

## 손해배상(기)

[서울고법 1997. 4. 1. 96나26703]



### 【판시사항】

- [1] 대표이사의 회사 재산 횡령으로 인하여 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해가 상법 제401조 제1항 소정의 손해인지 여부(소극)
- [2] 신주인수계약에 의해 인수한 주식의 가치가 실제보다 고가로 평가된 경우, 민법 제574조에서 말하는 수량을 지정한 매매에 있어서 목적물의 부족·멸실이 있는 경우에 해당하는지 여부(소극)
- [3] 창업투자회사와 창업회사 사이에 창업회사가 해산 또는 정리할 경우 창업투자회사의 투자금을 반환하기로 한 약정의 효력(무효)
- [4] 해산절차가 시작되지 않은 회사의 주주가 회사에 대한 잔여 재산 분배청구권에 기하여 회사의 제3자에 대한 채권을 대위 행사할 수 있는지 여부(소극)

### 【판결요지】

- [1] 주식회사의 주주가 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무 해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 그를 상대로 상법 제401조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 대표이사가 회사 재산을 횡령하여 회사 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하고, 그 법리는 주주가 중소기업창업지원법상의 중소기업창업투자회사라고 하여도 다를 바 없다.
- [2] 신주 인수와 같은 주식인수계약은 회사와 인수인 간의 회사법상의 행위로서 민법의 규정이 그대로 적용될 수 없는 것일 뿐 아니라, 그 인수한 주식의 가치가 실제보다 고가로 평가되었다 하여 이를 민법 제574조 소정의 목적물의 부족 또는 멸실이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.
- [3] 창업투자회사와 창업회사 사이에 창업회사가 해산 또는 정리할 경우 창업투자회사의 투자금을 반환하기로 한 약정은 실질적으로 주주인 창업투자회사가 그의 투자금인 주식인수금을 회수하기 위하여 그 창업회사에 대하여 그가 인수한 주식의 환매를 청구할 수 있는 권한을 부여한 것으로서, 상법 제341조 소정의 경우 이외에는 주식회사의 경우에는 자기주식을 취득할 수 없도록 규정한 같은 규정에 위배되어 무효이다.
- [4] 채권자대위권에 있어서의 피보전권리는 특정된 구체적인 청구권을 그 내용으로 하여야 하고, 주주의 지위에서 가지는 추상적인 권리에 기하여서는 회사가 제3자에 대하여 갖는 권리를 대위 행사할 수 없는 것이며, 주주의 잔여 재산 분배청구권은 회사의 청산절차가 진행되어 회사의 채무를 완제하고 남은 재산이 있는 경우에 한하여 구체적으로 발생하는 것이므로 회사가 사실상 도산했다고 하더라도 상법상 해산절차가 시작되지 않은 이상 주주에게 회사에 대한 구체적인 잔여 재산 분배청구권이 있다고 할 수 없어 주주는 회사가 제3자에 대하여 가지는 권리를 대위 행사할 수 없다.

【참조조문】

- [1] 상법 제401조 제1항
- [2] 민법 제567조, 제574조
- [3] 상법 제341조, 민법 제590조
- [4] 민법 제404조, 상법 제538조

【참조판례】

- [1], 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결(공1993상, 845), /
- [4], 대법원 1978. 4. 25. 선고 78다90 판결(공1978, 10824)

【전문】

【원고, 항소인】 건영창업투자 주식회사(소송대리인 법무법인 태평양 담당변호사 김도형)

【피 고】

【원심판결】 서울지법 1996. 5. 28. 선고 95가합53497 판결

【주문】

】

1. 원고의 피고들에 대한 항소를 기각하고 당심에서 추가된 원고의 피고 1에 대한 청구를 각하한다.
2. 항소 이후의 소송비용은 모두 원고의 부담으로 한다.

【청구취지 및 항소취지】 원심판결을 취소한다. 주위적으로는 피고들은 연대하여 원 고에게 금 200,000,000원 및 이에 대한 1991. 7. 26.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5분의, 그 익일부터 완제일까지는 연 2할 5분의 각 비율에 의한 금원을 지급하라. 예비적으로는 소외 1 주식회사에 피고 2는 금 50,000,000원 및 이에 대한 1991. 3. 19.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5분의, 그 익일부터 완제일까지는 연 2할 5분의 각 비율에 의한 금원을, 피고 1, 3, 4, 5, 6은 연대하여 금 200,000,000원 및 이에 대한 피고 3, 4, 5, 6은 이 사건 1995. 12. 13.자, 피고 1은 1997. 1. 27.자 각 청구취지 및 원인 변경신청서 송달 익일부터 완제일까지 연 2할 5분의 비율에 의한 금원을 각 지급하라(원고는 당심에 이르러 피고 1에 대하여 예비적 청구를 추가하였다).

