

2014년 공증 관련 판례

박 상 진

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 머리말

2014년에 선고된 판례 가운데는 공증사무와 직접 관련된 것도 있다. 공증인의 제척에 관한 것과 유언공정증서의 증인 결격에 관한 것이 그것이다. 공정증서의 효력과 관련된 판례도 있는데 채권양도계약이 사해행위로 취소되는 경우에 채권자가 별도의 약속어음 공정증서를 가지고 있다면 그 증서를 집행권원으로 하여 배당받을 수 있다는 것이다. 그 외에 공증실무에서 흔히 볼 수 있는 동산의 양도담보와 관련하여 물상대위성을 인정한 판례가 있고, 영업의 일부양도나 영업재산 양도의 경우에 주주총회의 특별결의를 요하는 것에 관한 판례도 있다. 여기서는 공증사무와 밀접한 관련이 있는 의사록에 관한 것을 비롯하여 공증사무의 수행에 도움이 될 만한 판례도 함께 검토하기로 한다.

대상 판례는 대법원의 종합법률정보 사이트에서 선별한 것으로 검색어는 공증, 공증인, 공정증서, 집행증서, 유언, 사서증서 인증, 인증서, 의사록, 주주총회, 이사회, 정관, 확정일자, 약속어음, 집행문이다.

II. 공증인의 제척

(대법원 2014. 7. 25.자 2011스226 결정[유류분반환등])

1. 결정 요지

공증인가합동법률사무소의 공증담당변호사가 같은 사무소 소속 변호사의 촉탁으로 공정증서를 작성하는 경우 공증인법 제21조에 규정하는 사유가 있는 때에 한하여 제척되고, 단지 같은 사무소 소속 변호사의 촉탁사항이라는 이유만으로는 제척되지 않는다.

2. 분석

가. 사건의 내용

공증인은 제척사유가 있는 경우 직무를 수행할 수 없으며(공증인법 제21조 본문), 제척사유가 있음에도 공정증서를 작성하였다면 그 증서는 무효가 된다. 사서증서에 인증을 부여한 경우에도 같다.

이 사건은 공증인가합동법률사무소의 공증담당변호사가 같은 합동법률사무소 소속의 다른 구성원 변호사의 촉탁을 받아 유언공정증서를 작성한 경우이다.¹⁾

청구인은 “공증인가합동법률사무소의 구성원인 변호사는 법률상 합동하여 공증사무를 처리하는 것이고, 따라서 공증에 관한 문서도 합동법률사무소 명의로 작성한다(2005. 1. 27. 개정 변호사법 부칙 제6조, 제62조 제1항)”는 점을 들어 합동법률사무소의 구성원 중 1인의 촉탁으로 합동법률사무소가 위 공정증서를 작성한 행위는 촉탁인이

1) 이 사건은 2009. 2. 6. 공증인법 개정 이전의 사안이다. 그 당시 공증인법 제21조의 제척사유는 다음과 같다. 현행 공증인법도 크게 다르지 않다.

1. 촉탁인, 그 대리인 또는 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계를 가지는 자의 배우자 또는 친족인 때, 친족 관계가 끝난 때도 또한 같다.
2. 촉탁인 또는 그 대리인의 법정대리인인 때
3. 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있을 때
4. 촉탁받은 사항에 관한 대리인이나 보조인인 때 또는 대리인이나 보조인이었을 때

공증인의 자격으로서 자신의 유언을 공증한 것이므로 무효라고 주장하였다.

그러나 제1심 법원은 공증인가합동법률사무소가 아니라 그 법률사무소 소속의 공증담당변호사가 공증인이라고 전제하고, 촉탁인과 공증담당변호사가 모두 이 사건 합동법률사무소를 함께 개설한 변호사들이긴 하나 공증인가합동법률사무소 소속 변호사라는 사유만으로는 이들을 동일인이거나 이해관계 있는 자들이라고 보기 어렵다고 판단하였으며, 그러한 판단이 대법원까지 유지된 것이다.

나. 공증인법의 개정과 공증인가합동법률사무소의 법적 성격

(1) 공증제도 일원화

종전에는 공증업무수행자를 공증인법과 변호사법에서 각각 규정하고 있었다. 즉 공증인법에서는 임명공증인에 대하여만 규정하고, 변호사법에서 법무법인과 공증인가합동법률사무소의 공증사무 취급에 대하여 별도로 규정하고 있었다.

2009. 2. 6. 개정된 공증인법은 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합을 인가공증인으로 규정함으로써, 변호사법의 공증에 관한 규정을 공증인법으로 일원화하였다.

(2) 공증인가합동법률사무소의 근거 규정의 변화

공증인가합동법률사무소가 공증사무를 처리하는 법적인 근거는 처음에는 1970. 12. 31. 시행된 간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법이었다. 1993. 3. 10. 위 법률이 폐지되면서는 변호사법으로 근거법률이 바뀌었다(구 변호사법 제48조의2 내지 제48조의6). 2000. 1. 28. 변호사법이 전부개정되면서 근거조문이 변호사법 제59조 내지 제63조로 변경되었으나 그 내용은 종전과 같다.

2005. 1. 27. 변호사법이 개정되면서 공증인가합동법률사무소제도가 폐지되었고 변호사법 제59조 내지 제63조는 삭제되었다. 다만 종전에 인가를 받은 합동법률사무소는 종전 규정에 의하여 계속하여 공증사무를 처리할 수 있었다(위 개정 변호사법 부칙 제6조). 그리하여 2005. 1. 27. 삭제된 조문이 계속 효력을 유지하게 되었다.

그러다가 2009. 2. 6. 공증인법의 개정으로 종전 법에 따라 공증사무소 설치인가를 받

아 공증사무를 수행하는 기존의 공증인가합동법률사무소는 공증인법에 따른 인가공증인으로 보게 되었고(2009. 2. 6. 개정 공증인법 부칙 제3조 제1항). 기존 공증사무소는 개정법의 시행일부터 3개월 이내에 공증담당변호사의 신고로 마쳐야 하는 것으로 되었다(부칙 제3조 제2항). 다시 말하면 공증인가합동법률사무소는 종전에는 변호사법 부칙 제6조 및 구 변호사법 제59조 내지 제63조에 근거하여 공증사무를 처리하였지만 2009. 2. 6. 이후로는 공증인법 부칙 제3조와 공증인법에 의하여 공증사무를 처리하게 되었다는 것이다.

(3) 공증인가합동법률사무소의 법적 성격의 변화

공증인가합동법률사무소는 민법상 조합으로서(변호사법 제63조 제1항), 법인격이 있는 법무법인과는 본질적으로 다르다. 그럼에도 공증인가합동법률사무소 명의로 공정증서 등을 작성한다고 규정하여 법적 성격에 관하여 많은 논란이 제기되었다. 이러한 문제에 부딪혀 대법원은 각 구성원 변호사를 공증인으로 본 것 같다.

공증인법의 개정으로 공증인가합동법률사무소가 인가공증인으로 되었으므로 공증업무에 관한 한 법무법인과 마찬가지로 된다. 공증인가합동법률사무소 자체가 공증인이며(공증인법 제1조의2 제2호, 제15조의2), 공증담당변호사도 성격에 반하지 않는 한 공증인으로 보게 된다(공증인법 제15조의5). 공증인가합동법률사무소는 민법상 조합체이지만 공증업무에 관하여는 법인으로 취급된다고 할 것이다.

공증인가합동법률사무소의 법적인 성격이 위와 같이 변경되었으므로 위 대법원판례가 공증인법의 개정 이후에도 계속 유지될 수 있는지에 대하여는 의문이다.

다. 인가공증인의 제척

공증인법 제21조의 제척사유는 공증인법에 임명공증인만 규정하였던 시절의 규정이다. 법무법인이 변호사법에 의하여 공증업무를 수행하던 당시에는 그 법인이 공증한 사건에 관하여는 변호사 업무를 수행할 수 없다는 규정(2009. 2. 6. 개정 이전 변호사법 제51조)이 있었을 뿐 공증업무를 제척에 관한 규정은 별도로 없었다. 변호사법 제58조 제2항에 의하여 공증인법을 준용하는 정도였다.

