

미국에서 겸임이사가 있는 회사 간의 거래규제

Regulation of the transactions between corporations with common directors in the U. S.

허 덕 회*
Huh, Duk-Hoi

목 차

- I. 서론
- II. 미국 판례법상 규제의 전개
- III. 미국 제정법상 규제의 확립
- IV. 상법상의 규제
- V. 결론

국문초록

상법 제398조는 이사 또는 주요주주 등과 회사 간의 불공정한 거래를 규제하고 있으며, 판례는 겸임대표이사를 두고 있는 회사 간의 거래는 일방회사에게 불이익을 줄 우려가 있는 자기거래에 해당한다고 판시하고 있다. 그리고 개정상법은 거래와 이해관계에 있는 이사는 해당거래에 관한 중요사실을 밝혀야 하고, 거래의 내용과 절차는 공정하여야 할 것을 요구한다. 상법 제398조는 미국의 판례법 및 제정법과 같이 이사 등과 회사 간의 거래에 있어서 절차적 또는 실질적 공정성 모두를 요구하는 공정거래원칙(fair-dealing rule)에 입각하고 있다. 이사 등과 회사 간의 거래 또는 겸임이사가 있는 회사 간의 거

논문접수일 : 2013.09.30

심사완료일 : 2013.10.28

게재확정일 : 2013.10.30

* 법학박사·건국대학교 교수

래가 직접거래 또는 간접거래에 해당하는 간에 그 거래가 회사에 대하여 불공정한 경우 그 거래의 효력 또는 이사의 책임이 문제될 수 있다.

상법 제398조의 규정으로는 거래의 공정성이 거래의 유효요건인지 아니면 이사의 책임요건인지가 불분명하고, 거래의 공정성에 대한 입증책임을 누가 부담하는지 또한 명확하지 않다는 문제가 있다. 미국의 판례법은 거래가 불공정한 경우에는 이사의 승인이 있더라도 취소할 수 있으며 공정성에 대한 입증은 거래를 유지하고자 하는 이사 또는 겸임이사가 부담한다고 판시하고 있다. ALI, PCG는 겸임이사를 두고 있는 거래에 관한 규제를 별도로 두는 입법을 하고 있으며, 거래와 이해관계를 가지고 있는 이사는 거래와 관련하여 자기의 이해관계 및 거래에 관한 중요사실을 이사 또는 주주에게 충분하게 개시하고 거래의 공정성에 대한 입증을 요구하면서 이사가 개시의무를 해태한 경우에는 거래를 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 그리하여 미국의 판례법 및 제정법은 거래의 공정성은 거래의 유효요건임을 분명히 하고, 거래의 공정성에 대한 입증은 이해관계에 있는 이사 또는 겸임이사의 책임으로 규정하고 있다.

우리 기업현실은 다수의 계열회사로 구성된 기업집단을 형성하고, 경영자총회 내지 지배주주의 경영방침에 따른 계열회사 간의 거래가 사회적 문제(일감몰아주기)로 제기되고 있는 점을 고려하면, 미국의 ALI, PCG §5.07.과 같이 상법 제398조에 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 대한 규정을 신설하는 입법이 필요하다고 본다. 이러한 규정을 신설하면 계열회사의 이사들이 경영자총회 내지 지배주주의 부당한 경영방침을 거절할 수 있는 법적 근거를 제공하고, 또한 이를 거절하지 못한 계열회사의 이사들의 책임추궁의 근거를 명확히 하는 효과가 있을 것으로 전망한다.

주제어 : 겸임이사가 있는 회사 간의 거래, 겸임이사, 이익충돌거래, 거래에 관한 중요사실의 개시, 이해관계 없는 이사의 승인, 주주의 승인, 공정성기준

1. 서론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 기업결합의 방법으로 임원겸임을 인정한다. 그리고 누구든지 임원겸임을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 금지하고 있다(법 제7조 제1항 제2호). 그리고 상법은 주식회사의 이사는 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다고 규정하고 있다(제397조 제1항 후단). 그리하여 우리 기업현실에서 동종영업을 목적으로 하지 않는 회사 간에 임원겸임이라는 인적결합을 통하여 동일기업집단을 형성하고 있는 경우가 많다.¹⁾ 겸임이사가 있는 회사 간에 거래가 이루어지면 겸임이사가 일방회사의 이익을 우선하거나 자기의 개인적 이익을 도모함으로써 회사 간에 발생하는 이익충돌로부터 회사의 이익을 보호하여야 할 필요가 있다. 그러나 임원의 겸임관계에 있는 기업집단에서 계열회사 간의 거래 또는 겸임관계에 있는 관련회사의 자금조달을 위하여 회사가 채무보증을 하는 등 겸임이사가 있는 회사 간의 거래가 경영전략상의 필요성이나 유용성을 경시할 수만은 없다.²⁾ 겸임이사가 있는 회사 간의 거래에는 회사이익의 침해에 대한 규제의 필요성과 거래의 유용성이 공존하고 있다. 이처럼 회사 간의 거래에서 규제의 필요성과 거래의 유용성에 관한 통합과정을 거쳐 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 관한 규제법리를 발전시켜 온 입법이 미국법률협회(American Law Institute : ALI)의 회사지배구조의 원칙(Principles of Corporate Governance : PCG)이다.

미국의 판례법은 회사 간의 거래와 관련하여 그 규제 및 완화에 관한 입법정책의 변천과정을 잘 보여 주고 있다. 미국에서 기존의 판례법과 제정법을 집대성하여 겸임이사를 두고 있는 회사 간 거래의 규제를 채택하고 있는 입

1) 공정거래위원회는 2012년 총기업결합건수 543건 중 임원겸임에 의한 기업결합건수가 60건에 이른다고 발표하고 있다(공정거래위원회, 2012년 기업결합 동향, 2013. 2. 20. 발표 보도자료 참조).

2) 清水丹香, 兼任理事を有する會社間の去來, 法學論叢 第158卷 第4号, 京都大學法學會, 2005, 109面.

법이 ALI, PCG 제5.07조이다. 즉, 제5.07조에서 겸임이사가 있는 회사 간의 거래에 대하여, ① 겸임이사가 실질적으로 일방회사를 위하여 거래의 교섭에 참가한 경우, ② 거래에 대하여 일방회사의 승인이 이루어지고 겸임이사가 타방회사의 이사회 승인결의에서 의결권을 행사한 경우, ③ 적어도 일방회사가 겸임이사의 이해관계인에 해당하고 겸임이사가 일방회사의 이익을 도모하는 경우 그 거래는 제5.02조의 자기거래규정의 적용대상이 된다는 규정을 두고 있다는 점에서 기존의 판례법과 차이가 있다. 그리고 겸임이사가 있는 회사 간의 거래의 공정성을 확보하는 절차와 관련하여, 첫째, 겸임이사는 거래에 관한 중요사실을 개시하여야 하는 의무를 지고 또한 거래가 회사에 대하여 공정하다는 점을 증명책임を負는다. 거래의 공정성은 독립당사자 간의 거래기준, 거래의 필요성과 가격의 객관성에 의해서 확보되도록 하고 있다. 둘째, 위 요건을 충족한 경우에 거래와 이해관계 없는 이사의 승인이나 추인이 있어야 하고, 이의를 제기한 자는 이사회 승인 내지 추인 당시에 거래의 공정성과 합리성을 증명하도록 그 책임을 전환하고 있다. 셋째, 둘째절차와 선택적으로 거래와 이해관계 없는 주주의 승인 내지 추인을 받도록 하고 있다. 이 경우 기존 판례법에서 확립하고 있는 회사자산의 유출(waste of corporate assets)기준에 의하여 거래의 공정성을 판단하도록 한다. 이사 및 주주의 승인절차에서 겸임이사에 대하여 그 거래의 공정성에 대한 입증책임을 강제하고 있다.

우리 상법 제398조는 이사 및 주요주주 그리고 그들의 관계인의 회사에 대한 거래는 사전에 거래에 관한 중요사실을 개시하고 이사회 승인을 받을 것을 요구하면서 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 그리하여 본 논문에서는 미국 판례법의 동향과 제정법의 규정 내용, 그리고 판례법과 제정법을 종합적으로 반영하고 있는 ALI, PCG §5.07.를 분석하여 우리 상법 제398조의 개선방안을 제시하는 것을 연구목적으로 한다.

II. 미국 판례법상 규제의 전개

1. 영국법상 자기거래원칙 또는 공정거래원칙의 미국법으로 계수

가. 신탁법상의 원칙

영국법에서 이사와 회사의 관계를 신탁관계(위탁자, 수탁자, 수익자의 관계 ; fiduciary relationships)에 준하는 것으로 보고, 이사는 회사에 대하여 신탁의무자(fiduciary)의 지위에 있음을 인정하고 있다. 이사의 신탁의무는 수탁자가 수익자에 대하여 부담하는 의무와 동일한 것으로 이해되고 있다. 신탁법은 수탁자, 즉 신탁의무자에 대해서는 자기거래원칙(self-dealing rule) 또는 공정거래원칙(fair-dealing rule)이라는 형평법 원리(equitable principle)가 적용된다고 규정하고 있다.³⁾

자기거래원칙이란 신탁의무자가 자기의 이익과 의무가 충돌하는 경우 또는 신탁의무자가 쌍방의 수익자에 대한 관계에서 이익과 의무가 충돌하는 경우를 발생시켜서는 아니 되는 원칙을 말한다.⁴⁾ 이 원칙에 반하여 신탁의무자와 수익자의 이익이 서로 충돌하는 거래는 원칙적으로 금지된다. 이 때 신탁의무자가 성실하게(good faith) 행동하였는지 또는 충분한 대가가 지급되었는지 여부는 묻지 않는다.⁵⁾ 다만 거래에 대하여 ① 신탁재산에 대하여 권리를 가지고 있는 모든 수익자가 행위능력자이고, 거래에 관한 정보를 공개한 후에 이들의 동의를 얻은 경우, ② 신탁증서 또는 법원에서 거래를 허용하는 경우에 한하여 그 거래는 유효하다.⁶⁾ 이상의 요건에 관한 입증책임은 수탁자 측에서 부담한다.⁷⁾

3) Oakley, *Parker and Mellows : The Modern Law of Trusts*, at 346 (8th ed. 2003).

