

- 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결 -

윤진수\*\*

〈사실관계〉	Ⅲ. 제150조의 유추적용 여부
〈소송의 경과〉	Ⅳ. 피고의 협조 의무 불이행이 신의성실에 어긋나는가?
〈대상판결〉	Ⅴ. 인과관계
〈평석〉	Ⅵ. 선택채권인지 여부
Ⅰ. 서론	Ⅶ. 결론
Ⅱ. 제150조의 연혁과 입법취지	

〈사실관계〉<sup>1)</sup>

1. 당사자들의 관계

원고는 투자목적회사로서 3개의 사모투자전문회사(‘이 사건 제1투자자들’)가 그 지분의 100%를 소유하고 있다. 피고는 두산그룹에 속하는 계열회사이며, A 회사는 피고가 1994년경 중국에 설립한 회사로서 중국에서 ‘두산’ 브랜드의 건설기계와 산업차량을 조립·판매하는 방식의 사업구조를 가지고 있다. B 회사는 A 회사와 같은 피고의 중국 내 종속기업의 지주회사이다.

■ 접수일: 2021.07.25 심사일: 2021.09.13 수정일: 2021.09.25 게재확정일: 2021.09.27

\* 이 글은 필자가 대법원에 제출하였던 의견서를 바탕으로 한 것으로, 2021. 7. 2. 한국민사법학회 제2회 판례연구회에서 발표하였던 것을 수정 보완한 것이다. 여러 가지 문제점을 지적하여 준 당시의 지정토론자인 서울대 이계정 교수님과 익명의 심사위원들에게 감사의 뜻을 표한다.

\*\* 서울대학교 법학전문대학원 명예교수, 법학박사, 변호사

1) 이 사건에는 실제 원고와 피고가 각각 복수이고, 여러 쟁점이 있으나, 이 평석에서 살펴보려는 것 외의 사실관계는 생략하였다.

## 2. A 회사 지분에 관한 매매계약과 주주간 계약

피고 회사와 B 회사는 2011. 3. 25. 이 사건 제1투자자들에게 자신들이 보유하고 있던 A 회사의 지분(각 90%와 10%) 중 10%씩 합계 20%를 3,800억 원에 매도하는 계약을 체결하였다. 동시에 이 사건 제1투자자들과 피고는 A 회사 주주 간 계약을 체결하였는데, 이후 원고가 이 사건 제1투자자들의 A 회사의 지분매매계약과 A 회사 주주 간 계약상 지위를 승계하였다.

A 회사 주주 간 계약 제3.4조에서는 3년 내에 A 회사의 기업공개가 이루어지지 않으면 일방 당사자가 A 회사 주식을 매도할 수 있도록 정하고 있는데, 구체적인 내용은 아래와 같다.

가. A 회사 주식 전부를 매도하고자 하는 일방 당사자(‘매도주주’)는 원칙적으로 복수의 매수희망자들이 회사에 대한 실사를 실시하고 매수희망 가격과 거래조건을 제시하는 입찰절차를 진행해야 하며, 그 결과 가장 유리한 가격과 거래조건을 제시한 매수예정자가 결정된 이후로서 매수예정자와 정식계약을 체결하기 전에 상대방 당사자에게 매도결정통지를 해야 한다.

나. 매도주주는 상대방에게 동일한 매도절차에서 동일한 가격과 거래조건으로 상대방 당사자가 보유하고 있는 A 회사 주식 전부를 매도할 것을 요구할 수 있고[이를 ‘동반매도요구권(drag-along right)’이라 한다], 동반매도요구권을 행사하고자 하는 매도주주는 매도결정통지에 그 행사 여부를 명시해야 한다.

다. 동반매도요구권 행사의 의사가 명시된 매도결정통지를 수령한 상대방 당사자는 매도주주의 동반매도요구에 동의하거나(x), 매도주주가 보유한 회사의 주식 전부를 매도결정통지에 기재된 가격 또는 사전에 약정한 가격 중 상대방 당사자가 선택한 가격으로 매수하거나(y), 매도주주가 보유한 회사의 주식 전부를 보다 유리한 조건으로 새로운 제3자에게 매도할 것을 제안할 수 있다(z). 다만 상대방 당사자가 매도결정통지를 수령하고도 14일 이내에 위 (x), (y), (z)의 통지를 하지 않으면 (x)로 간주된다.

위 (x)의 경우 매도주주와 상대방 당사자는 매수예정자와 회사 주식 전부를 매도하는 계약을 체결한 것으로 간주되고, (y)의 경우 상대방 당사자의 제안서가 매도주주에게 도달한 시점에 매도주주와 상대방 당사자 사이에 제안서에 기재된 가격에 따른 주식매매계약이 체결된 것으로 간주된다. (z)의 경우 매도주주의 귀책사유 없이 새로운 제3자와 매매계약이 일정 기간 내에 체결되지 못할 경우에는 매도주주가 한 매도결정통지에 따른 가격 등에 대한 상대방 당사자의 동의가 간주되어 매도주주와 상대방 당사자는 매수예정자와 회사 주식 전부를 매도하는 계약을 체결한 것으로 간주된다.

매도주주가 동반매도요구권 행사의 의사를 표시하지 않은 경우에도 상대방 당사자는 매도주주의 주식 전부를 자신이 매수하거나, 매도주주에게 자신의 주식 전부를 함께 매각하라고 요구하는 등의 권리를 행사할 수 있다[제3.4조 (c)항].

### 3. 원고의 A 회사 지분 매각절차 진행 과정

가. 원고는 A 회사 지분매매계약 종결일부터 3년이 지난 2014. 4. 28.까지 A 회사에 대한 기업공개가 이루어지지 않자, 2014. 6. 10. 피고에 A 회사의 매각절차를 진행할 의사를 밝히면서 그 무렵부터 매각절차 준비를 위한 자료로서 A 회사 경영권 지분 매각과 관련하여 중국법상 제한이 없음을 확인할 수 있는 자료 등의 제공을 요청하였다. 그러나 피고는 해당 자료들은 외부 유출이 엄격하게 금지되는 것으로 진정성 있는 매각절차가 구체화되는 시점에서 검토하겠다고만 답변하면서 요청한 자료들을 제공하지 않았다. 이후 원고는 매각주간사를 선정하였다.

나. 원고는 2014. 9. 5. 법원에 피고를 상대로 매도자 실사에 필요한 자료의 열람·등사를 구하는 가처분을 신청하였고, 법원은 2015. 3. 2. 위 원고가 신청한 자료 중 A 회사의 증장기사업계획서 부분을 인용하였다. 이에 따라 피고는 2015. 3. 18. 원고에 A 회사의 2015년 증장기사업계획서를 제공하였다. 원고는 2014. 11.경 매각주간사와 자신이 자력으로 수집한 자료를 이용하여 A 회사를 소개하는 안내서를 작성하였다.

다. 원고는 2015. 5. 26. 피고에 위 두 회사가 보유한 A 회사 지분을 동반매각하기 위한 입찰절차를 개시하겠다는 통지를 발송한 다음, 2015. 5. 28. 두 신문에 매각대상주식을 ‘A 회사 지분 100% 전체’로 기재하여 이 사건 매각 공고를 하였다.

라. 피고는 2015. 6.경 C 증권을 이 사건 매각절차에 관한 자신의 자문사로 선정하였고, 원고는 2015. 6. 16. C 증권에 투자소개서 목차를 보내면서 그 작성을 위한 자료 제공을 요청하였다.

마. 원고와 매각주간사, 피고와 C 증권 등은 이 사건 매각절차를 진행하기 위해 2015. 6. 24.과 2015. 8. 19. 두 차례에 걸쳐 회의를 열었다. 원고는 2차 회의에서 피고에 2015. 4. 1. 받았던 D의 인수의향서와 2015. 7. 31. 받았던 E의 인수의향서가 있다고 알려주었다. 이후 원고는 피고에 위 인수의향서를 전달하면서 D와 E가 문의한 115개 질문 목록에 대한 답변과 자료제공을 요청하였으나, 피고는 원고가 답변을 요청한 사항은 향후 협상을 거쳐야 구체적 논의가 가능하고 현 단계에서는 답변하기 어렵다는 취지로 회신하였다. 원고는 피고에게 다시 D 등의 자료제공 요청과 제안 수용 여부에 대한 답변을 요청하였고, 피고는 C 증권을 통해 D 등을 직접 만나 그 진정성과 선의를 확인하고 싶

다고 제안하였으나 원고의 자료제공 요청에는 응하지 않았다. 원고는 피고의 위 제안에 응하지 않았고, 이 사건 매각절차는 더 이상 진행되지 않았다.

## 〈소송의 경과〉

### 1. 원고의 소 제기

원고는 2015. 11. 19. 다음과 같이 주장하며 이 사건 소를 제기하였다. 주위적으로, 매수예정자 결정이 이 사건 동반매도요구권 행사의 조건인데 피고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였으므로 민법 제150조 제1항에 따라 A 회사 지분에 관한 매매계약 체결이 의제되고 피고는 매매대금을 지급할 의무가 있다. 예비적으로, 피고의 기망 또는 원고의 착오를 이유로 A 회사 지분매매계약을 취소하였으므로, 피고는 부당이득을 반환할 의무가 있다.

### 2. 제1심 및 원심 판결

제1심법원은 원고의 주위적 청구와 예비적 청구를 모두 기각하였으나, 원심법원은 다음과 같은 이유로 원고의 주위적 청구를 받아들였다. 그 요지는 다음과 같다.

매수예정자와 매각금액 결정은 동반매도요구권 행사의 조건이고, 피고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였으므로, 민법 제150조 제1항에 따라 조건의 성취가 의제되어야 한다. 피고는 위와 같은 동반매도요구권 행사의 효과로서 (x) 원고의 동반매도요구에 응하거나, (y) 원고가 보유한 A 회사 지분 20%에 대하여 ① 매도결정통지에 기재된 것과 동일한 가격 또는 ② 사전에 결정한 가격으로 우선매수권을 행사하거나,<sup>2)</sup> (z) 매도결정통지에 기재된 것보다 유리한 조건으로 새로운 투자자에게 매도할 것을 제안할 의무가 있다. 원고의 동반매도요구권은 그 행사 결과 원고의 매도결정통지로부터 14일 이내에 위 (x) 내지 (z) 중 상대방인 피고의 선택에 좇아 피고가 지는 급부의 내용이

2) 구체적으로는 매도결정통지일 직전 사업연도 A 회사 EBITDA(이는 Earning Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization의 약자로서, 이자, 세금, 감가상각비, 무형자산상각비 차감 전 이익을 말한다)에 거래배수를 곱한 금액에서 위 통지일 직전 사업연도말 기준 A 회사의 순차입금을 공제한 금액에 원고의 지분율 20%를 곱하여 산정한 가격과 A 회사 지분매매계약 제2.2조가 정한 지분매매대금 3,800억 원에 위 지분매매계약 종결일 2011. 4. 28.부터 원고의 지분 20%에 대한 매매대금 지급예상일까지 연간 내부수익률 15%를 적용하여 산정한 금액에 이미 지급받은 배당금을 공제한 가격이다.

확정되는 선택채권의 성격을 가진다. 그런데 피고가 이 사건 매각절차에 협조할 의무를 위반하여 매도결정통지에 포함되어야 할 매도예정자와 매각금액이 결정되지 못하였으므로, 매도예정자와 매각금액 결정을 전제로 하는 위 (x), (z) 및 (y) 중 ①의 금액(매도 결정통지에 기재된 것과 동일한 가격)으로 우선매수권을 행사하는 것은 이행이 가능하지 않게 되었다.

그러므로 원고의 동반매도요구권의 목적은 민법 제385조 제1항<sup>3)</sup>에 따라 잔존한 위 (y) 중 ②의 사전에 결정한 가격으로 우선매수권을 행사하는 것으로 특정되어 원고와 피고 사이에는 피고가 원고가 보유한 A 회사 지분 20%를 위 ②항에 기재된 가격 중 큰 금액을 매도가격으로 하여 매수하기로 하는 매매계약이 체결된 것으로 의제된다. 그런데 동반매도요구권 행사에 따른 위 (x), (y), (z) 가운데 (y)만이 유일하게 이행이 가능하므로, 이에 따라 원고와 피고 사이에 원고 소유의 A 회사 지분에 관한 매매계약 체결이 의제된다. 따라서 피고는 원고에 그 매매대금을 지급할 의무가 있다.<sup>4)</sup>

### 〈대상판결〉

그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결 중 일부를 파기환송하였다.<sup>5)</sup>

1. 피고는 원고가 진행하는 매각절차의 상황과 진행단계에 따라 A 회사 지분의 원활한 매각을 위해서 적기에 A 회사에 관한 자료를 제공하고 A 회사를 실사할 기회를 부여하는 등의 방법으로 협조할 의무가 있다. 이와 더불어 원고 역시 동반매도요구권을 행사할 것을 전제로 매각절차를 진행하는 매도주주로서, 상대방 당사자인 피고의 요청이 있는 경우 매수예정자가 진정으로 매수할 의향이 있는지, 인수 목적이냐 의도에 별다른 문제가 없는지 등을 확인하는 데 필요한 정보를 적절한 시기에 제공하는 등 협조할 의무가 있다.

