■ 신년 기획

2022년 회사법 관련 대법원 판례회고

홍복기
연세대학교 법학전문대학원 명예교수

<目 次>

I. 머리말	VII. 회계장부열람·등시청구권 행사시
요구되는 이유기재의 정도(대법원 2022.
5. 13. 선고 2019다270163 판결)
II. 이사의 감시의무(대법원 2021. 11. 11.
선고 2017다222368판결)	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지
3. 해 설
1. 사건개요	
2. 대법원 판결요지	
3. 해 설	
III. 주식양도제한에 관한 주주 간 협약의
효력(대법원 2022. 3. 31. 선고
2019다274639 판결)	VIII. 대표이사의 감시의무의 내용과 감사인의
주의의무 위반(대법원 2022. 7. 28. 선고
2019다202146 판결)
1. 사건개요	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지
3. 해 설
2. 대법원 판결요지	
3. 해 설	
IV. 합병반대주주의 주식매수청구권행사와
주식매수가격의 결정기준(대법원 2022. 4.
14. 자 2016마5394, 5395, 5396 결정)	IX. 정관에 의한 이익배당청구권의 확정(대법원
2022. 8. 19. 선고 2020다263574판결)
1. 사건개요	1. 사건개요
2. 대법원 판결요지
3. 해 설
2. 대법원 결정요지	
3. 해 설	
V. 소수주주의 주주총회소집허가신청시 회의	X. 중간배당에 관한 이사회결의를 수정·변경
할 수 있는 지 여부(대법원 2022. 9. 7.
선고 2022다223778판결)

2 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

목적사항의 범위(대법원 2022. 4. 19. 자 2022그501 결정)	1. 사건개요 2. 대법원 판결요지 3. 해 설
1. 사건개요 2. 대법원 결정요지 3. 해 설	
VI. 이사의 감시의무위반과 손해배상액의 제한(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결)	XI. 신주인수권부사채 발행의 무효(대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결)
1. 사건개요 2. 소송의 경과 3. 대법원 판결요지 4. 해 설	1. 사건개요 2. 대법원 판결요지 3. 해 설 XII. 맺는말

I. 머리말

이 글은 필자가 2022년 1월부터 동년 12월까지 대법원 법원도서관에서 매월 격주로 발간되는 ‘판례공보’에 게재된 대법원 판례 중 회사법 관련 중요판례를 선정하여 판례선고일 순서에 따라 설명한 것이다. 2022년에는 회사법에 관한 전원합의체 판결은 없었다.

이하에서 소개되는 2022년 회사법 관련 판례는 아래의 총 10건이다. ① 이사의 감시의무(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결), ② 주식양도제한에 관한 주주 간 협약의 효력(대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결), ③ 합병반대주주의 주식매수청구권행사와 주식매수가격의 결정기준(대법원 2022. 4. 14. 자 2016마5394, 5395, 5396 결정), ④ 소수주주의 주주총회 소집허가신청시 회의목적사항의 범위(대법원 2022. 4. 19. 자 2022그501 결정), ⑤ 이사의 감시의무위반과 손해배상액의 제한(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결), ⑥ 회계장부열람·등시청구권 행사시 요구되는 이유기재의 정도(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결), ⑦ 대표이사의 감시의무의 내용과 감사인의 주의의무의 위반(대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다202146 판결), ⑧ 정관에 의한 이익배당청구권의 확정(대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다263574판결), ⑨ 중간배당에 관한 이사회결의를 수정·변경할 수 있는 지 여부(대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778판결). ⑩ 신주인수권부사채 발행의 무효(대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결)

Ⅱ. 이사의 감시의무(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결)

1. 사건개요

제1심 판결¹⁾ 및 제2심인 원심판결²⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자

원고는 2014. 4. 3. 상장회사인 유니온스틸의 발행주식 10,355,482주 중 1,320주를 취득하여 보유한 주주이고, 피고들은 유니온스틸의 이사 또는 대표이사였던 사람들이다(상고심에서는 대표이사만 피고). 이후 유니온스틸은 2015. 1. 2. 동국제강 주식회사(이하 '동국제강')에 흡수 합병되어 해산되었으며, 원고는 위 흡수합병으로 동국제강 발행주식 95,358,542주 중 2,626주를 보유하게 되었다.

나. 주요사실

유니온스틸은 아연도강판, 냉연강판, 칼라강판 등의 판매와 관련하여 다른 과점사업자와 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 부당한 공동행위(담합행위)를 하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 3차례에 걸쳐 합계 32,043,000,000원의 과징금 부과처분을 받았고, 이에 대해 시정명령 등 취소청구의 소를 제기하였으나 패소하였다.

원고는 2014. 11. 7. 유니온스틸의 감사위원들에게 '유니온스틸의 이 사건 담합행위가 있었던 2004. 11.부터 2010. 6.까지 사이에 재임하였던 이사들 중 피고 등에 대하여 이사의 선관주의의무 및 충실의무 위반을 이유로 한 손해배상청구의 소를 제기할 것을 요청한다.'는 소재기 청구서를 발송하였으나, 유니온스틸은 2014. 12. 11. 위 이사들에 대하여 소송을 제기하지 않겠다는 취지로 회신하였다. 이에 원고는 2014. 12. 24. 이 사건 소(대표소송)를 제기하였다.

다. 원고의 주장

피고들은 유니온스틸의 이사 및 대표이사로 재직하면서 유니온스틸의 직원들이 법령에 위반하여 이 사건 담합행위를 하도록 지시하였거나 이를 알면서도 묵인하였으며, 또는 다른 업무 담당이사의 업무집행에 대한 감시의무가 있음에도 이를 소홀히 하여 유니온스틸에 과징금

1) 서울중앙지방법원 2016. 5. 24. 선고 2014가합594416 판결

2) 서울고등법원 2017. 3. 16. 선고 2016나2032030 판결

4 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

합계 약320억원이 부과되는 손해를 입게 하였으므로, 상법 제399조에 따라 유니온스틸을 흡수 합병한 동국제강에 그 손해를 배상할 책임이 있다.

라. 소송의 경과

(1) 제1심 판결

피고들은 본안전 항변으로 원고의 당사자적격의 상실, 소의 이익의 부존재 등을 이유로 원고의 소제기는 부적법하다고 주장하였으나 기각되었다.

본안에 대한 판단으로 제1심 판결은 “상법 제399조 제1항은 ‘이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다’고 규정하고 있다. 그런데 회사가 이사에 대하여 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하였음을 이유로 손해배상책임을 묻기 위해서는, 이사가 회사에 대하여 전반적인 감독책임이 있다는 사정만으로 개별적인 법령위반에 따른 손해배상책임을 발생한다고 보기는 어렵고, 이사가 그 법령위반행위에 관여하였거나 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 이를 방치하였다는 등의 구체적인 임무해태 사실이 있어야 할 것이다.

그러나 원고가 제출한 증거들만으로는 피고들이 이 사건 담합행위에 관여하였거나 위 행위가 위법함을 알았거나 알 수 있었음에도 감시의무를 해태하여 이를 방치하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

(2) 제2심 판결(원심, 항소심)

제2심 판결에서는 제1심의 판결이유와 동일한 취지로 “유니온스틸의 대표이사 내지 이사였던 피고가 이 사건 담합행위와 관련된 유니온스틸 임직원들의 불법행위를 방치하거나 위 임직원들에 대한 감시의무를 게을리 하였다고 인정할 만한 구체적인 증거가 없을 뿐만 아니라, 유니온스틸의 내부통제시스템을 제대로 구축하지 않았다는 점이나 이러한 내부통제시스템을 구축하였더라도 그를 이용한 회사 운영의 감시·감독을 의도적으로 외면하는 등의 방법으로 유니온스틸의 대표이사 등으로서의 내부통제의무를 위반하였다는 점 등을 인정할 만한 증거도 부족하다”고 판시하고 원고의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고, 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다

음과 같다. 대법원은 원심과 마찬가지로 원고가 제출한 증거만으로는 피고가 대표이사로서 이 사건 담합행위를 지시하거나 관여하였다고 인정하기에 부족하다고 판단하였으나, 피고의 감시의무위반으로 인한 회사에 대한 손해배상책임을 인정하였다.

가. 관련법리

(1) 이사의 선관주의의무와 감시의무

이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항). 주식회사의 이사는 담당업무는 물론 다른 업무담당이사의 업무집행을 감시할 의무가 있으므로 스스로 법령을 준수해야 할 뿐 아니라 다른 업무담당이사들도 법령을 준수하여 업무를 수행하도록 감시·감독하여야 할 의무를 부담한다. 특히 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회에의 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있다. 따라서 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 상법 제399조 제1항에 따른 배상책임을 진다.

(2) 감시의무의 내용

이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있는데, 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우라 할지라도 그러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없다.

그러한 경우 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템(이하 '내부통제시스템')을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사의 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다.³⁾

3) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결 참조

6 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

이러한 내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다. 특히 회사 업무의 전반을 총괄하여 다른 이사의 업무집행을 감시·감독하여야 할 지위에 있는 대표이사가 회사의 목적이나, 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 경우임에도 이와 관련된 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무를 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 이는 대표이사로서 회사 업무 전반에 대한 감시의무를 게을리한 것이라고 할 수 있다.

나. 대법원의 본 사건에 대한 판단

(1) 장기간의 지속적인 담합행위에 대한 주의의무위반

이 사건 담합행위는 2004. 11.부터 2010. 11.까지 아연도강판·냉연강판·칼라강판 등 여러 품목에 관하여 이루어졌고, 그로 인해 2013년에 유니온스틸에 부과된 과징금은 약 320억 원에 이른다. 이 사건 담합행위는 담합에 참여한 회사들의 영업담당임원 모임과 영업팀장 모임을 통하여 이루어졌는데, 영업담당임원들은 회장과 간사를 두어 정기 또는 비정기 모임을 개최하면서 대략적인 가격 인상·인하 폭 등 담합의 기본내용을 합의하고, 영업팀장들은 정기 또는 비정기 모임을 통하여 구체적인 회사사정 등까지 협의하여 각 회사별 가격 인상·인하 폭, 실행시기 등 세부적인 내용을 합의하면서 수요처 시황 등의 정보를 수시로 교환하고 합의된 가격을 제대로 실행하는지 여부 등을 점검하며 인사이동이 있으면 전임자가 후임자에게 인계하는 형태로 모임을 지속해 왔다. 유니온스틸에서 위 기간 동안 임원 모임에 참석한 임원만 하더라도 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4, 소외 5 등 여러 명에 이른다. 이와 같이 오랜 기간 영업담당임원과 영업팀장 모임을 통하여 여러 품목에 관하여 지속적이고 조직적으로 가격담합이 이루어졌음에도, 가격담합에 직접 관여한 임직원들은 대표이사인 피고를 비롯한 다른 임직원들로부터 그 어떠한 제지나 견제도 받지 않았다. 이는 회사의 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하여야 하는 대표이사인 피고가 가격담합 행위를 의도적으로 외면하였거나 적어도 가격담합의 가능성에 대비한 그 어떠한 주의도 기울이지 않았음을 의미한다.

(2) 내부통제시스템의 미비 또는 방기

유니온스틸에서 지속적이고도 조직적인 담합이라는 중대한 위법행위가 발생하고 있음에도 대표이사인 피고가 이를 인지하지 못하여 미연에 방지하거나 발생 즉시 시정조치를 할 수 없

었다면, 이는 회사의 업무집행과정에서 중대한 위법·부당행위로 인하여 발생할 수 있는 위험을 통제하기 위한 내부통제시스템을 구축하기 위한 노력을 전혀 하지 않았거나 그 시스템을 구축하고도 이를 이용하여 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과라고도 볼 수 있다.

(3) 내부회계 관리제도와 내부통제시스템과의 관계

피고가 내부통제시스템으로 구축하였다고 주장하는 내부회계 관리제도는 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」에 따른 회계정보의 작성과 공시를 위한 것으로 대체로 회계 분야에 한정되어 있고, 2003년 제정한 윤리규범은 임직원의 직무수행에 관한 추상적이고 포괄적인 지침에 불과하며, 그 밖에 주장하는 사외이사·감사 선임 및 운영, 이사회를 통한 의사결정 등은 가격담합 등 위법행위를 사전에 방지하고 위법행위가 의심되거나 확인되는 경우 이에 관한 정보를 수집·보고하고 나아가 위법행위를 통제하는 장치로서 기능하였다고 보기 어렵다. 따라서 대표이사인 피고가 이 사건 담합행위를 구체적으로 알지 못하였고 임원들의 행위를 직접 지시하지 않았다는 이유만으로는 그 책임을 면할 수 없고, 위와 같이 피고가 대표이사로서 마땅히 기울였어야 할 감시의무를 지속적으로 게을리한 결과 회사에 손해가 발생하였다면 피고는 이에 대해 배상할 책임이 있다고 보아야 한다.

다. 원심의 파기

원심은 유니온스틸에서 장기간 조직적으로 이루어진 중대한 위법행위인 담합을 방지하기 위하여 실제로 어떠한 합리적인 내부통제시스템을 구축하고 운영하였는지에 대해 충분히 살펴보지 않은 채 피고가 대표이사로서의 감시의무를 해태하지 않았다고 보아 상법 제399조 제1항에 따른 손해배상책임을 부담하지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이사의 감시의무에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 한다.

3. 해 설

대법원은 이 판결에서 대규모 상장회사에 있어서 대표이사의 감시의무와 그 내용으로서 내부통제시스템의 구축과 이를 실행시킬 의무를 강조하고 종전의 입장을 재확인하고 있다고 볼 수 있다. 주요 내용을 보면 다음과 같다.⁴⁾

가. 이사의 감시의무

이사회는 이사의 직무의 집행을 감독하므로(393조 2항), 이사의 감시의무는 이사가 이사회 의 구성원으로서 이사의 직무위반행위를 방지하기 위하여 인정되는 다른 이사의 업무집행에 대한 감독의무를 말한다.⁵⁾ 이러한 이사의 감시의무는 이사의 선량한 관리자의 의무에 포함된다고 볼 수 있다. 이사의 감시의무는 업무를 집행하고 회사를 대표하는 대표기관으로서의 대표이사나 업무담당이사가 하급사용인에 대하여 경영조직상으로 가지는 감독권과는 구별된다.

대법원은 이사의 감시의무를 강화하는 추세라고 볼 수 있다. 이사의 감시의무는 사내이사 뿐만 아니라 사외이사에게도 인정된다. 이사의 감시의무의 범위는 상정된 의안에 대하여 수동적인 판단을 내리는 것에 그치는 것이 아니고 상정되지 않은 사항에 대하여도 감시의무를 인정하는 것이 통설의 입장이다. 따라서 이사가 대표이사의 위법행위를 안 경우에는 이를 이사회에 알리기 위하여 이사회의 소집 또는 그 소집의 청구를 하고, 이를 의제로 상정하는 등의 행위를 하지 않는다면 고의로 임무를 해태한 것으로서 이사로서의 책임을 부담시켜야 하고, 또한 이사가 이사회에 출석하지 않은 것으로 책임을 회피하는 부당한 결과를 피하기 위하여는 감시의무를 인정하여야 한다.⁶⁾

판례도 오래전부터 여러 판례에서 이사의 감시의무를 인정하고 “주식회사의 업무집행을 담당하지 않은 평이사는 이사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데 그치지 않으며, 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다”라고 판시하고 있다.⁷⁾

4) 이 판결을 검토한 논문은 박준영, “이사의 감시의무와 내부통제제도, 자율규제에 관한 고찰”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2022 9; 박세화, “내부통제시스템의 적정성과 실효성에 대한 대표이사의 의무와 책임”, 「동북아법연구」, 전북대학교 동북아법연구소, 2022 4; 정준우, “이사의 감시의무와 그 적용범위”, 「법학논총」, 한양대학교 법학연구소, 2022 3; 정대, “대회사 이사의 내부통제의무와 책임에 관한 연구”, 「경제법연구」, 한국경제법학회, 2021 12; 황현영, “이사의 감시의무와 내부통제시스템에 관한 연구”, 「법조」, 법조협회, 2021 12. 9. 등

5) 대법원 2008. 9. 11 선고 2006다68636 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다244115 판결.

6) 정동윤, 「회사법」, 법문사, 2005, 627면; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2013, 990면; 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」, 박영사, 2020, 423면; 김정호, 회사법, 법문사, 2012, 459면; 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2016, 1015면; 김홍기, 「상법강의」, 박영사, 2020, 596면; 정동윤 외, 「주석상법 회사(III)」, (제382조, 권재열 집필 부분), 한국사법행정학회, 2014, 205면; 이정은, “이사의 감시의무에 관한 소고”, 송산 흥복기교수 정년기념논문집 「이사회제도의 재조명」, 법문사, 2018, 367면; 박수영, “이사의 선관외무 및 감시의무”, 「주식회사법대계 I」, 한국상사법학회편, 법문사, 2019, 615면.

7) 대법원 1985. 6. 25 선고 84다카1954 판결, 2004. 12. 10 선고 2002다60467, 60474 판결, 2007. 9. 20 선고 2007다25865 판결, 2006. 7. 6 선고 2004다8272 판결, 2008. 12. 11 선고 2005다51471 판결 등.

그러나 이사의 감시의무는 회사의 업무집행전반에 대한 무과실책임이 아니고 과실책임이 원칙이다. 그러므로 “다른 이사의 전반적인 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유”가 있는 경우, 즉 이사가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 감시의무가 인정된다고 볼 수 있다.⁸⁾ 또한 일정한 업무분장하에 회사의 일상적인 업무를 집행하는 업무집행이사는 회사의 업무집행을 전혀 담당하지 아니하는 평이사에 비하여 보다 높은 주의의무를 부담한다고 보아야 한다는 것이 대법원 판례의 입장이다.⁹⁾

또한 최근의 판결은¹⁰⁾ 사외이사인 피고 등에게 이사회 소집통지가 이루어진 적도 없고, 이사회가 실제로 소집된 적이 없는 사건에서 이사회의 개최여부와 관계없이 이사의 적극적 감시의무를 인정하고 있다. 위 판결은 특히 대표이사 등의 업무집행자의 위법·부당한 행위가 고의로 은폐되거나, 불충분·부정확한 것이라면 이사로서 적극적인 감시의무를 요구하고 있고, 이사들의 각종 권한(이사회회의 소집요구권, 각종의 소제기권, 대표이사에 대한 업무보고요구 등)을 통하여 감독권을 행사하는 것이 이사의 회사에 대한 선량한 관리자로서의 주의의무를 이행하게 된다는 의미로 볼 수 있다.¹¹⁾

나. 감시의무의 구체적 내용과 내부통제시스템

대법원은 이러한 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다를 수 있다는 것을 전제로 하고 있다. 특히 고도로 분업화되고 전문화된 대규모의 회사에서 대표이사 및 업무담당이사들이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 현실이더라도 이러한 사정만으로 다른 이사들의 업무집행에 관한 감시의무를 면할 수는 없고, 그러한 경우 이사들은 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을¹²⁾ 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 노력할 의무가 있다고

8) 동지: 이철송, 회사법강의, 박영사, 2018, 737면.

9) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다31518 판결

10) 대법원 2019. 11. 28. 선고, 2017다244115판결

11) 홍복기·박세화, 「회사법강의」, 법문사, 2021, 484면 참조.

12) 내부통제의 정의에 대하여는 지배구조(Corporate Governance)와 마찬가지로 다양한 분야에서 사용되고 있지만, 미국의 COSO(Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission)보고서에서 설명하고 있는 내부통제의 정의가 우리나라를 비롯하여 영국·일본 등 여러 나라의 입법과 관련 지침 마련에 큰 영향을 끼쳤고, 특히 내부통제를 전사적(全社的) 리스크 관리 - 통합 프레임워크(Enterprise Risk Management, ERM)의 틀 속에서 설명하고 있는 2004년 COSO보고서의 내용은 글로벌 스탠다드로서의 기능을 하고 있다고 해도 과언이 아니다(박세화, “준법지원인제도의 안정적인이고 효율적인 운용을 위한 법적 과제,” 「상사법연구」 제30권 제2호, 2011, 255-259면 참조). 2004년 COSO 보고서는, 내부통제를 ‘회사의 모든 계층이 참여하여 회사에 영향을 주는 잠재적 사건을 식별하고 해당 리스크를 리스크 선호도 내에서 관리할 수 있도록 설계된, 전체적이고 진행형의 프로세스’로 설명하고 있다(COSO Report 2004, Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission, Enterprise Risk Management - Integrated Framework). 따라서 내부통제시스템을 이 같은 COSO보고서상의 정의에 따라 인식할 경우, 준법통제시스템은 내부통제시스템을 구성하는 하나의

판시하고 있다. 따라서 이사들이 내부통제시스템을 구축하지 않거나, 시스템이 구축되었다 하더라도 위 시스템을 통한 감시·감독의무의 이행을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사의 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다고 판시한 것이다.

대법원이 대규모 상장회사의 이사들의 감시의무의 내용으로 내부통제시스템 구축의무를 인정한 것은 대법원 2008. 9. 11 선고 2006다68636 판결(대우분식회계사건) 이후라고 볼 수 있으며,¹³⁾ 판례에 의하여 대규모 주식회사(상장회사) 이사의 내부통제시스템 구축의무와 내부통제시스템의 구축 및 운용에 대한 감시의무를 인정한 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁾ 소규모 주식회사의 경우에는 내부통제시스템의 문제가 아니라 일반적인 이사의 감시의무의 문제로 해결하여야 할 것이다.

다. 내부통제시스템과 내부회계관리제도

대법원은 내부통제시스템의 구축과 운영은 내부회계관리제도와는 별개로 이루어져야 함을 강조하고 있다. ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’(외감법)에 의하면, 외감법이 적용되는 회사는 회계정보의 작성과 공시를 위하여 회계정보의 검증방법, 회계 관련 임직원의 업무분장 등을 정한 내부회계관리제도를 갖추어야 하고, 감사인은 회사에 대한 감사업무를 수행하는 경우 내부회계관리제도의 운영실태 등을 검토 또는 감사하여 종합의견을 감사보고서에 표명하여야 한다(외감법 8조 6항, 7항).¹⁵⁾ 이러한 외감법상의 회계관리제도도 내부통제시스템의 일부

주요한 구성라인으로서, 이사회가 적절한 수준의 준법통제시스템을 구축하여 운용하지 않을 경우 이사들은 선관주의의무 위반을 구성할 수 있다(홍복기·박세화, 「회사법강의」 제8판, 법문사, 2021, 605면 참조)..

