

서울고등법원

제 1 6 민 사 부

판 결

사건	2021나2048688 신주발행무효 청구
원고,항소인	A 소송대리인 변호사 고승환, 송명호, 조현준, 한승
피고,피항소인	B 주식회사
피고보조참가인	C 피고 및 피고보조참가인의 소송대리인 법무법인 (유한)클라스 담당변호사 이경춘, 정우석
제1심판결	수원지방법원 평택지원 2018. 2. 12. 선고 2017가합9253 판결
환송전판결	서울고등법원 2018. 12. 7. 선고 2018나2015473 판결
환송판결	대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다204007 판결
변론종결	2022. 11. 10.
판결선고	2023. 1. 12.

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 피고가 2017. 4. 14.자로 한 액면가 5,000원인 보통주식 80,000주의 발행을 무효로 한다.
3. 환송 전 이 법원에서 추가한 신주발행부존재확인 청구를 기각한다.
4. 소송 총비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분 중 환송 전 이 법원에서 청구의 추가로 인한 부분

은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 보조참가로 인한 부분 중 환송 전 이 법원에서 청구의 추
가로 인한 부분은 원고가, 나머지는 피고보조참가인이 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고가 2017. 4. 14.자로 한 액면가 5,000원인 보통주식 80,000주의 발
행을 무효로 한다. 피고가 2017. 4. 14.자로 한 액면가 5,000원인 보통주식 80,000주의 발행이
부존재함을 확인한다(원고는 환송 전 이 법원에서 신주발행부존재 확인 청구를 추가하였다).

이 유

1. 기초 사실

가. 피고는 부동산개발업 등을 영위하는 회사로서, 2017. 4. 13. 이전 피고가 발행한 주식총수는
64,000주이다(2017. 4. 13. 현재 피고 대표이사는 피고보조참가인의 배우자인 D이지만, 피고의
실질 경영자는 피고보조참가인이다).

나. 피고는 평택시 E 외 368필지에서 도시개발사업, 공동주택 등 신축 및 분양 사업(이하 '이 사건
사업'이라 한다)을 추진하기 위하여 F 주식회사(이하 'F은행'이라 하고, 다른 주식회사에 대하여도
두 번째 표시할 때부터는 주식회사 명칭을 생략한다) 및 주식회사 G로부터 합계 2,100억 원을 대
출받았다(이하 '이 사건 대출금'이라 한다).

다. H 주식회사는 F은행과 G로부터 피고에 대한 이 사건 대출금 채권을 양수하였다. 그 무렵인
2007. 12.경 피고의 주주이던 I, J, K, D, L(이하 '종전 주주들'이라 한다)는 H와 사이에 이 사건
대출금 채권을 담보하기 위하여 그 보유의 피고 주식 전부(I 6,400주, J 17,920주, K 19,200주,
D 19,200주, L 1,280주 합계 64,000주, 이하 '이 사건 주식'이라 한다)에 근질권을 설정하는 내
용의 근질권설정계약(이하 '이 사건 근질권설정계약'이라 한다)을 체결하고, H에 이 사건 주식에
관한 처분승낙서와 양도증서를 교부하여 주었다. 이 사건 근질권설정계약 중 주요 내용은 다음과
같다.

제7조 (질권의 실행)

(1) 기한의 도래 또는 기한의 이익 상실로 말미암아 피고가 피담보채무를 이행하여야 할 때에는 H는 본건 질권을 실행할 수 있다.

(2) 본건 질권을 실행할 수 있는 경우에 H는 일반적으로 적당하다고 인정되는 방법, 시기, 가격 등에 의하여 담보주식을 임의 처분하고 그 취득금을 충당하거나, 일반적으로 적당하다고 인정되는 방법, 시기, 가격 등에 의하여 피담보채무의 전부 또는 일부의 변제에 갈음하여 담보주식을 취득할 수 있다. 후자의 경우 H는 담보주식의 취득사실을 그 취득 후 즉시 종전 주주들에게 통지하기로 한다. 종전 주주들은 H가 담보주식에 대한 질권을 실행하기 위하여 본항에서 정한 방법 중 선택한 방법에 이의를 제기하지 아니하기로 한다.

라. 피고가 이 사건 대출금 채무를 제때 변제하지 못하자, H는 이 사건 근질권설정계약에 따른 질권의 실행으로 이 사건 주식을 0원에 원고에 양도하였고(이하 '이 사건 질권 실행'이라 한다), 그 무렵인 2017. 1. 25.경 피고와 종전 주주들에게 '이 사건 주식을 원고에게 처분하는 방식으로 질권을 실행하였다. H는 구 「상속세 및 증여세법」 제63조 제1항 제1호 다목 및 같은 법 시행령 제54조에 따른 비상장주식의 보충적 평가방법에 의해 피고의 주식가치를 산정한 결과 피고의 순자산가치와 순손익가치가 모두 (-)로 평가되었다. 따라서 이 사건 주식의 가치는 0원이므로 이 사건 질권 실행으로 인한 변제금은 없다.'는 취지의 통지를 하였다.

마. 이후 H는 2017. 2. 9.경 피고와 종전 주주들에게 이 사건 질권 실행에 관하여 다시 통지하면서 원고를 주주로 변경하는 내용의 명의개서를 청구하였고, 원고도 2017. 2. 27.경 및 2017. 3. 17.경 피고에게 명의개서를 청구하면서 종전 임원 전원의 해임 및 새로운 임원 선출을 안건으로 하는 임시주주총회의 소집을 요구하였다.

바. 피고는 원고의 위와 같은 계속된 요구에 응하지 않던 중인 2017. 4. 14. 제3자 배정방식으로 신주 80,000주를 1주당 5,000원에 피고보조참가인에게 발행하였다(이하 '이 사건 신주발행'이라 한다).

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 10, 13호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지**가. 원고**

원고는 이 사건 질권 실행으로 이 사건 주식을 양수한 피고의 주주이다. 피고는 부당하게 원고의 명의개서 및 주주총회 소집 청구에 응하지 않던 중인 2017. 4. 14. 제3자 배정방식으로 신주

80,000주를 1주당 5,000원에 발행하여 이를 피고보조참가인에게 배정함으로써 이 사건 신주발행을 하였다.