2. 민법 제150조 제1항은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 법질서의 기본원리가 발현된 것으로서, 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다. 당사자들이 조건을 약정할 당시에 미처 예견하지 못했던 우발적인 상황에서 상대방의 이익에 대해 적절히 배려하지 않거

3) 제385조 ① 채권의 목적으로 선택할 수개의 행위 중에 처음부터 불능한 것이나 또는 후에 이행불능하게 된 것이 있으면 채권의 목적은 잔존한 것에 존재한다.

4) 이동건·류명현·이수균, “주주간 계약상 주식양도의 제한”, BFL 88호, 2018, 33면 이하는 원심판결을 지지한다. 위 글의 필자 중 이동건 변호사는 원고의 소송대리인인 법무법인의 담당변호사였다.

5) 상고기각된 부분은 이 평석의 대상이 아니므로 소개하지 않는다.

나 상대방이 합리적으로 신뢰한 선행 행위와 모순된 태도를 취함으로써 형평에 어긋나거나 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 결과를 초래하는 경우 신의성실에 반한다고 볼 수 있다. 민법 제150조 제1항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다. 그러나 민법 제150조 제1항이 방해행위로 조건이 성취되지 않을 것을 요구하는 것과 마찬가지로, 위와 같이 유추적용되는 경우에도 단순한 협력 거부만으로는 부족하고 이 조항에서 정한 방해행위에 준할 정도로 신의성실에 반하여 협력을 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없는 상태가 되어야 한다. 또한 민법 제150조는 사실관계의 진행이 달라졌더라면 발생하리라고 희망했던 결과를 의제하는 것은 아니므로, 이 조항을 유추적용할 때에도 조건 성취 의제와 직접적인 관련이 없는 사실관계를 의제하거나 계약에서 정하지 않은 법률효과를 인정해서는 안 된다.

3. A 회사 주주 간 계약에 따르면, 동반매도요구권 행사의 통지를 받게 되는 상대방 당사자로서는 매수예정자와 매각금액이 결정되어 있어야만 매도주주의 동반매도요구에 응할 것인지[(x)], 아니면 자신의 선택에 따라 매도주주가 보유한 주식을 자신이 매수하거나[(y)] 매도결정통지에 기재된 내용보다 유리한 조건으로 새로운 제3자에게 매도하도록 제안할 것인지[(z)]를 결정할 수 있다. 매수예정자와 매각금액을 특정할 수 없는 이상, 조건 성취 방해에 따른 조건 성취를 의제하더라도 그것만으로는 곧바로 매도주주와 상대방 당사자 사이에 어떠한 법적 효과가 발생하는지를 정할 수 없다.

4. 동반매도요구권 행사에 따른 효과를 규정한 위 조항들의 내용을 종합하면, 상대방 당사자인 피고가 어떠한 경우에도 A 회사 경영권 유지 등의 목적으로 자신의 지분을 매각할 수 없고 반드시 보유해야만 하는 등 특별한 상황이 아니라면 (y)와 (z)는 매도주주로부터 동반매도요구권 행사의 통지를 받은 상대방 당사자가 그 행사 여부를 선택할 수 있는 권리라고 할 수 있고, 상대방 당사자가 선택해야만 하는 의무로 보기는 어렵다. 피고의 선택이 있어야만 (x), (y), (z)에 따라서 매매계약의 당사자, 매매대상, 매매금액 등이 전혀 다른 별개의 매매계약의 체결이 의제되는 법적 효력이 발생한다. 매수예정자와 매각금액이 특정되었다고 볼 수 없는 상태에서 조건 성취 방해에 따른 조건 성취를 의제하더라도 그것만으로 곧바로 매도주주와 상대방 당사자 사이에 어떠한 법적 효과가 발생하는지를 정할 수 없으므로, 이에 따라 원고가 갖는 구체적인 권리와 의무의 내용을 정할 수 없다.

5. 기업인수계약은 일반적으로 매도인이 회사에 관한 투자소개서와 입찰서류를 배포하여 그에 응한 사람들 가운데 입찰적격자를 선정한 다음 구속력 있는 입찰제안을 받아

서 우선협상대상자를 선정하고, 우선협상대상자와 양해각서를 체결한 다음 대상회사에 대한 정밀실사를 거쳐 인수대금을 조정하며, 대금 지급 시기와 경영권 이전 시기 등을 조율하는 등의 절차를 거친 다음에 비로소 본계약을 체결하게 된다. 그런데 이 사건 매각절차는 원고가 D와 E로부터 법적 구속력이 없는 인수의향서만을 제출받은 상황에서 투자소개서 작성을 준비하고 있던 초기 단계에서 중단되었다. 동반매도요구권이 행사되어 A 회사의 지분 100%가 매도될 수 있음을 전제로 진행되었던 이 사건 매각절차가 기업의 지배권을 이전하기 위해 주식을 양도하는 기업인수절차와 같고, 기업인수계약과 마찬가지로 본계약 체결에 이르기까지 절차가 매우 복잡하며 여러 가지 변수에 따른 불확실성을 가진다는 점에 비추어 보더라도, 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않았다는 사정만으로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였다고 단정하기는 어렵다.

6. 위와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 피고가 원고에 입찰절차 진행에 필요한 투자소개서 작성을 위한 자료를 제대로 제공하지 않은 행위만을 이유로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 것으로 보기 어려울 뿐 아니라 그 조건 성취로 인한 법률 효과를 정할 수 없다는 점에서도 민법 제150조 제1항에 따라 원고와 피고 사이에 원고 소유의 A 회사 지분에 관한 매매계약 체결이 의제된다고 할 수 없다.

## 〈평석〉

### I. 서론

민법 제150조<sup>6)</sup>는 “조건성취, 불성취에 대한 반신의행위”라는 표제 아래 다음과 같이 규정하고 있다.

① 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다.

② 조건의 성취로 인하여 이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 때에는 상대방은 그 조건이 성취하지 아니한 것으로 주장할 수 있다.

이 조문은 실제로 그다지 많이 활용되고 있지는 않는 것으로 보인다.<sup>7)</sup> 그리고 이에 대한 연구도 많다고는 할 수 없다. 그러나 근래에는 아래에서 언급하는 것처럼 거래금

6) 이하에서는 민법의 조문은 조문만으로 표기한다.

7) 대법원의 종합법률정보 사이트에서 참조조문을 제150조로 하여 검색하여 보면, 대법원 판례가 9개, 고등법원 판례가 6개, 하급심(지방법원) 판례가 4개 합계 19개가 검색된다. <https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo050.do#/>. 2021. 5. 3. 최종 검색.

액이 많은 파생상품의 거래와 관련하여 제150조가 문제되는 등, 이해관계가 큰 사건에서 제150조의 적용 여부가 다투어지기도 한다. 대상판결에서는 기업인수와 관련하여 제150조가 적용될 수 있는지가 문제되었다.

## II. 제150조의 연혁과 입법취지

### 1. 제150조의 연혁<sup>8)</sup>

제150조는 독일 민법 제162조와 거의 같은 내용이다.<sup>9)</sup>

독일 민법 제162조(조건성취의 방해 또는 야기)

① 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 조건은 성취된 것으로 본다.

② 조건의 성취로 인하여 이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 때에는 조건은 성취되지 아니한 것으로 본다.<sup>10)</sup>

반면 우리나라에서 1959년까지 적용되었던 의용민법(일본민법)은 이와는 다소 다르다.

일본 민법 제130조

제130조(조건 성취의 방해) ① 조건의 성취로 불이익을 받는 당사자가 고의로 그 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 볼 수 있다.

② 조건이 성취됨으로써 이익을 받는 당사자가 부정하게 그 조건을 성취시킨 때에는 상대방은 그 조건이 성취하지 않은 것으로 볼 수 있다.<sup>11)12)</sup>

8) 이에 대하여는 양창수, “민법 제150조의 입법 목적과 유추적용”, 사법 제51호, 2020, 278면 이하 참조.

9) 양창수(주 8), 280면은 “민법 제150조의 제정과정을 살펴보면, 그것은 의용민법 제130조를 옮겨 적은 민법안 제143조를 독일민법 제162조를 그대로 차용하여 수정한 것임을 알 수 있다”라고 서술한다.

10) § 162 Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts

(1) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

(2) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.

11) (條件の成就の妨害等)

第三百十條 條件が成就することによって不利益を受ける当事者が故意にその條件の成就を妨げたときは、相手方は、その條件が成就したものとみなすことができる。



즉 우리 민법과 독일 민법은 “신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때” 또는 “신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 때”라고 하고 있음에 반하여, 일본 민법은 “고의로 그 조건의 성취를 방해한 때” 또는 “부정하게 그 조건을 성취시킨 때”라고 하고 있다.

## 2. 제150조의 입법취지

그러면 제150조는 어떤 입법취지를 가지는가? 이를 밝히는 것은 제150조의 적용 요건과 효과를 규정할 것인가 하는 점에 관하여 중요한 의미를 가진다.

그런데 국내에서는 이에 대하여 상세한 논의가 많지 않다. 다만 부정한 수단을 이용하여 자기의 이익을 도모하려는 자는 법의 보호를 받을 자격이 없고, 부정·부당한 방법으로 조건의 성부를 확정시킨 자에게 그에 따른 법률효과를 취득하게 하는 것은 신의칙에도 반하며, 또 법이 스스로 그 부정·부당한 수단을 시인하는 결과가 되어 불합리하므로, 제150조는 그러한 경우 조건의 성취 또는 불성취의 효과를 제한하고 있으며, 그렇게 하는 것이 조건을 붙인 당사자의 통상의 의사와도 합치한다고 하는 정도의 설명이 있다.<sup>13)</sup>

일본에서는 일본 민법 제130조의 의의를 제재(制裁)에서 찾는 견해가 유력하다. 일본 민법의 기초에 관여한 학자 가운데 우메 켄지로(梅 鎌次郎)는, 조건의 성취를 방해하는 행위가 있는 경우, 상대방은 그 제재로서 당해 행위를 성취한 것으로 간주할 수 있다고 한다.<sup>14)</sup> 그 후의 학설도 이를 이어받거나 더욱 발전시킨 형태로 위 제130조의 취지를 설명하고 있다고 한다. 즉 불법의 행위에 대한 책벌(責罰), 완전한 구제의 실현과 손해의 증명 곤란의 회피, 제재, 손해배상보다도 일층 적절하게 침해로부터 조건부 권리자를 보호하기 위하여, 보다 나아간 철저한 보호, 금반언의 취지와 손해의 이상적 배상방법, 배상의 사정(査定)이 곤란하므로, 손해액이 불명이고 증명도 곤란하므로, 간명한 처리, 제재·사전(事前)의 위하(威嚇), 조건부 권리의 보호의 철저와 손해액의 증명 곤란의 회피 등이다.<sup>15)</sup> 신판 주석민법(新版 注釋民法)의 필자는 일본 민법 제130조가 조건의

2 條件が成就することによって利益を受ける当事者が不正にその條件を成就させたときは、相手方は、その條件が成就しなかったものとみなすことができる。

12) 2017년 일본 민법 개정 전에는 제130조 제2항이 없었는데, 2017년 개정에 의하여 제2항이 추가되었다. 그 경위에 관하여는 서희석, “일본 민법(채권법) 주요 개정사항 개관”, 비교사법 제24권 3호, 2017, 1119면 참조.

13) 민법주해 3, 박영사, 1992, 360면(민형기).

14) 梅 鎌次郎, 民法要義, 卷之一(總則編), 有斐閣, 1896(明治 29), 338면. 新版 注釋民法 (4), 有斐閣, 2015, 659면(金山正信·金山直樹)에서 재인용.

15) 金山正信·金山直樹(주 14), 659-660면 참조. 양창수(주 8), 287-288면도 이를 인용하고 있다.

성취를 의제하는 것은 조건부 의무자에 대하여 제재를 가하는 것과 함께, 조건부 권리자를 보호하기 위한 것이라고 한다.<sup>16)</sup>

그러나 제150조와 거의 같은 독일 민법에서의 설명은 이와는 다르다. 즉 독일 민법 제162조는 신의성실의 일반원칙(독일 민법 제142조)를 구체화한 것으로서, 누구도 다른 사람에게 손해를 입히는 자신의 부당한 행위로부터 이익을 얻어내서는 안 된다는 일반적인 생각이 표현된 것이라고 한다. 법률행위의 당사자는 유동적인 상태 동안에 상대방에 대하여 신의칙에 반하는 방법으로 사물의 경과에 대하여 개입하여서는 안 되고, 제162조는 이러한 신의칙상의 의무 위반에 대한 제재(Sanktion)로서, 신의칙에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 조건의 성취를 의제하고(제1항), 신의칙에 반하여 조건을 성취시킨 때에는 조건의 불성취를 의제한다고 한다. 그렇지만 입법자는 신의칙에 반하는 행동 그 자체가 제재를 받아야 한다고 하는 관념을 결부시키지는 않았고, 제162조는 신의칙에 반하는 행동에 대한 제재규범(Sanktionsnorm)이 아니며, 이 조문은 조건부 법률행위의 당사자에게 조건부 법률행위에 의하여 표시된 규율 의사를 신의성실의 원칙을 지향하면서 관철할 수 있는 규범적 도움을 주는 것이라고 한다.<sup>17)</sup>

생각건대 제150조의 입법목적이 이처럼 신의성실에 반하는 행동을 한 자에게 불이익을 준다는 의미에서 제재를 준다는 것이라고는 할 수 없다. 우선 일본 민법은 그 요건으로서 ‘고의’ 또는 ‘부정하게’를 요구한다는 점에서 우리 민법과 같지는 않다. 뿐만 아니라 규범위반자에 대한 처벌 내지 제재는 사법(私法)에서 일반적으로 추구되지 아니하는 법목적이다.<sup>18)</sup> 기본적으로 제150조의 목적은 신의칙에 위반한 행동에 의하여 이익을 얻으려는 것을 막고, 다른 한편으로는 그러한 행동이 없었더라면 있게 되었을 상태(정지조건의 성취 또는 해제조건의 불성취)로 상대방의 지위를 회복시킴으로써 구제를 하려는 데 있다고 보아야 할 것이다. 그러므로 신의칙에 위반한 행동을 한 자라도 그러한 행동을 하지 않았을 때에 비하여 더 불리하게 되어서는 안 되고, 반대로 상대방으로서

16) 金正信·金山直樹(주 14), 660면.

