

[판례평석] 회사의 기부와 이사의 선관주의의무 위반
판단기준에 대한 검토
- 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결 -
(A Review of the Admissibility of Corporate Charitable
Giving and the Director's Duty of Care)

강라인·박상우

[사실관계 및 판결 요지]

I. 사실관계

원고 회사 강원랜드는 폐광지역 개발지원에 관한 특별법(이하 ‘폐광지역법’)에 기초하여 관광호텔업 등을 목적으로 1998. 6. 29. 설립된 주식회사로, 석탄산업합리화사업단, 강원도개발공사, 정선군, 태백시, 삼척시, 영월군 등의 출자로 설립된 합작 투자회사이다. 한편 태백관광개발공사는 리조트 사업을 목적으로 2001년 12월 태백시와 민간업체와의 공동출자로 설립된 주식회사로, 해당 공사는 ‘오투리조트’라는 이름으로 태백시에 대규모 골프장, 스키장 및 숙박시설을 건설하여 운영하는 사업을 진행하였다.

태백관광개발공사가 사업비 추가지출과 리조트 회원권 분양 저조 등으로 자금난에 시달리게 되자, 태백시는 원고 회사에 오투리조트의 운영자금을 대여 또는 기부해 줄 것을 요청하였다. 원고 회사의 제109차 이사회에서 원고 회사가 태백시에 폐광지역 협력사업비로 150억 원을 기부하되 그 기부금의 용도를 태백관광개발공사의 긴급운영자금으로 지정기탁하는 내용의 기부안이 발의되었고, 두 차례 보류 끝에 2012. 7. 12. 개최된 제111차 이사회에서 출석이사 12명 중 찬성 7표, 반대 3표, 기권 2표로 결의가 이루어졌다. 이후 태백관광개발공사에 대하여 직원들의 미지급 임금채권을 신청 채권으로 하여 2014. 8. 27. 회생절차가 개시되었다.

원고 회사는 2014. 9. 29. 서울서부지방법원에 찬성 및 기권 이사 9명을 상대로 상법상 선관주의의무 위반을 이유로 하는 150억 원의 손해배상청구소송을 제기하였고, 서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결에서 원고 일부 승소판결을 선고받았다. 위 판결에 이어 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결과 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결을 거쳐 이 사건 기부행위에 찬성한 이사 7명에 대한 손해배상책임이 확정되었다.

II. 판결요지

1. 1심 판단¹⁾

1심인 서울서부지방법원은 원고 회사의 이사들이 기부 결의에 찬성한 것이 원고 회사에 대한 선관주의의무 위반인지를 판단하며 다음과 같은 5개 요건을 제시하였다. 즉, i) 기부 대상 및 용도에 비추어 기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지, ii) 기부행위를 통하여 회사의 이미지 제고 등 간접적, 장기적인 이익을 기대할 수 있는지, iii) 기부금액이 회사의 재무 상태에 비추어 상당한 범위 내의 금액인지, iv) 기부행위로 달성하려는 공익을 회사의 이익과 비교할 때 기부금액 상당의 비용지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지 및 v) 기부행위에 대한 의사결정 당시 충분한 고려와 검토를 거쳤는지를 기준으로 선관주의의무 위반 여부를 판단해야 한다고 보았다.

이에 따라 1심은 i) 기부금이 장래성 없는 사업에 투자되어 폐광지역의 공익 달성에 도움이 되었다고 볼 수 없고, ii) 원고 회사의 영업과 태백관광개발공사의 영업은 서로 경쟁관계에 있고, 회수가가능성 없는 사업에 대한 기부가 기업 이미지를 추락시킬 수 있어 장기적 이익을 기대할 수 없으며, iii) 기부금 액수 또한 원고가 1년간 자체적으로 집행하는 기부금의 합계에 육박하는 금원인데 반해 iv) 기대할 수 있는 장기적 이익은 미미하여 비용지출이 합리적인 범위 내에서 이루어졌다고 보기 어렵다고 보았다. 나아가 v) 원고 회사가 자문을 구한 법무법인이 선관주의의무 위반가능성을 지적한 점, 기부가 태백시와 원고 회사 사이의 자기거래에 해당하므로 거래에 대한 주의의무 정도가 현저히 높아야 하는 점을 들어 원고 회사의 이사들이 이 사건 기부행위와 관련하여 충분한 검토를 하지 못했다고 보았다.

2. 2심 및 대법원 판단^{2) 3)}

2심인 서울고등법원도 기부행위와 선관주의의무 위반에 관해 거의 동일한 판단기준을 제시하였으나, 다만 1심이 실시한 ‘i) 기부 대상 및 용도에 비추어 기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지’ 요건을 ‘기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지’와 ‘기부행위가 공익에 기여하기 위한 상당하고 적절한 방법으로 이루어졌는지’의 두 요건으로 분설하였다는 점에서만 차이를 보였다.

이에 따라 2심은 i) 기부가 폐광지역의 경제진흥이라는 공익을 위해 이루어진 것은 맞지만, ii) 장래성 없는 사업에 투자되어 공익에 기여하기 위한 상당한 방법

1) 서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결.

2) 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결.

3) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결.

이라 볼 수 없고, iii) 1심과 동일한 이유로 원고 회사가 기부로 장기적 이익을 기대할 수 없다고 보았다. 또한 iv) 기부금 액수가 원고 회사의 재무상태에 비해 과다하지는 않지만, v) 기부가 폐광지역 전체의 공익 및 원고 회사의 이익에 기여하는 정도가 크지 않으며 vi) 기부가 자기거래는 아니지만 그럼에도 불구하고 이사들이 결의 당시 충분히 검토 후 의사결정을 하지 않았다고 판단하였다.

대법원 또한 기부는 폐광지역의 경제진흥이라는 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌고 기부 액수가 원고 회사의 재무 상태에 비추어 과다하다고 보기 어렵지만, 기부행위가 공익 증진에 기여하는 정도 및 원고 회사에 가져오는 이익이 그다지 크지 않고 공익 달성에 상당한 방법으로 이루어졌다고 보기 어려우며, 원고 회사의 이사들이 결의 당시 위와 같은 점들에 대해 충분히 검토하지 않았다고 하여 원심인 서울고등법원의 판단을 지지하였다.

III. 관련 소송 절차

1. 배임 혐의와 관련된 형사소송

감사원은 2014년 2월, 원고 회사의 150억 원 기부 결정은 문제가 있는 것으로 판단하여 찬성·기권한 이사 9명에 대한 해임 및 손해배상청구 방안을 마련할 것을 산업통상자원부에 통보하였다.⁴⁾ 이에 시민단체인 경제개혁연대는 2014. 4. 28. 원고 회사의 기부 결의에 찬성하거나 기권한 이사 및 표결 전 퇴장함으로써 안건 통과를 용이하게 한 이사 등 총 10명을 특정경제범죄가중처벌에 관한 법률 위반(배임) 혐의로 검찰에 고발하였다. 2014. 12. 15. 서울중앙지검이 불기소 처분을 하자 경제개혁연대는 이에 불복하여 서울고등검찰청 및 대검찰청에 항고 및 재항고하였지만 모두 기각되었다.

2. 기부금 손금산입 여부와 관련된 조세소송

영월세무서는 2015년 6월 원고 회사에 법인세법상 부당행위계산부인 규정을 적용하여 2012 사업연도 법인세로 22여억 원을, 2013년도 법인세로는 18여억 원을 부과하였다.⁵⁾ 원고 회사의 태백시에 대한 기부가 이루어질 당시인 2012. 7. 15. 원고 회사는 태백관광개발공사의 주식 11.7%를, 태백시는 50% 이상을 보유하여 원고 회사와 태백시는 각각 태백관광개발공사와 세법상 특수관계인이었다.⁶⁾ 따라서 과세관청은 원고 회사가 특수관계에 있는 태백관광개발공사에 제3자인 태백시를 통하여 우

4) 경제개혁연대, “경제개혁연대, 강원랜드의 오투리조트 지원 관련 배임혐의 고발 사건에 항고”, 경제개혁연대 보도자료, 2015. 1. 14, 2면.

5) 머니투데이, “강원랜드, 세금 40억 안 내도 된다”, 2018. 3. 29, <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2018032816088219612> (최종접속일 2021. 2. 18.).

6) 유철형, “[관세] 우회기부와 부당행위계산부인 대상 여부”, 세정일보, 2018. 7. 11, <https://www.sejungilbo.com/news/articleView.html?idxno=12925> (최종접속일 2021. 2. 18.).

회지원을 한 것으로 보아 법인세법 제52조 부당행위계산부인 규정을 적용하여 기부금 전액을 손금불산입하여야 한다고 보았다.

원고 회사는 이에 불복하여 과세처분 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 1심인 춘천지방법원 2017. 2. 10. 선고 2016구합50820 판결 및 2심 서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 (춘천)2017누300 판결에서 원고 패소하였으나 대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두63887 판결에서 원고 승소 취지로 파기환송 판결이 선고되었다.

[연구]

I. 서론

1. 연구 동기

대상판결은 이사가 회사 자산으로 비영리적 기부행위를 추진한 행위가 이사의 선관주의의무 위반을 원인으로 하는 손해배상책임이 성립하는지 문제된 사건이다. 강원랜드가 태백시의 요청에 의해 태백관광개발공사에 기부한 것과 관련, 기부 결의에 찬성한 이사들에 대하여는 대법원에서 선관주의의무 위반으로 회사에 대한 기부금 상당액의 손해배상책임이 인정되었다. 그런데 대상판결에서 문제된 기부와 관련된 조세소송 및 형사소송의 경과를 살펴보면, 적법한 기부로 인정되어 세법상 부당행위계산부인도 되지 않았고 형법상 배임죄로 기소조차 되지 않았음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고, 민사적으로는 이사의 선관주의의무 위반을 이유로 한 책임이 인정되었다. 물론 대상판결이 관련 소송과 다른 결론을 내리게 된 까닭으로는 각 소송에서 쟁점이 된 규정의 요건상 차이가 지적될 수 있다. 그러나 대상판결 사안에서는 경영판단의 원칙이 공통적으로 적용되어 온 배임죄 혐의에 대하여는 불기소처분이 내려진 반면, 6개 요건을 통해 경영판단의 원칙 적용 가부가 검토되었음에도 이사들의 선관주의의무 위반이 인정되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 이에 따라 본고에서는 회사의 기부행위의 법적 허용 한계 및 대상판결의 타당성을 살펴보기 위하여 대상판결이 제시하는 6가지 요건을 구체적으로 검토하여 본다.

2. 연구 방향 및 쟁점 정리

대상판결은 회사의 기부행위와 관련하여 최초의 명시적인 민사적 판단기준을 제시하였다는 점에 그 의의가 있다. 이러한 판단기준은 기부행위의 맥락에서 경영판단원칙을 구체화한 것으로 볼 수 있는바, 본 평석에서는 ① 우리 법제 하에서의 경영판단원칙의 수용 양상을 살펴본 후 ② 경영판단으로서의 기부행위에 대한 종전 판례의 태도 및 해외 규율을 살펴본다. 이를 바탕으로 ③ 대상판결이 판단의 전제로 삼고 있는 원심판결의 6가지 요건들 중 공익에 대한 판단 의무를 부여하는 요건들에 문제가 있음을 밝히고, ④ 회사의 이익 개념에 입각하여 보다 일관되고 정합적인 기부행위 판단기준을 제시하고자 한다.

II. 선관주의의무와 경영판단의 원칙

1. 이사의 선관주의의무

상법 제399조 제1항은 “이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”, 제2항은 “전항의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 전항의 책임이 있다.” 라고 하여 이사의 회사에 대한 책임을 규정하고 있다.

이사는 회사에 대하여 위임관계에 있으므로 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 부담한다(상법 제382조 제2항, 제382조의3; 민법 제681조). 따라서 이사가 이러한 의무에 위반하여 회사에 손해를 초래한 때에는 채무불이행의 일반원칙에 따라 회사에 대하여 이를 배상할 책임을 지며(민법 제390조), 나아가 불법행위의 요건을 구비한 때에는 불법행위로 인한 손해배상의 책임을 진다(민법 제750조). 그러나 이와 같은 일반원칙만으로 이사의 회사에 대한 임무위배를 규율하는 것은, 회사의 업무집행 전반에 대하여 광범위한 권한을 가지고 있는 이사의 지위를 생각할 때 그 직무집행의 공정을 위하여 반드시 충분하다고 할 수 없다. 이리하여 상법은 제399조를 둠으로써 민법의 일반원칙 이상으로 특별한 책임을 인정하고 있는 것이다.⁷⁾

상법 제399조가 규율하고자 하는 이사의 행위는 i) 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 경우와 ii) 이사가 자신의 임무를 게을리한 경우의 두 가지로 나누어질 수 있으며, ‘임무를 게을리한 경우’라 함은 선량한 관리자로서의 주의의무를 소홀히 하여 회사에 손해를 입히거나 회사의 손해를 방지하지 못한 경우를 말한다. 이때 이사의 선관주의의무 위반 여부를 판단함에 있어 경영판단의 원칙이 중요한 판단기준이 되므로, 이하에서는 이러한 경영판단의 원칙을 살펴본다.

2. 선관주의의무 위반의 판단기준으로서의 경영판단의 원칙

경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)이란, 이사가 자신의 권한 내의 경영사항에 관하여 합리적인 근거에 의하여 성실하게 회사에 최상의 이익이 되는 것으로 신뢰하는 바에 따라서 독자적인 결단을 하였다면, 그 결과 회사에 손해가 발생하였다고 하더라도 그 이사회에게 선관주의의무 위반의 책임을 묻어서는 안 된다는 원칙을 말한다.⁸⁾

이 원칙은 19세기 미국의 루이지애나, 로드아일랜드, 펜실베이니아 주 등을 중심으로 판례에 의하여 확립된 것으로서, i) 이사회 결의가 있었을 것, ii) 이사가 주어진 상황에서 기대되는 합리적인 의사결정절차를 거쳤을 것(reasonable

7) 주식상법 회사(3), 제5판, 한국사법행정학회, 2014, 357-358면(홍복기 집필).

