

■ 논 단

## 상법 제398조의 變形的 解釋의 타당성

이 철 송

전국대학교 법학전문대학원 석좌교수

### 요 약 문

상법 제398조는 이사·주요주주 등 회사와 이해상충의 우려가 있는 자들이 회사와 거래할 경우에는 이사회에 승인을 얻도록 규정하고 있다. 이 규정은 2011년 商法이 대폭 개정될 때에 역시 크게 개정되었는데, 法文상 개정 전후를 통해 달라지지 않은 것은 이사 등의 自己去來는 「이사회」의 「승인」을 받아야 한다는 점이고, 이 승인은 語義상 자기거래를 철차적으로 정당화하기 위한 事前的 요건을 의미함에 의문의 여지가 없다. 하지만 이 규정의 개정 이전부터 이 점에 관해 조문과 달리 해석하는 견해가 있었으며, 그와 입장을 같이 하는 판례도 있었다. 즉 「이사회」의 승인은 주주총회의 승인(1인주주회사의 경우에는 1인주주의 동의)으로 갈음할 수 있고, 이사회에 「승인」은 사후승인 즉 추인으로 대신할 수 있다는 것이다. 2011년 개정법에서는 「이사회」의 「事前승인」을 보다 확실하게 굳히는 입법을 하였으나, 개정 이후에도 이같은 변형적 해석론은 여전히 유지되고 있다.

이 글에서 필자는 법문대로의 해석을 주장하며 변형적 해석론에 대해서는 다음과 같이 비판하였다.

첫째, 이사회에 승인을 주주총회의 결의로 갈음할 수 있다는 견해에 대하여는 다음과 같이 반론하였다. 이 견해는 이른바 주주총회의 最高性에 바탕을 둔 해석론인데, 「주주총회의 최고성」이란 법적 명제가 아님을 논증하였다. 주식회사에서 이사회와 주주총회의 권한배분은 소유와 경영의 분리원칙에 입각한 제도이고, 소유와 경영의 분리는 유한책임제로부터 채권자를 보호하기 위한 強行法的 원리이므로 해석론으로 완화할 수 있는 법리가 아니라는 주장을 전개하였다. 구체적인 문제점으로, 이사회가 자기거래를 승인할 경우 자기거래로 회사에 생긴 손해에 관해 그 승인결의에 관여한 이사들의 책임을 물을 수 있으나, 주주총회의 승인으로 갈음할 경우 잘못된 승인을 한 주주들의 책임을 물을 수 없으므로 회사의 손실을 회복할 길이 없음을 지적하였다.

둘째, 이사회에 승인은 사후에 이루어져도 무방하다는 주장에 대하여는 다음과 같이 비판하였다. 2011년 개정법이 사후승인으로 갈음하려는 해석론을 막기 위하여 사전승인을 명문화한 사실에 관해서는 異論이 없는 바인데, 그럼에도 불구하고 사후승인도 무방하다

고 주장하는 것은 법의 形成이지 법의 解釋이 될 수 없다. 법의 해석은 文理解釋이 원칙이고, 法文의 통상적인 의미를 벗어나는 해석은 문리해석을 할 경우 정의에 반하거나 違憲적인 결과가 초래될 경우 부득이하게 허용되지만, 이 경우에는 입법의 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 취해야 한다는 것이 판례의 확고한 입장이다. 사후승인설은 문언과 다른 해석을 해야 할 부득이한 이유를 설명하지 못하며, 해석방법론에 있어서도 판례가 설정한 원칙을 벗어난다는 점을 지적하였다.

주제어 : 상법 제398조, 이사의 자기거래, 이익충돌거래, 이해상반거래, 자기거래, 자기거래의 사후승인, 자기거래의 승인

— <目 次> —

I. 머리말	2. 사후승인 가능성
II. 2011년 改正의 요지	V. 法解釋의 한계
III. 상법개정을 전후한 해석론의 추이	1. 변형적 해석을 반영한 가상의 법규정
1. 개정전의 해석론	2. 법개정의 입법의도
2. 개정후의 해석론	3. 확장해석의 한계
IV. 변형적 해석의 合理性에 관한 검토	VI. 餘 論
1. 승인기관의 대체가능성	

## I. 머리말

상법 제398조는 理事·주요주주 등 회사와 이해상충의 우려가 있는 자들과 회사의 거래(이하 “자기거래”)를 통제하기 위한 규정이다. 2011년 商法이 대폭 개정될 때에 이 규정 역시 크게 개정되었는데, 法文에서 개정 전후를 통해 달라지지 않은 것은 自己去來는 「이사회」의 「승인」을 받아야 한다는 점이다. 이사회는 상법 제390조에 의해 소집되는 이사회를 뜻함에 의문의 여지가 없고, 승인은 語義상 자기거래를 절차적으로 정당화하기 위한 「事前的」요건을 의미함에 의문의 여지가 없다. 하지만 이 규정이 개정되기 전부터 이 두 가지 점에 관해 法文

과 달리 변형적으로 해석하는 견해가 있었으며, 그와 입장을 같이 하는 판례도 나온 바 있다. 그 내용인 즉, 「이사회」의 승인은 주주총회의 승인으로 무방하다거나, 1인주주회사의 경우에는 1인주주의 동의로 무방하다거나, 1인주주가 이사인 회사의 경우 그 이사의 자기거래에는 이사회 결의가 불필요하다고 해석하며, 이사회 「승인」은 사후승인 즉 추인으로 같음해도 무방하다는 것이다.

2011년의 개정에서는 자기거래의 주체를 이사로부터 주요주주 등 회사와 이해상반의 가능성이 있는 자를 두루 포함하도록 범위를 넓히는 외에 종전의 「이사회」의 「事前승인」을 보다 확실하게 굳히는 입법을 하였으나, 개정이후에도 변형적 해석은 여전히 유지되고 있다.

이 글에서는 法文의 의미를 일탈하여 해석하는 것이 타당하냐는 의문을 제기하며 필자의 해석론을 피력하고자 한다.

## II. 2011년 改正의 요지

본론에 앞서 2011년 4월 14일 개정에 의해 신규 조문간에 달라진 점을 확인하고자 한다.

구조문	신조문
<p>제398조(이사와 회사간의 거래) 이사는 이사회 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제삼자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.</p>	<p>제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 이사 또는 제542조의8제2항제6호에 따른 주요주주</li> <li>2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속</li> <li>3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속</li> <li>4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사</li> <li>5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사</li> </ol>

新조문에서 달라진 점을 정리해 보면 다음과 같다.

- 1) 제398조 본문 전단에서 자기거래는 "미리 이사회에서 ... 승인을 받아야 한다"라고 규정함으로써, 승인은 사전승인임을 분명히 하였다.
- 2) 개정전에는 이사회 승인결의는 통상의 결의(이사의 과반수 출석과 출석이사의 과반수)로 하였으나, 개정법에서는 이사 전원의 3분의2 이상의 수로 결의요건을 강화하였다.
- 3) 舊조문하에서도 통설은 이사회에서 자기거래임을 開示해야 한다고 해석하였지만, 신규정에서는 이를 명문화하였는데, 이 점 부수적으로 승인이 사전승인이어야 함을 한 번 더 강조하는 의미로 볼 수 있다.
- 4) 제398조의 적용범위, 즉 이사회 승인을 받아야 하는 이익상반거래의 주체를 구조문에서는 理事로 국한하였으나, 신조문에서는 이사회에 주요주주도 포함시키고, 이사 또는 주요주주와 소정의 친족관계에 있는 자들 및 이들과 출자관계를 통해 利害의 同質性을 인정할 수 있는 자로까지 확대하였다.
- 5) 구조문하에서도 이사회 승인에 더하여 거래의 公正性이 요구되는 것으로 해석하였으나, 신조문에서는 이를 명문으로 규정하였다.
- 6) 구조문 단서에서 이사회 승인을 얻은 자기거래의 경우 민법 제124조를 적용하지 아니한다고 규정하였으나, 신조문에서는 이를 삭제하였다. 후술하는 바와 같이 민법 제124조를 적용하지 아니한다는 규정 자체가 입법의 착오이므로 차제에 정리한 것이다.

