

〈判例研究〉

株式會社의 重要財産의 處分과 株主總會의 特別決議

梁 承 圭*

1964年 7月 23日 大法院判決<63나820 所有權移轉登記抹消事件>—破棄還送**

〔判決要旨〕 株式會社의 重要財産을 處分함에 있어서 그 財産이 會社의 營業用財産이고, 또 이를 處分함으로 말미암아 株式會社의 營業全部 또는 그 一部를 다른 사람에게 讓渡하거나 廢止하는 것과 같은 結果를 가져오는 것이 아니라고 하면 그 財産이 株式會社의 唯一한 財産이라 하더라도 그 處분에 반드시 株主總會의 特別決議가 必要하다고 할 수 없다.

〔事實〕 原告(被上告人) A는 醫藥品의 製造販賣를 目的으로 하는 株式會社인 마, 訴外 甲이 代表理事로서 1954年 2月 25日 株主總會의 決議도 없이 任意로 原告會社 A의 重要財産인 不動産을 訴外 乙과의 사이에 還買特約附賣買契約을 締結하여 所有權移轉假登記를 取하고, 이것을 原因으로 乙은 同年 5月 17日 所有權移轉登記를 마쳤다. 그 뒤 乙은 다시 1955年 6月 15日 字 賣買를 原因으로 1956年 5月 11日 被告(上告人) B의 名義로 所有權移轉假登記를 經了한 後 1959年 12月 30日 所有權移轉登記를 經由하였다.

原告會社 A는 1946年에 設立되어 6·25 事變을 前後하여 會社의 資産狀態가 惡化되어 本件 不動産은 原告會社의 唯一無二한 財産으로서 會社代表者가 이 不動産을 賣渡擔保에 提供함으로써 會社의 營業全部를 繼續할 수 없게 하였고, 結果의 上 會社營業의 全部를 讓渡한 것으로 되었다. 이러한 會社의 唯一無二한 重要財産을 處分함에 있어서는 株主總會의 特別決議를 기하여야 함에도 불구하고, 訴外 甲이 代表理事라는 資格만으로 恣意로 이를 處分한 것이니, 賣渡擔保契約 내지 이로 인한 所有權移轉登記는 原因無效이며, 따라서 原告會社 A가 乙을 相對로 提起한 訴訟에서 그 移轉登記는 原因無效의 確定判決로서 抹消되었다. 그러므로 訴外 乙이 被告 B에게 넘겨 준 所有權移轉登記 역시 順次的으로 原因無效로서 抹消하여야 할 것이라고 原告 A는 主張하고 있다. 이에 대하여 第1審과 第2審은 다 같이 原告 A의 主張을 認定하여 株主總會의 特別決議없이 本件 不動産의 處分은 無效이고, 原因無效인 所有權移轉登記는 抹消할 것이라고 判示하였다.

〔上告理由〕 上告理由 가운데 大法院이 判斷한 第3點만을 들면 다음과 같다.

本件 不動産處分이 舊商法 第245條에 의하여 株主總會의 特別決議를 要할 것인가의 與否에 대한 原審의 判斷은 法律適用을 誤解한 것이다. 즉 原告會社의 定款에서 보나, 그 目的으로 미루어 設령

* 서울大學校法科大學 助教

** 本件 判例에 관하여는 이미 批判이 加해져 贊成論으로 金裕鉉 辯護士[法曹春秋 第10號(64. 11. 15)], 反對論으로 金容晉 辯護士[法曹春秋 第9號(64. 10. 15)]가 있으며, 이것은 또 舊商法下에서 일어난 事件을 判決한 것이지만 現行 우리 商法下에서도 重要한 意義를 가진다고 생각한다.

本件 不動産處分當時에 그것이 原告會社の 重要財産이라 할지라도 그 事實만으로는 舊商法 第245條에 말하는 「營業의 讓渡」는 분명히 아니므로 그 處分에 있어서 株主總會의 特別決議를 要하는 것이 아니며, 또한 原告會社 A는 名目上의 株式會社인 뿐 실제에 있어서는 訴外 甲의 一人會社에 지나지 않으므로 原審判決은 不當한 것이다.

〔判決理由〕 原審은 證據에 의하여 本件 不動産이 原告會社の 唯一無二한 財産인 事實 및 同 不動産을 處分함에 있어 株主總會의 特別決議가 없었던 事實을 認定한 後 이와 같이 株式會社の 唯一無二한 財産을 處分하였을 경우에는 特別한 事情이 없는 限 會社 營業의 全部 또는 그 重要한 部分이 繼續할 수 없다 할 것이므로 株主總會의 特別決議가 없으면 還買特約附賣買는 無效라고 判斷하였으나, 原審은 本件 不動産이 原告會社の 營業用財産인 點, 또 이를 處分함으로써 原告會社の 營業全部 또는 그 一部를 다른 사람에게 讓渡하거나 廢止하는 것과 같은 結果를 가져올 것이라는 點에 대하여는 아무런 審頭도 함이 없이 다만 本件 財産이 原告會社の 唯一한 財産이라는 事實만 가지고 곧 株主總會의 特別決議가 없으므로 그 處分이 無效라고 判斷하였음은 舊商法 第245條의 趣旨를 誤解함으로써 審理를 다하지 아니한 違法이 있다 할 것이다.

