▣ 판례

2021년 회사법 관련 대법원 판례회고*

홍복기

연세대학교 법학전문대학원 명예교수, 법학박사

〈目次〉

I. 머리말	3. 대법원 판결요지
	4. 해설
II. 주식병합과 소수주주 축출(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결)	VII. 위법배당에 따른 부당이득반환청구권의 소멸시효기간(대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결)
1. 사건개요	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지	2. 대법원 판결요지
3. 해설	3. 해설
III. 전단적 대표행위에 있어서 보호되는 상대방의 범위(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결)	VIII. 주주대표소송의 제소요건과 이사의 책임(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결)
1. 사건개요	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지	2. 대법원 판결요지
3. 해설	3. 해설
IV. 법인격부인이론의 역적용(대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결)	IX. 주주총회결의 부존재 또는 무효 확인의 소가 필수적 공동소송인가의 여부(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체판결)
1. 사건개요	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지	2. 대법원 판결요지
3. 해설	3. 해설
V. 상법 제542조의9 제1항(신용공여금지) 위반의 효력(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결)	

1. 사건개요	
2. 대법원 판결요지	X. 상법 제385조 제1항(이사의 해임)에 퇴임
3. 해 설	이사가 포함되는지 여부(대법원 2021. 8. 18. 선고 2020다285406판결)
VI. 금융기관 임원의 주의의무와 경영판단의 원칙의 적용(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결)	1. 사건개요
1. 사건개요	2. 대법원 판결요지
2. 소송의 경과	3. 해 설
	XI. 맺는말

I. 머리말

이 글은 필자가 2021년 1월부터 동년 12월까지 대법원 법원도서관에서 매일 격주로 발간되는 ‘판례공보’에 게재된 대법원 판례 중 회사법 관련 중요판례를 선정하여 판례선고일 순서에 따라 설명한 것이다. 2021년에는 회사법에 관한 전원합의체 판결이 2건이 있었다.

이하에서 소개되는 2021년 회사법 관련 판례는 아래의 총 9건이다. ① 주식병합과 소수주주 축출(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315판결), ② 전단적 대표행위에 있어서 보호되는 상대방의 범위(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결), ③ 법인격부인이론의 역 적용(대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결), ④상법 제542조의9 제1항(신용공여금지) 위반의 효력(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결), ⑤ 금융기관 임원의 주의의무와 경영판단의 원칙의 적용(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결), ⑥ 위법배당에 따른 부당이득 반환청구권의 소멸시효기간(대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결), ⑦ 주주대표소송에서의 제소요건과 이사의 책임(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결), ⑧ 주주총회결의 부존재 또는 무효 확인의 소가 필수적 공동소송인가의 여부(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결), ⑨ 상법 제385조 제1항(이사의 해임)에 퇴임이사가 포함되는지 여부(대법원 2021. 8. 18. 선고 2020다285406판결). 그 밖에도 회사법 판례는 합자회사에서 업무집행 권한상실 선고의 효력(대법원 2021. 7. 8. 선고 2018다225289 판결)이 있었으나, 원심판결이 열람되지 않아 대상에서 제외하였다. 또한 회사의 파산신청에 이사회결의가 필요한지 여부(대법원 2021. 8. 26. 자 2020마5520결정)는 특별한 쟁점이 없고 당연한 판결이라 제외하였다. 이하 순서에 따라 살펴 보기로 한다.

II. 주식병합과 소수주주 축출(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결)

1. 사건개요

제1심 판결¹⁾ 및 제2심인 원심판결²⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자

원고는 선정당사자로서 2016. 10. 11.을 기준으로 울트라건설 주식회사(이하 '울트라건설'이라 한다)의 보통주 47주, 우선주 115주, 선정자 소외 1은 위 회사의 보통주 147주, 우선주 31주, 선정자 소외 2는 위 회사의 보통주 10주, 우선주 21주를 각 보유하고 있다.

울트라건설은 후술하는 바와 같이 M&A에 따라 대주주가 변경되어 2017. 4. 20. 상호를 주식회사 호반산업으로 변경하였고, 호반산업은 2017. 8. 31. 주택건설 및 주택관리업 등을 목적으로 하는 주식회사 호반건설산업에 흡수합병되어, 존속회사인 호반건설산업이 소송을 수계하여 피고가 되었다.

나. 기초사실(사실관계)

울트라건설은 2014. 10. 7. 서울중앙지방법원(이하 '회생법원')에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 '채무자회생법')에 따른 회생절차 개시신청을 하여 2014. 10. 22. 회생법원으로부터 회생절차 개시결정을 받았다(위 개시결정에 따른 회생절차를 '이 사건 회생절차'라 한다). 울트라건설은 상장회사였으나 2015. 4. 13. 상장이 폐지되었다.

이 사건 회생절차에서 2015. 7. 1. 회생법원으로부터 인가된 울트라건설에 대한 회생계획(이하 '이 사건 최초 회생계획')에는 이 사건 최초 회생계획 인가결정 전의 발행된 보통주 및 우선주에 대하여 액면가 5,000원의 주식 4주를 액면가 5,000원의 1주로 병합하여 자본을 감소시키고, 회생채권 5,000원을 액면가 5,000원의 주식 1주로 전환하며, 위 자본 감소 및 회생채권의 출자 전환을 완료한 후 울트라건설의 자본 규모의 적정화를 위하여 잔여 주식 전체를 액면가 5,000원의 주식 5주를 액면가 5,000원의 1주로 재병합하는 내용이 들어 있었다.

울트라건설은 회생법원과 협의하여 2016. 1. 6. M&A 매각 공고를 하는 등 M&A를 추진하여 2016. 3. 21. 주식회사 호반건설(이하 '호반건설')과 사이에 호반건설이 울트라건설에 208억 4,200만 원을 납입하고 울트라건설의 보통주 4,168,400주를 인수하며 인수 대금의 납입기일은

1) 서울중앙지방법원 2018. 2. 1. 선고 2017가합16957 판결

2) 서울고등법원 2018. 10. 12. 선고 2018나2008901 판결

회생계획에서 정하는 날로 하고 신주는 신주인수대금 납입기일의 익일에 효력이 발생하기로 하며, 회생법원의 허가를 얻은 때로부터 계약의 효력이 발생하기로 정하는 투자계약(이하 '이 사건 투자계약')을 체결하였다.

이 사건 회생절차에서 울트라건설은 2016. 7. 20. 위 법원으로부터 이 사건 투자계약 및 울트라건설의 보통주 및 우선주를 액면가 5,000원의 주식 4주를 액면가 5,000원의 1주로 병합하고, 병합 후 주식에 대하여 액면가 5,000원의 주식 32주를 액면가 5,000원의 1주로 재병합(주식병합 비율을 모두 곱하면 2,560 : 1이다) 하는 내용으로 이 사건 최초 회생계획을 변경하는 변경 회생계획(이하 '이 사건 변경 회생계획'이라 한다)을 인가받았다.

다. 울트라건설의 주식 병합에 의한 자본 감소

울트라건설은 2016. 9. 26. 이사회를 개최하여 2016. 11. 4. 임시주주총회(이하 '이 사건 주주총회')를 개최하기로 하였다. 이사회에서는 이 사건 주주총회의 의안을 '주식 액면 병합 및 이에 부수한 자본 감소 승인의 건' 및 울트라건설의 정관 제6조의 울트라건설이 발행하는 주식의 1주당 금액을 5,000원에서 5,000만원으로 변경하는 의안(이하 '이 사건 의안'이라 한다)으로 결정하였고, 울트라건설은 원고 등 울트라건설의 주주들에게 이 사건 의안을 기재하여 이 사건 주주총회 소집 통지를 하였다.

이 사건 주주총회는 2016. 11. 4. 개최되었다. 당시를 기준으로 울트라건설의 발행 주식의 수는 보통주 4,308,776주, 우선주 433주로 총 4,309,209주였고, 위 우선주식도 보통주식과 마찬가지로 의결권이 부여되었는데, 의결권 있는 주주의 총수는 980여 명이었다. 그 중 호반건설이 4,168,400주를 보유하고 있어 총 발행 주식의 96.73%를 보유한 상태였다. 이 사건 주주총회에는 위 4,309,209주 중 4,180,664주가 참석하였고, 이 사건 의안이 그대로 가결되었다.

울트라건설은 이 사건 주주총회 결의사항과 같이 주식 병합(이하 '이 사건 주식 병합')의 방법으로 자본 감소(이하 '이 사건 자본 감소')를 실시하여 주식 수, 주식 액면가, 자본금이 변동하였다. 그 결과, 울트라건설의 주주는 980여 명에서 호반건설 등 3명이 되었고, 원고 등은 울트라건설에 대한 주식을 1주도 보유하지 못하게 되었다. 다만, 이 사건 주식 병합으로 인하여 위 주식병합 결과 1주 미만이 되는 주식에 대하여는 보통주식 및 우선주식을 불문하고 1주당 그 액면가인 5,000원으로 계산하여 그에 해당하는 현금이 지급되었고, 원고 등도 이를 수령하였다.

라. 원고의 주장

이 사건 주식 병합에 의할 경우 기존 우선주주들은 보통주주들과 달리 보유한 모든 주식을

상실하는 결과가 발생하므로, 기존 우선주주들로 구성된 종류주주총회의 승인을 받아야 함에도 불구하고 피고가 종류주주총회를 개최하지 아니하였으므로 이 사건 자본 감소는 무효다.

이 사건 주주총회에서는 원고 등 소수주주의 의견을 전혀 반영되지 않은 채 일방적으로 이 사건 주식 병합 및 자본 감소결정을 한 후 주식 병합 절차를 진행하였고 그 결과 소수주주는 모두 없어지고 대주주만 남게 되었던 바, 이는 주주평등의 원칙에 반하므로 위법하다.

이 사건 회생절차에서 주식 병합 및 자본 감소가 이루어졌음에도 재차 10,000 : 1의 이 사건 주식 병합 및 자본 감소를 결정하였던 바, 이는 구체적이고 명백한 경영상의 필요성이 없이 오로지 소수주주의 축출을 목적으로 한 것이므로 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에 위배된다.

마. 소송의 경과

(1) 제1심 판결

제1심 판결은 “종류주주총회의 결의가 필요한 주식 병합 및 자본 감소에 해당하는지 여부는 동일한 주식 병합의 비율을 적용하였는지 여부, 단주에 대한 보상, 주식 병합 및 자본 감소의 목적, 주식 병합의 결과 등을 종합하여 어느 종류의 주주에게 실질적으로 불이익하다는 점이 명백하여야 한다. 이 사건 주식병합은 보통주식 및 우선주식에 대하여 모두 10,000 : 1의 동일한 병합 비율과 보상이 이루어졌으며, 회계법인이 평가한 울트라건설의 주식 1주당 가치는 3,812원으로 산정한 사실을 인정할 수 있는 점, 원고도 울트라건설 주식 1주 당 5,000원의 보상을 받은 것에 대하여 부당하다는 취지의 주장을 하지 아니하는 점 등에 비추어 위 보상의 정도는 충분한 것으로 판단된다. 또한 피고가 이 사건 주식 병합 및 자본 감소의 목적은 주주의 수를 줄여 주식 사무 비용을 줄이고 과도한 공시 의무에서 벗어나기 위한 것이라고 주장하였으므로, 자본 감소보다는 주식 병합을 통한 소수주주를 배제하기 위한 것으로 이루어졌다고 봄이 상당하다. 그러나 ① 이 사건 주식 병합 및 자본 감소는 위 유상증자 등과 함께 울트라건설의 재무상태를 개선시키기 위한 일련의 절차로 볼 수 있는 점, ② 발행 주식 총수의 95/100 이상을 보유하고 있는 지배주주는 상법 제360조의24에 의하여 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 소수주주에게 그 보유 주식의 매도를 청구할 수 있으므로 이 사건처럼 주식병합과 동일한 결론에 이르렀을 것인 점 등에 비추어 원고 등의 우선주주에게 실질적으로 불이익한 결과를 가져오는 경우라고 볼 수도 없다. 따라서 위와 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 주식 병합 및 자본 감소에는 원고 등으로 구성된 종류주주총회의 결의가 필요하지 아니하므로 이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

또한 제1심은 원고는 피고 회사의 행위가 주주평등의 원칙, 신의성실의 원칙 및 권리남용금

지의 원칙을 위반하였다고 주장하고 있으나, 이 사건 주주총회에서 원고 등 소수주주에게도 의결권이 부여되었던 점, 이 사건 주식 병합 및 자본 감소의 결과 소수주주는 모두 없어지게 되었으나, 울트라건설의 경영상 목적을 달성하기 위한 것이었던 점, 이 사건 주식 병합 및 자본 감소는 별다른 경영상 목적을 달성할 수 없음에도 오로지 소수주주의 축출을 목적으로 한 것이라는 사실을 인정할 증거가 없는 점, 원고 등에게 충분한 보상이 이루어진 점 등에 비추어 주주평등의 원칙, 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 판시하여 원고의 청구를 기각하였다.

(2) 제2심 판결(원심, 항소심)

제2심 판결에서는 제1심의 판결이유와 마찬가지로 울트라건설의 기존 보통주주와 우선주주에 대하여 동일한 기준에 따라 주식 병합 및 보상이 이루어진 이상, 우선주주에게 실질적으로 불이익한 결과를 가져오는 경우라고 볼 수는 없으므로 종류주주총회의 결의가 필요하지 않다고 판시하여 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

그러나 ① 주식 병합은 다수파에 의해 남용될 위험이 있고, 그 내용에 따라 주주권을 잃는 주주에게 간과 할 수 없는 불이익을 입힐 우려가 있기 때문에 주주 총회의 특별 결의를 거친다고 해서 모든 주식 병합이 허용된다고는 할 수 없고, 주주권을 잃는 주주와 그렇지 않은 주주 사이에 현저한 불평등을 야기 할 수 있는 경우에는 그 결의가 주주 평등의 원칙에 반하여 무효가 된다고 보아야 할 것이다. ② 상법상 소수주식의 강제매수제도가 도입된 이상 소수주주에 대한 관리비용 절감이나 기업경영의 효율화 등 회사이익을 증대할 목적으로 주주구조의 조정을 하고자 하는 회사로서는 원칙적으로 소수주식의 강제매수제도를 활용하여야 하고, 소수주주 축출 제도의 엄격한 요건을 탈법적으로 회피하기 위하여 소수주주의 주식매수청구권 등 구체수단이 인정되지 아니하면서 이와 동일한 효과를 갖는 주식 병합 등을 활용하는 것은 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에도 위배되어 주식 병합이 무효가 될 여지가 있다고 할 것이다. 이 경우 구체적으로 어떤 경우에 주식 병합이 무효가 되는지는 당해 자본 감소 및 주식 병합의 목적, 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 합리성, 주주가 입는 불이익의 정도, 주주의 불이익을 회피·완화하는 조치의 상당성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

이 사건 주식병합은 다음의 사정들을 고려하면, 소수주주를 축출하기 위한 목적의 이 사건 주식 병합 및 자본 감소는 그 자체로 위법하다고 할 것이다.

