

서울고등법원

제 1 6 민 사 부

판 결

사건	2009나6907 영업 등 양도, 양수계약 무효확인
원고,피항소인	A
피고,항소인	1. B 주식회사 2. C 주식회사
제1심판결	서울북부지방법원 2008. 12. 10. 선고 2008가합7301 판결
변론종결	2009.8.20.
판결선고	2009. 9. 10.

주 문

1. 당심에서 추가된 원고의 피고 C 주식회사에 대한 소 중 양도물반환청구 부분을 각하한다.
2. 피고들의 항소를 모두 기각한다.
3. 항소비용은 피고들이, 원고의 추가청구로 인하여 생긴 비용은 원고가 각 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고 B 주식회사가 2007. 12. 26. 피고 C 주식회사에게 별지 목록 기재 양도물을 양도하기로 한 양도계약은 무효임을 확인한다. 피고 C 주식회사는 피고 B 주식회사에게 별지 목록 기재의 양도물을 반환하라(원고는 당심에서 청구취지를 추가하였다).

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다.

주위적으로, 원고의 이 사건 소를 각하한다.

예비적으로, 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 피고 B 주식회사(이하 'B'라고 한다)는 D, E, F, G의 아버지인 망 H이 1993년경 마을버스 운송사업 등을 목적으로 설립한 회사로서, 설립 당시 발행주식의 총수는 5,000주였고, 주권은 현재 까지 발행되지 아니하였다.

나. 피고 B의 발행주식 총수 5,000주는 2001. 10. 기준 주주명부상 G이 700주, I, J, F이 각 400주, K이 1,500주, L가 900주, M이 300주, N가 400주를 각각 보유하고 있는 것으로 되어 있다.

다. G, J, I, F은 D에게, 2002. 9. 30. B 차량 7대에 대한 권리를 포기한다는 취지의 포기각서를, 같은 해 10. 1. B의 재산 및 모든 권리를 D에게 위임한다는 취지의 위임장을 각각 작성하여 주었다.

라. D에게 투자금을 지급하였던 O은 D의 협조로 2002. 11. 22. 피고 B의 대표이사로 취임하였는데, 2002. 10. 22. 자 주주명부에는 O이 2,450주, O의 사위인 P가 550주, O의 제부인 Q(R의 남편)이 1,000주를, 그리고 D의 처인 S이 1,000주를 각각 보유하고 있는 것으로 기재되어 있다가 2003. 8. 20. 자 주주명부에는 O이 1,900주, K 1,500주, T 1,300주, U 300주의 주주로 각 등재되어 있다.

마. O 명의로 되어 있던 위 1,900주에 대하여 주주 지위에 관한 다툼이 발생하여, D가 위 1,900주의 실질적인 주주로서 O에게 명의신탁한 것임을 주장하면서 O을 상대로 하여 서울북부지방법원 2005가단15854호로 위 주식에 대한 주주확인을 구하는 소를 제기하였으나, 위 법원은 2006. 5. 17. 청구기각 판결을 선고하였고, 2006. 6. 16. 위 판결이 확정되었다.

바. 그 후 피고 B는 2007. 11. 23. D로부터 위 1,900주의 주주명의를 J으로 변경하여 줄 것을 요청받고, 같은 달 26. 0에게 위 주식을 J 명의로 개서한다는 내용을 통보하였으며, 2007. 11. 28. 주주명부를 E가 3,100주, J이 1,900주의 주식을 각 소유하는 것으로 변경하였다.

사. 한편, R은 2004. 3. 18. M, N로부터 주식 합계 700주를 양수한 후 피고 B를 상대로 E 명의
로 되어 있던 주식 3,100주 중 700주에 관하여 주식명의개서 청구의 소를 제기하여 2006. 8. 23.
승소판결(서울북부지방법원 2005나6790 판결)을 선고받았고, 위 판결은 2007. 12. 27. 확정(대
법원 2006다63723 판결)되었으며, 이에 따라 피고 B의 2007. 12. 31. 자 주주명부에는 E가
2,400주, J이 1,900주, R이 700주의 주주로 각 등재되어 있다.

아. 피고 B는 2007. 12. 20. 이사회를 개최하여 피고 B의 영업 전체를 양도하기로 하는 내용의 결
의를 하였다.

