

서울남부지방법원 2020. 7. 9 선고 2019가합108993(본소), 2020가합104959(반소) 판결  
[구상금 · 부당이득금반환]

---

## 재판경과

서울고등법원 2021. 4. 7 선고 2020나2026339, 2020나2026346 판결

서울남부지방법원 2020. 7. 9 선고 2019가합108993, 2020가합104959 판결

## 전 문

**원고(반소피고)**A 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 동인

담당변호사 김상우

**피고(반소원고)**주식회사 B

피고들 소송대리인 변호사 류재철

**피고**1. C

2. D

**변론 종결**2020. 6. 4.

**판결 선고**2020. 7. 9.

## 주 문

1. 피고(반소원고 포함)들은 연대하여 원고(반소피고)에게 842,604,310원과 이에 대하여  
피고(반소원고)는 2019. 3. 16.부터 2019. 4. 30.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 2019. 5.

31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%, 피고 C은 2019. 3. 16.부터 2019. 9. 5.까지는 연 5%, 피고 D은 2019. 3. 16.부터 2019. 5. 31.까지는 연 5%, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 원고(반소피고)의 피고(반소원고 포함)들에 대한 나머지 본소 청구 및 피고(반소원고)의 반소 청구를 모두 기각한다.

3. 소송비용 중 본소로 인한 부분은 피고(반소원고 포함)들이, 반소로 인한 부분은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

4. 제1항은 가집행할 수 있다.

N

## 청 구 취 지

○ 본소: 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지에 대해서도 지연손해금을 15%로 구하는 외에는 주문과 같다.

○ 반소: 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 피고(반소원고) 주식회사 B(이하 '피고 B'라고만 한다)에게 157,395,690원과 이에 대하여 2019. 1. 28.부터 이 사건 반소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

## 이 유

### 1. 기초 사실

#### 가. 당사자의 지위

원고는 통신공사업, 통신기기 제조 및 판매업 등을 영위하는 법인이다. 피고 B(변경 전 상호: 주식회사 E)는 소프트웨어 개발 및 판매업 등을 영위하는 법인으로 코스닥 시장에 상장된 회사였다. 피고 C은

원고 및 주식회사 F와 컨소시엄을 구성하여 국토교통부가 발주한 G 종합통제시스템 제작, 구매 및 설치 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 공동하여 수행하던 H 주식회사(이하 'H'이라고만 한다)의 대표자 사내이사이다. 피고 C의 친형인 피고 D은 2018. 2. 12. 피고 B의 대표이사로 취임한 사람이다.

#### **나. H에 대한 구상금 채권**

원고는 이 사건 사업을 수행하는 과정에서 2016. 9.경부터 2018. 4.경까지 H이 다른 업체에 부담하기로 한 대금 1,098,348,000원을 대위하여 변제하였다. 이에 따라 원고는 H에 대하여 위 금액 상당의 구상금(이하 '이 사건 구상금'이라 한다) 채권을 갖고 있다.

#### **다. H 주식, 경영권 양도 및 합병 절차의 진행**

1) 피고 B는 2017. 12. 26. 피고 C와 사이에, 피고 C이 보유한 H의 주식 100%(194,200주) 및 경영권을 75억 원에 양수하기로 하는 내용의 주식 및 경영권 양수도 계약(이하 '이 사건 주식인수계약'이라고 한다)을 체결하였다. 위 계약 당일 계약금이 지급되어 H의 주식 및 경영권은 그날 피고 B에 이전되었다.

2) 피고 B는 2017. 12. 27. H과 사이에, 피고 B를 존속회사, H을 소멸회사로 하는 소규모 합병절차를 진행하기로 하는 계약(이하 '이 사건 합병계약'이라 한다)을 체결하였다.

