

【일반 연구논문】

# 무효인 주식매수선택권부여계약과 회사의 민사상 책임

- 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도11394 판결을  
중심으로 -

윤은경\*

- I. 서론
- II. 사건의 개요
  - 1. 사실관계
  - 2. 소송의 경과
  - 3. 쟁점
  - 4. 제1심 판결과 항소심 판결의 요지
  - 5. 대법원 판결의 요지
- III. 판결의 검토
  - 1. 배임죄의 '재산상 손해'의 의미와 판단기준
  - 2. 배임죄의 기수시기
  - 3. 주주총회의 결의를 결한 주식매수선택권부여계약의 효력
  - 4. 주식매수선택권부여와 배임죄의 기수시기
  - 5. 회사의 민사상 책임
- IV. 결론

\* 제주대학교 법학전문대학원 조교수

논문 투고일: 2015. 8. 29. 논문 심사일: 2015. 10. 7. 게재 확정일: 2015. 10. 12.

## I. 서론

최근 형법상 배임죄의 적용을 완화할 것인지 여부에 관해 논란이 재점화되고 있다<sup>1)</sup>. 기업의 경영활동을 위축시킨다는 근거로 배임죄 조항의 개정을 통해 그 적용을 완화하자는 의견과 개정에 반대하는 의견이 각각 상당한 근거를 가지고 대립되고 있다<sup>2)</sup>. 이를 계기로 회사가 임직원에게 주식매수선택권을 부여한 사안에서 대표자의 배임죄의 성립여부와 기수시기 등 배임죄의 주요한 쟁점에 관해 되짚어 볼 수 있는 대법원 판결을 살펴보고자 한다.

회사가 상법상 임직원 등에게 주식매수선택권을 부여하기 위해서는 정관에 주식매수선택권의 부여에 관한 근거규정을 두어야 하고(상법 제340조의2 제1항), 주주총회의 특별결의를 통해 주식매수선택권을 부여하는 구체적 계획안을 승인받아야 한다(상법 제340조의2 제1항, 제340조의3 제2항). 대법원은 2011. 11. 24. 선고 2010도11394 판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 한다)에서 회사의 대표이사가 주식매수선택권 부여안을 승인하는 주주총회를 개최하지도 않았으면서 마치 개최한 것으로 주주총회의사록을 위조하고, 이를 근거로 본인을 포함한 임직원과 주식매수선택권부여계약을 체결한 후, 그 계약에 따라 주식매수선택권을 부여받은 자들의 주식매수선택권의 행사에 응하여 회사의 주식을 발행한 사안에서 업무상배임죄의 성립여부 및 기수시기에 관해 중요한 지침이 될 견해를 밝혔다. 대법원은 대표이사가 회사 명의로 체결한 계약이 법령이나 정관에 위배되어 법률상 무효인 경우, (i) 업무상 배임죄가 성립된다고 보았고, (ii) 업무상 배임죄에 있어서 재산상 손해의 유무 판단은 법률적 판단이 아니라 경제적 관점에서 판단해야 한다고 보았으며, (iii) 법률상 무효인 주식매수

1) 네이버 뉴스, 2015. 8. 18.자, “기업에 무서운 ‘오락가락’배임죄 토론회…찬반 분분” <<http://news1.kr/articles/?2381034>>, 마지막 방문 2015. 8. 26.

2) 법률신문 뉴스, 2014. 12. 18.자, “배임죄 해석, 제한적으로 해야”.

선택권부여계약과 관련된 대표자의 행위에 대한 배임죄의 기수시점의 판단은 회사가 민사상 불법행위책임 등을 부담하게 될 특별한 사정을 고려하여 배임죄의 구성요건인 회사에 대한 재산상 손해가 가해졌는지 여부를 기준으로 하였다. 이에 이 글에서는 배임죄의 죄책을 판단하는데 중요한 요소가 된 회사의 민사상 불법행위책임의 내용과 함께 이 사건 판결의 타당성에 관해 고찰하고자 한다.

이하에서는 (i) 이 사건 판결의 사실관계와 판결의 요지에 관해서 간략히 살펴보고, (ii) 배임죄의 재산상 손해의 의의와 판단기준, (iii) 주주총회의 결의를 결한 주식매수선택권부여계약의 효력 및 (iv) 무효인 계약당사자에 대한 회사의 민사상 불법행위책임에 관해 순차적으로 논한다.

## II. 사건의 개요

### 1. 사실관계

피고인은 1999. 12.경부터 2008. 3.경까지 피해자 주식회사 甲(이하 ‘甲’ 또는 ‘甲(주식)회사’라고 한다)의 대표이사로서 상법 및 甲의 정관에 따라 주주총회의 특별결의를 거쳐 임직원과 주식매수선택권 부여계약을 체결하고, 주식매수선택권의 행사가액을 정함에 있어 신주를 발행하는 경우에는 주식매수선택권의 부여일을 기준으로 한 주식의 실질가액과 주식의 권면액 중 높은 금액 이상이 되도록 함으로써 甲에게 재산상 손해가 발생하지 않도록 해야 할 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 2002. 3. 6.경 甲의 사무실에서 ‘2000. 12. 17. 甲의 주주총회를 개최하여, 같은 날 피고인에게 40,000주를 부여하는 등 甲의 임직원 23명에게 행사가액을 주당 9,460원으로 정하여 256,744주의 주식매수선택권을 부여하였다’는 취지의 주주총회 특별결의가 있었던 것처럼 주주총회 의사록을 허위로 작성한 다음, 이를 근거로 각 임직원들과 주식매수선택권부여계약을 체결하였다. 위와 같이 허위 작성된 주주총회 결의서를 근거로 체결된 주식매수선택권부여계약에 따라 피고인을 비롯한 각 임직원들이 2002. 12.

17., 2004. 12. 27. 및 2005. 12. 28. 3회로 나누어 주식매수선택권을 행사하였고 피고인은 그 행사분 중에 위와 같이 주주총회 특별결의도 없고 그 행사가액도 부당하게 저가로 책정된 주식매수선택권 161,828주가 포함되어 있음을 충분히 알고 있음에도 불구하고 행사시마다 주당 9,460원만 지급받고 甲의 신주 872,849주를 발행하여 주었다. 이로써 피고인은 당시 甲의 임직원 23명과 공모하여, 주주총회의 특별결의를 거치지 아니한 채 행사가액도 부당하게 저가로 책정하여 주식매수선택권을 부여하고 그에 따라 甲과 각 임직원 간의 주식매수선택권 부여계약을 체결한 후 이에 따른 주식매수 선택권 행사에 따라 甲의 신주를 발행하여 줌으로써 자신을 포함한 甲의 임직원 23명에게 합계 12,024,614,539원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 甲에게 위 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

이와 같은 이유로 피고인은 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제3조의 업무상배임죄로 기소되었다.

