

# 개정상법상 회사기회유용의 금지

장재영\* · 정준혁\*\*

## I. 서론

### 1. 이사-회사간 이익충돌에 대한 회사법의 규율

이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의으로써 회사의 사무를 처리할 의무를 부담한다(상법 제382조 제2항, 민법 제681조). 회사는 영리를 목적으로 하는 사단법인이므로(상법 제169조), 이사는 회사의 이익 증대, 나아가 회사가치 상승을 위해 자신에게 맡겨진 직무를 성실하게 처리할 의무를 부담한다고 할 수 있다. 그런데 이사가 업무를 수행하는 과정에서 이사 자신의 이익과 회사의 이익이 서로 상반되는 상황이 발생할 수 있다. 예를 들어 이사가 회사를 상대로 거래를 하는 경우, 이사가 경업을 하는 경우, 회사가 이사에게 지급할 보수를 결정하는 경우, 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 내부자정보를 이용하여 주식거래를 하는 경우, 경영권 변동 상황에서 무능한 경영진이 자신의 자리를 보전하기 위하여 경영권 방어를 하는 경우(managerial entrenchment) 등의 상황에서는 이사의 이익과 회사 내지 주주의 이익이 상반될 가능성이 있다. 이러한 상황에서 회사의 업무를 위임받은 이사로서는 업무

를 위임한 회사 내지 주주의 이익에 반하여 자신의 이익을 우선시할 인센티브를 갖게 된다.<sup>1</sup>

이러한 이사의 기회주의적 행동을 방지하기 위해서는 이사로 하여금 회사와 이해관계가 충돌하는 상황에서 자신의 이익보다는 회사의 이익을 우선하게 할 필요가 있다. 영미법에서는 이를 이사의 충실

\* 법무법인 세종 변호사

\*\* 법무법인 세종 변호사, 소중한 코멘트를 주신 이창원 변호사님께 감사의 말씀을 드린다.

1 이와 같이 본인(principal)의 부(富)가 대리인(agent)의 행동에 따라 좌우되는 경우, 경제학에서 말하는 대리인 문제(agent problem)가 발생한다. 대리인은 본인보다 많은 정보를 갖고 있기 때문에, 대리인이 기회주의적으로 행동(opportunistic behavior)할 경우 본인의 부가 감소될 수 있고, 본인은 대리인의 이러한 행위를 방지하기 위해 감독비용(monitoring cost)을 들일 수 있는데, 이와 같이 대리인 문제 때문에 발생하는 비용들을 총칭하여 대리인 비용(agency cost)이라 한다. 본인은 대리인 비용을 많이 발생시키는 대리인보다 적게 발생시키는 대리인을 선호하고 이러한 대리인에게 더 많은 보수를 지급할 용의를 갖기 때문에, 대리인 비용을 줄이면 비단 본인뿐만 아니라 대리인의 부 역시 증가시키고 궁극적으로 사회 전체의 부를 증가시키게 된다. 회사법의 중요한 역할 중 하나는 이러한 대리인 비용을 줄임으로써 회사 이해관계인 간의 이해충돌을 조정하는 데에 있다. 이에 대한 일반적인 설명으로는 Reinier Kraakman et al., *Anatomy of Corporate Law*(2<sup>nd</sup> edition), Oxford University Press, 2009, 37면.

의무(duty of loyalty)라고 하고, 우리나라에서도 상법 제382조의3 등의 규정에 따라 이를 인정하고 있다.<sup>2</sup> 이에 더하여 특정 이해충돌 상황의 경우에는 별도의 규정들을 두어 이를 규율하고 있다. 예를 들어 자기거래(상법 제398조)나 경업, 겸직(상법 제397조)의 경우에는 이사회 승인을 얻어야만 이를 할 수 있게 하는 방식으로 규율하고 있고, 이사의 보수는 정관에 정하거나 주주총회의 승인을 받게 하는 방법으로(상법 제388조, 내부자의 미공개 정보 이용행위는 금지하고 내부자가 단기매매차익을 얻은 경우에는 이를 회사에 반환하게 하는 방법(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제172조 이하) 등으로 이해충돌을 조정하고 있다. 이와 같이 우리 법은 이사에게 일반적인 충실의무를 규정하면서도, 구체적인 상황에서 이해상충 정도에 따라 이를 금지하거나, 주주총회나 이사회 승인 등 일정한 절차를 거치는 경우만 할 수 있게 하고 있고, 위반시 형사책임, 민사상 손해배상책임을 부담시키는 등의 방법으로 이를 규율하고 있다.<sup>3</sup>

## 2. 회사기회유용의 범위

이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 회사의 기회를 자신이 이용하는 경우에도 이와 같이 이해충돌이 발생할 수 있다. 회사기회유용(usurpation of corporate opportunity)이란 미국에서 발전한 범리인데, 일반적으로 “새로운 사업(new project)이 회사의 기회(corporate opportunity)라고 여겨지면, 수탁인(fiduciary)은 이를 먼저 회사에게 제공하고 자신의 이해관계를 공개하지 않고서는 이를 이용할 수 없다”는 내용으로 설명된다.<sup>4</sup> 미국 법원은 이러한 범리에 대해 “(회사기회유용의 범리는) 임원이나 이사가 대표하는 회사와의 관계에서 최고의 선의를 가질 것을 요구하는 일반적 원칙에 대한 하나의 표현(manifestation)에 불과하다”<sup>5</sup>라고 하면서 수탁인의 일반적 신인의무(fiduciary duty), 구체적으로는 충실의무로부터 인

정되는 것으로 이해한다.

그런데 회사기회라는 개념이 다소 추상적이다 보니, 이것이 정확하게 무엇을 의미하는지 명확하지 않은 면이 있다. 이와 관련하여 미국에서의 논의들을 보면, 예를 들어 회사 공장 인근 토지에 광물이 매장되어 있다는 사실을 안 이사가, 회사로 하여금 이 토지를 사게 하지 않고 자신이 직접 매입하는 경우<sup>6</sup>와 같이 회사가 관련 설비, 자산을 취득하거나 사업을 개시하는 등의 방법으로 새로운 사업을 하거나 수익을 올릴 수 있었음에도 불구하고 이사가

2 다만 이러한 의무가 상법 제382조의3에 따른 충실의무 규정에 의하여 비로소 인정되는 것으로 볼 것인지 아니면 상법 제382조 제2항의 선관주의의무로부터 당연히 인정되는 것이고 상법 제382조의3은 이를 재확인한 것에 불과한 것으로 볼 것인지에 대한 논란이 있다. 법원은 선관주의의무와 충실의무를 특별히 구분해서 보지는 않는 것으로 이해된다. 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2011, 924면

3 이익충돌의 가능성이 있는 행위들이라고 하여 무조건 금지하는 것이 회사에 이익이 되지는 않는다. 예를 들어 내부거래는 안정적 공급과 품질의 확보를 가능하게 한다는 점에서 회사에 도움이 될 수도 있다. 김건식, “재벌총수의 시익추구행위와 회사법,” BFL 제19호(2006. 9), 서울대학교 금융법센터, 12면. 또한 대표적인 이해충돌 행위 중 하나인 내부자기거래는 우리나라에서 오랜 기간 금지되어 왔으므로 당연히 금지되어야 한다고 생각할 수도 있겠지만, 내부자기거래가 이뤄질 경우 정보공개(disclosure)비용을 들이지 않고도 회사의 정보가 투자자들에게 공개되는 효과가 있고, 이사와 회사 간의 대리인비용을 줄이는 긍정적 효과도 있을 수 있다(Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, 1996, 256면 이하). 아울러 미국에서도 이사와 회사 간의 자기거래의 경우, 최초의 무조건 금지하던 입장에서 거래가 공정하거나 이해관계 없는 정보를 제공받은(informed) 이사의 승인을 받으면 허용하는 입장으로 변화하였다(Robert C. Clark, Corporate Law, 1986, Little Brown & Company, 160면).