### Ⅲ. 상법개정을 전후한 해석론의 추이

#### 1. 개정전의 해석론

서두에서 말한 바와 같이 2011년 개정전에 자기거래의 승인주체 및 이사회 승인시기에 관해 상법의 규정과 다른 해석이 있었다.

##### 가. 승인주체

일부학설은 정관에 규정을 두어 자기거래를 주주총회의 승인사항으로 할 수 있다고 설명하였으며,<sup>1)</sup> 傍論으로 같은 입장을 보인 판례도 있었다.<sup>2)</sup> 정관에 규정이 없더라도 주주 전원의

---

1) 徐燮珏·鄭完溶, 「商法講義(上)」(第4全訂), 법문사, 1999, 675면; 林泓根, 「會社法」, 법문사, 2000, 509면; 蔡利植, 「商法講義(上)」(改訂版), 박영사, 1996, 559면; 崔基元, 「新會社法論」(第12大訂版), 박영사, 2005, 649면.  
2) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

동의로, 1인주주인 회사의 경우에는 1인주주의 동의로, 이사회에 승인을 갈음할 수 있다는 견해가 있었으며,<sup>3)</sup> 같은 입장을 취한 판례도 있다.<sup>4)</sup> 이 설은 자연스레 1인주주인 이사가 하는 자기거래는 이사회에 승인이 불필요하다는 설로 이어진다.

이상의 견해는 자기거래는 주주의 이익을 보호하기 위한 제도이므로 주주의 의사로 이사회 승인을 대체할 수 있다거나, 주주의 최고기관성 내지는 주주가 실질적인 회사의 소유자라는 점을 근거로 제시한다.<sup>5)</sup> 2009년 개정상법에서는 자본금이 10억원 미만인 회사는 이사를 1인 또는 2인만 둘 수 있게 하고(상법 제383조 제1항 단서), 이러한 회사에서는 주주총회가 자기거래를 승인하도록 하였으므로 이 논의는 3인 이상의 이사를 둔 회사에 국한된 것이다.

#### 나. 사후승인의 가능성

개정전 상법 제398조의 해석론으로서, 이사회에 승인이 자기거래가 행해지기 전의 事前承認만을 뜻하느냐 혹은 자기거래가 행해진 후의 사후승인도 포함되느냐는 논의가 활발하였으나, 정작 사후승인이 가능하다고 하는 견해는 극소수설에 불과하였다.<sup>6)</sup> 절대다수의 학설은 사후승인을 허용하면 이사가 사후승인을 얻을 계획으로 무단히 자기거래를 감행하고 다른 이사들에게 승인을 강요하는 폐단이 예상된다는 이유에서 사후승인은 불가하다고 설명하였다.<sup>7)</sup> 하지만 사후승인도 가능하다는 취지의 대법원판결이 한 건 있어 상법전공자들 사이에 사후승인을 인정하는 판례로 자주 인용되어 왔다. 관련부분의 판지는 아래와 같다.

대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결: "...이사회에 승인을 얻은 경우 민법 제124조의 적용을 배제하도록 규정한 상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회에 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 이사회에 사전 승인만을 규정하고 사후 승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다..."

그러나 이 판례(이하 "2007년 판례"로 호칭)에서는 사후승인을 받더라도 제도의 취지상 자기거래와 관련된 이사는 이사회에 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의되어야 하며, 이러한 개시 없이 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회에 결의가 이루어진 것에 불과한 경우는 자기거래의 사후승인이라고 할 수 없다고 하였다.<sup>8)</sup> 이같은 일반

3) 姜渭斗·林載鎬, 「商法講義(上)」, 형설출판사, 2006, 549면; 朴相祚, 「新會社法論」(제3증보판), 형설출판사, 2000, 638면; 鄭東潤, 「會社法」(第7版), 법문사, 2001, 442면; 崔基元, 전거서, 650면.

4) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569판결. 註2의 판례도 傍論으로 같은 입장을 실시하였다.

5) 崔基元, 註3의 문헌.

6) 金容泰, 「全訂商法(上)」, 1984, 388면.

7) 孫珠瓚·鄭東潤, 「註釋 商法 [會社III]」(제4판), 한국사법행정학회, 2003, 279면(朴吉俊·權載熱 집필).

론에 입각하여, 이 사건에서 대표이사가 자신이 이사장을 맡고 있는 비영리법인에 회사의 재산으로 기부를 하고, 이사회에서 기부금명세서 등 결산 관련 서류를 심의·의결한 것만으로는 자기거래의 사후승인으로 볼 수 없다고 판시하였으므로 이 판례에서의 사후승인설은 결과적으로 방론에 그친다고 볼 수 있다. 더욱이 이 판례 이후에 제398조의 개정으로 인해 사전승인으로 제한하는 취지의 명문의 규정이 추가된 바이니, 이 판례는 先決例로서의 의미를 상실했다고 보아야 할 것이나, 여전히 사후승인설의 근거로 인용되고 있다.

## 2. 개정후의 해석론

### 가. 승인주체

승인주체에 관해서는 개정된 바 없으므로 개정전의 학설현황이 달라질 사정은 생기지 않았다. 개정전에 정관에 규정을 두어 자기거래를 주주총회의 승인사항으로 할 수 있다고 설명하던 견해는 같은 입장을 유지하고 있으며, 개정후에 새로이 이 견해에 동조하는 문헌도 여럿 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 정관에 규정을 두어 이사회 승인을 주주총회의 승인으로 갈음할 수 있다고 하는 견해는 대부분 동시에 정관에 규정이 없더라도 주주 전원의 동의로, 그리고 1인주주인 회사의 경우에는 1인주주의 동의로 이사회의 승인을 갈음할 수 있으며, 1인주주인 이사가 하는 자기거래는 이사회의 승인이 불필요하다는 보는데, 이 역시 개정전의 설명과 다름없다. 논거로서는 개정전과 같이 주주총회의 最高機關性과 더불어 상법 제361조가 정관에 의해 주주총회의 권한을 확장할 수 있도록 규정하고 있다는 점, 아울러 상법 제398조가 주주를 보호하기 위한 제도라는 점을 제시한다.<sup>10)</sup>

이 견해의 틀 속에서도 세부적으로는 입장을 달리하는 견해도 있다. 정관에 의해 주주총회의 결의로 이사회승인을 갈음할 수는 있으나, 주주 전원(1인주주)의 동의로 이사회의 승인을 갈음하는 것은 허용되지 않는다는 견해도 있고,<sup>11)</sup> 원칙적으로 주주총회의 결의로 가능하지만,

8) 이 부분의 판지: 「이사와 회사 사이의 이익상반거래가 비밀리에 행해지는 것을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적정한 직무감독권의 행사를 보장하기 위해서는 그 거래와 관련된 이사는 이사회의 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있다고 할 것이고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반 거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회의 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회의 승인이 있다고 할 수는 없다.」

9) 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」(제6판), 박영사, 2022, 441면; 김정호, 「회사법」(제5판), 법문사, 2019, 448면; 宋沃烈, 「商法講義」(제9판), 홍문사, 2019, 1058면; 최준선, 「회사법」(제17판), 삼영사, 2022, 549면; 한국상사법학회, 「株式會社法大系 II」(제4판), 법문사, 2022, 851면(권윤구 집필).

