

민법상 사단법인, 비법인사단의 임원의 해임청구권을 피보전권리로 하는 가처분

趙 相 熙

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 문제제기	III. 일반적 해임청구권의 인정필요성
II. 형성의 소와 해임청구권	1. 상법의 이사해임청구권의 유추적용 여부
1. 형성의 소	2. 반대론의 비판:순환논리의 위험성
2. 해임청구권과 직무집행정지가처분	3. 일반적 해임청구권의 인정 방법
	IV. 결론
	參考文獻

I. 문제제기

상법상 주식회사에 대해서는 그 임원의 의무와 임무위배 임원의 손해배상책임, 임무위배 임원에 대한 해임청구권과 이를 근거로 한 직무집행정지가처분에 관해서 면밀하게 규정되어 있다¹⁾. 그러나 주식회사와 같은 법인격에까지는 이르지 못한 많

1) 상법 제382조의3 (이사의 충실의무), 제382조의 4 (이사의 비밀유지의무), 제399조(회사에 대한 책임), 401조(제3자에 대한 책임), 403조(주주대표소송) 규정 이외에 해임과 직무집행정지와 관련된 규정은 다음과 같다.

은 단체들 즉 종종, 재건축조합, 상가번영회, 소비자단체, 조합 등에 있어서는 임원들의 임무와 임무 위배에 대한 규정이 잘 정비되어 있지 않다. 그래서 그러한 임원의 임무위배를 이유로 한 절차적 규정도 미비한 상태이다.

그런데 현실적으로 이러한 민법상 사단법인, 비법인사단에 있어서 임원의 비리, 부정이 빈발하고 있고 이로 인해 단체 자체의 존립이 위태로운 지경이 되고 있음에도, 이에 대하여 단체의 구성원들이 임원들의 책임을 물을 수 있는 법적 절차를 찾지 못하고 있고, 실제 아무런 책임을 묻지 못하고 있다²⁾³⁾. 그것은 다른 아닌 이른바 형성의 소에 있어서의 청구권이 없기 때문에 이러한 청구권을 피보전권리로 하는 직무집행정지가처분이 인정될 수 없다는 논리를 근거로 하고 있다. 과연 이렇게 형성의 소가 성립될 수 없다는 이유로 가처분이 인정될 수 없다는 형식논리로서 현실을 외면하는 것이 타당한가?⁴⁾ 이에 대해서 검토하고자 한다. 이러한 검토는 특별

제385조(해임) ② 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식의 총수의 100분의3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.

제402조(유지청구권) 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.

제407조 (직무집행정지, 직무대행자선임) ①이사선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로써 이사의 직무집행을 정지할 수 있고 또는 직무대행자를 선임할 수 있다. 급박한 사정이 있는 때에는 본안 소송의 제기전에도 그 처분을 할 수 있다.

- 2) 사단법인, 비법인사단의 정관에 규정에 따라서 총회에서의 결의를 통한 해임 밖에 다른 방법이 없다. 그러나 비리, 부정의 임원들이 회원들의 정보를 독점하고 있고, 총회 소집 요구정족수를 확보하고 있어서 임시총회를 소집하기도 어려우며, 정기총회가 소집되어도 이 임원들을 물러나게 할 수 있는 의결정족수를 채우지 못하는 경우가 대부분이다.

- 3) 민법 사단법인의 규정을 보면, 제61조(이사의 주의의무)와 제65조(이사의 임무해태) 이외에 다음의 규정을 두고 있다.

제52조의2 (직무집행정지 등 가처분의 등기) 이사의 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하거나 그 가처분을 변경·취소하는 경우에는 주사무소와 분사무소가 있는 곳의 등기소에서 이를 등기하여야 한다.

제60조의2 (직무대행자의 권한) ①제52조의2의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 다만, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

제63조 (임시이사의 선임) 이사가 없거나 결원이 있는 경우에 이로 인하여 손해가 생길 염려 있는 때에는 법원은 이해관계인이나 감사의 청구에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다.