4) *Wright v Morgan* [1926] All ER 201, 205.

5) *Tito v Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 241.

6) Oakley, *supra* note (3), at 347-349.

7) *Tito v Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 241.

공정거래원칙은 수탁자가 위탁자 또는 수익자와 이익이 충돌하는 거래를 하는 경우 그 거래가 ① 수탁자의 지위남용이 아니어야 하고, ② 수탁자가 위탁자 또는 수익자에게 거래에 관한 정보를 완전히 개시하였으며, ③ 거래가 공정하고 성실하게 이루어진 경우라는 요건을 충족한 경우라면 그 거래는 유효하다는 원칙을 말한다.⁸⁾ 이에 관한 입증책임은 수탁자 및 신임의무자가 부담한다.⁹⁾ 그리하여 공정거래원칙은 자기거래금지원칙보다 완화된 원칙이라 할 수 있다.

위 두 원칙은 수탁자는 신탁재산의 관리에 있어 수익자보다 전문지식을 가지고 있는 경우가 대부분이므로 이러한 정보의 우위성을 남용할 위험이 높기 때문에 수탁자와 수익자간의 정보의 차등을 시정하고 수익자의 신뢰를 보호하는 데에 그 목적이 있다. 자기거래원칙은 수탁자가 신탁재산을 매수하는 등 수탁자가 자기의 지위를 남용할 위험성이 높은 경우에 적용되는 한편, 공정거래원칙은 수탁자가 수익자로부터 수익권을 매수하는 경우 등 남용의 위험성이 비교적 낮은 경우에 적용된다.¹⁰⁾ 수탁자가 위 원칙에 위반한 경우 수익자는 선의의 제3자의 이익을 해하지 않는 한 그 거래를 취소할 수 있고, 신탁재산의 반환을 청구할 수 있으며, 수탁자가 거래로 인하여 이익을 취득한 경우 그 이익의 양도를 청구할 수 있다. 다만 합리적인 기간 내에 취소권이 행사된 경우에 한하여 수탁자 및 신임의무자는 소멸시효의 항변을 주장할 수 있다.¹¹⁾

나. 주식회사의 이사에 대한 적용

영국에서 자기거래금지원칙을 주식회사의 이사에 대하여 적용한 시기는 19세기 중반부터이다. 이에 관한 최초의 판례가 1854년의 *Aberdeen Rly. Co. Ltd. v. Blaikie Bros.* 사건이다. 이 사건에서 귀족원은 신임의무를 지고 있는 자는 누구든지 자기가 보호하여야 하는 의무를 지고 있는 자의 이익과 충돌

8) *Tito v. Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 241.

9) *Oakley*, supra note (3), at 349-350.

10) *Megarry/Baker, Snell's Principles of Equity*, at 218 (25th ed. 1960).

11) *Oakley*, supra note (3), at 351-353.

하거나 충돌할 가능성이 있는 개인적인 이해관계가 있는 거래는 허용되지 않는다는 것은 하나의 보편적인 법 원리이다. 이 원리는 매우 엄격하게 적용되는 원칙이므로 거래의 공정 또는 불공정을 제기하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 원고는 해당거래를 당연히 취소할 수 있다고 판시하였다.¹²⁾ 영국의 자기거래금지원칙은 미국법으로 계수되어 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 확대 적용되었다. 이와 같은 엄격한 규제로 인하여 공정한 거래마저 규제됨으로써 회사의 이익을 증진하는 데 어려움이 있었다. 그리하여 미국에서는 19세기 말부터 보다 완화된 공정거래원칙을 채택하는 배경이 되었다.¹³⁾

2. 미국 판례법의 전개

가. 자기거래원칙의 적용

미국의 초기 판례는 이사의 임무는 수탁자의 임무와 동일하다고 보고, 영국으로부터 계수한 자기거래원칙은 이사와 회사 간의 이익충돌거래에 적용하였으며, 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래는 겸임이사의 존재만을 근거로 취소할 수 있다고 판시하였다.¹⁴⁾ 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 대한 자기거래원칙의 적용은 이사가 신임의무자로서의 지위라는 이론적 근거 외에 당시 사회적 배경이 반영된 결과이다. 당시 19세기 후반은 기업결합이 성행하였던 시기였고, 이러한 기업결합에 대하여 사회적 반감이 강력하였으며, 주주보호의 문제보다 경제력 집중에 의한 공공이익의 침해 및 자유경쟁의 저해를 방지하는 문제에 비중을 두고 있었다. 그리하여 판례는 자유경쟁의 저해

12) *Aberdeen Rly. Co. Ltd. v. Blaikie Bros.*, (1854) 1 Macq 461, [1843-60] All ER 249, at 252, 255.

13) 임재연, 미국기업법, 박영사, 2009, 506면 참조 : Marsh, *Are Directors Trustees? : Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Bus. Law, at 35-44(1996).

14) 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 대하여 self-dealing rule을 적용한 초기판례로는 *Saint James Church of Redeemer*, 45 Barb. 356, 31 How. Pr. 381 (N. Y. Sup. Ct. 1865) : *Munson v. Syracuse, Geneva & Corning Ry. Co.*, 103 N. Y. 59, 8 N.E. 355(1886) 등이 있다.

를 방지하기 위하여 자기거래를 금지하는 정책을 채택하였고, 그 이론적 근거를 영국법상의 자기거래원칙에 두고 있었다.¹⁵⁾

나. 절차적 공정성

19세기 말부터 20세기에는 기업사회가 현저하게 발전하였고, 회사 상호간의 결합관계에서 회사 및 주주의 이익보호의 문제가 대두되었다.¹⁶⁾ 그리하여 판례법은 겸임이사가 존재한다는 사실에 기초하여 그 거래를 취소할 수 있다는 태도를 변경하였다. 즉, 판례는 거래에 대하여 이해관계 없는 이사 과반수의 승인이 있는 경우에는 거래가 불공정하지 않는 한 유효하다. 이 경우 겸임이사는 이사회에 성립정족수에는 포함하지만 의결정족수에는 산입되지 않는다고 판시하였다.¹⁷⁾ 이러한 판례법 원칙은 신탁법상의 자기거래원칙을 완화한 것으로서 이사회에 거래와 이해관계 없는 이사가 과반수 이상이 존재하고 있으면, 그 이사들이 거래부터 야기될 수 있는 회사이익의 저해의 위험을 충분히 방지할 수 있다는 점에 근거한 것이다.¹⁸⁾ 그리하여 판례는 “회사를 대표하는 자가 이해관계 없는 자가 있는 경우에는 거래와 이해관계를 가지고 있는 이사가 자신이 알고 있는 모든 사실을 개시하고, 자기의 지위를 이용하지 아니한 상태에서 성실하고 공연하게 회사와 거래를 하고, 그 거래가 회사에 대하여 공정하고 유익하다면 수탁자가 수익자와 직접 거래를 할 수 있는 바와 같이 이해관계를 가지고 있는 이사는 이해관계 없는 이사에 의해서 대표되는 회사와 거래를 할 수 있다.”고 판시하였다.¹⁹⁾ 이와 같은 판례법상 원칙은 자기거래원칙보다 완화된 원칙이기는 하지만 겸임이사가 적어도 어느 일방의 이사회에 과반수를 구성하고 있는 경우에는 겸임이사관계의 존재만으로도 그

15) 이러한 시대적 배경에 대해서는, Note, *The Validity of Contracts Between Corporation and Common Directors*, 51 Harv. L. Rev., at 327, 328(1937).

16) Id. at 328.

17) 대표적인 판례로 *The United States Rolling Stock Co. v. Atlantic and Great Western Railroad Co.*, 34 Ohio St. 450(1878).

18) See Note, *supra* note(15), at 328.

19) 이에 관한 대표적인 판례로 *Tenison v. Patton*, 95 Tex. 284, 293, 67 S.W. 92, 95(1902).

거래를 취소할 수 있다는 점에서 여전히 엄격성이 남아있는 원칙이다.²⁰⁾

다. 거래의 공정성

(1) 공정기준

판례법은 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래를 허용할 필요가 있다는 실무계의 요청에 따라 겸임이사가 이사회와 과반수를 구성하고 있는 경우에도 회사 간의 거래는 당연히 취소되는 것이 아니라는 태도로 전환하였다.²¹⁾ 이 판결에서 겸임이사가 존재한다는 사실만으로 반대주주가 그 거래를 유지할 수 있는 독단적인 권리를 갖는 것이 아니라 법원으로부터 거래에 관한 면밀한 심사를 받아야 하고 또 그 거래에 관한 중요 사실을 개시하여야 할 책임을 회사 또는 거래당사자인 이사에게 부과한다고 판시하였다.²²⁾ 연방대법원은 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래의 필요성과 회사 및 주주보호라는 타협점으로서 겸임이사관계가 있는 거래에 대해서는 법원의 사법심사가 필요하고 그 거래가 불공정한 경우에 한하여 취소할 수 있다는 원칙을 확립하였다.²³⁾ 이처럼 법원의 거래내용에 대한 사법심사를 공정기준(fairness test)이라 부르며, 이것이 현재 판례법상 확립된 원칙이다.²⁴⁾ 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래는 기업결합관계에 있는 회사 사이에 이루어지는 경우가 대부분이다.²⁵⁾ 이처럼 기업집단에 속하는 회사 사이에 거래는 그룹전체의 경영전략으로 차원에서 이루어지는 것으로 이해될 수 있으나, 판례법은 기업집단에 속하

20) Marsh, *supra* note(13), at 40.

