

---

# 최근 상사판례의 쟁점과 입법과제

---

- 일 시 : 2015년 2월 13일(금) 13:30~18:30
- 장 소 : 연세대학교 광복관(법대) 별관 국제회의장



## 2015년 동계 학술대회 행사계획

### I. 행사개요

- 대주제 : 최근 상사판례의 쟁점과 입법과제
- 일 시 : 2015년 2월 13일(금), 13:30-18:30
- 장 소 : 연세대학교 광복관(법대) 별관 국제회의장
- 주 최 : (사)한국상사법학회/ 연세대학교 법학연구원

### II. 세부일정

순서	진행사항
13:30-14:00	<b>[접수 및 등록]</b> ◆ 전체사회 : 정준우 교수(한국상사법학회 총무이사, 인하대)
14:00-14:30	<b>[개회식]</b> ◆ 개회사 : 이형규 교수(한국상사법학회장, 한양대) ◆ 축사 : 김성수 교수(법학연구원장, 연세대) <b>[학술상 시상식]</b> ◆ 무애 학술상 시상 ◆ 우수논문상 시상 <b>[정기총회]</b> ◆ 결산보고/ 수석부회장 및 감사 선임 ◆ 기념촬영
14:30-15:20	<b>[제1주제발표]</b> ◆ 발표주제 : 주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회결의의 효력 -대법원 2014. 7. 11. 2013마2397 ◆ 사회자 : 임중호 교수(중앙대) ◆ 발표자 : 강대섭 교수(부산대) ◆ 토론자 : 김성탁 교수(인하대)/ 이효경 교수(충남대)
15:20-16:10	<b>[제2주제발표]</b> ◆ 발표주제 : 주식의 이중양도와 명의개서의 효력 -대법원 2014. 4. 30. 2013다99942 판결 ◆ 사회자 : 김효신 교수(경북대) ◆ 발표자 : 김흥기 교수(연세대) ◆ 토론자 : 김택주 교수(국민대)/ 신현탁 교수(고려대)

16:10-16:30	Coffee break
16:30-17:20	<p><b>[제3주제발표]</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 발표주제 : 2014년 운송 관련 상법 개정안의 주요내용과 과제</li> <li>◆ 사회자 : 최준선 교수(성균관대)</li> <li>◆ 발표자 : 황현영 입법조사관(국회 입법조사처)</li> <li>◆ 토론자 : 권기훈 교수(경상대)/ 최세련 교수(명지대)</li> </ul>
17:20-18:10	<p><b>[제4주제발표]</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ 발표주제 : 사모집합투자지구 규제의 기본법리 -2014. 9. 5. 자본시장법 개정안을 중심으로</li> <li>◆ 사회자 : 송종준 교수(충북대)</li> <li>◆ 발표자 : 정순섭 교수(서울대)</li> <li>◆ 토론자 : 김유석 차장(금융투자협회)/ 김 건 변호사(법무법인 율촌)</li> </ul>
18:10-18:30	폐회식 및 만찬장 이동
18:30-	저녁만찬 (알렌관)

## 목 차

### [제1주제]

주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회결의의 효력  
대법원 2014. 7. 11. 2013마2397.....3

### [제2주제]

주식의 이중양도와 명의개서의 효력  
대법원 2014. 4. 30. 2013다99942 판결.....35

### [제3주제]

2014년 운송 관련 상법 개정안의 주요내용과 과제.....63

### [제4주제]

사모집합투자기구 규제의 기본법리.....85



## 제1주제

주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회결의의 효력

대법원 2014. 7. 11. 2013마2397

발표자 : 강대섭 교수(부산대)

토론자 : 김성탁 교수(인하대)/ 이효경 교수(충남대)

사회자 : 임중호 교수(중앙대)



# 주주권 행사에 관한 이익공여와 주주총회 결의의 효력

-대법원 2014. 7. 11. 2013마2397-

강 대 섭 (부산대학교 법학전문대학원)

## I. 서론

주주는 주식회사의 실질적 소유자로서 그리고 회사의 구성원으로 주주총회를 통하여 회사의 운영에 참가할 수 있고, 회사의 경영감독을 위해서도 주주권에 기한 다양한 권리를 행사할 수 있다. 주주가 주주권에 기한 권리를 행사할 때에는 자신의 이익을 고려하면 되고 회사의 이익이나 다른 주주의 이익을 고려할 필요는 없다.<sup>1)</sup> 주주는 특별히 개인적 이해관계를 갖는 사항에 대해서는 의결권을 행사할 수 없지만, 의결권 등 주주의 권리행사와 관련하여 어떠한 책임도 지지 않는다.<sup>2)</sup>

그러나 주주의 권리행사가 회사 경영진이나 다른 주주의 부당한 영향을 받고 행사되는 것은 회사의 운영상 바람직하지 못하고, 회사의 이익 또는 다른 주주의 이익을 보호하기 위하여서도 금지될 필요가 있다. 주주의 의결권행사에는 일정한 내재적 한계가 있다고 해석되는데, 공서양속 등 사회질서 또는 강행법규에 위배되지 말아야 하고, 주주평등의 원칙에 반해서는 안되고 다수결의 남용이나 충실의무에 위배되어서는 아니된다고 한다.<sup>3)</sup> 이에 따르면 회사의 이익을 침해하면서 주주 자격과 무관한 순수한 개인적 이익을 위해 의결권을 행사하는 것은 다수결 남용이나 충실의무 위반이 된다.<sup>4)</sup>

상법은 주주의 의결권 행사의 기회가 보장되고 의결권의 행사가 적정한 절차에 따라 공정하게 이루어질 수 있게 하는 엄격한 규정을 두고 있고, 이를 위반한 경우에는 주주총회의 결의를 소로써 다룰 수 있게 한다. 상법은 부정한 청탁을 받고 일정한 주주의 권리행사에 관하여 재산상의 이익을 수수하는 행위 등을 처벌하고 있을 뿐만 아니라(상법 제631조), 주주의 권리행사와 관련하여 회사가 주주 또는 제3자에게 재산상의 이익을 공여하는 것을 금지하고 또한 이를 처벌함으로써(상법 제467조의2 제1항, 제634조의2) 회사의 재산이 부당하게 사용되는 것을 방지하고, 의결권을 포함한 주주의 권리행사가 부당한 영향을 받지 않고 공정하게 행사될 수 있도록 하고 있다.

주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지에 관해서는 회사법적 또는 형사적법적 관점에서 분석하거나 일본의 최근 판례를 소개한 연구가 있다.<sup>5)</sup> 그러나 이에 관한 국내 판례는 거의

1) 최기원, 신회사법론, 박영사, 2009, 473면; 권기범, 현대회사법론, 삼영사, 2014, 684~685면.

2) 이철송, 회사법강의, 2013, 박영사, 311면; .

3) 권기범, 앞의 책, 685면.

4) 권기범, 앞의 책, 685면.

5) 김선정, “주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지-소위 총회꾼의 횡포에 대한 법적 대응-”, 개발논총 제2집 (동국대학교 지역개발대학원, 1992); 우홍구, “주주의 권리행사와 관련한 이익공여의 금지”, 법대논총 제3집 (건국대학교, 1994); 권재열, 상법상 이익공여죄에 대한 소고, 법학연구 18권 3호(연세대학교 법학연구원, 2008); 이효경, 이익공여금지규정을 둘러싼 제 문제 - 최근 일본에서의 논의를 중심으로 -, 경영법률 24집 1호(한국경영법률학회, 2013.10.) 등.

찾아볼 수 없었다.<sup>6)</sup> 반면에 우리나라의 상법이 관련 규정을 계수하였다고 보는 일본에서는 최근 이에 관한 논의도 활발할 뿐만 아니라<sup>7)</sup> 이익공여의 금지에 관한 판례가 다수 존재하고, 그 적용범위도 주주총회에서 총회권 대책에서 더 나아가 회사운영의 적정성과 공정성을 도모할 수 있는 방향으로 확대해석되고 있다.<sup>8)</sup>

그런데 최근 우리나라에서도 이에 관한 대법원 결정이 나왔다. 가처분 이의사건이기는 하지만, 대법원은 기존의 경영진과 반대주주 사이에 임원의 개입을 둘러싸고 다툼이 벌어지고 있는 상황에서, 정관에서 정한 사전투표기간을 이사회 결의로 연장하고 사전투표에 참가한 주주에게 재산적 이익을 공여하여 의결권의 행사가 이루어진 경우에 이는 상법 제467조의2가 금지하는 이익공여에 해당하고, 이에 의하여 이루어진 결의는 결의방법이 정관 및 법령에 위반하여 취소되어야 한다고 결정하였다.<sup>9)</sup> 이 판례는 이익공여의 금지 위반을 처음 인정한 점에서, 더 나아가 학설과는 달리 이익공여의 금지 규정에 위반하여 이루어진 주주총회의 결의가 취소의 대상이 될 수 있음을 인정한 점에서 주목할 만하다.

이 글에서는 먼저 대법원의 판례가 나오기까지의 사건의 경과와 당사자의 주장 그리고 판시 내용을 정리한다. 다음으로 정관에 정한 사전투표기간의 연장의 효력을 살펴보고, 이익공여의 금지 규정의 입법배경과 취지, 이익공여의 요건을 검토한 후, 회사가 사전투표에 참가한 주주에게 재산적 이익을 제공한 것이 이익공여에 해당하는지 그리고 이익공여와 관련되어 이루어진 주주총회의 결의는 하자 있는 결의로 되는지, 이를 재량기각할 수 있는지에 관하여 검토한다. 마지막으로 대법원 판결을 평가하고 관련 문제를 간단히 제시한다.

## II. 대상판결의 정리

### 1. 사실관계

주식회사 창원컨트리클럽(이하 'A회사'라고 한다)은 발행주식이 1,451주로 주주 1인당 1주를 소유하면서 주주 회원제로 운용되는 회사이다. A회사의 정관에는 주주의 의결권과 임원의 선임에 관해 다음과 같이 규정하고 있고, 사전투표에 관한 세칙을 정하고 있다.

[정관]

제24조 (의결권)

6) 이익공여 여부가 확정되지 아니한 사안에서, 의결정족수와 상정된 안건에 대한 찬성 여부를 확인하지 아니한 채 총회권을 동원하여 상정 안건을 박수로 통과시킨 주주총회의 결의는 결의방법의 현저한 불공정으로 결의 취소를 면할 수 없다는 정도의 초기 판례가 있다. 서울민사지법 1997.12.12. 선고 97가합32890 판결; 서울고법 1998.8.25. 선고 98나5267 판결. 최기원, 앞의 책, 535면 참조.

7) 市川兼三, “利益供與要求罪の新設と利益供與禁止規定の立法趣旨”, 香川法學 18卷 2号(1998); 中村直人, “モリテックス事件判決と實務對應-東京地裁平成19年12月6日判決の検討”, 商事法務 No.1823(2008.2.); 川島いづみ, 利益供與と株主總會の決議瑕疵, 法律時報 80卷 11号(2008); 根本伸一, “利益供與の禁止規定の可能性”, 法律論叢 83卷 6号(2011.3.); 明治大學法律研究所, 久保田安彦, “「株主權行使に關する利益供與」に關する規律”(會社法からの分析), 法律時報 84卷11号(2012); 村田敏一, “株主の權利行使の關する利益供與について-民事責任と刑事責任-”, 立命館法學 345-346号(2012.5-6.) 등.

8) 이를 ‘헌 포대에 새 술’을 담는 시도라고 표현한다(根本伸一, 앞의 논문, 274면).

9) 대법원 2014.7.11.자 2013마2397 결정 [가처분이의].

- ① 주주의 의결권은 소유주식 1주마다 1개로 한다.
- ② 주주는 주주총회에 직접 참석하여 의결권을 행사하거나 사전투표의 방법으로 의결권을 행사할 수 있으며, 대리인(주주에 한함)에게 위임하여 의결권을 행사할 수 있다.
- ③ 사전투표를 하고자 하는 주주는 주주총회 개최 1일전 17시까지 의결권을 행사하여야 한다.

제28조 (임원의 선임)

- ③ 임원의 후보자가 되고자 하는 주주회원은 임원선출이 있을 주주총회 개최일의 2개월 전까지 선거관리위원회에 등록하여야 한다.
- ④ 선거관리위원회는 임원 입후보자 명부를 주주 모두가 볼 수 있는 곳에 2주간 이상 공고한 후 정기 주주총회일 2주간 전까지 이사 입후보자 명단과 위임장 등 투표용지를 각 주주에게 발송하여야 하고, 회사 내에 선거관리위원장 및 대표이사가 봉인한 사전투표함을 주주총회일 2주전부터 주주총회 개최 1일전 17시까지 비치하여야 한다.

[우편투표 및 사전투표에 관한 세칙]

제3조 (사전투표)

- ③ 사전투표는 대리인이 이를 행할 수 없다.
- ④ 선거관리위원회는 선거관리위원회 위원장과 대표이사가 봉인한 사전투표함을 비치하고, 그 보관은 선거관리위원회가 적절한 방법으로 한다.
- ⑤ 사전투표는 선거일 1일전 17:00까지 투표한 경우만 유효투표로 본다.

A회사는 2012.11.13. 이사회를 개최하여, ① 2013.3.25. 14:00 클럽하우스에서 정기주주총회를 개최하여 차기 임원들을 선임하고, ② 임원 선임을 위하여 선거관리위원회를 구성하며 ③ 임원선임결의에 관한 사전투표의 시기(始期)를 주주총회일로부터 ‘2주전’에서 ‘24일전’으로, 사전투표시간을 ‘17시까지’에서 ‘19시까지’(사전투표마감일은 17시까지)로 연장하여 2013.3.1.부터 2013.3.24.까지 24일간 사전투표를 실시하기로 하고, ④ 사전투표에 참여하는 주주회원에게는 특별히 골프장 우선예약권(이하 “예약권”이라 한다)을 제공하기로 결의하였다.

A회사는 2013.2.5. 이사회를 다시 개최하여, ① 사전투표에 참여하는 주주회원에게 사전투표기간 중의 예약권을 1회 부여하되 사전투표를 한 주주가 예약권을 행사하지 않는 경우에는 주주총회 이후의 기간 중 양도가능한 예약권을 1회 부여하기로 하며, ② 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 의결권을 행사하는 주주들에게 20만 원 상당의 상품교환권(이하 “상품권”이라 한다)을 지급하기로 결의하였다. 그 후 실제로 사전투표나 주주총회에서 직접 의결권을 행사한 주주들은 A회사로부터 예약권과 상품권을 제공받았다.

선거관리위원회의 임원 입후보자 등록 공고에 따라 甲(당시의 대표이사)과 乙이 1명을 선임하는 대표이사 후보자로, 丙 외 14명은 10명을 선임하는 이사 후보자로, 丁과 戊는 2명을 선임하는 감사 후보자로 등록하였는데, 주주총회의 대표이사 선임 투표의 결과 득표수는 다음의 표와 같고 이에 따라 A가 대표이사로 선임되었다. 그리고 丙을 제외한 10명을 이사로, 丁과 戊를 투표 없이 전원 감사로 선임하는 결의가 이루어졌다.

<투표 결과>

	사전투표	위임장투표	직접투표	총 득표수
채무자 갑	711	15	4	730
채권자(원고) 을	226	436	14	676
무효	5			(5)
계	942	451	18	1411

<사전투표 기간별 투표자수와 비율>

사전투표기간	2013.3.1.~3.10.(연장기간: 사전투표기간의 41.66%)	2013.3.11.~3.24.
투표수	610 (64.75%)	332 (35.25%)
계	942	

<이익공여를 받은 자 수>

이익공여 여부	이익공여 수령		이익공여 불수령 위임장투표	총 투표수
	사전투표	직접투표		
투표수	942 (66.76%)	18 (1.28%)	451 (31.96%)	1411
계	960 (68.04%)		451 (31.96%)	

이에 대하여 주주회원으로서 대표이사 후보자였던 乙과 이사 후보자였던 丙은 회사를 상대로 주주총회결의무효확인<sup>10)</sup> 및 결의취소의 소를 제기하였다. 동시에 원고는 이 사건을 본안으로 하여 대표이사 및 일부 이사의 직무집행정지 및 직무대행자의 선임 가처분을 신청하였다.

이 사건의 핵심은 정관에 정한 사전투표기간의 시기를 어디로 볼 것인가, 만약 그 시기가 특정일이라면 이를 이사회 결의로 그 이전의 날로 정하여 사전투표기간을 연장한 것은 정관을 위반한 것이 아닌가 하는 점과 사전투표 및 현장투표(주주총회에서의 직접 투표)를 한 주주에 대하여 골프장 우선예약권과 상품교환권을 제공한 것은 주주의 권리행사에 관한 이익공여에 해당하지 않는가 하는 점이다. 다음으로 사전투표기간에 관한 정관의 위반과 주주의 권리행사에 관한 이익공여로 인한 상법 위반으로 주주총회의 결의방법이 정관 위반 또는 현저한 불공정으로 주주총회의 결의가 부존재 또는 취소되어야 하는지 그리고 취소의 경우 법원의 재량기각 사유가 되는지 하는 점이다.

2. 사건의 경과

1) 개관

소송의 종류	사건의 표시	판결(결정) 요지
대표이사등 직무집행정지	창원지방법원 2013.6.14.	본안 판결 확정시까지 대표

10) 본안에 관하여 1심 법원이 원고 기각 판결한 후 원고가 본안에 관하여 항소하면서 주주총회결의부존재확인<sup>10)</sup>의 소를 주위적 청구로, 주주총회결의취소의 소를 예비적 청구로 추가 변경하였다.

및 직무대행자선임가처분	2013카합139 결정	이사등의 직무집행정지 및 직무대행자 선임 가처분
가처분의의	창원지방법원 2013.7.24.자 2013카합252 결정	1심 가처분결정 인가
가처분의의	부산고등법원(창원) 2013.11.13.자 (창원) 2013라 70 결정	1심 가처분결정 취소
주주총회결의무효확인 등	창원지방법원 2014.4.23. 선고 2013가합1990	원고의 청구 재량기각
가처분의의	대법원 2014.07.11.자 2013마 2397 결정	파기환송
주주총회결의무효확인 등	부산고등법원(창원) 2014.11.13. (창원)2014나 1341 판결	제1심 판결 중 예비적 청구 (임원선임에 관한 주주총회 결의의 취소)에 관한 제1심 판결 취소, 기타 원고의 청구 기각
주주총회결의무효확인 등		(피고의 상고로 대법원 계류 중)

## 2) 당사자의 주장

### 가) 채권자 乙의 주장

乙과 丙(이하 “乙 등”이라 한다) 채권자는 대표이사등의 직무집행정지등 가처분 신청을 하면서 다음과 같은 이유로 채무자들을 상대로 그 직무집행의 정지를 구할 피보전권리가 있다고 주장하였다: ① 정관의 규정에 의하면 회사는 사전투표함을 주주총회일 2주전부터 주주총회 개최일 전 17시까지 비치하여야 함에도 주주총회일 24일 전부터 사전투표함을 설치하여 투표를 하였으므로 주주총회의 결의방법이 정관에 위반한 하자가 있다; ② 회사 및 회사의 이사들이 사전투표를 하는 주주에게 예약권과 상품권을 제공하였으므로 주주총회의 결의는 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지를 정한 상법 제467조의2 (및 제634조의2)를 위반한 하자가 있다.<sup>11)</sup>

구체적으로는 사전투표기간에 관하여 ① 정관 제28조 제4항은 사전투표함의 비치기간을 “주주총회일 2주전부터 주주총회 개최 1일전까지”로 정하여 그 시기와 종기를 분명히 규정하고 있으므로 이를 정관 제24조 제4항과 유기적으로 연결시켜 해석하면, 사전투표기간은 “주주총회일 2주전 특정일인(3월 11일)부터 주주총회 개최 1일전인 3월 24일 17시까지”이므로 이 기간은 벗어난 기간 동안의 사전투표결의는 정관에 위반하고, ② 정관에 위반하여 연장된 사전투표기간은 10일이고 전체 사전투표기간의 41.67.%,를 차지하며, 이 기간에 이

11) 이외에도 채권자들은 사전투표를 한 자에게는 총회에서 투표용지를 교부하지 않는다는 “우편투표 및 사전투표에 관한 세칙” 제5조를 위반하여, 사전투표를 하였음에도 다른 주주로부터 위임장을 받아 총회에서 투표용지를 교부받아 투표를 하였으므로 주주총회는 이 세칙을 위반하였고, 선거에 직접 참여하는 예약권과 상품권을 제공하겠다는 문자를 보내고 실제로 이를 제공한 것은 선거규정에 위반한 부정선거라고 주장하였다. 이 점은 가처분 사건에서 쟁점이 아니므로 생략한다.

루어진 사전투표수는 610표로 전체 사전투표수 942표의 64.76%가 되고 전체 투표수 1411표의 43.23%가 되어 투표결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 있고 개표결과 채권자 乙이 676표, 채무자 甲이 730표를 얻어 그 표차가 54표로 근소하고, 사전투표수 942표 중 채무자 甲이 얻은 득표수는 226표, 채권자 乙이 얻은 득표수는 711표로서 채무자 甲은 사전투표에서는 압도적인 득표를 하였으나, 위임장 투표에서는 채권자 乙이 436표, 채무자 甲이 15표로서 채권자 乙이 압도적인 다수표를 획득하였으므로 위법한 사전투표기간 동안의 사전투표수 610표를 제외하면 채권자 乙이 대표이사로 당선될 것은 명약관화하다고 주장하였다.

그리고 이익공여에 관하여서는 예약권<sup>12)</sup>과 상품권은 단순히 의례적인 선물로 볼 수 없고, 채무자 甲이 위임장투표보다 사전투표가 자신에게 유리하다고 판단하여 의도적, 계획적으로 사전투표기간을 불법적으로 연장하고 나아가 사전투표자에게 금품 등 이익을 제공하여 사전투표를 유도하고 자신에게 불리하다고 생각되는 위임장투표자에게는<sup>13)</sup> 전혀 이와 같은 이익을 제공하지 않음으로써 자신에게 유리한 사전투표를 적극적으로 유도하여 투표결과에 영향을 미쳤다고 주장하였다.

#### b) 채무자 甲의 주장

이에 대해 채무자들은 다음과 같은 이유로 가처분에 필요한 피보전권리가 존재하지 않는다고 주장하였다: ① 이사회의 만장일치 결의로 사전투표기간에 관한 사항을 정하였으며, 정관에서 사전투표함 설치기간을 ‘2주전’으로 정한 것은 사전투표기간을 2주 이상 보장하라는 취지이지 사전투표기간을 2주간으로 제한하는 취지가 아니고, 또한 이전의 주주총회에서도 사전투표를 2주 이상 하여 왔고 채권자들 역시 이사회의 결의 당시나 투표기간 중에 아무런 이의도 하지 않았다; ② 이익공여의 금지에 관한 상법 규정은(상법 제467조의2, 제634조의2) 의결권의 매수를 방지하는데 그 취지가 있으므로 사전투표자에게 예약권과 상품권을 제공한 것은 채무자 등 특정 후보자에 대한 투표 권유를 위하여 한 것이 아니라 주주권의 행사를 독려하기 위한 것이므로 이 경우에는 적용된다고 볼 수 없으며, 이러한 내용의 안건이 이사회에서 결의될 당시 채권자들은 이의를 하지도 않았고 이전의 다른 주주총회에서도 이와 같은 상품권이나 기념품 등을 제공하여 왔으며 다른 골프장에서도 마찬가지로 이루어지고 있다.

또한 채무자들은 가처분의 필요성이 없다는 주장을 하면서, ① 채무자들은 이전의 대표이사 및 이사들이므로 정기주주총회의 하자로 인하여 새로 선출된 대표이사 및 이사직에 대한 직무집행정지 결정을 받더라도 상법 제386조(결원의 경우)에 따라 직무대행자를 별도로 선임할 필요 없이 채무자들이 이전 대표이사 및 이사로서의 직무를 수행하게 되므로(직무계속(대표)이사) 직무집행정지를 하거나 직무대행자를 선임할 필요가 없고, ② 채무자들이 직무와 관련하여 부정행위를 저지른 것도 아니므로 긴급하게 직무에서 배제할 필요성도 없으며 채권자들이 정기주주총회에서 선임된 13명의 임원 중 채무자들에 대해서만 가처분 신청을

12) 주주회원이 1451명인 18홀 골프장의 경우 주말 예약을 하는 것은 ‘하늘의 별따기’만큼 어렵기 때문에 골프장 우선예약권은 금전적으로 따져도 엄청난 이익이 될 수 있다(채권자의 항소이유에 대한 답변서 중).

13) 채무자들은 이전에도 위임장투표에서의 불리를 예상하고 직전 연도인 2012.3.26.자 주주총회에서 1인당 위임받을 수 있는 투표권을 5개로 제한하는 정관 변경을 위해 이에 관한 이사회결의를 하였으나 이사회결의 효력정지가처분에 의하여 무산된 적이 있다(채권자의 항소이유에 대한 답변서 중).

한 것은 소권의 남용이며, ③ 정기주주총회의 하자가 있다고 하더라도 경미한데다 선거결과와 무관하며 총회의 결의가 번복될 경우 법률관계의 안정성에 심각한 영향을 미치므로 상법 제379조의 재량기각사유도 있다.

### 3) 가치분 사건 1심 법원의 판단

#### 가) 피보전권리의 존재

1심 법원은 정기주주총회의 결의에는 전체 의결권의 약 65%에 달하는 사전투표 절차와 관련하여 총회의 결의방법이 법령 또는 정관에 위반함으로써 총회결의의 취소 또는 부존재 사유가 있다고 하여, 채무자들에 대한 직무집행정지 가치분을 구할 피보전권리가 있다는 점이 소명되었다고 판단하였다.

구체적으로 보면, 1심 법원은 사전투표에 관한 정관 규정의 해석에 대하여, “원칙적으로 주주는 주주총회 당일 의결권을 행사하여야 함에도 불구하고 주주들이 의결권을 직접 행사할 수 있는 기회를 좀 더 부여하기 위하여 예외적으로 주주총회일 이전에 의결권을 행사할 수 있는 사전투표제도를 운영하고 있는 만큼 그 해석을 엄격하게 하여야 한다”고 전제한 후 사전투표기간의 연장에 대하여 채권자들의 주장을 받아들여 다음과 같이 결정하였다: 정관에서 정한 정기주주총회의 사전투표함 비치기간의 시기로서의 “2주전부터”의 문언적인 의미는 주주총회일로부터 2주전이 되는 바로 그 특정일을 의미하는 것이 명백하다; 정관상 입후보자 명부의 공고기간에 관하여서는 특정기간을 의미하는 “2주간 이상”이라고 표현하고 있고 사전투표함 비치기간은 특정일을 의미하는 “2주전부터”라고 구분하여 표현하고 있는 점에서 주주총회일로부터 2주 이전에 해당하는 어느 날부터 사전투표함을 설치하여 사전투표가 가능하다는 의미로 해석할 수는 없고, 역수상 주주총회일로부터 2주전에 해당하는 특정일로부터 투표함 설치가 가능하다는 의미로 해석하여야 한다; 따라서 2013.3.25. 개최되는 정기주주총회의 사전투표함 설치기간은 주주총회의 2주전인 ‘2013.3.11.부터’ 주주총회 개최 1일 전인 ‘2013.3.24. 17시까지’가 된다고 할 것이므로, 2013.3.1.부터 2013.3.10.까지 사전투표함을 연장하여 설치하고 주주로 하여금 사전투표를 하게 한 것은 정관 제28조 제4항에 위반한 것이고, 이 기간에 행사된 의결권 수는 총 사전투표 942표 중 610표를 차지하므로 정기주주총회의 결의에 영향을 미쳤다고 할 것이다. 또한 사전투표기간의 연장에 관한 이사회 결의가 있었다거나 이전의 주주총회에서도 사전투표기간을 2주 이상으로 하였고 채권자들이 이에 대해 이의를 제기하지 않았다는 등의 사정만으로 달라지지 않는다.

이익공여에 관하여서는 다음과 같이 판단하였다: 양도가능한 예약권과 상품권을 사전투표를 한 주주에게 제공한 것은 주주의 의결권의 행사 여부 및 그 행사방법과 관련하여 재산상의 이익을 공여한 것으로 상법 제467조의2 제1항의 이익공여금지의 규정에 위반하였다; 상법 및 정관에서 의결권의 대리투표(대리행사)를 규정하고 있음에도 불구하고, 예약권이나 다액의 상품권을 제공하는 방법으로 특정 의결권 행사방법만을 독려하는 행위는 의결권 행사를 독려하는 정당한 방법으로 보기 어렵고, 당해 회사에 이익공여의 선례가 있다거나 정기주주총회 당시 채권자들의 이의가 없었다는 사정만으로 달라지지 않는다.

#### 나) 보전의 필요성

1심 법원은 보전의 필요성과 관련하여 다음과 같은 이유로 그 필요성이 소명된다고 판단

하였다: A회사의 이사의 경우 정관에 별도의 최저수가 규정되어 있지 아니하므로 10명 중 3명의 이사의 직무가 정지된다고 하더라도 상법이 정하는 이사의 최저수를 충족하여 상법 제386조 제1항(이사결원의 경우 사임이사, 임기만료이사의 직무계속)의 규정이 적용되지 않는 점, 상법 제386조 제2항은 제1항에도 불구하고 퇴직이사(임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사) 등으로 하여금 그 직무를 수행하게 하는 것이 부적당하거나 불가능한 경우 등 필요하다고 인정되는 경우에는 이해관계인의 청구에 의하여 일시이사를 선임할 수 있도록 규정하고 있어 상법 제386조 제1항을 이유로 보전의 필요성이 없다고 단정하기 어려운 점, 채무자들이 종전 대표이사 또는 이사로 재직하는 동안 선거절차 등에 관한 정관 변경 등을 둘러싸고 분쟁이 계속되고 있고 정기주주총회와 관련하여서도 채무자들의 주도로 상법 및 정관에 위반하는 내용의 이사회결의가 이루어진 것으로 보이므로 정관 위반 등을 놓고 분쟁이 발생한 이 사건에서 채무자들에게 대표이사 또는 이사로서의 직무를 수행하게 하는 것은 부적절한 것으로 보이는 점, 대표이사 후보자들의 총 득표수의 차이가 54표에 불과하여 재선거를 할 경우 그 결과가 달라질 가능성도 배제하기 어려운 점 등에 비추어 볼 때 채무자들에 대하여 그 직무집행을 정지시켜야 할 보전의 필요성도 소명된다.

1심 법원은 채권자들이 총회에서 선임된 임원 중 일부에 대하여만 가처분 신청을 하였으므로 소권을 남용하였고, 재량기각 사유가 있다는 채무자들의 주장을 받아들이지 않았다. 법원은 총회결의취소의 소에서 법원이 재량기각을 할 수 있음을 정한 상법 제379조는 결의의 절차에 하자가 있는 경우에 결의를 취소하여도 회사 또는 주주에게 이익이 되지 않든가 이미 결의가 집행되었기 때문에 이를 취소하여도 아무런 효과가 없든가 하는 때에 결의를 취소함으로써 회사에 손해를 끼치거나 일반거래의 안정을 해치는 것을 막고 결의취소의 소의 남용을 방지하려는 취지라고 하면서,<sup>14)</sup> 이 사안에서 볼 때 정기주주총회 결의 효력을 정지하여도 A회사나 주주에게 전혀 이익이 되지 않거나 이미 결의가 집행되었기 때문에 그 효력을 정지할 아무런 효과가 없다고 볼 수는 없으므로 채권자들의 가처분 신청에는 그 보전의 필요성도 소명된다고 판단하였다. 이에 따라 법원은 대표이사등의 직무집행을 정지하고 대표이사의 직무대행자를 선임하였다.<sup>15)</sup>

이 가처분 결정에 대하여 채무자들이 이의신청을 하였으나, 법원은 채권자들에게 가처분 결정을 인가하였다. 이에 대해 채무자들이 항고를 하였다.

#### 4) 가처분 사건 2심(원심) 법원의 판단

##### 가) 당사자들의 추가 주장

채무자들은 항고심에서 사전투표와 위임(대리)투표를 비교하면서 위임장투표(대리행사)는 투표의 비밀성이 보장되지 않고 주주회원의 진정한 의사가 왜곡될 수 있는 반면 사전투표는 투표의 비밀성이 보장되고 주주회원의 진정한 의사가 반영되는 점에서 사전투표의 기간확장이 부당하지 않고, 정관 제28조는 임원선거절차에 관한 규정이고 특히 동조 제4항은 선거관리위원회의 선거관리에 관한 사항에 관한 조항일 뿐 주주총회 및 주주총회에서의 의결권 행사방법 및 기간에 관한 본래의 조항(정관 제24조)를 변경하거나 축소 제한할 수 없다고

14) 대법원 2003.7.11. 선고 2001다45584 판결 등.

15) 법원은 이사의 경우에는 법정 인원수가 충족되어 있기에 추후 그 필요성 등을 검토하여 선임 여부를 정하기로 하였다.

전제한 다음 정관 조항과 세칙 모두 사전투표의 시기를 따로 정하지 않고 중기만을 정하고 있으므로 정관 제28조 제4항을 가지고 사전투표의 시기를 제한하여서는 아니된다고 주장하였다.

채권자들은 위임장투표는 상법상 보장되는 주주의 의결권 행사방법이고 공공연히 합법적으로 행해지고 있는 상황에서, 채무자들이 위임장투표가 비밀이 보장되지 않고 사전투표가 비밀이 보장된다고 주장하며 이를 사전투표기간의 연장근거로 삼는 것은 부당하며, 정관 등 관련 규정을 개정하여 사전투표기간을 연장하지 아니한 채 이사회결의만으로 사전투표기간을 연장한 것은 정관에 위반한다고 주장하였다. 또한 정관상 사전투표기간은 “주주총회일 2주전의 특정일인(3월 11일)부터 주주총회 개최 1일전인 3월 24일 17시까지”로 한정된다고 보아야 하며, 사전투표제도의 목적, 투표관리의 안전성·객관성 등을 감안하여 회사의 정관이 이와 같은 특정 기간을 사전투표기간으로 정한 것으로 보아야 한다고 주장하였다.

이익공여와 관련하여서는 채권자들은 채무자들이 사전투표기간을 연장하고 사전투표자에게 의례적이라고 볼 수 없는 금품 등 이익을 제공한 것은 이와 같은 일들을 주도한 채무자들의 의도에 비추어 보면 상법이 금지하는 ‘주주의 권리행사와 관련한 이익공여’로 보지 않을 수 없고, 특히 상법은 ‘주주에게 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한 것으로 추정한다’고 주장하였다.

그리고 채권자들은 채무자들의 재량기각 주장에 대하여 채권자들이 부존재확인, 무효확인 또는 취소를 구하는 대상은 정기주주총회 결의 중 임원선임에 한정되어 있고 그 결의 내용이 회사에 손해를 미치는 것을 생각하기 어려울 뿐만 아니라 일반거래의 안전과도 부관한 점, 채권자가 주주의 공익권으로서 인정되는 제소권을 개인적 이익을 위하여 남용하려 한다는 사정도 없는 점, 그리고 주주총회 결의의 하자의 정도는 매우 중대한 점, 주주총회의 결의의 하자는 치유될 수도 없는 점 등의 사정에 비추어 보면 법원이 재량으로 기각할 수 없다고 주장하였다.

#### 나) 법원의 판단

원심 법원인 부산고등법원(창원)은 채무자들의 주장을 대부분 받아들여, ① 정관의 규정은 사전투표의 終期를 규정한 것일 뿐이고 始期를 규정한 것으로 볼 수 없으므로 이사회결의로 사전투표기간을 연장한 것이 정관에 위반된다고 볼 수 없는 점,<sup>16)</sup> ② 예약권과 상품권

16) 그 이유로서는 ① 정관 제28조 제4항은 선거관리위원회가 임원 선임과 관련하여 집행하여야 할 사무에 대하여 규정한 것으로 보일 뿐 사전투표의 효력을 가름하는 사전투표의 시기에 관하여 규정한 것이 아니다. ② 정관 제24조 제3항은 사전투표의 중기에 관하여 규정하고 있을 뿐 사전투표의 시기에 관하여 별도로 정하고 있지 않다. ③ 부제자 투표의 투표소 설치에 관한 공직선거법 제148조 제1항의 ‘선거일 전 6일부터 2일간’과는 그 규정형식이 다르다. ④ 회사 정관이 인정하는 총회 당일의 직접 투표, 사전투표 및 위임장투표에 의한 세 가지 의결 방법 사이의 주주회원의 투표권 행사와 관련하여 그 가치에 아무런 우열이 없음에도 불구하고 위임장 투표의 경우에는 수임자가 주주총회 당일에 출석하지 아니함으로써 주주회원의 의사와는 달리 의결에 참여하지 못하게 되거나 수임자의 의사에 따라 주주회원 자신의 의사가 왜곡되는 가능성이 있을 수 있으므로 이러한 위임장에 의한 의결 방법의 결점(수임자의 불출석에 의한 주주회원의 의결권 무효, 수임자에 의한 주주회원의 의사의 왜곡)을 보완하기 위하여 사전투표제도가 도입되었을 뿐만 아니라 사전투표제도를 통한 주주회원의 직접투표율을 제고하기 위하여 사전투표의 시기를 앞당긴 이사회 결의는 그 당위성 면에서도 수긍이 갈 뿐만 아니라 이를 여러 가지 상법을 사용하여 이를 공고하였고 이에 대하여 채권자들과 채무자들이 아무런 이의를 제기하지 아니한 이상 절차적인 면에서도 그 하자가 있다고 할 수 없다. 또한 이렇게 해석하더라도 사전투표의 시기는 무한정 앞당겨지는 것이 아니라 선거관리위원회가 주주회원에게 위임장 등 투표용지를 발송하여 그 주주회원들이 이를 수령한 이후가 된다.

의 공여로 인하여 임원 선임과 관련된 주주들의 의사가 왜곡되었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 위임장투표에 의한 폐해를 줄이기 위하여 사전투표를 통한 주주회원의 직접투표율을 제고하기 위하여 이사회 결의를 거쳐 시행한 점에 주주총회의 임원선임결의를 취소할 정도의 하자가 있다고 볼 수 없는 점, ③ 주주의 권리행사와 관련하여 회사가 재산상의 이익을 공여하였다고 하더라도 그 이익공여는 주주권행사의 동기에 불과할 뿐이므로, 비록 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 주주권행사의 효력 자체에는 영향이 없어 주주총회의 결의 자체는 유효하다는 점 등에 비추어, 채무자들에 대한 직무집행정지를 구할 피보전권리가 소멸되지 않는다는 이유로 제1심의 가처분이의 결정을 취소하며, 대표이사등 직무집행정지 및 직무대행자선임 가처분 결정을 취소하고 채권자들의 가처분 신청을 기각하였다.

