



# 판례공보

Korean Supreme Court Reports

법원도서관

2017년 5월 1일

제513호

## 민사

- 1 2017. 3. 22. 선고 2016다218874 판결 [건물명도] ..... 841  
임대를 한 상가건물을 여러 사람이 공유하고 있다가 이를 분할하기 위한 경매절차에서 건물의 소유자가 바뀐 경우, 양수인이 임대인의 지위를 승계하는지 여부(적극) / 상가건물 임대차보호법 제3조 제2항에 따라 임차건물의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우, 임차건물의 소유권이 이전되기 전에 이미 발생한 연체차임이나 관리비 등이 양수인에게 이전되는지 여부(원칙적 소극) 및 임차건물의 양수인이 건물 소유권을 취득한 후 임대차관계가 종료되어 임차인에게 임대차보증금을 반환해야 하는 경우, 임대인의 지위를 승계하기 전까지 발생한 연체차임이나 관리비 등이 임대차보증금에서 당연히 공제되는지 여부(원칙적 적극)
- 2 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결 [부동산잔대금등청구의소] ..... 844  
소멸시효 항변은 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 되는지 여부(적극) 및 이때 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장에 변론주의가 적용되는지 여부(소극) / 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우, 법원이 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있는지 여부(적극)
- 3 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 [주주총회결의취소] ... 847  
주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니한 경우 또는 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 타인의 명의로 주주명부 기재를 마친 경우, 주주명부상 주주만이 의결권 등 주주권을 행사할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이 경우 회사가 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 주주명부에 기재를 마치지

않은 자가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우

- 4 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결 [이사및감사지위확인] … 863  
주식회사의 이사 또는 감사의 지위를 취득하기 위한 요건(=주주총회의 선임결의와 피선임자의 승낙) 및 이때 피선임자가 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하여야 하는지 여부(소극)
- 5 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결 [사원총회결의무효확인] … 867  
[1] 확인의 소에서 확인의 이익이 인정되는 경우  
[2] 유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정한 경우, 유한회사가 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 한 경우, 이러한 사원총회 결의가 이사의 보수청구권에 영향을 미치는지 여부(소극)  
[3] 甲 유한회사의 사원이자 이사인 乙 등이 甲 회사가 사원총회를 열어 乙 등의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 甲 회사를 상대로 보수감액 결의의 무효확인을 구한 사안에서, 제반 사정 등에 비추어, 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 것이 乙 등의 불안과 위협을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다고 한 사례
- 6 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결 [손해배상등] … 870  
[1] 부당이득반환의무의 지체책임이 발생하는 시기  
[2] 항소심에서 새로 추가한 청구에 관한 소가 2015. 9. 25. 개정된 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’이 2015. 10. 1. 시행되기 전 법원에 소송 계속 중이었으나 개정 규정 시행 후 변론이 종결된 경우, 개정 규정에 따른 법정이율이 적용되는 시기(=2015. 10. 1.부터)  
[3] 원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가한 경우, 항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 하는지 여부(적극) 및 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되는지 여부(적극)

일반행정

- 7] 2017. 3. 22. 선고 2016두940 판결 [재결처분취소및수용보상금증액] ..... 874
- [1] 2개 이상의 토지 등에 대한 감정평가 방법 및 예외적으로 일괄평가가 인정되는 경우인 2개 이상의 토지 등이 ‘용도상 불가분의 관계’에 있다는 의미
  - [2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지의 보상과 관련하여 2개 이상의 토지가 용도상 불가분의 관계에 있는지를 판단할 때 일시적인 이용상황 등을 고려할 수 있는지 여부(소극)
  - [3] 소유권 외의 권리에 속하는 구분지상권이 설정되어 있는 토지의 손실보상금을 산정하는 방법 / 감정대상인 토지의 지하 수심 m의 공간에 공작물을 설치하기 위한 구분지상권이 설정되어 있는 경우, 이러한 사정이 구분지상권이 설정되어 있는 토지와 그렇지 않은 인접토지가 지표에 근접한 공간에서 용도상 불가분의 관계에 있는지를 판단하는 데 영향을 미치는지 여부(원칙적 소극)
  - [4] 원래 1필지였던 토지가 지하 부분의 구분지상권 설정을 위해 여러 필지로 분할되었으나, 지상 부분에서는 토지분할 전과 같이 하나의 필지처럼 계속 관리·이용된 경우, 용도상 불가분의 관계에 있다고 보아야 하는지 여부(원칙적 적극)
- 8] 2017. 3. 30. 선고 2014두13195 판결 [징계처분취소] ..... 879
- [1] 공인회계사법 제48조 제1항 제2호에서 정한 ‘감사 또는 증명에 중대한 착오 또는 누락이 있는 때’의 의미
  - [2] 주식회사의 외부감사에 관한 법률상 감사인이 부담하는 주의의무 / 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제5조 제2항에 따라 한국공인회계사회가 정한 회계감사기준이 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 관한 판단의 주요한 기준이 되는지 여부(원칙적 적극)
- 9] 2017. 3. 30. 선고 2015두43971 판결 [특례노령연금수급권취소처분등취소청구의 소] ..... 884
- [1] 구 국민연금법 제57조 제1항에 따라 급여를 받은 당사자로부터 잘못 지급된 급여액에 해당하는 금액을 환수하는 처분을 하기 위한 요건
  - [2] 국민연금법이 정한 수급요건을 갖추지 못하였음에도 연금 지급결정이 이루어진 경우, 이미 지급된 급여 부분에 대한 환수처분과 별도로 지급결정을 취소할 수 있는지 여부(적극) 및 그 취소권 행사가 위법한 경우 / 연금 지급결정

을 취소하는 처분이 적법한 경우 그에 기초한 환수처분도 반드시 적법하다고 판단해야 하는지 여부(소극)

10 2017. 3. 30. 선고 2016두55292 판결 [유족급여및장의비부지급처분취소] ... 888  
분진작업에 종사하고 있거나 종사하였던 근로자가 사망한 경우 업무상 재해로 인정되기 위해서는 진폐, 합병증 등과 사망 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하는지 여부(적극) 및 그 증명의 정도와 증명책임의 소재

11 2017. 3. 30. 선고 2016추5087 판결 [직권취소처분취소청구의소] ..... 891

[1] 지방자치법 제169조 제1항에 따른 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대한 취소 또는 정지의 적용대상이 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 제한되는지 여부(소극)

[2] 지방의회의원에 대하여 유급 보좌 인력을 두는 것이 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항인지 여부(적극)

[3] 지방자치단체 인사위원회위원장이 시간선택제임기제공무원 40명을 ‘정책지원요원’으로 임용하여 지방의회 사무처에 소속시킨 후 상임위원회별 입법지원요원(입법조사관)에 대한 업무지원 업무를 담당하도록 한다는 내용의 채용공고를 하자, 행정자치부장관이 위 채용공고가 법령에 위반된다며 지방자치단체장에게 채용공고를 취소하라는 내용의 지정명령을 하였으나 이에 응하지 않자 채용공고를 직권으로 취소한 사안에서, 위 공무원의 임용은 국회의 법률로 규정하여야 할 입법사항인데 위 공무원을 지방의회에 둘 수 있는 법적 근거가 없어 그 임용을 위한 채용공고는 위법하고, 이에 대한 직권취소처분이 적법하다고 한 사례

조 세

12 2017. 3. 22. 선고 2016두51511 판결 [법인세부과처분취소] ..... 895

[1] 손익이 권리의무 확정 시에 실현되는 것으로 보는 권리의무확정주의를 채택하여 손익의 귀속시기를 명확하게 규정하는 법인세법 제40조 제1항, 제2항, 구 법인세법 시행령 제68조 제1항 제3호 본문 등의 취지

[2] 유동성 공급자인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품을 매도하는 거래를 하면서 투자자들에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의

인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 甲에게 법인세 부과처분을 한 사안에서, 甲이 주식워런트증권을 투자자들에게 매도함으로써 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격에서 매도가격을 뺀 금액만큼의 손실이 실현되어 확정되었다고 보아 증권의 매도 시점이 속한 사업연도의 손금에 산입하여야 한다고 한 사례

- [3] 유동성 공급자인 외국증권업자 甲이 유동성 공급계약을 맺은 주식워런트증권 발행사로부터 주식워런트증권을 발행가격에 인수하여 투자자들에게 매도하고 발행사에 증권과 동일한 내용의 장외파생상품을 매도하는 거래를 하면서 투자자에게 최초로 시가로 매도한 사업연도에는 발행사로부터 인수한 증권의 인수가격과 매도가격의 차액을 해당 사업연도의 손금으로 산입하자, 과세관청이 최초 매도 당시 甲이 인식한 손실 중 만기가 해당 사업연도에 도래하지 않는 증권을 인수하여 매도함으로써 인식한 손실을 손금산입하지 않아야 한다며 국세기본법 제14조 제2항, 제3항 등을 근거로 甲에게 법인세 부과처분을 한 사안에서, 甲이 대규모의 손실을 조기에 인식하여 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하였다고 볼 수 없으므로 처분이 위법하다고 한 사례

**13** 2017. 3. 30. 선고 2016두55926 판결〔증여세부과처분취소〕 ..... 899

- [1] 구 상속세 및 증여세법 제41조의3 제1항 및 제41조의5 제1항의 규정 취지 / 구 상속세 및 증여세법 제41조의3 제6항에서 정한 '신주'에, 최대주주 등으로부터 증여받거나 유상으로 취득한 주식에 기초하지 아니하고 증여받은 재산과도 관계없이 인수하거나 배정받은 신주가 포함되는지 여부(소극) / 이러한 신주에 의하여 합병에 따른 상장이익을 얻은 경우, 제41조의3 제6항이 준용되는 제41조의5 제1항에서 정한 증여재산가액에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 증여재산가액의 계산에 관한 구 상속세 및 증여세법 규정이 특정한 유형의 거래·행위를 규율하면서 그중 일정한 거래·행위만을 증여세 과세대상으로 한정하고 과세범위도 제한적으로 규정함으로써 증여세 과세의 범위와 한계를 설정한 경우, 개별 가액산정규정에서 규율하고 있는 거래·행위 중 증여세 과세대상이나 과세범위에서 제외된 거래·행위가 구 상속세 및 증여세법 제2조 제3항의 증여 개념에 해당하더라도 과세할 수 있는지 여부(소극)
- [3] 비상장법인인 甲 주식회사가 자신의 임직원이자 甲 회사의 최대주주와 특수관계에 있는 乙 등에게 제3자 배정 방식으로 신주인수권을 부여하여 유상증

자를 실시함으로써 乙 등이 주식을 인수하고 5년 이내에 코스닥상장법인인 丙 주식회사가 최대주주이던 甲 회사를 흡수합병하면서 乙 등이 丙 회사의 주식을 배정받자, 과세관청이 흡수합병으로 인한 인수 주식의 가액 증가가 구 상속세 및 증여세법 제41조의5 제1항 또는 제2조 제3항에 정한 과세요건에 해당한다고 보아 乙 등에게 증여세 부과처분을 한 사안에서, 위 법 제41조의5 제1항 및 제3항이 정한 적용요건을 충족하지 아니하고, 乙 등이 얻은 합병에 따른 주식의 상장이익에 대하여는 위 법 제2조 제3항에 근거하여서도 과세할 수 없으므로 처분이 위법하다고 한 사례

**14** 2017. 3. 30. 선고 2016두57038 판결 [양도소득세경정거부처분취소] …… 904

- [1] 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서의 규정 취지
- [2] 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 따른 주거지역 등에 편입되고 또한 도시개발법 등에 따라 환지처분 전에 농지 외의 토지로 환지에정지 지정을 받은 경우, 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서에 따른 양도소득세 면제 제한이 적용되는 시점(=주거지역 등에 편입된 날과 농지 외의 토지로 환지에정지 지정을 받은 날 중 빠른 날)
- [3] 甲이 8년 이상 자경한 농지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 공업지역으로 편입된 후 도시개발법 등에 따라 농지 외의 토지로 환지에정지 지정 공고가 난 상태에서 甲이 토지를 양도하고는 공업지역에 편입된 날을 기준으로 양도소득세를 신고하였다가 다시 환지에정지 지정일을 기준으로 과다납부한 양도소득세를 환급해 달라는 경정청구를 하였으나 거부처분을 받은 사안에서, 위 토지는 구 조세특례제한법 제69조 제1항 단서에 따라 甲의 토지 양도소득 중 공업지역 편입일까지 발생한 부분에 대해서만 양도소득세 면제대상이 될 수 있다고 한 사례

형 사

**15** 2017. 3. 22. 선고 2016도16314 판결 [공공단체등위탁선거에관한법률위반] … 908

- [1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 정한 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준
- [2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제23조에서 정한 ‘당선되게 할 목적’의 의미
- [3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 금전 등을 ‘제공’하는 행위와 금전 등의 제공을 ‘지시’하는 행위의 의미 및 지시를 하는 사람과 상대방 사

이에 반드시 단체나 직장 등에서의 상하관계나 엄격한 지휘감독관계가 있어야 하는지 여부(소극)