① 주식 병합은 단주를 발생시키고 주식의 유통성을 줄여 주주의 이해관계에 영향을 미칠 수 있으므로 상법은 자본감소와 같은 예외적인 경우에 한하여 주식 병합을 허용하고 있다. 즉, 주식 병합은 자본 감소의 방법으로 이루어져야 하는 것이지 주식 병합 자체가 목적이 되고 자본 감소가 그 수단이 되어서는 안 된다고 할 것이다. 그런데 이 사건 주식 병합 및 자본 감소

는 소수주주를 축출하기 위한 주식 병합이 주목적이었고, 자본 감소는 이에 부수하여 주식 병합에 따른 단주처리를 위하여 이루어진 것으로 보인다.

② 피고는 울트라건설이 지배주인 호반건설로부터 유상증자, 자금대여 등을 받으려는 상황에서 소수주주들이 이에 반대하는 경우 차질이 생긴다며 이 사건 주식 병합이 반드시 필요하였다고 주장하나, 이러한 주장만으로 소수주주 축출의 필요성을 인정하기 어렵다. 그럼에도 피고는 이 사건 주식 병합을 실시하였는바, 이는 엄격한 요건 하에서 허용되는 소수주주 축출 제도를 탈법적으로 회피하는 것이라고 할 것이다. 또한 피고가 제출하는 증거들만으로는 소수주주 강제매수제도를 이용하였을 경우 울트라건설을 정상화시키기 어렵다고 볼 만한 사정이 보이지 아니한다.

③ 피고의 단주에 대한 보상이 정당한지에 관하여 살펴본다. 당시 회계법인이 울트라건설의 주식 1주당 가치를 3,812원으로 평가한 사실이 있지만, 상법은 소수주식의 강제매수제도의 경우 매매가액을 원칙적으로 당사자의 합의로 결정하되, 합의가 이루어지지 못한 경우에는 법원이 결정하도록 함으로써 소수주주가 정당한 보상을 받을 수 있도록 하고 있는데(제360조의24 제6항 내지 제8항), 원고 등 울트라건설의 주주들이 이 사건 주식 병합 및 자본 감소 당시의 1주당 평가금액이나 액면금액 보다는 훨씬 더 높은 금액으로 주식을 매수한 것으로 보이는 상황에서, 이 사건 주식 병합 및 자본 감소에 있어 피고가 주주들의 의사를 반영하지 않은 채 일방적으로 단주 보상 가격을 정하여 지급한 것으로 보이는 점 등에 비추어, 위 보상의 정도가 충분하다고 단정하기 어렵다.

따라서 이 사건 주식 병합 및 자본 감소는 주주평등의 원칙에 반할 뿐만 아니라 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙에도 위배되므로 무효라고 볼 것이다. 따라서 이 부분 원고의 주장도 이유 있다. 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고, 피고의 2016. 12. 8.자 자본감소는 무효임을 확인한다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고, 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다. 대법원은 원심이 이 사건 주식병합 및 자본금감소가 주주평등의 원칙에 반할 뿐만 아니라 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에도 위배되어 무효라고 판단한 것에 대하여 일반원칙을 밝힌 다음에 쟁점별로 판시하고 있다.

가. 주식병합을 통한 자본금감소에 대한 이의

주식병합을 통한 자본금감소에 이의가 있는 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는

자본금의 감소를 승인하지 않은 채권자는 자본금감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 자본금감소 무효의 소를 제기할 수 있다(상법 제445조). 상법은 자본금감소의 무효와 관련하여 개별적인 무효사유를 열거하고 있지 않으므로, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우에 무효소송을 제기할 수 있다. 즉 주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미하는데, 만일 주주의 주식수에 따라 다른 비율로 주식병합을 하여 차등감자가 이루어진다면 이는 주주평등의 원칙에 반하여 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다. 또한 주식병합을 통한 자본금감소가 현저하게 불공정하게 이루어져 권리남용금지의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하는 경우에도 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다.

나. 주주평등의 원칙의 위반여부.

이 사건 주식병합은 법에서 정한 절차에 따라 주주총회 특별결의와 채권자보호절차를 거쳐 모든 주식에 대해 동일한 비율로 주식병합이 이루어졌다. 원심에서 지적한 바와 같이 단주의 처리 과정에서 주식병합 비율에 미치지 못하는 주식수를 가진 소수주주가 자신의 의사와 무관하게 주주의 지위를 상실하게 되지만, 이러한 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등의 원칙의 예외이다(제443조). 따라서 이 사건 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않았고, 달리 원고가 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받지 못한 사정이 없는 한 이를 주주평등원칙의 위반으로 볼 수 없다.

다. 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙의 위반여부

우리 상법이 2011년 상법 개정을 통해 소수주식의 강제매수제도를 도입한 입법 취지와 그 규정의 내용에 비추어 볼 때, 엄격한 요건 아래 허용되고 있는 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하다. 그러나 소수주식의 강제매수제도는 지배주주에게 법이 인정한 권리로 반드시 지배주주가 이를 행사하여야 하는 것은 아니고, 우리 상법에서 소수주식의 강제매수제도를 도입하면서 이와 관련하여 주식병합의 목적이나 요건 등에 별다른 제한을 두지 않았다. 또한 주식병합을 통해 지배주주가 회사의 지배권을 독점하려면, 단주로 처리된 주식을 소각하거나 지배주주 또는 회사가 단주로 처리된 주식을 취득하여야 하고 이를 위해서는 법원의 허가가 필요하다. 주식병합으로 단주로 처리된 주식을 임의로 매도하기 위해서는 대표이사가 사유를 소명하여 법원의 허가를 받아야 하고(비송사건절차법 제83조), 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식가격

에 대해 법원의 결정을 받는다는 점은 소수주식의 강제매수제도와 유사하다. 따라서 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다.

이 사건 주식병합 및 자본금감소는 주주총회 참석주주의 99.99% 찬성(발행주식총수의 97% 찬성)을 통해 이루어졌다. 이러한 회사의 결정은 지배주주뿐만 아니라 소수주주의 대다수가 찬성하여 이루어진 것으로 볼 수 있고, 이와 같은 회사의 단체법적 행위에 현저한 불공정이 있다고 보기 어렵다. 또한 해당 주주총회의 안건 설명에서 단주의 보상금액이 1주당 5,000원이라고 제시되었고, 이러한 사실을 알고도 대다수의 소수주주가 이 사건 주식병합 및 자본금감소를 찬성하였기에 단주의 보상금액도 회사가 일방적으로 지급한 불공정한 가격이라고 보기 어렵다.

3. 해 설

이 사건에서 원심은 주식병합 및 자본금감소가 주주평등의 원칙에 반하고 신의성실의 원칙 및 권리남용금지의 원칙에도 위배되어 무효라고 판시하였다. 그러나 대법원은 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않아 주주평등의 원칙의 위반으로 볼 수 없다고 판시하였다. 또한 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등의 원칙의 예외로서 단주를 매각하기 위하여는 대표이사가 사유를 소명하여 법원의 허가를 받아야 하며, 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다고 판시하였다. 또한 이 사건 주식병합 및 자본금감소는 주주총회 출석 주주의 99.99%가 찬성하여 통해 이루어졌으므로 원심 판단에 법리 오해 등의 위법이 있다고 판시하였다.

위와 같이 이 사건을 바로 보는 시각은 원심과 대법원이 완전히 상반된 입장이라고 볼 수 있다. 종류주주총회의 결의의 필요여부에 대하여는 위에서 본 바와 같이 제1심과 제2심인 원심에서 종류주주총회의 결의가 필요하지 않다고 판시하여 더 이상 다투지 않았다.

이 사건은 종전과 달리 주식병합에 의한 소수축출의 문제를 본격적으로 다루고 있어 학문적 관심을 끌며 여러 평석이 나왔다.³⁾

이 사건처럼 주식병합의 비율을 소수주주가 보유한 주식수 보다 높은 비율로 설정되면, 소

3) 김지환, “주식병합을 통한 소수주주축출 문제 해결방안”, 「상사법연구」 제 40권 제2호, 한국상사법학회, 2021; 황현영, “주식병합과 소수주주축출에 관한 연구”, 「상사판례연구」 제33집 제4권, 한국상사판례학회, 2020; 김재범, “주식병합에 의한 소수주주축출”, 「상사판례연구」 제34권 제4호, 한국상사판례학회, 2021; 임재혁, “소수주주 축출제도에 있어 경영의 효율성제고 및 소수주주 보호이념의 조화-대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다 224699 판결 및 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결의 평석을 곁하여-”, 「기업법연구」 제35권 2호, 한국기업법학회, 2021.

수주주의 지위는 주주의 지위를 상실하고, 단주만 갖게 되어 회사로부터 축출된다. 우리 회사 법상 소수주주가 축출되는 경우는 여러 가지가 있다. 회사의 합병·분할, 지배주주의 매도청구권행사(제360조의24조의 24), 이 사건과 같은 자본감소에 있어 주식병합에 의한 경우 등이다. 이들 중에서 주식병합은 소수주주 보호 및 구제에 가장 취약하다고 볼 수 있다. 회사의 합병이나 분할의 경우 주식병합 또는 교부금합병에 의하여 소수주주가 축출되는 경우에는 합병에 반대하며 주식매수청구권을 행사함으로써 주식의 공정가격에 관한 협상을 통하여 어느 정도는 자신의 권리를 확보할 수 있다. 지배주주의 매도청구권행사의 경우에도 소수주주는 주식의 매매가격의 협의를 통하여 공정한 가격 산정에 대해 다툴 기회가 있다.

그러나 형식적으로는 자본금감소의 수단으로 주식병합을 하지만, 실질적인 목적은 소수주주를 축출하기 위한 경우에는 소수주주가 이에 반대하더라도 우리 상법상 주식매수청구권이 인정되지 않는다. 지배주주가 주식병합을 자신의 이익을 도모하기 위한 수단으로 이용한다면, 소수주주의 희생에 지배주주가 이익을 취하는 불공정이 초래되므로 소수주주의 보호를 주식병합을 일정하게 제어할 필요성이 있는 것이다

대법원이 소수주식의 강제매수제도는 지배주주에게 법이 인정한 권리로 반드시 지배주주గా 이를 행사하여야 하는 것은 아니며, 우리 상법이 소수주식의 강제매수제도를 도입하면서 이와 관련하여 주식병합의 목적이나 요건 등에 별다른 제한을 두지 않았다는 것을 이유로 주식병합을 통한 소수주주의 축출을 인정한다면 또 다른 소수주주의 축출을 위한 손쉬운 길을 열어준 것으로 볼 수 있다. 대법원이 주식병합으로 단주로 처리된 주식을 임의로 매도하기 위해서는 법원의 허가를 받아야 하므로 단주 금액의 적정성이 확보될 수 있다는 것만으로는 소수주주의 보호가 미흡하다.

따라서 우리 회사법에서도 자본금감소를 위하여 주식의 병합을 하는 경우에 병합에 반대하는 주주에게 주식매수청구권을 인정하고, 유지청구권 등의 도입 등 제도적 준비를 할 필요성이 있다.⁴⁾⁵⁾

4) 미국 모범사업회사법(Molel Business Corporation Act)은 주식병합 절차에서 정관을 변경하는 주주총회에 반대하는 주주에게 주식매수청구권을 인정하고 있다[§13.02(a)(4)]. 일본 회사법도 주식병합에 반대하는 주주에게 주식매수청구권(제182조의4, 제116조 제1항 제2호)을 부여하고 있다.

5) 동지: 김지환, 전계논문, 200면.

Ⅲ. 전단적 대표행위에 있어서 보호되는 상대방의 범위(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁶⁾ 및 제2심인 원심판결⁷⁾ 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다. 대법원 판결이유에서 나타난 쟁점과 관련된 사실관계만 다룬다.

가. 원고의 자금대여와 피고회사 대표이사의 대위변제 약속

원고는 전기기기 제조 및 판매업, 전기공사업 등을 영위하는 회사이다. 피고는 회생절차가 진행 중이던 대우자동차판매 주식회사에 대한 회생계획이 인가됨에 따라 위 회사의 건설사업 부문을 승계하여 설립된 회사로서, 2011. 12. 30. 회생절차가 종결되었다. ○○신도시필유 주식회사(이하 '소외 회사')는 부동산 개발 기획 및 컨설팅, 부동산 분양 및 분양 대행업을 영위하는 회사이다.

원고는 2012. 4. 10.경 소외 회사에게 30억 원을 대여하면서, 변제기는 대여일로부터 6개월 이내로 하되, 소외 회사가 대여원금인 30억 원에 배당금 30억 원을 더한 60억 원을 4회에 걸쳐 변제받기로 하였다(이하 '이 사건 소비대차계약').

같은 날 당시 피고의 대표이사이던 소외 1은 원고에게 '위 소비대차계약 내용이 진행되지 못하였을 경우 대여금의 원금을 대위변제한다'는 내용의 확인서(이하 '이 사건 확인서')를 작성하여 주었는데, 위 확인서 말미에는 '위 확인자, 상호: 피고, 주소: 대표이사'라고 인쇄되어 있었고, 소외 1은 위 대표이사 기재 옆에 본인의 이름을 기재한 후 서명하였다.

원고는 같은 날 소외 회사에게 30억 원을 지급하였으나, 소외 회사는 대여일로부터 6개월이 지나도록 차용금을 변제하지 않았다.

당시 피고의 이사회 규정에 따르면, '다액의 자금도입 및 보증행위'를 이사회 부의사항으로 정하고 있었다. 그러나 소외 1이 원고에게 이 사건 확인서를 작성해 줄 당시 피고의 이사회 결의는 없었다. 2012년 피고의 자산은 약 1,700억 원, 매출은 약 1,000억 원에 이르렀다.

나. 당사자의 주장

원고는 피고에 대하여 소외 회사의 원고에 대한 소비대차계약상의 채무 중 원금 30억 원에

6) 수원지방법원 2014. 1. 29. 선고 2013가합19642 판결.

7) 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2014나10801 판결.

관하여 대위변제약정을 하였으므로 원금과 지연배상금의 지급을 청구하였으나, 피고는 채무를 보증하는 것은 대외적 거래행위로 이사회 결의를 거쳐야 하는데, 피고의 대표이사인 소외 1이 이사회 결의를 거치지 않은 채 소외 회사의 원고에 대한 채무를 대위변제하기로 하였으므로 이는 무효라고 주장하고 청구를 거절하였다.

다. 소송의 경과

제1심 법원은 "주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이고, 이 경우 거래의 상대방이 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 회사 측이 주장·입증하여야 하는데,8) 원고가 위 대위변제약정에 관한 피고 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었음을 인정할 아무런 증거가 없어 피고의 위 주장은 이유 없다"고 판시하여 원고의 청구를 인용하였다.

