

# 株式會社 理事의 自己去來와 刑事責任

## Director's Self-Dealing and Criminal Liability

이존걸, 김병기  
전주대학교 법학과

John-Girl Lee(john1992@hanmail.net), Pyung-Key Kim(pyungkey@hanmail.net)

### 요약

주식회사 이사자기거래의 문제는 주주와 채권자, 회사거래의 상대방 등 이해관계인의 보호의 필요성과 회사자본유지의 이념 그리고 경영현실의 필요성 등 여러 가지 고려사항 속에서 이사의 자기거래를 허용하되 거래의 공정성을 확보할 수 있도록 자기거래를 어떤 방법으로 적절하게 규제할 것인가가 중요한 과제이다. 자기거래는 상법 제622조의 특별배임죄의 처벌대상이 될 수도 있다. 우리 상법은 회사법의 기본이념인 기업의 유지·강화와 거래의 동적인 안정을 보장하고, 기업경영의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 배당규제와 공개규제를 절차적으로 강화하고 있다. 또한 이에 관여한 행위자들에 대한 형사책임도 병행하여 강화해가는 추세에 있다. 하지만 급변하는 경영현실 속에서 과연 이사의 자기거래가 형사처벌의 대상이 되는 것이 타당한지는 고민할 문제이며, 이에 대하여 영미법상의 경영판단의 원칙을 고려함이 필요할 것으로 보여 진다.

■ 중심어 : | 이사의 자기거래 | 이사책임 | 경영판단 | 형사책임 |

### Abstract

Discussions about unfavorable acts of corporations in managing activities include many legal considerations. In general cases, first of all, legality of the given acts should be verified. If they are judged to be illegal in their procedures, whether it is possible to assert nullification for the acts by the corporation law or not should be examined. Next, the claim for damages against the actors should be considered. After that, whether the actors have criminal liability or not should be discussed. In this case, it is difficult and complicated to judge what clauses of the Criminal Code in the substantive law apply to the unfavorable acts. when the director's business judgement in the long run causes the corporation to be unprofitable or suffer damage, the Question of whether criminal punishment can be imposed on the director is a very important one requiring careful consideration.

■ keyword : | Director's Self-Dealing | Director's Liability | Business Judgement | Criminal Liability |

## 1. 序

주식회사의 이사는 상법 제393조에 의하여 이사회의 구성원으로 업무집행의사를 결정하고 이사회에 참가하

여 이사회의 직무집행을 감독한다. 이러한 지위에서 주식회사의 이사는 상법 제382조 2항에 의한 善管義務와 제382조의3에 의한 회사에 대한 忠實義務를 부담한다. 이사는 회사에 대한 관계에서 회사와 이사자신의 이

접수번호 : #090513-001

접수일자 : 2009년 05월 13일

심사완료일 : 2009년 06월 26일

교신저자 : 김병기, e-mail : pyungkey@hanmail.net

익이 충돌하는 경우 언제나 회사의 이익을 앞세워야 한다는 내용의 충실의무를 부담하고 있다. 이사는 자신의 지위를 이용하여 개인자격으로 자기 또는 제3자를 위하여 거래의 직접 상대방으로서 혹은 그 상대방을 대리 또는 대표하여 회사와 거래하는 경우 자기의 지위와 경영상의 비밀을 이용하여 회사의 이익을 희생시키고 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 불공정한 거래를 할 위험성이 클 수 있다. 따라서 이러한 이사와 회사 간의 거래인 자기거래(self-dealing, conflict of interest transaction)로 인해 회사에 손실이 발생하는 것을 방지하여야 회사재산의 건전성을 지킬 수 있을 것이다. 또한 회사채권자와 주주의 보호라는 면에서도 자기거래를 제한할 필요성이 있게 된다. 이에 따라 우리 상법 제398조는 이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있도록 규정하고 있다. 자기거래의 문제는 주주와 채권자, 회사거래의 상대방 등 이해관계인의 보호의 필요성과 회사자본유지의 이념 그리고 경영현실의 필요성 등 여러 가지 고려사항 속에서 이사의 자기거래를 허용하되 거래의 공정성을 확보할 수 있도록 자기거래를 어떤 방법으로 적절하게 규제할 것인가가 해결하여야 할 중요한 과제이다. 또한 자기거래는 상법 제622조의 특별배임죄의 처벌대상이 될 수도 있다. 특별배임죄는 형법상 배임죄의 특별구성요건이다. 우리 상법은 회사법의 기본이념인 기업의 유지·강화와 거래의 동적인 안정을 보장하고, 기업경영의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 배당규제와 공개규제를 절차적으로 강화하고 있다. 또한 이에 관련한 행위자들에 대한 형사책임도 병행하여 강화해가는 추세에 있다. 하지만 급변하는 경영현실 속에서 모든 이사의 자기거래가 형사 처벌의 대상이 됨이 타당한지는 고민하여야 하는 문제이다. 이러한 측면에서 이사책임을 완화할 필요성이 있다 할 것이며, 이를 위하여 이 논문에서는 이사의 자기거래위반에 대한 책임을 완화시킬 수 있는 있는 방법을 법해석학적인 방법으로 모색하고자 한다.

