

이사의 자기거래에 관한 고찰

- 2012 개정 상법을 중심으로 -

김 보 혁*

목 차

- | | |
|-------------------------------------|--|
| I. 머리말 | 3. 거래의 내용과 절차의 공정성 |
| II. 구상법상 자기거래 규정의 검토 | 4. 자기거래의 승인 대상 |
| III. 개정 상법상 자기거래에 관련된
주요사항 비교 검토 | IV. 자기거래 규제를 위한 이사의
충실의무와 주의의무 구분 필요성 |
| 1. 이사의 거래정보 공개제공 의무 | IV. 결 론 |
| 2. 이사회 승인 | |

I. 머리말

이사는 회사 경영에 관한 중대한 결정을 내리는 기관인 이사회
의 일원으로서 회사의 재산 관리와 처분에 직·간접적으로 관여하는 위
치에 있다.¹⁾ 따라서 이사가 회사와 거래를 한다면 본인의 이익과 회사의
이익이 충돌되고 경우에 따라 이사는 회사의 이익보다 본인의 이익을
추구할 동인이 있으며 이사가 회사의 이익보다 자신의 이익을 앞세운
거래는 회사의 입장에서 손실이 되는 불공정한 거래가 될 수 있다. 이사
와 회사와의 관계에서 이익이 충돌될 수 있는 경우는 회사와 이사와의
자기거래와 이사가 자신의 지위를 통해 얻은 사업 정보를 바탕으로
회사의 사업기회를 가로채는 기회유용이 대표적인데 이에 대해 지난
2012년 4월 개정 상법에는 회사의 기회유용금지 규정(제397조의2)이

* 동국대학교 법과대학 강사

1) 이철승, 회사법 강의(박영사, 2012), 734-735쪽.

추가되고 이사 등과 회사 간의 거래(개정 제398조 제1항, 제408조의9) 규제 범위가 확대되었으며 이와 관련된 의무의 위반에 대해서는 이사의 회사에 대한 책임 감면(제400조) 조항이 적용되지 않는 등의 변화가 있었다. 개정이전 상법에 회사와 이사 간 이해가 상충될 수 있는 거래에 있어서 구상법상 자기거래에 대한 규정이 있었지만 규정의 추상성²⁾으로 말미암아 기업들의 지배주주 또는 이사들이 회사와의 거래를 통해 회사의 이익을 희생시키고 사익을 도모하는 자기거래를 할 경우 이를 효과적으로 규제하지 못하는 문제점이 있었다.

2012년 상법 개정에 앞서 1998년 제323조의3에 이사의 충실의무가 규정되면서 이것이 영미법상 충실의무의 도입인가에 대해 학설이 대립³⁾되고 있지만 2012년 상법이 개정되면서 상법 제397조의2에 회사의 기회 및 자산의 유용 금지조항이 신설되고 상법 제398조에 이사의 자기 거래 규정이 개정됨으로써 상법 제323조의3에 규정된 이사의 충실 의무⁴⁾의 내용이 사실상 구체화 되어 이사의 이익과 회사의 이익이 충돌하

2) 김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 상사법연구(한국상사법학회, 2009), 97쪽.

3) 강희갑, “미국법상 이사의 충실의무와 이사의 자기거래”, 기업법연구 제5집(기업법학회 2000), 335-341쪽; 권재열, “대법원 판례상 경영판단 원칙에 대한 소고”, 증권법 연구(한국증권법학회, 2008 제9권 1호), 258쪽; 원동욱, “경영판단 원칙의 최근 동향과 향후 전망”, 상사법 연구(한국상사법학회, 2010), 122쪽; 한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법 연구 제27권 제4호(한국상사법학회, 2009), 138-155쪽.

4) 미국법상 이사가 회사와 이해상충 관계에 있을 때 자신의 이익보다 회사의 이익을 우선해야 한다는 충실의무에 의해 이사는 회사의 이익을 우선해야 하며 이사의 자기거래와 기회유용에 관한 내용이 충실의무의 구체적 내용이 된다.

<http://www.law.cornell.edu/wex/duty_of_loyalty>, 검색일 : 2013.8.20. The duty of loyalty stands for the principle that directors and officers of a corporation in making all decisions in their capacities as corporate fiduciaries, must act without personal economic conflict. The duty of loyalty can be breached either by making a self-interested transaction or taking a corporate opportunity. In order to prevent a violation of the duty of loyalty, if a fiduciary wishes to make a self-interested transaction, or take

는 회사의 기회유용과 자기거래를 영미법상 충실의무의 법리와 유사하게 규제할 수 있게 되었다. 이번 개정 상법에 재계에서와 같이 “기업경영의 효율성”에 부담을 준다는 이유로 재개정을 요구하는 등 개정된 상법에 반대하는 입장⁵⁾이 있는가 하면 기업의 지배주주들이나 이사들이 회사와 소수주주들의 이익을 해하는 내부거래, 기회유용 등을 상법의 규정을 통해 공정하게 하도록 하는 것은 결국 기업의 지배구조를 투명하게 하고 이는 자본시장 발전의 기초가 되는 것이기 때문에 국가경제에 바람직하다고 하는 논의도 있다.⁶⁾ 이 글은 개정 상법에 대한

a corporate opportunity, the fiduciary must first fully disclose both the facts of the conflict, and the details of the transaction. The transaction must then be approved by either a majority of disinterested directors or a majority of disinterested shareholders.

If the duty of loyalty is found to be violated, courts may order the offending fiduciary to pay restitution, and may impose punitive damages to deter future violations.

- 5) 전삼현, “회사법 재개정이 시급하다”, KERI 칼럼(한국경제연구원, 2011. 11. 2) 참조; 전삼현, “개정 상법의 자기 거래 규정, 재개정이 시급하다.”, KERI 칼럼(한국경제연구원, 2011. 4. 21) 참조; 한국경제신문, “개정상법 시행 2개월 재계 계열사 거래 이사회 승인대상 줄여 달라”, 2012.6.18; 김병기, “이사의 자기거래와 개정 상법 제398조”, 법학연구 제33집(전북대학교 법학연구소, 2011. 9), 171-192쪽.
- 6) 김정호, “이사와 회사간 자기거래에 있어 적법한 이사회승인의 효과”, 상법법 연구 제32권 제1호(한국상사법학회, 2013), 245-246쪽.

효율적인 시장 경제구조를 만들기 위해 정부는 조세정책, 공정거래법, 상법, 형법 등을 통해 시장이 효율적으로 운용 되도록 공정한 시장의 규칙을 강화하는 데 초점을 맞추어야 할 것이다. 대기업의 지배주주들을 중심으로 자신들이 대주주 또는 이사로 있는 비상장 계열사와 주력 계열사 간 불공정한 내부거래와 주력 계열사의 사업기회에 대한 회사기회유용을 통해 자신들을 대주주로하는 비상장 회사를 세워 사익을 추구하는 행위를 규제하는 것은 일차적으로 지배 주주가 기업의 희생을 바탕으로 차지하는 이익이 기업에 귀속되게 함으로써 기업이익과 가치가 상승된다는 점에서 이차적으로는 기업이 지배주주가 아닌 최적의 거래 상대방과 투명하게 거래함으로써 시장의 효율성을 증진 된다는 점에서 큰 의미를 갖는다. 그리고 이러한 기업의 투명성과 시장경제의 효율성이 바탕으로 되어야 기업이 필요한 자금을 공급하는 자본시장에서 투자자들의 투자 활성화가 이루어진다는 점에서 친기업적인 입법이라 할 것이다.

이러한 논의를 바탕으로 2012년 개정상법 가운데서도 이사의 자기거래와 관련해서 이번 상법 개정에서 새로 도입된 사안들 중심으로 구상법과 비교해 몇 가지 문제점과 개선방안을 논의해 보고자 한다.

Ⅱ. 구상법상 자기거래 규정의 검토

구 상법 제398조는 이사는 이사회에 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있고, 이 경우 민법 제124조7)의 규정을 적용하지 아니한다고 자기거래를 규정하고 있다. 본 규정의 취지는 어떠한 거래에서든 당사자들은 본인의 이익을 추구할 강한 유인을 갖고 있는데 회사의 이사가 회사와 거래를 하게 되는 경우 이사가 자신의 지위 상 특권을 이용하여 자기거래를 통해 회사의 재산을 탈취할 수 있기 때문에 이러한 거래는 이사회의 승인을 받게 함으로써 거래의 불공정을 막기 위함이었다.⁸⁾

그러나 구 상법의 규정은 자기거래 제한에 관한 규정의 적용 범위가 이사에 한정되어 있어 형식상 이사와의 거래가 아니지만 이사와 가까운 자를 통해 실질적으로 자기거래와 동일하게 회사의 이익을 침해하는 불공정 거래를 하는 경우 규제를 할 수 없다는 점과 거래에 있어 공정성에 관한 구체적 기준이 결여된 상태에서 이사회의 승인만 있으면 거래의 공정성 여부와 관계없이 일단 거래가 유효하다는 점이 문제점으로 지적되어왔다.⁹⁾

이러한 문제점으로 인해 법조문이 도입되고도 사실상의 규제 효과는

7) 민법 제124조(자기 계약, 쌍방대리).

8) 이철송, 회사법 강의 제12판(박영사, 2012), 648쪽.

9) 정경영, “회사법 개정안의 중요 쟁점에 관한 고찰”, 조세법연구(한국조세법학회, 2006), 458쪽.

약했음이 그간 많은 사례를 통해 나타났다. 2006년 참여연대에서 발효한 1995년에서 2005년 사이 38개 재벌 총수일가의 주식 거래에 대한 보고서에서 38개 기업집단의 문제성 거래를 회사의 기회 편취, 지원성 거래, 부당 주식 거래로 나누어 조사 분석하고 있는데 대부분의 기업집단에서 지배주주는 회사기회유용, 지원성 거래, 부당 주식 거래를 복합적으로 사용하여 회사에 손실을 주고 지배주주의 사익을 추구했었음을 알 수 있다. 계열사의 기존 사업부문을 분할 하거나 또는 이와 밀접한 사업연관성이 있는 주로 비상장 회사를 신설한 후 회사의 설립 당시 혹은 일정 기간 후 총수 일가가 지분을 취득하여 회사의 기회를 편취한 후 이 기업집단의 계열사가 신생 회사에 유리한 지원성 거래를 하게 함으로써 회사를 급성장 시키는 방식을 사용하고 있으며 지배주주가 신생회사의 주주를 취득하는 과정에서 부당한 주식거래가 이루어지는 복합적 이익상충의 양상을 보이고 있다.¹⁰⁾

회사 기회 유용의 대표적 사례로는 현대차 그룹의 현대 글로비스, SK 그룹의 SK C&C, 신세계 그룹의 조선폰텔베이커리 등이 있고 지원성 거래의 사례는 현대차 그룹의 엠코, 각 그룹이 계열사로 두고 있는 광고회사, IT 회사, 건물관리회사 등에서 나타나며 부당한 주식거래는 계열사가 현저히 불공정한 가격으로 주식 또는 주식 연계증권을 총수일가와 거래하는 경우인데 삼성그룹의 에버랜드, 삼성 SDS, LG 그룹의 LG 석유화학, 두산그룹의 (주)두산, 현대산업개발 그룹의 현대 산업개발, 하이트 맥주 그룹의 하이트 맥주 등이 이에 해당한다.¹¹⁾ 36개 그룹 250개 분석회사 가운데 기회유용의 사례는 30건, 지원성 거래는 20건, 부당 주식거래는 20건, 총 70건이 발생하여 36개 그룹의 12%에 해당하는 회사들이 회사의 기회를 유용했고, 16%에 해당하는 회사들이 자기거래

10) 참여연대, “38개 재벌총수일가의 주식거래에 대한 보고서”, 참여연대 보고서(참여연대 경제개혁센터(2006. 4. 6), 1-30쪽.