#### **라. H의 구상금채무 미이행 및 이에 따른 원고의 법적 조치**

H은 원고에게 한국폴리텍, 한국국제협력단에 대하여 보유하고 있는 채권을 양도함으로써 구상금을 변제하겠다고 약속하면서 지급기일을 연장받았다. 그러나 계속하여 구상금의 지급이 지체되던 중 원고는 이 사건 구상금 채권에 근거하여 H이 한국국제협력단에 대해 보유하는 채권을 가압류하고, H을 상대로 이 사건 구상금의 지급을 구하는 소를 제기하였으며(서울중앙지방법원 2017가합541743), H의 대표자인 피고 C과 H에서 이 사건 사업과 관련된 업무를 수행한 D을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄로 고소하였다.

#### **마. 피고 B의 전환사채 양도 및 피고들의 중첩적 채무인수**

1) H은 이 사건 구상금 채무의 담보를 위하여 H과의 합병이 예정된 피고 B에서 보유 중인 I 주식회사(변경 후 상호: 주식회사 J, 이하 'IT'라고만 한다)가 발행한 권면액 10억 원인 제8회

무기명식 이권부 무보증 사모 전환사채(이하 '이 사건 전환사채'라고 한다)를 원고에게 양도하겠다고 제안하였고, 원고는 그 요청을 수용하였다.

2) 이에 따라 원고는 H, 피고들과 사이에 그 내용을 구체화한 다음의 각 문서를 작성하였다. 그 주요 내용은 아래와 같다.

|                            |                                                                                                                                                            |                                          |                                                                                                                                                                                         |          |
|----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| 사모전환사채양도양수계약서              | 2018. 4. 10.                                                                                                                                               | 원고<br>피고<br>B                            | • B는 이 사건 전환사채를 원고에게 양도함                                                                                                                                                                | 갑<br>2호증 |
| 합의각서1) 이하 '이 사건 합의각서'라 한다. | 2018. 4. 18.                                                                                                                                               | 원고<br>H<br>피고<br>B                       | • H은 원고에게 10억 원을 지급하기로 약속함(제2항) • H이 원고에게 지급하여야 하는 10억 원의 채무에 대하여 피고 B가 보유한 이 사건 전환사채를 양도하는 것에 동의함(제3항)                                                                                 | 갑<br>3호증 |
| 원고 H 피고 B 피고 C 피고 D        | • 원고가 양수한 전환사채의 조기상환권을 행사할 수 있는 기일(2019. 3. 8.)이 도래하여 10억 원을 전환사채 발행자로부터 회수하지 못하는 상황을 포함하여, 위 전환사채에 관하여 원고에게 손해가 발생할 경우 손해 전액을 피고 B와 H이 연대하여 원고에게 배상함(5항). |                                          |                                                                                                                                                                                         |          |
| 지불각서2) 이하 '이 사건 지불각서'라 한다. | 2018. 5. 16.                                                                                                                                               | 원고<br>H<br>피고<br>B<br>피고<br>C<br>피고<br>D | • H, B, C, D은 원고가 H을 대신하여 지불한 대금 중 10억 원을 상호 연대하여 원고에게 2019. 3. 15.까지 지급함. • 단, 원고가 양수한 전환사채의 조기상환권을 행사할 수 있는 기일(2019. 3. 8.)이 도래하여 현금 10억 원을 전환사채 발행자(I)로부터 원고가 지급받을 경우 본 지급각서는 무효로 함. | 갑<br>4호증 |

3) 위 합의가 이루어진 이후 원고는 2018. 5.경 H, 피고 C, D에 대하여 제기한 가압류, 민사소송, 형사고소를 모두 취하하였다.

#### 바. 전환사채금 일부 회수

I에 대한 회생절차가 2018. 7. 2. 개시되어(서울회생법원 2018회합100123), 그 회생절차에서 원고는 2019. 1. 28. 이 사건 전환사채 권면액 중 일부인 157,395,690원(현금 87,178,690원 + 주식 가액 70,217,000원)만을 회수하였다.

