

韓国法における利益相反取引の制限*

Legal Issues of Self-dealing under the Commercial Act

金省和**
Kim, Sung-Hwa

目次

- I.はじめに
- II. 2011年商法改正の背景と内容
- III. 利益相反取引の制限に関する問題点
- IV. 結びに代えて

국문초록

기업의 경영현실에서 지배주주 및 특수관계인의 사익추구행위는 빈번하게 발생하지만, 종래 회사법에서는 이러한 지배주주 등의 이익충돌행위를 규제하기에는 한계가 있었다. 이에 따라 2011년 한국의 개정상법은 자기거래 제한의 적용대상을 이사뿐만 아니라 주요주주와 그 특수관계인까지 확대하고, 절차적 요건으로서 이사회 의 승인요건을 강화하였으며, 실질적 요건으로서 공정성요건을 명문화하였다. 그동안 대륙법계의 국가인 독일과 일본 등에서 지배주주 등의 사익추구행위를 규제하기에는 한계가 있었다는 점을 고려하면, 2011년 개정상법은 미국 회사법의 논의를 구체적으로 반영함으로써 회사의 내부통제를 강화하

논문접수일 : 2017. 03. 17.

심사완료일 : 2017. 04. 19.

게재확정일 : 2017. 04. 19.

* 이 글은 필자의 박사학위논문인 김성화, “상법상 자기거래 제한에 관한 연구” (한양대학교 박사학위논문, 2013) 중 내용 일부를 정리한 것이다.

** 법학박사 · 제주대학교 법과정책연구원 전임연구원

고, 회사(주주)의 이익을 보호하고자 하였다. 특히 실질적으로 이사의 자기거래 이면서도 형식적으로 상법 제398조에 해당하지 않아서 그동안 규제할 수 없었던 각종 탈법행위를 규제한다는 측면에서 타당성이 있다. 하지만 상법 제398조가 충분히 논의되지 않은 채 개정됨에 따라 법기술적인 오류 등이 발생하고 있으므로 이 글에서는 그 개정배경과 문제점을 구체적으로 검토한 후, 이에 대한 입법론적 개선안을 다음과 같이 제시하였다. 첫째, 주요주주의 정의에서 추상적이고 모호한 개념인 사실상 영향력의 범위와 판단기준을 명확히 규정할 필요가 있다. 둘째, 이사와 마찬가지로 주요주주나 특수관계인도 개시의무 및 공정성 준수 의무를 부담함에도 불구하고, 상법상 이를 위반한 경우의 손해배상책임에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있으므로 근거규정을 신설하여야 한다. 셋째, 특수관계인의 범위와 이사회 결의요건이 상장회사에 관한 특례규정인 제542조의 9보다 과도하게 확대됨에 따라 양 규정간의 불균형이 발생하므로 법체계상 이를 조화롭게 개선할 필요가 있다.

주제어 : 자기거래, 지배주주, 특수관계인, 특별결의요건, 실질적 공정성

Ⅰ.はじめに

会社が支配株主との取引を行う場合には、支配株主がその支配力の下に自己の利益を図り会社の利益を害する危険がある。日本の会社法356条1項2号、3号の利益相反取引規制は、あくまでも取締役に対する規制であるため、支配株主が取締役の地位を有しているが、親子会社で取締役を兼任する場合でない限り、同条の規制は及ばない¹⁾。しかし、2011年韓国の商法改正においては、利益相反取引の制限の適用対象者を取締役だけでなく、主要株主やその特殊関係者にまで拡大し、取締役会の手続き承認の要件を強化し、実質的公正性の要件等が導入された²⁾。改正商法398条の規定は、取締役や主要株主が自己の利益のために取

1) 野口葉子『実務家のための取締役の競業取引・利益相反取引規制 [第2版]』101頁(商事法務、2015年)。

締役や主要株主、又は彼らの親戚と姻戚や彼らが設立した個人会社などを利用し会社と取引する場合、実質的には利益相反取引に該当するが、形式的には当該取引に属さないため、これまで規律できなかった各種の脱法行為を規制している。また、商法上取締役会の事前承認と実質的公正性を導入することにより、会社の内部的な統制を強化して利益相反取引で実質的に会社の利益を保護するための立法と評価されている。しかし一方で、十分な論議がなされることなく同条が改正されたことによって、多くの批判が提起されている。

本稿では、利益相反取引の制限に関する商法398条の改正背景と主要内容を確認し、商法398条の利益相反取引の制限規定に関して適用対象範囲の拡大、取締役会の承認の要件と実質的公正性の要件関連の問題点、および上場会社の特例規定との重複規制と規制範囲の衡平性問題等を検討する。また、これらの問題点を解決するための立法論的改善策を提案する。

II. 2011年商法改正の背景と内容

1. 改正の背景

(1) 適用範囲の限界

株式会社とその取締役との関係は、一般的に委任に関する規定による。取締役は、善管注意義務と忠実義務を負担するために会社との取引で、会社の利益を犠牲にして自己の利益を追求してはならない³⁾。利益相反取引は、取締役や主

2) 韓国では2011年4月14日に商法改正が行われ、2012年4月15日から施行されている。今回の商法改正は、1962年新商法の制定以来、最大規模の改正といえる。法務部は、「企業を運営しやすい国を作ること」という目標の下、経営の便宜のための新しい制度を多数新設し、企業に最大限の自律性を付与した。改正条文だけでも250条に至るなど大規模な改正であったため、立法までは難航を極めた。

3) Robert W. Hamilton · Richard D. Freer, *The Law of Corporations*, West (2011), pp. 174-175.