- 13) 종전의 판례는 내부통제시스템이라고 볼 수 있는 위험관리체계의 구축여부를 감시의무가 아니라 손해배상의 제한의 측면에서 다루고 있다. 즉 동방페레그린증권 주식회사의 이사의 책임이 추궁된 사건(대법원 2004.12.10. 선고 2002다60467, 60474판결)과 대한종합금융 주식회사의 이사의 책임이 추궁된 사건(대법원 2007.7.26. 선고 2006다33609판결)에서 ‘이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체계의 구축 여부를 참작하여 그 손해배상액을 제한할 수 있다’고 판시하였다.
- 14) 우리나라의 내부통제제도의 법제화는 금융관계법에 내부통제기준 및 준법감시인제도가 도입되면서 시작되었다. 그 후 금융사지배구조법이 제정되어 이들 금융회사의 내부통제 법제가 단일화되었는데, 동 법에 따르면 은행, 금융투자회사, 보험회사 등은 내부통제기준 및 위험관리기준을 이사회의 결의로 결정해야 하고, 이들 기준에서 정한 사항을 점검하고 위반 여부를 조사하여 경영진(필요한 경우 감사 또는 감사위원회)에게 보고하는 것을 업무로 하는 준법감시인 및 위험관리책임자를 의무적으로 두어야 한다(금융사지배구조법 24·30조). 또한 ‘주식회사 등의 외부감사에 관한 법률’(외감법)에 의하면, 외감법이 적용되는 회사는 회계정보의 작성과 공시를 위하여 회계정보의 검증방법, 회계 관련 임직원의 업무분장 등을 정한 내부회계관리제도를 갖추어야 하고, 감사인은 회사에 대한 감사업무를 수행하는 경우 내부회계관리제도의 운영실태 등을 검토 또는 감사하여 종합의견을 감사보고서에 표명하여야 한다(외감법 8조 6항, 7항). 그리고 2011년 개정상법이 제542조의13에서 상장회사의 특례로서 ‘준법통제기준 및 준법지원인’ 제도를 입법화하였다.
- 15) 2018년 11월부터 개정·시행된 “주식회사 등의 외부감사에 관한 법률”은, 회사의 대표자가 내부회계관리제도 운영실태 등을 직접 주주총회 등에 보고하도록 하고 상장법인의 경우 내부회계관리제도에 대한 인증수준을

이지만, 이것만으로 내부통제시스템이 충족되는 것은 아니라고 보는 것이다.

대법원은 내부통제시스템은 비단 회계의 부정을 방지하기 위한 회계관리제도에 국한되는 것이 아니라, 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다는 입장이다. .

특히 회사 업무의 전반을 총괄하여 다른 이사의 업무집행을 감시·감독하여야 할 지위에 있는 대표이사가 회사의 목적이나, 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 경우임에도 이와 관련된 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무를 이행할 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 이는 대표이사로써 회사 업무 전반에 대한 감시의무를 게을리한 것이라고 할 수 있다.

Ⅲ. 주식양도제한에 관한 주주 간 협약의 효력(대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결)

1. 사건개요

제1심 판결¹⁶⁾ 및 제2심인 원심판결¹⁷⁾ 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다. 대법원 판결이유에서 나타난 쟁점과 관련된 사실관계만 다룬다.

가. 당사자의 지위와 관계

원고는 주택건설 및 판매업, 전기공사업 등을 목적으로 하는 회사로서 피고로부터 주식회사 청주테크노폴리스(이하 '소외 회사') 주식의 일부(50,000주)를 매수하는 계약을 체결하였다. 피고는 주택건설 및 분양 판매업 등을 목적으로 하는 회사로서 소외 회사 주식의 30%(30만 주)를 보유하다가 그 중 일부(50,000주)를 원고에게 매도하는 계약을 체결하였다.

소외 회사는 청주시 일대에서 첨단 복합 산업단지를 조성하는 청주테크노폴리스개발사업(이하, '이 사건 사업'이라 한다)을 위해 2008. 6. 12. 설립되었는데, 소외 회사의 주식은 피고

¹⁶⁾ '검토'에서 '감사로 상향하였을 뿐만 아니라(외감법 8조 4항·6항), 내부신고자의 신분 등에 관한 비밀을 누설하거나 내부신고자에게 불이익한 대우를 하는 경우에는 행정·형사적 처벌을 가할 수 있는 근거를 규정하는(외감법 41조·43조·47조) 등 종전보다 강화된 내부통제 사항을 담고 있다.

16) 서울중앙지방법원 2019. 1. 11. 선고 2017가합585996 판결.

17) 서울고등법원 2019. 9. 19. 선고 2019나2006063 판결.

12 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

(30%), 청주시(20%), 산업은행(15%), 대우건설(15%), 대보건설(7%), 삼보종합건설(5%), 선엔지니어링종합건축사사무소(5%), 신영건설(3%) 등 총 8개의 업체가 보유하고 있다(이하 '이 사건 출자자들').

나. 주주 간협약의 체결

피고 및 이 사건 출자자들은 2008. 5. 9. 이 사건 사업을 추진하기 위한 주주로서의 권리와 의무를 정하는 주주 간 협약을 체결하였다(이하 '이 사건 협약').

이 사건 협약 제14조 제1항은 '출자자들은 협약 종료 이전에 이 사건 회사 등의 주식을 다른 당사자 또는 제3자에게 매각, 양도 등의 방법으로 임의로 이전하거나 질권 기타 담보로 제공할 수 없다. 다만 다음 각호의 1의 경우에는 출자자는 보유주식의 전부 또는 일부를 본 조에서 정하는 조건에 따라 다른 당사자 또는 제3자에게 양도할 수 있다.'고 정하였다. 제1호에서 '어느 출자자가 주식을 계속하여 보유하는 것이 관련 법령상 위법하게 되는 경우'를, 제2호에서 '어느 출자자의 보유주식 양도에 대하여 나머지 출자자 전원이 동의하는 경우'를 들고 있다. 또한 제14조 제2항은 '위 제1항 단서의 규정에 따라 어느 출자자가 그 보유주식의 전부 또는 일부를 양도하고자 하는 경우 다른 출자자들은 그 당시 각자의 지분비율에 따라 당해 출자자가 처분하고자 하는 주식을 우선매수할 수 있는 권리가 있다'고 정하고, 제3항과 제4항에서 우선매수권의 구체적인 행사방법과 절차 등을 정하고 있다.

다. 원고와 피고 사이의 주식양수도계약

원고는 2013. 9. 3. 피고로부터 이 사건 회사 발행주식의 5%에 해당하는 50,000주를 5억 원에 양수하는 계약을 체결하고(이하 '이 사건 계약'), 같은 날 계약금 5,000만 원을 피고에게 지급하였다. 이 사건 계약 제6조는 '양도·양수 계약 시 5,000만 원을 지급하고, 잔금 4억 5,000만 원은 이 사건 협약의 주식양도에 따른 절차 이행과 출자자 전원의 동의 후 이 사건 회사의 이사회 승인 시 3일 이내 지급한다. 다만 출자자 전원의 동의와 이사회 승인이 이행되지 않을 경우에는 본 계약을 무효로 하고, 피고는 지체 없이 원고에게 계약금을 반환한다'고 정하고, 제7조는 '양도 목적물 주식에 대한 모든 권리·의무는 양도금액 잔금지급일을 기준으로 하여 피고에서 원고에게 승계된다. 또한 원고는 발행회사 출자자 간 체결한 이 사건 협약에 의거하여 본 협약과 관련된 기타 계약 등의 제 규정을 준수하고 따른다'고 정하고 있다.

라. 당사자의 주장

피고는 2014. 2. 초순 원고에게 '이 사건 계약은 출자자 중 일부가 주식양도에 반대하여 이

사건 계약 제6조 단서에 따라 무효가 되었으니 원고에게 계약금을 반환하겠다고 통보하고 5,000만 원을 반환하였다.

원고는 이 사건 계약이 여전히 유효함을 전제로 주식양도절차의 이행을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

마. 소송의 경과

제1심 법원은 “상법 제335조 제1항 단서는 주식의 양도를 전제로 하고, 다만 이를 제한하는 방법으로서 이사회의 승인을 요하도록 정관에 정할 수 있다는 취지이지 주식의 양도 그 자체를 금지할 수 있음을 정할 수 있다는 뜻은 아니기 때문에, 정관의 규정으로 주식의 양도를 제한하는 경우에도 주식양도를 전면적으로 금지하는 규정을 둘 수는 없다. (중략) 그러므로 정관으로 규정하여도 무효가 되는 내용을 나아가 회사나 주주들 사이에서, 혹은 주주들 사이에서 약정하였다고 하더라도 이 또한 무효라고 할 것이며, ‘주주 전원의 동의가 있으면 양도할 수 있다’는 약정은 상법 제335조 제1항 단서 소정의 양도제한 요건을 가중하는 것으로서 상법 규정의 취지에 반할 뿐 아니라, 사실상 양도를 불가능하게 하거나 현저하게 양도를 곤란하게 하는 것으로서 무효이다”라고 판시하여 원고의 청구를 인용하였다.

피고가 항소한 원심에서는 “주식회사의 주주들이 그들 사이에 주식의 양도를 일부 제한하는 내용의 약정을 한 경우 그 약정이 주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 공서양속에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다고 보아야 할 것이다.¹⁸⁾ ① 이 사건 협약은 소외 회사 주식의 양도를 전면적으로 금지하는 것이 아니라 일정한 요건과 절차를 거쳐 양도가 가능하도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그 협약 당사자인 소외 회사의 주주가 8명에 불과하여 다른 주주들로부터 주식양도에 관한 동의를 받는 것이 그 양도를 금지할 정도에 이른다고 보기는 어려운 점, ② 소외 회사의 정관 및 법인등기부 등본에 따르면 소외 회사는 그 존립기간이 설립등기일로부터 13년으로 정해져 있어 주주의 투하자본 회수가 불가능하다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 사업은 주간사(피고), 공공출자자(청주시), 재무적출자자(산업은행), 건설출자자(대우건설) 등 각 역할을 수행하는 주주의 구성이 중요하여 그 주주 구성의 변동을 제한할 합리적 필요성이 있는 점 등에 비추어 보면, 주식양도를 위해 다른 출자자 전원의 동의를 받도록 한 이 사건 협약 제14조가 무효라고 보기는 어렵다.”고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

18) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다14193 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7608 판결 등 참조.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원고의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다. 대법원의 판결요지는 원심과 거의 동일하다.

가. 주주 간 협약과 계약의 효력

이 사건 계약 제6조, 제7조에서 정한 '출자자 전원의 동의'는 문언상 이 사건 협약과 관련하여 해석해야 한다. 이 사건 협약 제14조는 주식양도의 요건과 절차에 관하여 정하면서 출자자 전원의 동의(제1항)와 출자자의 우선매수권(제2·4항)을 별도로 정하고 있다. 이 사건 협약 제14조 제2·4항에 규정된 우선매수권 부여절차는 주식의 보유가 위법하여 해당 주식을 양도하는 경우와 출자자의 동의로 주식을 양도하는 경우에 모두 적용된다. 또한 우선매수권 부여절차는 양도대상 주식의 수와 1주당 매도희망가격을 정하여 다른 출자자들에게 우선매수권을 행사할 기회를 부여하는 절차인 반면, 출자자 동의절차는 양수인의 해당 주식양수가 적법한지, 양수인을 이 사건 회사의 주주로서 이 사건 사업에 참여시키는 것이 타당한지 등을 검토하여 해당 양도에 대한 동의 여부를 묻는 절차로서, 그 목적에서도 구분된다.

나. 주식양도제한에 관한 주주 간 협약의 효력

주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투자자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다.

3. 해 설

가. 주식양도제한의 유형

본 사건에서와 같이 프로젝트-파이낸싱 또는 공동개발사업을 위하여 설립된 회사는 사업의 원활한 추진을 위하여 주식양도제한 규정을 두는 것이 일반적이다.

주식양도제한의 전형적인 조항은 당사자의 승인없이 주식을 양도하는 것을 금지하는 동의 조항(consent restriction), 일정기간동안 주식양도를 금지하는 조항(lock-up), 어느 당사자가 주식을 양도하고자 하는 경우에 다른 당사자에게 우선 매수제안을 하고 그 제안이 거절된 후에 제3에게 매도할 수 있도록 하는 선매권(우선매수권)조항(first refusal right), 주식양도시에 양수

인으로 하여금 주주간 계약에 따른 양도인의 권리의무를 승계하도록 하여야 한다는 조항 등이 있다.¹⁹⁾

그 밖에 어느 주주가 주식을 매도하는 경우에는 다른 주주도 함께 매도인으로서 참여하여 지분비율에 따라 안분비례하여 각자의 주식을 매도할 수 있도록 하는 매각참가청구권(tag-along) 조항도 있다. 다른 주주가 공동으로 주식을 매각할 수 있는 권리이므로 동반매도권(co-sale right)이라고도 한다. 이는 일방 주주만이 회사의 주주 지위에서 이탈(exit)하는 것을 방지하고, 만약 그런 기회가 있다면 타방 주주도 비례적으로 참여하여 투자회수 효과를 공유하기 위함이다. 그러므로 원래 주식을 매도하려고 했던 주주는 다른 주주가 매각에 참가한 지분만큼 원래 주주의 매도 주식 수는 감소하게 된다. 또한 어느 주주가 주식을 매도하는 경우에 다른 주주가 보유한 주식까지 함께 매도시킬 수 있도록 하는 주식강제연동매각(drag-along) 조항도 있다. 이는 일방 주주가 자신이 보유한 주식만으로는 경영권 프리미엄을 받을 수 있는 지배주식이 되기에 불충분한 경우에 타방 주주의 보유분까지 일괄하여 매각함으로써 주당 매각 단가를 극대화하기 위함이다.²⁰⁾

나. 주식양도제한에 관한 상법 제335조 제1항의 효력

1963년 제정 상법에서는 주식양도와 관련하여 정관에 의해서도 주식양도를 금지하거나 제한하지 못하도록 하여 절대적 자유를 보장하고 있었다. 그러나 1995년 개정상법에서는 주식을 타인에게 양도할 수 있음을 인정하면서(주식양도자유 원칙), 회사는 정관이 정하는 바에 따라서 이사회 승인을 얻도록 규정할 수 있으며(제335조 제1항), 이 규정을 위반하여 이사회의 승인을 얻지 아니한 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다(제335조 제2항)고 규정하고 있다.

따라서 상법은 주식양도의 제한은 정관규정을 통한 이사회의 승인요구 방법에 한정되므로 이에 따르지 아니하는 방식의 주식양도제한이 과연 어떤 효력을 가지는지에 관하여 많은 논란이 제기된다. 해석상 주식양도의 승인기관을 이사회 이외에 다른 기관으로 하거나, 일부 주식에 대하여만 주식의 양도를 제한하는 것과 같이 주주평등의 원칙에 위반하거나, 상법에서 규정하고 있는 것과 다른 양도절차를 정관에서 정하는 것은 가능하지 않다고 보아야 할 것이다.

주주 간의 합의로 주식의 양도를 제한하는 경우는 그 합의를 가지고 회사에 대하여 효력을 주장하거나 회사가 그 효력을 원용할 수 없는 것이 원칙이지만, 주주 간에서는 유효하다고 보아야 할 것이다. 대법원 판례는 당사자 간의 주식양도를 제한하는 약정의 효력을 '투자자본회수사의 가능성'을 전면적으로 부정하는 가의 여부에 따라 결정하는 입장이다. 예컨대 대법원

19) 김지환, "주주간 계약과 정관자치법리에 관한 연구", 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2013. 9. 223면.

20) 천경훈, "주주간 계약의 실태와 법리", 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2013. 9. 13면.

2000. 09. 26. 선고 99다48429 판결은 “회사와 주주들 사이에서, 혹은 주주들 사이에서 회사의 설립일로부터 5년 동안 주식의 전부 또는 일부를 다른 당사자 또는 제3자에게 매각·양도할 수 없다는 내용의 약정을 한 경우, 그 약정은 주식양도에 이사회 승인을 얻도록 하는 등 그 양도를 제한하는 것이 아니라, 설립 후 5년간 일체 주식의 양도를 금지하는 내용으로 이를 정관으로 규정하였다고 하더라도 주주의 투하자본 회수의 가능성을 전면적으로 부정하는 것으로서 무효라는 이유로 정관으로 규정하여도 무효가 되는 내용을 나아가 회사와 주주들 사이에서, 혹은 주주들 사이에서 약정하였다고 하더라도 이 또한 무효”라고 판시하였다. 또한 대법원 2008. 07. 10. 선고 2007다14193 판결에서는 “주식의 양도를 제한하는 방법으로서 이사회 승인을 요하도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주들 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 내용의 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투하자본 회수의 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 공서양속에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다. (중략) 주식의 양도는 이사회 승인을 얻도록 규정되어 있는 회사의 정관에도 불구하고 이사회 승인을 얻지 아니하고 주식을 양도한 경우에 그 주식의 양도는 회사에 대하여 효력이 없을 뿐, 주주 사이의 주식양도계약 자체가 무효라고 할 수는 없다.”고 판시한 바 있다.²¹⁾

다. 본 판결의 의미

본 사건에서 대법원은 종전의 입장과 동일하게 “주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주들 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다”고 판시함으로써 ‘투하자본회수가능성’을 중점으로 주식양도제한의 효력을 인정하고 있다. 이에 따라 원심이 제1심 판결과 다르게 “주주의 투하자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 공서양속에 반하지 않는다”고 구체적으로 적시한 사항들을 그대로 수용한 것으로 볼 수 있다. 또한 “이 사건 사업은 주간사(피고), 공공출자자(청주시), 재무적 출자자(산업은행), 건설출자자(대우건설 등) 등 각 역할을 수행하는 주주의 구성이 중요하여 그 주주 구성의 변동을 제한할 합리적 필요성이 있다”고 판시함으로써 본 사건에서와 같이 프로젝트-파이낸싱 또는 공동개발사업을 위하여 설립된 회사가 사업의 원활한 추진을 위하여 주식양도제한 규정을 두는 것은 정당하다(선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다)는 입장이라고 볼 수 있다.

21) 동지: 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7608 판결.

IV. 합병반대주주의 주식매수청구권행사와 주식매수가격의 결정기준(대법원 2022. 4. 14. 자 2016다5394, 5395, 5396 결정)

1. 사건개요

제1심 결정²²⁾ 및 제2심인 원심결정²³⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 사건본인의 합병결의와 신청인의 반대

삼성물산(주)의 이사회는 2015. 5. 26. 제일모직(주)과 합병계약을 체결하기로 결의하였다. 삼성물산과 제일모직은 모두 주권상장법인이고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률」과 그 시행령상 동일인 소외 1이 지배하는 ‘삼성’이라는 기업집단 내 회사였다. 합병비율은 삼성물산 보통주식(액면가액 5,000원) 1주에 대하여 제일모직의 보통주식(액면가액 100원) 0.3500885주이다.

삼성물산은 2015. 5. 26. 위와 같은 내용의 합병계약서를 작성하고 2015. 7. 2. 위 합병계약 승인의 건 등을 회의목적사항으로 하는 주주총회를 2015. 7. 17. 소집한다는 공고를 하고 주식매수청구권 행사의 내용 및 행사방법을 고지하였다.

신청인들은 합병 전 삼성물산의 주식의 보유자로서 주주총회일 전 서면으로 합병 전 삼성물산에게 위 합병계약에 반대한다는 의사를 통지하였다.

이후 합병 전 삼성물산의 주주총회는 2015. 7. 17. 위 합병계약을 승인하는 결의를 하였고, 신청인들은 합병 전 삼성물산의 주식의 매수를 청구하였으나 신청인들과 삼성물산 사이에 주식의 매수가액에 관한 협의가 이루어지지 않았다.

사건 본인 ‘제일모직’은 2015. 9. 2. 삼성물산 주식회사(이하 ‘구 삼성물산’)를 흡수합병하였다는 내용의 등기를 하였고(이로써 구 삼성물산의 권리·의무가 포괄적으로 제일모직에 승계되었다), 같은 날 상호를 ‘제일모직’에서 ‘삼성물산’으로 변경하였다.

나. 사건본인의 주장

구 삼성물산은 2015. 8. 20.경 신청인들에게 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의5 제3항 및 그 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 따라 산정한 가격인 1주당 57,234원이 구 삼성물산(주) 주식의 정당한 매수가격이라는 취지의 문서를 보냈으나, 신청인들은 위 가격에 반대하여 2015. 8. 26. 제1심법원에 이 사건 주식매수가격결정의 신청을 하였다.

22) 서울중앙지방법원 2016. 1. 27. 자 2015비합91, 92(병합), 30037(병합) 결정.

23) 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정.

다. 신청인들의 주장

신청인들의 주요 주장은 다음과 같다. ① 시행령 제176조의7 제3항 제1호는 주식매수가격 산정에 관하여 하나의 방법만 규정함으로써 실질적인 협의가 이루어지지 않도록 하였고 다양한 요소를 고려한 주식매수가격 결정방식을 규정하지 않음으로써 주식매수가격 산정방법의 내용, 범위 등을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율하여 소주주주의 재산권을 침해하는 등 헌법 제23조 제1항에 위반되므로 무효이다. ② 제일모직과 삼성물산의 합병은 2013. 12. 1. 또는 2014. 12. 18.경 이미 유가증권시장에 알려졌고 그로 인하여 합병 전 삼성물산의 시장주가는 저평가된 상태로 유지되었다. ③ 합병이 결정된 2015. 5. 26.경 합병 전 삼성물산의 순자산가치는 13조 7,000억 원임에도 시장주가 총액은 8조 1,000억 원에 불과하였다. ④ 국민연금공단은 합병 전 삼성물산의 시장주가 하락을 위하여 주식을 매도함으로써 합병 전 삼성물산의 시장주가 하락에 결정적 요인을 제공하였다. ⑤ 합병 전 삼성물산은 대표이사를 비전문가로 교체하고 신규 수주의 기피 등의 소극적 영업형태, 대형 공사수주의 늦장 공시 등으로 주가하락을 유도하였다. ⑥ 합병 전 삼성물산이 보유한 상장주식 8개 종목의 시장가치를 보봉주식 총수로 나눈 1주당 가치(85,000원 이상), 의결권 자문 기관이 산정한 합병 전 삼성물산의 1주당 가치(110,234원), 합병 전 삼성물산의 장부상 순자산가치를 보통주식 총수로 나눈 1주당 가치(2015. 3. 31. 기준 91,908원), 국내외 기업가치평가 전문기관이 산정한 주식가치 평가액 103,997원 등과 비교하여도 법률 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 의하여 산정된 시장주가를 공정한 가액이라고 볼 수 없다.

라. 제1심 결정

제1심은 신청인들의 주장을 모두 받아들이지 않고 다음과 같이 합병 전 삼성물산 매수가액을 법률 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 의하여 산정한 시장주가인 1주당 57,234원으로 결정하였다.