이에 채권자들이 대법원에 재항고하였다.

### 3. 대법원의 판단

#### 1) 재항고이유

이에 대해 채권자들이 재항고하였다. 채권자들은 재항고이유서에서 원심 결정의 판시내용은 채무자들의 주장을 그대로 받아들인 것으로서 다음과 같은 점에서 부당하다고 주장하였다: 먼저 사전투표기간에 관한 판단에 관하여 보면, ① 사전투표함이 없이는 사전투표를 할 수 없으므로 사전투표함의 비치기간을 정한 정관 제28조 제4항은 사전투표의 시기를 정하는 매우 중요한 규정이고,<sup>17)</sup> 따라서 이를 선거관리위원회에 임원 선임과 관련하여 집행하여야 할 사무에 대하여 규정한 것으로 보아 이를 위반하더라도 주주총회의 결의에는 하자가 없다고 볼 수 없다. ② 직접 투표, 위임장투표 및 사전투표의 세가지 결의방법에 그 가치의 우열이 없다면 회사나 선거관리위원회는 그 중 하나를 중시하거나 주주들로 하여금 어느 하나에 집중하도록 유도하여서는 아니되고, 위임장투표가 주주회원들의 진정한 의사를 왜곡할 가능성이 있다고 하더라도 이는 대리제도에 내재하는 위험이며 이를 시정하는 것은 정관 등의 규정 개정을 통하여 하여야 할 것이지 함부로 정관에 위반하여 이사회 결의로써 집행해서는 아니된다. ③ 사전투표가 정관 규정에 위반하여 시행된 이상 그것이 이사회 결의로써 결정되고 공고되었다고 하여 그리고 채권자들이 사전투표에 대하여 이의제기를 하지 않았다고 하여 위법성이 없다거나 그 위법성이 치유될 수 없다.

다음으로 이익공여에 대한 판단에 관하여 보면, ① 이사회 결의로써 강행법규인 상법상의 이익공여금지 규정의 적용을 배척할 수 없다. ② 채무자들이 주도하여 이사회에서 사전투표자에게 회사의 재정상태나 예산상태에 비추어 의례적이라고 볼 수 없는 금품 등을 제공할 것을 결의하여 사전투표를 적극적으로 유도하였고, 사전투표자는 이러한 이익제공을 주도한 당시의 대표이사에게 투표한 가능성이 높다고 보이므로 이는 투표결과에 영향을 미치는 투표권 매수행위와 다를 바가 없다. ③ 위법한 이익공여가 위법한 사전투표와 연결되어 위법한 사전투표를 더욱 위법하게 만들었기 때문에 주주총회의 하자의 중대성에 직접적인 인과관계가 있다. ④ 이익공여가 주주권의 행사의 동기에 불과하다고 보아 주주권 행사의

17) 사전투표함의 비치기간은 바로 사전투표의 기간이 되고, 따라서 사전투표함을 비치하는 시점이 바로 사전투표의 始期가 된다.

효력 자체에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 없고, 사전투표자들에게만 이익공여를 하여 주주총회를 개최한 것 자체가 사전투표자와 위임장 투표자 간에 차별을 하는 조치로서 주주총회 개최절차 및 결의방법상의 하자에 해당한다.

## 2) 대법원의 판단

대법원은 채권자들의 주장을 대부분 받아들여 원심 결정을 파기환송하였다. 대법원은 이 사건의 주주총회결의는 정관을 위반하여 사전투표기간을 연장하고 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익이 제공됨으로써 주주총회결의 취소사유에 해당하는 하자가 있으므로, 위 가치분신청은 甲 등에 대한 직무집행정지가처분을 구할 피보전권리의 존재가 인정되는데도, 이와 달리 보아 가치분신청을 기각한 원심결정에는 주주총회결의 취소사유에 관한 법리 오해의 위법이 있다고 결정하였다.

대법원은 실체법적인 내용으로서 사전투표기간의 시기에 관한 정관의 규정인 “주주총회일 2주전부터”는 “주주총회일의 2주전인 특정일부터”라는 의미임을 분명히 하였다. 그리고 사전투표에 참여하거나 주주총회에서 직접 투표권을 행사한 주주회원들에게 무상으로 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 가액의 예약권과 상품권을 제공하는 것은 주주의 권리행사에 관련하여 이를 공여한 것으로 추정될 뿐만 아니라, ① 기존 임원들인 채무자들과 반대파 주주들인 채권자들 사이에 이 사건 주주총회결의를 통한 경영권 다툼이 벌어지고 있는 상황에서 대표이사인 채무자 甲 등의 주도로 사전투표기간이 연장되었고, 사전투표기간의 의결권행사를 조건으로 주주들에게 예약권과 상품권이 제공된 점, ② 예약권과 상품권은 그 액수가 단순히 의례적인 정도에 그치지 아니하고 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로 보이는 점, ③ 이러한 이익이 총 주주의 68%에 달하는 960명의 주주들(사전투표에 참가한 주주 942명과 주주총회 당일 직접 투표권을 행사한 주주 18명)에게 공여된 점, ④ 사전투표기간에 이익공여를 받은 주주들 중 약 75%에 해당하는 711명의 주주가 이러한 이익을 제공한 당사자인 채무자 1에게 투표하였고, 이러한 사전투표기간 중의 투표결과가 대표이사 후보들의 당락을 좌우한 요인이 되었다고 보이는 점 등에서 볼 때, 이러한 이익은 단순히 투표율제거나 정족수 확보를 위한 목적으로 제공되기 보다는 의결권이라는 주주의 권리의 권리행사에 영향을 미치기 위한 의도로 공여된 것으로 보이는 점에서 상법에 위반하는 이익공여에 따른 의결권행사를 기초로 주주총회의 결의가 이루어졌으므로 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반한다고 결정하였다.

## 4. 본안에 관한 법원의 판단과 경과

창원지방법원은 가치분 사건에 관한 부산고등법원(창원)의 가치분이의 결정이 내려진 후, 본안에서는 ① 정관이 규정하는 사전투표의 시기인 2013. 3. 11. 이전인 2013. 3. 1.부터 연장하여 사전투표를 실시한 것은 그 결의방법이 정관에 위반한다는 점을 인정하면서도 ② 다음과 같은 제반사정에서 볼 때 이 사건 주주총회 결의를 취소하는 것은 부적당하다고 하여 재량기각하였다<sup>18)</sup>: 주주총회 이전에 아무도 사전투표 기간에 관하여 이의를 제기하지 않았으며 주주들의 대다수인 1411명이 투표를 한 점; 정관의 규정에 위반하여 연장된 10일의

사전투표기간이 임원 선출에 관한 주주들의 의사에 영향을 미칠 만큼 장기라고 볼 수 없는 점; 사전투표기간을 연장한 취지는 주주들의 의결권을 충분히 보장하기 위함이고 이로써 주주의 권리가 제한되는 것도 아닌 점; 사전투표기간이 연장되었다고 하여 임원 선출에 관한 주주들의 의사가 왜곡되는 것도 아닌 점; 사전투표 기간이 연장됨으로써 투표관리에 문제점이 생겼다거나 부정·불법투표가 이루어져 투표의 공정성, 투명성, 객관성이 침해되었다고 볼 수 없는 점 등.

③ 이익공여에 관하여서는 채무자들의 주장을 받아들여, 다음과 같은 사정에서 볼 때 이익공여에 따른 주주총회의 결의방법에 주주총회의 임원선출결의를 취소할 정도의 하자가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다; 이익공여로 인하여 임원 선출과 관련된 주주들의 의사가 왜곡되었다고 보기 어려운 점; 이익공여를 하기로 한 것은 주주회원의 직접투표율을 제고하여 위임장에 의한 결의방법의 폐해를 줄이기 위하여 피고 회사가 이사회 결의를 거쳐 시행한 점; 이익공여는 주주권행사의 동기에 불과할 뿐 비록 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 주주권행사의 효력 자체에는 영향이 없어 주주총회의 결의 자체는 유효한 점 등.

이에 대해 원고가 항소하였다. 부산고등법원(창원)은 가처분사건에 대한 대법원의 결정이 있는 후, 대법원 결정을 수용하여 ① 주주총회의 결의는 (정관에 위반하여)사전투표 기간을 연장하고 ② 그 사전투표기간에 전체 투표수의 약 67%에 해당하는 주주들의 의결권행사와 관련하여 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 위법한 이익을 제공함으로써 ③ 그 결의방법이나 절차가 법령과 정관에 위반한 하자가 있고 이러한 하자는 주주총회결의취소사유에 해당한다고 판시하였다. ④ 그러면서 피고(회사)의 재량기각 주장을 배척하고, 주주총회결의에 하자가 있어 주주 및 임원들 사이에 경영권을 둘러싼 소모적인 분쟁이 계속되고 있는 만큼 이를 법률적으로 명확히 정리하여 다툼을 종식시킬 필요가 있는 점, 그렇게 하여야 비슷한 분쟁의 재발을 막고 피고 회사가 신속하게 정상적 경영상황으로 복귀할 수 있을 것으로 보이는 점, 궁극적으로는 그것이 거래안전도 도모할 수 있을 것인 점, 원고들이 제소권을 개인적인 이익을 위하여 남용한다고 단정하기도 어려운 점, [결의방법]상의 하자가 경미한 수준이라고 보기 어려운 점 기타 사정을 종합하여 살펴보면 이 사건 취소청구를 그대로 인용함이 타당하다고 하여 이 부분에 관한 원고의 청구를 인용하였다. 그러나 결의방법이나 절차상의 하자가 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자가 존재한다는 원고의 청구(주위적 청구)는 이유 없다고 배척하였다.

### Ⅲ. 사전투표와 사전투표기간 연장의 유효성

#### 1. 사전투표제도의 의의

의결권은 주주가 총회에서 의사표시를 통하여 주주 공동의 의사결정에 지분적으로 참가할 수 있는 권리로서 주주의 가장 중요한 공익권이다. 상법은 주주의 의결권행사의 편의를 도

18) 이 점에 관하여 법원은 이사회에서 주주총회의 사전투표기간을 ‘주주총회일로부터 2주(간)전에서 24일 전으로’ 연장하는 결의를 한 것은 사전투표기간의 시기가 주주총회일로부터 2주전에 해당하는 특정일임을 전제하는 결의로 보인다고 하였다.

모하기 위하여 의결권의 대리행사뿐만 아니라 서면투표 및 전자투표를 인정하고 소규모회사에서는 서면결의도 인정하고 있다. 반면에 상법은 사전투표에 대해서는 규정하지 않고 있다.

그렇다면 회사는 정관으로 사전투표제도를 채택할 수 있는가? 사전투표제도는 주주총회 당일 주주총회에 출석할 수 없는 주주가 사전에 직접 의결권을 행사할 수 있게 하는 점에서 서면투표 및 전자투표와 마찬가지로 주주의 주주총회 출석에 관한 시간적 장애를 제거해 줄 수 있다. 주주의 의결권행사와 관련하여서도 상법의 강행규정에 반하지 않는 한, 정관에 의한 사적 자치는 폭넓게 인정되므로 주식회사는 주주가 주주총회 당일 출석하지 않고 사전에 투표를 할 수 있게 하는 사전투표제도의 채택 여부를 자유롭게 결정할 수 있다고 본다. 가처분 사건 1심 법원은 ‘주주는 주주총회 당일 의결권을 행사하는 것이 원칙이지만, 주주들이 의결권을 직접 행사할 수 있는 기회를 좀 더 부여하기 위하여 예외적으로 주주총회일 이전에 의결권을 행사할 수 있는 사전투표제도’를 회사가 정관의 규정에 의해 운영하는 것은 허용된다고 보고 있다.

따라서 회사가 사전투표제도를 채택하는 경우에는 정관으로 사전투표의 실시 및 절차에 관한 규정을 명확하게 정하여야 할 것이다. 법원은 사전투표제도의 운영에 관한 정관 규정의 해석을 엄격하게 할 것을 요구하고 있다. 회사가 정관으로 사전투표기간을 정하는 때에는 그 시기와 종기를 명확히 할 필요가 있다. 채권자들이 주장하는 바와 같이, 사전투표제도의 목적, 투표관리의 안전성과 객관성, 사전투표의 공정성 등에 비추어 사전투표기간은 합리적 기간으로 정하여 주주가 사전투표를 하는 시기가 주주총회일로부터 너무 앞선 날이 되지 않도록 정할 필요가 있다.<sup>19)</sup>

이 사건에서 A회사의 정관이 정한 사전투표함의 비치기간인 “주주총회일 2주전부터 주주총회 개최 1일전 17시까지”는 사전투표기간을 의미하고 “주주총회일 2주전”은 주주총회일 2주전의 특정일을 의미하므로 정관은 사전투표의 시기와 종기를 명확하게 정하고 있다고 볼 수 있고, 법원도 같은 판단을 하고 있다. 따라서 정관 변경의 절차를 거치지 아니하고 이사회 결의만으로 사전투표기간을 정관에서 정한 기간보다 연장하여 사전투표를 한 것은 분명 정관을 위반하였다. 채무자들이 주장하는 바와 같이, 사전투표는 주주총회일에 직접 참석할 수 없는 주주에게 의결권의 행사기회를 보장하고 위임장투표(대리투표)에 비하여 투표의 비밀성이 보장되고 주주의 진정한 의사가 반영될 수 있다고 하더라도 사전투표기간을 함부로 연장할 수 있는 정당한 사유가 될 수 없다. 또한 관례에 따랐다는 사실이 부당하고 위법한 이익공여 사실을 정당화시킬 수 없다. 따라서 정관에 위반한 사전투표기간의 연장에 따른 주주총회의 결의는 그 결의방법이 정관을 위반한 점에서 결의취소의 대상이 되어야 한다.

---

19) 주주명부폐쇄기간은 3월을 초과하지 못하도록 하고, 기준일은 주주 또는 질권자가 권리를 행사할 날에 앞선 3월 내의 날로 정하도록 하는 상법의 규정(제354조 제2항과 제3항) 고려할 때 사전투표의 기간도 주주총회일 전 3개월 이내의 기간으로 정하도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 상법은 전자투표의 제출시기(종기)에 관해서는 주주총회 전날까지 종료하도록 하고 있고(상법 시행령) 서면투표의 경우에도 이와 같이 해석하는 것이 타당하다고 한다(이철송, 앞의 책, 549면), 그러나 어느 경우이든 그 시기에 관하여서는 정하고 있지 않다. 정관으로 이를 정할 수 있다고 보지만, 이에 관하여 정하고 있지 않다면 서면투표의 경우에는 주주가 회사로부터 주주총회의 소집통지와 동시에 의결권행사서면을 받은 때부터라고 할 수 있을 것이고(소집통지를 주주총회일의 2주전까지 하면 되므로 그 시기는 소집통지일에 따라 달라질 수 있다), 전자투표의 경우에는 이사회가 정한 때부터라고 할 수 있다.

## IV. 주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지

### 1. 이익공여 금지의 입법배경과 입법취지

상법은 회사는 누구에게든지 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여할 수 없도록 하고(제467조의2 제1항), 이에 위반하여 이익을 얻은 자는 그 이익을 회사에 반환하도록 하고 있다(동조 제3항). 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익이 회사로부터 주주 또는 제3자에게 제공되는 경우에는 주주의 권리행사가 재산상의 이익공여에 의하여 왜곡될 수 있고, 회사의 계산으로 이익이 공여됨으로써 회사의 재산적 손실을 끼치게 된다. 이른바 총회꾼이 주주총회의 운영을 교란하고 회사 경영진 또는 반대주주와 결탁하여 다른 주주의 권리행사를 방해하거나 부정한 방법으로 그들의 이익을 지켜주는 대가로 회사로부터 재산상의 이익을 수수하는 일이 자주 발생하자 이를 근절할 필요성이 있었다.<sup>20)</sup>

상법은 이미 주주총회에서의 의결권의 행사 등 관하여 ‘부정한 청탁’을 받고 재산상의 이익을 수수, 요구 또는 약속하는 행위를 처벌하고 있었으나(제631조 권리행사방해등에 관한 중수죄) 부정한 청탁에 대한 입증이 곤란하여 그 실효성을 확보하기 어렵기 때문에,<sup>21)</sup> 이를 근절할 목적으로 1984년 상법 개정시에 일본의 입법을 본받아 이익공여의 금지 규정 및 관련 벌칙 규정을 신설하였다.<sup>22)</sup> 일본에서는 총회꾼의 발호에 따른 폐해를 시정하기 위하여 1981년 상법 개정시에 이익공여금지의 규정을 두었고 이에 위반한 이사의 손해배상책임과 벌칙 규정을 신설한 바 있다.

이익공여 금지 규정의 입법취지에 관해서는 이른바 총회꾼과 회사의 불건전한 거래를 근절시키고자 하는데 있다는 견해,<sup>23)</sup> 회사자산의 낭비 방지에 있다는 견해,<sup>24)</sup> 주주총회의 운영의 정상화와 회사(다른 주주)의 이익 보호에 있다는 견해<sup>25)</sup> 및 회사 운영의 공정성 확보

20) 1997년 설문조사에 의하면, 설문응답회사의 77.4%에 달하는 회사가 총회꾼으로부터 금품 요구를 받은 경험이 있다고 한다(김성탁, 사례 주식회사법, 영남대학교 출판부, 2006, 939면 참조).

21) 최기원, 앞의 책, 952면; 최준선, 회사법, 삼영사, 2014. 한국상사법학회, 주식회사법대계 III, 법문사, 944면(제11장 벌칙, 한석훈 집필부분)에 의하면 ‘부정한 청탁’이란 권리의 행사·불행사에 관하여 위법하거나 현저하게 부당한 부탁을 의미한다. 따라서 단순히 주주총회에서 의안에 대한 찬성 또는 반대의 발언이나 의결권을 행사하도록 부탁하는 것은 부정한 청탁에 해당하지 아니한다. ‘부정’한 경우의 판단이 매우 미묘하고 곤란한 해석문제로 된다. 일본에서도 ‘부정한 청탁’이란 ‘권리행사를 부정하게 하도록 하거나 부정한 권리행사를 하도록 의뢰하는 것이다’라고 한다(菊地雄介, 總會屋に對する贈收賄罪の成立, 會社法判例百選(別冊ジュリスト 205号), 有斐閣, 2011, 211면). 일본의 판례는 총회꾼과 관련하여, 회사의 임원 등이 경영상의 부정이나 실책의 책임추궁을 면하기 위하여 주주총회에서 공정한 발전 또는 공정한 의결권의 행사를 방해할 것을 주주에게 의뢰하고 이에 대해 재산상의 이익을 공여하는 것은 부정한 청탁에 해당한다고 하였다(일본 最高法院 1969.10.16. 第一小法庭決定, 判例時報 572号 3頁).

22) 한국상사법학회, 주식회사법대계 II(이하 “대계II”라 한다), 법문사, 233면(이익공여금지, 정태영 집필 부분).

23) 법무부, 상법(회사편)해설자료, 2008.11., 140면; 이철송, 앞의 책, 982면; 임재연, 회사소송, 박영사, 2014, 136면.

24) 권재열, 앞의 논문, 132면.

25) 최기원, 앞의 책, 952면; 정동윤, 상법(상), 법문사, 2001, 728면; 최준선, 회사법, 삼영사, 2014, 401면. 주주총회의 건전·원활한 운영을 도모하기 위한 것이다(김성탁, 앞의 책, 940면), 주주권의 적정한 행사의 확보뿐만 아니라 회사자산의 유출방지를 위한 것이다(강위두·임재호, 상법강의(상), 형설출판사, 2009, 1071면), 주주의 의결권의 정당한 행사를 도모하여 회사지배의 왜곡을 방지하려는 것이다(정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2013, 1156면)는 견해도 같은 취지로 이해된다.

에 있다는 견해<sup>26)</sup>로 다양하다.<sup>27)</sup> 상법은 누구에게든지 ‘주주의 권리행사와 관련하여’ 재산상의 이익을 공여하는 것을 금지하고 있는 점에서 단지 회사재산의 낭비를 방지하기 위한 목적에서 이 규정이 신설되었다고 보기는 어렵다. 또한 이 견해에 의하게 되면 회사가 제공하는 이익과 상대방의 대가가 균형을 이루고 있는 때에는 회사에 손해(손실)가 발생하는 것은 아니므로 상법이 금지하는 이익공여에 해당하지 않게 되는 문제가 발생한다.

이 규정의 입법배경에서 본다면, 이 규정은 총회권 대책으로서 주주권의 공정한 행사를 확보함으로써 주주총회 운영의 정상화를 도모하는데 그 취지가 있었다고 본다. 일본에서는 입법시 총회권이라는 불명확한 개념을 쓸 수도 없고 입법기술상 이들만을 규제대상으로 삼을 수 없었기 때문에 이익공여의 상대방을 총회권을 포함한 ‘누구에게든지’라고 함으로써 입법취지 및 적용요건에 관한 다양한 견해가 주장되게 되었다고 한다.<sup>28)</sup>

이익공여의 금지 규정이 총회권 대책으로 출발하였다고 하더라도, 이 사건에서 보는 바와 같이 최근에는 회사 경영진이 자신들의 사적 이익을 위해, 즉 주주총회를 자신들에게 유리한 방향으로 이끌어 가기 위하여 주주들에게 재산상의 이익을 공여하는 일이 있고, 상법의 규정이 주주총회에서의 의결권행사에 국한되어 적용되는 것은 아니다. 따라서 이 규정의 취지는 회사와 총회권 등과의 사이에서 이루어지는 부정한 거래를 방지하고 주주의 권리행사가 부정한 영향을 받지 않고 공정하게 이루어지게 함으로써 주주총회 또는 회사 운영의 적정성·공정성을 확보하는데 있다고 보는 것이 현실에 맞다고 할 것이다.<sup>29)</sup> 총회권 대책으로 이익공여 금지 규정을 도입하였다고 이해되는 일본에서는, 최근에 총회권 이외의 자에게 이 규정을 적용하는 사례가 이어지면서 이 규정이 총회권 대책이라는 당초의 입법 동기를 넘어서 널리 회사운영의 공정성 또는 건전성을 확보하는데 그 취지가 있다고 해석되고 있다.<sup>30)</sup>

## 2. 이익공여 금지의 적용요건 검토

### 1) 이익공여의 당사자

상법이 금지하는 이익공여는 ‘회사에 의한 이익공여’에 한정된다. ‘회사에 의한 이익공여’란 회사의 계산(부담)으로 이익을 공여하는 것을 말한다. ‘주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄’를 정한 상법 제634조의2는 ‘회사의 계산으로’ 하는 이익공여가 처벌대상임을 명시하고 있다. 회사의 계산으로 이루어지는 한 그 명의를 불문한다.

이사 또는 주주 등이 자기의 계산으로 이익을 공여하는 것은 이익공여의 금지 규정과는 무관하다.<sup>31)</sup> 만약 이사가 자기의 계산으로 이익을 공여하였다면 이익공여 금지 규정의 적용

26) 김선정, 앞의 논문, 25면.

27) 국내의 학설과 일본의 학설 및 그 상세에 대해서는 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 233~235면과 권재열, 앞의 논문, 131~133면; 市川兼三, 앞의 논문, 225~221면(회사재산낭비방지설과 주주권행사영향방지설로 구분하고 있다) 참조. 일본에서는 회사운영의 공정을 의도한 규정으로 해석하는 것이 점차 다수로 보인다(上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 新版 注釋會社法(9), 有斐閣, 1999, 238면 참조).

28) 市川兼三, 앞의 논문, 225면.

29) 물론 회사 이외의 자의 계산으로 주주의 권리행사에 관련하여 이익을 공여하는 것은 허용되므로 주주의 권리행사의 공정이 근본적인 목적은 아니라는 반론도 일본에서 제시된 적이 있으나(한국상사법학회, 대계Ⅱ, 235면 주15 참조) 이 규정은 회사가 스스로 회사 운영의 공정성을 해치는 행위를 하지 못하도록 금지한 것으로 볼 수도 있다. 더욱이 최근에는 주주총회 운영의 민주화, 회사정보의 공시 등으로 인하여 총회권의 문제가 크게 등장하고 있지도 않다.

30) 이효경, 앞의 논문, 15면; 久保田安彦, 앞의 논문, 32면.

을 받지 않기 때문에 상법 제467조의2에 의하여 그 이익의 반환을 청구할 수 없다.<sup>32)</sup> 그러나 이사, 자회사 또는 관련단체 등을 이용한 공여라도 그 공여자의 명이나 공여 형식, 공여 명목에 얽매이지 않고 그 이익공여가 실질적·최종적으로 회사의 부담이 되는지를 따져 회사에 의한 이익공여 여부를 판단하여야 한다.<sup>33)</sup>

상법은 이익공여의 상대방을 ‘누구에게든지’라고 하여 특별히 제한하지 않고 있으므로 이익공여를 받는 자는 권리를 행사하는 주주 또는 그 대리인에 한정되지 아니한다. 반드시 주주로서의 자신의 권리행사뿐 아니라 다른 주주의 권리행사와 관련하여서도 이익을 공여받을 수 있다.<sup>34)</sup> 가족이나 자회사와 같이 주주와 특별한 관계가 있는 자, 주주가 지정한 자 및 주주에 대해 영향을 미칠 수 있는 자에게 이익을 공여하는 것으로 충분하다.<sup>35)</sup>

상법 제467조의2의 적용과 관련하여서는 이익을 공여하는 자는 주주의 권리행사와 관련하여 이를 공여한다는 점을 인식하고 있어야 하지만, 이익공여의 상대방은 반드시 이를 알고 있을 필요는 없다.<sup>36)</sup>

## 2) 재산상의 이익의 공여

### 가) 재산상의 이익

‘재산상의 이익’을 공여하는 것이 금지된다. ‘재산상의 이익’이란 널리 재산적 가치가 있는 유·무형의 모든 경제적 이익을 포함한다. 금전·물품·신용·용역의 제공이나 채무의 면제, 채권의 포기, 신주인수권의 부여, 재산상의 이익이 따르는 지위의 부여가 이에 포함된다.<sup>37)</sup> 이 사건에서 사전투표자에게 제공된 상품권은 말할 것도 없고, 골프장 예약이 쉽지 않은 점에서 그 예약권도 경제적 가치가 있는 재산상의 이익에 해당한다고 보았다.

재산상의 이익은 반드시 무상이어야 하는 것은 아니며, 유상이더라도 대가 즉 회사가 얻은 이익이 공여한 이익에 비하여 적은 때에는 재산상의 이익을 공여한 것으로 보아야 한다. 유상의 대가가 상당한 경우, 즉 공여한 이익과 회사의 이익이 균형을 이루고 있는 경우에도 이익공여에 해당하는가에 관하여는 이를 긍정하는 견해와 이를 부정하는 견해가 대립하고 있다.<sup>38)</sup> 긍정설에 의하면, 대가가 상당하더라도 그 거래 자체가 하나의 이권이 될 수 있기 때문에 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익이 공여된 것이면 그 대가의 상당성을 불문하고 이익공여에 해당한다.<sup>39)</sup>

31) 의결권의 매수·매도의 허용, 의결권구속계약의 효력, 의결권의 유상거래(의결권의 신탁적 양도나 자격양도)의 문제는 별도로 검토를 요한다.

32) 임재연, 앞의 책, 137면. 회사 이외의 자가 총회의 의결권행사에 관하여 다른 주주에게 금전을 교부하는 등 이익공여를 하더라도 ‘부정한 청탁’이 없는 한 상법 제631조의 벌칙 적용을 받지 아니한다.

33) 김선정, 앞의 논문, 26면; 최기원, 앞의 책, 952면; 한국상사법학회, 대계II, 236면.

34) 임재연, 앞의 책, 138면. 예컨대 어떤 주주가 회사의 경영진과 결탁하여 다른 주주들이 발인기회를 갖지 못하도록 하는 경우라면 다른 주주의 권리행사와 관련되어 있다.

35) 최기원, 앞의 책, 953면; 정동윤, 앞의 책, 728면; 정찬형, 앞의 책, 1156면; 강위두·임재호, 앞의 책, 1070면.

36) 김선정, 앞의 논문, 32면; 최기원, 앞의 책, 953면; 한국상사법학회, 대계II, 238면.

37) 이철송, 앞의 책, 983면.

38) 한국상사법학회, 대계II, 239면 참조. 일본의 경우 上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 앞의 책, 240면 참조.

39) 이철송, 앞의 책, 983면; 임재연, 앞의 책, 137면. 일본에서의 논의는 村田敏一, 앞의 논문, 827~833면 참조.

#### 나) 사회통념상 허용되는 범위 내의 선물 또는 금품

상장회사의 주주총회에서 주주총회의 정족수 부족사태를 방지하기 위하여 주주가 총회에 출석한 때에 회사가 준비한 간단한 선물이나 의결권 행사에 대한 사례로서 소액의 금품을 주주에게 증정하는 경우가 종종 있었다. 이러한 의례적인 선물 등은 총회 종료후에 제공되는 것으로 이익공여가 사전에 이루어지는 것과는 성격이 다르다고 할 수 있다.<sup>40)</sup> 현재는 주주총회 참석주주를 위한 기념품을 지급하지 않음을 미리 주주총회 소집통지에서 안내하는 경우가 많다.

주주의 권리행사와 관련하여 이루어지는 재산상의 이익의 공여는 일단 상법 제467조의2에 위반된다고 볼 수 있다. 그러나 회사에 의한 이익공여가 주주의 권리행사에 관한 것이라고 하더라도 예외적으로 허용되는 경우가 있을 것인데, 이러한 판단기준으로는 회사운영의 건전성과 회사재산의 낭비 방지라는 이익공여 금지의 취지에서 도출할 수 있다고 한다.<sup>41)</sup>

주주총회 참석주주들에게 교부하는 의례적인 선물 등을 이익공여로 볼 필요는 없고 이를 허용되는 것으로 보아야 한다면 그 근거는 무엇일까? 후술하는 주주의 권리행사와의 관련성을 인정할 수 없어서일까 아니면 ‘사회상규에 위배되지 아니한 행위’로서 위법성이 조각되는 것인가? 학설은 대체로 일반적인 관례에 어긋나지 않는, 사회통념상 허용되는 의례적인 것이면 위법한 이익공여로 볼 수 없다고 한다.<sup>42)</sup> 관례상 의례적인 것이면 이익공여의 위법성을 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 주주의 권리행사와의 관련성을 인정하기도 어렵기 때문에 정당한 목적을 위한 것이라면 사회통념상 허용되는 범위 내에서는 재산상의 이익을 제공할 수 있다고 본다. 이 사건에서 법원은 예약권과 상품권은 단순히 의례적인 정도에 그치지 아니하고 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 것으로 보았다. 더욱이 경영권 분쟁이 발생하고 있는 상황에서는 의례적인 선물 등도 주주의 권리행사에 영향을 미칠 수 있을 것이므로 이 경우에는 공여자의 주관적 의도를 고려하여 그 평가는 달라져야 할 것이며, 공여자의 주관적 의도를 별도로 고려하는 정당성의 평가가 필요할 것이다.

사회통념상 허용되는 범위 내의 것인지 여부는 제공되는 개별 이익이 상당한지, 그리고 그 총액이 회사의 재산 규모 등에 비추어 상당한지로 판단되어야 한다. 일본의 관례는 후술하는 바와 같이 주주총회 참가를 촉진하거나 의결권의 행사를 촉진하기 위하여 선물 또는 상품을 제공하는 것이 허용될 수 있는지 여부의 판단기준을 3가지 요소로 제시하고 있다.

#### 다) 주주평등의 원칙과의 관계

회사가 주주에게 자사의 영업에 관한 특별한 편익 또는 재산상의 이익을 제공하는 주주우대제도는 주주평등의 원칙과 관련하여 논의되어 왔다. 모든 주주에게 지주수에 비례하여 이익이나 편익을 제공하는 경우에는 주주평등에 위반하지는 않는다. 주주우대의 정도가 경미하고, 개인주주나 고객의 증대 등 합리적 필요성이 있다면 주주평등의 원칙에 위반하지 않는 한 허용된다고 할 수 있다.<sup>43)</sup> 그러나 우대를 받는 주주가 소수인 경우, 동일한 지

40) 前田庸, 會社法入門, 有斐閣, 2009, 365면.

41) 양만식, “위임장권유와 주주총회결의의 취소”, 기업법연구 제23권 제3호(2009.9.) 185면.

42) 최기원, 앞의 책, 954면; 이철송, 앞의 책, 983면. 김성탁, 앞의 책, 941면

43) 대법원 2009.2.26. 선고 2008도522 판결 참조(일반적으로 법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고

주주의 주주가 평등하게 취급되지 아니하는 경우, 지주수에 따른 우대가 역전되는 경우라면 주주평등에 위반한다고 볼 수 있다.

이와 같은 주주우대제도는 주주평등의 원칙에 위반하지 않는다고 하더라도, 금전이나 현물의 지급이 이익배당의 요건과 절차를 따르지 아니한 때에는 위법한 이익배당이 될 수 있고, 주주의 권리행사와 관련하여 이루어지는 때에는 이익공여에 해당하는 것으로 보아야 한다. 주주우대제도와 관련하여 주주에 대한 이익의 제공이 주주평등의 원칙에 위배되지 아니하는 경우에는 이익공여에 해당하지 아니하나, 주주에 대한 우대가 일부의 대주주에게만 그 혜택이 돌아가고 그 우대의 정도가 현저하여 배당가능이익에 영향을 미치는 경우와 같이 주주평등의 원칙에 위반하는 경우에는 동시에 이익공여에 해당한다고 하는 견해가 있다.<sup>44)</sup>

그러나 이익공여의 금지는 주주평등의 원칙에 위반하는 경우만을 규제대상으로 하는 것은 아니므로 주주의 권리행사와 관련하여 주주평등의 원칙에 위반하지 않는 방법으로 이익을 제공하는 경우에도 이익공여에 해당한다고 보아야 한다.

이 사건에서는 사전투표 및 직접 투표를 한 주주에 대해서만 예약권과 상품권을 제공하고 위임장투표를 한 주주에 대해서는 이를 제공하고 있지 아니한 점에서 일단 주주평등의 원칙에 위반한 것이 된다. 가처분 사건 1심 법원은 정관상 다양한 의결권행사방법이 인정되고 있음에도 예약권이나 다액의 상품권을 제공하는 방법으로 특정 의결권 행사방법만을 독려하는 행위는 의결권 행사를 독려하는 정당한 방법으로 보기 어렵다고 보았다. 옳은 판단이다. 그런데 이익공여 자체가 주주평등의 원칙에 위반한다고 하더라도 이것이 바로 결의방법이 주주평등의 원칙에 위반한 것이 되어 주주총회결의 취소의 원인이 된다고 볼 수 없다.

### 3) 주주의 권리행사와의 관련성

#### 가) 주주의 권리행사

a) 재산상의 이익은 ‘주주의 권리행사’와 관련하여 공여되어야 한다. 주주의 권리란 주주의 지위에서 법률상 인정되는 개별적인 권리로서 공익권뿐만 아니라 자익권 모두를 포함한다. 자익권 중에서도 명의개서청구권을 포함한다고 보는 것이 일반적인데,<sup>45)</sup> 주주가 명의개서를 하기 전에는 주주로서의 지위를 회사에 대해 주장할 수 없는 점에서 주주의 지위를 취득하기 전에는 이익공여의 금지 규정이 적용되지 아니한다는 견해에 의하면<sup>46)</sup> 명의개서청구권의 행사는 주주의 권리라고 보기는 어려울 것이다.

주주의 권리의 행사란 주주의 권리의 행사·불행사 및 행사방법 등을 말하며 그 위법성 여부는 문제되지 아니한다.<sup>47)</sup> 그리고 주주의 권리가 의결권에 한정되는 것은 아니기 때문에 주주총회에서의 의결권 행사 여부뿐만 아니라 의결권 이외의 권리행사와 관련하여 이익이 제공되는 경우에도 적용된다.

---

는 일용 유효한 것으로 볼 수 있는 점, 회사의 대주주 및 임직원, 기타 관계자들에 대하여 회사 시설의 사용이나 그에 관한 비용지불 등에 관하여 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에서 어느 정도의 우대규정을 두고 이를 적용하는 것은 회사의 자율적인 운영권의 범주 내에 해당한다.)

44) 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 240면; 정쾌영, “주주평등의 원칙에 대한 재고”, 상사판례연구 제23집 제4권 (2010), 155면.

45) 김선정, 앞의 논문, 31면; 권재열, 앞의 논문, 138면.

46) 김선정, 앞의 논문, 27면에서는 일본의 소수설이라고 하나 그 자료를 확인할 수 없다.

47) 이철송, 앞의 책, 983면.

b) 주주가 아닌 경우에도 주주의 권리행사와의 관련성을 인정할 수 있는가? 현재 주주가 아니라면 주주의 권리행사의 문제는 발생하지 않는다고 보아야 하지만, 주주가 아닌 자가 주식을 취득하여 장차 회사 또는 경영진에게 적대적인 세력이 될 것을 우려하여 회사의 주식을 취득하지 않을 것을 조건으로 이익을 제공하는 것은 일반적으로 주주의 권리행사와 관련하여 이익을 공여한 것으로 해석하고 있다.<sup>48)</sup>

c) ‘주식의 양도’ 자체는 ‘주주의 권리행사’라고 할 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 주식을 양도하거나 양도하지 아니할 것을 조건으로 이익을 제공하는 것은 모두 주주의 권리행사에 관한 이익공여에 해당한다고 보는 견해가 있고,<sup>49)</sup> 일본에서도 유력한 견해로 받아들여지고 있다.<sup>50)</sup>

일본의 하급심 판례는 회사에 적대적인 주주가 보유한 주식을 제3자가 매수하도록 하고 이에 필요한 자금을 제공한 것에 대해 주식의 양도 자체는 주주의 권리행사라고 할 수 없다고 하면서도, 경영진에게 적대적인 주주에 대해 주주총회에서 의결권을 행사하지 못하도록 하는 것은 그 의도와 목적에서 볼 때 주주의 권리행사와 관련하여 이익을 공여한 것으로 볼 수 있음을 인정하였다.<sup>51)</sup> 이에 이어 일본 대법원은 주식의 양도는 주주의 지위의 이전이고 그것 자체는 주주의 권리행사라고 할 수 없기 때문에 회사가 주식 양도의 대가로서 누군가에게 이익을 공여하더라도 당연히 일본 상법에 의하여 금지되는 이익공여에 해당하지 않지만, 회사에 비우호적인 특정 주주에 의한 의결권등의 권리행사를 회피할 목적으로 하여 해당 주주로부터 주식을 양수하기 위한 대가를 누군가(이른바 그린메일러: green mailer)에게 제공하는 행위는 주주의 권리행사에 관한 이익공여에 해당한다고 판시하였다.<sup>52)</sup>

개정 상법 하에서는 자기주식의 취득금지 규정이 완화된 결과 회사가 직접 또는 자회사나 관련회사를 통하여 우회적으로 적대적인 주주로부터 주식을 취득하거나 그 주식을 취득하도록 자금을 제공하는 것이 가능하기 때문에 이와 같은 상황이 발생하는 때에는 이익공여의 금지 규정의 적용 여부를 검토해 보아야 한다.