21) *Robotham v. Prudential Ins. Co.*, 64 N. J. Eq. 673, 53 A. 842(1903).

22) *Id.*, at 856.

23) *Corsicana National Bank of Corsicana v. Johnson*, 251 U.S. 68, 90(1919).

24) Fletcher는 위와 같은 판례법의 원칙을 설명하면서 겸임이사가 양측 회사를 대표하여 거래를 하는 경우이거나 겸임이사가 양측 회사의 이사회와 과반수이상을 점하고 있는 경우에는 self-dealing rule에 따라 거래가 양측 회사에 공정한지 여부에 관계없이 그 거래를 취소할 수 있다고 주장한다 (Fletcher, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, Vol.3, §961 at 598 (2002)).

25) Brodsky/Adamski, *Law of Corporate Officers and Directors-Rights, Duties and Liabilities*, Chap. 3-page 24 n. 28(1984).

는 회사 간의 거래인지 여부에 관계없이 공정기준을 적용한다.²⁶⁾ 거래의 공정
에 대한 입증책임은 그 거래를 유지하고자 하는 이사에게 있으며, 또한 겸임
이사를 두고 있는 회사 간의 거래에서 그 거래의 완전한 공정에 대한 입증책
임은 겸임이사가 부담한다.²⁷⁾

(2) 주주의 승인 내지 추인

판례법은 거래와 이해관계가 없는 주주에 대하여 회사와 이사 간의 이익충
돌거래에 대한 승인 및 추인을 인정하고 있다.²⁸⁾ 또한 판례법은 주주에 대하
여 이사의 행위가 취소사유에 해당하는 경우에 한하여 의결권의 과반수의 찬
성으로 이를 추인할 수 있다고 판시하고 있다.²⁹⁾ 따라서 겸임이사를 두고 있
는 회사 간의 거래가 불공정한 경우에는 그 거래는 무효가 아니라 취소사유
에 해당하므로 의결권 있는 주주의 과반수의 찬성으로 그 거래를 추인할 수
있다.³⁰⁾ 다만, 거래가 회사재산의 유출이나 증여에 해당하거나 또는 회사의
능력 외의 행위(*ultra vires act*)에 해당하는 경우에는 무효가 되며, 이 경우에
는 총주주의 동의에 의한 추인이 인정된다.³¹⁾

주주의 승인 내지 추인은 거래에 관한 사실이 주주에게 완전히 개시되고,
승인 내지 추인이 공정하게 이루어진 경우에 한하여 그 거래는 유효하게 된
다.³²⁾ 이러한 승인 내지 추인의 효과에 대하여 판례의 견해가 나뉘어 있다.

26) 당사자가 기업결합관계에 있는 회사 간의 거래에 공정기준을 적용한 판례로는 *Geddes v. Anaconda Copper Mining Company*, 254 U.S. 590, 41 S. Ct. 209, 65 L. Ed. 425(1921) ; *Everett v. Phillips*, 288 N.Y. 227, 43 N.E. 2d 18(1941) ; *Levien v. Sinclair Oil Corporation*, 261 A. 2d 911(Del. Ch. 1969) ; *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A. 2d 911(Del. 1983) 등이다.

27) *Geddes v. Anaconda Copper Mining Company*, 254 U.S. 590, 41 S. Ct. 209, 65 L. Ed. 432(1921).

28) 이에 대해서는 *Davis, Approval by Disinterested Directors*, 21 Iowa J. Corp. L., at 215, 216 (1995) 참조.

29) 예컨대, *Aronoff v. Albanese*, 85 A.D. 2d 3, 4, 446 N.Y.S. 2d 368, 369 (N.Y. App. Div. 1982).

30) *Fletcher*, supra note (24) §979, at 629.

31) *Id.*, §982, at 633.

32) *Clark, Corporate Law*, Little Brown Co., at 179(1986).

첫째는 주주는 거래의 효력을 다투는 소를 제기할 수 없다는 판례가 있다.³³⁾ 학설은 주주의 승인 및 추인이 있는 경우에도 채권자는 채권자전체에 대하여 불공정한 거래에 대하여 이의를 제기할 수 있다고 해석한다.³⁴⁾ 둘째는 주주의 승인 및 추인에 의해 거래의 공정성에 대한 법원의 심사가 배제되는 것이 아니라 거래의 공정성에 관한 입증책임이 이의를 제기한 자에게 전환된다는 판례가 있다.³⁵⁾

(3) 정관에 의한 거래의 허용

회사의 정관에 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 대한 주주의 승인에 관한 수권규정을 두는 것이 일반적으로 인정된다.³⁶⁾ 기본정관 또는 부속정관에 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래의 유효성에 관한 이사의 면책규정을 두고 있는 회사가 늘어나고 있는 실정이다.³⁷⁾ 이러한 정관규정의 효력에 대하여 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래가 그 규정에 의해서 당연히 유효한 것이 아니고 법원의 거래의 공정성에 대한 심사가 있어야 한다는 판례도 있고,³⁸⁾ 또 이러한 정관규정은 불성실하게 거래를 한 이사에 대해 면책의 효력을 부여하는 것이 아니라 겸임이사에 대해 불리한 추정을 제한하는 효력을 인정하는 것이라는 판례도 있다.³⁹⁾

(4) 겸임이사의 의무와 책임

판례법은 주식회사의 이사는 회사에 대한 신임의무자로서 회사의 이익을

33) San Diego, Old Town & Pacific Beach Railroad Co. v. Pacific Beach Co., 112 Cal. 53, 44 P. 333, 333-336(1896).

34) Fletcher, supra note (24) §985, at 639.

35) Fidanque v. American Maracaibo Co., 33 Del. Ch. 262, 279, 92 A. 2d 311, 321(1952).

36) Fletcher, supra note(24), §980 at 631.

37) Id. §962 at 606 : Marsh, supra note(13), at 45.

38) Helfman v. American Light and Traction Co., 121 N.J. Eq 1, 187 A. 540(1936) : Abeles v. Adams Engineering Co., N.J. 411, 427, 173 A. 2d 246, 255(1961).

39) Everett v. Phillips, 288 N.Y. 227, 236-237, 43 N.E. 2d 18, 22(1942) : 이 판결에 대하여 학설은 입증책임을 거래에 대하여 이의를 제기한 자에게 전환하는 것이라 해석한다(Marsh, supra note(13), at 45 : Clark, supra note(32), at 177).

위하여 성실하게 행동하여야 하는 의무를 부담한다고 판시한다.⁴⁰⁾ 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래와 관련하여 신임의무를 위반한 경우 그 거래는 불공정한 것으로서 취소될 가능성이 있고, 해당이사는 위 의무위반으로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하며, 취득한 이익을 회사에 반환하여야 하는 의무를 진다.⁴¹⁾ 또한 다수의 판례는 지배회사와 완전종속회사 간의 거래는 겸임이사 및 완전종속회사의 이사는 지배회사 및 다른 주주의 최선의 이익을 고려하여야 하는 충실의무를 부담한다고 판시하고 있다.⁴²⁾

(5) 공정기준에 대한 평가

판례법은 거래의 공정성을 판단할 때에 이사의 성실성(good faith)을 고려하여야 하고, 거래가 기업결합관계가 존재하지 않은 독립당사자간의 거래와 같이 이루어져야 하며, 사기(fraud)의 존재 여부를 고려해야 한다는 태도를 취하고 있다.⁴³⁾ 이러한 판례의 태도에 대하여 학설은 공정성의 개념이 불명확하고, 법원의 판단에서 거래에 관한 사실에 대한 심사가 요구되므로 법원에게 지나치게 광범위한 재량을 부여하고 있으므로 그 거래의 효력에 대한 당사자의 예측가능성을 제공하지 못하는 문제가 있다고 비판하고 있다.⁴⁴⁾ 그리하여 공정성의 개념을 둘러싸고 학설에서 다양한 논의가 진행되고 있다.⁴⁵⁾

40) 예컨대, *Shlensky v. South Parkway Building Corp.*, 19 Ill. 2d 268, 278, 166 N.E. 2d 793, 799(1960) 등.

41) *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 224 N.Y. 483, 121 N.E. 378(1918) ; *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A. 2d 701(Del. 1983)

42) 대표적으로 *Anadarko Petroleum Corporation v. Panhandle Eastern Corporation*, 545 A. 2d 1171, 1174(Del. 1988) ; *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young, L.L.P.* 906 A. 2d 200(Del. Ch. 2006) 등이 있다.

43) 예컨대, *Boston Acme Mines Development Co. v. Clawson*, 66 Utah 103, 240 P. 165(1925) ; *Fidanque v. American Maracaibo Co.*, 33 Del. Ch. 262, 92 A. 2d 311(1952) ; *Corsicana National Bank of Corsicana v. Johnson*, 251 U.S. 68, 64 L. Ed. 141(1919).

44) *Bulbulia/Pinto, Statutory Responses to Directors' Transactions : A Watering down of Fiduciary Standards?*, 53 Notre Dame L. Rev. at 201, 223-225(1977).

45) *Gevurtz, Corporation Law*, at 325-331(2000).

