

울 산 지 방 법 원

제 5 민 사 부

판 결

사 건 2014가합17202 주주권확인 및 명의개서청구
원 고 A
소송대리인 법무법인 문수 담당변호사 김태석
피 고 1. B
2. C
3. D
4. 주식회사 E
대표이사 B
피고들 소송대리인 변호사 장윤기
변 론 종 결 2015. 11. 26.
판 결 선 고 2016. 1. 28.

주 문

1. 이 사건 소 중 원고의 피고 B, C, D에 대한 각 청구 부분 및 피고 주식회사 E에 대한 확인청구 부분을 모두 각하한다.
2. 피고 주식회사 E는 원고에게 별지 목록 기재 주식에 관하여 그 주주명부상 주주명

의를 원고로 변경하는 명의개서절차를 이행하라.

3. 소송비용 중 원고와 피고 B, C, D 사이에 발생한 부분은 원고가 부담하고, 원고와 피고 주식회사 E 사이에 발생한 부분은 피고 주식회사 E가 부담한다.

청 구 취 지

주문 제2항 및 원고는 별지 목록 기재 주식(이하 '이 사건 주식'이라고만 한다)에 관하여 피고 주식회사 E(이하 'E'라고만 한다)의 주주임을 확인한다.

이 유

1. 피고 B, C, D에 대한 소의 적법 여부에 관한 판단

직권으로 이 부분 소의 적법 여부에 관하여 본다. 원고는 이 법원의 석명준비명령에도 불구하고 위 피고들에 대한 청구취지를 보정하지 아니하였고, 그 경위에 대하여 위 피고들은 원고가 피고 E의 주주라는 점에 다툼이 있으므로 확인의 이익이 있다는 취지로만 주장하고 있다(2015. 10. 8.자 준비서면). 그러나 청구의 취지는 이를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정하여야 하는바, 원고의 피고 B, C, D에 대한 청구취지는 구체적으로 특정되어 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 소 중 원고의 위 피고들에 대한 청구 부분은 부적법하다.

한편, 원고의 피고 B, C, D에 대한 청구를 위 피고들에 대한 원고의 주주 지위 확인 청구로 선해하더라도, 제3자에 불과한 위 피고들과의 사이에서 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있다고 볼 만한 증거가 없으므로, 결국 원고의 위 피고들에 대한 소는 확인의 이익이 없다고 할 것인바, 이 점에 있어서도 이 사건 소

중 원고의 위 피고들에 대한 청구 부분은 부적법하다.

2. 피고 E에 대한 청구에 관한 판단

가. 이 사건 소 중 주주 지위 확인청구 부분의 적법 여부에 관한 판단

피고 E는 원고의 소 중 확인청구 부분에 관하여 확인의 이익이 없음을 이유로 부적법하다고 항변하므로, 이 부분 소의 적법여부에 관하여 본다.

이행의 소를 제기할 수 있는데도 그 이행청구권 자체의 존재확인청구를 허용하는 것은 불안제거에 실효성이 없으므로, 이 경우 확인의 소를 제기하는 것은 확인의 이익이 없어 부적법하다(대법원 1994. 11. 22. 선고 93다40089 판결 참조). 한편, 기명주식의 양도는 명의개서를 하지 아니하면 회사에 대항할 수 없으므로(상법 제337조 제1항), 원고가 이 사건 주식의 양수인으로서 그 권리를 행사하기 위해서는 회사를 상대로 명의개서의 이행을 청구하여야 하고, 단순히 주주 지위의 확인을 구하는 것으로는 법률관계에 대한 유효·적절한 수단이라고 할 수 없으며, 더욱이 원고가 피고 E에 대하여 명의개서의 이행청구를 아울러 구하고 있는 이 사건에서는 주주 지위 확인의 소에 확인의 이익이 있다고 보기 어렵다.

따라서 원고의 피고 E에 대한 소 중 확인청구 부분은 부적법하다.

나. 명의개서청구에 관한 판단

1) 인정 사실

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 갑 제2호증의 1 내지 5, 갑 제3호증의 1 내지 5, 갑 제 4호증의 1 내지 5, 갑 제5호증의 1 내지 4, 갑 제13호증, 을 제3호증의 1 내지 6, 을 제5호증의 1 내지 5의 각 기재, 변론 전체의 취지]

가) 원고는 2014. 2. 27. 피고 E와 사이에 다음 내용과 같은 투자약정을 체결하였다(이하 '이 사건 투자약정'이라 한다). 그리고 피고 B, 소외 F, G, H, I는 위 약정에 따른 피고 E의 채무를 연대보증하였다.

