

대전고등법원

청 주 제 1 민 사 부

판 결

사건	(청주)2011나2020 손해배상(기)
원고,피항소인겸항소인	A
피고,피항소인	1. B 2. H
피고,항소인겸피항소인	3. C 4. D 5. E 6. F 7. G 8. I
제1심판결	청주지방법원 충주지원 2011. 10. 7. 선고 2010가합1081 판결
변론종결	2013. 6. 11.
판결선고	2013. 7. 16.

주 문

1. 제1심 판결 중 피고 C, D, E, F, G, I의 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 원고의 항소와 당심에서 확장된 원고의 청구를 각 기각한다.
3. 소송총비용(청구확장으로 인하여 생긴 비용 포함)은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고 B, H은 피고 C, D, E, F, G, I와 연대하여 소외 주식회사 J에게 금 24,026,088,613원 및 이에 대하여 2008. 11. 7.부터 2011. 10. 7.까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 피고 C, D, E, F, G, I는 피고 B, H과 연대하여 주식회사 J에게 24,026,088,613원 및 위 금원 중 20,877,582,409원에 대하여는 2008. 11. 7.부터 2011. 10. 7.까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을, 위 금원 중 3,148,506,204원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 피고 B, H에 대하여는 청구취지 금액에 대한 지연손해금의 기산일을 이 사건 소장 부분 송달일 다음날에서 2008. 11. 7.로 변경하였고, 피고 C, D, E, F, G, I에 대하여는 청구취지 금액 중 20,877,582,409원에 대한 지연손해금의 기산일을 이 사건 소장 부분 송달일 다음날에서 2008. 11. 7.로 변경하였다).<각주1>

2. 항소취지

가. 원고

(1) 제1심 판결 중 피고 B, H에 대한 원고 패소부분을 취소하고, 피고 B, H은 피고 C, D, E, F, G, I와 연대하여 소외 주식회사 J에게 금 24,026,088,613원 및 이에 대하여 2008. 11. 7.부터 2011. 10. 7.까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 당심에서 피고 B, H에 대하여는 청구취지금액에 대한 지연손해금의 기산일을 이 사건 소장 부분 송달일 다음날에서 2008. 11. 7.로 변경하였다).

(2) 제1심 판결 중 피고 C, D, E, F, G, I에 대한 원고 패소부분을 취소하고, 피고 C, D, E, F, G, I는 연대하여 주식회사 J에게 20,877,582,409원 및 이에 대하여 2008. 11. 7.부터 2011. 10. 7.까지 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고는 당심에서 피고 C, D, E, F, G, I에 대하여는 청구취지 금액 중 20,877,582,409원에 대한 지연손해금의 기산일을 이 사건 소장 부분 송달일 다음날에서 2008. 11. 7.로 변경하였다).

나. 피고 C, D, E, F, G, I

제1심 판결 중 피고 C, D, E, F, G, I의 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청

구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

(1) 원고는 2008. 7. 3.부터 주식회사 J(이하 'J'라 한다)의 발행주식을 보유하기 시작하였고, 2009년 상반기부터 이 사건 소 제기일인 2010. 6. 17. 당시까지 J의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유하고 있는 J의 소수주주이며, J는 아래 다.항의 이 사건 합병 당시 주식회사 K(이하 'K'이라 한다)의 지배주주였다.

(2) K과 주식회사 L(이하 'L'이라 한다)은 아래 다.항의 이 사건 합병 당시 청주시, 충북 청원군, 보은군, 옥천군, 영동군 지역의 케이블티비방송사업자였는데, 그 당시 위 두 회사는 모두 주권상장 법인에 해당하지 않는 비상장회사였다.

(3) 피고 B은 아래 다.항의 이 사건 합병 당시 주식회사 M(이하 'M'이라 한다)의 기획조정본부장 겸 부사장으로 재직하였고, 이 사건 변론종결일 현재 M 기획조정본부장 겸 사장으로 재직하고 있다.

(4) 피고 C, D, E, F, I는 아래 다.항의 이 사건 합병 당시 모두 J의 대표이사 또는 이사로 재직하였는데, 구체적으로는 피고 C는 2008. 3. 27.부터 2009. 3. 27.까지 J의 대표이사였고, 피고 D은 2007. 3. 27.부터 2009. 3. 27.까지, 피고 E은 2005. 12. 30.부터 2009. 6. 5.까지, 피고 F는 2005. 12. 30.부터 2009. 6. 5.까지 각 J의 이사였으며, 피고 I는 2002. 3. 15.부터 이 사건 변론종결일 현재까지 J의 이사이다.

(5) 피고 G은 아래 다.항의 이 사건 합병 당시를 포함하여 2005. 12. 30.부터 2009. 6. 5.까지 J의 감사로 재직하였다.

(6) 또한 아래 다.항의 이 사건 합병 당시 피고 F는 M 기획조정본부 부분부장(비등기임원), 피고 G은 M 기획조정본부 기획담당(비등기임원)을 겸하고 있었다.

(7) 피고 H은 아래 다.항의 이 사건 합병 이후인 2009. 3. 27.부터 2009. 6. 5.까지 J의 대표이사로 재직하였다.

나. 관련 회사들의 지배구조

(1) M 기업집단은 2008. 4. 당시 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 상호출자제한, 채무보증제한 기업집단이다.

(2) 2008. 4. 1. 기준으로 M 기업집단에는 주식회사 N(이하 'N'이라 한다), L, J, K 등이 속해 있었고, 위 회사들에 대한 지분구조는<각주2> 다음과 같았다.

(단위 : %)

지분소유회사		M	O	P	Q	N	J
주식명							
기업집단 소속회사	N	14.6	7.6	14.6	24.3		
	N					87.6	
	J					85.5	6.3
	K					25.5	74.5

(가) M, O, P, Q 등은 N의 주식지분 61.1%(=14.6% + 7.6% + 14.6% + 24.3%)를<각주3> 보유하고 있었다.

(나) N은 L의 주식지분 87.6%, J의 주식지분 85.5%, K의 주식지분 25.5%를 보유하고 있었다.

(다) J는 K의 주식지분 74.5%(이하 '이 사건 주식지분'이라 한다)를 보유하고 있었다.

(라) K은 위 기업집단의 소속회사인 N과 J가 그 주식지분 100%(=25.5% + 74.5%)를 소유한 연결회사이다.

다. 이 사건 합병절차

(1) 합병당사자 회사인 L과 K은 2008. 8. 22. L이 K을 흡수합병하기로 하는 합병계약을 체결하였다.

(2) L은 2008. 9. 24. 이 사건 합병 관련 주주총회를 개최하여 이 사건 합병을 승인하였고, K은 총주주인 N과 J의 동의에 따라 2008. 9. 24. 상법 제527조의2에 의해 이사회에서 이 사건 합병을 승인하는 것으로 주주총회의 승인을 갈음하였다.

(3) 2008. 11. 7. 위 합병등기가 마쳐짐으로써 K은 L에 흡수합병되어 소멸하였다(위 합병을 이하 '이 사건 합병'이라 한다).

라. 이 사건 합병합의 및 이 사건 합병비율 등의 산정 근거

(1) 이 사건 합병 당시 K과 L은 구 법인세법(2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되기 전의 것,

이하 '법인세법'이라 한다)<각주4> 제52조 제1항 및 구 법인세법 시행령(2009. 2. 4. 대통령령 제 21302호로 개정되기 전의 것, 이하 '법인세법 시행령'이라 한다) 제87조에 규정된 특수관계자에 해당하였는데, 위 두 회사는 특수관계자 사이에서 이루어지는 이 사건 합병에 관하여 법인세법 제 52조 및 법인세법 시행령 제89조에 따라서 산정되는 위 두 회사 주식가치의 평가액을 기준으로 합병절차를 진행하기로 합의하였다(이하 '이 사건 합병합의'라고 한다). 이 사건 합병합의 당시 L의 발행주식 총수는 18,950,000주, K의 발행주식 총수는 2,900,000주였고, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 합병합의를 토대로 평가된 L의 주식가치는 1주당 1,700원, K의 주식가치는 1주당 1,382원이었기 때문에,<각주5> L의 주식과 K 주식의 합병비율은 1 : 0.8129가 되었다(이하 '이 사건 합병비율'이라 한다).

(가) L의 주식가치의 경우, N이 2008. 1. 25. 특수관계자가 아닌 제3자에 해당하는 주식회사 자화 전자 등으로부터 L의 주식 5,326,000주를 1주당 1,700원에 매수한 거래사례가 그로부터 수개월 이후인 이 사건 합병 당시의 '시가'를 산정하는 근거가 될 수 있다고 보고, 법인세법 제52조 제2항 및 법인세법 시행령 제89조 제1항에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하였다(위와 같은 평가방법을 이하 '법인세법의 시가평가방법'이라 한다).

(나) K의 주식가치의 경우, 이 사건 합병 당시의 '시가'를 산정할 수 있는 근거 거래사례가 없어서 시가가 불분명하기 때문에 법인세법 시행령 제89조 제1항을 적용할 수 없다고 보고, 법인세법 시행령 제89조 제2항 제2호에 따라 구 상속세 및 증여세법(2008. 12. 26. 법률 제9269호로 개정되기 전의 것, 이하 '상증세법'이라 한다) 제63조 제1항 제1호 다목 및 구 상증세법 시행령(2008. 12. 31. 대통령령 제21214호로 개정되기 전의 것, 이하 '상증세법 시행령'이라 한다) 제54조 제1항, 제2항을 준용하여 1주당 수익가치와 1주당 순자산가치를 각 3과 2의 비율로 가중평균 하는 방법[$(1\text{주당 수익가치} \times 2 + 1\text{주당 순자산가치} \times 3) \div 5$]에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가하였다(위와 같은 평가방법을 이하 '법인세법의 보충평가방법'이라 한다).

(3) 이 사건 합병비율에 따라 J는 K 주식 대신 이 사건 합병 후 L의 주식지분 8.24%인 보통주 1,755,952주를 보유하게 되었다.

마. 원고의 이 사건 소제기 과정

(1) 원고는 2009. 3. 2.부터 같은 해 4. 27.까지 4차례에 걸쳐 J에 대하여 이 사건 합병의 무효의

소를 제기할 것과 피고들의 임무해태에 따른 손해배상의 소를 제기할 것 등을 요구했으나, 그로부터 30일이 지난 이 사건 소제기일(2010. 6. 17.)까지 J는 위와 같은 소를 제기하지 않았다.

(2) 이에 원고는 상법 제403조 제3항에 따라 J를 위하여 이 사건 주주 대표소송을 제기하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13, 19, 23, 37, 41, 81호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1, 11호증, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장

가. 원고의 주장

(1) J가 K의 주식지분 74.5%를 가진 지배주주로서 이 사건 합병에 동의하는 것은 J의 중요한 자산을 처분하는 것으로서 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는 사항이다. 그럼에도 불구하고 J의 대표이사 또는 이사인 피고 C, D, E, F, I는 이 사건 합병에 관한 이사회를 개최하지 않았고, 이들에 대한 상법 제401조의2 제1항 제1호의 업무집행지시자에 해당하는 피고 B은 위와 같이 별도의 이사회 개최 없이 N 또는 M의 이 사건 합병계획을 따르도록 지시하였으며, J의 감사인 피고 G은 J의 이사들인 위 피고들이 이 사건 합병에 관하여 이사회를 개최하지 않는 것에 대하여 제대로 감사하지 않았다. 따라서 위 피고들은 법령에 위반한 행위를 하였다.