10) 전주 문헌 참조.

11) 임재연, 「회사법 II」(개정8판), 박영사, 2022, 531면 이하.

개정법에서는 주요주주와 회사의 거래도 제한대상임을 의식하여 주요주주가 거래상대방인 경우에는 이사회의 승인을 요한다는 견해도 있다.<sup>12)</sup> 그리고 개정법에서 이사회의 승인결의요건이 이사 전원의 3분의2이상 찬성으로 강화되었음에 주목하여 주주총회의 승인결의도 발행주식총수의 3분의2이상으로 이루어져야 한다는 견해도 있다.<sup>13)</sup>

개정전과 마찬가지로 다수설은 여전히 이사회의 승인은 주주총회의 승인결의로 대체할 수 없다고 보며, 주주전원(또는 1인주주)의 동의로 이사회의 승인을 갈음하는 것도 허용되지 않는다는 입장이다.<sup>14)</sup>

#### 나. 사후승인의 가능성

개정법에서는 “미리”라는 말로 이사회의 승인시기를 못박았으므로 승인은 사전에 이루어져야 한다는 설명의 근거가 더욱 확실해졌다고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 그럼에도 불구하고 앞서 말한 바와 같이 개정전에는 사후승인이 가능하다는 설이 극히 드물었으나, 개정후에는 오히려 사후승인의 가능성을 지지하는 설(이하 “사후승인설”)이 크게 늘어났다.

사후승인설이 제시하는 논거는 다음과 같다.<sup>16)</sup>

- 1) 거래상대방인 이사에게 사전승인의무를 부과할 것인지, 회사가 사후승인을 통해 거래를 유효하게 만들 수 있는지는 별개의 문제이다.
- 2) 통설과 판례상 이사회의 승인을 받지 않은 자기거래의 무효를 주장할 수 있는 것은 회사에 국한되는데, 회사가 그 무효를 주장하지 않기로 하는 결정을 금지할 이유가 없다.
- 3) 사후승인으로 거래가 유효하게 되었다 하더라도 이사에 대한 손해배상청구와 해임의 제재를 가하는 것은 여전히 가능하다.<sup>17)</sup>
- 4) 자기거래의 무효는 회사만이 주장할 수 있는데, 자기거래 후 회사가 무효를 주장하지 않

12) 장정애, "이사의 자기거래규제 강화에 따른 실무상 개선방안에 관한 고찰," 「비교사법」 제22권 제3호(2015), 1348면.

13) 宋沃烈, 전게서, 같은 면; 한국상사법학회, 전게서, 같은 면(권윤구 집필).

14) 權奇範, 「現代會社法論」(제8판), 삼영사, 2021, 897면; 김흥기, 「상법강의」(제7판), 박영사, 2022, 626면; 이기수·최병규, 「회사법」(제12판), 박영사, 2022, 462면; 이종훈, 「회사법」(제3판), 박영사, 2021, 247면; 李哲松, 「會社法講義」(제30판), 박영사, 2022, 789면; 정경영, 「회사법학」, 박영사, 2022, 675면; 정찬형, 「상법강의(상)」(제24판), 박영사, 2022, 1058면; 홍복기·박세화, 「회사법강의」(제5판), 법문사, 2017, 502면.

15) 김한중, "상법상 이사 등의 자기거래에 관한 연구-상법 제398조의 해석상의 주요쟁점 및 입법론적 개선방안-," 「법학연구」(충북대) 제29권 제2호(2018), 287면; 김흥기, 전게서, 624면; 이기수·최병규, 전게서, 462면; 이종훈, 전게서, 246면; 이철송, 전게서, 789면; 임재연, 전게서, 334면; 정경영, 전게서, 673면; 鄭東潤, 「商法(上)」(제6판), 법문사, 2012, 635면; 정찬형, 전게서, 1058면; 최준선, 전게서, 550면.

16) 權奇範, 전게서, 896면; 권순일 편집대표, 「주석 상법[회사 3]」(제6판), 한국사법행정학회, 2021, 469면(백숙중 집필); 김건식·노혁준·천경훈, 전게서, 442면; 김정호, 전게서, 446면; 宋沃烈, 전게서 1059면; 장정애, 전게논문, 1345면; 천경훈, "개정상법상 자기거래 제한규정의 해석론에 관한 연구," 「저스티스」 제131호(2012), 82면.

17) 전주 문헌 참조.

으면 추인한 것과 같은 결과가 된다.<sup>18)</sup>

- 5) 사후승인설이 개정상법의 명문의 규정에 배치되는 것은 명백한데, 이 점에 관해서는, 개정 전에도 “미리”라는 문구는 없었지만 법문이 문리해석상 사전승인을 예정하고 있었음에도 불구하고 판례 및 일부 학설이 사후추인이 가능하다고 보았던 터이므로 개정 후의 조문하에서도 사후추인이 가능하다는 해석의 여지가 전혀 봉쇄된 것은 아니라고 설명한다.<sup>19)</sup>
- 6) 나아가 사후승인론자 일부는 주장을 보강하는 논거로서 미국과 일본에서도 사후승인을 허용하는 것이 통설이라는 설명을 덧붙인다.<sup>20)</sup>

#### IV. 변형적 해석의 합리성에 관한 검토

##### 1. 승인기관의 대체가능성

1) 주주총회의 결의 또는 1인주주의 의사로 이사회의 승인을 갈음할 수 있다는 견해는 자기거래의 제한이 주주의 이익을 보호하기 위한 것이라는 입법목적을 제시한다. 주식회사에서는 주주가 회사에서 생겨나는 모든 이해의 궁극적인 귀착점이기는 하지만, 자기거래의 제한이 주주의 이익을 지키기 위한 것이라는 설명에는 동의하기 어렵다. 자기거래의 제한은 資本充實의 동기에서 나온 제도이고 자본충실의 일차적인 이유는 회사채권자를 보호하기 위함이므로 자기거래의 승인여부는 주주가 처분권을 가질 사안이 아니다.

2) 주주총회의 결의로 이사회승인을 갈음할 수 있다는 견해의 가장 중요한 논거는 주주총회의 최고기관성과 주주총회는 정관이 정한 사항을 결의한다는 규정이다(상법 제361조의). 상법 제361조의 해석론으로서, 정관으로 주주총회의 권한을 어디까지 확장할 수 있느냐는 문제에 관해서는 견해가 갈린다.<sup>21)</sup> 통설은 정관에 규정을 두어 제한없이 주주총회의 권한을 확장할 수 있다고 설명하는데, 이 역시 주주총회의 최고기관성에 근거를 둔다.

규범적가치의 면에서 주주총회의 의사결정이 이사회의 의사결정에 비해 우월하거나, 이사회의 권한이 주주총회의 권한에 부분집합으로 포섭되는 관계에 있는 것은 아니다. 상법은 채권자보호라는 최고의 이념하에 회사재산을 객관적으로 관리할 수 있는 수단으로 소유와 경영의 분리라는 명제를 설정하고, 그 논리하에 이사회에 업무집행을 맡기고 있으므로 이사회의 의사결정과 주주총회의 의사결정은 서로 본질을 달리하는 기능으로서, 상호 대체할 수 있는 것이

18) 宋沃烈, 전계서, 1059면.

19) 천경훈, 전계논문, 82면.

20) 權奇範, 전계서, 897면; 천경훈, 전주.