4 Eric Talley, “Turning Servile Opportunities into Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine,” 108 Yale L.J. 277 (1998), 279면.

5 *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. 1939).

6 Stephen J. Choi/Eric L. Talley, “Playing Favorites with Shareholders,” 75 Southern California Law Review 271 (2002).

이를 가로챌 경우들을 문제 삼고 있다.<sup>7</sup> 회사의 이사는 충실의무에 의하여 자신보다 회사의 이익을 우선시하여야 하는데, 회사기회유용의 법리는 이사가 이러한 의무에 반하여 회사에게 귀속되어야 하는 기회라는 회사의 재산을 자신이 가로채서는 안 된다는 점을 확인하는 것이다.

### 3. 상법 제397조의2 규정의 신설과 입법배경

우리나라에서도 개정상법 제397조의2 규정에 의하여 회사기회유용의 법리가 도입되었다. 미국에서와 마찬가지로 우리나라에서도 회사기회유용행위를 상법상 이사의 충실의무와 같은 일반규정으로 규율할 수 있지만,<sup>8</sup> 이를 보다 명확하게 하기 위하여 특수한 상황에서의 이사의 의무를 규정하는 영업금지(상법 제397조)나 자기거래금지(상법 제398조)와 같이 별도의 규정으로 신설한 것으로 이해된다. 널리 알려진 것처럼 본 규정은 미국 American Law Institute의 회사지배구조의 원칙(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 이하 'ALI 원칙')의 관련 규정 내용과 매우 유사하고 법리 자체도 미국 판례에 의하여 발전한 것이므로, 본 규정의 해석과 관련한 법원의 판례들이 축적되기 전까지는 미국의 논의에 상당 부분 의존할 수밖에 없을 것으로 생각된다.

그런데 한 가지 특이한 점은, 미국에서의 회사기회유용 금지 법리와 다르게, 우리나라에서는 본 규정이 이른바 재벌기업집단의 '물량물어주기'를 막기 위해 도입된 것으로 이해되고 있다는 점이다. 주지하고 있는 바와 같이, 참여연대 등 시민단체들은 재벌기업집단 소속회사들이 이른바 물량물어주기를 통해 지배주주 및 그 특수관계인들에게 회사의 부를 이전하는 점을 문제 삼아 왔는데, 이러한 문제 제기는 본 규정 신설에 상당한 영향을 준 것으로 보인다. 이는 개정상법의 모태가 된 정부가 국회에 제출한 상법 일부개정법률안<sup>9</sup>에 대한 국회 법제사법

위원회의 검토보고<sup>10</sup>를 보더라도 알 수 있는데, 이에 의하면 "최근 일부 대표이사나 지배주주들이 회사의 사업기회를 이용하여 지배력을 강화하거나 경영권을 승계하는 방법으로 악용하는 사례가 증가"하고 있지만, 기존의 충실의무, 자기거래 제한규정만으로는 규율하기 어려운 사례들이 늘어나고 있다고 하면서, 이른바 물량물어주기로 문제되었던 대표적인 사례인 글로벌스 사례와 SK C&C 사례를 언

7 미국 판례에서 회사기회유용의 법리가 문제된 사안들을 보더라도, 새로운 사업을 회사가 수행할 수 있었음에도 불구하고 이사가 회사를 통해 이를 수행하는 대신 자신이 이를 가로챌 사안들이 대부분이다. 몇몇 유명한 사건들만 살펴보면, 예를 들어 Guth v. Loft 사건에서는 음료제조회사인 Loft가 시럽 구매처를 코카콜라에서 펄시콜라로 대체하는 것을 고려하는 상황에서 이사가 직접 펄시콜라의 콜라제조법과 상표를 취득한 사안하였고, Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co. 사건에서는 회사가 매입할 필요가 있는 채석장 토지 지분을 피고들이 매입한 사안이었다. 다만 Durfee v. Durfee Canning Inc. 사건에서는 이사가 설립한 회사가 회사의 기존 휘발유 구매 업무에 중간 공급자로 개입하여 원공급자와 회사 사이에서 이익을 가로챌 사안인바, 과연 이 사건이 회사기회이용 법리로 해결되어야 하는 사건인지는 다소 의문이다. 천경훈, "개정상법상 회사기회유용 금지규정의 해석론 연구," 상사법연구 제30권 제2호(2011. 8), 한국상사법학회, 165면도 같은 견해이다. 미국에서의 사례들은 김정호, "회사기회유용금지의 법리," 경영법률 제17권 제2호(2007), 한국경영법률학회, 129면 이하; 김원기/박선중, "회사기회유용금지의 법리—미국 법원들의 중요고려요건과 그 적용 가능성," 기업법연구 제21권 제3호(2007. 9), 한국기업법학회, 83면 이하; 최준선, "회사기회유용금지이론에 관한 고찰," 저스티스 통권 제95호(2006. 12), 한국법학원, 123면 이하; 백정웅, "회사기회유용이론의 적용기준과 항변사유—미국법제를 중심으로," 비교사법 제16권 제2호(2009. 6), 한국비교사법학회, 419면 이하 등에 잘 정리되어 있다.

8 회사기회유용과 관련하여 우리나라에서 가장 논란이 된 글로벌스 사건에서도 법원은 "회사기회유용의 법리는 우리 법제하에서 이사의 선관주의의무 내지 충실의무에 포섭할 수 있는 범위 내에서 인정할 수 있다"고 판시한 바 있다(서울중앙지방법원 2011. 2. 25. 선고 2008가합47881 판결).

9 상법 일부개정법률안(정부제출), 의안번호 제1566호, 2008. 10. 2. 제출.

10 국회 법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(정부제출) 검토보고(회사편), 2008. 11. 150면 이하.

급하고 있다. 위 보고서는 이러한 사례들은 법적으로 규율할 필요성이 높고, 이에 따라 본 규정이 신설될 필요가 있다고 하고 있다.

#### 4. 물량몰아주기와 회사기회유용의 법리

과거에는 재벌기업집단 규제와 관련하여 횡령 등 각종 부정행위, 계열사 간 상호출자, 계열사 간 연대보증, 주식 등의 저가발행을 통한 경영권 승계 등이 주로 문제되었다면, 최근에는 물량몰아주기를 통한 지배주주 일가에 대한 지원 문제가 많은 주목을 받고 있다.<sup>11</sup> 앞서 본 바와 같이 본 규정은 물량몰아주기를 규율하기 위한 규정인 것처럼 입법 과정에서 인식되어 왔는데, 이에 따라 본 규정은 개정상법의 여러 규정 중에서도 특히 사회적 주목을 받았고 논란이 되었다.<sup>12</sup> 물량몰아주기에 대한 규제는 공정거래법<sup>13</sup>이나 세법<sup>14</sup>에서도 논의되고 있는 상황이다.<sup>15</sup>

그런데 과연 물량몰아주기가 회사기회유용의 법리로 규제되어야 하는 문제인지에 대해서는 상당한 의문이 있다.<sup>16</sup> 앞서 본 바와 같이, 미국에서의 회사기회유용은 회사에게 귀속되어야 할 새로운 기회(corporate opportunities)를 이사가 개인적으로 이용하는 행위를 말한다. 그런데 회사가 기존에 수행하던 사업(business activities)을 제3자에게 이전하여 수행하게 하거나, 회사가 기존 사업을 수행하는 과정에서 필요한 업무를 제3자에게 맡기는 것은 회사 입장에서 볼 때 자신이 직접 또는 제3자를 통해 수행해 온 사업이므로, 이를 회사의 새로운 기회(opportunities)로 보기는 어렵다. 달리 말하면, 회사기회란 회사 외부로부터의 새로운 기회를 말하는 것이고, 회사가 기존 사업의 일부를 외부업체에게 맡겨 거래하는 등 회사가 기존의 사업을 이용하여 적극적으로 어떠한 행동을 하여야만 비로소 창출되는 것은 제3자 입장에서는 기회일지 모르나 회사 입장에서는 기회에 해당하지 않는다.<sup>17</sup> 회사의 기회와 회사의 기존 사업은 구분되어야 하는데, 물량몰아주기는 회사의

기회에 관한 문제라기보다는 회사의 기존 사업을 누구에게 어떠한 조건으로 아웃소싱하느냐의 문제에 더 가깝다.