(2) 이 사건 합병 당시 K의 주식가치를 평가하는 데에 사용한 법인세법의 보충평가방법은 K의 주식가치를 현저하게 낮게 평가하는 것으로서, 이는 K 및 그 대주주인 J에게 가장 불리한 방법에 해당한다. J의 이사 또는 감사인 피고 C, D, E, F, I, G은 이 사건 합병 당시 K의 주식가치가 적정하게 평가받을 수 있는 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등을 반영한 평가방법을 통해 K의 주식가치를 적정하게 평가하기 위해 노력했어야 함에도 불구하고 이러한 검토를 전혀 거치지 않았고, 이사회 결의를 거치지 아니한 상태에서 만연히 J의 대표이사가 이 사건 흡수합병에 동의하게 하였으며, 업무집행지시자인 피고 B은 이러한 업무의 집행을 지시하였다. 따라서 J의 이사, 감사 또는 업무집행지시자인 위 피고들은 선량한 관리자의 주의의무를 위반하고 그 임무를 해태하였다.

(3) 정당한 합병비율의 토대가 될 수 있는 K의 적정 주식가치를 산정하기 위해서는 K 주식의 시장가치, 순자산가치, 수익가치 및 영업권과 경영권 프리미엄 등을 종합적으로 고려하여 평가했어야 한다. 특히 그 시장가치는 J가 K의 주식을 최초로 인수한 2004. 7. 2. 당시 1주당 취득가액 13,889원, 또는 2004. 7. 16. K의 유상증자 직후 주식의 평가금액인 10,027원, 또는 2005. 9.

6. N이 K의 주식을 인수할 당시의 1주당 취득가액 9,912원 중의 하나로 평가되었어야 한다. 그런데 J가 동의한 이 사건 합병 당시 K의 1주당 평가액은 1,382원에 불과했다.

(4) 이러한 피고 B, C, D, E, F, I, G의 법령 위반 행위 및 임무 해태로 인해 이 사건 합병 당시 K의 주식가치가 현저히 저평가됨에 따라 이 사건 합병비율이 K의 대주주인 J에게 매우 불리하게 정해졌고, 이로 인해 J가 이 사건 합병 후 L의 주식지분 8.24%만을 보유하게 되는 손해를 입었다. 또한 피고 H은 이 사건 합병 이후 J의 대표이사로 근무하면서 원고로부터 위와 같은 불공정한 합병이 이루어짐으로써 J가 손해를 입은 것을 사후적으로 구제하기 위하여 합병무효의 소를 제기하여 달라는 요청 등을 받았음에도 불구하고, 이를 이행하지 아니하여 이사로서의 선관주의의무를 위반하였고, 이로 인하여 J는 위와 같은 손해를 입었다.

(5) 이로 인한 손해액은 [(정당한 합병비율에 따른 합병 후 J의 주식지분율 - 실제 이 사건 합병 후 J의 주식지분율) × 합병 후 L의 총주식가치]로 산정해야 한다.

(6) 이 사건 합병 당시 K 주식의 적정한 평가액을 J에 가장 유리한 시장가치인 13,889원으로 정하고, 위 (5)항의 산정방식에 따라 J의 손해액을 구하면 그 금액은 24,026,088,613원이 된다. 그러므로 피고 C, D, E, F, H, I는 상법 제399조 제1항에 따라, 피고 B은 상법 제401조의2 제1항 제1호 및 상법 제399조 제1항에 따라, 피고 G은 상법 제414조 제1항에 따라 모두 연대하여 J에게 위 손해액 및 이에 대한 지연손해금을 배상해야 한다.

나. 피고의 주장

(1) J의 입장에서 자회사인 K이 합병당사자인 이 사건 합병에 찬성하는 것은 K 주주총회에서 의결권을 행사하는 것에 불과하고, 이 사건 합병으로 인해 J의 K 주식지분이 '처분'되는 것이 아니라 L 주식지분으로 변경되어 존속하는 것이다. 또한 이 사건 합병 당시에 J가 보유하던 K의 주식가치 등에 비추어 볼 때, 이 사건 주식지분이 J의 '중요한 자산'에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 J가 이 사건 합병에 찬성하는 것은 상법 제393조 제1항이 정하는 '중요한 자산의 처분'에 해당하지 않아 이사회의 결의가 필요한 사항에 해당하지 않는다. 또한 J의 임원진과 K의 임원진이 겹치고 합병당사자회사인 K에서 이사회 결의를 했으므로, J의 이사회 결의가 실질적으로 이루어진 것으로 볼 수도 있다.

(2) J의 이어나 감사 등의 지위에 있던 피고들이 이 사건 합병에 관하여 선량한 관리자의 주의의무

를 위반하여 그 임무를 해태하였다고 볼 수도 없다. 위 피고들은 이 사건 합병에 관한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 신의성실의 원칙에 따라 합리적인 경영상 판단을 하였는데 그 정당성의 근거는 아래와 같다.

(가) 합병당사자 회사인 L과 K은 특수관계자 사이에 이루어진 이 사건 합병절차를 진행하는 과정에서 직·간접적인 방법을 통하여 위 두 회사의 주식가치 평가 등에 관하여 전문성을 가진 회계법인과 법무법인에게 자문을 하였고, 국세청에 대한 질의회신내용 등 필요한 자료들을 검토한 다음, 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조에 따라서 산정되는 위 두 회사의 주식 평가액을 기준으로 합병절차를 진행하기로 합의하였는데, 위와 같은 과정을 거쳐서 이루어진 이 사건 합병합의는 그 절차뿐만 아니라 내용도 정당한 것이다.

(나) 이 사건 합병합의에 의하면, 만일 이 사건 합병 당시 해당 주식의 시가가 분명한 경우에는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 그 주식가치를 평가하고, 이와는 달리 그 당시 해당 주식의 시가가 분명하지 아니한 경우 법인세법의 보충평가방법에 따라서 그 주식가치를 평가하게 된다. 그런데 원고가 주장하는 위 가. (3)항 기재와 같은 K 주식의 매매사례나 평가사례 등은 이 사건 합병시점으로부터 3-4년 전에 이루어진 거래 및 평가에 관한 것이기 때문에, 그 당시 산정된 가액을 이 사건 합병 당시의 시가로 볼 수 없다. 따라서 법인세법의 보충평가방법에 따라서 K의 주식가치를 평가한 것은 이 사건 합병합의를 준수한 것으로서 정당하다(한편, 법인세법의 시가평가방법은 시장가치평가를 우선적으로 고려하고, 법인세법의 보충평가방법은 상증세법 및 그 시행령의 규정을 준용하고 있기 때문에, 이 사건 합병합의에서 선택한 법인세법 및 그 시행령에 따른 주식평가방법은 해당 주식의 시장가치, 순자산가치, 수익가치 등을 종합적으로 고려할 수 있는 합리적인 평가방법 중 하나에 해당한다).

(다) L은 2006. 7. 7. 방송위원회<각주6>로부터 2년 6월 이내에 K과 통합할 것을 조건으로 방송사업재허가를 받았다. 한편, K의 경우, 그 가입자 수가 L의 약 1/3 정도에 불과하였고, 2008. 3. 경 하나로텔레콤과 사이에서 체결한 관로 임차계약이 종료되어 새로운 관로의 확보를 위하여 많은 비용을 지출할 것으로 예상되는 등 이 사건 합병당시 그 경영상황이 매우 좋지 않았다. 그리고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제8조의2 제2항 제3호는 지주회사가 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유할 수 없도록 규정하고 있는데, N은 이 사건 합병 이전까지 지주회사이면서도 자회사에

해당하지 않는 계열회사인 K의 주식지분 25.5%를 보유하고 있었기 때문에 2008. 7. 14.까지 K 주식지분을 처분하지 않으면 시정조치 등의 제재를 당할 수 있는 상황이었다. 합병당사자 회사인 L과 K은 위와 같은 여러 문제점들의 해소, 기존 영업망의 상호보완 및 규모의 경제를 통한 경쟁력 강화 등을 이루기 위하여 이 사건 합병 절차를 진행한 것이므로, 이 사건 합병의 목적 또한 정당하다.

3. 피고 C, D, E, F, I(이하 '피고 C 등'이라 한다)와 피고 G에 대한 청구에 관한 판단

가. J의 이사회 결의를 하지 않은 피고 C 등의 행위의 당부

(1) 이사회의 개최 여부 등

J의 이사인 피고 C 등은 K의 지배주주인 J가 이 사건 합병에 동의하는 것에 관하여 J의 이사회를 개최하지 않은 사실, J의 감사인 G은 피고 C 등이 위와 같이 이사회를 개최하지 않은 상태에서 이 사건 합병에 대한 동의절차를 진행하는 것을 알면서도 이를 문제 삼지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 위 제 1항에서 거시한 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 이를 인정할 수 있다(한편, 피고는 J의 임원진과 K의 임원진이 겹치고 합병당사자 회사인 K에서 이사회 결의를 했으므로 J의 이사회 결의가 실질적으로 이루어진 것으로 볼 수도 있다는 취지로 주장하지만, J와 K은 별개의 법인이고 그 주주의 구성이 일치하지 않아서 이 사건 합병에 관하여 서로 다른 이해관계를 가질 수 있으므로, 위 주장은 받아들이지 않는다).

(2) J가 보유하던 이 사건 주식지분이 '중요한 자산'에 해당하는지 여부

상법 제393조 제1항은 "중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다."라고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 중요한 자산의 처분에 해당하는가 아닌가는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 중요한 자산의 처분에 해당하는 경우에는 이사회가 그에 관하여 직접 결의하지 아니한 채 대표이사에게 그 처분에 관한 사항을 일임할 수 없는 것이므로, 이사회 규정상 이사회 부의사항으로 정해져 있지 아니하더라도 반드시 이사회의 결의를 거쳐야 한다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결 등 참조).

위 제1항에서 거시한 각 증거, 특히 갑 제11, 12, 13호증의 각 기재에 의하면, J가 보유하던 이 사

건 주식지분의 취득원가는 18,968,063,420원이고, 이 사건 합병 무렵인 2008. 9. 30.경 그 장부가액은 12,910,262,148원으로서 그 가액이 상당히 큰 금액인 사실, 2008. 9. 30.경 J의 총자산인 36,831,880,000원 중 이 사건 주식지분이 차지하는 비율은 취득원가를 기준으로 하면 약 51.49%이고, 2008. 9. 30.경 장부가액을 기준으로 하면 약 35.05%인 사실, J가 이 사건 주식지분을 보유하는 목적은 K의 경영권을 확보하기 위한 것인 사실, J와 K이 모두 충북지역의 방송회사인 사실 등이 인정되는데, 위 법리에 비추어 이 사건 사실관계를 살펴보면 이 사건 주식지분은 J의 '중요한 자산'에 해당한다고 보아야 한다.