피고가 항소한 원심에서도 피고의 항소를 기각하고 원고의 청구를 인용하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 피고의 상고를 기각하여 결론에서는 제1심과 원심판결인 제2심과 동일하다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 대표이사의 권한과 이사회 결의사항

일반적으로 주식회사의 대표이사는 회사의 권리능력 범위 내에서 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항). 그러나 그 대표권은 법률 규정에 따라 제한될 수도 있고(이를 '법률상 제한'이라 한다), 회사의 정관, 이사회 결의 등의 내부적 절차, 내부 규정 등에 따라 제한될 수도 있다(이를 '내부적 제한'이라 한다).

법률상 제한에 해당하는 대표적인 경우는 상법 제393조 제1항이다. 이 조항은 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 회사의 업무집행은 이사회 결의로 한다.'고 정함으로써, 주식회사의 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정권한이 있음을 명시하고 있다. 따라서 주식회사가 중요한 자산을 처분하거나 대규모 재산을 차입하는 등의 업무집행을 할 경우

8) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결 등 참조.

에 이사회가 직접 결의하지 않고 대표이사에게 일임할 수는 없다. 즉, 이사회가 일반적·구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상업무에 속하지 않은 중요한 업무의 집행은 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의사항으로 정하였는지 여부와 상관없이 반드시 이사회 결의가 있어야 한다.⁹⁾

그리고 상법 제393조 제1항에 정해진 ‘중요한 자산의 처분이나 대규모 재산의 차입 등의 업무’에 해당하지 않더라도, 주식회사의 정관이나 이사회 규정 등에서 대표이사가 일정한 행위를 할 때에 이사회 결의를 거치도록 정할 수 있는데, 이러한 경우를 법률상 제한과 구분하여 내부적 제한이라고 한다.

나. 대표권의 내부적 제한과 선의의 제3자 보호

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. 상법은 대표이사의 대표권 제한에 대하여 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있다(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항).

대표권이 제한된 경우에 대표이사는 그 범위에서만 대표권을 갖는다. 그러나 그러한 제한을 위반한 행위라고 하더라도 그것이 회사의 권리능력을 벗어난 것이 아니라면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자는 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿는 것이 당연하고 이러한 신뢰는 보호되어야 한다. 일정한 대외적 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 권한을 제한한 경우에도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다. 따라서 회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 대표권을 제한한 경우(이하 ‘내부적 제한’)에도 선의의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호된다.

거래행위의 상대방인 제3자가 상법 제209조 제2항에 따라 보호받기 위하여 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. 중과실이란 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 이사회 결의가 없음을 알 수 있었는데도 만연히 이사회 결의가 있었다고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반하는 것으로, 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 게을리하여 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태를 말한다. 제3자에게 중과실이 있는지는 이사회 결의가 없다는 점에 대한 제3자의 인식가능성,

9) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다55808 판결, 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결 참조.

회사와 거래한 제3자의 경험과 지위, 회사와 제3자의 종래 거래관계, 대표이사가 한 거래행위가 경험칙상 이례에 속하는 것인지 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그러나 제3자가 회사 대표이사와 거래행위를 하면서 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 일반적으로 이사회 결의가 있었는지를 확인하는 등의 조치를 취할 의무까지 있다고 볼 수는 없다.

다. 대표권의 법률상 제한

대표이사의 대표권을 제한하는 상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. 법률의 부지나 법적 평가에 관한 착오를 이유로 그 적용을 피할 수는 없으므로, 이 조항에 따른 제한은 내부적 제한과 달리 볼 수도 있다. 그러나 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위'에 관하여 이사회의 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 위에서 본 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다(필자 추가)

(1) 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등'에 해당하는지는 재산의 가액과 총자산에서 차지하는 비중, 회사의 규모, 회사의 영업이나 재산 상황, 경영상태, 자산의 보유 목적 또는 차입 목적과 사용처, 회사의 일상적 업무와 관련성, 종래의 업무 처리 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 적당한지 여부에 따라 판단하여야 한다.¹⁰⁾ 그런데 대표이사와 거래하는 상대방의 입장에서는 회사의 구체적 상황을 알기 어려울 뿐만 아니라, 회사와 거래행위를 한다는 이유만으로 위와 같은 사정을 알아야 할 필요도 없고, 알아야만 하는 것도 아니다. 설령 상대방이 그러한 사정을 알고 있더라도, 해당 거래행위가 대표이사의 결정에 맡겨져 있다고 볼 수 있는지를 판단하기는 쉽지 않다. 구체적인 사건에서 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등'에 해당하는지는 법률전문가조차 판단이 엇갈릴 수 있는 영역으로 결코 명백한 문제가 아니다.

(2) 이러한 점을 고려할 때 이사회 결의를 요구하는 근거가 상법 제393조 제1항인지 아니면 정관 등 내부 규정인지에 따라 상대방을 보호하는 기준을 달리한다면 법률관계가 불분명하게 될 수밖에 없다. 중과실과 경과실의 구별은 상대적이고 그 경계가 모호하며, 개별 사건에서 구체적 사정을 고려하여 과실의 존부와 그 경중을 판단할 수밖에 없다. 이사회 결의가 없는 거래

10) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결 참조.

행위의 효력을 판단할 때 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는 경우에는 '선의·무과실'의 상대방을 보호하되 정관 등에서 이사회 결의를 거치도록 정한 경우에는 '선의·무중과실'의 상대방을 보호하는 식으로 구별하는 이른바 이원론은 회사를 둘러싼 거래관계에 불필요한 혼란과 거래비용을 초래한다. 이러한 이원론에 따르면, 정관 등 회사 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 경우에도 회사로서는 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 사항에 해당한다고 주장·증명하여 상대방의 보호 범위를 좁히려고 할 것이다. 그러나 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 자산의 차입' 등에 해당하는지는 위 (1)에서 본 여러 구체적 사정을 고려하여 판단해야 하기 때문에 법원의 심리부담이 가중될 우려가 있다.

이와 달리 상법 제393조 제1항의 경우에도 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 상법 제209조 제2항을 적용한다면, 회사가 정관 등 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 거래행위는 상법 제393조 제1항이 적용되는지와 상관없이 이사회 결의가 없었다는 점에 대해 거래 상대방에게 악의 또는 중과실이 있었는지 여부만을 판단하면 되고, 이로써 법률관계를 단순화하여 명확하게 하는 데 도움이 된다.

(3) 지배인이나 표현대표이사과 거래한 상대방은 과실이 있더라도 중과실이 아닌 한 보호받는다.¹¹⁾ 대표이사는 지배인이나 표현대표이사보다 강력한 권한을 가진다. 상법 제393조 제1항에서 요구하는 이사회 결의를 거치지 않았다는 이유만으로 거래 상대방에게 무과실을 요구하는 것은 진정한 대표이사과 거래한 상대방을 지배인이나 표현대표이사과 거래한 상대방에 비하여 덜 보호하는 결과가 되기 때문에 형평의 관점에서 보더라도 납득하기 어렵다.

(4) 대표이사가 회사를 대표하여 거래행위를 할 때 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정 절차에 불과하다. 대표이사가 필요한 내부절차를 밟았을 것이라는 점에 대한 거래 상대방인 제3자의 신뢰는 이사회의 결의를 필요로 하는 근거에 따라 달라지지 않는다. 그런데도 내부적 제한을 위반한 경우에만 경과실 있는 상대방을 보호함으로써 상법 제393조 제1항에 해당하는 행위인지 아니면 단순한 내부적 제한에 해당하는 행위인지에 따라 거래 상대방이 기울여야 할 주의의무의 정도를 달리 본다면, 상대방으로서는 회사의 내부적 사정까지 파악해야 하기 때문에 결국 불필요한 거래비용을 증가시켜 회사에도 바람직하지 않은 결과를 초래한다.

(5) 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의가 필요한 경우와 정관 등 내부 규정에 따라 이사회 결의가 필요한 경우를 구별할 수 있지만, 종래 대법원은 이를 구분하지 않고 단순히 이사

11) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결, 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결 참조.

회 결의 흠결에 대해 상대방이 선의·무과실인지에 따라 거래행위의 효력을 판단해 왔다. 이것은 대표이사의 권한이 어떠한 방식으로 제한되었는지와 상관없이 대표이사가 한 대외적 거래행위의 효력에 관해서는 상법 제393조 제1항의 경우를 내부적 제한의 경우와 완전히 구별하여 다루기보다는 개별 사건에서 사안에 따라 거래 상대방의 선의나 과실을 고려하여 판단하는 것이 타당하다고 보았기 때문이다.

(6) 상법 제393조 제1항에서 요구하는 이사회 결의가 흠결된 거래행위에 대해서 어떠한 기준에 따라 그 유효·무효를 판단할 것인지는 회사의 대외적 거래관계에서 회사와 거래 상대방, 나아가 이해관계인 사이에서 이사회 결의 흠결로 인한 위험을 어떻게 합리적으로 분배할 것인지를 정하는 문제이다. 주식회사에서 이사회 결의는 회사 내부의 절차이다. 제3자가 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 회사 내부에서 발생한 위험을 대표이사와 거래한 상대방에게 전가하는 것은 바람직하지 않다. 그동안 판례가 내부적 제한을 위반한 거래행위와 상법 제393조 제1항의 법률상 제한을 위반한 거래행위를 구분하지 않고 그 효력을 같은 기준으로 판단한 데에는 위와 같이 합리적인 이유가 있다. 따라서 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않고 대표이사가 거래행위를 한 경우에도 대표이사의 대표권이 내부적으로 제한된 경우와 마찬가지로 규율하는 것이 타당하다. 대표이사가 상법 제393조 제1항의 법률상 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지 아니면 단순한 내부적 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지는 거래 상대방의 악의 또는 중과실을 판단하는 단계에서 개별적으로 고려할 요소 중 하나일 뿐이고, 이러한 구별을 이유로 대표이사의 행위를 신뢰한 제3자를 보호하는 기준 자체를 달리 정할 것은 아니다.

라. 판례 변경

이와 달리 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 않은 경우에 거래 상대방인 제3자가 보호받기 위해서는 선의 이외에 무과실이 필요하다고 본 대법원 1978. 6. 27. 선고 78다389 판결, 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다33903 판결, 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다42754 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다48282 판결, 대법원 1998. 7. 24. 선고 97다35276 판결, 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다2488 판결, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다.

3. 해 설

이 사건은 대표이사가 이사회 결의 없이 거래행위(이 사건에서는 '보증')를 한 경우에 거래 상대방인 제3자는 어떠한 범위에서 보호되는지 여부와 관련하여 현행 상법 규정의 해석에 관한 문제로서 대법원은 종전의 입장을 변경하였다. 판례변경에 대하여는 다수의견과 반대의견의 방대한 양의 치열한 논리공방이 있었으며, 다수의견에 대한 보충의견도 있었다. 제1심의 원고청구인용, 제2심의 피고의 항소기각, 제3심인 대법원이 피고의 상고를 기각하여 원고와 피고 간의 심급별 승패의 변함이 없음에도 대법원의 판례변경이 이루어진 보기 드문 경우라고 볼 수 있다.

현행 상법상 대표이사의 거래행위가 이사회의 결의에 의하여 제한되는 경우는 크게 내부적 제한과 법률상 제한으로 나눌 수 있다. 내부적 제한의 근거 규정은 상법 제389조 제3항에 의하여 준용되는 제209조 제2항이며, 법률상 제한은 제393조 제1항 등이다.

그런데 법령·정관 또는 이사회규칙에서 주주총회나 이사회결의를 필요로 하는 사항에 대하여 그 결의를 거치지 않는 대표이사의 위법한 행위의 효력을 어떻게 볼 것인가에 관하여는 학설이 대립된다. 강학상 이 문제는 소위 대표이사의 전단적 행위 또는 위법한 대표행위로 논하여지고 있다. 통상적으로 대표이사의 전단적 행위에는 주주총회의 결의를 거치지 않는 대표이사의 행위를 포함하지만, 이 사건에서는 대표이사가 이사회결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 한정하여 논하고 있다.

대표권의 내부적 제한은 정관이나 이사회규칙, 이사회 결의에 의하여 이루어진다. 예를 들면, 대표이사를 사장·부사장·전무이사·상무이사 등으로 구별하여 지휘통솔관계를 규정하거나 업무를 분장하여 대표이사 각자의 권한을 특정의 영업이나 영업소로 한정한다든가, 또는 일정한 대표행위에는 이사회의 결의를 요건으로 하는 따위가 가장 전형적인 내부적 제한이다. 대표이사는 정관이나 이사회 규칙 등에 의한 대표권의 내부적 제한에 따라야 한다. 대표권의 법률상 제한은 상법 제393조 제1항이 "중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 자산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다"라고 규정한 것이다.

이러한 대표권의 내부적 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(389조 3항, 209조 2항). 즉 대표이사가 내부적 제한을 위반하여 대표행위를 하였다 하더라도 상대방이 대표권의 제한을 알지 못하였다면 회사가 거래의 무효를 주장할 수 없다. 이는 거래의 안전을 도모하기 위한 것이다. 대표이사권한은 포괄적·확실적·정형적인 성질을 가지므로 대표권을 제한하여도 선의의 제3자에게 대항하지 못하는 것이다.

대표권의 제한과 관련하여 종전의 판례는 대표권의 내부적 제한과 법률적 제한을 구별하지 않고 대표행위의 상대방이 이사회의 결의가 없었음을 알지 못하거나 알지 못한 것에 대하여

과실이 없으면(선의·무과실) 대표행위는 유효하고, 악의이거나 과실이 있으면 무효라는 입장이었다. 판례를 보면 “주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니하고 한 경우라도 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사 결정에 불과하다 할 것이므로 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 해석되고, 이와 같은 상대방의 악의는 이를 주장하는 회사측에서 주장·입증하여야 할 것이다”고 판시하여 유효설의 입장을 원칙적으로 취하고 다만 무효를 주장하는 자(회사)가 상대방이 이사회 결의가 없거나 무효라는 사실을 알았거나 알 수 있었음을 증명하면 거래를 무효화시킬 수 있다는 태도를 취하고 있었다.¹²⁾

그러나 위 전원합의체의 판결에 의하여 이사회 결의가 없었다는 점에 대하여 상대방이 악의 또는 중과실이 없다면 회사는 무효를 주장할 수 없게 되었다. 따라서 대표이사가 이사회 결의 없이 거래행위를 한 경우에 그 효력은 대표권의 내부적 제한 또는 법률상 제한과 관계없이 상대방이 악의·중과실이 없다면 유효하다고 보는 것이 현재의 대법원이 입장이라고 볼 수 있다. 대법원의 입장은 거래안전보호를 일층 더 강화한 것으로 볼 수 있다. 이 전원합의체 판결에 대하여는 여러 연구논문과 평석이 있다.¹³⁾

IV. 법인격부인이론의 역적용(대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결)

1. 사건개요

제1심 판결¹⁴⁾ 및 제2심인 원심판결¹⁵⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 원고와 소외 3간의 부동산매매계약의 체결

(1) 원고의 남편인 소외 1은 원고를 대리하여 2012. 10.경 소외 2와 사이에, 원고 소유의 이

12) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391; 대판 1996. 1. 26. 선고 94다42754 판결; 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다48282 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480; 대법원 2009. 3. 26. 2006다47677 판결; 대판 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결 등

13) 김교창, “주식회사 대표이사의 대표권 제한과 제3자 보호-대법원 2021.2.18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결-”, 법률신문 제4898호, 법률신문사; 이철송, “대표이사의 전단행위의 효력”, 「선진상사법률연구」 제94호, 법무부, 2021.; 최문희, “이사회 결의가 필요한 전단적 대표행위의 상대방 보호 범리의 재검토” 「상사법연구」 제40권 제3호, 한국상사법학회, 2021.; 김희철, “대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결에 관한 소고”, 「상사판례연구」 제34권 제1호, 한국상사판례학회, 2021.; 백숙중, “대표이사가 이사회 결의 없이 제3자와 거래행위를 한 경우 상대방의 보호범위”, 「사법」 사법발전재단, 제56호, 2021.