“주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 구 증권거래법 제191조 제1항에 의하여 당해 법인에 대하여 그 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 당해 법인 간에 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 당해 법인이 법원에 매수가격 결정을 청구한 경우, 일반적으로 주권상장법인의 시장주가는 유가증권시장에 참여한 다수의 투자자가 법령에 근거하여 공시되는 당해 기업의 자산내용, 재무상황, 수익력, 장래의 사업전망 등 당해 법인에 관한 정보에 기초하여 내린 투자판단에 의하여 당해 기업의 객관적 가치가 반영되어 형성된 것으로 볼 수 있고, 주권상장법인의 주주는 통상 시장 주가를 전제로 투자행동을 취한다는 점에서 시장 주가를 기준으로 매수가격을 결정하는 것이 당해 주주의 합리적 기대에 합치하는 것이므로,

법원은 원칙적으로 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. 다만 이처럼 시장주가에 기초하여 매수가격을 산정하는 경우라고 하여 법원이 반드시 구 증권거래법 시행령(2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제84조의9 제2항 제1호에서 정한 산정 방법 중 어느 하나를 선택하여 그에 따라서만 매수가격을 산정하여야 하는 것은 아니고, 법원은 공정한 매수가격을 산정한다는 매수가격 결정신청사건의 제도적 취지와 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 이사회결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조 할 것인지, 또는 일정기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 구 증권거래법 시행령 제84조의9 제2항 제1호에서 정한 산정 방법 중 어느 하나에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다.

나아가 당해 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나(구 증권거래법 시행령 제84조의9 제2항 제2호) 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 당해 주권상장법인의 객관적 가치를 제대로 반영하지 못하고 있다고 판단되는 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 당해 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 위 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.²⁴⁾

위 법리에 터 잡아 살피건대, 합병 전 삼성물산 발행 보통주식의 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 당해 주권상장법인의 객관적 가치를 제대로 반영하지 못하고 있었다고 볼 수 없다. 또한 기록상 법률 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 의하여 산정한 시장주가보다 공정한 가액으로 인정할 만한 2015. 5. 26.(합병 전 삼성물산의 이사회가 합병 전 제일목직과의 합병계약을 체결하기로 결의한 날) 이전의 어느 특정일의 시장주가가나 일정기간 동안의 시장주가의 평균치가 없다.

따라서 신청인들이 매수 청구한 별지 목록 기재 각 합병 전 삼성물산 발행 보통주식의 매수가액을 법률 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 의하여 산정한 시장주가로 정함이 상당하다. 그렇다면 합병 전 삼성물산 발행 보통주식의 매수가액은 법률 및 시행령에 의하여 산정한 시장주가인 1 주당 57,234원이다.”

마. 원심 결정

제1심 결정에 대하여 신청인들이 항고하였는데 제2심인 원심 법원은 제1심 결정을 취소하고, 신청인들이 매수를 청구한 삼성물산의 보통주식 매수가격을 1주당 66,602원으로 결정하였다.

24) 대법원 2011. 10. 13.자 2008마264 결정.

결정이유의 요지는 다음과 같다.

원심법원은 제1심과 마찬가지로 구 삼성물산은 주권상장법인이므로 합병 반대 주주의 신청에 따른 주식매수가격의 결정하는 경우 특별한 사정이 없는 한 주식의 가치가 합병 등에 의하여 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 판단하여야 하므로²⁵⁾ 시장주가가 합병 또는 그 계획의 영향을 받기 전의 시점으로서 주식매수청구권을 행사한 시점과 가장 가까운 시점인 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기준으로 삼아야 한다는 점은 동일하다.

그러나 원심법원은 제1심과 달리 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵 구 삼성물산의 시장주가가 합병의 영향을 받지 않은 구 삼성물산의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단하고 있다.

재판부는 이 사건은 비송사건이고, 비송사건절차에서는 사실인정에 관하여 절대적 진실 발견주의를 채택하여 직권탐지, 직권에 의한 증거조사의 원칙을 취하고 있으므로 법원이 자료수집의 방법과 범위를 자유롭게 정할 수 있음을 밝히고 있다.

이어 이 사건의 주된 쟁점은 주주, 이사, 임직원을 포함하여 주식회사 특정 이해관계인에게 귀속되거나 귀속가능성이 있는 이익의 존부, 특정행위의 구체적 행위자 특성이 아니라 상장된 주식의 매수가격을 어떻게 정하여야 하는지이다. 따라서 시장 가격을 토대로 주식의 매수가격을 정함에 있어서 대주주, 지배주주, 주식 전문가의 시장 형성 능력 또는 참여 가능성도 고려하여야 할 뿐만 아니라, 이 사건과 같은 유형에서는 일반주주, 소액주주의 시장 형성 능력 또는 참여 가능성까지도 일부 고려할 수 있음을 판시하고 있다.

이에 따라 이 사건 합병을 보면 ① 구 삼성물산은 공정거래법과 같은 법 시행령상 소외 1이 지배하는 기업집단 내 회사이므로 소외 1 등은 구 삼성물산의 경영에 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었고, ② 상대적으로 구 삼성물산의 주가는 낮게, 제일모직의 주가는 높게 형성되어야 소외 1 등이 이 사건 합병으로 인하여 이익을 얻을 수 있었다고 추정되므로 위와 같은 이 사건 합병에 관한 특수한 사정이 고려되어야 한다.

그런데 구 삼성물산의 주가는 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 이전부터 이미 이 사건 합병 계획의 영향을 받고 있었음을 여러 사정을 종합하여 보면 알 수 있다. 또한 구 삼성물산(주) 주가의 상승 저지 또는 하락에 영향을 미친 실적 부진과 국민연금공단의 주식 매도가 그와 같은 주가 형성을 목표로 하여 의도되었을 가능성을 뒷받침하는 정황들도 다수 있으므로, 이 점에서 보아도 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵 구 삼성물산의 시장주가는 구 삼성물산의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있었다고 판단된다.

따라서 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵 구 삼성물산(주)의 시장주가는 이 사건 주식매수가격 결정의 기초로 할 근거가 부족하다.

25) 대법원 2006. 11. 23. 자 2005마958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966 결정 등 참조.

그러므로 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 구 삼성물산 시장주가를 기초로 하여 주식매수가격을 결정하는 방법을 배제하면, 이 사건 주식매수가격 결정의 방법으로는 ① 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 구 삼성물산(주) 시장주가에서 합병 계획 등이 시장주가에 미친 영향 등을 제거한 가격을 계량적으로 산정하는 방법 또는 ② 합병 계획 등의 영향을 배제할 수 있는 다른 시점의 시장주가를 기초로 산정하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

그러나 이 사건에서는 제일모직이 2014. 12. 18. 상장되면서 구 삼성물산과 제일모직 사이의 합병 가능성이 구체화되기 시작하였다고 보이므로, 주식매수청구권 행사 시점과 가장 가까운 시점으로서 이 사건 합병 계획이 구 삼성물산 주가 형성에 미친 영향, 합병을 앞두고 누군가에 의해 구 삼성물산의 주가가 낮게 의도되었을 가능성, 모든 주주, 시장참여자가 아닌 특정 주주·전문가가 이를 이용하거나 악용하였을 가능성을 최대한 배제할 수 있는 시점은 제일모직 상장일 전일인 2014. 12. 17.이라고 봄이 상당하다. 따라서 기본적으로 2014. 12. 17.을 기준으로 한 시장주가를 기초로 매수가격을 결정하기로 하되, 주가는 시시각각으로 변동하는 것이어서 특정한 날의 종가를 곧바로 매수가격으로 결정할 경우 객관적인 기업가치를 반영하지 못할 우려가 있으므로, 이 사건 주식매수가격은 거래량이 많은 날과 기준일과 가까운 날의 주가에 가중치가 부여되는 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호의 방법을 유추하여, 2014. 12. 17.부터 ① 과거 2개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ② 과거 1개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ③ 과거 1주일간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함)를 산술평균한 가격으로 정하기로 한다. 위와 같은 방법에 따른 이 사건 주식매수가격의 계산 결과는 66,602원이다.

이 결정에 대하여 신청인과 사건본인은 모두 재항고 하였다.

2. 대법원 결정요지

대법원은 신청인과 사건본인의 재항고를 모두 기각하고 원심결정을 확정하였다. 대법원의 주요 결정요지를 보면 다음과 같다. 대법원은 원심법원이 결정한 것을 거의 그대로 인정하고 있다.

가. 시장가격에 의한 매수가격의 결정

주권상장법인의 합병 등에 반대하는 주주가 자본시장법 제165조의5 제1항에 의하여 해당 법인에 대하여 그 상장주식의 매수를 청구하고 주주와 해당 법인 간에 매수가격에 대한 협의가 이루어지지 아니하여 주주 또는 해당 법인이 법원에 매수가격의 결정을 청구한 경우, 법원

은 원칙적으로 해당 법인의 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 한다. 일반적으로 주권상장법인의 시장주가는 유가증권시장에 참여한 다수의 투자자가 법령에 근거하여 공시되는 해당 기업의 자산내용, 재무상황, 수익력, 장래의 사업전망 등 해당 법인에 관한 정보에 기초하여 내린 투자 판단에 의하여 해당 기업의 객관적 가치가 반영되어 형성된 것으로 볼 수 있고, 주권상장법인의 주주는 통상 시장주가를 전제로 투자행동을 취한다는 점에서 시장주가를 기준으로 매수가격을 결정하는 것이 해당 주주의 합리적 기대에 합치하기 때문이다.

다만 시장주가에 기초하여 매수가격을 산정하는 경우라고 하여 법원이 반드시 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라서만 매수가격을 산정하여야 하는 것은 아니다. 법원은 공정한 매수가격을 산정한다는 매수가격 결정 신청사건의 제도적 취지와 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 이사회 결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또는 일정 기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다.

나아가 해당 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 해당 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수도 있으나, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.²⁶⁾

나. 시장주가가 회사의 객관적 가치를 반영하지 못하는 경우

원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 구 삼성물산(주)의 시장주가는 구 삼성물산(주)의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있으므로, 제일모직(주) 상장일 전일인 2014. 12. 17.을 기준으로 한 시장주가를 기초로 이 사건 주식매수가격을 결정하여야 한다고 판단하였다.

① 국내 주요 건설사의 주가가 2015년 첫 거래일인 2015. 1. 2.부터 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전 마지막 거래일인 2015. 5. 22.까지 꾸준히 상승한 것과는 달리 구 삼성물산(주)의 주가는 이 기간 동안 상승하지 못하였고, 특히 2015. 4. 중순 이후에는 지속적으로 하락하였다. ② 구 삼성물산의 주가가 해당 시점에 하락한 이유 중 하나는 제일모직이 2014. 12. 18. 상장되면서 구 삼성물산과 제일모직의 합병 가능성이 증권시장에 본격적으로 알려지면서 동시

26) 대법원 2011. 10. 13. 자 2008마264 결정 참조.

에 상대적으로 제일모직 주식의 보유비율이 높은 소외 1 등의 이익을 위하여 구 삼성물산 주주에게 불리하게 합병비율이 결정되리라는 전망이 우세하였기 때문이다. ③ 구 삼성물산의 실적 부진도 주가의 상승을 막고 오히려 주가를 하락하게 하는 원인이 되었는데, 구 삼성물산의 실적 부진이 소외 1 등의 이익을 위하여 누군가에 의해 의도되었을 수도 있다는 의심에는 합리적인 이유가 있다. ④ 구 삼성물산의 최대주주인 국민연금공단은 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전 약 2개월간 구 삼성물산 주식을 지속적으로 매도함으로써 구 삼성물산의 주가를 하락시키거나 상승하지 못하도록 하는 데에 어느 정도 영향을 미친 것으로 보이는데, 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 후의 투자 행태, 주주총회 의결권 행사에 관한 방침 결정의 과정과 결과 등에 비추어 보면, 국민연금공단의 주식 매도가 정당한 투자 판단에 근거한 것이 아닐 수 있다는 의심을 배제하기 어렵다.²⁷⁾

다. 주식매수가격 결정의 기준시점

주권상장법인의 주식매수가격 결정 시 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 합병계약 체결에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 가격을 산정하도록 하는 것은 그 주식의 가치가 합병에 의하여 영향을 받기 전의 시점을 기준으로 공정한 가액을 산정하기 위한 것이다. 일반적으로 서로 독립된 상장법인 사이의 합병 사실은 합병계약 체결에 관한 이사회 결의 등이 공시됨으로써 비로소 대외적으로 명확하게 알려질 것이기 때문이다.

따라서 합병 사실이 공시되지는 않았으나 자본시장의 주요 참여자들이 합병을 예상함에 따라 시장주가가 이미 합병의 영향을 받았다고 인정되는 경우까지 반드시 이사회 결의일 전일을 기준으로 주식매수가격을 산정하여야 한다고 볼 수 없다. 무엇보다도 합병이 대상회사에 불리함을 이유로 반대하는 주주에 대하여 합병의 영향으로 공정한 가격보다 낮게 형성된 시장주가를 기준으로 주식매매대금을 산정하는 것은 합병에 반대하여 주식매수청구권을 행사한 주주에게 지나치게 불리하여 합리적이지 않기 때문이다.²⁸⁾

삼성그룹은 대한민국 최대 기업집단으로서 이 사건 합병 당시 누가 언제 어떠한 방법으로 그룹의 경영권을 승계할 것인가는 자본시장 참여자들의 주요 관심사였다. 당시 수의 금융투자업자들은 적어도 제일모직 상장 무렵부터는 제일모직과 계열회사의 합병을 통한 경영승계 방

27) 대법원은 2022. 4. 14. 선고 2017도19635 판결에서 삼성물산의 주주인 국민연금공단이 2015. 7. 17.자 삼성물산과 제일모직 사이의 합병결의에 찬성한 것과 관련하여, 당시 보건복지부장관, 국민연금공단 기금운영본부장에 대하여 직권남용권리행사방해 등으로 기소된 사건에서 검사와 피고인들의 상고를 모두 기각하여, 전 보건복지부장관에 대하여 직권남용권리행사방해죄 및 국회에서의중언·감정등에관한법률위반죄를 유죄로, 기금운영본부장에 대하여 국민연금공단에 대한 업무상 배임죄를 유죄로 인정한 원심판결을 확정하였다.

28) 판례도 이사회에서 합병 여부를 결의하기 전에 대표이사가 노조 대표와 면담을 하면서 합병계획을 발표한 사건에서 합병계획 발표 전달을 기준일로 하여 주식매수가액을 결정한 원심의 판단을 수긍한 바 있다(대법원 2011. 10. 13. 자 2008마264 결정).

24 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

안을 예상하기도 하였고, 이를 전제로 2015년 상반기 구 삼성물산의 주가가 이례적으로 하락하였다고 분석하기도 하였다. 따라서 제일모직과 유력한 합병 상대회사인 구 삼성물산의 시장 주가는 적어도 제일모직의 상장 무렵부터는 이 사건 합병의 영향을 받은 것이라고 볼 여지가 충분하다.

게다가 이 사건 합병은 소외 2의 삼성그룹 지배권 강화를 위하여 삼성그룹 차원에서 조직적으로 이루어진 승계작업의 일환으로 이루어진 것이었다. 이처럼 지배주주가 계열회사 전체의 경영권을 확보하고 있어서 사실상 지배주주 스스로 가장 유리한 합병시기를 선택할 수 있는 상황이라면 그러한 사정만으로도 특정 기업의 시장주가는 주식의 공정한 가격보다 낮거나 높게 형성될 수 있다. 따라서 계열회사 사이의 합병에서 주식매수가격을 산정할 때는 합병 사실의 영향을 받는 시점을 보다 엄격하게 판단할 필요가 있다.

그렇다면 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵의 구 삼성물산의 시장주가는 이 사건 주식매수가격을 결정할 때 참조하기에 적절하지 않다. 반면 제일모직이 상장되면서 합병 가능성이 구체화되었다고 볼 수 있으므로 신청인들의 주식매수청구권 행사 시점과 가장 가까운 시점으로서 구 삼성물산의 시장주가가 왜곡되었을 가능성을 최대한 배제할 수 있는 시점은 제일모직의 상장일 전일인 2014. 12. 17.이라고 봄이 타당하다. 따라서 2014. 12. 17.을 기준으로 하여 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 방법을 유추적용하여 주식매수가격을 결정하기로 한다.

3. 해 설

가. 서설

상법은 제374조(영업전부 또는 중요한 일부의 양도 등)에서 규정하고 있는 주주총회의 특별 결의사항, 주식의 포괄적 교환 및 이전(제360조의5, 제360조의22), 합병(제522조의3), 분할합병(제530조의11 제2항, 제522조의3)을 반대하는 주주 등에게 주식매수청구권을 인정하고 있다.

주주가 주식매수청구권을 행사하는 경우에 가장 중요한 것은 매수가격이다. 주식의 매수가액은 1차적으로는 주주와 회사간의 협의에 의해서 결정하며(제374조의2 제3항), 매수가액에 관한 협의가 이루어지지 아니한 경우에 회사 또는 주식의 매수를 청구한 주주는 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있다(동조 제4항). 법원이 주식의 매수가액을 결정하는 경우에는 회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 공정한 가액으로 이를 산정하여야 한다(동조 제5항).

자본시장법상 상장주식의 매수가격결정방법도 원칙적으로 회사와 주주간의 협의에 의하여 결정한다(동법 제165조의5 제3항). 협의가 이루어지지 않으면 증권시장에서 거래된 당해 주식의 거래가격을 기준으로 시행령이 정한 금액에 따른다. 그러나 회사나 매수를 청구한 주주가

위 가격에도 반대하는 경우에는 결국 법원이 매수가격을 결정한다(동법 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 참조). 상증세법(제63조 제1항 제1호 가목)과 금융산업의 구조개선에 관한 법률(제5조 제8항, 제12조 제8-9항)에서도 주식의 평가방법을 규정하고 있지만, 법원을 구속하는 강행규정은 아니다.²⁹⁾

따라서 주식매수가격의 결정에 있어서는 법원의 재량이 넓게 인정되고 있다고 볼 수 있다. 상장회사의 주식은 시장가격이 있기 때문에 법원의 재량의 폭이 크지 않지만, 비상장주식에 대하여는 평가기준에 따라 상당한 차이가 발생할 수 있다. 특히 비상장회사에서는 회사와 신청인 간은 물론 각급 법원이 결정한 주식의 매수가격 간에 도 차이가 크다. 이 간극을 줄이면서 '공정가격'을 찾아가는 것이 실무상의 과제라고 볼 수 있다.³⁰⁾ 회사의 매출, 영업이익, 사업전망 등이 급변할 수 있기 때문에 이를 반영하는 무형적인 주식의 가치평가도 어려울 수밖에 없다.

나. 비상장회사의 매수가격의 결정과 법원의 재량

우리나라 판례는 비상장주식의 매수가격을 '객관적인 교환가치가 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우'와 그렇지 않은 경우로 나누어서 판단하고 있다.

전자의 경우에 판례는 주식의 거래가격을 시가로 보아 주식을 평가하여야 한다고 판시하고 있다.³¹⁾ '정상적인 거래의 실례'는 수요와 공급이 정상적으로 작동되는 시장에서 형성되는 가격이라 볼 수 있다.³²⁾ 정상적인 거래의 실례가 있다하더라도, 거래 시기, 거래 경위, 거래 후 회사의 내부사정이나 경영상태의 변화, 다른 평가방법을 기초로 산정한 주식가액과의 근접성 등에 비추어 위와 같은 거래가격만에 의해 비상장주식의 매수가액으로 결정하기 어려운 경우에는 위와 같은 거래가액 또는 그 거래가액을 합리적인 기준에 따라 조정한 가액을 주식의 공정한 가액을 산정하기 위한 요소로 고려할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.³³⁾

정상적인 거래의 실례가 없는 후자의 경우에는 "보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 비상장주식의 평가방법을 규정한 관련 법규(증권거래법, 상증법 등)들은 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있

29) 이러한 취지가 대법원 2011. 10. 13. 선고, 2008마264결정에 나타나 있다.

30) 이에 관하여는 김흥기, "현행 주식가치평가의 법적 쟁점과 공정한 가액에 관한 연구", 「상사법연구」 제30권 제1호, 한국상사법학회, 2011, 159면; 양기진, "반대주주의 주식매수청구권에 관한 연구", 「기업법연구」 제26권 제1호, 한국기업법학회, 2012, 185면; 박영욱, "주식의 평가", 「주식회사법대계 I」, 한국상사법학회, 2019, 621면.

31) 대법원 2006. 11. 24. 2004마1022결정(은평방송사건); 대법원 2006. 11. 23. 2005마958결정(대우전자사건); 대법원 2005. 4. 29. 선고, 2005도856판결(비상장주식의 매입과 관련한 배임죄에 있어서 손해의 판단 방법); 대법원 2005. 10. 28. 선고, 2003다69638판결(비상장주식의 매각과 관련한 이사의 선관주의의무) 등

32) 동지; 김흥기, 전게논문, 170면.

33) 대법원 2006. 11. 23. 2005마958결정.

으므로, 어느 한 가지 평가방법이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 한다”는 것이 판례의 입장이다.³⁴⁾ 또한 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등을 종합적으로 반영하여 비상장주식의 매수가액을 산정하는 경우, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성, 개별 평가요소의 적정 여부 등 제반 사정을 고려하여 그 반영비율을 정하여야 한다.³⁵⁾

다. 상장회사의 매수가격의 결정과 법원의 재량

상장주식의 매수가격결정방법에 대하여 자본시장법은 원칙적으로 회사와 주주간의 협의에 의하여 결정하며, 협의가 이루어지지 않으면 증권시장에서 거래된 당해 주식의 거래가격을 기준으로 시행령이 정한 금액으로 한다. 그러나 회사나 매수를 청구한 주주가 위 가격에도 반대하는 경우에는 결국 법원이 매수가격을 결정한다(동법 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 참조). 따라서 위 규정은 법원을 구속하는 강행규정은 아니다.³⁶⁾

지금까지 대법원은 상장회사의 매수가격의 결정에 있어서 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하는 것을 기본으로 하면서도 폭넓게 재량을 인정하고 있다. 즉 시장주가에 기초하여 매수가격을 산정하는 경우라고 하여 법원이 반드시 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라서만 매수가격을 산정하여야 하는 것은 아니라는 입장이다. 또한 법원은 공정한 매수가격을 산정한다는 매수가격 결정 신청사건의 제도적 취지와 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 이사회 결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조할 것인지, 또는 일정 기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조할 것인지, 그렇지 않으면 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에서 정한 산정 방법에 따라 산정된 가격을 그대로 인정할 것인지 등을 합리적으로 결정할 수 있다.

나아가 해당 상장주식이 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식이거나 시장주가가 가격조작 등 시장의 기능을 방해하는 부정한 수단에 의하여 영향을 받는 등으로 해당 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있다고 판단될 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 해당 법인의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려한 공정한 가액을 산정할 수 있다. 그렇다고 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 시장주가

34) 대법원 2018. 12. 17. 자 2016마272 결정에서 ‘객관적인 교환가치가 반영된 정상적인 거래의 실례가 없는 경우에는 시장가치방식에 의한 주식평가를 배제하고, 순자산가치방식과 수익가치방식에 따라 주식매수가격을 정하고 있다. 또한 순자산가치의 평가에 있어서는 감정인의 감정결과를 수용하여 정하고 있다. 수익가치의 평가에 있어서는 상중세법을 기준으로 하되 구체적 타당성을 감안하여 매수가격을 정하고 있다.

35) 대법원 2006. 11. 23. 2005마958결정.

36) 대법원 2011. 10. 13. 선고. 자, 2008마264결정.