(3) 이 사건 합병에 동의하는 것에 관하여 J 이사회 결의가 필요한지 여부

상법은 주식회사의 합병에 관하여 합병당사자 회사의 주주총회에서 승인을 얻도록 규정하고 있을 뿐이고, 합병당사자 회사의 주식을 보유한 회사(지분소유회사)가 합병에 동의하는 것에 대하여 이와는 별도로 이사회 결의를 해야 한다는 취지의 명시적 규정을 두고 있지는 아니하다. 그러나 상법 제393조 제1항에서 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지'만을 이사회의 결의가 필요한 업무집행으로 한정하지 않고, 위와 같이 예시된 업무내용 다음에 '등'이라는 문구를 추가하고 있는 점 등을 비롯한 해당 법조문의 규정 형식 및 내용에 비추어 볼 때, 최소한 거기에 예시된 업무내용과 유사한 정도의 중요성을 가지는 업무집행에 관하여는 이사회의 결의가 필요하다고 보아야 한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 주식지분은 J의 '중요한 자산'에 해당하는 점, J가 이 사건 합병에 동의하면 J의 K에 대한 이 사건 주식지분이 L에 대한 주식지분으로 변경되어 J는 K의 지배주주로서 가지고 있던 경영권을 상실하는 대신 L의 소수주주로 전환되어 J의 K에 대한 지배구조가 변경되는 점 등 이 사건 사실관계에 비추어 보면, J의 입장에서 이 사건 합병에 동의하는 것은 상법 제393조 제1항에 규정된 이사회의 결의가 필요한 업무집행이라고 볼 수 있으므로, 이에 관하여 J의 이사회의 결의를 거쳤어야 한다고 봄이 상당하다.

(4) 소결론

그렇다면 J가 K의 지배주주로서 이 사건 합병에 동의하기 위해서는 상법 제393조 제1항에 따라 이사회의 결의를 거쳤어야 함에도 불구하고, 피고 C 등은 이사회를 개최하지 않고 대표이사인 피고 C에게 이 사건 합병에 동의하는 것을 일임함으로써 법령에 위반하는 행위를 하였다고 볼 수 있다.

또한 피고 G은 J의 감사로서 상법 제412조에 따라 이사인 피고 C 등의 직무 집행을 감사하고 회사의 업무를 조사해야 하는데, 이 사건 합병의 진행사실을 알면서도 위 감사 및 조사를 게을리 하여 피고 C 등의 위와 같은 법령 위반행위를 방치함으로써 그 임무를 해태하였다.

나. 피고 C 등의 주식가치 평가에 관한 임무해태 여부

(1) 비상장회사의 합병 당시 주식가치 평가에 관한 이사들의 선관주의의무

회사가 소유하는 자산을 매각하는 때에는 처분이익을 극대화하거나 처분손실을 극소화하는 방향으로 거래가격을 결정하여야 할 것이므로 비상장주식을 매도하는 경우에 있어서 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 방법(순자산가치방식, 수익가치방식, 유사업종비교방식 등)에 의하여 평가한 가액을 토대로, 당해 거래의 특수성을 고려하여 객관적 교환가치를 반영한 적정 거래가액을 결정하여야 할 것인바, 회사가 소유하고 있는 비상장주식을 매도하는 업무를 담당하는 이사들이 당해 거래의 목적, 거래 당시 당해 비상장법인의 상황, 당해 업종의 특성 및 보편적으로 인정되는 평가방법에 의하여 주가를 평가한 결과 등 당해 거래에 있어서 적정한 거래가액을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 회사의 최대이익을 위하여 거래가액을 결정하였고, 그러한 거래가액이 당해 거래의 특수성을 고려하더라도 객관적으로 현저히 불합리하지 않을 정도로 상당성이 있다면 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 볼 수 있을 것이나, 그러한 합리성과 상당성을 결여하여 회사가 소유하던 비상장주식을 적정가액보다 훨씬 낮은 가액에 매도함으로써 회사에게 손해를 끼쳤다면 그로 인한 회사의 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결 등 참조). 같은 맥락에서, 비상장회사들의 합병에 관하여 그 합병비율을 결정하기 위하여 위 회사들의 주식가치를 평가하는 과정에서 담당 이사들이 그 주식가치를 객관적으로 현저히 불합리한 가액으로 평가하여 회사에 손해를 끼쳤다면 그로 인한 회사의 손해를 배상할 책임이 있다고 볼 수 있지만, 이와는 달리 위와 같은 주식평가방법이 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 볼 수 없는 경우에는 담당 이사들이 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다고 할 수 없다.

위 법리에 비추어 보면, 이 사건 합병 당시 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조에 따라서 산정되는 K 주식의 평가액과 L 주식의 평가액을 기준으로 합병 절차를 진행하기로 약정한 '이 사건 합병

합의' 자체가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여한 것임에도 불구하고, 피고 C 등이 이에 관하여 충분한 검토를 하지 않은 채 위와 같은 주식평가를 그대로 반영한 이 사건 합병비율 등에 동의함으로써 J에 손해를 끼쳤다면, 피고 C 등은 J에 대하여 손해배상책임을 부담한다고 볼 수 있다. 그리고 이 사건 합병합의 자체에는 별다른 문제가 없는 경우에도, L 주식에 대해서는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하면서 K 주식에 대해서는 법인세법의 보충평가방법에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가한 것이 이 사건 합병합의에 위배되는 등 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여한 것임에도 불구하고 피고 C 등이 이에 관하여 충분한 검토를 하지 않은 채 위와 같은 주식평가를 그대로 반영한 이 사건 합병비율 등에 동의함으로써 J에 손해를 끼쳤다면, 이를 이유로 피고 C 등에 대한 손해배상책임을 인정할 수 있을 것이다.

반면에, 이 사건 합병합의가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 볼 수 없고, L 주식에 대해서는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하면서 K의 주식가치에 대해서는 법인세법의 보충평가방법에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가한 것이 이 사건 합병합의를 준수한 것으로서 현저하게 불공정한 결과를 초래하지도 않았다면, 이 사건 합병에 동의한 피고 C 등이 J의 이사로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다고 보기는 어려울 것이다.

(2) 이 사건 합병합의가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였는지 여부

(가) 합병가액 및 합병비율 산정과 관련된 법리

흡수합병시 존속회사가 발행하는 합병신주를 소멸회사의 주주에게 배정·교부함에 있어서 적용할 합병비율을 정하는 것은 합병계약의 가장 중요한 내용이고, 그 합병비율은 합병할 각 회사의 재산 상태와 그에 따른 주식의 실제적 가치에 비추어 공정하게 정함이 원칙이며, 만일 그 비율이 합병할 각 회사의 일방에게 불리하게 정해진 경우에는 그 회사의 주주가 합병 전 회사의 재산에 대하여 가지고 있던 지분비율을 합병 후에 유지할 수 없게 됨으로써 실질적으로 주식의 일부를 상실케 되는 결과를 초래할 것이므로, 현저하게 불공정한 합병비율을 정한 합병계약은 사법관계를 지배하는 신의성실의 원칙이나 공평의 원칙 등에 비추어 무효라 할 것이고, 따라서 합병비율이 현저하게 불공정한 경우 합병할 각 회사의 주주 등은 상법 제529조에 의하여 소로써 합병의 무효를 구할 수 있다 할 것이다. 다만, 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를

고려하여 결정되어야 하는 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정할 수 없고, 그 제반 요소의 고려가 합리적인 범위 내에서 이루어졌다면 결정된 합병비율이 현저하게 부당하다고 할 수 없으므로, 합병당사자 회사의 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).

(나) 이 사건 합병합의 자체에 관한 쟁점과 일반적인 기업가치 평가방법 등

1) 쟁점

이 사건의 가장 중요한 쟁점은 이 사건 합병 당시 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조에 따라서 산정되는 K 주식의 평가액과 L 주식의 평가액을 기준으로 합병절차를 진행하기로 약정한 '이 사건 합병합의'가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여한 것인지 여부, 즉 이 사건 합병합의를 토대로 하여 위 두 회사의 주식에 대한 가치평가를 하는 경우에는 그 자체로 현저하게 불공정한 합병비율이 초래되는지 여부이다.

2) 일반적인 기업가치 평가방법의 유형별 예시

가) 자산가치 평가방법

자산가치 평가방법은 기업이 현재 보유하고 있는 총자산을 기업가치로 보고 순자산의 가치를 자기 자본의 가치로 평가하는 방법이다. 자산가치 평가방법은 비교적 단순하고 객관적이라는 장점을 가지고 있으나, 기업이라는 실체가 미래의 수익 또는 현금흐름창출을 목적으로 존재하는 영속체임에도 불구하고 그 미래의 수익창출능력을 반영하지 못하는 단점을 가지고 있다.

나) 수익가치 평가방법

수익가치 평가방법은 기업의 현재 재무상황 보다는 '기업이 보유한 유·무형의 자산을 가지고 향후에 얼마만큼의 수익(또는 현금흐름)을 실현시킬 수 있는가'라는 관점에서 미래의 수익창출능력을 기업가치로 평가하는 방법으로서, 영업이익할인법, 순이익할인법, 현금흐름할인법 등이 있다. 대표적 수익가치 평가방법인 현금흐름할인법(DCF법)은 이론적으로 우수한 방법이나, 기업가치를 평가하는 과정에서 고려하여야 할 요소(미래순현금흐름, 할인율, 계속기업가치)가 너무 많고 이러한 요소

의 결정시 주관이 개입될 여지가 있다는 단점이 있다.

다) 시장가치 평가방법

자산가치와 수익가치가 평가대상 기업의 고유한 재무상황 및 수익창출능력만을 가지고 기업가치를 평가하는 가치 개념이라면, 시장가치는 이런 기업의 재무상황과 미래 수익창출 가능성을 기초로 시장 메카니즘을 통해 형성되는 기업의 가치이다. 상장기업의 경우 증권시장에서 주식가격이 형성되는데, 이러한 증권시장에서의 주가는 바로 주식발행기업의 시장가치가 된다. 비상장기업의 시장가치는 증권시장을 통해 형성될 여지가 없기 때문에 객관적인 시장가치는 존재하지 않고, 이에 관하여 예컨대 동일한 업종에 속하고 규모가 비슷한 상장기업의 주가를 이용하여 상대적인 시가(상대가치)를 산정해 볼 수 있는데, 이러한 경우 비교대상이 되는 상장기업을 선정하는 과정에서 평가자의 주관에 의존하게 되는 단점이 있다.

라) 상증세법에 따른 평가방법

상증세법 제63조 및 그 시행령 제54조 내지 제56조를 준용하여 비상장주식의 가치를 평가하는 방법으로서, 시장가치평가를 우선하고 시장가치가 없는 경우 보충적인 평가방법으로 순순익가치와 순자산가치를 각각 3과 2로 하여 가중산술 평균한 가액으로(단, 부동산 과다보유법인은 2와 3으로 가중평균) 산정한다. 상증세법상 평가방법은 평가방법이 법에 규정되어 있고 과거자료로 평가하므로 평가자의 주관적 판단이 배제되어 평가결과의 왜곡가능성이 낮고 검증이 가능하므로 객관적이라는 장점이 있으나, 과거자료에 의존하고 미래가치가 배제되므로 성장이 예상되는 기업의 가치를 적절히 반영하지 못한다는 단점이 있다.

