

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2005다22701 합병철회 2005다22718(병합) 주주총회결의취소
원고, 상고인	원고
피고, 피상고인	합병된 주식회사 국민은행의 소송수계인 주식회사 국민은행 소송대리인 법무법인 화우 담당변호사 유인의 외 2인
원 심 판 결	서울고등법원 2005. 3. 30. 선고 2003나86161, 2003나86178(병합) 판결
판 결 선 고	2009. 4. 23.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이사회결의 무효확인청구 부분의 소에 대하여

이사회결의에 의하여 선임된 대표이사가 퇴임하고 그 후 새로 개최된 유효한 이사회결의에 의하여 후임 대표이사가 선임되어 선임등기까지 마쳐진 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 당초의 대표이사 선임 결의가 무효라 할지라도 이에 대한 부존재나 무효 확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것에 귀착되어 확인의 소로서의 권리보호요건을 결여한 것으로 보아야 한다(대법원 1982. 9. 14. 선고 80다2425 전원합의체 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다64479 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고 은행의 은행장이었던 김정태가 퇴임하고 그 후 피고 은행의 후임 은행장으로 강정원이 선임되어 2004. 11. 2. 그 선임등기까지 마쳐진 이상, 2001. 11. 1. 김정태를 피고 은행의 은행장으로 선임한 이사회결의의 무효확인을 구하는 부분의 원고의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 확인의 이익에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제4조, 제5조의 위헌 주장에 대하여

구 금융산업의 구조개선에 관한 법률(2002. 12. 26. 법률 제6807호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 금산법'이라 한다) 제4조는 금융기관이 구 금산법에 의하여 합병 등을 할 경우 금융감독위원회의 인가를 받도록 하면서(같은 조 제1항) 인가 심사기준(같은 조 제2항) 및 조건부 인가(같은 조 제3항)에 관하여 규정하고 있는바, 위 규정들로 인하여 금융기관의 주주의 재산권이 본질적으로 침해된다거나 금융기관의 주주가 합리적 이유 없이 차별적 취급을 받게 된다고 볼 만한 근거를 찾기 어려우므로 위 규정들이 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

그리고 구 금산법 제5조 제3항 내지 제8항, 제10항, 제11항은 금융기관의 합병 등

에 관한 절차의 간소화를 규정하고 있는 규정들로서, 상법 제232조 제1항이 1월 이상으로 정한 채권자 이의제출기간을 10일 이상으로(같은 조 제3항), 상법 제363조 제1항이 2주간전으로 정한 주주총회 소집 통지기간을 7일 전으로(같은 조 제4항), 상법 제522조의2 제1항이 합병주주총회일 2주 전으로 정한 대차대조표의 공시기간을 7일 전으로(같은 조 제5항), 상법 제354조 제4항이 2주간 전으로 정한 주주명부 폐쇄 및 기준일 공고기간을 7일 전으로(같은 조 제6항), 상법 제530조 제3항, 제440조가 1월 이상으로 정한 주식병합을 위한 구 주권 제출공고 기간을 5일 이상으로(같은 조 제7항), 상법 제522조의3 제1항이 20일 이내로 정한 주식매수청구권 행사기간을 10일 이내로(같은 조 제8항), 상법 제526조, 제527조가 2주간전으로 예정한 흡수합병의 보고총회 또는 신설합병의 창립총회 소집 통지기간을 7일 전으로(같은 조 제11항) 규정하여 합병에 관련한 상법상의 각 기간을 단축하고 있고, 합병을 결의하는 주주총회에서 증권예탁원(이하 '예탁원'이라고 한다)의 의결권을 제한한 증권거래법 제174조의6 제5항 제3호에 대한 특례 조항으로서 그와 같은 주주총회에서도 예탁원의 의결권 행사를 인정하고 있다(같은 조 제10항). 이러한 규정들은 금융기관의 합병을 신속하게 추진할 수 있도록 함으로써 금융산업의 구조개선을 지원하여 금융기관 간의 건전한 경쟁을 촉진하고 금융업무의 효율성을 높임으로써 금융산업의 균형 있는 발전에 이바지하려는 입법목적(구 금산법 제1조)을 구체적이고도 제도적으로 보장하기 위한 것인바, 그 입법목적 달성을 위하여 합병에 관련된 상법상의 각 기간을 단축함으로써 이에 따라 주주들의 권리행사가 어느 정도 제한될 수는 있지만 그 단축된 기간이 본래의 취지를 무의미하게 할 정도로 불합리하게 짧다거나 그로 인하여 주주들의 권리행사가 원천적으로 부정되거나 현저히 곤란하게 된다고 볼 수는 없고, 증권거래법과는 달리 합병을 결의하는

