

■ 신년기획

2020년 회사법 관련 대법원 판례회고

홍복기

연세대학교 법학전문대학원 명예교수 / 법학박사

〈目 次〉

- | | |
|---|--|
| I. 머리말 | VII. 주주명부의 기재와 주식의 소유권 귀속
(대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결) |
| II. 이사회 미개최와 사외이사의 감시의무
(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115판결) | 1. 사건개요 |
| 1. 사건개요 | 2. 대법원 판결요지 |
| 2. 대법원 판결요지 | 3. 해설 |
| 3. 해설 | VIII. 지배주주의 주식매도청구권행사와 공정한
가격의 보장(대법원 2020. 6. 11. 선고
2018다224699 판결) |
| III. 채무면탈을 목적으로 한 기존회사의 이용과
법인격부인(대법원 2019. 12. 13. 선고
2017다271643판결) | 1. 사건개요 |
| 1. 사건개요 | 2. 대법원 판결요지 |
| 2. 대법원 판결요지 | 3. 해설 |
| 3. 해설 | IX. 주식의 양도담보의 경우 주주권행사자
(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263 결정) |
| IV. 상환주식에 있어서 상환권행사와 주주권의
소멸시점(대법원 2020. 4. 9. 선고 2017
다251564 판결) | 1. 사건개요 |
| 1. 사건개요 | 2. 대법원 판결요지 |
| 2. 대법원 판결요지 | 3. 해설 |
| 3. 해설 | X. 소규모주식회사에 있어서 주주총회결의없는
자기거래의 효력과 선의취득(대법원 2020.
7. 9. 선고 2019다205398 판결) |
| V. 주주총회 결의 없는 '특별성과급'의 지급의
효력(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다
290436 판결) | 1. 사건개요 |
| 1. 사건개요 | 2. 대법원 판결요지 |
| 2. 대법원 판결요지 | 3. 해설 |
| 3. 해설 | XI. 과거 이사·감사의 지위에 대한 확인의 이익
(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148
판결) |
| VI. 이사회 결의 없는 이사의 보수지급(대법원
2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522
판결) | 1. 사건개요 |
| 1. 사건개요 | 2. 해설 |
| 2. 대법원 판결요지 | XII. 맺는말 |
| 3. 해설 | |

I. 머리말

이 글은 필자가 2020년 1월부터 동년 12월까지 대법원 법원도서관에서 매월 격주로 발간되는 ‘판례공보’에 게재된 대법원 판례 중 회사법 관련 중요판례를 선정하여 판례선고일 순서에 따라 설명한 것이다. 2020년에는 회사법에 관한 전원합의체 판결이 없었다.

이하에서 소개되는 2020년 회사법 관련 판례는 아래의 총 10건이다. ①이사회의 미개최와 사외이사의 감시의무(대법원 2019. 11. 28. 선고, 2017다244115판결), ②채무면탈을 목적으로 한 기존회사의 이용과 법인격부인(대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643판결), ③상환주식에 있어서 상환권행사와 주주권의 소멸시점(대법원 2020. 4. 9. 선고, 2017다251564판결), ④주주총회 결의없는 ‘특별성과급’의 지급의 효력(대법원 2020. 4. 9. 선고, 2018다290436판결), ⑤이사회 결의 없는 이사의 보수의 지급(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522판결), ⑥주주명부의 기재와 주식의 소유권 귀속(대법원 2020. 6. 11. 선고, 2017다278385, 278392판결), ⑦지배주주의 주식매도청구권행사와 공정한 가격의 보장(대법원 2020. 6. 11. 선고, 2018다224699판결), ⑧주식의 양도담보의 경우 주주권행사자(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263결정), ⑨소규모주식회사에 있어서 주주총회결의없는 자기거래의 효력과 선의취득(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398판결), ⑩과거 과거 이사·감사의 지위에 대한 확인의 이익(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148판결).

II. 이사회의 미개최와 사외이사의 감시의무(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결)

1. 사건개요

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

가. 당사자

원고는 주식회사 셀텍이 그 이사로 재직하였던 피고들에 대한 손해배상청구권을 2014. 11. 27에 양수한 자이다. 원고가 이를 근거로 피고에게 소를 제기하였고, 피고들이 소송실태이라는 주장을 하자, 원고와 주식회사 셀텍은 2015. 6. 10. 위 손해배상채권 양도계약을 합의해제하였고,

1) 서울중앙지방법원 2016. 1. 14. 선고 2015가합507831 판결.

2) 서울고등법원 2017. 6. 29. 선고 2016나2009108 판결.

이를 피고들에게 통지하였다. 이후 주식회사 셀텍은 2015. 7. 7. 법원에 승계참가신청을 하여 승인되었고, 이후 소송은 승계참가인 주식회사 셀텍(이후 '승계참가인'으로 표시)에 의하여 주로 진행되었다. 원고는 피고들로부터 소송탈퇴에 대한 승낙을 받지 못하여 본 건은 공동소송으로³⁾ 진행되었다.

승계참가인은 바이오신약 개발·제조·판매 등을 목적으로 설립된 법인으로 코스닥 시장 상장회사였는데, 소외 1 등의 횡령 및 배임 등과 관련하여 2012. 8. 23. 상장폐지되어 현재는 비상장회사이다.

피고들은 승계참가인의 이사, 사내이사, 사외이사 및 감사로 근무하였는데, 구체적인 재직기간은 차이가 있다.

나. 승계참가인의 지배주주 등 경영진의 대규모 횡령

소외 1은 승계참가인, 주식회사 큐리어스, 주식회사 스템싸이언스, 주식회사 메카포럼 등 코스닥 상장사들을 차명 지분 등을 통하여 지배하는 일명 ○○그룹의 회장으로서 실질적으로 승계참가인을 운영하였다. 소외 2는 승계참가인의 대표이사로, 소외 3은 소외 1의 지휘 하에 그룹 업무를 총괄하였다.

승계참가인은 의료사업을 추진하기 위해 구체적 사용목적을 공시하고 유상증자를 추진하여 2010. 3. 24. 주주들로부터 유상증자대금 231억여원을 납입받았는데, 소외 1은 소외 2, 소외 3 등과 공모하여 수회에 걸쳐 위 유상증자대금 중 합계 127억여원, 소외 2는 68억원을 횡령하였다. 사망한 소외 3을 제외하고 소외 1과 소외 2는 이러한 횡령행위 등으로 인하여 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)으로 소외 1은 징역 7년 및 338,950,951원의 추징금, 소외2는 징역 2년 6월 유죄를 선고받아 소외1은 상고심이 진행 중이고, 소외2는 판결이 확정되었다.

다. 서류만에 의한 이사회 개최

승계참가인은 그룹의 회장인 소외 1, 대표이사 소외 2, 그룹 업무를 총괄한 소외 3이 실질적으로 운영하였고, 이사회는 실제로 소집된 적이 없고 피고 1 등에게 이사회 소집통지가 이루어진 적도 없다. 그럼에도 이사 및 감사가 참여한 것처럼 이사회 의사록이 작성되어 있다. 이사회 의사록은 피고 1 등이 직접 출석하여 인장을 날인한 것이 아니고, 승계참가인이 임의로 인장을 날인하여 작성한 것이다.

피고 1은 친구인 소외 1의 요청으로 승계참가인의 이사로 재직하였으며, 피고 2는 승계참가인의

3) 피고의 부동의로 원고가 소송에서 탈퇴하지 못한 경우에는 통상의 공동소송으로서 모두 유효하게 존속하는 것이므로 법원은 원고의 청구 및 승계참가인의 청구 양자에 대하여 판단을 하여야 한다(대판 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결).

계열회사인 주식회사 큐리어스의 형식적인 대표이사로서 승계참가인의 이사로 재직하였으나 이사로서의 역할은 배제되었다. 피고 3은 소외 2의 외삼촌으로 이사 및 사외이사를 역임하였으나, 소외 2 또는 직원들이 가져오는 서류에 서명하는 정도로만 관여하였다. 피고 5는 대학교 교수로, 피고 6은 병원 산부인과 전문의로서, 피고 8은 대학교 의과대학 교수로, 피고 9는 대학교 약학대학 교수로서 연구개발 또는 기술자문 등의 역할만을 수행하였고 경영과 관련한 사외이사로서의 역할은 수행하지 않았다.

피고들은 이와 같이 승계참가인의 실질 운영자 등의 지인으로 이어나 감사를 역임하게 되었거나 승계참가인의 바이오신약 개발과 관련한 분야의 전문가들로서 실질적으로는 신약개발 및 연구에만 관여한 사람들인 경우가 대부분이다.

라. 소송의 경과

제1심 판결은 위와 같은 사정과 원고들이 제출한 증거만으로는 피고들이 이사 및 감사로서 법령·정관 위반행위 또는 임무를 게을리하였다거나 위와 같은 위반행위 등으로 인하여 승계참가인에게 상당인과관계가 있는 손해가 발생하였다고 보기 어렵다고 판시하고 원고 및 승계참가인의 청구를 기각하였다.

제2심 판결에서도 제1심 판결을 그대로 인용하여 원고 및 승계참가인의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결 중 소외 1 등의 원고승계참가인에 대한 횡령행위와 관련된 피고들의 책임을 부인한 부분을 파기하고, 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 이사회 의 장기 미개최와 이사·감사의 주의의무의 발생

승계참가인은 상장회사였고, 피고 1 등은 수년간 승계참가인의 이사 및 감사로서 재직하였는데, 피고 1 등이 재직하는 기간 동안 한 번도 승계참가인의 이사회를 위한 소집통지가 이루어지지 않았고, 실제로도 이사회가 개최된 적이 없다.

그런데도 승계참가인은 상장회사로서 이사회를 통해 주주총회 소집, 재무제표 승인을 비롯하여 소외 1 등이 횡령한 유상증자대금과 관련된 유상증자 안전까지 결의한 것으로 이사회 회의록을 작성하고, 그와 같은 내용을 계속하여 공시하였다. 이는 명백한 허위 기재로서 누구보더라도 이사회에 참석한 바 없는 피고 1 등 스스로가 그 내용이 허위임을 알았거나 알 수 있었다.

그런데 수년간 이러한 허위 사실이 공시되어 왔음에도 피고 1 등은 한 번도 그 점에 대해 의문을 제기하지 않았다.

특히 위 유상증자대금 약 231억 원은 승계참가인의 자산과 매출액 등에 비추어 볼 때 그 규모가 매우 크다. 그럼에도 불구하고 피고 1 등은 위와 같은 대규모의 유상증자가 어떻게 결의되었는지, 결의 이후 그 대금이 어떻게 사용되었는지 등에 관하여 전혀 관심을 기울이지 않았고, 유상증자대금 중 상당액이 애초 신고된 사용 목적과 달리 사용되었다는 공시가 이루어졌음에도 아무런 의문을 제기하지 않았다.

나. 이사·감사의 감시위무위반

따라서 피고 1 등은 승계참가인의 이사 및 감사로서 이사회에 출석하고 상법의 규정에 따른 감사활동을 하는 등 기본적인 직무조차 이행하지 않았고, 소외 1 등의 전횡과 위법한 직무수행에 관한 감시·감독의무를 지속적으로 소홀히 하였다. 이러한 피고 1 등의 임무 해태와 소외 1 등이 유상증자대금을 횡령함으로써 승계참가인이 입은 손해 사이의 상당인과관계도 충분히 인정된다.

그럼에도 원심은 피고 1 등의 원고에 대한 손해배상책임이 인정되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 상법상 이사 및 감사의 주의의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 승계참가인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 해 설

가. 이사의 감시의무

이사회는 이사의 직무의 집행을 감독하므로(393조 2항), 이사의 감시의무는 이사가 이사회의 구성원으로서 이사의 직무위반행위를 방지하기 위하여 인정되는 다른 이사의 업무집행에 대한 감독의무를 말한다.⁴⁾ 이러한 이사의 감시의무는 이사의 선량한 관리자의 의무에 포함된다 고 볼 수 있다.

상법은 이사의 감시의무의 효율적 수행을 위하여 이사에게 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있는 권한을 부여하고 있다(393조 3항). 또한 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 할 의무를 부담한다(동조 4항).

이사(사외이사 포함)가 이사회에 상정한 사항에 관하여 대표이사의 직무집행을 감독하는 의무를 부담하는 점에 대하여는 이론이 없다.

4) 대판 2008. 9. 11 선고 2006다68636 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결.

문제는 이사회에 상정되지 않는 사항에까지 감시의무(능동적 감시의무)를 부담하느냐는 점이다. 과거에는 현행법하에서는 이사 각 개인은 업무집행기관이 아니라 이사회의 구성원으로 서 업무집행에 관한 의사결정에 참가할 뿐이므로 이사회에서 나타난 사실에 대하여서만 감시의무를 부담하는 것이므로 일반적 감시의무를 인정할 수 없다는 견해도 있었다. 또한 상법 399조 2항에 의하면 이사의 임무해태가 이사회의 결의에 의한 경우 그 결의에 찬성한 이사도 책임을 진다고 규정하고 있으므로, 그 반대해석으로서 이사회의 결의에 기하지 않는 대표이사의 직무위반행위에 대하여는 평이사의 책임이 없다고 보아야 한다는 주장이었다.

그러나 현재는 이사회 구성원으로서의 임무는 단순히 회의에 상정된 의안에 대하여 수동적인 판단을 내리는 것에 그치는 것이 아니고 상정되지 않은 사항에 대하여도 감시의무를 인정하는 것이 통설이다. 따라서 이사가 대표이사의 위법행위를 안 경우에는 이를 이사회에 알리기 위하여 이사회의 소집 또는 그 소집의 청구를 하고, 이를 의제로 상정하는 등의 행위를 하지 않는다면 고의로 임무를 해태한 것으로서 이사의 책임을 부담시켜야 하고, 또한 이사가 이사회에 출석하지 않은 것으로 책임을 회피하는 부당한 결과를 피하기 위하여는 감시의무를 인정하여야 한다.⁵⁾

판례도 긍정설의 입장에서 “주식회사의 업무집행을 담당하지 않은 평이사는 이사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는데 그치지 않으며, 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다”라고 판시하고 있다.⁶⁾

그러나 이사의 감시의무는 회사의 업무집행전반에 대한 무과실책임이 아니다. 그러므로 “다른 이사의 전반적인 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유”가 있는 경우, 즉 이사가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 감시의무가 인정된다고 볼 수 있다.⁷⁾

이 사건에서 대법원은 “명백한 허위 기재로서 누구보다도 이사회에 참석한 바 없는 피고 1 등 스스로가 그 내용이 허위임을 알았거나 알 수 있었다”고 판시하여 과실책임으로 보고 있다.

5) 정동윤, 「회사법」, 법문사, 2005, 627면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2013, 990면; 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」, 박영사, 2020, 423면; 김정호, 회사법, 법문사, 2012, 459면; 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2016, 1015면; 김흥기, 「상법강의」, 박영사, 2020, 596면; 정동윤 외, 「주석상법 회사(III)」, (제382조, 권재열 집필 부분), 한국사법행정학회, 2014, 205면; 이정은, “이사의 감시의무에 관한 소고”, 송산 홍복기교수 정년기념논문집「이사회제도의 재조명」, 법문사, 2018, 367면; 박수영, “이사의 선관의무 및 감시의무”, 「주식회사법대계 I」, 한국상사법학회편, 법문사, 2019, 615면.

6) 대법원 1985. 6. 25 선고 84다카1954 판결, 2004. 12. 10 선고 2002다60467, 60474 판결, 2007. 9. 20 선고 2007다25865 판결, 2006. 7. 6 선고 2004다8272 판결, 2008. 12. 11 선고 2005다51471 판결 등.

7) 동지: 이철송, 회사법강의, 박영사, 2018, 737면.

나. 이사회 미개최와 사외이사의 주의의무의 발생

그런데 이 사건에서는 이사회가 실제로 소집된 적이 없고 사외이사인 피고 1 등에게 이사회 소집통지가 이루어진 적도 없다. 또한 외관상 작성되어 있는 승계참가인의 이사회 의사록은 피고 1 등이 직접 출석하여 인장을 날인한 것도 아니다.

제1심과 제2심 판결에서는 ①승계참가인이 피고들에게 이사회 참석조차 요구하지 않았으므로 이사 및 감사로서의 역할을 수행할 기회조차 제공하지 않았고, ②소외 1, 소외 2 등이 자신의 범죄행위를 은폐하기 위하여 고의적으로 회계처리를 조작하였다면 승계참가인의 이사 또는 감사가 이를 감시하고 발견하는 것을 기대하기 힘들며, ③피고들이 소외 1 등의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사정이 있었는지, ④피고들의 의무 위반과 손해 사이에 상당인과관계가 있는지에 관하여 아무런 주장·증명도 하지 않고 있으므로 피고들이 이사회나 감사로서 고의 또는 과실로 법령·정관 위반행위를 하거나 임무를 게을리하거나 위와 같은 위반행위 등으로 인하여 승계참가인에게 상당인과관계가 있는 손해가 발생하였다고 보기 어려우므로, 승계참가인의 피고들에 대한 청구는 받아들일 수 없다고 판시하고 있다.

