

美國 會社法上の 株式會社 理事의 自己去來에 관한 規制

姜 熙 甲*

I. 序

美國 會社法에서는 일반적으로 株式會社의 경영진(理事, 任員, 支配株主)은 會社에 대하여 여러 가지 의무를 진다. 이들 의무는 제정법과 정관의 목적 범위내에서 주어진 권한에 따를 복종의무(duty of obedience), 善管注意義務(duty of care), 忠實義務(忠誠義務 : fiduciary duty, duty of loyalty)를 의미한다. 이 가운데 fiduciary duty라는 말은 duty of care와 duty of loyalty(忠誠義務)를 포함하는 개념으로 사용하기도 하고, duty of loyalty와 같은 뜻으로 사용하기도 한다. 美國 會社法에서는 우리 상법상의 株式會社 理事의 善管注意義務에 해당하는 duty of care와 명백히 구별되는 duty of loyalty라는 것이 있으므로 fiduciary duty를 忠實義務로 번역 사용하되, duty of loyalty와 같은 뜻으로 사용하기도 한다.¹⁾

이와 같이 본다면, 경영진의 忠實義務란 會社의 受任者로서의 경영진은 성실하고(in good faith) 정직하게(honestly) 會社의 최상의 이익(in the best interest of corporation)을 위하여 專心全力을 기울여야 하는 충성(undivided loyalty)의무를 말한다.²⁾ 이에 대하여 경영진의 善管 注意義

* 明知大學校 法學科 教授

1) 拙稿 支配株主의 忠實義務, 商事法研究 12집, 1993.p106-107

務는 會社의 최상의 이익이 된다고 상당하게 믿는 방법으로 보통의 사려깊은 사람이 동일한 지위와 유사한 상황에서 합리적으로 행사하리라고 기대되는 주의로써 성실히 경영진의 직무를 수행할 의무를 말한다.³⁾

경영진의 善管 注意義務는 경영진이 그 직무를 수행함에 있어서 일반적으로 요구되는 의무이며, 성실성과 상당한 주의를 그 요건으로 하나, 忠實義務는 경영진과 會社 또는 株主간에 이해의 충돌 상황이 있는 경우에 會社(또는 株主들)에 충성을 다하고 그의 전인격을 다 바칠 의무이며, 會社(또는 株主들)의 희생아래 私利를 취해서는 안 될 의무로서 행위의 성실성 뿐만 아니라 행위의 公正性을 핵심적인 요건으로 한다.⁴⁾ 株式會社 理事의 自己去來는 理事와 會社간의 이해 충돌거래(이해 상반)로서 이해 충돌상황 가운데 가장 대표적인 것이므로 미국 會社法에서는 理事의 自己去來의 영역에 가장 엄격하게 忠實義務를 적용하여 理事에게 會社와 공정하게 거래할 의무(公正去來義務)를 지우고 있다.⁵⁾ 다시 말해서 會社에 대하여 이해관계가 있는 理事가 會社의 매매, 임대차, 대부 등과 같이 이해 충돌을 생기기 할 염려가 있는 재산상의 거래를 한 경우에는 법원이 그 거래의 公正性을 심사하여 그 有效 여부를 최종적으로 결정한다는 것이다.⁶⁾ 이 公正性 심사기준은 경우에 따라 다소 수정되는 수도 있으나, 다른 모든 이해충돌 상황에 확대 적용되고 있다.⁷⁾

商法은 株式會社의 理事가 자기 또는 제3자의 재산으로 會社와 거래를 하는 것을 원칙적으로 금지하고 다만 예외적으로 이를 하는 경우에는 理事會의 승인을 얻도록 규정하고 있다(제398조). 理事는 會社의 업무에 관하여 그 실정을 누구보다 잘 알 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 會社의 업

2) 拙稿 위의 글 p108; 拙稿 支配從屬會社간의 去來에 관한 研究(이하 研究로 인용), 서울대학교 법학박사 학위 논문, 1983, p21.

3) 拙稿, 株式會社의 管理에 관한 美國會社法상의 法原理, 比較私法(한국비교사법학회간) 1994, p247

4) 拙稿, 註2 研究, p.36

5) 拙稿, 註3, p.251

6) Model Business Corporation Act(184), annotated (3rd ed. 이하 MBCA로 인용) vol.2, pp.975-1005, 1993 Sumlement (이하 MBCA Symlement로 인용) vol. 3, p.1142.3 ; 拙稿, 註3, pp.252-255 참조.

7) Model Business Corporation Act, Ibid.

무집행권을 가지고 있는 理事會의 권한에 비추어 理事會의 구성원으로서의 理事의 지위가 크게 강화되었으므로 理事가 이러한 자기의 지위를 이용하여 會社와 거래를 함으로써 會社의 희생아래 자신이나 제3자의 私利를 꾀할 염려가 많은 것이다. 美國 會社法에서는 이런 점에서 理事와 會社간의 이해충돌을 해결하기 위하여 理事의 자기거래 영역에 일반적인 善管注意義務보다 강도의 의무인 忠實義務을 적용하고 있는 것이다.⁸⁾ 따라서 우리 상법상으로도 株式會社 理事의 自己去來에 있어서는 미국 會社法상의 忠實義務의 관념을 해석론상으로 도입하여 규제할 필요가 있을 것이다. 이런 관점에서 본다면, 理事의 忠實義務를 통하여 理事의 自己去來를 규제하고 있는 美國 會社法의 해석론과 입법론에 크게 참고가 될 것이다.

본고에서는 미국 法律家協會(The American Law Institute)에서 1992년 3월 31일 확정 발표한 會社의 관리에 관한 원칙 : 분석과 권고(The Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendation)에서 규정하고 있는 株式會社 理事의 自己去來에 대한 規制를 중심으로 이에 관한 美國 會社法의 입장을 분석하기로 한다.

II. 美國法律家協會의 會社의 管理에 관한 原則上的 規制

1. 發展過程

1880년대에는 理事와 會社간의 이해가 충돌하는 모든 계약(理事의 자기거래)은 그 거래(계약)의 公正性 여부에 관계없이 그 이해의 충돌자체만으로 會社나 株主들의 訴訟에 의하여 취소할 수 있다는 것이 一般原則이었다(이른바, 缺格法則(disqualification rule)). 그러던 것이 30년후에는 이 원칙이 폐지되어, 1910년대에는 理事의 自己去來는 理事會에서 이해관계 없는 理事의 과반수에 의하여 승인되고 법원에 의하여 불공정 또는 사기적

