

## 주주대표소송

[대법원 2021. 7. 15. 2018다298744]



### 【판시사항】

- [1] 자본금 감소를 위한 주식소각 절차에 하자가 있고 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정되는 경우, 감사무효 판결의 확정 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하는지 여부(적극)
- [2] 상법 제403조 제2항에 따른 서면에 기재되어야 하는 '이유'에 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 하는지 여부(적극) 및 서면에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 서면에 기재된 내용, 회사 보유 자료 등을 종합하여 이를 구체적으로 특정할 수 있는 경우, 그 서면은 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 하는지 여부(적극)
- [3] 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임을 상법 제403조 제2항에 따른 서면에 적시된 것과 차이가 있으나 위 서면의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것인 경우, 그 대표소송이 적법한지 여부(적극) / 주주가 대표소송 계속 중에 위와 같은 청구를 추가할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 항소심에서 수 개의 청구가 선택적으로 병합된 경우의 심리방법과 항소심 판결의 주문
- [5] 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상채무에 관하여 이사가 지체책임을 지는 시기(=이행청구를 받은 때부터)

### 【판결요지】

- [1] 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항). 이사가 임무를 수행함에 있어서 법령을 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당하므로, 그로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없다. 자본금 감소를 위한 주식소각 절차에 하자가 있다면, 주주 등은 자본금 감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 소로써만 무효를 주장할 수 있다(상법 제445조). 그러나 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정될 때에는 감사무효의 판결이 확정되었는지 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다.
- [2] 만약 회사가 이사의 책임을 추궁하지 않는다면, 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 직접 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 주주는 소를 제기하기 전에 먼저 회사에 대하여 소의 제기를 청구해야 하는데, 이 청구는 이유를 기재한 서면(이하 '제소청구서'라 한다)으로 하여야 한다(상법 제403조 제1항, 제2항). 제소청구서에 기재되어야 하는 '이유'에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다. 다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회 의사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원

인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다.

- [3] 주주가 아예 상법 제403조 제2항에 따른 서면(이하 '제소청구서'라 한다)을 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부적법하다. 반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다. 따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 청구를 추가할 수도 있다.
- [4] 제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.
- [5] 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상채무는 채무불이행으로 인한 손해배상채무로서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이사는 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다.

#### 【참조조문】

- [1] 상법 제399조 제1항, 상법 제445조  
[2] 상법 제403조 제1항, 제2항, 제3항  
[3] 상법 제403조 제1항, 제2항, 제3항  
[4] 민사소송법 제253조, 제416조  
[5] 상법 제399조 제1항, 민법 제387조 제2항

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다282756 판결 /  
[2] 대법원 2021. 5. 13. 선고 2019다291399 판결(공2021하, 1194) /  
[4] 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결(공1993하, 3176), 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017다200368, 200375 판결 /  
[5] 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결(공2021하, 1179)

#### 【전문】

【원고, 피상고인】 원고 (소송대리인 성심종합 법무법인 담당변호사 박형진)

【피고, 상고인】 피고 (소송대리인 법무법인 다운 담당변호사 성민혁 외 2인)

【원심판결】 서울고법 2018. 11. 15. 선고 2018나2032263 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

】 1. 상고이유를 판단한다.

가. 이사의 손해배상책임과 주주대표소송의 법리에 관하여 본다.

- 1) 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항). 이사가 임무를 수행함에 있어서 법령을 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당하므로, 그로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수 없다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다282756 판결 등 참조).

자본금 감소를 위한 주식소각 절차에 하자가 있다면, 주주 등은 자본금 감소로 인한 변경등기가 된 날부터 6개월 내에 소로써만 무효를 주장할 수 있다(상법 제445조). 그러나 이사가 주식소각 과정에서 법령을 위반하여 회사에 손해를 끼친 사실이 인정될 때에는 감자무효의 판결이 확정되었는지 여부와 관계없이 상법 제399조 제1항에 따라 회사에 대하여 손해배상책임을 부담한다.

- 2) 만약 회사가 이사의 책임을 추궁하지 않는다면, 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 직접 이사의 책임을 추궁할 소를 제기할 수 있다(상법 제403조 제3항). 주주는 소를 제기하기 전에 먼저 회사에 대하여 소의 제기를 청구해야 하는데, 이 청구는 이유를 기재한 서면(이하 '제소청구서'라 한다)으로 하여야 한다(상법 제403조 제1항, 제2항).

제소청구서에 기재되어야 하는 '이유'에는 권리귀속주체인 회사가 제소 여부를 판단할 수 있도록 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실에 관한 내용이 포함되어야 한다.

다만 주주가 언제나 회사의 업무 등에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있다고 할 수는 없으므로, 제소청구서에 책임추궁 대상 이사의 성명이 기재되어 있지 않거나 책임발생 원인사실이 다소 개략적으로 기재되어 있더라도, 회사가 제소청구서에 기재된 내용, 이사회 의사록 등 회사 보유 자료 등을 종합하여 책임추궁 대상 이사, 책임발생 원인사실을 구체적으로 특정할 수 있다면, 그 제소청구서는 상법 제403조 제2항에서 정한 요건을 충족하였다고 보아야 한다(대법원 2021. 5. 13. 선고 2019다291399 판결 참조).

주주가 아예 제소청구서를 제출하지 않은 채 대표소송을 제기하거나 제소청구서를 제출하였더라도 대표소송에서 제소청구서에 기재된 책임발생 원인사실과 전혀 무관한 사실관계를 기초로 청구를 하였다면 그 대표소송은 상법 제403조 제4항의 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부적법하다.

반면 주주가 대표소송에서 주장한 이사의 손해배상책임이 제소청구서에 적시된 것과 차이가 있더라도 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가만을 달리한 것에 불과하다면 그 대표소송은 적법하다.