주주총회에서 위탁원에 의한 의결권 대리행사를 인정하고 있다 하더라도 주주총회에 참석하지 않은 주주들에 대한 예외적이고 보충적인 대리행사만을 인정하고 이른바 그림자 투표(shadow voting) 방식을 규정하여 의결권의 대리행사에 의하여 주주들의 의사결정이 왜곡되지 않도록 하고 있다. 따라서 위 규정들로 인하여 금융기관의 주주들의 권리가 어느 정도 제한을 받게 되는 불이익을 입게 된다 하더라도 이는 금융산업의 경쟁력 향상을 위한 산업구조의 개선이라는 시대적 요청에 따르고자 한 앞서 본 입법 목적에 비하여 중하다고는 볼 수 없고, 위 규정들의 공익적 목적이 그로 인하여 잃게 되는 사익과 비교할 때 우월하다고 볼 만한 합리적인 이유가 있으므로 위 규정들이 입법적 재량을 벗어나 주주의 재산권을 과도하게 제한한 것이라고 할 수 없다. 또한, 금융산업의 경쟁력 제고를 위하여 금융기관의 인수, 합병 등을 통한 금융기관의 대형화, 전문화를 실현하려는 공익적 목적 및 금융산업의 경쟁력 제고와 산업 구조의 합리화를 달성하기 위해 구조조정에 있어 신속하게 대처할 필요성 등을 종합적으로 고려해 본다면, 구 금산법의 적용을 받는 합병회사의 주주와 그렇지 않은 합병회사의 주주 사이의 차별은 합리적인 이유가 있다고 할 수 있으므로 이로 인하여 평등권이 침해된다고 할 수 없고, 위 규정들로 인하여 헌법이 추구하고 있는 시장경제질서가 과도하게 위축될 가능성이라든가, 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중되지 못할 우려를 발견하기 어려우므로, 위 규정들이 헌법 제119조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다(헌법재판소 2008. 12. 26.자 2005헌바34 결정 참조).

따라서 구 금산법 제4조, 제5조가 헌법에 위반된 규정들이라고 할 수 없으므로, 원심이 합병 전 주식회사 국민은행(이하 '합병 전 국민은행'이라고 한다)과 합병 전 주식회사 한국주택은행(이하 '합병 전 한국주택은행'이라고 한다) 사이의 이 사건 합병에

대하여 구 금산법을 적용한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 위헌법률을 적용한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

3. 구 금산법 제5조의 적용범위에 대하여

구 금산법 제2조 제1호와 제3호는 각 '금융기관'과 '부실금융기관'을 구별하여 정의하고 있고, 구 금산법 제3조 내지 제5조는 '금융기관' 간의 합병에 관하여 규정하면서 그 적용범위를 '부실금융기관' 사이의 합병으로 한정하고 있지 아니하므로, 구 금산법 제5조는 합병당사회사들이 모두 금융기관이라면 어느 일방 혹은 쌍방이 부실금융기관인지 여부에 관계없이 적용될 수 있다고 해석된다.

같은 취지에서 원심이 합병 전 국민은행과 합병 전 한국주택은행이 각 부실금융기관이 아니라 하더라도, 금융기관인 두 은행 사이의 합병절차에는 구 금산법 제5조가 적용될 수 있다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 구 금산법 제5조의 적용범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 주주총회 소집 및 개최 절차 등의 위법 여부에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 합병 전 국민은행이 소액주주들의 권리행사를 방해하기 위하여 의도적으로 2001. 9. 29.을 주주총회일로 정하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보고, 주주총회일의 선정절차의 하자를 이유로 한 원고의 합병무효 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 관련 증거를 취사선택하고 증거의 증명력을 비교·평가하면서 논리와 경험의 법칙에 위배하였다고 볼 수 없으므로 채증법칙 위반을 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다. 원심이 위와 같은 원고의 합병무효 주장을 배척한 것은 정당하며 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 주주권의 침해 및 상관습 내지 관습법에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 합병 전 국민은행의 주주명부의 기준일을 정하는 절차 및 주주총회 소집통지 기간 등에 관한 하자와 합병 전 국민은행의 주주총회 소집통지의 발송 지연 등을 내세워 합병 전 국민은행과 합병 전 한국주택은행 사이의 이 사건 합병을 무효로 보아야 한다는 원고의 주장에 대하여, 구 금산법의 관련 규정들을 근거로 그 판시와 같은 사정을 들어 이를 모두 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 주주의 권리, 주주의 의결권 침해, 주주명부의 기준일의 공고에 관한 법리오해, 이유모순 등의 위법이 없다.