## 2. 소송의 경과

1심 법원과 항소심 법원 모두 이 사건 업무상배임죄는 甲 주식회사가 피고인 등과 주식매수선택권부여계약을 체결한 2002. 3. 6. 기수에 이르고 그 범행이 종료되었고, 이 사건 업무상배임죄의 이득액이 5억원 이상 50억원 미만이므로 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제3조 등에 따라 그 법정형이 3년 이상의 유기징역이므로 공소시효는 7년인데, 이 사건 공소는 2002. 3. 6.부터 7년이 경과한 후인 2009. 12. 18.에 제기되어 공소시효가 완성되었을 때에 해당한다는 이유로 피고인에 대하여 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하였다.

이와 같은 항소심 판결에 대해 검사가 상고하였고, 대법원은 이 사건에 있어서 업무상배임죄의 기수시기는 甲 주식회사가 피고인 등과 주식매수선택권부여계약을 체결한 시점이 아니라 피고인 등이 주식매수선택권을 행사하고 그에 따라 甲 주식회사가 신주를 발행한 때라고 보아야 한다고 판시하고 항소심 판결을 파기환송하였다.

### 3. 쟁점

이 사건 판결에서는 주식매수선택권의 부당한 부여에 대한 업무상배임죄의 기수시기와 관련하여 회사의 대표이사가 그 임무에 위배하여 위법·부당하게 회사 임직원들에게 주식매수선택권을 부여하였을 경우 그 업무상배임죄의 기수시기를 언제로 볼 것인가가 문제가 되었고, 그 판단에 있어서 회사의 위 임직원들에 대한 민사상 불법행위책임을 부담하는지 여부가 주요한 요소가 되었다.

### 4. 제1심 판결<sup>3)</sup>과 항소심 판결<sup>4)</sup>의 요지

이 사건의 제1심과 항소심 법원은 모두 “주식매수선택권은 회사가 임원들에게 일정 수량의 자사주식을 사전에 약정된 가격으로 일정한 기간 내에 매수할 수 있도록 인정하는 형성권으로서 주식매수선택권을 부여받은 자는 주식매수선택권의 부여 당시에 결정된 행사가가격, 행사기간 등의 행사기준 범위 내에서, 자기의 계산에 따라 행사시점 및 그 수량을 자율적으로 정하여 주식매수선택권을 행사할 수 있고, 회사는 원칙적으로 주식매수선택권을 행사하는 자로부터 미리 정하여진 행사가가격을 받고 해당 주식을 교부해야 한다.”라고 판시하고, “회사의 대표이사가 그 임무에 위배하여 위법·부당하게 주식매수선택권을 부여하면, 그로써 주식매수선택권을 부여받은 자는 부여 당시의 주식가치에서 행사가가격을 뺀 차액과 주식매수선택권 수량을 곱한 금액만큼의 이득을 얻게 되고, 회사에게 같은 금액 상당의 손해가 발생하는 위험이 초래되는 것이므로, 그 시점에 회사 대표이사의 업무상배임죄는 기수에 이르러 범죄행위가 종료되었다고 봄이 상당하다”고 보았다.

또한, 위 판결들은 “배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래

3) 서울중앙지방법원 2010. 6. 17. 선고 2009고합1491 판결.

4) 서울고등법원 2010. 8. 20. 선고 2010노1729 판결.

한 경우도 포함하고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다. 이 사건에서 회사의 대표이사가 상법의 규정에 위반하여 적법한 주주총회의 특별결의를 거치지 아니하고 주식매수선택권 부여계약을 체결함으로써 그 계약이 법률상 무효가 될 여지가 있다 하더라도, 이후 그 외관을 신뢰한 제3자와의 관계에 있어서 금반언의 법리나 외관이론에 따라 회사가 면책되지 않는 경우도 발생할 수 있는 이상, 경제적 관점에서 볼 때에는 본인인 甲에게 실제 부여일 당시의 주식가치에서 임의로 소급하여 저가로 책정한 주식매수행사가격의 차액만큼의 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그 이후에 임직원이 주식매수선택권을 행사하여 피고인이 신주를 발행해 주는 것은 위 주식매수선택권 부여계약에 따른 이행행위로서 기수 이후의 사후조처에 불과하다.”라고 판시하면서 이에 배치되는 검사의 “형성권인 주식매수선택권을 행사하지 아니한 상태에서는 아무런 법률관계 및 법률효과가 발생하지 아니하므로, 주식매수선택권의 부여시점에서는 주식매수와 관련한 어떠한 법률관계도 형성되지 아니하였다는 점, 2002. 3. 6.자 주주총회 특별결의는 법률상으로 무효 또는 부존재한 것이므로, 그 결의에 근거하여 주식매수선택권을 부당하게 부여한다 하더라도 피고인 등 임직원들에게는 어떠한 이득도 발생하지 않고 그 이득이 발생할 위험성도 없으며 甲에게도 재산상 손해발생의 위험성조차 없는 상태이므로, 부당한 부여 단계에서는 배임죄가 성립할 수 없고, 그 이후 주식매수청구권이 행사될 때 비로소 배임죄가 성립한다. 따라서 주식매수선택권의 행사에 따른 신주발행시점을 배임죄의 기수시기로 보아야 한다.”라는 주장을 배척하였다.

## 5. 대법원 판결의 요지

이에 대해 대법원은 이 사건 판결에서 “형법 제356조 제2항의 배임죄 또는 형법 제356조의 업무상배임죄는 임무에 위배되는 행위로 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 범죄인데, 이 때 본인에게 재산상의 손해를 가한 것이란 본인의 전체적 재산가치가 감소됨을 가리키는 것으로서 본인에게 현실적인 손해를 입힌 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함한다. 그리고 위와 같은 재산상 손해의 유무는 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하나, 회사의 대표이사가 회사 명의로 체결한 계약이 관련 법령이나 정관에 위배되어 법률상 효력이 없는 경우에는 그로 인하여 회사가 계약 상대방에게 민법상 불법행위책임을 부담하게 되는 등 특별한 사정이 없는 한 계약의 체결행위만으로 회사에 현실적인 손해가 발생하거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 수 없어서, 그것만으로 배임죄 구성요건이 모두 충족되어 범행이 기수에 이르렀거나 범행이 종료되었다고 볼 수 없다. 甲 주식회사 대표이사인 피고인이 주주총회 의사록을 허위로 작성하고 이를 근거로 피고인을 비롯한 임직원들과 주식매수선택권부여계약을 체결함으로써 甲 주식회사에 재산상 손해를 가하였다고 하며 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)으로 기소된 사안에서, 상법과 정관에 위배되어 법률상 무효인 계약을 체결한 것만으로는 업무상배임죄 구성요건이 완성되거나 범행이 종료되었다고 볼 수 없고, 임직원들이 이후 계약에 기초하여 甲 주식회사에 주식매수선택권을 행사하고, 피고인이 이에 호응하여 주식의 실질가치에 미달하는 금액만을 받고 신주를 발행해 줌으로써 비로소 甲 회사에 현실적 손해가 발생하거나 그러한 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 있으므로, 피고인에 대한 업무상배임죄는 피고인이 의도한 배임행위가 모두 실행된 때로서 최종적으로 주식매수선택권이 행사되고 그에 따라 신주가 발행된 시점에 종료되었다고 보아야 하는데도, 이와 달리 계약을 체결한 시점에 범행이 종료되었다고 본 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.”라고 판시하고 항소심 판결을 파기환송하였다.

