

2024년 회사법 중요판례평석*

노 혁 준

서울대학교 법학전문대학원 교수

Analysis of Major Corporate Law Cases in 2024

Hyeok-Joon Rho

Professor, Seoul National University School of Law

초록 : 이 글은 2024년에 선고된 주요 회사법 판례를 분석한 글이다. 편의상 그 중 11개 판례(하급심 판례 두 건 포함)를 (i) 주식, 주주권, (ii) 주주총회, 이사, (iii) 기업구조조정, 법인격부인 등으로 나누어 살펴보았다. 상세히 분석하지는 않지만 실무상 의미있는 판결 3건의 요지도 부가하였다.

몇 가지 관전포인트를 보자면 다음과 같다. **이사해임 및 보수에 대한 다수 쟁송과 판결**은 정권의 부침에 따라 경영진 향배가 결정되는 (일부 주식회사의) 현상과 관련된다. 마침 대주주인 임원에 대한 주식연계보상 논란 등으로 회사 임원에 대한 적절한 보상시스템 및 공시가 지배구조의 쟁점 중 하나로 떠오르고 있기도 하다. 다음으로 일반 **민사법적 논의와 회사법적 논의의 간극**이다. 돌이켜 보면 많은 판례들이 이와 관련이 있었다. (i) 동업관계 해소에 즈음하여 원고는 민사 조합법리에 따른 정산을 요구한 반면 피고는 회사법의 배타적 적용을 주장한 사안(2022다302022), (ii) 채무면탈 목적의 회사설립과 소멸시효에 관하여, 원고는 법인격부인의 특성 등을 고려하여 시효가 남아 있다고 주장한 반면, 피고는 민사상 통상의 부진정연대처럼 별개의 시효중단이 필요하다고 주장한 사안(2023다265700), (iii) 지배권주식 매매와 관련하여 매매대금 조정조항과 손해전보조항의 관계가 문제된 사안(2020다273007)이 그것이다. 이들 사건에서 대법원은 대체로 회사법적 접근의 손을 들어주었다. 마지막으로 하급심 형사판결이기는 하지만 **합병비율 산정시 이사의 주주에 대한 의무**에 관한 법원의 판단(서울중앙지방법원 2020고합718, 920)은 이사의 의무에 관한 상법개정론의 추가적 동력이 되기도 했다. 이 판결 설시는 합병비율 산정시 “이사가 주주에 대하여 임무를 부담하지 않는다”는 것이다. 만약 그 뜻이 “이사는 주주의 이익을 고려할 필요가 없다”는 것이라면 상법 개정론은 힘을 얻을 수 밖에 없다.

Abstract : This article analyzes key corporate law cases decided in 2024. For convenience, eleven representative cases (including two lower court decisions) are categorized and examined under the themes of (i) shares and shareholder rights, (ii) shareholder meetings and directors, and (iii) corporate restructuring and the doctrine of piercing the corporate veil. Additionally, summaries of three practically significant but less extensively analyzed judgments are included.

Several points of interest emerge from these cases. First, **the surge in litigation and rulings**

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2025학년도 학술연구비 지원을 받았습니다(서울대학교 법학발전재단 출연). 초고에 대해 귀한 코멘트 주신 최준규 교수님과 익명의 심사자분께 감사드립니다. 남은 오류는 전적으로 필자의 몫입니다.

concerning the dismissal and remuneration of directors reflects a phenomenon in some corporations where shifts in political power influence the fate of executive management. Notably, this discourse coincides with a growing societal focus on directors' remuneration. Specifically, issues such as equity-linked compensation for major shareholder-executives underscore the increasing importance of appropriate executive compensation systems and transparency as pivotal elements of corporate governance

Second, **the gap between general civil law jurisprudence and corporate law principles** warrants attention. Many cases illustrate this divergence. Examples include: (a) a dispute where the plaintiff, upon the dissolution of a partnership, demanded settlement based on civil partnership principles, while the defendant argued for the exclusive application of corporate law (Supreme Court Case No. 2022Da302022). (b) a case addressing the establishment of a corporation to evade debts and the statute of limitations, where the plaintiff contended that the unique characteristics of piercing the corporate veil should prevent the statute from lapsing, while the defendant argued that separate interruption of the statute was required, akin to traditional civil joint liability (Supreme Court Case No. 2023Da265700), (c) a matter involving the sale of control shares, where the relationship between price adjustment clauses and indemnity provisions was at issue (Supreme Court Case No. 2020Da273007). In these cases, the Supreme Court generally favored a corporate law-centric approach.

Lastly, although a lower court criminal decision, the judgment regarding **directors' duties to shareholders** in determining merger ratios (Seoul Central District Court Case No. 2020GoHap718, 920) may serve as a catalyst for discussions on amending the Commercial Code regarding directors' duties. The court held that directors do not owe a duty to shareholders when calculating merger ratios. If this implies that directors are not required to consider shareholder interests, the argument for revising the Commercial Code will likely gain further momentum.

• 논문접수 : 2025. 1. 15.

• 심사 : 2025. 1. 20.

• 게재확정 : 2025. 2. 10.

I. 시작하는 말

이 글은 2024년에 선고된 주요 회사법 판례를 분석한 글이다. 편의상 그 중 11개 판례(하급심 판례 두 건 포함)를 (i) 주식, 주주권, (ii) 주주총회, 이사, (iii) 기업구조조정, 법인격부인 등으로 나누어 살펴보았다. 상세히 분석하지는 않지만 실무상 의미있는 판결 3건의 요지도 부가하였다.

몇 가지 관전포인트를 보자면 다음과 같다. **이사해임 및 보수에 대한 다수 정권과 판결**은 정권의 부침에 따라 경영진 향배가 결정되는

(일부 주식회사의) 현상과 관련된다. 마침 대주주인 임원에 대한 주식연계보상 논란 등으로 회사 임원에 대한 적절한 보상시스템 및 공시가 지배구조의 쟁점 중 하나로 떠오르고 있기도 하다. 다음으로 일반 **민사법적 논의와 회사법적 논의의 간극**이다. 돌이켜 보면 많은 판례들이 이와 관련이 있었다. (i) 동업관계 해소에 즈음하여 원고는 민사 조합법리에 따른 정산을 요구한 반면 피고는 회사법의 배타적 적용을 주장한 사안(2022다302022), (ii) 채무면탈 목적의 회사 설립과 소멸시효에 관하여, 원고는 법인격 부인

의 특성 등을 고려하여 시효가 남아 있다고 주장한 반면, 피고는 민사상 통상의 부진정연대처럼 별개의 시효중단이 필요하다고 주장한 사안(2023다265700), (iii) 지배권주식 매매와 관련하여 매매대금 조정조항과 손해전보조항의 관계가 문제된 사안(2020다273007)이 그것이다. 이들 사건에서 대법원은 대체로 회사법적 접근의 손을 들어주었다. 마지막으로 하급심 형사판결이기는 하지만 **합병비율 산정시 이사의 주주에 대한 의무**에 관한 법원의 판단(서울중앙지방법원 2020고합718, 920)은 이사의 의무에 관한 상법개정론의 추가적 동력이 되기도 했다. 이 판결 설시는 합병비율 산정시 “이사가 주주에 대하여 임무를 부담하지 않는다”는 것이다. 만약 그 뜻이 “이사는 주주의 이익을 고려할 필요가 없다”는 것이라면 상법 개정론은 힘을 얻을 수 밖에 없다.

II. 주식, 주주권

1. 형식적 심사의무를 다하지 못한 명의개서의 효력 (대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결)

가. 사실관계

원고가 피고회사 주주라고 주장하면서 피고회사 주주총회결의의 무효 내지 부존재확인을 구한 소송이다. 피고회사는 2011. 1. 25. 설립 당시 10,000주를 발행하였는바, 이때 주주명부에는 원고가 7,000주, X가 3,000주를 각기 보유한 것으로 기재되었다. 이후 X는 원고명의의 7,000주가 실제 자신의 소유라면서 이를 Y(피고회사 보조참가인)에 매도하였다. 피고회사의 대표이

사이던 X는 위 7,000주의 주주가 원고이고 Y와 원고 사이에 주식양도계약이 체결된 적이 없음을 알면서도, 2011. 5. 25. 위 7,000주의 보유자를 Y로 변경하는 명의개서를 진행하였다(“제1차 주주변경”). 이후 피고회사는 3차례에 걸쳐 신주를 발행하면서 주주명부상 주주 및 제3자에게 신주를 배정하였는바, 이에 따른 주금액이 전혀 납입되지 않았음에도 그 배정내용을 반영한 명의개서가 이루어졌다(제1차 주주변경 이후 이루어진 변경을 총괄하여 “제2차 주주변경”¹⁾). 본건에서 문제된 이 사건 주주총회결의들은 2014. 12. 3.부터 2016. 7. 15.까지 4차례 이루어졌는바,²⁾ 주주총회 시점의 주주명부상 주주에게 소집통지가 이루어졌다.

원고는 제1, 2차 주주변경은 모두 효력이 없고 여전히 피고회사의 70% 주주는 자신이라고 주장하였다. 따라서 이 사건 주주총회결의들은 70% 주주에 대한 소집통지를 결한 것이므로 부존재 또는 무효라고 주장하였다. 반면 피고회사는 원고 명의 7,000주의 실제 소유주는 X이므로 제1, 2차 주주변경은 유효하고, 설령 그렇지 않더라도 회사가 주주명부에 근거해 소집통지한 것은 적법하므로 이 사건 주주총회결의들이 유효하다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

1심부터 대법원까지 모두 원고의 주장을 받아들였다. 먼저 설립 후 3차례에 걸쳐 이루어진 피고회사 신주발행에 관해, 1심부터 대법원까지 모두 이를 무효로 보았다. 즉 위 신주발행들은 주금납입 실체가 없어 효력이 없고, 이를 반영한 명의개서(제2차 주주변경)도 부적법하다고 보았다. 주된 쟁점은 제1차 주주변경 시에 이루

1) 즉 피고회사의 2015. 9. 15.자, 2016. 1. 14.자 주주명부에는 제1차 주주변경 이후의 신주발행 내용이 반영되어 있었다.
2) 당초 원고가 문제삼은 주주총회 결의는 5건이었는바, 그 중 2016. 1. 14.자 결의는 주주총회 의사록 등 그 존재를 인정할 외 관적 정보 자체가 없어서 굳이 소를 제기할 확인이 이익이 없다는 이유로 대법원에서 각하되었다.

어진 명의개서의 적법성이었다. 기존 판례는 “특별한 사정이 없는 한 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는.... 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 없”³⁾다는 입장이다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 판결(전합)). 또한 주식양수인의 명의개서 신청에 대하여 회사가 실질적 권리유무를 심사할 의무는 없다고 본다(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결). 이 사건 판결은 명의개서의 적법성에 관하여 구체적 판단기준을 제시하였다. (i) 신주발행의 경우 “회사가 인수인의 청약에 상응하는 주식의 배정이 이루어졌는지, 인수인의 법률상 의무가 이행되었는지 등을 확인한 후 그 인수인을 주주로 기재하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 주주명부의 기재는 적법”하다고 설시하였다. 한편 (ii) 주식양도의 경우, “주식을 양수한 자가 그 취득 사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 청구하고 그 청구에 관하여 회사가 형식적 심사의무를 다하여 그에 따라 명의개서를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 명의개서에 따른 주주명부의 기재는 적법”하다고 전제하였다.

사안에서는 (ii) 주식양도가 문제되었는바, 대법원은 명의개서가 부적법하다고 판단했다. 즉 제1차 주주변경에 관하여, “피고회사는 Y가 원고로부터 이 사건 주식을 취득하지 않았음에도 명의개서를 청구한다는 사실을 알고 있었고, Y가 원고로부터 이 사건 주식을 취득하였다는 사실에 관하여 아무런 증명을 하지 않았음에도 Y명의로 이 사건 주식에 관한 명의개서를 하였

는바 이는 형식적 심사의무를 다하지 못한 것이라고 보았다.

한편 이 사건 판결은 “명의개서에 따른 주주명부의 기재가 적법하다고 볼 수 없는 경우 명의개서 직전에 작성된 주주명부가 존재하고, 그 주주명부의 기재가 적법하게 이루어진 것으로 볼 수 있다면 그 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다”고 설시했다. 이에 따르면 피고회사의 총발행주식수는 계속하여 10,000주로 유지되었는바, 그 중 7,000주에 대한 주주명부상 주주는 여전히 원고가 된다. 결론적으로 이 사건 주주총회들은 70%의 주주에 소집통지를 하지 않은채 이루어진 것이므로 결의 부존재사유에 해당한다고 판단했다.

다. 평석

사안에서 피고회사와 X는 원고 명의 7,000주의 실제 소유자가 X라고 주장했다. 위 신주대금 재원의 주체가 실제 X임에도 원고 명의로 주주명부에 기재되었다고 가정할 때, 그 시점에서의 법률관계는 [표 1]의 셋 중의 하나이다.³⁾ 단순한 명의차용(I)이란 일종의 은닉행위로서 순전히 명의만 대여되었을 뿐 주주권은 배후자에 귀속시키기로 합의된 경우이다. 명의신탁(II)은 대내적, 대외적 주주권의 분화에 합의한 경우이다. 자금지원(III)이란 배후자가 자금유통에 도움을 주었을 뿐 주주권 귀속자 및 행사자는 명의자와 일치하는 경우이다. I 내지 III 어느 경우이든, 그 상태에서 회사에 대한 주주권 행사자는 원고(명의자)이다. 그 이후 제3자(본건의 Y)로의 양도를 위해서는 II, III의 경우 원고의 처분행위가, I의 경우 X의 처분행위가 필요하다.

3) 김건식/노혁준/천경훈, 『회사법』 제8판, 박영사, 2024., 255면 참조.

[표 1] X의 자금으로 원고 명의로 주식취득이 이루어진 경우의 주주

	X과 원고 사이에서의 주주	회사 이외 제3자에 대한 주주	회사에 대한 주주
I. 단순한 명의차용	X	X	원고
II. 명의신탁	X	원고	원고
III. 자금지원	원고	원고	원고

이러한 관점에서 사안을 살펴본다. III은 주주 명부상 주주를 명실상부한 주주로 받아들이는 것이므로 피고회사로서는 I 또는 II를 주장해야 한다. 그런데 I, II는 주주명부에 나타난 주주(원고)와 다른 이(X)를 회사설립 당시의 주주로 인정하는 것이므로 별도의 입증을 요한다. 사안에서는 원고가 직접 주금을 납입하는 등 주금납입액이 X의 자금인지 자체도 불분명했고, 단순한 명의차용 또는 명의신탁 합의로 입증되지 않았다.⁴⁾ 따라서 위 7,000주의 대내외적 소유자는 원고이고, 그 처분을 위해서 원고의 법률행위가 필요하다. 사안에서 원고는 아무런 처분행위를 하지 않았으므로 Y로의 주식양도는 무효이다.

둘째, 무효인 주식양도에 터잡아 이루어진 Y로의 명의개서의 적법성이다. 이 사건 판결은 신주발행과 주식양도를 나누어 회사가 확인, 심사의무를 다하였으면 (설령 실체와 부합하지 않더라도) 적법하다는 입장이다. 특히 본건에서 문제된 주식양도의 경우 “회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가(주권이 발행된 경우) 또는 주식을 취득한 사실을 증명하고 있는가(주권이 발행되지 않은 경우) 등 명의개서청구에 관한 형식적 자격만을 심사하면 족하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대한 실질적 자격까지 심사할 의무는 없다”고 실시하였

다. 사안에서는 주권이 발행되지 않았는바, 대법원은 피고회사가 주식취득 증명이 없음에도 Y로의 명의개서를 해 준 점이 부적법하다고 보았다. 이와 관련하여 몇 가지 추가쟁점이 있을 수 있다. 일단 경료된 명의개서는 회사의 형식적 심사의무 이행 등을 거친 적법한 것으로 추정받는가? 긍정적으로 볼 것이다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결⁵⁾ 참조). 그러한 관점에서 본건은 이 추정이 복멸된 사안이다. 다음 문제로서, 일단 적법하게 명의개서가 되었다면 이후 해당 명의주주는 항상 적법한 권리자로 취급되는가? 이 사건 판결이 제시한 판단기준은 ‘최초 명의개서를 할 당시’의 회사측 심사의무에 방점이 있다. 최초의 명의개서가 실체와 맞지 않음이 나중에 분명한 경우도 있을 수 있다. 절취, 습득한 주권이 제시되었음에도 형식적 심사권으로 이를 제대로 거를 수 없어 명의개서되었는데, 이후 진정한 소유자가 충분한 증빙을 제공한 경우이다. 이 경우 최초에 적법하게 명의개서가 이루어졌다는 점만을 들어 무권리자를 주주로 취급하는 것은 적절하지 않다. (사후적으로라도) 회사가 명의자가 무권리자임을 알았거나 쉽게 알 수 있었으면 면책되지 않는다고 볼 것이다(면책력의 예외⁶⁾)

마지막 소송법적 측면에서 이 사건 판결은 주

4) 1심 판결은 명의신탁을 입증할 자료가 없음을 상세히 설명하고 있다. 다만 설령 명의신탁(II)이 인정되더라도 원고의 처분행위가 증명되지 않는 이상 어차피 Y로의 주식양도는 효력이 없게 된다.

5) “주주명부에 주주로 등재되어 있는 이는 그 회사의 주주로 추정되며 이를 번복하기 위하여는 그 주주권을 부인하는 측에 입증책임이 있다”

6) 김건식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 197면.

주총회결의 부존재확인 소와 무효확인 소를 동일 소송물로 보는 기존 판례(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 판결(전합) 등)를 재확인하였다. 사실관계에 따르면 본건 주주총회결의들은 70% 주주에 대한 소집통지 없이 이루어졌으므로 결의 부존재사유에 해당하는 흠결이 있다. 하지만 원고는 그 중 일부에 대하여는 무효확인을 구하였는데, 1심 법원부터 대법원은 모두 이러한 청구취지에 따른 판결을 내렸다.

2. 주식양도계약 해제와 명의회복 수단 (대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213713 판결)

원고가 피고에 주식을 양도하고 명의개서도 경료된 상태에서 약정채무 미이행을 이유로 양도계약을 해제하면서 그 원상회복으로서 명의개서절차의 이행을 구한 사안이다. 원심은 이를 인용하였으나 대법원은 소의 이익이 없다는 취지로 원심을 파기하였다. 이 사건 판결은 먼저 “주식을 취득한 사람은 특별한 사정이 없는 한 회사를 상대로 자신이 주주임을 증명하여 주주명부상의 명의개서를 청구하여야 하고, 주식양도계약의 상대방에 대하여 명의개서절차의 이행을 구하는 것은 소의 이익이 없다”는 기존 판례(대법원 1992. 10. 27. 선고 92다16386 판결 등)를 확인하였다. 이 사건 판결은 본건처럼 양도의 해제가 문제된 사안도 양도와 마찬가지로 “원고는 이 사건 주식의 발행회사를 상대로 자신이 주주임을 증명하여 주주명부상의 명의개서를 청구하여야 하고, 주식양도계약의 상대방인 피고를 상대로 명의개서절차의 이행을 구하는 것은 소의 이익이 없다”고 실시했다.