5. 합병 전 국민은행이 주주들의 권리행사를 방해하였는지 여부에 대하여

주주의 자유로운 의결권 행사를 보장하기 위하여 주주가 의결권의 행사를 대리인에게 위임하는 것이 보장되어야 한다고 하더라도 주주의 의결권 행사를 위한 대리인 선임이 무제한적으로 허용되는 것은 아니고, 그 의결권의 대리행사로 말미암아 주주총회의 개최가 부당하게 저해되거나 혹은 회사의 이익이 부당하게 침해될 염려가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 회사는 이를 거절할 수 있다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도2917 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 합병 전 국민은행 노동조합은 그 소유 주식 13,214주에 대하여 불통일행사를 하려면 노동조합 대표자가 주주총회에 참석해서 의결권 불통일행사를 하면 충분한데도 1주씩의 참석장 9,000장을 노조원들에게 나누어 주고 이들로 하여금 의결권을 행사하게끔 한 것은 실력으로 주주총회를 저지하겠다는 의도가 있었다고 볼 수 있고, 합병 전 국민은행이 주주총회 개최 등 방해금지가처분결정을 얻어 이 사건 주주총회 당일 주주총회장 입구를 봉쇄하고 노동조합 대표자 1인 이외의 다른 노조원들의 입장

을 저지한 것은 주주총회 개최 및 진행을 위한 적법한 조치라고 볼 것이며, 당시 주주들의 정상적인 주주총회장 입장이 불가능해 보이는 상황에서 일부 주주, 대리인 및 주주총회 관계자가 합병 전 국민은행 측의 안내를 받아 별도의 통로를 통해 이 사건 주주총회장에 입장한 것은, 합병 전 국민은행 측이 주주 혹은 대리인으로 확인되는 자와 주주총회 관계자를 주주총회장에 입장시켜 정상적인 주주총회를 진행하기 위하여 취한 불가피한 조치라고 볼 수 있으므로, 그와 같은 사정만으로 이 사건 합병을 무효로 할 만한 하자가 존재한다고 볼 수는 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 관련 증거를 취사선택하고 증거의 증명력을 비교·평가하면서 논리와 경험의 법칙에 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 위와 같은 사실을 인정하였다고 볼 수 없으므로 채증법칙 위반을 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다. 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으며 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이유모순, 주주권, 주주의 의결권 행사 및 주식회사의 주주에 대한 의무 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

6. 주주총회에서의 표결 방법에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 주주총회에서는 합병계약 승인의 의안에 대하여 합병 전 국민은행이 미리 통보받아 알고 있는 반대표 외에 참석주주 중 누구도 의안에 대한 이의를 제기하지 않았던 만큼 합병 전 국민은행으로서는 굳이 투·개표의 절차를 거칠 필요가 없이 반대표와 찬성표의 비율을 따져 의안을 통과시킬 수 있는 것이므로, 이 사건 주주총회 당일 의장이 합병계약 승인의 의안을 상정하고 합병계약의 주요 내용을 설명한 뒤 참석한 주주들에게 동의를 구하였는데, 참석 주주 중 아무도

의의를 제기하지 않고 동의를 한 상황에서 박수로써 합병계약 승인의 의안을 가결한 것은 위법하다고 볼 수 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이유모순, 주주총회에서의 표결방법에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

7. 주주 본인 및 대리권을 증명하는 서면에 대하여

상법 제368조 제3항은 "주주는 대리인으로 하여금 그 의결권을 행사하게 할 수 있다. 이 경우에는 그 대리인은 대리권을 증명하는 서면을 총회에 제출하여야 한다"고 규정하고 있는바, 여기서 '대리권을 증명하는 서면'이라 함은 위임장을 일컫는 것으로서 회사가 위임장과 함께 인감증명서, 참석장 등을 제출하도록 요구하는 것은 대리인의 자격을 보다 확실하게 확인하기 위하여 요구하는 것일 뿐, 이러한 서류 등을 지참하지 아니하였다 하더라도 주주 또는 대리인이 다른 방법으로 위임장의 진정성 내지 위임의 사실을 증명할 수 있다면 회사는 그 대리권을 부정할 수 없다고 할 것이고, 한편 회사가 주주 본인에 대하여 주주총회 참석장을 지참할 것을 요구하는 것 역시 주주 본인임을 보다 확실하게 확인하기 위한 방편에 불과하므로, 다른 방법으로 주주 본인임을 확인할 수 있는 경우에는 회사는 주주 본인의 의결권 행사를 거부할 수 없다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 주주 본인의 경우에는 굳이 참석장을 소지하고 있지 않더라도 신분증 및 합병 전 국민은행에 제출된 것과 동일한 인감의 소지 여부 등을 통하여 주주 본인임을 확인하는 절차를 거치고, 주주의 대리인의 경우에는 위임장을 제출받아 그 위임장에 기재된 주주 본인의 인적사항이 맞는지, 위임장에 날인된 주주 본인의 인감이 합병 전 국민은행에 제출된 것과 동일한지 여부와 위임장