## II. 自己去來와 理事責任

### 1. 商法 제398조와 民法 제124조

주식회사의 이사는 회사의 업무집행기관인 이사회 의 구성원으로서 회사의 업무집행에 관한 의사를 결정하는데 참여하고, 대표이사 등의 업무집행을 감시하는 핵심적인 경영자이다. 따라서 이사는 일반적으로 회사의 영업 비밀을 쉽게 접할 수 있고, 기타 회사의 전반적인 사정에 정통한 경영진이라고 할 것이다. 이러한 이사가 자신의 지위를 이용하여 회사의 이익을 희생시키고 자신의 이익을 도모하게 된다면 회사의 이익이 침해될 것은 자명한 것이다. 따라서 상법은 회사의 이익보호를 위하여 이사에겐 경업을 금지시키고 자기거래를 제한하고 있다. 상법 제382조 2항은 이사와 회사 간의 관계를 위임으로 보고 민법상 위임에 관한 민법 제681조를 준용하고 있다. 따라서 이사는 법률 또는 정관의 규정이나 주주총회의 결의를 준수하고 선량한 관리자의 주의으로써 회사업무를 처리해야 할 의무를 부담한다. 그런데 민법 제124조는 '대리인이 본인의 허락 없이 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자 쌍방을 대리하지 못 한다'고 규정하고 있다. 대리인이 한편으로는 본인을 대리하고 다른 한편으로는 자기 자신의 자격으로 본인과 거래행위를 하거나 혹은 양 당사자를 대리하여 거래행위를 하는 것을 금지하고 있다. 그 이유는 본인의 이익을 보호하기 위한 규정이기 때문이다. 그러나 이사의 자기거래를 제한하는 상법 제398조는 회사와 거래하고자 하는 이사가 동시에 회사를 대표하는 이사이거나 혹은 다른 이사가 회사를 대표하거나 관계없이 이사회의 승인을 요하고 있다. 만약 거래당사자인 이사가 회사를 대표하는 경우에는 민법 제124조의 자기계약 또는 쌍방대리가 되므로 그 행위는 금지되는 것이 원칙이다. 그런데 상법 제398조 후단은 이사회의 승인을 전제로 하여 민법 제124조가 적용되지 않음을 규정하고 있다. 따라서 이사의 자기거래에 관한 상법 제398조와 민법 제124조의 관계의 설정이 필요할 것이다. 이에 대하여는 주의적 규정설[1]과 독자적 규정설[2]이 있으나, 우리나라의 현실 경제구조에서 회사의 합병, 회사간의 기술 제휴, 모자회

사가 급격히 증가하는 경향과 이사의 자기거래가 불가피한 현상이 되고 있는 사정을 고려한다면, 민법의 일반원칙과는 별도로 이 규정에 적극적인 의미를 부여함이 타당할 것이다.

