

## IV. 상법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

### 1. 총 칙

#### 가. 상업사용인

##### 1) 지배인의 대리권

지배인<sup>4039)</sup>은 영업주의 영업에 관한<sup>4040)</sup> 포괄적 대리권을 갖는데, 공동지배인<sup>4041)</sup>은 공동으로만 능동적 대리행위를 할 수 있다(공동지배인 상호 간의 포괄적인 대리권 위임은 허용되지 않는다<sup>4042)</sup>). 지배인 등기(상법 제13조 전문)의 유무, 공동지배인 등기(상법 제13조 후문) 유무

4039) **상법 제11조(지배인의 대리권)** ① 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. ② 지배인은 지배인이 아닌 점원 기타 사용인을 선임 또는 해임할 수 있다. ③ 지배인의 대리권에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

4040) 지배인의 어떤 행위가 영업주의 영업에 관한 것인가의 여부는 지배인의 행위 당시의 주관적인 의사와는 관계없이 그 행위의 객관적 성질에 따라 추상적으로 판단되어야 한다(96다36753 판결).

4041) **상법 제12조(공동지배인)** ① 상인은 수인의 지배인에게 공동으로 대리권을 행사하게 할 수 있다. ② 전항의 경우에 지배인 1인에 대한 의사표시는 영업주에 대하여 그 효력이 있다. ☞ 수동대리

4042) 특정사항에 관한 개별적 위임만 허용된다(공동대표이사에 관한 89다카3677 판결 참조).

에 따라 상법 제37조(상업등기의 효력)가 적용된다.<sup>4043)</sup>

거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 지배인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 ‘대리권 수여’ 사실은 ‘지배인 선임’ 사실이나 ‘지배인 선임 등기’ 사실로 대체되고, 영업주는 ① “a ‘지배인의 대리권 제한’ 사실(거래의 종류·금액·상대방, 본점의 승인 등의 내부적 제한) + b ‘거래상대방의 악의 또는 중과실’”을 주장·증명하여 항변할 수 있으며,<sup>4044)</sup> ② “a ‘지배인의 대리권 남용’ + b ‘거래상대방의 악의·과실’”을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.<sup>4045)</sup>

상업등기의 추정력을 뒤집는 ③ ‘지배인 등기가 무효인 근거 사실’, 상법 제37조에 따른 ④ “계약 체결 이전 시점의 a ‘지배인 사임·해임 사실’ + b ‘그 등기의 경로 사실’ 또는 b<sup>2</sup> ‘a 사실에 관한 원고의 악의 사실’”도 항변 사실이다(뒤에 나오는 ‘상업등기의 효력과 관련한 공격방어방법의 구체적 예’ 부분 참조).

## 2) 표현지배인

표현지배인의 거래 상대방(원고)이 표현지배인의 행위로 인한 영업주(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는,<sup>4046)</sup> 청구원인사실로서, ① “피고가 ‘(영업소로서의 실체를 갖춘) 본점 또는 지점’<sup>4047)</sup>의 사용인에게 ‘본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명

4043) 상법 제13조(지배인의 등기) 상인은 지배인의 선임과 그 대리권의 소멸에 관하여 그 지배인을 둔 본점 또는 지점소재지에서 등기하여야 한다. 전조 제1항에 규정한 사항과 그 변경도 같다.

4044) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결: “지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있다고 할 것이고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다고 할 것이다. ... 지배인이 내부적인 대리권 제한 규정에 위배하여 어음행위를 한 경우, 이러한 대리권의 제한에 대항할 수 있는 제3자의 범위에는 그 지배인으로부터 직접 어음을 취득한 상대방뿐만 아니라 그로부터 어음을 다시 배서양도받은 제3취득자도 포함된다고 할 것이므로, 원심이 소외인을 통하여 이 사건 어음을 전득한 원고의 입장에서 이 사건 지배인의 대리권의 제한을 알았는지 여부를 판단한 것은 정당하다.”

4045) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7721, 7738 판결: “지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 할 것이고, 그 상대방이 지배인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표시자인 지배인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다.”

4046) 상법 제14조(표현지배인) ① 본점 또는 지점의 본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다. 다만, 재판상 행위에 관하여는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 상대방이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.  
2010. 5. 14. 법률 제10281호로 개정되어 2010. 11. 15. 시행되기 전의 구 상법 제14조 제1항 본문은, “본점 또는 지점의 영업주인 기타 유사한 명칭을 가진 사용인은 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다.”라고 규정하고 있었다.

4047) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97다43819 판결: “표현지배인이 성립하려면 당해 사용인의 근무 장소가 상법상의 영업소인 ‘본점 또는 지점’의 실체를 가지고 어느 정도 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 것임을 요하고,

칭'(표현지배인 명칭)<sup>4048)</sup>의 사용을 (명시적·묵시적으로) 승인한 사실", ② "①항의 표현지배인이 그 명칭을 사용하여 피고의 영업에 관하여 피고를 대리하여 원고와 법률행위를 한 사실"을 주장·증명하면 된다.

피고는 '원고의 악의 또는 중과실'을 주장·증명하여 항변할 수 있는데,<sup>4049)</sup> 거래상대방의 악의 여부 판단에 상업등기의 기재 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니 된다(즉, 상업등기의 공시력에 관한 상법 제37조 규정의 적용이 배제된다).<sup>4050)</sup>

### 3) 부분적 포괄대리권을 가진 사용인

거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 사용인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 '대리권 수여' 사실은 상법 제15조<sup>4051)</sup> 소정의 '영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임' 사실<sup>4052)</sup>로 대체될 수 있고, 영업주는 ①

본·지점의 기본적인 업무를 독립하여 처리할 수 있는 것이 아니라 단순히 본·지점의 지휘·감독 아래 기계적으로 제한된 보조적 사무만을 처리하는 영업소는 상법상의 영업소인 본·지점에 준하는 영업 장소라고 볼 수 없다 할 것이다. ... 원심은 ... 소외 1이 피고 회사를 위하여 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 지위에 있었다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 원고 주장을 배척하였는바, ... 수긍이 가고"  
 ☞ 회사의 주주로서 자금조달 업무에 종사함과 아울러 지방 연락사무소장으로서 그 회사로부터 토지를 분양받은 자들과의 연락 업무와 투자중개 업무를 담당해 온 경우, 회사를 위하여 독립적으로 영업 활동을 할 수 있는 지위에 있었다고 단정할 수 없다는 이유로, 표현지배인이 아니라고 본 사례.

4048) ○ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20884 판결: "건설회사의 현장소장은 일반적으로 특정한 건설현장에서 공사의 시공에 관련한 업무만을 담당하는 자이므로 ... 표현지배인이라고 할 수는 없고, 그 업무에 관하여 부분적 포괄대리권을 가지고 있다고 봄이 상당하다."

○ 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다49703 판결: "증권회사의 지점장 대리는 그 명칭 자체로부터 상위직의 사용인의 존재를 추측할 수 있게 하는 것이므로, 상법 제14조 ... 사용인이라고 할 수는 없고, ... 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권을 가진 사용인으로 봄이 타당함바"

○ 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다36974 판결: "지점 차장이라는 명칭은 그 명칭 자체로서 상위직의 사용인의 존재를 추측할 수 있게 하는 것이므로 ... 표현지배인이 아니라 할 것이다."

4049) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결: "원심은 원고가 이 사건 약속어음을 배서양도 받을 당시 이미 소외인이 피고 회사의 지배인이 아니란 사실을 알고 있었다는 피고의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 잘못이 있음을 알 수 있으나, ... 피고의 위 주장사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 피고의 위 주장은 결국 배척될 것이 명백하므로"

4050) 표현대리이사에 관한 77다2436 판결, 93다47653 판결 참조. 따라서 영업주가 지배인을 해임하고 그 등기를 하면 그 등기로 선의의 제3자에게 대항할 수 있지만, 해임 지배인이 지배인 명칭을 계속 사용하고 이를 영업주가 묵인함으로써 표현지배인 책임이 문제되는 경우, 해임등기로 상대방의 악의가 의제되는 것은 아니다.

4051) 상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 사용인) ① 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 대한 위임을 받은 사용인은 이에 관한 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. ② 제11조 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

4052) ○ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다79838 판결: "부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인은 그가 수여받은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있으므로 개개의 행위에 대하여 영업주로부터 별도의 수권이 필요 없으나, 어떠한 행위가 위임받은 영업의 특정한 종류 또는 사항에 속하는가는 당해 영업의 규모와 성격, 거래행위의 형태 및 계속 반복 여부, 사용인의 직책명, 전체적인 업무분장 등 여러 사정을 고려해서 거래통념에 따라 객관적으로 판단하여야 한다. 건설회사 현장소장은 일반적으로 특정한 건설현장에서 공사의 시공과 관련된 업무만을 담당하는 자이어서 ... 그 업무에 관한 부분적 포괄대리권만을 가지고 있다고 봄이 상당하고, 일반적으로 건설회사의 현장소장에게는 회사의 부담으로 될 채무보증 또는 채무인수 등과 같은 행위를 할 권한이나 회사가 공사와 관련하여 거래상대방에 대하여 취득한 채권을 대가 없이 일방적으로 포기할 권한이 회사로부터 위임되어 있다고 볼 수 없다." ☞ 그 외 구체적 사례로, 전산개발장비 구매와 관련된 실무를 총괄하는 상업사용인이 회사에 새로운 채무부담을 발생시키는 지급보증행위를 하는 것

‘부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 대리권 제한’ 사실, ② ‘거래상대방의 악의 또는 중과실’을 주장·증명하여 항변할 수 있으며(상법 제15조 제2항에 의한 제11조 제3항의 준용),<sup>4053)</sup> ① ‘사용인의 대리권 남용’과 ② ‘거래상대방의 악의·과실’을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.<sup>4054)</sup>

부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우, 표현지배인 규정이 유추적용되지 아니한다.<sup>4055)</sup>

#### 4) 명의대여자의 책임

원고(거래상대방)가 명의대여자책임<sup>4056)</sup>에 기초하여 피고(명의대여자)에게 이행청구를 하는 경우, 청구원인 요건사실은 “① 피고(명의대여자)<sup>4057)</sup>가 자기의 ‘성명 또는 상호’<sup>4058)</sup>

은 부분적 포괄대리권의 범위에 속하지 않는다고 한 것(2006다13117 판결), 오피스텔 건물 분양사업자로부터 위임을 받아 관리부장 등의 직책에 기하여 오피스텔 건물에 관한 일체의 분양관련 업무를 처리해 온 자의 업무범위 속에 기존 분양계약자들과의 분양계약을 합의해제하거나 해제권 유보에 관한 약정을 체결하는 등의 일체의 분양거래행위가 포함된다고 한 것(94다22118 판결) 등이 있다.

○ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; “부분적 포괄대리권을 가진 사용인은 영업의 특정한 종류 또는 특정한 사항에 관한 재판 외의 모든 행위를 할 수 있는 대리권을 가진 상업사용인을 말하는 것이므로, 이에 해당하기 위해서는 그 사용인의 업무 내용에 영업주를 대리하여 법률행위를 하는 것이 당연히 포함되어 있어야 하는 것이다.”

○ 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다12932 판결; “부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 특정된 영업이나 특정된 사항에 속하지 않는 행위를 한 경우 영업주가 책임을 지기 위하여는 민법상의 표현대리의 법리에 의하여 그 상업사용인과 거래한 상대방이 그 상업사용인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 하는 것이다.”

4053) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99다12932 판결; “원심이 피고의 항변을 받아들인 취지는 … 원고들이 악의의 제3자에 해당되기 때문에 피고가 원고들에 대하여 소외인에 대한 대리권의 제한으로 대항할 수 있다는 것”

4054) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다43767 판결.

4055) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결; “상법 제14조 제1항은, 실제로는 지배인에 해당하지 않는 사용인이 지배인처럼 보이는 명칭을 사용하는 경우에 그러한 사용인을 지배인으로 신뢰하여 거래한 상대방을 보호하기 위한 취지에서, 본점 또는 지점의 영업주인 기타 유사한 명칭을 가진 사용인은 표현지배인으로서 재판상의 행위에 관한 것을 제외하고는 본점 또는 지점의 지배인과 동일한 권한이 있는 것으로 본다고 규정하고 있으나, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에는 상법은 그러한 사용인으로 오인될 만한 유사한 명칭에 대한 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 취지의 규정을 따르지 않고 있는바, 그 대리권에 관하여 지배인과 같은 정도의 확실성, 정형성이 인정되지 않는 부분적 포괄대리권을 가진 사용인들에 대해서까지 그 표현적 명칭의 사용에 대한 거래 상대방의 신뢰를 무조건적으로 보호한다는 것은 오히려 영업주의 책임을 지나치게 확대하는 것이 될 우려가 있으며, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인에 해당하지 않는 사용인이 그러한 사용인과 유사한 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우 그 거래 상대방은 민법 제125조의 표현대리나 민법 제756조의 사용자책임 등의 규정에 의하여 보호될 수 있다고 할 것이므로, 부분적 포괄대리권을 가진 사용인의 경우에도 표현지배인에 관한 상법 제14조의 규정이 유추적용되어야 한다고 할 수는 없다.”

4056) 상법 제24조(명의대여자의 책임) 타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다.

4057) 대법원 1987. 3. 24. 선고 85다카2219 판결; “명의대여자가 상인이 아니거나, 명의차용자의 영업이 상행위가 아니라 하더라도 위 법리를 적용하는 데에 아무런 영향이 없다 할 것” ☞ 원심이, 소외 사단법인 한국병원관리연구소에게 피고(인천직할시)의 명칭을 부가한 인천직할시립병원이라는 이름을 사용하여 병원업을 경영할 것을 승낙한 피고는 위 병원을 피고가 경영하는 것으로 믿고 의약품을 납품한 원고에게 대금을 변제할 책임이 있다고 판단하고, 상법 제24조의 적용범위가 상인 또는 사법인에 한정하여 적용되는 것은 아니라 하여 그에 대한 피고의 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예.

4058) 대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카8354 판결; ‘타인의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙인 경우는 그 아래



를 사용하여 영업을 할 것을 명의차용자에게 ‘허락’한 사실<sup>4059)</sup> + ② 명의차용자가 피고의 성명 또는 상호를 사용하여 원고와 위 영업에 관한 거래(영업거래와 관련한 어음·수표의 발행·배서를 포함한다<sup>4060)</sup>)<sup>4061)</sup>를 한 사실”이고, ‘명의대여사실에 대한 원고(거래상대방)의 악의·중과실’은 피고(명의대여자)의 항변사유이다.<sup>4062)</sup>

명의대여자와 명의차용자의 책임은 ‘부진정연대’의 관계에 있으므로, 어느 일방에게 생긴 사유가 다른 채무자의 유효한 항변·재항변 사유가 될 수 있는지는 앞서 본 ‘부진정연대채무’ 일반론을 참조하면 된다.<sup>4063)</sup>

지점, 영업소, 출장소 등을 붙인 경우와는 달리 타인의 영업을 종속적으로 표시하는 부가부분이라고 보기 어렵기 때문에 제3자가 자기의 상호아래 대리점이란 명칭을 붙여 사용하는 것을 허락하거나 묵인하였더라도 상법상 명의대여자로서의 책임을 물을 수는 없다.’

4059) ○ 대법원 2008. 1. 24. 선고 2006다21330 판결; “명의자가 타인과 동업계약을 체결하고 공동 명의로 사업자등록을 한 후 타인으로 하여금 사업을 운영하도록 허락하였고, 거래 상대방도 명의자를 위 사업의 공동사업주로 오인하여 거래를 하여온 경우에는, 그 후 명의자가 동업관계에서 탈퇴하고 사업자등록을 타인 단독 명의로 변경하였다 하더라도 이를 거래 상대방에게 알리는 등의 조치를 취하지 아니하여 여전히 공동사업주인 것으로 오인하게 하였다면 명의자는 탈퇴 이후에 타인과 거래 상대방 사이에 이루어진 거래에 대하여도 상법 제24조에 의한 명의대여자로서의 책임을 부담한다.”

○ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다46555 판결; “건설업 면허를 대여한 자는 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 건설업을 할 것을 허락하였다고 할 것인데, 건설업에서는 공정에 따라 하도급거래를 수반하는 것이 일반적이어서 특별한 사정이 없는 한 건설업 면허를 대여받은 자가 그 면허를 사용하여 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 하는 것도 허락하였다고 봄이 상당하므로, 면허를 대여한 자를 영업의 주체로 오인한 하도급 받은 자에 대하여도 명의대여자로서의 책임을 진다고 할 것이고, 면허를 대여받은 자를 대리 또는 대행한 자가 면허를 대여한 자의 명의로 하도급거래를 한 경우에도 이와 달리 볼 것은 아니다.”

4060) 대법원 1969. 3. 31. 선고 68다2270 판결.

4061) ○ 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1852 판결; “명의대여자의 책임은 제3자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 그 영업의 범위 내에서 명의사용자와 거래한 제3자에 대한 책임이므로 영업의 범위 외의 거래에 대하여는 명의대여자의 책임을 물을 수 없는 것이다.” ☞ 정미소의 임차인이 임대인의 상호를 계속 사용하는 경우, 임대인이 대여한 상호에 의하여 표상되는 영업은 정미소 영업이 분명하니, 임차인이 정미소 부지 내에 있는 창고 및 살림집을 제3자에게 임대한 행위는 설명 명의사용자가 임대행위의 목적이 정미소 창고 건축비용을 조달하기 위함이라고 말하였다고 하더라도 정미소 영업 범위 외의 거래이므로 명의대여자책임을 물을 수 없다고 한 예.

○ 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30699 판결; 피고가 자신의 사업인 ‘야채판매업’과 아들인 소외인이 경영하는 ‘야채판매업’을 공동 경영하는 것과 같은 외관을 만들어 놓고도 이를 방치하였다면, 소외인이 야채판매업의 영업자금을 조달하기 위하여 원고들로부터 금원을 차용하고 낙찰계에 가입함에 따른 차용금채무, 계불입금채무에 관하여 피고에게 명의대여자책임을 있다고 한 예.

4062) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결; “명의대여자의 책임은 명의자를 영업주로 오인하여 거래한 제3자를 보호하기 위한 것이므로 거래 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 대하여 중대한 과실이 있는 때에는 책임을 지지 아니하나, 이때 거래의 상대방이 명의대여사실을 알았거나 모른 데 중대한 과실이 있었는지 여부에 관하여는 면책을 주장하는 명의대여자가 그 증명책임을 부담한다.”

4063) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결; “명의대여자와 명의차용자의 책임은 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 그리고 이와 같은 부진정연대채무에 있어서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기는 다른 채무자에 대하여 효력이 미치지 아니한다.” ☞ 명의대여자를 영업주로 오인하여 명의차용자와 거래한 채권자가 물품대금채권에 관하여 명의대여자 책임을 묻자 명의대여자가 3년의 단기소멸시효기간 경과로 소멸하였다고 항변한 사안에서, 부진정연대채무자의 1인에 불과한 명의차용자가 한 채무 승인 또는 시효이익 포기의 효력은 다른 부진정연대채무자인 명의대여자에게 미치지 않음에도, 명의차용자가 시효기간 경과 전 채권 일부를 대물변제하고 잔액을 정산하여 변제를 약속한 사실이 있으므로 이는 채무 승인 또는 시효이익 포기에 해당한다는 이유로 위 항변을 배척한 원심을 파기한 사례.

명의대여자는 명의차용자의 불법행위에 대하여 거래 상대방에게 ‘사용자책임’을 질 수 있고, 이 경우 명의대여자는 ‘피해자(거래 상대방)의 증과실’을 면책사유로 항변할 수 있다.<sup>4064)</sup>

## 나. 상업등기

### 1) 상호등기의 효력

상법 제22조<sup>4065)</sup>에 의하여 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력이 미치는 범위는 ‘동일’한 상호에 한정된다.<sup>4066)</sup>

### 2) 상업등기의 효력

#### 가) 추정력

판례는, ‘법인등기부에 이사 또는 감사로 등재되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사 또는 감사로 추정된다.’고 하고, 반대사실인 ‘선임결의의 무효·부존재’를 요증대상으로 삼아 판시하고 있어,<sup>4067)</sup> 상업등기

4064) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결: “타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은 명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다 면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다. 한편, 사용자책임이 면책되는 피해자의 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 피용자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도의 주의를 결여하고, 공평의 관점에서 상대방을 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.”

4065) 상법 제22조(상호등기의 효력) 타인이 등기한 상호는 동일한 특별시·광역시·시·군에서 동종영업의 상호로 등기하지 못한다.

4066) 상법 제22조는 동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서 상호의 등기를 금지하는 효력과 함께 상호가 등기된 경우에는 선등기자가 후등기자를 상대로 그 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 효력도 인정한 규정인데 (2001다72081), 그 금지 대상이 “동종 영업의 상호”로 규정되어 있으나, 2009. 5. 28. 개정 구 상업등기법 제30조에 따라 그 시행 후에는 상법 제22조에 의하여 선등기자가 후등기자를 상대로 등기의 말소를 소로써 청구할 수 있는 대상이 상업등기법 규정에 상응한 “동일”한 상호에 한정되므로(2010다20754), 현재는 소로써 다투어질 여지가 거의 없게 되었다.

cf. 구 상업등기법(2007. 8. 3. 제정되어 2008. 1. 1. 시행된 것) 제30조(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시·광역시·시 또는 군 내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 확연히 구별할 수 있는 상호가 아니면 등기할 수 없다. ⇒ 2009. 5. 28. 개정 상업등기법 제30조(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시·광역시·시 또는 군내에서는 동일한 영업을 위하여 다른 사람이 등기한 것과 동일한 상호는 등기할 수 없다. → 2014. 5. 20. 전부개정 상업등기법 제29조(등기할 수 없는 상호) 동일한 특별시, 광역시, 특별자치시, 시(행정시를 포함한다. 이하 같다) 또는 군(광역시의 군은 제외한다. 이하 같다)에서는 동종의 영업을 위하여 다른 상인이 등기한 상호와 동일한 상호를 등기할 수 없다.

4067) ○ 대법원 1991. 12. 27. 선고 91다4409, 4416 판결: “법인등기부에 이사 또는 감사로 등재되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사 또는 감사로 추정된다 할 것인바, ...

의 기재에 부동산등기와 마찬가지로 법률의 근거 규정 없이 증명책임을 전환시키는 법률상 추정력을 인정하고 있는 것으로 해석된다.<sup>4068)</sup>

## 나) 공 시 력

상법 제37조<sup>4069)</sup>에 따라, ① 상업등기사항의 '등기 전'에는 선의(등기사항인 이사의 선임·해임 등의 사실을 모르는 것)의 제3자에게는 대항하지 못하고,<sup>4070)</sup> 악의(이사의 선임·해임

원고가 이사로 취임하게 된 ... 주주총회에서 이사선임결의가 무효 또는 부존재라고 볼만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 ... 소외인은 피고 회사의 감사로 법인등기부에 등재되어 있음을 알 수 있고, ... 주주총회의 감사중임결의가 무효 또는 부존재라고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라"

○ 대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카331 판결: "피고들이 주주 아닌 자들만이 모여 개최한 임시주주 총회에서 이사 또는 감사로 선출되었다고 단정할 수는 없다 할 것이다. 결국 원심판결은 채증법칙을 위반하여 증거 없이 사실을 인정한 결과 소외 회사의 적법한 이사 또는 감사로 추정되는 피고들의 자격을 부인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다 할 것"

○ 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006두187 판결: "원심은, 법인등기부상 대표이사로 등재된 자는 실질적으로 회사를 운영하고 있는 것으로 추정할 수 있으므로 법인등기부상 대표이사가 실질적으로 회사를 운영하지 아니하였다는 사실은 이를 주장하는 사람이 입증하여야 한다고 전제한 후, 원고가 소외 회사의 경영에 전혀 관여하지 아니한 명목상의 대표이사에 불과하였다는 점에 부합하는 증거들을 배척하고 ... 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 ... 입증책임에 관한 법리오해 등의 위법이 없다."

4068) [사견] 학설상으로는 상업등기의 기재에 사실상 추정력을 인정함이 일반적이거나, 법률의 근거 규정이 없음에도 법률관계 실재에 대한 개연성, 공시의 원칙에의 기여 등을 근거로 해석에 터잡아 법률상 추정력을 인정하는 부동산등기와 마찬가지로, 상업등기의 기재에도 법률상 추정력을 인정할 수 있다고 본다. 상업등기절차는 부동산등기절차와 마찬가지로, 국가기관에 의하여 관리될 뿐만 아니라, 당사자 신청주의(당사자나 그 대표자가 신청정보 및 첨부정보를 적은 서면을 제출하는 방법 등; 상업등기법 제22조, 제23조, 제24조), 인감의 사전 제출(제25조), 요건에 맞지 않는 신청의 각하(제26조) 등 등기 기재가 실체와 일치하도록 보장하기 위한 절차적 규정이 마련되어 있고, 사실과 상위한 상업등기인지 여부에 관한 증거자료는 상업등기 주체인 영업주나 회사의 영역 내에 존재하며, 등기의 공신력이 인정되지 않는 이상 거래의 안전 보호를 위하여 등기의 외관을 신뢰한 제3자를 증명책임의 면에서 소송법상 유리한 지위에 두어 보호하는 한편 부실한 등기 외관을 작출한 쪽에 외관에 따른 책임을 지우는 것이 기업거래에 있어 공시주의·외관주의에 부합하는 것이므로, 상업등기의 기재에 법률상 추정력을 인정함이 타당하다. 부동산등기에 대하여 법률의 근거 규정이 없이 실제적 필요성에 터잡은 해석으로 법률상 추정력을 인정하는 이상, 추정력의 정도에 있어 상업등기에 대하여 부동산등기와 차이를 둘 확연한 이유가 있다고 보기는 어려우므로, 양자를 같이 취급함이 옳다 하겠다. 나아가, 상업등기의 법률상 추정력에 따라 그 등기의 내용을 신뢰한 제3자는 선의·무과실로, 거래 상대방은 등기기록을 조사하는 것이 보통이므로 등기 내용을 알고 있었던 것으로(즉 악의로) 추정할 것이다.

4069) 상법 제37조(등기의 효력) ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

4070) ○ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결: "(합자)회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있고, 정관으로 수인의 사원이 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고도 이를 등기하지 아니한 경우, 공동대표사원 중 1인이 단독으로 회사를 대표하여 행위하였더라도 그 대표행위가 정관에 위배된다는 점을 들어 위 대표행위의 유효를 주장하는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다."   
㉠ 소외 합자회사의 무한책임사원이자 대표사원인 피고가 다른 무한책임사원이자 대표사원인 원고와의 공동대표를 규정한 정관을 위반하여 단독 대표로 소외인의 공탁금 회수청구권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 공탁금을 회수하였다 하더라도, 소외 합자회사의 상업등기부에 공동대표의 취지가 등기되지 않은 이상 상업등기부를 신뢰하여 업무를 처리한 공탁공무원 등 선의의 제3자에게 대항할 수 없으므로 위 추심명령 등이 위법하거나 효력이 없다고 볼 수 없다고 판단한 예.

○ 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다19321 판결: "합자회사 성립 후에 신입사원이 입사하여 사원으로서의 지위를 취득하기 위하여는 정관변경을 요하고 따라서 총사원의 동의를 얻어야 하지만, 정관변경은 회사의 내부 관계에서는 총사원의 동의만으로 그 효력을 발생하는 것이므로, 신입사원은 총사원의 동의가 있으면 정관인 서면의 경정이나 등기부예의 기재를 기다리지 않고 그 동의가 있는 시점에 곧바로 사원으로서의 지위를 취득한다 할 것이다. ... 원심은, 피신청인들이 김○○으로부터 김□□의 동의를 얻어 무한책임사원의 지분을 양도받기

등의 사실을 아는 것)의 제3자에게만 대항할 수 있으며<sup>4071)</sup>(제1항, 소극적 공시력),<sup>4072)</sup> ② ‘등기 후’에는 악의의 제3자에게는 물론, 선의의 제3자에 대하여도 대항할 수 있으나(제1항의 반대해석, 등기에 의한 제3자의 악의 의제, 적극적 공시력; 따라서 대표이사의 퇴임등기가 된 경우, 민법 제129조 ‘대리권 소멸 후의 표현대리’의 적용 또는 유추적용은 부정되고,<sup>4073)</sup> 그 주장은 그 자체로 이유 없는 주장으로 배척되어야 한다),<sup>4074)</sup> 등기 후라도 정당한 사유(등기부 멸실 등 객관적 장애 사유)로 인한 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다(제2항). 등기에 의하여 ‘선의의 제3자에 대한 대항력’이 생기지만, ‘공신력’은 인정되지 않는다.<sup>4075)</sup>

표현지배인과 표현대표이사(상법 제14조, 제395조)의 행위에 대해서는 상법 제37조 제1항의 규정이 적용되지 않는다. 해임된 지배인·대표이사가 해임등기 후에 제3자와 거래한 경우, 상법 제37조 제1항의 적용으로 선의의 제3자도 악의로 의제되어 버리면 제3자는 상법 제14조, 제395조의 적용에 의한 보호를 받지 못하게 되는데, 상법 제14조, 제395조는 제37조와는 별개의 차원에서 표현책임을 인정한 것이므로 표현책임을 인정 여부에 상업등기의 존부는 고려대상에 넣어서는 아니 된다.<sup>4076)</sup>

는 하였으나, 그에 관하여 나머지 무한책임사원인 신청인과 김◇◇의 동의를 받은 바가 없으므로 그 지분양수는 효력이 없고, 따라서 피신청인들은 회사의 무한책임사원으로서의 지위를 취득하였다고 볼 수 없다는 이유로, 신청인의 피신청인들에 대한 이 사건 직무집행정지신청을 받아들였다. 그러나 등기할 사항은 등기와 공고 후가 아니면 선의의 제3자에게 대항하지 못하는 것이므로, 신청인과 김◇◇이 무한책임사원으로서의 지위를 취득하였다고 하더라도 그에 관한 등기가 마쳐지기 전에는 등기 당사자인 회사나 신청인 및 김◇◇으로서 선의의 제3자에게 신청인과 김◇◇이 무한책임사원이라는 사실을 주장할 수 없는 것이므로, 만약 피신청인들이 김◇◇만이 유일한 무한책임사원이라고 믿은 데 대하여 선의라면, 회사나 신청인 등으로서 피신청인들이 신청인 등의 동의를 받지 아니하였음을 주장하여 위 지분양도계약이 효력이 없다고 주장할 수 없다고 할 것이다.”

4071) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다39551 판결; “등기할 사항인 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분은 상법 제37조 제1항에 의하여 이를 등기하지 아니하면 위 가처분으로 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있고”

4072) 예컨대, 이사 해임의 주주총회 결의 후에 해임등기를 하지 않았다면(이사 선임 후 그 선임등기가 마쳐지지 않고 있던 중 해임되었는데 해임등기를 하지 않은 경우도 마찬가지이다), 제3자가 이사 해임 사실을 알지 못한 경우 즉 선의인 경우에는 회사가 이사 해임 사실을 주장할 수 없으나, 제3자가 악의인 경우에는 회사가 이사 해임 사실을 주장할 수 있다.

4073) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결.

4074) 예컨대, 이사 해임의 주주총회 결의 후에 해임등기를 한 때에는, 제3자가 이사 해임 사실을 알지 못한 경우 즉 선의인 경우에도 회사는 이사 해임 사실을 주장할 수 있고, 제3자의 악의는 의제된다.

4075) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다19321 판결; “회사등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로 피신청인들이 불실등기를 믿고 김◇◇과 김□□의 (무한책임사원의) 지분을 양수하였다고 하여 회사 사원들의 지분을 전부 양수한 것으로는 될 수 없는 것”

4076) ○ 대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결; “상법 제395조와 상업등기와의 관계를 해아려 보면, 본조는 상업등기와는 다른 차원에서 회사의 표현책임을 인정하는 규정이라고 해야 옳으리니 이 책임을 물음에 상업등기가 있는 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다고 하겠다. 따라서 원판결이 피고회사의 상호변경등기로 말미암아 피고의 상호변경에 대하여 원고의 악의를 간주한 판단은 당원이 인정치 않는 법리위에 선 것이라 하겠다.”  
○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47653 판결; “회사가 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고 이를 등기한 경우에도, 공동대표이사 중의 1인이 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인하거나 방임한 때에는, 그 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 한 법률행위에 관하여 회사가 선의의 제3자에 대하여 상법제395조에 따른 책임을 진다고 할 것”

## 다) 부실등기 책임

거래상대방 측이 등기신청권자에 대하여 상법 제39조<sup>4077)</sup>에 의한 부실등기 책임(‘유권대리·대표’에 의한 계약 책임과 외관책임인 ‘부실등기 책임’은 별개의 청구권·소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 볼 것이다)을 묻기 위한 요건사실은, ‘등기신청권자의 고의 또는 과실로 인하여 부실등기(사실과 상위한 원시적<sup>4078)</sup> 부실등기)가 마쳐진 사실’이다.

원칙적으로, 등기신청권자가 고의·과실로(주식회사의 경우 대표이사, 합명회사의 경우 대표사원을 기준으로<sup>4079)</sup> 판정) 부실등기를 마쳤음을 요하지만, ‘등기신청권자 아닌 자가 부실등기를 마친 경우’에도, 등기신청권자가 그의 책임 있는 사유로 부실등기가 이루어지는 데 ‘관여’하거나 부실등기의 존재를 알고 있음에도 이를 시정하지 않고 ‘방치’하는 등 등기신청권자의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는, 등기신청권자에게 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 있다.<sup>4080)</sup> ‘등기신청권자에 의한 부실등기 경료’ 사실은 위 ‘특별한 사정’의 주장·증명으로

4077) 상법 제39조(부실의 등기) 고의 또는 과실로 인하여 사실과 상위한 사항을 등기한 자는 그 상위를 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

4078) 사후적 부실등기(등기 시점에는 사실과 부합하였으나, 사후의 사정으로 사실과 다르게 된 등기, 예컨대 선임등기된 지배인을 해임하고도 그 해임등기를 게을리 함으로써 사실과 상위하게 된 등기)는 포함되지 않는다.

4079) 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다1618, 1619 판결: 회사 정관에 대표사원 유고 시는 사원이 업무집행을 할 수 있게 되어 있다 하여 그 사원을 표준으로 하여 결정할 수는 없고, 대표사원은 당시 행방불명 상태에 있었으므로 부실등기를 회사 책임으로 돌릴 수 없다고 한 원심 판단이 정당하다고 한 예.

4080) ○ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결: “상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 묻기 위해서는, 원칙적으로 그 등기가 등기신청권자에 의하여 고의·과실로 마쳐진 것임을 요하고, 주식회사의 경우 부실등기에 대한 고의·과실의 유무는 그 대표이사를 기준으로 판정하여야 하는 것이지만, 등기신청권자가 스스로 등기를 하지 아니하였다 하더라도 그의 책임 있는 사유로 그 등기가 이루어지는 데에 관여하거나 그 부실등기의 존재를 알고 있음에도 이를 시정하지 않고 방치하는 등 등기신청권자의 고의·과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 그 등기신청권자에 대하여 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 있다. 등기신청권자 아닌 자가 주주총회 의사록 및 이사회 의사록 등을 허위로 작성하여 주주총회결의 및 이사회결의 등의 외관을 만들고 이에 터잡아 이사 및 대표이사 선임등기를 마친 경우는 물론이고, 그와 같은 허위의 의사록에 선임된 것으로 기재된 이사 및 대표이사가 기존에 적법하게 선임된 이사 및 대표이사를 배제한 채 과반수에 미달하는 일부 주주에 대하여만 소집통지를 보낸 후 주주총회를 개최하여 그 일부 주주만의 찬성으로 이사 선임결의를 하고, 거기서 선임된 이사들로 구성된 이사회를 개최하여 새로운 대표이사를 선임한 후 대표이사 선임등기를 마친 경우에는, 비록 외형상 주주총회결의 및 이사회결의가 존재한다고 하더라도 그것이 적법하게 선임된 대표이사와 이사들 및 나머지 주주들의 관여가 배제된 채 이루어진 이상 등기신청권자인 회사가 그 선임등기가 이루어지는 데에 관여한 것으로 볼 수 없고, 달리 회사의 고의·과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 상법 제39조에 의한 부실등기 책임을 물을 수 없다. 이 경우 위와 같이 허위의 주주총회결의 등의 외관을 만들어 부실등기를 마친 자가 회사의 상당한 지분을 가진 주주라고 하더라도 그러한 사정만으로는 회사의 고의 또는 과실로 부실등기를 한 것과 동일시할 수는 없다.” ㉠ 원고 회사 주식 50%만을 보유한 소외인에 의해 단지 의사록에만 결의가 있었던 것으로 작성된 주주총회 및 그 결의를 기초로 선임된 임원진에 의하여 소집·개최된 각 주주총회 및 그 해당 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된 각 이사회에서 이루어진 이사·대표이사 선임결의, 그 대표이사 선임등기는 대표이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정이 존재하지 아니하거나 외형상 존재한다고 할지라도 그것이 적법하게 선임된 대표이사와 이사들 및 나머지 50%의 주주의 관여 없이 이루어진 것인 이상, 위 각 결의에 기해 마쳐진 대표이사 선임등기는 등기신청권자인 회사가 그 등기가 이루어지는 데에 관여하지 아니한 것으로 보아야 한다고 한 예.

○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312 판결: “대표이사가 아닌 자가 주주총회결의 및 이사회결의 등의

대체될 수 있다.

이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효인 경우, 그 선임 결의가 취소되는 대표이사과 거래한 상대방은 상법 제39조에 의하여 보호될 수 있다.<sup>4081)</sup>

거래상대방의 선의 또는 악의의 증명책임의 소재에 관하여, 부실등기책임을 주장하는 거래상대방이 '선의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 볼 수 있는 원심 판시를 수긍한 판례가 보이고<sup>4082)</sup> 법 문언상 '선의의 제3자'가 부실등기책임을 요건으로 규정되어 있기는 하나, 부실등기책임을 면하려는 영업주나 회사가 거래상대방의 '악의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 봄이 옳다.<sup>4083)</sup>

외관을 만들고 이에 터 잡아 새로운 대표이사 선임등기를 마쳤으나 주주총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있어 그 결의가 부존재한다고 인정될 경우에는, 주주총회의 개최와 결의가 존재하나 무효 또는 취소사유가 있는 경우와는 달리, 그 새로운 대표이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정이 존재하지 아니하여 등기신청권자인 회사가 그 등기가 이루어지는 데 관여할 수 없었으므로, ... 부실등기 책임을 물을 수 없다."

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결: "상법 제39조는 고의나 과실로 스스로 사실과 상위한 내용의 등기신청을 함으로써 부실의 사실을 등기하게 한 자는 그 부실등기임을 내세워 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 취지로서 등기신청권자 아닌 제3자가 문서위조 등의 방법으로 등기신청권자의 명의를 도용하여 부실등기를 경료한 것과 같은 경우에는 비록 그 제3자가 명의를 도용하여 등기신청을 함에 있어 등기신청권자에게 과실이 있다 하더라도 이로써 곧 등기신청권자 자신이 고의나 과실로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시할 수는 없는 것이고, 또 이미 경료되어 있는 부실등기를 등기신청권자가 알면서 이를 방치한 것이 아니고 이를 알지 못하여 부실등기 상태가 존속된 경우에는 비록 등기신청권자에게 부실등기 상태를 발견하여 이를 시정하지 못한 점에 있어서 과실이 있다 하더라도 역시 이로써 곧 스스로 사실과 상위한 등기를 신청한 것과 동일시할 수 없는 법리라 할 것이므로 등기신청권자 아닌 제3자의 문서위조 등의 방법으로 이루어진 부실등기에 있어서는 등기신청권자에게 그 부실등기의 경료 및 존속에 있어서 그 정도가 어떠한 과실이 있다는 사유만 가지고는 상법 제39조를 적용하여 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 볼 수는 없다."

4081) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결: "이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다. ... 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사과 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 상법 제39조의 부실등기에 해당된다."

4082) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결: 원심이, "이 사건 주주총회에서 선임된 이사들에 의하여 대표이사로 선임된 최○○은 당일 법인등기부에 같은 내용의 등기를 함으로써 법인등기부상으로는 그 이후부터 주주총회 취소판결이 확정될 때까지 원고 회사의 대표이사로 등재된 사실, 거래상대방인 노○○은 당시 법인등기부상 원고 회사의 대표이사로 등재된 최○○과 근저당권설정계약을 체결하고 그에 기하여 근저당권설정등기를 경료한 사실, 노○○을 비롯한 피고들은 이 사건 주주총회결의의 취소판결이 확정될 때까지는 최○○이 원고 회사의 적법한 대표이사가 아니라는 사정을 전혀 알지 못하였던 사실을 적법하게 인정한 다음, 원고 회사는 상법 제39조의 법리에 따라 원고 회사와 노○○과 체결된 근저당권설정계약과 근저당권설정등기 및 이에 터잡은 모든 거래행위에 대하여 책임을 져야 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다"고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4083) [사건] 그 논거로는, ① 상법상 다른 외관책임(표현지배인, 표현대표이사, 명의대여자 책임)의 경우 외관책임을 면하려는 영업주나 회사가 거래상대방의 '악의'에 대한 증명책임을 부담하는 것으로 해석하고 있는 점, ② '선의의 제3자에게 대항하지 못한다'는 민법 제108조, 110조의 동일 문언에 관하여 판례는 '제3자는 선의로 추정되고 무효·취소를 주장하는 자가 제3자의 악의를 주장·증명하여야 한다.'고 보고 있는 점, ③ 상업등기도 부동산

사실심에서 하지 아니한 부실등기책임 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.<sup>4084)</sup>

#### 라) 상업등기의 효력과 관련한 공격방어방법의 구체적 예

거래상대방(원고)이 영업주나 회사(피고)에 대하여 지배인이나 대표이사의 대리·대표행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 청구원인사실 중 ‘대리·대표권 수여’ 사실은 ‘지배인·대표이사 선임’ 사실이나 ‘지배인·대표이사 선임등기’ 사실<sup>4085)</sup>로 대체되고, 피고는 상업등기의 추정력 복멸을 위해 (1) ‘지배인·대표이사 선임등기가 무효인 근거 사실’을 주장·증명하여 항변할 수 있으며, 상법 제37조에 따라 (2) “계약 체결 이전 시점에 ④ ‘지배인·대표이사가 사임하거나 해임된 사실’ + ⑥ ‘그 사임·해임 등기가 마쳐진 사실’ 또는 ⑥<sup>2</sup> ‘④ 사실에 관한 원고의 악의 사실’”을 주장·증명하여 항변할 수 있다. 원고는, 위 (2) 항변의 ⑥<sup>1</sup>에 대하여, “‘원고의 선의’ + ‘정당사유’”를 주장·증명하여 재항변할 수 있다.

원고는 위 (1) 항변 인용에 대비하여, 계약 이행 청구에 대한 ‘예비적’ 청구로서 ‘부실등기책임 청구’의 요건사실인 ‘(부실등기에 대한) 피고의 고의 또는 과실’을 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 피고는, ‘원고의 악의’를 주장·증명하여 항변할 수 있다.<sup>4086)</sup>

### 다. 영업양도

#### 1) 경업금지

##### 가) 영업양도인에 대한 경업 금지 청구

상법 제41조<sup>4087)</sup> ‘제1항의 법규정’ 또는 제2항의 ‘약정’에 근거하여, 영업양수인(전전 영업양수인 포함<sup>4088)</sup>)은 영업양도인에 대하여 ‘동일·인접 특별시·광역시·시·군’에서

등기와 마찬가지로 제3자에 대하여 적법한 원인으로 마쳐진 것으로 추정될 수 있는 점, ④ 당사 법률관계에서는 거래상대방의 보호가 더 중시되어야 하는 점 등을 들 수 있다.

4084) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다36097, 36103 판결; “부실의 등기에 관한 상법 제39조의 규정에 의하더라도 원고 회사는 선의의 제3자인 피고들에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 취지로도 주장하나, 이는 원심에 이르기까지 주장하지 아니하다가 당심에 이르러 비로소 주장하는 것이어서 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다.”

4085) 지배인등기부나 주식회사등기부의 ‘등기사항증명서’로 증명하면 된다.

4086) ‘부실등기책임에 기한 원고의 예비적 청구’를 ‘원고의 재항변’으로, 그 다음 ‘피고의 항변’을 ‘피고의 재재항변’으로 위치시킬 수도 있으나, ‘유권대리·대표’에 의한 계약책임과 외관책임인 ‘부실등기책임’은 별개의 청구권·소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 봄이 옳다.

4087) 상법 제41조(영업양도인의 경업금지) ① 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못한다. ② 양도인이 동종영업을 하지 아니할 것을 약정한 때에는 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에 한하여 20년을 초과하지 아니한 범위 내에서 그 효력이 있다.

4088) 대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다227629 판결; “영업양도계약에서 경업금지청구권의 양도를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 ... 양도된 영업을 다시 동일성을 유지한 채 전전양도될 때 영업양수인의 경업금지청구권은 영업재산의 일부로서 영업과 함께 그 뒤의 영업양수인에게 전전양도되고, 그에 수반하여 지명채권인 경업금

의 ‘동종영업’<sup>4089)</sup>에 대한 ‘경업금지’를 청구할 수 있다. ‘경업금지의무를 배제하는 약정’은 항변 사항이다.

#### 나) 상가 분양계약상 업종 제한 약정에 기초한 동종 영업 금지 청구

상가 분양계약상 업종 제한 약정을 위반할 경우 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자는 침해배제를 위하여 동종업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다.<sup>4090)</sup> 집합건물 관리단 설립 이후에는 관리단 규약을 통하여 업종 제한을 새로 설정하거나 변경할 수 있다.<sup>4091)</sup>

지청구권의 양도에 관한 통지권한도 전전이전된다고 보는 것이 타당하다.”

4089) ① 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다80440 판결; “상법 제41조 제1항 …에서 양도 대상으로 규정한 영업은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화되어 유기적 일체로서 기능하는 재산의 총체를 말하는데, 여기에는 유형·무형의 재산 일체가 포함된다. 영업양도인이 영업을 양도하고도 동종 영업을 하면 영업양수인의 이익이 침해되므로 상법은 영업양수인을 보호하기 위하여 영업양도인의 경업금지의무를 규정하고 있다. 위와 같은 상법의 취지를 고려하여 보면, 경업이 금지되는 대상으로서의 동종 영업은 영업의 내용, 규모, 방식, 범위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 양도된 영업과 경쟁관계가 발생할 수 있는 영업을 의미한다고 보아야 한다. … 경업금지지역으로서의 동일 지역 또는 인접 지역은 양도된 물적 설비가 있던 지역을 기준으로 정할 것이 아니라 영업양도인의 통상적인 영업활동이 이루어지던 지역을 기준으로 정하여야 한다.”(경업금지의무의 지역적 범위가 공장 소재지인 군과 인접 군에 제한되어야 한다는 피고 주장에 대하여, 영업양도 대상인 공장의 영업은 가공한 육류를 전국적으로 유통·판매하는 것까지 목적으로 하고 있으므로 그 영업 지역을 공장 소재지 군과 인접 군에 한정되는 것으로 볼 수 없다는 이유로 위 주장을 배척한 예) ② 영업양도의 판단기준은 인계·인수할 종업원이나 노하우, 거래처 등이 존재하지 아니하는 소규모 자영업의 경우에도 동일하게 적용된다(2009마1136; 소규모 미용실의 양도를 영업양도로 보아 양도인에게 경업금지의무가 있다고 본 사례).

4090) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다270047 판결; “건축주가 상가를 건축하여 점포별로 업종을 정하여 분양한 경우 점포의 수분양자나 그의 지위를 양수한 자 또는 그 점포를 임차한 자는 특별한 사정이 없는 한 상가의 점포 입점자들에 대한 관계에서 상호 묵시적으로 분양계약에서 약정한 업종 제한 등의 의무를 수인하기로 동의하였다고 봄이 상당하므로, 상호 간의 업종 제한에 관한 약정을 준수할 의무가 있다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 업종 제한 약정을 위반할 경우 이로 인하여 영업상의 이익을 침해당할 처지에 있는 자는 침해배제를 위하여 동종업종의 영업금지를 청구할 권리가 있다. 상가를 분양하는 계약에서 업종 제한 약정을 하면서도 그 업종의 의미 및 영업범위에 관하여 따로 정하지 않은 경우에는, 그 업종의 사전적 의미, 일반적으로 행해지는 그 업종의 영업내용, 한국표준산업분류표의 분류기준 등을 모두 종합하여 결정하되, 획일적·절대적으로 결정할 것이 아니라 상가가 위치한 도시와 아파트 단지의 규모, 그 상가의 크기와 상권형성 정도, 인근 동종업종의 상황 등도 아울러 고려하여, 지정된 업종의 점포 입점자가 거래관념상 통상적으로 수인하여야 할 정도를 넘는 약정 위반인지 여부를 판단하여야 한다.”(상가건물 1층에서 편의점을 운영하고 있는 원고들이 같은 층 인접 점포에서 아이스크림 등 할인점을 운영하고 있는 피고를 상대로 한 영업금지청구를 인정한 사례) ■ ‘치킨 판매 영업’을 지정받은 점포에서 실질적으로 ‘호프판매 영업’을 한 것이 업종제한에 관한 약정을 위반한 것이라고 한 사례(2006다63747).

4091) ① 건물이 집합건물법의 규율대상인 집합건물인 경우 분양이 개시되고 입주가 이루어짐으로써 공동관리의 필요가 생긴 때에는 그 당시의 미분양된 전유부분의 구분소유자를 포함한 구분소유자 전원을 구성원으로 하는 집합건물법 제23조 소정의 관리단이 당연히 설립되고, 관리단의 설립 이후에는 집합건물법 제28조의 관리단 규약을 통하여 업종 제한을 새로 설정하거나 변경할 수도 있는데, 이러한 업종 제한에는 기본적으로 수분양자 또는 구분소유자에게 해당 업종에 관한 독점적 운영권을 보장하는 의미가 내포되어 있으므로 이를 사후에 변경하기 위해서는 임차인 등의 제3자가 아닌 수분양자나 구분소유자들 스스로의 합의가 필요하다. 다만 관리단 규약의 제·개정을 위한 구분소유자의 의결권 행사는 대리인을 통하여서도 할 수 있고(집합건물법 제38조 제2항), 업종 제한의 변경에 관한 구분소유자나 수분양자의 동意的 의사표시도 마찬가지라고 보아야 하며, 이러한 의결권의 위임이나 대리권의 수여가 반드시 개별적·구체적으로 이루어져야만 한다고 볼 근거도 없으므로, 구분소유자나 수분양자가 임차인 등에게 사전적·포괄적으로 상가건물의 관리에 관한 의결권을 위임하거나 업종 제한 변경의 동의에 관한 대리권을 수여한 경우에는 위 임차인 등이 참여한 결의나 합의를 통한 업종 제한의



## 2) 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수광고에 따른 변제책임

상법 제42조<sup>4092)</sup> 제1항의 '영업 양수인의 상호속용책임'<sup>4093)</sup>의 법문상 요건사실은,

- ① '영업'<sup>4094)</sup> 양도<sup>4095)</sup> 사실'(영업 '출자'의 경우에는 유추적용되나,<sup>4096)</sup> 영업 '임대차'의 경우에는 유추 적용되지 않는다<sup>4097)</sup>), ② '영업 양수인의 상호(‘옥호’, ‘영업표지’의 경우에도 유추적용된다<sup>4098)</sup>) 속

설정이거나 변경도 가능하다(2011다79258). ② 상가건물의 입증을 제한하거나 변경하는 업무는 이를 유통산업 발전법상 대규모점포개설자나 대규모점포관리자에게 허용하면 구분소유자의 소유권 행사와 충돌하거나 구분 소유자의 소유권을 침해할 우려가 있는 '구분소유와 관련된 사항'에 해당하고, 대규모점포 본래의 유지·관리를 위하여 필요한 업무에 포함되지 않는다고 보아야 한다(2018다41801).

- 4092) 상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임) ① 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다. ② 전항의 규정은 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 때에는 적용하지 아니한다. 양도인과 양수인이 지체없이 제3자에 대하여 그 뜻을 통지한 경우에 그 통지를 받은 제3자에 대하여도 같다.
- 4093) 상법 제42조 제1항은, 일반적으로 영업상 채권자의 채무자에 대한 신용은 채무자의 영업재산에 의하여 실질적으로 담보되어 있는 것이 대부분인데도 실제 영업양도가 이루어지면서 채무인수가 제외된 경우에는 채권자의 채권이 영업재산과 분리되게 되어 채권자를 해치게 되는 일이 일어나므로 채권자에게 채권추구의 기회를 상실시키는 것과 같은 영업양도의 방법, 즉 채무를 인수하지 않았음에도 불구하고 상호를 속용함으로써 영업양도의 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 또는 영업양도에도 불구하고 채무인수가 이루어지지 않은 사실이 대외적으로 판명되기 어려운 방법 등이 채용된 경우에 양수인에게도 변제의 책임을 지우기 위하여 마련된 규정이다(대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결).
- 4094) 상법 제42조 제1항의 '영업'이란, 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다(2016다47737).
- 4095) '영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부'는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 하는바(2007다89722 판결 등), 이는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하므로, 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 수 있다 할 것이고, 이러한 영업양도는 반드시 영업양도 당사자 사이의 명시적 계약에 의하여야 하는 것은 아니며 묵시적 계약에 의하여도 가능하다(2007다17123, 17130).
- 4096) 96다13767: "영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용하는 경우에는, 영업의 양도는 아니지만 출자의 목적이 된 영업의 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업의 이전이라는 점에서 영업의 양도와 유사하여 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로, 새로 설립된 법인은 상법 제42조 제1항의 규정의 유추적용에 의하여 출자자의 채무를 변제할 책임이 있는 것이지만, 여기서 말하는 영업의 출자라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 출자하는 것을 말한다고 보아야 할 것인데, ... 소외 회사 또는 그 대주주인 소외인 등이 소외 회사의 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 출자함으로써 피고 회사가 설립되었다고 보기에 부족하다는 점도 아울러 지적하여 둔다."
- 4097) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다9212 판결: "타인의 채무에 대한 변제책임이 인정되는 것은 채무인수와 같이 당사자가 스스로의 결정에 따라 책임을 부담할 의사를 표시한 경우에 한정되는 것이 원칙이고, 예외적으로 법률의 규정에 의하여 당사자의 의사와 관계없이 타인의 채무에 대한 변제책임이 인정될 수 있으나, 그러한 법률규정을 해석·적용할 때에는 가급적 위와 같은 원칙들이 훼손되지 않도록 배려하여야 하고 특히 유추적용 등의 방법으로 그 법률규정들을 확대적용하는 것은 신중히 하여야 한다. ... 영업임대차의 경우에는 상법 제42조 제1항과 같은 법률규정이 없을 뿐만 아니라, 영업상의 채권자가 제공하는 신용에 대하여 실질적인 담보의 기능을 하는 영업재산의 소유권이 재고상품 등 일부를 제외하고는 모두 임대인에게 유보되어 있고 임차인은 그 사용·수익권만을 가질 뿐이어서 임차인에게 임대인의 채무에 대한 변제책임을 부담시키면서까지 임대인의 채권자를 보호할 필요가 있다고 보기 어렵다. 여기에 상법 제42조 제1항에 의하여 양수인이 부담하는 책임은

용(그 원인관계가 무엇인지에 관하여 제한을 둘 필요는 없고 상호속용이라는 '사실관계'가 있으면 충분하다<sup>4099)</sup> 사실'과 ③ '양도인의 영업으로 인한 채무인 사실'로 되어 있는데, 영업 양도인의 채권자(원고)가 영업 양수인(피고)에게 상호속용책임에 기초하여 영업 양도인에 대한 채권의 이행을 청구하는 경우, 청구원인 사실로서 위 ①, ②의 사실 및 ③ '원고의 양도인에 대한 채권의 '발생'<sup>4100)</sup> 사실'을 주장·증명하면 된다.

상법 제44조<sup>4101)</sup>의 '영업 양수인의 채무인수 광고에 따른 변제책임'의 경우에는 위 ②의 '상호 속용 사실' 대신에 '채무 인수를 광고한 사실'로 대체된다(양도인의 채권자에게 개별적으로 통지를 하는 방식으로 채무인수 취지를 표시한 경우에도 적용되고,<sup>4102)</sup> 업무전반을 인계하였다는

양수한 영업재산에 한정되지 아니하고 그의 전 재산에 미친다는 점 등을 더하여 보면, 영업입대차의 경우에 상법 제42조 제1항을 그대로 유추적용할 것은 아니다." <sup>4098</sup> 이는 영업입대차의 종료로营业을 반환하는 경우에도 마찬가지이다(2016다47737).

4098) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결: "양수인에 의하여 속용되는 명칭이 상호 자체가 아닌 묵호 또는 영업표지인 때에도 그것이 영업주체를 나타내는 것으로 사용되는 경우에는 채권자가 영업주체의 교체나 채무인수 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 양수인은 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항의 유추적용에 의하여 그 채무를 부담한다."

4099) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다17123, 17130 판결: "상호를 속용하는 영업양수인에게 책임을 묻기 위해서는 상호속용의 원인관계가 무엇인지에 관하여 제한을 둘 필요는 없고 상호속용이라는 사실관계가 있으면 충분하다고 할 것이고, 따라서 상호의 양도 또는 사용허락이 있는 경우는 물론 그에 관한 합의가 무효 또는 취소된 경우라거나 상호를 무단 사용하는 경우도 상법 제42조 제1항의 상호속용에 포함된다고 할 것이며, 나아가 영업양도인이 자기의 상호를 동시에 영업 자체의 명칭 내지 영업 표지로서도 사용하여 왔는데, 영업양수인이 자신의 상호를 그대로 보유·사용하면서 영업양도인의 상호를 자신의 영업 명칭 내지 영업 표지로서 속용하고 있는 경우에는 영업상의 채권자가 영업주체의 교체나 채무승계 여부 등을 용이하게 알 수 없다는 점에서 일반적인 상호속용의 경우와 다를 바 없으므로, 이러한 경우도 상법 제42조 제1항의 상호속용에 포함된다고 할 것이다."

4100) 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결: "상법 제42조 제1항은 ... 양도인이 여전히 주채무자로서 채무를 부담하면서 양수인도 함께 변제책임을 지도록 하고 있으나, 위 규정이 영업양수인이 양도인의 영업자금과 관련한 피보증인의 지위까지 승계하도록 한 것이라고 보기는 어렵고, 영업양수인이 위 규정에 따라 책임지는 제3자의 채권은 영업양도 당시 채무의 변제가 도래할 필요까지는 없다고 하더라도 그 당시까지 발생한 것이어야 하고, 영업양도 당시로 보아 가까운 장래에 발생할 것이 확실한 채권도 양수인이 책임져야 한다고 볼 수 없다." <sup>4099</sup> 원심이, (1) 원고의 소외인(영업양도인)에 대한 구상금 채권은 영업양도계약 당시 아직 발생하지 않았으므로 피고(상호속용 영업양수인)가 이를 변제할 책임이 없다 하여 원고의 구상금 청구를 기각하고, (2) 원고는 보증인으로서 소외인의 채무를 변제할 정당한 이익이 있으므로 소외인에 대한 대출채권자인 소외 은행을 채권 자체가 이전되는 것이므로 영업양도 당시 이미 발생한 것이어서, 피고는 그 채무를 연대하여 변제할 책임이 있다고 보아 원고의 대위변제금 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, 구상금 청구에 관하여 원심이 판단한 것처럼 원고가 피고에 대하여 구상권을 가지지 못하는 이상, 구상권의 효력을 확보하기 위하여 인정되는 변제자대위는 허용될 수 없으므로, 원고는 소외 은행의 피고에 대한 원채권을 대위행사할 수 없다고 한 예.

4101) 상법 제44조(채무인수를 광고한 양수인의 책임) 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하지 아니하는 경우에 양도인의 영업으로 인한 채무를 인수할 것을 광고한 때에는 양수인도 변제할 책임이 있다.

4102) ① 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다77327 판결: "영업양수인이 양도인의 채무를 받아들이는 취지를 광고에 의하여 표시한 경우에 한하지 않고, 양도인의 채권자에 대하여 개별적으로 통지를 하는 방식으로 그 취지를 표시한 경우에도 적용이 되어, 그 채권자와의 관계에서는 채무변제의 책임이 발생한다고 보아야 할 것이다. ... 피고 회사가 2005년 1월 말경 소외 1 회사로부터 공장건물, 기계 및 인력 대부분을 그대로 인수하여 그 영업을 양수하여 원고를 비롯한 소외 1 회사의 기존 거래처와의 거래를 계속한 점, 원고는 2005. 2. 1.부터 같은 달 22일까지 종전대로 소외 1 회사 명의로 거래명세표를 작성하여 피고 회사의 직원으로부터 제품을 인수하였다는 취지의 확인을 받아오던 중 2005. 2. 23.경 피고 회사가 '당사 상호변경의 건'이라는 제목으로, '금년 2005년 2월부터 회사명 변경으로 인해 아래와 같이 공문합니다'라는 내용하에 그 업태와 종목을 사실상

인사장의 배포를 채무인수를 광고한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 다툼이 있다<sup>4103)</sup>).

영업 양수인(피고)은 상호속용책임이나 채무인수광고책임을 면하기 위해, ① 영업 양도인의 채무가 ‘영업으로 인한 채무<sup>4104)</sup>가 아니’라는 점,<sup>4105)</sup> 또는 ② 원고가 ‘영업양도 당시’ 채무인수 사실이 없음을 알고 있었거나 ‘그 무렵’ 알게 된 ‘악의의 채권자’라는 점,<sup>4106)</sup>

동일하고 단지 상호명 및 사업자등록번호와 대표자만 바뀐 소외 1 회사와 피고 회사의 각 표시를 변경 전후로 나누어 표시한 갑 제4호증을 원고에게 발송하였고(그 발신인 주소란에도 소외 1 회사의 종전 공장 소재지 그대로 기재하고 있다), 이에 원고는 2005. 2. 28.부터 ‘공급받는 자’를 피고 회사로 바꾼 세금계산서를 발행하는 한편, 2005년 2월부터 11월까지 총 13,120,660원의 물품을 공급하고서 피고로부터는 소외 1 회사의 기존 미지급 물품대금채무 일부를 포함하여 총 16,883,880원을 지급받은 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고 회사는 상법 제44조의 채무인수를 광고한 양수인에 해당하여 소외 1 회사의 원고에 대한 미지급 물품대금채무를 변제할 책임이 있다고 보아야 할 것이다.” ② 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결: “피고가 위 미래테크로부터 그 판시 영업을 양수한 직후 원고에게 위 미래테크의 상호가 ‘미래테크(주)’에서 피고의 상호인 ‘(주)안테나텍’으로 변경되었고, 연락처 및 주소도 변경되었다는 취지의 문서를 팩스로 보낸 데 이어 재차 발신자를 ‘(주)안테나텍(구 미래테크)’이라고 표시한 문서에 피고의 사업자등록증을 첨부하여 팩스로 보낸 사실, 그 이후 피고가 원고와 거래를 하면서 자신이 납품받은 물품에 대한 물품대금은 물론 원고에 대한 132,699,189원의 물품대금채무 중 68,840,000원을 변제하기까지 한 사실 등에 기초하여 피고는 영업양도인인 위 미래테크의 원고에 대한 판시 물품대금채무를 변제할 책임이 있다고 인정할 것은 … 수긍할 수 있다. … 피고와 위 미래테크의 상호 사이에 객관적 유사성이 없다든지, 피고와 위 미래테크 사이의 이 사건 영업양도계약 당시 판시 물품대금채무는 승계대상에서 제외하기로 하였다든지 하는 사정이 있다 하여도 그러한 사정만으로는 위와 같이 상법 제44조에 근거한 피고의 변제책임을 부정할 사유에 해당하지 아니하고”

4103) 주석상법[총칙·상행위(1)] 332-333면(손주찬 집필)

4104) ① 88다카12100: “영업으로 인하여 발생한 채무란 영업상의 활동에 관하여 발생한 모든 채무를 말한다고 하여야 할 것이므로 불법행위로 인한 손해배상채무도 이에 포함된다고 보아야” ② 2010다35138: “상호를 속용하는 영업양수인이 변제책임을 지는 양도인의 제3자에 대한 채무는 양도인의 영업으로 인한 채무로서 영업양도 전에 발생한 것이라면 족하고, 반드시 영업양도 당시의 상호를 사용하는 동안 발생한 채무에 한하는 것은 아니라고 할 것”

4105) “상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다”는 상법 제47조 제2항 규정의 매개로 상인인 영업양도인의 채무는 ‘영업으로 인한 채무’로 추정되므로, 상호를 속용하는 영업양수인이 상호 속용 책임을 면하려면, 반증이 아닌 본증으로 영업양도인의 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점을 항변으로 주장·증명하여 위 추정을 복멸시켜야 한다. 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다5862 판결은, “양도인이 주식회사인 경우에는 회사에게 사적인 생활이 존재하지 아니한 관계로 주식회사의 명의로 한 행위는 ‘반증’이 없는 한 일단 회사의 영업을 위하여 하는 행위로 추정되며, 따라서 그로 인하여 회사가 부담하는 채무도 영업으로 인한 채무로 추정된다고 할 것이지만, ‘반증’에 의하여 그 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점이 밝혀지는 경우 그러한 추정은 복멸될 수 있다.”라고 한 것이 있는데, 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 보는 의제상인(상법 제5조 제2항)이라는 점에서 개인상인과 다른 점이 있으나 상인이라는 점에서는 둘 다 동일하므로 주식회사인지 여부에 따라 상법 제47조 제2항의 추정 규정 적용에 차이가 있을 수는 없고, 양도인의 영업으로 인한 채무라는 점에 대한 추정은 반증이 아닌 본증으로 복멸되어야 한다는 점에서 위 판시 중 일부는 타당한 것이라 볼 수 없다.

cf. 위 2000다5862 판결의 이어지는 판시: “파주레미콘이 원고에 대하여 부담하는 이 사건 약속어음금채무 및 연대보증채무는 파주레미콘의 사실상의 소유주라는 윤OO이 파주레미콘의 목적사업이나 영업과는 전혀 무관하게 개인적으로 주유소영업을 하기 위하여 원고로부터 주유소부지 등을 매입한 후 그 대금지급을 위하여 마침 보관 중이던 파주레미콘의 명판과 대표이사 인감도장을 이용하여 이 사건 약속어음 및 당좌수표를 발행함으로써 결국, 파주레미콘이 부담하게 된 어음금채무 또는 그 원인관계상의 연대보증채무라는 점을 알 수 있다 (원고 역시 이 사건 약속어음과 당좌수표를 주유소 매매대금의 담보로 교부받았다고 하면서, 자신의 채권이 파주레미콘의 영업과 관련 있는 채권이 아니라는 점을 적극적으로 다투지 아니하고 있다). 그렇다면 원고의 위 채권은 파주레미콘의 영업활동과는 전혀 무관한 것으로서 양도인의 영업으로 인한 채권으로 볼 수 없으므로, 상호 속용 영업양수인에 대하여 그 이행책임을 물을 수 없다고 할 것임에도, 이와 결론을 달리하여 원고의 피고에 대한 청구를 인용한 원심판결에는 상호 속용 영업양수인의 책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.”

③ 영업양도 또는 채무인수 광고 후 2년의 제척기간<sup>4107)</sup> 경과(이는 법원의 직권조사사항이다)<sup>4108)</sup> 등을(이상은, 두 책임 모두에 적용된다), ④ 양수인이 영업양도를 받은 후 지체없이 양도인의 채무에 대한 책임이 없음을 등기한 사실(상법 제42조 제2항 전문), ⑤ 양도인과 양수인이 지체 없이 원고에 대하여 양도인의 채무에 대한 책임이 없다는 뜻을 통지한 사실(제2항 후문) 등(④, ⑤는 상호속용책임에 대한 면책사유이다)을 항변으로 주장·증명할 수 있다.

영업양도인의 영업으로 인한 채무와 영업양수인의 상호속용 또는 채무인수 광고에 따른 채무는 발생원인을 달리하는 별개의 채무로서 전자의 처분에 후자가 당연히 종속된다고 볼 수 없고, 서로 ‘부진정연대’의 관계(따라서 어느 일방에게 상대적 효력이 인정될 뿐인 사유는 다른 채무자의 유효한 항변·재항변 사유가 될 수 없다)에 있다.<sup>4109)</sup>

4106) ● 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다305659 판결: “상호를 속용하는 영업양수인의 책임은 어디까지나 채무인수가 없는 영업양도에 의하여 채권추구의 기회를 빼앗긴 채권자를 보호하기 위한 것이므로, 영업양도에도 불구하고 채무인수 사실이 없다는 것을 알고 있는 악의의 채권자에 대하여는 상법 제42조 제1항에 따른 책임이 발생하지 않고, 채권자가 악의라는 점에 대한 주장·증명책임은 그 책임을 면하려는 영업양수인에게 있다. 나아가 채권자 보호의 취지와 상법 제42조 제1항의 적용을 면하기 위하여 양수인의 책임 없음을 등기하거나 통지하는 경우에는 영업양도를 받은 후 지체 없이 하도록 규정한 상법 제42조 제2항의 취지를 종합하면, 채권자가 영업양도 당시 채무인수 사실이 없음을 알고 있었거나 그 무렵 알게 된 경우에는 영업양수인의 변제책임이 발생하지 않으나, 채권자가 영업양도 무렵 채무인수 사실이 없음을 알지 못한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 상법 제42조 제1항에 따른 영업양수인의 변제책임이 발생하고, 이후 채권자가 채무인수 사실이 없음을 알게 되었다고 하더라도 이미 발생한 영업양수인의 변제책임이 소멸하는 것은 아니다.”(이미 피고의 변제책임이 발생한 이상, 원고들이 영업양도계약이 이루어진 때부터 7개월이 경과할 무렵 채무 불인수 사실을 알게 되었다거나, 영업양도 이후 상당 기간 동안 영업양도인에 대하여 보전처분 등의 조치를 취하지 않았다고 하여, 피고의 변제책임이 소멸한다고 볼 수 없다고 한 예.) ● 채권자가 영업의 양도가 이루어진 것을 알고 있었다는 사정만으로 보호의 적격이 없다고 할 수는 없다(2007다17123, 17130). ② 2007다89722: “상법 제44조에 근거한 피고의 변제책임 … 그 주장사유만으로는 위 영업양도계약에서 판시 물품대금채무가 승계대상에서 제외된 사정을 원고가 알았다고 인정하기에 부족하다 할 것”

4107) 상법 제45조(영업양도인의 책임의 존속기간) 영업양수인이 제42조 제1항 또는 전조의 규정에 의하여 변제의 책임이 있는 경우에는 양도인의 제3자에 대한 채무는 영업양도 또는 광고 후 2년이 경과하면 소멸한다.

4108) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다38827 판결: “영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용함으로써 상법 제42조 제1항의 규정이 유추적용되는 경우에는 상법 제45조의 규정도 당연히 유추적용된다고 할 것이다.” ☞ 원심이, 이 사건 소는 영업양도일로 볼 수 있는 ○○상사의 폐업 및 (☹)○○상사의 설립이 이루어진 2004. 8. 말부터 2년 이상 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 1. 25.에야 제기되었으므로, ○○상사의 영업을 출자하여 (☹)○○상사를 설립한 피고의 ○○상사의 영업과 관련한 이 사건 채무는 상법 제45조에 의하여 소멸하였다는 이유로, 원고의 청구를 기각한 것은 정당하다고 한 예.

4109) ● 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020다225138 판결: “상법 제42조 제1항에 기한 영업양수인의 책임은 당사자의 의사나 인식과 관계없이 발생하는 법정 책임으로서, 상호를 속용하는 영업양수인은 상법 제42조 제1항에 의하여 영업양도인의 채권자에 대한 영업상 채무를 중첩적으로 인수하게 된다. 영업양도인의 영업으로 인한 채무와 상호를 속용하는 영업양수인의 상법 제42조 제1항에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 따라서 채권자가 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받아 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된 뒤 영업양도가 이루어졌다면 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지, 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.” ② 2009다23696: “영업양도인의 영업으로 인한 채무와 영업양수인의 상법 제44조에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다고 할 것이지만, 채권자의 영업양도인에 대한 채권과

## 2. 상행위

### 가. 보조적 상행위

#### 1) 상법 제47조 규정의 성격

상법 제47조<sup>4110)</sup>에 의하여, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 보조적 상행위로 추정된다.<sup>4111)</sup> 보조적 상행위에 있어서 같은 구성요건인 ‘상인의 행위’에 의하여 ‘영업을 위하여 하는 행위’가 추정되는 것이므로 위 규정은 무전제의 추정 또는 잠정적 진실 규정에 해당하고(자주 및 평온·공연 점유 추정 규정인 민법 제197조 제1항과 같은 성격이다), 법률상의 추정 규정이 아니라 통상의 증명책임분배 규정에 불과한 것이다.<sup>4112)</sup> 이는 추정사실의 부존재의 증명책임을 상대방에게 부담시키는 순전한 증명책임전환규정으로서 본문·단서의 관계에서 오는 번잡함을 회피하려는 입법기술에 불과한 것인바, 본문·단서의 형식으로 환언해 보면, “상인의 행위는 상행위로 한다. 그러나 영업을 위하여 하는 것이 아니면 그러하지 아니하다.”로 고쳐 쓸 수 있다.<sup>4113)</sup>

#### 2) ‘상인’의 점에 대한 증명

위 추정 규정을 적용하기 위해서는 우선 ‘상인’(자기명의로 상행위를 하는 자<sup>4114)</sup>)이라

영업양수인에 대한 채권은 어디까지나 법률적으로 발생원인을 달리하는 별개의 채권으로서 그 성질상 영업양수인에 대한 채권이 영업양도인에 대한 채권의 처분에 당연히 종속된다고 볼 수 없다. 따라서 채권자가 영업양도인에 대한 채권을 타인에게 양도하였다는 사정만으로 영업양수인에 대한 채권까지 당연히 함께 양도된 것이라고 단정할 수 없고, 함께 양도된 경우라도 채권양도의 대항요건은 채무자별로 갖추어야 하는 것이다.”<sup>4115)</sup> 이러한 법리는 상법 제44조와 그 책임의 근거를 같이 하며 동일한 효과를 규정하고 있는 상호를 속용하는 양수인의 책임에 관한 상법 제42조의 사안에도 마찬가지로 적용된다(2012다114783).

4110) 상법 제47조(보조적 상행위) ① 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다. ② 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.

4111) “상법 제365조 제2항(제503조 제2항)의 규정은 상인의 행위가 그 행위 자체로부터 관찰하여 영업을 위하여 한 것이 아님이 의심 없을 경우에는 그 적용이 없는 것이다.”라는 일본 대심원 대정 13. 7. 19. 판결에 따라, 상법 제47조 제2항 소정의 추정 규정은 상인의 행위가 그 성질상 영업을 위하여 행하여질 가능성이 있고 또 사실상 영업을 위하여 행하여졌느냐 아니냐가 의심스러운 경우에만 적용되는 것이고, 행위 자체가 성질상 영업을 위한 것이 아님이 객관적으로 명료한 경우에는 그 적용이 없으므로, 그와 같은 경우에는 오히려 상대방에서 당해 행위가 영업을 위하여 한 것임을 증명할 책임을 부담하게 된다고 하는 견해도 있으나(모석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 480면), 그렇게 제한적으로 해석할 근거는 없고 법 규정의 문언 그대로 해석함이 옳다.