要株主等が自己又は第三者の計算において会社を相手方としてする財産上の法律行為である。取締役等が当事者として(自己のために)、又は他人の代理人として(第三者のために)、会社と取引をする場合には、その取引につき重要な事実を開示し取締役会の承認を受けねばならない。利益相反取引の規制は、危険性に鑑み予防的、形式的に設けられたものであり、それ以外の取引についても、会社を代表する取締役が会社の利益を犠牲にして相手方の利益を図る行為をすれば、忠実義務違反の責任が生じ得る⁴⁾。つまり、利益相反取引の規制は、取締役の忠実義務の具体的な内容を成しているだけであり、取締役に新たな義務を課すことはない。そして、取締役が会社の利益に反して、自己又は第三者の利益を図る懸念があるため、これを防止することに利益相反取引の規制の目的がある。

2011年改正前商法398条では、利益相反取引の制限の適用範囲に取締役だけが規定されていたために、会社と利益相反取引を行っている場合、取締役以外に主要株主や特殊関係者が、同条の適用対象の範囲に含まれていなかった。取締役だけでなく、主要株主や特殊関係者も会社と取引を行っている場合、自分の地位を乱用し会社の利益を害して自己の利益を取ることができ、会社の取引相手として、取締役の利益相反取引と同様の危険性を持っているため、会社と主要株主やその特殊関係者との取引も規制の必要性があった⁵⁾。また、主要株主や特殊関係者は会社の業務執行機関でないために、会社と利益相反取引をし、会社に損害が生じたにも関わらず、改正前商法上、支配株主や特殊関係者にその取引の効力を否定すること以外には何の責任も負わすことができなかった。特に、支配株主や実質的な影響力をもった者等による業務執行指示は、通常非公式的に隠密に行われるため、支配株主などの影響力行使を立証し、法的責任を負わすことには限界があった⁶⁾

4) 江頭憲治郎 『株式会社法 [第6版]』 439頁 (有斐閣、2016年)。

5) 李哲松 『会社法の講義 [第23版]』 743頁 (博英社、2015年)。

6) したがって、1998年改正商法は、会社の意思決定に関与する支配株主や実質的な影響力を持った者に対して、その影響力に相応する責任を問うため、「業務執行指示者等の責任」の規定を新設した(401条の2)。この法が導入されたことによって、このような支配株主等について責任の追及が可能になったが、依然として支配株主等に対する実質的な規制が行われていない。

(2) 取締役会の承認の形式化

改正前商法では、利益相反取引に関して単に「取締役会の承認」と規定することによって、解釈上事前承認だけでなく事後承認がなされた場合にも取引が有効なものとしたため、取締役会の承認は形式的な承認にすぎない場合が多かった。特に、主要株主や実質的な影響を持った者により取締役会の事後承認が増加することによって、このような承認を制限する必要があった。また、取締役会の承認を決議する場合、その取引に関する情報が十分に開示されず、取締役会の承認はかなり形式的であった。特に、改正前商法398条で、その取引に関して取締役会の承認を要求した理由は、取締役の権限行使によって会社との利益相反の懸念がある場合に、取締役会がそれを調整するためであった。改正前商法では、このような取締役会の承認という牽制手段をもって、利益相反取引による弊害を予防する方法を取っていた。しかし、主要株主や直接的には会社の業務に関与していない実質的な影響力を持った者によりその取引が行われた場合には、取締役会がこれを直接的に統制するには限界があった⁷⁾。これは取締役会に出席する取締役の地位と補償が支配株主の影響力の下に置かれていたため、主要株主等の業務執行に関する指示を取締役が避けられなかったためである。

なお、改正前商法は、利益相反取引の有効要件として取締役会の承認のみを規定したために、取締役会の承認を得れば取引が不公正であっても取引の効力には影響を及ぼさなかった。若し取締役が他の取締役たちへの影響力を行使し、取締役会で問題となった不公正な取引を承認するようにした場合、取締役会の承認があるという事実だけで利益相反取引が有効と見なされるのであれば、これは取締役会の承認を得るよう規定した商法398条の立法趣旨に反することで、実質的に会社の利益を保護することが不可能となる。したがって、取締役会の承認のほかに利益相反取引の制限に関する実質的な統制案が要求された⁸⁾。

7) 取締役と会社との間の取引のみならず、主要株主と会社との間の取引も非通例的な条件で行われることが同程度ありえるのであれば、「主要株主と会社との間の取引」は「取締役と会社との間の取引」と同様の規律に服させることが穏当なのではないかという疑問も生じてくる(弥永真生「株主に対する貸付け」『企業法・金融法の新潮流』148頁(商事法務、2013年)。

