

■ 최신 법령 ■

[상사] 개정상법상 자기거래의 규제

정철 변호사 | 이경호 변호사

1. 개정 배경

개정상법은 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하는 경우 이사회 승인을 얻도록 규정하고 있었습니다. 그런데 이사가 본인의 이익을 위하여 이사의 친인척이나 그들이 설립한 개인회사 등을 이용하여 회사와 거래하는 경우와 같이 실질적으로는 이사의 자기거래에 해당하고 회사의 이익을 희생시킬 우려가 있음에도 불구하고 형식상 이에 해당하지 않는 이유로 규율하지 못하는 문제가 있었습니다. 이에 따라 이와 같은 거래를 적절히 통제하기 위하여 자기거래 규제에 관한 상법 제398조가 개정되었습니다.

2. 개정 내용

개정상법 제398조에 의하면, (i) 이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 (ii) 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고, (iii) 이사 3분의 2 이상의 수에 의한 이사회 승인을 받아야 하며, (iv) 거래의 내용과 절차의 공정성이 인정되어야 합니다. 이를 구체화하면 다음과 같습니다.

- ① 거래 상대방의 확장 : (i) 이사, 주요주주, (ii) 이사, 주요주주의 배우자 및 직계존비속, (iii) 이사, 주요주주의 배우자의 직계존비속, (iv) 위 (i) 내지 (iii)의 자들이 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사, (v) 위 (i) 내지 (iii)의 자들이 (iv)의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사
- ② 이사회 결의 요건의 강화 : 이사 3분의 2 이상의 수에 의한 이사회 사전 승인
- ③ 공정성 요건 명시 : 거래내용의 공정성 및 거래절차의 공정성

3. 쟁점

가. 거래 상대방의 확장

주요주주란 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 10% 이상을 소유하거나 또는 이사, 집행임원, 감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주주를 의미합니다. 개인주주뿐만 아니라 법인주주도 주요주주에 포함될 수 있으므로 계열회사간의 거래도 개정상법 제398조에 의한 자기거래 규제 대상이 될 수 있습니다.

한편, 외관상으로 볼 때 제3자와 회사 간의 거래이지만, 실질적으로 거래로 인한 이득이 이사 등에 귀속되는 경우를 의미하는 간접거래는 개정상법 하에서도 여전히 규제 대상이 됩니다. 예를 들어 회사가 이사 또는 주요주주의 채권자와 이사 또는 주요주주의 채무에 대한 담보설정계약을 체결하거나 그 채무를 인수하는 것은 간접거래로서 개정상법 제398조 소정의 요건을 갖추어야 합니다.

나. 사후추인

대법원은 개정전상법 제398조의 이사회 승인과 관련하여 "상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회의 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에 대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면, 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대하여 이사회의 사전 승인만을 규정하고 사후 승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다"고 하여 사후 추인이 가능하다는 취지로 판시하였습니다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결).

개정상법은 "미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다"고 명시적으로 규정하고 있는데, 개정상법 하에서도 사후추인이 가능할 것인지 여부에 대해서는 논란이 있습니다. 사후추인을 허용하자는 견해는 거래의 공정성이 확보된다면 굳이 이사회의 승인이 중요하지 않다는 입장이고, 이를 금지하자는 견해는 공정성을 실체적으로 판단하기 쉽지 않고 대량 거래에 있어서는 절차적 통제가 더 중요하므로 사후추인을 인정하여 이

사의 자기거래 통제의 핵심인 사전승인의 원칙을 무너뜨리는 것은 바람직하지 않다는 입장으로 볼 수 있습니다.

다만, 사후추인을 받는다 하더라도 이사의 사전고지 의무 위반에 대한 면책을 받을 수는 없다고 판단됩니다. 따라서 이사회에 사후추인을 받는 경우에도 이사는 법령 위반으로 인한 해임 등 고지의무 위반에 대한 책임을 부담하게 될 수 있습니다.

다. 거래의 공정성

거래 내용의 공정성은 객관적으로 보아 회사가 이해충돌 없는 제3자와 동일한 거래를 하였을 것인지에 따라 결정될 수 있습니다. 가격의 적정성이 가장 중요하지만, 가격 이외의 다른 조건들도 중요한 판단기준이 됩니다.

거래 절차의 공정성은 미국의 Weinberger v. UOP 판결에서 판시한 바와 같이, 거래의 시작, 거래 구조 결정, 협상 과정, 이사와 주주의 승인절차 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 합니다. 회사내규에 반하여 부적절하게 수의계약이 체결된 경우나 거래 협상 과정에서 이해관계 있는 이사가 적극적으로 관여한 경우 등에는 거래절차의 공정성이 문제될 수 있습니다.

이사회에 승인을 받았으나 거래가 불공정한 경우의 효과에 대하여 개정상법은 거래의 공정성을 자기거래의 유효요건으로 규정하고 있으므로 이에 위반한 경우 이사회 승인을 결한 경우와 마찬가지로 통설 및 판례의 태도인 상대적 무효설에 의하는 것이 타당하다는 견해가 유력합니다. 즉, 회사와 거래 상대방 사이에는 무효이지만, 자기거래에 관련되는 선의의 제3자와의 사이에서는 유효이고, 회사가 자기거래임을 이유로 무효를 주장하기 위해서는 거래의 불공정성과 이에 대한 제3자의 악의를 입증하여야 합니다.

다만, 이에 대하여는 거래 상대방이 이사가 아닌 주요주주나 그 직계존비속 등인 경우 이사회에 승인이 있었음에도 불구하고 그 거래의 효력을 부인할 수 있도록 하는 것은 지나치다는 비판도 존재하고 있습니다.

4. 다운로드 : 「상법」 일부개정(법률 제10600호, 2012. 4. 15. 시행)