

부산고등법원 2017. 6. 14 선고 2016나51927 판결 [소유권이전등기말소청구의 소]

재판경과

부산고등법원 2017. 6. 14 선고 2016나51927 판결

울산지방법원 2016. 3. 23 선고 2015가합23198 판결

전문

원고, 피항소인A

피고, 항소인유한회사 C

변론종결 2017. 5. 10.

판결 선고 2017. 6. 14.

제1심판결울산지방법원 2016. 3. 23. 선고 2015가합23198 판결

주문

1. 이 사건 항소를 각하한다.
2. 항소비용은 D이 부담한다.

N

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 울산지방법원 2013. 8. 28. 접수 제70322호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2015. 11. 20. 피고를 상대로 청구취지 기재와 같은 판결을 구하는 소송을 제기하였다. 피고는 2015. 11. 27. 이 사건 소장 부분을 송달받고도 30일 이내에 답변서를 제출하지 아니하였다. 이에 제1심법원은 2016. 3. 23. 변론 없이 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 위 판결 정본은 2016. 3. 30. 피고에게 송달되었다.

나. D은 2016. 4. 4. 'E을 피고 회사의 대표이사에서 해임하고, D을 피고 회사의 대표이사로 선임한다'는 내용의 2016. 3. 30.자 사원총회결의서 등을 첨부하여 변경등기 신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 E이 2016. 3. 30. 피고 회사의 대표이사에서 해임되고, D이 같은 날 피고 회사의 대표이사로 취임한 것으로 등재되었다. D은 위와 같은 변경등기가 경료된 이후인 2016. 4. 7. 피고 회사의 대표이사 자격으로 이 사건 항소를 제기하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 11, 12호증, 을 32호증의 16의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 항소의 적법 여부에 대한 직권 판단

가. 인정사실

1) 원고와 피고 사이의 매매계약체결 등 가) 별지 목록 1. 기재 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)에 관하여 2000. 11. 30. 원고 앞으로 소유권이전등기가 경료되었고, 별지 목록 2. 기재 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)에 관하여 2001. 5. 28. 원고 앞으로 소유권보존등기가 경료되었다. 별지 기재

각 부동산(이하 통틀어 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 2012. 2. 1. 근저당권자 동울산새마을금고, 채무자 F(원고의 처), 채권최고액 29억 1,200만 원으로 하는 내용의 근저당권설정등기가 경료되었다.

나) 이 사건 부동산 중 일부를 임차하여 영업을 하던 D은 이 사건 부동산과 울산 동구 G 토지 및 건물(그 소유자는 H이다)을 법인 명의로 매수한 다음 그 지상에 아파트와 상가를 신축하는 사업(이하 '이 사건 사업')을 추진하려 하였다. D은 이 사건 사업을 추진하기 위하여 2013. 1. 8. 피고 회사를 설립하고 그 대표이사로 취임하였다.

다) 원고와 피고 및 D은 2013. 8. 23. 이 사건 부동산에 관하여 매매대금을 50억 원으로 정하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 매매계약에는 아래와 같은 내용이 포함되어 있다.

[이 사건 매매계약]

제3조(매매대금의 지급방법)

1. 계약금 4억 원은 계약이전에 갑(원고)이 을(피고 및 D)로부터 지급받았다.
2. 중도금 및 잔금 46억 원 중 5억 원은 현금으로 을이 갑에게 지급한다(5억 원 중 우선 1억 5,000만 원을 2013. 8. 23. 지급하고, 나머지 3억 5,000만 원은 2013. 8. 30.까지 지급한다).
3. 중도금 및 잔금 41억 원 중 27억 원은 이 사건 부동산의 근저당채무 22억 5,000만원(동울산새마을금고 채권최고액 29억 1,200만 원)을 을의 명의로 인수하고, 현재 이 사건 건물에 입주되어 있는 임차인들의 전세보증금 및 갑과 을의 채무를 모두 정산한 것으로 갈음한다.
4. 중도금 및 잔금 14억 원은 이 사건 부동산에 신축할 34평형 아파트 1세대와 상가 70평을 을이 갑에게 분양하는 것으로 갈음한다.

제4조(양도소득세의 부담)

을은 이 사건 매매계약으로 인해 발생하는 갑의 양도소득세를 부담한다. 이 사건 계약 이후에 을이 2013. 10. 15.까지 양도소득세를 납부하지 않음으로 인해 문제가 발생할 경우에는 이 사건 계약은 무효로 하며, 갑에게 다시 이 사건 부동산의 명의를 이전해 주어야 하고 이로 인해 발생하는 모든 비용은 을이 책임진다(갑은 을이 위 양도소득세를 납부하게 되면 이 사건 부동산에 기입된

채권최고액 3억 5,000만 원의 근저당권설정등기를 해지한다).

라) 이 사건 부동산에 관하여 2013. 8. 28. 피고 앞으로 소유권이전등기가 경료되었고, 같은 날 근저당권자 원고, 채무자 피고, 채권최고액 3억 5,000만 원으로 하는 내용의 근저당권설정등기가 경료되었다.