### III. 판결의 검토

#### 1. 배임죄의 '재산상 손해'의 의미와 판단기준

형법 제355조 제2항은 배임죄에 대해서 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때 배임죄로 처벌한다고 규정하고 있다.

대법원은 이 사건 판결의 1심과 항소심 판결에서도 언급된 바와 같이 배임죄에 있어 '재산상의 손해'는 현실적인 손해뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험도 포함한다고 보고 있다<sup>5)</sup>. 이와 같은 입장은 재산상의 손해를 법률적 관점으로 파악할 경우 배임죄의 성립범위가 부당하게 협소해진다는 문제의식에서 배임죄의 성립범위를 확대하기 위한 해석론의 하나로 서 고안된 것으로 보기도 한다<sup>6)</sup>.

나아가 대법원은 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단이 아니라 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에서 파악하여야 한다고 보고, 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다고 본다<sup>7)</sup>. 이 역시 대법원이 배임죄의 성립범위를 확대하기 위한 방법으로 재산상 손해의 개념 자체를 확장하는 방식을 취한 것으로 평가되며<sup>8)</sup>, 타당하다고 생각한다.

5) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결; 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결 등.

6) 권오성, "대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-", 『법학논총』, 제30집 제4호 (2013), p. 191.

7) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도4857 판결; 대법원 2005. 9. 29. 선고 2003도4890 판결; 대법원 2006. 6. 2. 선고 2004도 7112 판결 등.

8) 권오성, 상계논문, p. 192.



## 2. 배임죄의 기수시기

이에 관해서 학설은 대체로 재산상 손해의 발생과 재산상 이득의 취득 모두가 있어야 기수가 성립한다는 견해<sup>9)</sup>와 재산상 손해의 발생으로 족하다는 견해<sup>10)</sup>로 나뉘어 있으나 전체로서의 재산을 배임죄의 보호법익으로 보므로 그 보호법익의 침해시, 즉, 재산상 손해의 발생시를 기수시기로 보는 것이 타당하다<sup>11)</sup>.

## 3. 주주총회의 결의를 결한 주식매수선택권부여계약의 효력

### (1) 주식매수선택권의 의의

주식매수선택권은 미국에서 기원하여 현재 세계적으로 활용되는 스톡 옵션(stock option)제도에서 도입되었으며<sup>12)</sup> 미리 정한 가격으로 소정의 기간 내에 그 회사의 신주를 인수하거나 구주를 매수할 수 있는 권리로써, 회사의 설립·경영·기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 이사·집행임원·감사·피용자에게 부여된다(상법 제340조의2 제1항<sup>13)</sup>)<sup>14)</sup>. 금전으로 지급하던 급여 대신 자기회사의 주식을 제공함으로써 임직원에게

9) 손동권, 『형법각론』, 제3개정판(서울: 율곡출판사, 2010), p. 467; 오영근, 『형법각론』, 제2판(서울: 박영사, 2009), p. 521.

10) 이형국, 『형법각론』(서울: 법문사, 2007), p. 435.

11) 권오성, 전개논문, p. 194.

12) 이철송, 『회사법강의』, 제19판(서울, 박영사, 2011), p. 562.

13) 제340조의2 (주식매수선택권) ① 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제434조의 주주총회의 결의로 회사의 설립·경영 및 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자(被用者)에게 미리 정한 가액(이하 "주식매수선택권의 행사가액"이라 한다)으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리(이하 "주식매수선택권"이라 한다)를 부여할 수 있다. 다만, 주식매수선택권의 행사가액이 주식의 실질가액보다 낮은 경우에 회사는 그 차액을 금전으로 지급하거나 그 차액에 상당하는 자기의 주식을 양도할 수 있다. 이 경우 주식의 실질가액은 주식매수선택권의 행사일을 기준으로 평가한다.

14) 권기범, 『현대회사법론』 제4판(서울: 박영사, 2012), p. 752.

게 기업의 주인의식을 부추기고 향후 주가상승에 대한 기대심리를 통해 이들을 자극하는 일종의 성과급으로서의 기능을 가지고 있는바<sup>15)</sup>, 임직원들로 하여금 회사의 주식을 유리한 가격으로 취득하도록 하여 회사에 기여할 수 있는 동기를 부여하는데 그 취지가 있다<sup>16)</sup>.

대법원도 “주식매수선택권 제도는 임직원의 직무의 충실로 야기된 기업가치의 상승을 유인동기로 하여 직무에 충실하게 하고자 하는 제도...”라고 그 취지를 밝히고 있다<sup>17)</sup>. 이와 같은 주식매수선택권의 순기능 및 성과에 대한 기사가 자주 일간지를 장식한다<sup>18)</sup>.

## (2) 주식매수선택권의 법적 성격

주식매수선택권은 정관의 근거규정과 주주총회의 승인 등 일련의 절차를 밟아 체결되는 회사와 주식매수선택권자 사이의 계약에 의하여 발생하는 권리이며, 권리의 행사여부 및 행사는 권리자의 일방적 의사표시로 족하며, 형성권의 일종이다<sup>19)</sup>.

## (3) 요건

주식매수선택권을 부여하기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

### 가. 정관의 규정

15) 김정호, 『회사법』, 제2판(서울: 법문사, 2012), p. 536.

16) 김상규, “주식매수선택권에 관한 연구”, 『법학논총』, 제26권 제2호 (2009), p. 146.

17) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다85027 판결.

18) 한국스포츠경제 뉴스, 2015. 8. 16.자 “스톡옵션 전직원 부여 바람직”

<<http://www.sporbiz.co.kr/news/articleView.html?idxno=9025>>, 마지막 방문 2015.

8. 26.; 파이낸셜 뉴스, 2015. 8. 19.자 “다음카카오 임직원들 스톡옵션 대박”

<<http://www.fnnews.com/news/201508192213010148>>, 마지막 방문 2015. 8. 26.;

글로벌 이코노믹, 2015. 8. 18.자 “미국 CEO 평균 연봉은 스톡옵션 포함 143억원”

<[http://www.g-enews.com/ko-kr/news/article/news\\_all/201508181112402214105\\_1/article.html](http://www.g-enews.com/ko-kr/news/article/news_all/201508181112402214105_1/article.html)>, 마지막 방문 2015. 8. 26.