가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.³⁷⁾

또한 주식매수가격 결정의 재판(비송사건절차법 제86조의2)에 적용되는 비송사건절차는 민사소송절차와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권한과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 주식의 공정한 가격이 얼마인지 직권으로 사실조사를 하여 산정할 수 있다.³⁸⁾ 다만 그 경우에도 법률에서 달리 정하고 있지 않은 한 법원이 어떠한 사실을 인정하기 위해서는 증거가 필요하므로 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다는 점은 민사소송에서와 동일하다. 이때 증거는 신뢰성 있는 자료에 근거하여야 하고, 단순한 추측이나 의혹, 소문, 편향된 의견 등에 근거해서는 안 된다는 입장이다.

라. 평가

이 사건에서 대법원은 원심법원이 결정한 바와 같이 구 삼성물산의 주가는 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 이전부터 이미 이 사건 합병 계획의 영향을 받고 있었음을 여러 사정을 종합하여 보면 알 수 있으므로 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전일 무렵 구 삼성물산의 시장주가는 구 삼성물산의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있었다고 판단하고, 합병 계획 등의 영향을 배제할 수 있는 시점을 제일모직 상장일 전일인 2014. 12. 17.을 기준일로 한 시장주가를 기초로 매수가격을 결정하였다. 다만 주가는 시시각각으로 변동하는 것이어서 특정한 날의 종가를 곧바로 매수가격으로 결정할 경우 객관적인 기업가치를 반영하지 못할 우려가 있으므로, 이 사건 주식매수가격은 거래량이 많은 날과 기준일과 가까운 날의 주가에 가중치가 부여되는 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호의 방법을 유추하여, 2014. 12. 17.부터 ① 과거 2개월간 평균종가, ② 과거 1개월간 평균종가, ③ 과거 1주일간 평균종가를 거래량으로 각각 가중 산술평균한 가격으로 정하였다.

따라서 대법원은 합병반대주주의 주식매수가격 결정에 있어서 기존의 입장을 유지하면서 자본시장법의 해당규정(자본시장법 제165조의5 제3항, 시행령 제176조의7 제3항 제1호)의 적용여부를 결정하고 있다. 대법원은 동 규정은 이사회 결의일 전일을 기준으로 시장주가가 회사발행주식의 공정한 객관적 가치를 반영하는 경우에 임의적으로 적용된다는 것을 밝히고, 그렇지 않다면 합병 계획 등의 영향을 배제할 수 있는 시점을 기준일로 한 시장주가를 기초로 매수가격을 결정하여야 한다는 입장이다. 그럼에도 해당규정의 의미를 완전히 배제한 것은 아니다. 동 규정의 문언 그대로 이사회결의일 전일을 기준으로 매수가격을 정할 수 없지만 객관

37) 위 2008마264 결정 참조.

38) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2011므1116, 1123 판결 등 참조.

적인 기업가치를 반영하는 특정일이 정해진다면 매수가격은 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호를 유추적용하여 공정한 주식의 매수가격을 결정하여야 한다는 입장이다. 특정한 날의 종가를 곧바로 매수가격으로 결정한다면 객관적인 기업가치를 반영하지 못할 우려가 있기 때문이다.

위와 같이 대법원은 자본시장법 제165조의5 제3항과 동 시행령 제176조의7 제3항 제1호의 법적 성격을 강행규정이 아니라 임의규정으로 보면서도, 동 규정의 입법취지를 살리는 방향으로 실제 사건에 적용하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 대법원이 상장회사의 매수가격의 결정에 있어서 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하는 것을 기본으로 하면서도 폭넓은 재량으로 결정하고 있기 때문에 법적 불안정성을 갖고 있다는 점을 부인할 수 없다. 이러한 대법원의 기준이 향후에도 계속 유지되는가 여부는 지켜봐야 할 것이다.³⁹⁾ 위 대법원의 2022. 4. 14.의 결정에 이어 일성신약 등 삼성물산 주주들이 2022년 5월초, 2016년 2월에 제기한 합병무효의 소를 취하함에 따라 원고 패소인 1심 판결이 그대로 확정됨에 따라 제일모직과 삼성물산 간의 합병과 관련한 회사법상의 쟁송은 거의 마무리 되었다고 볼 수 있다.

V. 소수주주의 주주총회소집허가신청시 회의목적사항의 범위(대법원 2022. 4. 19. 자 2022그501 결정)

1. 사건개요

제1심인 원심결정⁴⁰⁾에서 나타난 주요 소명사실은 다음과 같다. 상법 제366조 제2항의 규정

39) 삼성물산과 제일모직의 합병과 관련한 여러 법적 문제에 대하여는 많은 논문과 자료가 있다. 김희준, “상장법인 간 합병에 적용되는 합병비율산정방식의 검토”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 2015. 3; 박준·김진식·김우진·노혁준·송옥렬·이상훈, 김진식, “삼성물산 합병의 회사법적 쟁점(좌담회)”, 「BFL」, 서울대학교 금융법센터, 2015. 11; 최준선, “엘리엇 매니지먼트 대 삼성물산 사건-서울고등법원 2015. 7. 16. 2015라20485, 20503결정”, 「최신판례분석」, 법조협회, 2016. 8; 김정호, “삼성물산과 제일모직간 합병의 회고”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2016. 9; 장인봉, “삼성물산과 제일모직간 합병시 시세조정 및 수탁자책임 문제”, 「고려법학」, 고려대학교 법학연구원, 2017. 9; 정준우, “삼성물산과 엘리엇간의 소송상 쟁점사항과 그에 관련된 현행 법제의 문제점 검토”, 「법과 정책연구」, 한국법정책학회, 2015. 12; 권재열, “삼성물산 대 엘리엇 결정-주요 쟁점의 재검토-”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2015. 12; 박정구, “국민연금 의결권행사의 문제점과 개선방안”, 「한양법학」, 한양법학회, 2017.; 이훈중, “상장법인 합병의 공정성 확보에 관한 연구”, 「한양법학」, 한양법학회, 2017.; 최민용, “계열회사간 합병과 회사법적 구제”, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 2017. 9; 손영화·고재중·양병찬, “주식매수청구권 행사에 관한 몇가지 논점에 대한 고찰”, 「법학연구」, 인하대학교 법학연구소, 2016. 12; 김정호, “주식매수청구권과 시너지”, 「증권법연구」, 한국증권법학회, 2017. 8; 이상훈, “합병비율 불공정과 구제수단”, 「증권법연구」, 한국증권법학회, 2017. 11; 천경훈, “계열회사간 합병과 이사의 의무”, 「상사법연구」, 한국상사법학회, 2017. 11; 이유진, “합병비율에 이의하는 소수주주의 경제적 이익보전 방안에 대한 연구”, 「기업법연구」, 한국기업법학회, 2022. 6. 등

에 의한 소수주주의 신청에 의하여 법원이 비송사건절차법 제81조 제1항의 규정에 의하여 임시주주총회의 소집을 허가한 결정에 대하여는 같은 조 제2항에 의하여 불복의 신청을 할 수 없고 민사소송법 제449조가 규정한 대법원에 특별항고만 허용되므로 제2심결정은 없다.⁴¹⁾

가. 신청인과 사건본인 간 골재구매계약채결과 신청인의 선금금지급

신청인은 2015. 12. 30. 사건본인에게서 골재를 구매하기로 하는 계약을 체결하고 선금금으로 사건본인에게 5억 원을 지급하였다. 이후 신청인은 2017. 7.경 사건본인과 안인화력발전소 공사에 골재를 공급하는 사업에 공동으로 협력하기로 약정하였다. 그 주요 내용은 다음과 같다. ① 신청인과 사건본인은 2015년 12월 30일 골재 매매 계약서를 체결하고, 신청인은 사건본인에게 총 오억 원의 선금금을 지급하였다. ② 삼성물산과 골재판매가 개시되면 매 3개월 마다 5천만 원을 사건본인이 신청인에게 상환하도록 한다. ③ 삼성물산에 사건본인의 골재가 판매되지 못하게 되거나, 신청인이 선금금 반환을 요청하면 사건본인은 신청인의 요청일로부터 3개월 내 선금금 5억 원을 상환한다.

나. 선금금의 반환을 위한 추가합의

사건본인이 신청인에게 약정된 선금금 지급을 하지 않으므로 당사자들은 종전의 합의를 변경하고 다음과 같이 선금금의 반환을 위한 추가합의를 하였다. ① 사건본인은 위 '골재매매계약서'에 의해 기 인수한 선금금을 현금으로 상환하며, 이에 따라 선금금 사용기간 동안 발생한 신청인의 이자와 기회비용을 인정하여 총 7억 원(원금 5억 원과 이자 및 기회비용 2억 원)을 신청인에게 상환한다. ② 사건본인은 2019년 6월부터 매월 1억 원씩을 신청인에게 상환하여, 2019년 12월에 모든 상환을 종료한다. 상환일은 매달 말일로 한다. ③ 위 사항의 이행의 담보를 위해 2019. 5. 15. 이전에 신청인은 사건본인의 신규 석산 허가 부지에 부동산 근저당 설정 등기를 하며, 사건본인은 이를 위한 필요한 조치를 지원한다.

다. 임의경매개시결정과 합의서작성

사건본인은 2019. 6. 27. 신청인에게 강원 양양군 임야 65,851㎡에 관하여 채무자를 사건본인, 근저당권자를 신청인, 채권최고액을 7억 원으로 한 근저당권설정등기를 마쳤다. 이후 사건본인이 선금금 지급하지 않으므로 신청인은 2019. 11. 11. 춘천지방법원 속초지원에 위 근저당권 실행을 위한 경매를 신청하였고, 춘천지방법원 속초지원은 2019. 11. 14. 임의경매개시결정

40) 춘천지방법원 속초지원 2021. 12. 6. 자 2021비합10000 결정

41) 대법원 1991. 4. 30 자 90마672결정.

30 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

을 하였다. 이에 따라 신청인과 사건본인, 사건본인의 대표이사인 신청외인은 2020. 7. 31. 다음과 같은 내용으로 합의(이하 '이 사건 합의')를 하고, 합의서에 대하여 공증인가 법무법인에서 사서인증을 받았다. 합의서의 주요 내용은 다음과 같다. ① 사건본인과 신청외인은 연대하여 신청인에게 2020. 11. 30.까지 위 경매신청의 권원이 된 약정금 7억 원과 위 돈에 대한 2019. 7. 1.부터 갚는 날까지 연 8.2%의 비율에 의한 돈을 지급한다. ② 위 4항의 지급약정을 일부라도 지체하면 그 즉시 신청외인은 신청인에게 신청외인 소유의 회사 지분 51%를 양도하고, 동시에 사건본인의 임원 전원의 사임서를 교부하여야 한다. ③ 사건본인과 신청외인은 연대하여 신청인에게 위 4항 또는 5항의 약정 위반에 대하여 손해배상과는 별도로 위약벌로 3억 원을 지급하기로 한다.

라. 신청인의 주장요지

사건본인과 신청외인은 2020. 11. 30.까지 약정금 7억 원을 변제하지 않았고, 이 사건 합의에 따라 신청외인은 신청인에게 이 사건 주식(사건본인 발행 주식의 51%인 76,500주)을 양도하여야 한다. 신청인은 사건본인에게 이 사건 주식에 관한 명의개서를 청구하고, 상법 제366조에 따라 임시주주총회 소집청구를 하였는데, 사건본인은 명의개서를 정당한 이유 없이 거부하고, 임시주주총회 소집에 필요할 절차를 취하지 않고 있으므로, 신청인은 이 법원에 임시주주총회 소집허가를 구한다.

마. 소송의 경과

원심은 “이 사건 기록에 의하면 사건본인과 신청외인이 변제기일인 2020. 11. 30.까지 약정금 7억 원을 변제하지 않은 사실이 소명되므로, 신청인은 이 사건 합의에서 정한 양도담보 약정에 따라 사건본인에게 이 사건 주식에 관한 명의개서를 청구할 수 있다. 사건본인은 특별한 사정이 없는 한 신청인에게 이 사건 주식에 관하여 주주명부상의 주주 명의를 신청인으로 변경하는 명의개서절차를 이행할 의무가 있다. 그럼에도 사건본인은 신청인의 명의개서청구를 거절하고 명의개서 의무가 없다고 다투고 있다. 따라서 신청인의 명의개서청구가 부당하게 지연되거나 거절되었다고 보아야 하고, 신청인은 실질주주로서 사건본인에 대하여 주주권을 행사할 수 있다고 판단된다.”고 결정하였다. 이어 “신청인은 사건본인 회사 발행 주식의 51%를 보유하게 된 실질주주이고, 신청인은 2020. 12.경 사건본인에게 ‘대표이사 해임 및 후임 대표이사 선임결의 건’을 회의목적으로 하는 임시주주총회 소집을 요청하였으나, 사건본인이 현재까지 이에 응하지 않고 있는 사실이 소명된다. 따라서 신청인에 대하여 상법 제366조 제2항, 제1항에 따라 ‘대표이사 해임 및 후임 대표이사 선임결의 건’을 회의목적으로 하는 임시주주총회

의 소집을 허가할 필요성이 인정된다”고 판시하고 신청인의 이 사건 신청을 인용하는 결정을 하였다.

사건본인은 원심의 결정은 상법 제 361조(주주총회의 권한)와 제 366조(소수주주에 의한 소집청구)를 위반한 결정이므로 민사소송법 제 449조에 따라 대법원에 특별항고를 하였다.

2. 대법원 결정요지

대법원은 사건본인의 특별항고를 인용하여 원심결정을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하였다. 대법원의 결정요지는 다음과 같다.

가. 임시주주총회의 권한 사항

소수주주가 상법 제366조에 따라 주주총회소집허가 신청을 하는 경우, 주주총회 결의사항이 아닌 것을 회의목적사항으로 할 수 없다. 주주총회는 상법 또는 정관이 정한 사항에 한하여 결의할 수 있고(상법 제361조), 대표이사는 정관에 특별한 정함이 없는 한 이사회 결의로 선임되므로(상법 제389조), 정관에서 주주총회 결의사항으로 ‘대표이사의 선임 및 해임’을 규정하지 않은 경우에는 이를 회의목적사항으로 삼아 상법 제366조에서 정한 주주총회소집허가 신청을 할 수 없다.

나. 본 사건의 경우

기록에 따르면, ① 신청인이 임시주주총회소집허가 신청을 하면서 회의목적사항으로 ‘대표이사 해임 및 후임 대표이사 선임결의 건’을 기재한 사실, ② 특별항고인의 정관상 주주총회 결의사항에 ‘대표이사 선임·해임’이 포함되지 않은 사실이 소명된다.

이러한 사실관계를 살펴보면, 신청인이 임시주주총회소집허가 신청을 하면서 회의목적사항으로 기재한 내용은 상법 및 특별항고인의 정관에서 정한 주주총회 결의사항에 포함되어 있지 않으므로, 원심으로서 상법 제366조에 따른 주주총회소집허가의 회의목적사항 관련 요건의 충족 여부에 관하여 면밀히 심리하였어야 할 것임에도, 그 판시와 같은 이유만으로 이를 허가하고 말았으니, 이러한 원심의 조치에는 특별항고인이 적법한 절차에 따른 재판받을 권리를 침해하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있다.

3. 해설

이 사건의 쟁점은 상법 상법 제366조가 규정한 임시주주총회의 회의목적사항에 관한 것이다.

가. 소수주주의 임시주주총회의 소집청구

주주총회는 이사회가 일시·장소·안전 등을 결정하고, 대표이사가 구체적인 소집절차를 실행하는 것이 원칙이다(362조). 그러나 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 기재한 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다(상법 제366조 제1항).⁴²⁾

이사회가 소집청구를 받고도 지체없이 소집절차를 밟지 않는 때에는 소집청구를 한 소수주주는 법원의 허가를 얻어 총회를 소집할 수 있다. 이 경우 주주총회의 의장은 법원이 이해관계인의 청구나 직권으로 선임할 수 있다(제366조 제2항). 이 총회는 법원의 허가를 얻은 의제에 한하여 결의할 수 있으며, 회사의 업무상태와 재산상태의 조사를 위하여 검사인을 선임할 수 있다(제366조 제3항). 법원의 소집허가결정에 대하여는 불복하지 못하나, 민사소송법 제449조에 의한 특별항고는 허용된다.⁴³⁾

나. 임시주주총회의 회의목적사항

법원이 허가한 임시주주총회에서는 법원의 허가를 얻은 의제에 한하여 결의할 수 있다고 보아야 한다.⁴⁴⁾ 이것은 명문의 규정이 없지만 일반 주주총회를 소집하기 위하여는 이사회가 회의의 목적사항, 일시, 장소 등을 정하여 소집을 결정하여(상법 제362조) 개별 주주에게 서면 또는 전자문서로 통지하여야 하며, 통지서에는 회의의 목적사항이 기재되어야 하므로(상법 제363조 제2항) 이와 동일하게 해석하여야 되기 때문이다. 따라서 법원이 허가한 임시주주총회에서는 허가한 회의의 목적사항에 대하여만 결의할 수 있다.

그런데 이 사건에서처럼 법원이 회의의 목적사항을 허가함에 있어서는 그 제한이 있다. 주주총회는 회사 내부에서 상법 또는 정관에 정해진 사항에 한해서 결의할 수 있으므로(상법 제361조) 해당회사의 주주총회가 결의할 수 있는 사항에 대하여서만 허가할 수 있다고 보아야 된다. 사건본인인 특별항고인의 정관상 주주총회 결의사항에 '대표이사 선임·해임'이 포함되지 않으므로 대법원이 그 결정에서 원심결정을 파기한 것도 동일한 이유이다.

법원에 의한 임시주주총회의 허가는 비송사건으로 신청인의 소명만에 의하여 결정되므로

42) 상장회사의 경우에는 6개월 전부터 계속하여 발행주식총수의 1,000분의 15 이상에 해당하는 주식을 보유한 자이다(상법 제542조의6 제1항). 상장회사에 있어서는 주식보유비율을 완화한 대신에 보유기간 6개월의 제한을 두고 있는 것이다. 2020년 상법개정에 따라 상장회사 특례는 일반 규정의 소수주주권행사에 영향을 미치지 아니하므로(제542조의6 제10항), 6개월의 보유기간을 충족하지 못하였더라도 제336조 제1항에서 정한 지분율(100분의 3이상)을 갖추었다면 주주총회의 소집을 청구할 수 있다.

43) 대법원 1991. 4. 30 자 90마672결정

44) 법원이 상법 제366조 제2항에 따라 총회의 소집을 구하는 소수주주에게 회의의 목적사항을 정하여 총회의 소집을 허가하면서 소집기간을 구체적으로 정하지 않은 경우에도 소집허가를 받은 주주는 소집의 목적에 비추어 상당한 기간 내에 총회를 소집하여야 한다(대법원 2018. 3. 15. 선고 2016다275679 판결).

법규정을 엄격하게 해석하여야 할 필요가 있다는 점에서도 대법원의 결정은 타당하다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

VI. 이사의 감시의무위반과 손해배상액의 제한(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁴⁶⁾ 및 제2심인 원심판결⁴⁷⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다. 이 사건은 원고들이 피고들에 대한 대표소송으로 진행되었다.

가. 당사자

주식회사 대우건설은 토목, 건축, 주택건설 등의 영업을 하는 회사인데, 2011년을 기준으로 자본금은 약 2조 781억 원, 매출액은 약 7조 318억 원, 영업이익은 약 3,648억 원, 당기순이익은 약 2,267억 원, 상시 종업원 수는 약 4,789명, 토건 시공능력 평가액은 6위였고, 발행주식총수는 415,622,638주이다.

원고들은 대우건설 발행주식을 2013. 9. 이전부터 소유하고 있는 주주들인데, 소유한 발행주식 수의 합계는 42,750주로 대우건설 발행주식총수의 1/10000을 초과한다.

총 10명의 피고들은 대우건설의 대표이사, 이사, 사내이사, 사외이사, 감사위원 등으로 재직 하였던 사람들이다.

나. 주요사실

원고들은 2014. 4. 10. 대우건설의 당시 감사위원 3명에게, ① 4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 관련 입찰담합(이하 '4대강 사업 입찰담합'), ② 영주다목적댐 건설공사 관련 입찰담합(영주댐 입찰담합), ③ 인천도시철도 2호선 건설공사 관련 입찰담합(인천지하철 입찰담합, 위의

45) 이와 관련하여 대법원 2022. 9. 7. 자 2022마5372 결정에서는 “임시총회소집청구서에 기재된 회의의 목적사항과 소집의 이유가 이사회에 먼저 제출한 청구서와 서로 맞지 않는다면 법원의 허가를 구하는 재판에서 그 청구서에 기재된 소집의 이유에 맞추어 회의의 목적사항을 일부 수정하거나 변경할 수 있고, 법원으로서의 위와 같은 불일치 등에 관하여 석명하거나 지적함으로써 신청인에게 의견을 진술하게 하고 회의 목적사항을 수정·변경할 기회를 주어야 한다”고 판시하였다.

46) 서울중앙지방법원 2020. 9. 17. 선고 2014가합535259 판결

47) 서울고등법원 2021. 9. 3. 선고 2020나2034989 판결

① 내지 ③의 3개 입찰담합을 통틀어 ‘이 사건 입찰담합’이라 한다) 등과 관련하여 피고들을 비롯한 대우건설의 이사들이 공정거래법 등의 법령에 위반한 행위를 하였거나 공정거래법 위반행위를 방지할 임무를 해태하여 대우건설이 과징금을 납부하는 손해를 입었으므로, ① 4대강 사업 입찰담합에 관하여 피고들전원을 상대로, ② 영주댐 입찰담합에 관하여 피고 9를 제외한 나머지 피고들을 상대로, ③ 인천지하철 입찰담합에 관하여 피고 3을 제외한 나머지 피고들을 상대로 상법 제399조에 따른 손해배상청구의 소를 제기할 것을 청구한다는 내용의 소제기 청구서를 보냈다.

대우건설이 그 소제기 청구서를 받고도 30일 이내에 피고들에 대하여 손해배상청구의 소를 제기하지 않자, 원고들은 2014. 5. 23. 이 사건 소를 제기하였다.

다. 원고의 주장

피고 1은 대우건설의 대표이사로서 이 사건 입찰담합을 지시하였거나 이를 알고도 방치하였다. 또한 대우건설의 이사인 피고들은 이사회 구성원으로서 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 운영되도록 하여 이 사건 입찰담합을 미연에 방지할 의무가 있음에도 이를 게을리하였다. 이에 따라 대우건설 소속 임직원이 이 사건 입찰담합을 하여 대우건설이 과징금 등을 납부하는 손해가 발생하였으므로, 피고들은 상법 제399조 제1항에 따라 이 사건 입찰담합으로 대우건설이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

라. 피고의 주장

1) 피고 1은 이 사건 입찰담합을 지시하지 않았고 이를 사전에 알지도 못하였다. 피고 1이 4대강 사업 입찰담합과 관련한 형사재판에서 공소사실을 인정한 것은 입찰담합을 지시하거나 이에 관한 보고를 받았기 때문이 아니라 대우건설의 대표이사로서 최종적인 책임을 진다는 취지에서 한 것이었다.