關與法官 全員一致에 의하여 破棄還送(李英燮, 方俊翹, 洪淳曄, 梁會卿)

〔參照條文〕 舊商法 第245條, 新商法 第374條

〔評 釋〕 結論에 同意하나, 判旨에는 贊成할 수 없다.

大法院은 本件 判決에서 株式會社の 財産이 「營業用財産」이고, 또 그 財産의 處分으로 인하여 「營業의 全部 또는 一部의 讓渡」나 「營業의 廢止」의 結果를 가져오는 경우가 아니라면 株主總會의 特別決議가 必要하다고 할 수 없다고 判示하여 會社の 重要財産의 處分만으로써는 당연히 舊商法 第245條第1項第1號의 適用을 받는 것이 아님을 밝히고 있다. 그러면 서도 大法院은 具體的으로 무엇이 「營業用財産」이고, 무엇이 「營業의 讓渡」에 해당하는 것이냐에 대하여는 전혀 그 態度를 밝히지 않고 있기 때문에 그 解釋上의 문제를 그대로 남겨 두고 있으며, 이 點에 관하여는 그 態度를 明白히 해 주는 것이 妥當하지 않았을까 생각한다. 그리하여 本稿는 먼저 營業讓渡에 관한 學說을 紹介하고 判例의 立場에 대하여 論하고 자 한다.

1. 營業의 讓渡

商法은 그 規制의 對象인 企業을 營業이라고 規定하고 있으면서 그 使用하는 바는 반드시 一定하지 않다. 즉 「營業을 한다」(商5條, 6條, 8條등)라고 規定한 것은 商人의 主觀的인 活動의 面을 나타내고 있으며, 「營業讓渡」(商41條以下)에 관한 規定에서는 去來의 客體인 客觀的인 存在로서의 面을 規制하고 있다. 이러한 側面에서 보면, 營業이라 함은 主觀的으로 는 營利活動을 意味하고, 客觀的으로는 企業의 一定한 營利目的을 위하여 存在하는 組織의 財産의 全體를 意味한다⁽¹⁾고 할 수 있다. 여기서 組織의 財産의 全體라 함은 社會的인 存在로

(1) 徐燦珪 商法講義(上卷) 136面.

서의 營業의 構成要素로서 認定되는 財産·活動 및 事實關係(good will, Chancen)를 포함하는 것으로 볼 수 있으며, 이들 要素의 어느 것에 重點을 두느냐에 따라 客觀的인 意義에 있어서의 營業도 營業財産說, 營業組織說, 營業行爲說 등으로 그 說이 갈려 있다.⁽²⁾ 그러나 營業에 관하여 어떠한 說을 取하든간에 단순한 營業用財産을 가지고 營業이라고 할 수는 없으므로, 대체로 營業이란 商人이 一定한 計劃에 따라 人的·物的設備를 通하여 營利活動을 實現하기 위한 獨立의 經濟單位이고, 社會的 經濟的으로 보면 一定한 活動과 그 活動을 實現하기 위한 物的手段이 營利의 目的에 의하여 統合組織化된 하나의 生活體라고 할 수 있다.⁽³⁾ 이러한 營業이 복잡하고도 多面的인 性格을 가지는 것은 당연하고, 實定法規가 營業을 規制함에 있어서는 營業의 어떤 面만을 取하여 그 對象으로 할 수 밖에 없게 된다. 따라서 實定法을 理解하고 適用하는 경우에 있어서는 보통 行해지고 있는 營業 내지 企業의 概念一般을 가지고 곧 그 基準으로 할 수는 없는 것이고, 각각 그 法規의 目的에 비추어 營業의 어떠한 面이 문제로 되어 있는가를 明白히 하지 않으면 안된다.⁽⁴⁾

營業의 讓渡라 함은 讓渡人이 가지는 營業이 全體로서 그 同一性을 害하지 않는 範圍內에서 契約에 의하여 讓受人에게 移轉하는 것을 말한다. 여기서의 營業은 客觀的인 去來의 對象이 되는 營業을 말하는 것은 물론이나, 그 營業의 多面的인 性格 때문에 營業讓渡의 法的性質에 대하여도 여러가지로 說이 나누이고 있으며, 그 가운데 몇 가지를 여기에 들기로 한다.

(a) 營業財産讓渡說: 營業讓渡를 營業財産의 讓渡라고 解하는 것으로서, 종래의 日本의 通說이다. 이 說은 營業에 관하여 營業財産說을 取하는 學者에 의하여 主張되는데, 近時의 營業財産說은 營業財産을 物件 또는 權利 뿐만 아니라 이른바 事實關係를 포함한 組織的一體로서의 財産이라고 하므로 營業讓渡도 이러한 組織的財産의 讓渡라고 解하고 있다.⁽⁵⁾ 또 營業을 一定한 營業의 目的에 의하여 組織化된 有機的인一體로서의 機能的財産이라고 보는 見解에서는 營業讓渡는 이러한 有機的인一體로서의 機能的財産의 移轉이라고도 한다.⁽⁶⁾

(b) 營業組織讓渡說: 營業의 讓渡는 그 營業에 固有한 事實關係 내지 營業의 組織의 讓渡이고, 各個의 財産은 이 營業의 組織의 從物로서 그 讓渡에 隨伴하여 移轉한다는 說이다.⁽⁷⁾ 이 說은 固定設備보다도 營業에 固有한 事實關係 내지 營業의 組織 그 自體에 重點이 있는 企業에 着眼한 것이나, 營業財産을 事實關係의 從物로서 다루는 것은 營業讓渡의 一般理論으로서는 不適當하다고 하지 않을 수 없다.⁽⁸⁾

(2) 大隅健一郎 商法總則 296面참조.