8) 林在淵『会社法Ⅱ』423-425頁(博英社、2013年)。

2. 改正の内容

(1) 主要株主と特殊関係者の導入

商法は、主要株主や特殊関係者を利益相反取引の制限の適用対象者に含めているが、会社の内部者ではないため、原則的に主要株主等の行為は利益相反取引と認められない。近年、大規模な系列会社の内部取引や支配株主の家族による利益相反取引が急増し、その取引が会社の利益を犠牲にする可能性が高いために、商法上、主要株主等の取引を制限する必要が出てきた。したがって、2011年改正商法は利益相反取引の制限の適用範囲に主要株主やその特殊関係者を含めた⁹⁾。米国会社法でも、利益相反取引の制限の適用対象を従来の取締役に限定していたが¹⁰⁾、支配会社と従属会社との間に兼任取締役がいる場合、それぞれの会社について負担する忠実義務が相互衝突し、利益相反取引の制限の適用範囲が拡大された¹¹⁾。商法上その適用範囲を拡大した理由は、米国の法律協会(American Law Institute)の「会社支配構造の原則」(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations) 5.10条において、取締役以外に、支配株主と会社との取引を規律しており、これによるものとしている¹²⁾。

商法は、主要株主の定義に関して上場会社の特例規定542条の8第2項6号の概念を援用している。つまり、主要株主とは誰の名義であっても、自己の計算において議決権のある発行株式総数の100分の10以上を所有するか、あるいは取締役、監査役の選任及び解任などの重要な経営事項について事実上の影響力を行使する株主をいう。このような主要株主には、個人株主だけでなく法人株主も含

9) 法務部 『商法会社編解説』 228-230頁 (2012年)。

10) 江頭憲治郎 「会社の支配従属の関係と従属会社の保護(2)」 法学協会雑誌97巻2号148頁 (1980年)。

11) American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated Vol. 3 1142 at 42-43.

12) 米国の法律協会の会社支配構造の原則は、利益相反取引に関して取締役と会社との間の取引だけでなく、主要株主と会社との間の取引として支配従属会社との間の取引について独自の規定を置いている。また、その制限の内容も一般的な取締役と会社との間の取引よりはるかに厳格に規律している(The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Vol. I, Parts I - VI, § § 1.01 - 6.02, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1994, at 326 § 5.10 (Comment A))。

まれる。ここでいう100分の10という数値は、株式が広く分散された上場会社で100分の10程度の株式を保有する者であれば、会社に対する影響力を行使し、会社の内部情報を簡単に得ることができる地位に該当するという¹³⁾。そして、会社の主要な経営事項について、事実上の影響力を行使する株主は、議決権のある発行株式総数の100分の10未満を保有していても主要株主になる¹⁴⁾。事実上の影響力を行使する株主は、株式の10%未満を保有しても主要株主になる恐れがあるため、大規模企業集団の出資構造を勘案すれば、その意味はかなり大きい。特に、事実上の影響力を行使する株主は、1つの株式だけを所有しても主要株主になるために、その概念を理解するためには事実上の影響力を行使するかどうかを判断しなければならない。

また、商法398条は、取締役または542条の8第2項6号による主要株主(1号)を除いて、2号から5号に該当する者たちを親族関係と出資関係にある個人と法人との特殊関係者として分けて規定している。具体的には、i) 取締役または主要株主の配偶者及び直系尊属、直系卑属(2号)、ii) 取締役または主要株主の配偶者の直系尊属、直系卑属(3号)、iii) 1号から3号までの者が、単独または共同で議決権のある発行株式総数の100分の50以上を有する会社、及びその子会社(4号)、iv) 1号から3号までの者が、4号の会社と合わせて議決権のある発行株式総数の100分の50以上を有する会社(5号)である。ここで支配構造の歪曲や資本充実の問題が発生することもあるために、子会社の親会社株式取得の禁止(342条の2第3項)と同様に、取締役等と会社との取引の制限では、所有または支配の基準を100分の50以上と規定している。

(2) 取締役会の承認要件の強化

商法は、利益相反取引の制限の適用対象者が、取締役会の承認を得るため

13) Reliance Electric Co. v. Emerson Electric Co., 404 U. S. 418, 92 S. Ct. 596, 30 L. Ed. 2d 575 (1972)。

14) ここで「100分の10」という数値は、株式が広く分散された上場会社で10%程度の株式のものなら、会社に対する影響力を行使して内部情報を簡単につかめるということからその妥当性を見出すことができる(李・前掲注5) 452頁)。

に、事前にその取引に関する重要な事実を取締役に開示するよう要求している。このような情報の開示義務は従来の通説として、改正商法では、この義務を明文化したものである。ここで取締役等が、取締役会の承認前に開示しなければならない重要な事実とは、取引に関する適用対象者間の利害関係と取引の重要な情報等である。重要事実の判断基準では、特別な利害関係がない取締役が開示すべき情報を知っていたなら、当該取引を承認しなかったか、少なくとも同条件で取引を承認することはなかったかどうかの判断基準が重要な取引条件を意味するものと解釈される。さらに、改正商法は、利益相反取引に関する取締役会の承認を「事前承認」に限っているが、改正前商法では、単に「取締役会の承認」と規定したために、事前承認だけでなく、事後承認がなされた場合にもその取引が有効と認められ¹⁵⁾、商法398条の実効性の確保が制限された。したがって、現行商法では、会社と取締役等との間の取引に関して取締役会の事前承認だけを認め、事後承認を認めていない。