8) 한국상사법학회, 주식회사법대계(II), 제3판, 법문사, 2019, 804면.

decision-making process), iii) 선의(good faith)로 결의하고 그 결의가 위법하지 않을 것, iv) 이해충돌(conflict of interest)이 없을 것 등을 그 요건으로 한다고 설명된다.⁹⁾ 다만 ALI Principle¹⁰⁾에 따르면 추가적으로 회사재산의 낭비(corporate waste)에 해당하지 않아야 한다는 소극적 한계를 확인할 수 있다. 회사재산의 낭비는 거래에서 기업이 대가로 지급하고 받은 이익이 통상의 자 또는 건전한 경영판단에 의하면 적정한 가치가 없는 경우를 의미하며,¹¹⁾ 실질적 합리성의 문제라는 점에서 경영판단의 원칙의 적극적 요건들과는 그 결을 달리하는데, 이에 관하여는 이후 Ⅲ. 경영판단으로서의 기부행위에서 보다 자세히 살펴보도록 하겠다.

일본에서도 경영판단의 원칙을 받아들이고 있는데, 일본 회사법 제423조 제1항¹²⁾의 선관주의의무 위반을 판단함에 있어 일본 판례의 입장은, 이사의 경영 판단에 근거한 시책이 결과적으로 회사에 손해를 가져왔다고 하여 즉시 이사가 필요한 주의를 게을리 한 것으로 단정할 수는 없다는 것이다. 나아가 경영판단의 원칙의 요건으로 i) 이사가 경영 판단의 전제가 된 사실의 인식에 중대하게 부주의한 실수가 없을 것, ii) 그 사실에 입각한 의사 결정 과정 및 내용이 통상적인 경영자로서 현저히 불합리하지 않을 것이라는 두 요건을 제시하였다.¹³⁾

우리나라의 경우 i) 법령에 위반한 행위를 한 경우에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당한다고 보아 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 없는 반면,¹⁴⁾ ii) 이사가 자신의 임무를 게을리한 경우에는 경영판단의 원칙이 적용될 수 있다는 점에 대해 대부분의 견해가 일치한다.¹⁵⁾ 다만 미국 판례법상의 경영판단의 원칙의 법리를 우리나라 판례가 도입한 것으로 보기는 어렵고, 미국의 경영판단의 원칙에서 발달된 몇 가지 기준을 이사들의 민사상 책임 또는 배임죄 성립을 판단함에 있어 주의의무위반 판단기준으로 도입하고 있다고 평가할 수 있다.¹⁶⁾ 대법원은 금융기관 임원의 대출과 관련한 손해배상책임 사건에서 수차례에 걸쳐 미국 판례의

9) 서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 기업소송연구 제1호, 기업소송연구회(2004), 63면.

10) 1992년 미국법률가협회(American Law Institute: ALI)가 채택한 회사지배구조원칙(Principles of Corporate Governance)을 말하며, ALI Principle은 법규범 그 자체는 아니지만 미국 회사법 발전의 기초가 되었다. ALI Principle은 실정법과 동일한 내용을 담고 있기도 하지만, 한편으로 실정법과 일치하지 않는 부분에 대해서는 법원과 입법부에 변경을 권고하고 있으며, 주 제정법과 보통법(common law)이 혼재된 미국의 회사법 영역에서는 단순한 권고 이상의 의미를 가진다. 이성웅, “미국 법률가협회의 기업지배구조 원칙에 대한 연구”, 법학연구 제17권 제2호, 경상대학교 법학연구소(2003), 148면 참조.

11) 강희주, “주식회사의 이사의 책임에 관한 판례의 법리”, 증권법연구 제8권 제2호, 한국증권법학회(2007), 411면.

12) 会社法 第423条 (役員等の株式会社に対する損害賠償責任) ① 取締役 `会計参与 `監査役 `執行役又は会計監査人 (以下この節において「役員等」という。) は `その任務を怠ったときは `株式会社に對し `これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

13) さいたま地判平成22年3月26日判例集未登載.

14) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2006. 7. 6. 선고 2004다8272 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다60080 판결.

15) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다35787 판결 참조.

16) 한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법연구 제27권 제4호, 한국상사법학회(2009), 149면.

경영판단원칙이 내포하고 있는 기본 취지를 반영하는 판시를 한 바 있다.¹⁷⁾

3. 경영판단의 원칙의 세부 요소

우리 대법원에 의하면, 이사가 통상의 합리적인 회사의 임원으로서 당해 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 업무를 수행하였다면, 그 내용이 현저히 불합리하지 아니하여 이사로서 통상 선택할 수 있는 범위 안에 있는 한 그 이사의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 선량한 관리자의 주의의무를 다한 것으로 된다.¹⁸⁾

위와 같은 판시를 정리하면, 우리 판례는 경영진이 판단 당시의 상황에서 i) 합리적으로 적정하다고 믿을 수 있는 만큼의 충분한 정보를 수집하였는지(판단준비적 요소), ii) 성실하게 회사에 최대이익이 되는 판단이라고 믿고 판단한 것인지(주관적 요소), iii) 경영판단과 관련하여 사적 이해관계가 없었는지(관계적 요소)에 더 나아가 iv) 거래의 “내용상 합리성” 요소까지 주의의무 위반 여부의 심사대상으로 삼는 것으로 보인다.¹⁹⁾ 이때 “내용상 합리성”은 경영판단의 원칙의 본래 발생지인 미국에서는 고려되지 않는 요소로, 미국에서는 절차적 측면의 합리성만이 심사대상이 된다. 물론 우리 판례는 “내용상 합리성”을 전면적으로 심사하기보다는, 그 내용이 “현저히 불합리한” 경우에만 주의의무 위반으로 보겠다는 입장으로 평가된다. 그러나 거래절차나 거래과정 또는 거래가격 결정 과정상의 ‘공정성’ 판단을 넘어 거래의 ‘내용상 합리성’까지 사후적으로 심사하는 것은 법관이 경영진의 전문적 경영판단 영역까지 사법적 기준으로 판단함으로써 부당한 결론에 이를 수 있다는 점에서 바람직하지 않다.²⁰⁾ 따라서 ‘내용상 합리성’을 판단함에 있어서는 현저히 불합리한지 여부를 넘어서서 실제 합리적인 판단이었는지를 사후적으로 심사하지 않도록 사법판단을 최대한 자제하고 이사들의 자율적 판단을 존중할 필요가 있다.

Ⅲ. 경영판단으로서의 기부행위

1. 기부행위에 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는지 여부

이사의 회사 경영행위가 선관주의의무 위반인지를 판단함에 있어서는 원칙적으로

17) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결; 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다8951 판결; 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다34349 판결; 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다19524 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다61378 판결 참조.

18) 한국상사법학회(주 8), 809면; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결 등.

19) 한석훈(주 16), 149-154면 참조.

20) 같은 취지 한석훈(주 16), 154면; 오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토”, 기업법연구 제20권 제1호, 한국기업법학회(2006), 32면.

경영판단의 원칙이 적용된다는 점은 위와 같으나, 다만 회사의 본래 사업에 속하는 행위도 아니고 회사와 주주의 이익에 결부된다고 판단하기도 어려운 ‘기부행위’에 있어서도, 이사의 판단에 경영판단의 원칙이 적용되어 이사의 재량이 존중될 것인가가 문제된다.²¹⁾

생각건대, 기부행위 또한 이사들의 결의에 따라 이루어지는 경영판단의 일종이라는 점에서 경영판단의 원칙이 적용될 수 있는 사안임이 분명하다. 이에 대하여 기부행위가 그 유형상 장·단기적이든 직·간접적이든 회사와 주주의 이익을 증대시키는 소위 이익최선의 원칙에 부합하는 경우에는 경영판단의 원칙을 적용하고, 제3자의 이익을 도모할 목적으로 기부하는 경우에는 경영판단의 원칙이 적용될 수 없다는 견해가 있으나,²²⁾ 실제 사안에서 주주 또는 회사의 이익과 제3자의 이익 사이의 명확한 구별은 쉽지 않다. 따라서 제3자의 이익을 도모하는 것으로 보이는 기부행위의 경우에도 일단은 경영판단의 원칙을 적용하여 가부를 판단하되, 그 요건을 충족하지 못할 경우 선관주의의무 위반으로 인한 손해배상책임을 부담하게 되는 것으로 해석함이 타당하다.

2. 기부행위를 판단한 종전 판례

가. 업무상배임죄 관련 판례의 참고 가능성

강원랜드 사건 이전에는 기부행위와 이사의 상법 제399조에 의한 책임을 명시적으로 다룬 대법원 판례는 확인하기 어렵다. 다만 회사의 기부행위와 관련하여 배임죄에 관한 형사판결을 참조할 수 있을 것으로 보인다. 그 이유는 다음과 같다.

우선, 상법 제399조에 의한 이사의 책임과 형법 제356조의 업무상배임죄는 공통적으로 ① 이사가 임무에 위배하여 ② 회사에 해를 가하고 ③ 자기 또는 제3자가 재산상 이득을 취득한 경우 성립하는 것으로서, 양자의 구성요건이 유사하다. 이러한 유사성을 반영하듯, 우리 판례에 의하면 선관주의의무 위반에 대한 상법 제399조 책임과 배임죄는 모두 경영판단의 원칙에 의해 그 성립이 부정된다.²³⁾ 이때 후자의 책임은 경영판단의 원칙에 기하여 구성요건적 고의를 부정하는 형태로 배제되는 경우가 대부분이다.²⁴⁾ 25) 이처럼 상법 제399조 책임과 배임죄 모두 경영판단의

21) 종래 회사의 기부에 관한 회사법적 고찰은 기부가 회사의 권리능력 범위 내에 해당하는지 여부에 관한 것이었으나, 지금은 정리된 논의로서 일반적으로 기부행위는 회사의 권리능력 범위 내의 행위로 보고 있다. 김재형, “이사의 기부행위와 경영판단의 법칙”, 상사법연구 제22권 제4호, 한국상사법학회(2003), 257면 참조.

22) 위의 논문, 259면.

23) 상법 제399조 책임에 경영판단의 원칙이 적용된 경우로는 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결; 대법원 2007. 10. 11. 선고 2006다33333 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다39935 판결; 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결; 배임죄에 경영판단원칙이 적용된 경우로는 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 2004. 10. 28. 2002도3131 판결 등 다수.

24) 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 제6권, 한국상사판례학회(2006), 5면. 한편 서울중앙지방법원 2010. 2. 8. 선고 2008가합47867 판결은 “가사, 배임죄의 경우

문제로 환원될 수 있다는 점에서 유사한 판단기준이 적용될 것으로 사료된다.

학설 중에도 민사적 의무위반이 있다면 논리필연적으로 업무상배임죄가 성립할 수밖에 없는 것으로 보는 입장이 있다. 이사는 회사로부터 포괄적 수권을 받은 자이므로 이사의 의무위반은 곧 특별한 신임관계의 위배로 인정될 것이고, 이사가 주의의무 또는 충실의무를 위반한 경우 당연히 회사에 손해가 발생하고 그에 상응하는 이익이 본인 또는 제3자에 발생할 것이기에 배임죄 구성요건 충족에 어려움이 없다는 것이다.²⁶⁾ 나아가 판례에 의하더라도 업무상배임죄 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 배임죄가 인정된 경우 다수의 사안에서 상법 제399조의 책임 또한 인정되고 있다. 대표적으로 정몽구 현대차 회장의 유상증자를 통한 계열사 지원행위가 문제 된 사안에서, 형사적으로는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임, 횡령)이 인정되고,²⁷⁾ 이후 민사적으로는 상법 제399조에 의한 책임 또한 인정되어 정몽구 회장의 현대차에 대한 700억 원의 배상책임이 선고된 바 있다.²⁸⁾

이처럼 민사책임인 상법 제399조 책임과 형사책임인 업무상배임죄는 구성요건의 유사성 및 경영판단의 원칙 적용대상이라는 공통분모를 매개로 긴밀하게 연결되어 있다. 따라서 회사의 기부행위에 관한 상법 제399조 책임과 관련하여서도 기부와 배임죄에 관한 형사판결을 참조할 수 있을 것으로 보인다.

나. 종전 판례의 태도

기부행위에 대한 최초의 선례로 볼 수 있는 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도480 판결은 “주식회사가 그 재산을 대가없이 타에 기부, 증여하는 것은 주주에 대한 배당의 감소를 가져오게 되어 결과적으로 주주에게 어느 정도의 손해를 가하는 것이 되지만 그것이 배임행위가 되려면 그 회사의 설립목적, 기부금의 성격, 그 기부금이 사회에 끼치는 이익, 그로 인한 주주의 불이익 등을 합목적적으로 판단하여, 그 기부행위가 실질적으로 주주권을 침해한 것이라고 인정되는 정도에 이를 것을 요한다.” 라고 하여 기부행위에서 경영판단의 원칙을 판단할 때 고려하는 요소들을 제시하였다.

나아가 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도9871 판결에서는 “... 그[기부]로써 회사를 채무초과 상태에 빠뜨리거나 채무상환이 곤란한 상태에 처하게 하는 등 그 기부

는 구성요건 자체에서 임무에 위배하는 행위를 할 것을 요하고 있고, 임무에 위배하였는지 여부에 관한 판단 과정에서 경영판단의 원칙이 고려될 수 있는 특성상, 이사가 배임죄를 저질러 범령에 위반하는 행위를 한 경우에는 경영판단의 원칙이 고려될 수 있다고 하더라도” 라고 설시; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결; 대법원 2004. 10. 28. 2002도3131 판결 등 다수.

25) 다만 본인인 회사의 동의나 추정적 승낙에서 찾는 견해로는 이재상, 형법각론, 제6판, 박영사, 2009, 424면, 한편 정당행위로서 위법성이 조각되어 배임죄의 성립이 부정된다는 견해로는 임중호, “주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임”, 현대의 형사법학: 익현 박정근 박사 화갑기념논문집, 법원사(1990), 681면 등도 있다.

26) 송옥렬(주 24), 6면.

27) 서울고등법원 2008. 6. 3. 선고 2008노994 판결.

28) 서울중앙지방법원 2010. 2. 8. 선고 2008가합47867 판결.

액수가 회사의 재정상태 등에 비추어 기업의 사회적 역할을 감당하는 정도를 넘는 과도한 규모로서 상당성을 결여한 것이고 특히 그 기부의 상대방이 대표이사과 개인적 연고가 있을 뿐 회사와는 연관성이 거의 없다면, 그 기부는 대표이사의 선량한 관리자로서의 업무상 임무에 위배되는 행위에 해당한다.” 라고 하였는바, 85도 480 판결의 ‘주주의 불이익’ 과 ‘기부금의 성격’ 에 대하여 보다 구체적인 판시를 한 것으로 생각된다.

앞서 경영판단의 원칙에 관하여 논의하면서 미국과 일본도 이를 이사의 선관주의 의무 위반을 판단하는 하나의 기준으로 받아들이고 있음을 확인하였는바, 이하에서는 구체적으로 기부행위에 있어 미국과 일본에서 경영판단의 원칙이 어떻게 적용되고 있는지를 살펴보고자 한다.