물량몰아주기가 어떠한 행위를 문제 삼는 것인지는 다음과 같은 간단한 사례를 살펴보면 보다 쉽게 이해될 수 있다. LCD TV를 생산하는 A라는 회사가 있다고 하자. A사는 LCD TV에 들어가는 여러 부품 중 LCD 패널을 B라는 회사로부터 대량으로 구매하고 있는데, 이는 A사가 LCD 패널을 생산하기 위해서는 대규모 설비투자가 필요하여 이를 위해서는 상당한 비용과 시간이 소요되고, B사 LCD 제품의 품질이 뛰어나고 가격 역시 합리적이기 때문이다. A사의 이사들이 위와 같은 사실에 기초하여 B사의 제품을 대량구매하기로 결정하였다면, 이는 A사 이사들의 합리적 경영판단에 의한 것으로서, A사가 B사에게 물량몰아주기를 한다고 비난하지는 않을 것이다.<sup>18</sup>

11 대기업집단 계열사의 내부거래 현황에 대해서는 공정거래위원회 보도자료, 대기업집단 계열사에 일감 몰아준 88%가 수익계약(2011. 11. 9) 참조.

12 회사기회유용은 이종대표소송, 집행위원회제도와 함께 3대 쟁점으로 지정되어 법무부 상법쟁점조정위원회에서 공개토론 등으로 논의될 정도로 중요한 쟁점이었다. 구승모, “상법 회사면 입법과정과 향후과제,” 선진상사법률연구 통권 제55호(2011. 7), 법무부, 115면.

13 독점규제 및 공정거래법(이하 ‘공정거래법’) 제23조 제1항 제7호; 공정거래위원회, 부당한 지원행위 심사지침 III. 4. 나. 현저한 규모에 의한 지원행위.

14 2011. 12. 30. 국회를 통과하여 2012. 1. 1.부터 시행되는 개정 상속세 및 증여세법은 특수관계인 간 일감몰아주기를 통하여 발생한 이익을 증여로 의제하는 규정을 두고 있다. 이에 의하면 특수관계법인으로부터 일감을 받은 법인인 수혜법인의 사업연도를 기준으로 수혜법인과 특수관계법인과의 거래비율이 일정 비율을 초과하는 경우, 해당 수혜법인의 지배주주와 그 지배주주의 친족이 수혜법인의 영업이익을 기준으로 계산한 이익을 증여받은 것으로 의제하고 있다. 위 법 제45조의3 참조.

15 기획재정부 보도자료, 일감몰아주기 및 MRO 대응방안 관련 당정협의 결과(2011. 6. 30) 등.

16 김화진, 기업지배구조와 기업금융, 박영사, 2009, 313면.

17 김화진, 앞의 책(주 16), 319면.

18 이는 현실에서도 쉽게 찾을 수 있는 사례이다. 예를 들어 애플

그런데 위 사례에서 B사의 대주주가 사실 A사 대표이사의 아들이었다고 하자. 이러한 경우에는 A사가 왜 하필 대표이사의 아들이 대주주로 있는 B사와 대규모 거래를 하느냐는 문제가 제기될 것이고, A사의 대표이사가 자신의 아들에게 이득을 주기 위해 물량몰아주기를 하고 있다고 문제 삼을 것이다.<sup>19</sup>

이와 같이 우리나라에서의 물량몰아주기에 대한 논의는, 회사가 해당 업무를 직접 하는 대신 외부업체에게 아웃소싱을 주는 것이나 회사가 외부업체와 대규모의 거래를 하는 것 자체를 문제 삼는 것이 아니라, 회사가 회사의 지배주주 등 특수한 관계에 있는 회사와 대량으로 거래를 하는 것을 문제 삼는 것임을 알 수 있다. 즉 물량몰아주기는 ‘물량을 몰아주는 행위’ 자체를 문제 삼는 것은 아니고, ‘누구에게’ 물량을 몰아주는지, ‘과연 거래조건이 공정한지’에 초점을 두고 있는 것이다. 아울러 물량몰아주기로 언급되는 사례들을 보면, 대부분 회사의 기존 사업 중 일부나 이에 수반되는 업무를 맡기는 것이 문제되고 있음을 알 수 있다.

반면 회사기회유용은 회사기회를 지배주주와 어떠한 관계가 있는 누구로 하여금 이용하게 하였는가를 문제 삼는 것이 아니라, 응당 회사에게 귀속시켜야 할 회사의 자산을 왜 회사로 하여금 포기하게 하고 이사가 이용하는가를 문제 삼는 것이다. 앞서 본 바와 같이 회사의 기존 사업이나 이에 수반되는 업무는 이미 회사가 자신의 판단에 따라 직접 수행하고 있거나 제3자에게 아웃소싱을 주고 있으므로, 이러한 업무는 이를 새롭게 수행하게 되는 제3자 입장에서는 기회일지 모르겠으나, 회사 입장에서는 기회에 해당하지 않는다.

이처럼 물량몰아주기는 회사기회유용의 문제가 아니라 회사의 기존 사업 활동 분배(allocation of business activities)의 문제이다.<sup>20</sup> 그렇기 때문에 물량몰아주기는 회사기회유용의 문제로 해결할 것은 아니고, 자기거래 규제나 이사의 충실의무 위반으로 해결해야 할 문제이다.<sup>21</sup> 특히 상법 개정으로 자기

거래 규정이 강화되어 이제는 이사와 회사 간의 거래뿐만 아니라 주요주주, 그 친족, 일부 계열회사 등과 회사 간의 거래까지 자기거래 규정에 의한 규제를 받게 되었는데, 현재 문제되고 있는 물량몰아주기 사안들은 대부분 자기거래 규정에 의해 포섭될 수 있을 것으로 보인다. 만일 포섭이 안 된다면 상법 제398조의 적용 범위를 확대하거나 공정거래법상 부당지원행위, 세법상 의제증여 등을 통해 해결하는 방안을 모색해야지 회사기회유용으로 접근하는 것은 바람직한 방법이 아니다.

물론 물량몰아주기 사례 중에서는 자기거래와 함께 회사기회유용이 함께 문제되는 사안들도 있을 수 있다.<sup>22</sup> 핵심은 물량몰아주기가 항상 회사기회유

(Apple)사는 삼성전자와 휴대전화 사업부분에 있어서 경쟁관계에 있지만, 매년 수조 원에 해당하는 LCD, 플래시메모리 등 휴대전화 부품을 삼성전자로부터 구매한다. 그렇지만 누구도 애플의 이러한 행위를 삼성전자에 대한 물량몰아주기라고 비난하거나, 애플이 자신의 사업기회를 삼성전자로 하여금 이용하게 하였다고 비난하지는 않는다. 애플사가 삼성전자로부터 대량구매를 한 것은 삼성전자를 돕기 위해서 한 것이 아니라, 자신이 모든 부품을 직접 생산하여 사용하는 것보다 삼성전자의 부품을 구매하는 것이 애플의 휴대전화 품질을 효율적으로 높일 수 있을 것이라는 애플사 경영진의 결정으로부터 이루어진 것임을 잘 알기 때문이다.