また、商法は、取締役会の決議要件を在籍取締役3分の2以上の承認で規定しているが、この規定は、取締役会決議の一般的要件である在籍取締役の過半数の出席と、出席の取締役の過半数の賛成という規定に対する重大な例外である¹⁶⁾。2011年改正商法は、利益相反衝突取引をより厳しく排除するために、商法398条の利益相反取引だけでなく、商法397条の2の「会社機会の流用」関連取締役会の決議要件を強化している¹⁷⁾。なお、商法は、利益相反取引に関する承認機関として取締役会を規定しているので、株主総会によって取締役や主要株主などの利益相反取引を承認できない。ただ、取締役会がない小規模会社の場合には、商法は例外的に株主総会の決議によりこれに代えるようにしている(383条4項)。そして、商法は、取締役会の個別承認を認めており、包括的承認は許さない。通説は、反復的に行われる同種および同型の取引については、期間や限度な

15) 最高裁2007年5月10日宣告2005タ4284判決。

16) 沈滌 「改正商法上取締役の義務と責任に関する小考」 経営と法律21集4号223頁(2011年)。

17) 2011年商法の改正に関する国会法制司法委員会の議論過程で、会社経営の透明性の強化が切実だという点において従来とは異なり取締役等と会社間の取引に関する取締役会の承認の要件を強化した(具承模「商法会社編の立法過程と今後の課題」先進商事法律研究 55号 121-122頁(法務部、2011年))。

どを決めて、合理的な範囲内で取締役会の包括的承認が可能とされる。

(3) 実質的公正性要件の新設

商法は、手続き的な要件として「取締役会の承認」以外に実質的要件として「取引の公正性」を追加している。したがって、利益相反取引の制限について取締役や主要株主等が自己又は第三者の計算で会社との間で不公正な取引を行う場合、会社に対する利益の侵害の危険を防止するために、手続き要件として取締役会の承認をはじめ、実質的要件として取引の公正性を規定している。商法は、利益相反取引に関する実効性を確保するために、米国の判例法上の「公正性要件」を導入している。特に、デラウェア州最高裁判所のWeinberger判決では、公正性要件は、取引の手続き公正性と実質的公正性を含めた概念である」と判示した¹⁸⁾。このような公正性要件は、一般的に独立した当事者間の取引(*arm's length transaction*)で行われることを要求し¹⁹⁾、取締役は会社の利益と自己の利益が衝突する場合、これを回避するのではなく、公正性を維持した取引をしなければならない。

また、取引の契約締結の過程の公正性と関連して、当該取引は誰の主導で始まったのか、取引相手の選定の手続きが合理的だったのか、取引の交渉過程が利害関係のない取締役たちにより、独立的に行われたかなどを考慮しなければならない²⁰⁾。取引の内容の公正性と関連して、客観的基準と会社の利益という二つの側面から議論される。前者の場合、取締役等の利益相反取引は合理的な範囲でその条件と価格が設定されなければならない、後者の場合、当該取引は会社の事業範囲で会社に具体的な利益をもたらすものでなければならない。ところが、実質的公正性は利益衝突の程度と関連したかなり複雑な問題であるため、このような審査基準は取締役の利益によって、変わる可能性がある²¹⁾。従って、実質的

18) Weinberger v. UOP, Inc. 457 A.2d 701 (Del. 1983)。

19) James D. Cox, Thomas Lee Hazen, Corporations, Aspen (2003) at. 210-211。

20) Ryan v. Tad's Enterprise, Inc., 709 A.2d 82 (Del. Ch. 1996)。

21) Alan R. Palmiter, Corporations, Aspen Publishers (2006) at. 236。

公正性は客観的に会社が利益衝突のない第三者と取引をしたのかによって決定される。一方、商法は、取締役と主要株主等が会社と取引をする場合、手続きに問題がなく取締役会の承認が行われても、該当の取引の内容も公正でなければならないと規定している。つまり、その取引の内容が実質的に公正でないと、取締役会の承認を得ても有効な取引とは認められない。ただし、商法は取締役などと会社の取引に関してその内容と手続きの公正性を要求しているが、その立証責任に関して誰が負担するのかを規定していない。

Ⅲ. 利益相反取引の制限に関する問題点

商法398条の規定は、適用対象範囲の過度な拡大、取締役会による事後承認の効力に関する議論、公正性の判断基準の不明瞭性、上場会社の特例規定との重複規制、及び法の適用上の衡平性問題などについて多くの批判が提起されている。このため本稿では、このような問題点などを検討して、このような問題点などを検討し、解決するため次のような立法論的改善策を提案する。

1. 適用範囲の過度な拡大

商法は、主要株主の定義に上場会社の特例規定である542条の8第2項6号を援用し、「事実上の影響力」の概念を含めている。「事実上の影響力」は抽象的で不明確な概念であり、主要株主の範囲を明確に確定できない問題がある。また、商法398条1号は、主要株主の定義に関して上場会社の特例規定である542条の8第2項6号を援用することによって、上場会社の主要株主に対してのみ適用されるため、非上場会社の主要株主は除外され、問題となっている²²⁾。そのため、事実上の影響力を行使する主要株主が会社と利益相反取引を行う場合、会社にとっ

22) 商法398条1号の主要株主は、542条の8第2項6号による主要株主であるため、上場会社の主要株主だけが認められて、非上場会社の主要株主は、本条の適用対象に該当しないという見解がある(洪復基ほか『会社法(事例と理論) [第3版]』409頁(博英社、2014年))。