11) 참여연대 보고서.

를 해서 총 28%의 회사들이 지배주주와 회사 간 이익이 상충되는 거래를 했음을 알 수 있다.¹²⁾

이렇듯 성장 가능성이 높은 분야에 비상장 회사를 설립한 후 사업 리스크를 살펴보고 예상대로 높은 성장성이 확실할 경우 회사가치기 오르기 전에 비상장사의 지분을 지배주주에게 양도한다. 이후 계열회사와의 거래를 통해 성장시켜 비상장회사가 충분한 자금을 확보하면 이를 바탕으로 지배 주주가 주요 계열사의 지분을 더 사들이기도 하고 아니면 자기거래를 통해 성장한 비 상장사를 상장시켜 상장 차익을 얻는

12) 참여연대 보고서에 의하면 대기업에서 발생한 대표적인 이익상충 거래의 유형과 사례는 다음과 같다.

가. 현대 자동차 그룹의 글로비스

글로비스는 2001 운송사업 및 복합물류사업을 목적으로 현대 자동차 그룹의 지배주주인 갑 회장과 그의 아들 을 사장이 각 40%와 60% 출자하여 자동차 물류회사인 현대 글로비스를 했으며 2001년 설립 이후 2004년까지 글로비스의 총매출에서 현대 자동차, 기아 자동차, 현대 모비스 등 관계사가 차지하는 비중은 85%에 달했다. 이는 지배주주가 회사의 사업의 연장선상에 있는 유망한 사업의 기회를 편취한 것이라고 볼 수 있을 뿐 아니라 계열사와 이해상충의 자기 거래를 통해 급성장했음을 알 수 있다.

나. SK C&C

SK C&C는 1991년 정보통신사업과 관련된 연구개발, 소프트웨어 개발 및 판매를 목적으로 SK(주)와 SK건설에 의해 100% 지분 하에 설립되었고 1994년 SK 그룹이 SK 텔레콤을 인수 한 시점에 지배주주인 갑 회장 일가는 SK C&C를 인수하였다. 1991년 설립 이후 3년간 전무했던 매출액은 지배주주의 인수 이후 계열사와 매출액의 70-90%에 달하는 거래를 통해 고속 성장해 왔다.

다. 신세계 그룹의 조선포텔 베이커리

조선포텔 베이커리는 비상장법인인 (주)조선포텔의 총매출에서 2004년 기준 32.8%에 해당하는 제과부문은 물적분할하여 2005년 별도법인으로 설립되어 설립 4개월만인 2005년 지배주주 일가인 갑씨가 조선포텔로부터 40%의 지분을 인수함으로써 지배주주가 되었으며 2005년 말 기준 조선포텔 베이커리의 관계사 비중은 총매출의 94%에 달한다.

라. 효성그룹의 효성건설

지배주주가 다수지분을 갖고 있는 비상장 계열사인 효성 건설을 통해 (주)효성의 핵심사업 중의 하나인 건설부문과 밀접한 관련성을 갖는 분야의 하도급 거래를 수행함으로써 (주)효성의 사업 기회를 편취하고 2004년 기준 효성건설 매출의 92.70%가 (주)효성에 대한 매출로 자기거래에 의한 매출이 주를 이룬다.

방법을 사용해 왔다. 이는 기업이 미래에 얻을 수 있는 수익을 지배주주를 위해 일부러 포기하고 모든 주주가 아닌 지배주주에게만 그 이익을 누리도록 하는 것으로서 회사와 소수주주의 입장에서는 손해가 되는 불공정한 거래일 뿐 아니라 기업을 투명성을 해함으로써 자본시장에서 투자자들이 그 기업에 투자를 꺼리게 하는 중요한 요인이 되어 기업 가치 하락과 국가 경제 발전에 원동력이 되는 자본 금융 시장 발전에 큰 저해 요인이었다고 할 것이다.

Ⅲ. 개정 상법상 자기거래에 관련된 주요사항 비교 검토

회사의 기회편취와 자기거래를 통한 지원성 거래는 주로 주력 상장 회사의 사업기회 및 이익을 총수일가가 지배하는 비상장회사로 이전하는 양태를 보이고 있고 이사회에 승인이라는 장치 외에 특별히 규제하지 못했던 상황에서 개정 상법에서 추가된 것은 절차적 요건과 거래내용의 공정성을 대폭 강화해서 자기거래를 위해서는 첫째로 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요 사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 하고 둘째, 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로서 하여야 하고 셋째, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다는 세 가지 요건과 아울러 이사회에서 사전승인과 자기거래의 규제를 받는 자의 범위를 구체적으로 열거 확대했다고 점이다. 이하에서는 구상법과 개정상법을 비교해 새로이 규정된 개정상법의 요건들을 중심으로 검토해 보고자 한다.

1. 이사의 거래정보 공개제공 의무

개정 상법 제398조에서 이사, 주요 주주 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에서 해당 거래에 대한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다. 미리 이사회에서 해당 거래에 대한 중요한 사실을 밝힌다고 하는 것은 거래의 이사회 승인 요건과 더불어 거래의 공정성을 판단하기 위한 절차적 공정성 요건의 하나로 볼 수 있을 것이다. 이번 상법 개정에서 앞서 이사의 자기거래와 관련한 2007년 대법원은 판례에서 “그 거래와 관련된 이사는 이사회의 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있고 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회의 승인이 있다고 할 수는 없다¹³⁾”라고 판시하고 있다. 이렇게 본다면 새로이 이사의 자기거래 시 공개 제공의무는 구상법상 명문의 규정은 없었지만 판례를 통해 형성된 요건이고 이번 상법 개정에서 주요 주주 등으로 자기거래에 있어 정보를 공개 제공해야 하는 대상이 확대되어 반영되었다고 할 것이다.

이사의 자기거래에 있어 정보 제공 의무에 대한 미국의 델라웨어회사법의 제144조 입법례는 자기거래를 하는 이사는 그 사실을 개시해야 하고 그렇지 않고 거래의 승인을 받은 경우 무효가 된다.¹⁴⁾ 자기거래를 하는 이사의 이사회에 대한 거래 정보 공개 제공과 이사회의 승인이라

13) 대법원 2007. 5. 10. 선고, 2005다4291 판결.

14) DEL CODE § 144 : Delaware Code-Section 144: INTERESTED DIRECTORS; QUORUM

는 충실의무의 절차적 요건과는 별개로 자기거래와 관련이 없는 이사들이 이사회에 제공된 자료를 적절하고 충분히 검토해야 하는 의무는 영미법상 이사의 주의의무와 연관이 되는데 거래의 당사자인 이사의 입장에서는 충실의무에 의하여 정보를 제공할 의무가 있지만 거래의 공정성을 검토하는 기타 이해관계 없는 이사들의 입장에서는 역시 이사로서 해당 거래에 대한 정보를 충분히 검토해야 하는 주의의무(Duty of Care)를 지고 있는 것이다. 미국의 *Smith v. Van Gorkom*¹⁵⁾ 사례에서 회사와의 거래의 공정성을 검토하는 이사들이 거래와 관련된 중요한 정보들을 충분히 검토하지 않고 거래를 승인했다면 이는 이사의 주의의무 위반으로서 중과실에 해당한다고 보고 이사들의 책임을 면책시키지 않았다.

구 상법 하에서 자기거래 시 거래와 관련 없는 이사들에게 정보 심사의 의무와 관련해서 2003년 서울 고법 판결¹⁶⁾ 이전 1심¹⁷⁾에서는 자료의 불충분성과 한 시간 정도의 이사회 자료 검토 시간의 불충분성을 이사의 주의의무 위반에 대한 판단의 기준으로 삼았지만 서울 고법 판결에서는 인수회사인 삼성전자의 경영진이 1년 전부터 사업의 필요성과 인수대상회사의 손익전망을 검토한 점, 이사진이 실무진으로부터 제출된 자료를 읽고 설명을 들은 점 등을 이사의 주의의무 위반 여부를 결정하는데 고려했다. 또한 2007년 대법원 판결¹⁸⁾에서 이사의 자기거

15) *Smith v. Van Gorkom*, 488A. 2d 858, 874-875(Del. 1985)

16) 서울고법 2003. 11. 20. 선고, 2002나6595 판결.

17) 수원지법 2001. 12. 27. 선고, 98가합22553 판결.

18) “어느 경우에도 이사와 회사 사이에 이익 상반거래가 비밀리에 행해지는 것을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적절한 직무 감독권의 행사를 보장하기 위해서는 그 거래와 관련된 이사는 이사회에 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있다고 할 것이고 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익 상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회 결의가 이루어진 것에 불과한 경우는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회 승인이 있다고 할

래에 앞서 중요한 사실들이 이사회에 제시되고 거래와 관련 없는 이사들이 거래를 승인함에 있어 제공된 중요한 정보들에 대해 공정성을 심의하는 과정을 거쳐야만 자기거래에 대해 이사회에 승인 있었다고 볼 수 있다는 취지의 판결을 내린 바 있는데 이상의 판례들에 비추어 보면 우리 법원에서는 이사의 주의 의무 위반을 결정하는 데 있어 첫째, 제공된 중요한 정보에 대한 심의가 있었는지, 자료는 심도가 충분했는지, 이사회에는 자료가 제공되고 충분히 설명되었는지 여부를 고려함을 알 수 있다. 이와 같이 우리 법원도 이사가 심의하는 과정에서 지켜야 할 구체적 주의의무 정도를 제시했다고 볼 수 있고 영미법상 이사의 주의의무 가운데 *Smith v. Van Gorkom* 사례에서 확립된 “이사들이 거래를 승인함에 있어 중요한 정보들에 대해 충분한 정보를 가지고 충분히 검토하는 과정”을 거쳐야 한다는 원칙과 그 취지가 일치한다. 이러한 우리 법원의 판례들은 델라웨어 법원에서 확립된 이사의 주의 의무 가운데 하나를 제시했고 그 정도까지 제시한 점에서 큰 의의가 있다 하겠다.

다만 다른 점이 있다면 우리 고등법원 판례에서는 이사회가 아닌 실무 경영진의 1년간의 사업성 검토와 이에 기초한 보고서의 이사회 제출 설명으로 주의의무를 만족시켰다고 보는 반면 달리 *Smith v. Van Gorkom* 사례에서는 이사회에 의사결정시 합병 안에 관한 서류를 제시 받지 못하고 회계전문가의 자문도 없이 사장의 구두 설명만으로 2시간 만에 결의한 점을¹⁹⁾ 문제 삼고 “사전에 사안에 관련된 모든 정보를 숙지하고 진중한 자세로(in an informed and deliberative manner) 전문가의 의견도 구하는 등 충분한 연구 검토를 거쳐야 한다”²⁰⁾는 점을 주의의무로 제시했고 이를 게을리 한 것은 중과실이라고 해서 경영진이 아닌

수는 없다”(대법원 2007. 5. 10. 선고, 2005다4291 판결).

19) 이철송, 회사법 강의 제12판(박영사, 2012), 756쪽.

20) 이철송, 위의 책, 756쪽.

이사회 자체의 자료 사전 숙지와 심사시간을 문제 삼았다는 점이다.