3) 이 사건 합병합의가 객관적으로 상당성과 합리성을 현저히 결여하였는지 여부

가) 이 사건 합병합의의 내용

이 사건 합병 당시 합병당사자 회사인 L과 K은 법인세법 제52조 제1항 및 그 시행령 제87조에 규정된 특수관계자에 해당하였고, 위 두 회사는 특수관계자 사이에서 이루어지는 이 사건 합병에 관하여 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조에 따라서 산정되는 위 두 회사의 주식가치에 대한 평가액을 기준으로 합병 절차를 진행하기로 합의한 사실은 앞서 본 바와 같다.

나) 이 사건 합병합의가 이루어진 배경 및 그 적정성 등에 대한 검토

앞서 제1항에서 거시한 각 증거와 변론 전체의 취지 등을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을

위 (가)항 기재 판례의 법리에 비추어 보면, 이 사건 합병합의 자체가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 단정할 수는 없다.

① 상법은 회사합병의 요건 및 효과를 정한 일반법이라 할 것이지만, 합병비율 산정의 구체적인 방법과 기준 등에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있고[위 (가)항 기재 판례 참조, 합병당사자 회사들이 모두 비상장회사에 해당하는 경우 다른 특별법의 규율을 받지도 않는다], 상법 제530조 제2항, 제240조, 제189조에 의하면 합병무효의 소에 관하여 설립무효의 소 등에 관한 재량기각 규정이 준용되고 있는바, 위와 같은 관련 법규의 입법취지 및 규정내용 등에 비추어 볼 때, 모두 비상장회사에 해당하는 합병당사자 회사들은 상호간의 합의에 따라 합병비율을 결정하는 것이 원칙적으로 허용되고, 다만 법적 안정성 등의 제반사정을 참작하여 보더라도 그 합병비율의 불공정성이 도저히 허용될 수 없을 만큼 현저한 경우에만 합병무효의 사유에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 비상장회사에 해당하는 L과 K은 이 사건 합병 절차를 진행하는 과정에서 원칙적으로 상호간의 합의에 의하여 해당 주식들의 가치를 합리적으로 평가할 수 있는 다양한 평가방법 중 하나를 선택할 수 있다고 보아야 한다.

② 방송위원회는 2006. 7. 7.경 청주시, 충북 청원군, 영동군, 옥천군, 보은군을 방송구역으로 하는 L과 K이 동일계열 종합유선방송사업자이므로, 경영의 효율성을 높이기 위하여 L과 K이 통합해야 할 필요성이 있음을 인정하고, 이를 전제로 하여 L에 대한 종합유선방송사업자 재허가를 하면서 "동일구역 종합유선방송사업자와 허가일로부터 2년 6월 이내 통합"하도록 하는 조건을 부과하였는데, L이 위 재허가조건을 이행하지 아니한 경우 시정명령, 허가취소 등의 제재를 받을 수 있는 상태였으며, 같은 기업집단 내에 속해 있던 K이 나중에 방송통신위원회로부터 재허가를 받아야 하는 경우에도 이와 유사한 조건이 부과될 개연성이 상당히 높은 상태였다<각주7>. 한편 K의 경우, 그 가입자 수가 L의 약 1/4 내지 1/3 정도에 불과하였고,<각주8> 2004사업연도에는 약 16억 4,100만원의, 2005사업연도에는 약 18억 3,500만원의, 2006 사업연도에는 약 2억 5,700만원의 각 당기순손실을 기록하였으며, 2007 사업연도에는 약 2억 800만원의 당기순이익을 기록하였으나, 2008. 3.경 하나로텔레콤과 사이에서 체결한 관로 임차계약이 종료되어 하나로텔레콤으로부터 2008. 3. 6.과 2008. 5. 29. 등 2차례에 걸쳐서 관로 시설물에 대한 승인취소 및 원상복구 등을 요청받고 있었기 때문에 새로운 관로를 확보해야 할 필요성이 있었고, 나아가 향후 디지털방송 서

비스를 제공하기 위해서는 새로운 전송망을 확보해야 하는 등 기본적인 설비에 관하여 상당한 규모의 추가지출이 예상되는 상황이었다. 그리고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제8조의2 제2항 제3호는 지주회사가 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유할 수 없도록 규정하고 있는데, N은 이 사건 합병 이전까지 지주회사이면서도 자회사에 해당하지 않는 계열회사인 K의 주식지분 25.5%를 보유하고 있었기 때문에 2008. 7. 14.까지 K 주식지분을 처분하지 않는 경우 같은 법 제16조에 따라 시정조치를 받을 가능성이 있었다.<각주9> K과 L은 위와 같은 여러 문제점의 해소, 기존 영업망의 상호보완 및 규모의 경제를 통한 경쟁력 강화 등을 이루기 위하여 이 사건 합병 절차를 진행한 것이므로, 이 사건 합병의 목적은 정당하다.

③ 그런데 비상장회사인 L과 K이 합병을 추진하는 경우 적절한 합병비율을 산정하는 과정에서 여러 가지 어려움이 발생할 수 있기 때문에, M 기업집단에서 주도적인 역할을 하던 M은 전문성을 가진 법무법인 등에 대하여 같은 기업집단에 속해 있는 위 두 회사 간의 합병을 추진하는 경우 법인세법 소정의 부당행위계산 부인규정이 적용되지 않으면서 적정한 합병비율을 도출할 수 있는 주식가치 평가방법 등에 관한 참고의견을 제시하여 줄 것을 요청하였고, 그 과정에서 관련 세법의 적용에 관하여 불확실한 부분에 관하여는 법무법인에서 보유하고 있는 국세청에 대한 질의회신 내용을 제공받는 등 필요한 정보를 수집·조사한 다음 이를 검토하는 작업을 하였으며,<각주10> N도 여러 차례에 걸쳐서 회계법인에 대하여 L과 K의 합병과 관련하여 합병일정 및 세부절차, 합병 관련 회계 및 세무사항, 두 회사의 주식가치평가 등에 관한 전반적인 참고의견과 K의 주식평가 등에 관한 참고의견을 제시하여 달라고 요청한 다음, 회계법인에서 제출한 보고서 등을 검토하였고,<각주11> L과 K은 이러한 검토결과 등을 토대로 하여 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조에 따라서 산정되는 위 두 회사의 주식가치 평가액을 기준으로 합병 절차를 진행하기로 하는 이 사건 합병합의를 하였다.

④ 법인세법 제52조 및 그 시행령 제87조 내지 제89조는 특수관계자에 해당하는 회사들이 합병하면서 위 법령이 허용하지 않는 방법으로 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정된 경우에는 관할 세무서장이 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하, '부당행위계산'이라 한다)을 부인할 수 있도록 규정하고 있다.

⑤ 그리고 법인세법 제52조 제2항은 위와 같은 부당행위계산 부인규정의 적용 여부를 판단하기 위

하여 합병당사자 회사들의 주식의 가치를 평가할 때에는 우선 "건전한 사회통념 및 상관행과 특수관계자가 아닌 자간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(요율·이자율·임대료 및 교환비율 기타 이에 준하는 것을 포함하는데, 관련 법령에서 '시가'라고 칭한다)"을 기준으로 하도록 규정하고 있고, 법인세법 시행령 제89조 제1항은 위와 같은 '시가'에 관하여 '당해 거래와 유사한 상황에서 당해 법인이 특수관계자 외의 불특정다수인과 계속적으로 거래한 가격 또는 특수관계자가 아닌 제3자 간에 일반적으로 거래된 가격이 있는 경우에는 그 가격(주권상장법인 및 코스닥상장법인이 발행한 주식을 「한국증권선물거래소법」에 따른 한국증권선물거래소에서 거래한 경우 해당 주식의 시가는 그 거래일의 한국증권선물거래소 최종 시세가액)'에 의하여 결정하도록 규정하고 있으며, 법인세법 시행령 제89조 제2항은 해당 주식의 시가가 불분명한 경우에는 상증세법 제38조 내지 제39조의2 및 같은 법 제61조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액을 기준으로 하도록 규정하고 있다.

⑥ 만일 L과 K이 법인세법 및 그 시행령에서 규정하고 있는 주식평가방법에 따르지 않고 다른 평가방법에 근거하여 주식가치를 평가하여 합병비율을 정하는 경우, 부당행위계산의 부인대상에 해당한다는 이유로 과세당국으로부터 이 사건 합병과 관련하여 추가적인 세금을 부과 당할 위험성이 있었다.

이 사건 합병의 경우와 유사하게 유선방송업종에 속하는 비상장회사들이 2005. 1. 1.부터 2010. 10. 31.까지 특수관계자 사이에서 합병 절차를 진행한 사례들을 살펴보면, 대부분 법인세법 및 그 시행령에서 규정하고 있는 주식평가방법을 토대로 해당 주식의 가치를 평가한 다음 합병비율을 정하였음을 알 수 있는데, <각주12> 이러한 조치는 부당행위계산의 부인에 관한 법인세법 및 그 시행령의 규정을 토대로 하여 합병비율을 정하는 것이 합병당사자 회사들 모두에게 실질적으로 이익이 된다는 경영상의 판단에서 비롯된 것으로 보인다. L과 K이 주식평가에 관하여 여러 가지 선택 가능한 합리적인 대안들 중에서 법인세법 및 그 시행령에 따른 평가방법을 선택하는 내용의 이 사건 합병합의를 한 것도 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

⑦ 회사의 합병 또는 영업양도 등에 반대하는 주주가 회사에 대하여 비상장 주식의 매수를 청구하는 경우 그 주주는 매수청구권의 행사로 인하여 주주의 지위를 상실하기 때문에, 그 주식에 관하여 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있으면 그 거래가격을 시가로 보아 주

식의 매수가액을 정하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없으면 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 시장가치방식, 순자산가치방식, 수익가치방식 등 여러 가지 평가방법을 활용하되, 비상장주식의 평가방법을 규정한 관련 법규들은 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있으므로, 어느 한 가지 평가방법(예컨대, 증권거래법 시행령 제84조의7 제1항 제2호의 평가방법이나 상속세 및 증여세법 시행령 제54조의 평가방법)이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 당해 회사의 상황이나 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 공정한 가액을 산정하여야 하며, 회사의 발행주식을 회사의 경영권과 함께 양도하는 경우 그 거래가격은 주식만을 양도하는 경우의 객관적 교환가치를 반영하는 일반적인 시가로 볼 수는 없고(대법원 1989. 7. 25. 선고 88누9565 판결 참조), 이러한 경우 비상장법인의 순자산가액에는 당해 법인이 가지는 영업권의 가액도 당연히 포함된다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두9322 등 판결, 대법원 2006. 11. 24.자 2004마1022 결정 참조). 그런데 합병비율을 결정하는 데에 있어서 합병의 목적, 존속회사와 소멸회사의 가치, 산업환경 등 여러 가지 제반 요소들을 고려하는 점에 비추어 볼 때, 영업권이나 경영권 프리미엄이 합병비율을 결정하는 데에 있어서 종합적인 고려사항 중 하나가 될 수는 있다. 그러나 소멸회사의 주주가 흡수합병 자체에 대해서는 반대하지 않은 채 그 합병비율이 잘못되었다고 다투는 경우, 소멸회사의 주주가 존속회사에서의 주주 지위를 그대로 유지하고 있는 상태에서 소멸회사의 조직이 존속회사에 흡수됨으로써 합병으로 인하여 시너지 효과가 발생하는 등 존속회사의 가치에 변화가 생기기 때문에[위 (가)항 기재 판례 참조], 주식매수청구권이 행사되는 경우와 동일한 법리가 적용된다고 보기는 어렵고, 합병 이전의 시점을 기준으로 하는 소멸회사의 영업권과 경영권 프리미엄이 언제나 합병비율에 중대한 영향을 미치는 독립적 평가요소가 된다고 단정할 수도 없다. 그리고 소멸회사와 존속회사의 주식가치를 평가하는 경우에는 형평성 등을 고려하여야 할 것인데, 만일 합병 이전의 시점을 기준으로 하는 소멸회사의 영업권이나 경영권 프리미엄을 위와 같은 독립적 평가요소로 파악하게 되면 사안에 따라서 합병으로 인한 조직변경 및 이로 인한 시너지 효과와 같은 복잡한 법률관계 등과 쉽게 조화되지 않을 수도 있고, 합병당사자 회사들이 상호 간의 합의에 따라 합병 비율을 결정한다는 일반원칙에 위배되는 결과를 초래할 수도 있다[예를 들어, 흡수합병에 관한 합병비율을 산정하는 과정에서 영업권과 경영권 프리미엄을 고려하는 경우, 형평의 원칙 등에 비추어 볼 때 합병 이전의 소멸회사의 영업권과 경영권 프리미엄만을 고려할 수는 없고, 당연히 합