3. 기부행위와 관련된 해외 규율

가. 미국

연방정부와 주정부의 이중 주권체계를 갖는 미국에서는 연방 차원에서의 회사법 규제는 최소한에 그치고 회사법의 실체를 이루는 대부분의 내용이 각주 정부에 유보되어 있다.²⁹⁾ 다만 영향력 측면에서는 기업의 주요 설립지(corporate chartering state)인 델라웨어주의 회사법(Delaware General Corporation Law)이 유력하므로,³⁰⁾ 본 평석에서는 이를 위주로 살펴본다.

델라웨어주 대법원에 의하더라도 회사의 기부행위에는 경영판단의 원칙이 적용되며,³¹⁾ 다만 이 경우 경영판단의 원칙의 소극적 한계인 회사재산 낭비(corporate waste)의 비중이 보다 무겁게 고려될 수 있다. 델라웨어주 대법원은 경영판단의 원칙에서 요구되는 것은 ‘절차적 주의의무(process due care)’ 인데 반해, ‘실질적 주의의무(substantive due care)’ 는 경영판단의 원칙이 아니라 회사재산 낭비에서 문제 되는 것이라 실시한 바 있다.³²⁾ 결국 회사재산 낭비는 경영판단의 원칙을 제약하는 외부적 한계로서, 외견상 절차적 합리성을 갖추었으나 경제적 합리성이 의심되는 거래에 대하여 주주 보호를 위해 제기될 수 있는 보충적인 주장이다.³³⁾ 회

29) Hansen, C., *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, Business Lawyer Vol.48(1993), p. 1355.

30) Balotti, R. F. & Hanks, J. J. Jr., *Giving at the office: A reappraisal of charitable contributions by corporations*, The Business Lawyer(1999), p. 977.

31) 위의 논문, p. 978. “Both the Court of Chancery, in approving the settlement, and the Delaware Supreme Court, in upholding the Court of Chancery’s approval on appeal, concluded that the business judgment rule would likely have protected the board’s decision to make the charitable gift.”

32) Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000). “Due care in the decision making context is process due care only. Irrationality is the outer limit of the business judgment rule. Irrationality may be the functional equivalent of the waste test or it may tend to show that the decision is not made in good faith, which is a key ingredient of the business judgment rule.”

33) Sample v. Morgan, 914 A.2d 647, 669 (Del. Ch. 2007). “the doctrine of waste is a residual

사재산 낭비 주장은 기부행위 등 무상거래의 맥락에서 그 역할이 두드러지며, 아래에서는 실제 사안을 중심으로 회사재산 낭비가 인정되기 위해 법원이 실시한 구체적인 요건들을 살펴본다.

Theodora Holding Corporation v. Henderson 사안에서는 ‘합리성’이 명시적인 판단기준으로 등장하였다.³⁴⁾ 해당 사안에서는 회사가 528,000달러 상당의 주식을 공익 목적으로 설립된 공익신탁에 기부하였는데, 준거법이 되는 델라웨어주 법은 기업의 기부행위를 허용하고 있었으며 기부의 금액 및 목적과 관련하여 어떠한 제한도 가하고 있지 않았다. 델라웨어주 형평법원은 그럼에도 불구하고 증여행위가 유효한지 여부의 판단기준은 ‘합리성(reasonableness)’이라고 실시하며, 내국세법(Internal Revenue Code)에서의 기업의 기부행위에 대한 규율이 판단에 있어 유용한 기준이 된다고 실시하였다. 구체적으로는 ① 총수입의 2%에 해당하는 당시 기부 규모가 연방 세법상 손금산입 한도인 총수입의 5% 이내임을 근거로 합리성을 인정하였으며, 또한 기부행위가 ② 기업의 양도소득세 절감효과를 가져오는 점, ③ 기업에 대한 장기적인 이익이 단기적 손실보다 크다는 점도 논거로 들었다.

Theodora Holding Corporation v. Henderson 사안에서 판단기준으로 등장한 ‘합리성(reasonableness)’은 이후 Kahn v. Sullivan 사안에서도 델라웨어주 대법원에 의해 채택되었다. Kahn v. Sullivan 사안에서는 Armand Hammer Museum에 대한 Occidental Petroleum 사의 기부가 문제되었는데 Armand Hammer는 Occidental Petroleum사에서 오랜 기간 CEO를 지낸 인물이었다. 법원은 우선 경영판단원칙이 적용된다고 판단한 다음, 주주인 원고들의 회사재산 낭비 주장에 대해서는 Theodora Holding Corporation v. Henderson 사안의 설시를 그대로 원용하며 기부의 ‘합리성’이 인정되면 회사재산 낭비 주장은 성립하지 않는다고 보았다. 원심인 델라웨어주 형평법원은 기부행위의 타당성에 대하여는 강한 의문을 드러냈지만,³⁵⁾ 그럼에도 불구하고 Occidental Petroleum사의 ① 순자산, ② 세전 수입, ③ 기부행위로 누리게 된 세금혜택을 근거로 ‘합리성’이 인정된다고 보았으며 델라웨어주 대법원도 이러한 판단을 지지하였다. 즉 ‘합리성’은 기부행위로 실현하려는 목표의 합리성보다는 회사 입장에서의 지출의 합리성에 보다 가까운 개념으로 파악된다.

나. 일본

protection for stockholders that polices the outer boundaries of the broad field of discretion afforded directors by the business judgment rule.”

34) Balotti, R. F. & Hanks, J. J. Jr.(주 30), p. 975.

35) Kahn v. Sullivan, 594 A.2d 48, 58 (Del. 1991). “If the Court was a stockholder of Occidental it might vote for new directors, if it was on the Board it might vote for new management and if it was a member of the Special Committee it might vote against the Museum project. But its options are limited in reviewing a proposed settlement to applying Delaware law to the facts adduced in the record and then determining in its business judgment whether, on balance, the settlement is reasonable.”

일본에서는 단순 기부행위뿐만 아니라 정치자금 기부의 경우에도 원칙적으로 경영판단의 원칙을 적용하고 있는바, 이는 정치자금 기부를 법령 위반으로 인한 선관주의의무위반으로 보아 경영판단의 원칙을 적용할 여지가 없다고 판단하는 우리나라 법원의 태도와 다르다. 다만 그 판시를 살펴보면, 정치자금 기부를 다른 유형의 기부행위와 동일하게 취급하여 판단을 내리고 있으므로 관련 판시를 눈여겨볼 필요가 있다.

정관에서 철강 제조 및 판매 및 이에 부대하는 사업을 목적으로 정하는 회사의 대표이사가 자유민주당에 정치자금을 기부한 야하타(ヤハタ) 사건에서, 일본 최고재판소는 “회사활동의 중점은 정관 소정의 목적을 수행하는 데 직접 필요한 행위에 두어져야 할 것이나, 한편 회사는 국가나 지역사회 등의 구성단위인 사회적 실재로서 사회적 작용을 부담하여야 하며, 일견 정관 소정의 목적과 무관하더라도 사회 통념상 회사에 기대 내지 요청되는 것이라면 행할 수 있다” 고 하여 사회적 실재론³⁶⁾을 취하였다. 이에 따라 회사가 그 사회적 역할을 위하여 상당한 정도의 출연을 하는 것은 오히려 사회 통념상 회사의 당연한 일에 속하고, 나아가 의회민주주의의 한 요소인 정당의 건전한 발전에 협력하는 것은 사회적 존재로서의 당연한 행위라 하여 선관주의의무 위반에도 해당하지 않는다고 판시하였다.^{37) 38)}

야하타 사건 이후 쿠마가이구미(熊谷組)가 재단법인 D 협회에 정치자금 기부를 한 사안에서, 후쿠이(福井) 지방법원은 정치자금 기부 또한 정책적 판단으로서 이사에게 일정 정도의 재량이 있다고 하면서도, 정상적인 업무집행과 달리 “정치자금의 기부는 대가를 수반하지 않는 기부의 특성상 회사의 이익·유익 획득에 대한 효과는 매우 간접적·희박한 것에 불과하며, 회사에 정치자금을 기부하는 고도의 필요성·유용성이 있다고 일반적으로 생각되지 않는다.” 라고 하였다. 나아가 정치자금 기부는 사회 공헌 및 기업의 사회적 책임 이행이나 회사에 대한 사회의 평가를 직·간접적으로 높이는 효과와 관련이 없어 일반적으로 회사의 정관 소정의 목적을 실현할 관련성은 희박하다는 점을 지적하면서, 통상 업무집행에서와 같이 미래의 이익과 손실의 위험 예측을 판단할 필요는 없고, 회사의 경영 상황을 감안하여 기부하였는지 여부, 기부의 금액, 시기, 상대방 등의 사항만을 고려하면 족하다고 판시하였다.^{39) 40)}

36) 이철송, “회사의 비영리적 출연의 허용기준”, 선진상사법률연구 제89호, 법무부(2020), 11면.

37) 最大判昭和45年6月24日民集24卷6号625頁.

38) 다만, 이러한 판시에 대해서는 회사의 영리성과 회사의 기부와의 관계를 고려하여 1) 회사 직원의 복지를 위한 경우, 2) 회사 소재 시정촌의 예례를 위한 경우, 3) 사회 일반에 대한 자선사업을 위한 경우, 4) 정당을 위한 경우에 따라 단계적으로 달리 취급해야 한다는 반대의견이 있었다.

39) 福井地判平成15年2月12日判例集未登載. 이후 항소심에서는 회사의 규모가 큰 반면 기부 금액은 소규모였고, 기부 요청에 불응할 시 수주 경쟁에서 열위에 처하는 등 시장의 신용을 잃고 주가가 하락할 수 있다는 우려도 있었기 때문에, 이사들에게 인식의 부주의나 현저한 불합리가 있다고 할 수 없다고 보아 이사의 선관주의 의무 위반을 부정하였다(名古屋高判平成18年01月11日判例集未登載). 나아가 상고심에서는 상고를 기각하였다(最小判平成18年11月14日判例集未登載).

40) 다만 정치자금규정법에서 1) 1년에 할 수 있는 기부 한도를 자본금에 따라 제한하고, 2) 국가나 지방 공공 단체로부터 보조금 등의 혜택받은 기업에 대해서는 일정 기간 정치자금 기부를 금지하며, 3) 3사업년도 넘게 계속 법령으로 정하는 적자를 내고 있는 회사는 그 손실이 보전될 때까지 정치

4. 소결

미국의 판례 기준을 정리하면 대체로 ① 회사의 순자산 및 총수입 대비 기부금의 규모, ② 기부로 인해 세금혜택을 누렸는지 여부가 적법한 기부로 인정되기 위한 기준인 것으로 보인다. 이러한 판례 기준에 의한다면 기부가 세법상 손금산입 한도 내(이익의 10퍼센트)에서 법에서 규정한 자선단체 지위를 충족하는 단체에 대하여 이루어지면 대체로 합리적인 기부로 인정되므로, 결국 미국의 경우 예외적인 경우가 아닌 한 대다수의 기부가 적법한 것으로 인정된다.⁴¹⁾

일본 법원도 기부행위의 경우에는, 설령 필요성·유용성, 정관 소정 목적과의 관련성을 충족시키지 못한다고 하더라도 ① 회사의 경영 상황 및 기부의 시기, ② 기부금의 규모, ③ 기부의 상대방 등을 고려하여 경영판단의 원칙 인정 여부를 판단하면 충분하다고 보아, 기부행위를 너그러이 판단하려는 입장을 견지하고 있다.

기부행위에 대한 우리나라의 종전 판례는 회사의 설립 목적, 기부금이 회사에 끼치는 이익,⁴²⁾ 주주의 불이익, 기부금의 규모 등을 고려하여 기부행위의 경영판단의 원칙의 한계를 일탈하였는지 여부를 판단하였다. 이는 ① 기부금의 규모와 ② 기부금을 통해 얻을 수 있는 회사의 이익에 더하여 회사의 설립목적에 고려하는 등 내용상 합리성과 관련된 요건을 요구하여 미국이나 일본보다는 다소 엄격하게 규율하고 있는 것으로 보인다. 그러나 일본의 경우에도 회사의 설립목적 요건과 맥을 같이 하는 기부의 상대방을 고려하고 있으며 한두 가지 요건의 차이는 사회적·문화적 차이의 산물이라고 생각된다. 다만 대상판결의 경우에는 종전 판례에서 더 나아가 공익성의 요건을 추가함으로써 허용되는 기부행위의 범위를 지나치게 축소하고 있으므로 이에 대해 논하고자 한다.

자금의 기부를 제한하고 있는바, 이러한 법령상 의무를 준수한다면 정치자금 기부 또한 허용된다고 보았다.

- 41) 나아가 회사의 기부행위를 규제하는 미국의 입법은 점차 탈규제적인 방향으로 변모하여 왔다. 92년 제정된 ALI Principle은 section 2.01에서 주주의 이익증진을 가져오지 않는 기부행위라도 허용하는 규정을 명시적으로 두었는데, 이와 궤를 같이하여 현재도 기업의 이익과 무관한 기부행위까지 명시적으로 허용하는 방향으로 각주의 입법이 개정되고 있다. 이에 관하여는 Balotti, R. F. & Hanks, J. J. Jr.(주 30), p. 972. 참조.
- 42) 판례는 ‘사회에 끼치는 이익’이라고 표현하였으나, 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도480 판결은 사안을 포섭함에 있어 ‘회사의 이익금’을 고려하였으며 별도로 사회에의 영향은 언급조차 하지 않았다. 나아가, 원심판결인 대구고등법원 1984. 11. 29 선고 84노380 판결에서도 피고인들이 기부대상인 금고가 상호신용금고법에 의하여 설립된 국가의 제도금융기관으로서 그 예탁금리는 타 금융기관보다 고율이므로 오히려 학교법인에게 이익이 되는 것임을 항소이유로 주장하였고 사회에 기여하는 부분이 있는지 여부는 판단한 바 없으므로 ‘사회에 끼치는 이익’이라고 선해하는 것이 타당하다.

IV. 기부행위와 공익성의 관계

1. 대상판결이 제시하는 기부행위에 대한 요건

당해 사안의 2심인 서울고등법원에서 기부행위에 대한 선관주의의무 위반 여부의 판단기준으로 제시한 요건은 다음과 같다.

