

■ 논 단

대표이사의 專斷行爲의 효력
- “대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결”의
평석 -

이 철 송
전국대학교 법학전문대학원 석좌교수

요 약 문

주식회사의 대표이사가 주주총회나 이사회에 승인 등 소정의 절차를 거쳐야 할 수 있는 대외적 행위를 단독의 결정으로 행하는 경우 그 대표행위(전단행위)의 대외적 효력이 문제된다. 주로 이사회의 결의를 거쳐야 함에도 이를 결하고 진행한 경우에 생기는 문제이다. 과거의 판례는 거래상대방의 주관적 요건에 따라, 이사회결의가 필요한 사실 및 이사회결의를 결한 사실에 관해 선의인 경우에는 거래가 유효하고 상대방이 악의이거나 과실있는 선의인 경우에는 무효라고 판시해 왔고, 다수 학설도 이를 따랐다. 그러나 금년 2월 이 점에 관해 대법원의 판례변경이 있었다. 상대방이 경과실이 있더라도 善意이면 거래는 유효하고, 惡意이거나 重過失 있는 善意이면 거래가 무효라는 취지이다.

주주총회나 이사회에 결의를 요하는 식으로 대표이사의 권한을 제한하는 것이 법률의 규정에 의한 경우를 「법률적 제한」, 정관이나 이사회에 결의 등 회사의 자율적 결정에 의한 경우를 「내부적 제한」이라 부른다. 상법 제393조 제1항이 중요한 자산의 처분 등을 이사회결의로 하라는 것이 전자의 대표적 예이고, 상법 제389조 제3항에 의해 준용되는 제209조 제2항이 규정하는 대표권의 제한이 후자의 예이다. 각각의 제한을 위반한 대표행위를 어떻게 차별할 것이냐는 문제가 있다. 과거의 판례와 변경된 판례 공히 양자 간에 차별을 두지 않고 그 효력을 위 기준에 의해 판정한다. 그러나 일부 학설은 양자의 규범적 판단을 달리하여 효력에 차이를 두어야 한다는 주장을 해 왔으며, 筆者 역시 같은 주장을 해 왔다. 그리하여 이 글에서는 내부적 제한을 위반한 행위의 효력에 관해서는 변경된 판례를 지지하고 그 타당성을 보완하는 설명을 하였으며, 법률적 제한을 위반한 행위의 효력에 관해서는 변경된 판례와는 달리 상대방이 과실있는 선의인 경우에는 전단행위를 무효로 보아야 한다는 주장과 함께 그 타당성을 논증하였다.

주제어 : 내부적 제한, 대표권의 제한, 대표이사의 전단행위, 법률적 제한, 상법 제393조 제1항, 전단행위, 전단행위의 효력

〈目 次〉

I. 머리말	2. 구판례의 沿革
II. 代表理事의 權限制限의 개관	3. 신판례의 판지와 논리
1. 대표권 제한의 법체계	4. 반대의견의 논지
2. 제한을 위반한 대표행위의 효력 (학설 · 판례의 현황)	5. 私見
III. 新判例의 개요	V. 제2쟁점의 評釋
1. 사실관계	－ 법률적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력
2. 신판례의 요지	1. 신판례의 입장
3. 이하 爭點의 특정	2. 반대의견의 논지
IV. 제1쟁점의 評釋	3. 신판례의 배경
－ 내부적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력	4. 私見
1. 舊판례의 근거	VI. 맺는말

I. 머리말

주식회사의 대표이사가 대외적으로 하는 법률행위 중에는 대표이사가 단독의 의사결정으로 할 수 있는 것이 있고, 회사의 다른 기관의 의사결정을 거쳐야 할 수 있는 것이 있다. 현실적으로는 후자의 행위를 필요한 절차를 거침이 없이 대표이사가 자신의 의사만으로 단행하는 예도 드물지 않다. 이를 보통 대표이사의 「專斷行爲」 또는 專斷的 代表行爲라 부르며, 그러한 대표행위의 효력이 어떠한지는 것이 회사법학의 중요한 쟁점의 하나이다. 쟁송으로 번지는 가장 흔한 전단행위의 예는 이사회 결의를 거쳐야 할 대외적 행위를 이사회 결의 없이 실행하는 것이다. 이러한 대표행위에 관해 거래상대방은 대체로 유효를 주장하고 회사는 대표행위에 하자가 있음을 이유로 무효를 주장하는 양상을 보인다. 대표이사가 거쳐야 할 이사회 결의는 상법 등 법률이 요구하는 절차일 수도 있고, 회사가 대표이사의 전횡을 견제하기 위해 정관이나 이사회규정 등을 통해 가하는 자율적인 통제일 수도 있다. 강학상 전자를 「법률적 제한」

이라 부르고 후자를 「내부적 제한」이라 부른다. 종전의 판례는 법률적 제한과 내부적 제한을 구별하지 않고 대표행위의 상대방이 이사회의 결의가 없었음에 대해 過失없이 善意이면 대표행위는 유효하고, 惡意이거나 過失있는 善意이면 무효라는 입장을 취해 왔다.

그러나 이 이론은 금년 2월에 나온 새 판례에 의해 변경되었다(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체판결: 이하 “신판례”로 약함). 신판례는 필요한 이사회결의 없이 이루어진 대표행위는 상대방의 과실의 유무와 무관하게 善意이면 유효하고 惡意이면 무효이며, 다만 중과실이 있을 때에는 악의와 대등하게 다루어 대표행위를 무효로 본다는 것이다.

이는 이사회결의의 유무에 따른 대표행위의 효력론에 중대한 변화를 가져오는 판단이므로 방대한 양의 반대의견이 따랐지만, 학계에서도 진지하게 검토해 보아야 할 문제이다. 신판례는 법률적 제한의 위반과 내부적 제한의 위반에 차별을 두지 않는 점에 관해서는 종전의 판례를 유지하면서도, 상세한 이유설시를 하였다. 이 점에 관해 종전의 판례와 다른 입장을 보여온 학설이 있었는데, 이를 받아들이지 않겠다는 방침을 굳힌 뜻으로 읽혀진다.

筆者는 내부적 제한을 위반한 대표행위의 경우, 과실의 유무를 묻지 않고 상대방이 선의이면 유효한 것으로 보아야 한다는 입장을 취했으므로 이 부분에 관한 한 신판례에 찬성하는 바이다. 그러나筆者는 법률적 제한위반과 내부적 제한위반은 가치평가를 달리해야 한다는 입장에서 과거의 판례를 비판해 왔던 바이므로 이 점에 관해서는 신판례에 찬성하지 않는다. 신판례가 다룬 이 두 가지 쟁점은 주식회사의 대표행위 법리의 핵심을 이루는 원리에 관한 문제이므로筆者 역시 관심을 가지고 자신의 생각을 정리해 보고자 한다.

II. 代表理事의 權限制限의 개관

1. 대표권 제한의 법체계

법률적 제한이 가해지는 대표행위는 주주총회나 이사회의 결의를 거쳐 그 내용이 형성되고 대표이사는 단지 이를 집행할 뿐이다. 회사의 조직법적 행위는 거의 법률적 제한이 따른다. 예컨대, 신주발행, 합병, 주식의 포괄적 교환·이전 등이 이 범주에 속한다. 개인법적 거래이지만, 이해관계의 중대성 때문에 법률적 제한을 가하는 예도 있다. 예컨대 영업의 양도·양수, 영업의 임대, 경영위임, 사채발행 등이 이에 속한다. 그리고 상법 제393조 제1항은 「중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지」를 이사회의 결의로 결정해야 할 사항으로 정하고 있다. 상법 제393조 제1항은 이 열거된 사항 외에도 회사의 모든 업무집행을 위한 의사결정이 이사회의 권한에 속한다고 규정하고 있지만, 상법 제389조 제3항에서 합병회사의 대표사원의 권한에 관한 규정인 제209조 제1항을 준용함

4 선진상사법률연구 통권 제94호 (2021.4.)

으로써 대표이사에게 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 단독의 의사결정으로 할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 상법 제389조 제3항은 동시에 제209조 제2항도 대표이사에게 준용하는데, 이는 합명회사 대표사원의 권한에 대한 제한은 선의의 제3자에 대항하지 못한다는 내용이다. 이 법문을 반대해석하면 회사는 대표이사의 영업에 관한 권한도 자율적으로 제한할 수 있다고 이해되며, 제393조 제1항과 제2항이 규정하듯 이사회는 모든 업무집행을 결정할 권한과 대표이사를 감독할 권한(제393조 제2항)을 가지므로 이에 근거하여 대표이사의 영업에 관한 권한이라도 그 일부를 스스로의 결정사항으로 삼을 수도 있다. 실무에서 가장 흔한 제한은 소정의 유형의 행위를 할 때에는 이사회 결의를 얻도록 하는 것이다. 예컨대 1억 원 이상의 채무부담행위는 이사회 결의를 얻도록 한다든지, 직원의 채용은 이사회 결의를 얻도록 하는 것과 같다. 또는 대표행위의 범위를 회사를 위한 행위 중 일부로 한정지을 수도 있다. 예컨대 A 대표이사는 영업을 담당하고 B 대표이사는 자금조달업무만 담당하게 하는 것과 같다. 이러한 제한은 앞서 말한 「내부적 제한」으로 분류된다. 수인의 대표이사가 공동으로만 대표하게 하는 것도 일종의 내부적 제한이지만, 상법에서는 이를 공동대표이사(상법 제389조 제2항)라는 독립된 제도로 운영하고 있으므로 논외로 한다.

2. 제한을 위반한 대표행위의 효력(학설·판례의 현황)

대표이사의 전단행위, 즉 법률적 제한 혹은 내부적 제한을 위반하여 행해진 대표행위의 대외적 효력에 관한 종전의 학설과 판례는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

1) 法律的 制限의 위반행위

상법 기타 법률에 의해 주주총회의 결의를 거쳐 집행해야 할 대외적 행위(예: 영업양도, 합병 등)를 결의 없이, 또는 하자 있는 결의에 의해 대표이사가 단독으로 행한 경우, 그 대외적 효력에 관해 명문의 규정은 없으나, 이는 회사의 의사 자체가 흠결된 것으로 보아 무효라는 것이 통설·판례의 입장이다. 선의의 제3자도 보호받지 못한다.

그러면 법상 이사회 결의가 필요한 대표행위를 이사회 결의 없이 또는 하자있는 결의를 얻어 행한 대표행위는 어떤 효력을 갖는가? 법상 이사회결의를 요구하는 형태는 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 개별행위를 특정하여 이사회 결의를 요구하는 예이다. 예컨대 이사의 자기거래(상법 제398조), 신주발행(상법 제416조), 사채발행(상법 제469조), 준비금의 자본전입(상법 제461조 제1항), 지배인의 선임·해임(상법 제393조 제1항)과 같다. 둘째는 제393조 제1항에서 규정하는 「중요한 자산의 처분 및 양도», 「대규모 재산의 차입」과 같이 「중요», 「대규모」라는 포괄적 특성으로 지정하여 이사회 결의를 요구하는 예이다.

