

이사회에 대한 기부 결정에 있어서 이사의 기권행위 및 선관의무 위반에 대한 회사법적 검토

-대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결의 평석을 중심으로-

The Legal Review of Directors' Abstention from Voting and Violation of the Duty of Care in the Decision of Donation by the Board of Directors

-Based on the Supreme Court 2019. 5. 16.

Rendered 2016Da260455 Decision-

박 세 화*

Park, Seihwa

목 차

- | | |
|---|---------------------------|
| I. 글을 시작하며 | III. 이 사건의 회사법상 쟁점에 대한 분석 |
| II. 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455
판결 | IV. 글을 맺으며 |

대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결은 주식회사가 자신의 주주에게 무상으로 금전을 기부한 것과 관련하여 회사가 그 당시 이사회에 참석했던 이사들에게 상법 제399조를 근거로 손해배상을 청구한 사건에 대한 판시이다. 이 사건의 기부는 공익목적의 무상행위로 지역사회에 유익한 행위였으나 본질적으로 영리법인인 회사의 행위이므로, 회사의 권리능력 인정에서부터 기부 결정에 참여한 이사들의 선관의무 위반을 비롯하여 (기부를 받

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2020.47.27>

투고일: 2020. 9. 13. / 심사외일: 2020. 9. 23. / 게재확정일: 2020. 10. 14.

* 충남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사·LL.M.

Professor, Chungnam National University Law School

은 자가 주주이므로) 자기거래의 성립 가능성, 이사회에 기부 결의에 기권한 이사의 찬성 추정 등 여러 가지 문제가 제기될 수 있다. 법원에서의 논의는 변론주의에 따라 이루어지므로 이 같은 쟁점이 모두 다루어진 것은 아니지만, 재판과정에서 몇 가지 사항이 심도 있게 논의되었고 특히 이사회 의사록에 기권이 기재된 이사에 대한 상법 제399조 제3항의 적용 문제는 원심과 대법원의 입장이 달라 화제가 되기도 했다.

필자는 이 글에서 이 사건 법원의 판결을 평석하는 방식으로 회사법상 쟁점이 된 주요 사항을 분석해보았다. ① 이 사건 기부가 자기거래에 해당하는가의 문제를 비롯하여, ② (대법원이 원심의 입장을 파기한 쟁점으로) 의사록에 기권을 기재한 이사를 의의를 기재한 이사로 보아 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 것인가의 문제, ③ 기부를 결정에 참여한 이사들의 선관의무 위반 여부의 판단, 특히 이를 위해 법원이 제시한 5-6가지 기준의 선택에 대한 문제 등을 다루었다. 필자는 이 같은 쟁점들에 대하여 경우에 따라서는 법원과 다른 시야에서 법리를 객관화·합리화하려고 노력했다. 또한 이 사건에서 다루어진 쟁점들이 외에도 이 사건 기부행위의 권리능력에 대한 법적 검토를 사회적 책임론의 측면에서 접근해 보았다.

이 글의 전개를 보면, 먼저 본 사건의 사실관계와 법원의 판결내용을 정리하고, 판례상 쟁점을 중심으로 법원의 입장을 분석하였다. 아울러 필자의 문제의식을 소상히 설명하고 필자의 비판적 분석이 독자에게 쉽게 전달되고 이해되도록 기술하려고 노력하였다.

[주제어] 회사의 기부행위의 권리능력, 자기거래, 기권을 기재한 이사의 상법 제399조 제2항의 책임, 상법 제399조 제3항, 기부 결의에 있어서의 이사의 선관의무

I. 글을 시작하며

2019년 5월 16일 대법원은 “회사가 주주에게 대가 없이 일정 금액을 기부함으로써 손해를 입었으므로, 이사회에서 이를 결정하는데 참여한 이사들은 상법 제399조에 따라 회사가 입은 손해를 배상해야 한다”는 원고 회사의 주장에 대하여, 원칙적으로 원고의 주장을 인정하면서 몇 가지 쟁점에 있어 회사법상 의미 있는 판단을 하였다. 이 사건 원고는 영리법인이면서도 공익에 기여한다는 명분으로 무상의 기부를 하였기 때문에 이 기부로 인해 소송이 제기된 것은 어찌 보면 필연적인지도 모른다. 더욱이 그 기부금을 수혜한 자가 원고 회사의 주주였기 때문에 이 사건 기부행위가 자기거래에 해당하는가를 비롯하여, 이사회에 기부 결의에서 기권을 하고 의사록에 기권을 기재한 이사가 있었기 때문에 그 기권 이사를 찬성한 것으로 추정할 것인가에 대한 문제 등이 제기되었다. 특히 상법 제399조 제3항의 적용범위에 대하여는 선례가 없었기 때문에 더 많은 주목을 받았다. 또한 이 사건에서 법원은 기부 결의에 참여한 이사들의 선관의무 위반 여부를

판단하면서 5-6개의 기준을 사용하였는데, 이 기준들은 기부나 현금과 같은 회사의 비영업적 행위를 판단하는 이사들이 고려하고 검토해야 하는 사항들을 비교적 구체적으로 적시한 것으로 볼 수 있어 향후 유사 사건의 판결에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 예상된다.

이 글에서 필자는 먼저 본 사건의 사실관계와 법원의 판결내용을 정리하고, 이 사건에서 쟁점이 되었던 사항을 중심으로 법원의 입장을 나름대로 정치하게 분석하려고 노력하였다. 아울러 필자가 왜 문제의식을 갖게 되었는지 소상히 설명하였고 주요 쟁점에 있어 종전의 논문과 다른 해석을 시도해 보았다. 필자가 이 글을 통해 내놓는 해석들이 객관성과 합리성을 갖추었는지에 대하여는 앞으로 많은 분들의 판단이 있을 것으로 생각한다.

II. 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결

1. 사실관계

A주식회사(이하에서 ‘A회사’라 함)는 카지노업과 관광호텔업을 주요 사업으로 영위하는 회사로 1998년 6월에 설립된 회사이다. A회사는 한국광해관리공단·강원도개발공사를 비롯하여 태백시, 삼척시 등의 지방자치단체 등이 합작투자계약을 통하여 출자한 회사인데, 이들 주주들은 A회사의 이사선임권을 나누어 갖는 등 회사에 대한 영향력을 보유하고 있었다(태백시는 A회사의 발행주식총수의 1.25%를 보유하고 있었고 임원 1명의 지명권을 보유하고 있었음).

이 사건이 발생한 2012년경에는 A회사의 이사 12명 중 D1이 대표이사, D2는 상임이사, D3·D6는 비상임이사, D4·D5·D7·D8·D9 등은 사외이사로 재직하고 있었다(D9는 태백시가 지명하여 선임된 사외이사임). 그런데 D9는 A회사가 태백시를 위하여 자금을 대여 또는 기여하는 것을 몇 차례 추진해오다가, 마침내 2012년 7월 12일 개최된 이사회에 “태백시에 폐광지역 협력사업비로 150억원을 기부하는 안”을 발의하여, 출석이사 12인 중 찬성 7표(D3부터 D9까지), 반대 3표, 기권 2표(D1, D2)로 통과시켰다(이하에서 이 이사회 결의를 ‘이 사건의 결의’라 하고, 150억원의 기부행위를 ‘이 사건의 기부’라 함). 태백시는 A회사로부터 기부받은 150억원을 자신들이 출자한 태백관광개발공사(이하에서 ‘이 사건의 공사’라 함)가 추진한 리조트 사업의 운영자금으로 사용하도록 하였다.

A회사(원고)는 2012년 당시 이사로서 이 사건의 결의에서 찬성이나 기권을 한 이사 9명(D1-9)을 피고로 하여 다음과 같은 청구원인으로 손해배상청구 소송을 제기하였다. 「① 태백시는 A회사의 상법상 주요주주이므로 태백시에 대한 기부행위는 자기거래에 해당한다. 따라서 상법 제398조와 A회사 정관 제33조 제1항 단서에 따라 재적이사 3분의 2이상의 찬성에 의한 이사회 승인이 필요한데, 이를 충족하지 못한 ‘이 사건의 결의’는 효력이 없다. ② 설령(①등의 주장이 받아들여지지 않아) 이 사건의 결의가 법령 또는 정관을 위반한 행위에 해당하지 아니하여 경영판단의 원칙이 적용된다고 하더라도 이 사건 기부행위는 타당성에 대한 충분한 검토 없이 이루어진 것으로서 이사의 재량권 범위를 넘어서 선관의무를 위반한 행위에 해당한다.¹⁾ ③ 결론적으로 피고인 A회사의 이사들은 상법 제399조에 따라 원고인 A회사에게 A회사가 태백시에게 기부한 금액 150억원에 상당하는 금액을 배상하라.」

2. 법원의 판결

2.1 원심 판결

1심 법원은 ① (태백시가 A회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 10% 이상을 보유한 주주는 아니지만) 태백시가 합작투자계약을 통하여 이사 1인에 대한 자유로운 선임 및 교체 권한을 보유하고 있는 등 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등의 A회사 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주요주주로 볼 수 있다고 보아(상법 제398조 제1호, 제542조의8 제2항 제6호), ‘이 사건 기부’를 자기거래로 판단하였다. 따라서 상법 제398조의 의결정족수에 도달하지 못하였음에도 ‘이 사건 기부’가 이루어졌으므로 위법하다고 보았다. 또한(의결정족수 미달 자체가 이사회 결의의 위법으로 바로 이어진다고 볼 수는 없으므로 이사회 결의에 찬성한 이사들에게 이를 근거로 선관의무 위반이 있었다고 단언할 수 없으나) 대표이사였던 피고 D1은 자기거래임을 파악하지 못한 것에 대한 과실이 있고, 나머지 피고들은 대표이사에 대한 감시의무 위반이 인정된다고 하였다. 따라서 모든 피고들의 법령·정관 위반 등의 임무해태가 인정되

1) 이 사건에서 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제20조 제2항, 제24조 제2항 제4호의 위반에 관하여도 문제가 되었으나, 결론적으로 인용되지 않았을 뿐만 아니라 본 논문에서 다루는 쟁점과 큰 연관성이 없으므로 본 논문에서는 설명과 평석을 생략한다.