- 4) 권성 외 4(1994), p393은 이렇게 표현하고 있다. "... 이러한 견해를 관철하게 되면 일단 적법한 절차에 의하여 선임된 대표자나 임원은 그후 어떠한 직무상의 과오나 부정이 있다 하더라도 단체의 내부절차에 의하여 해임되지 않는 한 그 임기만료시까지 직무를 계속 수행할 수 있게 된다. 더구나 그 대표자 등이 단체의 다수세력에 속하거나 주도권을 쥐고 있는 실력자 그룹에 속하는 경우에는 내부절차에 의한 해임이라는 것이 사실상 불가능하다. 따라서 이러한 단체에 있어 소수의 단체원

법에 의해서 설립된 각종 특수법인 즉 오로지 정부의 사실상의 영향만을 받는 법인에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

II. 형성의 소와 해임청구권

1. 형성의 소

형성의 소란 기존 법률관계의 변경, 형성의 효과를 발생함을 목적으로 하는 것으로서 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한해서 허용된다. 형성권은 당사자의 일방의 의사표시에 의하여 법률관계를 변동시킬 수 있는 권리인데, 해제권, 해지권, 취소권, 상계권, 추인권, 지상물매수청구권 등이 있다. 그리고 소를 제기하여 법원의 판결을 받아서 비로소 법률관계를 변동시킬 수 있는 즉 소로써만 행사할 수 있는 형성권과 관련된 것이 형성의 소이다.

이러한 형성의 소에는 가사소송, 회사관계소송이 있으며, 행정소송 중의 항고소송, 선거무효·당선무효 소송, 헌법소원 등이 있다. 또 재심소송, 정기금판결변경소송, 중재판정취소소송, 청구이의소송, 제3자의소송 등도 이에 해당한다(이른바 소송상의 형성의 소). 토지경계확정소송, 공유물분할소송 등도 형성의 소에 해당한다⁵⁾.

2. 해임청구권과 직무집행정지가처분

그런데 해임청구권을 명시적으로 인정하는 상법과는 달리 법률에 명문의 규정이 없는 경우에는 형성의 소의 성질상 허용될 수 없고, 따라서 그 해임청구의 소를 본안으로 하는 직무집행정지가처분도 당연히 허용될 수 없다는 것이 판례의 한결 같은 논리이다. 즉 “기존 법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있는바, 조합의 이사장 및 이사가 조

또는 소외된 단체원들이 법원에 호소하여 직무집행정지가처분을 받아 낼 수 없다고 한다면 그들은 대표자의 중대한 과오로 인한 손해로부터 자신들의 권익을 보호할 법적 수단이 없게 된다. 이것은 분명히 정의관념에 어긋나고 법원에 대한 국민의 기대를 저버리는 것이다...”

5) 실체법상 형성의 소, 소송상의 형성의 소, 형식적 형성의 소 등으로 분류하고 있다. 민사소송법 교과서의 일반적인 분류이다. 이시운(2004), pp170-173

합업무에 관하여 위법행위 및 정관위배행위 등을 하였다는 이유로 그 해임을 청구하는 소송은 형성의 소에 해당하는데, 이를 제기할 수 있는 법적 근거가 없으므로, 조합의 이사장 및 이사 직무집행정지 가처분은 허용될 수 없다”⁶⁾고 하고 있고, “학교법인의 이사장에 대하여 불법행위를 이유로 해임을 청구하는 소송은 형성의 소에 해당하는 바, 이를 허용하는 법적 근거가 없으므로 이를 피보전권리로 하는 이사장에 대한 직무집행정지 및 직무집행대행자 선임의 가처분은 허용되지 않는다.”는 것이다⁷⁾.

결국 법률상 혹은 정관상으로 임원의 비리, 부정을 이유로 한 해임청구권이 없기 때문에 이들 임원의 해임을 위한 임시총회의 소집을 못하게 되면 그 임원의 임기 만료시까지 그대로 직무를 계속 하게 할 수 밖에 없는 상황이다. 심지어 업무상형량, 배임 등의 죄로 유죄판결을 받아도 확정되기까지는 2년 이상 걸리어서 비리, 부정의 임원이 임기를 다 채우게 되는 실정이다.

III. 일반적 해임청구권의 인정 필요성

1. 상법의 이사해임청구권의 유추적용 여부

가. 하급심 판결

그런데 하급심 판결 가운데 이사에 대한 해임청구권을 인정한 상법 제385조 제2항의 규정을 유추적용하여 민법상 사단법인의 대표자에 대한 해임청구소송을 허용할 수 있다는 것이 있다. 즉 ‘민법상 사단법인의 대표자에 대한 해임청구소송은 기존 법률관계의 변경, 형성의 효과를 발생함을 목적으로 하는 형성의 소로서 법률

6) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다45020 판결(이사장등 직무집행정지 및 출입금지 가처분): 중소기업협동조합법에 의하여 설립된 서울중앙기계부품상협동조합의 1999. 4. 14.자 임시총회가 그 개최정족수 및 의결정족수가 충족되지 않았다고 판단하였으나, 이사장 및 이사 직무집행정지 가처분신청의 피보전권리를 이사장 및 이사인 피신청인들의 조합 업무집행에 관한 위법행위 및 정관위배행위 등을 이유로 하는 이사장 및 이사 해임청구권과 새로운 이사장 및 이사의 선임에 따른 이사장 및 이사 지위부존재확인청구권인데, 이러한 청구권을 근거로 할 수 없다고 함.