마) D은 이 사건 매매계약에 따른 매매대금지급의무 등을 제대로 이행하지 못하게 되자, 일정한 기한까지 약속을 지키지 못하면 원상복구하겠다는 취지의 확인서를 여러 차례 작성하여 원고에게 교부하여 주었다. D은 2014. 5. 24.에 이르러서는 아래와 같은 내용의 확인서를 작성하여 원고에게 교부하여 주었다.

[2014. 5. 24.자 확인서]

본인의 형편상 약속을 여러 번 지키지 못하게 되었음에도 원고에게 원상복구의 시간을 미루어가며 많은 피해를 주게 되었으며 또 다시 본인의 원만한 사업진행을 위해 원고에게 선택의 여지없이 기존사업의 진행에 변화(상호변경, 대표자변경, 지분변경 등)에 처하게 하였습니다. 그런데 이 또한 계속 진행할 수 없게 되어 원고가 원상복구를 하게 되었음을 인정하며 이에 이의를 제기하지 않음(소송 제기하지 않음)을 확인합니다.

바) D은 2014. 3. 31. 피고 회사의 지분을 E에게 모두 양도한 이후 이 사건 사업에 관여하지 아니하다가 2014. 7.경부터 다시 이 사건 사업에 관여하였다. D은 2014. 10.경까지 이 사건 사업의 추진을 위하여 노력하였으나 성과를 거두지 못하게 되자, 2014. 10. 26. 아래와 같은 내용의 확인서를 작성하여 원고에게 교부하여 주었다.

[2014. 10. 26.자 확인서]

2014. 10. 26. 주유소 부지에서 있었던 일, I 호텔에서 있었던 일 등으로 복잡해진 상황에 확인을 지고 D은 이 사건 부동산이 계약대로 원상복구되어도 이의를 제기하지 않겠습니다.

2) 피고 회사의 지분양도계약 체결경위 등 가) 피고 회사는 2013. 1. 8. 부동산개발업 등을 목적으로 설립된 유한회사로서 설립 당시의 자본금은 1억 원이었으며, 그 출자좌수 10,000좌는 D과 J(D의 처)가 각 5,000좌씩 보유하고 있었다. 피고 회사의 자본금이 2013. 8. 16. 3억 원으로 증액되면서 그 출자좌수가 30,000좌로 증가하였다. 신규 출자좌수 20,000좌를 D과 J가 각 1/2씩 인수함에 따라

D과 J가 피고 회사의 지분 각 15,000좌를 보유하게 되었다.

나) D은 2014. 1. 14. 피고 회사의 대표이사직을 사임한 한편, 사원총회 결의를 통해 K을 대표이사로 선임하였다. K은 2014. 1. 14. 피고 회사의 법인등기부에 대표이사로 등재되었다.

다) D은 2014. 1. 18. E과 사이에 E이 이 사건 사업의 투자금 유치 등의 업무를 담당하되 E에게 수익금의 10%를 지급하고 E을 피고 회사의 이사로 등재하기로 하는 내용의 약정을 체결하였다. E은 2014. 2. 24. 피고 회사의 법인등기부에 이사로 등재되었다.

라) D은 2014. 3.경에 이르러 이 사건 사업을 더 이상 추진하기 어렵게 되자 자신과 J가 보유한 지분 전부를 E에게 양도하기로 하고 2014. 3. 31. 아래와 같은 내용의 지분양도계약(이하 '이 사건 제1양도계약'이라 한다)을 체결하였다.

[이 사건 제1양도계약]

1. 갑(K, D 및 J를 말한다)은 대표이사 및 이사 사퇴에 따른 각 주식보유지분을 을(E)에게 전부 포기(갑은 을에게 주식명의개서절차를 이행한다)하는 대신 배당금으로 10억 원을 지급받기로 한다.

2. 2013. 3. 26. 이 사건 부동산에 기재되어 있는 근저당권자들의 각 근저당권말소등기를 접수하는 무렵(2014. 4. 15.경)에 을은 갑에게 1억 원을 지급하기로 한다. 단 이러한 1억 원은 피고 법인 통장으로 입금한다.

3. D 이사(실질적으로는 피고 회사의 회장이다)는 주식포기 등 비록 피고 회사에서 물러나지만 피고 회사가 추진하는 공사와 관련된 인·허가 사항에 대하여 신의성실의 원칙하에 대외 업무수행 등 적극적으로 최선을 다하기로 하고, 위와 같이 추진하는 공사와 관련하여 사업종료 후 을은 갑에게 나머지 9억 원을 지급하고 이러한 9억 원은 피고 회사의 법인 통장으로 지급한다. 단 위 2항에 기하여 근저당권자들의 각 근저당권말소등기를 접수하는 무렵(2014. 4. 15.경)에 을이 갑에게 1억 원이 아닌 4억 원을 지급할 경우에는 3항의 9억 원은 지급하지 않기로 한다.