8) 註6 참조, 拙稿 註2 研究, p36 이하참조

이 아님이 증명된(즉 법원이 그 거래의 실질적 公正性을 심사하여) 경우에는 유효하다는 원칙이 확립되었다. 오늘날에도 대부분의 州判例에서 이 원칙을 지지하고 있으므로 州判例法上的 일반원칙이라고 할 수 있고 이것을 立法化한 州會社制定法(California會社法 제310조(a)(2)참조, Alabama會社法, Kentucky會社法)도 있다.⁹⁾ 그러나 이 원칙에 의하면 理事會의 과반수가 會社와 이해관계에 있다면 그 自己去來는 그 거래의 公正性에 관계없이 會社나 株主들의 소송에 의하여 취소할 수 있다고 보아야 하나 1960년경에는 理事의 自己去來는 理事會의 과반수 理事가 會社와 이해관계없는 理事이건 아니건간에 (즉 출석한 理事會의 과반수 理事가 이해관계없는 理事로 채워지고 그 출석한 이해관계없는 理事의 과반수결의라는 理事會의 적법한 승인의 요건을 충족했느냐와 관계없이) 株主들의 소송에 의하여 자동적으로 취소되는 것이 아니고 법원이 그 거래의 公正性을 면밀히 심사하여 만약 그 거래가 불공정한 경우에 비로소 그 거래를 무효로 한다는 견해가 유력하게 전개되었다. 따라서 이 견해에 의하면 自己去來의 유효를 주장하는 자(피고)가 그 거래의 公正性(理事會에 대한 완전한 공시포함)을 입증하면 이해관계없는 理事의 과반수에 의한 적법한 승인이 없어도 그 자기거래는 유효하게 된다¹⁰⁾(이른바 liberal rule). 오늘날에도 이 견해를 지지하는 州判例가 있을 뿐만 아니라 도리어 중요한 각주의 會社제정법에는 이것을 입법화하고 있다¹¹⁾(California 會社법 제310조 (a)(3), New York 會社법 제713조 (b), 기타 Maine, Maryland, South Carolina, Virginia 會社法).

이상과 같이 理事의 自己去來의 有效要件에 대하여 견해에 따라 차이가 있으나, 미국의 判例法과 대부분의 州會社法에서 취하고 있는 공통점은 理事의 自己去來는 理事와 會社간의 이해의 충돌 자체만으로는 무효 또는 취소되지 아니하며, 그 거래의 實質的 公正性여부를 법원이 심사하여 거래의

9) 註6 MBCA, vol. 2, p.969; 拙稿, 註2 研究, pp.41-43

10) 拙稿, 註2 研究, p.44; Marshall L.Small, *Conflicts of Interest and the ALI Corporate Governance Project - A Reporter's Perspective*, the Business Lawyer, vol.48 No. 4 (August 1993), p.1377.

11) 拙稿, 註2 연구, pp.44-45, 54-67; Moody, Smith's Review, *Corporations*, 1976, p.81.

유효여부를 최종적으로 결정한다는 사실이다. 따라서 理事의 이해 충돌거래 즉 理事의 自己去來에 가해지는 사법심사의 수준이 가장 중요한 문제로 된다. 이런 관점에서 미국 법률가협회에서 최근에 마련한 회사의 관리 원칙(이하 원칙으로 인용한다)에서 규정하고 있는 理事의 自己去來에 대한 규제의 내용을 살핀다.

2. 規制의 內容

『원칙』제 5부는 理事, 幹部任員, 支配株主가 會社와 이해관계가 있는 재산상의 거래를 하는 경영진의 자기거래와 기타의 이해충돌 상황(예컨대, 임원의 보수, 회사의 지위, 재산, 정보의 이용, 회사의 기회, 회사와의 경쟁 등)을 구별하고 전자에 관하여 규정하고 있다.¹²⁾ 즉 理事, 幹部任員, 支配株主는 이해관계가 있는 금권상의 거래와 관련되어 있는 경우에는 會社와 공정하게 거래할 의무가 있다는 것이 미국법의 입장인데 『원칙』제5부는 이러한 理事(임원)의 公正去來義務를 규정하고 있는것이다.¹³⁾

이 공정거래의무는 경영진의 忠實義務의 핵심이되는 의무인데 §5.02는 이를 바탕으로 이사(간부임원)와 회사간의 거래(自己去來)를 규정하고 있다. 이하에서는 §5.02에서 규정하고 있는 理事의 自己去來에 대한 규제의 내용을 살핀다.

§5.02는 理事나 幹部任員과 會社간의 자기이해적 거래(self interested transaction)를 다음과 같은 네가지 유형으로 나누어 규제하고 있다. 첫째, 그 거래가 非利害關係理事나 非利害關係株主들에 의하여 사전에 승인되거나 추인되지 않았고 또한 非利害關係 幹部任員들에 의하여 사전에 승인되지 않은 경우 둘째, 그 거래가 非利害關係 理事들이나 非利害關係 幹部任員들에 의해 사전에 승인된 경우 셋째, 그 거래가 非利害關係 理事들

12) Marshall L. Small, *op.cit.* p1380; Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the principles of Corporate Governance*, The Business Lawyer, vol.48 No.4 (August 1993), p1248.

13) Melvin Aron Eisenberg, *Ibid.*

에 의해 추인된 경우 넷째, 그 거래가 非利害關係 株主들에 의해 사전 승인되거나 추인된 경우이다.¹⁴⁾

만약 自己去來가 非利害關係 理事나 非利害關係 株主들에 의한 사전 승인이나 추인없이 또는 非利害關係 幹部任員들에 의한 사전 승인없이 이루어진 경우에는 §5.02 (a)(1)과 (2)(A)에 의하여 법원은 완전한 『公正性기준(full fairness test)』에 따라 심사를 하게 된다. 『완전한 公正性기준』이란 『실질적 거래의 公正性』과 『거래의 완전한 개시』를 의미하고 실질적 공정성을 피고(거래를 한 경영진)가 입증해야 한다. 이 실질적 公正性의 요건은 경영진의 자기거래의 경우에 적용되는 美國會社법의 확고한 요건이다.¹⁵⁾ 그러나 자기거래의 실질적 내용이 공정하다 하더라도 理事나 간부임원이 거래를 완전 개시하지 않으면 공정거래의무를 다하지 않은 것으로 본다. 예컨대 계약상의 가격이 시장가격에 상당한 경우에는 그런 의미에서 質的 公正性은 유지하고 있다고 할 수 있으나, 그 거래가 會社의 최상의 이익을 위한 것이 아니었다는 사실을 원고(會社)가 입증할 수도 있으므로 이런 경우 만약 會社와 거래한 理事들이 거래의 주요 내용을 개시했다라면 會社는 그러한 理事와의 계약을 체결하지 않았을 지도 모르기 때문이다. 또한 거래의 주요 내용을 개시한 경우에는 會社가 그 公正性의 범위 내에서 보다 낮은 가격으로 계약을 체결할 수도 있을 것이다. 따라서 利害關係 理事나 간부임원은 허위의 진술로 會社를 誤導하는 것을 회피해야 할 뿐만 아니라 자기가 알고 있는 주요 내용을 開示할 의무를 會社에 대하여 부담하는 것이다.¹⁶⁾ 약간의 판례는 會社와 거래하는 경영진이 그 거래의 주요 내용을 개시하지 않는 것을 거래의 公正性을 결정하는데 고려해야 할 하나의 요소일 뿐이라는 견해가 있으나¹⁷⁾ 다른 판례는 완전한 개시를 하지 않는 것은 공정거래의무를 완전히 이행하는 것으로 볼 수 없고 따라서 완전

14) *Ibid.*

15) Harold Marsh, jr. *Are Directors Trustees?—Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Bus.Law. 35(1966); Comment, *The Corporate Fiduciary Duty Doctrine and the Requirements of Fairness in Parent - Subsidiary Relation*, 76Dick. L. REV.237(1972)

16) Melvin Aron Eisenberg, *op.cit* pp1284-85 참조

17) *Ohio Drill & Tool v. Johnson*, 498 F.2d 186, 195C6th cir.(1974).