17) beck-online.GROSSKOMMENTAR/Reymann, C. H. Beck, BGB § 162, Rn. 2-4, Stand: 01.03.2021. 다만 위 Rn. 3에서는 제162조가 제재(Sanktion)라고 하면서, Rn. 4에서는 제162조는 신의칙에 반하는 행동에 대한 제재규범(Sanktionsnorm)이 아니라고 하는데, Rn. 3에서의 제재는 그 신의칙 위반의 효과를 말하는 것이고, Rn. 4.에서 제재규범이 아니라고 하는 것은 신의칙에 반하는 행위 그 자체가 뒤에서 말하는 인과관계 등의 문제를 논외로 하고 그 자체 제재를 받아야 하는 것은 아니라는 취지로 이해된다. Münchener Kommentar zum BGB/Westermann, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021, BGB § 162 Rn. 1도 이는 신의칙에 위반한 행동에 대한 제재(eine Sanktion für treuwidriges Verhalten)는 아니라고 한다. 또한 Beck'scher Online-Kommentar BGB/Rövekamp, 57. Edition, C. H. Beck, Stand: 01.02.2021, BGB § 162 Rn. 1 참조.

18) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다50922 판결.

도 그러한 행동이 없었을 때에 비하여 더 유리하게 되어서는 안 될 것이다. 이는 아래에서 살펴볼 인과관계의 증명에 관하여 특히 의미를 가진다.

대상판결도, 제150조 제1항은 조건이 성취되었다라면 원래 존재했어야 하는 상태를 일방 당사자의 부당한 개입으로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다고 하면서, 이 조항은 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다고 실시하여 기본적으로 같은 태도라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 제150조의 유추적용 여부

이 사건 원심은 매수예정자와 매각금액 결정은 동반매도요구권 행사의 조건이고, 피고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였으므로, 제150조 제1항에 따라 조건의 성취가 의제되어야 한다고 보았다. 그러나 대법원은 이와는 달리, 피고가 원고에 이 사건 매각절차에 협조할 의무가 있는데도 원고의 정당한 자료제공 요청에 합리적인 이유 없이 응하지 않고 불충분한 자료만을 제공함으로써 협조의무를 위반하였고, 이러한 협조의무 위반에도 제150조 제1항이 유추적용될 수 있다고 판단하였다. 즉 “민법 제150조 제1항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다”는 것이다. 이 점은 종래의 판례나 문헌상 별로 다루어지지 않았던 새로운 판시이다.

#### 1. 피고의 협조의무

일반적으로 계약 당사자 사이에 주된 채무의 이행의무 외에 별도의 협조의무 내지 협력의무가 인정되는가에 대하여는 종래부터 논란이 있었다. 이는 주로 채권자지체의 법적 성질이 채무불이행책임인가 아니면 법이 특별히 인정하는 법정책임인가를 둘러싸고 논의되었다. 채권자지체의 법적 성질을 채무불이행책임이라고 보는 견해에서는 채권관계에서 채권자와 채무자는 공동 목적을 향하여 서로 협력하여야 할 일종의 유기적 협동체를 이루므로, 채권자에게도 신의칙상 법률상 협력의무가 인정된다고 주장한다. 그러나 법정책임설은 일반적으로 이러한 채권자의 협력의무 내지 수령의무는 인정되지 않으며, 채권자지체는 법률이 특별히 인정하는 법정책임이라고 본다. 이외에 채권자에게 일반적인 법적 의무로서 수령의무는 없지만, 매매·도급·임치에서는 법적 의무로서

수취의무를 인정한다는 절충설도 있다.<sup>19)</sup>

판례상 주된 채무의 이행의무 외에 협력의무를 인정한 것으로는 도급계약의 성질을 가지는 엘리베이터 제작·설치계약에서 도급인에게 수급인으로 하여금 공사를 이행할 수 있도록 협력하여야 할 의무가 인정된다고 한 것<sup>20)</sup>이 있다. 이 이외에도 판례상 협력의무를 인정한 것들은 더 있으나,<sup>21)</sup> 이들은 주된 채무의 이행의무 내지 그에 부수되는 의무에 속하는 것들로 볼 수 있다.

생각건대 우리 민법 입법자의 의사가 일반적으로 당사자들 사이에 채무자의 이행의무 외에 이와는 별도의 협력의무를 인정하려고 하였다고 보기는 어렵다. 따라서 해석론으로 주된 채무의 이행의무 외에 별도의 일반적인 협력의무를 인정할 수는 없다. 그러나 이러한 협력의무를 인정하는 것은 바람직하다.<sup>22)</sup> 그러므로 개별적인 사안에서 가령 계약의 해석에 의하여 이러한 협력의무를 인정하는 방법을 모색할 필요가 있다.

대상판결은, 계약의 해석을 근거로 하여, 매도주주가 동반매도요구권을 행사할 것을 전제로 매각절차를 진행하겠다는 의사를 밝혔다면, 상대방 당사자는 주주 간 계약의 당사자로서 매각절차에 협조하여야 할 신의칙상의 의무를 부담한다고 보아야 한다고 하였다. 특히 원고가 매각주체로서 동반매도요구권을 행사할 것을 전제로 A 회사 지분 100%의 매각절차를 진행하는 경우 A 회사의 경영권을 행사하고 있는 대주주인 피고의 협조가 있어야만 적합한 매수희망자를 모색할 수 있는 정보를 수집하고 A 회사의 정당한 기업가치를 평가하여 매도가격의 기준을 산정하며 투자소개서 등을 작성하는 방법

19) 각 학설의 전거는 주석민법 채권총칙 (1), 제5판, 한국사법행정학회, 2020, 151-154면(남성민) 참조.

20) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다56685 판결.

21) 국토이용관리법상의 규제구역 내의 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 거래계약을 체결한 경우 계약을 체결한 당사자 사이에 있어서는 그 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있다고 한 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결; 농지를 매매한 경우 매도인이 매수인을 위하여 농지매매의 효력발생요건인 농지매매증명이 발급되어 매매목적물인 농지에 관한 소유권이전의 효과가 발생될 수 있도록 협력하여야 할 의무가 있다고 한 대법원 1994. 7. 29. 선고 94다9986 판결; 징발재산 정리에 관한 특별조치법에 의하여 피징발자 또는 그 상속인이 수의계약에 의하여 국가로부터 징발재산을 매수할 수 있는 지위를 양도한 경우 양도인은 그 원인계약에 기하여 양수인이 양도목적물인 환매지위에 관하여 완전한 이익을 누릴 수 있도록 협력할 의무를 지므로 양수인이 국가와 사이에서 매각절차를 밟을 수 있도록 국가에 대하여 환매지위를 양수인에게 양도하였다는 사실을 통지할 의무가 있다고 한 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다103823 판결.

22) 같은 취지, 박희호, “유럽공통참조기준초안(DCFR)에서의 협력의무에 관한 연구”, 전북대 법학연구 제50집, 2016, 30면 이하. 여기서는 우리 민법의 채권자치체규정에 대한 입법과정이나 수령의 무위반에 대한 채권자의 귀책사유를 요구하지 않는 규정의 태도로 보아 채권자의 일반적인 수령의무나 협력의무를 인정하는 것은 어려워 보인다고 하면서도, 입법론으로는 이제는 협력의무의 도입에 대하여 보다 적극적인 태도를 보여야 한다고 주장한다.

으로 일반적인 매각절차 준비과정을 진행할 수 있다는 점을 강조하였다. 이러한 대법원의 판시는 수긍할 수 있다.<sup>23)</sup>

## 2. 제150조의 유추적용

독일의 학설과 판례는 형평의 관점에서 기대될 수 있는 협력을 거부한 경우에도 독일 민법 제162조는 유추적용될 수 있다고 한다. 그리하여 용자부 할부매매에서 은행이 매도인에게 용자금을 지급하였는데, 매수인이 매매목적물의 수취를 거부하고 매매가 이행되지 않았다고 하여 용자금의 상환을 거부할 수는 없고,<sup>24)</sup> 중개의 위탁인이 중개 수수료를 지출하지 않기 위하여 중개된 계약을 체결하지 않고, 그 대신 경제적으로 동일한 가치가 있는 계약을 체결하거나 허수아비(Strohmann)를 내세울 때에는 제162조의 유추에 의하여 중개인이 수수료를 청구할 수 있다는 것이다.<sup>25)26)</sup> 그러나 우리나라의 판례 가운데 대상판결 이전까지 이 점에 관하여 직접 판시하고 있는 것은 없었던 것으로 보인다.<sup>27)</sup>

생각건대 원래의 의미의 조건이 아닌, 협력 거부의 경우에도 제150조가 유추적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>28)</sup> 물론 이는 꼭 제150조의 유추에 의하지 않더라도 제2조에 의한 신의성실의 원칙에 의하여 같은 결론에 도달할 수는 있다. 그러나 위와 같은 조건 성취 또는 불성취의 의제를 유추하는 것이 당사자의 구제를 위하여 필요한 경우에

23) 송옥렬, “동반매도요구권과 대주주의 실사 협조의무”, BFL 제108호, 2021. 7, 87면은, 대상판결이 협조의무를 주주들 사이의 일반적인 관계 등으로부터 구하지 않고, 소수주주와 대주주 사이에 체결된 계약의 해석으로부터 도출하고 있다는 점에서, 이러한 계약이 없는 일반적인 상황에서 소수주주가 대주주에게 협조의무를 주장하는 것까지 확대되기는 어려워 보인다고 한다. 아울러 최근 실무에서는 주주간계약에서 동반매도요구권을 규정하는 경우, 그에 따른 대주주의 협조의무에 대한 명시적인 규정을 둔다. 함께 협조의무의 구체적인 내용도 열거하고 있다고 한다.

24) BGH NJW 1964, 36. 이 판결에서는 그 근거로서 신의성실의 원칙에 관한 독일 민법 제242조와 함께 제162조도 들었다.

25) Münchener Kommentar zum BGB/Westermann, BGB § 162 Rn. 19.

26) 다른 독일 판례의 소개는 양창수(주 8), 283-286면 참조.

27) 양창수(주 8), 292면은, 대법원 1990. 11. 13. 선고 88다카29290 판결을, 임차권 양도에 있어서 임대인의 동의는 임차권 양도의 요건임에도 불구하고, 민법 제150조 제1항이 규정하는 ‘신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때’에 해당하는 것으로 보아, 임대인의 동의라는 조건이 성취된 것으로 주장할 수 있다고 본 예라고 설명한다. 그러나 임대인의 동의를 임차권 양도의 요건이라고 할 수는 없다. 임대인의 동의가 없더라도 임차인과 양수인 사이의 임차권 양도 계약은 유효하기 때문이다. 민법주해 15, 박영사, 1997, 116면(민일영); 주석민법 채권각칙 (3), 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 646면(박해식) 참조. 그러므로 임차권 양도에서 임대인의 동의를 조건으로 하였다면 이는 원래의 의미에서의 조건(정지조건)에 해당한다.

28) 같은 취지, 양창수(주 8), 282면 이하, 299-300면.

는 이는 제150조의 유추적용에 의하여 이러한 결과를 얻을 수 있을 것이다.<sup>29)</sup>

그런데 이 사건에서 과연 제150조가 유추적용되는 것인지 직접 적용되는 것은 아니라고 할 수 있을까? 원심은 매수예정자와 매각금액 결정 자체를 바로 동반매도요구권 행사의 조건이라고 보았다. 그러나 대법원은 그와 달리 보았는데, 그 이유는 매수예정자와 매각금액의 결정에 피고의 협조가 필요하다는 이유에서인 것으로 보인다. 조건의 개념에 당사자 일방의 의사와 관련된 이른바 수의조건(隨意條件)이 포함되는가에 관하여는 종래 논의가 있고, 특히 일방 당사자의 의사에만 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 의존하게 하는 순수수의조건이 유효한가에 대하여는 견해가 대립한다.<sup>30)</sup> 그런데 대법원이 제150조가 유추적용된다고 한 것은 이러한 개념적인 근거보다는, 이처럼 당사자의 협조를 필요로 하는데 협조가 이루어지지 않은 경우에는 그 협조 거부가 신의칙 위반인지를 따져 보아야 한다는 생각 때문이 아닌가 생각된다. 결국 제150조가 직접 적용되는가, 유추적용되는가는 반드시 중요한 문제는 아니다.