2) 피고들(피고 1을 제외한 이사들을 말한다. 이하 동일)은 대우건설의 이사로서 대표이사 또는 다른 이사들의 위법한 업무집행에 관하여 내부통제시스템 등을 통해 위법하다고 의심할 만한 사유가 드러났을 때 이사회 참석 및 결의 등을 통하여 감시와 감독을 해야 하는 주의의무를 부담할 뿐, 대우건설 임직원들의 모든 업무와 행위에 관한 포괄적인 감시의무를 부담하지 않는다.

3) 피고들이 대우건설의 이사로 재직할 당시 대우건설의 대표이사 또는 다른 이사들의 이 사건 입찰담합과 관련한 위법한 업무집행을 의심할 만한 사정이 없었고, 개별 공사에 관한 입찰 업무에 전혀 관여하지 않아 이 사건 입찰담합에 관하여 알지 못하였고 알 수도 없었으며,

개별 공사에 관한 입찰 업무는 이사회의 결의사항도 아니었다.

4) 피고들이 대우건설의 이사로 재직할 당시 대우건설은 다른 대기업 수준의 내부통제시스템을 구축해 운영하고 있었고, 이 사건 입찰담합 등 다수의 입찰담합 문제가 드러난 것은 공정거래위원회로부터 시정명령 등의 처분을 받은 2014년 이후이므로, 이 사건 입찰담합 당시 피고들이 추가적인 내부통제시스템을 구축·운영하여야 할 의무를 부담한다고 볼 수 없다.

2. 소송의 경과

가. 제1심 판결

피고 1은 대우건설의 대표이사로서 '4대강 사업 입찰담합'을 미연에 방지하여야 함에도 위 의무를 해태하고 이 사건 담합에 이르게 하였다고 보이므로, 상법 제399조 제1항에 따라 이 사건 담합으로 인하여 대우건설이 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 영주 다목적댐 건설공사, 인천도시철도 2호선 건설공사, 경인운하 건설공사에서의 담합에 대하여는 피고 1이 위 각 공사들의 입찰 과정에서 담합행위를 지시하였다거나 이를 알고도 방치하였다는 점 등이 증명된다고 보기에 부족하므로 원고의 청구를 기각하였다. 다만 '4대강 사업 입찰담합'으로 인한 손해배상액은 공정거래위원회로부터 받은 과징금 상당액인 9,697,000,000원이지만 ① 2007년 말 '한반도 대운하 건설사업' 추진을 위해 상위 5개 건설사가 컨소시엄을 구성하였는데, 한반도 대운하 건설사업이 국민들의 반대여론으로 포기되고, 2008. 12. 4대강 살리기 사업이 새로이 추진되면서 그 과정에서 이 사건 담합이 발생한 점, ② 4대강 살리기 사업이 한정된 설계기간 및 설계회사 확보 등의 문제로 건설사들로 하여금 상호 담합의 빌미를 제공한 것으로 볼 여지가 있는 점, ③ 피고 1이 이 사건 담합을 지시하였다는 점에 대한 직접적인 증거가 없고, 이 사건 담합으로 인해 개인적으로 취한 이득도 없는 것 등을 고려하여 손해액의 5%에 해당하는 금원으로 제한하였다.

피고1은 제외한 나머지 이사들에 대하여는 상법이나 이사회규정에서 이사회를 통해 이사가 감독 가능한 회사의 업무 범위를 구체적으로 규정하고 있는 이상, 이사에게 그 이외의 회사의 업무 전부에 관하여까지 일반적인 감시·감독의무가 있다고 보기는 어렵고, 또한 평이사 또는 사외이사에 불과한 이사들에게 내부통제시스템의 구축의무를 인정하기 어렵다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

제1심 판결에 대하여 원고·피고1은 항소하였다.

나. 제2심 판결(원심, 항소심)

피고 1은 그 임직원이 4대강 사업에 입찰하는 직무를 집행하는 과정에서 담합을 하여 공정

거래법과 건설산업기본법 등 법령을 위반하는 행위를 한다고 의심할 만한 충분한 사유가 있었음에도 만연히 이를 방치함으로써 그 임무를 게을리하였으므로, 그로 인해 대우건설이 입은 손해를 배상할 책임이 있다. 또한 영주댐 입찰담합, 인천지하철 입찰담합을 지시하였다는 점 또는 이를 알았거나 알 수 있었음에도 방치하였다는 점에 관하여는 원고들이 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판시하고 제1심 판결과 동일한 입장을 취하고 있다.

그러나 나머지 이사들에 대하여는 1심과 다르게 “피고들이 개별 공사에 관한 입찰 업무에 관여하거나 보고받은 사실이 없어 이 사건 입찰담합에 관하여 알지 못하였고 알 수도 없었으며 이를 의심할 만한 사정 또한 전혀 없었다고 하더라도, 피고들은 이 사건 입찰담합 등 임직원의 위법행위에 관하여 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무를 이행하지 않음으로써 이사의 감시의무를 위반하였다고 봄이 타당하다”고 판시하고 이사의 감시의무 위반으로 인하여 손해배상책임을 인정하였다. 다만 피고들의 손해배상책임을 개별적으로 제한하였다.

제2심 판결에 대하여 원고·피고 모두 상고였다.

3. 대법원 판결요지

대법원은 원고·피고의 상고를 모두 기각하고 원심을 확정하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 이사의 선관주의의무와 감시의무

이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제399조 제1항). 주식회사의 이사는 담당업무는 물론 대표이사나 업무담당이사의 업무집행을 감시할 의무가 있으므로 스스로 법령을 준수해야 할 뿐 아니라 대표이사나 다른 업무담당이사도 법령을 준수하여 업무를 수행하도록 감시·감독하여야 할 의무를 부담한다. 이러한 감시·감독 의무는 사외이사 등 회사의 상무에 종사하지 않는 이사라고 하여 달리 볼 것이 아니다. 따라서 주식회사의 이사가 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 상법 제399조 제1항에 따른 배상책임을 진다.

나. 감시의무의 내용

이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및

재무상태에 따라 크게 다를 수 있다. 특히 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표 이사나 일부 이사들만이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우에도, 모든 이사는 적어도 회사의 목적이나 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 업무와 관련해서는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태의 내부통제시스템을 구축하여 작동되도록 하는 방식으로 감시의무를 이행하여야 한다.⁴⁸⁾ 다만 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있는데도 이를 외면하고 방치하는 등의 경우에 감시의무 위반으로 인정될 수 있다.

다. 손해배상액의 제한

대법원은 피고들에 대한 책임제한에 대하여는 중전의 입장을 재확인하고 원고의 주장을 배척하였다. 즉 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체계의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있는데, 이때에 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 그 제한의 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 사실심의 전권사항이다.⁴⁹⁾

4. 해 설

이 사건(대우건설사건)은 앞에서 설명한 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결(유니온스틸 사건)과 닮은 꼴이다. 양자 모두 회사가 다른 사업자와 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 부당한 공동행위(담합행위)를 하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 과징금 부과처분을 받았고, 이에 대해 소수주주인 원고들이 담합행위가 있었던 시기에 재임하였던 이사들에 대하여 이사의 감시의무 위반을 이유로 상법 제399조 제1항의 회사에 대한 손해배상책임을 추궁하는

48) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결 등 참조.

49) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다34746 판결 등 참조.

대표소송을 제기한 것이다.

위 2017다222368판결에서 대법원은 종전의 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결(대우 분식회계사건)에 이어 이사들의 감시의무의 구체적인 내용으로서 특히 ‘내부통제시스템’을 구축할 것을 요구하고 있고 그것이 제대로 작동되도록 하기 위한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템이 구축되었다 하더라도 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법하거나 부적절한 업무집행 등 이사들의 주의를 요하는 위험이나 문제점을 알지 못하였다면, 이사들은 감시의무 위반으로 인한 손해배상책임을 진다는 것을 판시하였다.

따라서 본 판결은 이사의 감시의무에 관한 2017다222368판결의 입장과 기본적으로 동일하다고 볼 수 있다. 본 판결에서 의미 있게 보아야 할 부분은 사외이사의 감시의무에 관한 부분이다. 2017다222368판결은 하급심에서는 이사들의 감시의무를 다루고 있지만 최종적으로는 대표이사의 내부통제의무 위반을 중심으로 한 판결이라고 볼 수 있다.

본 판결에서 이사의 일반적 감시의무는 사외이사 등 회사의 상무에 종사하지 않는 이사를 포함하여 주식회사의 모든 이사가 대표이사나 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 고의 또는 과실로 인하여 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 상법 제399조 제1항에 따른 배상책임을 진다는 점은 동일하다.

또한 이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황 및 재무상태에 따라 크게 다르며, 특히 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에서 대표이사나 일부 이사들만이 내부적인 사무분장에 따라 각자의 전문 분야를 전담하여 처리하는 것이 불가피한 경우에도, 모든 이사는 적어도 회사의 목적이나 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 업무와 관련해서는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태의 내부통제시스템을 구축하여 작동되도록 하는 방식으로 감시의무를 이행하여야 한다는 점도 동일하다.

그러나 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있는데도 이를 외면하고 방치하는 경우에 감시의무 위반으로 인정될 수 있다.

따라서 대법원이 “모든 이사는 어도 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태의 내부통제시스템을 구축·작동되도록 하는 방식으로 감시의무를 이행하여야 한다”고 판시하면서도, 사외이사에 대하여는 달리 표현하여 모든 이사에게 적용되는 내부통제시스템의 구축·시행의

무와 사외이사를 제외한 업무담당이사들에게 적용되는 내부통제시스템의 구축·시행의무는 그 내용에 있어서 차이를 두고 있음을 알 수 있다. 그 내용상의 차이가 무엇인가에 대하여는 분명치 않지만, 이것은 전술한 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결(유니온 스틸사건)에서 설명한 바와 같이 회사마다 서로 다른 '내부통제시스템'의 다양성에 기인한다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 대법원의 의도를 판결의 문언대로 추측한다면 사외이사를 포함한 모든 이사는 최소한 준법시스템을 중심으로 한 내부통제시스템의 구축과 실행의무를 부담하는 동시에 회사 전체의 내부통제시스템 구축의 촉구와 실행을 감시할 의무를 부담한다는 것을 강조하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 본 판결은 업무담당이사와 사외이사 모두 내부통제의무를 부담한다고 판시하고 있지만, 그 내용에 있어서는 일정한 차이를 두고 있다고 볼 수 있다. 그 내용상의 차이를 분명하게 하거나 해소하는 것이 앞으로의 과제라고 볼 수 있다.

또한 손해배상액과 손해배상액의 제한에 있어서도 업무담당이사와 사외이사 간에 차이를 두고 판시하고 있음을 알 수 있으며, 이 경우에 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 그 제한의 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이라는 점을 다시 확인하고 있다.⁵¹⁾

Ⅶ. 회계장부열람·등시청구권 행사시 요구되는 이유기재의 정도(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁵²⁾ 및 제2심인 원심판결⁵³⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위

피고는 1969. 10. 10. 설립된 회사로서 '종로학원'으로 알려진 학원사업을 주된 목적으로 하다가 2015. 2. 2. 학원사업을 분할 매각한 이후 현재까지 부동산 임대업만을 영위하고 있다.

50) 각주 12 참조.

51) 이 판결의 평석에 대하여는 김정호, "대우건설 주주대표소송", 「법률신문」, 2022. 7. 7.; 최정식, "내부통제시스템구축 및 운용과 관련된 이사의 감시의무의 고찰-대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결을 중심으로-", 「서울법학」, 서울시립대학교 법학연구소, 2022. 11. 참조

52) 서울중앙지방법원 2019. 1. 18. 선고 2018가합507382 판결

53) 서울고등법원 2019. 8. 23. 선고 2019나2010079 판결

40 선진상사법률연구 통권 제101호 (2023.1.)

원고는 피고 회사의 발행주식 1,057,868주 중 약 17.73%에 해당하는 187,541주를 보유하고 있는 피고회사의 2대주주이다. 한편 피고 회사의 사내이사이자 회사발행주식 중 73.04%를 보유한 1대 주주인 소외 1과 동 회사의 사내이사이자 발행주식 중 5.38%를 보유하였던 소외 2는 원고와 남매지간으로서 모두 피고회사의 대표이사의 자녀들이다.

나. 원고의 피고회사에 대한 회계장부·서류의 열람·등사 요청과 회사의 거절

원고는 2017. 12. 26.경 피고 회사에 내용증명을 발송하여 인건비, 지급입차료, 접대비, 통신비, 지급수수료, 교육훈련비, 차량유지비, 유형자산 및 매출액, 최근의 부동산거래, 학원사업 분할매각 등과 관련된 회계장부 및 서류의 열람·등사를 요청하였으나 피고 회사는 회계장부 및 서류 중 일부에 대해서만 열람만을 허용하고 등사를 허용하지 않아 원고가 요청한 대부분의 회계장부 및 서류의 열람·등사를 거절하였다.

다. 원고의 주장

피고회사는 위 학원사업을 분할 매각한 후 2016년부터 주주들에 대한 이익배당을 전혀 실시하지 않고 있으며, 피고 회사의 감사보고서 등의 기재만을 보더라도 과도한 비용 지출이 의심되거나 그 밖에 피고 회사의 업무 처리의 적정성을 검토할 필요가 인정되고, 특히 피고 회사 및 그 사내이사 겸 지배주주가 차명계좌를 이용한 금융거래를 하며 회사자금을 개인적으로 이용하는 등 여러 부정행위(생략)를 하였다고 의심할 만한 사정이 존재한다. 따라서 피고 회사의 부적절한 자금 집행 등 경영 실패와 소외인 등 경영진의 법령 또는 정관 위반 여부 파악, 이에 따른 소외인 등 경영진에 대한 책임 추궁을 위하여 상법 제466조 제1항에 따라 피고 회사에 대하여 별지 목록 기재 회계장부 및 서류의 열람 및 등사를 청구한다.

라. 피고의 주장

원고가 열람 및 등사를 요구한 서류들은 회계장부 및 회계서류가 아니므로 상법 제466조 제1항의 열람 및 등사 청구의 대상이 되지 않는다. 또한 원고는 열람 및 등사청구의 구체적 이유를 밝히지 않았고 막연하고 포괄적인 이유를 기재하였을 뿐이므로, 상법 제466조 제1항의 요건을 구비하지 못하였거나 위 법규에서 인정한 청구권의 한계를 초월한 것으로서 권리 남용에 해당한다. 원고는 이미 2016. 12. 20. 피고의 회계장부를 충분히 열람하였음에도 2017. 8.경 열람등사 가처분 신청을 하였다가 취하하였고, 2017. 12.경 다시 열람 및 등사요청을 하는 등 적법한 주주권 행사가 아니라 피고를 괴롭히거나 불필요한 분쟁을 야기하려는 목적으로 이 사건 소를 제기한 것에 불과하므로 원고 청구에 응할 수 없다.

마. 소송의 경과

제1심판결에서는 소수주주가 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구하기 위하여는 그 이유를 구체적으로 기재하여야 하며,⁵⁴⁾ 그 구체성의 정도는 회사의 어떤 행위가 부정한 행위에 해당한다는 것인지 파악할 수 있을 정도로, 그리고 그 부정행위가 사실인지 모른다는 최소한의 합리적인 의심이 생기는 정도이면 충분하다고 보아야 한다. 그런데 원고의 이 사건 청구는 상법 제466조 제1항의 취지에 따라 그 구체적 이유를 적시한 회계장부의 열람 및 등사 청구라고 볼 수 없고, 원고가 주장하는 사정과 제출한 증거만으로는 열람 및 등사의 필요성을 인정하기에 부족하다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

제2심판결에서도 회계장부의 열람·등사의 청구이유는 그 근거 사실에 관한 증명까지는 필요하지 않더라도, 적어도 그 청구이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 하는 정도에는 이르러야 하며, 이사 등 경영진의 부정행위를 주장하면서 이로 인한 경영 상태를 확인하고 경영진의 책임을 추궁할 목적으로 열람·등사를 청구하는 경우에는 그 부정행위가 존재할 수도 있다는 최소한의 합리적 의심이 드는 정도에 이르러야 한다고 판시하였다. 이 사건의 경우 원고의 열람·등사 청구이유에다가 이 사건에서 원고가 제출한 증거를 모두 모아 보더라도 원고가 주장하는 이 사건 각 부정행위 또는 그 밖에 피고 회사 경영진의 법령 또는 정관 위반 행위가 존재할 수도 있다는 점에 관한 합리적 의심이 들지는 아니하므로, 회계장부 및 서류에 대한 피고 회사의 열람·등사 의무가 성립한다고 볼 수 없으므로 원고의 주장은 받아들일 수 없다고 판시하고, 제1심과 동일한 취지로 원고의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심인 서울고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 소수주주의 회계장부 등에 대한 열람·등사청구권에 관한 법리

주주가 상법상 인정되는 이사해임청구권(상법 제385조), 위법행위 유지청구권(상법 제402조), 대표소송권(상법 제403조) 등 각종 권한을 행사하려면 회사의 업무나 재산상태에 대해 정확한 지식과 적절한 정보를 가지고 있어야 한다. 그러나 상법 제448조에 따라 회사에 비치되어 있는 재무제표의 열람만으로는 충분한 정보를 얻기 어렵기 때문에 회사 발행주식의 총수 중 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주에게 재무제표의 기초를 이루는 회계장부와 회계

⁵⁴⁾ 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결 등 참조.

서류까지 열람하거나 등사할 수 있는 권한을 인정한 것이다.⁵⁵⁾

나. 열람·등사 청구의 이유

상법 제466조 제1항이 '이유를 붙인 서면'으로 열람·등사를 청구할 수 있다고 정한 이유는 주주가 회계장부와 서류를 열람·등사하는 것이 회사의 회계 운영상 중대한 일이므로 그 절차가 신중하게 진행될 필요가 있고, 또 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부나 열람·등사 대상인 회계장부와 서류의 범위 등을 손쉽게 판단할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다.⁵⁶⁾

다. 이유 기재의 정도

주주가 제출하는 열람·등사청구서에 붙인 '이유'는 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부를 판단하거나 열람·등사에 제공할 회계장부와 서류의 범위 등을 확인할 수 있을 정도로 열람·등사청구권 행사에 이르게 된 경위와 행사의 목적 등이 구체적으로 기재되면 충분하고, 더 나아가 그 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재하거나 그 이유를 뒷받침하는 자료를 첨부할 필요는 없다. 이와 달리 주주가 열람·등사 청구서에 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재해야 한다면, 회사의 업무 등에 관하여 적절한 정보를 가지고 있지 않은 주주에게 과중한 부담을 줌으로써 주주의 권리를 크게 제한하게 되고, 그에 따라 주주가 회사의 업무 등에 관한 정보를 확인할 수 있도록 열람·등사 청구권을 부여한 상법의 취지에 반하는 결과가 초래되어 부당하다.

라. 기재된 이유가 허위이거나 열람청구의 목적이 부당함이 명백한 경우

열람청구의 이유 기재 자체로 그 내용이 허위이거나 목적이 부당함이 명백한 경우 등에는 적법하게 이유를 붙였다고 볼 수 없으므로 이러한 열람·등사 청구는 허용될 수 없다. 또 이른바 모색적 증거 수집을 위한 열람·등사 청구도 허용될 수 없으나, 열람·등사 청구권이 기본적으로 회사의 업무 등에 관한 정보가 부족한 주주에게 필요한 정보 획득과 자료 수집을 위한 기회를 부여하는 것이라는 사정을 고려할 때 모색적 증거 수집에 해당하는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다.

한편 주주로부터 열람·등사 청구를 받은 회사는 상법 제466조 제2항에 따라 열람·등사 청구의 부당성, 이를테면 열람·등사 청구가 허위사실에 근거한 것이라든가 부당한 목적을 위한 것이라든가 하는 사정을 주장·증명함으로써 열람·등사 의무에서 벗어날 수 있다.

55) 대법원 2020. 10. 20. 자 2020마6195 결정 등 참조.

56) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다137 판결 참조.

마. 본 사건의 경우

주주인 원고는 회사인 피고를 상대로 열람·등사를 청구하면서 제출한 내용증명이나 이 사건 소장, 준비서면 등에서 열람·등사 청구에 이르게 된 경위와 목적 등을 상세하게 적어 이유를 밝히고 있다. 그런데도 원심은 원고가 주장하는 부정행위 또는 그 밖에 피고 경영진의 법령 또는 정관 위반행위가 존재할 수도 있다는 사실에 관한 합리적 의심이 들지 않는다는 이유로 열람·등사 청구를 받아들이지 않았다. 이러한 원심판결에는 상법 제466조에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

3. 해설

가. 서설

이 사건의 주요 쟁점은 상법 제466조의 회계장부열람·등사 청구권의 행사시에 주주가 제출하는 열람·등사청구서에 붙인 '이유'의 기재의 정도에 관한 것이다.

상법 제466조는 소수주주가 회사에 대하여 회계장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 즉 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있으며(제1항), 회사는 주주의 청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다(제2항)고 규정하고 있다. 열람청구의 대상은 회계에 관한 장부 이외에 서류가 포함되고 열람 이외에 등사도 포함되지만, 이를 통상 주주의 회계장부열람권(right of inspection of books and records)이라고 부르고 있다.

회계장부열람권은 주주가 회사의 업무집행에 대한 감독권을 행사하기 위한 전제 또는 수단이 되는 권리로서, 특히 회사경리에 관한 상황을 알 수 있도록 인정된 권리로서 소위 정보권(information right) 또는 개시청구권의 일종에 속하는 권리이다.⁵⁷⁾

그런데 현행 상법의 주주의 회계장부열람권에 관한 규정은 1개의 조문으로 매우 간단하여 열람청구권 행사와 관련한 구체적인 사안의 해결에 있어서는 많은 문제점이 있다. 예컨대 열람의 대상인 장부와 서류의 범위, 열람의 대상인 장부의 범위가 열람청구의 이유에 의하여 제약되는가, 회사가 열람을 거절할 수 있는 사유 등을 들 수 있다.⁵⁸⁾

57) Pinto & Branson, *Understanding Corporate Law*, Carolina Academic Press, 5th ed., 2018. pp.129-130; Robert Charles Clark, *Corporate Law*, Little, Brown Company, 8th ed., 1986. pp.96-97.

58) 홍복기, "주주의 회계장부열람권", 「신세기 회사법의 전개」(우전 이병태교수 화갑기념), 1996. 12, 대전서적, 285면.

나. 열람청구의 이유

주주가 열람청구권을 행사하기 위하여는 이유를 붙인 서면으로 하여야 한다(제466조 제1항). 따라서 단순히 구두로 청구하든가 서면에 의하여도 이유를 붙이지 않은 청구는 효력이 없다.