14) 수원지방법원 평택지원 2018. 7. 11. 선고 2017가합836 판결

15) 서울고등법원 2019. 10. 30. 선고 2018나2042388 판결

사건 토지와 그 지상의 공장건물(이하 통틀어 '이 사건 부동산')을 대금 15억 원에 매도하되, 계약금 및 중도금은 1억 5,000만 원으로 하고, 잔금 13억 3,500만 원은 기존 대출금을 승계하기로 정하여 매매계약을 체결하였다.

소외 2가 위 계약금 및 중도금을 당장 지급하기 어렵다고 호소하자, 소외 1은 2012. 10. 15 소외 2 및 그 아들인 소외 3과 사이에 소외 2가 소외 1로부터 1억 5,000만 원을 차용하고(변제기한 2012. 12. 31.까지) 소외 3이 이를 연대보증하는 내용의 금전소비대차 공정증서와 이를 이행하지 않는 경우 소외 3의 동산 및 공장건물 등을 소외 1에게 양도하는 약정하는 '이행각서'를 각 작성하였다.

(2) 소외 2는 소외 1에게 장차 이 사건 부동산에서 아들인 소외 3이 사업체를 운영할 예정이니 매수인 명의를 소외 3으로 변경하여 달라고 요청하였다. 이에 소외 1은 원고를 대리하여 2013. 5. 9. 소외 3과 사이에, 이 사건 부동산을 13억 원에 매도하기로 하는 내용의 매매계약과, 이 사건 토지 중 도로 지분 및 토목공사(아스콘)를 3억 3,000만 원에 매도하기로 하는 내용의 매매계약을 각 체결하였다(이하 통틀어 '이 사건 매매계약').

(3) 소외 3은 2013. 8. 13. 원고에게 '이 사건 매매계약 대금 중 미지급액이 1억 6,000만 원(아스콘 공사 및 기타), 부가가치세가 50,754,000원'이라는 내용의 '사실확인서'(이하 '이 사건 채무')를 작성하여 주었고, 위 사실확인서에 자신이 운영하는 개인사업체인 '두진칼라팩'의 명판 및 자신의 인장을 날인하였으며, 소외 2는 보증인으로 서명날인하였다.

나. 소외 3에 의한 피고회사의 설립

소외 3은 2004. 4.경 개인사업체인 '두진칼라팩'을 개업하여 인쇄지함 제조 등 영업을 하여 오다가 2015. 10. 31. 폐업신고를 하였고, 2015. 11. 19. 인쇄업, 고급칼라박스(인쇄지함) 제조업 등을 목적으로 하는 피고회사를 설립하여 그 대표이사에 취임하였다. 두진칼라팩의 폐업 당시 사업장소재지와 피고의 본점 소재지는 동일하다.

다. 소외3과 피고회사간 포괄양수도계약

소외 3은 2015. 11. 19. 피고 회사 간에, '두진칼라팩'의 자산 및 부채 등 사업 일체를 피고에게 포괄적으로 양도하는 내용의 포괄양수도계약을 체결하고, 그 무렵 피고에게 두진칼라팩의 영업재산 일체를 양도하는 한편 2016. 1. 22. 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐주었다. 위 양도대금은 별도의 약정서에 의하기로 하였는데, 그 이후 별도의 약정서가 작성되지

는 않았고, 소외 3은 양도대가로 피고의 발행주식 50%만을 취득하였다. 피고는 포괄적으로 두 진칼라팩의 장부상 부채를 모두 인수하였으나, 이 사건 채무는 인수하지 않았다.

라. 피고는 자본금 3억 원으로 설립되어 그때부터 현재까지 소외 3이 50%의 주식을, 소외 3의 형인 소외 4가 30%의 주식을, 소외 3의 아버지인 소외 2가 20%의 주식을 각 보유하고 있다. 피고의 이사는 그 설립 이래 현재까지 소외 3 및 소외 2, 소외 4 등 3명이고, 2016. 6. 10. 그 대표이사만이 소외 3에서 소외 2로 변경되었다.

마. 소송의 경과

원고는 주위적 청구로 이행각서에 따라 이 사건 동산을 인도할 것을 피고에게 청구하였다. 예비적 청구로는 피고는 원고에게 법인격부인의 법리에 따라 소외 2와 소외 3이 부담하는 의무를 공동으로 부담하므로 사실확인서에 기재된 금액을 이행할 것을 주장하였다.

제1심에서는 원고의 주위적 청구는 채권자로서의 지위의 부존재로, 법인격부이론의 적용을 주장한 예비적 청구도 인정되지 않아 원고가 패소하였다. 제2심에서는 주위적 청구에 대하여는 제1심과 마찬가지로 원고는 이행각서상의 채권자가 아니므로 원고의 주장을 배척하였으나, 예비적 청구에 대하여는 사실확인서의 효력을 인정하고 법인격부인의 법리를 적용하여 원고의 청구를 인용하였다. 이에 따라 피고가 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 피고의 상고를 기각하고 원심판결을 확정하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 법인격부인이론의 법리

주식회사는 주주와 독립된 별개의 권리주체이므로 그 독립된 법인격이 부인되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 개인이 회사를 설립하지 않고 영업을 하다가 그와 영업목적이나 물적 설비, 인적 구성원 등이 동일한 회사를 설립하는 경우에 그 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 않고, 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 개인의 개인기업에 불과하거나, 회사가 개인에 대한 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되고 있는 예외적인 경우까지 회사와 개인이 별개의 인격체임을 이유로 개인의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로, 이러한 경우에는 회사의 법인격을

부인하여 그 배후에 있는 개인에게 책임을 물을 수 있다.¹⁶⁾

나. 법인격부인이론의 역적용

개인과 회사의 주주들이 경제적 이해관계를 같이하는 등 개인이 새로 설립한 회사를 실질적으로 운영하면서 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있다고 인정되는 경우로서, 회사 설립과 관련된 개인의 자산 변동 내역, 특히 개인의 자산이 설립된 회사에 이전되었다면 그에 대하여 정당한 대가가 지급되었는지 여부, 개인의 자산이 회사에 유용되었는지 여부와 그 정도 및 제3자에 대한 회사의 채무 부담 여부와 그 부담 경위 등을 종합적으로 살펴본다. 회사와 개인이 별개의 인격체임을 내세워 회사 설립 전 개인의 채무 부담행위에 대한 회사의 책임을 부인하는 것이 심히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 때에는 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다고 보아야 한다.

다. 본 사건의 경우

소외 3은 이 사건 채무를 면탈하기 위한 목적으로 자신의 개인사업체인 두진칼라팩과 영업 목적이나 물적 설비, 인적 구성원 등이 동일한 피고를 설립한 것이고, 소외 3이 50%의 주식을 보유하고 있을 뿐 아니라 소외 3을 제외한 피고의 주주들도 소외 3과 경제적 이해관계를 같이하는 등 소외 3이 피고를 실질적으로 운영하면서 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있었다. 여기에 피고 설립 당시 소외 3의 소유였던 이 사건 부동산을 포함하여 두진칼라팩의 모든 자산이 피고에게 이전된 반면, 소외 3은 자본금 3억 원으로 설립된 피고 주식 중 50%를 취득한 외에 아무런 대가를 지급받지 않은 점까지 더하여 보면, 주식회사인 피고가 그 주주인 소외 3과 독립된 인격체라는 이유로 원고가 소외 3의 이 사건 채무 부담행위에 대하여 피고의 책임을 추궁하지 못하는 것은 심히 정의와 형평에 반한다. 따라서 원고는 소외 3뿐만 아니라 피고에 대해서도 이 사건 채무의 이행을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

피고가 이 사건 채무를 이행할 의무가 있다는 원심의 판단은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 법인격 부인에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다

3. 해 설

이 사건은 대법원이 인정하고 있는 법인격부인이론의 역적용의 인정을 재확인하는 판결이

16) 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결 등 참조.

라고 볼 수 있다.

법인격부인이론의 역적용은 이 사건처럼 채무자가 강제집행을 면탈하기 위하여 회사에 전 재산을 출자한 경우에 채권자가 법인격을 부인하여 책임을 물을 수 있느냐의 여부에 관한 문제이다. 이에 대하여는 주주가 소유하는 주식자체가 회사재산의 간접적 표현이므로 주주의 채권자는 주주의 소유주식에 대해 강제집행을 하면 족하지 그 이상 법인격을 부인하여 회사재산에 대해 강제집행할 실익이 크지 않다는 이유로 법인격을 부인해서는 안 된다고 보는 견해가 있다(역적용의 부정).¹⁷⁾

그러나 법인격부인이론의 실정법적인 근거는 권리남용금지나 신의성실의 원칙에 있기 때문에 위 경우에도 법인격부인이론이 적용된다고 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾

법인격의 역적용을 인정한 대표적 판례는 “기존회사가 채무를 면탈하기 위하여 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무 면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 이러한 경우에 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없으므로, 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여도 채무의 이행을 청구할 수 있다. 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 신설회사를 설립한 것인지 여부는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 신설회사의 설립시점, 기존회사에서 신설회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 신설회사로 이전된 자산이 있는 경우 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 판시하고 있다.¹⁹⁾

V. 상법 제542조의9 제1항(신용공여금지) 위반의 효력(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결)

1. 사건개요

제1심 판결²⁰⁾ 및 제2심인 원심판결²¹⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

17) 이철송, 회사법강의(제26판), 박영사, 2018, 67면.

18) 동지: 김정호, 회사법, 법문사, 2012, 57면; 장덕조, 회사법, 법문사, 2014, 18면.

19) 대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결; 동지: 2006. 7. 13. 선고 2004다36130 판결; 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결; 2010. 1. 14. 선고 2009다77327 판결; 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결.

20) 서울남부지방법원 2016. 5. 19. 선고 2015가합6020 판결

21) 서울고등법원 2017. 8. 29. 선고 2016나2042983 판결

가. 당사자들의 관계

원고와 피고들은 주식회사 네오피플(이하 '네오어플')의 채권자로서 네오피플이 주식회사 한국야쿠르트(이하 '한국야쿠르트')에 대하여 가지는 물품대금 채권(이하 '이 사건 채권')을 압류 또는 가압류를 한 자들이다.

나. 금전소비대차와 담보제공을 위한 채권양도

사채업자인 소외 1은 상장회사인 주식회사 네오피플(이하 '네오피플')의 주주인 소외 2, 대표이사인 소외 3과 2012. 11.경 소외 1이 네오피플에 금전을 대여하되 소외 2와 소외 3이 연대보증을 하고 담보를 제공하는 방향으로 협상을 진행하다가, 네오피플의 이사인 소외 4로부터 네오피플이 이사회 결의 없이 주채무자가 될 경우 배임죄 등의 문제가 생길 수 있다는 지적을 받은 후, 소외 1이 소외 2와 소외 3에게 20억 원을 대여하되 네오피플이 연대보증을 하고 담보를 제공하는 내용의 금전소비대차 계약(이하 '이 사건 금전소비대차 계약')을 체결하였다.

소외 2는 이 사건 금전소비대차 계약에 근거하여 소외 1로부터 받은 돈 중 5억 원을 네오피플에 대여하였다.

소외 1은 2012. 12. 28.경 네오피플로부터 이 사건 금전소비대차 계약 관련 담보의 명목으로 네오피플이 주식회사 한국야쿠르트(이하 '한국야쿠르트')에 대하여 가지는 물품대금 채권(이하 '이 사건 채권')을 양도받았다(이하 '이 사건 채권양도').

다. 채권에 대한 가압류와 공탁금 배당액에 대한 원고의 이의제기

원고와 피고는 이 사건 채권에 대하여 각 가압류결정을 받고, 소외 1은 이 사건 채권을 양도 받았는데, 원고의 가압류결정 정본은 2013. 4. 17.에, 소외 1의 이 사건 채권양도 통지는 2013. 5. 13.에, 피고의 가압류결정 정본은 2013. 5. 22.에 한국야쿠르트에 각 도달하였다.

이에 한국야쿠르트는 2013. 9. 30. 압류의 경합 등을 이유로 이 사건 채권액을 공탁하였고, 이후 서울남부지방법원 2013타기2293호 배당절차 사건에서 원고에게 102,856,383원을, 피고에게 283,804,806원을 각 배당하는 내용의 배당표가 작성되었다. 소외 1은 그 전에 배당요구를 철회하였다.

원고는 위 사건의 배당기일에 출석하여 이의를 제기하고, 이 사건 채권이 소외 1에게 양도된 후 피고가 가압류하였으므로, 이러한 피고의 가압류는 부적법하여 피고에게 배당하여서는 아니 된다고 주장하며 이 사건 배당이의의 소를 제기하였다.

라. 소송의 경과

제1심은 “피고들의 이 사건 채권에 대한 채권압류 내지 가압류결정이 제3채무자인 한국야쿠르트에 도달할 당시 이 사건 채권은 이미 네오퍼플로부터 소외1에게 양도되었고, 양도인인 네오퍼플이 한국야쿠르트에 그 채권양도통지까지 마친 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고들의 채권압류 내지 가압류결정은 존재하지 않는 채권에 대하여 이루어진 것으로서 모두 무효”라고 판시하여 원고의 청구를 인용하며 배당금액을 경정하는 판결을 하였다.