대상판결은, 제150조 제1항이 방해행위로 조건이 성취되지 않을 것을 요구하는 것과 마찬가지로, 유추적용되는 경우에도 단순한 협력 거부만으로는 부족하고 이 조항에서 정한 방해행위에 준할 정도로 신의성실에 반하여 협력을 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없는 상태가 되어야 한다고 판시하였다.

#### IV. 피고의 협조의무 불이행이 신의성실에 어긋나는가?

이 사건에서 제150조 제1항이 적용 또는 유추적용되기 위하여는 피고의 협조의무 위반이 있고, 그것이 신의성실에 어긋나야 한다. 그런데 대법원은 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않은 것은 협조의무 위반이라고 하면서도, 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않았다는 사정만으로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였다고 단정하기는 어렵다고 하였다.

29) 독일에서는 독일 민법 제162조가 제242조를 넘어서는 일반적으로 타당한 법원리를 근거로 한 것인가, 아니면 일반적인 법원칙은 아니고 신의성실의 원칙을 구체화한 것뿐인가에 대하여 논의가 있다. 그러나 유력한 학설은, 실제 적용에 있어서는 이러한 논의는 별 의미가 없고, 제162조의 유추는 첫째 문제의 행동이 제162조 제1항과 제1항에 의하여 규율되는 신의칙 위반과 동등한가, 둘째, 제162조에 의한 의제가 제242조에 의한 특정한 법률효과의 자동적 발생보다 나은가에 의하여 정해져야 한다고 주장한다. beck-online.GROSSKOMMENTAR/Reymann, BGB § 162, Rn. 30.1-30.4.

30) 주석민법 총칙 (3), 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 569면 이하(남성민).

## 1. 신의성실 위반 여부

### 가. 종래의 판례

종래의 문헌 가운데 제150조와 관련하여 어느 경우에 당사자의 행위가 신의성실의 원칙에 반하는가를 구체적으로 언급한 것은 별로 없다. 다만 판례 가운데 이 점이 문제된 것으로는 다음과 같은 사례들이 있다.

#### (1) 대법원 1998. 12. 22. 선고 98다42356 판결

A가 피고로부터 건물 신축공사를 수급하고 그 중 일부를 원고에게 하도급주어 원고가 공사를 시행하던 중 공사가 중단되었다가, 원고와 피고 및 A는 1996. 9. 8. 원고는 같은 해 10. 10.까지 위 공사를 완성하여 그 준공필증을 피고에게 제출하고, A는 원고가 위와 같이 공사를 완성하여 준공필증을 제출하는 조건으로 위 건물 준공일로부터 3개월 후에 원고에게 공사대금 123,000,000원을 현금으로 지급하거나 이에 갈음하여 위 신축건물의 일부를 양도하며 피고가 그 이행을 보증하되, A와 피고는 원고가 위 공사를 계속할 수 있는 전력이 위 현장에 공급되도록 하여 주기로 하는 내용의 약정을 체결하였으나, 피고와 A가 약정대로 전력을 공급하여 주지 아니하였을 뿐만 아니라 1996. 11. 27.경에는 그 동안 위 현장에 공급되던 전기마저 전기사용료의 미납으로 중단된 데다가 피고가 위 약정 이후 위 신축건물의 문을 모두 잠궂는 바람에 원고는 공사현장에 출입할 수 없게 되었다. 원고는 위 약정대로 위 공사를 완성하지 못하였음을 이유로 기성고의 범위 내에서 공사대금 55,000,000원의 지급을 청구하였다.

대법원은, 피고가 보증한 A의 원고에 대한 이 사건 공사대금채무는 원고가 하도급받은 위 공사 부분을 1996. 10. 10.까지 완성하여 그에 대한 준공필증을 제출할 것을 정지조건으로 하는 것으로 볼 수 있고, 피고 및 A는 이러한 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자의 지위에 있으며, 한편 원고가 하도급받은 공사는 공사현장에 들어오는 전기용량을 증강시켜주지 아니하고서는 그 시공이 불가능할 뿐만 아니라 건물 내부에서 이루어지는 공사로서 시공자에게 그 출입이 보장되어야만 이를 완성시킬 수 있는 것이므로 A 및 피고로서는 사전에 전기용량을 증강시키는 인입공사를 시행하여 좁은 물론 공사기간 중 원고측이 공사현장에 출입할 수 있도록 협조하여야 할 의무를 부담하는데, 피고 및 A는 이러한 의무에 위반하여 전기용량을 증강시키는 공사를 실시하지 아니한 데다가 위 신축건물의 출입문을 잠궂 원고측의 출입을 방해함으로써 원고로 하여금 나머지 공사를 수행할 수 없게 하였다면, 그것이 고의에 의한 경우만이 아니라 과실에 의

한 경우에도 위 소외인 및 피고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에 해당한다고 하였다.

(2) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다2757 판결 및 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다7264 판결

이 판결들은 모두 추가연계증권(ELS)과 관련된 것이다. ELS는 투자수익(원금 또는 이자)이 특정 주식의 가격 또는 주가지수의 변동에 연계되어 결정되는 파생결합증권이다.

(가) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013다2757 판결

이 사건에서는 피고 증권회사가 삼성SDI 보통주를 기초자산으로 한 ELS를 발행하였는데, 그 내용 중 중도상환금 지급방식으로 “중간평가일에 삼성SDI 회사 보통주의 중간평가가격이 기준가격보다 크거나 같은 경우 또는 기준가격결정일까지 기초자산의 가격이 장중가를 포함하여 한 번이라도 기준가격의 110퍼센트 이상 상승한 적이 있는 경우 중도상환일에 정해진 중도상환금을 지급”하기로 되어 있었다. 피고 증권회사는 ELS의 중도상환평가일 거래 종료 직전에 그 보유 삼성SDI 회사 주식을 대량매도하여 주가가 하락하게 되어 중도상환금 지급조건이 충족되지 않아 중도상환이 이루어지지 않았다. 구체적으로 피고가 종가 단일가매매 시에 과도한 매도주문(동 시간대 전체 주문의 약 79퍼센트인 13만 4,000주)을 하고, 또한 피고의 매도주문 중 70퍼센트가 상환기준가격 이하여서 종가가 상환기준가격을 하회하여 상환조건이 성취되지 못한 것이다.

대법원은 일반론으로 다음과 같이 판시하였다. 즉 증권회사가 약정 평가기준일의 기초자산 가격 또는 지수에 연계하여 투자수익이 결정되는 유가증권을 발행하여 투자자에게 판매한 경우에는, 증권회사가 설사 기초자산의 가격변동에 따른 위험을 회피하고 자산운용의 건전성을 확보하기 위하여 위험회피거래를 한다고 하더라도, 약정 평가기준일의 기초자산 가격 또는 지수에 따라 투자자와의 사이에서 이해가 상충하는 때에는 그와 관련된 위험회피거래는 시기, 방법 등에 비추어 합리적으로 하여야 하며, 그 과정에서 기초자산의 공정한 가격형성에 영향을 끼쳐 조건의 성취를 방해함으로써 투자자의 이익과 신뢰를 훼손하는 행위를 하여서는 안 된다는 것이다.

그리고 이 사건에 관하여는 다음과 같이 판시하였다. 즉 이 사건 추가연계증권의 중도상환조건은 법률행위 효력의 발생을 장래의 불확실한 사실에 의존케 하는 정지조건이고, 피고는 이 사건 추가연계증권을 발행하여 판매한 증권회사로서 위 정지조건이 성취되는 경우 이 사건 추가연계증권의 투자자에게 이 사건 추가연계증권의 판매계약에



서 정한 바에 따라 액면금에 약정 수익금을 더한 중도상환금을 지급하여야 할 의무를 부담하게 되므로, 위 정지조건 성취 여부에 따라 이 사건 추가연계증권의 투자자와 이해관계가 상충한다고 하였다. 그런데 피고가 이 사건 추가연계증권과 관련된 델타헤지거래로 삼성SDI 보통주를 매도하는 것은 기본적으로 위험회피라는 자신의 이익을 위하여 행하는 것이므로 그 과정에서 투자자의 신뢰나 이익이 부당하게 침해되어서는 안 되는데, 이 사건과 같이 중간평가일의 기초자산 가격이 중도상환조건을 성취시키는 가격에 근접하여 형성되고 있어 그 증가에 따라 중도상환조건이 성취될 가능성이 커져 피고와 투자자 사이의 이해관계가 서로 상충하는 상황에서는 피고는 중도상환조건 성취 여부에 최소한의 영향을 미치는 방법으로 헤지거래를 함으로써 투자자를 보호해야지 그 반대로 중도상환조건 성취를 방해함으로써 투자자의 신뢰를 저버리는 헤지거래를 하여서는 안 된다고 하였다. 그리하여 결론적으로는 피고의 이러한 행위는 원고들에 대한 투자자보호의무를 게을리한 것으로서 신의성실에 반하여 이 사건 추가연계증권의 중도상환조건 성취를 방해한 것이라고 볼 여지가 충분하다고 하였다.

(나) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다7264 판결

이 사건 ELS는 원금비보장형 개별 종목형 ELS로서, 만기 3년, 조기상환 기회는 매 6개월마다 총 5회 부여되고, 두 가지 기초자산의 추가변동과 수익률이 연동하도록 구조화하여 약정조기상환조건 등을 충족할 경우에는 연 16.1 퍼센트의 수익이 확정되고, 원금 손실 위험발생 수준(하방 배리어)은 최초 기준가의 50퍼센트로 규정하는 구조로 되어 있다.

피고 S증권은 2006년 3월 8일 이 사건 ELS를 발행하였고, 원고는 피고에게 1억 원을 지급하고 이 사건 ELS를 매입하였다. 피고 S 증권은 이 사건 ELS의 상환조건이 충족될 경우 투자자들에게 확정수익금을 지급하기 위하여 외국계 금융기관인 B은행으로부터 이 사건 ELS와 동일한 구조의 파생금융상품을 매입하는 스와프계약을 체결함으로써 백투백헤지거래를 하였다.

이 사건 ELS의 제1차 조기상환기준일인 2006년 9월 4일 피고 B은행은 단일가매매 시간에 진입한 후인 14 : 57 : 04~14 : 59 : 22 사이에 7차례에 걸쳐 K사 보통주 140만 주(217억 7,000만 원 상당)에 대하여 매도주문을 내면서 그중 100만 주의 경우 조기상환 기준가격보다 낮은 가격에 매도주문을 내어 매매계약이 체결된 101만 8,205주를 일시에 매도하였다. 이로 인하여 K 주가가 하락한 결과 이 사건 기준일의 종가는 조기상환조건 기준가격인 1만 5,562.5원에 12.5원 미달되는 1만 5,550원으로 형성되어 이 사건 ELS의 조기상환이 무산되었다.

이 사건 ELS는 2~5차 조기상환기준일에 조기상환조건을 충족하지 못한 채 이월되었고 2009년 3월 4일 만기상환일이 도래하였는데, 피고 S증권은 2009년 3월 10일 원고에게 투자원금에 약정조건에 따라 기준종목의 기준가격 하락비율을 반영한 금액인 만기상환금 2,952만 2,184원을 지급하였다.

원심은 이 사건 주식 대량매도행위는 아래와 같은 사정에 비추어 시장요인에 의한 정상적인 수요·공급으로 볼 수 있는 델타헤지를 위한 주식 매매에 해당한다고 보아, 피고 B 은행이 이를 통하여 이 사건 주식의 시세를 고정시키거나 안정시켰고 제3자로서 이 사건 추가연계증권의 상환조건 성취를 위법하게 방해하였다는 원고의 주장을 모두 배척하였다.

대법원도, 금융투자업자가 파생상품의 거래로 인한 위험을 관리하기 위하여 시장에서 주식 등 그 기초자산을 매매하는 방식으로 수행하는 헤지(hedge)거래가 시기, 수량 및 방법 등의 면에서 헤지 목적에 부합한다면 이는 경제적 합리성이 인정되는 행위라고 할 것이므로, 헤지거래로 인하여 기초자산의 시세에 영향을 주었더라도 파생상품의 계약 조건에 영향을 줄 목적으로 인위적으로 가격을 조작하는 등 거래의 공정성이 훼손되었다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 이를 시세조종행위라고 할 수는 없다고 하면서, 원심의 판단에 델타헤지의 성질, 시세고정행위의 요건이나 긴급피난에 관한 법리를 오해하고 시세고정 거래나 제3자에 의한 조건성취 방해행위 여부에 관한 판단을 누락하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다고 하였다.

