

서울고등법원 2021. 11. 11 선고 2021나2006943 판결 [부당이득금 반환]

재판경과

대법원 2022. 4. 14 선고 2021다305796 판결

서울고등법원 2021. 11. 11 선고 2021나2006943 판결

전 문

원고, 피항소인주식회사 A

소송대리인 법무법인 윤중

담당변호사 김흥준

피고, 항소인1. 주식회사 B

2. C

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 지평

담당변호사 허종

변론 종결2021. 10. 7.

판결 선고2021. 11. 11.

제1심판결서울중앙지방법원 2020. 9. 24. 선고 2020가합1474 판결

주 문

1. 피고 주식회사 B의 항소를 각하한다.
2. 제1심판결 중 피고 C 패소 부분을 취소한다.

3. 원고의 피고 C에 대한 이 사건 소 중 예비적 청구 부분을 각하한다.
4. 원고와 피고 주식회사 B 사이의 항소비용은 피고 주식회사 B이 부담하고, 원고와 피고 C 사이의 소송총비용은 원고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고들은 공동하여 원고에게 800,000,000원과 이에 대하여 피고 주식회사 B은 2010. 12. 17.부터 다 갚는 날까지 연 20%, 피고 C는 2010. 12. 17.부터 2020. 2. 18.자 청구취지변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고들의 패소 부분을 취소하고, 이에 해당하는 원고의 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 이 법원의 심판범위

제1심 법원은 원고의 피고 주식회사 B(이하 '피고 회사'라 한다)에 대한 청구를 인용하는 한편, 피고 C에 대한 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하는 판결을 선고하였는데, 이에 대하여 피고들만이 항소하였다.

항소제기에 의한 이심의 효력은 이 사건 전체에 미쳐 제1심판결 중 피고 C에 대한 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되지만, 항소심인 이 법원의 심판범위는 피고 C가 불복신청한 범위인 예비적 청구를 인용한 제1심판결의 당부에만 한정되므로(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다31624 판결 등

참조), 이 법원의 심판범위는 제1심판결 중 피고 회사에 대한 청구 및 피고 C에 대한 예비적 청구 부분에 한정된다.

2. 추완항소의 적법 여부

가. 원고의 본안 전 항변 요지

피고 회사는 피고 회사가 보조참가한 서울중앙지방법원 2019가합533487 부당이득금 사건(이하 '관련사건'이라 한다)에서 2020. 10. 27.경 이 사건 제1심판결의 존재 및 위 판결이 공시송달에 의하여 송달되었다는 것을 알게 되었고, 피고 회사의 대표이사인 피고 C 또한 피고 회사가 위 사실을 알게 된 당시에 위 사실을 알게 되었다. 그런데 피고들은 그로부터 14일이 경과한 후인 2021. 1. 27. 이 사건 추완항소장을 제출하였으므로, 이 사건 추완항소는 항소기간을 도과하여 제기된 것으로서 부적법하다.

나. 판단

1) 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 그 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완항소를 할 수 있다. 여기에서 '사유가 없어진 후'라고 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것이다. 그리고 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 그 사건 기록을 열람하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다19430 판결 등 참조). 다만 당사자가 다른 소송의 재판절차에서 송달받은 준비서면 등에 당해 사건의 제1심 판결문과 확정증명원 등이 첨부된 경우에는 피고가 당해 판결이 있었던 사실을 알았고 사회통념상 그 경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다고 인정할 수 있다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결 등 참조).