19) 권기범, 상계서, p. 753.

정관에 주식매수선택권의 부여에 관한 근거규정이 있어야 한다(상법 제340조의2 제1항). 정관에 규정되어야 하는 내용은 일정한 경우에 주식매수선택권을 부여할 수 있다는 뜻, 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수, 주식매수선택권을 부여받을 자의 자격요건, 주식매수선택권의 행사기간, 일정한 경우 이사회결의 결의로써 주식매수선택권의 부여를 취소할 수 있다는 뜻이다(상법 제340조의3 제1항20)).

#### 나. 권리자의 자격

원칙적으로 회사의 설립·경영 및 기술혁신 등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자(被用者)이다. 상법은 상장회사의 경우에는 위 권리자 이외에도 관계 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자에게 주식매수선택권을 부여할 수 있도록 규정하고 있다(상법 제542조의3 제1항21)).

#### 다. 선택권부여총량의 제한

선택권의 행사로 발행할 신주 또는 양도할 주식의 수는 회사의 발행주식총수의 100분의 10을 초과하지 않는 범위 내이어야 한다(상법 제340조의2 제3항22)). 상장회사의 경우에는 발행주식총수의 100분의 20의 범위에

20) 제340조의3 (주식매수선택권의 부여) ① 제340조의2 제1항의 주식매수선택권에 관한 정관의 규정에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 일정한 경우 주식매수선택권을 부여할 수 있다는 뜻
2. 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수
3. 주식매수선택권을 부여받을 자의 자격요건
4. 주식매수선택권의 행사기간
5. 일정한 경우 이사회결의로 주식매수선택권의 부여를 취소할 수 있다는 뜻

21) 제542조의3 (주식매수선택권) ① 상장회사는 제340조의2 제1항 본문에 규정된 자 외에도 대통령령으로 정하는 관계 회사의 이사, 집행임원, 감사 또는 피용자에게 주식매수선택권을 부여할 수 있다. 다만, 제542조의8 제2항제5호의 최대주주 등 대통령령으로 정하는 자에게는 주식매수선택권을 부여할 수 없다.<개정 2011.4.14.>

22) 제340조의2 (주식매수선택권) ③ 제1항에 따라 발행할 신주 또는 양도할 자기의

서 주식매수선택권을 부여할 수 있다(상법 제542조의3 제2항23)).

라. 부여절차

(가) 주주총회의 특별결의를 통한 승인

회사는 주식매수선택권을 부여하는 구체적인 계획안을 주주총회의 특별결의로 승인하여야 한다(상법 제340조의2 제1항, 제340조의3 제2항24). 상장회사의 경우에는 그 외에 정관으로 정하는 바에 따라 발행주식총수의 100분의 10의 범위에서 대통령령으로 정하는 한도까지 이사회회의 결의로써 주식매수선택권을 부여할 수 있으며, 그 경우 사후에 주식매수선택권을 부여한 후 처음으로 소집되는 주주총회의 승인을 받도록 상법이 규정하고 있다(상법 제542조의3 제3항25)).

(나) 주식매수선택권부여계약의 체결

---

주식은 회사의 발행주식총수의 100분의 10을 초과할 수 없다.

- 23) 제542조의3(주식매수선택권) ② 상장회사는 제340조의2 제3항에도 불구하고 발행주식총수의 100분의 20의 범위에서 대통령령으로 정하는 한도까지 주식매수선택권을 부여할 수 있다.
- 24) 제340조의3 (주식매수선택권의 부여) ② 제340조의2 제1항의 주식매수선택권에 관한 주주총회의 결의에 있어서는 다음 각 호의 사항을 정하여야 한다.
1. 주식매수선택권을 부여받을 자의 성명
  2. 주식매수선택권의 부여방법
  3. 주식매수선택권의 행사가액과 그 조정에 관한 사항
  4. 주식매수선택권의 행사기간
  5. 주식매수선택권을 부여받을 자 각각에 대하여 주식매수선택권의 행사로 발행하거나 양도할 주식의 종류와 수
- 25) 제542조의3 (주식매수선택권) ③ 상장회사는 제340조의2제1항 본문에도 불구하고 정관으로 정하는 바에 따라 발행주식총수의 100분의 10의 범위에서 대통령령으로 정하는 한도까지 이사회가 제340조의3 제2항 각 호의 사항을 결의함으로써 해당 회사의 집행임원·감사 또는 피용자 및 제1항에 따른 관계 회사의 이사·집행임원·감사 또는 피용자에게 주식매수선택권을 부여할 수 있다. 이 경우 주식매수선택권을 부여한 후 처음으로 소집되는 주주총회의 승인을 받아야 한다.  
<개정 2011.4.14.>

회사의 정관에 주식매수선택권을 부여하는 규정이 있어도 이는 주식매수선택권을 부여하는 근거일 뿐, 해당 임직원에게 주식매수선택권을 부여하기 위해서는 주주총회의 결의를 거친 다음 당사자와 계약을 체결하고, 상당한 기간 내에 계약서를 작성해야 한다<sup>26)</sup>.

#### (4) 주주총회의 결의를 결한 주식매수선택권부여계약의 효력

##### 가. 대표권의 제한

상법상 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있고, 이러한 권한은 법률 또는 내부적(정관이나 이사회규칙 등)으로 제한을 할 수 있다. 대표이사의 권한에 제한이 있을 경우, 회사는 그 제한에 대하여 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다(상법 제389조 제3항, 제209조).

법률로써 대표권을 제한하는 대표적인 예는 영업양도의 경우 주주총회의 특별결의를 거치도록 하는 등(상법 제374조<sup>27)</sup>) 대표이사로 하여금 주주총회의 결의를 거쳐야만 일정한 행위를 할 수 있도록 하는 경우를 들 수 있다.

##### 나. 주주총회의 결의를 거치지 않은 대표이사의 행위의 효력

이와 같이 대표이사의 대표권은 제한될 수 있는데, 주주총회의 사전결의를 거쳐야만 하는 사안에 대해 대표이사가 그 절차를 거치지 않고 실

26) 이철송, 전게서, p. 565, 567.

27) 제374조 (영업양도, 양수, 임대 등) ① 회사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 때에는 제434조에 따른 결의가 있어야 한다.