【청구취지 및 항소취지】 원심판결을 취소한다. 주위적으로는 피고들은 연대하여 원 고에게 금 200,000,000원 및 이에 대한 1991. 7. 26.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5분의, 그 익일부터 완제일까지는 연 2할 5분의 각 비율에 의한 금원을 지급하라. 예비적으로는 소외 1 주식회사에 피고 2는 금 50,000,000원 및 이에 대한 1991. 3. 19.부터 이 사건 소장부분 송달일까지는 연 5분의, 그 익일부터 완제일까지는 연 2할 5분의 각 비율에 의한 금원을, 피고 1, 3, 4, 5, 6은 연대하여 금 200,000,000원 및 이에 대한 피고 3, 4, 5, 6은 이 사건 1995. 12. 13.자, 피고 1은 1997. 1. 27.자 각 청구취지 및 원인 변경신청서 송달 익일부터 완제일까지 연 2할 5분의 비율에 의한 금원을 각 지급하라(원고는 당심에 이르러 피고 1에 대하여 예비적 청구를 추가하였다).

【이유】

## 】 1. 기초 사실

당사자 사이에 다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 5, 8호증의 각 1, 2, 갑 제6호증의 1, 2, 3, 갑 제10호증, 을 제1, 2, 6, 57호증의 각 기재, 원심 증인 성용권의 증언, 원심법원의 안양등기소장 및 (주)한일은행 독산동 지점장에 대한 사실조회 결과에 변론의 전취지를 종합하면, (1) 원고는 중소기업창업지원법에 따라 중소기업 창업에 대한 투자와 자문 및 정보를 제공할 목적으로 설립된 창업투자회사로서 소외 1 주식회사(이하 소외 1 회사라고만 한다)에 금 200,000,000원을 투자하기 위하여 1991. 7. 26. 같은 회사가 증자절차를 거쳐서 발행하는 1주당 액면 금 10,000원의 신주 20,000주를 인수하고 그 인수대금을 지급한 사실, (2) 위 투자 당시 소외 1 회사의 주주명부에는 발행주식 80,000주 중 피고 1이 18,750주, 피고 2가 5,000주, 피고 7이 9,875주, 피고 3이 4,750주, 피고 4가 2,250주, 피고 5가 2,000주, 피고 6이 750주, 소외 2 주식회사가 20,000주, 소외 3이 4,875주, 소외 4가 4,250주, 소외 5가 3,000주를 각 소유하고 있는 것으로 되어 있었고, 그 법인등기부에는 피고 1이 1990. 12. 8.부터 대표이사로, 피고 3이 같은 날부터 감사로, 피고 4, 6이 같은 날부터 이사로 각 취임하였다가 피고 4는 1991. 2. 11. 사임하였고 피고 5가 같은 날 이사에 취임한 것으로 등재되어 있었는데, 피고 5, 6은 같은 해 7. 20. 각 사임하고 같은 해 8. 1. 이를 등기한 사실, (3) 원고의 위 신주인수로 소외 1 회사의 발행주식 총수는 100,000주로, 자본의 총액은 1,000,000,000원으로 각 변경된 사실, (4) 소외 1 회사는 1992. 10.경 부도로 사실상 도산함에 따라 원고가 위 투자금을 회수할 수 없게 된 사실을 각 인정할 수 있고 이에 대한 반증은 없다.

## 2. 주위적 청구에 관한 판단

### 가. 민법상의 공동불법행위 주장

원고는 피고들에 대한 이 사건 주위적 청구원인으로 먼저, 투자 당시 소외 1 회사의 법인등기부와 회계서류에 기재되어 있던 기납입자본금 800,000,000원 중 금 500,000,000원은 주금이 현실적으로 납입되지 아니하였음에도 불구하고 납입된 것처럼 가장되어 있었을 뿐 아니라, 위 회사는 거액의 부외채무를 부담하고 있어서 재정 상태가 극히 부실하였고, 원고에게 제시되었던 위 회사의 회계 서류도 상당 부분 금액이 분식되어 있었으며, 피고들은 위 회사의 이사, 감사 또는 주주로서 위 사실을 알았거나 알 수 있었을 것이어서 위 투자 당시 원고에게 이를 고지할 의무가 있음에도 불구하고 고지하지 아니하여 위 자본금 800,000,000원이 전액 납입된 것으로 믿은 원고로 하여금 위와 같이 금 200,000,000원을 투자하게 하였다가 위 회사의 도산으로 위 투자금을 회수하지 못하게 되는 손해를 입게 하였으므로, 피고들은 민법 제760조 소정의 공동불법행위자로서 연대하여 원고에게 위 투자금 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한다.