첫째의 경우, 전단행위의 효력은 행위의 특성별로 달리 논하는 것이 일반적이다. i) 그 효력을 별도로 다루는 訴가 마련되어 있는 경우에는 이사회결의의 하자 또는 결여는 그 후속행위의 하자로 흡수되어 후속행위 자체의 효력이 다투어지게 된다. 예컨대 이사회결의 없이 신주발행이 이루어진 경우에는 신주발행무효의 訴(상법 제429조)에 의해 그 효력이 다투어진다. 통설·판례는 신주발행은 주식회사의 업무집행에 준하는 것으로서 대표이사가 그 권한에 기하여 신주를 발행한 이상 신주발행은 유효하고, 이사회결의가 없거나 이사회결의에 하자가 있더라도 이사회결의는 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행의 효력에는 영향이 없다고 한다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2005다77060·77077 판결). 신주발행은 모든 주주가 이해를 갖는 매우 중요한 조직법적 행위이고, 또 이를 이사회결의로 하도록 함은 수권자본제의 핵심을 이루는 제도인데, 이를 통상의 업무집행에 준하는 행위로 다루는 것은 옳은 시각이 아니다. 이사회결의가 없으면 회사에 신주발행의 의사가 존재하지 않는 것으로 보아 무효로 다루어야 한다는 것이 筆者의 지론인데,¹⁾ 이 글의 주제에 꼭 필요한 논의는 아니기에 문제의 제기에 그친다. ii) 사채발행도 거래안전을 위해 신주발행과 같은 성격의 문제로 다루는 것이 통설이지만, 사채발행은 채권자의 존재양상에 따라 제393조가 정하는 「대규모 재산의 차입」에 속할 수 있는데, 이 경우에는 제393조의 문제로 다루어야 한다.²⁾ iii) 이사가 이사회결의를 거치지 않고 自己去來를 한 경우, 판례는 이른바 상대적 무효설을 취하여 제3자가 이사회결의 없이 한 자기거래임을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 한해 무효라고 판단함으로써 신주발행과 후술하는 중요재산의 처분과는 또 다른 유형의 효력론을 전개해 왔다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결 외 다수). iv) 대표이사가 이사회결의 없이 준비금을 단순히 자본에 전입하거나(신주발행 없이 자본만 증액하는 것), 지배인을 선임·해임하는 경우는 회사의 내부문제에 그치고 거래안전에 대한 고려가 불필요하다고 보아 무효로 설명하는 것이 일반적이다.

둘째, 상법 제393조를 위반하여 이사회결의를 거치지 않고 대표이사가 단독으로 「중요한 재산의 처분 및 양도」, 「대규모재산의 차입」을 한 경우 판례는 일관되게 거래안전의 고려에서 상대방이 善意인 경우에는 유효, 惡意 또는 過失 있는 善意인 경우에는 무효라는 입장을 유지해 왔다(대법원 2005.7.28. 선고 2005다3649판결; 同 2012. 1. 27. 선고 2011다69091 판결 외 다수). 惡意 또는 과실 있는 善意란 당해 거래가 이사회결의를 요한다는 사실 그리고 이사회결의가 없었거나 무효인 사실을 알고 있거나 알 수 있었음을 말한다. 그리고 이에 관해서는 회사가 증명책임을 진다고 한다(同판례).

1) 李哲松, 「會社法講義」(제29판), 박영사, 2021, 945면. 同旨: 李範燦 외, 「會社法」, 삼영사, 2012, 400면; 林泓根, 「會社法」, 법문사, 2000, 611면; 崔基元, 「(제14대정판)신회사법론」, 박영사, 2012, 824면.

2) 예컨대 사채권자가 불특정 다수인 경우와 극소수인 경우 거래안전의 고려를 달리해야 할 것이다.

2) 内部的 制限의 위반행위

상법은 대표이사가 내부적 제한에 위반한 행위를 하더라도 그 제한으로 善意의 제3자에 대항하지 못한다고 규정한다(제389조 제3항 → 제209조 제2항). 정관이나 이사회에 의해 이사회의 결의가 필요한 행위를 대표이사가 이사회결의 없이 단독으로 하더라도, 거래상대방이 문제의 대표행위에 이사회의 결의가 필요함을 알지 못하였거나, 이사회결의가 필요함을 알았지만 이사회결의가 없었음을 알지 못한 경우에는 회사는 거래의 무효를 주장하지 못한다는 것이다. 제209조 제2항은 단지 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정할 뿐, 선의에 관해 無過失을 요구하지는 않음에도 불구하고 과거의 판례는 법률상의 제한을 위반한 대표행위와 구별하지 않고 상대방이 이사회결의가 없음을 「알았거나 알 수 있었을」 경우에는 거래가 무효라고 풀이해 왔으며, 상대방의 악의·과실은 회사가 증명하여야 한다고 판시해 왔다.³⁾ 회사가 증명책임을 져야 하는 이유는 “대표권의 제한을 위반한 행위라 하더라도 회사의 권리능력의 범위 내에 속한 행위이기만 하다면 대표권의 제한을 알지 못하는 제3자는 그 행위를 회사의 대표행위라고 믿는 것이 당연하고 이러한 신뢰는 보호되어야 한다”는 논리로 설명해 왔다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결).

이 점에 관해 다수설은 판례와 같은 입장을 취하고 있으나,⁴⁾ 筆者를 포함하여 소수설은 법률상 요구되는 이사회결의를 결한 대표행위와 내부적으로 요구되는 이사회결의를 결한 대표행위는 그 효력을 구분해야 한다고 주장한다. 즉 전자의 위반행위는 상대방이 선의·무과실인 경우에 한해 거래가 유효하다는 점에는 동의하지만, 후자의 위반행위는 상대방이 단지 선의이면 유효로 보아야 한다는 것이다.⁵⁾

3) 대법원 1978. 6. 27. 선고 78다389 판결: 상법 제393조가 현행과 같이 개정되기 이전, 정관에 중요한 재산의 처분은 이사회의 결의를 거치야 한다는 규정을 둔 회사에서 이사회결의 없이 중요한 재산을 처분한 사건에서 본문과 같이 판시한 예.

대법원 1993. 6. 25. 선고 93다13391 판결: 정관에 타인의 채무를 연대보증하는 것은 이사회의 결의사항으로 규정되어 있음에도 불구하고 대표이사가 이사회결의없이 타회사의 채무를 연대보증한 사건에서 본문과 같이 판시한 예(同旨: 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다42754 판결).

4) 김정호, 「회사법」(제5판), 2019, 법문사, 2019, 385면; 이종훈, 「회사법」(제2판), 박영사, 2020, 308면; 이기수·최병규, 「회사법」(제11판), 박영사, 2019, 423면; 임재연, 「회사법 II」(개정7판), 박영사, 2020, 421면; 정경영, “주식회사의 계약 체결의 귀속에 관한 연구”, 「비교사법」제20권 4호, 1099면; 鄭東潤 편, 「註釋商法(會社(III))」(제5판), 한국사법행정학회, 2014, 252면(권재열 집필); 정찬형, 「상법강의(상)」(제22판), 박영사, 2019, 1008면; 최준선, 「회사법」(제13판), 삼영사, 2018, 486면; 한국상사법학회편, 「株式會社法大系 II」, 法文社, 2019, 511면(강대섭 집필); 홍복기·박세화, 「회사법강의」(제5판), 법문사, 2017, 449면.

5) 權奇範, 「現代會社法論」(제7판), 삼영사, 2017, 968면; 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」(제5판), 박영사, 2021, 399면; 李哲松, 전게서, 727면.

Ⅲ. 新判例의 개요

1. 사실관계

P(원고)는 전기기기의 제조·판매업 등을 영위하는 회사이고, D(피고)는 건설회사이다. D는 H건설회사가 시행대행을 맡아 수행하던 광양지역의 토지구획정리사업에 시공사로 참여하였다. 사업의 진행 중 H의 자금난이 심각하여 P로부터 30억원을 차입하는데, 이 소비대차를 위한 계약서는 P의 실질적 경영자 및 H의 실질적 경영자가 D의 대표이사 K의 사무실에서 회동하여 작성하였으며, K는 H가 차입금을 변제하지 못할 경우 P에게 대위변제한다는 취지의 확인서를 작성하여 P의 경영자에게 교부하였다. 확인서의 말미에는 D의 상호와 주소, 「대표이사」라는 문구가 타이핑되어 있고, 대표이사의 문구 옆에 K의 이름이 수기로 기재되어 있었다.

당시 D의 이사회 규정에 따르면, '다액의 자금도입 및 보증행위'를 이사회 부의사항으로 정하고 있었다. 그러나 K가 원고에게 이 사건 확인서를 작성해 줄 당시 피고의 이사회결의는 없었다. 이 소비대차 당시 D의 자산은 약 1,700억 원, 매출은 약 1,000억 원에 이르렀다.

H가 차입금을 변제하지 못하자, P는 D를 상대로 연대보증인의 책임을 물었던 바, D는 K의 확인서 작성은 K의 개인적인 채무부담행위이고 회사와 무관하다는 주장과 아울러 설령 D의 보증으로 보더라도 이사회결의 없이 임의로 보증을 한 것이라는 이유로 무효임을 주장하였다(다른 쟁점은 생략).

원심에서는 K의 보증서작성은 회사(D)를 위한 행위라고 인정하고, 이사회결의가 필요함에 관해 원고가 알았다고 볼 수 없고, 과실도 인정되지 않는다고 판시하였다(서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2014나10801판결). 이에 D가 상고하였다.

상고심은 이 사건에서 다음과 같은 사실인정을 하였다.

1) K의 확인서 작성은 K가 D의 대표이사의 자격에서 한 것이다.

2) D의 자산과 매출규모, 원고·피고의 거래관계, 확인서 작성 경위 등에 비추어 보면, 이 사건 확인서를 작성하여 30억원의 채무를 보증하는 행위는 D의 이사회규정에 따라 이사회 결의를 거쳐야 할 사항에 해당한다. 동시에 同채무보증은 상법 제393조 제1항에 의해 D의 이사회 결의를 요하는 업무이다.

3) P가 D의 이사회결의 없이 이 사건 확인서가 작성되었음을 알았다고 볼 증거는 없고, 알지 못한 데에 중대한 과실이 없다.

4) D의 규모 등에 비추어 볼 때, 30억원의 채무를 보증하는 취지의 이 사건 확인서를 작성하기 위해 D가 이사회 결의를 거쳐야 한다는 점이 대외적으로 명백한 것은 아니다.