(3) 大隅·前掲書·295面.

(4) Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrecht., 1930, S. 166.

(5) 竹田省 商法總則 92面.

(6) 孫珠璣 增訂 新商法(上) 167面, 大隅·前掲書·312面.

(7) Pisko, Ehrenberg, Hdb, II. S. 221 ff.

(c) 營業財産 및 經營者地位讓渡併合說: 營業讓渡는 經營者의 地位를 引繼할 目的으로서 營業財産의 全部 또는 一部를 讓渡하는 こと라는 說이다.⁽⁹⁾ 이 說은 營業에 活力을 넣어 주는 것은 결국 人的要素이고, 또 營業財産도 營業에 一定한 方向을 提示하고 그에 個性을 付與하는 要素가 된다는 데서 二元的으로 說明한 것이다.

(d) 企業自體移轉說: 營業讓渡는 企業의 同一性을 유지하면서 企業自體를 移轉하는 契約이라는 說이다. 여기에 移轉이라는 것은 企業所有의 法的關係에 變動을 생기게 하는 것을 말한다. 널리 企業의 移轉이라고 할 때에는 企業의 所有와 經營의 兩面에서 變動을 생기는 것을 말하지만 좁게 營業讓渡라고 할 때에는 企業의 所有關係의 變動을 일으키는 것만을 가리키고, 經營關係만의 變動을 생기게 하는 企業의 貸貸借·經營委任과 구별한다.⁽¹⁰⁾

이와 같이 營業讓渡에 관한 說은 多様하나, 어느 것이나 營業讓渡가 단순한 營業財産만의 讓渡를 意味하는 こと라는 說은 存在하지 않으며, 또한 Müller-Erbach가 말한 바와 같이 企業(Unternehmen)이 「살아있는 에네르기」(lebendige Energie)로서⁽¹¹⁾ 社會的活力體라면 營業은 그것을 構成하는 各個의 財産物件의 價値의 단순한 總計를 넘는 特別한 價値를 가지는 것이며, 營業讓渡에는 그 構成財産의 總和以上の 價値가 付與되어야 하는 것은 물론이다. 그리하여 商法은 營業讓渡의 경우에 讓渡人이 營業을 再開하여 讓受人과 競爭을 하게 되면 營業讓渡의 實效를 거둘 수 없기 때문에 讓渡人에게 一定期間 동안 競業避止義務를 지우고 있다(商41條).

2. 舊商法 第 245 條의 營業讓渡와 大法院判例의 立場

舊商法 第 245 條 1 項 1 號는 株式會社가 「營業의 全部 또는 一部의 讓渡」(新商法第374條1項 部 또는 重要한 一部의)를 함에는 株主總會의 特別決議가 있어야 한다고 規定하고 있다. 株式會社에 있어서 營業讓渡는 본래 會社의 合併과는 달리 하나의 去來行爲로서 會社의 業務執行의 문제에 속하여 그것의 實行與否는 會社의 業務執行機關인 理事會(舊法에서는 理)에서 決定할 性質의 것이다. 그러나 이것을 實質的으로 보면 會社는 營業讓渡에 의하여 會社의 事業을 繼續할 수 없거나(舊商法第 404 條 3 號는 「營業의 全部의 讓渡」를 會社의 解散事由로) 또는 적어도 그 事業의 內容에 根本的으로 變更을 加하지 않으면 안될 경우가 생겨 會社株主의 利害關係에 直結되므로 商法은 「營業讓渡」를 理事會의 權限으로 하지 않고, 특히 株主總會의 特別決議事項으로 한 것이다. 이러한 會社法上의 營業讓渡도 總則에서 規定한 營業讓渡와 同一한 性質의 것이며, 會社가 營業을 讓渡한 경우에는 讓受人에 대하여 競業避止義務를 負擔하는 것은 물론이다. 따라서 會社法上의 營業讓渡도 단순한 會社財産만의 讓渡로써는 이

(8) JURIST No. 300 學說展望 186面참조.

(9) Wieland, Handelsrecht I. 1920, S. 255, 朴元善 舊商法(上) 123面, 徐燦珪·前揭書·138面.

(10) 鄭熙喆 新商法要論(上) 116面.

(11) Rudolf Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 1928, S. 73.