그러므로 먼저 소외 1 회사의 자본금 중 500,000,000원이 가장납입된 것인가의 점에 대하여 살피건대 이에 부합하는 듯한 갑 제9호증의 1, 2, 갑 제11호증, 갑 제16호증의 2, 4의 각 기재와 원심 증인 소외 6의 증언은 다음에서 인정되는 사실에 비추어 믿지 아니하며 달리 이를 인정할 증거가 없고 앞에서 본 각 증거와 갑 제7, 11, 12호증, 갑 제16호증의 1, 6, 7, 을 제 3, 4, 18, 26, 28, 29, 33 내지 36, 57, 58호증, 을 제7, 17, 19, 25호증의 각 1, 2의 각 기재, 원심 증인 소외 7, 8, 9의 각 증언(다만 소외 8의 증언 중 아래 인정 사실에 반하는 부분 제외), 피고 1에 대한 당사자본인신문 결과에 변론의 전취지를 종합하면, 피고 1은 1984. 1.경 소형 모터제조업체인 소외 10 주식회사에 48%의 자금을 투자하여 소외 11과 공동하여 이를 경영하면서 그 대표이사로 근무하여 오다가, 1988. 5.경 위 소외인에게

자신이 소유하고 있던 위 회사의 주식 전부를 양도하고 위 회사를 퇴사함에 있어 그 대가로 위 소외인으로부터 위 회사 소유이던 성남시 (동 이름 생략)동에 있는 공장과 생산 설비, 원자재 등 현물 자산 시가 금 350,000,000원 상당을 양도받은 사실, 위 피고는 같은 달 27. 위 현물 자산을 기초로 전자자동제어기기부품 및 소형 모터 등의 제조·판매를 목적으로 하는 소외 1 회사(당초에는 (상호 생략) 주식회사로 설립하였다가 상호를 변경하였음)를 설립하고 그 대표이사에 취임하였는데, 이 때 위 현물 자산과 약 1억 원의 자금을 투자하였음에도 정관과 법인등기부상에는 위 회사의 자본금을 금 50,000,000원(1주당 액면가 10,000원, 발행주식수 5,000주)으로 과소하게 등재하는 한편, 성남에 있는 위 공장 및 기계 설비 등 시가 금 350,000,000원 상당의 현물 자산을 위 회사의 자본으로 삼게 되었으므로 외부 차입금으로 주금을 납입한 다음 이를 인출하여 형식상은 위 현물 자산 등의 매수대금에 지출된 것으로 장부 정리를 하여 놓고 실제로는 위 회사의 운영자금으로 사용하기로 하고 1989. 12. 2.부터 1991. 3. 19.까지 사이에 5차례에 걸쳐 소외 1 회사의 자본금을 금 600,000,000원으로 증가시키는 증자절차를 마친 사실, 위 피고는 위 증자 과정에서 외부 차입금이 생길 때마다 피고 3이나 위 회사의 실질적으로 종업원인 나머지 피고들의 명의로 신주인수의 청약을 하고 증자분에 상응하는 주금을 은행에 납입하여 증자등기를 마친 다음 위 납입주금을 인출하여 위 회사를 위하여 사용한 것으로 회계 처리하였고, 특히 1991. 3. 19. 자본금 1억 원을 증자함에 있어서는 자신의 형인 피고 2 소유의 부동산을 담보로 금 200,000,000원을 차용하여 위 주금을 납입한 다음 이를 위 회사의 운영자금으로 사용하였으며, 그 과정에서 위 발행신주 10,000주 중 2,500주는 자신의 명의로, 5,000주는 피고 2의 명의로, 2,000주는 피고 5의 명의로, 500주는 피고 3 명의로 각 임의 배정한 사실, 소외 2 주식회사는 원고가 투자를 결정하기 이전인 1991. 4.경 소외 1 회사가 증자절차를 거쳐 발행하는 신주 20,000주를 액면가인 금 200,000,000원에 인수하고, 소외 1 회사의 전환사채를 금 300,000,000원 상당 인수하는 방법으로 투자함에 있어 소속 회사 직원과 공인회계사를 통하여 소외 1 회사의 부채·자본·자산 실태를 포함한 경영 및 회계 상태에 전반에 대하여 약 1개월에 걸친 실지조사를 실시한 바 있고, 원고는 이 소외 2 주식회사의 대표이사를 통하여 피고 1을 소개받고 소외 2 주식회사에서 조사한 자료와 함께 독자적으로 소외 1 회사의 사업성 등을 다각도로 검토한 후 이 사건 투자를 하게 된 사실, 원고가 위와 같은 분석을 통하여 작성한 소외 1 회사의 사업성 검토자료(을 제4호증)에 의하면 위 회사의 유형 고정자산이 1988년에 약 금 450,000,000원, 1989년에 약 금 600,000,000원, 1990년에 약 금 1,800,000,000원으로, 그 주식의 자산가치가 주당 금 13,380원으로 되어 자산이 자본금을 초과하는 것으로 각 평가하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