19 그렇지만 물량몰아주기 자체가 회사에게 항상 손해를 입히는 것은 아니다. 위 사례에서, A사는 B사뿐만 아니라 다른 LCD 패널 업체들을 상대로 공개입찰을 실시하였고 그 결과 B사 제품이 품질 면이나 가격 면에서 가장 뛰어나고, 따라서 다른 업체들을 사용하는 경우보다 A사에 최선의 이익이 된다고 하면, 과연 물량몰아주기로 인하여 A사에 손해가 발생하였다고 볼 수 있을까?

20 Stephen J. Choi/Eric L. Talley, 앞의 논문(주 6), 305면. 이 논문은 회사기회유용과 회사 사업활동 분배를 명확하게 구분하고 있다.

21 천경훈, 앞의 논문(주 7), 196면, 각주 93도 기본적으로 같은 견해에 바탕을 둔 것으로 이해된다. 송옥렬, 앞의 책(주 2), 947면도 물량몰아주기를 자기거래 부분에서 다루고 있다.

22 예를 들어 위 사례에서 A사가 LCD TV 이외에도 휴대전화 및 휴대전화 주요 부품을 생산하는 것이 유망하다는 것을 알았다고 하자, A사는 휴대전화에 들어가는 주요 부품의 자체생산을 위해 연구 및 준비 작업을 진행하였는데, A사 대표이사는 이러

용에 해당하지는 않는다는 점과, 회사가 외부업체에 기존 사업이나 기존 사업에 부수되는 업무를 아웃소싱 주는 것은 회사기회유용이 아니라는 점이다.

## II. 본 규정 신설의 의미 및 해석상 고려사항

### 1. 조문의 내용

본 논문은 상법 제397조의2 규정에 대한 해석상 쟁점을 검토하는 것을 그 내용으로 하므로, 다소 번거롭더라도 조문 전체를 인용하기로 한다. 본 규정은 다음과 같다.

제397조의2 (회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회

2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

본 규정은 먼저 회사의 사업기회를 “현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회”라 하고 있고(제1항 본문), 각호에서는 이를 “직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회(제1항 제1호)”와 “회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과

밀접한 관계가 있는 사업기회(제1항 제2호)”로 정의하고 있다. 이러한 회사기회를 이사가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하려면 이사회로부터 이를 이용해도 된다는 승인(이사 2/3 이상에 의한 승인)을 얻어야 한다(제1항 본문). 본 규정에 명시되어 있지는 않지만, 이와 같이 이사회 승인을 받기 위해서는 이를 이사회의 안건으로 하여야 하므로, 먼저 이사회에 회사기회 및 그 이용행위의 내용을 보고하여야 할 것이다. 만일 이사회 승인 절차를 거치지 아니한 채 회사기회를 유용하여 회사에 손해를 미치게 되면 이와 같이 ‘손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사’가 연대하여 회사에 손해를 배상할 책임을 부담하는데, 이 경우 회사기회유용으로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 회사의 손해액으로 추정한다(제2항).

### 2. 다른 조항과의 관계

그렇다면 본 규정 신설로 상법 개정 전과 비교하여 실제 달라지는 것은 무엇일까? 이를 알기 위해서는 먼저 본 규정과 다른 관련 규정의 관계를 살펴보는 것이 필요하다. 먼저 일반규정인 선관주의의무 및 충실의무 규정을 살펴보고, 구체적 상황에서 적용될 수 있는 개별 규정들을 검토하기로 한다.

#### (1) 선관주의의무 및 충실의무(상법 제382조 제2항, 민법 제681조, 상법 제382조의3)

일정 규모 이상의 회사들은 대부분 전략기획팀, 신사업팀, 지속가능성장팀 등의 명칭하에 사업을

한 연구 결과를 모두 A사 대표이사의 아들이 대주주로 있는 B사로 하여금 이용하게 하여 B사가 휴대전화 부품 회사를 설립하였다. 이후 A사는 B사로부터 휴대전화에 들어가는 각종 부품을 대량으로 구매하였다. 이러한 경우 B사의 휴대전화 부품 회사 설립은 A사 대표이사의 회사기회유용에, A사와 B사 간의 거래는 자기거래에 해당한다.

개발, 추진하는 전담조직을 두고 있다. 이와 같은 전담조직이 없더라도 회사의 임직원들은 직무를 수행하면서 항상 회사기회들을 검토하게 되고, 각종 정보를 알게 된다. 이러한 조직을 관리, 감독하는 이사들(주로 사내이사)로서는 새로운 회사의 기회가 발견되면 당연히 이를 개인적으로 이용하여서는 아니 되고, 이를 회사가 활용하는 것이 바람직한지 여부를 판단하여 이를 이사회에 보고하고 추진 여부에 대해 이사회에 의견을 물어야 할 의무를 부담한다.<sup>23</sup> 이러한 업무를 직접 수행하지 않는 이사들(주로 사외이사, 기타 비상무이사)의 경우에도 다른 이사에 대한 감시업무 등을 수행하면서 회사기회를 알게 되면 이를 이사회에 보고할 의무를 부담하고, 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고하게 할 것을 요청할 수 있다(상법 제393조 제3항). 이러한 안건이 이사회에 상정되면, 이사회는 이를 심사해서 이러한 기회를 회사가 활용할 것인지 아닌지를 성실하게 검토하고 회사가 수행할 수 있는 좋은 회사기회일 경우 회사가 이를 수행하는 것을 적극적으로 고려하여야 한다. 이러한 이사의 의무들은 모두 선관주의의무 규정이나 충실의무 규정과 같은 일반규정으로부터 당연히 인정될 수 있는 성질의 것이다.

그런데 미국에서는 이해충돌 상황에서 원칙적으로 경영판단의 원칙이 적용되지 않고 이러한 거래를 추진하는 과정에서 이해관계가 없는 이사 등에 의한 승인을 받고 거래조건이 전체적으로 공정해야 한다는 점 등이 입증되어야 면책될 수 있지만,<sup>24</sup> 우리나라에서는 이와 같은 이해충돌 상황에서 어떠한 절차 및 실질을 갖추어야 하는지에 대한 확립된 일반적인 원칙은 아직 존재하지 않는 것으로 보인다.<sup>25</sup> 따라서 회사기회를 이사가 이용하는 경우에 어떠한 절차를 갖추고 어떠한 거래의 실질을 갖추어야 정당화될 수 있는지는 위와 같은 일반규정만으로는 명확하지 않다.

결국 선관주의의무나 충실의무 규정은 본 규정의

일반규정으로서의 성격을 갖고 있고 본 규정이 없더라도 이를 근거로 회사기회유용행위를 문제 삼을 수 있지만, 본 규정의 신설로 일반규정의 성격상 명확하지 않은 부분들이 구체화되었다는 것에 의미가 있다.

## (2) 경업, 겸직금지(상법 제397조)

이사는 이사회의 승인 없이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 '영업부류에 속한 거래'를 할 수 없다(상법 제397조). 그런데 경업금지 규정이 적용되기 위해서는 회사가 실제로 영업을 하고 있거나 최소한 개업을 준비하고 있어야 하기 때문에, 회사가 진출을 위해 연구를 하는 사업이라면 이를 '영업부류에 속한 거래'라고 보기는 어렵다.<sup>26</sup> 이러한 거래는 본 규정에서의 회사의 정보를 이용한 사업기회(제1항 제1호) 내지 회사가 '수행할 사업'과 밀접한 관계가 있는 사업기회(제1항 제2호)로도 볼 수 있기

23 상법 제393조 제4항에 따라 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고할 의무를 부담한다.