즉 *Smith v. Van Gorkom* 사례에서는 이사들에게 모든 자료가 미리 배포되어 이사들은 사안에 관련한 모든 자료를 숙지할 만한 시간을 가졌는가, 또 객관적인 판단을 내리기 위해 이사회가 전문가의 의견을 구했는가, 이사회에서 충분한 시간을 가지고 검토했는가 등을 주의 정도를 판단하는 기준으로 제시했다면 서울고법 2003. 11. 20. 선고, 2002나6595 판결에서는 경영진이 1년여에 걸쳐 사업타당성을 검토한 보고서가 제출되었지만 그것이 미리 이사들에게 제출되어 이사진들이 이사회 전에 충분히 검토할 시간이 주어졌었는가에 하는 점을 주의의무의 적절성을 판단하는 기준으로 사용하지 않았고 경영진에 의해 충분히 검토된 보고서가 제출되었다 하더라도 이사회에서 실무진의 설명은 별도로 하고 이사회가 객관적 의견을 줄 수 있는 전문가의 의견을 참고했는가라는 기준 역시 사용하지 않았다는 점에서 다르다. 반면 사건의 일심에서는 이사회에 인수대상회사의 재무구조, 신규투자와의 위험비교, 정상화 소요 비용 등에 대한 자료가 없이 실무진의 사업 참여 방안만 제출된 점, 그나마 한 시간 내에 주어진 자료와 실무진의 설명을 바탕으로 이사회의 결정이 이루어진 점을 기준으로 이사들의 주의의무가 불충분했고 경영판단의 보호를 받을 수 없다고 한 점으로 보아 *Smith v. Van Gorkom* 사례에서 나타난 주의의무 정도를 판단하는 기준들을 사용한 것으로 보이는 판결을 내렸다.²¹⁾ 2012년 개정 상법에서 거래관계 있는 이사가 미리 이사회에 정보를 제공하고 승인을 받아야 할 충실의무는 제시했고 우리 판례에서 역시 이사들이 거래를 승인함에 있어 중요한 정보들에 대해 충분한 정보를 가지고 충분히 검토하는 과정을 거쳐야 하는 이사의 주의 의무의 절차적 요건을 제시했지만 이사회가 무엇을 기준으로 어느 정도의 심도를 가지고 검토해야 하는가 하는 이사의 주의의무에 내용에 대해서는 서울고법 2003. 11. 20. 선고, 2002

21) 이철송, 위의 책, 756쪽.

나6595 판결이 앞서 논의했듯이 *Smith v. Van Gorkom* 사례에서 나타나는 기준과 다소 다른 입장을 보이고 있는데 이에 대해서는 어떠한 기준이 보다 타당한 것이지 앞으로 추가적 논의가 필요할 것으로 보인다.

2. 이사회 승인

구 상법 제398조에서 이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제 삼자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다고 규정하여 이사회 승인의 요건은 상법 제391조(이사회 결의방법)에 따라 이사회 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 하고 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있도록 하였다. 개정 상법은 이사회 승인 요건 가운데 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 찬성으로 하고 있다.

외국의 입법례를 보면 미국의 입법례에서 델라웨어 회사법 제144조²²⁾에 나타난 이사의 자기거래 승인 요건은 첫째로 해당 자기거래는

22) DEL CODE § 144 : Delaware Code-Section 144: INTERESTED DIRECTORS; QUORUM-(a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if: (1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or (2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the shareholders entitled to vote thereon,

해당 이사가 이사회에 거래에 관한 정보를 제공하고 해당거래와 이해관계 없는 이사 다수의 승인을 받거나 둘째, 해당 거래에 관한 정보를 주주에게 공개하고 주주의 승인을 받거나 셋째, 이사회나 주주 동의를 받을 당시 거래는 회사에 공정하여야 한다는 것을 규정하고 있다.

개정상법이 출석이사 과반수의 승인이나 텔라웨어 회사법에서 규정된 이해관계 없는 이사 다수의 승인을 받도록 하는 대신 이사 3분의 2 이상 찬성으로 승인하도록 한 것은 승인 요건을 보다 높인 것인데 이사의 자기거래에 관한 사후 승인에 관하여는 학설이 갈리고 있다. 이사회의 사후 추인이 가능하지 않다는 견해는 이를 인정할 경우 이사의 자기거래를 부추기는 결과를 가져오므로 바람직하지 않다는 것이고 가능하다는 입장은 거래의 공정성만 확보된다면 승인 시기는 중요치 않다는 입장이다. 구 상법 하의 대법원 판례는 이사회의 승인을 얻지 못한 자기거래를 한 이사의 행위를 무권대리로 보아 사후 추인이 가능한 것으로 판시하고 있었다.²³⁾

개정 상법 제398조에 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요한 사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다고 규정하고 있는데 이것이 거래가 사전승인이 있는 경우에만 유효하게 성립된다고 보는 견해가 있다.²⁴⁾ 결국 거래에 관한 주요한 사실을 이사회에 밝히지 않았고 승인을 받은 경우 이것을 2007년 대법원 판례와

and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the shareholders; or (3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders. (b) Common or interested directors may be counted in determining the presence of a quorum at a meeting of the board of directors or of a committee which authorizes the contract or transaction.

23) 대법원 2007. 5. 10. 선고, 2005다4284 판결.

24) 권재열, “상법 개정안 상 이사의 의무와 책임 규정에 대한 비판적 검토”, 상사법연구 제28권 3호(한국상사법학회, 2009), 186쪽.

조화시키기 위해서는 개정 상법 제398조가 자기거래를 사후 승인을 가능하게 하는지 여부는 대법원의 판례에 따라 거래가 공정하다면 사후 승인은 가능하지만 승인이 있기 전까지 해당 거래는 유효하지 않음을 명확히 한 것이라고 해석하는 한다면 개정상법이 판례를 적절히 수용하는 것이 될 것으로 보인다.²⁵⁾

3. 거래의 내용과 절차의 공정성

개정 상법 제398조에서 거래의 내용과 절차의 공정성 요건을 추가한 것은 델라웨어 회사법상 판례에 나타난 *entire fairness* 기준과 유사하다. *Weingberger v. UOP* 판결²⁶⁾에서 공정성은 협상과정의 공정성(*fair dealing*)과, 공정한 가격(*fair price*)의 두 측면을 가지고 있다고 공정성의 개념을 제시하고 있다. 협상 과정의 공정성은 공정한 절차의 측면을 나타내고 있는데 즉 언제 거래가 정해졌는가, 어떻게 거래가 시작되고, 협상되고, 이사들에게 공개되었는가, 그리고 어떻게 이사와 주주들로부터 승인을 받았는가 하는 질문과 관련한 절차적 문제들이고 거래 가격의 공정성은 거래 내용의 공정성을 다루고 있는데 이는 경제적 재정적 문제이며 이와 관련하여 자산, 시장가격, 수익, 미래전망, 그리고 회사 주가에 영향을 미치는 모든 요소들이 고려될 수 있다고 하였다.

25) 권재열, 위의 논문, 187쪽.

26) “*Weinberber v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 711(1983):

The concept of fairness has two basic aspects : fair dealing and fair price, the former embraces questions of when the transaction was timed, how it was initiated, structured, negotiated, disclosed to the directors, and how the approvals of the directors and the stockholders were obtained, the latter aspect of fairness relates to the economic and financial considerations of the proposed merger, including all relevant factors: assets, market value, earnings, future prospects, and any other elements that affect the intrinsic or inherent value of a company's stock”

개정 상법에 델라웨어 판례법에 나타난 절차와 내용적 공정성의 개념을 도입함으로써 앞으로 법원이 자기거래의 공정성을 심사하는 데 있어 절차와 내용 두 가지 요인을 다 심사해야 하는 큰 범주의 기준을 제시했다는 점에서 괄목할 만하다.

이번 상법 개정은 구상법과 비교해 볼 때에서 자기거래에 대하여 절차적, 실체적 공정성 요건을 도입해서 이 모두를 이사 자기거래의 유효 요건으로 하고 있다. 자기거래가 승인받기 위한 형식적인 절차적 요건은 개정 상법 자체에 구체적으로 기술되어 있다. 첫째, 자기거래를 위해서는 이사회에 미리 해당 거래에 대한 중요사실을 밝혀야 한다. 둘째, 이사회의 승인을 받아야 하며 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다는 두 가지 요건이 제시되어 있으나 그 거래의 절차가 공정해야 한다는 법문을 추가하여 두 가지 절차 외에도 절차의 공정성을 심사해야 함을 다시 한 번 밝히고 있다. 상법 제398조 법문이 밝히고 있는 형식적 승인 조건 외에 거래 절차의 공정성에 대한 추가적인 구체적인 원칙들은 차후 법원의 판례를 통해 형성될 수 있을 것으로 보인다.

거래내용의 공정성 심사기준의 구체적인 내용은 개정 상법에 제시되지 않았지만 이전에 판례들을 통해 몇 가지 제시되고 있었다. 거래 내용의 공정성에 대한 2005년 대법원 판결에서 대법원은 삼성종합화학 주식저가 매도 부분에 대해서 그 거래가 합리성과 상당성을 결여한 경우 경영판단의 원칙의 보호를 받지 못하고 손해배상 책임을 져야 하는 것으로 판시하고 있다.²⁷⁾

27) 대법원 2005. 10. 28. 선고, 2003다69638 판결.

“회사가 소유하는 자산을 매각하는 때에는 처분이익을 극대화하거나 처분 손실을 극소화하는 방향으로 거래가격을 결정하여야 할 것이므로 비상장주식을 매도하는 경우에 있어서 객관적 교환가치가 적절하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래 가격을 시가로 보아 주식의 가격을 평가하여야 할 것이나, 그러한 사례가 없는 경우에는 비상장주식의 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 방법(순자산가치방식, 수익가치방식, 유사업종비교방식 등)에 의하여 평가한 가액을 토대로, 당해 거래의 특수성을 고려하여 객관적 교환 가치를 반영한 적정거래가액을 결정하

판결에서 제시된 공정한 거래의 세 가지 내용적 기준을 보면 첫째, 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래 가격에 평가 할 수 있는 기준을 제시했고 둘째, 그러한 사례가 없는 경우에는 평가에 관하여 보편적으로 인정되는 방법(비상장 주식의 경우 순자산가치방식, 수익가치방식, 유사업종비교방식 등)에 의하여 평가한 가액을 토대로, 당해 거래의 특수성을 고려하여 객관적 교환 가치를 반영한 적정거래가액이고 셋째, 이사들이 당해 거래의 목적, 거래 당시 당해 비상장 법인의 상황, 당해 업종의 특성 및 보편적으로 인정되는 평가 방법에 의하여 주가를 평가한 결과 등 당해 거래에 있어서 적정한 거래가액을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 회사의 최대 이익을 위하여 거래가액을 결정해야 하고 넷째, 거래의 특수성을 고려하더라도 객관적으로 회사에 불리하지 않을 정도의 상당성 기준을 제시하고 있다.

미국 델라웨어 *Weingberger v. UOP* 판결과 비교해 볼 때 2007년 대법원 판례는 *Weingberger v. UOP* 판결에서 제시하는 거래 내용을 공정성을 판단하는 기준과 매우 유사한 기준들을 제시하고 있다. *Weingberger v. UOP* 판결이 자산, 시장가격, 수익, 미래 전망, 그리고 회사 주가에 영향을 미치는 모든 요소들을 고려하는데 2007년 대법원 판례 역시 객관적인 시장가격, 회사의 최대 이익을 위한 거래가격 결정, 회사에 불리하지 않을 상당성 등의 기준을 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

여야 할 것인바, 회사가 소유하고 있는 비상장 주식을 매도하는 업무를 담당하는 이사들이 당해 거래의 목적, 거래 당시 당해 비상장 법인의 상황, 당해 업종의 특성 및 보편적으로 인정되는 평가 방법에 의하여 주가를 평가한 결과 등 당해 거래에 있어서 적정한 거래가액을 도출하기 위한 합당한 정보를 가지고 회사의 최대 이익을 위하여 거래가액을 결정하고 그러한 거래가액이 당해 거래의 특수성을 고려하더라도 객관적으로 현저히 불리하지 않을 정도로 상당성이 있다면 선량한 관리자의 주의의무를 다 한 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 있다고 할 것이다.”