상법이 이유의 기재를 요구한 취지는 회계에 관한 장부서류를 열람·등사시킨다는 것이 회사 운영상 극히 중요한 사안에 속하는 것이어서 절차를 신중하게 할 필요가 있고, 상대방인 회사에 있어서 이에 응할 의무의 존재 또는 열람등사를 시키지 않으면 안되는 회계장부의 범위의 판단을 쉽게 하기 위함이다. 따라서 예컨대 단지 주주의 권리의 확보 또는 행사에 관하여 조사하기 위한 것이라든가, 회계의 부정을 조사하기 위함이라는 등의 기재로는 충분하지 않다.

그러나 청구이유의 구체성은 회사측이 열람에 제공할 회계장부와 서류가 무엇인가를 준비하는 데 있어서 활용하는 정도의 것이면 충분하다고 판단된다. 즉 청구이유의 구체성은 회사측의 사정을 고려한 기술적 성격에 지나지 않기 때문에 주주의 회계장부열람권 행사를 거절하는 구실로 이용되서는 안 될 것이다.

다. 이유 기재의 정도

회계장부 열람청구의 대상은 열람·등사청구서에 붙인 구체적 이유에 의하여 특정되는 것이 원칙이며, 이유와 관계가 없는 장부와 서류의 열람을 청구할 수 없다고 보아야 할 것이다. 그러나 이 사건의 제1심과 제2심에서 이루어진 판시와 같이 청구 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 하는 정도에 이르러야 한다든가, 경영진의 책임을 추궁할 목적으로 열람·등사를 청구하는 경우에는 그 부정행위가 존재할 수도 있다는 최소한의 합리적 의심이 드는 정도에 이르러야 한다면 대법원의 판시가 지적하는 바와 같이 회사의 업무 등에 관하여 적절할 정보를 가지고 있지 않는 주주에게 과중한 부담을 줌으로써 열람·등사청구권을 부여한 상법의 취지에 반하게 되며 주주의 권리를 크게 제한하게 되는 결과가 될 것이다.

라. 본 판결의 의미

대법원은 회계장부열람등사청구서에 기재되는 이유는 동 권리행사에 이르게 된 경위와 행사의 목적 등이 구체적으로 기재되면 충분하고, 더 나아가 그 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도로 기재하거나 그 이유를 뒷받침하는 자료를 첨부할 필요는 없다고 판시함으로써 청구이유의 구체성은 회사측이 열람에 제공할 회계장부와 서류가 무엇인가를 준비하는 데 있어서 활용하는 정도의 것이면 충분하다는 입장으로 볼 수 있다.

이러한 대법원의 입장은 청구이유의 실체성 또는 진위여부를 문제 삼아 회사가 주주의 회계장부열람권 행사를 거절하는 구실로 이용하는 것을 방지하는 의미가 있는 것이다. 대법원은

이를 분명하게 하기 위하여 판결이유에서 주주로부터 열람·등사 청구를 받은 회사는 상법 제 466조 제2항에 따라 열람·등사청 구의 부당성, 허위사실에 근거한 청구 등의 부당한 목적을 주장·증명하여야만 열람·등사 의무에서 벗어날 수 있다고 판시하고 있다.

또한 이른바 모색적 증거 수집을 위한 열람·등사청구는 허용될 수 없으나, 열람·등사청구권이 기본적으로 회사의 업무 등에 관한 정보가 부족한 주주에게 필요한 정보 획득과 자료 수집을 위한 기회를 부여하는 것이라는 사정을 고려할 때 모색적 증거 수집에 해당하는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다고 판시하였다.

이러한 대법원의 입장은 회계장부열람청구권 행사에 관한 기존의 해석을 보완함으로써 향후 주주의 회계장부열람청구권 행사에 대한 회사측의 자의적이거나 부당한 거절을 방지하는 동시에 회계장부열람권을 통한 주주의 정보권이 강화되는 계기가 될 수 있을 것이다.

VIII. 대표이사의 감시의무의 내용과 감사인의 주의의무 위반(대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다202146 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁵⁹⁾ 및 제2심인 원심판결⁶⁰⁾에서 나타난 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

원심 공동피고 STX 조선해양은 세계적인 조선·해운경기 불황의 여파로 인한 저가수주 및 철강재 단가 급등으로 선박제조 예정원가가 상승하고 영업손실이 증가하여 손익구조가 계속 악화될 경우 금융기관 대출, 회사채 발행 등 자금조달이나 주가관리가 곤란해질 것을 우려하여 총공사 예정원가를 과소계상하고 호선별 발생원가를 임의로 이전시킴으로써 매출총이익을 과대계상하는 등의 방식으로 제42기부터 제46기까지 재무제표를 허위로 작성하였다. STX조선해양의 분식회계 규모는 도합 약 2조3,000억 원대에 달하는 것으로 조사되었다.

피고 삼정회계법인(이하 '피고 삼정')은 STX조선해양의 감사인으로서 제45기와 제46기 재무제표에 대한 회계감사를 실시한 후 '재무성과 현금흐름의 내용이 대한민국에서 일반적으로 인정된 처리기준에 따라 중요성의 관점에서 적절하게 표시하고 있다'는 취지의 '적정의견'을 기재한 감사보고서를 작성하였다. 제45기 재무제표가 포함된 사업보고서와 그에 대한 감사보고

59) 서울중앙지방법원 2017. 1. 24. 선고 2014가합27505 판결

60) 서울고등법원 2018. 11. 23. 선고 2017나2015452 판결

서는 2012. 3. 공시되었고, 제46기 재무제표가 포함된 사업보고서와 그에 대한 감사보고서는 2013. 3. 공시되었다.

위와 같은 분식회계 사실 등으로 STX조선해양이 발행한 주식은 2014. 2. 6. 거래가 정지되었고, 2014. 4. 15. 상장이 폐지되었다.

전체 307명(이후 소 취하 등으로 변경)의 공동원고들은 STX조선해양이 발행한 주식 또는 신주인수권증권을 취득한 사람들로서 STX조선해양이나 피고 삼정의 허위공시로 손해를 입었다고 주장하면서 STX조선해양(피고 1)과 당시 대표이사이던 피고 2, 피고 삼정에 대하여 구 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '구 자본시장법')을 근거로 손해배상을 청구하였다.

나. 피고측 주장

이 사건 분식회계는 피고 회사의 재무담당임원 소외인이 독단적으로 자행한 것으로 피고 2는 투명한 회계처리를 위한 최선의 주의의무를 다하였고, 소외인이 교묘하게 회계분식을 은폐하고 허위로 보고하여 이러한 사실을 알지 못하였으므로 자본시장법 제162조 제1항 단서에 따라 손해배상책임이 면제되어야 한다고 주장하였다.

피고 삼정은 피고 회사의 재무제표에 분식회계가 있는 사실을 인식하지 못하였으며 감사 과정에서 감사인에게 요구되는 주의의무를 다하였으므로 자본시장법 제170조 제1항, 구 외부감사법 제17조 제7항에 따라 손해배상책임이 면제되어야 한다고 주장하였다.

다. 소송의 경과

제1심판결에서 STX조선해양에 대하여는 자본시장법 제162조 제1항의 사업보고서의 중요사항에 관한 부실기재의 책임, STX조선해양의 당시 대표이사이던 피고1에 대하여는 재무제표 작성 및 사업보고서 작성에 대한 선관주의의무 및 다른 이사의 회계부정을 감시·감독할 의무위반에 따른 책임을, 삼정 회계법인에 대하여는 주의의무위반으로 회계 부정이나 오류가 시사되는 의심스러운 사정이 있음에도 적합한 감사절차를 수행하지 않은 책임(공사손실 총당부채 과소계상 부분에 한정)을 인정하고 원고 일부 승소판결을 내렸다. 다만 투자자는 자신의 책임하에 당시의 경제동향, 신문, 인터넷 등 다양한 정보수집경로를 통해 대상기업의 경영여건, 장래성 등을 고려해 투자 여부를 결정하는 것이어서, 이 사건 원고들이 위 사업보고서 등에만 의존하여 투자판단을 하였다고 보기 어려운 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면, 공평의 원칙상 피고들의 책임을 60%로 제한함이 상당하다고 판시하고 공동원고인 주주들에게 49억여원을 배상하라고 판시하였다. 그러나 분식회계 공표 전 주식 매각 부분, 매각하지 않은 주식의 분식회계 공표 전 주가 하락분 부분, 신주인수권증권 부분에 대하여는 손

해와 인과관계가 인정되지 않는다고 판시하고 책임을 부정하였다.

원고 일부와 피고들이 항소한 제2심(원심)에서는 피고의 주장을 배척하였으나, 원고들의 일부 주장은 수용하였다. 특히 재판부는 분식회계 사실을 공표하기 전이라도 위법행위가 있었다는 정보가 시장에 알려진 경우 주가가 영향을 받았을 가능성을 배제할 수 없다고 판시하고, 제1심과 달리 분식회계 공표 전 주식 매각 부분, 매각하지 않은 주식의 공표 전 주가 하락분 부분, 신주인수권증권 부분에 대하여 허위공시와의 손해의 인과관계가 인정된다고 판시하였다.

2. 대법원 판결요지

원고들의 일부와 피고들이 상고하였으나 대법원은 원심판결이 정당하다고 판시하고 상고를 모두 기각하였다.

가. 대표이사의 주의의무 또는 감시의무와 내부통제시스템에 관한 법리

구 자본시장법 제162조 제1항의 규정을 근거로 증권의 취득자가 사업보고서를 제출할 당시의 주식회사 대표이사에 대하여 사업보고서의 허위 기재 등으로 입은 손해의 배상을 청구하는 경우, 배상의무자인 대표이사가 책임을 면하기 위해서는 자신이 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하여야 한다(제162조 제1항 단서). 여기서 '상당한 주의를 하였다'란 대표이사가 자신의 지위에서 재무제표 작성·공시업무와 관련하여 선량한 관리자로서 갖는 주의의무나 감시의무를 제대로 수행하였다는 것을 가리킨다. '상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음'을 증명한다는 것은 '대표이사로서 위와 같은 주의의무나 감시의무를 제대로 수행한 후 허위 기재 등이 없다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었고 또한 실제로 그렇게 믿었음'을 증명하는 것을 뜻한다.⁶¹⁾

대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으므로(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 모든 직원의 직무집행을 감시할 의무를 부담함은 물론, 이사회 구성원으로서 다른 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 권한과 책임이 있다.⁶²⁾ 따라서 대표이사는 다른 대표이사나 업무담당이사의 업무집행으로 작성된 재무제표의 중요사항에 허위 기재 등을 의심할 만한 사유가 있는데도 적절한 조치를 취하지 않고 방치해서는 안 된다.

위와 같은 이사의 감시의무의 구체적인 내용은 회사의 규모나 조직, 업종, 법령의 규제, 영업상황과 재무상태에 따라 크게 달라질 수 있다. 고도로 분업화되고 전문화된 대규모 회사에

61) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다81981 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다76253 판결 등 참조.

62) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결 참조.

서는 합리적인 정보·보고시스템과 내부통제시스템(이하 '내부통제시스템')을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 노력을 다해야 한다. 이러한 내부통제시스템은 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고, 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태로 구현되어야 한다.

만일 대표이사가 이러한 노력을 전혀 하지 않거나 위와 같은 시스템을 통한 감시·감독의무를 이행할 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 회계업무에 관한 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 대표이사로서 감시의무를 게을리하였다고 볼 수 있다.⁶³⁾ 또한 대표이사는 내부통제시스템이 실질적으로 운영되고 있고 임무가 정상적으로 수행되었는지를 살펴 판단해야 하고, 구 자본시장법 제162조에 근거한 손해배상책임을 면하고자 하는 이사 등이 이를 증명해야 한다. 이는 회계업무와 관련하여 구 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」(2017. 10. 31. 법률 제15022호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 외부감사법')에 따른 내부회계관리제도가 도입되거나 재무담당임원(CFO)이 임명되어 있는 경우에도 마찬가지이다.

피고 2는 STX조선해양에 회계업무를 적절하게 감시·감독할 수 있는 내부통제시스템을 구축하지 않았고 또 재무제표 기재사항의 진실성에 관하여 의심할 만한 사정이 존재하였음에도 불구하고 대표이사로서 적절한 조치를 취하지 않음으로써 STX조선해양의 회계가 부정하게 처리되는 것을 방지할 주의의무를 소홀히 하였다.

또한 피고 2가 법원에서 분식회계에 대한 공모가 증명되지 않았다는 이유로 무죄판결을 선고 받았지만, 형사판결은 피고가 분식회계를 공모하였다는 공소사실에 대한 합리적인 의심은 배제할 정도의 증거가 이루어지지 않았다는 것을 의미할 뿐 감시의무 등을 소홀히 하지 않았다고 판단되는 것은 아니다.

나. 감사인의 주의의무 위반 여부

감사인은 구 외부감사법에 따라 주식회사에 대한 감사업무를 수행할 때 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시함으로써 피감사회사의 재무제표에 대한 적절한 의견을 표명하지 못함으로 인한 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 주의의무가 있다(제1조, 제5조 제1항). 구 외부감사법 제5조 제2항에 따르면 회계감사기준은 한국공인회계사회가 정하며, 그에 따라 마련된 회계감사기준은 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것으로서 감사인의 위와 같은 주의의무 위반 여부에 대한 판단의 주요한 기준이 된다.

피고 삼정이 STX조선해양의 제45기, 제46기 재무제표를 감사할 당시 적용되던 회계감사기준에 따르면 감사인은 감사 대상인 재무제표가 부정이나 오류에 의해 중요한 부분이 왜곡되어

63) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368 판결 등 참조.

있을 가능성이 있다는 ‘전문가적 의구심’을 가지고 감사업무를 계획·수행해야 한다(회계감사기준 제200의 2.3). 그와 같이 감사업무를 수행하는 과정에서 부정이나 오류를 시사하는 사정이 발견된 경우에는 이를 간과하여서는 안 되고 그로 인해 실제로 재무제표가 중요하게 왜곡되었는지를 결정하는 데 적합한 정도의 감사절차를 진행해야 하므로, 경영자의 진술이나 피감사회사가 제출한 자료 등을 신중한 확인절차 없이 그대로 신뢰해서는 안 된다(회계감사기준 240의 3, 500의 1.2 등 참조). 마찬가지로, 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있다면 그에 대한 감사절차도 통상의 경우보다 엄격하게 진행해야 한다.⁶⁴⁾

다. 인과관계의 존부와 손해액 추정

구 자본시장법 제170조 제1항, 구 외부감사법 제17조 제2항에 근거한 감사보고서의 거짓 기재로 인한 손해배상책임의 경우, 손해액은 구 자본시장법 제170조 제2항에 따라 산정된 금액으로 추정되고, 감사인은 구 자본시장법 제170조 제3항에 따라 손해의 전부 또는 일부와 감사보고서의 거짓 기재 사이에 인과관계가 없다는 점을 증명하여 책임의 전부 또는 일부를 면할 수 있다. 이러한 손해 인과관계 부존재 사실의 증명은 직접적으로 문제 된 감사보고서의 거짓 기재가 손해 발생에 아무런 영향을 미치지 않았다는 사실이나 부분적 영향을 미쳤다는 사실을 증명하는 방법 또는 간접적으로 문제 된 감사보고서의 거짓 기재 이외의 다른 요인에 의하여 손해의 전부 또는 일부가 발생하였다는 사실을 증명하는 방법으로 가능하다.

이때 투자자 보호의 측면에서 손해액을 추정하는 구 자본시장법 제170조 제2항의 입법 취지에 비추어 볼 때, 예컨대 허위공시 등 위법행위 이후 매수한 주식의 가격이 하락하여 손실이 발생하였는데 허위공시 등 위법행위 이후 주식 가격의 형성이나 그 위법행위 공표 이후 주식 가격의 하락의 원인이 문제 된 해당 허위공시 등 위법행위 때문인지가 불분명하다는 정도의 증명만으로는 손해액의 추정이 깨진다고 볼 수 없다.⁶⁵⁾

허위공시 등의 위법행위가 있었던 사실이 정식으로 공표되기 이전에 투자자가 매수한 주식을 허위공시 등의 위법행위로 말미암아 부양된 상태의 주가에 모두 처분하였다고 하더라도 그 공표일 이전에 허위공시 등의 위법행위가 있었다는 정보가 미리 시장에 알려진 경우에는 주가가 이로 인한 영향을 받았을 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 정보가 미리 시장에 알려지지 않았다는 사정을 증명하거나 다른 요인이 주가에 미친 영향의 정도를 증명하거나 또는 매수시점과 매도시점에서 허위공시 등의 위법행위가 없었더라면 존재하였을 정상적인 주가까지 증명하는 등의 사정이 없는 한, 공표 전 매각분이라는 사실의 증명만으로 인과관계 부존재가 증

64) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 등 참조.

65) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다207283 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다218099 판결 등 참조.

명되었다고 할 수는 없다. 특히 문제 된 허위공시의 내용이 분식회계인 경우에는 그 성질상 주가에 미치는 영향이 분식회계 사실의 공표를 같음한다고 평가할 만한 유사정보의 누출이 사전에 조금씩 일어나기 쉽다는 점에서 더더욱 공표 전 매각분이라는 사실 자체의 증명만으로 인과관계 부존재가 증명되었다고 보기는 어렵다.⁶⁶⁾

따라서 원심이 판시한 바와 같이 공표 전 매각분 부분, 매각하지 않은 주식의 공표 전 주가 하락분 부분에 대하여 인과관계의 부존재의 증명되었다고 볼 수 없다.

또한 구 자본시장법 제170조 제2항은 '증권'을 대상으로 하고 있을 뿐 그 종류를 한정하고 있지 않고, 구 자본시장법에서 말하는 '증권'에는 주권뿐만 아니라 신주인수권증권이 포함된다(제4조 제1항, 제4항). 따라서 위 법리는 주권의 거래로 인한 손해액 산정뿐만 아니라 신주인수권증권의 거래로 인한 손해액 산정에서도 그대로 적용된다.

라. 피고들의 책임제한 비율에 관한 판단

구 자본시장법 제162조, 제170조가 적용되는 손해배상청구소송의 경우에도 손해의 공평한 부담이라는 손해배상법의 기본 이념이 적용되어야 하므로, 피해자에게 손해의 발생과 확대에 기여한 과실이 있는 사정을 들어 과실상계를 하거나 공평의 원칙에 기하여 책임을 제한할 수 있다.

주식 가격의 변동요인은 매우 다양하고 여러 요인이 동시에 복합적으로 영향을 미치므로 어느 특정 요인이 언제 어느 정도의 영향력을 발휘한 것인지를 가늠하기가 극히 어렵다. 따라서 사업보고서 등이나 감사보고서의 거짓 기재 이외에도 매수한 때부터 손실이 발생할 때까지의 기간 동안 해당 기업이나 주식시장의 전반적인 상황의 변화 등도 손해 발생에 영향을 미쳤을 것으로 인정되나 성질상 그와 같은 다른 사정에 의하여 생긴 손해액을 일일이 증명하는 것이 극히 곤란한 경우가 있다. 이러한 경우 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그러한 사정을 들어 손해배상액을 제한할 수 있다. 한편 손해배상사건에서 과실상계나 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.⁶⁷⁾

3. 해 설

이 사건은 STX조선해양이 2011년-2012년에 걸쳐 행한 대규모의 분식회계와 관련하여 당시의 동 회사의 많은 주주들이 직접 회사 및 대표이사에 대하여는 자본시장법 제162조(거짓의

66) 구 증권거래법에 관한 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다81981 판결 참조.

67) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다207283 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다218099 판결 등 참조.

기재 등에 의한 배상책임)을 근거로, 회계법인에 대하여는 구 외부감사법 제17조 2항을 근거로 손해배상책임을 추궁한 사건이다.

피고 회사측은 이 사건 분식회계는 피고 회사의 재무담당임원인이 회계분식을 은폐하고 허위로 보고하는 등 독단적인 행위이며, 회사는 투명한 회계처리를 위한 최선의 주의의무를 다하였으므로 자본시장법 제162조 제1항 단서에 따라 손해배상책임을 면제되어야 한다고 주장하였고, 피고 삼정 회계법인은 피고 회사의 재무제표에 분식회계가 있는 사실을 인식하지 못하였으며 감사 과정에서 감사인에게 요구되는 주의의무를 다하였으므로 자본시장법 제170조 제1항, 구외부감사법 제17조 제5항에 따라 손해배상책임을 면제되어야 한다고 주장하였으나 재판부는 모두의 주장을 배척하였다.

대법원은 피고 회사의 대표이사가 구 자본시장법 제162조 제1항의 규정의 부실공시로 인한 책임을 면하기 위해서는 자신이 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하여야 하는데(제162조 제1항 단서), 여기서 '상당한 주의를 하였다'라는 것은 대표이사가 선량한 관리자로서 갖는 주의의무나 감사의무를 제대로 수행하였다는 것을 가리킨다고 판시하고 있다.

최근 대규모의 회사의 대표이사의 감사의무와 관련하여 내부통제시스템의 구축과 이를 작동시킬 의무가 있다는 것은 앞에서 설명한 여러 판례⁶⁸⁾에서 강조되고 있으며, 이 사건에서도 동일한 법리를 적용시키고 있다. 이에 따라 대표이사가 STX조선해양에 회계업무를 적절하게 감시·감독할 수 있는 내부통제시스템을 구축하지 않았고 또 재무제표 기재사항의 진실성에 관하여 의심할 만한 사정이 존재하였음에도 불구하고 대표이사로서 적절한 조치를 취하지 않은 것은 선관주의의무 위반이 되는 것이다.

또한 대법원은 감사인의 주의의무 위반과 관련하여 회사가 제출한 자료를 바탕으로 한 수동적인 감사가 아니라 적극적·능동적인 감시와 주의의무를 강조하고 있다. 당시 적용되던 회계감사기준에 따르면 감사인은 감사 대상인 재무제표가 부정이나 오류에 의해 중요한 부분이 왜곡되어 있을 가능성이 있다는 '전문가적 의구심'을 가지고 감사업무를 계획·수행해야 한다(회계감사기준 200의 2.3). 따라서 감사업무를 수행하는 과정에서 부정이나 오류를 시사하는 사정이 발견된 경우에는 이를 간과하여서는 안 되며 경영자의 진술이나 피감사회사가 제출한 자료 등을 신중한 확인절차 없이 그대로 신뢰해서는 안 되는 것이다. 또한 회계업무나 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있다면 그에 대한 감사 절차도 통상의 경우보다 엄격하게 진행해야 한다는 점을 강조하고 있다.⁶⁹⁾

또한 구 자본시장법 제170조 제1항, 구 외부감사법 제17조 제2항에 근거한 감사보고서의 거

68) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결, 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결.

69) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2008다36930 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2016다268848 판결 등 참조.