- 16** 2017. 3. 22. 선고 2016도17465 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(증재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·사기·업무상배임·무고) ..... 911

법인이 특정 사업의 명목상 주체로 특수목적법인을 설립하여 그 명의로 자금 집행 등 사업집행을 하면서도 자금의 관리·처분에 관하여는 실질적 사업주체인 법인이 의사결정권한을 행사하면서 특수목적법인 명의로 보유한 자금을 대하여 현실적 지배를 하고 있는 경우, 사업주체인 법인의 대표자 등이 특수목적법인의 보유 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하면 위탁자인 법인에 대하여 횡령죄가 성립하는지 여부(적극) / 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하여 횡령한 경우, 횡령죄의 피해자(=당해 금전을 위탁한 내국 법인) 및 그 행위가 외국에서 이루어졌더라도 우리 법원에 재판권이 있는지 여부(원칙적 적극)

- 17** 2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결 (특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)) ..... 919

향소심이 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

- 18** 2017. 3. 22. 선고 2016도21536 판결 (특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)·뇌물수수·정치자금법위반·범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반·뇌물공여·증거위조교사·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)방조·변호사법위반·제3자뇌물취득·조세범처벌법위반) ..... 925

[1] 정치자금의 명목으로 정치자금법에 정한 절차에 따라 주고받은 금품이라도 뇌물성이 인정되는 경우 및 이때 금품 제공의 뇌물성을 판단할 때 고려할 사항

[2] 공무원이 뇌물을 받는 데에 지출한 필요 경비 또는 뇌물을 받는 주체가 아닌 자가 수고비로 받은 부분이나 뇌물을 받기 위하여 형식적으로 체결된 용역계약에 따른 비용으로 사용된 부분이 뇌물의 가액과 추정액에서 공제할 항목에 해당하는지 여부(소극) / 피고인이 영득의 의사로 뇌물을 받은 것인지 판단하는 기준

[3] 변호사법 제111조에서 규정하는 ‘공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받는다’의

의미 / 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 금품과 이와 무관한 행위에 대한 대가로서의 금품이 액수가 구분되지 않은 채 불가분적으로 결합되어 수수된 경우, 그 전부가 청탁 명목의 금품인지 여부(적극) / 금품의 수수가 여러 차례에 걸쳐 이루어졌고 각각의 행위별로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 대가성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우, 청탁 명목과 관련성이 있는지 판단하는 방법

- [19] 2017. 3. 30. 선고 2014도6910 판결 [자본시장과금융투자업에관한법률위반] … 930  
투자자문업자 등이, 추천하는 증권을 자신이 선행매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 그 증권의 매수를 추천하는 행위가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호에서 말하는 ‘부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위’ 및 같은 조 제2항에서 정한 ‘위계의 사용’에 해당하는지 여부(적극)
- [20] 2017. 3. 30.자 2016모2874 결정 [상소권회복기각결정에대한재항고] …… 933  
제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우, 법원이 취할 조치(=기각 결정)



알 림

- 판시사항, 판결(결정)요지, 참조조문 및 참조판례와 판결이유 중의 밑줄 표시는 대법원 판결(결정) 원문의 일부가 아닙니다.
- 판결(결정)요지는 판결 원문의 일부를 그대로 추출한 것이나, 독자의 이해를 돕기 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 수정·편집한 부분이 있어 판결 원문과 일치하지 않을 수 있습니다.
- 사건 관계인의 인격권을 두텁게 보호하기 위하여 필요한 경우 사건 관계인의 이름, 소속회사, 주소, 차량번호 등을 비실명·익명처리하고, 이에 필요한 최소한의 범위 내에서 판결 원문의 일부를 수정 또는 삭제하였습니다.

○ 약어설명

(공1996상, 15) ..... 판례공보 1996년 상권 15쪽  
(집15-1, 민34) ..... 대법원판례집 제15권 1집 민사 34쪽  
(헌공72, 760) ..... 헌법재판소공보 제72호 760쪽

**번호** ..... 전원합의체 또는 주요 판결(결정)로 대법원판례집에 게재하기 위하여 판례심사위원회에 회부될 판결(결정) 표시

[법원도서관]

2017. 5. 1. 판례공보

## 1 2017. 3. 22. 선고 2016다218874 판결 [건물명도]

임대를 한 상가건물을 여러 사람이 공유하고 있다가 이를 분할하기 위한 경매 절차에서 건물의 소유자가 바뀔 경우, 양수인이 임대인의 지위를 승계하는지 여부(적극) / 상가건물 임대차보호법 제3조 제2항에 따라 임차건물의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우, 임차건물의 소유권이 이전되기 전에 이미 발생한 연체차임이나 관리비 등이 양수인에게 이전되는지 여부(원칙적 소극) 및 임차건물의 양수인이 건물 소유권을 취득한 후 임대차관계가 종료되어 임차인에게 임대차보증금을 반환해야 하는 경우, 임대인의 지위를 승계하기 전까지 발생한 연체차임이나 관리비 등이 임대차보증금에서 당연히 공제되는지 여부(원칙적 적극)

## 【판결요지】

상가건물 임대차보호법 제3조는 ‘대항력 등’이라는 표제로 제1항에서 대항력의 요건을 정하고, 제2항에서 “임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.”라고 정하고 있다. 이 조항은 임차인이 취득하는 대항력의 내용을 정한 것으로, 상가건물의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 취득한 다음 임차건물의 양도 등으로 소유자가 변동된 경우에는 양수인 등 새로운 소유자(이하 ‘양수인’이라 한다)가 임대인의 지위를 당연히 승계한다는 의미이다. 소유권 변동의 원인이 매매 등 법률행위든 상속·경매 등 법률의 규정이든 상관없이 이 규정이 적용된다. 따라서 임대를 한 상가건물을 여러 사람이 공유하고 있다가 이를 분할하기 위한 경매절차에서 건물의 소유자가 바뀔 경우에도 양수인이 임대인의 지위를 승계한다.

위 조항에 따라 임차건물의 양수인이 임대인의 지위를 승계하면, 양수인은 임차인에게 임대보증금반환의무를 부담하고 임차인은 양수인에게 차임지급의무를 부담한다. 그러나 임차건물의 소유권이 이전되기 전에 이미 발생한 연체차임이나 관리비 등은 별도의 채권양도절차가 없는 한 원칙적으로 양수인에게 이전되지 않고 임대인만이 임차인에게 청구할 수 있다. 차임이나 관리비 등은 임차건물을 사용한 대가로서 임차인에게 임차건물을 사용하도록 할 당시의 소유자 등 처분권한 있는 자에게 귀속된다고 볼 수 있기 때문이다.

임대차계약에서 임대차보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 명도할 때까지 발생하는, 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보한다. 따라서 이러한 채무는 임대차관계 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다. 임차건물의 양수인이 건물 소유권을 취득한 후 임대차관계가 종료되어 임차인에게 임대차보증금을 반환해야 하는 경우에 임대인의 지위를 승계하기 전까지 발생한 연체차임이나 관리비 등이 있으면 이는 특별한 사정이 없는 한 임대차보증금에서 당연히 공제된다. 일반적으로 임차건물의 양도 시에 연

체차임이나 관리비 등이 남아있더라도 나중에 임대차관계가 종료되는 경우 임대차보증금에서 이를 공제하겠다는 것이 당사자들의 의사나 거래관념에 부합하기 때문이다.

**【참조조문】** 상가건물 임대차보호법 제3조 제1항, 제2항, 민법 제618조

**【참조판례】** 대법원 2005. 9. 28. 선고 2005다8323, 8330 판결(공2005하, 1677)

---

**【원고, 상고인】** 원고 (소송대리인 법무법인 선화 담당변호사 김효언 외 1인)

**【피고, 피상고인】** 피고

**【원심판결】** 서울동부지법 2016. 3. 9. 선고 2015나23644 판결

**【주 문】** 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울동부지방법원에 환송한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. 상가건물 임대차보호법 제3조는 ‘대항력 등’이라는 표제로 제1항에서 대항력의 요건을 정하고, 제2항에서 “임차건물의 양수인(그 밖에 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.”라고 정하고 있다. 이 조항은 임차인이 취득하는 대항력의 내용을 정한 것으로, 상가건물의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 취득한 다음 임차건물의 양도 등으로 소유자가 변동된 경우에는 양수인 등 새로운 소유자(이하 ‘양수인’이라 한다)가 임대인의 지위를 당연히 승계한다는 의미이다. 소유권 변동의 원인이 매매 등 법률행위든 상속·경매 등 법률의 규정이든 상관없이 이 규정이 적용된다. 따라서 임대를 한 상가건물을 여러 사람이 공유하고 있다가 이를 분할하기 위한 경매절차에서 건물의 소유자가 바뀐 경우에도 양수인이 임대인의 지위를 승계한다.

위 조항에 따라 임차건물의 양수인이 임대인의 지위를 승계하면, 양수인은 임차인에게 임대보증금반환의무를 부담하고 임차인은 양수인에게 차임지급의무를 부담한다. 그러나 임차건물의 소유권이 이전되기 전에 이미 발생한 연체차임이나 관리비 등은 별도의 채권양도절차가 없는 한 원칙적으로 양수인에게 이전되지 않고 임대인만이 임차인에게 청구할 수 있다고 보아야 한다. 차임이나 관리비 등은 임차건물을 사용한 대가로서 임차인에게 임차건물을 사용하도록 할 당시의 소유자 등 처분권한 있는 자에게 귀속된다고 볼 수 있기 때문이다.

임대차계약에서 임대차보증금은 임대차계약 종료 후 목적물을 임대인에게 명도할 때까지 발생하는, 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보한다. 따라서 이러한 채무는 임대차관계 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2005다8323, 8330 판결 참조). 임차건물의 양수인이 건물 소유권을 취득한 후 임대차관계가 종료되어 임차인에게 임대차보증금을 반환해야 하는 경우에 임대인의 지위를 승계하기 전까지 발생한 연체차임이나 관리비 등이 있

으면 이는 특별한 사정이 없는 한 임대차보증금에서 당연히 공제된다고 보아야 한다. 일반적으로 임차건물의 양도 시에 연체차임이나 관리비 등이 남아있더라도 나중에 임대차관계가 종료되는 경우 임대차보증금에서 이를 공제하겠다는 것이 당사자들의 의사나 거래관념에 부합하기 때문이다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 2010. 4. 23. 이 사건 건물의 공유자들인 소외인 등 5인(이하 ‘소외인 등’이라고 한다)으로부터 이 사건 건물의 1층에 있는 이 사건 점포를 임대차보증금 2,500만 원, 월 차임 187만 원(매월 말일 지급, 부가가치세 별도), 관리비 164,800원(부가가치세 별도), 임대차기간 2010. 4. 29.부터 2011. 4. 30.까지로 정하여 임차하였다(이하 ‘이 사건 임대차계약’이라고 한다). 피고는 그 무렵 소외인 등에게 임대차보증금을 지급하고 사업자등록과 함께 이 사건 점포를 인도받아 부동산중개업소를 운영하면서 임대차계약을 갱신하여 왔다.

나. 원고는 이 사건 건물에 관한 공유물분할을 위한 경매절차에서 이 사건 건물을 낙찰받아 2014. 7. 30. 그 소유권을 취득하였다.

다. 피고는 2014. 7.까지 전 임대인인 소외인 등에게 차임과 관리비를 제대로 지급하지 않아 총 34,951,320원의 차임, 관리비 등을 연체하였고, 2014. 7. 30. 원고가 소유권을 취득한 후에도 계속 차임 등을 지급하지 않았다. 그리하여 원고는 2014. 11. 7. 피고에게 3기 이상의 차임 연체를 이유로 이 사건 임대차계약의 해지를 통고하였다

라. 피고가 2014. 8. 1.부터 2015. 3. 31.까지 8개월간 연체한 차임, 관리비와 부당이득금은 합계 17,906,240원[= 월 2,238,280원(차임 1,870,000원 + 부가가치세 187,000원 + 관리비 164,800원 + 부가가치세 16,480원) × 8개월]에 이르고, 또한 피고는 위 기간 동안 전기료 693,507원과 수도료 39,664원도 지급하지 않았다.

마. 피고는 2015. 6. 12. 원고에게 이 사건 점포를 인도하였다.

3. 원고는 소유권 취득 이후 발생한 연체차임 등의 지급을 구하였으나, 원심은 다음과 같은 이유로 원고의 청구를 배척하였다. 이 사건 임대차계약은 임대인의 지위를 승계한 원고가 피고의 차임 연체를 이유로 계약 해지 통고를 함에 따라 2014. 11. 7. 적법하게 해지되었고, 이에 따라 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고가 구하는 바에 따라 원고에게 2014. 8. 1.부터 2015. 3. 31.까지 발생한 차임과 관리비 또는 같은 금액 상당의 부당이득금, 전기료와 수도료 합계 18,639,411원(= 17,906,240원 + 693,507원 + 39,664원)과 이에 대한 지연손해금, 그리고 2015. 4. 1.부터 이 사건 점포 인도 완료일인 2015. 6. 12.까지 월 2,238,280원의 비율로 계산한 부당이득금을 지급할 의무가 있다. 그러나 임대인의 지위를 승계한 원고 역시 피고에게 임대차보증금 2,500만 원을 반환할 의무가 있다. 위 임대차보증금에서 위 연체차임 등을 공제하면 더 이상 원고의 소유권 취득 이후 발생한 연체차임 등 채무가 남지 않는다.