て、主要株主が行使した事実上の影響力を行使するかどうかを立証することは容易ではない。つまり、事実上の影響力の概念が抽象的で不明確であり、その判断基準もやはり曖昧なため、会社がこのような事実上の影響力を行使するかどうかを判断し、これを立証することは難しいと言わざるを得ない。特に、主要株主などによる業務執行指示は、大規模な会社の内部で隠密に行われることが多いため、会社が、このような事実を立証するのは容易ではない。

一方、商法では、特殊関係者の範囲について、その要件事実を「親族関係」(2号、3号)と「出資関係」(4号、5号)とに分けている。周知のように大規模な会社で主に問題になるのは、会社と取締役との間の取引よりむしろ会社と支配株主や特殊関係者との間の取引である。上場会社が特殊関係者と取引する場合には、商法398条と542条の9の重複適用が可能である²³⁾。ところが、両規定の間の適用範囲が異なる場合、法の適用上の不均衡が発生する。そして、商法542条の9第3項では、筆頭株主など特殊関係者の範囲が398条の場合よりはるかに広いので、法の適用上の不具合が生じる。商法上特殊関係者である親族の範囲としては、6親等以内の血族及び4親等以内の親戚を規定している。しかし、これは親族関係の現実を全く反映せず、範囲を拡大したものとして、規制の実益を超えて過度な側面がある²⁴⁾。また、商法542条の8第2項5号は、上場会社の特殊関係者の範囲を商法施行令に包括的に委任している。これに対する具体的な基準なしに包括的に委任して商法上の取引を制限するのは、憲法75条の包括委任禁止の原則等に反する素地がある²⁵⁾。

したがって、商法398条の主要株主の定義から、上場会社の特例規定を準用することで、解釈上議論の余地があるため、更に立法論的に明確に規定するのが妥

23) 2009年、旧証券取引法が廃止され、資本市場法が制定、施行されたことによって、旧証券取引法のうち会社の支配構造に関する規定は商法上の上場会社の特例規定に移管され、会社の財務管理に関する規定は、旧証券取引法を継承した資本市場法に残るようになった(李哲松「上場会社のための会社法的特例と体系的改善に関する提言」商事法研究31巻2号10頁(2012年))。

24) 全三鉉「会社機会の流用および利益相反取引の規制による実務的懸案と法的課題」企業法研究25巻4号(通巻47号)56頁(2011年)。

25) 現代社会での国家機能を考慮する際、委任立法が避けられないが、基本権制限と関連された包括的委任立法は原則的に禁止されるという見解がある(成樂寅『憲法学〔第14版〕』933頁(法文社、2014年))。

当である。主要株主の定義規定には、「542条の8第2項6号の主要株主を包括する概念」と「事実上の影響力行使の範囲や判断基準」を明確にする必要がある。事実上の影響力はその概念が抽象的かつ曖昧なため、多様な事実関係を総合的に判断して決定するしかない。特に、『資本市場と金融投資業に関する法律』（以下「資本市場法」という）9条1項2号では、商法542条の8第2項6号と同一の内容を規定している。資本市場法は、その施行令で事実上の影響力行使に関する具体的な判断基準を規定しているが、商法は、その施行令でこのような具体的な基準を明示していないために、法の適用上の混乱が発生する可能性がある²⁶⁾。さらに、事実上の影響力の行使に関する細部基準を規定した資本市場法9条を参照し、商法398条の規定に「542条の8第2項6号の主要株主」を包括する概念を明文化する必要がある。

また、民法上の親族の範囲は、親族間の法律関係の確定のためのものだが、商法上の特殊関係者に該当する親族の範囲は特定人の権利を制限するための立法目的を持つという点で、親族の範囲についての設定の趣旨を異にしなければならない。つまり、特殊関係者の親族の範囲を合理的に縮小し一般の人が明確に認識できるように単純化された基準を提示する方向で改正することが必要である。更に特殊関係者の範囲と関連し、父系の親族と母系の親族を区別せず、親族の範囲を4親等以内に規定する必要がある。かつ、商法だけでなく、資本市場法、税法などにおいて特殊関係者の範囲は親族関係や経済的関連性(雇用関係、経済的依存関係、出資関係)に区分されるが、このような特殊関係者の用語、基準や範囲が個別法律ごとに一致せず、法の適用上の混乱が起きている。法的安定性のために本条の特殊関係者の範囲を他の法令と統一するように改善する必要がある。更に、上場会社の特例規定である542条の9と398条の適用対象者の範囲が異なるため、制度の実効性確保のために適用範囲を法体系上一致させる必要がある。

2. 取締役会の承認要件の議論

26) 崔竣瑢「商法上の上場会社法規の改善方向」成均館法学23卷2号341頁（2011年）。

改正前商法では、取締役が会社との取引をする場合、取締役会の承認を得るよう規定したために、事前承認だけでなく事後承認がなされた場合にも、当該取引は有効となり取締役会の承認は形式的な承認に該当するが多かった。このような問題点を解決するために改正商法では、取締役会の承認を事前承認に限り、決議要件を普通決議要件として在籍取締役の3分の2以上に変更し、取締役などについて重要事実の開示義務を規定した。しかし、改正商法は、取締役会の事後承認を得た取引の効力に関して何ら規定を置いておらず、重要な事実を開示せず、取締役会の承認がなされた場合に関して明文の規定がないため、取引の効力が問題になる可能性がある。特に、激変する現実上の経営において、会社の重要な取引を事前に全て制限するということが実際上難しいため、取締役会の事前承認のみが望ましいか疑問である²⁷⁾。ここで重要な事実の判断基準では、開示すべき情報を特別な利害関係がない取締役が知っていたなら、当該取引を承認しなかったか、少なくとも同条件で取引を承認することはなかったかが、重要な取引条件を意味するものと解釈される。若し、重要な事実の一部に限って開示されていれば、これは実質的な公正性の審査と同様に取引安全の保護レベルで縮小して解釈するのが妥当であるが、解釈上重要な事実の開示義務が履行されたのかに関して議論をしなければならない。