2) 아래의 사실은 기록상 명백하거나, 갑 제35호증(가지번호 포함), 을 제2호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

- ① 원고는 2020. 1. 31. 피고들을 상대로 이 사건 소를 제기하였는데, 이 사건 소장 부분은 이사불명으로 피고들에게 송달되지 않았다.
 - ② 제1심법원은 원고에게 주소보정명령을 한 후 피고들에게 보정된 주소로 이 사건 소장 부분을 집행관 송달 하였으나 수취인불명 및 이사불명으로 송달되지 아니하자 다시 주소보정명령을 하였고, 그럼에도 이사불명으로 또다시 송달되지 아니하자 2020. 5. 15. 공시송달 하였다. 이후 제1심법원은 피고들에게 변론기일 통지서와 판결선고 기일 통지서를 모두 공시송달의 방법으로 송달한 후 2020. 9. 24. 원고의 피고 회사에 대한 청구 및 피고 C에 대한 예비적 청구를 인용하는 이 사건 제1심판결을 선고하였으며, 제1심판결正本 역시 피고들에게 공시송달의 방법으로 송달하였다.
 - ③ 관련사건은 D이 대한민국과 김해시를 상대로 원천징수세액의 반환을 구하는 것이었는데, D은 관련사건 진행 중 피고 회사의 원천징수세액 반환청구권을 대위행사하면서 피고 회사에 소송고지신청을 하였다. 이에 피고 회사는 관련사건에 2020. 2. 12. 보조참가신청을 하였고, 2020. 2. 17. 보조참가신청이 허가되었으며, 당시 피고 회사의 소송대리인은 이 사건의 소송대리인과 동일하였다.
 - ④ D은 관련사건의 변론종결 전인 2020. 10. 27. 이 사건 제1심판결문의 사본, 확정증명원 등을 제출하였고, 피고보조참가인이었던 피고 회사의 소송대리인은 같은 날 이를 송달받았다.
 - ⑤ 한편, 원고는 원고가 E을 상대로 한 서울중앙지방법원 2020나2025015 부당이득금 사건에서도 이 사건 제1심판결문을 제출하였는데, E은 2021. 1. 18. 피고들에게 이메일로 이 사건 제1심판결문을 전달하였다.
 - ⑥ 피고들은 2021. 1. 27. 이 사건 추완항소를 제기하였다.
- 3) 위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고 회사는 관련사건에서 피고보조참가인이었던 피고 회사의 소송대리인에게 이 사건 제1심판결문과 확정증명원이 송달된 2020. 10. 27.경에는 이 사건 제1심판결의 존재와 이 사건 제1심판결문이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 봄이 타당하다. 따라서 그로부터 2주가 경과하였음이 역수상 명백한 2021. 1. 27. 제기한 피고 회사의 이 사건 추완항소는 민사소송법 제173조 제1항이 요구하는 적법 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

반면, 관련사건의 당사자가 아닌 피고 C는 피고 회사가 관련사건에서 이 사건 제1심판결의 존재와 이 사건 제1심판결문이 공시송달의 방법으로 송달되었다는 사실을 알게 된 시점에 함께 이를 알았다고 인정할 증거가 없다. 피고 C는 위 사실을 알게 된 2021. 1. 18.로부터 2주 이내인 2021. 1. 27. 이 사건 추완항소를 제기하였으므로, 피고 C의 이 사건 추완항소는 적법하다.

4) 이에 대하여 피고 회사는, 관련사건에서 이 사건 제1심판결문의 사본 등이 변론종결일 하루 전날 제출되었고, 관련사건과 쟁점이 달라 관련사건의 소송대리인이 이를 피고 회사에게 전달하지 않았으며, 소송대리인에 대한 송달을 당사자 송달로 의제할 사안이 아니고, 이 사건 제1심에서는 피고 회사에게 소송대리인이 없었는바, 피고 회사는 관련사건에서 이 사건 제1심판결의 존재 등을 알게 되었다고 보기 어렵고, 2021. 1. 18.에 이 사건 제1심판결의 존재 등에 대해 알게 된 것이므로, 피고 회사의 이 사건 추완항소는 적법하다고 주장한다.

민사소송법 제173조 제1항 본문은 '당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다'고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 '당사자가 책임질 수 없는 사유'는 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였는데도 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 가리키고, 그 당사자에는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함되며(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다9622 판결 등 참조), 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 당사자가 그 판결정본의 송달사실을 모르고 있다가 상소제기기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가리켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없다(대법원 1984. 6. 14.자 84다카744 결정 참조).

