

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2008다15520 주주확인
원고, 피상고인	원고 1 외 2인 원고들 소송대리인 법무법인 시티 담당변호사 서현석 외 2인
피고, 상고인	피고 소송대리인 변호사 조현수 외 2인
원 심 판 결	서울동부지방법원 2008. 1. 16. 선고 2006나2331 판결
판 결 선 고	2009. 12. 24.

주 문

원심판결의 피고에 대한 주위적 청구 중 주식병합 무효확인청구 부분을 파기하고, 이 부분 소를 각하한다.

원심판결 중 피고에 대한 나머지 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울동부지방법원 합의부에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 주위적 청구 중 주식병합 무효확인청구 부분

가. (1) 구 상법(1991. 5. 31. 법률 제4372호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 부칙 제5조 제2항에 의하여 주식 1주의 금액을 5천 원 이상으로 하기 위하여 거치는 주식병합은 자본의 감소를 위한 주식병합과는 달리 자본의 감소가 수반되지 아니하지만, 주식병합에 의하여 구 주식의 실효와 신 주식의 발행이 수반되는 점에서는 자본감소를 위한 주식병합의 경우와 차이가 없다. 그런데 위와 같은 주식병합 절차에 의하여 실효되는 구 주식과 발행되는 신 주식의 효력을 어느 누구든지 그 시기나 방법 등에서 아무런 제한을 받지 않고 다룰 수 있게 한다면, 주식회사의 물적 기초와 주주 및 제3자의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 주식을 둘러싼 법률관계를 신속하고 확실적으로 확정할 수 없게 되고, 이에 따라 주식회사의 내부적인 안정은 물론 대외적인 거래의 안전도 해할 우려가 있다. 따라서 이러한 경우에는 그 성질에 반하지 않는 한도 내에서 구 상법 제445조의 규정을 유추 적용하여, 주식병합으로 인한 변경등기가 있는 날로부터 6월 내에 주식병합 무효의 소로써만 주식병합의 무효를 주장할 수 있게 함이 상당하다.

(2) 한편, 구 상법 제445조에서 규정하는 '소'라 함은 형성의 소를 의미하는 것으로서, 일반 민사상 무효확인의 소로써 주식병합의 무효확인을 구하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 주식병합의 실체가 없음에도 주식병합의 등기가 되어 있는 외관이 존재하는 경우 등과 같이 주식병합의 절차적·실체적 하자가 극히 중대하여 주식병합이 존재하지 아니한다고 볼 수 있는 경우에는, 주식병합 무효의 소와는 달리 출소기간의 제한에 구애됨이 없이 그 외관 등을 제거하기 위하여 주식병합 부존재확인의 소를

제기하거나 다른 법률관계에 관한 소송에서 선결문제로서 주식병합의 부존재를 주장할 수 있다. 다만, 회사가 아닌 제3자와 사이에 주식병합 부존재를 선결문제로 하는 구 주식에 기한 주주지위에 관하여 다툼이 있는 경우 그 제3자를 상대로 직접 구 주식에 기한 주주지위확인을 구할 수 있음에도 제3자를 상대로 주식병합 부존재확인 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단이라고 할 수 없으므로 이러한 소는 확인의 이익이 없다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 소외 1 주식회사의 정관에는 1주의 액면이 10,000원으로 기재되어 있고, 그 법인등기부 등본에는, 소외 1 주식회사가 1989. 6. 9. 1주당 액면 1,000원의 총 73,500주의 구 주식을 1주당 액면 10,000원의 총 7,350주의 신 주식으로 병합하는 내용의 주식병합(이하 '이 사건 주식병합'이라고 한다)을 하고, 이에 관하여 1989. 6. 12. 등기를 마친 것으로 기재되어 있는 사실, 이 사건 주식병합 후 소외 1 주식회사의 1994. 6. 17.자 주주명부에는 주식병합을 통하여 발행된 신 주식을 피고의 피상속인 소외 2가 3,087주, 피고가 2,352주, 소외 3이 735주, 소외 4, 소외 5가 각 441주, 소외 6이 294주를 각 소유하고 있는 것으로 등재되어 있는 사실, 소외 1 주식회사가 관할세무서에 재무제표를 신고하면서 첨부한 주식 등 변동상황명세서에는 신 주식을 1997년도부터 2001년도까지는 피고의 피상속인 소외 2가 3,087주, 피고가 2,352주, 소외 3과 원고 1이 각 735주, 소외 4가 441주를 각 소유하고 있는 것으로, 2002년도부터 2006년도까지는 피고의 피상속인 소외 2가 3,108주, 피고가 2,352주, 소외 3과 원고 1이 각 735주, 소외 7이 420주를 각 소유하고 있는 것으로 각 기재되어 있는 사실 등을 알 수 있다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 위 사실관계에 비추어 살펴본다. 이 사건 주식