また、商法は利益相反取引の承認機関として取締役会を要求しているが、判例によれば²⁸⁾、定款規定で株主総会による決議をしたり、株主全員の同意を得た場合には、取締役会の承認を代替できるとして問題となっている。ここで商法第398条の取締役会の承認を定款規定上、株主総会の承認に代えるか、または株主全員の同意で代替できるかどうかに関する本質的な問題は、本条の立法目的である会社の利益をどう見るかによって区分される。つまり、これは会社の利益を株主の利益と見るのか、または株主の利益だけでなく、利害関係者の利益も含めるかどうかによって変わるからである。なお、取締役会の決議要件を普通決議要件として特別決議要件に変更したが、利益相反取引の他の類型である取締役の

27) 金正皓 『会社法〔第2版〕』 473-474頁（法文社、2012年）。

28) 最高裁2002年7月12日宣告2002タ20544判決；最高裁1992年3月31日宣告91タ16310判決等。

競業避止規定や上場会社の特例規定である542条の9第3項の場合には、従来と同様、普通決議要件を要求しているために、法の適用上の不均衡が存在する。つまり、商法上取締役の競業避止であれ、会社機会の流用禁止であれ、会社の営利機会を奪取するという点で、会社に与える損害の危険性は同質であるため、取締役会の決議要件を区別する理由がない。改正商法上、会社経営の透明性の強化が必須だという理由で、取締役会の承認の要件を強化することは一応妥当であるが、利益衝突取引の類型の間に差をおくのは妥当ではなく、むしろこれは、同一の法適用対象間の不均衡をもたらすために取引の安全を害する可能性がある。

したがって、事後承認の効力について学説上争いがあるので法律関係を明確にするため、事後承認を無効にする規定を立法化するのが妥当である。利益相反取引の効力に関する多数説である相対的無効説によると、取締役会の事後承認を得た場合であっても、例外的に善意の第三者との取引では有効となるために、取締役会の事後承認も有効な取引になるしかない。若し、取締役会の事後承認を認めるようになれば、商法398条の趣旨と異なり、むしろ取締役等による会社の内部取引が増加するため、責任問題とは別に、取締役会の事後承認を通じて、利益相反取引を有効とする不合理な結果が発生することになるであろう。故に、原則的に取締役会の事前承認だけを認めることが本条の改正趣旨と一致すると考える。そして、開示義務の一部履行及び不履行、または事後承認の不履行と関連し、これは取締役会の事前承認を明文化して規定した商法398条に背馳されているので、制度の実効性確保のため、取締役会の事後承認に関する効力規定を設けることが必要である。また、同条では、取引の承認機関を取締役会と規定しているが、株主総会の承認を受けた場合にも有効と認めるのかに関して商法に明示し規定する必要がある。取締役会の承認の要件を在籍取締役の3分の2以上の特別決議とするのは極めて異例であるので、商法398条の取締役会の承認決議を従来同様、在籍取締役の過半数の普通決議とするのが妥当である。つまり、利益相反取引の他の類型である取締役の競業避止規定や上場会社の特例規定である542条の9との法的均衡性を一致させることが必要である。

3. 公正性の要件の不明瞭性

商法は、利益相反取引の有効要件として取締役会の承認だけでなく、取引の内容と手続きの公正性を規定した。従って手続き的要件として取締役会の承認を受け取ったとしても、当該取引の公正性要件を満たしていない取引は無効となり得る。ところが、商法は、取引の公正性概念と判断基準について、具体的な明文規定を置かなかつたため、単に取締役会の承認に参加する取締役の誠実審議義務を単に再確認するに過ぎないという見解がある²⁹⁾。その理由は、改正前商法第398条で公正性要件を明文化して規定しなかつたものの、一般的に取締役と会社との間の利益相反取引に対して公正性が要求されるものと解釈したためである。改正商法は、取締役等と会社との間の取引に関して、公正性の判断基準の明確な提示なしに実質的公正性を当該取引の有効要件と規定することで、法の適用上の混乱を招きかねない。このような実質的公正性要件は抽象的で、不確定な概念としての公正性判断に関する基準もやはり不明確なために、客観的に取締役会の承認の要件と同様に利益相反取引の有効要件とした場合に、法の適用への混乱が発生するおそれがある。特に、実質的公正性の有無は取締役会の承認と違い、外部の第三者が認識できるようなものがないため、実質的公正性の要件の欠陥によって取引が無効であれば、当該取引の安全を害するおそれがある。そして、両者を必須要件と規定することは、取引条件について裁判所による司法的審査の余地を残すことにより、取引の安全を害する憂慮が大きいため問題となる³⁰⁾。また、主要株主や特殊関係者は会社の内部者ではなく、会社との取引において私益を追求できるため、商法398条の規定だけでは、これらに会社との取引において忠実義務を賦課したと見ることはできない。