이 사건에서 제1심과 제2심 판결이 원고의 청구를 기각한 결정된 이유는 ①②에 있다고 볼 수 있다. ③④는 손해배상책임에 있어서 일반적인 요건이라고 볼 수 있기 때문이다.

다. 대법원판결의 의미(적극적 감시의무의 인정)

대법원은 원심판결과 달리 이사회 미개최가 실제 개최된 바 없더라도 피고들의 감시위무 위반을 인정하고 있다. 승계참가인은 상장회사로서 이사회를 통해 주주총회 소집, 재무제표 승인을 비롯하여 소외 1 등이 횡령한 유상증자대금과 관련된 유상증자 안전까지 결의한 것으로 이사회 회의록을 작성하고, 그와 같은 내용을 계속하여 공시하였는데, 이는 명백한 허위 기재로서 누구보다도 이사회에 참석한 바 없는 피고 1 등 스스로가 그 내용이 허위임을 알았거나 알 수 있었다. 그런데 수년간 이러한 허위 사실이 공시되어 왔음에도 피고 1 등은 한 번도 그 점에 대해 의문을 제기하지 않았다. 특히 피고 1 등은 위와 같은 대규모의 유상증자가 어떻게 결의되었는지, 결의 이후 그 대금이 어떻게 사용되었는지 등에 관하여 전혀 관심을 기울이지 않았고, 유상증자대금 중 상당액이 애초 신고된 사용 목적과 달리 사용되었다는 공시가 이루어졌음에도 아무런 의문을 제기하지 않았다. 따라서 피고 1 등은 상법의 규정에 따른 감사활동을 하는 등 기본적인 직무조차 이행하지 않았고, 소외 1 등의 전횡과 위법한 직무수행에 관한 감시·감독의무를 지속적으로 소홀히 하였다. 이러한 피고 1 등의 임무 해태와 소외 1 등이 유상증자대금을 횡령함으로써 승계참가인이 입은 손해 사이의 상당인과관계도 충분히 인정된다.

따라서 위 대법원 판결은 하급심판결과 달리 이사회 미개최여부와 관계없이 사외이사의

적극적 감시의무를 인정하고 있다. 이 판결의 의미는 여기에 있다고 볼 수 있다. 특히 대표이사 등의 업무집행자의 위법·부당한 행위가 고의로 은폐되거나, 불충분·부정확한 것이라면 이사로서 적극적인 감시의무를 요구하고 있고, 이를 이행하는 것이 이사의 회사에 대한 선량한 관리자로서의 주의의무를 이행하게 된다는 의미로 볼 수 있다.

상법이 이사회의 업무감독기능의 충분한 발휘를 기대하기 위하여 각 이사에 대하여 이사회의 소집권과 각종의 소제기권을 부여하고 있으므로 이사로서는 이사회의 구성원으로서 단순히 회의에 상정된 사항에 대하여 수동적인 판단을 하는 것만으로는 충분하지 않고 적극적으로 이사회의 업무감독기능을 유효 적절하게 발휘하게 하는 것이 그 의무내용으로서 요구된다고 볼 수 있다.⁸⁾

Ⅲ. 채무면탈을 목적으로 한 기존회사의 이용과 법인격부인(대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁹⁾ 및 제2심인 원심판결¹⁰⁾ 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 신축공사의 도급과 수급인의 부도로 인한 공사중단

‘이앤드비’는 ‘주식회사 부강’의 명의를 차용한 원고 4에게 이 사건 건물의 신축공사를 도급하였고, 원고 4는 원고 1에게 목공공사를, 원고 ‘일엔지니어링 주식회사’에 데크공사를, 원고 3에게 비계공사를 각각 하도급하였다.

원고 1, 원고 ‘일엔지니어링 주식회사’, 원고 3과 다른 하수급인들이 함께 이 사건 건물의 신축공사를 진행하던 중 ‘주식회사 부강’과 원고 4가 모두 부도가 나서 공사가 중단되었다.

나. 동일인에 의한 도급인과 피고 회사의 실질적 지배

소외인은 부동산 개발업 등을 사업목적으로 하는 ‘이앤드비’를 설립하여 실질적으로 운영하는

8) 홍복기·박세화, 「회사법강의」, 법문사, 2019, 483면 참조.
9) 대전지방법원 천안지원 2013. 11. 26. 자 2013비합5 결정.
10) 대전고등법원 2016. 2. 1. 자 2013라150 결정.

한편 사업목적인 동일한 피고회사를 설립하여 실질적으로 운영하였다. 피고는 재산세, 법인세 납부내역이 전혀 없다.

원고 4와 '이앤드비' 사이의 도급계약 체결 당시 이 사건 건물의 건축주(소유자)는 '이앤드비'와 '운영개발'이었다. 그런데 '이앤드비'의 채권자 '지엠랜드'는 '이앤드비'가 작성해 준 각서를 기초로 '이앤드비'를 상대로 건축주 명의변경을 구하는 소를 제기하여 그 승소 판결이 확정됨에 따라 '지엠랜드'와 '운영개발'로 건축주 명의가 변경되었다. 이후 이 사건 건물의 건축주 명의를 당사자 간의 합의에 따라 피고와 '운영개발'로, 이후 피고회사 단독명의로 변경되었다.

다. 수급인(원고4)의 도급인에 대한 채권양도

수급인인 원고 4는 2015. 2. 5. '이앤드비'에 대한 자신의 공사대금채권 중 42,359,000원을 원고 1에게, 185,000,000원을 원고 '일엔지니어링' 주식회사에, 65,000,000원을 원고 3에게 각각 양도하였다.

라. 원심판결

소외인이 '이앤드비'와 피고를 사실상 지배하고 있었고, '이앤드비'는 이 사건 건물의 건축주 지위 외에는 별다른 자산이 없었던 것으로 보이나, '지엠랜드'는 소외인이 사실상 지배하고 있었던 회사라고 볼 증거가 없다. 이 사건 건물의 건축주가 '이앤드비'에서 '지엠랜드'로 변경된 것은 '이앤드비'가 '지엠랜드'로부터 차용한 돈을 변제하지 못하여 각서를 기초로 이루어진 것으로 보일 뿐 '이앤드비'가 아무런 대가 없이 '지엠랜드'에 건축주 지위를 양도한 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 건물의 건축주가 위와 같이 변경되었다는 사정만으로 소외인이 채무를 면탈할 목적으로 피고를 이용하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 회사제도 남용의 법리에 따라 피고가 '이앤드비'의 원고들에 대한 공사대금채무를 부담한다는 원고들의 주장은 이유 없다고 판시하고 원고 패소판결을 내렸다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

(1) '이앤드비'와 피고는 그 설립목적과 형태·내용이 실질적으로 동일한 회사이다. '이앤드비'의 유일한 자산은 이 사건 건물의 건축주 지위였는데, 확정판결에 따라 건축주 지위가 '지엠랜드'에

이전되었다가 다시 피고에게 이전되었다. 그런데 피고는 '지엠랜드'로부터 이 사건 건물의 건축주 지위를 양수할 무렵 별다른 자산이 없었던 것으로 보이고, '이앤드비'와 마찬가지로 소외인이 실질적으로 운영하고 있었다.

'이앤드비'로부터 '지엠랜드'에 이 사건 건물의 건축주 지위가 이전된 것이 '지엠랜드'의 정당한 권원에 기초한 것이라고 하더라도, 이후 '지엠랜드'로부터 피고에게 다시 이 사건 건물의 건축주 지위가 이전되는 과정에서 '이앤드비'가 차용한 자금이 사용되는 등 '이앤드비'의 자산이 정당한 대가 없이 이전되었거나 유용되었다면, '이앤드비'의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위해 피고를 이용하여 회사제도를 남용한 것으로 볼 수 있다. 따라서 '이앤드비'의 채권자는 '이앤드비'뿐만 아니라 피고에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다고 볼 여지가 있다.

그런데도 원심은 '지엠랜드'가 소외인이 사실상 지배하고 있었던 회사가 아니고, '이앤드비'가 아무런 대가 없이 '지엠랜드'에 이 사건 건물의 건축주 지위를 양도한 것으로 볼 수 없다는 이유만으로, 채무면탈의 목적으로 피고를 이용하였다고 인정하기 어렵다고 판단하였다. 나아가 '지엠랜드'로부터 피고에게 건축주 지위가 이전되는 과정에서 '이앤드비'의 자산이 정당한 대가 없이 이전되었거나 유용되었는지 여부 등을 심리하지 않은 채 원고들의 이 부분 청구를 배척하였다. 원심판단에는 법인격 남용에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로 이 점을 지적하는 원고들의 상고이유 주장은 정당하다.

3. 해 설

이 사건에 있어서 대법원은 회사제도를 이용한 법인격부인이론의 적용과 관련하여 회사를 설립하는 경우뿐만 아니라, 기존회사를 이용하는 경우에 있어서도 적용하고 있다.

법인격부인이론의 적용범위와 그 요건에 관하여는 그 이론적 근거와 실정법상의 근거가 명확하지 않아(외국도 마찬가지) 판례의 발전이 기대되는 부분이다. 그러나 일반적으로 ① 법인격이 남용된 경우, ② 법인격이 형해화된 경우가 그 적용범위로서 인정되고 있다. 두 경우 모두 회사운영의 불건전한 모습으로서, 이는 법인격부인이론을 적용하는 데 있어서 공통적인 필수 요건이나, 이것만으로 충분하지 않다. 즉 위 경우에 회사의 법인격을 인정하면 정의에 반하거나, 불공정 또는 사회 통념상 허용될 수 없는 결과가 될 때에만 법인격부인이론의 적용이 타당하다고 볼 수 있다. 또한 실제 사건에 있어서는 법인격남용과 형해화가 동시에 문제될 수 있다.

법인격부인이론을 적용하면 개개의 사건에 있어서 법인격의 존재에 기한 법적 이익의 주장이 신의칙상 부정되거나 권리남용에 해당된다는 것을 의미한다. 회사라는 법형식의 남용은 법이 추구하는 구체적·실체적 정의에 반하는 경우에 법인격부인이론이 적용된다고 볼 수 있다.

회사의 법인격을 남용한 경우라 함은 ① 특정인(개인 또는 회사)이 회사를 지배하고, ②회사의 법인격을 위법·부당하게 이용하여 ③회사 법인격의 인정이 사회통념상 객관적으로 허용될 수 없는 경우이다.

여기서 지배(domination)라 함은, 사실상의 개념으로서 특정인(개인 또는 회사)이 회사경영에 절대적인 영향력을 행사하여 회사를 자기 마음대로 이용하는 것을 말한다. 이 지배관계는 회사에 대한 지분의 전부 또는 대부분을 소유하는 형식으로 나타나는 것이 보통이다. 그러나 이는 단순히 특정인의 지분의 산술적인 소유비율에 따라 정할 것이 아니라, 회사의 자본액 규모, 자산, 기관의 구성 및 운영방식 등을 종합하여 실질적으로 판단해야 한다.

대법원은 이 사건을 법인격을 위법·부당하게 이용하는 경우로 파악하고 있다. 법인격을 위법·부당하게 이용하는 전형적인 경우는 회사의 지배자가 그 의무를 면하기 위하여 회사를 해산하고 신회사를 설립하는 경우, 채무자가 강제집행을 면하기 위하여 회사를 설립하여 영업재산을 이에 이전하는 경우 등이라고 볼 수 있다.

그런데 이 사건은 공사대금지급의무를 부담하는 원래의 건축주(소유자)인 ‘이앤드비’가 원고들에게 공사대금채무를 이행하지 않은 상태에서 다른 채권자인 ‘지엠랜드’에게 건축주 명의를 변경한 다음 다시 지배주주가 지배하고 있는 다른 회사명(피고)로 변경되는 과정에서 ‘이앤드비’의 자금이 사용되었다면 ‘이앤드비’의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위해 피고를 이용하여 회사제도를 남용한 것으로 볼 수 있다. 따라서 ‘이앤드비’의 채권자는 ‘이앤드비’뿐만 아니라 피고에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다고 볼 여지가 있는 것이므로 원심 판단에는 법인격 남용에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 것이다.

따라서 대법원은 지배주주가 회사를 설립하는 경우뿐만 아니라 순차적으로 기존회사를 이용하는 경우에도 종국적으로 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위한 경우라고 판단된다면 이는 법이 추구하는 구체적·실체적 정의에 반하며 법인격을 위법·부당하게 이용하는 것으로 법인격부인이론이 적용될 수 있다는 입장이라고 볼 수 있다.

IV. 상환주식에 있어서 상환권행사와 주주권의 소멸시점(대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결)

1. 사건개요

제1심 판결¹¹⁾ 및 제2심인 원심판결¹²⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

11) 서울중앙지방법원 2016. 12. 9. 선고 2014가합568068 판결.

가. 피고 회사의 상환주식의 발행

원고와 피고는 2011. 3. 11. 비상장법인인 피고가 발행한 A종상환우선주 3,334주를 원고가 총 150억 원(1주당 4,499,100원)에 인수하는 계약을 체결하면서 상환청구기간과 상환가액에 대하여 다음과 같이 정하였다. 피고가 발행한 A종상환우선주를 보유한 주주는 원고뿐이었다.

“원고는 인수일로부터 3년이 되는 날부터 7일 이내에 서면으로 피고에게 이 사건 주식의 조기상환을 청구할 수 있고, 이때 상환금액은 조기상환권을 행사할 것을 통지한 날의 공정시장 가격으로 한다”.

나. 원고의 상환청구

원고는 이 사건 계약에 따라 그로부터 3년이 되는 날인 2014. 3. 21. 피고에게 이 사건 주식에 대한 조기상환을 청구하였다.

다. 상환가액에 대한 원고와 피고간의 다툼

피고는 이 사건 주식의 상환금 액수가 230억 원이라는 회계법인의 감정 결과에 따라 원고에게 230억 원을 수령할 것을 제안하였으나 원고는 상환금의 액수를 다투며 그 수령을 거절하였다. 이에 피고는 원고의 수령거절을 원인으로 하여 서울중앙지방법원에 230억 원을 공탁한 다음 원고를 상대로 이 사건 주식 상환금채무의 부존재 확인을 구하는 소(이하 ‘관련소송’)를 제기하였다. 관련소송의 1심법원은 상환금에 관하여 원금 265억 원 및 이에 대한 판결 확정일 다음 날부터의 지연손해금이라고 판단하였는데 쌍방이 항소하였다. 항소심법원은 상환금 액수가 원금 265억 원 및 지연손해금이지만 원고의 지연손해금채권 중 일부의 권리행사는 신의칙에 반하여 제한된다고 판단하였다. 이에 쌍방이 모두 상고하여 현재 상고심이 계속 중이다.

피고는 관련소송의 1심판결 선고 이후에 이 사건 공탁금을 회수하였고, 관련소송의 원심판결 선고 이후인 그 판결에 따라 상환금을 계산한 다음 원천징수세액 상당을 공제한 나머지 251억 9천만 여원을 공탁하였다. 원고는 이의를 유보하고 공탁금출급청구를 하여 위 공탁금과 이자 합계액에서 원천징수세액을 공제한 약 252억여 원을 수령하였다.

한편 피고는, 2014. 7. 25. 주주총회를 개최하였는데 전체 주주 3인 중 원고를 제외한 나머지 주주 2인(전체 주식수 63,334주, 출석 주식수 60,000주)이 출석하여 만장일치로 피고의 이사 소외인을 해임하는 결의를 하였다. 그런데 이 사건 주주총회 결의 전에 피고가 원고에게 소집통지를 발송하거나 원고의 사전동의를 받은 바는 없다.

12) 서울고등법원 2017. 7. 7. 선고 2016나2089876 판결.

라. 소송의 경과

(1) 원고의 주장

원고는 이 사건 주식에 관한 상환대금을 전부 지급받지 못하였으므로 여전히 피고의 주식을 보유한 주주이고 이 사건 주주관계약도 유효한데, 피고가 원고의 사전 동의 없이 이 사건 주주총회결의를 함으로써 원고가 지명한 이사인 소외 1에 대한 해임결의를 한 것은 위 주주간 계약에 위반될 뿐만 아니라 주주인 원고에 대한 소집통지를 결여한 채 원고를 배제하고 진행된 것으로서 그 하자가 현저히 중대하고도 명백하여 무효이다. 만약 그렇지 않더라도 이 사건 주주총회결의는 그 소집절차에 적어도 취소사유에 해당하는 중대한 하자가 존재하므로 취소되어야 한다.

또한 피고회사의 주주로서의 지위에 현존하는 원고의 불안이나 위험을 일시에 제거하기 위하여는 원고가 이 사건 주식에 관한 주주라는 점에 대하여 확인을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단이므로, 피고를 상대로 그 확인을 구한다.

(2) 피고의 주장

원고가 형성권인 이 사건 조기상환청구권을 행사함에 따라 그때부터 또는 늦어도 지연손해금 기산일부터 원고는 피고의 주주로서의 지위를 상실하고 피고한테서 이 사건 주식의 상환대금을 지급받을 권리를 보유한 채권자로서의 지위만을 갖게 되었을 뿐이다. 따라서 이 사건 주주총회결의는 적법·유효하며, 원고에게 이 사건 주주총회결의의 효력을 다룰 이익이나 당사자적격이 없다.