임명공증인의 제척에 관한 규정을 법인인 인가공증인에도 그대로 적용하는 것은 다소 문제가 있다. 1명의 공증담당변호사에게 제척사유가 있는 경우에 다른 공증담당변호사도 공증사무를 처리할 수 없는지 논란이 있다. 다른 공증담당변호사가 촉탁하는 공증업무를 처리할 수 있는지도 문제이고, 공증담당변호사는 아니지만 구성원변호사가 촉탁하는 경우나 인가공증인의 소속 직원(특히 공증보조자가 아닌 직원)이 촉탁하는 경우에는 또 어떻게 되는지 문제가 된다. 향후 입법적으로 해결하는 것이 바람직하지만 공증사무의 공정성을 해하고 이해관계가 상충될 우려가 있으므로 이러한 경우에는 촉탁을 거절하여야 할 것이다.²⁾

III. 유언공정증서의 증인의 결격

(대법원 2014. 7. 25.자 2011스226 결정[II와 동일])

1. 결정 요지

공증인이나 촉탁인의 피용자 또는 공증인의 보조자는 촉탁인이 증인으로 참여시킬 것을 청구한 경우를 제외하고는 공정증서에 의한 유언에서 증인이 될 수 없다.

2. 분석

가. 사건의 내용

공증인가합동법률사무소의 구성원 변호사가 다른 구성원 변호사의 촉탁으로 유언 공정증서를 작성함에 있어서 그 사무소의 직원이 증인으로 참여한 경우이다.

원심은 민법 제1072조 제2항에 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 의한 결격자

2) 공증관련 질의회답 사례집, 법무부, 2011. 7. 참조.

6면에서는 법무법인 소속의 일반직원이 촉탁하는 사건에 관하여 제척되지 않는다고 답변하였으나, 60면에서는 법무법인의 구성원 변호사가 촉탁하는 약속어음 공증에 대하여 법무법인이 공증업무를 행하는 것은 바람직하지 않다고 답변하였다.

는 증인이 되지 못한다고 규정되어 있으나 공증인법에 증인의 자격을 제한하는 별도의 규정이 없고, 참여인의 자격 제한 규정을 준용하고 있지도 않다는 이유로 공증사무실 직원의 증인 자격을 인정하였다.

이에 대하여 대법원은 공증인법에 따라 참여인이 될 수 없는 사람은 증인으로 참여할 수 없다고 전제한 다음 증인으로 참여한 공증인가합동법률사무소의 직원은 공증인이나 촉탁인의 피용자이거나 공증인의 보조자일 가능성이 크고, 만일 그 증인이 이에 해당되면 공정증서는 무효가 되므로 이를 더 심리해야 한다고 판단하였다. 그러면서도 만일 촉탁인이 그 직원을 증인으로 참여시켜줄 것을 청구하였다면 증인의 자격이 인정된다는 취지를 실시하고 있다.

나. 판례의 문제점

(1) 공정증서 유언의 증인에 관한 규정

민법 제1072조 제2항은 공증인법에서 공정증서 유언의 증인 결격자를 규정할 것을 예정한 조문인 것 같다. 그런데 막상 공증인법에서 이를 규정하지 않아 해석상 논란을 초래하게 된 것이다.

대법원 판결은 민법 제1068조의 문언 중 증인이 참여한다는 부분에 주목한 것으로 보인다. 즉 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하기 때문이다.

(2) 문제점

공정증서 유언의 증인은 공증인법상 참여인이고, 그 증인에게 공증인법 제33조 제3항의 결격사유가 없어야 한다는 대법원 판례는 정당한 것으로 보인다. 문제는 그 다음에 있다. 대법원은 촉탁인의 청구로 참여인(증인)이 되었다면 그때는 결격사유가 있더라도 증인으로 될 수 있다고 해석하는 부분이다.

이는 결국 공증인법 제33조 제3항에 나열된 참여인 결격자도 촉탁인이 청구하면 참

여인이 될 수 있고, 유언공정증서의 증인도 될 수 있다는 것이다. 그리하여 미성년자, 시각장애인, 서명날인 할 수 없는 사람도 촉탁인이 청구하면 증인(참여인)이 될 수 있다는 결론에 이르게 된다. 사리에 맞지 않는다. 제33조 제3항 단서를 오해한 결과이다.

다. 공증인법의 참여인

참여인의 참여가 필요한 경우는 공증인법 제29조에 규정되어 있다. 즉 촉탁인이나 대리인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에 공증인이 증서를 작성할 때에는 참여인을 참여하게 하여야 한다(공증인법 제29조 제1항, 제30조). 또한 촉탁인이나 대리인이 참여인의 참여를 청구한 경우에는 제1항을 준용한다(공증인법 제29조 제2항, 제30조).

공증인법 제29조는 사서증서 인증의 경우는 물론이고, 정관 인증이나 의사록 인증에도 준용된다(공증인법 제59조, 제63조 제4항, 제66조의2 제4항).³⁾

(1) 필요적 참여인

촉탁인이나 대리인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 공증인은 참여인을 참여하게 하여야 한다(공증인법 제29조 제1항, 제30조). 촉탁인의 의사대로 증서가 작성되도록 촉탁인을 보조하기 위하여 참여인의 참여를 규정한 것이다.

이 경우 ① 미성년자, ② 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람, ③ 서명할 수 없는 사람, ④ 촉탁 사항에 관하여 이해관계가 있는 사람, ⑤ 촉탁 사항에 관하여 대리인 또는 보조인이거나 대리인 또는 보조인이었던 사람, ⑥ 공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인, ⑦ 공증인의 보조자는 참여인이 될 수 없다(공증인법은 제30조 제3항).⁴⁾

3) 참여인에 관하여는 남상우, 참여인에 관한 고찰, 대한공증협회지 제2호, 2009. 참조.

4) 2009. 2. 6. 개정 이전의 공증인법은 공증인의 배우자, 친족, 피용자 또는 동거인 이외에, 촉탁인이나 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인도 참여인 결격자로 규정하고 있었다. 그리하여 맹인의 경우에 공증을 받으려면 참여인이 있어야 하는데 가장 신뢰하는 사람인 배우자나 친족은 참여인이 될 수 없어 국민의 불편을 초래한다는 비판을 받아왔다. 현행 규정은 공증인의 친족, 피용자, 동거인만 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 촉탁인이나 대리인의 배우자, 친족, 피용자, 동거인은 참여인이 될 수 있다.

촉탁인을 보조하기에 적당하지 않은 사람은 참여인이 될 수 없도록 한 것이다. 이러한 결격자는 촉탁인이 공증인법 제29조 제2항에 따라 참여인의 참여를 청구하더라도 참여인이 될 수 없다고 할 것이다. 예를 들면 글을 읽지 못하는 사람을 보조하기 위하여 역시 글을 읽지 못하는 사람이 참여하는 것은 무의미하기 때문이다.

(2) 임의적 참여인

공증인법 제29조 제1항의 사유가 없지만, 즉 촉탁인이나 대리인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우가 아니지만 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우에도 공증인은 참여인을 참여하게 하고 증서를 작성하여야 한다.

법률적인 사유가 아니라 정리(情理)의 차원에서 참여하는 것이다. 이 경우에는 참여인의 보조를 받지 않아도 촉탁인 스스로 증서의 내용을 검토하고 자신의 의사에 따라 증서가 작성되었는지 여부를 확인할 수 있으므로 굳이 참여인의 자격을 제한할 필요가 없다. 그리하여 임의적 참여인의 경우 결격사유에 관한 규정이 적용되지 않는다(공증인법 제33조 제3항 단서, 제29조 제2항).⁵⁾

(3) 참여 규정 위반의 효과

참여인의 참여가 필요함에도 이를 위반하여 참여인을 참여시키지 않고 공정증서를 작성하였다면 그 증서는 공증인법의 규정을 위반하여 무효가 될 것이다. 또한 참여인 결격자를 참여시킨 경우에도 마찬가지이다.

그러나 임의적 참여인을 참여시키지 않은 경우까지 바로 무효로 되는지는 의문이다. 참여사유가 촉탁인의 의사에 달려 있고, 촉탁인의 보조가 필요적이지 않기 때문이다. 굳이 무효라고 해석할 것은 아니다.

라. 공정증서 유언의 증인과 결격사유

5) 참여인이 필요한 사유가 필요적인지, 촉탁인의 청구에 의한 것인지에 따라 필요적 참여인과 임의적 참여인으로 구분한 것이며, 어느 경우나 공증인은 참여인을 참여시켜야 한다.