4112) 주석 신민사소송법(V), 81면(손용근 집필).

4113) 모석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 123면.

4114) 상법 제4조(상인-당면상인) 자기명의로 상행위를 하는 자를 상인이라 한다. ▮ 여기서 “자기 명의”란 상행위로부터 생기는 권리의무의 귀속주체로 된다는 뜻으로 실질에 따라 판단하여야 하므로, 행정관청에 대한 인·허가 명이나 국세청에 신고한 사업자등록상의 명의로 실제 영업상의 주체가 다를 경우 후자가 상인이 된다(2007다66590).

제5조(의제상인) ① 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다. ② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다. ▮ 이는 간주규정으로 전제사실이 인정되는 한 간주사실에 대한 복명이 허용되지 않는다. 변호사, 법무사는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고 볼 수 없다(2011마110, 2007마996).

는 점이 인정되어야 하므로, 위 추정 규정의 적용을 주장하는 쪽은 ‘상인’이라는 점에 대하여 주장·증명하여야 하고,<sup>4115)</sup> 상대방은 반증으로 이를 다투면 된다. 인·허가나 사업자등록상의 명의자는 권리의무의 실질적인 귀속주체로 사실상 추정된다.<sup>4116)</sup>

어떠한 자가 자신의 영업을 위한 ‘개업준비행위’를 하면, 그 때 상인 자격을 취득하고, 그 개업준비행위는 최초의 보조적 상행위가 된다. 따라서 개업준비행위의 존재 사실을 주장·증명하면 위 추정 규정이 적용될 수 있다. 행위 자체의 성질로 보아 개업준비행위에 해당함을 알 수 없는 경우에는, ‘행위자의 주관적 의사가 영업 준비를 위한 것이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 사실’까지 주장·증명하여야 한다.<sup>4117)</sup>

4115) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결; “상인은 상행위에서 생기는 권리·의무의 주체로서 상행위를 하는 것이고, 영업을 위한 행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 행위를 하는 자 스스로 상인 자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 한다. 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인이 상인이 되는 것은 아니다. 대표이사 개인이 회사의 운영 자금으로 사용하려고 돈을 빌리거나 투자를 받더라도 그것만으로 상행위에 해당하는 것은 아니다. 또한 상인이 그 영업과 상관없이 개인 자격에서 돈을 투자하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위로 볼 수 없다.”(건설회사 대표이사인 피고가 회사 운영자금으로 사용하려고 망인으로부터 돈을 투자받았는데, 이후 망인의 상속인인 원고들에게 투자금을 반환하기로 약정한 사안에서, 대표이사인 피고는 상인이 아니고, 망인은 상인이지만 자신의 영업(콘테이너 제조판매대여)과 무관하게 개인적으로 돈을 투자한 것으로서 보조적 상행위로 볼 수도 없어 원고들의 피고에 대한 채권은 10년의 소멸시효가 적용되는 민사채권으로 보아야 한다고 한 예). ● [동일 판시] ● 소외 택시회사의 주주인 원고 등이 피고들과 주식양도계약을 체결하면서 ‘도급 문제로 감차 예정인 차량 1대분은 추후 소송 여하에 따라 승소 시 해당 시세의 50%를 원고 등에게 지급한다’는 취지로 정하였고, 그 후 피고들이 회사의 대표이사 등으로 취임한 사안에서, 피고들의 회사 양수 행위가 영업을 위한 보조적 상행위에 해당한다는 이유 등으로 위 약정금채권에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 판단한 원심을 파기한 예(2019다283794). ● 甲 등이 乙 회사와 재건축사업을 위한 지분제 공사도급계약을 체결하였는데, 乙 회사의 실질적인 경영주로서 재건축사업을 사실상 주도한 丙 개인이 재건축사업의 공사대금 등의 명목으로 丁 등으로부터 돈을 차용한 사안에서, 丙을 상인으로 볼 수 없어 위 차용금채무를 상사채무로 볼 수는 없다고 한 사례(2014다70184). ⇨ 회사와 그 대표이사가 공동차주로서 회사의 자금 마련을 위해 소비대차계약을 체결한 경우에는, 상법 제3조에 따라 대표이사의 채무 역시 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용된다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결).

4116) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도14990 판결; “사업자등록을 한 경우에는 그 사업에 관한 거래에서 대외적으로 권리·의무의 주체가 되는 사업자가 그 명의자임을 밝힌 것이므로, 극히 예외적인 경우가 아니라면 그 명의자의 사업자로서의 지위를 쉽게 부정하여서는 아니 될 것이며, 다른 사람의 부탁에 의하여 사업자등록을 하였다는 사정만을 가지고 선불리 그 사업자등록이 형식적인 것에 불과하고 그 명의자가 사업자가 아니라고 단정하여서는 아니 될 것이다.”

4117) ◎ 개업준비행위의 보조적 상행위성

● 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다43594 판결; “영업의 목적인 상행위를 개시하기 전에 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득함과 아울러 개업준비행위는 영업을 위한 행위로서 그의 최초의 보조적 상행위가 된다. 이와 같은 개업준비행위는 반드시 상호등기·개업광고·간편부착 등에 의하여 영업의사를 일반적·대외적으로 표시할 필요는 없으나 점포 구입·영업양수·상업사용인의 고용 등 그 준비행위의 성질로 보아 영업의사를 상대방이 객관적으로 인식할 수 있으면 당해 준비행위는 보조적 상행위로서 여기에 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그리고 영업자금의 차입 행위는 행위 자체의 성질로 보아서는 영업의 목적인 상행위를 준비하는 행위라고 할 수 없지만, 행위자의 주관적 의사가 영업을 위한 준비행위이고 상대방도 행위자의 설명 등에 의하여 그 행위가 영업을 위한 준비행위라는 점을 인식한 경우에는 상행위에 관한 상법의 규정이 적용된다. 그런데 이러한 준비행위가 보조적 상행위로서 상법의 적용을 받기 위해서는 그 행위를 하는 자 스스로 상인자격을 취득하는 것을 당연한 전제로 하므로, 어떠한 자가 자기 명의로 상행위를 함으로써 상인자격을 취득하고자 준비행위를 하는 것이

## 3) 추정 배제 사실의 증명

일단 상인의 행위임이 인정된 경우에 상법 제47조 제2항 소정의 추정을 배제하기 위해서는, 추정사실에 대한 반대사실의 존재 즉 ‘영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실’을 ‘반증’으로써 주장·증명하여야 한다.<sup>4118)</sup> 의제상인인 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 이를 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다.<sup>4119)</sup>

아니라 다른 상인의 영업을 위한 준비행위를 하는 것에 불과하다면, 그 행위는 그 행위를 한 자의 보조적 상행위가 될 수 없다. 여기에, 회사가 상법에 의해 상인으로 의제된다고 하더라도 회사의 기관인 대표이사 개인은 상인이 아니어서 비록 대표이사 개인이 회사 자금으로 사용하기 위해서 차용한다고 하더라도 상행위에 해당하지 아니하여 그 차용금채무를 상사채무로 볼 수 없는 법리를 더하여 보면, 회사 설립을 위하여 개인이 한 행위는, 그것이 설립 중 회사의 행위로 인정되어 장래 설립될 회사에 효력이 미쳐 회사의 보조적 상행위가 될 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 장래 설립될 회사가 상인이라는 이유만으로 당연히 그 개인의 상행위가 되어 상법의 규정이 적용된다고 볼 수는 없다.” ■ 甲이 乙 등과 함께 시각장애인용 인도블록을 제조하는 공장을 운영하기로 한 후 丙에게서 사업자금을 차용하기 위하여 乙이 丙에게 부담하고 있던 채무를 연대보증하고 추가로 자금을 차용하여 함께 금액을 차용금액으로 하는 금전차용증서를 작성하였고, 그 후 丁 회사를 설립하여 대표이사로 취임한 사안에서, 甲은 직접 자신의 명의로 위 공장이나 그에 관한 사업을 운영하기 위한 목적이 아니라 설립이 예정된 丁 회사의 사업과 관련하여 필요한 자금을 마련하기 위해서 丙에게서 금원을 차용하였다고 볼 수 있고, 이러한 사정만으로는 甲을 자기 명의로 시각장애인용 인도블록 사업을 하는 상인으로 볼 수 없으므로 丁 회사의 행위가 아닌 甲의 차용행위를 보조적 상행위로 개입준비행위에 해당한다고 볼 수 없음에도, 甲의 차용금채무에 5년의 상사소멸시효가 적용된다고 본 원심에 위법이 있다고 한 사례. ● 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다47388 판결; “행위자의 어떤 행위가 상인자격을 취득할 주관적 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것이라는 점에 대한 입증이 없다면 이는 그 행위자의 보조적 상행위라고 볼 수 없다.” ■ 소외인이 토지 매매계약 체결 직후 원고와 그 계약금을 소비대차의 목적물로 하는 준소비대차계약을 체결하고 피고들은 연대보증하였는데, 그 후 소외인과 피고들 등은 그 토지 위에 모텔 건물 신축을 위한 기초공사를 진행하다가 포기각서를 작성한 뒤 그 공사현장에서 철수한 사안에서, 소외인이 준소비대차채무를 부담하게 된 것이 장차 상인자격을 취득할 의사 아래 영업을 위한 준비행위로서 이루어진 것인지에 대하여는 아무런 증명이 없다는 이유로 위 채무가 상사채무에 해당하지 않는다고 보아 피고들의 소멸시효 완성 주장을 배척한 것이 정당하다고 한 예.

4118) 판례 중에는 ‘상인이 한 행위는 반증이 없는 한 그 영업을 위하여 한 것으로 추정된다.’고 하고(2006다54378 판결(‘상인의 금전대여행위는 반증이 없는 한 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다.’)), 여기에서 ‘반증’은 ‘영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실’에 대한 것으로 설치한 것이 있는데(2007다91251 판결(‘이 사건 계불입금채권은 다른 반증이 없는 한, 원고에 대한 관계에서 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권으로서 상사채권에 해당하여 5년의 소멸시효기간이 적용되는 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다. … 원심은, 다른 반증이 있는지 여부를 따져 보지도 아니한 채, 이 사건 계불입금채권은 상사채권이 아니라고 단정하고 말았으니’), 2005다7863 판결(‘원심은, 특별한 반증의 제시 없이, 이 사건 약정행위가 일반 개인인 원고 또는 건축 및 실내장식업 등을 영업목적으로 하는 피고의 영업으로 인한 행위라거나 영업을 위한 행위로 볼 수 없다고 단정하여’), 2000다5862 판결(‘양도인이 주식회사인 경우에는 회사에게 사적인 생활이 존재하지 아니한 관계로 주식회사의 명의로 한 행위는 반증이 없는 한 일단 회사의 영업을 위하여 하는 행위로 추정되며, 따라서 그로 인하여 회사가 부담하는 채무도 영업으로 인한 채무로 추정된다고 할 것이지만, 반증에 의하여 그 채무가 영업으로 인한 채무가 아니라는 점이 밝혀지는 경우 그러한 추정은 복멸될 수 있을 것이다’)), 이는 ‘추정사실에 대한 반대사실의 증명’이 반증이라는 점에서 옳지 않은 것이고, ‘영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 번복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다’(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다82766 판결)는 판시가 옳은 것이다.

4119) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2021다309927 판결: “상법 제5조, 제47조에 의하면, 회사는 상행위를 하지 않더라도 상인으로 보고, 상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보며, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. 그러므로 회사가 한 행위는 그 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 회사가 그 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 보아야 한다. 이와 같은 추정을 번복하기 위해서는 회사의 행위가 영업을 위하여 한 것이 아니라는 사실을 주장하는 사람이 이를 증명할 책임이 있다.”



판례에 나타난 보조적 상행위 해당 여부에 관한 구체적 예는 아래와 같다.<sup>4120)</sup>

#### 4) 상사시효·상사법정이율 등에의 적용

보조적 상행위의 인정 여부가 소송상 주로 문제되는 경우는, '상행위로 인한 채권'에 적용되는 5년의 상사시효를 적용할 것인지에 관한 것이다.

당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채권뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 5년의 상사시효가 적용되는 상사채권에 해당하고(당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법이 적용되므로(상법 제3조), '당사자의 일방이 수인'인 경우에 그중 '1인에게만 상행위'가 되더라도 '전원'에 대하여 '상법'이 '적용'된다<sup>4121)</sup>), 그 상행위에는 상법 제46조 각 호에 해당하는 기본적 상행위<sup>4122)</sup>뿐만 아니라, 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다.<sup>4123)</sup>

이는 동일한 법규정 문언<sup>4124)</sup>인 '상행위로 인한 채무'에 적용되는 연 6%의 상사법정이율 적용에 있어서도 기본적으로 마찬가지이다.

유질계약이 허용되는 질권의 피담보채권인 '상행위로 인하여 생긴 채권'에도 일방적 상행위로 생긴 채권이 포함된다.<sup>4125)</sup>

4120) 보조적 상행위로 인정한 예로는, ① 음식점업을 영위하는 상인인 원고가 부동산중개업을 영위하는 상인인 피고에게 고율의 이자로 대여한 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고, 금전대여행위가 원고와 피고 사이에 상호 고율의 이자소득을 얻기 위한 목적으로 행하여졌다는 사정만으로는 그 추정이 번복된다고 볼 수 없다고 판단한 예(2006다54378), ② 부동산 중개 업무를 영위하는 상인이 그 중개를 성사시키기 위하여 또는 그 중개에 대한 책임으로 보증각서를 작성하여 매수인의 잔금채무를 보증한 행위는 영업을 위하여 한 것으로 추정되고 한 예(2007다66590), ③ 상인이 사업자금을 조달하기 위하여 계에 가입한 경우 계주가 상인에 대하여 가지는 계불입금채권은 상사채권에 해당된다고 한 예(2007다91251), ④ 영업을 위하여 금전 차용을 한 것임을 외부에서 인식할 수 없었다고 하더라도, 그것이 영업을 위하여 한 행위인지 여부를 판단함에 있어서 고려될 수 있는 하나의 사정이라고 할 수 있을지언정 그것만으로 금전차용이 영업을 위하여 한 것이 아니라고 쉽사리 인정할 수 없다고 한 예(2009다87294) 등이 있고, 부정한 예로는, ① 상인이 그 영업과 관련 없이 개인 자격에서 회사의 설비를 준비하면서 다른 회사로부터 영업시설 등을 양수하기 위한 자금으로 사용하기 위하여 금원을 차용하는 행위는 상인의 기존 영업을 위한 보조적 상행위가 아닐 뿐 아니라 장차 성립될 회사나 영업시설 등을 양도하는 회사의 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수도 없다고 한 예(2002다18589), ② 상인인 피고가 자신의 남편이 발행한 약속어음의 부도를 막기 위하여 한 채무부담약정은 피고가 영업을 위하여 하는 보조적 상행위라고 할 수는 없다고 한 예(2001다25191) 등이 있다.

4121) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다68207 판결; 소외 회사와 그 대표이사 소외 1이 공동차주로서 소외 회사의 공장매입자금 마련을 위해 피고의 연대보증하에 원고와 소비대차계약을 체결한 사안에서, 소외 1이 상인은 아니지만 소외 회사에 대하여 보조적 상행위가 되는 소비대차계약을 소외 회사와 함께 체결하여 공동차주로서 차용금채무를 부담하였으므로 소외 1에 대하여도 상법이 적용되어, 소외 회사 및 소외 1의 차용금 채무는 모두 상사채무로서 5년의 상사소멸시효가 적용되고, 그 시효가 완성되어 주채무인 차용금 채무가 소멸되면 부종성의 법리에 따라 피고의 연대보증채무도 소멸된다고 한 사례.

4122) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결; "어느 행위가 상법 제46조의 기본적 상행위에 해당하기 위하여는 영업으로 동조 각 호의 행위를 하는 경우이어야 하고, 여기서 '영업으로 한다'는 것은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다."

4123) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결 등.

4124) 동일한 법령에서의 용어는 법령에 다른 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석·적용되어야 하고(2011두21157), 개별 조항의 목적에 따라 약간의 수정이 가해질 수 있을 뿐이다.

4125) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결; "민법 제339조는 ... 유질계약을 금지하고 있다. 그러나 상법



## 나. 상사법정이율

상사법정이율<sup>4126)</sup>이 적용되는 '상행위로 인한 채무'에는 상행위로 인하여 직접 생긴 채무뿐만 아니라 그와 동일성이 있는 채무 또는 그 변형으로 인정되는 채무도 포함되고, 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 행위로 인한 채무뿐만 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채무도 포함된다.<sup>4127)</sup>

의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여채권, 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당하지 않고, 상사법정이율이 적용되지 않는다.<sup>4128)</sup> 상행위가 아

제59조는 ... 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위한 질권설정계약에 대해서는 유질계약을 허용하고 있다. 질권설정계약에 포함된 유질약정이 상법 제59조에 따라 유효하기 위해서는 질권설정계약의 피담보채권이 상행위로 인하여 생긴 채권이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니다. 또한 상법 제3조는 '당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용한다.'라고 정하고 있으므로, 일방적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 유질약정을 허용한 상법 제59조가 적용된다고 보아야 한다. 이러한 결론이 법규정의 문언에 충실한 해석일 뿐만 아니라, 위와 같은 질권에 대하여 유질약정을 금지할 필요가 없다는 점에서도 정당하다."

4126) 상법 제54조(상사법정이율) 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.

4127) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2014다200763, 200770 판결; 원심은 민사법정이율인 연 5%의 지연손해금의 지급을 명하였으나, 대법원은 이 사건 물품 납품계약은 상인인 원고(주식회사)가 영업으로 하는 상행위에 해당하고, 피고(대한민국)는 계약상 원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권을 행사하고 있으므로, 그 지연손해금에 관해서는 상사법정이율인 연 6%를 적용하여야 한다고 한 예. ● [동일 취지의 긍정례] ① 주택건설업자의 아파트 입주 지연에 따른 지체상금은 상행위인 분양계약의 불이행으로 인한 손해배상채권으로서 그 지연손해금에 대하여 연 6푼의 상사법정이율을 적용하여야 한다고 한 예(99다10189), ② 건설회사가 차용원리금의 변제를 제대로 하지 못하자 채권자로 하여금 아파트를 임의로 타인에게 처분하여 채무원리금에 충당하도록 하고 잔존채무액을 일정액으로 하여 정산합의를 한 경우, 종전 차용금에 대한 이자 약정이 있었던 사실을 인정하였음에도 정산합의에 의한 잔존채무가 종전의 채무와 어떠한 관계에 있는 것인지를 밝히지도 아니하고 또 잔존채무에 대한 지연손해금에 대하여 종전의 약정이율이 적용되지 않을 이유를 명백히 설시하지도 않은 채 민사법정이율인 연 5푼의 이율을 적용한 원심판결에는 이유불비 또는 심리미진의 위법이 있다고 하고, 약정이율이 적용되지 않는 것이 정당하다고 하더라도 잔존채무에 대한 정산약정은 상인인 건설회사가 그 영업을 위하여 한 상행위로 추정된다고 할 것이어서 연 6푼의 상사법정이율에 의하여야 한다고 한 사례(92다10173, 10180), ③ 원심이 원고의 피고에 대한 대여금채권에 대하여 원고가 주장하는 월 2푼의 약정이자를 배척하고 연 5푼의 민사법정 지연손해금만을 인용한 데 대하여, 원고가 상행위를 목적으로 하는 주식회사이고 피고 또한 영업미역을 수집가공하여 수출하는 상인으로서 다만 그 물품에 대한 수출대행만을 원고회사에 의뢰하고 원고회사가 그 전도자금 등으로 금원을 선급하였다는 것이므로 위 거래관계는 상행위라 할 것이고 따라서 원고회사의 피고에 대한 채권은 상행위로 인하여 생긴 채권이므로 원고의 주장과 같은 약정이자를 인정하지 않는다 하더라도 민사법정이율에 의할 것이 아니라 상법 소정의 연 6푼의 비율에 의한 이자의 지급을 명하여야 한다고 한 사례(84다464, 1951). ● [부정례] 고속국도 관리청이 소유권 매설허가를 하면서 그 상대방에게 부관으로 부담시킨 소유권 이설비용 부담채무를 대신 이행함으로써 갖는 부당이득반환채무는 법률의 규정에 의한 법정채무일 뿐이므로, 그 지연손해금에 관하여 상법 제54조의 상사법정이율을 적용할 수 없다고 한 사례(2009다41786).

4128) ① 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결; "의사의 영리추구 활동을 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 ... 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다. ... 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. ... 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다." ② 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결; "변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때,

닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 상사법정이율이 적용되지 않는다.<sup>4129)</sup> 어음금채무의 지연손해금은 상법이 아닌 어음법 소정의 연 6%의 법정이율이 적용된다.

## 다. 상사시효

### 1) 일 반 론

상행위로 인한 채권은 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.<sup>4130)</sup> 상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용되는데, 상사 소멸시효기간을 단기로 정한 이유는 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 민사 계약관계에 비해 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있기 때문이므로,<sup>4131)</sup> '상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요'가 있는지 여부에 따라 상사시효 적용 여부가 정해진다.

상법 제64조의 소멸시효가 완성되었음을 주장하는 자는 상행위에 관한 구체적 사실관계와 시효기산점을 주장·증명하면 되고, 그 사실관계에 기한 거래행위가 상행위인지의 여부는 법률적 평가에 관한 것으로서 법원이 판단하여야 할 사항이므로, 당사자가 상행위로 되는 근거에 관한 법률적 견해를 반드시 표명하여야 하는 것은 아닐 뿐 아니라, 또한 그 법률적 견해를 구체적으로 표명하였다고 하여 법원이 이에 구속되는 것도 아니다.<sup>4132)</sup>

변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다."

4129) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결: "신탁계약의 체결을 권유하면서 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반함으로써 고객이 본래 체결하지 않았을 신탁계약을 체결하게 된 경우, 신탁회사는 그 신탁계약 체결로 고객이 입게 된 손해에 관하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지고, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상책임을 지지는 않는다. ... 상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 관하여 적용되는 것이고, 상행위가 아닌 불법행위로 인한 손해배상채무에는 적용되지 아니한다." (원심이, 피고 신탁회사의 심사의무와 설명의무 위반이 원고에 대한 채무불이행이 된다고 판단하고, 손해배상 원금에 대하여 연 6%의 지연손해금을 가산한 것은 잘못이라고 판단한 사례). ⇨ 민법 제535조 규정 외의 일반적인 계약체결상의 과실책임에 대해서는 그 법적 성질과 이론적 근거를 '불법행위책임'으로 파악한 것이다.

4130) 상법 제64조(상사시효) 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

4131) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결.

4132) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19305 판결.

## 2) 긍정례

상사시효 적용이 긍정된 예로는, ① 상행위로 인한 원본채권과 그 지연손해금채권,<sup>4133)</sup> ② 사채(社債)의 이자 및 그 지연손해금 채권,<sup>4134)</sup> ③ 상행위로 인하여 생긴 채무의 불이행이나 하자담보책임에 기하여 성립한 손해배상채권,<sup>4135)</sup> ④ 원고 지방자치단체와 피고 회사 간 기부채납 약정에 따른 원고의 소유권이전등기청구권,<sup>4136)</sup> ⑤ 상행위인 건설공사 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임,<sup>4137)</sup> ⑥ 위탁자의 위탁매매인에 대한 이득상환청구권이나 이행담보책임 이행청구권,<sup>4138)</sup> ⑦ 복수의 무보험자동차에 의한 상해보험

4133) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결; “금전채무의 이행지체로 인하여 발생하는 지연손해금은 그 성질이 손해배상금이지 이자가 아니고, 원본채권이 상행위로 인한 채권일 경우 마찬가지로 그 지연손해금도 상행위로 인한 채권으로서 5년의 소멸시효를 규정한 상법 제64조가 적용된다.” ☞ 따라서, 은행이 영업행위로서 한 대출금에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 그 원본채권과 마찬가지로 5년간의 소멸시효가 적용된다 (2006다2940 판결).

4134) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결; “상법 제487조 제1항에 ‘사채의 상환청구권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.’, 같은 조 제3항에 ‘사채의 이자와 전조 제2항의 청구권은 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.’라고 규정하고 있고, 이미 발생한 이자에 관하여 채무자가 이행을 지체한 경우에는 그 이자에 대한 지연손해금을 청구할 수 있으므로, 사채의 상환청구권에 대한 지연손해금은 사채의 상환청구권과 마찬가지로 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고, 사채의 이자에 대한 지연손해금은 사채의 이자와 마찬가지로 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 할 것이다.”

4135) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다242232 판결; “당사자 일방에 대하여만 상행위에 해당하는 행위로 인한 채권도 상법 제64조에서 정한 5년의 소멸시효기간이 적용되는 상사채권에 해당하는데, 여기서 말하는 상행위에는 기본적 상행위(상법 제46조 각호)뿐만 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위(상법 제47조)도 포함되고, 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정된다. ... 매매계약이 상행위에 해당하는 경우 매매계약에 의해 직접 생긴 채권뿐만 아니라 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서도 상사소멸시효가 적용된다. ... 협의취득은 사법상의 매매계약에 해당한다. ... 상인이 그 소유 부동산을 매도하기 위해 체결한 매매계약은 영업을 위하여 한 것으로 추정되고, 그와 같은 추정은 매매계약이 토지보상법에 의한 협의취득이라는 사정만으로 반복되지 않는다. 결국 당사자 일방이 상인인 경우에는 토지보상법에 의한 협의취득으로 체결된 부동산 매매계약이라고 하더라도 다른 사정이 없는 한 보조적 상행위에 해당하므로, 매도인의 채무불이행책임이나 하자담보책임에 기한 매수인의 손해배상채권에 대해서는 상사소멸시효가 적용된다.”(한국토지주택공사가 ‘주식회사’로부터 ‘협의취득’한 토지의 매도인에 대한 채무불이행책임·하자담보책임을 원인으로 취득한 손해배상채권 사건) ☞ 이와 달리 상사시효의 적용을 부정한 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결은 한국토지공사가 ‘비상인’으로부터 협의취득한 토지의 하자담보책임에 기한 손해배상청구 사건이다.

대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다240462 판결은, 채권의 회수 등을 목적으로 하는 회사로부터 소송대리를 위임받은 법무법인이 선관주의의무를 위반하여 제소기간을 초과함으로써 소송이 각하됨에 따라 위 회사가 입은 손해에 대한 배상책임에 상사시효가 적용된다고 하였다.

4136) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019다272053 판결.

4137) 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다210195 판결; “건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 근거한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리고, 그 소멸시효기간은 민법 제166조 제1항에 따라 그 권리를 행사할 수 있는 때인 하자가 발생한 시점부터 진행되는 것이 원칙이나, 그 하자가 건물의 인도 당시부터 이미 존재하고 있는 경우에는 이와 관련한 하자보수를 갈음하는 손해배상채권의 소멸시효기간은 건물을 인도한 날부터 진행한다.”(아파트 사용검사 전에 발생한 하자에 관하여 아파트재건축주택조합이 시공사에 대하여 가지는 하자보수를 갈음한 손해배상청구권은 상사채권으로서 5년의 상사시효가 적용되고, 늦어도 아파트의 준공인가일부터 시효가 진행된다고 판단하여 위 손해배상청구권이 시효완성으로 인하여 소멸되었다고 한 예) ☞ 아파트 시공회사와 분양회사 사이의 도급계약에 기한 하자보수에 갈음한 손해배상채권의 소멸시효가 5년의 상사시효에 걸린다고 본 예(2009다25111).

4138) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다39854 판결.

의 보험자들 중 일방 보험자가 다른 보험자에 대하여 가지는 중복보험에 따른 구상금채권,<sup>4139)</sup> ⑧ 협동조합, 새마을금고가 상인인 회원에게 대출한 대출금채권,<sup>4140)</sup> ⑨ 민법 제 164조 제3호 소정의 단기소멸시효의 적용을 받는 회사 상대 노임채권에 관하여 회사와 체결된 준소비대차계약상 채무<sup>4141)</sup> 등<sup>4142)</sup>이 있다.

### 3) 부 정 례

상사시효 적용이 부정된 예로는, ① 집합건물법 제9조에 의한 하자담보추급권,<sup>4143)</sup> ② 입주자대표회의의 임대사업자에 대한 특별수선충당금 채권,<sup>4144)</sup> ③ 물상보증인의 채무자에 대한 구상권,<sup>4145)</sup> ④ 보험자가 ‘보험자대위’에 의하여 취득한 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자<sup>4146)</sup> 및 그 보험자<sup>4147)</sup>에 대한 구상권, ⑤ 근로계약상 보호의무

4139) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결; “각각의 보험계약은 상행위에 속하는 점, 원고와 피고는 상인이므로 중복보험에 따른 구상관계는 가급적 신속하게 해결할 필요가 있다고 보여지는 점 등에 비추어, 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야”

4140) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다254658 판결; “신용협동조합이 조합의 회원에게 자금을 대출하는 행위는 일반적으로는 영리를 목적으로 하는 행위라고 보기 어렵다고 할 것이다. … 신용협동조합의 대출을 받은 회원이 상인으로서 그 영업을 위하여 대출을 받았다면 그 대출금채권은 상사채권이라고 보아야 한다.” ■ [동일 취지] 98다10793 판결(새마을금고의 회원에 대한 대출금채권), 93다54842 판결(대한광업진흥공사의 광산업자에 대한 대출금채권), 92다44329 판결(양계업을 영위하는 조합원에 대한 축산업협동조합의 사료판매대금채권).

4141) 대법원 1981. 12. 22. 선고 80다1363 판결; “민법 제164조 제3호 소정의 단기소멸시효의 적용을 받은 노임채권이라 하더라도 … 원·피고들 사이에 위 노임채권에 관하여 준소비대차의 약정을 한 것으로 보는 이상 위 준소비대차 계약은 상인인 피고 회사가 영업을 위하여 한 상행위로 추정함이 상당하고, 이에 의하여 새로이 발생한 채권은 상사채권으로서 5년의 상사시효의 적용을 받게 되는 것”

4142) 주택 신축 및 판매업자의 임대차보증금반환채무(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다280026 판결), 상사시효 적용을 받는 채무에 대한 면책적 인수채무(99다12376), 상인이 사업자금을 조달하기 위하여 계에 가입한 경우, 계주가 위 상인에 대하여 가지는 계불입금채권(2007다91251), 매립사업을 목적으로 하는 영리법인과 상인이 아닌 양수인 간의 매립지 양도약정에 기한 양수인의 소유권이전등기청구권(98다23195), 상인이 제3자를 위한 계약의 수익자로서 수익의 의사표시를 하여 발생한 특허권의 전용실시권 설정등록절차 이행청구권(2002다6760, 6777), 단체협약에 기한 근로자 유족들의 회사에 대한 위로금채권(2006다1381).

4143) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다83908 판결; “집합건물법 제9조는 건축업자 내지 분양자로 하여금 견고한 건물을 짓도록 유도하고 부실하게 건축된 집합건물의 소유자를 두텁게 보호하기 위하여 집합건물의 분양자의 담보책임에 관하여 민법상의 도급인의 담보책임에 관한 규정을 준용하도록 함으로써 분양자의 담보책임의 내용을 명확히 하는 한편 이를 강행규정화한 것으로서 위 법률 제9조에 의한 책임은 분양계약에 기한 책임이 아니라 집합건물의 분양자가 집합건물의 현재의 구분소유자에 대하여 부담하는 법정책임이고, 따라서 이에 따른 손해배상청구권에 대해서는 … 10년의 소멸시효기간이 적용된다 할 것”

4144) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다216150 판결; “특별수선충당금 적립 및 인계의무는 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정이 피고로 하여금 부담하도록 하고 있는 법정채무이고, 아파트 입주자대표회의가 임대사업자에 대하여 특별수선충당금을 청구하는 경우 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 만한 합리적인 근거도 없는 점 등 … 에 비추어 보면, 원고의 피고에 대한 특별수선충당금채권의 소멸시효기간은 … 10년으로 보아야 한다.”

4145) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6237 판결; “물상보증인이 변제 등에 의하여 채무자를 면책시키는 것은 위임사무의 처리가 아니고 법적 의미에서는 의무 없이 채무자를 위하여 사무를 관리한 것에 유사하다. 따라서 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 그들 사이의 물상보증위탁계약의 법적 성질과 관계없이 민법에 의하여 인정된 별개의 독립한 권리이고, 그 소멸시효에 있어서는 민법상 일반채권에 관한 규정이 적용된다.”

4146) 대법원 1996. 3. 26. 선고 96다3791 판결; “공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권의 소멸시효는 그 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 공동면책행위를 한 때로부터 기산하여야 할 것이고, 그 기간도 일반채권과 같이 10년으로 보아야 할 것인바, 공제조합이 공동불법행위자 중의 1인과 체결한 공제계약에 따라

위반에 따른 근로자의 손해배상청구권,<sup>4148)</sup> ⑥ 한국토지공사가 상인 아닌 자로부터 협의 취득한 토지의 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권<sup>4149)</sup> 등이 있다.

#### 4) 부당이득반환청구권의 경우

상행위인 계약의 무효로 인한 부당이득반환청구권은 민법 제741조의 부당이득 규정에 따라 발생한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항이 정하는 10년의 민사 소멸시효기간이 적용되나(원칙), 부당이득반환청구권이 '상행위인 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구'하는 것으로서 채권의 발생 경위나 원인, 당사자의 지위와 관계 등에 비추어 법률관계를 '상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요

그 공동불법행위자를 위하여 직접 피해자에게 배상함으로써 그 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권을 보험자대위의 법리에 따라 취득한 경우, 공제계약이 상행위에 해당한다고 하여 그로 인하여 취득한 구상권 자체가 상사채권으로 변한다고 할 수는 없다.”

4147) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결; “보험금을 지급한 보험자가 보험자대위에 의하여 다른 공동불법행위자 및 그의 보험자에 대하여 가지는 구상권의 소멸시효 기간은 일반채권과 같이 10년이고, 그 기산점은 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급한 때이다.”

⇨ ‘보험자대위’가 아니라, 보험금을 지급한 보험자가 다른 공동불법행위자의 보험자에 대하여 ‘직접’ 구상권을 행사하는 경우에는 그 시효가 5년이다(대법원 1998. 7. 10. 선고 97다17544 판결; “공동불법행위자들과 각각 상행위인 보험계약을 체결한 보험자들 상호 간에 있어서 공동불법행위자 중의 1인과 사이에 보험계약을 체결한 보험자가 피해자에게 손해배상금을 보험금액의 범위 내에서 지급하고 다른 공동불법행위자의 보험자가 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사하는 경우 그 손해배상금 지급행위는 상인이 영업을 위하여 하는 행위라고 할 것이므로, 그 구상금채권은 보조적 상행위로 인한 채권으로서 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 봄이 상당하다”).

4148) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결; “사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 하는 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반하여 근로자가 손해를 입었다면 이를 배상할 책임을 진다. 한편 상법 제64조에서 5년의 상사시효를 정하는 것은 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특성상 법률관계를 신속하게 해결할 필요성이 있기 때문이다. 사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당하더라도 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무인 보호의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상청구와 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것으로서 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다. 따라서 근로계약상 보호의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다.” ■ [동일 취지] 2004다22742; “근로자의 근로계약상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구권은 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요가 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사 소멸시효기간이 아니라 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판례들은, 통상적인 상거래 관계에서 발생한 채무의 불이행으로 인한 손해배상청구권에는 상사 소멸시효기간이 적용된다고 판시한 것으로서, 이 사건과는 사안과 취지를 달리하는 것이어서 적절한 선례가 될 수 없다.”

4149) 대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결; “한국토지공사가 택지개발사업을 시행하기 위하여 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(‘토지보상법’)에 따라 토지 소유자로부터 사업 시행을 위한 토지를 매수하는 행위를 하더라도 한국토지공사를 상인이라 할 수 없고, 한국토지공사가 택지개발사업 지구 내에 있는 토지에 관하여 토지 소유자와 매매계약을 체결한 행위를 상행위로 볼 수 없다. 토지보상법에 따라 공공사업의 시행자가 토지를 협의취득하는 행위는 사법상의 법률행위로 일방 당사자의 채무불이행에 대하여 민법에 따른 손해배상 또는 하자담보책임을 물을 수 있다. 이 경우 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대하여는 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행한다.” ❖ 한국토지공사가 택지개발사업을 시행하면서 공공용지로 협의취득한 토지에서 매립된 건설폐기물이 나중에 발견된 사안.

성'이 있는 경우 등에는 상법 제64조가 유추적용되어 같은 조항이 정한 5년의 상사 소멸 시효기간에 걸린다(예외).<sup>4150)</sup> 이러한 법리는 상행위인 '계약의 불성립'으로 인한 부당이득 반환청구권에도 그대로 적용된다.<sup>4151)</sup>

상사시효 적용이 '긍정'된 예로는, ① 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 체결한 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권,<sup>4152)</sup> ② 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권,<sup>4153)</sup> ③ 은행 대출 시 근저당권설정비용 등을 부담한 채무자가 그 부담근거가 된 약관 조항이 무효라고 주장하면서 부당이득반환을 구한 경우<sup>4154)</sup> 등<sup>4155)</sup>이 있다.

4150) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결, 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결.

4151) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020다299122 판결: 원고 회사가 자신의 사업장을 마련하기 위해 피고 영업점 일부에 관한 전대차계약을 체결하고자 권리금 및 임대차보증금을 지급하였다가, 계약 불성립으로 위 각 금액의 반환을 구한 사안에서 5년의 상사시효가 적용된다고 판단한 예.

4152) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결: "(1) 보험계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자가 반환을 구하는 것은 기본적 상행위인 보험계약(상법 제46조 제17호)에 기초하여 그에 따른 의무 이행으로 지급된 보험금이다. 이러한 반환청구권은 보험계약의 이행과 밀접하게 관련되어 있어 그 이행청구권에 대응하는 것이다. (2) 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우는 보험자가 상행위로 보험계약을 체결하는 과정에서 드물지 않게 발생하는 전형적인 무효사유의 하나이다. 이때에는 사안의 특성상 복수의 보험계약이 관련되므로 여러 보험자가 각자 부당이득반환청구권을 갖게 되거나 하나의 보험자가 여러 개의 부당이득반환청구권을 갖게 되는데, 이러한 법률관계는 실질적으로 동일한 원인에서 발생한 것이므로 정형적으로 신속하게 처리할 필요가 있다. (3) 보험계약에서 보험계약자의 보험료 지급의무와 보험자의 보험금 지급의무는 서로 대가관계에 있는데, 보험계약자가 이미 지급한 보험료의 반환을 청구하는 것에는 상당한 제한이 있다. ... 보험계약자가 보험료의 반환을 청구하려면 상법 제648조에 따라 보험계약자와 피보험자나 보험수익자가 모두 선의이고 중과실이 없어야 하고, 보험계약자의 보험금 청구권이나 보험료 반환채권에는 상법 제662조에 따라 3년의 단기 소멸시효기간이 적용된다. 그러나 상법 제648조나 제662조는 그 문언상 보험자의 보험금 반환청구권에는 적용되지 않음이 명백하고, 위 규정들이 보험계약 무효의 특수성 등을 감안한 입법정책적 결단인 이상 이를 보험자가 보험금 반환을 청구하는 경우까지 확장하거나 유추하여 적용하는 것은 적절하지 않다. ... 보험계약의 정형성이나 법률관계의 신속한 처리 필요성에 비추어 상사 소멸시효기간에 관한 규정을 유추적용하여야 한다. 통상 보험상품을 만들어 판매한 보험자는 보험계약의 이행에 관한 전문적 지식을 가진 자로서 보험계약자보다 우월한 지위에 있으며, 상법 제662조는 보험계약자의 보험료 반환채권에 관한 것이기는 하지만 보험계약의 무효로 인한 법률관계를 신속하게 해결할 필요가 있음을 전제로 하고 있다. 보험계약이 무효인 경우 보험금 반환청구권에 대하여 10년의 민사 소멸시효기간을 적용하는 것은 보험계약 당사자인 보험계약자와 보험자 사이의 형평에 부합하지 않는다." ■ [동일 취지] ① 실제로 발생하지 않은 보험사고의 발생을 가장하여 청구·수령된 보험금 상당 부당이득 반환청구권(대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다258074 판결). ② 보험회사가 보험금청구권의 질권자에게 화재 보험금을 지급하였으나 그 화재가 피보험자의 고의로 인한 것이라는 이유로 위 보험금 상당의 부당이득반환청구권을 행사하는 경우(2008다47886). ③ 명의도용으로 체결되어 무효인 보증보험계약에 따라 지급된 보험금에 대한 부당이득반환청구권(2006다63150).

4153) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21569 판결: "상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권 또한 상법 제64조의 상사시효의 대상이 된다." ❖ 원심이, 원고가 매매계약에 관한 그 주장의 해제일로부터 5년이 경과한 후에 소를 제기하였다고 하여 위 계약해제로 인한 계약금등반환청구권은 그 소멸시효가 완성되었다고 판단한 것은 정당하다고 한 예. 소멸시효의 기산점은 '해제 시, 즉 원상회복청구권이 발생한 때'이다(2009다63267).

4154) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다214871 판결: "피고가 대출거래 등 영업을 위하여 체결하는 근저당권설정계약 중 비용부담에 관한 약관조항에 기하여 지출이 이루어짐에 따라 발생한 것으로서 근본적으로 상행위에 해당하는 대출거래 약정에 기초하여 발생한 것으로 볼 수 있고, 그 채권 발생의 경위나 원인 등에 비추어 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 그 소멸시효 기간에는 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효에 걸리게 된다고 봄이 타당하다."

상사시효 적용이 '부정'된 예로는, ① 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 한 경우 회사의 주주에 대한 부당이득반환청구권,<sup>4156)</sup> ② 상행위에 해당하는 임대차계약의 기간만료에 따른 차임 상당의 부당이득반환채권,<sup>4157)</sup> ③ 원고 회사가 대출금 채무자의 재산에 관한 경매사건 배당절차에서 가지는 권리를 피고들이 침해하여 수령한 배당금에 대한 부당이득반환청구권,<sup>4158)</sup> ④ 주식회사(매수인)와 의료법인(매도인) 간 부동산 매매계약이 의료법인 대표자 선임 이사회결의의 부존재로 무효임을 이유로 한 매매대금 상당 부당이득반환청구권<sup>4159)</sup> 등<sup>4160)</sup>이 있다.

4155) ○ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다248803, 248810 판결: 가맹점사업자인 원고들이 가맹본부인 피고 유한 회사를 상대로 피고 회사가 가맹계약상 근거를 찾을 수 없는 명목으로 원고들에게 매장 매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 청구하여 지급받은 것은 부당이득에 해당한다며 그 반환을 구한 사안에서, 원고들이 청구하는 부당이득반환채권은 원고들과 피고 회사 모두에게 상행위가 되는 가맹계약에 기초하여 발생한 것일 뿐만 아니라, 피고 회사가 정형화된 방식으로 가맹계약을 체결하고 가맹사업을 운영해 온 탓에 수백 명에 달하는 가맹점 사업자들에게 원고들에게 부담하는 것과 같은 내용의 부당이득반환채무를 부담하는 점 등 채권 발생의 경위나 원인 등에 비추어 볼 때 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 5년의 상사시효가 적용된다고 한 사례.

○ 대법원 2015. 9. 15. 선고 2015다210811 판결: “이 사건 부당이득반환채권은 피고가 상행위로 체결한 이 사건 아파트 분양계약에 기하여 원고들이 분양대금을 납부함에 따라 발생한 것으로서 근본적으로 상행위에 해당하는 분양계약에 기초하여 발생한 것으로 볼 수 있고, 피고가 일률적인 산정방식에 따라 정한 분양전환가격으로 다수의 임차인들과 분양계약을 체결하였다가 강행법규인 관련 법령에서 정한 산정기준에 의한 정당한 분양전환가격을 초과하는 범위 내에서 각 계약이 무효가 됨으로써 분양대금과 정당한 분양전환가격의 차액에 대한 반환의무를 부담하게 된 사정을 비롯한 부당이득반환채권의 발생 경위나 원인 등에 비추어 보면, 그로 인한 거래관계를 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 그 소멸시효기간에는 상법 제64조가 적용되어 5년의 소멸시효가 적용되는 것으로 보아야 한다.”

4156) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결: “회사는 대차대조표의 순자산액으로부터 자본의 액, 그 결산 기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액을 공제한 액을 한도로 하여 이익의 배당을 할 수 있고(상법 제462조 제1항), 일정한 요건을 갖추면 중간배당을 할 수 있지만 이때에도 배당 가능한 이익이 있어야 한다(상법 제462조의3 제1항, 제2항). 만약 회사가 배당 가능한 이익이 없음에도 이익의 배당이나 중간배당을 하였다면 위 조항에 반하는 것으로 무효라 할 것이므로 회사는 배당을 받은 주주에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다. 이익의 배당이나 중간배당은 회사가 획득한 이익을 내부적으로 주주에게 분배하는 행위로서 회사가 영업으로 또는 영업을 위하여 하는 상행위가 아니므로 배당금지금 청구권은 상법 제64조가 적용되는 상행위로 인한 채권이라고 볼 수 없다. 이에 따라 위법배당에 따른 부당이득 반환청구권 역시 근본적으로 상행위에 기초하여 발생한 것이라고 볼 수 없다. 특히 배당가능이익이 없는데도 이익의 배당이나 중간배당이 실시된 경우 회사나 채권자가 주주로부터 배당금을 회수하는 것은 회사의 자본충실을 도모하고 회사 채권자를 보호하는 데 필수적이므로, 회수를 위한 부당이득반환청구권 행사를 신속하게 확정할 필요성이 크다고 볼 수 없다. 따라서 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 민법 제162조 제1항이 적용되어 10년의 민사소멸시효에 걸린다고 보아야 한다.”

4157) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012다4633 판결: “임대차계약이 상행위에 해당한다고 하더라도 그 계약기간 만료를 원인으로 한 이 사건 부당이득반환채권은 법률행위가 아닌 법률의 규정에 의하여 발생하는 것이고, 그 발생 경위나 원인 등에 비추어 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로나 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 것은 아니므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사소멸시효 기간이 아니라 10년의 민사소멸시효 기간이 적용된다고 봄이 타당하다.”

4158) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다271257 판결: “이 사건 부당이득반환청구권은 … 상행위에 해당하는 계약에 기초하여 이루어진 급부 자체의 반환을 구하는 것이 아니고, 원고와 피고들 사이에는 어떠한 거래관계도 없어 원고와 피고들의 법률관계를 상거래 관계와 같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 보아도 않으므로 … 10년의 민사소멸시효기간이 적용되어야 한다.”

4159) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결: “상행위로부터 생긴 채권뿐 아니라 이에 준하는 채권에 대해서도 상법 제64조가 적용되거나 유추적용되어야 할 것이지만, 이 사건 부당이득반환청구권은 … 상거래 관계와



## 라. 상인 간 매매의 하자담보책임

상법 제69조<sup>4161)</sup>에 의한 상인 간 매매의 하자담보책임<sup>4162)</sup> 청구의 요건사실은, ① ‘상인 간의 매매<sup>4163)</sup> 사실’, ② ‘매수인이 목적물을 수령하고 지체 없이 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 즉시 매도인에게 그 통지를 발송한 사실’ 또는 ‘매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견하고 그 즉시 매도인에게 그 통지를 발송한 사실’이고, 그 증명책임은 매수인에게 있다.<sup>4164)</sup>

같은 정도로 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 만한 합리적인 근거도 없으므로 ... 소멸시효기간은 ... 10년이라고 봄이 상당하다.”

4160) ① 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다20244 판결: “이주대책의 일환으로 위 원고들에게 이 사건 아파트를 특별공급하기로 하는 내용의 분양계약은 영리를 목적으로 하는 상행위라고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고가 이 사건 아파트에 관한 특별공급계약에서 강행규정인 구 공의사업법 제78조 제4항에 위배하여 생활기본시설 설치비용을 분양대금에 포함시킴으로써 특별공급계약 중 그 부분이 무효가 되었음을 이유로 위 원고들이 민법의 규정에 따라 피고에게 이미 지급하였던 분양대금 중 그 부분에 해당하는 금액의 반환을 구하는 부당이득반환청구의 경우에도 상거래 관계와 같은 정도로 거래관계를 신속하게 해결할 필요성이 있다고 볼 수 없으므로 위 부당이득반환청구권에는 상법 제64조가 적용되지 아니하고, 그 소멸시효기간은 민법 제162조 제1항에 따라 10년으로 보아야 한다.” ② 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다32276 판결: 교통사고 피해자가 가해자량 책임보험자로부터 보험금을 수령하였음에도 자동차손해배상보장사업을 위탁받은 보험사업자로부터 뺑소니·무보험 자동차 교통사고 피해보상금을 수령함에 따른 보험사업자의 부당이득반환청구권의 소멸시효기간은 10년이라고 한 예.

4161) **상법 제69조(매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무)** ① 상인 간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월 내에 이를 발견한 때에도 같다. ② 전항의 규정은 매도인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다. ◀ 민법 제580조, 제581조와 달리 대금감액청구권이 규정되어 있다.

4162) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결: “상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로서, 채무불이행에 해당하는 이른바 불완전이행으로 인한 손해배상책임을 묻는 청구에는 적용되지 않는다.”

4163) 부대제물의 제작물공급계약이나 다른 유상계약에는 적용되지 아니한다.

○ 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결: “당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라서 자기의 소유에 속하는 재료를 사용하여 만든 물건을 공급할 것을 약정하고 이에 대하여 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 이른바 제작물공급계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매로 보아서 매매에 관한 규정이 적용된다고 하여도 무방할 것이나, 이와는 달리 그 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대제물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 강하게 띠고 있다 할 것이므로 이 경우에도 매매에 관한 규정이 당연히 적용된다고 할 수는 없을 것이다.”라고 한 다음, “매매에 있어 그 목적물의 수량부족이나 하자가 있는 경우 매도인에게 담보책임을 물어 매수인에게 계약해제권 등을 인정하고 있는 민법의 규정과는 별도로 상법 제69조 제1항에서 ... 규정하고 있는 취지는 상인간의 매매에 있어 그 계약의 효력을 민법규정과 같이 오랫동안 불안정한 상태로 방치하는 것은 매도인에 대하여는 인도 당시의 목적물에 대한 하자의 조사를 어렵게 하고 전매의 기회를 잃게 될 뿐만 아니라, 매수인에 대하여는 그 기간 중 유리한 시기를 선택하여 매도인의 위험으로 투기를 할 수 있는 기회를 주게 되는 폐단 등이 있어 이를 막기 위하여 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 한 것”이라고 하면서, “사건 포장지는 피고의 주문에 따른 일정한 무늬와 규격으로 인쇄되어 있고 더구나 그 포장지에는 피고 회사 이름까지 인쇄되어 있어 피고만이 이를 사용할 수 있고 원고나 피고로서는 이를 타에 매각처분하기가 곤란하거나 불가능하므로 부대제물에 해당하고, 이러한 경우 상법 제69조 제1항에 따라 그 거래관계를 보다 신속하게 결말지를 필요가 절실히 요구된다고 할 수 없다”고 한 예.

○ 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38342 판결: 상사매매에 관한 상법 제69조는, 민법의 매매에 관한 규정이 민법 제567조에 의하여 매매 이외의 유상계약에 준용되는 것과 달리, 상법에 아무런 규정이 없는 이상 상인 간의 수량을 지정한 건물의 임대차계약에 준용될 수 없다고 한 예.



매매의 목적물에 상인에게 통상 요구되는 객관적인 주의의무를 다하여도 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에도 매수인은 6개월 내에 그 하자를 발견하여 지체 없이 이를 통지하지 아니하면 매수인은 '과실의 유무를 불문'하고 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 없다.<sup>4165)</sup>

상법 제69조 제1항은 '임의규정'이므로, '당사자 간의 약정에 의하여 달리 정'할 수 있다.<sup>4166)</sup>

매도인 원고와 매수인 피고의 원칙적인 공방 구조는, "원고의 매매대금 청구 → 피고 항변: 민법상 매도인의 하자담보책임<sup>4167)</sup>(채무불이행책임과 결합적으로 인정된다<sup>4168)</sup>) = '매매'<sup>4169)</sup>

4164) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카28498, 28504 판결: 원고와 피고 간의 유리병의 거래는 상인 간의 매매이므로, 상법 제69조에 따라 매수인인 피고는 유리병을 수령한 때 유리병에 하자가 있는지의 여부를 검사하여 하자를 발견하였다면 즉시 매도인인 원고에게 이를 통지하여야 하는데도, 피고가 그 통지를 하지 아니하였으니, 피고는 원고에 대하여 유리병에 하자가 있음을 원인으로 하는 손해배상책임을 물을 수 없는 것이라는 원고의 주장에 대하여, 원심은, 피고가 위 유리병 5,000개를 수령하여 그 하자를 발견하고도 즉시 이를 원고에게 통지하지 아니하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, 대법원은, "상법 제69조는 ... 상인 간의 매매에 있어서는 매수인의 매매목적물에 대한 검사와 하자통지의무를 매수인이 매도인에 대하여 매매목적물에 관한 하자담보책임을 묻기 위한 전제요건으로 삼고 있음이 분명하므로, 그와 같은 하자담보책임의 전제요건 즉 매수인이 목적물을 수령한 때에 지체 없이 그 목적물을 검사하여 즉시 매도인에게 그 하자를 통지한 사실, 만약 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에는 6월 내에 이를 발견하여 즉시 통지한 사실 등에 관한 입증책임은 매수인에게 있다고 보는 것이 상당하다. ... 원심은 ... 피고가 위와 같은 하자통지의무를 이행하지 아니한 사실에 관한 입증책임이 원고에게 있는 것으로 오해한 탓인지, 피고가 유리병을 수령하여 위와 같은 하자를 발견하고도 즉시 원고에게 이를 통지하지 아니하였다는 점이 증명되지 않았다는 이유로 ... 위 주장을 배척하였으니, ... 입증책임을 오해한 위법이 있다."고 한 예. ─ 특별한 사정이 없는 한 제조업자나 수입업자로부터 제품을 구매하여 이를 판매한 자가 그 매수인에 대하여 부담하는 민법 제580조 제1항의 하자담보책임에는 제조업자에 대한 제조물책임에서의 증명책임 완화의 법리가 유추적용된다고 할 수 없다(2010다72045).

4165) 비록 건물 하자가 그 성질상 점유 이전일부터 6월 내에 도저히 발견할 수 없었던 것이었다고 하더라도, 원고는 상법 제69조 제1항이 정한 6월의 기간이 경과됨으로써 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 한 예(98다1584).

4166) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결: "상법 제69조 제1항은 민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙으로 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말 짓도록 하기 위한 규정으로서 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 당사자 간의 약정에 의하여 이와 달리 정할 수 있다고 할 것이다. ... 이 사건 계약서 제12조는 어떠한 경우라도 품질상의 하자로 판명되면 피고는 지체 없이 대체 납품하여야 하며 이로 인해 발생한 원고의 손해는 피고가 부담하도록 규정하고 있고, 제15조는 피고는 계약목적물의 준공 후 36개월간 품질 및 성능을 보증하며, 제품 자체의 결함 또는 원고가 요구하는 물품의 사양에 맞지 않는 제품으로 인해 발생한 하자에 대하여는 보증기간 경과 후라도 피고가 책임을 부담하도록 규정하고 있으며, 제23조는 피고의 납품불이행, 하자발생 등으로 인한 손해는 피고가 별도로 배상하도록 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 약정의 취지는 상법 제69조 제1항과 달리 위 조항에 따른 목적물 수령 시 검사의무와 즉시 하자통지의무를 이행하지 않더라도 원고가 피고에게 이 사건 가구의 하자로 인한 손해배상을 구할 수 있도록 한 것이라고 볼 것이다."

4167) 민법 제580조(매도인의 하자담보책임) ① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자 있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 경매의 경우에 적용하지 아니한다. 제581조(종류매매와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물을 종류로 지정한 경우에도 그 후 특정된 목적물에 하자가 있는 때에는 전조의 규정을 준용한다. ② 전항의 경우에 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상의 청구를 하지 아니하고 하자없는 물건을 청구할 수 있다. 제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임) ① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다. ─ 무과실의 법정책임에

의 목적물에 원시적(하자의 존부는 원칙적으로 특정물 매매의 경우 '매매계약 성립 시', 종류매매의 경우 '특정 시'를 기준으로 판단하지만, 신축건물의 매도인이 하자보수를 약정한 경우 '확산된 하자'에 대하여도 책임을 진다)<sup>4170)</sup> 하자(객관적·주관적 하자,<sup>4171)</sup> 법률적 하자<sup>4172)</sup>를 포함한다)가 존재하는 사

해당한다.

4168) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결: "매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 결합적으로 인정된다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 하자를 보수하기 위한 비용은 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 매매 목적물인 토지에 폐기물이 매립되어 있고 매수인이 폐기물을 처리하기 위해 비용이 발생한다면 매수인은 그 비용을 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제580조 제1항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다." ☞ 원고가 피고(국가)로부터 토지를 매수하여 건물을 신축하기 위해 건축허가를 받고 지목을 '전'에서 '대지'로 변경하였는데, 굴착공사를 하다가 약 1~2m 깊이에서 폐합성수지와 페콘크리트 등 약 331t의 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하였고, 이를 처리하기 위한 비용을 지출한 사안에서, ① 매립된 폐기물의 내용, 수량, 위치와 처리비용 등을 고려하면 토지에 위와 같은 폐기물이 매립되어 있는 것은 매매 목적물이 통상 갖추어야 할 것인 품질이나 상태를 갖추지 못한 하자에 해당하고, ② 토지를 받기로 이용할 경우에도 폐기물이 식물의 재배에 상당한 영향을 미칠 것으로 보이므로, 원고가 지목을 '전'에서 '대지'로 변경하였다는 사정만으로 폐기물이 매립되어 있는 객관적 상태를 달리 평가할 수 없으며, ③ 하자담보책임으로 인한 손해배상청구권은 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때 발생하므로, 원고의 손해배상청구권은 피고로부터 토지를 인도받은 때 발생하였고 이후 원고가 소외인에게 토지를 증여하였다는 사정만으로 손해배상청구권이 소멸하거나 수증자에게 양도되지 않는다고 하여, 피고는 원고에게 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 폐기물 처리비용을 지급할 의무가 있다고 한 사례. [동일 판시] 매도인이 성토작업을 기화로 다량의 폐기물을 은밀히 매립하고 그 위에 토사를 덮은 다음 도시계획사업을 시행하는 공공사업시행자와 사이에서 정상적인 토지임을 전제로 협의취득절차를 진행하여 이를 매도함으로써 매수자로 하여금 그 토지의 폐기물처리비용 상당의 손해를 입게 하였다면 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 이는 하자 있는 토지의 매매로 인한 민법 제580조 소정의 하자담보책임과 결합적으로 인정된다(2002다51586).

4169) 매도인의 하자담보책임 규정이 적용되지 않는 '경매'(민법 제580조 제2항)는 민사집행법상의 강제집행이나 담보권 실행을 위한 경매 또는 국세징수법상의 공매 등과 같이 국가나 그를 대행하는 기관 등이 법률에 기하여 목적물 관리자의 의사와 무관하게 행하는 매도행위만을 의미한다[대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다80839 판결; '농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률'상 중도매인인 원고가 도매시장법인인 피고로부터 그가 주관한 경매를 통하여 매수한 당근에 하자가 있음을 들어 하자담보책임을 묻는 원고의 주장에 관하여, 원심은, 원고가 당근을 '경매'로 매수한 이상 민법 제580조 제2항에 따라 제1항의 담보책임에 관한 규정이 적용되지 않는다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였으나, 대법원은, 피고는 상법상의 위탁매매인으로서 출하자의 판매 위탁에 따라 위 법에 따른 여러 매매방법 중 하나인 경매의 방법으로 이를 매도한 것에 불과하므로, 이는 담보책임의 특칙이 적용되는 민법 제580조 제2항 소정의 '경매'에 해당한다고 할 수 없고, 원심으로서 위 매매에 상법 제69조가 우선 적용됨을 전제로 당근에 즉시 발견할 수 없는 하자가 존재하는지, 존재한다면 원고가 적기에 그 통지를 발송하였는지 등과 함께 원고와 피고 사이에 담보책임의 적용을 제한·배제하는 특약 등이 존재하는지 등을 신리하여 원고의 담보책임 주장의 당부에 관하여 판단하였어야 한다고 한 예].

4170) ❶ 건축을 목적으로 매수한 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우 이러한 법률적 제한 내지 장애 역시 매매목적물의 하자에 해당하나, 그 하자의 존부는 매매계약 성립 시를 기준으로 판단하여야 하고, 하자의 존재에 대한 주장·증명책임은 매수인에게 있다(98다18506; 원심이 매매계약 당시 건축허가를 얻는 데 어떠한 법률상의 제한이 있었음을 인정할 증거가 없고 원고들이 잔금 지급 및 건축허가절차를 지체하던 중 도시계획변경결정을 한 사실을 인정한 다음 토지에 하자가 있음을 원인으로 한 원고들의 매매계약 해제 및 원상회복에 관한 주장을 배척한 것은 정당하다고 한 예). ❷ 신축건물이나 신축한지 얼마 되지 않아 그와 닮은 건물은 매도하는 매도인이 매수인에 대하여 매도건물에 하자가 있을 때에는 책임지고 그에 대한 보수를 해 주기로 약정한 경우 특별한 사정이 없는 한 매도인은 하자 없는 완전한 건물을 매대한 것을 보증하였다고 할 것이므로 매도인은 계약당시 또는 매수인이 인도받은 후에 용이하게 발견할 수 있는 하자뿐만 아니라 건물의 본체부분의 구조상의 하자 특히 품질이 떨어지는 재료를 사용하는 등 날림공사로 인한 하자 등 바로 발견할 수 없는 하자는 물론 당초의 하자로부터 확산된 하자에 대하여도 책임을 져야 한다고 보아야 할 것이며, 다만 확대된 하자에 관하여는 매수인 스스로가 용이하게 당초의 하자를 발견하여 이를 보수하고 그 비용을 매도인에게 청구할 수 있음에도 불구하고 이를 방치하여 하자가 확산되는 등의 사정이 있어 하자의 확대에

실' + (계약 해제의 경우) '하자가 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 사실'(하자가 중대하고 보수가 불가능하거나 가능하더라도 장기간을 요하는 등 계약해제권을 행사하는 것이 정당하다고 인정되는 경우<sup>4173)</sup>), (손해배상청구권과의 상계의 경우) '하자로 인한 손해의 발생과 그 범위'<sup>4174)</sup> → 원고 재항변; ① '하자에 대한 피고의 악의, 유과실'<sup>4175)</sup> 또는 ② '피고가 하자를 안 날로부터 6월(제척기간)이 도과한 사실',<sup>4176)</sup> '피고가 목적물을 인도받은 날부터 소멸시효 기간이 도과한 사실'<sup>4177)</sup> 또는 ③ '상인 간의 매매 사실'(민법상 하자담보책임 배제, 상법 제69조 제1항의 적용)<sup>4178)</sup> 또는 ④ '손해배상책임의 제한'<sup>4179)</sup> → 피고 재재항변; ① a '원고의 악

대하여 매수인에게 과실이 있는 경우라면 매도인의 하자보수의무불이행으로 인한 손해배상액을 정함에 있어서 매수인의 이러한 과실을 참작할 수 있을 뿐이다(92다38980).

4171) 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질이나 성능을 갖추지 못한 경우 또는 당사자가 예정하거나 보증한 성질을 갖추지 못한 경우에 매도인은 민법 제580조에 따라 매수인에게 그 하자로 인한 담보책임을 부담한다(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결).

4172) 건축을 목적으로 매수한 토지에 대하여 건축허가를 받을 수 없어 건축이 불가능한 경우(98다18506), 장기간 운행정지처분을 받은 차량(84다카2525).

4173) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다296776 판결; 원고가 피고로부터 매수한 중고 화물차에 대한 자동차종합검사에서 차체의 길이, 너비와 적재함의 내부(하대)길이가 안전기준을 초과하여 원상복구 등 조치가 필요하다는 이유로 부적합 판정을 받고, 자동차정기검사 지연을 이유로 과태료를 부과받자, 원고가 위와 같은 하자를 이유로 매매계약을 해제하고 매매대금의 반환을 구한 사안에서, 원심은, 위 하자는 수리가 가능하고 특수한 수리 방법을 요하지 않으며 예상 수리기간도 15일 정도에 불과하므로 매매계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 대법원은, 위 중고 화물차가 원고의 생계를 위해 필요한 수단이고 자동차정기검사를 받지 않으면 형사처벌을 받을 가능성이 있으며 수리비용이 매매대금의 약 40% 정도에 이르는 점 등을 고려하면 객관적으로 보아 원고에게 매매계약을 계속 유지하게 하는 것은 지나치게 가혹하므로, 원고가 계약해제권을 행사하는 것이 정당하다고 인정되는 경우에 해당한다고 판단한 예.

4174) ① 매매목적물의 하자로 인한 확대손해에 대하여 매도인에게 배상책임을 지우기 위해서는 하자 없는 목적물을 인도하지 못한 의무위반 사실 외에 그러한 의무위반에 대하여 매도인에게 귀책사유가 있어야 한다.(2002다35676). 즉, 하자확대손해의 배상은 민법 제390조에 근거한 채무불이행책임으로서 귀책사유를 요한다. ② 채소종자와 같이 그 일부가 불량한 경우 이를 양호한 것과 분류할 수 없는 상태로 상호 혼합되어 있는 물건의 거래에 있어서는 특별한 사유가 없는 한 그 일부가 불량한 경우에 그로 인하여 매수인이 받게 되는 손해를 일률적으로 불량한 부분에 대한 비율에 상당한 채소종자의 가격이라 할 수 없고 그 전량이 불량성을 갖게 된다고 봄이 상당하다(76다3056).

4175) 민법 제580조 제1항 단서. 법원의 직권판단사항이기도 하다. ㉠ 주식회사가 그 하자의 존재를 미리 알았는지 또는 알 수 있었는지에 관하여는 원칙적으로 주식회사를 대외적으로 대표할 권한이 있는 대표이사의 인식을 기준으로 판단하여야 한다(2006다79742). ㉡ 공원지로서의 대지를 매수하는 자는 부동산 등기부의 열람뿐만 아니라, 동 대지가 도시계획상 도로에 저촉하는지의 여부 정도는 미리 조사하여 보는 것이 상례라 할 것인바, 매수인이 현장을 답사하였음에도 불구하고, 30평의 대지 중 10평이나 도로로 사용되고 있는 사실을 간과하였다면, 위 하자있음을 알지 못한데 대하여 과실이 있다(79다827).

4176) 민법 제582조(전2조의 권리행사기간) 전2조에 의한 권리는 매수인이 그 사실을 안 날로부터 6월내에 행사하여야 한다. ㉠ 표고버섯 종균에 하자가 존재하는 사실을 알았다고 하기 위해서는 종균을 접종한 표고목에서 종균이 정상적으로 발아하지 아니한 사실을 알았다는 것만으로는 부족하고, 종균이 정상적으로 발아하지 아니한 원인이 바로 종균에 존재하는 하자로 인한 것임을 알았을 때라야 비로소 종균에 하자가 존재하는 사실을 알았다고 볼 수 있다(2003다20190).

4177) 매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권은 매수인이 매매의 목적물을 인도받은 때(소유권이전등기일) 발생하고(대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결), 그 때부터 소멸시효가 진행한다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2017다265389 판결). 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다(2011다10266).

4178) 판례에 의하면, 상법 제69조는 '민법상의 매도인의 담보책임에 대한 특칙'이고, 상인 간의 매매에 있어서 매수인은 목적물을 수령한 때부터 지체 없이 이를 검사하여 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인

의’<sup>4180</sup>) 또는 ① ‘상법 제69조 제1항의 적용 배제 특약’ 또는 ② 상법 제69조 제1항의 ‘검사·하자통지 의무의 이행’”이 될 것이나, 피고가 ‘상인 간의 매매’를 자인하고 곧바로 상법 제69조 제1항의 하자담보책임을 항변으로 주장하는 경우라면, “원고의 매매대금 청구 → 피고 항변(상법 제69조 제1항의 검사·하자통지 의무의 이행)”의 공방 구조가 될 수 있다.

### 3. 회 사

#### 가. 합명회사·합자회사

상법상 합명회사의 사원 또는 업무집행사원의 업무집행권한을 상실시키는 방법으로는 ① 상법 제205조<sup>4181</sup>) 제1항에 따라 다른 사원의 청구에 의하여 법원의 선고(형성판결)로써 그 권한을 상실시키는 방법, ② 상법 제195조<sup>4182</sup>)에 의하여 준용되는 민법 제708조에 따라 법원의 선고절차를 거치지 않고 총사원이 일치하여 업무집행사원을 해임함으로써

에게 그 통지를 ‘발송하여야만’ 그 하자로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 있다는 것이므로, ‘상인 간의 매매 사실’만 주장·증명되면 민법상 하자담보책임을 배제되고 상법 제69조 제1항이 적용되게 된다.

4179) 하자발생 및 그 확대에 가공한 매수인의 잘못을 참작하여 손해배상의 범위를 정하고, 이는 법원의 직권판단사항이기도 하다(94다23920).

4180) 상법 제69조 제2항.

4181) **상법 제205조(업무집행사원의 권한상실선고)** ① 사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 의무에 위반한 행위가 있는 때에는 법원은 사원의 청구에 의하여 업무집행권한의 상실을 선고할 수 있다. ② 전항의 판결이 확정된 때에는 본점과 지점의 소재지에서 등기하여야 한다. **상법 제269조(준용규정)**에 따라 합자회사의 무한책임사원뿐만 아니라 유한책임사원도 각자 업무집행사원에 대한 권한상실선고를 청구할 수 있다 (2010다82189).

○ 대법원 2021. 7. 8. 선고 2018다225289 판결: “합자회사에서 업무집행권한 상실 선고 제도(상법 제269조, 제205조)의 목적은 업무를 집행함에 현저하게 부적임하거나 중대한 의무 위반 행위가 있는 업무집행사원의 권한을 박탈함으로써 그 회사의 운영에 장애사유를 제거하려는 데 있다. 업무집행사원의 권한상실을 선고하는 판결은 형성판결로서 그 판결 확정에 의하여 업무집행권이 상실되면 그 결과 대표권도 함께 상실된다. 합자회사에서 무한책임사원이 업무집행권한의 상실을 선고하는 판결로 인해 업무집행권 및 대표권을 상실하였다면, 그 후 어떠한 사유 등으로 그 무한책임사원이 합자회사의 유일한 무한책임사원이 되었다는 사정만으로는 형성판결인 업무집행권한의 상실을 선고하는 판결의 효력이 당연히 상실되고 해당 무한책임사원의 업무집행권 및 대표권이 부활한다고 볼 수 없다. ... 합자회사에서 업무집행권한의 상실을 선고받은 무한책임사원이 다시 업무집행권이나 대표권을 갖기 위해서는 정관이나 총사원의 동의로 새로 그러한 권한을 부여받아야 한다(상법 제273조, 제269조, 제201조 제1항, 제207조). 합자회사에서 무한책임사원들만으로 업무집행사원이나 대표사원을 선임하도록 정한 정관의 규정은 유효하고, 그 후의 사정으로 무한책임사원이 1인이 된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 여전히 유효하다. 다만 유한책임사원의 청구에 따른 법원의 판결로 업무집행권한의 상실을 선고받아 업무집행권 및 대표권을 상실한 무한책임사원이 이후 다른 무한책임사원이 사망하여 퇴사하는 등으로 유일한 무한책임사원이 된 경우에는 업무집행권한을 상실한 무한책임사원이 위 정관을 근거로 단독으로 의결권을 행사하여 자신을 업무집행사원이나 대표사원으로 선임할 수는 없다고 봄이 옳다. 이렇게 해석하는 것이 판결에 의한 업무집행권한 상실선고제도의 취지와 유한책임사원의 업무감시권의 보장 및 신의칙 등에 부합한다. 결국 이러한 경우에는 유한책임사원을 포함한 총사원의 동의에 의해서만 해당 무한책임사원이 업무집행사원이나 대표사원으로 선임될 수 있을 뿐이다.”

4182) **상법 제195조(준용법규)** 합명회사의 내부관계에 관하여는 정관 또는 본법에 다른 규정이 없으면 조합에 관한 민법의 규정을 준용한다. **합명회사의 내부관계에 관한 상법 규정은 원칙적으로 임의규정이고, 정관에서 상법 규정과 달리 정하는 것이 허용된다**(대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결).

써 그 권한을 상실시키는 방법 두 가지가 있다.

합명회사나 합자회사 채권자(원고)의 사원 또는 무한책임사원(피고)에 대한 '회사채무' 이행청구의 경우, <sup>4183)</sup> 회사채권자는 청구원인사실로서 책임이행의 요건인 '회사의 채무 초과' 또는 '강제집행의 부주효'를 주장·증명하여야 하고, <sup>4184)</sup> 회사채권자가 '강제집행의 부주효'만을 주장·증명한 경우 사원은 '회사에 변제의 자력이 있고 집행이 용이함'을 항변사실로 주장·증명할 수 있다.

합자회사가 존립기간의 만료로 해산한 후 사원의 일부만 회사계속에 동의한 경우, 그 사원들의 동의로 정관을 변경·폐지할 수 있고, 나머지 사원들의 동의 여부가 불분명하더라도 회사계속의 효과가 발생한다. <sup>4185)</sup>

4183) 상법 제212조(사원의 책임) ① 회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때에는 각 사원은 연대하여 변제할 책임이 있다. ② 회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에도 전항과 같다. ③ 전항의 규정은 사원이 회사에 변제의 자력이 있으며 집행이 용이한 것을 증명한 때에는 적용하지 아니한다.

4184) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다65903 판결: "합명회사는 실질적으로 조합적 공동기업체이어서 회사의 채무는 실질적으로 각 사원의 공동채무라고 할 것이므로, 합명회사의 사원의 책임은 회사가 채무를 부담하면 법률의 규정에 기해 당연히 발생하는 것이고, '회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때' 또는 '회사재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때'에 비로소 발생하는 것은 아니며, 이는 회사채권자가 그와 같은 경우에 해당함을 증명하여 합명회사의 사원에게 보충적으로 책임의 이행을 청구할 수 있다는 책임이행의 요건을 정한 것으로 봄이 타당하다. 그리고 합자회사의 장에 다른 규정이 없는 사항은 합명회사에 관한 규정을 준용하므로 (상법 제269조), 합자회사의 무한책임사원의 회사채권자에 대한 책임은 합명회사의 사원의 책임과 동일하다고 할 것이다." ■ "회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때"라 함은 회사의 부채 총액이 회사의 자산 총액을 초과하는 상태, 즉 채무초과 상태를 의미하는바, 이는 회사가 실제 부담하는 채무의 총액과 실제 가치로 평가한 자산의 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 대차대조표 등 재무제표에 기재된 명목상의 부채 및 자산의 총액을 기준으로 판단할 것은 아니며, 나아가 회사의 신용·노력·기능(기술)·장래의 수입 등은 원칙적으로 회사의 자산 총액을 산정함에 있어 고려할 대상이 아니다(대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다27847 판결). 상법 제212조 제2항은 회사 채권자가 제1항에서 규정한 '회사의 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 때'를 증명하는 것이 현실적으로 용이하지 않다는 점을 고려하여, 회사 재산에 대한 강제집행이 주효하지 못한 때에 해당한다는 객관적 사실을 증명하는 것만으로도 각 사원에게 직접 변제책임을 물을 수 있도록 함으로써 회사채권자를 보다 폭넓게 보호하려는 데 그 취지가 있다. 위와 같은 법 규정의 취지 및 그 문언적 의미 등을 종합하여 보면, 상법 제212조 제2항에서 규정한 '강제집행이 주효하지 못한 때'라 함은 회사 채권자가 회사 재산에 대하여 강제집행을 하였음에도 결국 그 채권의 만족을 얻지 못한 경우를 뜻한다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다99453 판결).