살피건대, 관련사건의 피고 회사의 소송대리인이 이 사건 제1심판결문 사본 등을 송달받고도 이를 피고 회사에게 전달하지 않아 피고 회사가 이 사건 제1심판결의 선고 및 확정사실을 알지 못하였다고 하더라도, 관련사건에서 피고 회사의 소송대리인에 이 사건 제1심판결문 사본 등이 송달된 이상 이를 들어 피고 회사가 책임질 수 없는 사유로 항소기간을 준수하지 못한 것이라고 할 수 없으므로, 피고 회사의 위 주장은 이유 없다.

5) 원고는, 피고 C가 피고 회사의 대표이사이므로 피고 회사가 이 사건 제1심판결의 선고 및 확정사실을 알게 된 이상 피고 C 또한 이를 알게 된 것이라고 주장하나, 관련사건에서 피고 회사에 대해 이루어진 이 사건 제1심판결문 사본 등의 송달을 관련사건의 당사자도 아닌 피고 C에 대하여 송달된 것으로 볼 수는 없고, 피고 C가 피고 회사의 대표이사라는 사실만으로는 피고 C가 피고 회사와 같은 시점에 이 사건 제1심판결의 선고 및 확정사실을 알게 되었다고 인정하기 어려우므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 소결론

피고 회사의 이 사건 추완항소는 소송행위의 추후 보완의 요건을 갖추지 못하여 부적법하고, 피고 C의 이 사건 추완항소는 소송행위의 추후 보완의 요건을 갖추어 적법하다. 따라서 원고의 피고 회사에 대한 본안 전 항변은 이유 있고, 피고 C에 대한 본안 전 항변은 이유 없다.

3. 피고 C에 대한 청구(예비적 청구 부분)

가. 원고의 주장 요지

원고는, 피고 회사에 대해 2010. 12. 17.자 8억 원의 대여금 채권 또는 위 대여금 채권이 인정되지 않을 경우 피고 회사의 2013년 거래처원장 상의 1,417,788,475원의 가수금 채권을 보전하기 위하여, 무자력인 피고 회사를 대위하여, 피고 회사의 피고 C에 대한 손해배상청구권(피고 C가 2010. 12. 17. E에게 약속어음금 8억 원이 지급되도록 함으로써 F의 피고 회사에 대한 배임행위를 방조하는 불법행위로 인한 손해배상청구권)을 대위행사한다고 주장한다.

나. 피고 C의 소권남용 주장에 대한 판단

1) 피고 C는, 원고의 이 사건 청구는 원고가 이미 각종의 소를 수차 제기하였고, 법원으로부터 존재하지 않는다는 판단을 받은 채권에 기한 것인데, 원고는 청구원인을 변경하면서 악의적으로 소송을 계속하고 있는바, 원고의 피고 C에 대한 예비적 청구는 소권남용에 해당하여 각하되어야 한다는 취지로 주장한다.

2) 재판청구권의 행사도 상대방의 보호 및 사법기능의 확보를 위하여 신의성실의 원칙에 의하여 규제된다고 볼 것이고(대법원 1999. 5. 28. 선고 98재다275 판결 등 참조), 법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유 등으로 그 청구를 패소당하여 확정되었음에도 불구하고 이미 배척되어 법률상 받아들여질

수 없음이 명백한 이유를 들어 같은 내용의 청구를 거듭하는 것은 상대방을 괴롭히는 결과가 되고, 나아가 사법 인력을 불필요하게 소모시키는 결과로도 되기에 그러한 제소는 특단의 사정이 없는 한 신의성실의 원칙에 위배하여 소권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다.