#### 사. 피고 B의 상장폐지, 주식인수 및 합병계약 해제

1) K회계법인은 2018. 3. 28. 피고 B에 대한 회계감사에서 '감사의견거절' 견해를 표명하였다. 이에 따라 피고 B 주권의 매매거래가 정지되고 상장 폐지절차가 진행되었으며 이러한 내용은 한국거래소에 공시되었다. 피고 B는 2018. 4. 6. 상장 폐지에 대해 한국거래소에 이의 신청을 하였으나 받아들여지지 않아, 2018. 10. 11. 코스닥시장에서의 상장이 폐지되었다. 이에 대해 피고 B가 법원에 그 효력의 정지를 구하는 가처분을 신청하였으나 각하되어 2018. 11. 13. 최종적으로 상장 폐지가 확정되었다.

2) 이에 따라 피고 B는 피고 C, H와 사이에 상장 폐지가 확정된 다음 날인 2018. 11. 14. 이 사건 주식인수계약과 합병계약을 합의해제하고, 피고 C은 피고 B가 지급한 주식 및 경영권 양도대금 75억 원을 반환하고, 피고 B는 양수한 H의 주식 100%를 피고 C에게 반환하며, 합병을 전제로 상호 간 체결한 계약서와 합의서 등 관련 행위를 무효로 하기로 합의하였다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 2 내지 8, 10 내지 35, 38호증, 을 1 내지 4, 6, 7호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함한다. 달리 특정하지 않는 한 이하 같다), 증인 L의 증언(뒤에서 믿지 아니하는 부분 제외), 변론 전체의 취지

## 2. 본소 청구에 관한 판단

### 가. 청구원인에 대한 판단

위 인정 사실에 따르면, 피고 B는 이 사건 합의각서 및 지불각서, 피고 C, D은 이 사건 지불각서에 근거하여 H의 원고에 대한 구상금 채무 10억 원 중 원고가 양수한 전환사채를 통해 I로부터 회수하지 못한 나머지 돈을 연대하여 2019. 3. 15.까지 지급하기로 약정함으로써 피고들이 H의 원고에 대한 이 사건 구상금 채무를 중첩적으로 인수하였다고 판단된다. 피고들은 특별한 사정이 없는 한 연대하여 원고에게, 원고가 I로부터 회수한 157,395,690원을 뺀 나머지 약정금 842,604,310원(= 10억 원 - 157,395,690원)과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

### 나. 피고 B의 항변 등에 대한 판단

1) 피고 B의 주장 요지 피고 B가 H의 이 사건 구상금 채무를 중첩적으로 인수하기로 하는 내용의 약정(이하 '이 사건 약정'이라 한다)은 다음과 같은 이유로 무효이므로, 원고에게 나머지 약정금을 지급할 의무가 없다.

가) 상장회사인 피고 B와 그 주요주주 등 이해관계자 사이의 거래에 해당하여, 이를 금지한 상법 제542조의9 제1항에 위반되어 효력이 없다.

나) 피고 B와 그 대표이사인 피고 D 사이의 자기거래에 해당하여, 이를 금지한 상법 제398조에 위반되어 효력이 없다.

다) 피고 B의 대표이사인 피고 D 본인 또는 제3자의 이익을 위한 대표권남용에 해당하여 효력이 없다.

라) 이 사건 약정은 이 사건 합병이 완료됨을 전제로 체결되었으며, 그와 같은 약정의 동기는 원고에게 표시되었다. 그런데 이 사건 합병계약은 2018. 11. 14. 합의해제되어 종료되었으므로, 피고 B는 동기의 착오를 이유로 이 사건 약정을 취소하며, 이에 따라 약정의 효력이 소멸하였다.