## 나) 관련성

48) 최기원, 앞의 책, 953~954면; 정동윤, 앞의 책, 728면; 이철송, 앞의 책, 983면; 최준선, 앞의 책, 401면; 김성탁, 앞의 책, 942면; 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 243면 참조. 통설로 이해된다.

49) 김선정, 앞의 논문, 31면; 최기원, 앞의 책, 954면; 강위두·임재호, 앞의 책, 1071면. 통설로 이해된다.

50) 이효경, 앞의 논문, 9면 참조.

51) 일본 東京地方法院 1995.12.27. 判例タイムズ 912号 238면. 이른바 國際航業事件이다.

52) 일본 最高法院 2006.4.10. 民集 60卷 4号 1273면(酒卷俊雄·尾崎安央 編著, 會社法重要判例解説, 成文堂, 2009, 376-377면 참조). 구체적인 사실관계와 관련 판지는 다음과 같다: B사는 A(그린 메일러)가 보유하고 있는 대량의 B사 주식을 폭력단의 관련회사에 매각하였다고 하는 A의 말을 믿고 폭력단관계자가 B사의 대주주로서 B사의 경영등에 간섭하는 사태가 일어날 것을 두려워하여 이를 회피할 목적으로 B사로부터 주식을 환매하기 위하여 약 300억엔이라고 하는 도무지 정당화되지 않는 거액의 금원을 우회융자 형식을 취하여 A에게 공여하였다는 것이어서 B사가 행한 위 이익의 공여는 주주의 권리의 행사에 관하여 행해진 것이라고 하여야 할 것이다. 이 사건 대응책에서는 형식적으로는 관련회사가 융자의 주체로서 관여하고 있고 B사 자신 및 그 100% 자회사인 C사도 소유물에 담보를 설정하는 등으로 관여되어 있는 이상 관련회사가 지급불능으로 되면 B사가 최종적으로 관련회사의 채무를 인수하지 않을 수 없다고 하는 전제가 있었다고 하는 것이기 때문에 본건 대응책에 기하여 채무의 인수 및 담보제공의 실질은 B사가 관련회사를 통하여 한 거액의 이익공여라는 점을 부정할 수 없다. 그리고 본건 대응책은 A가 B사 주식을 D은행등에 매각하는 등이라고 발언하고 있는 상황 하에서 장래 A로부터 주식을 취득하는 자의 주주로서의 권리행사를 사전에 봉쇄하고 동시에 A의 대주주로서의 영향력의 행사를 봉쇄하기 위하여 채용된 것이기 때문에 본건 대응책에 기한 채무의 인수 및 담보제공은 주주의 권리의 행사에 관하여 행해진 것이라고 하여야 할 것이다.

a) 이익공여는 ‘주주의 권리행사와 관련하여’ 이루어져야 한다. ‘권리행사와 관련하여’란 주주의 권리행사에 영향을 미치는 모든 경우를 의미하고,<sup>53)</sup> 주주권의 행사·불행사 및 행사 방법 등을 합의하고 이에 관하여 이익을 공여하는 것은 주주의 권리행사와 관련하여 이익을 공여하는 것이 된다고 한다.<sup>54)</sup>

관련성을 이와 같이 넓게 해석하면 이익공여 금지의 적용범위가 너무 확대되는 문제가 있을 수 있다. 이 점을 의식하여, 실제 해석시에는 이익공여과 회사에 필요하고 유익한가, 반사회적인 것은 아닌가 하는 이익공여의 합리성과 주주권의 행사에 대해 영향을 미칠 것을 기대하는 주관적 의도 또는 동기를 고려하여 그 요건 해당성을 판단함으로써 그 적용범위를 한정하는 해석방법이 나타났다.<sup>55)</sup>

b) 주주의 권리행사와 관련하여 이익공여자의 의도 또는 인식이 필요한가에 대해서는 이익공여와 권리행사의 관련성은 회사가 주주의 권리행사에 영향을 주려는 의도를 가지고 있을 때에 인정된다고 하여 이를 대체로 긍정한다.<sup>56)</sup> 이에 의하면 가령 정족수 확보 등을 목적으로 총회 참석 주주에게 금품을 제공하거나 우리사주조합원에게 종업원의 후생을 일정비율로 금전을 제공하는 것은 주주의 권리행사에 영향을 주려는 의도가 없다고 하여 이익공여에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.<sup>57)</sup>

이 사건에서 채무자들은 이익공여의 금지 규정은 의결권의 행사를 독려하기 위하여 금품 등을 제공하는 경우에는 적용되지 아니한다고 주장하였으나, 대법원은 당사자들 사이에서 주주총회의 결의를 통한 경영권다툼이 벌어지고 있는 상황에서 채무자 甲의 주도로 사전투표기간이 연장되고 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 예약권과 상품권이 제공되었으며 이를 제공받은 다수의 주주가 사전투표에 참가하여 채무자 甲에 투표하여 투표결과에 영향을 미친 점에서 이러한 이익은 의결권이라는 주주의 권리행사에 영향을 미치기 위한 의도로 공여된 것으로 보인다고 하여 이익공여와 주주의 권리행사의 관련성을 인정하고 있다. 현행 상법은 주주총회의 정족수라는 개념조차 인정하지 않고 있으므로 이익공여가 정족수 확보라는 목적에 어느 정도 기여하는지는 구체적 사정에서 그 필요성을 따져 볼 필요가 있다.

이에 관한 일본의 초기 판례도 종업원지주회(우리사주조합)에 대한 출연, 주주인 거래처에 대한 우대 등의 경우에 회사에게는 주주의 권리행사에 관하여 이익을 공여할 의도가 없다고 하여 그 관련성을 부정하였다.<sup>58)</sup> 왜냐하면 특정의 주주인 종업원지주회원들에 대한 무상의 공여는 주주의 권리행사에 관하여 공여된 것으로 추정되지만, 지주회제도에서도 의결

53) 최기원, 앞의 책, 953면; 정동윤, 앞의 책, 728면; 정찬형, 앞의 책, 1156면; 김선정, 앞의 논문, 31면; 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 241면 참조; 前田庸, 앞의 책, 365면. 상법상의 이익공여의 금지에 있어서 권리행사와 ‘관련하여’의 의미는 넓게 해석하여야 하는데, 이를 위해서는 미국의 증권거래법(1934년 증권거래소법)상 매매와 ‘관련하여(in connection with)’ 이루어지는 사기행위를 금지하는 규정(제10조 (b))에서 ‘관련하여’의 해석을 참조할 만하다. 이 요건은 매매와 사기 사이에 인관관계가 있어야 한다는 의미가 아니라 사기의 구체적인 내용이 매매와 관련을 맺고 있어야 한다는 의미인데(김건식·송옥렬, 미국의 증권규제, 홍문사, 2001, 311면), 판례는 관련성을 매우 넓게 해석하고 있다.

54) 이철송, 앞의 책, 983면.

55) 村田敏一, 앞의 논문, 834면 주9의 문헌 참조. 주관적 요건, 사회적 상당성·합리성과 같은 애매한 요건에 의존하는 해석방법은 법적 안정성을 크게 해칠 수 있다고 비판한다.

56) 최기원, 앞의 책, 953면; 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 242면 참조.

57) 최기원, 앞의 책, 954면. 동지: 정동윤, 앞의 책, 728면(공익사업을 위한 기부, 종업원자녀에 대한 장학금지급, 거래처에 대한 구제금융)도 규제대상이 아니라고 한다.

58) 일본 福井地方法院 1985.3.29. 判タ 559号 275면, 金判 720号 40면. 이른바 熊谷祖従業員持株會事件이다. 이효경, 앞의 논문, 6면 인용자료 참조.

권행사에 대한 회원의 독립성은 확보되어 있고 이사 등의 의사를 그 의결권행사에 반영시키는 방법이 제도상 마련되어 있지 않으며, 회원이 자유롭게 탈회하거나 주식을 처분할 수 있기 때문에 지주회에 대한 주식구입자금의 제공은 회원에 대한 복리후생의 목적에서 이루어진 것으로서 주주의 권리행사에 관하여 이루어진 것이라고 볼 수 없다고 한다.<sup>59)</sup>

또 다른 일본의 판례는 철도회사가 일부의 주주에게 우대승차권을 초과 교부한 것이 문제된 사안에서, 주주에 대한 우대승차권이 무상으로 교부되었으나, 사회통념상 허용되는 범위 내에서 적정하게 이루어지는 한, 이익공여에 해당하지 않는다고 하였다. 외형상 이익공여에 해당되더라도, 사회통념상 허용되는 범위 내에서 이루어진 것이라면 회사에게는 주주의 권리행사에 관하여 이익을 제공한다는 의도는 없었다고 하여 그 관련성 추정을 번복하고 있다.<sup>60)</sup>

c) 그러나 주주총회의 정족수 확보라는 정당한 목적을 위한 경우에도 주주의 권리행사에 영향을 미칠 염려가 있는 때에는 비록 의례적인 선물조차 이익공여에 해당한다고 보아야 할 것이다. 위의 판례와는 반대로 일본의 하급심 판례 중에는 의례적인 범위 내의 상품권의 증정일지라도 주주의 권리행사에 영향을 미칠 수 있는 때에는 이익공여에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다고 하였다.<sup>61)</sup> 동 법원은 회사가 제출한 의안에 대하여 찬성할 것을 회사가 요청하고 그 찬반을 묻지 않고 의결권을 행사한 주주에게 동일한 금액의 금품(500엔 상당의 선불카드)을 증정한 것이 ‘회사제안에 찬성하는 의결권행사의 획득을 목적으로 한 것이어서 주주의 권리행사에 영향을 미칠 우려가 없는 정당한 목적에 의한 것이라고 할 수 없기’ 때문에 주주권의 행사에 관한 이익공여에 해당한다고 하여 결의취소청구를 인용하였다. 그러면서 주주의 주주총회 참석을 촉진하기 위하여 출석주주에게 간단한 선물을 증정하거나 의결권행사의 촉진을 위하여 약소한 물품을 교부하는 것은 위임장쟁탈전 등이 행해지고 있지 아니한 상황에서는 허용될 수 있다고 생각된다고 하면서 이를 위한 판단기준으로서 ① 주주의 권리행사에 영향을 미칠 우려가 없는 정당한 목적에 기하여 이루어져야 하고, ② 개개의 금액이 사회통념상 허용되는 범위 내이어야 하고, ③ 그 총액은 회사의 재산적 기초에 영향을 미치지 않아야 한다는 세가지 요소를 제시하였다.<sup>62)</sup>

이 판결이 내포하는 의미는 경영진과 주주가 총회의 결의를 둘러싸고 대립하고 있는 상황에서 의결권행사와 관련하여 회사가 주주에게 금품을 제공하는 것은 이로써 주주가 회사에 유리한 의결권행사의 의무를 부담하는 것도 아니고, 그리고 제공되는 금품이 사회통념상 허용되는 범위에 그친다고 해도, 당해 주주의 주체적인 판단에 어떤 영향을 미칠 우려가 있으므로 위법하다는 것이고, 이익배당의 형태로 정규적으로 주주에게 분배하는 것을 제외하고는 회사가 주주 개인에게 금품을 제공하는 것은 구체적인 피해의 존부에 관계 없이 신중하게 그 당부를 검토하여야 한다는 점이다.<sup>63)</sup>

59) 같은 입장을 취한 견해로서는 최기원, 앞의 책, 954면. ‘공익사업을 위한 기부, 종업원자녀에 대한 장학금지급, 거래처에 대한 규제금융’도 규제대상이 아니라고 한다(정동운, 앞의 책, 728면).

60) 일본 高松高等法院 1990.4.11. 金判 859호 3면, 商事法務 1253号 1631면. 이른바 土佐電氣鐵道事件이다. 이효경, 앞의 논문, 7면 인용문헌 참조; 江頭憲治郎, 株式會社法, 有斐閣, 2011, 331~332면 주22 참조.

61) 일본 東京地方法院 2007.12.6. 金判 1281호 37면. 이른바 모리텍스事件判決이다.

62) 川島いづみ, 利益供與と株主總會の決議瑕疵, 法律時報 80卷 11号(2008), 35면; 이효경, 앞의 논문, 14면 참조. 近藤光男, 最新株式會社法, 中央經濟社, 2009, 198면에서는 이 경우에는 위법성을 부정해야 한다고 한다.

63) 酒井太郎, “議決權買収(voting buying)について”, 「會社法・金融法の新展開」, 中央經濟社, 2009, 179면 주5. 그러나 회사의 비용을 투자자에게 정보를 제공하는 것이 이익공여로 금지된다고 볼 필요는 없다.

주주의 권리행사와 관련하여 사전에 또는 사후에 이익을 공여하는 것이면 이에 해당하기 때문에, 이익의 공여 또는 이에 관한 합의가 실제로 권리의 행사에 영향을 미치는지는 문제 되지 아니한다.<sup>64)</sup>

#### 다) 이익공여의 추정

이익공여의 금지 제도의 목적이나 취지에 비추어 볼 때 그 적용범위를 정함에 있어서 ‘관련성’을 넓게 인정할 필요성이 있다. 그러나 공여이익의 반환을 청구하는 회사 또는 대표소송을 제기하는 주주가 그 관련성을 증명하는 것이 현실적으로 쉽지 않은 측면이 있다. 그래서 상법은 이익공여의 금지 규정의 실효성을 확보할 목적으로 일정한 경우에는 주주의 권리행사와 이익공여의 관련성을 추정하여 그 관련성의 입증책임을 전환하고 있다. 즉 회사가 특정의 주주에 대하여 무상으로 재산상의 이익을 공여한 경우 또는 회사의 특정의 주주에 대하여 유상으로 재산상의 이익을 공여한 경우에 있어서 회사가 얻은 이익이 공여한 이익에 비하여 현저하게 적은 때에도 주주의 권리행사와 관련하여 이익을 공여한 것으로 추정한다(제467조의2 제2항).

관련성이 추정되는 경우는 특정의 주주에 대하여 이익이 공여된 경우에 한정되므로, 주주 전체 또는 총회출석주주 전원이나 추첨에 의하여 선정된 일부 주주에게 이익이 공여된 경우에는 그 적용이 없다.<sup>65)</sup> 주주가 아닌 자가 경영권을 위협할 정도의 주식을 취득하지 않겠다고 회사와 합의하면서 이익을 공여받은 경우에는 이익을 공여받을 당시 회사의 주주가 아니므로 주주의 권리행사와의 관련성이 추정되지 않는다고 한다.<sup>66)</sup>

이 추정 규정은 주주평등의 원칙에 위반되지 아니하는 때에는 일단 그 적용이 없다고 볼 수 있고, 회사가 얻은 이익이 공여한 이익에 상당한 때에도 관련성의 추정이 없을 뿐 주주의 권리행사와 관련한 이익공여로 볼 수 있음을 예상하고 있는 규정으로 이해된다.<sup>67)</sup>

특정의 주주는 아니라고 할지라도 그와 특별한 관계에 있는 제3자에 대하여 주주의 지시에 의해 이익을 공여한 때 또는 특정의 주주의 가족이나 그 주주가 중요한 구성원인 단체에 이익을 공여한 때에는 주주에 대한 이익공여로 추정되는가에 대해서는 견해가 대립되나,<sup>68)</sup> 특정의 주주에 그 경제적 이익이 귀속하는 경우라면 특정의 주주에 대하여 이익을 공여한 것으로 추정하는 것이 가능하다고 본다. 관련성의 추정이 반복될 수 있기 위해서는 주주의 권리행사에 영향을 미칠 염려가 없었다거나 그럴 의도가 없었음이 증명되어야 한다.

이 사건에서는 위임장투표자를 제외하고 사전투표자와 소수의 현장투표자, 즉 특정의 주주에 대하여 무상으로 사회통념상 허용범위를 넘는 예약권과 상품권을 공여한 경우에는 주주의 권리행사와 관련하여 공여한 것으로 추정되어야 하므로, 회사 또는 이사들이 이와 같은 재산상의 이익을 주주총회에서의 의결권의 행사와 관련하여 공여한 것이 아님을 증명하지 못하는 한 주주의 의결권행사와 관련하여 이익을 공여한 것으로 추정되어야 한다.

64) 권재열, 앞의 논문, 138면.

65) 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 244면 및 인용되는 문헌 김선정, 앞의 논문, 33면.

66) 최기원, 앞의 책, 954면; 임재연, 앞의 책, 138면.

67) 최기원, 앞의 책, 955면.

68) 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 244면 참조.

## V. 이익공여의 효과와 주주총회의 결의의 하자

### 1) 이익공여의 효과 일반

회사가 이익공여 금지의 규정에 위반하여 재산상 이익을 공여한 때에는 공여받은 자는 이를 회사에 반환하여야 한다(상법 제467조의2 제3항 1문).<sup>69)</sup> 이익의 반환에 대해서는 주주대표소송이 인정되고, 회사에 이익을 반환하는 자는 회사에 대가를 지급한 것이 있는 때에는 그 반환을 받을 수 있다(동 제4항과 제3항 2문). 반환의 범위와 관련하여서는 받은 이익 전부에 미치는지, 받은 현물이 소비된 때에는 수령 당시의 이익 상당액을 반환하여야 하는지, 공여받은 자의 행위를 통하여 이익이 발생하는 경우에는 회사의 실제 공여이익인지 아니면 공여자의 수익인지 등의 문제가 있다.<sup>70)</sup>

또한 회사에 의한 이익공여가 이루어진 경우 이를 실행한 이사 등은 법칙의 제재를 받는 경우 외에도 이사 등의 선관주의 의무 및 충실의무 위반에 따른 손해배상책임이 발생한다. 이익공여가 이사회 결의에 의한 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 같은 책임을 진다.

### 2) 주주의 권리행사의 효력

주주의 권리행사와 관련하여 이익이 공여되더라도 관련된 주주의 권리행사 자체의 효력에는 영향이 없다.<sup>71)</sup> 이렇게 보는 이유는 이익공여 금지 규정의 목적은 주주의 권리행사와 관련된 불공정한 거래를 방지하자는 것이고 주주권행사 자체는 위법·불공정을 요하지 않기 때문이라거나,<sup>72)</sup> 이익공여가 단지 주주의 권리행사의 동기에 영향을 미칠 뿐이므로 주주의 권리행사가 위법하여 무효로 되지는 않는다고 한다.<sup>73)</sup>

### 3) 주주총회의 결의의 하자

a) 이익공여에 따른 의결권의 행사가 주주총회의 결의에 영향을 미치는가에 관해서는 우리나라의 학설은 대체로 이익을 얻은 대가로 의결권을 행사하였다고 하더라도 이익공여는 의결권행사의 동기에 불과하므로 주주총회의 결의 자체의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 한다.<sup>74)</sup>

그러나 상법은 주주총회의 공정한 운영을 위하여 소집절차 및 결의방법에 대해 엄격한 규정을 두고 있고, 이를 준수하지 못하였거나 그 결의내용이 어떠한가에 따라 주주총회결의취소의 소 및 결의무효확인 소를 두고 있고, 소집절차 또는 결의방법의 하자가 중대한 때에는 주주총회결의부존확인의 소를 제기할 수 있게 하고 있는 점에서 본다면, 주주총회의 적정한 운영을 위하여서는 위법한 이익공여가 있었고 주주의 의결권행사가 그 영향을 받았다고 볼 수 있거나 그 결의의 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 때에는 주주총회의 결의의 하자가 있다고 보아야 할 것이다.

69) 이 반환규정은 민법의 부당이득에 대한 특칙으로 보는 것이 통설적 다수설이나, 이익공여는 민법상의 비채변제도, 불법원인급여도 아닌 점에서 민법의 특칙이 아니라고 보는 견해도 있다(김성탁, 앞의 책, 942면).

70) 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 245~246면 참조.

71) 통설로 이해된다.

72) 이철송, 앞의 책, 984면; 김선정, 앞의 논문, 34면.

73) 강위두·임재호, 앞의 책, 1071면; 임재연, 앞의 책, 140면.

74) 정동윤, 상법(상), 법문사, 2001, 729면; 최준선, 앞의 책, 402면; 한국상사법학회, 대계Ⅱ, 247면 참조.

b) 주주총회의 결의의 하자는 이익공여의 태양에 따라 달라질 수 있다.<sup>75)</sup> 총회꾼 등 주주가 회사측의 의사진행에 협력하고 다른 주주의 발언이나 질문기회를 봉쇄한 채 결의가 이루어졌다면 결의방법이 현저하게 불공정한 경우로 인정되고 있다.<sup>76)</sup> 이익공여 여부가 분명하지 아니한 상황에서, 판례는 주주총회에서 의결정족수와 상정안건에 대한 찬성 여부를 확인하지 않고 총회꾼을 동원하여 상정된 안건을 박수로 통과시킨 주주총회의 결의는 취소의 대상이 된다고 판시한 바 있다.<sup>77)</sup>

일본의 학설은 이익공여가 있었던 주주총회의 결의는 그 결의방법이 법령에 위반하는 것으로 보고 있다.<sup>78)</sup> 그 이유는 주주의 권리행사에 관한 이익공여가 금지되고 있어 의결권 행사 자체에 관하여 재산상의 이익이 공여되면 위법하게 된다고 해석되기 때문이라고 한다.<sup>79)</sup> 일본의 이른바 모리텍스사건에서는 (의결권을 행사한 주주에게 소액의 기프트카드가 교부된다고 하는 상황하에서 의결권이 행사된 경우 이는) ‘이익공여를 받은 의결권의 행사라고 평가되었기 때문에 주주총회의 결의는 (일본 회사법 제120조 제1항이 금지하는) ‘이익공여를 받은 의결권행사에 의하여 가결된 것이어서 그 결의방법이 법령에 위반한 것이라고 할 수 밖에 없으므로 취소를 면할 수 없고, 또한 위반의 사실은 중대하고 주주에 의한 의결권행사에 적지 않은 영향을 미쳤다는 사실이 밝혀졌기 때문에 재량기각의 대상이 될 수 없다’고 하였다.<sup>80)</sup>

만약 회사가 특정한 주주제안을 부결시키기 위하여 일반주주에 대하여 이익공여를 하고 이에 의하여 그 주주제안이 부결된 경우에는 주주의 권리행사에 관한 이익공여가 성립할 것이지만, 문제로 되는 결의 자체가 성립하지 않았기 때문에 결의취소의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 이사의 선임에 관한 회사의 제안과 이에 대답하는 주주의 제안이 제출된 경우에 주주측의 제안을 부결시키기 위하여 이익공여가 이루어지고 회사측의 의안이 성립하였다면 그 성립한 결의는 그 결의방법에 하자가 있는 것으로 보아 결의취소의 문제로 다루어야 할 것이다.<sup>81)</sup> 반면에 회사측의 제안과 주주측의 제안에 관하여 위임장쟁탈전이 행하여지고 있는 상황에서, 주주제안을 한 주주측이 일반주주로부터 주주제안에 찬성하는 위임장을 수집하기 위하여 이익을 공여하는 것은 이익공여 금지 규정의 대상이 되지 않는다. 그러나 이와 같은 상황에서 주주에 의한 이익공여 행위는 허용된다고 보는 것은 회사에 의한 이익공여가 금지되는 것에 비교하여 볼 때 확실히 불공정하다고 생각되므로, 특정 주주제안을 성립시키기 위해 그 제안을 한 주주측이 일반주주에게 재산상의 이익을 공여하고 이로 인하여 당해 주주제안이 총회에서 가결된 경우에는 결의방법이 현저하게 불공정한 때에 해당하여 결의취소사유로 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>82)</sup>

c) 이 사건에서는 경영진과 반대주주들 사이에서 당사자들 사이에서 주주총회의 결의를

75) 川島いづみ, 앞의 논문, 35면 이하에서는 이익공여의 태양에 따라 주주총회의 결의의 하자를 결의방법의 법령위반, 결의방법의 현저한 불공정 및 현저하게 부당한 결의로 나누어 그 성립 여부를 검토하고 있다.

76) 이철송, 앞의 책, 584면.

77) 서울민사지법 1997.12.12. 선고 97가합32890 판결; 서울고법 1998.8.25. 선고 98나5267 판결(1심 법원과는 달리 취소사유가 됨을 인정하면서도 재량기각을 하고 있다).

78) 川島いづみ, 앞의 논문, 35면.

79) 前田庸, 앞의 책, 365면.

80) 川島いづみ, 앞의 논문, 35면 참조.

81) 川島いづみ, 앞의 논문, 35면. 이철송, 앞의 책, 499면 참조.

82) 川島いづみ, 앞의 논문, 36면.

통한 경영권다툼이 벌어지고 있는 상황에서 정관에 위반하여 사전투표기간이 연장되고 사전 투표자에게만 사회통념상 허용되는 범위를 넘어서는 예약권과 상품권이 제공되었으며 이를 제공받은 주주의 투표성향이 투표결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 있으므로 이 사건 주주총회는 그 결의방법이 법령에 위반하여 결의취소의 원인이 된다고 판단하였다.

정관에 위반하여 사전투표기간을 연장한 채 이루어진 주주총회의 결의는 그 결의방법이 정관에 위반한다고 할 수 있다. 주주평등의 원칙에 위반하는 이익공여가 있었다고 하여 이것이 바로 결의방법 자체를 주주평등에 위반한 것으로 만들지는 않는다. 이익공여 금지 규정의 위반이 있다고 하여 그 위반 사실이 바로 총회결의취소의 원인이 되는 결의방법이 법령에 위반하는 경우로 된다고 보기는 어렵다. 이익공여가 항상 주주의 권리행사에 실질적인 영향을 미친다고 단정할 수 없기 때문이다.

그러나 주주의 의결권의 행사와 관련한 이익공여의 동기, 위반의 형태와 정도 등에 따라서는 주주총회의 결의 자체의 효력을 문제삼을 수 있어야 한다고 본다. 이익공여 금지 규정을 설정한 취지가 주주총회 또는 회사 운영의 정상화·공정성을 확보하는데 있다고 보아야 한다면, 그 위반이 중대하거나 결의의 공정한 성립을 방해한 경우에는 총회의 결의방법이 법령에 위반하거나 현저하게 불공정한 것으로서 결의취소의 원인이 되어야 한다고 본다. 이 사건에서처럼 경영권 분쟁이 발생한 상황에서 주주의 의결권의 행사와 관련한 이익공여가 주주총회결의의 결과에 영향을 줄 가능성이 있는 이상, 주주의 의결권행사와 관련하여 이익이 공여되고 이에 영향을 받았을 주주총회의 결의가 이루어진 경우에는 결의방법이 법령에 위반하였거나 현저하게 불공정한 것으로서 결의취소의 원인이 될 수 있다고 본다.<sup>83)</sup>

#### 4) 법원에 의한 재량기각의 당부

##### 가) 재량기각의 의의

결의취소의 소가 제기된 경우에 결의의 내용 및 회사의 현황과 제반사정을 참작하여 그 취소가 부적당하다고 인정한 때에는 법원은 그 청구를 기각할 수 있다(제379조). 법원은 당사자의 주장이 없더라도 재량에 의하여 직권으로 취소청구를 기각할 수 있다. 상법은 법원이 '결의의 내용 및 회사의 현황과 제반사정'을 참작하여 재량기각할 수 있게 하고 있는데, 이는 법원에 너무 넓은 재량권을 인정하는 것이 된다고 비판된다.<sup>84)</sup>

##### 나) 재량기각의 판단기준

상법 제379조의 취지는 '결의의 절차에 하자가 있는 경우에 결의를 취소하여도 회사 또는 주주의 이익이 되지 않든가, 이미 결의가 집행되었기 때문에 이를 취소하여도 아무런 효과가 없든가 하는 때에 결의를 취소함으로써 오히려 회사에 손해를 끼치거나 일반거래의 안전을 해치는 것을 막고 또 소의 제기으로써 회사의 질서를 문란케 하는 것을 방지'하는데 있는 것으로 보고 있다.<sup>85)</sup>

83) 양만식, 앞의 논문, 184~185면에서는 위임장권유규제의 위반에 대해 같은 논지를 펴고 있다.

84) 동일한 규정을 두고 있었던 개정 전의 일본 상법(1950년 개정전)이 이와 같은 비판을 받았다. 유영일, "주주총회결의취소의 소와 법원의 재량기각-재량기각요건에 관한 우리와 일본판례의 비교를 중심으로-", 상사판례연구 제16집(2004.6.), 136~137면 및 인용문헌 참조.

이 점에서 재량기각은 회사법률관계의 안정을 위한 제도이지만, 위법·부당한 주주총회의 운영을 용인하는 결과를 초래할 수 있으므로 재량기각은 매우 엄격한 기준에 의하여 한정적으로 이루어져야 한다.<sup>86)</sup> 이를 판단하는 때에는 하자의 성질 및 정도 등이 회사법적 관점에서 용인될 수 있는지, 결의가 취소가 회사나 주주 또는 거래안전에 어떠한 영향을 미치는지를 따져 보아야 한다. 단지 하자가 결의의 결과에 미치는 영향이 없다거나 적다는 사유가 재량기각의 사유가 될 수 없고, 절차상의 하자이더라도 현저하게 불공정한 때에는 하자의 중대성으로 인하여 재량기각이 가능하지 않다고 보아야 한다.<sup>87)</sup> 왜냐하면 결의의 결과에 영향을 미치지 않았다고 하여 재량기각이 가능하다고 한다면 지배주주에 의한 회사운영의 탈법을 막을 수 없고 주주총회에 관한 상법의 규정은 아무런 의미를 갖지 못할 것이기 때문이다.

대법원 판례 중에는 하자의 정도가 현저하고 그 하자가 회의의 결과에 영향을 미쳤음에도 불구하고 단지 회사의 이익과 일반거래의 안전을 위하여 재량기각을 한 예가 있다.<sup>88)</sup> 이 판결은 법원의 재량기각권의 한계를 벗어났다는 비판을 받고 있다.<sup>89)</sup> 다른 판례는 결의방법상의 하자가 경미하고, 하자 있는 결의가 이후에 주인되었고, 이를 취소하더라도 회사 또는 주주에 아무런 이익이 되지 않고 오히려 회사 또는 주주가 회복할 수 없는 손해를 입거나 일반거래의 안전을 해치는 경우에는 법원은 재량으로 청구를 기각할 수 있는 것으로 보고 있다.<sup>90)</sup> 그러나 결의내용이 회사에 손해를 미치는 것이 아니고 일반거래의 안전과도 관계가 없고, 절차상의 하자가 경미한 수준에 그치지 않는 경우에는 재량기각을 인정할 수 없다고 보았다.<sup>91)</sup>

재량기각에 대한 법원의 재량권 문제를 개선하기 위하여, 일본 상법은 주주총회등의 소집 절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반한 때에도 그 위반의 사실이 중대하지 않고 또한 결의에 영향을 미치지 않았다고 인정하는 때에는 청구를 기각할 수 있는 것으로 하여(일본 상법 제251조, 회사법 제831조 제2항) 재량기각의 요건을 강화하고 있다. 이와 관련하여 소집절차 또는 결의방법이 현저하게 불공정한 때에는 재량기각의 대상이 되는 않는 점을 감안한다면, 이익공여에 따른 주주의 의결권의 행사로 결의방법이 현저하게 불공정하다고 하기 위해서는 주주측의 이익제공행위가 사회통념상 허용되는 범위를 넘었거나 결의의 결과에 영향을 미쳤을 필요가 있다고 한다.<sup>92)</sup>

이 사건에 관한 본안에서 1심 법원은 사전투표기간의 연장은 정관에 위반한 것으로 결의방법이 정관에 위반하지만, 제반사정을 들어 결의취소의 소를 재량기각하였다. 그러나 항소

85) 대법원 1987.9.8. 선고 86다카2971 판결. 동지: 대법원 2003.7.11. 선고 2001다45584 판결.

86) 이철송, 앞의 책, 609면; 최준선, 앞의 책, 414면.

87) 이철송, 앞의 책, 611면; 최준선, 앞의 책, 415면.

88) 대법원 1987.9.8. 선고 86다카2971 판결.

89) 최기원, 앞의 책, 544면.

90) 서울고법 1998.8.25. 선고 98나5267 판결; 대법원 2004.4.27. 선고 2003다29616 판결(이 판결은 자본감소 무효의 소에서 법원이 재량기각하였다). 전자의 판결에서 법원은 '은행이 정족수계산을 제대로 하지 않고 박수로 가결을 선언한 것은 승인되지 아니한 관례로서 회의의 기본원칙과 법규정을 정면으로 위반한 것으로 비난받아 마땅하고, 현재의 경제사정이 허락한다면 그와 같은 결의를 취소하여 법과 원칙의 엄정함을 체험하게 하고 경제정의를 실현하는 것이 바람직할 것이다'라고 하여 회사법 원칙상 이를 취소하는 것이 옳다는 입장을 나타냈다. 그러나 당면한 경제현실을 고려할 때 결의취소는 부적당하다고 판단하였다.

91) 대법원 2003.7.11. 선고 2001다45584 판결.

92) 川島いづみ, 앞의 논문, 36면.

법원은 사전투표기간의 연장 및 주주의 권리행사와 관련한 이익공여로 인하여 결의방법이 법령에 위반한다는 점을 인정하고, 재량기각에 관하여서는 하자가 경미한 수준이라고 할 수 없고, 경영권 분쟁의 조기 종식과 유사 분쟁의 재발 방지 및 경영 정상화를 도모하고 이를 통하여 거래의 안정을 도모할 수 있다는 점 등을 들어 재량기각을 하는 것은 타당하지 않다고 하여 원고의 주주총회결의의 취소청구를 인용하였다. 하자가 경미하다고 할 수 없고, 결의를 취소가 회사나 주주에게 아무런 이익이 없는 것도 아니고 거래의 안전이나 대외적 효력에 큰 영향을 미치는 것도 아니며, 이익을 공여받은 주주의 의결권의 행사가 결의의 결과에 전혀 영향을 미치지 아니한 경우도 아니고, 소의 제기가 신의성실의 원칙에 반하거나 남용된 것도 아닌 이상,<sup>93)</sup> 재량기각할 사유가 아니라고 본 법원의 판단은 정당하다고 생각한다.

## VI. 평가와 여론

이 결정은 주주총회에서 임원의 선임에 영향을 미치기 위하여 사전투표기간을 정관에 위반하여 연장하고, 사회통념상 허용될 수 없는 이익을 주주들에게 제공하였으며 실제로 그것이 투표결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 때에는 그에 따른 주주총회의 결의에는 취소사유가 존재한다고 한 점에서 선례로서의 가치를 갖는다. 이렇게 본 데에는 주주총회의 결의를 통한 경영권 분쟁이 있는 상황에서 이에 영향을 미칠 수 있는 사전투표기간의 연장과 사전투표 참가자에 대한 이익공여가 주주총회의 결의의 대상이 되고 있는 임원선임에서 후보자인 대표이사에 의하여 주도되고 이들 행위가 실제로 투표결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 사정이 있었기 때문이다. 이러한 사안의 특수성이 법원의 결정 또는 판단에 큰 영향을 미쳤다고 생각한다.

만약 이 사안에서 사전투표기간만이 연장되어 투표가 이루어진 경우에는 위와 동일한 판단을 할 수 있을 것인지, 사전투표기간이 연장되지 아니한 사전투표 참가자에 대해서만 주주평등의 원칙에 위반하는 이익공여가 이루어진 경우에는, 모든 투표참가자에게 이익공여가 이루어진 경우에는, 그리고 사회통념상 허용되는 범위 내의 재산상의 이익이 제공된 경우에는 어떠한 판단을 내릴 수 있을 것인지에 대해 생각해 볼 때 그 답을 내리기가 쉽지 않다. 더욱이 일반적으로 모든 주주의 총회참가를 장려하기 위하여 의례적인 재산상의 이익을 공여하는 것이 금지된다고 단언하기는 망설여진다. 이익공여의 금지의 구성요건, 위법성평가, 위반효과 등에 대한 세부적인 연구가 요청된다.

의결권행사와 관련하여 이익을 공여받는 것이 의결권행사의 한계를 벗어난 극단적인 형태라고 한다면,<sup>94)</sup> 이익공여의 동기, 유형 및 정도 등에 비추어 이익공여에 의한 의결권의 행사는 적어도 개별적인 제재뿐만 아니라 회사조직법적 규제를 받아야 한다고 본다. ‘주주들의 이해관계가 침해하게 대립하는 안건’을 다루는 주주총회에서 ‘주주의 의결권 행사 여부가 해당 안건의 의결에 영향을 미치’는 때에는 회의의 기본원칙과 상법 기타 법령을 엄격히 준수하여야 하며, 주주총회의 운영방법, 소집절차나 결의방법이 정관이나 법령을 위반하거나 현저하게 불공정한 때에는 주주총회의 결의를 취소하여야 할 것이다. 이런 점에서 이 사

93) 재량기각의 인정범위에 관하여 최준선, 앞의 책, 414~415면 참조.

94) 권기범, 앞의 책, 685면.

건에 관한 대법원의 판단은 정당하다고 본다.

현재 이 사건의 본안은 피고의 상고로 대법원에 계류되어 있으나 특별한 사정이 없는 한 심리불속행 기각 결정이 내려질 것으로 예상된다.