자. 그 후 피고 B는 2007. 12. 26. 피고 C 주식회사(이하 'C'라고 한다)와 사이에, 피고 C에게 별
지 목록 기재 양도물을 양도하기로 하는 내용의 영업양도양수계약(이하 '이 사건 영업양도계약'이
라고 한다)을 체결하여 영업 전체를 양도하였다.

차. 피고 B는 2008. 1. 4. 서울 강북구청에 이 사건 영업양도계약에 따라 여객운송사업(마을버스)
양도양수 신고를 하여, 같은 달 18. 강북구청장이 이를 수리하였다.

카. 원고는 피고 B 발행 주식 중 2008. 2. 21. 0으로부터 1,900주를, 2008. 2. 29. R으로부터
700주를 각 양수하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 3, 4, 갑 제9호증, 갑 제12·13호증의 각 1, 2, 갑 제20
호증의 1 내지 3, 갑 제21호증의 1, 2, 갑 제22호증의 1 내지 4, 갑 제25호증의 1 내지 5, 갑 제30
호증의 20, 갑 제31호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전 항변에 대한 판단

피고들은, 주식회사의 주주는 회사의 재산관계에 대하여는 단순히 사실상·경제상 또는 일반적·추상
적인 이해관계만을 가질 뿐이고 구체적 또는 법률상의 이해관계를 가진다고 할 수 없어 피고 B의
주주인 원고는 피고에 대하여 피고 B와 체결한 이 사건 영업양도계약의 무효확인을 구할 신청의 이
익이 없으며, 행정소송의 판결과 달리 민사소송의 확인판결은 당사자 사이에서만 효력이 있을 뿐
대세적 효력이 없어 이 사건 영업양도를 승인한 주주총회결의의 효력을 다시 다룰 수 있어 유효적절
한 분쟁해결 수단이 아니므로, 이 사건 소는 부적법하다고 항변한다.

살피건대, 주식회사의 주주는 회사의 재산관계에 대한 계약에 관하여 사실상이나 간접적인 이해관
계를 가질 뿐이어서 원칙적으로 회사의 제3자와의 재산관계 계약 등의 무효를 구할 신청의 이익이

없다고 할 것이지만, 원고는 피고 B의 주식 5,000주 중 2,600주를 양수하였음을 전제로 피고 B에 대하여 명의개서를 요구하였으나 피고 B는 이에 응하지 않고 있고, O를 상대로 주주지위확인의 소를 제기하여 패소확정판결을 받은 D의 요청에 따라 J 명의로 명의개서를 하였을 뿐만 아니라 가처분으로 직무집행이 정지된 피고 B의 대표이사 E의 남편이자 피고 B의 이사이기도 한 J이 감사로 있는 C 주식회사에 영업을 양도하는 등의 사정에 비추어 볼 때, 원고가 O으로부터 1,900주를 양도받았다 하더라도 피고 B가 O 내지 원고의 주주로서의 권리를 인정하지 않으면서 명의개서를 거부하는 이상 원고는 O에 대한 채권자에 불과하여 피고 B의 주주로서 이 사건 영업양도계약을 승인결의한 주주총회의 무효 또는 부존재를 소구할 이익이 없게 되고(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다6774 판결 참조), 또한 피고 B의 위 1,900주의 의결권은 영업 전부의 양도를 위한 이사회 결의나 주주총회의 특별결의에 있어서 중요한 영향을 미치게 되며, 원고에게 2,600주에 대한 권리가 인정될 경우 원고가 피고 B 총 주식의 과반수를 보유하게 되어 회사 재산의 처분 뿐 아니라 회사 운영 전반에 대한 영향력을 행사할 수 있게 되어 이 사건 영업양도계약의 이행에도 직접적인 이해관계를 가지게 된다고 할 것인바, 더구나 이 사건 계약과 같이 일체의 영업 및 유·무형의 권리, 자산 등 영업 전체를 양도함으로써 더 이상 회사가 사업목적을 수행할 수 없게 되거나 회사의 존립이 불가능하게 되는 경우에는 주식의 과반수를 양수하여 보유하는 주주로서는 재산처분에 관한 계약의 효력에 관하여 직접적이고 구체적인 법률상 이해관계를 가진다고 볼 것이다.

따라서, 원고는 회사법상의 소가 아닌 민사소송으로서 이 사건 영업양도계약의 효력을 다툴 확인의 이익 내지 당사자적격이 있다고 할 것이므로, 피고들의 본안전 항변은 이유 없다.