다만 이 사건 판결은 원고와 피고 사이에 해

제의 적법성에 관해 다툼이 있는 점을 고려하여, 파기환송심에서 청구취지를 변경함으로써 법원의 판단을 받을 가능성은 열어두었다. 즉 “원고로서는 이 사건 주식의 실질적인 주주임을 증명하기 위하여 피고를 상대로 주주권의 확인을 구하거나 이 사건 주식양도계약의 해제에 따른 원상회복으로 주권인도를 청구하는 것은 가능할 여지가 있다”고 덧붙였다.

진정한 주주가 어떻게 잘못된 외관을 제거할 것인지 소송형태가 종종 문제된다. 판례는 ① ‘회사’를 상대로 ‘주주권 확인’을 구하는 소는 소의 이익이 없고, 대신 ② ‘회사’를 상대로 ‘명의개서절차 이행’을 구하는 소를 제기해야 한다는 입장이다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결⁷⁾). 나아가 이 사건 판결은 ③ ‘명의자’를 상대로 ‘명의개서절차 이행’을 구하는 소를 제기할 수는 없으나, ④ ‘명의자’를 상대로 ‘주주권 확인’을 구하는 소(또는 ‘주권인도’를 구하는 소)는 가능할 수 있다는 점을 밝혔다. 실제 분쟁은 (원고와 회사 사이가 아니라) 원고와 명의자 사이의 권리귀속 문제일 터이니 그 둘 사이의 직접적 쟁송을 통해 사안을 해결한다는 점에서 ④의 방식은 설득력이 있다.

추가적 쟁점으로, 양도인은 회사를 상대로 계약해제에 따른 원상회복으로서 새로운 명의개서 청구가 아니라 (양수인 명의의) 기존 명의개서의 말소를 구할 수는 없을까? 기존 명의개서의 말소와 함께 다시 원고로의 명의개서를 구하는 것은 문제가 없을 것이다.⁸⁾ 반면 단지 명의개서 말소만을 구하는 것은 더 직접적 방식인 명의개서 청구의 소가 가능함에 비추어 부적절한 소로 판단될 가능성이 있다. 본디 소유권이 전등기의 말소등기와 달리 명의개서의 말소는 종전의 명의개서 기재를 당연히 복원시키지는

7) 본 사안과 달리 위조에 의한 명의개서가 문제된 사안이다.

8) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결도 이미 경료된 명의개서의 말소가 법리적으로 불가능하지는 않다는 전제에 서 있는 것으로 보인다.

않기 때문이다.

3. 주주자격 상실사유를 규정한 정관조항의 효력 (대법원 2024. 7. 11. 선고 2020다258824 판결)⁹⁾

가. 사실관계

본건은 원고들이 피고회사를 상대로 명의개서절차의 이행을 구한 사안이다. 이에 대하여 피고회사는 2017. 2. 28. 주주총회에서 개정된 피고회사 정관(“개정 정관”) 제10조에 따라, X마을에 소재한 부동산의 소유권을 상실한 주민의 경우 피고회사 주주 자격을 상실하고 그들의 보유한 주식은 X마을에 부동산을 갖는 주민인 나머지 주주들에게 균분하여 이전되었다고 주장하였다. 즉 원고들은 이미 부동산 소유권을 상실했으므로 더 이상 피고회사의 주주가 아니라는 것이다.¹⁰⁾

개정 정관 제10조의 연원 및 내용은 다음과 같다. X마을에 기피시설인 화장장이 이전될 당시 관련 부대수익시설을 운영하는 피고회사가 설립되었는바, 설립 시 피고회사의 주주는 위탁 운영자 등을 제외하면 주로 X마을 주민들이었다. 피고회사 설립목적은 그 운영수익을 통해 X마을 주민의 피해를 지원하는 것인데, 이를 고

려하여 설립 당시 정관 제10조는 X마을 주민인 주주가 다른 지역으로 이주하면 주주권을 박탈하고 이를 피고회사에 귀속시키도록 규정하였다. ‘회사’가 이주하는 주주의 주식을 강제취득하는 방식의 위법성이 문제되자,¹¹⁾ 피고회사는 위 주주총회를 열어 ‘다른 주주들’로 하여금 이주한 주주의 주식을 강제취득하는 방식으로 정관을 개정한 것이다. 즉 개정 정관 제10조 제1항 제1호는 피고회사의 주주 자격이 있는 자를 “2017. 1. 16. 현재 X마을에 부동산을 소유하고 있는 자(이하 ‘X마을 주주’라고 함) 및 주주의 지위를 상속한 자”로 정하고, 같은 조 제2항은 “위 제1항 제1호의 X마을 주주가 X마을에 소유하고 있는 부동산 소유권을 향후 상실(상속은 제외)하게 되면 별도의 절차 없이 주주의 자격을 상실하고 해당 주식은 나머지 X마을 주주에게 균분하여 양도한 것으로 본다. 본 회사는 해당 주주의 이주 즉시 해당 주주에게 해당 주식에 대하여 액면가(1주당 100,000원)의 금액을 지급한다”고 규정하였다. 개정 정관이 유효하다면 원고들이 피고회사 주주인지 여부는 X마을에 부동산을 소유하는지에 따라 결정되는바,¹²⁾ 원고들은 실제 위 주주총회 이전에 부동산 소유권을 상실한바 있다. 결국 주된 쟁점은 개정 정관 제10조 제2항이 유효한지 여부에 모아졌다.

- 9) 사안에서는 (i) 2017. 2. 28. 주주총회의 적법성(원고들은 주주총회의 소집절차의 하자, 의사정족수 산정의 문제로 결의부존 제사유가 있다고 주장하였으나, 원심 및 대법원은 이를 받아들이지 않음), (ii) 소송법적 관점에서 주관적, 예비적 공동소송의 판단방식(원고들은 주주지위를 부인당한 결과 배당금을 지급받지 못하였다고 주장하면서 주위적으로 피고회사를 상대로, 예비적으로 (원고들 대신 배당금을 수령한) 다른 주주(Q)를 상대로 그 지급을 구하였음. 1심법원은 이를 모두 기각하였고 원고들은 피고회사 부분만을 항소하였는바, 이에 대하여 원심은 항소를 기각하면서 Q에 대하여는 아무런 판단도 하지 않음. 대법원은 주관적, 예비적 공동소송에서 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구부분도 상소심에 이심된다는 점(대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두17765 판결 등)을 들어, 원심이 피고회사 및 Q에 대하여 하나의 종국판결을 하지 않은 잘못이 있다고 판단함)도 다투어 졌으나, 지면관계상 이 부분에 대한 상세한 논의는 생략한다.
- 10) 한편 원고들처럼 피고회사의 주주다가 X마을 부동산을 제3자에 매각한 이들은 도합 80명(피고회사 주식을 각 1주씩 보유)이었는바, 그 중 70명은 개정 정관에 따른 주식양도에 동의하고 그 대금을 수령하였다.
- 11) 원심은 방론으로서 설립 당시 정관 제10조는 무효라고 설시했다.
- 12) 원고들은 개정 정관은 정관변경일인 2017. 2. 28. 이후 X마을 소재 부동산의 소유권이 상실된 경우에 적용되는 것이므로 위 변경일 이전에 소유권을 상실한 원고들에게 그 효력이 미치지 못한다고 주장하였으나, 원심은 소유권 상실 시점을 불문하고 개정 정관 제10조 제2항의 적용대상이라고 판단했다. 대법원은 개정 정관 제10조 제2항의 효력 자체를 부인했으므로 위 원심의 설시에 대하여는 판단하지 않았다.

나. 법원의 판단

원심은 개정 정관 제10조 제2항이 유효하다고 보았다. 이 조항은 “주주 갑이 일정한 사유 발생 시 주주 을의 주식을 취득하기로 하는 내용”이므로 피고회사의 폐쇄회사로서의 특성 등을 고려할 때 당연 무효는 아니라고 판단했다. 반면 대법원은 이를 무효라고 보면서 원심을 파기환송하였다.

대법원은 일반론으로서 “주주권은 주식의 양도나 소각 등 법률에 정하여진 사유에 의하여서만 상실되고, 단순히 당사자 사이의 특약이나 주주권 포기의 의사표시만으로 주식이 소멸되거나 주주의 지위가 상실되지 않는다”는 기존 판례(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002다54691 판결 등)를 확인하였다. 또한 “합명회사, 합자회사 등과는 달리 주식회사에서는 사원의 퇴사가 인정되지 않으므로, 정관에서 정한 일정한 사유가 발생할 경우 해당 주주의 주식 양도에 관한 의사와 관계없이 주주로서의 지위를 상실시키고, 회사가 그 주주에게 출자금 등을 환급하도록 하는 내용의 정관 조항은 사실상 주주의 퇴사에 관한 내용을 정한 것이어서 물적 회사로서의 주식회사의 본질에 반하여 효력이 없다. 이는 회사의 주주 구성이 소수에 의하여 제한적으로 이루어져 있다거나 주주 상호간의 신뢰관계를 기초로 하고 있다는 등의 사정이 있더라도 마찬가지이다”라고 전제하였다.¹³⁾ 구체적으로 위 제10조 제2항은 일정 사유가 발생하면 주주 지위를 상실시키고 해당 주식을 강제로 이전시킨다는

의미일 뿐 (원심 판단처럼) 주주 사이에 일종의 주식양도특약을 한 것과 같은 취지로 보기는 어렵다고 실시했다. 결국 위 조항은 주식양도 등 법률에 정하여진 사유 없이 정관상 사유가 발생하면 당연퇴사가 이루어지도록 정한 것과 마찬가지로 보았다. 합명회사 등과 달리¹⁴⁾ 물적회사인 주식회사인 경우 당연퇴사를 규정할 수 없으므로 위 조항은 무효라고 판단했다.

다. 평석

우리 회사법을 강행법규로 이해해 온 전통적 논리에 구성원(주주)간 합의에 기반한 탄력성을 어느 정도까지 더할 수 있는지 생각거리를 제공하는 판결이다. 대법원의 결론 자체는 타당하다. 원고들은 비록 X마을에 보유하던 부동산의 소유권을 상실했으나, 피고회사 정관변경 시점(2017. 2. 28.)까지는 피고회사 주주 지위를 갖고 있었던 것으로 보인다.¹⁵⁾ 이러한 상황에서 피고회사 다수주주들은 원고들과의 합의 없이¹⁶⁾ 원고들의 주주 지위를 상실시키는 내용으로 정관을 개정하였다. 이러한 축출을 정관변경만으로 실행할 수는 없으므로, 해당 정관조항의 유효성을 인정하기 어렵고 원고들이 피고회사를 상대로 명의개서를 청구할 수 있다고 봄이 합리적이다.

법리적으로 흥미로운 부분은 “**정관상 특정 사유에 터잡은 주주권 상실 조항**”의 회사법적 효력이다. 대법원은 주식회사의 주주인 경우 합명회사 등과 달리 당연퇴사가 부인된다는 단순한 논리로 그 가능성을 배제하였다. 이를 일반

13) 이 부분 실시와 관련하여 이 사건 판결은 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다60147 판결(회사에 손실을 입히는 등 일정한 사유가 발생하면 해당 주주를 제명할 수 있도록 주식회사 운영규약에 규정했던 사안)을 원용하였다.

14) 합명회사의 경우 정관에 정한 사유가 발생하면 그 사유의 발생으로 당연히 퇴사한다(상법 제218조 제1호). 이 조항은 합자회사에도 준용된다(상법 제269조).

15) 앞서 언급한 바와 같이 (개정 정관 제10조 제2항을 유효하다고 본) 원심도 개정 이전 정관 제10조 제2항의 주주지위 박탈 조항은 무효라고 보았다.

16) 위 정관변경 결의는 의결권 있는 주식 총 195주 중 142주의 참석 및 찬성으로 이루어졌다. 원고들에 대한 주주총회 소집통지도 이루어지지 않았으나, 이는 주주총회 결의취소 사유에 불과하여 제소기관 도파로 결의자재를 다룰 수는 없게 되었던 것으로 보인다.

화할 수 있는가? 본건의 개정 정관 제10조 제2항은 위 다수결 남용 측면이 있는데다가, (i) 회사 자금으로 자기주식을 취득하면서 상법상 요건 및 절차에 따르지 않게 되는 점,¹⁷⁾ (ii) 구주주의 주주권 상실 측면과 신주주의 주주권 취득 측면을 별도로 규정함으로써, 상법이 알지 못하는 주주권 상실 사유를 창출하는 형태를 띠는 점 등 해석상 그 유효성을 인정하기 쉽지 않았다. 반면 ‘전체 주주 동의 하에’ 합리적 사유¹⁸⁾에 터잡아 주주간 매매가 발생하도록 하고 이를 정관에 주주권의 상대적 상실사유로 반영하였다면, 그 구속력을 전면 부인해야 하는지 논란이 있을 수 있다.

III. 주주총회, 이사, 이사회

1. 하자있는 결의에 대한 추인 결의

(대법원 2024. 7. 11. 선고 2024다222861 판결)

가. 사실관계와 법원의 판단

소수주주인 원고가 대표이사에 대한 특별성 과급 지급 및 급여인상을 결의한 2022. 3. 21.자 피고회사 정기주주총회 결의(1차 결의) 취소를 구한 사안이다. 위 결의 당시 대표이사 X는 대

주주로서 결의에 참여하였는바, 원고는 X가 특별이해관계인으로서 의결권이 없음(상법 제368조 제3항)에도 의결권을 행사한 것이므로 결의 방법에 하자가 있다고 주장하였다. 1, 2심 모두 원고의 주장을 받아들였다.

대법원에서 문제된 것은 대표이사인 대주주의 의결권 행사가능 여부¹⁹⁾가 아니라, 주주총회 결의의 추인 및 그 소송법상 효과였다. X는 위 1차 결의 이후에 보유주식 전부를 Y에게 증여하였고, 피고회사는 원심 판결 이후인²⁰⁾ 2024. 2. 29. 주주총회를 소집하여 1차 결의와 동일한 내용으로 적법하게 주주총회 결의를 하였다(2차 결의). 이러한 상황 속에서 대법원은 원심을 파기하고 자판하면서(민사소송법 제437조) 이 사건 소를 각하하였다. 대법원은 “주식회사가 적법한 절차에 따라 소집, 의결한 주주총회에서 하자 있는 종전의 결의를 그대로 추인하거나 재차 동일한 안건에 대한 결의를 한 경우에는, 그 새로운 주주총회의 결의가 다른 절차상, 내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설령 종전의 결의에 어떠한 하자가 있었다고 할지라도 종전의 하자 있는 결의에 대하여 부존재나 무효확인 또는 그 취소를 구할 소의 이익이 없다”는 종래의 판례(대법원 2018. 10. 25. 선고 2017다260902 판결²¹⁾ 등)를 확인하

17) 판례는 일정사유 발생시 주주의 당연퇴사를 규정한 조항이 ‘물적 회사로서의 주식회사의 본질을 반하고 자기주식의 취득을 금지하는 상법의 규정에 위반한다’고 본다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다60147판결). 특히 회사의 재정상태가 불안정한 경우 당연퇴사 및 이에 따른 출자환급은 회사채권자의 이익을 해한다.

18) 사안과 관련하여서도 혐오시설 주변에서 살게 된 주민들이 일종의 보상으로서 수익시설 운영회사의 주주가 되는 동시에, 향후 그 지역을 벗어나게 된 경우 더 이상 회사수익을 누리지 못하도록 할 필요가 있을 수 있다(주민의 정표로서 부동산 소유 요구). 특히 혐오시설 가동률과 수익시설 운영회사 실적이 연동되어 혐오시설 주변에 거주하는지 여부가 수익시설 운영회사의 의사결정에 중요한 영향을 미친다면 주민여부와 주주지위를 연계시킴이 합리적일 수 있다.

19) 이사인 대주주가 이사보수에 관한 주주총회 결의 시 특별이해관계인에 해당하는지 여부에 대하여 후술하는 서울중앙지방법원 2024. 5. 31. 선고 2023가합66328 판결 등은 이를 긍정한바 있다.

20) 실은 피고회사는 원심 판결일(2024. 1. 24.)에 앞선 2023. 11. 28. 임시주주총회를 열어 X에 대한 기본급 및 상여금에 관하여 결의를 하였고, 이를 이유로 이 사건 소가 소의 이익이 없음을 주장한바 있다. 하지만 원심은 2023. 11. 28.자 결의가 1차 결의와 내용 및 대상이 동일하지 않아 추인 결의로 볼 수 없다고 판시하며 피고회사 주장을 배척하였다. 한편 대법원은 확인의 이익 등 소송요건이 사실심 변론종결 이후에 흠결이 되거나 흠결이 치유된 경우에도 이를 참작하고 있으므로(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결 등), 원심 이후 소의 이익이 사라진 경우에도 상고심이 소를 각하할 수 있다.

21) 일부 주주에게 소집통지를 하지 않은 절차적 하자가 있는 결의에 관해, 이후 주주 전원이 참석한 주주총회에서 동일한 내

었다. 본건에서 2차 결의가 부존재, 무효, 취소 되었다고 볼 자료가 없는 이상 1차 결의의 취소를 구할 소의 이익이 없게 되었다고 판단했다.