## 2) 판단 가) 주요주주 등 이해관계자와의 거래 제한 규정 위반 여부

이 사건 약정은 피고 B가 H이 원고에게 부담하는 이 사건 구상금 채무를 중첩적으로 인수하는 거래인바, 상법 제542조의9 제1항4) 이 적용되기 위해서는 H이 당시 상장회사였던 피고 B의 주요주주 및 그의 특수관계인(제1호), 이사 및 집행임원(제2호), 감사(제3호)에 해당하여야 한다. 그러나 H이 피고 B의 주요주주(상법 제542조의8 제2항 제6호)이거나, 피고 B 주요주주의 특수관계인(상법 제542조의8 제2항 제5호, 상법 시행령 제34조) 또는 그 이사, 집행임원, 감사에 해당한다고 인정할 만한 증거가 없다.

이 사건 약정에는 상법 제542조의9 제1항이 적용되지 않으므로, 이와 배치되는 피고 B의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

## 나) 이사 등의 자기거래 제한 규정 위반 여부

### (1) 적용여부

#### (가) 관련 법리

이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하며, 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다(상법 제398조). 이사회 승인이 필요한 자기거래에는 이사가 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래를 하는 경우도 포함된다(대법원

2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결 등 참조),

(나) 구체적 판단

이 사건 약정에 상법 제398조가 적용되기 위하여는, 피고들의 주장과 같이 피고 D이 H의 대리인이나 대표자로서 자신이 이사로 있는 피고 B와 이 사건 약정을 체결하였어야 한다.

앞에서 믿은 각 증거에 의하면, 피고 D이 H 소속으로 이 사건 사업 및 이 사건 구상금을 둘러싼 분쟁 과정에 상당 부분 관여한 사실은 인정할 수 있다.

그런데 앞서 본 기초 사실, 앞에서 믿은 각 증거에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 위 사실만으로는 피고 C이 H의 명의상 대표자에 불과하고, 피고 D이 H의 대리인이나 대표자로서 피고 B와 이 사건 약정을 체결하였다고 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 약정에는 상법 제398조가 적용되지 않는다.

① 이 사건 약정이 체결된 2018. 4. ~ 5.경 H의 대표자 사내이사는 피고 C 1인뿐이었고, H의 주식은 피고 C이 100% 보유하다가 이 사건 주식인수계약에 따라 피고 B에 이를 전부 양도하였다. 즉 그 당시 피고 D은 H의 대표자 혹은 사내이사 지위에 있지 않았고, 주식을 보유하고 있지도 않았다. 달리 피고 D이 H를 실질적으로 운영하면서 대표자 명의만을 동생인 피고 C에게 위탁할 만한 뚜렷한 동기가 확인되지 않는다. 설령 회사의 대표자 명의를 친족에게 맡겨 놓더라도, 실질적인 대표자가 지분 과반수 이상의 보유를 통해 회사에 대한 지배권을 확보하는 것이 통상적인데, H의 지분 전부를 피고 D이 아닌 피고 C이 보유하고 있었다는 것은 상당히 이례적이다. 피고 C이 단순히 H의 명의상 대표자에 불과하다고 단정하기 어렵다.

② 이 사건 지불각서(갑 4호증)상 피고 C의 주민등록번호, 주소 란에 기재된 필체와, 피고 D의 주민등록번호와 주소 란에 기재된 필체는 확연한 차이를 보인다. 이러한 사실에 비추어 피고 C이 위 지불각서 작성에 직접적으로 관여하였음을 알 수 있고, 위 지불각서에 날인된 H 대표자의 날인은 피고 C의 의사에 따른 것이었다고 추단할 수 있다. 피고 C이 H의 단순한 명의상 대표자에 불과하고 모든 업무를 피고 D이 그 의사에 따라 결정하여 처리하였다면, 피고 C이 위 지불각서 작성에 관여할 이유를 찾기 어렵다.

③ 피고 D이 H의 인감도장을 전속적으로 보관 및 관리하면서, 피고 C의 허락 없이도 이를 자유롭게

사용하였다고 인정할 만한 증거가 없다.