3. 영업양도계약의 무효확인 청구에 대한 판단

주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도를 하는 경우에는 상법 제374조, 제434조에 의해 주주총회에서 출석한 주주의 의결권의 2/3 이상의 수와 주식발생총수의 1/3 이상의 결의가 있어야 하는바, 2003. 8. 20. 경부터 피고 B의 주주명부에는 발행주식 5,000주 중 1,900주(이하 '이 사건 주식'이라고 한다)에 관하여 O의 소유로 기재되어 있었던 사실, D가 O를 상대로 이 사건 주식에 관하여 주주지위 확인을 구하는 소를 제기하였으나 패소한 사실, 원고가 이 사건 주식을 D, O로부터 전전 양수한 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제16, 31호증, 을 제5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 관할세무서에 신고된 주식 등 변동상황 명세서에 2003년경부터 O이 이 사

건 주식을 소유하는 것으로 기재되어 있는 사실, 2007. 12. 24. 피고 B의 대표이사이던 E와 이사 J은 피고 B의 임시주주총회가 개최되어 피고 B 발행 총 주식 5,000주를 보유한 주주 2명이 출석하여 이 사건 영업양도계약에 찬성한 것으로 주주총회 의사록을 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고 B가 발행 주식의 과반수 소유자인 O과 R에게 위 임시주주총회의 소집을 통지하거나 O, R이 위 임시주주총회에서 의결권을 행사한 바가 없는 이상 이 사건 영업양도계약은 주주총회 특별결의 없이 체결되었다고 봄이 상당하므로 무효라 할 것이다.

이에 대하여 피고들은, G, F, J, I이 이 사건 주식을 D에게 양도한 바 없고, 단지 피고 B의 창업주의 딸아들인 D에게 경영권을 양도하였을 뿐임에도 D는 권한없이 이 사건 주식을 O에게 그녀의 딸인 V에 대한 8,000만 원의 차용금에 대한 담보로 제공하였는바, 위 피담보채무는 V의 피고 B의 재산에 대한 집행으로 모두 변제되어 소멸된 반면, 피고 B 발행 주식 400주를 자신 명의로 소유하던 J이 G, I, F으로부터 합계 1,500주를 양수하고 피고 B에 대하여 주권발행전 주식을 양수한 사실을 통지하였으므로, J만이 피고 B와의 관계에서 이 사건 주식의 주주권을 주장할 수 있다는 취지로 주장한다.

살피건대, 을 제1 내지 3호증의 각 1, 2, 을 제16호증의 기재에 의하면, G은 2007. 11. 11. 경 J에게 700주를, I, F은 2007. 11. 28. 경 J에게 각 400주를 양도한 다음, 2008. 9. 24. 위 각 채권 양도사실을 내용증명우편으로 피고 B에 통지하였고, 위 통지는 그 무렵 피고 B에게 도달한 사실, 수원지방법원 성남지원은 J에 대한 배임죄 사건(2008고합288)에서 이 사건 주식의 처분권을 위임받은 D가 O에게 이 사건 주식을 양도하였다고 볼 여지가 있지만 주권발행 전의 주식양도를 회사에 대항하기 위한 요건을 갖추지 못하여 오히려 J이 이 사건 주식을 보유하고 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 판시한 사실은 인정되나, 한편 회사에 대한 확정일자 있는 증서에 의한 주권발행 전 주식양도사실의 통지로서 실질상의 주주가 되는 것은 아닌바, 피고 B가 이 사건 주식에 대한 위 확정판결(D가 O을 상대로 제기한 주주지위확인소)에도 불구하고 O을 주주로 인정하지 않으면서도 임의로 J과 E 명의로 명의개서를 한 사실, 원고가 2008. 2. 경 O과 R으로부터 합계 2,600주를 양수하고 O과 R이 그 무렵(원주주들이 피고 B에게 J에 대한 각 주식양도사실을 통지한 시점인 2008. 9. 24. 보다 앞서) 피고 B에게 각 주식양도통지를 하였음에도 피고 B는 원고의 주식양수에 따른 명의개서를 거부한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, J이 O으로부터 이 사건 주식을 양수하거나

J 앞으로 명의개서를 하는 것에 대하여 O의 동의 또는 그와 같은 판결을 받았다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 피고 B가 이 사건 주식에 관하여 J 명의로 명의개서를 하였다 하더라도 그 효력을 인정할 수 없다 할 것이다.