짓 기재로 인한 손해배상책임의 경우, 손해의 전부 또는 일부와 감사보고서의 거짓 기재 사이에 인과관계가 없다는 점을 증명하여 책임의 전부 또는 일부를 면할 수 있다. 그런데 대법원은 동조 제2항은 배상액에 관한 추정규정이므로, 이를 번복하기 위해서는 손해와 인과관계 부존재 사실의 증명에 대하여 위법행위 공표 이후 주식 가격의 하락의 원인이 문제된 해당 허위공시로 인한 것인지가 불분명하다는 정도의 증명만으로는 손해액의 추정이 깨진다고 볼 수 없다고 판시하여 투자자보호의 관점에서 엄격증명의 원칙을 강조하고 있다. 이에 따라 원심이 판시한 바와 같이 공표 전 매각분 부분, 매각하지 않은 주식의 공표 전 주가 하락분 부분에 대하여 인과관계의 부존재의 증명되었다고 볼 수 없으므로 피고의 손해배상책임을 인정한 것이다.

끝으로 구 자본시장법 제162조, 제170조가 적용되는 손해배상청구소송의 경우에도 손해의 공평한 부담이라는 손해배상법의 기본 이념을 적용하여 과실상계와 책임을 제한할 수 있다고 판시하고 있다. 또한 사실심의 전권사항이라고 보는 것은 상법 제 399조의 이사의 회사에 책임 추궁에서 적용되는 법리와 동일하다고 볼 수 있다.

IX. 정관에 의한 이익배당청구권의 확정(대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다263574판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁷⁰⁾ 및 제2심인 원심판결⁷¹⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

원고는 피고 회사가 발행한 총 주식 106,000주(보통주) 전부를 보유하고 있었다. 이후 피고 회사의 주주총회에서 원고의 찬성으로 이익배당에 관한 종류주식(우선주)을 발행할 수 있도록 정관을 변경하고, 이미 발행된 보통주 106,000주 중 31,800주를 이 사건 우선주로 변경하는 것을 승인하는 결의가 이루어졌다.

피고 회사의 정관은 우선주와 배당에 관하여 다음과 같이 정하고 있다.

① 우선주식은 비참가적, 비누적적 우선주로서 우선주주는 우선주식을 보유하는 동안 일주당 대상 회사의 당기순이익 중 106,000분의 1을 우선적으로 현금으로 배당받는다. 다만, 2015년의 회계연도에 대한 우선주식 1주의 이익배당은 2014. 12. 31. 현재 배당가능이익 중

70) 수원지방법원 성남지원 2019. 11. 27. 선고 2019가단209580 판결

71) 수원지법 2020. 8. 14. 선고 2019나94571 판결

779,409,152원과 2015년의 당기순이익을 합산한 금액에 대하여 106,000분의 1의 비율로 계산한 금액을 우선적으로 현금으로 배당한다(제8조의4 제1항). ② 우선주식에 대한 배당은 정기주주총회(결산승인의 총회)일로부터 7일 이내에 지급한다(제8조의4 제2항). ③ 우선주식에 대한 배당은 당해 회계연도에 당기순이익이 있는 경우 반드시 정기주주총회(결산승인의 총회)의 결의를 통하여 지급되어야 한다(제8조의4 제3항).

나. 피고회사의 당기순이익의 발생과 무배당

2018년과 2019년에 개최된 각 정기주주총회에서 전년도에 당기순이익이 발생하였음에도 이익배당에 관하여 아무런 기재가 없는 잉여금처분계산서가 승인되자, 피고 회사는 이를 이유로 원고에게 이익배당금을 지급하지 않았다.

다. 원고의 주장

피고 회사는 정관에 따라 우선주식을 가진 원고에게 2017년도 회계결산에 따른 배당금 48,438,973원(= 2017년도 당기순이익 161,463,244원 × 31,800/106,000) 및 2018년도 배당금 10,975,822원(= 2018년도 당기순이익 36,586,075원 × 31,800/106,000)을 지급할 의무가 있음에도 불구하고, 정관에 위배하여 2018년 및 2019년에 개최한 주주총회에서 우선주에 관한 배당 결의를 하지 않고 배당금도 지급하지 않았다. 따라서 피고 회사는 위와 같은 채무불이행 또는 불법행위로 인하여 원고가 배당받을 수 있었던 금액 상당의 손해를 가하였으므로 같은 금액 상당의 손해배상의무가 있다.

라. 소송의 경과

제1심판결에서는 “이익배당의 결정은 주주총회의 권한에 전속하기 때문에 주주총회결의에 의하여 비로소 그 내용이 구체적으로 확정되는 것이고, 이익배당이 확정되기 전까지는 주주의 이익배당청구권은 일종의 기대권을 내용으로 하는 추상적 권리에 지나지 않는다.”⁷²⁾ 원고가 2018년 및 2019년도 주주총회에서 배당결의가 없었음은 이를 자인하고 있으므로, 원고는 피고 회사를 상대로 이익배당 청구를 할 수 없고, 적법한 이익배당에 관한 총회의 결의가 없다 하여 상법상 회사의 채무불이행이나 불법행위가 성립될 수도 없다”고⁷³⁾ 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

제2심 판결에서도 “회사는 주주총회 또는 이사회 결의를 통해 이익배당을 할 수 있는 것으

72) 대법원 1983. 3. 22. 선고 81다343 판결, 서울고등법원 1976. 6. 11. 선고 75나1555 판결.

73) 서울고등법원 1976. 6. 11. 선고 75나1555 판결, 서울고등법원 2010. 6. 9. 선고 2010나13802 판결 등.

로(상법 제462조 제2항), 회사가 위와 같은 절차를 거치지 않고 이익배당을 하는 경우 흠결의 정도에 따라 무효 내지 취소 사유가 되는 점, 원고의 주장에 부합하는 합의서의 내용에 따르면 '우선주에 대한 배당은 정기주주총회일로부터 7일 이내에 지급된다'라고 되어 있어 주주총회 결의를 전제로 이익배당을 예정하고 있을 뿐인 점, 원고가 주주의 권리 행사로서 절차에 따라 이익배당청구권을 행사하는 것은 별론으로 위 합의서 내용만으로 피고 회사에 대한 구체적 이익배당청구권이 인정된다거나 피고 회사의 이익배당금 지급의무가 발생하는 것으로 보이지 않는 점 등을 종합하면, 피고 회사의 원고에 대한 이익배당금 지급의무를 인정하기 어렵다"고 판시하고 원고의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 구체적 이익배당청구권의 확정

주주의 이익배당청구권은 장차 이익배당을 받을 수 있다는 의미의 권리에 지나지 아니하여 이익잉여금처분계산서가 주주총회에서 승인됨으로써 이익배당이 확정될 때까지는 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정되지 아니한다.⁷⁴⁾ 다만 정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다. 그리고 이러한 경우 회사는 주주총회에서 이익배당에 관한 결의를 하지 않았다거나 정관과 달리 이익배당을 거부하는 결의를 하였다는 사정을 들어 주주에게 이익배당금의 지급을 거절할 수 없다.

나. 정관에 의한 구체적 이익배당청구권의 확정

피고 회사의 정관은 이 사건 우선주에 관한 배당의무를 명시하면서 배당금 지급조건 및 배당금액 산정과 관련한 사항을 구체적으로 규정하고 있으므로, 피고 회사의 정기주주총회에서 재무제표가 승인됨으로써 당기순이익이 확정되기만 하면 이 사건 우선주에 관하여 피고 회사

74) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다53792 판결 등 참조.

가 지급할 의무가 있는 배당금액이 곧바로 계산된다.

따라서 이 사건 우선주의 주주인 원고에게는 피고 회사의 정기주주총회에서 당기순이익이 포함된 재무제표를 승인하는 결의가 있는 때에 구체적이고 확정적인 이익배당청구권이 인정되고, 다른 특별한 사정이 없는 한 상법 제462조 제1항에 따른 배당가능이익의 범위 내에서 피고 회사를 상대로 정관 규정에 따라 계산된 배당금의 지급을 청구할 수 있다.

그럼에도 원심은, 이 사건 우선주에 관한 이익배당청구권이 주주총회의 이익배당 결의에 의하여 비로소 그 내용이 확정되는 권리에 불과함을 전제로, 피고 회사의 정기주주총회에서 2017년도나 2018년도에 당기순이익이 발생하였다는 내용의 재무제표가 승인되었는지 여부 및 각 배당가능이익이 얼마인지 등에 관하여 심리하지 않은 채, 피고 회사의 2018년과 2019년에 개최된 각 정기주주총회에서 이익배당 결의를 하지 않았다는 이유만으로 원고가 피고 회사에 2017 및 2018 회계연도 관련 이익배당금의 지급을 청구할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이익배당청구권에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 원고의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 해 설

이 사건은 정관에 의한 구체적 이익배당청구권의 확정과 관련한 문제이다. 원고 회사가 피고회사의 주식을 보통주식과 우선주식을 포함하여 100% 소유하고 있으므로 원고회사와 피고회사는 100% 모자회사이며, 피고회사는 1인 회사이다. 그럼에도 왜 원고와 피고회사 간에 이익배당과 관련하여 다툼이 발생한 것인가의 의문이 되는데 여기서는 논외로 하며, 양 회사가 독립법인으로서 경영한다는 것을 전제로 한다.

주식회사가 이익배당을 하기 위하여는 실질적 요건으로서 배당가능이익이 존재하여야 하며, 절차적 요건으로서 정기주주총회는 또는 이사회 결의가 있어야 한다(상법 제462조 제2항, 제462조 제2항 단서).

실질적인 요건으로서 배당가능이익은 대차대조표상의 순자산액으로부터 ① 자본금의 액, ② 그 결산기까지 이미 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, ③ 그 결산기에 적립하여야 할 이익준비금의 액, ④ 시행령으로 정하는 미실현이익을 공제한 잔액이다(462조 1항).⁷⁵⁾ 배당가능이익은 이익배당의 최고한도액을 의미하며, 그 밖에 정관 또는 주주총회의 결의로 임의준비금을 적립하기로 한 때에는 그 금액도 공제된다.

형식적인 요건으로서 정기주주총회의 결의는 재무제표의 승인과 이익배당안을 별도의 안건

75) 피고회사의 정관 제8조의4에서 “-일주당 대상 회사의 당기순이익 중 106,000분의 1을 우선적으로 현금으로 배당받는다”는 규정은 미실현이익이 공제되지 않기 때문에 강행규정인 배당가능이익에 관한 상법 제462조 제1항에 반하는 문제가 발생할 수 있다.

으로 처리할 수 있지만 통상 재무제표의 승인으로 이루어진다. 즉 결산(정기)주주총회에서 보통결의에 의하여 재무제표의 승인이 있으면 당해년도의 재무제표는 확정되고, 재무제표 중의 이익잉여금처분계산서에 포함된 이익처분안이 효력을 발생하여 주주는 회사에 대하여 구체적인 이익배당금지급청구권을 갖게 되는 것이다. 주주총회는 이익처분안을 수정변경하여 결정할 수 있다.

이 사건에서는 피고회사의 정관에서 우선주의 배당률과 배당시기를 정한 정관의 효력이 문제가 되고 있다. 하급심에서는 이익배당의 결정은 주주총회의 권한에 전속하기 때문에 주주총회결의에 의하여 비로소 그 내용이 구체적으로 확정되는 것이고, 이익배당이 확정되기 전까지는 주주의 이익배당청구권은 일종의 기대권을 내용으로 하는 추상적 권리에 지나지 않고 구체적인 이익배당청구권이 발생하지 않았으므로 애당초 피고회사의 배당금지급의무가 없으므로 회사의 채무불이행이나 불법행위가 성립될 수도 없다는 입장이다. 반면에 대법원은 피고 회사의 정관은 우선주에 관한 배당의무를 명시하면서 배당금 지급조건 및 배당금액 산정과 관련한 사항을 구체적으로 규정하고 있으므로, 정기주주총회에서 재무제표가 승인됨으로써 당기순이익이 확정되지만 하면 배당금액이 곧바로 계산되어 구체적이고 확정적인 이익배당청구권이 발생하므로 주주는 정관 규정에 따라 계산된 배당금의 지급을 청구할 수 있다는 입장이다.

우선 정관의 규정으로 주주총회 또는 이사회 결의없이 구체적 이익배당청구권을 확정할 수 있는가를 검토할 필요가 있다. 주식회사가 이익배당을 하기 위한 절차적 요건으로서 정기주주총회는 또는 이사회의 결의가 있어야 한다(상법 제462 제2항, 제462조 제2항 단서)는 규정은 강행규정이므로 이에 반하는 규정이나 행위는 무효라고 보는 것이 타당하다. 정관은 주주간의 합의를 바탕으로 한 자치규범이지만 상법 제3편 제7절 회사의 회계에 관한 규정은 회사자체 뿐만 아니라 주주 및 채권자를 보호하기 위한 강행규정이며, 그 일부인 이익배당에 관한 규정도 동일하기 때문이다. 이 점에 대하여 하급심과 대법원은 직접 언급하고 있지 않지만, 이익배당을 하기 위하여는 적어도 주주총회의 결의 또는 재무제표의 승인이 있어야 한다는 판결이유를 볼 때 동일한 입장이라고 볼 수 있다.

그런데 대법원은 피고회사의 정관이 우선주에 대하여 당기순이익을 기준으로 배당률과 배당시기를 규정하고 있으므로 정기주주총회에서 재무제표가 승인되면 당기순이익이 확정되는 동시에 배당금액이 곧바로 계산되므로 회사의 배당금 지급의무가 있다고 판시하고 있으나, 의문이다. 통상적으로 재무제표 중의 이익잉여금처분계산서에 포함된 배당금지급안이 효력을 발생하여 재무제표의 승인이 있으면 당해년도의 재무제표는 확정되며 주주는 회사에 대하여 구체적인 이익배당금지급청구권을 갖게 된다. 그러나 본 사건에서는 주주총회에서 이익배당에 관한 어떤 결의도 없었다는 것은 다툼이 없기 때문에 원고가 이익배당을 청구할 수 없는 것이다. 또한 피고 회사의 정관에서 당기순이익을 기준으로 정관에서 정한 배당률을 정하는 규정(제8조의 4 제1항)의 효력도 문제가 있다. 왜냐하면 이익배당액은 배당가능이익(상법 제462조)

을 최고 한도로 결정되어야 하는데, 당기순이익과 배당가능이익은 동일한 개념이 아니므로 당기순이익은 경우에 따라 배당가능이익보다 하회할 수 있기 때문이다.

본 사건의 경우에는 피고 회사의 우선주에 관한 어떤 규정보다도 정관 제8조의4 제3항에서 “우선주식에 대한 배당은 당해 회계연도에 당기순이익이 있는 경우 ‘반드시’ 정기주주총회(결산승인의 총회)의 결의를 통하여 지급되어야 한다”는 규정에 방점을 두어 문제를 해결하는 것이 타당하지 않은가라는 판단이 든다.

X. 중간배당에 관한 이사회결의를 수정·변경할 수 있는 지 여부(대법원

2022. 9. 7. 선고 2022다223778판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁷⁶⁾ 및 제2심인 원심판결⁷⁷⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

피고는 여객운수 및 차에 관련된 부대사업을 영위하는 회사이고, 원고 A는 피고의 발행주식 총 150,000주 중 5,322주, 원고 B는 그중 4,323주, 원고 C는 그중 3,413주를 소유하고 있는 주주이다. 피고는 2016. 9. 20. 이사회를 개최하여 ‘2016년 중간배당으로 50억 원, 2017년 이익배당으로 50억 원, 2017년 중간배당으로 50억 원, 2018년 이익배당으로 50억 원 합계 200억 원을 배당’하는 내용의 결의를 하였다(이하 ‘이 사건 제1차 이사회결의’).

원고 A는 2016. 9. 28. 피고에게 이 사건 제1차 이사회결의에 관하여 이의를 제기하면서 새로운 이사회를 개최하여 배당금과 지급방법을 다시 결정할 것을 요구하였다. 피고는 2016. 10. 10. 이사회를 개최하여 ‘2016년 중간배당으로 200억 원을 2016년 말까지 배당하되, 지급방법은 2016. 10. 말까지 7-80억 원, 나머지 120-130억 원은 11월과 12월까지 나누어 배당하고, 구체적인 배당시기는 대표이사에게 위임’하는 내용의 결의를 하였다(이하 ‘이 사건 제2차 이사회결의’). 피고는 2016. 10. 13. 중간배당금으로 주주들에게 80억 원을 지급하였다.

원고들은 2020. 10. 13. 피고에게 이 사건 제2차 이사회결의로 정해진 2016년 중간배당금 200억 원 중 이미 지급된 80억 원을 제외한 나머지 120억 원의 지급을 요청하는 내용증명우편을 발송하였다.

76) 수원지방법원 안산지원 2021. 5. 27. 선고 2020가합11770 판결

77) 수원고법 2022. 2. 17. 선고 2021나17774 판결

피고는 정관에 '이 회사의 영업년도는 매년 1월 1일부터 매년 12월 31일까지로 한다.'는 규정(제32조)을 두어 연 1회의 결산기를 정하였고, '이익배당금은 매 결산기에 있어서의 주주명부에 기재된 주주 또는 질권자에게 지급한다. 단, 영업연도중이라도 이사회결의에 따라 중간배당할 수 있다.'는 규정(제35조)을 두어 중간배당에 관하여 정하였다.

나. 원고의 주장

피고는 연 1회의 결산기를 정한 회사로서 정관에서 정한 바에 따라 적법하게, 이 사건 제1차 이사회결의에서 중간배당액을 총 200억 원으로 정하고, 이 사건 제2차 이사회결의에서 그 지급 시기를 2016년 내에 200억 원의 중간배당금을 지급하는 것으로 수정하였다. 그럼에도 피고는 주주들에게 그중 80억 원만 지급하고, 나머지 120억 원을 지급하지 않고 있다. 따라서 피고는 원고들에게 나머지 중간배당금 120억 원 중 원고들 소유 주식의 수에 비례한 금액과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 피고의 주장

이 사건 제1차 이사회결의에서 2016년도에 50억 원을 중간배당하는 것으로 정하였다. 그럼에도 원고 A의 이의에 따라 개최된 이사회에서 2016년에 200억 원을 중간배당을 하는 것으로 다시 정하는 이 사건 제2차 이사회결의가 이루어졌는데 당시 그 배당기준일도 정하지 아니하였다. 이러한 이 사건 제2차 이사회결의는 연 1회의 결산기를 정한 회사가 영업년도 중 1회에 한하여 이사회결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에게 중간배당을 할 수 있도록 정한 상법 제462조의3 제1항에 위반한 것으로 무효이므로, 원고들의 청구에 응할 수 없다.

라. 소송의 경과

제1심판결에서는 이 사건 제2차 이사회결의는 절차상이나 실체상 하자가 없어 유효하므로 원고의 청구를 인용하였다. 중간배당에 관한 이사회결의 후에 당해 영업년도의 중간배당액을 감액하는 내용의 이사회결의는 확정적으로 발생한 주주의 중간배당청구권에 대한 침해의 문제가 발생하지만, 중간배당액을 배당이익 한도액의 범위에서 증액하는 내용의 이사회결의는 이를 해석상 일률적으로 제한할 이유가 없다. 또한 배당기준일 제도는 회사의 주식사무 편의나 이익배당을 할 주주를 특정하기 위한 것으로서, 이 사건 결의일인 2016. 10. 10. 이나 중간배당금 지급일을 그 배당기준일로 보아 회사 주식사무를 처리하거나 주주를 특정할 수 있으므로, 단순히 배당기준일을 정하지 않았다는 이유만으로 이 사건 제2차 이사회결의가 무효가 된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

제2심 판결에서는 다음과 같은 이유로 제1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 이 사건 제2차 이사회결의는 이 사건 제1차 이사회결의에서 정한 사항을 단순히 수정하거나 보완하는 것이 아니라, 150억원을 더 중간배당한다는 추가 이사회결의를 한 것으로서 상법 제462조의3 제1항이 규정한 ‘영업년도중 1회에 한하여’ 이사회결의로 이루어져야 하는 중간배당절차를 위반한 것이다. 또한 중간배당금을 지급받을 주주를 특정하는 ‘일정한 날’, 즉 중간배당의 기준일도 정하지 않은 것은 강행규정인 상법 제462조의3 제1항이 규정한 ‘이사회결의로 일정한 날을 정하여 그 날의 주주에 대하여’ 이루어져야 하는 중간배당의 요건을 갖추지 못하였으므로 무효라고 할 것이다.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원고의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 중간배당 횟수의 제한

상법 제462조의3 제1항은 중간배당에 관하여 “연 1회의 결산기를 정한 회사는 영업연도 중 1회에 한하여 이사회결의로 일정한 날을 정하여 그날의 주주에 대하여 이익을 배당할 수 있음을 정관으로 정할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따라 연 1회의 결산기를 정한 회사의 경우 정관에 정함이 있으면 이사회결의로 중간배당을 실시할 수 있고 그 횟수는 영업연도 중 1회로 제한된다.

나. 이사회결의에 의한 중간배당결의의 수정·변경

중간배당에 관한 이사회결의가 성립하면 추상적으로 존재하던 중간배당청구권이 구체적인 중간배당금 지급청구권으로 확정되므로, 상법 제462조의3이 정하는 중간배당에 관한 이사회결의가 있으면 중간배당금이 지급되기 전이라도 당해 영업연도 중 1회로 제한된 중간배당은 이미 결정된 것이고, 같은 영업연도 중 다시 중간배당에 관한 이사회결의를 하는 것은 허용되지 않는다. 이사회결의로 주주의 중간배당금 지급청구권이 구체적으로 확정된 이상 그 청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 내용의 이사회결의도 허용될 수 없다.

3. 해설

이 사건은 중간배당의 요건과 그 횟수, 수정·변경과 관련한 문제이다.

중간배당(interim dividend)은 연 1회의 결산기를 정한 회사가 영업연도 중 1회에 한하여 이사회 결의로 일정한 날(기준일)을 정하여 그날의 주주에 대하여 이익을 배당하는 것을 말한다(상법 제462조의3 제1항). 2011년 개정상법은 중간배당의 방법이 금전배당으로 한정되었던 것을 폐지하였다. 중간배당은 결정기관이 주주총회가 아니라 이사회이고, 배당재원을 직전 결산기의 대차대조표에 의하므로 당해연도의 이익을 기준으로 하지 않는다는 점에서 통상의 이익배당과 다르다.

중간배당은 연 1회의 결산기를 정한 회사에 있어서, 정관에서 이를 허용하는 경우에 이사회 결의를 통하여 이루어져야 한다. 또한 중간배당은 연 1회에 한하여 가능하므로 연 2회 이상 할 수 없다. 중간배당의 기준일에 대해서는 ① 정관에 일정한 날을 규정하여야 한다는 견해와⁷⁸⁾ ② 이사회에서 정할 수 있다는 견해가⁷⁹⁾ 있으나, 기준일이 특정되면 모두 가능하다고 본다. 상장회사 표준정관은 이사회가 기준일을 정하도록 규정하고 있다.⁸⁰⁾

본 사건에 있어서 제1심 판결이 과감하게도 ‘중간배당은 영업연도중 1회에 한하여’라는 문구의 문리적 해석을 넘어 중간배당에 관한 이사회결의 후에 당해 영업연도의 중간배당액을 감액하는 내용의 이사회결의는 확정적으로 발생한 주주의 중간배당청구권에 대한 침해의 문제가 발생하지만, 배당가능이익의 범위내에서 증액하는 내용의 이사회결의는 가능하다고 판시한 것은 중간배당을 연 1회로 제한한 상법의 입법취지에 반하는 해석으로 볼 수 있다. 중간배당은 당해 사업연도의 손익이 확정되기 전에 이사회결의만으로 회사재산을 사외로 유출하는 결과가 되어 자본충실을 해할 위험이 높아, 상법에서는 중간배당의 횡수 자체를 “1회에 한하여”라고 명시적으로 특정하고 있기 때문이다. 따라서 이 사건에서 대법원의 입장은 동일 회계연도에 있어서 중간배당의 횡수를 2회 이상 증가하게 되는 결과를 가져올 수 있는 중간배당에 관한 이사회 결의의 수정·변경을 엄격히 제한한 것으로 볼 수 있다.