제1심판결에 대하여 피고들 중 1인만이 항소하였는데 피고는 항소심에서 이 사건 채권양도계약이 상법 제542조의9 제1항(신용공여금지)에 반하여 무효라는 새로운 주장을 하였다. 항소심에서는 이러한 피고의 주장을 받아들여 이 사건 채권양도계약이 무효인 이상, 이 사건 채권에 대한 피고의 채권 가압류결정은 그 채무자인 네오퍼플이 제3채무자인 한국야쿠르트에 대하여 여전히 채권자의 지위에 있는 상태에서 이루어진 것이어서 유효하다고 판시하여 피고의 항소를 인용하였다. 제2심 판결에 대하여 원고가 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원고의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다.

가. 상법 제542조의9 제1항의 법적 성격

상법 제542조의9 제1항의 입법 목적과 내용, 위반행위에 대해 형사처벌이 이루어지는 점 등을 살펴보면, 위 조항은 강행규정에 해당하므로 위 조항에 위반하여 이루어진 신용공여는 허용될 수 없는 것으로서 사법상 무효이고, 누구나 그 무효를 주장할 수 있다. 그리고 위 조항의 문언상 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여는, 상법 제398조가 규율하는 이사의 자기거래와 달리, 이사회에 승인 유무와 관계없이 금지되는 것이므로, 이사회에 사전 승인이나 사후 추인이 있어도 유효로 될 수 없다.

나. 제3자가 선의·무중과실인 경우

다만 앞서 보았듯이 상법 제542조의9는 제1항에서 신용공여를 원칙적으로 금지하면서도 제2항에서는 일부 신용공여를 허용하고 있는데, 회사의 외부에 있는 제3자로서는 구체적 사안에서 어떠한 신용공여가 금지대상인지 여부를 알거나 판단하기 어려운 경우가 생길 수 있다. 상장회사와의 상거래가 빈번한 거래현실을 감안하면 제3자로 하여금 상장회사와 거래를 할 때마다 일일이 상법 제542조의9 위반 여부를 조사·확인할 의무를 부담시키는 것은 상거래의 신속

성이나 거래의 안전을 해친다. 따라서 상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여라고 하더라도 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우에는 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없다고 보아야 한다.

다. 이 사건에 대한 판단

원심은, 위 판시와 같은 이유로, 이 사건 금전소비대차 계약의 체결 및 이 사건 채권양도 당시 소외 2는 상장회사인 네오피플의 주요주주(상법 제542조의8 제2항 제6호) 또는 업무집행지시자(상법 제401조의2 제1항 제1호)에 해당하고, 소외 3은 네오피플의 대표이사이므로, 네오피플이 소외 2와 소외 3의 차용금 채무를 연대보증하고 또 그 담보를 위하여 이 사건 채권을 양도한 것은 상법 제542조의9 제1항 및 상법 시행령 제35조 제1항 제1호에서 금지한 '주요주주 등에 대한 신용공여'에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유와 기록에 비추어 보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 이 사건 채권양도의 전부 또는 일부가 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여에 해당하는지 여부에 관한 심리미진이나 법리오해의 잘못이 없다.

원심은, 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여는 원칙적으로 무효이지만 신용공여와 관련되는 선의의 제3자가 신용공여에 해당한다는 점을 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우에 한하여 그 제3자와의 관계에서는 유효하다고 전제하였다. 나아가 원심은 그 판시와 같은 이유로 소외 1이 이 사건 채권양도가 상법 제542조의9 제1항에서 금지한 신용공여에 해당한다는 사실을 알았거나 알지 못하였더라도 조금만 주의를 기울였더라면 알 수 있었음에도 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반함으로써 그 사실을 알지 못한 데에 중대한 과실이 있다고 보아 결국 이 사건 채권양도는 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여로서 무효라고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여의 사법상 효력, 이사회 승인과의 관계, 무효를 주장할 수 있는 자의 범위, 악의나 중과실 여부에 관한 심리미진이나 법리오해의 잘못이 없다.

3. 해 설

이 사건의 주요 쟁점은 상법 제542조의9 제1항에서 금지하는 신용공여에 해당하는지 여부와 상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여가 무효인지 여부이다. 이 사건은 상법 제542조의9 제1항 신용공여금지 위반행위의 효력에 대한 대법원의 최초의 판결이라고 볼 수 있다.²²⁾

²²⁾ 이 판결에 대한 평석은 황현영, “상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여행위의 효력에 관한 연구” 「상사법연

상법은 상장회사에 있어서는 이사뿐만 아니라 주요주주 등 이해관계자와의 신용공여를 금지 또는 제한함으로써 회사의 이익을 보호하고 있다(제542조의9). 이는 주요주주 등 이해관계자와 회사와의 이익충돌을 방지하기 위하여 상법 398조에서 정한 이사와 회사간의 자기거래제한을 확대·강화한 것으로 볼 수 있다.²³⁾ 어느 거래가 동시에 542조의9와 398조를 충족하는 경우에는 양 규정이 중첩적으로 적용되어야 한다는 입장이 있으나,²⁴⁾ 상장회사에 있어서는 542조의9가 우선적으로 적용되어야 할 것이다

신용금지의 적용대상자는 상장회사의 ① 주요주주 및 그의 특수관계인, ② 이사(401조의2 1항 각 호의 업무집행지시자 등을 포함한다) 및 집행임원 ③ 감사의 어느 하나에 해당하는 자이며, 위의 자를 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여를 하여서는 아니 된다.

여기서 신용거래는 금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 거래상의 신용위험이 따르는 직접적·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래를 말하며(제542조의9 제1항), 시행령 제35조는 담보제공, 어음거래약정, 출자이행약정을 등을 열거하고 있다. 다만 상장회사가 이사 등에게 하는 신용공여라 하더라도 복리후생을 위한 이사 또는 감사에 대한 금전대여 등으로서 대통령령으로 정하는 신용공여는 예외적으로 허용된다(제542조의9 제2항, 시행령 제35조 2·3항).

위의 신용공여의 금지에 관한 규정은 규정의 형식과 내용상 강행규정으로 볼 수 있으므로 이에 위반한 행위의 사법상 효력은 무효라고 본다. 또한 이에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다(624조의2).

대법원은 이 사건 금전소비대차 계약의 체결 및 이 사건 채권양도 당시 소외 2는 상장회사인 네오피플의 주요주주(상법 제542조의8 제2항 제6호) 또는 업무집행지시자(상법 제401조의2 제1항 제1호)에 해당하고, 소외 3은 네오피플의 대표이사이므로, 네오피플이 소외 2와 소외 3의 차용금 채무를 연대보증하고 또 그 담보를 위하여 이 사건 채권을 양도한 것은 상법 제542조의9 제1항 및 상법 시행령 제35조 제1항 제1호에서 금지한 '주요주주 등에 대한 신용공여'에 해당한다고 판시하였다.

또한 대법원은 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여의 효력에 대하여 원칙적으로 무효이지만 신용공여와 관련되는 선의의 제3자가 신용공여에 해당한다는 점을 알지 못한 데에 선의이며 중대한 과실이 없다면 유효하다고 본 원심의 판단을 지지하였다. 이에 따라 원심이 소외 1이 이 사건 채권양도가 상법 제542조의9 제1항에서 금지한 신용공여에 해당한다는 사실을 알았거나 알지 못하였더라도 조금만 주의를 기울였다더라면 알 수 있었음에도 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반함으로써 그 사실을 알지 못한 데에 중대한 과실이

구」 제40권 제1호, 한국상사법학회, 2021. 참조
23) 금융투자회사는 대주주와의 거래 등이 엄격히 제한되고 있다(자본시장법 제34조)
24) 임재연, 회사법(II), 박영사, 2013, 434면.

있다고 보아 결국 이 사건 채권양도는 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여로서 무효라고 판시한 원심의 판단을 정당하다고 판시한 것이다.

따라서 대법원은 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여의 효력은 원칙적으로 무효이지만, 상대방이 신용공여에 해당한다는 것을 알지 못한 것에 선의이며 중대한 과실이 없으면 유효하다고 판시한 것으로 '상대적 무효설'의 입장이라고 볼 수 있다. '상대적무효'라는 측면에서 보면 제398조 이사의 자기거래 관련 규정 위반시의 효력과 유사하나, 선의의 제3자에서 차이가 있다. 즉 제398조에서 보호되는 선의의 제3자는 이사회 승인이 없었음을 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우를 의미하나, 제542조의9에서 보호되는 제3자는 해당 행위가 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여임을 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우를 의미한다. 또한 상법 제398조의 자기거래제한은 이사에게 주어진 의무 규정이므로 '특별한 사정이 없는 한 회사만' 무효를 주장할 수 있으나, 상법 제542조의9의 경우 '상장회사'에게 주어진 금지 규정이므로 무효 주장의 주체를 회사로 제한하지 않고 누구나 무효주장이 가능하다고 보는 것이 판례의 입장이다.²⁵⁾

VI. 금융기관 임원의 주의의무와 경영판단의 원칙의 적용(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결)

1. 사건개요

유감스럽게도 아직도 원심판결²⁶⁾이 개인정보를 위한 비실명 처리 중이라는 이유로 열람이 되지 않아 부득이 대법원 판결이유에서 나타난 사실관계만 참조하였다.

가. 프로젝트 파이낸싱과 금융기관의 대출

피고는 2004. 2. 7.부터 2007. 9. 10.까지 경기저축은행 주식회사(이하 '경기저축은행'이라 한다)의 대표이사로 재직하였다.

경기저축은행은 2006. 8. 30. 주식회사 이휴먼디엔씨(이하 '이휴먼디엔씨')에 50억 원을 대출하였고(이하 '이 사건 대출'), 피고가 대표이사로 이를 승인하였다. 이 사건 대출은 이휴먼디엔씨가 대구 달성군에서 주상복합아파트 신축사업을 추진하면서 부지매입 등을 위해 받은 이른바 프로젝트 파이낸스 대출이다.

25) 황현영, 전계논문, 99면.

26) 서울고등법원 2018. 8. 30. 선고 2017나2058831 판결

경기저축은행은 2013. 7. 1. 서울중앙지방법원 2013하합88호로 파산선고를 받았고 원고인 예금보험공사가 파산관재인으로 선임되었다. 원고는 2013. 1. 21.부터 2013. 4. 26.까지 경기저축은행이 상호저축은행법, 상호저축은행 표준대출 규정 등을 위반한 부실·부당대출을 했는지 여부를 조사하고 관련자들에게 부실책임이 있는지를 조사하여 이 사건 대출이 부실·부당 대출에 해당한다고 판단하였다.

나. 피고의 채권회수조치 미흡과 방만한 대출

이휴먼디엔씨는 2005. 4.경 자본금 53,000,000원으로 설립된 법인으로 매출액이 없는 등 채무상환능력이 없었다. 이휴먼디엔씨가 사업부지에 설정한 우선수익권은 담보 평가액이 약 743,000,000원에 불과하고, 우선수익권은 사업의 성패에 따라 상환 여부가 결정되므로 실질적으로 담보가치가 크다고 보기 어렵다. 피고는 연대보증인인 이휴먼디엔씨의 대표이사, 이사와 관계회사 등에 대해 소득이나 재산현황 자료 등을 조사하지 않고 형식적으로 보증을 받았다. 이휴먼디엔씨가 제공한 주식, 사업권 양도양수계약서, 시행권 포기각서, 사업주체 명의변경 동의서 등은 사업의 성패에 따라 담보가치가 좌우되어 실질적으로 담보가치가 크다고 보기 어렵다.

피고는 채무상환능력이 불확실한 이휴먼디엔씨의 유동성 위험에 대해 구체적인 대책을 세우지 않고 사업타당성 등을 제대로 검토하지 않고 단지 수익성이 높은 대출로서 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 기대만으로 이 사건 대출을 한 것으로 보인다.

주식회사 하나글로벌감정평가법인은 이 사건 대출 전에 사업성을 검토한 보고서를 작성했다. 보고서에는 사업부지 매입비용이 지나치게 높고 대구 달서구 일대 미분양 부동산이 많으며 이휴먼디엔씨가 제시한 분양대금이 지나치게 높아 분양에 차질을 빚을 가능성이 있다는 점 등 사업성이 없다는 내용이 있었다.

피고는 이에 대해 추가로 검토하거나 보완책을 마련하지 않고 이 사건 대출을 진행하였다. 피고는 이휴먼디엔씨의 사업시행 실적, 인허가사항, 분양 가능성 등을 제대로 검토하지 않고 이휴먼디엔씨가 제시한 사업계획서만을 토대로 사업개요 등을 검토하는 데 그쳤다. 이 사건 사업은 이 사건 대출이 이루어진 때부터 6개월이 되지 않은 무렵 관할 관청으로부터 사업 인허가를 받지 못하고 사실상 중단되었다.

2. 소송의 경과

원고는 소장에서 피고가 상법 제399조 제1항에 따라 손해배상책임을 부담한다고 주장하였다. 원고는 제1심에서 피고의 소멸시효 주장에 대하여 원고의 손해배상채권이 상법 제399조 제1항에 근거한 것이므로 소멸시효기간이 10년이고 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하

여 민법 제766조 제1항이 정한 단기소멸시효가 적용되지 않는다고 주장하였다.

원심은 제1심판결을 인용하여 피고의 손해배상책임을 인정하면서 손해액의 30%인 841,800,000원으로 책임을 제한하고, 이에 대하여 이 사건 대출일인 2006. 8. 30.부터 소장 부분이 피고에게 송달된 2016. 11. 8.까지 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 정한 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

3. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결 중 지연손해금 발생시기를 이행청구일이 아니라 대출시를 기준으로 한 부분만을 과기하고 원심법원에 과기환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 금융기관 임원의 선량한 관리자의 주의의무

금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 이행해야 임원으로서 임무를 다한 것이다. 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지는 대출결정에 통상의 대출 담당 임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는 지 여부를 관련 규정의 준수 여부, 대출의 조건, 내용과 규모, 변제계획, 담보유무와 내용, 채무자의 재산과 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.²⁷⁾

나. 소위 프로젝트 파이낸스 대출에 있어서 이사의 주의의무

이른바 프로젝트 파이낸스 대출은 부동산 개발 관련 특정 프로젝트의 사업성을 평가하여 사업에서 발생할 미래의 현금흐름을 대출원리금의 주된 변제재원으로 하는 금융거래이므로, 대출을 할 때 이루어지는 대출상환능력에 대한 판단은 프로젝트의 사업성에 대한 평가에 주로 의존한다. 이러한 경우 금융기관의 이사가 대출 요건인 프로젝트의 사업성에 관하여 심사하면서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 금융기관의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 하였고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않아 이사로서 통상 선택할 수 있는 범위에 있는 것이라면, 비록 나중에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다고 하더라도 그로 인하여 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 그러나 금융기관의 이사가 이러한 과정을 거쳐

27) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결 참조.