한 개시는 會社가 自己去來를 취소할 수 있는 독립적인 근거를 제공한다는 입장을 취하고 있는데¹⁸⁾ 위에서 살핀 바와 같이 § 5.02는 이 후자의 입장을 구체화하고 있는 것이다. 다음으로 自己去來가 非利害關係 理事들에 의하여 사전 승인된 경우를 살펴보자. 이 경우에도 거래의 완전한 개시가 요구된다.¹⁹⁾ 왜냐하면 완전한 개시가 없으면 그 거래의 승인은 의미가 없기 때문이다. 또한 사전 승인을 받은 경우에도 사전 승인이 없는 경우에 적용되는 완전한 公正性에는 미치지 않지만, 법원은 거래의 實質的 公正性에 대한 약간의 심사를 해야 한다.²⁰⁾ 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 미국 會社法에서 말하는 非利害關係라는 것은 제한된 의미로 해석된다. 즉 理事나 임원이 통상 거래와 중요한 금전상의 이해관계를 가지고 있거나, 거래의 당사자와 재정상이나 기타의 밀접한 관계를 가지고 있거나 기타의 기준이 충족되는 경우에만 거래와 이해관계를 가지는 것으로 취급하고 (원칙 §1.23), 사실상의 객관성(factual objectivity)이나 公正性을 뜻하는 것이 아니다. 왜냐하면, 만약 理事가 그의 판단에 영향을 미칠 수 있는 이해 당사자나 거래의 내용과 중대한 관계를 가지고 있지 않다면 자기거래와 관련하여 사실상의 객관성을 가지고 있다고 할 수 있으나, 會社 외부와의 밀접한 관계 예컨대 사건을 담당하는 판사와 밀접한 관계에 있다면, 사실의 객관성에 영향을 미칠 수 있고 따라서 非利害關係를 사실의 객관성으로 해석한다면 非利害關係 理事를 보호하기 위하여 적용되는 경영판단의 원칙(business judgement rule)의 기능(경영판단의 원칙이란, 경영진이 會社의 최상의 이익을 위하여 성실히 그리고 상당한 주의를 하여 경영상의 판단을 한 때는 결과적으로 그 판단이 틀렸다 하더라도 원고가 행위당시에 그 경영진의 중대하고 명백한 월권(즉 사기, 불성실, 이해관계 사실 등 충실의무위반, 과실)이 있었음을 입증하지 않는 한 경영진은 선관주의의무를 다한 것으로 취급하여 『경영판단의 착오』에 대하여 책임을 지지 않으며 법원은 사후에 경영판단의 질에 대하여 심사를 하지 않는다는 美

18) Talbot v. James, 190S.E 2d 795, 763-65(S.C.1972)

19) Melvin Aron Eisenberg, op.cit p1285.

20) Ibid.

國會社法上の 일반원칙이다.²¹⁾ 이 원칙은 경영판단의 대상이 되는 거래와 이해관계 없는 경영진에게 적용된다. 따라서 만약 경영진이 경영판단의 대상이 되는 내용과 이해관계가 있을 때에는(이해충돌 상황) 公正去來義務기준(忠實義務 기준)이 적용되어 경영판단의 원칙에 의한 경영진의 책임이 면제되지 않고 법원은 거래의 實質的 公正性을 면밀히 심사한다. 그런데 경영진의 경영판단이 중대하고 명백한 월권(불성실, 사기)이었음을 원고가 입증하기란 거의 불가능하기 때문에 경영판단의 원칙을 적용하면 경영판단을 한 理事는 선관 주의의무에 따른 책임을 면하게 되는 것이나 최근에 회사의 관리에 관한 원칙 §4.01(C)에서는 非利害關係 경영진이 그 경영판단의 내용을 알고 성실히 경영판단을 하고 또 그 경영진이 會社의 최상의 이익을 위하여 경영판단을 했다고 실제로 합리적으로 믿었는 경우에는 선관 주의의무를 다한 것으로 된다는 경영판단의 원칙을 규정하고 있는데 이것은 전술한 경영판단의 원칙에 대한 일반원칙과 달리 원고가 경영진의 중대하고 명백한 월권을 입증할 필요없이 경영진이 회사의 최상 이익을 위하여 경영판단을 했다고 실제로 합리적으로 믿은 것(합리성 기준)이 아니라는 사실을 원고가 입증하면 법원은 사후에 그 합리성의 범위내에서 극히 제한적이거나 경영판단의 질을 심사하여 경영판단의 원칙의 적용여부를 결정한다는 뜻이다.²²⁾을 그 만큼 감퇴시키기 때문이다. 그러므로 미국 회사법에서는 「非利害關係」를 위와 같이 제한적인 의미로 해석하는 것이다. 이와 같이 「非利害關係」를 제한된 의미로 해석하는 경우에는 「사실상의 객관성」의 확보를 기대하기 어려우므로 비록 自己去來가 非利害關係 理事들에 의하여 사전에 승인되었다 하더라도 그 自己去來에 대한 「사실상의 객관성」여부 즉 公正性 심사가 필요한 것이다.²³⁾

둘째 자기거래의 가격에 대한 公正性의 심사는 자기거래를 승인하는 절차의 공정성심사의 대응물로 생각할 수 있다는 점이다. 왜냐하면 완전히 모든 정보가 공개될 수 있다면 법원은 직접적인 방법으로 자기거래를 승인

21) 拙稿, 註2 研究 pp.34-35.

22) 이상 拙稿 註3 pp247-251 참조

23) 이상 Melvin Aron Eisenberg, *op.cit.* pp1285-86.