또한 원고는 이 사건 건물의 소유권을 취득하기 전 피고가 전 임대인인 소외인 등에게

연체한 차임 등이 34,951,320원에 이르러 임대차보증금이 모두 소멸하였다고 주장하였다. 그러나 원심은 전 임대인인 소외인 등과 피고 사이에 이 사건 임대차계약 종료 전에 보증금에서 연체차임 등을 공제한다는 의사표시가 있었음을 인정할 증거가 없고, 원고가 소외인 등으로부터 위 연체차임채권을 양수받았다는 점에 관한 주장과 증명도 전혀 없어 원고가 임대인의 지위를 승계하기 전에 발생한 연체차임 등을 임대차보증금에서 공제할 수 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

4. 위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 임대차관계의 종료로 임대인의 지위를 승계한 원고가 피고에게 반환의무를 부담하는 임대차보증금 2,500만 원에서 원고가 이 사건 건물의 소유권을 취득하기 전까지 피고가 전 임대인들에게 지급하지 않은 차임, 관리비 등 34,951,320원이 당연 공제되어 원고의 피고에 대한 임대차보증금반환 채무는 소멸한다고 보아야 한다. 따라서 피고는 원고에게 원고의 이 사건 건물의 소유권 취득 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 2014. 8. 1.부터 2015. 3. 31.까지 발생한 차임 등 합계 18,639,411원과 이에 대한 지연손해금, 그리고 2015. 4. 1.부터 이 사건 점포 인도 완료일인 2015. 6. 12.까지 월 2,238,280원의 비율로 계산한 부당이득금을 지급할 의무가 있다.

5. 그런데도 원심은 원고의 임대인 지위 승계 전에 발생한 연체차임 등을 임대차보증금에서 공제해야 한다는 주장을 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 임대차보증금의 공제에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장에는 정당한 이유가 있다.

6. 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

2

## 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결 [부동산잔대금등청구의소]

소멸시효 항변은 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 되는지 여부(적극) 및 이때 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장에 변론주의가 적용되는지 여부(소극) / 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우, 법원이 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있는지 여부(적극)

### 【판결요지】

민사소송절차에서 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장·증명에 적용된다. 따라서 권리를 소멸시키는

소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다.

그러나 이 경우 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다. 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다.

**【참조조문】** 민사소송법 제203조, 민법 제162조, 상법 제64조

**【참조판례】** 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다68217 판결(공2013상, 472)

**【원고, 상고인】** 원고 (소송대리인 변호사 고선근)

**【피고, 피상고인】** 피고 1 외 1인 (소송대리인 변호사 임상준)

**【원심판결】** 대전지법 2016. 9. 23. 선고 2015나108688 판결

**【주 문】** 상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

#### 1. 소멸시효기간과 변론주의

이 부분 상고이유 주장은, 피고들이 민법에 따른 10년의 소멸시효기간을 주장하였는데 원심이 상법에 따른 5년의 소멸시효기간을 적용하여 변론주의를 위반하였다는 것이다.

민사소송절차에서 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장·증명에 적용된다. 따라서 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다.

그러나 이 경우 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 70936 판결 등 참조). 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다. 따라서 원고의 위 주장은 받아들여지지 않는다.

#### 2. 토지대금 채권의 소멸시효기간

원심은 ① 원고가 서해개발 주식회사(이하 ‘서해개발’이라고 한다)와 업무합의에 관한 약

정을 하고 충남 태안군 일대의 사업부지에 펜션형 다가구주택을 신축·분양하는 사업을 공동으로 운영하였다고 인정한 다음, ② 원고가 피고들에게 이 사건 1, 2 토지를 매도한 것은 상인이 영업을 위하여 한 행위로서 그 매매대금 채권에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다고 판단하였다.

원심판결 이유와 기록에 비추어 알 수 있는 원고와 서해개발 사이의 약정 내용과 그 목적, 약정에 따라 원고가 수행한 역할, 원고가 피고들과 체결한 매매계약의 내용 등을 종합해 보면, 원고가 서해개발과 공동운영하는 택지개발 및 분양사업을 위하여 피고들에게 위 토지들을 매도하였다고 볼 수 있다. 따라서 원고의 피고들에 대한 매매대금 채권은 상법 제64조에서 정한 상행위로 인한 채권에 해당하고, 이에 대해서는 상사소멸시효가 적용된다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 상고이유 주장과 같이 영업행위나 상사소멸시효에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 대지조성비 채권의 소멸시효기간

원심은 원고의 대지조성비 채권이 민법 제163조 제3호에서 정한 ‘도급받은 자의 공사에 관한 채권’에 해당하여 3년의 단기소멸시효가 적용된다고 판단하였다. 원심이 들고 있는 대지조성비에 관한 약정 내용, 원고의 지위, 대지조성비의 산출방식 등에 비추어 보면, 원고의 대지조성비 채권이 수급인의 공사에 관한 채권이라고 볼 수 있다. 따라서 원심의 위 판단은 정당하고 상고이유 주장과 같은 민법 제163조 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 4. 시효이익의 포기와 채무의 승인 등

원고는, 피고 1과 매매대금 지급기일을 변경하기로 합의하였다거나 피고들이 매매대금 또는 대지조성비 채무에 관하여 소멸시효의 이익을 포기하였거나 채무를 승인하여 소멸시효의 진행이 중단되었다고 주장하였다. 원심은, 원고가 ① 2004. 7. 28.경과 2010. 4. 19.경에 피고 1의 처인 소외인에게 이 사건 1 토지 중 일부에 관하여 소유권 또는 지분소유권의 이전등기를 마친 사실, ② 2010. 4. 19.경 피고 2에게 이 사건 2 토지 중 일부에 관하여 지분소유권 이전등기를 마친 사실만으로는 위 주장사실을 인정하기 부족하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 소멸시효 기산점, 시효이익의 포기와 채무승인에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 5. 신의칙 위반과 권리남용 여부

원고가 피고들의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하거나 신의칙에 위배된다고 주장하였으나, 원심은 피고들이 시효완성 전에 원고의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저하게 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였다는 등의 사정이 있다고 보기 어렵다고 판단하여 위 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 위 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 신의칙이나 권리남용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.



## 6. 결론

원고의 상고는 이유 없으므로 이를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

3

### 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결 [주주총회 결의취소]

주식을 양수하였으나 아직 주주명부에 명의개서를 하지 아니한 경우 또는 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하고 타인의 명의로 주주명부 기재를 마친 경우, 주주명부상 주주만이 의결권 등 주주권을 행사할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이 경우 회사가 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 주주명부에 기재를 마치지 않은 자가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 경우

#### 【판결요지】

[다수의견] (가) 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 획일적인 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 획일적으로 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.

(나) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

주식양도의 경우와 달리 주식발행의 경우에는 주식발행 회사가 관여하게 되므로 주주명부에의 기재를 주주권 행사의 대항요건으로 규정하고 있지는 않으나, 그럼에도 상법은 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소 등을 기재하여 본점에 비치하도록 하고(제352조 제1항, 제396조 제1항), 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자료부터 회사에 통지한 주소로 하면 되도록(제353

조 제1항) 규정하고 있다. 이와 같은 상법 규정의 취지는, 주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 확일적으로 확정하기 위한 것으로 보아야 한다.

(다) 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 타인의 명의로 주주명부예의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다.

이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 주식에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고, 회사의 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 주식의 양수를 회사에 대항할 수 없다는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운 결과이다.

또한 언제든 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의로 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들여야 하는 의사였다고 봄이 합리적이다.

그렇기 때문에 주주명부상 주주가 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다 하더라도, 이는 주주명부상 주주에게 주주권을 행사하는 것을 허용함에 따른 결과이므로 주주권의 행사가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다.

(라) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

상법은 주식발행의 경우 주식인수인이 성명과 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명한 서면에 의하여 주식을 인수한 후 그 인수가액을 납입하도록 하면서, 회사로 하여금 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 수와 종류 등을 기재하고 이를 회사의 본점에 비치하여 주주와 회사채권자가 열람할 수 있도록 하고 있다(제352조 제1항, 제396조). 이는 회사가 발행한 주식에 관하여 주주권을 행사할 자를 확정하여 주주명부에 주주로 기재하여 비치·열람하도록 함으로써 해당 주주는 물론이고 회사 스스로도 이에 구속을 받도록 하기 위한 것이다.

주식양도의 경우에는 주식발행의 경우와는 달리 회사 스스로가 아니라 취득자의 청구에 따라 주주명부의 기재를 변경하는 것이기는 하나, 회사가 주식발행 시 작성하여 비치한 주주명부예의 기재가 회사에 대한 구속력이 있음을 전제로 하여 주주명부예의

명의개서에 대항력을 인정함으로써 주식양도에 있어서도 일관되게 회사에 대한 구속력을 인정하려는 것이므로, 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부에 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다.

(마) 따라서 특별한 사정이 없는 한, 주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 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 주주명부에의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부에의 기재는 주주명부에의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.

[대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견] (가) 회사의 설립 시에는 다른 특별한 사정이 없는 한 주식인수계약서에 발기인 또는 주식청약인으로 서명 날인한 명의인이 회사의 성립과 더불어 주주의 지위를 취득하는 것이고, 배후에 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 내부관계에 불과할 뿐 회사에 대하여 주주로서의 지위를 주장할 수는 없다.

(나) 상법은 가설인이나 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 주금납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 주식인수를 한 당사자가 누구인지를 확정하는 문제이다. 먼저 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 명의의 사용자가 형사책임을 질 수 있음은 별론으로 하더라도(상법 제634조) 주식인수계약의 당사자로서 그에 따른 출자를 이행하였다면 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다. 가설인이나 주식인수계약의 명의자가 되는 것에 승낙조차 하지 않은 사람이 주식인수계약의 당사자가 될 수는 없기 때문이다. 이것이 당사자들의 의사에 합치할 뿐만 아니라 상법 제332조 제1항의 문언과 입법 취지에도 부합한다. 다음으로 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 주식인수계약의 당사자가 누구인지에 따라 결정하면 된다. 이에 관해서는 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 문제에 관한 법리를 적용하되,

주식인수계약의 특성을 반영하여야 한다. 통상은 명의자가 주식인수계약의 당사자가 되는 경우가 많지만, 무조건 명의자가 누구인지만으로 주주를 결정할 것도 아니다.

(다) 주식 양도의 효력 내지 주주권의 귀속 문제와는 별도로 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사간의 권리관계를 획일적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련하여 두고 있다. 즉 주식의 양수에 의하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 안 된다(상법 제337조 제1항). 명의개서에 의하여 주식양수인은 회사에 대하여 적법하게 주주의 지위를 취득한 것으로 추정되므로 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다. 회사로서도 주주명부에 주주로 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 인정하면 설사 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 지지 아니한다. 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 규정하고 있을 뿐 주식 인수의 효력발생요건으로 정하고 있지 아니하므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주로 되는 실권적 효력이 생기는 것은 아니다.

(라) 상장회사의 발행 주식을 취득하려는 자는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하게 된다. 매매거래계좌의 개설은 금융거래를 위한 것이어서 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률'이 적용되므로 실명확인 절차를 거쳐야 하고, 매매거래의 위탁은 실명으로 하여야 한다. 증권회사가 증권시장에서 거래소를 통하여 매수한 주식은 계좌명의인의 매매거래계좌에 입고되는데, 위와 같이 입고된 주식은 위탁자인 고객에게 귀속되므로(상법 제103조), 그 주식에 대해서는 계좌명의인이 주주가 된다. 계좌명의인에게 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 약정에 관한 문제에 불과할 따름이다.