2. 신판례의 요지

1) 주식회사의 대표이사는 회사의 권리능력 범위 내에서 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 수 있으나(상법 제389조 제3항, 제209조 제1항), 그 대표권은 법률의 규정에 따라 제한될 수도 있고(“법률적 제한”), 회사의 정관, 이사회 결의 등의 내부적 절차, 내부 규정 등에 따라 제한될 수도 있다(“내부적 제한”).

2) 내부적 제한은 상법 제209조 제2항의 제한으로서 이 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 여기서 선의는 과실의 유무를 묻지 아니하나. 다만 중과실로 제한을 알지 못한 제3자는 악의의 제3자와 같이 보호받지 못한다.

3) 법률적 제한은 법률의 규정으로 대표권을 제한하는 것으로 상법 제393조 제1항이 중요한 자산의 처분 등을 이사회 결의로 결정하게 하는 것이 그 대표적인 예이다. 제393조 제1항에 위반하여 “중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입”을 이사회 결의 없이 했더라도 그 효력은 내부적 제한을 위반한 것과 같이 다루어야 한다. 즉 과실의 유무와 관계없이 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다.

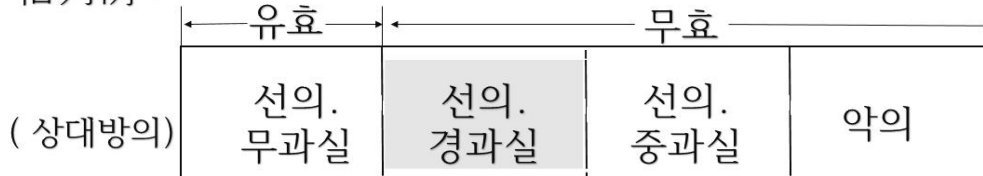
4) 내부적 제한을 위반한 대표행위의 경우에는 거래 상대방이 선의이면 보호되고(즉 거래가 유효하고), 법률적 제한을 위반한 대표행위의 경우에는 선의이며 과실이 없어야 보호된다는 이원론은 거래관계에 불필요한 혼란과 거래비용을 초래하고 법원에게 중요한 자산의 처분 여부를 판단해야 하는 심리부담을 가중시키므로 받아들일 수 없다.

이상과 같이 신판례는 내부적 혹은 법률적 제한을 위반한 대표행위는 과실의 유무를 묻지 않고 상대방이 선의이면 유효, 악의이거나 중과실인 선의이면 무효라는 내용으로 판례를 변경하였다. 중과실을 악의와 같이 다루어야 한다는 점은 과거의 판례에서도 거듭 선언된 바임으로 특히 새로운 내용은 아니다.⁶⁾ 신·구판례의 차이점은 이사회결의가 필요하다는 사실, 그럼에도 불구하고 이사회결의가 없었다는 사실에 관해 상대방이 경과실로 선의인 경우에 나타난다. 이 경우 구판례에 의하면 거래가 무효이지만, 신판례하에서는 유효이다(아래 그림 참조).

6) 중과실을 악의와 같이 다룬 판례: 제3자가 표현대표이사에게 회사를 대표할 권한이 있다고 믿은 데 중과실이 있는 경우, 회사는 제3자에게 책임이 없다고 판시한 예(대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797판결; 同 2013. 2. 14. 선고 2010다91985판결). 이사회 결의 승인 없는 자기거래는 이사회 결의 승인이 없음을 중대한 과실로 알지 못한 제3자에 대해서는 무효라고 판시한 예(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003다64688 판결).

〈구판례와 신판례의 차이〉

旧判例 :



新判例 :



3. 이하 爭點의 특정

1) 신판례의 판결문 서두에서는 법률적 제한과 내부적 제한에는 다양한 제한방법이 있음을 언급하였지만, 제한에 위반한 대표행위의 효력에 관한 논의를 시작하면서부터는 필요한 이사회결의를 생략하고 행해진 대표행위의 효력에 국한하여 법리를 전개하였으므로 신판례에서 다른 법률적 또는 내부적 제한을 위반한 대표행위의 효력론은 법률상 또는 내부규범에 의해 요구되는 이사회 결의를 거치지 아니한 대표행위의 효력에 한정된다. 이 글에서의 논점도 이에 국한하기로 한다.

2) 신판례가 법률적 제한을 위반한 전단행위와 내부적 제한을 위반한 전단행위의 효력을 차별없이 변경하였지만, 필자는 양자의 차별을 주장하므로 논의의 편의상 내부적 제한을 위반한 전단행위의 효력을 따로 떼어 “제1쟁점”이라 칭하고 평석한다.

3) 신판례가 전제 이원론을 배제한 것은 법률적 제한과 내부적 제한을 구별할 필요가 없다는 점에 관해 종전의 판례를 유지한 것이나, 법률적 제한을 위반한 대표행위의 상대방이 과실이 있더라도 보호된다는 점에서는 판례가 변경된 의미를 갖는다. 이 부분을 “제2쟁점”이라 부르며 신판례를 평석한다.

IV. 제1쟁점의 評釋

- 내부적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력

1. 舊판례의 근거

기술한 바와 같이 판례는 내부적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력에 관해,

거래상대방이 이사회결의가 없었음을 알거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하며, 상대방의 악의 또는 과실에 관한 증명책임은 회사가 진다고 판시해 왔다.⁷⁾ 그리고 학계의 다수설 역시 판례의 설명을 따르고 있다.

그러나 앞서 지적하였듯이 경과실 있는 상대방은 거래의 유효를 주장할 수 없다는 것은 실정법적 근거가 없는 설명이다. 상법 제389조 제3항에서 준용하고 있는 제209조 제2항은 대표권의 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정할 뿐, 상대방의 무과실을 요하는 규정은 두고 있지 않다. 代表權의 내부적 제한의 효력은 支配人의 代理權의 제한에 관한 상법 제11조 제3항의 해석론과 짝을 이루는 문제이다. 상법 제11조 제3항은 지배인이 영업주가 설정한 제한을 넘어 대리행위를 하였을 때, 영업주는 善意의 제3자에게 대항하지 못한다고 규정하는데, 이때 제3자의 선의는 過失의 有無를 묻지 않는다는 것이 통설·판례이다.⁸⁾ 상법 제11조 제3항에 해당하는 일본상법 제21조 제3항의 해석론도 우리와 같다.⁹⁾ 無過失을 요하지 않는 이유는 법상 지배인은 원칙적으로 영업에 관해 포괄적 대리권을 가지므로(상법 제11조 제1항) 대내적으로 설정된 대리권의 제한으로 인한 위험부담을 거래상대방에게 전가하는 것은 불공평하기 때문이다. 다만 통설·판례가 일치하여 경과실은 악의와 같이 다룬다.¹⁰⁾ 대표이사도 영업에 관해 포괄적인 대표권을 갖는 바이니(상법 제209조 제1항), 그에 대한 제한을 위반한 효과는 지배인의 예와 동등하게 다루는 것이 균형있는 해석이다.¹¹⁾

상법 제389조 제3항과 제209조는 일본상법에서 유래하는 조문이므로 일본에서의 해석론을 참고로 소개한다. 일본에서 2005년에 회사법이 제정되기 전에는 회사법규가 상법에 들어 있었음은 우리 상법과 같다. 당시 일본상법 제261조는 우리 상법 제389조에 해당하는 조문이고, 일본상법 제78조는 우리 상법 제209조에 해당하는 조문이다. 일본상법 제78조 제2항에서는 법인

7) 註 3)의 판례 참조.
 8) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결. 姜渭斗·林載鎬, 「商法講義(上)」(第3全訂), 형설출판사, 2009, 61면; 金正皓, 「商法講義(上)」(제3판), 법문사, 2001, 63면; 宋沃烈, 「商法講義」(제9판), 홍문사, 2019, 29면; 李哲松, 「商法總則·商行為」(제15판), 박영사, 2018, 122면; 鄭東潤 편, 「註釋商法(總則·商行為(1))」(제4판), 한국사법행정학회, 2013, 136면(양명조 집필); 정찬형, 「상법강의(상)」(제22판), 박영사, 2019, 94면 등. 현재 이와 다른 견해를 보기 어렵다.
 9) 상세는 李哲松, 전주서, 123면 참조.
 10) 註 8) 판례 및 문헌.
 11) 同旨: 宋沃烈, 전거서, 1016면; 丁瑩鎮, “대표이사의 대표권 제한에 대한 재고찰,” 「企業法研究」 제28권 제2호(2014), 237면; 조인호, “대표이사의 대표권의 내부적 제한 위반거래 및 대표권남용과 제3자 보호요건,” 「商事判例研究」 제29집 제3권(2016), 227면. 한편, 김재범, “이사회 결의사항과 상대방의 주의의무,” 「동북아법연구」 제3권 제2호(2009), 529면 이하에서는 필요한 이사회결의가 없는 대표행위의 효력을 상대방의 주의의무라는 관점에서 논하며, 내부적 제한이 있는 대표행위의 경우에는 상대방은 대표이사가 적법한 행위를 하고 있다고 신뢰하고 있다고 보아야 하고 이를 존중해야 한다고 하며, 법률적 제한의 경우에는 상대방도 이사회결의가 필요함을 알고 있다고 보아야 한다는 일반론을 제시하지만, 중요한 재산을 처분하는 행위의 경우에는 상대방이 이사회결의의 유무에 대해 조사할 의무가 없다고 한다. 나아가 상대방이 대표행위가 회사에 유리할 것이라 믿은 경우에는 회사는 무효를 주장하지 못한다는 독특한 이론을 전개하고 있다.