## < 참고문헌 >

- 강위두·임재호, 상법강의(상), 형설출판사, 2009.
- 권기범, 현대회사법론, 삼영사, 2014.
- 임재연, 회사법 I, 박영사, 2013.
- 정동윤, 상법(상), 법문사, 2001.
- 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2013.
- 최준선, 회사법, 삼영사, 2014.
- 한국상사법학회, 주식회사법대계 II, III, 법문사, 2013.
- 김선정, “주주의 권리행사에 관한 이익공여의 금지-소위 총회꾼의 횡포에 대한 법적 대응-”, 개발논총 제2집(동국대학교 지역개발대학원, 1992).
- 김성탁, 사례 주식회사법, 영남대학교 출판부, 2006.
- 권재열, 상법상 이익공여죄에 대한 소고, 법학연구 18권 3호(연세대학교 법학연구원, 2008).
- 우홍구, “주주의 권리행사와 관련한 이익공여의 금지”, 법대논총 제3집(건국대학교, 1994).
- 유영일, “주주총회결의취소의 소와 법원의 재량기각-재량기각요건에 관한 우리와 일본판례의 비교를 중심으로-”, 상사판례연구 제16집(2004.6.).
- 양만식, “위임장권유와 주주총회결의의 취소”, 기업법연구 제23권 제3호(2009.9.).
- 이효경, 이익공여금지규정을 둘러싼 제 문제 - 최근 일본에서의 논의를 중심으로 -, 경영법률 24집 1호(한국경영법률학회, 2013.10.).
- 정쾌영, “주주평등의 원칙에 대한 재고”, 상사판례연구 제23집 제4권(2010).
- 江頭憲治郎, 株式會社法, 有斐閣, 2011.
- 近藤光男, 最新株式會社法, 中央經濟社, 2009,
- 上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 新版 注釋會社法(9), 有斐閣, 1999.
- 前田庸, 會社法入門, 有斐閣, 2009
- 久保田安彦, “「株主權行使に關する利益供與」に關する規律”(會社法からの分析), 法律時報 84卷11号(2012).
- 菊地雄介, 總會屋に對する贈收賄罪の成立, 會社法判例百選(別冊ジュリスト 205号), 有斐閣, 2011.
- 根本伸一, “利益供與の禁止規定の可能性”, 法律論叢 83卷 6号(2011.3.).
- 市川兼三, “利益供與要求罪の新設と利益供與禁止規定の立法趣旨”, 香川法學 18卷 2号 (1998).
- 酒卷俊雄·尾崎安央 編著, 會社法重要判例解説, 成文堂, 2009.
- 中村直人, “モリテックス事件判決と實務對應-東京地裁平成19年12月6日判決の検討”, 商事法務 No.1823(2008.2.).
- 川島いづみ, 利益供與と株主總會の決議瑕疵, 法律時報 80卷 11号(2008).
- 村田敏一, “株主の權利行使の關する利益供與について-民事責任と刑事責任-”, 立命館法學 345-346号(2012.5-6.).



## 제2주제

### 주식의 이중양도와 명의개서의 효력

대법원 2014. 4. 30. 2013다99942 판결

발표자 : 김흥기 교수(연세대)

토론자 : 김택주 교수(국민대)/ 신현탁 교수(고려대)

사회자 : 김효신 교수(경북대)



# 주식의 이종양도와 명의개서의 효력

- 대상판결 : 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다99942 판결 -

김 홍 기\*

---

< 목 차 >

---

- I. 서설
  - II. 사안의 개요
  - III. 주식의 양도방법과 이종양도의 효력
  - IV. 주주명부 명의개서의 효력
  - V. 결론
- 

## I. 서설

이 사건 대상판결은 주권 발행 전 주식의 이종양도와 주주명부 명의개서의 효력에 관한 사례를 다루고 있다. 주식양도의 방법과 효력, 주식의 이종양수인 간의 우선적 효력, 주주명부 명의개서의 효력, 주주총회 소집절차의 하자과 판단 등 전형적인 쟁점이 문제가 되고 있다.

그런데 이 사건에서는 1심 법원, 2심 법원, 대법원의 판단이 모두 달랐다. 이처럼 주권 발행 전 주식양도에 있어서 법률관계가 복잡해지는 것은 주식양도 사실의 회사에 대한 대항력은 '주주명부 명의개서'에 의하고, 제3자에 대한 대항력은 '양도인의 주식양도의 통지 또는 회사의 승낙'에 의하는 등 그 판단기준이 이원화되어 있기 때문이다. 따라서 주식양도를 둘러싼 법률관계의 획일적 확정을 위해서는 '회사' 및 '제3자'에 대한 '대항요건'을 통일할 필요가 있다. 일본은 주권불발행 회사의 경우에는 '주주명부 명의개서'를 회사 및 제3자에 대한 '공통된 대항요건'으로 규정하여 이 문제를 입법적으로 해결하였다(일회 130조 1항). 우리나라도 이러한 개정이 필요하다고 생각한다.

아래에서는 대상판결에 대한 분석을 통해서 위와 같은 논의를 이어간다. 먼저 사안의 개요를 살펴본다(II. 사안의 개요). 다음에는 주식양도의 방법과 이종양도의 효력에 대해서 본다(III. 주식의 양도방법과 이종양도의 효력). 그 다음에는 주주명부 명의개서의 효력 및 각국의 입법례를 살펴본다(IV. 주주명부 명의개서의 효력). 그 다음에는 논의한 내용에 대해서 쟁점별로 결론을 내린다(V. 결론).

---

\* 연세대학교 법학전문대학원 교수

## II. 사안의 개요

### 1. 사실관계

#### 1.1 당사자들의 관계

피고회사는 2006. 11. 27. 수영장 운영업 등을 목적으로 설립된 회사로서 발행주식 총수는 10,000주(1주의 금액 10,000원)이고, 회사 성립 이후 주권이 발행되지 않았다. 김갑동, 김을동, 정기수는 피고회사의 대표이사, 감사 등으로 재직하면서 피고회사를 운영하여 왔고, 김을동은 김갑동의 아들이고, 정기수는 김갑동의 사위이다. 김갑동은 2008. 2. 13.부터 2010. 7. 5.까지 공동대표이사였고, 정기수는 2010. 7. 5.부터 2011. 7. 29.까지 공동대표이사, 그 이후부터는 단독 대표이사로 재직하고 있다.

원고는 피고회사에 투자하고 피고회사의 주식을 제공받은 자이다.

#### 1.2 피고회사의 자금차입

김갑동, 정기수 등은 나주시에 위치한 00필지의 대지상에 실내 워터파크 사업을 진행하기 위하여 자금을 차입하던 중 위 부동산 등에 채권최고액 37.5억원의 공동근저당권 등기를 홍○○에게 설정하여 주었다. 그 이후 피고회사는 합계 금 13억원을 원고명의의 계좌를 통해서 지급받았다.

원고명의의 계좌에서 피고회사에게 건네진 자금의 출처는 각각 다르다. 총 13억원이 원고명의 계좌에서 피고회사에게 이체되었는데, 이중 3.2억원은 정△△으로부터 원고의 계좌에 합계 4억원이 입금된 이후 피고회사에게 지급되었고, 5.3억원은 홍○○로부터 원고의 계좌에 6억원이 입금된 이후, 위 2.7억원은 홍○○로부터 2.7억원이 입금된 이후 피고회사에게 각 지급되었다.<sup>1)</sup>

#### 1.3 주식양도계약의 체결 및 주식의 이중양도

원고는 2009. 11. 18. 김갑동으로부터 피고회사의 주식 5,000주(지분을 50%)를 5,000만원에, 이갑동으로부터 피고회사의 주식 4,500주(지분을 45%)를 4,500만원에 각 양도받기로 하는 주식양수도약정(이하 '이 사건 주식양도계약')을 체결하였고, 2009. 11. 20.에는 피고회사의 사내이사 및 공동대표이사로 취임하였다.

이 사건 주식양도계약 당시 피고회사의 주식은 김갑동이 5,000주, 이갑동이 4,500주, 김을동이 500주를 각 소유하고 있었는데, 이 사건 주식양도계약 체결 후에 김갑동은 김병동에게 자신의 주식 5,000주 가운데 2,500주를, 이갑동은 이을순에게 자신의 주식 4,500주 전부를 이중으로 양도하였다. 즉, 김갑동 등은 이 사건 주식양도계약을 통해서 원고에게 9,500주를 양도하였으나, 그중 7,000주를 김병동과 이갑동에게 이중으로 양도한 것이다.

#### 1.4 피고회사의 주주총회 결의 등

---

1) 서술의 편의상 당사자의 이름은 변경하였고 차입금의 수치는 간략하게 표시하였다. 근저당권 등기의 설정 및 이전 경위는 쟁점과 직접 관련이 없는 것이므로 생략하였다.

#### 1.4.1 2011. 7. 29. 피고회사의 임시주총 결의

피고회사는 2011. 7. 29. 임시주주총회를 개최하여 ① 원고를 사내이사 및 공동대표이사에서 해임하고, ② 공동대표규정을 폐지하며, ③ 정기수를 단독 대표이사로 선임하고, ④ 김갑동을 사내이사로 선임하며, ⑤ 김을동을 감사로 선임하는 결의(이하 '이 사건 주총결의')를 하였다.

피고회사는 이 사건 주주총회를 개최하면서, 원고에게는 소집을 통지하지 않았고, 주주명부상에 기재된 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순에 통지하여 이들이 주주로서 참석하였다. 주총 당시 피고회사의 주주명부에는 김갑동이 2,500주(지분율 25%), 김을동이 500주(지분율 5%), 김병동이 2,500주(지분율 25%), 이을순이 4,500주(지분율 45%)를 각 소유하고 있는 것으로 기재되어 있었다. 즉, 원고는 주주명부에 기재되어 있지 아니하였고, 기존의 주주인 김갑동, 김을동과 주식을 이중으로 양도받은 김병동, 이을동이 주주명부에 주주로 기재되어 있었다.

#### 1.4.2 2011. 11.경 정기수 등의 주식양도계약의 취소, 해제

김갑동, 정기수, 이갑동은 원고가 이 사건 주주총회결의 무효확인 소를 제기한 이후인 2011. 11.경 원고의 자금조달 의무위반 등을 이유로 이 사건 주식양도계약이 무효이고, 그렇지 않다고 하더라도 이를 취소 또는 해제한다는 취지의 통보를 하였다.

#### 1.4.3 2012. 9. 17. 피고회사의 추인결의

원고가 이 사건 소로서 이 사건 주총결의의 효력을 적극적으로 다투자, 피고회사는 2012. 9. 17. 또 다시 원고에게 소집통지를 하지 아니하고 임시주주총회를 개최하여 주주로서 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순이 참석한 상태에서 2011. 7. 29.자 결의를 추인하는 내용의 새로운 결의(이하 '이 사건 추인결의')를 하였다.

[표1] 사실관계

피고회사 (발행주식총수 10,000주)

- 원고는 주식(9,500주, 95%)을 양수하고, 공동대표이사로 취임하였으나, 이 사건 주총에서 해임
- 피고회사는 원고에게 통지하지 아니하고 주주명부상의 주주에게만 주총소집을 통지, 결의
- 제1 양수인(원고)에 대한 주식양도 통지 또는 회사의 승낙은 추정 (확정일자 없음)
- 피고회사는 제2 양수인에게 주주명부 명의개서를 하여 줌 (주식양도통지의 확정일자 없음)

기존주주	제1양수인(원고)	이 사건 주총 (2011. 7. 29)
김을동은 김갑동의 아 들이고, 대표이사인 정 기수는 김갑동의 사위	원고는 김갑동, 이을동의 주식을 양도담보로 제공받음 (9,500주)	- 명의주주에게 주총 통지 - 원고를 이사 및 공동대표이 사에서 해임
김갑동(5,000주)	제2양수인	주주명부상 명의주주
김을동(500주)	양수인 김병동(2,500주) 김갑동은 자신의 주식중 일부를 김병동에게 이증으로 양도	김갑동(2,500주) 김을동(500주)
이갑동(4,500주)	양수인 이을순(4,500주) 이갑동은 자신의 주식 전부를 이을순에게 이증으로 양도	김병동(2,500주)(이증양수인) 이을순(4,500주)(이증양수인)

## 2. 당사자 주장의 요지

### 2.1 원고의 주장

원고는 13억원의 대여금 채권을 확보하기 위하여 피고회사의 주식 9,500주를 양도 받은 주주이고, 2009. 11. 20. 개최된 임시주주총회에서도 주주로서 참석하여 의결권을 행사하였으며, 피고회사의 법인등기부에 공동대표이사로 등재되어 있다.

그러나 피고회사는 자금을 차용하고 나서는 마음이 바뀌었다. 피고회사는 이 사건 주주총회를 개최하여 원고를 이사 및 공동대표이사에서 해임하면서도, 그 과정에서 피고회사의 주식 대부분인 9,500주(95%)를 보유한 원고에게는 소집통지를 하지 않았을 뿐만 아니라, 공동대표이사인 원고를 배제한 채 주주총회를 소집, 개최함으로써 그 소집절차까지 위반하였다. 따라서 2011. 7. 29.자 이 사건 주총결의 및 이를 추인하는 2012. 9. 17.자 추인결의는 부존재하거나 무효이다.

### 2.2 피고회사의 주장

피고가 주장하는 취지는 대략적으로 아래와 같다.

첫째, 이 사건 주식양도계약은 피고회사가 자금을 조달하면서 자금을 빌려줄 사람 들에게 보여주지만 할 목적으로 형식적으로 체결된 것으로서 통정허위표시에 해당

하여 무효이다. 설령 그렇지 않다고 하더라도 2011. 11.경 원고에게 취소 및 해제통지를 하였으므로 이 사건 주식양도계약의 효력은 소멸되었다. 따라서 원고는 피고회사의 주주가 아니다.

둘째, 원고가 주주라고 하더라도 원고는 주주명부상에 명의개서를 마치지 않았고, 피고회사로부터 주식양수에 관하여 확정일자 있는 승낙도 받지 못하였으므로, 제2양수인인 김병동(2,500주), 이을순(4,500주)에게 주식양수인의 지위를 대항할 수 없다. 또한 피고회사는 주주명부에 주주로 등재되어 있어서 적법한 주주로 추정되는 김갑동(2,500주), 김을동(500주), 김병동(2,500주), 이을순(4,500주)에게 소집통지를 하여 주주총회를 개최하고 결의하였으므로 이 사건 주총 소집과 결의에 하자는 없다.

셋째, 피고회사의 주총소집에 하자가 있다고 하더라도 그 하자는 치유되었다. 즉, 원고를 이사 및 공동대표이사에서 해임한 2011. 7. 29.자 주총결의에 하자가 있다고 하더라도 2012. 9. 17.자 추인결의에 의해서 그 하자가 치유되었다. 따라서 이 사건 주총결의의 무효 내지 부존재의 확인을 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다.

### 3. 법원의 판단

이 사건에서 문제된 쟁점에 대해서 1심 법원, 2심 법원, 대법원의 판단은 모두 달랐다. 이는 주식의 양도와 주주명부 명의개서의 효력 간의 관계에 대한 판단기준이 그만큼 명확하지 않다는 의미이다.

#### 3.1 광주지방법원

##### 3.1.1 원고가 피고회사의 주주인지의 여부

광주지방법원은 이 사건 주식양도계약은 피고회사가 자금차입이 필요하게 되자 원고를 피고회사의 주주 및 공동대표이사로 보이도록 하여 원고를 통한 자금차입을 용이하게 할 목적으로 작성된 것으로서 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 피고회사의 주주는 원고가 아니라 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순이라고 보았다.

##### 3.1.2 이 사건 주총결의에 하자가 있다고 하더라도 추인결의에 의하여 치유

피고회사가 공동대표이사인 원고를 배제한 채 2011. 7. 29.자로 소집하여 결의한 이 사건 주총결의에 하자가 있다고 하더라도, 그 후 2012. 9. 17.자로 새로이 개최한 주총에서 기존의 결의내용을 그대로 추인하였는 바, 새로운 결의에 하자가 있다고 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한 그와 내용이 동일한 이 사건 주총결의의 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것으로서 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.<sup>2)</sup>

위와 같은 이유에서 광주지방법원은 원고의 청구를 각하하였다.

---

2) 대판 1997.10.28., 97다27596, 27602, 대판 2011.10.28., 2009다63694 등 참조.

## 3.2 광주고등법원

### 3.2.1 원고가 피고회사의 주주인지의 여부

광주고등법원은 이 사건 주식양도계약은 통정허위표시에 해당한다고 보기는 어렵고, 피고회사의 원고에 대한 차용금채무를 담보하기 위한 '주식양도담보계약'으로서 원고는 주식의 양도담보권자로서 주주의 자격을 가진다고 보았다. 판례는 양도담보권자도 주주로 보고 있기 때문이다.<sup>3)</sup>

### 3.2.2 원고(제1 양수인)가 김병동(제2 양수인) 등에게 대항할 수 있는지 여부 (이중 양도된 7,000주의 부분)

원고가 양수한 피고회사의 주식 9,500주 중 7,000주<sup>4)</sup>는 이 사건 주총결의 이전에 김병동, 이을순에게 이중으로 양도되었는바, 원고가 7,000주의 주식양수인으로서의 지위를 제2 양수인인 김병동, 이을순에게 대항할 수 있는지에 관하여 살핀다.

주권발행 전의 주식 양도는 지명채권 양도의 일반원칙에 따르므로 주권발행 전 주식이 양도된 경우에 이를 이중양수인 등 제3자에게 대항하기 위해서는 지명채권의 양도와 마찬가지로 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 회사의 승낙이 필요하다. 주주명부상 명의개서는 주식양수인 상호간의 대항요건이 아니라 적법한 주식양수인이 회사에 대한 관계에서 주주의 권리를 행사하기 위한 대항요건에 지나지 아니한다.<sup>5)</sup>

이와 관련하여 제1 양수인인 원고가 2009. 11. 20. 개최된 임시주주총회에서 피고회사의 이사 및 공동대표이사로 선임되었다는 내용의 주총의사록 또는 법인등기부에 대해서 확정일자를 받은 것만으로는 주식양도에 관하여 확정일자 있는 증서에 의한 승낙이 있었다고 볼 수 없고, 달리 원고가 양도통지 내지 승낙에 확정일자를 받았다는 사실을 인정할 만한 증거가 없다. 다만, 주권 발행 전 주식이 이중으로 양도되어 제1 양수인과 제2 양수인이 모두 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지나 승낙을 갖추지 못한 경우에는 서로 대항력이 없으므로 권리변동의 일반 원칙에 따라 '먼저 양도통지를 하거나 승낙을 받은 자'가 그 주식에 대한 권리를 취득한다.<sup>6)</sup>

그런데 이 사건의 경우에는 원고가 피고회사에 자금을 차입하면서 주식양도담보계약을 체결하고 이사 및 공동대표이사로 선임되는 과정에서 원고에게 주식양도에 관하여 양도통지가 있었거나 피고회사가 이를 승낙하였음이 추정된다. 따라서 제1 양수인인 원고는 그 이후에 이중으로 주식을 양수한 제2 양수인인 김병동, 이을순에게 자신의 주식양수 사실을 대항할 수 있고, 그와 같은 사정을 알고 있었을 피고회사에 대하여도 주주권을 행사할 수 있다. 이에 반해 제2 양수인인 김병동, 이을순은 주주명

3) 대판 1993.12.28., 93다8719, 대판 1992.5.26., 92다84 등.

4) 김갑동의 주식 5,000주 중 2,500주는 김병동에게, 이갑동의 주식 4,500주는 이을순에게 이중으로 양도되었다.

5) 대판 1995.5.23., 94다36421 등.

6) 대판 1971.12.28., 71다2048.

부상 명의개서를 마쳤다 하더라도 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다.

### 3.2.3 이 사건 주총결의의 무효 또는 부존재에 대한 판단

위와 같은 사정에 비추면, 원고는 피고회사에 대하여 자신이 양수한 9,500주(지분 95%)에 관하여 주주권을 행사할 수 있었다 할 것인데, 피고회사는 2011. 7. 29.자 및 2012. 9. 17.자 각 주주총회의 소집 당시 주주명부상의 주주인 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순에게만 소집통지를 하고 원고에게 소집통지를 하지 않은 상태에서 이 사건 결의 및 추인결의를 하였다 할 것이므로, 이 사건 결의 및 추인결의에는 그 결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다.

나아가 이 사건 주총결의 및 추인결의 당시 피고회사의 대표이사인 정기수 등은 주주명부상의 주주인 김갑동, 김병동, 이을순이 정당한 주주가 아님을 알고 있었을 뿐만 아니라, 이를 쉽게 증명할 수 있었다 할 것이므로, 주주명부상 주주들에게 통지가 이루어졌다는 사정만으로 피고회사를 면책시킬 여지도 없다.

### 3.2.4 소의 이익에 대한 판단

피고회사의 2012. 9. 17.자 이 사건 추인결의에는 피고회사의 주식 9,500주(지분 95%)를 가지고 있는 원고에게 소집통지를 하지 않은 상태에서 개최되어 그 결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다. 따라서 이 사건 추인결의에 의해서 2011. 7. 29.자 이 사건 주총결의의 하자가 치유되었다고 할 수 없으며, 원고는 이 사건 주총결의의 무효 내지 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다.<sup>7)</sup>

원고의 이 사건 청구는 이유가 있어 이를 모두 인용한다.

## 3.3 대법원

### 3.3.1 원고가 피고회사의 주주인지의 여부

이 사건 주식양도계약은 원고의 피고회사에 대한 대여금을 담보하기 위한 양도담보 계약이라는 원심의 판단은 정당하다. 즉, 원고는 양도담보권자로서 피고회사에 대하여 주주의 자격을 가진다.

### 3.3.2 주식의 이중양도와 명의개서의 효력

#### 1) 이중양수인 간의 우선적 지위

제1 주식양수인인 원고가 먼저 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의하지 아니한

---

7) 이사가 주주총회결의에 의하여 임기 만료 전에 이사직에서 해임당하고 그 후임 이사의 선임이 있었다 하더라도 그 후에 적법한 절차에 의하여 후임 이사가 선임되었을 경우에는, 당초의 이사해임결의가 무효라 할지라도 이에 대한 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서의 권리보호요건을 결여한 것이라 할 것이나, 후임 이사를 선임한 주주총회의 결의가 무권리자에 의하여 소집된 총회라는 하자 이외의 다른 절차상, 내용상의 하자로 인하여 부존재임이 인정되는 경우에는 그 임원을 선임한 당초 결의의 무효 여부는 현재의 임원을 확정함에 있어서 직접적인 이해관계가 있는 것이므로 이 경우 당초의 선임결의의 무효확인을 구할 법률상의 이익이 있다. 대판 1995.7.28., 93다61338 등 참조.

양도 통지나 승낙의 요건을 갖춘 후 제2 주식양수인들이 다시 주식을 양수하고 주주명부상 명의개서를 마쳤다 하더라도, 제2 주식양수인들이 회사에 대하여 확정일자 있는 문서에 의한 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 아니한 이상 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다고 본 원심 판단은 정당하다.

## 2) 주주명부의 효력

그러나 원고가 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다는 사정만으로 피고회사에 대하여 곧바로 주주권을 행사할 수 있다고 인정한 것은 그대로 수공하기 어렵다. 주식을 취득한 자가 회사에 대하여 의결권을 주장할 수 있기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하므로, 명의개서를 하지 아니한 주식양수인에 대하여 주주총회소집통지를 하지 않았다고 하여 주주총회결의에 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다.<sup>8)</sup> 그런데 원고가 이 사건 주총결의 당시까지 명의개서를 마치지 않아 자신이 양수한 주식에 관한 주주권을 행사할 수 없었던 이상, 피고회사가 원고에게 소집통지를 하지 않고 임시주주총회를 개최하여 이 사건 주총결의를 하였다 하더라도 이 사건 결의에 부존재나 무효에 이르는 중대한 흠이 있다고 할 수 없다.

## 3) 주총결의 하자에 대한 판단

이 사건 제2 주식양수인들이 원고 또는 피고회사에 대하여 우선적 지위를 주장할 수 없다 하더라도, 공동대표이사 중 1인인 정기수에 의하여 위 2011. 7. 29.자 주주총회가 소집되었고, 주주 중 김갑동, 김을동 또한 위 주주총회에 출석하여 이 사건 결의에 찬성하였으며, 이 사건 제2 주식양수인들이 명의개서하기 전의 상태를 기준으로 김갑동, 김을동의 주식이 전체 주식의 55%에 이르는 이상, 공동대표이사가 공동으로 임시주총을 소집하지 않았거나 종전 주주명부상의 나머지 주주인 이갑동에 대하여 소집통지하지 않았다는 등의 하자는 이 사건 결의가 부존재한다거나 무효라고 할 정도의 중대한 하자라고 볼 수 없다.<sup>9)</sup>

그럼에도 원심은 이 사건 주총결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 명의개서하지 않은 주식양수인의 주주권 행사 및 주주총회결의 무효, 부존재 사유에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 그러므로 원심판결을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리판단하도록 원심에 환송한다.

8) 대판 1996.12.23., 96다32768, 32775, 32782.

9) 대판 1993.1.26., 92다11008.

### Ⅲ. 주식의 양도방법과 이중양도의 효력

#### 1. 주권발행 후의 양도방법

##### 1.1 주식양도의 합의

주권이 발행된 후에는 주식양도를 위해서는 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 교부’가 필요하다(상 336조 1항). 따라서 주식양도의 ‘합의’와 주권의 ‘교부’가 제대로 이루어졌는지를 살펴보아야 한다.

‘주식양도의 합의’는 당사자 사이의 의사의 합치만으로 효력이 발생한다. 보통 양도인과 양수인간의 청약과 승낙에 의해서 의사의 합치가 이루어지며, 의사표시를 하는 자가 유효한 행위능력을 갖추고 있어야 하며, 사기나 착오 등 의사표시에 하자가 없어야 한다.

##### 1.2 주권의 교부

###### 1.2.1 주식양도의 성립요건

주식양도는 주식양도에 관한 의사표시의 합치 이외에 ‘주권의 교부’에 의하여 그 효력이 발생한다. 주권의 교부는 주식양도의 대항요건이 아니라 성립요건이다. 유가증권의 일반법리에 의하면 무기명증권은 증권의 교부만으로 양도되고 기명증권은 배서·교부에 의하여 양도된다. 그러나 주식은 기명식증권이지만 상법은 그 특성을 고려하여 배서·교부가 아니라 ‘교부만’으로 양도할 수 있도록 하고 있다(상 336조 1항).

상법 제336조 제1항은 주식을 특정승계하는 경우에만 적용된다. 따라서 상속이나 합병과 같은 포괄승계에서는 주권의 교부가 없더라도 주식이 이전된다. 다만, 회사에 대항하기 위해서는 주주명부에 명의개서를 하여야 한다.

###### 1.2.2 간이인도 등에 의한 주권의 교부

주권의 교부는 주권을 인도하는 것, 즉 주권의 점유를 이전해 주는 것이다. 주권교부의 방법에는 ① 현실의 인도(민 188조 1항)가 일반적이거나, ② 간이인도(민 188조 2항),<sup>10)</sup> ③ 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도(민 190조)<sup>11)</sup>, ④ 점유개정(민 189조)<sup>12)</sup>에 의한 인도도 가능하다.<sup>13)</sup> 다만, 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도의 경우에

10) ‘간이인도’는 양수인이 이미 주권을 점유한 때에는 당사자의 양도 의사표시만으로 주권을 양도하는 방법이다(민 188조 2항).

11) ‘목적물반환청구권의 양도’는 제3자가 점유하고 있는 주권에 관한 권리를 양도하는 경우에 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하는 방법이다(민 190조). 예를 들어, 증권대체결제제도에서 주권을 보관하고 있는 예탁원에 대한 반환청구권을 양도하는 상황에서 사용된다.

12) ‘점유개정’은 당사자간의 계약으로 주식양도인이 주권의 점유를 계속하는 것을 말한다(민 189조). 점유개정에 의한 주권의 교부가 인정되는지는 논란이 있으나 허용된다고 본다. 다만, 점유개정은 외관상 종전의 권리상태에 아무런 변화도 가져오지 않는 것이므로 점유개정에 의한 주권의 선의취득은 허용되지 않는다. 대판 2010.2.25., 2008다96970, 대판 1964.5.5., 63다775.

13) 대판 2010.2.25., 2008다96970.

는 주권이 발행된 경우라고 하더라도 ‘이중양도의 가능성’이 있다. 양도인의 주권에 대한 반환청구권이 이중으로 양도될 수 있기 때문이다. 따라서 ‘목적물반환청구권의 양도’ 방법에 의하여 주권의 점유를 취득하였다고 하려면, 양도인이 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도하고 지명채권 양도의 대항요건을 갖추어야 한다.<sup>14)</sup>

## 2. 주권발행 전의 양도방법

### 2.1 주식양도의 원칙적 금지

주식의 양도를 위해서는 주식양도의 합의와 더불어 ‘주권을 교부’하여야 하므로(상 336조 1항), 주권발행 전에는 원칙적으로 주식을 양도할 수 없다.

주의할 것은 당사자 사이의 주식양도의 합의에는 채권적 효력은 있다는 사실이다. 예를 들어, A회사가 주권을 발행하지 않은 상태에서 주주인 甲이 乙에게 A회사의 주식 100주를 양도한 경우에, 乙은 주식양도에 필요한 주권의 교부가 없으므로 주주는 될 수 없지만, 甲을 상대로 채무불이행으로 인한 손해배상청구 등을 할 수 있다. 그 사이에 주권이 발행되면 주권교부를 청구할 수도 있을 것이다.

### 2.2 회사설립 또는 신주납입기일 6월 경과 후

#### 2.2.1 합의에 의한 주식의 양도

주권발행 전이라도 회사설립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하면 주권 없이도 주식의 양도가 가능하다(상 335조 3항 단서). 주식의 양도성은 주식회사의 본질적 속성인데, 주권발행이 늦어지고 있다는 이유만으로 언제까지나 주식의 양도를 제한할 수는 없기 때문이다. 이 경우에는 주권의 교부가 없이도 당사자간의 ‘주식양도의 합의’만으로 주식양도의 효력이 발생한다. 지명채권 양도의 효력으로 양도되는 것이므로, 양도인의 ‘주식양도의 통지나 회사의 승낙’은 이중양수인 등 제3자에 대한 대항요건에 불과하다. 회사에 대한 대항요건은 ‘주주명부의 명의개서’이다.

#### 2.2.2 양도담보의 합의

이와 관련하여 ‘주식양도담보의 합의’가 주식양도의 합의에 포함되는지가 문제된다. 판례는 “주식의 양도는 당사자 사이의 의사의 합치만으로 효력이 발생하고, 채권담보의 목적으로 주식이 양도되어 양수인이 양도담보권자에 불과하다고 하더라도 회사에 대한 관계에는 양도담보권자가 주주의 자격을 갖는 것이며, 이에 따라 의결권이나 그 밖의 공익권도 양도인에 대한 관계에서 담보권자인 양수인에 귀속한다.”<sup>15)</sup>고 하면서, 주식의 양도를 긍정하고 있다.

주식양도담보의 합의는 그 실질이 담보권의 설정이라고 하더라도, 당사자간에 ‘주식의 소유권을 이전한다는 합의’가 존재함을 부인할 수 없다. 따라서 주식의 소유권을

14) 대판 2000.9.8., 99다58471, 대판 1999.1.26., 97다48906.

15) 대판 2014.4.30., 2013다99942, 대판 1993.12.28., 93다8719, 대판 1992.5.26., 92다84.

이전하는 양도담보의 합의를 주식양도의 합의에 포함시키는 판례의 태도는 타당하다.

### 2.2.3 양도의 합의는 6월전에 이루어졌으나 주권발행이 없이 6월을 경과 경우

이와 관련하여 ‘주식양도의 합의’는 회사성립 후 6월 전에 이루어졌으나 주권발행이 없이 6월이 경과한 경우에도 주식양도의 효력을 인정할 수 있는지가 문제된다. 판례는 주식양도의 합의가 회사성립 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하기 전에 있었다고 하더라도 그 이후 6월이 경과하고 그때까지도 회사가 주권을 발행하지 않았다면, 그 하자는 치유되어 회사에 대하여도 유효한 주식양도가 된다고 한다.<sup>16)</sup>

이는 이미 주권이 발행된 상태에서 주식양도가 이루어졌으나, 주권병합 등으로 신주식을 발행해야 하는 상황에서 신주식의 주권이 발행되지 않은 경우에도 같다. 예를 들어, A회사의 주주인 甲이 주권이 발행된 상태에서 乙에게 주식양도를 하였으나 미처 주권을 교부하지 못한 상태에서 양도대상주식을 포함하여 A회사의 주식에 대해서 주식병합이 이루어지고, 그로부터 6월이 경과할 때까지 A회사가 주식병합에 따른 신주권을 발행하지 않았다고 가정한다. 이러한 경우에도 주식병합 전에 있는 甲과 乙의 주식양도에 관한 의사표시만으로 (신주식에 대한) 주식양도의 효력이 발생한다.<sup>17)</sup>

## 3. 주식의 이중양도와 이중양수인간의 우열

### 3.1 문제의 제기

위에서 살펴본 것처럼 회사설립 또는 신주납입기일 후 6월이 경과하였으나 아직 주권이 발행되지 않은 경우에는 지명채권 양도의 방법과 효력에 의해서 ‘당사자간의 합의’만으로 주식이 양도될 수 있으므로 주식이 이중으로 양도되는 상황이 생길 수 있다. 또한 주권의 발행 후라고 하더라도 목적물반환청구권의 양도에 의해서도 주식이 이중으로 양도될 가능성이 있다.

이와 관련하여 이중양수인 중에서 누구의 권리가 우선하는지가 문제되는데, 민법상 지명채권 양도의 법리에 따라서 누가 먼저 대항력을 갖추었는지에 따라서 해결할 것이다.<sup>18)</sup> 지명채권이 이중으로 양도되는 경우에 이중양수인 등 제3자에 대한 대항력은 ‘확정일자 있는 통지나 승낙’에 의하므로(민 450조 2항), 아래에서는 확정일자가 있는 경우와 없는 경우로 나누어서 살펴본다.

16) 대판 2002.3.15., 2000두1850.

17) 대판 2012.2.9., 2011다62076,62083.

18) 주식양도인의 주식 이중양도행위에 대해서는 이중양수인간의 우열 문제 이외에도 이중양도행위 자체의 효력이 문제될 수 있다. 예를 들어, 주권발행 전 양도인의 배임적 이중양도행위에 제3자가 적극 가담한 경우에는 제3자에 대한 양도행위는 반사회적 법률행위로서 무효가 될 수 있다. 대판 2006.9.14., 2005다45537; 또한 주식양도인이 그 주식을 이중으로 양도하고, 제2양수인이 주주명부상 명의개서를 받음으로써 제1양수인이 회사에 대한 관계에서 주주로서의 권리를 제대로 행사할 수 없게 된 경우, 주식양도인은 제1양수인에 대하여 불법행위책임을 진다. 대판 2012.11.29., 2012다38780.

회사에 대해서는 주주명부 명의개서에 의하여 대항력이 결정되는데, 이에 대해서는 IV. 주주명부 명의개서의 효력 부분에서 따로 살펴본다.

### 3.2 확정일자가 있는 경우

판례는 주권발행 전 주식이 이중양도된 경우 이중양수인 상호간의 우열은, 그 이중양수인 중 일부에 대하여 이미 명의개서가 경료되었는지 여부를 불문하고 누가 우선순위자로서 권리취득자인지를 가려야 하고, 그 우선순위는 지명채권 양도와 마찬가지로 ‘확정일자 있는 양도통지’가 회사에 도달한 일시 또는 ‘확정일자 있는 승낙’의 일시의 선후에 의하여 결정한다고 한다.<sup>19)</sup> 즉, 이중양수인 모두 또는 그중 1인이 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙의 요건을 갖춘 경우에는 확정일자를 보고서 결정하면 되므로 그 우열관계를 따지는데 별 문제가 없다.

위의 사례에서 광주고등법원은 제1 양수인인 원고가 2009. 11. 20. 개최된 주주총회의사록이나 대표이사로 취임한 내용이 기재된 법인등기부에 확정일자를 받은 것만으로는 주식양도에 관하여 확정일자 있는 증서에 의한 승낙이 있었다고 볼 수 없다고 하였다. 대법원은 원심의 판단을 유지하였다.

### 3.3 확정일자가 없는 경우

주권발행 전 주식의 이중양수인 모두가 확정일자 있는 양도통지나 승낙의 요건을 갖추지 못한 경우의 우열관계가 문제가 된다. 판례는 주권 발행 전 주식이 이중으로 양도되어 제1 양수인과 제2 양수인이 모두 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지나 승낙을 갖추지 못한 경우에는 서로 대항력이 없으므로 권리변동의 일반 원칙에 따라 ‘먼저<sup>20)</sup> 양도통지를 하거나 승낙을 받은 자’가 그 주식에 대한 권리를 취득한다.<sup>21)</sup> 다만, 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어진 경우에도 확정일자 있는 통지나 승낙의 요건을 갖추기 전까지는 제2 양수인에 대해서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으며,<sup>22)</sup> 나중에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하나 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식양도통지일로 소급하여 발생하는 것은 아니다.<sup>23)</sup> 지명채권양도의 원칙에 충실한 해석으로 타당하다.

위의 사례에서 광주고등법원은 이 사건 주식양도담보계약을 체결하고 원고가 공동

19) 대판 2006.9.14., 2005다45537

20) 이 사건에서 광주고등법원은 권리변동의 일반원칙에 따라서 “ ‘먼저’ 양도통지를 하거나 승낙을 받은 자가 그 주식에 대한 권리를 취득한다.”고 판시하고 있는데(광주고판 2013.11.20., 2013나1364), 여기서 ‘먼저’라는 문구는 제2 양수인이 나중에 동일한 권리를 취득하는 것을 배제하는 표현은 아니라고 보아야 한다. 제1 양수인과 제2 양수인간의 우열은 확정일자에 의해서 결정된다.

21) 대판 1971.12.28., 71다2048, 광주고판 2013.11.20., 2013나1364.

22) 대판 2010.4.29., 2009다88631.

23) 대판 2010.4.29., 2009다88631, 대판 2006.9.14., 2005다45537 등.

대표이사로 선임되는 과정에서 원고에게 주식양도에 관한 통지가 있었거나 피고회사가 이를 승낙하였음을 추정하고, 제1 양수인인 원고가 제2양수인인 김병동 등에게 우선하여 그 주식을 취득하였으며, 이는 제2 양수인인 김병동 등이 주주명부에 명의개서를 마쳤다고 하더라도 확정일자 있는 문서에 의하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 않은 이상 제1 양수인인 원고에 대한 관계에서는 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다고 판단하였다. 이 부분에 대해서 대법원은 원심판단을 유지하였다.