Ⅲ. 미국 제정법상 규제의 확립

1. 캘리포니아주 회사법 등

회사와 이사 간의 이익충돌의 우려가 있는 거래에 대한 규제를 두고 있는 최초의 제정법이 캘리포니아회사법 제820조이다. 이 규정은 다른 주의 회사법에 영향을 준 모델이 되었다고 한다.⁴⁶⁾ 이 규정은 이사와 회사 간의 거래 및 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래를 포괄적으로 규정하는 방식을 취하고 있었고, 델라웨어주 및 뉴욕주 회사법을 포함하여 다른 주회사법은 현재도 이러한 입법방식을 따르고 있다.⁴⁷⁾ 그러나 1967년 캘리포니아주 회사법은 이사가 개인적으로 이해관계를 가지는 거래와 겸임이사가 존재하는 회사 간의 거래를 구분하는 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 동법 제310조는 이익충돌거래를 회사와 이사 간의 거래, 그리고 회사 또는 이사가 중대한 경제적 이해관계(material financial interest)를 가지는 회사 등과의 거래를 규정하고 ((a)), 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래 ((b)항) 로 나누어 규정하고 있다.⁴⁸⁾

46) 이에 관한 내용은 Bulbulia/Pinto, supra note(44), at 204 n. 28 참조.

47) Delaware General Corporation Law §144 (Interested Directors ; Quorum)

(a) 회사와 이사 및 임원 사이, 또는 겸임이사 및 임원을 두고 있는 회사, 조합, 사단 등 사이의 계약 또는 거래는 다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 이사 및 임원이 경제적 이해관계가 있다는 사실, 또는 그 계약 또는 거래를 승인하는 이사회 및 위원회에 참여하여 의결권을 행사하였다는 이유만으로 그 계약 또는 거래가 무효로 되거나 취소할 수 있는 것은 아니다.

(1) 이익충돌거래의 내용의 중요한 내용이 이사회에 개시되거나 알려져 있고, 이해관계 없는 이사의 과반수가 성실하게 거래를 승인한 경우.

(2) 의결권 있는 주주에 대하여 거래의 중요한 내용이 개시되거나 알려져 있고, 의결권의 과반수의 동의로 거래를 승인한 경우.

(3) 거래에 대한 이사회, 위원회 또는 주주총회의 승인이 있을 당시에 거래가 회사에 대하여 공정한 경우.

(b) 겸임이사 또는 이해관계 있는 이사의 의결권은 계약 또는 거래를 승인하는 이사회 의결정족수에 산입할 수 있다.

그리고 뉴욕주 회사법도 이와 유사한 규정을 두고 있다(N.Y. Bus. Corp. Law §713).

48) California Corporation Code §310 (Contract in which Director has Material financial Interest : Validity)

(b)항은 겸임이사관계가 존재한다는 사실만으로 (a)항의 중대한 경제적 이해관계에 해당하지 않는다고 규정한다 [(a)항 단서]. 이와 관련하여 학설은 이사가 다른 회사의 이사가 아니라 거래의 급여를 받고 있는 집행임원인 경우 법원은 해당이사가 회사와 중대한 경제적 이해관계에 있는지 여부를 고려하여야 한다고 해석한다.⁴⁹⁾

계약 또는 거래가 제310조 (a)항 및 (b)항에 해당하는 경우에 다음 3가지

(a) 회사와 1인 이상의 이사 간의 계약 기타 거래 또는 회사와 그 이사가 중요한 경제적 이해관계를 가지고 있는 회사, 조합 또는 사단과의 사이의 계약 기타 거래는 다음 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 이사 또는 관계된 회사 등이 당사자가 되어 있는 것을 이유로 또는 거래 등에 관한 이사회 또는 위원회의 회의에 관계된 이사가 출석하고 있다는 것을 이유로 무효로 되거나 취소할 수 있는 것이 아니다.

(1) 거래와 이사의 이해관계에 관한 중요한 사실이 주주들에게 충분히 개시되거나 알려져 있는 경우 이해관계 있는 이사가 소유하는 주식은 이 사항에 관하여 의결권 행사가 금지된 상태에서 계약 또는 거래가 주주총회에 의하여 성실하게 승인이 이루어 졌거나,

(2) 거래 및 이사의 이해관계에 관한 중요한 사실이 이사회 또는 위원회에서 충분히 개시되거나 알려져 있고, 이해관계 있는 이사의 의결권의 행사를 산입하지 아니 하여도 계약 또는 거래가 성실하게 승인 또는 추인이 이루어졌고, 계약 또는 거래가 승인 또는 추인 당시 회사에 대하여 정당하고 합리적(just and reasonable as to the corporation)이어야 한다.

(3) 계약 또는 거래가 유효하다고 주장하는 자는 그 계약 또는 거래에 관하여 수권, 승인 또는 추인할 당시에 회사에 대하여 정당하고 합리적이라는 점(공정성)을 증명하여야 한다.

단순히 겸임이사라는 사실만으로 중대한 경제적 이해관계를 가지는 것으로 인정되지 않는다. 회사로부터 받고 있는 이사가 다른 회사의 이사, 임원 또는 사용인으로서 고정된 보수를 받고 있다는 이유만으로 거래에 관하여 중대한 경제적 이해관계를 가지는 것으로 보지 않는다.

(b) 1인 또는 수인의 이사가 다른 회사의 이사를 겸임하고 있는 회사 간의 계약 또는 거래에 관하여 수권, 승인 또는 추인하는 이사회 또는 위원회의 회의에 이사가 출석하고 있다는 것을 이유로 그 계약 또는 거래가 무효로 되거나 취소할 수 있는 것이 아니다.

(1) 거래에 관한 중요한 사실 및 이사가 다른 회사의 이사로 되어 있는 사실이 이사회 또는 위원회에 충분히 개시되거나 알려져 있고, 이사회 또는 위원회가 그 계약 또는 거래를 겸임이사의 의결권을 산입하지 아니하여도 나머지 의결권 행사로 성실하게 수권, 승인 또는 추인하거나 그 계약 또는 거래를 주주총회에서 성실하게 승인하거나 또는,

(2) (1)의 규정에 의한 승인을 받지 아니한 계약 또는 거래에 관하여 그 계약 또는 거래가 수권, 승인 또는 추인될 당시에 회사에 대하여 정당하고 상당할 때에 (a)항이 적용되는 계약 또는 거래에는 적용되지 않는다.

(c) 거래와 이해관계를 가지고 있는 겸임이사는 계약 또는 거래를 수권, 승인 또는 추인하는 이사회 또는 위원회의 정족수를 산정함에 있어 출석이사의 수에 산입할 수 있다.

49) Marsh, *Marsh's California Corporation Law*, 4th ed. Vol.1, §1.4 at 11-75-11-76(2000).

면에서 차이를 두고 있다. 첫째, 이해관계 없는 이사의 승인의 효력이 다르다. (a)항에 해당하는 거래에 대하여 이해관계 없는 이사의 승인이 있더라도 거래가 정당하고 합리적이어야 하며, 이에 관한 입증은 원고가 부담한다 [(a) (2)]. 그러나 (b)항의 거래는 이사로부터 주요 사실을 제공받은 이해관계 없는 이사의 승인이 있으면 정상적인 거래와 동일한 효력이 발생한다고 해석한다.⁵⁰⁾ 둘째, 주주가 거래를 승인할 때에 거래와 이해관계를 가지고 있는 이사가 소유하고 있는 주식의 의결권이 산입되는지 여부에 차이가 있다. (a)항의 거래에 대해서는 이러한 의결권은 의결정족수에 산입할 수 없다는 명문의 규정을 두고 있지 않다 [(a) (1)]. 그러나 (b)항에는 이러한 규정을 두고 있지 않으나, 학설은 겸임이사가 소유하고 있는 주식의 의결권을 산입할 수 있다고 해석한다.⁵¹⁾ 그러나 학설은 겸임이사가 소유하고 있는 주식이 발행주식 총수의 과반수를 상회하는 경우에는 (a)항에서와 같이 중대한 경제적 이해관계를 인정될 가능성이 높으며, 이 경우 (a)항 (1)호를 준용하여 해당이사가 소유하는 주식의 의결권은 거래의 승인결의에 있어 산입할 수 없다고 풀이한다.⁵²⁾ 셋째, 거래와 이해관계 없는 이사 또는 주주의 승인을 얻지 않음으로써 거래의 공정성이 문제된 경우 이에 관한 입증책임을 부담하는 자가 다르다. (a)항은 거래의 유효를 주장하는 자가 입증책임을 부담한다고 규정하고 있다 [(a) (3)]. 그러나 (b)항의 거래에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 아니하므로 거래에 대하여 이의를 제기한 자가 해당거래의 정당성 및 합리성을 입증하여야 한다고 해석한다.⁵³⁾

학설은 구 캘리포니아주 회사법을 계수한 제정법은 이사가 부담하는 충실 의무의 내용에 대한 발전은 판례법에 위임하고, 이익충돌거래의 효력을 확보함과 동시에 불공정한 거래로부터 회사 및 주주의 이익을 보호하기 위한 절차를 확립하고 있다고 평가하고 있다.⁵⁴⁾

50) Id. at 11-81 : Bulbulia/Pinto, supra note(44), at 220.

51) Marsh, supra note(49), at 11-81.

52) Id. at 11-81.

53) Id.

54) Gevurtz, supra note(45), at 322.