의 대표권의 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 하는 민법규정(일본민법 제54조)을 합명회사의 대표사원의 권한제한에 관해 준용하였고, 동 조항을 제261조에서 주식회사의 대표이사의 권한제한에 관해 준용하였으므로 대표사원의 권한제한의 범구조는 우리와 같다. 일본에서도 이를 대표권의 내부적 제한이라고 부르며, 이 제한은 法文의 표현대로 과실의 유무를 묻지 않고 善意의 제3자에게 대항하지 못한다고 해석함에 異見이 없다.¹²⁾

참고로 지배인의 대리권제한에 관한 상법 제11조 제3항 및 대표이사의 대표권제한에 관한 제209조는 일본 상법을 거쳐 독일상법의 조문에서 따온 것이다. 독일 상법(Handelsgesetzbuch: HGB) 제50조 제1항은 “(지배인의) 지배권의 제한은 제3자에게 효력이 없다”¹³⁾라고 규정하며, 같은 법 제126조 제2항에서는 합명회사의 사원의 대표권에 관해 같은 규정을 두고 있다. 독일 회사법(Aktiengesetz: AktG)에서는 이사회가 회사를 대표할 권한을 가지고, 동법 제82조 제1항은 “이사회는 대표권을 제한할 수 없다”¹⁴⁾라는 규정을 두고 있지만, 우리 상법 제209조는 독일상법 제126조 제2항의 규정을 본받은 듯하다. 이 규정들은 모두 상거래의 안전과 신속을 위한 배려에서 대리권 및 대표권의 불가제한성(Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht)¹⁵⁾을 규정한 것으로 설명한다. 이들 규정에서는 제3자의 善意도 요구하지 않는데, 그 때문에 일어나는 문제는 해석론에 의해 지배인의 대리권의 남용 및 사원의 대표권의 남용의 문제로 해결하고 있다. 즉 지배인이나 대표사원이 지위를 남용하여 행위한 경우 악의의 상대방은 거래의 유효를 주장할 수 없다고 해석함으로써 우리 법제와 유사한 결론을 얻는 것이다.¹⁶⁾

2. 구판례의沿革

법문상의 표현에도 불구하고 우리 판례가 줄곧 과실 있는 선의의 상대방이 대표행위의 유효를 주장할 수 없다고 함은 어떤 연유에서인가? 이러한 설시를 한 최초의 판례는 「대법원 1978. 6. 27. 선고 78다389 판결」인 것으로 알고 있다. 어느 선박매매알선업을 영위하는 주식회사의 정관과 사규에 회사업무집행에 관한 중요사항 또는 중요한 사유자산의 처분에 관한 사항은 이사회 결의를 거치도록 규정되어 있었는데, 이 회사의 대표이사가 이사회 결의없이 중요자산을 처분하였으므로¹⁷⁾ 그 처분행위의 효력이 문제된 사건이다. 법원은 상법 제389조 제3항에

12) 上柳克郎外編, 「新版 注釋會社法」(1), 有斐閣, 1985, 269면(菅原菊志 집필); 同書(6), 1987, 167면(山口行五郎 集필). 이 책은 이하 “日注釋”으로 인용. 洛合誠一編, 「會社法コンメンタール」, 商事法務, 2009, 19면(洛合誠一 集필).

13) §50 (1) Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.

14) §82 (1) Die Vertretungsbefugnis des Vorstand kann nicht beschränkt werden.

15) 이 용어는 우리나라와 일본의 상법학자들간에서도 자주 쓰인다.

16) Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 23 Aufl. C.H. Beck, S. 294; Schmidt-Lutter, AktG, (Kom.), Otto Schmidt, 2008, § 82 Rn. 5-7.

17) 원심이 인정한 사실관계를 보면, 처분한 재산이 14인치 TV 1대, 소형냉장고 1대, 복사기 2대, 타자기 2대이었는데,

의해 준용되는 제209조 제2항의 문제(즉 내부적 제한의 위반)로 다루어 “... 이는 피고회사의 특정사항에 관한 업무집행에 있어서의 내부적 의사결정인 이사회결의가 없었던 것으로서 ... 그 상대방인 원고가 본건 물건의 양도계약은 피고회사의 이사회결의사항임에도 이사회결의를 거치지 아니하였다는 것을 알거나 알 수 있었다는 것을 피고회사가 주장입증 아니 하는 한 그 거래행위는 유효하다”라고 실시하였다(이하 “1978년 판결”이라 약함). 이 표현이 최근까지 제389조 제3항에 의해 준용되는 제209조의 해석론으로 계속 유지되고 있음은 주지하는 바이다.

이보다 앞서 1965년에 일본의 최고재판소에서 유사한 판결(이하 “1965년 일본 판례”라 약함)이 나왔는데,¹⁸⁾ 이 판결이 우리의 1978년 판결에 영향을 준 것으로 짐작된다. 同 판결의 사실관계를 보면, 어느 목재제재업을 하는 주식회사의 대표이사가 목재공장을 이사회결의없이 목재조합에 양도하였고, 同조합(양수인)은 이를 목재 보관소로 사용하였다. 양도회사가 이 양도계약은 이사회결의 없이 이루어져 무효임을 주장하였던 바, 법원은 위에 인용한 1978년 판결문과 거의 같은 취지로 판시하였다. 우리의 1978년 판결이 이를 참고한 것으로 짐작되지만, 이 일본판례는 우리 상법 제389조 제3항 및 제209조 제2항의 문제를 다룬 것이 아니고, 우리 상법 제393조 제1항에 해당하는 문제, 즉 법률적 제한의 위반으로 다룬 것임을 주의해야 한다. 당시 일본 상법 제260조는 「회사의 업무집행은 이사회가 이를 결정한다. 지점의 설치, 이전 및 폐지 그리고 지배인의 선임과 해임도 같다」라고 규정하고 있었다.¹⁹⁾ 그리고 1965년 일본판례는 당해 사실관계를 이 조문에 따른 법률적 제한의 문제로 다룬 것이다.²⁰⁾

3. 신판례의 판지와 논리

신판례는 내부적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력은 단지 상대방이 선의이기만 하면 과실의 유무를 묻지 않고 유효하다고 하였는데, 이 점 구판례를 변경하는 요체의

이를 정관이 규정한 「중요한 자산」의 처분에 해당한다고 인정한 점은 다소 의아하다.

18) 日本 最高裁判所 1965. 9. 22. 民集 19권 6호 1656면.

19) 일본 상법 제260조는 우리 상법 제393조에 해당하는 조문인데, 1981년에 다음과 같이 개정되었고, 같은 내용이 2005년 회사법의 제정에 의해 同法 제362조 제4항으로 옮겨 왔다.

「제260조 제1항: 이사회는 회사의 업무집행을 결정하고 이사의 직무집행을 감독한다.

제2항: 이사회는 다음의 사항 기타 중요한 업무집행에 관하여는 이사회에게 결정하게 할 수 없다.

1. 중요한 재산의 처분 및 양수

2. 多額의 借財

3. 지배인 기타 중요한 사용인의 선임 및 해임

4. 지점 기타 중요한 조직의 설치, 변경 및 폐지

제3항: 이사는 3월에 1회 이상 업무집행의 상황을 이사회에 보고하여야 한다.」

20) 註 12의 문헌 및 松井智予, “64.取締役會決議を経ない取引の効力,” 「會社法判例百選」(第3版), 有斐閣, 2016, 132면.

판단이지만, 그 이유설시는 매우 간단하다. 그 근거논리로 볼 수 있는 부분을 인용하면 다음과 같다.

「... 일정한 대외적 거래행위에 관하여 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 권한을 제한한 경우에도 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 특별한 사정이 없는 한 거래 상대방으로서는 회사의 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차를 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다(...)」. 따라서 회사 정관이나 이사회 규정 등에서 이사회 결의를 거치도록 대표이사의 대표권을 제한한 경우에도 선의의 제3자는 상법 제209조 제2항에 따라 보호된다.

거래행위의 상대방인 제3자가 상법 제209조 제2항에 따라 보호받기 위하여 선의 이외에 무과실까지 필요하지는 않지만, 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자의 신뢰를 보호할 만한 가치가 없다고 보아 거래행위가 무효라고 해석함이 타당하다. ... (D) ... 그러나 제3자가 회사 대표이사와 거래행위를 하면서 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 일반적으로 이사회 결의가 있었는지를 확인하는 등의 조치를 취할 의무까지 있다고 볼 수는 없다(위 대법원 2006다47677 판결 참조).」 (밑줄은 필자의 강조)

이상의 논리전개 중 첫째 밑줄 이외의 부분은 구판례에서도 자주 등장했고, 이를 토대로 상대방의 선의·무과실을 요구했던 바이므로 같은 논리를 가지고 판례를 변경하기에는 근거가 부족한 느낌이다. 다만 둘째 밑줄 부분, 즉 상대방에게 결의유무를 확인할 의무를 지을 수 없다는 판단은 논리적으로는 무과실을 요구할 근거가 없다는 뜻으로 이어질 수 있는 명제이므로 이 부분을 부연하는 방법으로 논리를 보강했다면 좋았을 것이다.

한편 신판례는 상대방의 선의가 중과실에 의한 경우에는 대표행위가 무효라고 하며, 중과실의 개념을 정의하였는데(위 판결문 중 생략된 D21) 부분), 기술한 바와 같이 私法 전반에 걸쳐 학설·판례가 중과실을 악의와 같이 다루어 왔으므로 이 부분의 판시는 특히 새로운 이론은 아니다. 하지만, 구판례는 상대방의 경과실에 의한 선의도 대표행위의 무효사유로 삼았으므로 중과실을 거론할 필요가 없었음에 대해, 신판례는 경과실을 무효사유에서 제외한 탓에 중과실에 의한 선의는 어떻게 취급할 것이냐는 문제가 제기되므로 다른 상사 사안에서와 같이 중과실은 악의와 동등하게 취급한다는 확인적 의미의 설시는 필요하다고 할 수 있다.

21) 필자가 인용을 생략한 D 부분의 원문은 다음과 같다.

「중과실이란 제3자가 조금만 주의를 기울였다라면 이사회 결의가 없음을 알 수 있었는데도 만연히 이사회 결의가 있었다고 믿음으로써 거래통념상 요구되는 주의의무를 현저히 위반하는 것으로, 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 게을리하여 공평의 관점에서 제3자를 구태여 보호할 필요가 없다고 볼 수 있는 상태를 말한다. 제3자에게 중과실이 있는지는 이사회 결의가 없다는 점에 대한 제3자의 인식가능성, 회사와 거래한 제3자의 경험과 지위, 회사와 제3자의 종래 거래관계, 대표이사가 한 거래행위가 경험칙상 이례에 속하는 것인지 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.」

4. 반대의견의 논지

반대의견은 후술하는 제2쟁점에 역점을 두어 의견을 개진한 까닭에 내부적 제한을 위반한 대표행위의 상대방이 과실있는 선의인 경우 대표행위의 효력에 관해서는 설명이 다소 소홀한 감이 있으나, 전체적으로 종전의 판례를 유지해야 한다는 입장을 취하므로 내부적 제한을 위반한 대표행위 역시 상대방이 과실있는 선의일 때에는 무효로 다루어야 한다는 주장으로 보인다.

5. 私見

앞서 검토한 바와 같이 상법 제209조 제2항의 法文, 조문의 연혁 그리고 지배인의 대리권제한과의 균형 등을 고려할 때, 이사회를 결한 대표행위가 유효하기 위해 상대방이 과실 없는 선의이어야 한다고 해석할 근거는 없다. 내부적 제한은 문자 그대로 회사의 내부적인 필요와 사정에 기하여 대표권을 제한하는 것으로서 상대방에 그 내용을 고지하지 않는 한, 거래상대방 으로서는 제한의 존재를 알지 못하는 것이 자연스러운 현상이다. 그리하여 신판례가 실시하듯, 거래상대방에게 내부적 제한이 존재하는지 여부를 조사할 의무를 지을 수 없다고 할 수밖에 없는데, 그럼에도 불구하고 과실을 논한다면 이는 회사가 부담할 위험을 外部化하는 조치로서 민사법상의 책임론의 대원칙인 自己責任의 원리에 어긋난다. 그렇다면 논리적으로는 내부적 제한에 관한 한 過失있는 善意란 있을 수 없다고 말할 수 있다. 혹 대표권의 제한이 있음을 알지 못한 것에 상대방의 과실이 인정되는 경우가 있다면, 본인이 적극적인 조사를 하지 않더라도 제한이 있음을 알 수 있는 경우일 것이다. 예컨대 거래를 위한 상담중에 회사측의 당사자가 이사회를 승인할 언어나야 한다고 고지했음에도 실제 거래의 완결단계에서 이사회결의의 유무를 확인하지 않았든지, 과거 유사한 거래에서 이사회결의가 필요했음을 경험한 바 있음에도 불구하고 당해 거래에 관해 이 점을 간과한 경우 등을 상정해 볼 수 있는데, 이는 판례가 말하는 「重過失」의 범주에 속한다고 보아야 할 것이다.