4. 위 2항 기재 근저당권자들 외에 2014. 2. 19. 이전 및 이후 피고 회사의 제3의 채권자들의 채무(우발적 채무)가 발생할 경우 이러한 채무(우발적 채무)와 관련하여 갑 중 D이 채무를 부담하고 민·형사상 책임을 부담한다. 또한 이러한 채무(우발적 채무)가 발생될 경우 D은 발생한 채무금의 2배를 변상 또는 위 약정금에서 공제하기로 한다.

첨부 별지 : C 대출금 확인서(2014. 2. 19.자)

1	2012. 2. 1.	동울산 새마을금고	F	2,912,000,000원	2,240,000,000원	
2	2012. 2. 24.	미래저축은행	D	650,000,000원	450,000,000원	
3	2013. 8. 27.	A(원고)	피고	350,000,000원	350,000,000원	
4	2013. 9. 2.	L	피고	300,000,000원	300,000,000원	
5	2013. 10. 25.	M	피고	150,000,000원	150,000,000원	
6	2013. 12. 13.	N	피고	400,000,000원	400,000,000원	P 포함
7	2013. 12. 24.	Q	피고	80,000,000원	80,000,000원	협의
8	2013. 12. 24.	R	피고	140,000,000원	140,000,000원	원의
합계	4,982,000,000	4,120,000,000원				

마) 이 사건 제1양도계약이 체결된 이후, 피고 회사의 법인등기부에는 대표이사 K이 2014. 4. 18. 해임되고, 이사 D, J가 같은 날 각 사임한 것으로 등재되었다. 이로 인해 2014. 4. 18.부터 2014. 5. 8.까지 사이에는 E이 피고 회사의 유일한 이사로 남게 되었다. E은 2014. 5. 8. S을 피고 회사의 대표이사로 선임하는 내용의 총사원 동의서를 작성하여 변경등기신청을 하도록 하였는데, 거기에 첨부된 2014. 5. 8.자 사원명부에는 D이 피고 회사의 지분 30,000좌를 모두 보유한 것으로 기재되어 있다. 피고 회사의 법인등기부에는 S이 2014. 5. 8. 대표이사로 취임한 것으로 등재되었다.

바) D은 2014. 7.경 E에게 "자신이 알고 있는 지인으로부터 사업자금을 유치해 와서 이 사건 사업을 추진할 수 있는데, 자신에게 지분이 있고 대표이사로 등재되어야만 자금을 유치해 올 수 있다. 2014. 7. 27.까지만 시간을 달라."는 취지로 말하였다. 이에 E과 D, F는 2014. 7. 7. 아래와 같은 내용의 지분양도계약(이하 '이 사건 제2양도계약'이라 한다)을 체결하였다.

[이 사건 제2양도계약]

1. 갑(E)은 갑이 소유하고 있는 피고 회사의 지분 100%(30,000좌)를 을(D)과 병(F)에게 50%(15,000좌)씩 각각 양도한다.
2. 울산 동구 G, T 소재 사업부지와 관련된 채권(별지 참조)의 부채를 인수받아 설정 해지하고 본 사업을 진행함이 갑이 을과 병에게 지분을 양도하는 조건이다.

3. 갑과 을, 병의 계약기한은 본 계약서 작성일 이후 20일로 한다.

첨부 별지 : C 채무금 내역서(2014. 7. 7. 기준)

1	A(원고)	350,000,000
2	L	300,000,000
3	M	200,000,000
4	N	400,000,000
5	Q	80,000,000
6	R	140,000,000
7	U	363,000,000
8	V	50,000,000
9	W	150,000,000
10	메카종합건설	65,000,000
11	X	100,000,000
12	Y	50,000,000
13	향우회 기타	74,000,000
14	동울산 세무서	656,508,240
15	동울산 새마을금고	2,240,000,000
16	미래저축은행	450,000,000
합계	5,668,508,240	

사) D은 2014. 7. 7. 이 사건 제2양도계약을 체결하면서 아래와 같은 내용의 지분포기확인서를 작성하여 E에게 교부하여 주었다.

[지분포기확인서]

1. 2014. 7. 7. 작성한 지분양도양수계약이 2014. 7. 27.까지 계약내용 미이행 및 진행이 안될시 또는 E이 더 이상 진행이 어렵다고 판단되면 그 즉시 을(D)은 갑(E)에게 지분 50%(15,000좌)를 양도한다. 단 지분양도, 이사 사임 등 법인 관련 이사 사임 및 지분포기 서류 일체를 E이 정한 법률사무소에 을이 제공하여 보관한다. (이하 생략)

아) 이 사건 제2양도계약이 체결된 직후인 2014. 7. 8. D이 대표이사로 취임하고 S은 대표이사직을

사임하며(다만 이사직은 유지함) E도 이사직을 사임한 것으로 피고 회사의 법인등기부에 등재되었다. D은 2014. 10.경까지 이 사건 사업을 추진하기 위해 노력하였으나 피고 회사의 부채를 정리하는 등의 성과를 거두지 못하였다. 이에 E은 피고 회사의 유일한 사원임을 전제로 2014. 10. 30.자 총사원 동의서(피고 회사의 임원변경에 대하여 동의한다는 취지이다)를 작성한 다음, 피고 회사의 이사 S으로 하여금 변경등기신청을 하도록 하였다. 이에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 D이 2014. 10. 30. 대표이사 및 이사직을 사임한 것으로 등재되었다.