한 理事들이 객관적으로 공정했는지의 여부를 결정할 수 있을 것이나, 그러한 완전한 정보의 공개를 기대할 수 없으므로 간접적으로 非利害關係理事들이 승인한 자기거래가 실질적으로 불공정하다면 승인한 理事들은 사실상 객관적으로 공정하지 못했다(절차의 불공정성)는 추론을 할 수 있기 때문이다. 따라서 이런 의미에서도 非利害關係理事에 의하여 사전 승인된 자기거래의 경우에도 그 거래의 公正性 심사가 요구된다.²⁴⁾ 세제, 미국의 대부분의 州會社制定法은 理事의 자기거래는 非利害關係 理事들의 승인이 있으면 「會社와 거래한 理事가 會社에 대하여 이해관계를 가지고 있다는 이유만으로 취소되지 않는다.」라든가 혹은 「이해관계있는 理事가 승인결의에 출석했다는 이유로 (또는 이해관계있는 理事가 승인결의에 출석했거나 그 理事의 결의가 승인결의에 산입되었다는 이유만으로) 무효로 되거나 취소되지 않는다고 규정하여 (이런 규정을 safe harbour statutes라 한다.) 非利害關係 理事들의 승인의 효과를 규정하고 있으나 이들은 대부분 1970년 이후에 규정되었기 때문에 이들 규정을 해석하고 있는 판례법이 그리 많지 않다. 이러한 규정을 非利害關係 理事들의 승인이 있으면 거래의 公正性에 대한 법원의 심사를 배제한다고 해석하기 쉬우나, 公正性에 대한 사법심사를 배제하지 않는 것으로 해석할 수 있다.²⁵⁾ 州會社制定法가운데는 理事의 자기거래가 非利害關係 理事들에 의해 승인된 경우에도 거래의 公正性 심사를 명시하고 있는 것도 있다.²⁶⁾ 또한 많은 州會社制定法은 非利害關係 理事들의 승인은 성실히 해야 한다고 명시적으로 규정하고 있으며 이 성실성 요건은 그런 명시적 규정이 없는 경우에도 묵시적으로 포함된다고 할 수 있다. 이 성실성 요건은 그 의미가 확실하지 않으나 公正性에 대한 사법심사의 길잡이가 된다.²⁷⁾ 그런데 이상과 같이 非利害關係 理事들에 의하여 사전 승인된 자기거래의 경우에도 승인받지 못한 理事의 자기거래에 대하여 적용되는 완전한 公正性 심사보다 그 기준이 훨씬 약하지

24) *ibid.* p1286

25) *ibid.*

26) California Corp. Code §310(west 1990).

27) Melvin Aron Eisenberg. *op.cit.* p1287.

만 거래의 公正性을 심사할 필요성이 있는데 그렇다면 그 심사기준을 어느 정도로 할 것인가가 문제된다. 오늘날 미국법에서는 非利害關係理事들에 의한 승인은 자기거래에 대한 약간의 심사(a small test)를 방해하지 않는 것으로 이해되고 있다. 이런 의미에서 「원칙」 § 5.02(a)(2) (B)는「非利害關係理事들에 의한 理事의 자기거래의 사전승인」을 포함하는 사건에 있어서 경영판단의 원칙(business judgement rule)과 완전한 공정성기준(full fairness test)사이의 중간적 기준(intermediate test)을 채택하고 있는 것이다.²⁸⁾ 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 거래의 公正性에 대한 입증책임을 전환한다. 즉 理事의 자기거래가 非利害關係理事들이나 非利害關係株主들에 의하여 사전 승인되거나 추진되지 않았고 또는 非利害關係 간부임원에 의하여 사전승인되지 않은 경우에는 거래의 실질적 公正性에 대한 입증책임은 이해관계 理事나 간부임원(피고)이 부담하나 그거래가 非利害關係理事들에 의하여 사전에 승인되었다면 거래의 公正性에 대한 입증책임은 원고(會社 때로는 株主들)에게 전환한다.

둘째, 非利害關係理事들에 의한 사전승인은 「非利害關係理事들이 그 거래가 會社에 대하여 공정하다라고 결론을 내린 것」에 대한 법원의 심사를 말한다. 理事나 간부임원들은 이 기준을 완전한 公正性심사 기준보다는 충족하기 쉬우나 경영판단의 원칙상의 기준보다는 충족하기 어렵다. 다시 말해서 이 기준은 會社와 거래하는 이해관계 理事나 간부임원을 완전한 공정기준보다는 잘 보호할 수 있으나 경영판단의 원칙상의 기준보다는 보호하기 어렵다. 이런 의미에서 중간적 기준이라고 한다.²⁹⁾ 이 중간적 기준은

28) Ibid.

29) 완전한 공정성기준은 경영진의 이해충돌 상황에 적용되는 것으로 거래의 완전 개시와 거래의 실질적 공정성 여부를 법원이 면밀히 심사한다는 것이고 경영판단의 원칙상의 기준은 회사와 경영진간에 이해충돌 상황이 없는 경우에 적용되는 기준으로서 전술한 바와 같이 원고가 경영진의 중대하고 명백한 월권을 입증하지 못하는 한 법원은 사후에 경영진의 판단의 절에 대하여 심사를 하지 않거나 또는 회사의 최상 이익을 위하여 경영판단을 했다고 실제로 합리적으로 믿은 것(합리성)이 아니라는 사실을 입증하면 법원은 그 합리성의 범위에서 극히 제한적이거나 경영판단의 절에 대해서 심사를 한다(합리성 기준). 따라서 중간적 기준이란 완전한 공정성기준과 경영판단 기준사이의 중간정도의 법원의 심사 즉 제한된 범위내에서 거래에 대한 실질적 공정성을 법원이 심사하는 것을 말한다(심사 범위는 본고 III 참조).

적어도 어느 정도 거래의 公正性을 확보하기 위하여 理事의 자기거래를 심사할 필요성과 경제적으로 정통하고 있는 이해관계 없는 理事들에 의한 전문적인 결정(승인)을 존중하는 두가지 요구를 조화롭게 수용하고 있는 것이다.

다음으로 『원칙』 §5.02(a)(2)(C)는 理事의 자기거래가 이해관계없는 간부임원에 의하여 사전 승인되었거나 이해관계없는 理事들에 의하여 추인된 경우에도 위에서 말한 거래의 公正性에 대한 입증책임의 전환과 심사기준의 변경이 발생한다고 규정하고 있다(간부임원에 의한 추인은 인정되지 않음에 주의).

마지막으로 理事의 자기거래가 이해관계없는 株主들에 의하여 사전에 승인되었거나 추인된 경우에는 『원칙』 §5.02(a)(2)(D)에 의하여 『會社 재산을 낭비(황폐화)한 경우』에만 그 거래를 공격할 수 있음을 주의해야 한다.³⁰⁾

Ⅲ. 承認된 理事의 自己去來에 대한 司法審査의 범위

1. 序

오늘날 美國 會社法에서는 理事의 자기거래의 규제에 관하여 특히 의견의 차이를 보이고 있는 부분은 理事의 자기거래가 非利害關係 理事들에 의하여 승인된 경우에도 그 거래의 실질적 公正性에 대하여 제한적이거나 법원의 심사를 필요로 하는가, 아니면 그 경우에는 경영판단의 원칙을 적용하여 법원의 실질적 공정심사가 면제되는가(또는 경영판단의 질에 대하여 약간의 심사를 하는데 그치는가)하는 점이다.

앞에서 본 바와 같이 『원칙』§5.02(a)(B)는 非利害關係 理事들의 사전 승인을 얻은 理事의 자기거래에 대하여도 제한적이거나 법원의 실질적 공

30) Melvin Aron Eisenberg. *op.cit.* p1288.

정성 심사를 필요로 한다는 취지의 규정을 두고 있는데, 이 규정에 대한 보고자의 설명과 이 규정에 반대하는 견해를 구체적으로 소개한다.