거래 내용의 공정성에 있어 또 다른 판례는 “이사와 회사 간의 이해 상반하는 거래 행위에 해당한다 하여 이사회 승인 여부에 불구하고 같은 법 제399조(회사에 대한 책임) 소정의 손해배상 청구권을 행사할 수 있음은 물론이고 대표권의 남용에 따른 불법행위를 이유로 한 손해 배상청구권도 행사할 수 있는 것”이라고 판시²⁸⁾하고 있는데 자기거래에 대한 이사회 승인이 완전한 면책 요건이 아니고 불공정한 것이었 을 경우 손해배상 책임을 질 수 있음을 나타낸다.

이와 같이 우리 판례에는 이미 거래 내용의 공정성을 판단하는 기준 들이 제시되었고 이사회 승인이 되어도 거래 내용 자체가 불공정하면 이사의 책임이 면책되지 않는다는 점 역시 제시되었다는 점에서 상법개 정의 내용과 더불어 활용될 것으로 보인다.

4. 자기거래의 승인 대상

현행 상법의 규정은 자기거래 제한에 관한 규정의 적용 범위가 이사 에 한정되어 있어 형식상 이사와의 거래가 아니지만 이사와 가까운 자를 통해 실질적으로 자기거래와 동일하게 회사의 이익을 침해하는 불공정 거래를 하는 경우 규제를 할 수 없다는 문제가 있었다. 이사의 범위와 관련하여 상장회사에서 회사와 이사 간의 거래에 업무집행 지시 자가 관여될 경우 사실상 회사의 업무에 관여하여도 이사가 아닌 자의 회사와의 거래에 대해서는 이사의 승인을 요구하지 않고 영향력 행사가 있다 하더라도 이 영향력 행사를 증명하는 것은 쉽지 않았다.²⁹⁾ 이번 개정 상법에서는 적용 대상이 종래 이사에서 이사, 이사 배우자 및 직계 존비속, 이사 배우자의 직계 존비속, 50 이상의 지분을 가진 회사 및

28) 대법원 1989. 1. 31. 선고, 87누760 판결.

29) 김상규, “이사의 자기거래에 관한 소고”, 법학논총(한양대학교 법학연구소, 2010), 138쪽.

자회사, 상장회사에 대한 특례인 상법 제542조의8 제2항 제6조에 따른 의결권 없는 주식을 제외한 발행 주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주요 주주와 주요주주의 배우자 및 직계존비속 주요주주 배우자의 직계존비속과의 거래도 이사회의 승인 대상에 포함되었다.

지배 주주 없이 소유와 경영이 분리된 경우 이사들의 자기거래가 주요 문제가 될 것이지만 우리나라는 주로 지배주주들이 자기거래에 의해 회사에 손해를 입히는 현실을 감안할 때 구체적으로 자기거래규제 대상의 범위를 지배주주, 그 배우자의 직계 존비속으로 명문화 시킨 것은 바람직하다 할 것이다. 미국의 판례에 있어서는 지배주주 또한 이사와 마찬가지로 신의의무를 지며 이들의 지배권은 신뢰(trust)에 바탕을 둔 것이고 이러한 선량한 관리자들의 회사와의 거래에 있어서는 엄격한 기준이 적용되어야 하고 거래가 완전히 공정하게 이루어졌다는 입증책임은 그러한 거래를 한 이어나 주주에게 있다고 판시하고 있다.³⁰⁾

지배주주는 그 우월적 지위를 가지고 이사회를 구성하는 데 있어 영향력을 행사할 수 있고 이를 이용해 회사로부터 많은 이익을 추구할 수 있는데 이러한 지배주주의 이익 취득은 회사에는 손해가 되고 결과적으로 소수주주의 이익을 해하게 된다. 지배 주주가 이사회의 임원이

30) *Pepper v. Littion*, 308 U.S. 295

“A dominant and controlling stockholder has a fiduciary duty to creditors in dealing with the corporation and with them, and, when his transactions are challenged, must prove the good faith of the transactions and their inherent fairness from the viewpoint of the corporation and those interested therein. This obligation is enforceable by the trustee in bankruptcy of the corporation” P. 308 U. S. 306.

“A dominant or controlling stockholder or group of stockholders are fiduciaries, as are directors. Their powers are powers in trust” P. 308 U. S. 306.

되어 이익상충의 거래를 하는 경우 개정 상법 제398조의 이사와 회사와의 거래 규정을 통해 규율이 되겠으나 지배주주가 임원의 직을 갖지 않고 영향력을 행사해서 자신에게 이익이 되고 회사에 손해가 되도록 회사와의 거래에 있어 영향력을 행사할 경우 상법 제399조는 지배주주가 아닌 이사의 손해배상 책임만을 규정하고 있으므로 상법 제401조의2(업무집행지시자의 등의 책임)³¹⁾에서 규율하게 되는데 지배주주가 업무집행지시자로 인정될 경우 이들을 이사로 보므로 이사와 동일한 책임을 지게 된다.³²⁾ 그러나 지배 주주와 회사와의 이익상충의 거래에 있어 지배주주의 지시가 없이 이익 상충 거래가 이루어지거나 이사들이 지배주주의 지시 자체를 은폐할 경우에는 지배주주의 업무집행 지시가 있었다는 것을 밝히는 것이 사실상 입증하기 어렵다는 난점이 있다.³³⁾ 또한 업무 집행지시자로 인정된다 하더라도 이는 거래 이후 상법 제399조³⁴⁾와 상법 제401조³⁵⁾ 그리고 상법 제403조³⁶⁾에 따라 나타난 이사의 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임 등 책임을 묻는 규정이 적용되는 것이지 상법상으로 이사와 같이 자기거래 시 이사회에 미리 공시하고 승인받아야 할 충실의무는 부과되지 않는다.

이사직을 맡고 있지 않은 주요주주 또는 상법 제398조 2호 내지 5호에 열거된 자들과 회사에 손해가 되는 자기거래가 이루어진 경우 이들

31) 상법 제401조의2(업무집행지시자등의 책임) (1) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 지시를 하거나 집행한 직무에 관하여 제399조, 제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

32) 이철송, 앞의 책, 776쪽.

33) 최문희, “기업집단에서의 회사기회유용”(Corporate Opportunity), BFL 제19호 (서울대학교 금융법센터, 2006. 9), 26쪽.

34) 상법 제399조(회사에 대한 책임) 1. 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리 한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.(2011. 4. 14. 본 항 개정)

35) 상법 제301조(제3자에 대한 책임).

36) 상법 제403조(주주의 대표소송).

에게 손해배상책임을 추궁할 수 있는 규정이 없으므로 결국 상법 제398조에 제시된 거래의 내용과 절차의 공정성은 손해배상에 있어서 이사가 거래의 당사자이어서만 책임을 물을 수 있다.³⁷⁾ 개정상법은 제398조에서 이사, 주요주주 및 그 소정의 특수 관계자를 규율 대상으로 하는데 주요주주는 상법 제542조의8 제2항 6호를 원용하여 그 개념을 차용하고 있다. 동조에 따르면 지배주주는 발행주식의 100분의 10 이상을 소유하는 자 또는 이사, 감사의 선임, 해임 등 회사의 주요 경영사항에 해하여 사실상의 영향력을 행사하는 자이다. 동조 제2항 6호 동조의 주요 주주 정의에 따를 경우 대기업 중 자산 총액이 5조 원 이상인 공정거래법상 55개 상호출자제한 기업집단³⁸⁾ 지배주주 및 특수인들³⁹⁾은 공정거래법상 대기업의 총수인 동일인의 개념으로부터 상법 제398조에 회사의 주요 사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주로 간주 하여

37) 이철송, 앞의 책, 743쪽.

38) 경쟁정책국 기업집단과, “공정거래위원회 2012년 공정거래백서”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 335-337쪽.

“상호출자·채무보증제한기업집단(이하 ‘상호출자제한기업집단’이라 함) 지정 제도란 대규모기업집단 시책의 적용대상이 되는 기업집단의 범위를 확정짓는 제도이다. 공정위는 매년 4월 1일(부득이한 경우 15일까지) 동일 기업집단에 속하는 국내 계열회사의 자산합계가 5조원 이상인 기업집단을 상호출자제한기업집단으로 지정하고, 동 기업집단에 속하는 국내계열회사들을 대상으로 대규모기업집단 시책을 집행하고 있다. 당초 상호출자제한기업집단과 별도로 출자총액제한기업집단을 지정하였으나 2009년 3월 출자총액제한제도가 폐지되면서 상호출자제한기업집단만을 지정하고 있다. 상호출자제한기업집단에 속하는 회사에 대해서는 계열 회사 간 상호출자금지 채무보증제한 등의 의무가 부과되고, 재무현황·주식소유현황 등의 기업정보가공개되어 시장의 감시를 받게 된다.”

“공정위는 2011년 상호출자제한기업집단으로 55개 기업집단을 지정하였다. 상호출자란 2개 이상의 독립된 회사가 서로 상대방 회사의 발행주식을 소유하는 출자행위를 의미한다. 상호출자는 크게 직접상호출자와 간접상호출자로 구분할 수 있는데 전자는 2개 회사가 서로 상대방 회사의 발행 주식을 직접 소유하는 것을 말하고, 후자는 3개 이상 회사 간의 환상형 출자를 의미한다. 공정거래법에서는 상호출자제한기업집단 소속회사간의 직접상호출자만이 금지되고 있다. 따라서 간접상호출자(순환출자)는 공정거래법상 금지대상이 아니다.”

39) 상호출자제한기업집단의 내부거래는 공정거래법상 공시하고 규제되고 있다

이사회에 거래를 미리 보고하고 승인을 받도록 할 수도 있을 것이다. 그러나 공정거래법상 동일인이의 개념이 적용되지 않는 자산 총액 5조 원 이하 비상호출자제한기업 내지 기업집단의 경우 지배주주 및 특수인들의 자기거래는 공정거래법상 규제 대상이 아니고 상법으로만 규율해야 한다. 그러나 만약 지배주주 지분율이 10%가 되지 않아 상법상 주요 주주의 범주에 해당하지 않고 이사직 내지 업무집행지시자라고 할 만한 직책을 맡고 있지 않으면서 계열사를 최대주주로 순환출자를 통해 경영에 영향력을 행사해서 자기거래를 한다면 어떻게 할 것인가? 자기거래에 사실상 영향력을 행사하는 주주라고 하는 것을 상법 제401조의2 제1항 1호에 따라 원고가 자기거래에 있어 지배주주의 “사실상 영향력”을 입증해야만 지배주주는 이사와 동일한 책임을 질 것이다. 그러나 지배주주의 자기거래에 대한 영향력 행사는 입증하기가 매우 어렵다는 점에서 자기거래 시 지배주주가 이사가 아닐 경우 자기거래를 상법상 효과적으로 규제할 수 있을지 의문이다.⁴⁰⁾

공정거래위원회에 2013년판 보고서에 나타난 상호출자 제한 기업집단의 내부 지분율 현황을 보면 대기업집단 중 총수가 있는 38개 기업집단의 내부 지분율은 54.79%이었고 이중 총수의 지분율은 2.09, 총수일

40) 경쟁정책국 기업집단과, “2013 내부거래 현황”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 5쪽. 2013 공정거래위원회 보고서에서는 2012년에 비해 대기업의 자기거래가 “2년 연속 지정 집단(44개)의 '12년 내부거래비중은 '11년 보다 1.01%p 감소(13.42→12.41%) 하였고, 내부거래금액도 1.9조원 감소(184.9→183.0조원) '09년~'12년간 “총수있는 상위 10대 집단”의 내부거래비중은 '11년 증가 후 '12년에는 감소하였으며(13.36→13.23→14.53→13.41%), 내부거래금액은 '12년에 최초로 감소(89.6→108.6→139.0→137.0조원*)”하였으나 1% 감소를 유의미한 감소로 보기엔 무리가 있다.