이 사건 신주발행은, ① 피고 정관에 제3자 배정에 관한 규정이 없고 피고 정관이 제3자 신주배정이 가능하도록 적법하게 변경된 바도 없는 상태에서 이루어진 것이고, ② 경영상 긴급한 자금조달 등의 필요에 따라 이루어진 것이 아니라 오로지 원고의 주주로서의 권리행사를 방해하고 당시 피고 경영진의 경영권이나 지배권 방어만을 목적으로 이루어진 것이며, ③ 유일한 주주인 원고에게 통지하거나 피고 정관에서 정하는 바에 따른 공고 없이 이루어진 것이고, ④ 실제 주금납입도 없이 이루어진 것이다.

따라서 이 사건 신주발행은 그에 관한 피고의 주주총회 결의나 이사회 결의의 하자가 극히 중대한 경우로서 신주발행의 외관만 있고 그 실체는 없는 것으로서 부존재할 뿐만 아니라, 상법 및 정관에 규정된 제3자 배정방식의 신주발행 요건을 전혀 갖추지 못하여 기존 주주인 원고의 이익과 회사 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 것으로서 무효이다.

나. 피고

이 사건 소는 원고가 피고의 주주에 해당하지 않아 원고 적격이 없거나 확인의 이익이 없으므로 부적법하다.

이 사건 신주발행은 피고의 주주총회 결의 및 이사회 결의를 거쳐 적법하게 변경된 정관에 따라 이루어졌을 뿐만 아니라, 피고 주주명부상 주주가 아닌 원고에게 이 사건 신주발행에 관하여 통지할 필요가 없었고, 이 사건 신주발행은 당시 피고 주주명부상 주주와 피고 경영진의 협의 하에 피고의 경영상 목적 달성을 위하여 이루어진 것이므로 유효하다.

3. 본안 전 항변에 관한 판단

가. 신주발행무효 청구의 경우

1) 피고의 주장 요지

이 사건 질권 실행은 사실상 귀속청산에 해당하여 이 사건 근질권설정계약상 처분권한의 한계를 넘은 것으로서 무효이거나, 이 사건 질권의 피담보채무가 이미 시효로 소멸한 상태에서 이루어진 것으로서 무효인바, 원고는 이 사건 주식을 적법하게 취득하였다고 볼 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 원고는 이 사건 신주발행 당시 피고의 주주명부상 주주가 아니므로 이 사건 신주발행의 무효를

구할 수 없다. 따라서 원고는 신주발행무효 청구의 소를 제기할 원고 적격이 없다.

2) 이 사건 질권 실행이 이 사건 근질권설정계약상 처분권한의 한계를 넘은 것으로서 무효인지 여부

가) 상법 제59조는 "민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다."라고 정함으로써 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위한 질권설정계약에 대해서는 유질약정을 허용하고 있다. 다만 상법은 유질약정이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 유질약정이 포함된 질권설정계약이 체결된 경우 질권의 실행 방법이나 절차는 원칙적으로 질권설정계약에서 정한 바에 따라야 한다(대법원 2017. 7. 18. 선고 2017다207499 판결 참조). 비상장주식에 대하여 유질약정이 포함된 질권설정계약이 적법하게 체결된 경우, 질물인 비상장주식의 가격이나 그 산정방식에 관하여 질권설정계약에서 정한 바가 없고 또 객관적으로 형성된 시장가격이 없거나 이를 확인하기 어려운 형편이라면, 채권자가 유질약정을 근거로 처분정산의 방법으로 질권을 실행할 때 일반적으로 허용된 여러 비상장주식 가격 산정방식 중 하나를 채택하여 그에 따라 처분가액을 산정한 이상, 설령 나중에 그 가격이 합리적인 가격이 아니었다고 인정되더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한 유질약정의 내용에 따라 채권자와 채무자 사이에서 피담보채무의 소멸 범위나 초과액의 반환 여부, 손해배상 등이 문제될 여지가 있을 뿐이고 채권자와 처분 상대방 사이에서 채권자의 처분행위 자체가 무효로 된다고 볼 수는 없다.

나) 앞서 본 사실 및 위 법리에 비추어 보건대, H는 유질약정이 포함된 이 사건 근질권설정계약에 따라 질권을 실행할 의사로 질물인 이 사건 주식을 원고에게 처분하면서 비상장주식인 이 사건 주식의 가격을 일반적으로 비상장주식의 가격 평가방식으로 인정되는 상속세 및 증여세법에 따라 0원으로 산정하였는바, 설령 H가 이 사건 주식의 가격 산정과 관련하여 다소 부적절한 평가방식을 채택하였다거나 그로 인해 평가액이 합리적이지 않다고 하더라도, 피고가 H를 상대로 이 사건 근질권설정계약의 피담보채권인 이 사건 대출금 채권이 이 사건 주식의 합리적인 평가액만큼 소멸하였다고 다투거나 만일 H의 의무 위반이 인정된다면 그를 이유로 손해배상을 청구할 여지가 있을 뿐이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 H의 이 사건 질권 실행 자체가 무효로 된다고 볼 수는 없다.

다) 따라서 이 사건 질권 실행이 이 사건 근질권설정계약 제7조 제2항에 따라 H에 부여된 처분권한의 한계를 넘은 것으로서 효력이 없음을 전제로 원고가 피고의 주주가 아니라는 취지의 피고의 이

부분 주장은 이유 없다.

3) 이 사건 질권 실행이 시효로 소멸한 피담보채무에 기하여 이루어진 것으로서 무효인지 여부

가) 피고는, 이 사건 질권의 피담보채무가 2010. 10. 3.자 대출약정 변경약정서(갑 제5호증의 5)에 따라 변경된 변제기인 2011. 11. 3.로부터 상사소멸시효 5년이 경과하여 시효로 소멸하였거나, 2010. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서(갑 제5호증의 6)에 따라 피고가 우발채무를 모두 소멸시키지 못하여 기한의 이익을 상실한 2011. 5. 31.로부터 상사소멸시효 5년이 경과하여 시효로 소멸한 이후에 이루어진 이 사건 질권 실행은 무효라고 주장한다.