21) 李哲松, 전계서, 506면 참조.

아니다. 간과해서 안될 점은 이사회 의사결정은 각 이사들의 책임에 의해 중립성과 합리성이 담보되지만(상법 제399조 제2항) 주주총회의 결의에는 이러한 책임이 따르지 않는다는 점이다. 이사의 자기거래는 회사재산에 대한 중대한 위험을 초래하는 행위이므로 그 승인여부에는 책임이 따라야 하고, 이 점이 바로 상법이 이사회 승인을 요구하는 이유이다.

3) 개정법에서는 주요주주 및 그의 특수관계인(상법 제398조 제2호-제5호)도 자기거래의 잠재 당사자가 다루고 있음을 감안해야 한다. 이들이 회사의 거래상대방이 된 경우 주주총회의 결의 또는 1인주주의 동의로 거래를 승인한다면 주주가 자기의 이해가 걸린 사안에 관해 반대의利害당사자인 회사의 의사를 결정한다는 결과가 되어 이해관계 있는 주주의 의결권을 배제하는 상법 제368조 제3항의 취지에도 어긋난다.

## 2. 사후승인 가능성

### 가. 사후승인의 의미

다수설인 사전승인론자들은 이사회 승인은 자기거래 이전에 얻어야 된다고 하며, 거래이후에 승인하는 것을 "사후승인"이라 즐겨 부른다. 이사회 승인 없이 한 거래의 효과에 관해 통설·판례(2007년 판례)가 취하는 상대적 무효설의 시각에서 본다면, 이사회 승인없이 이루어진 자기거래는 거래가 이루어진 순간부터 무효라고 보아야 할 것이고, 따라서 거래이후에 이루어진 이사회 승인이 거래를 유효하게 만들겠다는 의사결정이라고 본다면 이는 무효행위의 「추인」을 위한 의사결정에 해당한다고 보아야 한다(민법 제139조). 그래서 사후승인론자는 대부분 「사후(적)추인」이라는 용어를 쓴다.<sup>22)</sup> 개인법적 거래가 무효인 경우 그 추인은 당사자 혹은 그 대리인이 상대방에게 추인의 의사표시를 하여야 할 것이고, 이 원리를 회사에 적용한다면 대표이사가 자기거래의 상대방에게 추인의 의사표시를 함으로써 족할 것이나, 이 같이 풀이해서는 상법 제398조의 규정이 무의미해진다. 그러므로 사후승인이 허용된다는 전체 하에서, 이사회 사후승인행위는 추인을 위한 단체법적 의사형성방법이고, 승인 후 대표이사가 그 뜻을 상대방에게 통지함으로써 추인이 이루어진다고 보아야 할 것이다.

그러나 후술과 같이 2007년 판례와 사후승인설은 이사회 사후승인결의로 바로 거래가 소급적으로 유효해진다고 풀이한다.

22) 주 16)의 문헌 중 김건식·노혁준·천경훈의 전제서는 "사후승인" 그 외의 문헌에서는 "사후추인"이라고 표현하고 있다.

나. 사후승인(추인)의 효과와 무권대리추인의 유추론

1) 승인없는 행위의 성격에 관한 학설·판례

무효인 행위는 추인하더라도 효력이 생기지 아니하고, 다만 당사자가 무효임을 알고 추인한 경우 장래에 향하여 효력이 있다(민법 제139조). 그러나 앞서 소개한 바와 같이 사후추인설을 취한 판례는 자기거래가 추인에 의해 소급적으로 유효해지는 것으로 보았다(2007년 판례). 그리고 그 근거로서는 「이사회 승인을 얻은 경우 민법 제124조의 적용을 배제하도록 규정한 [개정전] 상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에 대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면, ... 사후 승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다」라는 논리를 제시한다. 이는 일본에서의 사후승인설과 같은 논거로서 사후승인에 무권대리의 추인(민법 제133조)과 같은 효력을 인정하려는 취지로 이해된다.

우리나라에서 사후승인설을 취하는 학자들은 사후승인의 효력에 관해 분명한 설명을 하고 있지는 않지만, 대체로 위 판례와 같은 입장이라고 짐작된다.<sup>23)</sup>

2) 무권대리론의 논리적 타당성

이사회 승인을 얻지 못한 자기거래를 개인법상의 무권대리로 보아 소급효 있는 추인을 허용한다는 이론구성에는 합당한 근거를 대기 어렵다. 2007년 판례는 개정전 제398조 후단의 반대해석을 근거로 이사회 승인을 얻지 못한 자기거래를 무권대리로 보아 추인을 허용한다고 하지만, 개정전 제398조 후단의 반대해석에서 이같은 해석이 도출될 수 없으며, 더욱이 제398조 후단은 입법착오에서 비롯된 조문으로 법해석의 근거가 될 수는 없다. 상세한 이유는 아래와 같다.

제398조 후단의 반대해석의 논리구조를 검토해 본다.

2007년 판결은 제398조 후단(명제 A라 하자)의 반대해석으로 “이사회 승인을 얻지 못한 자기거래는 무권대리이다”라는 명제(명제 B)를 끌어내고, 이로부터 “이사회 승인을 얻지 못한 자기거래는 (민법 제133조의 적용으로) 소급적 추인이 가능하다”라는 명제(명제 C)로 결론지었다.

제398조 후단, 즉 명제 A는 “이사회가 승인한 자기거래에 대해서는 민법 제124조를 적용하지 않는다”라는 뜻이다. 그러므로 그 반대해석은 “이사회 승인을 얻지 못한 자기거래에 대해서는 민법 제124조를 적용한다”이다. 즉 본인의 허락이 없으니 자기계약·쌍방대리를 하지 못한다는 것이다. 그리하여 2007년 판례는 민법학에서 본인의 허락없는 자기계약이나 쌍방대리는 무권대리로 보므로 이사회 승인을 얻지 못한 자기거래는 소급적 추인이 가능하다는 논리를 펼 것이다.

23) 김건식·노혁준·천경훈, 전거서, 442면 각주 4)에서 “사후승인은 무권대리의 추인(민 133 본)과 마찬가지로 소급효가 있다”라고 설명하고 있다.

상법 제398조의 자기거래가 자기계약에 해당하는 경우란 A 회사 대표이사 甲이 일면 A 회사를 대표하고, 일면 A 회사의 반대당사자로서 계약할 경우(자기계약)이고, 쌍방대리에 해당하는 경우는 A 회사와 B 회사의 대표이사를 겸하는 甲이 A와 B를 대표하여 계약을 체결하는 경우(쌍방대리)이다. 대표이사가 아닌 이사, 주요주주 또는 이사 또는 주요주주의 특수관계인(상법 제398조 제2호 내지 제5호)이 회사의 상대방이 되는 거래 또는 간접거래는 자기계약 또는 쌍방대리가 될 수 없다. 따라서 제398조 후단을 반대해석하여 무권대리로 볼 수 있는 자기거래의 범위는 단지 대표이사가 직접 상대방이 되어 회사와 거래하거나 두 회사의 대표이사를 겸임하는 이사가 두 회사를 대리하여 거래하는 경우뿐이다. 따라서 판지의 명제 B는 부당주연의 오류이고 명제 C 역시 참이 아니다.