2013년 공정거래위 보고서에 따르면 2011년에 비해 2012년에 대기업의 자기거래가 1% 감소한 이유로 다음의 두 가지 “① 상속증여세법상 특수관계법인과 거래에 대한 증여세 과세 도입('12년 사업소득: 매출액의 30% 초과시, 2013년 이후 사업소득: 매출액의 15% 초과시), ② ‘대규모 기업집단 소속 회사의 거래상대방 선정에 관한 모범기준’ 제정('12. 4) 등”에 있다고 분석하고 있고 상법 개정의 유의미한 효과에 대해서는 언급하고 있지 않다.

가의 지분율은 4.36, 계열회사의 지분율은 48.15%였다.⁴¹⁾ 상호출자제한 기업들의 최대 주주는 공정거래법상 동일인이 아니고 기업집단의 계열사들인 것이다. 상법에서 자기거래를 이사회에 보고하고 승인을 받아야 할 의무를 지는 주요주주의 지분율이 10%임에 반해 상호 출자 기업집단의 지배주주들은 평균 2.09%의 지분만 가지고 순환출자를 통해 회사를 지배하고 있다. 또한 총수 일가의 이사등재 현황을 보면 총수가 있는 35개 기업집단 계열회사 총수가 있는 35개 기업집단 계열회사(1,160개사, 상장·비상장사 모두 포함)의 전체이사 중 총수일가인 이사는 418명으로 이사의 직함을 가지고 있는 총수 일가는 8.5%에 불과하였다.⁴²⁾ 공정거래위원회의 발표에 따른 2013년 대기업 내부거래 비중⁴³⁾을 보면 총수일가 지분율이 높을 때 내부거래비중도 높다. 또한 총수 2세의 지분이

41) 경쟁정책국 기업집단과, “2013 내부거래 현황”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 3쪽.

42) 경쟁정책국 기업집단과, “공정거래위원회 2012년 공정거래백서”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 335-337쪽.

“전체 이사 4,913명 중 총수일가인 이사는 418명으로 이사회 내 총수일가의 비중은 8.5% 수준으로 나타났다. 한편, 상장회사의 이사회 내 총수일가 비중(11.3%)이 비상장회사(7.4%)의 경우보다 다소 높은 수준이며, 전체 계열회사(1,160개사) 중 총수일가가 전체 이사의 과반수를 차지하는 회사는 24개사(2.1%)로 모두 비상장회사이다.”

43) 경쟁정책국 기업집단과, “2013 내부거래 현황”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 9-10쪽; 공정거래위 내부거래 보고서에 따르면 “총수일가지분율이 높을수록 내부거래비중도 대체로 높게 나타난다.”

〈총수일가지분율에 따른 내부거래비중 현황(전체)〉

(‘12년말 기준, 단위: %, () 회사수)

구분	20% 미만	20% 이상	30% 이상	50% 이상	100%
전체회사	12.84 (1,056)	10.61 (199)	20.82 (167)	25.16 (105)	44.87 (45)
상장사	8.31 (168)	6.75 (49)	18.26 (29)	6.64 (4)	- (0)
비상장사	22.96 (888)	22.97 (150)	22.98 (138)	25.48 (101)	44.87 (45)

“총수 2세 지분율이 높을수록 내부거래비중이 높은 경향이 있으며, 이러한 특징은 상장사보다 “비상장사”에서 더 뚜렷이 나타나고 특히 총수2세지분율이 50% 이상인 경우 내부거래비중이 50%를 상회(전체: 50.26%, 비상장 54.38%) 한다.”

높을수록 내부거래 비중이 더 높은 것으로 나타났으며 전체적으로 볼 때 상호출자제한 기업들의 내부거래는 전년도에 비해 1% 감소했다.⁴⁴⁾

결국 상호출자제한을 받는 대기업의 총수, 동일인 내지 지배주주와 그 특수인이 내부거래를 할 경우 공정거래법상으로 이사회 보고의무 위반 및 불공정 거래시 과태료와 세법상 증여세 과세 등으로도 규제받고 있지만 공정거래법과 세법으로 규제받지 않는다고 가정한다면 상법

〈총수2세지분율에 따른 내부거래비중 현황(전체)〉

(‘12년말 기준, 단위:매우 높음 : %, () 회사수)

구분	20% 미만	20% 이상	30% 이상	50% 이상	100%
전체회사	12,14 (1,183)	22,27 (72)	30,70 (55)	50,26 (29)	47,24 (7)
상장사	7,87 (208)	13,73 (9)	32,21 (5)	2,29 (1)	- (0)
비상장사	22,32 (975)	36,12 (63)	29,60 (50)	54,38 (28)	47,24 (7)

“물류, SI, 건설, 광고 등 주요 세부업종에서는 다수 계열사와 내부거래가 발생하며, 특정 계열사 대상 내부거래만 주로 발생하는 제조업과 대비 대부분 회사가 총수 또는 총수2세지분율이 매우 높은 특징”이었다.

〈총수일가지분율 · 내부거래비중이 모두 높은 회사 현황〉

(‘12년말 기준, 단위: %, 조원, 개사)

업종	세부업종	회사명(집단명)	내부거래비중 (금액)		총수일가치분율			거래계 열사수
					동일인	2세		
창고 및 운송관련 서비스업	물류	현대글로비스(현대자동차)	35,04	(3,2)	43,39	11,51	31,88	24
컴퓨터프로그래밍, 시스템 통합 및 관리업	SI	SKC&C(SK)	64,84	(1,0)	48,50	38,00	0,00	61
		현대오토에버(현대자동차)	78,20	(0,7)	30,10	10,00	20,10	42
		포스텍(STX)	53,83	(0,3)	87,45	87,45	0,00	21
		한화에스앤씨(한화)	46,33	(0,3)	100,00	0,00	100,00	39
종합 건설업	비주거용 건물건설	현대엘코(현대자동차)	61,19	(1,8)	35,06	10,00	25,06	32
		에스티엑스건설(STX)	46,67	(0,3)	62,23	20,76	41,48	14
스포츠 및 오락 관련 서비스업	휴양시설	마우나오션개발(코오롱)	42,84	(0,03)	50,00	24,43	0,00	25
전문서비스업	광고	이노션(현대자동차)	48,76	(0,2)	100,00	20,00	80,00	24
기타	단체급식	삼성에버랜드(삼성)	46,38	(1,4)	46,02	3,72	41,84	43
	통신공사	삼성에스엔에스(삼성)	55,62	(0,3)	45,75	0,00	45,69	16

상으로는 이들이 자기거래를 할 시 이사의 경우와 같이 이사회 보고의 무와 승인을 요구하기가 어렵다. 즉, 지배주주 및 그 특수인의 8.5%만 회사의 이사직은 맡고 있고 지배주주들의 지분율이 평균 2.1%로 상법상 주요주주의 지분율인 10%에 미달하면서 계열사의 평균 48.15% 지분으로 영향력을 행사하기 때문에 최대 주주도 아니고 이사직을 맡지 않을 경우 다시 상법 제542조의 9, 제3항에 규정된 최대주주라고 해서 이사회 보고와 승인을 받게 할 것인지 어려운 상황이다. 물론 제542조의9 제3항, 제4항에 의하면 자산규모 2조원 이상의 상장법인이 주요주주 및 특수 관계인 또는 최대주주 또는 특수 관계인과 소정 규모 이상의 거래를 하거나 이들을 위해 거래하고자 할 경우 이사회의 승인을 받도록 하고 정기주주총회에 보고하도록 하고 있다. 그러나 이 경우에도 지배주주가 주요주주의 요건인 10% 지분을 갖고 있지 않거나 지배주주가 최대주주가 아니고 계열사가 최대주주라면 문제는 그대로 남게 되고

〈10대 재벌 총수일가 지분 30%이상 계열사 현황〉(2013년 4월 1일 기준)

구 분	전체계열사	총수일가지분 있는 계열사	총수일가지분 30%이상계열사
삼 성	76	22	5
현대차	57	19	11
S K	81	18	5
L G	61	6	2
롯데	77	21	3
현대중공업	26	3	0
G S	79	25	21
한 진	45	9	3
한 화	49	9	6
두 산	25	7	4
합 계	576	139	60

(공정거래 위원회 자료)

〈<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2013/06/15/0200000000AKR20130615036600002.HTML?from=search>〉, 연합뉴스 2013. 6. 17.

- 44) 경쟁정책국 기업집단과, “2013 내부거래 현황”, 공정거래위원회 보고서(공정거래위원회, 2013. 4), 3쪽.

자산규모 이조원 이하의 상장 기업에 대해서도 그러하다.⁴⁵⁾ 결국 우리나라에 있어서 자기거래의 규제의 핵심은 지배주주의 이해상충 거래를 어떻게 규제할 것이냐 하는 것에 달려 있으며 이러한 난점을 해결하기 위해서는 실질적인 지배주주들에게 상법상 충실의무와 책임조항이 동시에 적용되도록 입법을 할 필요가 있다.

텔라웨어의 입법례를 살펴보면 텔라웨어주는 판례를 통해 지배 주주는 일반적으로 신인의무를 지며 이러한 신인 의무로 인해 이해상충 거래 시 회사와 소수 주주들에게 책임을 지게 된다.⁴⁶⁾ 어떠한 경우에 지배주주가 신인의무를 지는가에 대한 두 가지 법원칙을 도출했는데 과반수 이상의 지분을 소유하거나 또는 소수 지분이라도 회사와의 상충 거래를 조정했다면 지배주주로 보며 이 경우 거래에 영향을 행사했는가

45) 구승모, “2012년 개정 상법 시행령의 주요 내용”, 상사법 연구 31권 1호(한국상사법학회, 2012), 113쪽.

－ 상장회사 자산구분별 회사수 현황 －

(개사, %)

자산구분(원) (이상~미만)	유가시장			KOSDAQ			총합계		
		누계	비율		누계	비율		누계	비율
5조 이상	57	57	8.4	0	0	0.0	57	57	3.4
3조~5조	24	81	11.9	1	1	0.1	25	82	4.9
2조~3조	20	101	14.9	0	1	0.1	20	102	6.0
1조~2조	62	163	24.0	6	7	0.7	68	170	10.1
5천억~1조	98	261	38.4	19	26	2.6	117	287	17.0
3천억~5천억	95	356	52.4	48	74	7.3	143	430	25.5
1천억~3천억	225	581	85.6	292	366	36.2	517	947	56.1
5백억~1천억	65	646	95.1	334	700	69.3	399	1,346	79.7
5백억 미만	33	679	100.0	310	1,010	100.0	343	1,689	100.

※ 2012년 1월 2일자 현재 1,754개사 중 1,689개사(준법감시인 의무설치법인(금융업종 등))

※ 자산총계 : 상장회사 결산기별 최근제출 정기(사업 및 분반기)보고서 기준

46) Mary Siegel, “The Erosion of the Law of Controlling Shareholders”, *Del. J. Corp. L.* 24(1999), 27쪽, 71쪽.