을 가지고 온 자의 신분증과 위임장에 기재된 대리인의 인적사항의 대조하는 등의 방법으로 그 사람의 동일성을 확인하는 절차를 거치면 된다는 이유로, 일부 주주 본인들이 참석장을 소지하고 있지 않거나 일부 주주의 대리인들이 위임장 이외에 주주 본인의 신분증 사본, 인감증명서 등을 제출하지 아니하였다는 사정만으로는 이들의 의결권 행사가 무효라고 볼 수 없다는 취지로 판단하였음은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 주주 본인 및 대리인의 대리권을 증명하는 서면에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

8. 대리인의 자격을 주주로 제한한 정관의 효력에 대하여

상법 제368조 제3항의 규정은 주주의 대리인의 자격을 제한할 만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 정관의 규정에 의하여 상당하다고 인정되는 정도의 제한을 가하는 것까지 금지하는 취지는 아니라고 해석되는바, 대리인의 자격을 주주로 한정하는 취지의 주식회사의 정관 규정은 주주총회가 주주 이외의 제3자에 의하여 교란되는 것을 방지하여 회사 이익을 보호하는 취지에서 마련된 것으로서 합리적인 이유에 의한 상당한 정도의 제한이라고 볼 수 있으므로 이를 무효라고 볼 수는 없다. 그런데 위와 같은 정관규정이 있다 하더라도 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 등이 그 소속의 공무원, 직원 또는 피용자 등에게 의결권을 대리행사하도록 하는 때에는 특별한 사정이 없는 한 그들의 의결권 행사에는 주주 내부의 의사결정에 따른 대표자의 의사가 그대로 반영된다고 할 수 있고 이에 따라 주주총회가 교란되어 회사 이익이 침해되는 위험은 없는 반면에, 이들의 대리권 행사를 거부하게 되면 사실상 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 등의 의결권 행사의 기회를 박탈하는 것과 같은 부당한 결과를 초래할 수 있으므로, 주주인 국가, 지방공공단체 또는 주식회사 소속의 공무원, 직원 또는 피용자

등이 그 주주를 위한 대리인으로서 의결권을 대리행사하는 것은 허용되어야 하고 이를 가리켜 정관규정에 위반한 무효의 의결권 대리행사라고 할 수는 없다.

기록에 의하면, 주주인 대한민국이 보유한 주식 19,407,241주의 의결권을 대리행사한 소외 1은 재정경제부 국유재산과 소속 5급 상당의 공무원임을 알 수 있는바, 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 소외 1이 비록 합병 전 국민은행의 주주가 아니라 하더라도 대한민국이 보유한 주식의 의결권을 대리행사한 것은 유효하다.

원심의 이유설시에 다소 미흡한 점이 없지 아니하나, 이와 결론을 같이 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 주식회사의 정관의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

9. 예탁원의 국내 실질주주의 의결권 대리행사에 대하여

원심판결 이유와 기록에 비추어 살펴보면, 원심은 예탁원이 금융기관의 합병결의에 관하여 실질주주의 주식에 관하여 의결권을 대리행사할 수 있도록 규정한 구 금산법 제5조 제10항에 따라 이 사건 합병결의시 그 의결권을 대리행사한 것은 적법하다고 본다. 다음, 주주총회 소집통지기간이 국내 실질주주의 예탁원에 대한 의결권행사 여부의 의사표시에 필요한 시일에 비추어 다소 촉박했다는 사정만으로는 실질주주의 의사표시 기회가 차단되었다고 보기 어려우므로 예탁원의 의결권행사가 실질주주의 권리를 침해한 위법한 것이라고 볼 수 없고, 예탁원이 이 사건 합병결의시 의결권을 행사한 실질주주의 주식수나 이를 집계한 숫자에 일부 오류가 있다 한들, 이를 다시 수정·집계하여 보더라도 이 사건 합병계약 승인결의에 필요한 의결정족수가 충족되고 있음이 계산상 명백한 이상 그와 같은 오류는 이 사건 주주총회결의의 효력에 영향을 미치지 못하며, 이 사건 주주총회 당일 일부 소액주주가 불가피하게 주주총회에 참석하지 못함으

로써 그 주식수가 의안에 대한 찬·반 주식수에 반영·집계되지 아니한 사정이 있다 하더라도, 그러한 사정만으로 예탁원이 의결권을 행사한 부분 전체를 무효라고 할 수 없다는 취지로 판단하였다.