병 이전의 존속회사의 영업권과 경영권 프리미엄, 합병 이후의 존속회사의 영업권과 경영권 프리미엄 등을 모두 고려해야 하기 때문에 해당 주식의 가치를 산정하는 방법이 매우 복잡하게 될 수밖에 없는데, 위 (가)항 기재 판례의 법리에 비추어 볼 때, 위와 같이 복잡한 평가방법을 제외한 나머지 평가방법들은 모두 현저하게 불공정한 것으로 간주된다고 할 수는 없을 것이다]. 결국 비상장회사들이 합병당사자로서 합병비율을 정하기 위하여 합병가액을 산정하는 경우 각자의 재산적 가치를 합리적으로 산정할 수 있는 다양한 평가방법 중 하나의 방법을 선택하는 것이 원칙적으로 허용된다고 할 수 있다. 상법은 위와 같은 사안에 관한 합병비율의 산정의 구체적 방법이나 기준 등에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있고, 나아가 합병비율은 자산가치 이외에 시장가치, 수익가치, 상대가치 등의 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 하는 만큼 엄밀한 객관적 정확성에 기하여 유일한 수치로 확정될 수 없으며, 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 수는 없기 때문이다[위 (가)항 기재 판례 참조]. 그렇다면 L과 K이 이 사건 합병합의를 하면서 영업권과 경영권 프리미엄을 합병 비율 산정에 관한 독립적 평가요소로 파악하지 않고 비상장주식의 가치평가에 관하여 광범위하게 통용되고 있는 평가방법 중의 하나인 법인세법 및 그 시행령에 따른 평가방법을 적용하기로 약정하였다는 사정만으로 이 사건 합병합의가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저하게 결여하였다고 단정할 수는 없다.

(3) K과 L이 이 사건 합병합의를 준수하였는지 여부

(가) 쟁점

이 사건 합병합의 자체에 별다른 문제가 없다는 점은 위 (2)항에서 살펴본 바와 같다. 그렇지만 만일 L 주식에 대해서는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하면서 K 주식에 대해서는 법인세법의 보충평가방법에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가한 것이 이 사건 합병합의에 위배되는 등 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여한 것이라면 여전히 피고 C 등의 손해배상책임을 인정할 여지가 있으므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴본다.

(나) L의 주식가치에 대한 평가방법에 관하여

1) 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제1항에 의하면, 비상장주식에 관하여 건전한 사회통념

및 상관행과 특수관계자가 아닌 제3자 간의 정상적인 거래에서 적용된 거래가격이 있는 경우 이를 '시가'로 보고, 이를 기준으로 주식가치를 산정해야 한다고 규정되어 있는 점, N이 2008. 1. 25. 주식회사 자화전자 등으로부터 L의 주식 5,326,000주를 1주당 1,700원에 매수한 적이 있는데, 합병당사자 회사인 L과 K은 이 사건 합병합의를 하면서 위 거래가격을 이 사건 합병 당시의 '시가'로 볼 수 있다고 판단하고, 법인세법의 시가평가방법에 따라서 L 주식의 1주당 가치를 1,700원으로 산정하였다는 점 등은 앞에서 본 바와 같다.

2) 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제1항의 규정 내용과 갑 제8호증, 을 제11호증의 1, 을 제12호증의 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① N에게 2008. 1. 25. L의 주식을 매도한 주식회사 자화전자 등은 합병당사자 회사인 L과 K의 특수관계자가 아닌 제3자에 해당한다는 점, ② 위 ①의 거래일자가 이 사건 합병합의 시점인 2008. 8.경보다 약 7개월 이전인 점, 매매계약의 일방 당사자가 제3자인 점 등을 건전한 사회통념 및 상관행에 비추어 볼 때 비상장 주식인 L 주식에 관한 위 ① 거래사례를 정상적인 거래에 해당한다고 보고, 위와 같은 정상적인 거래에서 적용된 거래가격을 이 사건 합병합의 당시의 '시가'로 파악한 L과 K의 판단이 객관적으로 합리성과 상당성을 결여한다고 볼 수는 없는 점, ③ L과 K의 위 ②와 같은 판단은 시가를 산정하여야 할 자산이 비상장법인의 주식인 경우 당해 주식의 '시가'는 그 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하였다고 인정되는 매매의 실례가 있고, 위 매매가액이 불특정 다수인간에 자유로이 거래가 되는 경우에 통상 성립된다고 인정되는 가액인 때에는 그 가액에 의할 수 있다는 국세청의 질의회신 내용(을 제12호증의 3, 기록 467쪽)에 부합한다고 볼 수 있는 점 등을 종합적으로 살펴보면, L과 K이 법인세법의 시가평가방법에 따라서 L 주식의 1주당 가치를 1,700원으로 평가한 것은 법인세법 및 그 시행령을 따르기로 약정한 이 사건 합병합의를 준수한 것으로서, 이러한 평가가 객관적으로 합리성과 상당성을 결여하였다고 볼 수 없다.

(나) K의 주식가치에 대한 평가방법에 관하여

1) 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제2항에 의하면, 비상장주식에 관하여 시가가 불분명한 경우에는 상증세법 제38조 내지 제39조의2 및 같은 법 제61조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액을 기준으로 하도록 규정되어 있는 점, 합병당사자 회사인 L과 K은 이 사건 합병 당시 K 주식의 시가를 산정할 수 있는 근거가 없어서 시가가 불분명하기 때문에 법인세법 시행령 제89조

제1항을 적용할 수 없다고 보고, 법인세법의 보충평가방법에 따라서 K 주식의 1주당 가치를 1,382 원으로정하였다는 점 등은 앞에서 본 바와 같다.

2) 원고가 주장하는 과거의 매매 및 평가사례에 나타난 가격을 이 사건 합병 당시의 '시가'로 볼 수 있는지 여부

원고는 이 사건 합병당시 K 주식의 시가에 관하여, J가 K의 주식을 최초로 인수한 2004. 7. 2. 당시 1주당 취득가액 13,889원, 또는 2004. 7. 16. K의 유상증자 직후 주식의 평가금액인 10,027 원, 또는 2005. 9. 6. N이 K의 주식을 인수할 당시의 1주당 취득가액 9,912원 중의 하나로 평가 되었어야 한다고 주장한다.

살피건대, 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제1항에 의하면, 비상장주식에 관하여 건전한 사회통념 및 상관행과 특수관계자가 아닌 제3자 간의 정상적인 거래에서 적용된 거래가격이 있는 경우 이를 '시가'로 보고, 이를 기준으로 주식가치를 산정해야 한다고 규정되어 있는데, 위 제1항에서 거시한 각 증거와 을 제12호증의 3, 15, 18, 19, 21호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고가 주장하는 위 매매사례나 평가사례 등은 이 사건 합병의 당시인 2008. 8.경부터 3년 내지 4년 이전에 이루어진 거래 및 평가에 관한 것으로서, 건전한 사회통념 및 상관행에 비추어 볼 때 위와 같이 오래된 과거의 사례들에서 나타난 가격을 곧바로 이 사건 합병 당시인 2008. 8.경 K 주식의 '시가'로 보기는 어려운 점, ② 국세청의 질의회신(을 제 12호증의 3, 기록 465쪽 이하)에 의하면, 비상장주식의 시가결정과 관련하여 특수관계자 간의 비상장주식 거래에 있어 법인세법 제52조의 부당행위계산 부인규정 적용 여부를 판단하기 위한 당해 거래주식의 '시가'라 함은 법인세법 시행령 제89조 제1항 및 제2항의 규정을 순차적으로 적용한 가액을 말하는 것으로서, 해당 주식의 취득일과 현물출자일 사이의 기간이 1년 2개월이 되는 경우 취득일의 시가를 현물출자일의 시가로 볼 수 없다는 취지가 기재되어 있는 점, ③ K은 2004사업연도에는 약 16억 4,100만 원의, 2005 사업연도에는 약 18억 3,500만 원의, 2006사업연도에 약 2억 5,700만 원의 각 당기순손실을 기록하였으며, 2007사업연도에는 약 2억 800만 원의 당기순이익을 기록하였으나, 2008. 3.경 하나로텔레콤과 사이에서 체결한 관로임차계약이 종료되어 하나로텔레콤으로부터 2008. 3. 6.과 2008. 5. 29. 등 2차례에 걸쳐서 관로 시설물에 대한 승인취소 및 원상복구 등을 요청받고 있었기 때문에 새로운 관로를 확보해야 할 필요성이 있었고, 나아가 향후 디

지털방송 서비스를 제공하기 위해서는 새로운 전송망을 확보해야 하는 등 이 사건 합병 당시 기본적인 설비에 관하여 상당한 규모의 추가지출이 예상되는 상황이었는데, 이와 같이 2004년경부터 이 사건 합병합의가 이루어진 2008. 8.경까지 약 3-4년의 기간 동안 K의 유선방송 사업환경 및 제반 경제상황에 여러 변화가 있었던 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고가 주장하는 2004년과 2005년의 매매 및 평가사례에 나타난 가격을 이 사건 합병 당시 K 주식의 '시가'로 보기는 어렵고, 원고가 제출한 모든 증거를 살펴보아도 법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제1항에 따라서 K 주식의 이 사건 합병 당시 '시가'를 산정할 수 있는 증거자료는 발견할 수 없다.

그렇다면 L과 K이 이 사건 합병 당시 K 주식의 '시가'가 불분명하기 때문에 법인세법 시행령 제89조 제1항을 적용할 수 없다고 판단한 것은 이 사건 합병합의를 준수한 것으로서, 이를 객관적으로 합리성과 상당성을 결여한 것이라고 볼 수는 없다.