**【참조조문】** 상법 제103조, 제289조 제1항 제8호, 제293조, 제295조 제1항, 제302조 제1항, 제303조, 제332조, 제336조, 제337조 제1항, 제352조 제1항, 제353조 제1항, 제354조 제1항, 제359조, 제396조, 제418조 제3항, 제425조 제1항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항, 제634조, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제316조 제2항, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제2조 제1호 (바)목, 제3조 제1항

**【참조판례】** 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결(변경), 대법원 1977. 10. 11. 선고 76다1448 판결(공1978, 10483)(변경), 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2087 판결(공1980, 12782)(변경), 대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정(공1980, 13221)(변경), 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결(변경), 대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결(공1985, 623), 대법원 1985. 12. 10. 선고 84다카319 판결(공1986, 235)(변경), 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판

결(공1989, 1769)(변경), 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결(공1991, 1732), 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결(공1998상, 1286)(변경), 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결(공1998하, 2400)(변경), 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다48671 판결(변경), 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결(공2001하, 1379)(변경), 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다61198 판결(변경), 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다70307 판결(변경), 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결(공2010상, 704), 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결(공2011하, 1278)(변경), 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다27519 판결(변경)

**【원고, 상고인】** 원고 (소송대리인 변호사 배형국 외 3인)

**【피고, 피상고인】** 신일산업 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 화우 담당변호사 이준상 외 3인)

**【피고보조참가인】** 피고보조참가인

**【원심판결】** 서울고법 2015. 11. 13. 선고 2014나2051549 판결

**【주 문】** 원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

**【이 유】** 상고이유를 판단한다.

1. (1) 상법에 따르면, ① 발기설립의 방법으로 회사를 설립하는 경우, 발기인의 성명·주민등록번호 및 주소를 정관에 적고 각 발기인이 기명날인 또는 서명하며, 발기인은 서면에 의하여 주식을 인수하되, 지체 없이 인수가액의 전액을 납입하여야 하고(제289조 제1항 제8호, 제293조, 제295조 제1항), ② 모집설립의 방법으로 회사를 설립하는 경우, 주식인수의 청약을 하고자 하는 자는 주식청약서에 인수할 주식의 종류 및 수와 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명하며, 발기인이 배정한 주식의 수에 따라서 인수가액을 납입할 의무를 부담하고(제302조 제1항, 제303조), ③ 신주발행 시 주식인수의 경우 모집설립 시 주식인수에 관한 규정을 준용한다(제425조 제1항). 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 종류와 수 등을 기재하여야 한다(제352조 제1항).

한편 주식의 양도는 주권이 발행된 경우에는 주권을 교부하여야 하고(제336조 제1항), 주권이 발행되지 않은 경우에는 지명채권 양도에 관한 일반원칙에 따라 당사자의 의사표시만으로 주식양도의 효력이 발생하나(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결), 주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다(제337조 제1항).

또 ① 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자로부터 회사에 통지한 주소로 하면 되고(제353조 제1항), ② 회사는 의결권을 행사하거나 배당을 받을 자 기타 주주로서 권리를 행사할 자를 정하기 위하여 일정한 기간을 정하여 주주명부의 기재변경을 정지하거나 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주를 그 권리를 행사할 주주

로 볼 수 있으며(제354조 제1항), ③ 신주인수권이나 준비금의 자본전입에 따른 무상신주의 배정, 중간배당을 함에 있어서도 회사는 일정한 날을 정하여 그 날에 주주명부에 기재된 주주에게 권리를 귀속시킬 수 있다(제418조 제3항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항).

(2) 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 획일적인 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 획일적으로 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.

상법은 주권이 발행된 주식의 양도는 주권의 교부에 의하여야 하고, 주권의 점유자는 이를 적법한 소지인으로 추정하며(제336조), 주권에 관하여 수표법상의 선의취득 규정을 준용하고 있다(제359조). 그럼에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 주주명부에 명의개서를 한 경우에 회사와의 관계에서 대항력을 인정하고, 주주명부상 주주의 주소로 통지를 허용하며, 회사가 정한 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주에게 신주인수권 등의 권리를 귀속시킬 수 있도록 하고 있다. 이는 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.

상장주식 등의 경우 그 주식은 대량적·반복적 거래를 통해 지속적으로 양도되는 특성이 있으므로, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라고 한다)이 실질주주명부를 두어 이를 주주명부로 보고 그에 기재된 자로 하여금 주주권을 행사하도록 한 것도 같은 취지이다.

(3) 회사에 대하여 주주권을 행사할 자가 주주명부의 기재에 의하여 확정되어야 한다는 법리는 주식양도의 경우뿐만 아니라 주식발행의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

주식양도의 경우와 달리 주식발행의 경우에는 주식발행 회사가 관여하게 되므로 주주명부외의 기재를 주주권 행사의 대항요건으로 규정하고 있지는 않으나, 그럼에도 상법은 주식을 발행한 때에는 주주명부에 주주의 성명과 주소 등을 기재하여 본점에 비치하도록 하고(제352조 제1항, 제396조 제1항), 주주에 대한 회사의 통지 또는 최고는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자료부터 회사에 통지한 주소로 하면 되도록(제353조 제1항) 규정하고 있다. 이와 같은 상법 규정의 취지는, 주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 획일적으로 확정하기 위한 것이라고 보아야 한다. 다수의 주주와 관련된 단체법적 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리해야 할 필요는 주식을 발행하는 경우라고 하여 다르지 않

고, 주주명부상의 기재를 주식의 발행 단계에서 이루어진 것인지 아니면 주식의 양도 단계에서 이루어진 것인지를 구별하여 그에 따라 달리 취급하는 것은 다수의 주주와 관련된 단체법적 법률관계를 혼란에 빠뜨릴 우려가 있다. 회사가 주주명부상 주주를 주식인수인과 주식양수인으로 구별하여, 주식인수인의 경우에는 그 배후의 실질적인 권리관계를 조사하여 실제 주식의 소유자를 주주권의 행사자로 인정하는 것이 가능하고, 주식양수인의 경우에는 그렇지 않다고 하면, 회사와 주주 간의 관계뿐만 아니라 이를 둘러싼 법률관계 전체가 매우 불안정해지기 때문이다. 상법은 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 일률적으로 정하기 위해 주주명부를 폐쇄하는 경우나 기준일을 설정하는 경우, 회사가 정한 일정한 날에 주주명부에 기재된 주주에게 신주인수권, 무상신주, 중간배당 등의 권리를 일률적으로 귀속시키는 경우에도, 주주명부상의 기재가 주식의 발행단계에서 이루어진 것인지 주식의 양도단계에서 이루어진 것인지를 전혀 구별하지 않고 있다(제354조 제1항, 제418조 제3항, 제461조 제3항, 제462조의3 제1항).

결국, 주식발행의 경우에도 주주명부에 주주로 기재가 마쳐진 이상 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

(4) 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 주주명부상의 기재까지 마치는 경우에도, 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주로서 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있다.

이는 주주명부에 주주로 기재되어 있는 자는 특별한 사정이 없는 한 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 적법하게 행사할 수 있고(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결 참조), 회사의 주식을 양수하였더라도 주주명부에 기재를 마치지 아니하면 그 주식의 양수를 회사에 대항할 수 없다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결 참조)는 법리에 비추어 볼 때 자연스러운 결과이다.

또한 언제든지 주주명부에 주주로 기재해 줄 것을 청구하여 주주권을 행사할 수 있는 자가 자기의 명의로 아닌 타인의 명의로 주주명부에 기재를 마치는 것은 적어도 주주명부상 주주가 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사하더라도 이를 허용하거나 받아들여야 하는 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.

(5) 주주명부상의 주주만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있다는 법리는 주주에 대하여만 아니라 회사에 대하여도 마찬가지로 적용되므로, 회사는 특별한 사정이 없는 한 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자

의 주주권 행사를 인정할 수 없다.

상법은 주식발행의 경우 주식인수인이 성명과 주소를 기재하고 기명날인 또는 서명한 서면에 의하여 주식을 인수한 후 그 인수가액을 납입하도록 하면서, 회사로 하여금 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 수와 종류 등을 기재하고 이를 회사의 본점에 비치하여 주주와 회사채권자가 열람할 수 있도록 하고 있다(제352조 제1항, 제396조). 이는 회사가 발행한 주식에 관하여 주주권을 행사할 자를 확정하여 주주명부에 주주로 기재하여 비치·열람하도록 함으로써 해당 주주는 물론이고 회사 스스로도 이에 구속을 받도록 하기 위한 것이다. 회사가 상법의 규정에 따라 스스로 작성하여 비치한 주주명부의 기재에 구속됨은 당연한 논리적 귀결이며, 주주명부에 기재되지 않은 타인의 주주권 행사를 인정하는 것이야말로 회사 스스로의 행위를 부정하는 모순을 초래하게 되어 부당하다. 주식양도의 경우에는 주식발행의 경우와는 달리 회사 스스로가 아니라 취득자의 청구에 따라 주주명부의 기재를 변경하는 것이기는 하나, 회사가 주식발행시 작성하여 비치한 주주명부에의 기재가 회사에 대한 구속력이 있음을 전제로 하여 주주명부에의 명의개서에 대항력을 인정함으로써 주식양도에 있어서도 일관되게 회사에 대한 구속력을 인정하려는 것이므로, 상법 제337조 제1항에서 말하는 대항력은 그 문언에 불구하고 회사도 주주명부에의 기재에 구속되어, 주주명부에 기재된 자의 주주권 행사를 부인하거나 주주명부에 기재되지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수 없다는 의미를 포함하는 것으로 해석함이 타당하다.

주주권에 터 잡아 회사에 대하여 의결권 등의 권리를 행사하는 것은 단체법적 규율에 따른 것이므로, 동일한 주식에 기초하여 경합하는 주체들 중 누군가가 권리를 행사하면 다른 사람은 권리를 행사할 수 없는 관계에 있다. 그럼에도 만일 회사가 이러한 속성이 있는 주주권을 행사할 주체를 정함에 있어 주식의 소유권 귀속에 관한 법률관계를 내세워 임의로 선택할 수 있다고 한다면, 주주권을 행사할 자를 획일적으로 확정하고자 하는 상법상 주주명부제도의 존재이유 자체를 부정하는 것이고, 주주 사이에 주주권의 행사요건을 달리 해석함으로써 주주평등의 원칙에도 어긋난다. 또 회사가 주주명부상 주주와 주주명부에 기재를 마치지 아니한 주식인수인이나 양수인 중 누구에게 권리행사를 인정할 것인가에 대하여 선택권을 가지게 되는 불합리한 점이 있을 뿐만 아니라, 주주명부상 주주에게는 실질적인 권리가 없다는 이유로, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 주식인수인이나 양수인에게는 주주명부에 기재를 마치지 않았다는 이유로, 양자의 권리행사를 모두 거절할 수도 있게 되어 권리행사의 공백이 생길 수 있다. 그리고 회사의 잘못된 판단으로 정당한 권리자가 아닌 자에게 권리행사를 인정하면 주주총회결의 취소사유가 발생하는 등 다수의 주주와 회사를 둘러싼 법률관계 전체를 불안정하게 하여, 여러 이해관계인 및 그 주주총회결의에 의하여 거래를 한 상대방에게 예측하지 못한 불이익을 발생시킬 위험이 있다. 무엇보다 다수의 주주를 상대로 사무를 처리하여야 하는 회사가 일일이 주주명부상 주주의 배후에서 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자를 조사하여 주주명부상 주주의 주주권 행사를 배제하고 주식인수인 또는 양수인의 주주권 행사를 인정하는 것은 사실상 불가능하고 바람직하지도



않다.

(6) 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 주주명부외의 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 경우에 한한다.

자본시장법에 따라 예탁결제원에 예탁된 상장주식 등에 관하여 작성된 실질주주명부외의 기재는 주주명부외의 기재와 같은 효력을 가지므로(자본시장법 제316조 제2항), 이 경우 실질주주명부상 주주는 주주명부상 주주와 동일하게 주주권을 행사할 수 있다.

(7) 이와 달리 ① 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하고 그 대금을 납입한 경우에 그 타인의 명의로 주주명부에 기재까지 마쳐도 실질상의 주주인 명의차용인만이 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있는 주주에 해당한다는 취지로 본 대법원 1975. 9. 23. 선고 74다804 판결, 대법원 1977. 10. 11. 선고 76다1448 판결, 대법원 1980. 9. 19.자 80마396 결정, 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다1989 판결, 대법원 1985. 12. 10. 선고 84다카319 판결, 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다50619 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다22552 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010다27519 판결 등, ② 회사는 주식인수 및 양수계약에 따라 주식의 인수대금 또는 양수대금을 모두 납입하였으나 주식의 인수 및 양수에 관하여 상법상의 형식적 절차를 이행하지 아니한 자의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다고 한 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2087 판결 등, ③ 회사가 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 주주로 인정하는 것은 무방하다고 한 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결, 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결, 대법원 2005. 2. 17. 선고 2004다61198 판결, 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다70307 판결 등, ④ 회사가 주주명부상 주주가 형식주주에 불과하다는 것을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였고 또한 이를 용이하게 증명하여 의결권 행사를 거절할 수 있었음에도 의결권 행사를 용인하거나 의결권을 행사하게 한 경우에 그 의결권 행사가 위법하게 된다는 취지로 판시한 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다48671 판결 등을 비롯하여 이와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

2. (1) 주주는 회사를 상대로 주주총회결의취소와 무효확인 및 부존재확인 의 소를 제기할 수 있다(상법 제376조, 제380조). 이는 회사의 경영감독을 위해 주주에게 인정된 권리로서 주주권의 일부를 이루는 것이다.

(2) 원심판결의 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 원고는 키움증권 주식회사에

개설된 원고 명의의 증권계좌 등을 이용하여 피고가 발행한 주식을 장내매수한 후 실질주주명부에 기재까지 마친 사실을 알 수 있다.