2. 발표자의 해설

원칙 §5.02(理事의 자기거래)는 理事의 이해충돌 거래(理事의 자기거래)에 대하여 美國 會社制定法の 규정 (이른바 전술한 safe harbour statutes)과 근대 판례법에서 채택하고 있는 일반적인 접근방법에 따르고 있다.³¹⁾

즉 利害關係 理事나 幹部任員이 非利害關係 理事(임원)들에 의한 승인없이 會社와 거래를 했을 때에는 그 理事와 임원은 그 거래가 會社에 대하여 공정했음을 입증해야 하고 반면에 이해관계 理事(임원)가 會社와의 거래에 대하여 非利害關係 理事들의 승인을 얻고 또 거래와 관련된 사실과 이해충돌을 非利害關係 理事들(理事會)에게 적절히 개시한 경우에는 그 거래는 會社에 의하여 자동적으로 취소되거나 무효로 되지 않으며 그 거래를 취소하는데 충분한 근거를 입증할 책임을 거래를 공격하는 자(원고)에게 지운다.³²⁾

『원칙』 §5.02(a)(2)(B)는 理事나 간부임원이 會社와 이해충돌 거래(자기거래)를 체결하는 경우에 만약「會社를 위하여 그 거래를 승인」한 非利害關係 理事들이나 간부임원이 그 거래가 승인 당시에 會社에 공정하다고 결론을 내린 것이 적절한 것이라면 그 거래를 체결한 利害關係 理事나 간부임원은 「公正去來義務」를 다한 것으로 된다고 규정하고 있다. 따라서 「원칙」 § 5.02 의 理事의 자기거래를 공격하려는 자(원고)는 그 거래를 승인한 非利害關係 理事나 간부임원이 그 거래가 會社에 대하여 공정하다고 결론을 내린 것이 적절하지 못하다는 사실 즉 객관적으로 볼 때 그 거래는 會社에 대하여 너무나 명백히 불공정하기 때문에 적절성의 범위(the

31) Marshall L. Small, *op.cit.* pp1380-81.

32) *Ibid.* p1381

range of reasonableness)를 벗어났다는 사실을 입증할 책임을 부담하는 것이다. 이 규정은 理事의 자기거래가 非利害關係理事들에 의하여 승인되었다 하더라도 이해관계 없는 제3자와의 기업거래를 심사함에 있어서 예상되는 것보다 면밀한 심사를 법원에 요구한다는 의미이다. 그러므로 非利害關係理事들에 의하여 사전 승인된 理事의 자기거래를 공격하려는 자(원고)가 非利害關係理事들이 승인시에 내린 판단(理事의 자기거래가 會社에 대하여 공정하다고 결론을 내린 것)이 적절하지 못하다는 사실(즉 명백한 不正性)을 입증할 책임을 부담한다는 것은 경영판단의 원칙에 의하여 보호를 받는 거래(이해충돌 없는 거래)를 공격하는 자(원고)에게 요구되는 입증책임(보고자는 「경영판단의 불합리성(irrationality)」을 입증할 책임이라고 한다.)에 비하여 무거운 것은 아니다 하더라도 그에게 무거운 부담이 되는 것이다.³³⁾ 이상과 같이 「원칙」 § 5.02(a)(2)(B)는 非利害關係理事들에 의하여 승인된 理事의 자기거래에 대하여도 완전한 公正性 심사 기준보다는 훨씬 약하다 하더라도 법원이 그 거래의 實質의 公正性에 대하여 제한적이나마 약간의 심사를 한다는 취지를 규정하고 있는데 보고자는 그 타당성의 근거로 다음과 같은 것을 들고 있다.

(1) 理事와 會社간의 거래는 본래 의심스러운 것이며 會社와 거래하는 이해관계 理事는 같은 理事會의 구성원인 다른 理事와 밀접한 관계가 있기 때문에 그 다른 理事들이 진정하게 독립성을 가지고 그 거래를 승인할 수 있을지 의문이고 그 승인이 이해관계 理事에 의하여 타당하지 않는 압력으로 이루어 질 수도 있다. 따라서 법원이 그 승인 절차가 불공정한 결과를 낳게 했는지를 심사해야 할 이유가 있는 것이다.³⁴⁾

(2) 주변의 상황으로 보아 어떤 거래가 會社에 대하여 불공정하게 비쳐지는 경우에는 법원은 사법심사의 범위가 어떠한 간에 이해충돌 거래에 관한 公正性 기준의 적용을 고려할 것이다. 만약 理事의 자기거래(이해충돌 거래)가 非利害關係理事들에 의하여 승인되었다는 이유로 경영판단의

33) 이상 *Ibid.* pp1381-82.

34) *Ibid.* p1381.

원칙상의 기준을 적용한다면 이해충돌 거래가 이해관계 없는 거래와 다를 바없이 취급될 뿐만 아니라 법원은 公正性 심사를 하기 위하여 경영판단의 원칙상의 심사의 범위를 부당하게 확대할 위험이 있고 그런 판결이 이해충돌 거래와 관련이 없는 상황에 선행로 사용될 위험이 있다.³⁵⁾

(3) 그러나 非利害關係 理事들이나 非利害關係 幹部任員들에 의해 승인된 이해충돌 거래가 승인을 얻지 못한 이해충돌 거래보다 공격받지 못하도록 담보하기 위하여 「원칙」 § 5.02의 commentary(주해)에서는 첫째 非利害關係 理事들이나 非利害關係 幹部任員들에 의하여 승인된 이해충돌 거래에 대하여는 이해충돌 거래에서 법원이 이따금 사용하고 있는 완전한 公正性(full fairness), 본래의 公正性(intrinsic fairness), 본질적 公正性(inherent fairness)에 호소해서는 안되고, 둘째 사전 승인된 이해충돌 거래의 公正性은 적절성의 범위(a range of reasonableness)내에서 판단되어야 하며, 셋째 이해충돌 거래의 승인과 관련하여 하자 있는 개시가 있는 경우에는 거래에 대한 제소가 있는 후 적절한 기간내에 언제든지 그 거래를 최초로 승인한 자 또는 그 승계자의 추인에 의하여 하자있는 개시(불개시 포함)를 치유할 수 있도록 하고, 넷째 만약 非利害關係 理事들이 會社를 위하여 理事의 이해충돌 거래를 승인한 경우에는 會社에 대한 그 거래의 公正性을 지지하는데 도움을 준다는 사실을 명백히 하였으며, 다섯째 이해충돌 거래를 승인한 非利害關係 理事들이나 非利害關係 幹部任員은 경영판단의 원칙의 보호를 받으며 이 경우에 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 요건(非利害關係 경영진이 그 경영판단의 내용을 알고 성실히 경영판단을 했고 會社의 최상 이익을 위하여 경영판단을 했다고 실제로 합리적으로 믿었을 것)이 충족된다면 會社는 그 非利害關係 理事나 임원들에게 책임을 물을 수 없고 會社는 會社와 거래한 利害關係 理事(임원)에 대한 손해배상 기타의 구제 방법(會社와 거래한 利害關係 理事는 위에서 본 바와 같이 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받지 못하고 會社에 대하여 忠實義務(公正去來義務)위반에 따른 책임(거래의 취소, 무효, 유지명령, 손해배상)