투자약정서(주요부분)

피고 E는 양주시 장흥면 석현리외 15필지에 건축하고 있는 숙박시설(펜션, 이하 '이 사건 펜션'이라고만 한다)에 대하여 필요한 자금을 원고로부터 투자받고자 다음과 같이 약정한다.

제1조(투자목적물의 특징)

1. 사업의 명칭 : 경기도 장흥면 숙박시설(펜션) 사업
2. 사업장 위치 : 양주시 장흥면 석현리외 15필지

제2조(투자자금/수익/원리금/투자기간/투자자금입금방법)

1. 투자자금 : 500,000,000원
2. 투자수익 : 40,000,000원
3. 투자원리금 : 540,000,000원
4. 투자기간 : 본 투자약정서 원고와 피고 E의 서명날인 후 2개월 내

제3조(투자자금의 용도 및 사용 우선순위)

1. 피고 E는 투자자금을 아래의 내용으로만 사용한다.
 - 1) 이 사건 펜션 준공을 위한 분담금(오수분담금 등)
 - 2) 이 사건 펜션 내부인테리어(가전 등 집기류)
 - 3) 이 사건 펜션 사용승인 절차 비용
2. 투자자금 사용 우선순위는 투자금 입금 즉시 이 사건 펜션의 준공을 위한 필수 서류 확보에 우선 사용하고 사용승인 관련 비용을 차감한 나머지 비용은 가전

등 집기류 구입에 사용한다.

제4조(투자원리금의 회수)

1. 피고 E는 이 사건 펜션 준공 후 금융기관 담보대출시 즉시 투자원리금을 반환한다.
2. 피고 E는 본 약정서 제2조 제4항의 투자기간 마지막 날 오전 12시까지 원고에게 투자원리금을 반환하기로 한다.

제5조(피고 E의 의무 및 책임)

1. 피고 E는 투자자금을 받는 즉시 이 사건 펜션 사업장에 대해서 원고의 명의로 채권최고액을 600,000,000원으로 하는 근저당권을 설정한다. 근저당설정비용은 피고 E가 집행한다.
2. 피고 E는 투자자금을 받는 즉시 위 E의 주주 전원에게 대하여 비상장주식양도계약서 및 비상장주식 양도소득세 신고서를 작성하고 이를 원고에게 제출하기로 한다. 양도소득세 신고서 작성시 세무사 수수료는 피고 E가 집행한다.
 - 1) 비상장주식양도계약서를 작성한 후 투자기간 동안 법인의 합병/분할 그리고 주주 및 주식수 변동(증자, 감자)이 있을 경우 반드시 원고에게 서면동의를 구하여야 하며 그 변동사항에 대하여 원고와 다시 비상장양도주식계약서를 작성하기로 한다.
 - 2) 만약 원고에게 서면동의를 하지 않고 법인의 합병/분할 그리고 주주 및 주식수 변동을 하였을 경우 피고 E의 대표이사 및 등기임원은 형사/민사상 책임지기로 한다.
3. 피고 E는 투자자금을 받는 즉시 원고가 지정하는 사람(J, 76. 4. 6.생)을 등기이사로 취임시키기로 한다.
4. 피고 E가 본 약정서 제4조를 위반하였을 경우 원고는 언제든지 근저당권을 집

행할 수 있고 또한 비상장주식양도계약서에 의한 피고 E의 주식을 원고가 모두 양수함에 있어 어떠한 법률적 이의제기를 하지 않기로 한다.

5. 피고 E는 본 약정서 제4조를 위반하였을 경우 투자자금에 대하여 위반 일시부터 상환시까지 월 단위로 7% 이자를 가산하기로 한다.

제6조(투자자금의 관리/인출)

1. 투자자금의 입금계좌관리는 원고가 지정하는 사람(J, 76. 4. 6.생)으로 하기로 한다.
2. 입금계좌관리방법은 통장 및 거래인감으로 한다.
3. 통장/거래인감 반환시기는 투자목적물 준공 관련 분담금 등 및 사용승인 비용 처리 후 피고 E에게 반환하기로 한다.