요컨대 신판례가 경과실을 대표행위의 효력의 판단요소에서 제거한 것은 내부적 제한을 위반한 대표행위의 규범평가에서는 경과실이 존재하지 않음을 선언한 것으로 볼 수도 있고 타당한 판결이라 생각한다.

V. 제2쟁점의 評釋

- 법률적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력

1. 신판례의 입장

신판례가 법률적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 효력에 관해 내린 판단은 다수의견이 역점을 두어 실시한 부분이다. 따라서 이 부분은 長文이므로 원문을 이 글의 말미에 부록으로 게재하고 여기서는 요지만 소개한다.

신판례는 상법 제393조 제1항이 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 자산의 차입 등'의 거래를 이사회결의 없이 한 경우 그 효력을 내부적 제한을 위반한 거래의 효력과 같이 보아야 하는 이유를 다음과 같이 실시하였다.

1) 어느 재산이 상법 제393조 제1항이 정한 「중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 자산의 차입 등」에 해당하는지는 재산의 가액과 총자산에서 차지하는 비중, 회사의 규모, 회사의 영업이나 재산 상황, 경영상태, 자산의 보유 목적 또는 차입 목적과 사용처, 회사의 일상적 업무와의 관련성, 종래의 업무 처리 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 적당한지 여부에 따라 판단하여야 한다. 그런데 대표이사와 거래하는 상대방의 입장에서는 회사의 구체적 상황을 알기 어려울 뿐만 아니라, 회사와 거래행위를 한다는 이유만으로 위와 같은 사정을 알아야 하는 것은 아니며, 법률전문가조차 판단이 엇갈릴 수 있는 영역으로 결코 명백한 문제가 아니다.

2) 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는 경우에는 '선의·무과실'의 상대방을 보호하고 정관 등에서 이사회결의를 거치도록 정한 경우에는 '선의·무중과실'의 상대방을 보호하는 이른바 이원론은 회사를 둘러싼 거래관계에 불필요한 혼란과 거래비용을 초래한다. 중과실과 경과실의 구별은 상대적이고 그 경계가 모호하며, 개별 사건에서 구체적 사정을 고려하여 과실의 존부와 그 경중을 판단할 수밖에 없기 때문에 법원의 심리부담이 가중될 우려가 있다. 이와 달리 상법 제393조 제1항의 경우에도 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 상법 제209조 제2항을 적용한다면, 회사가 정관 등 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 거래행위는 상법 제393조 제1항이 적용되는지와 상관없이 이사회 결의가 없었다는 점에 대해 거래 상대방에게 악의 또는 중과실이 있었는지 여부만을 판단하면 되고, 이로써 법률관계를 단순화하여 명확하게 하는 데 도움이 된다.

[筆者 註] 위 밑줄은 필자가 표기한 것인데, 이 부분의 취지가 불분명하다. 마치 제393조 제1항에 해당하는 거래이지만 정관에서 이사회결의를 얻도록 명기한 거래라면 내부적 제한과 동일하게 취급해도 된다는 뜻으로 읽혀진다. 하지만 판결문 전체의 취지는 법률적 제한과 내부적 제한을 다른 조건없이 동등하게 취급해야 한다는 것이므로 이 부분에 별다른 의미를 부여

할 필요는 없으리라 생각된다.

3) 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방은 과실이 있더라도 중과실이 아닌 한 보호받는다. 대표이사는 지배인이나 표현대표이사보다 강력한 권한을 가지는데, 상법 제393조 제1항에서 요구하는 이사회결의를 거치지 않았다는 이유만으로 거래상대방에게 무과실을 요구하는 것은 진정한 대표이사와 거래한 상대방을 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방에 비하여 덜 보호하는 결과가 되기 때문에 형평에 어긋난다.²²⁾

4) 이사회결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하고, 대표이사가 필요한 내부절차를 밟았을 것이라는 점에 대한 거래상대방인 제3자의 신뢰는 이사회결의를 필요로 하는 근거에 따라 달라지지 않는다. 그런데도 상법 제393조 제1항에 해당하는 행위인지, 단순한 내부적 제한에 해당하는 행위인지에 따라 거래상대방이 기울여야 할 주의의무의 정도를 달리 본다면, 상대방으로서는 회사의 내부적 사정까지 파악해야 하므로 불필요한 거래비용을 증가시켜 회사에게도 바람직하지 않은 결과를 초래한다.

5) 상법 제393조 제1항에 의해 요구되는 이사회결의가 흠결된 거래행위의 유·무효를 어떠한 기준에 따라 판단할 것인지는 회사의 대외적 거래관계에서 회사와 거래상대방, 나아가 이해관계인 사이에서 이사회결의의 흠결로 인한 위험을 어떻게 합리적으로 분배할 것인지를 정하는 문제이다. 주식회사에서 이사회결의는 회사 내부의 절차이므로 제3자가 회사에서 이사회결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 회사 내부에서 발생한 위험을 대표이사와 거래한 상대방에게 전가하는 것은 바람직하지 않다. 이 점에서 그동안 판례가 내부적 제한과 법률상 제한을 구분하지 않고 그 효력을 같은 기준으로 판단한 데에는 합리적인 이유가 있다. 따라서 상법 제393조 제1항에 따라 이사회결의를 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않고 대표이사가 거래행위를 한 경우에도 대표이사의 대표권이 내부적으로 제한된 경우와 마찬가지로 규율하는 것이 타당하다. 법률상 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지, 내부적 제한에 따라 이사회결의를 거쳐야 하는지는 거래상대방의 악의 또는 중과실을 판단하는 단계에서 개별적으로 고려할 요소 중 하나일 뿐이고, 이러한 구별을 이유로 대표이사의 행위를 신뢰한 제3자를 보호하는 기준 자체를 달리 정할 것은 아니다.

6) 신판례는 이상과 같은 일반론을 거친 후, 피고 회사의 규모와 이 사건 확인서를 통해 피고가 부담하게 되는 위험의 정도 등에 비추어 볼 때, 이 사건 확인서를 작성하기 위해 피고가 이사회결의를 거쳐야 한다는 점이 대외적으로 명백한 것은 아니며, 원고가 피고의 이사회결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정을 인정하기 어려우므로 원고가 알지 못한 데에 중대한 과실이 있다고 볼 수도 없다는 이유로 피고에게 확인서에 따른 의무이행을 명한 원심판단을 지지하였다.

22) 이훈중, “대표이사를 통하여 회사와 거래한 상대방의 보호요건에 관한 대법원 판결에 대한 연구,” 『經濟法研究』 제11권 2호(2012), 301면이하에서도 같은 취지로 구판례를 비판하고 있다.

2. 반대의견의 논지

신판례에서 제시된 반대의견은 방대하고 精緻한 이론을 담고 있어 그 자체가 훌륭한 연구물이다. 하지만 筆者의 글은 다수의견에 의해 형성된 판례를 평석하는 것을 목적으로 하므로 반대의견은 최소한의 요지만 소개한다. 반대의견은 다음과 같은 이유를 들어 판례변경에 반대하였다.

1) 구판례에 의하면 상대방에게 과실이 있어 거래가 무효가 되더라도 상대방은 회사의 불법행위책임을 물을 수 있었지만, 다수의견대로라면 상대방은 선의이나 악의(또는 중과실)이나로 양단되어 탄력있는 분쟁해결이 불가능해진다.²³⁾

2) 상법 제393조 제1항의 규정은 중요한 업무집행을 반드시 이사회결의로 결정하게 하려는 입법취지에서 2001년의 개정을 통해 만들어진 것인데, 다수의견은 이러한 입법취지에 반한다.

3) 상법 제209조를 주식회사의 대표행위에 준용함에 있어서는 의사결정기관과 업무집행기관이 구분되는 주식회사의 기관구조의 대원칙에 입각하여 해석하여야 한다. 그리하여 상법 제393조 제1항과 같은 법률적인 제한이 가해지는 사항은 제209조의 준용의 범위를 벗어나는 것으로 보아야 한다.

4) 다수의견은 거래상대방의 지위에서 자산과 거래의 중요성의 판단에 필요한 제반사정을 판단하는 것이 쉽지 않다고 하지만, 이러한 사정들은 법원이 고려하는 제반사정들이고 거래상대방에게 알도록 요구되는 것이 아니다. 그리고 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항의 중요한 업무에 해당하는지는 거래 상대방도 합리적인 주의를 기울여 의사결정을 할 것으로 기대할 수 있다. 또한 제393조 제1항에 해당하는 거래인지 여부에 관해서는 다수의 판례에 의해 법리가 확립된 바이고 선례가 축적되어 있다.

5) 대표권의 남용의 경우, 일단 회사의 행위로서 유효하고, 다만 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다는 것이 확립된 판례인데, 다수의견과 같이 판례를 변경한다면 대표이사가 법률상의 제한을 위반하여 행위한 경우 거래상대방은 선의·무중과실이기만 하면 보호되므로 외관상 적법한 행위인 대표권남용의 상대방은 과실조차 없어야 보호된다는 점과 비교해 형평에 어긋난다.

6) 이상의 비판을 거친 후, 반대의견은 「특별한 사정이 없는 한 거래 상대방은 대표자가 거래에 필요한 회사의 내부절차는 마쳤을 것으로 신뢰하였다고 보는 것이 경험칙에 부합한다」는 법리를 통하여 거래상대방의 무과실을 인정하고, 상법 제393조 제1항에서 이사회결의를 요하도록 규정한 회사의 중요한 의사결정인 경우에는 과실 있는 상대방과 한 거래의 효력은 부정하되, 다만 경과실있는 거래상대방이 대표이사의 행위를 신뢰하게 된 경위 등을 따져보아

23) 중과실 있는 거래상대방은 회사의 불법행위책임을 묻지 못한다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결).

서 거래상대방의 손해배상청구권 행사를 긍정함으로써 일부 손해를 전보받을 길을 열어놓자는 보충적 이론을 전개하였다.