유언공정증서의 작성을 촉탁하는 경우에는 증인 2명이 참여하여야 한다. 유언공정증서의 정확성을 보장하기 위한 것으로 생각된다. 촉탁인을 보조하는 필요적 참여인과 다른 점이다. 그러나 반드시 참여하여야 하는 점에서는 필요적 참여인과 다를 바가 없다.⁶⁾

공정증서 유언의 증인의 결격에 관한 민법과 공증인법을 종합하면 공정증서 유언의 증인을 공증인법상의 참여인, 그것도 필요적 참여인으로 해석하여야 할 것이다. 필요적 참여인의 경우에는 결격사유가 엄격하게 적용되어야 하며, 참여인 결격자의 참여는 허용되지 않는다. 참여인 결격자는 촉탁인(유언자)이 청구하더라도 참여인(증인)이 될 수 없다. 유언공정증서의 정확성을 보장하기 위하여도 참여인 결격자는 증인이 될 수 없다고 할 것이다. 대법원의 해석은 수정되어야 할 것이다.⁷⁾

IV. 채권양도계약이 사해행위로 취소되었으나 채권자가 별도로 약속어음 공정증서에 근거하여 배당받을 수 있는 경우

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011다107818 판결[배당이의])

1. 판결 요지

피고 회사는 이 사건 배당절차에서 ‘채권양수인’의 지위뿐만 아니라 ‘채권압류 및 추심채권자’로서 배당받을 권리도 가지고 있었으므로, 위 채권양도계약이 사해행위로 취소됨으로써 피고 회사에게 채권양수인으로서의 지위가 인정되지 않는다고 하더라도, 채권자가 당해 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령도 받아 둔 경우에는 압류 및 추심명령을 받은 채권자의 지위에서 배당받는 것은 가능하다.

2. 사건의 내용

6) 공정증서 유언의 증인에 관하여는 남상우, 공정증서 유언의 증인에 관한 고찰, 가족법연구 제25권 2호 (한국가족법학회, 2011) 참조.

7) 민법에 따르면 증인은 서명 또는 기명날인하여야 하지만, 공증인법의 참여인은 증서에 서명날인하여야 한다(공증인법 제38조 제3항). 주의를 요한다.

피고 회사는 갑 회사에 철강재 등을 납품하고 대금 6억 원을 받지 못하였다. 피고 회사는 2010. 1. 20. 당시 채무초과 상태에 있던 갑 회사로부터 현대미포조선에 대한 2억 7,000만 원의 물품대금 채권을 양도받고, 그와는 별도로 2010. 1. 28. 6억 원의 어음공정증서를 작성하여 받았다.

갑 회사는 채무초과 상태에서 현대미포조선에 대한 물품대금 채권을 피고 회사를 비롯하여 3개사에 양도하였다. 현대미포조선은 제3채무자로서, 또한 채권자 불확지로 혼합공탁하였다. 피고 회사는 6억 원의 어음공정증서를 집행권원으로 하여 갑 회사의 공탁금출급청구권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았다. 원고 은행은 대출금 채권자로서 갑 회사의 공탁금출급청구권에 대한 가압류결정을 받았다.

원심 법원은 배당이의소송에서 피고 회사에 대하여 사해행위의 성립을 인정하고, 피고 회사의 배당액을 삭제하고 그 금액 상당을 원고에게 배당하였다.

3. 분석

가. 기존채무의 변제를 위한 공정증서의 작성과 사해행위

채무자가 기존채무의 변제를 위하여 채권자와 소비대차계약을 체결하고 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 공정증서를 작성하여 준 경우에는 원칙적으로 사해행위가 성립하지 않는다는 것이 대법원 판례이다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다103376 판결). 채권자가 채무의 변제를 구하는 것은 그의 당연한 권리행사로서 다른 채권자가 존재한다는 이유로 이것이 방해받아서는 아니 되고, 채무자도 다른 채권자가 있다는 이유로 그 채무이행을 거절할 수는 없기 때문이다.

그러나 공정증서를 작성하여 준 행위로 인해 자신의 책임채산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 것과 다를 바 없는 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 사해행위의 가능성이 있다는 점에 주의하여야 한다.

공정증서를 작성하여 주어 채권자가 채무자의 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 얻은 경우에는 그와 같은 공정증서 작성이 다른 일반채권자의 이익을 해하여 사해행위가 된다고 하였다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다33884 판결). 채권자가 공정증서에 기하여 채권을 압류·전부받은 경우에도 사해행위의 성립을 인정하였다(대법원 2009. 1.

15. 선고 2007다61618 판결).

채무초과의 상태에 빠져 있는 채무자가 허위의 약속어음을 발행하여 가공의 어음채무를 부담하고 어음공정증서를 작성한 경우에 사해행위가 성립하는 것은 더 말할 필요도 없다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다42711 판결). 허위채무의 부담은 무효이지만 사해행위 취소의 대상이 된다는 것이 대법원의 확고한 견해이다. 즉 채무자의 법률행위가 통정허위표시인 경우에는 채권자취소권의 대상이 되고, 한편 채권자취소권의 대상으로 된 채무자의 법률행위라도 통정허위표시의 요건을 갖춘 경우에는 무효라는 것이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다50985 판결).

공정증서의 작성으로 인하여 책임재산을 특정 채권자에게 실질적으로 양도한 경우나 강제집행절차를 통하여 사실상 우선변제를 받게 하는 경우에만 사해행위의 성립을 인정하고 있다. 그러므로 공정증서를 작성하였더라도 경매절차에서 평등하게 배당받은 경우에는 사해행위의 성립을 부인하고 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다103376 판결).

나. 사해행위 취소와 수익자의 안분액에 대한 주장

채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도이다. 수익자도 채권자인 경우에 수익자가 자신도 채권자 중의 1인이라는 이유로 안분액(자기 몫)에 대하여 지급을 거절할 수 있는가.

이에 대하여 대법원은 반대의 견해를 분명히 하고 있다(대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다44348 판결 등 참조). 안분액의 반환을 거절하도록 하는 것은 자신의 채권에 대하여 변제를 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 제도의 취지에 반한다는 것이다.

따라서 사해행위로서 취소되는 경우에는, 공정증서를 작성하였다고 하더라도 원래의 채권에 대하여도 안분액을 주장하지 못하는 문제가 있다.

다. 이 사건의 분석

이 사건은 채권양도도 받고, 어음공정증서도 작성한 경우이다. 그리하여 채권양도인의 권리도 주장하고, 어음공정증서를 집행권원으로 하여 공탁금출금청구권을 압류하고 이에 이어진 배당절차에서 배당도 받는 관계이다. 대법원은 채권양도에 관하여 사해행위의 성립을 인정하면서도 별개의 집행권원으로 배당절차에서 배당받는 것은 허용하였다. 배당절차에서는 우선적인 지위가 인정되지 않고, 각 채권자가 평등하게 배당받는다는 점을 중시한 것으로 보인다.

이 판결에 비추어 보면 채권을 양수하는 채권자로서는 채권양도계약 이외에 공정증서의 작성도 별도로 고려해 보아야 할 것이다. 그렇지만 허위내용의 공정증서를 작성하는 것은 허용되지 않는다는 점에 주의하여야 한다. 발행인과 수취인이 통모하여 약속어음의 발행을 가장하고, 공증인에게는 마치 진정한 어음발행행위가 있는 것처럼 허위로 신고함으로써 공증인으로 하여금 어음발행행위에 대하여 집행력 있는 어음공정증서원본을 작성케 하고 이를 비치하게 하였다면, 이러한 행위는 공정증서원본불실기재 및 불실기재공정증서원본행사죄가 되기 때문이다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2009도 5786 판결).

V. 동산 양도담보와 물상대위

(대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결[추심금])

1. 판결 요지

동산 양도담보권자는 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보 설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우 담보물 가치의 변형물인 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있다.

이때 제3채무자인 보험회사는 양도담보 설정 후 취득한 양도담보 설정자에 대한 별개의 채권을 가지고 상계로써 양도담보권자에게 대항할 수 없다.

2. 분석

양도담보 목적물의 소실로 양도담보 설정자가 취득한 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있다는 종전의 판례(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결)를 따른 것이다.

질권은 질물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 질권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 이를 행사할 수 있다. 이 경우에는 그 지급 또는 인도전에 압류하여야 한다(민법 제342조). 이를 물상대위라고 한다. 물상대위는 저당권의 경우에도 준용되고(민법 제370조), 다른 법률에 의하여 설정된 저당권에도 준용된다(민법 제372조).

물상대위성은 담보물권의 특성이지만 유치권에는 인정되지 않는다. 유치권은 담보물의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하지 않으며, 유치를 통하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 담보물권이기 때문이다. 그 지급 또는 인도 전에 압류를 요하는 것은 이미 설정자에게 지급되어 설정자의 다른 재산 속에 섞이면 특정성을 잃고, 추후에 그 재산에 대하여 계속하여 질권의 효력을 확장하면 법적 분쟁을 초래하거나 다른 채권자의 이익을 해하기 때문이다.

판례는 양도담보의 경우 물상대위를 인정한다. 양도담보를 일종의 담보물권으로 파악한 것이다. 다만 이 경우에도 그 지급 또는 인도전에 압류하여야 하는지에 관하여 문제가 되는데 반대의 견해도 있다.⁸⁾ 형식적으로는 목적물의 소유권이 담보권자에게 귀속된다는 것이 그 이유다. 그러나 대법원은 압류를 요구하고 있다. 법적 안정성이나 분쟁의 방지를 위한 것으로 생각된다.