고 이로 인하여 회사가 150억원의 손해를 입었다고 판시하였다. ② 또한 피고 이사들이 ‘이 사건 기부’를 결정하면서 이사의 선관의무를 위반하였다고 판단하였다. 다만 기부행위는 통상의 거래행위와는 구별할 필요성이 있다는 점을 인정하고 기부행위에 대한 선관주의 위반 여부를 판단하는 기준으로 “a) 기부 대상 및 용도에 비추어 기부행위가 공익에 기여할 목적으로 이루어졌는지, b) 기부행위를 통하여 회사의 이미지 제고 등 간접적·장기적인 이익을 기대할 수 있었는지, c) 기부금액이 회사의 재무 상태에 비추어 상당한 범위 내의 금액인지, d) 기부행위로 달성하려는 공익을 회사의 이익과 비교할 때 기부금액의 지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지, e) 기부행위에 대한 의사결정 당시 충분한 고려와 검토를 거쳤는지 등”을 제시하였다. 이런 기준들을 검토하여 기부행위가 이사의 재량권 범위 내에서 이루어졌는지를 판단하겠다는 것이다. 1심 법원은 ‘이 사건 기부’가 공익증진에 기여하는 정도가 크지 않고, A회사의 재무 상태로 볼 때 합리적 범위 내라고 볼 수 없으므로, 피고 이사들은 이를 결의하면서 선관의무를 위반하였다고 판단하였다. 그 결과 이사회에서 ‘이 사건 기부’의 건에 대하여 찬성하거나 (단순히 기권을 기재하여) 이의의 기재를 주장·입증하지 못한 피고들은 연대하여 손해를 배상해야 한다고 하였다. ③ 다만 손해배상액 인정에 있어서는 사업의 내용과 성격, 이사의 임무 위반의 경위 및 임무 위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 이사의 이득 유무, 회사 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 금액을 제한할 수 있다는 이유로, 2) ‘이 사건 기부’를 주도한 피고 D9는 손해배상책임율 20%로, 그 외의 피고는 각각 10%로 책임을 제한한다는 판결을 하였다.3)

피고들은 1심 판결에 불복하여 항소했는데, 2심 법원은 항소를 기각했다. 2심에서 고등법원도 결론에 있어서는 1심 법원과 다르지 않았지만 몇 가지 쟁점에 대하여는 다른 입장을 보여 주의할 필요가 있다. 2심 법원의 판결을 간단히 정리해 보면 다음과 같다. ① 먼저 2심 고등법원은 1심과는 달리 태백시가 A회사의 주요주주에 해당하지 않기 때문에 A회사의 태백시에 대한 기부행위는 상법 제398조가 규제하는 자기거래에 해당하지 않는다고 보았다. ‘이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 회사의 주요 경영 사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주’에 포함되려면 적어도 자신의 이익을

2) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 등 참조.

3) 서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결.

위하여 회사거래에 관한 의사결정을 좌우할 수 있는 자로서 자기의 의사에 부합하는 결정을 이끌어낼 수 있는 정도에 이른 자이어야 하는데, 태백시가 이에 해당한다고 보기에는 부족하다고 본 것이다. ② 피고 이사들의 선관의무 위반에 대하여는 기본적으로 1심 법원과 거의 동일한 잣대를 가지고 판단하였다. 즉 반대급부를 전제로 한 통상의 거래행위와는 달리 회사의 일방적인 지출을 발생하는 기부행위는 선관의무 위반 여부를 판단함에 있어서 공익목적이나 회사의 장기적 이익 발생 등을 고려한 더 섬세하고 차별화된 기준의 적용이 필요하다는 것이다. 2심 법원이 내린 이사의 선관의무 위반에 대한 판단을 정리해 보면 다음과 같다. ㉠ ‘이 사건 기부’가 폐광지역 경제의 진흥을 통한 지역 간 균형발전 및 주민의 생활수준 향상이라는 공익을 위하여 이루어졌고, 그 기부액이 원고의 재정상태 등에 비추어 다액이 아니라고 하더라도, 4) ㉢ ‘이 사건 기부’가 폐광지역 전체의 공익 증진에 기여하는 정도가 미미하고 ‘이 사건 기부’에 따른 원고의 이익이 그다지 크지 않으며(회사의 이미지 제고 효과도 그다지 크지 않은 것으로 판단함), 기부의 대상 및 사용처에 비추어 공익 달성에 비추어 상당한 방법으로⁵⁾ 이루어졌다고 보기도 어렵다는 것이다. 아울러 피고들이 ‘이 사건 결의’ 과정에서 충분히 검토한 후 신중한 의사결정을 하였다고 보기도 어렵다고 판단했다. 결국 피고들이 이사회에서 ‘이 사건 기부’를 승인한 것은 이사로서 경영에 관한 재량권의 범위를 일탈한 것으로서 선관주의의무 위반에 해당한다고 판단하였다.⁶⁾ 이 같은 판단 결과 피고 D1-D9들은 상법 제399조 제1항의 이사가 임무를 게을리 한 경우에 해당하므로 원고 A회사가 입은 손해를 연대하여 배상할 책임이 있다고 판시하였다[D3-D9은 찬성이사, D1·D2는 찬성 추정이사에 해당하는 것으로 판단함(단지 기권한 것으로 기재되어 있을 뿐 의사록에 이의를 한 기재가 있다는 주장과 입증이 없기 때문에 이 들도 ‘이 사건 결의’에 찬성한 것으로 추정되는 것으로 판시함(상법 제399조 제3항에 따른 추정의 법리 적용)].

4) 2심 법원인 서울고등법원은 (1심 법원과는 달리) 이 사건 기부금액 150억원은 2011년도 기부 총액의 15% 정도로서 액수 자체는 과다한 것으로 보기 어렵다는 입장이다.

5) 이 사건 원고인 A회사는 법률에 의하여 폐광지역 발전을 위해 기부를 하도록 되어 있는 회사로 2005년부터 2014년까지 거액을 폐광기금을 제공하였고 지역 내 공익기부 및 사업투자도 해왔다. A회사는 이러한 기부를 함에 있어 ‘기부금집행심의기준’을 마련하고 사회공헌위원회 등의 심의기구를 구성하여 지급 여부를 결정하여 왔는데, 2심 법원은 ‘이 사건 기부’의 경우 종전의 이 같은 절차를 밟지 않았다는 것을 문제 삼았다. 또한 영리법인인 A회사가 일반 주주들의 이익에 반하여 투자실패로 인한 지방자치단체(태백시)의 손해를 보전해 줄 공익상의 의무도 없다고 강조하고 있다.

6) 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결.

2.2 대법원 판결

피고들은 2심 법원의 판결에 불복하여 상고하였는데, 대법원은 다음과 같이 판시하였다. ① 먼저 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우(피고 이사 D1·D2), 기권의 기재는 이의의 기재가 있는 것으로 볼 수 있어 상법 제399조 제3항이 말하는 추정의 대상이 아니라고 판시하였다. 상법 제399조 제3항은 이사회 결의와 관련하여 이사의 책임을 추궁하는 자로서는 어떤 이사가 이사회 결의에 찬성하였는지를 알기 어려워 증명이 곤란한 경우가 적지 않음을 고려하여 그 증명책임을 이사에게 전가하는 규정이다. 그렇다면 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재한 경우는 이의의 기재가 있는 것으로 보아야 하므로 그 이사는 “이의를 한 기재가 의사록에 없는 자”에 해당하지 않는다는 것이다. 이런 근거에서 기권의 기재가 있는 이사는 상법 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정되지 않는다고 보았다. 대법원은 상법 제399조 제3항의 ‘이의의 기재’에 대하여 2심 법원과는 다른 해석을 하고 있는 것이다. ② 그리고 대법원은 주식회사 이사들이 이사회에서 회사의 주주 중 1인에 대한 기부행위를 결의하는 경우, 이사들이 결의에 찬성한 행위가 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당하는지 여부의 판단에 대하여, 결론적으로 2심 법원과 같은 입장이다. 즉 이 사건에서 피고 이사들 D3-D9가 주주인 태백시에 대한 기부행위를 승인하는 결의에 찬성한 것이 이사의 선관의무 위반에 해당하여 상법 제399조 제1항에 의한 손해배상책임을 부담한다고 보았다.⁷⁾

Ⅲ. 이 사건의 회사법상 쟁점에 대한 분석

1. 회사의 기부와 권리능력

이 사건은 원고인 A회사가 자신의 주주 1인에게 대가 없이 150억원을 기부함으로써 시작된다. A회사는 「폐광지역개발지원에 관한 특별법」을 근거로 설립된 회사지만 본질적으로 영리법인이므로 (이 사건에서는 다루어지지 않았지만) 기부행위를 할 수 있는 권리능력이 인정되는가를 살필 필요가 있다. ① A회사는 기부행위를 할 수 있는 권리능

7) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결.