4185) 대법원 2017. 8. 23. 선고 2015다70341 판결: "합자회사가 정관으로 정한 존립기간의 만료로 해산한 경우에도(상법 제269조, 제227조 제1호), 사원의 전부 또는 일부의 동의로 회사를 계속할 수 있다(상법 제269조, 제229조 제1항). 이 경우 존립기간에 관한 정관의 규정을 변경 또는 폐지할 필요가 있는데, 특별한 사정이 없는 한 합자회사가 정관을 변경함에는 총사원의 동의가 있어야 할 것이나(상법 제269조, 제204조), 합자회사가 존립기간의 만료로 해산한 후 사원의 일부만 회사계속에 동의하였다면 그 사원들의 동의로 정관의 규정을 변경하거나 폐지할 수 있다. 그리고 회사계속 동의 여부에 대한 사원 전부의 의사가 동시에 분명하게 표시되어 야만 회사계속이 가능한 것은 아니므로, 일부 사원이 회사계속에 동의하였다면 나머지 사원들의 동의 여부가 불분명하더라도 회사계속의 효과는 발생한다." ■ 원심이, 합자회사인 원고가 존립기간의 만료로 해산하였으나 원고의 일부 사원들이 사원총회를 개최하여 회사계속을 결의하고 회사의 존립기간을 정한 정관규정을 폐지하기로 결의하였으므로 원고는 사원 일부의 동의에 의하여 위 사원총회일 현재 회사를 계속하고 있고, 위 회사계속 결의와 아울러 이루어진 소외인에 대한 청산인 선임 결의는 회사계속에 배치되어 무효이므로, 소외인은 원고의 적법한 대표자가 될 수 없다고 판단한 것에 잘못이 없다고 한 다음, 원고의 상고를 기각하고 상고비용은 소외인이 부담하도록 한 예.

## 나. 법인격 부인

‘법인격의 형해화 또는 남용’,<sup>4186)</sup> ‘회사제도 남용’<sup>4187)</sup>의 경우, 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세우거나 기존회사와 신설회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않고, 회사와 그 배후자, 기존회사와 신설회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다.<sup>4188)</sup> 나아가 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.<sup>4189)</sup>

## 4186) ◎ ‘법인격 형해화’ 또는 ‘법인격 남용’을 인정하기 위한 요건

대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결; “(1) 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나, (2) 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.

여기서 (1) 회사가 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하다고 보려면, 원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로 하여, ① 회사와 배후자 사이에 재산과 업무가 구분이 어려울 정도로 혼용되었는지 여부, ② 주주총회나 이사회를 개최하지 않는 등 법률이나 정관에 규정된 의사결정절차를 밟지 않았는지 여부, ③ 회사 자본의 부실 정도, 영업의 규모 및 직원의 수 등에 비추어 볼 때, 회사가 이름뿐이고 실질적으로는 개인 영업에 지나지 않는 상태로 될 정도로 형해화되어야 한다.

또한, 위와 같이 (2) 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 회사의 배후에 있는 자가 회사의 법인격을 남용한 경우, 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있으나, 이 경우 채무면탈 등의 남용행위를 한 시점을 기준으로 하여, ① 회사의 배후에 있는 자가 회사를 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있고, ② 그와 같은 지위를 이용하여 법인 제도를 남용하는 행위를 할 것이 요구되며, 위와 같이 배후자가 법인 제도를 남용하였는지 여부는 앞서 본 법인격 형해화의 정도 및 거래상대방의 인식이나 신뢰 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.”

## 4187) 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결: “기존회사가 채무를 면탈할 의도로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우 이는 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않는다. 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다. 이러한 법리는 어느 회사가 이미 설립되어 있는 다른 회사 가운데 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 회사를 채무를 면탈할 의도로 이용한 경우에도 적용된다. 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 다른 회사의 법인격을 이용하였는지는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 기존회사에서 다른 회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 다른 회사로 자산이 이전된 경우 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 이때 기존회사의 자산이 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 다른 회사로 바로 이전되지 않고, 기존회사에 정당한 대가를 지급한 제3자에게 이전되었다가 다시 다른 회사로 이전되었다고 하더라도, 다른 회사가 제3자로부터 자산을 이전받는 대가로 기존회사의 다른 자산을 이용하고도 기존회사에 정당한 대가를 지급하지 않았다면, 이는 기존회사에서 다른 회사로 직접 자산이 유용되거나 정당한 대가 없이 자산이 이전된 경우와 다르지 않다. 이러한 경우에도 기존회사의 채무를 면탈할 의도나 목적, 기존회사의 경영상태, 자산상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 회사제도를 남용한 것으로 판단된다면, 기존회사의 채권자는 다른 회사에 채무 이행을 청구할 수 있다.”

## 4188) 불법행위에 기한 손해배상 청구와는 소송물을 달리하므로 서로 기판력에 저촉되지 아니하고(2004다36130), 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속, 확실한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확 안정을 중시하는 소송절차 및 강제집행절차에 있어서는 그 절차의 성격상 법인격 부인으로 어느 한 쪽에 대한 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 다른 쪽에까지 확장하는 것은 허용되지 아니한다(93다44531).

법인적 부인론의 역적용으로, 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다.<sup>4190)</sup>

## 다. 주 주 권

### 1) 주주평등의 원칙

주주평등의 원칙<sup>4191)</sup>이란, 주주는 회사와의 법률관계에서는 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받아야 함을 의미한다. 이를 위반하여 회사가 일부 주주에게만 우월한 권리나 이익을 부여하기로 하는 약정은 ‘특별한 사정’<sup>4192)</sup>이 없는 한 무효이다.

회사가 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 주식인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 하는 약정이나, 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 하는 약정은, 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서, 주주평등의 원칙에 위배되어 무효<sup>4193)</sup>이고, 이는 주주 전원의 동의를 받았다 하더라도 마찬가지<sup>4194)</sup>이

4189) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다265700 판결.

4190) 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결: “개인과 회사의 주주들이 경제적 이해관계를 같이하는 등 개인이 새로 설립한 회사를 실질적으로 운영하면서 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있다고 인정되는 경우로서, 회사 설립과 관련된 개인의 자산 변동 내역, 특히 개인의 자산이 설립된 회사에 이전되었다면 그에 대하여 정당한 대가가 지급되었는지 여부, 개인의 자산이 회사에 유용되었는지 여부와 그 정도 및 제3자에 대한 회사의 채무 부담 여부와 그 부담 경위 등을 종합적으로 살펴본다 회사와 개인이 별개의 인격체임을 내세워 회사 설립 전 개인의 채무 부담행위에 대한 회사의 책임을 부인하는 것이 심히 정의와 형평에 반한다고 인정되는 때에는 회사에 대하여 회사 설립 전에 개인이 부담한 채무의 이행을 청구하는 것도 가능하다고 보아야 한다.”

4191) 상법 제369조(의결권) ① 의결권은 1주마다 1개로 한다. 제464조(이익배당의 기준) 이익배당은 각 주주가 가진 주식의 수에 따라 한다. 제538조(잔여재산의 분배) 잔여재산은 각 주주가 가진 주식의 수에 따라 주주에게 분배하여야 한다. ■ 예외로, 정관 규정에 의한 종류주식, 소수주주권 등이 있다.

4192) 회사가 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하여 다른 주주들과 다르게 대우하는 경우에도 법률이 허용하는 절차와 방식에 따르거나 그 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 허용할 수 있다. 차등적 취급을 허용할 수 있는지 여부는, 차등적 취급의 구체적 내용, 회사가 차등적 취급을 하게 된 경위와 목적, 차등적 취급이 회사 및 주주 전체의 이익을 위해 필요하였는지 여부와 정도, 일부 주주에 대한 차등적 취급이 상법 등 관계 법령에 근거를 두었는지 아니면 강행법규에 저촉되거나 채권자보다 후순위에 있는 주주의 본질적 지위를 부정하는지 여부, 일부 주주에게 회사의 경영참여 및 감독과 관련하여 특별한 권한을 부여함으로써 회사의 기관이 가지는 의사결정 권한을 제한하여 종국적으로 주주의 의결권이 침해되는지 여부를 비롯하여 차등적 취급에 따라 다른 주주가 입는 불이익의 내용과 정도, 개별 주주가 처분할 수 있는 사항에 관한 차등적 취급으로 불이익을 입게 되는 주주의 동의 여부와 전반적인 동의율, 그 밖에 회사의 상장 여부, 사업목적, 지배구조, 사업현황, 재무상태 등 제반사정을 고려하여 일부 주주에게 우월적 권리나 이익을 부여하여 주주를 차등 취급하는 것이 주주와 회사 전체의 이익에 부합하는지를 따져서 정의와 형평의 관념에 비추어 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결).

4193) ① 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결: “회사가 신주를 인수하여 주주의 지위를 갖게 되는 사람에게 급전 지급을 약정한 경우, 그 약정이 실질적으로는 회사가 주주의 지위를 갖게 되는 자와 사이에 주식인수대금으로 납입한 돈을 전액 보전해 주기로 약정하거나, 상법 제462조 등 법률의 규정에 의한 배당 외에 다른 주주들에게는 지급되지 않는 별도의 수익을 지급하기로 약정한다면, 이는 회사가 해당 주주에 대하여만 투하자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것으로서 주주평등의 원칙에 위배되어 무효이다. 이러한 약정은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하여 회사와 다른 주주의



지만, 주주의 지위를 갖게 되는 자에게 회사의 의사결정에 대한 사전 동의를 받기로 하는 약정 및 그 약정 위반으로 인한 손해배상 명목의 금원을 지급하는 약정은 위와 같은 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있다면 허용될 수 있다.<sup>4195)</sup>

이익을 해하고 주주로서 부담하는 본질적 책임에서조차 벗어나게 하여 특정 주주에게 상법이 허용하는 범위를 초과하는 권리를 부여하는 것에 해당하므로, 회사의 다른 주주 전원이 그와 같은 차등적 취급에 동의하였다고 하더라도 주주평등의 원칙에 위반하여 효력이 없다.” ■ 이러한 약정의 내용이 주주로서의 지위에서 발생하는 손실의 보상을 주된 내용으로 하는 이상, 그 약정이 주주의 자격을 취득하기 이전에 체결되었다거나, 신주인수 계약과 별도의 계약으로 체결되는 형태를 취하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결). ● 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018다9920, 9937 판결; ‘피고들이 원고 주식 40,000주를 매수하되 액면가 2억 원을 매매대금으로 지급하고, 피고들이 원고에게 4억 원의 운영자금을 대여하며, 피고 1이 임원추천권을 갖는 내용’의 주식매매약정 직후 위 임원추천권을 행사하지 아니하는 대신 원고가 피고들에게 매월 200만 원을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 지급약정을 체결한 사안에서, 피고들이 이 사건 지급약정에 기해 원고로부터 월정액을 받을 권리는 주주 겸 채권자의 지위에서 가지는 계약상의 특수한 권리로서, 피고들이 원고로부터 적어도 6억 원의 운영자금을 조달해준 대가를 전부 지급받으면, 피고들은 원고의 채권자로서의 지위를 상실하고, 40,000주의 주주로서의 지위만을 가지게 되는데, 채권자의 지위를 상실하여 주주에 불과한 피고들에게 원고가 계속해서 이 사건 지급약정에 의한 돈을 지급한다면, 이는 회사인 원고가 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 주주인 피고들에게 부여하는 것으로 주주평등의 원칙에 위배된다고 한 예.

4194) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다290778 판결; “회사가 주주평등의 원칙을 위반하여 일부 주주에게 우월한 권리나 이익을 부여하는 내용의 약정을 체결하면서 주주 전원으로부터 동의를 받은 경우 그 효력에 관해서는, 위에서 본 주주평등의 원칙 및 그 위반에 따른 무효 취급과 예외적 허용의 취지, 즉 일부 주주에게 우월적 권리나 이익을 부여하여 주주를 차등 취급하는 것이 주주와 회사 전체의 이익 및 정의와 형평의 관념에 부합하는 것인지 여부를 살펴 신중하게 판단하여야 하므로, 주주 전원의 동의에 따라 이루어진 차등적 취급 약정이 상법 등 강행법규를 위반하지 않고 법질서가 허용하는 범위 내의 것이라면 사안에 따라서 그 효력을 인정할 여지가 있다. 그러나 주주에게 투자자본의 회수를 절대적으로 보장하는 취지의 금전지급약정은 회사의 자본적 기초를 위태롭게 하고 주주로서 부담하는 본질적 책임에서조차 벗어나게 하여 특정 주주에게 상법이 허용하는 범위를 초과하는 권리를 부여하는 것으로서 법질서가 허용하지 않는 강행법규 위반에 해당하므로, 이에 대하여 주주 전원의 동의를 받았다고 하더라도 예외적으로 효력을 얻을 수 있는 경우에 해당하지 않는다.” ■ 원고들이 피고 회사 발행 종류주식을 인수하면서 연구개발 중인 제품을 일정 기한 내에 국가기관에 등록하지 못한 경우에는 신주인수계약을 무효로 하고 피고 회사와 그 대표자 및 연구개발 담당자인 나머지 피고들이 원고들에게 투자금 전액을 반환하기로 하는 약정을 체결하였는데, 피고들이 기한 내에 제품 등록을 하지 못하자 원고들이 피고들을 상대로 위 약정에 따른 투자금의 반환 등을 청구한 사안에서, 위 약정은 주주 전원의 동의가 있었다 하더라도 주주평등의 원칙에 반하여 원고들과 피고 회사 사이의 법률관계에서는 무효이나, 원고들과 나머지 피고들 사이의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않아서 당연히 무효인 것은 아니라고 한 예.

4195) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다210670 판결; “회사가 자금조달을 위해 신주인수계약을 체결하면서 주주의 지위를 갖게 되는 자에게 회사의 의사결정에 대한 사전 동의를 받기로 약정한 경우, 이는 일부 주주에게만 우월한 권리를 부여함으로써 차등 대우하는 것이지만, 주주가 납입하는 주식인수대금이 회사의 존속과 발전을 위해 반드시 필요한 자금이었고 투자유치를 위해 해당 주주에게 회사의 의사결정에 대한 동의권을 부여하는 것이 불가피하였으며 그와 같은 동의권을 부여하더라도 다른 주주가 실질적·직접적인 손해나 불이익을 입지 않고 오히려 일부 주주에게 회사의 경영활동에 대한 감시의 기회를 제공하여 다른 주주와 회사에 이익이 되는 등 차등적 취급을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 있다면 이를 허용할 수 있다. … 회사와 주주가 체결한 동의권 부여 약정에 따른 차등적 대우가 예외적으로 허용되는 경우에 그 동의권 부여 약정 위반으로 인한 손해배상 명목의 금원을 지급하는 약정을 함께 체결하였고 그 약정이 사전 동의를 받을 의무 위반으로 주주가 입은 손해를 배상 또는 전보함으로써 그 의무의 이행을 확보하기 위한 것으로 볼 수 있다면, 이는 회사와 주주 사이에 채무불이행에 따른 손해배상액의 예정을 약정한 것이어서 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 일부 주주에 대하여 투자자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 주주평등의 원칙에 위배된다고 단정할 것은 아니다. 다만 손해배상액의 예정 약정이 유효하더라도, 그 금액이 부당히 과다하다면 민법 제398조 제2항에 따라 법원이 이를 감액할 수 있다. 따라서 법원으로서도 동의권 부여 약정 위반에 따른 손해배상의 예정액의 부당성 여부를 판단할 때, 동의권 부여 및 손해배상액의 예정 약정을 체결한 동기와 경위, 회사의 동의권 부여 약정 위반으로 해당 주주가 실제로 입은 손해액, 회사가 동의권 부여 약정을 위반하게 된 경위와 이유 등 제반사정을 참작하여, 그와 같은 약정이 사실상 투자자본의 회수를 절대적으로 보장하는 수단으로 기능하지 않도록 하여야



주주가 회사와 계약을 체결할 때 회사의 ‘다른 주주 내지 이사 개인’이 함께 당사자로 참여한 경우, 주주와 회사의 다른 주주 내지 이사 개인의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않고, 그 계약의 효력은 특별한 사정이 없는 한 주주와 회사가 체결한 계약의 효력과는 별개로 보아야 한다.<sup>4196)</sup>

## 2) 주주의 권리

주주권은 권리의 행사 목적에 따라 자익권(주주 개인의 경제적 이익 확보)과 공익권(회사나 주주 공동의 이익 확보)으로 나뉜다.<sup>4197)</sup>

### 가) 이익배당청구권

구체적이고 확정적인 배당금지급청구권은, 원칙적으로 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 발생한다.<sup>4198)</sup> 상법 제462조의3<sup>4199)</sup>에 따른 중간배당금 지급청구권

할 것이다.” ㉠ 공적 역할을 수행하는 신용보증기관인 원고가 피고가 발행하는 전환상환우선주를 인수하면서 피고가 회생절차 개시신청을 할 때에는 원고의 동의를 받아야 하고 이를 위반한 경우 손해배상으로 원고에게 주식인수총액과 소정의 비율에 의한 금원을 지급하기로 약정한 사안에서 위 각 약정의 유효를 긍정한 예. [동일 판시] 대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다293213 판결; 원고가 벤처회사인 피고 회사의 상환전환우선주를 인수하면서 주요 경영사항에 해당하는 신주발행, 유상증자 등에 대한 사전통지 및 사전동의권 등 권리를 부여 받기로 약정한, 위 약정을 위반할 경우 상환전환우식의 조기상환청구, 위약벌 등 손해배상을 구할 수 있다는 약정을 한 사안.

4196) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022다224986 판결; “주주평등의 원칙은 주주와 회사의 법률관계에 적용되는 원칙이고, 주주가 회사와 계약을 체결할 때 회사의 다른 주주 내지 이사 개인이 함께 당사자로 참여한 경우 주주와 다른 주주 사이의 계약은 주주평등과 관련이 없으므로, 주주와 회사의 다른 주주 내지 이사 개인의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않는다. 주주는 회사와 계약을 체결하면서 사적자치의 원칙상 다른 주주 내지 이사 개인과도 회사와 관련한 계약을 체결할 수 있고, 그 계약의 효력은 특별한 사정이 없는 한 주주와 회사가 체결한 계약의 효력과는 별개로 보아야 한다. 나아가 주주가 회사의 다른 주주 내지 이사 개인과 체결한 계약의 내용을 해석할 때에는 계약의 형식과 내용, 계약이 체결된 동기와 경위 및 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙, 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석해야 하는 등 계약 해석에 관한 일반 원칙을 적용할 수 있다.” ㉠ 원고들은 피고가 대주주 겸 대표이사인 회사가 발행하는 상환전환우선주를 인수하면서 회사가 원고들의 동의 없이 회생절차 개시신청을 하거나 회사에 대한 회생절차가 개시되면 피고가 회사와 연대하여 원고들에게 주식인수대금과 가산금을 지급하는 약정을 체결하였는데, 다른 주주의 신청으로 회사에 대한 회생절차가 개시되자 원고들이 피고에게 위 약정에 따른 금원의 지급을 청구한 사안에서, 원심이, 원고들과 회사 사이의 금전지급약정은 주주평등의 원칙에 위반하여 무효이고, 피고는 회사의 원고들에 대한 약정에 기한 금전지급의무를 연대보증하였는데, 주채무인 회사의 원고들에 대한 금전지급의무가 존재하지 않으므로 부종성에 따라 피고의 원고들에 대한 금전지급의무도 존재하지 않는다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원고들과 회사 사이의 금전지급약정은 실질적으로 회사가 원고들에게 투자자본의 회수를 절대적으로 보장함으로써 다른 주주들에게 인정되지 않는 우월한 권리를 부여하는 것이고, 배당가능이익이 없어도 회사의 재산으로 사실상 출자를 환급하여 주는 것이므로 주주평등의 원칙에 위반하여 무효이지만, 원고들과 피고 사이의 법률관계에는 주주평등의 원칙이 직접 적용되지 않아서 그 약정이 주주평등의 원칙에 위반하여 무효인 것은 아니고, 약정 체결의 동기와 경위, 목적, 문언의 내용, 당사자의 진정한 의사 등을 고려하면 피고는 회사의 원고들에 대한 금전지급의무와 동일한 내용의 연대채무를 부담하는 계약을 체결하였다고 볼 여지가 크다고 보아, 원심을 파기·환송한 예.

4197) 자익권은 ① 출자금에 대한 수익을 위한 권리로서, 이익배당청구권, 신주인수권 등, ② 출자금의 회수를 위한 권리로서, 주권교부·명의개서·잔여재산분배 청구권 등이 있고, 공익권은 ① 경영 참여를 위한 권리로서 의결권, ② 경영 감독을 위한 권리로서, 단독주주권인 회사법상 소 제기권, 소수주주권 등이 있다.

은 이사회 결의가 성립하면 구체적으로 확정된다.<sup>4200)</sup> 배당금지급청구권이나 위법배당에 따른 부당이득반환청구권은 5년의 상사시효가 아닌 10년의 민사소멸시효에 걸린다.<sup>4201)</sup>

#### 나) 의결권

의결권은 1주마다 1개로 한다(상법 제369조 ①).<sup>4202)</sup> 자기주식, 상호보유주식(제369조 ②, ③)<sup>4203)</sup>, 의결권의 배제·제한에 관한 종류주식<sup>4204)</sup>은 의결권이 없다. 총회의 결의

4198) 대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다263574 판결: “2011년 상법 개정으로 회사가 발행할 수 있는 종류주식의 유형이 확대됨에 따라 회사는 이익의 배당, 잔여재산의 분배, 주주총회에서 의결권의 행사, 상환 및 전환 등에 관하여 내용이 다른 종류의 주식을 발행할 수 있게 되었다(상법 제344조 제1항). 이 경우 회사는 정관에 발행하고자 하는 종류주식의 내용과 수를 정하여야 하고, 특히 이익배당에 관하여 내용이 다른 종류주식을 발행하는 때에는 정관에 그 종류주식의 주주에게 교부하는 배당재산의 종류, 배당재산의 가액의 결정방법, 이익을 배당하는 조건 등 이익배당에 관한 내용도 정하여야 한다(상법 제344조 제2항, 제344조의2 제1항). 주주의 이익배당청구권은 장차 이익배당을 받을 수 있다는 의미의 권리에 지나지 아니하여 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때까지는 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정되지 아니한다. 다만 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다. 그리고 이러한 경우 회사는 주주총회에서 이익배당에 관한 결의를 하지 않았거나 정관과 달리 이익배당을 거부하는 결의를 하였다는 사정을 들어 주주에게 이익배당금의 지급을 거절할 수 없다.” 피고 회사의 정관은 이익배당에 관한 종류주식(우선주)에 관한 배당의무를 명시하면서 배당금지급조건 및 배당금액 산정과 관련한 사항을 구체적으로 규정하고 있으므로, 피고 회사의 정기주주총회에서 재무제표가 승인됨으로써 당기순이익이 확정되지만 하면 우선주에 관하여 피고 회사가 지급할 의무가 있는 배당금액이 곧바로 계산되므로, 우선주 주주인 원고에게는 피고 회사의 정기주주총회에서 당기순이익이 포함된 재무제표를 승인하는 결의가 있는 때에 구체적이고 확정적인 이익배당청구권이 인정되고, 다른 특별한 사정이 없는 한 상법 제462조 제1항에 따른 배당가능이익의 범위 내에서 피고 회사를 상대로 정관 규정에 따라 계산된 배당금의 지급을 청구할 수 있다고 한 예.

4199) 상법 제462조의3(중간배당) ① 년 1회의 결산기를 정한 회사는 영업년도중 1회에 한하여 이사회 결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여 이익을 배당(이하 이 조에서 “중간배당”이라 한다)할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.

4200) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778 판결(상법 규정에 위반하여, 중간배당에 관한 이사회 결의가 있음에도 같은 영업년도 중에 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하거나, 이사회 결의에 따라 구체적으로 확정된 주주의 중간배당금 지급청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다).

4201) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2020다208621 판결.

4202) 질권설정자인 주주는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다(대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결). 의결권행사금지가처분 사건의 강제조정 결정에 위반하는 의결권행사로 주주총회 결의가 이루어진 후 그 본안소송에서 가처분의 피보전권리가 없음이 확정됨으로써 그 가처분이 실질적으로 무효임이 밝혀진 경우, 위 의결권 행사는 가처분의 피보전권리를 침해한 것이 아니어서 유효하다(2009다3920).

4203) 상법 369조(의결권) ① 의결권은 1주마다 1개로 한다. ② 회사가 가진 자기주식은 의결권이 없다. ③ 회사, 모회사 및 자회사 또는 자회사가 다른 회사의 발행주식의 총수의 10분의 1을 초과하는 주식을 가지고 있는 경우 그 다른 회사가 가지고 있는 회사 또는 모회사의 주식은 의결권이 없다.

4204) 상법 제344조의3(의결권의 배제·제한에 관한 종류주식) ① 회사가 의결권이 없는 종류주식이나 의결권이 제한되는 종류주식을 발행하는 경우에는 정관에 의결권을 행사할 수 없는 사항과, 의결권행사 또는 부활의 조건을 정한 경우에는 그 조건 등을 정하여야 한다. ② 제1항에 따른 종류주식의 총수는 발행주식총수의 4분의 1을 초과하지 못한다. 이 경우 의결권이 없거나 제한되는 종류주식이 발행주식총수의 4분의 1을 초과하여 발행된 경우에는 회사는 지체 없이 그 제한을 초과하지 아니하도록 하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다(제368조 ③).<sup>4205)</sup>

상법은 주주총회의 성립에 관한 '의사정족수'를 따로 정하고 있지는 않고, '의결정족수'에 관하여 규정하고 있다. 상법 또는 정관<sup>4206)</sup>에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는, 주주총회 결의는 '보통결의'에 의하고, 이는 출석한 주주의 의결권<sup>4207)</sup>의 과반수와 발행주식총수<sup>4208)</sup>의 4분의 1 이상의 수로써 하여야 하며(제368조 ①), '특별결의'는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다.<sup>4209)</sup>

4205) 주주총회가 재무제표를 승인한 후 2년 내에 이사와 감사의 책임을 추궁하는 결의를 하는 경우 당해 이사와 감사인 주주는 회사로부터 책임을 추궁당하는 위치에 서게 되어 주주의 입장을 떠나 개인적으로 이해관계를 가지는 경우로서 그 결의에 관한 특별이해관계인에 해당하지만, 주주의 의결권은 주주의 고유하고 기본적인 권리이므로 특별이해관계인이라는 이유로 이를 제한하기 위하여는 그 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있음이 객관적으로 명확하여야 하므로, 당해 안건이 이사나 감사 누구에 대하여 어떠한 책임을 추궁하기 위한 것인지를 신리한 다음, 그에 따라 주주 중 누가 그 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자에 해당하는지를 판단하여야 하고, 이사, 감사 전원이 특별한 이해관계가 있는 자에 해당한다고 속단하여서는 안 된다(2007다40000).

4206) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다217741 판결; "상법 제368조 제1항은 주주총회의 보통결의 요건에 관하여 ... 규정하여 주주총회의 성립에 관한 의사정족수를 따로 정하고 있지는 않지만, 보통결의 요건을 정관에서 달리 정할 수 있음을 허용하고 있으므로, 정관에 의하여 의사정족수를 규정하는 것은 가능하다. 한편 상법 제382조의2에 정한 집중투표란 2인 이상의 이사를 선임하는 경우에 각 주주가 1주마다 선임할 이사의 수와 동일한 수의 의결권을 가지고 이를 이사 후보자 1인 또는 수인에게 집중하여 투표하는 방법으로 행사함으로써 투표의 최다수를 얻은 자부터 순차적으로 이사에 선임되는 것으로서, 이 규정은 어디까지나 주주의 의결권 행사에 관련된 조항이다. 따라서 주식회사의 정관에서 이사의 선임을 발행주식총수의 과반수에 해당하는 주식을 가진 주주의 출석과 그 출석주주의 의결권의 과반수에 의한다고 규정하는 경우, 집중투표에 관한 위 상법 조항이 정관에 규정된 의사정족수 규정을 배제한다고 볼 것은 아니므로, 이사의 선임을 집중투표의 방법으로 하는 경우에도 정관에 규정한 의사정족수는 충족되어야 한다."

4207) 제368조 제3항에 따라 행사할 수 없는 주식(총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자의 주식)의 의결권 수와 제409조 제2항·제3항(감사 선임의 경우 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 3%를 초과하는 주식) 및 제542조의12 제3항·제4항에 따라 그 비율을 초과하는 주식(상장회사의 감사 또는 사외이사 아닌 감사위원을 선임·해임하는 경우 및 상장회사가 사외이사인 감사위원을 선임하는 경우, 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 3%를 초과하는 주식)으로서 행사할 수 없는 주주의 의결권 수는 출석한 주주의 의결권의 수에 산입하지 아니한다(제371조 ②). ● 발행주식총수에는 산입된다.

4208) 제344조의3제1항(의결권의 배제·제한에 관한 종류주식)과 제369조제2항(자기주식) 및 제3항(상호보유주식)의 의결권 없는 주식의 수는 발행주식총수에 산입하지 아니한다(제371조 ①). ● ① 발행주식총수에 산입하지 않는 주식은 출석한 주주의 의결권의 수에도 산입하지 아니한다. ② 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016다222996 판결; "주주총회에서 감사를 선임하려면 우선 '출석한 주주의 의결권의 과반수'라는 의결정족수를 충족하여야 하고, 나아가 그 의결정족수가 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'이어야 하는데, 상법 제371조는 제1항에서 '발행주식총수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서 상법 제409조 제2항의 의결권 없는 주식(이하 '3% 초과 주식'이라 한다)은 이에 포함시키지 않고 있고, 제2항에서 '출석한 주주의 의결권 수에 산입하지 않는 주식'에 대하여 정하면서도 3% 초과 주식을 이에 포함시키고 있다. 그런데 만약 3% 초과 주식이 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입된다고 보게 되면, 어느 한 주주가 발행주식총수의 78%를 초과하여 소유하는 경우와 같이 3% 초과 주식의 수가 발행주식총수의 75%를 넘는 경우에는 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수의 4분의 1 이상의 수'라는 요건을 충족시키는 것이 원천적으로 불가능하게 되는데, 이러한 결과는 감사를 주식회사의 필요적 상설기관으로 규정하고 있는 상법의 기본 입장과 모순된다. 따라서 감사의 선임에 있어서 3% 초과 주식은 위 제371조의 규정에도 불구하고 상법 제368조 제1항에서 말하는 '발행주식총수'에 산입되지 않는다고 보아야 한다. 그리고 이는 자본금 총액이 10억 원 미만이어서 감사를 반드시 선임하지 않아도 되는 주식회사라고 하여 달리 볼 것도 아니다."

4209) 상법 제434조(정관변경의 특별결의) 제433조제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와

## 라. 주식의 양도

주주의 지위는 인적회사 사원의 지위와는 달리 주식양도의 방법으로 자유로이 이전할 수 있다.<sup>4210)</sup>

## 1) 양도인과 양수인 간 주주권 이전의 요건

주권 발행 '전' 주식의 양도는 지명채권의 양도에 관한 일반원칙에 따라 양도인과 양수인 사이의 '주식 양도에 관한 의사의 합치', 즉 '양도계약만으로' 그 효력이 발생하므로, 주식 양도계약이 체결됨으로써 바로 양도인은 양도의 목적이 된 주식을 상실하고 양수인이 이를 이전받아 그 주주가 된다.<sup>4211)</sup>

주권 발행 '후' 주식 양도의 경우에는 '주권의 교부'가 주식양도의 효력발생요건인데,<sup>4212)</sup> 회사가 주권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록한 경우

발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다. ㉠ 제374조(영업양도, 양수, 임대등) ① 등에서 준용.  
4210) **상법 제335조(주식의 양도성)** ① 주식은 타인에게 양도할 수 있다. 다만, 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 그 발행하는 주식의 양도에 관하여 이사회에 승인을 받도록 할 수 있다. ② 제1항 단서의 규정에 위반하여 이사회에 승인을 얻지 아니한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. ③ 주권발행 전에 한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다. 그러나 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

4211) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결.

대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다239366 판결; “회사 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6개월이 경과한 경우 주권발행 전의 주식은 당사자의 의사표시만으로 양도할 수 있고, 주식양도계약이 해제되면 계약의 이행으로 이전된 주식은 당연히 양도인에게 복귀한다.”(주식양도계약의 양도인(원고)이 양수인(피고)의 대금지급 미이행을 이유로 계약 해제 통지를 하고 양수인에게 ‘주주지위부존재 확인’을 구하고, 피고는 자신이 회사에 대하여 확정일자 있는 통지를 하지 않았다는 등의 이유를 들어 원고의 해제 통지 이후에도 여전히 자신이 주주의 지위에 있다고 다툰 사안에서, 양도대상 주식은 당사자 사이의 의사표시만으로도 양도할 수 있는 주권발행전 주식으로서 양수인의 회사에 대한 확정일자 있는 통지 없이도 양도계약의 해제만으로 양도인에게 주주권이 복귀한다고 판단한 예) ㉠ ① 채권담보 목적으로 체결된 주식양도계약은 바로 주식양도담보의 효력이 생기고, 양도담보권자가 대외적으로는 주식의 소유자가 된다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결). ㉡ 주권발행 전의 주식에 관하여 주주명의를 신탁한 사람이 수탁자에 대하여 명의신탁계약을 해지하면 그 주식에 대한 주주의 권리는 그 해지의 의사표시만으로 명의신탁자에게 복귀한다(97다38510). ㉢ 주식병합이 있어 구주권이 실효되었음에도 주식병합 후 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않은 경우에는 주권의 교부가 없더라도 당사자의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생기고, 이는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시가 주권의 발행 후 주식병합이 있기 전에 있었다고 하더라도 마찬가지로서, 주식병합으로 실효되기 전의 구주권의 교부가 없는 상태에서 주식병합이 이루어지고 그로부터 6월이 경과할 때까지 회사가 신주권을 발행하지 않았다면 주식병합 후 6월이 경과한 때에 주식병합 전의 당사자 사이의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 생긴다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076, 62083 판결; 甲과 乙 등 공동상속인이 유언장 내용에 따라 상속재산을 분할하기로 합의하여 甲이 丙 회사 주식 전부를 취득하게 되었는데, 乙이 피상속인 생존 당시 그 중 일부 주권을 분실하여 甲은 합의 당시 일부 주식에 대하여 주권 점유를 취득하지 못하였다가 그 후 乙에게서 재발행 주권을 교부받았으나, 丙 회사는 甲이 재발행 주권을 교부받기 전 주식병합을 실시한 사안에서, 丙 회사가 주식병합의 효력이 발생한 후 6월이 경과하도록 신주권을 발행하지 않았다면 甲은 주권 교부 없이 위 합의만으로도 위 일부 주식에 상응한 병합 후 주식의 소유권을 유효하게 취득하게 된다고 한 사례).

4212) **상법 제336조(주식의 양도방법)** ① 주식의 양도에 있어서는 주권을 교부하여야 한다. ② 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 추정한다.

대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다62076, 62083 판결; “주권발행 후의 주식의 양도는 주권을 교부하여야 효력이 발생하고(상법 제336조 제1항), 이 경우 주권의 교부는 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시와 함께 주식양도의 효력발생요건이 되지만, 주권의 교부가 없더라도 당사자 사이의 주식양도에 관한 의사표시만으로

에는, 계좌 간 대체의 '전자등록'이 주식양도의 효력발생요건이다.<sup>4213)</sup>

## 2) 주식 매도·매수청구권(형성권) 행사에 따른 이전

주식 양도·취득에 대한 회사의 승인 거부에 따른 주식매수청구권(상법 제335조의2, 제335조의7) 행사로 주주 지위가 회사로 이전하는 시기는 '대금 지급 시',<sup>4214)</sup> 소수주주 보유 주식<sup>4215)</sup>에 관한 지배주주의 매도청구권(상법 제360조의24) 또는 소수주주의 매수청구권(상법 제360조의25)<sup>4216)</sup> 행사로 주주 지위가 지배주주에게 이전되는 시기는 명문의 의제

주식양도를 목적으로 하는 양도계약은 유효하게 성립한다." ● 주권의 점유를 취득하는 방법에는 현실의 인도(교부) 외에 간이인도, 반환청구권의 양도가 있다(2008다96963, 96970).

### 4213) ◎ '주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률'에 따른 주식의 전자등록

2011. 4. 14. 신설된 상법 제356조의2는 "① 회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관(유가증권 등의 전자등록 업무를 취급하는 기관을 말한다. 이하 같다)의 전자등록부에 주식을 등록할 수 있다. ② 전자등록부에 등록된 주식의 양도나 입질은 전자등록부에 등록하여야 효력이 발생한다."라고 규정하여 '전자등록부 등록'을 권리 이전의 효력발생요건으로 하였는데, 그 제4항("전자등록의 절차·방법 및 효과, 전자등록기관에 대한 감독, 그 밖에 주식의 전자등록 등에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.")에 따라 '주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률'이 2016. 3. 22. 제정된 다음, 그 시행령[2019. 6. 25. 제정, 2019. 9. 16. 시행] 부칙 제2조에 의해 위 법률이 2019. 9. 16. 시행되었다. 위 법률 제35조 제2항은 "전자등록주식등을 양도하는 경우에는 제30조에 따른 계좌간 대체의 전자등록을 하여야 그 효력이 발생한다."라고 규정하고, 제37조는, 전자등록주식등으로서 기명식 주식등의 발행인은 상법 제354조 제1항에 따라 일정한 날(주주명부폐쇄기준일)을 정한 경우에는 전자등록기관에 "소유자명세"(일정한 날을 기준으로 해당 주식등의 소유자의 성명 및 주소, 소유자가 가진 주식등의 종류·종목·수량 등을 기록한 명세)의 작성을 요청하여야 하고(제1항), 전자등록기관은 그 요청을 받은 경우에 소유자명세를 작성하여 그 주식등의 발행인에게 지체 없이 통지하여야 하며(제4항), 발행인은 그 통지를 받은 경우 통지받은 사항과 통지 연월일을 기재하여 주주명부 등을 작성·비치하여야 한다(제6항)고 규정하고 있다. 전자등록주식등의 권리자는 전자등록기관을 통하여 배당금·원리금·상환금 등의 수령, 그 밖에 주식등에 관한 권리를 행사할 수 있다(제38조 제1항). 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조의2 제4항 제1호에 따른 증권시장(증권의 매매를 위하여 거래소가 개설하는 시장)에 상장하는 주식등에 대해서는 전자등록기관에 신규 전자등록을 신청하여야 하고(주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 제25조 제1항 제1호), 전자등록된 증권등에 대해서는 예탁관련제도(실질주주의 권리 행사, 실질주주명부 작성 등)가 적용되지 아니한다(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제308조 제1항).

4214) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결; "주식의 양도에 관하여 이사회의 승인을 얻어야 하는 경우에 주식을 취득한 자는 회사에 대하여 그 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 그 취득의 승인을 청구할 수 있다(상법 제335조의7 제1항). 회사가 주식취득승인을 거부한 경우, 주식을 취득한 자는 취득승인거부의 통지를 받은 날부터 20일 내에 회사에 대하여 그 주식의 매수를 청구할 수 있다(상법 제335조의7 제2항, 제335조의2 제2항, 제4항). 여기에서의 주식매수청구권은 형성권이어서 곧바로 그 행사에 따라 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립한다. 그리고 주주의 지위는 주식매수청구권을 행사한 때가 아니라 회사로부터 그 주식의 매매대금을 지급받은 때에 이전된다고 보아야 한다." ● 이러한 주식매수청구권은 '주식을 취득한 양수인'에게 인정되므로, 주식을 취득하지 못한 양수인(주권발행 후의 주식 양수인으로서 주권을 교부받지 못한 자)이 회사에 대하여 주식매수청구를 하더라도 이는 아무런 효력이 없고, 사후적으로 양수인이 주식 취득의 요건(주권의 교부)을 갖추게 되더라도 그 하자가 치유될 수는 없다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다221258, 221265 판결).

4215) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결; "상법 제360조의24 제1항은 ... 95% 이상의 주식을 보유한 지배주주가 소수주주에게 공정한 가격을 지급한다면, 일정한 요건하에 발행주식 전부를 지배주주 1인의 소유로 할 수 있도록 함으로써 회사 경영의 효율성을 향상시키고자 한 제도이다. 이러한 입법의도와 목적 등에 비추어 보면, 지배주주가 본 조항에 따라 매도청구권을 행사할 때에는 반드시 소수주주가 보유하고 있는 주식 전부에 대하여 권리를 행사하여야 한다."

4216) 대법원 2017. 7. 14.자 2016마230 결정; "상법 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수의 100분의 95 이상을 자기의 계산으로 보유하고 있는 주주(지배주주)는 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 회사의 다른 주주(소수주주)에게 그 보유하는 주식의 매도를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조

규정(상법 제360조의26)에서 정한 ‘매매가액(지배주주가 일방적으로 산정하여 제시한 가액이 아니라 소수주주와 협의로 결정된 금액 또는 법원이 산정한 공정한 가액<sup>4217)</sup>)을 소수주주에게 지급한 때’(제1항) 또는 ‘공탁한 날’(제2항)이고, 위 각 형성권 행사에 따른 ‘매매계약 성립 시’가 아니다.

영업양수도, 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권<sup>4218)</sup> 행사에 따른 주주 지위 이전 시기도 위와 같이 동일하게 ‘해석’할 수 있다. 영업양수도 등 반대주주의 주식매수청구권에 관한 상법 제374조의2 제2항(매수청구기간 종료일부터 2개월<sup>4219)</sup> 이내<sup>4220)</sup> 회사의 주식

제2항 전문은 제1항의 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산한다고 규정하고 있으며, 상법 제360조의25 제1항은 지배주주가 있는 회사의 소수주주는 언제든지 지배주주에게 그 보유주식의 매수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 자회사의 소수주주가 상법 제360조의25 제1항에 따라 모회사에게 주식매수청구를 한 경우에 모회사가 지배주주에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, 상법 제360조의24 제1항은 회사의 발행주식총수를 기준으로 보유주식의 수의 비율을 산정하도록 규정할 뿐 발행주식총수의 범위에 제한을 두고 있지 않으므로 자회사의 자기주식은 발행주식총수에 포함되어야 한다. 또한 상법 제360조의24 제2항은 보유주식의 수를 산정할 때에는 모회사와 자회사가 보유한 주식을 합산하도록 규정할 뿐 자회사가 보유한 자기주식을 제외하도록 규정하고 있지 않으므로 자회사가 보유하고 있는 자기주식은 모회사의 보유주식에 합산되어야 한다.” ㉠ 원심이, 사건본인의 발행주식총수 중 사건본인의 모회사인 피신청인이 84.96%를, 사건본인이 자기주식으로 13.14%를 각 보유하고 있고 이를 합산하면 98.1%가 되므로 피신청인은 사건본인의 지배주주에 해당한다고 판단한 것은 정당하고 한 예.

4217) ○ 대법원 2020. 6. 11. 선고 2018다224699 판결; “‘매매가액’은 지배주주가 일방적으로 산정하여 제시한 가액이 아니라 소수주주와 협의로 결정된 금액 또는 법원이 상법 제360조의24 제9항에 따라 산정한 공정한 가액으로 보아야 한다. … 지배주주의 일방적인 매도청구권 행사로 소수주주가 그 의사에 반하여 회사로부터 축출될 수 있기 때문에, 공정한 가격을 지급함으로써 소수주주를 보호할 필요성이 인정된다. 상법에서 ‘지배주주의 매도청구권이 주주총회에서 승인된 때’ 또는 ‘소수주주가 매도청구권의 통지를 수령한 때’가 아니라 ‘지배주주가 매매가액을 지급한 때’에 비로소 주식이 이전된다고 규정하고, 또 지배주주의 매도청구권에 대응하는 권리로 상법 제360조의25에서 소수주주에게도 매수청구권을 부여한 점에 비추어 보더라도 그러하다. … 상법 제360조의26은 상법 제360조의24에 따라 지배주주가 매도청구권을 행사한 경우뿐 아니라 상법 제360조의25에 따라 지배주주가 있는 회사의 소수주주가 지배주주를 상대로 매수청구권을 행사한 경우에도 동일하게 적용된다. 그런데 후자의 경우, 지배주주가 일방적으로 산정하여 제시하는 매매가액이라는 개념은 상정하기 어렵다.” ㉠ 원심이, “1) 상법 제360조의26 제2항은 적법하게 산정된 매매가액을 전제로 소수주주가 그 수령을 거부할 경우 공탁할 수 있음을 규정한 것이다. 소수주주와 지배주주 간의 협이가 이루어지지 않고 법원에 의한 매매가액 결정도 이루어지지 않은 상태에서 지배주주가 임의로 산정한 금액은 적법하게 산정된 매매가액으로 볼 수 없다. 2) 피고의 지배주주인 소외 회사는 원고들과 협이가 이루어지지 않자 상법 제360조의24 제8항에 따라 법원에 매매가액의 결정을 청구하지 않은 채 일방적으로 산정한 가액을 공탁하였을 뿐이므로, 이로써 원고들 보유 주식이 피고의 지배주주에게 이전된 것으로 볼 수 없다.”는 이유로, 원고들이 여전히 피고의 주주이므로 원고들에 대한 소집통지를 하지 않은 피고의 이 사건 주주총회에는 취소사유가 존재한다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

○ 대법원 2017. 7. 14.자 2016마230 결정; 원심이, 피신청인과 신청외인 사이의 사건본인 발행 주식에 대한 매매계약에서 정해진 주당 가격은 경영권에 대한 보상이 반영된 것으로서 위 주식의 객관적인 교환가치가 적정하게 반영된 가격이라고 보기 어렵고, 신청외인 회사는 사건본인의 유사기업으로 볼 수 없어 이를 기초로 평가한 사건본인의 주식가치 역시 객관적인 교환가치로 보기 어렵다고 하면서, 상속세 및 증여세법 시행령의 비상장주식 평가방법에 따라 사건본인의 주당 매매가격을 결정한 것은 정당하다고 한 예.

4218) 주식의 포괄적 교환(상법 제360조의5), 주식의 포괄적 이전(제360조의22), 영업양수도 등(제374조의2), 합병(제522조의3), 분할합병(제530조의11).

4219) 2015.12.1. 개정 전에는 ‘매수청구를 받은 날부터 2월’로 규정되어 있었다.

4220) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결; “반대주주의 주식매수청구권은 이른바 형성권으로서 그 행사로 회사의 승낙 여부와 관계없이 주식에 관한 매매계약이 성립하고, 상법 제374조의2 제2항의 ‘회사가 주식매수청구를 받은 날로부터 2월’은 주식매매대금 지급의무의 이행기를 정한 것이라고 해석된다. … 이러한 법리는 위 2월 이내에 주식의 매수가액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 다르지 아니하다.” ㉠ ❶ 주권이 금융기관에 위탁되어 있는 영업양도 반대 주주들이 주식매수청구권을 행사하면서 회사가 공정한 매매대금을 지급함과

매수의무), 제3항(주주와 회사 간의 협의에 의한 매수가액 결정), 제4항(매수청구기간 종료일부터 30일 이내 협의 불성립 시 회사 또는 주주의 법원에 대한 매수가액 결정 청구), 제5항(공정한 가액에 의한 법원의 매수가액 산정)<sup>4221)</sup>은 주식의 포괄적 교환(제360조의5 제3항), 주식의 포괄적 이전(제360

동시에 언제든지 주권을 인도하겠다는 취지의 서면을 회사에 제출한 경우, 대금지급의무 이행기 도과 당시 회사에 대금 지급과 동시에 주권을 교부받아 갈 것을 별도로 최고하지 않았더라도 주권교부의무에 대한 이행행위를 마쳤다고 보아 회사의 동시이행 항변을 배척하고, ② 반대주주들이 주식매수가액 결정에서 자신들의 희망 매수가액을 주장하거나 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고·재항고를 하는 것은 상법이나 비송사건절차법에 의하여 인정되는 권리이므로, 반대주주들이 위와 같은 권리를 남용하였다는 특별한 사정이 인정되지 않는 한 법원의 주식매수가액 결정에 대하여 항고·재항고를 거치면서 상당한 기간이 소요되었다는 사정만으로 지연 손해금에 관하여 감액이나 책임제한을 할 수 없다고 한 사례.

- 4221) ○ 대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395, 5396 결정; “주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 자본시장법 제165조의5 제1항에 의하여 해당 법인에 대하여 그 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 해당 법인 간에 매수가격에 대한 협이가 이루어지지 아니하여 주주 또는 해당 법인이 법원에 매수가격의 결정을 청구한 경우, 법원은 원칙적으로 해당 법인의 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. … 이사회 결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또는 일정 기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다. … 해당 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 해당 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다. … 주식매수가액 결정의 재판(비송사건절차법 제86조의2)에 적용되는 비송사건절차는 민사소송절차와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권한과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서의 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 주식의 공정한 가격이 얼마인지 직권으로 사실조사를 하여 산정할 수 있다. … 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다는 점은 민사소송에서와 동일하다. … 주권상장법인의 주식매수가액 결정 시 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 합병계약 체결에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 가격을 산정하도록 하는 것은 그 주식의 가치가 합병에 의하여 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 공정한 가액을 산정하기 위한 것이다. … 합병 사실이 공시되지는 않았으나 자본시장의 주요 참여자들이 합병을 예상함에 따라 시장주가가 이미 합병의 영향을 받았다고 인정되는 경우까지 반드시 이사회 결의일 전일을 기준으로 주식매수가액을 산정하여야 한다고 볼 수 없다. … 판례도 이사회에서 합병 여부를 결의하기 전에 대표이사가 노조 대표와 면담을 하면서 합병계획을 발표한 사건에서 합병계획 발표 전일을 기준으로 하여 주식매수가액을 결정한 원심의 판단을 수긍한 바 있다.”
- 대법원 2018. 12. 17.자 2016마272 결정; “회사의 합병 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장주식의 매수를 청구하는 경우, 그 주식에 대하여 회사의 객관적 가치가 적정하게 반영된 것으로 볼 수 있는 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 주식의 공정한 가액으로 보아 매수가액을 정하여야 한다. 그러나 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다. 만일 비상장주식에 관한 거래가격이 회사의 객관적 가치를 적정하게 반영하지 못한다고 판단되는 경우에는 법원은 그와 같이 판단되는 사유 등을 감안하여 그 거래가격을 배제하거나 그 거래가격 또는 이를 합리적인 기준에 따라 조정한 가격을 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가 요소와 함께 주식의 공정한 가액을 산정하기 위한 요소로서 고려할 수 있다. … 법원이 합병반대주주의 신청에 따라 비상장주식의 매수가액을 결정할 때에도 상증세법과 그 시행령에 따른 주식가치 평가를 활용할 수 있다. … 비상장주식의 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액이 급격하게 변동하였더라도 일시적이고 우발적인 사건으로 인한 것에 불과하다면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 제외하고 순손익가치를 산정해야 한다고 볼 수 있다. … 그 원인이 일시적이거나 우발적인 사건이 아니라 사업의 물적 토대나 기업환경의 근본적 변화라면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 포함해서 순손익가치를 평가하는 것이 회사의 미래수익을 적절하게 반영한 것으로 볼 수 있다. … 위와 같은 경우까지 상증세법 시행령 제56조 제1항에서 정한 산정방법을 그대로 적용하여 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 산정기준에서 제외하는 것은 주식의 객관적 가



조의22), 합병(제530조 제2항), 분할합병(제530조의11 제2항)에 준용된다.<sup>4222)</sup>

‘투자 관련 계약’에서 투자대상회사 등의 의무불이행 시 투자자에게 부여된 형성권인 ‘주식매도·매수청구권’은 상사소멸시효 규정의 유추적용으로 5년의 제척기간이 지나면 소멸하고, 그 행사기간은 ‘의무불이행이 있는 때’부터 기산한다.<sup>4223)</sup>

### 3) 주권 발행 전 주식의 이중양도와 제3자에 대한 대항요건

주권 발행 전 주식 양도의 제3자에 대한 대항요건은 지명채권 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이다.<sup>4224)</sup> 이는 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권 양도의 경우에도 마찬가지이다.<sup>4225)</sup>

치를 파악할 수 없어 위법하다.”

4222) 상법 제374조의2 제2항~제5항은 제335조의2제4항의 규정에 의하여 이사회의 양도승인 거부의 통지를 받은 주주가 회사에 대하여 주식의 매수를 청구한 경우에도 준용되고(제335조의6), 지배주주의 매도청구권의 경우 제360조의24 제6항~제9항에, 소수주주의 매수청구권의 경우 제360조의25 제2항~제5항에 동일한 내용을 규정하고 있다.

4223) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다271661 판결.

4224) ○ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결: “주권발행 전 주식의 양수인과 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙의 일시와 압류명령의 송달일시를 비교하여 그 선후에 따라 정하여야 한다. 주주가 제3자에게 주권발행 전 주식을 양도하고 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙으로 주식양도의 대항요건을 갖추었다면, 그 후 주주의 다른 채권자가 그 양도된 주식을 압류하더라도 위와 같이 먼저 주식을 양도받아 대항요건을 갖춘 제3자에 대하여 압류의 효력을 주장할 여지가 없다. … 주권발행 전 주식의 양도담보권자와 동일 주식에 대하여 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 주식양도의 경우와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙의 일시와 압류명령의 송달일시를 비교하여 그 선후에 따라 결정된다. 이때 그들이 주주명부에 명의개서를 하였는지 여부는 상관없다.”  
○ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다88631 판결: “주권발행 전 주식이 양도된 경우 그 주식을 발행한 회사가 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 주식양수인(제1 주식양수인)에게 명의개서를 마쳐 준 경우, 그 주식을 이중으로 양수한 주식양수인(제2 주식양수인)이 그 후 회사에 대하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다 하더라도, 그 통지 또는 승낙 역시 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 것이라면 제2 주식양수인으로서 그 주식 양수으로써 제1 주식양수인에 대한 관계에서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으므로, 회사에 대하여 제1 주식양수인 명의로 이미 적법하게 마쳐진 명의개서를 말소하고, 제2 주식양수인 명의로 명의개서를 하여 줄 것을 청구할 권리가 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 회사가 제2 주식양수인의 청구를 받아들여 그 명의로 명의개서를 마쳐 주었다 하더라도 이러한 명의개서는 위법하므로 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사할 수 있는 자는 여전히 제1 주식양수인이라고 봄이 타당하다. … 한편, 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어짐으로써 제3자에 대한 대항력을 갖추지 못하였더라도 확정일자 없는 증서에 의한 양도통지나 승낙 후에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하는 것이나, 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식 양도통지일로 소급하여 발생하는 것은 아니라 할 것이다.”

○ 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결: “주권발행 전 주식의 이중양도가 문제되는 경우, 그 이중양수인 중 일부에 대하여 이미 명의개서가 경료되었는지 여부를 불문하고 누가 우선순위자로서 권리취득자인지를 가려야 할 것이고, 이 때 이중양수인 상호간의 우열은 지명채권 이중양도의 경우에 준하여 확정일자 있는 양도통지가 회사에 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정함이 원칙이다. … 확정일자 제도의 취지에 비추어 볼 때 원본이 아닌 사본에 확정일자를 갖추었다 하더라도 대항력의 판단에 있어서는 아무런 차이가 없다고 봄이 상당하다.”

4225) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결: “신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권의 양도 또한 주권발행 전의 주식양도에 준하여 지명채권양도의 일반원칙에 따른다고 보아야 하므로, 주권발행 전의 주식양도나 신주인수권증서가 발행되지 아니한 신주인수권양도의 제3자에 대한 대항요건으로는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이라고 보는 것이 상당하고, 주주명부상의 명의개서는 주식 또는 신주인수권의 양수인들 상호 간의 대항요건이 아니라 적법한 양수인이 회사에 대한



주권 발행 전 주식의 양도인이 그 주식을 다시 제3자에게 이중으로 양도하고, 제2양수인이 주주명부상 명의개서를 받는 등으로 제1양수인이 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 제대로 행사할 수 없게 된 경우, 양도인은 제1양수인에 대하여 ‘불법행위책임’을 지고,<sup>4226)</sup> 양도인의 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우라면, 제3자에 대한 양도행위 및 그에 기한 명의개서는 ‘사회질서에 반하는 법률행위로서 무효’이다.<sup>4227)</sup>

#### 4) 회사에 대한 대항요건(주주명부상 명의개서)

##### 가) 주식 이전의 회사에 대한 대항요건

주주명부상의 명의개서는 주식을 취득한 자가 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건<sup>4228)</sup>에 지나지 않고, 회사 이외의 제3자에 대한 관계에서 주식 이전의 효력발생요건이나 대항요건은 아니다.<sup>4229)</sup>

##### 나) 명의개서절차 이행 청구

기명주식(주권 발행 전후를 묻지 않는다)을 취득한 자(‘양도인’은 회사에 대한 명의개서청구권이 없다)<sup>4230)</sup>는, 특별한 사정이 없는 한, ‘상대방의 협력을 받을 필요 없이 단독으로’<sup>4231)</sup>

관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니한다고 볼 것이다.”

4226) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결: “주식 양도의 원인이 된 매매·증여 기타의 채권계약에서 다른 약정이 없는 한 양도인은 그 채권계약에 기하여 양수인이 목적물인 주식에 관하여 완전한 권리 내지 이익을 누릴 수 있도록 할 의무를 진다고 할 것이다. 그러므로 양도인은 이미 양도한 주식을 제3자에게 다시 양도 기타 처분함으로써 양수인의 주주로서의 권리가 침해되도록 하여서는 아니된다. 나아가 회사 이외의 제3자에 대하여 주식의 양도를 대항하기 위하여는 지명채권의 양도에 준하여 확정일자 있는 증서에 의한 양도의 통지 또는 그와 같은 승낙(이하 단지 ‘제3자대항요건’이라고 한다)이 있어야 하므로, 양도인은 위와 같은 의무의 일환으로 양수인에 대하여 회사에 그와 같은 양도통지를 하거나 회사로부터 그러한 승낙을 받을 의무를 부담한다. 따라서 양도인이 제1양수인에 대하여 앞서 본 바와 같은 원인계약상의 의무를 위반하여 이미 자신에 속하지 아니하게 된 주식을 다시 제3자에게 양도하고 제2양수인이 주주명부상 명의개서를 받는 등으로 제1양수인이 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 제대로 행사할 수 없게 되었다면, 이는 그 한도에서 이미 제1양수인이 적법하게 취득한 주식에 관한 권리를 위법하게 침해하는 행위로서 양도인은 제1양수인에 대하여 그로 인한 불법행위책임을 진다고 할 것이다. 이러한 양도인의 책임은 주식이 이중으로 양도되어 주식의 귀속 등에 관하여 각 양수인이 서로 양립할 수 없는 이해관계를 가지게 됨으로써 이들 양수인이 이른바 대항관계에 있게 된 경우에 앞서 본 대로 그들 사이의 우열이 이 중 누가 제3자 대항요건을 시간적으로 우선하여 구비하였는가에 달려 있어서 그 여하에 따라 제1양수인이 제2양수인에 대하여 그 주식의 취득을 대항할 수 없게 될 수 있다는 것에 의하여 영향을 받지 아니한다.”

4227) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다45537 판결.

4228) 상법 제337조(주식의 이전의 대항요건) ① 주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다. ② 회사는 정관이 정하는 바에 의하여 명의개서대리인을 둘 수 있다. 이 경우 명의개서대리인이 취득자의 성명과 주소를 주주명부의 복본에 기재한 때에는 제1항의 명의개서가 있는 것으로 본다.

4229) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2017다221501 판결: “상법은 주주명부의 기재가 회사에 대한 대항요건(제337조 제1항)으로 정하고 있을 뿐 주식 이전의 효력발생요건으로 정하고 있지 않으므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주가 되는 것은 아니고, 명의개서가 이루어지지 않았다고 해서 주주가 그 권리를 상실하는 것도 아니다.”

4230) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결: “명의개서청구권은 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주권에 기하여 그 기명주식에 관한 자신의 성명, 주소 등을 주주명부에 기재하여 줄 것을 청구하는 권리로서

‘자신이 주식을 취득한 사실’을 증명함으로써<sup>4232)</sup>(주권이 발행된 경우에는, 상법 제336조 제2항에 따라 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로, 주식 양수인은 주권을 제시하여 양수사실을 증명하면 되고, 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하면 족하다<sup>4233)</sup>)

기명주식을 취득한 자만이 그 기명주식에 관한 명의개서청구권을 행사할 수 있다. 또한 기명주식의 취득자는 원칙적으로 취득한 기명주식에 관하여 명의개서를 할 것인지 아니면 명의개서 없이 이를 타인에게 처분할 것인지 등에 관하여 자유로이 결정할 권리가 있으므로, 주식 양도인은 다른 특별한 사정이 없는 한 회사에 대하여 주식 양수인 명의로 명의개서를 하여 달라고 청구할 권리가 없다. 이러한 법리는 주권이 발행되어 주권의 인도에 의하여 기명주식이 양도되는 경우뿐만 아니라, 회사 성립 후 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 아니하여 양도인과 양수인 사이의 의사표시에 의하여 기명주식이 양도되는 경우에도 동일하게 적용된다.”

4231) 따라서 주권 발행 전 주식 양도의 경우 지명채권양도의 대항요건인 ‘주식 양도에 대한 양도인의 통지나 회사의 승낙’은 요건이 아니라고 보아야 한다(반대 학설 있음).

① 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다71795 판결: “주권발행 전 주식의 양도가 회사 성립 후 6월이 경과한 후에 이루어진 때에는 당사자의 의사표시만으로 회사에 대하여 효력이 있으므로, 그 주식양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있다.” ㉠ 원심이, ① 상법 제335조 제3항에 따라 주권발행 전의 주식은 지명채권 양도의 방식에 따라 양도할 수 있으며, 그 내용이 피고 회사에 통지되어야 피고 회사에 그 권리를 주장할 수 있는데, ② 피고 회사는 2010. 5. 27. 정관을 개정하면서, 주식을 양도하는 경우 이사회의 승인을 얻어야 한다는 주식의 양도제한 규정을 신설하고, 같은 날 위 내용을 법인등기부에 등록하였으므로, ③ 원고가 소외인으로부터 주식을 양수한 사실을 피고 회사에 대하여 주장하기 위하여는 그 양도양수 사실이 피고 회사의 정관 개정 이전에 피고 회사에 통지되었어야 할 것인데, 이를 인정하기 어렵다고 보아 원고의 청구를 모두 기각한 데 대하여, 대법원은, ‘원고는 2010. 1. 18. 소외인으로부터 피고 회사의 주식을 양수하였으므로, 원고는 피고 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있고, 피고 회사는 그 이후인 2010. 5. 27.에서야 주식의 양도에 이사회의 승인을 얻어야 한다는 취지의 양도제한 규정을 신설하였을 뿐이므로, 이를 들어 원고에 대하여 명의개서를 거부할 수 없다. 그럼에도 원심이, 양도인인 소외인이 주식양도 사실을 통지하지 아니하였다는 이유로 원고가 주식양수인의 지위를 주장할 수 없다고 판단하였으니, 이와 같은 원심의 판단에는 주권발행 전 주식의 양도에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.’라고 판단한 예. ② 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결: “무효인 매매계약에 따라 매수인에게 상법 제337조 제1항에 규정된 명의개서절차가 이행되었더라도, 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매수인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 매매계약이 무효임을 증명함으로써 회사에 대해 그 명의개서를 청구할 수 있다. 주권이 발행되지 않은 주식에 관하여 체결된 매매계약이 구 상법 제341조에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 경우에도 마찬가지이다.”

4232) ○ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다55386 판결: “주식병합의 효력이 발생하면 구주권은 실효되고 회사는 신주권을 발행하여야 하며, 주주는 병합된 만큼 감소된 수의 신주권을 교부받게 되는데, 이에 따라 교환된 주권 역시 병합 전의 주식을 여전히 표창하면서 그와 동일성을 유지하는 것이고, 주권발행 전 주식을 양수한 사람은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 자신이 주식을 양수한 사실을 증명함으로써 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있는바, 주식병합 전 주식을 양수하였다가 주식병합 후 6개월이 경과할 때까지 신주권이 발행되지 않은 경우 양수인은 구주권 또는 신주권의 제시 없이 자신의 주식 양수 사실을 증명하여 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있다.”

○ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47728 판결: “명의개서의 청구에 소정 서류의 제출을 요한다고 하는 정관의 규정이 있다 하더라도, 이는 주식의 취득이 적법하게 이루어진 것임을 회사로 하여금 간이명료하게 알 수 있게 하는 방법을 정한 것에 불과하여 주식을 취득한 자가 그 취득사실을 증명한 이상 회사는 위와 같은 서류가 갖추어지지 아니하였다는 이유로 명의개서를 거부할 수는 없다 할 것”

4233) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결: “주권의 점유자는 적법한 소지인으로 추정되므로(상법 제336조 제2항), 주권을 점유하는 자는 반증이 없는 한 그 권리자로 인정되고 이를 다투는 자는 반대사실을 입증하여야 한다. 주권이 발행되어 있는 주식을 양도할 때에는 주권을 교부하여야 하고(상법 제336조 제1항), 주권이 발행되어 있는 주식을 양수한 자는 주권을 제시하여 양수사실을 증명함으로써 회사에 대해 단독으로 명의개서를 청구할 수 있다. 이때 회사는 청구자가 진정한 주권을 점유하고 있는가에 대한 형식적 자격만을 심사하면 족하고, 나아가 청구자가 진정한 주주인가에 대한 실질적 자격까지 심사할 의무는 없다. 따라서 주권이 발행되어 있는 주식을 취득한 자가 주권을 제시하는 등 그 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 신청하고, 그 신청에 관하여 주주명부를 작성할 권한 있는 자가 형식적 심사무무를 다하였으며, 그에 따라 명의개서가 이루어

‘회사’(‘양도인’을 상대로 한 명의개서절차 이행 청구는 소의 이익이 없다<sup>4234</sup>)에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있고(회사에 대한 주주권 확인 청구는 소의 이익이 없다<sup>4235</sup>), 그 명의개서로써 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 행사할 자격을 갖추게 된다.<sup>4236</sup>

#### 다) 주주명부 등재의 효력

특별한 사정(주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정)이 없는 한, ‘주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자’는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다(예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다).<sup>4237</sup>

어쨌다면, 특별한 사정이 없는 한 그 명의개서는 적법한 것으로 보아야 한다.”

4234) 주권발행 전의 주식에 관한 주주명의를 신탁하였다가 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과한 다음에 명의신탁계약을 해지한 경우, 신탁자가 그와 같은 사실을 증명하여 ‘회사’를 상대로 주주명부상의 명의개서를 청구하지 아니하고 수탁자를 상대로 명의개서절차의 이행을 소구하는 것은, 소의 이익이 없다. 주권발행 전의 주식의 양도인과 양수인 또는 명의신탁자와 수탁자 사이에 주주의 권리의 귀속을 둘러싸고 다툼이 생긴 경우에는, 주식의 양수인이나 명의신탁자가 ‘양도인이나 명의수탁자’를 상대로 ‘주주권확인’ 등의 소를 제기하여 판결을 받아 주주명부상의 명의개서를 위한 입증자료로써 회사에 제출할 필요성이 있을 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 주식의 양도인이나 명의수탁자를 상대로 막 바로 주주명부상의 명의개서절차의 이행을 청구할 수도 있다고 볼 수는 없다(92다16386).

4235) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결.

4236) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다38780 판결.

4237) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결의 다수의견: “상법이 주주명부제도를 둔 이유는, 주식의 발행 및 양도에 따라 주주의 구성이 계속 변화하는 단체법적 법률관계의 특성상 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 외부적으로 용이하게 식별할 수 있는 형식적이고도 확실적인 기준에 의하여 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위함이다. 이는 회사가 주주에 대한 실질적인 권리관계를 따로 조사하지 않고 주주명부의 기재에 따라 주주권을 행사할 수 있는 자를 확실히로 확정하려는 것으로서, 주주권의 행사가 회사와 주주를 둘러싼 다수의 이해관계인 사이의 법률관계에 중대한 영향을 줄 수 있음을 고려한 것이며, 단지 해당 주주의 회사에 대한 권리행사 사무의 처리에 관한 회사의 편의만을 위한 것이라고 볼 수 없다. … 주식의 소유권 귀속에 관한 회사 이외의 주체들 사이의 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면을 구분하여, 후자에 대하여는 주주명부상 기재 또는 명의개서에 특별한 효력을 인정하는 태도라고 할 것이다. … 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다. … 주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 주주명부에는 양도인이 주주로 기재되어 있는 경우뿐만 아니라, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 그 타인의 명의로 주주명부에의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다. … 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의가 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들이려는 의사였다고 봄이 합리적이다. 그렇기 때문에 주주명부상 주주가 그 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 그 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다. … 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여뿐만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수

채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우에도 동일하다.<sup>4238)</sup>

회사에 대한 관계에서 주주권 행사를 주장하는 측이 명의개서 사실 또는 회사가 명의개서청구를 받고도 이를 부당하게 거절·지체한 사실을 주장·증명하여야 한다.<sup>4239)</sup>

주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하기 위해서는, 그 주주명부의 기재가 적법하게 이루어져야 한다.<sup>4240)</sup> 명의개서에 따른 주주명부의 기재가 적법하다고

없다. … 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부예의 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다. … 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부예의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다. 자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부예의 기재는 주주명부예의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.” ㉠ 원심은, 원고 명의 주식의 취득자금을 실제로 부담한 자는 소외인이고, 원고가 제출한 증거만으로는 원고에게 독자적으로 피고에 대한 주주권을 행사할 권한이 있다고 보기 어렵다고 판단하였으나, 대법원은, “소외인이 원고의 승낙을 얻어 원고 명의로 피고 발행의 주식을 매수하고 실제로 그 주식대금을 모두 부담한 것이라고 하더라도, 실질주주명부상 주주인 원고는 피고에 대한 관계에서 주주권을 행사할 권한을 가지므로 피고를 상대로 이 사건 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 취소의 소를 구할 자격이나 이익이 있다.”고 판단하여 원심의 소각하 판결을 파기환송한 예.

4238) 대법원 2020. 6. 11.자 2020마5263 결정: “채무자가 채무담보 목적으로 주식을 채권자에게 양도하여 채권자가 주주명부상 주주로 기재된 경우, 그 양수인이 주주로서 주주권을 행사할 수 있고 회사 역시 주주명부상 주주인 양수인의 주주권 행사를 부인할 수 없다.” ㉡ 이어서, 원심이 ‘신청외 1 등이 채무담보 목적으로 주식을 신청인에게 양도한 것으로 보이는 하지만, 주식의 반환을 청구하는 등의 조치가 없는 이상 신청인이 여전히 주주’라고 한 것은 정당하다고 판시하였는데, ‘주식의 반환을 청구하는 등의 조치’가 주주명부상 주주로 기재되어 있는 신청인이 주주가 아니라고 볼 예외적인 사정에 해당하는지는 의문이다.

4239) ㉢ 92다11008: “소외 5가 위 회사의 주주명부에 주주로 기재되었다는 점은, 소외 5가 기명주식의 이전을 위 회사에 대항할 수 있는 주주라는 사실을 주장하는 원고들이 주장·입증하여야” ㉣ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결: “선정자 3을 제외한 나머지 원고 등의 주주총회결의 취소의 소에 대하여, 위 원고 등이 이 사건 소제기 당시 이 사건 후행양도에 관하여 명의개서를 마쳤거나, 피고 회사가 위 원고 등으로부터 명의개서청구를 받고도 이를 부당하게 거절 또는 지체하였다는 사실을 인정할 만한 증거가 없으므로, 위 원고 등이 피고 회사에 대하여 이 사건 각 결의의 취소를 구할 수 없다는 이유로 위 원고 등의 이 부분 소는 부적법하다고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 판단에 … 잘못이 없다.”

4240) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결: “(1) 주식이 발행되는 경우에는 주식을 인수하고자 하는 자가 청약을 하면 회사는 그에 따라 주식을 배정하고(상법 제302조 제1항, 제420조의5 제1항, 제425조 제1항), 인수인이 주금의 납입 또는 현물출자와 같은 법률상 의무를 이행하면(상법 제303조, 제425조 제1항) 그 인수인을 주주명부에 주주로 기재한다(상법 제352조 제1항). 이때 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 적법한 것으로 보아야 한다. (2) 주식이 양도되는 경우에는 주식을 취득한 자의 명의개서 청구에 따라 회사는 심사를 거쳐 주주명부에 주주로 기재한다. 이때 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. 따라서 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 적법한 것으로 보아야 한다.”

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.<sup>4241)</sup>

#### 라) 주주명부·정관·의사록·회계장부 등의 열람·등사청구

‘주주’와 ‘회사채권자’가 상법 제396조<sup>4242)</sup> 제2항에 의하여 ‘회사’를 상대로<sup>4243)</sup> 주주명부(실질주주명부도 유추적용된다), 회사 정관, 주주총회 의사록, 사채원부의 열람등사 청구를 한 경우 ‘회사’는 그 청구에 정당한 목적이 없는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 거절할 수 없고, 이 경우 정당한 목적이 없다는 점에 관한 증명책임은 회사가 부담한다.<sup>4244)</sup>

4241) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결: “이 사건 1차 주주변경의 경우 피고는 소외 2가 원고로부터 이 사건 주식을 취득하지 않았음에도 명의개서를 청구한다는 사실을 알고 있었고, 소외 2는 원고로부터 이 사건 주식을 취득하였다는 사실에 관하여 아무런 증명을 하지 않았음에도 소외 2 명의로 이 사건 주식에 관한 명의개서를 하였다. 이러한 명의개서 과정에 비추어 보면, 소외 2가 이 사건 주식의 취득사실을 증명하는 방법으로 명의개서를 청구하였고 피고가 그 청구에 관하여 형식적 심사의무를 다하였다고 보기는 어렵고, 달리 주주명부의 기재가 적법하다고 볼 만한 사정이 없다. 따라서 이 사건 1차 주주변경에 따른 ... 주주명부의 기재는 적법하다고 볼 수 없다. 이 사건 2차 주주변경에 따른 주주의 경우 피고는 신주인수에 따른 주급이 납입되지 않았음에도 주주명부에 이 사건 2차 주주변경과 같이 주주로 기재하였다. 따라서 이 사건 2차 주주변경에 따른 ... 주주명부의 각 기재 역시 적법하다고 볼 수 없다. 한편, 이 사건 1차 및 2차 주주변경이 주주명부에 기재되기 전에 작성된 2011. 1. 25. 자 주주명부가 존재하고, 그 주주명부는 피고 설립 시 주식인수에 따른 주주를 기재한 것으로 이 사건 주식에 관한 주주명부로서 적법하다. 그렇다면 이 사건 주주총회 결의 당시 이 사건 주식에 관하여 주주권을 행사할 수 있었던 자는 이 사건 1차 및 2차 주주변경에 따라 주주명부에 기재된 주주들이 아니라, 2011. 1. 25. 자 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있었던 원고이다.” ■ 주주명부의 기재가 적법한 것으로 볼 위 판시의 근거사실에 대한 증명책임은 회사에게 있다고 볼 것이다.