살피건대, 갑 제21, 31, 33, 40, 48호증, 을 제3 내지 7호증, 을 제12 내지 18호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 측과 피고 측 사이에 다수의 분쟁이 존재하였음은 인정된다. 그러나 원고가 피고 C에 대한 청구에서 피보전채권으로 삼는 채권의 존부에 대해 판단된 사건은 총 3건(창원지방법원 2015. 1. 14. 선고 2013가합33508 판결, 서울중앙지방법원 2021. 6. 24. 선고 2020가합512950 판결, 서울고등법원 2021. 10. 14. 선고 2021나2005469 판결)인데 각 판결은 공정증서에 기한 강제집행 불허 또는 원천징수액 부당이득반환을 구하는 사건이거나 피고가 아닌 제3자를 상대로 한 사건이라서 위 판결들의 존재만으로 원고의 이 사건의 청구가 이미 존재하지 않는다고 판단된 채권에 대한 것이라 보기 어렵다. 또한 원고가 위 사건들 이외에 제기한 소송들이 수 회 있으나, 그 내용이 피고 회사의 장부조작에 따른 불법행위 책임을 문제 삼는 것이거나, 소 제기 후 약 2달 만에 취하하였거나, 피고 C 외의 제3자도 상대로 한 것이어서, 이를 원고가 신의성실의 원칙에 위반하여 소권을 남용한 것으로 보기에에는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고 C의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 피고 C의 피보전채권 부존재 주장에 대한 판단

1) 주장의 요지 피고 C는, 원고가 피고 회사에 대해 8억 원의 대여금 채권 또는 1,417,788,475원의 가수금 채권을 보전하기 위하여, 무자력인 피고 회사를 대위하여 피고 회사의 피고 C에 대한 채권을 대위행사 한다고 주장하나, 원고가 주장하는 피고 회사에 대한 채권은 모두 존재하지 아니하므로, 이를 전제로 한 원고의 피고 C에 대한 예비적 청구는 부적법하다고 주장한다.

2) 인정사실 이 법원이 이 부분에 적을 이유는, 아래와 같이 고치거나 추가하는 외에는 제1심판결 이유 해당 부분(제2~4면 "가. 기초사실" 부분) 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심판결 제3면 제13행의 "2010. 1. 23."을 "2010. 1. 28."로 고친다.

○ 제1심판결 제3면 제19행부터 제4면 제1행까지를 다음과 같이 고친다.

『5) F은 2010. 2. 2. 피고 회사가 G으로부터 빌린 20억 원 중 12억 원을 E에게 이 사건 약속어음금 중 일부로 지급하였다. 한편, 피고 회사는 2010. 12. 17. 원고로부터 8억 원을 차용하였고, 피고 C1) 는 피고 회사로 하여금 같은 날 E에게 나머지 약속어음금 8억 원을 지급하도록 하였다.』

○ 제1심판결 제4면 제14행 아래에 다음과 같이 추가한다.

『8) 원고와 피고 회사 사이의 채권채무 관계는 다음과 같이 정리되었다.

① 원고와 피고 회사는 수시로 돈을 대여하고 변제받는 방식의 거래를 계속하여 오다가, 피고 회사가 2012. 6. 18. 이사회를 열어 '피고 회사의 원고 단기 차입금에 대해 상계통지' 하고, 위 일자 기준으로 '원고의 채권자 D, H, I(이하 D, H, I 모두를 칭할 때 'D 외 2인'이라 한다)에게 피고 회사가 원고에게 받았던 단기차입금 2,668,413,460원을 D 외 2인에게 이전'하며, 위 일자 기준으로 'D 외 2인의 단기차입금 잔액은 피고 회사의 기타보증금으로 채무 변제 후 1,530,488,475원으로 확정'하였다(위 이사회 회의록을 '이 사건 회의록'이라 한다).2) ② 피고 회사의 가수금 입출금 내역에 따르면, 피고 회사의 원고에 대한 채무는 2012. 12. 31. 기준 1,417,788,475원이다가, 2013년 'D 외 2인 단기차입금 상환'으로 총 1,417,788,475원이 출금되었다.