나. 평석

주주총회 결의에 하자가 있음을 뒤늦게 발견한 회사는 어떻게 대응해야 할까? 흔히 시도되는 것이 추인 결의 또는 재결의를 통한 보완이다. 추인 결의, 재결의 모두 하자 있는 기존 결의와 동일 사항을 다룬다는 점에 공통된다. 추인 결의는 기존 결의를 소급적으로 유효하게 하고자 하는 것인 반면(민법 제133조²²⁾ 참조), 재결의는 이를 장래를 향해 유효하게 하고자 한다는 점에서 일응 구분이 가능할 것이다.²³⁾

우선 문제되는 점은 어떠한 하자에 대하여 추인, 재결의가 가능한지는 것이다. **내용상 하자**, 예컨대 결의내용의 위법(무효사유), 정관위반(취소사유)인 경우 동일 내용으로는 추인, 재결

의가 불가능하다. 추인 또는 재결의 자체가 하자있는 결의가 되기 때문이다.²⁴⁾ 반면 **절차상 하자**는 그것이 경미한 것이든(취소사유), 중대한 것이든(부존재사유) 추인, 재결의가 가능하고, 추인한 경우 소급효를 인정해야 할 것이다. 특히 부존재사유가 있는 경우 결의의 존재 자체를 인정할 수 없어 추인할 수 없다는 견해도 가능하다.²⁵⁾ 취소사유가 있을 때 추인 결의를 인정한 판결들도 그 소급효에 관해서는 입장이 명확하지 않다.²⁶⁾ 하지만 사건으로서는 다음의 점을 고려할 때 결의 취소사유가 있는 경우뿐 아니라 부존재사유가 있는 때에도 소급적 추인을 인정해야 한다고 본다. ① 주주총회 결의 취소사유와 부존재사유는 양적 차이로서 그 경계가 항상 분명하지는 않다.²⁷⁾ ② 후행하는 결의(“후행 결의”. 이에 대응하여 선행되는 결의를 “선행 결의”로 부른다)의 주체가 선행 결의의 문제점을 인식하고 적법하게 추인했다면 굳이 소급효를 부인할 필요는 없다. 소급효를 논하는 실익은

용으로 결의한 사안이다. 그밖에 선행결의에 대한 기존 소가 후행결의 이후에는 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 그치게 되어 권리보호 요건이 없어지게 된다는 것으로 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다8715 판결(이사 선임의 주주총회결의 하자가 문제되어 재차 결의가 이루어진 사안), 대법원 2017. 8. 29. 선고 2014다19462 판결(조합설립추진위원회 창립총회의 결의가 무효가 되어 재차 결의가 이루어진 사안) 등도 참조.

22) 이는 무권대리의 추인에 관한 조문이다.

23) 다만 민법에서는 추인을 다양한 용례로 사용하고 있다. 예컨대 행위자가 무효인 점을 알고서 실행하는 무효행위의 ‘추인’은 새로운 법률행위를 하는 것을 뜻하고(민법 제139조), 미성년자의 행위처럼 취소할 수 있는 행위, 즉 법적으로 불완전한 행위에 대하여 그 불확실성을 제거하는 ‘추인’(민법 제143조)도 있다.

24) 민법 제139조는 무효인 법률행위의 추인을 규정하는바, 민법상 통설은 그 요건으로서 법률행위의 유효요건이 존재할 것 내지는 무효의 원인이 소멸하였을 것을 요구한다. 김용덕 편집대표, 『주식 민법: 총칙 (3)』 제5판 (권순민 집필부분), 한국사법행정학회, 2019., 471면.

25) 박형준, “하자 있는 주주총회결의의 추인 및 재결의” 『BFL』 제74호, 2015., 51면 참조. 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다35033 판결은 “이 사건 2005. 7. 29.자 임시주주총회결의가 부존재하고 이 사건 2005. 7. 29.자 이사회결의가 무효인 이상, 위 임시주주총회결의와 이사회결의가 사후에 추인하는 결의들을 통하여 소급적으로 유효하게 될 수는 없다”고 판시한바 있다.

26) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다34242 판결(소집권한 없는 자가 주주총회를 소집한 하자가 있었는바, 이후 적법하게 추인 결의한 사안)은 “... 위 추인 결의에 의하여 취소 원인이 있는 이 사건 결의는 소급적으로 유효해졌다고 판단하였는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 위법이 없다”고 판시했다(**소급효 긍정**). 그밖에 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결도 주주총회 결의 하자가 추인 결의에 의해 소급적으로 치유됨을 전제한 것으로 보인다. 반면 **소급효 부정**으로 해석될 여지를 남기는 판례도 있다(주주총회가 아닌 어촌계(漁村契)총회 사안으로서, 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다53419 판결). 이는 어촌계원들이 본배결의를 하면서 일부 계원에 의결권을 부여하지 않은 하자가 있었는바 이후 적법하게 추인 결의한 사안인바, 대법원은 “원심이 1994. 4. 13.자 임시총회에서 종전의 결의를 추인하는 결의를 하였다 하여 종전 결의의 하자가 소급하여 치유되어 그 결의가 유효하게 되었다고 한 것은 무효행위의 추인에 관한 법리오해의 위법”이 있다고 보았다.

27) 판례는 주주들 중 68%에 소집통지하지 않으면 부존재사유로 보는 반면(대법원 1993. 7. 13. 92다40952 판결), 43%에 통지하지 않은 경우 취소사유에 그친다고 본다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결).

선행 결의와 후행 결의 사이의 법률관계 처리문제이다. 일례로 이사선임 선행 결의에 관한 후행 결의의 소급효를 부인하면, 그 사이의 이사 보수는 지급할 수 없다. 굳이 재결의가 아닌 추인 결의를 했다면 위 기간 이사 보수도 지급하기로 주주총회에서 인정한 것이고, 이를 배척할 필연성은 없다고 생각된다. ③ 마지막으로 추인 결의가 이루어지면 이후 선행 결의에 대한 다툼은 소의 이익이 없는 것이 되어 실제 소급효가 부여되는 결과가 발생하기도 한다.

다음으로 소의 이익과의 관련성이다. 적법한 후행 결의가 있는 경우, 이 사건 판결을 포함한 대법원의 굳건한 입장은 선행 결의의 하자를 주장하는 소는 더 이상 소의 이익이 없다는 것이다. 이러한 결론에 따른다면 적법한 추인 결의(후행 결의)는 앞서 소급효에 관한 판례상 논란에도 불구하고 실제 소급효를 갖게 된다.²⁸⁾ 더 이상 선행 결의를 다룰 수 없게 되어 버리기 때문이다. 나아가 적법한 재결의의 경우에도 실제 소급효를 갖는 결과가 된다.²⁹⁾

위 논의를 참고하여 본 사안을 살펴보면, 본건은 1차 결의(선행 결의)에 결의방법 하자가 있었으므로 추인 결의가 가능한 사안이었고 필자에 따르면 추인 결의는 소급효를 갖는다. 따라서 대표이사 X는 1차 결의에 정해진 보수를 모두 수령할 수 있다. 이 사건 판결이 추인 결의

에 소급효를 인정했는지는 분명하지 않다. 하지만 대표이사 X가 기존에 정해진 보수 전부를 수령할 수 있다는 점에서는 차이가 없다. 원고가 더 이상 1차 결의를 다룰 방법이 없기 때문이다. 논리적으로는 추인 결의에 소급효를 인정함이 깔끔하다고 생각한다.

방론으로서, 실무상 추인 결의와 관련하여 종종 쟁점이 되는 것이 선행 결의를 통해 선출된 임원이 후행 결의의 소집절차를 진행한 경우이다. 예컨대 특별이해관계인에 대한 의결권 부여 등 결의방법상 하자 있는 주주총회 결의(선행 결의)로 선임된 이사가 대표이사가 되어 주주총회 소집통지를 하고, 위 선임을 추인하는 결의(후행 결의. 위 결의방법에 관한 하자는 없음)를 진행하였다고 가정한다. 선행 결의를 다투는 소에서 회사측이 적법한 추인 결의에 따른 소각하를 주장할 수 있는가? 후행 결의도 소집권자 없는 자에 의해 소집된 주주총회 결의이므로 부적법한 추인 아닌가? 과거 이러한 소각하 주장을 배척한 예도 있으나,³⁰⁾ 여러 대법원 판례들은 소각하 사유로 보는 듯하다. 즉 일반적으로 소집권 없는 자에 의한 주주총회 소집은 결의취소 사유이지만,³¹⁾ 이렇듯 선행 결의의 하자에 대한 소에서 추인 결의에 관련된 소집권만이 문제되는 경우 선행 결의를 다투는 소는 소의 이익이 없다는 입장이다.³²⁾ 이러한 법리는 본디 재건축

28) 소급효를 부인하였던 94다53419 판결도 결론적으로는 선행결의를 다투는 소가 과거의 법률관계 확인을 구하는 것이 되어 확인의 이익이 없다고 판단했다.

29) 선행결의가 정관위반 등 내용상 하자가 있는 경우 추인결의, 재결의는 불가능하다. 이후 정관개정으로 해당 행위가 허용된 경우 재결의만이 가능할 것이다. 만약 정관을 위반한 선행결의에 대한 취소의 소 진행 중 정관개정 및 적법한 재결의가 이루어진다면, 위 판례에 따라 취소의 소는 각하되고 결국 재결의는 실질적 소급효를 갖게 된다.

30) 서울고등법원 1998. 8. 25. 선고 98나5267 판결은 “하자 있는 결의에 의하여 선출된 이사들로 구성된 이사회의 의결로 소집된 위 제118기 주주총회가 적법하다 할 수는 없다”고 설치한바 있다(선행결의의 취소를 구하는 소에서 회사측이 추인 결의에 따른 치유를 주장한 사안).

31) 이사회 결의 없이 소집권자가 소집하거나, 이사회 결의는 있었으나 소집권 없는 자가 소집하는 경우 주주총회결의의 취소사유이다(대법원 1980. 10. 27. 선고 79다1264 판결; 대법원 1993. 9. 10. 선고 93도698 판결). 만약 이사회 결의 없이 소집권한 없는 자가 주주총회를 소집하였다면 결의 부존재사유이다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다13541 판결). 이하의 논의는 소집권만 결여되어 취소사유에 해당하는 경우를 전제한다.

32) 대법원 1995. 2. 24. 선고 94다50427 판결은 “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 후임임원이 선출되어 그 선임등기까지 마쳐진 경우라면 그 새로운 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집

조합, 재개발조합에서 최초 임원선임 결의의 하자가 이후 모든 결의로 파급되는 연쇄효과를 막기 위해 비롯된 것으로 보인다.³³⁾ 주주총회에 관한 위 판례는 모두 **선행 결의의 하자를 다투는 소**에서 소의 이익이 후행 결의로 없어지는지가 문제된 사안들이다. 한편 이렇듯 후행 결의의 유일한 하자가 소집권에 한정되는 상황에서 **후행 결의의 하자 자체를 다투는 소**가 제기된 경우는 어떠한가? 위 연쇄효과 방지 관점에서는 소집권만 문제되는 후행 결의를 다룰 수 없다고 보아야 할 것이다. 하지만 이러한 결론은 형평에 맞지 않는다. 이를 일반화하면 소집권 관련 하자는 하자가 아니라는 입장으로까지 확대되기 때문이다. 후행 결의의 하자를 다룰 수 있다고 봄이 맞다. 이렇게 볼 때 선행 결의의 하자를 치유한 위 대법원 판례들에 의문이 남는다. 위 대법원 판례들은, 원고주주가 먼저 선행 결의를 다투었다면 결국 아무것도 다룰 수 없게 되고,³⁴⁾ 반면 후행 결의를 먼저 다투었다면 모든 결의의 효력이 부인³⁵⁾된다는 이상한 논리로 비칠 수 있다. 모든 경우에 통상의 결의 하자 법리

를 적용하는 것이 낫지 않을까 싶다. 즉 주주총회의 경우 소집권 하자도 통상의 절차적 하자이므로 후행 결의 후 2개월이 지나면 이를 다룰 수 없지만,³⁶⁾ 그 이전에는 이를 다룰 수 있고 이를 다투어 취소된 경우 적절한 후행 결의로 볼 수 없다고 풀이하는 것이다.³⁷⁾ 최근 대법원 판례 중에는 이러한 취지로 해석될 수 있는 것이 있다.³⁸⁾

2. 지방 MBC 대표이사 해임과 손해배상 I (포항 MBC 사건, 대법원 2024. 9. 12. 선고 2020다264010 판결)

가. 사실관계

원고는 2017. 3. 2. 피고회사(포항 문화방송 주식회사)의 이사 및 대표이사로 취임(이사 임기는 3년내 최종 결산기에 관한 주주총회 종결 시까지이고, 대표이사 임기는 별도로 없음)하여 재직하다가, 2018. 3. 2. 피고회사 정기주주총회에서 이사 및 대표이사직으로부터 해임되었다.

된 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”고 실시하였다. 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결도 유사한 취지이다. 판례들에 대한 찬반논의에 관하여는 박형준, 앞의 논문, 49~50면.

33) 대표적 실시로서 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다64479 판결은 “당초 재개발조합 총회에서 임원을 선임한 결의에 대하여 그 후에 다시 개최된 총회에서 위 종전 결의를 그대로 재인준하는 결의를 한 경우에는 설사 당초의 임원선임결의가 부존재 혹은 무효라고 할지라도 새로운 총회가 당초 임원선임결의에 의하여 선임된 임원에 의하여 소집된 총회이므로 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 사유는 이를 독립된 무효사유로 볼 수 없다 할 것인바, 만약 이를 무효사유로 본다면 최초의 임원선임결의의 무효로 인하여 연쇄적으로 그 후의 결의가 모두 무효로 되는 결과가 되어 법률관계의 혼란을 초래하고 법적 안정성을 현저히 해하게 되기 때문이다”라고 판시하였다.

34) 소집권만 문제되는 경우이므로 선행 결의를 다투는 소는 각하될 것이고, 선임절차의 하자를 선행 결의취소의 소를 통해 다룰 수 없으므로 후행 결의도 다룰 수 없다는 논리이다.

35) 후행 결의는 소집절차의 문제로 취소되고, 후행 결의가 취소된 이상 선행 결의도 적절한 주인 등이 없어 효력이 없다는 논리이다.

36) 주주총회 결의취소의 소의 제소기간은 2개월이다(상법 제376조 제1항).

37) 선행 결의, 후행 결의 모두가 하자소송 대상인 경우에는 법원이 함께 판단하면 되므로 큰 문제가 없다. 반면 선행 결의와 후행 결의 사이의 기간이 길어서 각기 따로 하자의 소가 제기된 경우 실제 후행 결의에 대한 판단이 내려지기 전까지 선행 결의의 각하 여부를 결정하기 어렵게 될 것이다.

38) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2017다260902 판결 사안은 선행 결의의 하자를 다투는 소에서 후행 결의에 따른 소 각하 주장이 제기된 사안이다. 즉 이사선임 결의(선행 결의) 시 소수주주에 대한 주주총회 소집통지 결여가 문제된 상태에서 해당 이사의 주주총회 소집을 통한 주권 결의(후행 결의)가 이루어졌다. 원심은 (소집권 결여만으로는 후행 결의 취소사유가 될 수 없다는 접근이 아니라) 취소사유가 있는 정도로는 해당 이사의 소집권한이 박탈되지 않는다는 접근법을 택했고, 대법원도 이를 받아들였다(결국 주주총회결의 취소의 소의 제소기간 도과로 취소사유는 치유되었고 주권 결의는 적법).

본건 소는 원고가 위 해임의 부당함을 이유로 상법 제385조 제1항 단서에 따른 손해배상을 구한 사안이다.

해임경위는 다음과 같다. 피고회사 대주주는 주식회사 문화방송(지분율 95.86%)인바, 그 대표이사로 2017. 2. 23. 선임된 김장겸 사장이 같은 해 11. 3. 해임되고, 같은 해 12. 7. 최승호 사장이 취임하였다, 그 과정에서 주식회사 문화방송 본부노조 및 전국 17개 각 지부노조는 김장겸 사장 및 각 지역사 사장들의 퇴진 및 공영방송 정상화를 요구하면서 2017. 9. 4.부터 총파업을 실시하였다. 이에 따라 피고회사 소속 기자와 PD들의 방송제작 거부 등 방송파행 사태가 이어지고 피고회사의 매출 및 영업이익이 감소하였다. 이에 피고회사는 위 주주총회에서 “원고가 장기간 방송파행의 책임 등 조직통할 능력을 부족함을 보였고, 경영능력 부재 및 회사 명예, 국민신뢰 실추 등의 책임이 있다”는 이유로 해임결의를 한 것이다.

주된 쟁점은 해임의 정당한 사유 여부와 손해배상의 범위였다. 정당한 사유와 관련하여, 피고회사는 위 주주총회에서 문제삼았던 사유 이외에 부당노동행위와 채용비리를 본건 소송절차에서 추가하여 주장하였다.

나. 법원의 판단

원심은 정당한 이유가 없는 해임이었다고 보아 일부 범위에서 손해배상청구를 인용하였고, 대법원도 상고를 기각했다. 우선 이 사건 판결은 정당한 이유에 관한 기존 판례 법리들을 확인하였다. 즉 상법 제385조 제1항 단서의 ‘정당한 이유’의 의미에 관하여 “주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경

우, 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 이사가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장애가 될 객관적 상황이 발생한 경우”를 뜻한다는 법리(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결 등)에 따랐다. 정당한 이유의 ‘판단 시점 내지 범위’에 관하여도, “정당한 이유’가 있는지 여부는 주주총회에서 해임사유로 삼거나 해임결의 시 참작한 사유 외에도 해임결의 당시 객관적으로 존재하는 사유를 참작하여 판단할 수 있다”는 기존 판례(대법원 2023. 8. 31. 선고 2023다220639 판결)에 의하였다. 구체적으로 ① 총파업의 주 목적이 김장겸 사장의 퇴진이지 원고의 조직통할능력 등에 기인하지는 않은 점, 방송파행이 원고의 업무집행에 장애가 될 객관적인 상황에 이르는 않는 점 등에 비추어 원고의 조직통할능력이 부족하다고 보기 어렵고, ② 전 계열사가 2017년 경영악화를 겪는 와중에 피고회사는 상대적으로 우수한 경영실적을 거둔 점, 판공서 상대 영업에 공영방송 언론인들을 동원하여 회사 명예를 훼손하였다고 볼 자료가 없는 점 등에 비추어 원고의 경영능력 부재 및 회사 명예, 국민신뢰 실추를 인정하기 어려우며, ③ 부당노동행위와 채용비리는 인정하기 어렵거나 원고가 이를 적극적으로 주도하였다고 보기는 어렵다고 실시했다. 이에 따라 본건은 원고가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장애가 될 만한 객관적 상황이 없음에도 해임이 이루어진 사안이라고 보았다.

다음으로 손해배상의 범위에 관하여, “잔여 임기에 대한 대표이사 보수는 배제하고 이사 기본급 및 그에 따라 산정한 퇴직금 상당액”으로 본 원심의 판단을 그대로 받아들였다. 구체적으로 원심은 ㉠ 피고회사 이사회에서 결정했던 월 이사 보수, ㉡ 임원퇴직금 지급규칙에 따라 산정된 이사에 대한 퇴직금을 인정하였다. 다만

㉔ 대외업무활동비는 대표이사 지위에서 영업 활동을 하는데 소요된 실비변상 성격이므로 이사의 보수가 아니라고 보아 배제하였고, ㉕ 과거 퇴임하는 임원에서 상여금 형태로 지급했던 특별퇴직공로금은 이를 원고가 받을 수 있었다고 단정하기 어려우므로 보수에서 배제하였다.