## 2. 理事會承認을 要하는 去來

상법 제398조는 이사와 회사 간의 거래를 제한 대상으로 하고 있다. 그런데 여기서 이사와 회사 간의 거래란 모든 거래가 제한 대상인가 하는 범위의 문제가 존재한다. 상법의 규제대상이 되는 거래는 회사에 불이익을 미칠 수 있는 이사와 회사 간의 모든 재산상 거래행위를 말한다. 반드시 유상행위에 한정되지 아니하고 회사에 대한 이사의 채무를 면제하는 행위와 같은 단독행위도 규제의 범위에 속한다. 상법 제398조의 취지가 회사와 이사 간의 거래로 인하여 양자 간의 이해충돌이 발생하는 것을 방지하는데 있으므로 규제대상이 되는 거래는 성질상 이사와 회사 간의 이익충돌이 염려되는 거래에 한정한다. 따라서 회사와 이사 간의 거래라 하더라도 행위의 성질상 이해충돌의 염려가 없는 거래행위는 본조의 규제대상에서 제외된다고 보는 것이 일반적인 견해이다[3]. 그리고 이와 같이 이사와 회사 간의 거래라 하더라도 이해충돌이 없고 회사에 유리한 행위는 규제대상에서 제외되어야 할 것이다. 따라서 상법 제398조에서 이익충돌의 개연성유무를 불문하고 이사와 회사 간의 모든 거래에 이사회 승인을 받도록 하는 것보다는 해석상 그 적용범위를 조정하여 합리적으로 운용하여야 할 것이다. 이사와 회사 간의 거래에 있어서 어떠한 거래가 양자 간에 이해충돌의 우려가 있는가 하는 판단기준에 대하여는 상법 제398조의 규제대상이 되는 거래는 행위의 일반적·추상적 성질에서 판단하여 그 행위가 회사이익과 충돌되는가의 여부를 객관적으로 판단하여야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 그 이유는 제398조의 적용한계를 명확히 하는 것이 필요하며 그 거래가 실질적인 유리 또는 불리의 여부는 이사회에서 판단하여야 하기 때문이라는 것이다. 이에 대하여 자기거래의 규제대상을 구체적·실질적인 기준에서 견해는 거래의 공정성을 전제로 하여 이사의 충실의무를 관철할 수 있기 때문에 이사가 회사의 희생에 의하여

여 개인의 이익을 도모한 사실이 개개의 행위에 관하여 인정되지 않는 한 유효한 것으로 보는 것이 제398조의 취지에 적합하다고 한다.

## 3. 間接去來

간접거래란 회사의 이사가 대표이사를 겸직하고 있는 다른 회사의 채무를 회사가 보증하는 것과 같이 형식적으로는 이사와 회사 간의 거래가 아니고 회사와 제3자간의 거래에서 이사 개인 또는 이사가 대표하는 다른 회사에 유리하고 회사에 보다 불이익이 되는 거래를 말한다. 간접거래가 상법 제398조의 규제대상에 포함된다고 보는 것이 일반적인 견해이며 판례의 태도이다[4]. A회사의 대표이사가 B회사의 이사로 재직하고 있는 경우에 체결된 A회사와 B회사와의 모든 거래를 이사회 승인을 요하는 자기거래로 파악하여야 하는지는 의문이 있다. 또한 실질적으로는 회사의 손실을 초래할 염려가 있는 거래이지만 외형으로는 명확하지 않은 간접거래도 이사회 승인을 얻어야 하는지에 대하여는 일본에서는 간접거래도 당해행위의 일반적·추상적 성질에 따라 판단하여야 하고 회사와 제3자의 간접거래라 하더라도 회사에 불이익이 되고, 이사에게 이익이 되는 것이 정형적으로 예상되며, 상대방인 제3자도 외형적으로 그것을 알 수 있는 유형의 거래에 한해 이사회 승인을 얻어야 하는 자기거래로 인정해야 한다는 견해가 유력하다[5]. 상법 제398조의 거래에 간접거래를 포함시킬 것인가는 이 규정을 위반한 거래의 효과를 어떻게 볼 것인가에 따라서 다르게 나타난다. 상법 제398조는 회사의 이익보호를 위한 규정이지만, 다른 한편으로는 거래안전의 보호도 무시할 수 없어서 이 양자의 요청을 어떻게 조화할 것인가에 상법 제398조와 간접거래의 관계가 있기 때문이다. 위반한 거래의 효력을 무효로 보는 입장은 거래의 상대방 보호가 결여되고 이에 따라 본조의 적용범위를 엄격히 해석하게 되어 간접거래를 배제한다. 이에 대해 거래의 효력을 유효로 해석하는 입장에서는 거래의 안전이 보호되고, 회사의 실질적 이익을 보호하기 위하여 간접거래도 규제의 대상으로 한다. 일본의 경우에는 실질적으로는 회사의 희생을 강하게 할 염려가 있는 거래이지만, 외형적으로는

반드시 명확하지 않는 간접거래까지 포함하는가는 해석상의 문제가 된다. 이 점에 관하여 본조 위반의 행위를 유효로 해석하는 입장에서는 간접거래를 본조의 거래에 포함하여도 거래의 안정을 해할 염려는 없다고 한다. 본조 위반행위에 대해 무효로 해석하는 입장은 간접거래이기 때문에 상대방이 그 사실을 알지 못한 것을 고려하여, 회사와의 사이에 이익상반의 관계가 있지만, 외형적으로도 명백한 경우에 한정해야 할 것이고, 다만 상대방이 그것에 관해 악의인 경우 회사는 그 사실을 입증한 후에 대항 할 수 있다고 해석한다.