(3) 원심판결

항소심인 원심판결은 “상법상 상환주식은 투자자로서 투자자본의 적시 회수를 가능하게 하여 투자위험을 관리할 수 있도록 한 제도이고, 실제로 이 사건에서 원고는 피고의 주주로서의 지위를 벗어나 피고에 대한 투자금을 전부 회수하기로 결정하고 그에 따라 이 사건 조기상환권을 행사하였다.

원고의 주장에 따르면, 원고는 이 사건 조기상환권을 행사한 이후에도 나아가 피고가 관련 소송의 항소심 판결에 따라 이 사건 제2공탁을 하였음에도 그 공탁된 상환대금이 원고가 원하거나 기대하는 금액에 미치지 못한다는 이유로, 원고가 주장하는 상환대금을 지급받을 때까지 미지급 상환대금에 대한 연 15%의 복리로 계산한 지연손해금을 수령할 권리를 가지면서 이와 동시에 피고의 주주로서의 권리를 계속 보유 및 행사하여야 한다는 것인바, 이는 상환주식의

상환권의 성격이 상환대금을 지급받고 당해 주식을 소각할 것을 예정한 형성권이라는 점에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 많은 이해관계인 사이에서 법률관계의 확실성, 확실성을 도모하는 주식회사법의 원칙에도 어긋나는 것으로 부당하다.”

따라서 “이 사건 변론종결일 현재 원고는 더 이상 피고의 주주가 아니어서 이 사건 주주간 계약 중 원고의 주주로서의 지위를 전제로 한 규정들이 계속 유효하다고 볼 수 없으며, 그밖에 원고에게 이 사건 주주총회결의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없으므로 이 사건 소 중 주주총회결의 무효확인 청구 부분은 확인의 이익이 없어 부적법하다.” 또한 “주식회사의 주주총회결의 취소의 소는 주식회사의 주주, 이사, 감사에 한하여 제기할 수 있는데(상법 제376조 제1항) 원고는 이 사건 변론종결일 현재 피고의 주주, 이사, 감사가 아니므로 당사자적격이 인정되지 않으므로, 이 사건 소 중 주주총회결의 무효확인청구 부분과 취소청구 부분은 부적법하여 각 각하하고, 나머지 주주권확인청구 부분은 이유 없어 기각하여야 한다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 상환권행사와 주주의 지위의 존속여부

회사는 정관으로 정하는 바에 따라 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있는 종류주식을 발행할 수 있다. 이 경우 회사는 정관에 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있다는 뜻, 상환가액, 상환청구기간, 상환의 방법을 정하여야 한다(상법 제345조 제3항). 주주가 상환권을 행사하면 회사는 주식 취득의 대가로 주주에게 상환금을 지급할 의무를 부담하고, 주주는 상환금을 지급받음과 동시에 회사에게 주식을 이전할 의무를 부담한다. 따라서 정관이나 상환주식인수계약 등에서 특별히 정한 바가 없으면 주주가 회사로부터 그 상환금을 지급받을 때까지는 상환권을 행사한 이후에도 여전히 주주의 지위에 있다고 봄이 상당하다.

따라서 원심은 원고와 피고 사이에서 이 사건 주식의 상환금인 ‘공정한 시장가격’에 관하여 다툼이 계속되고 있는 사정 등을 고려하여 원고가 피고로부터 이 사건 주식의 상환금 전부를 지급받았는지 여부를 심리해 보았어야 한다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 원고가 상환권을 행사한 이상 피고의 주주가 아니라고 판단하였으니 이러한 원심의 판단에는 상환금의 지급과 주주 지위 상실에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 해 설

가. 서설

상환주식이란 발행당시부터 일정기간 후에 회사의 이익으로써 상환되어 소각될 것이 예정된 종류주식을 말한다. 이 사건은 상환주식이 상환되는 경우에 주주권의 소멸시점에 관한 문제이다.

원심법원은 상환주식에 있어 상환권청구는 주주의 일방적인 의사표시에 의하여 상환의 효력이 발생하여 피고와 사이에서 주식매매계약을 체결하게 되는 일종의 형성권이므로 상환주식의 소유자인 주주가 상환권을 행사한 경우에는 상환대금채권을 보유한 채권자의 지위에서 그 채권의 구체적 규모를 다룰 수 있을 뿐이지, 주주로서 제반 권리까지 계속 보유하고 행사할 수는 없다"고 보아 상환주식의 주주권의 소멸시점을 주주의 상환청구 시점으로 보고 있다.

이에 대하여 대법원은 정관이나 계약에서 상환권을 행사한 경우 주주 지위를 상실하는 시기에 관하여 달리 정한 바가 없는 경우에는 상환권을 행사하였더라도 상환금을 지급받을 때까지는 여전히 주주의 자격이 있다고 보아 상환금의 수령시기를 주주권의 소멸시점으로 보고 있다.

나. 상환주식의 발행과 상환가액

이 사건의 상환주식의 발행은 2011년이므로 구법이 적용되어 주주만이 상환권을 갖는 경우이다.

회사가 상환주식을 발행하는 경우에는 주주가 회사에 대하여 상환을 청구할 수 있다는 뜻, 상환가액, 상환청구기간, 상환의 방법을 정하여야 한다(345조 3항). '상환청구기간'은 상환청구권의 행사기간이며, 상환청구기간 내에 상환청구를 하지 않으면 상환청구권이 소멸한다. '상환방법'은 '일시상환'과 '분할상환', '현금상환'과 '현물상환' 등의 방법을 말하며, 이를 선택적으로 결합하여 사용할 수 있다.

'상환가액'은 회사가 주주에게 상환주식의 상환대가로 지급하는 금액이다. 상환가액 주식의 액면가액, 발행가액, 시가 및 특정한 금액 등으로 정할 수 있다. 또한 이 사건처럼 '조기상환권을 행사할 것을 통지한 날의 공정시장가격'으로 정하는 것도 유효하다. 이는 상환가격은 시가로 하되, 기준은 '상환을 통지한 날'의 '공정가액'으로 한다는 의미이다.

상환가격을 주식의 시가로 하는 경우, 시장가격이 발행가격보다 하락하는 경우에는 상환주식의 주주가 경제적 손해를 볼 우려가 있으며, 이와 반대로 상승하는 경우에는 회사에게 부담이 되지만, '시가'에 대하여는 회사와 주주간의 다툼이 발생할 수밖에 없다.

이러한 경우 회사나 주주 중 어느 일방이 제시하는 금액이 합의가 된다면 다행이지만, 그렇지 않은 경우에는 주주총회 특별결의 사항의 반대주주의 주식매수청구권을 규정한 상법 제374조의

2를 유추적용하여 법원이 최종적으로 결정할 수밖에 없을 것이다. 현재 상장주식은 ‘자본시장과 금융투자에 관한 법률’ 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제2항에서 정한 기준에 따라 거래일 이전 일정기간의 가중평균가액으로 정하고 있다. 법원은 비상장 주식에 대하여는 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등 여러 가지 평가요소를 종합적으로 고려함을 원칙으로 하고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등에 따라 위 평가요소의 반영비율을 달리하여 정할 수 있다는 입장을 취하고 있다.¹³⁾

다. 상환주식의 소멸시점

주주상환주식의 경우 주주의 상환청구권은 그 행사로 인하여 회사의 상환의무가 발생하므로 통설은 형성권의 일종으로 보고 있다.

원심은 주주의 상환청구권을 형성권으로 보고 주주의 일방적인 의사표시에 의하여 상환의 효력이 발생하여 피고와 사이에서 주식매매계약이 성립되므로 “원고로서는 상환대금채권을 보유한 채권자의 지위에서 그 채권의 구체적 규모를 다룰 수 있을 뿐이지, 피고의 주주로서 제반 권리까지 계속 보유하고 행사할 수는 없다”고 판시하고 있다. 따라서 원심은 상환권의 행사로 주주의 주주권이 소멸된다고 보는 입장이다.

그러나 이렇게 본다면 상환주주에게 일방적으로 불공정한 결과가 발생하게 된다. 이 사안처럼 ‘공정가격’에 관한 다툼이 발생할 수 있기 때문이다. 또한 상환은 반드시 이익으로서 하여야 하므로 상환기간이 도래하거나 상환청구가 있더라도 이익이 없으면 상환하지 못하는 경우도 발생한다. 따라서 주식의 소멸시점은 상환절차가 모두 종료되는 시점인 상환가액을 주주가 수령한 때라고 보는 것이 타당하다.

그러므로 상환가액에 대하여 다툼이 있는 경우에는 최종적으로 법원의 확정판결에 의하여 결정될 수밖에 없고, 확정판결에 의하여 정해진 가액을 공탁하는 시점에 상환가액의 수령이 되었다고 보기 때문에 이때 주주권도 소멸된다고 보아야 할 것이다.

2011년 개정상법에 의하여 도입된 ‘지배주주에 의한 소수주식의 전부취득’제도를 규정한 상법 제360조의26 제1항이 주식의 이전시기를 ‘매매가액을 소수주주에게 지급한 때’로 규정한 것은 참고할 만한 가치가 있다.

13) 대법원 2006. 11. 24. 자 2004마1022 결정, 대법원 2006. 11. 23. 자 2005마958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966 결정.

V. 주주총회 결의 없는 ‘특별성과급’의 지급의 효력(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결)

1. 사건개요

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

가. 소송당사자

원고는 멤브레인 스위치의 제조·판매 등을 목적으로 하는 회사이다. 피고 1은 원고의 사내 이사로 등기되어 있으면서 일정기간 원고의 공동대표이사 또는 대표이사로 각 등기되어 있었던 사람이다. 피고 2는 원고의 사내이사로 등기되어 있었던 사람이다.

나. 특별성과급의 지급

2013.부터 2014.까지 사이에 원고가 피고들에게 ‘특별성과급’이라는 명목의 금원을 지급하기로 하는 내용의 문건이 작성되었고, 그것을 기초로 원고로부터 피고들에게 ‘특별성과급’이 각 지급되었다.

다. 원고회사의 주장

피고들에게 지급된 ‘특별성과급’은 상법 제388조에 정한 ‘이사의 보수’에 해당함에도 주주총회의 결의를 거치지 않았다. 피고들은 법률상 원인 없이 원고로부터 ‘특별성과급’ 명목의 금원을 각 지급받는 이익을 얻고, 그로 인하여 원고는 같은 액수에 해당하는 손해를 입었다. 따라서 원고에게 부당이득으로, 피고 1은 특별성과급 합계 45억 8천여만 원 및 이에 대한 각 지연손해금을, 피고 2는 특별성과급 합계 1억 6천만여원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

또한 원고는 특별성과급이 이사의 보수에 해당하지 않더라도, 피고들은 원고의 이사로서 선관주의의무가 있음에도 불구하고 이를 위반하여 특별성과급을 지급받음으로써 원고에게 특별성과급 상당액의 손해를 가하였다. 따라서 원고에게 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상으로, 피고 1은 특별성과급 합계 45억 8천여만 원 및 이에 대한 각 지연손해금을, 피고 2는 특별성과급 합계 1억 6천만여원 및 이에 대한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

14) 수원지방법원 안산지원 2017. 12. 21. 선고 2015가합23137 판결.

15) 서울고등법원 2018. 10. 17. 선고 2018나2004916 판결.

라. 피고의 주장

피고들이 지급받은 '특별성과급'은 원고가 피고들의 공로를 치하하기 위하여 경영재량에 따라 지급하는 것으로서 '이사의 보수'에 해당하지 않는다. 가사 위 특별성과급이 이사의 보수에 해당한다고 하더라도, ① 원고는 피고들에게 지급할 특별성과급에 관한 주주총회의 결의를 거쳤거나, 그렇지 않더라도 1인 회사인 원고의 대주주인 소외 1의 지시 및 승인이 있었으므로 주주총회의 결의가 있었던 것과 마찬가지이거나, ② 피고들은 원고의 주주총회에서 이사의 보수 한도액으로 정해진 금액의 범위 내에서 특별성과급을 각 지급받았으므로 법률상 원인이 없다고 할 수 없다. 설령 피고들의 지급의무가 있더라도, 그 범위는 원고가 원천징수 소득세 등을 공제한 다음 피고들에게 실제 지급한 금원에 한정되어야 한다.

또한 특별성과급은 원고의 경영판단에 따라 피고들의 사기진작 등의 목적으로 지급된 것이어서 위법하지 않다. 피고들은 특별성과급이 원고에게 손해가 되는 것이라는 점에 관한 인식도 없었다.

마. 소송의 경과

(1) 제1심

제1심에서는 원고의 주위적 청구에 대하여 특별성과급은 원고가 이사들의 직무수행에 대한 보상으로 지급한 대가적 성격의 금원으로서 상법 제388조에 정한 이사의 보수에 해당하므로 주주총회의 결의가 필요하다고 보고 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 피고들이 지급받은 특별성과급은 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득에 해당하므로, 피고들은 원고에게 부당이득으로 각 특별성과급에 해당하는 금원을 반환할 의무가 있다.

다만 제1심은 피고들이 반환하여야 부당이득반환의 범위에 대하여 원고가 소득세 등 원천징수세액 및 고용보험료(피고 2에 한하여)를 공제하지 않은 원래의 금원이라는 주장을 배척하고, 피고들이 원고로부터 특별성과급으로 실제 지급받은 금원으로 한정하였다.

또한 피고들에 대한 지연손해금 청구 부분에 대하여 제1심은 원고의 정관에 이사의 보수를 주주총회의 결의를 거쳐 지급하도록 규정하고 있는 점, 피고들은 원고의 이사로 수년 동안 일한 경력이 있어 이를 충분히 알 수 있는 지위에 있었다고 보이는 점, 그럼에도 연봉계약에서 정한 연봉의 범위를 상회하는 특별성과급 명목의 금원을 지급규정이나 절차의 확인 없이 만연히 수령한 점에 비추어 보면, 피고들은 특별성과급에 관한 악의의 수익자라고 봄이 타당하므로 피고들은 원고에게 특별성과급을 받은 날 이후로서 원고가 구하는 날인 2014. 1. 1. 또는 특별성과급을 받은 날인 2014. 3. 21.(피고 1에 한하여)로부터 피고들이 이행의무의 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2017. 12. 21.까지는 민법에서 정한 연 5%의 비율에 의한

법정이자를, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 15%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

(2) 항소심

원고와 피고가 상소한 항소심에서는 제1심 판결은 정당함으로 원고와 피고의 항소를 모두 기각하였다.

제2심 판결에 대하여 원고와 피고가 모두 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원고·피고의 상고를 모두 기각하고 원심을 확정하였다.

가. 이사의 보수와 주주총회의 결의

상법 제388조는 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 규정한다. 이는 이사가 자신의 보수와 관련하여 개인적 이익을 도모하는 폐해를 방지하여 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 강행규정이다. 따라서 정관에서 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정한 경우 그 금액·지급방법·지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사는 보수청구권을 행사할 수 없다.¹⁶⁾ 이때 ‘이사의 보수’에는 월급, 상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고,¹⁷⁾ 회사가 성과급, 특별성과급 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하는 금원이나 성과 달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 마찬가지이다.

나. 대주주의 의사결정에 의한 특별상여금의 지급

피고가 이 사건 특별성과급을 지급받을 때 주주총회의 결의 없이 회사의 대주주에 불과한 사내이사인 소외인의 의사결정만 있었다면, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정만으로 결의가 있었던 것과 같게 볼 수는 없다. 이 사건 특별성과급의 지급에 관한 의사결정이 주주총회의 결의를 거치지 않아 무효라면 이 사건 특별성과급의 일부가 주주총회에서 정한 이사의 보수한도액 내에 있다는 사정만으로 그 부분의 지급을 유효하다고

16) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결, 대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결 등 참조.

17) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2015다51968 판결 등 참조.

볼 수도 없다. 따라서 피고에게 지급된 이 사건 특별성과급은 모두 법률상 원인 없이 이루어진 부당이득에 해당한다.

다. 부당이득으로 반환하여야 할 범위

원심은 피고는 수령한 특별성과급에서 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였다. 그리고 피고는 악의의 수익자로서 이 사건 특별성과급을 받은 날 이후의 법정이자를 붙여 부당이득을 반환할 책임이 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 원천징수세액에 대한 환급청구권 귀속, 악의의 수익자에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 해 설

가. 서설

이 사건의 주요 쟁점은 이사의 보수와 ‘특별성과급’에 관한 문제이다. 이사의 보수에 대하여 대법원은 엄격한 해석을 견지하고 있다. 이 사안에서 문제되는 특별성과급에 대하여도 동일한 입장이다. 이에 관련된 대법원 판례를 살펴보고 검토하기로 한다.

나. 이사의 보수의 결정

이사의 보수란 이사의 직무집행의 대가로서 지급되는 것을 말하며, 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 정하여야 한다(388조). 이 규정은 강행규정이라고 보는 것이 통설이다. 판례도 동일하다.¹⁸⁾ 따라서 이사의 보수에 관한 결정권은 주주총회에 있으며, 이사회나 대표이사가 이를 결정하는 것은 위법이며, 또 무효로 본다.¹⁹⁾ 다만 정관이나 주주총회에서 결정된 보수총액에 대하여 개인별 지급금액을 결정하는 것은 이사회에 위임할 수 있다.