여부의 입증책임을 원고가 진다.⁴⁷⁾ 그래서 일단 원고가 지배주주의 이해상충 거래의 영향력을 입증하게 되면 그 절차와 내용의 공정성에 관한 입증책임은 지배주주가 지게 된다.⁴⁸⁾ 그 입증의 방법은 이사회에 대한 지배주주의 영향력과, 이해상충거래의 계약조건을 제시하면 된다. 소수주주지만 지배주주로 볼 때 고려되는 것은 소수주주와 이사회 구성원들과의 관계, 그리고 이해 상충 거래 시 어느 정도로 소수주주가 영향력을 행사했는가를 고려한다. 그리하여 소수주주가 일단 이해상충 거래에 있어 지배주주였음이 확정되면 그 주주가 과반수 이상의 지분을 소유했건 소수의 지분을 소유했건 상관없이 지배주주로 추정돼서 그 거래의 공정성을 심사를 받게 된다.⁴⁹⁾

이와 같이 지배주주의 개념을 지분율로 정할 것이 아니라 얼마의 지분을 소유하던 그 실질적 영향력을 따져서 지배주주⁵⁰⁾를 정할 필요가 있으며 이렇게 해서 지배 주주들이 회사에서 이사의 직을 맡고 있지 않더라도 이사의 충실의무가 내용이 되는 신인의무를 부과해서 회사와의 거래가 있을 시 이를 이사회에 미리 보고하도록 하는 등 충실의무의 절차적 내용적 공정성 의무를 지을 필요가 있고 불공정한 거래가 이루어졌을 경우 거래를 승인한 이사와 마찬가지로 회사에 대해 손해배상을 지도록 하고 이를 위해서는 지배주주의 요건과 지배주주의 충실의무 조항을 신설하는 방안을 검토해 보는 것이 필요하다 하겠다.⁵¹⁾

47) Mary Siegel, 위의 논문, 71쪽.

48) Mary Siegel, 위의 논문, 71쪽.

49) Mary Siegel, 위의 논문, 71쪽.

50) 최소한 상장회사의 경우 공정거래법상 동일인과 같이 지배주주를 미리 정하여 증권 거래소에 공시하도록 하는 방안이 있을 것이다.

51) Ronald J. Gilson, "Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complication the Comparative Taxonomy", *Harv. L. Rev.* 119(2000), 1641-1642쪽.

IV. 자기거래 규제를 위한 이사의 충실의무와 주의의무 구분 필요성

이번 상법 개정에서 2007년 대법원 판결은 전술한 바와 같이 이사회
의 자기거래 승인 전에 이에 관한 주요한 사실을 개시할 의무가 있고
이 자기거래가 이사회에서 이익 상반거래로서 공정한 것인지 여부를
심의한 경우에만 이사회의 승인에 해당한다는 요건을 제시했다. 이는
자기거래에 있어 충실의무의 최소한 두 가지 요건을 규정한 것인데
이와 별도로 이사회가 어떠한 자료로 어느 정도 심사해야 하는가 하는가
하는 것을 다루는 것이 영미법상 이사의 주의의무(duty of care) 하겠다.

이러한 관점에서 충실의무의 규정이 98년 개정에 도입되었고 2012년
에 이사의 충실의무를 구체화한 자기거래와 기회유용 조항을 도입함으
로써 사실상 영미법의 충실의무의 내용이 도입되었다고 볼 때 상법
제382조 제2항에서 회사와 이사와의 관계는 이해 상충을 규제하기에
어려운 민법 제681조⁵²⁾ 위임규정을 준용한다는 규정이 상법이 규율하
고 있는 실상과 일치하는지 의문이다.

영미법상 이사의 회사와의 이해상충을 다루는 충실의무와 이사의
객관적 의무를 다루는 주의의무는 경영판단의 원칙과 유기적인 관계를
가지고 적용되고 있다. 경영판단의 원칙은 이사의 경영행위에 대해서
회사의 이사는 충분한 정보에 기하여 재량의 남용없이 선의로 그 행위
가 회사에 가장 이익이 된다는 믿음 하에 행동하였다고 하는 사법상의
추정⁵³⁾으로 일응 이사는 주의 의무의 중대한 위반이나 충실의무의 위
반에 해당하지 않도록 회사의 이익을 위해 경영행위를 한 것으로 보기

52) 민법 제681조(수임인의 선관의무) 수임인은 수임의 본지에 따라 선량한 관리자의
주의로써 수임사무를 처리해야 한다.

53) 한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법 연구 제27권 제4호(한
국상사법학회, 2009), 126-138쪽.

때문에 그 추정을 깨기 위해서는 그 판단에 도전하는 당사자가 의무위반의 입증책임을 부담하게 된다. 경영판단이 적용되기 위해서는 경영진의 결정이 (1) 경영상 결정이어야 하고 (2) 이해관계가 없어야 하며 (3) 상당한 주의(due care)를 기울였고 (4) 선의 (5) 재량권의 남용이 없을 것이 요구된다.⁵⁴⁾

이중 경영판단의 세 번째 요건인 주의의무에 대해서는 판례⁵⁵⁾를 통해 그 요건이 축적되어 왔다. 주의의무는 객관적인 절차적 실체적 의무로서 이사는 (1) 이사회에 참석할 의무를 지며 (2) 경영 사안에 대해 적절한 결정 과정을 거쳐야 하며 (3) 적절한 근거에 바탕한 결정을 내려 한다는 의무를 지는데 이중 결정 과정은 해당 사안에 대한 경영판단을

54) *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 813(Del. 1984), *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180, 188(Del. 1988), *Oberly v. Kirby*, 592 A.2d 445, 468(Del. 1991), *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53, 66(Del. 1989), *Washington Bancorp v. Said*, 812 F.Supp. 1256, 1269(D.D.C. 1993), *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946(Del. 1985), *Dennis N. Block*, The Business Judgment Rule 3(1993).

The ALI articulates the Business Judgment Rule in § 4.01(c) of its Principles of Corporate Governance:

A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty [of care] if:

(1) He is not interested [a defined term] in the subject of his business judgment;

(2) He is informed with respect to the subject of his business judgment to the extent he reasonably believe to be appropriate under the circumstances; and

(3) He rationally believes that his business judgment is in the best interests of the corporation

Am. Law Inst., Principles of Corporate Governance: Ananalysis and Recommendations § 4.01(c)(1994).

55) *Barnes v. Andrews*, 298 F. Supp. 614(S.D.N.Y. 1924), *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 874-875(Del. 1985), *Francis v. United Jersey Bank* 432 A.2d 814(N.J. 1981)(Melvin Aaron Eisenburg, “The Duty of Care of Corporate Directors and Officers”, *U. Pitt. L. Rev.* 51(1990), 945쪽, 948쪽).

내리기에 적절할 만큼 정보를 취득할 의무와 적절한 검토의 과정을 의미하고 적절한 결정은 사안에 대한 합리적인 근거(rational basis)를 가지고 판단할 의무를 말한다. 첫 번째, 두 번째 요건은 주의의무의 절차적 요건이고, 세 번째 요건은 주의 의무의 실체적 요건이라 하겠다.⁵⁶⁾ 이러한 주의 의무 위반에 대한 입증책임은 문제를 제기하는 당사자가 부담⁵⁷⁾하게 됨에 반해 자기거래, 기회유용과 같이 이해 상충이 관계된 충실의무의 위반에 대해서는 입증책임이 델라웨어 모델 회사법 제144조에 의하면(the model of Delaware's General Corporation Law (DGGL) &144) 자기 거래에 대한 완전한 공개(full disclosure of material facts) 이사회나 적절한 이사회 내 위원회 혹은 주주들에 의해 승인이 있지 않은 한 충실의무 위반의 입증책임은 이해상충 거래의 당사자인 이사가 지게 된다.⁵⁸⁾ 결국 입증책임의 문제에 있어 주의의무 위반인

56) *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 858-875(Del.1985),

“in the United States, the duty of care has both procedural and substantive requirements, the requirements that the directors be attentive, and reasonably informed are procedural nature; the substantive requirements is that their decisions have rational basis or as it is sometimes expressed, be ‘reasonable’”

57) *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 874-875(Del.1985),

58) Joel Seligman, corporations, at 434.

Through 1994 approximately 45 states have adopted “safe harbor” statutes that preclude a court from concluding that a transaction between a corporation and director is voidable simply because of the director’s fiduciary duty to the corporation. See American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations 235-241(1994).

The statutes typically follow the model of Delaware’s General Corporation Law(DGGL) &144 and shift the burden of persuasion back to the plaintiff when there is (1) full disclosure of material facts, and (2) approval in good faith by the board or an appropriate committee(&144(a)(1)) or by the shareholders(&144(a)(2)).

Delaware case law decisions have amplified the statute and declined to permit the burden of persuasion to revert back to the plaintiff unless a majority of the votes of disinterested directors of shareholders approved

경우 원고가 입증책임을 지고 충실의무 위반인 경우 이사 등이 자기 거래에 있어 적절한 공시와 승인을 얻은 경우 거래의 공정성에 대한 입증책임은 원고가, 이사 등이 적절한 공시와 승인을 얻지 않은 경우 공정성의 입증책임은 이사가 지게 된다고 할 수 있다.

앞서 간략히 살펴본 바와 같이 삼성전자의 이천전기 인수와 관련한 우리 판례⁵⁹⁾에서도 이사들의 의사결정과정에서 있어 이사의 주의의무에

of ratified the transaction. See, e.g., *Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218, 221 (Del. 1976) (“The purported ratification by the Agau shareholders would not affect the burden of proof in this case because the majority of shares voted in favor of exercising the option were cast by defendants in their capacity as Agau shareholders”).

- 59) 본 사건과 관련한 일심에서는 삼성전자의 이천전기 투자결정과정에서 이사회가 인수 대상회사의 재무구조, 신규투자위험성, 경영 정상화 비용 등을 고려해야 함에도 단지 실무진이 작성한 보고서만 배포되고 언급된 사항을 고려할 다른 자료는 없었으며 한 시간 정도의 이사 회의로 인수결정을 한 점에서 이사회가 충분한 정보에 기하여 합리적인 통찰력을 다하여 적절한 판단을 했다고 할 수 없어 경영판단의 보호를 받지 못한다고 판시하였다. 수원지법 2001. 12. 27. 선고, 98가합22553 판결. 그러나 일심에서는 1998년 삼성전자 이사회가 삼성전자의 삼성종합화학 주식 매각, 이천전기 인수 및 매각 등과 관련하여 수액주주 22명이 제기 한 소송에서 이천 전기 인수 부분에서 다음과 같이 경영판단의 원칙을 인정하고 이사주의의무 위반의 요건을 나타내고 있다. 서울 고등법원의 판결은 “회사의 이사는 법령 또는 정관 소정의 목적 범위 내에서 회사의 경영에 관한 판단을 할 재량권을 가지고 있고, 또한 기업의 경영은 다소의 모험과 이에 수반되는 위험이 필수적으로 수반되는 것이므로 이사가 업무를 집행함에 있어 기업인으로서 요구되는 합리적인 선택범위 내에서 판단하고 성실히 업무를 집행하였다면 그의 행동이 결과적으로 회사에 손해를 입게 하였다고 할지라도 이사에게 책임을 물을 수 없다 할 것이다. 라고 해서 실패한 경영판단에 대해 기업인으로서 요구되는 합리적인 범위에서 업무를 집행하였다면 책임을 묻지 않고 있으며 선관주의의무 위반의 요건에 관해서는 “이사가 회사 업무를 진행함에 있어서 선관주의의무를 위반하였는지 여부는 그의 기초가 되는 사실 인정 및 의사결정에서 통상의 기업인으로서 간과할 수 없는 과오를 범하고 그것이 자신에게 부여된 재량권의 범위를 일탈한 것인지 여부에 의하여 판단되어야 할 것이고 그 재량권의 일탈 여부를 판단함에 있어서는 그 업무집행의 목적, 판단에 이르게 된 경위, 사적인 이해관계가 개재되어 있었는지 여부, 판단의 기초가 된 자료나 정보의 취득여부, 그 업무집행의 결과 등을 종합적으로 고려하여 당해 이사 개인에게 손해배상책임을 지우는 것이 합당한지 여부를 결정해야 할