병합의 등기일인 1989. 6. 12.로부터 6월 내에 주식병합 무효의 소가 제기되어 이 사건 주식병합을 무효로 한다는 취지의 판결이 선고·확정되었음을 인정할 만한 자료가 없는 이 사건에서, 원고들이 이 사건 주식병합이 무효라고 주장하며 피고를 상대로 그 무효확인을 구하는 소 부분은 주식병합의 등기일로부터 6월 내에 형성의 소로써만 주식병합의 무효를 주장할 수 있게 한 구 상법 제445조에 반하므로 부적법하다. 그리고 위 주식병합 무효확인청구의 소 부분이 주식병합 부존재확인을 구하는 취지라고 설회한다 하더라도(원고들의 2007. 1. 18.자 청구취지 변경 및 청구원인 보완신청 및 2007. 5. 4.자 준비서면 등에 의하면, 원고들은 소외 1 주식회사가 구 상법 제440조 내지 제444조의 절차를 일체 생략하고 법인등기부상에만 주식병합을 한 것처럼 등기하였을 뿐이므로 이 사건 주식병합은 부존재한다는 취지의 주장을 하고 있다), 원고들과 피고 사이에는 이 사건 주식병합의 부존재를 선결문제로 하는 구 주식에 기한 주주지위에 관하여 다툼이 있고 이 경우 원고들로서는 피고를 상대로 직접 구 주식에 기한 주주지위확인을 구할 수 있으므로, 피고를 상대로 주식병합 부존재확인을 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단이라고 할 수 없으므로, 이 역시 확인의 이익이 없어 부적법하다.

다. 그런데도 원심은, 피고에 대한 주위적 청구 중 주식병합 무효확인청구의 소 부분이 적법하다고 보고 본안에 나아가 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 구 상법 부칙 제5조 제2항에 의한 주식병합과 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 주위적 청구 중 구 주식에 기한 주주지위확인청구 부분

가. 구 상법 부칙 제5조 제2항이 구 상법 제440조를 준용하여 주식병합에 일정한

기간을 두어 공고와 통지의 절차를 거치도록 한 취지는, 신 주권을 수령할 자를 파악하고 실효되는 구 주권의 유통을 저지하기 위하여 회사가 미리 구 주권을 회수하여 두려는 데 있다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다40306 판결 참조). 회사가 위와 같은 공고 등의 절차를 거치지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 주식병합의 무효사유가 존재한다고 할 것이지만, 회사가 주식병합에 관한 주주총회의 결의 등을 거쳐 주식병합 등기까지 마치되 그와 같은 공고만을 누락한 것에 불과한 경우에는 그러한 사정만으로 주식병합의 절차적·실체적 하자가 극히 중대하여 주식병합이 부존재한다고 볼 수는 없다. 따라서 구 상법 부칙 제5조 제2항의 주식병합에 관하여 공고누락의 하자만을 이유로 주식병합의 무효를 주장하기 위해서는 구 상법 제445조에 따라 주식병합의 등기일로부터 6월 내에 주식병합 무효의 소를 제기하지 않으면 아니된다.

나. 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고들이 구 상법 제445조에 따라 적법한 출소기간 내에 주식병합 무효의 소를 제기하지 아니한 채, 구 주식에 기한 주주지위확인청구의 선결문제로서 이 사건 주식병합의 무효를 주장하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 이 사건 주식병합이 부존재한다고 볼 수 있는 경우에 한하여 이를 선결문제로 주장할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 주식병합과 관련하여 구 상법 제440조의 공고가 누락되었다는 사정만으로는 주식병합이 부존재한다고 볼 수 없으므로, 달리 원고들이 주식병합의 부존재 사유를 증명하지 못하는 한, 원고들의 주위적 청구 중 구 주식에 기한 주주지위확인청구 부분은 이미 실효된 구 주식에 기한 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 이익을 인정할 수 없다.

다. 그런데도 원심은, 이 사건 주식병합에 주식병합 부존재 사유가 있는지 여부에 관하여 심리·판단하지 아니한 채, 소외 1 주식회사가 이 사건 주식병합을 하면서 구

상법 제440조에 따라 3월 이상 공고를 하지 아니한 사실이 인정된다는 사정만으로, 이 사건 주식병합은 무효이고 구 주식은 실효되지 아니하였으며 구 주식을 표창하는 구 주권을 소지하는 원고들이 소외 1 주식회사의 정당한 주주라는 취지로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 구 상법 부칙 제5조 제2항의 주식병합과 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3. 그러므로 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결의 피고에 대한 주위적 청구 중 주식병합 무효확인청구 부분을 파기하되, 이 부분 사건은 대법원에서 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 자판하기로 하여 이 부분 소를 각하하고, 원심판결 중 피고에 대한 나머지 부분을 파기하여 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 차한성 _____

주 심 대법관 박시환 _____

 대법관 안대희 _____

 대법관 신영철 _____