### III. 自己去來와 刑事責任

#### 1. 會社犯罪의 意義

기업이란 독립적으로 계속된 경제활동을 행하는 경제단위이다. 또한 경제성을 행동원리로 하는 사회적 조직체라는 특징을 지니고 있다[6]. 따라서 이러한 기업이 경영활동과정에서 야기하는 위법활동을 그 특수성에 착안하여 기업범죄라고 칭하고 있다. 그런데 기업범죄는 경우에 따라서는 범위를 다르게 볼 수도 있다. 수사 실무적 관점에서는 주식회사를 둘러싼 각종의 범죄를 총칭하는 의미로 사용되면서, 상법상 벌칙에 해당하는 사건, 회사의 임·직원이 피의자가 되는 범죄, 회사가 피의자이거나 회사가 범죄수단으로 이용되는 범죄, 회사 관련사건으로 회사장부의 기재나 거래내용이 수사의 중심으로 되는 사건을 총칭한다는 견해가 있다. 그리고 기업범죄 개념을 법적 위험으로 파악하고, 이를 관리하는 합목적적 견지에서 법적 위험의 분포와의 상관관계에서 구하는 견해가 있다. 이 견해는 범죄의 원인탐구와 재발을 방지하기 위하여 범죄를 실현하는 주체별, 범죄의 토양이 되는 조직체의 구조와, 조직 활동별로 유형화하고, 특유의 관리방법검토를 주장하면서, 기업범죄를 중업원범죄, 경영진범죄, 기업조직체 범죄로 나누고 있다. 또 다른 견해로는 기업범죄를 거시적으로 현대자본주의의 사회경제구조의 산물로서의 기업조직체활동으로서 행하여는 범죄를 총칭한다고 하는 견해가 있다[7]. 현재의 기업범죄에 대한 개념은 표면적으로

는 그 범위가 넓고, 포괄적이어서 현실적으로도 볼 수 있으나 개념의 불명확으로 인하여 자의적인 해석의 가능성이 있음도 지적할 수 있을 것이다.

#### 2. 特別背任罪

상법은 제622조와 제623조의 두개의 특별배임죄를 두고 있다. 제622조는 發起人, 理事 其他의 任員等의 特別背任罪에 관한 조항이며, 제623조는 社債權者集會의 代表者等의 特別背任罪에 관한 조항이다. 이 조항은 형법상 배임죄의 특별형법이다. 따라서 처벌대상은 형법상 배임죄의 대상과 동일하다. 임무위배에 의하여, 회사에 재산상 손해를 가하고, 자신 또는 제3자의 이득을 취하고, 이에 대한 주관적 인식·인용을 요한다. 임무위배 행위라 함은 사무의 내용, 성질 등 구체적인 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 사이에 신뢰를 저버리는 일체의 행위를 말하는 것으로 일반적으로 당해 행위가 통상적인 업무집행으로서 허용되는 범위내인가 여부에 의해 실질적으로 판단하고 있다. 우리 상법은 형법과 같이 처벌대상을 동일하게 하면서도 배임죄의 주체를 특정하고 법정형을 달리 하는 특별배임죄를 규정하고 있는바, 이러한 별도규정을 두고 있는 합리적인 이유는 무엇이고, 특별배임죄의 주체로서 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이라고 하여 주체가 포괄적인 대리인 만인지에 대한 의문이 있다. 배임죄의 본질에 대하여는 背信說과 權利濫用說[8] 그리고 事務處理說[9] 등의 견해가 있다. 이 견해 중에서 배신설은 특별한 신임관계의 위배인 즉 타인의 신뢰를 배반하여 재산을 침해하는 점에 있다는 입장이다. 형법이 배임죄와 횡령죄를 같은 장에서 규정하고 있고, 그 구성요건이 임무에 위배된 형법에도 합치한다는 점에서 우리나라의 일반적인 견해이며, 판례이다[10]. 배임죄와 횡령죄는 신임관계를 침해한다는 배신성에 그 본질을 같이하며, 다만 행위 객체만 다를 뿐 일반법과 특별관계에 있다고 한다. 형법상 배임죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 자이며, 상법상 특별배임죄의 주체는 주식회사의 임원과 그에 준하는 직무에 종사하는 자, 지배인 기타 위임받은