④ 증인 L은 피고 D이 H을 실질적으로 운영하고 있었다고 증언한 바 있다. 그러나 증인 L은 피고 B에서 근무한 사람으로 H의 운영 상황에 대해서는 잘 알지 못해서인지 그 진술에 구체성이 떨어지고, 다분히 추측성으로 진술하는 것으로 보이는 점, 피고 D 및 C이 H 내부에서 수행한 업무에 대하여 구체적인 답변을 하지 못한 점, 피고 B와 H 간 이 사건 주식인수계약 및 합병계약 체결 시 피고 D이 직접 와서 계약을 체결하였다고 하나, 피고 C의 위임을 받아 계약 체결 등 사실행위만 수행하였을 가능성도 있는 점 등을 고려하면 이 부분 증인 L의 진술은 믿기 어렵다.

## (2) 거래행위의 효력

설령 피고 D이 H의 대리인이나 실질적 대표자로서 이 사건 약정 체결에 관여하여 여기에 상법 제398조가 적용된다고 전제하더라도, 이 사건 약정은 여전히 유효하다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

### (가) 관련 법리

주식회사의 대표이사가 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 아니한 경우라도, 이와 같은 이사회 결의사항은 회사의 내부적 의사결정에 불과하다 할 것이므로, 그 거래 상대방이 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다 할 것이고, 이때 거래 상대방이 이사회 승인이 없음을 알았거나 알 수 있었던 사정 또는 이사회 결의가 없음을 알았거나 알 수 있었던 사정은 이를 주장하는 회사가 주장·증명하여야 할 사항에 속하므로 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차는 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 일반 경험칙에 부합하는 해석이라 할 것이다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다73530 판결 등 참조)

### (나) 이사회 결의 여부

갑 37호증, 을 17호증의 각 기재에 의하면, 피고 B에서 2018. 4. 10. 이사회를 통해 이 사건 구상금 채권의 담보를 위하여 원고에게 이 사건 전환사채 양도를 결의한 사실5), 2018. 6. 1. 이사회를 통해 이 사건 구상금 채무를 중첩적으로 인수하기로 결의한 사실을 알 수 있다.

그러나 위 사실만으로는 피고 D이 미리 이사회에서 이 사건 약정에 관한 자기의 이해관계 및 그

거래에 관한 중요한 사실들을 개시하였다거나(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결 등 참조), 이사 3분의 2 이상의 수로써 이사회 승인이 이루어졌다고 인정하기 어렵다. 오히려 피고 B의 2018. 4. 10.자 이사회 의사록을 보면, 재적 이사 11인 중 6인이 찬성하여 이사 3분의 2 이상의 수에 미치지 못하는 수로 승인이 이루어졌음을 알 수 있다.

결국 이 사건 약정에 대하여 상법 제398조에서 정한 이사회의 승인이 이루어졌다고 인정하기 어렵다.

#### (다) 원고의 악의 여부

앞서 본 기초 사실, 앞에서 믿은 각 증거에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 앞서 (나)항에서 본 바와 같이 이 사건 약정에 대하여 상법 제398조에서 정한 이사회 승인이 없었더라도, 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 이 사건 약정 당시 그러한 이사회 승인이 없었다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기 어렵다.

① 이 사건 합의각서와 지불각서에는 피고 B의 법인인감이 날인되어 있다. 특별한 사정이 없는 한 거래상대방인 원고로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차는 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다.

② 피고 D와 H 간의 관계가 불분명함은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 약정에 상법 제398조에서 정한 이사회 승인이 필요한지 원고 입장에서는 판단하기 어려웠고, 거래 상대방인 원고가 이를 적극적으로 조사·확인할 의무가 있다고 보기 어렵다.

③ 피고 B는 이 사건 약정을 승인하는 이사회 결의를 하면서 피고 D의 이해관계를 개시하거나 재적이사 2/3 이상의 찬성을 얻는 등 상법 제398조를 준수하기 위한 절차를 거치지 않았다(을 17호증 참조). 이는 이 사건 약정에 상법 제398조가 적용되는지 잘 알지 못하였기 때문으로 보이는데, 이와 달리 원고는 이를 알 수 있었다고 볼 특별한 근거가 없다.