2. 모범사업회사법

미국법조협회(American Bar Association)는 이사와 회사 간의 거래가 사후에 법원으로부터 거래의 공정성에 대한 사법심사를 받을 가능성이 높고, 효율적인 회사의 사업활동을 보장하기 위하여 모범사업회사법(Model Business Corporation Act) 제8장 F절에서 상세한 정의규정을 두어 법원의 개입에 대비하고 있다. 현재 14개 주 회사법에서 F절의 규정을 채택하고 있다.⁵⁵⁾

가. 이익충돌거래

MBCA §8.60(subchapter definitions) (1)항은 이익충돌거래의 규제대상을 명확히 하고 있다. 즉, 이사가 거래의 당사자이거나 또는 거래에 대하여 이사가 실질적인 경제적인 이해관계를 가지고 있는 경우 [(i)], 이사가 다른 회사 등 이사, 무한책임사원 또는 사용인의 지위에서 거래의 당사자가 되거나, 또는 다른 회사 등과의 거래에 대하여 실질적인 경제적 이해관계를 가지는 경우 [(ii)] 로 나누어 규정하고 있다. 어떠한 경우에도 이사가 회사의 거래에 관여한 시점에서 자기의 이익과 회사의 이익이 충돌된다는 사실을 알고 있는 경우에는 이익충돌거래로서 규제대상이 된다. 다만, (i)호는 이사회에 상정되지 않은 일상적인 거래이더라도 규제대상에 해당하는 거래임에 비하여, (ii)호는 회사에 대하여 중요하지 않는 거래는 그 규제대상에서 제외된다는 점에서 차이가 있다. 이러한 차이를 두고 있는 배경에는 겸임이사를 두고 있는 회사가 시장에서 상품이나 서비스거래와 같은 일상적인 거래가 빈번하게 이루어지고 있다는 점을 고려한 것이라 한다.⁵⁶⁾

나. 절차적 공정성

55) 14개 주 회사법에 대해서는 Model Business Corporation Act(MBCA) Annotated(3rd ed.) vol.2, at 8-395, 8-405, 8-488, 8-495 참조.

56) MBCA Annot, supra note(53), at 385.

MBCA §8.61(judicial action) (b)항은 §8.60 (1)에 해당하는 이익충돌거래일 지라도 일정한 요건을 충족한 경우라면 그 거래는 취소 또는 손해배상청구의 대상이 되지 않는다고 규정한다. 그 요건은 캘리포니아주 회사법규정과 동일하다. 판례법은 이사 또는 주주의 승인을 얻은 거래에 대하여 법원으로부터 공정성에 대한 사법심사가 필요한지 여부에 대하여 태도를 달리하고 있다. 첫째, 제정법상의 규정은 이사의 신임의무를 제한하는 취지는 아니고, 제정법에 따라 승인이 있더라도 이익충돌거래에 대해서는 법원의 공정성에 대한 심사가 필요하다는 판례가 있다.⁵⁷⁾ 둘째, 제정법에 따라 이사의 승인이 있는 경우에도 공정성의 심사가 배제되는 것이 아니라 이익충돌거래가 불공정하다는 점을 원고가 입증하여야 한다는 판례도 있다.⁵⁸⁾ 셋째, 제정법에 따른 승인이 있는 경우 이사의 이해관계의 존재 및 하자는 치유되고 공정기준은 배제된다. 해당거래는 일반적인 거래에서 정도의 심사를 받아야 한다는 판례도 제시되고 있다.⁵⁹⁾

MBCA §8.61은 거래에 관한 이사회 승인이 있으면 사법심사가 배제된다고 규정하고 있으므로 세 번째 판례의 태도와 유사하다. 이와 같은 규정은 거래의 효력을 명확히 하는데 기여하지만, 이사회 승인만으로 사법심사를 배제하는 방법에 대하여 다음과 같은 비판이 있다. 이사회 구성원은 동료이사의 이익충돌거래를 승인함에 있어 그 이사에 유리한 판단을 할 가능성이 높기 때문에 절차적 공정을 확보하는 것만으로 회사이익의 보호에 충분하지 않다고 비판한다.⁶⁰⁾ 위 규정은 승인 당시에 요구되는 개시의 내용 및 그 거래를 승인할 수 있는 이사의 자격을 상세하게 규정하고 있다. 즉, 거래의 승인

57) Remillard Brick Co. v. Remillard-Dandini Co., 109 Cal. App. 2d 405, 418, 241 P. 2d 66, 74(1953) ; Cookies Food Products v. Lakes Warehouse, 30 N.W. 2d 447(Iowa 1988); Fliegler v. Lawlence, 361 A. 2d 218(Del. Supr. Ct. 1976).

58) Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A. 2d 1156, 1169(Del. 1995) ; Kahn v. Lynch Communication Systems, 638 A. 2d 1110(Del. 1994) ; Cooke v. Oolie, C.A. No. 11134, 1997 Del. Ch. LEXIS 92, 34(Del. Ch. 1997).

59) Marciano v. Nakash, 535 A. 2d 400, 405(Del. 1987) ; Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A. 2d 1110(Del. 1994). ; Aronoff v. Albanese, 85 A.D. 2d 368(1982).

60) Kay, *Note & Comment : Director Conflicts of Interests of Interest under the Model Business Corporation Act : A Model for All States?*, 69 Wash. L. Rev., at 207, 227-229(1994).

에 참여할 수 있는 이사는 거래와 관련하여 이해관계를 가지고 있지 아니 하고, 또 의결권의 행사에 영향을 줄 수 있는 친족관계에 있거나 경제상, 직업상의 관계 또는 고용관계에 있지 아니 하는 자라 정의하고 있다 [(d)항]. 주회사법의 적용과 관련하여 관례도 이익충돌의 원인이 되는 이사로 한정하지 아니 하고, 보다 넓게 해당이사과 밀접한 관계에 있는 자를 이해관계 없는 이사의 범위에서 제외시키고 있었다.⁶¹⁾

이사회 승인 당시에 이사개인과 충돌하는 이해의 존재 및 성질, 그리고 이사는 통상 신중한 자가 거래를 계속할 것인지 여부를 판단하는 데에 필요한 중요사항에 관하여 알고 있는 모든 사실을 개시하여야 한다 (§8. 60, (4) (i), (ii)). 그러나 이사가 회사 밖에서 부담하는 의무(예컨대, 변호사 등의 비밀준수의무) 때문에 위 사항을 개시할 수 없는 경우가 있다. 양측 회사에 대하여 이중의 신임의무를 지고 있는 겸임이사의 경우에 이러한 상황이 빈번하게 발생한다.⁶²⁾ 그리하여 §8. 62 (b)항은 이사가 거래에 관한 정보에 대하여 법률상 또는 직업규범상 타인에게 비밀준수의무를 부담함으로써 개시 의무를 이행할 수 없는 경우, 그 이사는 승인결의에서 의결권을 행사하는 이사에 대하여 거래와 관련한 이해관계의 존재 및 성질을 사전에 개시하고, 이사회 결의 및 의결권 행사에 관하여 직·간접적으로 관여하지 않은 경우 이러한 개시는 §8. 62 (a)항에 적합하다. 다만, 이사 또는 이사의 관계인이 거래의 당사자인 경우에는 이 규정은 적용되지 않는다 (§8. 62 (b)항).

주주의 승인은 거래와 이해관계에 있는 이사는 중요 사항을 개시하여야 하고, 주주는 적격주식의 소유자이어야 한다. 적격주식이란 그 거래와 이해관계를 가지고 있지 아니하는 의결권 있는 주식을 말한다. 그리고 이사회 또는 주주의 승인을 받지 못한 경우에는 거래와 이해관계에 있는 이사는 거래의 공정성에 대한 입증책임을 부담하지만, 법원은 거래의 조건, 회사의 이익, 결의 방법 등을 고려하여야 한다.⁶³⁾

61) 예컨대, North Confidence Mining and Development Co. v. Fitch, 58 Cal. App. 329, 208 P. 328(1922) ; Saner v. Fox Hill, Inc., 151 Conn. 437, 199 A. 2d 6(1964) ; Rocket Mining Corp. v. Gill, 25 Utah 2d 434, 483 P. 2d 897(1971) ; Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A. 2d 345(Del. 1993).

62) MBCA Annot., at 8-485.

3. ALI, PCG

가. 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래

ALI, PCG §5.07은 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래와 관련하여 겸임이사는 다음의 경우에 공정거래의무를 부담한다고 규정한다. 즉, ① 겸임이사가 직접적이고 실질적으로 어느 일방회사를 위하여 거래의 교섭에 참가한 경우, ② 거래가 일방회사의 이사회에서 승인되고 타방회사의 이사로서 거래의 승인에 필요한 의결권을 행사한 경우, ③ 적어도 일방회사가 겸임이사의 이해관계인에 해당하고 겸임이사가 그 회사의 재산상 이익을 도모하는 경우에는 그 거래는 §5.02의 자기거래규정의 적용대상이 된다.⁶⁴⁾ ①에서 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래의 교섭에 참가하였는지 여부는 실질적 기준에 입각하여 판단한다. 따라서 이사가 단순히 타방회사에 관한 비공개정보를 개시하지 아니한 일방회사의 전략회의에 출석한 것만으로는 §5.07 (a) (1)의 직접적이고 실질적으로 교섭에 참가한 것으로 인정되지 않는다고 풀이한다.⁶⁵⁾ 그러나 겸임이사가 타방회사의 대표자를 상대로 참가하지 않았더라도 해당이사가 직접 개인적인 관계에 있는 회사의 직원에 대하여 영향력을 행사한 경우에는 직접적이고 실질적으로 교섭에 참가한 것으로 인정된다.⁶⁶⁾

63) MBCA Annot., at 8-401-8-403.

64) American Law Institute(ALI), *Principles of Corporate Governance(PCG)*, §5.07 *Transactions Between Corporations with Common Director and Senior Executives*

(a) A transaction between two corporation is not be treated as a transaction subject to the provisions of §5.02 solely on the ground that the same person is a director or senior executive of the both corporations unless :

(1) The director or senior executive participates personally and substantially in negotiating the transaction for either of the corporations: or

(2) The transaction is approved by the board of either corporation, and a director on the board who is also a director or senior executive of the other corporation casts a vote that is necessary to approve the transaction.

(b) If a transaction falls within subsection (a) (1) or (a) (2), it will be reviewed under §5.02.

65) ALI, PCG §5.07, Comment, at 309-310(1994).