앞에서 본 법리에 의하면, 주식을 인수하거나 양수하려는 자가 타인의 명의를 빌려 회사의 주식을 인수하거나 양수하면서 그 타인의 명의로 주주명부에 기재까지 마치는 경우, 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실이 증명되었다고 하더라도 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주권을 행사할 수 있으므로, 주주명부상 주주는 회사를 상대로 주주총회결의취소와 무효확인 및 부존재확인의 소를 제기할 수 있고, 회사 역시 특별한 사정이 없는 한 주주명부상 주주의 이러한 주주권 행사를 부인하지 못한다.

위와 같은 사실관계를 이러한 법리에 따라 살펴보면, 설령 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.

(3) 그럼에도 원심은 원고 명의 주식의 취득자금을 실제로 부담한 자는 소외인이고, 원고가 제출한 증거만으로는 원고에게 독자적으로 피고에 대한 주주권을 행사할 권한이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 주식의 취득자금을 제공받아 주식을 매수한 후 실질주주명부에 기재까지 마친 실질주주명부상 주주의 회사에 대한 주주권 행사에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견이 있는 외에 관여 법관의 의견이 일치되었고, 별개의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김소영의 보충의견이 있다.

4. 대법관 박병대, 대법관 김소영, 대법관 권순일, 대법관 김재형의 별개의견은 다음과 같다.

(1) ① 회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립된 법인이다(상법 제169조). 회사의 종류 중에서도 주식회사는 사원인 주주가 출자한 자본금을 기초로 성립하는 물적 회사로서 주식은 자본금의 구성단위이면서 동시에 주주가 출자자로서 회사에 대하여 가지는 지분을 의미한다. 주주는 회사설립 시 또는 신주발행 시 주식을 인수함으로써 이를 원시적으로 취득하거나, 합병·상속에 의한 포괄승계나 주식의 양수에 의한 개별적 승계에 의하여 주식을 취득함으로써 그 지위를 가지게 된다.

② 회사의 설립 시 각 발기인은 서면에 의하여 주식을 인수하여야 하고(상법 제293조), 발기인이 회사의 설립 시에 발행하는 주식의 총수를 인수한 때에는 인수가액의 전액을 납

입하여야 한다(상법 제295조 제1항). 모집설립을 하는 때에는 주식인수의 청약을 하고자 하는 자가 주식청약서에 의하여 주식인수의 청약을 하고 인수가액을 납입하여야 한다(상법 제302조 제1항, 제305조 제1항). 따라서 회사의 설립 시에는 다른 특별한 사정이 없는 한 주식인수계약서에 발기인 또는 주식청약인으로 서명 날인한 명의인이 회사의 성립과 더불어 주주의 지위를 취득하는 것이고, 그 배후에 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 내부관계에 불과할 뿐 회사에 대하여 주주로서의 지위를 주장할 수는 없다.

③ 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 자는 주식인수인으로서의 책임이 있고(상법 제332조 제1항), 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 자는 그 타인과 연대하여 납입할 책임이 있다(상법 제332조 제2항).

상법은 가설인이나 타인의 명의로 주식을 인수한 경우에 이처럼 납입책임을 부과하고 있지만, 누가 주주인지에 관해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 이 문제는 주식인수를 한 당사자가 누구인지를 확정하는 문제이다. 먼저 가설인의 명의로 주식을 인수하거나 타인의 승낙 없이 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 그 명의의 사용자가 형사책임을 질 수 있음은 별론으로 하더라도(상법 제634조) 주식인수계약의 당사자로서 그에 따른 출자를 이행하였다면 주주의 지위를 취득한다고 보아야 한다. 가설인이나 주식인수계약의 명의자가 되는 것에 승낙조차 하지 않은 사람이 주식인수계약의 당사자가 될 수는 없기 때문이다. 이것이 당사자들의 의사에 합치할 뿐만 아니라 상법 제332조 제1항의 문언과 입법 취지에도 부합한다. 다음으로 타인의 승낙을 얻어 그 명의로 주식을 인수한 경우에는 주식인수계약의 당사자가 누구인지에 따라 결정하면 된다. 이에 관해서는 원칙적으로 계약당사자를 확정하는 문제에 관한 법리를 적용하되, 주식인수계약의 특성을 반영하여야 할 것이다. 통상은 명의자가 주식인수계약의 당사자가 되는 경우가 많지만, 무조건 명의자가 누구인지만으로 주주를 결정할 것도 아니다.

④ 주주의 지위는 인적회사의 사원의 지위와는 달리 주식의 양도에 의하여 자유로이 이전할 수 있다. 주식의 양도는 주권이 발행된 경우에는 주권을 교부하여야 하고(상법 제336조 제1항), 주권이 발행되기 전이라도 당사자 간에는 의사표시만으로 유효하게 주식을 양도할 수 있다. 다만 주식을 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 회사가 주권을 발행하지 않아서 주권 없이 양도를 한 때에는 회사에 대하여 그 효력을 주장할 수 없을 뿐이다(상법 제335조 제2항). 회사성립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하여도 주권을 발행하지 않아서 주권 없이 주식을 양도한 때에는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생한다(대법원 1995. 5. 23. 선고 94다36421 판결 등 참조).

주식 양도의 효력 내지 주주권의 귀속 문제와는 별도로 상법은 주식의 유통성으로 인해 주주가 계속 변동되는 단체적 법률관계의 특성을 고려하여 주주들과 회사 간의 권리관계를 확립적이고 안정적으로 처리할 수 있도록 명의개서제도를 마련하여 두고 있다. 즉 주식의 양수에 의하여 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주의 권리를 행사하려면 자기의

성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 안 된다(상법 제337조 제1항). 명의개서에 의하여 주식양수인은 회사에 대하여 적법하게 주주의 지위를 취득한 것으로 추정되므로 회사에 대하여 자신이 권리자라는 사실을 따로 증명하지 않고도 의결권 등 주주로서의 권리를 적법하게 행사할 수 있다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다51505 판결 등 참조). 회사로서도 주주명부에 주주로 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등 주주로서의 권리를 인정하면 설사 주주명부상의 주주가 진정한 주주가 아니더라도 그 책임을 지지 아니한다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결 등 참조). 그러나 상법은 주주명부의 기재를 회사에 대한 대항요건으로 규정하고 있을 뿐 주식 인수의 효력발생요건으로 정하고 있지 아니하므로 명의개서가 이루어졌다고 하여 무권리자가 주주로 되는 설권적 효력이 생기는 것은 아니다.

⑤ 증권시장에 상장된 주식의 유통은 자본시장법에 의하여 설치된 한국예탁결제원이 운영하는 주권대체결제제도에 따라 이루어진다. 즉 증권시장에서의 매매거래에 따른 증권인도 및 대금지급 업무는 결제기관으로서 예탁결제원이 수행하며, 예탁결제원이 아닌 자는 증권 등을 예탁받아 그 증권 등의 수수를 갈음하여 계좌 간의 대체로 결제하는 업무를 영위하여서는 아니 된다(자본시장법 제297조, 제298조).

먼저 상장회사의 발행 주식을 취득하려는 자는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하게 된다. 매매거래계좌의 개설은 금융거래를 위한 것이어서 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 ‘금융실명거래법’이라고 한다)이 적용되므로 실명확인 절차를 거쳐야 하고, 매매거래의 위탁은 실명으로 하여야 한다. 증권회사가 증권시장에서 거래소를 통하여 매수한 주식은 계좌명의인의 매매거래계좌에 입고되는데, 위와 같이 입고된 주식은 위탁자인 고객에게 귀속되므로(상법 제103조), 그 주식에 대해서는 계좌명의인이 주주가 된다(대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 등 참조). 계좌명의인에게 자금을 제공한 자가 따로 있다고 하더라도 그것은 원칙적으로 명의인과 자금을 제공한 자 사이의 약정에 관한 문제에 불과할 따름이다.

다음으로 상장회사의 발행 주식을 취득한 투자자는 증권회사에 주식을 예탁하고, 증권회사는 예탁 받은 주식을 다시 예탁결제원에 예탁하게 되는데, 투자자와 예탁자는 각각 투자자계좌부와 예탁자계좌부에 기재된 증권 등의 종류·종목 및 수량에 따라 예탁증권 등에 대한 공유지분을 가지는 것으로 추정되고(자본시장법 제312조 제1항), 예탁증권 등 주식의 공유자(이하 ‘실질주주’라고 한다)는 주주로서의 권리 행사에 있어서는 그 공유지분에 상당하는 주식을 가지는 것으로 본다(자본시장법 제315조 제1항). 그리고 예탁결제원은 주주명부폐쇄기준일의 실질주주에 관하여 주주의 성명 및 주소 등을 주권의 발행인 등에게 통지하고, 그 통지를 받은 발행회사 등은 통지받은 사항에 관하여 실질주주명부를 작성·비치하여야 하는데(자본시장법 제315조 제5항, 제316조 제1항), 실질주주명부의 기재는 주주명부의 기재와 같은 효력을 가진다(자본시장법 제316조 제2항).

(2) 원심판결의 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 원고는 증권회사에 자신의 명의로 매매거래계좌를 설정하고 증권 매매거래를 위탁하여 유가증권시장에서 증권상장법인인 피고 회사의 주식을 장내매수하여 원고 명의의 계좌에 입고하도록 하였다. 원고는 위 주식의 매수대금을 결제하기 위하여 자신의 명의로 은행에 개설되어 있는 예금계좌의 돈을 위 매매거래계좌로 이체하였는데, 위 은행 예금계좌에 들어 있던 돈은 주로 소외인 등이 원고에게 송금한 것이었다.

② 원고가 피고 회사의 주주로서 이 사건 주주총회결의 취소의 소를 제기한 데 대하여, 원심은 피고 회사의 주주명부상 주주가 원고로 기재되어 있다 하더라도 원고는 형식상 주주에 불과할 뿐 실제로 위 주식 매수대금을 제공한 위 소외인 등이 실질적인 주주라는 이유를 들어 이 사건 소를 각하하였다.

(3) 원심의 판단을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

① 유가증권시장에서 위탁매매 및 장내매수 등의 거래를 통하여 피고 회사의 주식을 매수한 사람은 원고이다. 원고는 금융실명거래법에 따라 실명확인 절차를 거쳐 증권회사에 매매거래계좌를 개설하고 증권회사로 하여금 유가증권시장에서 상장증권인 피고 회사의 주식을 장내매수하도록 위탁하였으며 이에 따라 증권회사가 매수한 주식은 원고 명의의 매매거래계좌에 입고되었다. 위와 같이 입고된 주식은 매매를 위탁한 원고에게 귀속되므로, 그 주식에 대해서는 원고가 주주가 된다.

② 원고가 위 주식 매수대금으로 사용한 돈은 원고 명의의 매매거래계좌에 들어 있는 돈이었고, 그 돈은 원고 명의의 은행 예금계좌에서 이체된 것이므로, 결국 그 돈은 원고의 것이었다. 즉 금융실명거래법에 따라 금융기관이 실명확인 절차를 거쳐 예금명의자를 예금주로 하여 예금계약을 체결한 이상 예금반환청구권은 명의자인 예금주에게 있는 것이다. 만약 예금명의자가 아닌 출연자 등을 예금계약의 당사자라고 볼 수 있으려면, 금융기관과 출연자 등과 사이에서 실명확인 절차를 거쳐 서면으로 이루어진 예금명의자와의 예금계약을 부정하여 예금명의자의 예금반환청구권을 배제하고, 출연자 등과 예금계약을 체결하여 출연자 등에게 예금반환청구권을 귀속시키겠다는 명확한 의사의 합치가 있는 극히 예외적인 경우에 해당하여야 한다(위 대법원 2008다45828 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 이 사건에서 위 소외인 등이 원고 명의의 예금계좌에 송금한 것이 그들 사이에 소비대차 계약에 따른 것인지, 투자계약에 따른 것인지 아니면 예금주 명의를 차용하기로 하는 약정에 의한 것인지 등에 관계없이 원고 명의의 예금계좌에 들어 있는 돈은 예금주인 원고의 것이라고 보아야 한다.

③ 피고 회사의 주주명부에도 원고가 주주로 기재되어 있다. 따라서 원고는 주주명부의 자격수여적 효력에 의하여 주주로 추정되므로 특별한 사정이 없는 한 주주총회에서의 의결권 등 주주로서의 권리를 행사할 수 있음은 물론이다.

④ 결국 이 사건에서 원고는 피고를 상대로 주주로서 이 사건 주주총회결의의 무효확인 및 부존재확인 또는 취소의 소를 구할 자격이나 이익이 있다. 그럼에도 원심은 원고가 주

식의 취득자금을 실제로 부담하였다고 할 수 있는 소외인에게 그 명의만을 대여한 형식상 주주에 불과하다고 판단하였는데, 이러한 원심의 판단에는 주식의 귀속에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(4) 이상과 같이 이 사건에 관한 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유는 다르므로, 별개의견으로 이를 밝혀 둔다.

5. 별개의견에 대한 대법관 박병대, 대법관 김소영의 보충의견은 다음과 같다.