임무를 수행한 것이 아니라 단순히 회사의 영업에 이익이 될 것이라고 기대하고 일방적으로 임무를 수행하여 회사에 손해를 입게 한 경우에는 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실의 원칙에 따라 경영상의 판단을 한 것이라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위에 있다고 할 수 없다.²⁸⁾

다. 지연손해금의 기산일

채무이행의 기한이 없는 경우 채무자는 이행청구를 받은 때부터 지체책임이 있다(민법 제387조 제2항). 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 특별한 사정이 없는 한 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 채무자는 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다.²⁹⁾

상법 제399조 제1항에 따라 주식회사의 이사가 회사에 대한 임무를 게을리하여 발생한 손해배상책임은 위임관계로 인한 채무불이행책임이다.³⁰⁾ 따라서 주식회사의 이사가 회사에 대하여 위 조항에 따라 손해배상채무를 부담하는 경우 특별한 사정이 없는 한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다.

4. 해 설

본 사건에서는 금융기관의 부실대출과 이에 따른 금융기관의 이사의 책임문제를 다루고 있다. 상법 제399조가 규정한 이사의 회사에 대한 책임에 관한 대법원 판례는 금융기관의 이사의 책임에 관한 것이 대부분이다. 금융기관의 이사들의 책임은 금융기관이 도산한 경우에 발생한다. 금융기관이 도산하면 예금자 보호를 위하여 금융기관에 공적자금이 투입되고, 이에 따른 법률사무를 금융기관의 파산관재인인 한국예금보험공사가 맡게 되어 금융기관의 이사에 대한 손해배상책임의 원고는 통상적으로 한국예금보험공사가 된다. IMF 외환위기 직후에는 도산한 시중은행의 이사들에 대한 손해배상청구소송이 대부분이었고, 2008년 금융위기 이후에는 대량으로 도산한 저축은행의 이사들에 대한 손해배상청구소송이 대부분이다.

이 사건에서는 프로젝트 파이낸스 대출과 관련하여 금융기관의 이사의 주의의무와 경영판단의 원칙의 적용여부, 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 소멸시효가 주요 쟁점이다.

금융기관 임원이 대출결정에 있어서 선량한 관리자로서의 주의의무의 내용은 관련 규정의 준수 여부, 대출의 조건, 내용과 규모, 변제계획, 담보유무와 내용, 채무자의 재산과 경영상황,

28) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결 참조.

29) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2015다22496 판결 참조.

30) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 참조.

성장가능성 등을 고려하여 종합적으로 판정하는 것이다. 특히 “프로젝트 파이낸스 대출은 부동산 개발 관련 특정 프로젝트의 사업성을 평가하여 사업에서 발생할 미래의 현금흐름을 대출 원리금의 주된 변제재원으로 하는 금융거래이므로, 대출을 할 때 이루어지는 대출상환능력에 대한 판단은 프로젝트의 사업성에 대한 평가에 주로 의존하므로 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 금융기관의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 하였고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않아 이사로서 통상 선택할 수 있는 범위에 있는 것이라면, 비록 나중에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다고 하더라도 그로 인하여 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다”고 판시한 것은 이사의 의무 위반여부를 결정함에 있어서 경영판단의 판단의 원칙의 적용을 인정한 것으로 볼 수 있다.³¹⁾

그러나 경영판단의 원칙은 이사가 상당한 주의를 다하여 알 수 있는 정보와 자료를 근거로 하여 경영상의 결정을 내린 경우에 한하여 결정의 결과로부터 이사를 보호하는 원칙이지 이사가 문제된 거래와 관련되는 충분한 자료와 정보의 수집에 대하여 상당한 노력을 하지 않더라도 경영상의 판단이라는 이유로 이사를 보호하는 것은 아니다. 그러므로 “금융기관의 이사가 이러한 과정을 거쳐 임무를 수행한 것이 아니라 단순히 회사의 영업에 이익이 될 것이라고 기대하고 일방적으로 임무를 수행하여 회사에 손해를 입게 한 경우에는 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실의 원칙에 따라 경영상의 판단을 한 것이라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위에 있다고 할 수 없다”고 판시한 것은 이사가 상당한 주의를 다하여 알 수 있는 정보와 자료를 근거로 하여 경영상의 결정을 내린 경우가 아니라면 경영판단의 원칙을 적용할 수 없다는 기존의 대법원의 입장³²⁾을 확인하는 것으로 볼 수 있다.

주식회사의 이사가 회사에 대한 임무를 게을리하여 발생한 손해배상책임을 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로³³⁾ 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 특별한 사정이 없는 한 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 주식회사의 이사가 회사에 대하여 위 조항에 따라 손해배상채무를 부담하는 경우 특별한 사정이 없는 한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다고 판시한 것도 기존의 대법원의 입장을 확인한 것으로 볼 수 있다.³⁴⁾

31) 경영판단의 원칙에 대하여는 홍복기·박세화, 회사법강의, 법문사, 2021, 485-490면.

32) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결 참조.

33) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 참조.

34) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2015다22496 판결 참조.

VII. 위법배당에 따른 부당이득반환청구권의 소멸시효기간(대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결)

1. 사건개요

제1심 판결³⁵⁾ 및 제2심인 원심판결³⁶⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위

원고는 피고보조참가인(이하 '보조참가인')에 대하여 조세채권을 가지고 있는 국가(광주지방 국세청 등)이다. 피고들은 보조참가인의 주주로서 보조참가인으로부터 중간배당을 받은 자이다. 보조참가인은 부동산 개발 및 시행 등을 목적으로 하는 법인으로 피고 금광기업 주식회사가 보조참가인 총 주식의 70%(77,000주)를, 피고 주식회사 세인이 30%(33,000주)를 각 보유하고 있다.

나. 원고의 보조참가인에 대한 세금부과와 국세체납

원고는 보조참가인에게 2010. 11. 16. 2010년 귀속 종합부동산세를, 2011. 7. 1. 2010년 귀속 법인세를 각각 결정·고지하였다. 보조참가인은 그중 일부만 납부하여 2018. 3. 6. 현재 원고는 보조참가인에 대하여 법인세와 가산금 등 합계 5,015,788,600원의 체납조세채권을 가지고 있다.

다. 보조참가인의 피고에 대한 중간배당실시

보조참가인은 2010. 12. 20. 임시주주총회를 개최하여 주주들에게 중간배당을 실시하기로 결의하고 피고 금광기업 주식회사에 6,445,959,451원, 피고 주식회사 세인에 2,762,554,050원을 각 배당하였다(이하, 이를 '이 사건 중간배당').

라. 당사자들의 주장

이 사건의 중간배당은 배당가능이익이 없음에도 이루어진 것으로 상법 제462조의3 제2, 3항을 위반한 것으로 위법하고, 피고들은 보조참가인에게 중간배당으로 받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 주장하였다. 피고들은 조세채권은 5년의 소멸시효가 완성되었고, 중

35) 광주지방법원 2019. 4. 18. 선고 2018가합51558 판결

36) 광주고등법원 2020. 1. 8. 선고 2019나21803 판결

간배당은 상법에 위반되지 않은 적법한 배당이라고 주장하였으며, 중간배당이 위법하더라도 그로 인한 부당이득반환청구권의 5년의 상사시효가 도과되어 시효로 소멸하였다고 주장하였다.

마. 소송의 경과

원고는 보조참가인의 채권자로서 보조참가인을 대위하여 피고들에 대하여 위법한 중간배당으로 인한 부당이득반환청구소송(채권자대위소송)을 제기하였다.

제1심판결에서는 피보전채권의 범위를 초과하는 부분에 대하여는 원고의 당사자 적격의 흠결로 각하되었으며, 보조참가인의 위법한 중간배당이 있었음을 인정하였으나 그로 인한 부당이득반환청구청구권은 5년의 상사시효로 소멸되었다고 판시하여 원고의 청구를 기각하였다. 제2심 판결에서는 피고가 본안전 항변으로 조세채권의 소멸시효를 주장하였으나 인용하지 않았으며, 이 사건 중간배당은 상법을 위반한 위법배당으로서 이로 인한 부당이득반환청구권의 시효는 상사시효가 아닌 민사시효가 적용되므로 피고는 보조참가인을 대위한 원고에게 판결주문에서 적시한 금액을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 피고의 상고를 모두 기각하고 원심을 확정하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 위법한 중간배당으로 인한 부당이득반환청구권

회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본의 액, 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액을 공제한 액을 한도로 하여 이익의 배당을 할 수 있고(상법 제462조 제1항), 일정한 요건을 갖추면 중간배당을 할 수 있지만 이때에도 배당 가능한 이익이 있어야 한다(상법 제462조의3 제1항, 제2항). 만약 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 하였다면 위 조항에 반하는 것으로 무효라 할 것이므로 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.

나. 위법배당에 따른 부당이득반환청구권의 소멸시효기간

이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다. 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득

반환청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다. 특히 배당가능 이익이 없는데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적이므로, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸 시효에 걸린다고 보아야 한다

3. 해 설

이 사건의 주요쟁점은 위법한 중간배당으로 인한 부당이득반환청구권의 발생과 동 권리의 소멸시효에 관한 문제이다.

원심에서 밝힌 바와 같이 이 사건의 중간배당은 배당가능이익이 없었고, 이사회의 결의도 없음에도 이루어졌다. 따라서 피고들은 위법한 중간배당을 통해 받은 배당금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 그런데 피고들은 중간배당이 위법하더라도 이 사건 부당이득반환청구권은 5년의 상사시효가 적용되어, 이 사건 부당이득반환청구권은 시효로 소멸하였다고 주장하였다.

그러나 원심은 ① 이 사건 부당이득반환청구권은 중간배당이 상법 제462조의3에 반하여 무효가 됨에 따라 발생한 채권일 뿐, 상행위로 인하여 발생한 채권과는 전혀 관련이 없으며, ② 상법 제464조의2 제2항은 “상법 제464조의2 제1항의 배당금의 지급청구권은 5년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.”고 규정한 바, 만약 배당금 지급청구권이 상사채권이라면 상법에서 5년의 소멸시효가 적용된다는 취지로 따로 규정할 필요가 없음에도 불구하고 특별히 5년의 소멸시효기간이 규정되어 있는 점에 비추어, 배당금 지급청구권의 기본적 성격은 상사채권이 아닌 민사채권으로 볼 여지가 충분하며, ③ 위법배당으로 인한 부당이득반환청구권은 주식회사의 자본충실 원칙과 채권자 보호를 위하여 인정되어야 하므로, 상거래의 안전을 위해 위법한 이 사건 중간배당에 따른 법률관계를 신속하게 확정할 필요성이 있다고 보기가 어렵고, ④ 이 사건 부당이득반환청구권은 보조참가인이 중간배당의 요건을 갖추지 못하였음에도 이사회의 결의 없이 주주인 피고들에게 중간배당의 형식으로 금전을 교부한 것이어서, 실체적으로나 절차적으로 위법하여 무효인 이 사건 중간배당으로 발생한 것이므로 는 적법한 중간배당에 의한 배당금 지급청구권과는 법적 성격이 전혀 다르므로, 이 사건 부당이득반환청구권의 소멸시효기간을 정함에 있어 상법 제464조의2 제2항을 유추 적용할 수 없다고 판시하였다.

유추적용은 문언상 조문이 규정한 것은 아니지만, 사안의 성질 또는 성격이 유사하고, 동일한 가치판단이 내려지는 경우에 가능한 것이므로 원심이 이 사안에 대하여 위의 이유를 들어 제464조의2 제2항을 유추적용할 수 없다는 판시한 것은 타당하다고 볼 수 있다.

VIII. 주주대표소송의 제소요건과 이사의 책임(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결)

1. 사건개요

제1심 판결³⁷⁾ 및 제2심인 원심판결³⁸⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위

원고는 ○○상사 주식회사(이하 '○○상사')의 주식 1,167주(발행주식 총수의 15.8%에 해당)를 보유한 주주이다.

○○상사는 대주주이자 대표이사이던 피고의 주도로 '피고 소유의 ○○상사 주식 6,499주 중 일부를 감자처리하고 1주당 가액을 986,346원으로 하여 현금 지급한다.'는 내용의 2014. 6. 19.자 주주총회 특별결의서를 작성한 뒤, 2014. 6. 26. 피고의 배우자이던 소외인에게 피고 소유 주식 1,657주의 대금 명목으로 1,634,348,422원을 지급하였다.

원고는 2015. 11. 3. 피고가 실제 소집절차와 회의절차를 거치지 않고 주주총회 특별결의서를 작성하는 등 상법상 감자절차를 전혀 이행하지 않음으로써 법령을 위반하였다는 이유로 이 사해임청구를 하여 2017. 1. 11. 승소판결을 받아 확정되었다.

원고는 2017. 7.경 ○○상사에 "피고는 2014. 6.경 개인적 이익을 위하여 보유하던 ○○상사 주식 중 1,657주를 회사에 처분하여 손해를 입혔다. 피고는 ○○상사가 자기주식을 취득할 수 없는 상태였음에도 상법이 정한 주주총회 결의도 거치지 않고 독단적으로 처리하였다. 피고는 상법 제341조 제4항에 따른 손해배상책임이 있으므로 ○○상사는 피고를 상대로 소송을 제기하라"는 내용의 내용증명을 보냈다(이하 '이 사건 제소청구서').

○○상사가 이 사건 제소청구서를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않자, 원고는 2017. 8. 21. 이 사건 주주대표소송을 제기하였다.

나. 소송의 경과

1심 법원은 "상법 제341조는 배당가능이익의 범위 내에서 자기주식을 취득하는 경우에 적용되는 조문으로, 이 사건 주식소각은 회사가 제341조에 따라 자기주식을 취득한 후 소각한 것이 아니라 상법 제343조 제1항의 자본금 감소에 관한 규정에 따라 주식을 소각한 경우에 해당

37) 서울북부지방법원 2018. 5. 24. 선고 2017가합25363 판결

38) 서울고등법원 2018. 11. 15. 선고 2018나2032263 판결

하므로 주식소각의 효력은 문제될 수 있으나, 상법 제341조에 따른 자기주식취득에 의한 이사의 회사에 대한 책임은 적용되지 않는다”고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

주주는 항소심 진행 과정에서 주식소각 부존재를 이유로 상법 제399조에 의한 이사에 대한 손해배상청구를 청구원인으로 추가하였다. 항소심은 제1심과 마찬가지로 상법 제341조에 따른 자기주식취득에 의한 이사의 회사에 대한 책임은 인용하지 않았으나, 주주가 추가적으로 주장한 상법 제399조에 의한 이사에 대한 손해배상책임은 인용하였다. 이에 따라 피고가 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 이사의 손해배상책임에 대해서는 항소심의 판단을 정당하다고 인정하였다. 그러나 항소심에서 새롭게 주장한 청구원인을 판단하는 과정에서 선택적 병합에 대한 법리 오해로 인하여 주문을 잘못 작성하였고, 지연손해금의 발생시기에 대한 판단 오류를 지적하며 파기환송 판결을 선고하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 자본감소의 무효와 이사의 손해배상책임

자본금 감소를 위한 주식소각 절차에 하자가 있다면, 주주 등은 자본금 감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 소로써만 무효를 주장할 수 있다(상법 제445조). 그러나 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정될 때에는 감자무효의 판결이 확정되었는지 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 만약 회사가 이사의 책임을 추궁하지 않는다면, 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 직접 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 주주는 소를 제기하기 전에 먼저 회사에 대하여 소의 제기를 청구해야 하는데, 이 청구는 이유를 기재한 서면(이하 ‘제소청구서’)으로 하여야 한다(상법 제403조 제1, 2항).