본 사안과 같이 특별성과급 지급 당시 50%가 넘는 지분을 보유한 지배주주가 사내이사로서 성과급 지급의 승인 및 결제에 관여하였고, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정이 있더라도 특별상여금의 지급에 관한 의사결정이 유효하다고 해석할 수 없다. 그렇게 해석할 경우 대주주가 회사 주식의 과반수를 소유하는 경우 주주총회에 관한 상법의 적용을 사실상 배제하는 결과를 초래하기 때문이다.

주의할 것은 형식적으로 주주총회의 결의를 거쳤더라도 항상 이사의 보수결정과 지급에

18) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다1188 판결.

19) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결, 대판 1988. 6. 14, 87다카2268 판결.

효력이 있는 것은 아니다. 예를 들어 판례는 회사에 대한 경영권 상실 등으로 퇴직을 앞둔 이사가 회사로부터 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 이사의 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비추어 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급 기준을 마련하고, 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 회사를 위하여 직무를 충실하게 수행하여야 하는 충실의무(382조의3)를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 배임행위에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤다고 하더라도 위법한 것으로 무효라고 판시하였다.²⁰⁾

다. 특별성과금의 성격

이사의 보수는 봉급·상여금·퇴직금 등의 형태로 지급된다. 그 명칭여하를 불문하고 이사의 직무집행의 대가로 지급되는 것은 모두 보수로 보는 것이 타당하다.²¹⁾ 이에 따라 대법원은 퇴직금 뿐만 아니라²²⁾ 해직보상금²³⁾, 퇴직금중간정산금²⁴⁾에 대하여도 이사의 보수에 관한 상법 388조를 적용하고 있다. 퇴직위로금도 그 재직중에 있어서의 직무 집행의 대가로서 보수의 후불적 성격이 강하기 때문에²⁵⁾ 통상의 경우 주주총회의 승인을 받아야 한다.

이 사건에 있어 피고가 지급 받은 특별성과금도 경영성과에 따른 보상으로서 영업이익을 기준으로 산정하여 지급된 것으로, 직무수행에 대한 보상으로 지급된 보수에 해당한 것으로 볼 수 있다. 특별성과금을 지급하면서 ‘성과 지향적 책임경영 강화’ 등 장래의 동기부여를 위한 목적을 함께 부기하였다 하더라도 과거의 성과에 따른 보상을 주된 목적으로 하여 지급된 보수로 보아야 하는 것은 이사의 보수에 관한 현재까지의 대법원의 입장에서 보면 당연한 결과라고 볼 수 있다.

라. 부당이득의 범위

이 사건에서 주주총회의 결의없이 특별성과금을 지급한 것은 강행규정인 상법 제388조를 위반하였기 때문에 무효이고, 이를 지급받은 피고는 법률상 원인없이 부당이득을 취득한 것이 된다. 이 경우 부당이득으로 회사에 반환하여야 할 금액에 대하여 대법원은 원고가 주장하는

20) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결.

21) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2015다51968 판결.

22) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다16092, 16108 판결.

23) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결.

24) 대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결.

25) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다61312 판결.

것처럼 특별성과급 전부가 아니라 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였다.

또한 피고는 대주주가 특별성과급의 지급을 승인하였기 때문에 그 성과급의 지급이 법률상 원인 없는 부당이득에 해당함을 알지 못하였으므로 선의의 수익자로서 받은 이익이 현존하는 범위 내에서만 반환할 책임이 있다(민법 제748조 제1항)고 주장하고 있으나 타당하지 않다.

대법원은 원심판결의 설시와 같이 피고는 피고 1은 원고회사에서 오랜기간 이사로 근무하여 왔고, 대표이사로 관련 업무를 한 경험도 있는바, 상법 및 원고 회사의 정관에 따라 특별성과급의 지급을 위해 주주총회의 결의가 필요하다는 사정은 당연히 알고 있었을 것으로 보이므로 피고는 악의의 수익자로서 이 사건 특별성과급을 받은 날 이후의 법정이자를 붙여 부당이득을 반환할 책임이 있다(민법 제748조 제2항)고 판시한 것은 주목할 만한 점이다.

VI. 이사회 결의 없는 이사의 보수지급(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결)

1. 사건개요

제1심 판결²⁶⁾ 및 제2심인 원심판결²⁷⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다. 이 사건에서는 원고가 피고에 대하여 보수 관련 부당이득반환청구, 임무위배로 인한 손해배상청구, 도급계약 관련 손해배상청구, 그림 매매 관련 부당이득반환청구, 운전기사 비용 관련 손해배상청구를 하고 있고, 피고가 반소로써 원고에 대하여 퇴직금청구를 하고 있으나, 주된 쟁점인 피고에 대한 보수지급과 관련된 사항만 다루기로 한다.

가. 당사자

원고 회사는 가전제품의 도매·소매업 및 서비스업, 인터넷 및 전자상거래업, 물류택배업 등을 영위하는 주식회사이고, 피고는 1998. 1. 20.부터 2012. 10. 31.까지 원고 회사의 이사(그 중 2000. 11. 30.부터 2012. 4. 25.까지는 대표이사)로 근무하였던 사람이다.

유진기업 주식회사(이하 '유진기업')는 2007. 12. 9. 위 Korea CE Holdings로부터 원고 회사의 주식 100%를 1조 9,500억 원에 매수하는 계약을 체결하였다. 이에 따라 유진기업은 2007. 12. 18. 원고 회사를 인수하기 위하여 특수목적법인 유진하이마트홀딩스 주식회사(이하 '유진

26) 서울중앙지법 2015. 7. 3. 선고 2013가합17761(본소), 2013가합31088(반소) 판결.

27) 서울고등법원 2016. 6. 30. 선고 2015나2040638(본소), 2015나2040645(반소) 판결.

하이마트홀딩스')를 설립한 다음 위 주식 매매계약의 매수인 지위를 유진하이마트홀딩스에게 이전하고, 2008. 1.경 유진하이마트홀딩스를 통하여 원고 회사의 주식 100%를 인수하였다.

원고 회사와 유진하이마트홀딩스는 2008. 6. 2. 합병 후 존속회사를 원고 회사로, 합병 후 소멸회사를 유진하이마트홀딩스로 하는 흡수합병을 하였다.

원고 회사는 2011. 6. 경 한국거래소 유가증권시장에 상장되었고, 롯데쇼핑 주식회사는 2012. 7. 6. 유진기업, 피고 외 6인으로부터 원고 회사의 주식 15,403,274주(지분율 65.25%)를 매수하였다.

나. 피고에 대한 보수의 지급

(1) 정관규정

원고 회사의 정관에서는 2010. 12. 28. 개정·시행되기 전까지 대표이사의 보수 결정과 관련하여 다음과 같이 정하고 있었다.

제31조의2 (이사회회의 권한): 이사회는 법률 또는 정관에서 달리 정한 경우를 제외하고 회사의 경영에 관한 모든 중요사항에 대하여 결정할 권한을 갖는다. 다음 사항은 반드시 이사회의 결의를 요한다. 6. 회사의 최고경영책임임원, 최고재무책임임원, 보수의 결정 및 변경, 기타 임원의 보수 총합의 결정 및 변경

제34조 (이사 및 감사의 보수 및 퇴직금): ① 이사 및 감사의 보수는 주주총회에서 이를 정한다. 단, 보수한도 계산시 임원퇴직금지급규정에 의한 퇴직금을 제외한다. ② 이사 및 감사의 퇴직금은 주주총회의 결의를 거친 임원 퇴직금 지급 규정에 의한다.

이후 원고 회사의 정관은 2010. 12. 28. 개정되어 대표이사의 보수 결정과 관련된 기존 제31조의2는 삭제되었고, 제34조는 다음과 같이 변경되었다(갑 제3호증의 6, 7).

제34조 (이사의 보수 및 퇴직금): ① 이사의 보수는 주주총회에서 이를 정한다. ② 이사의 퇴직금은 주주총회의 결의를 거친 임원 퇴직금 지급 규정에 의한다.

(2) 원고회사의 보수결정과 지급

원고 회사의 주주총회는 이사의 보수에 관하여 그 보수한도만을 결정하여 왔는데 2008년에는 220억 원, 2009년에는 200억 원, 2010년에는 200억 원, 2011년에는 210억 원이었다.

피고의 연간 보수는 2005년경부터 2008. 1.경까지는 약 19억 2천만 원이었다가, 2008. 2.경부터 48억 원이 증액되어 2008. 2.부터 2011. 4.까지 원고 회사로부터 총 259억여 원의 급여 및 인센티브를 지급받아 왔다. 그런데 위 각 주주총회 이외에 피고를 비롯한 원고 회사 이사의 구체적인 보수액을 정하는 이사회 결의가 이루어진 바는 없었다.

다. 소송의 경과

(1) 원고의 주장요지

원고 회사의 정관 및 상법의 해석에 의하면 원고 회사의 대표이사를 포함한 이사의 구체적인 보수를 결정하기 위해서는 이사회 결의가 필요하다. 그런데 원고 회사의 대표이사였던 피고는 이사회 결의 등 적법한 절차를 거치지 아니한 채 피고의 기초연봉을 48억 원 증액하라고 지시하여 2008. 2. 25.경 월 보수 5억 6천만 원을 지급받은 것을 비롯하여 이때부터 2011. 4. 까지 적정 보수액보다 182억 6천만 원을 과다하게 수령하였다.

피고가 위와 같이 자신의 보수를 결정하여 지급함에 있어 필요한 절차인 이사회 결의를 거치지 아니한 이상 피고에 대한 보수의 결정과 지급은 무효이다. 따라서 피고는 원고에게 2008. 2.부터 2011. 4.까지의 기간 동안 지급받은 보수 전체 25,975,137,170원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 다만 원고는 이 사건 소에서 피고가 2008. 1.까지 지급받아 온 적정보수 상당액을 초과하는 182억 6천만원 상당의 부당이득반환만을 구한다.

(2) 피고의 주장요지

피고는 2005. 4.경 소외 회사가 원고 회사의 100% 주주가 된 이후부터 유진기업이 원고 회사의 대주주가 된 이후에도 줄곧 대주주가 정해주는 보수를 받았다. 구체적으로 인사팀이 개별 임원들의 연봉을 기안한 후 피고에게 보고하여 연봉안을 작성하고, 그 연봉안을 대주주(유진그룹의 소외 1 회장)에게 보고하여 결재·승인을 얻은 후, 위 연봉안을 기초로 재무팀이 이사의 보수한도를 작성한 뒤, 이를 이사회 및 주주총회의 결의를 거친 후 위와 같이 대주주, 이사회 및 주주총회가 승인한 내역에 따라 집행하였다. 특히 2008. 2.경 피고의 연봉인상은 신속한 원고 회사의 상장 등을 독려하고자 한 소외 1 회장의 지시에 따라 이루어진 것이다. 이처럼 피고에 대한 보수 결정 및 지급은 대주주의 승인에 따라 전적으로 주주의 통제에 따라 이루어진 것이고, 실질적으로 피고를 포함한 이사들의 개별적인 보수에 대하여도 이사회 및 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있으므로 적법한 절차를 거친 것이다.

가사 피고에 대한 보수 결정·지급에 절차상 하자가 있다고 하더라도, 피고에 대한 보수 지급 내용이 포함된 월차결산보고서가 매월 대주주에게 보고되어 승인되었고, 대주주에 의하여 선임된 회계법인에 의하여 매년 회계감사 및 그에 기초한 재무제표의 승인이 이루어졌으며, 매년 이사회 및 주주총회에서 피고를 포함한 이사의 전년도 보수 집행내역에 관하여 승인이 이루어졌고, 피고의 보수에 대하여 2011. 5.경 원고 회사 상장 준비과정에서도 원고 회사 내 비상위원회에 의한 승인이 있었으므로, 피고에 대한 보수의 결정 및 지급은 위와 같은 과정을 거쳐 사후적으로 모두 추인되었고, 민법 제742조 또는 민법 제744조가 정한 비채변제에도 해당한다.

(3) 1심판결

2008년 피고의 보수가 결정될 당시 원고 회사의 1인 주주였던 유진하이마트홀딩스를 실질적으로 지배하고 있던 소외 1이 피고의 보수에 대하여 승인하였고, 2009년 피고의 보수가 결정될 당시 원고 회사의 주주는 유진기업과 피고 2인 뿐이었는데 그 당시에 유진기업의 실질적 지배자인 소외 1이 피고의 보수에 대하여 승인하였으며 당시 이사회 구성도 모두 유진 또는 피고 측이 지명한 사람들이었고, 각 주주총회에서 이사들의 보수총액에 관하여 전원 찬성으로 의결되었는바, 이러한 제반 사정에 비추어 보면, 이는 이른바 1인 회사의 경우와 유사한 경우로서 피고의 구체적 보수액에 대한 주주총회 결의 절차를 거치더라도 그 주주의 의사에 따라 의결이 이루어질 것이 명백한 경우에 해당하므로, 피고의 2008년 및 2009년의 보수는 원고 회사 주주 전체의 의사에 따라 결정된 것으로서 적법한 근거를 가진다고 할 것이다.

2010년에 피고의 보수가 결정될 당시 유진기업, 피고의 원고 회사에 대한 지분율이 약 80% 정도이고, 2011년에 피고의 보수가 결정될 당시 유진기업과 피고 측의 원고 회사에 대한 지분율이 약 65% 정도였으나 모두 과반수에 해당하고, 원고 회사에서는 피고를 포함한 임원들에 대한 구체적인 보수가 주주총회 전에 이미 원고 회사 대주주의 실질적인 지배인인 소외 1 등에게 보고되어 승인되는 절차를 먼저 거친 다음 주주총회에서 피고를 포함한 이사들의 보수한도에 관하여만 결의하는 방식으로 임원 등에 대한 보수를 지급해 왔던 점, 당시 이사회의 구성 및 주주의 구성에 비추어 피고의 ‘구체적인 보수’에 대하여 이사회 또는 주주총회 결의를 거치더라도 모두 승인결의가 이루어졌을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 2008. 2.부터 2011. 4.까지 기간에 관한 원고 회사의 주주총회가 피고를 비롯한 이사들에 대한 보수총액에 관해서만 정하였을 뿐이고, 설령 그 이후 이사회에서 주주총회가 정한 이사들의 보수총액 범위 내에서 피고를 포함한 개별 이사들의 구체적인 보수액을 정하는 결의가 이루어진 바 없다고 하더라도, 위 시기에 지급된 피고의 보수는 원고 회사에 대한 관계에서 적법한 근거를 가진다고 보아야 할 것이다.

따라서 원고가 제출한 증거들만으로는, 2008. 2.부터 2011. 4.까지의 피고에 대한 보수 결정 및 지급이 법령 또는 정관에서 정한 절차를 거치지 않거나 자본충실을 해하는 것으로서 무효라거나, 피고가 그에 관하여 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반 또는 그 임무를 게을리한 것으로 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 부당이득반환 청구 또는 손해배상 청구는 모두 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(4) 항소심 판결

2008년 피고의 보수가 결정될 당시 원고 회사의 1인 주주였던 유진하이마트홀딩스를 실질적으로 지배하고 있던 소외 1이 피고의 보수에 대하여 승인을 하였고, 2009년 피고의 보수가 결정될 당시 원고 회사의 주주는 유진기업과 피고 2인 뿐이었는데 그 당시에도 유진기업의 실질적 지배자인 소외 1이 피고의 보수에 대하여 승인하였다. 또한 각 주주총회에서 이사들의 보수총액에 관하여 전원 찬성으로 의결된 점 등을 종합하여 보면 위 기간 동안의 피고에 대한 증액된 보수의 결정·지급은 이른바 1인 회사의 경우와 유사한 경우로서 피고의 구체적 보수액에 대한 주주총회 결의 절차를 거치더라도 그 주주의 의사에 따라 의결이 이루어질 것이 명백한 경우에 해당한다. 2010년 피고의 보수가 결정·지급될 당시 유진기업, 피고의 원고 회사에 대한 지분율이 정관변경을 위한 주주총회 특별결회의 요건인 의결권 있는 주식의 3분의 2 이상에 해당하는 약 80% 정도이며, 원고 회사에서는 피고를 포함한 임원들에 대한 구체적인 보수가 주주총회 전에 이미 원고 회사 대주주의 실질적인 지배자인 소외 1 등에게 보고되어 승인되는 절차를 먼저 거친 다음 주주총회에서 피고를 포함한 이사들의 보수한도에 관하여만 결의하는 방식으로 임원 등에 대한 보수를 지급해 왔던 점 등을 고려하면 피고의 구체적 보수액에 대한 주주총회 결의 절차를 거치더라도 그 주주의 의사에 따라 의결이 이루어질 것이 명백한 경우에 해당한다.