양도담보에 대하여 물상대위성을 인정하는 한 대위물은 담보권자의 우선변제에 충당되어야 할 것이므로 타인이 이에 대하여 우선권을 주장할 수 없다고 할 것이다. 제3채무자인 보험회사가 별개의 채권을 가지고 상계할 수 없음은 당연하다.

VI. 영업양도와 주주총회의 특별결의

(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다38633 판결[양도무효확인])

1. 판결 요지

8) 박윤직, 물권법, 411면.

주주총회의 특별결의가 있어야 하는 상법 제374조 제1항 제1호 소정의 ‘영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도’라 함은 일정한 영업목적을 위하여 조직되고 유기적 일체로 기능하는 재산의 전부 또는 중요한 일부를 총체적으로 양도하는 것을 의미한다. 양수 회사가 양도 회사의 영업적 활동의 전부 또는 중요한 일부분을 승계하는 것을 수반하여야 하므로 단순한 영업용 재산의 양도는 이에 해당되지 않는다. 주식회사가 영업 중 일부를 양도하는 경우에 주주총회 특별결의의 대상인지 여부는 양도대상 영업의 자산, 매출액, 수익 등이 전체 영업에서 차지하는 비중, 일부 영업의 양도가 장차 회사의 영업규모, 수익성 등에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 분석

가. 사건의 내용

상법 제374조 제1항 제1호 소정의 ‘영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도’에 해당되는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다. 이를 거치지 않은 양도계약은 무효이다. 이 사건은 갑 주식회사가 주주총회 특별결의 없이 금융사업부문을 을 주식회사에 양도한 경우이다. 금융사업부문의 자산가치가 갑 회사 전체 자산의 약 33.79%에 달하고, 다른 사업부문은 마이너스인 반면 금융사업부문만이 플러스를 나타내고 있는 점, 금융사업부문은 갑 회사 내부에서 유일하게 수익 창출 가능성이 높은 사업부문인 점 등 제반 사정에 비추어 위 양도로 갑 회사에는 회사의 중요한 영업의 일부를 폐지한 것과 같은 결과가 초래되었고, 을 회사는 별다른 양도대가를 지불하지 않은 채 갑 회사의 금융사업부문과 관련된 대부분의 자산과 거래처 등을 그대로 인수하여 종전과 동일한 영업을 계속하는 경우이다. 대법원은 주주총회 특별결의의 대상으로서 이를 거치지 않은 양도행위에 대하여 무효라고 판단하였다.

나. 영업용 재산의 처분

회사의 영업 그 자체가 아닌 영업용재산(부동산, 기계, 공작물, 영업권 등)의 처분이 라고 하더라도 그로 인하여 회사의 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도하거나 폐지

하는 것과 같은 결과를 가져오는 경우에는 그 처분행위에 주주총회의 특별결의를 요한다. 물론 처분 당시에 이미 영업을 폐지하거나 중단하고 있었다면 주주총회 특별결의를 요하지 않는다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014다6404 판결).⁹⁾

다. 일부양도

영업 전부를 양도하는 것이 아니라 영업의 일부만 양도하거나 영업용 재산 양도의 경우 주주총회 특별결의의 대상인지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 대법원은 양도 대상 영업의 자산, 매출액, 수익 등이 전체 영업에서 차지하는 비중, 일부 영업의 양도가 장차 회사의 영업규모, 수익성 등에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하지만 이것도 쉽지 않다. 증거조사를 하지 않고 객관적인 자료에 의하여 즉시 판단하여야 하는 공증업무에 있어서는 더욱 어렵다. 다만 상법의 소규모합병의 요건과 자본시장과 금융투자업에 관한 법률의 보고대상 여부가 하나의 기준이 된다고 할 것이다.

상법 제527조의3에 규정된 소규모합병의 경우에는 주주총회의 특별결의를 이사회 결의로 갈음할 수 있다. 합병의 대가로 발행하는 신주가 발행주식 총수의 10% 이하인 경우이다. 합병의 대가를 금액으로 정한 경우에는 그 금액이 회사 순자산액의 5% 이하인 경우이다. 따라서 영업 양도양수의 대가가 회사주식 시가총액의 10%를 초과하거나, 회사 순자산액의 5%를 초과하는 경우에는 주주총회의 특별결의가 필요하다고 볼 수 있다. 영업 양도양수는 실질적으로는 합병과 같기 때문이다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제161조 제1항 제7호 및 같은 법 시행령 제171조 제2항에 따르면 다음 거래의 경우에는 금융위원회에 보고하여야 한다. 금융위원회는 보고서를 거래소에 송부하고(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제161조 제5항), 금융위원회와 거래소는 이를 공시하여야 한다(제391조, 제392조).

- ① 양도대상 영업부문의 자산총액이 회사 자산총액의 10% 이상인 경우(제1호)
- ② 양도대상 영업부문의 매출액이 회사 매출액의 10% 이상인 경우(제2호)

9) 이 판결도 2014년에 선고된 판결이다. 그러나 본고에서는 따로 분석하지 않았다.

③ 양도양수로 인수하는 부채의 총액이 회사 부채총액의 10% 이상인 경우(제3호)

④ 양도양수하는 자산액이 회사 자산총액의 10% 이상인 경우(제5호)

VII. 1인 회사의 주주총회 의사록 및 전원 출석 주주총회 의사록

(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다56839 판결[주주총회결의부존재확인], 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013도15895 판결[업무상횡령·공전자기록등불실기재·불실기 제공전자기록등행사])

1. 판결 요지

가. 1인 회사의 경우

주식회사의 총 주식을 한 사람이 소유하게 된 이른바 1인 회사의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것임이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없고, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.

(주주가 1인인 회사의 주식 모두에 대하여 질권을 설정하고, 채무를 이행하지 않으면 담보권을 실행하는 방법으로서 주주총회를 개최하여 대표이사과 이사 등을 변경할 권한을 위임하였다. 채권자가 위임장을 근거로 대표이사 등을 해임하는 내용의 주주총회 의사록을 작성하여 등기를 한 사건이다.)

나. 주주 전원 출석의 경우

주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회 결의나 소집절차 없이 이루어졌다고 하더라도, 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는 데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 그 결의에 따른 등기는 실체관계에 부합하는 것으로 이를 불실의 사항을 기재한

등기라고 할 수 없다.

(피고인은 회사 주식의 66.35%를 소유하고, 갑은 33.65%의 주식을 소유하고 있다. 갑은 본인의 명의가 아닌 을의 명의로 위 주식을 가지고 있다. 피고인은 갑의 동의 아래 실제 소집절차와 결의를 거치지 아니한 채 임시주주총회 의사록을 작성하였다. 의사록의 내용은 종전의 감사를 해임하고, 새로운 감사를 선임하는 것과 새로운 사내이사 2명을 선임하는 내용이다. 피고인은 회사의 주주는 피고인 1인인 것처럼 의사록을 작성하여 등기를 마쳤다. 이에 대하여 원심 법원은 해임 등기 등이 불실등기에 해당한다고 판단하여 유죄로 인정하였다. 대법원은 실체관계에 부합하는 것으로 불실의 사항을 기재한 등기라고 할 수 없다는 이유로 파기환송하였다.)

2. 분석

가. 주주총회의 소집

(1) 소집권자

상법상 주주총회를 소집하는 권한은 원칙적으로 이사회에 속한다(상법 제362조). 이사회가 주주총회의 일시, 장소, 의안을 결정하면 대표이사가 업무집행권자로서 소집결정을 집행한다. 자본금 총액이 10억 원 미만으로서 이사가 1인 또는 2인인 경우에는 이사회가 존재하지 않으므로 대표권 있는 이사가 주주총회의 소집을 결정한다(상법 제383조 제1항, 제6항, 제362조).

발행주식총수의 3/100 이상의 주식을 가진 주주가 주주총회를 소집하는 경우도 있다. 해당 주주는 회의의 목적사항과 이유를 기재한 서면(또는 전자서면)을 이사회(이사회가 없는 경우에는 대표권을 행사하는 이사)에게 제출하여 임시주주총회의 소집을 청구하고, 이사회가 지체없이 소집절차를 밟지 아니한 때에는 법원의 허가를 얻어 해당 주주가 직접 총회를 소집할 수 있다(상법 제366조). 그 외에 감사가 소집하는 경우도 있고(상법 제412조의3, 제415조의2 제7항), 법원이 소집을 명하는 경우도 있다(상법 제467조 제3항).