제9조(원고의 의무)

1. 투자원리금 회수 즉시 피고 E의 주식양도계약서 및 양도소득세신고서를 피고 E에게 즉시 반납한다.
2. 투자원리금 회수 즉시 원고가 지정한 J에 대한 피고 E의 등기이사를 즉시 사임한다.

나) 원고는 이 사건 투자약정에 따라 2014. 2. 27. 피고 E에게 투자자금 500,000,000원을 지급하였다.

다) 이 사건 투자약정에 따라, 피고 E의 이 사건 주식에 관하여 다음 표 기재와 같이 각 '매도인'란 기재 주주와 원고 사이에 원고 앞으로 주식을 양도하고, 매매대금의 지급은 이 사건 투자자금의 지급으로써 같음하기로 하는 내용의 주식매매계약이 체결되었다(이하 '이 사건 주식매매계약'이라 한다). 그리고 같은 날 그 각 매도인 명의로 이 사건 주식매매계약에 대한 양도소득과세표준

신고 및 납부계산서가 작성되었다.

매도인	발행회사	주식의 종류	매매주식수	매매금액
F	피고 E	의결권보통주	11,300주	56,500,000원
G	피고 E	의결권보통주	30,000주	150,000,000원
H	피고 E	의결권보통주	13,300주	66,500,000원
I	피고 E	의결권보통주	45,400주	227,000,000원
합 계			100,000주	500,000,000원

라) 피고 E는 2014. 2. 28. 원고에게 이 사건 투자수익금에 해당하는 40,000,000원을 지급하였고, 같은 날 원고에게 이 사건 펜션 부지 중 양주시 장흥면 석현리등 5필지를 공동담보로 하여 위 각 토지에 관하여 의정부지방법원 2014. 2. 28. 접수 제16563호로 채권최고액 600,000,000원으로 된 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

마) 이 사건 펜션은 2014. 3. 25. 양주시장으로부터 사용승인을 받았다.

바) 한편, 피고 E는 1994. 12. 28. 설립되었고, 이 사건 변론종결일 현재까지 그 주권은 발행되지 아니하였다.

2) 당사자 주장의 요지

가) 원고

이 사건 투자자금은 사용용도를 한정하여 피고 E의 펜션사업에 투자함으로써 투자수익을 올리기 위함인 것이지, 금원을 대여한 것이 아니다. 한편, 피고 E는 공탁으로 그 채무가 모두 소멸하였다고 주장하지만, 그 액수가 채무액에 부족하여 일부공탁일

뿐만 아니라 존재하지 않는 반대급부를 조건으로 부가한 조건부공탁이므로, 채무소멸효과가 인정될 수 없다. 따라서 피고 E는 이 사건 투자약정에 따라 이 사건 주식을 양수한 원고에게 그 주식에 관한 명의개서절차를 이행할 의무가 있다.

나) 피고 E

이 사건 투자약정은 법률적으로 금원차용계약에 불과하므로, 이 사건 주식매매계약은 위 차용금에 대한 양도담보의 제공으로 해석되어야 한다. 또한 그렇지 않다고 하더라도 (1) 원고는 2014. 4. 29. 피고 E 및 소외 주식회사 K과 사이에서 지불보증계약을 체결하였으므로, 준소비대차에 해당하는 위 계약에 따라 그 법적 성질이 차용금으로 전환되었다. 따라서 (2) 원고는 이 사건 주식에 관한 담보권만을 가지는 자이고, 정산절차를 거치지 않는 한 피고 E에 대하여 주식에 대한 권리를 행사할 수 없다. 한편, (3) 피고 E의 대표이사인 피고 B은 2014. 8. 20. 469,309,589원 및 2015. 9. 14. 1,927,746원 등 합계 471,237,335원(=469,309,589원 + 1,927,746원)을 변제공탁하였으므로, 이 사건 투자약정에 따른 피고 E의 차용금 채무는 전부 소멸하였다. 이와 같이 피담보채무가 모두 공탁으로 소멸하였으므로, 원고가 이 사건 주식에 관하여 가지는 담보권 역시 부종성에 따라 소멸한 것으로 보아야 한다.