#### (다) 검토

우선 위 2013다2757 판결은 피고가 신의성실에 반하여 이 사건 추가연계증권의 중도상환조건 성취를 방해한 것이라고 하여 제150조의 적용을 긍정하였다. 반면 위 2013다7264 판결이 제150조의 적용을 부정한 것인지에 대하여는 의문이 있을 수 있다. 그 사건에서는 헤지거래를 한 것이 원고와 계약을 맺은 S 증권이 아니라 S 증권과 스와프계약을 한 B은행이기 때문이다. 그러나 원심은 피고 B 은행이 제3자로서 이 사건 추가연계증권의 상환조건 성취를 위법하게 방해하였다는 원고의 주장을 배척하였고, 대법원도 이와 같은 원심판결을 그대로 받아들였다. 이론적으로 볼 때에는, 이러한 이른바 백투백헤지거래의 경우에는 백투백 헤지를 맡는 헤지 운용사가 민법 제391조의 이행보조자이고, 그에 따라 민법 제150조의 적용에 있어서는 헤지 운용사의 행위 책임이 발행 증권사에 귀속될 수 있다고 볼 수 있을 것이다.<sup>31)</sup> 이들 일련의 사건들의 기본적인 쟁점은

31) 같은 취지, 이상훈, “최근 ELS 소송에서의 민법 제150조 제1항 적용의 쟁점과 함의”, 민사법학 제

결국 부당한 시세조종이었는데에 관한 것으로서, 기본적인 법적 쟁점에 차이가 있는 것은 아니다.<sup>32)</sup>

이 판결들이 서로 상반된 것인지 여부에 관하여는 논의가 있으나,<sup>33)</sup> 여기서 주목할 것은, 위 2013다7264 판결이 금융투자업자가 수행하는 헤지(hedge)거래가 경제적 합리성이 인정되는 행위이므로 거래의 공정성이 훼손되었다고 불만한 특별한 사정이 없는 한 이를 시세조종행위라고 할 수는 없다고 한 점이다. 이러한 경제적 합리성이라는 요소는 신의성실에 반하는가 하는 점을 판단함에 있어서 중요한 기준이 될 수 있을 것이다.

### (3) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다253430 판결

이 사건에서는 원고는 이 사건 회사의 대표이사이고, 피고들은 사내이사였다. 원고와 피고 3인, 그 밖의 4인이 2014. 6. 27.경 이 사건 회사를 공동운영하기로 하는 동업계약을 체결하였는데, 위 동업계약에서는 동업자는 회사가 ‘M&A 또는 IPO가 된 시점 1년 후’까지 회사에 근속하도록 하고, 동업자 중 한 명이 근속의무 종료 시점 이전에 자의적으로 회사를 퇴직할 경우, 보유하고 있는 회사 주식 전부를 대표이사에게 액면가로 양도하며, 동업자 중 한 명이 근속의무 종료 시점 이전에 자의적인 퇴사가 아닌 퇴사를 하게 될 경우, 이 사건 회사 설립일(2011. 9. 21.)부터 퇴사일까지의 기간에 따라 퇴사자 본인이 보유한 주식 중 일정 비율을 대표이사(원고)에게 액면가에 매각하기로 하였다. 대표이사가 위와 같이 취득하게 되는 주식은 인재영입 등을 목적으로 구주 지분을 부여하기 위해서 임시적으로 맡겨 두려는 목적이며, 주총과 같은 의사 결정 과정에서 이 지분율에 대해서는 의결권에 제한이 있을 수 있다.

이 사건 회사는 2014. 9. 17. 주주총회를 개최하여 피고들의 이사직 해임을 결의하였다. 원심은 피고들이 이 사건 회사가 ‘M&A 또는 IPO가 된 시점 1년 후’까지 회사에 근속할 의무가 있는데 근속의무 종료 이전에 해임되어 이 사건 회사의 보유 주식 중 50%를 대표이사인 원고에게 액면가로 매각할 의무가 있다고 판단하였다.

그에 대하여 피고들은, 원고가 조건 성취를 통해 직접 이익을 받는 당사자로서 신의

76호, 2016, 17-19면.

32) 호제훈, “ELS 헤지거래와 투자자 보호의무”, 민사판례연구 39권, 2017, 963-964면도 “13다2757 판결의 운용사는 ELS 발행사이고 13다7264판결의 운용사는 발행사와 백투백헤지계약을 체결한 금융기관이라는 점에서 차이가 있을 뿐 상환조건 성취 방해로 인한 불법행위책임의 인정 여부가 쟁점이었고, 그 불법행위책임을 인정하기 위한 전제로 ELS 운용사가 수행하는 델타헤지의 정당성 내지 투자자보호의무를 인정할 것인지가 주된 논쟁의 대상이었다”라고 설명하고 있다.

33) 상세한 것은 호제훈(주 32) 참조.

성실에 반하여 피고들의 부당 해임을 주도하였다고 주장하였다.

대법원은, 제150조 제2항은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 법질서의 기본원리가 발현된 것으로서, 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있고, 당사자들이 조건을 약정할 당시에 미처 예견하지 못했던 우발적인 상황에서 상대방의 이익에 대해 적절히 배려하지 않거나 상대방이 합리적으로 신뢰한 선행 행위와 모순된 태도를 취함으로써 형평에 어긋나거나 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 결과를 초래하는 경우 신의성실에 반한다고 볼 수 있다고 하면서 대상판결을 선례로서 인용하였다.

그리하여 원심판결이, 원고가 피고들로부터 양도받게 될 주식을 임의로 처분할 수 없고 의결권 행사에도 제한이 있어 피고들의 해임이라는 조건 성취로 원고가 이익을 얻는다고 단정할 수 없고, 피고들의 해임은 주주총회에서 이루어졌는데, 이는 기관투자자를 비롯한 주주들이 자신들의 이익을 위해 최선의 선택을 한 결과로 보이며, 원고가 독단적으로 피고들을 해임한 것이라고 할 수 없고, 제출된 증거만으로는 원고가 신의성실에 반하여 피고들의 해임을 주도하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 한 것이 타당하다고 하였다.

#### 나. 독일에서의 논의

독일의 문헌은 이 점에 대하여 대체로 다음과 같이 설명한다.<sup>34)</sup> 독일 민법 제162조는 인과관계의 경과에 대한 신의성실에 반하는 개입을 요건으로 하는데, 신의성실 위반인지 여부는 어떤 구체적인 계기가 개입자의 행동에 영향을 주었는지, 개입자가 어떤 목적을 추구하였는지, 어떤 동기가 있었는지 등을 따져보아야 한다. 관련자가 당사자가 전제로 하였던 자제(自制, Zurückhaltung)에 위반하여 사건 경과의 결과에 개입하였을 때에는 그 행동은 신의성실에 어긋난다고 한다. 당사자의 행동 그 자체뿐만 아니라 행동의 상황과 종류 및 방식도 신의성실 위반을 야기할 수 있다는 것이다. 객관적인 요소만으로 충분한가, 아니면 주관적인 요소가 추가되어야 하는가는 과거부터 논란이 있었지만, 신의성실의 원칙을 규정하는 독일 민법 제242조가 객관적인 신의칙 위반만을 요구하는 점을 고려하면 민사법질서의 통일성은 순수하게 객관적인 신의칙 위반의 개념의 근거가 된다고 한다. 그렇지만 독일 민법 제162조는 반가치평가 내지 계약 상대방을 해하는 행동에 대한 평가를 전제로 한다.

34) beck-online.GROSSKOMMENTAR/Reymann, BGB § 162, Rn. 16.

이 점에 관한 독일 연방대법원의 판례 하나를 살펴본다.<sup>35)</sup> 이 사건에서 피고는 원고로부터 호텔을 매수하기로 하고 2001. 12. 21. 호텔 매매계약을 체결하였는데, 이 계약에는, 원고가 1964년에 관할 군(郡, Landkreis)으로부터 호텔 건립을 위하여 받은 대부계약의 채무를 피고가 인수하는 데 대해 관할 군이 2002. 1. 15.까지 승인한다는 것이 조건으로 붙어 있었다. 위 매매계약에는 매도인의 담보책임을 배제하는 내용도 포함되어 있었는데, 위 호텔을 인도받은 후에 피고측은 위 호텔에 하자가 많아서 호텔을 계속 경영하는 것은 수지가 맞지 않을 것이라고 판단하였고, 그에 따라 피고의 아버지가 군수에게 피고는 위 호텔을 수리하여 영업을 계속하지 않을 것이며, 매매계약을 취소하든지 위 호텔을 인수하지 않을 수 있는 모든 조치를 취할 것이라고 통지하였다. 그러자 관할 군은 2002. 1. 14. 채무인수의 동의를 거부하였는데, 그 이유는 위 대부는 위 호텔을 위한 것이었으나, 피고가 호텔 영업을 계속하지 않겠다고 하므로, 위 대부계약의 존속을 위한 기초가 상실되었다는 것이었다.

원고는 피고가 매매계약의 불이행으로 인한 손해배상의무를 부담하는 것의 확인을 구하였으나, 1심과 2심은 위 매매계약의 정지조건이 실현되지 않았음을 이유로 이를 받아들이지 않았고, 연방대법원도 이를 유지하였다.

항소법원은, 피고가 호텔 영업을 계속하지 않을 것이라고 한 때에는 경제적으로 합리적인 근거가 있고, 조건 성취 여부에 영향을 주는 행동은 그러한 근거가 있을 때에는 신의칙에 위반되는 것이 아니라고 하였다.

연방대법원은, 어느 경우에 사태의 경과에 영향을 미치는 것이 신의칙에 반하는 것인가는 추상적으로 결정할 수 없고, 개별적으로 판단하여야만 하는데, 중요한 것은 성실한 계약 당사자에게 어떠한 행동을 기대할 수 있는가 하는 점이고, 이는 조건의 성취에 영향을 주는 계약 당사자의 행동의 계기, 목적 및 동기에 대한, 개별 사안의 모든 사정, 특히 법률행위의 내용을 고려한 포괄적인 평가에 의하여 이루어져야 하는데, 이러한 평가에 있어서는 조건의 발생 또는 불발생에 대하여 영향을 행사하는 것에 관하여 당사자에게 합리적인 경제적인 근거가 있는가가 중요하지만, 항소법원과 같이, 조건의 발생에 영향을 미치는 것이 경제적으로 합리적인 근거가 있을 때에는 신의칙에 위반되지 않는다는 일반적인 원칙을 인정할 수는 없다고 하였다. 그렇지만 항소심이 신의칙 위반이 아니라고 한 결론은 정당하다고 하였다. 피고는 계약의 이행에 관한 원고의 이익을 군의 정당한 이익보다 우선해야 할 필요가 없는데, 만일 피고가 호텔 영업을 계속하지 않을 것이라는 사실을 군에 이야기하지 않았다면 군수가 나중에 이를 알고 채무 인수를

35) BGH NJW 2005, 3417.

취소하거나 해지할 수도 있었을 것이므로, 피고에게 불리하게 작용할 수 있기 때문이라는 것이다. 피고는 원고에 대한 관계에서 호텔을 수리하고 영업을 계속할 의무를 부담하지 않았으므로, 경제적인 고려에서 호텔 영업을 계속하지 않을 자유가 있다고 하였다.

연방대법원은, 피고가 매매목적물의 하자로 인하여 원고가 이 하자를 알면서도 숨겼다는 것을 증명하지 않고 담보책임을 배제한 매매계약으로부터 해방될 수 없다는 사정<sup>36)</sup>이 있다고 하여 다르게 판단할 수는 없다고 하였다. 독일 민법 제162조 제1항의 적용에 있어서는 조건부로 의무를 부담하는 자가 의무를 면하는가가 아니라, 그가 신의성실에 반하여 조건의 발생을 방해하였는가가 중요하고, 이 판단에 있어서는 계약의 이행에 관한 상대방의 이익을 고려하여야 하지만, 이 사건의 경우와 같이 조건의 성취에 영향을 미치는 당사자가 그러한 행동을 중지할 것을 기대할 수 없다면, 상대방은 그로 인한 결과를 감수하여야 하고, 이는 조건 성취에 대하여 작용하는 것이 계약의 효력 발생을 막기 위한 것이라도 마찬가지라고 하였다. 독일 민법 제162조는 사건의 경과에 대한 규칙에 어긋나는 개입에 대한 제재이고, 행위자의 내적 관점에 대한 제재가 아니므로, 조건의 성취를 의도적으로 방해하였다는 것만으로는 신의성실 위반이라는 비난이 성립하지 않는다고 하였다.

이 판결을 다시 풀이해 본다면, 원고와 피고 사이의 매매계약에는 원고의 하자담보책임을 배제하는 특약이 포함되어 있었으므로, 피고가 원고에 대하여 매매목적물의 하자로 인한 하자담보책임을 물을 수는 없지만, 매매목적물의 하자가 심하므로, 피고가 위 호텔의 영업을 계속할 것을 기대할 수는 없고, 따라서 피고의 아버지가 군수에게 피고가 위 호텔의 영업을 계속하지 않을 것이라고 말하여 군이 채무인수의 승인을 거부함으로써 조건의 성취를 방해하였다고 하더라도, 피고측이 그와 같이 행동한 데에는 합리적인 경제적인 이유가 있으므로, 피고의 행동이 신의성실에 반하지 않는다고 한 것이다.

이 판결은 계약 당사자가 의도적으로 정지조건의 성취를 방해한 경우에도, 거기에 경제적인 합리적 근거가 있다면 그 방해가 신의성실에 반하지 않는다고 한 점에서 의미가 있다. 다만 이 판결은 조건의 발생에 영향을 미치는 것이 경제적으로 합리적인 근거가 있을 때에는 신의칙에 위반되지 않는다는 일반적인 원칙을 인정할 수는 없다고 하였으나, 경제적으로 합리적인 근거가 있다면 그것만으로 신의성실의 원칙에 반하지 않는다고 말할 수 있어야 하지 않을까 하는 의문이 있다. 독일에서 경제적으로 합리적인 근거

36) 원문에는 “담보책임을 배제한 매매계약으로부터 해방될 수 있다는 사정(von dem - einen Ausschluss der Sachmängelhaftung enthaltenden - Kaufvertrag lösen können)”이라고 되어 있으나, “담보책임을 배제한 매매계약으로부터 해방될 수 없다는 사정”의 오키라고 보인다.