(2) 소집통지

주주총회를 소집할 때에는 회일의 2주 전에 각 주주에게 소집통지서를 발송하여야 한다(상법 제363조 제1항). 통지서에는 총회의 일시, 장소 이외에 회의의 목적사항을 기재하여야 하며(상법 제363조 제2항), 중요한 의안의 경우에는 그 요령 또는 주요내용을 기재하여야 한다.¹⁰⁾

통지는 서면 또는 전자문서로 하여야 하며, 구두나 전화로 통지하는 것은 적법한 통지가 아니다.

상장회사의 경우에는 통지에 관하여 특례가 있다. 공고로써 소집통지를 갈음하는 것(상법 제542조의4 제1항), 이사·감사 선임의 경우 후보자의 성명과 약력 등을 통지서에 기재하는 것(상법 제542조의4 제2항) 등이다.

(3) 소집일시, 장소, 회의의 목적사항

정기총회는 매년 1회 이상 일정한 시기에 소집하여야 하며(상법 제365조 제1항), 임시총회는 필요시 수시로 소집한다(상법 제365조 제3항). 주주총회는 정관에 다른 규정이 없으면 본점 소재지 또는 이에 인접한 지에 소집하여야 한다(상법 제364조).

주주총회는 소집통지서에 기재한 목적사항에 대하여만 결의할 수 있으며, 통지되지 않은 사항에 대하여 결의하면 그 결의는 하자있는 결의가 된다.

(4) 주주명부의 폐쇄와 기준일의 설정

주주총회에서 의결권을 행사할 주주를 확정하는 절차도 필요하다. 주주명부폐쇄와 기준일의 설정이 그것으로서 이를 설정한 경우에는 폐쇄기간 또는 기준일의 2주 전에 공고하여야 한다(상법 제354조 제4항). 공고는 주주의 동의로 생략할 수 없으며 공고기

10) 요령 또는 주요 내용을 기재하여야 하는 경우는 정관변경(상법 제433조 제2항), 자본감소(상법 제438조 제3항), 주식교환계약의 승인(상법 제360조의3 제4항), 주식이전계획서의 승인(상법 제360조의16 제3항), 합병계약의 승인(상법 제522조 제2항), 전환사채의 제3자 배정(상법 제513조 제4항), 신주인수권부사채의 제3자 배정(상법 제516조의2 제5항) 등이다.

간을 단축할 수 없다.

주주명부폐쇄기간이나 기준일을 정하지 않으면 총회일 현재의 주주가 의결권을 행사하게 된다.

(5) 소집절차를 결한 경우

이러한 소집절차를 결한 경우에는 그 주주총회의 결의는 하자있는 결의가 되고 하자의 경중에 따라 결의 부존재, 결의 무효, 결의 취소의 대상이 된다.

주주총회의 결의에 대하여 다투는 경우에는 결의취소의 소(상법 제376조), 결의무효 확인의 소와 결의부존재확인 소(상법 제380조), 부당결의의 취소·변경의 소(상법 제381조)와 같은 상법상의 소를 제기하여야 한다. 제소기간, 전속관할, 소제기의 공고, 소의 병합심리, 판결의 대세적 효력 등 일반소송과는 다른 특칙이 있다.

주주총회의 결의는 법원의 판결이 있어야만 비로소 부존재이거나 무효로 되며, 무효의 사유나 부존재의 사유가 있다는 것만으로는 무효로 되거나 부존재가 되지는 않는다. 일반적인 무효의 법리와 다른 점이다.

나. 대법원 판결의 문제점

대법원은 주주가 1인인 회사의 주주총회나 주주 전원이 출석한 주주총회에 대하여 오래전부터 유효성을 인정하고 있다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1044 판결, 대법원 1993. 2. 26. 선고 92다48727 판결 등). 주주 전원의 의사가 합치되었으므로 소집절차를 거친다고 하더라도 그대로 결의가 될 것임이 명백하다는 것이 그 근거로 보인다.¹¹⁾

그러나 이러한 해석은 상법에 위반된다. 주주총회는 적법한 소집권자에 의하여 소집되어야 하며, 소집에 관한 적법절차를 거쳐야만 주주총회가 성립하기 때문이다. 주주가 우연히 한자리에 모였다고 주주총회가 성립하는 것은 아니다. 상법은 주주총회의 소집권자를 비롯하여, 소집통지 등에 관하여 자세한 절차를 규정하고 있다. 이들 규정

11) 2009. 5. 28. 개정된 상법은 자본금총액이 10억 원 미만인 주식회사에 한하여 전원출석 주주총회의 유효성을 인정하고 있다(상법 제363조 제4항). 따라서 널리 전원출석 주주총회의 유효성을 인정하던 대법원의 해석은 상법 개정 이후에는 제한되어야 마땅하지만 이를 언급한 사례는 아직 보지 못하였다.

은 강행규정으로¹²⁾ 당사자들이 임의로 적용을 배제할 수는 없다고 할 것이다.

대법원의 판례는 소집절차를 제대로 거치지 않은 주주총회의 적법성을 인정한 것에서 더 나아가 주주를 1인으로 가장하여 의사록을 작성한 경우까지 그 유효성을 확대하는 결과에 이르고 말았는데 그 부당함은 더 논할 필요도 없다.

주식회사의 기관은 법정기관으로서 당사자가 임의로 창설하거나 변경할 수 없다. ① 주주총회, ② 이사·이사회·대표이사, ③ 감사기관 등 각 기관의 권한은 법정되어 있다. 상법은 각 기관이 상호간 견제를 통하여 균형을 유지하도록 규정하고 있다. 주주총회의 권한은 상법 또는 정관에 정해진 사항에 한정되며(상법 제361조), 주주총회가 주식회사의 최고기관이라고 하여 이사회를 결의사항을 의결하거나 이사회를 결의할 권한은 없다.

대법원 판례와 같이 이사회를 결의 등 소집절차를 밟지 않은 주주총회의 유효성을 인정하는 것은 법정기관 이외의 기관을 인정하거나 상법상 주식회사가 아닌 다른 형태의 회사를 인정하는 것과 마찬가지로이다.

주주가 1인인 회사의 경우에 주주총회를 연다면 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 분명하다는 점은 부인하지 않는다. 그러나 이것이 상법 규정이나 주주총회에 관한 법리를 무시할 근거는 될 수 없다. 오히려 1인 회사의 경우에는 더욱더 상법과 주식회사의 법리에 따라야 할 것이다. 주식회사제도를 남용하여 회사의 채권자를 해하는 일이 없도록 하여야 하기 때문이다. 주주 개인의 의사에 따라 사업을 운영하려면 개인 기업으로 운영하면 된다. 굳이 회사형태를 취할 필요가 없다는 것이다. 회사의 형태를 취했다면 당연히 상법상의 제반 규정을 준수하여야 할 것이다.

다. 소규모 주식회사의 특례

2009. 5. 28. 개정 상법은 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사에 대하여 몇 가지 특례를 규정하였다. 주주총회의 소집과 관련된 것은 소집통지기간의 단축, 소집절차의 생략, 서면결의이다.¹³⁾ 개정 조문의 적용과 해석에 있어서 주의할 사항이 있다.

12) 회사의 기관구성, 회사와 사원의 관계, 사원과 사원의 관계 등 회사의 조직과 이를 중심으로 한 법률관계에 관한 규정은 강행법규의 성격을 가지고 있다. 이철송, 상법강의, 2000, 227면.

(1) 소집절차의 생략

자본금 총액이 10억 원 미만인 회사는 주주 전원의 동의를 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있다(상법 제363조 제5항 제1문 전단). 이는 자본금 총액이 10억 원 미만인 회사의 경우에 소집통지기간을 단축한 것(상법 제363조 제4항)에서 더 나아가 주주 전원의 동의를 받은 경우에는 통지절차를 생략하고 주주총회를 개최할 수 있다는 의미로 해석된다.¹⁴⁾ 주주가 1명이거나 소수인 경우 소집통지를 발송하고, 10일을 기다려야 하는 불편을 겪지 않도록 한 것이다. 이것이 이사회에서 주주총회의 소집을 결정하는 것까지 생략할 수 있다는 의미는 아니라는 점에 유념하여야 한다.

(2) 서면결의

자본금 총액이 10억 원 미만인 회사는 주주 전원의 동의를 있을 경우에는 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다(상법 제363조 제5항 제1문 후단). 서면결의란 주주들이 일정한 시기에 일정한 장소에 모여서 토론하는 것을 생략하고 이를 서면으로 대체한 결의절차를 말한다. 토론과정이 없다는 것을 제외하고는 주주총회와 다를 바가 없다. 주주총회의 소집권자 즉, 이사회가 주주총회의 소집에 갈음하여 서면으로 결의하기로 결정하고, 주주 전원의 서면결의에 동의한 경우에 한하여 유효한 결의를 할 수 있다.