나) 그러므로 살피건대, 앞서 든 증거, 갑 제5, 8, 13, 43, 49, 53, 61, 63호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서(갑 제5호증의 8) 및 2011. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서(갑 제5호증의 9)에 H와 피고를 포함한 당사자들의 서명 또는 날인이 존재하지는 아니하나, 위 각 서면에 기재된 바와 같이 H와 피고 사이에 이 사건 질권의 피담보채무의 변제기를 2012. 11. 3.로 변경하기로 하는 데에 명시적 또는 묵시적 합의가 있었다고 봄이 상당한 한편, 2012. 11. 3. 이전에 기한의 이익 상실로 변제기가 도래하였다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 질권 실행은 이 사건 질권의 피담보채무의 변경된 변제기인 2012. 11. 3.로부터 상사소멸시효 5년이 경과하기 전인 2017. 1. 25. 이루어졌다고 할 것이므로, 이 사건 질권 실행이 이 사건 질권의 피담보채무가 시효로 소멸한 이후에 이루어진 것으로서 무효임을 전제로 원고가 피고의 주주가 아니라는 취지의 피고의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서(갑 제5호증의 8)에는 이 사건 대출금 채권의 변제기를 2012. 11. 3.로 변경하고(제2조), 2011. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서(갑 제5호증의 9)에는 기한의 이익 상실 사유의 발생 유보 시점을 2012. 5. 31.로 변경하는 것으로(제1조) 기재되어 있는 한편, 당사자들의 서명이나 날인은 존재하지 않는다.

② 그런데 변제기를 2012. 11. 3.로 변경하는 것은 그 실질이 변제기를 2012. 11. 3.까지 유예하는 것으로서 채무자인 피고에게 이익이 되는 것인 점, 일반적으로 변제기의 변경 내지 유예는 채무자의 요청에 따른다는 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 위 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서 및 2011. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서가 채무자인 피고의 의사와 무관하게 채권자인 H에 의해 일방적으로 작성된 것이라고 선뜻 인정하기 어렵다.

③ H는 당초 이 사건 대출금 채권을 양수함에 있어 그 양수대금 2,100억 원을 조성하기 위해 M은행으로부터 200억 원, N은행으로부터 700억 원, 중소기업은행으로부터 700억 원, O단체로부터 500억 원을 각 대출받았는데(이하 위 은행들을 '대주단'이라 하고, 각 대출금을 '자산담보부대출금'이라 한다), H의 이 사건 대출금 채권의 회수가 계속 지연됨에 따라 H에 대한 각 자산담보부대출금 채권의 회수도 계속 지연되자, 대주단은 2011. 6. 29.경 및 2011. 12. 29.경 P 주식회사에 게 H에 대한 각 자산담보부대출금 채권을 양도하였다.

대주단 등 H의 채권자들은 이 사건 대출금 채권의 변제기 변경에 따라 H에 대한 각 자산담보부대출금 채권의 변제기도 함께 변경하여 왔는데, 이는 H가 피고로부터 회수하는 이 사건 대출금 채권으로 그의 채권자들에 대한 각 자산담보부대출금 채무를 변제함으로써 채권자들의 H에 대한 각 자산담보부대출금 채권이 종국적으로 만족을 얻게 되기 때문이었다. 2011. 11. 3. H와 당시 채권자인 O단체, P 사이에 작성된 자산담보부대출약정의 변경약정서(갑 제49호증)에 각 자산담보부대출금 채권의 변제기를 2012. 12. 3.(아래 ④항 등에 비추어 '2012. 11. 3.'의 오키로 보인다)로 변경하는 것으로 기재되어 있고, 각 당사자들의 기명날인이 있는바, 이 역시 2011. 11. 3. 이 사건 대출금 채권의 변제기가 2012. 11. 3.로 변경됨에 따른 것이라고 봄이 자연스럽고, 다른 이유를 찾을 수 없다.

④ 이후 Q이 2015. 12. 22. P로부터 H에 대한 각 자산담보부대출금 채권을 공매로 취득하였는데, 당시 작성된 자산양수도계약서 자산명세표에는 그 변제기가 모두 2012. 11. 3.로 명시되어 있고, 당시 인도된 대출서류에는 이 사건 대출금에 관한 위 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서 등도 포함되어 있는바, 이 사건 대출 및 자산담보부대출의 각 당사자들 사이에는 이 사건 대출금 채권 및 자산담보부대출금 채권의 변제기가 2012. 11. 3.로 연장되었다는 데에 공통된 인식이 있었던 것으로 보인다(H가 이 사건 질권 실행 후 2017. 2. 9.경 피고와 종전 주주들에게 이 사건 질권 실행에 관하여 통지할 때에도 Q은 H와 위 통지를 함께 하기도 하였다).

⑤ 피고 역시 H가 피고 및 그 연대보증인(피고보조참가인, D)을 상대로 이 사건 대출금 채무의 지급을 청구한 대여금 소송사건(서울중앙지방법원 2019가합518839호)에서 준비서면을 통해 '이 사건 대출금 채권의 최종 변제기는 2012. 11. 3.이다'라고 진술한 바 있다.

피고보조참가인도 자신에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 등 형사소송 사건[수

원지방법원 평택지원 2018고합37, 107(병합)호, 수원고등법원 2019노19호]에서 변호인 의견서, 항소이유서 등을 통해 '2011. 11. 3. 이 사건 대출금 채권의 변제기를 최종적으로 2012. 11. 3.로 변경하고, 기한의 이익 상실 사유의 발생을 유보하는 내용의 변경계약이 체결되었다.'라고 진술하면서 위 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서 및 2011. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서를 증거자료로 제출한 바 있다.