가 있음에도 불구하고 신의성실에 반한다고 한 사례는 보고된 것이 없는 것으로 보인다.

## 2. 이 사건의 경우

대상판결은 다음과 같이 실시하였다. 즉 기업인수계약은 일반적으로 매도인이 회사에 관한 투자소개서와 입찰서류를 배포하여 그에 응한 사람들 가운데 입찰적격자를 선정한 다음 구속력 있는 입찰제안을 받아서 우선협상대상자를 선정하고, 우선협상대상자와 양해각서를 체결한 다음 대상회사에 대한 정밀실사를 거쳐 인수대금을 조정하며, 대금 지급 시기와 경영권 이전 시기 등을 조율하는 등의 절차를 거친 다음에 비로소 본계약을 체결하게 되는데, 이 사건 매각절차는 원고가 D와 F로부터 법적 구속력이 없는 인수의향서만을 제출받은 상황에서 투자소개서 작성을 준비하고 있던 초기 단계에서 중단되었고, 이 사건 매각절차가 기업의 지배권을 이전하기 위해 주식을 양도하는 기업인수절차와 같고, 기업인수계약과 마찬가지로 본계약 체결에 이르기까지 절차가 매우 복잡하며 여러 가지 변수에 따른 불확실성을 가진다는 점에 비추어 보더라도, 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않았다는 사정만으로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였다고 단정하기는 어렵다는 것이다.

한편 대상판결은, 피고에게 원고에 대한 협조의무가 있다고 하면서, 그와 함께 원고 역시 동반매도요구권을 행사할 것을 전제로 매각절차를 진행하는 매도주주로서, 상대방 당사자인 피고의 요청이 있는 경우 매수예정자가 진정으로 매수할 의향이 있는지, 인수목적이나 의도에 별다른 문제가 없는지 등을 확인하는 데 필요한 정보를 적절한 시기에 제공하는 등 협조할 의무가 있다고 하였다. 그런데 피고는 매수예정자를 직접 만나 그 진정성과 선의를 확인하고 싶다고 제안하였으나 원고는 피고의 위 제안에 응하지 않았고, 이 사건 매각절차는 더 이상 진행되지 않았다는 것이다.

이러한 판시를 종합하여 보면, 대법원은 이 사건 매각절차가 진행되지 않은 것은 피고가 원고의 요청에 협조하지 않은 것뿐만 아니라, 매수예정자를 직접 만나 그 진정성과 선의를 확인하고 싶다는 피고의 제안에 원고가 응하지 않는 것도 원인이고, 따라서 피고의 협조의무 위반만을 가리켜 신의성실 원칙 위반이라고 할 수는 없다고 본 것으로 이해된다. 이러한 판시는 수긍할 수 있다.

또한 원고가 피고의 비협조에 대하여 법원에 피고를 상대로 매도자 실사에 필요한 자료의 열람·등사를 구하는 가처분을 신청하였고, 법원은 이러한 가처분 중 일부를 인용하기도 하였다. 이처럼 원고로서도 피고가 자료를 제공하지 않은 데 대하여 위와 같이 법원에 구제를 청구할 수 있는 방법이 있었으므로, 가령 원고와 제3자와의 매각 협

상 진전에 따라 위 가처분에서 인정한 것 이상의 자료가 필요하였다면 다시 법원에 가처분 신청을 하는 등의 방법을 모색해 볼 수 있었을 것인데, 원고가 이러한 방법을 택하지 않고서도 바로 피고의 자료 제공 불응이 신의성실에 반하는 조건 방해라고 하여 조건이 성취된 것이라고 주장하는 것도 사리에 맞지 않다.

다른 한편 피고가 원고의 요청에 응하지 않은 것은 진정성 있는 매수희망자 아닌 자에게 자신의 영업상 비밀이 유출되는 것을 막기 위한 것이므로, 경제적인 합리성도 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 대상판결은 피고의 협조의무 위반을 인정하고 있으므로 이와는 다른 취지로 보인다.

## V. 인과관계

### 1. 원심판결과 대법원판결

원심은 다음과 같이 판시하였다. 즉 피고가 이 사건 매각절차에 협조할 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 협조의무를 위반하여 원고의 동반매도요구권 행사의 정지조건이 되는 매수예정자와 매각대금 결정의 성취를 방해하였으므로 원고로서는 「민법」 제150조 제1항의 규정에 따라 피고에 대하여 매수예정자와 매각금액이 결정된 것으로 주장할 수 있다고 하였다.

반면 대법원은, 이 사건 매각절차는 원고가 D와 F로부터 법적 구속력이 없는 인수의 향서만을 제출받은 상황에서 투자소개서 작성을 준비하고 있던 초기 단계에서 중단되었고, 이 사건 매각절차가 기업인수계약과 마찬가지로 본계약 체결에 이르기까지 절차가 매우 복잡하며 여러 가지 변수에 따른 불확실성을 가진다는 점에 비추어 보더라도, 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않았다는 사정만으로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였다고 단정하기는 어렵다고 하여 위와 같은 원심의 판시를 부정하는 취지로 이해된다.

### 2. 조건 성취 방해와 인과관계의 증명책임

#### 가. 인과관계의 필요성

민법 제150조 제1항이 적용되기 위하여서는 정지조건 성취의 방해와 조건의 불성취



사이에 인과관계가 있어야 한다. 따라서 방해행위가 없었더라면 조건이 성취될 수 있었어야 하고, 반대로 방해행위가 없었더라도 정지조건이 성취될 수 없었다면 방해행위와 정지조건의 불성취 사이에는 인과관계가 부정되어, 제150조 제1항은 적용될 수 없다.<sup>37)</sup>

## 나. 인과관계의 증명책임

### (1) 우리나라에서의 논의

그렇다면 이러한 인과관계에 관한 증명책임은 누가 부담하며, 그 증명은 어느 정도로 이루어져야 하는가가 문제된다. 국내의 문헌 가운데에는 이 점에 대하여 구체적으로 언급한 것은 별로 없었다.<sup>38)</sup> 그런데 최근에 이에 관하여 논하는 학자가 있다. 즉 일본의 가나야마(金山)와 독일의 학설을 소개하면서, (i) 방해행위가 있더라도 조건의 불성취와는 전혀 무관한 경우이거나 (ii) 방해행위가 없었더라도 조건이 성취될 수 없는 경우에는 제150조 제1항이 적용될 수 있다고 보기 어렵지만, 제150조 제1항을 적용함에 있어서 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것이라는 인과관계가 요구된다고 볼 수 없고, 이는 문언에도 없는 가정적 인과관계로서 본 규정을 지나치게 좁게 해석하게 만들고, 위 민법규정이 가지는 규범적 의미를 저해한다고 한다. 오히려 ‘방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것’에 대한 개연성이 있다면, 이는 본 규정의 요건인 ‘신의성실에 반하여’ 조건의 성취를 방해한 것에 해당하는지를 판단하는 사정요소(事情要素)로서 참작할 수 있을 것이라고 한다.<sup>39)</sup>

### (2) 독일에서의 논의

그런데 독일에서는 위의 학설이 주장하는 것과는 달리 보고 있다. 즉 행동을 조건의 성취 또는 불성취로 평가함에 있어서는, 문제되는 행동이 없었더라면 조건이 성취되거나 성취되지 않았을 것이라는 증명(신의성실에 반하는 당사자 행동의 인과성)이 있어야 한다고 한다. 독일 민법 제162조의 규범목적은 사건의 경과를 규칙에 어긋나는 방해로부터 보호하려는 데 있는 것이지, 비난받을 행동에 대한 제재에 있는 것이 아니기 때문이라는 것이다. 그러므로 의무자의 신의성실에 반하는 행동이 확인되더라도, 조건 성취

37) 민형기(주 13), 362-363면(민형기); 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 635면; 남성민(주 30), 666면 등.

38) 다만 이상훈(주 31), 25면은 방해행위와 인과관계 문제를 분리함으로써 방해행위의 성립을 명확하게 인정할 수 있고, 방해행위를 한 자에게 인과관계 입증을 부담시키는 것이 공평하다는 발상을 가능케 한다고 서술하고 있으나, 그 근거를 제시하지는 않고 있다.

39) 양창수(주 8), 296-299면.

의 방해가 의제되지는 않으며, 오히려 인과관계가 증명되어야 한다고 한다. 다만 신의 성실의 원칙에 반하는 행동이 인과관계가 있다면, 다른 원인으로 인하여 같은 결과가 야기되었을 것이라는 점은 문제되지 않는다고 한다.<sup>40)</sup> 이 점에 관하여는 학설상 이견이 없는 것으로 보인다.<sup>41)</sup>

독일의 판례도 그와 같이 보고 있다.<sup>42)</sup> 이 사건에서는 피고가 원고가 건립하는 주택 단지를 위하여 측량 작업을 하였는데, 그 후 원고가 피고에게 지급하여야 할 대금을 10,000 마르크로 증액하기로 하였으나, 그 증액에는 연방건설청(Bundesbaudirektion)의 승인이 필요하였다. 그러나 원고는 그러한 승인 신청을 하지 않았다. 이 사건 원심은, 원고가 이와 같이 동의 신청을 하지 않았으므로, 독일 민법 제162조 제1항에 의하여 연방건설청이 그와 같이 승인한 것으로 다루어져야 한다고 판시하였으나, 연방대법원은 원심판결을 파기하였다.

연방대법원은, 원고가 위 승인신청을 하지 않은 데 책임이 있다고 하더라도, 그것만으로 원고가 승인이 있는 것처럼 다루어져야 하는 것은 아니라고 하였다. 제162조를 원용하는 자는 조건부 의무를 부담하는 자의 신의성실에 반하는 행동과 조건의 불성취 사이에 인과관계가 있음을 증명하여야 하고, 방해행위가 신의성실에 반한다고 하더라도 그것만으로 바로 조건 성취가 의제되는 것은 아니라는 것이다. 따라서 피고는 승인 신청이 있었다면 연방건설청이 승인을 하였을 것이라는 점을 증명하여야 하는데, 원심은 반대되는 증언이 있음에도 불구하고, 승인이 내려질 가능성이 배제되지는 않는다고 하였으나, 이는 피고의 증명책임을 오해한 것인데, 피고가 주장하는 권리를 인정하기 위하여는 원고가 승인 신청을 하였다면 승인이 내려졌을 것이라는 점이 적극적으로 확정되어야 한다고 하였다.<sup>43)</sup>

### (3) 일본에서의 논의

일본에서도 대체로 그와 같이 보고 있는 것으로 여겨진다. 가령 일본의 대표적인 민법 교과서에서는, 방해가 없었더라면 성취되었을 것으로 인정되는 경우가 아니면 안 된

40) Münchener Kommentar zum BGB/Westermann, BGB §162 Rn. 11. 여기서 다른 원인으로 인하여 같은 결과가 야기되었을 것이라는 점은 문제되지 않는다고 하는 것은 이른바 가정적 인과관계(hypothetische Kausalität)은 고려되지 않는다는 취지로 이해된다. 같은 곳 Rn. 17은 신의성실에 반하는 행동방식의 인과관계 추정은 존재하지 않는다고 한다.

41) beck-online.GROSSKOMMENTAR/Reymann, Stand: 1.3.2021, BGB § 162 Rn. 44BGB § 162, Rn. 44; BeckOK BGB/Rövekamp, 57. Ed. Stand: 1.2.2021, BGB § 162 Rn. 12 등.

42) 독일연방대법원 1958. 1. 8. 판결, BeckRS 1958, 31196318.

43) 판결문 2) b).

다고 하면서, 예컨대 고용주의 해고가 근속에 의한 부조료청구권(扶助料請求權)의 취득을 방해하였다고 하는 사례 등에서는 특히 이 점을 고려하여야 하고, 관청의 허가를 받아 전력을 공급한다고 하는 계약에서 허가의 신청을 게을리한 경우에는 신청하면 허가를 받는 것이 보통이라고 하면 방해와 불성취 사이에 인과관계가 있다고 한다.<sup>44)</sup>

그런데 일본에서는 다른 견해도 주장된다. 즉 방해행위에 의해 조건의 성취 미확정상태가 확정적으로 파괴되었을 것까지 필요하지는 않고, 조건의 성취 가능성이 저하되는 것으로 충분하며, 사회 통념상 조건성취의 가능성이 약간이라도 있는 경우에는 (2017년 개정 전) 일본 민법 제130조를 적용하여야 한다고 한다. 그 근거는 위 조문은 조건부 권리를 보호하는 것뿐만 아니라, 조건부 의무자에 대한 제재적 의미도 같이 가지고 있기 때문이라는 것이다.<sup>45)</sup>

#### (4) 소결

그러나 위와 같이 증명책임을 완화하려는 한국이나 일본의 일부 견해는 따르기 어렵다. 우선 제150조 제1항을 적용함에 있어서 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것이라는 인과관계가 요구된다고 볼 수 없다는 주장은 받아들일 수 없다. 문언상으로도 “조건의 성취를 방해한 때”라고 하여 방해라는 결과가 초래되었어야 한다. 그러므로 방해행위를 하기는 하였지만, 그것이 방해라는 결과로 이어지지 않았다면 제150조 제1항의 의미에서의 방해가 있었다고는 할 수 없다.