그러나 대법원은 제1 양수인인 원고가 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다고 하더라도 피고회사에 대하여 곧바로 주주권을 행사할 수는 없으며, 원고가 회사에 대하여 의결권을 행사하기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 한다고 판단하였다. 이와 대조적으로 광주고등법원은 제1 양수인인 원고는 그와 같은 주식양도의 사정을 알고 있었을 피고회사에 대하여 주주권을 행사할 수 있다고 보았다. 즉, 이중양수인간의 우선순위에 대해서는 고등법원과 대법원이 판단을 같이 하고 있으나, 회사에 대한 주주권의 행사에 대해서는 그 판단에 차이가 있다는 것이 이 사건의 핵심이다. 이러한 문제는 근본적으로 주식의 이중양도에 있어서 이중양수인간의 우열은 양도인의 주식양도통지나 채무자의 승낙에 의해서 결정하지만, 주주권 행사를 위한 회사에 대한 대항력은 주주명부 명의개서에 의하여 결정하는 이중적인 구조 때문에 발생한다. 이 부분에 대해서는 뒤의 주주명부 명의개서의 효력 부분에서 좀더 자세하게 살펴 본다.

#### IV. 주주명부 명의개서의 효력

##### 1. 주주명부와 명의개서

‘주주명부’는 주주와 주권에 관한 사항을 명백히 하기 위하여 이사가 상법의 규정에 따라서 작성, 비치하는 장부이다(상 352조, 396조). 주식회사는 다수의 주주가 관여되는데, 주주명부는 변동하는 주주의 권리행사를 허용하고 주주의 관리를 원활하게 하기 위해서 작성된다.

‘명의개서’는 주주명부에 주식양수인의 성명과 주소를 기재하는 것을 말한다. 위에서 살펴본 것처럼 주식의 양도는 당사자간에 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 교부’에 의하여 그 효력이 발생한다. 그러나 주식의 양도는 회사와는 관계없이 이루어지므로 주식양수인이 주식의 이전을 회사에게 대항하기 위해서는 주주명부에 양수인의 성명과 주소를 기재하여야 한다(상 337조 1항). 이를 명의개서라 한다.

주식양수인은 양도인의 협력이 없이도 단독으로 회사에 대하여 그 명의개서를 청구할 수 있고,<sup>24)</sup> 회사는 주주명부상에 기재된 주주를 주주로 추정하여 주주권의 행사를 허용하면 되지만, 위의 사례와 같이 회사가 실질적인 주주가 누구인지를 알고 있는

24) 대판 1995.23, 94다36421, 대판 1992.10.27., 92다16386 등.

경우에도 그를 배제한 채 주주명부상의 주주에게 의결권 행사 등을 허용하는 것을 용인할 것인지가 문제되는 것이다. 아래에서는 명의개서의 효력과 명의개서 미필주주의 지위에 대해서 살펴본다.

## 2. 명의개서의 효력

### 2.1 권리행사의 대항요건

주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다(상 337조 1항). 즉, 주식양수인이 회사에 대하여 의결권 등 주주권을 행사하기 위해서는 주주명부에 명의개서를 하여야 한다.<sup>25)</sup>

이와 관련하여 주권 발행 전 주식양도에 있어 “양수인이 회사와의 관계에서 대항력을 갖추기 위해서는 채권양도에 준하여 회사에 대한 양도인의 통지 또는 회사의 승낙을 요한다(민 450조 1항).”<sup>26)</sup>고 서술하는 경우가 있으나, ‘양도인의 주식양도 통지나 회사의 승낙’은 이중양수인을 비롯한 ‘제3자’에게 대항력을 갖추기 위한 요건이고, 주식양도의 사실을 가지고 ‘회사’에 대해서 대항력을 갖추기 위해서는 ‘주주명부에 명의개서’를 하여야 한다. 즉, 주주명부 명의개서가 없이는 주식양수인은 양도인의 주식양도통지나 회사의 승낙만으로 회사를 상대로 권리를 행사할 수 있는 것은 아니다.<sup>27)</sup>

다만, 상법 제337조 제1항은 주식의 취득자가 주주명부상의 주주명의를 개서하지 아니하면 스스로 회사에 대하여 주주권을 주장할 수 없다는 의미이고, 명의개서를 하지 아니한 실질상의 주주를 회사측에서 주주로 인정하는 것은 무방하다(편면적구속설, 다수설<sup>28)</sup> 및 판례<sup>29)</sup>. 이러한 판례의 태도에 의하면, 위의 사례에서 피고회사는 원고가 주주명부에 명의개서를 하지 아니하였다고 하더라도 실질상의 주주인 원고를 주주로서 인정하여 주주권 행사를 허용할 수 있다. 그러나 피고회사는 주주명부상에 기재된 주주들에게 주주권의 행사를 허용하는 것도 가능하다.<sup>30)</sup> 주식양수인은 주주명부상에 명의개서를 하지 않으면 회사에 대항할 수 없으나(상 337조 1항), 회사가 실질주주인 원고를 주주로 인정하는 것은 가능하기 때문이다.

### 2.2 주주명부의 자격수여적 효력

25) 대판 2014.4.30., 2013다99942.

26) 이철송, 「회사법」(박영사, 2012), 378면.

27) 대판 2014.4.30., 2013다99942 등. 같은 취지로는 천경훈, “2014년 회사법 판례회고”, 「BFL」 제69호(서울대 금융법센터, 2015. 1), 67면 참조.

28) 권기범, 「현대회사법론」(박영사, 2012), 493면; 손주찬, 「상법(상)」(박영사, 2004년), 673면; 장덕조, 「회사법」(법문사, 2014년), 165면; 정찬형, 「상법강의(상)」(박영사, 2013년), 764면; 최준선, 「회사법」(삼영사, 2014년), 31면; 홍복기, 「회사법」(법문사, 2011), 216면.

29) 대판 2001.5.15., 2001다12973, 대판 1989.10.24., 89다카14714.

30) 같은 취지로는 송옥렬, 「상법강의」(홍문사, 2015), 815면.

주주명부에 주주로 기재된 자는 주주로 추정된다. 따라서 회사는 주주명부에 기재된 자를 주주로 보고 의결권, 신주인수권 등 주주의 권리를 인정하면 된다.

그러나 주주명부의 기재는 주주임을 추정하는 ‘추정적 효력’을 가질 뿐이고 주주명부의 기재에 의하여 주주가 결정되는 창설적 효력을 가지는 것은 아니다.<sup>31)</sup> 주식은 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 교부’에 의하여 이전되는 것이지, 주주명부의 명의개서에 의해서 이전되는 것은 아니기 때문이다. 주권이 발행되지 않은 경우에도 주식은 지명채권 양도의 방법과 그 효력 즉, ‘주식양도의 합의’에 의하여 이전되고, 주주명부의 기재는 양도인과 양수인 간에 주식양도의 효력과는 관계가 없다. 따라서 주주명부에 기재된 자가 무권리자라는 것이 증명되면 그의 주주권은 부인된다. 예를 들어, 乙이 A회사의 주주명부에 주주로 명의개서를 하였더라도 양도인(주주) 甲으로부터 주식을 양도받은 사실이 없다면 乙의 주주권은 부인된다.

### 2.3 주주명부의 면책적 효력

회사는 주주명부에 기재된 자를 주주로 보고 배당금청구권, 의결권, 신주인수권 등의 주주의 권리를 인정하면 되고, 이 경우에는 나중에 주주명부상의 주주가 실질적인 주주가 아니라고 밝혀지더라도 면책된다. 회사가 주주에게 대하여 통지 또는 최고를 하는 경우에는 주주명부에 기재한 주소 또는 그 자로부터 회사에 통지한 주소로 하면 된다(상 353조 1항).

그러나 회사에게 고의나 ‘중대한 과실’이 있거나 또한 ‘용이하게 무권리자임을 증명’할 수 있었음에도 주주권의 행사를 허용한 경우에는 책임이 있다.<sup>32)</sup> 예를 들어, A회사의 주주인 甲이 乙에게 주식을 양도하였는데, A회사의 대표이사인 丙이 위 주식 양도에 입회하여 그 양도를 승낙하였다면 A회사는 乙이 주주임을 알고 있는 것이고, 이러한 경우에 정당한 사유없이 乙의 명의개서청구를 거절하였다면, A회사는 그 명의개서가 없음을 이유로 주식양도의 효력과 乙의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다.<sup>33)</sup>

그런데 위의 사례에서 피고회사는 주주명부의 자격수여적 효력 및 면책적 효력에 따라서 주주명부에 기재되어 있는 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순에게 통지를 하고 그에게 의결권 행사를 허용하면 면책이 되는 측면도 있지만, 주주명부상의 주주가 형식주주에 불과하고 제1 양수인인 원고가 실제 주주인 사실을 알았다면 면책이 되지 않을 수 있는 측면도 있다. 이와 관련하여 광주고등법원은 주식이 제1 양수인인 원고에게 실제로 양도되었고 피고회사도 그러한 사실을 잘 알고 있었으므로 면책이 될 수 없다고 판단하였으나, 대법원은 피고회사가 주주명부에 기재된 대로 주주총회 소집통지를 하고 의결권 행사를 허용하였다면 그 절차에는 하자가 없다고 판단하였는데, 이 부분이 원심과 대법원의 판단에 차이를 가져온 중요한 측면이다.

31) 대판 1989.7.11., 89다카5345.

32) 대판 1998.9.8., 96다45818, 대판 1993.7.13., 92다40952.

33) 대판 1993.7.13., 92다40952.

### 3. 명의개서의 미필주주의 지위

#### 3.1 학설과 판례

회사가 명의개서를 하지 않는 주식취득자를 자발적으로 주주로 인정할 수 있는가? 이에 대해서는 상법 제337조 제1항의 “주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다.”는 규정은, 주식취득자는 명의개서 전에는 회사에 대하여 주주임을 주장하지 못할 뿐 아니라, 회사도 이를 주주로 인정하지 못한다는 견해가 있다(쌍방적구속설<sup>34</sup>). 다수의 이해관계가 교차하는 회사의 단체법상 법률관계를 획일적, 안정적으로 처리할 필요성이 있고, 회사가 주주명부상 주주와 실질적인 주주 중에서 누구에게 의결권 등을 부여할 것인지 사실상 선택권을 가지게 되어서 부당하다고 한다.

그러나 상법 제337조 제1항의 “주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다.”는 규정은 명의개서 전에는 취득자가 주주임을 주장하지 못할 뿐이고, 회사가 스스로 명의개서 미필주주를 주주로 인정하는 것은 허용한다고 볼 것이다(편면적 구속설, 판례<sup>35</sup>). 상법 제337조 제항의 입법취지는 다수인이 관여하는 회사관계에서 사무처리의 편의를 위한 것이며, 회사가 ‘스스로 이를 포기하고’ 자기의 위험부담 하에 실질주주를 주주로 인정하는 것을 막을 이유는 없기 때문이다. 이렇게 해석하는 것이 주주명부의 기재에 확정력이나 대항력을 명시적으로 인정하지 않고 있는 현행 상법의 태도와도 부합하며, 명의개서에 관한 다수의 판례의 태도와도 상치되지 않게 된다.

#### 3.2 각국의 입법례

##### 3.2.1 독일

독일주식법은 주식의 양도를 위해서는 “당사자의 합의와 주권의 배서·교부”를 요구한다(독일주식법 68조 1항). 우리나라 상법이 주식의 양도에 ‘주권의 교부’만을 요구하는 것과는 차이가 있으나(상 336조 1항), 주주명부의 명의개서에 관계없이 당사자간의 합의와 주권의 배서·교부만으로 주식이 양도되는 것은 같다.

주식양수인은 회사에 대해서 주주권을 행사하기 위해서는 주주명부에 기재하여야 한다. 이와 관련하여 독일주식법 제67조 제2항은 “회사와의 관계에 있어서는 주주명부에 등록된 자만을 주주로 본다.”고 규정하는데, 이는 회사가 ‘주주명부에 기재된 자’에게만 주주권의 행사를 허용할 수 있다는 뜻이다. 즉, 주주명부에 기재된 자를 주주로 취급하는 것은 주식회사의 권리이자 의무이다. 우리나라의 경우에 회사의 위험 부담으로 주주명부에 기재되지 않은 실질주주에게 주주권 행사를 허용할 수 있는 것과는 차이가 있다.

##### 3.2.2 미국

34) 강위두·임재호, 「상법강의(상)」 (형설, 2009), 646면; 김정호, 「회사법」 (법문사, 2015), 256면; 이철송, 앞의 책, 353면.

35) 대판 2001.5.15., 2001다12973, 대판 1989.10.24., 89다카14714.

미국의 경우 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 배서·교부’에 의해서株式이 양도된다(UCC §8-309). 우리나라 상법이 ‘주권의 교부’만을 요구하는 것과는 차이가 있으나, 당사자간의 합의와 주권의 배서·교부만으로株式이 양도되는 것은 같다.

주식양수인이 회사에 대해서 주주권을 행사하기 위해서는 주주명부에 기재하여야 한다. 미국의 통일상법전은 “... 발행회사등은 등록된 소유자에 대하여 오직 그 자만이 의결권을 행사하거나 통지를 받거나 기타 소유자의 권리와 권한을 행사할 수 있도록 취급할 수 있다.”(UCC §8-207 1항)고 규정하는데, 이는株式의 양도를 회사에 대항하기 위해서는 주주명부에 명의개서를 하여야 한다는 뜻이다. 회사는 주권의 소유자나 주권의 선의취득자가 주주명부에 기재된 자와 똑 같이 배당을 청구하더라도 대항할 수 있다.<sup>36)</sup> 즉, 회사는 주권의 소유자를 배제하고 주주명부에 기재된 자를 주주로 취급할 수 있으나, 반드시 주주로 취급해야 할 의무까지는 부담하지 않는다. 이러한 측면에서 우리나라의 상법과 비슷하다.

### 3.2.3 일본

일본의 경우 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 교부’에 의해서株式이 양도된다(일회 128조 1항). 주권발행 전의 양도는 회사에 대해서 그 효력이 발생하지 않는다(동조 2항). 우리상법이株式의 양도에 주권의 교부를 요구하는 것과 같다(상 336조 1항).

주식취득자가 회사에 대해서 주주권을 행사하기 위해서는 주주명부에 명의개서를 하여야 한다(일회 130조). 이와 관련하여 일본 회사법은株式회사를 주권발행회사와 주권불발행회사로 구분하고, ‘주권불발행회사’의 경우 “주식양도는 그株式의 취득자가 성명 내지 주소를 주주명부에 기재하지 않으면, ‘株式회사’ 또는 ‘제3자’에게 대항할 수 없다.”(일회 130조 1항)고 규정하는데, 이는 회사 뿐만 아니라 이중양수인 등 제3자에 대한 대항력도 ‘주주명부의 명의개서’를 기준으로 판단하는 취지이다.

우리나라의 경우에株式양도의 제3자에 대한 대항력을 양도인의株式양도통지 또는 회사의 승낙에 의하는 것과 차이가 있다. 즉, 이 사건에 일본회사법을 적용하면, 제1양수인인 원고나 제2 양수인 간의 우열을 굳이 확정일자가 있는株式양도통지나 회사의 승낙이 있었는지를 살펴볼 필요가 없이, 피고회사의 주주명부에 명의개서를 한 제2 양수인이 제1 양수인인 원고에게 우선하는 것으로 간명하게 처리된다.

일본 회사법은株式양도사실에 대하여 ‘주주명부 명의개서’가 가지는 대항력을 발행회사 뿐만 아니라 이중양수인 등 제3자에게 확대한 것이며, 향후 우리나라의 입법론에서 시사점을 주고 있다. 일본 회사법 제130조 제1항이 독일株式법에서와 같이 주주명부에 ‘확정력’<sup>37)</sup>을 인정한 것인지의 논의가 있으나, 확정적 효력을 인정하는 견해는 소수이다.

---

36) UCC Official Comment 1 to UCC §8-207.

37) 주주명부의 확정력이라고 함은株式회사는 주주명부에 기재된 자를 주주로 인정할 권리와 의무를 부담하는 것을 말한다.株式의 양도는株式양도의 합의와 주권의 배서, 교부에 의해서 이루어지며, 주주명부의 명의개서가株式양도의 성립요건이 되는 것은 아니다.

[표2] 주식양도의 방식과 효력

회사 설립전		- 권리주 양도의 금지(319조) - 당사자간에서는 채권적 효력 있음 - 회사에 대항할 수 없음(319조)
회사 설립후	주권 발행전	- 주식양도의 원칙적 금지 - 당사자간에는 채권적 효력 있음 - 회사설립 후 또는 신주납입기일 후 6월이 경과하면 주권 없이도 양도 가능 (335조 2항 단서), 이 경우에는 회사에 대하여 대항력 있음
	주권 발행후	- 주식양도의 합의와 주권의 교부 - 주권의 교부는 주식양도의 성립요건(336조 1항) - 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도에 의한 인도 가능 - 목적물반환청구권 양도에 의한 인도시에는 이중양도의 가능성 있음

[표3] 주식의 양도방법 등에 관한 입법례

	주식양도방법 (당사자간 법률관계)	주주명부 명의개서 (회사에 대한 법률관계)	비고
한 국	합의 + 교부 (336조 1항)	주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다(337조 1항).	편면적구속설(다수설, 판례)
일 본	합의 + 교부 (일회128조 1항)	주식양도는 그 주식의 취득자가 성명 내지 주소를 주주명부에 기재하지 않으면, <u>주식회사</u> 또는 <u>제3자</u> 에게 대항할 수 없다(일회 130조 1항). 주권발행회사에 있어서 전항의 규정을 적용함에는 동항 중 ‘주식회사 또는 제3자’는 ‘주식회사’로 한다(동조 2항).	주권발행회사와 주권 불발행회사에 대한 규제를 분리 주권불발행회사의 경우, <u>회사 및 제3자에 대한 대항요건을 명의개서로 통일</u>
독 일	합의 + 배서.교부 (AktG §68 1항)	회사와의 관계에 있어서는 주주명부에 등록된 자만을 주주로 본다(AktG §67 2항).	주주명부 기재에 ‘확정력’ 인정 주식회사는 소수이고 대부분은 유한회사임
미 국	합의 + 배서.교부 (UCC §8-309)	발행회사등은 등록된 소유자에 대하여 오직 그 자만이 의결권을 행사하거나 통지를 받거나 기타 소유자의 권리와 권한을 행사할 수 있도록 취급할 수 있다(UCC §8-207 1항).	무기명증권의 경우에는 교부(§8-302 1항)

### 3.3 향후 운영방안 및 입법에 대한 제언

회사법률관계의 획일적 확정, 외관의 보호, 명확한 주주 확정의 필요성 등을 고려하면, 주주명부 기재에 좀더 강력한 효력을 인정할 필요성이 있다. 다만, 주주명부의 기재에 어느 정도의 효력을 인정할 것인지는 우리나라 주식회사의 설립 및 운영실태, 명의개서의 실무 등이 참작되어야 한다.

2013년 말 기준으로 법인세 신고를 한 517,805개의 회사 중에서 주식회사가

490,120개, 유한회사는 23,368개, 합자회사는 3,532개, 합명회사는 785개이다.<sup>38)</sup> 이는 법인세 신고를 한 회사만을 대상으로 하는 것이므로 법원의 상업등기부에 등기된 주식회사의 숫자는 2개 가까이 증가한다. 이러한 숫자와 우리나라 주식회사의 주주명부 관리실태를 고려하면 대부분의 주식회사에서 주주명부가 체계적으로 관리되고 있다고 보기는 어렵다. 입법례에 비추어도 미국이나 일본 등 대다수의 국가에서는 주주명부의 효력을 강화하는 경향을 보이고는 있으나 확정력까지는 인정하고 있지는 않다. 따라서 주주명부의 신뢰성을 담보할 수 있는 제도적 장치가 구비되기까지는 주주명부의 기재에 확정력을 인정하는 것은 곤란하다.

그러나 회사법률관계의 획일적 확정, 외관의 보호, 거래의 안전, 명확한 주주 확정 의 필요성 등을 고려하면, 주주명부의 기재에 좀더 강력한 효력을 인정할 필요성은 있다.

이에 대해서는 일본 회사법 제130조 제1항과 같이 주권 발행전 주식양도의 경우에 이종양수인 등 제3자에 대한 대항요건과 회사에 대한 대항요건을 통일할 필요성이 있다. 일본회사법은 주권불발행 회사의 경우, 주식양도사실에 대해서 ‘회사’에 대한 대항력뿐만 아니라 이종양수인을 비롯한 ‘제3자’에 대한 대항력을 모두 ‘주주명부의 명의개서’를 기준으로 동일하게 판단하여 간명하게 법률관계를 처리하고 있다. 일본의 입법례는 주주명부 기재의 효력을 주식회사 이외에도 제3자에게 확대한 것으로 볼 수 있으며 향후 우리나라도 이러한 개정이 필요하다고 생각한다.

다만, 주권을 발행한 회사의 경우에는 주식양도의 합의와 주권의 교부에 의해서 주식이 양도되고, 이종양도의 문제가 발생할 소지가 적으므로 현재와 같은 체계를 유지하는 것이 타당하다.

## V. 결론

### 1. 원고(주식양도담보권자)가 피고회사의 주주인지의 여부 (긍정)

주권발행 전이라도 회사설립 후 또는 신주의 납입기일 후 6월이 경과하면 주권 없이도 주식의 양도가 가능하다(상 335조 3항 단서). 이 경우에는 지명채권 양도방법과 효력에 따라서 당사자간의 ‘주식양도의 합의’만으로 주식양도의 효력이 발생한다.

이와 관련하여 ‘주식양도담보의 합의’가 주식양도의 합의에 포함되는지가 문제된다. 판례는 “채권담보의 목적으로 주식이 양도되어 양수인이 양도담보권자에 불과하다고 하더라도 회사에 대한 관계에는 양도담보권자가 주주의 자격을 갖는 것이며, 이에 따라 의결권이나 그 밖의 공익권도 양도인에 대한 관계에서 담보권자인 양수인에 귀속

---

38) 국세청, 국세통계, 2014년 8. 법인세 <[http://stats.nts.go.kr/national/major\\_detail.asp?year=2014&catecode=A08002](http://stats.nts.go.kr/national/major_detail.asp?year=2014&catecode=A08002)>(2015. 2. 1. 방문).

한다.”<sup>39)</sup>고 하면서, 주식의 양도를 긍정하고 있다.

당사자간에 이루어지는 주식양도담보의 합의는 그 실질이 담보권의 설정이라고 하더라도 ‘주식의 소유권을 이전한다는 합의’가 존재함을 부인할 수 없다. 당사자는 의결권이나 이익배당청구권의 행사를 포함한 주식의 소유권의 이전을 통해서 그 목적을 달성하려고 하였던 것이기 때문이다. 따라서 주식양도담보의 합의를 주식양도의 합의에 포함시키는 이 사건 고등법원과 대법원의 판단은 타당하다.

## 2. 원고(1 양수인)와 김병동 등(2 양수인) 간의 우선순위 (서로 우선권이 없음)

이 사건에서 피고회사의 주주인 김갑동 등은 원고에게 주식을 양도한 후에 김병동 등에게 주식을 이중으로 양도하였으나, 제1 양수인인 원고와 제2 양수인인 김병동 등이 모두 확정일자 있는 양도통지 또는 승낙의 요건을 갖추고 있지 못해서 문제가 되고 있다. 이와 관련하여 주권발행 전 주식의 이중양수인 모두 확정일자 있는 양도통지나 승낙의 요건을 갖추지 못한 경우의 그 우열관계가 문제가 된다.

판례는 주권 발행 전 주식이 이중으로 양도되어 제1 양수인과 제2 양수인이 모두 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지나 승낙을 갖추지 못한 경우에는 서로 대항력이 없으므로 권리변동의 일반 원칙에 따라 ‘먼저 양도통지를 하거나 승낙을 받은 자’가 그 주식에 대한 권리를 취득한다. 다만, 주식의 양도통지가 확정일자 없는 증서에 의하여 이루어진 경우에도 확정일자 있는 통지나 승낙의 요건을 갖추기 전까지는 제2 양수인에 대해서 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으며,<sup>40)</sup> 나중에 그 증서에 확정일자를 얻은 경우에는 그 일자 이후에는 제3자에 대한 대항력을 취득하나 그 대항력 취득의 효력이 당초 주식양도통지일로 소급하여 발생하는 것은 아니라고 한다.<sup>41)</sup> 지명채권양도의 원칙에 충실한 해석으로 타당하다.

위의 사례에서 광주고등법원은 이 사건 주식양도계약의 체결 및 원고가 공동대표이사로 선임되는 과정에서 원고에게의 주식양도에 관한 통지가 있었거나 피고회사가 이를 승낙하였음을 추정하고 제1 양수인인 원고가 제2양수인인 김병동 등에게 우선하여 그 주식을 취득하였으며, 이는 제2 양수인인 김병동 등이 주주명부에 명의개서를 마쳤다고 하더라도 확정일자 있는 문서에 의하여 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추지 않은 이상 마찬가지이며, 제2 양수인은 제1 양수인인 원고에 대한 관계에서는 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다고 판단하였다. 이 부분에 대해서 대법원은 원심판단을 유지하였다.

원심과 대법원의 판단은 지명채권양도의 원칙에 충실한 해석으로 타당하다. 현행 상법은 일본 회사법 제130조 제1항에서처럼 주주명부의 기재에 제3자에 대항 대항력

39) 대판 1993.12.28., 93다8719, 대판 1992.5.26., 92다84, 이 사건 고등법원 및 대법원 판결.

40) 대판 2010.4.29., 2009다88631.

41) 대판 2010.4.29., 2009다88631, 대판 2006.9.14., 2005다45537 등.

을 명시적으로 인정하고 있지 않기 때문에, 이중양수인을 비롯한 ‘제3자’에 대한 대항력은 양도인의 주식양도의 통지 또는 회사의 승낙에 의하고, ‘회사’에 대한 대항력은 주주명부의 기재에 의하여 판단할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 제2 양수인인 김병동 등은 먼저 주주명부상 명의개서를 마쳤다 하더라도 제1 양수인인 원고에 대한 관계에서 주주로서의 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없다. 상법상 명의개서는 회사에 대한 대항요건에 불과하기 때문이다.

다만, 광주고등법원은 먼저 양도통지를 하거나 승낙을 받은 제1 양수인인 원고가 주주이며 이러한 사정을 알고 있는 피고회사는 주주인 원고에게 소집통지를 하여야 한다는 취지로 판시하고 있으나, 이중양도의 경우에는 제1 양도인과 제2 양도인이 모두 적법한 권리자라고 할 것이므로 확정일자 있는 통지나 승낙이 있기 전까지는 누구도 우선적 지위에 있음을 주장할 수 없으며, 이처럼 다툼이 있는 경우에는 주권발행회사는 주주명부에 기재된 주주를 주주로 취급하여 처리하면 된다(주주명부의 면책적 효력). 따라서 “원고가 이 사건 결의 당시까지 명의개서를 마치지 않아 자신이 양수한 주식에 관한 주주권을 행사할 수 없는 이상, 피고회사가 원고에게 소집통지를 하지 않고 임시주총을 개최하여 이 사건 결의를 하였다고 하더라도 이 사건 결의에 부존재나 무효에 이르는 중대한 흠이 있다고 할 수 없다.”고 하는 대법원의 판단은 타당하다. 다만, 이러한 내용은 원고가 양수한 9,500주 중에서 이중양도된 7,000주 부분에 적용되어야 하고, 이중양도되지 않은 나머지 2,500주에 대해서는 이러한 내용이 적용되지 않는다.

### 3. 주주명부 명의개서의 효력 (편면적 구속설)

회사가 명의개서를 하지 않는 주식취득자를 자발적으로 주주로 인정할 수 있는가? 이에 대해서는 상법 제337조 제1항의 “주주명부에 기재하지 아니하면 회사에 대항하지 못한다.”는 규정은, 주식취득자는 명의개서 전에는 회사에 대하여 주주임을 주장하지 못할 뿐 아니라, 회사도 이를 주주로 인정하지 못한다는 견해가 있으나(쌍방적구속설), 상법 제337조 제1항은 명의개서 전에는 취득자가 주주임을 주장하지 못할 뿐이고, 회사가 스스로 명의개서 미필주주를 주주로 인정하는 것은 허용된다고 볼 것이다(편면적 구속설, 판례<sup>42)</sup>). 이렇게 해석하는 것이 주주명부의 기재에 확정력이나 대항력을 명시적으로 인정하지 않고 있는 현행 상법의 태도와도 부합한다.

이러한 입장에 의하면, 위의 사례에서 피고회사는 ‘자기의 위험 부담’으로 실질상의 주주인 원고를 주주로서 인정하여 주주권 행사를 허용할 수 있다. 이 사안에서는 제1 양수인(원고)은 확정일자를 갖추지 못하여 제2 양수인(주주명부상 주주)에게 우선하지 못하므로, 피고회사가 제1 양수인에게 주총통지를 하였다면 편면적 구속설에 따르

42) 대판 2001.5.15., 2001다12973, 대판 1989.10.24., 89다카14714.

라도 적법하지 않다는 견해<sup>43)</sup>가 있으나, 제1 양수인인 원고는 제2 양수인에게 우선권을 가지지 못한다는 것일 뿐 적법하게 주식을 양도받은 주주이고, 나중에 확정일자를 갖추어서 제2 양수인에게 우선할 수도 있으며, 피고회사가 자신의 위험 부담으로 원고를 주주로 인정하는 것이므로 제1 양수인인 원고에게 주주권 행사를 허용하는 것 자체가 문제라고 보기는 어렵다. 주식양수인은 주주명부상에 명의개서를 하지 않으면 회사에 대항할 수 없으나(상 337조 1항), 회사가 실질주주인 원고를 주주로 인정하는 것은 가능하기 때문이다. 그러나 피고회사가 주주명부의 자격수여적 효력과 면책적 효력에 의거하여 주주명부상에 기재된 김갑동, 김을동, 김병동, 이을순 등 주주명부상의 주주들에게 의결권 행사를 허용하는 것도 당연히 가능하다.

#### 4. 이 사건 주총결의의 하자에 대한 판단

##### 4.1 대법원의 판단

대법원은 “... 그러나 원고가 위 주식의 양도 통지나 승낙의 요건을 갖추었다는 사실만으로 피고 회사에 대하여 곧바로 주주권을 행사할 수 있다고 인정한 것은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다. 주식을 취득한 자가 회사에 대하여 의결권을 주장할 수 있기 위하여는 주주명부에 주주로서 명의개서를 하여야 하므로, 명의개서를 하지 아니한 주식양수인에 대하여 주주총회소집통지를 하지 않았다고 하여 주주총회결의에 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다. ... 위와 같이 원고가 이 사건 결의 당시까지 명의개서를 마치지 않아 자신이 양수한 주식에 관한 주주권을 행사할 수 없었던 이상, 피고회사가 원고에게 소집통지를 하지 않고 임시주주총회를 개최하여 이 사건 결의를 하였다 하더라도 이 사건 결의에 부존재나 무효에 이르는 중대한 흠이 있다고 할 수 없다. 또한 ... 이 사건 제2 주식양수인들이 원고 또는 피고회사에 대하여 우선적 지위를 주장할 수 없다 하더라도, 공동대표이사 중 1인인 정기수에 의하여 위 2011. 7. 29.자 주주총회가 소집되었고, 주주 중 김갑동, 김을동 또한 위 주주총회에 출석하여 이 사건 결의에 찬성하였으며, 이 사건 제2 주식양수인들이 명의개서하기 전의 상태를 기준으로 김갑동, 김을동의 주식이 전체 주식의 55%에 이르는 이상, 공동대표이사 중 1인이 다른 공동대표이사와 공동으로 임시주주총회를 소집하지 않았거나 이 사건 제2 주식양수인들로 명의개서되기 전의 종전 주주명부상의 나머지 주주인 이갑동에 대하여 소집통지하지 않았다는 등의 하자는 이 사건 결의가 부존재한다거나 무효라고 할 정도의 중대한 하자라고 볼 수 없다.”고 판단하였다. 그럼에도 원심 판결을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리판단하도록 원심에 환송한다.

##### 4.2 주주명부의 면책적 효력

주주명부에 주주로 기재된 자는 주주로 추정된다. 따라서 회사는 주주명부에 기재

---

43) 천경훈, 앞의 논문, 69면.

된 자를 주주로 보고 의결권, 신주인수권 등 주주의 권리를 인정하면 되고, 나중에 주주명부상의 주주가 실질적인 주주가 아니라고 밝혀지더라도 면책된다. 그러나 회사에게 고의나 ‘중대한 과실’이 있거나 또한 ‘용이하게 무권리자임을 증명’할 수 있었음에도 주주권의 행사를 허용한 경우에는 책임이 있다.<sup>44)</sup> 예를 들어, A회사의 주주인 甲이 乙에게 주식을 양도하였는데, A회사의 대표이사인 丙이 위 주식양도에 입회하여 그 양도를 승낙하였다면 A회사는 乙이 주주임을 알고 있는 것이고, 이러한 경우에 정당한 사유없이 乙의 명의개서청구를 거절하였다면, A회사는 그 명의개서가 없음을 이유로 주식양도의 효력과 乙의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다.<sup>45)</sup>

그런데 위의 사례에서 피고회사는 주주명부의 면책적 효력에 따라서 주주명부에 기재되어 있는 김갑동, 김을동, 갑병동, 이을순에게 통지를 하고 그에게 의결권 행사를 허용하면 면책이 되는 측면도 있지만, 주주명부상의 주주가 형식주주에 불과하고 제1 양수인인 원고가 실제 주주인 사실을 알았다면 면책이 되지 않을 수 있는 측면도 있다. 주주명부의 기재는 주주임을 추정하는 것이지 주주명부의 기재에 의하여 주주가 결정되는 것은 아니기 때문이다.<sup>46)</sup> 이 점에 있어서 광주고등법원은 주식이 제1 양수인인 원고에게 실제로 양도되었고 피고회사도 그러한 사실을 잘 알고 있었으므로 면책이 될 수 없다고 판단하였으나, 대법원은 피고회사가 주주명부에 기재된 대로 주주총회 소집통지를 하고 의결권 행사를 허용하였다면 그 절차에는 하자가 없다고 판단하였다. 즉, 이 사건에 대하여 주주명부의 면책적 효력을 판단함에 있어서 고등법원과 대법원의 판단에 차이가 있는 것이다.

나아가 위의 사례에서는 ① 원고가 양수받은 9,500주 가운데 일부인 7,000주만이 이중으로 양도된 것이고, ② 제2 양수인인 김병동 등도 제1 양수인인 원고에 대해서는 대항할 수 없을 뿐 무권리자라고 할 수가 없어서 더욱 문제가 복잡해진다. 즉, 피고회사는 이중양수인의 우열을 판단하기 어렵기 때문에 김병동과 이을순에게 이중으로 양도된 7,000주에 대해서는 명의개서를 한 제2 양수인 김병동과 이을순을 주주로 보아서 주주권 행사를 허용하면 면책이 될 가능성이 높다. 그러나 나머지 2,500주는 원고에게 주식을 양도한 김갑동이 그대로 소유하고 있고, 현재 대표이사인 정기수는 김갑동의 사위로서 피고회사는 이 사건 주식의 양도사실을 분명히 알고 있었을 것이므로 면책을 하여서는 아니된다고 본다.

#### 4.3 주총결의의 하자에 대한 판단 (무효나 취소 사유)

주주총회결의의 하자를 다루는 방법에는 주주총회 결의취소의 소,<sup>47)</sup> 결의무효확인

44) 대판 1998.9.8., 96다45818, 대판 1993.7.13., 92다40952.

45) 대판 1993.7.13., 92다40952.

46) 대판 2010.2.25., 2008다96970.

47) 총회의 ‘소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반’하거나 ‘현저히 불공정한 때’ 또는 그 ‘결의내용이 정관에 위반한 때’에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다(상 376조 1항).

의 소,<sup>48)</sup> 결의부존재확인 소,<sup>49)</sup> 부당결의의 취소, 변경의 소가 있다. 대법원은 광주 고등법원이 “이 사건 주총결의에 그 결의가 존재한다고 할 수 없을 정도의 중대한 흠이 있다 판단”한 것은 주총결의의 무효, 부존재 사유에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 판단하였다. 아래에서는 이 사건 주총결의에 어떠한 하자가 있는지를 살펴본다.

#### 4.3.1 주총결의 부존재 사유에 대한 판단 (소극)

주총결의 부존재확인 소의 사유가 있는지를 살펴본다. 소의 이익이 있는 자는 총회의 ‘소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자’가 있는 경우에는 결의부존재확인 소를 제기할 수 있다(상 380조). 결의부존재확인 소는 결의절차에 통상적인 하자가 있는 정도로는 부족하고, 총회개최 사실이 없음에도 불구하고 허위로 의사록을 작성하거나, 이사회나 대표이사의 소집·결의가 없었으나 허위로 의사록을 작성하거나, 대부분의 주주에게 소집통지를 하지 않았거나, 정당한 주주가 아닌 자들이 모여서 주주총회가 개최된 경우<sup>50)</sup> 등 ‘총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자’가 있는 경우에 인정된다.

이 사건에서는 원고가 95%의 확실한 주주이고, 제2 양수인이 무권리자인 경우라면 주총결의 부존재 사유에 해당한다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 위의 사례에서는 제1 양수인인 원고와 제2 양수인인 김병동 등간에 우선권이 문제되는 경우로서 서로 우선권을 주장할 수 없을 뿐이지 유효한 주식양도의 합의에 따라서 주식을 양도받은 것은 사실이고, 피고회사는 그 의도가 어떠한지간에 주주명부에 기재된 주주들에게 주총소집의 통지를 하고 결의를 하였으므로 주주총회 결의가 부존재한다고 보기에는 부족하다. 따라서 이 부분에 대한 대법원의 판단은 타당하다.