3) 법인세법의 보충평가방법에 따른 주식가치 산정의 적정성 여부

법인세법 제52조 및 그 시행령 제89조 제2항에 의하면, 비상장주식에 관하여 시가가 불분명한 경우에는 상증세법 제38조 내지 제39조의2 및 같은 법 제61조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액을 기준으로 하도록 규정되어 있는데, 갑 제8호증, 을 제46호증의 각 기재와 이 법원의 감정인 R에 대한 감정평가결과 등을 종합하여 보면, 이 사건 합병 당시를 기준으로 하여 법인세법의 보충평가방법을 적용한 K 주식의 1주당가치는 1,382원인 사실이 인정되고, 위와 같은 법인세법의 보충평가방법에 따른 K 주식가치 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상 수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정이 있었다는 점을 인정할 증거는 없다.

4) 소결론

그렇다면 합병당사자 회사인 L과 K이 L 주식의 1주당의 가치를 1,700원으로 평가하고, K 주식의 1주당 가치를 1,382원으로 평가한 것은 모두 이 사건 합병합의를 준수한 것이고, 이를 토대로 하여 이 사건 합병비율을 1 : 0.8129로 결정한 것을 객관적으로 합리성과 상당성을 결여하여 현저히 불공정한 것이라고 볼 수도 없다.

(4) 이 사건 합병비율이 K에게 가장 불리한 방법에 따라서 결정되었다는 원고의 주장 등에 대하여

(가) 원고의 주장요지

L과 K은 K에게 가장 불리한 주식평가방법을 통하여 K의 주식가치를 현저하게 낮게 산정하였고, 이

를 토대로 산정된 이 사건 합병비율 1 : 0.8129는 K에게 현저하게 불공정한 결과를 초래하였다.

(나) K에게 가장 불리한 주식평가방법을 선택하였는지 여부 등

이 사건 합병합의 자체가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 볼 수 없는 점, K와 L이 이 사건 합병합의에 따라 L 주식을 법인세법의 시가평가방법으로 평가하고 K 주식을 법인세법의 보충평가방법으로 평가한 것도 객관적으로 합리성과 상당성을 구비한 것인 점 등은 앞서 본 바와 같다.

나아가 앞에서 거시한 각 증거와 변론 전체의 취지 등을 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 위에서 본 바와 같이 상법 등 관련 법규의 입법취지 및 규정내용에 비추어 볼 때, 모두 비상장회사에 해당하는 합병당사자 회사들은 상호간의 합의에 따라 합병비율을 결정하는 것이 원칙적으로 허용되고, 다만 법적 안정성 등의 제반사정을 참작하여 보더라도 그 합병비율의 불공정성이 도저히 허용될 수 없을 만큼 현저한 경우에만 합병무효의 사유에 해당하기 때문에, 비상장회사인 L과 K은 원칙적으로 이 사건 합병절차를 진행하는 과정에서 상호간의 합의에 의하여 해당 주식들의 가치를 합리적으로 평가할 수 있는 다양한 평가방법 중 하나를 선택할 수 있는데, ㉡ 이 법원의 감정한 R에 대한 감정평가결과에 근거하는 경우, 위에서 살펴본 여러 유형별 기업가치의 평가방법을 토대로 하여 이 사건 합병에 관하여 합리적으로 상정할 수 있는 합병비율의 범위는 1 : 1.7475(4자리 이하는 반올림, 이하 같다)부터 1 : 0.2957까지이고, <각주13> ㉢ 삼일회계법인의 합병검토보고서(갑 제8호증, 기록 120쪽; 갑 제37호증, 기록 256쪽)에 근거하는 경우 1 : 1.8421부터 1 : 0.0884까지이며, <각주14> ㉣ 한영회계법인 감정보고서(을 제46호증)에 근거하는 경우 1 : 0.8353부터 1 : 0.1772까지이므로, <각주15> 이 사건 합병비율인 1 : 0.8129는 위 ㉡ 감정평가결과, ㉢ 합병검토보고서 ㉣ 감정보고서 등에 근거한 합리적인 상정 범위에서 벗어나지 않은 점, ② 위 ①의 ㉡ 감정평가결과, ㉢ 합병검토보고서 ㉣ 감정보고서 등에 근거하여 L 주식의 1주당 가치를 법인세법의 보충평가방법으로 평가하였을 경우, 그 1주당 가치가 2,624원이 되어 법인세법의 보충평가방법에 따른 K 주식의 1주당 가치인 1,382원에 비하여 약 1.89배 정도 높은 액수가 되는데, 만일 L 주식의 1주당 가치를 2,624원으로 보고 K 주식의 1주당가치를 1,382원으로 산정한 다음 이를 토대로 합병비율을 정하였을 경우 그 비율은 1 : 0.5267이 되기 때문에, 이 사건 합병비율인 1 : 0.8129에 비하여 K에게 훨씬 불리한 결과를 초래하는 점, ③ 이 사건 합병비율에 관련하여

여, 관점에 따라서는 L 주식과 K 주식 양자에 대하여 모두 법인세법의 보충평가방법을 적용하여 주식가치를 평가하는 것이 형평의 원칙에 부합하는 것으로서 공정한 결과를 가져온다는 주장이 제기될 수도 있는데, <각주16> 그렇다면 이 사건 합병비율은 (K에게 가장 불리한 평가방법을 적용한 결과가 아니라) 오히려 K에게 상대적으로 유리한 평가방법 중 하나를 적용한 결과라고 볼 수도 있는 점, ④ 결국 이 사건 합병비율이 1 : 0.8129로 결정된 것은 합병당사자 회사인 L과 K이 양자의 주식에 대한 평가방법을 선택하는 과정에서 부당행위계산의 부인대상에 해당한다는 이유로 과세당국으로부터 추가적인 세금을 부과 당할 위험성 등을 고려하여 법인세법 및 그 시행령의 규정에 따른다는 내용의 이 사건 합병합의를 하였고, 이를 준수하기 위하여 L 주식에 대해서는 (상대적으로 L에게 유리한 법인세법의 보충평가방법이 아니라) 상대적으로 L에게 불리한 법인세법의 시가평가방법으로 평가하면서, K 주식에 대해서는 법인세법의 보충평가방법으로 평가한 다음, 이를 토대로 합병비율을 산정하였기 때문에 발생한 결과인 점 등을 종합적으로 고려하면, 합병당사자 회사인 L과 K이 K에게 가장 불리한 주식평가방법을 통하여 K의 주식가치를 산정하였거나, 이를 토대로 산정된 이 사건 합병비율은 K에게 현저히 불공정한 결과를 초래하였다는 등의 원고의 주장은 별다른 근거가 없으므로, 이를 받아들이지 아니한다.

(5) 소결론

(가) 따라서 이 사건 합병합의 자체가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 볼 수도 없고, L 주식에 대해서는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하고 K의 주식가치에 대해서는 법인세법의 보충평가방법에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가한 것이 이 사건 합병합의를 위반한 것도 아니며, L과 K이 위와 같은 주식평가를 토대로 이 사건 합병비율을 산정한 것 역시 K에게 현저하게 불공정한 결과를 초래하였다고 보기는 어렵다. 그렇다면 피고 C 등이 이 사건 합병비율 등을 그대로 받아들여서 이 사건 합병에 동의한 행위를 J의 이사로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 것이라고 할 수는 없을 것이다.

(나) 한편, 위와 같이 피고 C 등이 이 사건 합병비율 등을 받아들여 이 사건 합병에 동의한 것이 J의 이사로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 행위라고 할 수 없는 이상, 피고 C 등의 직무 집행을 감사해야 하는 피고 G의 경우도 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다고 보기는 어렵다.

다. 피고 C 등과 피고 G의 손해배상책임 발생 여부

(1) 피고 C 등과 피고 G의 손해배상책임

(가) 이사의 법령·정관 위반행위 혹은 임무위반행위로 인한 상법 제399조 소정의 손해배상책임과 감사의 임무위반행위로 인한 상법 제414조 소정의 손해배상책임은 그 위반행위와 상당인과관계 있는 손해에 한하여 인정될 뿐이므로, 비록 이사나 감사가 그 직무수행과정에서 법령 정관 위반행위 혹은 임무위반행위를 하였다고 하더라도, 그 결과로서 발생한 손해와의 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니하는 경우에는 이사나 감사의 손해배상책임이 성립하지 아니한다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001다38692 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33609 판결 등 참조).

(나) J가 이 사건 합병에 대하여 동의하는 과정에서 피고 C 등이 J의 이사회를 개최하지 아니함으로써 법령을 위반하였고, J의 감사인 피고 G은 피고 C 등의 위와 같은 법령 위반행위를 방치함으로써 그 임무를 해태하였다는 점은 앞에서 본 바와 같으므로, 만일 위와 같은 임무해태로 인하여 J에 손해가 발생하였다면 위 피고들은 상법 제399조 제1항, 제414조 제1항에 따라 연대하여 J에게 이 사건 합병에 관련된 손해를 배상할 책임이 있을 것이지만, 이와는 달리 위 피고들의 법령위반행위와 J에 대한 손해발생 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는다면 위 피고들의 손해배상책임은 성립하지 않는다고 보아야 한다.

(2) 이 사건 합병으로 인하여 J에 손해가 발생하였는지 여부

이 사건 합병합의 자체가 객관적으로 합리성과 상당성을 현저히 결여하였다고 볼 수도 없고, L 주식에 대해서는 법인세법의 시가평가방법에 따라서 1,700원을 1주당 주식가치로 평가하고 K의 주식에 대해서는 법인세법의 보충평가방법에 따라서 1,382원을 1주당 주식가치로 평가한 것이 이 사건 합병합의에 위배되는 것도 아니며, 이를 토대로 이 사건 합병비율을 산정한 것 역시 현저히 불공정하다고 볼 수 없음은 앞에서 본 바와 같다.

그렇다면 이 사건 합병비율이 현저히 불공정하게 결정되었음을 전제로 하여 K에 손해가 발생하였다는 취지의 원고의 주장은 받아들일 수 없고, 같은 전제에서 서서 K의 주주로서 이 사건 합병에 동의한 J에게 손해가 발생하였다고 주장하는 원고의 주장 부분 역시 받아들이기 어렵다.

(3) 소결론

따라서 J가 이 사건 합병에 동의하는 과정에서 피고 C 등이 법령을 위반하였고 피고 G은 피고 C 등의 법령 위반행위와 관련하여 그 임무를 해태하였다고 하더라도, 그로 인하여 J에 손해가 발생하였

다고 할 수 없으므로, 피고 C 등과 피고 G이 J에 대하여 이 사건 합병에 관련된 손해배상책임을 부담한다고 볼 수는 없다.

4. 피고 B, H에 대한 청구에 관한 판단

가. 피고 B에 대하여

(1) 피고 B이 이 사건 합병 당시 M의 기획조정본부장 겸 부사장으로 재직하였고, 이 사건 변론종결 일 현재 M 기획조정본부장 겸 사장으로 재직하고 있는 사실, 이 사건 합병 당시 피고 F는 M 기획조정본부 부본부장, 피고 G은 M 기획조정본부 기획담당을 J의 이사직과 겸하고 있던 사실, 이 사건 합병 무렵인 2008. 4. 1. 기준으로 M, O, P, Q은 N의 주식지분 61.1%를, B은 N의 주식지분 4%를 각 보유하고 있었고, N은 J의 주식지분 85.5%를 보유하고 있었던 사실 등은 앞에서 본 바와 같으나, 이러한 사정만으로는 피고 B이 원고의 주장과 같이 나머지 피고들에게 이 사건 합병에 관한 업무집행을 지시하였다는 점을 인정하기 어렵고, 달리 원고의 위 주장부분을 인정할 수 있는 증거가 없다.