결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다(상법 제363조 제5항 제2문). 주주 전원이 만장일치로 찬성하는 경우이다. 만장일치의 찬성에는 서면결의로 주주총회를 갈음하기로 하는 것도 포함되어 있다는 의미이다. 결국 서면결의의 특수한 형태라고 할 것이다. 따라서 이 경우에도 소집권자(이사회)가 주주총회에 갈음하여 서면으로 결의한다고 결정하여야 한다.

서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있으며(상법 제363조 제6항), 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다(상법 제363조 제7항). 그

13) 2014. 5. 20. 개정 상법에서는 종전의 제3항을 삭제하고, 종전의 제4항 내지 제8항을 제3항 내지 제7항으로 변경하였다. 항번호의 이동으로 혼란이 유발되고 있다. 이러한 개정방법은 재검토되어야 한다.

14) 남상우, 서면결의 및 간주서면결의에 관한 고찰, 공증과신평 제7호, 대한공증인협회, 2014, 130면.

리하여 서면결의에 대하여도 의사록을 작성하여야 할 것이다.¹⁵⁾

라. 판례와 의사록 인증 실무 유의사항

공증인은 의사록 인증에 있어서 의사록의 기재 내용 즉, 의사록에 기재된 총회 등의 결의의 절차 및 내용이 진실에 부합하는지 확인하여야 한다. 다시 말하면 의사록의 내용과 실제 회의의 내용이 부합하는 경우에 한하여 인증을 부여할 수 있다는 말이다. 이를 확인하는 방법에 따라 참석인증과 청문인증으로 구분된다.

의사록의 인증은 사서증서 인증의 한 종류이므로 공증인은 의사록의 진정성립을 심사하는 것은 물론이고, 의사록의 법령 또는 정관 위반 여부와 무효사유의 존재여부도 심사하여야 한다(공증인법 제66조의2 제4항, 제59조, 제25조). 공증인은 심사에 있어서 당사자에게 필요한 설명과 증명자료의 제출을 요구할 수 있다.¹⁶⁾

대법원이 오랫동안 전원출석 주주총회의 유효성을 인정하여 왔지만 의사록 인증 실무에서 이러한 판례이론을 무작정 따르는 것은 바람직하지 않다. 재판과 공증은 다르기 때문이다. 재판에 있어서는 증거조사를 통하여 사실관계를 확정한다. 공증은 의문이나 다툼이 없는 사항 또는 이미 확인된 사항에 관하여 특정한 사실 또는 법률관계의 존부나 내용을 공적으로 증명하는 행위이다. 즉 공증인은 객관적인 자료를 통해서만 인증의 부여 여부를 심사하여야 한다.

이사회 의사록의 경우에는 누가 이사인지, 의결정족수가 어떠한지 등기부등본을 확인하면 바로 알 수 있다. 그러나 주주총회 의사록의 경우에는 누가 주주인지를 쉽게 알 수 없다. 주주는 등기사항이 아니며, 회사의 외부에서 쉽게 파악할 수 있는 사항이 아니기 때문이다. 회사의 주주가 누구인지, 의결권이 얼마인지 의문이 있는 경우 공증인은 증거조사를 통하여 이를 확인할 권한이 없다. 공증인은 오로지 객관적인 자료에 의하

15) 서면결의와 관련하여 자세한 내용은 남상우, 위 논문 참조.

16) 공증인은 인증에 있어서 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다(공증인법시행령 제12조 제1항). 대표이사가 제출한 주주명부(제39호 서식)에 의문이 있는 경우에 회사에 비치되어 있는 주주명부(상법 제35조)의 제출을 요구하는 것이 그 예이다. 필요한 설명이 없거나 설명을 하더라도 여전히 의심이 있는 경우에는 촉탁을 거절하여야 한다. 이러한 점에서 공증인의 심사권은 등기공무원의 형식적 심사권보다 그 범위가 넓다고 할 것이다. 그렇다고 하여 공증인이 사실조회를 한다든지 직권으로 사실을 탐지하여 심사할 수는 없다.

여만 이를 확인할 수 있을 뿐이다. 객관적인 자료란 대표이사가 작성한 주주명부(제39호 서식)를 말한다. 주식회사의 대표자는 대표이사이므로 공증인으로서의 대표이사가 작성한 진술서와 주주명부에 의하여만 그 회사의 주주가 누구인지, 의결권이 얼마인지, 주주총회에 출석하여 찬성의 의결을 하였는지 등 여부를 확인하여야 한다. 대표이사 이외에 이를 공증인에게 확인시켜 줄 수 있는 사람은 없다고 할 것이다. 만일 경영권 분쟁에 휘말려 대표이사가 진술서와 주주명부의 날인을 거부하거나 인감증명서의 교부를 거절하는 경우에는 공증인으로서의 인증을 부여하여서는 아니 된다. 이러한 경우에는 법원에 주주총회소집허가를 신청하는 절차에 의하여 주주총회를 개최할 수밖에 없다고 할 것이다.¹⁷⁾

주주총회 의사록의 인증에 있어서 진술서(제38호 서식), 주주명부(제39호서식)는 대표이사의 날인과 법인 인감증명서에 의하여 그 진정 성립이 확인되어야 한다.¹⁸⁾ 따라서 대표이사를 배제한 상태에서 주주 전원이 출석하여 주주총회를 개최하였다고 하는 경우에는 인증을 부여할 수 없다고 할 것이다.¹⁹⁾

VIII. 주권발행 전 주식양도와 주주의 지위

(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결[주주총회결의무효확인])

1. 판결 요지

제1 주식양수인인 원고가 먼저 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 후, 제2 주식양수인들이 다시 주식을 양수한 경우 주주명부상 명의개서를 마쳤다 하더라도, 확정일자 있

17) 예컨대, 이사가 1인인 회사의 경우에 그 이사가 사망한 때에도 법원의 소집허가절차를 거쳐야만 주주총회를 개최하여 이사를 새로 선임할 수 있다.

18) 주주총회 의사록의 인증에 있어서 반드시 법인인감증명서를 제출하여야 하는 것은 아니라는 질의회신 있다. 공증·변호사 관련 질의회답 사례집, 법무부, 2004, 46면. 그러나 주주명부나 진술서의 진정성립을 확인하기 위하여 법인인감증명서가 필요하다.

19) 대표이사의 권한이 지나치다는 반론이 제기될 수 있다. 주주로부터 독립된 이사와 이사회제도가 주식회사제도의 본질이므로 어쩔 수 없는 일이다. 주식회사의 이사는 주주총회에서 선임되지만 일단 선임되면 회사의 수임인으로서 자기의 책임 하에 업무를 집행할 의무가 있다. 주주는 법조문에 명시된 권한만 행사할 수 있을 뿐이다.

는 문서에 의한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 아니한 이상 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다.

2. 사건의 내용

원고는 피고 회사에 금원을 대여하고 그 담보로 소외 1, 2의 주식을 양도받았다(양도 담보). 원고는 그 직후 피고회사의 공동대표이사로 선임되었다. 이 과정에서 주식 양도 사실을 회사에 통지하였고, 회사의 승낙을 받았다. 그 통지나 승낙이 확정일자 있는 문서에 의한 것은 아니다.

그 후 소외 1, 2는 소외 3, 4(제2의 주식 양수인)에게 같은 주식을 이중으로 양도하였다. 소외 3, 4는 주주명부 명의개서를 하였다. 그러나 회사에 양도통지하거나 승낙을 받은 것은 아니다. 물론 확정일자도 없다.

3. 분석

주권 발행 전에 한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. 그러나 회사 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에는 주권의 발행 전이라도 주식양도의 효력이 있다(상법 제335조 제3항). 주식의 양도에 있어서는 주권을 교부하여야 한다(상법 제336조 제1항). 주권의 교부는 주식양도의 성립요건이다.

주권 발행 전 주식양도의 경우에는 주권의 교부란 있을 수 없다. 이때에는 지명채권의 양도에 관한 일반 원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 효력이 발생한다. 다만 주권발행 전 주식의 이중양도가 문제되는 경우에는 지명채권 이중양도의 경우에 준하여(민법 제450조 준용), 확정일자 있는 양도통지가 회사에 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 권리취득자를 결정한다는 것이 대법원의 판례이다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결).

주주명부상의 명의개서는 주식의 양수인이 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니한다. 주주명부에 기재된 명의상의 주주는 회사에 대한 관계에 자신의 실질적 권리를 증명하지 않아도 주주의 권리를 행사할 수 있는 자격수여적 효력을 인정받을 뿐이지 주주명부의 기재에 의하여 창설적 효력을 인정받는

것은 아니다. 실질상 주식을 취득하지 못한 사람이 명의개서를 받았다고 하여 주주의 권리를 행사할 수 있는 것이 아니다. 따라서 주권발행 전 주식의 이중양도가 문제되는 경우에는 명의개서가 경료되었는지 여부를 불문하고 양도통지의 도달이나 승낙의 선후에 의하여 결정한다.