4242) 상법 제396조(정관 등의 비치, 공시의무) ① 이사는 회사의 정관, 주주총회의 의사록을 본점과 지점에, 주주명부, 사채원부를 본점에 비치하여야 한다. 이 경우 명의개서대리인을 둔 때에는 주주명부나 사채원부 또는 그 복본을 명의개서대리인의 영업소에 비치할 수 있다. ② 주주와 회사채권자는 영업시간 내에 언제든지 제1항의 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다.

4243) 대법원 2023. 5. 23.자 2022마6500 결정: “주주는 회사를 상대로 상법 제396조 제2항에 따라 주주명부 열람·등사를 청구할 수 있고, 회사의 이행보조자 또는 수임인에 불과한 명의개서대리인에게 직접 주주명부 열람·등사를 청구할 수는 없다. ... 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 ... 그 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 한다. 주주명부 열람·등사 청구권이라는 권리관계에 관하여 임시의 지위를 정하기 위한 가처분 신청 사건에서 주주와 저촉되는 지위에 있는 자는 주주명부 열람·등사를 허용할 것인지를 결정하는 이사를 기관으로 하는 회사이고, 회사의 요청에 따라 필요한 조치를 취할 뿐인 명의개서대리인은 그 주장 자체로 주주와 저촉되는 지위에 있는 자라고 할 수 없다. 따라서 주주는 회사를 채무자로 하여 회사 본점 또는 명의개서대리인의 영업소에 비치된 주주명부의 열람·등사 가처분 신청을 할 수 있을 뿐이고, 직접 명의개서대리인을 채무자로 하여 그 가처분을 신청할 수는 없다.”

4244) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다235841 판결: “자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성되는 실질주주명부는 상법상 주주명부와 동일한 효력이 있으므로(자본시장법 제316조 제2항), 위와 같은 열람·등사청구권의 인정 여부와 필요성 판단에서 주주명부와 달리 취급할 이유가 없다. 따라서 실질주주가 실질주주명부의 열람 또는 등사를 청구하는 경우에도 상법 제396조 제2항이 유추적용된다. 열람 또는 등사청구가 허용되는 범위도 위와 같은 유추적용에 따라 ‘실질주주명부상의 기재사항 전부’가 아니라 그중 실질주주의 성명 및 주소, 실질주주별 주식의 종류 및 수와 같이 ‘주주명부의 기재사항’에 해당하는 것에 한정된다. 이러한 범위 내에서 행해지는 실질주주명부의 열람 또는 등사가 개인정보의 수집 또는 제3자 제공을 제한하고 있는 개인정보 보호법에 위반된다고 볼 수 없다. ... 정당한 목적이 없다는 점에 관한 증명책임은 회사가 부담한다. 이러한 법리는 상법 제396조 제2항을 유추적용하여 실질주주명부의 열람·등사청구권을 인

상법 제391조의3<sup>4245)</sup> 제3항, 제466조<sup>4246)</sup> 제1항에서 규정하고 있는, ‘주주’의 이사회 의사록 열람·등사청구, ‘소수주주’<sup>4247)</sup>의 회계 장부와 서류에 대한 열람·등사청구(이유를 붙인 서면’으로 청구하여야 한다)<sup>4248)</sup>가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있다.<sup>4249)</sup> 이사회 의사록의 열람 등 허가사건은 비송사건이므로 민사소송의

정하는 경우에도 동일하게 적용된다.” ㉠ 주주명부 기재사항이 아닌 실질주주의 전자우편주소는 열람·등사의 대상에 포함되지 않는다고 판시.

4245) 상법 제391조의3(이사회 의사록) ① 이사회 의사에 관하여는 의사록을 작성하여야 한다. ② 의사록에는 의사의 안건, 경과요령, 그 결과, 반대하는 자와 그 반대이유를 기재하고 출석한 이사 및 감사가 기명날인 또는 서명하여야 한다. ③ 주주는 영업시간 내에 이사회 의사록의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. ④ 회사는 제3항의 청구에 대하여 이유를 붙여 이를 거절할 수 있다. 이 경우 주주는 법원의 허가를 얻어 이사회 의사록을 열람 또는 등사할 수 있다.

4246) 상법 제466조(주주의 회계장부열람권) ① 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. ② 회사는 제1항의 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다.

4247) ㉠ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결: “발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 상법 제466조 제1항에 따라 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다.” ㉡ 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017다270916 판결: “주식매수 청구권을 행사한 주주도 회사로부터 그 주식의 매매대금을 지급받지 아니하고 있는 동안에는 주주로서의 지위를 여전히 가지고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요한 경우에는 위와 같은 회계장부열람·등사권을 가진다. 주주가 주식의 매수가액을 결정하기 위한 경우뿐만 아니라 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 주식매수청구권을 행사하였다는 사정만으로 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없다.”

4248) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결: “그 이유는 주주가 회계장부와 서류를 열람·등사하는 것이 회사의 회계운영상 중대한 일이므로 그 절차가 신중하게 진행될 필요가 있고, 또 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부나 열람·등사 대상인 회계장부와 서류의 범위 등을 손쉽게 판단할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다. 주주가 제출하는 열람·등사청구서에 붙인 ‘이유’는 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부를 판단하거나 열람·등사에 제공할 회계장부와 서류의 범위 등을 확인할 수 있을 정도로 열람·등사청구권 행사에 이르게 된 경위와 행사의 목적 등이 구체적으로 기재되면 충분하고, 더 나아가 그 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재하거나 그 이유를 뒷받침하는 자료를 첨부할 필요는 없다. 이와 달리 주주가 열람·등사청구서에 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재해야 한다면, 회사의 업무 등에 관하여 적절한 정보를 가지고 있지 않는 주주에게 과중한 부담을 줌으로써 주주의 권리를 크게 제한하게 되고, 그에 따라 주주가 회사의 업무 등에 관한 정보를 확인할 수 있도록 열람·등사청구권을 부여한 상법의 취지에 반하는 결과가 초래되어 부당하다. 다만 이유 기재 자체로 그 내용이 허위이거나 목적이 부당함이 명백한 경우 등에는 적법하게 이유를 붙였다고 볼 수 없으므로 이러한 열람·등사청구는 허용될 수 없다. 또 이른바 모색적 증거 수집을 위한 열람·등사청구도 허용될 수 없으나, 열람·등사청구권이 기본적으로 회사의 업무 등에 관한 정보가 부족한 주주에게 필요한 정보 획득과 자료 수집을 위한 기회를 부여하는 것이라는 사정을 고려할 때 모색적 증거 수집에 해당하는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다.”

4249) ㉠ 대법원 2014. 7. 21.자 2013마657 결정: “상법 제391조의3 제3항, 제466조 제1항 … 주주의 이사회 의사록 또는 회계 장부와 서류 등에 대한 열람·등사청구가 있는 경우, 회사는 그 청구가 부당함을 증명하여 이를 거부할 수 있는데, 주주의 열람·등사권 행사가 부당한 것인지 여부는 그 행사에 이르게 된 경위, 행사의 목적, 악의성 유무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 주주의 이와 같은 열람·등사권 행사가 회사업무의 운영 또는 주주 공동의 이익을 해치거나 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경영에 이용할 우려가 있거나, 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 경우 등에는 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 보아야 한다. 한편 적대적 인수·합병을 시도하는 주주의 열람·등사청구라고 하더라도 그 목적이 단순한 압박이 아니라 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라면

방법으로 이사회 회의록의 열람 또는 등사를 청구하는 것은 허용되지 않고 부적법하다.<sup>4250)</sup>

### 5) 주식 소유권 확인의 소

주주명부에 등재된 형식상의 주주명의인이 실질적인 주주의 권리를 다투는 경우에 그 실질적인 주주가 주주명부상의 주주명의인을 상대로 '주식 소유권의 확인'을 구할 이익이 있다.<sup>4251)</sup>

주식의 '소유권 귀속'에 관한 '회사 이외의 주체들' 사이의 권리관계에서, 판례는, '주주명부에 주주로 등재되어 있는 자는 그 회사의 주주로 추정되고 이를 번복하기 위해서는 그 주주권을 부인하는 측에 증명책임이 있다.'고 하나, 이는 의문이다.<sup>4252)</sup>

허용되어야 할 것인데, 주주가 회사의 이사에 대하여 대표소송을 통한 책임추궁이나 유지청구, 해임청구를 하는 등 주주로서의 권리를 행사하기 위하여 이사회 의사록의 열람·등사가 필요하다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 청구는 회사의 경영을 감독하여 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라고 할 것이므로, 이를 청구하는 주주가 적대적 인수·합병을 시도하고 있다는 사정만으로 그 청구가 정당한 목적을 결하여 부당한 것이라고 볼 수 없고, 주주가 회사의 경쟁자로서 그 취득한 정보를 경영에 이용할 우려가 있거나 또는 회사에 지나치게 불리한 시기를 택하여 행사하는 등의 경우가 아닌 한 허용되어야 한다. ... 이사회결의 등을 위해 그 이사회에 제출된 관련 서류라도 그것이 이사회 의사록에 첨부되지 않았다면 이는 이사회 의사록 열람·등사청구의 대상에 해당하지 않는다고 할 것이나, 이사회 의사록에서 '별첨', '별지' 또는 '첨부' 등의 용어를 사용하면서 그 내용을 인용하고 있는 첨부자료는 해당 이사회 의사록의 일부를 구성하는 것으로서 이사회 의사록 열람·등사청구의 대상에 해당한다." ● 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결: "주주로부터 열람·등사청구를 받은 회사는 상법 제466조 제2항에 따라 열람·등사청구의 부당성, 이를테면 열람·등사청구가 허위사실에 근거한 것이라든가 부당한 목적을 위한 것이라든가 하는 사정을 주장·증명함으로써 열람·등사의무에서 벗어날 수 있다." ● 대법원 2020. 10. 20.자 2020마6195 결정: "소수주주의 회계장부 등에 대한 열람·등사청구권은 회사에 대하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 회생절차가 개시되더라도 배제되지 않는다고 보아야 한다. ... 채무자의 효율적 회생이라는 목적을 위해 회사에 대해 채무자회생법에서 정한 회생절차가 개시되었는데, 주주가 회사의 회생을 방해할 목적으로 이러한 열람·등사청구권을 행사하는 경우에는 정당한 목적이 없어 부당한 것이라고 보아 이를 거부할 수 있다."

4250) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결.

4251) 이는 그 실질적인 주주의 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 그 실질적인 주주를 대위하여 명의신탁계약을 해지하고 주주명의인을 상대로 주주권의 확인을 구하는 경우에도 마찬가지이며, 그 주식을 발행한 회사를 상대로 명의개서절차의 이행을 구할 수 있다거나 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 직접적인 분쟁이 없다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011다109708 판결).

4252) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014다53745 판결: "주주명부에 주주로 등재되어 있는 사람은 그 회사의 주주로 추정되며 이를 번복하기 위해서는 그 주주권을 부인하는 측에 증명책임이 있으므로, 주주명부의 주주 명의가 신탁된 것이고 그 명의차용인으로서 실질상의 주주가 따로 있음을 주장하려면 그러한 명의신탁관계를 주장하는 측에서 명의차용사실을 증명하여야 한다." (원고가 실질주주라고 주장하며 주주명부상 주주명의자와 발행회사를 상대로 주주권확인 및 명의개서를 청구한 사건) ● 종전에 판례가 '회사와의 관계'에서 주주명부 기재에 '회사 주주로서의 추정력'을 부여하고 그 주주권을 부인하는 상대방에게 증명책임을 부담시킨 것은 상법 제337조(주식이전의 회사에 대한 대항요건)를 근거로 한 '법률상 추정'의 의미로 볼 여지가 있으나, '회사 이외의 주체들' 사이의 권리관계에서는 '법률상 추정'의 근거로 삼을 아무런 규정이 없으므로, 증명책임의 소재에는 영향이 없는 사실상 추정으로 인정함이 옳다고 생각된다. 2015다248342 전원합의체 판결의 별개의견에 대한 보충의견 중에 "주주명부의 기재는 부동산 물건변동에서의 등기처럼 주주권 변동의 성립요건도 아니고, 부동산 등기와 같은 권리귀속의 추정력이 인정되는 것도 아니다. ... 부동산등기부와 같은 권리공시의 기능은 없다. ... 주주명부의 기재는 그 명의자가 실제로도 주주일 것으로 일을 추정할 수 있는 근거가 되기는 하지만"이라는 판사가 보인다.



주권이 발행된 경우에는, 주권 점유자가 그 권리자로 법률상 추정되고,<sup>4253)</sup> 이를 다투는 자가 반대사실을 증명하여야 한다.<sup>4254)</sup>

회사를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 ‘명의개서절차의 이행’을 구할 수 있음에도, 회사를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 소의 이익이 없다<sup>4255)</sup> 판례는, 주식 발행 회사와 주주명부상 주주 사이에서 주주권의 귀속이 다투어지는 경우, 회사는 주주명부상 주주를 상대로 그가 주주가 아니라는 확인을 구할 수 있다고 하나, 그 타당성에는 의문이 있다.<sup>4256)</sup>

4253) 회사가 주권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록한 경우, 전자등록계좌부에 전자등록된 자는 해당 전자등록주식에 대하여 전자등록된 권리를 적법하게 가지는 것으로 법률상 추정된다(주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 제35조 ①). 한편, 2014. 5. 28. 법률 제12711호로 개정되어 2014. 11. 29. 시행된 ‘금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률’ 제3조 제5항의 신설 규정에 따라, 금융회사에 의해 실명이 확인된 계좌에 보유하고 있는 주식의 경우 그 명의자의 소유로 법률상 추정된다.

4254) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다231980 판결; 피고 회사 1의 자회사인 피고 회사 2가 신주를 발행하자, 원고(피고 회사 1의 대표이사인 소외인의 동서)가 자기앞수표로 위 주식의 인수대금을 납입한 다음 주권을 발행받아 현재까지 소지하고 있는데, 피고 회사 1이 소외인이 대표이사직에서 해임된 후 원고에게 주식 명의신탁 해지의 의사표시를 하면서 주권을 반환하라고 요구하는 통지서를 발송하고 소외인에게도 주권이 반환될 수 있도록 해달라는 통지서를 발송한 다음, 피고 회사 2를 상대로 위 주식은 피고 회사 1이 원고에게 명의신탁한 것인데 적법하게 명의신탁이 해지되었다며 명의개서절차 이행을 청구하여 피고 회사 2로부터 위 주식에 관한 명의개서를 받은 사안에서, 원고가 피고 회사 1에게는 원고가 주주임을 확인을, 피고 회사 2에게는 명의개서절차의 이행을 청구함에 대하여, ‘피고 회사 2는 원고가 주권을 소지하고 있음을 잘 알고 있으면서도 주권을 점유하지 않은 제3자인 피고 회사 1의 명의개서절차 이행청구에 따라 주식에 관한 명의개서를 마쳐주었고, 당시 피고 회사 1이 원고와 위 주식의 명의신탁약정을 체결하였다는 처분문서조차 제시하지 못한 점 등에 비추어 보면, 피고 회사 2는 명의신탁 해지를 주주권 취득원인으로 주장한 피고 회사 1의 명의개서절차 이행청구에 대하여 형식적 심사의무를 다하였다고 볼 수 없다.’고 하여, 현재 주권을 점유하고 있는 원고가 주식의 권리자라고 추정되고 따라서 피고들이 제출한 증거들만으로는 위 추정을 뒤집고 원고가 피고 회사 1에 주식의 소유를 위한 명의만을 대여해 준 것에 불과하다는 점이 증명되었다고 보기에는 부족하다고 하여 원고의 청구를 인용한 예.

4255) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다240338 판결; 원고는 원래 피고의 주주명부상 이 사건 주식의 소유자로 기재되어 있었는데 소외인이 위조한 주식매매계약서로 인해 타인 앞으로 명의개서가 되었으므로 여전히 원고가 피고의 주주라고 주장하면서 피고를 상대로 주주권확인을 구한 사안에서, ‘원고는 이 사건 주식의 발행인인 피고를 상대로 직접 자신이 주주임을 증명하여 명의개서절차의 이행을 구할 수 있으므로, 원고가 피고를 상대로 주주권 확인을 구하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단인 아니거나, 분쟁의 종국적 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다.’고 하여, 원고의 청구를 기각한 원심을 직권으로 파기·자판하여 소를 각하한 예.

4256) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2017다278385, 278392 판결; “주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계와 주주의 회사에 대한 주주권 행사국면은 구분되는 것이고, 회사와 주주 사이에서 주식의 소유권, 즉 주주권의 귀속이 다투어지는 경우 역시 주식의 소유권 귀속에 관한 권리관계로서 마찬가지로 할 것이다. … 이 사건은 회사인 원고와 주주명부상 적법하게 주주로 기재되었던 피고와 사이에서 주주권의 귀속이 다투어진 경우로서, 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자의 확정에 관한 … 2015다248342 전원합의체 판결과는 그 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.”(원고 회사가 그 설립 당시의 원고 주주명부에 주식 10,000주의 주주로 기재되었던 피고를 상대로, 그 이후 작성된 주주명부에 피고가 주주가 아닌 것으로 기재되어 있다는 등의 이유를 들어 피고가 원고의 주주가 아니라는 확인을 구한 사안에서, 원고가 들고 있는 주주명부는 대출의 편의상 작성된 것에 불과하고, 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고가 10,000주 중 2,000주의 주주에 불과하고 8,000주에 관하여는 주주가 아니라고 본 원심의 결론이 타당하다고 판단한 사례) ▶ 주식 발행회사가 주식 양수도의 당사자인 경우 상대방과 주주 지위에 관한 다툼이 있을 때에는, ‘회사 이외의 주체들’ 사이의 주주권 귀속에 관한 다툼과 마찬가지로, 회사가 주주권확인 소의 당사자가 될 수 있다. 예컨대, 회사에 대하여 주식 매수청구권을 행사하였으나 매매대금을 지급받지 못한 매도인은 주주 지위를 다투는 회사에 대하여 주식 소유



## 6) 주식양도의 효력이 문제되는 경우(양도제한약정, 유질, 자기주식 취득 등)

주주 사이에 주식의 양도를 일부 제한하는 약정은 유효하나, 주주의 투자자본회수 가능성을 전면적으로 부정하거나 사회질서에 반하는 약정은 무효이다.<sup>4257)</sup>

회사가 정관으로 주식 양도에 관하여 이사회 승인을 받도록 한 경우, 이사회 승인을 얻지 아니한 주식 양도는 회사에 대하여 효력이 없다(상법 제335조 제2항, 제1항 단서).<sup>4258)</sup>

원칙적으로 유질계약은 금지되고 유질계약에 따라 질권을 실행한 경우 그 처분행위는 무효이나,<sup>4259)</sup> '상행위로 인하여 생긴 채권'을 담보하기 위한 질권설정계약의 유질약정<sup>4260)</sup>을 근거로 질권을 실행한 경우 그 처분행위는 유효하다.<sup>4261)</sup>

권(주주권) 확인의 소를 제기할 수 있다(대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결). 주식 발행 회사가 실질주주인 경우에는 회사가 주주명부상의 주주명의인을 상대로 '주식 소유권의 확인'을 구할 수도 있다. 그리고 발기설립의 경우에는 발기인 사이에 신주를 인수하는 계약이 성립하고 주식을 인수함으로써 이를 원시적으로 취득한다. 이때 누가 주식인수인이고 주주인지는 결국 신주인수계약의 당사자 확정 문제이므로, 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 법리를 따르되, 주식인수계약의 특성을 고려하여야 한다. 상법에서 주식인수의 방식을 정하고 있는 이유는 회사가 다수의 주주와 관련된 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준으로 처리할 수 있도록 하여 이와 관련된 사무처리의 효율성과 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다. 주식인수계약의 당사자를 확정할 때에도 이러한 특성을 충분히 반영하여야 한다. 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우에 원칙적으로는 명의자를 주식인수인으로 보아야 한다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결). 위 사안은, 발기인 중 1인인 피고 고유의 몫으로 배정된 2,000주씩에 설립 후 투자자에게 배정할 8,000주를 합친 10,000주를 피고에게 배정하기로 한 발기인들 간의 합의에 따라 피고가 원고 회사 설립 당시의 주주명부에 주식 10,000주의 주주로 기재되었던 사안으로서, 원고 회사가 실질주주인 경우에 해당하지 않고, 발기설립에서의 주식인수인과 주주 확정에 관한 위 법리에 비추어 보면 피고가 주식인수인으로서 주주에 해당한다고 봄이 타당하다. 다만, 발기인들 사이의 합의에 따라 피고는 설립 이후의 투자자에게 8,000주를 양도하여야 하므로 8,000주에 대한 실질주주는 위 투자자가 된다. 피고와 설립 이후 투자자 사이의 주주권 확인의 소나 설립 이후 투자자의 원고 회사에 대한 명의개서청구라면 몰라도 원고 회사의 피고에 대한 위 소는 부적법한 것으로 볼 수 있다.

4257) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결: "주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투자자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다." ㉠ 주식양도에 8명의 출자자 전원의 동의를 받도록 한 주주 간 협약 조항을 무효로 볼 수 없다고 판단한 예.

4258) 회사에 대하여 효력이 없을 뿐, 주주 사이의 주식양도계약 자체가 무효라고 할 수는 없다(2007다14193).

4259) 민법 제339조(유질계약의 금지) 질권설정자는 채무변제기전의 계약으로 질권자에게 변제에 갈음하여 질물의 소유권을 취득하게 하거나 법률에 정한 방법에 의하지 아니하고 질물을 처분할 것을 약정하지 못한다.

4260) 상법 제59조(유질계약의 허용) 민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다. ㉠ '상행위로 인하여 생긴 채권'이면 충분하고, 질권설정자가 상인이어야 하는 것은 아니며, 일방적 상행위로 생긴 채권을 담보하기 위한 질권에 대해서도 상법 제59조가 적용된다(대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결). 모든 상사질권설정계약이 당연히 유질계약에 해당한다고 할 수는 없고, 상사질권설정계약에 있어서 유질계약의 성립을 인정하기 위하여서는 그에 관하여 별도의 명시적 또는 묵시적인 약정이 성립되어야 한다(2007다11996). 담보제공자의 권리를 형해화하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권실행을 위한 약정에 따라 그 재산적 가치 및 권리의 확보 목적으로 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 그 약정에서 정한 범위 내에서 의결권을 행사하는 것도 허용된다(2013다56839).

4261) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다304007 판결: "상법 제59조는 ... 유질약정을 허용하고 있다. 다만 상법은 유질약정이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 유질약정이 포함된 질권설정계약이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차는 원칙적으로 질권설정계약에서 정한 바에 따라야 한다. 비상장주식에 대하여 유질약정이 포함된 질권설정계약이 적법하게 체결된 경우, 질물인 비상장주

상법 제341조,<sup>4262)</sup> 제341조의2(특정목적에 의한 자기주식의 취득)<sup>4263)</sup>에서 정한 요건 및 절차에 의하지 않은 자기주식취득 약정은 효력이 없다.<sup>4264)</sup> 상법 제341조 제1항 단서는

식의 가격이나 그 산정방식에 관하여 질권설정계약에서 정한 바가 없고 또 객관적으로 형성된 시장가격이 없거나 이를 확인하기 어려운 형편이라면, 채권자가 유질약정을 근거로 처분정산의 방법으로 질권을 실행할 때 일반적으로 허용된 여러 비상장주식 가격 산정방식 중 하나를 채택하여 그에 따라 처분가액을 산정한 이상, 설령 나중에 그 가격이 합리적인 가격이 아니었다고 인정되더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 유질약정의 내용에 따라 채권자와 채무자 사이에서 피담보채무의 소멸 범위나 초과액의 반환 여부, 손해배상 등이 문제될 여지가 있을 뿐이고 채권자와 처분 상대방 사이에서 채권자의 처분행위 자체가 무효로 된다고 볼 수는 없다." <sup>4262)</sup> 피고회사에 대한 대출금 채권을 담보하기 위해 피고회사 종전 주주들의 주식에 대해 근질권을 설정받은 소외회사가 상속세 및 증여세법상 '비상장주식의 보충적 평가방법'에 의해 주식 가치를 산정한 결과 순자산 가치와 순손익가치가 모두 (-)로 평가되어 주식의 가치가 0원이라 하여 질권의 실행으로 주식을 0원에 원고에게 양도한 사안에서, 원심이, 소외 회사의 처분행위는 질권의 본질 등에 반하여 무효라고 보아 원고가 주식을 유효하게 취득하지 못하였다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 소외회사가 '일반적으로 비상장주식의 가격 평가 방식으로 인정'되는 상속세 및 증여세법에 따라 0원으로 산정한 이상, 설령 다소 부적절한 평가방식을 채택하였다거나 그로 인해 평가액이 합리적이지 않다고 하더라도, 근질권설정계약의 피담보채권인 대출금 채권이 주식의 합리적인 평가액만큼 소멸하였다고 다투거나 만일 소외회사의 의무 위반이 인정된다면 그를 이유로 손해배상을 청구할 여지가 있을 뿐이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 소외회사의 질권 실행 자체를 무효라고 다룰 수는 없다고 한 예.

4262) 상법 제341조(자기주식의 취득) ① 회사는 다음의 방법에 따라 자기의 명의로 계산으로 자기의 주식을 취득할 수 있다. 다만, 그 취득가액의 총액은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 제462조제1항 각 호의 금액을 뺀 금액을 초과하지 못한다.

1. 거래소에서 시세가 있는 주식의 경우에는 거래소에서 취득하는 방법

2. 제345조제1항의 주식의 상환에 관한 종류주식의 경우 외에 각 주주가 가진 주식 수에 따라 균등한 조건으로 취득하는 것으로서 대통령령으로 정하는 방법

② 제1항에 따라 자기주식을 취득하려는 회사는 미리 주주총회의 결의로 다음 각 호의 사항을 결정하여야 한다. 다만, 이사회 결의로 이익배당을 할 수 있다고 정관으로 정하고 있는 경우에는 이사회 결의로 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 1. 취득할 수 있는 주식의 종류 및 수 2. 취득가액의 총액의 한도 3. 1년을 초과하지 아니하는 범위에서 자기주식을 취득할 수 있는 기간

③ 회사는 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못할 우려가 있는 경우에는 제1항에 따른 주식의 취득을 하여서는 아니 된다.

④ 해당 영업연도의 결산기에 대차대조표상의 순자산액이 제462조제1항 각 호의 금액의 합계액에 미치지 못함에도 불구하고 회사가 제1항에 따라 주식을 취득한 경우 이사는 회사에 대하여 연대하여 그 미치지 못한 금액을 배상할 책임이 있다. 다만, 이사가 제3항의 우려가 없다고 판단하는 때에 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

4263) 상법 제341조의2(특정목적에 의한 자기주식의 취득) 회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제341조에도 불구하고 자기의 주식을 취득할 수 있다. 1. 회사의 합병 또는 다른 회사의 영업전부의 양수로 인한 경우 2. 회사의 권리를 실행함에 있어 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 3. 단주(단주)의 처리를 위하여 필요한 경우 4. 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우

4264) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다208058 판결; "2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 시행된 개정 상법은 종래 자기주식 취득을 엄격히 불허하였던 것에서 이를 완화하여, 제341조에서 회사가 배당가능이익의 한도 내에서 거래소에서 취득하는 방법 등으로 자기의 명의로 계산으로 자기주식을 취득할 수 있도록 허용하고, 제341조의2에서는 각호에서 규정한 특정한 목적이 있는 경우에는 구 상법과 마찬가지로 배당가능이익이나 취득 방법 등의 제한 없이 자기주식을 취득할 수 있도록 허용하면서, 제4호에서 주주가 주식매수청구권을 행사한 경우를 들고 있다. 따라서 개정 상법 제360조의5 제1항, 제374조의2 제1항, 제522조의3 제1항 등에 따라 주주가 주식매수청구권을 행사하는 경우에는 개정 상법 제341조의2 제4호에 따라 회사가 제한 없이 자기주식을 취득할 수 있으나, 회사가 특정 주주와 사이에 특정한 금액으로 주식을 매수하기로 약정함으로써 사실상 매수청구를 할 수 있는 권리를 부여하여 주주가 그 권리를 행사하는 경우는 개정 상법 제341조의2 제4호가 적용되지 않으므로, 개정 상법 제341조에서 정한 요건하에서만 회사의 자기주식취득이 허용된다. ... 개정 상법이 자기주식취득 요건을 완화하였다고 하더라도 여전히 법이 정한 경우에만 자기주식취득이 허용된다는 원칙에는 변함이 없고 따라서 위 규정에서 정한 요건 및 절차에 의하지 않은 자기주식취득 약정은 효력이 없다. ... 임원퇴직합의 제1항 중 원고 회사가 직접 주식을 매수하기로 약정한 부분 및 이에 따라 체결된

자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.<sup>4265)</sup>

#### 마. 주주총회결의 하자에 관한 소송

##### 1) 주주총회결의 취소의 소

###### 가) 요건사실

주주총회결의취소 소송<sup>4266)</sup>의 요건사실은, ① ‘원고가 피고 회사의 주주, 이사, 감사인 사실’, ② ‘주주총회<sup>4267)</sup>가 소집되고 개최되어 주주총회 결의<sup>4268)</sup>가 이루어진 사실’, ③ ‘주주총회 결의에 취소사유가 있는 사실’(= 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 사실 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 사실)이다. ①, ②는 소송요건, ③은 본안 요건에 해당한다. 이는 ‘형성의 소’에 해당한다.

###### 나) 소송요건

##### (1) 당사자적격

원고적격자는 회사의 주주, 이사, 감사<sup>4269)</sup> 및 청산인(상법 제542조 제2항)이고,

- 
- 이 사건 주식매매계약은 원고 회사가 특정한 주주에게 특정한 금액으로 주식매수를 요구할 수 있는 권리를 부여한 것으로 개정 상법 제341조에서 정한 요건을 갖추지 못한 자기주식취득 약정이어서 무효이다.”
- 4265) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017두63337 판결: “배당가능이익은 채권자의 책임재산과 회사의 존립을 위한 재산적 기초를 확보하기 위하여 직전 결산기상의 순자산액에서 자본금의 액, 법정준비금 등을 공제한 나머지로써 회사가 당기에 배당할 수 있는 한도를 의미하는 것이지 회사가 보유하고 있는 특정한 현금을 의미하는 것이 아니다. 또한 회사가 자기주식을 취득하는 경우 당기의 순자산이 그 취득가액의 총액만큼 감소하는 결과 배당가능이익도 같은 금액만큼 감소하게 되는데, 이는 회사가 자금을 차입하여 자기주식을 취득하더라도 마찬가지이다. 따라서 상법 제341조 제1항 단서는 자기주식 취득가액의 총액이 배당가능이익을 초과하여서는 안 된다는 것을 의미할 뿐 차입금으로 자기주식을 취득하는 것이 허용되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.”
- ☞ 원심이, 상법 제341조 제1항 단서는 배당가능이익을 재원으로 자기주식을 취득하여야 한다는 것을 의미하는데 차입금에 의한 자기주식 취득은 배당가능이익을 재원으로 한 것이 아니라는 이유로, 원고가 차입금으로 자기주식을 취득한 이 사건 거래는 상법 제341조 제1항 단서를 위반하여 무효라고 판단한 것을 파기한 예.
- 4266) 상법 제376조(결의취소의 소) ① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다. ② 제186조 내지 제188조, 제190조 본문과 제191조의 규정은 제1항의 소에 준용한다.
- 4267) 상법 제365조(총회의 소집) ① 정기총회는 매년 1회 일정한 시기에 이를 소집하여야 한다. ② 연 2회 이상의 결산기를 정한 회사는 매기에 총회를 소집하여야 한다. ③ 임시총회는 필요 있는 경우에 수시 이를 소집한다.
- 4268) 상법 제361조(총회의 권한) 주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다. ─ 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않고, 주주총회에서 이사 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우라도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것은 가능하다(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결).
- 4269) 이사, 감사의 지위 취득시점은, 주주총회 선임결의와 피선임자의 승낙 시이고, 피선임자와 대표이사 간 별도의 임용계약 시가 아니다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결). 사임의 경우 그 의사표시

피고적격자는 회사이다.

극히 예외적인 경우 외에는, ‘주주명부상의 주주’에게만 원고적격이 인정된다.<sup>4270)</sup> 가설인 명의로 또는 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수하는 약정을 한 경우에는 실제 출자자, 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수하기로 약정한 경우에는 명의자가 ‘주식인수인’으로서 주주의 지위를 취득한다.<sup>4271)</sup> ‘가장납입’ 주주,<sup>4272)</sup> 질권설정자인 주주<sup>4273)</sup>도 주주로서의 지위를 갖는다. 상환을 청구할 수 있는 종류주식(상법 제345조 제3항)의 주주가 회사에 대하여 상환권을 행사한 이후에도 상환금을 지급받을 때까지는 여전히 주주의 지위에 있다.<sup>4274)</sup> 주주는 다른 주주에 대한 소집절차의 하자를 이유로 주주총회결의 취소의 소를 제기할 수도 있다.<sup>4275)</sup> 주주총회결의 취소소송 계속 중 주주로서의 지위를 상실하면 당사자적격을 상실한다.<sup>4276)</sup> 원고적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우, 양수인은 양도인이 이미 제기한 기존의 소송을 승계할 수 있다.<sup>4277)</sup>

가 회사에 도달함으로써 그 지위를 상실한다(대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정).

4270) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결; “주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다. 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우는 주주명부상의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.” ■ 주식 양도담보의 경우, 회사는 주주명부상 주주인 양도담보권자의 주주권 행사를 부인할 수 없다(대법원 2020. 6. 11.자 2020마5263 결정).

4271) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2016다265351 판결.

4272) ◎ 가장납입의 효력과 주주 지위

대법원 1998. 12. 23. 선고 97다20649 판결; “주식회사를 설립하면서 일시적인 차입금으로 주금납입의 외형을 갖추고 회사 설립절차를 마친 다음 바로 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제하는 이른바 가장납입의 경우에도 주금납입의 효력을 부인할 수는 없는 것이므로, 피고 회사 설립 당시 원래 주주들이 주식인수인으로서 주식을 인수하고 가장납입의 형태로 주금을 납입한 이상 그들은 바로 피고 회사의 주주이고, 그 후 그들이 회사가 청구한 주금 상당액을 납입하지 아니하였다고 하더라도 이는 회사 또는 정○○에 대한 채무불이행에 불과할 뿐 그러한 사유만으로 주주로서의 지위를 상실하게 된다고 할 수 없다. 또한 원고들이 피고 회사가 정한 납입일까지 주금 상당액을 납입하지 아니한 채 그로부터 상당 기간이 지난 후 비로소 피고 회사의 주주임을 주장하였다고 하여 신의성실의 원칙에 반한다고도 할 수 없다.”

4273) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결; “주식에 대해 질권이 설정되었다고 하더라도 질권설정계약 등에 따라 질권자가 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 직접 의결권을 행사하기로 약정하는 등의 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고 질권설정자인 주주는 여전히 주주로서의 지위를 가지고 의결권을 행사할 수 있다.”

4274) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2017다251564 판결; “주주가 상환권을 행사하면 회사는 주식 취득의 대가로 주주에게 상환금을 지급할 의무를 부담하고, 주주는 상환금을 지급받음과 동시에 회사에게 주식을 이전할 의무를 부담한다. 따라서 정관이나 상환주식인수계약 등에서 특별히 정한 바가 없으면 주주가 회사로부터 그 상환금을 지급받을 때까지는 상환권을 행사한 이후에도 여전히 주주의 지위에 있다고 봄이 상당하다.” ☞ [동일 취지] 회사의 주식취득승인 거부에 따른 주식매수청구권(형성권) 행사(상법 제335조의7)로 주주 지위가 회사로 이전하는 시기는 ‘대금 지급 시’이다(대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다292975 판결).

4275) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결.

4276) 대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결(이는 주식의 포괄적 교환 등으로 원고가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다).

4277) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결(신주발행무효의 소 사안) 참조.

이사가 그 지위에 기하여 총회결의 취소의 소를 제기하면, 감사가 회사를 대표하게 되고(상법 제394조 제1항), 이사가 그 소송 계속 중 사망한 경우 법원은 '소송종료선언'을 하게 된다.<sup>4278)</sup>

## (2) 주주총회 결의의 존재

결의 취소의 소의 대상이 되는 주주총회 결의는 '상법이나 그 밖의 법령, 피고의 정관'에 근거한 것이어야 하고,<sup>4279)</sup> 주주총회결의 자체가 법률상 존재하지 않은 경우 그 취소의 소는 부적법하다.<sup>4280)</sup>

## (3) 제소기간

주주총회결의 취소의 소는 그 결의일로부터 2개월 내에 제기하여야 하고, 이는 제소기간으로서 그 도과 후에 제기된 소는 부적법하다.

주주총회에서 여러 개의 안건이 상정되어 각각 결의가 이루어진 경우 제소기간의 준수 여부는 각 안건에 대한 결의마다 별도로 판단되어야 한다.<sup>4281)</sup>

동일한 결의에 관하여 무효 또는 부존재 확인의 소가 제소기간 내에 제기되었다가, 제소기간 도과 후 '동일한 하자'를 원인으로 하여 취소소송으로 소가 변경되거나 추가된 경우, 제소기간이 준수된 것으로 인정된다.<sup>4282)</sup>

4278) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다255258 판결: "이사가 그 지위에 기하여 주주총회결의 취소의 소를 제기하였다가 소송 계속 중에 사망하였거나 사실상 변론종결 후에 사망하였다면, 그 소송은 이사의 사망으로 중단되지 않고 그대로 종료된다. 이사는 주식회사의 의사결정기관인 이사회와 구성원이고, 의사결정기관 구성원으로서의 지위는 일신전속적인 것이어서 상속의 대상이 되지 않기 때문이다." ☞ 대법원이 "이 사건 소 중 선정자 3의 주주총회결의 취소 청구 부분은 2015. 9. 23. 선정자 3의 사망으로 종료되었다."는 주문으로 선고한 예.

4279) 예탁금 회원제 골프장을 운영하는 주식회사가 일부 주주회원 모임과 주주회원의 골프장 이용혜택에 관하여 체결한 '중요한 사항은 주주총회에 회부하여야 한다'는 약정에 따라 주주총회에서 한 '주주회원의 골프장 이용혜택 축소 결의'는 결의취소·무효의 소의 대상이 되는 주주총회 결의에 해당하지 아니할 뿐만 아니라 일반적 민사소송의 한 형태로서 그 무효 확인을 구할 소의 이익도 인정되지 아니하므로, 주주총회 결의의 무효 확인과 취소 청구를 각하한 예(2010다58223). cf. 주주총회는 상법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다(상법 제361조).

4280) 이사회의 결정 없이 소집된 주주총회라면 주주총회 자체의 성립을 인정하기 어렵고 주주총회 자체를 부인하는 이상 그 결의 자체도 법률상 존재한다고 할 수 없다 하여, 소송 판결로서 각하하여야 함에도 원심이 실제 판결로써 원고의 청구를 기각한 것은 위법하다고 한 예(78다1219).

4281) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결: 원고가 2005. 4. 29. 개최된 피고 회사의 임시주주총회에서 이루어진 여러 안건에 대한 결의 중 소외 1을 이사로 선임한 결의에 대하여만 2개월 내인 2005. 6. 29. 주주총회결의 무효확인 소를 제기하고, 정관변경결의 및 감사선임결의에 대하여는 2개월이 지난 후인 2006. 5. 17. 및 7. 19.에 주주총회결의 무효확인 소를 각각 추가적으로 병합한 후, 2006. 11. 1. 위 각 결의에 대한 무효확인 소를 취소의 소로 변경하면서, 피고 회사가 주주명부상의 형식주주를 위 임시주주총회에 참석시키고 이들에게 의결권을 행사하게 한 것은 그 결의방법이 현저하게 불공정하다는 내용을 청구원인으로 주장한 사안에서, 원심이, 모두 본안에 나아가 판단한 데 대하여, 대법원은 직권으로, '정관변경결의 및 감사선임결의 취소에 관한 부분은, 그 각 무효확인 소가 추가적으로 병합될 때에 주주총회결의 취소의 소가 제기된 것으로 볼 수 있으나, 위 추가적 병합 당시 이미 2개월의 제소기간이 도과되었음이 역수상 명백하므로 부적법하다.'고 판단한 예.

4282) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결, 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결.

주주총회결의 취소의 소에서 제소기간 경과 후에는 새로운 취소사유를 추가하여 주장할 수 없다.<sup>4283)</sup>

#### (4) 소의 이익

주주총회의 임원선임결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 소에 있어서, 그 결의에 의하여 선임된 임원들이 모두 그 직에 취임하지 아니하거나 사임하고 그 후 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 임원이 선출되어 그 선임등기까지 마쳐진 경우라면, 특별한 사정(= 새로운 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의<sup>4284)</sup> 다른 절차상·내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 경우 등)이 없는 한, 설사 당초의 임원선임결의에 어떠한 하자가 있었다고 할지라도 그 결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구할 소의 이익은 없다.<sup>4285) 4286)</sup>

합병결의, 분할·분할합병 결의, 자본감소 결의, 신주발행 결의에 하자가 있는 경우 합병 등의 효력 발생 전에는 결의 취소, 무효확인, 부존재확인 등의 소를 제기할 수 있으나, 그 효력 발생 후에는 결의 취소 등의 소를 제기할 소의 이익이 없고, 종전의 결의 취소 등의 소는 합병 등 무효의 소로 그 제소기간 내에 소변경을 하여야 한다.<sup>4287)</sup>

4283) 위 2007다40000 판결, 2001다45584 판결은 '동일한 하자'를 원인으로 하여 소를 변경하거나 추가한 경우에 제소기간이 준수된 것으로 본다는 것이므로, 그 반대해석상 '동일한 하자'를 원인으로 하지 않은 경우에는 제소기간이 준수된 것으로 볼 수 없다는 것이고, 나아가 일반적으로 제소기간 경과 후에는 취소사유를 추가할 수 없음을 나타내고 있다고 할 수 있다.

같은 취지로 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 등은 신주발행무효의 소나 전환사채발행무효의 소에서 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 하고 있다.

4284) 새로운 총회가 당초 임원선임결의에 의하여 선임된 임원에 의하여 소집된 총회이므로 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 사유는 그 무효사유로 볼 수 없는데, 만약 이를 무효사유로 본다면 최초의 임원선임결의의 무효로 인하여 연쇄적으로 그 후의 결의가 모두 무효로 되는 결과가 되어 법률관계의 혼란을 초래하고 법적안정성을 현저히 해하게 되기 때문이다(98다35754).

4285) 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다33221 판결; 원고가 취소를 구하는 피고 회사의 주주총회 결의에서 선임된 감사 소외인이 원심 변론종결일 후 사임하고 새로운 주주총회 결의에 의하여 후임 감사가 선출되어 그 선임등기까지 마친 사실을 알 수 있으므로, 새로운 주주총회 결의가 부존재 또는 무효라거나 결의가 취소되었다고 볼 자료가 없는 이상, 원고가 주주총회 결의의 취소를 구할 소의 이익이 없게 되었고, 원심의 변론종결일 후에 소가 부적법하게 되었다 하여, 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기, 자판하여, 제1심판결을 취소하고 소를 각하한 예.

4286) 반면에, 위와 같은 특별한 사정이 인정된다면, 그 임원을 선임한 당초 결의의 무효 여부는 현재의 임원을 확정함에 있어서 직접적인 관계가 있는 것이므로, 당초의 선임결의의 무효확인 등을 구할 법률상의 이익이 있다(91나8715).

4287) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결; "상법 제445조는 자본감소의 무효는 주주 등이 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월 내에 소만으로 주장할 수 있다고 규정하고 있으므로, 실령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다룰 수 있다." [동일 취지] "회사의 합병에 있어서 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인 청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없다"고 판시한 예(92누14908). 전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 청구의 소는 부적법하다고 판단한 예(2003다20060).

## 다) 취소사유(청구원인사실)

주주총회 결의의 취소사유는 '① 총회의 소집절차 또는 결의방법이 ㉠ 법령 또는 정관에 위반하거나 ㉡ 현저하게 불공정한 사실 또는 ② 그 결의의 내용이 정관에 위반한 사실'이다.

판례상 구체적 예로는, 소집절차 위반으로서 ① 정당한 소집권자<sup>4288)</sup>에 의하여 소집된 주주총회에서 정족수가 넘는 주주의 출석으로 출석주주 전원의 찬성에 의하여 결의가 이루어졌으나, 일부 주주에게 소집통지<sup>4289)</sup>를 하지 아니하였거나 법정기간을 준수하지

4288) 상법 제362조(소집의 결정) 총회의 소집은 본법에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이사회가 이를 결정한다.

제365조(총회의 소집) ① 정기총회는 매년 1회 일정한 시기에 이를 소집하여야 한다. ② 연 2회 이상의 결산기를 정한 회사는 매기에 총회를 소집하여야 한다. ③ 임시총회는 필요 있는 경우에 수시 이를 소집한다.

제366조(소수주주에 의한 소집청구) ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다. ② 제1항의 청구가 있는 후 지체 없이 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 주주는 법원의 허가를 받아 총회를 소집할 수 있다. 이 경우 주주총회의 의장은 법원이 이해관계인의 청구나 직권으로 선임할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 총회는 회사의 업무와 재산상태를 조사하게 하기 위하여 검사인을 선임할 수 있다. ㉠ 소수주주가 상법 제366조에 따라 주주총회소집허가 신청을 하는 경우, 주주총회 결의사항이 아닌 것을 회의목적사항으로 할 수 없다. 주주총회는 상법 또는 정관이 정한 사항에 한하여 결의할 수 있고(제361조), 대표이사는 정관에 특별한 정함이 없는 한 이사회 결의로 선임되므로(제389조), 정관에서 주주총회 결의사항으로 '대표이사의 선임 및 해임'을 규정하지 않은 경우에는 이를 회의목적사항으로 삼아 상법 제366조에서 정한 주주총회소집허가 신청을 할 수 없다(대법원 2022. 4. 19.자 2022그501 결정). ㉡ 임시총회소집청구서에 기재된 회의의 목적사항과 소집의 이유가 이사회에 먼저 제출한 청구서와 서로 맞지 않는다면 법원의 허가를 구하는 재판에서 그 청구서에 기재된 소집의 이유에 맞추어 회의의 목적사항을 일부 수정하거나 변경할 수 있고, 법원으로서 위와 같은 불일치 등에 관하여 석명하거나 지적함으로써 신청인에게 의견을 진술하게 하고 회의 목적사항을 수정·변경할 기회를 주어야 한다. 소수주주가 제출한 임시총회소집청구서에 회의의 목적사항이 '대표이사 해임 및 선임'으로 기재되었으나 소집의 이유가 현 대표이사의 '이사직 해임'과 '후임 이사 선임'을 구하는 취지로 기재되어 있고, 회사의 정관에 '대표이사의 해임'이 주주총회 결의사항으로 정해져 있지 않다면, 회의의 목적사항과 소집의 이유가 서로 맞지 않으므로 법원에서는 소수주주로 하여금 회의의 목적사항으로 기재된 '대표이사 해임 및 선임'의 의미를 정확하게 밝히고 그에 따른 조치를 취할 기회를 갖도록 할 필요가 있다(대법원 2022. 9. 7.자 2022마5372 결정). ㉢ '이사회'는 원칙적으로 대표이사를 의미하고, 예외적으로 대표이사 없이 이사의 수가 1인 또는 2인인 소규모 회사의 경우에는 각 이사를 의미한다(제383조 제6항). '전자문서'란 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·변환·송신·수신·저장된 정보를 의미하고, 이는 작성·변환·송신·수신·저장된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것을 전제로 그 내용을 열람할 수 있는 것이어야 하므로, 이와 같은 성질에 반하지 않는 한 전자우편은 물론 휴대전화 문자메시지·모바일 메시지 등까지 포함된다(대법원 2022. 12. 16.자 2022그734 결정).

4289) 상법 제363조(소집의 통지) ① 주주총회를 소집할 때에는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 경우에는 회사는 해당 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 통지서에는 회의의 목적사항을 적어야 한다. ③ 제1항에도 불구하고 자본금 총액이 10억원 미만인 회사가 주주총회를 소집하는 경우에는 주주총회일의 10일 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송할 수 있다. ④ 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있고, 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다. ⑤ 제4항의 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있다. ⑥ 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다. ⑦ 제1항부터 제4항까지의 규정은 의결권 없는 주주에게는 적용하지 아니한다. 다만, 제1항의 통지서에 적은 회의의 목적사항에 제360조의5, 제360조의22, 제374조의2, 제522조의3 또는 제530조의11에 따라 반대주주의 주식매수청구권이 인정되는 사항이 포함된 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2014.5.20, 2015.12.1.> ㉠ 상장회사의 경우 소집공고로 소집통지를 갈음하는 등의 특례



아니한 서면통지를 한 경우,<sup>4290)</sup> ② 발행주식의 9.22%를 보유한 소수주주들에게 소집통지를 하지 아니한 경우,<sup>4291)</sup> ③ 전체 주식의 3.15%를 소유한 원고들(전체주주 5인 중 4인)에게 주주총회 소집통지를 하지 않은 경우,<sup>4292)</sup> ④ 공동대표이사 1인이 단독으로 주주총회를 소집하고, 다른 공동대표이사 41%의 주식을 보유한 주주에게 소집통지를 하지 않은 경우,<sup>4293)</sup> ⑤ 주주총회가 정관상 요구되는 이사회 결의 없이 소집되었고 원고(20% 주주)를 제외한 나머지 주주들에게만 소집통지를 하여 원고의 참석 없이 결의가 이루어졌더라도, 당시 원고 앞으로 주주명부상의 명의개서가 되어있지 않았고 원고에 대한 주식 양도의 효력 자체가 다투어져 원고에 의해 주주권확인소송이 제기되어 계속 중인 경우,<sup>4294)</sup> ⑥ 전체 주식의 43%를 취득하였으나 그 주식 취득의 효력이 다투어지고 있는 자의 명의개서 요구에 불응하고 주주명부만을 기초로 소집을 통지하고, 소집권자에 의하여 소집된 주주총회에서 정족수에 미달한 결의가 이루어진 경우,<sup>4295)</sup> ⑦ 정당한 소집권자에 의하여 소집된 주주총회의 결의지만, 주주총회의 소집에 이사회 결의가 없었고 그 소집통지가 서면에 의하지 아니한 구두소집통지로서 법정 소집기간을 준수하지 아니하였으며 또한 극히 일부의 주주에 대하여는 소집통지를 빠뜨린 경우,<sup>4296)</sup> ⑧ 주주총회 소집 당시 주주에게 통지한 ‘회의의 목적사항’ 이외의 사항을 부의하여 결의한 경우,<sup>4297)</sup> ⑨ 주주총회 당일 개회시간 또는 소집장소를 변경하여 일부 주주의 주주총회 참석 기회를 침해·박탈한 경우,<sup>4298)</sup> ⑩ 대표이사 직무대행자가 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 사항이 안건으로 포함된 정기주주총회를 법원의 허가 없이 소집하여 결의한 경

규정이 있다(제542조의4).

4290) 92다21692, 80다2745.

4291) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결.

4292) 93다8719.

4293) 92다11008.

4294) 88다카16690.

4295) 96다32768.

4296) 86다카553.

4297) 주주총회 소집을 함에 있어서 회의의 목적사항으로 한 것 이외에는 주주총회에서 결의할 수 없음에도, 이에 위배하여 목적사항 이외의 안건을 부의하여 결의한 것은 총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령에 위반한 것으로서 결의취소사유에 해당한다고 한 예(79다19).

4298) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다45584 판결: “주주총회의 개회시간이 부득이한 사정으로 당초 소집통지된 시각보다 지연되는 경우에도 사회통념에 비추어 볼 때 정각에 출석한 주주들의 입장에서 변경된 개회시각까지 기다려 참석하는 것이 곤란하지 않을 정도라면 절차상의 하자가 되지 아니할 것이나, 그 정도를 넘어 개회시간을 사실상 부정확하게 만들고 소집통지된 시각에 출석한 주주들의 참석을 기대하기 어려워 그들의 참석권을 침해하기에 이르렀다면 주주총회의 소집절차가 현저히 불공정하다고 하지 않을 수 없다. 또한, 소집통지 및 공고가 적법하게 이루어진 이후에 당초의 소집장소에서 개회를 하여 소집장소를 변경하기로 하는 결의조차 할 수 없는 부득이한 사정이 발생한 경우, 소집권자가 대체 장소를 정한 다음 당초의 소집장소에 출석한 주주들로 하여금 변경된 장소에 모일 수 있도록 상당한 방법으로 알리고 이동에 필요한 조치를 다한 때에 한하여 적법하게 소집장소가 변경되었다고 볼 수 있을 것이다.”

우<sup>4299)</sup> 등이 있다. 주주총회 소집의 통지·공고가 행하여진 후 소집을 철회하거나 연기하기 위해서는 소집의 경우에 준하여 이사회 결의를 거쳐 대표이사가 그 뜻을 그 소집에 서와 같은 방법으로 통지·공고하여야 한다.<sup>4300)</sup>

주식수를 기준으로 소집통지가 누락된 주식수의 합계가 총발행주식수의 50% 미만이면 결의취소 사유, 50% 이상이면 결의부존재 사유로 보고 있다.

결의방법 위반의 예로는, ① 상법 제369조 제3항에 따라 ‘의결권이 없는 상호주’에 대하여 의결권을 인정한 경우,<sup>4301)</sup> ② 의결권 없는 자가 의결권을 행사하여 이를 제외하면 의결정족수에 미달하는 경우,<sup>4302)</sup> ③ 의결권의 대리행사<sup>4303)</sup>를 부당하게 제한한 경우,<sup>4304)</sup>

4299) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다62362 판결: “상법 제407조 제1항에 의하면 이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지하고, 그에 따라 직무대행자를 선임할 수 있으며, 그러한 경우 상법 제408조 제1항에 의하면 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못하나, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는바, 여기서 회사의 상무라 함은 일반적으로 회사에서 일상 행해져야 하는 사무, 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상 행하는 영업범위 내의 사무 또는 회사경영에 중요한 영향을 주지 않는 통상의 업무 등을 의미한다고 할 것이고, 어느 행위가 구체적으로 이 상무에 속하는가 하는 것은 당해 회사의 기구, 업무의 종류·성질, 기타 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 것이다. 이러한 법리에 따르면 직무대행자가 정기주주총회를 소집함에 있어서도 그 안전에 이사회 구성 자체를 변경하는 행위나 상법 제374조의 특별결의사항에 해당하는 행위 등 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 것이 포함되어 있다면 그 안전의 범위에서 정기총회의 소집이 상무에 속하지 않는다고 할 것이고, 직무대행자가 정기주주총회를 소집하는 행위가 상무에 속하지 아니함에도 법원의 허가 없이 이를 소집하여 결의한 때에는 소집절차상의 하자로 결의취소사유에 해당된다.”

4300) ◎ 소집의 철회·연기 [부정례] 이미 서면에 의한 우편통지의 방법으로 소집통지가 행하여진 주주총회에 대하여 주주총회 소집일로부터 불과 3일 전에 이사회가 주주총회 연기를 결정한 후 소집 통지와 같은 서면에 의한 우편통지 방법이 아니라 휴대폰 문자메시지를 발송하는 방법으로 각 주주들에게 통지하고 일간신문 및 주주총회 장소에 그 연기를 공고하였을 뿐이므로, 이러한 주주총회의 연기는 적법한 절차에 의한 것으로 볼 수 없어 위 주주총회가 적법하게 연기되었다고 할 수 없다(2007도8195). [긍정례] 주식회사 대표이사가 이사회결의를 거쳐 주주들에게 임시주주총회 소집통지서를 발송하였다가 다시 이를 철회하기로 하는 이사회결의를 거친 후 총회 개최장소 출입문에 총회 소집이 철회되었다는 취지의 공고문을 부착하고, 이사회에 참석하지 않은 주주들에게는 토크서비스를 이용하여 총회 소집이 철회되었다는 내용의 소집철회통지서를 보내는 한편, 전보와 휴대전화(직접 통화 또는 메시지 녹음)로도 같은 취지의 통지를 한 경우, 임시주주총회의 소집이 적법하게 철회되었다고 볼 수 있다(2009다35033).

4301) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결.

4302) 83도748.

4303) ◎ 의결권의 대리행사: ❶ 주주는 의결권 행사를 포괄적으로 위임할 수 있고, 질권 등의 담보권자가 담보물인 주식에 대한 담보권실행을 위한 약정에 따라 그 재산적 가치 및 권리의 확보 목적으로 담보제공자인 주주로부터 의결권을 위임받아 그 약정에서 정한 범위 내에서 의결권을 행사하는 것이 허용되며, 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 대리인은 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수도 있다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다56839 판결). ❷ ❶ 주주의 의결권 행사를 위한 대리인 선임이 무제한적으로 허용되는 것은 아니고, 그 의결권의 대리행사로 말미암아 주주총회의 개최가 부당하게 저해되거나 혹은 회사의 이익이 부당하게 침해될 염려가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 회사는 이를 거절할 수 있다. ❸ ‘대리권을 증명하는 서면’은 위임장을 일컫는 것으로서 회사가 위임장과 함께 인감증명서, 참석장 등을 제출하도록 요구하는 것은 대리인의 자격을 보다 확실하게 확인하기 위하여 요구하는 것일 뿐, 이러한 서류 등을 지참하지 아니하였다 하더라도 주주 또는 대리인이 다른 방법으로 위임장의 진정성 내지 위임의 사실을 증명할 수 있다면 회사는 그 대리권을 부정할 수 없고, 회사가 주주 본인에 대하여 주주총회 참석장을 지참할 것을 요구하는 경우 역시 동일하다. ❹ 주주의 대리인의 자격을 제한할 만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 정관의 규정에 의하여 상당하다고 인정되는 정도의 제한을 가하는 것까지 금지하는 것은 아니므로, 대리인의 자격을

④ 정관을 위반하여 사전투표기간을 연장하고, 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익이 제공된 경우<sup>4305)</sup> 등이 있다. 지연 도달된 '의결권 불통일행사'의 통지를 회사가 수용한 경우에는 그 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수 없다.<sup>4306)</sup>

#### 라) 함 변

주식회사의 임시주주총회가 법령 및 정관상 요구되는 이사회의 결의 및 소집절차 없이 이루어졌다 하더라도, '주주명부상의 주주 전원이 참석하여 총회를 개최하는데 동의하고 아무런 이의 없이 만장일치로 결의'가 이루어졌다면 그 결의는 특별한 사정이 없는 한 유효하다.<sup>4307)</sup>

#### 마) 재량기각

결의취소의 소<sup>4308)</sup>가 제기된 경우에 결의의 내용, 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으

주주로 한정하는 취지의 주식회사의 정관 규정은 주주총회가 주주 이외의 제3자에 의하여 교란되는 것을 방지하여 회사 이익을 보호하는 취지에서 마련된 것으로서 합리적인 이유에 의한 상당한 정도의 제한이라고 볼 수 있어 무효라고 볼 수는 없다. 그런데 위와 같은 정관규정이 있다 하더라도 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 소속의 공무원, 직원 또는 파용자 등이 그 주주를 위한 대리인으로서 의결권을 대리행사하는 것은 허용되어야 하고 이를 가리켜 정관규정에 위반한 무효의 의결권 대리행사라고 할 수는 없다. ④ 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결).

4304) 94다34579.

4305) 대법원 2014. 7. 11.자 2013마2397 결정.

**상법 제467조의2(이익공여의 금지)** ① 회사는 누구에게든지 주주의 권리 행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없다. ② 회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다. 회사가 특정의 주주에 대하여 유상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에 있어서 회사가 얻은 이익이 공여한 이익에 비하여 현저하게 적은 때에도 또한 같다. ─ 제1항의 '주주의 권리'란 법률과 정관에 따라 주주로서 행사할 수 있는 모든 권리를 의미하고, 주주총회에서의 의결권, 대표소송 제기권, 주주총회결의에 관한 각종 소권 등과 같은 공익권뿐만 아니라 이익배당청구권, 잔여재산분배청구권, 신주인수권 등과 같은 자익권도 포함하지만, 회사에 대한 계약상의 특수한 권리는 포함되지 아니한다. 그리고 '주주의 권리행사와 관련하여'란 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 것을 의미한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015다68355 판결).

4306) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결: "상법 제368조의2 제1항은 '주주가 2 이상의 의결권을 가지고 있는 때에는 이를 통일하지 아니하고 행사할 수 있다. 이 경우 회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면으로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다.'고 규정하고 있는바, 여기서 3일의 기간이라 함은 의결권의 불통일행사가 행하여지는 경우에 회사 측에 그 불통일행사를 거부할 것인가를 판단할 수 있는 시간적 여유를 주고, 회사의 총회 사무운영에 지장을 주지 아니하도록 하기 위하여 부여된 기간으로서, 그 불통일행사의 통지는 주주총회 회일의 3일 전에 회사에 도달할 것을 요한다. 다만, 위와 같은 3일의 기간이 부여된 취지에 비추어 보면, 비록 불통일행사의 통지가 주주총회 회일의 3일 전이라는 시한보다 늦게 도착하였다고 하더라도 회사가 스스로 총회운영에 지장이 없다고 판단하여 이를 받아들이기로 하고 이에 따라 의결권의 불통일행사가 이루어진 것이라면, 그것이 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수는 없다."

4307) 대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다69927 판결.

4308) 결의 부존재·무효 확인의 소에는 법원의 재량기각이 인정되지 않는다.

로 재량에 의하여 그 청구를 기각할 수 있다.<sup>4309)</sup>

#### 바) 상법상 회사관계소송 판결의 편면적 대세효

주주총회 결의 취소의 소, 주주총회 결의 부존재 또는 무효 확인의 소 등 '편면적 대세효'<sup>4310)</sup>가 있는 상법상 회사관계소송'<sup>4311)</sup> 4312)에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이는 민사소송법 제67조(필수적 공동소송의 심리 특칙)<sup>4313)</sup>가 적용되는 (유사) 필수적 공동소송<sup>4314)</sup>에 해당한다.<sup>4315)</sup>

4309) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다31269 판결; “상법 제379조는 주주총회결의 취소의 소가 제기된 경우에 법원이 재량에 의하여 그 청구를 기각할 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 결의절차에 하자가 있는 경우 그 결의를 취소하여도 회사 또는 주주에게 이익이 되지 않거나 이미 결의가 집행되었기 때문에 결의를 취소하여도 아무런 효과가 없음에도 불구하고 이를 취소함으로써, 회사에 손해를 끼치거나 일반거래의 안전을 해치는 것을 막고 결의취소의 소의 남용을 방지하려는 취지이며, 또한 위와 같은 사정이 인정되는 경우에는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 재량에 의하여 취소청구를 기각할 수 있다.”

4310) 청구를 기각하는 판결은 그 효력이 일반원칙(기판력의 상대성의 원칙)에 따라 당사자 사이에만 미치고 제3자에게는 미치지 않지만, 청구를 인용하는 판결은 법규정에 의해 제3자에 대해 효력이 미치는 경우를 말한다.

4311) 상법 제190조 본문은 “설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.”라고 정하고, 그에 따라 회사 설립무효·취소의 소에서 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 위 규정은 상법상 각종 회사관계소송에 준용되어, 합병무효의 소(제240조), 주식교환무효의 소(제360조의14 제4항), 주식이전무효의 소(제360조의23 제4항), 주주총회결의 취소의 소(제376조 제2항), 주주총회결의 무효·부존재 확인의 소(제380조), 주주총회 부당결의 취소·변경의 소(제381조 제2항), 신주발행무효의 소(제430조), 감자무효의 소(제446조) 등에서도 청구를 인용하는 판결은 대세효를 갖는다. 편면적 대세효가 인정되는 회사관계소송은 주주총회결의, 합병, 주식교환·이전 또는 신주발행 등과 같이 회사의 단체법적 행위를 다루는 소송이다. 회사관계소송에 관한 편면적 대세효 규정은 기판력의 상대성 원칙에 대한 예외를 정한 것으로, 주주, 거래 상대방 기타 이해관계인 등 회사를 둘러싼 단체법적 법률관계를 통일적으로 확정하기 위하여 판결의 효력을 제3자에게 확장한 것이다(2020다284977 전원합의체 판결의 별개의견).

4312) 주주총회 결의 하자 소송 준용규정: 그 외에도 상법 제376조 제2항, 제380조에 의해 주주총회결의의 취소, 무효·부존재 확인의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)의 규정이 준용되고, 상법 제380조에 의해 주주총회결의 무효·부존재 확인의 소에 관하여, 주주총회결의 취소의 소의 상법 제377조(회사 청구에 의한 제소주주의 담보제공의무)·제378조(결의취소의 등기)의 규정이 준용된다.

4313) 민사소송법 제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정) ① 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다. ② 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다. ③ 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지하여야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다.

4314) 민사소송법 제67조는 필수적 공동소송을 ‘소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송’이라고 정의하고, 그 심리의 특칙을 정하고 있으나, ‘소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 하는 경우’가 어떤 경우인지를 구체적으로 정하는 규정이 없으므로, 이는 결국 법원이 해석을 통해 판단하여야 하는데, 판례와 학설은 필수적 공동소송을 당사자들이 실제법상 권리 행사나 의무 이행을 단독으로 할 수 없어 소송을 공동으로 해야 하고 재판 결과도 합일적으로 확정되어야 하는 ‘고유필수적 공동소송’과 개별적인 소송은 가능하지만 일단 공동소송이 되면 당사자 간 재판 결과가 합일적으로 확정되어야 하는 ‘유사필수적 공동소송’으로 분류하고 있고, 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 소송법상 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송에 해당한다(2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견).

4315) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견; “주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소로서, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로

편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 청구인낙이나 청구를 인용하는 내용을 포함하는 조정·화해를 할 수 없다.<sup>4316)</sup>

주주총회결의의 취소, 부존재·무효 확인 판결이 나면 결의는 처음부터 무효인 것으로 되고(소급적 무효), 이로 인한 불합리는 민·상법상의 제3자 보호규정에 의하여 개별적으로 구제된다.<sup>4317)</sup>

하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.” — 상법은 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 회사의 본점소재지를 관할하는 지방법원의 전속관할에 속하고, 같은 내용의 소가 여러 개 제기된 경우 법원이 병합심리하여야 한다고 규정하고(상법 제186조, 제188조), 이는 편면적 대세효 있는 회사관계소송에 모두 준용되는데, 같은 사건에 관하여 같은 법원에 제기된 모든 소송을 병합하여 통일적인 판결을 하도록 하려는 것으로서 편면적 대세효 있는 회사관계소송의 재판 결과가 합일적으로 확정될 것을 전제로 한 것이다(다수의견에 대한 보충의견).

4316) 2020다284977 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: “편면적 대세효 있는 회사관계소송에서는 청구인낙이나 청구를 인용하는 내용을 포함하는 조정, 화해는 불가능하다. 청구를 포기하거나 패소판결에 대해 상소하지 않고자 하는, 즉 승소 의사가 없는 당사자는 소를 취하여 소송에서 벗어날 수 있다(유사필수적 공동소송에서 소 취하에 다른 공동소송인의 동의는 필요 없다. 2011두13729 판결 등 참조). 나아가 패소한 원고들 중 일부만 상소한 경우 모든 원고들에 대한 판결 확정이 차단되고 상소심에 이신된다고 하더라도(원고들이 승소한 경우 회사인 피고가 일부 원고들에 대해 항소하지 않는 경우는 사실상 상정하기 어렵다), 상소하지 않고 상소심에서 소송수행의사가 없는 원고들은 다른 공동소송인의 소송수행 결과에 따라 제1심판결이 유리하게 변경될 가능성만 있을 뿐 소송을 수행할 의무를 부담하거나 상소심의 소송비용을 부담하여야 하는 것도 아니고, 위와 같이 소를 취할 수 있다. … 유사필수적 공동소송의 당사자 일부만이 상소한 경우 상소하지 않은 공동소송인도 상소심의 당사자로 취급하여야 한다.” — ① 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다28047 판결: “주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다룰 수 없게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다루는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없는바” ② 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결: “청구의 인낙은 당사자의 자유로운 처분이 허용되는 권리에 관여에만 허용되는 것으로서 회사법상의 주주총회결의의 하자를 다루는 소나 회사합병무효의 소 등에 있어서는 인정되지 아니하므로, 이와 같이 법률상 인정되지 아니하는 권리관계를 대상으로 하는 청구인낙은 그 효력이 없다.”

4317) ○ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002다19797 판결: “이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정된 경우 그 결의에 의하여 이사로 선임된 이사들에 의하여 구성된 이사회에서 선정된 대표이사는 소급하여 그 자격을 상실하고, 그 대표이사가 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되기 전에 한 행위는 대표권이 없는 자가 한 행위로서 무효가 된다. 원심이 … 이사 선임의 주주총회결의의 취소판결에도 불구하고 그 효력이 소급하지 않는다고 한 것은 주주총회결의의 취소판결의 소급효에 관하여 법리를 오해한 잘못이 있다. … 그러나 이사 선임의 주주총회결의에 대한 취소판결이 확정되어 그 결의가 소급하여 무효가 된다고 하더라도 그 선임 결의가 취소되는 대표이사와 거래한 상대방은 상법 제39조의 적용 내지 유추적용에 의하여 보호될 수 있으며, 주식회사의 법인등기의 경우 회사는 대표자를 통하여 등기를 신청하지만 등기신청권자는 회사 자체 이므로 취소되는 주주총회결의에 의하여 이사로 선임된 대표이사가 마친 이사 선임 등기는 상법 제39조의 부실등기에 해당한다.”

○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다2996 판결: “상법 제190조는 ‘설립무효의 판결 또는 설립취소의 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 있다. 그러나 판결확정 전에 생긴 회사와 사원 및 제3자간의 권리의무에 영향을 미치지 아니한다.’고 규정하고 있는데, 상법 제380조는 ‘제186조 내지 제188조, 제190조 본문, 제191조, 제377조와 제378조의 규정은 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소와 총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 것을 이유로 하여 결의부존재의 확인을 청구하는 소에 이를 준용한다.’고 규정하여 구 상법(1995. 12. 29. 법률 제5053호로 개정되기 전의 것) 제380조와는 달리 주주총회결의의 부존재확인 판결에 이른바 판결의 불소급효를 규정하고 있는 상법 제190조 단서를 준용하고 있지 않다. 따라서 상법 제190조 단서를 준용하여 주주총회결의의 부존재확인 판결의 효력을 제한할 수는 없는 것이고, 그 결과 발생하는 제3자 보호의 문제는 상법이나 민법상의 선의의 제3자 보호규정 등에 의하여 개별적으로 해결하여야 할 것이다.”

부존재 또는 무효의 주주총회결의가 '사후에 추인'하는 결의를 통하여 소급적으로 유효하게 될 수는 없다.<sup>4318)</sup>

## 2) 주주총회결의 무효확인 소송

### 가) 요건사실

주주총회결의 무효확인 소송의 청구원인 요건사실은, ① '주주총회가 소집되고 개최되어 주주총회 결의가 이루어진 사실', ② '주주총회 결의에 무효사유(= 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것)가 있는 사실'이다(상법 제380조).<sup>4319)</sup>

주주총회결의 무효확인의 소는 그 법적 성질이 확인의 소에 속한다.<sup>4320)</sup>

법률상 부존재로 볼 수밖에 없는 총회결의에 대하여 무효확인을 청구하는 경우 이는 '부존재확인'의 의미로 무효확인'을 청구하는 취지로 보고 판단할 수 있다.<sup>4321)</sup>

### 나) 소송요건

#### (1) 소의 이익

제소권자·제소기간에 아무런 제한이 없으므로 누구든지 소의 이익이 있으면 소를 제기 할 수 있다.<sup>4322)</sup> 어느 종류 주주에게 손해를 미치는 정관변경에 있어서 종류주

4318) 무효행위를 추인한 때에는 달리 소급효를 인정하는 법률규정이 없는 한 새로운 법률행위를 한 것으로 보아야 하고, 이는 무효인 결의를 사후에 적법하게 추인하는 경우에도 마찬가지이기 때문이다(2009다35033).

4319) 상법 제380조(결의무효 및 부존재확인) 제186조 내지 제188조, 제190조 본문, 제191조, 제377조와 제378조의 규정은 총회의 결의의 내용이 법령에 위반한 것을 이유로 하여 결의무효의 확인을 청구하는 소와 총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 것을 이유로 하여 결의부존재의 확인을 청구하는 소에 이를 준용한다.

4320) 따라서 주주총회결의의 효력이 그 회사 아닌 제3자 사이의 소송에 있어 '선결문제'로 된 경우, 당사자는 언제든지 당해 소송에서 그 주주총회결의가 처음부터 무효 또는 부존재한다고 주장하면서 다룰 수 있고, 반드시 먼저 회사를 상대로 주주총회의 효력을 직접 다투는 소송을 제기하여야 하는 것은 아니다(2009다35033).

4321) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1810 전원합의체 판결: "회사의 총회결의에 대한 부존재확인청구나 무효확인 청구는 모두 법률상 유효한 결의의 효과가 현재 존재하지 아니함을 확인받고자 하는 점에서 동일한 것이므로 법률상 부존재로 볼 수 밖에 없는 총회결의에 대하여 원고들이 그 결의의 무효확인을 청구하고 있다고 하더라도 이는 부존재확인'의 의미로 무효확인을 청구하는 취지라고 풀이함이 타당하다. ... 위 사원총회는 적법한 소집권자에 의하여 소집되지 아니하였을 뿐 아니라 정당한 사원이 아닌 자들이 모여서 개최한 집회에 불과하여 법률상 폐고 회사의 사원총회나 그 결의가 존재한다고 볼 수 없는 것이나 원심은 이 사건 무효확인청구를 부존재확인청구의 의미로 해석하여 이를 받아들였음이 명백하므로 이는 정당하며, 부존재확인청구로 나오지 않는 한 이 사건 무효확인청구는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다는 논지는 이유 없다."