다. 평석

원심과 대법원은 대부분 판단을 같이 하였다. 한군데 이견을 보인 곳은 정당한 이유 판단 시 (i) 해임결의 시 참작한 사유 외에 (ii) 해임결의 당시 객관적으로 존재했던 사유 역시 참작할 수 있는지 여부였다. 위 ③ 부당노동행위와 채용비리는 피고회사의 해임결의 시 현출되지 않았던 사유로서 (ii)에 해당한다. 대법원은 (i), (ii) 모두 참작가능하다고 본 반면, 원심은 (ii)는 참작할 수 없다고 보았다. 다만 원심도 (ii)를 범위에 넣더라도 부당노동행위와 채용비리를 인정하기 어렵다고 보아 정당한 이유 없는 해임이라는 결론은 일치하였다. 원심은 (ii)를 참작할 수 없다고 본 근거와 관련하여, “이사 해임에 정당한 이유가 있는지 여부는 해임 당시를 기준으로 판단하여야 하는 점(대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다 47529 판결 등 참조), 상법 제385조 제1항은 주주의 이익과 이사의 이익을 조화시키기 위한 규정이므로 회사는 주주총회 결의 없이 이사를 해임할 수 없는 점, 만일 회사가 주주총회 결의 당시에 해임사유로 삼지 않은 사유를 사후적으로 주장하여 해임이 정당하다고 주장할 수 있다면 회사로서는 해임사유를 구체적으로 제시하지 않은 채 형식적으로 주주총회 결의만 거치면 이사를 해임할 수 있게 되는 점, 이사해임 결의 당시에 해임사유로 삼지 않은 새로운 정당한 해임사유가 존재할 경우 회사는 다시 주주총회 결의를

거쳐 이사를 해임할 수 있는 점”을 들었다. 그러나 정당한 사유 여부를 해임 당시를 기준으로 판단하라는 것은 해임 이후에 발생한 사정을 고려하지 말라는 뜻이지, 해임을 위한 주주총회에 현출된 사정에 한정하라는 의미가 아니다.³⁹⁾ 회사가 주주총회 결의 당시 현출되지 않은 사유를 후에 주장하도록 허용하면 너무 쉽게 이사해임이 이루어질 것이라는 주장도, 본디 아무 사유 없이도 ‘언제든지’ 주주총회 특별결의로 이사해임이 가능하다는 점을 고려하면 큰 설득력이 없다. 이사해임 결의 당시에 해임사유로 삼지 않은 새로운 정당한 해임사유가 존재할 경우 회사는 다시 주주총회 결의를 거쳐 이사를 해임하면 족하다는 주장에 대하여도 굳이 이렇게 주주총회를 반복할 실익이 크지 않다는 반론이 가능하다. 대법원의 기존 판례(대법원 2023. 8. 31. 선고 2023다 220639 판결)가 타당한 것으로 보인다.

실무상 대표이사로서의 보수와 이사로서의 보수가 엄밀히 구분되지 않는 경우도 많은바 어떻게 이를 식별할지 문제된다. 사안에서 피고회사는 해임 당시 평이사들은 모두 무보수였다고 하면서 원고에 대한 보수가 모두 대표이사직에 관한 것이라고 주장하였다. 법원은 이사회에서 이사의 월 보수를 정했던 점, 다른 사내이사에게 보수를 전혀 지급하지 않았다고 볼 자료가 없는 점 등을 들어 피고회사의 주장을 받아들이지 않았다. 우리 상법 제385조 제1항 및 판례에 따르면, 대표이사이자 이사인 자가 부당하게 해임되면 기존 급여 등이 대표이사직에 기한 것인지 이사직에 기한 것인지에 따라 큰 차이가 발생하게 된다. 특히 대표이사의 경우 가급적 그 급여의 근거를 명확히 산정해 둔다면 혼란을 막는데 도움이 될 것이다.

39) 노혁준, “2023년 회사법 중요판례평석” 『인권과정의』 제520호, 2024., 182면 참조.

3. 지방 MBC 대표이사 해임과 손해배상 II (광주 MBC 사건, 대법원 2024. 9. 13. 선고 2020다245552 판결)

가. 사실관계 및 법원의 판단

사실관계는 앞서의 포항 MBC건과 대체로 비슷하다. 원고는 2017. 3. 3. 피고회사(광주 문화방송 주식회사)의 이사 및 대표이사로 취임하여 재직하다가 2017. 12. 26. 피고회사 임시주주총회에서 이사 및 대표이사직으로부터 해임되었다. 본건 쟁송도 원고가 해임의 부당함을 들어 상법 제385조 제1항 단서에 따른 손해배상을 구한 사안이다.

사안에서 법리적으로 문제된 것은 주주총회 결의에 의한 대표이사 해임에 제385조 제1항 단서를 유추적용할 수 있는지 여부였다. 피고회사의 100% 주주는 주식회사 문화방송이었는바, 피고회사 정관에 따르면 대표이사를 (이사회가 아닌) 주주총회에서 직접 선임 및 해임하도록 되어 있었다.⁴⁰⁾ 이에 따라 주식회사 문화방송이 직접 원고를 이사 및 대표이사로 선임하였고, 그 해임도 마찬가지로 이루어졌다.

원심은 유추적용을 긍정하였다. 정당한 이유 없는 해임으로 보았으므로, 원고의 대표이사 및 이사로서의 보수 전부에 대하여 손해배상 청구가 인용되었다. 반면 대법원은 이를 파기하였다. 즉 “상법 제385조 제1항 단서는 이사회가 대표이사를 해임하는 경우에 유추적용할 것이 아니고(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결 참조), 이는 상법 제389조 제1항 단서에 따라 정관으로 주주총회에서 대표이사를 선정할 것을 정하여 주주총회가 대표이사를 해임하는 경우

에도 마찬가지로”라고 판시하였다.

나. 평석

유추적용 가부에 관한 원심과 대법원의 논거를 비교하면 다음과 같다. 원심은 “대표이사가 이사회에서 선임되는 것이 아니라 주주총회에서 직접 선임되고 해임되는 경우에는 회사와 대표이사 사이에 직접적인 위임관계가 성립”한다고 전제하였다. 나아가 민법상 위임관계의 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 함(민법 제689조 제2항)에 비추어, 본건 대표이사의 임기는 원고(수임인)의 이익도 목적으로 하고 있어서 그 손해 즉 잔여임기 동안 얻을 수 있는 보수를 배상해야 한다고 보았다. 대법원은 다음 논거를 들어 반박하였다. ① 대표이사는 통상 이사회에서 선임되고 별도 임기를 정하지 않는 등 그 지위, 성질, 권한이 이사와 다르다. ② 이사는 주주총회 특별결의에 의해 해임되지만, 대표이사는 이사회 보통결의에 의하여 또는 (정관에 정함이 있는 때에는) 주주총회 보통결의에 의하여 해임되므로 그 해임방식이 다르다. ③ 상법 제385조 제1항 단서의 취지는 주주의 지배권 확보와 이사의 경영자 지위 안정을 조화시키려는 것인바, 대표이사가 그 지위에서 해임되었을 뿐 여전히 이사직을 유지하는 경우 당연히 손해배상청구권을 인정할 것은 아니고, 이는 주주총회 결의로 대표이사 해임이 이루어진 때에도 마찬가지이다. ④ 대표이사와 이사직을 모두 상실한 경우 그 이사는 이사 해임에 따른 손해배상을 청구할 수 있으므로 굳이 대표이사 해임에 상법 제385조 제1항 단서를 유

40) 이 판결의 1심 판결 및 원심판결에 정관조항이 명시되지는 않는다. 다만 원심 판결은 피고회사가 “.. 이사회에서 대표이사를 선임하는 통상의 회사가 아니라, 주주총회에서 직접 대표이사를 선임하고 해임하는 예외적인 회사”임을 전제로 서술하고 있고, 이 사건 판결도 피고회사가 “.. 상법 제389조 제1항 단서에 따라 정관으로 주주총회에서 대표이사를 선정할 것을 정하여 주주총회가 대표이사를 해임하는 경우”라고 설명하고 있다.

추적용할 필요는 없다.

간단히 보면 원심은 본건의 **해임 주체**가 ‘주주총회’로서 이사 해임의 그것과 동일하므로 상법 제385조 제1항 단서가 유추적용된다는 것이고, 대법원은 본건의 **해임 대상**이 ‘이사’와 ‘대표이사’로 상이하므로 유추적용될 수 없다는 것이다. 후자가 더 설득력 있다. 같은 주주총회가 해임 주체인데라도 각기 보통결의와 특별결의로 구체적 해임 방식이 다르다는 위 ② 논거를 포함하여 대법원 논리가 더 합리적이다. 원래 대표이사 선임 및 해임절차는 내부적 과정일 뿐이다. 선임절차상 이사회 결의를 거치는 주주총회 결의를 거치는 대표이사는 회사의 수임인으로 보아야 한다. 따라서 원심이 주주총회에서 선임되는 경우에만 대표이사와 회사간 직접적 위임관계가 성립하는 것처럼 실시한 것은 정확하지 않다. 나아가 이사 해임 시 손해배상에 관한 상법 제385조 제1항 단서의 적용범위를 넓히는 것은 정책적으로도 바람직하지 않다.⁴¹⁾

IV. 기업구조조정, 법인격부인 등

1. 동업약정에 따른 주식회사 설립 이후의 탈퇴와 정산금 (대법원 2024. 6. 27. 선고 2022다302022 판결)

가. 사실관계

원고와 피고는 2012년 천안시 소재 이 사건 토지를 매수, 개발하는 내용의 약정을 체결하였

는바, 원고가 2018. 12. 26. 이 사건 소장의 송달로 동업관계에서 탈퇴하였음을 이유로 정산금 지급을 구한 사안이다.⁴²⁾

위 동업약정에 따르면 원고와 피고는 별도 주식회사를 설립하고, 이를 통해 A주식회사(원고가 실질적으로 운영해 오던 회사임) 소유 이 사건 토지를 매수하여 함께 개발하도록 되어 있었다. 이에 따라 피고는 2012. 6. 11. 그가 대표이사이자 주주로서 지배하는 X주식회사를 설립하였고, X회사는 A회사로부터 2012. 9. 3. 이 사건 토지를 매수하였다. X회사 주주명부상 주주구성은 피고(40%), 소외 P(40%), 소외 Q(20%)였지만, P, Q는 명의만 빌려주었을 뿐 실질적으로는 피고가 유일한 주주였다. 이후 원고는 동업관계 종료를 전제한 청구를 담고 있는 이 사건 소장을 피고에 송달함으로써 조합에서 탈퇴하였다고 주장하면서 정산금 지급을 구했다.

나. 법원의 판단

원심은 원고의 정산금 지급청구를 인용했다. 구체적 논리는 다음과 같다. 원고와 피고는 민법상 조합을 구성한 것이다. 원고와 피고의 동업약정은 피고가 X회사를 설립하는 방식으로 실행되었는바, X회사 전주식을 실질적으로 피고가 소유하고 있으므로 결국 “원고와 피고의 동업재산은 X회사의 총체적 자산”이다. 한편 원고는 조합에서 탈퇴하였으므로, 잔존 조합원인 피고는 원고에게 ‘탈퇴 당시의 조합재산상태’를 기준으로 평가한 조합재산 중 원고 지분에 해당

41) 김건식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 381면.

42) 대법원에서는 주로 이 쟁점이 다루어졌다. 실제 원심에서 원고는 본건 피고 이외에 피고가 설립한 X회사도 공동피고로 하여 다양한 청구취지를 주장하였다. 즉 (i) 주위적 청구로서 본건 피고는 원고가 주주임을 확인하고, X회사는 명의개서절차를 이행하라, (ii) 예비적 청구로서 본건 피고와 X회사는 연대하여 정산금을 지급하라는 청구를 하였다. 원심은 (i) 주위적 청구는 원고를 실질주주로 볼 증거가 없다는 이유로 기각하였고, (ii) 예비적 청구 중 X회사에 대한 부분은 X회사가 원, 피고 조합의 수임인 또는 수치인임을 인정할 근거가 없다는 이유로 기각하였다. 반면 (ii) 예비적 청구 중 본건 피고에 대한 부분은 인용하였다. 이에 대하여 본건 피고만이 상고하였고, 결국 대법원에서 문제된 것은 본건 피고가 원고에 대해 동업관계 소멸에 따른 정산금 지급의무를 부담하는지 여부였다.

하는 금액을 반환하여야 한다(민법 제719조 제1항). 동업약정에서 손익분배비율을 정하지 아니하여 출자가액비율⁴³⁾을 적용하여야 하는바(민법 제711조 제1항⁴⁴⁾), 여기에 X회사 순자산가치⁴⁵⁾를 곱해 산정된 정산금을 피고에 지급하라고 판결했다.

대법원은 원심을 파기환송하였다. 먼저 일반론으로서 동업약정과 주식회사 법리를 엄격하게 구분하는 기존 입장을 확인하였다. 즉 “당사자들이 자금을 출자하여 공동으로 주식회사를 설립하여 운영하고 그에 따르는 비용의 부담과 이익의 분배를 지분 비율에 따라 할 것을 내용으로 하는 동업약정은 주식회사 주식의 매매계약과 주식회사의 공동경영과 이익분배에 관한 주주 사이의 계약이 혼합된 계약의 성격을 가지고, 특별한 사정이 없는 한 공동사업을 위하여 민법상 조합을 결성할 것을 목적으로 한다고 볼 수 없다. 이러한 동업약정은 당사자들의 공동사업을 주식회사의 명의로 하고 대외관계 및 대내관계에서 주식회사의 법리에 따름을 당연한 전제로 하므로(대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다1423, 1430 판결 등 참조), 위와 같은 동업약정에 따라 주식회사가 설립되어 그 실체가 갖추어진 이상, 주식회사의 청산에 관한 상법의 규정에 따라 청산절차가 이루어지지 않는 한 일방 당사자가 잔여재산을 분배받을 수 없다. 이러한 법리는 동업약정에 따라 주식회사가 설립된 후 당사자 일방이 동업관계에서 탈퇴하였다고 주장하며 정산을 구하는 경우에도 그대로 적용된다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다84381 판결, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2018다273530 판결 등)”고 전제하였다. 이 사건 판결이 추가하여 밝힌 법리는 동업약정 당사자들 중 일부가 주식회사 주주로 참여하지

도 않은 경우이다. 대법원은 “이와 같이 동업약정 당사자들의 공동사업이 주식회사 명의로 운영되고 대내관계 및 대외관계에서 주식회사의 법리에 따르기 위해서는 동업약정 당사자들이 출자한 자금으로 주식회사의 주식을 인수하여 주식회사의 주주가 되는 것이 전제되어야 한다. 당사자 일부는 주식회사 주식을 취득하였지만 다른 일부가 주식을 취득하지 않아 당사자들 모두가 주주가 되지는 않은 동업약정의 경우, 주주가 되지 않은 동업약정 당사자들의 자금이 주식회사에 투자되었다고 하더라도 이러한 동업약정의 당사자들이 공동으로 주식회사를 설립하거나 운영한다고 볼 수 없고, 주식회사 주식이나 주식회사 소유의 재산도 동업약정의 재산이 될 수 없다”고 판시했다.

구체적 파기사유로서, 대법원은 원심이 ‘X회사의 총체적 재산’을 조합재산이라고 본 것을 문제삼았다. 설령 피고가 X회사 대표이사이고, 원고 및 피고의 금원이 X회사에 투자되었더라도 원고와 피고가 공동사업을 X회사 명의로 운영하고 있다고 보기 어렵고, 따라서 원심이 “X회사의 총체적인 재산이 동업약정에 따른 조합재산이 된다”고 판단한 것은 잘못이라는 것이다. 나아가 ‘X회사 주식’ 역시 조합재산이 아니라고 보았다. 원심은 원고와 피고가 X회사 주식을 합유한다고 본 듯하나, 이러한 논리는 피고가 X회사 주식 모두를 갖고 원고에 권리가 없다는 원심의 또다른 판단과 충돌한다는 것이다. 대법원은 원심이 “원고와 피고 사이의 약정의 성격, 그 약정이 동업약정이라면 그 내용과 실체, X회사의 주식이나 재산 외에 동업약정의 효력에 따른 조합재산이 무엇인지, 원고가 동업약정을 탈퇴했을 때 어떠한 방법으로 지분환급을 구할 수 있는

43) 원심은 출자가액비율인 1,520,000,000원(원고): 1,046,000,000원(피고)이 손익분배비율로 적용된다고 보았다.

44) “당사자가 손익분배의 비율을 정하지 아니한 때에는 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 정한다”

45) 감정인은 2018. 12. 11. 기준 X회사의 순자산가치를 5,561,627,404원으로 평가하였고, 원심법원은 이 가치가 원고의 탈퇴일인 2018. 12. 26.에도 마찬가지로 유효하다고 판단했다.

지”를 심리, 판단했어야 한다고 보았다.

다. 평석

다수인이 동업약정으로 일종의 조합을 결성하되, 구체적 사업실행은 주식회사를 통하는 것은 흔한 일이다. 동업자들은 이러한 재산분리(asset partitioning)를 통해 유한책임 등 이점을 누릴 수 있다. 이러한 경우 대법원이 일관된 입장은 동업약정과 주식회사 법리는 엄격히 구분된다는 것이다.⁴⁶⁾ 이 관점에서 이 사건 대법원 판결은 원고와 피고 사이에 2012년 체결된 동업약정의 성격에 대한 근본적 의문을 제기하고, 사실관계를 다시 확인하도록 주문하고 있다. 이 글에서는 효율적 논의를 위해 단순화한 가상사례를 생각해 본다. 갑과 을이 특정사업을 위한 동업약정을 체결하고 그 실행방식으로 을이 1인 주주인 병 회사를 설립한 경우이다. 이후 갑과 을은 각기 10억 원씩 위 공동사업에 출자하였고 출자금은 병 회사에 흘러들어갔다.⁴⁷⁾ 이후 갑은 적법하게 동업관계에서 탈퇴하였다. 갑은 누구를 상대로 어떻게 투자자금을 회수할 수 있을까?

갑이 직접 **병 회사를 상대로 지급청구**하는 것은 쉽지 않다. 동업약정 결과로 주식회사가 설립되었더라도, 이후 동업관계에서 탈퇴하였음을 들어 회사법상 청산절차도 없이 회사재산으로부터 지분환급을 받을 수는 없기 때문이다.⁴⁸⁾

갑은 병 회사에 아무런 지분이 없기도 하다.