XI. 신주인수권부사채 발행의 무효(대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결)

1. 사건개요

제1심 판결⁸¹⁾ 및 제2심인 원심판결⁸²⁾에서 나타난 주요 사실관계는 다음과 같다.

78) 손주찬, 상법(상), 박영사, 2003, 939면; 이철송, 회사법강의, 박영사, 2018, 983면; 권기범, 현대회사법론, 삼영사, 2012, 1041면.

79) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2013, 1147면; 최준선, 회사법, 삼영사, 2012, 673면.

80) 2021년 개정 상장회사 표준정관 제45조의2 제2항.

가. 당사자들의 지위와 주요사실

피고는 2016. 6. 20. 이사회 결의를 통해 2016. 6. 30. 신주인수권부사채를 발행하였다. 원고는 이 사건 신주인수권부사채의 발행일인 2016. 6. 30.을 기준으로 피고의 지분 중 8.78%(131,449주)를 보유한 주주이다.

그런데 피고의 대표이사 소외인은 2016. 9. 12. 이 사건 신주인수권부사채의 인수인인 유한회사 구담파트너스로부터 이 사건 신주인수권부사채 중 1,542,000,000원 상당에 부여된 신주인수권(60,000주)을 분리하여 권면금 총액의 3%인 46,260,000원을 대가로 지급하고 양수하였고, 2016. 9. 21. 이 사건 신주인수권부사채의 인수인인 파트너스 제4호 Growth 투자조합으로부터 이 사건 신주인수권부사채 중 1,028,000,000원 상당에 부여된 신주인수권(40,000주)을 분리하여 권면금 총액의 3%인 30,840,000원을 대가로 지급하고 양수하였다(이하 소외인이 양수한 이 사건 신주인수권부사채에 관한 신주인수권을 '이 사건 신주인수권'이라 한다).

이후 소외인은 2019. 10. 21. 이 사건 신주인수권(100,000주)을 행사하면서 주식납입금 2,570,000,000원(신주인수권의 행사가격: 주당 25,700원)을 피고에게 납입하였고, 피고는 피고의 보통주식 100,000주(액면금 500원, 이하 '이 사건 신주'라고 한다)를 소외인에게 발행하였다.

피고 회사의 정관은 제23조(신주인수권부사채) 제1항에서 "피고는 사채의 액면 총액이 최종의 재무상태표에 의하여 현존하는 순자산액의 4배를 초과하지 않는 범위 내에서 이사회 결의로 주주 이외의 자에게 신주인수권부사채를 발행할 수 있다."라고 규정하고, 제5호에서 "경영상 긴급한 자금조달을 위하여 이사회 결의로 금융기관, 법인 또는 개인에게 사채를 발행하는 경우"를 열거하고 있다.

나. 원고의 주장

이 사건 신주인수권부사채의 발행 당시 피고에게 경영상 긴급한 자금조달의 필요성이 있었다고 볼 수 없고, 제반 사정에 비추어 보면 이 사건 신주인수권부사채의 발행은 피고의 대표이사인 소외인의 경영권이나 지배권 강화 등 사적 이익을 취하기 위한 것이며, 피고가 이 사건 신주인수권부사채를 발행할 당시 기존 주주들에게 그 발행사실을 통지하거나 공고하지도 않았다. 따라서 이 사건 신주인수권부사채의 발행과 소외인의 신주인수권 행사로 인한 피고의 이 사건 신주 발행은 모두 주주인 원고의 신주인수권을 침해하는 것으로서 무효이다.

81) 서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2019가합582601 판결

82) 서울고등법원 2020. 12. 10. 선고 2020나2027721 판결

다. 피고의 본안전 항변

이 사건 신주발행은 이 사건 신주인수권부사채에서 분리된 신주인수권의 행사에 따른 것이므로, 원고는 실질적으로는 이 사건 소를 통해 이 사건 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장하고 있다고 보아야 한다. 그런데 원고는 이 사건 신주인수권부사채가 발행된 날인 2016. 6. 30.로부터 6개월이 도과한 후 이 사건 소를 제기하였다. 따라서 이 사건 소는 상법 제429조에 규정된 6개월의 출소기간이 지난 후에 제기된 것으로서 부적법하다.

라. 소송의 경과

제1심판결에서는 다음과 같은 이유로 피고의 본안전 항변을 받아들여 소를 각하하였다. 신주인수권부사채는 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다고 봄이 상당하다.⁸³⁾ 또한 상법 제429조의 유추적용에 의한 신주인수권부사채발행무효의 소에 있어서도 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월의 출소기간이 경과한 후에는 새로운 무효 사유를 추가하여 주장할 수 없다고 보아야 한다.⁸⁴⁾ 이 사건 소는 발행일인 2016. 6. 30.로부터 6월이 경과한 2019. 11. 19.에야 비로소 제기되었으므로 이 사건 소는 상법 제429조가 정한 출소기간을 도과하여 부적법하므로 이를 지적하는 피고의 본안전 항변은 이유가 있다.

제2심 판결에서도 제1심과 마찬가지로 원고의 항소를 기각하였다. 추가적인 판단으로 “원고는 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결이 “전환권 행사에 의해 주식이 발행된 경우에는 전환사채의 발행일로부터 6개월이 지났다고 하더라도 전환사채발행무효의 소와 별개로 신주발행무효의 소가 허용된다고 판시하였으므로, 이 사건과 같이 신주인수권부사채에 의하여 신주가 발행된 경우에도 신주인수권부사채의 발행일로부터 6개월이 지났다고 하더라도 신주인수권부사채발행무효의 소와 별개로 신주발행무효의 소를 제기할 수 있다고 주장하고 있다. 그러나 위 판결은 전환사채의 발행에 무효사유가 있을 경우에 이를 무효사유로 삼아 전환사채의 발행은 물론 그 전환권의 행사로 인해 발행된 주식의 무효를 주장할 수 있다는 것을 선언한 것일 뿐, 원고의 주장과 같이 전환사채발행무효의 소와 별개로 진행되는 신주발행무효의 소의 제소기간을 인정하는 취지는 아니다. 따라서 이와 전제를 달리하는 원고의 주장은 이유 없다.”고 판시하였다.

83) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결 참조.

84) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 취지 참조.

2. 대법원 판결요지

대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 고등법원에 환송하였다. 대법원의 판결요지를 보면 다음과 같다.

가. 신주인수권사채 발행무효의 소의 제기기간

신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서, 신주인수권부사채 발행의 경우에도 주식회사의 물적 기초와 기존 주주들의 이해관계에 영향을 미친다는 점에서 사실상 신주를 발행하는 것과 유사하므로, 신주발행무효의 소에 관한 상법 제429조가 유추적용된다. 신주인수권부사채 발행의 무효는 주주 등이 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내 소만으로 주장할 수 있고, 6월의 출소기간이 지난 뒤에는 새로운 무효 사유를 추가하여 주장할 수 없다.⁸⁵⁾ 따라서 신주인수권부사채 발행일로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소가 제기되지 않거나 6월 내에 제기된 신주인수권부사채발행무효의 소가 적극적 당사자의 패소로 확정되었다면, 이후에는 더 이상 신주인수권부사채 발행의 무효를 주장할 수 없다.

다만 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사나 그로 인한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써 다룰 수 있다. 이때에는 특별한 사정이 없는 한 신주인수권 행사나 그에 따른 신주발행에 고유한 무효 사유만 주장할 수 있고, 신주인수권부사채 발행이 무효라거나 그를 전제로 한 주장은 제기할 수 없다.

나. 제3자에게 신주인수권사채를 발행한 경우

상법 제418조 제1항, 제2항은 회사가 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 기존 주주에게 배정하되 정관에 정한 경우에만 제3자에게 신주배정을 할 수 있게 하면서 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조의 개선 등 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한정함으로써 기존 주주의 신주인수권을 보호하고 있다. 따라서 주식회사가 신주를 발행할 때 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 정관에 정한 사유가 없는데도, 회사의 경영권 분쟁이 현실화된 상황에서 대주주나 경영진 등의 경영권이나 지배권 방어라는 목적을 달성하기 위하여 제3자에게 신주를 배정하는 것은 상법 제418조 제2항을 위반하여 주주의 신주인수권을 침해하는 것이고, 그로 인하여 회사의 지배구조에 심대한 변화가 초래되고 기존 주주들의 회사에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 결과가 발생하는 경우에는 그러한 신주 발행은

85) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 등 참조.

무효이다.⁸⁶⁾ 이러한 법리는 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.⁸⁷⁾

다. 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행한 경우

신주인수권부사채의 경우 경영상 목적 없이 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 발행되더라도 그 자체로는 기존 주주의 신주인수권을 침해하지 않고, 이후 대주주 등이 양수한 신주인수권을 행사하여 신주를 취득함으로써 비로소 기존 주주의 신주인수권이 침해되고 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적이 현실화된다. 따라서 회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 신주인수권부사채의 발행은 무효가 될 수 있고, 이런 사유는 그 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채 발행무효의 소로써 다툴 수 있다. 나아가 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 신주발행무효의 소로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다. 이로써 위법한 신주인수권부사채 발행이나 그에 기한 신주발행을 다투는 주주의 제소권이 실질적으로 보호될 수 있다.

위에서 본 경우 신주발행무효의 소의 제소기간은 신주 발행일로부터 기산하여야 하고, 설정 신주발행이 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사 결과에 따른 것이라 할지라도 신주인수권부사채 발행일부터 기산되는 것은 아니다.

라. 이 사건 신주발행무효의 소의 제소기간

이 사건 신주발행무효의 소는 신주의 발행일인 2019. 10. 21.부터 6월 내인 2019. 11. 19.에 제기되었으므로 제소기간을 준수하였음이 명백하다. 따라서 원심으로서는 피고가 소외인의 경영권이나 지배권 방어에 도움을 줄 목적으로 이 사건 신주인수권부사채를 발행함으로써 실질적으로 경영상 목적 없이 소외인에게 신주를 발행한 것과 동일하게 평가될 수 있는지, 이로 인하여 피고의 지배구조에 심대한 변화가 초래되고 기존 주주인 원고의 회사에 대한 지배권이 현저하게 약화되는 중대한 결과가 발생하였는지 등을 심리한 후 이 사건 신주 발행의 무효 여

86) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결, 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다289542 판결 등 참조.

87) 상법 제516조의2 제4항 후문, 제418조 제2항 단서, 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결 참조.

부를 판단하였어야 한다. 그럼에도 원심은 원고가 신주인수권부사채 발행의 무효 사유만을 주장한다는 이유로 이 사건 신주인수권부사채의 발행일로부터 제소기간을 기산하여 이 사건 신주발행무효의 소가 부적법하다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 신주발행무효의 소의 제소기간에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

3. 해 설

신주인수권부사채(Bond with Warrants, BW)는 사채권자에게 기채회사가 신주를 발행하는 경우에 신주를 인수할 권리가 부여된 사채를 말한다. 신주인수권부사채의 신주인수권은 주주가 가지는 추상적 신주인수권과는 달리 일종의 형성권으로 신주인수권을 행사하면 발행회사는 당연히 신주를 발행할 의무가 있다.

신주인수권부사채는 경제적 기능에 있어서 전환사채와 마찬가지로 사채의 확실성과 주식의 투기성이 병존하여 회사의 자금조달을 용이하게 하는 기능을 갖고 있다. 그러나 전환사채의 경우에는 전환권행사에 의하여 사채가 소멸되나, 신주인수권부사채의 경우에는 신주인수권을 행사하더라도 사채가 소멸되지 않는 점에서 근본적인 차이가 있다.

회사가 주주에게 신주인수권부사채를 발행하는 경우에는 발행사항으로서 정관에서 정함이 있거나 주주총회에서 결정하기로 한 경우를 제외하고는 이사회가 결정한다(상법 제516조의2 제2항).

주주 이외의 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하는 경우에는 정관에 규정이 없으면 주주총회의 특별결의로써 발행할 수 있는 신주인수권부사채의 액, 신주인수권의 내용, 신주인수권을 행사할 수 있는 기간을 정하여야 한다(제516조의2 제4항). 그러나 신주인수권부사채를 제3자에게 발행하는 경우는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다(제516조의2 제4항 후단, 제418조 제2항 단서). 전환사채와 마찬가지로 신주인수권부사채의 경우도 발행무효에 관한 규정은 없으나 전환사채무효의 소와 동일하게 신주발행무효의 소의 규정을 유추적용한다는 것이 통설·판례의 입장이다.⁸⁸⁾

이 사건에서 대법원은 신주인수권부사채가 경영권방어를 위해 제3자에게 발행된 후 대주주 등이 그 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주발행무효의 소로도 신주발행의 무효를 주장할 수 있다고 판시하고 있다.

따라서 신주인수권부사채의 경우에는 신주인수권부사채 발행 자체의 무효원인이 있는 경우

88) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2000다37326 판결 등 참조.

에는 먼저 주주 등이 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내에 신주인수권부사채 발행무효의 소를 제기할 수 있다. 또한 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권의 행사로 인한 위법한 신주 발행에 대해서는 상법 제429조를 유추적용하여 신주발행무효의 소로써도 다룰 수 있다고 보는 것이 대법원의 입장이다. 그러므로 신주인수권 행사로 주주권을 침해 당한 주주는 신주인수권 행사에 의한 신주의 발행일을 기준으로 6월내에 신주발행무효의 소를 제기할 수 있다. 다만 이때에는 특별한 사정이 없는 한 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유만 주장할 수 있고, 신주인수권부사채 발행이 무효라거나 그를 전제로 한 주장은 제기할 수 없다.

이러한 입장은 상법 제 516조의2 제4항 후단을 위반하여 경영상의 목적 없이 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하는 경우에는 신주인수권부사채를 발행한 날로부터 6월 내에 신주인수권부사채발행무효의 소를 제기할 수 있는 동시에 사채발행일 이후 신주인수권 행사에 의한 신주발행의 경우에는 신주발행의 무효의 소를 신주발행일로부터 6월내에 제기할 수 있으므로 결과적으로 위법한 신주인수권부 사채발행을 억제하고 주주를 보호하게 되는 해석이라고 볼 수 있다.

이번 대법원 판결을 통하여 상법에 신주인수권부사채와 전환사채의 경우 발행무효에 관한 규정이 없어 신주발행무효의 소의 규정을 유추적용함에 발생하는 문제의 하나를 적절하게 정리하였다고 볼 수 있다.

XII. 맺는말

이상에서 소개한 2022년 회사법 관련 대법원 판결을 하나씩 요약·정리하고, 2023년에도 의미있는 좋은 판례가 나올 것을 기대하며 글을 마무리하고자 한다.

① 이사의 감시의무(대법원 2021. 11. 11. 선고 2017다222368판결)에서는 “대표이사가 지속적이고도 조직적인 담합이라는 중대한 위법행위가 발생하고 있음에도 이를 인지하지 못하여 미연에 방지하거나 발생 즉시 시정조치를 할 수 없었다면, 이는 회사의 업무집행과정에서 중대한 위법·부당행위로 인하여 발생할 수 있는 위험을 통제하기 위한 내부통제시스템을 구축하기 위한 노력을 전혀 하지 않았거나 그 시스템을 구축하고도 이를 이용하여 회사 업무 전반에 대한 감시·감독의무를 이행하는 것을 의도적으로 외면한 결과라고도 볼 수 있다.”고 판시하고 대규모 상장회사에 있어서 대표이사의 감시의무와 그 내용으로서 내부통제시스템의 구축과 이를 실행시킬 의무를 강조하였다.

② 주식양도제한에 관한 주주 간 협약의 효력(대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다274639 판결)에서는 “주식의 양도를 제한하는 방법으로 이사회 승인을 받도록 정관에 정할 수 있다는 상법 제335조 제1항 단서의 취지에 비추어 볼 때, 주주 사이에서 주식의 양도를 일부 제한하는 약정을 한 경우, 그 약정은 주주의 투자자본회수 가능성을 전면적으로 부정하는 것이 아니고, 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하지 않는다면 당사자 사이에서는 원칙적으로 유효하다.”고 판시하였다.

③ 합병반대주주의 주식매수청구권행사와 주식매수가격의 결정기준(대법원 2022. 4. 14. 자 2016마5394, 5395, 5396 결정)에서는 “합병반대주주의 주식매수가격 결정에 있어서 이사회 결의일 전일을 기준으로 시장주가가 회사발행주식의 공정한 객관적 가치를 반영하지 못하는 경우에는 합병 계획 등의 영향을 배제할 수 있는 시점을 기준으로 한 시장주가를 기초로 매수가격을 결정하되 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호를 유추적용하여 공정한 주식의 매수가격을 결정하여야 한다”고 판시하였다.

④ 소수주주의 주주총회소집허가신청서 회의목적사항의 범위(대법원 2022. 4. 19. 자 2022그501 결정)에서는 “주주총회는 상법 또는 정관이 정한 사항에 한하여 결의할 수 있고(상법 제361조), 대표이사는 정관에 특별한 정함이 없는 한 이사회 결의로 선임되므로(상법 제389조), 정관에서 주주총회 결의사항으로 ‘대표이사의 선임 및 해임’을 규정하지 않은 경우에는 이를 회의목적사항으로 삼아 상법 제366조에서 정한 주주총회소집허가 신청을 할 수 없다.”고 판시하였다.

⑤ 이사의 감시의무위반과 손해배상액의 제한(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결)에서는 “모든 이사는 적어도 회사의 목적이나 규모, 영업의 성격 및 법령의 규제 등에 비추어 높은 법적 위험이 예상되는 업무와 관련해서는 제반 법규를 체계적으로 파악하여 그 준수 여부를 관리하고 위반사실을 발견한 경우 즉시 신고 또는 보고하여 시정조치를 강구할 수 있는 형태의 내부통제시스템을 구축하여 작동되도록 하는 방식으로 감시의무를 이행하여야 한다. 다만 회사의 업무집행을 담당하지 않는 사외이사 등은 내부통제시스템이 전혀 구축되어 있지 않는데도 내부통제시스템 구축을 촉구하는 등의 노력을 하지 않거나 내부통제시스템이 구축되어 있더라도 제대로 운영되고 있지 않다고 의심할 만한 사유가 있는데도 이를 외면하고 방치하는 등의 경우에 감시의무 위반으로 인정될 수 있다.”고 판시하여 업무담당이사와 사외이사의 내통제의무의 내용에 있어서는 일정한 차이를 두고 있다.

⑥ 회계장부열람·등시청구권 행사시 요구되는 이유기재의 정도(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결)에서는 “주주가 제출하는 열람·등사청구서에 붙인 ‘이유’는 회사가 열람·등사에 응할 의무의 존부를 판단하거나 열람·등사에 제공할 회계장부와 서류의 범위 등을 확인할 수 있을 정도로 열람·등사청구권 행사에 이르게 된 경위와 행사의 목적 등이 구체적으로 기재되면 충분하고, 더 나아가 그 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 생기게 할 정도

로 기재하거나 그 이유를 뒷받침하는 자료를 첨부할 필요는 없다.”고 판시하였다.

⑦ 대표이사의 감시의무의 내용과 감사인의 주의의무의 위반(대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다202146 판결)에서는 “대표이사는 회계부정이나 오류를 사전적으로 예방하고 사후적으로 적발·시정할 수 있는 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 노력을 다해야 한다. 대표이사가 이러한 노력을 전혀 하지 않거나 시스템을 통한 감시·감독의무를 이행할 의도적으로 외면한 결과 다른 이사 등의 회계업무에 관한 위법한 업무집행을 방지하지 못하였다면, 대표이사로서 감시의무를 게을리하였다고 볼 수 있다. 또한 감사인은 ‘전문가적 의구심’을 가지고 감사업무를 계획·수행하여야 하며, 피감사회사가 속한 업종의 특성, 피감사회사가 속한 경영상황 등에 비추어 회계업무가 처리되는 과정에서 부정이나 오류가 개입되기 쉬운 사항이 있다면 그에 대한 감사 절차도 통상의 경우보다 엄격하게 진행해야 한다”고 판시하였다.

⑧ 정관에 의한 이익배당청구권의 확정(대법원 2022. 8. 19. 선고 2020다263574판결)에서는 “정관에서 회사에 배당의무를 부과하면서 배당금의 지급조건이나 배당금액을 산정하는 방식 등을 구체적으로 정하고 있어 그에 따라 개별 주주에게 배당할 금액이 일의적으로 산정되고, 대표이사나 이사회가 경영판단에 따라 배당금 지급 여부나 시기, 배당금액 등을 달리 정할 수 있도록 하는 규정이 없다면, 예외적으로 정관에서 정한 지급조건이 갖추어지는 때에 주주에게 구체적이고 확정적인 배당금지급청구권이 인정될 수 있다.”고 판시하였다.

⑨ 중간배당에 관한 이사회결의를 수정·변경할 수 있는 지 여부(대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다223778판결)에서는 “중간배당에 관한 이사회 결의가 있으면 중간배당금이 지급되기 전이라도 당해 영업연도 중 1회로 제한된 중간배당은 이미 결정된 것이고, 같은 영업연도 중 다시 중간배당에 관한 이사회 결의를 하는 것은 허용되지 않는다. 이사회 결의로 주주의 중간배당금 지급청구권이 구체적으로 확정된 이상 그 청구권의 내용을 수정 내지 변경하는 내용의 이사회 결의도 허용될 수 없다.”고 판시하였다.

⑩ 신주인수권부사채 발행의 무효(대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결)에서는 “회사가 대주주 등의 경영권이나 지배권 방어 목적으로 제3자에게 신주인수권부사채를 발행하였다면 신주인수권부사채의 발행은 무효가 될 수 있고, 그 발행일로부터 6월 이내에 신주인수권부사채 발행무효의 소로써 다룰 수 있다. 나아가 대주주 등이 위와 같은 경위로 발행된 신주인수권부사채나 그에 부여된 신주인수권을 양수한 다음 신주인수권부사채 발행일로부터 6월이 지난 후 신주인수권을 행사하여 신주를 취득하였다면, 이는 실질적으로 회사가 경영상 목적 없이 대주주 등에게 신주를 발행한 것과 동일하므로, 신주인수권 행사나 그에 따른 신주 발행에 고유한 무효 사유에 준하여 신주발행무효의 소로도 신주 발행의 무효를 주장할 수 있다.”고 판시하였다. ☐