(1) 다수의견에 의하면, 실제 주식을 인수하거나 양수한 자라고 하더라도 주주명부에 기재되지 않은 이상 회사에 대하여 주주권을 행사할 수 없을 뿐 아니라, 회사도 주주명부에 등재된 명의자가 아닌 실질적 주식 소유자가 따로 존재한다는 사실을 알고 있어도 명부상 주주만을 주주로 인정하여야 한다. 결국 회사와 주주 사이의 권리행사 주체와 권리행사의 효력에 관한 문제는 주주명부의 등재만을 기준으로 판단하면 되고, 실질관계상의 주주와 명부상 기재된 자 사이의 법률관계는 회사와 상관없이 양자 사이에서 별도로 해결하면 된다는 취지로 이해된다.

(2) 그러나 권리자가 누구인지에 관한 권리귀속의 문제를 제쳐두고 권리행사의 효력을 논할 수는 없다. 또한 회사법상의 법률관계가 단체법적 성격을 가진다고 하더라도 권리행사를 위한 형식적 자격만 있으면 언제나 그 권리행사가 유효하다고 하는 것도 납득할 수 없다. 우리 상법은 주주명부 기재를 주주권의 실체적 귀속 요건으로 정하고 있지 않다. 주주의 지위는 회사로부터 주식을 인수하거나 기존 주주로부터 주식을 양수하였을 때 취득된다. 주주명부의 기재는 부동산 물권변동에서의 등기처럼 주주권 변동의 성립요건도 아니고, 부동산등기와 같은 권리귀속의 추정력이 인정되는 것도 아니다. 주주의 지위와 주주권의 존부는 신주인수나 주식양수 등 주식 취득의 요건을 갖춘 권리주체를 확인하는 실체적 권리귀속의 문제이고, 주주명부는 회사의 주식, 주권 및 주주에 관한 사항을 나타내기 위하여 회사가 작성하여 비치하는 장부로서, 주주와 회사채권자의 열람 등에 제공하여야 하지만(상법 제396조), 부동산등기부와 같은 권리공시의 기능은 없다.

상법 제337조 제1항은 주식의 이전은 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다고 규정하고 있지만, 이는 회사에 대한 관계에서 주주권의 행사에 필요한 형식요건을 정한 것이다. 주주의 지위를 유효하게 취득하지 못하였다면 주주명부에 주주로 기재되어 있더라도 주주권자가 아닌 것이고, 주주권이 없다면 주주명부 기재는 권리자의 실질이 없는 외형에 불과하다. 그러므로 주주명부에 주주로 기재되어 있기만 하면 설령 실체적 권리보유가 인정되지 않더라도 유효하게 주주권을 행사할 수 있다고 하는 것은 선후가 뒤바뀐 것이다. 무릇 권리 없는 자의 권리행사가 유효할 수는 없다.

주식을 인수하거나 양수하여 실체법적으로 주주권을 취득한 주주와 주주명부에 기재된 명의자는 일치하는 경우가 많을 것이다. 그러나 주식 인수인이나 양수인이 주주명부상 주주 명의를 제3자로 기재해 두었다고 하여 주주로서의 지위나 권리의 취득이 부정되거나 명

의자인 제3자가 주주가 되는 것은 아니다. 예금 등에 대한 금융실명거래법이나 부동산에 대한 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」과 같은 법률상의 제한이 회사의 주식에 관하여는 존재하지 않는다. 주식의 소유명의를 실질과 일치시킬지 제3자의 명의를 빌려서 등재할지는 적어도 현행법상으로는 금지의 영역이 아니라 자유선택의 영역이다.

주주명부의 기재는 그 명의자가 실제로도 주주일 것으로 일응 추정할 수 있는 근거가 되기는 하지만, 다른 사실관계에 의하여 실제 권리자가 명의자와 다른 제3자라는 것이 증명되면, 그 권리자와 명의자 사이뿐 아니라 회사에 대한 관계에서도 원칙적으로 그 권리자가 주주로서의 지위를 가진다고 보아야 한다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카2082 판결 참조). 명의개서 없이는 회사에 대항하지 못한다고 하더라도 이는 실제 주주가 명의개서 없이 주주권을 행사하려고 할 때 회사가 그 권리행사를 거부할 수 있고, 나아가 회사가 주주명부상 주주를 진정한 주주로 믿고 권리행사를 수용한 경우에는 실제 주주라고 해도 회사에 대하여 대항하지 못한다는 의미를 가지는 데 그친다. 주식을 인수하거나 양수한 실질상의 주주가 따로 존재하고 주주명부상으로만 제3자 명의로 기재되어 있다는 것을 회사가 분명하게 알고 있는데도 그 제3자를 주주총회에 참석시켜 결의에 참여하도록 하거나 그 제3자에게 배당을 하고 신주인수권을 부여하면 이는 원칙적으로 효력이 없다고 보아야 한다. 실제적 권리자가 아니라면 설령 명부 기재 등 외형을 갖추었다고 하더라도 비권리자라는 본질은 달라지지 않기 때문이다.

(3) 회사설립이나 자본의 증가를 위해 신주를 발행할 때에는 발기인 사이 또는 주식인수의 청약자와 회사 사이에 계약관계가 성립하고, 이 경우 누가 실질적인 주식인수인이고 주주인가는 신주인수계약의 당사자 확정 문제이다.

그런데 현실적으로는 주식인수계약을 한 당사자와 그 명의자가 일치하지 않는 경우가 매우 광범위하게 존재한다. 1인 회사나 가족회사 또는 소수 동업자가 설립한 폐쇄회사에서 자녀나 지인 등 명의로 신주를 인수하는 경우처럼 실질적인 주식 소유자가 따로 존재하고 주주명부에 기재된 주주는 그 명의만을 빌려 준 경우는 소규모 주식회사에서 매우 많다. 또한 중소기업은 물론 상당히 규모가 큰 회사에서도 주식공개를 하지 않은 채 비공개회사로 유지하는 경우는 흔하게 있다. 그런 회사에서 증자를 할 때는 기존의 대주주가 신주를 인수하면서 명의만 제3자 앞으로 해 두는 경우도 많고, 신규 투자자와 사이에 신주인수 규모와 인수자 등에 관한 사전협의를 거쳐 신주를 발행하되 주주명부상 주주명의로는 그 투자자가 제시하는 데 따라 제3자에게 분산해 두는 경우도 얼마든지 볼 수 있다. 그와 같은 경우 주주는 실제 주금을 납입하고 주식인수계약을 체결한 사람이지만 명의자가 아니다. 권리의 귀속은 실질에 따라야 하기 때문이다.

이미 발행된 주식을 양수한 경우에도 주식인수의 경우와 다르지 않다. 회사는 주권발행 전 주식양도의 통지 또는 주권의 점유자를 기준으로 적법한 주식양수인을 인식하는 것이 보통이겠지만(상법 제335조 제3항, 제336조 참조), 경영진의 관여 아래 주식양도가 이루어지는 등으로 주주명부상 주주가 실질적인 주식양수인이 아니라는 것을 회사도 명확하게 알고

있는 경우가 비상장회사에서는 비밀비재하다.

그런 모든 경우에 명의자만 주주권을 행사할 수 있고 실질적인 주식인수인이나 양수인은 주주권을 행사할 수 없을 뿐 아니라, 회사도 그러한 주식인수인 등에게 주주권을 행사하도록 하면 오히려 무효라고 하기에는 우리 사회의 현실이 너무 동떨어져 있다. 또한 그것이 상법 규정의 문언이나 상법이 예정한 규범질서에 부합한다고 말할 수도 없다.

다수의견은 주주명부상 주주가 그 주식을 인수하거나 양수한 사람의 의사에 반하여 주주권을 행사한다는 사실을 회사가 알면서 주주명부상의 명의자로 하여금 주주권을 행사하게 하였다고 하더라도 유효하고 신의칙에 반하는 것도 아니라고 한다. 그러나 이는 주주명부에 주주로 기재되어 있을 뿐 실제적으로 무권리자임을 알면서 권리행사를 인정해도 되고 그러한 권리행사가 유효하다고 하는 셈인데, 권리가 없는데 권리행사만 어떻게 유효할 수 있는지 의문이다. 상법이 제336조 제2항에서 주권의 점유자는 적법한 소지인으로 ‘추정한다’고 규정한 것도 주권의 점유자라도 실질관계에서는 주주가 아니라는 반증이 가능함을 전제하고 있는 것이고, 명의개서를 하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다고 한 것 역시 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 그러므로 실질관계에서 주식을 취득한 자가 명의개서 없이 권리행사를 하고자 할 때, 회사가 권리행사의 자격을 갖추지 못하였다는 이유로 그 권리행사를 거부할 수는 있지만, 이와 달리 회사 스스로 실질관계에 따른 주주권의 귀속을 인정하고 그 실질 권리자로 하여금 권리행사를 하도록 하는 것은 당연히 적법하다고 보아야 한다(대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카14714 판결, 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001다12973 판결 등 참조). 권리자로 하여금 권리를 행사하게 하는 것, 그 이상도 이하도 아니기 때문이다.

회사가 주주명부에 주주로 기재된 명의자와 실질상의 주식소유자가 다르다는 것을 몰랐던 경우가 문제 될 수 있다. 그러나 그 경우에는 회사가 주주명부에 기재된 자에게 통지·최고 등을 하고 의결권, 신주인수권, 배당금청구권 등 주주로서의 권리를 부여하더라도 진정한 주주가 따로 있다는 것 때문에 법적 책임을 지게 되지는 않는다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다32768, 32775, 32782 판결, 대법원 1998. 9. 8. 선고 96다45818 판결 등 참조). 그것이 주주명부의 기재를 대항요건으로 규정한 진정한 의미이고, 그로써 회사의 선의는 보호받을 수 있다. 또한 그렇게 규율한다고 하여 실제 법적 혼란이 발생하거나 회사의 단체적 법률관계가 불안정하게 될 염려는 거의 없다. 다수의견이 우려하는 것처럼 회사가 주주명부상 주주 외에 다른 실질 권리자가 존재하는지를 일일이 조사하여야 하는 것은 결코 아니다. 그동안의 판례도 위와 같은 구도 위에서 실질권리자의 보호와 법적 안정성, 그리고 회사의 단체법적 법률관계 사이의 조화와 균형을 도모해왔다.

(4) 이상이 상법이 상정하고 있는 규율 구도이다. 따라서 우리나라 회사의 대부분을 차지하고 있는 일반적인 비상장회사에 대해서는 위와 같은 법리의 원칙이 그대로 유지·적용되는 것이 타당하다. 이와 달리 주주명부 기재가 절대적인 증명력을 가지도록 하거나 권리귀속의 성립요건 또는 권리행사의 절대적 전제요건이라고 하려면 입법이 선행되어야 한다. 주식 보유에 관해서도 실명제를 도입하는 등의 제도변경이 있었던 것도 아닌데, 갑자기 주



주명부상 명의자에게 권리행사 적격자의 절대적 지위를 부여하는 것은 법률 해석의 한계를 넘는 것이다. 장차 단체법적 관계에서 그와 같은 방향으로 나아가는 것이 바람직할 수 있다는 것과 해석론은 다르다. 그러한 변화에는 필시 완충장치가 필요하고 과도기의 적응을 위한 조정이 있어야 한다. 주주가 누구이냐의 문제는 비단 회사법 영역에 그치지 않고 조세법이나 행정규제, 나아가 형사법의 적용에까지 파급효과가 미치는 근간을 건드리는 것이라는 점을 환기시키지 않을 수 없다.

다만 현행법 아래에서도 자본시장법의 적용 대상이 되는 상장회사의 경우 또는 비상장회사의 장외거래 주식과 같은 경우는 달리 보아야 한다. 일반적인 비상장회사의 경우에는 주주명부의 기재는 권리귀속에 관한 사실상의 추정력 정도가 인정될 수 있을 뿐이지만 증권시장을 통하여 이루어지는 주식거래에는 금융실명거래법이라는 법적 규제가 적용되므로 주식보유 명의자가 곧 주주라고 보아야 한다. 증권시장을 통한 주식거래의 주식양수대금은 양수인 명의의 매매거래계좌에서 이체되어 지급되는 것이므로 그 계좌에 입금된 자금은 금융실명거래법상 양수인의 소유이고 따라서 그 자금으로 양수한 주식에 관한 권리도 당연히 양수인에게 귀속되기 때문이다. 상장회사가 발행하는 신주를 인수하는 경우도 물론 같다.

요컨대, 상장회사 등 자본시장법이 적용되는 회사의 경우에는 금융실명거래법 등과의 관계상 원칙적으로 주주명부상 명의자만이 주주라고 보아야 하지만, 오로지 상법이 적용되는 일반회사의 경우에는 권리귀속의 실질 주체만이 적법하게 권리행사를 할 수 있는 것이 원칙이고, 주주명부 기재는 상법이 규정한 대로 단지 권리행사를 위한 대항요건일 뿐이라고 보는 것이 옳다.

이상으로 별개의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

대법원장 양승태(재판장)

대법관 이상훈 박병대 김용덕 박보영 김창석 김신

김소영 조희대(주심) 권순일 박상옥 이기택 김재형

4

#### 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결 [이사및감사지위확인]

주식회사의 이사 또는 감사의 지위를 취득하기 위한 요건(=주주총회의 선임결의와 피선임자의 승낙) 및 이때 피선임자가 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하여야 하는지 여부(소극)

##### 【판결요지】

이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임은 주주총회의 전속적

권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사·감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다.