④ 상법 제398조의 입법취지상 이사와 회사 간 거래의 경우에도 양자 사이의 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 때에는 이사회의 승인을 얻을 필요가 없다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결 등 참조). 다음의 사정들에 비추어 원고 입장에서는 이 사건 약정이 피고 D와 피고 B 사이에 이해충돌의 염려 내지 피고 B에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래에 해당하여 상법 제398조에 따라 이사회 승인이 필요하다는 점을 인식하고 있었다고 보기 어렵다.

○ 이 사건 약정 당시 피고 B는 이 사건 주식인수계약에 따라 피고 C으로부터 H의 지분 100%를 인수한 완전모회사였다. 모회사는 자회사가 영업활동을 통해 얻는 이익을 배당금 형태로 전부 또는 일부 수령하거나, 자회사 주식 가치 상승분 상당의 이익을 얻는다는 점을 고려하면, 완전모회사인 피고 B가 완전자회사인 H이 부담하는 채무를 중첩적으로 인수하더라도, 그러한 거래가 불합리하다고 보기 어렵다.

○ 이 사건 약정 당시 이 사건 합병계약에 따라 피고 B를 존속회사, H을 소멸회사로 하는 내용의 소규모합병 절차가 진행되고 있었다. 합병 후 존속회사는 소멸회사의 모든 권리와 의무를 포괄적으로 승계하므로(상법 제530조 제2항, 제235조), 존속회사로 예정된 피고 B가 합병 완료 전 소멸회사인 H의 채무를 미리 중첩적으로 인수하더라도 피고 B에 부담이 추가된다고 보기는 어렵다.

○ 이 사건 약정이 이루어진 2018. 4. 초경, 피고 B에 대한 상장폐지 사유가 한국거래소에 공시되기는 하였다. 그러나 위 사실만으로는 H과 피고 B 간 합병이 불가능해질 것이 확실해졌음을 원고가 인식하고 있었다고 보기 어렵다. 상장폐지사유가 발생한 날로부터 6개월이 경과한 2018. 11. 13.에서야 상장폐지가 확정됨에 따라 그 다음 날인 2018. 11. 14. 이 사건 주식양수도 계약 및 합병계약이 합의해제되었기 때문이다. 피고 B가 H의 완전모회사였으므로 상장 폐지와 무관하게 합병 진행을 강행하는 것이 가능하다고 볼 여지도 있었다.

○ 한편 이 사건 합병절차에서 2018. 2.경 H 채권자의 이의제기 등이 있어 중간에 합병 절차가 중단되었더라도(을 7호증 참조), 그러한 사정에 대하여 원고가 이를 인식하고 있었다고 인정할 만한 증거가 없다.

### (3) 소결

결국 피고 D이 H의 대리인이나 대표자로서 이 사건 약정을 체결하였다고 인정하기 어려워 이 사건 약정에는 상법 제398조가 적용되지 않는다. 설령 적용되었다고, 원고가 이 사건 약정 당시 피고 B의 이사회 승인이 없었다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기 어려우므로 상법 제398조에 위반되어 효력이 부인된다고 볼 수 없다. 이와 배치되는 피고 B의 주장은 받아들일 수 없다.

### 다) 대표권 남용 여부

#### (1) 관련 법리

주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 그 행위의 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 되는 것이다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결 등 참조)

## (2) 구체적 판단

앞서 나) (2) (다) 항에서 본 사정, 즉 H과 피고 D 간의 관계가 불분명한 점, 피고 B는 H의 완전모회사로서 H과의 소규모합병이 예정되어 있었던 점, 원고로서는 이 사건 약정 당시 피고 B와 H 간 합병이 불가능해질 것이 확실해지리라는 점을 인식하고 있었다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 이 사건 약정이 피고 D의 대표권 남용행위에 해당한다거나, 원고가 그에 해당한다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 수 없다. 이 부분 피고 B의 주장은 받아들일 수 없다.