일본 민법의 경우에는 조건 성취 방해의 요건으로서 고의를 요구하고 있기 때문에 그 취지가 조건부 의무자에 대한 제재에 있다고 말할 수도 있고, 따라서 방해행위의 인과관계에 대한 증명도를 낮추어도 된다고 생각할 여지도 있다. 그러나 우리 민법은 독일 민법과 마찬가지로 그 요건으로서 고의를 요구하고 있지 않다. 앞에서 언급한 것처럼, 독일 민법 제정 당시 입법자의 의사는 신의성실에 반하는 행위 자체를 제재하려는 것이 아니었고, 따라서 독일 민법 제162조는 제재규범(Sanktionsnorm)이 아니며, 이는 조건부 법률행위의 당사자에게 조건부 법률행위에 표현된 규율 의사를 신의성실을 지향하여 관철시키려는 규범적 보조장치를 제공하는 것이었다고 한다.<sup>46)</sup>

44) 我妻 榮, 新訂 民法總則, 岩波書店, 1965, 411면. 石田 穰, 民法總則, 悠々社, 1992, 500면은, 방해가 없었더라면 특별한 사정이 없는 한 조건이 성취되었을 것이라고 인정되는 경우에 인과관계가 있다고 한다. 內田 貴, 民法 I, 제4판, 東京大學出版會, 2008, 304면은, 2017년 개정 전 일본 민법 제130조에 관하여, 실제로는 조건성취의 개연성에 관하여 다툼이 생길 여지도 있지만, 제130조의 효과로부터 생각한다면 상당한 개연성이 요구되어야 한다고 서술한다.

45) 金山正信·金山直樹(주 14), 672-673면. 양창수(주 8), 297면은 이를 원용하고 있다.

46) 주 16) 및 그 본문 참조.

다른 한편 조건의 성취 가능성이 저하되기만 하면 제150조가 적용된다고 보는 것은 실제로도 불합리한 결과를 가져올 수 있다. 즉 방해행위가 없었더라도 어차피 조건이 성취되지 않았을 것인 경우에, 방해행위가 있었다는 것만으로 제150조의 적용을 인정하면, 당사자는 방해행위가 없었던 경우보다 더 유리하게 되기 때문이다.

그런데 이 사건에서 원심이 피고의 방해행위가 없었더라면 원고로서는 이 사건 소 제기일인 2015. 11. 19. 무렵에는 매수예정자와 매각대금이 결정되어 피고에게 동반매도 요구권의 의사가 명시된 매도결정통지를 할 수 있었다고 추산할 수 있다고 한 이유는 다음과 같다. (1) 원고는 M&A를 전문으로 하는 국내 유수의 투자전문기관으로 원고가 자신과 매각주간의 역량을 합쳐 투자소개서도 작성되지 않은 상황에서 D와 E과 같은 다국적 PEF로부터 인수의향서를 제출받는 성과를 거두었던 점, (2) 원고는 2011. 4. 26. 한국산업은행 등 대주단으로부터 A 회사 지분매매대금 3,800억 원 중 1,600억 원을 최초 인출일(2011. 4. 28.)로부터 5년을 만기로 정하여 대출받아 조달받았으므로, 늦어도 위 대출 만기일인 2016. 4. 27.까지는 이 사건 매각절차를 종결하고 투자금을 회수하여야 하는 것으로 보이는 점 및 (3) 원고가 피고에 이 사건 매각절차를 진행하겠다고 통보한 2014. 6. 10.부터 이 사건 소 제기일인 2015. 11. 19.까지는 약 1년 5개월 정도로서 원고가 위 매각 일정에서 예상한 기간 5개월의 약 3배에 이르는 기간인 점이다.

그러나 (2)의 사정은 투자금을 회수하였어야 한다는 원고의 주관적인 사정일 뿐이고, (3)의 사정도 시간이 경과하기만 하면 당연히 매수인이 나타날 것이라고 할 수는 없으므로, 근거로는 불충분하다. (1)의 사정도 인수의향서를 제출받았다는 것만으로 당연히 매매계약이 체결될 것이라고 말할 수는 없다. 그러므로 원심이 위와 같은 사정만으로 인과관계를 인정한 것은 설득력이 부족하다.

## VI. 선택채권인지 여부

### 1. 원심판결과 대법원판결

원심판결은, 원고의 동반매도요구권은 그 행사 결과 원고의 매도결정통지로부터 14일 이내에 위 (x) 내지 (z) 중 상대방인 피고의 선택에 좇아 위 피고가 지는 급부의 내용이 확정되는 선택채권의 성격을 가지는데, 피고가 이 사건 매각절차에 협조할 의무를 위반하여 매도결정통지에 포함되어야 할 매도예정자와 매각금액이 결정되지 못하였으

므로, 매도예정자와 매각금액 결정을 전제로 하는 위 (x), (z) 및 (y) 중 ①의 금액으로 우선매수권을 행사하는 것은 이행이 가능하지 않게 되었으므로 제385조 제1항에 따라 잔존한 위 (y) 중 ②의 금액으로 우선매수권을 행사하는 것으로 특정된다고 하였다.

반면 대법원은, 동반매도요구권 행사에 따른 효과를 규정한 위 조항들의 내용을 종합하면, 상대방 당사자인 피고가 어떠한 경우에도 A 회사 경영권 유지 등의 목적으로 자신의 지분을 매각할 수 없고 반드시 보유해야만 하는 등 특별한 상황이 아니라면 (y)와 (z)는 매도주주로부터 동반매도요구권 행사의 통지를 받은 상대방 당사자가 그 행사 여부를 선택할 수 있는 권리라고 할 수 있고, 상대방 당사자가 선택해야만 하는 의무로 보기는 어렵다고 하였다. 그 이유는, 원심판결 이유에 원고의 동반매도요구권 행사에 대하여 피고가 반드시 A 회사의 경영권을 유지하기 위해서 우선매수권을 행사해야만 하는 사정은 나타나 있지 않으므로, (x)와 (y), (z)는 기본 원칙과 그 원칙을 변경할 수 있는 추가적 권리를 정한 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 원심이 전제하고 있는 것처럼 이들이 서로 대등한 병렬적인 선택채권의 관계에 있다고 보기는 어렵다는 것이다.

대법원은 이처럼 동반매도청구권 행사의 효과로서 선택채권이 성립하지 않으므로 채권의 목적으로 선택할 수개의 행위 중에 처음부터 불능한 것이나 또는 후에 이행불능하게 된 것이 있으면 채권의 목적은 잔존한 것에 존재한다고 규정한 제385조 제1항은 적용될 수 없고, 동반매도요구권 행사의 통지를 받게 되는 상대방 당사자로서는 매수예정자와 매각금액이 결정되어 있어야만 (x), (y), (z) 중 하나를 결정할 수 있는데, 매수예정자와 매각금액을 특정할 수 없는 이상, 조건 성취 방해에 따른 조건 성취를 의제하더라도 그것만으로는 곧바로 매도주주와 상대방 당사자 사이에 어떠한 법적 효과가 발생하는지를 정할 수 없다고 하였다.

## 2. 선택채권과 임의채권

제380조는 선택채권에 관하여 “채권의 목적이 수개의 행위 중에서 선택에 좇아 확정될 경우에 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 선택권은 채무자에게 있다”고 규정한다. 여기서 선택채권은 수개의 서로 다른 급여<sup>47)</sup> 가운데 선택에 의하여 결정되는 하나의 급여를 목적으로 하는 채권으로서, 선택이 있을 때까지는 선택되어야 할

47) 흔히 의식적이고 일정한 목적을 지향하는 타인 재산의 증가행위를 급부(給付)라고 하지만, 우리 민법에는 급부라는 용어는 사용되고 있지 않다. 급부(給付)라는 용어는 일본민법에서 사용되고 있지만, 민법은 급부 대신 급여(給與)라는 용어를 사용한다. 예컨대 제451조 제1항, 제466조, 제478조, 제746조 등. 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 3호, 2014, 108-109면 참조.

수개의 다른 급여가 선택적으로 채권의 목적이 되며, 선택으로 그 수개의 급여 가운데, 어느 하나가 목적으로 확정되는 채권이다. 선택채권에서 선택되어야 할 수개의 급여는 선택할 가치가 있을 정도로 각각 다른 개성을 가지고 독립한 가치를 가지고 있어야 한다.<sup>48)</sup>

이와 구분되는 개념이 임의채권이다. 임의채권이란 채권의 목적은 하나의 급여에 특정되어 있으나, 채권자 또는 채무자가 다른 급여로서 본래의 급여에 갈음할 수 있는 권리(대용권, 보충권)를 가지고 있는 채권을 말한다. 이 경우 본래의 급여는 확정된 내용의 것이어야 하고, 유효하게 존재할 것을 요한다. 임의채권의 목적이 되는 것은 본래의 급여만이고, 대용급여는 보충적 지위를 갖는 데 불과하다.<sup>49)50)</sup>

법률이 규정하는 임의채권의 예로서는 예컨대 외화채권에서의 채무자의 우리나라 통화로의 변제권(제378조)을 들 수 있다. 그 외에 당사자의 약정에 의하여 임의채권이 성립할 수 있음은 당연하다.

그런데 선택채권과 임의채권의 구별은 실제로는 어려운 경우가 있다. 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다86076 판결은, 하자보수보증금을 현금뿐만 아니라 보증서로도 예치할 수 있도록 하는 것은 통상 장기간의 현금 예치에 따른 수급인의 부담을 덜기 위함이고 하자보수보증금이 현금으로 예치되든지 보증서로 예치되든지 도급인에게는 차이가 있다고 보기 어려운 점, 수급인이 하자보수보증금을 현금으로 예치하겠다는 의사를 표명한 경우 현실로 예치할 때까지 의사를 바꾸어 보증서로 예치할 수 있다고 하더라도 도급인에게는 아무런 불이익이 없는 반면, 더 이상 보증서로 예치할 수 없다고 하는 것은 합리적 이유 없이 수급인에게 가혹한 결과를 초래하는 점, 보증서는 도급인 또는 수급인의 의사나 선택에 따라 그 발급 여부가 결정될 수 있는 것이 아니어서 현금과 선택적 관계에 있다고 보기 어려운 점 등을 고려하면, 특별한 사정이 없는 한 도급인은 하자보수보증금을 현금으로 예치하도록 청구할 수 있을 뿐이고, 수급인은 하자보수보증금을 본래 현금으로 예치하여야 하나 이에 갈음하여 보증서로 예치할 수 있는 권리를 가지고 있다고 보아야 한다고 판시하였다. 그 사건 원심은 이를 선택채무로 보고, 채무자인 피고가 선택권을 행사하지 않았다는 등의 이유로 현금예치청구를 받아들이지 않았으나, 대법원은 피고는 원고에게 이 사건 공사도급계약에 따라 하자보수보증금을 현금으로

48) 주석민법 채권총칙 (1), 제5판, 한국사법행정학회, 2020, 273면(이 혁).

49) 이혁(주 48), 275면 참조.

50) 우리 민법에는 임의채권에 관한 별도의 규정이 없으나, 2016년 개정된 프랑스 민법 제1308조는 임의채무(l'obligation facultative)를 규정하였다. 남효순, “개정 프랑스민법전상의 채무의 목적과 급부에 대한 규율”, 아주법학 제12권 3호, 2018, 165면 이하 참조.

예치할 의무가 있고, 다만 피고는 현실로 하자보수보증금을 예치할 때에 보증서로서 현금에 갈음할 수 있는 이른바 대용권을 가진다고 보아야 한다고 판시하였다.

### 3. 이 사건의 경우

대법원은 이 사건에서 선택채권이라고 보기 어려운 이유를 다음과 같이 설명하였다. 즉 이 사건 동반매도요구권은 매도주주가 가지는 권리로서 매도주주의 동반매도요구권을 행사한다는 의사표시가 있고, 이에 대한 상대방 당사자의 동의가 있거나 동의가 간주됨에 따라 상대방 당사자와 매도주주를 매도인으로, 매수예정자를 매수인으로, 상대방 당사자와 매도주주 소유의 A 회사 지분을 매매목적물로 하는 매매계약 체결이 의제되는 법률효과가 발생함이 원칙이고{(x)}, (y)와 (z)는 상대방 당사자인 피고가 어떠한 경우에도 A 회사 경영권 유지 등의 목적으로 자신의 지분을 매각할 수 없고 반드시 보유해야만 하는 등 특별한 상황이 아니라면 매도주주로부터 동반매도요구권 행사의 통지를 받은 상대방 당사자가 그 행사 여부를 선택할 수 있는 권리라고 할 수 있고, 상대방 당사자가 선택해야만 하는 의무로 보기는 어려우며, (x)와 (y), (z)는 기본 원칙과 그 원칙을 변경할 수 있는 추가적 권리를 정한 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 원심이 전제하고 있는 것처럼 이들이 서로 대등한 병렬적인 선택채권의 관계에 있다고 보기는 어렵다는 것이다.