그 밖에 피고들의 위 주장에 부합하는 듯한 을 제15호증의 각 기재는 갑 제23호증의 1, 갑 제26호증(갑 제30호증의 22, 을 제12호증의 1과 같다), 을 제12호증의 2, 3, 을 제13호증의 각 기재에 비추어 믿지 아니하고, 을 제7, 9, 10, 14호증, 을 제8, 12호증(각 가지번호 포함)의 각 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장은 이유 없다.

또한 피고들은, 이 사건 영업양도계약 당시 피고 B가 이미 영업을 폐지하거나 중단한 상태였기 때문에 주주총회의 특별결의를 요하지 않는다고 주장하나, 을 제6호증의 1 내지 3의 각 기재만으로는 이 사건 영업양도계약 당시에 이미 피고 B의 영업을 폐지에 준하는 상태에 이르렀다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고들의 위 주장도 이유 없다.

4. 양도물반환 청구에 대한 판단

원고는, 피고들 사이의 이 사건 영업양도계약이 무효이어서 원인없이 양도된 별지 목록 기재 양도물(이하 '이 사건 양도물'이라고 한다)은 피고 B의 손해로 피고 C가 부당이득을 한 것이므로, 피고 C는 피고 B에게 이 사건 양도물을 반환할 의무가 있다고 주장한다.

살피건대, 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니한 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 원고로서의 자격이 없게 되는 것이어서 그 대위소송은 부적법하여 각하될 수밖에 없다고 할 것인데(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다48857 판결 참조), 피고 B의 주주로서 이 사건 영업양도계약의 무효확인을 구하는 원고가 피고 B에 대하여 피보전권리가 될 채권을 가진다고 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 피고 C에 대한 소 중 피고 B를 대위하여 피고 C를 상대로 이 사건 양도물반환을 구하는 부분은 부적법하다.

5. 결론

그렇다면, 원고의 피고들에 대한 영업양도계약 무효확인 청구는 이유 있어 이를 모두 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 이에 대한 피고들의 항소는 이유 없어 이를 기

각하고, 당심에서 추가된 원고의 피고 C 주식회사에 대한 소 중 피고 B 주식회사를 대위하여 이 사건 양도물반환을 구하는 부분은 부적법하여 이를 각하하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 강영호(재판장) 박상구 사고종영

별 지

목 록

1. 피고 B 주식회사가 영위하고 있는 마을버스 운영에 관한 일체의 영업 및 이와 관련된 유무형의 권리 및 자산
2. 피고 B 주식회사가 위 영업을 위하여 보유하고 있는 차량, 버스노선
3. 피고 B 주식회사가 위 영업을 위하여 체결하고 있는 각종 계약
(이하 위 1호, 2호 및 3호를 합하여 “양도물”이라 함)
- (1) 차량
 - ① 차량번호 W: 에어로타운터보 2001년식(차대번호 X)
 - ② 차량번호 Y: 카운티 2004년식(차대번호 Z)
 - ③ 차량번호 AA: 에어로타운터보 2001년식(차대번호 AB)
 - ④ 차량번호 AC: 카운티 2004년식(차대번호 AD)
 - ⑤ 차량번호 AE: 카운티 2004년식(차대번호 AF)
 - ⑥ 차량번호 AG: 카운티 2004년식(차대번호 AH)
 - ⑦ 차량번호 AI: 카운티 2004년식(차대번호 AJ)
- (2) 노선
 - ① AK 노선 {돌산-삼양사거리-미아삼거리(변경 후: 돌산-송인시장-미아삼거리-송인시장-돌산)}: 운행대수 2대(AG, AI)
 - ② AL 노선 {샘터부동산-삼양사거리-미아삼거리(변경 후: 샘터부동산-삼양사거리-미아삼거리-삼양사거리-SK아파트-풍림)}: 운행대수 5대(W, Y, AA, AC, AE)
 - ③ AM 노선(휴지 중)

(3) 주차장 사용계약

서울 강북구 AN주차장

(4) 세차장 사용계약

서울 강북구 AO셀프세차장

(5) 위탁정비 계약

서울 도봉구 AP자동차공업(주)

(6) 사무실 임대차 계약

서울시 강북구 AQ 끝.