したがって、利益相反取引に関して取締役会の事前承認を得たが、実質的公正性の要件を問題とした場合、取引の効力が無効になるのかに関して議論がある。法文上、「その取引の内容と手続きは公正でなければならない」と規定してい

29) 李・前掲注5) 742-743頁。

30) 林・前掲注8) 425頁。

るので公正性要件を問題とした場合には、当該取引を無効にしなければならない。商法は、利益相反取引の有効要件として、手続き上の公正性だけでなく、実質的公正性を明文化することで、会社に対する取締役や主要株主等の不公正取引を防止しようとした。つまり、これを単に取締役会の他の取締役の誠実審議義務を再確認したと決め付け難く、公正性の欠陥によって当該取引を無効とするならば、取引の安全を害する危険が大きい。しかし、その取引が不公正であれば、会社の承認は無意味になるため、このような決議は無効であり、会社の承認がない取引と同様と判断しなければならない³¹⁾。また、取締役と同様に主要株主やその特殊関係者も開示義務と公正性の遵守義務を負担するが、義務に違反した場合の損害賠償責任に関して何ら規定を設けていない。そして、主要株主と特殊関係者の義務違反についても、損害の賠償責任に関する根拠規定を新設する必要がある。また、実質的公正性の概念が不確定概念としてその取引の効力を裁判所で争う場合、裁判所による事後審査ができるように審査権を拡大することが必要である。

4. 上場会社の特例規定との不整合性

上場会社と取締役や主要株主等との間の取引に関しては、商法542条の2第2項により、上場会社の特例規定である542条の9が一般規定である398条より優先して適用される。商法542条の9は398条の例外条項として、上場会社の特例規定542条の9は、原則的に信用供与を禁止し、それ以外の取引については一定の要件のもとで許容している。つまり、資産総額2兆ウォン以上の大規模な上場会社が主要株主などと信用供与以外に一定の規模以上の取引をする場合、取締役会の多数決による承認と株主総会における報告が要求される。ところが、非上場会社の場合は、398条によって取締役会の特別決議が要求されるのに対して、大規模な上場会社の場合は、542条の9によって信用供与以外に一定の規模以上の

31) 千景堯「改正商法上利益相反取引の制限規定の解釈論に関する研究」ジャスティス131号49頁(2012年)。

取引に関して取締役会の普通決議が要求される。このように少数株主や会社債権者保護の必要性が高い大規模な上場会社より、非上場会社の承認の要件を厳格に要求することが、法の適用上の合理性を欠いたものなのかどうかを検討する必要がある³²⁾。一方、上場会社が主要株主など利害関係者と取引をする場合、これを商法398条によるその取引の制限だけで規律するには限界があり、542条の9に用意された規制や統制装置によっても不十分な点がある。また、商法542条の9の信用供与等の禁止規定違反の際、刑事処罰が課される事案でも、法文上経営の健全性の概念を具体的に提示せずかなり曖昧であり、これを明確にしなければならぬ下位規定で「経営上の目的」という抽象的概念を使用しているのは、規制の趣旨上、妥当ではない。

したがって、商法398条と542条の9は相互補完的な規定として重疊的に適用されなければならないであろう。つまり、主要株主などと上場会社との間の信用供与などの取引は、商法542条の9第1項により原則的に禁止し、当該取引が利益衝突の懸念がある場合には398条により規制する。特に、金銭貸し出しや信用保証などの取引は、一般的に商法398条の取引に該当するために、398条と542条の9の関係をより明確に表現することが必要である。また、商法398条では、事前の情報開示と取引の手続き及び、実質的公正性を要求している反面、542条の9では、「上場会社の経営健全性を害する憂慮がない」と制限しているために明確な基準を規定しない。取締役会の承認を包括的に運用している点で公平性という側面で上場会社の「経営健全性を害する憂慮がない」に対する基準をより明確にする必要がある。

32) 上場会社に対する特例規定の本来の機能は、上場会社が、一般の会社に対して持つ特性に立脚したものが、その特性で発生する法律問題に関して一般規定が妥当な解決方法を提供しなかったことによって生じるものの欠陥を補うものといえる(李・前掲注23) 22頁)。このような補充的性格を内包する上場会社の特例規定が商法の一般規定に比べて、適用対象者の範囲を厳格に制限しながらも、むしろ取締役会の承認の要件を緩和することは法の適用上の不均衡を招いて制度の実効性を害する。