루어지지 않는다는 것은明白하나, 그 財産이 會社의 重要財産으로서, 그것의 處分으로 인하여 會社의 營業에 重大한 영향을 미치는 물론 株主의 利害關係에 돌이킬 수 없는 損害를 끼치게 될 때에는, 이것을 營業讓渡에 準하여 解釋할 것인가라는 문제가 提起된다. 立法例에 따라서는 이러한 疑問의 餘地없이 會社의 營業財産의 處分도 당연히 株主의 同意를 얻도록 한 것이 있다. 즉 獨逸株式法 第255條는 營業讓渡 뿐만 아니라 「全營業財産의 讓渡」(Eine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens)에도 株主總會의 特別決議를 거치도록 明文化하고 있으며,⁽¹²⁾ 美國法上에서도 보통 株式會社의 理事는 株主의 同意없이 會社의 全財産을 讓渡할 權限(Power to sell out the entire property of the Corporation)을 가지지 않으며⁽¹³⁾ 判例는 이것을 뒷받침하여 株式會社의 全財産의 讓渡는 株主의 同意를 第一次의인 基本要件으로 한다고 判示하고 있다.⁽¹⁴⁾

우리나라 大法院은 本件 判決과 1962年 1月 25日 判決⁽¹⁵⁾에서 株式會社의 重要財産의 處分이 株主總會의 特別決議를 要하느냐 않느냐에 관하여 뉴앙스가 전혀 다른 判決을 하고 있다. 즉 本件 判決에서는 判決要旨에서 보는 바와 같이 株式會社의 重要財産의 處分만 가지고는 반드시 株主總會의 特別決議가 必要하다고는 할 수 없다고 判示한데 대하여, 後者の 判決에서는 「株式會社의 唯一無二한 全財産의 處分은 特別한 事情이 없는 限 株式會社의 營業의 全部 또는 그 重要한 部分이 繼續할 수 없다 할 것으로서 이는 舊商法 第245條의 定한 바에 의하여 株主總會의 特別決議를 必要로 한다」라고 判示하여 株式會社의 重要財産의 處分은 特別한 事情이 없는 限 당연히 舊商法 第245條의 規定이 適用된다고 解釋하고 있다. 이와 같이 두 判例는 그 表現에 있어서 서로가 뉴앙스를 달리 하여 얼핏 보기에는 兩者가 判異한 것처럼 보이기 때문에 本件 判決이 後者の 判例, 즉 先判例를 뒤집은 것이라는 論⁽¹⁶⁾도 있으나, 兩者는 事實認定에 있어서 差異를 보일 뿐 그 本質에 있어서는 同一하다고

(12) Vgl. Hans Würdinger, Aktienrecht, 1959, S. 289.

(13) 5 ALR(American Law Reports) p. 930 f (Iowa Corporation § 126); 9 ALR 2d p. 1302; Fletcher, Cyclopedia Corporation, Vol.2 § 546, p. 602 and Vol.6A § 2936 p. 660; Stevens, On Corporations, 2nd ed., 1949, p. 566.

(14) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp., 14 Del. Ch. 193, 125 Atl. 46 (Fletcher, Vol. 2, p. 602).

(15) 62 다 538號 有體動産假處分事件(대법원판결집 제10권 4집 135면). 이 判例에 관한 贊成論으로 李丙浩 辯護士(司法行政 第4卷 8號—1963年 8月號), 反對論으로 姜鳳濟 辯護士(法曹時報 第32號—1963. 4. 16)가 있다.

(16) 金容晉 辯護士는 本判例에 대한 反對論에서 「本判決은 '從前에 大法院에서 判示한 法律의 解釋適用에 관한 意見を 變更'한 것이라고 볼 수 있는 것이며, 大法院이 從前에 判示한 法律의 解釋適用에 관한 意見を 變更할 必要가 있음을 認定하는 때에는 大法院判事 4人으로써 構成한 部에서 裁判할 수 없음에도 不拘하고(法院組 7條 1項 3號) 本件에 있어서는 大法院判事 4人으로써 構成한 部에서 裁判한 것이니만큼 大法院의 本件 判決은 이 點에 있어서도 違法이 아닐까 생각한다」라고 하였다(前揭 法曹春秋 第9號). 또 金裕鉉 辯護士도 「大法院은 모처럼 從前에 判示한 法律의 解釋適用에 관한 意見を 이에 反對하는 國內외의 學說, 判例의 물결에 따라 드디어 變更하였다고 보는 것이므로……」라고 하여 그 變更을 是認하고 있다(法曹春秋 第10號).

보아야 하지 않을까 생각한다. 왜냐하면 後者의 경우에는 特別한 事情, 例컨대 財産을 讓渡하고 새로운 財産을 購入하는 경우에는 株主總會의 特別決議를 要하는 것이 아니라고 解釋할 수 있고, 本件 判決에 있어서도 重要財産의 處分은 會社의 營業의 全部 또는 一部의 讓渡나 會社의 廢止 즉 會社를 繼續할 수 없는 結果를 가져오는 경우를 豫想하고 있으며, 또 이러한 경우에는 株主總會의 特別決議를 要한다고 解釋할 수 있기 때문이다.