35) Ibid: p1382

을 진다는 뜻)에 의하여 구제를 받을 수 있음을 명백히 하고 있다.³⁶⁾

(4) 위의 추가 조항은 非利害關係 理事會나 幹部任員이 理事의 자기거래를 승인함에 있어서 경영판단의 원칙의 요건을 충족한 때에는 會社와 거래한 이해관계 理事(간부 임원)는 거래를 공격하는 자(원고)가 그 거래는 적절성의 범위를 명백히 벗어났다는 사실을 입증하는 경우에만 위협하게 된다. 그런데 그 거래가 적절성의 범위를 벗어났는지의 여부를 결정하는 하나의 방법은 그 거래가 會社에 명백히 불공정한지를 심사하는데 있다. 미국 법률가 협회와 그 회원다수는 會社와 거래를 하려는 利害關係 理事(임원)에게 이보다 더 큰 보호를 해야 할 사회적 유용성을 발견하지 못했다.³⁷⁾

『원칙』§5.02의 理事의 자기거래(이 규정에서 규제되는 거래는 理事나 임원이 거래와 중요한 금전상의 이해관계를 가지고 있거나 거래의 당사자와 재정상이나 기타의 밀접한 관계를 가지고 있거나 기타의 기준이 충족되는 거래(理事와 會社간의 이해충돌 거래)만을 말한다.) 이외의 이해충돌 상황이 利害關係 理事(임원)와 會社간에 발생한 경우에는 『원칙』 §5.03에 의하여 承認된 理事의 자기거래의 경우보다 더 넓은 보호가 利害關係 理事(임원)에게 주어 진다. 즉 『원칙』§5.03은 보수약정에 있어서는 非利害關係 理事(또는 간부임원)에 의하여 승인된 보수는 경영판단의 원칙의 기준(요건)을 충족하고 승인이 되었다면 그 보수약정은 공격받지 않는다고 규정하고 있다. 승인된 보수약정은 승인된 理事의 자기거래에 있어서 보다 약한 사법심사(경영판단 원칙의 기준에 의한 심사)를 받는데 그 이유는 다음과 같다.

첫째 보수의 약정은 대부분의 이해충돌 거래와는 달리 會社는 理事(간부 임원)와 거래를 할 필요가 없으므로 理事(간부임원)와의 보수 약정은 모든 경우에 필요하다. 둘째 보수약정은 公開會社에서 자주 발생하고 공시되어 있으므로 보수를 비교할 수 있는 보다 큰 기회가 있으며 월권에 상응하는

36) Ibid: p1383

37) Ibid.

저지책이 존재한다. 세계 대규모 公開會社에서 널리 관행되고 있는 이해관계없는 理事에 의한 의사결정의 절차는 會社가 간부임원에 대한 불공정한 보수약정으로 불이익을 받을 염려가 거의 없다. 非利害關係理事들에 의하여 승인된 會社의 기회 횡탈(원칙 §5.05)과 會社와의 경쟁(경업)(§5.06)에 있어서도 마찬가지로 해석할 수 있다.³⁸⁾

(5) 『원칙』 §5.02(a)(2)(B)에서 규정하고 있는 「거래가 會社에 대하여 공정하다고 믿은 것이 적절한지」라는 사법심사 기준(The "could reasonably be believed to be fair" standard of judicial review)은 논의 과정에서 美國 法律家協會(American Law Institute)의 회원들 사이에 격렬한 논쟁이 있었다. 이 규정의 채택을 반대하는 회원들은 이 기준은 검증되지 않은 새로운 기준이며, 특히 Delaware 州의 현행법을 변경하는 것이고 『원칙』 §5.02(a)(2)(B)의 기준과 §4.01(C)의 기준(會社의 최상 이익을 위하여 경영판단을 했다고 믿은 것이 합리적이라는 경영판단 원칙상의 기준: "The rationally believed to be in the best interests of the corporation" business judgement test)을 구별하기 어려우며, 『원칙』 §5.02(a)(2)(B)는 會社法 委員會가 지난 18개월동안 작업하여 마련한 이해충돌 거래의 취급에 관한 제안과 일치하지 않는다고 주장했다. 그러나 다음과 같은 이유에서 부당하다.

첫째 이 문제가 제기될 당시의 Delaware법에는 사전 승인된 이해충돌 거래는 경영판단 원칙상의 기준보다는 강한 사법심사를 받아야 하는 것으로 해석하는데 충분한 근거가 있었고 (그 후의 몇몇 판례에서는 支配·從屬 會社간의 합병을 제외하고 사전 승인된 이해충돌 거래에 대해서는 경영판단 원칙상의 기준이 적용되기 쉽다는 것을 나타내고 있다.), 『원칙』은 이 문제에 관하여 Delaware법을 재록(restate)하려는 것이 아니다.

둘째 會社法 委員會는 理事의 이해충돌에 관한 模範會社法(Model Business Corporation Act) §8.31의 규정을 1988년 12월에 模範會社法 제8장(Chapter 8 of the Model Act) Subchapter F (§8.60-8.63)

38) 이상 Ibid: p1384.

로 대치하여 개정했다. 이 규정도 종래의 규정과 마찬가지로 절차적 성질을 가지고 있으나 몇가지 중요한 특색이 있다. Subchapter F는 종래의 규정보다 이해충돌 거래의 의미를 명확히 하고, 理事들이나 株主들의 승인에 대한 사법상의 효과를 보다 구체적으로 명백히 하고 있다.

Subchapter F §8.61에 의하면 理事의 이해충돌 거래는 §8.62의 적법절차에 의한 非利害關係 理事들의 승인이 있거나 §8.63의 적법절차에 의한 株主들의 승인이 있거나 그 거래가 會社에 대하여 공정하다는 것이 증명된 경우에는 그 理事가 거래에 이해관계가 있다는 이유로 금지되거나 취소되거나 손해배상 기타의 제제가 가해지지 않는다고 규정되어 있다. 이 규정을 문자 그대로 해석하면 非利害關係 理事들에 의하여 승인된 理事의 이해충돌 거래에 대해서는 사법심사를 배제하는 것으로 볼 수 있으나 §8.60의 주석에 의하면 非利害關係 理事들의 행위(이해충돌 거래의 승인 행위)는 模範會社法 §8.30(a)에서 규정하고 있는 理事의 성실성과 선관주의(due care)기준에 일치해야 하며 만약 會社에 「명백히 불리한 조건」이 있는 경우에는 그 理事들의 행위는 성실하다고 볼 수 없다고 한다. 이와 같이 模範會社法 Subchapter F가 승인된 이해충돌 거래에 있어서 그 거래가 會社에 명백히 불리한 지를 따져서 성실성을 판단하고 있다면 경영판단 원칙상의 성실성 요건을 통해서 간접적으로 「원칙」§5.02(a) (2)(B)에서 규정하는 거래의 公正性에 대한 사법심사와 동일한 결과를 얻고 있다. 따라서 模範會社法 Subchapter F (§8.06-8.63)에서 규정하고 있는 승인된 이해충돌 거래에 관한 사법심사의 범위는 「원칙」§5.02(a) (2)(B)에서 규정하고 있는 것과 큰 차이가 없다. 그러나 이와같이 승인된 이해충돌 거래에 대하여 경영판단원칙의 기준인 성실성을 심사할 필요성을 강조함으로써 模範會社法 Subchapter F는 그 거래를 승인한 비이해관계 이사들에게 「원칙」§5.02(a) (2)(B)에 있어서 보다 쉽게 책임을 지게 할 위험이 있으며,³⁹⁾ 「원칙」§5.02는 경영판단 원칙상의 성실성을 강조한 것