24 참고로 ALI 원칙에서는 만일 이해관계 없는 이사들이 회사기회를 포기하는 결정을 한 경우, 이러한 결정은 이해충돌 상황에서 일반적으로 적용되는 entire fairness 기준이 아닌 경영판단의 원칙에 의해 심사하고 있다. ALI 원칙 §5.05(a)(3)(B). "the rejection is authorized in advance following such disclosure, by disinterested directors, or, in the case of a senior executive who is not a director, authorized in advance by a disinterested superior, in a manner that satisfies the standards of the business judgment rule". 고창현, 대한상공회의소 개최 '개정상법의 주요내용과 기업 대응 세미나(2011. 5. 26)' 토론문, 2면도 같은 점을 지적하고 있다.

25 개정상법은 이사와 회사 간의 자기거래와 관련하여 그 "내용과 절차는 공정하여야 한다"고 규정하고 있는바(제398조 후문), 이는 미국의 entire fairness 관련 법리를 표현한 것으로 일견 보이지만, 과연 그러한 것인지, 이러한 법리가 모든 이해충돌 상황에 적용될 수 있는 일반적 원칙으로 우리나라에 정립되었는지 여부는 분명하지 아니하다.

26 송옥렬, 앞의 책(주 2), 940면.

때문에 이를 통해 규율할 수 있다.<sup>27</sup> 반면 이사가 취임 전에 영위했던 경업을 취임 후에도 계속하는 경우에는 경업금지 규정은 적용될 수 있어도 회사의 사업기회를 유용한 것으로 보기는 어렵기 때문에 상법 제397조의2 규정의 적용 대상이 되지 않는다. 그렇지만 경업금지 규정이 적용되는 대부분의 사안 들에는 본 규정 역시 중복적으로 적용되는 경우가 많을 것이다. 이러한 경우에는 제397조보다 엄격한 승인요건을 규정하고 있는 본 규정의 절차에 따른 승인을 얻으면 경업금지에 대한 승인 역시 받은 것으로 보아야 할 것이다.

### (3) 자기거래(상법 제398조)

이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 미리 이사회에 이를 밝히고 승인을 얻어야 하는바(상법 제398조), 앞서 본 바와 같이 자기거래와 회사기회이용은 서로 구별되는 개념이다. 다만 회사기회를 이용한 후 자기거래가 이뤄지는 경우도 충분히 있을 수 있다. 예를 들어 회사가 공장을 향후 확장할 가능성이 있는데, 회사의 대표이사가 이러한 정보를 이용하여 미리 공장 주변의 토지를 매입하였다고 하자. 이후 회사가 공장을 확장하기 위하여 불가피하게 대표이사로부터 이러한 토지를 매입하거나 임차하였다. 이 경우 대표 이사가 토지를 매입한 행위는 회사기회이용에, 이후 회사와 대표이사가 거래한 행위는 자기거래에 해당한다. 앞에서 본 바와 같이, 회사가 제3자에게 기존의 업무에 관하여 단순히 아웃소싱을 주는 행위는 회사기회이용 규정의 적용 대상이 아니고, 이러한 제3자가 이사, 주요주주 등인 경우에는 자기거래 규정이 적용될 뿐이다.

### (4) 이사의 손해배상책임(상법 제399조)

이사가 법령, 정관을 위반하거나 임무를 게을리

하여 회사에 손해를 입힌 경우에는 연대하여 이를 배상할 책임을 부담한다. 아울러 이러한 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 이에 찬성한 이사회 위와 같은 책임을 부담한다(상법 제399조). 이사가 임무를 위배하여 회사기회를 유용한다면 위 규정에 의하여 회사에 대해 당연히 손해배상책임을 부담할 것이다. 그런데 (i) 본 규정은 회사기회이용행위로 인하여 이사회 제3자가 얻은 이익을 회사의 손해로 추정하고, (ii) 개정상법 제400조에 의한 이사 책임의 감면은 본 규정 위반의 경우에는 적용되지 않기 때문에 이러한 점에서는 상당한 의미가 있고, 본 규정을 위반하였는지, 아니면 다른 일반적인 선관주의의무나 충실의무 조항을 위반한 것인지의 중요한 차이를 가져오게 되었다.

## 3. 본 규정 신설의 의의

이상과 같이 입법 과정에서 논의된 회사기회의 유용은 상법의 기존 규정들로도 상당 부분 포섭하는 것이 가능하다. 이에 따라 본 규정 신설에 대해 부정적인 견해 및 신설 이후에는 개정이 필요하다는 견해들이 존재하였고, 이들 주장 역시 상당한 설득력을 갖는다.<sup>28</sup> 다만 앞에서 본 바와 같이 상법 제397조의2가 신설됨으로써 기존의 경업금지 등의 규정으로 포섭되지 않는 행위들에도 적용이 가능해졌고, 보다 중요하게는 회사기회의 이용이 허용되기 위해 반드시 거쳐야 하는 절차가 명시되어 절차적 규제가 강화되었다는 점에서 본 규정 신설의 의미를 찾을 수 있다. 이러한 점을 종합하면, 본 규정 신

27 참고로 상법 개정 전의 회사법 교과서들은 회사기회이용을 경업금지 부분에서 설명하고 있다. 이철송, 회사법강의(제19판), 2011, 박영사, 630면; 송옥렬, 앞의 책(주 2), 940면.

28 최준선, 앞의 논문(주 7), 132면; 전삼현, 한국경영법률학회, 한국기업법학회 2011년 추계공동학술대회 '개정상법상 기업구조재편제도의 활용과 법적 과제' 제5주제, "회사기회의 유용 및 자기거래 규제에 따른 실무적 현안과 법적 과제" 124면 등.



설로 인한 변화는 다음과 같다고 할 수 있다.

- 본 규정 신설 없이 일반규정에 의존하는 경우 회사기회의 범위에 대해서는 법원의 해석에 의존할 수밖에 없는데, 이와 관련하여 판례가 축적되지 않아 법적 안정성이 저해되는 문제점이 있었다. 여전히 규정의 내용만으로는 불분명하고 판례에 의한 보충이 필요한 면은 있지만, 회사기회를 상법에 규정하였다는 것 자체로 의미가 있다.
- 이사회 승인요건이 가중되는 등 절차적 규제가 강화되었다.
- 이사가 회사기회를 이용하고자 하는 경우에는 먼저 이를 이사회에 보고하고, 이용에 대해 이사회 승인을 받을 의무가 있음이 명확해졌다.
- 선관주의의무나 충실의무와 같은 일반규정에 더하여 위와 같이 구체적인 이사의 의무로 규정함으로써, 이러한 의무를 위반한 경우 곧바로 이사가 법령을 위반한 것으로 보아 위법성이 인정되었다. 이사에게 손해배상책임을 묻는 원고 입장에서 볼 때 이사의 위법성 입증의 용이해졌다.
- 회사기회유용으로 인한 회사의 손해를 회복하는 방법으로는 해당 행위를 무효 내지 취소하는 방법(rescission), 이사에게 손해배상책임을 묻는 방법, 의제신탁(constructive trust)의 설정 내지 회사의 개입권을 인정하는 등의 방법이 있을 수 있다. 본 규정은 기본적으로 이사에게 손해배상책임을 묻는 구체방법을 인정하였고, 손해액 추정 규정을 두어 이사에게 손해배상책임을 묻는 원고 입장에서 손해액 입증의 용이하게 되었다.