사용인이 이에 해당한다. 임원은 유효하게 선임된 자격을 갖춘 임원에 한한다는 것이 일반적인 해석이다. 이사의 직무를 수행한 사실상 업무집행지시자의 대하여는 형사책임을 인정하지 않고 있다. 한편 1인 회사의 경우에는 1인 주주에 의하여 임명된 이사는 비록 절차상 위배가 있었다고 하더라도 배임죄의 성립을 부정할 수는 없을 것이다[13].

### 3. 會社財産의 任意處分行爲

회사의 대표이사 등이 중요재산이 아닌 회사재산을 개인적 용도로 임의처분 한 경우에 업무상 횡령죄로 문의할 수 있는가. 이에 대하여는 부정적으로 파악하는 것이 옳을 것이다. 이는 포괄적인 직무권한을 대표이사가 가지고 있기 때문이다. 대표이사 등에 의한 부당한 회사재산의 처분행위는 권한의 남용에 해당한다고 할 수 있어도 회사의 업무집행상의 행위임을 부정할 수 없으므로 그러한 경우 권한 없이 소유자적 지배를 할 의사인 불법영득의사를 실현할 행위라거나 권한을 일탈한 행위라고 할 수는 없으므로 업무상횡령죄에는 해당하지는 않을 것이다. 결국 대표이사의 회사재산 처분으로 업무상횡령죄로 문의하기 위해서는 업무집행행위라고 볼 수 없는 부정한 처분에 한정될 것이다. 리베이트나 분식결산에 의하여 실제이익보다 과대하게 이익을 계상하여 얻은 자금을 임원들에게 보너스로 분배하였다면 특별배임죄가 될 수도 있을 것이다. 그러나 그것이 회사에게 재산상 손해를 가한다고 하기 위해서는 실질적으로 경영실적 보다 과다한 상여금의 지급이라고 하여야 할 것이지만 그 판단은 용이하지 않을 것이다[14]. 이사의 임무를 위배한 배임의 판단기준으로 무익한 지출을 제시되기도 하는데, 무익한 지출의 판단 기준으로서 행위의 유용성을 제시하는 경우도 있다 [15]. 또한 대표이사가 자신의 이익만을 위하여 회사가 지급하여야 할 금액보다 더 지급한 경우에는 배임죄의 성립을 인정하고 있다[16].

### 4. 會社財産의 營業目的外 支出行爲

주식회사는 권리능력은 정관의 목적범위내로 한정되어 있다. 그렇다면 공익목적의 기부행위 혹은 정치헌금

의 기부행위를 위하여 회사자금을 지출하는 것은 회사정관의 목적범위 외의 행위에 해당하는지가 의문이다. 이에 대하여는 정관에 명시된 회사의 목적에는 포함되지 않는 행위라 할지라도 목적수행에 필요한 행위라면 회사의 목적범위 내의 행위라 할 수 있을 것이다. 이러한 목적수행에 필요한 행위로써 자주 문제되는 것이 정치헌금, 기부금 혹은 거래관련 직무담당자에 대한 금품공여행위이다. 이러한 문제된 행위가 정관기재의 목적에 현실적으로 필요한 것인지의 여부를 기준으로 판단할 것이 아니라 그 행위의 객관적 성질에 비추어 추상적으로 판단하여야 할 것이다[17]. 회사에게 있어서 정치헌금 등의 지출은 구체적으로 어떠한 합리적인 기준에 의하여 한정시킬 수 있는가. 이에 대하여는 회사의 규모, 경영실적, 기타 사회적·경제적 지위 및 기부의 상대방 등 제반사정을 고려하여 합리적인 범위를 초과하였다면 이사의 충실의무위반 이라고 볼 수 있을 것이다. 정치헌금 등의 지출이 회사의 자금계획이나 사업계획의 수행을 어렵게 할 정도로 고액이거나, 경영이 악화되고 있음에도 정치헌금 등의 규모는 오히려 증가하고 있는 경우, 정치헌금 등을 내는 목적이 경영진의 자신의 지위를 보전하거나 정치적 입지를 구축하려는 의도에서 이루어진 경우, 회사의 실적향상과 관련 없이 자신의 야망을 실현하기 위한 자신의 선거자금으로 사용하는 경우 등이라면 회사재산을 위태롭게 하는 행위로서 특별배임죄를 구성한다고 하여야 할 것이다.