문제는 다른 동업자인 **을에 대한 청구**이다. 본디 2인의 동업자가 주식회사를 설립하고 (위 가정과 달리) “각기” 회사지분을 취득하였다면, 위 동업약정은 주식회사 설립을 위한 절차 내지 발기인 조합일 뿐 회사 설립 이후에 별도의 2인 조합이 존속한다고 보기 어려울 가능성이 높다. 즉 동업관계는 회사법리로 흡수되어 버린다. 판례도 동업약정의 내용이 주식회사 설립, 운영이고 비용부담 및 이익분배를 지분비율에 따르도록 한다면, 이 약정은 민법상 조합을 결성하고자 하는 것도 아니고 그들의 출자 기타 재산이 조합원 함유가 되지도 않는다고 본다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2018다273530 판결).⁴⁹⁾ 이 경우 “동인들은 상법의 규정에 따라 00주식회사의 주주로서의 권리를 행사하거나 그 주식을 양도하여 투하 자본을 회수할 수 있을 뿐 다른 동업자들 전부 또는 일부에 대하여 동업관계에서의 탈퇴를 이유로 출자금의 반환 기타 지분의 정산을 구할 수는 없다”(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006다37700 판결).⁵⁰⁾ 그렇다면 가상사례에서처럼 동업자 중 1인, 즉 을만이 회사지분 전부를 갖는 경우는 어떠한가? 다음 세 가지 해법이 있을 수 있다.

먼저 위 각기 회사지분을 취득한 사례와 마찬가지로 별도의 조합관계를 부인하고 회사법제로 해결하는 방식이다.⁵¹⁾ 이에 따르면 갑은 아

46) 구체적 판례들에 관하여는 김종석, “동업약정과 회사설립: 2024. 6. 27. 선고 2022다302022 판결” 『대법원 판례해설』 제139호, 법원도서관, 2024., 328~331면 참조.

47) 공동사업을 하기로 했으므로 갑이 10억 원 출연의 대가로 병에 대한 대여금 채권을 갖는 것은 아니다. 그 대가로 동업관계(조합)에 대한 지분을 갖는다고 봄이 타당하지 않을까 싶다.

48) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도7773 판결 참조(동업약정에 따라 설립된 회사 재산인 예치금을 임의인출한 것이 업무상 횡령죄를 구성한 사안). 만약 필요하다면 먼저 회사법 절차에 따라 회사를 청산한 다음 그 잔여재산분배금으로부터 지분환급을 구하여야 할 것이다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다22448 판결은 “피고 등으로서의 우선 주식회사의 청산절차에 따라(민법상 조합계약에 따른 청산절차가 보충적으로 적용될 수는 있다)...”라고 실시한다).

49) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다84381 판결 참조(“이 사건 동업계약은... 대외관계 및 대내관계에서 주식회사의 법리에 따름을 전제로 하는 것이지 그들의 공동사업을 위하여 조합을 결정할 것을 목적으로 하고 있는 것은 아니”라고 봄).

50) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013다973 판결도 “원고 등은 상법의 규정에 따라 주식회사 R의 주식을 양도하여 투자 자본을 회수할 수 있을 뿐 동업관계에서의 탈퇴를 이유로 출자금의 반환 기타 지분의 정산을 구할 수는 없다”고 실시한다.

51) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2018다273530 판결에서 대법원은 이 사건 판결과 유사하게 2인 동업자 중 1인만이 실질주주인

무런 정산금도 받을 수 없다. 이러한 결과는 갑에게 너무 가혹하고 갑과 을의 당초 의사에 부합하는지도 의문이다.⁵²⁾ 갑이 병회사 주식을 취득하지 않은 것은 단지 회사의 구체적 경영에 관여하지 않겠다는 뜻일뿐 공동사업 자체를 하지 않겠다는 뜻은 아니다.

두 번째로 조합성립을 인정하면서 병회사 주식을 조합재산으로 보는 것이다.⁵³⁾ 이 사건 원심의 판단은 (표현상 실수는 있었으나⁵⁴⁾) 이 해법에 가깝다. 갑과 을의 동업이 “2인 조합”으로 인정된다면, 그 중 한 조합원이 탈퇴할 때 조합관계는 종료되나 해당 조합이 해산되는 것은 아니다. 즉 기존 합유이던 조합재산이 잔존 조합원의 단독소유가 되고 탈퇴조합원은 잔존 조합원을 상대로 지분반환청구권(민법 제719조)을 갖게 된다.⁵⁵⁾ 결국 갑은 을을 상대로 정산금을

청구할 수 있게 된다. 이 해법에 대하여는 과연 병회사 주식이 조합재산인지 의문이 제기될 수 있다. 갑, 을 및 병회사 모두 을을 단독주주로 상정하였기에 을의 단독명의로 주주명부에 기재되었을 가능성이 높기 때문이다.

마지막으로 조합재산이 없는 내적조합⁵⁶⁾ 성립을 인정하는 것이다.⁵⁷⁾ 내적조합이란 동업자들의 내부 관계에서는 조합관계가 있으나 대외적 행위는 당사자 전원 또는 조합 자체의 이름으로 하는 것이 아니라 조합원 1인 또는 조합원으로부터 위임을 받은 제3자의 명의로 하는 것으로서 대외적으로는 조합관계가 나타나지 않는 법률관계를 말한다.⁵⁸⁾ 관례는 내적조합을 민법상 조합과 구별되는 특수한 조합으로 보면서, 대내적 조합원은 대외적 책임을 부담하지 않는다고 본다.⁵⁹⁾ 다만 내적조합의 내부관계에는 조

상황에서 원심을 파기하면서 민법상 조합의 성립을 부인하였다.

52) 이 사건 원심판결도 동업자 모두에 주식을 배정한 경우와 1인에게만 배정한 경우는 다르다고 본다. 즉 “위 대법원 2001다84381 판결은 당사자들이 동업의 일환으로 주식회사를 설립하여 그 회사에 대한 주식 지분 비율을 정하였음을 전제로 하는데, 원고는 피고 회사의 주식 지분을 일체 보유하고 있지 않을 뿐 아니라 원고가 피고 회사의 주식 지분의 일정 비율에 대한 권리를 보유하고 있다는 사실을 인정할만한 아무런 증거가 없는 이상 위 대법원 2001다84381 판결이 이 사건에 적용된다고 보기 어렵다”고 설시하였다.

53) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결은 회사 설립, 운영을 목적으로 하는 조합이 회사 설립 이후 소멸하지 않고 공존하는 것을 긍정하고 있다. 이 판례에 관한 설명으로 정재오, 『조인트벤처』, 경인문화사, 2017., 133면.

54) 원심이 “원고와 피고의 동업재산은 X회사의 총체적인 자산”이라고 본 것은 (경제적 실질은 그러하더라도) 법적으로는 정확하지 않았고 이는 파기사유 중 하나가 되었다. 실제 원심이 의도한 바를 선택하자면 X회사 주식이 동업재산인바 그 가치가 X회사 자산 전체와 같다는 의미가 아닐까 싶다.

55) 대법원 2024. 9. 13. 선고 2024다234329 판결 등. 위계찬, “민법상 조합의 법률관계: 조합원 탈퇴와 조합의 해산을 중심으로” 『법과 정책연구』 제21집 제2호, 2021., 386면도 참조.

56) 내적조합의 경우 조합재산이 없을 수도 있고, 내적 조합계약에 따라 재산이 공유될 수 있고, 조합원 1인의 단독소유일 수도 있다(곽윤직 집필대표, 『민법주해 XVI: 채권(9)』 (김제형 집필부분), 박영사, 1997., 24면). 조합재산이 없는 내적 조합의 사례로, 대법원 1984. 12. 11. 선고 83다카1996 판결 사안 참조(“피고는 일정액의 자금을 투자하고 소외인은 기존시설을 투자하여 자동차정비공장을 동업함에 있어, 위 소외인이 사업체의 실제운영을 전담하면서, 이익이 난 액수에 관계없이 피고에게 매월 일정액을 지급하거나 피고와 그 친지들의 차량을 정비하여 주었으며, 합유인 조합재산이 없고, 위 소외인이 사무집행등 대외적인 법률행위를 함에 있어서는 피고를 대리할 필요없이 자기명의로 단독으로 하여 왔다면, 이들의 동업관계는 민법상의 통상조합과 구별되는 일종의 특수조합으로서 그 대외적인 관계에서는 오직 영업을 경영하는 위 소외인만이 권리를 취득하고 의무를 부담한다 할 것이어서 위 소외인의 채무를 보증한 원고의 보증채무 이행에 따른 구상채권은 피고에 대하여서는 이를 행사할 수 없는 것이다”). 그밖에 조합재산 없는 내적조합의 예로 개발사업조합을 드는 견해로 정재오, “공모형 대규모 개발사업에서의 조인트벤처 법리” 『BFL』 제88호, 2018., 76면 참조.

57) 그밖에 내적조합과 유사한 것으로 익명조합의 성립을 인정하는 방안도 생각해 볼 수는 있다. 익명조합(상법 제78조 이하)은 익명조합원이 내적조합원과 마찬가지로 대외적 책임이 없다는 점에서 유사하나, 사업 자체가 영업자의 개인사업일 뿐 공동사업이 없다는 점에서 내적조합과 다르다(익명조합과 내적조합의 구분기준으로 공동사업의 존재여부, 조합원의 업무검사권 등을 제시한 대법원 2011. 11. 25. 선고 2010도5014 판결 참조). 위 가상사례는 갑이 공동사업을 하는 경우이므로 익명조합보다는 내적조합에 더 가깝다.

58) 곽윤직 집필대표, 『민법주해 XVI: 채권(9)』 (김제형 집필부분), 박영사, 1997., 22면.

59) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96다14838, 14845 판결.

합 법리가 그대로 적용되므로,⁶⁰⁾ 탈퇴 조합원인 갑은 잔존 조합원인 을을 상대로 지분반환청구권을 행사할 수 있을 것이다.

사건으로는 위 가상사례에서 가장 타당한 해법은 마지막 방식이라고 생각된다.⁶¹⁾ 원래의 동업 취지에도 부합하고 조합재산 인정에 따른 주식합유의 명의개서 논란도 해결할 수 있기 때문이다. 다만 파기환송심에서 이 사건 동업약정의 구체적 사실관계가 밝혀진다면 전제사실 자체가 달라질 가능성은 남아 있다.

2. 진술 및 보증조항 위반과 매매대금을 조정하지 못한 손해 (대법원 2024. 10. 25. 선고 2020다273007 판결)

가. 사실관계 및 법원의 판단

A회사(생명보험회사)의 주주인 피고들로부터 2012. 2. 24.(거래종결일) A회사 지분 86.27%를 231,643,139,000원(주당 13,000원)에 매입한 원고들이 주식매매계약상 진술 및 보증조항 위반을 이유로 손해전보(indemnification)를 구한 사안이다. 다양한 쟁점이 있으나⁶²⁾ 법리적으로 흥미로운 것은 원고들의 주장한 손해전보의 범위, 즉

이른바 매매대금 조정조항을 감안하여 손해가 산정되어야 한다는 논리이다. 원고들과 피고들 사이에 2011. 10. 21.(계약체결일) 체결된 주식매매계약에 의하면, 통상적인 진술 및 보증조항⁶³⁾ 이외에 (i) 계약체결일 이후의 실사결과와 A회사가 제공한 재무제표(2011. 6. 30. 기준)를 비교하여 15% 미만의 차이인 경우 조정을 하지 않고, 그 이상인 경우 전액 조정하기로 하고 (2.3.(d). 이하 “매매대금 조정조항”), (ii) 당사자 일방이 진술 및 보증에 위반하여 상대방에 손해를 입힌 경우, 그 손해액이 매매대금 1%를 초과한 경우 이를 배상하되 손해액은 직접 손해로 한정하는(7.1. 이하 “손해전보조항”⁶⁴⁾) 조항을 두고 있었다. 이후 Z회계법인의 실사결과 순자산가액(2011. 6. 30. 기준) 감액분은 20,364,000,000원으로 나타났고, 원고들은 위 수치가 A회사 제공 재무제표의 순자산가액(141,743,852,468원)의 15%에 미치지 않으므로 별도로 매매대금 조정을 요청하지 않았다.

한편 피고들이 과태료 및 과징금⁶⁵⁾ 등 합계 2,005,824,032원에 대하여 진술 및 보증을 위반한 점은 인정되었다. 원고들은 피고들의 진술 및 보증 위반이 없었다면 위 실사결과에 따른 감액분 20,364,000,000원에 위 위반금액을 합한

60) 박윤직 집필대표, 『민법주해 XVI: 채권(9)』 (김재형 집필부분), 박영사, 1997., 23면.

61) 을의 입장에서 정산금을 꼭 금전으로 지급할 의무는 없으므로 유동성의 어려움에 직면하는 것도 아니다. 민법 제719조 제2항은 “탈퇴한 조합원의 지분은 그 출자의 종류 여하에 불구하고 금전으로 반환할 수 있다”고 되어 있다. 이는 현물 반환이 곤란하거나 불가능할 수 있고 현물반환으로 인해 이후 조합이 사업을 수행하기 어렵게 될 수 있음을 고려한 것이다. 이러한 사정이 없다면 반드시 금전으로 환급하여야 하는 것은 아니다. 위계찬, 앞의 논문, 388면.

62) 비조합원이 장기근속수단 지급의무 대상인지 여부, 자살 등 재해보험금 지급을 위한 책임준비금의 적립 의무 등이 문제되었다. 이 판결에 대한 전반적인 소개로, 법무법인 태평양, BKL Legl Update, Post M&A 분쟁에서 ‘매매대금을 조정하지 못한 손해’, ‘보험회사의 부채 계상 기준’에 관한 선도적 판결 확정 (2024. 11. 22.), [<https://www.bkl.co.kr/newsLetter/itemUrl.do?itemNo=58371>]

63) 이 사건 계약서 제5조는 “진술 및 보장” 제하에 매도인이 계약체결일 및 거래종결일을 기준으로 위반의 부존재, 법령준수, 재무제표 등에 관한 각종 사항들을 진술하고 그 진실성을 보장하도록 규정하고 있다. 다만 이 글에서는 “보장” 용어 대신에 학계에서 널리 통용되는 용어인 “보증”으로 통일하여 사용하기로 한다.

64) 이 사건 계약서 제7조는 “손해배상책임”이라고 되어 있으나 마찬가지로 학계상 용어인 “손해전보책임”으로 통일하여 사용하기로 한다.

65) 과태료 및 과징금 자체는 거래종결 이후에 부과되었으나 그 위반행위는 거래종결일 이전인 점이 인정되었다. 그밖에 (a) 법인세 및 교육세, (b) 확정급여채무 중 장기근속수당 미계상, (c) 장기수선충당금 미계상, (d) 재해사망보험금 미지급금 미계상 등이 인정되었다.

금액으로 매매대금을 조정할 수 있었다고 주장하였다.⁶⁶⁾ 이에 따라 진술 및 보증 위반에 따른 손해로서 ‘진술 및 보증조항 위반이 없었을 경우의 주식가치’와 ‘진술 및 보증조항 위반이 있는 상태의 주식가치’의 차익을 구하였다.

원심은 손해전보조항에 따른 손해를 청구할 때 매매대금 조정조항을 아울러 고려하는 접근이 타당하지 않다고 설시했다. 그 이유로서 ① 위 진술 및 보증 위반이 없었더라면 주식매매계약 체결 당시 매매대금을 달리 정할 수는 있었을 것이나, 그 위반여부가 계약체결 후 이루어진 실사 및 매매대금 조정에 영향을 미쳤다고 보기는 어렵고, ② 손해전보조항상 손해는 직접 손해에 한하는바, 매매대금 조정조항에 따라 매매대금을 조정하지 못한 손해가 직접적인 손해에 해당하지 않고, ③ Z회계법인이 순자산가액을 조정한 것은 진술 및 보증위반과 무관하고 단지 회계평가방법 차이에 따른 평가차이에 불과하여 이를 진술 및 보증조항 위반에 따른 직접손해라고 보기는 어렵다는 점을 들었다. 그렇다면 손해전보조항에 따른 손해는 위 진술 및 보증위반액인 2,005,824,032원만을 대상으로 할 수 밖에 없는바, 이를 모두 직접손해로 보더라도 매매대금의 1%(2,316,431,390원) 미만이므로 원고들의 청구는 이유가 없다고 보았다(청구기각). 한편 대법원은 위 손해전보조항과 매매대금 조정조항과의 관계에 대하여는 언급하지 않은 채, 위반 인정금액 합계액이 매매대금 1%에 미치지 못한다는 원심 설시만을 확인하면서 상고를 기각하였다.

나. 평석

얼핏 보면 원고들이 억울해 보일 수 있다. 일례로 갑이 을로부터 병회사 지분 전부를 취득하면서 일단 100억으로 매매대금을 정하고, 실사결과 실제 가치가 15억 이상 낮지 않은 이상 그대로 100억으로 진행하고 15억 이상 낮은 경우에만 이를 매매대금에서 전액 공제해주기로 계약한 경우를 상정한다. 실사결과 14억 원 정도만 낮은 것으로 판단되어 그대로 100억으로 진행하여 종결되었는데, 나중에 1억 정도의 부실이 추가로 밝혀진 경우 손해전보조항(매매대금의 1%까지의 손해는 감수하기로 함)을 어떻게 적용할 것인가? 1억의 부실이 원래부터 밝혀졌더라면 위 매매대금은 85억 원(100억 원-(14억 원+1억 원))으로 진행했어야 하는 것 아닌가 하는 의문을 원고들이 제기하고 있는 것이다.

매매대금 조정조항과 손해전보조항 사이의 관계는 구체적 사실관계에 따라 천차만별일 수 있다. 본건의 매매대금 조정조항은 통상의 가격 조정조항, 즉 계약체결시점과 거래종결시점 사이 가치평가를 조정하는 조항이 아니다. 즉 계약체결 시 재무제표일자 기준으로 잠정 합의한 매매대금을 동일일자 기준으로 실사하여 그 결과를 제한적으로 반영하기 위한 목적의 것이었다.⁶⁷⁾ 원심은 이러한 목적의 매매대금 조정조항과 진술 및 보증위반 시에 발동되는 손해전보조항은 그 성격이 다르다는 점에 주목한 것으로 보인다. 원고들의 접근법에 따르면 결국 매매대금 조정조항에 따른 차액도 모두 손해전보조항상 손해로 변환될 우려가 있다. 물론 당사자들이 그렇게 정할 수는 있다. 하지만 이 계약에서

66) 소장에서 원고들은 진술 및 보증위반 금액을 11,635,828,777원을 주장하였다. 한편 법원이 인정한 것처럼 2,005,824,032원에 대하여만 진술 및 보증위반이 되었다 하더라도 이 금액과 실사결과에 따른 감액분을 단순 합산하면 22,369,824,032원이 되어 매매대금 조정조항상 자산가액의 15%(21,261,577,870원)을 넘는다. 원고들은 15% 기준을 넘었으니 매매대금 조정조항에 따라 그 전액(위 산식에서는 22,369,824,032원)을 조정할 수 있었다고 주장한 것으로 보인다.