3) 판단

가) 이 사건 투자약정의 해석

의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석으로서, 이는 사실인정과는 구별되는 법률적 판단의 영역에 속하는 것이다. 그리고 어떤 목적을

위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝히는 것 역시 의사표시의 해석에 속한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다69940 판결 참조). 한편, 의사표시의 해석을 비롯한 사실에 대한 법적 판단 내지 평가는 자백의 대상이 되지 않으므로, 법원은 당사자의 진술에 구속되지 아니하는 것이다(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004다70789 판결 참조).

이 사건 투자약정의 해석과 관련하여, 원고는 투자계약의 일종이라고 주장하는 반면, 피고 E는 금전차용계약에 지나지 않는다고 주장하므로(한편, 피고 E는 원고가 이 사건 투자약정에 따른 투자자금이 대여금임을 자인하였다는 취지로도 주장하나, 이는 재판상 자백의 대상이 되지 않는 것으로서 법원이 이에 구속받지 아니한다), 먼저 이 사건 투자약정의 법률적 의미에 관하여 살펴보기로 한다.

민법상 소비대차계약은 대주(貸主)가 금전 기타 대체물의 소유권을 차주(借主)에게 이전할 것을 약정하고, 차주는 동종·동질·동량의 물건을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 계약으로, 차주가 목적물의 소유권 자체를 취득한다는 점에서 사용대차 등 다른 대차형 계약과 본질적인 부분에서 차이가 나고, 사용대차 등의 차주가 목적물을 정해진 용법에 따라 사용·수익하여야 하는 데 비하여 소비대차의 차주는 목적물을 자유로이 사용·수익·처분할 수 있다는 점에서 구별된다.

이 사건 투자약정에 관하여 살펴건대, 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어, 위 약정을 민법상 전형계약인 금전소비대차계약에 해당한다고 보기는 어렵고, 투자계약에 가까운 무명계약(無名契約)으로 해석함이 상당하다고 할 것이다.

- ① 이 사건 투자약정은 이 사건 펜션의 공사가 완료되어갈 무렵 체결된 것으로 보이는데, 그 투자자금을 위 펜션의 사용승인을 위한 절차 비용, 내부 인테리어 비용 등의 목적을 위해서만 사용할 것으로 그 사용처를 제한하고 있고, 투자자금 사용의 순서에 관하여도 '준공을 위한 필수서류 확보에 우선 사용할 것'이라는 우선순위의 제한을 두고 있다. 이 점은 차주에게 금전의 소유권이 이전되고, 그 결과 처분의 자유가 보장되는 통상의 금전소비대차계약과 다르다.
- ② 이 사건 투자약정에는 통상의 금전소비대차계약과는 다르게 '투자수익금 40,000,000원' 이외에는 이자약정으로 볼 만한 약정이 부가되어 있지 않다. 이에 대하여, 피고 E는 이 사건 투자약정에는 투자자금에 대하여 월 7%의 비율에 의한 이자약정이 있었다고도 주장하지만, 그 주장에 해당하는 이 사건 투자약정 조항(제5조 제5항)에는 앞서 본 바와 같이 '약정서 제4조를 위반하였을 경우'라는 조건이 부가되어 있으므로, 이는 피고 E가 약정상 의무를 다하지 못한 경우를 예정한 위약금 조항, 즉 손해배상의 예정에 지나지 않는다고 할 것이고, 달리 위 약정손해금율과 같은 이율의 이자약정이 있었다고 볼 만한 사정도 없다.
- ③ 위 투자수익금 40,000,000원에 관하여도, 피고 E는 이 사건 투자약정이 체결된 2014. 2. 27. 원고로부터 이 사건 투자자금 500,000,000원을 모두 지급받은 후 그 다음날인 2014. 2. 28. 별도로 원고에게 위 투자수익금 40,000,000원을 지급하였는바, 이는 일반적인 금전소비대차계약의 이자 지급 방식과 사뭇 다를 뿐 아니라, 피고 E가 주장하는 바와 같이 선이자공제에 해당한다고

보기도 어렵다(통상 금전대여에서의 선이자 공제의 경우, 대여금 원금에서 선이자에 해당하는 금액을 공제한 돈만을 채무자에게 교부하는 것이 일반적이다).