3) E과 D 사이의 분쟁경위 등 가) D은 2015. 2. 5. E을 상대로 사원권 확인소송(울산지방법원 2015가합652호)을 제기하였다. D은 위 소송에서 "이 사건 제2양도계약에 따라 E이 보유하던 지분 30,000좌 중 15,000좌를 양도받았는데, E이 그 양도사실을 부인하고 있다. 이와 같은 상황에서 D 명의로 사원명부상의 사원명의를 변경하기 위해서는 15,000좌에 관한 사원권이 D에게 있다는 확인의 소를 제기하여 그 판결을 받아 회사에 제출하여야 한다."는 취지로 주장하였다. D은 위 소송이 계속 중이던 2015. 10. 14. 위 소송을 취하하였다.

나) E은 2015. 7. 10. 자신을 피고 회사의 대표이사 및 이사로 선임하는 내용의 총사원 동의서를 작성한 다음, 위 총사원 동의서 등을 첨부하여 변경등기신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 E이 2015. 7. 10. 피고 회사의 대표이사로 취임한 것으로 등재되었다. 그런데 D은 2016. 1. 22. E, S을 대표이사 및 이사에서 각 해임하고 D, J를 대표이사 및 이사로 각 선임하는 내용의 사원총회 결의서를 작성한 다음, 위 사원총회 결의서와 2016. 1. 22.자 사원명부(D, J가 피고 회사의 지분 각 15,000좌를 보유하고 있는 것으로 기재되어 있다)를 첨부하여 변경등기신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 E, S이 2016. 1. 22. 대표이사 또는 이사에서 각 해임되고 D, J가 같은 날 대표이사 또는 이사로 각 선임된 것으로 등재되었다.

다) E은 2016. 2. 1. D, J를 대표이사 및 이사에서 각 해임하고 E, S을 대표이사 및 이사로 각 선임하는 내용의 총사원 동의서를 작성한 다음, 위 총사원 동의서와 2016. 2. 1.자 사원명부(E이 피고 회사의 지분 30,000좌 전부를 보유한 1인 사원으로 기재되어 있다)를 첨부하여 변경등기신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 D, J가 2016. 2. 1. 대표이사 또는 이사에서 각 해임되고 E, S이 같은 날 대표이사 또는 이사로 각 취임한 것으로 등재되었다.

라) D은 2016. 3. 30. E, S을 대표이사 및 이사에서 각 해임하고 D, J를 대표이사 및 이사로 각 선임하는 내용의 사원총회 의사록을 작성한 다음(이하 위 의사록에 기한 사원총회결의를 '이 사건 사원총회결의'라 한다), 위 사원총회 의사록과 2016. 3. 30.자 사원명부(D, J가 피고 회사의 지분 각 15,000좌를 보유하고 있는 것으로 기재되어 있다)를 첨부하여 변경등기신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 E, S이 2016. 3. 30. 대표이사 또는 이사에서 각 해임되고 D, J가 같은 날 대표이사 또는 이사로 각 취임한 것으로 등재되었다.

마) E과 D은 그 이후에도 여러 차례에 걸쳐 위와 같은 방식으로 변경등기신청을 하였다. 그에 따라 피고 회사의 법인등기부에는 그 대표이사가 아래 [도표] 순번 9항부터 17항 기재와 같이 여러 차례 변경된 것처럼 등재되었다(Z는 D, J의 사원총회결의를 통해 대표이사로 선임된 사람이다).

[도표] 피고 회사의 법인등기부상 대표이사 변경 내역

1	D	2013. 1. 8. ~ 2014. 1. 14.
2	K	2014. 1. 14. ~ 2014. 4. 18.
3	S	2014. 5. 8. ~ 2014. 7. 8.
4	D	2014. 7. 8. ~ 2014. 10. 30.
5	E	2015. 7. 10. ~ 2016. 1. 22.
6	D	2016. 1. 22. ~ 2016. 2. 1.
7	E	2016. 2. 1. ~ 2016. 3. 30.
8	D	2016. 3. 30. ~ 2016. 8. 1.
9	E	2016. 8. 1. ~ 2016. 8. 5.
10	D	2016. 8. 5. ~ 2016. 8. 16.
11	E	2016. 8. 16. ~ 2016. 8. 18.
12	Z	2016. 8. 18. ~ 2016. 10. 26.
13	E	2016. 10. 26. ~ 2016. 11. 2.
14	Z	2016. 11. 2. ~ 2017. 1. 9.
15	E	2017. 1. 9. ~ 2017. 1. 16.
16	S	2017. 1. 16. ~ 2017. 1. 18.
17	Z	2017. 1. 18. ~ 현재 등기부상 대표이사