#### 4. 해석상 고려사항

본 규정은 상법 개정 과정에서 많은 주목을 받았

고, 도입 필요에 대해 찬반론이 대립하였다. 이렇다 보니 개정상법 시행을 수개월 앞둔 현 시점에서도 여전히 본 규정에 대한 우려들이 존재하고 특히 본 규정이 회사에게 과도한 제한을 가하여 기업 활동에 저해가 될 수 있다는 비판들이 존재한다. 그만큼 본 규정에 대한 합리적인 해석론이 제시되는 것이 중요하며, 구체적 쟁점들을 살펴보기에 앞서 이와 같이 제기된 문제들의 내용과 이를 해석론적으로 어떻게 고려할 것인지를 먼저 살펴보기로 한다. 아래의 문제들은 비단 본 논문에서뿐만 아니라 본 규정을 해석함에 있어 고려하여야 하고 계속 연구해 나가야 할 사항들로 생각된다.

먼저 본 규정으로 인하여 이사의 사익추구행위가 지나치게 제한된다는 우려가 있을 수 있다.<sup>29</sup> 만일 회사기회를 지나치게 넓게 해석하거나, 이사회가 회사기회이용을 승인할 수 있는 사유를 매우 좁게 해석한다면, 극단적으로 이사는 회사 직무 이외에 어떠한 영리추구도 하지 못하게 되고 회사에 경영자로 참여하는 것보다 개인 사업을 하는 것을 선호하게 될 수도 있다. 따라서 해석론을 통해 본 규정을 통한 회사경영의 투명성의 달성 및 소수주주의 보호라는 가치와 이사 개인의 영리추구행위의 자유라는 가치 간에 적절한 균형점을 찾는 것이 필요하다.

또한 회사기회이용행위에 대해 과도한 절차적 규제를 하게 될 경우 회사의 운영에 방해가 될 수도 있겠다. 본 규정은 회사기회를 이용하기 위해서는 이사회 2/3 이상의 동의를 얻을 것을 요구하고 있는데, 현실적으로 상장회사의 경우 자주 이사회를 개최하는 것이 어려워 회사에 신속한 의사결정에 방해가 될 것이라는 문제제기도 있다.<sup>30</sup> 이러한 지

29 신홍철, "2011년 개정상법 중 기업지배구조 관련 규정의 보완 과제—회사기회이용 금지 및 이사의 자기거래 규제를 중심으로," 2011. 5. 26. 대한상공회의소 개최 '개정상법의 주요내용과 기업대응 세미나' 발표문, 11면.

30 천경훈, 앞의 논문(주 7), 189면.

적이 과연 타당한 것인지, 실제 어떠한 경우 본 규정의 절차를 거쳐야 하는 것으로 보아야 하는지에 대해서도 뒤에서 살펴보기로 한다.

본 규정에 의하여 회사의 구조조정 등 경영활동이 심각하게 제약될 수 있고, 대중소기업 간 상생협력이나 퇴직자에 대한 복지제도 등에 부정적인 영향이 발생할 수 있다는 우려도 존재한다.<sup>31</sup> 그런데 이러한 행위들 중에는 회사기회의 범위 내에 포섭되지 않는 것들도 상당히 있고, 뒤에서 보는 바와 같이 이사가 선관주의의무와 충실의무를 다하여 의사결정을 할 경우 대부분 해소될 수 있다고 생각된다. 사건으로는 이 점에 대한 우려는 과도하게 증폭된 측면이 있는데, 궁극적으로는 문제가 있는 표현에 대한 개정, 판례의 축적 등으로 해결되어야 하겠지만, 그때까지는 합리적인 해석론으로 이에 대한 우려를 줄이는 것이 필요하다고 생각한다.

또한 우리나라에서는 개별 기업에서의 회사기회 유용보다는 기업집단에서 발생하는 회사기회유용이 더 사회적인 문제가 되어 왔다. 그런데 기업집단 내 회사들의 경우 서로 밀접한 사업적 관련성을 갖기 때문에, 어느 한 회사의 기회가 중복적으로 다른 여러 회사의 기회에 해당하는 상황이 쉽게 발생하고, 이러한 회사기회를 여러 회사 중 어디에 귀속시키는 것이 타당한지, 어떠한 경우에 이사에게 책임을 묻지 않아도 괜찮은지라는 상당히 어려운 문제가 발생하게 된다. 이에 대해서도 적절한 기준을 어떻게 제시할 것인지에 대한 연구가 필요하다.<sup>32</sup>

### 5. 개별 쟁점에 대한 검토

본 규정의 해석에 있어서는 회사기회 및 그 이용행위의 의미(III), 이사회 승인과 관련한 절차적, 실체적 요건(IV), 손해액 추정 등을 비롯한 본 규정 위반시 효과(V), 이렇게 세 가지가 가장 중요한 해석론적 쟁점들이다. 앞에서의 논의를 바탕으로 차례로 살펴보기로 한다.

## III. 해석론적 쟁점 (1)

### －회사기회의 이용행위

#### 1. 회사기회의 의미

##### (1) Corporate Opportunity

회사기회를 어떻게 해석할 것인가는 본 규정에서 가장 중요한 문제이다. 먼저 가장 중요한 점은, 회사기회란 회사의 어떠한 기회(opportunities)를 말하는 것인지 회사가 기존에 영위하는 사업(business)을 말하는 것은 아니라는 것을 인식하는 것이다. 일반적으로 기회는 ‘어떠한 일이나 행동을 하기에 가장 좋은 시기나 경우’<sup>33</sup>를 의미하는바, 현재 이미 보유하고 있는 것은 기회라고 보기 어렵다. 앞서 I. 4.에서 검토한 바와 같이, 회사기회란 회사가 이용할 수 있는 새로운 기회(corporate opportunities)를 말하는 것이지, 회사가 기존에 수행하던 사업(business activities)을 제3자에게 이전하여 수행하게 하거나, 회사가 기존 사업을 수행하는 과정에서 필요한 업무를 제3자에게 맡기는 등 회사가 어떠한 적극적인 행동을 하여 비로소 창출되는 것을 의미하지 않는다.<sup>34</sup> 이러

31 전삼현, 앞의 발표문(주 28), 123면.

32 이에 대한 선도적인 연구로는 최문희, “기업집단에서의 회사기회유용,” BFL 제19호(2006. 9), 서울대학교 금융법센터, 22면 이하.

33 국어대사전, 금성출판사, 1991.