### 3) 개정전 상법 제398조 후단의 연혁적 배경

원래 개정전 제398조 후단의 규정은 이상 검토해 본 바와 같이 이사의 모든 자기거래를 의식한 것은 아니고, 대표이사가 회사와 거래하거나, 두 회사의 대표이사를 겸하는 자가 그 두 회사를 대표하여 거래하는 경우에 자기계약과 쌍방계약을 금지하는 민법 제124조를 적용하지 않겠다는 것이다. 그러나 이 조문은 다음에 보듯이 대표이사에 대해서조차 불필요한 조문이었다. 우리 민법 제124조는 1898년에 제정된 일본신민법(1912년부터 우리의 依用民法, 해방이후 우리의 구민법) 제108조를 계승한 것인데, 동조에서는 우리의 현행 민법 제124조와 달리 본인의 허락에 관한 언급이 없이 단지 자기계약과 쌍방대리를 금지한다고 규정하고 있었다.<sup>24)</sup> 그리고 입법 후 한동안 이 규정은 자기계약 및 쌍방대리는 절대적으로 무효임을 뜻한다고 해석되었다.<sup>25)</sup> 한편 개정전 우리 상법 제398조는 우리 구상법 제265조를 승계한 것이고, 구상법의 전신인 일본상법을 제정할 때(1899년)에는 원래 후단에 해당하는 규정이 없었으나, 이사회에 승인을 얻은 대표이사의 거래를 무효로 다루지 않기 위해 일본민법 제108조의 적용을 배척한다는 취지로 1911년에 단서를 신설하였다.<sup>26)</sup> 그러나 오래지 않아 일본민법 제108조의 해석론이 바뀌어 본인의 허락이 있으면 자기계약·쌍방대리도 유효하다고 해석되었으므로 상법 제398조 후단은 불필요해졌을 뿐 아니라, 1958년에 제정된 우리 민법 제124조는 본인의 허락이 있을 경우에는 자기계약과 쌍방대리도 유효하다고 명문으로 규정하였으므로 더욱이나 상법 제398조 후단은 불필요하였다. 그럼에도 불구하고 1962년 신상법 제정시에 구상법의 규정을 그대로

24) 「구민법 제108조(자기계약, 쌍방대리) 누구든지 동일한 법률행위에 관하여 상대방의 대리인이 되거나, 또는 당사자 쌍방의 대리인이 될 수 없다. 단 채무의 이행에 관하여서는 此限에 不在한다.」

참고로 2017년 개정된 일본민법에서는 본인의 허락이 있을 경우 쌍방대리, 자기거래가 유효하다는 규정을 두었다.

25) 일본 大審院(현 최고재판소의 전신) 1905. 5. 12. 民錄 10. 662. 於保不二雄 編, 「注釋民法(4)」, 有斐閣, 1967, 76면.

26) 일본 上柳克郎 외, 「新版注釋會社法(6)」, 有斐閣, 1987, 227면.

답습하여 동 후단의 규정을 유지해 온 것인데, 이는 입법의 착오이다. 때문에 2011년의 개정에서 삭제되었다.

이같이 입법착오에서 비롯된 조문을 제398조의 해석의 근거로 삼는 것은 옳은 해석이 될 수 없다. 굳이 무권대리의 추인제도를 원용한다면 이는 유추해석이 될 것이나, 후술하는 바와 같이 유추해석의 필요성을 인정하기 어렵다.

#### 4) 專斷行爲와의 관계

이사회가 승인없는 자기거래는 법상 필요한 이사회 결의 없이 대표이사가 전단적으로 하는 행위이므로 그 본질은 대표이사의 권한에 대한 법률적 제한으로서의 이사회 승인을 받지 않은 전단행위(주로 상법 제393조 위반)의 일종이라 할 수 있다. 그러나 과거의 판례는 법률적 제한을 위반한 전단행위와 내부적 제한을 위반한 전단행위(상법 제389조 제3항 → 제209조 제2항)를 구분하지 않고 상대방이 제한위반에 관해 무과실의 선의이면 전단행위는 유효하고, 악의 또는 과실있는 선의이면 전단행위는 무효라는 입장을 취해 왔고, 이사회가 승인없는 자기거래는 이와는 별도로 상대적 무효설로 해결해 왔다. 그러나 최근의 판례변경으로 전단행위는 상대방에게 중대한 과실이 없는 한 선의이면 유효하다고 함으로써 이사회가 승인없는 자기거래와 효과를 일치시켰다.<sup>27)</sup> 그리고 전단행위는 내부적 제한위반이든 법률적 제한위반이든 이를 무권대리로 다룬 일이 없었다. 그렇다면 전단행위와 본질을 같이 하는 이사회가 승인없는 자기거래만을 무권대리로 다루어야 할 근거 또한 희박하다고 할 수 있다.

#### 다. 사후승인을 인정할 실익

앞서 인용한 사후승인설의 논거는 대체로 사후승인을 허용하더라도 부당한 점은 없다거나, 굳이 사후승인을 금할 필요가 없다는 정도의 試論이고, 강행규정에 반하면서까지 사후승인을 허용해야 할 필연적인 이유로 보기는 어렵다. 그러므로 사후승인을 허용할 경우 현실적으로 어떤 결과를 야기하는지를 검토하여 그 실익을 논하는 것이 순리이다.

사후승인을 허용함으로써 사전승인에 국한할 경우와 달라지는 점은 이사의 책임과 거래의 효과이다.

#### 1) 이사의 책임에 대한 영향

자기거래의 당사자인 이사가 자기거래에 관해 받는 규범평가는 행위의 적법성여부와 회사

<sup>27)</sup> 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016다45451 전원합의체 판결.

가 입은 손해에 대한 배상책임이다. 회사에 대한 손해배상책임(상법 제399조의 책임)은 이사회 의 승인유무와 관계없이 회사에 손해가 생기면 발생하므로 사후승인의 허용여부는 손해배상 책임에 영향을 주는 바 없다. 다만 손해가 발생한 경우에는 사후승인의 허용여부에 따라 배임 죄의 성부가 문제될 수 있다. 즉 사후승인이 허용되지 않는다면 이사회의 승인없이 자기거래 를 하는 것은 형법 제355조 제2항이 규정하는 배임죄에 해당할 수 있지만, 사후승인이 허용된 다면 이사가 사후승인을 받을 것으로 믿고 이사회의 승인 없이 자기거래를 하였을 때 구성요 건의 하나인 임무위배성이 조각될 수 있을 것이다. 그러나 이 문제에는 다른 형법학적인 관찰 요소가 있을 것이므로 논외로 한다.

이사가 이사회의 승인없이 자기거래를 하면 회사에 손해가 발생하는지 여부와 무관하게 이 사는 위법한 행위를 한 것이므로 손해배상책임이외의 규범평가가 따라야 한다. 상법이 정한 행위효과로서는 상법 제385조 제1항 단서가 규정하는 해임의 정당한 이유가 될 것이므로 이사 에 대한 손해배상 없이 해임할 수 있고, 동조 제2항의 해임청구의 대상이 될 수 있을 것이다. 그리고 정관으로 정하거나 임용계약으로 정한 불이익이 있다면 그 제제도 따를 것이다. 그러 나 사후승인이 허용된다면 사후승인이 있을 경우 자기거래는 소급하여 적법한 거래가 되므 로<sup>28)</sup> 이러한 규범평가는 불가능해진다. 사후승인설에서는 회사가 사후승인을 하더라도 이사에 대해 해임, 기타 징계 등의 책임추궁이 가능하다고 하지만, 사후승인을 허용함은 사전승인을 받은 것과 동일한 효력을 부여한다는 뜻인데, 반드시 거래의 효력만 유효로 하고, 이사의 책임 은 별개라는 논리를 어떻게 근거지울지 의문이다. 이 점에 관해서는 다시 논란의 여지가 생길 것이므로 요컨대 사후승인설은 그만큼 불안정한 해석임을 말해 준다.