나. 제소청구서에 기재되어야 하는 이유

제소청구서에 기재되어야 하는 ‘이유’에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다. 다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회회의사록 등 회사 보유

자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다.³⁹⁾

다. 제소청구서에 기재되지 않은 청구원인에 대한 판단

주주가 아예 제소청구서를 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임 발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는한 부적법하다. 반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다. 따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다.

라. 청구의 선택적 병합과 판결주문의 기재

제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.⁴⁰⁾

마. 상법 제399조의 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 소멸시효

상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상채무는 채무불이행으로 인한 손해배상채무로서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이사는 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다.⁴¹⁾ 따라서 원심으로서 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상금에 대하여 피고의 지체책임을 인정할 때 피고가 언제 이행청구를 받았는 지에 관하여 심리할 필요가 있다. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 한다.

39) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2019다291399 판결 참조.

40) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017다200368, 200375 판결, 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결 등 참조.

41) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결 참조)

3. 해 설

이 사건에서 대표소송의 선결문제인 피고의 손해배상책임은 주식소각이 존재하지 않음에도 소외인에게 대금을 지급하여 피고의 회사에 대한 손해배상책임을 인정한 항소심 판결을 전제로 한다.

대표소송은 이사의 회사에 대한 책임을 소수주주가 추궁하는 것이다. 본래 이사의 회사에 대한 책임은 회사 자신이 추궁하여야 되지만 현실적으로 그 가능성은 크지 않다. 왜냐하면 회사와 이사간의 소송에 있어서는 감사가 회사를 대표하여 소송수행을 하지만(제394조), 이사간의 특수관계 때문에 회사 자신이 적극적으로 이사의 책임을 추궁한다는 것은 기대하기가 어렵기 때문이다.

소수주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 먼저 회사에 대하여 서면(제소청구서)으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하여야 하며, 회사가 청구를 받은 날로부터 30일 이내에 회사가 소를 제기하지 아니한 경우에는 그 주주 자신이 소를 제기할 수 있다(제403조 제1항·2항·3항, 제406조의2 제2항). 제소청구서에는 회사가 제소여부를 판단할 수 있도록, 청구취지는 물론 피고가 될 자의 성명, 그 책임발생의 원인이 되는 사실 등의 소를 제기하여야 할 이유를 기재하여야 한다(제403조 제2항, 제406조의2 제3항).

위와 같이 소제기 전의 회사에 대하여 제소청구를 하여야 되는 이유는, 첫째, 회사가 대표소송의 주된 이해관계자라는 사실 때문이고, 둘째, 제소를 하느냐 마느냐의 문제는 회사의 경영 판단의 범위 내에 속하는 것이고, 셋째, 제소청구를 통하여 회사로 하여금 본격적인 소송의 단계에 들어가기 전에 이사의 행동을 적정하게 하거나 제소청구권자와의 화해를 조장하여 소송의 필요성을 줄일 수 있으며, 넷째, 소제기 전 절차는 주주들의 남소로부터 이사를 보호하고, 더 나아가 주주들의 위협소송 또는 착취소송을 억제하게 하는 기능을 하기 때문이다.⁴²⁾

따라서 위와 같은 제소청구를 요구하는 이유를 감안하여 본다면 “제소청구서에 책임추궁대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회회사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다”고 판시한 것은 타당하다고 볼 수 있다.⁴³⁾

또한 이러한 맥락에서 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하므로 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할

42) 홍복기 외, 회사법-사례와 이론-, 박영사, 2021, 430면.

43) 대법원 2021. 5. 13. 선고 2019다291399 판결 참조.

수도 있다고 판시한 것이다. 그러나 주주가 아예 제소청구서를 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임 발생 원인 사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는한 부적법하다.

항소심에서 수개의 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서의 심리방법과 항소심 판결의 주문은 종전의 대법원의 입장에 따라서 직권판단한 것이라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상채무는 채무불이행으로 인한 손해 배상채무로서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이사는 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 지는 전술한 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결에서 판시한 것이다. 이에 따라 원심이 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상금에 대하여 피고의 지체책임을 인정할 때 피고가 언제 이행청구를 받았는 지에 관하여 심리할 필요가 있다고 판시한 것은 당연하다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

IX. 주주총회결의 부존재 또는 무효 확인의 소가 필수적 공동소송인가의 여부 (대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁴⁶⁾ 및 제2심인 원심판결⁴⁷⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

피고는 부동산 개발업 등을 목적으로 설립된 주식회사이고, 원고들은 피고의 주주이다. 피고회사에 대하여는 2011. 12. 5. 자로 상법 제520조의2 제1항(휴면회사의 의제)에 의한 해산 간주 등기가 마쳐졌다.

주주명부상 2,000주를 보유한 것으로 기재되어 있었던 소외 1은 법원의 임시주주총회 소집 허가를 받아 2012. 5. 25. 임시주주총회를 개최하였다. 위 총회에서는 해산간주되어 있던 피고를 해산 전으로 복구시키는 회사계속의 결의와 기존 임원의 임기만료·사망에 따라 소외2 등을 임원으로 선임하는 결의가 이루어졌다(이하 '제1결의').

44) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017다200368, 200375 판결, 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결 등 참조.

45) 이 사건에 대한 평석은 황현영, "대표이사의 위법한 주식처분행위에 대한 주주대표소송의 쟁점" 「상사판례연구」 제34권 제3호, 한국상사판례학회, 2021. 참조

46) 대구지방법원 2018. 4. 27. 선고 2017가합202672 판결

47) 대구고등법원 2020. 10. 23. 선고 2018나22252 판결

제1결의로 선임된 이사들은 2015. 3. 19. 피고회사의 이사회를 개최하여 주주배정의 보통주 40,000주에 해당하는 신주를 발행하기로 하는 결의, 임기만료된 이사·감사의 선임 등을 위한 임시주주총회를 개최하기로 하는 결의(“제2결의”)를 하였다. 제2결의에 따른 원고들을 제외한 주주들은 총 32,400주의 주식을 인수·납입하여 신주발행의 효력이 발생하였다.

2015. 5. 22. 개최된 임시주주총회에서는 기존 임원의 임기만료에 따라 소외 2 등을 임원으로 다시 선임하는 결의가(“제3결의”), 2015. 12. 2. 개최된 임시주주총회에서는 기존 감사를 해임하고 새로운 감사를 선임하는 결의가(“제4결의”) 이루어졌다.

나. 원고측 주장

원고들은 2012. 5. 25. 자 임시주주총회(제1결의)는 주식을 명의신탁의 수탁자에 불과하여 소집 권한 없는 소외 1 또는 소외 2에 의해 소집되었고, 주주의 대부분에 대하여 소집통지를 발송하지 않았고, 일부 주주의 위임장이 위조되는 등 의결정족수에 미달한 하자가 있어 그 결의가 부존재하거나 무효이다. 또한 이에 기초한 제2결의, 제3결의 및 제4결의도 모두 실제 주주가 아니거나 적법한 이사가 아닌 자들에 의한 결의로서 소집절차나 결의방법에 중대한 하자가 있어 부존재하거나 무효라고 주장하였다.

다. 소송의 경과

제1심판결에서는 원고가 본안전항변으로 주장한 제2결의의 신주발행 결의 무효 확인을 구하는 청구는 상법 제429조에 따라 신주발행무효의 소에 의해서만 다룰 수 있으므로 소의 이익이 없다고 판시하고 부적법 각하하였다. 본안에 관한 판단으로서 제1결의에 있어 소외 1의 주주권행사가 부적법하다는 원고의 주장에 대하여 소외1은 주주명부에 적법하게 주주로 기재된 자이므로 회사에 대한 관계에서 모든 주주권을 행사할 수 있으므로⁴⁸⁾ 제1결의는 유효하다고 판시하였다. 또한 제1결의가 유효한 이상, 이 사건 제1결의가 무효라는 점을 전제로 이 사건 제2, 3, 4결의에도 그 하자가 승계되어 순차적으로 모두 무효라는 취지의 원고들의 주장은 이유 없다고 판시하고 원고의 청구를 모두 기각하였다.

원고가 항소하였으나, 항소심은 제1결의는 주주명부상 주주로서 주주권을 행사할 수 있는 소외 1이 소집하였으므로 소집 권한 없는 자에 의해 소집되었다고 볼 수 없고, 소외 2가 일부 주주들로부터 의결권행사를 적법하게 위임받아 대리인으로서 총회 결의에 참여하여 의결정족수가 충족되었으므로 유효한 결의라고 판시하고, 제1결의가 무효임을 전제로 이 사건 제3, 4결의가 무효라는 취지의 원고의 주장을 배척하고 원고의 항소를 기각하였다.

48) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 참조)

2. 대법원 판결요지

대법원은 원고들이 원심판결이 정당하다고 판시하고 원고의 상고를 기각하였다. 매우 특이한 점은 원고의 상고를 기각하는 결론에서는 차이가 없지만, 이 사건처럼 2인 이상의 원고가 공동으로 주주총회결의의 부존재 또는 무효확인을 구하는 소를 제기하는 경우 공동소송의 형태와 관련하여 필수적 공동소송인가, 아니면 통상의 공동소송인가에 대하여 전원합의체 판결에 의하여 직권으로 판단하고 있다는 점이다. 전원합의체 판결에서 나타나는 바와 같이 이 사건에서도 다수의견, 별개의견, 다수의견에 대한 보충의견, 별개의견에 대한 보충의견이 치열하게 방대한 법리로 다투고 있다. 핵심주장만을 보기로 한다

가. 다수의견

주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소의 경우, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.

나. 별개의견

청구를 기각하는 판결은 제3자에 대해 효력이 없지만 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대해 효력이 있는 상법상 회사관계소송에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이러한 소송은 공동소송의 원칙적 형태인 통상공동소송이라고 보아야 한다. 필수적 공동소송의 요건인 합일확정의 필요성을 인정할 수 없어, 민사소송법 제67조를 적용하여 소송자료와 소송 진행을 엄격히 통일시키고 당사자의 처분권이나 소송절차에 관한 권리를 제약할 이유나 필요성이 있다고 할 수 없다.

다. 다수의견에 대한 보충의견

편면적 대세효 있는 회사관계소송에서 여러 사람이 공동으로 원고가 된 경우 법원의 재판 실무는 이러한 소송을 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송으로 보고 있다. 대법원 1959. 2. 19. 자 4291민항231 결정은 민사소송법이 제정되기 전 의용 민사소송법에 관한 사례로

서 방론으로 여러 사람이 제기한 주주총회결의 무효 확인의 소가 필수적 공동소송에 해당한다고 언급한 바 있다. 그 후 공동소송 형태가 쟁점이 아니어서 그에 관한 법리를 명시적으로 설치하지 않았지만 법원은 이러한 소송이 필수적 공동소송임을 전제로 하여 소송절차를 진행하였다. 학계의 통설도 민사소송법 분야에서는 물론, 회사법 분야에서도 마찬가지이다. 이러한 재판 실무는 소송법상 합일확정의 필요성에 근거한 것으로서, 상법상 병합심리 규정 등의 취지와 더불어 당사자의 의사나 소송경제 등을 고려하더라도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다.

라. 별개의견에 대한 보충의견

관련 문제로 특허법 제139조 제1항에 따라 동일한 특허권에 관하여 2명 이상이 공동으로 특허의 무효심판을 청구하는 경우의 공동심판의 형태와 그 심결취소소송의 구조에 관하여 살펴본다. 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007후1510 판결은 특허를 무효로 하는 심결이 확정되면 그 특허는 제3자와의 관계에서도 무효로 된다는 점, 즉 특허무효 심결의 대세효를 근거로 동일한 특허권에 관하여 2명 이상이 공동으로 특허무효 심판을 청구하면 유사필수적 공동심판이라고 한 다음, 위 심판사건에서 패소한 특허권자가 공동심판청구인 중 1명을 상대로 심결취소의 소를 제기하면 다른 공동심판청구인에 대하여도 심결의 확정이 차단된다고 판단하였다. 그러나 위 판결은 타당하지 않고, 향후 문제 되는 사건에서 변경될 필요가 있다.

3. 해 설

이 사건에서는 원고가 주장하는 주주총회결의 부존재 또는 무효는 제1심, 항소심, 상고심이 모두 기각하여 특별한 관심을 끄는 사항이 보이지 않는다. 그 보다는 직권으로 판단한 부분이다. 즉 수인이 공동으로 소송을 제기하여 대세적 효력이 인정되는 회사관련소송이 필수적 공동소송인과 통상의 공동소송 중 어디에 해당할 것인가에 대한 논쟁이 주목을 끌고 있다.

대법원은 판결이유에서 다수의견으로 ‘공동소송의 형태에 관한 직권 판단’이라는 표제하에 “이 사건의 소는 ---민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다. 이와 같은 법리에 따라 원고들이 공동으로 제기한 이 사건 소가 필수적 공동소송임을 전제로 한 원심판결은 정당하고, 공동소송의 형태에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다”고 밝히고 있다. 그러나 원심판결의 이유를 살펴보면 어디에서도 필수적 공동소송임을 전제로 판결을 하였다는 것을 찾아 보기 어렵다. 필자의 추측이지만 수인이 공동으로 제기한 주주총회결의의 부존재 또는 무효확인 소가 필수적 공동소송과 통상의 공동소송 중 어디에 속하는가에 관한 문제를 대법원이 숙고하여 왔고, 이를 구속력이 있는 판결로서 확립할 필요가 있어 사건과 연결고리를 만들어 직권으로 판단하기 위한 의도로 보여진다.