- ④ 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 투자약정에 따라 같은 날인 2014. 2. 27. 피고 E의 주식 전체에 해당하는 이 사건 주식을 모두 양수하였는바, 이는 회사의 지배구조 전반을 변경시키는 내용의 것으로 이를 단순히 대여금 채권의 회수를 위한 담보의 성격으로만 파악할 수는 없다.
- ⑤ 또한 이 사건 투자약정은 피고 E가 투자자금을 지급받는 즉시 원고가 지정하는 소외 J을登記이사로 취임시키기로 하는 내용이 포함되어 있는데, 위 ④항의 점에 이를 더하여 보면, 이 사건 투자약정은 원고가 이 사건 펜션의 영업에 즈음하여 자금을 투자하고, 그 투자자금을 지급하는 시점부터 직·간접적으로 피고 E의 의사결정과정에 개입하고자 하는 목적에서 체결된 것으로 보인다.

나) 청구원인에 관한 판단

따라서 위 인정사실에 의하면, 원고는 이 사건 투자약정에 수반된 이 사건 주식 매매계약에 따라 피고 E의 이 사건 주식을 기존 주주들로부터 모두 양수하였다고 할 것이고, 이 사건 소장부분 송달일 당시 및 이 사건 변론종결일 현재 이 사건 투자약정에서 정한 지급기일인 2014. 4. 27.이 경과하였음은 역수상 명백하므로, 이 사건 투자약정의 체결로서 위 주식양도를 승낙한 피고 E로서는 주식양수인인 원고에게 이 사건 주식에 관하여 명의개서절차를 이행할 의무가 있다.

다) 피고 E의 주장에 관한 판단

(1) 이 사건 투자약정에 따른 투자자금의 법적 성격이 2014. 4. 29.자 지불보증계약에 따라 대여금으로 전환되었다는 주장에 관한 판단

을 제4호증의 기재에 의하면, 주식회사 K이 2014. 4. 29. 피고 E의 이 사건 투자약정에 따른 원고에 대한 채무를 연대보증한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 위 연대보증은 원고와 주식회사 K 사이의 계약에 불과하여 위 계약의 체결로써 원고와 피고 E 사이의 이 사건 투자약정에 대한 법률적 평가가 변경된다고 볼 수 없으므로, 피고 E의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다(피고 E는 위 지불보증계약서에 '대여받은 사실'이라는 기재를 근거로 이 사건 투자약정이 대여라는 취지로도 주장하지만, 앞서 살핀 바와 같이 법률행위의 해석에 관하여 법원은 당사자가 사용한 문구에 구애받지 않는 것이므로, 위 주장 역시 이유 없다).

(2) 정산절차를 거치지 않는 한 주식에 대한 권리를 행사할 수 없다는 주장에 관한 판단

피고 E는 원고가 이 사건 주식에 관하여 담보권만을 가짐을 전제로, 정산절차를 거치지 않는 한 주식에 대한 권리를 행사할 수 없다는 취지로 주장한다. 이는 이 사건 주식매매계약이 민법 제607조, 608조의 적용을 전제로 한 이른바 약한 의미의 양도담보에 해당함을 전제로 한 주장으로 보이나, 위 조항들은 그 적용범위에 있어 원인된 채무가 소비대차로 인하여 발생된 경우에 한정되므로('차용물의 반환에 관하여', 민법 제607조), 피고 E의 위 주장은 이와 다른 전제에 서 있다고 할 것이다[피고 E의 주장과 같이 이 사건 투자약정을 금전소비대차계약으로 가정하여 본다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 이 사건 투자약정 당시 이 사건 주식의 가액 합계액은 500,000,000원이고, 이는 이 사건 투자원리금인 540,000,000원(= 500,000,000원 + 40,000,000원)을 초

과하지 않음이 계산상 명백한 바, 결국 위 민법 조항들이 적용될 수 없으므로 피고 E의 주장은 이 점에서도 이유 없다. 한편, 약한 의미의 양도담보에 해당하는 경우라 하더라도, 채권자의 정산의무를 채무자의 차용금 지급의무보다 먼저 이행되어야 하는 선이행의무로 볼 수는 없다고 할 것인데, 피고 E가 동시이행의 항변권 등을 행사하고 있지도 않은 이 사건에서 위와 같은 주장이 원고의 청구를 저지할 만한 사유가 된다고 보기도 어렵다]. 게다가 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 변론종결일 현재까지도 이 사건 투자약정에 따른 피고 E의 원고에 대한 채무금이 모두 지급되었다고 보기 어려운 이상, 결국 피고 E의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 공탁으로 인하여 그 채무가 모두 소멸하였다는 주장에 관한 판단