66) Id. at 310.

그리고 ②에서 거래에 대하여 일방회사의 이사회에서 승인이 이루어진 경우와 관련하여 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에 대하여 이사회의 승인을 요구하지 않지만, 그 거래에 대하여 이사회에서 승인을 하고자 하는 때에 겸임이사의 의결권이 필요한 경우에는 자기거래에 관한 §5.02의 적용을 받는다고 규정한다. 이 경우 일방회사의 이사로서 그 거래에 관한 승인을 함에 있어 신중하게 의결권을 행사하여야 하는 의무를 진다. 겸임이사가 승인결의에 참여하지 않는 경우에도 다른 이사에 대하여 거래의 승인을 적극적으로 촉구하는 경우에는 그 정도에 따라 이사가 거래의 교섭에 직접적이고 실질적으로 참가한 것에 해당할 수 있다.⁶⁷⁾

나. 이사와 회사의 거래

ALI, PCG §5.02는 회사와 이사 간의 거래에서 그 이사에 대하여 공정거래 의무를 부여하는 방식으로 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이 점에서 거래의 취소 여부에 관한 요건을 규정하고 있는 주회사법과 다른 특징을 가지고 있다. 위 원칙은 거래조건의 공정과는 별도로 요건으로 회사의 의사결정자의 승인 또는 추인, 그리고 거래에 관한 중요 사실의 개시를 요구하고,⁶⁹⁾ 중요 사실이 개시되지 않은 경우에는 거래가 공정하더라도 취소할 수 있다.⁷⁰⁾ 이처럼 ALI, PCG가 어떠한 경우에 개시를 요구하는 이유는 ① 신탁재산에 관하여 이익충돌거래를 행하는 신임의무자에게 개시의무를 부과하는 신탁의 원칙을 반영한 것이며, ② 개시를 요구하지 아니하고 거래조건의 공정만으로 충분하다는 태도는 그 공정성에 대한 심사가 법원에 맡겨져 있기 때문이라 한다.⁷¹⁾

67) Id. at 310.

68) ALI, PCG §5.02, Transactions with the Corporation

(a) *General Rule.* A director who enters into a transaction with the corporation fulfills the duty of fair dealing with respect to the transaction if :

69) ALI, PCG §5.02. (a) (2) (B) (C).

70) ALI, PCG, at 211 : 개시의 흠결에 근거하여 거래의 취소를 인정하고 있는 주회사법상 판례로는 Talbot v. James, 190 S.E. 2d 759(S.C. 1972) : State ex rel. Haynes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co., 64 Wash. 2d 375, 391 P. 2D 979(1964) 등이 있다.

71) Eisenberg, *Self-interested Transactions in Corporate Law*, 13 J. Corp. L., at 988(1988).

거래에 관하여 이해관계를 가지고 있는 이사에 대하여 다음 세 가지의 요건을 입증할 것을 요구하고 있다. 첫째, 이사는 중요사실의 개시 외에 거래가 당시에 회사에 대하여 공정하다는 점을 입증하여야 한다 [§5.02 (a) (2) (A)].⁷²⁾ 여기서 공정성이란 완전한 독립 당사자 간의 거래기준에 입각하여, 이익충돌거래가 회사의 영업상 반드시 필요한 거래이고, 거래가격은 시장가격에 따라 결정되어야 함을 말한다.⁷³⁾ 둘째, 이사는 거래에 관한 중요사실을 충분히 개시하고 이해관계 없는 이사의 승인 내지 추인을 얻어야 한다 [§5.02. (a) (2) (B) (C)].⁷⁴⁾ 즉, 이해관계 없는 이사의 사전 승인 또는 사후 추인을 얻은 경우 거래가 그 승인 당시에 회사에 대하여 공정하고 합리적인지 여부의 기준에 입각하여 사법심사를 받으며 그 기준의 충족 여부에 관한 입증책임은 이의를 제기한 자가 부담한다 [§5.02. (b)]. 이 기준은 이익충돌거래의 승인에 있어 경영판단원칙에서 상당성기준을 충족하기에는 용이하지 않고, 순수한 공정성 기준(pure fairness test)을 충족하기가 더 용이하다는 점을 배려한 것이라 한다.⁷⁵⁾ 그러므로 ALI, PCG는 이사의 승인 효과에 대하여 거래의 공정성에 대한 사법심사를 완전히 배제하는 입장은 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 셋째, 이사는 거래에 관한 중요사실을 충분히 개시하고 이해관계 없는 주주의 승인 내지 추인을 받아야 한다 [§5.02. (a) (2) (D)].⁷⁶⁾ 이 경우 사법심사기

72) ALI, PCG §5.02. (a) (2) (A) The transaction is fair to the corporation when entered into :

73) ALI, PCG §5.02. Comment, at 219.

74) ALI, PCG §5.02 (a) (2)

(B) The transaction is authorized in advance, following disclosure concerning the conflict of interest and the transaction, by disinterested directors, or who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time of such authorization:

(C) The transaction is ratified, following such disclosure, by disinterested directors who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time it was entered into, <생략> .

75) ALI, PCG, Comment, at 222.

76) ALI, PCG §5.02 (a) (2)

(D) The transaction is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders, and does not constitute a waste of corporate assets at the time of the shareholder action.

준은 회사자산의 유출기준이 적용된다. 여기서 회사자산의 유출이란 통상 건전한 경영판단능력을 가진 자라면 회사가 수령하는 대가가 공정한 교환가치를 반영하고 있다고 볼 수 없는 거래조건을 말한다.⁷⁷⁾

다. 겸임이사의 의무와 책임

겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래에서 §5.02.를 위반한 겸임이사는 그 위반과 회사의 손해 사이의 인과관계가 입증되는 경우 손해배상책임을 부담한다. 원상회복에 필요한 범위 내에서 거래로부터 발생한 이득의 상환의무를 진다 (§7.18. (a)). 거래를 승인한 이해관계 없는 이사에 대해서는 공정거래 의무에 관한 규정은 적용되지 않으며, 이사의 주의의무 및 경영판단에 관한 규정의 적용을 받는다. 따라서 이해관계 없는 이사들이 거래의 승인이 경영판단에 적합한 때에는 아무런 책임을 부담하지 않는다.⁷⁸⁾

IV. 상법상의 규제

1. 상법규정

구 상법 제398조는 이사는 이사회 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제

77) ALI, PCG §1.42. Waste of Corporate Assets

A transaction constitutes a "waste of corporate assets" if it involves an expenditure of corporate funds or disposition of corporate assets for which no consideration is received in exchange and for which there is no rational purpose, or, if consideration is received in exchange, the consideration the corporation receives is so inadequate in value that no person of ordinary sound business judgement would deem it worth that which the corporation has paid.

78) ALI, PCG §7.18. (a) *Except as otherwise provided in §7.19, a defendant who violates the standards of conduct set forth in Part IV, part V, or part VI is subject to liability for the losses to the corporation (or, to the extent that a direct action lies under §7.01., to its shareholders) of which the violation is a legal cause, and, in the case of a violation of the standards set forth part V, for any additional gains derived by the defendant or as associate to the extent necessary to make equitable restitution.*

3자 의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있고, 이 경우 민법 제124조는 적용하지 않는다고 규정하고 있었으나, 개정상법 제398조는 ① 이사 또는 제542조의 8 제2항 제6호에 따른 주요주주(제1호), ② 제1호의 자의 배우자 및 직계존속(제2호), ③ 제1호의 자의 배우자의 직계존속(제3호), ④ 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사(제4호), ⑤ 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 중 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다고 규정하고 있다. 개정법은 구 상법에 비하여 거래에 관한 중요사실에 대한 개시의무를 명시하고, 거래주체를 확대함과 동시에 이사회의 승인요건을 강화하였으며, 거래의 공정성 요건을 추가하였다.⁷⁹⁾

2. 이사회의 승인을 요하는 회사 간의 거래

가. 회사 간의 거래에 관한 규정

상법 제398조 제4호에서 '발행주식 총수 100분의 50 이상을 가진 회사 및 자회사'는 주요주주의 자회사 및 손자회사를 의미하고, 제5호의 회사는 주요주주의 증손회사를 의미한다. 모회사와 자회사 간의 거래에 있어서는 자회사의 입장에서 주요주주인 모회사와 거래하는 것이므로 자회사의 이사회가 그 거래를 승인하여야 하고, 모회사의 입장에서 자회사는 제398조 각 호의 어느 항목에도 해당하지 아니하므로 모회사의 이사회의 승인은 요구되지 않는다. 그

79) 상법 제398조의 개정은 기존의 상법규정으로는 이사의 사익추구를 위한 탈법적인 거래를 규율하는 데 한계가 있었으며, 대기업 오너의 친인척 몰아주기 거래를 규제해야 한다는 사회적 요청이 그 배경이 되었다고 밝히고 있다(법무부, 상법회사편해설, 법무부, 2012, 227-228면 참조).