4322) ① 주주로부터 기명주식을 양도받은 자라 하더라도 주주명부에 명의개서를 하지 아니하여 그 양도를 회사에 대항할 수 없는 이상 그 주주에 대한 채권자에 불과하고, 또한 채권판결 이전에 주식을 선의취득한 자는 채권판결에 하자가 있다 하더라도 채권판결에 대한 불복의 소에 의하여 그 채권판결이 취소되지 않는 한 회사에 대하여 적법한 주주로서의 권한을 행사할 수 없으므로 회사의 주주로서 주주총회 및 이사회결의 무효확인을 소구할 이익이 없다(90다6774). ② 주식회사에 대하여 법원의 해산판결이 선고·확정되어 해산등기가 마쳐졌고 아울러 법원이 적법하게 청산인을 선임하여 그 등기까지 마쳐진 경우, 해산 당시 이사가 설사 해산판결 선고 이전에 부적법하게 해임된 바 있어 주주총회의 이사해임 결의가 무효라 하더라도, 그 이사 겸 주주로서는 해산판결 전에 이루어진 회사의 주주총회 결의나 이사회 결의의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다(91다22131). ③ 주식회사가 해산되었다 하더라도 해산 당시의 이사 또는 주주가 해산 전에 이루어진 주주총회 결의의 무효

주 총회의 미결의가 전체 주주 총회의 정관변경 결의 자체의 하자는 아니므로, '주주총회 결의의 불발효 확인'이 아니라 '정관변경의 무효확인'을 청구하면 된다.<sup>4323)</sup>

## (2) 피고적격

피고적격은 회사만이 가진다.<sup>4324)</sup>

## 다) 무효사유

'1주 1의결권의 원칙'에 반하여 의결권을 제한하는 주주총회 결의,<sup>4325)</sup> '퇴임이

확인을 구하는 청구에는 청산인선임결의의 무효를 다투는 청구가 포함되어 있을 수 있고, 이 경우 그 중요 정점은 회사의 청산인이 될 지위에 관한 것이므로 항상 소의 이익이 없다고 단정할 수 없다(91다22131). 그 외, '주주총회 결의 취소' 및 '부존재 확인'의 소의 '소의 이익' 부분 참조.

4323) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2004다44575 판결: "상법 제435조 제1항은 '회사가 수종의 주식을 발행한 경우에 정관을 변경함으로써 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에는 주주총회의 결의 외에 그 종류의 주주의 총회의 결의가 있어야 한다.'고 규정하고 있는바, 위 규정의 취지는 주식회사가 보통주 이외의 수종의 주식을 발행하고 있는 경우에 보통주를 가진 다수의 주주들이 일방적으로 어느 종류의 주식을 가진 소수주주들에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경할 수 있게 할 경우에 그 종류의 주식을 가진 소수주주들이 부담한 불이익을 받게 되는 결과를 방지하기 위한 것이므로, 여기서의 '어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때'라 함에는, 어느 종류의 주주에게 직접적으로 불이익을 가져오는 경우는 물론이고, 외견상 형식적으로는 평등한 것이라고 하더라도 실질적으로는 불이익한 결과를 가져오는 경우도 포함되며, 나아가 어느 종류의 주주의 지위가 정관의 변경에 따라 유리한 면이 있으면서 불이익한 면을 수반하는 경우도 이에 해당된다고 할 것이다. ... 상법 제435조 제1항의 문언에 비추어 보면, 어느 종류 주주에게 손해를 미치는 내용으로 정관을 변경함에 있어서 그 정관 변경에 관한 주주총회의 결의 외에 추가로 요구되는 종류주주총회의 결의는 정관변경이라는 법률효과가 발생하기 위한 하나의 특별요건이라고 할 것이므로, 그와 같은 내용의 정관변경에 관하여 종류주주총회의 결의가 아직 이루어지지 않았다면 그러한 정관변경의 효력이 아직 발생하지 않는 데에 그칠 뿐이고, 그러한 정관변경을 결의한 주주총회결의 자체의 효력에는 아무런 하자가 없다고 할 것이다. ... 그러나 정관의 변경결의의 내용이 어느 종류의 주주에게 손해를 미치게 될 때에 해당하는지 여부에 관하여 다툼이 있는 관계로 회사가 종류주주총회의 개최를 명시적으로 거부하고 있는 경우에, 그 종류의 주주가 회사를 상대로 일반 민사소송상의 확인의 소를 제기함에 있어서는, 정관변경에 필요한 특별요건이 구비되지 않았음을 이유로 하여 정면으로 그 정관변경이 무효라는 확인을 구하면 족한 것이지, 그 정관변경을 내용으로 하는 주주총회결의 자체가 아직 효력을 발생하지 않고 있는 상태(이른바 불발효 상태)라는 관념을 애써 만들어서 그 주주총회결의가 그러한 '불발효 상태'에 있다는 것의 확인을 구할 필요는 없다. ... 원고는, 원심 판시 제2 정관변경의 효력이 아직 발생하지 않았다는 의미에서 제2 정관변경이 무효라는 확인을 구함과 아울러, 제2 정관변경을 내용으로 하는 주주총회결의의 효력이 불발효 상태라는 확인도 그 순위를 정하지 아니한 채 선택적으로 병합하여 구하고 있는바, 주주총회결의의 효력이 발생하지 아니하면 그 결의가 내용으로 하고 있는 제2 정관변경도 효력을 발생하지 않게 될 것이므로 이른바 주주총회결의 불발효확인 청구란 정관변경 무효확인 청구와 그 실질적인 내용에 있어서는 차이가 없거나 도리어 그보다 약한 효력을 내용으로 하는 청구라고 볼 수 있고, 이 사건의 실질적인 쟁점은 원심 판시 제2 정관변경이 종류주주총회의 결의를 요하는 것인지 여부라고 할 것인데, 원심이 제2 정관변경은 종류주주총회의 결의를 요한다고 판단하여 전자의 주주총회결의 불발효확인 청구를 인용하였고 이에 대하여 원고는 불복하지 아니하고 피고만이 불복·상고하고 있는 이상 앞서 본 바와 같은 법리오해를 이유로 삼아 피고의 상고를 받아들일 수는 없는 것이다."

4324) 회사의 이사선임 결의가 무효 또는 부존재임을 주장하여 그 결의의 무효 또는 부존재확인을 구하는 소송에서 회사를 대표할 자는 현재 대표이사로 등기되어 그 직무를 행하는 자이고, 그 대표이사가 무효 또는 부존재확인 청구의 대상이 된 결의에 의하여 선임된 이사라고 할지라도 그 소송에서 회사를 대표할 수 있는 자임에는 변함이 없으나, 대표이사에 대해 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분이 된 경우에는 그 가처분에 특별한 정함이 없는 한 직무대행자가 회사를 대표하여 소송을 수행하여야 한다(82다카1810, 95다31348).

4325) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다51820 판결: "상법 제369조 제1항에서 주식회사의 주주는 1주마다 1개의 의결권을 가진다고 하는 1주 1의결권의 원칙을 규정하고 있는바, 위 규정은 강행규정이므로 법률에서 위 원칙에 대한 예외를 인정하는 경우를 제외하고, 정관의 규정이나 주주총회의 결의 등으로 위 원칙에 반하여 의결권

사'에 대한 해임결의<sup>4326)</sup>는 그 효력이 없다.

### 3) 주주총회결의 부존재확인 소송

#### 가) 요건사실

주주총회결의 부존재확인 소송의 청구원인 요건사실은, '표현결의'(총회의 개최와 결의는 존재하나 형식상의 하자가 중대하여 법률적으로 부존재하는 것으로 평가되는 결의)의 경우 ① '주주총회가 소집되고 개최되어 총회 결의가 이루어진 사실', ② '총회의 소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 있는 사실'이다(상법 제380조). '비결의'(결의 자체가 없었음에도 의사록만 작성되는 등 외형상의 징표만 있는 것)의 경우,<sup>4327)</sup> 일반적인 소극적 확인의 소처럼 원고가 청구를 특정하여 주주총회결의의 존재를 부정하면, 피고 회사가 주주총회결의의 존재를 주장·증명<sup>4328)</sup>하여야 한다. 주주총회 자체가 소집된 바 없을 뿐만 아니라 결의서 등 그 결의의 존재를 인정할 아무런 외관적인 징표도 찾아볼 수 없는 경우(이른바 '무결의'), 주주총회결의부존재확인의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.<sup>4329)</sup>

을 제한하더라도 그 효력이 없다. 그런데 상법 제409조 제2항· 제3항은 '주주'가 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임에 있어서 그 의결권을 제한하고 ... 있을 뿐이므로, '최대주주가 아닌 주주와 그 특수관계인' 등에 대하여도 일정 비율을 초과하여 소유하는 주식에 관하여 감사의 선임 및 해임에 있어서 의결권을 제한하는 내용의 정관 규정이나 주주총회 결의 등은 무효라고 보아야 한다." <sup>4326)</sup> 주주의 의결권을 부당하게 제한하여 무효인 정관조항에 따라 원고 및 그 특수관계인 등의 의결권을 제한한 피고 주주총회의 감사선임결의는 '결의방법에 법령에 위반'한 하자가 있는 경우에 해당한다고 보아 그 취소를 구하는 원고의 청구를 인용한 예.

4326) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다285406 판결.

4327) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다13982 판결: "상법 제190조의 규정이 준용되는 같은 법 제380조 소정의 결의부존재확인 청구의 소에 있어서의 결의부존재라 함은 외형상 당해 회사의 주주총회로서 소집, 개최되어 결의가 성립하였으나 그 소집절차나 결의방법에 중대한 하자가 있어 법률상 결의의 부존재로 볼 수밖에 없는 경우만을 가리키고, 전혀 주주총회를 소집, 개최함이 없이 주주총회의사록만 작성하였거나 또는 외형상 당해 회사의 주주총회로 볼 수 없는 회의를 개최하여 의사록을 작성한 경우와 같이 외형상 당해 회사의 주주총회의 결의의 존재를 인정하기 어려운 경우는 여기에 해당하지 않는다고 보아야 할 것인바, 다만 후자의 경우에도 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 회사의 과반수 주식을 보유하거나 또는 과반수의 주식을 보유하지 않더라도 사실상 회사의 운영을 지배하는 주주인 경우와 같이 주주총회결의의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는 전자의 경우에 준하여 회사의 책임을 인정할 여지가 있을 것이다."

4328) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결: "주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가 증명책임을 부담하고 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 증명책임을 부담하는 것이 타당하다."

4329) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결: "주주총회 결의 부존재확인의 소에서 확인의 이익은 주주총회결의의 존재나 외관으로 인하여 회사를 둘러싼 현재의 권리 또는 법률관계에 장애가 생겨 그 부존재의 확인을 구함으로써 그 존재나 외관을 제거할 필요가 있는 경우 인정될 수 있다. 또한 확인의 소에서 확인의 이익이 있는지 여부는 직권조사사항이므로 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 판단하여야 한다. ... 원고는 ... 진정한 주주인 자신을 배제한 채 정관변경을 결의하였음을 이유로 부존재확인을 구하고 있다. ... '감사 선임의 건'에 관한 사항을 결의하였을 뿐 정관변경은 결의 대상이 아니었고, 주주총회 의사록에도 정관변경에 관한 결의가 기재되어 있지 않음을 알 수 있다. ... 원고가 부존재확인을 구하는 ... 결의는 그 존재를 인정할 외관적 징표를 찾아볼 수 없는 등 그 결의의 존재나 외관으로 인하여 회사를 둘러싼 현재의 권리 또는 법률관계





이후 상당한 기간이 경과하여 소집권한이 소멸된 상태에서 소집된 주주총회의 결의,<sup>4334)</sup> ③ 전체 발행주식의 68%를 소유하고 있던 주주들에게 소집통지를 하지 아니함에 따라 그들이 참석하지 아니한 가운데 나머지 일부 주주들만으로 개최한 임시주주총회에서 결의한 경우,<sup>4335)</sup> ④ 소집통지한 일시, 장소에서의 주주총회가 산회된 후, 같은 날 다른 시각에 다른 장소에서 과반수를 훨씬 넘는 일부주주들만이 모여서 주주총회결의를 한 경우,<sup>4336)</sup> ⑤ 제1결의가 부존재로 된 이상 제1결의에 기하여 선임된 대표이사는 적법한 주주총회의 소집권자가 될 수 없어 그에 의하여 소집된 주주총회에서 이루어진 제2결의 역시 법률상 결의부존재라고 본 예,<sup>4337)</sup> ⑥ 실제의 소집절차와 결의절차를 거치지 아니한 채 주주총회의 결의가 있었던 것처럼 주주총회 의사록이 지배주주에 의하여 허위로 작성된 경우<sup>4338)</sup> 등이 있다.

예. ㉠ 2010다13541; 임기만료로 퇴임한 이사 甲이 소집한 이사회에 甲과 임기만료로 퇴임한 이사 乙 및 이사 丙이 참석하여 丁을 대표이사에서 해임하고 甲을 대표이사로 선임하는 결의를 한 다음, 甲이 곧바로 소집한 주주총회에 甲, 乙, 丙이 주주로 참석하여 丁을 이사에서 해임하고 甲과 戊를 이사로 선임하는 결의를 한 사안에서, 위 이사회결의는 소집권한 없는 자가 소집하였을 뿐 아니라 이사가 아닌 자를 제외하면 이사 1인만 참석하여 이루어진 것이 되어 정관에 정한 소집절차 및 의결정족수에 위배되어 무효이고, 위 주주총회결의는 소집권한 없는 자가 이사회 결의 없이 소집한 주주총회에서 이루어진 것으로 그 하자가 중대하여 법률상 존재하지 않는다고 보아야 한다고 한 사례. ㉡ 주주총회의 소집을 일부 주주에게만 구두로 소집통지를 하였고, 그 총회 소집이 이사회에서 결정된 것이 아니며, 소집통지가 권한 있는 자에 의한 것이 아닌 경우(72다2611)도 마찬가지다.

4334) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결; “법원은 상법 제366조 제2항에 따라 총회의 소집을 구하는 소수주주에게 회의의 목적사항을 정하여 이를 허가할 수 있다. 이때 법원이 총회의 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우에도 소집허가를 받은 주주는 소집의 목적에 비추어 상당한 기간 내에 총회를 소집하여야 한다. 소수주주에게 총회의 소집권한이 부여되는 경우, 총회에서 결의할 사항은 이미 정해진 상태이고, 일정기간이 경과하면 소집허가결정의 기초가 되었던 사정에 변경이 생길 수 있기 때문이다. 소수주주가 아무런 시간적 제약 없이 총회를 소집할 수 있다고 보는 것은, 이사회 이외에 소수주주가 총회의 소집권한을 가진다는 예외적인 사정이 장기간 계속되는 상태를 허용하는 것이 되고, 이사회는 소수주주가 소집청구를 한 경우 지체 없이 소집절차를 밟아야 하는 것에 비해 균형을 상실하는 것이 된다. 따라서 총회소집허가결정일로부터 상당한 기간이 경과하도록 총회가 소집되지 않았다면, 소집허가결정에 따른 소집권한은 특별한 사정이 없는 한 소멸한다. 소집허가결정으로부터 상당한 기간이 경과하였는지 여부는 총회소집의 목적과 소집허가결정이 내려진 경우, 소집허가결정과 총회소집 시점 사이의 기간, 소집허가결정의 기초가 된 사정의 변경 여부, 뒤늦게 총회가 소집된 경위와 이유 등을 고려하여 판단하여야 한다.” ㉢ 법원의 주주총회소집 허가 결정 후 7년이 지나 소집된 주주총회는 소집허가결정에 따른 소집권한이 소멸된 상태에서 소집권한이 없는 자들에 의해 소집된 것으로서 그 결의는 부존재한다고 판단한 예.

4335) 92다40952. ㉠ 주주 모두에게 적법한 소집통지를 하지 아니하였고 주주 아닌 사람이 주주로 참석하여 의결한 경우(97다20649), 70% 주주에 대해 소집통지가 이루어지지 않은 경우(대법원 2024. 6. 13. 선고 2018다261322 판결)도 마찬가지이다. 위 2018다261322 등은, 일반론으로 “대부분의 주주에게 소집통지를 발송하지 아니하고 개최된 주주총회는 특별한 사정이 없는 한 그 성립과정의 하자가 너무나도 중대하여 사회통념상 총회 자체의 성립이 인정되기 어렵다.”라고 판시하고 있다.

4336) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다28235 판결.

4337) 92다28235.

4338) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다73020 판결; “주식회사에 있어서 총 주식을 한 사람이 소유한 이른바 ‘1인 회사’의 경우 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없으며, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 이 점은 한 사람이 다른 사람의 명의를 빌려 주주로 등재하였으나

## 바. 이 사

### 1) 이사·감사 지위의 취득과 상실

#### 가) 이사·감사 지위 취득의 요건

주식회사의 이사·감사의 지위를 취득하기 위한 요건으로는, ① ‘주주총회의 선임결의’가 있고 ② ‘피선임자의 승낙’만 있으면 되고,<sup>4339)</sup> 피선임자와 대표이사 간 별도의 ‘임용계약’ 체결은 필요치 않다.<sup>4340)</sup>

#### 나) 대표이사·이사·감사 지위의 상실

이사·감사는 임기<sup>4341)</sup> 만료(직무집행 정지 가처분이 임기 진행에 영향을 주지는 않는다),<sup>4342)</sup>

총 주식을 실질적으로 그 한 사람이 모두 소유한 경우에도 마찬가지라고 할 수 있을 것이나, 이와 달리 주식의 소유가 실질적으로 분산되어 있는 경우에는 상법상의 원칙으로 돌아가 실제의 소집절차와 결의절차를 거치지 아니한 채 주주총회의 결의가 있었던 것처럼 주주총회 의사록을 허위로 작성한 것이라면 설사 1인이 총 주식의 대다수를 가지고 있고 그 지배주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회 의사록이 작성되어 있다 하더라도 도저히 그 결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자가 있는 때에 해당하여 그 주주총회의 결의는 부존재하다고 보아야 할 것이다.”

4339) **상법 제382조(이사의 선임, 회사와의 관계 및 사외이사)** ① 이사는 주주총회에서 선임한다. ② 회사와 이사의 관계는 「민법」의 위임에 관한 규정을 준용한다. cf. **제296조(발기설립의 경우의 임원선임)** ① 전조의 규정에 의한 납입과 현물출자의 이행이 완료된 때에는 발기인은 지체 없이 의결권의 과반수로 이사와 감사를 선임하여야 한다. ② 발기인의 의결권은 그 인수주식의 1주에 대하여 1개로 한다. **제312조(임원의 선임)** 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다.

**제409조(선임)** ① 감사는 주주총회에서 선임한다. ② 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식의 총수의 100분의 3(정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있으며, 정관에서 더 낮은 주식 보유비율을 정한 경우에는 그 비율로 한다)을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 제1항의 감사의 선임에 있어서는 의결권을 행사하지 못한다. ③ 회사가 제368조의4제1항에 따라 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있도록 한 경우에는 제368조제1항에도 불구하고 출석한 주주의 의결권의 과반수로써 제1항에 따른 감사의 선임을 결의할 수 있다. ④ 제1항, 제296조제1항 및 제312조에도 불구하고 자본금의 총액이 10억원 미만인 회사의 경우에는 감사를 선임하지 아니할 수 있다. ⑤ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 그 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 회사, 이사 또는 이해관계인은 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다. ⑥ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 경우에는 제412조, 제412조의2 및 제412조의5제1항·제2항 중 “감사”는 각각 “주주총회”로 본다.

**제542조의5(이사·감사의 선임방법)** 상장회사가 주주총회에서 이사 또는 감사를 선임하려는 경우에는 제542조의4제2항에 따라 통지하거나 공고한 후보자 중에서 선임하여야 한다.

4340) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결.

4341) **상법 제383조(원수, 임기)** ① 이사는 3명 이상이어야 한다. 다만, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다. ② 이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다. ③ 제2항의 임기는 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장할 수 있다. ㉠ 제3항의 이사 임기 연장 규정은 이사의 임기가 최종 결산기의 말일과 당해 결산기에 관한 정기주주총회 사이에 만료되는 경우에 정관으로 그 임기를 정기주주총회 종결일까지 연장할 수 있도록 허용하는 규정이다(2010다13541).

**제410조(임기)** 감사의 임기는 취임 후 3년 내의 최종의 결산기에 관한 정기총회의 종결 시까지로 한다.

4342) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결: “주식회사의 이거나 감사를 피신청인으로 하여 그 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분이 있는 경우 가처분결정은 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없다. 나아가 위와 같은 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다.”

사임(사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한, '사임 의사표시 도달 시' 퇴임등기와 무관하게 지위를 상실하고, 그 후에는 마음대로 철회할 수 없다),<sup>4343)</sup> 해임, 가중처벌되는 특정재산범죄의 유죄판결 확정<sup>4344)</sup> 등으로 그 지위를 상실한다.

결원의 경우, 임기 만료 또는 사임으로 퇴임한 이사·감사는 후임 이사·감사가 취임할 때까지 이사·감사의 권리의무를 갖는다(이 경우 퇴임등기 기간의 기산점은 '후임이사의 취임일'이고, 그 전에는 퇴임등기만을 따로 신청할 수 없다).<sup>4345)</sup>

4343) ① 주식회사와 이사의 관계는 위임에 관한 규정이 준용되므로, 이사는 언제든지 사임할 수 있다. 사임은 상대방 있는 단독행위로서 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 효력이 발생하므로 그에 따른 등기가 마쳐지지 아니한 경우에도 이로써 이사의 지위를 상실하고(대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정), 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, ② 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2009다31260). ③ 대표이사에게 사표의 처리를 일임한 경우에는 사임 의사표시의 효과발생 여부를 대표이사의 의사에 따르도록 한 것이므로, 대표이사가 사표를 수리함으로써 사임의 효과가 생긴다(98다8615). 대표이사가 사임하는 경우에는 그 사임의 의사표시가 대표이사의 사임으로 그 권한을 대행하게 될 자에게 도달한 때에 사임의 효력이 발생하고 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없으나, 사임서 제출 당시 그 권한 대행자에게 사표의 처리를 일임한 경우에는 권한 대행자의 수리행위가 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2007다7256). ④ 상법 제411조는 "감사는 회사 및 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인의 직무를 겸하지 못한다."고 규정하는바, 만일 감사가 회사 또는 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인에 선임되거나, 반대로 회사 또는 자회사의 이사 또는 지배인 기타의 사용인이 회사의 감사에 선임된 경우에는, 그 선임행위는 각각의 선임 당시에 있어 현직을 사임하는 것을 조건으로 하여 효력을 가지고, 피선임자가 새로이 선임된 지위에 취임할 것을 승낙한 때에는, 종전의 직을 사임하는 의사를 표시한 것으로 해석하여야 한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결). ⑤ 회사의 이사로 등기되어 있던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하면서 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 상법 제394조 제1항(이사와 회사 간의 소에 관한 대표)은 적용되지 아니하므로 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람은 감사가 아니라 대표이사이다(2013마1273).

4344) 대법원 2022. 11. 10. 선고 2021다271282 판결; "특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제14조 제1항에 의하면, 이득액 5억 원 이상의 사기, 횡령 등 특정경제범죄법 제3조에 의하여 가중처벌되는 특정재산범죄로 유죄판결을 받은 사람은 법무부장관의 승인을 받은 경우가 아닌 한 유죄판결이 확정된 때부터 특정경제범죄법 제14조 제1항 각호의 기간 동안 유죄판결된 범죄행위와 밀접한 관련이 있는 기업체에 취업할 수 없다. 이는 유죄판결된 범죄사실과 밀접하게 관련된 기업체에 대한 취업을 제한함으로써 중요 경제범죄의 재발을 방지하고 이를 통하여 건전한 경제질서를 확립하며 나아가 국민경제 발전에 이바지하고자 하는 데 그 취지가 있다. ... 임기 만료 당시 이사 정원에 결원이 생기거나 후임 대표이사가 선임되지 아니하여 퇴임이사 또는 퇴임대표이사의 지위에 있던 중 특정재산범죄로 유죄판결이 확정된 사람은 유죄판결된 범죄행위와 밀접한 관련이 있는 기업체의 퇴임이사 또는 퇴임대표이사로서의 권리의무를 상실한다고 보아야 한다." ㉠ 위 제14조 제1항 각호는 취업제한기간의 종기에 관하여 규정한 것이고, 제2호의 '징역형의 집행유예기간이 종료된 날부터 2년'도 취업제한기간의 종기로써 집행유예기간은 취업제한기간에 포함된다(2022두44354).

4345) 상법 제386조(결원의 경우) ① 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다. ② 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사 기타의 이해관계인의 청구에 의하여 일시 이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있다. 이 경우에는 본점의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다. ㉡ 감사에 준용된다(제415조). ③ 제1항에 따라 이사의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사로 하여금 이사로서의 권리의무를 가지게 하는 것이 불가능하거나 부적당한 경우 등 필요한 경우에는 제2항에 정한 일시 이사의 직무를 행할 자의 선임을 법원에 청구할 수 있으므로, 이와는 별도로 그 직무집행의 정지를 구하는 가처분 신청은 허용되지 않으나, 퇴임 당시에 이사의 원수가 충족되어 있는 경우라면 퇴임이사는 임기의 만료 또는 사임과 동시에 당연히 이사로서의 권리의무를 상실함에도 불구하고 그 이사가 여전히 이사로서의 권리의무를 실제로 행사하고 있는 경우('사실상 퇴임이사')에는 그 권리의무의 부존재확인청구권을 피보전권리로 하여 직무집행의 정지를 구하는 가처분신청이 허용된다

대표이사는 이사회 의사결의 대표이사직 해임 결의, 주주총회의 이사직 해임 결의로 대표이사직을 상실한다.<sup>4346)</sup>

#### 다) 임기 만료 전 해임과 이사·감사의 손해배상 청구

상법 제385조 제1항,<sup>4347)</sup> 제415조(감사 준용규정)에 따라, 이사·감사<sup>4348)</sup>는 언제든지 주주총회의 특별결의(출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식 총수의 3분의 1 이상)로 해임할 수 있으나, 이사·감사의 임기를 정한 경우<sup>4349)</sup>에 ‘정당한 이유 없이’(정당한 이유가 없다는 점)에 관한 증명책임은 손해배상을 청구하는 이사·감사가 부담한다<sup>4350)</sup> 그 임기만료 전에 해임<sup>4351)</sup>한 때에는 그 이사·감사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해(다른 직장에서의 이익을 직권으로 ‘손익공제’해야 한다)<sup>4352)</sup>의 배상(법정책임)을 청구할 수 있다.<sup>4353)</sup> 위 규정은 이

(2009마1311). ② 이사의 퇴임등기를 하여야 하는 2주 또는 3주의 기간은 일반의 경우처럼 퇴임한 이사의 퇴임일부터 기산하는 것이 아니라 후임이사의 취임일부터 기산하고, 후임이사가 취임하기 전에는 퇴임한 이사의 퇴임등기만을 따로 신청할 수 없다(2007마311).

4346) 대법원 2022. 9. 7.자 2022마5372 결정; “정관에 다른 규정이 없으면 대표이사는 이사회 결의로 이사 중에서 선임되므로(상법 제389조), 대표이사가 이사직을 상실하면 자동적으로 대표이사직도 상실한다. 따라서 대표이사는 이사회 결의로 대표이사직에서 해임되는 경우뿐만 아니라 주주총회 결의로 이사직에서 해임되는 경우에도 대표이사직을 상실하게 된다.”

4347) 상법 제385조(해임) ① 이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다. 그러나 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.

4348) 상법 제385조 제1항에서 해임대상으로 정하고 있는 ‘이사’에 ‘임기만료 후 이사로서의 권리의무를 행사하고 있는 퇴임이사’는 포함되지 않는다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2020다285406 판결).

4349) ‘임기를 정한 경우’라 함은 정관 또는 주주총회의 결의로 임기를 정하고 있는 경우를 말하고, 이사의 임기를 정하지 않은 때에는 이사의 임기의 최장기인 3년을 경과하지 않는 동안에 해임되더라도 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 없으며, 상법 제383조 제2항과 동일하게 “이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다.”고 규정하고 있는 회사 정관이 이사의 임기를 3년으로 정하는 취지라고 해석할 수는 없다(2001다23928).

4350) 대법원 2023. 8. 31. 선고 2023다220639 판결; “상법 제385조 제1항은 … 주주총회에 의한 이사 해임의 자유를 보장하는 한편, 임기가 정하여진 이사의 임기에 대한 기대를 보호하기 위하여 정당한 이유 없이 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 회사가 손해배상책임을 부담하도록 함으로써, 주주의 회사에 대한 지배권 확보와 경영자 지위의 안정이라는 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이다. 여기에서 ‘정당한 이유’란 주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 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 경우를 의미한다. 위 조항에 따라 회사가 이사에 대하여 부담하는 손해배상책임은 회사의 고의나 과실을 묻지 않고 그 책임을 인정하는 법정책임에 해당한다. 이러한 상법 제385조 제1항의 문언 내용과 규정 취지, 손해배상책임의 법적 성질 등을 고려하면, 정당한 이유가 있는지 여부는 해임결의 당시 객관적으로 존재하는 사유를 참작하여 판단할 수 있고, 주주총회에서 해임사유로 삼거나 해임결의 시 참작한 사유에 한정되는 것은 아니다.” ■ 회사 자체에 부도 등 경영상의 어려움으로 인원축소필요 등의 객관적인 경영상의 필요성이 발생한 경우도 포함된다(2004다47529).

4351) 의원면직의 형식으로 해임된 경우에는 적용되지 않는다(92다3298).

4352) 이사·감사가 해임으로 인하여 ‘남은 임기 동안 회사를 위한 위임사무 처리에 들이지 않게 된 자신의 시간과 노력을 다른 직장에 종사하여 사용함으로써 얻은 이익’이 해임과 사이에 상당인과관계가 인정된다면 해임으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서 이를 공제하여야 한다(2011다42348).

4353) 이사가 자신의 의사에 반하여 해임될 경우 회사가 ‘해직보상금’을 지급하기로 약정한 경우, 이사가 회사에 해직보상금을 청구하기 위해서는 이사 보수에 관한 상법 제388조의 준용 내지 유추적용으로 ‘주주총회의 결의’가 있어야 한다(2004다49570).

사회가 대표이사를 해임한 경우에 유추적용되지 않는다.<sup>4354)</sup>

#### 라) 소수주주의 이사·감사 해임의 소

상법 제385조 제2항,<sup>4355)</sup> 제415조에 따라, 이사·감사가 그 직무에 관하여 부정 행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 소수주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월 내에 그 이사·감사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

#### 마) 이사·감사 지위 존부 확인 청구

이사·감사 지위 존부 확인 소송의 피고적격자는 회사이다.<sup>4356)</sup> 원고의 이사·감사 지위 확인 청구에 관한 법원의 심리 도중 임기가 만료되고 후임이 선임된 경우, 곧바로 부적법 각하할 것이 아니라, 원고에게 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 석명하고 그 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다.<sup>4357)</sup>

4354) 이사는 주주총회가 선임·해임하고 회사의 의사결정기관의 하나인 이사회에 구성원으로서 3년을 초과하지 아니하는 임기를 정할 수 있지만, 대표이사는 이사회가 이사 중에서 선정·해임하는 것이 원칙이고 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표하는 기관으로서 통상 별도의 임기를 정하지 아니하는 점에서 이사와 대표이사는 그 지위와 성질, 권한이 다르고, 대표이사는 이사회에 경영판단 등에 따라 언제든지 해임할 수 있으므로 주주총회의 이사 해임과 이사회에 대표이사 해임이 유사한 사실이라고 할 수 없으며, 상법 제385조 제1항은 주주의 회사에 대한 지배권 확보와 경영자 지위의 안정이라는 주주와 이사의 이익을 조화시키려는 규정이고, 이사의 보수청구권을 보장하는 것을 주된 목적으로 하는 규정이라 할 수 없으므로, 이를 이사회가 대표이사를 해임한 경우에도 유추적용할 것은 아니고, 원고가 대표이사 지위의 해임으로 무보수, 비상근의 이사로 되었다고 하여 달리 볼 것도 아니다(2004다25123).

4355) 상법 제385조(해임) ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다. ③ 제186조의 규정은 전항의 경우에 준용한다. ➀ 소수주주의 이사 해임의 소를 피보전권리로 하는 이사의 직무집행정지 신청은 본안의 소송이 제기된 경우뿐만 아니라 급박한 경우에는 본안소송의 제기 전에라도 할 수 있으나, 특별히 급박한 사정이 없는 한 해임의 소를 제기할 수 있을 정도의 절차요건을 거친 흔적이 소명되어야 피보전권리의 존재가 소명되는 것이고, 그 가처분의 보전의 필요성도 인정될 수 있다(95마837). ➁ 제2항의 해임사유의 예로는, 상법 제628조 제1항에 의하여 처벌 대상이 되는 납입 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위(2010다35985), 회사의 이사가 회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 하여 오다가 영업활동을 개시하기 전에 다른 회사의 이사 및 대표이사직을 사임한 경업금지의무 위반 행위(92다53583)를 들 수 있다. ➂ 상장회사의 경우 소수주주권에 관한 특례규정(제542조의6 제3항)과 함께 선택적으로 주장할 수 있다(제10항).

4356) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결; 원고회사의 주주인 원고 1은, 피고가 원고회사의 사내이사로서 회사의 경영에 참여하거나 업무를 집행함으로써 회사에 손해가 발생하고, 그에 따라 주주인 원고 1이 불이익을 입게 되는 불만이나 위험을 제거하기 위한 목적에서, 피고의 사내이사 지위 부존재확인의 소를 제기하였는데, 원고 1로서는 원고회사를 상대로 위 확인을 받아야만 피고가 원고회사의 경영이나 업무에 참여하는 것을 배제할 수 있고, 피고 개인을 상대로 위 확인판결을 받더라도 그 효력은 원고회사에 미치지 아니하므로, 원고 1의 이 사건 소는 피고의 이사 지위를 둘러싼 당사자들의 분쟁을 근본적으로 해결하는 유효적절한 수단이라고 볼 수 없어, 확인의 이익이 없다고 판단한 예.

4357) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018다249148 판결; “원고가 주식회사인 피고의 감사 지위에 있었는지 여부는 이를 전제로 한 원고의 다른 권리나 법률상 지위 등에 영향을 미칠 수 있다. … 감사로서 임기 중 보수를 지급받

## 2) 이사·감사의 보수청구권

이사·감사는 상법 제388조,<sup>4358)</sup> 제415조(준용규정)에 따라 정관 또는 주주총회 결의에서 정한 금액·지급시기·지급방법에 의하여<sup>4359)</sup> 보수<sup>4360)</sup>를 받을 수 있다.

지 못한 데에 따른 손해배상청구 등을 할 수 있다. ... 원고의 손해가 피고의 대표이사의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이라면 ... 대표이사 개인도 피고와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다. 따라서 과거의 법률관계가 되었더라도 ... 원고의 감사 지위 존부에 대하여 기판력 있는 확인판결을 받는 것은 위와 같은 후속 분쟁을 보다 근본적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있다. ... 원고가 이 사건 소를 제기할 당시는 물론 대법원이 원고의 감사 지위 확인 청구를 받아들이는 취지의 환송판결을 할 당시에도 감사로서의 임기가 충분히 남아 있었는데, 원심의 심리 도중 원고의 임기가 만료되고 후임 감사가 선임됨에 따라 원고의 감사 지위 확인 청구는 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다. ... 원심으로서는 종전의 감사 지위 확인 청구가 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이 되었다는 등의 이유로써 곧바로 이를 부적법 각하할 것이 아니라 원고에게 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위해 과거의 법률관계에 대한 확인을 구할 이익이나 필요성이 있는지 여부를 설명하고 이에 관한 의견을 진술하게 하거나 청구취지를 변경할 수 있는 기회를 주어야 한다.”(소를 부적법 각하한 원심판결을 직권 판단으로 파기한 예) ■ 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다207967 판결; 피고 회사의 이사로 근무하던 원고가 임기 만료로 퇴사하였는데, 피고 회사의 이사 정원이 부족하다는 이유로 자신이 현재 이사의 지위에 있음에 대한 확인을 구하였다가, 새로운 이사가 선임되자 퇴사 이후부터 새로운 이사 선임 시까지 이사의 지위에 있었고 그 기간에 이사보수청구권이 발생하였다고 주장하면서 과거의 법률관계인 ‘위 일정기간 이사 지위에 있었음’에 대한 확인을 구하는 취지로 청구를 변경한 사안에서, 과거 법률관계에 대한 확인의 소는 권리보호이익이 없음이 원칙이고 이사보수청구권의 발생 가능성만으로는 예외적으로 확인의 이익을 인정하기 부족하며, 법원으로는 당사자가 과거 법률관계의 확인을 구하는 취지로 청구를 변경한 경우 직권조사사항인 확인의 이익 유무를 보다 구체적으로 심리하여 당사자에게 청구취지 변경 등을 설명하였어야 한다는 이유로, 원고가 과거의 이사 지위 확인을 구할 이익이 있다고 본 원심을 파기한 사례.

4358) 상법 제388조(이사의 보수) 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다. ■ 이는 이사가 자신의 보수와 관련하여 개인적 이익을 도모하는 폐해를 방지하여 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 강행규정이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4359) ○ 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결; “상법 제361조는 ‘주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다.’라고 규정하고 있는데, 이러한 주주총회 결의사항은 반드시 주주총회가 정해야 하고 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 이를 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다. 따라서 정관 또는 주주총회에서 임원의 보수 총액 내지 한도액만을 정하고 개별 이사에 대한 지급액 등 구체적인 사항을 이사회에 위임하는 것은 가능하지만, 이사의 보수에 관한 사항을 이사회에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 아니한다. 그리고 주주총회에서 이사의 보수에 관한 구체적 사항을 이사회에 위임한 경우에도 이를 주주총회에서 직접 정하는 것도 상법이 규정한 권한의 범위에 속하는 것으로서 가능하다.”

○ 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다16092 판결; “퇴직금 청구권은 이사가 퇴직할 때 유효하게 적용되는 정관의 퇴직금 규정에 의하거나 주주총회의 퇴직금 지급결의가 있을 때 비로소 발생하는 것인바, ... 피고 회사가 정관으로 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금의 구체적 액수를 일정 범위의 퇴직 당시 급여액과 지급률, 근속연수를 기초로 산정하도록 정하였다가, 그 정관을 변경하여 지급률을 감축한 경우라도, 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금을 산출할 때에는 전체 근속 기간에 대하여 퇴직 당시 주주총회의 결의에 의하여 적법하게 변경된 정관의 퇴직금 규정에 따른 지급률을 적용하여야 하지, 퇴직금에 관한 정관 규정 변경 전후의 기간을 나누어서 변경 전 근속 기간에 대하여 변경 전의 정관 규정에 따른 지급률을 적용할 것은 아니다.”

○ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다57684 판결; 주식회사의 임원보수규정에서 퇴직금의 감액 사유로 정한 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’는 퇴직자에게 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 경우로 보아야 한다고 본 사례.

4360) 보수에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 회사가 성과급, 특별성과급 등의 명칭으로 경영성과에 따라 지급하는 금원이나 성과 달성을 위한 동기를 부여할 목적으로 지급하는 금원도 마찬가지이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결). 퇴직금 내지 퇴직위로금도 재직 중의 직무집행의 대가로 지급되는 보수의 일종이고(2012다98720), 퇴직금을 미리 정산하여 지급받는 형식을 취하는 퇴직금 중간정산금도 퇴직금과 성격이 동일하다(대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결). 주식회사와 이사가 고용계약에서 이사가 자신의 의사에 반하여 해임될 경우 주식회사가 퇴직위로금 외에 ‘해직 보상금’을 지급하기로 약정한 경우, 이사의 보수에 관한 상법 제388조를 준용 내지 유추적용하여 이사는 해직

정관 또는 주주총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 회사가 그 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없고, 그러한 주주총회 결의는 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.<sup>4361)</sup> 정관에서 퇴직 이사에 대한 퇴직금액의 범위를 구체적으로 정한 다음, 재임 중 공로 등을 고려하여 이사회가 그 금액을 결정할 수 있도록 규정하고 있는 경우, 이사회 결의가 없음을 이유로 회사가 정관에 구체적으로 정한 범위 안에서의 퇴직금의 지급을 거절할 수는 없다.<sup>4362)</sup>

이른바 ‘명목상 이사·감사’도 특별한 사정 ①(= 이사·감사를 선임하거나 보수를 정한 주주총회 결의의 효력이 무효이거나 또는 소극적인 직무 수행이 주주총회에서 그 이사·감사를 선임하면서 예정하였던 직무 내용과 달라 주주총회에서 한 선임 결의 및 보수지급 결의에 위배되는 배임적인 행위에 해당하는 등)이 없는 한, 회사에 대하여 정관의 규정 또는 주주총회의 결의로 결정된 보수의 청구권을 갖는다.<sup>4363)</sup> 그리고 특별한 사정 ②(= 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을

보상금에 관하여도 정관에서 그 액을 정하지 않는 한 주주총회 결의가 있어야만 회사에 대하여 이를 청구할 수 있다(2004다49570).

4361) ○ 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결: “유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정하였다면, 그 보수액은 임용계약의 내용이 되어 그 당사자인 회사와 이사 쌍방을 구속하므로, 그 이사가 보수의 변경에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 적어도 직무의 내용에 따라 보수를 달리 지급하거나 무보수로 하는 보수체계에 관한 내부규정이나 관행이 존재함을 알면서 이사직에 취임한 경우와 같이 직무내용의 변동에 따른 보수의 변경을 감수한다는 묵시적 동의가 있었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 유한회사가 그 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없다. 따라서 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 하더라도, 이러한 사원총회 결의는 그 결의 자체의 효력과 관계없이 그 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.” ☞ 피고 유한회사의 사원이자 이사인 원고들이 피고 회사가 사원총회를 열어 원고들의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 보수감액 결의의 무효확인을 구한 사안에서, 원고들의 법적 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다 하여 직권으로 파기자판, 소각하한 사례.

○ 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1742 판결: “상법 388조 … 에 근거하여 정관이나 주주총회의 결의로 퇴직위로금의 액이 결정되었다면 주주총회에서 특정된 퇴임한 이사에 대하여 그 보수청구권을 박탈하거나 이를 감액하는 결의를 하였다 하여도 이는 위 상법 388조의 법리와 이사의 보수청구권의 성질상 그 효력이 없다 할 것이며 피고회사의 임원퇴직위로금규정 2조 중 주주총회의 승인을 얻어 지급한다는 부분의 취지도 퇴직금위로금 지급여부를 결정한다는 뜻으로는 볼 수 없고 다만 피고회사에 있어서 임원의 퇴직위로금의 지급시기와 방법 등을 규제하려는 내부적인 절차를 규정한 것이라고 해석함이 타당하다.”

4362) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003다16092 판결: “회사가 정관에서 퇴직하는 이사에 대한 퇴직금액의 범위를 구체적으로 정한 다음, 다만 재임 중 공로 등 여러 사정을 고려하여 이사회가 그 금액을 결정할 수 있도록 하였다면, 이사회로서는 퇴직한 이사에 대한 퇴직금액을 정하면서, 퇴임한 이사가 회사에 대하여 배임 행위 등 명백히 회사에 손해를 끼쳤다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 재임 중 공로의 정도를 고려하여 정관에서 정한 퇴직금액을 어느 정도 감액할 수 있을 뿐, 퇴직금 청구권을 아예 박탈하는 결의를 할 수는 없으므로, 이사회가 퇴직한 이사에 대한 퇴직금을 감액하는 등의 어떠한 결의도 하지 않았을 경우 회사로서는 그와 같은 이사회 결의가 없었음을 이유로 퇴직한 이사에 대하여 정관에 구체적으로 정한 범위 안에서의 퇴직금의 지급을 거절할 수는 없다고 보아야 한다.”

4363) ○ 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다236311 판결: “법적으로는 주식회사 이사·감사의 지위를 갖지만 회사와의 명시적 또는 묵시적 약정에 따라 이사·감사로서의 실질적인 직무를 수행하지 않는 이른바 명목상 이사·감사도 법인인 회사의 기관으로서 회사가 사회적 실체로서 성립하고 활동하는 데 필요한 기초를 제공함과 아울러 상법이 정한 권한과 의무를 갖고 그 의무 위반에 따른 책임을 부담하는 것은 일반적인 이사·감사와 다를 바 없으므로, 과다한 보수에 대한 사법적 통제의 문제는 별론으로 하더라도, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 회사에 대하여 상법 제388조, 제415조에 따라 정관의 규정 또는 주주총회의 결의에 의하여 결정된 보수의



정도로 과다하거나, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임하였다는 등)이 있는 경우에는, 보수청구권의 일부 또는 전부에 대한 행사가 제한되고, 회사는 합리적이라고 인정되는 범위를 초과하여 지급된 보수의 반환을 구할 수 있다.<sup>4364)</sup>

이사·감사가 회사에 대하여 보수의 지급을 청구하는 경우, 이사·감사는 청구원인사실로서 ‘이사·감사의 보수 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 정관 또는 주주총회의 결의가 존재한 사실’을 주장·증명하여야 하고,<sup>4365)</sup> 회사 측은 항변사실로서 ‘보수청구권 행사

청구권을 갖는다고 할 것이다.”

○ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결: “주식회사의 주주총회에서 이사·감사로 선임된 사람이 주식회사와 계약을 맺고 이사·감사로 취임한 경우에, 상법 제388조, 제415조에 따라 정관 또는 주주총회 결의에서 정한 금액·지급시기·지급방법에 의하여 보수를 받을 수 있다. 이에 비추어 보면, 비록 주주총회에서 선임된 이사·감사가 회사와의 명시적 또는 묵시적 약정에 따라 그 업무를 다른 이사 등에게 포괄적으로 위임하고 이사·감사로서의 실질적인 업무를 수행하지 않는 경우라 하더라도 이사·감사로서 상법 제399조, 제401조, 제414조 등에서 정한 법적 책임을 지므로, 그 이사·감사를 선임하거나 보수를 정한 주주총회 결의의 효력이 무효이거나 또는 위와 같은 소극적인 직무 수행이 주주총회에서 그 이사·감사를 선임하면서 예정하였던 직무 내용과 달라 주주총회에서 한 선임 결의 및 보수지급 결의에 위배되는 배임적인 행위에 해당하는 등의 특별한 사정이 없다면, 위와 같은 소극적인 직무 수행 사유만을 가지고 그 이사·감사로서의 자격을 부정하거나 주주총회 결의에서 정한 보수청구권의 효력을 부정하기는 어렵다.”

4364) ○ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결: “이사·감사의 소극적인 직무 수행에 대하여 보수청구권이 인정된다 하더라도, 이사·감사의 보수는 직무 수행에 대한 보상으로 지급되는 대가로서 그 이사·감사가 회사에 대하여 제공하는 반대급부와 그 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하므로 그 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하거나, 오로지 보수의 지급이라는 형식으로 회사의 자금을 개인에게 지급하기 위한 방편으로 이사·감사로 선임하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 보수청구권의 일부 또는 전부에 대한 행사가 제한되고 회사는 합리적이라고 인정되는 범위를 초과하여 지급된 보수의 반환을 구할 수 있다고 봄이 타당하다. 이때 보수청구권의 제한 여부와 그 제한 범위는, 소극적으로 직무를 수행하는 이사·감사가 제공하는 급부의 내용 또는 직무 수행의 정도, 지급받는 보수의 액수와 회사의 재무상태, 실질적인 직무를 수행하는 이사 등의 보수와의 차이, 소극적으로 직무를 수행하는 이사·감사를 선임한 목적과 그 선임 및 자격 유지의 필요성 등 변론에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결: “상법이 정관 또는 주주총회의 결의로 이사의 보수를 정하도록 한 것은 이사들의 고용계약과 관련하여 사익 도모의 폐해를 방지함으로써 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 비록 보수와 직무의 상관관계가 상법에 명시되어 있지 않더라도 이사가 회사에 대하여 제공하는 직무와 그 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하며, 회사의 재무 상황이나 영업실적에 비추어 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하여서는 아니 된다. 따라서 회사에 대한 경영권 상실 등에 의하여 퇴직을 앞둔 이사가 회사로부터 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 이사의 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비추어 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어난 보수 지급 기준을 마련하고 그 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 회사를 위하여 직무를 충실하게 수행하여야 하는 상법 제382조의3에서 정한 의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 배임행위에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤다고 하더라도 그러한 위법행위가 유효하다 할 수는 없다.”

4365) ○ 대법원 2019. 7. 4. 선고 2017다17436 판결: “상법 제388조 … 강행규정이다. 따라서 정관 등에서 이사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정되어 있는 경우 그 금액·지급방법·지급시기 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사의 보수 청구권을 행사할 수 없다. 이사의 퇴직금은 상법 제388조에 규정된 보수에 포함되고, 퇴직금을 미리 정산하여 지급받는 형식을 취하는 퇴직금 중간정산금도 퇴직금과 성격이 동일하다. … 퇴직금 중간정산금은 지급시기가 일반적으로 정해져 있는 정기적 보수 또는 퇴직금과 달리 권리자인 이사의 신청을 전제로 이사의 퇴직 전에 지급의무가 발생하게 되므로, 이사가 중간정산의 형태로 퇴직금을 지급받을 수 있는지 여부는 퇴직금의 지급시기와 지급방법에 관한 매우 중요한 요소이다. … 정관 등에서 이사의 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 규정하면서 퇴직금의 액수에 관하여만

가 배제, 제한되는 위 특별한 사정 ①, ②'를 주장·증명하여야 한다. 회사 측이 이사·감사에 대하여 급여 등의 명목으로 지급한 돈이 부당이득에 해당한다 하여 그 반환을 청구<sup>4366)</sup>하는 경우, 회사 측이 청구원인사실로서 '위와 같은 정관 또는 주주총회의 결의가 없었는 사실'이나, <sup>4367)</sup> '보수청구권 행사가 배제, 제한되는 위 특별한 사정 ①, ②'를 주장·증명하여야 한다.

이사의 보수청구권에는 임금채권의 소멸시효기간(3년)이 적용되지 아니하고<sup>4368)</sup> 상사시효기간(5년)이 적용된다.

정하고 있다면, 퇴직금 중간정산에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없는 한 이사는 퇴직금 중간정산금 청구권을 행사할 수 없다.”

○ 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결; “주식회사에 있어서 회사가 설립된 이후 총 주식을 한 사람이 소유하게 된 이른바 1인회사의 경우에는 그 주주가 유일한 주주로서 주주총회에 출석하면 전원 총회로서 성립하고 그 주주의 의사대로 결의가 될 것이 명백하므로 따로 총회소집절차가 필요 없고, 실제로 총회를 개최한 사실이 없었다 하더라도 그 1인 주주에 의하여 의결이 있었던 것으로 주주총회의사록이 작성되었다면 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 이는 실질적으로 1인회사인 주식회사의 주주총회의 경우도 마찬가지이며, 그 주주총회의사록이 작성되지 아니한 경우라도 증거에 의하여 주주총회 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다.”(임원퇴직금지급규정에 관하여 주주총회 결의가 있거나 주주총회의사록이 작성된 적은 없으나 위 규정에 따른 퇴직금이 사실상 1인회사(총 발행주식의 약 98%를 소유하고 있는 가족회사)의 실질적 1인 주주의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 지급되었다면 위 규정에 대하여 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다고 한 사례). ⇔ 1인회사가 아닌 주식회사에서는 특별한 사정이 없는 한, 주주총회의 의결 정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회에서 그러한 내용의 결의가 이루어질 것이 명백하다거나 또는 그러한 내용의 주주총회 결의가 있었던 것과 마찬가지라고 볼 수는 없다(대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다241515, 241522 판결; ‘지배주주’ 승인 사안). 특별성과급을 지급 받을 때 주주총회의 결의 없이 회사의 대주주에 불과한 사내이사인 소외인의 의사결정만 있었다면, 주주총회를 개최하였더라도 결의가 이루어졌을 것이 예상된다는 사정만으로 결의가 있었던 것과 같게 볼 수는 없고, 특별성과급의 일부가 주주총회에서 정한 이사의 보수한도액 내에 있다는 사정만으로 그 부분의 지급을 유효하다고 볼 수도 없다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4366) 회사가 소득세 등 원천징수세액을 공제하고 지급한 경우, 원천징수세액을 제외하고 실제 지급받은 금원을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 약의의 수익자인 경우 지급받은 날 이후의 법정이자를 붙여 반환할 책임이 있다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다290436 판결).

4367) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다213308 판결은, 피고들이 이사·감사로서 급여 등의 명목으로 지급받은 돈이 부당이득에 해당한다 하여 그 반환을 구한 사안에서, 이사가 회사에 대하여 보수의 지급을 청구한 사안인 2004다25123 판결, 2012다98720 판결을 참조판결로 하여 “상법 제388조는 … 강행규정으로서 정관에서 이사·감사의 보수에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 되어 있는 경우에 그 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없다면 이사·감사는 보수를 청구할 수 없으며, 이사·감사는 그 주주총회의 결의가 있었음에 관하여 증명책임을 진다.”고 하면서, 원심이, 피고들의 보수액에 관한 주주총회의 결의가 없었다는 사실을 원고가 증명하여야 한다는 전제에서, 보수액을 정한 주주총회의 결의가 없었다는 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어, 주주총회의 결의 없이 피고들에게 보수를 지급한 것은 상법의 강행규정에 위반하여 무효라는 원고의 주장을 배척한 것은 증명책임에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시했으나, 손실자의 급부에 의한 부당이득(급부부당이득)의 경우에는 부당이득반환을 구하는 측에서 청구원인 사실로서 부당이득반환청구의 요건인 ‘법률상 원인의 결여’(법률상 ‘법률상 원인 없음’) 즉, 급부행위의 무효, 취소, 해제 등의 사유를 주장·증명하여야 하므로, 원심의 판시가 타당하다.

4368) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2268 판결. “일반채권의 시효규정이 적용되어야 할 것이다.”라고 판시하고 있으나, 회사가 영업을 위하여 이사와 체결하는 위임계약은 보조적 상행위에 해당하고, 상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있으므로, 5년의 상사시효에 걸리게 된다고 봄이 타당하다.

### 3) 대표이사

#### 가) 대표이사의 권한과 대표권의 남용

대표이사는 회사의 권리능력<sup>4369)</sup> 범위 내에서 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한<sup>4370)</sup>이 있다(상법 제389조③, 제209조①).<sup>4371)</sup> 공동대표이사 중 1인이 다른 공동대표이사에게 일반적 포괄적으로 그 대표권의 행사를 위임함은 허용되지 않는다.<sup>4372)</sup>

대표이사가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 대표권 범위 내에서 그 권한을 남용한 경우, 회사(피고)는 거래상대방(원고)이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었음(상대방의 악의·과실)을 주장·증명하여 그 행위의 무효를 주장(항변)할 수 있다.<sup>4373)</sup>

#### 나) 대표권의 제한과 이사회 결의 없는 거래행위의 효력

주식회사의 대외적 거래행위<sup>4374)</sup>에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의

4369) 회사의 권리능력은 회사의 설립 근거가 된 법률과 회사의 정관상의 목적에 의하여 제한되나 그 목적범위 내의 행위라 함은 정관에 명시된 목적 자체에 국한되는 것이 아니라 그 목적을 수행하는 데 있어 직접, 간접으로 필요한 행위는 모두 포함되고 목적수행에 필요한지의 여부는 행위자의 주관적, 구체적 의사가 아닌 행위 자체의 객관적 성질에 따라 판단하여야 할 것인데, 그 판단에 있어서는 거래행위를 업으로 하는 영리법인으로서 회사의 속성과 신속성 및 정형성을 요체로 하는 거래의 안전을 충분히 고려하여야 할 것인바, 회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는 그것이 상법상의 대표권 남용에 해당하여 무효로 될 수 있음은 별론으로 하더라도 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위이다(2005다480).

4370) 채권자 등의 신청에 의해 채무자 회사에 대한 회생절차개시결정이 내려진 때에는 기존 대표자가 회사를 대표하여 즉시항고를 제기할 수 있다(대법원 2021. 8. 13.자 2021마5663 결정).

4371) 상법 제389조(대표이사) ① 회사는 이사회의 결의로 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다. 그러나 정관으로 주주총회에서 이를 선정할 것을 정할 수 있다. ② 전항의 경우에는 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정할 수 있다. ③ 제208조제2항, 제209조, 제210조와 제386조의 규정은 대표이사에 준용한다.

상법 제209조(대표사원의 권한) ① 회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다. ② 전항의 권한에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

상법 제210조(손해배상책임) 회사를 대표하는 사원이 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 사원과 연대하여 배상할 책임이 있다.

4372) 주식회사에 있어서 공동대표제도를 인정하는 것은 대외관계에서 수인의 대표이사가 공동으로만 대표권을 행사할 수 있게 하여 업무집행의 통일성을 확보하고, 대표권 행사의 신중을 기함과 아울러 대표이사 상호간의 견제에 의하여 대표권의 남용 내지는 오용을 방지하여 회사의 이익을 도모하려는데 그 취지가 있으므로 공동대표이사의 1인이 특정사항에 관하여 개별적으로 대표권의 행사를 다른 공동대표이사에게 위임함은 별론으로 하고, 일반적 포괄적으로 그 대표권의 행사를 위임함은 허용되지 않는다(89다카3677).

4373) ○ 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결; “대표이사가 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 것이며, 이는 민법상 법인의 대표자가 대표권한을 남용한 경우에도 마찬가지이다.” ☞ 대표권이나 대리권 남용에 관하여 민법 제107조(비진의표시) 제1항 단서를 유추적용하여 상대방이 ‘악의’ 또는 ‘유과실’인 경우 무효로 보는 견해를 취한 것으로서 대다수 판례의 입장이다.

○ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016다222453 판결; “주식회사의 대표이사가 그 대표권의 범위 내에서 한 행위는 설사 대표이사가 회사의 영리 목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일응 회사의 행위로서 유효하다. 그러나 그 행위의 상대방이 그와 같은 정을 알았던 경우에는 그로 인하여 취득한 권리를 회사에 대하여 주장하는 것이 신의칙에 반하므로 회사는 상대방의 악의를 입증하여 그 행위의 효력을 부인할 수 있다고 함이 상당하다.” ☞ 대표권이나 대리권 남용에 관하여 신의칙을 적용하여 상대방이 ‘악의’인 경우 무효로 보는 견해를 취한 것으로서 일부 판례의 입장이다.

대표권을 제한한 경우(회사 정관이나 이사회 규정 등에 의한 '내부적 제한'이든 상법 제393조 제1항에 따른 '법률상 제한'<sup>4375)</sup>이든 둘 다 마찬가지이다) '선의'의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호되고(상법 제389조③), '선의'에 무과실까지 필요하지는 않지만 '중대한 과실'이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없어 거래행위는 무효이다.<sup>4376)</sup>

이 경우 거래상대방이 원고로서 회사에 대하여 거래행위에 기한 이행을 구하기 위해서

4374) 주식회사의 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 설령 신주발행에 관한 이사회의 결의가 없거나 이사회 결의에 하자가 있더라도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다(2005다 77060, 77077).

4375) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결; “대표권은 법률 규정에 따라 제한될 수도 있고(이를 ‘법률상 제한’이라 한다) 회사의 정관, 이사회 결의 등의 내부적 절차, 내부 규정 등에 따라 제한될 수도 있다(이를 ‘내부적 제한’이라 한다). 법률상 제한에 해당하는 대표적인 경우는 상법 제393조 제1항이다. ... 주식회사가 중요한 자산을 처분하거나 대규모 재산을 차입하는 등의 업무집행을 할 경우에 이사회가 직접 결의하지 않고 대표이사에게 일임할 수는 없다. 즉, 이사회가 일반적·구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상업무에 속하지 않은 중요한 업무의 집행은 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의사항으로 정하였는지 여부와 상관없이 반드시 이사회 결의가 있어야 한다. ... 상법 제393조 제1항에 정해진 ‘중요한 자산의 처분이나 대규모 재산의 차입 등의 업무’에 해당하지 않더라도, 주식회사의 정관이나 이사회 규정 등에서 대표이사가 일정한 행위를 할 때에 이사회 결의를 거치도록 정할 수 있는데, 이러한 경우를 법률상 제한과 구분하여 내부적 제한이라고 한다.”

4376) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결; “상법은 대표이사의 대표권 제한에 대하여 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있다(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항). 대표권이 제한된 경우에 대표이사는 그 범위에서만 대표권을 갖는다. 그러나 그러한 제한을 위반한 행위라고 하더라도 그것이 회사의 권리능력을 벗어난 것이 아니라면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자는 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿는 것이 당연하고 이러한 신뢰는 보호되어야 한다. 일정한 대외적 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 권한을 제한한 경우에도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다. 따라서 회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 대표권을 제한한 경우에도 선의의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호된다. ... 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. 중과실이란 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 이사회 결의가 없음을 알 수 있었는지도 만연히 이사회 결의가 있었다고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반하는 것으로, 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 게을리하여 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태를 말한다. ... 제3자가 회사 대표이사와 거래행위를 하면서 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 일반적으로 이사회 결의가 있었는지를 확인하는 등의 조치를 취할 의무까지 있다고 볼 수는 없다. ... 대표이사의 대표권을 제한하는 상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. ... 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 ‘중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위’에 관하여 이사회 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 ... 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다. ... 이사회 결의를 요구하는 근거가 상법 제393조 제1항인지 아니면 정관 등 내부 규정인지에 따라 상대방을 보호하는 기준을 달리한다면 법률관계가 불분명하게 될 수밖에 없다. ... 상법 제393조 제1항의 경우에도 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 상법 제209조 제2항을 적용한다면, 회사가 정관 등 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 거래행위는 상법 제393조 제1항이 적용되는지와 상관없이 이사회 결의가 없었다는 점에 대해 거래 상대방에게 악의 또는 중과실이 있었는지 여부만을 판단하면 되고, 이로써 법률관계를 단순화하여 명확하게 하는 데 도움이 된다. ... 대표이사가 상법 제393조 제1항의 법률상 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지 아니면 단순히 내부적 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지는 거래 상대방의 악의 또는 중과실을 판단하는 단계에서 개별적으로 고려할 요소 중 하나일 뿐이고, 이러한 구별을 이유로 대표이사의 행위를 신뢰한 제3자를 보호하는 기준 자체를 달리 정할 것은 아니다. ... 거래 상대방인 제3자가 보호받기 위해서는 선의 이외에 무과실이 필요하다고 본 ... 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다.” ■ 즉, 제3자가 보호받기 위해서는 ‘선의·무과실’이 아닌 ‘선의·무중과실’이면 족한 것으로 변경되었다.

는, 청구원인 사실로서, ‘피고 회사의 대표이사가 피고를 대표하여 원고와 거래행위를 한 사실’을 주장·증명하면 되고, 이에 대하여 피고 회사는 위 거래행위가 무효라는 권리 발생 장애의 항변사실로서, ① ‘그 거래행위가 이사회 결의 사항(회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의 사항으로 정하였거나, 상법 제393조 제1항 소정의 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등 ‘일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무’<sup>4377)</sup>인 사실’, ② ‘그 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치지 아니한 사실’<sup>4378)</sup> ③ ‘원고가 이사회 결의가 없었음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 사실’<sup>4379)</sup>을 주장·증명하면 된다.

#### 다) 이사와 회사 간의 소에 관한 대표(직권조사사항)

회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우, 회사가

4377) 상법 제393조(이사의 권한) ① 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사의 결의로 한다.

○ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다204463 판결; “주식회사의 회생절차개시신청은 대표이사의 업무권한인 일상 업무에 속하지 아니한 중요한 업무에 해당하여 이사회 결의가 필요하다고 보아야 한다.” ■ 주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 파산신청을 할 경우에도 이사회 결의가 필요하나, 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 소규모 주식회사에서는 대표이사가 특별한 사정이 없는 한 이사회 결의를 거칠 필요 없이 파산신청을 할 수 있다(대법원 2021. 8. 26.자 2020마5520 결정).

○ 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014다213684 판결; “중요한 자산의 처분에 해당하는지 아닌지는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 하고, 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회가 그에 관하여 직접 결의하지 아니한 채 대표이사에게 그 처분에 관한 사항을 일임할 수 없으므로 이사회규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 아니하더라도 반드시 이사의 결의를 거쳐야 한다.” ■ 기업구조조정조합과의 협약 중 put option 조항이 중요한 자산의 처분에 관한 업무에 해당한다고 한 예.

○ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결; “대규모 재산의 차입에 해당하는지 여부는 당해 차입재산의 가액, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 당해 재산의 차입목적 및 사용처, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등 여러 사정에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.”

4378) 상법 제391조의3 제1, 2항(이사의 의사록 작성) 규정의 취지에 비추어 보면 상법 제393조 제1항에 따라 반드시 이사의 결의를 거쳐야만 하는 중요한 자산의 처분 등에 관하여 이사회 의사록이 작성되지 않았다면 이사의 결의가 있었음을 인정하는 데에는 신중할 필요가 있다(2012다75352, 75369).

4379) ○ 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결; “회사가 위 거래가 이사의 결의를 거치지 아니하여 무효라는 것을 제3자에 대하여 주장하려면 거래의 안전과 선의 제3자 보호의 필요상 이사회 결의가 없었다는 것 외에 제3자가 이사의 결의가 없었음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 입증하여야 한다. … 파산관재인은 파산자의 포괄승계인과 같은 지위를 가지게 되지만 … 파산자와 독립하여 그 재산에 관하여 이해관계를 가지게 된 제3자로서의 지위도 가지게 된다. 파산자가 상대방 회사와 그 회사의 이사의 결의가 없는 거래행위를 하였다가 파산이 선고된 경우 특별한 사정이 없는 한 파산관재인은 이사의 결의를 거치지 아니하고 이루어진 상대방 회사와의 거래행위에 따라 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 가지게 된 제3자에 해당한다. … 선의·악의도 파산관재인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고 총파산채권자를 기준으로 하여 파산채권자 모두가 이사의 결의가 없었음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있지 않은 한 상대방 회사는 위 거래의 무효를 파산관재인에게 주장할 수 없다.” ■ 결국, 회사는 거래의 무효를 파산관재인에게 주장할 여지가 거의 없다.

○ 자산유동화거래를 위하여 설립된 특수목적회사가 거래 상대방인 경우, 특수목적회사의 설립 및 자산유동화 계획의 수립을 주도하고 스스로의 인적·물적 기반이 없는 특수목적회사를 대신하여 계약의 체결 및 이행 업무를 실제로 처리한 자의 인식에 근거하여 악의·중과실 여부를 판단할 수 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다47791 판결).

소수주주의 대표소송 또는 다중대표소송의 청구를 받은 경우에, '감사'는 그 소에 관하여 회사를 대표한다.<sup>4380)</sup> 법원에 의해 선임된 일시대표이사가 있는 경우,<sup>4381)</sup> 전임 이사의 경우<sup>4382)</sup>에는 상법 제394조 제1항이 적용되지 않는다.

#### 라) 대표이사의 불법행위

대표이사가 그 업무집행으로 인하여<sup>4383)</sup> '고의 또는 과실(경과실 포함)'에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 대표이사와 연대(부진정연대)하여 배상할 책임(공동 '불법행위' 책임)이 있다(상법 제389조③, 제210조).<sup>4384)</sup>

4380) **상법 제394조(이사와 회사간의 소에 관한 대표)** ① 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 감사는 그 소에 관하여 회사를 대표한다. 회사가 제403조제1항(소수주주의 대표소송) 또는 제406조의2제1항(다중대표소송)의 청구를 받은 경우에도 또한 같다. <2020. 12. 29. 개정 시 다중대표소송 추가> ② 제415조의2의 규정에 의한 감사위원회의 위원이 소의 당사자인 경우에는 감사위원회 또는 이사는 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다. ➀ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009다86918 판결: "주식회사의 이사가 회사에 대하여 소를 제기함에 있어서 상법 제394조에 의하여 그 소에 관하여 회사를 대표할 권한이 있는 감사를 대표자로 표시하지 아니하고 대표이사를 회사의 대표자로 표시한 소장을 법원에 제출하고, 법원도 이 점을 간과하여 회사의 대표이사에게 소장의 부분을 송달한 채, 회사의 대표이사로부터 소송대리권을 위임받은 변호사들에 의하여 소송이 수행되었다면, 그 소송에 관하여는 회사를 대표할 권한이 대표이사에게 없기 때문에, 소장이 회사에게 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없음은 물론 회사의 대표이사가 회사를 대표하여 한 소송행위나 이사가 회사의 대표이사에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다. 그러나 민사소송법 제64조의 규정에 따라 법인의 대표자에게도 준용되는 같은 법 제59조 전단 및 제60조는, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정하도록 명하여야 하고, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인한 경우에는 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다고 규정하고 있기 때문에, 법원은 이러한 민사소송법의 규정에 따라 대표권이 흠결된 경우에는 그 흠결을 보정할 수 없음이 명백한 때가 아닌 한 기간을 정하여 보정을 명하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 이와 같은 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다고 할 것이다." ② 대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다210953 판결: "자본금의 총액이 10억 원 미만으로 감사를 선임하지 아니한 주식회사가 이사에 대하여 소를 제기하는 경우에 회사, 이사 또는 이해관계인은 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 하고(상법 제409조 제5항), 이 경우 법원이 대표이사를 소송에서 회사를 대표할 자로 선임하였다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 대표이사는 그 소송에 관하여 회사를 대표할 권한이 없다."

4381) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결: "상법 제394조 제1항은 ... 이사와 회사 양자 간에 이해의 충돌이 있기 쉬우므로, 그 충돌을 방지하고 공정한 소송수행을 확보하기 위한 것이다. ... 이 사건 소 제기 전에 원고 1은, 원고회사를 적법하게 대표할 사람이 없다는 이유로, 법원에 원고회사의 일시대표이사 및 이사의 선임을 구하는 신청을 하여, 변호사 소외 1이 원고회사의 일시대표이사 및 이사로 선임되었다. 그렇다면 이 사건 소에서 원고회사의 일시대표이사로 하여금 원고회사를 대표하도록 하였더라도, 그것이 공정한 소송수행을 저해하는 것이라고 보기는 어려우므로, 이 사건 소에 상법 제394조 제1항은 적용된다고 볼 수 없다."

4382) ➀ 대법원 2013. 9. 9.자 2013마1273 결정: "회사의 이사로 등기되어 있던 사람이 회사를 상대로 사임을 주장하면서 이사직을 사임한 취지의 변경등기를 구하는 소에서 상법 제394조 제1항은 적용되지 아니하므로 그 소에 관하여 회사를 대표할 사람은 감사가 아니라 대표이사라고 보아야 한다." ② 전 이사들을 상대로 하는 주주대표소송에 회사가 참가하는 경우, 상법 제394조 제1항의 적용이 배제되어 회사를 대표하는 자는 감사가 아닌 대표이사라고 한 사례(2000다9086).

4383) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결: "업무집행으로 인하여"라는 것은 대표이사의 업무 그 자체에는 속하지 않으나 행위의 외형으로부터 관찰하여 마치 대표이사의 업무 범위 안에 속하는 것으로 보이는 경우도 포함한다. 행위의 외형상 주식회사의 대표이사의 업무집행이라고 인정할 수 있는 것이라면 설령 그것이 대표이사의 개인적 이익을 도모하기 위한 것이거나 법령의 규정에 위배된 것이라고 하더라도 주식회사의 손해배상책임을 인정하여야 한다."

4384) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다55473 판결: "주식회사의 대표이사가 업무집행을 하면서 고의 또는 과실에

회사(피고)는 사실적 불법행위가 아닌 거래적 불법행위의 경우에 피해자(원고)가 ‘회사의 업무나 직무 권한에 속하지 않음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였음’(피해자의 악의·중과실)을 주장·증명하여 면책을 주장(항변)할 수 있다.<sup>4385)</sup>

대표이사 외 임직원의 사무집행상 불법행위의 경우, 회사는 민법 제756조의 사용자책임을 지고, 거래행위가 사무집행행위에 해당하지 않는다는 점에 대한 피해자의 악의·중과실을 주장·증명하여 면책을 주장(항변)할 수 있다.

#### 마) 표현대표이사의 행위와 회사의 책임

표현대표이사의 거래 상대방인 제3자(원고)가 표현대표이사의 행위로 인한 주식회사(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는,<sup>4386)</sup> 청구원인사실로서, ① ‘피고 회사가 이사(‘이사 자격 없는 사람’에게도 유추적용된다)<sup>4387)</sup>에게 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭(표현대표이사 명칭)<sup>4388)</sup>의 사용을 명시적·묵시적으로 승인(회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인함으로써 ‘대표 자격의 외관 현출’에 ‘책임’이 있는 경우여야 한다)<sup>4389)</sup>한

의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 주식회사는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 제3자에게 손해배상책임을 부담하게 되고, 그 대표이사도 민법 제750조 또는 상법 제389조 제3항, 제210조에 의하여 주식회사와 공동불법행위책임을 부담하게 된다.”

4385) 대법원 2017. 9. 26. 선고 2014다27425 판결; “피고 2의 행위가 피고 회사의 업무나 직무 권한에 속하지 않았음을 원고가 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 주장은 피고 회사가 원심에서 명시적으로 한 것으로 보기 어렵다.” [동일 취지] 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다(2003다34045).

4386) 상법 제395조(표현대표이사의 행위와 회사의 책임) 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용한 이사의 행위에 대하여는 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여 그 책임을 진다.

4387) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결; “회사가 이사의 자격이 없는 자에게 표현대표이사의 명칭을 사용하게 허용한 경우는 물론, 이사의 자격도 없는 사람이 임의로 표현대표이사의 명칭을 사용하고 있는 것을 알면서도 아무런 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하여 소극적으로 묵인한 경우에도 위 규정이 유추적용되는 것으로 해석함이 상당하다.”

4388) ○ 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다62029 판결; “표현대표이사의 행위로 인한 회사의 책임이 성립하기 위하여는 회사의 대표이사가 아닌 이사가 외관상 회사의 대표권이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 거래행위를 하여야 하고, 그와 같은 명칭이 표현대표이사의 명칭에 해당하는지 여부는 사회 일반의 거래통념에 따라 결정하여야 할 것” ⇨ “경리담당이사는 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭에 해당한다고 볼 수 없다고 한 예.

○ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결; “상법 제395조는 표현대표이사의 명칭을 예시하면서 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭을 들고 있는바, 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭은 표현대표이사의 명칭으로 될 수 있는 직함을 예시한 것으로서 그와 같은 명칭이 표현대표이사의 명칭에 해당하는가 하는 것은 사회 일반의 거래통념에 따라 결정하여야 할 것이다.”

4389) ○ 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011다30574 판결; “회사가 표현대표자의 행위에 대하여 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인함으로써 대표 자격의 외관 현출에 책임이 있는 경우에 한하므로, 주주총회를 소집·개최함이 없이 의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 상법제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물으려면, 의사록 작성으로 대표 자격의 외관이 현출된 데에 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정되어야만 할 것이다. 그리고 이사 선임 권한이 없는 사람이 주주총회의사록 등을 허위로 작성하여 주주총회결의 등의 외관을 만들고 이에 터 잡아 이사를 선임한 경우에



사실', ② '①항의 표현대표이사가 피고 회사를 대표하여('대표이사의 대행'을 포함한다)<sup>4390)</sup> 원고와 법률행위를 한 사실'을 주장·증명하면 된다.