③ 피고 회사의 회계장부인 거래처원장에는 2012. 6. 18. 기준 원고가 피고 회사에 대하여 갖는 채권액은 0원으로, 2013. 7. 29. 기준으로3) D 외 2인이 피고 회사에 대하여 갖는 채권액은 1,417,788,475원으로 기재되어 있었다.

④ 원고와 피고 회사, 미국 법인인 J(이하 'J'이라 한다)은 2013. 8. 14. 'J은 피고 회사에 대한 가수금을 전액 변제받았으며, J과 원고는 피고 회사에 대하여 아무런 채권을 가지고 있지 아니함을 확인한다'는 내용의 확인서(이하 '이 사건 확인서'라 한다)를 작성하였다.4) ⑤ J은 원고의 1인 주주이고, D은 J의 1인 주주이자 대표이사이며, H, I은 D의 자녀들이다.

』

○ 제1심판결 제4면 제15행의 [인정근거]에 "갑 제19, 20, 33, 44호증, 을 제3, 4, 8 내지 11호증"을 추가한다.

3) 판단 위 인정사실에 앞서 본 증거들, 갑 제28, 32, 36 내지 38, 40, 48호증, 을 제7, 14호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 및 사실을 보태어 보면, 원고가 피고

회사에게 2010. 12. 17. 8억 원을 대여해주었고, 2013. 7. 29. 기준으로 D 외 2인이 피고 회사에 대하여 1,417,788,475원의 채권을 보유하고 있었으나, 그 이후 채권 양도 및 피고 회사의 변제로 인하여 원고는 더 이상 피고 회사에 대하여 채권을 가지고 있지 아니한 사실이 인정된다. 따라서 원고가 주장하는 피보전채권은 모두 인정되지 아니하므로, 원고의 피고 C에 대한 예비적 청구는 부적법하고, 피고 C의 위 주장은 이유 있다.

① 피고 회사는 2012. 6. 18. 기준으로 원고의 피고 회사에 대한 채권액 2,668,413,460원을 D 외 2인에게 이전하였고(이에 따라 원고의 피고 회사에 대한 채권액은 2012. 6. 18. 기준으로 0원이 되었다), 이후 2012. 12. 31.까지 위 채권 중 일부를 변제하여 D 외 2인의 채권액은 1,417,788,475원으로 줄어들었으며, 해당 채권은 2013. 7. 29.까지 존재하였다가, 2013. 8. 14. 이전에 모두 변제되었음이 인정된다(원고의 채권이 D 외 2인에게 채권양도가 된 양도계약서 및 양도통지 등이 나타나있지 않고, 해당 채권양도가 채무자인 피고 회사의 이사회결의로 이루어졌으며, 이후 피고 회사의 채무 부존재 확인을 D 외 2인이 아닌 원고와 J이 한 사실은 인정된다. 그러나 이는 당시 원고가 피고 회사의 사실상 1인 주주이고, J은 원고의 1인 주주이며, D은 J의 1인 주주라는 특수한 상황에서 비롯된 것으로 보이는바, 원고의 채권이 D 외 2인에게 양도되고 D 외 2인에게 해당 채권이 변제되었음을 인정할 수 있다). 결국 원고는 더 이상 피고 회사에 대하여 8억 원의 대여금 채권 또는 1,417,788,475원의 가수금 채권을 가지지 아니한다.

② ㉠ 원고는, 이 사건 회의록(을 제10호증)에 날인된 피고 회사 대표이사 K의 인영은 K의 인장으로 인한 것이 맞으나, K이 직접 날인 하지 않았고, 이 사건 회의록에 첨부된 K의 인감증명서는 위 이사회 회의가 있는 날로부터 5개월 후에 발급받은 것으로서 대표이사의 인감증명서가 아닌 개인의 인감증명서이고, K은 이후 위 이사회 회의가 없었음을 공정증서로 확인한바 있으며, 이 사건 회의록에는 피고 C의 인감증명서가 첨부되지 않았고, 원고가 장악하고 있었던 피고 회사에서 원고에게 불리한 내용의 위 이사회 회의가 있었다고 볼 수 없으며, 이 사건 회의록에는 다른 회의록과 달리 공증 내지 확정일자가 없는바, 이러한 점을 종합하면 이 사건 회의록은 위조된 것이고, 그 원본이 제출되어 감정을 하지도 않았으므로, 이 사건 회의록을 인정할 수 없다고 주장한다.