공동소송은 하나의 소송절차에 복수의 원고 또는 피고가 관여하는 소송이다. 공동소송의 기본형태는 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 필요가 있는 필수적 공동소송(민소법 제67조 제1항, 종전의 필요적 공동소송)과 이러한 필요성이 없는 통상의 공동소송으로 분류된다. 필수적 공동소송은 다시 공동의 소제기가 법률상 강제되는 고유필수적 공동소송과, 공동의 소제기가 강제되지는 않지만 일단 공동소송인이 된 이상 합일확정의 필요가 있는 유사필수적 공동소송으로 분류된다.⁴⁹⁾

회사소송에는 통상의 공동소송, 고유필요적 공동소송, 유사필수적 공동소송 등 여러 형태의 공동소송이 있다. 통상의 공동소송은 회사 또는 제3자의 이사·감사들에 대한 손해배상청구소송이 그 예이다. 고유필수적 공동소송의 예로는 이사해임청구의 소와 같이 판결이 이사와 회사에게 미쳐야 하므로 이사와 피고를 공동피고로 하여야만 하는 경우이다. 유사필수적 공동소송에는 회사설립무효·취소의 소, 주주총회결의취소·무효·부존재 확인의 소, 합병무효의 소, 주주총회부당결의취소·변경의 소, 이사회결의무효확인 소 등 대부분의 회사소송이다.⁵⁰⁾

이 사건의 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소에 대하여는 지금까지 통설과 판례는 (유사)필수적 공동소송으로 보고 있다. 이번 전원합의체 판결에서도 다수의견은 종전의 입장을 유지하며 (유사)필수적 공동소송으로 보고 있으며, 별개의견은 통상의 공동소송으로 보고 있다. 필수적 공동소송으로 보는 경우에는 민사소송법 제67조가 적용되는데 반하여, 통상의 공동소송으로 본다면 민사소송법 제67조가 적용되지 않는다. 따라서 다수의견과 별개의견의 근본적인 차이는 민사소송법 제67조의 적용유무라고 볼 수 있다. 또한 다수의견은 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인의 소에 있어서 승소판결은 대세적 효력이 인정되므로(상법 제380조·제190조 본문) 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우에는 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되므로 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다고 보고 있다. 반면에 별개의견은 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인의 소를 수인이 제기하는 경우 합일확정의 필요성을 인정할 수 없어 통상의 공동소송이라고 보아야 하므로 민사소송법 제67조를 적용할 필요가 없다는 입장이다. 다만 민소법 제67조가 적용되지 않아 공동소송인간에 판결결과가 달라질 수 있으므로 회사소송에 있어서는 상법 제 190가 규정한 (편면적) 대세적 효력에 의하여 보완된다는 입장이다.

49) 정영환, 신민사소송법, 법문사, 2019, 880면; 임재연, 회사소송, 박영사, 2010, 20면 참조.

50) 정영환, 상계서, 890면; 임재연, 상계서, 21면 참조.

X. 상법 제385조 제1항(이사의 해임)에 퇴임이사가 포함되는지 여부(대법원 2021. 8. 18. 선고 2020다285406판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁵¹⁾ 및 제2심인 원심판결⁵²⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

피고 회사는 2001. 4. 2. 전력산업 구조개편 촉진에 관한 법률에 따른 주식회사 한국전력의 물적분할에 의해 설립된 주식회사로서 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법') 제5조에 따라 공기업으로 지정된 공공기관이다.

한편, 원고는 1981. 12. 21. 한국전력에 입사하여 2001. 4. 2. 피고 회사로 전직하였고, 이후 2016. 5. 9. 피고회사의 주주총회에서 임기 2년의 상임이사로 선임된 후 기술본부장으로 근무하였다. 원고의 임기는 2018. 5. 8. 만료되었지만 후임 이사가 선출되지 않아 종전 직무를 수행하였다.

나. 피고회사의 설비개선사업에 대한 감사와 감독기관의 해임요구

피고 회사는 2013년부터 발전설비를 개선하기 위한 상당한 규모의 사업을 추진하였으나, 동사 감사실과 감독기관인 산업통상자원부로부터 사업개선권고와 시정조치를 요구받았다.

그러나 원고는 위와 같은 지적사항 및 조치요구사항을 잘 알고 있었음에도 불구하고 이에 대한 면밀한 검토나 개선 대책은 강구하지 않은채 “설비의 심각한 문제점을 은폐하거나 경제성을 과장하고, 부실 검토된 이 사건 검토보고서를 근거로 이 사건 사업을 무리하게 추진하도록 결정하는 등 위법·부당한 업무수행으로 피고 회사에 막대한 경영상 손해를 발생시켰다”는 이유로 산업통상자원부는 피고 회사에 원고의 해임을 요구하였다.

다. 피고회사의 해임결의

피고 회사는 2019. 1. 31. 제19기 제2차 임시주주총회를 개최하여 '상법 제385조 및 공공기관운영법 제35조'에 근거하여 원고에 대한 해임처분을 주주 100%(1인 주주인 한국전력)의 찬성으로 결의(이하 '이 사건 해임결의')하였다.

51) 창원지방법원 진주지원 2019. 12. 18. 선고 2019가합10234 판결

52) 부산고등법원 2020. 10. 15. 선고 (창원)2020나10186 판결

라. 당사자의 주장

원고는 피고 회사의 이사로서 충실의무를 위반하지 아니하였는바, 원고에게 해임사유가 존재하지 않는다. 나아가 원고를 해임하는 것은 그 업무상 잘못에 비하여 지나치게 가혹한 것이다. 따라서 이 사건 해임결의는 무효이다.

2018. 5. 8. 원고의 임기가 만료되었는바, 이미 이 사건 해임결의 당시 이미 이사로서의 지위를 상실하여 해임처분의 대상이 되지 아니하므로, 이 사건 해임결의는 이와 같은 측면에서도 무효이다.

위와 같이 이 사건 해임결의가 무효인 이상 피고 회사는 원고에게 원고가 정상적으로 퇴직하였을 경우 받을 수 있었던 2,500만 원을 지급할 의무가 있다.

피고는 이 사건 해임결의는 상법 제385조 및 공공기관운영법 제35조에 따라 적법하게 이루어진 것으로 주장하였다

바. 소송의 경과

제1심판결에서는 ① 공기업이자 주식회사의 지위를 동시에 갖는 피고 회사에 있어서도 위와 같은 책임경영과 경영 합리화가 일반 주식회사와 마찬가지로 요구되는 점 등에 비추어 보면, 피고 회사의 상임이사를 해임함에 있어서도 상법 제385조 제1항 본문이 적용된다고 봄이 타당하다. ② 임기가 만료되었으나 후임 이사가 취임하지 않아 이사의 지위를 유지하는 이사 역시 엄연한 이사로 보아야 하고, 이러한 이사도 상법 제385조 제1항에 따라 당연히 해임의 대상이 된다고 보아야 한다. ③ 앞서 본 것과 같이 이 사건 해임결의가 유효하므로, 그 무효를 전제로 한 원고의 퇴직금지급 청구는 이유 없다. ④ 상법 제385조 제1항 단서는 “정당한 이유없이 이사를 그 임기만료전에 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘정당한 이유’의 존부에 관한 입증책임은 손해배상을 청구하는 이사가 부담하는데,⁵³⁾ 원고가 주장하는 것만으로는 사건 해임결의에 정당한 이유가 없는 것임을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

항소심에서는 ① 이 사건의 경우 피고 회사의 이사 정원이 미달한 경우가 아니므로 원고가 임기만료 후 계속하여 이사의 직무를 수행한 것은 임기가 만료된 임원은 후임자가 임명될 때까지 직무를 수행한다고 규정한 공공기관운영법 제28조 제5항과 피고의 정관 제34조 제5항에 근거한 것이고 상법 제386조 제1항에 해당되는 것은 아니다. ② 상법 제385조 제1항 전문에서 규정한 해임 대상은 ‘이사’이지 임기만료 후 이사의 직무를 수행할 뿐인 퇴임이사는 해당되지

53) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결 등 참조.

않음으로 이 사건 해임결의는 효력이 없고, 이에 근거한 이 사건 해임처분도 효력이 없다. 따라서 피고는 임기만료로 퇴임한 이사인 원고에게 퇴직금 2,500만 원을 지급하여야 한다고 판시하여, 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결이 정당하다고 판시하고 피고의 상고를 기각하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

주식회사의 이사는 임기가 만료됨에 따라 이사의 지위를 상실하는 것이 원칙이지만, 소유와 경영의 분리를 원칙으로 하는 주식회사에 있어 경영자 지위의 안정이라는 이사의 이익뿐만 아니라 주주의 회사에 대한 지배권 확보라는 주주의 이익 또한 보호되어야 하므로, 위와 같은 주주와 이사의 이익을 조화시키기 위해 상법 제385조 제1항은 회사가 언제든지 주주총회의 결의로 이사를 해임할 수 있도록 하는 한편 이사를 선임할 때와 달리 이사를 해임할 때에는 주주총회의 특별결의를 거치도록 하고, 임기가 정해진 이사가 그 임기만료 전에 정당한 이유 없이 해임된 때에는 회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.⁵⁴⁾

한편 임기만료로 퇴임한 이사라 하더라도 상법 제386조 제1항 등에 따라 새로 선임된 이사의 취임 시까지 이사로서의 권리의무를 가지게 될 수 있으나(이하 '퇴임이사'), 그와 같은 경우에도 새로 선임된 이사가 취임하거나 상법 제386조 제2항에 따라 일시 이사의 직무를 행할 자가 선임되면 별도의 주주총회 해임결의 없이 이사로서의 권리의무를 상실하게 된다.⁵⁵⁾

이러한 상법 제385조 제1항의 입법 취지, 임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사의 지위 등을 종합하면, 상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 '이사'에는 '임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사'는 포함되지 않는다고 보아야 한다.

3. 해설

이사가 퇴임할 당시에 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수가 충족되어 있는 경우라면 임기의 만료 또는 사임과 동시에 이사로서의 권리의무를 상실한다. 그러나 어떤 사유로 법률 또는 정관에서 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 회사는 지체없이 주주총회를 소집하여 이사를 총원하여야 한다. 그러나 후임 이사를 선임할 때까지는 상당한 시일을 요하는 경우가 있어 회사의 업무집행이 중단될 우려가 있다. 이에 따라 상법 제386조 제1항이 "임기의 만료 또는 사임

54) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결 참조.

55) 대법원 2005. 3. 8. 자 2004마800 전원합의체 결정, 대법원 2009. 10. 29. 자 2009마1311 결정 등 참조.

으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지는 이사의 권리의무가 있다”고 규정한 것이다. 이와 관련하여 상법 제386조 제1항에 따라 이사의 권리의무를 행하고 있는 퇴임이사를 상대로 해임사유 존재, 임기만료, 사임 등을 이유로 그 직무집행의 정지를 구하는 가처분 신청은 허용되지 않는다고 보는 대법원의 결정이 있다.⁵⁶⁾ 또한 수인의 이사가 동시에 임기의 만료나 사임에 의하여 퇴임함으로써 말미암아 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수(최저 인원수 또는 특정한 인원수)를 채우지 못하게 되는 결과가 일어나는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 퇴임한 이사 전원은 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사로서의 권리의무가 있다.⁵⁷⁾

이 사건에서는 피고 회사의 이사 정원이 미달한 경우가 아니고, 원고가 임기만료 후 계속하여 이사의 직무를 수행한 것은 임기가 만료된 임원은 후임자가 임명될 때까지 직무를 수행한다고 규정한 공공기관운영법 제28조 제5항과 피고의 정관 제34조 제5항에 근거한 것이고 상법 제386조 제1항에 해당되는 것은 아니다. 또한 상법 제385조 제1항 전문에서 규정한 해임 대상은 ‘이사’이지, 임기만료 후 이사의 직무를 수행할 뿐인 퇴임이사는 해당되지 않는다. 따라서 원심이 이 사건 해임결의는 효력이 없고, 이에 근거한 이 사건 해임처분도 효력이 없으므로 원고에게 퇴직금 2,500만 원을 지급하여야 한다고 판시하고, 대법원도 피고의 상고를 기각한 것은 타당하다고 볼 수 있다. 원고가 이사로 재직할 당시 이사로서의 책무를 다하지 못하였음을 이유로 피고가 손해배상을 청구할 수 있는지는 별론으로 한다.

XI. 맺는말

이상에서 소개한 2021년 회사법 관련 대법원 판결을 하나씩 요약·정리하면서 글을 마무리하고자 한다.

① 주식병합과 소수주주추출(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315판결)에서는 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않아 주주평등의 원칙의 위반으로 볼 수 없으며, 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등의 원칙의 예외로서 단주를 매각하기 위하여는 법원의 허가를 받아야 하며, 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다고 판시하였다.

② 전단적 대표행위에 있어서 보호되는 상대방의 범위(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결)에서는 대표이사가 이사회 결의 없이 거래행위를 한 경우에 그 효력은 대표권

56) 대법원 2009. 10. 29. 자 2009마1311 결정

57) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006다83697 판결

의 내부적 제한 또는 법률상 제한과 관계없이 상대방이 악의·중과실이 없다면 유효하다고 판시하였다.

③ 법인격부인이론의 역적용(대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결)에서는 법인격부인이론의 역적용의 인정을 재확인하였다.

④ 상법 제542조의9 제1항(신용공여금지) 위반의 효력(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결)에서는 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여의 효력에 대하여 원칙적으로 무효이지만 신용공여와 관련되는 선의의 제3자가 신용공여에 해당한다는 점을 알지 못한 데에 선의이며 중대한 과실이 없다면 유효하다고 판시하였다.

⑤ 금융기관 임원의 주의의무와 경영판단의 원칙의 적용(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결)에서는 프로젝트 파이낸스 대출과 관련하여 금융기관의 이사의 주의의무위반 여부를 결정함에 있어서 경영판단의 원칙의 적용을 긍정하였다. 또한 주식회사의 이사가 회사에 대하여 위 조항에 따라 손해배상채무를 부담하는 경우 특별한 사정이 없는 한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다고 판시하였다.

⑥ 위법배당에 따른 부당이득반환청구권의 소멸시효기간(대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결)에서는 제464조의2 제2항의 유추 적용을 부정하고, 위법배당으로 인한 부당이득반환청구권은 민사채권이므로 그 소멸시효는 10년이라고 판시하였다.

⑦ 주주대표소송에서의 제소요건과 이사의 책임(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결)에서는 제소청구서에 책임추궁대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회 의사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다고 판시하였다. 또한 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하며, 또한 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다고 판시하였다.

⑧ 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인의 소가 필수적 공동소송인가의 여부(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결)에 있어서는 다수의견으로 (유사)필수적 공동소송임을 재확인하였다.

⑨ 상법 제385조 제1항(이사의 해임)에 퇴임이사가 포함되는지 여부(대법원 2021. 8. 18. 선고 2020다285406판결)에서는 상법 제385조 제1항 전문에서 규정한 해임 대상은 '이사'이지, 임기만료 후 이사의 직무를 수행할 뿐인 퇴임이사는 해당되지 않는다고 판시하였다.

끝으로 지난 2021년 회사법에 관한 대법원 판례는 종전보다 법논리의 구성이 탄탄하다고 볼

수 있다. 특히 전단적 대표행위에 있어서 보호되는 상대방의 범위(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결), 주주총회결의 부존재 또는 무효 확인의 소가 필수적 공동소송 인가의 여부(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결)에서 보는 바와 같이 원고와 피고간의 심급별 승패의 변함이 없음에도 다수의견과 반대의견 간의 방대하고도 치열한 논리공방이 전개되었다. 2021년에도 회사법에 관한 좋은 판례가 나올 것을 기대하며 이 글을 마친다. ☐