피고보조참가인이 위 형사소송 사건의 제1심에서 일부 무죄, 일부 유죄의 판결을 받은 이후인 2019. 3. 25. 피고의 주주라고 주장하는 R가 Q를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반죄로 고소할 때에도 '2011. 11. 3. 이 사건 대출금 채권의 최종 변제기를 2012. 11. 3.로 변경하였다.'라고 주장하면서 위 2011. 11. 3.자 대출약정 변경약정서 및 2011. 11. 3.자 합의서에 대한 변경약정서를 증거자료로 제출한 바 있는데, 그 주장 내용들 및 제출된 자료들이 피고 및 피고보조참가인이 위와 같이 주장하거나 제출했던 것과 차이가 없다.

피고 및 피고보조참가인은 위 관련 사건들에서의 진술들이 모두 착오에 기한 것이었다는 취지로 주장하나, 피고 등이 주장하는 사정만으로는 이를 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거도 없다.

⑥ 한편, 기한이익상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 형성권적 기한이익상실의 특약의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다28340 판결). 따라서 이 사건 대출금과 관련하여 작성된 각 합의서(갑 제5호증의 1, 3, 4, 6, 9)에 '기한의 이익 상실을 유보하기로 한다', '기한의 이익을 상실시킬 수 있다', '이익상실사유가 발생한 것으로 본다' 등이라고만 기재된 기한이익상실의 특약도 그 문언 등에 비추어 형성권적 기한 이익상실의 특약으로 봄이 상당한바, 채권자인 H가 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그때부터 소멸시효가 진행된다고 할 것인데, 이 사건 대출금 채권의 최종 변제기인 2012. 11. 3. 이전에 위와 같은

의사표시가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다.

4) 원고가 이 사건 신주발행 무효를 구할 수 있는 주주에 해당하는지 여부

가) 상법 제429조는 "신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다."라고 규정한다. 여기서 주주는 기존 주주뿐만 아니라 신주발행의 효력 발생 후에 기존 주주로부터 구주를 양수하여 주주가 된 자나 해당 신주의 신주주로부터 주식을 양수하여 주주가 된 자도 포함된다.

한편 회사에 대한 관계에서는 주주명부상 주주만이 주주권을 행사할 수 있음이 원칙이나, 주주명부에 기재 또는 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다는 등의 극히 예외적인 사정이 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 주주명부에 기재를 마치지 않고도 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 수 있고, 정당한 사유 없이 명의개서를 거절한 회사는 그 명의개서가 없음을 이유로 주주로서의 지위를 부인할 수 없다. 주주로서 회사를 상대로 주주총회결의무효 확인의 소, 신주발행무효 청구의 소 등을 제기하는 것은 주주권을 행사하는 경우에 해당하므로 그 원고 적격 여부를 판단함에 있어서도 위와 같은 법리가 적용된다고 할 것이다(대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결, 대법원 2005. 9. 29. 선고 2004다35427 판결, 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다42786 판결, 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다40952 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 보건대, 갑 제7 내지 11, 17, 18, 20, 21, 66호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 신주발행 전에 이미 원고는 이 사건 질권 실행을 통해 이 사건 주식을 양수하였고 피고는 원고가 이 사건 주식을 양수한 주주임을 알면서도 원고의 명의개서청구를 부당하게 지연 또는 거절하였다고 봄이 상당한바, 원고가 피고의 주주명부에 기재되지 않았으나 피고를 상대로 신주발행무효 청구의 소를 제기할 수 있고 피고는 원고의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다(피고가 그 주장의 근거로 내세우는 대법원 1989. 5. 23. 선고 88다카16690 판결은 이 사건과는 사안이 달라 이를 그대로 원용하기 어렵다).

① H는 2017. 1. 25. 및 2017. 2. 9. 피고에게 이 사건 질권 실행 및 이 사건 주식의 양도 사실을 통지하며 이 사건 주식을 양수한 원고에 대한 명의개서를 청구하였고, 원고도 2017. 2. 27. 및 2017. 3. 17. 피고에게 원고에 대한 명의개서 및 임원 변경 등을 위한 임시주주총회의 소집을 청구

하였다.

② 그럼에도 피고는 원고의 위와 같이 계속된 명의개서 및 임시주주총회 소집 요구에 응하지 않았고, 이에 원고가 2017. 3. 23. 피고를 상대로 수원지방법원 평택지원 2017비합103호로 피고의 부당한 명의개서 및 임시주주총회 소집 청구 거절을 주장하며 종전 임원 전원의 해임 및 새로운 임원 선출을 안건으로 하는 임시주주총회의 소집에 대한 허가를 신청하기까지 하였다.

③ 피고는 2017. 4. 21. 위 법원에 '2017. 5. 26.자 임시주주총회 개최를 통지하였다.'라는 내용의 답변서를 제출하고, 2017. 4. 28. 심문기일에서는 '2017. 5. 15.자로 임시 주주총회를 개최하는 것으로 소집절차를 거치겠다.'라는 취지로 진술하였으며, 임의로 개최한 2017. 5. 15.자 주주총회에서는 '피고의 주주는 이 사건 주식 양수인인 원고와 이 사건 신주발행으로 신주를 배정받은 피고보조참가인으로 총 2명이다.'라고까지 진술하는 등 원고의 주주로서의 지위 자체를 부인하지는 않았다.

한편 위 주주총회에서야 제3자 배정방식의 이 사건 신주발행이 이루어졌다는 사실을 알게 된 원고가 그 부당성 등을 지적함에 따라 결국 위 주주총회는 무산되었고, 원고는 피고의 의도를 문제 삼으며 위 법원에 심문재개를 신청하기에 이르렀으며, 이에 위 법원은 2017. 5. 26. 심문을 재개하는 대신 피고가 원고의 명의개서 및 임시주주총회 소집 청구에 응하지 않았던 점, 이 사건 신주발행에 절차상 하자가 있는 점 등을 이유로 원고의 당초 신청대로 피고의 임시주주총회 소집을 허가하는 결정을 하였다.

나. 신주발행부존재확인 청구의 경우

1) 피고의 주장 요지

원고는 피고의 주주가 아니므로 이 사건 신주발행의 부존재 확인을 구할 이익이 없다.

2) 판단

가) 확인의 소에 있어서 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다(대법원 2016. 7. 22. 선고 2015다66397 판결 등 참조). 신주발행부존재확인 소를 제기할 수 있는 자가 누구인지에 관하여 상법 등에 특별한 규정이 없으므로 신주발행의 부존재 확인에 관하여 정당한 법률상 이익이 있는 자라면 누구나 소송으로써 그 확인을 구할 수 있다고 할 것이다.