3. 신판례의 배경

앞서 말했듯이 상법 제393조 제1항은 1981년에 개정된 일본 상법 제260조를 참고한 조문인데, 개정전에 同조문이 단지 「회사의 업무집행은 이사회가 이를 결정한다」라고 규정한 시기에 도 일본의 학설·판례는 이 규정을 중요한 업무집행사항은 상법상 이사회가 결정해야 한다는 법률적 제한으로 풀이하였다. 이에 위반하여 대표이사가 단독으로 행한 대표행위의 효력에 관해서는 그 당시부터 의견이 구구하다. 이 점에 관한 일본의 판례는 대표권의 남용 및 대리권의 남용의 효력론과 보조를 맞추고 있다. 일본의 판례는 대리권의 남용에 대해 비진의표시에 관한 규정(일본민법 제93조(우리 민법 제107조 제1항에 해당)을 유추적용하여 대리권을 남용한 법률행위도 원칙적으로 유효하되, 상대방이 남용사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 무효라고 해석해 왔으며, 대표권의 남용도 대리권의 남용과 본질이 같다고 보고 역시 비진의표시에 관한 규정을 유추적용하여 효력을 논하였다.²⁴⁾ 그리고 앞에 인용한 1965년 일본판례는 법률적 제한을 위반한 전단행위 역시 대표권의 남용에 대한 것과 마찬가지로 방법으로 비진의표시 규정을 유추적용하여, 원칙적으로 유효하나, 상대방이 법적 제한을 위반했음을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 판시하였다. 우리 판례 역시 대리권남용의 효력을 비진의표시론으로 설명해 왔으며,²⁵⁾ 그와 궤를 같이하여 대표권의 남용과 대표이사의 전단행위의 효력을 같은 방법으로 설명해 왔다.²⁶⁾ 대리권남용 및 대표권남용의 본질을 비진의표시로 보는 것에 대해서는 일본의 학계에서 많은 비판이 있으며,²⁷⁾ 1965년 판결에 대해서도 같은 비판이 있다. 법률적 제한을 위반하였다 하더라도 대표이사에게 회사를 대표할 의사가 있는 것은 틀림없으니 이를 비진의표시로 파악하는 것은 옳지 않고, 과실있는 선의의 상대방이 보호받지 못하는 것도 바람직하지 않다는 것이다.²⁸⁾

그리하여 판례와 달리 해석하는 다양한 학설이 있는데 대체로 다음 네 가지로 가닥잡을 수 있다. i) 개개의 거래행위는 중요한 재산의 처분이라도 거래의 안전을 중시해야 하므로 유효하다고 보고, 다만 회사가 상대방의 악의를 증명하여 一般惡意의 抗辯으로 대항할 수 있다고 주장하는 견해,²⁹⁾ ii) 대표권의 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 규정³⁰⁾은 내부적 제

24) 日本最高裁判所 1963. 9. 5. 判決, 民集17권8호 909면; 同 1976. 11. 26. 判決, 「判例時報」 839호 111면.

25) 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카1004 판결 등 다수.

26) 대표권남용의 효력에 관해서는 대법원 1988. 8. 9. 선고 86다카1858 판결 등 다수.

27) 상세는 李哲松, 전게 「會社法講義」, 731면 참조.

28) 전게 日注釋(6), 166면.

29) 鈴木竹雄, 「新版 會社法」(全訂2版), 弘文堂, 1974, 182면; 竹内昭夫, 「判例 商法 I」, 1976, 233면; 西原寛一,

한과 법률적 제한을 모두 포함하는 규정으로 보아 법률적 제한으로서의 이사회결의를 결했다라도 상대방이 악의·중과실이 아닌 한 대표행위는 유효하다는 견해,³¹⁾ iii) 문제된 대표행위의 객관적 성질로 보아 반복성, 계속성, 일상성을 특질로 하는 영업에 관한 행위는 일반적으로 유효하다고 보고, 이와 달리 대표이사의 업무집행에 관한 결정권한을 넘는 것이 용이하게 식별되는 행위인 경우에는 월권대리에 관한 규정(일본민법 제110조, 우리 민법 제126조에 해당)을 유추하여 상대방이 선의·무과실인 경우에 한해 대표행위를 유효로 보아야 한다는 견해,³²⁾ iv) 극소수설이지만, 법률적 제한은 대표이사의 직무수행방법을 정한 것으로 보아 그에 위반한 행위도 유효하고 다만, 대표이사의 선관주의의무위반을 구성하여 손해배상책임(우리 상법 제399조 제1항)의 원인이 되고 해임의 정당한 이유(우리 상법 제385조 제1항)가 된다고 하는 견해³³⁾가 있다. 이 중 i), ii)의 설은 상대방이 (경)과실유무와 관계없이 선의이면 대표행위가 유효하다는 점에서 공통되며, ii)의 견해는 우리의 신판례와 같은 취지이다.³⁴⁾

4. 私見

(1) 제393조 제1항의 입법정책적 의의

1962년에 제정된 신상법 제393조는 “회사의 업무집행과 지배인의 선임이나 해임은 이사회 의 결의로 한다”라고 규정하였다. 이어 1984년에 이 규정은 “①회사의 업무집행, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지는 이사회 의 결의로 한다. ②이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다.”로 개정되고, 2001년 개정에 의해 현행과 같은 내용을 갖추기에 이르렀다. 이 같은 입법의 연혁을 보면, 제393조는 기본적으로 업무집행결정권이 이사회에 있음을 선언하는 것이 목적이었고, 이에 지점의 설치·이전 또는 폐지, 이어 지배인의 선임·해임, 그리고 중요한 자산의 처분 등과 같은 개별적인 결정사항이 추가되어 왔다. 이 개별적인 결정사항은 어떠한 의미를 가지는가? 2001년 상법 개정이유를 보면 「중요한 자산의 처분…」을 추가한 이유를 “이사회 의 활성화를 위하여 이사회 결의사항의 범위를 구체화하고”라고 설명하고 있다.

법문의 구조를 보면, 구체적인 이사회 의 결의사항을 열거한 것은 이사회 의 업무집행결정사

「會社法」(第2版), 岩波書店, 1969, 207면.

30) 2005년 개정전 일본상법 제261조 제3항에 의해 준용되는 제78조 제2항, 현행 일본회사법 제349조 제5항(우리 상법 제209조 제2항에 해당).

31) 江頭憲治郎, 「株式會社法」(第7版), 有斐閣, 2017, 432면; 洛合誠一編, 「會社法コンメンタール」, 商事法務, 2009, 20면(洛合誠一執筆).

32) 日注釋(6), 165면(山口行五郎); 河本一廊, 「現代會社法」(新訂3版), 商事法務研究會, 1986, 366면.

33) 森本滋, “商法260條二項一號の重要な財産の處分の判斷基準,” 「民商法雜誌」, 第112卷 第1号(1995), 76면.

34) 신판례가 나오기 전 국내에서도 법률적 제한의 위반을 내부적 제한의 위반과 같이 취급해야 한다는 견해가 있었다(宋沃烈, 전거서, 1017면).

항을 예시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이는 동시에 전제 일본 상법 제260조 제2항(2005년이 전, 현행 일본회사법 제362조 제4항)의 법문과 같은 취지로 이사회가 타기관에 위임해서는 안 되는 고유권한의 일부를 特記한 것으로 보아야 한다.³⁵⁾ 열거된 사항들의 공통점은 회사의 재무와 경영의 건전성, 나아가 기업유지에 직접적이고 중대한 영향을 주는 사안이라는 점이다. 이 사항들을 이사회로 하여금 직접 결정하게 하는 것은 주식회사의 기관구조의 특성상 업무집행의 의사결정이 대표이사에 집중되는 경향이 있음을 감안하여 대표이사의 전횡을 경계하며, 의사결정에 대한 책임추궁의 저변을 이사 전원으로 확대함으로써 의사결정에 신중을 기하게 하는 동시에 결정내용의 합리성을 제고하기 위함이다. 이 제도는 결국 소유와 경영의 분리원칙으로 인해 경영에서 소외되는 주주들의 이익을 보호하기 위한 것으로 내부적인利害에 대한 배려라 할 수 있지만, 유한책임제도로 인해 경영파탄의 위험이 外部化할 수밖에 없는 주식회사에서는 경영의 건전성이 公益的인 차원의 이해라고 할 수 있으므로 제393조 제1항은 강행규정이라 보아야 한다. 그러므로 강행규정이 요구하는 절차를 위반한 대표행위에 과실로 가담한 거래상대방을 아무 부담없이 보호해야 한다는 다수의견의 결론은 찬성하기 어렵다. 이하에서는 앞서 본 다수의견의 근거논리를 분석해 보기로 한다.

(2) 중요성 판단의 어려움

거래의 중요성을 판단하기 어렵다는 다수의견에 대해 반대의견은 거래의 중요성은 거래상대방이 판단하는 것이 아니라 법원이 판단하는 것이라 비판한다. 중요한지 여부는 쟁송에서 궁극적으로 법원에 의해 판단되는 것이 당연하지만, 거래상대방 역시 거래의 효력이 달린 위험부담을 지니며 회사의 입장에 서서 중요성여부를 판단해야 되는 것도 사실이다. 그러나 다수의견의 논리전개에는 다음과 같이 타당성을 다룰 소지가 있다.

1) 중요성 판단기준의 문제점

다수의견은 제393조 제1항이 열거한 중요한 자산의 처분 등에 해당하는지 여부는 「재산의 가액과 총자산에서 차지하는 비중, 회사의 규모, 회사의 영업이나 재산 상황, 경영상태, 자산의 보유 목적 또는 차입 목적과 사용처, 회사의 일상적 업무와의 관련성, 종래의 업무 처리 등」에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 적당한지 여부에 따라 판단해야 하는데, 거래상대방으로서 이러한 판단요소를 알 수 없다고 한다. 이상의 판단요소는 기업의 내부사정에 속하는

35) 2001년 개정 제393조 제1항의 모델이 되었던 1981년 개정 일본상법 제260조 제2항의 개정이유는 이사회의 형해화에 대한 비판을 받아들여, 중요한 업무집행사항은 이사회의 專決에 속하는 사항으로서 대표이사에 위양할 수 없음을 명시하기 위한 것이라고 설명한다(竹内昭夫, 「改正會社法解説」(新版), 154면이하(森本滋, 전제 문헌, 72면 재인용).

사실관계이니 제3자가 알 수 없는 것은 당연하다. 그런데 이 기준은 대표이사와 회사 혹은 이사회와의 관계에서 이사회에 부의해야 할지 여부를 결정하기 위해 적용할 판단요소들이지, 거래상대방의 주의의무의 대상으로 삼을 수 있는 사항은 아니다. 다시 말해 거래상대방이 위에 열거된 요소들을 살피지 않았다 해서 거래상대방에게 과실이 있다고 할 수는 없는 것이다. 그러므로 다수의견이 위에 열거된 판단요소들은 거래상대방이 알기 어려운 것이므로 상대방의 과실 유무를 전단행위의 효력의 변수로 삼아서는 안된다고 함은 논리의 비약이다.