관계 법령과 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이유모순, 예탁원에 의한 실질 주주들의 의결권 대리행사, 주주총회 소집통지, 표결 집계 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

10. 외국인의 상임대리인이 의결권 대리행사를 재위임할 수 있는지 여부에 대하여

구 증권업감독규정(2001. 10. 4. 금융감독위원회 공고 제2001-72호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7-16조 제1항은, 외국인은 보관기관 중에서 상임대리인을 선임할 수 있고 선임한 상임대리인 이외의 자로 하여금 본인을 위하여 취득유가증권의 권리행사 기타 이와 관련된 사항 등을 대리 또는 대행하게 하지 못한다고 규정하고 있는바, 이는 외국인이 상임대리인을 선임하여 놓고도 수시로 상임대리인 이외의 자로 하여금 취득유가증권의 권리행사를 하도록 할 경우 발생할 수 있는 혼란을 피하기 위하여 마련된 규정이라고 해석되므로, 외국인 주주가 상임대리인이 아닌 다른 자에게 의결권 행사를 위임하는 것이 아니라, 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인이 제3자에게 그 의결권 행사를 재위임하는 것은 위 규정에 의하여 금지된다고 볼 수 없다. 그리고 대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하므로(대법원 1996. 1. 26. 선고 94다30690 판결 참조), 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은

특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 소외 2는 골드만삭스의 상임대리인인 골드만삭스 증권회사 서울지점으로부터 골드만삭스 의결권의 행사를 재위임 받아 이 사건 주주총회에서 의결권을 대리행사한 것이므로 소외 2의 의결권 대리행사가 구 증권업감독규정 제7-16조 제1항에 위반된 것이라고 볼 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 외국인 주주의 상임대리인의 의결권 대리행사 및 복대리에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

11. 의결권의 불통일행사에 대하여

상법 제368조의2 제1항은 "주주가 2이상의 의결권을 가지고 있는 때에는 이를 통일하지 아니하고 행사할 수 있다. 이 경우 회일의 3일 전에 회사에 대하여 서면으로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다"고 규정하고 있는바, 여기서 3일의 기간이라 함은 의결권의 불통일행사가 행하여지는 경우에 회사 측에 그 불통일행사를 거부할 것인가를 판단할 수 있는 시간적 여유를 주고, 회사의 총회 사무운영에 지장을 주지 아니하도록 하기 위하여 부여된 기간으로서, 그 불통일행사의 통지는 주주총회 회일의 3일 전에 회사에 도달할 것을 요한다. 다만, 위와 같은 3일의 기간이 부여된 취지에 비추어 보면, 비록 불통일행사의 통지가 주주총회 회일의 3일 전이라는 시한보다 늦게 도착하였다고 하더라도 회사가 스스로 총회운영에 지장이 없다고 판단하여 이를 받아들이기로 하고 이에 따라 의결권의 불통일행사가 이루어진 것이라면, 그것이 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 의결권의 불통일행사를 위법하다고 볼 수는 없

다.

원심판결 이유에 의하면, 예탁원의 외국인 실질주주의 주식에 대한 의결권의 불통일행사 통지가 이 사건 주주총회 회의일인 2001. 9. 29.로부터 3일 전이라는 시한을 넘겨 같은 달 26일에 합병 전 국민은행에 도달한 점, 그런데 합병 전 국민은행은 그 의결권의 불통일행사를 거부하지 않고 허용한 점 등을 알 수 있는바, 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 합병 전 국민은행의 위와 같은 조치가 주주평등의 원칙을 위반하거나 의결권 행사의 결과를 조작하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라는 등의 사정을 기록상 찾아볼 수 없는 이 사건에서, 예탁원이 외국인 실질주주의 주식에 대한 의결권을 불통일행사한 것을 가리켜 위법하다고 할 수는 없다.

원심의 이유설시에 미흡하거나 적절하지 아니한 점이 있으나, 예탁원이 외국인 실질주주의 의결권을 불통일행사한 것이 위법하다고 볼 수 없다고 본 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 주주의 의결권 불통일행사 및 일수계산에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

12. 외국인 주주의 예탁원에 대한 의결권 행사 신청기간 등에 대하여

구 증권거래법(2002. 1. 26. 법률 제6623호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제174조의6 제1항은 "예탁원은 예탁자 또는 고객의 신청에 의하여 예탁유가증권에 관한 권리를 행사할 수 있다. 이 경우 고객의 신청은 예탁자를 거쳐야 한다"고 규정하고 있고, 같은 조 제5항 본문은 "예탁원의 명의로 명의개서된 주권을 소유하고 있는 주주가 주주총회 회일의 5일 전까지 예탁원에 그 의결권을 직접행사·대리행사 또는 불행사의 뜻을 표시하지 아니하는 경우에는 예탁원이 그 의결권을 행사할 수 있다"고 규정하고