7) 대법원 1997.10.27.자 97마2269 결정(이사장등 직무집행정지 가처분)
이외에도 대법원 1982.9.14.자 81마33 결정(직무집행정지 가처분에 대한 재항고), 대법원 1993.9.14. 선고 92다35462 판결(소유권이전등기), 대법원 1966.12.19.자 66마516 결정(이사직무집행정지등) 등이 있다.

에 그에 관한 특별한 규정이 없으면 허용되지 않는다고 할 것이나, 대표자 등의 직무상 과오나 부정의 정도가 중대하여 이를 묵과한다면 단체의 존립을 위태롭게 하여 구성원에게 현저한 손해가 발생한 우려가 있는 한편 단체의 정관이나 인사규정 등에 의하여 그 대표자나 임원의 직무를 정지하거나 해임할 수 있는 절차가 존재하지 않거나 혹은 그러한 절차가 있어도 그에 따른 해임이 현저히 곤란한 경우에는 예외적으로 이사에 대한 해임청구권을 인정한 상법 제385조 제2항을 유추적용할 수 있다'고 한 것이다⁸⁾. 또 조합의 정관이 대의원회의 의결을 거쳐 조합원투표로 조합장에 대한 해임을 결정하도록 규정하고 있는 경우, 비록 조합장에 대한 해임안이 대의원회에서 부결되어 조합원 투표에의 절차를 거치지 못하였다고 하더라도 상법 제385조 제2항에 근거하여 곧바로 법원에 조합장의 해임을 청구할 수 있다고도 하고 있다⁹⁾.

그러나 이러한 유추적용을 거부하는 하급심 판례도 있는데, 자동차운수사업법에 의하여 설립된 비영리법인인 사단법인 부산시개인택시여객운송조합의 조합원 개인이 그 조합의 이사장의 해임을 구하는 소는 기존 법률관계의 변동을 목적으로 하는 이른바 형성의 소로서, 당사자의 이익, 거래 안전 또는 공익적 견지에서 법적 안정성이 강력히 요청되므로 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 바, 위 조합의 설립근거 규정인 위 법이나 그 준용규정인 민법에 의하더라도 조합원 개인에게 위 조합의 이어나 이사장의 해임을 구하는 소를 인정하는 근거규정이 없고, 비영리법인인 위 조합에 상법 제385조 제2항이 규정한 소수주주인 이사해임청구의 소를 준용하기는 어려우므로 위 소는 권리보호요건을 결한 것이라고 한다¹⁰⁾.

결국 하급심 판례의 추이는 사단법인, 비법인사단의 대표자나 임원의 과오나 부정의 정도가 중대하여 묵과할 경우 단체의 존립이 위태로운 지경이라면 상법의 관련규정을 유추적용해서라도 해임청구권을 인정하고 이를 근거로 직무집행정지가처분을 할 수 있도록 해야 한다는 것으로 볼 수 있다.

나. 이론구성

이 문제에 대하여 해결방법으로 권성 외 4인은 상법 제385조 제2항의 이사에 대한 해임청구권 규정은 직무상 부정행위를 한 임원으로 하여금 그 직무를 계속 수행하도록 하여서는 안 된다는 것이 모든 단체의 경우에 공통적으로 적용될 수 있는

8) 서울동부지방법원 2000.9.29.자 2000카합1702 결정(직무집행정지가처분).

9) 광주지방법원 2004.12.3. 선고 2004가합3668 판결(해임청구).

10) 부산고등법원 1992.6.18. 선고 92나3625 판결(해임청구).