#### 4.3.2 주총결의 무효사유에 대한 판단 (소극)

주총결의 무효사유가 있는지를 살펴본다. 주총결의 무효확인 소는 ‘결의내용이 법령에 위반’한 경우에 제기할 수 있다(상 380조). 판례는 주주총회결의의 무효 또는 부존재의 사유를 인정하는 것에 대해서 상당히 엄격한 태도를 취하고 있다. 예를 들어, 대부분의 주주총회소집 절차상의 하자는 주주총회결의 취소사유로 인정하며 특별한 사정이 없는 한 무효 또는 부존재 사유로 인정하지 않고 있다.<sup>51)</sup> 회사가 전체 주식의

---

48) 주주총회의 ‘결의내용이 법령에 위반한 때’에는 결의무효의 확인을 청구하는 소를 제기할 수 있다(상 380조). 결의취소의 소는 ‘총회의 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때’(상 376조 1항)에 인정되는 것으로 그 적용범위가 매우 넓고 실제 대부분의 사건은 결의취소의 소에 의하여 다투어지고 있다. 그러나 결의무효확인 소는 ‘결의내용이 법령에 위반한 때’에 한정하여 적용되는 것이므로 그 적용범위가 상당히 제한적이다. 실제 사건에서도 결의무효확인 소를 제기하였다가 결의취소의 소로 변경하는 경우가 많다.

49) 총회의 ‘소집절차 또는 결의방법에 총회결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도의 중대한 하자’가 있는 경우에는 결의부존재확인 소를 제기할 수 있다(380조).

50) 대판 1983.3.22., 82다카1810.

43%를 취득하였으나 그 주식 취득의 효력이 다투어지고 있는 자의 명의개서 요구에 불응하고, 주주명부만을 기초로 소집통지를 하였어도 주주총회결의의 무효 또는 부존재사유는 되지 않는다고 한 판례도 있다.<sup>52)</sup>

이 사건에서는 주총소집통지 등 그 소집절차상의 하자가 주로 문제되고 있으며, 이 사건 주총결의의 내용이 법령에 위반하였다고 다투어지는 상황으로 보기는 어렵다. 더욱이 판례는 상당히 엄격하게 주총결의의 무효사유를 인정하고 대부분의 주총소집절차의 하자는 취소사유로 인정하고 있음에 비추면, 위의 사례는 주총결의 무효사유로 인정하기에도 부족하다고 본다. 따라서 무효사유를 인정하지 아니하고 재심리를 명한 대법원의 판단에도 찬성한다.

#### 4.3.3 주총결의 취소사유에 대한 판단 (적극)

주총결의 취소사유가 있는지를 살펴본다. 주주 등은 총회의 ‘소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반’하거나 ‘현저하게 불공정한 때’ 또는 그 ‘결의내용이 정관에 위반한 때’에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다(상 376조 1항).

위의 사례에서는 ① 공동대표이사 중 1인인 정기수의 소집만으로 주주총회가 개최되었고, ② 일부 주주에 대해서 소집통지가 누락된 상황이 있으며,<sup>53)</sup> ③ 피고회사는 원고가 양도받은 9,500주 가운데에서, 김병동과 이을순에게 이중으로 양도된 7,000주에 대해서는 명의개서를 한 제2 양수인 김병동과 이을순을 주주로 보아서 주주권 행사를 허용하면 면책의 가능성이 높으나, 나머지 2,500주는 원고에게 주식을 양도한 김갑동이 그대로 소유하고 있고, 대표이사인 정기수는 주식양도인인 김갑동의 사위로서 피고회사는 이 사건 주식의 양도사실을 분명히 알고 있었음에도 그에 대해서 주총소집통지를 하지 않은 하자가 있다. 즉, 피고회사는 김갑동 등 주주명부상의 주주가 실질적인 주주가 아님을 분명하게 알고 있었거나 용이하게 무권리자임을 증명할 수 있었음에도 불구하고 ‘고의나 중대한 과실’로 원고에게 주총사실을 통지하지 않은 잘못이 있다. 이러한 하자는 소집절차 또는 결의방법이 법령 또는 정관에 위반하거나, 현저하게 불공정한 경우이므로 주총결의 취소사유에 해당한다고 보아야 한다.

결의취소의 소는 주주총회 결의일로부터 2월내에 회사 본점소재지의 지방법원에 제기하여야 하지만(376조, 186조), 동일한 결의에 관하여 무효 또는 부존재확인 소가 2개월의 제소기간 내에 제기되어 있다면 제소기간을 준수한 것으로 보아야 한다.<sup>54)</sup>

51) 대판 1989.5.23., 88다카16690.

52) 대판 1996.12.23., 96다32768.

53) 이 부분은 대법원 판결문에 비슷한 취지의 서술이 있으나 분명하지 아니하다.

54) 대판 2010.3.11., 2007다51505, 대판 2007.9.6., 2007다40000, 대판 2007.9.6., 2007다40000, 대판 2003.7.11., 2001다45584 등.

## 5. 입법론

우리나라에서 주식은 주권이 발행된 경우에는 ‘주식양도의 합의’와 ‘주권의 교부’에 의해서 이전되고(상 336조 1항), 주권 발행 전이지만 회사성립 또는 신주발행 6월이 경과한 경우에는 지명채권 양도의 방법에 따라서 ‘주식양도의 합의’만으로 주식이 이전되며 이로서 충분하다. 그런데 주식의 양도사실을 회사에게 대항하기 위해서는 주주명부에 명의개서를 하여야 하고(상 337조 1항), 제3자에게 대항하기 위해서는 주식양도의 통지 또는 회사의 승낙을 얻어야 한다. 이러한 내용은 미국과 일본 등 다른 나라의 경우에도 비슷하다.

그런데 주권이 발행되지 않은 경우에는 주식양도의 합의만으로 주식이 이전되므로 주식이 이중으로 양도될 가능성이 있고, 이러한 경우에는 회사에 대한 대항요건은 ‘주주명부의 명의개서’이지만, 이중양수인을 비롯한 제3자에 대한 대항요건은 ‘주식양도인의 통지나 회사의 승낙’이 되어서, 그 판단기준이 달라지므로 이 사건에서 보는 것처럼 문제가 복잡하게 된다.

이와 관련하여 회사법률관계의 확실적 확정, 외관의 보호, 거래의 안전, 명확한 주주 확정의 필요성 등을 고려하면, 주주명부의 기재에 좀더 강력한 효력을 인정할 필요성이 있다. 우리나라 주식회사의 숫자와 주주명부 관리실태를 고려하면 독일에서와 같이 주주명부의 기재에 확정력을 인정하기에는 현실적인 어려움이 있으며, 일본 회사법 제130조 제1항과 같이 주식양도사실에 관하여 이중양수인 등 제3자에 대한 대항요건과 회사에 대한 대항요건을 ‘주주명부 명의개서’로 통일하는 방안이 타당하다. 다만, 주식의 양도를 위해서 주권이 교부되어야 하는 주권 발행회사의 경우에는 이중양도의 문제가 발생할 소지가 적으므로 현재와 같은 체계를 유지하는 것이 타당하다.

## 제3주제

### 2014년 운송 관련 상법 개정안의 주요내용과 과제

- 발표자 : 황현영 입법조사관(국회 입법조사처)  
토론자 : 권기훈 교수(경상대)/ 최세련 교수(명지대)  
사회자 : 최준선 교수(성균관대)



# 2014년 운송 관련 상법 개정안의 주요 내용과 과제\*

황 현 영  
국회입법조사처 입법조사관 / 법학박사

## I. 서 설

최근 경제환경의 변화에 부응하기 위해 여러 차례 상법이 개정되었고, 변화된 운송환경을 반영하여 운송 관련 규정도 개정되었다. 2007년에는 해상운송 관련 규정을 새롭게 재편한 대대적 개정이 있었고, 2010년에는 육상운송 관련 일부 조문을 개정하였다. 2011년에는 항공운송편이 신설되었으며 2014년에는 항공운송인의 책임한도를 상향하는 개정이 있었다. 운송계약은 전통적으로 조약과 이에 근거한 약관을 통해 이루어져 온 것이 실무관행이나 그러한 데도 이를 규율하는 규정을 법으로 명문화하는 것은 화주와 운송인간의 법률관계를 명확히 하고 신속하게 분쟁을 해결하기 위함이다. 그러한 이유로 해상운송규정을 전면 개정하고 항공운송관련 규정을 상법에 신설하였으며, 복합운송에 대한 법제를 정비해야 한다는 필요성이 제기되었다. 컨테이너를 통해 이루어지는 국제운송의 경우 육상·해상·항공을 거쳐 운송하는 복합운송이 상당부분을 차지함에도 불구하고, 복합운송에 대한 규정은 조문 1개에 불과하였다.

이에 법무부는 2010년 상법 복합운송규정 개정위원회를 구성하여 복합운송에 관한 규정을 신설하는 개정안(이하 '18대 국회제출안'이라 한다)을 마련하였고,<sup>1)</sup> 2011년 3월 국회에 제출하였으나 위원회에 상정되지 못하고 2012년 5월 30일 제18대 국회 임기만으로 자동 폐기되었다. 그 이후 법무부는 상법 개정 특별분과위원회(운송편)의 운영을 통해 개정안을 다시 마련하였다.<sup>2)</sup> 변화된 물류운송환경에 맞도록 일부 육상운송규정을 수정하고 복합운송에 관한 18대 국회 제출안을 보완하였으며, 해상·항공운송인의 책임한도를 상향하도록 하는 내용을 담은 개정안(이하 '19대 국회 입법예고안'이라 한다)을 2013년 11월에 입법예고 하였다.<sup>3)</sup> 그런데 입법예고를 마치고 입법절차를 진행하는 중에 항공운송인의 책임한도를 상향하는 이만우 의원 대표발의안<sup>4)</sup>이 2014년 4월에 국회를 통과하여 2014년 5월 20일자로 시행되었다. 이

\* 본 논문은 필자가 법무부 상사법무과에서 연구관으로 재직하는 동안 입법과정에 참여하며 참고한 자료와 현재 국회입법조사처 입법조사관으로 근무하며 법제사법위원회의 요청을 받아 조사한 내용을 토대로 개인적으로 정리한 것으로, 해당 기관의 입장과 상이할 수 있습니다. 개정안이 아직 입법 진행 중에 있고 법리적으로 완전히 해결되지 않은 문제도 있어서 이에 대해 좋은 의견을 주실 분은 언제든지 메일(hyhwang@assembly.go.kr)로 연락 주시면 전달하도록 하겠습니다.

- 1) 18대 국회 제출안에서는, 육상 운송 관련 편제를 변경하고 복합운송 관련 10개 조문(제150조의2부터 제150조의11)을 신설하였으며 해상운송편 복합운송조문(제816조)을 삭제하였다.
- 2) 입법예고안에서는 육상운송 관련 편제를 변경하고, 육상운송 관련 4개 조문(제137조의2부터 제137조의4까지, 제146조의2)을 신설하고 2개 조문(제146조, 제147조)을 개정하였으며, 복합운송 관련 10개 조문(제150조의2부터 제150조의11까지)을 신설하고 해상운송편의 복합운송관련 1개 조문(제816조)을 삭제하였다. 또한 해상운송 관련 3개 조문(제770조, 제804조, 제815조) 및 항공운송 관련 4개 조문(제905조, 제907조, 제910조, 제932조)을 개정하였다.
- 3) 입법예고안에 대하여 10개 기관(가야쉬핑, 국토교통부, 대한항공, 산업통상자원부, 서울지방변호사회, 전국개별화물차운송사업연합회, 전국화물운송사업협의회, 한국국제물류협회, 한국선주협회, 한국항공진흥협회)이 의견을 제출하였다.
- 4) 상법 항공운송편의 근거 조약인 몬트리올 협약의 책임한도가 2010년 13.1% 인상됨에 따라, 이를 반영하여 항공운송인의 책임한도액을 상향조정하도록 한 것이다. 다만, 이만우 의원안은 국내 여객의 연착에 대한 손해를 해외 여객과 동일한 수준으로 상향하였으나, 국회 논의 과정에서 법제사법위원회

에 법무부는 개정안에 포함되어 있던 항공운송인 책임한도 부분을 삭제하고 법제처에 심사를 의뢰하였고, 2014년 10월 국회에 개정안(이하 '19대 국회 제출안'이라 한다)을 제출하여 2015년 2월 9일 현재 법제사법위원회(이하 '법사위'라 한다)에 상정되지 않은 채 계류되어 있고 올해 국회에서 논의될 예정이다.

복합운송 관련 법안이 제출되었다가 폐기되고, 다시 개정위원회를 거치면서 법안의 내용에 수정이 있었고 법제처에서 자구심사를 하는 과정에서 많은 조문에 변화가 있었다. 그래서 본 논문에서는 육상·복합·해상·항공을 각각 나누어서 개정안의 내용 및 입법취지를 설명하고 향후 논의되어야 할 과제를 제안하고자 한다.

## II. 육상운송 관련 개정내용

### 1. 편제 변경

현행 상법은 운송구간별로 상법 내 각기 다른 편에서 규정하고 있다. 육상운송은 상법 제2편 상행위 제9장 운송업으로 규율하고 있고, 해상운송은 상법 제5편 해상에서, 항공운송은 상법 제6편 항공운송에 규정을 두고 있다. 복합운송의 경우 현재 해상편에서 규율하고 있으나, 복합운송은 해상 뿐 아니라 육상·항공과도 관련이 있으므로 운송업에 관한 일반 규정이 있는 상법 내 상행위편에서 규율하는 것으로 하였다. 상행위편에 복합운송 규정을 신설하기 위해 편제를 변경하였다.

현행	개정안
제9장 운송업 제1절 물건운송 제2절 여객운송	제9장 운송업 제1절 육상운송 제1관 물건운송 제2관 여객운송 제2절 복합운송

### 2. 육상운송 관련 개정

#### 2.1. 비계약적 청구에 대한 규정 신설(안 제137조의3)

19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제137조의3(비계약적 청구에 대한 적용) ① 이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.	제137조의3(비계약적 청구에 대한 적용) ① 이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.

대안으로 현행 기준 2배만 인상하도록 수정 제안 되어 국회를 통과하였다.

		개정 전 상법	19대 국회 입법예고안	이만우 의원안	법사위 대안(개정법)	
여객	사망 또는 부상(제905조)	100,000 SDR	113,100 SDR	113,100 SDR	113,100 SDR	
	연착	해외(제907조)	4,150 SDR	4,694 SDR	4,694 SDR	4,694 SDR
		국내(제907조)	500 SDR	500 SDR	4,694 SDR	1,000 SDR
수하물(제910조)		1,000 SDR	1,131 SDR	1,131 SDR	1,131 SDR	
운송물(제915조)		17 SDR	19 SDR	19 SDR	19 SDR	

<p>② 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용자 또는 대리인에 대해서 제기되고 그 손해가 그 사용자 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용자 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 그 사용자 또는 대리인의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 경우에는 그렇지 않다.</p>	<p>② 운송물에 관한 불법행위로 인한 손해배상청구가 운송인의 사용자이나 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용자이나 대리인의 직무집행에 관하여 생겼을 때에는 그 사용자나 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 운송인의 사용자이나 대리인의 고의로 인하여 발생하였거나 또는 운송물의 멸실·훼손·연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위나 부작위로 인하여 발생하였을 때에는 그 사용자이나 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 없다.</p> <p>③ 이 장 제2절의 복합운송에 있어서 제150조의5에 따라 이 절의 규정이 적용되는 경우로서 제2항 본문에 따라 운송인의 사용자이나 대리인이 운송인의 항변과 책임제한을 원용한 경우에 운송인과 그 사용자이나 대리인의 운송물에 관한 책임제한금액의 총액은 제137조의2에 따른 책임의 한도를 초과하지 못한다.</p>
--	--

운송인의 행위가 운송계약의 불이행이 되는 동시에 민법상의 불법행위의 구성요건을 충족하는 경우가 있는데, 이 때 피해자가 가해자인 운송인에 대하여 민법상의 불법행위 책임을 묻는다면 운송인의 책임제한 규정은 무의미하게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해 해상운송(제798조)과 항공운송(제899조)에서는 운송인의 손해배상책임에 상한을 두는 상법상 책임제한에 관한 규정을 불법행위에도 적용하도록 상법상 명문의 규정을 두고 있다. 그러나 육상운송의 경우 불법행위에는 상법상 책임제한이 되지 않아 청구요인에 따라 손해배상액이 달라지는 문제가 있다.<sup>5)</sup>

2010년 개정된 상법총칙·상행위편에 대한 상법 일부개정법률안이 국회에 처음 제출되었던 2009년에는 비계약적청구에 대한 조문이 포함되어 있었다. 그러나 국회 법사위 1소위 논의과정에서 삭제되었다.<sup>6)</sup> 그러나 비계약적청구에 대한 규정이 없는 상황에서 판례의 입장에 따라 해석하면, 운송인을 상대로 불법행위책임을 물을 경우 상법상 고가물의 특칙(제136조), 정액배상주의(제137조), 운송계약의 단기소멸시효(제147조) 등이 적용될 수 없게 되어, 운송계약의 특수성을 인정하여 책임을 제한한 특례조항의 입법취지가 몰각될 수 있다는 문제가 있다.<sup>7)</sup> 또한 복합운송 규정을 신설하여 복합운송인이 책임을 지게 될 경우, 육상운송 규정에 의할 때와 해상·항공운송 규정에 의할 때 일관된 법적용을 할 수 없다는 문제도 있다. 이에 제19대 국회 제출안에서는 육상운송에도 상법상 책임제한 규정을 불법행위에 적용하기

5) 과거 대법원은 항공운송계약상의 채무불이행책임과 불법행위로 인한 손해배상책임은 병존한다는 청구권경합설 입장에서 항공운송계약상의 면책특약은 불법행위책임에 적용되지 않는다고 판시하였으나(대법원 2004.7.22. 선고 2001다58269판결), 2011년 해상운송편을 신설하면서 비계약적청구에 대한 규정을 명문화하여 이를 입법적으로 해결하였다(제899조).

6) 법사위 1소위에서는 육상운송인의 운송물은 해상운송인의 운송물에 비해 저가이고 운송기간도 짧기 때문에 육상운송의 위험도가 상대적으로 낮아 육상운송인을 해상운송인과 같이 보호할 필요가 없고, 판례 또한 송하인을 육상운송인보다 보호하고 있으므로 개정 필요성이 의문시 된다는 입장을 고수하였고, 계약책임과 불법행위책임 간에는 민사소송법상 소송물이 다르고 입증책임의 정도도 틀려서 손해배상책임에 대한 특칙을 동일하게 규정하는 것이 불합리할 수도 있다는 의견이 제기되었다(법무부, 「상법 총칙·상행위편 해설」, 도서출판 동강, 2012, 69면)

7) 신현윤, “상법총칙·상행위법 개정안의 주요쟁점”, 「상사판례연구」 제21집 제3권(2008), 14면; 최세련, “상법상 육상운송인의 책임제도와 그 개선방안”, 「한국해법학회지」 제31권 제2호(2009), 159면.

위한 ‘비계약적 청구 적용규정’을 신설하여(안 제137조의3 제1항), 운송인 등의 손해배상책임 범위에 관하여 일관된 법적용을 하고자 하였다. 또한 개정안에서는 운송인의 이행보조자나 사용인이 화주 등으로부터 불법행위 책임을 추궁당할 경우, 운송인에게 인정되는 면책조항이나 단기제척기간 등의 이익을 운용할 수 있도록 하는 허말라야 조항을 육상운송에도 도입하였다(동조 제2항). 다만 복합운송에서 육상운송인이 책임을 지게 되는 경우, 책임한도규정을 적용하기 위해 해상운송과 항공운송 조문에 정합성을 갖추어야 한다는 법제처의 지적에 따라 3항을 신설하였다.

## 2.2. 운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지 기한 단축(안 제146조)

현행	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
<p>第146條(運送人の責任消滅) ① 運送人の責任은受荷人 또는貨物相換證所持人이留保없이運送物을受領하고運賃其他의費用을支給한때에는消滅한다 그러나運送物에即時發見할수없는毀損 또는一部滅失이 있는境遇에運送物을受領한날로부터2週間內에運送人에게그通知를發送한때에는그러하지아니하다</p> <p>②前項의規定은運送人 또는그使用人이惡意인境遇에는適用하지아니한다</p>	<p>제146조(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인이 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견한 때에는 수령 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면에 의한 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것인 때에는 수령한 날부터 7일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 통지가 없는 경우에는 운송물이 멸실 또는 훼손 없이 수하인에게 인도된 것으로 추정한다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항은 운송인 또는 그 사용인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.</p> <p>④ 운송물에 멸실 또는 훼손이 발생하였거나 그 의심이 있는 경우에는 운송인과 수하인은 서로 운송물의 검사를 위하여 필요한 편의를 제공하여야 한다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 반하여 수하인에게 불리한 당사자 사이의 특약은 효력이 없다.</p>	<p>제146조(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인은 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견하면 운송물을 수령한 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 경우에는 수령한 날부터 7일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 통지가 없는 경우에는 운송물이 멸실 또는 훼손 없이 수하인에게 인도된 것으로 추정한다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항은 운송인 또는 그 사용인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.</p> <p>④ 운송물에 멸실 또는 훼손이 발생하였거나 그 의심이 있는 경우에는 운송인과 수하인은 서로 운송물의 검사를 위하여 필요한 편의를 제공하여야 한다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 반하여 수하인에게 불리한 당사자 사이의 특약은 효력이 없다.</p>

현행법에서는 해상운송은 하자없는 인도 추정인 반면 육상운송은 운송인의 책임이 소멸된 것으로 규정되어 있다. 그런데 수하인이 수령한 목적물에 훼손이나 일부 멸실이 있다는 사실을 운송인에게 통지하지 않았다는 사실만으로 운송인에게 손해배상을 청구할 수 없도록 한 규정은 수하인에게 매우 불리하였다. 이에 육상운송의 경우에도 하자없는 인도 추정으로 개정하는 대신, 통지기간을 2주간에서 7일로 단축하여 운송인도 균형있게 보호하도록 하였다.<sup>8)</sup> 통지가 없으면 정상적인 상태에서 수하인에게 인도된 것으로 추정하는 것에 불과하나,

8) 공정거래위원회에서 승인한 택배표준약관 제23조 제1항에서는 14일 이내에 통지를 발송하지 아니하면 소멸한다고 규정하고 있는데, 개정안이 통과될 경우 약관도 함께 개정할 필요가 있다.

사실상 운송과 관련된 모든 자료가 운송인에게 있어 수하인이 입증하기 어려운 측면이 있어 수하인에게 불리한 특약은 효력이 없도록 하는 편면적 강행규정(5항)을 두어 수하인을 정책적으로 보호하도록 하였다.

### 2.3. 운송인의 채권·채무의 소멸시효 개정(안 제146조의2)

19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제146조의2(운송인의 채권·채무의 소멸) ① 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채무는 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 2년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다. ② 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권은 2년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다.	제146조의2(운송인의 채권·채무의 소멸) 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 2년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다.

현행법에서는 운송주선인의 책임에 대해 1년의 소멸시효를 규정하고(제121조), 제147조에서 이를 운송인의 책임에 준용하고 있다. 과거 해상운송에서도 제121조를 준용하도록 하고 있었으나 1991년 개정에서 이를 제척기간으로 변경하였는데, 실무에서는 당사자간의 합의로 시효기간의 연장이 허용되고 있음에도 법원에서는 상법의 규정이 소멸시효로 되어 있다는 이유로 합의에 의한 연장을 부인하고 있어 국제조약<sup>9)</sup>이나 실무관행과 괴리가 있다는 문제가 지적되어 이를 변경한 것이다.<sup>10)</sup> 그러나 육상운송의 경우에는 여전히 소멸시효로 규정되어 있어 당사자간의 합의에 의한 시효연장이 어렵다는 문제가 동일하게 발생하였다.

이에 개정안에서는 운송인의 채권 및 채무에 대한 1년 소멸시효를 2년의 제척기간으로 규정하고, 당사자간의 합의에 의해 기간을 연장할 수 있도록 하였다. 다만 운송인이 악의인 경우에도 제척기간을 적용하도록 하여 운송인도 균형있게 보호하였다. 법제처 심사과정에서 조문이 변경되었는데, 내용의 변화는 없고 해상운송 조문과 정합성을 갖추도록 문구를 수정하였다.

### 2.4 준용규정 정비(안 제147조)

현행	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
第147條(準用規定) 第117條, 第120條乃至第122條의規定은運送人に 準用한다	제147조(준용규정) 제117조 및 제120조는 운송인에게 준용한다.	제147조(준용규정) 운송인에 대해서는 제117조 및 제120조를 준용한다.

운송인의 책임을 제척기간으로 규정하였으므로, 운송주선인의 책임에 대한 소멸시효 준용규정을 삭제하였다(제121조, 제122조).

### 3. 복합운송 조문 신설을 위한 육상운송 규정 정비

9) 헤이그비스비규칙 제3조, 함부르크규칙 제20조, 로테르담규칙 제62조, CMR 제32조, 몬트리올협약 제35조에서 운송인의 채권·채무에 대해 모두 제척기간으로 규정하고 있다.

10) 법무부, 「상법개정특별분과위원회 회의록(보험·해상편)」 II 권(1990), 161-163면.

3.1 운송업의 의의에 복합운송을 포함하여 규정(안 제125조)

현행	19대 국회 제출안
第125條(意義) 陸上 또는 湖川, 港灣에 物物件 또는 旅客의 運送을 營業으로 하는 者를 運送人이라 한다	제125조(의의) 육상 또는 호천, 항만 등에서 물건 또는 여객의 운송을 영업으로 하는 자를 운송인이라 한다.

상법 제2편 상행위 제9장 운송업 제2절 복합운송이 신설됨에 따라, 상행위편에 규율되는 운송업이 ‘육상, 호천, 항만’, 즉 내수항행에 국한하지 않고 해상이나 항공도 포함될 수 있으므로 ‘등’을 추가하였다. ‘해상’이나 ‘항공’이라고 기재하지 않고 ‘등’이라고 규율한 이유는, 만약 ‘해상’이나 ‘항공’을 추가할 경우 상법 제5편 해상과 제6편 항공운송이라고 규율하는 기존의 편별 분류체계에 혼란을 가져 올 수 있기 때문이다.

3.2 복합운송의 경우 육상운송인의 책임제한 신설(안 제137조의2)

19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제137조의2(책임의 한도) ① 이 장 제2절의 복합운송에 있어서 제150조의5에 따라 이 절의 규정이 적용되는 경우 운송물의 멸실, 훼손에 대한 운송인의 손해배상의 책임은 당해 운송물의 매 포장당 또는 선적단위당 666.67 계산단위(국제통화기금의 1 특별인출권에 상당하는 금액을 말한다. 이하 같다)의 금액과 중량 1킬로그램당 2 계산단위의 금액 중 큰 금액을 한도로 제한할 수 있다. 다만, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니한다. ② 제1항은 송하인이 운송인에게 운송물을 인도할 때 그 종류와 가액을 고지하고 복합운송증권이나 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서에 이를 기재한 경우에는 적용하지 아니한다.	제137조의2(책임의 한도) ① 이 장 제2절의 복합운송에 있어서 제150조의5에 따라 이 절의 규정이 적용되는 경우 운송물의 멸실, 훼손에 대한 운송인의 손해배상의 책임은 해당 운송물의 매 포장당 또는 선적단위당 666.67 계산단위(국제통화기금의 1 특별인출권에 상당하는 금액을 말한다. 이하 같다)의 금액과 중량 1킬로그램당 2 계산단위의 금액 중 큰 금액을 한도로 제한할 수 있다. 다만, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의로 인하여 발생하였거나 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위나 부작위로 인하여 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항에 따른 운송물의 포장 또는 선적단위의 수는 제797조제2항에 따라 계산한다. ③ 제1항은 송하인이 운송인에게 운송물을 인도할 때 그 종류와 가액을 고지하고 복합운송증권이나 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서에 이를 기재한 경우에는 적용하지 아니한다. 다만, 송하인이 운송물의 종류 또는 가액을 고의로 현저하게 부실의 고지를 하였을 때에는 운송인은 자기 또는 그 사용인이 악의인 경우를 제외하고 운송물의 손해에 대하여 책임을 면한다.

해상운송(제797조)과 항공운송(제905조, 제915조)은 운송인의 책임제한을 규정하여 운송인을 보호하는 반면, 육상운송에서는 운송인의 책임을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 그 이유는 육상운송이 해상이나 항공운송에 비해 위험성이 덜한 것으로 이해되어 왔기 때문이다.<sup>11)</sup> 그러나 육상운송인에게도 책임제한을 인정해야 한다는 주장이 제기되어 왔고,<sup>12)</sup> 선박에 비해 교통사고 등 육상운송사고가 더 빈번하게 발생하여 사고의 위험이 높은 점을 감안

11) 최세련, 앞의 논문, 156면.

12) 김정호, 「상법총칙·상행위법」, 법문사, 2008, 329면; 김인현, “2007년 상법 해상편의 편제 및 복합운송에 대한 개정경위와 그 내용, 「한국해법학회지」제30권 제1호(2008), 44-45면.

할 때 육상운송인의 책임제한제도를 도입해야 한다는 실무의 요청도 있었다. 19대 국회 제출안을 마련하는 과정에서도 개정위원회 위원들이 이 문제를 논의하였으나, 해상·항공운송의 경우 항공기나 선박으로 인한 사고가 대규모 손해를 초래한다는 특수성이 있다는 비판의견이 제기되는 등 의견이 합치되지 않았다. 이에 육상운송인에 대한 전반적인 책임제한은 인정하지 않되, 복합운송이 적용되는 육상운송의 경우에만 책임제한을 규정하는 것으로 하였다. 복합운송은 순수한 육상운송과는 달리 해상운송이나 항공운송이 복합적으로 이루어지는 제도인데, 같은 운송인이 같은 물건을 운송하면서 어느 구간에서 사고가 났는지 여부에 따라 해상에서 사고가 나면 책임제한을 적용받아 일부만 배상하면 되고, 육상에서 사고가 나면 책임제한을 적용받지 못해 전부 배상해야 한다는 불합리가 발생하기 때문이다. 따라서 복합운송이 적용되는 경우에 육상에서 손해가 발생하였다면 육상에서도 해상과 동일하게 운송인의 책임제한을 주장할 수 있도록 하였다. 법제처 심사과정에서 문구를 명확하게 하는 수정, 그리고 계산단위를 명확하게 하는 수정이 있었고, 해상운송인의 책임제한이 또 797조 3항과 정합성을 갖추기 위해 3항의 단서를 신설하였다.

### 3.3 운송인의 책임경감금지 규정 신설(안 제137조의4)

19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제137조의4(운송인의 책임경감금지) 제135조, 제137조의2, 제137조의3의 규정을 위반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 특약을 하지 못한다.	제137조의4(운송인의 책임경감금지) 제135조, 제137조의2 또는 제137조의3에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감하거나 면제하는 당사자 사이의 특약, 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정은 효력이 없다.

제137조의2(책임의 한도), 제137조의3(비계약적 청구) 등 운송인에게 책임제한의 이익을 부여한 이상 경제적 약자인 송하인과 수하인을 보호하기 위하여 운송인의 책임경감금지규정을 신설하였다.

## III. 복합운송 관련 개정내용

### 1. 복합운송계약의 의의(안 제150조의2)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안, 19대 국회 제출안
제150조의2(의의) ① 복합운송계약은 운송인이 두 가지 이상의 다른 운송수단으로 물건을 운송할 것을 인수하고, 송하인이 이에 대하여 운임을 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생긴다. 다만, 각 운송구간에 적용되는 규정이 같은 경우에는 복합운송계약으로 보지 아니한다. ② 어느 한 운송구간의 운송에 부수하여 이루어지는 화물의 수령, 보관, 취급, 인도에 관한 작업구간은 별도의 운송구간을 구성하지 아니한다.

개정안에서는 운송인이 두 가지 이상의 다른 운송수단으로 물건을 운송할 것을 인수하고, 송하인이 이에 대하여 운임을 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생기는 것을 복합운송계약이라고 정의하여, 복합운송계약의 기본 요건을 정하고 그 적용 범위를 명확히 하였다. 복합운송계약은 3가지 요건을 갖추고 있어야 한다. 첫째 단일 운송계약이다. 다양한 운송수단을 이용한다 할지라도 각 구간 운송인과 개별 계약을 체결하는 것이 아니라 송하인은 복합운송인을 상대로 계약을 체결하고 모든 책임은 복합운송인이 지도록 하는 것이다. 둘째 2개

이상의 운송수단으로 물건을 운송해야 한다. 각 운송구간에 적용되는 규정이 같은 경우라는 것은 A자동차와 B철도로 운송할 경우에는 육상에 관한 규정이 적용되므로 복합운송으로 보지 않는다는 의미이다. 그리고 마지막으로 일관운임이어야 한다. 복합운송인은 각 운송구간마다 분할된 운임이 아닌 전구간에 대한 단일화된 운임을 설정하여 제시하여야 한다.

복합운송인의 개념을 정의하여 복합운송에 대한 책임을 실제운송인이 아닌 복합운송인이 부담하도록 해야 한다는 의견이 있었으나,<sup>13)</sup> 복합운송계약에 관한 정의규정을 통해 계약당사자의 일방 내지 운송주체로 복합운송인의 법적 지위를 도출할 수 있으므로 별도로 규정할 필요가 없다.<sup>14)</sup> 해상편의 규정을 보면 운송계약 또는 정기운송계약에 대해서는 정의를 하면서도 운송인이나 정기운송자에 대해서는 정의 규정을 두고 있지 않고 있으므로, 같은 규정 형식을 차용하여 이를 별도로 설치하지 않았다.<sup>15)</sup>

## 2. 복합운송증권(안 제150조의3)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안, 19대 국회 제출안
<p>제150조의3(복합운송증권) ① 운송인은 운송물을 수령한 후 송하인의 청구에 따라 1통 또는 여러 통의 복합운송증권을 발행하여야 한다.</p> <p>② 복합운송증권에는 다음 각 호의 사항을 적고 운송인이 기명날인하거나 서명하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 송하인이 서면으로 통지한 운송물의 종류, 중량 또는 용적, 포장의 증별·개수와 기호</li> <li>2. 운송물의 외관상태</li> <li>3. 송하인의 성명 또는 상호</li> <li>4. 수하인 또는 통지수령인의 성명 또는 상호</li> <li>5. 운송물의 수령장소</li> <li>6. 운송물의 인도장소</li> <li>7. 예정된 운송수단 및 환적장소</li> <li>8. 운임</li> <li>9. 발행지와 그 발행 연월일</li> <li>10. 여러 통의 복합운송증권을 발행하는 경우에는 그 수</li> <li>11. 운송인의 성명 또는 상호</li> <li>12. 운송인의 주된 영업소 소재지</li> </ol> <p>③ 복합운송증권에 관하여는 제129조부터 제133조까지, 제853조제2항부터 제4항까지 및 제856조부터 제860조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “화물상환증” 및 “선하증권”은 “복합운송증권”으로, “양륙항”은 “운송물의 인도장소”로, “선장”은 “운송인”으로 본다.</p>

복합운송계약을 체결한 경우 운송인은 운송물을 수령한 후 송하인의 청구에 따라 운송물의 종류, 중량 또는 용적과 송하인·운송인의 성명 등을 기재한 복합운송증권을 발행하도록 하였다. 복합운송증권은 복합운송인이 복합운송계약이 체결되었다는 사실과 그 계약의 내용에 따라서 운송물을 수령하였다는 사실을 증명하고 목적지에서 이를 정당한 소지인에게 인도할 것을 약속하는 증권을 말한다.<sup>16)</sup>

현재 실무에서는 UNCTAD/ICC 복합운송증권규칙에 따른 FIATA<sup>17)</sup> B/L이 사용되고 있

13) 경익수, “복합운송법제의 기본 개념”, 2009년 물류법 공동학술대회, 국제거래법학회·한국항공우주법학회·한국해법학회·인하대학교 법학연구소, 2009. 10. 23. 71,75면; 법무부에 제출한 한국항공진흥협회 의견서 참조.

14) 박재홍, “복합운송규정의 입법상 주요 쟁점”, 「선진상사법률연구」 통권 제52호(2010), 146면.

15) 최준선, 「상법(복합운송규정) 개정안 회의록 및 해설자료」, 법무부, 2011.7, 478면.

16) 최종현, 「상법(복합운송규정) 개정안 회의록 및 해설자료」, 법무부, 2011.7, 480-481면.

17) 국제복합운송주선업자협회연맹(International Federation of Freight Forwarders Association: FIATA)

으며, 우리나라에서는 KIFFA<sup>18)</sup> B/L이 주로 사용되고 있다. 일반적으로 실무에서 발행되는 복합운송증권에 관하여 그 법적 성질 등 법률관계를 명확히 하기 위하여,<sup>19)</sup> 복합운송증권에 선하증권과 같은 법정 유가증권성을 인정하였다. 다만 화물상환증과 선하증권은 유가증권인 반면 항공운송장은 증거증권에 불과한데, 항공운송이 포함된 복합운송의 경우 복합운송증권과 항공화물운송장을 동시에 발행해야 하는지 실무상 문제가 발생할 수 있다. 이 부분에 대해서는 향후 과제에서 후술하도록 한다.

### 3. 전자복합운송증권 및 복합화물운송장(안 제150조의4)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안, 19대 국회 제출안	
제150조의4(전자복합운송증권 및 복합화물운송장) ① 운송인은 제150조의3에 따른 복합운송증권을 발행하는 대신에 송하인의 동의를 받아 법무부장관이 지정하는 등록기관에 등록을 하는 방식으로 전자복합운송증권을 발행할 수 있다. 이 경우 전자복합운송증권은 복합운송증권과 같은 법적 효력을 갖는다.	
② 운송인은 송하인의 청구가 있으면 제150조의3에 따른 복합운송증권을 발행하는 대신에 복합화물운송장을 발행할 수 있다. 이 경우 당사자의 합의에 따라 전자식으로도 발행할 수 있다.	
③ 전자복합운송증권에 관하여는 제862조제2항부터 제5항까지의 규정을 준용하고, 복합화물운송장에 관하여는 제853조제2항·제4항, 제863조제2항 및 제864조를 준용한다. 이 경우 “제853조제1항 각 호의 정보”는 “제150조의3제2항 각 호의 정보”로, “제852조 및 제855조의 선하증권”은 “제150조의3에 따른 복합운송증권”으로 본다.	