상법상 이사는 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행에 관한 의사결정에 참여할 권한을 가진다(제393조 제1항). 상법은 회사와 이사의 관계에 민법의 위임에 관한 규정을 준용하고(제382조 제2항), 이사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 부과하는 한편(제382조의3), 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 규정하고 있는데(제388조), 위 각 규정의 내용 및 취지에 비추어 보아도 이사의 지위는 단체법적 성질을 가지는 것으로서 이사로 선임된 사람과 대표이사 사이에 체결되는 계약에 기초한 것은 아니다. 또한 주주총회에서 새로운 이사를 선임하는 결의는 주주들이 경영진을 교체하는 의미를 가지는 경우가 종종 있는데, 이사선임결의에도 불구하고 퇴임하는 대표이사가 임용계약의 청약을 하지 아니한 이상 이사로서의 지위를 취득하지 못한다고 보게 되면 주주로서는 효과적인 구제책이 없다는 문제점이 있다.

한편 감사는 이사의 직무의 집행을 감사하는 주식회사의 필요적 상설기관이며(제412조 제1항), 회사와 감사의 관계에 대해서는 이사에 관한 상법 규정이 다수 준용된다(제415조, 제382조 제2항, 제388조). 이사의 선임과 달리 특히 감사의 선임에 대하여 상법은 제409조 제2항에서 “의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여는 의결권을 행사하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 감사선임결의에도 불구하고 대표이사가 임용계약의 청약을 하지 아니하여 감사로서의 지위를 취득하지 못한다고 하면 위 조항에서 감사 선임에 관하여 대주주의 의결권을 제한한 취지가 몰각되어 부당하다. 이사의 직무집행에 대한 감사를 임무로 하는 감사의 취임 여부를 감사의 대상인 대표이사에게 말기는 것이 단체법의 성격에 비추어 보아도 적절하지 아니함은 말할 것도 없다.

결론적으로, 주주총회에서 이사나 감사를 선임하는 경우, 선임결의와 피선임자의 승낙만 있으면, 피선임자는 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하였는지와 관계없이 이사나 감사의 지위를 취득한다.

**【참조조문】** 상법 제209조 제1항, 제361조, 제382조 제1항, 제2항, 제382조의3, 제388조, 제389조 제3항, 제393조 제1항, 제409조 제1항, 제2항, 제412조 제1항, 제415조, 민법 제680조

**【참조판례】** 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결(공1995상, 1458)(변경), 대법원 2005. 11. 8.자 2005마541 결정(공2006상, 89)(변경), 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9410 판결(변경)

**【원고, 상고인 겸 피상고인】** 원고

**【피고, 피상고인 겸 상고인】** 신일산업 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 화우 외 1인)

**【원심판결】** 서울고법 2016. 8. 18. 선고 2015나2071120 판결

**【주 문】** 원심판결을 모두 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

**【이 유】** 원고의 상고이유를 판단한다.

1. 회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립된 법인으로서 독자적인 권리능력을 가지나, 사회적 실체로서 그 의사를 결정하고 업무를 집행하며 결정된 의사를 대외적으로 표시하기 위해서는 기관이 있어야 한다. 회사의 종류 중에서도 합명회사와 같은 인적 회사에서는 원칙적으로 각 사원이 업무집행권과 대표권을 가지며 업무집행자와 대표자를 별도로 둔다 하더라도 사원 중에서 선임되어야 하므로 기관자격과 사원자격이 일치하는 데 반하여, 물적 회사인 주식회사에서는 회사의 출자자이자 소유자인 주주로 구성되는 주주총회 외에는 회사의 기관이 되는 데 주주로서의 자격을 필요로 하지 아니하는 것이 특색이다.

주식회사의 기관 중에서도 주주총회는 주주들이 회사의 기본 조직과 경영에 관한 중요 사항에 관하여 회사의 의사를 결정하는 필요적 기관이다. 상법은 제361조에서 주주총회의 권한에 관하여 “주주총회는 본법 또는 정관에 정하는 사항에 한하여 결의할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 상법에 정한 주주총회의 결의사항에 대해서는 정관이나 주주총회의 결의에 의하더라도 다른 기관이나 제3자에게 위임하지 못한다고 보아야 한다. 또한 상법은 제382조 제1항, 제409조 제1항에서 이사·감사의 선임에 관하여 ‘이사·감사는 주주총회에서 선임한다’고 규정하고 있는데, 위 조항의 취지는 원칙적으로 소유와 경영이 분리되는 주식회사의 특수성을 고려하여 주주가 회사의 경영에 관여하는 유일한 통로인 주주총회에 이사·감사의 선임 권한을 전속적으로 부여하기 위한 데에 있다.

그럼에도 불구하고 이사·감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와 사이에 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사·감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사·감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사·감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다.

상법상 이사는 이사회 의 구성원으로서 회사의 업무집행에 관한 의사결정에 참여할 권한을 가진다(제393조 제1항). 상법은 회사와 이사의 관계에 민법의 위임에 관한 규정을 준용하고(제382조 제2항), 이사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 부과하는 한편(제382조의3), 이사의 보수는 정관에 그 액을

정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 규정하고 있는데(제388조), 위 각 규정의 내용 및 취지에 비추어 보아도 이사의 지위는 단체법적 성질을 가지는 것으로서 이사로 선임된 사람과 대표이사 사이에 체결되는 계약에 기초한 것은 아니다. 또한 주주총회에서 새로운 이사를 선임하는 결의는 주주들이 경영진을 교체하는 의미를 가지는 경우가 종종 있는데, 이사선임결의에도 불구하고 퇴임하는 대표이사가 임용계약의 청약을 하지 아니한 이상 이사로서의 지위를 취득하지 못한다고 보게 되면 주주로서는 효과적인 구제책이 없다는 문제점이 있다.

한편 감사는 이사의 직무의 집행을 감사하는 주식회사의 필요적 상설기관이며(제412조 제1항), 회사와 감사의 관계에 대해서는 이사에 관한 상법 규정이 다수 준용된다(제415조, 제382조 제2항, 제388조). 이사의 선임과 달리 특히 감사의 선임에 대하여 상법은 제409조 제2항에서 “의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여는 의결권을 행사하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 감사선임결의에도 불구하고 대표이사가 임용계약의 청약을 하지 아니하여 감사로서의 지위를 취득하지 못한다고 하면 위 조항에서 감사 선임에 관하여 대주주의 의결권을 제한한 취지가 몰각되어 부당하다. 이사의 직무집행에 대한 감사를 임무로 하는 감사의 취임 여부를 감사의 대상인 대표이사에게 맡기는 것이 단체법의 성격에 비추어 보아도 적절하지 아니함은 말할 것도 없다.

결론적으로, 주주총회에서 이사나 감사를 선임하는 경우, 그 선임결의와 피선임자의 승낙만 있으면, 피선임자는 대표이사과 별도의 임용계약을 체결하였는지 여부와 관계없이 이사나 감사의 지위를 취득한다고 보아야 한다.

이와 달리, 이사나 감사의 선임에 관한 주주총회의 결의는 피선임자를 회사의 기관인 이사나 감사로 한다는 취지의 회사 내부의 결정에 불과한 것이므로, 주주총회에서 이사나 감사 선임결의가 있었다고 하여 바로 피선임자가 이사나 감사의 지위를 취득하게 되는 것은 아니고, 주주총회의 선임결의에 따라 회사의 대표기관이 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 이에 승낙을 함으로써 비로소 피선임자가 이사나 감사의 지위에 취임하여 그 직무를 수행할 수 있게 된다는 취지의 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31440 판결, 대법원 2005. 11. 8. 자 2005마541 결정 및 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도9410 판결은 이와 저촉되는 한도에서 변경한다.

2. 원심이 확정된 사실에 의하면, 피고는 2014. 12. 1. 개최된 주주총회(이하 ‘이 사건 주주총회’라고 한다)에서 소외인을 사내이사로, 원고를 감사로 선임하기로 하는 결의를 하였고, 소외인과 원고는 2015. 4. 1. 피고에게 서면으로 이 사건 주주총회결의에 따른 이사 또는 감사 임용계약의 체결을 요구한 사실을 알 수 있다. 앞에서 본 법리를 이러한 사실관계에 적용하면, 이 사건 주주총회에서 소외인과 원고를 피고의 사내이사 또는 감사로 선임하는 결의가 있었고, 소외인과 원고가 피고에게 이 사건 주주총회결의에 따른 사내이사 또는 감사 임용계약의 체결을 요구함으로써 피고의 사내이사 또는 감사로 선임되는 데에 승낙하

였음이 분명한 이상, 소외인과 원고는 피고의 대표이사와 별도의 임용계약을 체결하였는지 여부와 상관없이 피고의 사내이사나 감사의 지위를 취득한 것이다.

그럼에도 원심이 이 사건 주주총회에서 원고를 감사로 선임하는 결의만 있었을 뿐 원고와 피고 사이에 아직 임용계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 원고가 피고의 감사로서의 지위를 취득하였다고 볼 수 없다고 판단한 데에는 주식회사의 감사의 지위 취득 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 이 사건 제2예비적 청구에 관한 피고의 상고이유를 판단할 필요 없이 원심 판결을 모두 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법원장 양승태(재판장)  
 대법관 이상훈 박병대 김용덕 박보영 김창석 김신  
 김소영 조희대 권순일(주심) 박상옥 이기택 김재형

5

## 2017. 3. 30. 선고 2016다21643 판결 [사원총회결의무효 확인]

[1] 확인의 소에서 확인의 이익이 인정되는 경우

[2] 유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정한 경우, 유한회사가 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 한 경우, 이러한 사원총회 결의가 이사의 보수청구권에 영향을 미치는지 여부(소극)

[3] 甲 유한회사의 사원이자 이사인 乙 등이 甲 회사가 사원총회를 열어 乙 등의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 甲 회사를 상대로 보수감액 결의의 무효 확인을 구한 사안에서, 제반 사정 등에 비추어, 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 것이 乙 등의 불안과 위협을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다고 한 사례

### 【판결요지】

[1] 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 불안·위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다.

[2] 유한회사에서 상법 제567조, 제388조에 따라 정관 또는 사원총회 결의로 특정 이사의 보수액을 구체적으로 정하였다면, 보수액은 임용계약의 내용이 되어 당사자인 회사와 이사 쌍방을 구속하므로, 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 이사의 보수를 일방적으로 감액하거나 박탈할 수 없다. 따라서 유한회사의 사원총회에서 임용계약의 내용으로 이미 편입된 이사의 보수를 감액하거나 박탈하는 결의를 하더라도, 이러한 사원총회 결의는 결의 자체의 효력과 관계없이 이사의 보수청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.

[3] 甲 유한회사의 사원이자 이사인 乙 등이 甲 회사가 사원총회를 열어 乙 등의 보수를 감액하는 내용의 결의를 하자, 甲 회사를 상대로 보수감액 결의의 무효확인을 구한 사안에서, 보수감액 결의는 그 자체로 임용계약에 이미 편입된 乙 등의 보수청구권에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것이므로, 乙 등은 사원의 지위에서 법률상 의미가 없는 보수감액 결의에 구속되는 법률관계에 있다거나 결의내용의 객관적 성질에 비추어 사원으로서의 이익이 침해될 우려가 있다고 볼 수 없고, 이사의 지위에서 스스로 위와 같은 결의를 준수하여 자신들에 대한 보수를 감액 지급할 의무를 부담하는 것도 아닐 뿐만 아니라, 임용계약의 당사자로서 乙 등에게 야기될 수 있는 불안도 甲 회사가 보수감액 결의에 의하여 감액된 보수를 지급하지 않을 수 있다는 사실상·경제상 이익에 대한 것일 뿐 乙 등의 권리나 법적 지위에 어떠한 위험이나 불안이 야기되었다고 볼 수 없으며, 乙 등이 甲 회사에 대하여 감액된 보수의 지급을 구하는 것이 甲 회사의 보수청구권을 둘러싼 분쟁을 해결하는 데에 직접적인 수단이 되는 것이므로, 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 것이 乙 등의 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수 없다고 한 사례.

**【참조조문】** [1] 민사소송법 제250조 / [2] 상법 제388조, 제567조 / [3] 민사소송법 제250조, 상법 제388조, 제567조

**【참조판례】** [1] 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다67115 판결(공2011하, 2052)

**【원고, 피상고인】** 원고 1 외 1인

**【피고, 상고인】** 유한회사 신부창 (소송대리인 변호사 권우현)

**【원심판결】** 부산고법 2016. 4. 28. 선고 2015나4092 판결

**【주 문】** 원심판결 중 이사보수감액결의 무효확인 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분에 관한 제1심판결을 취소하며, 이 부분에 관한 소를 각하한다. 소송총

비용은 원고들이 부담한다.

**【이 유】** 직권으로 판단한다.

1. 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 불안·위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다67115 판결 등 참조).