34 이러한 점에서 보면, 글로벌스 사건은 본 규정 시행 이후에도 회사기회를 유용한 것으로 보기는 어려울 것으로 생각된다. 현대자동차는 자동차 생산사업에 부수되는 자동차 물류업을 몇몇 업체에게 아웃소싱을 주어 수행하게 하였는데, 지배주주가 글로벌스라는 물류회사를 설립한 이후에는 기존 업체와의 계약관계를 정리하고 글로벌스에게 아웃소싱을 주어 자동차 물류업을 수행하게 하였다. 글로벌스 입장에서 보면 현대자동차와 거래를 하는 것이 회사의 새로운 사업기회이겠지만, 현대자동차 입장에서 보면 이러한 자동차 물류업은 새로운 기회(opportunity)가 아니라, 자동차 생산사업에 부수된 기존의 업무에 불과하고, 물류 아웃소싱 업체를 기존 업체에서 글로벌스로 변경한 것에 불과하다. 회사기회유용이 성립하기 위해서는 회사의 어떠한

한 것들은 제3자 입장에서는 기회일지 모르겠으나 회사 입장에서 회사의 기회는 아니다. 미국에서의 논의를 보더라도 회사기회란 향후 회사가 새롭게 사업 등으로 활용할 수 있는 것을 전제로 하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

그럼에도 불구하고 우리나라에서의 기존 논의를 보면, 회사의 새로운 기회라는 개념과 회사의 기존 사업이라는 개념이 서로 혼동되고 있는 것을 볼 수 있다. 본 규정이 시행되면 회사가 아웃소싱을 하는 것이 제한된다는 비판이나 합병, 분할과 같은 기업 내부 구조조정에 제약이 발생할 것<sup>35</sup>이라는 주장은 모두 회사의 기회와 회사의 기존 사업을 명확히 구분하지 않기 때문에 발생하는 논란들이다. 이와 같이 해석상 논란이 발생하는 것은 상법 제397조의2의 '사업기회'라는 표현 때문에 회사가 기존에 운영하던 '사업' 역시 이에 포함되는 것으로 오해하는 데에서 비롯된 것이 아닌가 싶다. 사업기회란 앞으로 사업을 수행할 수 있는 '기회'를 의미하는 것이기 때문에 기존에 수행하던 사업인지 앞으로 수행할 수 있는 사업인지를 불문하고 '사업' 자체를 의미하는 것으로 해석하는 것은 바람직하지 않다. 이는 상법 제397조의2가 거의 그대로 활용한 미국 ALI 원칙 §5.05(b)의 문구를 보더라도 알 수 있는데, ALI 원칙 §5.05(b)에서는 회사기회를 지칭할 때 '사업 활동에 종사할 어떠한 기회(any opportunity to engage in a business activity)'라는 표현을 사용하여, 회사기회란 현재 종사하는 사업이 아니라 앞으로 종사할 사업에 관한 기회임을 드러내고 있다.

또한 주의할 것은, 본 규정 제1항 각호의 구분이 서로 명확하게 구분되는 것은 아니라는 점이다. 제1호 전단에서는 '직무를 수행하는 과정에서 알게'된 사업기회라는 표현을 사용하여 이사의 주관적 상황에 초점을 두고 있는 것으로 보이고, 제1호 후단이나 제2호에서는 '회사의 정보'나 '사업과 밀접한 관계가 있는' 사업기회라는 표현을 사용하여 이사의 주관적 상황과 관계없이 회사의 객관적 상황에

따라 사업기회를 판단하는 것처럼 보인다. 그러나 현실적으로 양자가 명확하게 구분되는 것은 아니다. 예를 들어 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게된 것인지를 판단하기 위해서는 이사의 직무 범위가 무엇인가라는 문제에 대해 답을 해야 하는데, 이사의 직무 범위란 결국 회사의 사업 및 이와 관계가 있는 업무가 무엇인지에 따라 결정된다. 이와 같이 각호의 규정은 서로 보완적인 것으로 해석되어야 하고, 실제 문제되는 사례들에서는 제1호에 해당하는지 제2호에 해당하는지가 명확하게 구분되지 않는 경우가 대부분일 것이다.

아울러 참조할 점은, 본 규정과 관련된 우리나라 법원의 판례가 축적될 때까지는 본 규정 해석에 있어서 미국의 판례들에 어느 정도 의존할 수밖에 없을 텐데, 미국의 판례에서 나온 기준들은 구체적 상황에 따라 각기 다르게 제시된 것으로서 어느 한 기준이 모든 기회유용의 사례에서 적용될 수 있는 것은 아니라는 것이다. 미국의 판례들은 회사기회의

---

적극적 행동이 없더라도 기회를 이용한 것 자체만으로 이익이 창출될 가능성이 있어야 한다. 그런데 글로벌스 사건에서는 현대자동차 지배주주가 글로벌스를 설립하였기 때문에 글로벌스의 자동차 물류사업이 변창한 것이 아니고, 현대자동차가 글로벌스에 대규모 운송 업무를 위탁하는 별도의 행동을 함으로써 많은 이익이 발생하게 된 것이다. 그렇다면 현대자동차의 지배주주가 글로벌스를 설립한 행위는 개정상법 제397조의2에 의한 회사기회유용에 해당하지는 않을 것으로 생각된다. 현대자동차가 글로벌스에게 물류업무를 맡긴 행위에 대해서는 상법상 자기거래 규정에 따라 이사회 승인을 얻었는지, 현대자동차가 글로벌스에 유리한 조건으로 거래를 하여 현대자동차의 이사들이 충실의무를 위반하지는 않았는지를 검토하여 정당성 여부를 판단하면 될 것이다. 반대 견해로는 천경훈, 앞의 논문(주 7), 181면; 구승모, 앞의 논문(주 12), 125면; 고창현, 앞의 토론문(주 24), 1면. 제3심 법원의 입장과 달리, 본 규정에서는 회사기회의 범위가 넓어졌으므로 개정상법 시행 후에는 글로벌스와 유사한 사건에 대해 본 규정이 적용될 수 있다고 본다.

35 이승철, "회사기회유용금지에 대한 검토"(권재열, "회사기회유용의 법리: 2007년 2월 조정된 상법개정안의 비교법적 검토"에 대한 토론문, 상사법연구 제25권 제4호(2007. 2), 한국상사법학회, 119면; 전심현, 앞의 발표문(주 28), 124면 등.

의미와 관련하여 이익 또는 기대 기준(interest or expectancy test), 사업범위 기준(line of business test), 공정성 기준(fairness test), 2단계 분석(two-step analysis) 등의 여러 가지 기준들을 제시하고 있는데,<sup>36</sup> 실제 사례들을 보면 어느 다른 기준을 배척한 것이 아니라 상호 보완적인 역할을 하고 있음을 알 수 있다.<sup>37</sup> 따라서 어느 사안에서 판례가 어떠한 기준을 선택하였다고 하여 그 기준이 모든 회사기회 판단에 있어 적용될 수 있는 기준으로 볼 것은 아니다.

이러한 논의를 바탕으로 이하에서는 본 규정 제1항 및 각호에서 규정하는 회사기회의 문언을 살펴보기로 한다. 앞서 본 바와 같이 실제로는 아래 내용들이 종합되어 회사기회에 해당하는 경우가 대부분이어서 각 요건을 나누어 개별적으로 보는 것은 바람직한 접근방법은 아니지만, 그래도 문언 자체를 곱씹어 보는 것은 회사기회에 대한 이해를 높이는 데 도움이 될 것이다.

### (2) 일반요건—현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 사업기회

회사기회라는 개념이 상당히 불확정적인 개념이다 보니, 본 요건은 일종의 일반요건으로서 각호의 회사기회를 제한하는 역할을 한다. 다만 회사는 영리를 목적으로 하는 법인이기 때문에, 회사에게 귀속되어야 하지만 회사에 현재 또는 장래에 이익이 되지 않는다고 볼 수 있는 회사기회라는 것이 실제 존재하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.<sup>38</sup>

### (3) 개별요건 1—직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회

#### 1) 직무수행과정에서 알게 된 사업기회<sup>39</sup>

직무를 수행하는 이사와 개인 업무를 처리하는 이사는 물리적으로 구분되는 것이 아니기 때문에 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 사업기회와 그

렇지 않은 사업기회를 구분하는 것은 쉽지 않다. 현실적으로는 해당 이사의 직무와 관련이 있는 사업기회라면 일단 직무수행과정에서 알게 된 사업기회라고 추정할 수밖에 없을 텐데, 상근 사내이사의 경우 자신이 담당하는 부서의 업무는 물론, 담당하지 않는 부서의 업무라고 하더라도 이를 아는 경우에는 해당 업무를 담당하는 다른 임직원으로부터 전해 들어서 알았을 가능성이 높으므로, 사실상 회사가 수행하는 업무에 관한 것이라면 직무수행과정에서 안 것으로 일단 추정할 수밖에 없을 것으로 생각된다. 사외이사의 경우 직접 회사의 특정 업무를 담당하는 것은 아니고 임직원으로부터 회사의 업무에 대해 보고를 받고 이사회에 참석하여 의사결정을 하는 정도의 직무만을 집행하는 것이 일반적이므로, 이러한 범위 내에서만 직무수행과정에서 안 것으로 보는 것이 합리적인 것이다.