한편 회사의 설립이나 증자의 경우에 일시적인 차입금을 가지고 주금 납입의 형식을 취하여 회사 설립이나 증자절차를 마친 후 곧 그 납입금을 인출하여 차입금을 변제하는 이른바 '견금(見金)에 의한 주금 납입'의 경우에도 주금 납입의 효력은 있다고 할 것인바( 대법원 1994. 3. 28.자 93마1916 결정, 1985. 1. 29. 선고 84다카1823,1824 판결 참조), 위 인정 사실에 의하면 소외 1 회사가 5차에 걸쳐 발행한 신주의 주금은 그 때마다 현실적으로 납입되었다가 그 대표이사인 피고 1에 의하여 인출되어 위 현물 자산 등의 매수대금과 위 회사의 운영자금으로 사용된 것으로 적법한 주금 납입이 절차를 마쳤다고 할 것이다.

따라서 500,000,000원의 주금이 가장 납입되었음을 전제로 한 원고의 공동불법행위 주장은 나아가 살펴볼 것도 없이 이유 없다.

나아가 위 회사가 거액의 부외부채를 부담하고 있었는데 그 점을 고지하지 않음으로써 원고를 기망하였다는 주장에 관하여 보건대 앞에서 배척한 증거들 외에는 원고가 위 부외부채의 존재를 알지 못하였다는 점을 인정할 증거가 없고 오히려 을 제4호증의 기재와 위 증인 소외 6의 증언에 의하면 원고는 소외 1 회사에 투자하기 이전에 소외 1 회사의 자본 구조와 사업성 등을 평가하는 과정에서 이미 위 회사에 금 371,429,000원의 부외부채와 금 115,083,688원 상당의 불량 재고자산이 있음을 알고 있었으며 다만 투자 당시 소외 1 회사가 소유하고 있는 부동산의 가격이 취득 당시보다 상승하였을 것이라고 판단하고 투자한 사실이 인정되고 달리 반증이 없으니 원고가 피고들로부터 위 사실을 고지 받지 못함으로써 기망을 당하여 위와 같이 투자를 한 것이라는 원고의 주장 역시 이유 없다.

#### 나. 상법상 이사·감사의 책임에 관한 주장

원고는 피고 1, 3, 4, 5, 6에 대한 이 사건 주위적 청구원인으로, 소외 1 회사의 이사 또는 감사인 위 피고들이 고의 또는 중과실로 그 임무를 해태하여 위 회사에 가장납입, 부외부채의 발생, 불량 재고자산의 누적 등의 비위를 막지 못하고 방치하였을 뿐 아니라 나아가 이를 고지하지 아니함으로써 위 회사의 증자가 진정하게 이루어진 것으로 믿은 원고로 하여금 위와 같이 금 200,000,000원을 투자하게 하였다가 이를 회수하지 못하게 되는 손해를 입게 하였으므로, 상법 제401조 및 제414조의 규정에 따라 위 피고들은 연대하여 원고에게 위 투자금 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 원고 주장의 금 500,000,000원이 가장납입된 것임을 인정할 증거는 없고, 가사 원고의 위 청구를 피고 1이 회사의 경영을 방만히 하여 부외부채를 증대시켰으며, 증자를 위하여 은행에 납입하였던 돈을 증자등기가 이루어진 후 바로 인출하여 이를 회사의 운영자금으로 사용하지 아니하고 개인적인 용도에 소비함으로써 실질적으로는 주금을 납입하지 아니하고 횡령한 것이라는 취지의 주장으로 보더라도, 주식회사의 주주가 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무 해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 그를 상대로 상법 제401조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있으나 대표이사가 회사 재산을 횡령하여 회사 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 위 법 조항에 기한 손해배상을 청구할 수 없는 것이고 위 법리는 주주가 중소기업창업지원법상의 중소기업창업투자회사라고 하여도 다를 바 없는 것이므로( 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결 참조) 위 피고들에 대하여 상법상 이사·감사의 책임을 묻는 위 청구 역시 이유 없다.