력이 있는가의 문제와 ② 기부행위의 결정에 관여한 이사들의 선관의무나 충실의무 위반의 문제는 구분된다. 다소 진부한 주제이지만 권리능력에 대한 판단에 따라서는 ‘이 사건의 기부’가 절대적으로 무효가 되어 다른 쟁점들의 논의에 영향을 줄 수도 있으므로 선행적으로 살펴볼 필요가 있다고 본다. 회사가 무상으로 기부행위를 할 수 있는 권리능력을 갖는가의 질문에 대하여 우리는 일반적으로 정관 목적에 의한 제한이라는 법리를 가지고 답하게 된다. 회사는 정관에 반드시 목적을 정하여야 하고(상법 제289조 제1항 제1호) 그 목적에는 보통 회사의 설립목적과 회사가 영위할 영업의 종류 등이 담겨 있는데, 회사의 권리능력은 이 같은 정관상 목적의 범위 내로 제한되는가? 이에 대하여는 제한설과 무제한설이 대립되어 왔지만 우리나라 뿐만 아니라 전 세계적으로 목적에 의한 제한을 부정하는 경향이 통설적 입장이라는 것은 다시 설명할 필요가 없어 보인다.⁸⁾ 판례가 형식적으로는 제한설을 취하고 있다고 하지만 정관 목적 내인가 여부를 행위의 객관적 성질에 따라 판단하면서⁹⁾ 정관 목적의 범위를 최대한 넓고 유연하게 해석을 하고 있어서,¹⁰⁾ 무제한설과의 실질적 차이를 찾기 어렵다.¹¹⁾

아무튼 형식적으로는 위와 같은 견해의 대립은 계속되고 있다. 그나마 이러한 논쟁은 영업 거래행위를 대상으로 할 때 논리적으로 설명이 가능하고 두 견해의 입장도 선명하게 이해가 된다. 기부나 자선 그리고 현금 등과 같이 영업과 관련이 없는 무상행위들의 권리능력을 논함에 있어서는 위 두 견해의 대립 구도가 근본적인 한계를 드러낸다. 이들 행위에 대하여도 정관 목적에 의한 제한 논리에 따라, 기부행위 등이 장기적 관점에서 회사에 이익이 된다거나 회사의 이익은 주주의 이익뿐만 아니라 다른 이해관계인의 이익도 포함된다는 이유에서 최소한 목적수행에 간접적으로 필요한 행위로 해석하는 방법이 있다.¹²⁾ 그렇지만 기부나 현금과 같이 순수하고 적극적인 사회기여행위를 장기적 관점이라도 회사의 이익 실현이라는 목적하에서 판단하는 것은 많은 부차적인 설명이

8) 흥복기/박세화, 회사법강의 제7판, 법문사, 63-65쪽; 김건식/노혁준/천경훈, 회사법 제4판, 박영사, 56-57쪽; 이철송, 회사법강의 제26판, 박영사, 77-81쪽; 송옥렬, 상법강의 제9판, 홍문사, 731-732쪽; 정찬형, 상법강의(상) 제21판, 박영사, 485-486쪽.

9) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다63236 판결.

10) 정관 목적상 제한과 관련된 우리 판례에 대한 분석은 박정국, “정관상 목적에 의한 회사의 권리능력 제한에 관한 소고”, 법학논총 제32집 제1호 전남대학교 법학연구소, 349-359쪽 참조

11) 판례는 정관 목적 그 자체뿐만 아니라 정관 목적수행에 필요한 직·간접행위를 모두 정관 목적 내의 행위로 흡수하고 있다. 대표이사가 회사와 전혀 상관없는 제3자를 위하여 회사 명의로 보증한 것은 회사의 목적 범위 외의 행위로서 무효라고 판결한 예가 있으나(대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결; 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다1479 판결) 그 이외에는 대부분의 경우 정관 목적 범위 내의 행위로 판단하고 있다.

12) 박찬우, “회사의 기부행위”, 기업법연구 제17집, 한국기업법학회, 2004, 187쪽; 송옥렬, 앞의 책, 734쪽.

필요하고 권리능력 인정 범위가 협소해지는 부작용도 예상된다.¹³⁾ 제한설과는 달리 무제한설은 비영업적 행위의 권리능력 즉 행위의 유효성을 설명하는데 문제가 없다는 주장이 있지만,¹⁴⁾ 무제한설에서 정관 목적으로 제한하는 것이 불합리하다는 근거가 정관 목적 범위 외의 행위를 구분하여 무효로 하는 것이 주주나 회사에 실질적으로 어떤 이익이 되는지 의문이고 현대 산업구조에서 목적사업의 한계를 결정하는 것은 매우 어렵다는 점 등임을 감안해보면,¹⁵⁾ 무제한설이 비영업적 행위의 권리능력을 설명하는데 적합한 논리를 갖추고 있다고 보기 어렵다. 그리고 기부와 같은 비영업적 행위의 권리능력은 무조건적으로 인정되는 것이 아니고 합리적 범위 내에서만 인정 가능한 것이므로 이를 명쾌하게 논증하는데도 어려움이 있다.

필자는 영리법인인 회사도 합리적 범위 내에서는 사회적으로 유익한 행위를 할 수 있는 권리능력이 있다고 보는데 공감대가 형성되어 있다면 이는 사회적 책임론으로 충분히 설명할 수 있다고 본다. 국부의 상당 부분을 차지하고 있는 회사가 사회 전체의 이익을 고려해야 한다는 것은 어느 사회에서나 공리가 되어 가고 있다. 그렇다면 사회적으로 유익한 행위에 대하여는 정관 목적 내·외의 문제에 얽매일 필요가 없다. 앞서서도 언급했다시피 정관에 목적을 정하는 것은 사원들이 영리 추구 목적과 방법을 결정한 것인데, 사회적 이익을 위한 행위를 굳이 정관 목적과 결부하여 권리능력을 논할 절대적 이유는 없다고 본다. 따라서 필자는 기부 등의 무상행위는 기업의 다양한 이해관계인뿐만 아니라 지역이나 사회 전체의 이익을 고려해야 하는 회사의 사회적 책임으로서 당연한 책무의 이행으로 설명한다면 권리능력의 인정 근거로서 부족함이 없다고 본다.¹⁶⁾ 다만 사회적 책임론을 기부행위의 유효성의 근거로 본다면 우리는 그 행위들의 ‘합리성 요건’에 주목하여야 한다. 기부 등의 비영업적 행위를 사회적 책임 차원에서 이해한다 하더라도 무상의 금전 지출을 무제한적으로 용인할 수는 없다. 즉 아무리 사회적으로

13) 공익목적의 기부행위의 권리능력도 정관 목적과 연관 지어 설명하는 입장에서는 주주나 회사의 이익이라는 개념을 필연적으로 사용하게 된다. 즉 이들 행위를 사회적 책임만으로는 정당화하기 어렵다고 전제하고 주주의 이익과 어느 정도 관련이 있을 것이 요구된다고 하면서, 이런 조건이 갖추어질 때 정관 목적 달성에 필요하고 유익한 행위로 보아 권리능력을 인정할 수 있다고 설명한다(박찬우, 앞의 논문, 188쪽).

14) 김홍기, 상법강의 제4판, 박영사, 315쪽; 정찬형, 앞의 책, 487쪽.

15) 이훈중, “정관상 목적에 따른 권리능력의 제한에 대한 입법론적 검토”, 법과정책연구 제1집, 한국법정책학회, 2001, 173-174쪽.

16) 회사의 지배구조가 이해관계자(주주, 회사채권자, 근로자, 소비자 등)들의 이익조정을 위하여 설계되어야 한다는 ‘이해관계자주의’에서는 기업의 사회적 책임을 새로운 전략과 규범으로 보고 있다(김동근, “회사본질과 기업의 사회적 책임”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회, 232-233쪽, 243쪽).

유용한 행위라 할지라도 회사의 재무 상태나 규모 등을 고려할 때 감당할 수 없는 한계를 벗어난 수준이라면 권리능력 제한의 문제로 처리하는 것이 바람직하다. “합리적 범위”를 초과한 기부나 현금 그리고 그 행위의 방식이 위법한 경우에는 회사의 존립을 위협하여 회사의 본질을 침해하게 되므로 권리능력을 부정하는 것이 타당하다. 행위의 방법이나 출연금액의 합리성의 문제는 이사의 선관의무 또는 충실의무 위반을 따져 이사의 손해배상책임으로 해결할 수도 있으나,¹⁷⁾ 필자 생각은 이사의 손해배상책임 시스템의 한계를 감안하면 과도한 무상지출은 권리능력을 부정하여 사법상 절대적 무효로 해야 한다고 본다.¹⁸⁾ 이처럼 사회적 책임론을 근거로 기부행위 등의 권리능력을 따질 때는 ‘합리적 범위 내’ 및 ‘적법하고 투명한 방법’이라는 유효요건이 중요하게 부각 된다.¹⁹⁾ 이러한 소위 합리성 요건이 인정되면 권리능력이 인정됨은 물론이고 이에 대한 이사회나 집행임원들의 결정은 정당한 경영판단이 되고 “경영판단의 원칙”에 따라 손해배상책임에서 자유로워진다.²⁰⁾ 최근 점점 더 회사에게 거는 사회적 기대가 증가하고 있고, 회사도 기부나 현금을 관례화하고 공공의 책무에 대한 의식을 갖기 시작했다. 이것은 이사들이 경영판단에 있어 사회에 대한 배려를 요구받고 있다는 의미이기도 하다. 따라서 우리는 회사의 사회나 지역에 대한 기여에 대하여 전제적으로 일관되고 편안한 논거를 마련해줄 필요가 있다. 필자의 이런 주장에 대하여 사회적 책임론의 회사법적 의미 및 근거에 대하여 설명을 요구할지도 모르겠다. 앞으로 기업의 사회적 책임의 법적 가치를 명확히 하기 위하여 사회적 책임에 관한 일반 규정 정도는 입법을 고려해 볼만하다.²¹⁾ 사회적 책임이 반영된 규정들이 외국 입법례에서는 심심치 않게 발견된다. 미국의 경우 기업의 사회적 책임에 관한 사항이 RMBCA(Revised Model Business Corporation Act, 2016)나²²⁾ 여러

17) 송옥렬, 앞의 책, 734쪽.

18) 다만, 특별하게 과도하지 않다면 이사회 결의 시 금액의 적정성 판단에 대한 이사의 선관의무 위반 여부를 따져 이사의 손해배상책임 문제로 처리할 수 있다.

19) ‘합리적 범위’를 초과하는 경우 이사의 임무해태가 성립하여 이사는 손해배상책임을 질 수 있다는 일반론적 주장에 법리적 모순은 없다(이효경 집필, 회사의 권리능력, 주식회사법대제 I 제3판, 법문사, 2019, 249쪽). 필자는 ‘합리적 범위’의 초과의 경우 권리능력 자체를 부정하는 것이 바람직한 경우가 많다는 것이고, 만일 권리능력 자체가 부정되는 경우 원상회복 단계에서 회사가 손해를 입게 된다면 이사가 그 손해를 배상하여야 함은 물론이다.