있는바, 여기서 5일의 기간은 예탁원의 사무처리의 편의를 위하여 부여된 기간으로 해석되는 점, 예탁원이 주주총회 회일의 5일 전이라는 시한을 넘겨 도착한 의결권 행사 신청을 받아들이지 아니하더라도 당해 실질주주는 주주총회에 나가 직접 의결권을 행사할 기회를 여전히 갖고 있는 이상 예탁원이 스스로 사무처리에 지장이 없다고 판단하여 의결권 대리행사 신청 취지에 따라 의결권을 대리행사하는 것을 굳이 금지시킬 이유가 없는 점, 예탁원과 실질주주 사이의 의결권 대리행사의 위임에 관한 문제는 원칙적으로 위임인과 수임인 사이의 내부적인 문제에 불과하여 그것이 바로 주주총회결의의 하자가 된다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 예탁원에 대한 의결권 대리행사 신청이 비록 주주총회 회일의 5일 전이라는 시한을 넘겨 도착하였다 하더라도, 예탁원이 그 신청 취지에 따라 의결권을 대리행사하겠다고 승낙하고 주주총회에서 실제 그 취지에 따라 의결권의 대리행사가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 예탁원의 의결권 대리행사를 가리켜 무효라고 할 수는 없다.

같은 취지에서 원심이 주주총회 회일의 5일 전이라는 시한을 넘겨 예탁원에 의결권 행사가 신청된 외국인 실질주주의 주식에 대하여 예탁원이 의결권을 대리행사하였다는 사정만으로 이 사건 주주총회결의에 어떠한 하자가 있었다고 보기 어렵다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 외국인 주주의 예탁원에 대한 의결권 대리행사 신청에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

13. 외국인 실질주주에 대한 차별적인 사전 통지, 외국인 주주의 참석 의결권수 축소, 찬성·반대·기권 숫자의 집계상의 오류, 기타 주주총회 참석자들에 대한 집계 오류 등에 대하여

합병 전 국민은행이 외국인 실질주주에 대하여서만 차별적으로 이 사건 주주총회의

회일 7일 전에 미리 주주총회 소집통지를 하였다는 상고이유의 주장은 상고심에 이르러 비로소 제기된 새로운 주장으로서 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 설령 그러한 사실이 있다고 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 합병을 무효로 할 만한 사유가 될 수 없으므로, 이 부분 상고이유의 주장은 받아들이지 아니한다.

그리고 나머지 부분에 관한 상고이유의 주장은 막연히 원심의 증거취사와 사실인정을 다투는 취지로서 결국은 단순한 사실오인의 주장에 불과하여 판결에 영향을 미친 법률·명령·규칙의 위반에 관한 주장으로 볼 수 없으므로 적법한 상고이유가 될 수 없다. 이 부분 원고의 상고이유의 주장은 받아들이지 아니한다.

14. 뉴욕은행의 주식예탁증서에 관한 의결권 행사 등에 대하여

가. 구 증권거래법 제174조의8 제2항은 "예탁원에 예탁된 주권의 주식에 관한 실질 주주명부에의 기재는 주주명부에의 기재와 동일한 효력을 가진다"고 규정하고 있으므로, 회사는 실질주주명부의 면책적 효력에 의하여 예탁원 이외에 실질주주에게 주주총회의 소집통지 등을 하면 이로써 면책된다고 할 것인바, 해외예탁기관이 국내 법인의 신규 발행주식 또는 당해 주식발행인이 소유하고 있는 자기주식을 원주로 하여 이를 국내에 보관하고 그 원주를 대신하여 해외에서 발행하는 주식예탁증서(Depositary Receipts, DR)의 경우 해외예탁기관이 발행회사의 실질주주명부에 실질주주로 기재되므로, 발행회사로서는 실질주주명부에 실질주주로 기재된 해외예탁기관에게 주주총회 소집통지 등을 하면 이로써 면책되고, 나아가 주식예탁증서의 실제 소유자의 인적사항과 주소를 알아내어 그 실제 소유자에게까지 이를 통지할 의무는 없다고 할 것이다.

원심은 이 사건 주주총회 소집통지 등을 이 사건 주식예탁증서의 실제 소유자에게까지 하여야 한다는 원고의 주장에 대하여 명시적으로 판단하지 아니하였지만, 원심이