한편 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 내부 규정이나 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.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 유한회사인 피고의 사원이자 이사인 원고들은 피고가 2014. 12. 30. 사원총회를 열어 원고들의 보수를 월 250만 원에서 월 120만 원으로 감액하는 내용의 결의(이하 ‘이 사건 보수감액 결의’라 한다)를 한 것이 원고들에 대하여만 일방적으로 보수를 감액한 것으로서 현저히 부당하고 다수결 원칙을 남용한 것으로 무효라고 주장하면서, 피고를 상대로 이 사건 보수감액 결의의 무효확인을 구하고 있음을 알 수 있다.

3. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 보수감액 결의는 그 자체로 임용계약에 이미 편입된 원고들의 보수청구권에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것이므로, 원고들은 사원의 지위에서 법률상 의미가 없는 이 사건 보수감액 결의에 구속되는 법률관계에 있다거나 그 결의내용의 객관적 성질에 비추어 사원으로서의 이익이 침해될 우려가 있다고 볼 수 없고, 이사의 지위에서 스스로 위와 같은 결의를 준수하여 자신들에 대한 보수를 감액 지급할 의무를 부담하는 것도 아니다. 그뿐만 아니라 임용계약의 당사자로서 원고들에게 야기될 수 있는 불안도 피고가 이 사건 보수감액 결의에 의하여 감액된 보수를 지급하지 않을 수 있다는 사실상·경제상 이익에 대한 것일 뿐 원고들의 권리나 법적 지위에 어떠한 위험이나 불안이 야기되었다고 볼 수 없고, 또한 원고들이 피고에게 감액된 보수의 지급을 구하는 것이 원고들의 보수청구권을 둘러싼 분쟁을 해결하는 데에 직접적인 수단이 되는 것이므로 이 사건 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 것이 원고들의 불안과 위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단이라고 볼 수도 없다.

그런데도 원심은 이사의 동의 또는 정당한 사유가 없다면 이 사건 보수감액 결의가 무효이고 그와 같은 결의의 무효확인을 구할 확인의 이익이 있다는 잘못된 전제에서 그 판시와

같은 이유로 이 사건 보수감액 결의의 무효확인을 구하는 원고들의 청구를 인용하였는바, 이는 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

4. 그러므로 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 이사보수감액결의 무효확인 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분은 이 법원에서 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하여, 이 부분에 관한 제1심판결을 취소하고 이 부분에 관한 소를 각하하며, 소송총비용은 원고들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장) 김용덕 김소영 이기택(주심)

6

## 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결 [손해배상등]

[1] 부당이득반환의무의 지체책임이 발생하는 시기

[2] 항소심에서 새로 추가한 청구에 관한 소가 2015. 9. 25. 개정된 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’이 2015. 10. 1. 시행되기 전 법원에 소송 계속 중이었으나 개정 규정 시행 후 변론이 종결된 경우, 개정 규정에 따른 법정이율이 적용되는 시기(=2015. 10. 1.부터)

[3] 원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가한 경우, 항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 하는지 여부(적극) 및 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되는지 여부(적극)

### 【판결요지】

[1] 부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 진다(민법 제387조 제2항 참조).

[2] 2015. 9. 25. 대통령령 제26553호로 개정되어 2015. 10. 1.부터 시행되는 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정’은 “소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문에 따른 법정이율은 연 100분의 15로 한다.”라고 규정(이하 ‘개정 규정’이라 한다)함으로써 종전의 법정이율이었던 연 20%를 연 15%로 개정하였고, 부칙 제2조 제1항에서는 “이 영의 개정 규정에도 불구하고 이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결된 사건에 대해서는 종전의 규정에 따른다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결되지 아니한 사건에 대한 법정이율에 관하여는 2015. 9. 30.까지는 종전의 규정에 따른 이율에 의하고, 2015. 10. 1.부터는 이 영의 개정 규정에 따른



이율에 의한다.”라고 규정하고 있다.

이러한 개정 규정의 개정 취지에 비추어 볼 때, 항소심 단계에 이르러 원고가 새로 청구를 추가하였고, 추가된 청구에 관한 소가 위 개정 규정 시행 전에 법원에 소송 계속 중이었으나 위 개정 규정 시행 이후에 변론이 종결된 경우에는 부칙 제2조 제2항에 따라서 법정이율에 관하여 2015. 9. 30.까지는 종전의 규정에 따른 이율에 의하고, 2015. 10. 1.부터는 개정 규정에 따른 이율에 의한다.

[3] 원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가하면 항소심이 종래의 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 경우에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. 한편 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다.

**【참조조문】** [1] 민법 제387조 제2항, 제741조 / [2] 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정, 부칙(2015. 9. 25.) 제2조 / [3] 민사소송법 제212조 제1항, 제253조, 제325조, 제392조

**【참조판례】** [3] 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결(공2001상, 34)

**【원고, 피상고인】** 원고

**【피고, 상고인】** 피고 (소송대리인 한발법무법인 담당변호사 김동환)

**【원심판결】** 서울고법 2016. 8. 25. 선고 2015나2021378 판결

- 【주 문】**
1. 원심판결을 파기한다.
  2. 원고의 항소를 기각한다.
  3. 원심에서 추가된 예비적 청구에 따라 피고는 원고에게 45,000,000원 및 이에 대하여 2015. 6. 30.부터 2016. 8. 25.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
  4. 원고의 나머지 예비적 청구를 기각한다.
  5. 소송총비용 중 80%는 원고가, 20%는 피고가 각 부담한다.

**【이 유】** 1. 상고이유에 대한 판단

가. 의사표시의 해석에 관한 법리오해 주장에 대하여

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 제2.매매계약 체결 당시 원, 피고 사이에 적어도 묵시적으로나마 선행소송 확정판결에 따른 원고의 모든 채무를 소멸시키기로 하는 합의가 있

었다고 봄이 경험칙에 부합한다고 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 의사표시의 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 지연손해금의 기산일에 관한 법리오해 주장에 대하여

부당이득반환의무는 이행기한의 정함이 없는 채무이므로 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 진다(민법 제387조 제2항 참조).

원심은 원, 피고 사이에 제3.매매계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로 피고는 원고에게 부당이득으로서 원고가 피고에게 그 계약금으로 송금한 45,000,000원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단한 다음, 나아가 위 부당이득금에 대하여 원고가 구하는 2013. 11. 29.부터 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 위 45,000,000원이 부당이득에 해당한다는 이유로 그 반환을 구하는 취지가 기재된 원고의 항소이유서 부분이 피고에게 2015. 6. 29. 송달된 사실을 알 수 있고, 달리 그 전에 원고가 피고에게 부당이득을 이유로 그 반환을 청구하였음을 인정할 만한 근거가 없다. 따라서 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고는 위 45,000,000원에 대하여 지급청구를 받은 때인 2015. 6. 29. 비로소 지체책임을 부담하므로 지연손해금의 기산일은 2015. 6. 30.이 되어야 한다. 그럼에도 원심이 원고가 구하는 2013. 11. 29.부터 지연손해금의 지급을 명한 것은 부당이득반환의무의 지체책임 발생 시기에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

다. 「소송촉진 등에 관한 특례법」 소정의 지연손해금에 관한 법리오해 주장에 대하여

2015. 9. 25. 대통령령 제26553호로 개정되어 2015. 10. 1.부터 시행되는 「소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정」은 “「소송촉진 등에 관한 특례법」 제3조 제1항 본문에 따른 법정이율은 연 100분의 15로 한다.”라고 규정(이하 ‘이 사건 개정 규정’이라 한다)함으로써 종전의 법정이율이었던 연 20%를 연 15%로 개정하였고, 부칙 제2조 제1항에서는 “이 영의 개정규정에도 불구하고 이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결된 사건에 대해서는 종전의 규정에 따른다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “이 영 시행 당시 법원에 계속 중인 사건으로서 제1심의 변론이 종결되지 아니한 사건에 대한 법정이율에 관하여는 2015. 9. 30.까지는 종전의 규정에 따른 이율에 의하고, 2015. 10. 1.부터는 이 영의 개정규정에 따른 이율에 의한다.”라고 규정하고 있다.

이러한 개정규정의 개정 취지에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 항소심 단계에 이르러 원고가 새로 청구를 추가하였고, 추가된 청구에 관한 소가 위 개정규정 시행 전에 법원에 소송계속 중이었으나 위 개정규정 시행 이후에 변론이 종결된 경우에는 부칙 제2조 제2항에 따라서 법정이율에 관하여 2015. 9. 30.까지는 종전의 규정에 따른 이율에 의하고, 2015. 10. 1.부터는 개정규정에 따른 이율에 의한다고 할 것이다.

따라서 원고가 항소심 단계에 이르러 위 45,000,000원이 부당이득에 해당함을 이유로 그 반환을 구하는 청구를 추가한 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 청구에 관한 소는 2015. 10. 1.

이 경과한 2016. 8. 25. 변론이 종결된 사실은 명백하므로, 원심으로서는 인용금액에 대한 2015. 10. 1. 이후의 기간에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 이율에 의하여 지연손해금의 지급을 명하려면 개정규정에 따라 그 이율을 연 20%가 아닌 연 15%를 적용하였어야 한다.

그럼에도 원심이 이와 달리 원심이 인용한 부당이득금에 대하여 원심판결 선고일 다음 날인 2016. 8. 26.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 명한 것은 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판단을 그르친 것이다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 직권 판단

원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가하면 항소심이 종래의 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 경우에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. 한편 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고의 청구가 제1심에서 기각된 후 원고가 항소하면서 예비적 청구를 추가한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원심이 추가된 예비적 청구의 일부를 인용하는 경우에는 제1심판결 중 인용하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 그 인용금액의 지급을 명할 것이 아니라, 원고의 항소를 기각하고 새로이 추가된 예비적 청구에 따라 인용금액의 지급을 명하였어야 한다.

그럼에도 원심은 제1심판결 중 45,000,000원 및 그에 대한 지연이자 부분을 취소하고 위 금액의 지급을 명하면서 원고의 나머지 항소를 기각하였는바, 원심판결에는 청구의 예비적 병합에 대한 법리를 오해하여 예비적 청구에 관한 판단을 유탈한 잘못이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

## 3. 결론

따라서 원심판결은 그 전부가 파기되어야 할 것인바, 이 사건은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 다음과 같이 파기재판하기로 한다.

원심판결을 파기하되, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 원고의 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하고, 원심에서 추가된 예비적 청구에 따라 피고는 원고에게 부당이득으로서 원고가 피고에게 계약금으로 송금한 45,000,000원 및 위 돈에 대하여 원고의 항소이유서 부분 송달 다음 날인 2015. 6. 30.부터 그 지급의무의 존재 여부나 범위에 관한 항쟁이 상당한 근거가 있다고 인정되는 원심판결 선고일인 2016. 8. 25.까지는 민법이 정한 연 5%,

그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하여야 할 의무가 있으므로, 원고의 이 사건 예비적 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 그 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하며, 소송총비용 중 80%는 원고가, 20%는 피고가 각 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장) 김용덕 김소영 이기택(주심)

7

## 2017. 3. 22. 선고 2016두940 판결 [재결처분취소및수용보상금증액]

[1] 2개 이상의 토지 등에 대한 감정평가 방법 및 예외적으로 일괄평가가 인정되는 경우인 2개 이상의 토지 등이 ‘용도상 불가분의 관계’에 있다는 의미

[2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상 토지의 보상과 관련하여 2개 이상의 토지가 용도상 불가분의 관계에 있는지를 판단할 때 일시적인 이용상황 등을 고려할 수 있는지 여부(소극)

[3] 소유권 외의 권리에 속하는 구분지상권이 설정되어 있는 토지의 손실보상금을 산정하는 방법 / 감정대상인 토지의 지하 수심 m의 공간에 공작물을 설치하기 위한 구분지상권이 설정되어 있는 경우, 이러한 사정이 구분지상권이 설정되어 있는 토지와 그렇지 않은 인접토지가 지표에 근접한 공간에서 용도상 불가분의 관계에 있는지를 판단하는 데 영향을 미치는지 여부(원칙적 소극)

[4] 원래 1필지였던 토지가 지하 부분의 구분지상권 설정을 위해 여러 필지로 분할되었으나, 지상 부분에서는 토지분할 전과 같이 하나의 필지처럼 계속 관리·이용된 경우, 용도상 불가분의 관계에 있다고 보아야 하는지 여부(원칙적 적극)

### 【판결요지】

[1] 2개 이상의 토지 등에 대한 감정평가는 개별평가를 원칙으로 하되, 예외적으로 2개 이상의 토지 등에 거래상 일체성 또는 용도상 불가분의 관계가 인정되는 경우에 일괄평가가 인정된다. 여기에서 ‘용도상 불가분의 관계’에 있다는 것은 일단의 토지로 이용되고 있는 상황이 사회적·경제적·행정적 측면에서 합리적이고 토지의 가치 형성적 측면에서도 타당하다고 인정되는 관계에 있는 경우를 뜻한다.

[2] 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제2항은 “토지에 대한 보상액은 가격시점에서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자나 관계인이 갖는 주관