자연법적 원리이므로 그중 가장 중요하고 사회적 영향력이 크다고 할 수 있는 주식 회사에 대하여 이러한 원리를 법률에 구현시킨 일종의 예시적 규정이라고 이해한다. 그래서 비록 명문의 규정은 없더라도 이 상법 제385조, 제407조의 취지를 준용 내지 유추적용하여 주식회사 이외의 단체의 경우에도 일정한 요건하에 그 구성원들이 대표자의 해임을 법원에 청구할 수 있는 권리를 가지고 있다고 보아야 한다고 한다¹¹⁾.

2. 반대론의 비판:순환논리의 위험성

일반적인 해임청구권을 인정하지 못하는 논거는 단지 그것이 형성의 소인데 법률에 규정이 없다는 것이다. 그러나 형성의 소를 다른 이행의 소나 확인의 소와 구별하는 이유는 법률관계의 변경, 형성의 효과를 가져오는 것이기 때문이며, 법률에 규정이 있어야만 성립될 수 있다는 것이 구별의 기준이 아니다. 형성의 소송은 물론 법률관계의 변경, 형성의 효과를 가져오는 것으로 중요한 것이어서 법률에 규정되면 좋겠지만, 법률에 규정이 없더라도 인정될 필요가 있는 경우가 있다. 그것이 현재 문제로 되고 있는 사단법인, 비법인사단의 임원에 대한 해임청구권이다.

그런데 일반적인 해임청구권은 형성의 소송인데, 법률의 규정이 없어서 인정되지 못한다는 것이라고 하는 것은 단순한 순환논리에 지나지 않는다. 즉 형성소송이 그 내용이 중요해서 법률에 규정되는 경우가 대부분이라는 것이지(반드시 법률로 규정되어야 하는가는 새로운 법률관계가 만들어질 경우에 반영이 되지 못하는 시간적 공백이 당연히 생기게 된다는 점을 고려하면 그렇지 않다고 할 것이다), 법률에 규정되지 않으면 형성소송이 될 수 없다는 것은 아니라고 할 것이다. 그러므로 형성소소이긴 하되 법률에 규정이 없어서 심사할 수 없다 라고 하는 것은 잘못된 순환논리인 것이다.

11) 권성 외 4인(1994), p394. 한편 대법원 1979.6.26. 선고 78다1546 판결이 종단구성원 혹은 중앙총회의 구성원의 법원에 대한 중정해임청구권을 명시적으로 인정하지 않으면서도 중정에 중대한 과오가 있어서 이를 그대로 방치할 경우 종단의 존립이 위태롭게 될 만한 특수한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 그 해임이 가능하다고 판시한 것이 그나마 종래의 견해에서 진일보된 것이라고 분석하였다. 그러나 이 판결의 의미에 대하여 대법원은 그후 1997.10.27.자 97마2269 결정에서 '대한불교조계종의 종단 구성원 혹은 중앙총회의 구성원에게 중정해임청구의 소를 본안으로 하는 가처분을 허용하는 취지가 아니라, 중정에 대한 해임권한이 예외적으로 중앙총회에 유보되어 있음을 전제로 하여 우선 그에 대한 중앙총회의 해임결의가 있었고, 비록 그 결의가 적법하지 않다고 할지라도 다시 중앙총회가 소집되어 적법한 해임결의를 하기 전에 급박한 사태를 해결하기 위한 잠정적 조치로서 중정에 대한 직무집행정지 및 대행자 선임의 가처분을 인정하는 취지'라고 하여 의미가 다르다고 판시하였다.

3. 일반적 해임청구권의 인정 방법

그런데 여기서 일반적인 해임청구권을 인정할 수는 없을까? 관련 근거법률에 이러한 해임청구에 관해서 규정하고 있지 않은 경우는 두 가지로 나누어 질 수 있다. 즉 사단법인의 정관으로 법원에 해임청구를 할 수 있게 한 경우와 정관에 전혀 아무런 규정이 없는 경우이다. 전자의 경우는 법률에 형성의 소와 관련된 규정이 없으므로 기존 형성의 소의 이론과는 배치되지만, 개별 단체의 행위를 규율하는 정관이 우선하므로 이 정관이 우선한다는 것을 법률의 근거조항으로 삼고서 해임청구의 소를 인정할 수 있을 것이다. 물론 이러한 경우는 아직 없었지만, 앞으로 사단법인, 비법인사단의 정관을 이런 규정이 들어갈 수 있도록 정비하면 충분히 가능한 일일 것이다¹²⁾.