피고 회사는 ① '거래상대방<sup>4391)</sup>의 악의 또는 중과실(회사를 대표할 권한<sup>4392)</sup>이 있다고 믿음이 있어 중대한 과실<sup>4393)</sup>이 있다는 점'을 항변사실로서 주장·증명하면 된다.<sup>4394)</sup> 거래상대방의 악

는, 주주총회의 개최와 결의가 존재는 하지만 무효 또는 취소사유가 있는 경우와는 달리, 그 이사 선임에 관한 주식회사 내부의 의사결정은 존재하지 아니하여 회사가 그 외관의 현출에 관여할 수 없었을 것이므로, 달리 회사의 적법한 대표이사가 그 대표 자격의 외관이 현출되는 것에 협조, 묵인하는 등의 방법으로 관여하였다거나 회사가 그 사실을 알고 있음에도 시정하지 않고 방치하는 등 이를 회사의 귀책사유와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 회사에 대하여 상법 제395조에 의한 표현대표이사 책임을 물을 수 없고, 이 경우 위와 같이 허위의 주주총회결의 등의 외관을 만든 사람이 회사의 상당한 지분을 가진 주주라고 하더라도 그러한 사정만으로는 대표 자격의 외관이 현출된 데 대하여 회사에 귀책사유가 있는 것과 동일시할 수 없다."

○ 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007다60455 판결: "주주총회를 소집, 개최함이 없이 의사록만을 작성한 주주총회결의로 대표자로 선임된 자의 행위에 대하여 의사록 작성으로 대표자격의 외관이 현출된 데 대하여 회사에 귀책사유가 있음이 인정될 경우 상법 제395조에 따라 회사에게 그 책임을 물을 수 있고, 이 경우 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 사실상 회사의 운영을 지배하는 자인 경우와 같이 주주총회결의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는 회사에 귀책사유가 있다고 인정할 수 있을 것이다."

○ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결: "회사가 표현대표를 허용하였다고 하기 위하여는 진정한 대표이사가 이를 허용하거나, 이사 전원이 아닐지라도 적어도 이사회결의의 성립을 위하여 회사의 정관에서 정한 이사의 수, 그와 같은 정관의 규정이 없다면 최소한 이사 정원의 과반수의 이사가 적극적 또는 묵시적으로 표현대표를 허용한 경우이어야 한다. ... 원고 회사의 적법한 대표이사인 소외 3 또는 적법하게 선임된 이사들로 구성된 원고 회사 이사회의 과반수 이사가 소외 9, 10의 대표이사 명칭 사용을 적극적 또는 묵시적으로 이를 허용하였다고 볼 아무런 자료가 없으므로, 소외 9, 10이 원고 회사의 대표이사 명칭을 사용하여 체결한 이 사건 근저당권설정계약과 이 사건 차입금 및 이자지급 약정에 대하여 원고 회사가 상법제395조에 의한 책임을 져야 한다고 볼 수 없다."

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1366 판결: "표현대표자의 행위에 대하여 회사가 그 책임을 지는 것은 회사가 표현대표자의 명칭사용을 명시적으로나 묵시적으로 승인한 경우에만 한하는 것이고, 회사의 명칭사용 승인 없이 임의로 명칭을 잠칭한 자의 행위에 대하여는 비록 그 명칭사용을 알지 못하고 제지하지 못한 점에 있어서 회사에게 과실이 있다고 할지라도 그 회사의 책임으로 돌려 선의의 제3자에 대하여 책임을 지게 하는 취지는 아니라 할 것"

4390) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결: "표현대표이사가 자신의 이름으로 행위한 경우는 물론이고 대표이사의 이름으로 행위한 경우에도 적용된다."

4391) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다65073 판결: "회사를 대표할 권한이 없는 표현대표이사가 다른 대표이사의 명칭을 사용하여 어음행위를 한 경우, 회사가 책임을 지는 선의의 제3자의 범위에는 표현대표이사로부터 직접 어음을 취득한 상대방뿐만 아니라, 그로부터 어음을 다시 배서양도받은 제3취득자도 포함된다고 봄이 상당하다"

4392) ○ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다5091 판결: "표현대표이사가 자기의 명칭을 사용하여 법률행위를 한 경우는 물론이고 자기의 명칭을 사용하지 아니하고 대표이사의 명칭을 사용하여 행위를 한 경우에도 적용되고, 이러한 경우 회사가 표현대표이사의 행위에 대하여 책임을 면하기 위해서는 제3자가 표현대표이사에게 대표이사를 대행하여 법률행위를 할 권한이 없음을 알았거나 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 증명하여야 한다."

○ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다100339 판결: 甲 회사의 표현대표이사 乙이 대표이사를 대리하여 자신의 채권자 丙에게 차용증을 작성해 준 사안에서, 상대방인 丙의 악의 또는 중과실은 乙에게 대표권이 있는지가 아니라 그에게 대표이사를 대리하여 차용증을 작성함으로써 채무를 부담할 권한이 있는지 여부에 따라 판단되어야 하므로, 乙이 甲 회사의 대표이사가 아님을 丙이 알았다는 점은 丙의 악의 또는 중과실을 판단하는 데 결론을 좌우할 만한 의미가 있는 사정이 된다고 할 수 없고, 상법 제395조의 취지와 위 중과실의 의미 내지 판단 기준 등에 비추어 보면, 乙이 甲 회사의 표현대표이사에 해당하는 한 그에게 대표권 등 권한이 있는지를 당연히 의심하여 보아야 하는 객관적 사정이 있는 등의 경우가 아닌 이상 甲 회사에 乙이 대표이사를 대리하여 차용증을 작성할 권한이 있는지 여부에 관하여 확인하지 않았다는 사정만으로 丙의 악의 또는 중과실을 쉽사리 인정할 수는 없다고 한 예.

4393) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다65073 판결: "표현대표이사의 행위로 인한 주식회사의 책임이 성립하기



의 여부 판단에 상업등기의 기재 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다(즉, 상업등기의 공시력에 관한 상법 제37조 규정의 적용이 배제된다).<sup>4395)</sup>

그 외 일반적 법리에 따른 항변사항으로서 피고 회사는, ② 표현대표이사의 행위에 이사회 결의가 필요한 경우 ‘이사회 결의의 부존재’와 ‘그에 대한 거래상대방의 악의·중과실’을 주장·증명하거나,<sup>4396)</sup> ③ ‘대표권 남용’과 ‘거래상대방의 악의·과실’을 주장·증명하여 다룰 수 있다.<sup>4397)</sup>

위하여 제3자의 선의 이외에 무과실까지도 필요로 하는 것은 아니지만, 그 규정의 취지는 회사의 대표이사 아닌 이사가 외관상 회사의 대표권이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 거래행위를 하고, 이러한 외관이 생겨난 데에 관하여 회사에 귀책사유가 있는 경우에 그 외관을 믿은 선의의 제3자를 보호함으로써 상거래의 신뢰와 안전을 도모하려는 데에 있다 할 것인바, 그와 같은 제3자의 신뢰는 보호할 만한 가치가 있는 정당한 것이어야 할 것이므로, 설령 제3자가 회사의 대표이사 아닌 이사에 그 거래행위를 함에 있어 회사를 대표할 권한이 있다고 믿었다 할지라도 그와 같이 믿음에 있어서 중대한 과실이 있는 경우에는 회사는 그 제3자에 대하여는 책임을 지지 아니하고, 여기서 제3자의 중대한 과실이라 함은 제3자가 조금만 주의를 기울였더라면 표현대표이사의 행위가 대표권에 기한 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 대표권에 기한 행위라고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로서, 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.”

4394) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결; “상법은 모든 이사에 회사 대표권을 인정하지 아니하고, 이사회 또는 주주총회에서 선정한 대표이사에게만 회사 대표권을 인정하고 있으며(상법 제389조 제1항), 그와 같은 제도는 1963. 1. 1. 상법이 시행된 이후 상당한 기간 동안 변함없이 계속하여 시행되어 왔고, 그 동안 국민 일반의 교육수준도 향상되고 일반인들이 회사 제도와 대표이사 제도를 접하는 기회도 현저하게 많아졌기 때문에 일반인들도 그와 같은 상법의 대표이사 제도를 보다 더 잘 이해하게 되었으며, 적어도 직제상 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 직책을 두고 있는 주식회사의 경우라면 상법상 대표이사에게는 사장 등의 직책과는 별도로 대표이사라는 명칭을 사용하도록 하고 상법상 대표이사 아닌 이사에 대해서는 대표이사라는 명칭을 사용하지 못하도록 하고 있으며, 또한 규모가 큰 주식회사의 경우 직제상 사장의 직책을 가지는 이사는 대표이사로 선정되어 있는 경우가 많은 반면, 직제상 전무 또는 상무의 직책을 가지는 이사는 반드시 그러하지는 아니하고, 전무 또는 상무의 직책을 가지면서 동시에 대표이사로 선정되어 있는 이사들은 ‘대표이사 전무, 대표이사 상무’ 등의 명칭을 사용하는 것이 현재 우리나라 경제계의 실정이다. … 따라서 상법 제395조가 표현대표이사의 명칭으로 사장, 부사장, 전무, 상무 등의 명칭을 나란히 제시하고 있다 하더라도, 그 각 명칭에 대하여 거래통념상 제3자가 가질 수 있는 신뢰의 정도는 한결같다고 할 수 없으므로 위와 같은 각 명칭에 대하여 제3자가 그 명칭을 사용한 이사가 회사를 대표할 권한이 있다고 믿었는지 여부, 그와 같이 믿음에 있어서 중과실이 있는지 여부 등은 거래통념에 비추어 개별적·구체적으로 결정하여야 할 것이다. 특히 규모가 큰 주식회사에 있어서 ‘대표이사 전무’ 또는 ‘대표이사 상무’ 등의 명칭을 사용하지 아니하고, 단지 ‘전무이사’ 또는 ‘상무이사’ 등의 명칭을 사용하는 이사에 대하여는 제3자가 악의라거나 중과실이 있다는 회사 측의 항변을 배척함에 있어서는 구체적인 당해 거래의 당사자와 거래 내용 등에 관하여 신중한 심리를 필요로 하고, 함부로 그 항변을 배척하여서는 아니 된다 할 것이다.” ⇨ 금융기관 임직원이 상장회사의 전무이사/주택사업본부장에게 회사를 대표하여 백지어음에 배서할 권한이 있다고 믿은 데 중과실이 있다고 보아 회사의 금융기관에 대한 책임을 부정한 예.

4395) ○ 대법원 1979. 2. 13. 선고 77다2436 판결; “상법 제395조와 상업등기와의 관계를 해아려 보면, 본조는 상업등기와는 다른 차원에서 회사의 표현책임을 인정한 규정이라고 해야 옳으리니 이 책임을 물음에 상업등기가 있는 여부는 고려의 대상에 넣어서는 아니된다고 하겠다. 따라서 원판결이 피고회사의 상호변경등기로 말미암아 피고의 상호변경에 대하여 원고의 악의를 간주한 판단은 당원이 인정치 않는 법리위에 선 것이라 하겠다.” ○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47653 판결; “회사가 수인의 대표이사가 공동으로 회사를 대표할 것을 정하고 이를 등기한 경우에도, 공동대표이사 중의 1인이 대표이사라는 명칭을 사용하여 법률행위를 하는 것을 용인하거나 방임한 때에는, 그 공동대표이사가 단독으로 회사를 대표하여 한 법률행위에 관하여 회사가 선의의 제3자에 대하여 상법제395조에 따른 책임을 진다고 할 것”

4396) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결 참조.

4397) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다5091 판결; “대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 행위라도 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이고, 그 행위의 상대방이

피고 명의의 등기가 대표권 없는 자와의 계약에 기초한 원인 무효 등기임을 이유로 소유자인 원고 회사가 말소등기를 구하는 경우에는, '상법 제395조의 회사 책임'이 피고의 항변사유, '피고의 악의·중과실'이 원고 회사의 재항변사유가 된다.<sup>4398)</sup>

#### 4) 이사 등과 회사 간의 거래

이사 등과 회사 간 거래가 상법 제398조<sup>4399)</sup> 4400)를 위반하였음을 이유로 무효임을 주장할 수 있는 자는 당해 회사에 한정된다.<sup>4401)</sup>

이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와<sup>4402)</sup> 거래<sup>4403)</sup>한 사실이 주장·증명되면

대표이사의 전의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 이러한 법리는 상법 제395조에서 정한 표현대표이사가 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 경우에도 마찬가지로 적용된다."

4398) 예컨대, 2011다30574 판결, 2009다34160 판결, 2004다17702 판결의 사안 참조.

4399) 구 상법(2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15. 시행되기 전의 것) 제398조(이사과 회사 간의 거래) 이사는 이사회에 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.

⇒ 상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.

1. 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주
2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속
3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속
4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사
5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

4400) 2011. 4. 14. 개정 시, 적용대상을 이사 외의 주요주주 등에게까지 확대하고 이사회 승인을 위한 결의요건을 이사 3분의 2 이상으로 가중하여 정하였다.

4401) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결: "이사과 회사 사이의 거래에 관하여 이사회에 승인을 얻도록 한 것은, 이사가 그 지위를 이용하여 회사와 직접 거래를 하거나 이사 자신의 이익을 위하여 회사와 제3자 사이의 거래를 함으로써 이사 자신의 이익을 도모하고 회사 및 주주에게 손해를 입히는 것을 방지하고자 하는 것이므로, 그 규정 취지에 비추어 이사와 회사 사이의 거래가 상법 제398조를 위반하였음을 이유로 무효임을 주장할 수 있는 자는 회사에 한정되고 특별한 사정이 없는 한 거래의 상대방이나 제3자는 그 무효를 주장할 이익이 없다고 보아야 하므로, 거래의 상대방인 당해 이사 스스로가 위 규정 위반을 내세워 그 거래의 무효를 주장하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다."

4402) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결: "위 규정이 적용되기 위하여는 이사 또는 제3자의 거래상대방이 이사가 직무수행에 관하여 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 부담하는 당해 회사이어야 한다. 한편, 자회사가 모회사의 이사와 거래를 한 경우에는 설령 모회사가 자회사의 주식 전부를 소유하고 있더라도 모회사와 자회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 그 거래로 인한 불이익이 있더라도 그것은 자회사에게 돌아갈 뿐 모회사는 간접적인 영향을 받는 데 지나지 아니하므로, 자회사의 거래를 곧바로 모회사의 거래와 동일하게 볼 수는 없다. 따라서 모회사의 이사와 자회사의 거래는 모회사와의 관계에서 구 상법 제398조가 규율하는 거래에 해당하지 아니하고, 모회사의 이사는 그 거래에 관하여 모회사 이사회의 승인을 받아야 하는 것이 아니다."

4403) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다70044 판결: "이사회에 승인이 필요한 이사와 회사의 거래에는 이사가 거래의 상대방이 되는 경우뿐만 아니라 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래를 하는 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 회사와 이사 사이에 이해충돌의 염려 내지 회사에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래도 해당된다"

그 거래행위는 무효가 되고, 그 거래행위에 대하여 이사회의 '사전' 승인(해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사 3분의 2 이상의 수로써 승인하여야 하며 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 함)<sup>4404)</sup>이나 소규모 회사 주주총회의 사전 승인<sup>4405)</sup> 또는 주주 전원의 동의<sup>4406)</sup>가 있었다는 점이나 이사회의 승인을 요하지 않는다는 점<sup>4407)</sup>에 대하여는 그 거래행위의 유효를 주장하는 당해 이사 등이 주장·증명하여야 한다.<sup>4408)</sup>

이사회의 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없고, 이사 등과

4404) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다291712 판결; “이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 유효하게 거래를 하기 위하여는 미리 상법 제398조에서 정한 이사회 승인을 받아야 하므로 사전에 상법 제398조에서 정한 이사회 승인을 받지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 거래는 무효라고 보아야 하고, 사후에 그 거래행위에 대하여 이사회 승인을 받았다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 무효인 거래행위가 유효로 되는 것은 아니다. … 상법 제398조는 이사 등이 회사와의 거래에 관하여 이사회 승인을 받기 위하여는 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히도록 정하고 있으므로, 만일 이러한 사항들을 밝히지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지에 관한 심의가 이루어진 것이 아니라 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 상법 제398조가 정하는 이사회 승인이 있다고 할 수 없다.” ■ 현행 상법은 ‘미리’ 이사회에서 해당 거래에 관한 ‘중요사실을 밝히고’ 이사의 승인을 받도록 명문으로 규정하고 있으나, 개정 전 상법에서는 ‘사후 승인’도 포함되는 것으로 해석하면서, 이사가 이사회에 거래에 관한 자기의 이해관계 및 중요한 사실들을 개시하지 아니한 채 이루어진 이사회 결의로는 이사의 승인이 있다고 할 수 없다고 보았다(2005다4291).

4405) 자본금 총액이 10억 원 미만으로 이사가 1명 또는 2명인 소규모 주식회사는 이사회 대신 주주총회에서 미리 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 주주총회의 승인을 받아야 한다(상법 제383조 제4항, 제1항 단서). 주주총회의 의결정족수를 충족하는 주식을 가진 주주들이 동의하거나 승인하였다는 사정만으로 주주총회 결의가 있는 것과 마찬가지로 볼 수는 없고, 소규모 회사의 주주총회의 승인을 받지 않았다면, 특별한 사정이 없는 한 이사 등과 회사 간 거래는 무효라고 보아야 한다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다205398 판결).

4406) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결; “회사의 채무부담행위가 구 상법 제398조에서 정한 이사의 자기거래에 해당하여 이사의 승인이 필요하다고 할지라도, 위 규정의 취지가 회사와 주주에게 예기치 못한 손해를 끼치는 것을 방지함에 있으므로, 그 채무부담행위에 대하여 주주 전원이 이미 동의하였다면 회사는 이사의 승인이 없었음을 이유로 그 책임을 회피할 수 없다(다만 2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정되어 2012. 4. 15.부터 최초로 체결된 거래부터 적용되는 현행 상법 제398조는 ‘상법 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요주주의 경우에도 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사의 승인을 받아야 한다.’고 정하고 있다).”

4407) ① 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결; “상법 제398조 … 취지는 … 이므로, 이사와 회사 사이의 거래라고 하더라도 양자 사이의 이해가 상반되지 않고 회사에 불이익을 초래할 우려가 없는 때에는 이사의 승인을 얻을 필요가 없는 것이다.” ⇨ 주식회사의 이사가 자신을 피보험자 및 수익자로 하여 회사 명의로 퇴직보험에 가입한 사안에서, 회사가 이사를 피보험자로 하여 퇴직보험계약을 체결한 것은 임원퇴직금지급규정상 임원의 보수를 지급하기 위한 수단에 불과하고, 회사에게 퇴직금을 조성하기 위한 일반적인 자금 운영의 범위를 넘는 실질적인 불이익을 초래할 우려가 없으므로, 이에 관하여 이사의 승인을 얻을 필요가 없다고 본 사례. ② 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다55808 판결; “회사와 이사 사이에 이해가 충돌될 염려가 있는 이사의 회사에 대한 급전대여행위는 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사의 승인을 거쳐야 하고, 다만 이사가 회사에 대하여 담보 약정이나 이자 약정 없이 급전을 대여하는 행위와 같이 실질상 회사와 이사 사이의 이해충돌로 인하여 회사에 불이익이 생길 염려가 없는 경우에는 이사의 승인을 거칠 필요가 없다.”

4408) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다65180 판결; “주식회사의 대표이사가 회사를 대표하여 회사의 제3자에 대한 채권을 대표이사 자신에게 양도하는 행위는 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사의 결의를 거쳐야 할 것인바, 위 채권양도행위에 대하여 이사의 결의가 있었다거나 그것이 회사의 기존채무 이행을 위하여 행해진 것으로 이사의 승인을 요하지 않는다는 점에 대하여는 당해 이사가 스스로 주장·입증하여야 할 것이다.”

회사 간의 이익상반거래에 대한 회사의 묵시적 추인은 신중하게 인정하여야 한다.<sup>4409)</sup>

회사가 이사 등의 자기거래행위가 무효임을 ‘제3자’에 대하여 주장하기 위해서는, ① ‘이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래한 사실’과 함께, ② ‘(① 거래에 대한) 이사회 승인이 없는 사실’, ③ ‘(② 사실에 대한) 제3자의 악의 또는 중과실’을 주장·증명하여야 한다.<sup>4410)</sup>

#### 5) 상장회사의 이사, 주요주주 등에 대한 신용공여 거래의 무효

상법 제542조의9 제1항<sup>4411)</sup>을 위반한 ‘상장회사의 그 이사 등(주요주주 및 그의 특수관계인, 집행임원, 감사)에 대한 신용공여(재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 대통령령으로 정하는 거래<sup>4412)</sup>)’는 사법상 무효이고(누구나 그 무효를 주장할 수 있다),

4409) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4291 판결: “이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대한 승인은 주주 전원의 동의를 있다거나 그 승인이 정관에 주주총회의 권한사항으로 정해져 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사회 회의 전결사항이라 할 것이므로, 이사회 승인을 받지 못한 이익상반거래에 대하여 아무런 승인 권한이 없는 주주총회에서 사후적으로 추인 결의를 하였다 하여 그 거래가 유효하게 될 수는 없다. … 구 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반거래를 이사회 승인사항으로 규정하고 있는 취지에는 그 거래로 말미암아 회사 나아가 주주가 손해를 입은 경우 그 거래와 관련된 이사뿐만 아니라 그 거래를 승인한 다른 이사들도 연대하여 손해배상책임을 질 수 있으므로, 이사회에서 회사 등의 이익을 위하여 그 승인 여부를 보다 신중하고 공정하게 심의·의결할 것이라는 고려도 포함되어 있는 것인바, 만일 단순히 특정 이사와 회사 사이의 거래가 있는 후 회사가 이에 대하여 적극적으로 이익을 제기하지 아니하였다는 사정 등만으로 묵시적 추인을 쉽게 인정하게 되면, 원래 무효인 거래행위가 유효로 전환됨으로써 회사 등은 불측의 손해를 입게 되고 그 거래와 관련된 이사나 악의·중과실 있는 제3자 등은 이익을 얻게 되는 반면, 묵시적 추인의 주체나 책임소재가 불분명하여 그 책임 추궁이 어렵게 되는 불합리한 사태가 발생할 수 있으므로, 회사가 이익상반거래를 묵시적으로 추인하였다고 보기 위해서는 그 거래에 대하여 승인 권한을 갖고 있는 이사회가 그 거래와 관련된 이사의 이해관계 및 그와 관련된 중요한 사실들을 지독한 상태에서 그 거래를 추진할 경우 원래 무효인 거래가 유효로 전환됨으로써 회사에 손해가 발생할 수 있고 그에 대하여 이사들이 연대책임을 부담할 수 있다는 점을 용인하면서까지 추인에 나아갔다고 볼만한 사유가 인정되어야 한다.”

4410) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결: “회사의 대표이사가 이사회 승인이 없는 이른바 자기거래행위는 회사와 이사 간에서는 무효이지만, 회사가 위 거래가 이사회 승인을 얻지 못하여 무효라는 것을 제3자에 대하여 주장하기 위해서는 거래의 안전과 선의의 제3자를 보호할 필요상 이사회 승인을 얻지 못하였다는 것 외에 제3자가 이사회 승인 없음을 알았다는 사실을 입증하여야 할 것이고, 비록 제3자가 선의였다 하더라도 이를 알지 못한 데 중대한 과실이 있음을 입증한 경우에는 악의인 경우와 마찬가지로 할 것이며, 이 경우 중대한 과실이라 함은 제3자가 조금만 주의를 기울였다면 그 거래가 이사와 회사 간의 거래로서 이사회 승인이 필요하다는 점과 이사회 승인을 얻지 못하였다는 사정을 알 수 있었음에도 불구하고, 만연히 이사회 승인을 얻은 것으로 믿는 등 거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로서 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 봄이 상당하다고 인정되는 상태를 말한다.” ☞ 순차로 양수한 제3자가 수인인 경우 그 각각에 대하여 악의·중과실을 주장·증명하여야 한다(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2511 판결).

4411) 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. <개정 2011.4.14.>

1. 주요주주 및 그의 특수관계인

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

3. 감사

4412) 상법 시행령 제35조(주요주주 등 이해관계자와의 거래) ① 법 제542조의9 제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 거래”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 말한다.

1. 담보를 제공하는 거래

이사의 자기거래와 달리 이사회 승인 유무와 관계없이 금지되는 것이어서 이사회 승인이나 사후 추인이 있어도 유효로 될 수 없으나, 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우(제3자의 선의·무중과실) 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없는데, 거래의 무효를 주장하는 쪽이 제3자의 악의 또는 중과실을 증명하여야 한다.<sup>4413)</sup>

#### 6) 주식회사의 이사회 결의 무효 확인 청구

주식회사의 이사회 결의 무효 또는 부존재 확인 청구는 민사소송법상 확인의 소로서<sup>4414)</sup> 그 원고적격자는 통상의 경우처럼 확인의 이익 내지 법률상 이해관계를 갖는 자,<sup>4415)</sup> 피고적격자는 회사<sup>4416)</sup>이다.

2. 어음(전자어음 포함)을 배서(담보적 효력이 없는 배서 제외)하는 거래
3. 출자의 이행을 약정하는 거래
4. 법 제542조의9 제1항 각 호의 자에 대한 신용공여의 제한 ... 을 회피할 목적으로 하는 거래로서 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제38조 제1항 제4호 각 목의 어느 하나에 해당하는 거래
5. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제38조 제1항 제5호에 따른 거래

4413) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결; “상법 제542조의9 제1항의 입법 목적과 내용, 위반행위에 대해 형사처벌이 이루어지는 점 등을 살펴보면, 위 조항은 강행규정에 해당하므로 위 조항에 위반하여 이루어진 신용공여는 허용될 수 없는 것으로서 사법상 무효이고, 누구나 그 무효를 주장할 수 있다. 그리고 위 조항의 문언상 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 이루어진 신용공여는, 상법 제398조가 규율하는 이사의 자기거래와 달리, 이사회 승인 유무와 관계없이 금지되는 것이므로, 이사회 승인이나 사후 추인이 있어도 유효로 될 수 없다. ... 상법 제542조의9는 제1항에서 신용공여를 원칙적으로 금지하면서도 제2항에서는 일부 신용공여를 허용하고 있는데, 회사의 외부에 있는 제3자로서는 구체적 사안에서 어떠한 신용공여가 금지대상인지 여부를 알거나 판단하기 어려운 경우가 생길 수 있다. 상장회사와의 상거래가 빈번한 거래현실을 감안하면 제3자로 하여금 상장회사와 거래를 할 때마다 일일이 상법 제542조의9 위반 여부를 조사·확인할 의무를 부담시키는 것은 상거래의 신속성이나 거래의 안전을 해친다. 따라서 상법 제542조의9 제1항을 위반한 신용공여라고 하더라도 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우에는 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없다고 보아야 한다.” ☞ 사채업자 소외 1이 소외 상장회사의 연대보증 하에 그 주요주주 소외 2, 대표이사 소외 3에게 20억 원을 대여하면서, 담보조로 소외 회사의 물품대금 채권을 양도받았는데, 그 채권에 대한 원고와 피고의 가압류결정 등의 경합으로 공탁된 채권액에 대한 배당절차에서, 원고는 위 채권이 소외 1에게 양도된 후 피고가 가압류하였으므로, 피고의 가압류는 부적법하여 피고에게 배당하여서는 아니 된다고 주장하며 배당이의의 소를 제기한 사안에서, 소외 회사의 연대보증 및 채권양도는 ‘주요주주 등에 대한 신용공여’에 해당하고, 소외 1이 채권양도가 상법 제542조의9 제1항에서 금지한 신용공여에 해당한다는 사실을 알았거나(악의) 알지 못하였더라도 조금만 주의를 기울였더라면 알 수 있었음에도 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반함으로써 그 사실을 알지 못한 데에 ‘중대한 과실’이 있다고 보아 위 채권양도가 무효라고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

4414) 주식회사의 이사회 결의에 하자가 있는 경우에 관하여 상법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하나, 그 결의에 무효사유가 있는 경우에는 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법에 의하든지 그 무효를 주장할 수 있고(일반 민사소송법상 확인의 소를 통해 결의의 부존재나 무효 확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 ‘선결 문제’로서 무효를 주장할 수도 있다), 그 확인판결의 효력은 소송 당사자 사이에서만 발생하고 대세적 효력이 없다(87누399 등).

4415) ❶ 이사회결의에 의하여 선임된 대표이사가 퇴임하고 그 후 새로 개최된 유효한 이사회결의에 의하여 후임 대표이사가 선임되어 선임등기까지 마쳐진 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 당초의 대표이사 선임 결의가 무효라 할지라도 이에 대한 부존재나 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서의 권리보호요건을 결여한 것으로 보아야 한다(2005다22701, 22718). ❷ 이사회 결의로써 대표이사직에서 해임된 사람이 그 이사회 결의가 있는 후에 개최된 유효한 주주총회 결의에 의하여 이사직에서 해임된 경우, 그 주주총회가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의 다른 절차상,

이사회 결의의 무효사유는 이사회 결의를 무효로 할 만한 이사회의 소집절차,<sup>4417)</sup> 결의 방법<sup>4418)</sup> 등 절차상 또는 내용상의 ‘중대한 하자’이다. 이사에 대한 소집통지 누락,<sup>4419)</sup> ‘이사 과반수 출석과 출석이사 과반수’의 의사·의결 정족수 요건(강행규정)을 갖추지 못한 이사회결의,<sup>4420)</sup> 의결권 위임에 의한 이사회 결의,<sup>4421)</sup> 주주의 의결권행사를 불가능하게

내용상의 하자로 인하여 부존재 또는 무효임이 인정되거나 그 결의가 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 대표이사 해임에 관한 이사회결의에 어떠한 하자가 있다고 할지라도, 그 결의의 부존재나 무효확인 또는 그 결의의 취소를 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서 권리보호요건을 결여한 것으로 보아야 한다(2005다38348). ㉠ 전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 청구의 소는 부적법하다(2003다20060). 합병결의, 분할·분할합병 결의, 자본감소 결의, 신주발행 결의의 경우에도 동일하다.

4416) 대법원 1982. 9. 14. 선고 80다2425 전원합의체 판결; “주식회사의 이사회결의는 회사의 의사결정이고 회사는 그 결의의 효력에 관한 분쟁의 실질적인 주체라 할 것이므로 그 효력을 다투는 사람이 회사를 상대로 하여 그 결의의 무효확인을 소구할 이익은 있다 할 것이나 그 이사회결의에 참여한 이사들은 그 이사회의 구성원에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 이들 이사 개인들을 상대로 하여 그 결의의 무효확인을 소구할 이익은 없다.”

4417) **상법 제390조(이사회회의 소집)** ① 이사회는 각 이사가 소집한다. 그러나 이사회의 결의로 소집할 이사를 정한 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항 단서의 규정에 의하여 소집권자로 지정되지 않은 다른 이사는 소집권자인 이사에게 이사회 소집을 요구할 수 있다. 소집권자인 이사가 정당한 이유 없이 이사회 소집을 거절하는 경우에는 다른 이사가 이사회를 소집할 수 있다. ③ 이사회를 소집함에는 회일을 정하고 그 1주간 전에 각 이사 및 감사에 대하여 통지를 발송하여야 한다. 그러나 그 기간은 정관으로 단축할 수 있다. ④ 이사회는 이사 및 감사 전원의 동의를 있는 때에는 제3항의 절차 없이 언제든지 회의할 수 있다.

4418) **상법 제391조(이사회회의 결의방법)** ① 이사회의 결의는 이사과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 한다. 그러나 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있다. ② 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고 이사회는 이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 음성을 동시에 송수신하는 원격통신수단에 의하여 결의에 참가하는 것을 허용할 수 있다. 이 경우 당해 이사는 이사회에 직접 출석한 것으로 본다. ③ 제368조 제3항 및 제371조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다. ㉠ 제368조 ③ 총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다. 제371조 ② 총회의 결의에 관하여는 제368조제3항에 따라 행사할 수 없는 주식의 의결권 수와 제409조제2항 및 제542조의12제4항에 따라 그 비율을 초과하는 주식으로서 행사할 수 없는 주식의 의결권 수는 출석한 주주의 의결권의 수에 산입하지 아니한다.

**제392조(이사회회의 연기·속행)** 제372조의 규정은 이사회에 관하여 이를 준용한다.

4419) ㉠ 이사 3명 중 회사의 경영에 전혀 참여하지 않고 경영에 관한 모든 사항을 다른 이사들에게 위임하여 놓고 그들의 결정에 따르며 필요 시 이사회 회의록 등에 날인만 하여 주고 있는 이사에 대한 소집통지 없이 열린 이사회에서 한 결의는 위 이사가 소집통지를 받고 참석하였다 하더라도 그 결과에 영향이 없었다고 보이므로 유효하다(90다카22698)는 판례가 있으나, 이는 의문이다. ㉡ 이사회 소집통지를 할 때에는, 회사의 정관에 이사들에게 회의의 목적사항을 함께 통지하도록 정하고 있거나 회의의 목적사항을 함께 통지하지 아니하면 이사회에서의 심의·의결에 현저한 지장을 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 주주총회 소집통지의 경우와 달리 회의의 목적사항을 함께 통지할 필요는 없다(2009다35033). ㉢ 무효인 이사회결의가 사후에 추인하는 결의들을 통하여 소급적으로 유효하게 될 수는 없다(2009다35033).

4420) ㉠ 강행규정인 상법 제391조 제1항의 본문이 요구하고 있는 결의의 요건을 갖추지 못한 이사회결의는 무효이다. 예컨대, 제적 6명의 이사 중 3인이 참석하여 참석이사의 전원의 찬성으로 의결한 경우 이는 과반수에 미달하는 이사가 출석하여 상법상의 의사정족수가 충족되지 아니한 이사회에서 이루어진 것으로 무효이고, 회사의 정관에 이사회의 결의는 이사 전원의 과반수로 하되 가부동수인 경우에는 이사회 회장의 결정에 의하도록 규정되어 있고, 결의에 참석한 이사 중에 이사회 회장이 포함되어 있다고 하여도 마찬가지이다(94다33903). ㉡ 특별이해관계가 있는 이사는 이사회에서 의결권을 행사할 수는 없으나 의사정족수 산정의 기초가 되는 이사의 수에는 포함되고 다만 결의성립에 필요한 출석이사에는 산입되지 아니하므로 회사의 3명의 이사 중 대표이사와 특별이해관계 있는 이사 등 2명이 출석하여 의결을 하였다면 이사 3명중 2명이 출석하여 과반수 출석의 요건을 구비하였고 특별이해관계 있는 이사가 행사한 의결권을 제외하더라도 결의에 참여할 수 있는 유일한 출석이사인 대표이사의 찬성으로 과반수의 찬성이 있는 것으로 되어 그 결의는 적법하다(90다카22698). ㉢ 이사회

하거나 현저히 곤란하게 하는 것을 내용으로 하는 이사회결의,<sup>4422)</sup> 중간배당에 관한 상법 규정에 위반한 이사회 결의<sup>4423)</sup>는 무효이다.

그 외에 ‘민법상 법인에 대한 확인의 소 일반론’과 ‘이사회 결의 부존재·무효 확인 청구’ 부분을 함께 참조하면 된다.

## 7) 이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임

### 가) 요건사실과 증명책임

상법 제399조,<sup>4424)</sup> 제414조<sup>4425)</sup>에 기초한 ‘이사·감사 등의 회사에 대한 손해배상책임’(위임관계로 인한 채무불이행책임이다<sup>4426)</sup>)의 청구원인 사실은, ① ‘이사(상법 제401조의2의 ‘업무집행지시자 등’ 의제이사 포함)<sup>4427)</sup>·감사(감사위원회 위원 포함)의 고의 또는 과실’,<sup>4428)</sup> ②

결의요건을 충족하는지 여부는 이사회 결의 당시를 기준으로 판단하여야 하고, 그 결의의 대상인 연대보증행위가 실제로 이루어진 날을 기준으로 판단할 것이 아니다(2000다20670).

4421) 주식회사 이사회는 주주총회의 경우와는 달리 원칙적으로 소집권 있는 이사가 다른 이사 전원에 대하여 이사회 소집통지를 하여야 하고, 이사 자신이 이사회에 출석하여 결의에 참가하여야 하며, 대리인에 의한 출석은 인정되지 않고, 이사 개인이 타인에게 출석과 의결권을 위임할 수도 없는 것이어서 이에 위배된 이사회 결의는 무효이다(80다2441). 상법 제391조 제1항, 제2항의 ‘법문’상 원칙적으로 이사는 이사회에 ‘직접 출석’하여야 하므로, 의결권의 대리·대행, 서면결의, 회람결의, 문자회의 모두 허용되지 않는다.

4422) 임시주주총회 소집을 철회하기로 하는 이사회결의로 인하여 주주의 의결권행사가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 된다고 볼 수 없기 때문에, 위 이사회결의가 주식회사 제도의 본질적 기능을 해하는 것으로서 무효가 되기에 이르렀다고 보기 어렵다고 한 예(2009다35033).

4423) 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778 판결: “상법 제462조의3 제1항은 중간배당에 관하여 ‘연 1회의 결산기를 정한 회사는 영업연도 중 1회에 한하여 이사회 결의로 일정한 날을 정하여 그날의 주주에 대하여 이익을 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이에 따라 연 1회의 결산기를 정한 회사의 경우 정관에 정함이 있으면 이사회 결의로 중간배당을 실시할 수 있고 그 횟수는 영업연도 중 1회로 제한된다. 중간배당에 관한 이사회 결의가 성립하면 추상적으로 존재하던 중간배당청구권이 구체적인 중간배당금 지급 청구권으로 확정되므로, 상법 제462조의3이 정하는 중간배당에 관한 이사회 결의가 있으면 중간배당금이 지급되기 전이라도 당해 영업연도 중 1회로 제한된 중간배당은 이미 결정된 것이고, 같은 영업연도 중 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다. 이사회 결의로 주주의 중간배당금 지급청구권이 구체적으로 확정된 이상 그 청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 내용의 이사회 결의도 허용될 수 없다.”

4424) 상법 제399조(회사에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. <개정 2011.4.14> ⇨ 개정 전 ① 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.

② 전항의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 전항의 책임이 있다.

③ 전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.

4425) 상법 제414조(감사의 회사에 대한 손해배상책임, 이는 상법 제415조의2 제7항에 따라 감사에 갈음한 감사위원회 위원에게 준용된다) 제1항에는 “고의 또는 과실로”라는 문언이 추가되어 있지 않다.

4426) 따라서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결). 불법행위에 기한 손해배상청구와는 별개의 소송물이고 경합적으로 인정된다(87누760).

4427) 상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자

2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자

3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는



‘이사 등이 법령(상법·형법 등 법률과 법규명령)<sup>4429)</sup> 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 한(직무상 충실 및 선관주의의무 위반 행위) 사실’(채무불이행의 경우 ‘채무의 내용에 좇은 이행’에 관한 주장·증명책임의 소재에 관하여, 채권자가 채무자의 채무 이행이 없는 점을 주장·증명하여야 한다는 ‘채권자설’이 판례의 입장이다; 민법-채권총칙-‘채무불이행책임’ 부분 참조), ③ ‘손해의 발생 및 그 범위’, ④ ‘②와 ③ 사이의 상당인과관계’<sup>4430)</sup>이다.

것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

㉠ 위 제1호 및 제2호는 회사에 대해 영향력을 가진 자를 전제로 하고 있으나, 제3호는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있기 때문에 그에 더하여 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것까지 요건으로 하고 있는 것은 아니다(2009다39240). ㉡ 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다(대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결).

4428) ㉢ 상법 제399조 ①의 입증책임 분배가 입법재량을 일탈하였는지 여부

헌법재판소 2015. 3. 26. 2014헌바202 결정; “청구인은 고의 또는 과실의 입증책임을 이사의 책임을 주장하는 자에게 부담시킨 것이 입증책임의 분배에 관한 입법재량을 벗어난 것이라고 주장하나, 요증사실이 특정인의 고의나 과실 유무 등 내심의 의사라고 하여 그러한 의사의 주체에게 반드시 입증책임을 부담시켜야 하는 것은 아니다. 입증책임규정은 사실의 존부가 불명한 경우 법관으로 하여금 재판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서, 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 정의의 추구라는 사법의 이념, 재판의 공정성, 다툼이 되는 쟁점의 특성 및 관련 증거에 대한 접근성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 재량으로 정할 수 있는 입법형성의 영역이다. 이사의 임무해태는 이사가 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 의무를 위반한 것으로서 과실과 분리되는 것이 아니므로, 이에 대한 고의 또는 과실의 입증책임을 이사의 책임을 주장하는 자에게 부담시킨 것은 그 합리성을 인정할 수 있고, 이를 손해배상청구권의 행사에 대한 과도한 제한이라고 보기는 어렵다. 상법조항이 입증책임의 부담에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다.”

4429) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다41651 판결; “법령에 위반한 행위라고 할 때 말하는 ‘법령’은 일반적인 의미에서의 법령, 즉 법률과 그 밖의 법규명령으로서의 대통령령, 총리령, 부령 등을 의미하는 것인바, … 중합금융회사 업무운용지침, 외화자금거래취급요령, 외국환업무·외국환은행신설 및 대외환거래계약체결 인가공문, 외국환관리규정, 중금 내부의 심사관리규정 등은 여기에서 말하는 ‘법령’에 해당하지 아니한다.”

4430) ㉣ 위반행위와 손해 사이의 상당인과관계

○ 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결; “이사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무해태행위로 인한 상법 제399조의 손해배상책임은 그 위반행위와 상당인과관계 있는 손해에 한하여 인정될 뿐이므로, 그 결과로서 발생한 손해와의 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하는 경우에는 이사의 손해배상책임이 성립하지 아니한다고 할 것이고, 회사 자금의 횡령행위가 이루어진 이후에 그로 인한 회사 자금의 부족을 은폐하기 위하여 허위로 회계처리하도록 업무를 집행한 이사는 그 회계처리 당시에는 횡령행위에 관여한 자들로부터 횡령금액 또는 횡령으로 인한 손해배상채권을 회수할 수 있었으나 허위로 회계처리함으로써 횡령행위를 적발하고 회수할 수 있는 기회를 놓쳤고 그 사이 그들의 자금사정이 악화되어 이를 회수할 수 없게 되었다는 등의 사정이 없는 한, 손해배상책임을 부담하지 않는다고 할 것이다.”

○ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다34797 판결; “무릇 법규에 위반한 행위로 손해를 발생시킨 가해자가 당해 행위에 대응하는 적법한 행위를 선택할 가능성이 있었지만 적법행위에 의했더라도 피해자에게 동일한 손해의 전부 또는 일부를 발생시킬 수 있었던 사정을 이유로 가해자가 면책을 주장할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 위반한 당해 법규가 손해의 방지를 주된 목적으로 한 것이 아니라 절차의 엄격한 준수 자체를 요구하는 것이거나, 피해자의 자기 결정권 자체가 중요한 의미를 갖는 경우에는 가해자 측의 적법행위 선택의 개연성만으로 인과관계가 부정된다거나 위법성이 조각된다고 평가할 수는 없는 것이고, 그 정도에 이르지 아니한다 하더라도 적법한 행위에 의한 동일한 손해의 발생 여부가 피해자의 별도의 의사 결정 혹은 행정관청의 허가 등 제3자의 행위에 의존하는 경우에는 동일한 결과 발생의 가능성이 높아 명백히 예상되는 경우가 아닌 한 가해자 측의 주장을 받아들이기 어렵다 할 것이다.”

○ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다56995 판결; “비록 대표이사에 의해 대출이 이미 실행되었다고 하더라도 이에 대한 추인 행위는 대표이사의 하자 있는 거래행위의 효력을 확정적으로 유효로 만들어 주는 것으로서, 피고가 선관의무를 다하지 아니하여 이와 같은 추인 결의에 찬성하였다면 손해 발생과 인과관계가 인정된다.”



위 ①의 '이사 등의 고의 또는 과실' 요건은 위 ②의 '이사 등의 직무수행상 의무 위반' 사실에 포섭된다. 이사의 직무수행상 의무는 결과채무가 아닌 '수단채무'이므로 '채무자의 채무불이행 사실'에 대한 주장·증명책임을 지는 채권자가 먼저 청구원인사실로서 '채무자의 행위위반 내지 주의의무 위반 사실'을 주장·증명하여야 하기 때문이다.<sup>4431)</sup>

이사의 법령·정관 위반 행위나 임무 해태 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는, 그 결의에 찬성한 이사회도 회사에 대한 책임이 있고, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다(상법 제399조 ②, ③). 이는 법률상 사실추정 규정으로서, 원고 회사 측이 전제사실인 ① '이사가 이사회 결의에 참가한 사실'과 ② '이사가 그 결의에 이의를 한 기재가 의사록에 없는 사실'<sup>4432)</sup>을 주장·증명하면 요증사실인 '이사가 그 결의에 찬성한 사실'이 법률상 추정되고, '이사가 그 결의에 찬성하지 아니한 사실'에 대한 주장·증명책임은 피고 이사가 부담한다.

이사가 이사회 승인 없이 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용한 경우, 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 회사의 손해로 법률상 추정된다(상법 제397조의 2).<sup>4433)</sup> 이는 법률상 사실추정 규정으로서, 원고 회사 측이 전제사실인 '이사 또는 제3자

또한, 이사회 결의에 찬성한 이사들의 행위와 이 사건 대출금의 회수 곤란으로 인한 손해 사이의 인과관계는 이사 개개인이 선관의무를 다하였는지 여부에 의해 판단되어야 하고, 다른 이사들이 선관의무에 위반하여 이사회 결의에 찬성한 등 행위를 전제로 판단할 것은 아니다. 이사회 결의는 법률이나 정관 등에서 다른 규정을 두고 있지 않은 한 출석한 이사들의 과반수 찬성에 의해 이루어지는바, 피고의 주장대로 한다면 이사회 결의를 얻은 사항에 관하여 이사 개개인에게 손해배상책임을 묻는 경우, 당해 이사 개개인은 누구나 자신이 반대하였다고 해도 어차피 이사회 결의를 통과하였을 것이라는 주장을 내세워 손해배상책임을 면하게 될 것이기 때문이다. 또한, 부실대출이 실행된 후 여러 차례 변제기한이 연장된 끝에 최종적으로 당해 대출금을 회수하지 못하는 손해가 발생한 경우, 그에 대한 손해배상책임은 원칙적으로 최초에 부실대출 실행을 결의하거나 이를 추진한 이사들만이 부담하고, 단순히 변제기한의 연장에만 찬성한 이사들은, 그 기한 연장 당시에는 채무자로부터 대출금을 모두 회수할 수 있었으나 기한을 연장함으로써 채무자의 자금사정이 악화되어 대출금을 회수할 수 없게 된 경우가 아닌 한 손해배상책임을 부담하지 않는다고 보아야 한다.”

4431) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결: “채무불이행사실이 인정되는 경우라면 ... 채무자가 자신에게 귀책사유가 없다는 점을 적극적으로 입증하여야 할 것이지만, ... 대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없는 것이다. 따라서 원심이, ... 원고의 임무해태사실을 인정할 만한 증거가 없고 ... 판단한 것은 정당하고, 거기에 채무불이행에 관한 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다.” ⇨ 따라서 2008다14633 판결(“갑사가 상법상의 의무 또는 기타 법령이나 정관에서 정한 의무를 위반하는 등 그 임무를 해태한 때에는 상법 제414조에 따라 원칙적으로 그 귀책사유(고의·과실)가 없음을 갑사 측에서 주장·증명하지 아니하는 한 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”) 중 “귀책사유(고의·과실)가 없음을 갑사 측에서 주장·증명하지 아니하는 한” 부분은 불필요한 것이다.

4432) 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우에 그 이사는 '이의를 한 기재가 의사록에 없는 자'라고 볼 수 없으므로, 상법 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 없다(대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결).

4433) 상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) [본조신설 2011.4.14]

① 이사는 이사회 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는

가 얻은 이익'을 주장·증명하면 요증사실인 '동액 상당의 회사 손해'가 법률상 추정되고, 그 반대사실인 '회사의 손해가 이사 또는 제3자가 얻은 이익보다 적은 사실'에 대한 주장·증명책임은 피고 이사가 부담한다.

#### 나) 임무위배행위

이사가 임무를 수행함에 있어서 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없고,<sup>4434)</sup> 이사의 고의·과실은 사실상 추정 된다고 볼 것이다. 법령 위반 행위에 대하여는, 이사가 임무를 수행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무해태로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에 고려될 수 있는 '경영판단의 원칙'은 적용될 여지가 없다.<sup>4435)</sup>

이사는 법령 또는 정관에 정해진 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있으므로, 이사의 행위가 경영판단의 재량 범위 내에 있는 경우에는

회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

☞ 위 규정 신설 전에도 이사의 선관주의의무·충실의무에 기초하여 사업기회 유용 금지의무가 인정된다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다16191 판결: 甲은 乙 회사의 이사로 재직하던 중 丙 회사를 설립하여 이사 또는 실질주주로서 丙 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 지위에 있었는데, 丙 회사가 乙 회사와 丁 외국법인이 체결한 丁 법인 제품에 관한 독점판매계약의 기간이 종료하기 전부터 丁 법인 제품을 수입·판매하는 사업을 하다가 위 계약 기간 종료 후 丁 법인과 독점판매계약을 체결하여 丁 법인의 한국 공식총판으로서 위 제품의 수입·판매업을 영위하고 그 후 이를 제3자에게 양도하여 영업권 상당의 이득을 얻자, 위 사업기회를 상실한 후 운영에 어려움을 겪다가 해산한 乙 회사의 주주 戊가 甲을 상대로 경업금지의무 및 기회유용금지의무 위반에 따른 손해배상을 구한 사안에서, 甲은 경업금지의무를 위반하고 사업기회를 유용하여 乙 회사의 이사로서 부담하는 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무를 위반하였으므로 乙 회사의 손해를 배상할 책임이 있다고 판단한 다음, 丙 회사가 제3자에게 양도한 영업권 속에는 甲의 사업기회 유용행위로 乙 회사가 상실한 사업기회의 가치도 포함되어 있으므로 이를 乙 회사의 손해로 인정하여야 한다고 한 사례.

- 4434) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007다25865 판결: "이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 사유가 되는 법령에 위반한 행위는 이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 영업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정을 위반한 경우가 이에 해당된다고 할 것이고, 이사가 임무를 수행함에 있어서 위와 같은 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수는 없다." ☞ ① 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정될 때에는 감자무효의 판결이 확정되었는지 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결). ② 회사가 기업활동을 함에 있어서 형법상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물 공여를 금지하는 형법 규정은 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 것으로서 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로서 뇌물을 공여하였다면 이는 상법 제399조에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위에 해당된다(2007다58285). ③ 회사가 대표이사의 법령위반행위로 인하여 양벌규정에 따라 벌금을 납부함으로써 벌금액 상당의 손해를 입은 경우에는 특별한 사정이 없는 한 대표이사는 회사에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(2006다49789).

- 4435) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결.

회사에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다.<sup>4436)</sup>

이사가 다른 이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 이사의 선관주의의무 내지 감시의무 해태로서 임무위배행위에 해당한다.<sup>4437)</sup> 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고, 대표이사

4436) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결; “이사는 법령 또는 정관에 정해진 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있다. 기업의 경영은 장래의 불확실한 상황을 전제로 이루어지는 경우가 많으므로 거기에는 다소의 모험과 그에 따른 위험이 수반될 수밖에 없다. 따라서 이사가 법령에 위반됨이 없이 임무를 수행하는 과정에서 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 그 회사가 예상했던 이익을 얻지 못하고 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량 범위 내에 있는 것이어서 해당 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 이사가 임무를 수행하면서 검토할 사항은 거래를 하는 목적이나 동기, 거래의 종류와 내용, 상대방과의 관계, 소속 회사의 재무적 상황 등에 따라 달라지므로, 사안마다 개별적으로 판단되어야 한다. 또한 이사의 경영판단을 정당화할 수 있는 이익은 원칙적으로 회사가 실제로 얻을 가능성이 있는 구체적인 것이어야 하고, 일반적이거나 막연한 기대에 불과하여 회사가 부담하는 비용이나 위험에 상응하지 않는 것이어서는 아니 된다. … 기업집단을 구성하는 개별 계열회사들은 각자 독립된 법인격을 가진 별개의 회사이므로, 개별 계열회사의 이사는 기업집단이나 다른 계열회사와 관련된 직무를 수행할 때에도 … 선관주의의무와 충실의무를 부담한다. 소속 회사가 법령에 위반됨이 없이 동일한 기업집단에 속한 계열회사 주식을 취득하거나 제3자가 계열회사 주식을 취득하게 하는 계약을 체결하는 경우, 이사는 소속 회사의 입장에서 주식 취득의 목적이나 계약 내용에 따라 … 검토하고 필요한 조치를 하여야 한다.”

4437) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결; “주식회사의 이사는 담당업무는 물론 다른 업무담당이사의 업무집행을 감시할 의무가 있으므로 스스로 법령을 준수해야 할 뿐 아니라 다른 업무담당이사들도 법령을 준수하여 업무를 수행하도록 감시·감독하여야 할 의무를 부담한다. 특히 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있다. 따라서 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 상법 제399조 제1항에 따른 배상책임을 진다. … 이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는데, 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없다. 그러한 경우 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템(이하 ‘내부통제시스템’이라고 한다)을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사의 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다. 이러한 내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다. 특히 회사 업무의 전반을 총괄하여 다른 이사의 업무집행을 감시·감독하여야 할 지위에 있는 대표이사가 회사의 목적이나, 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 경우임에도 이와 관련된 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무의 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 이는 대표이사로서 회사 업무 전반에 대한 감시의무를 게을리한 것이라고 할 수 있다.” ■ 이사의 감시의무는 사외이사라거나 비상근이사라고 하여 달리 볼 것이 아니다[대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결. 2005다51471(비상근이사), 2013다76253(사외이사)]. 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있음에도 이를 외면하고 방치하는 등의 경우에 감시의무 위반으로 인정될 수 있다(대법원

로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다.<sup>4438)</sup>

회사가 '주주배정'의 방법으로 신주나 전환사채, 신주인수권부사채 등을 발행하는 경우에는 그 발행가액이 시가보다 현저히 낮다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이사로써의 임무를 위배하여 회사에 손해를 입혔다고 볼 수 없으나, 현저하게 불공정한 가액으로 '제3자배정' 방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당한다.<sup>4439)</sup>

금융기관에 미회수 대출금 손해가 발생하였다는 결과만으로 대표이사나 이사의 임무해태로 인한 채무불이행 사실을 추정할 수는 없다.<sup>4440) 4441)</sup>

2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결).

4438) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다94097 판결.

4439) © '주주배정'방식과 '제3자배정'방식에 의한 신주 발행과 이사의 임무위배행위

대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결의 다수의견; "주주는 회사에 대하여 주식의 인수가액에 대한 납입의무를 부담할 뿐(상법 제331조) 인수가액 전액을 납입하여 주식을 취득한 후에는 주주유한책임의 원칙에 따라 회사에 대하여 추가 출자의무를 부담하지 아니하는 점, 회사가 준비금을 자본으로 전입하거나 이익을 주식으로 배당할 경우에는 주주들에게 지분비율에 따라 무상으로 신주를 발행할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 회사가 주주배정의 방법, 즉 주주가 가진 주식수에 따라 신주 등의 배정을 하는 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 발행가액 등을 반드시 시가에 의하여야 하는 것은 아니다. 그러므로 회사의 임원인 이사로서는 주주배정의 방법으로 신주를 발행함에 있어서 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약(상법 제330조, 제417조) 외에는 주주 전체의 이익과 회사의 자금조달의 필요성과 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다.

그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자배정 방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없는 것이다. 제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적정한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다. ... 이와 같이 현저하게 불공정한 가액으로 제3자배정방식에 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 있다고 할 것이고, 그것이 종래 대법원의 판례이기도 하다. ...

신주 등의 발행에 있어서 주주배정방식과 제3자배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 할 성질의 것이지, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 기존 주주들에게 지분비율대로 신주 등을 인수할 기회를 부여하였는데도 주주들이 그 인수를 포기함에 따라 발생한 실권주 등을 제3자에게 배정한 결과 회사 지분비율에 변화가 생기고, 이 경우 신주 등의 발행가액이 시가보다 현저하게 낮아 그 인수권을 행사하지 아니한 주주들이 보유한 주식의 가치가 희석되어 기존 주주들의 부가 새로이 주주가 된 사람들에게 이전되는 효과가 발생하더라도, 그로 인한 불이익은 기존 주주들 자신의 선택에 의한 것일 뿐이다. 또한 회사의 입장에서 보더라도 기존 주주들이 신주 등을 인수하여 이를 제3자에게 양도한 경우와 이사회가 기존 주주들이 인수하지 아니한 신주 등을 제3자에게 배정한 경우를 비교하여 보면 회사에 유입되는 자금의 규모에 아무런 차이가 없을 것이므로, 이사가 회사에 대한 관계에서 어떠한 임무에 위배하여 손해를 끼쳤다고 볼 수는 없다."

4440) © 대출과 관련하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 위반하였는지에 관한 판단 기준

○ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결; "금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리

## 대규모 주식회사에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보로

자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출 결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다. 또한 대표이사나 이사를 상대로 주식회사에 대한 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사나 이사의 직무수행상의 채무는 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행 사실을 추정할 수도 없다.”(프로젝트 파이낸스 대출 사안) ● [따름 판례] 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결 ○ 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다62608 판결; “새마을금고의 경우 그 임·직원이 대출을 결정함에 있어서 임·직원이 법령이나 정관에 위반한 대출이었음을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 대출에 관한 어떤 이해관계가 있어 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 대출을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 임·직원으로서의 주의의무를 다 할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리 하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 대출을 실행한 경우에 한하여 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다. … 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없고, 동일인 한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 비로소 재산상 손해가 발생하였다고 보아야”

○ 대법원 2011. 4. 14. 선고 2008다14633 판결; “회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하면서 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여하거나 지급보증할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이다.”

- 4441) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결(관계회사에 대한 자금지원과 경영판단의 원칙); “회사의 이사가 법령에 위반됨이 없이 관계회사에게 자금을 대여하거나 관계회사의 유상증자에 참여하여 그 발행 신주를 인수함에 있어서, 관계회사의 회사 영업에 대한 기여도, 관계회사의 회생에 필요한 적정 지원자금의 액수 및 관계회사의 지원이 회사에 미치는 재정적 부담의 정도, 관계회사를 지원할 경우와 지원하지 않을 경우 관계회사의 회생가능성 내지 도산가능성과 그로 인하여 회사에 미칠 것으로 예상되는 이익 및 불이익의 정도 등에 관하여 합리적으로 이용가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음, 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면, 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이어서 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 없다. 그러나 회사의 이사가 이러한 과정을 거쳐 이사회 결의를 통하여 자금지원을 의결한 것이 아니라, 단순히 회사의 경영상의 부담에도 불구하고 관계회사의 부도 등을 방지하는 것이 회사의 신인도를 유지하고 회사의 영업에 이익이 될 것이라는 일반적·추상적인 기대하에 일방적으로 관계회사에 자금을 지원하게 하여 회사에 손해를 입게 한 경우 등에는 관계회사에 대한 자금지원에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내린 것이라고 볼 수 없으므로, 그와 같은 이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다.”

부터 감사가 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 경감되는 것이라기보다는, 가중된다고 보아야 하고,<sup>4442)</sup> 비상임 감사도 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지며,<sup>4443)</sup> 외부감사인에 의한 감사가 있다고 해서 상법상 감사의 감사의무가 면제되거나 경감되지 않는다.<sup>4444)</sup>

#### 다) 항변사유

상법 제399조, 제414조에 기한 '이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임'은 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효기간(3년)이 적용되지 아니하고, 일반채권의 소멸시효기간(10년)이 적용된다.<sup>4445)</sup> 상법 제401조의2 제1항이 정한 업무집행지시자 등의 손해배상책임도 동일하다.<sup>4446)</sup>

상법 제399조, 제414조에 따른 이사·감사의 회사에 대한 책임은 주주 전원의 동의로 면제되거나, 또는 정관으로 정하는 바에 따라 이사·감사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간 보수액의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제될 수 있고(상법 제400조,<sup>4447)</sup> 제415조), 이사·감사의 책임사유가 기재된 재무제표 등의 승인으로 책임이

4442) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834 판결: "감사의 구체적인 주의의무의 내용과 범위는 회사의 종류나 규모, 업종, 지배구조 및 내부통제 시스템, 재정상태, 법령상 규제 정도, 감사 개개인의 능력과 경력, 근무 여건 등에 따라 다를 수 있겠으나, 감사는 이사의 직무집행을 감사할 권한을 가진 주식회사의 필요적 상설기관으로서 회계감사를 비롯하여 이사의 업무집행 전반을 감사할 권한을 갖고, 업무감사를 위해서는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 재산상태를 조사할 권한이 있으며(상법 제412조), 감사의 조사를 방해하거나 요구를 거부한 때에는 감사는 그 뜻과 이유를 감사보고서에 기재하여야 하는바(상법 제447조의4 제2항 제11호), 이와 같이 상법이 규정하고 있는 감사의 권한과 의무에 비추어 볼 때 대우와 같은 대규모 주식회사에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보로부터 감사가 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 위 피고들 주장과 같이 경감되는 것이라기보다는, 가중된다고 보아야 할 것이다."

4443) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결: "우리 상법이 감사를 상임 감사와 비상임 감사로 구별하여 비상임 감사는 상임 감사에 비해 그 직무와 책임이 감경되는 것으로 규정하고 있지도 않을 뿐 아니라, 우리나라의 회사들이 비상임 감사를 두어 비상임 감사는 상임 감사의 유고시에만 감사의 직무를 수행하도록 하고 있다는 상관습의 존재도 인정할 수 없으므로, 비상임 감사는 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지지 않는다는 주장은 허용될 수 없다."

4444) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결.

4445) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결. 판례(2002다11441)는, 원고가 피고를 상대로 상법 제399조에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다고 하여 이로써 일반 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단될 수는 없다고 하나, 이는 시효중단 사유로서의 재판상 청구에 관한 권리행사설 내지 권리주장설의 입장에서 보면 그 타당성에 의문이 있다(민법-총칙-'소멸시효' 부분 참조).

4446) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결: "상법 제401조의2 제1항은 ... 주식회사의 이사가 아니지만 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사처럼 업무를 집행하는 등으로 회사의 업무에 관여한 자에 대하여 그에 상응하는 책임을 묻기 위함이다. 이러한 법률 문언 내용과 입법 취지에 비추어 보면, 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자는 회사의 이사는 아니지만 상법 제399조에서 정한 손해배상책임을 적용함에 있어 그가 관여한 업무에 관하여 법령준수의무를 비롯하여 이사와 같은 선관주의의무와 충실의무를 부담하고, 이를 게을리하였을 경우 회사에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 지게 되는 것이다. 이와 같이 상법 제401조의2 제1항이 정한 손해배상책임은 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 그에 따른 손해배상채권에는 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다."

4447) 상법 제400조(회사에 대한 책임의 감면) ① 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수

해제될 수 있다(상법 제450조<sup>4448)</sup>; 민법-채권총칙-‘면제’ 부분 참조).

이사·감사의 회사에 대한 손해배상책임의 범위를 정함에 있어서, 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다(직권조사사항).<sup>4449)</sup>

회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우, 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 ‘신의칙’에 반하는 것이라고 할 수 없다.<sup>4450)</sup>

## 8) 주주의 대표소송

발행주식 총수의 일정률 이상<sup>4451)</sup>에 해당하는 주식을 가지거나 보유한<sup>4452)</sup> 주주(원

있다. ② 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사가 그 행위를 한 날 이전 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 제397조의2 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

4448) 상법 제450조(이사, 감사의 책임해제) 정기총회에서 전조 제1항의 승인을 한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 본다. 그러나 이사 또는 감사의 부정행위에 대하여는 그러하지 아니하다.

4449) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2019다280481 판결; “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정할 때에는, 해당 사업의 내용과 성격, 해당 이사의 임무 위반의 경위 및 임무 위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 해당 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 혼란 유무나 위험관리체계의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다. 이때에 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 그 제한의 비율을 정하는 것은, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다.”

4450) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결; “회사와 회사의 대주주 겸 대표이사는 서로 별개의 법인격을 갖고 있을 뿐만 아니라, 회사의 대주주 겸 대표이사의 지시가 위법한 경우 회사의 임직원이 반드시 그 지시를 따라야 할 법률상 의무가 있다고 볼 수 없으므로, 회사의 임직원이 대주주 겸 대표이사의 지시에 따라 위법한 분식회계 등에 고의·과실로 가담하는 행위를 함으로써 회사에 손해를 입힌 경우 회사의 그 임직원에 대한 손해배상청구가 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 이는 위와 같은 위법한 분식회계로 인하여 회사의 신용 등급이 상향 평가되어 회사가 영업활동이나 금융거래의 과정에서 유형·무형의 경제적 이익을 얻은 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”

4451) 비상장회사의 경우 발행주식 총수의 1% 이상이고, 상장회사의 경우 상장회사 특례규정(제542조의6 ⑥)에 따른 소수주주권 행사요건(6개월 전부터 계속하여 발행주식 총수의 0.01% 이상)과 일반규정에 따른 소수주주권 행사요건(발행주식 총수의 1% 이상)을 선택적으로 주장할 수 있다(2020. 12. 29. 개정 시 제542조의6 제10항 신설).

4452) ○ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다35717 판결; “주주가 대표소송을 제기하기 위하여는 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 때와 회사를 위하여 그 소를 제기할 때 상법 또는 구 은행법이 정하는 주식보유요건을 갖추면 되고, 소 제기 후에는 보유주식의 수가 그 요건에 미달하게 되어도 무방하다. 그러나 대표소송을 제기한 주주가 소송의 계속 중에 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적격을 상실하여 그가 제기한 소는 부적법하게 되고(상법 제403조 제5항), 이는 그 주주가 자신의 의사에 반하여 주주의 지위를 상실하였다 하여 달리 볼 것은 아니다.” ⇨ 갑 은행 발행주식의 약 0.013%를 보유한 주주인 을 등이 대표소송을 제기한 후 소송 계속 중 갑 은행과 병 주식회사가 주식교환을 완료하여 병 회사가 갑 은행의 100% 주주가 되고 을은 갑 은행의 주주로서의 지위를 상실한 사안에서, 대표소송 제기 후 갑 은행의 주식을 전혀 보유하지 않게 된 을은 원고적격을 상실하였다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

○ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결; “대표소송을 제기한 주주 중 일부가 주식을 처분하는 등의 사유로 주식을 전혀 보유하지 아니하게 되어 주주의 지위를 상실하면, 특별한 사정이 없는 한 그 주주는 원고적

고적적; 주주명부상 주주를 말한다.<sup>4453)</sup> 파산절차가 진행 중인 회사의 주주는 대표소송을 제기할 수 없고,<sup>4454)</sup> 종래에 판례는 이중대표소송을 허용하지 않았으나, 2020. 12. 29. 상법 개정 시 ‘다중대표소송’을 허용하는 명문의 근거규정이 신설되었다<sup>4455)</sup>는 그 이유를 기재한 서면(제소청구서)<sup>4456)</sup>으로 회사에 대하여<sup>4457)</sup> ‘이사의 책임’(상법 제399조, 제428조 등)을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있고, 회사가 그 청구를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는(그 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우(제소요건)<sup>4458)</sup>에는 즉시 위 주주는

격을 상실하여 그가 제기한 부분의 소는 부적법하게 되고, 이는 함께 대표소송을 제기한 다른 원고들이 주주의 지위를 유지하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”

4453) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결.

4454) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다2617 판결; “회사가 이사 또는 감사에 대한 책임추궁을 게을리 할 것을 예상하여 마련된 주주의 대표소송의 제도는 파산절차가 진행 중인 경우에는 그 적용이 없고, 주주가 파산관재인에 대하여 이사 또는 감사에 대한 책임을 추궁할 것을 청구하였는데 파산관재인이 이를 거부하였다고 하더라도 주주가 ... 대표소송으로서 이사 또는 감사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 수 없다고 보아야 할 것이며, 이러한 이치는 주주가 회사에 대하여 책임추궁의 소의 제기를 청구하였지만 회사가 소를 제기하지 않고 있는 사이에 회사에 대하여 파산선고가 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.”

4455) 상법 제406조의2(다중대표소송) ① 모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다. ② 제1항의 주주는 자회사가 제1항의 청구를 받은 날부터 30일 내에 소를 제기하지 아니한 때에는 즉시 자회사를 위하여 소를 제기할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 소에 관하여는 제176조제3항·제4항, 제403조제2항, 같은 조 제4항부터 제6항까지 및 제404조부터 제406조까지의 규정을 준용한다. ④ 제1항의 청구를 한 후 모회사가 보유한 자회사의 주식의 자회사 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우(발행주식을 보유하지 아니하게 된 경우를 제외한다)에도 제1항 및 제2항에 따른 제소의 효력에는 영향이 없다. ⑤ 제1항 및 제2항의 소는 자회사의 본점소재지의 지방법원의 관할에 전속한다. ⑥ 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 0.5% 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제406조의2에 따른 주주의 권리를 선택적으로 주장할 수 있다(제542조의6 제7항, 제10항). 종래에 판례(2003다49221)는 이중대표소송을 허용하지 않았다.

4456) 대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다298744 판결; “제소청구서에 기재되어야 하는 ‘이유’에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다. 다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회회의록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다. 주주가 이에 제소청구서를 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부적법하다. 반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다. 따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다.” ㉠ 원고가 제소청구서에서 주장한 피고의 책임은 상법 제341조 제4항(해당 영업연도의 배당가능이익의 초과 자기주식 취득에 따른 이사의 회사에 대한 차액 배상 책임)에 근거한 것인 반면, 원심에서 추가로 주장한 피고의 책임은 상법 제399조 제1항(이사의 회사에 대한 손해배상책임)에 근거한 것으로서 그 법적 근거가 다르기는 하나, 각 청구의 기초 사실은 모두 소외 회사의 대표이사인 피고가 자신의 지위를 이용하여 적법한 절차를 거치지 않고 회사로부터 주식대금을 지급받았다는 것으로 동일하고 단지 피고의 책임에 대한 법적 평가만을 달리하였을 뿐이므로 원심에서 선택적으로 추가된 청구는 적법하다고 한 예.

4457) 피고가 이사인 경우에는 감사(상법 제394조 ① 후문), 퇴임이사인 경우에는 대표이사(2000다9086 참조)가 회사를 대표한다.

4458) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결; “이는 주주의 대표소송이 회사가 가지는 권리에 바탕을 둔 것임을 고려하여 주주에 의한 남소를 방지하기 위해서 마련된 제소요건에 관한 규정에 해당한다. 따라서 회사



즉시 '회사를 위하여'<sup>4459)</sup> 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 ①~④).<sup>4460)</sup>

상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 '공동소송참가'(민사소송법 제83조)에 해당한다.<sup>4461)</sup>

주주는 일정한 요건에 따라 이사를 상대로 그 이사의 행위에 대하여 유지(留止)청구권을 행사하여 그 행위를 유지시키거나(상법 제402조),<sup>4462)</sup> 대표소송에 의하여 그 책임을 추궁하는 소를 제기할 수 있을 뿐(상법 제403조), 직접 제3자와의 거래관계에 개입하여 회사가 체결한 계약의 무효 확인을 구할 이익이 없다.<sup>4463)</sup>

에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 없음에도 불구하고 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하지 아니한 채 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 즉시 회사를 위하여 소를 제기하였다면 그 소송은 부적법한 것으로서 각하되어야 한다. 여기서 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우라 함은 이사에 대한 손해배상청구권의 시효가 완성된다든지 이사가 도피하거나 재산을 처분하려는 때와 같이 이사에 대한 책임추궁이 불가능 또는 무의해질 염려가 있는 경우 등을 의미한다."

4459) 즉, 대표소송은 제3자의 소송당당에 해당하고, 그 확정판결의 기판력은 회사에도 미치며(민사소송법 제218조(기판력의 주관적 범위) ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다), 주주대표소송의 주주는 민사집행법 제25조(집행력의 주관적 범위) 제1항에 따라 채권압류·전부명령 등을 신청할 수 있는 집행채권자 자격이 있다(대법원 2014. 2. 19.자 2013마2316 결정). 회사는 민사집행법 제31조에 따라 승계집행문을 받아 집행한다.

4460) 회사가 주주의 청구에 따라 소를 제기하거나 주주가 대표소송을 제기한 경우 당사자는 법원의 허가를 얻지 아니하고는 소의 취하, 청구의 포기·인락·화해를 할 수 없다(제6항).

4461) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결; "주주의 대표소송에 있어서 원고 주주가 원고로서 제대로 소송수행을 하지 못하거나 혹은 상대방이 된 이사와 결탁함으로써 회사의 권리보호에 미흡하여 회사의 이익이 침해될 염려가 있는 경우 그 판결의 효력을 받는 권리귀속주체인 회사가 이를 막거나 자신의 권리를 보호하기 위하여 소송수행권한을 가진 정당한 당사자로서 그 소송에 참가할 필요가 있으며, 회사가 대표소송에 당사자로서 참가하는 경우 소송경계가 도모될 뿐만 아니라 판결의 모순·저촉을 유발할 가능성도 없다는 사정과, 상법 제404조 제1항에서 특별히 참가에 관한 규정을 두어 주주의 대표소송의 특성을 살려 회사의 권익을 보호하려는 입법 취지를 함께 고려할 때, 상법 제404조 제1항에서 규정하고 있는 회사의 참가는 공동소송참가를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 나아가 이러한 해석이 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제234조에 반하는 것도 아니라고 할 것이다. ... 원고들이 원심 변론종결시까지 대표소송상의 원고 주주요건을 유지하지 못하여 종국적으로 소가 각하되는 운명에 있다고 할지라도 원고 공동소송참가인의 참가시점에서는 원고들이 적법한 원고적격을 가지고 있었다고 할 것이어서 원고 공동소송참가인의 이 사건 참가는 적법하다고 할 것이고, 뿐만 아니라 원고들 및 제1심 소송참가인들의 이 사건 주주대표소송이 확정적으로 각하되기 전에는 여전히 그 소송계속상태가 유지되고 있는 것이어서, 그 각하판결 선고 이전에 회사가 원고 공동소송참가를 신청한 이 사건에서 그 참가 당시 피참가소송의 계속성이 없거나 그로 인하여 참가가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. ... 공동소송참가는 항소심에서도 할 수 있는 것이고, 항소심절차에서 공동소송참가가 이루어진 이후에 피참가소가 소송요건의 흠결로 각하된다고 할지라도 소송의 목적이 당사자 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 한하여 인정되는 공동소송참가의 특성에 비추어 볼 때, 심급이익 박탈의 문제는 발생하지 않는다고 볼 것이다."

4462) 상법 제402조(유지청구권) 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.

4463) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2018다228462, 228479 판결; "주식회사의 주주는 주식의 소유자로서 회사의 경영에 이해관계를 가지고 있기는 하지만, 직접 회사의 경영에 참여하지 못하고 주주총회의 결의를 통해서 이사를 해임하거나 일정한 요건에 따라 이사를 상대로 그 이사의 행위에 대하여 유지청구권을 행사하여 그 행위를 유지시키고 대표소송에 의하여 그 책임을 추궁하는 소를 제기하는 등 회사의 영업에 간접적으로 영향을 미칠 수 있을 뿐이다. 그러므로 주주가 회사의 재산관계에 대하여 법률상 이해관계를 가진다고 평가할 수 없고, 주주는 직접 제3자와의 거래관계에 개입하여 회사가 체결한 계약의 무효 확인을 구할 이익이 없다. 이러한 법리는 회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도하는 계약을 체결하는 경우에도 마찬가지이다."