## IV. 自己去來와 經營判斷

### 1. 自己去來의 效力

이사의 자기거래가 이사회에 승인을 얻지 아니한 경우에는 이사는 손해배상책임을 지고 해임사유가 되는 등의 대내적인 책임을 지게 된다. 이러한 이사회에 승인을 득하지 아니한 자기거래의 私法的 效力에 관하여는 有效說, 無效說, 相對的 無效說 등의 견해가 있다. 현재의 통설과 판례는 대외적으로는 유효이나 대내적으로는 무효라고 보는 相對的 無效說의 見解를 따르고 있다[18]. 이사의 자기거래가 이사회에 승인을 얻은 경우

에는 그 거래는 유효하다. 또한 의사록에 이사회 의 경과와 결과를 기재하여야 하며, 자기거래에 승인을 반대한 이사는 이를 의사록에 기재한 경우에만 그의 책임을 면할 수 있다. 이사회 의 승인이 있더라도 자기거래를 한 이사의 책임이 없어지는 것은 아니다. 상법 제398조의 이사회 의 승인은 자기거래가 유효하기 위한 요건일 뿐이고, 제399조의 취지로 보아 일반적으로 이사회 의 승인이 이사의 행위에 대한 면책사유가 될 수 없기 때문이다. 따라서 이사회 의 승인을 얻어 거래한 결과 그 거래 이사가 회사에 손해를 가했을 때에는 제399조 1항에 따라 손해배상책임을 진다. 또한 이 경우 당해거래이사는 물론이고 이사회 의 승인결의에 찬성한 이사 그리고 이의를 한 기재가 의사록에 없는 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 지게 된다(상법 제399조 2항·3항).

### 2. 제3자에 의한 無效主張

당해회사가 제3자에 대해 거래의 무효를 주장할 수 있는지는 소극적으로 파악하여야 할 것이다. 제389조는 회사와 이사의 이익충돌의 우려가 있는 이사의 자기거래에 있어서 이사가 회사의 이익을 희생시켜가면서 개인의 이익을 추구함을 방지하여 회사의 이익을 보호함을 목적으로 하기 때문이다. 이에 따라 회사가 이사에 대해 대여한 금전의 반환을 청구하는 소송에서 이사가 이사회 의 승인이 없음을 이유로 위 대여한 금전의 무효를 주장하는 것은 허용되지 아니한다. 자기거래는 회사에 손해를 가져오는 위험이 있는 반면, 이사가 직무상 얻은 이익을 회사에 부여하여야 할 입장에 있는 점을 고려한다면, 직접거래의 상대방과의 사이에서 제398조 위반거래의 무효를 주장할 수 있는 것은 회사만으로 한정하여야 할 것이다. 또한 회사는 악의의 제3자에 대하여 무효를 주장할 수 있을 것이다[19].

### 3. 違反行爲의 責任

이사가 법령 또는 정관에 위반하는 행위를 하든가 그 임무를 해태한 때에는 연대하여 손해배상의 책임을 부담한다(상법 제399조 1항). 따라서 상법 제398조에 위반하여 이사회 의 승인 없이 회사와 거래한 이사는 법령에 위반하여 회사의 업무를 집행한 것이 되므로 그로

인하여 회사가 손해를 받은 경우에는 그 거래를 한 이사 및 회사를 대표한 이사는 물론, 그 결의에 참가한 이사로 하여 이의를 제기한 記錄이 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정되어 이들은 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(제399조 3항). 이 경우 책임요건으로 고의와 과실이 요구되는지의 의문이 있다. 이사의 자기거래위반에 대한 책임은 법령에 위반한 책임이며, 법령의 위반으로 인한 손해배상책임은 무과실책임이므로 자기거래위반에 대한 책임은 무과실책임이라는 견해가 있다. 또한 제399조의 책임은 법령의 목적 또는 위반행위의 성질에 따라 과실 책임인가 무과실책임은 구체적·개별적으로 판단하여야 한다는 전제에서 영미법상 충실의무위반에 해당되므로 과실 책임이지만 이사가 자기의 무과실을 입증해야 한다고 주장하는 견해도 있다.