문제는 정관에도 해임청구와 관련한 규정이 전혀 없더라도 대표자나 임원의 부정과 비리가 중대하거나 유죄의 판결을 받은 경우에는 일반적인 해임청구권을 인정하자는 것이다. 당사자의 이익과 거래의 안전, 단체의 이익 등 공익을 고려하여 단체의 구성원으로 하여금 법원에 해임청구권을 행사할 수 있도록 하자는 것이다. 물론 그 요건은 임원의 부정과 비리가 너무나 중대하여 단체의 존립을 위태롭게 할 만한 급박한 상태에 있어야 할 것이 필요하다고 본다.

일반적으로 임원을 선출한 결의의 무효 사유가 있는 경우에는 총회결의무효확인 소를 제기하면서, 선출된 관련 임원의 직무집행정지 및 직무대행자선임의 가처분을 인정하는 것보다도 당해 단체에서는 부정과 비리를 저지를 임원을 그대로 방치하는 것을 막는 것이 더 중요하다고 볼 수 있다. 그런데 이사회 혹은 예는 이외에 단체의 구성원이 비리나 부정을 저지른 임원을 그 직무에서 배제하게 할 방법이 없는 현실에서 본다면, 이러한 일반적인 해임청구권을 인정하는 것이 그 실효성이 크며, 이때 공익을 위해 법원이 개입할 필요성이 있기 때문이다.

현재 행정소송은 당사자적격이 권리구제설에서 법률상 보호되는 이익구제설로 확대되고 있으며, 점점 더 구제범위를 넓히려고 하고 있다. 특히 환경권과 관련해서는 개별개발계획과 관련된 처분에 대하여 인근 주민의 직접적, 구체적 이익과 관련된다고 판결할 정도로까지 당사자적격을 넓히고 있다¹³⁾.

12) 대법원 법원행정처(2003), p331: 단체의 규약이나 정관 등도 단체내부의 법률관계를 규율하는 법규가 되는 것이므로 단체의 규약이나 정관 등에 단체임원의 해임을 청구할 수 있는 근거규정이 있는 경우에는 가능하다는 견해도 있다.

13) 대법원 1998.4.24. 선고 97누3286 판결(공원사업시행허가 처분취소)

환경영향평가에 관한 자연공원법령 및 환경영향평가법령의 규정들의 취지는 집단시설지구개발사업이 환경을 해치지 아니하는 방법으로 시행되도록 함으로써 집단시설지구개발사업과 관련된 환경공익을 보

민사소송에서도 이러한 단체의 운영과 관련해서는 이러한 공익적 측면을 강조하여 소송의 종류와 법률 규정 같은 형식적 심사에서 그치지 말고, 그 내용에 들어가서 실질적인 구제를 할 수 있는 조치를 해야 할 것으로 본다.

IV. 결 론

재건축조합, 중증 등에서의 임원들의 비리와 부정은 정말로 심각하다. 그러나 이 임원들의 비리와 부정이 있어도 이 임원들을 각 단체의 업무에서 배제시킬 마땅한 방법이 없다. 총회를 통하여 그 임원들을 해임하는 수 밖에 없는데, 총회 소집은 매우 어려울 뿐만 아니라, 설사 소집되어도 비리와 부정의 임원들이 총회를 장악하고 있기 때문이다. 그렇다면 이들의 직무집행을 정지하고 직무에서 배제시킬 수 있는 방법은 무엇인가.

결국 상법상 이사의 해임청구권을 유추적용하는 길도 있지만, 형성소송의 순환논리를 깨고서 특별한 조건 하에서 일반적 형성소송을 인정해 준다면 더 쉽게 해결방법을 찾을 수 있다고 본다.

호하려는 데에 그치는 것이 아니라 그 사업으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가대상지역 안의 주민들이 개발 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다 할 것이므로, 위 주민들이 당해 변경승인 및 허가처분과 관련하여 갖고 있는 위와 같은 환경상의 이익은 단순히 환경공익 보호의 결과로 국민일반이 공통적으로 가지게 되는 추상적, 평균적, 일반적인 이익에 그치지 아니하고 주민 개개인에 대하여 개별적으로 보호되는 직접적, 구체적인 이익이라고 보아야 한다.

< 參 考 文 獻 >

- 권성·조해현·장성원·박순성·김상준, 가처분의 연구, 박영사, 1994.
김상원·박우동·이시윤·이재성 편, 주식 민사집행법, 한국사법행정학회, 2004.
김상원·정지형, 가압류·가처분, 한국사법행정학회, 1995.
대법원 법원행정처, 법원실무제요 민사집행(IV), 2003.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2004.