- ① 기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지(이하 ‘제1요건’)
- ② 기부행위가 공익에 기여하기 위한 상당하고 적절한 방법으로 이루어졌는지(이하 ‘제2요건’)
- ③ 기부행위를 통하여 회사의 이미지 제고 등 간접적, 장기적인 이익을 기대할 수 있는지(이하 ‘제3요건’)
- ④ 기부금액이 회사의 재무 상태에 비추어 상당한 범위 내의 금액인지(이하 ‘제4요건’)
- ⑤ 기부행위로 달성하려는 공익을 회사의 이익과 비교할 때 기부금액 상당의 비용지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지(이하 ‘제5요건’)
- ⑥ 기부행위에 대한 의사결정 당시 충분한 고려와 검토를 거쳤는지 등을 고려하여 기부행위가 이사의 재량권 범위 내에서 이루어졌는지(이하 ‘제6요건’)

대법원은 구체적인 요건을 제시하거나 2심의 요건을 인정하는 판시는 하지 않았으나, 2심에서 제시하는 요건들을 전제로 기부금의 성격, 기부행위가 그 회사의 설립목적과 공익에 미치는 영향, 그 회사 재정 상황에 비추어 본 기부금 액수의 상당성, 그 회사와 기부상대방의 관계 등을 고려하였으므로 이하에서는 2심의 요건의 타당성에 대하여 검토하여 보고자 한다.

2. 요건에 대한 비판적 검토

가. 개관

기부행위에 관하여 대상판결의 2심이 실시하는 6가지 요건 또한 큰 틀에서는 ‘경영판단의 원칙’의 내용으로 볼 수 있다. 2심은 선관주의의무 위반 판단에 있어 i) 관계사 지원에서의 경영판단의 원칙 일반론을 실시한 후, ii) 무상행위인 기부행위의 특수성을 고려하여 다시 6개 요건을 실시한다. 2심이 실시한 6개 요건은 이해관계자에 대한 기부행위에 있어 경영판단의 원칙을 기부행위의 맥락에서 보다 구체화한 것으로 볼 수 있다.

그런데 대상판결은 경영판단의 원칙의 일반론 또는 기부행위를 판단한 종전 배임죄 관련 판례의 판시에는 없던 ‘① 기부행위가 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어졌는지’와 ‘② 기부행위가 공익에 기여하기 위한 상당하고 적절한 방법으로

이루어졌는지'의 독자적인 요건을 제시하고 있다. 제1요건과 제2요건은 기부행위에 대해서 다른 종전 판례나 기존 문헌에서도 등장하지 않았던 것으로, 해외 규율에서 살펴본 미국과 일본의 기부행위 판단기준에서도 그 근거를 찾을 수 없다.

또한 공익과 관련된 제1요건과 제2요건은 당해 사안에서 선관주의의무 위반이라는 결론 도출에 핵심적인 역할을 할 뿐만 아니라, 다른 요건의 판단에도 전반적으로 영향을 미치는 측면이 있다. 원심판결이 제3요건 판단에서 “이 사건 기부로 인한 원고의 긍정적 이미지 제고 효과가 그다지 커보이지 않”고 “원고가 회수가능성이 없는 사업에 수익을 기부하는 등 원고의 경영이 방만하게 이루어진다는 부정적인 평가가 이루어져 오히려 원고의 기업 이미지를 추락시킬 가능성도 있다”고 본 것은 제1요건과 제2요건에서 기부행위가 공익에 기여하는 상당하고 적절한 방법이 아니라고 본 선행판단과 맥을 함께 한다. 나아가 제5요건 판단에서도 비용지출이 합리적인 범위 내인지 여부를 판단함에 있어 공익과 회사의 이익을 비교할 것을 요구하므로, 제1요건과 제2요건에서의 공익에 대한 판단이 필연적으로 영향을 미치게 된다. 결국 제1요건 및 제2요건에서 공익에 기여하지 않는다고 본 것이 다른 요건의 판단에 있어서도 결론을 선취하는 효과를 가져오는 것이다.

이러한 점을 고려할 때, 회사의 이사에게 공익에 대한 판단을 요구하는 것이 과연 타당한 것인지 고찰해 볼 필요가 있다. 아래에서는 보다 구체적으로 제1요건과 제2요건 판단의 어려움에 대해 살펴보고, 따라서 이러한 요건들에 대해 이사에 판단의무를 지우는 것이 부당하며 회사의 기부행위 자체를 억제할 우려가 있음을 주장하고자 한다.

나. 설립근거법률을 매개로 한 공익판단의 모호성

강원랜드는 폐광지역법에 의해 설립되었고, 이에 따라 2심은 판결문 전반에 걸쳐 폐광지역법의 제정목적인 “폐광지역의 경제진흥을 통한 지역간 균형발전 및 주민의 생활향상”을 강원랜드가 추구해야 할 공익의 내용으로 원용한다. 그런데 이러한 포괄적이고 모호한 표현의 사용으로 인해 그때그때 각기 다른 내용을 공익으로 원용하고 있는 것이 아닌가 의심된다.

2심은 제1요건을 판단하면서 태백시의 재정위기 관련 정황을 중점적으로 언급한다. 공사가 파산위기에 놓였던 사실을 언급하고, 공사에 대한 태백시의 지급보증 사실을 언급하며, 강원랜드 이사회에서 “이 사건 공사가 정상화되지 않으면 태백시가 재정위기단체로 지정될 수 있으므로, 이 사건 공사가 정상화의 발판을 마련할 수 있도록 긴급운영자금을 태백시를 통해 지원하고자 한다”는 제안이 있었음을 언급한다. 2심은 이러한 사실인정에 따라 기부행위가 “이 사건 공사의 정상화에 도움을 줌으로써 태백시의 재정위기를 막고, 오투리조트의 영업 지속으로 관광수익과 지역주민의 고용창출을 이루어 폐광지역의 경제진흥을 통한 지역간 균형발전 및 주민의 생활향상이라는 공익에 기여하기 위한 목적으로 이루어진 것”이라고 보았는

데, 이는 태백시의 재정위기 방지를 공익으로 인정한 취지로 해석된다.

반면 제2요건 ‘공익을 위한 상당한 방법 여부’를 판단하면서 언급되는 공익 개념은 두 가지 측면에서 앞서 제1요건 판단 시에 인정한 공익의 내용과 사뭇 다르다. 첫째, 이 부분에서는 재정위기 방지가 공익이 아니라고 배척하는 듯한 설시가 나타난다. “태백시가 재정위기로 재정위기단체에 지정된다고 하더라도 … 영리법인인 원고가 일반 주주들의 이익에 반하여 투자 실패로 인한 지방자치단체의 손해를 보전해 줄 공익상의 의무를 부담한다고 할 수는 없다”는 2심의 설시는 지방자치단체의 재정위기 방지에 관한 앞서의 설시와는 분명 다르다.

둘째, 느닷없이 관광산업 진흥이 공익의 내용으로 전면에 등장하게 된다. 2심은 “이 사건 기부금은 장래성이 있는 관광산업에 투자된 것이 아니라 이 사건 공사의 … 회생절차 개시 전까지의 긴급운영자금을 지원하기 위하여 투입되었을 뿐이므로, 이 사건 기부가 폐광지역의 관광산업 진흥이라는 공익 달성에 직접적으로 도움이 되는 적합한 수단이라고 보기도 어렵다”고 설시한다. 여기서 관광산업 진흥이 갑자기 공익으로 언급된 것은 어색하다. 제1요건 판단 시에 중점적으로 언급된 공익의 내용은 재정위기 방지이지, 막연한 의미의 관광산업 진흥은 아니기 때문이다.

2심 판시의 취지를 공사의 경영정상화를 통한 재정위기 방지는 공익목적으로 인정되지만 공사의 연명만을 가져오는 기부에 의한 재정위기 방지는 공익목적이 아니라는 것으로 선해할 수 있다고 하더라도, 그러한 기준의 적용은 기부당사자의 예측가능성을 해하는 결과를 가져온다. 재정위기 모면을 위해 공사의 정상화가 최선이라는 사실은 누구라도 알 수 있지만, 공사의 연명이라는 차선을 택하는 것이 허용되는지 여부는 기부행위 주체가 사전에 알 수 없는 기준이다. 더구나 사안과 같이 공사가 회생절차를 거쳐 매각되고 결과적으로 재정위기 방지라는 궁극적인 목적이 달성되었다면, 차선을 택했다는 이유로 손해배상책임을 추궁하는 것은 당사자에게 불의의 타격을 주는 일이 될 수 있다.

나아가 설립근거법률이 없거나, 정관에 특별한 설립목적은 명시하지 않은 일반 사기업의 경우라면 공익목적 범위의 판단이 보다 어려워진다. 결국 법원이 문제 삼는 것이 기부행위가 일반 주주들의 이익에 반한다는 사정이라면, 이는 기부행위가 회사에 이익이 되는지 여부를 다루는 다른 요건들에서 판단함이 타당하다.

다. 이사들에 대한 심사의무 부과와 부당성

이사에 대하여 제1요건은 공익목적 범위에 대한 심사의무를, 제2요건은 상당한 방법인지에 대한 심사의무를 부과한다. 제1요건, 제2요건은 이처럼 거래 당사자에 심사의무를 부과한다는 점에서 월권행위(ultra vires)와 통하는 부분이 있다. 월권행위는 영미법상으로 사실상 폐기된 법리라 할 수 있는바, 이러한 월권행위 관련 논의를 바탕으로 심사의무 부과와 부당성을 논하고자 한다.

월권행위(ultra vires)란 법인의 능력은 정관에 기재된 목적 범위 내에서만 인정되

며, 만약 법인이 그러한 목적 범위 밖의 행위를 하게 되면 그러한 행위는 법인의 능력범위 외의 행위로 절대 무효라는 영미 판례법상 형성된 법 원칙을 말한다.⁴³⁾ 이는 특허주의에 의해 설립된 과거 영미 회사의 행위능력을 국가가 인정한 범위 내로만 제한함으로써 회사를 보호하기 위한 원칙이었으나, 현대의 경제 상황에서는 회사보호보다 거래의 안전 및 활성화가 더 중요시됨에 따라 영미법상으로도 사실상 폐기되었다. 거래행위가 회사의 정관 목적에 부합하는지에 관해 회사와 거래하는 제3자에 심사의무를 지운다면 제3자 입장에서는 심사가 용이하지 않을 뿐 아니라, 회사와의 거래를 위축시키는 부작용이 있기 때문이다.⁴⁴⁾

우리 판례 또한 법인의 권리능력을 법률 및 정관 목적 범위 내로 제한한 민법 제 34조에도 불구하고, 회사의 목적 범위 내 행위를 폭넓게 보아 사실상 월권행위 주장을 배척하는 입장으로 해석된다.⁴⁵⁾ 명문의 규정에도 불구하고 월권행위 주장을 배척하는 판례 입장은 위와 같은 월권행위의 문제점과 결코 무관하지 않을 것이다.

이사의 공익에 관한 심사의무는 월권행위에 있어 거래상대방의 심사의무를 연상시키는 바가 있다. 이사에 회사의 이익에 관하여 심사의무를 지우는 것까지는 수긍할 수 있다. 그러나 여기서 나아가 공익에 관하여까지 심사의무를 지우는 것은 월권행위와 같은 문제를 초래한다. 회사경영의 전문가일 뿐인 이사에게 개인적 손해배상책임을 전제로 공익에 관한 부분까지 심사의무를 지우는 것은 과중한 부담을 지우는 일일 뿐만 아니라, 그로 인해 회사의 기부행위가 위축될 우려가 큰 것이다.

라. 경영판단의 원칙과의 비정합성

1) 완화된 사법심사로서의 경영판단의 원칙

대상판결이 제시하는 6개 요건 또한 큰 틀에서는 경영판단의 원칙의 내용으로 볼 수 있다. 위에서 살펴보았듯이 주의의무위반 여부 판단기준으로 우리 판례가 도입한 경영판단의 원칙의 세부 요소로는 ① 판단준비적 요소, ② 주관적 요소, ③ 관계적 요소, ④ 거래의 내용상 합리성 요소가 있다. 이때 대상판결의 제1요건과 제2요건은 거래내용의 공익성을 고려하도록 요구하는 것으로서 ④ 거래의 내용상 합리성 요소에 대응된다고 할 것이다. 그런데 ④ 거래의 내용상 합리성 요소의 경우에는 자율성이 존중될 필요가 있는 경영판단의 영역까지 법원이 사법적 기준으로 판단하여 부당한 결론을 도출할 수 있다는 비판이 있으므로,⁴⁶⁾ 당해 요소를 고려하더라도 현저히 불합리한 경우에만 주의의무 위반으로 평가해야 한다.

설령 기부행위는 공익적 성격을 가지기에 민사법 영역의 규율인 경영판단의 원칙

43) 주석 민법 민법총칙, 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 679면(송호영 집필).

44) 위의 책, 688면.

45) 대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1349 판결; 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다18059 판결; 대법원 2001. 9. 21.자 2000그98 결정; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2003다57659, 2003다57666 판결; 같은 취지의 주석 민법 민법총칙(주 43), 688면.

46) 한석훈(주 16), 151면.

이 그대로 적용될 수 없다고 보더라도, 공익목적 달성을 위한 행위라 하여 그 내용적 타당성에 대한 법원의 전면적 사법심사가 항상 관철되는 것은 아니다. 공법영역에서 행정청의 재량행위도 사법심사의 대상이 되는 것이 원칙이지만, 우리 법원은 재량의 형태가 요건-효과 형태인 일반적인 재량행위와는 달리 재량의 형태가 목적-수단 형태인 도시계획 등의 행정계획에 대해서는 형량명령의 원리라는 이름하에 행정청에 광범위한 형성재량을 인정한다.⁴⁷⁾ 이러한 우리 법원의 입장은 형량이라는 모호하고 추상적인 개념을 판단하기보다는, 절차상 하자로부터 형량하자를 도출하는 우회적 통제의 입장으로 평가된다.⁴⁸⁾ 한편 회사의 기부 역시 i) 공익목적 달성을 위해 기부대상, 기부금액 등 수단의 선택에 있어 회사의 이사에 광범위한 재량이 주어진다든 점, ii) 공익과 사익 상호 간은 물론 공·사익 상호간의 비교교량이 이루어져야 하는 다자적 관계에서의 조정이라는 점⁴⁹⁾에서 행정계획 및 형성재량을 연상시키는 바가 있다. 그렇다면 기부행위에 사법(私法)상 규율만으로는 포섭할 수 없는 공익적 측면이 있다고 하더라도, 그러한 이유만으로 법원이 기부행위에 있어 절차를 넘어 그 내용상 합리성까지 심사하는 것은 공법 영역에서의 관례 태도와는 배치되는 일이며 정당화되기 어렵다.