20) 고재중, “기업의 지배구조 속에서 사회적 책임 이론의 적용-이사회·집행임원의 경영책임을 중심으로”, 경영법률 제25집 제4호, 한국경영법률학회, 2015, 144쪽.

21) 정응기, “주식회사의 사회적 책임 재론”, 법학연구 제28권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2017, 312-313쪽.

22) RMBCA(2016) § 3.02 (m)에 따르면 “회사는 정관에 다른 정함이 없으면 공공복지(welfare), 자선(charitable), 과학(scientific) 또는 교육(educational)을 목적으로 기부행위를 할 수 있다”라고 규정하고 있다.

주 회사법에 다양한 내용으로 반영되어 있고,²³⁾ 영국회사법에서도 이사의 의무로서 이사는 사원 전체의 이익을 위하여 “의사결정의 장기적 영향 및 예상, 근로자의 이해관계, 회사의 영업 관계를 발전시킬 필요성, 지역사회와 환경 등”을 고려하여야 한다고 규정하고 있다(Companies Act 2006 §172 (1)).

특히 이 사건의 A회사의 경우는 정관 목적규정의 내용이 일반 회사와 차이가 있다. A회사 정관을 보면 “(A회사는) 석탄산업 사양화로 인하여 낙후된 폐광지역의 경제를 진흥시켜 지역 간의 균형 있는 발전과 주민의 생활 향상을 도모하고, 이를 위해 카지노업 등을 영위한다”라고 규정되어 있다. 그리고 A회사는 「폐광지역 개발 지원에 관한 특별법」의 적용대상으로 폐광지급 등을 기부해야 하는 의무를 부담하고 있다. 그렇다면 이 사건의 기부행위는 설사 제한설의 논거로 판단한다 해도 정관 목적수행을 위한 직·간접적인 행위의 범위로 포섭할 여지가 있다. 물론 사회적 책임론을 바탕으로 이 사건 기부행위의 권리능력을 파악한다면 조금 더 간결하게 판단할 수 있다. 결국 이 사건에서 (이사의 선관의무 위반 여부를 판단하면서 실시한 것이기는 하지만) 고등법원과 대법원 모두 150억원을 합리적 범위를 넘는 액수로 보지는 않았기 때문에 이 사건 기부행위를 사회적 이익을 고려한 행위로서 권리능력을 인정하는데 문제가 없다고 본다. 사회적 책임론을 기부행위의 유효성 확보의 근거로 하는 경우 행위의 결과로 나타나는 사회적 기여 정도가 권리능력 인정에 영향을 줄 수 있을까? 즉 이 사건처럼 법원이 “공익목적을 인정하면서도 폐광지역 전체에 기여하는 이익이 미미하다”라고 판단한 것이 권리능력 인정에 영향을 주게 되는가를 생각해보자. ‘합리적 범위 내’의 공익목적의 기부라는 것이 확인된다면 권리능력의 인정에 있어서는 그 효과를 문제 삼을 이유는 없다고 본다.²⁴⁾ 이 사건의 A회사는 설립목적이나 정관 규정을 볼 때 미국의 Benefit Corporation(BC)을 연상하게 한다. 미국에서는 주주의 이익뿐만 아니라 공공의 이익(public benefit)공공의 이익도 함께 창출하는 것을 목적으로 하는 BC가 있는데 이런 BC의 설립을 인정하는 법률이 현재까지 Washington, D.C와 35개 주에서 제정되었다.²⁵⁾ BC는 영리법인이면서도 정관에 특정하게

23) 델라웨어주 회사법에서는 회사의 특정적 권리(specific powers)의 하나로 “공공복지, 자선, 학술, 교육 목적의 기부 및 전쟁 또는 기타 국가긴급사태 시에 원조를 위하여 기부할 권리”가 있음을 규정하고 있고(Delaware General Corporation Law §122 (9)), 코네티컷주의 일반 주식회사(Business Corporations)에 관한 규정을 보면, “이사는 회사와 주주의 단기적 이익과 장기적 이익·근로자와 채권자 그리고 고객 등의 이익, 회사의 영업소나 시설이 소재하는 지역과 사회의 제반 사항을 고려하여 회사에 최선이 되는 것을 합리적으로 판단해야 한다”고 규정하고 있다(Connecticut General Statutes § 33-756 (d) 2012).

24) 이사의 선관의무 위반을 검토할 때도 경영상 의사결정단계를 보는 것이지 결과까지 문제 삼지는 않는다. 의사결정과정에 있어 신중한 검토가 있었으면 족하다(홍복기/박세화, 앞의 책, 535쪽).

추구하는 공익이 명시되어 있고 이사회 임원들이 주주의 이익뿐만 아니라 사회, 노동, 지역 그리고 환경 등의 다양한 이해관계를 고려할 의무를 부담한다. 또한 BC는 회사는 공익창출을 이행하고 점검하는 원칙을 수립하여야 하고 일반적으로 매년 실질적으로 공익에 기여하고 있는지를 파악하게 된다.²⁶⁾

2. ‘이 사건 기부’의 자기거래 성립 여부

이 사건 기부행위에 대하여 1심 법원은 상법 제398조가 규제하는 자기거래에 해당한다고 보았다. 이 사건에서 A회사는 자신의 주주인 태백시에 기부한 것이어서, 태백시가 상법 제398조 제1호의 주요주주에 해당하고, 일방적인 기부라 하더라도 이해충돌의 우려가 있다면 자기거래가 된다는 입장이다. 1심 법원은 기부행위라 할지라도 자기거래에 해당할 수 있다고 보고 주요주주의 요건을 검토했다.²⁷⁾ 상법 제398조에 따르면 주요주주란 상법 제542조의8 제2항 제6호 즉 “① 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 ② 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주”를 의미한다. 태백시는 A회사 주식의 1.25% 정도를 보유하는데 불과하였으므로, 주요주주인가 여부는 “태백시가 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 A회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 가진 주주에 해당하는가” 여부에 달려있었다. 1심 법원은 태백시가 A회사 이사 1인에 대한 자유로운 선임 권한을 가지고 있었을 뿐만 아니라 합작투자 당사자로서 다른 주주들과 함께 자신들의 의사와 이익을 위해 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있었으므로 주요주주로 보는 것이 타당하다는 입장이었다.²⁸⁾ 그런데 2심 법원의 판단은 달랐다. 2심 법원은 회사의 주요 경영사항에 대하여

25) https://en.wikipedia.org/wiki/Benefit_corporation

26) Janine S. Hiller, “The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility”, *J Bus Ethics* 118: 287, 291-292 (2013).

27) 1심 법원인 서울서부지방법원은 당사자가 이해상반관계에 서 있고 회사에 불이익을 초래할 염려가 있다면 계약과 단독행위를 불문하고 자기거래에 해당한다고 보고 있다(서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결 판결문 13쪽). 이해상반 가능성이 있으면 기부를 자기거래 규제 대상으로 보는 것에 동의하나, 1심 판결문의 표현을 보면 기부행위를 단독행위로 본 듯한데 이러한 기부행위는 증여로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

28) 1심 법원은 태백시 단독 보유지분은 크지 않으나 태백시가 포함되어있는 합작투자당사자 그룹이 보유한 총지분이 50%를 초과하고 있다는 것에 주목하고 있다.

이사결정을 좌우할 정도의 강력한 지배력이 인정되어야 주요주주로 볼 수 있다는 해석을 내놓았다.²⁹⁾ 자기거래를 규제하는 상법 제398조는 2011년 개정된 것인데, 자기거래의 범위가 크게 확대되었음에도 그 당사자의 확정 방식이 복잡하고 법문상 추상적 표현이 적지 않은데, 상법 시행령으로 이를 구체화하지도 않아서 실무계의 불평과 지적이 많았다. 이 사건 2심 법원의 엄격한 해석은 이 같은 불만을 의식한 측면도 있지 않나 추측해 본다. 아무튼 2심 법원은 이 사건의 기부행위가 자기거래에 해당하지 않으므로 이사회 결의요건 미충족에 의한 기부행위의 위법성은 인정하지 않았다. 이 쟁점은 대법원에서는 다루어지지 않아 대법원의 입장은 확인이 되지 않는다.

2심 법원의 입장은 검토의 여지가 있어 보인다. 상법 제542조의8 제2항 제6호에서 말하는 ‘사실상의 영향력 행사’는 주식의 보유량과는 상관없이 1주만 보유해도 인정될 수 있는데, 그 판단은 종합적이고 객관적이며 실질적인 요소를 중심으로 이루어져야 한다.³⁰⁾ 사실관계를 보면 태백시가 추천하여 이사로 선임된 이 사건 피고 D9는 지속적으로 태백시와 이 사건 공사에 대한 기부나 대여를 이사회 안건으로 상정했었고 결국 다른 이사들을 설득하여 ‘이 사건의 기부’를 결의하는데 주도적 역할을 했다. 이러한 상황을 보면 D9는 이사 중 1인에 불과하지만 다른 합작계약의 당사자들이 추천한 이사들과 연합이 가능했던 것으로 보이고 중요 경영사항 결정에 있어 지배력을 행사할 수 있는 위치에 있었다는 평가가 가능하다. 또한 주요주주는 자연인뿐만 아니라 법인주주도 될 수 있으므로 지방자치단체인 태백시를 주요주주로 보는데 성질상 장애도 없다.³¹⁾

그런데 필자는 ‘사실상의 영향력 행사’라는 요건 검토보다 ‘기부행위’ 자체에 실질적인 이해충돌 가능성이 있어 자기거래 규제 행위로 볼 수 있는가에 대하여 살펴보고 싶다. 이 사건의 경우 폐광지역에 재정이 어려운 태백시에 대한 기부로서 기부금이 공익을 위해 사용되었으므로 A회사의 이사들은 사회적 책임이라는 명분으로 기부를 결정했다는 주장이 가능하다. 기부의 목적이나 대상 그리고 기부금의 사용 내역이나 기부의 결정 과정 등을 고려하지 않고, 기부로 인한 금전 유출을 단순하게 회사의 손해와 기부받은 자의 이익이라는 구도로 평가한다면, 우리는 지금까지 왜 기부행위를 영업행위 등과 다르게 평가하고 있는지? 이런 의문에 답하기 어렵다. 이 같은 이유에서 결론적으로

29) 2심 법원은 주요주주로 인정하기 위하여는 해당 주주가 최소한 10% 이상 보유한 주주의 영향력 정도를 가지고 있어야 하는 것으로 판단하고 있다.