㉡ 먼저 이 사건 회의록이 위조된 것인지에 관하여 보건대, 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이

그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되므로, 그와 같은 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게 할 수 있는 사정을 입증하여야 그 진정성립의 추정이 깨어진다고(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다59122 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 회의록에 첨부된 K의 인감증명서는 2012. 11. 19. 발급받은 개인 인감증명서이고, K은 2014. 7. 7. 이 사건 회의록상의 이사회가 개최된 사실이 없는 취지의 확인서를 작성하여 공증인가 법무법인 L의 공증을 받은바 있으며, 이 사건 회의록에 피고 C의 인감증명서가 첨부되어 있지 않은 사실은 인정된다. 그러나 이 사건 회의록의 진정함을 인정하기 위하여 위 회의록에 각 명의인의 대표이사 인감증명서가 첨부되어야 한다거나 공증 내지 확정일자를 받아야 한다고 볼 수 없는 점, 오히려 원고의 주장과 같이 이 사건 회의록 작성 당시 원고가 피고 회사를 장악하고 있었는데도 이러한 내용의 회의록이 작성된 점, 이 사건 회의록은 원고 측과 피고 측 사이의 소송에 수회 증거로 제출되었는데 각 법원은 이 사건 회의록의 진정성립이 인정됨을 전제로 사실인정을 한 점5), 피고 회사의 대표이사였던 F, 피고 C에 대하여 피고 회사에 재산상 손해를 가하였다는 등의 형사판결이 선고되었고, 위 F, 원고의 1인 주주로 등재되었던 M에 대하여 원고 명의의 주주명부 등을 위조하였다는 등의 형사판결이 선고되기도 하였으나, 이 사건 회의록이 위조되었다는 점에 대하여는 형사고소가 있었다는 정황이 보이지 않는 점 등을 종합하면, 원고가 제출한 증거들 및 주장 사유만으로는 이 사건 회의록의 K 인영의 날인행위가 K의 의사에 기한 것이라는 추정을 번복하기에 부족하고, 달리 이 사건 회의록이 위조되었다는 점을 인정할 증거가 없다. 따라서 이 사건 회의록의 진정성립을 인정할 수 있다.

㉔ 다음으로 이 사건 회의록 원본 부존재 주장에 관하여 본다. 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는 데 대하여 상대방으로부터 이의가 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없고, 반면에 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한

서증이 되는 것이나, 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이때에는 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 그 원본이 진정하게 성립하였음이 인정되어야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다56524 판결 등 참조). 원고는 이 사건 회의록 원본의 존재 및 성립의 진정에 대하여 다투고 있는바, 사본인 이 사건 회의록(을 제10호증)으로서 원본을 대신할 수는 없으나, 이 사건 회의록은 사본으로서 독립한 서증이라 할 것이고, 위에서 살펴본 ④항 기재 사정들 및 변론 전체의 취지를 종합하면 그 원본의 존재를 인정할 수 있으며, K의 인영부분의 진정성립이 인정되어 이 사건 회의록 전체의 진정성립이 추정되므로, 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 않는다.

③ 원고는, 이 사건 확인서의 진정성립은 인정하나, 이는 원고가 피고 회사를 제3자에게 매각하는 과정에서 작성해준 것인데 위 매각이 무효로 됨에 따라 효력이 없어진 문서라 주장한다.