이러한 점들을 고려할 때, 제1요건의 공익 목적에 부합하는지 여부 및 제2요건의 상당하고 적절한 방법에 해당하는지 여부는 최대한 완화하여 해석함으로써 이사의 경영판단 내지는 재량을 존중할 필요가 있다.

2) 현저히 불합리하였다고 보기 어려운 정황

전술한 바와 같이 제2요건의 ‘상당하고 적절한 방법’에 관한 판단에 있어서는 그 방법이 전적으로 부적합한지의 최소충족 여부만을 판단함이 타당하다. 그러나 대상판결 사안에서는 아래와 같은 정황에도 불구하고 기부행위가 현저히 불합리하다고 판단되었는바, 완화된 사법심사가 이루어졌다고 보기에 어려운 측면이 있다.

가) 배임 혐의에 관한 검찰의 불기소처분

강원랜드 사건에서 공사에 대한 기부가 태백시의 재정위기 방지를 위한 실효적인 수단이었는지 여부에 대해서는 다툼의 여지가 있다. 법원은 기부가 공사의 회생에도 도움이 되지 않았고 결국 태백시의 재정위기를 막는 데 전혀 실효적인 수단이

47) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결.

48) 최승필, “행정계획에서의 형량-형량명령에 대한 논의를 중심으로-”, 토지공법연구 제73집 제1호, 한국토지공법학회(2016), 239면.

49) 정영철, “환경계획재량의 통제규범으로서의 형량명령”, 공법학연구 제14권 제4호, 한국비교공법학회(2013), 288면; 협의의 비례원칙이 기본권침해를 위한 공익과 그 방어를 위한 사익의 양자적 관계에서의 조정인 것에 비하여 형량명령은 다자적 관계에서의 조정이라는 점에서 양자는 근본적으로 차이가 있다고 한다. 그리고 후술하는 바와 같이 회사의 기부는 주주의 이익은 물론 지역사회의 공익, 회사 자신의 존속의 이익 사이의 조율이 이루어져야 하는 다자적 관계에서의 조정을 내포하고 있다는 점에서 행정계획의 이익상황과 유사하게 볼 여지가 있다.

아니라고 보았지만, 검찰은 이와 달리 판단하였다. 당초 시민단체인 경제개혁연대는 기부 결의에 찬성한 이사들을 배임 혐의로 검찰에 고발했지만, 서울중앙지검은 강원랜드의 기부가 배임이 되지 않는다고 보아 혐의없음(증거불충분) 결정을 내렸다.⁵⁰⁾ 특히 서울중앙지검은 강원랜드의 기부행위로 인해 “태백관광개발공사는 결국 파산하지 아니하고, 2014. 8. 27. 회생절차가 결정되어 현재 회생절차가 진행 중” 이라고 판단하여, 강원랜드의 기부가 태백시의 재정위기를 막는데 기여했다고 보았다.⁵¹⁾ 이러한 서울중앙지검의 불기소처분에 불복하여 시민단체인 경제개혁연대는 항고하였으나, 서울고검은 원처분청 주장을 그대로 원용하여 항고를 기각하였고 대검찰청 또한 재항고를 기각하여 서울고검 및 대검찰청 모두 서울중앙지검과 같은 입장인 것으로 판단된다.⁵²⁾

이처럼 서울중앙지검과 서울고검, 대검찰청 모두 강원랜드의 기부행위가 태백시의 재정위기를 막는데 기여했다고 보았다면, 적어도 강원랜드의 기부행위를 누가 보더라도 현저하게 불합리한 행위로 평가하기에는 어려워 보인다.

나) 이사들의 다양한 방안의 모색 및 숙고

강원랜드 사건에서 강원랜드의 이사들은 배임 문제를 지속적으로 의식하여, 여러 방안을 두고 숙고 끝에 회사에 가장 도움이 되는 거래구조를 택하여 기부를 실행한 것으로 나타난다.

강원랜드 이사회는 태백시로부터 태백관광공사에 대한 지원요청을 받고 당초에는 공사에 직접 담보부로 자금을 대여하려 하였으나, 담보물 평가 등의 문제가 있자 ‘태백시에 기부하고 태백시가 태백관광개발공사에게 그 자금을 그대로 지원하는 형식’의 지정기탁 형식의 기부로 선회하였다.⁵³⁾ 이를 통해 강원랜드는 태백관광개발공사를 지원함은 물론, 기부금의 손금산입으로 법인세를 상당 정도 감면받을 수 있었는바,⁵⁴⁾ 만연히 공사에 자금을 대여하는 대신 기부 형식을 취하여 강원랜드에도 최선이 되는 절충적인 대안을 모색한 것으로 파악된다.

나아가 기부안에 대한 검토 역시 대단히 신중하게 이루어진 것으로 확인된다. 기부안이 처음 이사회에 상정된 것은 2012. 3. 29. 개최된 강원랜드의 제109차 이사회였으나, 태백시가 추가자료를 제출하고 이사들이 이를 검토하는 과정을 거쳐 4개월 후인 2012. 7. 12. 제111차 이사회가 되어서야 기부안에 대한 이사회 결의가 이루어졌다.⁵⁵⁾ 이때도 배임 문제를 의식하여 강원랜드의 이사회는 태백시장 및 태백시의

50) 경제개혁연대, “경제개혁연대, 강원랜드의 오투리조트 지원 관련 배임혐의 고발 사건에 항고”, 경제개혁연대 보도자료, 2015. 1. 14, 2면.

51) 위의 자료, 2면.

52) 경제개혁연대, “경제개혁연대, 강원랜드의 오투리조트 부당지원 관련 서울고검의 항고기각 결정에 불복하여 재항고”, 경제개혁연대 보도자료, 2015. 4. 23, 2면.

53) 서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 (춘천)2017누300 판결.

54) 위의 판결.

55) 서울서부지방법원 2015. 7. 16. 선고 2014가합37507 판결.

회 의장의 공동명의로 “위 제안서가 원안의결되어 태백시를 통해 태백관광개발공사에 긴급운영자금이 지원된다면 만일 이사의 배임 문제가 발생할 때에 태백시와 태백시의회가 민·형사상의 책임을 감수하겠다.” 라는 취지의 태백시·태백시의회 공동명의 협약서 또한 받았다.⁵⁶⁾ 이후의 소송을 통해 중국적으로 태백시가 이사들이 배상하여야 할 손해배상금의 대부분을 부담하였음을 감안할 때,⁵⁷⁾ ⁵⁸⁾ 태백시가 중국적 책임을 부담하는 협약서를 확보함으로써 기부 결의와 관련된 리스크 또한 상당 부분 경감되었음이 참작되어야 할 것이다.

3. 소결

회사 설립근거법률의 일반추상적인 문언으로부터 도출한 공익이란 모호하며 수범자의 예측 가능성을 담보하기 어렵다. 나아가 회사경영의 전문가에 불과한 이사에게 이러한 모호한 개념에 대한 심사의무를 지우는 것은 가혹하며 기부행위를 위촉시키는 결과를 초래할 수 있다.⁵⁹⁾ 유독 기부행위에 있어서만 회사의 법령 및 정관 목적 범위의 한계를 부활시킨다는 발상 또한 기존 판례와 정합적이지 못한 측면이 있다.

위와 같은 문제점을 의식하여 2심은 기부행위가 공익 목적 범위 내가 아니라고 본 1심과는 달리, 요건을 두 개로 분설하여 i) 공익목적 범위 내는 맞지만 ii) 상당한 방법은 아니라고 본 것일 수도 있다. 이러한 접근이 공익 목적 범위와 관련된 시비를 줄이기 위한 기획이 맞다면, 적어도 제1요건의 ‘공익의 모호성’은 판례가 정착되어 감에 따라 공익 목적이 폭넓게 인정되어 큰 문제가 되지 않을 여지도 있다. 다만 이렇게 보더라도 제2요건 소정의 ‘상당한 방법’ 인지에 관해 심사의무를 부여하여 부당하다는 문제는 여전히 남는다.

한편 기부행위 또한 이사들의 경영판단의 일종으로 해석한다면, 대상판결이 기부행위의 경우에만 기존의 경영판단의 원칙과 달리 내용상 합리성에 대하여 엄격하게 판단하는 이유에 대한 논증이 부족하다. 위와 같이 기부가 재정위기 방지를 위한 실효적인 수단이었는지에 관하여 다툼이 있고, 기부에 앞서 이사들이 다양한 지원방안에 관하여 고려한 바 있다면 이를 현저히 불합리한 기부행위라고 보기는 어려

56) 서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 (춘천)2017누300 판결.

57) 매일경제, “ ‘150억 기부’ 찬성 강원랜드 전 이사, 태백시와 본격 법적 다툼”, 2020. 1. 14, <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2020/01/45373/> (최종접속일 2021. 2. 18.).

58) 대상판결 확정 이후 강원랜드의 이사들은 태백시에 손해배상청구소송을 제기하였다. 춘천지방법원 영월지원에서는 협약서가 지방의회 의결 등 적법한 절차를 거치지 않아 무효라고 판단하면서도 “원인 유발자이자 기부 수혜자인 태백시가 부담하는 것이 신의성실과 형평의 원칙에 부합한다”며 기부 관련 손해배상금의 90%를 강원 태백시가 부담해야한다는 조정 결정을 내렸다. 태백시가 이러한 조정결정에 대하여 이의신청했고, 결국 같은 법원에서 조정결정 내용과 동일한 판결이 선고되었으며 태백시가 항소를 포기하여 확정되었다. 매일경제, “강원랜드 150억기부 손해배상...법원 '태백시 책임 90%' 조정결정”, 2020. 4. 23, <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2020/04/425121/> (최종접속일 2021. 2. 18.).

59) 이철송(주 36), 15면에서도 대상판결이 제시하는 공익성이 비영리성보다 훨씬 좁은 개념으로서 용인되는 비수익적 지출의 범위가 상당히 좁아질 수 있다는 점을 우려하였다.

을 것이다. 어떠한 기부가 허용되는지에 관하여 모호한 판단기준만을 제시한 상태에서, 이사 개개인에 대하여 배상책임의 위협을 가하는 것은 회사의 기부행위 일반을 억제하는 효과만을 가져온다는 점에서 바람직하지 못하다.

V. ‘회사의 이익’ 개념에 입각한 기부행위 판단 기준의 정립

1. 문제 제기

앞서 검토한 바와 같이 기부행위와 관련하여 이사의 선관주의의무를 판단함에 있어 ‘공익’ 요건을 새롭게 요구하는 것은 부당한 측면이 있다. 이에 따라 제1요건, 제2요건을 탈락시킬 경우 결국 제3요건 내지 제6요건만으로 경영판단의 원칙 준수 여부를 판단하게 될 것이다. 구체적으로 기부행위를 통하여 회사의 이익을 기대할 수 있는지(제3요건), 기부금액이 회사의 재무 상태에 비추어 상당한 범위 내의 금액인지(제4요건), 기부행위로 달성하려는 공익을 회사의 이익과 비교할 때 기부금액 상당의 비용지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지(제5요건)⁶⁰⁾, 기부행위에 대한 의사결정 당시 충분한 고려와 검토를 거쳤는지(제6요건)의 판단기준만이 활용될 것이다.

이때 ‘공익’에 대한 판단 없이 ‘회사의 이익’만을 고려하는 당해 요건들만으로는 비영리적 기부행위의 허용한계가 지나치게 협소해져, 상당수의 비영리적 기부행위가 선관주의의무를 위반하는 것으로 판단될 우려가 있다. 그러나 모든 비영리적 기부행위를 선관주의의무 위반으로 보아 규제하는 것은 사회 관념에도 부합하지 않으며, 때로는 기부행위가 장려될 필요가 있다는 점을 고려하면 바람직하지도 않다. 그러나 한편으로는 상법 제169조에서 회사의 영리성을 천명하고 있다는 점에서, 이사에게 비영리적 기부행위를 전면적으로 허용하는 것도 받아들이기 어렵다.

따라서 비영리적 기부의 허용범위를 재설정할 필요성이 있는데 이는 별도의 요건을 추가하거나 기존 요건을 수정함 없이 제3요건의 ‘회사의 이익’을 재정의함으로써 가능하리라 생각된다. 또한 회사와 위임관계에 있는 이사는 오직 회사에 대하여만 의무를 부담하므로,⁶¹⁾ 기부행위에 있어 이사가 직접적으로 의무를 부담하는 상대방인 회사의 이익만을 고려하도록 하는 것이 전체 법체계에 비추어 보다 정합적이기도 하다.

이하에서는 이러한 회사의 이익 개념에 대해 검토하며, 이를 어떻게 정의하는지에 따라 비영리적 기부의 허용한계 또한 달라지게 될 것이다.

60) 공익 요건을 배제하게 된다면, 기부행위로 달성하려는 회사의 이익과 비교할 때 기부금액 상당의 비용지출이 합리적인 범위 내의 것이라고 볼 수 있는지로 수정될 것이다.

61) 상법 제399조의 책임을 추궁하는 대표소송의 구조도 이러한 설명에 부합한다; 송옥렬, 상법강의, 제10판, 홍문사, 2020, 1038면.

2. 회사의 이익을 무엇으로 볼 것인지

가. 학설

1) 주주중심주의(Shareholderism)

주주중심주의는 밀턴 프리드만을 필두로 한 학자들이 주장한 것으로 회사의 모든 자산은 주주들에게 속하고, 경영자는 가능한 한 많은 돈을 벌고자 하는 주주들의 의도를 존중하며 회사를 운영하는 것이 바람직하다는 주장이다. 이러한 입장에 따르면 회사는 그 실질이 이익 실현을 위한 구성원 간 계약의 결합체로서, 법적 의제 일 뿐 독립하여 존재하는 인격체가 아니게 된다.⁶²⁾

주주중심주의를 취하면, 회사의 이익은 주주의 이익으로 좁게 해석되고 근로자의 이익, 사회적 이익, 공동체적 이익 등과 같이 주주 외의 대상과 관련된 이익과 회사의 이익 간의 간극은 벌어지게 될 것이다. 결국 회사의 영리성과 직접적으로 관계되지 않는 기부행위는 회사의 이익에 기여할 가능성이 낮기 때문에, 그러한 기부행위를 한 이사에 대해서는 선관주의의무 위반이 쉽게 인정될 것이다.