30) 흥복기/박세화, 앞의 책, 508쪽.

31) 흥복기, “개정상법상 자기거래규제의 범위와 이사회결의”, 증권법연구 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013, 214쪽.

이 사건처럼 지방자치단체에 공익을 목적으로 합리적 범위 내에서 이루어진 기부행위의 경우는 (설사 태백시를 주요주주라고 보고) 주요주주에게 기부했다고 하여도 자기거래로 보아 규제하는 것에 동의하기 어렵다. 만일 이 사건 기부에 이해충돌가능성이 있다고 보아 자기거래에 해당한다고 판단한다면, 이 사건 기부행위는 A회사와 태백시 사이에서는 무효가 되고, A회사는 기부금을 운영자금으로 지원받은 ‘이 사건 공사’에 대하여는 악의를 증명하여 기부행위의 무효를 주장할 수 있다.³²⁾ 이러한 경우는 유효한 이사회 승인 없이 후속행위(기부행위)가 이루어진 것이므로 전단적 대표행위의 법리를 적용할 수도 있으나, 자기거래 위반의 무효 법리를 우선 적용하여 최소한 당사자들 사이에는 거래를 확실하게 무효화하는 것이 타당하다. 이 같은 무효화를 감안하고 공익적 기부 가치를 고려한다면, 이 사건과 같은 공익목적의 기부를 자기거래로 취급하여 자기거래 제한 위반의 법리를 적용하려면 기부를 받은 주주가 그 자금 중 일부라도 사적으로 사용할 수 있는 객관적 위험가능성이 있어야 한다고 본다.

3. 이사회 의사록에 「기권을 기재한 이사」와 상법 제399조 제3항의 적용

이 사건에서 가장 화제를 모았던 쟁점은 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 기재된 이사들을 상법 제399조 제3항의 찬성 추정 이사의 범위에 포함시킬 것인가?의 문제였다. 상법 제399조 제3항을 보면 “이사회 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다”라고 규정하고 있다. 이 조항은 어떤 이사가 이사회 결의에 찬성하였는지 그 증명이 곤란한 경우가 많음을 고려하여 그 증명책임을 이사회에 전환하려는 취지이다.³³⁾ 그런데 이 사건 피고인 이사 D1과 D2가 이사회에 출석하여 기권을 하였다고 의사록에도 기권한 것으로 되어있다. 그렇다면 이들 기권 이사 D1과 D2를 상법 제399조 제3항에서 말하는 “이의를 한 기재가 의사록에 없는 자”로 보아 찬성을 추정할 것인가?의 문제인 것이다. 이에 대하여 대법원은 ‘기권의 기재’도 찬성하지 않은 것이므로 ‘이의의 기재’의 한 표현으로 보아 찬성의 추정이 미치지 않는다고 보았다. 다만 대법원이 기권을 기재하면 무조건 이사의 책임에

32) ‘이 사건 기부’를 자기거래로 본다면, 이사회 결의가 성립하지 않은 경우로서 ‘이사회 승인 없는 자기거래’로 볼 수 있고 그 효력은 상대적 무효로 보는 것이 다수설이며 판례의 입장이다(홍복기/박세화, 앞의 책, 63-65쪽; 김건식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 440쪽; 김흥기, 앞의 책, 610쪽; 이철승, 앞의 책, 769쪽; 정찬형, 앞의 책, 1046-1047쪽, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결 등 다수)

33) 홍복기/박세화, 앞의 책, 538쪽.

서 벗어난다고 판시한 것은 아니고, 추정규정(상법 제399조 제3항)만 배제한다는 내용이 다. 따라서 이사의 책임을 추궁하는 자가 기권한 이사들이 당해 결의에 찬성하였다고 볼 만한 사정을 증명하거나 감시의무 등 기타 선관의무의 위반을 증명하면 손해배상책임을 추궁할 수 있음은 물론이다. 그렇지만 이 사건에서 보듯이 상법 제399조 제3항의 적용배제가 D1과 D2와 같은 이사들이 증명 부담 없이 손쉽게 상법 제399조 제2항의 법적 책임에서 벗어나는 결과를 낳았다. 이번 대법원의 판결로 이사들이 결의에 참여하면서 의사록에 기권이라는 기회주의적 행위를 통해 상법 제399조 제2항의 손해배상책임을 쉽게 피해갈 수 있게 되었다는 비판은 면하기 어려워 보인다.³⁴⁾

‘기권의 기재’를 ‘이의의 기재’의 한 형태로 본 이 사건 판결에 대하여, 현재까지는 타당하다는 평가가 다수로 보인다. ‘이의의 기재’는 ‘찬성하지 않았다는 기재’이므로 ‘기권의 기재’도 포함되는 것이고, 기권은 이사회 결의에 조력한 것도 아니므로 상법 제399조 제2항의 책임을 추정할 명분도 없다는 것이다.³⁵⁾ 그리고 상법에는 ‘반대’와 ‘이의’를 구분하여 사용하고 있는 것으로 미루어 ‘이의’는 ‘반대’보다 넓은 개념 즉 ‘찬성과 다른 의사표시’를 포괄적으로 의미하는 것으로 보는 것이 상법에 부합하고, ‘기권’은 이사회 의결정족수에서 ‘반대’와 동일하게 취급하면서 이사의 책임부담에 있어서는 ‘반대’와 같은 범주로 취급하지 않는다면 모순이라는 이유도 들고 있다.³⁶⁾

이 사건의 판결과 이를 지지하는 평석들을 보면서 필자는 몇 가지 이유에서 문제의식을 갖게 된다. 먼저, ‘기권’의 취급이나 해석에 있어 이사회 결의방법(상법 제391조 제1항)과 이사의 증명책임에 관한 법리(상법 제399조 제2항·제3항)를 연관 짓는 것이 필연적이고 합리적인 것인가? 상법 제391조 제1항은 이사회 결의 정족수에 관한 규정인데, 정족수는 ‘찬성’의 수로 정하는 것이므로 찬성이 확인되지 않으면 반대의 표로 할 수밖에 없다. 그리고 원칙적으로 이사는 이사회에 참석하여 적극적으로 토의에 임하고 ‘찬성’과 ‘반대’ 중 자신의 의사표시를 분명하게 표시하여야 하나, ‘기권’하는 것을 위법한 권리행사방법이라고 할 수는 없으므로,³⁷⁾ 불가피 ‘반대’의 표와 동일하게 취급하는

34) 대법원의 판결에 찬동하는 입장에서 이번 판결이 이사회에게 잘못된 메시지를 줄 수 있다는 것에 대하여 우려와 걱정을 하고 있다(송옥렬, “2019년 회사법 판례의 분석”, 상사판례연구 제33집 제2권, 한국상사판례학회, 2020, 56-57쪽; 황운경/이유민, “이사의 기권행위와 선관주의의무 위반에 대한 대법원의 태도-미국 판례와의 비교를 중심으로”, 경제법연구 제18권 제2호, 한국경제법학회, 2019, 130쪽).

35) 송옥렬, 앞의 논문, 56쪽.

36) 황운경/이유민, 앞의 논문, 128-129쪽.

37) 이사는 이사회에 상정된 안건에 대하여 기권할 자유가 있을까? 미국 RMBCA 규정을 보면 기권을 기본적으로 허용하면서 반대와 기권을 동일선상에서 규정하고 있고(RMBCA § 8.24(d)), 미국 법원은 이사가 기권할 자유가

것이다.³⁸⁾ 즉 이사회 결의 성립을 판단하기 위하여 ‘찬성한 경우’와 ‘찬성하지 않은 경우’로 나누는 계산기법인 것이다. 그렇지만 상법 제399조는 이사들의 책임에 관한 것으로, 동조 제2항은 이사들의 임무해태로 인하여 이사회 결의가 이루어진 경우 찬성한 이사들의 책임을 규정하고, 동조 제3항은 찬성한 것으로 추정하는 사항을 정하고 있다. 잘못된 결론을 도출한 경우 귀책사유가 있는 이사들을 가려 책임을 묻겠다는 것이다. 문제가 된 상법 제399조 제3항은 앞서도 언급을 했듯이, 이사들의 임무해태로 형성된 이사회 결의 때문에 회사가 손해를 입은 경우, 이사회 회의의 과정 및 결의 상황의 폐쇄성 그리고 의사록 내용의 불명확성 등을 고려하여 증명책임을 전환하는 규정이다. 상법 제399조 제3항은 「추정」이라는 입법기술을 사용하고 있는데, 이는 ‘이의의 기재가 없는 경우’라는 증명주제를 도입하여 상법 제399조 제2항 책임을 조금 더 쉽게 적용하려는 취지를 가지고 있다. 따라서 필자는 이사회 결의에 문제가 있음이 전제된다면 증명책임을 가급적 이사들에게 지도록 하는 것이 이 규정의 입법 취지에 부합한다고 생각한다. ‘기권’을 기재한 것은 찬·반의사가 확인되지 않는 경우의 하나이다. 그렇다면 잘못된 결의에 대한 책임 부과에 있어서는 ‘반대’가 확인되지 않는 한 이사들에게 찬성하지 않았음(실질적으로 반대했음)을 증명하도록 하는 것이 타당하다고 본다.³⁹⁾ 이사회 결의의 성립을 판단할 때 ‘반대’ 표로 계산되었는데 이사들의 책임을 묻는 단계에서 증명책임을 지도록 하는 것이 과연 모순일까? 그렇지 않다고 생각한다. ‘기권’으로 기재된 이사들에게 상법 제399조 제3항을 적용한다고 해도 ‘기권’을 ‘찬성’으로 확정하는 것이 아니다. 증명책임만 전환되는 것이다. 대법원의 입장처럼 “기권의 기재”를 “이의의 기재”로 보는 경우도 원고가 ‘기권’한 이사가 “찬성했음”을 증명하여 손해배상책임을 추궁할 수 있다.⁴⁰⁾ 결국 이 문제는, 상법 제399조 제2항의 책임을 추궁함에 있어 누구에게 증명책임을 지도록 하는 것이, 진실로 가는 과정에서 상법 제399조 제3항이 취한

있음을 전제로 기권한 이사에 관한 사건들을 판단하고 있다[대표적 판례로 “In Re Tri-Star Pictures, Inc., Lit. 634 A.2d 319 (1993)”가 있음. <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1993/634-a-2d-319-1.html>]. 우리나라의 경우도 이사의 기권이 위법에 해당하지는 않는다고 보는 것이 일반적이다. 다만 이사의 기권이 면책사유가 되는 것은 아니며, 이사회 불참석이나 기권 자체가 이사의 선관외무 위반에 해당할 수 있다.