(2) 설령 피고 B이 이 사건 합병에 관하여 원고의 주장과 같이 나머지 피고들에 대하여 업무집행을 지시하였다고 가정하더라도, 이 사건 합병으로 인하여 K 및 J에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없음은 앞에서 본 바와 같으므로, 이와는 다른 전제에 선 원고의 피고 B에 대한 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

나. 피고 H에 대하여

앞에서 본 바와 같이 피고 H은 이 사건 합병 이후인 2009. 3. 27.부터 2009. 6. 5.까지 J의 대표 이사로 재직한 사실이 인정될 뿐이고, 이 사건 합병 당시 J의 이사로 재직하였다고 볼만한 증거가 없다. 그리고 이 사건 합병으로 인하여 J에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없음은 앞에서 본 바와 같으므로, 이와는 다른 전제에 선 원고의 피고 H에 대한 청구는 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 이 사건 각 청구는 이유 없어 이를 모두 기각할 것인바, 제1심 판결 중 피고 C, D, E, F, G, I의 패소 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 위 피고들의 항소를 받아들여 위 피고들의 패소부분을 취소하고 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 각 기각하기로 하

고, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김시철(재판장) 김봉규 이형걸

별 지

별지

구 법인세법 등 관련 법령

□ 구 법인세법(2008. 12. 26. 법률 제9267호로 개정되기 이전의 것)

제52조(부당행위계산의 부인)

- ① 납세지 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자(이하 "특수관계자"라 한다)와의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하 "부당행위계산"이라 한다)에 관계없이 그 법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 수 있다.
- ② 제1항의 규정을 적용함에 있어서는 건전한 사회통념 및 상관행과 특수관계자가 아닌 자간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(요율·이자율·임대료 및 교환비율 기타 이에 준하는 것을 포함하며, 이하 이 조에서 "시가"라 한다)을 기준으로 한다.
- ③ 내국법인은 대통령령이 정하는 바에 따라 각 사업연도에 특수관계자와 거래한 내역이 기재된 명세서를 납세지 관할세무서장에게 제출하여야 한다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정을 적용함에 있어서 부당행위계산의 유형 및 시가의 산정등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

□ 구 법인세법시행령(2009. 2. 4. 대통령령 제21302호로 개정되기 이전의 것)

제87조(특수관계자의 범위)

- ① 법 제52조 제1항에서 "대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자"라 함은 법인과 다음 각호의 1의 관계에 있는 자(이하 "특수관계자"라 한다)를 말한다. <개정 2001.12.31, 2002.12.30, 2005.2.19>
 1. 임원의 임면권의 행사, 사업방침의 결정 등 당해 법인의 경영에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 자(「상법」 제401조의2 제1항의 규정에 의하여 이사로 보는 자를 포함한다)와 그 친족
 2. 주주등(소액주주등을 제외한다. 이하 이 관에서 같다)과 그 친족
 3. 법인의 임원·사용인 또는 주주등의 사용인(주주등이 영리법인인 경우에는 그 임원을, 비영리법인인 경우에는 그 이사 및 설립자를 말한다)이나 사용인외의 자로서 법인 또는 주주등의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 함께 하는 친족
 4. 제1호 내지 제3호에 해당하는 자가 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 출자하고 있는 다른 법인
 5. 제4호 또는 제8호에 해당하는 법인이 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50 이상을 출자하고 있는 다른 법인

6. 당해 법인에 100분의 50 이상을 출자하고 있는 법인에 100분의 50 이상을 출자하고 있는 법인이나 개인

7. 당해 법인이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 기업집단에 속하는 법인인 경우 그 기업집단에 소속된 다른 계열회사 및 그 계열회사의 임원

8. 제1호 내지 제3호에 해당하는 자 및 당해 법인이 이사의 과반수를 차지하거나 출연금(설립을 위한 출연금에 한한다)의 100분의 50 이상을 출연하고 그 중 1인이 설립자로 되어 있는 비영리법인

제88조(부당행위계산의 유형 등)

① 법 제52조 제1항에서 "조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우"라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. <개정 2005.2.19, 2006.2.9, 2007.2.28, 2008.2.22, 2008.2.29>

1. 자산을 시가보다 높은 가격으로 매입 또는 현물출자받았거나 그 자산을 과대상각한 경우
2. 무상의 자산을 매입 또는 현물출자받았거나 그 자산에 대한 비용을 부담한 경우
3. 자산을 무상 또는 시가보다 낮은 가격으로 양도 또는 현물출자한 경우
4. 불량자산을 차환하거나 불량채권을 양수한 경우
5. 출연금을 대신 부담한 경우
6. 금전 기타 자산 또는 용역을 무상 또는 시가보다 낮은 이율·요율이나 임대료로 대부하거나 제공한 경우. 다만, 주주등이나 출연자가 아닌 임원(소액주주등인 임원을 포함한다) 및 사용인에게 사택을 제공하는 경우를 제외한다.

7. 금전 기타 자산 또는 용역을 시가보다 높은 이율·요율이나 임차료로 차용하거나 제공받은 경우
7의 2. 기획재정부령으로 정하는 파생상품에 근거한 권리를 행사하지 아니하거나 그 행사기간을 조정하는 등의 방법으로 이익을 분여하는 경우

8. 다음 각목의 1에 해당하는 자본거래로 인하여 주주등인 법인이 특수관계자인 다른 주주등에게 이익을 분여한 경우

가. 특수관계자인 법인간의 합병(분할합병을 포함한다)에 있어서 주식등을 시가보다 높거나 낮게 평가하여 불공정한 비율로 합병한 경우. 다만, 「증권거래법」 제190조의2 및 동법 시행령 제84조의7의 규정에 따라 합병하는 경우를 제외한다.

나. 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키는 거래에 있어서 신주(전환사채·신주인수권부사채 또는 교환사채 등을 포함한다. 이하 이 목에서 같다)를 배정·인수받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기(그 포기한 신주가 「증권거래법」 제2조제3항의 규정에 의한 모집방법으로 배정되는 경우를 제외한다)하거나 신주를 시가보다 높은 가격으로 인수하는 경우

다. 법인의 감자에 있어서 주주 등의 소유주식 등의 비율에 의하지 아니하고 일부 주주 등의 주식

등을 소각하는 경우

8의 2. 제8호 외의 경우로서 증자·감자, 합병(분할합병을 포함한다)분할, 「상속세 및 증여세법」 제40조 제1항에 따른 전환사채 등에 의한 주식의 전환·인수·교환 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키거나 감소시키는 거래를 통하여 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 경우

9. 그 밖에 제1호 내지 제7호, 제7호의2, 제8호 및 제8호의2에 준하는 행위 또는 계산 및 그 외에 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 경우

② 제1항의 규정은 그 행위당시를 기준으로 하여 당해 법인과 특수관계자간의 거래(특수관계자외의 자를 통하여 이루어진 거래를 포함한다)에 대하여 이를 적용한다. 다만, 제1항 제8호 가목의 규정을 적용함에 있어서 특수관계자인 법인의 판정은 합병등기일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도의 개시일(그 개시일이 서로 다른 법인이 합병한 경우에는 먼저 개시한 날을 말한다)부터 합병등기일까지의 기간에 의한다. <개정 2001.12.31>

③ 제1항 제1호·제3호·제6호·제7호 및 제9호(제1항 제1호·제3호·제6호 및 제7호에 준하는 행위 또는 계산에 한한다)는 시가와 거래가액의 차액이 3억 원 이상이거나 시가의 100분의 5에 상당하는 금액 이상인 경우에 한하여 적용한다. <신설 2007.2.28>

④ 제3항은 주권상장법인 및 코스닥상장법인이 발행한 주식을 「한국증권선물거래소법」에 따른 한국증권선물거래소에서 거래한 경우에는 적용하지 아니한다. <신설 2007.2.28>

제89조(시가의 범위 등)

① 법 제52조 제2항의 규정을 적용함에 있어서 당해 거래와 유사한 상황에서 당해 법인이 특수관계자의 불특정다수인과 계속적으로 거래한 가격 또는 특수관계자가 아닌 제3자간에 일반적으로 거래된 가격이 있는 경우에는 그 가격(주권상장법인 및 코스닥상장법인이 발행한 주식을 「한국증권선물거래소법」에 따른 한국증권선물거래소에서 거래한 경우 해당 주식의 시가는 그 거래일의 한국증권선물거래소 최종시세가액)에 의한다. <개정 2007.2.28>

② 법 제52조 제2항의 규정을 적용함에 있어서 시가가 불분명한 경우에는 다음 각호의 규정을 순차로 적용하여 계산한 금액에 의한다. <개정 2002.12.30, 2003.12.30, 2005.2.19>

1. 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」에 의한 감정평가법인이 감정한 가액이 있는 경우 그 가액(감정한 가액이 2 이상인 경우에는 그 감정한 가액의 평균액). 다만, 주식등을 제외한다.

2. 「상속세 및 증여세법」 제38조 내지 제39조의2 및 동법 제61조 내지 제64조의 규정을 준용하여 평가한 가액. 이 경우 「상속세 및 증여세법」 제63조 제2항 제1호 및 동법시행령 제57조 제1항·제2항의 규정을 준용함에 있어서 “직전 6월(증여세가 부과되는 주식등의 경우에는 3월로 한다)”은 이를 각각 “직전 6월”로 본다. (이하 생략)

□ 구 상속세 및 증여세법 (2008. 12. 26. 법률 제 9269호로 개정되기 이전의 것)

제63조 (유가증권등의 평가)

① 유가증권등의 평가는 다음 각호의 1에서 정하는 방법에 의한다.<개정 1998.12.28, 1999.12.28, 2000.12.29, 2007.12.31>

1. 주식 및 출자지분의 평가

가. 한국증권선물거래소에서 거래되는 주권상장법인의 주식 및 출자지분은 평가기준일 이전·이후 각 2월간에 공표된 매일의 한국증권선물거래소 최종시세가액(거래실적의 유무를 불문한다)의 평균액. 다만, 평균액계산에 있어서 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중에 증자·합병등의 사유가 발생하여 당해 평균액에 의하는 것이 부적당한 경우에는 평가기준일 이전·이후 각 2월의 기간 중 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 기간의 평균액에 의한다.

나. 「증권거래법」에 따른 코스닥상장법인의 주식 및 출자지분중 대통령령이 정하는 주식 및 출자지분에 대하여는 가목의 규정을 준용한다.

다. 나목외의 한국증권선물거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분은 당해 법인의 자산 및 수익등을 감안하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한다.

□ 구 상속세 및 증여세법 시행령(2008. 12. 31. 대통령령 제21214호로 개정되기 이전의 것)

제54조 (비상장주식의 평가)

① 법 제63조 제1항 제1호 다목의 규정에 의한 한국증권선물거래소에 상장되지 아니한 주식 및 출자지분(이하 이 조 및 제56조의2에서 "비상장주식"이라 한다)은 다음의 산식에 의하여 평가한 가액(이하 "순손익가치"라 한다)과 1주당 순자산가치를 각각 3과 2의 비율로 가중평균한 가액에 의한다. 다만, 부동산과다보유법인(「소득세법 시행령」 제158조 제1항 제1호 가목에 해당하는 법인을 말한다)의 경우에는 1주당 순손익가치와 순자산가치의 비율을 각각 2와 3으로 한다.