2) 이해당사자주의(Stakeholderism)

이해당사자주의는 기업의 본질을 사회적 실체의 관점에서 접근하여 기업은 주주 뿐 아니라 일반 이해관계자들의 이익도 배려해야 하는 사회적 독립체이고, 주주의 이익뿐 아니라 종업원이나 지역사회 등의 이익 등을 포함한 사회적 실체로서의 회사 자체의 장기적 이익을 위해 회사지배구조가 운영되어야 한다는 주장이다.⁶³⁾ 이러한 입장에 의하면 회사는 법인으로서는 구성원과 독립된 인격체이며, 주주의 집합체로 환원되지 않는다.⁶⁴⁾ 앞서 야하타 사건에서 언급한 기업의 사회적 실체론 또한 회사가 사회적 책임을 인식하고 그에 따라 상당한 정도의 출연을 하는 것은 당연한 일이라고 보아 이해당사자주의를 취하는 것으로 보인다.⁶⁵⁾

어떤 이해당사자들을 어느 정도까지 회사경영에 고려하여야 하는지에 대해서는 아직 많은 논의가 이루어지지 않았으나,⁶⁶⁾ 주주 외의 대상과 관련된 이익도 어느 정도의 범위 내에서는 회사의 이익과 중복되는 부분이 있음은 예측할 수 있다. 예를 들어 이해당사자를 주주, 종업원, 지역사회 모두를 포괄한 광의의 개념으로 해석

62) 정경영, “회사란 무엇인가?”, 비교사법 제26권 제2호, 한국비교사법학회(2019), 305면.

63) 신석훈, “최근 기관투자자의 ESG(Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 상사법연구 제38권 제2호, 한국상사법학회(2019), 15면.

64) 정경영(주 62), 320면.

65) 사회적 책임론과 동일 취지로서 이해당사자주의가 일종의 사회계약론상 도덕적 의무를 함축하는 측면이 있다는 견해로는 이동승, “기업의 사회적책임-기업이론을 중심으로”, 상사판례연구 제26권 제2호, 한국상사판례학회(2013), 125면.

66) 이준석, “이해관계자 이론의 주주중심주의 비판에 대한 이론적, 실증적 고찰”, 상사법연구 제33권 제1호, 한국상사법학회(2014), 302면.

한다면 회사의 이익의 범위도 사회적 이익, 공동체적 이익을 상당 부분 포함하게 될 것이고, 경영자는 이를 고려하지 않을 수 없을 것이다. 그렇다면 비영리적 기부 행위라 하더라도 회사의 이해관계자들의 이익에 기여한다는 점에서는 바람직한 것으로 판단될 것이다.

3) 통합모델

통합모델은 기존의 주주중심모델을 중심으로 하되, 이해당사자 보호와 사회적 책임 문제를 발전적으로 포섭해 나가고 있다.⁶⁷⁾ 통합모델은 주주중심주의가 실질적으로는 주주 자신들의 장기적 이익을 오히려 훼손시킬 수 있다는 사실에 초점을 맞추며, 진정으로 ‘모든 주주들의 가치’를 지속적으로 증진시킬 수 있는 방법을 모색하고 있다. 그리고 이러한 장기적 주주가치의 증진이 궁극적으로는 모든 주주뿐만 아니라 회사의 모든 이해관계자들의 이익도 증진시킨다고 보고 있다.⁶⁸⁾ 통합모델에서 확장된 ESG 행동주의는 주주중심주의를 근간으로 하여 이해관계인들의 이익과 사회적 책임을 주주이익극대화를 위한 리스크 관리단계에서 고려하는 ‘확장된 주주가치(Enlightened Shareholder Value)’⁶⁹⁾를 추구하는 견해로서, 이사가 회사법상 추구해야 할 ‘회사의 이익’은 ‘장기적 주주가치’를 의미한다고 본다.⁷⁰⁾

통합모델이나 ESG 행동주의를 취하면, 회사의 이익은 장기적인 관점에서 주주의 이익을 기반으로 하되 개별 회사의 상황 및 이해관계자와의 관계 등의 제반 사정을 고려하여 구체적인 상황에 따라 판단될 것이고, 공익과의 관계를 고려할 때 주주중심주의보다는 넓지만 이해당사자주의보다는 좁은 개념이 될 것이다.

나. 검토

기부행위의 배임 여부 판단에 있어 주주권의 실질적 침해 여부를 고려하는 우리 판례와의 정합성을 고려한다면, ‘회사의 이익’을 이해당사자주의에 입각하여 정의하기는 어려울 것으로 생각된다. 다만 전통적인 주주중심주의에 따라 ‘회사의 이익’을 정의한다면 ESG 요소가 강조되는 경영 현실과 규범 사이에 괴리를 초래하므로 바람직하지 않다. 따라서 ‘회사의 이익’은 통합모델에 입각하여 정의되어야 하며, 아래에서 이러한 내용을 구체적으로 살펴본다.

67) 신석훈(주 63), 16-17면.

68) Grossman, Nadelle E., *Turning a Short-Term Fling into a Long-Term Commitment: Board Duties in a New Era*, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol.43(4)(2010), p. 907, pp 951-959.

69) Velin, Vanessa, *On the Path Toward Enlightened Value Maximization? A Snapshot on Stakeholder theory, Sustainability, and Environmental, Social and Governance Performance*, Master Thesis LLM International Business Law, Tilburg University(2013), pp. 18-20.

70) 신석훈(주 63), 18면.

1) 기부행위 관련 판례 태도와의 정합성

회사의 본질과 관련, 회사는 실재하고 실체를 가지는지 혹은 계약의 집합체에 불과할 뿐 독립된 실체로 볼 수 없는지에 대하여 실재설과 계약설이 대립한다.⁷¹⁾ 우리 판례는 회사의 실체성을 긍정하는 실재설 입장과 부정하는 계약설 입장이 혼재되어 있는 것으로 평가된다.⁷²⁾ 1인 회사에 있어서도 “행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임의 죄는 기수”라고 본 판결⁷³⁾은 회사의 실체성을 긍정하는 입장으로 보이는 반면, 기부행위가 배임죄를 구성하기 위해서는 기부행위가 실질적으로 주주권을 침해하는 정도에 이를 것을 요한다고 본 판결은 회사를 건너뛰고 바로 주주권에 이른다는 점에서 회사의 실체성을 부정하는 듯한 입장으로 보인다.⁷⁴⁾ 다만 특기할 점은 후자의 판결을 비롯하여, 기부행위와 관련하여서는 대다수의 대법원 판결들이 회사의 실체성을 부정하는 태도를 취하고 있다는 것이다.⁷⁵⁾

기부행위로 인해 회사에는 긍정적인 이미지 제고 등 추상적인 이익이 생기는 것이 일반적이다. 이때 회사의 실체성이 강조될수록, 이사는 회사를 방패 삼아 주주들에게 현실적으로 발생한 손해를 외면할 수 있게 된다. 따라서 우리 판례가 기부행위 사안에서 회사의 실체성을 부정하는 입장을 취하는 것은, 적어도 기부행위의 맥락에 있어서는 대립 구도를 모호하게 만드는 회사의 실체성 개념을 배제하고 주주에게 발생한 현실적인 손해에 집중하겠다는 결단을 내린 것으로 볼 수 있다. 이러한 판례 입장에 선다면 기부행위의 배임 여부를 판단함에 있어 전면적으로 이해당사자주의를 택하기는 어려울 것으로 생각된다. '주주의 이익만큼 중요한 다른 이해당사자들의 이익'이란 결국 '회사의 실체성' 개념과 마찬가지로, 기부행위의 실질을 파악함에 있어 또 다른 혼란을 초래할 뿐이다. 이해당사자주의가 그 본래의 취지와는 달리 회사의 경영진에 의해 악용될 수 있음은 이미 경제학계에서도 지적된 바 있다. Jensen은 “Multiple objectives is no objective”라는 명제를 내세우며, 회사의 경영진이 이해관계자의 이익이라는 명목하에 자신들의 사적 목표를 추구할 수 있다고 보았다.⁷⁶⁾

71) 정경영(주 62), 310면.

72) 위의 논문, 297면.

73) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결.

74) 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도480 판결.

75) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도946 판결은 “열악한 재무구조에 비하여 이 사건 기부금의 액수가 과도하게 거액이어서 이로 인하여 회사의 재정상태가 더욱 어려워지고 주주들 및 보험가입자들의 권리가 실질적으로 침해되었다고 보이는 점”, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도568 판결, “○○은행으로 하여금 위와 같이 2억 원을 기부하게 한 행위가 실질적으로 ○○은행 주주들의 주주권을 침해한 것이라고 인정될 정도에 이르렀다고는 보기 어렵다고 판단” 된다고 설시; 한편 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도9871 판결은 주주권 침해 대신 1인 회사 배임죄 법리를 원용하고 있으나, 해당 사안은 기부를 가장한 자금세탁이 문제되었다는 점에서 정형적인 기부 사안이라 보기는 어렵다.

76) Jensen, M. C., *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, Journal of Applied Corporate Finance Vol.14(3)(2001), p. 14.

2) ESG 요소의 고려를 통한 경영 현실 반영

다만 전통적인 주주중심주의에 따라 회사의 이익을 주주의 이익으로 좁게 해석하는 것은 바람직하지 않다. ESG(Environment, Social, Governance)와 같은 비재무적 요소들을 도외시하기에는 오늘날 ESG 등 비재무적 요소의 중요성은 그 어느 때보다도 강조되고 있기 때문이다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률에서도 상장법인의 사업보고서에 저탄소 녹색성장 기본법상 관리업체 지정 및 취소에 관한 사항, 온실가스 배출량 및 에너지 사용량에 관한 사항, 녹색기술·녹색산업 등에 대한 인증에 관한 사항 및 녹색기업 지정에 관한 사항, 고용정책 기본법 시행규칙 제4조 제1항 제4호에 따른 근로자의 현황을 기재할 것을 요구하여 ESG 요소가 투자에 영향을 미칠 수 있음을 고려하고 있다.⁷⁷⁾ 이러한 정보 공시의무를 부여하는 것은 시장의 압력을 유발하여 기업의 환경성과 향상을 위한 동기를 부여하고자 하는 목적도 있으나, 한편으로는 기업이 기후변화 관련 리스크를 모니터링하고 관리하는 능력은 투자자 입장에서 기업 경쟁력의 척도이기 때문이기도 하다.⁷⁸⁾

이처럼 ESG 요소가 재무적 성과에 영향을 줄 수 있다는 인식이 오늘날 널리 받아들여지고 있으며, 기업의 재무적 성과에 관한 활발한 실증연구를 통해 이러한 주장이 뒷받침되고 있다. 미국 기관투자자의 82%가 ESG 요소가 기업의 재무성과에 중요한 영향을 미친다고 판단하여 투자 결정 시 대상회사의 ESG 정보를 활용하며,⁷⁹⁾ 실제로 ESG 요소인 환경 책임 및 의무와 관련된 역정보는 기업의 주가를 하락시킨다는 연구 또한 존재한다.⁸⁰⁾ 이처럼 사회적·환경적인 요소를 투자결정의 요소로 삼는 사회적 책임투자(Socially Responsible Investing or Social Responsible Investment, SRI)가 이루어지고,⁸¹⁾ 단기적 주주이익과는 관련성이 크지 않은 ESG 요소들이 기업에 재무적·비재무적으로 영향을 미치는 현실은 회사의 이익을 통합모델로 이해하는 견해에 보다 힘을 실어준다. 기업 입장에서는, 사회·환경 요소와 맞물린 장기적 지속가능성을 도외시하고서는 주주가치를 증대시킬 수 없는 상황이 도래한 것이다.

이러한 현실에도 불구하고 전통적 주주중심주의에 입각하여 ‘주주의 이익’을 협소하게 정의한다면 법규범과 경영 현실 사이에 괴리를 초래하여 경영자들을 배임

77) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제159조 제1항 제5호, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제168조 제3항 제9호, 증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제4-3조 제1항 제3호 차목, 카목, 파목 참조.

78) 최수정, “기업의 환경정보공시 법제에 관한 고찰”, 한국법제연구원, 연구정책세미나(2011), 4면.

79) Amel-Zadeh, Amir & Serafeim, George, *Why and How Investors Use ESG Information Evidence from a Global Survey*, Financial Analysts Journal Vol.74(3)(2017), p. 98.

80) Bray, Steven L., *Sealing the Conceptual Cracks in the SEC's Environmental Disclosure Rules: A Risk Communication Approach*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol.18(1997), p. 670.

81) 일례로 담배, 알코올, 도박 등 바람직하지 않은 특정 기업이나 업종을 포트폴리오에서 배제하는 방식으로 사회적 책임 투자가 이루어진 바 있다. 김재은, “ESG 리서치 - 착한 기업(ESG) 사용설명서”, NH투자증권(2019), 3면 참조.

죄의 덮으로 내몰게 될 뿐이다. 따라서 주주에게 손해가 되는 남용적인 기부행위를 방지하면서도, 경영자들이 변화된 경영 현실에 발맞추어 대응할 수 있도록 통합모델에 입각하여 ‘회사의 이익’을 ‘장기적 주주가치’로 정의함이 타당하다.

3. 대상판결 사안의 검토

가. 통합모델의 관점에서 평가한 대상판결

통합모델에서 정의하는 ‘장기적 주주가치’는 주주이익 극대화를 위한 리스크 관리단계에서 이해관계인들의 이익과 사회적 책임을 포섭하는 개념으로서, 일반적인 ‘주주가치’보다 넓은 개념이다. 대상판결 또한 ‘이 사건 기부가 장기적인 관점에서 원고의 이익에 도움이 되는지 여부’라는 표제 하에 위와 같은 판시를 하여 언뜻 보기에는 장기적 주주가치를 고려한 것처럼 보인다. 그러나 구체적인 판단내용을 살펴보면 그렇지 않다.

대상판결은 이 사건 기부행위가 회사의 이익에 기여하지 않는다고 하여 이사들의 선관주의의무 위반을 인정하였다. 그러한 결론을 도출하게 된 주된 이유로 ① 기부 대상이 중복되는 업종에 따른 경쟁 관계에 있어 긍정적인 영향을 줄 수 없고,⁸²⁾ ② 원고 회사가 이미 폐광지역 경제활성화를 위한 활동을 활발히 하고 있어 이 사건 기부로 인한 긍정적 이미지 제고 효과가 그다지 커 보이지 않으며, ③ 공사가 정상화되어 원고 회사가 공사에 전환사채 방식으로 투자한 투자금을 회수할 수 있게 되더라도 그를 위해 지출한 기부금 자체를 회수할 수는 없는 점을 들었다. 대법원 또한 원심과 같은 취지에서, 기부행위가 폐광지역 전체의 공익 증진에 기여하는 정도와 원고에 주는 이익이 그다지 크지 않다는 점을 들어 결의에 참여한 이사들의 손해배상책임을 인정하였다.