다.

#### 매도인의 담보책임에 관한 주장

원고는 피고 6을 제외한 나머지 피고들에 대한 이 사건 주위적 청구원인으로, 원고가 이 사건 투자계약에 의하여 취득한 주식은 주금의 가장납입 등으로 인하여 현저하게 가치가 저감된 것으로 민법 제574조에서 말하는 수량을 지정한 매매에 있어서 목적물의 부족·멸실이 있는 경우에 해당하므로 위 피고들은 이 사건 투자계약의 당사자로서 유상계약에 대하여 민법 제574조의 규정을 준용하도록 한 같은 법 제567조의 규정에 따라 원고에게 위 신주인수금 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하므로 보건대, 이 사건 신주인수와 같은 주식인수계약은 회사와 인수인 간

의 회사법상의 행위로서 민법의 규정이 그대로 적용될 수 없는 것일 뿐 아니라 원고가 인수한 주식의 가치가 실제보다 고가로 평가되었다 하여 이를 두고 위 법조 소정의 목적물의 부족 또는 멸실이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 위 피고들이 위 주식의 발행인의 지위에 있는 것도 아니므로 위 담보책임에 관한 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

### 3. 예비적 청구에 관한 판단

#### 가. 피고 2, 1에 대한 예비적 청구

원고는 피고 2, 1에 대한 이 사건 예비적 청구원인으로, 피고 2는 1991. 3. 19. 소외 1 회사의 주식 5,000주를 인수하고서도 그 주금 50,000,000원을 납입하지 아니하여 소외 1 회사에 대하여 상법 제423조 제3항에 따라 위 주금 상당의 손해를 배상할 책임이 있고 피고 1은 1992. 11. 20. 소외 1 회사에게 미납입자본금으로 금 500,000,000원을 납입하기로 약정하였는데, 원고는 위 투자계약에 따라 위 회사에 대한 투자금 반환채권이 있을 뿐 아니라 그 주식 20,000주를 소유한 주주로서 잔여재산분배청구권도 있으므로 위 투자금 반환채권 또는 잔여재산분배청구권을 피보전권리로 삼아 소외 1 회사를 대위하여 위 금액 상당 손해배상과 약정금의 지급을 구한다고 주장한다.

갑 제9호증의 1, 2의 각 기재에 의하면 피고 1이 1992. 11. 20. 원고에 대하여 소외 1 회사에 대한 재무 구조를 정상화하기 위하여 신사동 소재 주택을 매각하는 등의 방법으로 500,000,000원을 회사의 자본금으로 지급하기로 약정한 사실은 인정되나, 한편 원고의 위 피고들에 대한 소의 적법 여부에 관하여 직권으로 살피건대, 채권자대위권은 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하는 것으로서 피보전권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되어 그 대위소송은 부적법하다고 할 것인바, 원고가 위 투자 당시 소외 1 회사와 사이에 위 회사가 해산하거나 정리할 경우 원고의 투자금을 반환하기로 약정하였다 하더라도, 이러한 약정은 실질적으로 주주인 원고가 그의 투자금(주식인수금)을 회수하기 위하여 위 소외 1 회사에 대하여 그가 인수한 주식의 환매를 청구할 수 있는 권한을 부여한 것으로서 상법 제341조 소정의 경우 이외에는 주식회사의 경우에는 자기주식을 취득할 수 없도록 규정한 위 상법 규정에 위배되어 무효라고 할 것이므로 원고에게 위 회사에 대한 투자금 반환채권이 있다고 할 수 없고, 또 채권자대위권에 있어서의 피보전권리는 특정된 구체적인 청구권을 그 내용으로 하여야 하고 원고가 주주의 지위에서 가지는 추상적인 권리에 기하여서는 회사가 제3자에 대하여 갖는 권리를 대위행사 할 수 없는 것이며( 1978. 4. 25. 선고 78다90 판결 참조) 주주의 잔여재산분배청구권은 회사의 청산절차가 진행되어 회사의 채무를 완제하고 남는 재산이 있는 경우에 한하여 구체적으로 발생하는 것인데, 소외 1 회사의 해산 및 청산절차가 진행되지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로 설사 소외 1 회사가 사실상 도산되었다 하더라도 아직 상법상 해산절차가 시작되지 않은 이상 원고에게 소외 1 회사에 대한 구체적인 잔여재산분배청구권이 있다고 할 수도 없으니, 결국 원고의 피고 2, 1에 대한 예비적 청구는 대위할 피보전권리가 인정되지 아니하여 부적법하다.