## 2) 자기거래의 효과

사후승인의 허부가 가장 큰 영향을 미치는 것은 거래의 대외적인 효과이다. 이사회의 승인 없는 자기거래의 대외적인 효과에 관해서는 유효설, 무효설, 그리고 상대적 무효설이 있으나, 통설·판례가 지지하는 상대적 무효설의 입장에서 분석한다. 상대적 무효설에 의하면 승인없는 자기거래는 거래의 당사자인 회사와 이사간에서는 무효이나, 제3자에 대해서는 「이사회의 승 인없는 자기거래」라는 사실에 관해 악의 또는 중대한 과실로 선의인 자에 대해서만 무효이 다. 즉 중대한 과실 없는 선의인 제3자에 대해서는 이사회의 승인이 없더라도 거래는 유효하므 로 사후승인의 허부 및 유무는 중과실 없는 선의의 제3자에 대해서는 영향이 없다. 그러나 사 후승인이 허용된다는 전제에서 사후승인이 있게 되면, 악의·중대한 과실있는 선의의 제3자에 대해서는 물론, 이사와 회사와의 사이에서도 거래는 유효해진다. 사후승인설의 중대한 명분은

28) 앞서 설명한 바와 같이, 사후승인설은 사후승인으로 인해 무권대리의 추인과 같이 거래가 소급적으로 유효해진다고 한다.

거래의 안전을 기한다는 것이나, 실상 사후승인을 허용해서 얻는 실익은 악의·중과실인 상대방과 내부의 자기거래의 당사자(이사, 주요주주 등)를 보호하는 것이고 보면 거래의 안전과는 무관함을 알 수 있다.

사후승인을 허용한다면 회사로서 편리한 점도 있다. 자기거래가 이루어진 후 회사는 거래의 利·不利를 따져 사후승인여부를 통해 거래의 유효·무효를 선택할 수 있는데, 이는 거래상대방의 희생을 전제로 하므로 거래법적 관점에서 매우 불공평한 결과이다.

#### 라. 입법례

사후승인설의 논거로 외국의 입법례를 제시하므로 주요 외국의 예를 검토한다. 독일은 자기거래에 대해 비교적 관대하여 이사에 대한 용자에 관해 감사회의 승인을 얻도록 할 뿐이고(§ 89 Abs. 1 AktG), 그 밖의 자기거래에 대하여는 제한을 두지 않으므로 논외로 한다. 사후승인설을 주장하는 학자들이 제시하는 외국의 입법례는 미국의 모범사업회사법(Model Business Corporation Act. 이하 "MBCA")과 일본의 해석론이다.

일본에서는 오래 전(1920년대)부터 통설·판례가 이사회 승인없는 자기거래의 추인도 가능한 것으로 풀이해 왔다. 그 필요성으로는 거래의 안전을 들고, 우리 사후승인설이 주장하는 바와 같이 사후승인을 하더라도 회사에 손해가 발생한 경우 이사의 책임을 물을 수 있다는 점을 소극적 논거로 들고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 이사들이 사후승인을 예정하고 무단히 자기거래를 한 후, 이를 기정사실로 하여 다른 이사들에게 승인을 강요하는 폐해를 우려하고, 실제 사후승인이 거래의 안전에 기여하는 바가 없다는 점을 들며 사후승인을 부정하는 견해도 유력하다.<sup>30)</sup>

미국에서 수탁자(fiduciary)의 자기거래제한은 보통법상의 충실의무(duty of loyalty)의 하나로 발전하였는데, 19세기 후반까지는 과거 영국법의 전통을 이어받아 자기거래는 거래의 공정성이나 본인의 승낙을 불문하고 무효로 다루었다. 그러나 20세기 초부터 회사가 승인받지 않은 자기거래(이사의 이해상충거래)의 효력을 선택할 수 있도록 하다가, 각 州가 자기거래를 성문법으로 다루게 되면서 자기거래가 유효해질 여지를 크게 넓혀 놓았다. 우선 모범회사법(Model Business Corporation Act: MBCA)를 보면, 이사의 자기거래가 이해관계 없는 이사의 과반수의 승인을 얻거나, 이해관계 없는 주주(의결권) 과반수의 승인을 얻은 경우, 그리고 이러한 승인이 없더라도 이사가 거래의 공정성을 증명한 경우<sup>31)</sup>에는 형평법상의 구제방법<sup>32)</sup>을 적

29) 上柳克郎外編, 전게서, 248면(本間輝雄집필); 落合誠一編, 「會社法コンメンタール」、商事法務, 2009, 85면(北村雅史 집필).

30) 전주.

31) Official Comment to § 8.61(b)(3).

32) equitable relief: 보통법상으로는 채무불이행이나 기타 위법행위로 인한 피해자의 구제방법은 금전배상(pecuniary damages)이 원칙이나 형평법상의 구제방법은 직접강제(specific performance)나 유지 혹은 강제처분(injunction) 등 직접적인 구제방법을 허용한다. 승인받지 않은 자기거래의 당사자인 이사를 상대로 회사가

용하지 않고, 이사에게 손해배상책임을 지울 수도 없다는 규정을 두고 있다(§ 8.61.(b)). 그런데 이사 또는 주주들의 "승인을 받는다면"이라는 조건절에 "어느 때이든"(at any time)이라는 어구가 들어 있는데,<sup>33)</sup> MBCA의 주석에서는 이 "at any time"을 거래의 사전 또는 사후를 뜻하는 것으로 해석한다.<sup>34)</sup> 사후승인설을 주장하는 학자들은 이 MBCA 규정을 근거로 미국에서 사후승인을 허용한다고 설명한다.<sup>35)</sup> 그러나 주지하는 바와 같이 MBCA는 실정법이 아니므로 이 규정을 가지고 미국회사법이 사후승인을 허용한다고 근거지을 수는 없다. 대부분의 주 회사법 역시 MBCA § 8.61과 유사한 규정을 두어 자기거래의 승인을 다루고 있으나, 위에 말한 "at any time"이라는 어구는 두고 있지 않다.<sup>36)</sup> 그리고 이사의 자기거래 관련 소송사례를 보면(筆者의 경험으로는) 사후의 승인이 등장하는 예를 볼 수 없다.

프랑스는 자기거래를 매우 엄격히 통제한다. 프랑스 회사법(상법)은 이사 및 그 특수관계자가 직·간접으로 이해를 갖는 회사와의 거래는 감사회의 사전승인(*l'autorisation préalable du conseil de surveillance*)을 얻도록 하고, 이사가 소유자나 임원으로 관여하고 있는 다른 기업과의 거래도 같은 방법으로 제한한다(우리 상법 제398조와 당사자의 범위가 흡사하다. Code de commerce Art. L. 225 - 86).

영국에서는 오래전부터 이익상반거래는 무조건 무효라는 보통법상의 원칙을 수립하였으나, 차차 완화해 왔고, 성문법상으로는 1948년 회사법에서부터 규제하였으며, 현재 2006년 회사법에서는 거래의 종류에 따라 주주총회의 승인이 있으면 할 수 있는 자기거래(중요한 재산거래: substantial transaction)와 승인 없이 할 수 있는 자기거래를 열거하는 방식을 취하고 있다. 승인을 얻어야 하는 거래의 경우 주주총회의 승인을 얻었거나 얻을 것을 조건으로 계약을 체결할 수 있다고 하므로 역시 사전승인을 요한다고 할 수 있다.<sup>37)</sup>

---

소를 제기하거나 주주가 회사를 위해 소를 제기한다면, 자기거래에 의해 이전된 재산의 반환이나 정상적인 가액과의 차액의 반환 등을 청구할 수 있는 것이다.