67) 이러한 형태의 가격조정조항에 관한 설명으로, 이병기, “가격조정조항” 『우호적 M&A의 이론과 실무』 제2권 (천경훈 편지), 도서출판 소화, 2017., 306면 참조.

원고들과 피고들이 손해전보조항에 따른 손해를 그렇게까지 확장하여 규정하지는 않은 것으로 보인다. 타당한 결론으로 생각된다.

3. 채무면탈 목적의 회사설립과 소멸시효 (대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다 265700 판결)

가. 사실관계와 법원의 판단

A회사에 원재료를 공급하고 함께 4억 5천만 원 상당의 어음을 받았던 원고가 A회사 해산 후 A회사와 동일한 실체를 가진다고 주장하면서 피고회사를 상대로 어음금을 청구한 사안이다. 원심과 대법원 모두 A회사와 피고회사의 실질이 동일하고 채무면탈을 위해 회사제도를 남용한 것으로 보아 원고의 청구를 인용하였다. 대법원은 “기존회사가 채무를 면탈하기 위하여 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 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”는 기존 판례(대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결 등)를 확인하였다. 구체적으로 원심은 피고회사와 A회사가 본점 소재지, 영업목적이 일치하는 점, A회사의 대표이사였던 X가 피고회사도 지배하는 등 두 회사의 인적 구성이 유사한 점, A회사가 공장 운영 설비 등을 정당한 대가 없이 피고

회사에 양도한 점 등을 들어 법인격 남용을 인정하였고, 대법원도 이를 받아들였다.

법리적으로 쟁점이 된 것은 **피고회사의 소멸시효 항변**에 관한 판단이었다. 이해를 위해 시간순서로 정리하면 다음과 같다. A회사는 2013. 6. 13.부터 11. 19. 사이에 합계 4억 5천만 원 상당의 어음 9장을 원고에 교부하였다. A회사는 2015. 3. 31. 해산결의를 하였고, 피고회사는 같은 해 7. 7. 설립되었다. 원고는 (아직 청산이 완료되지 않은) A회사를 상대로 어음금 청구의 소를 제기하여 2017. 4. 26. 승소판결을 받고 그 판결이 같은 해 5. 12. 확정되었다. 이 사건 소는 2021. 3. 1. 제기되었다. 피고회사는 여러 논리를 주장하였는바,⁶⁸⁾ 주된 취지는 적어도 피고회사에 대해서는 위 2017. 5. 12.자 확정판결에 따른 10년의 시효연장(민법 제165조 제1항)이 적용되지 않는다는 것이었다. 원심 및 대법원은 피고회사의 항변을 받아들이지 않았다. 그 논리는 약간 다르다.

원심은 **소멸시효 기산점** 문제로 접근했다. 원고의 피고회사에 대한 어음금 청구권 소멸시효 기산점은 “원고가 A회사의 법인격 남용 여부 및 피고회사에 대한 청구권의 존재를 알 수 있게 되어 피고회사에 대하여도 권리 행사가 가능하게 되는 이 사건 판결 선고일부터 소멸시효가 진행된다”고 판단했다. 그 논거로 “법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한

68) 즉 (i) 약속어음 지급일로부터의 3년이 도과하였으므로 A회사와 피고회사에 대한 어음시효가 완성되었다. (ii) A회사에 대한 확정판결로 시효가 중단되었더라도, 이후 A회사와 피고회사에 대한 어음시효 3년이 도과하였다 (iii) A회사에 대한 확정판결로 시효가 중단되고 A회사의 시효는 10년으로 연장되었더라도 피고회사에 대한 어음시효 3년은 유지되어 도과하였다고 주장했다.

경우에는 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다”는 법리(대법원 2003. 2. 11. 선고 99다66427, 73371 판결 등)를 인용했다. 즉 본건의 경우 원고가 판결이 내려지기 전까지는 피고 회사에 대해 권리를 갖는지 알기 어렵다는 점을 강조했다. 반면 대법원은 **신의칙**으로 접근했다. 즉 “기존회사에 대한 소멸시효가 완성되지 않은 상태에서 신설회사가 기존회사와 별도로 자신에 대하여 소멸시효가 완성되었다고 주장하는 것 역시 별개의 법인격을 갖고 있음을 전제로 하는 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다”는 법리를 밝혔다. 이에 따라 피고회사는 별도의 소멸시효 항변을 할 수 없다고 판단했다.

나. 평석

원심과 대법원이 인정한 사실관계에 따르면 원고는 매우 억울한 상황이었을 것으로 보인다. 원자재를 납품했던 A회사가 해산되고 실제 동일한 피고회사는 버젓이 영업 중이니, 피고회사를 상대로 채권을 행사하고자 함은 당연하다. 문제는 원고가 A회사 상대로는 어음금 청구소송 등 시효중단 절차를 밟아두었으나, 피고회사를 상대로는 이러한 기술적 조치를 취하지 않았다는 점이다. 다수설은 법인격 남용의 효과로서

기존회사와 신설회사 사이에 부진정연대책임을 인정한다.⁶⁹⁾ 전형적인 부진정연대 법리 하에서는 피고회사의 소멸시효 항변이 받아들여질 가능성이 높다. 즉 부진정연대책임에 관한 판례는 채무자 사이의 주관적 공동관계가 없음을 들어 변제 및 이에 준하는 것을 제외하고 모두 상대적 효력만 인정한다. 예컨대 Q, R이 P에 대한 부진정연대채무를 부담할 때, P가 Q를 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받아도 R에 관한 시효를 중단시키는 효력이 없다.⁷⁰⁾ 이렇듯 부진정연대 법리를 전면 적용한다면, 피고회사를 상대로 별도의 시효중단을 하지 않은 원고에 가혹한 결론이 될 수 밖에 없었다.

현실적으로 기존회사와 신설회사를 동일체로 생각했을 원고에게 위 복잡한 법리에 따른 조치를 각기 취하도록 요구함이 무리일 수 있다. 원고를 보호하기 위해 원심은 신설회사에 관해 소멸시효 기산점을 늦추었다.⁷¹⁾ ‘객관적 인식가능성’을 기준으로 기산점을 객관적인 권리행사 가능 시점보다 늦춘 선례⁷²⁾에 근거한다. 실제 법인격 부인에 이러한 논리를 적용한 판례가 있기도 하다. 즉 대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다221174 판결⁷³⁾의 원심은 “원고는 X에 대한 채권이 발생하였을 때에 그 법인격이 형해화되어 법인격 부인의 법리가 적용될 수 있다는 것을 객관적으로 알기 어려운 상황에 있었다고 판단된다...”면서

69) 김진식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 66면; 임재연, 『회사법(I)』, 박영사, 2013., 63면; 장덕조, 『상법강의』, 제5판, 법문사, 2023., 247면 등. 하급심 판례 중에도 부진정연대설을 채택한 것이 있다(광주지방법원 2014. 4. 11. 선고 2013나4612 판결. 이후 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다29742 판결은 상고를 기각하고 원심을 확정하였다). 반면 소수설인 연대책임설은 법인격부인에 따라 당초 채무자가 부담하는 것과 동일한 채무가 확장되는 점을 강조한다(이준영, “법인격 부인과 사례 분석” 『판례연구』, 제34집, 부산판례연구회, 2023., 22면).

70) 대법원 1997. 9. 12. 선고 95다42027 판결은 “부진정연대채무에 있어 채무자 1인에 대한 이행의 청구는 타 채무자에 대하여 그 효력이 미치지 아니한다 할 것이므로, 원고가 서울특별시청에게 이행의 청구를 하였다 하더라도 피고에 대하여 그에 따른 시효중단의 효과가 발생한다고도 할 수 없다”고 한다.

71) 구체적으로 원심은 기산점을 원심판결 선고일로 보았다. 다만 이에 대하여는 왜 확정일이 아니라 선고일인지 논란이 제기될 수 있다. 이재환, “법인격남용으로 설립된 신설회사의 소멸시효 항변의 허부: 2024. 3. 28. 선고 2023다265700 판결” 『대법원 판례해설』, 제139호, 법원도서관, 2024., 392면 참조.

72) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결, 대법원 2003. 2. 11. 선고 99다66427, 73371 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결 등 참조.

73) 다만 이는 법인격 남용이 아니라 법인격 형해화 사안이었다.

소멸시효 기산점을 늦춤으로써 피고의 소멸시효 항변을 배척하였고 대법원도 별도 법리 설시 없이 원심을 받아들였다. 그러나 이러한 접근에 대하여는 기산점에 대한 불확실성을 높인다는 비판 이외에 신설회사에 대한 소송 중 기존회사에 대한 청구권이 시효소멸된 경우에도 신설회사에 대한 청구가 가능하다는 것이 되어 채권자를 과도하게 보호하는 결론이라는 비판이 가능하다. 본 사안에서 (원심과 달리) 대법원도 소멸시효 기산점은 기존회사에 대한 채권 기준으로 결정된다는 입장인 것으로 보인다.⁷⁴⁾

그 대신 본건 대법원은 시효중단의 절대적 효력을 인정함으로써 원고를 보호했다. 실제 이 사건 판결 이전에도 유사한 판례가 있었다. 즉 법인격 남용에 관한 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다29742 판결의 원심은 “원고가 이 사건 법인에 대하여 소멸시효 중단의 조치를 취한 이상 이 사건 법인과 별개로 피고들의 원고에 대한 채무가 시효로 소멸하였다고 보기는 어렵다”고 보았는바, 당시 대법원은 별도 법리를 설시하지 않고 그대로 원심을 인정하였다. 결국 이 사건 판결은 2014다29742 판결에 내포되었던 법리를 대법원 차원에서 명확히 한 것으로 볼 수 있다. 구체적 논거는 담당 재판연구관의 글에서 나타난다.⁷⁵⁾ 즉 법인격 부인론이란 신의칙에 기해 신설회사에 대하여 기존회사와 동일한 책임을 부과하는 법리인데 그 취지는 신설회사의 소멸시효 주장에도 마찬가지로 적용된다는 것이다. 기존회사와 신설회사 사이 실질적 동일성이 인정되는 경우이므로 기존회사에 권리행사를 했

다면 권리 위에 잠깐 것은 아니라고 본다. 이에 대하여는 신의칙으로의 도피라는 비판 외에 기존회사와 신설회사가 다수채무자 관점에서는 별도 주체임을 제대로 고려하지 않은 것이라는 반론도 있을 수 있다.

이 사건 판결이 갖는 실무적 의미는 법인격 남용사건에서 기존회사의 채권자가 기존회사를 상대로 ‘시효중단’(민법 제168조) 조치를 취해두면 신설회사에 대하여도 시효중단 효력이 발생한다는 것이다. 나아가 기존회사에 대한 ‘확정판결로 시효가 10년으로 연장’(민법 제165조 제1항)되는 효과 역시 신설회사에 관하여도 발생한다고 할 것이다.⁷⁶⁾ 이러한 논리는 (본건에서의 법인격 남용 이외에) 법인격 부인론의 또다른 범주인 ‘법인격 형해화’에도 마찬가지로 적용될 것이다. 다만 위 판시 사항은 시효중단, 연장에 한정되므로 기존회사에 대한 판결의 기판력, 집행력이 신설회사에 확장되지 않음은 당연하다 (대법원 1995. 5. 12. 선고 93다45531 판결 참조). 한편 이 법리를 역으로 적용하는 것도 가능할까? 본건은 기존회사에 대한 청구권의 시효가 연장되었음을 전제로 신설회사에 대한 시효가 문제된 사안이다. 반대로 원고가 신설회사에 대하여 소 제기 등 조치를 취한 상태에서, 기존회사에 대한 청구권의 시효소멸이 문제될 수 있다. 이 사건 판결은 “기존회사에 대한 소멸시효가 완성되지 않은 상태에서 신설회사가... 소멸시효가 완성되었다고 주장”하는 경우 신의칙에 반한다는 것이니, 원래의 채권(기존회사에 대한 채권)을 중심으로 판단해야 한다고 해석될 여지

74) 이 사건 판결에 대한 대법원 판례해설인 이재환, 앞의 논문, 390~397면 참조. 회사와 배후자의 각 채무관계는 긴밀한 의존 관계에 있으므로 그 소멸시효 문제를 달리 취급하는 것은 적절하지 않다고 본다(이른바 기존회사 기준설).

75) 이재환, 앞의 논문, 400, 402~405면.

76) 이 사건 판결도 그러한 취지로 보인다. 이 사건 소는 기존회사에 대한 판결 확정 다음날인 2017. 5. 13.부터 어음금채권의 시효기간 3년을 도과한 2021. 3. 3.에 이르러서야 제기되었으므로, 만약 시효가 연장되지 않았다면 원고의 청구는 받아들여지기 어려웠다. 이재환, 앞의 논문, 405~407면도 기존회사와 신설회사가 함께 부담해야 하는 채무의 내용을 ‘판결이 확정되어 소멸시효가 10년으로 연장된 채무’로 봄이 정의와 형평에 부합한다고 본다. 한편 법인격부인의 경우 부종성이 훨씬 강한 경우이므로, 주채무자에 대한 확정판결이 연대보증채무의 시효기간을 연장시키지는 못하는 법리(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결 등)와는 구분된다고 본다.

도 있다. 반면 법인격 남용의 상대방 보호를 중시한다면 이 때에도 시효소멸되지 않는다고 보게 된다. 상대방 입장에서 기존회사와 신설회사를 동일한 실체로 보고 권리를 행사하고 있는 점은 동일하기 때문이다.⁷⁷⁾

근본적으로 법인격 남용(법인격 형해화도 마찬가지임)이 인정되는 경우 신설회사가 부담하는 채무의 성격이 무엇인지 의문이 제기될 수 있다. 대법원은 아직 그 성격을 명확히 한 적은 없다. 이 사건 판결은 이를 연대채무 또는 연대보증채무로 본 것인가? 연대채무, 연대보증채무의 경우에도 기존회사에 대한 판결 확정으로 그 시효가 10년으로 연장되는 효과(민법 제165조 제2항)가 신설회사에 발생하지 않는다는⁷⁸⁾ 점은 부진정연대채무와 동일하다. 따라서 이 사건 판결은 부진정연대채무설, 연대채무설, 연대보증채무설 어느 것으로도 설명이 가능하다. 원래(위 학설들에 따라) 시효가 소멸되어야 할 상황인데 신의칙에 기해 시효항변을 불허한 것이 되기 때문이다. 이론적으로만 보면 채무자들(즉

기존회사와 신설회사)이 함께 채무를 부담한다는 주관적 공동관계를 인정하기 어려운 상황이므로 부진정연대로 봄이 상당하지 않을까 싶다.⁷⁹⁾ 다만 이 사건 판결에 따르면 법인격부인시의 부진정연대는 기존 판례가 인정하는 상법상 전형적인 부진정연대, 즉 상호속용 영업양도(상법 제42조 제1항), 회사분할(상법 제530조의9)에서의 그것과 다소 성격을 달리하는 것이 된다. 위 전형적인 부진정연대와 달리⁸⁰⁾ 법인격남용에서의 부진정연대는 시효중단 및 연장에도 절대적 효력이 인정되기 때문이다.⁸¹⁾

4. 자기주식 취득에 의한 단주처리와 법원 허가 (서울고등법원 2024. 5. 3. 선고 2023나2049630 판결)⁸²⁾

가. 사실관계 및 법원의 판단

원고들은 피고회사(생코뱅크코리아홀딩스 주식회사, 비상장회사)의 소수주주들인바, 주식병합

77) 통상 기존회사는 채무초과상태일 것이니 일반적으로 기존회사에 대한 채권을 유지함의 실익은 크지 않다. 다만 기존회사와 신설회사의 채무가 부진정연대관계가 아니라 연대채무라고 보는 입장에 설 경우(연대채무설), 기존회사에 대한 채권이 시효소멸하면 그 부담부분에 관해 신설회사에 대한 채권도 소멸하므로(민법 제421조) 기존회사에 대한 채권을 유지할 필요가 있다(참고로 시효중단 사유 중 압류, 가압류, 가처분, 승인 등은 (연대채무관련 절대적 효력을 갖는) 민법 제416조의 이행청구가 아니므로, 신설회사에 대한 압류 등이 기존 회사에 대한 채권에 관해 시효중단 효력을 갖지는 않는다).

78) 판례는 연대보증 사안에서 “채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다”는 입장이다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결 등). 연대채무의 경우에도 재판상 청구에 따라 중단된 시효는 그 재판의 확정과 함께 시효가 새로이 진행되는 것일 뿐(민법 제178조 제2항), 시효기간이 연장되는 것은 아니다(양창수/김형석, 『민법 III: 권리의 보전과 담보』 제5판, 박영사, 2023, 345면 참조).

79) 한편 이 사건 판결의 결과만을 놓고 보면 절대적 효력의 범위가 넓어졌다는 점에 착안하여 연대채무설에 접근했다는 주장이 제기될 여지도 있다(일반적으로 부진정연대채무설에 따르면 기존회사에 대한 이행청구, 기존회사에 대한 채권의 시효 완성에 절대적 효력을 인정할 수 없으나 연대채무설 하에서는 이를 인정하는 등(민법 제416, 421조) 연대채무인 경우 절대적 효력의 범위가 더 넓다).

80) 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020다225138 판결은 상호속용 영업양수인과 영업양도인의 채무가 부진정연대관계에 있음을 밝힌 다음 “채권자가 영업양도가 이루어진 뒤 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받았다면 영업양도인에 대한 관계에서 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지 않는다”고 실시하였다. 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결도 ‘분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사와 ‘분할 또는 분할합병 전의 회사는 부진정연대책임을 부담한다고 본 다음, 유사한 취지로 판단했다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다213197 판결도 같은 취지).

81) 법인격부인의 경우 신의칙에 반하고 권리남용적 성격이 매우 강하다는 점에서 상호속용, 분할 사안과는 달리 불 필요성이 강하다는 주장으로 이재환, 앞의 논문, 403면.

82) 이 판결은 상고되었으나(2024다249873) 대법원에서 2024. 10. 8. 심리불속행 기각되어 확정되었다.

방식의 축출에 따라 피고회사로부터 받게 된 단주대금에 이의를 제기하면서 불법행위에 기한 손해배상을 구한 사안이다. 축출의 경과는 다음과 같다. 피고회사는 2021. 3. 9. 이사회 결의 및 2021. 3. 26. 주주총회를 거쳐 피고회사 우선주 및 보통주(액면 5,000원)를 100주당 1주(액면 500,000원)로 하는 주식병합을 하였다. 피고회사는 원고들이 보유한 단주 합계 173주를 별도의 법원 허가 없이 취득하면서, 주당 대금 4,575,903원을 지급하였다. 위 대금은 외부 회계법인에 의한 피고회사 순자산가치 평가액을 주식병합 이전 발행주식총수 103,182주(자기주식 22,113주 포함)로 나누어 산정되었다.