해상운송에서 선하증권 대신 전자선하증권(제862조)을, 해상화물운송장 대신 전자해상화물운송장(제863조)을 발행할 수 있도록 허용한 것처럼, 복합운송에서도 복합운송증권 대신에 전자복합운송증권 및 전자복합화물운송장을 발행할 수 있도록 하였다. 다만 운송인과 송하인의 편의를 도모하는 측면에서 발행 가능하도록 한 것은 바람직하나, 문제는 전자식으로 발행하는 선하증권과 해상화물운송장의 운용되고 있는 현재에 비추어볼 때 실효성 없는 규정으로 전락할 우려가 있다. 이에 대해서는 향후 과제에서 후술하도록 한다.

### 4. 손해배상책임(안 제150조의5)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제150조의5(손해배상책임) ① 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 발생한 운송구간이 확인된 경우 운송인은 이 절에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 그 운송구간에 적용되는 규정에 따라 책임을 진다. 이 경우 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 특정 운송구간에서 발생하였다는 사실은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.	제150조의5(손해배상책임) ① 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 발생한 운송구간이 확인된 경우 운송인은 이 절에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 그 운송구간에 적용되는 규정에 따라 책임을 진다. 이 경우 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 특정 운송구간에서 발생하였다는 사실은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.
② 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명한 경우 또는 손해의 발생이 성질상 특정한 운송구간으로 한정되지 아니하는 경우(이하 “손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우”라 한다) 운송인은 이 절에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 운송거리가 가장 긴 운송구간(어느 운송구간에서 손해가 발생하지 아니하였음이 증	② 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명한 경우 또는 손해의 발생이 성질상 특정한 운송구간으로 한정되지 아니하는 경우(이하 “손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우”라 한다) 운송인은 이 절에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 운송거리가 가장 긴 운송구간(어느 운송구간에서 손해가 발생하지 아니하였음이 증

18) 한국국제물류협회(Korea International Freight Forwarders Association: KIFFA)

19) 김창준, “복합운송에 관한 상법규정의 신설”, 「한국해법학회지」 제26권 제2호(2004), 359면.

<p>명된 경우에는 그 구간을 제외한 나머지 구간 중 운송거리가 가장 긴 운송구간을 말한다)에 적용되는 규정에 따라 책임을 진다.</p> <p>③ 당사자가 손해가 발생한 사실을 알기 전에 제1항 및 제2항과 달리 정한 약정은 효력이 없다.</p>	<p>명된 경우에는 그 구간을 제외한 나머지 구간 중 운송거리가 가장 긴 운송구간을 말한다)에 적용되는 규정에 따라 책임을 진다. 다만, 운송거리가 같거나 가장 긴 구간을 정할 수 없는 경우에는 운임이 가장 비싼 구간에 적용되는 규정에 따라 책임을 진다.</p> <p>③ 당사자가 손해가 발생한 사실을 알기 전에 제1항 또는 제2항과 달리 정한 약정은 효력이 없다.</p>
---	--

서로 다른 운송수단의 통합이라는 복합운송의 특성상, 복합운송인의 책임체계를 어떻게 정할 것인지가 중요한 문제이다. 육상·해상·항공 운송구간에 따라 적용되는 운송인의 책임이 현저하게 다르기 때문에 어떤 기준에 따라서 어떤 법규를 적용할 것인지 원칙을 수립하는 것은 매우 어려운 문제이고, 이를 해결하기 위해 국제조약과 실무에서는 일정한 책임체계를 정립하고 있다.<sup>20)</sup> 모든 운송구간에 대해 단일한 책임원칙을 적용하는 단일책임체계와 손해발생구간이 확인된 경우에는 해당 구간에 적용될 운송법규에 따르도록 하고 손해발생구간이 확인되지 않은 경우에 독자적인 책임규정을 두는 이중책임체계로 크게 구분된다. 그리고 이에 대한 타협안으로 기본 원칙에서 정한 한도액과 손해가 밝혀진 구간의 한도액을 비교하여 더 높은 한도액을 적용하는 수정이중책임체계와 수정단일책임체계가 있다.

현행 상법 제816조는 이중책임체계를 택하여 손해발생 운송구간이 확인되는 경우에는 해당 운송구간에 적용되는 규정에 따르도록 하고, 손해발생 운송구간이 불분명하거나 특정한 운송구간에 한정되지 아니하는 경우에는 운송거리가 가장 긴 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 진다고 규정하고 있다. 그러나 제816조는 해상운송을 전제로 만든 규정으로, 육상과 항공을 결합한 복합운송의 경우에는 적용할 법규가 없는 입법의 공백이 발생하게 된다. 이에 개정안 제150조의4에서는 복합운송인의 책임을 규정하며, 현행 제816조와 같은 이중책임체계방식을 선택하되 더 구체적으로 기술하여 법률관계를 명확히 하였다.

제1항에서 “이 절에서 달리 정하는 경우를 제외하고”를 규정한 것은, 이중책임 체계로 하면서도 운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지, 운송인의 채권·채무의 소멸 등 복합운송에 대해서 다르게 적용되도록 별도로 규정한 사항은 제외함으로써 복합운송을 고려하였다. 또한 제1항에 단서규정을 신설한 이유는 각 운송구간에 적용되는 법규의 책임제도가 다르기 때문에 어느 구간에서 손해를 발생하였는지가 중요한 의미를 가지게 되므로, 특정운송구간에서 발생하였다는 사실은 주장하는 자가 입증하도록 한 것이다.<sup>21)</sup> 법제처 심사과정에서 제2항의 단서 규정이 신설되었는데, 운송거리가 같거나 가장 긴 구간을 정할 수 없는 예외적인 상황이 발생했을 때 적용법규가 없을 수 있다는 법적용의 공백을 해결하기 위함이다. 그리고 복합운송인의 손해배상책임에 대해 강행규정화 하여, 법적용의 실효성을 높이고자 하였다(동조 제3항).<sup>22)</sup>

5. 책임의 한도(안 제150조의6)

20) 박재홍, 앞의 논문, 146면.  
 21) 김인현, 「상법(복합운송규정) 개정안 회의록 및 해설자료」, 법무부, 2011.7, 494면.  
 22) 현재 복합운송에 관한 실무에 적용되는 KIATA 약관에서는 단일책임체계에 따라 해상구간의 법을 적용하도록 규정하고 있으나, 개정안이 강행규정으로 적용되어 이중책임체계에 따라야 하므로 항공운송구간에서 손해가 발생한 것이 밝혀지거나 항공운송구간이 가장 긴 구간일 경우에는 더 높은 책임한도가 적용되어 수하인 보호에 기여할 것으로 기대된다.

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
<p>제150조의6(책임의 한도) ① 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 손해배상책임은 해당 운송물의 포장당 또는 선적단위당 666.67 계산단위(국제통화기금의 1 특별인출권에 상당하는 금액을 말한다. 이하 같다) 또는 중량 1킬로그램당 2 계산단위로 계산되는 금액 중 많은 금액을 한도로 제한할 수 있다. 다만, 항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우(항공운송구간에서 손해가 발생하지 아니하였음이 증명된 경우는 제외한다) 운송인의 손해배상책임의 한도는 운송물의 중량 1킬로그램당 8.33 계산단위로 계산되는 금액으로 한다.</p> <p>② 제1항에 따른 운송물의 포장 또는 선적단위의 수는 제797조제2항에 따라 계산한다.</p> <p>③ 송하인이 운송인에게 운송물을 인도할 때에 그 종류와 가액을 고지하고 복합운송증권이나 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서에 이를 기재한 경우 운송인의 손해배상책임에 대해서는 제1항을 적용하지 아니한다. 다만, 송하인이 운송물의 종류 또는 가액을 고의로 현저하게 사실과 다르게 고지한 경우에는 운송인은 자기 또는 그 사용인이 악의인 경우를 제외하고는 운송물의 손해에 대하여 책임을 면한다.</p> <p>④ 운송물에 관한 손해가 운송인의 고의로 또는 그 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 경우 운송인의 손해배상책임에 대해서는 제1항을 적용하지 아니한다.</p> <p>⑤ 이 법 또는 다른 법률의 규정에도 불구하고 운송물의 손해에 관한 운송인의 손해배상책임의 총액은 그 운송물이 전부 멸실되었을 경우의 손해배상금의 범위를 초과하지 못한다.</p>	<p>&lt;삭 제&gt;</p>

19대 국회 제출안에는 복합운송에서 육상운송인의 책임한도에 대한 137조의2가 신설되어, 이중책임체계에 따라 각각의 법을 적용하면 되므로 복합운송인의 책임한도를 별도로 규정하지 않도록 이를 삭제하였다.<sup>23)</sup> 현재 복합운송에 관한 실무에 적용되는 KIATA 약관에서는 해상운송이 관여되지 않은 경우, 즉 항공운송에 의한 복합운송은 운송인의 책임한도를 1kg 당 8.33계산단위로 규정하고 있었다. 이에 대해 개정위원회에서는 책임한도를 얼마로 할 것인가는 정책적 결단의 문제이나 항공운송구간에서 손해발생가능성이 있음에도 불구하고 복합운송인의 책임한도를 항공운송인의 책임한도의 절반으로 하는 것은 타당하지 않다고 보았다. 단일책임체계를 따르는 KIATA 약관에서는 항공운송의 경우를 달리 규정해도 큰 차이가 없겠으나, 이중책임체계에서 달리 규정할 경우 손해발생의 원인이 항공운송구간으로 밝혀지면 19SDR의 적용을 받고 손해발생원인이 밝혀지지 않았으나 항공운송구간이 가장 길 경우에는 8.33SDR로 달라진다는 문제가 있다. 이에 복합운송인의 책임한도에 대한 조문을 삭제함으로써 이중책임체계의 원칙을 충실히 따르도록 하였다.

6. 비계약적 청구에 대한 적용(안 제150조의6)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
<p>제150조의7(비계약적 청구에 대한 적용) ① 제150조의6, 제150조의8 및 제150조의9는 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에 대해서도 적용한다.</p> <p>② 운송물에 관한 불법행위로 인한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행과 관련하여 생겼을 때에는 그 사용인 또</p>	<p>제150조의6(비계약적 청구에 대한 적용) ① 제150조의7 및 제150조의8은 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에 대해서도 적용한다.</p> <p>② 운송물에 관한 불법행위로 인한 손해배상청구가 운송인의 사용인이나 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인이나 대리인의 직무집행에 관련하여 생겼을 때에는 그 사용인이나 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과</p>

<p>는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 <u>그 사용인 또는 대리인의 고의로 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음</u>을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 <u>생겼을 때에는 그러하지 아니하다.</u></p> <p>③ 제2항 본문에 따라 운송인의 사용인 또는 대리인이 운송인의 항변과 책임제한을 원용한 <u>경우 운송인의 운송물에 관한 손해배상책임액과 그 사용인 또는 대리인의 운송물에 관한 손해배상책임액의 합계액은 제150조의6에 따른 책임의 한도를 초과하지 못한다.</u></p>	<p>책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 <u>운송인의 사용인이나 대리인의 고의로 인하여 발생하였거나 또는 운송물의 멸실·훼손·연착이 생길 염려가 있음</u>을 인식하면서 무모하게 한 작위나 부작위로 인하여 발생하였을 때에는 <u>그 사용인이나 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 없다.</u></p> <p>③ 제2항 본문에 따라 운송인의 사용인이나 대리인이 운송인의 항변과 책임제한을 원용한 <u>경우에 운송인과 그 사용인이나 대리인의 운송물에 관한 책임제한금액의 총액은 제150조의5에 따라 적용되는 규정에 따른 책임의 한도를 초과하지 못한다.</u></p>
--	---

육상운송에 관한 비계약적 청구(안 137조의3)와 동일한 취지로 규정하였다. 복합운송물의 손해발생 운송구간이 불분명하거나 특정한 운송구간으로 한정되지 아니하는 경우 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 복합운송인의 책임에 관한 규정이 적용됨을 분명히 하는 한편, 복합운송인의 사용인 또는 대리인에 대해서도 복합운송인의 책임에 관한 규정이 적용되도록 하였다.

7. 운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지(안 제150조의7)

18대 국회 제출안	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
<p>제150조의8(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인이 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견한 경우에는 수령 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 때에는 수령한 날부터 6일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 경우에는 제804조제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다.</p>	<p>제150조의8(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인이 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견한 <u>경우</u> 수령 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것인 때에는 수령한 날부터 6일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 경우에는 제146조제2항부터 제5항까지를 준용한다.</p>	<p>150조의7(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인은 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견하면 <u>운송물을 수령한 후</u> 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 경우에는 수령한 날부터 6일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 경우에는 제146조제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다.</p>

운송물에 일부 멸실이나 훼손이 있을 경우, 운송인이 그 사실을 확인하고 손해배상조치를 개시하기 위해서는 이에 대한 통지를 신속하게 받아야 할 필요가 있다. 육상운송(제146조), 해상운송(제804조), 항공운송(제916조)에서 각각 규율하고 있는데, 계약에서 운송물의 일부 멸실 및 훼손에 대하여 구체적으로 규정하는 것이 당사자간의 분쟁을 예방하고 법률관계를 명확히 할 수 있기 때문이다.

통지기간에 대해서는 각기 다르게 규율하고 있는데, 육상운송은 수령한 날로부터 2주간 내로 규정하고 있었으나 동 개정안에서는 이를 7일로 축소하였고, 해상운송은 3일, 항공운송은 14일로 규정하고 있다. FIATA 약관에서는 수령한 날로부터 6일 이내, UN 국제물건복합운송조약에서는 교부된 날로부터 6일 이내, KIFFA 약관에서는 3일 이내에 그 통지를 발송

하여야 한다고 규정하고 있다. 개정안에서는 복합운송법의 국제성을 고려하여 6일 이내로 규정하였으나,<sup>24)</sup> 각 운송수단별로 통지기간이 상이하여 혼란을 줄 수 있다는 문제가 있다. 이에 대해서는 향후 과제에서 후술하도록 하겠다.

다만 19대 국회 입법예고안에서는 육상운송의 제146조가 개정되어 같은 내용을 규정하므로, 해상편 제804조의 동일한 조문은 법 기술적으로 삭제하고 앞의 조문을 준용하도록 하였다.

#### 8. 운송인의 채권·채무의 소멸(안 제150조의8)

18대 국회 제출안	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제150조의9(운송인의 채권·채무의 소멸) ① 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년(항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우에는 2년) 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제814조제2항 및 제3항을 준용한다.	제150조의9(운송인의 채권·채무의 소멸) ① 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년(항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우에는 2년) 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제814조제2항 및 제3항을 준용한다.	제150조의8(운송인의 채권·채무의 소멸) ① 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년(항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우에는 2년) 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제814조제2항 및 제3항을 준용한다.

복합운송물의 손해발생 운송구간이 불분명하거나 특정한 운송구간으로 한정되지 아니하는 경우 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년(항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우에는 2년) 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸하도록 하되, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있도록 규정하였다. 운송인의 책임에 대해 시효기간을 두는 것은 법률관계의 불안정 상태를 조속히 종료시키기 위해 반드시 필요하므로, 육상·해상·항공운송에서도 이에 대한 규정을 두고 있다. 다만 육상운송은 소멸시효 1년(제147조)으로 규정하고 있으나 동 개정안에서 이를 제척기간 2년으로 개정하고 있고(제146조의2), 해상운송에서는 제척기간 1년(제814조), 항공운송에서는 운송인의 채무는 제척기간 2년(제902조)으로 운송인의 채권은 소멸시효 2년(제919조)으로 규정하고 있다.

UNCTAD/ICC 복합운송증권규칙과 FIATA B/L에서는 9개월의 제소기한을 규정하고 있고, 대법원은 9개월 제소기한규정이 유효하다고 판시하였다(대법원 2009. 8. 20 선고 2008다58978). 이에 개정안에서는 복합운송인의 채권 및 채무에 대한 시효기간을 1년으로 명문화하여, 화주의 이익을 더 보호하도록 하였다.

#### 9. 책임경감의 금지(안 제150조의9)

24) 최준선, 「상법(복합운송규정) 개정안 회의록 및 해설자료」, 법무부, 2011.7, 521면.

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제150조의10(책임경감의 금지) 제150조의6, 제150조의7 및 제150조의9에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감하거나 면제하는 당사자 사이의 특약, 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정은 효력이 없다.	제150조의9(책임경감의 금지) 제150조의6 또는 제150조의8에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감하거나 면제하는 당사자 사이의 특약, 운송물에 관한 보험의 이익을 운송인에게 양도하는 약정 또는 이와 유사한 약정은 효력이 없다.

통상 송하인이 운송인보다 협상력이 약한 점을 고려하여 복합운송인 책임한도 등 강행규정에 반하는 약정은 무효임을 분명하게 규정하였다. 다만 18대 국회 제출안과 19대 국회 입법예고안에서 규정하던 제150조의6이 삭제되어 19대 국회 제출안에서는 제150조의7이 제150조의6이 되면서 조문 번호가 하나씩 앞당겨 졌다. 18대 국회 제출안과 19대 국회 입법예고안 기준으로 제150조의8이고, 19대 국회 제출안 기준으로 제150조의7인 운송인의 책임소멸을 제외한 이유는 육상운송인 제137조의4와 해상운송인 제150조의9에서는 해당 조문이 삭제되어 있기에 정합성을 갖추기 위함이다.

#### 10. 준용규정(안 제150조의10)

18대 국회 제출안, 19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제150조의11(준용규정) 복합운송에 관하여는 제134조, 제136조, 제137조, 제139조부터 제141조까지, 제792조, 제793조, 제800조부터 제803조까지, 제807조, 제808조, 제811조 및 제812조를 준용한다. 이 경우 “화물상환증” 및 “선하증권”은 각각 “복합운송증권”으로, “선적항”은 “운송물의 수령장소”로, “선장”은 “운송인”으로, “선적기간 이내”는 “운송 개시 전”으로, “선박”은 “운송수단”으로, “양륙항”은 “운송물의 인도장소”로, “항해 도중”은 “운송 도중”으로 본다.	제150조의10(준용규정) 복합운송에 대해서는 제134조, 제137조, 제139조부터 제141조까지, 제792조, 제793조, 제800조부터 제803조까지, 제807조, 제808조, 제811조 및 제812조를 준용한다. 이 경우 “화물상환증” 및 “선하증권”은 각각 “복합운송증권”으로, “선적항”은 “운송물의 수령장소”로, “선장”은 “운송인”으로, “선적기간 이내”는 “운송 개시 전”으로, “선박”은 “운송수단”으로, “양륙항”은 “운송물의 인도장소”로, “항해 도중”은 “운송 도중”으로 본다.

제150조의6 책임의 한도와 상충될 우려가 있어, 제136조(고가물에 대한 책임)은 복합운송절에서 준용하지 않도록 150조의11에서 제136조를 삭제하였다. 그러나 해상운송관련 제815조에서는 제136조를 준용하고 있고, 항공운송 관련 제920조에서는 제136조를 준용하지 않고 있어 복합운송에서 포함할지 여부에 대해 재검토가 필요하다.

### IV. 해상·항공 운송 관련 개정내용

#### 1. 책임의 한도액 조문 정비(안 제770조)

현행	19대 국회 입법예고안, 19대 국회 제출안
제770조 (책임의 한도액) ① (생략) 1. 여객의 사망 또는 신체의 상해로 인한 손해에 관한 채권에 대한 책임의 한도액은 그 선박의 선박검사증서에 기재된 여객의 정원에 17만5천 계	제770조 (책임의 한도액) ① (현행과 같음) 1. 여객의 사망 또는 신체의 상해로 인한 손해에 관한 채권에 대한 책임의 한도액은 그 선박의 선박검사증서에 기재된 여객의 정원에 17만5천 계

산단위(국제통화기금의 1 특별인출권에 상당하는 금액을 말한다. 이하 같다)를 곱하여 얻은 금액으로 한다.	산단위를 곱하여 얻은 금액으로 한다.
--	----------------------

개정안에서는 제137조의2가 신설되어 계산단위에 대한 정의를 앞에서 하고 있어, 해상편에서는 해당 내용을 삭제하였다.

### 2. 운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지 조문 정비(안 제804조)

현행	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제804조 (운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① (생략) ② 제1항의 통지가 없는 경우에는 운송물이 멸실 또는 훼손 없이 수하인에게 인도된 것으로 추정한다. ③ 제1항 및 제2항은 운송인 또는 그 사용인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다. ④ 운송물에 멸실 또는 훼손이 발생하였거나 그 의심이 있는 경우에는 운송인과 수하인은 서로 운송물의 검사를 위하여 필요한 편의를 제공하여야 한다. ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 반하여 수하인에게 불리한 당사자 사이의 특약은 효력이 없다	제804조 (운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① (현행과 같음) ② 제1항의 경우에는 제146조 제2항부터 제5항까지를 준용한다. ③ <삭제> ④ <삭제> ⑤ <삭제>	제804조 (운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① (현행과 같음) ② 제1항의 경우에는 제146조 제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다. ③ <삭제> ④ <삭제> ⑤ <삭제>

개정안에서는 제146조가 신설되어 같은 내용을 규정하므로 해상편 제804조의 동일한 조문은 법 기술적으로 삭제하고 앞의 조문을 준용하도록 하였다.

### 3. 준용규정 정비(안 제815조)

현행	19대 국회 입법예고안	19대 국회 제출안
제815조(준용규정) 제134조, 제136조부터 제140조까지의 규정은 이 절에서 정한 운송인에 준용한다.	제815조(준용규정) 제134조, 제136조, 제137조 및 제138조부터 제140조까지는 이 절에서 정한 운송인에 준용한다.	제815조(준용규정) 제134조, 제136조, 제137조 및 제138조부터 제140조까지의 규정은 이 절에서 정한 운송인에 준용한다.

개정안에서는 제137조의2부터 제137조의4가 신설되어, 해상편의 준용규정에서 이를 제외하기 위하여 개별 조문을 열거하였다.

4. 복합운송인의 책임 삭제(안 제816조)

현행	19대 국회 입법예고안 19대 국회 제출안
제816조(복합운송인의 책임) ① 운송인이 인수한 운송에 해상 외의 운송구간이 포함된 경우 운송인은 손해가 발생한 운송구간에 적용될 법에 따라 책임을 진다. ② 어느 운송구간에서 손해가 발생하였는지 불분명한 경우 또는 손해의 발생이 성질상 특정한 지역으로 한정되지 아니하는 경우에는 운송인은 운송거리가 가장 긴 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 진다. 다만, 운송거리가 같거나 가장 긴 구간을 정할 수 없는 경우에는 운임이 가장 비싼 구간에 적용되는 법에 따라 책임을 진다.	<삭 제>

복합운송인의 법률관계에 대하여 제150조의2부터 제150조의10까지 10개 조문을 신설하여 상세하게 규율하고 있으므로, 해상편의 복합운송인의 책임에 대한 규정을 삭제하였다.

5. 준용규정 정비(안 제826조, 안 제841조)

현행	19대 국회 제출안
제826조(준용규정) ① (현행과 같음) ② 제134조·제136조·제149조제2항·제794조부터 제801조까지· 제804조· 제807조·제809조·제811조 및 제814조는 운송인의 위탁을 받은 여객의 수하물의 운송에 준용한다.	제826조(준용규정) ① (현행과 같음) ② 제134조, 제136조, 제146조제2항부터 제5항까지, 제149조제2항, 제794조부터 제801조까지, 제804조제1항, 제807조, 제809조, 제811조 및 제814조는 운송인의 위탁을 받은 여객의 수하물의 운송에 준용한다.
제841조(준용규정) ① 제134조, 제136조, 제137조, 제140조, 제793조부터 제797조까지, 제798조제1항부터 제3항까지, 제800조, 제801조, 제803조, 제804조제1항부터 제4항까지, 제805조부터 제808조까지와 제810조부터 제813조까지의 규정은 항해용선계약에 준용한다.	제841조(준용규정) ① 제134조, 제136조, 제137조, 제140조, 제146조제2항부터 제4항까지, 제793조부터 제797조까지, 제798조제1항부터 제3항까지, 제800조, 제801조, 제803조, 제804조제1항, 제805조부터 제808조까지와 제810조부터 제813조까지의 규정은 항해용선계약에 준용한다.

운송물의 멸실·훼손에 대한 규정을 개정안에서는 제146조 제2항부터 제5항에서 규율하고, 제804조에서는 이를 준용하도록 하고 있으므로 이에 따라 정비하였다.

6. 항공기 운항자의 지상 제3자에 대한 책임한도 상향(안 제932조)

현행	19대 국회 입법예고안, 19대 국회 제출안
제932조(항공기 운항자의 유한책임) ① 항공기 운항자의 제930조에 따른 책임은 하나의 항공기가 관련된 하나의 사고에 대하여 항공기의 이륙을 위하여 법으로 허용된 최대중량(이하 이 조에서 "최대중량"이라 한다)에 따라 다음 각 호에서 정한 금액을 한도로 한다. 1. 최대중량이 2천킬로그램 이하의 항공기의 경우 30만 계산단위의 금액 2. 최대중량이 2천킬로그램을 초과하는 항공기의 경우 2천킬로그램까지는 30만 계산단위, 2천킬로그램 초과 6천킬로그램까지는 매 킬로	제932조(항공기 운항자의 유한책임) ① 항공기 운항자의 제930조에 따른 책임은 하나의 항공기가 관련된 하나의 사고에 대하여 항공기의 이륙을 위하여 법으로 허용된 최대중량(이하 이 조에서 "최대중량"이라 한다)에 따라 다음 각 호에서 정한 금액을 한도로 한다. 1. 최대중량이 2천킬로그램 이하의 항공기의 경우 150만 계산단위의 금액 2. 최대중량이 2천킬로그램을 초과하는 항공기의 경우 2천킬로그램까지는 150만 계산단위, 2천킬로그램 초과 6천킬로그램까지는 매 킬로

그램당 175 계산단위, 6천킬로그램 초과 3만 킬로그램까지는 매 킬로그램당 62.5 계산단위, 3만킬로그램을 초과하는 부분에는 매 킬로그램당 65 계산단위를 각각 곱하여 얻은 금액을 순차로 더한 금액	그램당 875 계산단위, 6천킬로그램 초과 3만 킬로그램까지는 매 킬로그램당 312.5 계산단위, 3만킬로그램을 초과하는 부분에는 매 킬로그램당 325 계산단위를 각각 곱하여 얻은 금액을 순차로 더한 금액
--	--

지상 제3자에 대한 항공기 운항자의 책임한도는 1978년 로마협약에 따라 정하였으나 2009년에 로마협약이 개정되어 약 10배 이상의 인상이 있었다. 이에 따라 한도를 상향할 경우 업계에 미치는 부담이 과다하므로 개정안은 국민소득증가율<sup>25)</sup> 및 소비자 물가지수 상승률<sup>26)</sup>을 반영하여 현행규정보다 5배 정도 인상한 수준을 제시한 것이다.<sup>27)</sup>

## V. 운송 관련 상법 개정안의 과제

### 1. 복합운송증권의 의무발행의 실효성

개정안 제150조의3 제1항에서는 “운송인은 운송물을 수령한 후 송하인의 청구에 따라 1통 또는 여러 통의 복합운송증권을 발행하여야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 문제는 현재 복합운송실무에서 발행되는 복합운송증권인 FIATA B/L과 KIFFA B/L은 선하증권 양식으로 발행되고 있다는 것이다. 해상운송구간을 포함하지 않고 항공운송과 육상운송으로만 이루어지는 경우에도 복합운송증권이 유가증권성을 갖는 선하증권과 동일하게 취급될 수 있을 지가 문제된다.<sup>28)</sup> 항공운송의 경우 이미 유가증권성이 없는 항공화물운송장만으로 항공과 육상구간의 복합운송을 수행하고 있으며, 몬트리올협약 제38조 제2항에서도 복합운송의 경우 항공운송증권에 다른 운송형식에 관한 조건을 기재할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있다.

1980년 UN국제물건복합운송조약은 유통성 복합운송증권(제6조)와 비유통성 복합운송증권(제7조)에 관하여 규정을 두고 송하인의 선택에 따라 이를 발행할 수 있도록 하였고, 우리도 송하인의 청구에 의해 유가증권성이 있는 복합운송증권(제150조의3)과 유가증권성이 없는 복합화물운송장(제150조의4)를 나누어 규율하고 있다. 그러나 해상운송이 개입되지 않고 항공운송과 육상운송으로 구성된 복합운송의 경우, 송하인의 요청에 의해 복합운송증권이 발행되었을 때 실무에서 복합운송증권을 항공운송장과 같은 효력을 가진 운송증권으로 인정해 줄 수 있을지는 의문이다.<sup>29)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위해 네덜란드에서는 해상운송구간 및 내수운송구간에서의 복합운송증권에는 유가증권성을 갖는 것으로 하나, 육상 및 항공운송구간에서는 복합운송증권은 운송장의 성격을 가진다고 규정하고 있다(네덜란드 민법 제46조 제2항, 제3항).<sup>30)</sup> 우리나라도 국제 상관습에 부합하는 복합운송증권에 대한 규정을 정비하여, 실무 적용상의 혼란을 방지할 필요가 있다. 사건으로는 항공운송에 대해 유가증권성이

25) 1인당 명목 국민소득은 1978년 1,443달러였으나 2009년에는 17,175달러로, 1190% 증가했다.

26) 소비자 물가지수는 1978년에 19.519였으나 2009년 114.2로 585% 증가했다.

27) 화폐구매력을 측정하는 지표는 소비자물가지수이므로, 화폐구매력 상승분을 감안하여 5배의 증액이 적절하다고 보았다. 이러한 개정안에 따라 우리나라에서 일반적으로 이용되는 B747(412,000kg) 기준으로 책임한도를 비교해 보면, 현행법상 책임한도는 453억4천6십만원, 개정안에 의하면 2269억3백3십만원이고, 로마협약에 의하면 8295억이다(1SDR을 1.659원으로 환산할 경우).

28) 권지훈/강재영, “복합운송법 개정안에 대한 비판적 검토”, 「법학연구」 제19권 제3호, 2011, 8면.

29) KIFFA 실무자에 따르면 현재 발행되는 복합운송증권은 해상운송을 전제로 하는 것이고, 항공운송이 개입 될 경우 별도로 항공운송장을 발행해야 한다고 한다.

30) 최준선, 앞의 논문, 30면.

없는 항공운송장을 운송증서로 사용하는 실무관행이 국제적으로 확립되어 있는 상황에서, 복합운송증권을 발행하며 운송장의 성격을 가진다고 국내법에 규율해도 국제적으로 통용되기는 어려울 것 같다. 따라서 항공운송이 포함된 복합운송 경우에는, 항공운송장을 발행하는 것으로 복합운송증권의 발행의무를 갈음하는 것으로 하는 예외규정을 신설하는 방안이 타당할 것으로 생각된다.

## 2 운송수단별 규정의 정합성

상법 개정안이 통과될 경우, 우리 상법은 운송과 관련하여 육상·복합·해상·항공운송으로 각각 규율하게 된다. 운송 수단별로 특수성이 있어 달리 규율해야 할 필요성이 있기는 하나, 문제는 유사한 내용을 다르게 규율함으로써 법 해석 및 적용에 혼란을 초래하는 경우가 있다는 점이다. 이에 대해 복합운송 규정이 통과되기 전에 이 부분을 먼저 명확히 수정하는 것이 필요하다고 본다.

먼저 채권, 채무의 소멸과 관련한 내용을 보고자 한다.

운송주선인	제121조(운송주선인의 <u>책임의 시효</u> ) ① 운송주선인의 책임은 수하인이 운송물을 수령한 날로부터 <u>1년</u> 을 경과하면 소멸시효가 완성한다. 제122조(운송주선인의 <u>채권의 시효</u> ) 운송주선인의 위탁자 또는 수하인에 대한 채권은 <u>1년</u> 간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.
육상운송인	안 제146조의2(운송인의 <u>채권·채무의 소멸</u> ) 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 <u>2년</u> 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다.
복합운송인	안 제150조의8(운송인의 <u>채권·채무의 소멸</u> ) ① 손해발생 운송구간의 불분명 등의 경우 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인에 관계없이 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 <u>1년</u> (항공운송구간의 거리가 가장 긴 복합운송의 경우에는 <u>2년</u> ) 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 따라 연장할 수 있다.
해상운송인	제814조(운송인의 <u>채권·채무의 소멸</u> ) ① 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 <u>1년</u> 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다.
항공운송인	제902조(운송인 <u>책임의 소멸</u> ) 운송인의 여객, 송하인 또는 수하인에 대한 책임은 그 청구원인에 관계없이 여객 또는 운송물이 도착지에 도착한 날, 항공기가 도착할 날 또는 운송이 중지된 날 가운데 가장 늦게 도래한 날부터 <u>2년</u> 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 제919조(운송인의 <u>채권의 시효</u> ) 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권은 <u>2년</u> 간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

위의 비교표에서 드러나듯이, 운송인의 채권, 채무의 소멸과 관련하여 각각의 규정에서 소멸시효, 제척기간도 각기 다르게 규율하고 기한도 또한 다르다. 법의 수범자 입장에서 이해하기 어려울 뿐만 아니라 법의 체계적 정합성에도 부합하지 않는다. 각각의 운송수단의 특징을 감안한다고 해도, 채권·채무의 소멸에 대하여 같은 상법 내에서 이를 다르게 규율해야 할만한 합리적인 이유도 찾기 어렵다. 지금과 같이 규율하는 것이 타당한 것인지에 대한 재검토가 필요한 시점이라고 생각한다. 사건으로는 운송인의 책임과 채권으로 조문을 분리하기 보다는 운송인의 채권·채무라는 제목하에 한 조문에 포함시키는 방식으로 운송주선

인과 항공운송인의 규정도 정비하고, 국제조약<sup>31)</sup>에서도 시효를 제척기간으로 규정하고 있고 이미 육상·복합·해상 운송인에 대한 규정도 제척기간으로 되어 있으므로 운송주선인과 항공운송인의 규정도 이에 맞게 정비하는 것이 필요하다고 본다. 또한 조문의 문구도 내용의 변화를 가져오지 않는 부분에 있어서는 정합성을 갖추도록 수정하는 것이 수범자 입장에서도 이해가 명료할 것으로 생각된다.

다음으로, 운송물의 일부 멸실 및 훼손에 대한 통지기간을 살펴보고자 한다.

육상운송인	第146條(運送人の責任消滅) ① 運送人の責任은受荷人 또는 貨物相換證所持人이留保없이運送物을受領하고運賃其他의費用을支給한 때에는消滅한다 그러나運送物에即時發見할수없는毀損 또는 一部滅失이 있는境遇에運送物을受領한 날로부터2週間內에運送人에게그通知를發送한 때에는그러하지 아니하다
	안 제146조(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인은 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견하면 운송물을 수령한 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 경우에는 수령한 날부터 7일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.
복합운송인	안 제150조의7(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인은 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견하면 운송물을 수령한 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면으로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 경우에는 수령한 날부터 6일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.
해상운송인	제804조(운송물의 일부 멸실·훼손에 관한 통지) ① 수하인이 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견한 때에는 수령 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면에 의한 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 때에는 수령한 날부터 3일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.
항공운송인	제916조(운송물의 일부 멸실·훼손 등에 관한 통지) ① 수하인은 운송물의 일부 멸실 또는 훼손을 발견하면 운송물을 수령한 후 지체 없이 그 개요에 관하여 운송인에게 서면 또는 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 멸실 또는 훼손이 즉시 발견할 수 없는 것일 경우에는 수령일부터 14일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다.

각 운송수단별로 운송물의 일부 멸실·훼손에 대한 통지시기가 달라지는 문제가 발생한다. 복합운송에 대한 조약 및 실무관행을 보면, FIATA 약관에서는 수령한 날로부터 6일 이내, UN 국제물건복합운송조약에서는 교부된 날로부터 6일 이내, KIFFA 약관에서는 3일 이내에 그 통지를 발송하여야 한다고 규정하고 있다. 해상운송에 관한 로테르담규칙에서는 인도일로부터 7일 이내로 규정하고 있고, 항공운송에 대한 몬트리올 협약을 보면 위탁수하물은 7일 이내, 화물은 14일 이내로 규정하고 있다. 운송이 국제조약과 약관에 의해 발전해 오다보니, 운송수단별로 다르게 규율되어 올 수 밖에 없었던 점은 인정하지만 현재 우리 법제의 통지기한이 국제조약과 완벽히 일치하는 것은 아니다. 통지수단도 항공운송을 제외하고는 모두 서면만 인정하고 있어서 정합성이 맞지 않는다. 통지기한에 대해서도 재검토가 필요하다고 본다. 다만, 이는 채권·채무의 소멸보다 더 빈번하게 발생할 수 있는 문제이므로 실무관행을 조사하고 심도있게 검토하여 결론을 내려야 할 것으로 생각한다.

장기적으로는 운송관련 규정을 한 곳에 모아서 “운송편”을 만들거나, 운송 관련 규정을

31) 헤이그비스비규칙 제3조, 함부르크규칙 제20조, 로테르담규칙 제62조, CMR 제32조, 몬트리올협약 제35조에서 모두 제척기간으로 규정하고 있다.

상법에서 분리하여 “운송법”으로 만드는 방안도 고민해 볼 필요가 있다. 회사편의 분리에 대한 논의가 본격적으로 시작되고 있는 현 시점<sup>32)</sup>에서 상법의 나머지 편들도 장기적인 분리 입법화를 검토하여, 보다 정합성을 갖추고 체계적인 법제를 만들 수 있도록 하는 것이 필요하다고 본다.

### 3. 전자식 운송증권의 문제

개정안에서는 복합운송증권과 복합화물운송장을 전자식으로 발행할 수 있도록 규정하고 있다(안 제150조의4). 이는 해상운송에서 전자선하증권(제862조)과 전자화물운송장(제863조)과 같은 방식으로 증권이 발행될 수 있도록 허용한 것이다. 그런데 문제는 현재 전자선하증권규정이 사문화되어 있다는 것이다.

2007년 상법 해상편 전면 개정을 통해 전자선하증권을 도입함으로써, 호주('91년)·미국('03년)에 이어 세계에서 3번째로 전자선하증권을 법제화 한 나라가 되었다. 전자선하증권제도를 시행하기 위해 2008년 8월 「상법의 전자선하증권 규정의 시행에 관한 규정」을 제정하였고 2008년 9월 전자선하증권등록기관으로 한국무역정보통신(KT-NET)을 지정하여 제도를 운영해 오고 있다. KT-NET에 따르면, 그동안 H자동차, H철강 등이 시범사업 형태로 추진하였으나,<sup>33)</sup> 현재는 한건도 발행되고 있지 않고 있다고 한다. 우리나라의 전자선하증권이 이용되지 못하는 가장 큰 원인은 공인전자서명의 의무화에 있다.<sup>34)</sup> 국제적으로 유통되는 것을 전제로 발행되는 전자선하증권에서 외국인이 우리나라의 공인전자서명을 발급받아 전자선하증권을 이용하는 것은 상당히 어려운 일이다. 전자선하증권제도를 도입한 이상, 이 제도가 잘 활용될 수 있도록 공인전자서명 외에도 외국인들이 이용할 수 있는 국제적으로 공인된 인증방법도 허용되도록 법 개정이 필요하다.