나) 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 주식을 양수받은 피고의 주주이고, 피고의 주주명부에 기재되지는 않았으나 피고에 대하여 주주권을 행사할 수 있다. 한편 이 사건 신주발행이 이루어짐으로써, 당초 이 사건 주식 64,000주, 즉 피고 발행 주식의 100%를 소유하고 있었던 원고는 약 44.4%(= 이 사건 주식 64,000주 ÷ 이 사건 신주발행에 따른 피고 발행 주식 총수 144,000주)의 소수지분권자가 되는 반면, 피고보조참가인은 피고 발행 주식 약 55%(= 80,000주 ÷ 144,000주)를 보유하는 최대 주주가 되었다. 따라서 이 사건 신주발행으로 인해 주식수 내지는 지분율의 변동 등 원고의 권리 또는 법률상 지위가 침해되거나 직접적으로 이에 영향을 미치는 경우에 해당한다고 할 것이므로, 원고는 이 사건 신주발행의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다. 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 본안에 관한 판단

가. 인정사실

다음 각 사실은 다툼이 없거나 갑 제13, 22호증, 을 제25호증, 을나 제15 내지 18호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정된다.

- 1) 2017. 1. 3.부터 2017. 4. 14.까지 피고의 사내이사는 D, S, T, C 등 4명이었고, 감사는 U이었다. 그 무렵 원고를 제외하면 피고의 주주는 종전 주주들 5명뿐이었다.
- 2) 피고의 2017. 1. 3.자 이사회 의사록에는, 피고의 이사와 감사 전원이 '제3자 신주인수 규정과 이사회의 신주배정권을 정관에 신설하는 내용의 정관변경을 위한 2017. 1. 13.자 주주총회의 개최를 결의하였다'는 내용이 기재되어 있고, 피고의 이사와 감사 전원의 날인이 있다. 피고의 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록에는, 이 사건 주식 중 28%를 소유했던 J을 제외한 나머지 종전 주주들이 '위와 같은 내용의 정관변경을 결의하였다'는 내용이 기재되어 있다. 피고의 2017. 4. 14.자 이사회 의사록에는, 피고의 이사와 감사 전원이 '변경된 정관에 기하여 이 사건 신주발행을 하되 피고보조참가인의 인수대금 납입채무를 피고보조참가인의 피고에 대한 가수금 채권으로 상계하기로 결의하였다'는 내용이 기재되어 있고, 피고의 이사와 감사 전원의 날인이 있다.

피고는 이 사건 신주발행의 효력 발생일로서 인수대금 납입기일 다음 날인 2017. 5. 2. 위 2017. 4. 14.자 이사회 의사록을 공증받음과 아울러 피고의 법인등기부에 이 사건 신주발행을 원인으로 한 발행주식 변경등기를 경로하였고, 2017. 5. 17. 위 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록을 공증받

았다.

3) 한편 피고의 정관 제4조에서는 "피고의 공고는 경기도에서 발행하는 일간 V언론에 게재한다."라고 규정하고 있는데, 피고는 이 사건 신주발행에 관하여 2017. 4. 17. V언론가 아닌 W언론에 공고하였다. 그리고 피고가 2017. 1. 13.자 주주총회의 소집을 위한 주주들에 대한 서면통지나 소집공고를 거쳤다고 볼 만한 객관적인 자료는 전혀 없다.

나. 이 사건 신주발행의 부존재 여부

1) 신주발행의 부존재란 주식회사가 신주를 발행하여 증자를 할 때 신주발행의 절차적·실체적 하자가 극히 중대한 경우, 즉 신주발행의 실체가 존재한다고 할 수 없고 신주발행으로 인한 변경등기만이 있는 경우와 같이 신주발행의 외관만이 존재하는 경우를 말한다(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다218359 판결 등 참조).

2) 위 인정사실에 의하면 피고의 이사와 감사 전원이 이 사건 신주발행을 결의한 것으로 2017. 4. 14.자 이사회 의사록이 작성되어 있고, 거기에 해당 이사 및 감사의 날인이 있는바, 위 날인이 이사 및 감사의 의사에 반하여 이루어졌다는 등 특별한 사정이 없는 한, 비록 이사회를 특정 장소에서 개최함이 없이 위와 같은 이사회 의사록이 작성되었다고 하더라도 이사 전원의 동의가 있으면 이사회 의 소집절차 없이도 이사회 개최를 가능하도록 하고 있는 상법 제390조 제4항의 규정 취지와 상사회사의 업무집행은 의사결정의 기동성을 요하는 경우가 많은 특성 등에 비추어 볼 때, 위 2017. 4. 14.자 이사회 결의가 부존재한다고까지 볼 수는 없다. 나아가 위 2017. 4. 14.자 이사회에서 이 사건 신주발행을 하되 피고보조참가인의 인수대금 납입채무를 피고보조참가인의 피고에 대한 가수금채권으로 상계하기로 결의하였고, 인수대금 납입기일 다음날 피고의 법인등기부에 이 사건 신주발행을 원인으로 한 발행주식 변경등기까지 경료된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이로써 이 사건 신주발행의 효력은 발생하였다고 할 것이므로, 이 사건 신주발행의 실체는 존재한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 신주발행이 그 실체는 존재하지 않고 외관만이 존재하는 경우에 해당한다고 볼 수 없는바, 이 사건 신주발행이 부존재한다고 할 수 없다(대법원 2004. 8. 16. 선고 2003다9636 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다20060 판결 등 참조).

설령 위 가수금채권이 허위채권이라고 하더라도 이 사건 신주발행으로 인한 변경등기가 있는 이상 상법 제428조 제1항에 따른 이사의 인수담보책임 발생 여부 등은 별론으로 하고 그러한 사정만으

로 이 사건 신주발행이 부존재한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018다218359 판결 참조), 아래에서 보는 바와 같이 정관변경에 관한 2017. 1. 13.자 주주총회 결의가 부존재한다고 하더라도 그로 인해 피고 보조참가인에 대하여 한 이 사건 신주발행까지 당연히 부존재하게 되는 것도 아니다(대법원 2004. 8. 16. 선고 2003다9636 판결 참조).