그리고 大法院은 1958年 5月 20日 判決⁽¹⁷⁾에서 「鹽田이 原告會社의 全財産에 해당하는 營業上 重要한 財産이고, 原告會社가 本件 鹽田을 讓渡함에 있어서 그 株主總會의 特別決議가 없었다는 原判示事實을 充分히 認定할 수 있으므로 本件 鹽田은 原告會社 存續의 基礎인 重要한 營業財産이라 할 것인 바, 이러한 株式會社 存續의 基礎인 重要한 營業財産의 讓渡는 營業의 廢止 또는 中斷을 招來할 行爲로서 營業의 全部 또는 一部의 讓渡와 何等 徑庭이 없다 할 것이므로 營業讓渡에 관한 舊商法 第245條 第1項을 類推適用하여 株主總會의 特別決議에 의하지 아니하면 그 效力이 없다 함은 本件에 있어서 當院이 이미 說示한 判例로서 아직 이를 變更할 必要를 認定하지 아니하므로 이와 同趣旨의 原判決은 正當하다」고 判示하였고, 또 1963年 9月 12日 判決⁽¹⁸⁾에서는 「鑛業權이 訴外 會社의 거의 全財産이고 그것을 讓渡함에 있어 同會社의 株主總會의 特別決議를 거치지 않았다는 理由로 鑛業權讓渡契約이 舊商法 第245條 1項의 類推適用으로 그 效力을 發生할 수 없다는 뜻을 判示한 原審(光州高等法院) 判決을 破棄還送하였는데, 그 理由는 株式會社의 重要財産의 處分이 株主總會의 特別決議를 要하지 않는다는 것이 아니고, 鑛業權讓渡當時 同會社의 全株券을 代表理事가 所有하고 있었으므로 株主總會의 特別決議를 거칠 余地조차 없는 것이었다는 事實에 대하여는 審理하지 않고, 株主總會의 特別決議가 없었다는 事實만에 의하여 判斷한 點이 釋明權行使의 正當한 限界를 이탈한 것이라는 데 그 根據를 두고 있다.

이와 같은 大法院의 判例를 綜合해서 보면 文脈上 약간의 差異는 있으나 대체로 우리나라의 大法院은 株式會社의 重要財産의 處分은 營業의 讓渡 또는 廢止의 結果를 招來하는 경우에는 營業讓渡에 準해서 株主總會의 特別決議를 거쳐야 한다고 解釋하고 있음을 보이고 있다. 확실히 이러한 大法院의 態度는 商法이 營業讓渡를 株主總會의 特別決議事項으로 한 立法理由에서 볼 때에, 重要財産의 讓渡로서 會社의 存廢에 영향을 미칠 경우에는 株主總會의 特別決議에 의하여 그것을 決定짓도록 하기 위하여 舊商法 第245條(現行商法 第374條)를 擴張解釋하여야 한다는 것으로서 어느 程度의 妥當性을 認定할 수 있다.⁽¹⁹⁾ 그러나 이 경우에 具

(17) 4290 民上 460 鹽田所有權移轉登記抹消—上告棄却(語文關刊 大法院民事判例集 Ⅱ 29面以下).

(18) 63다 735 광업권이 전 등 록 말 소 등 록—破棄還送.

(19) 松田二郎·鈴木忠一「條解株式會社法」225—226面은 「營業財産의 全部 또는 一部의 讓渡에 관하여 株主總會의 特別決議를 必要로 한다」고 解釋하고 있으나, 이것은 日本에서도 少數說에 지나지 않는다.

體的으로 어느 것이 重要財産에 속하느냐는 實質問題를 다룬다는 것은 紛爭의 性質上 어려운 일이며, 또 營業讓渡의 性質이라든가 去來相對方의 保護의 問題를 고려에 넣을 때에는 判例의 立場은 法的安定性에 矛盾되는 것이 아닌가 생각한다.

3. 外國判例의 立場

이미 앞에서 본 바와 같이 會社財産의 讓渡에 株主總會의 特別決議를 要하도록 明文化하고 있는 獨逸株式法과 같은 法制下에 있어서는 重要財産의 處分과 營業讓渡가 어떠한 關聯이 있는가를 따질 必要가 없음은 말할 나위도 없다. 그러므로 여기서 다루어야 할 것은 우리 법과 똑 같은 規定을 두고 있는 日本의 判例의 立場이 主가 되지 않을 수 없다. 日本에서는 日本商法 第 245 條의 이른바 營業讓渡와 重要財産의 處분에 關連하여 訴訟上 다툴이 있는 事例를 比較的 많이 볼 수 있는데, 그 가운데 다섯 가지 事實만을 골라 例示하고자 한다.⁽²⁰⁾

(a) 大審判・昭和 12.10.19(判決全集 4輯 21號, 21面): 株式會社가 그 營業財産의 一括讓渡를 目的으로 하는 豫約을 締結함에 있어서는 株主總會의 承認決議를 거쳐야 하고, 만일 그 決議를 거치지 않는다면 該豫約은 그 效果를 發生하지 않고, 따라서 會社에 대해서 아무런 拘束力을 가질 수 없다.

(b) 大阪地判・昭和 25. 6. 6(下民 1卷 6號, 865面): 會社의 主要設備를 讓渡擔保에 提供한 경우에 있어서 그것이 會社의 運營上 必要한 資金獲得을 위한 것이고, 오히려 當會社의 營業의 維持繼續을 目的으로 한 것으로 商法 第 245 條에 말하는 營業讓渡는 아니다.⁽²¹⁾

(c) 東高判・昭和 31.6.23(高裁民集 9卷 5號, 365面): 營業의 重要한 財産이고,……그것이 離脫하는 때에는 特別한 事情이 없는 限 전혀 그 營業을 할 수 없거나 적어도 그 規模를 大幅으로 縮小하지 않으면 안된다는 것이 明白하고, 會社의 運命에 重大한 影響을 미치는 것이 明瞭하므로……營業의 活動의 地位의 承繼를 隨伴하지 않는다 하더라도 商法 第 245 條 1號에 이른바 營業의 全部 또는 重要한 一部의 讓渡를 目的으로 하는 法律行爲와 實質上 差異없고, 商法 第 343 條에 規定하는 株主總會의 特別決議가 없는 限 無效라고 解하는 것이 相當하다.