## 라) 동기의 착오 여부

### (1) 관련 법리

동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시하고 의사표시의 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되어야 한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결 등 참조)

### (2) 구체적 판단

이 사건 합병계약이 완료되어야 이 사건 약정의 효력이 생기는 것으로 약정하였다고 인정할 만한 증거가 없다. 오히려 을 10 내지 15호증의 각 기재에 의하면, 피고 B는 원고와 사이에 작성한 전환사채 양수도 계약서에, 이 사건 합병계약이 해제될 경우 전환사채 양수도 계약을 해제할 수 있다는 조항을 삽입하여 줄 것을 요청하였던 사실, 원고가 그 요청을 거부하여 결국 위 계약서에 위 조항이 반영되지 못한 사실을 알 수 있다.

이에 따르면 피고 B가 주장하는 동기, 즉 이 사건 합병계약의 완료가 이 사건 약정의 내용이 되었다고 인정하기 어려우므로 이와 다른 전제에서 이 사건 약정에 착오가 있다는 피고 B의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

## 다. 소결

피고들은 연대하여 원고에게 나머지 약정금 842,604,301원과 이에 대하여 피고 B는 이 사건 약정금의 변제기가 경과한 다음 날인 2019. 3. 16.부터 이 사건 지급명령 정본이 송달된 2019. 4. 30.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 각 비율로 계산한 지연손해금을, 피고 C은 위 2019. 3. 16.부터 이 사건 소장 부분의 송달된 2019. 9. 5.까지는 민법이 정한 연 5%, 피고 D은 위 2019. 3. 16.부터 이 사건 지급명령 정본이 송달된 2019. 5. 31.까지는 민법이 정한 연 5%, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고는 2019. 6. 1.부터 다 갚는 날까지도 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 구하나, 현행 소송촉진 등에 관한 특레법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정에 따라 이를 받아들일 수 없다).

### **3. 피고 B의 반소 청구에 관한 판단**

#### **가. 청구원인의 요지**

이 사건 약정은 앞서 2. 나. 1)항에서 주장하는 바와 같이 상법 제542조의9 제1항, 상법 제398조에 위반되거나, 대표권남용에 해당하거나, 동기의 착오를 이유로 취소되어 효력이 없다. 원고는 피고 B가 받아야 할 전환사채 권면액 중 일부인 157,395,650원을 I로부터 수령한바, 그 금액 상당을 피고에게 부당이득으로 반환하여야 한다.

#### **나. 판단**

앞서 2.항에서 본 바와 같이, 이 사건 약정의 효력이 없다는 취지의 피고 B 주장은 받아들일 수 없다. 결국 원고가 I로부터 받은 157,395,650원을 정당한 권원 없이 취득하였다고 볼 수 없으므로, 피고 B의 반소 청구는 이유 없다.

### **4. 결론**

원고의 피고들에 대한 본소 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지는 기각하기로 하며, 피고 B의 반소 청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사강성수

판사주진오

## 판사정세영

1) 이하 '이 사건 합의각서'라 한다.

2) 이하 '이 사건 지불각서'라 한다.

3) 피고들이 제출한 서면을 통해 주장하는 내용은 피고 B에만 관련된 항변 사항으로 보이고, 피고 C과 D은 원고의 청구에 대항할 만한 어떠한 주장도 하지 않고 있다.

4)상법 제542조의9(주요주주 등 이해관계자와의 거래)

① 상장회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 상대방으로 하거나 그를 위하여

신용공여(금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 거래상의 신용위험이 따르는 직접적·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래를 말한다.

이하 이 조에서 같다)를 하여서는 아니 된다.

1. 주요주주 및 그의 특수관계인

2. 이사(제401조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 집행임원

3. 감사

5) 증인 L은 2018. 4. 10.자 이사회 의사록(을 17호증)이 사후에 작성되었다고 증언한 바 있으나, 그 증언을 뒷받침할 만한 객관적 자료가 없으므로 믿기 어렵다.