2) 거래상대방에 대한 중요성의 의미

거래의 중요성에 대한 상대방의 판단이 적절했는지 여부는 상대방의 과실의 유무를 판단하는 문제이다. 그러므로 거래의 효력에 관한 부담을 주면서 상대방에게 요구할 수 있는 판단은 거래의 통념에 입각한 판단이어야 한다. 그러기 위해서는 거래의 客觀的 性狀 내지는 쌍방이 이해하는 거래의 배경, 通常性의 유무에 기초한 판단이어야 한다.³⁶⁾ 누가 판단하든 일상적으로 판매하는 재고자산이 단지 고액의 물품이라 해서 중요한 재산이라 볼 수는 없을 것이다. 하지만 예컨대, 회사가 거액의 기부를 하는 계약이나, 회사의 기본적인 생산설비를 처분하는 계약, 현저하게 대가가 불균형한 거래, 일방에 이익되는 거래(예컨대, 이 사건에서와 같은 보증) 등은 타인의 재산을 관리하는 자(대표이사)가 전단적으로 처리할 수 있는 일은 아니라고 판단하는 것이 상인의 통념일 것이다. 판례에 나타난 사실관계를 보더라도 보통은 비밀상적이거나 비영업적인 거래가 문제된다. 요컨대 이사회의 결의는 회사의 내부적 의사형성절차이지만, 거래상대방에게 그 유무를 파악할 의무를 지우더라도 불공평하지 않은 거래 상황이 존재할 수 있으며, 그 의무를 게을리 함에 대해 불이익을 주는 것이 정의에 부합한다.

3) 立證責任의 문제

필자가 제시한 기준을 적용하더라도 여전히 중요성의 판단은 쉽지는 않을 것이다. 하지만 이사회의 결의가 필요하다는 사실 및 이사회결의가 없었다는 사실에 대한 상대방의 악의 또는 과실은 회사가 증명해야 한다는 판례의 입장이 유지되는 한, 중요성 판단의 어려움으로 인한 문제는 생기지 않는다. 회사가 상대방의 과실을 증명하지 못했다면 상대방은 과실없이 이사회결의의 필요성과 부존재를 알지 못했다는 판단이 내려질 것이고, 이는 결국 다수의견이 과실을 고려하지 않는 것과 결론에 있어 차이가 없다. 다수의견과 소위 이원론 및 반대의견간에 차

36) 다수의견이 실시한 판단기준은 원래 일본 최고재판소의 1994. 1. 20. 판결(民集48권 1호 1면이하)에서 처음 제시된 것으로, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649판결에 의해 우리에게도 소개되었다. 일본 판결에는 우리 판결이 열거한 요소외에 「처분행위의 態樣」이라는 표현이 나오는데, 필자가 본문에서 말하는 거래의 객관적 성상을 나타내는 말로 이해된다.

이가 나는 상황은 회사가 상대방의 과실을 증명한 경우이다. 이 경우 이원론에 의하면 거래는 무효가 되겠지만, 다수의견에 의하면 거래는 유효하다. 결국 다수의견에 의할 때에는 거래상대방은 자신의 과실에 대해 전혀 비용을 부담하지 않는데, 타당한 결론일 수는 없다.

(3) 중과실과 경과실의 구별

다수의견은 이원론을 배척하는 이유로서 중과실과 경과실의 구분이 어렵다는 점을 들지만, 신판례도 중과실을 악의와 같이 취급하는 이상, 거래상대방에게 과실이 인정된다면 그것이 중과실인지, 경과실인지의 판단은 어차피 필요하다. 그러므로 이 점은 이원론을 배척할 이유가 될 수 없다.

(4) 지배인, 표현대표이사제도와와의 형평성

다수의견은 월권한 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방은 과실이 있더라도 보호되는데, 정상적인 대표이사와 거래한 상대방이 과실에 관해 책임져야 함은 불공평하다는 점도 이원론을 배척해야 할 이유로 든다. 우선 표현대표이사와의 비교가 옳지 않다. 표현대표이사의 대표행위에 관해서는 회사가 有責함을 유념해야 한다. 회사가 표현적인 명칭을 부여했고 그것이 계기가 되어 표현대표이사의 거래가 생겼으므로 이를 신뢰한 상대방을 보호하는 것이 표현대표이사 제도이다. 그러므로 거래상대방에게 (경)과실이 있더라도 이는 회사의 유책성과 상쇄되므로 거래로 인한 위험을 상대방에게 전가시키는 것이 불공평한 것이다. 지배인의 권한은 상거래의 원활을 위해 상법이 정형화시키고, 거래의 안전을 위해 불가제한적으로 法定한 것이다. 그럼에도 불구하고 영업주가 이에 제한을 가함은 법취지에 반하여 자신의 편익을 도모하는 것이므로 지배인의 월권은 영업주 자신이 부담해야 할 위험이다. 그러나 상법 제393조 제1항은 반대로 법률이 회사의 특수한 이해구조를 감안하여 설계한 의사결정구조이므로 지배인의 예와는 비교할 대상이 아니다. 이 점에 관해 반대의견도 같은 지적을 하고 있다.

(5) 제한의 非均質性

다수의견은 내부적 제한이든 법률적 제한이든 이사회결의라는 내부적 의사결정절차에 불과한데, 단지 이사회결의를 요구하는 근거가 상이하다고 해서 효력을 차별화한다면 상대방은 회사의 내부사정까지 파악해야 하므로 거래비용을 증가시킨다는 이유로 二元論을 배척한다. 나아가 다수의견은 이사회결의가 결여된 대표행위의 효력을 정하는 것은 이사회결의의 흠결로 인한 위험을 배분하는 문제라고 성격규정을 한 후, 이사회결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면 법률적 제한이나 내부적 제한이나에 따라 위험을 달리 배분하는 것은 합리적이

아니라는 취지로 실시하였다.

이사회결의가 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하다는 점에만 초점을 맞춘다면, 주주총회 역시 내부적 절차이므로 주주총회의 결의없이 영업을 양도하는 행위를 무효로 다루어야 할 근거도 없어진다. 내부적 제한과 법률적 제한에는 회사가 편의상 제한한 것이나 법률이 요구하는 제한이라는 규범성의 무게를 달리하는 분명한 차이가 존재한다. 내부적 제한은 당사자 일방의 편의적 동기에서 설계된 것이므로 그로 인한 위험부담을 상대방에게 전가해서는 안된다는 다수의견이 타당하다. 그러나 법이 정하는 의사결정절차는 법이 모든 이해관계자에게 최선이요 합리적인 의사형성수단을 마련하려는 공익적 배려에서 마련된 것으로 법이 강행하려는 위험배분이다. 제한능력제도는 당사자 일방의 내부적 사정에 바탕을 둔 제도이지만 그 공익성 때문에 상대방까지 구속하는 것과 같다. 반대의견은 이사회 결의가 회사의 내부적 의사결정절차라는 점은 주식회사의 본질상 '의사결정주체'와 '업무집행주체'가 분리될 수밖에 없기 때문에 생긴 성격으로, 이 사건 쟁점의 시작이지 어느 한 견해의 논거가 될 수 없다고 반박하는데, 적절한 지적이다.

(6) 해결법리의 경직화

반대의견은 종전의 판례에 의하면 상대방이 과실있는 선의이어서 거래가 무효가 되더라도 상대방은 대표이사와 회사의 불법행위책임(상법 제389조 제3항->제210조)을 물을 수 있었지만, 신판례하에서는 경과실은 아예 법적효과의 판단요소에서 제외되므로 해결법리가 유연성을 잃게 되었다고 비판한다. 상대방이 과실있는 선의인 경우 대표행위를 무효로 함으로써 거래책임은 종결짓고, 그로 인해 상대방이 손해를 보는 부분은 불법행위책임으로 해결하는 것이 사법적 정의를 보다 정밀하게 실현하는 방법이라는 취지로 이해되는데, 적절한 지적이라고 생각된다.

VI. 맺는말

이상 논한 바와 같이 신판례가 내부적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위의 유효요건에서 상대방의 무과실을 제거한 점에는 찬성한다. 그러나 법률적 제한으로서의 이사회결의를 결한 대표행위를 내부적 제한의 위반과 균등하게 다룬 것은 재고할 점이다. 상법 제393조는 강행법규이다. 그리고 강행법규에 위반한 법률행위는 무효임이 원칙이고, 일반적으로 하자 있는 행위가 유효하기 위해서는 상대방의 선의·무과실을 요구하는 것이 민법학의 통념인 것으로 알고 있다. 이 판례변경은 법률행위론의 중요한 쟁점을 다룬 만큼, 民法學者들의 적극적인 연구가 기대된다.

《부록》 신판례의 판지 (법률적 제한위반 대표행위의 효력 부분)

「라. 상법 제393조 제1항에 따른 대표이사의 대표권 제한과 선의의 제3자 보호

대표이사의 대표권을 제한하는 상법 제393조 제1항은 그 규정의 존재를 모르거나 제대로 이해하지 못한 사람에게도 일률적으로 적용된다. 법률의 부지나 법적 평가에 관한 착오를 이유로 그 적용을 피할 수는 없으므로, 이 조항에 따른 제한은 내부적 제한과 달리 볼 수도 있다. 그러나 주식회사의 대표이사가 이 조항에 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등의 행위'에 관하여 이사회 결의를 거치지 않고 거래행위를 한 경우에도 거래행위의 효력에 관해서는 위 다.에서 본 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 보아야 한다.

(1) 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등'에 해당하는지는 재산의 가액과 총자산에서 차지하는 비중, 회사의 규모, 회사의 영업이나 재산 상황, 경영상태, 자산의 보유목적 또는 차입 목적과 사용처, 회사의 일상적 업무와 관련성, 종래의 업무 처리 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 적당한지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다23807 판결 참조). 그런데 대표이사와 거래하는 상대방의 입장에서는 회사의 구체적 상황을 알기 어려울 뿐만 아니라, 회사와 거래행위를 한다는 이유만으로 위와 같은 사정을 알아야 할 필요도 없고, 알아야만 하는 것도 아니다. 설령 상대방이 그러한 사정을 알고 있더라도, 해당 거래행위가 대표이사의 결정에 맡겨져 있다고 볼 수 있는지를 판단하기는 쉽지 않다. 구체적인 사건에서 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등'에 해당하는지는 법률전문가조차 판단이 엇갈릴 수 있는 영역으로 결코 명백한 문제가 아니다.