다. 이 사건 신주발행의 무효 여부

1) 상법 제418조는 종래 주주의 신주인수권을 정관에 의하여 폭넓게 제한할 수 있도록 하다가 2001. 7. 24. 법률 개정을 통하여 제1항을 "주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다."라고, 제2항을 "회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다. 다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다."라고 각 개정하였는바, 이는 주식회사가 신주를 발행하면서 주주 아닌 제3자에게 신주를 배정할 경우 기존 주주에게 보유 주식의 가치 하락이나 회사에 대한 지배권 상실 등 불이익을 끼칠 우려가 있다는 점을 감안하여, 신주를 발행할 경우 원칙적으로 기존 주주에게 이를 배정하고 제3자에 대한 신주배정은 정관이 정한 바에 따라서만 가능하도록 하면서, 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조 개선 등 기업경영의 필요상 부득이한 예외적인 경우로 제한함으로써 기존 주주의 신주인수권에 대한 보호를 강화하고자 하는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 주식회사가 신주를 발행함에 있어 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관이 정한 사유가 없는데도 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 경영진의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이라고 할 것이다. 한편, 신주 발행을 사후에 무효로 하는 경우, 거래의 안전과 법적 안정성을 해할 우려가 큰 점을 고려할 때 신주발행무효의 소에서 그 무효원인은 가급적 엄격하게 해석하여야 할 것이나, 신주 발행에 법령이나 정관의 위반이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우로서 주식에 관련된 거래의 안전, 주주 기타 이해관계인의 이익 등을 고려하더라도 도저히 묵과할 수 없는 정도라고 평가되는 경우에는 그 신주의 발행을 무효라고 보지 않을 수 없다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결, 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다289542 판결 등 참조)

2) 위와 같은 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 사실에 갑 제6, 11, 17, 20, 22, 39호증, 을나 제15 내지 17호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 신주발행은 상법 제418조 제2항 및 피고 정관에서 정한 절차를 따르지 않았을 뿐만 아니라 상법 제418조 제2항 및 피고 정관에서 정하고 있는 사유가 아니라 기존 경영진의 경영권을 방어하기 위하여 제3자 배정방식으로 이루어진 것으로서 상법 제418조 및 피고 정관을 위반하여 원고의 신주인수권을 부당하게 침해한 것이라고 할 것이고, 그로 인하여 피고의 지배구조에 심대한 변화가 초래되어 원고의 피고에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 영향을 받게 되었으므로, 이 사건 신주발행은 도저히 허용될 수 없는 정도로 그 하자가 중대하여 무효라고 하지 않을 수 없다.

가) 이 사건 신주발행 당시 원고는 이 사건 질권 실행을 통해 피고가 발행한 주식 전부인 이 사건 주식을 양수함으로써 피고의 1인 주주가 되었다. 한편 피고가 원고의 이 사건 주식 양수 사실을 알면서도 원고의 명의개서청구를 부당하게 지연 또는 거절하였다. 따라서 원고는 명의개서를 하지 않고도 피고에 대하여 주주의 권리를 행사할 수 있고, 피고는 그 명의개서가 없음을 이유로 원고의 주주로서의 지위를 부인할 수 없다.

그럼에도 이 사건 신주발행은 이러한 원고의 신주인수권을 배제한 채 피고보조참가인에게 신주 80,000주 전부를 배정하는 제3자 배정방식으로 이루어졌다.

나) 피고 정관에는 제3자 배정방식의 신주발행에 관하여 규정하고 있지 아니하다(아래와 같은 이유로 제3자 배정방식의 신주발행이 가능하도록 정관을 변경하기로 하는 내용의 2017. 1. 13.자 주주총회 결의는 부존재한다고 봄이 상당하고, 달리 이 사건 신주발행 이전에 적법하게 제3자 배정방식의 신주발행이 가능하도록 정관 변경이 이루어졌다고 볼 만한 자료가 없다). 따라서 이 사건 신주발행은 상법 제418조 제1항, 제2항 및 피고 정관에 반하여 이루어졌다고 할 것이다.

① 실제의 소집절차와 회의절차를 거치지 아니한 채 주주총회 의결서가 작성된 것이라면, 그 주주총회 의결서가 비록 절대다수의 주식을 소유하는 대주주로부터 주주권의 위임을 받은 자에 의하여 작성된 것이라고 할지라도 위 주주총회의 결의는 부존재하다고 볼 수밖에 없고 그것이 그 일부 주주에게 소집통지를 하지 아니한 정도의 하자로서 주주총회결의의 취소사유에 불과하다고 할 수는 없다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다5365판결, 대법원 2004. 8. 16. 선고 2003다9636 판결 등 참조).

② 이 사건의 경우 2017. 1. 13.자 주주총회의 소집을 위한 주주들에 대한 서면통지나 소집공고 등 실제 소집절차가 이루어졌다고 볼 만한 객관적인 증거는 전혀 없다.

③ 원고가 2017. 3. 23. 피고의 부당한 명의개서 및 임시주주총회 소집 청구 거절을 주장하며 종전 임원 전원의 해임 및 새로운 임원 선출을 안건으로 하는 임시주주총회의 소집에 대한 허가를 신청하기까지 이른 상황에서 이 사건 신주발행을 결의한 내용의 2017. 4. 14.자 이사회 의사록이 작성되었는바, 위와 같은 정황에 비추어 위 이사회 의사록은 피고의 1인 주주가 된 원고에 대항하여 피고보조참가인의 피고 경영권을 방어할 목적으로 제3자 배정방식으로 신주를 발행하기 위하여 작성되었던 것으로 보인다.