33) "director's action respecting the transaction was taken in compliance with section 8.62 *at any time*, or"

34) MBCA Official comment § 8.61. 2016년에 MBCA의 개정이 있었는데, 개정전의 해당조문의 해석에서는 본문과 같이 해석하면서, "그러나 회사법의 건전한 실무(good corporate practice)는 거래의 체결이전에 승인을 얻는 것이다"라는 해설을 붙였는데, 2016년 개정 주석에서는 이 문장이 삭제되었다.

35) 權奇範, 전계서, 897면 각주 1112; 천경훈 전계논문, 55면 각주 16.

36) 예컨대, 델라웨어 회사법(General Corporation Law) § 144; 뉴욕 회사법(Business Corporation Law) § 713; 캘리포니아 회사법 (Corporations Code) Section 310.

37) Companies Act 2006 s. 190(1): "A company may not enter into an arrangement ... unless the arrangement *has been approved* or is conditional on such approval being obtained."

## V. 法解釋의 한계

### 1. 변형적 해석을 반영한 가상의 법규정

앞서의 변형적 해석의 법해석방법론적 의미를 보면 넓은 의미의 확장해석으로 분류할 수 있다. 즉 제398조가 규정하는 「이사회」라는 단어를 “이사회 또는 주주총회”로 읽으며, 「미리」라는 단어를 “미리 또는 사후에”로 읽는 것과 같다. 이사회를 “이사회 또는 주주총회”로 읽은 결과 이사회회의 결의요건(이사수의 3분의2)은 어떻게 읽어야 할 것이냐는 문제가 생겨난다. 학자에 따라서는 주주총회의 보통결의로 같음할 수 있다고 보기도 하고, 주주총회의 특별결의로 같음할 수 있다고 풀이하기도 한다. 전자의 입장을 따른다면, 「이사회회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고,」는 “이사회회의 승인은 이사 3분의2이상의 수로, 주주총회회의 승인은 제368조 제1항의 결의로 해야 하고”로 읽어야 한다. 그리고 후자의 입장을 따르면 이 대목은 “이사회회의 승인은 이사 3분의2이상의 수로, 주주총회회의 승인은 제434조의 결의로 해야 하고”로 읽어야 한다. 그리하여 변형적 해석의 방법으로 상법 제398조를 해석할 경우에는 아래 표에서 보듯이 현행 규정에 오른 쪽 가상규정의 밑줄 부분과 같은 내용의 입법적 보완이 이루어진 것과 같은 효과가 생긴다. 이는 법해석을 통해 얻을 수 있는 결과는 아니고 이른바 法形成에 속하는 작업이다.

현행 규정	가상규정
<p>제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 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 한다.</p> <p>1. -5 생략</p>	<p>제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 <u>또는 거래가 이루어진 후에</u> 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 한다. <u>정관으로 주주총회회의 결의로 승인하기로 정한 경우에는 주주총회회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 주주총회회의 승인은 제368조의 결의로 [또는 제434조의 결의로] 하여야 한다. 주주가 1인뿐인 회사의 경우에는 이사회 또는 주주총회회의 승인을 요하지 아니한다.</u></p> <p>1.-5. 생략</p>

## 2. 법개정의 입법의도

개정법에서 제398조의 법문에 「미리」라는 단어를 추가한 것은 이사회 승인을 「사전승인」으로 한정하려는 취지임은 의문의 여지가 없다. 이 점은 개정후 법무부가 간행한 개정법해설서에서도 명확히 밝히고 있고,<sup>38)</sup> 사후승인설을 취하는 학자들도 시인하는 바이다.<sup>39)</sup> 그렇다면 제398조의 개정을 통해 사후승인의 가부논란을 종식시키고 사후승인설을 취하는 판례가 생성됨을 봉쇄하려는 입법의지가 천명된 바인데, 계속 사후승인을 허용하는 해석을 유지한다면 이는 명시된 立法意思를 무시하는 소치이다.

이같이 사후승인설이 개정상법의 명문에 반한다는 지적에 대해서는, 앞서 소개한 바와 같이, "개정 전에도 '미리'라는 문구가 없었지만 법문이 문리해석상 사전승인을 예정하고 있었음에도 불구하고 판례 및 일부 학설이 사후승인이 가능하다고 보았던 터이므로 개정 후의 조문에 사후승인이 가능하다는 해석의 여지가 전혀 봉쇄된 것은 아니다"라고 설명하는데,<sup>40)</sup> 이같은 해석방법을 취한다면 사전승인을 강행법적으로 관철하려는 어떤 입법노력도 무기력하다는 결론에 다다른다. 한편 사후승인설 중에는 법문의 "미리"를 "이사회를 하기 전에 중요사실을 밝히라"는 뜻으로 풀이함으로써 사후승인도 법문을 벗어나는 것이 아니라고 주장하는 견해도 있다.<sup>41)</sup> 법의 해석은 후술하는 바와 같이 文言解釋이 원칙인데, 문언해석이란 법문의 단어를 통상의 어의대로 해석한다는 의미만이 아니라 문장의 전체적인 의미도 통상의 이해방법으로 해석해야 한다는 뜻이고 보면, 이 역시 법문에 충실한 해석은 아니다.

## 3. 확장해석의 한계

사후승인설은 앞서 말한 바와 같이 확장해석에 속하고, 이를 정당화하는 쪽으로 분류한다면 목적론적 해석이라 할 수 있다. 우리 판례는 법해석의 방법에 관해 다음과 같은 원칙론을 설정하고 있다.

대법원 2013.1.17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결: "법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일

38) 정동윤 감수, 상법 회사편 해설, 법무부(2012), 233면: "...대법원 판례는 사후승인이 허용된다고 하고 있었음. 그러나 사후승인을 인정하면 이사회 승인없이 자기거래를 일단 한 후에 이사회에 거래사실을 기정사실화하여 압력을 하여 형식적으로 이사회 승인을 받는 경우가 늘어 결국 자기거래규정이 형해화될 우려가 있음. 국회에서는 이사의 자기거래 통제의 핵심은 사전승인 원칙에 있다고 보아 개정 법률에서는 "미리" 이사회의 승인을 받아야 한다고 규정하여 기존 대법원 판례로 인정되던 사후승인을 허용하지 않는다는 점을 명시하였음."

39) 주 16)의 문헌 참조.

40) 천경훈, 전계논문, 82면.

41) 김정호, 전계서, 446면.

관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. ...그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 등 참조).(밑줄은 필자가 추가)

한편 다른 전원합의체 판결(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결)의 소수의견은 다음과 같이 법해석의 한계를 명시하고 있는데, 이 역시 일반론으로서 타당하다.<sup>42)</sup>

「이 사건의 경우와 같이 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설사 다수의견이 보는 바와 같이, 명문의 규정이 거래의 관행과 조화되지 아니하는 점이 있다고 하더라도, 법원으로서서는 모름지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 명문의 효력규정의 적용 범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것이다.」

위 판례가 제시하는 법해석의 지침은 정설화되어 있는 법해석의 원칙론이다. 가장 기본적인 해석방법은 법문의 통일적인 의미에 충실하게 해석하는 것이다. 다만 정의의 요청에서 달리 해석해야 할 특별한 사정이 있는 경우에는 확장해석, 축소해석 등 다른 해석을 시도할 수 있으나, 상법 제398조의 경우 앞서 검토한 바와 같이 법문과 달리 해석해야 할 특별한 필요가 발견되지 않는다. 또한 법문을 떠난 해석을 시도하더라도 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원할 수 있을 것이나, 앞서 검토한 변형적 해석은 어느 기준에도 부합하지 않는다고 생각된다.