1. 영업의 전부 또는 일부의 양도
2. 영업 전부의 임대 또는 경영위임, 타인과 영업의 손익 전부를 같이 하는 계약, 그 밖에 이에 준하는 계약의 체결·변경 또는 해약
3. 회사의 영업에 중대한 영향을 미치는 다른 회사의 영업 전부 또는 일부의 양수 제434조 (정관변경의 특별결의) 제433조제1항의 결의는 출석한 주주의 의결권의 3분의 2이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1이상의 수로써 하여야 한다.

행위를 한 것을 대표권의 전단적 행사라고도 하며, 대표권을 전단적으로 행사한 경우 그 행위의 효력을 어떻게 판단해야 하는가가 문제된다<sup>28)</sup>. 이는 법률에서 주주총회의 결의를 사전에 거치도록 대표권을 제한한 회사의 이익과 대표권의 제한을 위반한 대표이사의 행위를 유효한 것으로 신뢰한 제3자의 이익을 비교형량하는 문제이다<sup>29)</sup>.

법률상 주주총회의 결의를 사전에 거치도록 한 경우, 이를 위반한 대표이사의 행위의 효력은 원칙적으로 무효라고 보아야 한다<sup>30)</sup>. 이와 같이 대표권을 제한한 법률규정은 강행법규이고 이를 회사와 거래한 제3자도 사전에 예견하고 있다고 볼 수 있고, 법률로 주주총회의 의결을 요하도록 규정한 사항은 회사 또는 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 사항이고 제3자의 보호보다 이익교량의 면에서 타당하다<sup>31)</sup>.

대법원은 주주총회의 특별결의를 거치지 아니한 대표이사의 영업양도는 원칙적으로 무효라고 보되<sup>32)</sup>, “상법 제190조의 규정이 준용되는 상법 제380조 결의부존재확인 청구의 소에 있어서의 결의부존재라 함은 외형상 당해 회사의 주주총회로서 소집·개최되어 결의가 성립하였거나 그 소집절차나 결의방법에 중대한 하자가 있어 법률상 결의의 부존재로 볼 수밖에 없는 경우만을 가리키고, 전혀 주주총회를 소집·개최함이 없이 주주총회 의사록만 작성하거나 또는 외형상 당해 회사의 주주총회로 볼 수 없는 회의를 개최하여 의사록을 작성한 경우와 같이 외형상 당해 회사의 주주총회결의의 존재를 인정하기 어려운 경우는 여기에 해당하지 않아 그 결의에 기초한 법률관계는 효력이 없다고 보아야 할 것이나, 다만 외형상 회사의 주주총회의 존재를 인정하기 어려운 경우에도 의사록을 작성하는 등 주주총회결의의 외관을 현출시킨 자가 회사의 과반수(문제로 된 주주총회결의가 상법 제434조 소정의 특별결의인 경우에는 2/3

28) 김정호, 전계서, p. 418.

29) 김정호, 상계서, p. 418; 정동윤, 『상법(1)』, 제6판(서울: 법문사, 2012), p. 618.

30) 권기범, 전계서, p. 834면, 835; 김정호, 상계서, p. 418; 이철송, 전계서, p. 594; 정동윤, 상계서, p. 618; 정찬형, 『상법강의(상)』 제17판(서울: 박영사, 2014), p. 944, 945.

31) 정찬형, 상계서, p. 945.

32) 대법원 1993. 9. 14. 선고 91다33926 판결.

이상) 주식을 보유하거나 또는 과반수(또는 2/3 이상)의 주식을 보유하지 않더라도 사실상 회사의 운영을 지배하는 주주인 경우와 같이 주주총회 결의의 외관 현출에 회사가 관련된 것으로 보아야 할 경우에는, 그와 같은 회사 내부의 의사결정을 거친 회사의 외부적 행위를 유효한 것으로 믿고 거래한 자에 대하여는 회사의 책임을 인정함이 타당하다.”라고 보았다<sup>33)</sup>.

이 사건의 경우와 같이 회사가 주식매수선택권을 부여하기 위해서는 대표이사가 상대방과 주식매수선택권부여대상자와 계약을 체결하기 전에 그에 대한 회사의 주주총회의 승인을 받아야 한다. 즉, 회사는 주주총회의 특별결의를 통한 승인에 근거하여 주식매수선택권부여대상자와 주식매수선택권부여계약을 체결한다. 만약 대표이사가 해당 주주총회의 특별결의를 거치지 않았다면 이는 대표이사가 법률상 대표이사의 권한제한을 위반한 것이고, 그가 회사 명의로 체결한 계약은 상법 및 정관 규정에 위반한 것으로서 무효이다.

#### 다. 해결방안

주주총회의 결의를 거치지 아니한 채 주식매수선택권이 부여된 경우, 계약의 상대방이 회사에 대하여 주식매수선택권을 행사하지 않았다면, 주식매수선택권부여에 관한 주주총회결의의 하자의 소로써 다룰 수 있을 것이고, 이미 선택권을 행사하여 회사의 주식이 발행되었다면 주주총회결의의 하자는 신주발행무효의 원인으로 흡수되므로 상법상 신주발행무효의 소(상법 제429조<sup>34)</sup>)로 다투어야 할 것이다<sup>35)</sup>.

특히, 이 사건에서는 주주총회가 전혀 개최되지도 않았는데 마치 개최된 것처럼 주주총회의사록이 위조되었는바, 이는 상법 제380조에서 규정하고 있는 주주총회결의 부존재확인인 대상에 포함되지 않는다. 즉, 대법

33) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다13302 판결 등.

34) 제429조 (신주발행무효의 소) 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월내에 소만으로 이를 주장할 수 있다.

35) 이철송, 전게서, p. 569, 570.

원은 상법 제380조에서 규정하고 있는 주주총회결의 부존재확인판결의 대상과 ‘주주총회의 비결의(非決議)’를 구분하고 있는데, 1992. 8. 18. 선고 91다39924 판결에서 “상법 제380조가 규정하고 있는 주주총회결의 부존재확인판결은 ‘주주총회의 결의’라는 주식회사 내부의 의사결정이 일단 존재하기는 하지만 그와 같은 의사결정을 위한 주주총회의 소집절차 또는 결의방법에 중대한 하자가 있기 때문에 그 결의를 법률상 유효한 주주총회의 결의라고 볼 수 없음을 확인하는 판결을 의미하는 것으로 해석함이 상당하고, 주주총회 의사록을 위조한 경우로서 주식회사 내부의 의사결정 자체가 아예 존재하지 않는 경우에 이를 확인하는 판결은 상법 제380조 소정의 주주총회결의 부존재확인판결에 해당되지 않는다”라고 판시하였다.

위 판결의 취지에 의하면, 이 사건 주주총회는 상법 제380조 소정의 주주총회결의 부존재확인판결 대상에 해당되지 아니하므로, 소 이외의 방법으로 언제든지 그 결의의 무효를 주장할 수 있다. 다만, 이 사건의 경우, 이미 주식매수선택권이 행사되어 회사가 신주를 발행하였으므로 신주발행 무효의 소로써 다투는 것을 고려했었을 것이다.