대한 판결이 있었다. 1심에서는 이사회에서 이사들이 검토한 자료의 범위와 검토 시간을 문제삼아 경영판단으로 보호할 수 없다고 했지만 이심에서는 경영진이 인수 1년 전부터 미리 실무자로 하여금 사업성을 검토하게 하고 향후 재무구조개선방안, 향후 손익전망을 보고하게 하고, 수차례 가격협상을 거쳤던 점, 이사들이 실무자들이 작성한 보고서를 검토하고 이천전기에 관한 재무구조 개선안 및 사업성 설명을 듣고 인수를 결정한 점, 이사들의 결정이 통상 기업인으로서 과오를 저질렀거나 재량권을 넘었다고 볼 수 없고 개인적인 이해관계가 없었다는 점, 인수가 회사에 손해를 입힐 것이라는 것을 알지 못했다는 점을 들어 이사들의 인수결정이 경영판단의 재량권을 넘지 않는다고 하며 1심에서 이사회에서의 검토 자료의 범위와 시간만을 보고 이사의 주의의무가 위반되어 경영판단으로 보호될 수 없다고 판단한 것은 잘못된 것으로 판시하였다.⁶⁰⁾ 우리 판례를 통해 나타난 이사의 주의의무는 이사회 회의라고 하는 물리적 시간과 그 공간에서 제출된 자료에만 한정해서 판단할 것이 아니라고 하고 있는 것이다.⁶¹⁾ 이사회 외에 경영진의 의사 결정 과정을 고려하고 있으며 경영진이 작성한 자료의 충실성과 적절한 설명이 이사회에 제시 되었는지 또한 이를 바탕으로 이사들이 경영판단의 재량을 넘지 않는 적절한 판단을 내렸는지를 기준으로 한 것이고 미국의 판례에서 나타나는 이사의 주의의무를 충족시키는 요건의 내용에는 차이가 있지만 이사들이 거래를 승인함에 있어 중요한 정보들에 대해 충분한 정보를 가지고 충분히 검토하는 과정을 거쳐야 한다는 형식적인 요소에 있어서는 동일한 취지를 갖고 있다.

텔라웨어의 입법례에서 이사의 주의 의무는 회사와 이사 간에 이익

것이다”라고 판시하였고 대법원은 고등법원의 판결을 확인했다(대법원 2005. 10. 28. 선고, 2003다69638 판결).

60) 서울고법 2003. 11. 20. 선고, 2002나6595 판결.

61) 이철송, 앞의 책, 756쪽.

상충에 관련된 의무가 아니라 이사가 경영 판단을 내리는 데 지켜야 할 객관적 원칙들로서 영미법상 경영판단원칙의 적용에 한 축을 이루고 있다. 영미법상 충실 의무는 이사의 주의의무와 달리 이사와 회사와의 이해상충을 다루는 의무로서 회사와 이사의 이해상충이 없어야만 이사는 경영판단의 원칙에 따라 경영판단이 보호를 받는다는 점에서 다르며 이런 점에서 경영판단의 원칙에 또 다른 축을 이루고 있다.⁶²⁾

이번 개정에 앞서 상법이 1998년 이사의 충실의무 규정을 도입한 것에 대해 학설은 이사의 선관주의의무를 주식회사의 이사의 의무로 구체화 한 것이라는 견해⁶³⁾와 미국의 입법례를 본받아 기존의 이사의 선관주의와는 다른 충실의무를 도입한 것이라는 견해⁶⁴⁾가 있다. 미국에서는 이사와 회사와의 이익이 상충되는 이사의 자기거래, 이사의 보수, 이사의 회사기회의 유용 및 경업금지를 이사의 충실 의무의 구체적인 유형으로 규제하고 있는데 우리 상법도 이를 경업금지(상법 제397조) 자기거래 금지의무(상법 제398조) 및 비밀유지의무(상법 제382조의4)를 통해 규정하고 있고 감사에 의한 감사의 실효성을 제고하여 회사의 손해를 사전적 예방을 위해 이사의 감사 또는 감사위원회에 대한 보고 의무(상법 제412조의2)를 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 이 규정들은 1998년 상법 개정 이전인 상법 제정 시부터 존재해 왔었으나 영미법상 충실의무의 개념이 상법에 이미 존재하고 있었다고 하기에는 무리가 있고 다만 1998년 상법 제382조의3의 신설은 상법 제397조와 제398조에 속하지 않는 그 밖의 이사의 이익충돌행위를 포괄적으로 규제하기 위한 일반 규정을 둔 것이라 해석할 수 있고 입법 취지가 미국법상 이사의 충실의무를 도입하기 위한 것이었다면 이것을 미국 법에서와 전혀 다른 위임

62) 정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰”, 상사법연구 제21권 제2호(한국상사법학회, 2002), 335-351쪽.

63) 손주찬, 상법(상)(법문사, 2004), 759쪽.

64) 정동윤, 회사법(법문사, 2001), 427쪽.

65) 정찬형, 상법강의(상)(박영사, 2007), 870쪽.

상 선관주의의무의 일부로 해석하는 것은 실익이 없다 할 것이다.⁶⁶⁾ 민법상 위임과 관련된 규정을 보면 수임인의 의무는 민법 제681조 수임인의 선관의무와 민법 제683조⁶⁷⁾ 수임인의 보고 의무 이외에 달리 위임인가 수임인 간 이익 상충의 거래에 대해 수임인의 충실의무를 규정하고 있지 않다. 이에 반해 2011년 개정된 신탁법에서는 제32조⁶⁸⁾에서 수탁자에게 선관주의의무를 부과하고 제33조,⁶⁹⁾ 제34조,⁷⁰⁾ 제35조⁷¹⁾

66) 유영일, “이사의 충실의무(상법 제382조의3)의 재검토”, 상사판례연구 제23권 제1호(한국상사판례학회, 2009), 529쪽.

67) 민법 제683조(수임인의 보고의무)

수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고 위임이 종료한 때에는 지체 없이 그 전말을 보고하여야 한다.

68) 신탁법 제32조(수탁자의 주의의무)

수탁자는 선량한 관리자의 주의(注意)로 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

69) 신탁법 제33조(수탁자의 충실의무)

수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다.

70) 신탁법 제34조(이익에 반하는 행위의 금지)

① 수탁자는 누구의 명의(名義)로도 다음 각 호의 행위를 하지 못한다.

1. 신탁재산을 고유재산으로 하거나 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위
2. 고유재산을 신탁재산으로 하거나 고유재산에 관한 권리를 신탁재산에 귀속시키는 행위
3. 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 또는 그에 관한 권리를 다른 신탁의 신탁재산에 귀속시키는 행위
4. 제3자의 신탁재산에 대한 행위에서 제3자를 대리하는 행위
5. 그 밖에 수익자의 이익에 반하는 행위

② 제1항에도 불구하고 수탁자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제1항 각 호의 행위를 할 수 있다. 다만, 제3호의 경우 수탁자는 법원에 허가를 신청함과 동시에 수익자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

1. 신탁행위로 허용한 경우
2. 수익자에게 그 행위에 관련된 사실을 고지하고 수익자의 승인을 받은 경우
3. 법원의 허가를 받은 경우

③ 제1항에도 불구하고 수탁자는 상속 등 수탁자의 의사에 기하지 아니한 경우에는 신탁재산에 관한 권리를 포괄적으로 승계할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 혼동에 관하여는 제26조를 준용한다.

에 수탁자의 충실의무를 새로이 도입하여 부과하고 있다.⁷²⁾

현행 상법이 이해상충의 거래를 규정하고 있지만 영미법에서 이해상충의 거래를 규율하는 이사의 충실의무는 신탁제도의 기초 위에서 발전되어 온 것이기 때문에 현행 상법 제382조의 제2항에 회사와 이사의 관계는 민법의 위임 규정을 준용한다는 규정과 조화되지 않는다.⁷³⁾ 현행 상법상 위임 관계에서 수임인에게 부과되는 의무는 선관주의의무

71) 신탁법 제35조(공평의무)

수익자가 여럿인 경우 수탁자는 각 수익자를 위하여 공평하게 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

72) “신탁은 영국에서 시작되었고 미국이 계승 발전시켰다. 대륙법계에서는 신탁이라는 법리가 없었고 대륙법을 계수한 일본, 우리나라도 마찬가지이다. 우리 신탁법의 모범인 일본 신탁법은 영미신탁법을 그대로 따르지 아니하고 일본 민법과 조화를 이루도록 수정작성되었다. 그러다 보니 일본 및 우리 신탁법과 영·미의 신탁법리가 상당히 다른 부분이 있었다.”(서문식, “미국의 신탁법리”, 금융법연구 제5권 제1호(금융법학회, 2008), 31-34쪽).

“신탁법 개정안은 제33조부터 제36조까지 다양한 충실의무에 대해 구체적으로 규정하고 있고, 특히 43조에서 충실의무위반에 대한 이익반환책임을 처음으로 규정하고 있다. 이러한 신탁법 전면개정안에 규정된 충실의무 법리는 회사법 금융법에 규정된 충실의무자에게 적용될 여지가 있을 것이다.”(이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법 금융법의 충실의무를 중심으로”, 홍익법학 제12권 제11호(홍익대학교 법학연구소, 2011), 32쪽).

73) 충실의무의 독자성을 인정하지 않고 선관의무가 주의의무 충실의무의 내용을 모두 포괄할 수 있다는 동질설에 대하여 이는 신인의무라는 하나의 범주에 “주의의무와 충실의무라는 두가지 이질적인 성격의 의무를 포함시키고 있는 미국 법학계와 유사한 오류를 범하고 있다”는 견해도 있다(장근영, “영미법상 신인의무의 법리와 이사의 지위”, 비교사법 제15권 1호(비교사법학회, 2008), 292쪽). 미국법에서 주의의무와 충실의무는 신인관계에서 지켜야할 의무인 이상 둘을 묶어 신인의무(Fiduciary duty)라는 상위 개념을 사용하는 것이 오류라기 보다는 하나의 용어로서 둘을 포섭한 편리성의 차원이라고 볼 수도 있다. 그러나 선관주의 의무가 미국법상 주의의무와 대체로 비슷한 내용이 될 수 있다 하더라도 이것이 미국에서의 주의의무와 충실의무를 포섭할 수 있다는 동질설은 각 의무의 발생적, 역사적, 그리고 개념적 맥락을 고려하지 않은 채 서로 이질적이고 섞일 수 없는 개념으로 다른 개념을 무리하게 포섭하려하는 시도가 되어 그 실익이 의문시 된다. 이는 미국법상 주의의무로 충실의무를 포함시킬 수 있다고 주장하는 것과 유사한 것이 되는 이유로 오류가 될 수 있을 것이다.