38) 이사회 결의에서 기권한 표는 반대로 해석하는 것이 통설이나 이에 대하여 불출석처럼 무효표로 하는 것을 생각해볼 수 있고 이 같은 입법례도 있다고 한다(정대익, “2019년 회사법 주요판례 평석”, 안암법학 통권 제60호, 안암법학회, 2020, 327쪽 참조).

39) 상법 제391조의3 제2항을 보면 의사록에 “-반대하는 자와 그 반대이유를-” 반드시 기재하도록 정하고 있다. 이 규정을 볼 때도 무기명으로 찬·반·기권의 표만 기재되어 있거나 기명투표임에도 이런 반대의 기재가 없다면, 일단 찬성으로 추정하고 이사들이 반대했음을 증명하도록 하는 것이 타당하다고 본다.

40) 송옥렬, 앞의 논문, 56-57쪽.

태도나 의도한 목적 등에 부합하는 것인가에 초점을 두고 진행되어야 한다.⁴¹⁾

이사들은 이사회에 참석하여 적극적으로 의견을 개진하고, 결의 시 ‘찬성’이나 ‘반대’의 의사표시를 분명히 하여야 하는 것이 선관주의 의무라고 볼 수 있다.⁴²⁾ 물론 ‘기권’한 이사들이 이러한 이사의 선관의무를 위반하여 손해배상책임을 부담하는 것과 상법 제399조 제3항에 의한 추정에 따른 책임부담의 문제는 구별되어야 한다. 하지만 상법 제399조 제3항을 당사자 사이의 형평과 증명책임 부과 합리성에 그 가치를 둔다면 증명책임을 지는 자를 선택함에 있어, 이런 이사의 선관의무를 떠올리는 것이 무의미하지는 않다고 생각한다. 즉 찬·반의 의사표시를 분명하게 표시할 의무를 지는 이사들이 증명책임을 지는 것이 설득력 있어 보인다. 특히 이 사건에서 기권한 이사 D1은 대표이사였고 D2는 상임이사였음도 상기해 보자.

또한 “아무런 기재가 없어 의사록으로 이사의 의사가 확인되지 않는 것”과 “기권의 기재”를 한 것은 실질적으로 어떤 차이가 있는가? 이들 양자에 여러 사정이 존재할 수 있으나 분명한 것은 양자 모두 찬·반 여부를 확인할 수 없다는 것이고 따라서 증명책임에 있어 달리 볼 이유가 없어 보인다. 대법원이 “별다른 기재가 없는 것”을 “기권의 확인”보다 무겁게 보고 단순히 ‘기권’이라도 기재하면 증명책임 전환이라는 불이익에서 벗어나게 하겠다는 의도였는지? 궁금하다.

그리고 상법 제399조 제3항은 증명 부담을 결정하는 문제에 불과하므로, 결국 ‘기권’을 기재한 이사에 대하여 추정을 배제해도 그 이사의 찬·반을 확인하는 절차가 이어질 수 있다. 대법원의 판시대이라면 이사의 책임을 추궁하고자 하는 원고는 의사록에 기권으로 기재되어 있어도 그 이사가 해당 결의사항에 대하여 “찬성했음”을 증명하는 방법으로 제399조 제2항의 책임을 추궁할 수 있다.⁴³⁾ 그렇지만 현실적으로는 원고가 이를 실현할 가능성은 거의 없다고 본다. 왜냐하면 대법원의 입장은 ‘찬성’과 ‘찬성하지 않은 경우’로 구분하고 ‘기권’을 ‘찬성하지 않은 경우’로 보고 있기 때문에, 기권 의사가 의사록으로 확인되는 이사를 상대로 원고가 ‘찬성’을 증명하는 것은 그 ‘기권’의 기재가 허위임을 증명하지 않는 한 승소 가능성이 없어 보인다. 원심의 판단처럼 분명한 부정적 ‘이의’의

41) 일 견해에 따르면 이사회에서 무기명투표가 가능하다고 주장하면서 무기명투표로 이사회 결의가 이루어진 경우 상법 제399조 제3항을 적용하여 출석이사 전원이 그 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 있다고 한다(김영주 집필, 이사회, 주식회사법대계 제3판, 법문사, 474쪽). 이 같은 주장의 기저에는 상법 제399조 제3항은 이사회 회의에서의 찬·반 표의 계산과 상관없이 책임추정의 법리 즉 증명책임의 전환 측면에서 독자적으로 해석될 수 있다는 사고가 깔려 있다고 본다.

42) 동지: 정대익, 앞의 논문, 328-329쪽.

43) 송옥렬, 앞의 논문, 57쪽.

의사를 증명하지 못하면 ‘찬성’을 추정하고, 이사들이 책임을 면하려면 자신이 “반대했음”을 증명하도록 하는 것이 바람직하다.

미국에서도 기권한 이사를 다룬 회사법 사례가 적지 않다.⁴⁴⁾ 그렇지만 종전 논문에서 다루고 있는 미국 “기권 이사 사례”의 대부분은 상법 제399조 제3항의 해석에 있어서 참고가 되기 어렵다. 왜냐하면 이들 사례들에서 문제가 된 것은 증명책임 전환의 문제가 아니라, ‘기권’은 자유이나 “기권이나 불참석”이 이사들의 책임 면제를 위한 피난처가 될 수 없고 기권 이사나 불참석이사가 이사회 승인에 중요한 역할을 하였거나 직접 또는 은밀하게 관여했음이 증명되면 책임을 면할 수 없다는 것을 확인하는 것들이 대부분이기 때문이다.

4. 회사의 기부 결정과 이사의 선관의무

이 사건에서는 이사회의 기부행위 결정에 있어 피고 이사들이 선관주의의무를 위반하였는지 여부가 또 하나의 중요한 쟁점이었다. 법원은 기부행위 결정에 있어 이사들이 선관주의의무를 위반하였는가를 판단하기 위하여 5-6가지의 기준을 사용하였다. 이 기준들에는 영업거래의 의사결정에 있어서의 이사들의 선관의무 내용에 비하여 몇 가지 새롭게 주목할 만한 사항들이 있다.⁴⁵⁾ 이 기준들을 구체적으로 보면 ① 기부 대상 및 용도에 비추어 기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지, ② 기부행위를 통하여 회사의 이미지 제고 등 간접적·장기적인 이익을 기대할 수 있는지, ③ 기부금액이 회사의 재무 상태에 비추어 상당한 범위 내의 금액인지, ④ 기부행위로 달성하려는 공익을 회사의 이익과 비교할 때 기부금액 상당의 비용지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지 및 ⑤ 기부행위에 대한 의사결정 당시 제반 사항에 대하여 충분한 고려와 검토를 거쳤는지 등이다. 이 같은 기준들을 검토하여 이 사건 기부행위가 이사의 재량권 범위 내에서 이루어졌는지에 따라 피고 이사들의 선관주의 위반 여부를 판단하겠다는 것이다.⁴⁶⁾ 일상적인 영업거래가 아니고 공익 목적의 기부를 결정하는 이사회에서의 이사들의 선관의무는 차별화된 기준에 따른 판단이 필요하다고 본 것이다. 법원이 제시하고 있는 5가지의 기준을 정리해 보면 한마디로 “①번에서 ④번까지의 사항을,

44) 미국 판례에 대한 분석은 황운경/이유민, 앞의 논문, 130-141쪽 참조.

45) 이철송, “회사의 非營利的 出捐의 허용기준 -강원랜드사건을 소재로-”, 선진상사법률연구 제89호, 법무부 상사법무과, 2020, 12쪽 이하; 송옥렬, 앞의 논문, 54쪽.

46) 서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결 판결문 18쪽.

충분히 신중하게 검토하였는가(⑤번 기준)”를 판단하겠다는 것이다. 기부행위와 같은 무상지출행위의 판단과 관련하여 ①번에서 ④번까지의 4가지 사항을 제시하는 것은 법원의 권한이나, 이들 기준들을 선택하고 조합하는 것은 신중해야 한다고 본다. 1심 법원은 공익을 목적으로 내세운 A회사의 정관 규정에도 불구하고 폐광지역 내의 기관에 대한 금원 기부가 직접적인 설립목적이 아니며 이 사건 기부가 달성하고자 하는 공익이 중대하지도 않다고 보아 ①번 기준부터 부정적인 판단을 하였고, ②번 기준도 “이 사건 기부가 장기적인 관점에서 회사의 이익에 도움이 된다고 보기도 어렵다”고 판단하여 역시 부정적인 입장을 취했다. 그런데 법원이 ②번 기준을 판단기준으로 한다는 것은 일반적으로 기부나 현금 등의 무상행위가 단기적으로 손실이지만 사회적으로 유익한 행위라면 그 영향력이 장기적으로 미쳐 향후 실질적으로 회사에 도움이 될 수 있다는 철학을 채택한 결과이다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 1심 법원이 이 사건의 기부를 ①번 기준과 ②번 기준 모두 충족하지 못한다고 보아 공익목적이 미흡할 뿐만 아니라 간접적·장기적으로 볼 때도 회사에 도움이 되지 않는 행위로 취급하고 이에 대한 이사들의 고려와 검토에 문제가 있다고 판단했다면, 나머지 ③·④번 기준은 왜 검토한 것일까? 필자는 ①번의 기준이 다른 기준들의 전제로서 판단될 필요가 있다는 것을 말하고 싶다. ①번 기준의 판단 즉 공익을 위하여 이루어진 행위로 볼 것인가 말 것인가에 따라 이사의 선관의무 위반의 판단을 위한 기준 선택에 차이가 발생할 수 있기 때문이다. 1심 법원처럼 ①번 기준을 판단하면서 공익목적을 인정하지 않았다면 그 외의 기준들의 검토가 적절한지 의문이다.