그러나 피고에 대한 2011. 1.경부터 2011. 4.경까지 피고의 보수가 결정될 당시 유진기업과 피고 측의 원고 회사에 대한 지분율이 정관변경을 위한 주주총회 특별결회의 요건인 의결권 있는 주식의 3분의 2에 미달하는 약 65% 정도에 그치고, 유진기업과 피고 측의 지분을 포함하여 의결권 있는 주식의 3분의 2 이상의 지분율을 가진 주주들이 위 기간 동안의 피고의 보수액 결정·지급에 찬성할 것이 명백하다고 인정할 만한 증거가 없는 점 등을 고려하여 보면, 위 기간 동안의 피고에 대한 증액된 보수(14억 4,000만 원)의 결정·지급은 피고의 구체적 보수액에 대한 주주총회 결의 절차를 거치더라도 그 주주의 의사에 따라 의결이 이루어질 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

따라서 2008. 2.부터 2010년까지의 기간 동안에 원고 회사의 주주총회가 피고를 비롯한 이사들에 대한 보수총액에 관해서만 정하였을 뿐이고, 설령 그 이후 이사회에서 주주총회가 정한 이사들의 보수총액 범위 내에서 피고를 포함한 개별 이사들의 구체적인 보수액을 정하는 결의가 이루어지거나, 달리 주주총회에서 이사들에 대한 구체적인 보수액을 정하는 결의가 이루어진 바 없다고 하더라도, 위 시기에 정해진 보수총액 내에서 결정·지급된 피고의 증액된 보수 168억 2,000만원은 피고가 원고 회사에 대한 관계에서 법률상 원인이 없이 얻은 이익이라고 할 수 없다. 그러나 2011. 1.경부터 2011. 4.경까지의 기간 동안 결정·지급된 피고의 증액된 보수 14억 4,000만 원에 관하여는, 달리 주주총회에서 이사들에 대한 구체적인 보수액을 정하는

결의가 이루어진 바 없는 이상, 이는 상법 제388조에 반하여 결정·지급된 보수로서 피고가 원고 회사에 대한 관계에서 법률상 원인이 없이 얻은 이익에 해당한다.

항소심인 원심 판결에 대하여 원고와 피고들은 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결 중 본소의 보수 관련 부당이득반환청구에 대하여 원심을 파기하고 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 이사의 보수에 관한 상법 제398조의 의의

상법 제388조는 “이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다”라고 규정하고 있고, 위 규정의 보수에는 연봉, 수당, 상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 모든 대가가 포함된다. 이는 이사가 자신의 보수와 관련하여 개인적 이익을 도모하는 폐해를 방지하여 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 강행규정이다.²⁸⁾

상법 제361조는 “주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다.²⁹⁾ 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 아니한다. 그리고 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적인 사항을 이사회에 위임한 경우에도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것도 상법이 규정한 권한의 범위에 속하는 것으로서 가능하다.

나. 1인 회사에 있어 이사의 보수의 결정

주식회사의 총주식을 한 사람이 소유하는 이른바 1인회사의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 명백하다. 이러한 이유로 주주총회 소집절차에 하자가 있거나 주주총회의사록이 작성되지 않았더라도, 1인주주의 의사가 주주총회의 결의내용과 일치한다면 증거에 의하여 그러한 내용의

28) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결 등 참조.

29) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결 참조.

결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.³⁰⁾ 그러나 이는 주주가 1인인 1인회사에 한하여 가능한 법리이다. 1인회사가 아닌 주식회사에서는 특별한 사정이 없는 한, 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 결의가 이루어질 것이 명백하다거나 또는 그러한 내용의 주주총회 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수는 없다.

다. 원심판결의 문제

원심의 판단 중 2011. 1.경부터 2011. 4.경까지의 보수 증액 부분에 관한 판단은 그 이유에 다소 부적절한 점이 있으나 피고의 부당이득반환의무를 인정한 결론은 정당하다.

그러나 2008. 2.경부터 2010년까지의 보수 증액 부분에 관한 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

원고의 정관은 2010. 12. 28. 개정되기 전까지 최고경영책임임원의 보수의 결정은 이사회 결의를 요한다고 정하고 있었음에도 불구하고, 피고에게 종전보다 증액되어 지급될 구체적인 보수의 액수에 관하여 이사회 결의가 이루어진 바는 없다. 그 뿐만 아니라, 피고가 증액된 보수를 수령한 위 기간 동안 원고의 주주총회에서는 임원들 전부에게 지급될 연간 보수 총액의 한도만을 승인하였을 뿐 개별 이사의 구체적인 보수 지급에 관하여는 아무런 결의가 이루어지지 않는 등 주주총회에서 직접 개별 이사의 보수 액수를 정하였다고 볼 수도 없다.

2008. 3. 14.에 2008년의 이사 보수 총액을 정하는 원고의 주주총회가 개최될 당시 원고의 주주는 유진하이마트홀딩스 1인이었는데, 유진하이마트홀딩스의 주주총회나 이사회에서 피고에게 지급될 개별 보수의 지급을 승인하였거나 그러한 결의가 이루어졌다는 자료를 찾아볼 수 없고, 달리 유진하이마트홀딩스가 소외인의 1인회사라고 볼 자료도 없다. 또한 2009. 3. 19.과 2010. 3. 18.에 당해 연도의 이사 보수를 정하는 원고의 주주총회가 개최될 당시 원고가 소외인의 1인회사라고 볼 자료가 없는 이 사건에서, 소외인이 원고의 대주주인 유진기업의 대표이사 또는 실질적 지배자로서 매년 피고의 보수를 결재·승인하여 원고가 그에 따른 보수를 피고에게 지급하여 왔다는 사정만으로는 이사의 보수에 관한 주주총회의 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수도 없다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 2008. 2.부터 2010년까지 피고가 지급받은 보수의 증액 부분에 관하여 상법 제388조의 요건을 갖추었다는 전제하에 법률상 원인 없이 얻은 이익이라고 할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이사의 보수청구권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 이 부분 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

30) 대법원 1976. 4. 13. 선고 74다1755 판결, 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결 등 참조.

3. 해 설

본 사건에서는 전술한 주주총회 결의없는 ‘특별성과급’의 지급의 효력에 관한 판결과³¹⁾ 같이 이사의 보수에 관한 문제를 다루고 있다.

대법원은 이사의 보수에 관한 상법 제388조는 강행규정으로 보는 종전의 입장에서³²⁾ 이사의 보수에 관한 사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다는 엄격한 입장을 재확인하고 있다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않는다.

또한 1인 회사의 경우에는 주주총회 소집절차에 하자가 있거나 주주총회의사록이 작성되지 않았더라도, 1인주주의 의사가 주주총회의 결의내용과 일치한다면 증거에 의하여 그러한 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있지만, 1인회사가 아닌 주식회사에서는 특별한 사정이 없는 한, 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 결의가 이루어질 것이 명백하다거나 또는 그러한 내용의 주주총회 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수는 없다고 판시하고 있다.³³⁾

대법원은 원심판결의 잘못에 대하여 “2008. 3. 14.에 2008년의 이사 보수 총액을 정하는 원고의 주주총회가 개최될 당시 원고의 주주는 유진하이마트홀딩스 1인이었는데, 유진하이마트홀딩스의 주주총회나 이사회에서 피고에게 지급될 개별 보수의 지급을 승인하였거나 그러한 결의가 이루어졌다는 자료를 찾아볼 수 없고, 달리 유진하이마트홀딩스가 소외인의 1인회사라고 볼 자료도 없다”고 판시하고 있다. 또한 “2009. 3. 19.과 2010. 3. 18.에 당해 연도의 이사 보수를 정하는 원고의 주주총회가 개최될 당시 원고가 소외인의 1인회사라고 볼 자료가 없는 이 사건에서, 소외인이 원고의 대주주인 유진기업의 대표이사 또는 실질적 지배자로서 매년 피고의 보수를 결재·승인하여 원고가 그에 따른 보수를 피고에게 지급하여 왔다는 사정만으로는 이사의 보수에 관한 주주총회의 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수도 없다”고 판시하고 있다.

따라서 이 판결에서 나타난 이사의 보수에 관한 대법원의 입장은 이사의 보수에 관한 사항은 주주총회가 구체적으로 정하여야 되는 것이 원칙이며, 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사회의 결의 없이 이사의 보수를 지급할 수 없다는 입장이라고 볼 수

31) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결.

32) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다1188 판결.

33) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결.

있다. 이 입장의 예외로 인정할 수 있는 경우는 1인 회사에 한하고, 지배주주가 매년 피고의 보수를 결재·승인하여 원고가 그에 따른 보수를 피고에게 지급하여 왔다는 사정만으로는 이사의 보수에 관한 주주총회의 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수 없다는 엄격한 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다.

VII. 주주명부의 기재와 주식의 소유권 귀속(대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다 278385, 278392 판결)

1. 사건개요

제1심 판결³⁴⁾ 및 제2심인 원심판결³⁵⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자

원고는 2012. 8. 17. 부산의 모장소 외 5필지에 재래시장을 철거하고 상가건물을 신축하여 분양하는 사업을 추진하기 위하여 설립된 주식회사이고, 피고는 주택건설업, 분양대행업 등을 목적으로 설립된 회사이다.

원고는 2012. 10. 12. 피고와 사이에 이 사건 사업의 시행업무 일체를 피고에게 위임하고, 피고는 원고 발행 주식 2,000주를 취득하기로 하는 내용의 시행대행계약을 체결하였다.

나. 원고회사의 설립과 신주의 발행

피고(반소원고)는 소외 1, 소외 2와 사이에 주식회사를 설립하여 시장 건물을 신축·분양하는 사업을 하기로 하고, 피고가 투자자 물색 등 사업비용을 책임지는 한편 건축허가 등 사업시행을 대행하기로 하였다.

피고 등 3인은 새로 설립될 주식회사의 주식은 14,000주를 발행하여 사업 부지의 현물출자자와 투자자 및 피고에게 각 2,000주씩을 배정하되, 피고에게는 피고가 물색할 4필지의 투자자에게 배정할 8,000주까지 합쳐서 일단 10,000주를 배정하기로 합의하였다.

이에 따라 피고 등 3인은 2012. 8. 17. 원고(반소피고)를 설립하면서 주식 총 14,000주를 발행하였고, 설립 당시 원고의 주주명부에는 당시 원고의 대표이사였던 소외 1이 2,000주, 소외 2가 2,000주, 피고가 10,000주(이하 '이 사건 주식'이라고 한다)를 보유하는 것으로 기재되었다.

34) 부산지방법원 2016. 12. 29. 선고 2016가합44946(본소), 2016가합44953(반소)판결.

35) 부산고등법원 2017. 9. 27. 선고 2017나50433(본소), 2017나50440(반소)판결.

다. 원고의 주주명부의 명의변경

원고는 설립 이후에 소외 3 등의 투자를 받거나 금융기관으로부터 대출을 받아 4필지의 토지 전부를 매수하여 원고 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

그런데 원고는 2013. 3.경 이 사건 사업을 위하여 금융기관으로부터 대출을 받으면서 대출심사의 편의를 위해 당시 대표이사였던 소외 1이 원고의 대주주임을 나타내기 위하여 원고의 발행 주식을 '소외 1 12,000주, 소외 2 2,000주'로 기재한 2012. 11. 12.자 주주명부를 작성하였는데, 당시 피고와 소외 1 사이에서 별도의 주식양수도 계약이 체결된 적은 없다.

라. 원고의 피고에 대한 시행계약의 해지

원고는 2014. 3. 18. 피고에게 '피고가 2013. 12. 4. 소외 3에게 원고의 승낙 없이 원고 명의가 포함된 약정서를 작성해 주고 소외 3의 투자금 등을 임의로 사용하였으며, 원고의 이사회 동의 없이 일방적으로 사업을 진행하였다'는 등의 이유로 임시 이사회 의결에 따라 이 사건 시행대행계약의 해지를 통보하였다.

또한 원고는 이 사건 주식이 피고에게 귀속되지 않음에도 피고가 설립 당시 원고 주주명부에 이 사건 주식을 보유한 것으로 기재되었음을 기화로 여전히 이 사건 주식의 주주라고 참칭한다는 이유로, 피고를 상대로 이 사건 주식 1만주에 대하여 2012. 11. 12.자 주주명부를 근거로 주주가 아님을 확인하는 이 사건 소를 제기하였다. 이에 대하여 피고는 2012. 8. 17. 원고 회사설립 당시에 주주명부를 근거로 자신이 1만주의 주주임을 주장하였고, 패소할 것에 대비하여 원고에게 이 사건의 사업의 시행업무를 대행하면서 투입한 각 비용과 노력의 대가 중 일부인 5억원의 지급을 부당이득으로 청구하는 예비적 반소를 제기하였다.

마. 소송의 경과

제1심판결에서는 원고의 청구가 일부 인용되어 피고(반소원고)는 원고(반소피고)의 주식 중 8,000주에 관한 주주가 아님을 확인하였다. 피고의 예비적 반소는 주식 2,000주의 취득으로써 그 정산 또는 회수가 이루어진 것으로 보아 기각되었다. 원고와 피고가 항소한 제2심 판결에서는 모두 기각되어, 원고와 피고는 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

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

가. 주주명부의 효력

상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 구분하여, 후자에 대하여는 주주명부상 기재 또는 명의개서에 특별한 효력을 인정하는 태도라고 할 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다.³⁶⁾

나. 주주명부의 기재와 주식의 소유권

상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생 요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다.³⁷⁾

이와같이 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면은 구분되는 것이고, 회사와 주주 사이에서 주식의 소유권, 즉 주주권의 귀속이 다투어지는 경우 역시 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계로서 보아야 할 것이다.

이 사건은 회사인 원고와 주주명부상 적법하게 주주로 기재되었던 피고와 사이에서 주주권의 귀속이 다투어진 경우로서, 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자의 확정에 관한 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결과는 그 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다. 이러한 점에서 원심의 이유 기재는 다소 부적절하다. 그러나 피고가 이 사건 주식 중 2,000주의 주주에 불과하고 8,000주에 관하여는 주주가 아니라고 본 원심의 결론은 타당하고, 주주명부 제도에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

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

37) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결 참조.

3. 해 설

가. 주주명부 기재의 효력

이 사건의 주요 쟁점은 주주명부의 기재의 효력에 관한 문제이다. 이 사건에서 원고는 피고를 상대로 이 사건 주식 1만주에 대하여 2012. 11. 12.자 주주명부를 근거로 피고가 주주가 아니라고 주장하였고, 피고는 2012. 11. 12.자 주주명부는 원고회사가 은행으로부터 대출을 받기 위하여 임의적으로 작성된 것에 불과하므로 2012. 8. 17. 원고 회사설립 당시에 주주명부를 근거로 자신이 1만주의 주주임을 주장하였다. 따라서 주주명부의 기재의 효력을 어떻게 보느냐에 따라서 결과가 달라질 수 있는 것이다.

주주명부의 기재의 효력에 대하여는 판결이유에서 들고 있는 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결이 매우 중요하다. 이 판결에서 대법원은 “--특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다”고 판시하였다.

이 판결은 상법 337조 1항에서 명의개서를 하지 않으면 ‘회사에 대항하지 못한다’는 것은 주식양수인의 회사에 대한 대항요건에 불과하므로 회사가 실질적 권리관계를 입증하여 명의개서 미필주주를 주주로 인정하는 것을 배제하는 것은 아니라고 보는 다수설과 판례의 입장(편면적 구속설)을 변경하는 획기적인 판결이었다.

동 판결은 상법 제337조 제1항의 효력이 회사까지 구속한다고 해석함으로써 주주명부의 기재에 강력한 효력을 인정하여 주주와 회사 사이의 관계를 간명하고 확일적으로 처리하고자 하는 의도를 보이고 있다. 편면적 구속설을 취하던 종전 판례의 입장에 의하면 형식주주와 실질주주가 불일치하는 경우 회사가 누구에게 주주권의 행사를 인정할 것인가와 관련하여 어느 정도의 선택권을 가질 수 있었으나, 이제는 주주명부상의 형식주주에게만 확일적이고 확정적인 주주권의 행사를 인정할 수 밖에 없다.³⁸⁾

나. 주주권의 귀속

그런데 이 전원 합의체 판결은 주주의 회사에 대한 주주권행사 뿐만 아니라, 나아가서 주식의 소유권 주장, 즉 주식의 귀속권 여부에 대하여도 적용되는가에 대하여는 의문이 있었다.

38) 홍복기·박세화, 전거서, 288면.

이에 대하여 학설은 명의개서가 주주의 지위를 창설하거나 확정하는 효력을 갖는 것은 아니므로 주주명부에 기재되어 있지 않은 주주가 실질적 권리자임을 입증한 경우에는 형식명의의 말소를 청구하여 명의를 개서하고 주주로서 권리를 행사할 수 있으므로 주식의 귀속권에는 영향을 미치지 않는다고 보았다.³⁹⁾

전원합의체 판결 이후 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결은 “상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다”라고 판시하여 명의개서의 효력을 명확히 하였다.

따라서 이 사건에서 대법원이 주주의 지위를 확인함에 있어서 주주명부의 형식적인 기재만으로 결정하지 않고, 실질적인 주식의 귀속 관계를 살펴보고 판단하는 입장을 취한 것은 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결의 의미를 재확인하고 보충하는 의미 있는 판결이라고 볼 수 있을 것이다.