(d) 東高判・昭和 32.10.22(下級民集 8卷 10號, 1959面): 營業의 讓渡라 함은 社會의 活力있는 有機體로서의 營業으로서 단순한 營業財産의 讓渡가 아니다. 따라서 本件 建物の 讓渡는 단순한 營業財産의 讓渡로서……財産이 會社의 重要財産이라 하더라도 '重要한 財産의 讓渡에 關하여 株主總會의 特別決議를 要한다는 뜻의 特別規定이 없으므로 이를 必要로 하지 않는다.'⁽²²⁾

(20) 仔細한 것은 判例體系 18(I) 151 面以下, ジュリスト 1964 臨時增刊 會社判例百選 84 面 참조.

(21) 이것은 1950 年 日本商法改正以前, 즉 우리 舊商法과 같은 商法典下에서 일어난 事案이며, 大塚 市助는 判旨에 贊成하고 있다(東京大學商法研究會 商事判例研究 昭和 25 年度 85 面).

(22) 中馬義直은 이 判旨에 贊成(ジュリスト No. 204, 1960 年 6 月 15 號, 76 面以下).

(e) 最高裁・昭和 36. 10. 13(民集15卷9號 2409面): 賣買의 目的物이 株式會社의 重要財産이라 하더라도 이러한 財産을 目的으로 하는 賣買는 株主總會의 特別決議를 거치지 않으면 無效라고 解할 根據는 없다.⁽²³⁾

日本の 判例는 初期에 있어서는 營業財産의 讓渡는 營業讓渡에 準해서 解釋되어 株主總會의 特別決議를 거치지 않으면 無效라는 立場을 取하고 있었다(a 참조). 그러나 1950年 商法 改正以後에는 물론 (c)例에서 보는 바와 같이 株式會社의 重要財産의 讓渡는 特別한 事情이 없는 限 會社의 營業을 할 수 없는 등 會社의 運命에 重大한 影響을 미치는 것이 明白하여 營業讓渡와 區別할 必要가 없다는 立場⁽²⁴⁾도 있으나, 대체로 「단순한 財産의 讓渡 내지 讓渡擔保는 가령 그것이 會社에 있어서 全財産 내지 重要한 一部에 관한 것이라 하더라도 商法 第 245條의 營業讓渡에 該當하지 않는다」는 見解로 集約될 수 있다.⁽²⁵⁾ 이러한 判例의 立場은 日本商法 第 245條의 營業讓渡를 社會의 活力있는 有機體로서의 營業을 讓渡하여 實質上 營業活動의 地位를 讓受人에게 移轉한다는 것을 前提로 하고 있다고 할 수 있으며, 營業讓渡의 性質上 妥當한 것이다.

美國에서는 앞에서 말한 바와 같이 會社의 全財産의 讓渡는 株主의 同意를 要件으로 하고 있는데, 특히 캘리포니아州 民法典 第 343條와 會社法典 第 3901條에 株式會社의 全財産 또는 實質的인 全財産(all or substantially all of its property)의 讓渡는 株主總會의 決議나 株主의 書面同意가 있어야 한다는 뜻을 明文化하고 있다.⁽²⁶⁾ 그러나 Jeppi v. Brockman Holding Co. 事件에서 캘리포니아州의 最高法院은 Brockman Holding Co. 가 故人의 財團(decendent's estate)의 遺產을 處理하고 管理하기 위하여 組織되었고, 1944年 株主總會에서 會社를 可能한 限 빨리 廢鎖하기 위하여 남아 있는 財産을 處分할 것에 同意하였다는 理由로 株主의 同意없이 社長(president)이 한 賣買契約(contract of sales)은 營業의 通常의 過程(normal course of business)에 속하므로 同州民法 第 343條의 制限的 規定을 適用받지 않는다는 뜻을 判定하였다.⁽²⁷⁾ 다시 말하면 法典上의 規定은 다만 財産의 數量(quantity of the property)에 의해서 適用될 것이 아니라, 株主의 同意與否는 그 賣買가 會社營業의 正常的(regular) 過程이고, 또

(23) 喜多川篤典는 이 判旨에 反對(ジュリスト 前掲・會社法 判例百選 84面).

(24) 이러한 判例의 立場에 贊成하여 會社의 營業의 廢止를 結果하는 營業用財産의 全部 또는 重要한 一部의 讓渡에도 株主總會의 特別決議를 必要로 한다고 解釋하는 見解도 적지 않다(松田・鈴木・前掲書 226面, 喜多川 前掲 會社法判例百選 84面 등・金容晉・前掲・法曹春秋도 同旨).

(25) 大賀 祥充 營業財産의 讓渡擔保と 株主總會의 特別決議(慶應義塾 法學研究 第 38卷第 2號68面).

(26) 9ALR 2d p. 1302(Cali. Civil Code 343, Corporation Code 3901 "No Corporation shall sell……all or substantially all of its property and assets……unless under authority of a resolution of its board of directors and with the approval of the principal terms of the transaction and the nature and amount of the consideration by vote or written consent of shareholders……")

(27) Frank Jeppi v. Brockman Holding Co., Calif. Supreme Court—June 3, 1949. (34 Cal 2d (Adv. 10), 206 p 2d 847, 9 ALR 2d 1297).