그런데 대상판결은 기부로 인해 원고 회사 강원랜드의 영업에 긍정적인 영향이 있는지, 원고 회사에 이미지 제고 효과가 있는지, 원고 회사가 자금을 회수할 수 있는지 등 회사와 직접적으로 관계되는 이익만을 판단하였을 뿐 이해관계자의 이익이나 사회적 책임에 대하여는 전혀 고려하지 않았다. 생각건대 이는 원심 및 대법원이 공익 개념을 별도 요소로 무리하게 분리하는 과정에서 ‘회사의 이익’을 지나치게 좁게 해석하였기 때문으로 보인다. 그 결과 남게 된 협소한 의미의 ‘회사의 이익’ 개념으로는 이 사건 기부행위의 총체적인 효과를 담아낼 수 없게 되었기에, 이사의 선관주의의무 위반이 보다 용이하게 인정된 부분이 있다고 사료된다.

나아가 대상판결은 협소한 의미의 회사의 이익 개념이라는 잘못된 심사 척도를 바탕으로, 기부행위의 내용상 합리성에 대한 적극적인 심사까지 감행하였다. 위에서

82) 원심판결인 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결은, “이 사건 공사가 운영하는 오투리조트는 강원랜드가 운영하는 하이원리조트의 골프장, 스키장 및 숙박시설 영업과 중복되는 업종으로 서로 경쟁관계에 있으므로, 이 사건 공사에게 기부를 하여 이 사건 공사의 영업을 정상화된다 하여도 이로 인하여 원고의 영업에 긍정적인 영향을 줄 수 있다고 보기는 어렵다”고 보았다.

언급한 ①, ②의 판시와 관련, ① 긍정적인 영향을 줄 수 없고 ② 긍정적 이익 효과가 크지 않다는 부분은 법원이 적극적으로 기부행위의 내용상 합리성을 심사한 것인데, 이는 이사의 자율성·전문성을 존중하여 현저히 불합리한지 여부만을 심사하는 경영판단의 원칙의 취지와 맞지 않는 것이다.

예컨대 기부대상이 원고 회사와 중복되는 업종을 영위하여 경쟁 관계에 있다는 이유만으로 이사들의 기부 결정이 현저히 불합리한 정도에 이른다고 볼 수 있는지의 문제이다. 원고 회사는 관광클러스터 조성을 통한 상생 효과를 누릴 수 있음을 근거로 기부의 합리성을 주장하였는데, 이를 받아들이지 않은 법원의 판단은 원고 회사를 필두로 한 강원도 폐광지역 내 리조트들의 특성을 충분히 고려하지 않은 것일 수 있다. 실제로 2012. 2. 28. 제108차 이사회에서 폐광지역 리조트 통합상품 개발이 의결되었고, 2015. 6. 경 강원랜드와 폐광지역 지방자치단체장들 간 관광클러스터 조성을 위한 간담회가 개최되었으며, 2017. 5. 8.에는 폐광지역 4개 자치단체 관광 활성화와 강원 남부권 관광클러스터 구축을 위한 통합관광 홈페이지가 열려 2017년도 전반기 우수행정 및 정책사례에 선정되기도 하였다.⁸³⁾ 이러한 사실관계에도 불구하고 기부 의결 당시 관광클러스터 개발의 실현 여부가 불투명하다는 이유만으로 상생 효과를 부정한 원심 및 대법원의 판단에는 수긍하기 어려운 부분이 있다.

나. 재정의한 ‘회사의 이익’ 개념에 따른 검토

1) 개관

원고 회사의 ‘회사의 이익’을 통합모델에 따라 재정의한다면, ‘회사의 이익’인 ‘장기적 주주가치’에 영향을 주는 이해관계인에 태백시 등 지역사회도 포함되는 것이 타당하다. 물론 일률적으로 모든 회사의 기부에 있어 지역사회가 이해관계인에 포함되어야 한다고 보기는 어렵다. 다만 원고 회사의 경우 이해관계인에 지역사회가 포함되어야 함이 분명한 것은 지역사회와 특수관계를 형성하고 있는 강원랜드의 특수법인으로서의 지위 때문이다. 설령 원고 회사가 상장회사로서 지배구조 등에 관하여 추가적인 의무를 부담하더라도, 상장회사로서 준수해야 할 의무에 반하지 않는 한 강원랜드의 특수법인으로서의 지위는 적극적으로 고려되어야 할 것이다. 아래에서 보는 바와 같이 우리 판례는 특수법인을 일반적인 회사와는 다르게 규율하는 경향을 보이는데, 이러한 판례 입장을 근거로 당해 사안에서 이해관계인의 외연을 지역사회까지 확장하는 것의 정당성을 논하고자 한다.

2) 특수법인에 대한 판례 태도

83) 중앙일보, “강원랜드 ‘정태영삼’ 프로젝트 우수행정·정책사례로 선정”, 2017. 6. 21, <https://news.joins.com/article/21687681> (최종접속일 2021. 2. 12.).

우리 판례에 의할 때, 사회적 공공성을 가지는 특수법인⁸⁴⁾ 이사에 대한 규율은 일반적인 회사의 이사에 대한 규율과는 다소 차이가 있다. 대표적으로 금융기관 이사에 대하여 대법원은 “일반의 주식회사 이사의 선관의무에서 더 나아가 은행의 그 공공적 성격에 걸맞는 내용의 선관의무까지 다할 것이 요구된다” 고 하여 금융기관의 공공적 역할을 고려사항으로 판시한 바 있다.⁸⁵⁾ 이러한 판시가 금융기관 이사에 대하여 미국과 마찬가지로 고도의 주의의무를 요구한 것으로 경영판단의 원칙이 축소 적용될 수 있음을 선언한 것이라는 평가도 존재한다.⁸⁶⁾ 그러나 선관주의의무는 행위자가 ‘종사하는 직업이나 지위’에 통상 기대되는 일반·추상적인 주의의무를 말하는 것이므로, 이는 ‘통상적인 금융기관 이사’가 고려하여야 하는 사항들을 열거한 것일 뿐 요구되는 절대적인 주의의무 수준에 차이가 있다고 보기는 어려울 것이다.⁸⁷⁾

그렇다면 특수법인의 공공적 성격으로 인하여 특수법인의 이사가 추가적으로 고려해야 하는 요소가 무엇인지 문제된다. 외환은행-론스타 사건에서 원심인 서울고등법원은 금융기관 이사의 선관주의의무와 관련하여 “이러한 선관주의의무는 회사 규모의 대소, 업무의 종류와 그 내용, 행정관청의 지휘 감독을 받는 공기업적인 색채가 농후한 기업에서는 관청과의 관계 등 구체적인 제반 상황을 고려하여 그 범위가 결정된다” 고 보았고, 이러한 판단은 대법원에서 그대로 인용된 바 있다.⁸⁸⁾ 생각건대 특수법인은 i) 국가수탁사무를 수행하거나 독점권 등 국가로부터 인정받은 특별한 지위를 바탕으로 영업을 영위하는 점, ii) 일반 회사와는 달리 회사의 존립 기반이 회사가 벌어들인 잉여금이 아니라 법률에 기초하고 있어 잉여금의 처리 또한 국가에 의해 규제되는 점 등에 비추어,⁸⁹⁾ 특수법인 이사의 선관주의의무 위반을 판단함에 있어서는 규제 권한이 있는 행정관청 또는 이에 준하는 주체와의 관계 또한 고려 요소에 포함되는 것이 타당하다.

3) 대상판결 사안에의 적용

원고 회사 강원랜드는 한국은행법에 의해 설립된 한국은행과 같이 명시적인 설립 근거 법률이 있는 것은 아니다. 그러나 원고 회사가 내국인 카지노사업 독점권을 보유하는 근거가 되는 폐광지역법은 원고 회사의 영업에 중대한 영향을 미친다는

84) 특수법인이란 ‘민법과 상법이 아닌 개별 조직법 또는 작용법에 의하여 법인격을 부여받아 설립된 법인’ 및 개별 법률에 근거를 두고 국가로부터 사무를 위탁받아 국가적 사무를 수행하는 법인 등을 포괄하는 개념으로 볼 수 있다. 김명식, 특수법인론, 한국학술정보, 2005, 48면 참조.

85) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.

86) 김용재, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단의 법칙”, 상사판례연구 제6권, 한국상사판례학회(2006), 3면.

87) 장철익, “금융기관 이사의 주의의무와 경영판단 원칙”, 민사판례연구 제33집 제1권, 민사판례연구회(2011), 34면.

88) 서울고등법원 2009. 12. 29. 선고 2008노3201,3330 판결; 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도387 판결; 동 하급심 판결의 배임 여부에 대한 판단은 대법원에서 그대로 인용되었다.

89) 김명식(주 84), 268면.

점에서 설립 근거 법률에 준하는 것으로 볼 수 있다. 실제로 폐광지역법 일몰로 원고 회사가 내국인 카지노 독점권을 상실한다면 연 매출이 1조 5176억 원에서 152억 원으로 대폭 감소할 것이라는 강원도의 자체 연구 조사가 있었으며,⁹⁰⁾ 이처럼 폐광지역법의 존속은 카지노사업을 주된 사업으로 영위하는 원고 회사의 존립에 있어서는 필수적이다.

그런데 폐광지역법은 10년의 유효기간을 두고 한시법으로 만들어졌기에, 폐광지역법의 존속을 위해서는 지역사회 및 지자체와의 긴밀한 공조가 필수적이다. 애초에 폐광지역법 제정을 이끌어낸 것은 지역 번영위원회를 중심으로 결성된 사회단체인 ‘고한·사북지역 살리기 운동 공동 추진 위원회’이며,⁹¹⁾ 폐광지역법 1차 연장을 이끈 주체도 지역단체인 ‘태백시 현안대책위원회’였다.⁹²⁾ 현재에도 폐광지역법을 항구화하고자 하는 폐광지역법 일부개정법률안이 2020. 6. 22. 발의되어 21대 국회에 계류 중인 상태인데, 이 개정안 발의에는 화순·보령·문경 등 폐광지역 의원을 포함하여 강원도 국회의원 전원이 참여한 바 있다.⁹³⁾

나아가 원고 회사의 운영에 태백시 등 지자체가 관여할 여지 또한 존재한다. 폐광지역법에 의해 원고 회사가 그 이익금의 100분의 25 상당을 납부하여야 하는 폐광지역개발기금은 강원도 조례에 의해 설치되며,⁹⁴⁾ 이익금의 징수 방법·징수 절차, 기금의 운영·관리 등에 필요한 사항은 강원도 조례로 정하고 있다.⁹⁵⁾ 이는 일반적인 카지노사업자가 총매출액의 100분의 10의 범위에서 국가에 대해 납부 의무를 부담하는 관광진흥개발기금⁹⁶⁾과는 구별되는 것으로서, 원고 회사의 운영에 대하여 태백시 등 지자체가 직접적으로 권한을 행사할 수 있는 것으로 보인다.

이처럼 i) 원고 회사 존립의 근거가 되는 폐광지역법 제정 및 연장에 지역사회가 행사해온 영향력과, ii) 지자체가 원고 회사에 대하여 폐광지역개발기금을 매개로 일정한 권한을 행사할 수 있음을 고려한다면, 태백시는 비록 행정관청은 아니더라도 그에 준하는 영향력을 행사하는 주체로 볼 여지가 있다. 원고 회사와 태백시의 긴밀한 관계는 사실관계 및 소송의 경과에서도 드러난다. 태백시는 원고 회사의 1.25% 주주에 불과함에도 원고 회사의 법무팀이 자문을 구한 법무법인 율촌은 태백시에 대한 기부는 원고 회사 입장에서 자기거래에 해당할 가능성이 크다고 회신하였으며,⁹⁷⁾ 비록 대법원에서는 파기되었으나 대상판결의 1, 2심에서는 태백시를 상법 제398조 제1호의 주요주주로 보아 기부행위를 자기거래로 인정하기도 하였다. 그렇

90) 국민일보, “폐특법 종료시 강원랜드 年매출 100분의 1로 곤두박질”, 2020. 10. 6, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924158700&code=11131413> (최종접속일 2021. 2. 12.).

91) 신윤창, “폐광지역발전을 위한 폐특법 연장의 논리”, 한국비교정부학보 제15권 제3호. 한국비교정부학회(2011), 299면.

92) 강원도민일보, “생존을 넘어 자립으로... 폐광지역 지자체 뭉쳤다”, 2012. 2. 2, <http://www.kado.net/news/articleView.html?idxno=551949> (최종접속일 2021. 2. 12.).

93) 강원일보, “10년마다 연장하는 폐특법, 이제는 항구화해야”, 2020. 7. 7, <http://m.kwnews.co.kr/nview.asp?s=301&aid=220070600081&page=2> (최종접속일 2021. 2. 12.).

94) 폐광지역법 시행령 제16조 제2항.

95) 폐광지역법 시행령 제16조 제5항.

96) 관광진흥법 제30조 제2항, 제3항.

97) 서울서부지방법원 2015. 7. 16 선고 2014가합37507 판결.

다면 회사의 이익을 판단함에 있어서도 특수법인의 특성을 고려하여 원고 회사와 태백시와의 특수관계 또한 고려사항으로 포섭함이 타당하다.

결국 태백시는 폐광지역법 및 폐광지역개발기금을 매개로 특수법인인 원고 회사의 존립 및 ‘장기적 주주가치’에 영향을 미치는 주체이며, 원고 회사는 태백시의 재정위기에 대하여 구체적인 이해관계를 갖는 것으로 보아야 한다. 따라서 원고 회사의 기부행위는 ‘회사의 이익’을 위해 행정관청에 준하는 주체를 상대방으로 하여 적법하게 이루어진 것으로, 특수법인의 존립과 관련된 구체적 이해관계를 반영한 이러한 기부 판단은 경영판단의 원칙에 의해 두텁게 보호되어야 한다.

VI. 결론

회사의 이사는 회사를 둘러싼 수많은 이해관계를 종합적으로 비교·형량하여 경영판단을 내리는 위치에 있다. 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 선관주의의무 위반을 판단함에 있어 우리 법은 경영판단의 원칙에 관한 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 판례 법리를 통하여 미국의 경영판단의 원칙을 일부 도입한 것으로 평가된다. 이때 경영판단의 일환으로 기부행위가 문제될 수 있으며, 오늘날의 회사는 정치·사회·문화와 밀접한 관련을 맺고 있다는 점에서 기부행위는 그 어떤 경영판단보다도 수많은 이해관계가 첨예하게 대립하는 사안이 될 가능성이 높다.