따라서 주주는 적법하게 제기된 대표소송 계속 중에 제소청구서의 책임발생 원인사실을 기초로 하면서 법적 평가를 달리한 청구를 추가할 수도 있다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 원고는 대경상사 주식회사(이하 '대경상사'라 한다)의 주식 1,167주(발행주식 총수의 15.8%에 해당한다)를 보유한 주주이다.

2) 대경상사는 대주주이자 대표이사이던 피고의 주도로 '피고 소유의 대경상사 주식 6,499주 중 일부를 감자 처리하고 1주당 가액을 986,346원으로 하여 현금 지급한다.

'는 내용의 2014. 6. 19. 자 주주총회 특별결의서를 작성한 뒤, 2014. 6. 26. 피고의 배우자이던 소외인에게 피고 소유 주식 1,657주 대금 명목으로 1,634,348,422원을 지급하였다.

3) 원고는 2015. 11. 3. 피고가 실제 소집절차와 회의절차를 거치지 않고 주주총회 특별결의서를 작성하는 등 상법상 감자절차를 전혀 이행하지 않음으로써 법령을 위반하였다는 이유로 이사해임청구를 하여 2017. 1. 11. 승소판결을 받아 그 무렵 확정되었다.

4) 원고는 2017. 7.경 대경상사에 '피고는 2014. 6.경 개인적 이익을 위하여 보유하던 대경상사 주식 중 1,657주를 회사에 처분하여 손해를 입혔다.

피고는 대경상사가 자기주식을 취득할 수 없는 상태였음에도 상법이 정한 주주총회 결의도 거치지 않고 독단적으로 처리하였다.

피고는 상법 제341조 제4항에 따른 손해배상책임이 있으므로 대경상사는 피고를 상대로 소송을 제기하라.'는 내용의 내용증명을 보냈다(이하 '이 사건 제소청구서'라 한다).

5) 대경상사가 이 사건 제소청구서를 받은 날로부터 30일 내에 소를 제기하지 않자, 원고는 2017. 8. 21. 이 사건 주주대표소송을 제기하였다.

6) 원고는 제1심에서 이 사건 제소청구서와 같이 상법 제341조 제4항에 따른 손해배상청구를 하였다가 그 청구가 기각되자, 원심에서 같은 사실관계를 기초로 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상청구를 선택적으로 추가하였다.

다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

원심은, 대경상사의 2014. 6. 19. 자 주주총회 특별결의는 중대한 하자가 있어 부존재하므로 그에 따른 주식소각이 효력이 없음에도 피고가 자신의 주식이 소각되었음을 전제로 대경상사의 자금 15억 9,795만 원을 소외인에게 지급함으로써 대경상사에 같은 금액 상당의 손해를 입혔다고 판단하여 피고에게 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상책임을 인정하였다.

원고가 이 사건 제소청구서에서 주장한 피고의 책임은 상법 제341조 제4항에 근거한 것인 반면, 원심에서 추가로 주장한 피고의 책임은 상법 제399조 제1항에 근거한 것으로서 그 법적 근거가 다르기는 하다.

그러나 각 청구의 기초 사실은 모두 대경상사의 대표이사인 피고가 자신의 지위를 이용하여 적법한 절차를 거치지 않고 회사로부터 주식대금을 지급받았다는 것으로 동일하고 단지 피고의 책임에 대한 법적 평가만을 달리하였을 뿐이므로 원심에서 추가된 청구는 적법하다.

한편 이 사건 주주대표소송은 이사의 법령위반 행위로 생긴 회사의 손해에 대해 이사의 책임을 추궁하는 것이므로 위법한 주식소각에 대한 감자무효 판결의 확정과 무관하게 제기할 수 있다.

따라서 원심이 원고의 추가청구가 적법함을 전제로 본안판단에 나아가 피고에 대해 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상책임을 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 자본금 감소의 효력, 감자절차의 하자에 관한 상법상 쟁송방법 및 상법상 주주대표소송의 적용범위 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 없다.

## 2. 직권으로 본다.

가. 제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우 법원은 병합된 수 개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다6669 판결, 대법원 2017. 4. 28. 선고 2017다200368, 200375 판결 등 참조).

나. 기록에 의하면 원고는 제1심에서 피고를 상대로 상법 제341조 제4항에 따른 손해배상청구를 하였다가 그 청구가 기각되자 원심에서 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상청구를 선택적으로 추가하였다.

원심은 상법 제341조 제4항에 따른 손해배상청구를 배척하는 한편, 원심에서 추가된 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상청구가 이유 있다고 인정하였다.

그런데 원심은 인용된 청구를 주문에 기재하지 않은 채, 제1심판결 중 원심이 인용하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하여 피고에게 그 금액의 지급을 명하고 원고의 나머지 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 원심에서 추가된 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상청구가 이유 있다고 인정하는 이상 제1심판결을 취소하고 선택적으로 추가된 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.

그런데 원심은 상법 제341조 제4항에 따른 청구를 기각한 제1심판결을 원심이 인용하는 금액의 범위에서만 취소하고 나머지 항소를 기각하면서 원심에서 선택적으로 추가된 청구를 인용하는 주문을 선고하지 아니하였다.

이러한 원심판결에는 항소심에서의 선택적 병합에 관한 법리를 오해하여 선택적 청구에 대한 판단을 누락한 잘못이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

다.

한편 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상채무는 채무불이행으로 인한 손해배상채무로서 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 이사는 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 진다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결 참조). 따라서 원심으로서 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상금에 대하여 피고의 지체책임을 인정할 때 피고가 언제 이행청구를 받았는지에 관하여 심리할 필요가 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안철상(재판장) 김재형 노정희 이흥구(주심)