會社存在의 目的達成(in furtherance of the express objects of its existence)을 위한 것이냐, 아니면 營業의 通常의이고 正常的過程以外的 것이냐에 따라 決定되어야 하는 것임을 보이는 것이다.⁽²⁸⁾ 그리고 Wisconsin Business Corporation Act⁽²⁹⁾ 第 70 條는 業務의 通常의이고 正常的 過程에서는 會社의 모든 또는 實質上 모든 財産 및 資産의 賣却……는 株主의 承認 또는 同意없이 할 수 있음을 明文으로 規定하여, 營業의 通常의 過程에 있어서는 財産의 處分을 株主의 同意없이 할 수 있음을 認定하고 있다. 이러한 美國의 判例와 法律은 앞으로 우리 立法政策上 좋은 參考가 될 것이다.

4. 批 判

本件의 事實에 의하면 原告會社는 醫藥品의 製造販賣를 目的으로 하는 株式會社로서 會社 資産狀態의 惡化로 唯一無二한 不動産을 代表理事 甲이 株主總會의 特別決議를 거치지 않고 訴外 乙에게 還買特約附賣買契約, 즉 이른바 讓渡擔保에 의하여 그 所有權을 넘겨 주게 되었고, 그로 인하여 會社의 營業全部가 繼續할 수 없게 되었으며, 原審은 證據에 의하여 이러한 事實을 認定하여 還買特約附賣買는 無效라고 判斷하였다. 이에 대하여 大法院은 그 不動産이 原告會社의 營業用財産인 點 또 이를 處分함으로써 原告會社의 營業全部 또는 그 一部를 다른 사람에게 讓渡하거나 廢止하는 것과 같은 結果를 가져올 것이라는 點에 대하여는 아무런 審理도 없이, 다만 本件 不動産이 原告會社의 唯一한 財産이라는 事實만 가지고 곧 株主總會의 特別決議가 없으므로 그 處分이 無效라고 判斷하였음은 舊商法 第 245 條의 趣旨를 誤解함으로써 審理를 다하지 아니한 違法이 있다고 判示하여 原審判決을 破棄還送하였다. 여기서 우리는 原審이 證據에 의하여 處分한 不動産이 會社의 唯一한 財産이고 株主總會의 特別決議가 없었던 것만을 認定하여 그 財産處分이 無效라고 判示한 것은 不當하고, 더 나아가서 그 唯一한 財産이 營業用財産이나, 그 處分이 營業讓渡 또는 廢止의 結果를 가져오는 것이냐의 實質的인 문제까지도 審理하여 그 無效與否를 가려야 한다는 데에 破棄還送의 理由를 찾을 수 있을 것이다. 확실히 이러한 態度는 앞에 든 大法院의 다른 判決이 「特別한 事情이 없는 限」 당연히 그러한 結果를 가져올 것이라고 前提한 것보다는 앞섰다고 할 수 있으나, 그 讓渡가 會社의 運命에 重大한 影響이 있느냐 없느냐의 實質的인 문제를 考慮에 넣고 있는 限 전혀 同質의 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 이것이 訴訟上의 문제로 擡頭될 때에는 벌써 會社의 運命에 어떠한 影響이 미치고 있는 것이 一般的인 것이기 때문이다.

本件 判決에서 營業讓渡가 무엇을 가리키느냐는 明白하지 않으나, 前後 文面에서 살펴 볼 때 단순한 重要財産만의 讓渡로써는 이에 該當하지 않으나, 重要財産이 營業財産인 경우에

(28) 9 ALR 2d p. 1303.

(29) 이 법은 朱文基 譯 法務資料 第 30 輯 「위스콘신州事業會社法」으로 出刊되었다.