피고는 'Q이 P로부터 H에 대한 자산담보부대출금 채권을 공매로 취득한 후 2016. 7. 1.경 피고와 사이에 피고가 이 사건 대출금 등으로 그 자금을 마련했던 이 사건 사업을 정상적으로 진행할 수 있도록 피고보조참가인의 피고 경영권 보장 내지 방어를 양해(위 양해에는 이 사건 질권 실행으로 Q이 이 사건 주식을 취득하게 되더라도 피고보조참가인에게 신주를 발행하는 한편, Q은 신주인수권을 포기함으로써 피고보조참가인의 경영권 방어가 가능할 수 있도록 하는 것도 포함)하는 전제에서 합의를 작성하였음에도, 위 합의서에 따른 합의에 반하여 2016. 11. 22.경 피고에게 이 사건 대출금 채무의 변제를 촉구하면서 그 채무자 H를 통해 이 사건 질권을 실행하여 이 사건 주식을 취득하고 피고 주주총회를 개최하여 기존 이사 해임 및 신규 이사 선임 결의를 진행할 예정이라고 내용 증명을 보낸 후, 2017. 1. 25. H를 통해 이 사건 질권을 실행하였는바, 이 사건 주식의 실질 양수인은 원고가 아니라 Q이고, 이 사건 신주발행은 위 합의서에서 전제하였던 피고보조참가인의 경영권 방어 차원에서 이루어진 것으로서 유효하다'는 취지로 주장한 바 있다(2017. 9. 18.자 준비서면 등). 피고의 위와 같은 주장에 의하더라도 이 사건 신주발행은 이 사건 질권 실행에 따른 후속절차인 종전 임원 전원의 해임 및 새로운 임원 선출로 인해 피고보조참가인의 피고 경영권이 상실되는 것을 막기 위한 차원에서 이루어진 것임이 분명하다(다만 제출된 증거만으로는 이 사건 주식의 실질 양수인이 원고가 아니라 Q이라고 인정하기 부족하고 이를 인정할 만한 증거가 없을 뿐만 아니라, 위 합의서에는 피고보조참가인의 피고 경영권 보장 내지 방어를 양해하기로 한다는 내용이 기재되어 있지 않고 그와 같은 취지로 해석되지도 아니한바, 이 사건 신주발행이 위 합의서에 따른 것으로서 유효하다는 취지의 피고의 주장은 받아들이기 어렵다).

③ 2017. 4. 14.자 이사회 의사록에 관하여 2017. 5. 2. 공증이 이루어진 것과는 달리 2017. 1. 3.자 이사회 의사록에 관하여는 공증이 이루어지지 않았고, 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록에 관하여는 공증이 이루어지긴 하였으나 이 사건 신주발행을 결의한 2017. 4. 14.자 이사회 의사록이 공증된 2017. 5. 2.보다 15일이나 뒤인 2017. 5. 17.에서야 이루어졌다. 위 2017. 4. 28. 심문 기일 후 임의로 개최된 2017. 5. 15.자 주주총회에서 비로소 이 사건 신주발행 사실을 알게 된 원고 등이 공증도 되지 아니한 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록 및 변경정관의 효력, 정관에 위반한 이 사건 신주발행의 효력 등에 관하여 문제를 제기하고 같은 이유로 임시주주총회소집 허가신청사건의 법원에 심문재개신청을 하자, 그 2일 뒤인 2017. 5. 17.에야 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록에 관한 공증이 이루어진 것이다.

따라서 과연 2017. 1. 3.자 이사회 의사록과 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록이 각 작성일자에 실제로 작성된 것인지, 2017. 1. 3. 이사회와 2017. 1. 13. 주주총회가 실제로 개최되기는 한 것인지 의문스럽지 않을 수가 없다. 오히려 앞서 본 정황까지 고려하면, 2017. 1. 3.자 이사회 의사록과 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록은 피고가 H로부터 최초로 이 사건 질권 실행 및 이 사건 주식의 양도 사실을 통지받고 원고에 대한 명의개서를 청구받았던 2017. 1. 25. 또는 원고로부터 명의개서를 청구받았던 2017. 2. 27. 이전으로서 원고의 주주 지위를 부인할 수 있었던 시점인 2017. 1. 3. 및 2017. 1. 13.로 소급하여 작성되었을 가능성이 매우 높다(2017. 1. 13.자 주주총회의 소집을 위한 주주들에 대한 서면통지나 소집공고 등 실제 소집절차가 이루어졌다고 볼 만한 객관적인 증거가 전혀 없는 것도 그러한 이유에서일 것으로 보인다).

④ 게다가 피고가 2017. 5. 2. 이 사건 신주발행을 결의한 2017. 4. 14.자 이사회 의사록을 공증하고, 같은 날 수원지방법원 평택지원에 이 사건 신주발행을 원인으로 한 발행주식의 변경등기를 신청하면서 이 사건 신주발행의 근거서류로 정관 등을 첨부하였는데, 해당 신청서에 첨부된 정관은 제3자 배정방식의 신주발행에 관한 근거규정을 전혀 두고 있지 않은 변경 전 정관인 2006. 11. 16.자 정관이다(정관변경을 증빙할 수 있는 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록도 첨부되지 않았다). 2017. 5. 2.까지는 아직 정관변경이나 그에 관한 주주총회가 개최되지 않았었기 때문으로 보인다. 실제로 2017. 1. 13. 주주총회가 개최되었다면, 이는 이 사건 질권이 실행될 경우를 대비하여 제3자 배정방식의 신주발행을 할 수 있도록 미리 정관을 변경해 두기 위해 의도적으로 개최한 것일 터

이므로, 위와 같이 변경정관이나 그에 관한 주주총회 의사록을 첨부하지 않았을 리가 없다.

⑤ 사정이 이러한 바 2017. 1. 3.자 이사회 의사록과 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록은 2017. 5. 2. 이후에 그 작성일자를 2017. 1. 3. 및 2017. 1. 13.로 소급하여 작성되었고, 원고 등이 2017. 5. 15. 위 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록이 공증되지 아니한 점을 지적한 이후인 2017. 5. 17.에서야 위 2017. 1. 13.자 주주총회 의사록에 관하여 공증이 이루어졌으며, 더더욱 2017. 1. 13.자 주주총회의 소집을 위한 주주들에 대한 서면통지나 소집공고 등 실제 소집절차는 이루어지지 않았었다고 할 것이다.