설사 원고의 피고 1에 대한 청구를 1991. 7. 26.자 투자 회수의 약정서상의 특약조항인 제21조와 그에 따른 합작투자계약에 따른 별도 약정에 기하여 피고 1이 원고에 대하여 투자금을 회수하여 주기로 한 약정에 터잡아 구하는 것으로 본다 하더라도 위에서 인정한 증거들에 의하면 원고와 소외 2 주식회사는 당초의 합작투자계약의 취지에 반하

여 동업 투자한 주주로서의 입장보다는 마치 창업투자회사가 소외 1 회사에 대한 금전 채권자인 양 회사에 대한 투자금을 회수하는 데에만 급급하여 소외 1 회사와 피고 1을 비롯한 임원들이 소유한 부동산에 대하여 가압류를 함으로써 소외 회사가 이러한 부동산을 담보로 금전을 융통하기 어렵게 하였을 뿐 아니라, 소외 1 회사가 부도 처리된 것도 소외 2 주식회사가 소외 1 회사로부터 담보 조로 지급받은 백지어음을 보충하여 지급 제시함으로써 발생한 사실이 인정되는바, 위 1991. 7. 26.자 약정에 기하여 피고 1이 개인 자격으로 원고가 보유하고 있는 주식을 당초 인수가격을 기준으로 하여 일정 금액을 차감하여 매수하기로 한 것은 피고 1의 부실 경영, 기타 위 피고의 책임 있는 사유에 의하여 회사가 사실상 도산하여 원고가 투자금액 원금을 회수할 수 없는 경우를 지칭한다 할 것이므로 피고 1에게 부실 경영의 책임을 지울 만한 사정을 발견할 수 없는 이 사건에 있어서 원고는 위 1991. 7. 26.자 약정에 의하여 주식의 매수를 청구할 수도 없다 할 것이므로 원고의 위 피고에 대한 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

#### 나. 피고 3, 4, 5, 6에 대한 예비적 청구

원고는 피고 3, 4, 5, 6에 대한 이 사건 예비적 청구원인으로, 위 피고들이 소외 1 회사의 이사 또는 감사로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무를 해태한 잘못으로 금 500,000,000원의 가장납입 등의 비위 사실을 막지 못하여 위 회사로 하여금 가장납입된 주금에 상당한 손해를 입게 하였으므로 위 회사에 대하여 상법 제399조, 제414조에 따라 위 미납입주금 상당의 손해를 배상할 책임이 있는데, 원고는 위 투자계약에 따라 위 회사에 대한 투자금 반환채권이 있을 뿐 아니라 그 주식 20,000주를 소유한 주주로서 잔여재산분배청구권도 있으므로 위 투자금 반환채권 또는 잔여재산분배청구권을 피보전권리로 삼아 위 소외 회사를 대위하여 금 200,000,000원의 손해배상을 구한다고 주장하나, 원고에게 소외 1 회사를 대위할 피보전권리가 인정되지 않는 점은 위 3의 가항에서 본 바와 같으므로 원고의 위 피고들에 대한 예비적 청구 역시 부적법하여 받아들일 수 없는 것이다.

#### 4. 결 론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 주위적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하고, 피고 2, 3, 4, 5, 6에 대한 예비적 청구는 모두 부적법하여 이를 각하할 것인바, 원심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하고 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하고 원고의 당심에서 추가된 피고 1에 대한 예비적 청구도 부적법하므로 이를 각하하기로 하며 항소 이후의 소송비용은 모두 패소자인 원고들의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김인수(재판장) 임치용 권택수