IV. 結びに代えて

利益相反取引の規制方式は事前的規制と事後的責任に分けられるが、前者は取締役会または株主総会の承認を要求する方式であり、後者は代表訴訟等で取締役や支配株主に対する責任を追及する方式である³³⁾。商法では、取締役会の承認による事前的規制方式を採択しながらも、利益相反取引に関する義務に違反した取締役に対する責任追及に向けて多様な事後的救済手段を認めている。つまり、会社と取締役との間の取引の制限規定に違反した場合には、取引の効力を無効にする他に事後的救済手段で取締役を解任したり(385条1項)、取締役の任務怠慢による損害賠償を請求したり(399条)、または株主による代表訴訟を提起することができる(403条)。従来利益相反取引による多くの問題点を解決するため、改正商法は取締役だけでなく、主要株主や特殊関係者においても重要な事実の開示義務と公正性の遵守義務を要求している。そして、米国の判例法上認められている実質的公正性の要件を明文化した。商法398条の改正によって、会社の内部的な統制を強化し、実質的に会社の利益を保護するという肯定的な評価を受けている。しかし、政治的観点で十分な議論がなされることなく法が改正されたことによって、法技術的及び法体系的調和の不具合が生じている。それにもかかわらず、2011年商法改正は、米国等の先進的会社法制などの内容を韓国法の現状に合わせて導入することにより、妥当な立法だと評価されている。特に、会社と取締役や主要株主等との間の取引については、従来ドイツや日本などの大陸法の規定より米国会社法の内容を導入したものである。法を適用するには適用対象者の範囲及び利益相反取引の有効要件として取締役会の承認の要件及び、実質的公正性の要件に関する十分な検討と外国法制との比較法的研究が必要と考える。

33) Reinier Kraakman · John Armour · Paul Davies · Luca Enriques · Henry Hansmann · Gerard Hertig · Klaus Hopt · Hideki Kanda · Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University (2nd ed. 2009), pp. 39-40.

参考文献

- 具承模 「商法会社編の立法過程と今後の課題」 先進商事法律研究 55号（法務部、2011年）。
- 金正皓 『会社法〔第2版〕』（法文社、2012年）。
- 法務部 『商法会社編解説』（2012年）。
- 成楽寅 『憲法学〔第14版〕』（法文社、2014年）。
- 沈 滌 「改正商法上取締役の義務と責任に関する小考」 経営と法律 21集 4号（2011年）。
- 李哲松 『会社法の講義〔第23版〕』（博英社、2015年）。
- 李哲松 「上場会社のための会社法的特例と体系的改善に関する提言」 商事法研究 31巻 2号（2012年）。
- 林在淵 『会社法Ⅱ』（博英社、2013年）。
- 全三鉉 「会社機会の流用および利益相反取引の規制による実務的懸案と法的課題」 企業法研究 25巻 4号（通巻47号）（2011年）。
- 千景堯 「改正商法上利益相反取引の制限規定の解釈論に関する研究」 ジャスティス131号（2012年）。
- 崔竣璿 「商法上の上場会社法規の改善方向」 成均館法学 23巻 2号（2011年）。
- 洪復基ほか 『会社法(事例と理論)〔第3版〕』（博英社、2014年）。
- 江頭憲治郎 「会社の支配従属の関係と従属会社の保護(2)」 法学協会雑誌 97巻 2号（1980年）。
- 江頭憲治郎 『株式会社法〔第6版〕』（有斐閣、2016年）。
- 野口葉子 『取締役の競業取引・利益相反取引規制〔第2版〕』（商事法務、2015年）。
- 弥永真生 「株主に對する貸付け」 『企業法・金融法の新潮流』（商事法務、2013年）。
- Alan R. Palmiter, Corporations, Aspen Publishers (2006).

American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated Vol. 3 1142.

American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Vol. I, Parts I – VI. §§ 1.01 – 6.02, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1994, at 326 §5.10 (Comment A).

James D. Cox, Thomas Lee Hazen, Corporations, Aspen (2003).

John R. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, West Group Publishing (1983).

Reinier Kraakman · John Armour · Paul Davies · Luca Enriques · Henry Hansmann · Gerard Hertig · Klaus Hopt · Hideki Kanda · Edward Rock, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, Oxford University (2nd ed. 2009).

Robert W. Hamilton · Richard D. Freer, The Law of Corporations, West (2011).

[Abstract]

Legal Issues of Self-dealing under the Commercial Act

Kim, Sung-Hwa

Researcher, Institute of Law & Policy, Jeju National University

In Korea, self-dealing is formulated more diversely by controlling shareholders and the affiliate people than by directors, and conflicts of interest transaction with overlapping self-dealing and usurpation of corporate opportunity are increasing, but the standards and precedents to embrace it have not been

accumulated yet. Controlling shareholders are particularly a potent political influence because coalitions of large shareholders control most listed companies. For these reasons, the revised Commercial Act of 2011 expanded the regulations of self-dealing subject which includes controlling shareholders and their affiliate people and reinforced approval criteria with the board of directors. By stipulating prior approval of board and adopting substantive fairness requirements, the revised Commercial Act could reinforce company's internal control and protect company's profit from the unfair transaction between company and directors. However, the regulations have been revised without a thorough discussion from a political perspective, which leaves pressing needs for a doctrinal research. The issue is that while self-dealing is strictly regulated under the Korean Revised Commercial Act compared to other countries. But in practice the transaction would rarely become effective, or insiders of listed companies would rarely bear the considerable liability for damages. Especially, as self-dealing still occurs frequently in corporate groups, the regulations for conflicts of interest transaction are highly required but are low in effectiveness.

Therefore, I seek to examine the matter in a larger perspective than in the discussion of traditional regulations of self-dealing. I follow an emerging tendency in comparative legal research by giving a highly integrated view on the regulation of self-dealing that provides a clear framework. In this article, after reviewing the revision background of article 398, I would examine the issues which include the expansion of the law application subject, approval criteria in the board of directors and substantive fairness, and suggest legislative measures in order to resolve these problems.

Key words : Self-dealing, Controlling Shareholder, Specially Related Person, Procedural Fairness, Substantive Fairness