#### 4. 주식매수선택권부여시 배임죄의 기수시기

이 사건의 경우, 대법원은 회사의 대표이사가 위법·부당하게 주식매수선택권을 부여하였을 경우 성립하는 업무상배임죄의 기수 및 범죄종료시점을 주식매수선택권의 부여시점인 계약체결시가 아니라 행사시점으로 보았다.

대법원은 앞에서 살펴본 바와 같이 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 법률적 판단이 아니라 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에서 파악하여야 하고, 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다고 본다.

이와 같은 태도에 비추어 이 사건을 돌이켜 보면, 주식매수선택권의 부



여시점인 계약체결시와 행사시점 둘 중 어느 시점에서 배임죄의 재산상 손해가 발생하였는지는 아래에서 살펴볼 것처럼 주식매수선택권의 부여 시점에 회사가 상대방에 대한 민사상 손해배상의무가 발생하였는지 여부와 연관될 수밖에 없으며, 이 사건 판결에서 대법원은 사실관계를 고려해 볼 때, 주식매수선택권의 행사시점에 배임죄의 재산상 손해가 발생했다고 보았고 그 시점이 배임죄의 기수시기라고 판단했다. 즉, 대법원은 주식매수선택권의 부여시점인 계약체결시에 회사가 상대방에 대한 민사상 손해배상책임을 진다고 볼 특별한 사정이 없다고 보았다.

## 5. 회사의 민사상 책임

### (1) 불법행위책임

회사는 대표기관을 통하여 행위를 하고, 대표기관이 하는 행위는 회사의 행위로 되므로 그 행위가 불법행위인 경우에는 회사의 불법행위가 되는바, 회사는 불법행위능력을 가진다<sup>36)</sup>. 오늘날 우리나라 학설은 법인실체설의 입장에서 회사의 불법행위능력을 인정하는 데 이론이 없다<sup>37)</sup>. 회사는 법인이므로 법인의 불법행위능력에 관한 민법 제35조 제1항<sup>38)</sup>이 적용되며<sup>39)</sup>, 회사의 대표기관이 그 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하면 그것은 회사 자체의 불법행위로 되어 회사는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 상법 제210조<sup>40)</sup>는 이러한 회사의 불법행위능력에 관해서 규정하고 있으며, 위 조문은 일반 불법행위에 관한 민법 제750조의 특별규정이다<sup>41)</sup>.

36) 송옥렬, 『상법강의』, 제2판(서울: 홍문사, 2012), p. 711; 김정호, 전게서, p. 70.

37) 한국사법행정학회, 정동윤(편), 『주식 상법, 회사법(1)』 (서울: 2003), p. 229.

38) 제35조(법인의 불법행위능력) ① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다.

39) 권기범, 전게서, p. 65.

40) 제210조(손해배상책임) 회사를 대표하는 사원이 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 사원과 연대하여 배상할 책임이 있다.

41) 정동윤, 전게서, p. 231.

이 사건 판결에서와 같이 회사에 대하여 상법 제210조의 불법행위책임(이 사건 판결에서 법원은 “민법상 불법행위책임”이라고 판시하였으나, 이 사건의 경우, 회사의 불법행위책임의 근거는 엄밀히 말하면 상법 제210조이고, 동 조는 민법 제750조의 특별규정이므로 위 “민법상 불법행위책임”은 상법 제210조에 의한 회사의 불법행위책임이라고 하는 것이 적절하다고 본다. 이하에서 회사의 민사상 또는 민법상(손해배상)책임은 상법 제210조에 기한 책임을 의미한다)이 인정되기 위해서는 대표사원(대표이사)이 “업무집행으로 인하여” 타인에게 손해를 가하여야 할 것과 민법 제750조가 요구하는 일반불법행위의 요건인 (i) 대표이사(대표사원)가 책임능력을 가지고 있을 것, (ii) 고의 또는 과실이 있을 것, (iii) 가해행위가 위법할 것, (iv) 피해자가 손해를 입을 것과 (v) (iii)과 (iv) 사이에 상당인과관계가 있을 것이라는 요건을 충족해야 한다. 만약 대표이사 이외의 임직원이 불법행위를 한 경우, 회사는 민법상 사용자책임(민법 제756조42)을 지게 된다43).

여기서 대표사원(대표이사)의 “업무집행으로 인하여”라는 것은 민법 제35조 제1항의 직무에 관하여와 같은 뜻으로 업무집행 그 자체는 물론 행위의 외형상 대표사원(대표이사)의 직무에 속하는 행위와 업무집행과 상당한 견련관계에 있어 사회통념상 회사의 목적을 달성하기 위하여 하는 것이라고 인정되는 행위를 포함한다44). 대법원도 행위의 외형상 법인대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리(私利)를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위반된 것이었다 하더라도 직무에 관한 행위에 해당한다고 본다45).

42) 제756조 (사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다.

③ 전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

43) 송옥렬, 상계서, p. 712.

44) 정동윤, 전계서, p. 230.

45) 대법원 1988. 11. 8. 187다카958 결정 등; 정동윤, 상계서, p. 230.

## (2) 회사의 면책

민법 제750조에 과실상계규정인 민법 제396조<sup>46)</sup>가 준용되므로, 법원은 위 상법 제210조에 근거한 회사의 책임을 판단할 때 피해자의 과실을 반드시 참작하여야 하고, 만약 그 과실이 중한 경우 회사는 면책될 수 있다.

## (3) 이 사건의 경우

이 사건 판결의 피고인은 甲 회사의 대표이사로서 그 요건인 주주총회를 전혀 개최하지도 않았으면서 주주총회의사록을 위조하였고, 그 의사록에 근거하여 주식매수선택권부여계약을 본인을 포함한 임직원과 체결하였고, 甲 회사는 피고인 등은 주식매수선택권의 행사에 응하여 신주를 발행하였다. 1심과 항소심이 인정한 사실관계에 의하면, 그 과정에 피고인과 해당 임직원이 공모한 것으로 나타났다. 이와 같은 피고인의 행위는 회사의 대표이사로서의 제한된 권한의 범위를 넘은 것이다. 그러므로 피고인이 상법에 따라 주주총회의 결의를 거쳐 상대방에게 주식매수선택권을 부여하여야 함에도 위 절차를 위반하여 체결한 이 사건 주식매수선택권부여계약은 무효이다.