2심 법원에서는 ①번 기준에 대하여 1심과 다르게, 이 사건 기부행위를 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌음을 인정하고 검토를 시작하였다.⁴⁹⁾ 이 사건의 기부를 공익 목적을 위한 행위로 보고 회사의 장기적 이익이나 영향 그리고 기부의 상당성과 합리적 범위 그리고 이 같은 사항에 대한 이사들의 고려와 검토 등을 살펴본 것이다. 그런데 ‘이 사건 기부행위’를 공익 목적을 위한 행위로 본 2심 법원의 선관의무에 대한 검증을 보면서 문득 2심 법원이 무엇을 근거로 ‘이 사건 기부’의 유효성과 정당성을 찾았는지

47) 이사가 회사의 장기적 이익이나 예상되는 영향을 판단해야 하는 선관의무를 부담한다고 하면 자칫 이사의 선관의무 위반이 의사결정 과정을 넘어서 결과에도 영향을 받을 수 있어서 경영판단의 원칙과 조화하기 어려운 측면이 있다는 생각이 든다.

48) 이철송, 앞의 논문, 15쪽.

49) 다만, 2심 법원에서는 이 사건 기부의 방법이 상당하고 적절한 것인지도 중요하게 보았다(서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결문 8-10쪽).

궁금해졌다. 필자 생각에 회사의 사회적 책임을 근거로 기부를 파악했다면, 기업의 재무 상태가 감당할 수 있는 정도의 합리적 범위라는 요건(③번 기준)만 충족되면 기부 방법에 특별한 위법 사항이 없는 한 이사들의 기부 결정에 문제가 없다고 본다. 즉 기부를 통한 이미지 제고 등을 통하여 회사들이 얻게 되는 간접적 또는 장기적 이익에 관한 사항(②번 기준) 그리고 기부금액과 회사의 이익을 형량해야 하는 사항(④번 기준) 등은 검토의 의미를 찾기 어렵다. 이와 다르게 공익목적의 기부행위도 (영리법인의 본질을 중시하여) 회사의 영리성과 연결하여 그 유효성을 찾았다면, 최소한 장기적으로라도 회사에 이익이 기대되는가 그리고 기부금액이 이러한 회사의 이익에 상당한가라는 기준의 검토가 이사의 선관의무 위반을 판단하는데 결정적인 것이 된다(②번과 ④번의 검토).⁵⁰⁾ 그런데 필자는 법원이 어떤 철학을 가지고 어떤 기준을 채택할 것인가의 고민 없이, 위에서 언급한 ①번부터 ④번까지의 모든 사항을 종합적으로 검토하여 선관의무 위반 여부를 판단하려는 태도에 문제의식을 느낀다. 즉 이 사건 기부행위를 사회적 책무 이행으로 볼 것인가 또는 장기적이지만 영리성 측면에서의 그 가치를 찾을 것인가를 구별할 필요가 있다는 것이다. 필자는 선관의무 위반으로 판단한 결론 자체에 결론적으로 동의하지만, 법원의 이런 검증 태도에 다소 혼란스럽다는 생각이 든다. 이 사건 법원의 논리라면 이사들이 사회적 가치가 있는 공익을 위한 기부를 결정함에 있어서도 그 합리성이나 방법의 적법성 이외에, 회사의 장래의 이익에 대한 판단을 하지 않았거나 이익형량의 판단에 실수가 있었다면 선관의무 위반으로 손해배상책임을 부담한다는 이야기가 된다. 필자 생각은 이사회가 사회적 책임 차원에서 기부 등을 결정하면서 단기적 손실에 집착하고 장기적으로라도 보전될 것인가를 반드시 고려해야 하는지 의문이다.

이 사건 A회사가 폐광지역법을 근거로 설립되었고 정관에 폐광지역법의 입법목적이 그대로 규정되어 있음을 감안할 때, 사회적 책임론에 충실한 판단 즉 A회사의 기부 결정에 이사들이 기부금액의 합리성과 방법의 적법성에 대하여 신중한 고려와 검토가 있었는가를 살펴 그 선관의무 위반을 결정하면 충분하지 않나 싶다.⁵¹⁾ 즉 피고 이사들이

50) 이 같은 주장은 소위 '장기적 영리론'과 밀접한 관련이 있는데, '장기적 영리론'은 비영리적 출연도 회사의 영리적 목적과의 연결 하에서 그 정당성 유무가 논해져야 한다는 사상을 기반으로 하여, 기부행위와 같은 비영리행위는 단기적으로는 사업목적과 무관한 손실이지만 장기적으로는 영리성 실현을 위한 비용 내지 장기적인 투자라 할 수 있다는 주장이다(이철송, 앞의 책 71쪽).

51) 앞서서도 언급했다시피, 공익을 목적으로 사회적 책임의 이행행위로 보는 경우에도 그 지출금액이 지나치게 과도하여 이사들의 손해배상책임으로도 회복할 수 없는 회사에 치명적인 피해를 주는 경우에는, 단순히 이사들의 선관주의의무 위반이 아닌, 권리능력 제한의 문제로서 다루는 것이 합리적이다. 즉 합리적 범위 내에서만 기부·자선 등의 비영리행위의 권리능력이 인정된다는 법리를 적용하는 것이 타당하다.

공익에의 기여 여부를 신중히 검토하고 공익 달성을 위해 합리적 범위 내에서 적절한 방법으로 기부가 이루어지도록 신중하게 판단했다면, 이사의 선관의무 위반을 판단함에 있어 이사들이 장기적 관점에서 회사의 이익이 존재하는가 그리고 회사의 이익과 기부금액과 균형이 맞는가 등에 대한 검증은 위에서 설명한 몇 가지 이유에서 오히려 혼란을 초래할 수 있다고 본다. 대법원이 원심보다 상기 ②번 요건 즉 회사의 장기적 이익의 고려라는 기준에 대하여 특별히 강조하고 있지 않고 단순히 “회사에 주는 이익이 그다지 크지 않고”라는 정도의 절제된 표현을 하고 있는데,⁵²⁾ 그 의도가 필자의 생각과 같은 이유에서인지 관심이 간다. 대법원이 필자와 비슷한 이유에서 사회적 책임 부분에 무게를 두고 회사의 이익이라는 부분에 대하여 소극적으로 실시하고 있는지도 모르겠다.

IV. 글을 맺으며

소위 ‘강원랜드 사건’이라 불리는 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결을 중심으로 주식회사의 기부행위에 대한 권리능력의 인정, 이사회 기부 결정과 관련하여 이사의 기권 및 선관의무 위반에 관한 주요 쟁점을 살펴보았다. 이 사건에서 손해배상액의 제한 문제도 다루어졌으나 제반 사정을 고려하고 공평에 비추어 손해배상액을 제한할 수 있다는 종전의 판례를 확인한 것에 불과하므로 이 글의 논의에서는 제외하였다.

이 사건 판결은 ‘기권의 기재’를 ‘이익의 기재’로 포섭하고, 기부 결정에 있어서 이사의 선관의무 위반 여부를 판단을 위한 구체적 기준을 제시하는 등 회사법 해석에 영향을 주는 내용을 적지 않게 담고 있다. 이 판결의 주요 쟁점에 대하여 필자가 이 글을 통해 피력한 주요 내용을 간단히 정리해 보면 다음과 같다.

1. 상법 제399조 제3항의 입법 취지의 우선적 고려

“기권의 기재”를 한 이사에게 증명책임의 부담을 덜어준 판시에 대하여, 원고와 피고 당사자 사이에 있어 합리적이고 타당한 증명구조가 무엇인가를 다시 생각해보자는 비판적 의견을 제시해 보았다. 기존 발표된 다수 논문들에서 기권을 의사록에 기재한 피고들

52) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결.

에 대하여는 상법 제399조 제3항의 적용을 배제한 법원의 판시를 몇 가지 논거로 지지하고 있는데, 이는 이사회 결의 성립과 이사의 책임을 판단하면서 ‘찬성의 표시’와 ‘그 이외의 경우’로 양분하는 접근법을 채택한 결과이다. 필자는 상법 제399조 제3항은 추정을 통하여 이사회 결의에 참여한 이사들에게 그들의 행동에 상응하는 법적 책임을 추궁할 수 있도록 하려는 입법적 기술의 산물임을 강조하고 싶었다. 어느 입장의 한 해석만이 절대 선이라는 주장을 한 것은 아니다. “기권의 기재”를 하였다 하여 객관적 증거가 어려운 상황에서 증명책임을 면해주는 것이 이해의 조정과 형평의 입장에서 타당한가에 대한 문제의식을 설명하고 싶었다. 필자는 상법 제399조 제3항에 대하여 입법적 개선이 있으면 한다. 증명책임을 전환이 실질적으로 가벼운 사안이 아닌 만큼 ‘이의’라는 불분명한 단어를 사용하는 것보다 입법자의 의도를 분명하게 나타낼 수 있는 표현이 필요하다고 본다.⁵³⁾ 미국의 델라웨어주 회사법을 보면 위법배당, 주식의 불법 매입 또는 상환 등에 대한 이사의 면책사유를 규정하면서 의사록에 반대를 기재하거나 반대가 분명히 확인된 경우 손해배상책임을 면할 수 있다고 규정되어 있다(Delaware General Corporation Law § 174(a)).⁵⁴⁾ 증명책임 전환의 규정은 아니지만 면책사유가 되려면 반대가 분명한 경우이어야 한다는 내용으로 우리에게 시사하는 바가 있다고 생각한다. 고도의 경영사함을 결정하고 임직원 감독 권한까지 가진 실질적 최고 의사결정기관인 이사회 결의에 대하여 그 책임 소재를 분명하게 하고 합리적 증명체제를 확보하기 위해서는, 찬·반이 확인되지 않은 ‘기권’이라는 중립적 표현에 대하여 엄격할 필요가 있다. “기권의 기재”를 하여 증명책임을 회피할 가능성이 있다면 바람직하지 않다는 생각이다.