뿐이고 위임인의 이익을 위하여 자신의 이익을 희생할 의무는 없는 것인 법률관계이기 때문에 회사와 이사의 관계가 위임에 부과되는 법적 의무를 훨씬 뛰어넘는 영미법상 이사의 충실의무의 개념을 도출해 내기 어렵기 때문이다.⁷⁴⁾ 또한 영미법상 이해상충의 거래를 규율하는 것은 주의의무와 개념상 분명히 구별되는 충실의무이기 때문에 98년 상법에 충실의무의 법문을 도입하고도 상법상 위임의 규정 때문에 충실의무가 민법상 선관주의의무에 포괄된다고 해석하게 되면 대륙법상 위임에 바탕을 둔 이사의 선관주의의무와 신탁제도에 바탕을 둔 영미법상의 신인 의무(fiduciary duty)를 그 개념들이 형성된 기원과 맥락을 양자 모두로부터 단절시키게 된다.⁷⁵⁾ 이와 달리 상법 제382조의3에 규정된 이사의 충실의무를 미국법상 충실의무를 계수한 일반적 규정으로 해석할 경우 다음과 같은 장점이 있다. 첫째, 상법 제382조의3는 이를 통해 영미법상 이사의 충실의무 법리의 도입이 가능해지고 이사의 선관의무로 규제할 수 없는 그 밖의 이익충돌 행위도 규제할 수 있는 유력한 근거가 될 수 있고,⁷⁶⁾ 둘째로 충실의무의 독자성 인정은 이사의 주의의무와 충실의무의 개념 분화를 통해 이사의 의무를 회사와 이해관계가 관련된 의무와 일반적인 의무로 보다 명료하게 할 수 있다는 장점이 있다.⁷⁷⁾ 선관주의의무로 충실의무를 포괄할 것이 아니라 대신 이사의 의무를 선관주의의무와 충실의무로 나누고 선관주의의무에는 감시의무, 보고의무, 비밀유지의무, 출석의무를 귀속시키고 추가적으로 미국 법에 나타나는 주의의무의 절차적 실체적 요건을 추가시키고 충실의무에

74) 김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 상사법연구(한국상사법학회, 2009), 102쪽.

75) “우리나라에서 충실의무에 대한 본격적 논의는 신탁법상 수탁자의 충실의무보다는, 1988년 상법개정에서 이사의 충실의무라는 표제어 아래 도입된 상법 제382조의3의 규정에 대한 해석론에서 시작되었다.”(안성포, “신탁법상 수탁자의 충실의무에 대한 고찰”, 상사판례연구 제22호 제4권(상사판례학회, 2009), 85쪽 각주 4).

76) 임중호, “이사의 충실의무론”, 비교사법 제6권 2호(한국비교사법학회, 1999), 591쪽.

77) 유영일, 앞의 논문, 531쪽.

는 자기거래 금지 의무, 경업금지의무, 회사기회유용 금지의무와 아직 규정되지 않은 적대적 인수합병 시 이사의 충실의무 등 기타 충실 의무 등을 귀속시킨다면 이사의 의무는 보다 명확해지고 개별 규정이 존재하지 않는 회사와 이사의 이익상충 행위를 규제하는 데도 용이해진다.

논의한 바와 같이 개정된 신탁법에서 수탁자에게 선관의무와 별도로 충실의무를 별도로 규정함으로써 앞으로 주식회사의 이사의 충실의무의 이론적 구성에 있어 이사와 회사와의 관계를 신탁법상 신탁자와 수탁자의 신임관계로 이끌어 낼 수 있게 되었으므로 앞으로 상법상 이사와 회사와의 관계에 있어 민법상 위임 규정 준용을 신탁법을 준용하는 것으로 개정하는 것이 앞으로 이사의 신인의무의 실제 적용의 용이성이나 이론의 논리 정합적인 발전을 위해 바람직하다 할 것이다. 또한 실제적인 상법의 이해상충 규정 도입의 효과를 내기 위해서는 주의 의무와 충실의무를 위반 했을 시 이를 바로 잡을 수 있는 주주 대표 소송⁷⁸⁾의 용이성이 필수적인데 주의 의무와 충실의무의 분리에 따른 의무와 책임의 세분화와 명확성은 이러한 주주 대표 소송의 실용성을 제고하는데 많은 도움이 될 것이다.

IV. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 구 상법은 자기거래를 규율하는 법조문

78) 경제개혁연구소, “주주대표 소송의 현황과 과제”, 경제개혁연구소 리포트(경제개혁연구소, 2013. 6. 13), 7-28쪽: 본 리포트에 따르면 1997년부터 2012년 말까지 제기된 주주대표소송 중 판결이 내려진 사건을 대상으로 분석을 하였는데 “1997년부터 2012년까지 판결이 내려진 주주대표소송은 총 58건으로 한해 평균 3.86건의 주주대표 소송이 제기되었고, 가장 많은 소재기가 있었던 해에도 7건에 그치는” 등 활성화되지 못하여 법집행(law enforcement)부분이 취약함을 보여준다. 이익상충 거래의 보다 효과적인 규율을 위해서는 주주 대표 소송 활성화 입법도 동시에 추진되어야 할 것이다.

이 간단하고 추상적이어서 복잡한 양상으로 전개되는 자기거래를 규율하는 데 문제점을 갖고 있었다. 이에 2012년 상법개정에서 이사의 자기거래와 기회유용 조항 도입을 통해 이사의 충실의무를 구체화 했다는 획기적인 측면이 있지만 앞으로 이사와 회사와의 이익 상충 거래의 보다 효과적인 규율을 위해서는 지배주주와 특수 관계인이 이사가 아닌 경우에 규제책을 보완하고 회사와 이사의 관계에 있어 민법의 위임에 관한 규정을 준용하는 상법 제382조를 개정해서 이사의 충실의무를 민법상 위임규정에 바탕 한 선관주의의무로 다룰 것이 아니라 신탁법이 새로이 수탁인의 충실의무를 도입하는 등 개정되었으므로 신탁법을 준용하는 것이 주의의무와 충실의무의 독자적인 이론 발전을 위해 바람직하다는 점을 논의하였다. 또한 이사의 주의의무도 구체적으로 입법화해서 이사의 충실의무와 이사의 주의의무를 확실히 구분시킴으로써 이사의 의무와 책임의 세분화와 명확화를 통해 법의 실용성을 높일 필요가 있음도 논의했다. 아울러 입증책임의 문제에 있어 델라웨어의 입법례와 같이 이사의 자기거래 승인 시 주의의무 위반인 경우 원고가 입증책임을 지고 충실의무 위반인 경우 적절한 공시와 승인을 얻은 경우 거래의 공정성에 대한 입증책임은 원고가, 적절한 공시와 승인을 얻지 않은 경우 입증책임은 이사가 지게 하는 것과 같이 법원의 판결에 있어 이제 사실상 도입된 이사의 충실의무가 경영판단 원칙과 함께 작동할 수 있도록 우리 실상에 맞는 보다 구체화된 입증책임의 입법화 필요성을 살펴보았으며 앞으로 이에 관한 논의가 더욱 심화되기를 기대한다.

(투고일 2013년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 9월 27일 게재확정일 2013년 10월 16일)

주제어 : 자기거래, 충실의무, 주의의무, 이익 충돌, 지배주주

참고문헌

1. 단행본

- 손주찬, 상법(상), 법문사, 2004.
이철송, 회사법 강의, 박영사, 2013.
정동윤, 회사법, 법문사, 2001.
정찬형, 상법강의(상), 법문사, 2007.
Joel Seligman, *Corporations*, 1995.

2. 논문

- 강희갑, “미국법상 이사의 충실의무와 이사의 자기거래”, 기업법연구 제5집, 기업법학회 2000, 333-365쪽.
구승모, “2012년 개정 상법 시행령의 주요 내용”, 상사법연구 31권 1호, 한국상사법학회, 55-130쪽.
권재열, “대법원 판례상 경영판단 원칙에 대한 소고”, 증권법연구, 한국증권법학회 제9권 1호, 2008, 239-261쪽.
———, “상법 개정안 상 이사의 의무와 책임 규정에 대한 비판적 검토”, 상사법연구 제28권 3호, 한국 상사법학회, 2009, 175-213쪽.
김병기, “이사의 자기거래와 개정 상법 제398조”, 법학연구 제33집, 전북대학교 법학연구소, 2011. 9, 165-192쪽.
김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁”, 상사법연구, 한국상사법학회, 2009, 93-130쪽.
김상규, “이사의 자기거래에 관한 소고”, 법학논총, 한양대학교 법학연구소, 2010, 133-155쪽.

- 김정호, “이사와 회사간 자기거래에 있어 적법한 이사회승인의 효과”, 상사법 연구 제32권 제1호, 한국상사법학회, 2013, 223-249쪽.
- 서문식, “미국의 신탁법리”, 금융법연구 제5권 제1호, 금융법학회, 2008, 29-60쪽.
- 안성포, “신탁법상 수탁자의 충실의무에 대한 고찰”, 상사판례연구 제22호 제4권, 2009, 83-120쪽.
- 원동욱, “경영판단 원칙의 최근 동향과 향후 전망”, 상사법연구, 한국상사법학회, 2010, 85-128쪽.
- 유영일, “이사의 충실의무(상법 제382조의 3)의 재검토”, 상사판례연구 제23권 제1호, 한국상사판례학회, 2009, 515-543쪽.
- 이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전: 회사법 금융법의 충실의무를 중심으로”, 홍익법학 제12권 제11호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 29-82쪽.
- 임중호, “이사의 충실의무론”, 비교사법 제6권 2호, 한국비교사법학회, 1999, 583-601쪽.
- 장근영, “영미법상 신인의무의 법리와 이사의 지위” 비교사법 제15권1호, 2008, 269-302쪽
- 전삼현, “개정 상법의 자기 거래 규정, 재개정이 시급하다”, KERI 칼럼, 한국경제연구원, 2011. 4. 21.
- _____, “회사법 재개정이 시급하다”, KERI 칼럼, 한국경제연구원, 2011. 11. 2.
- 정경영, “회사법 개정안의 중요 쟁점에 관한 고찰, 조세법연구”, 한국조세법학회, 2006, 431-465쪽.
- 정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰”, 상사법연구 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002, 331-366쪽.

- 최문희, “기업집단에서의 회사기회유용”(Corporate Opportunity), BFL 제19호, 서울대학교 금융법센터, 2006, 22-43쪽.
- 한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법연구 제 27권 제4호, 한국상사법학회, 2009, 125-159쪽.
- Mary Siegel, “The Erosion of the Law of Controlling Shareholders”, *Del. J. Corp. L.* 24, 1999, 27-81쪽.
- Ronald J. Gilson, “Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complication the Comparative Taxonomy”, *Harv. L. Rev.* 119, 2000, 1641-1679쪽.

3. 기타

- 경쟁정책국 기업집단과, 2013 내부거래 현황, 공정거래위원회 보고서, 공정거래위원회, 2013, 1-19쪽.
- 경쟁정책국 기업집단과, 공정거래위원회 2012년 공정거래백서, 공정거래위원회 보고서, 공정거래위원회, 2013. 4, 1-732쪽.
- 경제개혁연구소, 주주대표 소송의 현황과 과제, 경제개혁연구소 리포트, 경제개혁연구소, 2013. 6. 13, 1-29쪽.
- 참여연대, 38개 재벌총수일가의 주식거래에 대한 보고서, 참여연대 보고서, 참여연대 경제개혁센터, 2006. 4. 6, 1-57쪽.
- 한국경제신문, 한국경제연구원, 개정상법 시행 2개월 재계 계열사 거래 이사회 승인대상 줄여 달라, 2012. 6. 18.

[Abstract]

An Analysis on the Recent Revision of Statutes of Corporate Law on Self Dealing in Korea

Bo-Hyuk Kim*

Recently, there has been a revision of statutes of corporate law in Korea regarding conflicted interests transaction between directors and companies. This article argues that Korean corporate law needs to impose fiduciary duties to controlling shareholders, and to distinguish director's duty of care and duty of loyalty to regulate directors self dealings more efficiently in the future.

Key Words : Director, self dealing, controlling shareholder, duty of loyalty, duty of care

* Lecturer, College of Law at Dongguk University