따라서 제3자 배정방식의 신주발행이 가능하도록 정관을 변경하는 내용의 위 2017. 1. 13.자 주주총회 결의는 실제 소집절차와 회의절차를 거치지 아니한 채 주주총회 의사록을 허위로 작성하는 등 도저히 그 결의가 존재한다고 볼 수 없을 정도로 중대한 하자가 있어 부존재한다고 봄이 상당하다 (피고 주식 28% 소유자인 J을 제외한 나머지 종전 주주들이 위 주주총회 결의 내용에 동의 또는 승인하였다고 하더라도 마찬가지이다).

다) 제3자 배정방식의 신주발행은 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다.

그런데 제출된 증거들만으로는 이 사건 신주발행이 위와 같은 필요에 따라 이루어졌다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 오히려, 이 사건 사업의 성격이나 당시 진행 상황 등에 비추어 피고가 피고보조참가인으로부터 기술을 도입하거나 업무를 제휴할 필요가 있었다고 보기는 어렵다. 또한 이 사건 신주발행을 통해 형성되는 자본금이 4억 원(= 1주당 5,000원 × 80,000주)에 불과하다는 점에서 재무구조의 개선을 위한 것이라면 기존 주주의 신주인수를 통하여서도 충분히 달성할 수 있었을 것으로 보이는 점, 이 사건 신주발행은 피고보조참가인의 인수대금 납입채무를 피고보조참가인의 피고에 대한 가수금 채권으로 상계하기로 한 것인데, 인수대금 납입방법이 경영상 긴급한 자금조달과는 무관한 방법이고, 특별한 사정이 없는 한 경영권자의 가수금 채권을 소멸시켜야만 재무구조가 개선되는 경우는 극히 드물다고 할 것이며, 피고보조참가인에 대한 횡령 등 형사사건의 확정판결에 의하면 위 가수금 채권이 실재하는 것이라고 보기도 어려운 점 등에 비추어, 이 사건 신주발행이 재무구조의 개선을 목적으로 한 것이었다고 보기도 어렵다.

이 사건 신주발행은 앞서 본 바와 같이 이 사건 질권 실행에 따라 이 사건 주식을 양수하여 1인 주주

가 된 원고에 대항하여 피고보조참가인의 피고 경영권 및 지배권을 방어하는 데에 목적이 있었다고 봄이 상당하다.

라) 상법 제418조 제4항에 의하면 제2항에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정하는 경우 회사는 제 416조 제1호, 제2호, 제2호의2, 제3호 및 제4호에서 정하는 사항(즉, 신주의 종류와 수, 신주의 발행가액과 납입기일, 무액면주식의 경우에는 신주의 발행가액 중 자본금으로 계상하는 금액, 신주의 인수방법, 현물출자를 하는 자의 성명과 그 목적인 재산의 종류, 수량, 가액과 이에 대하여 부여할 주식의 종류와 수)을 그 납입기일의 2주 전까지 주주에게 통지하거나 공고하여야 한다. 그리고 피고 정관 제4조에 의하면 피고의 공고는 경기도에서 발행하는 일간 'V언론'에 게재하는 방법으로 하여야 한다. 그러나 피고는 정당하게 주주권을 행사할 수 있는 원고에게 이 사건 신주발행에 관하여 통지하거나 정관에서 정한 방법으로 공고한 바가 없이 2017. 4. 17. 정관에서 정하는 신문이 아닌 'W언론'에 이 사건 신주발행에 관하여 공고하였을 뿐이다.

그렇지 않아도 이 사건 신주발행에 관하여 효력이 발생하는 주금 납입일 다음 날인 2017. 5. 2.에 서야 2017. 4. 14.자 이사회 의사록의 공증이 이루어지고 이 사건 신주발행을 원인으로 한 발행주식의 변경등기가 경료된 상황에서, 원고가 피고 정관에서 정하고 있지도 아니한 'W언론'라는 신문을 통해 이 사건 신주발행에 관한 공고 내용을 알았거나 알 수 있거란 현실적으로 불가능하였을 것으로 보인다(실제로 원고는 임시주주총회 소집허가 신청사건의 2017. 4. 28자 심문기일 등에서 피고가 마치 원고의 요구대로 2017. 5. 15. 임시주주총회를 개최할 것처럼 진술하였기에 신주발행 여부에 관하여는 전혀 예상하지 못하다가, 2017. 5. 15.자 임시주주총회에 출석하여서야 이미 이 사건 신주발행이 이루어진 사실을 알게 되었다).

이 사건 신주발행은 이 사건 신주발행에 대한 유지청구 등 원고의 구제수단이 사실상 원천 봉쇄된 상태에서 이루어진 것이라 할 것이다.

마) 이 사건 신주발행은 이 사건 질권 실행에 따라 이 사건 주식을 취득한 원고가 피고를 상대로 명의개서를 청구하고 기존 이사의 해임 및 새로운 이사의 선임을 위한 주주총회 개최를 요구하였으나 피고가 이를 거부하는 등 원고와 피고의 기존 경영진 사이에 경영권 등에 관한 다툼이 있었던 상황에서 이루어졌을 뿐만 아니라, 이 사건 신주발행 결과 피고 지분 100%를 소유하고 있었던 원고는 약 44.4%의 소수지분권자가 되어 피고에 대한 지배권을 상실하는 한편, 피고보조참가인은 피고

지분 약 55% 이상을 보유한 최대 주주가 되어 피고의 경영권을 유지할 수 있게 됨으로써, 이 사건
신주발행은 피고의 지배구조에 중대한 변화를 초래하였다.

라. 소결론

결국, 원고의 신주발행무효 청구는 이유 있고, 원고가 환송 전 이 법원에서 추가한 신주발행부존재
확인 청구는 이유 없다.

6. 결론

그렇다면, 원고의 신주발행무효 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 할 것인데, 제1심판결은 이
와 결론을 달리하여 부당하므로 제1심판결을 취소하고 신주발행무효 청구를 인용하기로 하고, 원고
가 환송 전 이 법원에서 추가한 신주발행부존재확인 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여,
주문과 같이 판결한다.

판사 차문호(재판장) 이양희 김경애