## 9) 이사·감사의 제3자에 대한 손해배상책임

상법 제401조,<sup>4464)</sup> 제414조<sup>4465)</sup>에 기한 ‘이사·감사의 제3자에 대한 손해배상책임’의 청구원인 사실은, ① ‘이사(상법 제401조의2의 ‘업무집행지시자 등’ 포함)·감사의 고의 또는 중대한 과실’, ② ‘이사·감사가 그 임무를 게을리 한 사실’,<sup>4466)</sup> ③ ‘제3자의 손해 발생 및 그 범위’(‘직접 손해’를 입은 경우여야 하고 주주의 ‘간접적인 손해’는 포함되지 아니한다),<sup>4467) 4468)</sup>

4464) 상법 제401조(제3자에 대한 책임) ① 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리 한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. <개정 2011.4.14> ② 제399조 제2항, 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

4465) 상법 제414조(감사의 책임) ② 감사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 감사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. ③ 감사가 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 이사도 그 책임이 있는 때에는 그 감사와 이사는 연대하여 배상할 책임이 있다.

4466) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다101824 판결; “주식회사의 이어나 감사가 어떠한 직무집행을 함에 있어서, 자신의 직무집행이 법령 등에 위반한 것임을 알았거나 또는 어떤 부정한 청탁을 받거나 당해 직무집행에 어떤 이해관계가 있어 자기 또는 제3자의 부정한 이익을 취득할 목적으로 직무집행을 감행한 경우 또는 조금만 주의를 기울였으면 이어나 감사로서의 주의의무를 다할 수 있었을 것임에도 그러한 주의를 현저히 게을리하여 쉽게 알 수 있었던 사실을 알지 못하고 직무집행을 한 경우라면 고의 또는 중과실로 인한 책임을 진다. 원심은 … 허위의 재무제표를 작성하였다거나 피고 7이 악의 또는 중대한 과실로 이사 또는 감사의 임무를 해태하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로, … 원고의 주장을 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하고”

4467) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결; “이사가 회사의 재산을 횡령하여 회사의 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다. 그러나 회사의 재산을 횡령한 이사가 악의 또는 중대한 과실로 부실공시를 하여 재무구조의 악화 사실이 증권시장에 알려지지 아니함으로써 회사 발행주식의 주가가 정상주가보다 높게 형성되고, 주식매수인이 그러한 사실을 알지 못한 채 그 주식을 취득하였다가 그 후 그 사실이 증권시장에 공표되어 주가가 하락한 경우에는, 그 주주는 이사의 부실공시로 인하여 정상주가보다 높은 가격에 주식을 매수하였다가 그 주가가 하락함으로써 직접 손해를 입은 것이므로, 그 이사에 대하여 상법 제401조 제1항에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이다.”

4468) ○ 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결; “금융기관이 회사 임직원의 대규모 분식회계로 인하여 회사의 재무구조를 잘못 파악하고 회사에 대출을 해 준 후 … 부실채권을 신속하게 정리하기 위하여 회사에 대한 대출금채권을 한국자산관리공사에게 양도하고 그 대출금채권의 실질적 가액에 관한 정산을 거쳐 대가를 지급받은 경우에는, 부실 대출로 인한 금융기관의 손해는 그 양도대가에 의하여 회수되지 아니하는 대출금채권액으로 확정된다 할 것이고, 그 이후 한국자산관리공사가 그 대출금채권을 행사하거나 그에 관한 담보권을 실행하여 어떠한 만족을 얻었다 하더라도 이미 대출금채권을 양도한 금융기관의 회사 임직원에 대한 손해배상채권이 그 대등액 상당만큼 실질적인 만족을 얻어 당연히 소멸하게 된다고 볼 수 없으므로 그 대등액 상당을 회사 임직원이 배상할 손해액을 산정함에 있어서 당연히 공제할 수는 없고, 다만 대출금채권을 양수한 한국자산관리공사가 대출금채권을 행사하거나 담보권을 실행하여 회수한 금액이 대출금채권의 양도대금을 상당히 초과하여 그 대가 산정의 적정성이 문제될 수 있는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 회사 임직원의 손해배상책임을 제한하는 참작사유가 될 수 있을 뿐이다.”

○ 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결; “재정적 어려움에 처하여 과거에 발행한 구 회사채를 자체 자금으로 상환할 수 없는 기업체가 그 상환자금을 마련하기 위하여 동일한 규모의 신 회사채를 발행하는 때에 구 회사채에 대하여 지급보증하였던 금융기관이 신 회사채에 대하여 다시 지급보증하고, 신 회사채의 발행으로 마련된 자금에 의하여 구 회사채채무가 소멸된 경우에는, 금융기관은 기업체의 구 회사채에 대한 상환능력 결여로 구 회사채에 대한 지급보증채무가 현실화되어 대위변제 의무를 실제 이행하여야 할 상황에 놓였다가 신 회사채의 발행으로 마련된 상환자금에 의하여 구 회사채에 대한 지급보증채무가 소멸되고 대신 신 회사채에 대한 지급보증채무를 부담하게 된 것이라고 볼 수 있으므로, 비록 구 회사채에 대한 지급보증채무와 신 회사채에 대한 지급보증채무가 법률적으로 동일하지 않다고 하더라도, 실질적·경제적으로 볼 때 전자는 신 회사채의 발행에 의한 구 회사채의 상환이 없었더라면 대위변제 의무를 이행하여야 하였을 금액의 범위 내에서 후자로 대체된 것이라고 볼 수 있어, 특별한 사정이 없는 한 그 범위 내에서는 신 회사채에 대한 지급보증으로 인하여

④ ‘②와 ③ 사이의 상당인과관계’<sup>4469)</sup>이다.

이사의 임무 해태 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는, 그 결의에 찬성한 이사회 제3자에 대한 책임이 있고, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다(상법 제401조 ②, 제399조 ②, ③; 법률상 사실추정 규정).

대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당하고, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 악의 또는 중대한 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 제3자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다.<sup>4470)</sup>

금융기관에 새로운 손해가 발생하였다고 할 수 없다.”

4469) ○ 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다65579 판결; “기업체의 재무제표 및 이에 대한 외부감사인의 회계감사결과를 기재한 감사보고서는 대상 기업체의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 증권거래소 등을 통하여 일반에 공시되고 기업체의 신용도와 상환능력 등의 기초자료로서 그 기업체가 발행하는 회사채나 기업어음의 신용등급평가와 금융기관의 여신제공 여부 결정에 중요한 판단 근거가 된다. 따라서 기업체의 임직원 등이 대규모의 분식회계에 가담하거나 기업체의 감사가 대규모로 분식된 재무제표의 감사와 관련하여 중요한 감사절차를 수행하지 아니하거나 소홀히 한 잘못이 있는 경우에는, 그로 말미암아 금융기관이 기업체에게 여신을 제공하기에 이르렀다고 봄이 상당하고, 위와 같은 재무상태가 제대로 밝혀진 상황에서라면 금융기관이 여신을 제공함에 있어서 고려할 요소로서 ‘재무제표에 나타난 기업체의 재무상태’ 외의 다른 요소들, 즉 상환자 원 및 사업계획의 타당성, 채권의 보전방법, 거래실적 및 전망, 기업체의 수익성, 사업성과, 기업분석 및 시장조사 결과 등도 모두 극히 저조한 평가를 받을 수밖에 없으므로, 이러한 ‘재무제표에 나타난 기업체의 재무상태’ 외의 요소들이 함께 고려된다는 사정을 들어 여신제공 여부의 판단이 달라졌으리라고 볼 수 없다.”

○ 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다18376 판결; “기업체의 임직원 등이 대규모의 분식회계에 가담하거나 기업체의 감사가 대규모로 분식된 재무제표의 감사와 관련하여 중요한 감사절차를 수행하지 아니하거나 소홀히 한 잘못이 있는 경우에는, 그로 말미암아 기업체가 발행하는 회사채 등이 신용평가기관으로부터 적정한 신용등급을 얻었고 그에 따라 금융기관이 그 회사채 등을 지급보증하거나 매입하는 방식으로 여신을 제공하기에 이르렀다고 봄이 상당하고, 또한 충분한 담보가 제공되었다는 사정만으로 도산이 불가피한 상황에 있는 기업체의 분식회계와 금융기관의 지급보증 또는 대출 사이에 인과관계가 없다고 볼 수 없다.”

4470) ○ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68834 판결; “상법 제401조 제1항에 규정된 주식회사의 이사의 제3자에 대한 손해배상책임은 이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 것을 요건으로 하는 것인바, 대표이사가 대표이사로서의 업무 일체를 다른 이사 등에게 위임하고 대표이사로서의 직무를 전혀 집행하지 않는 것은 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다 할 것이므로, 가사 ... 형식상·예우상의 대표이사에 불과하여 대우의 업무에 일체 관여하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 분식회계로 인한 책임을 면할 수 없다. ... 원래 이사는 회사의 위임에 따라 회사에 대하여 수입자로서 선량한 관리자의 주의의무를 질 뿐 제3자와의 관계에 있어서 위 의무에 위반하여 손해를 가하였다 하더라도 당연히 손해배상의무가 생기는 것은 아니지만, 경제사회에 있어서의 중요한 지위에 있는 주식회사의 활동이 그 기관인 이사의 직무집행에 의존하는 것을 고려하여 제3자를 보호하고자 이사의 악의 또는 중대한 과실로 인하여 위 의무에 위반하여 제3자에게 손해를 입힌 때에는 위 이사의 악의 또는 중과실로 인한 임무해태행위와 상당인과관계에 있는 제3자의 손해에 대하여 그 이사가 손해배상의 책임을 진다는 것이 위 법조의 취지이고, 한편 대표이사는 회사의 영역에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항) 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있으므로, 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 악의 또는 중대한 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 제3자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다. ... 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는바, 대우와 같이 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 공동대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정

통상의 거래행위로 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수 없다.<sup>4471)</sup>

만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 무엇보다 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 이사회를 구성하는 개개의 이사들에게 주어진다. 점에 비추어 볼 때, 그러한 노력을 전혀 하지 아니하거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못한 경우라면, 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행을 구체적으로 알지 못하였다는 이유만으로 책임을 면할 수는 없고, 위와 같은 지속적이거나 조직적인 감시 소홀의 결과로 발생한 다른 이사의 위법한 업무집행으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 주식회사의 감사는 이사의 직무집행을 감사하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 행위를 할 염려가 있는 때에는 이사회에 보고하여야 하며, 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사항이 있는지의 여부에 관하여 주주총회에 그 의견을 진술하여야 할 의무가 있고, 위와 같은 의무를 적절하게 수행하는 데 필요한 경우 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 수 있으며, 조사를 방해받거나 요구를 거부당한 때에는 그 뜻과 이유를 감사보고서에 기재하여야 하고, 이사의 위법한 행위로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있는 등의 권한도 있으므로(상법 제412조 제1항, 제391조의2 제2항, 제413조, 제412조 제2항, 제447조의4 제2항 제11호, 제402조), 감사는 상법상의 위와 같은 권한 또는 의무와 기타 법령이나 정관에서 정한 권한과 의무를 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이행하여야 하고, 악의 또는 중과실로 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 그 임무를 해태한 때에는 그로 인하여 제3자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 위 피고들의 주장의 요지는, 원심의 인정과는 달리 실제로 두 사람이 회계감사를 실시하였지만, 회계분식이 교묘하게 이루어졌고, 일부 이사의 전횡이 용인되어 있던 과거 실무관행상 회사의 중요한 정보에 대한 감사의 접근이 제한된 데다가 이 사건 회계분식이 다른 임직원들에 의하여 조직적이고 은밀하게 이루어진 것이어서 이를 발견하지 못한 데 불과하며, 재무제표 및 부속서류의 검토만으로 이 사건 회계분식을 발견하는 것은 처음부터 불가능하였다는 취지이나, 위에서 본 감사의 구체적인 주의의무의 내용과 범위는 회사의 종류나 규모, 업종, 지배구조 및 내부통제 시스템, 재정상태, 법령상 규제의 정도, 감사 개개인의 능력과 경력, 근무 여건 등에 따라 다를 수 있다 하더라도, 이 사건 당시 감사가 주식회사의 필요적 상설기관으로서 회계감사를 비롯하여 이사의 업무집행 전반을 감사할 권한을 갖는 등 위에서 본 바와 같은 상법상의 권한 또는 의무와 기타 법령이나 정관에서 정한 권한과 의무를 가지고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 피고들이 감사로 재직하였던 대우와 같은 대규모 상장기업에서 일부 임직원의 전횡이 방치되고 있었다거나 중요한 재무정보에 대한 감사의 접근이 조직적·지속적으로 차단되고 있는 상황이라면, 감사의 주의의무는 위 피고들의 주장과 같이 경감되는 것이 아니라, 오히려 현저히 가중된다고 보아야 한다."

○ 대법원 2009. 11. 12. 선고 2007다53785 판결; "주식회사의 감사가 실질적으로 감사로서의 직무를 수행할 의사가 전혀 없으면서도 자신의 도장을 이사에게 맡기는 등의 방식으로 그 명의만을 빌려줌으로써 회사의 이사로 하여금 어떠한 간섭이나 감독도 받지 않고 재무제표 등에 허위의 사실을 기재한 다음 그와 같이 분식된 재무제표 등을 이용하여 거래 상대방인 제3자에게 손해를 입히도록 묵인하거나 방치한 경우, 감사는 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 때에 해당하여 그로 말미암아 제3자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 우리 상법이 감사를 감사와 비상임 감사로 구별하여 비상임 감사는 상임 감사에 비해 그 직무와 책임이 감경되는 것으로 규정하고 있지도 않을 뿐 아니라, 우리나라의 회사들이 비상임 감사를 두어 비상임 감사는 상임 감사의 유고시에만 감사의 직무를 수행하도록 하고 있다는 상관습의 존재도 인정할 수 없으므로, 비상임 감사는 감사로서의 선관주의의무 위반에 따른 책임을 지지 않는다는 주장은 허용될 수 없다."

4471) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결; "상법 제401조의2 제1항 제1호 소정의 '회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자'(이하 '업무지시자'라고 한다)에는 자연인뿐만 아니라 법인인 지배회사도 포함되나, 나아가 그에 의하여 부담하는 상법 제401조 소정의 제3자에 대한 책임에서 요구되는 '고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위'라 함은 회사의 기관으로서 인정되는 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서(예를 들면, 회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능할 것을 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행불능이 된 경우와 같이) 위법한 사정이 있어야 하고, 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수는 없다."

상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임의 소멸시효기간은 10년이다.<sup>4472)</sup> 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조(사업보고서 등의 거짓 기재 등에 의한 배상책임) 제1항에 따른 이사의 주식 취득자에 대한 손해배상책임의 경우, 상법 제401조와는 증명책임의 소재가 다르다.<sup>4473)</sup>

#### 10) 이사·대표이사에 대한 직무집행정지 가처분

이사를 선임한 주주총회결의 취소의 소, 무효·부존재 확인의 소 또는 이사해임의 소(이사의 지위를 다투는 본안소송)가 제기되거나 그 소제기 전에 급박한 사유가 있는 경우 이사에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분을 신청할 수 있고, 대표이사를 선임한 이사회결의의 무효·부존재 확인의 소를 본안소송으로 하여 대표이사에 대한 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분을 신청할 수 있다.<sup>4474)</sup>

가처분 신청인은 본안소송의 원고적격자이지만, 피신청인은 본안소송과 달리 당해 이사·대표이사이다.<sup>4475)</sup>

4472) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다60369 판결: “상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임이 제3자를 보호하기 위하여 상법이 인정하는 특수한 책임이라는 점을 감안할 때 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항은 적용될 여지가 없고, 일반 채권으로서 민법 제162조 제1항에 따라 그 소멸시효기간은 10년이며, 제3자가 상법 제401조에 기한 이사의 제3자에 대한 손해배상책임만을 묻는 손해배상청구 소송에 있어서 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제7항이 정하는 단기 소멸시효는 적용될 여지가 없다.”

4473) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결: “자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조 제1항의 규정을 근거로 주식의 취득자가 사업보고서를 제출할 당시의 사업보고서 제출대상법인의 이사에 대하여 사업보고서의 허위기재 등으로 인하여 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 배상의무자인 이사가 책임을 면하기 위하여는 자신이 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 주식의 취득자가 그 취득을 할 때에 그 사실을 알았음을 증명하거나 또는 그 주식의 취득자가 입은 손해액의 전부 또는 일부가 위 허위표시 등에 의하여 발생한 것이 아님을 증명하여야 하고(제162조 제1항 단서, 제4항), 여기서 ‘상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음’을 증명한다는 것은 ‘자신의 지위에 따라 합리적으로 기대되는 조사를 한 후 그에 의하여 허위기재 등이 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었고 또한 실제로 그렇게 믿었음’을 증명하는 것을 말한다.”

4474) 상법 제407조(직무집행정지, 직무대행자선임) ① 이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지할 수 있고 또는 직무대행자를 선임할 수 있다. 급박한 사정이 있는 때에는 본안소송의 제기전에도 그 처분을 할 수 있다. ② 법원은 당사자의 신청에 의하여 전항의 가처분을 변경 또는 취소할 수 있다. ③ 전2항의 처분이 있는 때에는 본점과 지점의 소재지에서 그 등기를 하여야 한다. ■ 주식회사 이사의 직무집행을 정지하고 그 대행자를 선임하는 가처분은 민사집행법 제300조 제2항의 규정에 의한 임시의 지위를 정하는 가처분의 성질을 갖고(88다카9883), 법원사무관등이 등기소에 그 등기를 촉탁한다(민사집행법 제306조). 명문으로 규정되지 않은, 이사 선임 주주총회결의 부존재확인, 대표이사 선임 이사회결의 무효·부존재 확인의 소, 이사 등 지위 또는 권한의 부존재확인 소도 본안소송이 될 수 있다. ‘임시의 지위를 정하는 가처분’은 다툼 있는 권리관계에 관하여 그것이 본안소송에 의하여 확정되기까지 가처분권리자가 현재의 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여 또는 그 밖에 필요한 이유가 있는 경우 허용되는 응급적·잠정적인 처분이므로 다툼 있는 권리관계의 존재를 요건으로 한다(2019마6918).

4475) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 그 성질상 주장 자체에 의하여 다툼이 있는 권리관계에 관한 정당한 이익이 있는 자가 가처분 신청을 할 수 있고, 그 경우 주장 자체에 의하여 신청인과 저촉되는 지위에 있는 자를 피신청인으로 하여야 하므로(2010마1576), 회사에게는 피신청인의 적격이 없다(80다2424).

이사 등의 직무집행정지 가처분결정으로 이사 등의 직무집행은 정지되고,<sup>4476)</sup> 이에 제3자에 대해서도 효력이 미치는 '대세적 효력'이 있으며, 그 가처분을 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있다.<sup>4477)</sup> 대표이사가 직무집행정지 기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이다.<sup>4478)</sup>

직무대행자는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다.<sup>4479)</sup>

4476) 이사 등의 직무집행을 정지시킬 뿐 이사 등의 지위나 자격을 박탈하는 것이 아니므로, 특별한 사정이 없는 한 가처분결정으로 인하여 이사 등의 임기가 당연히 정지되거나 가처분결정이 존속하는 기간만큼 연장된다고 할 수 없고, 나아가 그 가처분결정은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대해서도 효력이 미치지만, 이는 어디까지나 직무집행행위의 효력을 제한하는 것일 뿐이므로, 이사 등의 임기 진행에 영향을 주는 것은 아니다(2018다249148).

4477) 주식회사 이사의 직무집행을 정지하고 직무대행자를 선임하는 가처분은 성질상 당사자 사이뿐만 아니라 제3자에 대한 관계에서도 효력이 미치므로 가처분에 반하여 이루어진 행위는 제3자에 대한 관계에서도 무효이므로 가처분에 의하여 선임된 이사직무대행자의 권한은 법원의 취소결정이 있기까지 유효하게 존속한다. 또한 등기할 사항인 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분은 상법 제37조 제1항에 의하여 이를 등기하지 아니하면 위 가처분으로 선의의 제3자에게 대항하지 못하지만 악의의 제3자에게는 대항할 수 있고, 주식회사의 대표이사 및 이사에 대한 직무집행을 정지하고 그 직무대행자를 선임하는 법원의 가처분결정은 그 결정 이전에 직무집행이 정지된 주식회사 대표이사의 퇴임등기와 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 취임하는 등기가 경료되었다고 할지라도 직무집행이 정지된 이사에 대하여는 여전히 그 효력이 있으므로 그 가처분결정에 의하여 선임된 대표이사 및 이사 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하고, 반면에 그 가처분결정 이전에 직무집행이 정지된 이사가 대표이사로 선임되었다고 할지라도 그 선임결정의 적법 여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다39551 판결; 가처분명령은 형성재판으로서 별도의 집행개념을 인정할 수 없으므로 그 효력은 등기 없이도 결정의 송달 시 발생하고 등기는 단순한 공시처분으로서 제3자에 대한 대항요건에 해당함을 전제로 한 판시이다). cf. 상법 제37조(등기의 효력) ① 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ② 등기한 후라도 제3자가 정당한 사유로 인하여 이를 알지 못한 때에는 제1항과 같다.

4478) ① 법원의 직무집행정지 가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가처분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니므로, 가처분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다(2008다4537). ② 위 가처분은 그 성질상 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미치므로, 새로이 선임된 대표이사가 위 가처분에 반하여 회사 대표자의 자격에서 한 법률행위는 결국 제3자에 대한 관계에서도 무효이고, 이때 위 가처분에 위반하여 대표권 없는 대표이사과 법률행위를 한 거래상대방은 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수는 없다(92다5638).

4479) 상법 제408조(직무대행자의 권한) ① 전조의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 그러나 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다. ② 직무대행자가 전항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대하여 책임을 진다. ➀ 회사의 '상무'라 함은 일반적으로 회사에서 일상 행해져야 하는 사무, 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상 행하는 영업범위 내의 사무 또는 회사경영에 중요한 영향을 주지 않는 통상의 업무 등을 의미한다고 할 것이고, 어느 행위가 구체적으로 이 상무에 속하는가 하는 것은 당해 회사의 기구, 업무의 종류·성질, 기타 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 것이다. 이러한 법리에 따르면 직무대행자가 정기주주총회를 소집함에 있어서도 그 안전에 이사회와 구성 자체를 변경하는 행위나 상법 제374조의 특별결의사항에 해당하는 행위 등 회사의 경영 및 지배에 영향을 미칠 수 있는 것이 포함되어 있다면 그 안전의 범위에서 정기총회의 소집이 상무에 속하지 않는다고 할 것이고, 직무대행자가 정기주주총회를 소집하는 행위가 상무에 속하지 아니함에도 법원의 허가 없이 이를 소집하여 결의한 때에는 소집절차상의 하자로 결의취소사유에 해당된다(2006다62362). ➁ 제2항의 '선의'에 대한 주장증명책임은 상대방에 있다(65다1677). ➂ 해산 전 가처분에 의하여 선임된 이사 직무대행자는 회사가 해산하는 경우 당연히 청산인 직무대행자가 된다(91다4355).

## 사. 신주·사채 발행 무효, 자본금감소 무효 관련 소송

### 1) 신주발행무효의 소

신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다(상법 제429조).

#### 가) 소송요건

원고적격자는 회사의 주주, 이사, 감사이고, 피고적격자는 회사이다. 신주발행 무효의 소 계속 중 원고적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우, 주식 양수인은 그 소송에 승계참가할 수 있다.<sup>4480)</sup>

신주를 발행한 날(= 신주발행의 효력 발생일 = 납입기일 다음날)부터 6개월 내에 제소하여야 하고, 그 후에는 ‘새로운 무효사유’를 추가하여 주장할 수도 없다.<sup>4481)</sup>

#### 나) 무효원인

신주발행 무효의 소에서 그 무효원인은 ‘법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정’에서 더하여, ‘주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 신주와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우’에 한하여 가급적 엄격하게 해석하여야 한다.<sup>4482)</sup>

4480) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결: “소송의 목적물인 권리관계의 승계라 함은 소송물인 권리관계의 양도뿐만 아니라 당사자적격 이전의 원인이 되는 실체법상의 권리 이전을 널리 포함하는 것이므로, 신주발행무효의 소 계속 중 그 원고 적격의 근거가 되는 주식이 양도된 경우에 그 양수인은 제소기간 등의 요건이 충족된다면 새로운 주주의 지위에서 신소를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 양도인이 이미 제기한 기존의 위소송을 적법하게 승계할 수도 있다고 할 것이다. 승계참가가 인정되는 경우에는 그 참가시기에 불구하고 소가 제기된 당초에 소급하여 법률상의 기간준수의 효력이 발생하는 것이므로, 신주발행무효의 소에 승계참가하는 경우에 그 제소기간의 준수 여부는 승계참가자가 아닌 원래의 소 제기자를 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 주식의 양수인이 이미 제기된 신주발행무효의 소에 승계참가하는 것을 피고 회사에 대항하기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하는바, 주식 양수인이 명의개서절차를 거치지 않은 채 승계참가를 신청하여 피고 회사에 대항할 수 없는 상태로 소송절차가 진행되었다고 할지라도, 승계참가가 허용되는 사실심 변론종결 이전에 주주명부에 명의개서를 마친 후 소송관계를 표명하고 증거조사의 결과에 대하여 변론을 함으로써 그 이전에 행하여진 승계참가상의 소송절차를 그대로 유지하고 있다면 명의개서 이전의 소송행위를 추인한 것으로 봄이 상당하여 그 이전에 행하여진 소송절차상의 하자는 모두 치유되었다고 보아야 한다.”

4481) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결: “상법 제429조는 … 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것으로서, 새로운 무효사유를 출소기간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어, 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하므로, 신주발행의 무효의 소에서 신주를 발행한 날부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다.”

4482) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결: “신주발행 무효의 소를 규정하는 상법 제429조에는 그 무효원인이 따로 규정되어 있지 않으므로 신주발행유지청구의 요건으로 상법 제424조에서 규정하는 ‘법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행’을 신주발행의 무효원인으로 일용 고려할 수 있다고 하겠으나 다른 한편, 신주가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 신주발행유지청구권은 위법



주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이다.<sup>4483)</sup>

신주발행에 관한 이사회 결의의 하자는 신주발행의 효력에는 영향이 없다.<sup>4484)</sup>

실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것은 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것이 아니다.<sup>4485)</sup>

한 발행에 대한 사전 구체수단입에 반하여 신주발행 무효의 소는 사후에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 신주와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 신주의 발행을 무효로 할 수 있을 것이다.”<sup>4483)</sup> 신주발행을 결의한 甲 회사의 이사회에 참여한 이사들이 하자 있는 주주총회에서 선임된 이사들이어서, 그 후 이사 선임에 관한 주주총회결의가 확정판결로 취소되었고, 위와 같은 하자를 지적한 신주발행금지가처분이 발령되었음에도 위 이사들을 동원하여 위 이사회를 진행한 측만이 신주를 인수한 사안에서, 위 신주발행이 신주의 발행사항을 이사회결의에 의하도록 한 법령과 정관을 위반하였을 뿐만 아니라 현저하게 불공정하고, 그로 인하여 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미쳤다는 등의 이유로 무효라고 한 사례.

4483) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결: “상법 제418조는 종래 주주의 신주인수권을 정관에 의하여 폭넓게 제한할 수 있도록 하다가 2001. 7. 24. 법률 개정을 통하여 제1항을 “주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다.”라고, 제2항을 “회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다. 다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다.”라고 각 개정하였는바, 이는 주식회사가 신주를 발행하면서 주주 아닌 제3자에게 신주를 배정할 경우 기존 주주에게 보유 주식의 가치 하락이나 회사에 대한 지배권 상실 등 불이익을 끼칠 우려가 있다는 점을 감안하여, 신주를 발행할 경우 원칙적으로 기존 주주에게 이를 배정하고 제3자에 대한 신주배정은 정관이 정한 바에 따라뿐만 가능하도록 하면서, 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조 개선 등 기업 경영의 필요상 부득이한 예외적인 경우로 제한함으로써 기존 주주의 신주인수권에 대한 보호를 강화하고자 하는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이라고 할 것이다. 한편, 신주 발행을 사후에 무효로 하는 경우, 거래의 안전과 법적 안정성을 해할 우려가 큰 점을 고려할 때 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관의 위반이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 주식에 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에는 그 신주의 발행을 무효라고 보지 않을 수 없다.”

4484) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다77060 판결: “주식회사의 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 설령 신주발행에 관한 이사회 결의가 없거나 이사회 결의에 하자가 있더라도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다.”

4485) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다49380 판결: “신주 등의 발행에서 주주배정방식과 제3자배정방식을 구별하는 기준은 회사가 신주 등을 발행함에 있어서 주주들에게 그들의 지분비율에 따라 신주 등을 우선적으로 인수할 기회를 부여하였는지 여부에 따라 객관적으로 결정되어야 하고, 신주 등의 인수권을 부여받은 주주들이 실제로 인수권을 행사함으로써 신주 등을 배정받았는지 여부에 좌우되는 것은 아니다. 회사가 주주배정방식에



#### 다) 판결의 효력

신주발행무효의 원고승소 판결이 확정된 때에는 신주는 장래에 대하여 그 효력을 잃고(소급효의 제한, 상법 제431조 제1항), 제3자에 대하여도 그 효력이 있다(대세효, 상법 430조에 의한 제190조 본문의 준용).<sup>4486)</sup>

#### 라) 관련 소송

이사회나 주주총회의 신주발행 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도, 그 하자가 극히 중대하여 신주발행이 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한,<sup>4487)</sup> 신주발행의 효력이 발생한 후에는 신주발행무효의 소에 의하여서만 다룰 수 있다.<sup>4488)</sup>

위법한 신주발행에 대한 사전 구제수단으로서 ‘신주발행유지의 소’는, ① 회사가 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 주식을 발행함으로써 ② 주주가 불이익을 받을 염려가 있는 경우에, 그 주주의 회사에 대한 유지(留止) 청구로서 인정된다(상법 제424조).

#### 2) 전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소

전환사채나 신주인수권부사채의 발행은 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다.<sup>4489)</sup>

의하여 신주를 발행하려는데 주주가 인수를 포기하거나 청약을 하지 아니함으로써 그 인수권을 잃은 때에는(상법 제419조 제4항) 회사는 이사회의 결의에 의하여 그 인수가 없는 부분에 대하여 자유로이 이를 제3자에게 처분할 수 있고, 이 경우 그 실권된 신주를 제3자에게 발행하는 것에 관하여 정관에 반드시 근거 규정이 있어야 하는 것은 아니다.”

4486) **준용규정**: 그 외에도 상법 제430조에 의해 신주발행 무효의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)·제192조(무효의 등기) 및 제377조(회사 청구에 의한 채소주주의 담보제공의무)의 규정이 준용된다.

4487) 대법원 1989. 7. 25. 선고 87다카2316 판결: “주주들에게 통지하거나 주주들의 참석 없이 주주 아닌 자들이 모여서 개최한 임시주주총회에서 발행예정주식총수에 관한 정관변경결의와 이사선임결의를 하고, 그와 같이 선임된 이사들이 모인 이사회에서 대표이사 선임 및 신주발행결의를 하였다면, 그 이사회는 부존재한 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된 부존재한 이사회에 지나지 않고, 그 이사들에 의하여 선임된 대표이사도 역시 부존재한 이사회에서 선임된 자이어서, 그 이사회의 결의에 의한 신주발행은 의결권한이 없는 자들에 의한 부존재한 결의와 회사를 대표할 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 것으로서 그 발행에 있어 절차적, 실제적 하자가 극히 중대하여 신주발행이 존재하지 않는다고 볼 수밖에 없으므로, 회사의 주주는 위 신주발행에 관한 이사회결의에 대하여 상법 제429조 소정의 신주발행무효의 소의 제기기간에 구애되거나 신주발행무효의 소에 의하지 않고 부존재확인의 소를 제기할 수 있다.”

4488) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

4489) ○ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결: “상법은 제516조 제1항에서 신주발행의 유지청구권에 관한 제424조 및 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자의 책임에 관한 제424조의2 등을 전환사채의 발행의 경우에 준용한다고 규정하면서도 신주발행무효의 소에 관한 제429조의 준용 여부에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 전환사채는 전환권의 행사에 의하여 장차 주식으로 전환될 수 있는 권리가 부여된 사채로서, 이러한 전환사채의 발행은 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상

전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소의 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하나, 회사의 경영권 분쟁이 현재 계속 중이거나 임박해 있는 등 오직 지배권의 변경을 초래하거나 이를 저지할 목적으로 전환사채를 발행하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한정할 것은 아니다.<sup>4490)</sup>

회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 그 발행은 무효가 될 수 있고, 이는 발행일로부터 6월 이내에 '신주인수권부사채 발행 무효의 소'로써 다룰 수 있다. 나아가 대주주 등이 위 신주인수권부사채나 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효사유에 준하여 '신주 발행 무효의 소'로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다.<sup>4491)</sup>

신주를 발행하는 것과 유사하므로, 전환사채의 발행의 경우에도 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다고 봄이 상당하다. 그리고 이 경우 당사자가 주장하는 개개의 공격방법으로서의 구체적인 무효원인은 각각 어느 정도 개별성을 가지고 판단할 수밖에 없는 것이기는 하지만, 전환사채의 발행에 무효원인이 있다는 것이 전체로서 하나의 청구원인이 된다는 점을 감안할 때 전환사채의 발행을 무효라고 볼 것인지 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 무효원인에 개재된 여러 위법 요소가 종합적으로 고려되어야 한다.”

○ 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결: “신주 발행을 사후에 무효로 하는 것은 거래의 안전을 해할 우려가 크기 때문에 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관을 위반한 위법이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우에는 원칙적으로 그 신주의 발행은 무효라고 보아야 한다. 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서 이러한 신주인수권부사채 발행의 경우에도 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용되고, 신주발행의 무효원인에 관한 위와 같은 법리 또한 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.”

4490) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결: “전환사채의 발행의 경우에도 준용되는 상법 제424조에 ‘법령이나 정관의 위반 또는 현저하게 불공정한 방법에 의한 주식의 발행’이 신주발행유지청구의 요건으로 규정되어 있으므로, 위와 같은 요건을 전환사채 발행의 무효원인으로 일용 고려할 수 있다고 하겠으나, 다른 한편 전환사채가 일단 발행되면 그 인수인의 이익을 고려할 필요가 있고 또 전환사채나 전환권의 행사에 의하여 발행된 주식은 유가증권으로서 유통되는 것이므로 거래의 안전을 보호하여야 할 필요가 크다고 할 것인데, 전환사채발행유지청구권은 위법한 발행에 대한 사전 구제수단임에 반하여, 전환사채발행무효의 소는 사후에 이를 무효로 함으로써 거래의 안전과 법적 안정성을 해칠 위험이 큰 점을 고려할 때, 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 법령이나 정관의 중대한 위반 또는 현저한 불공정이 있어 그것이 주식회사의 본질이나 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 전환사채와 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에 한하여 전환사채의 발행 또는 그 전환권의 행사에 의한 주식의 발행을 무효로 할 수 있을 것이며, 그 무효원인을 … 회사의 경영권 분쟁이 현재 계속중이거나 임박해 있는 등 오직 지배권의 변경을 초래하거나 이를 저지할 목적으로 전환사채를 발행하였음이 객관적으로 명백한 경우에 한정할 것은 아니다. … 전환사채발행무효의 소에 있어서의 무효원인을 위와 같이 엄격하게 해석하여야 하는 이상 단지 전환사채의 인수인이 회사의 지배주주와 특별한 관계에 있는 자라거나 그 전환가액이 발행시점의 주가 등에 비추어 다소 낮은 가격이라는 것과 같은 사유는 일반적으로 전환사채발행유지청구의 원인이 될 수 있음은 별론으로 하고, 이미 발행된 전환사채 또는 그 전환권의 행사로 발행된 주식을 무효화할 만한 원인이 되지 않는다.”

4491) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결: “신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사나 그로 인한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써 다룰 수 있다. 이때에는 특별한 사정이 없는 한 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효사유만 주장할 수 있고, 신주인수권부사채 발행이 무효라거나 그를 전제로 한 주장은 제기할 수 없다. … 상법 제418조 제1항, 제2항은 회사

전환사채·신주인수권부사채 발행 무효의 소도 그 발행일로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다.<sup>4492)</sup> 전환사채 발행의 실체가 없음에도 전환사채 발행의 등기가 되어 있는 외관이 존재하는 경우 이를 제거하기 위한 전환사채발행부존재 확인의 소에 있어서는 6월의 제소기간의 제한이 적용되지 아니한다.<sup>4493)</sup>

전환사채 발행의 효력이 발생한 후에 직접 전환사채발행무효의 소에 의하지 않고 그 발행 과정의 하나인 이사회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소는 부적법하다.<sup>4494)</sup>

가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하되 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. 따라서 주식회사가 신주를 발행할 때 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도, 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 대주주나 경영진 등의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이고, 그로 인하여 회사의 지배구조에 심대한 변화가 초래되고 기존 주주들의 회사에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 결과가 발생하는 경우에는 그러한 신주 발행은 무효이다. 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(상법 제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서, 2015다202919 참조). ... 신주인수권부사채의 경우 경영상 목적 없이 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 발행되더라도 그 자체로는 기존 주주의 신주인수권을 침해하지 않고, 이후 대주주 등이 양수한 신주인수권을 행사하여 신주를 취득함으로써 비로소 기존 주주의 신주인수권이 침해되고 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적이 현실화된다. 이에 의하면 회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 신주인수권부사채의 발행은 무효가 될 수 있고, 이런 사유는 그 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채발행무효의 소로써 다툴 수 있다. 나아가 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 신주발행무효의 소로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다. 이로써 위법한 신주인수권부사채 발행이나 그에 기한 신주 발행을 다투는 주주의 제소권이 실질적으로 보호될 수 있다. ... 위에서 본 경우 신주발행무효의 소의 제소기간은 신주 발행일로부터 기산하여야 하고, 설령 신주 발행이 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사 결과에 따른 것이라 할지라도 신주인수권부사채 발행일부터 기산되는 것은 아니다.”

4492) ① 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결; “신주인수권부사채 발행의 무효는 주주 등이 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내 소만으로 주장할 수 있고, 6월의 출소기간이 지난 뒤에는 새로운 무효 사유를 추가하여 주장할 수 없다. 따라서 신주인수권부사채 발행일로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소가 제기되지 않거나 6월 내에 제기된 신주인수권부사채발행무효의 소가 적극적 당사자의 패소로 확정되었다면, 이후에는 더 이상 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장할 수 없다.” ② 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결; “상법 제429조는 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 신주발행에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로, 새로운 무효사유를 출소시간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고, 한편 상법 제429조의 유추적용에 의하여 전환사채발행무효의 소가 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로, 전환사채발행무효의 소에 있어서도 전환사채를 발행한 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다.”

4493) 피고 보조참가인이 전환사채를 인수하여 대금납입절차와 등기까지 완료하였으므로, 전환사채 발행의 실체는 존재한다고 보아야 하고, 따라서 피고 회사의 주주총회결의가 부존재한다고 하여 그로써 주주인 피고 보조참가인에 대하여 한 전환사채 발행까지 당연히 부존재하게 되는 것은 아니라는 이유로 전환사채 발행이 그 하자의 정도가 중대하여 부존재한다고 볼 수는 없다고 한 예(2003다20060).

4494) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

‘전환사채 발행 유지 청구’는 전환사채 발행의 효력이 생기기 전, 즉 전환사채의 납입 기일까지 행사하여야 하고, 전환사채를 인수하여 그 대금을 납입하고 등기까지 마친 경우에는 그 청구할 수 있는 시기가 도과되어 권리보호의 이익이 없다.<sup>4495)</sup> 전환사채권자가 전환을 청구한 이후에는 ‘주식전환의 금지’를 구할 법률상 이익이 없게 된다.<sup>4496)</sup>

### 3) 자본금감소 무효의 소

주식병합<sup>4497)</sup>을 통한 자본금감소<sup>4498)</sup>에 이의가 있는 주주·이사·감사·청산인·파산 관재인 또는 자본금의 감소를 승인하지 않은 채권자(원고적격자)는 회사(피고적격자)를 상대로 자본금감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내(제소기간, 제척기간)<sup>4499)</sup>에 자본금감소 무효의 소(형성의 소)를 제기할 수 있다(상법 제445조).

자본금감소의 효력이 발생<sup>4500)</sup>하기 전에는 자본금감소 결의 무효 확인의 소를 구할 수 있으나, 자본금감소의 효력이 발생한 후에는 자본금감소 무효의 소에 의해서만 다룰 수 있다.<sup>4501)</sup> 주식병합 무효 확인의 소나 선결문제로서 그 무효를 주장하는 것은 허용되지

4495) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결.

4496) 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003다9636 판결; “전환사채권자가 전환 청구를 하면 회사는 주식을 발행해 주어야 하는데, 전환권은 형성권이므로 전환을 청구한 때에 당연히 전환의 효력이 발생하여 전환사채권자는 그 때부터 주주가 되고 사채권자로서의 지위를 상실하게 되므로(상법 제516조, 제350조) 그 이후에는 주식전환의 금지를 구할 법률상 이익이 없게 될 것이다.”

4497) 주식병합이란 회사가 다수의 주식을 합하여 소수의 주식을 만드는 행위를 말한다. 상법은 자본금감소(제440조)와 합병(제530조 제3항)·분할(제530조의11 제1항) 등 조직재편의 경우 수반되는 주식병합의 절차에 대해 규정하고 있다.

4498) 주식병합을 통한 자본금감소를 위해서는 주주총회의 특별결의와 채권자보호절차 등을 거쳐야 하고(상법 제438조, 제439조), 주식병합으로 발생한 단주는 경매를 통해 그 대금을 종전의 주주에게 지급하는 방식으로 처리한다(제443조 본문). 그러나 거래소의 시세 있는 주식은 거래소를 통해, 거래소의 시세 없는 주식은 법원의 허가를 받아 경매 외의 방법으로 매각할 수 있다(제443조 단서). 법원의 허가를 받아 주식을 매각하는 경우 법원은 단주를 보유한 주주와 단주를 보유하지 않은 주주 사이의 공평을 유지하기 위해, 주식의 액면가, 기업가치에 따라 환산한 주당 가치, 장외시장에서의 거래가액 등 제반 요소를 고려하여 매대가액의 타당성을 판단한 후 입의매각의 허가 여부를 결정하여야 한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결).

4499) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007다12012 판결; “상법 제445조는 … 자본감소에 수반되는 복잡한 법률관계를 조기에 확정하고자 하는 것이므로 새로운 무효사유를 출소기간의 경과 후에도 주장할 수 있도록 하면 법률관계가 불안정하게 되어 위 규정의 취지가 몰각된다는 점에 비추어 위 규정은 무효사유의 주장시기도 제한하고 있는 것이라고 해석함이 상당하고 자본감소로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다.”

4500) 자본금감소의 효력은 주주총회결의, 채권자보호절차, 주식의 병합·소각이 모두 종료한 때에 발생한다. 주식의 병합·소각은 주권제출기간이 만료한 때에 그 효력이 생기나, 채권자보호절차가 종료하지 아니한 때에는 그 종료한 때에 효력이 생긴다(상법 제441조, 제343조 제2항).

4501) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다83599 판결; “상법 제445조 … 규정하고 있으므로, 설령 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정이 없는 한 자본감소의 효력이 발생한 후에는 자본감소 무효의 소에 의해서만 다룰 수 있다. … 원고들의 청구취지는 자본감소의 효력이 이미 발생한 후에 주주총회의 자본감소 결의에 취소 또는 무효의 하자가 있으므로 그 확인을 구한다는 것으로서 기록상 그 하자가 극히 중대하여 자본감소가 존재하지 아니하는 정도에 이르는 등의 특별한 사정을 찾아볼 수 없으므로, 이 사건 소를 자본감소 결의의 무효의 확인을 구하는 소로 본다면 이는 소의 이익이 없어 부적법한 것이라고 보아야 할 것이다. … 사건명을 ‘갑자무효의 소’라고 표시하였을 뿐 아니라, 원고들과 피고 회사 모두 … 근거조문까지 명시하면서 상법 제445조의

않으나, 주식병합 부존재확인의 소나 선결문제로서 그 부존재를 주장하는 것은 허용된다.<sup>4502)</sup>

‘무효원인’으로는, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우를 들 수 있다.<sup>4503)</sup> 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하나, 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다.<sup>4504)</sup>

자본감소 무효의 소를 제기한 것임을 전제로 상법 제446조, 제189조에 의한 재량기간 여부를 주된 쟁점으로 삼아 변론하였음을 알 수 있으므로, 원고들의 진정한 의사는 청구취지의 기재에도 불구하고 상법 제445조의 자본감소 무효의 소를 제기한 것으로 볼 여지가 충분하다. … 원심으로서 원고들이 제기한 이 사건 소가 ‘상법 제445조에 의한 자본감소 무효의 소’인지 아니면 ‘위 자본감소 결의의 무효확인의 소’인지를 분명하게 하고 거기에 알맞은 청구취지와 청구원인으로 정리하도록 석명한 다음 본안에 대하여 심리·판단하여야 마땅하다.” <sup>4502)</sup> 자본감소 결의의 무효확인 판결을 선고한 원심에 석명의무를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

4502) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다15537 판결: “구 상법 제445조에서 규정하는 ‘소’라 함은 형성의 소를 의미하는 것으로서, 일반 민사상 무효확인의 소로써 주식병합의 무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 주식병합의 실체가 없음에도 주식병합의 등기가 되어 있는 외관이 존재하는 경우 등과 같이 주식병합의 절차적·실체적 하자가 극히 중대하여 주식병합이 존재하지 아니한다고 볼 수 있는 경우에는, 주식병합 무효의 소와는 달리 출소기간의 제한에 구애됨이 없이 그 외관 등을 제거하기 위하여 주식병합 부존재확인의 소를 제기하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 부존재를 주장할 수 있다.”

4503) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결: “상법은 자본금감소의 무효와 관련하여 개별적인 무효사유를 열거하고 있지 않으므로, 자본금감소의 방법 또는 기타 절차가 주주평등의 원칙에 반하는 경우, 기타 법령·정관에 위반하거나 민법상 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 현저히 불공정한 경우에 무효소송을 제기할 수 있다. 즉 주주평등의 원칙은 그가 가진 주식의 수에 따른 평등한 취급을 의미하는데, 만일 주주의 주식수에 따라 다른 비율로 주식병합을 하여 차등갑자가 이루어진다면 이는 주주평등의 원칙에 반하여 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다. 또한 주식병합을 통한 자본금감소가 현저하게 불공정하게 이루어져 권리남용금지의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반하는 경우에도 자본금감소 무효의 원인이 될 수 있다.”

4504) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다283315 판결: “우리 상법이 2011년 상법 개정을 통해 소수주주의 강제매수제도를 도입한 입법 취지와 그 규정의 내용에 비추어 볼 때, 엄격한 요건 아래 허용되고 있는 소수주주 축출제도를 회피하기 위하여 탈법적으로 동일한 효과를 갖는 다른 방식을 활용하는 것은 위법하다. 그러나 소수주주의 강제매수제도는 지배주주에게 법이 인정한 권리로 반드시 지배주주가 이를 행사하여야 하는 것은 아니고, 우리 상법에서 소수주주의 강제매수제도를 도입하면서 이와 관련하여 주식병합의 목적이나 요건 등에 별다른 제한을 두지 않았다. 또한 주식병합을 통해 지배주주가 회사의 지배권을 독점하려면, 단주로 처리된 주식을 소각하거나 지배주주 또는 회사가 단주로 처리된 주식을 취득하여야 하고 이를 위해서는 법원의 허가가 필요하다. 주식병합으로 단주로 처리된 주식을 임의로 매도하기 위해서는 대표이사가 사유를 소명하여 법원의 허가를 받아야 하고(비송사건절차법 제83조), 이때 단주 금액의 적정성에 대한 판단도 이루어지므로 주식가격에 대해 법원의 결정을 받는다는 점은 소수주주의 강제매수제도와 유사하다. 따라서 결과적으로 주식병합으로 소수주주가 주주의 지위를 상실했다 할지라도 그 자체로 위법이라고 볼 수는 없다.” <sup>4504)</sup> 피고 회사가 임시주주총회를 개최하여 1주당 액면가를 5천 원에서 5천만 원으로 인상하는 10,000:1의 주식병합을 하고, 1만주에 미치지 못하는 주식을 보유한 주주에게 1주당 액면가 5천 원을 지급하기로 하는 내용의 ‘주식병합 및 자본금감소’를 결의하였고, 이에 따라 원고를 포함하여 1만주 미만의 주식을 보유한 주주들이 주주의 지위를 상실한 사안에서, 위 주식병합은 법에서 정한 절차에 따라 주주총회 특별결의와 채권자보호절차를 거쳐 모든 주식에 대해 동일한 비율로 주식병합이 이루어졌고, 단주의 처리 과정에서 주식병합 비율에 미치지 못하는 주식수를 가진 소수주주가 자신의 의사와 무관하게 주주의 지위를 상실하게 되지만, 이러한 단주의 처리 방식은 상법에서 명문으로 인정한 주주평등원칙의 예외이므로, 위 주식병합의 결과 주주의 비율적 지위에 변동이 발생하지 않았고, 달리 원고가 그가 가진 주식의 수에 따라 평등한 취급을 받지 못한 사정이 없는 한 이를 주주평등원칙의 위반으로 볼 수 없으며, 위 주식병합 및 자본금감소는 주주총회 참석주주의 99.99% 찬성(발행주식총수의 97% 찬성)을

자본금감소 무효의 원고승소 확정판결은 소급효가 있고(상법 제446조에 의한 제190조 단서의 부준용), 제3자에 대하여도 그 효력이 있다(대세효,<sup>4505</sup> 상법 446조에 의한 제190조 본문의 준용).<sup>4506</sup>)

## 아. 분할·분할합병

### 1) 분할당사회사의 연대책임

분할당사회사(분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사)가 상법 제530조의9<sup>4507</sup> 제1항에 의한 (부진정)연대책임(그 소멸시효 기간과 기산점은 분할·분할합병 전의 회사가 부담하는 채무와 동일하다<sup>4508</sup>)을 면하고 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한

통해 이루어졌는데, 이러한 회사의 결정은 지배주주뿐만 아니라 소수주주의 대다수가 찬성하여 이루어진 것으로 볼 수 있고, 이와 같은 회사의 단체법적 행위에 현저한 불공정이 있다고 보기 어려우며, 또한 해당 주주총회의 안건 설명에서 단주의 보상금액이 1주당 5천 원이라고 제시되었고, 이러한 사실을 알고도 대다수의 소수주주가 주식병합 및 자본금감소를 찬성하였으므로 단주의 보상금액도 회사가 일방적으로 지급한 불공정한 가격이라고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 위법이 있다고 한 예.

4505) 원고패소 확정판결은 민사소송법의 일반원칙에 따라 소송 당사자 간 대인적 효력만 있다.

4506) 준용규정: 그 외에도 상법 제446조에 의해 자본금감소 무효의 소에 관하여, 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제191조(악의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)·제192조(무효의 동기) 및 제377조(회사 청구에 의한 제소주주의 담보제공의무)의 규정이 준용된다.

○ 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다29616 판결: “피고 회사가 강행규정인 상법 제368조 제3항을 위배하여 주주총회에 앞서 다른 일부 소액주주들을 위한 원고 등의 대리권 증명에 신분증의 사본 등을 요구하면서 그 접수를 거부하여 원고 등의 의결권의 대리권 행사를 부당하게 제한하여 이루어진 위 주주총회의 감자결의에는 결의방법상의 하자가 있고 이는 감자무효의 소의 원인이 된다고 할 것인바, 상법 제446조는 감자무효의 소에 관하여 상법 제189조를 준용하고 있고, 상법 제189조는 ‘설립무효의 소 또는 설립취소의 소가 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되고 회사의 현황과 제반 사정을 참작하여 설립을 무효 또는 취소하는 것이 부적당하다고 인정할 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다.’고 규정하고 있다. 따라서 법원이 감자무효의 소를 재판 기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소제가 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 한다고 할 수 있을 것이지만, 이 사건의 하자와 같이 추후 보완될 수 없는 성질의 것으로서 자본감소 결의의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는 것인 경우 등에는 그 하자가 보완되지 아니하였다 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 자본금소를 무효로 하는 것이 부적당하다고 인정할 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다고 하여야 할 것이다.”

4507) 상법 제530조의9 (분할 및 분할합병 후의 회사의 책임)

① 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할 또는 분할합병 전의 회사채무에 관하여 연대하여 변제할 책임이 있다.

② 제1항의 규정에 불구하고 분할되는 회사가 제530조의3 제2항의 규정에 의한 결의로 분할에 의하여 회사를 설립하는 경우에는 설립되는 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우 분할되는 회사가 분할 후에 존속하는 때에는 분할로 인하여 설립되는 회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담한다.

③ 분할합병의 경우에 분할되는 회사는 제530조의3 제2항의 규정에 의한 결의로 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다. 이 경우에는 제2항 후단의 규정을 준용한다.

④ 제439조제3항 및 제527조의5의 규정은 제2항의 경우에 이를 준용한다.

4508) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결: “수혜회사가 채권자에게 연대하여 변제할 책임을 부담하는 채무는 분할 또는 분할합병 전의 회사가 채권자에게 부담하는 채무와 동일한 채무이다. 따라서 수혜회사가 채권자에게 부담하는 연대채무의 소멸시효 기간과 기산점은 분할 또는 분할합병 전의 회사가 채권자에게 부담하는 채무와 동일한 것으로 봄이 타당하다 결국 채권자는 해당 채권의 시효기간 내에서 분할로 인하여 승계되

채무에 대한 변제책임만을 지는 분할채무관계를 형성하기 위해서는, 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서에 대하여 주주총회의 승인을 얻어야 하고, 이러한 요건이 충족되었다는 점에 관한 주장·증명책임은 분할당사회사가 분할채무관계에 있음을 주장하는 측에게 있다.<sup>4509)</sup>

## 2) 근로관계의 승계

회사분할 시 근로관계의 승계 여부가 다투어지는 경우, ① 근로관계의 승계를 주장하는 회사 측은 ‘분할하는 회사가 미리 노동조합과 근로자들에게 이해와 협력을 구하는 절차를 거친 사실’을 주장·증명하면 되고 ‘근로자의 동의’를 주장·증명할 필요는 없으며, ② 근로관계의 승계를 거부하는 근로자 측은 ㉠ ‘회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정’의 존재 및 ㉡ ‘근로자가 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시한 사실’을 주장·증명하여야 한다.<sup>4510)</sup>

는 재산의 가액과 무관하게 연대책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.” <sup>4509)</sup> A회사에 대해 변제기가 도래한 대출채권 등을 보유한 원고 은행이 A회사의 전기공사업 부분을 분할하여 합병한 피고를 상대로 구 상법 제530조의9 제1항에 따른 연대채무의 이행을 구한 사안에서, 피고가 원고에게 연대하여 변제할 책임을 부담하는 채무는 분할합병 전의 A회사가 원고에게 부담하는 채무와 동일한 채무이고 소멸시효 기산점과 소멸시효기간은 위 대출채권 등의 변제기 도래시점과 상사채권의 소멸시효기간인 5년으로서 그 소멸시효가 완성하였다고 판단하고, 위 대출채권 등의 소멸시효의 기산점이 분할합병 등기일이고 소멸시효기간이 10년이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단을 수긍한 사례.

4509) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결; “분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사(이하 ‘분할당사회사’라고 한다)는 특별한 사정이 없는 한 상법 제530조의9 제1항에 의하여 각자 분할계획서 또는 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 지는 것이 원칙이고, 이 연대책임은 채권자에 대하여 개별 최고를 거쳤는지 여부와 관계없이 부담하게 되는 법정책임이므로, 채권자에 대하여 개별 최고를 하였는데 채권자가 이의제출을 하지 아니하였다거나 채권자가 분할 또는 분할합병에 동의하였기 때문에 개별 최고를 생략하였다는 등의 사정은 상법 제530조의9 제1항이 규정하는 분할당사회사의 연대책임의 성부에 영향을 미치지 못한다. 한편, 분할합병을 하는 분할당사회사가 상법 제530조의9 제1항에 의한 연대책임을 면하고 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무에 대한 변제책임만을 지는 분할채무관계를 형성하기 위해서는, 분할합병에 따른 출자를 받는 존립 중의 회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담한다는 취지가 기재된 분할합병계약서를 작성하여 이에 대한 주주총회의 승인을 얻어야 하고(상법 제530조의9 제3항, 제2항 후단, 상법 제530조의3 제1항, 제2항), 이러한 요건이 충족되었다는 점에 관한 주장·증명책임은 분할당사회사가 연대책임관계가 아닌 분할채무관계에 있음을 주장하는 측에게 있다. 단순히 분할합병계약서에 상법 제530조의6 제1항 제6호가 규정하는 ‘분할되는 회사가 분할합병의 상대방 회사에 이전할 재산과 그 가액’의 사항 등을 기재하여 주주총회의 승인을 얻었다는 사정만으로는 위와 같이 분할책임관계를 형성하기 위한 요건이 충족되었다고 할 수 없으므로, 분할당사회사는 각자 분할합병계약서에 본래 부담하기로 정한 채무 이외의 채무에 대하여 연대책임을 면할 수 없다.”

4510) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결; “상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사(이하 ‘신설회사’라고 한다)는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 현법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될

## 3) 합병·분할·분할합병 무효의 소

합병무효의소는, 각 회사(흡수합병의 경우 존속회사와 소멸회사,<sup>4511)</sup> 신설합병의 경우 양당사회사와 신설회사)의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자(원고적격자)에 한하여 합병의 등기가 있는 날로부터 6월의 제소기간 내에 제기하여야 한다(상법 제529조). 상법 제186조(본점소재지의 지방법원의 전속관할)·제187조(소제기의 공고)·제188조(수개의 소의 병합심리)·제189조(하자의 보완 등과 청구의 기각)·제190조(판결의 효력)·제191조(약의·중과실 패소원고의 회사에 대한 연대배상책임)의 규정이 합병무효의 소에 준용된다(상법 제530조 제2항, 제240조).

분할 또는 분할합병에 관하여는, 상법 제530조의11 제1항, 제240조에 의하여 제529조(합병무효의 소), 제186조 내지 제191조의 규정이 분할 또는 분할합병 무효의 소에 준용된다.

주주가 회사를 상대로 제기한 분할합병무효의 소에서 당사자 사이에 분할합병계약을 승인한 주주총회결의 자체가 있었는지 및 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있는지 등 주주총회결의의 존부에 관하여 다툼이 있는 경우, 주주총회결의 자체가 있었다는 점에 관해서는 회사가, 그 결의에 이를 부존재로 볼 만한 중대한 하자가 있다는 점에 관해서는 주주가 각 증명책임을 부담한다.<sup>4512)</sup>

현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 무효이지만, 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한, 무효라 볼 수 없다.<sup>4513)</sup>

수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 명위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방법으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.”

4511) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007나64136 판결: “흡수합병 시 ... 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다 할 것이다.”

4512) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결.

4513) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결: “현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다고 할 것이지만, 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 할 것인 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없는 것이고, 그 제반 요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어진 것이라면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없다. 따라서 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 증권거래법과 그 시행령 등 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에



신설합병의 창립총회 자체를 이사회의 공고로써 갈음할 수 있고, 이 경우 합병당사회사의 정관에 규정한 일반적인 공고방식에 의하여 할 수 있다.<sup>4514)</sup>

법원이 분할합병무효의 소를 재량기각하기 위해서는 원칙적으로 그 소 제기 전이나 그 심리 중에 원인이 된 하자가 보완되어야 하나, 그 하자가 추후 보완될 수 없는 성질의 것인 경우에는 그 하자가 보완되지 아니하였다고 하더라도 회사의 현황 등 제반 사정을 참작하여 분할합병무효의 소를 재량기각할 수 있다.<sup>4515)</sup>

합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없고, 합병무효의 소 등에 있어서는 청구의 인낙이 인정되지 아니하고 그 인낙은 무효이다.<sup>4516)</sup>

기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다.”

4514) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2005다22701 판결: “상법 제527조 제4항은 신설합병의 경우 이사회의 공고로써 신설합병의 창립총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다고 규정하고 있고, 상법 제528조 제1항은 신설합병의 창립총회가 종결한 날 또는 보고에 갈음하는 공고일로부터 일정기간 내에 합병등기를 하도록 규정하고 있으므로, 상법 제527조 제4항은 신설합병의 창립총회 자체를 이사회의 공고로써 갈음할 수 있음을 규정한 조항이라고 해석된다. 한편, 상법 제527조 제2항은 신설합병의 창립총회에서 정관변경의 결의를 할 수 있되 합병계약의 취지에 위반하는 결의는 하지 못하도록 규정하고 있는바, 정관변경은 창립총회에서 할 수 있다는 것이 반드시 하여야 하는 것은 아니고, 주식회사를 설립하는 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다는 상법 제312조의 규정이 상법 제527조 제3항에 의해서 신설합병의 창립총회에 준용되고 있다 하더라도, 상법 제524조 제6호에 의하면 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때에는 신설합병의 합병계약서에 그 성명 및 주민등록번호를 기재하게 되어 있고, 그 합병계약서가 각 합병당사회사의 주주총회에서 승인됨으로써 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등의 선임이 이루어지는 만큼, 이러한 경우에는 굳이 신설합병의 창립총회를 개최하여 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등을 선임하는 절차를 새로이 거칠 필요가 없고 이사회의 공고로 갈음할 수 있다고 할 것이다. … 상법은 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고의 방식에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 이 경우 이사회 공고는 상법 제289조 제1항 제7호에 의하여 합병당사회사의 정관에 규정한 일반적인 공고방식에 의하여 할 수 있다.” ☞ 신설은행의 이사·감사의 선임과 정관변경 결의를 위하여 필요한 창립총회를 생략한 위법이 있고 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고를 주주총회 소집공고와 같은 방식으로 하지 아니하였다는 이유로 합병이 무효라는 원고의 주장을 배척한 예.

4515) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결: 분할합병계약의 승인을 위한 주주총회를 개최하면서 소수주주들에게 소집통지를 하지 않음으로 인하여 위 주주들이 주식매수청구권 행사 기회를 갖지 못하였으나, 주식매수청구권은 분할합병에 반대하는 주주로 하여금 투자자본을 회수할 수 있도록 하기 위해 부여된 것인데 분할합병무효의 소를 제기한 소수주주가 자신이 보유하고 있던 주식을 제3자에게 매도함으로써 그 투자자본을 이미 회수하였다고 볼 수 있고, 위 분할합병의 목적이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 상호출자관계를 해소하기 위한 것으로 위 분할합병을 무효로 함으로 인하여 당사자 회사와 그 주주들에게 이익이 된다는 사정이 엿보이지 아니하는 점 등을 참작해 볼 때, 분할합병무효청구를 기각한 원심판단을 수긍한 사례.

4516) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누14908 판결: “회사의 합병에 있어서 합병등기에 의하여 합병의 효력이 발생한 후에는 합병무효의 소를 제기하는 외에 합병결의무효확인청구만을 독립된 소로서 구할 수는 없고, 또 청구의 인낙은 당사자의 자유로운 처분이 허용되는 권리에 관하여만 허용되는 것으로서 회사법상의 주주총회결의의 하자를 다투는 소나 회사합병무효의 소 등에 있어서는 인정되지 아니하므로, 이와 같이 법률상 인정되지 아니하는 권리관계를 대상으로 하는 청구인낙은 그 효력이 없다.”

## 4. 보 험

### 가. 승낙 전 보험사고 책임의 소극적 요건인 ‘청약을 거절할 사유’

승낙 전 보험사고가 생긴 경우, 보험자가 보험계약상의 책임을 면할 수 있는 요건인 ‘청약을 거절할 사유의 존재’에 대한 증명책임은 보험자에게 있다.<sup>4517)</sup>

### 나. 고지·통지의무 위반 등을 이유로 한 계약 해지

상법 제655조는 “보험사고가 발생한 후라도 보험자가 제650조,<sup>4518)</sup> 제651조,<sup>4519)</sup> 제652조<sup>4520)</sup> 및 제653조<sup>4521)</sup>에 따라 계약을 해지하였을 때에는 보험금을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있다. 다만, 고지의무를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다.”라고 규정하고 있다.

보험자는 고지의무나 통지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를

4517) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다40847 판결: “상법 제638조의2 제3항에 의하면 보험자가 보험계약자로부터 보험계약의 청약과 함께 보험료 상당액의 전부 또는 일부를 받은 경우(인보험계약의 피보험자가 신체검사를 받아야 하는 경우에는 그 검사도 받은 때)에 그 청약을 승낙하기 전에 보험계약에서 정한 보험사고가 생긴 때에는 그 청약을 거절할 사유가 없는 한 보험자는 보험계약상의 책임을 진다고 할 것인데, 여기에서 청약을 거절할 사유란 보험계약의 청약이 이루어진 바로 그 종류의 보험에 관하여 해당 보험회사가 마련하고 있는 객관적인 보험인수기준에 의하면 인수할 수 없는 위험상태 또는 사정이 있는 것으로서 통상 피보험자가 보험약관에서 정한 적격 피보험체가 아닌 경우를 말하고, 이러한 청약을 거절할 사유의 존재에 대한 증명책임은 보험자에게 있다. 그리고 이른바 승낙 전 보험사고에 대하여 보험계약의 청약을 거절할 사유가 없어서 보험자의 보험계약상의 책임이 인정되면, 그 사고발생사실을 보험자에게 고지하지 아니하였다는 사정은 청약을 거절할 사유가 될 수 없고, 보험계약 당시 보험사고가 이미 발생하였다는 이유로 상법 제644조에 의하여 보험계약이 무효로 된다고 볼 수도 없다.”

4518) 제650조(보험료의 지급과 지체의 효과) ① 보험계약자는 계약체결 후 지체 없이 보험료의 전부 또는 제1회 보험료를 지급하여야 하며, 보험계약자가 이를 지급하지 아니하는 경우에는 다른 약정이 없는 한 계약성립 후 2월이 경과하면 그 계약은 해제된 것으로 본다. ② 계속보험료가 약정한 시기에 지급되지 아니한 때에는 보험자는 상당한 기간을 정하여 보험계약자에게 최고하고 그 기간 내에 지급되지 아니한 때에는 그 계약을 해지할 수 있다. ③ 특정한 타인을 위한 보험의 경우에 보험계약자가 보험료의 지급을 지체한 때에는 보험자는 그 타인에게도 상당한 기간을 정하여 보험료의 지급을 최고한 후가 아니면 그 계약을 해제 또는 해지하지 못한다.

4519) 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지) 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약 당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ◀ 보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정되므로(상법 제651조의2), 보험자로서는 ‘서면으로 질문한 사항임’을 증명함으로써 ‘중요한 사항’이라는 점에 대한 증명을 다하게 된다.

4520) 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지) ① 보험기간 중에 보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때에는 지체 없이 보험자에게 통지하여야 한다. 이를 해태한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. ② 보험자가 제1항의 위험변경증가의 통지를 받은 때에는 1월내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

4521) 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지) 보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 때에는 보험자는 그 사실을 안 날부터 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

불문하고 상법 제651조 등에 의하여 고지의무나 통지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험금청구권에 관해서는 보험사고 발생 후에 고지의무나 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지한 때에는 고지의무나 통지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계에 따라 보험금 지급책임이 달라지고, 그 범위 내에서 계약해지의 효력이 제한될 수 있다.<sup>4522)</sup>

보험자는 ‘보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로<sup>4523)</sup> 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 사실’이나 ‘보험기간 중에

4522) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결(고혈압 진단 및 투약 사실에 관한 피보험자의 고지의무 위반과 백혈병 발병이라는 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 않지만, 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다고 한 사례). 그 논거로는, ① 상법 제651조는 고지의무위반으로 인한 계약해지에 관한 일반적 규정으로 이에 의하면 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이에 인과관계를 요하지 않는 점, ② 상법 제655조는 고지의무위반 등으로 계약을 해지한 때에 보험금액청구에 관한 규정이므로, 그 본문뿐만 아니라 단서도 보험금액청구권의 존부에 관한 규정으로 해석함이 상당한 점, ③ 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약 당시에 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항을 불고지·부실고지하면 이로써 고지의무위반의 요건은 충족되는 반면, 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계는 ‘보험사고 발생 시’에 비로소 결정되는 것이므로, 보험자는 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계가 인정되지 않아 상법 제655조 단서에 의하여 보험금액 지급책임을 지게 되더라도 그것과 별개로 상법 제651조에 의하여 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있다고 해석함이 상당한 점, ④ 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 상법 제651조에 의한 계약해지를 허용하지 않는다면, 보험사고가 발생하기 전에는 상법 제651조에 따라 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는 반면, 보험사고가 발생한 후에는 사후적으로 인과관계가 없음을 이유로 보험금액을 지급한 후에도 보험계약을 해지할 수 없고 인과관계가 인정되지 않는 한 계속하여 보험금액을 지급하여야 하는 불합리한 결과가 발생하는 점, ⑤ 고지의무에 위반한 보험계약은 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계를 불문하고 보험자가 해지할 수 있다고 해석하는 것이 보험계약의 선의성 및 단체성에서 부합하는 점 등을 들고 있다.

고지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계는 보험계약 해지의 요건사실이 아니다. 종전 판례(2009다39158, 2002다17869, 95다25268, 93다52082, 92다52085, 52092, 92다28259 등)에서, ‘고지의무 등 위반 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점이 증명된 때에는 상법 제655조 단서에 의하여 보험자는 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다’고 판시한 부분은 위 2010다25353 판결에 의하여 사실상의 판례 변경이 이루어졌다고 보아야 한다. 2010다25353 판결은, ‘93다52082, 2000다40353 판결은 보험사고 발생으로 인한 보험금액청구권의 존부를 다룬 사건으로 보험계약해지의 효력을 다투는 이 사건과는 그 사안을 달리하여 이를 원용하기에 적절하지 아니하다’고 하였으나, 일부 상치되는 부분이 있음은 명백하고, 전원합의체에 의한 판례변경이 바람직했을 것이다.

4523) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54648 판결: “여기서 **중대한 과실**이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항임을 알지 못한 것을 의미한다 할 것이고, 그와 같은 과실이 있는지 여부는 보험계약의 내용, 고지하여야 할 사실의 중요도, 보험계약의 체결에 이르게 된 경위, 보험자와 피보험자 사이의 관계 등 제반 사정을 참작하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 하고, 그에 관한 **증명책임**은 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하고자 하는 **보험자에게 있다**. 특히 피보험자와 보험계약자가 다른 경우에 피보험자 본인이 아니면 정확하게 알 수 없는 개인적 신상이나 신체상태 등에 관한 사항은, 보험계약자도 이미 그 사실을 알고 있었다거나 피보험자와의 관계 등으로 보아 당연히 알았을 것이라고 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한, 보험계약자가 피보험자에게 적극적으로 확인하여 고지하는 등의 조치를 취하지 아니하였다는 것만으로 바로 중대한 과실이 있다고 할 것은 아니다. 더구나 보험계약서의 형식이 보험계약자와 피보험자가 각각 별도로 보험자에게 중요사항을 고지하도록 되어 있고, 나아가 피보험자 본인의 신상에 관한 질문에 대하여 ‘예’와 ‘아니오’ 중에서 택일하는 방식으로 고지하도록 되어 있다면, 그 경우 보험계약자가 ‘아니오’로 표기하여 답변하였더라도 이는 그러한 사실의 부존재를 확인하는 것이 아니라 사실 여부를 알지 못한다는 의미로 답하였을 가능성도 배제할 수 없는 것이므로, 그러한 표기사실만으로 쉽게 고의 또는 중대한 과실로 고지의무를 위반한 경우에 해당한다고 단정할 것은 아니라 할 것이다.”

보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 알고서도 지체없이 보험자에게 통지하지 아니한 사실’,<sup>4524)</sup> 또는 ‘보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실’을 주장·증명하여<sup>4525)</sup> 보험계약을 해지함으로써 보험금 지급 청구에 대해 항변하거나 이미 지급받은 보험금의 반환을 청구할 수 있다.<sup>4526)</sup>

고지의무나 통지의무 위반 등에 기한 해지권의 행사기간은 제척기간으로서 직권조사 사항에 해당한다.<sup>4527)</sup>

한편, 민법 제2조(신의성실의 원칙)에 근거하여, 보험계약의 존속 중에 당사자 일방의 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 상대방은 그 계약을 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있다(다만, 신중하고 엄격하게 판단해야 한다).<sup>4528)</sup>

4524) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2024다219766 판결; “이 규정들을 별도로 두어 해지권의 행사기간을 달리 규율하는 취지나 각 규정의 문언 등에 비추어 보면, 상법 제651조의 고지의무는 중요한 사실이 보험계약 성립 시에 존재하는 경우에 발생하고, 상법 제652조의 통지의무는 보험계약 성립 시에는 존재하지 않았지만 그 이후 보험기간 중에 사고발생의 위험이 새롭게 변경 또는 증가된 경우에 발생한다고 보아야 한다. 한편 보험계약자 또는 피보험자가 고지의무를 위반함으로써 보험계약 성립 시 고지된 위험과 보험기간 중 객관적으로 존재하게 된 위험에 차이가 생기게 되었다는 사정만으로는 보험기간 중 사고발생의 위험이 새롭게 변경 또는 증가되었다고 할 수 없다. 이 경우 보험자는 상법 제651조의 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수는 있어도 상법 제652조의 통지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수는 없다. 이는 고지의무 위반에 따른 해지권 행사의 제척기간이 경과하여 보험자가 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 없게 된 경우에도 마찬가지이다.”

4525) 보험자가 다른 보험계약의 존속 여부에 관한 고지의무, 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위해서는 보험계약자 또는 피보험자가 그러한 사항에 관한 고지의무, 통지의무의 존재와 다른 보험계약의 존속에 관하여 이를 알고도 고의로 또는 중대한 과실로 인하여 이를 알지 못하여 고지, 통지의무를 다하지 않은 사실이 증명되어야 한다(2002다5668, 5675, 99다33311).

4526) 보험계약자 등은 ‘고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점’, 즉 고지의무나 통지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 사이에 인과관계가 부존재한다는 점’을 주장·증명하여 보험계약 해지에 대하여 재항변하거나 이미 지급받은 보험금의 반환을 거부하는 항변을 할 수 있다. 보험계약자 등이 보험계약의 해지는 그 요건을 결여하여 무효라는 주장을 하고 있을 뿐, 고지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 사이에 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 주장을 한 바가 없음에도 위 인과관계의 부존재에 대해 판단하는 것은 당사자가 주장하지도 아니한 사항에 관하여 판단하는 것이어서 이는 변론주의에 반한다(95다25268). 고지의무에 위반한 사실 등과 보험사고 발생과의 인과관계에 대한 증명책임의 소재를 보험자로 정한 약관 규정의 효력은 유효하고 그에 따라야 한다(97다33089).

4527) 해지 의사표시가 담긴 소장이 제척기간 내에 송달되어야만 적법한 해지권 행사가 된다(99다50712).