VIII. 지배주주의 주식매도청구권행사와 공정한 가격의 보장(대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁴⁰⁾ 및 제2심인 원심판결⁴¹⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자

피고는 인터넷 관련 소프트웨어, 하드웨어 개발 및 임대업 등을 목적으로 설립된 회사로서 발행주식 총수는 49,284주이고, 원고는 피고회사의 주주이다.

나. 지배주주의 매도청구권의 승인

피고회사의 주식 99.2%를 소유한 지배주주인 Nethor Investments B.V.(이하 ‘네써’)는 피고의

39) 상계서, 254면.

40) 서울북부지방법원 2017. 4. 20. 선고 2016가합22268 판결.

41) 서울고등법원 2018. 2. 22. 선고 2017나2024258 판결.

2013. 8. 26.자 임시주주총회에서 ‘지배주주의 소수주식 매수를 위한 매도청구권 결의 안건’에 대한 승인을 받았다.

네씨는 2013. 9. 16. 원고들에게 2013. 10. 25.자로 상법 제360조의24에 의한 매도청구권을 행사한다는 통지를 발송하였다.

다. 주식매매가액에 대한 불협의를 지배주주의 공탁

네씨는 원고들과 사이에 주식 매매가액에 대한 협의가 이루어지지 않은 상태에서 회계법인인 이 2012. 12. 31.을 기준으로 평가한 피고 주식의 주당 가치인 297,673원을 기준으로 원고들 보유 주식의 매매가액을 산정하여 2014. 1. 27. 원고 1 보유 주식에 대한 매매가액 71,441,520원, 2014. 1. 28. 원고 2 보유 주식에 대한 매매가액 38,955,163원을 각 공탁하였다.

라. 주주총회 소집과 원고들에 대한 소집통지 결여

피고는 2016. 3. 28.자 정기 주주총회를 개최하면서 원고들에 대한 소집 통지를 하지 않았고, 주주총회에서는 공동대표이사 등 임원선임, 재무제표 승인의 의결이 이루어졌다.

이에 따라 원고는 피고가 주주총회를 개최하면서 주주인 원고들에게 소집통지를 하지 않은 것은 주주총회의 소집절차에 하자가 있으므로 그 결의는 취소되어야 한다고 주장하며 소를 제기하였다.

마. 소송의 경과

제1심과 제2심에서 피고는 본안 전 항변으로 “피고의 지배주주인 네씨는 원고들에게 상법 제360조의24에 따른 지배주주의 매도청구권을 행사하였고, 상법 제360조의26에 따라 회계법인의 평가를 거쳐 산정한 매매가액을 원고들 앞으로 각 공탁함으로써 위 각 공탁일에 원고들의 주식이 네씨에게 이전되었으므로, 이로써 피고의 주주 지위를 상실한 원고들은 이 사건 소를 제기할 원고적격이 없다”고 주장하였다. 그러나 법원은 “지배주주인 네씨는 원고들과 사이에 매매가액 협의가 이루어지지 않자 상법 제360조의24 제8항에서 정한 바대로 법원에 매매가액 결정을 청구하지 아니한 채 회계법인을 통해 산정한 가액을 매매가액이라고 주장하면서 그 금액을 공탁하였을 뿐 적법하게 산정된 매매가액을 공탁하였다고 볼 수 없으므로, 원고들 보유 주식이 네씨에게 이전된 것으로 볼 수 없다. 따라서 원고들은 여전히 피고의 주주라고 할 것이므로, 이와 전제를 달리하는 피고의 본안전 항변은 받아들이지 않는다”고 판시하며 원고의 본안전 항변을 배척하였다.

제1심은 본안에 관한 판단에서 원고의 청구를 인용하였고, 제2심 판결에서는 피고의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 판결요지

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

가. 지배주주의 매도청구권의 행사

상법 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 주주(이하 '지배주주'라고 한다)는 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 회사의 다른 주주(이하 '소수주주'라고 한다)에게 그 보유하는 주식의 매도를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 95% 이상의 주식을 보유한 지배주주가 소수주주에게 공정한 가격을 지급한다면, 일정한 요건하에 발행주식 전부를 지배주주 1인의 소유로 할 수 있도록 함으로써 회사 경영의 효율성을 향상시키고자 한 제도이다. 이러한 입법의도와 목적 등에 비추어 보면, 지배주주가 본 조항에 따라 매도청구권을 행사할 때에는 반드시 소수주주가 보유하고 있는 주식 전부에 대하여 권리를 행사하여야 한다.

나. 매매가격의 공정성

상법 제360조의26 제1항은 상법 제360조의24에 따라 주식을 취득하는 지배주주는 매매가액을 소수주주에게 지급한 때에 주식이 이전된 것으로 본다고 규정하고, 같은 조 제2항은 제1항의 매매가액을 지급할 소수주주를 알 수 없거나 소수주주가 수령을 거부할 경우에는 지배주주는 그 가액을 공탁할 수 있다고 규정하고 있다. 이때의 '매매가액'은 지배주주가 일방적으로 산정하여 제시한 가액이 아니라 소수주주와 협의로 결정된 금액 또는 법원이 상법 제360조의 24 제9항에 따라 산정한 공정한 가액으로 보아야 한다.

3. 해 설

가. 서설

이 판결은 2011년 개정상법이 도입한 '지배주주에 의한 소수주식의 전부취득'과 관련된 최초의 판결이다. '지배주주에 의한 소수주식의 전부취득'은 발행주식 총수의 100분의 95 이상을 보유하는 지배주주가 공정한 가격을 지불하고 소수주주의 주식을 강제로 매수할 수 있고(360조의24 1항), 소수주주도 지배주주에게 자신의 주식을 강제로 매도할 수 있는(360조의25 1항) 제도이다.

위 제도는 회사의 잔류를 희망하는 소수주주가 그의 의사에 반하여 회사로부터 퇴출되므로

지배주주에 의한 소수주식 강제매수제도(이른바 ‘freeze-out’ 또는 ‘squeeze-out’)라고 하며, 이에 대응하여 소수주주는 언제든지 지배주주에 대한 강제매도(sell-out)가 인정된다. 위와 같은 소수주식의 강제매수와 강제매도제도를 도입한 것은 특정주주가 주식의 대부분을 보유하는 경우에는 주주총회 개최비용 등 소수주주를 관리하기 위한 유형·무형의 비용절감과 기동성 있는 의사결정을 위해서 대주주가 소수주주로부터 주식을 매입하여 100% 주주(1인회사)가 되는 길을 열어줄 필요가 있으며, 소수주주에게도 소수주주의 지위에서 벗어나 출자를 회수할 수 있는 길을 열어줄 필요가 있기 때문이다. 또한 지배주주가 회사인 경우 완전모자관계가 됨으로써 효율적인 인수·합병의 추진, 연결납세제도를 통한 세무상의 이익을 가져올 수 있다.

나. 공정한 매매가격의 보장

지배주주가 소수주주에게 매도청구를 함에 있어서는 미리 주주총회의 승인을 받아야 한다(360조의24 3항). 승인은 보통결의사항이다. 지배주주가 95%의 주식을 가지고 있기 때문에 애당초 주주총회의 승인은 문제되지 않는다. 그럼에도 주주총회의 승인을 얻도록 한 것은 절차적 정당성을 통하여 소수주주를 보호하기 위함이다.

주주총회 소집통지서에는 ① 지배주주의 회사주식의 보유 현황, ② 매도청구의 목적, ③ 매매가액의 산정 근거와 적정성에 관한 공인된 감정인의 평가, ④ 매매가액의 지급보증(360조의24 4항 1호~4호)에 관한 사항을 적어야 하고 주주총회에서 그 내용을 설명하여야 한다(360조의24 4항). 그러나 ③의 ‘매매가액의 산정 근거와 적정성에 관한 공인된 감정인의 평가’는 지배주주측에서 작성한 참고자료일 뿐 공정한 매매가격이 산정에 있어서 최종적인 기준을 될 수 없다. 따라서 상법은 매도청구를 받은 소수주주는 매도청구를 받은 날부터 2월 내에 지배주주에게 그 주식을 매도하여야 한다(360조의24 6항)고 규정하면서도 매매가액은 소수주주와 지배주주간의 협의에 의해서 정하는 것을 원칙으로 하고 있다(360조의24 7항). 그러나 매도청구를 받은 날부터 30일 내에 협의를 이루어지지 않으면 양 당사자는 법원에 매매가액의 결정을 청구할 수 있으며(360조의24 8항) 법원은 회사의 재산상태와 그 밖의 사정을 고려하여 공정한 가액으로 산정하여야 한다(360조의24 9항).

따라서 매매가격의 최종기준은 법원은 회사의 재산상태와 그 밖의 사정을 고려하여 산정한 공정한 가액이다. 이를 보장하기 위하여 상법은 지배주주의 매도청구 또는 소수주주의 매수청구에 따라 주식을 취득하는 지배주주가 매매가액을 소수주주에게 지급한 때에 주식이 이전된 것으로 본다(360조의26 1항)고 규정하고 있는 것이다.

이 사건에서 지배주주가 원고들과 사이에 매매가액 협의가 성립되지 않았음에도 법원에 매매가액의 결정을 청구하지 않고 회계법인을 통해 산정한 가액을 매매가액이라고 주장하면서 그 금액을 공탁한 것만으로는 적법하게 산정된 매매가액을 공탁하였다고 볼 수 없으므로,

원고들 보유株式이 지배주주에게 이전된 것으로 볼 수 없는 것이다. 따라서 원고들은 여전히 피고의 주주이므로 피고가 주주총회를 개최하면서 주주인 원고들에게 소집통지를 하지 않았 결의한 것은 주주총회의 소집절차에 하자가 있으므로, 이 사건 결의는 취소되어야 한다는 법원의 결정은 타당하다.

IX. 株式의 양도담보의 경우 주주권행사자(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263 결정)

제1심 결정⁴²⁾ 및 제2심인 원심결정⁴³⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

1. 사건개요

가. 당사자

사건본인은 부동산 개발 및 컨설팅업 등을 목적으로 하는 회사이고, 신청인은 주주명부상 사건본인의 발행株式 총수 30,000주 중 21,300주(이하 ‘이 사건 株式’이라고 한다)를 소유하고 있다.

신청인은 2019. 3. 29. 사건본인의 대표이사에게 대표이사의 해임과 선임 등 신청취지 기재 사항을 회의의 목적으로 하는 임시주주총회의 소집을 청구하였으나, 사건본인은 현재까지 임시주주총회소집의 절차를 밟지 않고 있다.

나. 사건 본인의 주장

사건본인은, 신청인은 이 사건 株式의 양도담보권자인데 피담보채무가 변제로 소멸하였으므로 더 이상 주주라고 할 수 없어 이 사건 신청은 권리남용에 해당된다고 주장한다.

다. 소송의 경과

제1심 결정에서는 원고의 신청이 인용되지 않았으나, 제2심에서는 이를 인용하였다. 제 2심의 인용이유 요지는 다음과 같다.

42) 부산지방법원 2019. 10. 25. 자 2019라2382 결정.

43) 부산고등법원 2020. 1. 17. 자 2019라5186 결정.

“채권담보의 목적으로株式이 양도되어 양수인이 양도담보권자에 불과하다고 하더라도 회사에 대한 관계에는 양도담보권자가 주주의 자격을 갖고,⁴⁴⁾ 의결권 기타의 공익권도 담보권자인 양수인에 귀속한다.⁴⁵⁾ 또한 株式을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 株式을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 株式을 인수하거나 양수하고 그 타인의 명의로 주주명부상의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다. 이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 그 株式에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고, 회사의 株式을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 그 株式의 양수를 회사에 대항할 수 없다는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운 결과이다”.

따라서 신청인은 여전히 이 사건 株式의 소유자로 사건본인의 주주라고 보아야 하고, 사건본인이 주장하는 사정과 제출한 자료들만으로 신청인이 사건본인의 주주가 아니라거나 신청인의 이 사건 신청이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다. 제1심 결정은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로 제1심 결정을 취소하고 신청인에게 주문 기재 안전을 회의의 목적사항으로 하는 사건본인의 임시주주총회를 소집할 것을 허가하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

항소심의 결정에 대하여 사건본인은 특별항고를 하였다.

2. 대법원 결정요지

대법원은 사건본인의 특별항고를 기각하고 원심을 확정하였다. 대법원의 결정요지를 보면 다음과 같다.

채무자가 채무담보 목적으로 株式을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 그 양수인이 주주로서 주주권을 행사할 수 있고 회사 역시 주주명부상 주주인 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 없다.⁴⁶⁾

특별항고인은 신청인이 이 사건 株式의 양도담보권자인데 피담보채무가 변제로 소멸하여 더 이상 주주라고 할 수 없으므로 이 사건 임시주주총회 소집허가 신청이 권리남용에 해당한다고 주장하나, 신청인에게 채무담보 목적으로 株式을 양도하였더라도 株式의 반환을 청구하는 등의 조치가 없는 이상 신청인이 여전히 주주이고 특별항고인이 주장하는 사정과 제출한 자료만으로 신청인이 주주가 아니라거나 이 사건 임시주주총회 소집허가 신청이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다.

44) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다8719 판결 참조.

45) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결 참조.

46) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결, 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 참조.

또한 항고법원이 항고사건을 심리할 때 변론을 열거나 이해관계인을 심문할 것인지 여부를 결정하는 것은 항고법원의 자유재량에 속하므로(민사소송법 제134조), 특별한 사정이 없는 한 항고법원이 변론을 열거나 이해관계인을 심문하지 않은 채 서면심리만으로 결정에 이르렀다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.⁴⁷⁾ 따라서 항고심인 원심이 서면심리만으로 결정을 하였다고 하여 신청인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

3. 해 설

주식의 양도담보는 상법의 규정이 없고 관습법상 인정되는 제도로써 채권을 담보하기 위하여 주권의 소유권을 채권자에게 이전하고 채무이행시 주권의 반환을 청구하는 제도이다. 채권 담보나 집행에 있어 질권보다 유리하여 실제로는 질권보다 많이 이용되고 있다.

주식의 양도담보에는 당사자 간의 양도담보의 합의와 주권의 교부에 의해서 이루어지는 약식양도담보와 주주명부에 양도담보권자의 명의로 개서하는 등록양도담보가 있다. 양도담보 모두 회사나 제3자의 대항요건은 주권의 계속적 점유이다. 양도담보권자의 권리는 질권자와 동일하다.

이 사건에서는 신청인이 양도담보권자이고, 주주명부에 신청인의 명의로 명의개서가 되어 있는 ‘등록양도담보’임을 알 수 있다. 이 경우에 회사에 대한 관계에서는 양도담보권자 주주의 자격을 갖고⁴⁸⁾, 의결권 기타의 공익권도 담보권자인 양수인에 귀속한다는 것이 판례의 입장이다.⁴⁹⁾

더욱이 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결이 “특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다”라고 판시한 이래 위 원리가 확보하게 정립되었다고 볼 수 있다. 따라서 신청인에게 이 사건 주식이 양도담보로 제공되었고, 신청인의 명의로 주주명부의 명의개서가 이루어진 이상 신청인을 주주라고 보아야 하므로, 신청인의 주주권행사가 신의칙에 반한다거나, 권리남용으로 볼 수 없는 것이다.

그러나 명의개서가 주주의 지위를 창설하거나 확정하는 효력을 갖는 것은 아니므로 주주명부에 기재되어 있지 않은 주주가 실질적 권리자임을 입증한 경우에는 형식명의로의 말소를 청구하여 명의를 개서하고 주주로서 권리를 행사할 수 있다. 따라서 피담보채무가 변제로

47) 대법원 1994. 7. 30.자 94마1107 결정, 대법원 2001. 3. 22.자 2000마6319 결정 등 참조.

48) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다8719 판결 참조.

49) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다84 판결 참조.

소멸하여 신청인이 더 이상 주주라고 할 수 없는 경우에는 이 사건의 주식의 반환을 청구하여 명의개서를 다시 변경하는 조치를 취하여 할 것이다.⁵⁰⁾

X. 소규모주식회사에 있어서 주주총회결의없는 자기거래의 효력과 선의취득(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁵¹⁾ 및 제2심인 원심판결⁵²⁾에서 나타난 사실관계를 간단히 정리한 주요내용은 다음과 같다.

가. 당사자

원고는 도서, 잡지의 출판 및 판매업 등을 목적으로 하는 회사이고, 피고는 신문발행업 등을 목적으로 하는 회사이다.

피고 보조참가인(이하 ‘보조참가인’)은 2003. 6. 2.부터 2009. 6. 2.까지, 2010. 3. 30.부터 2013. 3. 31.까지 원고의 이사로 재직하였고, 소외 1은 2011. 12. 6.부터 2014. 3. 28.까지 주식회사 △△경제신문(이하 ‘경제신문사’라 한다)의 대표이사로, 2014. 4. 18.부터 2015. 3. 31.까지 피고의 공동대표이사로 각 재직하였다.