(2) 이러한 점을 고려할 때 이사회 결의를 요구하는 근거가 상법 제393조 제1항인지 아니면 정관 등 내부 규정인지에 따라 상대방을 보호하는 기준을 달리한다면 법률관계가 불분명하게 될 수밖에 없다. 중과실과 경과실의 구별은 상대적이고 그 경계가 모호하며, 개별 사건에서 구체적 사정을 고려하여 과실의 존부와 그 경중을 판단할 수밖에 없다. 이사회 결의가 없는 거래행위의 효력을 판단할 때 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는 경우에는 '선의·무과실'의 상대방을 보호하되 정관 등에서 이사회 결의를 거치도록 정한 경우에는 '선의·무중과실'의 상대방을 보호하는 식으로 구별하는 이른바 이원론은 회사를 둘러싼 거래관계에 불필요한 혼란과 거래비용을 초래한다. 이러한 이원론에 따른다면, 정관 등 회사 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 경우에도 회사로서는 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 사항에 해당한다고 주장·증명하여 상대방의 보호 범위를 좁히려 할 것이다. 그러나 거래행위가 상법 제393조 제1항에서 정한 '중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등'에 해당하는지는 위 (1)에서 본 여러 구체적 사정을 고려하여 판단해야 하기 때문에 법원의 심

리부담이 가중될 우려가 있다.

이와 달리 상법 제393조 제1항의 경우에도 내부적 제한의 경우와 마찬가지로 상법 제209조 제2항을 적용한다면, 회사가 정관 등 내부 규정에서 이사회 결의를 거치도록 정한 거래행위는 상법 제393조 제1항이 적용되는지와 상관없이 이사회 결의가 없었다는 점에 대해 거래 상대방에게 악의 또는 중과실이 있었는지 여부만을 판단하면 되고, 이로써 법률관계를 단순화하여 명확하게 하는 데 도움이 된다.

(3) 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방은 과실이 있더라도 중과실이 아닌 한 보호받는다(대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결, 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다19797 판결 참조). 대표이사는 지배인이나 표현대표이사보다 강력한 권한을 가진다. 상법 제393조 제1항에서 요구하는 이사회 결의를 거치지 않았다는 이유만으로 거래 상대방에게 무과실을 요구하는 것은 진정한 대표이사와 거래한 상대방을 지배인이나 표현대표이사와 거래한 상대방에 비하여 덜 보호하는 결과가 되기 때문에 형평의 관점에서 보더라도 납득하기 어렵다.

(4) 대표이사가 회사를 대표하여 거래행위를 할 때 이사회 결의는 회사의 내부적 의사결정절차에 불과하다. 대표이사가 필요한 내부절차를 밟았을 것이라는 점에 대한 거래 상대방인 제3자의 신뢰는 이사회의 결의를 필요로 하는 근거에 따라 달라지지 않는다. 그런데도 내부적 제한을 위반한 경우에만 경과실 있는 상대방을 보호함으로써 상법 제393조 제1항에 해당하는 행위인지 아니면 단순한 내부적 제한에 해당하는 행위인지에 따라 거래 상대방이 기울여야 할 주의의무의 정도를 달리 본다면, 상대방으로서는 회사의 내부적 사정까지 파악해야 하기 때문에 결국 불필요한 거래비용을 증가시켜 회사에게도 바람직하지 않은 결과를 초래한다.

(5) 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의가 필요한 경우와 정관 등 내부 규정에 따라 이사회 결의가 필요한 경우를 구별할 수 있지만, 종래 대법원은 이를 구분하지 않고 단순히 이사회 결의 흠결에 대해 상대방이 선의·무과실인지에 따라 거래행위의 효력을 판단해 왔다. 이것은 대표이사의 권한이 어떠한 방식으로 제한되었는지와 상관없이 대표이사가 한 대외적 거래행위의 효력에 관해서는 상법 제393조 제1항의 경우를 내부적 제한의 경우와 완전히 구별하여 다루기보다는 개별 사건에서 사안에 따라 거래 상대방의 선의나 과실을 고려하여 판단하는 것이 타당하다고 보았기 때문이다.

(6) 상법 제393조 제1항에서 요구하는 이사회 결의가 흠결된 거래행위에 대해서 어떠한 기준에 따라 그 유·무효를 판단할 것인지는 회사의 대외적 거래관계에서 회사와 거래 상대방, 나아가 이해관계인 사이에서 이사회 결의 흠결로 인한 위험을 어떻게 합리적으로 분배할 것인지를 정하는 문제이다. 주식회사에서 이사회 결의는 회사 내부의 절차이다. 제3자가 회사의 이사회 결의가 없었다고 의심할 만한 특별한 사정이 없다면, 회사 내부에서 발생한 위험을 대표이사와 거래한 상대방에게 전가하는 것은 바람직하지 않다. 그동안 판례가 내부적 제한을 위반한 거래행위와 상법 제393조 제1항의 법률상 제한을 위반한 거래행위를 구분하지 않고 그

26 선진상사법률연구 통권 제94호 (2021.4.)

효력을 같은 기준으로 판단한 데에는 위와 같이 합리적인 이유가 있다. 따라서 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는데도 이를 거치지 않고 대표이사가 거래행위를 한 경우에도 대표이사의 대표권이 내부적으로 제한된 경우와 마찬가지로 규율하는 것이 타당하다. 대표이사가 상법 제393조 제1항의 법률상 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지 아니면 단순한 내부적 제한에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는지는 거래 상대방의 악의 또는 중과실을 판단하는 단계에서 개별적으로 고려할 요소 중 하나일 뿐이고, 이러한 구별을 이유로 대표이사의 행위를 신뢰한 제3자를 보호하는 기준 자체를 달리 정할 것은 아니다.」 ☐

(논문접수 : 2021. 4. 7. / 심사개시 : 2021. 4. 7. / 게재확정 : 2021. 5. 3.)

참 고 문 헌

[해설서]

- 姜渭斗·林載鎬, 「商法講義(上)」(第3全訂), 형설출판사, 2009.
- 權奇範, 「現代會社法論」(제7판), 삼영사, 2017.
- 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」(제5판), 박영사, 2021.
- 김정호, 「회사법」(제5판), 법문사, 2019.
- _____, 「商法講義(上)」(제3판), 법문사, 2001.
- 宋沃烈, 「商法講義」(제9판), 홍문사, 2019.
- 이중훈, 「회사법」(제2판), 박영사, 2020.
- 이기수·최병규, 「회사법」(제11판), 박영사, 2019.
- 李哲松, 「會社法講義」(제29판), 박영사, 2021.
- _____, 「商法總則·商行爲」(제15판), 박영사, 2018.
- 李範燦·任忠熙·李榮鍾·金知煥, 「會社法」, 삼영사, 2012.
- 임재연, 「회사법 II」(개정7판), 박영사, 2020.
- 林泓根, 「會社法」, 법문사, 2000.
- 鄭東潤 편, 「註釋商法 (會社(III))」(제5판), 한국사법행정학회, 2014.
- _____, 「註釋商法 (總則·商行爲(1))」(제4판), 한국사법행정학회, 2013.
- 정찬형, 「상법강의(상)」(제22판), 박영사, 2019.
- 최준선, 「회사법」(제13판), 삼영사, 2018.
- 한국상사법학회편, 「株式會社法大系 II」, 법문사, 2019.
- 홍복기·박세화, 「회사법강의」(제5판), 법문사, 2017.
- 崔基元, 「(제14대정판)신회사법론」, 박영사, 2012.

[논문]

- 정경영, “주식회사의 계약 체결의 귀속에 관한 연구,” 「비교사법」 제20권 4호(2013).
- 김재범, “이사회 결의사항과 상대방의 주의의무,” 「동북아법연구」 제3권 제2호(2009).
- 이훈중, “대표이사를 통하여 회사와 거래한 상대방의 보호요건에 관한 대법원 판결에 대한 연구,” 「經濟法研究」 제11권 2호(2012).
- 丁瑩鎮, “대표이사의 대표권제한에 대한 재고찰,” 「企業法研究」 제28권 제2호(2014).

28 선진상사법률연구 통권 제94호 (2021.4.)

조인호, “대표이사의 대표권의 내부적 제한 위반거래 및 대표권남용과 제3자 보호요건,” 「
商事判例研究」 제29집 제3권(2016).

[외국문헌]

上柳克郎外編, 「新版 注釋會社法」(1), 有斐閣, 1985.

_____, 「新版 注釋會社法」(6), 有斐閣, 1987.

江頭憲治郎, 「株式會社法」(第7版), 有斐閣, 2017.

落合誠一 編, 「會社法コンメンタール」, 商事法務, 2009.

河本一廊, 「現代會社法」(新訂3版), 商事法務研究會, 1986.

鈴木竹雄, 「新版 會社法」(全訂2版), 弘文堂, 1974,

竹內昭夫, 「判例 商法 I」, 1976,

西原寛一, 「會社法」(第2版), 岩波書店, 1969.

松井智予, “64.取締役會決議を経ない取引の効力,” 「會社法判例百選」(第3版), 有斐閣, 2016.

森本滋, “商法二六〇條二項一號の重要な財産の處分の判斷基準,” 「民商法雑誌」 第112卷 第1号
(1995).

(이상 단행본, 논문 별 日本語50音順)

Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 23 Aufl. C.H. Beck.

Schmidt-Lutter, AktG, (Kom.), Otto Schmidt, 2008,

Abstract

The legal effect of a corporate president's arbitrary action

Lee, Chul-Song

All external legal actions of a corporation are conducted through the representation by its president (the representative director). The Commercial Act ("CA") requires resolution by the board of directors as a prerequisite requirement concerning specified matters before the president's execution (legal restriction). As a typical example, section 393(1) of the CA states that a resolution by the board of directors is required for disposal of the substantial property, borrowing of large scale assets, the appointment or dismissal of managers, and the establishment or abolition of branch offices. The president can execute the operation of corporate ordinary business activities at the president's discretion. However, the by-laws may require, as a preliminary procedure, resolution by the board even for operations related to ordinary business which fall within certain categories, e.g., the purchase of assets in excess of some amount or the guarantee of a loan for a third party (self-restriction). The legal effect of a transaction conducted by a president without the board's resolution in violation of the legal or self-restriction is often debated in litigations.

It has long been the settled case law of the Supreme Court that even the transaction conducted without the board's resolution in violation of legal or self-restriction is valid in principle, but becomes void if the counterparty is aware of, or negligently unaware of the fact that there is no resolution by the board despite its requirement.

In February of this year, the Supreme Court made a new ruling that revised the prior case law (Supreme Court 2021. 2. 18., 2015DA45451). The case law states that the important element is the counterparty's awareness of the absence of the board's resolution. That is, the transaction shall be valid if the counterparty is not aware of the absence of the board's resolution regardless of her or his negligence. The new case law can be interpreted as strengthening the protection of counterparties by not holding them accountable for their negligence. The author has been critical of the old case law, arguing that the violation of

legal restriction and self-restriction should be treated differently and the president's conduct in violation of self-restriction should be dealt with as valid if the counterparty is unaware of the absence of the board's resolution regardless of negligence. From this viewpoint, this article analyzes the reasoning of the new ruling and discusses its reasonableness.

Key Words : arbitrary action, arbitrary action by representative director, legal effect of arbitrary action, legal restriction, restriction of representative power, section 393(1) of the Commercial Act, self-restriction.