2억 원)을 발행하였고, 甲은 어음을 다시 乙에게 배서양도 하면서 “배서를 금지함”이라는 문구를 기재하였다. 乙은 어음을 다시 丙에게 배서양도 하였다. 丙은 지급제시기간 내에 E회사에 적법한 지급제시를 하였으나 거절되었다.

〈 문제 〉

丙은 甲과 乙에 대하여 상환청구권을 행사할 수 있는가? (상환청구권 보전절차는 모두 이행하였음) (15점)

■ [출제포인트] 배서금지배서(어음법 제15조 제2항 전문, 제77조 제1항 제1호)의 법률관계가 출제되었다. 배서인이 배서금지배서를 한 어음도 지시증권이므로 피배서인은 배서로써 이러한 어음을 유통시킬 수 있다. 따라서 배서금지배서의 피배서인은 자신의 배서로 인하여 상환의무를 부담한다. 그러나 배서금지배서인은 자기가 한 배서의 피배서인에 대하여는 상환의무를 부담하지만 그 이후의 자에 대하여는 상환의무를 부담하지 않는다. 배서금지배서의 내용은 어음수표법 특강에서도 정리하였고, 진도별 모의고사 선택형에도 출제하여 정리하였다. 丙은 甲에게는 상환청구권을 행사할 수 없지만, 乙에게는 상환청구권을 행사할 수 있다고 서술하면 된다.