따라서 기부행위의 허용기준을 구체적으로 정립하여 회사를 경영하는 이사들에게 명확한 행위규범을 제시할 필요가 있다. 기부행위와 배임죄에 관한 형사판례는 다수 존재하여 왔지만, 대상판결은 민사 영역에서 기부행위의 허용기준을 최초로 제시한 판결이라는 점에서 의의를 가진다. 다만 대상판결 및 원심판결이 공익성을 필두로 제시한 6가지 요건은, ‘공익’이라는 불확정 개념을 사용하였다는 점에서 이사들에게 명확한 행위지침을 제시하였다고 보기는 어렵다. 이는 한편으로는 이미 폐기된 이론인 월권행위의 향수를 불러일으키는 바가 있고, 다른 한편으로는 회사의 기부를 과도하게 위축시킬 수 있다는 점에서 비판의 대상이 된다. 나아가 경영판단의 원칙의 내용적 합리성은 현저히 불합리한 경우에 한해 고려되는 것이 우리 대법원의 일관된 판시이고, 가사 그 내용에 공익적 요소가 일부 포함되더라도 그러한 결론이 달라질 수 없으므로, 기부행위의 경우에만 ‘공익’의 잣대를 통해 전면적 사법심사로 나아가는 것이 타당한지에 관하여는 재고의 여지가 있다.

이에 본고에서는 대상판결의 요건 중 ‘공익’과 관련된 제1요건, 제2요건을 탈락시키는 대신, ‘회사의 이익’ 개념을 새롭게 정의하여 기부행위의 허용기준을 제시하고자 시도하였다. 먼저 통합모델에 입각하여 ‘회사의 이익’을 ‘장기적 주주가치’로 재정의하였다. 이는 기부행위의 배임 판단에 있어 주주권 침해를 우선적으로 고려하는 우리 판례의 태도 및 ESG 요소가 강조되는 경영 현실과의 조화를 꾀한 것이다. 그 후 원고 회사의 특수법인으로서의 지위에 주목하여, 기부행위의 수혜자인 태백시가 원고 회사의 ‘장기적 주주가치’에 영향을 미치는 이해관계자임

을 논증하였다. 이러한 일련의 과정을 통해 특수법인의 이사가 지자체 등 이해관계자를 고려하여 내리는 기부 판단이 경영판단의 원칙을 통해 사법적으로 보호할 가치가 있음을 밝히고, 대상판결 사안에서 구체적 타당성을 기하고자 하였다는 점에 본고의 의의가 있다.

참고문헌

<국내 문헌>

단행본

- 김명식, 특수법인론, 한국학술정보, 2005.
송옥렬, 상법강의, 제10판, 홍문사, 2020.
이재상, 형법각론, 제6판, 박영사, 2009.
한국상사법학회, 주식회사법대계(II), 제3판, 법문사, 2019.

논문

- 강희주, “주식회사의 이사의 책임에 관한 판례의 법리”, 증권법연구 제8권 제2호, 한국증권법학회(2007).
김용재, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단의 법칙”, 상사판례연구 제6권, 한국상사판례학회(2006).
김재형, “이사의 기부행위와 경영판단의 법칙”, 상사법연구 제22권 제4호, 한국상사법학회(2003).
서석호, “주주대표소송과 이사의 책임에 관한 경영판단원칙”, 기업소송연구 제1호, 기업소송연구회(2004).
송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 제6권, 한국상사판례학회(2006).
신석훈, “최근 기관투자자의 ESG(Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제”, 상사법연구 제38권 제2호, 한국상사법학회(2019).
신윤창, “폐광지역발전을 위한 폐특법 연장의 논리”, 한국비교정부학보 제15권 제3호, 한국비교정부학회(2011).
오성근, “경영판단원칙의 적용기준의 법리에 관한 검토”, 기업법연구 제20권 제1호, 한국기업법학회(2006).
이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 제55권 제12호, 법조협회(2006).
이동승, “기업의 사회적책임-기업이론을 중심으로”, 상사판례연구 제26권 제2호, 한국상사판례학회(2013).
이성웅, “미국 법률가협회의 기업지배구조 원칙에 대한 연구”, 법학연구 제17권 제2호, 경상대학교 법학연구소(2003).
이준석, “이해관계자 이론의 주주중심주의 비판에 대한 이론적, 실증적 고찰”, 상사법연구 제33권 제1호, 한국상사법학회(2014).
이철송, “회사의 비영리적 출연의 허용기준”, 선진상사법률연구 제89호, 법무부(2020).

임중호, “주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임”, 현대의 형사법학: 익헌 박정근 박사 화갑기념논문집, 법원사(1990).

장철익, “금융기관 이사의 주의의무와 경영판단 원칙”, 민사판례연구 제33집 제1권, 민사판례연구회(2011).

정경영, “회사란 무엇인가?”, 비교사법 제26권 제2호, 한국비교사법학회(2019).

정영철, “환경계획재량의 통제규범으로서의 형량명령”, 공법학연구 제14권 제4호, 한국비교공법학회(2013).

최수정, “기업의 환경정보공시 법제에 관한 고찰”, 한국법제연구원, 연구정책세미나(2011).

최승필, “행정계획에서의 형량 -형량명령에 대한 논의를 중심으로-”, 토지공법연구 제73집 제1호, 한국토지공법학회(2016).

한석훈, “경영진의 손해배상책임과 경영판단 원칙”, 상사법연구 제27권 제4호, 한국상사법학회(2009).

주석서

주석 상법 회사(3), 제5판, 한국사법행정학회, 2014.

주석 민법 민법총칙, 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

기타 자료

강원도민일보, “생존을 넘어 자립으로… 폐광지역 지자체 뭉쳤다”, 2012. 2. 2, <http://www.kado.net/news/articleView.html?idxno=551949> (최종접속일 2021. 2. 12.).

강원일보, “10년마다 연장하는 폐특법, 이제는 항구화해야”, 2020. 7. 7, <http://m.kwnews.co.kr/nview.asp?s=301&aid=220070600081&page=2> (최종접속일 2021. 2. 12.).

경제개혁연대, “경제개혁연대, 강원랜드의 오투리조트 지원 관련 배임혐의 고발 사건에 항고”, 경제개혁연대 보도자료, 2015. 1. 14.

_____, “경제개혁연대, 강원랜드의 오투리조트 부당지원 관련 서울고검의 항고기각 결정에 불복하여 재항고”, 경제개혁연대 보도자료, 2015. 4. 23.

국민일보, “폐특법 종료시 강원랜드 年매출 100분의 1로 곤두박질”, 2020. 10. 6, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924158700&code=11131413> (최종접속일 2021. 2. 12.).

김재은, “ESG 리서치 - 착한 기업(ESG) 사용설명서”, NH투자증권(2019).

머니투데이, “강원랜드, 세금 40억 안 내도 된다”, 2018. 3. 29, <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2018032816088219612> (최종접속일 2021. 2. 18.).

매일경제, “150억 기부' 찬성 강원랜드 전 이사, 태백시와 본격 법적 다툼”, 2020. 1. 14, <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2020/01/45373/> (최종접속일 2021. 2.

18.).

매일경제, “강원랜드 150억기부 손해배상...법원 ‘태백시 책임 90%’ 조정결정”, 2020. 4. 23, <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2020/04/425121/> (최종접속일 2021. 2. 18.).

유철형, “[판세] 우회기부와 부당행위계산부인 대상 여부”, 세정일보, 2018. 7. 11, <https://www.sejungilbo.com/news/articleView.html?idxno=12925> (최종접속일 2021. 2. 18.).

중앙일보, “강원랜드 ‘정태영삼’ 프로젝트 우수행정·정책사례로 선정”, 2017. 6. 21, <https://news.joins.com/article/21687681> (최종접속일 2021. 2. 12.).

<국외 문헌>

논문

Amel-Zadeh, Amir & Serafeim, George, *Why and How Investors Use ESG Information Evidence from a Global Survey*, Harvard Business School Working Paper, No.17-079(2017).

Balotti, R. F. & Hanks Jr, J. J., *Giving at the office: A reappraisal of charitable contributions by corporations*, *The Business Lawyer*(1999).

Bray, Steven L., *Sealing the Conceptual Cracks in the SEC’s Environmental Disclosure Rules: A Risk Communication Approach*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol.18(1997).

Grossman, Nadelle E., *Turning a Short-Term Fling into a Long-Term Commitment: Board Duties in a New Era*, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol.43(4)(2010).

Hansen, C., *The Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project*, *Business Lawyer* Vol.48(1993).

Jensen, M. C., *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, *Journal of Applied Corporate Finance* Vol.14(3)(2001).

Velin, Vanessa, *On the Path Toward Enlightened Value Maximization? A Snapshot on Stakeholder theory, Sustainability, and Environmental, Social and Governance Performance*, Master Thesis LLM International Business Law, Tilburg University(2013).

〈국문초록〉

대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455 판결(이하 ‘대상판결’, 원심판결: 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015나2046254 판결)은 태백시를 위한 기부를 추진한 강원랜드의 이사에 대하여 상법 제399조에 따른 손해배상책임이 성립하는지 문제된 사안에서, 회사의 기부행위 허용기준을 제시한 최초의 민사판례라는 점에 의의가 있다. 다만 이러한 허용기준은 ‘공익’ 개념에 터 잡은 것으로, 대상판결 및 원심판결은 강원랜드의 기부행위가 공익에 기여하기 위한 상당한 방법이라 볼 수 없고, 기부행위가 공익 및 강원랜드 회사의 이익에 기여하는 정도가 크지 않다는 등의 이유로 상법 제399조에 따른 손해배상책임을 인정하였다.

우선 본고는 선관주의의무와 경영판단의 원칙을 개관하고, 특히 경영판단으로서의 기부행위에 관한 기존 대법원 판례 및 해외 규율을 정리하였다. 이를 통해 기부행위 허용기준에 대한 판례의 태도를 분석하고, 미국 및 일본과 비교하여 우리 대법원이 기부행위에 대하여 보다 엄격한 잣대를 적용하여 왔음을 보였다.

이후 본고는 대상판결 및 원심판결이 ‘공익’ 개념을 바탕으로 기부행위 허용기준을 설정함으로써 기부행위의 허용범위를 더욱 축소하였다는 점을 논증하였다. 먼저 ‘공익’ 개념은 그 모호성으로 인하여 이사들에게 명확한 행위지침을 제시하기 어렵고, 대상판결이 ‘공익’에 대한 심사의무를 부과함으로써 회사의 기부를 과도하게 위축시킬 우려가 있음을 보였다. 나아가 경영판단의 원칙의 내용적 합리성은 현저히 불합리한 경우에 한해 고려하는 것이 대법원의 일관된 판시인데, 기부행위의 경우에만 ‘공익’의 잣대를 통해 전면적 사법심사로 나아가는 것은 타당하지 않다는 점을 지적하였다.

이에 본고에서는 ‘공익’ 개념을 사용하지 않는 대신 ‘회사의 이익’ 개념을 새롭게 정의함으로써 기부행위의 허용기준을 제시하고자 하였다. 먼저 통합모델에 입각하여 ‘회사의 이익’을 ‘장기적 주주가치’로 재정의함으로써, 주주권 침해 여부를 우선적인 기준으로 삼는 배임죄 판례와의 정합성을 도모하면서도 ESG 요소가 부상하는 경영 현실과의 조화를 꾀하였다. 그 후 강원랜드의 특수법인으로서의 지위에 주목하여, 태백시가 원고 회사의 ‘장기적 주주가치’에 영향을 미치는 이해관계자임을 논증하였다. 이러한 일련의 과정을 통해 특수법인의 이사가 지자체 등 이해관계자를 고려하여 내리는 기부 판단이 경영판단의 원칙을 통해 사법적으로 보호할 가치가 있음을 밝히고, 대상판결 사안에서 구체적 타당성을 기하고자 하였다.

주요어: 기부행위, 선관주의의무, 경영판단의 원칙, 주주중심주의, 이해당사자주의, 통합모델, 특수법인, 상법 제399조, 2016다260455

Abstract

A Review of the Admissibility of Corporate Charitable Giving and the Director' s Duty of Care

The Supreme Court decision 2016Da260455 decided May 16, 2019 (hereinafter referred to as 'the Case' , and the Seoul High Court' s original decision 2015Na2046254 decided September 23, 2016 hereinafter referred to as 'the Original Decision'), the case in which directors who had partaken in Kangwon Land board' s resolution to make donation to Taebaek-si were held civilly liable, is the first precedent to have set forth the criteria for the admissibility of corporate charitable giving. The Case and the Original Decision, having their logical foundations built upon the concept of "public interest" , recognized liability for damages under Article 399 of the Commercial Act on the following grounds; that the charitable giving itself was ill-suited as means of achieving public interest, and its contribution to the corporate as well as public interest was negligible.

This paper provides an overview of the duty of care and the business judgment rule, specifically focusing on the Supreme Court precedents and the overseas regulations concerning corporate charitable giving involving business judgment. Through such comparative jurisprudence, this paper analyzes the Supreme Court' s handling of corporate charitable giving and shows that the Supreme Court has maintained relatively rigid stance against corporate charitable giving compared to those of Japan and the United States.

Afterwards, this paper demonstrates that the Case and the Original Decision have limited the scope of admissible corporate charitable giving by proposing a test that is rooted in the concept of "public interest." First, the underlying concept of "public interest" is too vague a concept to provide a clear code of conduct for directors, and the burden of determining "public interest" works to suppress corporate charitable giving. Furthermore, the court' s outright interference with corporate decisions through such test is unwarranted, given the Supreme Court' s firm stance that substantive rationality of a business judgment shall be subject to judicial review if and only if the judgment is highly unreasonable.

Consequently, this paper attempts to establish an alternative test to be applied on the admissibility of corporate charitable giving, by excluding the concept of "public interest" in exchange for a newly defined concept of "corporate

interest.” First, in light of the Integrated Model, this paper redefines the “corporate interest” as the “long-term shareholder value”, to achieve coherence with the Supreme Court precedents on breach of trust that prioritize shareholder rights, while also seeking to harmonize with modern business environment which is tilting towards ESG factors. This paper then presents how Taebaek-si qualifies as a stakeholder with significant influence on Kangwon Land’s long-term shareholder value, by shedding light on Kangwon Land’s status as a special corporation. Ultimately, this paper proposes that judicial protection by the business judgment rule be granted to judgments made by special corporations’ directors on corporate charitable giving, thereby leading to fair outcome in the given case.