### 4. 經營判斷의 原則

經營判斷의 原則(rule of business judgement)은 이사가 자신의 권한 내에서 경영인으로서 경험에 따라 합리적 근거에 의하여 회사에게 이익이 된다고 성실하게 믿고 판단한 경우에는 법원은 이사의 경영판단에 대하여 간섭을 하지 않는다는 원칙을 말한다. 회사의 모든 거래 혹은 투자행위는 본질적으로 위험을 부담하고 있다. 따라서 회사의 모든 거래행위에 대하여 임무위배의 여부를 논의함은 적절하지 못한 면이 있다[20]. 또한 이사의 업무집행은 그 적법성에 대한 판단에 대하여는 행위시에 가능하지만 그 효율성에 대한 판단은 상당한 시간이 경과한 후에야 가능한 경우가 대부분일 것이다. 그런데 이 비효율성은 사후적인 것이고 이사가 관리 불가능한 변수에 의해 결정되어진 것이므로 이를 임무해태라고 한다면 이사에 대해 관리 불가능한 부분에 대한 책임까지 부담시키는 모순이 있다. 따라서 이사의 책임의 한계를 설정하기 위하여 소위 경영판단의 법칙이 요구되는 것이다. 영미법에서는 경영판단에 속하는 사항은 행위시에 이사의 위법·불성실·이익추구 등이 개재되지 않는 한 경영판단의 법칙에 의해 주의의무위반이 되지 않는다. 이사 또는 임원이 성실하게 자신의 독자적이고 합리적인 판단에 의해 회사에 최선의 이익이라고 생각

되는 방법으로 임무를 수행하였다면 사법적으로 그 결정을 판단하지 않음이 타당할 것이다[21]. 또한 급변하는 경영현실이라는 측면에서도 이사의 업무집행과 관련하여 사전의 판단과정에 과실이 없다면 이를 사후에 변화된 상황에 기초하여 그 과실을 따지는 것은 옳지 않다고 보여 진다. 이에 따라 우리 상법의 任務懈怠의 해석에 있어서도 經營判斷原則의 法理를 적용함이 타당할 것이다.

## V. 結語

기업의 경영활동과 관련되어 발생하는 부정행위에 대한 논의에는 많은 법률적인 고려사항이 존재한다. 일반적인 경우는 먼저 해당행위의 적법여부를 따지게 될 것이다. 그리고 해당 행위가 절차에 있어서 적법하지 않았다면 해당행위에 대한 회사법상의 무효·취소의 주장 여부를 고려하고, 그 후 해당행위에 가담한 자에 대한 손해배상청구여부를 고려하게 될 것이다. 그 후에 해당행위에 가담한 자에게 형사상의 책임을 물을 수 있을지를 고민하게 될 것이다. 그런데 형사책임을 묻고자 한다면 당해 부정행위가 실제법적으로 과연 어떠한 형벌법규의 구성요건에 해당하는지를 판단하여야 한다. 그런데 이는 다른 모든 경제관련 범죄처럼 그 판단에 어려움이 존재한다. 이 판단의 어려움은 회사범죄를 포함한 대부분의 경제관련 법규가 추상적이고 보충적인 구성요건의 성격을 갖고 있는 不明確한 法律概念이라는데 그 원인이 있다. 현실경제에 있어서는 이해관계가 구조화되어 서로 밀접한 영향을 주고받기 때문에 이해관계인 모두의 대립되는 입장을 반영하기 위해서는 필연적으로 법률문언이 추상화·복잡화되어야만 한다. 따라서 경제관련 규제법규도 추상화되는 경향이 있다. 이에 따라 회사관련 규정들의 해석 또한 다양한 이해관계자들의 대립을 경제현실에 맞게 조정한다는 측면에서 경영현실을 고려한 실질적 정의라는 측면에서의 해석이 필요할 것이다. 오늘날 회사와 관련된 법률관계는 주주, 채권자, 경영진, 종업원 등의 다양한 이해관계인들이 있다. 그리고 이들은 서로 대립 혹은 같이하는 이

해를 지니고 있으나, 이러한 이해는 각 상황에 따라 변화한다. 고정됨 없이 항상 변화하는 것이 경영현실이다. 이러한 변화하는 경영현실에서 이사에게 정형화되고, 경직된 기준에 의한 책임을 묻는다는 것은 어찌 보면 비현실적이라 볼 수 있다. 다른 한편 경영자의 경영판단에 의하여 나타난 결과가 종국적으로 회사에 불이익을 초래하였다 하더라도 그 판단만을 이유로 형사처벌의 원인이 되는지에 대하여는 좀 더 깊은 고려를 필요로 할 것이며, 이를 위하여 이사의 행위에 대한 위법성의 판단의 해석기준으로 경영판단의 원칙을 적용하는 것이 필요하리라고 보여 진다.