보조참가인은 원고의 이사로 재직하던 2012. 12. 31. 원고로부터 ‘이 사건 주식’(경제신문사 주식)을 매매대금 6억 원에 매수하되, 대금 지급일은 2013. 1. 25., 매수인 명의로 소외 1로 정하여 주식양도계약을 체결하였다.

나. 보조참가인의 명의신탁계약체결과 수탁인의 주식매매

보조참가인은 위 매매대금 지급일인 2013. 1. 25. 소외 1과 주식 명의신탁계약을 체결한 다음, 소외 1에게 6억 원을 지급하였고, 소외 1은 위 6억 원을 이 사건 주식의 매매대금으로 원고에게 지급하였다.

한편 경제신문사는 2014. 3. 5. 주주총회를 열어 소외 1이 아닌 소외 10을 새로운 대표이사로 선임하였다. 그 무렵 이 사건 주식에 관하여 발행된 주권은 경제신문사의 회사금고에 보관되어 있었는데, 소외 1은 위 주주총회가 열린 날 이 사건 주권을 회사금고에서 꺼내어 가져갔다.

50) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결 참조.

51) 서울중앙지방법원 2015. 12. 3. 선고 2015가합532325 판결.

52) 서울고등법원 2018. 12. 6. 선고 2016나2003179 판결.

이후 피고는 2014. 4. 10. 소외 1로부터 이 사건 주식을 대금 10억 5,000만 원에 매수하기로 하는 주식매매계약을 체결하고, 같은 날 소외 1에게 10억 5,000만 원을 지급하고 소외 1로부터 이 사건 주권을 인도받아 현재까지 소지하고 있다.

다. 원고의 주장

보조참가인은 원고의 이사로 재직하던 2012. 12. 31. 원고로부터 이 사건 주식을 양수하는 주식양수도계약을 체결하였는 바, 위 주식양수도계약은 이사와 회사 간의 거래로 상법 제383조 제4항, 제398조에 따라 주주총회의 결의를 거쳐야 하는데, 원고의 주주총회 결의를 거치지 않았으므로 위 주식양수도계약은 무효이다.

따라서 이 사건 주식의 적법한 소유자는 여전히 원고라고 할 것이고, 피고는 소유자가 아닌 소외 1로부터 이 사건 주권을 인도 받아 점유하고 있으므로, 피고는 원고에게 이 사건 주권을 반환하여야 한다고 주장하며 피고에게 주식인도청구소송을 제기하였다.

라. 피고의 주장

피고는 이 사건 주식의 소유자인 소외 1로부터 이 사건 주식을 매수하여 적법하게 승계취득하였다. 설령 소외 1이 이 사건 주식의 명의수탁자에 불과하다고 하더라도, 피고는 이 사건 주권을 점유하고 있는 소외 1로부터 이 사건 주식을 매수하고 이 사건 주권을 인도받았는 바, 피고는 이 사건 주식매매계약 체결 당시 소외 1이 이 사건 주식의 소유자가 아니라는 사정을 알지 못하였고 이에 대한 중대한 과실이 없으므로, 이 사건 주식을 선의취득하였다고 주장하며 원고의 주식 인도청구를 거절하였다.

마. 소송의 경과

(1) 제1심

제1심판결에서는 “소외 1은 이 사건 주식의 소유자가 아닌 보조참가인으로부터 이 사건 주식에 관한 주주명부상 주주명의를 신탁받은 자에 불과하므로 무권리자이지만, 피고가 이 사건 주식 취득 당시 보조참가인이 원고의 주주총회를 거치지 않은 채 이 사건 주식을 취득하여 이 사건 주식의 적법하게 취득하지 못하였고, 그로부터 이 사건 주식을 다시 취득한 소외 1이 이 사건 주식의 적법한 소유자가 아니라는 점을 알고 있었다거나, 보조참가인이 이 사건 주식을 적법하게 취득하고 그로부터 소외 1이 다시 이 사건 주식을 적법하게 취득하였다고 믿은 데에 중대한 과실이 있다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고는 이 사건 주권을 선의취득하였다고 할 것이다”고 판시하여 원고의 청구를 기각하였다.

원고가 항소한 제2심 판결에서는 제1심 판결과는 정반대로 “피고는 이 사건 주식매매계약 체결 당시 소외 1이 이 사건 주식의 명의수탁자에 불과하여 이 사건 주식의 적법한 소유자 또는 처분권자가 아니라는 사실을 알고 있었거나, 설령 위 사실을 알지 못하였다고 하더라도 이는 거래에서 필요로 하는 주의의무를 현저하게 결여한 중대한 과실로 인한 것으로 봄이 타당하므로 피고의 선의취득 주장은 이유 없다”고 판시하여 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다.

항소심 판결에 대하여 피고의 보조참가인이 상고하였다.

2. 대법원 판결요지

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

주식회사에서 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다(상법 제398조 제1호). 다만 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 회사는 이사회 대신 주주총회에서 미리 위와 같은 사실을 밝히고 주주총회의 승인을 받아야 한다(상법 제383조 제4항, 제1항 단서).

상법 제398조는 이사 등이 그 지위를 이용하여 회사와 거래를 함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사와 주주에게 예기치 못한 손해를 끼치는 것을 방지하기 위한 것으로, 이사와 지배주주 등의 사익추구에 대한 통제력을 강화하고자 그 적용대상을 이사 외의 주요주주 등에게까지 확대하고 이사회 승인을 위한 결의요건도 가중하여 정하였다. 다만 상법 제383조에서 2인 이하의 이사만을 둔 소규모회사의 경우 이사회 승인을 주주총회의 승인으로 대신하도록 하였다. 이 규정을 해석·적용하는 과정에서 이사 등의 자기거래를 제한하려는 입법 취지가 몰각되지 않도록 해야 한다.

일반적으로 주식회사에서 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 주주총회 결의가 있는 것과 마찬가지로 볼 수 없다.⁵³⁾ 따라서 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 회사의 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 전에 주주총회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 주주총회의 승인을 받지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 그 거래는 무효라고 보아야 한다.

원심판단은 상고이유 주장과 같이 이사의 자기거래에서 주주총회 결의의 흠결을 치유할 특별한 사정에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인하고 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

53) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결 참조.

3. 해 설

이 사건에서는 소규모 주식회사에 있어서 자기거래에 관한 주주총회의 승인과 그 위반의 효력을 다루고 있다.

제1심 판결과 원심판결, 그리고 대법원 판결이 판결이유에서 밝힌 바와 같이 자기거래에 관한 규정 위반의 효력에 관한 내용은 동일하다. 즉 이 사건에서 원고 회사는 자본금총액 10억원 미만의 소규모회사로 이사가 1인 또는 2인인 회사(383조 1항 단서)에 해당되므로 이사의 자기거래에 대하여는 주주총회의 승인을 받아야 한다(383조 4항). 그럼에도 원고 회사의 이사인 보조참가인이 원고 회사가 소유한 경제신문사의 주식을 주주총회의 승인 없이 취득한 것은 무효로 보고 있다. 또한 소외 1은 보조참가인으로부터 명의신탁을 통하여 주권을 점유하였기 때문에 무권리자로 파악하고 있다.

따라서 무권리자인 소외 1로부터 주권을 취득한 피고는 주권의 승계취득을 주장할 수 없으므로 선의취득의 주장을 통하여 원고의 청구를 배척할 수 밖에 없다.

주권의 점유자는 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로(336조 2항), 원고는 피고의 주권취득이 악의이거나 중대한 과실에 취득을 입증하여야 한다. 여기서 악의는 주권의 점유를 취득한 자가 취득 당시 자기에게 주권을 양도한 주권소지인이 무권리자 또는 무능력자이거나 대리권이 흠결되었다는 등의 사정을 알고 취득한 것을 말한다. 중과실은 거래에서 필요로 하는 주의의무를 현저히 결여한 것을 말하는데, 주권 등을 취득하면서 통상적인 거래기준으로 판단하여 볼 때 양도인이 무권리자임을 의심할 만한 사정이 있음에도 불구하고 이에 대하여 상당하다고 인정될 만한 조사를 하지 아니한 채 만연히 주권 등을 양수한 경우를 말한다.⁵⁴⁾

그런데 선의취득에 있어서 주관적 심리상태라고 볼 수 있는 취득자의 악의·중과실을 입증하는 것은 실무상 매우 어려운 일이다. 원고는 제1심에서 피고의 악의·중과실을 입증하지 못하여 패소하였지만, 항소심에서는 판결이유에서 자세히 나타난 바와 같이 치밀하게 피고의 악의·중과실을 입증하여 승소한 것은 평가받을 만한 일이다.

XI. 과거 이사·감사의 지위에 대한 확인의 이익(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결)

1. 사건개요

이 사건은 2015년에 시작하여 제1심⁵⁵⁾→제2심(항소심)⁵⁶⁾→상고심(전원합의체판결, 파기

54) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다251812 판결.

환송)⁵⁷⁾→환송후 항소심⁵⁸⁾→환송후 상고심⁵⁹⁾으로 이어지고 있다. 각급 판결에서 나타난 사실 관계를 간단히 정리한 주요내용은 다음과 같다.

가. 당사자

피고 신일산업 주식회사(이하 ‘피고 회사’라 한다)는 전자 전기기구 및 관련 기구 등의 제작 판매, 서비스업 등을 주요 사업으로 하는 회사로서 한국거래소 유가증권시장 상장법인이다. 피고 2, 피고 3은 피고 회사의 공동대표이사 겸 사내이사로, 피고 4는 피고 회사의 감사로 등기된 사람이다. 이 법원 2014카합10164 직무집행정지가처분 결정에 의해 피고 2는 피고 회사의 대표이사 및 이사의 직무집행이, 피고 3은 대표이사의 직무집행이, 피고 4는 감사의 직무집행이 각 정지되었고, 소외 7이 피고 2의 대표이사 겸 이사 직무대행자로 선임되었다.

원고는 피고회사의 주주들이다.

나. 임시주주총회 소집허가 결정

피고 회사의 주주인 소외 3, 소외 4, 소외 2(이하 ‘원고들’)은 법원에 임시주주총회소집허가 신청을 하여 임시의장 선임 건, 피고 회사의 이사인 피고 2와 감사인 피고 4의 해임 건, 신규 이사와 감사의 선임 건 등을 회의의 목적사항으로 하는 피고 회사의 임시주주총회를 소집할 것을 허가한다는 내용의 결정(이하 ‘이 사건 소집허가 결정’이라 한다)을 받았다.

다. 임시주주총회의 개최

원고들은 소집허가 결정에 따라 2014. 11. 12. 주주총회 소집공고를 거쳐 2014. 12. 1. 09:00경 평택시 ○○호텔 지하1층 예식홀(이하 ‘총회장’이라 한다)에서 피고 회사의 임시주주총회를 개최하였다. 임시주주총회에서는 소외 6이 출석주주의 과반수 찬성으로 위 주주총회의 임시의장으로 선임되었다. 이에 소외 6은 임시의장으로서 이 사건 주주총회가 적법하게 성립되었음을 알리고 개회를 선언한 후 법원으로부터 허가받은 주주총회의 의안대로 의사를 진행하여 피고 2를 피고 회사의 이사에서 해임하고 원고 1을 후임 이사(사내이사)로 선임한다는 내용의 안건에 찬성하는 결의를 하였고, 피고 4를 피고 회사의 감사에서 해임하고 원고 2를 후임 감사로 선임한다는 내용의 안건에 찬성하는 결의를 하였다.

55) 수원지방법원 2015. 11. 20. 선고 2015가합62664 판결.

56) 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2071120 판결.

57) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결.

58) 서울고등법원 2018. 6. 7. 선고 2017나2019232 판결.

59) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결.

라. 임용계약체결요구

원고들은 2015. 4. 1.경 피고에게 이 사건 주주총회 결의에 따라 원고들과 이사 또는 감사 임용계약을 체결할 것을 요구하는 서면을 보냈다.

마. 직무집행 정지 가처분 사건의 경과 등

한편 피고의 주주인 소외 3이 2014. 12. 10. 제1심 공동피고 2 외 2인을 상대로 제기한 수원지방법원 직무집행정지가처분 신청사건에서, 위 법원은 2015. 2. 4. “제1심 공동피고 2는 피고의 대표이사 및 이사의 직무를, 제1심 공동피고 3은 피고의 대표이사의 직무를, 제1심 공동피고 4는 피고의 감사의 직무를 각 집행하여서는 아니된다.”라는 결정(이하 ‘이 사건 가처분결정’을 하고, 2015. 2. 12. “변호사 소외 7을 제1심 공동피고 2의 대표이사 겸 이사 직무대행자로 선임하고, 공인회계사 소외 8을 제1심 공동피고 4의 감사 직무대행자로 선임한다.”라는 등의 결정을 하였으며, 2016. 2. 15.에는 2015. 2. 12.자 결정을 변경하여 “변호사 소외 7을 제1심 공동피고 2의 대표이사 겸 이사 및 제1심 공동피고 3의 대표이사 직무대행자로 선임한다.”라는 결정을 하였다(위 각 결정을 함께 일컬을 때는 ‘이 사건 각 결정’이라 한다).

그런데 제1심 공동피고 2는 2016. 3. 24. 피고의 대표이사 겸 이사로서의 임기가 만료되었고, 이에 피고는 2016. 3. 24. 정기주주총회를 개최하여 신임 사내이사로 소외 9를 선임하고 2016. 4. 20. 이사회를 개최하여 이사회 결의로 소외 9를 피고의 대표이사로 선임하였으며, 제1심 공동피고 3은 2016. 4. 20. 피고의 대표이사에서 사임한 것으로 등기되어 있다.

이에 따라 제1심 공동피고 2와 제1심 공동피고 3은 법원에 이 사건 각 결정 중 자신들에 대한 부분의 취소를 신청하였고, 법원은 2016. 5. 19. 이 사건 각 결정 중 제1심 공동피고 2와 제1심 공동피고 3에 대한 부분을 각 취소하는 결정을 하였다.

바. 원고측 주장

원고들은, 이 사건 주주총회에서 원고 1을 이사로, 원고 2를 감사로 각 선임하는 내용의 결의가 이루어졌고, 이로써 원고들은 피고 회사의 이사 및 감사 지위를 취득하였으므로, 피고 회사에 대하여 그 확인을 구한다.

사. 피고측 주장

피고 회사는 이 사건 주주총회는 피고 회사의 주주총회가 아니라 원고들 측이 불법적으로 개최한 집회에 불과하여 효력이 없을 뿐만 아니라, 설령 이 사건 주주총회에서 한 이사 및 감사

선임결의가 효력이 있다고 하더라도 그 후 원고들이 피고 회사의 대표이사와 임용계약을 체결한 바 없는 이상 위 결의만으로는 원고들이 피고 회사의 이사 및 감사의 지위를 취득하였다고 볼 수 없다고 주장하였다.

아. 소송의 경과

(1) 제1심

제1심판결에서는 임시주주총회의 결의의 적법성을 인정하고, “주주총회에서 이사 및 감사 선임 결의가 적법하게 이루어진 경우 그 결의 자체가 피선임자에 대한 청약 내지 피선임자의 취임 승낙을 정지조건으로 하는 단독행위에 해당하여 별도의 임용계약 체결 없이 피선임자의 승낙만으로 바로 이사 및 감사 지위를 취득하게 된다고 봄이 타당하다. 결국 원고들이 피고 회사 측에 이사 및 감사 취임을 승낙할 경우 바로 이사 및 감사 지위를 취득하게 되는데, 제출된 증거 및 법원 전례의 취지에 의하면 원고들은 피고 회사 측에 이사 및 감사 취임을 승낙하였다 할 것이므로, 원고 1은 피고 회사의 이사 지위에 있고, 원고 2는 피고 회사의 감사 지위에 있게 된다”고 판시하여 피고1은 신일산업 주식회사의 사내이사 지위에, 원고 2는 피고 신일산업 주식회사의 감사의 지위에 있음을 확인하여 원고의 청구를 인용하였다.

(2) 환송전 항소심⁶⁰⁾

피고회사가 항소한 환송전 항소심은 제1판결을 취소하고, 원고들이 요구하는 주위적 청구인 이사·감사의 지위확인은 기각, 제2예비적 청구인 이사·감사선임결의의 유효확인은 인용하였다. 그 이유는 다음과 같다.

“이사와 감사의 선임에 관한 주주총회의 결의는 피선임자를 회사의 기관인 감사로 한다는 취지의 회사 내부의 결정에 불과한 것이므로, 주주총회에서 이사와 감사 선임결의가 있었다고 하여 바로 피선임자가 이어나 감사의 지위를 취득하게 되는 것은 아니고, 주주총회의 선임결의에 따라 회사의 대표기관이 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 이에 승낙을 함으로써 비로소 피선임자가 이어나 감사의 지위에 취임하여 이어나 감사로서의 직무를 수행할 수 있게 되는 것이므로, 주주총회에서 이어나 감사 선임의 결의만 있었을 뿐 회사와 임용계약을 체결하지 아니한 자는 아직 이어나 감사로서의 지위를 취득하였다고 할 수 없다.⁶¹⁾ 따라서 피고의 대표이사나 그 직무집행자가 원고들에게 사내이사 또는 감사 임용계약의 청약을 하지 않은 사실에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없는바, 결국 이 사건 주주총회에서 원고들을 사내이사나

60) 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2071120 판결.