1주당 가액 = 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액 + 금융기관에 보증한 3년만기 회사채의 유통수익률을 감안하여 국세청장이 정하여 고시하는 이자율(이하 "순손익가치환율"이라 한다)

② 제1항의 규정에 의한 1주당 순자산가치는 다음의 산식에 의하여 평가한 가액으로 한다.

1주당 가액 = 당해법인의 순자산가액 + 발행주식총수(이하 "순자산가치"라 한다)

제55조 (순자산가액의 계산방법)

① 제54조 제2항의 규정에 의한 순자산가액은 평가기준일 현재 당해 법인의 자산을 법 제60조 내지 제66조의 규정에 의하여 평가한 가액에서 부채를 차감한 가액으로 한다. 이 경우 당해 법인의 자산을 법 제60조 제3항 및 법 제66조의 규정에 의하여 평가한 가액이 장부가액(취득가액에서 감가상각비를 차감한 가액을 말한다. 이하 이 항에서 같다)보다 적은 경우에는 장부가액으로 하되, 장부가액보다 적은 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1998.12.31, 2000.12.29, 2003.12.30>

② 제1항의 규정을 적용함에 있어서 기획재정부령이 정하는 무형고정자산·준비금·충당금등 기타 자산 및 부채의 평가와 관련된 금액은 이를 자산과 부채의 가액에서 각각 차감하거나 가산한다. <개정 1998.12.31, 2002.12.30, 2008.2.29>

③ 제1항의 규정을 적용함에 있어서 제59조 제2항의 규정에 의한 영업권평가액은 당해 법인의 자산가액에 이를 합산한다. 다만, 제54조 제4항의 규정에 의하여 평가하는 경우에는 그러하지 아니하다. <신설 2003.12.30>

제56조 (1주당 최근 3년간의 순손익액의 계산방법)

① 제54조 제1항의 규정에 의한 1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액은 제1호의 가액으로 하되, 당해 법인이 일시우발적 사건에 의하여 최근 3년간의 순손익액이 비정상적으로 증가하는 등의 사유로 제1호의 가액에 의하는 것이 불합리한 것으로 기획재정부령이 정하는 경우에는 제2호의 가액으로 할 수 있다. 이 경우 그 가액이 0원 이하인 경우에는 0원으로 한다. <개정 1998.12.31, 1999.12.31, 2000.12.29, 2001.12.31, 2004.12.31, 2005.8.5, 2008.2.29>

1. 다음의 산식에 의하여 계산한 가액

1주당 최근 3년간의 순손익액의 가중평균액

= [(평가기준일 이전 1년이 되는 사업연도의 1주당 순손익액×3)+(평가기준일 이전 2년이 되는 사업연도의 1주당 순손익액×2)+(평가기준일 이전 3년이 되는 사업연도의 1주당 순손익액×1)]×⅓

2. 기획재정부령이 정하는 신용평가전문기관 또는 「공인회계사법」에 의한 회계법인중 2이상의 신용평가전문기관 또는 회계법인이 기획재정부령이 정하는 기준에 따라 산출한 1주당 추정이익의 평균가액(법 제67조 및 법 제68조의 규정에 의한 상속세과세표준신고 및 증여세과세표준신고의 기한내에 신고한 경

우로서 1주당 추정이익의 산정기준일과 평가서 작성일이 과세표준신고기한내에 속하고, 산정기준일과 상속개시일 또는 증여일이 동일연도에 속하는 경우에 한한다)

② 제1항 제1호의 규정을 적용함에 있어서 각 사업연도의 주식수는 각 사업연도 종료일 현재의 발행주식총수에 의한다. 다만, 평가기준일이 속하는 사업연도전 3년 이내에 무상증자 또는 무상감자를 한 사실이 있는 경우에는 무상증자 또는 무상감자전의 각 사업연도 종료일 현재의 발행주식총수는 기획재정부령이 정하는 바에 의한다. <개정 1998.12.31, 1999.12.31, 2008.2.29>

③ 제1항 제1호의 규정에 의한 순손익액은 「법인세법」 제14조의 규정에 의한 각 사업연도소득에 제1호의 규정에 의한 금액을 가산한 금액에서 제2호의 규정에 의한 금액을 차감한 금액에 의한다. 이 경우 각 사업연도소득 계산시 손금에 산입된 중당금 또는 준비금이 세법의 규정에 따라 일시 환입되는 경우에는 당해금액이 환입될 연도를 기준으로 안분한 금액을 환입될 각 사업연도소득에 가산한다. <개정 1998.12.31, 1999.12.31, 2002.12.30, 2004.12.31, 2005.8.5, 2008.2.22, 2008.2.29>

1. 「법인세법」 제18조 제4호 및 제6호의 규정에 의한 금액, 같은 법 제18조의2·제18조의3에 따른 수입배당금액 중 익금불산입액, 같은 법 제24조 제3항, 「조세특례제한법」 제73조 제4항에 따라 해당 사업연도의 손금에 산입한 금액 및 그 밖에 기획재정부령이 정하는 금액

2. 다음 각목의 규정에 의한 금액

가. 당해 사업연도의 법인세액, 법인세액의 감면액 또는 과세표준에 부과되는 농어촌특별세액 및 소득할주민세액

나. 「법인세법」 제21조 제4호 및 제5호 및 동법 제27조에 규정하는 금액과 각 세법에서 규정하는 징수불이행으로 인하여 납부하였거나 납부할 세액

다. 「법인세법」 제24조부터 제26조까지, 같은 법 제28조의 금액 및 「조세특례제한법」 제73조 제1항에 따라 기부금 손금산입 한도를 넘어 손금에 산입하지 아니한 금액, 같은 법 제136조의 금액, 그 밖에 기획재정부령으로 정하는 금액

각주1: 원고는 2012. 5. 1.자 항소취지 정정신청서를 통하여 항소취지를 아래 제2항의 항소취지와 같이 피고 B, H에 대하여는 청구취지금액 전부에 대하여, 피고 C, D, E, F, G, I에 대하여는 청구취지금액 중 제1심 패소금액인 20,877,582,409원에 대하여 각 지연손해금의 기산일을 '이 사건 소장부분 송달일 다음날'에서 '2008. 11. 7.'로 변경하였는바, 이를 청구취지의 변경으로 보고 청구취지를 위와 같이 기재하였다.

각주2: 각 계열사가 보유하고 있는 자기주식을 반영한 지분율이다.

각주3: 갑 제19호증(기록 194쪽)의 기재에 의하면, 2008. 4. 1. 기준으로 피고 B이 N의 주식지분 4%를 보유하고 있던 사실이 인정되고, M 등이 소유한 61.1%와 피고 B이 소유한 4%를 합하면 65.1%가 된다.

각주4: 이 사건 합병 당시에 시행되고 있던 구 법인세법 및 그 시행령, 상속세 및 증여세법 및 그 시행령 중 관련 규정의 내용은 별지와 같다.

각주5: 위 두 회사의 주식가치에 대한 평가가 이 사건 합병합의를 준수한 것인지 여부 등에 대해서는 아래에서 다시 살펴본다.

각주6: 2006. 7. 7.에는 방송위원회가 방송사업자의 허가·재허가 등의 업무를 담당하고 있었으므로, 이 판결에서는 그 명칭을 방송위원회로 표시하였다[2008. 2. 29. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(법률 제8867호)이 시행되면서 방송사업자의 허가·재허가 등의 업무가 방송위원회에서 방송통신위원회로 이관되었다].

각주7: 제1심 법원의 2011. 6. 10.자 방송통신위원회에 대한 사실조회결과(기록 1,338쪽)에는 L이 기존 허가 유효기간 내에 허가조건을 이행하지 아니한 행위에 대하여 방송법 제99조 제1항 제2호 및 제18호 제1항 제9호에 의거 시정명령, 허가취소 등의 행정처분이 가능함, "L에게 부과한 허가 조건의 취지를 고려할 때 허가 조건을 이행하지 않았을 경우, K에 대해서도 재허가시 동일한 내용의 통합조건이 부과될 가능성이 크다고 판단됨"이라고 기재되어 있다.

각주8: 을 제21호증(기록 830쪽) 내지 을 제22호증의 4(기록 834쪽), 을 제30호증(기록 1,113쪽)의 각 기재에 의하면, 연도별 가입자 현황은 아래 표와 같다.

<이미지2>

각주9: 을 제14호증의 2(기록 472쪽)의 기재에 의하면, 공정거래위원회는 N에 대하여 'N이 법 위반사실 및 해소 계획은 신고한 점, 법 위반 상태를 기한 내에 해소하기 위해 상당한 노력을 기울인 점, 2008. 11. 7. 이 사건 합병을 통해 법 위반을 해소한 점, 지주회사 전환으로 발생한 다른 행위제한 위반 행위들을 유예기간 내에 모두 해소한 점' 등을 감안하여 경고조치한 사실이 인정된다.

각주10: 을 제11호증의 1, 기록 440쪽 ; 을 제12호증의 3, 기록 465쪽 등 참조.

각주11: 갑 제37호증(2008. 6. 30. 검토기준일), 기록 256쪽 ; 을 제32호증(2008. 7. 31. 검토기준일), 기록 1,213쪽 ; 갑 제8호증(2008. 7. 31. 검토기준일), 기록 120쪽 등 참조.

각주12: 을 제42호증(기록 1,440쪽)의 기재에 의하면, 한국표준사업 분류상 유선방송업종에 속하는 비상장회사들 사이에서 2005. 1. 1.부터 2010. 10. 31.까지 이루어진 합병사례를 전자공시스템에 공시한 건수는 16건인 사실, 위 16건의 합병사례는 모두 특수관계자 사이의 합병사례인데, 그 중 1건만이 현금흐름할인법을 토대로 합병비율을 산정하였고, 나머지 15건은 법인세법 및 그 시행령이 규정하고 있는 주식평가방법을 토대로 합병비율을 산정한 사실 등이 인정된다.

각주13: ㉞ 당심 감정인 R에 대한 감정평가결과

<이미지3>

<이미지4>

<이미지5>

각주14: ㉞ 삼일회계법인의 합병검토보고서(갑 제8, 37호증, 을 제32호증)

<이미지6>

각주15: ㉞ 한영회계법인의 감정보고서(을 제46호증)

<이미지7>

각주16: L과 K의 합병에 관한 일정 및 절차에 관한 전반적인 참고의견 등을 제시하여 달라는 N의 요청에 따라서 삼일회계법인이 작성한 합병검토보고서(을 제37호증, 기록 265-266쪽)를 보면, 2008. 6. 30. 검토기준일을 기준으로 하여 L 주식과 K 주식을 모두 상증세법에 따라 평가하는 방법(법인세법의 보충평가방법에서 준용하고 있는 평가방법임)에 의하는 경우 해당 주식의 1주당 평가액이 아래 표와 같다고 정리한 다음, 이를 토대로 합병하는 참고의견을 제2안으로 제시하고 있음을 알 수 있다(다만, L과 K이 위와 같은 삼일회계법인의 참고의견 제2안을 수용하지 않았음은 본문에서 살펴본 바와 같다).

<이미지8>