[인정근거] 갑 1호증, 갑 2호증의 1, 2, 갑 3호증의 1 내지 6, 갑 6호증, 갑 12호증의 1, 21), 갑 13호증, 갑 17호증의 1 내지 6, 을 4호증의 1, 2, 을 5, 8호증, 을 32호증의 1 내지 29, 을 34호증의 6, 을 35호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

나. 판단

1) 판단의 전제 상법에 따라 등기할 사항에 관하여 등기를 하더라도 그와 같은 등기에는 공신력이 인정되지 않으며(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다19321 판결), 회사설립등기와 같은 특별한 경우 이외에는 창설적 효력도 인정되지 않는다. 한편 실체법상의 거래행위가 아닌 소송행위에 대하여는 상법 제37조의 규정이 적용되지 아니하므로, 당사자인 회사를 대표하여 소송을 제기한 자가 정당한 대표권을 가진 자인지 여부는 등기부 기재에도 불구하고 그 실체관계에 따라 판단하여야 한다.

2) 피고 회사의 사원권(지분) 귀속에 대한 판단 가) 2014. 3.경 당시에 피고 회사의 사원은 D와 J 2명으로서 그들은 피고 회사의 지분 15,000좌씩을 보유하고 있었던 사실, D와 J는 2014. 3. 31. 이 사건 제1양도계약을 체결하여 그 지분을 E에게 모두 양도한 사실은 앞서 본 바와 같다. 한편 아래와 같은 사정을 모두 종합하여 보면, 피고 회사의 사원명부에는 원래 D, J가 각 15,000좌의 지분을 보유하고 있는 것으로 기재되어 있었으나, 2014. 5.경 E이 30,000좌의 지분을 보유하고 있는 것으로 그 기재가 변경됨으로써 적법한 명의개서절차가 이루어진 것으로 판단된다.

① E은 피고 회사의 1인 사원으로서 2014. 5. 8. S을 피고 회사의 대표이사로 선임하는 내용의 총사원 동의서를 작성하였다. 위 총사원 동의서에는 2014. 5. 8.자 사원명부가 첨부되어 있는데, 거기에는 E이 피고 회사의 지분 30,000좌를 모두 보유한 것으로 기재되어 있다. 2014. 3.경 이전에 작성된 피고 회사의 사원명부에는 D, J가 피고 회사의 지분 각 15,000좌씩을 보유한 것으로 기재되어 있었는데, 2014. 5.경에 이르러 위와 같이 사원명부의 기재가 변경된 것은 이 사건 제1양도계약에 터잡은 것으로 보인다. 이는 이 사건 제1양도계약 제1항의 내용(D, J는 E 앞으로 명의개서절차를 이행한다)에 의하여서도 뒷받침된다.

② 이 사건 제1양도계약을 체결한 이후인 2014. 4. 18. K이 대표이사 및 이사직에서 해임되고, D, J가 이사직을 각 사임함에 따라 2014. 5. 8. 이전까지 피고 회사의 유일한 이사는 E이었다. E은 상법 제562조2)의 규정에 따라 피고 회사의 대표자로서 사원명부를 작성할 권한이 있었으므로, E이

2014. 5. 8.자로 작성한 사원명부는 정당한 권원에 의하여 작성된 것으로 볼 수 있다3) .

③ D은 2015. 2. 5. E을 상대로 사원권확인소송을 제기하면서 "이 사건 제2양도계약에 따라 E이 보유하고 있던 지분 중 15,000좌를 양도받았는데, D 명의로 사원명의를 변경하기 위해서는 15,000좌에 관한 사원권이 D에게 있다는 확인의 소를 제기하여 그 판결을 회사에 제출하여야 한다."라는 취지로 주장하였다. 이와 같은 D의 주장에 의하더라도, 2014. 5.경 E 앞으로 적법하게 명의개서절차가 이루어진 것으로 보인다.

④ D과 F는 2014. 7. 7. E이 피고 회사의 지분 전부를 보유한 사원임을 전제로 E으로부터 피고 회사의 지분 50%씩을 양도받기로 하는 내용의 이 사건 제2양도계약을 체결한 바 있다. 이 사건 제2양도계약의 체결경위와 그 내용에 비추어 보더라도, 2014. 5.경 이루어진 명의개서절차는 적법하게 이루어진 것으로 판단된다4) .

나) 위와 같이 D, J가 보유하고 있던 피고 회사의 지분은 이 사건 제1양도계약에 따라 E에게 모두 양도되었고, E은 2014. 5.경 상법 제557조5) 소정의 대항요건을 갖춘 것으로 판단된다.