(가) 을 제12호증의 1, 을 제16호증의 1, 2, 3, 을 제21호증의 각 기재에 의하면, 피고 B이 2014. 8. 20. 이 사건 투자약정에 따른 채무에 대하여 469,309,589원을 공탁한 사실, 피고 B은 위와 같이 공탁하면서 그 공탁서의 「1. 공탁으로 인하여 소멸하는 질권, 전세권 또는 저당권, 2. 반대급부¹⁾」란에 '2014. 2. 28. 의정부지방법원 접수 제 1656호²⁾(공동담보목록 2014-175호) 근저당권 말소'라고 기재한 사실, 위 기재에 대하여 피고 B은 2014. 9. 4. 위 '근저당권의 말소'라는 기재는 반대급부가 아닌 공탁으로 인하여 소멸하는 물권이라는 취지로 정정신청을 하였고, 위 정정신청이 같은 날 인가된 사실, 피고 B이 2015. 9. 14. 추가로 1,927,746원을 공탁한 사실이 각 인정되기는 한다.

그러나 위 공탁으로 인하여 이 사건 투자약정에 따른 피고 E의 채무가 전부 소멸하는지에 관하여 보건대, 위 공탁금 합계액 471,237,335원(=469,309,589원 +

1) 동일한 란으로 구성되어 있다.

2) 16563호의 오기로 보인다.

1,927,746원)은 이 사건 투자자금 원금에 해당하는 500,000,000원에도 미치지 못함이 계산상 명백하므로, 피고 B의 위 공탁으로 인하여 이 사건 투자약정에 따른 피고 E의 채무가 모두 소멸한다고 인정하기에 부족하고, 달리 그 변제사실 등을 인정할 만한 증거도 없다.

(나) 한편, 피고 E는 이 사건 투자약정에서 정한 '월 7%'의 이자약정은 이자제한법에서 정한 최고이자율을 넘어서는 것으로서, 위 법의 적용을 받아 연 30%의 범위에서만 유효임을 전제로, 피고 B의 위 공탁으로 인하여 피고 E의 채무가 모두 소멸하였다는 취지로도 주장한다(2015. 3. 18.자 답변서 7면, 2015. 3. 31.자 준비서면 제12, 13면).

그러나 이자제한법은 금전소비대차의 이자약정에 대하여 적용되는 것으로서(이자제한법 제2조 제1항), 금전채권에 부가된 이자약정이라고 하여 모두 위 법에 따른 최고이자율 제한을 받는 것은 아니고, 이자제한법 제2조는 금전소비대차에 관한 계약상의 이자에 한하여 적용되는 것이므로 채무의 이행지체로 인한 손해배상액의 예정에 관하여는 적용되지 않는 것이다(대법원 1980. 10. 27. 선고 80다703 판결 참조). 이 사건에 관하여 살피건대, 앞서 각 인정한 바와 같이 이 사건 투자약정은 민법상 금전소비대차계약으로 보기 어려운데다가, 위 투자약정에서 정한 월 7%의 비율에 의한 지연손해금 약정은 손해배상액의 예정에 해당할 뿐이므로, 이와 다른 전제에 선 피고 E의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

(다) 그런데 이 사건에서 이자제한법의 적용 및 그에 따른 채무원리금 계산방식이 당사자들 사이에서 주된 쟁점이었음을 부정할 수 없고, 피고 E는 이 사건 투자약정에 대하여 이자제한법의 적용을 회피하기 위한 탈법행위라는 취지로도 주장하고 있으