다만, 이 사건 판결에서 문제된 피고인의 행위는 회사의 대표이사로서의 업무에 속하는 것이므로 비록 그가 주주총회의 결의를 거치지 않아 무효인 주식매수선택권부여계약을 회사의 명의로 체결하였다 하더라도 원칙적으로 회사는 주식매수선택권을 부여받은 자에 대해 민사상 불법행위책임을 질 여지는 있다. 그러나, 앞에서 살펴본 바와 같이 피고인은 甲 주식회사의 대표이사이고 위 회사와 주식매수선택권부여계약을 체결한 피고인 이외의 임직원들로서도 이 사건 주식매수선택권이 부여된 경위나 과정을 충분히 알았거나 알 수 있었다고 보지 않을 수 없다. 그러므로 甲 주식회사는 甲 주식회사와 체결한 주식매수선택권부여계약의 상대방에

46) 제396조 (과실상계) 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

대해 그 계약 체결 시점에 민사상 피고인의 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담하지 아니한다.

#### IV. 결 론

이상과 같이 이 사건 판결에서 대법원은 상법 및 정관에 따라 거처야 하는 주주총회의 특별결의를 거치지 않은 채 그에 근거하여 회사의 대표자가 제3자와 체결한 계약이 무효라고 하더라도 배임죄는 성립될 수 있고, 배임죄의 기수시기는 재산상 손해가 발생한 때이며, 재산상 손해는 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다고 보았다.

이 사건 판결에서 대법원은 회사의 대표이사가 자신을 포함한 임직원들에게 주주총회결의없이 허위의 의사록을 작성하여 주식매수선택권을 부여하였고, 임직원들도 이 사건 주식매수선택권이 부여된 경우나 과정을 충분히 알았거나 알 수 있었을 것이라는 점을 인정하였다. 위 인정사실을 토대로 대법원은 회사와 피고인을 포함한 임직원들이 회사와 주식매수선택권부여계약을 체결한 시점에 회사가 위 계약의 상대방에 대해 민사상 불법행위책임을 지지 아니한다고 판단하였다. 따라서 대법원은 주식매수선택권의 부여시점에는 법률상 무효인 주식매수선택권부여계약에 대해서도 회사의 대표이사의 행위로 회사에 재산상 손해가 가해졌다고 볼 사정이 없으므로 배임죄의 기수시기는 주식매수선택권부여계약에 따라 피고인 등이 주식매수선택권을 행사하여 회사가 신주를 발행한 시점이라고 보았다<sup>47)</sup>. 이로써 법인의 대표자가 법인 명의로 한 행위가 법률상 무효인

47) 한편, 이 사건 판결에서의 대법원의 배임죄 기수시점에 대한 판단에 동의하면서 “주주총회가 부존재를 넘어서 주총회의록만 허위로 작성되었다면 이러한 주총회의록작성은 범죄의 착수일 따름이고 실제 행사와 주식지급 또는 차액의 보상이 기수에 이른다…”고 본 견해로는 김선웅, “주총결의 없는 스톡옵션 부여와 업무상 배임죄”, 『기업지배구조연구』, 제43호 (2012), p. 7.

경우라 하더라도 법인에 대한 배임죄의 구성요건이 모두 충족되었다고 볼 수 있는 “특별한 사정”속에는 “회사가 민사상 불법행위책임은 지는 경우”가 포함된다는 것을 대법원이 이 사건 판결을 통해 명시하였다는 점에서 이 사건 판결의 의의가 있다고 본다. 또한, 이 사건 판결은 결과적으로 사건의 구체적 타당성 측면에서도 옳다<sup>48)</sup>고 생각한다.

다만, 이 사건 판결은 법률상 무효인 계약에 대한 배임죄의 기수시기를 판단함에 있어서 재산상 손해의 발생 여부를 민사상 불법행위책임(불법행위로 인한 손해배상책임)의 발생 여부와 연관시킴으로써 민사상 불법행위책임의 구성요건 및 법원의 직권에 의한 과실참작(피해자의 과실을 참작하되 참작범위는 법원의 재량에 의함)에 의하여 형사상 배임죄의 재산상 손해여부가 판단될 수 있다는 점이 부각된바, 재산상 손해를 법률적 판단이 아니라 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에서 파악하여야 한다고 한 기존의 판단기준에서 말하는 “법률적 판단”의 의미에 대해 다소간의 의문을 갖게 한다. 이에 관해 향후 유사 사건에서 대법원의 판단을 기대해 본다.

48) 1심 및 항소심의 판단과 같이 이 사건 업무상배임죄의 기수시기를 주식매수선택권부여계약 체결시로 본다면 피고인이 면소판결을 받게 되는 결과가 되어 처벌할 수 없는데, 대법원 판결과 같이 사실관계 등에 비추어 보아 업무상배임죄의 기수시기를 주식매수선택권의 행사 및 그로 인한 甲 주식회사의 신주발행시점으로 보으로써 피고인을 업무상배임죄로 처벌할 수 있게 되었다.

【참고문헌】

- 권기범, 『현대회사법론』, 제4판(서울: 박영사, 2012).
- 김정호, 『회사법』, 제2판(서울: 법문사, 2012).
- 손동권, 『형법각론』, 제3개정판(서울: 율곡출판사, 2010).
- 송옥렬, 『상법강의』, 제2판(서울: 홍문사, 2012).
- 오영근, 『형법각론』, 제2판(서울: 박영사, 2009).
- 이형국, 『형법각론』, (서울: 법문사, 2007).
- 이철송, 『회사법강의』, 제19판 (서울: 박영사, 2011).
- 정동윤, 『상법(上)』, 제6판 (서울: 법문사, 2012).
- 정찬형, 『상법강의(상)』, 제17판 (서울: 박영사, 2014).
- 한국사법행정학회, 정동윤(편), 『주식 상법, 회사법(1)』 (서울: 한국사법행정학회, 2003).
- 권오성, “대표권 남용과 배임죄 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012도2142 판결-”, 『법학논총』, 제30집 제4호, (2013).
- 김상규, “주식매수선택권에 관한 연구”, 『법학논총』, 제26권 제2호 (2009), 한양대학교 법학연구소.
- 김선웅, “주총결의 없는 스톡옵션 부여와 업무상 배임죄”, 『기업지배구조 연구』, 제43호 (2012), 경제개혁연구소.
- 성민섭, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임- 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결(삼성에버랜드 전환사채 발행사건) 평석”, 『법학논총』 제23권 2호, (2011).
- 네이버 뉴스, 2015. 8. 18.자, “기업에 무서운 ‘오락가락’배임죄 토론회…찬반 분분” <<http://news1.kr/articles/?2381034>>, 마지막 방문 2015. 8. 26.
- 법률신문 뉴스, 2014. 12. 18.자, “배임죄 해석, 제한적으로 해야”.
- 한국스포츠경제 뉴스, 2015. 8. 16.자 “스톡옵션 전직원 부여 바람직” <<http://www.sporbiz.co.kr/news/articleView.html?idxno=9025>>, 마지막 방문 2015. 8. 26.