61) 대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정, 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결 참조.

감사로 선임하는 결의만 있었을 뿐 원고들과 피고 사이에 아직 임용계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 원고들이 피고의 사내이사나 감사로서의 지위를 취득하였다고 볼 수 없다”.

(3) 상고심(전원합의체판결, 파기환송)⁶²⁾

감사로 선임된 원고와 피고가 상고한 상고심에서는 전원합의체로 판결로 종전의 판례를 변경하고 다음과 같이 원고의 상고만을 인용하고 원심법원에 파기환송하였다.

“상법은 제382조 제1항, 제409조 제1항에서 이사·감사의 선임에 관하여 ‘이사·감사는 주주총회에서 선임한다’고 규정하고 있는데, 위 조항의 취지는 원칙적으로 소유와 경영이 분리되는 주식회사의 특수성을 고려하여 주주가 회사의 경영에 관여하는 유일한 통로인 주주총회에 이사·감사의 선임 권한을 전속적으로 부여하기 위한 데에 있다. 그럼에도 불구하고 이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사·감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다. --이와 달리, 이어나 감사의 선임에 관한 주주총회의 결의는 피선임자를 회사의 기관인 이어나 감사로 한다는 취지의 회사 내부의 결정에 불과한 것이므로, 주주총회에서 이어나 감사 선임결의가 있었다고 하여 바로 피선임자가 이어나 감사의 지위를 취득하게 되는 것은 아니고, 주주총회의 선임결의에 따라 회사의 대표기관이 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 이에 승낙을 함으로써 비로소 피선임자가 이어나 감사의 지위에 취임하여 그 직무를 수행할 수 있게 된다는 취지의 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결, 대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정 및 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9410 판결은 이와 저촉되는 한도에서 변경한다. --그러므로 이 사건 제2예비적 청구에 관한 피고의 상고이유를 판단할 필요 없이 원심판결을 모두 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송한다”.

(4) 환송후 항소심⁶³⁾

환송후 항소심은 제1심판결 중 피고에 대한 부분을 취소하는 동시에 원고의 제1예비적 청구

62) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 평석은 이철송, “회사분쟁의 단체법적 해결원칙의 제시”, 『선진상사법률연구』, 법무부, 2018; 권재열, “이사·감사 선임을 위한 임용계약의 요부”, 『법조』, 법조협회, 2017; 정준우, “주식회사의 임원선임에 있어서 임용계약의 요부”, 『법조』, 법조협회, 2017; 김성탁, “주주총회의 선임결의와 피선임자의 승낙에 의한 이사·감사 지위취득의 법리”, 『상사법연구』, 한국상사법학회, 2017 등 참조.

63) 서울고등법원 2018. 6. 7. 선고 2017나2019232 판결.

(피고는 원고에게 감사 임용계약 체결의 의사표시를 하라)를 기각, 원고의 주위적 청구(원고는 피고의 감사 지위에 있음을 확인한다)와 제2예비적 청구(피고가 2014. 12. 1. 개최한 임시 주주총회에서 원고를 감사로 선임한 결의는 유효함을 확인한다)는 모두 각하하는 판결을 내렸다.

판결이유를 보면 원고의 주위적 청구에 대하여는 ①주주총회에서 감사를 선임하는 경우 그 선임 결의와 피선임자의 승낙만 있으면 감사의 지위를 취득하므로(전원합의체 환송판결 참조) 원고는 피고에게 서면으로 이 사건 주주총회 결의에 따른 감사 임용계약의 체결을 요구한 2015. 4. 1.부터 피고의 감사 지위를 취득하였다고 보아야 하고, ② 감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기 주주총회 종결 시까지이므로, 피고의 정기주주총회가 2018. 3. 23. 개최되어 종료되었으므로 감사 임기가 2018. 3. 23. 만료되었으므로 원고의 이 부분 청구는 결국 과거의 법률관계 또는 권리관계의 확인을 구하는 것에 불과하므로 확인의 이익이 없다. 따라서 원고의 주위적 청구는 부적법하다.

또한 제2예비적 청구에 대하여도 주주총회의 임원선임결의의 부존재나 무효 확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 소에 있어서 그 결의에 의하여 선임된 임원들이 더 이상 그 임원의 직에 있지 아니하게 되고 그 후 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 임원이 선출되어 그 선임 등기까지 마쳐진 경우라면 그 새로운 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의 다른 절차상, 내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 설사 당초의 임원선임결의에 어떠한 하자가 있었다고 할지라도 그 결의의 부존재나 무효 확인 또는 그 결의의 취소를 구할 소의 이익은 없는 것이라고 보아야 함으로⁶⁴⁾ 원고를 감사로 선임한 이 사건 주주총회 결의의 유효 확인을 구하는 것은 소의 이익이 없다고 보아야 하므로 부적법 각하의 판결을 내렸다.

제1예비적 청구에 대하여는 이 사건 주주총회 결의에 따른 원고의 감사 임기가 만료되었고 후임 감사도 선임되어 그 등기까지 마쳐졌으므로 피고가 원고에 대하여 감사 임용계약을 체결할 의무가 있다고 볼 수 없으므로 원고의 제1예비적 청구는 이유 없다고 판시하였다.

(5) 환송 후 상고심(이 사건 대법원 판결)

원고만이 상고한 대법원 판결에서는 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 원심법원에 환송하였다. 그 이유는 다음과 같다.

“원고가 이 사건 소를 제기할 당시는 물론 대법원이 원고의 감사 지위 확인 청구를 받아들이는 취지의 환송판결을 할 당시에도 감사로서의 임기가 충분히 남아 있었는데, 원심의 심리

64) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다50427 판결, 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다33221 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다87038 판결 등 참조.

도중 원고의 임기가 만료되고 후임 감사가 선임됨에 따라 원고의 감사 지위 확인 청구는 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다.

그러나 과거의 법률관계라고 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 이에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인을 구할 이익이 있다.⁶⁵⁾ 따라서 이러한 경우 원심으로서도 종전의 감사 지위 확인 청구가 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다는 등의 이유만으로 곧바로 이를 부적법 각하할 것이 아니라 원고에게 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위해 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다. 이러한 원심판결에는 확인소송에서 확인의 이익 및 석명의무의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다”

2. 해 설

이 사건은 2015년에 시작하여 제1심⁶⁶⁾→제2심(항소심)⁶⁷⁾→상고심(전원합의체판결, 파기환송)⁶⁸⁾→환송후 항소심⁶⁹⁾→환송후 상고심⁷⁰⁾으로 이어져 소송당사자에게 매우 어렵고 고된 판결이 되고 있다. 환송후 상고심인 대법원이 다시 원심(환송후 항소심)을 파기환송하는 판결을 내렸다. 따라서 원고의 회사 또는 당시 임원에 대한 손해배상청구 등 예상되는 관련소송을 감안하면 적대적 M&A로 촉발된 분쟁이 언제 끝날지 모른다. 이 사건 대법원이 다시 환송후 항소심을 파기하였으므로 향후 이루어질 재환송후 항소심까지 합하면 최소한 6심이 된다.

원고의 주위적 청구를 기준으로 본다면 제1심에서 원고 승소, 제2심(항소심)에서 피고 승소, 상고심(전원합의체판결, 파기환송)에서 원고승소, 환송후 항소심에서 원고의 실질적 패소, 환송후 상고심인 원고 승소취지의 재환송 판결을 내려 승패는 엇갈리게 나타났다.

그러나 장기간의 수많은 심리와 결정·판결을 통하여 대법원전원합의체 판결을 통한 판례변경 등 법리는 발전되었지만, 최종 결과물이 나오더라도 소송 당사자 들이 소비한 시간·비용·노력 등 유무형의 손실에 대한 보상은 찾을 길이 없을 것이다.

환송후 상고심인 이번 대법원 판결이 환송후 항소심판결을 파기한 이유를 중심으로 대법원 판결을 살펴보기로 한다.

65) 대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1447 판결, 대법원 1995. 11. 14. 선고 95므694 판결 등 참조.

66) 수원지방법원 2015. 11. 20. 선고 2015가합62664 판결.

67) 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2071120 판결.

68) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결.

69) 서울고등법원 2018. 6. 7. 선고 2017나2019232 판결.

70) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결.

가. 과거 감사지위 확인소송에 있어서 확인의 이익

확인 소에 있어서 확인의 대상은 원칙적으로 현재의 권리 또는 법률관계에 한정하고, 과거 또는 장래의 법률관계는 대상이 되지 않는다. 과거와 장래의 권리 또는 법률관계는 변동 가능성이 높아 권리구조의 실효성이 없기 때문이다. 또한 과거의 법률관계가 계속되는 경우에는 현재의 권리관계로 확인청구가 가능하기 때문이다.⁷¹⁾ 이에 관해서는 원심판결에서도 지적하는 바와 같이 여러 판례가 있다. 예컨대 “주주총회의 임원선임결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 소에 있어서 그 결의에 의하여 선임된 임원들이 모두 그 직에 취임하지 아니하거나 사임하고 그 후 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 임원이 선출되어 그 선임등 기까지 마쳐진 경우라면 그 새로운 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의 다른 절차상, 내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한 설사 당초의 임원선임결의에 어떠한 하자가 있었다고 할지라도 그 결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구할 소의 이익은 없는 것이라고 보아야 한다”라고 판시한 것이 있다.⁷²⁾ 원심판례는 위의 선례를 들어 부적법 각하의 판결을 한 것으로 보인다.

그러나 대법원은 “일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만, 그것이 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다”고 판시하고 있다. 판례는 회사의 설립, 주주총회의 결의 무효·취소와 같은 회사관계소송, 혼인·입양과 같은 신분관계소송, 행정관계소송에서 이를 인정하고 있다.⁷³⁾

판례는 이 사건의 경우는 ①원고는 피고로부터 감사로서의 지위를 부인당하여 상고심에 이르기까지 계속하여 이를 다투어 왔기 때문에 확인의 이익이 없어 본안판단을 할 수 없다고 한다면 당사자 사이에 실질적인 분쟁이 있는데도 법원이 사실상 재판을 거부하는 결과가 될 수 있으며, ②실무적으로는 자신에게 불리한 본안판단을 회피하기 위해 상대방 당사자가 의도적으로 소송을 지연시키는 등의 부작용이 발생할 수 있으며, ③원고가 주식회사인 피고의 감사 지위에 있었는지 여부는 이를 전제로 한 예컨대 감사의 피고에 대한 보수청구권(상법 제388조, 제415조), 손해배상청구권, 상법 제401조에 의한 대표이사에 대한 손해배상청구권 등 다른 권리나 법률상 지위 등에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이 사건의 소송물인 원고의 과거 감사지위 존부에 대하여 기판력 있는 확인판결을 받는 것은 위와 같은 후속 분쟁을 보다 근본적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있다는 입장이다.

71) 정영환, 신민사소송법, 법문사, 2019, 386-387면.

72) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다50427판결, 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다24309판결, 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다33221판결.

73) 대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1447판결, 대법원 1995. 11. 14. 선고 95므694판결 등 참조

따라서 대법원은 이 사건은 과거의 법률관계가 되었지만 예외적으로 확인의 이익이 인정될 수 있는 사안에 해당될 수 있으므로 후술하는 바와 같이 법원은 석명권을 적절하게 행사하여 확인할 필요가 있다는 입장이다.

나. 법원의 석명의무

대법원이 원심판결을 파기환송한 이유중의 하나는 법원의 석명의무위반이다. 원래 석명권은 법원의 권능이지만 일정한 범위내에서는 의무이기도 하며, 이를 ‘석명의무’ 또는 ‘지적의무’라고 한다.

민사소송법 제136조 제4항은 “법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 이를 명확히 하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장에 법률상 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하고 만일 이를 게을리한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 않은 것으로서 위법하다는 것이 대법원의 입장이다.⁷⁴⁾

대법원은 이 사건처럼 제소 당시는 물론 환송판결 당시에도 감사로서 임기가 충분히 남아 있어 원고가 현재 감사 지위에 있다는 확인을 구하였는데 원심의 심리 도중 임기만료와 후임 감사의 선임이라는 사정 변화가 생긴 경우, 원심으로서도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위해 과거에 일정 기간 동안 피고의 감사 지위에 있었음에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지를 석명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 준 다음, 원고가 그 석명에 응하여 청구취지를 변경한 경우에는 이에 따른 판결을 함으로써 분쟁의 일회적 해결을 도모해야 법원이 석명의무를 다한 것으로 보고 있다.

대법원은 이 사안에서 원고가 소의 이익이 있다고 확정된 것이 아니라 원심이 석명의무를 행사를 통하여 다시 확정하도록 함으로써 법률심인 대법원이 하급심의 사실 확정에 관여하게 되는 모순을 벗어나려는 의도를 엿볼 수 있다.

74) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599판결 등 참조.

XII. 맺는말

이상에서 소개한 2020년 회사법 관련 대법원 판결은 모두 10개이다. 하나씩 요약·정리하면서 글을 마무리하고자 한다.

①이사회 미개최와 사외이사의 감시의무(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결)에 있어서는 이사회의 개최가 실제 개최된 바 없더라도 이사들의 적극적 감시위무를 인정하고 있다.

②채무면탈을 목적으로 한 기존회사의 이용과 법인격부인(대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결)에서는 지배주주가 회사를 설립하는 경우뿐만 아니라 순차적으로 기존회사를 이용하는 경우에 종국적으로 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위한 경우라고 판단된다면 이는 법이 추구하는 구체적·실체적 정의에 반하므로 법인격부인이론이 적용될 수 있다고 판시하고 있다.

③상환주식에 있어서 상환권행사와 주주권의 소멸시점(대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결)에서는 주주가 상환청구권을 행사한 때가 아니라, 상환가액을 주주가 수령한 때라고 판시하고 있다.

④주주총회 결의없는 '특별성과급'의 지급의 효력(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결)에서는 주주총회의 결의없이 특별성과급을 지급한 것은 강행규정인 상법 제388조를 위반하였기 때문에 무효이고, 이를 지급받은 이사는 법률상 원인없이 부당이득을 취득한 것이 되므로 회사에 반환하여야 하며 그 금액은 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금액이라고 판시하였다. 또한 특별성과급의 지급을 위해 주주총회의 결의가 필요하다는 사정을 알고 있는 이사들은 악의의 수익자로서 특별성과급을 받은 날 이후의 법정이자를 붙여 부당이득을 반환할 책임이 있다(민법 제748조 제2항)고 판시하고 있다.

⑤이사회결의 없는 이사의 보수의 지급(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결)에서는 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사회의 결의 없이 이사의 보수를 지급할 수 없다고 판시하고 있다. 이 원칙의 예외는 1인 회사에 한하고, 지배주주가 결재·승인하였다는 사정만으로는 이사의 보수에 관한 주주총회의 결의가 있었던 것과 마찬가지로 볼 수 없다고 판시하고 있다.

⑥주주명부의 기재와 주식의 소유권 귀속(대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결)에서는 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니라고 판시하여 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사를 구분하고 있으며, 전자는 주주명부가 아니라 실질적인 주식의 귀속 관계를 살펴보고 판단하는 입장을 취하였다.

⑦지배주주의 주식매도청구권행사와 공정한 가격의 보장(대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다

224699 판결)에서는 지배주주가 소수주주들에게 매도청구권을 행사한 경우 법원이 산정한 공정한 매매가격이 아니라 회계법인이 산정한 금액을 공탁한 것으로는 소수주주의株式이 지배주주에게 이전된 것으로 볼 수 없으므로 주주총회를 개최하면서 소수주주들에게 소집통지를 하지 않고 결의한 것은 주주총회의 소집절차에 하자가 있다고 판시하였다.

⑧株式의 양도담보의 경우 주주권행사자(대법원 2020. 6. 11. 자 2020마5263 결정)에서는 채무자가 담보 목적으로株式을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우에는 채권자가 주주권을 행사할 수 있고 회사도 채권자의 주주권 행사를 부인할 수 없다고 판시하고 있다.

⑨소규모株式회사에 있어서 주주총회 결의 없는 자기거래의 효력과 선의취득(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결)에서는 소규모회사의 이사가 회사가 소유한株式을 주주총회의 승인 없이 취득한 것은 무효이며, 이후 무권리자인 명의수탁자로부터 주권을 취득한 경우에는 선의취득할 수 있으나, 사안의 경우에는 취득자가 악의·또는 중대한 과실이 있으므로 선의취득을 주장할 수 없다고 판시하였다.

⑩과거 과거 이사·감사의 지위에 대한 확인의 이익(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결)에서는 과거의 법률관계라고 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 이에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 과거의 이사·감사의 지위도 확인을 구할 이익이나 필요성이 있을 수 있으므로 법원은 석명권을 적절하게 행사하여야 할 의무가 있다고 판시하였다.

끝으로 지난 2010년 회사법에 관한 대법원 판례는 법이론상의 문제이면서도 기업실무에서 발생하는 중요한 문제를 다루고 있다. 2021년에도 회사법에 관한 생동력 있는 좋은 판례가 나올 것을 기대하며 이 글을 마친다.