이 사건 주식예탁증서의 해외예탁기관인 뉴욕은행이 이 사건 주주총회 개최사실을 알고 있었다고 사실인정을 한 데에는 위와 같은 원고의 주장을 배척하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있고, 앞에서 본 법리에 비추어 보면 이러한 원심의 판단에 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판결에 영향을 미친 판단누락의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거를 종합하여, 이 사건 주식예탁증서에 관하여는 발행 당시부터 발행회사인 합병 전 국민은행과 해외예탁기관인 뉴욕은행, 그리고 이 사건 주식예탁증서의 실소유자들 사이에 이 사건 주식예탁증서를 제외하고 다른 주주들이 보유하고 있는 주식 중 의결권이 행사되는 주식수의 찬성 및 반대 비율에 따라 뉴욕은행이 주식예탁증서의 의결권을 행사하도록 하는 이른바 그림자 투표(shadow voting) 약정이 체결되었던 사실, 뉴욕은행은 이 사건 주주총회 이전인 2001. 9. 21. 자신의 상임대리인인 예탁원에 이 사건 주식예탁증서를 제외한 합병 전 국민은행의 주식 중 주주총회에 참석하여 의결권이 행사되는 주식수의 찬성 및 반대 비율에 따라 의결권을 행사할 것을 지시하였고, 예탁원은 그 지시에 따라 의결권을 행사한 사실을 인정한 다음, 해외예탁기관인 뉴욕은행이 이 사건 주식예탁증서의 실소유자들 사이에 체결된 약정에 따라 예탁원에게 의결권의 행사를 지시하고 예탁원이 그 지시에 따라 위와 같이 의결권을 행사한 것을 가리켜 무효로 볼 수는 없다는 취지로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 주식예탁증서의 법적 지위와 주식예탁증서에 관한 의결권 행사절차에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

15. 합병비율의 위법·불공정 및 합병계약 위반 등에 대하여

가. 현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다고 할 것이지만, 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 할 것인 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없는 것이고, 그 제반 요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어진 것이라면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없다. 따라서 합병당사회사의 전부 또는 일부가 주권상장법인인 경우 증권거래법과 그 시행령 등 관련 법령이 정한 요건과 방법 및 절차 등에 기하여 합병가액을 산정하고 그에 따라 합병비율을 정하였다면 그 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 합병비율이 현저하게 불공정하여 합병계약이 무효로 된다고 볼 수 없다(대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 구 금산법에 따라 금융감독위원회의 인가를 받아 행한 이 사건 합병은 정부의 문서에 의한 승인에 따른 합병이므로, 이 사건 합병에는 합병신고서 제출일 전일을 기준으로 합병비율을 산출하도록 한 구 증권거래법 시행령(2002. 2. 9. 대통령령 제17518호로 개정되기 전의 것) 제84조의 7 제1항이 적용되지 않고, 달리 이 사건 합병비율이 합병을 무효화할 만큼 현저하게 불공정하다고 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 사건 합병비율의 위법·불공정을 내세워 이 사건 합병이 무효라는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는

바와 같은 합병비율의 불공정을 이유로 한 합병무효 및 신의성실의 원칙에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

나. 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단을 표시하면 되고 당사자의 모든 주장이나 공격방어방법에 관하여 판단할 필요가 없으므로(민사소송법 제208조), 비록 판결에서 당사자의 주장 등에 대하여 구체적·직접적으로 판단을 표시하지 않았더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없고, 또한 설령 실제로 판단을 누락하였다 하더라도 그것이 주장이 배척될 경우임이 명백한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 파기사유로 삼을 수 없다(대법원 1969. 6. 10. 선고 68다1859 판결 등 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 합병 전 한국주택은행의 신탁계장에 관한 회계처리 및 탈세의 문제, 합병 전 한국주택은행의 대차대조표의 부정확성, 국민주택기금의 운영상의 문제, 아이엔지(ING) 베어링의 출자미이행 문제 및 합병계약 위반의 문제 등을 이유로 한 원고의 합병무효 주장에 대하여 원심이 명시적으로 판단하지 아니하였다 하더라도, 이 사건 합병비율이 합병을 무효화할 만큼 현저하게 불공정하다고 인정할만한 증거가 없다는 이유로 원고의 합병무효 주장을 배척한 원심의 판단에는 위와 같은 원고의 주장을 배척하는 취지가 들어 있다고 볼 수 있고, 또한 기록상 원고가 주장하는 위와 같은 사정들이 실제 존재한다거나 그러한 사정들이 이 사건 합병비율의 불공정성 여부에 현저한 영향을 미쳐 이 사건 합병을 무효로 돌리는 사유가 된다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수도 없으므로, 원심이 설령 그에 관한 판단을 누락하였다고 하더라도 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 위법이

있다고 할 수 없다.