한편, 상법의 전자선하증권 규정의 시행에 관한 규정 제12조에서는 권리자의 요청에 의해 전자선하증권을 서면선하증권으로 전환할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 서면선하증권을 전자선하증권으로 전환할 수 있도록 하는 규정은 없는데, 해외에서 들어온 서면선하증권을 국내에서 전자선하증권으로 전환할 수 있도록 허용할 경우 수입업자들이 선적서류수취를 위해 은행 본점에 내방하지 않고도 전자선하증권으로 화물을 인수할 수 있어 시간과 비용의 부담을 절감할 수 있다는 장점이 있다. 따라서 전자선하증권을 서면으로 전환할 수 있도록 허용하는 법 개정을 추진하는 것이 바람직하다.

전자선하증권에 대한 규정이 정비되지 않는다면 전자복합운송증권 및 전자복합화물운송장제도를 도입하는 의미가 없으므로, 전자선하증권의 활성화를 위한 개정이 함께 이루어져야 할 것이다.

32) 한국상사법학회(책임연구원 이형규), “회사법 제정을 위한 법정책적 연구”, 법무부 연구용역보고서 2014.

33) 전자선하증권 발급 실적은 H자동차 91건('10~'12년), H철강 2건('13년)에 불과한 실정이다.

34)

구분	발행 절차	양도 절차
한국	운송인의 공인전자서명 첨부 전자문서를 등록기관에 송신	권리자가 배서의 뜻과 공인전자서명을 첨부하여 등록기관에 신청
호주	당사자간에 합의된 절차에 따라, 어떤 형태 및 서명도 유효	
미국	권리자의 요청에 따라 운송인이 발행(구체적인 인증방법 등은 자율)	별도 규정하지 않고, 권리이전을 위한 시스템의 입증으로 통제권 인정

## 제4주제

### 사모집합투자기구 규제에의 기본법리

2014. 9. 5. 자본시장법 개정안을 중심으로

발표자 : 정순섭 교수(서울대)

토론자 : 김유석 차장(금융투자협회)/김 건 변호사(법무법인 율촌)

사회자 : 송종준 교수(충북대)



# 사모집합투자기구 규제의 기본법리

- 2014. 9. 5. 자본시장법 개정안을 중심으로 -

정 순 섭\*

## I. 서론

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(“자본시장법”)<sup>1)</sup>상 집합투자업은 투자자 자산의 집합에 따른 규모의 경제를 통한 다양한 투자전략의 구사를 가능하게 하고 집합투자업자를 통한 전문적인 운용기술을 이용하면서 구체적인 자산운용행위에 소요되는 투자비용을 절감하게 하는 투자기법으로서 다양한 긍정적 기능을 발휘하고 있다. 그러나 동시에 투자자와 전문가인 집합투자업자간의 대리인 문제의 발생 가능성으로 인하여 국내외에서 엄격한 규제의 대상이 되고 있다.

국내 집합투자규제는 첫째, 집합투자에 대한 기능적 정의를 통하여 포괄적인 집합투자 정의를 도입하고, 둘째, 계약형과 회사형을 포함한 다양한 집합투자기구<sup>2)</sup>를 허용하는 등 유연한 규제체계의 형성을 시도하고 있다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 그러나 특히 사모집합투자기구에 대한 규제는 사실상 공모집합투자기구에 준하는 것으로서 공모와 사모의 구분을 무색하게 할 정도라는 평가가 가능하다. 사모집합투자기구는 은행중심금융시스템을 유지하고 있는 국내에서 신성장산업을 위한 창의적이고 혁신적인 자본으로서의 순기능이 제고될 수 있도록 규제체계를 개편할 필요성이 지적되어 왔다. 정부에서는 이러한 지적을 고려하여 2014.9.5. 사모집합투자기구규제 개편을 내용으로 하는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 일부개정법률안」<sup>3)</sup>(“개정안”)을 국회에 제출하였다. 개정안은 사모집합투자기구 규율체계 재정립(안 제9조제19항), 사모펀드 제도 전반의 규제 완화(안 제7조제6항제3호, 제249조의3, 제249조의5부터 제249조의8까지, 제249조의12, 제249조의17 및 제249조의20 신설 등), 사모펀

\* 서울대학교 법학대학원 부교수

\*\* 본 발표문은 정순섭/강경훈/안수현/임정하, 사모펀드 규제체계 개선에 관한 연구, 2013. 9, 서울대학교 금융법센터 연구보고서를 학회 발표를 위하여 요약 정리한 것으로서 각주와 인용이 완전히 갖추어지지 않은 초안임을 밝혀둔다. 학회지에 게재할 경우에는 위 보고서의 필자 4인의 공저로 하게 될 것임을 밝혀 둔다.

1) [시행 2009.2.4.] [법률 제8635호, 2007.8.3., 제정].

2) 현행 자본시장법상 집합투자기구는 신탁 형태의 집합투자기구(투자신탁), 주식회사 형태의 집합투자기구(투자회사), 유한회사 형태의 집합투자기구(투자유한회사), 합자회사 형태의 집합투자기구(투자합자회사), 유한책임회사 형태의 집합투자기구(투자유한책임회사), 합자조합 형태의 집합투자기구(투자합자조합), 익명조합 형태의 집합투자기구(투자익명조합) 등 현행 신탁법과 상법에서 허용되는 다양한 사업형태를 모두 포함하고 있다(제9조 제18항 제1호-제7호).

3) 의안번호 11644 제출연월일 : 2014.9.5. 제출자 : 정부.

드 투자자에 대한 합리적 제한(안 제234조의2 신설 및 안 제249조의2), 금융주력그룹인 상호출자제한기업집단의 사모펀드 규제 합리화(안 제249조의18 및 제249조의20 신설) 등을 그 내용으로 하고 있다.

이에 대해서는 다음 네 가지 관점에서 재검토가 필요하다. 첫째, 2008년 글로벌 금융위기 이후 미국과 EU 등에서 전통적으로 규제대상에 포함하지 않고 있던 사모집합투자기구를 규제대상으로 포함하고 있는 것과 관련하여 사모집합투자기구에 대한 규제완화를 시도하는 것이 국제적인 규제강화 추세에 역행하는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 사모집합투자에 대한 규제모델이라는 관점에서 이러한 의문 제기의 타당성을 확인할 필요가 있다. 둘째, 투자자의 자격을 상당한 수준의 위험감수능력을 보유하고 있는 적격투자자로 엄격히 제한하는 것을 전제로 일반적인 집합투자규제를 사모집합투자기구에 그대로 적용하는 것이 타당한지 검토를 요한다. 셋째, 일반사모집합투자기구, 전문사모집합투자기구, 사모집합투자전문회사, 기업재무개선사모집합투자회사의 네 가지 단위로 구성되는 사모집합투자의 규제단위를 단순화하는 방안에 대한 검토이다. 넷째, 그동안 국내 사모집합투자 특히 사모투자전문회사에 대한 규제강화의 핵심논리중 하나는 산업자본에 의한 남용가능성에 대한 우려이다. 이러한 측면에서의 규제완화를 위하여 산업자본의 참여가 금지되는 유형의 사모집합투자에 한정하여 일정한 규제상 특례를 인정하는 것이 적절한지 살펴본다.

이하 본고에서는 이 네 가지 문제를 중심으로 개정안의 타당성을 검토한다. II. 사모집합투자기구의 의의와 현황에서는 현행법상 사모집합투자기구에 대한 규제현황과 문제점을 정리한다. III. 사모집합투자기구에 대한 규제모델에서는 미국과 EU의 규제모델을 중심으로 현행법과 개정안상 사모집합투자규제의 국제적 좌표를 확인한다. IV. 사모집합투자의 규제단위에서는 현행법상 사모집합투자의 규제단위가 다원화되어 있는 배경을 확인하고 통일적인 규제를 위한 기본방향을 확인한다. V. 참여 투자자의 자격제한에서는 사모집합투자에 대한 투자자의 자격 제한의 근거를 확인하고 개정안상 접근방식을 평가한다. VI. 금융주력 사모집합투자기구와 산업자본 규제에서는 현행법상 사모집합투자규제에서 산업자본 논의가 가지는 의미를 확인하고 개정안상 접근방법의 적정성을 확인한다. VII. 결론에서는 이상의 논의를 정리하여 결론을 제시한다.

## II. 사모집합투자기구의 의의와 현황

### 1. 의의

#### (1) 개념

국내 자산운용규제는 주요투자대상자산을 기준으로 집합투자기구인 투자신탁과 투자회사를 정의했던 「증권투자신탁업법」<sup>4)</sup>과 「증권투자회사법」<sup>5)</sup>을 거쳐 「간접투자자산운용업법」<sup>6)</sup>에서 현행 자본시장법상 집합투자의 정의와 동일한 집합투자의 기능과 위험에 기초한 기능적 정의를 도입하였다. 다만 「간접투자자산운용업법」에서 ‘간접투자’라는 용어를 사용하던 것을 자본시장법에서는 집합투자로 변경하였다. ‘간접’적인 투자로서의 본질이 변한 것이 아니라 ‘집합’적인 투자라는 점이 집합투자규제의 근본적인 출발점이라는 점에 착안한 것이다.

자본시장법은 일정한 기능적 요소를 충족하는 모든 펀드를 ‘집합투자기구’로 규율하고 있다.<sup>7)</sup> 자본시장법상 집합투자는 (i)2인 이상의 투자자로부터 모은 금전등을, (ii)집합투자업자가 투자자로부터의 일상적 운용지시를 받지 않고 운용하여, (iii)그 결과 발생하는 실적을 투자자에게 배분하여 귀속시키는 것을 말한다(제6조 제5항).<sup>8)</sup>

## (2) 사모와 공모 집합투자기구의 구분

자본시장법상 집합투자기구는 투자자의 성격과 수에 따라 공모펀드와 사모펀드로 구분된다. 공모집합투자기구란 집합투자증권을 공모로 발행하는 집합투자기구를 말한다. 자본시장법상 공모는 모집과 매출로 구분된다. 모집은 “대통령령으로 정하는 방법에 따라 산출한 50인 이상의 투자자에게 새로 발행되는 증권의 취득의 청약을 권유하는 것”을 말한다(제9조 제7항). 매출은 “대통령령으로 정하는 방법에 따라 산출한 50인 이상의 투자자에게 이미 발행된 증권의 매도의 청약을 하거나 매수의 청약을 권유하는 것”(제9조 제9항)을 말한다. 사모집합투자기구란 집합투자증권을 사모로만 발행하는 집합투자기구로서 ‘시행령으로 정하는 투자자의 수’가 ‘49인 이하’인 것을 말한다(제9조 제19항). 여기서 ‘시행령으로 정하는 투자자’는 전문투자자중 시행령으로 정하는 일정한 범위의 투자자를 제외한 투자자를 말한다(령 제14조 제1항). ‘49인’에는 다른 펀드(A)가 그 펀드(B)의 집합투자증권 발행총수의 10% 이상을 취득하는 경우에는 A의 투자자의 수를 합산한다(령 제14조 제1항).

자본시장법은 공모집합투자기구에 대한 규제를 기본으로 사모집합투자기구에 대해서는 일부 규제를 완화한 특례가 적용된다. 일부 특례 이외의 사항에 대해서는 집합투자기구의 법적 구성, 지배구조 등 기본적인 규제는 사모와 공모 집합투자기구에 차이가 없다. 일부 특례 이외의 사항에 대해서는 공모집합투자기구의 운용에 관한 규제

4) [시행 1969.8.4.] [법률 제2129호, 1969.8.4., 제정]

5) [시행 1998.9.16.] [법률 제5557호, 1998.9.16., 제정]

6) [시행 2004.1.5.] [법률 제6987호, 2003.10.4., 제정]

7) 자본시장법상 집합투자기구를 실무상 흔히 ‘펀드’라고 부르고 있다. 본고에서는 ‘펀드’와 ‘집합투자기구’라는 용어를 함께 사용한다.

8) 이러한 세 가지 기능적 요소를 갖추고 있지만, 자본시장법의 적용을 받지 않는 펀드들은 특별법 등 다른 법률의 규제를 받고 있다(“개별법 펀드”, “타법펀드”). 이하 조문인용은 별도표시가 없는 한 자본시장법 조문을 말하고, 령은 자본시장법시행령을, 그리고 규칙은 자본시장법시행규칙을 말한다.

의 대부분이 사모집합투자기구에도 그대로 적용되므로 사모와 공모집합투자기구의 운용상 차이가 별로 없다.

자본시장법은 사모집합투자기구의 유형으로 사모집합투자기구, 전문사모집합투자기구, 사모투자전문회사 및 기업재무안정 사모투자전문회사를 규정하고 있다. 자본시장법상 사모집합투자기구는 집합투자증권을 사모로만 발행하는 집합투자기구로서 시행령으로 정하는 투자자의 총수가 49인 이하인 것으로서(제9조 제19항, 령 제14조 제2항) 일반사모펀드라고 부른다. 전문사모집합투자기구는<sup>9)</sup> 집합투자증권을 적격투자자만을 대상으로 사모로 발행하는 집합투자기구 중 사모투자전문회사를 제외한 집합투자기구를 말한다(249조의 2 1항). 사모투자전문회사는 경영권 참여, 사업구조 또는 지배구조의 개선 등을 위하여 지분증권 등에 투자·운용하는 투자합자회사로서 지분증권을 사모로만 발행하는 집합투자기구를 말한다(제9조 제18항 제7호). 기업재무안정 사모투자전문회사는 재무구조개선기업(금융산업의 구조개선에 관한 법률에서 정하는 금융기관 제외)의 경영정상화 및 재무안정 등을 위하여 재무구조개선기업이 발행한 증권 등에 투자·운용하여 그 수익을 투자자에게 배분하는 것을 목적으로 하는 사모투자전문회사를 말한다(제278조의 2 제1항).

---

9) 2013년 5월 30일 공포된 자본시장법 개정법률 제249조의 2는 제목을 “적격투자자만을 대상으로 하는 사모집합투자기구에 대한 특례”를 “전문사모집합투자기구에 대한 특례”로 변경하였다.

<표2-1> 자본시장법상 공모펀드와 사모펀드

분류	정의 및 개념
(공모)집합투자기구	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 자본시장법상 사모집합투자기구를 제외한 펀드</li> <li>• 자본시장법 펀드 규제체계는 공모펀드 규제가 근간이 됨</li> </ul>
일반사모집합투자기구	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 자본시장법상 사모집합투자기구란 공모가 아닌 사모의 방법으로 자금을 집합하여 운용하는 펀드</li> <li>• 사모란 50인 미만의 투자자로부터 자금을 모으는 행위로 50인을 세는데 있어, 국가, 한국은행, 은행, 금융투자업자, 대주주, 임원 등 동법 시행령 제11조 제1항에서 정하는 자는 포함하지 아니함</li> <li>• 소수자 사모펀드와 적격투자자 사모펀드의 혼합된 개념으로 50인의 투자자는 일반투자자여도 무관</li> </ul>
사모집합투자기구 전문사모집합투자기구	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 사모집합투자기구의 특수한 경우로 적격투자자만 사모 방식으로 투자할 수 있음</li> <li>• 자본시장법상 적격투자자와 전문투자자는 서로 상당 부분 중첩되는 개념이지만 완전히 동일한 개념은 아님</li> <li>• 자본시장법상 헤지펀드의 도입의 근거규정으로 이해됨</li> <li>• 2011년 9월 자본시장법시행령을 개정, 헤지펀드의 가입자범위를 확대하여 5억원 이상을 투자 또는 출자하는 개인도 적격투자자에 포함하고, 구조조정기업에 대한 의무투자비율(50%)을 폐지, 공모도·레버리지 등 다양한 전략을 제한적으로 허용</li> </ul>
사모투자전문회사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 사모 방식으로 자금을 모집하는 사모펀드이지만, 자본시장법에서는 집합투자기구와는 구별하고 있음</li> <li>• 집합투자기구와는 달리 운용자 제한이 없다는 것이 큰 특징으로 알려져 왔으나 최근 개정으로 등록의무가 신설됨</li> <li>• 주로 경영권 인수 또는 경영 참여를 목표로 하는 바이아웃투자를 하도록 고안되고 규제되는 기업인수형 펀드(buyout fund)</li> </ul>
기업재무안정 사모투자전문회사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 부실기업, 회생절차개시 기업, 파산 신청 기업 등 구조조정 및 부실기업에 투자하는 사모투자전문회사</li> <li>• 사모투자전문회사에 대한 일반적 운용 규제 완화</li> <li>• 메짜닌 펀드(mezzanine fund), 부실채권 펀드(distressed debt fund) 역할 기대</li> </ul>

<출처> 사모펀드 T/F팀, “사모펀드 규제체계 선진화 방안”, 2010. 6. 113면을 수정

## 2. 사모펀드시장의 현황

금융시장에서 ‘사모펀드’는 운용행태를 기초로 크게 ‘사모투자펀드(Private Equity Fund, 이하 “PEF”)'와 ‘헤지펀드(Hedge Fund)'의 두 그룹으로 구별된다.<sup>10)</sup> ‘90년대 사모펀드가 급속히 성장하면서 서로 구별되는 두 가지 운용행태가 관련업계에서 크게 확산되는 모습을 보였다. 주로 유동성이 낮은 ‘비상장주식’에 투자하는 사모펀드와 유동성이 높은 다양한 자산에 투자하면서 공모도, 차입 등을 활용하여 투자자의 수익제고를 추구하는 사모펀드가 시장에서 대별되며 성장하였다. 전자는 펀드를 사모로 조성하여 경영권 확보를 위하여 지분증권에 투자한다는 특성을 반영하여 ‘PEF’로 지칭한다. 후자의 경우 해당 운용방식으로 크게 성공한 초기 펀드를 ‘헤지펀드’로 부르면서 현재까지 이 명칭이 사용되고 있다. 흔히 최초의 성공적인 ‘헤지펀드’로 거명되는 것이 1949년 Alfred Winslow Jones가 설립한 펀드로서, 해당 펀드는 공모도를 주요 거래방식으로 사용하며 주식을 대상으로 운용한다. 이 펀드의 운용방식은 엄밀히 말해 투기적 거래(speculative trading)에 해당하였으나 당시 업계에서 ‘헤지 거래(hedge trading)’로 지칭되었고 이 명칭이 이후 해당 운용방식 펀드를 지칭하는 실무 개념으로 정착되었다.<sup>11)</sup>

그러나 PEF와 헤지펀드는 사모펀드를 운용방법과 전략의 관점에서 구분한 것이며, 이를 법률상 규제단위로 정의하고 있는 입법례는 거의 존재하지 않는다. 법률상으로는 사모집합투자기구 또는 사모펀드를 정의하고 그 운용전략과 방법에 따라 실무상 PEF와 헤지펀드를 구분하고 있는 것이다. 전자가 주로 기업인수와 매도에 의한 이익 실현을 목적으로 하는 데 비하여 후자는 다양한 운용전략을 통한 이익실현을 목적으로 한다고 단순화하여 설명할 수 있다.<sup>12)</sup> 그러나 PEF와 헤지펀드가 실무상 양자의 전략이 혼합되는 형태로 발전하고 있는 것도 양자의 구분이 절대적인 것이 아님을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

## 3. 집합투자기구의 규제목적과 사모집합투자기구의 특수성

### (1) 집합투자기구의 규제목적

펀드에 대한 규제는 다수의 펀드투자자와 전문운용자 간의 대리인문제 해소를 기본

10) 헤지펀드의 연혁에 대해서는 Daniel Capocci, *The Complete Guide to Hedge Funds & Hedge Fund Strategies*, 2013, pp5-14.

11) Carol Loomis가 1966년 *Fortune*誌에서 Jones의 운용방식을 설명하며 ‘헤지펀드’라는 용어를 최초로 사용한 것으로 알려져 있다.

12) Peter Cornelius, *International Investments in Private Equity: Asset Allocation, Markets, and Industry Structure*, 2011, p16.

목적으로 한다. 집합투자는 2인 이상의 다수의 투자자로부터 모은 금전등을 전문적인 자산운용회사인 집합투자업자가 투자자의 일상적인 운용지시를 받지 않고 운용하는 것을 본질적 요소로 한다. 또한 집합투자업자는 스스로 금융투자업자로서 자본금을 통한 자기매매를 통한 이익 실현을 추구할 수밖에 없다. 따라서 집합투자규제에서는 집합투자업자와 투자자간에 발생할 수밖에 없는 이해상충에 대한 규제가 핵심적인 부분이 될 수밖에 없다.

이러한 규제목적에 고려하여 집합투자규제는 ①업자규제-②설정·설립규제-③운용규제-④판매규제로 구성된다. 원칙적으로 공모펀드에 대해서는 이 4가지 규제의 전부가 적용되는 것이 타당하다. 그러나 자본시장법상 사모펀드에 대한 규제는 발행공시 등 판매규제를 제외한 나머지 3 가지 규제가 공모펀드와 거의 유사한 수준으로 적용되고 있어 공사모펀드간 규제의 차별화가 이루어지고 있지 않다.

## (2) 사모집합투자기구의 특수성

PEF와 헤지펀드에 해당하는 사모집합투자기구는 일정한 수준의 위험감수능력을 갖춘 투자자들만 참여할 수 있는 전문적인 투자기구로서 상당한 수준의 위험인수를 투자전략의 기초로 하고 있다. 자본시장법상 사모집합투자기구의 분류상 실무상 운용형태에 따른 분류인 PEF와 헤지펀드에 해당하는 것은 전문사모집합투자기구와 사모투자전문회사라고 할 수 있다. 따라서 PEF와 헤지펀드에 대하여 일반적인 투자자 대중의 참여를 전제로 구축되는 공모펀드에 대한 규제를 그대로 적용하는 것은 사모펀드로서의 존재이유를 스스로 부정하는 것이 될 수밖에 없다. 따라서 현행 자본시장법상 사모집합투자기구에 대한 규제는 공모집합투자기구에 대한 규제와 차별화를 시도함으로써 사모집합투자기구의 존재이유를 확인하게 될 것으로 본다.

## Ⅲ. 사모집합투자기구에 대한 규제모델

사모펀드에 대한 규제모델은 ①프라임브로커(전담중개업자)를 통한 규제, ②운용업자규제 + 운용내역공시규제, ③운용업자규제 + 운용방법규제의 3가지로 구분할 수 있다.

자본시장법상 전담중개업자에 해당하는 프라임브로커(prime broker)는 전문사모집합투자기구 등에 대하여 증권의 대여 또는 그 중개·주선이나 대리업무, 금전의 융자, 그 밖의 신용공여, 전문사모집합투자기구등의 재산의 보관 및 관리, 그 밖에 전문사모

집합투자기구등의 효율적인 업무 수행을 지원하기 위하여 필요한 업무로서 시행령으로 정하는 업무(제6조 제9항)를 효율적인 신용공여와 담보관리 등을 위하여 연계하여 제공하는 자를 말한다. 프라임브로커는 사모펀드의 운용내역과 위험에 대하여 가장 신속하고 정확한 파악이 가능한 주체로서 사모펀드 위험에 대한 자율적 관리를 위한 최적의 주체가 될 수 있다. 그러나 2008년 글로벌 금융위기 이후 미국의 도드-프랭크 월스트리트개혁 및 소비자보호법(2010 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)과 EU의 2011년 대체투자펀드운용자지침(Directive on Alternative Investment Fund Managers, AIFMD)은 사모펀드에 대하여 보다 개입적인 규제원칙을 적용하고 있다.

미국은 도드프랭크법의 시행에 따라 \$150백만 이상의 운용자산을 가진 사모펀드 운용자는 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission, SEC)에 등록하여야 하고 투자와 사업실무에 관한 광범위한 기록을 관리하고 이 정보를 SEC에 보고하고 법규준수프로그램을 계획, 관리할 준법감시인을 고용하고 SEC의 주기적 검사와 조사에 응하여야 한다. 등록투자자문업자는 공익 및 투자자보호 또는 금융안정감시위원회(Financial Stability Oversight Council, FSOC)의 시스템 리스크에 관한 평가를 위하여 SEC가 필요하다고 인정하여 규칙으로 정한 때에는 자문을 제공하고 있는 사모펀드에 관한 기록의 보존 및 제출, 보고의무를 부담한다(도드프랭크법 제404조(2)(1)). 투자자문업자가 보존의무를 부담하고 SEC의 검사를 받아야 하는 기록과 보고서는 각 사모펀드에 관한 설명을 포함하고 있어야 한다.<sup>13)</sup> SEC는 투자자문업자가 보존하고 있는 사모펀드의 기록을 정기적으로 검사하고, Section 404(2)(1)에서 규정하고 있는 것과 같은 필요가 있는 경우에는 수시, 추가, 특별 검사나 기타 검사를 수행할 수 있다(도드프랭크법 Section 404(2)(6)(A)(i), (ii)). 또한 만일 사모펀드가 1936년 상품거래소법상(Commodity Exchange Act: CEA)상품투자기구(commodity pool)로 등록되면, 공시, 회계장부 작성, 정기사업보고의 의무(CFTC Rule 4.21-4.26), 자율감시의 의무, 전미선물협회(National Futures Association: NFA)에 의한 정기 감사, 고객보호, 광고 및 포지션보고규칙(CFTC Rule 4.20, 4.30, 4.41)과 사기방지규정(CEA 제40조)의 적용을 받게 된다. EU의 2011년 대체투자펀드운용자지침도 유사한 방향의 규제를 도입하고 있다.

현재 미국과 EU에서 이루어지고 있는 사모펀드 규제강화는 ①프라임브로커(전담중개업자)를 통한 규제모델에서 ②운용업자규제 + 운용내역공시규제모델로의 전환을 기

13) (i) 운용자산액 및 레버리지, (ii) 거래당사자의 신용위험 (iii) 트레이딩 및 투자포지션 (iv) 펀드의 가치평가 방침 및 관행 (v) 보유자산의 종류 (vi) 펀드에 있어서 특정 투자자가 다른 투자자보다 유리한 권리나 자격을 갖는 경우 관련 부속서한 또는 이면합의 (vii) 트레이딩 관행 (viii) 기타 FSOC와 협의하여 필요하다고 판단하는 정보 등(도드프랭크법 Section 404조(2)(3)(A)-(H))

본방향으로 하는 것이다. 현행 자본시장법은 ③운용업자규제 + 운용방법규제의 모델에 기초하고 있다. 사모펀드에 대한 규제수준은 ③운용업자규제 + 운용방법규제에서 ②운용업자규제 + 운용내역공시규제로 전환하는 것을 기본방향으로 하는 것이 타당하다. 사모펀드 규제의 본질, 국제적인 규제 추세 등을 종합적으로 고려할 때 사모펀드와 공모펀드 규제의 차별화를 기본방향으로 하는 개정안상 사모펀드 개편방안은 타당하다고 평가된다.

#### IV. 사모집합투자규제의 규제단위

##### 1. 기본방향

현행 자본시장법상 일반사모집합투자기구, 전문사모집합투자기구, 사모투자전문회사, 기업재무안정사모투자전문회사 등 사모펀드 규제에서 규제단위를 복잡하게 설계하게 된 것은 집합투자기구의 정의 자체가 공모와 사모를 모두 포함하고 있고, 사모펀드에 대해서도 공모펀드에 대한 규제 차별화가 이루어지고 있지 않은 점에 기인한다. 선진 금융시장에서 활용되는 다양한 사모펀드 유형을 국내법상 도입하기 위해서는 새로운 규제단위를 신설하여 기존의 일반사모집합투자기구에 대한 규제 자체를 배제하는 것이 가장 손쉬운 방법이라 할 것이다.

##### 2. 개정안

개정안에서는 현행법상 복잡한 현행 사모펀드 규율체계를 전문투자형 사모펀드와 경영참여형 사모펀드로 단순화하여 사모펀드간의 규제차익을 해소하고 다양한 투자전략을 추구하는 사모펀드가 출범할 수 있도록 하고 있다(안 제9조제19항). 개정안은 “경영권 참여, 사업구조 또는 지배구조의 개선 등을 위하여 지분증권 등에 투자·운용하는 투자합자회사인 사모집합투자기구”를 ‘경영참여형 사모집합투자기구’로 그리고 경영참여형 사모집합투자기구를 제외한 사모집합투자기구를 ‘전문투자형 사모집합투자기구’로 정의하고 있다. 경영참여형 사모펀드는 PEF를 그리고 전문투자형은 헤지펀드를 기본 모델로 하고 있다.

개정안은 이러한 사모펀드 규제단위의 단순화를 전제로 다음과 같이 사모펀드 제도 전반의 규제 완화를 시도하고 있다(안 제7조제6항제3호, 제249조의3, 제249조의5부터 제249조의8까지, 제249조의12, 제249조의17 및 제249조의20 신설 등). 1) 전문투자형 사모펀드 운용회사 진입규제를 종전의 인가에서 등록으로 완화하여 역량 있는 운용회사가 보다 자유롭게 시장에 진입할 수 있도록 하고, 2) 사모펀드 설립규제를 사

전등록제에서 사후보고제로 전환하여 신속하게 투자자를 모집하고 투자대상 자산에 투자할 수 있도록 하며, 3) 전문투자형 사모펀드의 운용규제와 경영참여형 사모펀드의 여유자금 운용규제를 완화하여 사모펀드가 다양한 투자전략을 통해 높은 수익을 창출할 수 있도록 하면서, 4) 전문투자형 사모펀드 운용회사는 별도의 투자매매업, 투자중개업 인가가 없이도 자신이 운용하는 전문투자형 사모펀드를 투자자들에게 판매할 수 있도록 하여 사모펀드 시장이 보다 활성화 될 수 있도록 하고 있다.

### 3. 평가

이와 같이 사모집합투자기구의 규제단위를 경영참여형과 전문투자형으로 단순화하는 것은 단기적으로는 타당한 접근으로 판단된다. 다만 일반투자자들의 참여를 허용하는 일반사모집합투자기구를 허용할 것인지에 대해서는 논란의 가능성이 있으나 전문가시장으로서의 사모펀드시장의 본질을 살리면서 규제완화를 가능하게 하기 위해서는 일반사모집합투자기구의 장점은 재간접펀드를 통하여 실현하는 것이 타당할 것으로 본다. 장기적으로는 사모펀드로 일원화하고 운용방법과 운용내역에 대한 공시를 통한 규제발견적인 변화를 모색해야 할 것으로 본다. 펀드의 운용전략을 사전적으로 한정하는 의미를 가지는 운용방법별 규제보다는 운용내역의 공시규제에 기초한 유연한 규제 전환하는 것이 타당하다고 생각한다.

## V. 참여 투자자의 자격제한

사모집합투자에 대한 투자자의 자격 제한의 근거를 확인하고 개정안상 접근방식을 평가한다. 사모펀드 규제를 공모펀드 규제와 차별화하는 주된 근거는 참여자의 전문성과 손실흡수능력을 포함한 위험감수능력에 있다. 도매와 소매시장의 분리를 통한 규제의 차별화는 시장의 분리 가능성 등 여러 가지 비판이 있는 것도 사실이지만, 한정된 규제자원의 효율적 활용과 시장 전체적 관점에서의 규제완화를 위하여 반드시 필요한 접근이라고 생각된다.

미국과 영국 그리고 일본 등 주요 금융국가도 동일한 입장을 채택하고 있다. EU의 AIFMD는 운용자산이 일정 규모 이상인 AIF의 운용자를 그 설립 회원국의 감독기구에 등록하게 하고 있는데 이러한 등록 AIF는 2013년부터 상호인증제도(passport)를 통해 모든 EU회원국에서 전문투자자(professional investor)를 대상으로 마케팅을 할 수 있다. AIFMD의 전문투자자(professional investor)에 대한 정의는 Directive 2004/39/EC (Markets in Financial Instruments Directive: MiFID)의 Annex II를

따르고 있다.<sup>14)</sup> 한편 AIFMD는 각 회원국으로 하여금 소매투자자(retail investor)에 대한 AIF 마케팅을 허용할 수 있도록 하고 있는데 일부 국가들은 최소 투자금액 제한을 설정하기도 한다. 이탈리아, 아일랜드, 스페인 등에서는 개인의 경우 최소 50만 유로 이상의 투자를 요구하고 있고, 스웨덴, 스위스, 룩셈부르크 등에서는 별도의 사모펀드 가입제한이 없다. 한편 펀드오브헤지펀드에 투자할 수 있는 개인에 대해서는 미국과 마찬가지로 별도의 요건이 없으며 일반적으로 펀드 설립시 운용자가 자체적으로 최소투자금액 등을 설정하고 있다.

개정안은 이러한 인식을 전제로 사모펀드에 직접 투자할 수 있는 투자자의 범위를 합리적으로 제한하는 적격투자자 제도를 도입하여 사모펀드 규제완화에 따른 투자위험에 대한 보완을 시도하고 있다(안 제234조의2 신설 및 안 제249조의2). 사모펀드에 대한 투자와 관련하여 제기될 수 있는 일반투자자들의 거래의 자유에 대한 제한 문제는 사모펀드에 중점적으로 투자하는 사모투자재간접펀드 제도를 도입하여 적격투자자 뿐만 아니라 일반투자자도 전문가의 도움을 받아 사모펀드에 간접 투자할 수 있도록 하고 있다. 다만 구체적으로 사모펀드에 투자할 수 있는 적격투자자의 기준을 정하는 것이 문제되겠지만, 사모펀드 규제 완화를 위한 기초가 된다는 점에서 신중한 접근이 필요할 것으로 본다.

## VI. 금융주력 사모집합투자기구와 산업자본 규제

현행법상 사모집합투자규제 특히 경영참여형 PEF 규제에 대한 논의를 할 때 가장 논란의 대상이 되는 것은 산업자본의 참여와 관련된 것이라고 할 수 있다. 사모투자 전문회사는 다른 회사의 주식이나 지분에 투자하여 경영권 참여·사업구조 및 지배구

14) MiFID의 Annex II는 다음의 투자자들을 전문투자자로 규정

- 대출금융기관(Credit institutions)
- 투자회사(Investment firms)
- 기타 금융기관(Other authorised or regulated financial institutions)
- 보험회사(Insurance companies)
- 집합투자기구 및 그 운용회사(Collective investment schemes and management companies of such schemes)
- 연금 및 그 운용회사(Pension funds and management companies of such funds)
- 상품 및 관련 파생상품 딜러(Commodity and commodity derivatives dealers)
- 지방자치기구(Locals)
- 기타 기관투자자(Other institutional investors)
- 아래 기준의 두 가지 이상을 충족하는 대형 법인
  - 자산총액: 2천만 EUR
  - 순매출액: 4천만 EUR
  - 자체기금: 2백만 EUR
- 회원국 정부 및 지방정부, 공적 부채를 관리하는 공공기관, 중앙은행, World Bank, IMF, ECB, EIB 등 국제기구

조 개선 등의 방법으로 투자기업의 가치를 높여 그 수익을 투자자에게 배분하는 투자 기구인데 금산분리 및 경제력집중 억제 관련 법조항에 따라 투자 운용이 제한되는 경우가 자주 발생하고 있다. 이에 따라 일정 규모 이상의 산업자본의 참여가 제한되는 사모투자전문회사에 대해서는 금산분리 및 경제력집중 억제 관련 조항들의 적용을 면제하는 방안을 검토할 필요가 있다.

개정안은 금융주력그룹인 상호출자제한기업집단의 사모펀드 규제 합리화를 시도하고 있다(안 제249조의18 및 제249조의20 신설). 금융주력그룹인 상호출자제한기업집단의 경영참여형 사모펀드에 대해서는 5년내 계열사 처분 의무, 비금융회사에 대한 의결권 제한, 상호출자제한기업집단에 대한 공시의무 등의 규제를 배제하여 기업 인수·합병의 주체로서 사모펀드의 역할이 보다 강화될 수 있도록 하되, 경영참여형 사모펀드와 기존 계열회사간의 지분 거래 제한 등 보완장치를 마련한다는 것이다.

특히 상호출자제한기업집단에 속하는 경영참여형 사모집합투자기구에 대해서 공정거래법상 의결권 제한 등에 관한 규제를 면제한 것은 매우 큰 의미가 있다(제249조의20 제3항,제4항). 현재 사모펀드 개편방안에서 제안하고 있는 금융주력그룹 PEF에 대한 규제완화는 이러한 관점에서 반드시 필요한 접근이라고 생각한다.

## VII. 결론

현행법상 국내 사모펀드는 종류별로 적용법규가 다원화되어 있어 이 같은 규제체계 운영을 위해 과도한 규제비용이 소요되고 있다. 전반적으로 자본시장법상 사모펀드 규제를 운용업자 규제와 운용내역 공시규제로 발전적으로 전환해갈 필요가 있다.

사모펀드의 정의와 관련하여 현행법상 사모투자전문회사와 기업재무안정사모투자전문회사, 그리고 전문사모집합투자기구를 새로운 유형인 '전문투자형'가 '경영참여형'으로 단순화하고, 각 유형의 운용전략을 고려하여 운용방법에 관한 규제를 도입하는 방안은 매우 적절한 것으로 판단된다. 일반투자자의 참여가 가능한 일반사모펀드는 재간접펀드의 형식으로 투자기회를 보완해줄 수 있을 것으로 본다. 전문사모펀드의 진입규제와 관련하여 투자할 수 있는 투자자를 적격투자자를 대상으로 하는 것을 전제로 업자규제와 운용규제를 대폭 완화해야 한다. 판매규제와 관련하여 개인 및 일반법인의 전문사모펀드 최저가입금액은 현재 수준을 유지하는 것이 바람직하지만, 다른 기준과 균형되게 맞추는 것이 바람직하다. 전문사모펀드에 간접 투자할 수 있는 투자자의 범위를 별도로 정하여 사모펀드시장의 활성화를 도모하되 투자자 보호 등을 감

안하여 최소가입금액을 설정하는 방안을 고려할 필요가 있다. 한편 사모투자전문회사의 투자자와 관련하여 금산분리, 경제력집중 억제 등의 문제를 벗어날 수 있는 안전항(safe harbor)조항을 신설하는 방안을 검토할 필요가 있다.