러나 완전모자회사 간의 거래에는 자회사의 이사회 승인을 필요하다고 해석한다.⁸⁰⁾ 이와 달리 자회사 간의 거래에는 그 자회사들은 제4호의 주요주주가 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사에 해당하므로 양회사의 이사회가 모두 거래를 승인하여야 한다.⁸¹⁾ 그리고 기업집단 소속 계열회사이면서 모회사가 상대방회사의 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 소유하지 않는 회사 간의 거래에 모회사의 이사회 승인은 요구되지 않지만, 그 상대방계열회사의 이사회 승인은 있어야 한다.⁸²⁾

나. 판례의 태도

구 상법과 관련하여 대법원 판례는 “갑, 을 두 회사의 대표이사를 겸하고 있던 자에 의하여 갑회사와 을회사 사이에 토지 및 건물에 대한 매매계약이 체결되고 을회사 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우, 그 매매계약은 이른바 ‘이사의 자기거래’에 해당하고, 달리 특별한 사정이 없는 한 이는 갑회사와 그 이사와의 사이에 이해충돌의 염려 내지 갑회사에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래에 해당하는데, 그 거래에 대하여 갑회사 이사회의 승인이 없었으므로 그 매매계약의 효력은 을회사에 대한 관계에 있어서 무효라고 할 것이다(직접거래).”고 판시하고 있으며,⁸³⁾ 또한 “상법 제398조에서 말하는 거래에는 이사와 회사 사이에 직접 성립하는 이해상반하는 행위뿐만 아니라 이사가 회사를 대표하여 자기를 위하여 자기 개인 채무의 채권자인 제3자와의 사이에 자기개인채무의 연대보증을 하는 것과 같은 이사개인에게 이익이 되고 회사에 불이익을 주는 행위를 포함하는 것이라 할 것이므로 별개 두 회사의 대표이사를 겸하고 있는 자가 어느 일방 회사의 채무에 관하여 타회사를

80) 임재연, 「회사법 II」, 박영사, 2013, 410-411면; 완전모자회사 간의 거래에 상법 제398조가 적용되는지에 관하여 부정적인 견해로는 권운구/이우진, “개정상법상 자기거래규제,” 「BFL」 제61호, 2012, 서울대학교 금융법센터, 61면; 藤川研策, 利益相反去來, 改正會社法の研究, 法律文化社, 1984, 267면; 森光雄, 取締役が事實上の主帝者の地位にある他の會社と利益相反去來に對する規制, 司法研修所論文集 88卷, 1993, 87면.

81) 임재연, 전거서, 411면.

82) 임재연, 전거서, 412면; 森光雄, 前掲論文, 83면.

83) 대법원 1969. 11. 11. 선고 69다1374 판결 : 동 1996. 5. 28. 선고 95다12101, 12118 판결 등.

대표하여 연대보증을 한 경우에도 역시 상법 제398조의 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다(간접거래)."고 판시하고 있다.⁸⁴⁾ 이와 같이 대법원 판례는 겸임대표이사에 의한 회사 간의 거래에서 불리한 입장에 있는 회사의 이사회 승인을 받아야 한다는 태도를 취하고 있으며, 이러한 판례의 태도는 현행 상법 제398조에서도 그대로 적용될 수 있을 것이다.⁸⁵⁾

다. 학설상의 논의

학설 및 판례는 갑회사의 겸임이사 A가 갑회사의 대표이사이면서 을회사의 이사인 경우에 갑회사 간의 거래에 대하여 을회사의 이사회 승인을 받아야 한다는 점에 대해서는 이론이 없다. 그러나 갑회사의 이사회 승인이 있어야 하는지에 관하여 학설상 견해의 대립이 있다. 긍정설에서는 갑회사에 대해서도 거래의 공정을 해할 우려가 있다는 이유로 이사회 승인이 요구된다고 풀이한다.⁸⁶⁾ 부정설은 갑회사의 입장에서 A와 을회사가 동일하다고 볼 수 없다고 설명한다.⁸⁷⁾ 겸임이사가 을회사의 공동대표이사인 경우에 그 대표이사는 을회사의 모든 행위를 대표할 수 있으므로 갑회사 간의 거래에 대하여 을회사를 다른 공동대표이사가 대표하더라도 갑회사의 이사회 승인이 필요하다고 해석한다.⁸⁸⁾ 그리고 평이사를 겸임이사로 두고 있는 회사 간의 거래에 대하여 양회사의 이사회 승인이 필요한지 여부에 관하여 이 경우에도 거래가 불공정할 가능성을 배제할 수 없으므로 승인이 필요하다는 견해와 필요하지 않다는 견해로 나뉘어 있다.⁸⁹⁾

84) 대법원 1984. 12. 11. 선고 84다카1591 판결.

85) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2013, 740면; 임재연, 전게서, 413면.

86) 이철송, 전게서, 740면; 前田雅弘, 取締役の自己去來, 企業の健全性確保と取締役の責任, 有斐閣, 1997, 30-307면.

87) 임재연, 전게서, 414면.

88) 森本磁, 取締役の利益相反去來, 金融法の課題と展望, 日本評論社, 1990, 323면.

89) 긍정설은 이철송, 전게서, 740면; 부정설은 임재연, 전게서, 414면.

3. 거래의 공정성

판례는 겸임이사가 있는 회사 간의 거래가 이익충돌의 우려가 있는 경우에는 불이익을 입을 우려가 있는 회사의 이사회 승인을 받아야 한다고 판시하고 있으며,⁹⁰⁾ 상법은 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다고 규정한다(제398조). 이와 관련하여 이사회의 승인이 있으나 그 거래의 내용이 불공정한 경우에 이사회 승인결의 효력이 어떠한지의 문제가 있다. 판례는 “거래와 관련된 이사는 이사회 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시할 의무가 있고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상 거래로서 이를 허용하는 이사회 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회 승인이 없다고 할 수는 없다.”고 판시한 바 있다.⁹¹⁾ 학설은 이사회 승인 대상인 거래가 유효하려면 절차상 또는 실질적으로 공정해야 하므로 이 두 요건이 동시에 충족되지 않을 경우 해당 거래는 무효라 하는 견해,⁹²⁾ 이사회의 승인은 있었으나 그 거래의 절차와 내용이 공정하지 못한 경우 공정성을 확보하지 못한 데 따른 이사의 책임문제만이 발생하는 것이 원칙이라는 견해,⁹³⁾ 상법상 공정성의 요건은 그 자체로서 특별한 의미를 가진 요건으로 보는 것이 아니라 심사 및 승인 이사들의 성실의무를 주의적으로 확인하는 의미로 보야 한다는 견해 등이 주장되고 있다.⁹⁴⁾

4. 이사회의 승인의 효과

겸임이사가 있는 회사 간의 거래가 성립되기 위해서는 그 거래로 인하여 불

90) 대법원 1996. 5. 28. 선고 95다12101, 12118 판결.

91) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

92) 이철송, 전거서, 745-746면 : 임재연, 전거서, 423-425면.

93) 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2012, 1020-1021면 : 천경훈, “개정 상법상 자기거래제한규정의 해석론에 관한 연구, 「저스티스」 통권 제131호, 2012, 85면.

94) 권윤구, 「주식회사법대계(Ⅱ)」, 법문사, 2013, 710면.

이익을 입을 우려가 있는 회사의 이사회로부터 사전승인을 받아야 한다(상법 제398조). 학설은 이사회의 승인은 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래의 제한을 해소하기 위한 요건일 뿐, 그 거래 자체에 효력을 부여하거나 또는 승인이사의 책임을 면제하는 효력이 있는 것은 아니라 이해하고 있다.⁹⁵⁾ 이와 달리 이사회의 승인이 있으면 거래는 유효하나 이사들이 책임을 면하기 위해서는 거래내용의 공정성에 대한 임무해태가 없었음을 입증하여야 한다는 입증책임의 요건으로 풀이하는 견해도 있다.⁹⁶⁾

5. 주주총회의 승인 여부

상법 제398조는 이사 등과 회사 간의 거래는 이사회의 3분의 2 이상의 수로써 사전승인을 받도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 정관의 규정에 의해 주주총회의 결의사항으로 할 수 있는지 여부가 문제로 된다. 판례와 일부 학설은 이를 긍정하는 견해도 있으나,⁹⁷⁾ 주주의 의무와 책임을 규정하고 있지 아니 하는 우리 상법아래에서는 주주총회의 승인에 대하여 책임추궁이 불가능하다는 이유로 부정하는 견해도 있다.⁹⁸⁾

V. 결론

상법 제398조는 이사 등과 회사 간의 거래에 대하여 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다고 규정함으로써 공정거래기준에 입각하여 입법을 하고 있다. 우리 기업현실이 대부분 회사가 하나의 기업집단을 형성하고 있다는 점을 고려하여, 제398조는 제4호 및 제5호에서 이사 또는 주요주주와 관련이 있

95) 이철송, 전게서, 745면 : 임재연, 전게서, 421면.

96) 吉原和志, 利益相反去來にもとづく取締役の責任, 法學 第67卷 6号, 2003, 109面.

97) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4291 판결 : 송옥렬, 전게서, 1016면 : 최기원, 「회사법」, 박영사, 2012, 676면.

98) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2012, 972면 : 이철송, 전게서, 744면 : 임재연, 전게서, 417면.

는 회사 간의 거래로 인한 이익충돌의 가능성을 방지하기 위하여 그 거래에 대하여 이사회와 승인과 거래의 공정성을 요구하고 있다. 그리고 판례는 겸임 대표이사를 두고 있는 회사 간의 직접거래 내지 간접거래에 대하여 그 거래로 인하여 불이익을 입을 우려가 있는 회사의 이사회와 승인이 필요하다고 판시하고 있다. 위와 같은 상법 및 판례의 태도에 비추어 보면, 인적결합관계에 있는 회사 간의 거래에서 이익충돌을 방지하고 회사 내지 주주, 또는 회사채권자의 이익을 보호하기 위해서는 그 거래의 공정성을 확보하는 방안을 마련하는 것이 중요한 과제이다.