④ 갑 제32, 36 내지 38호증의 각 기재에 의하면, J과 주식회사 N(이하 'N'라 한다), 에스크로우 대리인 간에 2013. 8. 14. 에스크로우 계약을 체결하면서, J이 N에게 피고 회사의 기명식 보통주식 50,100주 및 피고 회사의 경영권을 매도하고, 이에 대하여 N는 J에 같은 날 25억 원 및 2013. 11. 15. 10억 원을 지급하되, 위 25억 원의 지급시 J이 '피고 회사의 이사 사임서와 J가수금변제와 원고의 채무부존재 확인서'를 N에게 제공하기로 약정한 사실, 2013. 8. 13. 피고 회사가 J에 총 10억 원을, 2013. 8. 14. 피고 회사가 J에 4억 3,000만 원을, N가 J에 10억 7,000만 원을 각 송금한 사실, J은 2013. 9. 25. N에게 위에스크로우 계약 해지를 통지한 사실은 각 인정된다.

그러나 위 인정사실 및 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 확인서의 효력이 원고의 주장과 같은 조건을 전제로 한다고 인정하기에 부족하고, 달리 원고의 주장사실을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다6).

4. 결론

그렇다면 피고 회사의 항소는 부적법하므로 이를 각하하여야 하고, 원고의 피고 C에 대한 소 중 예비적 청구는 채권자대위소송의 피보전채권이 인정되지 않아 당사자적격이 없으므로 각하하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로 피고 C의 항소를 받아들여 제1심판결 중 피고 C 패소 부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 피고 C에 대한 소중 예비적 청구 부분을 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사이준영

- 1) 피고 C는 2010. 2. 22. 피고 회사의 대표이사로 취임하여 2011. 4. 11. 대표이사직에서 해임되었다.
- 2) 원고는 을 제10호증 이사회 의사록 중 K의 인영이 그의 의사에 의해 날인된 것이 아니라는 취지로 위 문서의 진정성립을 부정하나, 아래 '3) 판단, ②항'에서 보는바와 같이 그 진정성립을 인정할 수 있다.
- 3) 피고 회사의 거래처원장(갑 제44호증=을 제8호증)은 2010. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지의 기간 동안에 대한 것이나, 위 거래처원장의 출력일이 2013. 7. 29.이므로, 위 거래처원장에 기재된 내용은 2013. 7. 29. 기준의 내용으로 보인다.
- 4) 원고는 이 사건 확인서(을 제11호증)가 다른 목적을 위해 작성되었고, 해당 목적의 달성불능으로 무효라고 주장하나, 아래 '3) 판단, ③항'에서 보는바와 같이 유효함을 인정할 수 있다.
- 5) 부산고등법원(창원) 2015. 7. 23. 선고 2015나20325 사건[피고 회사가 J(대표이사 D, 대한민국에서의 대표자 K)을 상대로 청구이의한 사건]에서 이 사건 회의록의 진정성립이 인정됨을 전제로 사실인정을 하였고, 대법원에서 상고기각 판결을 하여 그대로 확정되었으며, 서울고등법원 2021. 10. 14. 선고 2021나2005469 사건(D이 대한민국, 김해시를 상대로 부당이득금 청구를 하고, 이에 피고 회사가 피고보조참가 한 사건)에서 이 사건 회의록의 진정성립이 인정됨을 전제로 사실인정을 하였고, 부산고등법원(창원) 2021. 9. 2. 선고 2020나14508 사건(피고 회사가 D을 상대로 손해배상청구를 한 사건)에서도 D은 그 위조 여부에 대해서 다투지 않았고 이를 전제로 사실인정을 한 위 판결에 대해 상고하지 않아 그대로 확정되었다.
- 6) 서울중앙지방법원 2021. 6. 24. 선고 2020가합512950 판결, 부산고등법원(창원) 2015. 7. 23. 선고 2015나20325 판결, 서울고등법원 2021. 10. 14. 선고 2021나2005469 판결 등에서도 이 사건 확인서에 의하여 원고가 피고 회사에 대해 채권을 가지지 않는다는 점이 인정되었다.