주된 쟁점은 두 가지였다. 즉 (i) 주식병합으로 발생한 단주를 피고회사가 법원 허가 없이 취득할 수 있는지와 (ii) 단주 대금 계산 시 분모가 되는 주식 수에 자기주식을 포함시켜야 하는지였다. 이 사건 판결은 허가가 필요하다고 보았고, 자기주식을 포함시켜서는 안 된다고 보았다. 결국 피고회사는 법원 허가 없이 단주를 취득한 불법행위를 한 것이고, (만약 법원 허가절차를 밟았다더라면 자기주식을 제외한 채 계산이 이루어졌을 것인바) 위 불법행위로 인해 원고들은 분모인 발행주식총수에 자기주식을 포함시킬 때와 제외할 때 발생하는 차액에 해당하는 손해를 입은 것이라고 보았다.

구체적으로 법원은 (i) 쟁점에 관하여 “회사는 단주의 처리를 위해 자기주식으로 취득할 경우에도 상법 제443조 제1항에 따른 절차를 거쳐

야 하고, 이는 단주에 대하여 경매를 하거나 거래소의 시세 있는 주식으로서 거래소를 통하여 매각하는 방법이 아니므로 법원의 허가를 받아야 한다고 봄이 타당하다”고 설시하였고, (ii) 쟁점에 관하여 “피고회사가 피고회사의 순자산가치를 자기주식의 수를 제외하지 않은 발행주식총수로 나누는 방식으로 원고들의 단주 1주당 대금을 산정한 것은 적정성과 공정성을 결여하여 부당하고 이로 인하여 원고들은 적정한 수준보다 저가로 산정된 단주 대금을 지급받는 현실적인 손해를 입었다고 봄이 타당하다. 그리고 원고들의 단주 처리에 관한 피고회사의 위와 같은 잘못은 피고가 상법 제443조에 따른 법원의 허가를 신청하였더라면 충분히 시정되었을 것으로 판단된다”고 판시하였다.

나. 평석

주식병합에 의한 소수주주 축출은 상법이 전형적으로 규정한 축출방식, 즉 상법 제360조의 24의 소수주식 강제매수보다 절차적으로 덜 엄격하기 때문에⁸³⁾ 활용 사례가 늘어나고 있다. 이 때 해당 회사가 직접 단주를 자기주식으로서 취득하는 경우가 많은 바,⁸⁴⁾ 과연 이것이 적법한지, 만약 적법하다면 어떤 절차에 의할지 논란이 있다. 회사에 의한 단주취득을 명문으로 허용한 일본 회사법⁸⁵⁾과 달리 우리 상법에는 명시적 조항이 없다. 쟁점은 (i) 자기주식 취득의 예외적 허용사유로 “단주의 처리를 위하여

83) 주식병합은 주주총회 특별결의사항(액면이 유지되는 경우는 감자가 발생하므로 특별결의 필요; 액면까지 병합되는 경우는 정관상 액면이 변경되는 것이므로 특별결의 필요)이므로 95% 지분율을 요하는 상법 제360조의 24보다 수월한 면이 있다. 그밖에 주식병합에 의한 축출은 상법조항상 경영상 목적이 별도로 명시되어 있지 않고, 지배주주의 자금이 아니라 회사 자금으로 축출할 수 있다는 점 등이 지배주주 입장에서 매력적일 수 있다. 상세한 내용은 노혁준, “2020년 회사법 중요판례평석” 『인권과정의』 제496호, 2021., 129면의 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결(울트라건설 사건)에 대한 평석 참조.

84) 경매 또는 거래소를 통해 제3의 인수인을 찾을 때 시간 및 비용이 소용되기 때문이다. 박지형, “단주 처리에 관한 법적 문제” 『BFL』 제76호, 2016., 65면.

85) 일본 회사법 제234조 제4항은 “주식회사는 제2항의 규정에 따라 매각하는 주식의 전부 또는 일부를 매수할 수 있다. 이 경우 다음과 같은 사항을 정하여야 한다...”라고 되어 있다.

필요한 경우”를 열거한 **상법 제341조의2 제4호**와 (ii) 주식병합으로 단주가 발생할 경우 그 처리방식(원칙적으로 경매하나 예외적으로 거래소 매각(거래소 시세 있는 경우), 법원 허가를 받아 경매외 방식으로 처리(거래소 시세 없는 경우)도 가능)을 규정한 **상법 제443조 제1항**의 관계이다. 상법 제443조 제1항은 주식병합 외에 주식분할(상법 제329조의2 제3항), 주식배당(상법 제462조의2 제3항) 등에도 준용된다.

주식병합 시 자기주식 취득에 의한 단주처리가 ‘법원 허가를 받은 경매외 방식’으로 가능할지에 관해 세 가지 견해가 가능하다. 첫째 법원 허가 여부를 불문하고 회사가 주식병합으로 인한 단주를 취득할 수 없다고 보는 입장이다. 상법 제443조 제1항을 우선적 조항으로 보는 입장이다. 즉 상법 제341조2는 상법 제443조 제1항이 적용/준용되지 않는 예컨대 신주발행으로 인한 단주발생 등에만 작동되므로, 주식병합으로 인한 단주발생 및 회사의 단주 취득을 자기주식 취득 예외로 인정할 수 없다는 것이다.⁸⁶⁾ 둘째로 아예 법원허가 없이도 회사가 주식병합으로 인한 단주를 취득할 수 있다는 입장이다. 이는 상법 제341조의2를 우선적 조항으로 본다. 즉 상법 제341조의2의 요건을 충족하는 이상 상법 제443조 제1항의 절차를 밟을 필요가 없다는 것이다. 실무상 많이 채택된 입장이고 피고회사도 이러한 견해에 따랐다. 셋째로 회사가 주식병합으로 인한 단주를 취득할 수는 있으나 이 때 상법 제443조 제1항에 따른 절차, 즉 법원의 허가가 필요하다고 보는 입장이다.⁸⁷⁾ 이 사건 판결

이 취한 입장이다. 법원은 그 논거로, ① 상법 제341조의2는 자기주식 취득허용 사유 열거조항인바, 이것이 단주 처리절차에 관한 조항인 상법 제443조 제1항을 배제하지는 않는 점, ② 회사가 법원 허가 없이 단주를 자기주식 취득으로 처리할 수 있다면 매매가액의 적정성을 보장할 수 없게 되어 주주간 공평을 기한다는 상법 제443조 제1항의 입법취지에 부합하지 않는 점 등을 들었다. 상법 제443조는 단주처리 절차에 관한 규정이고 제341조의2는 자기주식 취득이 허용되는 실체적 사유에 관한 규정이므로, 서로 배척하는 관계가 아니다.⁸⁸⁾ 세 번째 해석, 즉 이 사건 판결의 입장이 타당하다.

또 하나의 쟁점인 1주당 단주대금 산정방식과 관련하여, 분자인 순자산가치를 나누는 분모로서 ‘자기주식을 발행주식총수에서 제외’한 것은 너무나 당연한 결론이다. 재무적으로 회사의 순자산가치를 평가할 때 자기주식을 넣어서 계산하지 않고, 이 사건 회계법인의 가치평가도 마찬가지로 이루어졌다. 흥미로운 것은 피고회사의 항변이다. 피고회사는 자기주식을 분자(순자산가치)와 분모(발행주식총수)에 모두 포함시키는 산식도 주장하였다. 법원은 이러한 주장을 뒷받침할 자료가 없다는 이유 등으로 배척하였다. 위 산식의 결과는 자기주식을 분자, 분모에서 모두 제외하는 경우와 동일하므로⁸⁹⁾ 별다른 실익이 없는 항변이었던 것으로 보인다.

그밖에 생각해볼만한 쟁점으로 법원허가 없이 자기주식 취득방식으로 단주처리가 이루어졌을 때 주식병합의 효력 자체를 다룰 수 있는

86) 이철송, 『회사법강의』 제30판, 박영사, 2022., 418면 등.

87) 박지형, 앞의 논문, 66면.

88) 김진식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 243면.

89) 피고회사는 이 항변에 따른 분자의 계산식으로서 “자기주식을 제외한 1주당 가치를 산정한 다음 이에 따라 산정된 주당 가액으로 자기주식의 가액을 산정하여 순자산에 다시 가산하는 방법”을 제안하였다. 본건 판결상 주당 대금은 $B(\text{순자산가치})/A(\text{자기주식을 제외한 발행주식 수})$ 이다. 위 항변에 따른 주당 대금은 $[B+(B \times C(\text{자기주식 수})/A)] / (A+C)$ 이다. 이는 곧 B/A 가 된다. 법원도 피고회사의 산식이 자기주식을 분자, 분모에서 모두 제외하는 방식과 동일한 결론에 이른다는 점을 지적하였다.

지 여부이다.⁹⁰⁾ 이 사안에서 축출된 소수주주들은 주식병합, 자기주식 취득의 사법적 효력 자체는 다투지 않은 채 불법행위에 기한 손해배상만을 구했다. 주권제출의 통지 및 공고, 감사 내지 액면변경을 위한 주주총회특별결의, 채권자보호절차가 다 경료되었다면(상법 제440조 내지 제442조, 제439조, 제434조) 주식병합의 효력 자체를 다투기는 쉽지 않아 보인다. 단주 처리는 주식병합에 수반되는 부수적 절차이기 때문이다.⁹¹⁾

5. 불공정한 합병비율과 이사의 업무상 배임 (서울중앙지방법원 2024. 2. 5. 선고 2020고합718, 920(병합) 판결)⁹²⁾

2015년에 이루어진 구 삼성물산 주식회사(“구 삼성물산”)와 구 제일모직 주식회사(“구 제일모직”) 합병을 둘러싼 법적 분쟁이 아직까지도 이어지고 있다. 이미 대법원에서는 삼성전자 주식회사(“삼성전자”) 부회장 X 등의 뇌물공여죄 등(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 판결(전합)⁹³⁾, 위 합병을 주주로서 승인한 국민연금 기금운영본부장 등의 업무상배임죄 등(대법원 2022. 4. 14. 선고 2017도19635 판결), 불리한 합병비율을 적용받았다고 주장한 구 삼성물산 소수주주들이 제기한 주식매수가격 산정 비송 사건(대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395, 5396 결정)이 다루어진바 있다. 본건은 구 삼성물산의 이사들 및 그들에게 합병을 지시한 혐의

를 받는 삼성전자 부회장 X 등의 형사책임이 문제된 사안이다. 공소사실 중에는 부정거래행위, 시세조종 등 자본시장법 위반, 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반, 위증 등도 포함되나, 이 글에서는 상법상 이사의 의무와 관련성을 갖는 ‘업무상 배임’에 초점을 맞추어 살펴본다.

가. 사실관계 및 법원의 판단

피고인 X는 구 제일모직에 상당한 지분을 갖고 있었으나, 구 삼성물산에는株式이 없었다. X가 핵심 계열사인 삼성전자의 지배력을 강화하려면, 삼성전자 주식 4.06%를 보유한 구 삼성물산을 지배할 필요가 있었다. 이런 사정 및 경영상 필요성 등을 감안하여 구 제일모직과 구 삼성물산의 합병이 진행되었고, 양 사의 합병가액은 자본시장법령의 산식에 따라 결정되었다. 합병절차로서 구 삼성물산에서 2015. 5. 26. 이사회 결의, 같은 해 7. 17. 주주총회 결의가 이루어졌으며, 합병등기는 같은 해 9. 2. 경료되었다. 검찰은 X 및 삼성그룹의 보좌조직이 구 삼성물산 및 그 주주들에게 불리한 위 합병을 결정, 지시하고 구 삼성물산 이사들이 이를 실행함으로써, 피고인들(X와 삼성그룹의 보좌조직 및 구 삼성물산의 이사들) 모두가 공모하여 업무상 배임을 한 것이라고 보았다. 구체적으로 “피고인들은 공모하여 업무상 임무에 위배하여 피고인 X에게 구 삼성물산 및 삼성전자에 대한 지배력 확보 등 재산상 이익을 취득하게 하고, 적극적

90) 상법상 주식병합 무효의 소가 법정되어 있지는 않으나 판례는 감사무효의 소를 준용하여 주식병합 무효의 소를 긍정한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다15520 판결).

91) 상법 제441조에 의하면 주식병합의 효력은 주권제출기간 만료시(채권자보호절차가 종료하지 않은 때에는 그 절차가 종료한 때) 발생하고, 단주(예컨대 0.7주)는 상법상株式이 아니므로 위 시점이 지났을 때 단주 보유자가 단주에 관해 어떤 물권적 권리를 갖는 것도 아니다.

92) 이 사건 항소심(서울고등법원 2025. 2. 3. 선고 2024노635 판결)도 무죄 취지로 항소를 기각하였다. 이에 대하여 검찰이 2025. 2. 7. 상소하여 현재 상고심 계류중이다.

93) 그 이후에 이루어진 파기환송심(서울고등법원 2021. 1. 18. 선고 2019노1937 판결)은 피고인 X가 박근혜 전 대통령 및 최서원에게 삼성그룹 경영권 승계와 관련한 부정한 청탁의 대가로 뇌물 86억 원을 건넨 혐의로 징역 2년 6개월을 선고하며 범정구속하였다.

협상 등을 통한 적정 합병 거래조건 및 구조의 설정 또는 합병 외 다른 대안의 선택 등으로 보 장받을 수 있었던 기업가치 및 주주가치 증대 기회의 상실이라는 재산상 손해를 피해자인 구 삼성물산 및 구 삼성물산 주주에 가하였다”고 보았다.

이 사건 판결은 피고인들에게 전부 무죄를 선고하였다. 공소사실과 달리 (i) 합병이 피고인 X 등에 의해 전단적으로 결정된 것이 아니라 합병 당사회사 테스크포스 및 이사회에 충분한 논의를 거쳐 추진된 것이고(합병결정 주체 및 경과), (ii) 합병이 피고인 X의 지배력 강화 및 승계를 위한 것이 아니라 사업상 목적을 위한 것이었으며(합병의 주된 동기와 목적),⁹⁴⁾ (iii) 구 제일모직에 유리한 합병시점, 즉 구 삼성물산의 주가가 지배구조 개편의 피해주라는 인식으로 인해 저평가되었던 시점을 임의로 선택하여 합병을 진행했다고 볼 증거가 없다고 판단했다(합병시점의 선택)

눈길을 끄는 것은 업무상 배임에 관한 법원의 판단이다. 공소사실상 “피고인인 구 삼성물산의 이사들”이 구 삼성물산 및 그 주주에 대한 업무상 배임의 주범이고, 피고인 X 등은 그 공범이다. 주된 쟁점은 구 삼성물산의 이사들이 업무상 임무를 위배한 것인지에 모아진다. 일반론으로서 이사가 주주에 임무를 부담하는지에 관해, 법원은 “구 삼성물산 이사는 구 삼성물산의 사무처리자로서 구 삼성물산에 대하여 임무를 부담할 뿐, 구 삼성물산 주주에 대해서도 임무를

부담한다고 보기는 어렵다”고 판단했다.⁹⁵⁾ 또한 합병비율 자체에도 문제가 없다고 보았다. 즉 “구 삼성물산 이사들로서는 자본시장법령에 따라 산정된 합병비율을 의심하거나 이와 다른 합병비율을 찾아 검토할 필요성이 존재하였다고 보기 어렵다”고 판단했다.⁹⁶⁾

법원은 이사가 주주에 대하여 임무를 부담하지 않는다는 판단의 논거로, ① 기존 판례가 밝힌 것처럼 단체의 사무가 곧 구성원의 사무는 아닌바(대법원 2007. 5. 10. 선고 2006도8832 판결), 이사는 회사의 사무를 처리하는 것일 뿐 일반 주주에 대하여 타인의 사무를 처리하는 지위에 있지 않고(대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결), ② 합병은 합병당사회사 명의로 그 권한과 책임 하에 진행되므로 이는 ‘회사의 사무’이고, 합병과정에서의 주주 및 채권자는 주주 총회 특별결의, 주식매수청구권, 채권자보호절차를 통하여 보호되고 있으며, ③ 주주가 합병의 효과를 받는다 하더라도 이는 주주가 합병의 이해관계인임을 뜻하는 것에 불과하고, ④ 이사가 주주에 대하여도 임무를 부담한다고 보면 이해관계가 불일치할 수 있는 2명의 본인, 즉 회사 및 주주를 위해 사무를 처리해야 한다는 것이어서 결국 어느 누구에 대하여도 충실히 의무 이행을 할 수 없게 되고, ⑤ 공소사실에 적시된 피해자인 ‘구 삼성물산 주주’의 의미를 전체 주주로 보면 이는 추상적 개념으로 특정되지 않았다고 볼 여지가 있고, 이를 전 주주를 구성하는 개별주주로 보면 그 이해관계 등이 복잡다단하여

94) 이 사건 판결 380면은 “이 사건 합병에 합리적인 사업상 목적이 존재하였고, 합병을 통한 그룹 지배력 강화 및 경영권 안정화는 구 삼성물산 및 구 삼성물산 주주에게도 이익이 되는 것으로 봄이 상당하며, 이 사건 합병의 유일한 목적이 피고인 X의 경영권 강화 및 삼성그룹 승계에 있다고 단정할 수 없고, 이 사건 합병에 합리적인 사업상 목적이 존재하는 이상, 이 사건 합병에 지배력 강화목적이 수반되었다 하더라도 이 사건 합병목적이 전체적으로 부당하다고 단정할 수 없다”고 설시하였다. 나아가 이러한 판단이 선행된 대법원 판결들에 배치되는 것도 아니라고 부연하고 있다.

95) 이 사건 판결 871면.

96) 이밖에도 검찰은 합병비율 산정과 관련하여 구 삼성물산 이사들이 합병비율 할증 등을 구 제일모직과 적극적으로 협상하고, 다른 대안을 검토하고, 구 삼성물산 및 그 주주의 이익을 최대한 보장하는 합병시점을 선정하고, 구 삼성물산 및 그 주주의 이익이 보장되지 않을 경우 합병 중단, 포기를 검토할 의무가 있음에도 이에 위배했다고 주장했으나, 법원은 의무 위반을 인정할 자료가 없다고 보았다. 이 사건 판결 879~889면 참조.