- 파이낸셜 뉴스, 2015. 8. 19.자 “다음카카오 임원들 스톡옵션 대박”  
<<http://www.fnnews.com/news/201508192213010148>>, 마지막 방문  
2015. 8. 26.
- 글로벌 이코노믹, 2015. 8. 18.자 “미국 CEO 평균 연봉은 스톡옵션 포함  
143억원” <[http://www.g-enews.com/ko-kr/news/article/news\\_all/201508181112402214105\\_1/article.html](http://www.g-enews.com/ko-kr/news/article/news_all/201508181112402214105_1/article.html)>, 마지막 방문 2015. 8. 26.

## 【국문초록】

## 무효인 주식매수선택권부여계약과 회사의 민사상 책임 -대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도11394 판결을 중심으로-

회사가 상법상 임직원 등에게 주식매수선택권을 부여하기 위해서는 정관에 주식매수선택권의 부여에 관한 근거규정을 두어야 하고, 주주총회의 특별결의를 통해 주식매수선택권을 부여하는 구체적 계획안을 승인받아야 한다. 대법원은 2011. 11. 24. 선고 2010도11394 판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 한다)에서 회사의 대표이사가 주식매수선택권 부여안을 승인하는 주주총회를 개최하지도 않았으면서 마치 개최한 것으로 주주총회의사록을 위조하고, 이를 근거로 본인을 포함한 임직원과 주식매수선택권부여계약을 체결한 후, 그 계약에 따라 주식매수선택권을 부여받은 자들의 주식매수선택권의 행사에 응하여 회사의 주식을 발행한 사안에서 업무상배임죄의 성립여부 및 기수시기에 관해 중요한 지침이 될 견해를 밝혔다. 대법원은 대표이사가 회사 명의로 체결한 계약이 법령이나 정관에 위배되어 법률상 무효인 경우, (i) 업무상 배임죄가 성립된다고 보았고, (ii) 업무상 배임죄에 있어서 재산상 손해의 유무 판단은 법률적 판단이 아니라 경제적 관점에서 판단해야 한다고 보았으며, (iii) 법률상 무효인 주식매수선택권부여계약과 관련된 대표자의 행위에 대한 배임죄의 기수시점의 판단은 회사가 민사상 불법행위책임 등을 부담하게 될 특별한 사정을 고려하여 배임죄의 구성요건인 회사에 대한 재산상 손해가 가해됐는지 여부를 기준으로 하였다.

이 글에서는 이 사건 판결의 사실관계를 전제로 (i) 배임죄의 재산상 손해의 의의와 판단기준, (iii) 주주총회의 결의를 결한 주식매수선택권부여계약의 효력 및 (iv) 무효인 계약의 상대방에 대한 회사의 민사상 책임에 관해 살펴보았다.

그 결과, 이 사건 판결에서 대법원은 회사의 대표이사가 자신을 포함한 임직원들에게 주주총회결의없이 허위의 의사록을 작성하여 주식매수선택



권을 부여하였고, 임직원들도 이 사건 주식매수선택권이 부여된 경위나 과정을 충분히 알았거나 알 수 있었을 것이라는 점을 인정하였다. 위 인정사실을 토대로 대법원은 회사와 피고인 등이 주식매수선택권부여계약을 체결한 시점에 회사가 위 계약의 상대방인 피고인 등에 대해 민사상 불법행위책임을 지지 아니한다고 판단하였다. 따라서 대법원은 주식매수선택권의 부여시점에는 법률상 무효인 주식매수선택권부여계약에 대해서도 회사의 대표이사의 행위로 회사에 재산상 손해를 가하였다고 볼 사정이 없으므로 배임죄의 기수시기는 주식매수선택권부여계약에 따라 피고인 등이 주식매수선택권을 행사하여 회사가 신주를 발행한 시점이라고 보았다. 이로써 법인의 대표자가 법인 명의로 한 행위가 법률상 무효인 경우라 하더라도 법인에 대한 배임죄의 구성요건이 모두 충족되었다고 볼 수 있는 “특별한 사정”속에는 “회사가 민사상 불법행위책임을 지는 경우”가 포함된다는 것을 대법원이 이 사건 판결을 통해 명시하였다는 점에서 이 사건 판결의 의의가 있다고 본다.

### 【주제어】

주식매수선택권, 주주총회, 업무상 배임, 재산상 손해, 불법행위책임

【ABSTRACT】

Invalid Stock Option Agreement and Civil Duty of a  
Company

-Analysis of the Supreme Court Decision 2010Do11394 delivered  
on November 24, 2011-

Eunyoung, Yun  
Professor at Jeju University

Section (1) of Article 340-2 of Korean Commercial Code provides “a company may, as prescribed by its articles of incorporation, grant by a resolution of a general meeting of shareholders as provided for in Article 434 an option for purchasing new shares or its own shares (hereinafter referred to as “stock option”) at a fixed price established in advance (hereinafter referred to as “exercising price for stock option”) to its directors, executive directors, auditors or other employees who will, or will be able to contribute to the promotion of its incorporation and management, technological innovation, etc.: in cases where the exercising price for stock option is lower than the substantial price of the relevant stock, the company may compensate for the relevant difference by cash or transfer its own shares equivalent to the relevant difference. In such cases, the substantial stock price shall be appraised as of the date of exercising the stock option.” and Section (2) of Article 340-3 of the Korean Commercial Code provides “in adopting a resolution concerning the granting of a stock option as referred to in Article 340-2 (1) at the general shareholders’ meeting, the following matters shall be determined: 1. The names of persons who are to be granted the stock option; 2. The methods of granting the stock option; 3. Matters concerning the price

for exercising the stock option and an assessment thereof; 4. The period for exercising the stock option; 5. Categories and the number of shares to be issued or transferred, in cases of exercising the stock option, to each of the persons to be granted the stock option.” The Supreme Court, Decision Number 2010Do11394 delivered on November 24, 2011, decided that in case where a stock option agreement, based on the forged shareholder’s meeting even without taking place entered into between a representative director of the company and its directors and the company, issued new stocks based on such agreement, such agreement is null in violation of the Korean Commercial Code; and the act of the representative director falls under the Occupational Breach of Trust under the Korean Criminal Act; provided, however, that the consummated period of that crime is not the signing date of such agreement, but the issuance date of new stocks of the company in pursuit of the act of the parties under the agreement without special circumstances such as in case where the company has to compensate parties under the agreement based on tort duty under the Korean Civil Act, at the time of the signing date of the agreement. This Court decision should be noted that the Court suggested a situation in case where the company should compensate under the tort duty under the Civil Act as an example of such special circumstances.

**【Keywords】**

stock option, shareholder’s meeting, occupational duty of trust, economic loss, tort duty