미국에서는 이사와 회사 간의 거래에서 그 거래의 공정성을 확보하는 방법으로 회사내부절차에 의한 공정성을 확보하는 방안과 법원의 사법심사를 통한 거래의 공정성을 확보하는 방안을 절충하는 태도를 취하고 있다. 미국의 제정법은 이사와 회사 간의 거래와 겸임이사가 있는 회사 간의 거래에서 그 이익충돌의 위험성에 따라 거래의 공정성을 확보하는 방안을 구분하여 입법하고 있다. 우리 상법 제398조에서도 이사 또는 주요주주와 회사 간의 거래를 규제하는 데에 중점을 두고 있다. 그리고 제4호 및 제5호에서 이사 또는 주요주주 등과 일정한 주식소유관계에 있는 회사 간의 거래를 규제대상으로 포함시키고 있으나, 겸임이사를 두고 있는 회사 간의 거래를 규제할 수 있는 직접적인 규정은 두고 있지 않다. 특히 기존의 판례법과 제정법을 집대성한 ALI, PCG는 제5.07조에서 겸임이사가 있는 회사 간의 거래에 대하여, ① 겸임이사가 실질적으로 일방회사를 위하여 거래의 교섭에 참가한 경우, ② 거래에 대하여 일방회사의 승인이 이루어지고 겸임이사가 타방회사의 이사회와 승인의결 의에서 의결권을 행사한 경우, ③ 적어도 일방회사가 겸임이사의 이해관계인에 해당하고 겸임이사가 일방회사의 이익을 도모하는 경우 그 거래는 제5.02조의 자기거래규정의 적용대상이 된다는 규정을 두고 있다는 점에서 기존 판례법과는 차이가 있다. 그리고 ALI, PCG는 겸임이사가 있는 회사 간의 거래절차와 관련하여, 첫째, 겸임이사는 거래에 관한 중요사실을 개시하여야 하는 의무를 지고 또한 거래가 회사에 대하여 공정하다는 점을 증명하여야 한다. 거래의 공정성은 독립당사자 간의 거래기준, 거래의 필요성과 가격의 객관성에 의해서 확보되도록 하고 있다. 이를 증명하지 못하면 그 거래는 취소될 수

있다. 둘째, 위 요건을 충족한 경우에 거래와 이해관계 없는 이사의 승인이나 추인이 있어야 하고, 이의를 제기한 자는 이사회 승인 내지 추인 당시에 거래의 공정성과 합리성을 증명하도록 그 책임을 전환하고 있다. 셋째, 둘째절차와 선택적으로 거래와 이해관계 없는 주주의 승인 내지 추인을 받도록 하고 있다. 이 경우 기존 판례법에서 확립하고 있는 회사자산의 유출(waste of corporate assets)기준에 의하여 거래의 공정성을 판단하도록 한다. 이사 또는 주주의 승인절차에서 겸임이사에 대하여 그 거래의 공정성에 대한 입증을 강제하고 있다. 최종적으로 거래의 공정성 여부는 회사자산의 유출의 기준에 입각하여 판단한다.

이와 달리 상법 제398조는 겸임이사에 의한 회사 간의 거래에 관한 규정을 명문화하고 있지 않다. 다만, 구 상법 제398조와 관련하여 판례가 겸임대표이사에 의한 회사 간의 거래는 자기거래에 해당한다고 판시하고 있을 뿐이다. 미국의 판례법 및 ALL, PCG가 밝히는 바와 같이 겸임이사가 있는 회사 간의 거래에서 핵심은 거래의 공정성을 확보하는 문제이다. 우리 기업현실이 다수 계열회사로 구성된 대규모기업집단으로 형성되어 있고, 이른바 경영자총회의 결정에 따라 계열회사 간의 거래가 이루어지고 있다는 점을 고려하면, 이사회 승인만으로는 거래의 공정성을 담보할 수 없는 것이 현실이다. 경영자총회를 사실상 지배하고 있는 지배주주의 지시에 따라 계열회사 간의 거래가 이루어지는 경우 그 거래로 인하여 손해를 입은 계열회사가 지배주주에 대하여 직접 책임을 물을 수 있는 길은 마련되어 있지 않다. 이 경우 상법 제398조와 관련하여 계열회사의 이사로 하여금 불공정한 거래를 방지하도록 하는 규정을 신설할 필요가 있다. 이러한 입법에 근거가 될 수 있는 규정이 ALL, PCG §5.07이다. 이러한 입법이 이루어지면, 경영자총회 내지 지배주주가 불공정한 거래를 요구할 경우 계열회사의 이사들이 이를 거절할 수 있는 법적 근거를 제공하게 될 것이며, 이를 승인한 이사들에 대한 책임추궁의 근거를 명확히 하는 효과가 있을 것으로 기대한다.

참고문헌

- 권윤구, 주식회사법대계(Ⅱ), 법문사, 2013.
법무부, 상법회사편해설, 법무부, 2012.
송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2012.
이철송, 회사법강의, 박영사, 2013.
임재연, 회사법 Ⅱ, 박영사, 2013.
_____, 미국기업법, 박영사, 2009.
정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2012.
최기원, 신회사법론, 박영사, 2012.
권윤구/이우진, 개정상법상 자기거래규제, BFL 제61호, 서울대학교 금융법센터, 2012.
천경훈, 개정 상법상 자기거래제한규정의 해석론에 관한 연구, 저스티스 제131호, 한국법학원, 2012.
前田雅弘, 取締役の自己去來, 企業の健全成確保と取締役の責任, 有斐閣, 1997.
森本磁, 取締役の利益相反去來, 金融法の課題と展望, 日本評論社, 1990.
森光雄, 取締役が事實上の主帝者の地位にある他の會社と利益相反去來に對する規制, 司法研修所論文集, 第88卷, 1993.
清水丹香, 兼任理事を有する會社間の去來, 第158卷 第4号, 京都大學法學會, 2005.
- ABA, Model Business Corporation Act Annotated, Vol. 2. 1999.
American Law Institute, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, 1994.
R. C. Clark, Corporate Law, Little Brown Company, 1986.
F. A. Gevurtz, Corporation Law, West Group, 2000.
A. J. Oakley, Parker and Mellows : The Modern Law of Trusts, 8th ed. 2003.
H. Marsh Jr, Marsh's California Corporation Law, 4th ed. Vol. 1. 2000.

- _____, Are Directors Trustees? : Conflict of Interest and Corporate Morality, 22 Business Law, 1996.
- W. M. Fletcher, Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, Vol. 3, 2002.
- E. Brodsky/M. P. Adamski, Law of Corporate Officers and Directors-Rights, Duties and Liabilities, 1984.
- K. Davis Jr, Approval by Disinterested Directors, Iowa Journal of Corporation Law, 1995.
- A. Bulbulia/A. R. Pinto, Statutory Responses to Directors' Transactions : A Watering down of Fiduciary Standards?, 53 Notre Dame Law Review 1977.
- J. Kay, Note & Comment : Director Conflicts of Interests of Interest under the Model Business Corporation Act : A Model for All States?, 69 Wash. L. Review 1994.

[Abstract]

**A Study on the Regulation of the transactions corporations
with common directors in the U. S.**

Huh, Duk-Hoi
Konkuk University

At the Late 1880s, a number of courts took a very simple minded approach : any contract in which one or more directors had a conflict-of-interested was voidable if any shareholder objected in the U. S. By 20th Century, this sort of absolute prohibition faded away. This occurred in two

stages. In the first, numerous courts began to uphold conflict-of-interest transactions so long as the transaction met both of two requirements: (1) directors, who had no personal financial stake in the deal disinterested directors approved the contract, and (2) the contract was fair to the corporation. The conjunctive requirement of approval by disinterested directors and a finding of fairness turned out to be only a way station before another approach.

Most state legislatures have enacted, as part of their corporations statutes, special provisions dealing with conflict-of-interest transactions. California, in 1931, was the first state to adopt such a special provision. The idea spread to other corporations statutes, including Delaware's and Model Act. These conflict-of-interest statutes vary in a number of particulars. Nevertheless, their overall approach follows the pattern set by original California provision. Essentially, these statutes state that conflict-of-interest transactions—which, the statutes define in greater and lesser detail—will not be void or voidable because of conflict, so long as the transaction meets one of three conditions. These three options to save the transaction are : ① Approval by disinterested directors, ② Approval by the shareholders, ③ Proof that the transaction is fair. The third option, fairness, is the approach which judicial doctrine had evolved into using to deal with conflict-of-interest transactions.

Courts had also looked to approval by disinterested directors at one point in the evolution of judicial doctrine. There is a critical difference, however, between the language of these statutes and this earlier judicial approach. The statutes refer to disinterested director approval as an alternative to fairness; whereas the earlier judicial approach had required both director approval and fairness to save the transaction. The statutes also incorporate the alternative of shareholder approval. Prior judicial doctrine had been hazy on the impact of shareholder approval of a conflict-of-interest transaction.

While the three options in these statutes have judicial antecedents, there

is a broader logic to the statutory approach. Keep in mind that the fundamental problem with conflict-of-interest transactions is that we do not trust individuals with a personal financial stake at odd with the corporation's interest ahead of their own. If a problem is a lack of trust, one solution is to find someone we can trust to review the transaction. We can view each of the three options listed by the conflict-of-interest statutes as pointing to a different party who can fill this role. This party can be the disinterested directors, the shareholders or, under the fairness test, the court.

American Law Institute in according to statutes and common law, proposed that regulation of transactions between corporations with common directors in §5.07. Under §5.07, if a common director participates personally and substantially in negotiating a transaction on behalf of one corporation, the transaction will be treated as a transaction subject to §5.02, and the corporation on whose behalf he negotiates will be treated in the same manner as if it were the director. Under such circumstances, as provided in §5.02, by disinterested directors or authorized in advance by a superior, or authorized in advance or ratified by disinterested shareholders, of the other corporation, following disclosure of the conflict of interest, the burden will be on the corporation for whom he negotiated to prove that the transaction was fair to the other corporation.

In this article, propose that statutes provision on corporation act in Korea same as ALI, PCG § 5.07. transactions between corporations common directors.

Key words : transactions between corporations with common directors,
common directors, conflict-of-interest transaction, approval of
disinterested directors, approval of shareholders, fairness test