단일한 개념으로 피해자가 특정되지 않았다고 볼 여지가 있다는 점을 들었다.⁹⁷⁾

나. 평석

논란이 여지가 많은 판결이다. 예컨대 소멸회사 주식의 시가가 10만 원임에도 이를 8만 원으로 산정한 합병비율에 동의하고 합병을 성사시킨 소멸회사 이사는 업무상 배임죄로부터 자유로울까? 이 판결의 일반론, 즉 “소멸회사 이사의 임무는 회사에 대한 것이고 주주에 대한 것이 아니다”는 전제에 선다면 적어도 업무상 배임죄는 성립하지 않는다는 추론으로 이어질지도 모른다. 이러한 추론은 타당한가? 물론 이사의 일탈을 (민사책임 추궁 이외에) 형사적으로 처벌해야 하는지 입법적 논란이 있을 수 있다. 그러나 회사재산에 피해를 입힌 자는 형사처벌의 대상인 점, 그리고 존속회사의 이사가 (불리한 합병비율로 진행하여) 헐값에 합병신주를 교부하였을 때에는 업무상 배임이 문제될 소지가 있다⁹⁸⁾는 점을 고려한다면, 형평에 맞지 않는다는 비판이 가능하다.

설령 이 판결의 논지를 그대로 받아들이더라도, 이를 민사상 이사의 의무로 확대적용하는 것은 경계하여야 한다.⁹⁹⁾ 업무상 배임은 “타인의 사무를 처리하는 자가 업무상의 임무에 위배하는 행위를 한 경우” 성립하는 범죄이다.¹⁰⁰⁾ 업무상 배임죄상 타인의 사무를 처리하는지 여

부는 법률, 계약에 의해 신임관계가 인정되는지에 따라 결정되므로,¹⁰¹⁾ 타인의 사무를 처리하는 지위가 부인된 경우 곧 민사상 의무도 부인된 것이라는 접근법도 있을 수 있다. 그러나 형사판결을 민사법리로 직결함에는 주의를 요한다. 첫번째로 이 사건 판결이 지적하였듯이 ‘전체 주주’는 추상적 개념이므로 형사사건 피해자로서 적절하지 않을 수 있다(공소사실의 불특정 문제). 이 때문에 설령 이사의 주주에 관한 민사상 의무가 인정되더라도 주주를 피해자로 하는 배임죄 성립이 어려울 수 있다. 둘째로 대법원은 배임죄와 관련하여 “타인의 사무를 처리한다고 하려면 당사자관계의 본질적 내용이 단순한 채권채무관계를 넘어서 그들간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이어야 한다”면서 타인의 사무의 개념을 한정하는 추세이다.¹⁰²⁾ 이에 따라 이사의 주주에 대한 민사상 의무가 존재하지만 형사상 죄책을 묻기는 어렵다는 논리도 가능하다. 결국 이 사건 판결을 토대로 이사가 주주에 관련된 민사적 의무를 일체 부담하지 않는다고 단정할 수는 없다.

마지막으로 최근 분출하고 있는 상법 개정안과의 관련성이다. 이사의 주주에 대한 직접적 충실의무를 명시한 상법 개정안¹⁰³⁾이 통과되면 불공정한 합병 문제는 해결되는가? 앞서 예에서 처럼 소멸회사 주식의 시가가 10만 원임에도 이를 8만 원으로 산정하는 문제는 해결될 수 있을 것이다. 하지만 오히려 실무상 주로 문제되는

97) 이 사건 판결 871~873면 참조.

98) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 판결은 “현저하게 불공정한 가액으로 제3자 배정방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당하는 것으로서 그로 인하여 회사에 공정한 발행가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 입힌 이상 이사에 대하여 배임죄의 죄책을 물을 수 있다”고 본다. 합병시 소멸회사 주주에 대한 합병신주 발행은 위 제3자 배정에 준하는 것으로 구성될 여지가 있다.

99) 상세는 노혁준, “주주에 대한 이사의 직접적 의무 명시론에 관한 검토” 『삼일회계법인 거버넌스 포커스』 vol.26, 2024. 10, 7면.

100) 형법 제356조, 제355조 제2항. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조.

101) 김대회/김신 편집대표, 『주석형법: 형법각칙 VI』 제5판 (노태악 집필부분), 한국사법행정학회, 2017., 359면.

102) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결(채권 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 해당 부동산을 제3자에게 처분하였음에도 배임죄를 부인한 사안)

103) 22대 국회에 2024년 8월까지 발의된 상법 개정안에 관한 개관은 노혁준, 앞의 논문, 10면 이하 참조.

것은 자본시장법령에 따라 산정된 평가액이 10만 원이고 이에 맞추어 합병비율이 결정되었는데, 실은 위 평가액(시가)의 정확성이 의문시되는 경우이다. 특히 계열사간의 합병이 예상되는 상황에서 합병당사회사의 시가는 정확한 가치를 나타내지 못할 가능성이 있다.¹⁰⁴⁾ 본 사안도 그러했다. 상법 개정으로 이사의 주주에 대한 의무가 명시되더라도, 합병비율 자체가 자본시장법에 따른 것이라면 적법하다고 인정될 가능성이 매우 높다. 이 사건 판결도 한편으로는 이사의 주주에 대한 임무의 존재를 부인하였지만, 다른 한편으로는 법령에 따른 합병비율 산정으로서 임무위배가 없다고 보았다. 향후에는 차라리 자본시장법상 합병비율 산식을 폐지함으로써 이사들에 대한 일종의 면죄부를 제거하는 것도 대응방안일 것이다.¹⁰⁵⁾

V. 기타

그밖에 실무상 의미 있는 판결들의 요지만을 정리하면 아래와 같다.

■ **상호저축은행에 의한 비상장주식 보유를 제한한 상호저축은행법 조항은 단속규정:** 구 상호저축은행법 제18조의2 제1호 및 그 위임을 받은 구 상호저축은행업감독규정 제30조 제1항 제4호는 상호저축은행으로 하여금 ‘비상장회사의 주식은 해당 회사 발행주식총수의 100분의 10 이내’의 한도 내에서만 매입·보유할 수 있도록 정하였다. 그런데 위 규정들은 효력규정이 아니라 단속규정으로 보아야 한다¹⁰⁶⁾(대법원 2024. 6. 17. 선고 2020다291531 판결).¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

■ **신주인수선택권을 행사하여 상장회사 주식 발행을 구할 때의 청구취지:** 전자증권법에 따르면 발행인이 자본시장법 제8조의2 제4항 제1호에 따른 증권시장에 상장하는 주식(“상장주식”) 등을 전자등록의 방법으로 새로 발행하려는 경우 또는 이미 주권 등이 발행된 주식 등을 권리자에게 보유하게 하거나 취득하게 하려는 경우 전자등록기관에 신규 전자등록을 신청하여야 하고(전자증권법 제25조 제1항 제1호), 상장주식은 발행인의 신규 전자

104) 상세한 분석은 노혁준, “합병비율의 불공정성과 소수주주 보호 - 유기적 제도설계를 향하여” 『경영법률』 제26집 제2호, 2016., 96~100면.

105) 노혁준, “주주에 대한 이사의 직접적 의무 명시론에 관한 검토” 『삼일회계법인 거버넌스 포커스』 vol.26, 2024. 10., 15면.

106) 대법원은 그 논거로서 ① 해당 법령에 그 한도를 초과한 주식취득이 무효라는 규정 또는 이를 전제한 규정이 없는 점, ② 한도를 둔 취지는 상호저축은행의 사기업 지배를 제한함과 동시에 관련 시장에서 경쟁을 보장하고 상호저축은행의 부실화를 방지하기 위한 것인바, 이를 위반한 보유가 현저히 반사회적, 반도덕적인 것은 아니고 위반행위의 사법상 효력을 부인하여야만 입법 목적을 달성할 수 있는 것도 아닌 점, ③ 한도에 위반한 주식보유를 무효로 볼 경우, 담보권실행으로 인한 주식취득 등 불가피한 사정이 있는 경우에도 그 효력이 부인되어 주식거래 안전을 해하고 상호저축은행 부실화를 방지하고자 하는 법의 취지에 반할 수 있는 점을 들었다.

107) 피고(상호저축은행)는 A주식회사가 부동산개발사업을 위해 이 사건 부동산을 매수할 때 자금을 대출하였다가, 이후 매수 주체가 특수목적법인인 원고(주식회사)로 바뀌면서 기존 대출을 회수하고 이후에는 원고에 자금대출을 하였다. 한편 매수 주체가 바뀌면서 위 A주식회사, 피고는 B주식회사를 참여시켜 세 회사가 원고 지분을 1/3씩 나눠 갖기로 합의(이 사건 합의)하였고, 이에 따라 피고는 원고 지분 33.33%를 취득하였다. 이후 사업이 성공적으로 종료되었고, 피고는 대출원리금 외에 위 지분 전부의 유상감자를 통해 원고로부터 약 280억 원을 수령하였다. 원고는 상호저축은행법상 허용되는 10%를 넘어 이루어진 지분취득이 무효이므로 이에 해당하는 감자환급금이 부당이득이라고 주장하였다(원고는 그밖에도 (i) 피고는 정관상 허용되지 않는 부동산개발업을 한 것이므로 이 사건 합의는 피고의 관리능력을 벗어난 행위로 무효라는 주장, (ii) 피고가 상호저축은행으로서 지위를 남용하여 정상적 이자, 수수료 이외 이익을 수취한 것은 반사회질서행위(민법 제103조)로 무효라는 주장, (iii) 이 사건 합의가 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위(민법 제104조)로 무효라는 주장을 하였으나, 법원은 이를 받아들이지 않았다). 원심 및 대법원 모두 청구를 기각하였다.

108) 이 판결에 대한 상세한 평석으로, 이혜민, “회사의 관리능력 제한 및 상호저축은행의 유가증권 취득을 제한하는 구 상호저축은행법 규정의 법적 성질: 2024. 6. 17. 선고 2020다291531 판결” 『대법원 판례해설』 제139호, 법원도서관, 2024.

등록 신청이 없더라도 전자증권법 시행일부터 전자등록주식으로 전환된다(전자증권법 부칙 (2016. 3. 22.) 제3조 제1항). 이와 같이 전자등록계좌부에 전자등록된 주식 등에 대해서는 증권 또는 증서를 발행해서는 아니 되고, 이를 위반하여 발행된 증권 또는 증서는 효력이 없으며, 이미 주권 등이 발행된 주식 등이 제25조부터 제27조까지의 규정에 따라 신규 전자등록된 경우 그 전자등록주식 등에 대한 주권 등은 기준일부터 그 효력을 잃는다(전자증권법 제36조). 한편 전자등록주식 등의 양도는 해당 전자등록주식 등이 전자등록된 전자등록기관 또는 계좌관리기관에 대한 신청을 하면 전자등록기관 또는 계좌관리기관이 하는 계좌간 대체의 전자등록으로 이루어진다(전자증권법 제30조). 따라서 전자증권법 시행 이후 상장주식에 대해서는 유효한 주권이 발행되거나 존재할 수 없으므로 주권의 발행 및 인도를 청구할 수 없다(대법원 2024. 7. 25. 선고 2020다273403 판결).¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾

■ **이사인 주주는 이사보수 한도를 정하는 주주총회 결의 시에 특별이해관계인: 피고회사의 이사인 X는 이사의 보수한도액을 정하는 이 사건 결의가 이루어지면 그 한도 내에서 보수를 지급받을 수 있게 되므로 위 결의에 개인적인 이해관계를 가지는 특별이해관계인에 해당한다고 보는 것이 타당하다...** 주주총회에서 결정된 이사의 보수한도액은 향후 개별 이사에 대한 구체적인 보수액을 결정하는 데에 중요한 영향을 미칠 수밖에 없는 점, 주주인 이사의 보수는 회사의 지배에 관한 이해관계가 아니라 해당 주주의 개인적 이해관계와 밀접한 관련이 있는 점 등을 종합하면, X는 이사의 보수한도액 승인에 관한 안전에 대해 특별한 이해관계를 가지고 있는 주주로 보아야 할 것이고, 주주총회에서 개별 이사에 대한 보수액을 결정하는 경우와 이를 달리 볼 것은 아니다(서울중앙지방법원 2024. 5. 31. 선고 2023가합66328 판결(남양유업 주식회사 사건))¹¹¹⁾¹¹²⁾¹¹³⁾

- 109) 원고가 피고(주식회사)를 상대로 주식매수선택권을 행사한 사안인바, 원심은 이를 받아들이면서 “피고는 원고로부터 56,000,000원을 지급받은 다음 원고에게 피고 발행의 보통주식 482,443주를 표창하는 주권을 발행하여 인도하라”고 판결하였다(행사금액이 납입되더라도 피고가 주식발행에 협력하지 않을 사정이 보인다는 이유로 장래이행의 판결이 내려짐). 반면 대법원은 위와 같이 상장주식은 주권 발행이 불가능하다는 이유로 원심을 파기한 것이다. 이후 파기환송심에서 원고는 청구취지를 교환적으로 변경하였고, 이에 따라 서울고등법원 2024. 12. 18. 선고 2024나2035362 판결은 “피고는 원고로부터 56,000,000원을 지급받은 다음 한국예탁결제원에 보통주식 482,443주의 신규 전자등록절차를 이행하고, 위 신규 전자등록 보통주식 482,443주에 관하여 원고 명의의 C 계좌(계좌번호 xxxxx)로 계좌간 대체의 전자등록절차를 이행하라”고 명하였다.
- 110) 과거에도 하급심에서 **상장주식의 이전**을 명하는 주문례는 꽤 있었다. 예컨대 “피고는 원고에게 주식회사 C가 발행한 보통주 주당 액면 금 500원짜리 주식 98,921주를 표창하는 전자등록주식에 관하여, 원고 명의의 D증권 계좌(계좌번호 ㄱㄱㄱㄱㄱ)로 계좌간 대체의 전자등록절차를 이행하라”(서울남부지방법원 2022. 4. 8. 선고 2021가합107405 판결). “피고는 원고에게 별지 목록 주식 10,294주에 관하여 원고 명의의 E증권 계좌(계좌번호 000-0000)로 계좌간 대체의 전자등록절차를 이행하라”(서울고등법원 2024. 7. 26. 선고 2023나2044185 판결) 등이다. 다만 본 사안과 같이 **상장주식의 발행**을 명하는 주문례는 많지 않아 보인다.
- 111) 이와 유사한 취지의 하급심 판결로서 서울고등법원 2015. 4. 23. 선고 2014나2035141 판결, 부산지방법원 서부지원 2023. 9. 22.자 2023카합100154 결정 등.
- 112) 피고회사의 2023. 3. 31. 정기주주총회에서 이사들의 2023년 보수한도를 50억 원으로 하는 안전이 출석주식 수 528,189주 중 436,746주 찬성으로 가결된바 있다. 이에 대하여 감사인 원고는 피고회사 등기이사인 X가 그가 보유한 372,107주의 의결권을 행사한 것이 특별이해관계인의 의결권 행사를 금지한 상법 제368조 제3항에 위반한 것이라고 주장하며 본건 주주총회 결의취소의 소를 제기한 것이다. 이 사건 법원은 원고의 청구를 인용했다.
- 113) 이 판결에 대한 평석으로 정지영, “이사인 주주가 의결권을 행사하여 이사보수한도를 승인한 주주총회결의의 효력: 서울중앙지방법원 2024. 5. 31. 선고 2023가합66328 판결(남양유업 이사보수 사건)” 『BFL』 제127호, 2024., 78면 이하 참조.

< 참고문헌 >

- 김건식/노혁준/천경훈, 『회사법』 제8판, 박영사, 2024.
 - 김종석, “동업약정과 회사설립: 2024. 6. 27. 선고 2022다302022 판결” 『대법원 판례해설』 제139호, 법원도서관, 2024.
 - 김흥기, 『상법강의』 제8판, 박영사, 2024.
 - 노혁준, “합병비율의 불공정성과 소수주주 보호 - 유기적 제도설계를 향하여” 『경영법률』 제26집 제2호, 2016.
 - 노혁준, “주주에 대한 이사의 직접적 의무 명시론에 관한 검토” 『삼일회계법인 거버넌스 포커스』 vol.26, 2024.
 - 박지형, “단주 처리에 관한 법적 문제” 『BFL』 제76호, 2016.
 - 박형준, “하자 있는 주주총회결의의 추인 및 재결의” 『BFL』 제74호, 2015.
 - 송옥렬, 『상법강의』 제12판, 홍문사, 2024.
 - 안태준, “2024년 회사법 판례 회고”, 상사판례학회 2025년 동계공동학술대회 자료집, 2025.
 - 위계찬, “민법상 조합의 법률관계: 조합원 탈퇴와 조합의 해산을 중심으로” 『법과 정책연구』 제21집 제2호, 2021.
 - 이병기, “가격조정조항” 『우호적 M&A의 이론과 실무』 제2권 (천경훈 편저), 도서출판 소화, 2017.
 - 이재환, “법인격남용으로 설립된 신설회사의 소멸시효 항변의 허부: 2024. 3. 28. 선고 2023다265700 판결” 『대법원 판례해설』 제139호, 법원도서관, 2024.
 - 이준영, “법인격 부인과 사례 분석” 『판례연구』 제34집, 부산판례연구회, 2023.
 - 이혜민, “회사의 권리능력 제한 및 상호저축은행의 유가증권 취득을 제한하는 구 상호저축은행법 규정의 법적 성질: 2024. 6. 17. 선고 2020다291531 판결” 『대법원 판례해설』 제139호, 법원도서관, 2024.
 - 이철송, 『회사법강의』 제30판, 박영사, 2022.
 - 임재연, 『회사법(I)』, 박영사, 2013.
 - 장덕조, 『상법강의』 제5판, 법문사, 2023.
 - 정재오, 『조인트벤처』, 경인문화사, 2017.
 - 정재오, “공모형 대규모 개발사업에서의 조인트벤처 법리” 『BFL』 제88호, 2018.
 - 정지영, “이사인 주주가 의결권을 행사하여 이사보수한도를 승인한 주주총회결의의 효력: 서울중앙지방법원 2024. 5. 31. 선고 2023가합66328 판결(남양유업 이사보수 사건)” 『BFL』 제127호, 2024.
 - 김대휘/김신 편집대표, 『주석형법: 형법각칙 VI』 제5판 (노태약 집필부분), 한국사법행정학회 (2017).
 - 광윤직 집필대표, 『민법주해 XVI: 채권(9)』 (김재형 집필부분), 박영사, 1997.
 - 김용덕 편집대표, 『주석 민법: 총칙(3)』 제5판 (권순민 집필부분), 한국사법행정학회, 2019.
- 주제어** : 법인격부인, 진술 및 보증조항, 이사의 충실의무, 이사해임, 동업약정, 추인 결의
- Keywords** : piercing the corporate veil, representations and warranties, duty of loyalty, removal of a director, partnership agreement, ratification resolution