IX. 명의개서와 주주총회의 소집통지

(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결[Ⅷ과 같은 판결])

1. 판결 요지

명의개서를 하지 아니한 주식양수인에게 소집통지를 하지 않고 이루어진 주주총회 결의에 절차상 하자가 있다고는 할 수 없다.

2. 사건의 내용

원고는 주주이지만 주주명부에 명의개서를 요청하지 않았다. 제2의 양수인은 명의개서를 하였다. 피고회사는 주주총회를 개최함에 있어서 주주명부상 주주에게만(제2의 양수인 포함) 소집통지를 하고 원고에게는 소집통지를 하지 않았다.

3. 분석

원심은 주주인 원고에게 소집통지를 하지 않은 점을 들어 주주총회의 결의에 하자가 있다고 판단하였는데 이에 대하여 대법원은 법리오해의 위법이 있다고 판단하였다.

원고가 이 사건 결의 당시까지 명의개서를 마치지 않아 자신이 양수한 주식에 관한 주주권을 행사할 수 없었던 이상, 피고 회사가 원고에게 소집통지를 하지 않고 임시주주총회를 개최하여 이 사건 결의를 하였다 하더라도 이 사건 결의에 부존재나 무효에 이르는 중대한 흠이 있다고 할 수 없다는 것이다.

X. 이익의 공여와 의결권 행사

(대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정[가처분의의])

1. 판결 요지

갑 주식회사는 주주제 골프장을 운영하는 회사이다. 정기주주총회에서 차기 임원들을 선임함에 있어서 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 의결권을 행사하는 주주들에게 단순히 의례적인 정도에 그치지 아니하고 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서 골프장 예약권, 상품권을 제공하고, 이러한 이익을 제공이 당락을 좌우한 요인으로 작용한 경우 그 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 봄이 상당하다.

2. 분석

상법은 주주의 권리행사와 관련하여 재산상 이익의 공여를 금지하는 규정을 두고 있다(상법 제467조의2 제1항). 회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다(제2항). 이익을 공여받은 자는 이를 회사에 반환하여야 한다(제3항).

이 대법원 판결은 재산상 이익 공여 금지 위반을 주주총회 결의의 하자로서 인정하였다는데 의의가 있다. 종전에는 이익공여와 관련하여 주주권이 행사되더라도 주주권 행사 자체의 효력에는 영향이 없다고 해석하여왔다.²⁰⁾

XI. 이사회 의사록 열람 및 등사

(대법원 2014. 7. 21.자 2013마657 결정[이사회 의사록 열람 및 등사 허가신청])

1. 결정 요지

20) 이철송, 상법강의, 646면.

주주의 이사회 의사록 또는 회계 장부와 서류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는데, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지는 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권 행사가 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 한다.

주주가 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 이사회 의사록의 열람·등사가 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 이를 청구하는 주주가 적대적 인수·합병을 시도하고 있다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없고, 주주가 회사의 경쟁자로서 취득한 정보를 경업에 이용할 우려가 있거나 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 등의 경우가 아닌 한 허용되어야 한다.

2. 분석

가. 상법상 열람·등사청구

열람·등사청구가 갑 회사의 경영을 감독하여 갑 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것과 관계없이 갑 회사에 대한 압박만을 위하여 행하여진 때에는 정당한 목적을 결하여 부당하다는 취지이다. 주식회사와 관련하여 상법상 열람·등사청구가 허용되는 경우는 세 가지이다.

- ① 주주의 이사회 의사록의 열람·등사 청구(상법 제391조의3)
- ② 주주와 회사채권자의 정관, 주주총회의 의사록, 주주명부, 사채원부의 열람·등사 청구(상법 제396조)
- ③ 주주의 회계장부와 서류 열람·등사 청구(상법 제466조)

정당한 사유 없이 서류의 열람 또는 등사, 등본 또는 초본의 발급을 거부한 경우에는 과태료의 제재를 받는다(상법 제635조 제1항 제4호). 이사회 의사록의 열람 등 허가사건은 비송사건이므로(비송사건절차법 제72조 제1항), 민사소송의 방법으로 이사회 회의록의 열람 또는 등사를 청구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결).

나. 공증인법의 열람·등사와 구별

상법상의 열람·등사청구와 공증인법의 열람·등사청구는 구별되어야 한다. 즉 공증인은 공증인법에 규정된 방법으로만 열람·등사를 허용하여야 한다. 이해관계인임을 내세워 공증인에게 열람·등사를 청구하면서 상법상 열람·등사청구권을 주장하는 경우에는 이를 허용하여서는 아니 된다. 회사에 대하여 열람·등사를 청구하도록 안내하여야 할 것이다.

공증인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못한다(공증인법 제5조).

법원이 공증인²¹⁾이나 공증인이었던 사람을 증인으로 하여 직무상 비밀에 관한 사항을 신문할 경우에는 그 소속 관청 또는 감독 관청(지방검찰청 또는 법무부장관)의 동의를 받아야 한다(민사소송법 제306조).²²⁾ 공증인은 법령에 따라 비밀을 지킬 의무가 있는 직책에 있는 사람으로서 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때에는 증언을 거부할 수 있다(민사소송법 제315조 제1항 제1호).²³⁾ 공증인이 직무상 비밀에 관한 사항에 대하여 증언하게 된 때에는 증언할 사항이 직무상 비밀에 해당하는 사유를 구체적으로 밝혀 법원에 미리 신고하여야 한다(민사소송규칙 제78조 제1항).²⁴⁾ 형사소송법에도 같은 취지의 규정이 있다(형사소송법 제147조, 149조, 제150조).

21) 공증인은 직무에 관하여 공무원의 지위를 가진다(공증인법 제2조 후단).

22) 위 관청은 국가의 중대한 이익을 해치는 경우를 제외하고는 동의를 거부하지 못한다(민사소송법 제307조).

23) 그러나 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 증언을 거부할 수 없다(민사소송법 제315조제2항).

24) 이러한 신고가 있는 경우 법원은 소속관청 또는 감독관청에 대하여 신문할 사항이 직무상 비밀에 해당하는지 여부에 관하여 조회할 수 있다(민사소송규칙 제78조 제2항).

공증인은 비밀누설 금지의무가 있으므로 증인신문의 경우뿐만 아니라 문서송부촉탁이나 문서제출명령의 경우에도 응하여서는 아니 된다. 이때에는 송부촉탁에 따를 수 없는 사정이 있는 경우이므로 그 사유를 법원에 통지하여야 한다(민사소송법 제352조의2 제2항). 당사자가 법령에 의하여 문서의 정본 또는 등본을 청구할 수 있는 경우에는 문서송부촉탁을 신청할 수 없으므로(민사소송법 제352조), 당사자가 공증인법에 따라 정본이나 등본을 교부받을 수 있다는 점도 고려사항이다. 수사기관의 압수수색에 대하여도 마찬가지이다.

열람·등사청구가 거절당하거나 부적법하게 열람·등사가 허용되는 등으로 공증인의 사무취급에 관하여 이의가 있는 경우 촉탁인이나 이해관계인은 소속 지방검찰청 검사장에게 이의를 신청할 수 있다(공증인법 제81조 제1항). 지방검찰청 검사장은 이의 신청사건을 검찰담당검사에게 배당하여(공증사무 이의신청사건의 처리에 관한 규칙 제3조 제1항), 대상 공증인의 사무취급이 공증관계법령에 위반되었는지 여부와 적정하게 처리되었는지 여부를 조사하고, 조사결과에 따라 이유 없음, 주의 촉구, 경고, 징계 사유 발생보고 등의 조치를 한다(이의규칙 제5조). 지방검찰청검사장의 처분에 관하여는 다시 법무부장관에게 이의신청할 수 있다(공증인법 제81조 제2항).

XII. 이사의 보수

(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결[해고무효확인등])

1. 판결 요지

상법 제388조는 “이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 이사의 보수에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 퇴직금 내지 퇴직위로금도 그 재직 중의 직무집행의 대가로 지급되는 보수의 일종이다(대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1742 판결 등 참조). 위 규정은 강행규정이므로, 정관에서 이사의 보수 또는 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 되어 있는 경우에 그 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할

증거가 없다면 이사는 보수나 퇴직금을 청구할 수 없다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결 등 참조).

2. 분석

가. 사건의 내용

원고는 2007. 3. 19. 당시 피고 회사의 대표이사와 대표이사 임용계약을 체결하였다. 계약의 내용에는 원고의 기본급과, 주당수당 외에, 적용 가능한 경우 피고 회사는 퇴직금에 관하여 근로기준법이 정한 최저 기준을 충족시킬 것이라는 조항과 연 23일의 연차유급휴가를 부여한다는 조항이 들어있다. 피고 회사의 취업규칙에는 계속근무연수 1년에 대하여 30일분의 평균임금을 퇴직금으로 지급한다는 조항이 있다.