이에 대하여 피고는, 'E은 이 사건 제1양도계약에 따라 D과 J에게 10억 원을 지급할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하였고, D과 J는 2015. 12. 1.경 위와 같은 채무불이행을 이유로 이 사건 제1양도계약을 해제하였다.'는 취지로 주장한다6) .

먼저 이 사건 제1양도계약 제3항에서 정하고 있는 양도대금 9억 원은 그 지급시기를 사업 종료 후로 정하고 있음은 앞서 본 바와 같은데, 이 사건 사업이 종료되었다는 사실을 인정할 만한 아무런 증거도 없다. 피고의 이 부분 주장은 더 나아가 판단할 것 없이 이유 없다.

한편 이 사건 제1양도계약 제2항에서 정하고 있는 양도대금 1억 원을 E이 그 정하여진 기한(2014. 4. 15.경)까지 지급하지 아니하였다고 하더라도, D과 J의 계약해제는 여전히 부적법한 것으로 판단된다. 그 구체적인 이유는 아래와 같다.

① 을 7호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, D과 J가 2015. 12. 1.경 'E의 양도대금 지급의무 불이행을 이유로 이 사건 제1양도계약을 해제한다.'는 취지의 통보서를 E에게 보낸 사실은 인정된다. 그러나 이행지체를 이유로 계약을 해제하려면 특별한 사정이 없는 한 채무이행에 대한 최고를 하여야 하는 것인데, D과 J가 위와 같은 계약해제통보를 하기 이전에 E에게 최고를 하였다는 사실을 인정할 만한

아무런 증거도 없다. 피고의 이 부분 주장은 이러한 점에서 벌써 이유 없다.

② 갑 2호증의 1, 2, 갑 15호증, 갑 18호증의 1, 2, 3, 4, 7, 을 34호증의 6의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, U이 2014. 3. 17. 피고 회사를 상대로 3억 6,300만 원의 설계비 채권을 피보전권리로 삼아 부동산가압류결정(울산지방법원 2014카합205)을 받은 사실, 피고 회사는 2014. 1. 23. V로부터 5,000만 원을 차용하였는데, V는 위 대여금채권을 담보하기 위하여 2014. 4. 2. 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 8,000만 원의 근저당권설정등기를 경료한 사실, 피고 회사는 2014. 3. 25. W에게 1억 5,000만 원의 채무가 있음을 인정하는 내용의 확인서를 작성하여 주었는데, W은 2014. 4. 29. 피고 회사를 상대로 위 1억 5,000만 원의 채권을 피보전권리로 삼아 부동산가압류결정(울산지방법원 2014카합351)을 사실, 피고 회사는 2013. 8. 26. 유한회사 메카종합건설로부터 1억 5,000만 원을 차용하면서 금전소비대차계약 공정증서(공증인가 법무법인 태화 증서 2013년 제850호)를 작성하여 준 사실, 피고 회사는 2013. 7. 5. P으로부터 1억 2,000만 원을 차용하면서 금전소비대차계약 공정증서(법무법인 정우 증서 2013년 제3108호)를 작성하여 주었는데, P은 위 공정증서를 집행권원으로 삼아 2014. 5. 22. 이 사건 부동산에 대한 강제경매개시결정(울산지방법원 AA)을 받은 사실, 이 사건 제1양도계약이 체결된 직후 위와 같은 채무가 있음이 드러나자 E은 이 사건 제1양도계약에서 정한 양도대금을 지급하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 피고 회사가 U, V, W, 유한회사 메카종합건설, P에 대하여 부담하는 채무는 이 사건 제1양도계약의 첨부 별지에 기재된 채무에 포함되지 않은 것으로서 이 사건 제1양도계약 제4항에서 정하고 있는 우발적 채무에 해당하는 것임이 분명하다(이 사건 제1양도계약의 첨부 별지에 기재된 채무내역과 이 사건 제2양도계약의 첨부 별지에 기재된 채무내역을 비교하여 보더라도, 위와 같은 채무가 이 사건 제1양도계약 제4항 소정의 우발적 채무에 해당하는 것임을 충분히 알 수 있다). 한편 이 사건 제1양도계약 제4항은 우발적 채무가 발생하는 경우에 그 채무액의 2배에 상당한 금액을 E이 지급하기로 한 양도대금에서 공제할 수 있도록 정하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, E이 위와 같은 우발적 채무의 발생을 이유로 양도대금의 지급을 거절한 것은 정당한 이유가 있다고 판단된다. 따라서 E이 이 사건 제1양도계약 제2항에서 정하고 있는 양도대금 1억 원을

지급하지 아니하였다고 하더라도, 그와 같은 채무불이행에 대하여 E에게 귀책사유가 있다고 볼 수 없다. 이러한 점을 지적하는 원고의 주장은 이유 있다.