39) 승인된 이해충돌 거래를 경영판단 원칙상의 성실성 기준에 따라 심사하여 회사와 이해충돌 거래를 한 이사가 책임을 지게 되면 자연히 그 거래를 승인한 비이해관계 이사들은 경영판단 원칙상의 기준을 충족하지 못했으므로 책임을 지게 되나, 「원칙」§5.02(a)(2)(B)에서 승인된 이해충돌 거래는 경영판단

이 아니라 이 규정의 요건을 충족하지 못하여 책임을 지는 자는 거래를 승인한 非利害關係 理事가 아니고 利害關係 理事라는 사실을 강조한 것이다. 따라서 模範會社法 Subchapter F와는 달리 법원이 승인을 얻은 利害關係 理事의 거래를 명백히 불공정한 거래로 하기 위해서 거래를 승인한 非利害關係 理事들에게 경영판단 원칙의 요건을 충족하지 못한 책임을 지울 필요가 없는 것이다.⁴⁰⁾ 요컨대 「원칙」 § 5.02에 의하면 會社와 이해충돌 거래를 한 理事는 그 거래가 적절한 개시후에 非利害關係 理事에 의하여 승인되고 거래를 공격하는 자(원고)가 그 거래는 會社에 대하여 명백히 불공정하다는 사실을 입증하지 않는 한 보호를 받는다.⁴¹⁾

3. 반대설⁴²⁾

(1) 전형적인 理事의 자기거래는 건전한 기업상의 이유로 체결되고 있으며 會社에 이익을 제공할 수도 있다. 또 非利害關係 理事들은 會社와 株主들의 이익을 진정으로 보호할 능력이 있으므로 법원의 제2차적 심사로부터 그 이해충돌 거래를 보호해야 할 사회적 유용성이 있다. 따라서 非利害關係 理事들에 의하여 승인된 이해충돌 거래에 경영판단 원칙의 기준보다 엄격한 기준(즉 「원칙」 § 5.02(a)(2)(B)에서 규정하고 있는 거래의 公正性에 대한 약간의 심사)을 적용하면 유익한 거래에 흔히 요구되는 거래전의 확실성을 감소시키기 때문에 그러한 거래에는 경영판단의 원칙을 적용하는 것이 적절하다.

(2) 보고자는 「원칙」 § 5.02(a)(2)(B)의 심사기준과 模範會社法 §

원칙상의 기준과 다른 「적절성」 기준을 채택하고 있으므로 이해충돌 거래를 한 이해관계 이사는 적절성의 기준에 따라서 책임을 지더라도 그 거래를 승인한 비이해관계 이사는 경영판단 원칙상의 요건(기준)을 충족한다면 책임을 면하게 될 것이다.

40) Marshall L. Small, *op.cit.* pp1385-88.

41) *Ibid*: p1388

42) 이하 John F. Johnston/ Frederick H.Alexander, *The Effect of Disinterested Director Approval of Conflict Transactions under the ALI Corporate Governance Project - A Practitioner's Perspective*, *The Business Lawyer*, vol.48 No.4(August 1993), pp1393-1400 참조.

8.30의 적용을 받는 거래에 대한 심사기준인 경영판단의 원칙상의 성실성 기준(good faith test)은 실제적인 효과에 있어서 차이가 없다고 한다. 그러나 경영판단의 원칙은 非利害關係 理事들에 의하여 승인된 거래는 성실성과 상당한 주의로 승인되었다고 가정할 수 있고 따라서 원고가 확고하게 그 理事들의 불성실을 입증하지 않는 한 법원은 그 거래에 대하여 실질 심사를 하지 않으며 만약 원고가 理事들의 불성실을 입증하는 경우에도 법원은 그 경영판단의 질을 심사하긴 하나 그러한 제한된 심사는 불성실을 추론하는 방법에 그친다고 할 것이다. 이에 대하여 「원칙」 §5.02(a)(2) (B)의 심사기준은 완화된 것이지만 이해충돌 거래는 본래 의심스러운 것이라는 관점에서 非利害關係 理事들에 의해 승인된 거래가 會社에 대하여 명백히 불공정하다는 사실을 원고가 입증하는 경우에는 법원은 제한된 범위에서 거래의 實質的 公正性을 심사하는 점에서 차이가 있는 것이다.

IV. 非利害關係 理事의 추인의 효과

「원칙」은 처음에는 非利害關係 理事들의 추인에 대하여 아무런 법적 효력을 인정하지 않고 利害關係 理事들의 승인과 같이 하자있는 것으로 취급했다. 즉 이해충돌 거래를 非利害關係 理事들이 추인했다 해도 會社와 거래를 한 이해관계 理事가 그 거래는 會社에 대하여 공정했음을 입증해야 했다. 그러나 그 후 첫째, 많은 사람들은 利害關係 理事들에 의하여 승인된 것 보다는 非利害關係 理事들에 의한 추인에 더 큰 법적 효과를 부여하는 것이 바람직하다고 보고 있으며, 둘째, 많은 州會社制定法이 非利害關係 理事들에 의한 사전 승인과 추인사이에 아무런 차이를 두고 있지않다는 이유로 非利害關係 理事들의 추인에 대하여 非利害關係 理事들의 승인과 동일한 효과를 인정하는 수정안을 채택하였다.

따라서 「원칙」 §5.02는 다음과 같은 네가지 조건이 충족된다면 非利害關係 理事들의 사전 승인과 마찬가지로의 효과를 주고 있다. 첫째, 거래와

利害關係가 없는 會社의 정책결정자들(非利害關係 理事들)이 會社를 위하여 추인을 했고 그 거래가 會社에 공정했다고 적절하게 결론을 내릴 수 있었으며 둘째, 利害關係 理事가 주요사실에 대하여 알고 있었던 범위에서 그 정책결정자들에게 개시를 했고 셋째, 利害關係 理事가 非利害關係 理事들의 사전 승인을 얻지 못한 데에 불합리한 행위를 하지 않았으며 네째, 非利害關係 理事의 사전 승인을 얻지 못한 것이 會社의 이익에 중대하게 반하지 않을 것 등이다.⁴³⁾

V. 結 論

(1) 이상과 같이 美國 會社法에서는 理事의 忠實義務를 통해서 理事의 자기거래를 규제하고 있다. 이것은 利害關係 있는 理事가 會社와 거래를 함에 있어서는 理事는 會社와 공정하게 거래를 할 의무가 있다는 취지이다. 이 공정거래의무는 會社와 거래하는 利害關係 理事가 그 거래의 내용과 이해관계 사실을 理事會에 완전히 개시할 의무와 거래의 實質的 公正性を 실현할 의무를 말한다고 할 수 있다.