53) 상법 제399조 제3항을 개정하여 ‘이의’를 ‘반대’로 수정할 필요가 있다는 주장이 있다(김지환, “이사회 결의에 찬성 또는 기권한 이사의 책임 -대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결을 중심으로-”, 상사판례연구 제32집 제4권, 한국상사판례학회, 2019, 110쪽).

54) § 174 Liability of directors for unlawful payment of dividend or unlawful stock purchase or redemption; exoneration from liability; contribution among directors; subrogation. (a) ---Any director who may have been absent when the same was done, or who may have dissented from the act or resolution by which the same was done, may be exonerated from such liability by causing his or her dissent to be entered on the books containing the minutes of the proceedings of the directors at the time the same was done, or immediately after such director has notice of the same.

2. 이사회 기부 결정에 있어서 이사의 선관의무와 기부행위의 정당성

이번 사건에서 법원은 비영업적 행위인 기부를 결정하는 이사가 고려하고 신중히 검토해야 하는 사항을 구체적으로 제시하기 위해 많은 검토와 고민을 한 것으로 보여진다. 그렇지만 기부 등의 무상 출연의 결정에 있어서의 이사의 선관의무 위반의 판단은, 제반 기준들의 설정도 중요하지만 그 출연행위의 유효성·정당성 근거를 분명히 하고 그에 따른 적합한 기준의 선택과 조합도 매우 중요하다. 권리능력의 인정 문제에 있어 그 solution은, 기부와 같은 비영업적 무상출연행위에 대하여 정관 목적에 의한 제한이라는 틀 속에서 장기적 영리 등의 개념을 도입해서 회사 영업을 위해 필요한 행위인지 살피는 방식과 (이런 접근과는 상관없이) 사회적 책임론을 바탕으로 하여 공공의 이익을 위한 것으로 판단되면 합리적 범위 내인가 여부에 따라 결정을 내리는 방식으로 나누어 볼 수 있다. 이런 해결 구도는 이사의 선관의무 위반의 판단에 있어 전제이자 바탕으로 된다. 영리법인인 회사가 대가 없는 기부를 할 수 있는 정당성은 어디에서 찾을 수 있는가에 대하여 사회적 책무로 답하든 장기적 영리성 논리로 답하든 중요한 것은, 하나의 논거가 선택되면 이에 따라 이사의 선관의무 위반에 있어서도 일관되게 각각에 부합하는 기준들을 선택하여 조합해야 한다는 것이다. 이 사건에서 법원은 판단기준들을 모아 메뉴판을 제공했다는 점에서는 고무적이거나 이 기준들을 활용하는 단계에서는 더 깊은 고민이 필요했다고 본다.

3. 주주평등의 원칙 등 기타 이 사건 관련 회사법적 쟁점에 대한 소견

원심에서 논의되었던 문제이나 ‘이 사건 기부’를 자기거래로 볼 것인가(기부를 받은 태백시를 주요주주로 볼 것인가? 이해상반우려가 있는 행위로 볼 것인가?)의 쟁점도 소홀히 다룰 수 없는 사항이다. 사안마다 주요주주 요건의 판단에 있어 실제적인 영향력 행사와 그 가능성을 종합적으로 판단할 수 밖에 없다는 것이 원론이지만, 이 사건을 보면서 회사의 주요경영사항에 대한 “사실상의 영향력을 행사한다”는 것의 실제적 법적 근거를 마련할 필요성을 느낀다. 상법 시행령으로 비상장회사까지 고려한 “사실상의 영향력의 의미”를 구체화하는 법제도적 보완을 고려해볼 필요가 있다.

한편 이 사건처럼 특정 주주에게 대가 없이 무상으로 금전을 기부하는 것은 주주평등

의 원칙에 반하는 것이 아닐까? 하는 생각을 해보았다. 이사회에 결의를 거친 기부행위라 하여도 특정 주주에게 무상의 금전을 지급하는 것은 주주평등의 원칙 위반이 소지가 있다. 다만 사회적 책무로서 합리적 목적 내의 기부이고 그 기부금이 공익을 위해 사용되었다면 주주평등의 원칙을 이유로 무효로 볼 것은 아니라고 생각한다.

이 글 초반에 이 사건 기부와 같은 공익 목적의 행위들의 권리능력의 인정에 대하여, 사회적 책임론을 강조하면서 간단하게 정리해 보았다. 이 같은 본질적이고 기본적인 회사법상 쟁점들도 대법원의 입장 확인이 필요한 사안인데 이 사건에서는 그럴 기회를 갖지 못해 아쉬움이 크다.

참고문헌

1. 단행본

- 김건식/노혁준/천경훈, 회사법 제4판, 박영사, 2020.
 김흥기, 상법강의 제4판, 박영사, 2019.
 송옥렬, 상법강의 제9판, 홍문사, 2019.
 이철송, 회사법강의 제26판, 박영사, 2018.
 정찬형, 상법강의(상) 제21판, 박영사, 2018.
 홍복기/박세화, 회사법강의 제7판, 법문사, 2019.
 한국상사법학회 편, 주식회사법대계 I 제3판, 법문사, 2019.

2. 학술지

- 고재중, “기업의 지배구조 속에서 사회적 책임 이론의 적용 -이사·집행임원의 경영책임
 을 중심으로-”, 경영법률 제25집 제4호, 한국경영법률학회, 2015, 125-160쪽.
 김동근, “회사본질과 기업의 사회적 책임”, 기업법연구 제27권 제4호, 한국기업법학회,
 2013, 219-251쪽.
 김지환, “이사회 결의에 찬성 또는 기권한 이사의 책임 -대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다
 260455 판결을 중심으로-”, 상사판례연구 제32집 제4권, 한국상사판례학회,
 2019, 77-121쪽.
 박정국, “정관상 목적에 의한 회사의 권리능력제한에 관한 소고: 영미법상의 능력의
 이론을 중심으로”, 법학논총 제32집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012,
 335-363쪽.
 박찬우, “회사의 기부행위”, 기업법연구 제17집, 한국기업법학회, 2004, 177-200쪽.
 송옥렬, “2019년 회사법 판례의 분석”, 상사판례연구 제33집 제2권, 한국상사판례학회,
 2020, 43-89쪽.
 이훈중, “정관상 목적에 따른 권리능력의 제한에 대한 입법론적 검토”, 법과정책연구
 제1집, 한국법정책학회, 2001, 167-182쪽.
 이철송, “회사의 非營利的 出捐의 허용기준: 강원랜드 사건을 소재로”, 선진상사법률연
 구 제89호, 법무부 상사법무과, 2020, 1-24쪽.
 정대익, “2019년 회사법 주요판례 평석”, 안암법학 통권 제60호, 안암법학회, 2020,

319-365쪽.

정응기, “주식회사의 사회적 책임 재론”, 법학연구 제28권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2017, 289-325쪽.

황운경/이유민, “이사의 기권행위와 선관주의의무 위반에 대한 대법원의 태도 -미국 판례와의 비교를 중심으로”, 경제법연구 제18권 제2호, 한국경제법학회, 2019, 121-159쪽.

홍복기, “개정상법상 자기거래규제의 범위와 이사회결의”, 증권법연구 제14권 제2호, 한국증권법학회, 2013, 207-236쪽.

Janine S. Hiller, “The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility”, *J Business Ethics* 118(2): 287-301, (2013).

3. 기타

서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결

서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결

대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결

대법원 1975. 12. 23. 선고 75다1479 판결

대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60467 판결

대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480 판결

대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결

대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다63236 판결

대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결

https://en.wikipedia.org/wiki/Benefit_corporation

<https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1993/634-a-2d-319-1.html>

[Abstract]

The Legal Review of Directors' Abstention from Voting and Violation of the Duty of Care in the Decision of Donation by the Board of Directors

–Based on the Supreme Court 2019. 5. 16.
Rendered 2016Da260455 Decision–

Park, Seihwa*

The Supreme Court 2019. 5. 16. rendered 2016Da260455 decision is a case in which “the Kangwon Land” sought its directors’ liability at that time in connection with the free donation of money to its shareholders under the Commercial Act § 399. In this case, the plaintiff was a company that was essentially a profit-making corporation and made free donations for the purpose of the public interest, so there could be a number of issues, the capacity for rights, the assent presumption of approval of abstention directors in the board’s donation resolution, directors’ duty of care in the donation resolution, and whether the self-trade was established because the donor was a shareholder.

In this article, the case’s controversial issues in the court of this case were handled. Namely the donation of this case, which was controversial in the original trial, constitutes a self-dealing? And will you estimate approval from the director who challenged the board member who wrote abstention, which was controversial in the Supreme Court? What are the criteria for determining whether directors’ duty of care in board resolutions of the donation decision are satisfied? In reviewing these issues, I looked at the back from a somewhat different perspective from the court.

This article first summarized the facts of the cases and the court’s ruling by issues, and expressed my opinion on each issue, including the matter in which I had a sense of problem.

* Professor, Chungnam National University Law School

[Key Words] Capacity of Corporate General Powers in Donations, Self-Dealing, Abstention
Director's Liability, The Commercial Act § 399 ③, Director's Duty of Care in
the Board's Decision of Donations