4528) 대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다267020 판결; “보험계약은 장기간의 보험기간 동안 존속하는 계속적 계약 일 뿐만 아니라, 도덕적 위험의 우려가 있어 당사자의 윤리성과 선의성이 강하게 요구되는 특성이 있으므로 당사자 사이에 강한 신뢰관계가 있어야 한다. 따라서 보험계약의 존속 중에 당사자 일방의 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 상대방은 그 계약을 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있다. … 보험계약자 측의 부당한 보험금 청구나 보험금 수령으로 인하여 보험계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 보험계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있다고 인정된다면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있고, 위 계약의 장래에 대하여 그 효력을 잃는다. 한편 이러한 해지권은 신의성실의 원칙을 정한 민법 제2조에 근거한 것으로서 보험계약 관계에 당연히 전제된 것이므로, 보험자에게 사전에 설명할 의무가 있다거나 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 상법 제663조나 약관의 규제에 관한 법률 제9조 제2호를 위반한 것이라고 볼 수 없다. 보험자가 보험

## 다. 인보험 사고의 요건인 사고의 우발성과 외래성 및 인과관계

인보험계약에 의하여 담보되는 보험사고의 요건인 사고의 ① ‘우발성’과 ② ‘외래성’ 및 ③ ‘상해 또는 사망이라는 결과와 사이의 상당인과관계’에 관해서는 보험금 청구자에게 그 증명책임이 있다.<sup>4529) 4530)</sup>

피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있지만,<sup>4531)</sup> 피보험자의 정신질환

금 지급에 관한 심사를 하는 단계에서 지급요건을 충족하지 못한 것을 밝히지 못하고 보험금을 지급했다는 이유만으로, 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 보험계약상 신의성실의 원칙 위반이라고 볼 수도 없다. 다만 이러한 해지권은 보험약관에 명시되어 있지 않고 또 구체적 사안에서 해지사유가 있는지 여부가 명확하지 않은 면이 있을 뿐만 아니라, 보험자가 부당한 보험금 청구를 거절하거나 기지급 보험금을 반환받는 것을 넘어서 보험계약 자체를 해지하는 것은 자칫 보험계약자 측에 과도한 불이익이 될 수 있다는 점을 고려할 때, 구체적 사안에서 보험자가 이와 같은 해지권을 행사할 수 있는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다. ... 신뢰관계를 파괴하는 당사자의 부당한 행위가 해당 보험계약의 주계약이 아닌 특약에 관한 것이라 하더라도 그 행위가 중대하여 이로 인해 보험계약 전체가 영향을 받고 계약 자체를 유지할 것을 기대할 수 없다면, 특별한 사정이 없는 한 해지의 효력은 해당 보험계약 전부에 미친다고 보아야 한다.”

4529) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6857 판결; “인보험계약에 의하여 담보되는 보험사고의 요건 중 우발적인 사고라 함은 피보험자가 예측할 수 없는 원인에 의하여 발생하는 사고로서 고의에 의한 것이 아니고 예견치 않았는데 우발적으로 발생하고 통상적인 과정으로는 기대할 수 없는 결과를 가져오는 사고를 의미하고, 외래의 사고라 함은 사고의 원인이 피보험자의 신체적 결함 즉 질병이나 체질적 요인 등에 기인한 것이 아닌 외부적 요인에 의해 초래된 것을 의미한다. 이러한 사고의 우발성과 외래성 및 상해 또는 사망이라는 결과와 사이의 인과관계에 관해서는 보험금 청구자에게 그 증명책임이 있다.”

4530) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다12241, 12258 판결; “민사 분쟁에서의 인과관계는 의학적·자연과학적 인과관계가 아니라 사회적·법적 인과관계이므로, 그 인과관계가 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 이 사건과 같이 망인이 이 사건 보험약관에 정한 ‘우발적인 외래의 사고’로 인하여 사망하였는지를 판단함에 있어서도 마찬가지로, 문제된 사고와 사망이라는 결과 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 한다. ... 사망 원인이 분명하지 않아 사망 원인을 둘러싼 다툼이 생길 것으로 예견되는 경우에 망인의 유족이 보험회사 등 상대방에게 사망과 관련한 법적 책임을 묻기 위해서는 먼저 부검을 통해 사망 원인을 명확하게 밝히는 것이 가장 기본적인 증명 과정 중의 하나가 되어야 한다. 그런데 이 사건에서 의사의 사체검안만으로 망인의 사망 원인을 밝힐 수 없었음에도 유족인 소외 1의 반대로 부검이 이루어지지 않았다. 우리나라에서 유족들이 죽은 자에 대한 예우 등 여러 가지 이유로 부검을 꺼리는 경향이 있긴 하나, 그렇다고 하여 사망 원인을 밝히려는 증명책임을 다하지 못한 유족에게 부검을 통해 사망 원인이 명확히 밝혀진 경우보다 더 유리하게 사망 원인을 추정할 수는 없으므로, 부검을 하지 않음으로써 생긴 불이익은 유족들이 감수하여야 한다.”

☞ 피보험자가 원룸에서 에어컨을 켜고 자다 사망한 사안에서, 사고의 외래성 및 인과관계에 관한 법리와 한국 배상책임보험에 대한 사실조회 결과에서 알 수 있는 최근의 의학적 연구와 실험 결과에 비추어 볼 때, 문과 창문이 닫힌 채 방안에 에어컨이 켜져 있었고 실내온도가 차가웠다는 사정만으로 망인의 사망 종류 및 사인을 알 수 없다는 검안 의사의 의견과 달리 망인의 사망 원인이 ‘에어컨에 의한 저체온증’이라거나 ‘망인이 에어컨을 켜 둔 채 잠이 든 것’과 망인의 ‘사망’ 사이에 상당한 인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례.

4531) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다49713 판결; “상법 제659조 제1항은 보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다고 규정하고, 상법 제732조의2는 사망을 보험사고로 한 보험계약에서 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 보험자는 보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다고 규정하고 있으므로 위 규정에 따르면 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서도 피보험자 등의 고의로 인하여 사고가 생긴 경우에 보험자는 보험금을 지급할 책임이 없다고 할 것인바, 이는 피보험자가 고의에 의하여 보험사고를 일으키는 것은 보험계약상의 신의성실의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 그러한 경우에도 보험금이 지급된다고 한다면 보험계약이 보험금 취득 등 부당한 목적에 이용될 가능성이 있기 때문이다. 위와 같은 상법 제659조 제1항 및 제732조의2의 입법 취지에 비추어 볼 때, 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 자살을 보험자의

을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 약관에 규정한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다.<sup>4532)</sup>

#### 라. 보험자의 면책사유인 ‘보험계약자 등의 고의에 의한 사고’

보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다(상법 제659조 제1항).<sup>4533)</sup>

보험계약의 보험약관에서 ‘피보험자가 고의로 자신을 해친 경우’를 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우 보험자가 보험금 지급책임을 면하기 위해서는 위 면책사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다. 이 경우 보험자는 자살의 의사를 밝힌 유서 등 객관적인 물증의 존재나, 일반인의 상식에서 자살이 아닐 가능성에 대한 합리적인 의심이 들지 않을 만큼 명백한 주위 정황사실을 증명하여야 한다.<sup>4534)</sup>

자동차보험약관상 면책사유인 ‘피보험자의 고의에 의한 사고’에서 ‘고의’에는 미필적 고의도 포함되고, 이를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 증명할 수밖에 없으며, 보험사고의 발생에 기여한 복수의 원인이 존재하는 경우 피보험자 등의 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정적 원인이었음을 증명하여야 한다.<sup>4535)</sup> 자동차 운행으로 인한 사고의 경위와 전후

면책사유로 규정하고 있는 경우, 그 자살은 사망자가 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그러한 경우 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면 그 보험사고는 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 재해에 해당한다.”

4532) 대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결; “다만 이 사건 면책약관은 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는데, 이러한 면책사유를 둔 취지는 피보험자의 정신질환으로 인식능력이나 판단능력이 약화되어 상해의 위험이 현저히 증대된 경우 그 증대된 위험이 현실화되어 발생한 손해는 보험보호의 대상으로부터 배제하려는 데에 있고 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달리 정해질 수 있는 것이어서 이러한 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없으므로, 만일 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르렀고 이로 인하여 보험사고가 발생한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다.”

4533) 사망을 보험사고로 한 보험계약, 상해보험계약에는 사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 보험자는 보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다(상법 제732조의2, 제739조).

4534) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6857 판결 등.

4535) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다26075 판결; “보험약관에서 ‘피보험자 등의 고의에 의한 사고’를 면책사유로 규정하고 있는 경우 여기에서의 ‘고의’라 함은 자신의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 이를 행하는 심리 상태를 말하는 것으로서 그와 같은 내심의 의사는 이를 인정할 직접적인 증거가 없는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 사실관계의 연결상태를 논리와 경험칙에 의하여 합리적으로 판단하여야 할 것임은 물론이지만, 보험사고의 발생에 기여한 복수의 원인이 존재하는 경우, 그 중 하나가 피보험자 등의 고의행위를 주장하여 보험자가 면책되기 위하여는 그 행위가 단순히 공동원인의 하나이었다는 점을 입증하는 것으로는 부족하고 피보험자 등의 고의행위가 보험사고 발생의 유일하거나 결정

사정 등에 비추어 보험계약자 등이 피해자의 ‘상해’에 대하여는 이를 인식·용인하였으나, 피해자의 ‘사망’ 등 중대한 결과에 대하여는 이를 인식·용인하였다고 볼 수 없는 경우, 그 사망 등으로 인한 손해는 자동차보험약관상 ‘보험계약자 등의 고의에 의한 손해’에 해당하지 아니하고, 면책약관이 적용되지 아니한다.<sup>4536) 4537)</sup>

#### 마. 초과보험, 중복보험

초과보험계약<sup>4538)</sup>이라는 사유를 들어 보험가액의 제한 또는 보험계약의 무효를 주

적 원인이었음을 입증하여야 할 것이다.”

4536) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다276799 판결; 자동차보험의 피보험자인 갑이 을 등 직장 동료들과의 모임을 마치고 그들을 귀가시켜 주기 위해 가해 차량을 운전하여 우선 을을 그가 사는 아파트 앞 도로에서 내려 주었는데, 을이 가해 차량을 가로막고 ‘술 한잔 더하자’며 보닛 위에 올라타자, 갑이 그를 떼어 놓기 위해 가해 차량을 서서히 움직이다가 급제동하는 바람에 을이 가해 차량에서 떨어지면서 도로 바닥에 머리를 부딪쳐 외상성 경막하출혈 등의 상해를 입었고, 그로 인해 하지부전마비 및 인지기능저하 등으로 노동능력을 일부 상실하는 영구장해와 매일 8시간 개호가 필요한 중증 의존 상태에 처하게 된 사안에서, 갑은 을이 위와 같은 중상해를 입게 되리라는 것까지 인식·용인하였다고 볼 수 없으므로, 을의 손해는 갑의 고의에 의한 손해라고 할 수 없어 위 사고에 대하여는 ‘피보험자의 고의에 의한 손해’를 보험자가 보상하지 아니하는 사항으로 정한 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례.

4537) ㉠ 피보험자 등의 고의에 의한 사고임을 ‘긍정’한 예; ① 출발하려는 승용차 보닛 위에 올라타 출발을 막기까지 하는 사람을 보닛 위에 그대로 태운 채 승용차를 40여m 주행하다 급정거하여 위 사람을 도로에 떨어뜨려 상해를 입게 한 경우, 운전자에게 상해의 결과 발생에 대한 미필적 고의가 있었다고 보아 보험계약 약관 규정에 정한 면책사유에 해당한다고 한 사례(2009다72209). ② 출발하려는 승용차 보닛 위에 사람이 매달려 있는 상태에서 승용차를 지그재그로 운행하여 도로에 떨어뜨려 상해를 입게 한 경우, 운전자에게 상해 발생에 대한 미필적 고의가 있다고 한 사례(2000다67020).

㉡ 피보험자 등의 고의에 의한 사고임을 ‘부정’한 예; ① 사람이 승용차 보닛 위에 엮으려 매달리자 그를 차량에서 떨어지게 할 생각으로 승용차를 지그재그로 운전하다가 급히 좌회전하여 승용차에서 떨어뜨려 사망에 이르게 한 사안에서, 사고의 경위, 피해자가 전도된 지점의 도로 여건, 가해차량 운전자의 음주 상태, 목격자의 진술 등 여러 사정에 비추어, 가해차량 운전자로서는 피해자가 달리던 차에서 떨어지면서 어느 정도의 큰 상해를 입으리라는 것은 인식·용인하였다고 할 것이나, 피해자가 사망하리라는 것까지를 인식하고 용인하였다고는 볼 수 없으므로, 피해자 사망으로 인한 손해는 가해차량 운전자의 ‘고의에 의한 손해’라고 할 수 없어 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례(2010다62628). ② 음주단속 중이던 경찰관이 단속을 피해 도주하는 자동차에 매달려 가다가 떨어지면서 지하철공사장의 철제 H빔에 부딪혀 뇌손상으로 식물인간 상태에 이른 경우, 운전자로서는 위 경찰관이 달리던 차에서 떨어지면서 어느 정도의 상해를 입으리라는 것은 인식·용인하였다고 할 것이나 나아가 철제 H빔에 부딪혀 식물인간 상태에 이르리라는 예견·인식하고 용인하였다고 볼 수 없으므로, 위 사고로 인한 손해가 보험계약자 등의 고의로 인한 것이라 할 수 없어 자동차보험의 면책약관이 적용되지 않는다고 한 사례(2006다39898). ③ 자신이 유발한 교통사고로 중상해를 입은 동승자를 병원으로 후송하였으나 동승자에 대한 수혈을 거부함으로써 사망에 이르게 한 경우, 수혈거부가 사망의 유일하거나 결정적인 원인이었다고 단정할 수 없다면 수혈거부행위가 사망의 중요한 원인 중 하나이었다는 점만으로는 보험회사가 보험금의 지급책임을 면할 수 없다고 한 사례(2003다26075). ④ 소외인이 오토바이를 타고 가던 피해자들과 시비가 되어 차량을 운전하여 “서라”고 계속 소리치면서 피해자들이 운전하는 오토바이를 쫓아가자 피해자들이 도망가면서 당황한 나머지 오토바이 운전자를 제대로 하지 못하여 오토바이가 넘어져 사고가 발생한 경우 소외인이 차량을 운전하여 피해자들의 오토바이를 추격하게 된 것은 욕설을 하고 달아나는 피해자들의 오토바이를 정지시켜 피해자들을 혼내주려는 의도에서 행한 것으로 보일뿐 사망 또는 상해를 가할 의사를 갖거나 이러한 결과를 인용하면서 추격을 행하였다고는 보이지 아니한다고 한 사례(97다24276). ⑤ 공제가입 차량의 운전사가 여고 2년생인 피해자를 태우고 차량을 운행하던 중 피해자가 자기를 감금 내지 강제추행하려는 의도를 알아채고 하차하여 줄 것을 요구하였으나 운전사가 이에 불응하고 그대로 질주하자 다급한 나머지 우측 출입문을 열고 뛰어 내리다가 길바닥에 떨어져 뇌출혈 등으로 사망하였던 피해자의 추락에 의한 사망에 관하여 운전자에게 고의가 있었다고 단정할 수 없다고 한 사례(90다16771).



장하는 경우, 그 증명책임은 무효를 주장하는 보험자가 부담한다.<sup>4539)</sup>

중복보험<sup>4540)</sup>의 경우, 보험자들은 보험금 지급채무에 대하여 '부진정연대' 관계에 있고,<sup>4541)</sup> 보험계약자가 보험자에 대하여 중복보험계약 통지의무를 게을리 하였다는 사유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 수는 없다.<sup>4542)</sup>

#### 바. 타인의 생명 보험계약의 유효요건으로서의 '서면 동의'

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약<sup>4543)</sup>에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 하고, 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 경우에도 서면에 의한 동의를 얻어야 한다(상법 제731조).

'보험계약 체결 시<sup>4544)</sup> 서면에 의한 동의'<sup>4545)</sup>가 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보

4538) 상법 제669조(초과보험) ① 보험금액이 보험계약의 목적의 가액을 현저하게 초과한 때에는 보험자 또는 보험계약자는 보험료와 보험금액의 감액을 청구할 수 있다. 그러나 보험료의 감액은 장래에 대하여서만 그 효력이 있다. ② 제1항의 가액은 계약 당시의 가액에 의하여 정한다. ③ 보험가액이 보험기간 중에 현저하게 감소된 때에도 제1항과 같다. ④ 제1항의 경우에 계약이 보험계약자의 사기로 인하여 체결된 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있다.

4539) 대법원 1988. 2. 9. 선고 86다카2933, 2934, 2935 판결.

4540) 상법 제672조(중복보험) ① 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약이 동시에 또는 순차로 체결된 경우에 그 보험금액의 총액이 보험가액을 초과한 때에는 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 진다. 이 경우에는 각 보험자의 보상책임은 각자의 보험금액의 비율에 따른다. ② 동일한 보험계약의 목적과 동일한 사고에 관하여 수개의 보험계약을 체결하는 경우에는 보험계약자는 각 보험자에 대하여 각 보험계약의 내용을 통지하여야 한다. ③ 제669조제4항의 규정은 제1항의 보험계약에 준용한다.

4541) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다217178 판결; "하나의 사고에 관하여 여러 개의 무보험자동차특약보험계약이 체결되고 그 보험금액의 총액이 피보험자가 입은 손해액을 초과하는 때에는 손해보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되어 보험자는 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지고, 이 경우 각 보험자 사이에서는 각자의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 진다. 위와 같이 상법 제672조 제1항이 준용됨에 따라 여러 보험자가 각자의 보험금액의 한도에서 연대책임을 지는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 보험금 지급책임의 부담에 관하여 각 보험자 사이에 주관적 공동관계가 있다고 보기 어려우므로, 각 보험자는 그 보험금 지급채무에 대하여 부진정연대관계에 있다고 봄이 타당하다."

4542) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99다50712 판결; "상법 제672조 제2항은 중복보험을 체결하는 경우에 보험계약자는 각 보험자에 대하여 각 보험계약의 내용을 통지하여야 한다고 규정하고, 제672조 제3항, 제669조 제4항은 보험계약자의 사기로 인하여 중복보험계약이 체결된 때에는 그 계약은 무효로 한다고 규정하고 있는바, 사기로 인하여 체결된 중복보험계약이란 보험계약자가 보험가액을 넘어 위법하게 재산적 이익을 얻을 목적으로 중복보험계약을 체결한 경우를 말하는 것이므로, 통지의무의 해태로 인한 사기의 중복보험을 인정하기 위하여는 보험자가 통지의무가 있는 보험계약자 등이 통지의무를 이행하였다면 보험자가 그 청약을 거절하였거나 다른 조건으로 승낙할 것이라는 것을 알면서도 정당한 사유 없이 위법하게 재산상의 이익을 얻을 의사로 통지의무를 이행하지 않았음을 입증하여야 할 것이고, 단지 통지의무를 게을리 하였다는 사유만으로 사기로 인한 중복보험계약이 체결되었다고 추정할 수는 없다."

4543) 제3자가 타인의 동의를 받지 않고 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약은 보험계약자 명의에도 불구하고 실질적으로 타인의 생명보험계약에 해당한다(2009다74007).

4544) 피보험자가 서면으로 동意的 의사표시를 하여야 하는 시점은 '보험계약 체결 시까지'이고, 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면 동의가 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되며, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추진하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없으므로(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결), '보험계약 체결 시 서면에 의한 동의' 사실이 '보험계약 체결 후 피보험자의 추진 사실'로 대체될 수는 없다.

4545) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결; "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서, 피보험



협금 청구의 청구원인사실에 해당한다.<sup>4546)</sup>

피보험자의 서면동의 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장하는 것이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다.<sup>4547)</sup>

피보험자가 서면동의를 할 때 기초로 한 사정에 중대한 변경이 있는 경우에는 보험계약자 또는 보험수익자의 동의나 승낙 여부에 관계없이 피보험자는 그 동의를 철회할 수 있다.<sup>4548)</sup>

자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하나, 여기서 말하는 피보험자인 타인의 서면동의를 그 타인이 보험계약서에 자필 서명하는 것만을 의미하는 것은 아니므로, 피보험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모집인이 그 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 그 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험계약서에 그 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 그 타인으로부터 특정한 보험계약에 대하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 자가 그 권한 범위 내에서 그 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우에도, 그 타인의 서면동의를 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것으로 보아야 할 것이다.”

4546) 판례는, 상법 제731조의 규정이 강행법규로서 이에 위반하여 체결된 보험계약은 무효라고 하면서(96다37084, 2003다62125 등), 요증의 대상에 대해서는 서면에 의한 동意的 '존재' 사실을 요증사실로 한 것(2004다56677("원심이, ... 이 사건 보험계약 체결 당시 피보험자인 망 소외인이 위 법 조항에서 요구하는 서면에 의한 동의를 하였다고 볼 수 없고 달리 이 점을 인정할 증거가 없다고 판단한 것은 정당하고"), 2005다11602, 11619("원심은, ... 주피보험자인 소외 4의 서면에 의한 동意的가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 이 사건 보험계약은 상법 제731조 제1항의 규정에 위반한 것으로서 무효라고 판단하 ... 었는바, ... 원심의 이러한 조치는 모두 옳은 것으로 수긍이 가고.")) 서면에 의한 동意的의 '부존재' 사실을 요증사실로 한 것(96다37084("원심은, 이 사건 보험계약은 그 계약체결 시에 피보험자의 서면 동意的가 없어 무효라는 피고의 주장에 대하여, ... 이 사건 보험계약 체결 시 그 피보험자인 ... 의 서면 동의를 받지 아니하였으므로 이 사건 보험계약은 ... 효력이 발생하지 아니한다고 판단하였다. ... 이 사건 보험계약이 유효함을 전제로 한 원고의 이 사건 청구를 배척하였음은 위에서 설시한 법리에 따른 것으로서 옳다고 여겨지고.))"으로 나뉜다. 법문의 표현상 '보험계약 체결 시 서면에 의한 동意的'는 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보험금청구자가 보험계약의 체결 사실과 함께 서면에 의한 동意的의 존재 사실을 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 강행법규 위반으로 무효인 점을 권리소멸사유로 보아 서면 동意的의 '부존재'를 항변 사실로 볼 것이 아니라, 서면 동意的의 '존재'가 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보험금 청구의 청구원인사실에 해당한다고 봄이 타당하다. 판례의 '강행법규 위반으로 무효'라는 표현은 '유효요건의 흠결로 무효'라는 표현으로 대체함이 바람직하다.

4547) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결; "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 피보험자의 서면 동의를 얻도록 되어 있는 상법 제731조 제1항이나 단체가 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우 피보험자의 개별적 동意的에 갈음하여 집단적 동意的에 해당하는 단체보험에 관한 단체협약이나 취업규칙 등 규약의 존재를 요구하는 상법 제735조의3의 입법 취지에는 이른바 도박보험이나 피보험자에 대한 위해의 우려 이외에도 피해자의 동의 없이 타인의 사망을 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제하고자 하는 고려도 들어 있다 할 것인데, 이를 위반하여 위 법조 소정의 규약이나 서면동意的가 없는 상태에서 단체보험계약을 체결한 자가 위 요건의 흠결을 이유로 그 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리행사라는 이유로 이를 배척한다면 위 입법 취지를 몰각시키는 결과를 초래하므로 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의성실 등의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다 할 것이다." ⇨ 보험자가 수년간 보험료를 수령하여 왔거나 종전에 그 보험계약상의 의료보장특약에 따른 입원급여금을 지급한 적이 있다고 하더라도, 그후 보험자가 보험계약의 무효를 주장하면서 보험금의 지급을 거절한다고 하여 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없다(2004다56677).

4548) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다101520 판결; 甲 회사가 임직원으로 재직하던 乙 등이 재직 중 보험사고를 당할 경우 유가족에게 지급할 위로금 등을 마련하기 위하여 乙 등을 피보험자로 한 보험계약을 체결하고 乙 등이 보험계약 체결에 동意的한 사안에서, 乙 등이 甲 회사에 계속 재직한다는 점은 보험계약에 대한 동意的의 전제가 되는 사정이므로 乙 등이 甲 회사에서 퇴직함으로써 보험계약의 전제가 되는 사정에 중대한 변경이 생긴 이상 乙 등은 보험계약에 대한 동의를 철회할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

단체생명보험의 경우<sup>4549)</sup> 단체 구성원인 피보험자들의 개별적인 '서면 동의'의 유효요건에 같음하여 '규약'의 존재를 유효요건으로 주장·증명하면 된다.<sup>4550)</sup>

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 피보험자의 서면 동의 요건에 대한 주장·증명에 실패하여 '보험수익자인 보험계약자'의 보험금 청구가 배척될 우려가 있는 경우, 보험계약자로서는 보험금 청구를 주위적 청구로 유지하면서 예비적으로 보험설계사 등이 보험계약자에게 피보험자인 타인의 서면 동의를 받아야 한다는 점에 대한 설명의무를 이행하지 않았음을 주장·증명하여 보험자에게 보험업법 제102조 제1항<sup>4551)</sup> 소정의 손해배상책임을 구할 수 있다.<sup>4552) 4553)</sup> 보험계약자도 타인의 생명보험계약을 체결함에

4549) 상법 제735조의3(단체보험) ① 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우에는 제731조를 적용하지 아니한다. ② 제1항의 보험계약이 체결된 때에는 보험자는 보험계약자에 대하여서만 보험증권을 교부한다. ③ 제1항의 보험계약에서 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때에는 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 제731조제1항에 따른 서면 동의를 받아야 한다. <신설 2014.3.11, 2017.10.31>

4550) ○ 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결: "상법 제735조의3 ... 단체보험에 해당하려면 위 법조 소정의 규약에 따라 보험계약을 체결한 경우이어야 하고, 그러한 규약이 갖추어지지 아니한 경우에는 강행법규인 상법 제731조의 규정에 따라 피보험자인 구성원들의 서면에 의한 동의를 갖추어야 보험계약으로서의 효력이 발생한다 할 것이다. ... 단체보험의 유효요건으로 요구하는 '규약'의 의미는 단체협약, 취업규칙, 정관 등 그 형식을 막론하고 단체보험의 가입에 관한 단체내부의 협정에 해당하는 것으로서, 반드시 당해 보험가입과 관련한 상세한 사항까지 규정하고 있을 필요는 없고 그러한 종류의 보험가입에 관하여 대표자가 구성원을 위하여 일괄하여 계약을 체결할 수 있다는 취지를 담고 있는 것이면 충분하다 할 것이지만, 위 규약이 강행법규인 상법 제731조 소정의 피보험자의 서면동의에 같음하는 것인 이상 취업규칙이나 단체협약에 근로자의 채용 및 해고, 재해부조 등에 관한 일반적 규정을 두고 있다는 것만으로는 이에 해당한다고 볼 수 없다. 한편, 위 규약을 구비하지 못한 단체보험의 유효요건으로서의 피보험자의 동의를 방식은 강행법규인 상법 제731조가 정하는 대로 서면에 의한 동의만이 허용될 뿐 묵시적, 추정적 동의는 허용되지 아니한다 할 것이다. ... 피보험자가 서면으로 동의를 의사표시를 하거나 그에 같음하는 규약의 작성에 동의하여야 하는 시점은 상법 제731조의 규정에 비추어 보험계약 체결 시까지라고 보아야 하고, ... 보험사고 발생 이후에 비로소 피보험자의 상속인들이 이를 추인한다 하여 보험계약의 소급효를 인정할 수 없음은 분명하다 할 것"

○ 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다215728 판결: "단체의 규약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 명시적으로 정하였다고 인정하기 위해서는 피보험자의 서면 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급할 수 있을 정도로 그 의사가 분명하게 확인되어야 한다. 따라서 단체의 규약으로 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없음에도 피보험자의 서면 동의 없이 단체보험계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정하였다면 그 보험수익자의 지정은 구 상법 제735조의 3 제3항에 반하는 것으로 효력이 없고, 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 경우에는 피보험자 또는 그 상속인이 보험수익자가 된다."

4551) 보험업법 제102조(모집을 위탁한 보험회사의 배상책임) ① 보험회사는 그 임원·직원·보험설계사 또는 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁함에 있어서 상당한 주의를 하였고 또한 이들이 행하는 모집에 있어서 보험계약자에게 가한 손해의 방지에 노력한 경우에는 그러하지 아니하다.

4552) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결: "타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 위와 같은 설명을 하지 아니하는 바람에 위 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다."

4553) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다39192 판결: "보험업법 제97조 제1항 제1호는 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자로 하여금 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그

있어서 보험계약이 유효하기 위한 조건 등에 관하여 미리 알아보고 서면 동의를 받아야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 잘못이 있다는 점이 참작되어 손해액이 보험금의 일부로 감액될 것이다.<sup>4554)</sup> 손해가 보험사업자의 임원·직원의 행위로 인한 경우에는 무과실책임을, 보험설계사와 보험대리점의 행위로 인한 경우에는 무과실책임에 가까운 손해배상책임을 진다.

‘보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 보험계약’이 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효로 된 경우에는, 보험수익자가 보험회사를 상대로 보험계약의 무효로 인한 손해에 관하여 손해배상청구를 할 수 없다.<sup>4555)</sup> 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험이 무효이거나 해제된 경우, 보험자는 보험수익자를 상대로 이미 급부한 보험금의 반환을 구할 수 있다.<sup>4556)</sup>

내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 하지 못하도록 규정하고 있는바, 위 규정의 위반을 이유로 보험업법 제102조에 기하여 손해배상을 청구하는 경우 그 위반행위에 대한 증명책임은 손해배상을 청구하는 측에 있다.”

4554) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499, 55505 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다54830, 54847 판결 등은 과실상계비율을 30% 정도로 평가하여 손해배상 범위를 보험금의 70%로 제한하였다. 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결은 과실상계비율을 40%로 하였고, 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다23690 판결은 과실상계비율을 10%로 인정한 것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고는 보이지 않는다고 하였다.

4555) ○ 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결: “보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 보험계약은 제3자를 위한 계약의 일종이라고 할 것인데, 위 보험계약이 강행규정인 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효로 된 경우에, 보험수익자는 보험계약자가 아니므로 특별한 사정이 없는 한 보험회사를 상대로 보험계약의 무효로 인한 손해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 할 수 없다.” ☞ 원심이, ① 보험업법 제102조 제1항에 의한 배상책임은 보험회사의 보험계약자에 대한 배상책임을 규정한 것으로 보험수익자인 원고들은 직접 피고에게 보험업법 제102조 제1항에 따른 책임을 물을 수 없고, ② 제3자를 위한 보험계약인 사건 보험계약이 상법 제731조 제1항을 위반하여 그 계약 자체가 무효로 된 경우에 보험수익자인 원고들은 특별한 사정이 없는 한 피고에게 불법행위 또는 채무불이행을 원인으로 손해배상청구를 할 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당하다고 한 예.

○ 대법원 1966. 6. 21. 선고 66다674 판결: “제3자를 위한 계약은, 요약자와 낙약자 사이에 낙약자가 제3자에게 일정한 급부를 할 것을 약속하고, 이에 따라, 제3자가 낙약자에 대하여 직접 그 급부를 청구할 권리를 취득케 하는 계약이므로, 낙약자의 행위 자체가 불법행위가 되거나, 계약 자체가 무효인 경우에는 제3자는 특별한 사정이 없는 이상, 낙약자의 불법행위로 인한 손해배상청구나 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구는 할 수 없다 할 것이므로”

4556) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결: “보험계약자가 타인의 생활상의 부양이나 경제적 지원을 목적으로 보험자와 사이에 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이다. 따라서 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다.” ☞ 일반적으로는 낙약자와 요약자 사이의 제3자를 위한 계약이 무효이거나 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860 판결).

## 사. 보험금 부정취득 목적의 보험계약

보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 체결한 보험계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다. 보험금 부정취득의 목적은 제반 간접사실에 기하여 추인할 수 있다.<sup>4557)</sup>

## 5. 어음금 청구

### 가. 발행인에 대한 청구

#### 1) 청구원인 요건사실

발행인에 대한 어음금청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘피고의 어음 발행(= 피고가 어음요건이 구비된<sup>4558)</sup> 어음을 발행한)<sup>4559)</sup> 사실’, ② ‘어음상 권리의 원고 귀속(= 어음상 권리가 원고에게 귀속된) 사실’, ③ ‘원고의 어음 소지(= 원고가 어음을 소지하고 있는) 사실’<sup>4560)</sup>이다.

4557) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결: “보험계약자가 다수의 보험계약을 통하여 보험금을 부정취득할 목적으로 보험계약을 체결한 경우 보험계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이다. 이러한 보험계약에 따라 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 상당성을 일탈하게 될 뿐만 아니라, 합리적인 위험의 분산이라는 보험제도의 목적을 해치고 위험발생의 우발성을 파괴하며 다수의 선량한 보험가입자들의 희생을 초래하여 보험제도의 근간을 무너뜨리기 때문이다. 그리고 보험계약자가 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약을 체결하였는지를 직접적으로 인정할 증거가 없더라도 보험계약자의 직업과 재산상태, 다수 보험계약의 체결 시기와 경위, 보험계약의 규모와 성질, 보험계약 체결 후의 정황 등 제반 사정에 기하여 그와 같은 목적을 추인할 수 있다. 특히 ① 보험계약자가 자신의 수입 등 경제적 사정에 비추어 부담하기 어려운 정도로 고액인 보험료를 정기적으로 불입하여야 하는 과도한 보험계약을 체결하였다는 사정, ② 단기간에 다수의 보험에 가입할 합리적인 이유가 없는에도 집중적으로 다수의 보험에 가입하였다는 사정, ③ 보험모집인의 권유에 의한 가입 등 통상적인 보험계약 체결 경위와는 달리 적극적으로 자의에 의하여 과도한 보험계약을 체결하였다는 사정, ④ 저축적 성격의 보험이 아닌 보장적 성격이 강한 보험에 다수 가입하여 수입의 많은 부분을 그 보험료로 납부하였다는 사정, ⑤ 보험계약 시 동종의 다른 보험 가입사실의 존재와 자기의 직업·수입 등에 관하여 허위의 사실을 고지하였다는 사정 또는 ⑥ 다수의 보험계약 체결 후 얼마 지나지 아니한 시기에 보험사고 발생을 원인으로 집중적으로 보험금을 청구하여 수령하였다는 사정 등의 간접사실이 인정된다면 이는 보험금 부정취득의 목적을 추인할 수 있는 유력한 자료가 된다. 한편 보험계약을 체결하면서 중요한 사항에 관한 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 보험계약에서 정한 취소권 규정이나 민법의 일반원칙에 따라 보험계약을 취소할 수 있다. 따라서 보험금을 부정취득할 목적으로 다수의 보험계약이 체결된 경우에 민법 제103조 위반으로 인한 보험계약의 무효와 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지나 취소는 그 요건이나 효과가 다르지만, 개별적인 사안에서 각각의 요건을 모두 충족한다면 위와 같은 구제수단이 병존적으로 인정되고, 이 경우 보험자는 보험계약의 무효, 해지 또는 취소를 선택적으로 주장할 수 있다.”

4558) 수표면의 기재 자체로 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다(대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결의 다수의견).

4559) 원고는 피고가 발행인으로서 기명·날인 또는 서명을 하였거나, 대리인에 의하여 발행행위를 한 사실을 증명하여야 한다.

4560) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결: “어음행위는 무인행위(無因行爲)로서 어음수수의 원인관계로부터 분리하여 다루어져야 하고 어음은 원인관계와 상관없이 일정한 어음상의 권리를 표창하는 증권이다. 어음의 소지인은 소지인이라는 사실만으로 어음상의 권리를 행사할 수 있고 그가 어떠한 실제적 이익을 가지는지 증명

백지 약속어음의 경우<sup>4561)</sup> 어음 소지인은 변론종결 시까지 어음요건을 보충하여 어음을 완성한 사실을 주장·증명하여야 한다.<sup>4562)</sup>

‘발행’은 약속어음의 작성자가 어음요건을 갖추어 유통시킬 의사로 그 어음에 자기의 이름을 서명날인하여 상대방에게 교부하는 단독행위이므로,<sup>4563)</sup> 원고는 ‘피고의 어음 교부 사실’까지 주장·증명하여야 한다.

권리외관책임에 기하여, 원고는 ‘피고의 어음 교부 사실’에 갈음하여 ‘피고가 어음을 유통시킬 의사로 어음을 작성한 사실’을 주장·증명하여 어음금청구를 할 수도 있는데, 이 경우 피고는 원고가 어음을 취득할 당시 악의·중과실이었음을 항변으로 주장하여 그 책임을 면할 수 있다.<sup>4564)</sup>

배서의 형식적 연속에 의하여 그 권리를 증명하는 때에는 적법한 소지자로 법률상 추정되므로(어음법 제16조 제1항), 어음의 권리귀속은 어음면상의 배서의 연속으로 증명하면 된다. 배서의 연속은 오로지 어음의 외관상 배서 연속이 되어 있으면 되는 것이므로, 중간에 위조된 배서 또는 허무인의 배서가 있어도 배서의 연속이 흠결되는 것이 아니나,<sup>4565)</sup> 배서의 요건은 모두 갖추어야 한다.<sup>4566)</sup> 형식상 배서의 연속이 끊어진 경우 중단된

할 필요가 없다.”

4561) 지급기일을 공란으로 하여 약속어음을 발행하였거나 또는 사후에 지급기일을 당사자의 합의로 삭제한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 어음은 일람출급의 어음으로 볼 것이 아니라 백지어음으로 보아야 할 것이고 이와 같은 백지어음을 교부하여 이를 보관시킨 때에는 후일 그 소지인으로 하여금 임의로 그 지급기일의 기재를 보충시킬 의사로서 교부·보관시킨 것이라고 추정할 것이다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다16214 판결).

4562) 변론종결일까지도 백지 부분이 보충되지 아니한 경우에는 그 소지인은 발행인에 대하여 이행기에 도달된 약속어음금 채권을 가지고 있다고 할 수 없어 어음금청구는 기각될 수밖에 없고(94다12098, 12104), 약속어음의 소지인이 전소의 사실심 변론종결일까지 백지보충권을 행사하여 어음금의 지급을 청구할 수 있었음에도 위 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 이를 이유로 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 어음이 완성된 것을 이유로 전소 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구하는 경우에는, 위 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다59230 판결).

4563) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카24776 판결.

4564) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다34307 판결: “어음을 유통시킬 의사로 어음상에 발행인으로 기명날인하여 외관을 갖춘 어음을 작성한 자는 그 어음이 도난·분실 등으로 인하여 그의 의사에 의하지 아니하고 유통되었다고 하더라도, 배서가 연속되어 있는 그 어음을 외관을 신뢰하고 취득한 소지인에 대하여는 그 소지인이 악의 내지 중과실에 의하여 그 어음을 취득하였음을 주장·입증하지 아니하는 한 발행인으로서의 어음상의 채무를 부담한다고 할 것이다.”

4565) 대법원 1973. 6. 22. 선고 72다2026 판결.

4566) 대법원 1999. 3. 9. 선고 97다7745 판결: “어음의 배서 연속은 형식상 존재함으로써 족하고 또 형식상 존재함을 요한다 할 것이므로, 그 배서가 배서의 요건을 모두 갖춘 유효한 배서이어야만 그 어음상의 권리는 적법하게 이전되는 것이며, 그 배서가 배서의 요건을 갖추지 못한 경우에는 그 어음상의 권리는 적법하게 이전될 수 없는 것이고, 법인의 어음행위는 어음행위의 서면성·문언성에 비추어 법인의 대표자 또는 대리인이 그 법인의 대표자 또는 대리권자임을 어음면상에 표시하고 기명날인하는 대리방식에 의하든가, 법인의 대표자로부터 대리권을 수여받고 직접 법인의 대표자 명의로 서명할 수 있는 권한이 주어져 있는 자의 대행방식에 의하여 이루어져야 할 것이다.” ☞ 은행 지점장이 수취인이 은행인 약속어음의 배서인란에 지점의 주소와 지점 명칭이 새겨진 명판을 찍고 기명을 생략한 채 자신의 사인(私印)을 날인하는 방법으로 배서한 경우, 그 배서는 행위자인 대리인의 기명이 누락되어 그 요건을 갖추지 못한 무효의 배서이므로 배서의 연속에 흠결이 있고, 따라서 원고

부분의 실질적인 권리이전관계(송계취득,<sup>4567</sup> 선의취득 등)만 주장·증명하면 된다.<sup>4568</sup>

발행인에 대하여 만기일부터 법정이자를<sup>4569</sup> 청구하기 위해서는 위 요건사실 외에 ‘지급제시기간(지급일 및 이에 이은 2거래일) 내에 적법하게 지급제시한<sup>4570</sup> 사실’을 주장·증명하여야<sup>4571</sup> 하나, 지연손해금을 청구하기 위해서는 ‘어음요건이 구비된 어음을 지급제시한 사실’로 족하고,<sup>4572</sup> 소장 부분의 송달로써도 지급제시가 가능하므로 소장 부분 송달 다음 날부터 지연손해금을 구하는 경우라면 별도의 지급제시사실을 주장·증명할 필요가 없다. 사고신고담보금의 예치에 이자나 지연손해금 발생을 저지하는 효력은 없다.<sup>4573</sup>

전소인 약속어음금 청구소송에서 원고의 피고에 대한 약속어음채권이 확정된 이상 그 확정된 채권의 소멸시효의 중단을 위하여 제기한 소송에서는 원고의 약속어음의 소지 여부를 다시 심리할 수 없고, 이는 약속어음에 제시증권성 및 상환증권성이 있다고 하여 달리 취급할 것은 아니다.<sup>4574</sup>

는 실질적인 권리이전 사실을 주장·입증하지 아니하는 이상, 어음상의 권리를 행사할 수 없다고 한 예.

4567) 약속어음상의 권리를 지명채권 양도방식에 따라 양도함에 있어서는 민법 제450조 제1항 소정의 대항요건을 갖추지 아니하면 어음채무자에게 대항할 수 없다(94다9764).

4568) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다7024 판결: “형식상 배서의 연속이 끊어진 경우에 탄 방법으로 그 중단된 부분에 관하여 실질적 관계가 있음을 증명한 소지인이 한 어음상의 권리행사는 적법하다 할 것이다.” 이른바 가교설(架橋說)의 입장이다.

4569) 약속어음 소지인이 적법한 지급제시를 하였으나 어음금이 지급되지 아니한 때에는 어음발행인과 배서인(어음법 제78조 제1항, 제28조 제2항, 제43조)에게 연 6분의 이율에 의한 만기 이후의 이자(어음법 제48조 제1항 제2호)를 청구할 수 있다. 위 이자에는 만기 당일의 이자를 포함하고 지급제시기간 내에 적법한 지급제시가 있으면 항상 만기 당일부리의 이자가 인정된다는 점에서 지연손해금과는 다른 일종의 법정이자이다. 어음채무자는 지급제시일 다음날부터 이행지체에 빠지고 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 어음법상 법정이자청구권과 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권경합의 관계에 있다.

4570) 어음법 제38조(지급 제시의 필요) ① 확정일출급, 발행일자 후 정기출급 또는 일람 후 정기출급의 환어음 소지인은 지급을 할 날 또는 그날 이후의 2거래일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 한다. ② 어음교환소에서 환어음의 제시는 지급을 받기 위한 제시로서의 효력이 있다. ③ 소지인으로부터 환어음의 추심을 위임받은 금융기관(이하 이 장에서 “제시금융기관”이라 한다)이 그 환어음의 기재사항을 정보처리시스템에 의하여 전자적 정보의 형태로 작성한 후 그 정보를 어음교환소에 송신하여 그 어음교환소의 정보처리시스템에 입력되었을 때에는 제2항에 따른 지급을 받기 위한 제시가 이루어진 것으로 본다.

4571) 지급제시기간 내에 지급제시하지 않은 경우, 소지인은 주채무자인 발행인에 대하여 만기(지급기일) 이후의 이자를 청구할 수는 없고, 지급제시를 한 다음날부터의 지연손해금만을 구할 수 있다.

4572) ① 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다94797 판결: “어음발행인은 적법한 지급제시가 있기 이전에는 이행지체 책임을 지지 않는 것인바, 원심은 어음법상 지연손해금 청구의 요건사실로서 요구되는 ‘이 사건 약속어음의 적법한 지급제시’에 관하여는 아무런 사실인정을 하지 않은 채 ... 약속어음의 각 지급기일 이후의 어음법상 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하고 말았으니,” ② 대법원 2014. 6. 26. 선고 2014다13167 판결: “표지어음은 무기명 예금증서가 아닌 어음법 소정의 약속어음에 해당한다는 이유로 원고가 수취인란이 기재되지 아니한 미완성의 이 사건 각 표지어음을 가지고 한 지급제시만으로는 발행인인 피고를 이행지체에 빠뜨릴 수 없고 그 지연손해금은 이를 보충한 후 지급제시를 한 다음 날부터 기산한다고 판단한 것은 정당하고,”

4573) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다41425 판결: “어음발행인이 지급기일에 피사취신고 등 사고신고를 하면서 어음액면금 상당의 사고신고담보금을 지급은행에 예치하였다 하더라도, 그것이 어음소지인에 대한 변제공탁으로서의 효력을 갖는다고 볼 수는 없고, 지급기일로부터의 이자나 지연손해금의 발생이 저지되는 효력이 생긴다고 볼 수도 없다. 그리고 이는 어음소지인이 나중에 지급은행으로부터 사고신고담보금을 지급받았다고 하여 달리 볼 것도 아니다.”

4574) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다1645 판결.

어음행위의 대리 또는 대행권한을 수여받은 자가 그 수권의 범위를 넘어 어음행위를 한 경우에 본인은 그 수권의 범위 내에서는 어음상의 채무를 부담한다.<sup>4575)</sup>

어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 유추적용되는데, 그 적용을 주장할 수 있는 사람은 어음행위의 직접 상대방에 한하며, 표현대리책임은 어음법상의 책임과는 별개의 청구이다.<sup>4576)</sup>

4575) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다45303 판결; 소외 1, 2는 원고로부터 10,000,000원의 범위 내에서는 원고를 대리하여 연대보증계약을 체결할 권한을 수여받았는데, 그 수권의 범위를 벗어나 그들의 피고에 대한 60,000,000원의 손해배상채무를 원고가 연대보증 한다는 의미에서 약속어음에 발행인으로 원고의 날인을 대행한 사안에서, 원심이, 위 약속어음 발행행위가 원고에 대하여 전부 무효라고 판단한 데 대하여, 대법원은, 수권의 범위를 넘은 부분에 대하여는 원고에게 그 어음행위의 효력이 미치지 않지만, 수권의 범위 내인 10,000,000원 부분에 대하여는 원고가 어음상의 채무를 부담한다고 한 예.

4576) ◎ 어음행위의 위조와 표현대리책임

① 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001다58443 판결; “표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 약속어음의 보증은 발행인을 위하여 그 어음금채무를 담보할 목적으로 하는 보증인의 단독행위이므로 그 행위의 구체적, 실질적인 상대방은 어음의 제3취득자가 아니라 발행인이라 할 것이어서 약속어음의 보증 부분이 위조된 경우, 동 약속어음을 배서, 양도 받는 제3취득자는 위 보증행위가 민법 제126조 소정의 표현대리행위로서 보증인에게 그 효력이 미친다고 주장할 수 있는 제3자에 해당하지 않는다.” ② 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다50385 판결; “다른 사람이 본인을 위하여 한다는 대리문구를 어음상에 기재하지 않고 직접 본인 명의로 기명날인을 하여 어음행위를 하는 이른바 기관 방식 또는 서명대리 방식의 어음행위가 권한 없는 자에 의하여 행하여졌다면 이는 어음행위의 무권대리가 아니라 어음의 위조에 해당하는 것이기는 하나, 그 경우에도 제3자가 어음행위를 실제로 한 자에게 그와 같은 어음행위를 할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 사유가 있고, 본인에게 책임을 질 만한 사유가 있는 때에는 대리방식에 의한 어음행위의 경우와 마찬가지로 민법상의 표현대리 규정을 유추적용하여 본인에게 그 책임을 물을 수 있다.” ⇨ 채무자가 물상보증인으로부터 근저당권설정에 관한 대리권만을 위임받은 후 그의 승낙 없이 채무 전액에 대한 연대보증 취지로 채권자에게 물상보증인 명의의 약속어음을 발행해 준 경우, 채권자가 채무자에게 위 어음행위를 할 수 있는 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 없다고 한 예. ③ 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다47525 판결; “민법상의 표현대리에 관한 규정이 어음행위의 위조에 관하여 유추적용되기 위하여서는 상대방이 위조자에게 어음행위를 할 권한이 있다고 믿거나 피위조자가 진정하게 당해 어음행위를 한 것으로 믿은 것만으로는 부족하고, 그와 같이 믿은 데에 정당한 사유가 있어야 하는바, 이러한 정당한 사유는 어음행위 당시에 존재한 여러 사정을 객관적으로 관찰하여 보통인이면 유효한 행위가 있었던 것으로 믿는 것이 당연하다고 보여지면 이를 증명할 수 있지만, 어음 자체에 위조자의 권한이나 어음행위의 진정성을 의심하게 할 만한 사정이 있는데도 불구하고 그 권한 유무나 본인의 의사를 조사·확인하지 아니하였다면 상대방의 믿음에 정당한 사유가 있다고 하기 어렵다.” ⇨ 액면금 30억 원의 위조어음의 발행인 인영 부분에 인영 전사 수법으로 종종 사용되는 스카치테이프가 붙어 있고 어음용지 책에서 어음용지를 떼어낼 때 통상적으로 하는 이른바 폭지 간인이 되어 있지 않았음에도 발행인에게 아무런 확인을 하지 않은 경우, 위조어음이 진정한 것이라고 믿은 데에 정당한 사유가 있다고 할 수 없어 민법상 표현대리의 규정이 유추적용되지 않는다고 한 사례. ④ 대법원 1999. 12. 24. 선고 99다13201 판결; “어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 적용 또는 유추적용되고, 다만 이때 그 규정의 적용을 주장할 수 있는 자는 어음행위의 직접 상대방에 한한다고 할 것이며, 약속어음의 배서행위의 직접 상대방은 당해 배서의 피배서인만을 가리키고 그 피배서인으로부터 다시 어음을 취득한 자는 위 배서행위의 직접 상대방이 아니라 제3취득자에 해당하며, 어음의 제3취득자는 어음행위의 직접 상대방에게 표현대리가 인정되는 경우에 이를 원용하여 피위조자에 대하여 자신의 어음상의 권리를 행사할 수가 있을 뿐이다.” ⇨ 甲이 乙 명의의 배서를 위조한 후 甲 자신의 명의로 배서를 하여 丙에게 교부한 경우, 乙 명의의 배서의 직접 상대방은 어디까지나 그 피배서인인 甲이고 丙은 甲으로부터 다시 배서양도받아 취득한 자로서 乙 명의의 배서에 대하여는 제3취득자에 해당하므로, 丙이 乙에 대하여 직접 乙 명의의 배서에 대한 표현대리 책임을 물을 수 없다고 한 사례. ⑤ 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다27470 판결; “어음의 배서 위조에 관하여도 민법상의 표현대리의 원칙이 유추적용되는 이상 권한 없는 자의 대리 또는 대행에 의하여 이루어진 배서에 관하여 그 배서 명의인에게 어음법상의 책임을 묻기 위하여는 표현대리가 인정되기 위한 요건이 모두 갖추어져야 하고, 그러한 요건이 갖추어지지 아니한 경우에 어음소지인이 배서의 외관을 신뢰하였다고 하더라도 그러한 외관의 신뢰만으로 배서 명의인에 대하여 어음법상의 책임을 물을 수는

제권판결에 대한 취소판결의 확정을 조건으로 한 어음·수표금 청구는 부적법한 장래 이행의 소로서 허용되지 아니한다.<sup>4577)</sup>

## 2) 함 변

### 가) 인적 항변

직접 거래당사자 사이에서만 주장될 수 있는 인적 항변으로는 직접 거래당사자 외의 자에 대하여는 주장할 수 없음이 원칙이다.<sup>4578)</sup> 즉, 원인관계의 부존재·무효·취소·해제의 항변, 어음행위의 무효·취소(통정허위표시, 착오, 사기, 강박 등) 항변<sup>4579)</sup> 등의 경우에는 해의의 사실, 즉 원고가 피고를 해할 것을 알고 어음을 취득한 사실까지 주장·입증하여야<sup>4580)</sup> 이러한 인적 항변으로 대항할 수 있게 된다.<sup>4581)</sup>

추심위임의 목적으로 하는 통상의 양도배서 즉 숨은 추심위임배서의 경우 어음법 제 18조<sup>4582)</sup>의 규정에 의하여 인적 항변이 절단되지 아니한다.<sup>4583)</sup> 어음채무자는 어음채권을

없다고 할 것이다. ... 원고가 원심에서 피고가 이 사건 어음에 관하여 어음법상의 책임을 부담하는 근거로 이 사건 어음상의 피고의 배서는 피고가 그 직원을 잘못 관리하여 이루어진 것이고 원고는 그 배서라는 외관을 신뢰하였으므로, 피고는 그에 관하여 어음법상의 책임이 있다는 주장을 표현대리 주장과는 별도로 하였음을 알 수 있으나, ... 원고의 표현대리 주장을 배척하고 있는 이상, 그러한 판단에는 원고의 위와 같은 외관책임에 기한 주장 역시 배척하는 취지가 포함되어 있는 것으로 못 볼 바 아니므로, 그에 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다.”

4577) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결.

4578) 어음법 제17조(인적 항변의 절단) 환어음에 의하여 청구를 받은 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못한다. 그러나 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.

4579) ① 대법원 2017. 8. 18. 선고 2014다87595 판결; “어음채권에서 어음발행의 원인관계가 존재하지 않는다거나 원인채무가 변제 등으로 소멸하였다는 사정은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다. 한편 발행인과 수취인이 통모하여 진정한 어음채무 부담이나 어음채권 취득에 관한 의사 없이 단지 발행인의 채권자에게서 채권 추심이 나 강제집행을 받는 것을 회피하기 위하여 형식적으로만 약속어음의 발행을 가정한 경우 이러한 어음발행행위는 통정허위표시로서 무효이다. 이 경우에도 어음발행행위 등 어떠한 의사표시가 통정허위표시로서 무효라고 주장하는 자에게 그 사유에 해당하는 사실을 증명할 책임이 있다.” ② 96다49513; “사기와 같은 의사표시의 하자를 이유로 어음발행행위를 취소하는 경우에 그 취소의 의사표시는 어음발행행위의 직접 상대방에 대하여 뿐만 아니라 어음발행행위의 직접 상대방으로부터 어음을 취득하여 그 어음금의 지급을 청구하고 있는 소지인에 대하여도 할 수 있다고 봄이 상당하다 할 것이지만, 이와 같은 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것이고(민법 제110조 제3항), 이때의 제3자라 함은 어음발행행위의 직접 상대방 이외의 자를 가리키는 것이므로, 어음의 발행인이 어음발행행위의 직접 상대방이 아닌 소지인을 상대로 어음발행행위 취소의 의사표시를 할 수 있다 하여 소지인의 선의·악의를 불문하고 그 취소의 효과를 주장할 수 있게 되는 것은 아니라고 할 것이다. ... 어음행위에 착오·사기·강박 등 의사표시의 하자가 있다는 항변은 어음행위 상대방에 대한 인적 항변에 불과한 것이므로, 어음채무자는 소지인이 그 채무자를 해할 것을 알고 어음을 취득한 경우가 아닌 한, 소지인이 중대한 과실로 그러한 사실을 몰랐다고 하더라도 종전 소지인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항할 수 없다고 할 것이다.”

4580) 95다56033; “원고가 위 소외인으로부터 이 사건 어음을 배서양도 받았을 당시 이 사건 어음이 피고에게 돌려주어야 하는 어음인 사정을 알면서 이를 취득하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다고 본 조치도 정당하며, ...”

4581) 소지인이 중과실로 인적 항변의 존재를 알지 못한 경우는 물론이고(대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56033 판결), 단지 항변사유의 존재를 아는 것만으로는 부족하고 자기가 어음을 취득함으로써 항변이 절단되고 채무자가 손해를 입게 될 사정이 객관적으로 존재한다는 사실까지도 충분히 알았다는 것을 의미한다(96다7120).



지명채권양도의 방법으로 양수한 자에게 양도인에 대한 인적 항변으로 대항할 수 있다.<sup>4584)</sup>

약속어음 발행인으로부터 인적항변의 대항을 받는 어음소지인은 당해 어음을 제3자에게 배서·양도한 후 환배서에 의하여 이를 다시 취득하여 소지하게 되었다고 할지라도 발행인으로부터 여전히 위 항변의 대항을 받고, 한편 기한후배서는 보통의 배서와는 달리 지명채권양도의 효력밖에 없어 그것에 의하여 이전되는 권리는 배서인이 배서 당시 가지고 있던 범위의 권리라 할 것이므로 어음채무자는 그 배서 당시 이미 발생한 배서인에 대한 모든 항변사실을 피배서인에 대하여도 대항할 수 있으며, 이는 환배서인 기한후배서도 마찬가지이다.<sup>4585)</sup>

어음에 의하여 청구를 받은 자는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로써 소지인에게 대항하지 못하는 것이 원칙이지만, 이와 같이 인적항변을 제한하는 법의 취지는 어음거래의 안전을 위하여 어음취득자의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 자기에 대한 배서의 원인관계가 흠결됨으로써 어음소지인이 그 어음을 소지할 정당한 권원이 없어지고 어음금의 지급을 구할 경제적 이익이 없게 된 경우에는 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하다고 보아야 한다.<sup>4586)</sup>

4582) 어음법 제18조(추심위임배서)

① 배서한 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문구가 있으면 소지인은 환어음으로부터 생기는 모든 권리를 행사할 수 있다. 그러나 소지인은 대리를 위한 배서만을 할 수 있다.

1. 회수하기 위하여 2. 추심하기 위하여 3. 대리를 위하여 4. 그 밖에 단순히 대리권을 준다는 내용의 문구

② 제1항의 경우에는 어음의 채무자는 배서인에게 대항할 수 있는 항변으로써만 소지인에게 대항할 수 있다.

4583) 89다카1084.

4584) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2014다83647 판결(따라서 지명채권양도의 방법으로 양수한 어음채권의 행사는 어음채무자와 양도인 사이의 원인관계의 효력에 따라 제한될 수 있다).

4585) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다42915 판결.

4586) ① 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다60015 판결; 甲 회사에 부탁하여 어음할인에 사용할 약속어음을 발행받은 乙 회사가 어음할인을 받지 못하자 甲 회사에 어음을 반환하기로 약속하고서도 그 후 丙 회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였고, 丙 회사도 甲 회사의 어음 반환 요구를 거부한 채 丁 회사에 어음할인을 의뢰하면서 위 어음을 배서·양도하였는데, 그 후 丁 회사가 어음소지인으로서 위 어음을 지급제시하자 甲 회사가 지급거절한 사안에서, 甲 회사가 당초 乙 회사로 하여금 제3자에게서 어음할인을 받아 금을 얻게 할 목적으로 위 어음을 발행하였으므로 위 어음을 융통어음이라고 보아야 하는데도 이를 당초부터 원인관계 없이 교부된 어음에 불과하다고 본 원심의 판단 부분은 잘못이나, 丙 회사는 乙 회사한테서, 丁 회사는 丙 회사한테서 각각 어음할인을 위하여 원인관계 없이 약속어음을 교부받았고 丁 회사가 위 어음의 지급을 구할 경제적 이익이 없는 이상 甲 회사는 丁 회사에 대하여 위 어음의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 하므로, 甲 회사의 항변을 받아들여 丁 회사의 어음금 청구를 배척한 원심의 조치는 결과적으로 정당하다고 한 사례.

② 2002다46508 판결: 어음의 배서인이 발행인으로부터 지급받은 어음금 중 일부를 어음 소지인에게 지급한 경우, 어음소지인은 배서인과 사이에 소멸된 어음금에 대하여는 지급을 구할 경제적 이익이 없게 되어 인적항변 절단의 이익을 향유할 지위에 있지 아니하므로 어음의 발행인은 그 범위 내에서 배서인에 대한 인적항변으로써 소지인에게 대항하여 그 부분 어음금의 지급을 거절할 수 있다고 한 사례.

## 나) 소멸시효의 완성과 중단

### (1) 소멸시효 항변

약속어음의 발행인에 대한 어음상의 청구권은 만기일로부터<sup>4587)</sup> 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다(어음법 제77조 제1항 제8호, 제70조 제1항, 제78조 제1항).

만기가 기재된 백지어음은 일반적인 조건부 권리와는 달리 그 백지 부분이 보충되지 않은 미완성어음인 상태에서도 만기일로부터 어음상의 청구권에 대하여 소멸시효가 진행한다.<sup>4588)</sup>

### (2) 소멸시효의 중단

만기는 기재되어 있으나 지급지, 지급을 받을 자 등과 같은 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 것은 어음상의 청구권에 관하여 잠자는 자가 아님을 객관적으로 표명한 것이라고 할 수 있고 그 청구로써 어음상의 청구권에 관한 소멸시효는 중단된다.<sup>4589)</sup>

원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, ① 원인채권의 행사는 어음채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 없지만, ② 어음채권의 행사는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다.<sup>4590)</sup> 이미 시효로 소멸한 어음채권을 피보전권리

#### 4587) ◎ 구체적인 소멸시효 기산점

① 2007다40352: “일람출급어음의 지급제시는 발행일로부터 1년 내에 하여야 하는 것인데(어음법 제34조 제1항), 그 기간 내에 적법한 지급제시가 없다면 그 기간의 말일에 만기가 도래한 것으로 보고, 그 때부터 어음채무의 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이고, 그 어음채무에 대한 어음보증인의 채무도 같은 때부터 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이다.” ② 2003다33769: “발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 만기의 날로부터 진행하는 것이 원칙이나, 그 약속어음이 수취인 겸 소지인의 발행인에 대한 장래 발생할 구상채권을 담보하기 위하여 발행된 것이라면, 소지인은 발행인에 대하여 구상채권이 발생하지 않은 기간 중에는 약속어음상의 청구권을 행사할 수 없고, 구상채권이 현실로 발생한 때에 비로소 이를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 그 약속어음의 소지인의 발행인에 대한 약속어음상의 청구권의 소멸시효는 위 구상채권이 현실적으로 발생하여 그 약속어음상의 청구권을 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행된다고 봄이 상당하다. 그리고 이러한 결과가 민법 제184조 제2항의 규정에 반하여 소멸시효를 가중하는 것이라고 할 수는 없다.” ③ 96다25050: “장래의 계속적인 물품거래로 발생한 채무의 지급을 위하여 만기를 백지로 한 약속어음을 발행한 경우에는, 그 보충권의 소멸시효는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 물품거래가 종료하여 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터 진행된다고 할 것이므로, 같은 취지에서 위 물품거래 종료 시를 이 사건 백지어음의 만기보충권의 소멸시효의 기산점으로 본 원심판결은 정당하고”

4588) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결.

4589) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결(지급지 및 지급을 받을 자 부분이 백지로 된 약속어음의 소지인이 그 지급기일로부터 3년이 경과한 후에야 위 백지 부분을 보충하여 발행인에게 지급제시를 하였으나 그 소지인이 위 약속어음의 지급기일로부터 3년의 소멸시효기간이 완성되기 전에 그 어음금을 청구하는 소를 제기한 이상 이로써 위 약속어음상의 청구권에 대한 소멸시효는 중단되었다고 한 사례).

4590) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다16378 판결: “원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못하는 것이지만, 다른 한편, 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구 소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도

로 한 가압류 결정에 의하여 그 원인채권의 소멸시효가 중단되지는 않는다.<sup>4591)4592)</sup>

#### 다) 백지어음에 관한 항변

##### (1) 불완전어음 항변

백지약속어음의 경우 발행인이 수취인 또는 그 소지인으로 하여금 백지 부분을 보충케 하려는 보충권을 줄 의사로서 발행하였는지의 여부에 관하여는 발행인에게 ‘보충권을 줄 의사로 발행한 것이 아니라는 점’, 즉 백지어음이 아니고 ‘불완전어음으로서 무효’라는 점에 관한 증명책임이 있다.<sup>4593)</sup>

##### (2) 백지보충권의 시효소멸 항변

백지보충권의 소멸시효가 완성된 후에 백지 보충된 사실을 주장·증명하여 어음금청구에 항변할 수 있다.

백지보충권의 소멸시효기간은 ① ㉠ 만기가 백지인 어음의 경우 그 어음발행의 원인관계에 비추어 어음상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때부터, ㉡ 만기 이외의 어음요건이 백지인 경우 만기로부터, ㉢ 당사자 사이에 백지를 보충할 수 있는 시기에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있는 경우에는 그 합의된 시기로부터 각 3년이고,<sup>4594)</sup> ② 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 경우는 그 수표발행의 원인관계에 비추어 발행 당사자 사이에 수표상의 권리를 행사할 수 있는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 6개월이다.<sup>4595)</sup>

채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다.”

4591) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006다68902 판결: “이미 소멸시효가 완성된 후에는 그 채권이 소멸되고 시효중단을 인정할 여지가 없으므로, 이미 시효로 소멸된 어음채권을 피보전권리로 하여 가압류 결정을 받는다고 하더라도 이를 어음채권 내지는 원인채권을 실현하기 위한 적법한 권리행사로 볼 수 없을 뿐 아니라, 더 이상 원인채권에 관한 시효 중단 여부가 어음채권의 권리 실현에 영향을 주지 못하여 어떠한 불합리한 결과가 발생하지 아니한다는 점을 함께 참작하여 보면, 가압류 결정 이전에 이미 피보전권리인 어음채권의 시효가 완성되어 소멸된 경우에는 그 가압류 결정에 의하여 그 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력을 인정할 수 없다.”

4592) 그 밖의 시효중단 관련 판례: ㉠ 약속어음 배서인으로서의 책임을 구하는 소를 제기하였다가, 사망한 발행인의 상속인으로서 상속비율에 해당하는 어음금의 지급을 구하는 소로 청구원인을 변경한 경우 당초의 재소가 변경된 청구원인에 대하여도 시효중단의 효력이 생긴다고 보기 어렵다(92다50942). ㉡ 약속어음에 공증이 된 것이라고 하여 ‘판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권’이라고 할 수 없고, 민법 제165조 제2항 소정의 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다고 할 수 없다(92다169). ㉢ 어음시효 중단사유로서의 ‘승인’은 시효이익을 받을 당사자인 어음채무자가 시효의 완성으로 권리를 상실하게 될 자에 대하여 그 권리가 존재함을 인식하고 있다는 뜻을 표시함으로써 족하고, 반드시 기존어음에 개서하거나 새로운 어음을 발행·교부함을 요하지 아니하며, 또 채무승인에 관한 문서가 작성되어 있지 않다고 하여 채무승인을 인정할 수 없는 것은 아니다(90다카21541).

4593) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001다6718 판결.

4594) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다16214 판결.

4595) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다64018 판결. ‘백지보충권을 행사할 수 있는 때’에 관하여는 당사자가 명시적

만기 이외의 어음요건이 백지인 약속어음의 소지인이 그 백지 부분을 보충하지 않은 상태에서 어음금을 청구하는 경우 백지보충권은 그 행사에 의하여 어음상의 청구권을 완성시키는 것에 불과하여 그 보충권이 어음상의 청구권과 별개로 독립하여 시효에 의하여 소멸한다고 볼 것은 아니므로 어음상의 청구권이 시효중단에 의하여 소멸하지 않고 존속하고 있는 한 이를 행사할 수 있다.<sup>4596)</sup>

백지보충권 시효소멸의 항변은 인적 항변이므로, 어음소지인이 어음을 취득한 후 그 스스로 어음상의 권리를 행사할 수 있는 때로부터 새로이 소멸시효기간이 경과하기 전에 보충한 경우라면, 발행인으로서의 소지인이 보충하기 전에 이미 백지보충권의 소멸시효기간이 도과한 사실 및 취득 당시 소지인에게 악의·중과실이 있는 사실을 주장·증명하여야만 소지인에게 대항할 수 있다.<sup>4597)</sup>

#### 라) 용통어음 항변

용통어음의 발행자는 피용통자로부터 그 어음을 양수한 제3자에 대하여는 선의이거나 악의이거나, 또한 그 취득이 기한 후 배서에 의한 것이라 하더라도 대가 없이 발행된 용통어음이라는 항변으로 대항할 수 없으나, 피용통자에 대하여는 어음상의 책임을 부담하지 아니하는바,<sup>4598)</sup> 약속어음금 청구에 있어 어음의 발행인이 그 어음이 용통어음이므로 피용통자에 대하여 어음상의 책임을 부담하지 아니한다고 항변하는 경우 용통어음이라는 점에 대한 증명책임은 어음의 발행자가 부담한다.<sup>4599)</sup>

어음의 발행인 또는 배서인이 어음할인을 의뢰하면서 어음을 교부한 것이라면 이는 원인관계 없이 교부된 어음에 불과할 뿐 이를 악의의 항변에 의한 대항을 인정하지 아니하는 이른바 용통어음이라고는 할 수 없다.<sup>4600)</sup>

용통어음의 발행자가 일정한 경우 제3자에 대하여도 용통어음의 항변으로 대항할 수

또는 묵시적으로 합의할 수 있고, 그 합의된 때를 연기하거나 변경할 수도 있다(2007도2250).

4596) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2009다48312 전원합의체 판결.

4597) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다64018 판결; “발행일 백지인 수표의 취득자가 백지보충권의 소멸시효기간 경과 후에 백지를 보충한 경우에 있어서도 수표법 제13조가 유추적용되어 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 백지보충권의 소멸시효 경과 후의 백지보충의 항변으로써 대항받지 아니한다고 해석함이 상당하다고 할 것이나, 이 경우에도 그 수표취득자가 스스로 수표상의 권리를 행사하는 것이 법률적으로 가능하게 된 때로부터 새로이 6개월이 경과할 때까지 발행일을 보충하지 않았다면 그 보충권의 소멸시효는 완성되었다고 보아야 할 것이다.”

4598) 용통어음이라 함은 타인으로 하여금 어음에 의하여 제3자로부터 금원을 얻게 할 목적으로 수수되는 어음을 말한다. 어떠한 어음이 용통어음에 해당하는지 여부는 당사자의 주장만에 의할 것은 아니고 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다60015 판결 등).

4599) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2001다28176 판결.

4600) 대법원 1996. 5. 14. 선고 96다3449 판결(甲이 乙에게 할인의 목적으로 어음을 교부하고 丙이 그 사실을 알면서 乙의 어음할인 부탁에 따라 그 어음을 취득한 후 乙의 대출금채무에 대한 담보로 처리한 경우, 그 어음은 아무런 원인관계 없이 丙에게 교부된 것이므로 甲으로서의 이러한 원인관계에 대한 인적 항변으로 丙에게 대항 가능하다고 한 사례).

있는바, ① 피용통자가 용통어음과 교환하여 그 액면금과 같은 금액의 약속어음을 용통자에게 담보로 교부한 경우에 있어서는 용통어음을 양수한 제3자가 양수 당시 그 어음이 용통어음으로 발행되었고 이와 교환으로 교부된 담보 어음이 지급거절되었다는 사정을 알고 있는 경우에는 그 제3자에 대하여는 용통어음의 항변으로 대항할 수 있고,<sup>4601)</sup> ② 피용통인이 용통어음을 사용하여 금융의 목적을 달성한 다음 이를 반환받은 때에는 피용통인은 용통인에 대하여 용통인의 배서를 말소할 의무를 부담하고, 이것을 다시 금융의 목적을 위하여 제3자에게 양도하여서는 아니 된다고 할 것임에도 이를 다시 제3자에게 사용한 경우(용통어음 재도사용의 경우), 피고는 당해 어음이 용통어음인 사실, 원고가 그것이 이미 사용되어 그 목적을 달성한 이후 다시 사용되는 것이라는 점을 안 사실을 주장·증명하여 원고에게 대항할 수 있다.<sup>4602)</sup>

#### 나. 배서인에 대한 청구

배서인에 대한 어음금청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘피고의 어음 배서(= 피고가 어음요건이 구비된 어음에 배서한) 사실’, ② ‘어음상 권리의 원고 귀속(= 어음상 권리가 원고에게 귀속된) 사실’, ③ ‘적법한 지급제시 및 지급거절(= 피고가 제시기간 내에 어음을 지급제시 하였으나 그 지급을 거절당한) 사실’, ④ ‘지급거절증서의 작성 또는 작성면제(= 원고가 지급거절증서작성기간 내에 지급거절증서를 작성하였거나 지급거절증서의 작성이 면제된) 사실’, ⑤ ‘원고의 어음 소지(= 원고가 어음을 소지하고 있는) 사실’이다.<sup>4603)</sup>

약속어음의 배서인이 지급거절증서작성을 면제한 경우에는 그 소지인은 소구권을 행사하기 위하여 법정기간 내에 발행인에 대하여 지급제시를 한 것으로 추정을 받으므로 ‘법정기간 내에 지급제시가 없었다는 사실’은 이를 원용하는 자에게 그 주장·증명책임이 있다.<sup>4604) 4605)</sup>

약속어음의 문언이 변경된 경우, 그 최종 소지인이 배서인 등에게 그 변경 후의 문언에 따른 책임을 지게 하려면 ‘그 기명날인이나 서명이 변경 후에 있었다거나 배서인 등이

4601) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다58721 판결, 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다50489 판결.

4602) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다38596 판결.

4603) 발행인과 배서인은 ‘합동책임’을 진다(어음법 제47조 제1항).

4604) 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카2425 판결 등.

4605) **어음법 제46조(거절증서 작성 면제)** ① 발행인, 배서인 또는 보증인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 문구를 환어음에 적고 기명날인하거나 서명함으로써 소지인의 상환청구권 행사를 위한 인수거절증서 또는 지급거절증서의 작성을 면제할 수 있다.

1. 무비용상환
2. 거절증서 불필요
3. 제1호 및 제2호와 같은 뜻을 가진 문구

② 제1항 각 호의 문구가 있더라도 소지인의 법정기간 내 어음의 제시 및 통지 의무가 면제되는 것은 아니다. 법정기간을 준수하지 아니하였음은 소지인에 대하여 이를 원용하는 자가 증명하여야 한다.

그 변개에 동의한 사실'을 증명하여야 하고,<sup>4606)</sup> 어음 소지인이 이를 증명하지 못하는 이상 배서인 등은 변개 후의 문언에 따른 책임을 지지는 아니하며, 다만 변개 전의 원문언에 따른 책임은 지게 되지만, 소지인이 배서인 등에게 변개 전의 원문언에 따른 소구의 무자로서의 책임을 묻기 위해서는 '소지인이 변개 전의 원문언에 따른 적법한 지급제시를 한 사실'이 인정되어야 한다.<sup>4607)</sup>

---

4606) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카37 판결.

4607) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다62391 판결; 약속어음의 지급기일이 '1993. 2. 4.'에서 '1998. 9. 30.'로 변개된 사안에서, 피고의 배서가 위 지급기일의 변개 이후에 이루어졌다거나 피고가 위 변개에 대하여 동의를 하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없으므로, 결국 피고는 위 변개 전의 원문언에 따라 어음상의 책임을 부담한다고 할 것인데, 어음의 소지인인 원고가 원문언 상의 지급기일인 1993. 2. 4.에 따른 적법한 지급제시를 하였다고 인정할 만한 증거가 없어, 피고는 배서인으로서 그 소구의무를 지지 아니한다고 한 사례.