(2) 商法은 株式會社의 理事가 자기 또는 제3자의 재산으로 會社와 거래를 하는 것을 원칙적으로 금지하고 다만 예외적으로 이를 하는 경우에는 理事會의 승인을 얻도록 규정하고 있다(제398조). 理事가 會社의 승인없이 會社와 이해 충돌거래 즉 자기거래를 했을 때 그 위반행위의 효력에 대하여는 유효설, 무효설, 상대적 무효설, 무권대리 행위설 등이 대립되어 있으나, 무효 또는 상대적 무효로 된다는 것이 다수설이다.⁴⁴⁾ 따라서 다수설에 따르면 理事會의 승인 결의가 理事의 자기거래의 유일한 유효요건이 되고 거래의 완전한 개시와 거래의 實質的 公正性は 문제되지 않는 것 처럼 보인다.

43) Marshall L. Small, *op.cit.*: pp1388-90.

44) 鄭東潤, 會社法, 1992, pp420-421 참조.

그런데 理事가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 理事는 會社에 대하여 연대하여 손해배상책임을 지는데(상법 제399조 제1항), 理事가 理事會의 승인없이 會社와 거래를 하여 會社에 손해를 입힌 경우(법령 위반)는 물론이고 理事會의 승인을 얻어 그 거래를 하여 會社에 손해를 입힌 경우에도 理事의 임무해태로 보아 그 理事는 會社에 대하여 손해배상 책임을 지는 것으로 해석할 수 있다.⁴⁵⁾ 이와 같이 해석한다면 거래가 會社에 대하여 실질적으로 공정하지 못했다는 것은 곧 會社에 대한 손해를 의미하므로 거래의 實質的 公正性은 理事의 자기거래의 유효요건은 아니지만, 理事의 會社에 대한 책임요건이 된다고 할 수 있다.

그러나 위와 같이 理事會의 승인결의를 理事의 자기거래의 유일한 요건으로 해석하는 태도는 과연 타당한가?

(3) 理事의 자기거래 제한에 관한 상법 규정의 법적 성질에 대하여 통설은 理事에게 그 직무수행에 있어서 선량한 관리자로서 상당한 주의를 할 의무 즉 선관 주의의무를 특수화한 것이라고 하나, 理事의 자기거래는 理事의 직무수행과는 관계가 없는 것이고 商法이 理事의 자기거래를 제한하는 취지는 會社와 理事의 이해가 충돌되었을때 理事가 會社의 이익의 희생으로 사리를 취하는 것을 방지하고자 하는 것이다. 美國 會社法上の 理事의 忠實義務는 바로 이런것을 내용으로 하고 있는 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 理事의 자기거래에 관하여 美國 會社法の 忠實義務論을 해석론상으로도 충분히 도입할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 이와 같이 美國 會社法上の 忠實義務의 관념을 해석론적으로 도입하여 理事의 자기거래에 관한 상법의 규정을 풀이한다면, 理事의 자기거래의 유효요건으로 理事會의 승인결의 이외에 거래의 완전한 개시와 거래의 實質的 公正性이 고려되어야 할 것이다.

첫째, 理事會가 理事의 자기거래를 승인한 경우에도 승인결의 그 자체만

45) 同旨, 李泰魯·李哲松, 會社法講義, 1994, p559.

46) 本稿 I. 序 참조.

을 가지고 그 거래를 유효로 볼 것이 아니라 會社와 거래를 한 理事에게 그 거래의 내용과 이해관계 사실을 理事會에 개시할 의무가 있다고 해석하고 나아가 그 거래가 會社에 대하여 실질적으로 공정해야 한다고 해석할 것이다.⁴⁷⁾ 즉 理事의 자기거래는 理事會의 승인, 會社와 거래한 理事가 거래의 내용과 이해관계 사실을 理事會에 개시하고, 또한 그 거래가 會社에 공정해야만 유효하다고 볼 것이다. 왜냐하면 그러한 완전한 개시가 없다면 理事會의 승인은 형식적이고 따라서 의미 없는 것이 될 것이며, 그 거래가 會社에 대하여 공정하지 않다면 理事의 자기거래를 규제하는 취지가 의미 없게 될 것이기 때문이다. 다만 理事會가 理事의 자기거래를 승인한 경우에는 美國 會社法과 같이 원고(會社)가 거래의 不正性을 입증하고 법원은 그 범위내에서 거래의 공정성을 심사하여 불공정으로 판명된다면 그 거래를 무효로 하고 상법 제399조에 의하여 법령위반(상법 제398조의 理事의 자기거래제한 규정)으로 會社에 대하여 손해배상 책임을 진다고 할 것이다.

그러나 만약 상법 제398조의 법문상 거래의 실질적 공정성에 대한 요건을 우리 상법의 해석론적으로 도입하는 것이 어렵다면, 적어도 「거래의 완전한 개시」의 요건은 충분히 도입할 수 있다고 본다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 理事會가 理事의 자기거래를 승인할 때 그 거래의 내용과 會社와 거래한 理事의 이해관계 사실을 충분히 알고 승인할 때만이 공정한 승인이 이루어 질 수 있기 때문이다. 따라서 이와 같이 해석한다면, 理事會가 理事의 자기거래를 승인할 때에 그러한 개시가 없다면 그 승인결의에 하자있는 것으로 취급하여 그 승인결의는 무효로 되고 따라서 理事의 자기거래도 무효로 된다고 해석할 것이다. 또한 개시와 理事會의 승인으로 理事의 자기거래가 유효하게 된다 하더라도 그것만으로 會社와 거래한 理事는 忠實義務를 다했다고 해석해서는 안될 것이고 그러한 개시와 승인이 있었음에도 거래가 불공정하여 會社에 손해가 발생한 경우는 理事가 忠實義務에 위반(임무해태)한 것으로 파악하여 상법 제399조에 의하여 임무해태로 인한

47) 同旨, 李泰魯·李哲松, 前掲書, p579 참조

손해배상 책임이 발생한다고 해석할 것이다.

둘째, 理事會의 승인결의에 하자가 있다 하더라도 그 자체만으로 理事의 자기거래를 무효로 할 것이 아니라, 會社와 거래한 理事(피고)가 理事會에 거래의 내용과 이해관계 사실에 대한 완전한 개시를 입증하고, 또 그 거래가 會社에 대하여 실질적으로 공정했음을 입증한 경우에 법원이 그 완전한 개시와 거래의 실질적 公正性을 철저히 심사하여 그것이 판명된다면 그 理事의 자기거래를 유효하다고 해석하는 것이 좋을 것이다. 왜냐하면 會社에 실질적으로 불공정하지 않거나 아무런 손해가 발생하지 않은 理事의 자기거래까지 단순히 적법한 理事會의 승인이 없었다는 이유로 무효로 할 필요가 없기 때문이다.