16. 신설합병 창립총회의 개최에 갈음한 이사회 공고 및 공고방식에 대하여

가. 상법 제527조 제4항은 신설합병의 경우 이사회의 공고로써 신설합병의 창립총회에 대한 보고에 갈음할 수 있다고 규정하고 있고, 상법 제528조 제1항은 신설합병의 창립총회가 종결한 날 또는 보고에 갈음하는 공고일로부터 일정기간 내에 합병등기를 하도록 규정하고 있으므로, 상법 제527조 제4항은 신설합병의 창립총회 자체를 이사회의 공고로써 갈음할 수 있음을 규정한 조항이라고 해석된다. 한편, 상법 제527조 제2항은 신설합병의 창립총회에서 정관변경의 결의를 할 수 있되 합병계약의 취지에 위반하는 결의는 하지 못하도록 규정하고 있는바, 정관변경은 창립총회에서 할 수 있다는 것이지 반드시 하여야 하는 것은 아니고, 주식회사를 설립하는 창립총회에서는 이사와 감사를 선임하여야 한다는 상법 제312조의 규정이 상법 제527조 제3항에 의해서 신설합병의 창립총회에 준용되고 있다 하더라도, 상법 제524조 제6호에 의하면 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 또는 감사위원회 위원을 정한 때에는 신설합병의 합병계약서에 그 성명 및 주민등록번호를 기재하게 되어 있고, 그 합병계약서가 각 합병당사회사의 주주총회에서 승인됨으로써 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등의 선임이 이루어지는 만큼, 이러한 경우에는 굳이 신설합병의 창립총회를 개최하여 합병으로 인하여 설립되는 회사의 이사와 감사 등을 선임하는 절차를 새로이 거칠 필요가 없고 이사회의 공고로 갈음할 수 있다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 합병 전 국민은행과 합병 전 한국주택은행은 이 사건 합병계약 당시에 이미 "신설은행이 창립총회를 개최하지 않을 경우 신설은행의 이사는 양 은행의 합병승인을 위한 주주총회의 결의에 따라 선임한다"라는 취지로 합의한 다

음, 신설은행의 이사후보자의 명단 및 경력을 합병계약서에 첨부하는 한편, 두 은행의 주주들에게 신설은행의 이사후보자와 감사위원회 위원후보자의 명단 및 경력을 미리 통지한 후, 합병승인을 위한 이 사건 주주총회에서 이들을 신설은행의 이사 및 감사위원회 위원으로 선임하는 결의를 한 사실을 알 수 있는바, 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 합병절차에는 신설은행의 이사·감사의 선임과 정관변경 결의를 위하여 필요한 창립총회를 생략한 위법이 있어 이 사건 합병이 무효라는 취지의 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 신설합병의 창립총회에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 상법은 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고의 방식에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로, 이 경우 이사회 공고는 상법 제289조 제1항 제7호에 의하여 합병당사회사의 정관에 규정한 일반적인 공고방식에 의하여 할 수 있다.

같은 취지에서 원심이 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고를 주주총회 소집공고와 같은 방식으로 하지 아니하였다는 이유로 이 사건 합병에 합병무효 사유가 존재한다는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 신설합병의 창립총회에 갈음하는 이사회 공고의 방식에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

17. 합병추진위원회의 합병 관여 및 양해각서 체결의 위법 등을 이유로 한 합병무효 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 합병추진위원회는 이 사건 합병을 보다 원활하게 추진하기 위하여 합병 전 국민은행과 합병 전 한국주택은행의 은행장들이 합의하여 만든 임의기구로서, 이 사건 합병추진위원회에서 두 은행의 합병에 관한 주요

사항들을 심의·조정하여 만든 합병계약안이 두 은행 이사회 의결을 거치고 주주총회에서 승인되었으므로 이 사건 합병추진위원회에서 이 사건 합병을 결정한 것이라고 볼 수 없고, 또한 이 사건 양해각서는 합병에 관하여 법적인 구속력을 가지는 정식 계약이 아니고, 정식 합병계약은 2001. 4. 23. 두 은행 이사회 의결을 거쳐 체결되었으므로 양해각서 체결의 위법 여부는 이 사건 합병의 효력에 영향이 없다는 이유로, 이 사건 합병추진위원회의 위법한 합병 관여, 양해각서 체결 과정의 위법 등을 내세워 이 사건 합병을 무효로 보아야 한다는 취지의 원고의 주장을 모두 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 합병무효 사유에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

18. 정부의 직권남용에 의한 강제합병 및 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반 등을 이유로 한 합병무효 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 정부가 법령에 정한 요건과 절차를 무시하고 주주들의 의사에 반하여 이 사건 합병을 강제하였다거나, 이 사건 합병이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제7조가 규정하는 기업결합의 제한에 위반되었다고 인정할 만한 증거가 없다고 보고 이를 이유로 한 원고의 합병무효 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 관련 증거를 취사선택하고 증거의 증명력을 비교·평가하면서 논리와 경험의 법칙에 위배하였다고 볼 수 없으므로 채증법칙 위반을 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다. 원심이 위와 같은 원고의 합병무효 주장을 배척한 것은 정당하며 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 합병무효 사유에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

19. 그 밖의 합병무효 사유에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원고가 그 밖에 상고이유로 내세우는 합병무효 사유들로 인하여 이 사건 합병이 무효로 되어야 한다고 볼 수 없으므로, 그 상고이유의 주장들 역시 받아들이지 아니한다.

20. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하는 것으로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 안대희 _____

주 심 대법관 박시환 _____

 대법관 박일환 _____

 대법관 신영철 _____