는 그 讓渡에 株主總會의 特別決議를 거쳐야 할 때가 있다는 것을 示唆하는 것 같다. 또 여기서 營業用財産이라 함은 原告會社가 醫藥品の 製造販賣를 目的으로 하는 會社이므로 賣買의 目的이 되어 있는 不動産이 그 醫藥品の 製造工場을 가리키는 것이 아닌가 생각한다. 오늘날 工場의 讓渡가 法律上 어떠한 取扱을 받느냐는 明白하지 않으나, 가령 經營技術의 見地에서 그것이 一體로서 組織化된 機能的財産을 形成하고 있는 경우에는……그 讓渡는 營業의 一部分의 讓渡로서 解하여야 한다는 見解⁽³⁰⁾에 의한다 하더라도 工場建物 또는 地인 不動産만을 讓渡한다든가 하는 것은 有機的一體로서의 財産에 속하는 것이 아니므로 營業讓渡에 해당하는 것이 아니다. 따라서 重要財産만의 讓渡는 營業讓渡의 性質上 그것이 비록 營業用財産으로서 讓受人이 그 財産을 가지고 同種의 營業을 하는 경우라 하더라도 會社가 競業避止義務 등을 지지 않는 限 營業讓渡라고 볼 수 없다. 다음으로 營業의 廢止라 함은 營業을 終結하고 營業行爲를 하지 않는 것을 이르는데, 本件 事實과 當事者의 主張에서 보면 原告會社가 唯一한 財産인 不動産을 還買特約附賣買處分을 한 後 다른 物件에 의하여 代置하였다는 것을 볼 수 없으며, 따라서 物的會社인 株式會社가 唯一한 財産을 잃게 되면, 적어도 會社의 營業을 繼續할 수 없는 結果, 즉 廢止의 現象을 가져오게 되는 것은 無理가 아닐 것이다. 이와 같이 볼 때에 本件 大法院判決이 重要財産의 處分만 가지고 당연히 株主總會의 特別決議를 거쳐야 하는 것은 아니라고 判示하면서 會社運命에 끼치는 重大한 影響의 有無에 관한 實質的인 事項을 審理하여 株主總會의 特別決議與否를 判斷하도록 한 것은 法解釋의 形式的 安定性을 害하는 것으로 再考할 필요가 있을 것이다. 물론 商法의 基本的 理念인 企業維持의 觀念과 理事의 專橫을 防止한다는 觀點에서 보면 重要財産의 讓渡가 會社營業에 어떠한 影響을 미치느냐에 관하여 具體的인 判斷을 加하여 株主總會의 特別決議與否를 決定하는 것은 合理的이라 할 수 있고, 具體的正義에 附合할 수 있을 것이다, 결국 實質的 判斷의 餘地를 남겨 두면 業務執行機關인 理事가 한 行爲가 自己會社에 有利하면 放置하고, 事情變更 등으로 不利하면 이것을 利用하게 된다면 會社去來의 動的安全의 保護란 期할 수 없으므로 舊商法 第245條(新商法 374條)의 擴張解釋은 不當한 것이다.⁽³¹⁾ 특히 本件의 事實에서 보면 重要財産의 處分은 단순한 讓渡가 아니고, 資金調達의 方法으로 讓渡擔保, 즉 還買特約附賣買契約를 締結한 것이 明白하므로 舊商法 第245條를 擴張解釋한다 하더라도 앞에서 든 Jeppi v. Brockman Holding Co. Case에 비추어 볼 必要도 없이 그 讓渡擔保行爲는 金融調達의 手段으로서 會社의 營業을 위한 通常의 過程에 속하는 것으로 보아야 될 것이며, 따라서 이것은 理事의 業務執行權限의 範圍內에 속하는 것으로 株主總會의 特別決議與否는 전혀 문제 밖의 것이라고 보는 것이 妥當하지 않을까 생각한다. 이와 같은 觀點에서 筆者는 本件 判

(30) 大隅・前掲書・316面, 鈴木竹雄 營業讓渡と總會의 決議(商法演習 I 會社 139面).

(31) 金裕鉉・前掲 法曹春秋 第10號참조.

決의 結果에 대해서는 贊成하면서도 實質的인 事案을 審理하도록 한 判旨에 대하여는 異議를 提起하는 바이다.

5. 附 言

本件 判決은 舊商法下에서 일어난 事件을 우리 商法이 施行된 後에 내려진 것이다. 우리 商法이 舊商法 第404條와 같이 「營業의 全部의 讓渡」를 會社의 解散事由로 하지 않았고, 第374條에 「營業의 全部 또는 重要한 一部의 讓渡」라고 規定하였다 하더라도 重要財産의 處分이 第374條의 規定에 의하여 株主總會의 特別決議를 거쳐야 하느냐 않느냐, 또 重要財産의 處分으로 會社의 運命에 重大한 影響을 미치고 株主의 利益에 反하는 때 이를 어떻게 保護할 것이냐 하는 문제는 그대로 남는 것이다. 따라서 理事의 恣意에 의한 重要財産의 處分이 있는 경우 會社企業의 維持와 株主의 保護를 위하여 現行商法 第374條의 規定을 擴張解釋함으로써 이것을 解決하는 것이 具體的인 事案에 附合하는 때가 있을 것이다. 그러나 이 경우에 있어서는 그 實際問題의 判斷基準을 어디에 둘 것이냐의 어려운 문제가 따르게 되며, 또 이와 같이 한다면 앞서도 指摘한 바와 같이 會社의 形便에 따라 理事가 이를 濫用할 우려가 있으며, 紛爭의 씨를 마련하여 法的安定性을 害하게 될 것이다. 이와 같은 觀點에서 볼 때 商法 第374條의 擴張解釋은 不當하다고 아니할 수 없으나, 그렇다고 해서 單純히 形式論理에 치우쳐 重要財産의 處分의 경우, 그것이 營業讓渡의 一環으로서 이루어지지 않는 때에는, 다시 말해서 會社가 競業避止義務를 負擔하는 경우가 아니라면 會社의 存廢與否를 묻지 않고 重要財産의 處分을 有效한 것으로 한다면 具體的인 正義에 反하여 企業의 維持는 물론 會社의 株主 및 債權者의 利益을 害하는 경우도 있을 수 있으며, 이러한 경우에는 商法의 企業維持의 觀念과 債權者保護의 理念에도 어긋나게 될 것이다. 그리하여 우리는 이러한 不合理한 點을 是正하고 法的安定性과 會社企業의 保護를 위하여 獨逸株式法이나 美國法에서와 같이 株式會社의 「重要財産의 讓渡」에 대하여는 一定한 基準을 定하여 株主總會의 特別決議를 거치도록 立法化할 것을 提言한다. 그리고 會社는 定款에 「重要財産의 讓渡」를 株主總會의 特別決議事項으로 하여 自律的인 規制를 둠으로써 어느 程度 內部的으로는 理事의 重要財産의 處分을 牽制할 수도 있을 것이다.