피고는 다시, '이 사건 제1양도계약에서 정한 채무를 E이 이행하지 아니하여 지분을 되돌려 받기로 약정하고 그에 따라 이 사건 제2양도계약을 체결하였는데, 이 사건 제2양도계약 중 피고 회사의 지분 50%를 F에게 양도하기로 한 부분은 D이 F에게 담보목적으로 양도한 것이거나 명의신탁한 것이므로, 결국 피고 회사의 지분은 D에게 전부 귀속된 것으로 보아야 한다.'는 취지로 주장한다.

살피건대 이 사건 제2양도계약 제2항, 제3항의 내용과 같은 날 작성된 지분포기확인서의 내용에 의하면, E과 D은 이 사건 제2양도계약의 첨부 별지에 기재된 피고 회사의 부채가 2014. 7. 27.까지 정리되지 않는 것을 해제조건으로 삼아 E이 보유하고 있던 피고 회사의 지분 중 50%를 D에게 양도하기로 약정한 것으로 봄이 상당하다7) (이 사건 제2양도계약이 E의 채무불이행으로 인해 체결된 것이라는 피고의 주장은 아무런 근거도 없는 것일 뿐만 아니라 이 사건 제2양도계약의 문언내용8)이나 상황논리9) 에도 배치되는 것으로서 도저히 받아들일 수 없다).

그런데 갑 2호증의 1, 2, 을 34호증의 6의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 이 사건 제2양도계약의 첨부 별지에 기재된 피고 회사의 부채가 2014. 7. 27.까지 정리되지 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 제2양도계약 중 D에 대한 부분은 해제조건의 성취로 인하여 그 효력을 상실한 것으로 판단된다.

한편 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우에, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 유한회사의 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 D이 피고 회사의 사원으로서 그 의결권 등 사원권을 적법하게 행사할 수 있으려면, 이 사건 제2양도계약에 터 잡아 명의개서절차가 적법하게 이루어져야 한다. 그러나 그와 같은 명의개서절차가 이루어졌다는 사실을 인정할 만한 아무런 증거도 없다. 피고의 이 부분 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

3) 이 사건 사원총회결의의 효력 가) 피고 회사의 정관 제17조에 의하면 이사와 대표이사는 사원총회의 결의에 의해 선임하도록 규정되어 있다. 이 사건 사원총회결의는 2016. 3. 30. 현재 D,

J가 피고 회사의 직원임을 전제로 그들이 직원총회를 개최하여 D, J를 이사로 각 선임하고 D을 대표이사로 선임하였다는 것이다.

그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 2016. 3. 30.은 물론이고 그 이후로도 피고 회사에 대하여 의결권 등 직원권을 행사할 수 있는 직원은 E 1인이라고 보아야 하고, D과 J는 피고 회사에 대하여 의결권 등 직원권을 행사할 수 있는 직원에 해당하지 않는 것으로 판단된다.

① 이 사건 제1양도계약이 해제되었다고 볼 수 없으며, 이 사건 제1양도계약에 따라 2014. 5.경 E 앞으로 적법하게 명의개서절차가 이루어졌음은 앞서 본 바와 같다. 따라서 E은 2014. 5.경 이후부터 피고 회사에 대하여 의결권 등 직원권을 행사할 수 있는 유일한 직원이었다.

② 이 사건 제2양도계약 이후에 피고 회사의 지분변동을 일으킬 만한 계약이 체결된 사실은 없다. 한편 이 사건 제2양도계약 중 D에 대한 부분은 해제조건의 성취로 인하여 실효된 것으로 판단된다. 뿐만 아니라 이 사건 제2양도계약에 터 잡아 적법하게 명의개서절차가 이루어진 사실도 없다. 사정이 이와 같다면, 이 사건 제2양도계약에도 불구하고 D과 F는 피고 회사에 대하여 의결권 등 직원권을 행사할 수 없다.

③ D은 앞서 본 바와 같이 자신과 J가 피고 회사의 직원이라는 취지의 직원명부를 첨부하여 여러 차례에 걸쳐 변경등기신청을 하였다. 그러나 D이 작성한 직원명부는 피고 회사의 대표자나 업무집행기관도 아닌 D이 임의로 작성한 것에 불과하다. 따라서 그와 같은 직원명부의 기재에도 불구하고 적법하게 명의개서절차가 이루어진 것이라고 볼 수 없다.

나) 이 사건 직원총회결의는 피고 회사의 직원이 아닌 D, J가 직원자격을 참칭하여 이루어진 것에 불과하므로 그 효력을 인정할 수 없다. 이 사건 직원총회결의에 터 잡아 D이 대표이사로 선임되었다고 하더라도 D은 피고 회사의 적법한 대표자라고 볼 수 없다. 결국 D이 피고 회사의 대표자로서 제기한 이 사건 항소는 권한 없는 자가 제기한 것으로서 부적법하다.