## 참고 문헌

- [1] 박만호, 이사와 회사간의 거래, 사법논집(법원행정처), 제9집, p.262, 1978; 정찬형, 정희철, 상법원론(상), 박영사, 1995; 田中誠二, 會社法詳論, 勁草書房, 1982; 菅原菊志, 取締役と會社との利益相反取引, 金融商事判例, p.96, 第651號.
- [2] 尹寶玉, 이사의 자기거래, 회사법의 현대적 과제, 법문사, p.132, 1986; 金柱衡, 이사와 회사사이의 거래, 회사법의 제문제(하), 법원행정처, pp.129-130, 1987.
- [3] 정동윤, 회사법, 박영사, 1995; 최기원, 상법학신론(상), 박영사, 1994; 本間輝雄, 註釋會社法(6), 有斐閣, 1987.
- [4] 대법원 1984.12.11. 선고 84다카1591 판결; 대법원 1969.11.11. 선고 69다1374 판결
- [5] 島十四郎, 商法第265條の適用範圍と違反の效果, 商法の爭點, シュエリト, p.104, 1983.
- [6] 南隅昇, 現代株式會社の機關構造, 白桃書房, p.7, 1980; 盧明善, 會社犯罪에 관한 研究, 博士學位論文(成均館大學校), p.20, 2001.
- [7] 板倉宏, 企業犯罪の理論と現實, 有斐閣, 1976.
- [8] von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1932.
- [9] von. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen

*Strafrechts*, 25, Aufl., Berlin/Leipzig, 1927.

- [10] 정영석, *형법각론*, 법문사, 1983; 김일수, *형법각론*, 박영사, 2001; 진계호, *형법각론*, 대왕사, 2000; 유기천, *형법각론*, 일조각, 1984; 서일교, *형법각론*, 박영사, 1982; 임웅, *형법각론(상)*, 법문사, 2000; 대법원 1998. 2. 10. 선고 96도2287 판결; 대법원 1995. 12. 22. 선고 94도3013 판결.
- [11] 이재상, *형법각론*, 박영사, 1998.
- [12] 대판 1978.11.28 선고 78도1297.
- [13] 대판 1986.9.9. 선고 85도218.
- [14] 대법원 1981.1.27. 선고, 79도2810 판결.
- [15] 東京高判 平成5.11.29, 高判集47-2-55, 金融商事判例 1030-16.
- [16] 대판 1984.2.28. 선고 83도2928.
- [17] 대판 1987.10.13 선고 86다타1522.
- [18] 대판 1994.10.11. 선고 94다24626; 대판 1981.9.8. 선고 80다2511; 대판 1973.10.31. 선고 73다954.
- [19] 島十四郎, 商法第265條の適用範圍と違反の效果, 商法の争點, シュリト, p.107, 1983.
- [20] 임중호, *주식회사 이사의 반자본단체적행위에 대한 형사책임*, 현대의 형사법학, 박정근박사화갑기념논문집, p.681, 1990; 박주환, *회사법상의 특별배임죄에 관한 소고*, 회사법의 현대적 과제, 서돈각박사화갑기념논문집, p.304, 1990; 前田信二郎, *會社犯罪の研究*, 有斐閣, 1968.
- [21] William E. Knepper, *Liability of Corporate Officers and Directors*, The Allen Smith Co., 1978.

저 자 소 개

이 존 길(John-Girl Lee)

정회원



- 1988년 2월 : 전주대학교 법학과 (법학사)
- 1992년 2월 : 전주대학교 대학원 (법학석사)
- 1997년 2월 : 전주대학교 대학원 (법학박사)

▪ 2007년 3월 ~ 현재 : 전주대학교 법학과 교수

<관심분야> : 형법, 형사소송법, 형사정책

김 병 기(Pyung-Key Kim)

정회원



- 1992년 2월 : 전북대학교 법과대학(법학사)
- 1994년 2월 : 전북대학교 대학원 (법학석사)
- 2000년 8월 : 전북대학교 대학원 (법학박사)

▪ 2009년 9월 ~ 현재 : 전주대학교 법학과 조교수

<관심분야> : 상법, 경제법, 계약법