## VI. 餘 論

앞서 제시된 승인주체에 관한 변형적 해석의 선택지와 사후승인을 연결시키면 다음과 같은 조합도 가능하다.

42) 이 사건은 어음의 발행지에 관한 규정의 해석을 다룬 것이다. 어음법은 발행지를 어음요건으로 규정하고 있으므로(어음법 제1조 제7호(환어음), 제75조 제6호(약속어음)) 이 판례이전에는 발행지가 기재되어 있지 않은 어음은 무효로 다루어져 왔다. 그러나 동 사건에서 법원은 국내어음의 경우 발행지가 어떤 법적 의미도 갖지 못함에 주목하여 국내어음은 발행지의 기재가 없더라도 무효로 보아서는 안된다고 판시하였다.

채무초과상태에 있는 C 회사의 1인 주주 S의 아들 S'가 회사의 부동산을 양수하고자 이사회 의 승인 없이 은밀히 대표이사 D와 계약을 맺었다. 그리고 S가 대표이사에게 이 계약을 승인 하는 내용증명의 서면을 보내 왔다. 매매가격 자체는 시가에 비해 크게 저렴하지는 않았으나, 이 부동산이 회사의 영업에 긴요한 것이라서 누가 보든 향후 회사의 사업에 막대한 피해가 예상되기도 하고, 대금을 10년간 분할상환하기로 하므로 이사회에 부의한다면 승인을 얻지 못했을 것이라 판단된다. 변형적 해석론에 의하면 S의 승인은 이사회 의 승인을 갈음할 수 있고, 이 사회의 사후승인이 적법하다면 1인 주주의 사후의 승인도 적법하다고 보아야 한다. 그렇다면 이 거래는 적법, 유효하고 이사들의 승인을 거치지 않았으니 이사의 책임을 물을 방법이 없다. 1인 주주 S의 책임을 물을 법적 근거가 없음은 물론이다. 다만 대표이사의 책임이 거론될 수 있으나, 거래시점에서의 손해가 아니니 책임을 물을 수 있을지 불분명하고 대표이사에게 배상 자력도 없다. 그리고 이 거래 이후 회사에 유동화할 수 있는 자산이 없으니 채무자들의 손실이 심각하다. 이상 변형적 해석의 위험성을 예시해 보았다. ☐

(논문접수 : 2023. 3. 4. / 심사개시 : 2023. 3. 23. / 게재확정 : 2023. 4. 19.)

## 참 고 문 헌

### <국내서·논문>

- 姜渭斗·林載鎬, 「商法講義(上)」, 형설출판사, 2006.
- 權奇範, 「現代會社法論」(제8판), 삼영사, 2021.
- 권순일 대표편집, 「주식 상법[회사3]」(제6판), 한국사법행정학회, 2021.
- 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」(제6판), 박영사, 2022.
- 金容泰, 「全訂商法(上)」, 1984,
- 김정호, 「회사법」(제5판), 법문사, 2019, 448면
- 김한중, “상법상 이사 등의 자기거래에 관한 연구-상법 제398조의 해석상의 주요쟁점 및 입법론적 개선방안-,” 「법학연구」(충북대) 제29권 제2호(2018).
- 김홍기, 「상법강의」(제7판), 박영사, 2022.
- 朴相祚, 「新會社法論」(제3증보판), 형설출판사, 2000.
- 徐燉珏·鄭完溶, 「商法講義(上)」(第4全訂), 법문사, 1999.
- 孫珠瓚·鄭東潤, 「註釋 商法 [會社III]」(제4판), 한국사법행정학회, 2003.
- 宋沃烈, 「商法講義」(제9판), 홍문사, 2019.
- 이기수·최병규, 「회사법」(제12판), 박영사, 2022.
- 이중훈, 「회사법」(제3판), 박영사, 2021.
- 李哲松, 「會社法講義」(제30판), 박영사, 2022.
- 임재연, 「회사법 II」(개정8판), 박영사, 2022.
- 林泓根, 「會社法」, 법문사, 2000.
- 장정애, “이사의 자기거래규제 강화에 따른 실무상 개선방안에 관한 고찰,” 「비교사법」 제22권 제3호(2015).
- 정경영, 「회사법학」, 박영사, 2022.
- 鄭東潤, 「會社法」(第7版), 법문사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「商法(上)」(제6판), 법문사, 2012,
- 정동윤 감수, 상법 회사편 해설, 법무부, 2012.
- 정찬형, 「상법강의(상)」(제24판), 박영사, 2022.
- 천경훈, “개정상법상 자기거래 제한규정의 해석론에 관한 연구,” 「저스티스」 제131호(2012).
- 蔡利植, 「商法講義(上)」(改訂版), 박영사, 1996.
- 崔基元, 「新會社法論」(第12大訂版), 박영사, 2005.
- 최준선, 「회사법」(제17판), 삼영사, 2022.

한국상사법학회, 「株式會社法大系 II」(제4판), 법문사, 2022.

홍복기·박세화, 「회사법강의」(제5판), 법문사, 2017.

## 日書

上柳克郎 外編, 「新版注釋會社法(6)」, 有斐閣, 1987.

落合誠一 編, 「會社法コンメンタール」、商事法務, 2009.

於保不二雄 編, 「注釋民法(4)」, 有斐閣, 1967.

## Abstract

# An Analysis of the Reasonableness of a Modified Interpretation of Section 398 of the Commercial Act

Lee, Chul-Song

Section 398 of the Korean Commercial Act states that transactions between a corporation and its directors, major shareholders or their specified affiliated persons (self-dealing) shall be approved by the board of directors. Since the Commercial Act was enacted in 1962, there has been debate about two aspects of this provision: the authority of the approval and the timing of the approval.

1) The authority of approval Section 398 clearly requires approval by the board of directors. Nevertheless, there has been a minority theory that argues that an act of self-dealing may be approved by a resolution of the shareholders' meeting citing the supremacy of shareholders' meeting over other corporate organizations, the board of directors in particular. The author refutes this theory, stating that the allocation of corporate powers between the shareholders' meeting and the board of directors is based on the doctrine of the separation of ownership and management, which is an institutional policy to protect creditors' interests. Therefore, the approval of the board of directors cannot be replaced by approval from the shareholders' meeting through interpretation.

2) The timing of approval Before amendment of Commercial Act in 2011, Section 398 did not specify the timing of approval. From the literal meaning of "approval," however, it was the established interpretation that the "approval" described in Section 398 denotes an approval prior to the transaction in question. Contrary to this established theory, the Supreme Court released a ruling that the board's approval after the conclusion of the transaction was also valid, and some legal scholars supported this ruling. In accordance with the legislators' common opinion that such a modified interpretation was not desirable

for the efficient regulation of self-dealing, Section 398 was amended to expressly require “prior approval.” And this amendment was generally understood as an expression of intention to remove any possibility of interpretation that would allow an approval after the fact. Even after this amendment, however, significant number of scholars maintained their position that the law allows the approval after the fact.

The author rebuts this contention from the perspective of the general doctrine of interpretation, stating that legal terms and provisions are to be interpreted in accordance with the ordinary literal meaning for the stability of the legal life, provided that a literal interpretation does not violate justice. In the cases where interpretation beyond the literal meaning is inevitable, the purpose of the enactment, background of enactment and the harmonization with entire order of the law must be considered. The author concludes that Supreme Court’s ruling and its supporters failed to explain the necessity of interpretation beyond the literal meaning and have not consider the background of the enactment.

Key Words : approval of conflicting transaction, interested director transaction, self-dealing