이에 대하여 피고는, '피고 회사의 대표이사인 Z가 D의 소송행위를 추인하였으므로, D이 피고 회사의 대표자로서 제기한 항소는 적법하다.'는 취지로 주장한다. 그러나 Z를 피고 회사의 대표이사로 선임한 직원총회결의도 D, J가 피고 회사의 직원임을 전제로 이루어진 것임은 앞서 본 바와 같으므로, Z 역시 피고 회사의 적법한 대표자라고 볼 수 없다. 적법한 대표자가 아닌 Z가 D의 소송행위를 추인하더라도

그와 같은 추인을 통해 소송행위의 하자가 치유될 수는 없다. 피고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 항소는 부적법하므로 이를 각하하되, 항소비용은 민사소송법 제108조, 제107조 제2항에 따라 피고 회사의 대표자로서 이 사건 항소를 제기한 D이 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사손지호

판사김종기

판사구자현

별지

1) 갑 12호증의 2는 D 이름 다음의 인영부분에 다름이 없으므로 그 문서전체의 진정성립이 추정된다. 이에 대하여 피고는 '갑 12호증의 2는 인장 도용에 의해 위조되었다.'는 취지로 주장한다. 그러나 을 34호증의 11, 12, 13, 을 41호증의 각 기재 또는 영상만으로는 위 주장을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

2) 제562조 [회사대표]

① 이사는 회사를 대표한다.

② 이사가 수인인 경우에 정관에 다른 정함이 없으면 직원총회에서 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다.

3) 이에 대하여 피고는, '관할 세무서에 제출된 주식등 변동상황명세서에 의하면 피고 회사의 지분은 여전히 D, J가 보유하고 있는 것으로 되어 있으므로, E 앞으로 명의개서절차는 이루어지지 않은 것으로 보아야 한다.'는 취지로 주장한다. 그러나 유한회사의 지분 변경과 관련된 명의개서절차는 관할 세무서에 대한 신고를 통해 이루어지는 것이 아니라 유한회사 내부에서 업무집행기관에 의하여 이루어지는 것이므로, 피고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4) 갑 7호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 이 사건 제1양도계약이 체결된 이후인 2014. 4. 9.경 J는

E에게 피고 회사의 지분 15,000좌를 양도하고, D은 F에게 피고 회사의 지분 15,000좌를 양도하는 내용의 지분양도계약이 체결된 사실은 인정된다. 그런데 위 2014. 4. 9.자 지분양도계약은 그에 따른 명의개서절차가 이루어지지 아니한 상태에서 이 사건 제1양도계약에 따른 명의개서절차가 이루어졌을 뿐만 아니라 그와 양립할 수 없는 내용의 이 사건 제2양도계약이 2014. 7. 7. 체결되었던 점 등에 비추어 보면 이행불능에 이르렀거나 묵시적으로 합의해제된 것으로 보인다.

5) 제557조 [지분이전의 대항요건]

지분의 이전은 취득자의 성명, 주소와 그 목적이 되는 출자좌수를 사원명부에 기재하지 아니하면 이로써 회사와 제삼자에게 대항하지 못한다.

6) 피고는, '이 사건 제1양도계약은 10억 원을 지급하기로 한 조건부 약정인데, 그와 같은 조건이 이행되지 않았으므로 이 사건 제1양도계약은 그 효력을 상실하였다.'는 취지로도 주장한다. 그러나 이 사건 제1양도계약에서 정한 10억 원의 지급의무가 어떠한 조건을 부가한 것이라고 볼 수는 없으므로, 피고의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단하지 아니한다.

7) F가 담보목적으로 피고 회사의 지분 50%를 양도받은 것인지 여부는 불분명하다. 설령 피고가 주장하는 바와 같이 F가 담보목적으로 피고 회사의 지분 50%를 양도받은 것이라고 하더라도 그와 같은 사정만을 들어 피고 회사의 지분 50%가 D에게 귀속되는 것이라고 볼 수는 없다(D이 F에게 피고 회사의 지분 50%를 명의신탁하였다는 주장은 아무런 근거도 없는 주장에 불과하므로 받아들일 수 없다).

8) 이 사건 제2양도계약 제3항에 의하면 그 계약기한은 20일로 정해져 있다. 피고는 'D이 E의 채무불이행을 이유로 피고 회사의 지분을 돌려받기 위하여 이 사건 제2양도계약을 체결한 것'이라고 주장하면서도, 위와 같이 계약기한을 20일로 정한 이유에 대하여는 아무런 설명도 하지 못하고 있다.

9) 이 사건 제1양도계약이 체결된 이후 다수의 우발채무가 발생하였고, 그와 같은 우발채무 내역이 이 사건 제2양도계약의 첨부 별지에 그대로 반영되었다. 게다가 D은 이 사건 제2양도계약이 체결된 이후인 2014. 7.경부터 2014. 10.경까지 이 사건 사업을 추진하다가 성과를 거두지 못하게 되자 2014. 10. 26.경 "이 사건 부동산이 계약내용대로 원상복구되어도 이익을 제기하지 않겠다."는 내용의 확인서를 작성하여 원고에게 교부한 바 있다.