므로, 이하에서는 피고 E의 주장과 같이 이자제한법이 적용되는 경우를 가정하여 그 주장의 당부에 관하여 살펴보기로 한다. 피고 E의 주장과 같이 이 사건 투자수익 40,000,000원을 선이자에 해당한다고 가정하는 경우에[피고 E는 원고에게 위 40,000,000원 말고도 소개비 명목으로 50,000,000원을 소외 J을 통하여 추가로 지급하였다고 주장하나, 피고 E와 원고 사이에 소개비 명목으로 50,000,000원을 지급하기로 약정한 사실을 인정할 만한 증거가 없는 이상(오히려 증인 박남열, J의 각 증언에 의하면, 위 50,000,000원은 원고와 피고 E 사이에 투자약정이 성공적으로 체결되는 경우 중간소개인에 해당하는 위 박남열, J이 피고 E로부터 소개비조로 지급받기로 피고 E 내지 B과 사전에 이야기가 된 것이고, 위 금액은 원고와 상관없는 것으로서 이 사건 투자약정을 체결하는 자리에서는 위 금원에 관한 이야기가 언급된 적이 없었다는 사실만이 인정될 뿐이다. 증인 박남열에 대한 증인신문녹취서 제5, 6면, 증인 J에 대한 증인신문녹취서 제4 내지 6면), J이 이 사건 투자약정에서 등기이사로 지목된 사정만으로는 J이 원고로부터 위 소개비 명목의 금원에 관한 권한을 위임받았다고 인정하기에 부족하고, 달리 피고 E가 원고에게 50,000,000원을 선이자로 지급하였음을 인정할 만한 증거도 없으므로, 위 50,000,000원 부분은 선이자로 인정될 수 없다], 피고 E가 원고로부터 실제 수령한 금원은 460,000,000원(=500,000,000원 - 40,000,000원)이 되므로, 이때 위 선이자 40,000,000원 중 피고 E가 실제 수령한 위 460,000,000원에 대하여 구 이자제한법(2014. 1. 14. 법률 제12227호로 개정되기 전의 것) 및 구 이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정(2014. 6. 11. 대통령령 제25376호로 개정되기 전의 것)에 따른 최고이자율인 연 30%의 비율로 계산한 1개월분의 이자 11,500,000원(=460,000,000원 × 30/100 × 1/12)은 이자에 충당되고, 이를 초과하는 28,500,000원

(=40,000,000원 - 11,500,000원)은 원본인 500,000,000원에 충당된다. 따라서 피고 E는 남은 원금 471,500,000원(=500,000,000원 - 28,500,000원) 및 이에 대하여 이 사건 투자약정에서 정한 지급기일의 다음날인 2014. 4. 27.부터 다 갚는 날까지 위 법에 의하여 제한된 연 30%의 약정이율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무를 부담하게 된다(계산방식에 관하여는 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다55198 판결 참조). 그렇다면 피고 E의 채무원리금은 피고 B이 위 공탁을 한 2014. 8. 20.경³⁾에는 516,453,972원(=471,500,000원 × 30/100 × 116일 × 1/365)에 이르는바, 이는 피고 B의 위 공탁금액을 상당부분 초과함이 계산상 명백하다. 결국 피고 E의 주장과 같이 본다고 가정하더라도, 피고 B의 위 공탁으로 인하여 이 사건 투자약정에 따른 피고 E의 채무가 전부 소멸하였다는 주장은 이유 없음에 돌아간다고 할 것이므로, 피고 E의 이 부분 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

따라서 피고 E의 위 주장들은 모두 받아들이지 않는다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 소 중 피고 B, C, D에 대한 각 청구 부분 및 피고 E에 대한 확인청구 부분은 부적법하여 이를 모두 각하하고, 원고의 피고 E에 대한 나머지 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

3) 피고 B의 2014. 8. 20.자 공탁의 경우 앞서 본 바와 같이 근저당권의 말소를 조건으로 하고 있으므로 무효라 할 것이고(대법원 1969. 5. 27. 선고 69다298,299 판결, 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다1134 판결 등 참조), 위 공탁은 피고 B이 그 조건의 표시에 관하여 정정신청을 하고 그 신청이 인가된 2014. 9. 4.부터 비로소 반대급부조건이 없는 변제공탁으로서의 효력을 갖는다고 할 것이나(대법원 1974. 5. 14. 선고 74다166 판결, 대법원 1986. 8. 19. 선고 85누280 판결 등 참조), 최초 공탁시인 2014. 8. 20.을 기준으로 하여도 공탁금액이 채무원리금에 미치지 못하는바, 편의상 위 일자를 기준으로 계산하였다.

재판장 판사 윤태식

 판사 이상욱

 판사 선민정

별지.

주식의 표시

1. 발행회사 : 피고 주식회사 E
2. 주식의 종류 : 보통주
3. 주식의 수량 : 100,000주
4. 액면금 : 1주당 5,000원. 끝.