피고 회사는 2007. 5. 8. 개최된 임시주주총회와 이사회 결의로 원고를 대표이사로 선임하였다. 피고 회사의 정관 제29조는 “이사와 감사의 보수, 상여금, 기타 수당은 주주총회의 결의에 따라 지급한다. 이사와 감사에 대한 퇴직금의 지급은 주주총회의 결의에 의해 채택된 회사의 규정에 따라 이루어진다.”고 규정하고 있다. 피고 회사는 매년 정기주주총회에서 당해 회계연도에 적용될 이사와 감사의 보수 총액을 결정하는 결의를 하였으나, 주주총회의 결의로 취업규칙의 퇴직금 조항을 이사에 대한 퇴직금 지급규정으로 채택하거나 따로 이사의 퇴직금지급규정을 마련하여 채택하지는 아니하였다.

나. 원심 판결

원심은 이사 및 대표이사 선임에 관한 주주총회 및 이사회 결의가 없는 상태에서 현 대표이사와 후임 대표이사 사이에 계약이 체결되었다는 이유만을 들어 이 사건 계약서가 효력이 없다고 판단하였다.

다. 대법원 판결

이에 대하여 대법원은 원고가 2008. 5. 8. 피고의 주주총회 및 이사회에서 피고의 이사 및 대표이사로 선임됨으로써 이 사건 계약서는 원고에 대한 대표이사 임용계약서로서 효력을 갖게 된다고 판단하였다.

다만 이 사건 계약서 중 퇴직금, 연차휴가근로수당 등 원고의 보수에 관한 조항들은 상법 제388조의 규정에 따른 요건을 갖춘 경우에 그 한도 내에서만 효력을 갖는다고 할 것인데, 피고의 정관에 이사의 보수액을 정하지 아니하였고 주주총회의 결의로 퇴직금과 연차휴가근로수당의 금액·지급방법·지급시기를 정하거나 이를 정한 규정을 채택하지 아니하였으므로, 원고가 이 사건 계약서의 위 조항들을 근거로 피고에 대하여 퇴직금과 연차휴가근로수당 등의 지급을 청구할 권리는 없다고 판단하였다.

대표이사 임용계약서에 퇴직금, 이사의 보수에 관한 약정이 있다고 하더라도 상법 제388조의 규정에 따른 요건을 갖추어야 한다는 판결이다.

XIII. 임기 만료 전의 이사 해임

(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결[해고무효확인등], XII와 같은 판결)

1. 요지

상법 제385조 제1항에 의하면, 이사는 언제든지 주주총회의 특별결의로 해임할 수 있으나, 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 여기에 서 ‘정당한 이유’란 주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 이사가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장애가 될 객관적 상황이 발생한 경우라야 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다25611 판결 등 참조).

2. 분석

이사의 해임에 관하여는 정당한 이유를 묻지 않는다. 회사와 이사의 법률관계는 신뢰를 기초로 한 민법의 위임관계이고(상법 제382조 제2항), 위임계약은 원래 해지의 자유가 인정되어 쌍방 누구나 정당한 이유 없이도 언제든지 해지할 수 있으며(민법 제689조 제1항), 다만 불리한 시기에 부득이한 사유 없이 해지한 경우에 한하여 상대방에게 그로 인한 손해배상책임을 질뿐이다(민법 제2항).

상법은 이에 대한 특칙으로서 임기가 정해진 이사를 정당한 이유없이 해임할 경우 손해배상청구권을 규정하고 있다. 손해배상의 범위는 재임기간에 받을 수 있는 보수액이며, 이는 법정책임으로서 채무불이행이나 불법행위책임과는 그 법적인 성질이 다르다. 따라서 정신적 고통에 대한 위자료는 배상의 범위에 포함되지 않으며, 과실상계의 법리도 적용될 여지가 없다.²⁵⁾

XIV. 당사자 일방이 수인이고 그 중 1인에게 상행위가 되는 경우 전원에 대하여 상법이 적용되는지 여부

(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결[대여금])

1. 판결 요지

회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며(상법 제5조 제2항, 제1항, 제47조 제1항), 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상

25) 감사의 선임에 관한 주주총회의 결의만으로 감사의 지위를 취득하는 것이 아니라 임용계약(위임계약)이 있어야 비로소 감사의 지위를 취득한다는 판례가 있다(대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결). 감사와 회사의 관계에는 민법의 위임에 관한 규정이 준용된다(상법 제415조, 제382조 제2항)는 규정을 근거로 한다. 이를 이사의 선임에 관한 설명에도 적용하고 있다. 상업등기실무[II], 법원행정처, 2011. 184면. 그러나 이는 주주총회 결의의 효력에 관한 일반 원칙에 반하는 해석이다. 또한 위임에 관한 규정이 준용된다는 법조문의 취지를 잘못 이해한 것이다. 그것이 위임계약을 체결하여야 한다는 뜻은 결코 아니다.

행위도 포함된다(대법원 2000. 5. 12. 선고 98다23195 판결 등 참조).

상법 제3조에 따라 당사자 중 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법이 적용되므로, 당사자의 일방이 수인인 경우에 그중 1인에게만 상행위가 되더라도 전원에 대하여 상법이 적용된다고 해석된다.

2. 사건의 내용

주식회사 갑의 대표이사 을은 회사가 공장을 매입하는데 계약금으로 사용하기 위하여 원고로부터 금원을 차용하였고, 피고는 차용금채무를 연대보증하였다.

차용금증서의 작성자란에는 부동산자로 “주식회사 갑”이 인쇄되어 있고 그 옆에 “대표 : 을”이라는 서명과 함께 주식회사의 법인도장이 날인되어 있으며, 그 바로 아래 줄에 부동산자로 “위 채무자인”이라고 인쇄되어 있고 “을”이라는 서명과 함께 “을”의 개인도장이 날인되어 있다. 한편 피고는 “연대보증인”이라고 인쇄된 부동산자 옆에 서명·날인하였다.

주식회사 갑은 그후 차용금 반환을 담보하는 의미로 원고에게 회사 명의로 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서를 작성하여 주었다.

3. 분석

상행위인지 여부, 상법의 적용 여부는 채권의 소멸시효와 밀접한 관련이 있다. 단순한 민사채무라면 10년의 소멸시효에 걸리지만(민법 제162조 제1항), 상사채무라면 5년의 시효에 걸린다(상법 제64조).

원심은, 주식회사 갑은 차용금의 주채무자가 아니고, 을 개인만 주채무자이고, 피고는 을 개인의 차용금 채무에 관하여 연대보증하였다고 판단하였다. 그리하여 이 사건 차용금채무가 상사소멸시효의 완성으로 소멸되어 피고의 연대보증채무도 소멸되었다는 피고의 항변을 받아들이지 아니하였다.

이에 대하여 대법원은 주식회사 갑 및 그 대표 개인 을을 공동채주로 해석하였다. 차용금증서에 채무자로 각각 서명·날인하였다는 것이다. 그리하여 대법원은 을에 대하여도 상법을 적용하였다. 즉 주식회사 갑이 공장매입자금 일부를 마련하기 위하여 원

고와 사이에 이 사건 소비대차계약을 체결한 것은 그 영업을 위하여 한 보조적 상행위이고, 비록 대표 을이 상인은 아니지만 주식회사에 대하여 상행위가 되는 이 사건 소비대차계약을 주식회사와 함께 체결하여 공동차주로서 이 사건 차용금채무를 부담하였으므로 을에 대하여도 상법이 적용된다고 판단한 것이다. 따라서 주식회사 및 을의 이 사건 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용되고, 그 상사소멸시효가 완성되어 주채무인 이 사건 차용금 채무가 소멸된다면 특별한 사정이 없는 한 부종성의 법리에 따라 피고의 연대보증채무도 소멸된다고 판단하였다.

주식회사는 상인이고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위이다. 당사자 가운데 1인이 상인이면 전원에 대하여 상법이 적용된다. 이러한 관계를 깊이 따져보지 않고 금전대차관계는 민사라고 가볍게 생각하고 넘어가는 경우도 더러 있다. 주의를 요한다.

XV. 마치는 글

근래에는 공정증서나 사서증서 인증서를 무효로 선언한 사례가 발견되지 않았다. 공증사무가 충실했다는 의미로 이해한다.

공증과 직접 관련된 판례가 그다지 많지 않은 것은 공증이 그만큼 기능을 발휘하였다는 뜻이다. 공증이 예방사법의 역할을 다하고 있다는 것이다. 