생각건대 계약에 의하여 발생하는 채권이 선택채권인지 아닌지 여부는 기본적으로 계약의 해석에 의하여 결정된다. 그런데 이 사건과 같은 경우는 이른바 drag & call이라고 하여, 소수지분에 투자하는 재무적 투자자에게 동반매도청구권을 부여하고, 재무적 투자자가 동반매도청구권을 행사하여 대주주 지분까지 포함하여 매도함을 전제로 매수 희망자와 합의된 가격(통상 경영권 프리미엄이 포함된다)을 제안하면, 대주주 내지 전략적 투자자는 동반매도청구에 응하거나 재무적 투자자가 보유하고 있는 주식을 제안 가격 또는 기 합의되어 있는 가격에 우선매수권을 행사할 수 있는 선택권을 갖게 된다. 경영권을 유지하고자 하는 대주주는 재무적 투자자가 동반매각청구를 하더라도 우선매수권 행사를 통해 경영권을 보장 받을 수 있다.<sup>51)</sup>

위와 같은 점에 비추어 보면, 이 사건 동반매도청구권에 관한 규정은 기본적으로 동반매도청구권 행사에 의하여 피고의 동반매도 의무가 발생하지만{(x)}, 피고가 경영권을 유지하려면 우선매수권을 행사하거나{(y)}, 매도주주가 보유한 회사의 주식 전부를

51) 이동건·류명현·이수균(주 4), 32면. 또한 송옥렬(주 23), 85-86면; 이삼열, “M&A 상황에서 계약상의 주식양도제한”, 연세법학 제31호, 2018, 108면도 참조.

보다 유리한 조건으로 새로운 제3자에게 매도할 수 있다(z)는 것으로 이해해야 할 것이다. 이는 피고가 원고의 매도결정통지를 수령하고도 14일 이내에 위 (x), (y), (z)의 통지를 하지 않으면 (x)로 간주된다고 약정한 점에 비추어도 알 수 있다. 따라서 이 경우에는 원고의 동반매도청구권 행사에 의하여 당사자 사이에 선택채권이 성립한다고는 볼 수 없고, 피고의 동반매도의무가 발생하지만, 피고는 우선매수권이나 제3자에 대한 매도라는 대용권을 행사할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 이 점에 관한 대상판결의 설시는 설득력이 있다.

그런데 이 사건에서는 대법원이 실시하는 것처럼, 매수예정자와 매각금액이 결정되지 않은 이상 동반매도 의무는 성립하지 않는다. 그렇다고 하여 제385조 제1항이 적용될 수도 없다. 피고의 대용권은 어디까지나 주된 의무인 동반매도 의무의 성립을 전제로 하기 때문이다. 독일의 학설도, 임의채권과 같은 대용권(Ersetzungsbefugnis, facultas alternativa)의 경우에는 우리 민법 제385조에 해당하는 독일 민법 제265조<sup>52)</sup>는 적용되지 않는다고 한다.<sup>53)</sup> 프랑스 민법 제1308조도, 본래 합의된 급여를 이행하는 것이 불가항력의 원인으로 불능이 된 경우에는 임의채무는 소멸한다고 규정한다.<sup>54)</sup> 대용권이란 채무자가 면책되기 위하여 인정되는 권리이므로 불가항력의 경우는 면할 채무 자체가 소멸하게 되므로 임의채무는 당연히 소멸하는 것이기 때문이다.<sup>55)</sup>

## VII. 결론

이 사건에서는 이해관계가 큰 기업인수계약에서 제150조의 적용이 문제되었다. 이러

52) 독일 민법 제265조(선택채무에서의 불능): 급여 중의 하나가 처음부터 불능이거나 나중에 불능이 된 경우에는, 채권관계는 나머지 급여로 한정된다. 급여가 선택권이 없는 당사자의 책임있는 사유로 불능하게 된 경우에는 한정은 일어나지 않는다.

53) beck-online.GROSSKOMMENTAR/Krafka, BGB § 262 Rn. 5-6, Stand: 01.04.2021.

54) 제1308조 ① 채무가 특정의 급여를 목적으로 하지만 채무자가 면책되기 위하여 그것과 다른 급여를 제공할 권리를 갖는 경우에는 임의채무라고 한다.

② 본래 합의된 급여를 이행하는 것이 불가항력의 원인으로 불능이 된 경우에는 임의채무는 소멸한다.

Article 1308 L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure.

55) 남효순(주 50), 167-168면.



한 기업인수계약에서는 여러 가지의 복잡한 내용이 포함되어 있는데, 이를 위하여는 당사자 사이의 협력이 요청되는 경우가 많고, 따라서 앞으로도 제150조의 적용이 문제될 사례가 있을 것으로 보인다. 또한 대상판결은 기업인수계약에서의 동반매도요구권에 관하여 다룬 첫 대법원 판례로 보이고, 이 점에서도 의미가 있다. 대상판결의 결론은 전체적으로 타당한 것으로 보이며, 앞으로 대상판결은 중요한 선례로 작용할 것이다.

## 〈참고문헌〉

- 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003.
- 남효순, “개정 프랑스로법전상의 채무의 목적과 급부에 대한 규율”, 아주법학 제12권 3호, 2018.
- 민법주해 3, 박영사, 1992.
- 민법주해 15, 박영사, 1997.
- 서희석, “일본 민법(채권법) 주요 개정사항 개관”, 비교사법 제24권 3호, 2017.
- 송옥렬, “동반매도요구권과 대주주의 실사 협조의무”, BFL 제108호, 2021. 7.
- 양창수, “민법 제150조의 입법 목적과 유추적용”, 사법 제51호, 2020.
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 3호, 2014.
- 이동건·류명현·이수균, “주주간 계약상 주식양도의 제한”, BFL 88호, 2018.
- 이삼열, “M&A 상황에서 계약상의 주식양도제한”, 연세법학 제31호, 2018.
- 이상훈, “최근 ELS 소송에서의 민법 제150조 제1항 적용의 쟁점과 함의”, 민사법학 제76호, 2016.
- 주석민법 채권각칙 (3), 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 주석민법 총칙 (3), 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
- 주석민법 채권총칙 (1), 제5판, 한국사법행정학회, 2020.
- 호제훈, “ELS 헤지거래와 투자자 보호의무”, 민사판례연구 39권, 2017.
- 内田 貴, 民法 I, 제4판, 東京大學出版會, 2008.
- 石田 穰, 民法總則, 悠々社, 1992.
- 我妻 榮, 新訂 民法總則, 岩波書店, 1965.
- 新版 注釋民法 (4), 有斐閣, 2015.
- beck-online.GROSSKOMMENTAR/Bearbeiter, C. H. Beck, Stand: 01.03.2021.
- Münchener Kommentar zum BGB/Bearbeiter, 9. Auflage, C. H. Beck, 2021.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB/Bearbeiter, 57. Edition, C. H. Beck, Stand: 01.02.2021.

<국문초록>

## 정지조건 성취 방해로 인한 조건 성취의 의제 여부 - 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결 -

윤진수

대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결에서는 민법 제150조 제1항에 의한 정지조건 성취 방해로 인한 정지조건의 성취 의제가 문제되었다. 이 사건에서는 원고가, 자신이 주주간 계약에서 약정한 동반매도요구권(drag-along right)을 행사하려고 하였으나, 피고가 자료를 제공하지 않아서 매수예정자를 결정하지 못하였는데, 매수예정자의 결정이 동반매도요구권 행사의 조건이고, 피고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였으므로 민법 제150조 제1항에 따라 A 회사 지분에 관한 매매계약 체결이 의제되고 피고는 매매대금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다. 원심판결은 원고의 청구를 받아들였으나, 대법원은 원심판결을 파기하였다.

대법원은, 제150조 제1항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다고 하면서도, 매수예정자와 매각금액을 특정할 수 없는 이상, 조건 성취 방해에 따른 조건 성취를 의제하더라도 그것만으로는 곧바로 매도주주와 상대방 당사자 사이에 어떠한 법적 효과가 발생하는지를 정할 수 없고, 본계약 체결에 이르기까지 절차가 매우 복잡하며 여러 가지 변수에 따른 불확실성을 가진다는 점에 비추어 보더라도, 피고가 원고의 자료제공 요청에 응하지 않았다는 사정만으로 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였다고 단정하기는 어렵다고 하였다.

이러한 대법원의 판시는 타당하다. 우선 제150조의 입법목적이 이처럼 신의성실에 반하는 행동을 한 자에게 불이익을 준다는 의미에서 제재를 준다는 것이라고는 할 수 없고, 이는 신의칙에 위반한 행동에 의하여 이익을 얻으려는 것을 막고, 다른 한편으로는 그러한 행동이 없었더라면 있게 되었을 상태로 상대방의 지위를 회복시킴으로써 구제를 하려는 데 있다고 보아야 한다. 또한 위 조항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다. 그리고 이 사건 매각절차가 진행되지 않은 것은 피고가 원고의 요청에 협조하지 않은 것뿐만 아니라, 매수예정자를 직접 만나 그 진정성과 선의를 확인하고 싶다는 피고의 제안에 원고가 응하지 않는 것도 원인이고, 따라서 피고의 협조의무 위반만을 가리켜 신의성실 원칙 위반이라고 할 수는 없을 것이다. 나아가 피고가 원고의 요청에 응하지 않은 것은 진정성 있는 매수희망자 아닌 자에게 자신의 영업상 비밀이 유출되는 것을 막기 위한 것이므로

로, 경제적인 합리성도 있고, 따라서 신의성실의 원칙에 어긋나는 것도 아니라고 볼 여지도 있다.

나아가 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것이라는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담하여야 한다. 사회 통념상 조건성취의 가능성이 약간이라도 있는 경우에는 제150조를 적용하여야 한다는 주장은 이 규정의 입법목적이 제재에 있다고 보지 않는 이상 따르기 어렵다.

마지막으로 원고의 동반매도청구권 행사에 따라 선택채권 관계가 성립하는 것도 아니다. 이 경우에는 선택채권이 아니라 임의채권 관계가 성립하며, 선택채권에 적용되는 민법 제385조 제1항은 적용될 수 없다.

주제어 : 정지조건 성취방해, 신의성실의 원칙, 인과관계의 증명책임, 동반매도청구권, 선택채권과 임의채권.

<Abstract>

## The Prevention of the Condition Precedent and the legal fiction of the fulfillment of the condition thereof

Yune, Jinsu

The decision of the Korean Supreme Court, dated January 14, 2021, dealt with the prevention of the condition precedent by one of the contract parties. In this case, the plaintiff tried to exercise the drag-along right concerning sale of A company's share against the defendant prescribed by the shareholders' agreement. However, the plaintiff found it difficult to find the appropriate prospective buyer since the defendant declined to provide relevant materials for A company. The plaintiff asserted that the defendant prevented against the principle of good faith the fulfillment of the condition precedent of the drag-along right, i.e., the confirmation of the purchase by the prospective buyer, based on Article 150 para. 1 of the Korean Civil Code. The plaintiff maintained that the defendant should pay for the sale price of A company's share considering the effect of the exercise of the drag-along right. The appellate court was in favor of the plaintiff's claim. However, the Supreme Court reversed the appellate court's decision.

The Supreme Court issued the decision(hereinafter "the Decision") declaring that Article 150 para. 1 of the Korean Civil Code can be applied analogously to cases where one party declined the cooperation expected legitimately. However, according to the Decision, even if the fulfillment of the condition precedent could be deemed, it could not bring about the definite legal effect between the parties in so far as the prospective buyer and sale price could not be ascertained. Moreover, the Supreme Court held that it cannot be said that the defendant prevented the fulfillment of the condition precedent against the principle of good faith, considering the process leading to the final contract was subject to much complexity and uncertainty owing to many variables.

The Decision can be justified for the following reasons. The aim of Article 150 is not to enforce sanction itself against the party who acted against the principle of good faith. Rather, the aim is to prevent the gain by the act contrary to the principle of good faith and give remedy to restore the status the other party could have enjoyed had it not been for such an act. The declination of the defendant to provide requested materials can not be evaluated as contrary to the principle of good faith, as the plaintiff did not comply with the request of the defendant to meet the prospective buyer. Moreover, it may be said that the declination of the defendant to

provide relevant information to the plaintiff was economically reasonable and not contrary to the principle of good faith, as the motive of the defendant was to prevent the leak of the trade secret.

Furthermore, the burden to prove the fact that the condition precedent would be fulfilled without the act of prevention lies on the party who asserts it. There is a different assertion that Article 150 should be applied in cases where there is slight probability of the fulfillment of the condition precedent had it not been for the act of prevention. However, this assertion cannot be supported, since the aim of Article 150 is not enforcing sanction itself as aforementioned.

Lastly, the exercise of the drag-along right by the plaintiff cannot lead to the legal effect of the alternative obligation prescribed by Article 380. Rather, the exercise can bring about optional obligation. Accordingly, Article 385 para. 1 that is relevant to the alternative obligation cannot be applied in this case.

Key Words : Prevention of the Condition Precedent, The Principle of Good Faith, Burden of Proof for Causation, Drag-Along Right, Alternative Obligation and Optional Obligation.