겸임이사의 경우에는 어느 회사의 직무수행과정에서 사업기회를 알게 되었는지 구분하기가 어려운 상황이 발생할 수 있다. 양 회사 중 보다 사업적 관련성이 있는 회사의 직무수행과정에서 알았다고 보는 것이 합리적인 것이고, 만일 두 회사 모두와 사업적 관련성이 없거나 두 회사 모두에게 비슷한 정도로 있는 경우에는 어느 한 회사를 통해 이를 사용할 경우에는 상대방 회사의 사업기회를 이용하는 것으로 보아 그 회사 이사회에 승인을 얻어야 한다고 해석할 수밖에 없을 것이다.

36 Robert C. Clark, 앞의 책(주 3), 225면 이하.

37 예를 들어 사업범위 기준을 채택했다고 알려진 Guth v. Loft 판결은 이익 또는 기대 기준 역시 포섭하고 있다.

38 이에 대해서는 해당 사업기회가 회사에게는 진출이 금지된 사업이거나 누구든 영리추구가 금지된 행위의 경우에는 위 문언에 의해 회사기회에 해당하지 않게 될 수 있다는 해석도 있다. 이철송, 2011 개정상법 초조해설, 박영사, 2011, 152면.

39 ALI 원칙 §5.05(b)(1)(A)와 유사하다.

“(1) any opportunity to engage in a business activity of which a director or senior executive becomes aware, either:

## 2) 회사의 정보를 이용한 사업기회<sup>40</sup>

회사의 정보는 회사가 소유권을 갖기 때문에, 이사가 이를 자신이나 제3자를 위해 이용하는 것은 일종의 횡령 내지 절도에 해당할 수 있다(use of diverted corporate assets).<sup>41</sup> 회사가 비용을 들여 취득하였거나 임직원들의 직무수행을 통해 축적된 정보를 이용한 사업기회는 물론 여기에 포함된다. 따라서 이사가 회사의 비용으로 어떤 모임에 참석하여 알게 된 정보 역시 당연히 회사의 정보로 볼 수 있다. 실무에서는 회사의 비용지출 및 임직원들의 업무수행으로 발굴한 대상회사의 지분을 회사가 인수하면서, 대표이사도 함께 개인 자금으로 대상회사의 지분 일부를 인수하는 사례들이 종종 발견되는데 이러한 경우에는 회사의 정보인 회사기회를 이용한 것으로 볼 수 있겠다. 이러한 경우에는 본 규정에 따른 이사회 승인을 얻어야 함은 물론, 회사가 투자처 발굴에 사용한 비용을 대표이사가 부담하여야 정당화될 수 있을 것이다.

## (4) 개별요건 2—회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회<sup>42</sup>

‘회사가 수행하고 있거나 수행할 사업’에는 행위 당시 실제 회사가 수행하여 수익을 일으키는 사업은 물론 적어도 회사가 사업 개시를 결정하고 이를 위해 설비 투자 등 준비행위를 하고 있는 사업까지 포함된다고 보아야 할 것이다. 다만 사업수행 여부에 대해 내부적 의사결정이 이뤄지거나 외부적으로 어떠한 행위를 하지는 않았지만 단순히 내부적으로 검토하는 단계의 사업의 경우에는 어느 범위 내에서 이를 인정할 것인가의 문제가 있다. 그러나 이러한 사업기회들은 제1호에서 정하는 ‘회사의 정보’를 이용한 사업기회에 해당할 가능성이 높으므로 이를 구분할 실익은 많지 않아 보인다.

본 규정의 해석에 있어 가장 핵심이 되는 부분은 ‘밀접한 관계’라는 개념을 어떻게 볼 것인가에 있다.

‘밀접한 관계’라는 표현은 미국의 ALI 원칙 §5.05(b)(2)의 ‘closely related’라는 용어를 번역한 것인데, ALI 원칙은 미국에서의 사업범위 기준(line-of-business test)과 거의 같다고 보인다.<sup>43</sup> 사업범위 기준은 이사가 실제 회사기회를 알았는지와 같은 주관적 요소를 배제한 채, 회사기회가 회사의 근본적인 지식, 기존 경험, 수행능력 등을 고려할 때 이를 수행할 수 있다고 보이면 이를 회사기회로 인정하지만,<sup>44</sup> 이 역시 회사기회에 대한 명확한 기준을 제시하지는 못한다.

결국 회사가 수행하는 업무와 유사하여 회사가 쉽게 진출할 수 있는 사업이나, 회사의 업무수행과정에서 필연적으로 수반되는 사업과 관련된 회사기회의 경우에는 밀접한 관계를 인정할 수 있다고 생각된다. 이 외에도 사업기회를 회사와 수평적 경쟁 관계에 있는 사업기회와 회사와 수직적 거래관계를

(A) in connection with the performance of functions as a director or senior executive, or under circumstances that should reasonably lead the director or senior executive to believe that the person offering the opportunity expects it to be offered to the corporation”

40 ALI원칙 §5.05(b)(1)(B)와 유사하다.

“(B) through the use of corporate information or property, if the resulting opportunity is one that the director or senior executive should reasonably be expected to believe would be of interest to the corporation”

41 참고로 상법 제382조 제2항, 민법 제684조에 의하면 이사는 직무수행으로 인하여 받은 금전 기타 물건 및 과실을 회사에 인도해야 할 의무를 부담한다.

42 ALI 원칙 §5.05(b)(2)와 유사하다.

“(2) any opportunity to engage in a business activity of which a senior executive becomes aware and knows is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to engage.”

43 Matthew R. Salzwedel, “A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute,” 23 Pace L. Rev. (2002), 106면.

44 Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503 (Del. 1939).

가질 수 있는 사업기회 등으로 나누어, 이러한 관계조차 없는 사업기회는 밀접한 관계가 있다고 보기 어렵다는 기준도 참조할 만하다.<sup>45</sup> 어떠한 논의든 명확한 기준을 제시하지는 못하는 면이 있는데, 이는 다양한 회사기회의 유형을 하나의 기준에 담는 것이 불가능하기 때문에 발생하는 현상이다. 실무상으로는 제1호와의 보완적인 해석을 통하면 상당부분 이러한 기준만으로도 해결이 가능할 것으로 생각된다.

### (5) 기타 문제 – 이사 종류별로 회사기회를 다르게 볼 것인지

문제가 되는 회사기회를 상근임원과 일반이사에 대하여 다르게 보는 미국 ALI 원칙과 달리,<sup>46</sup> 본 규정은 사내이사와 사외이사(업무담당이사와 평이사)를 다르게 취급하고 있지 않다. 다만 사외이사의 경우에는 사내이사에 비해 완화된 규제가 적용되어야 한다는 견해가 있는바,<sup>47</sup> 제1호 중 직무수행과정에서 알게 된 사업기회의 경우에는 아무래도 직무의 특성상 (3) 1)에서 검토한 바와 같이 사외이사가 알게 되는 사업기회가 사내이사의 경우보다는 좁기 때문에 결과적으로 완화된 규제가 적용되었지만, 제1호 중 회사의 정보를 이용한 사업기회나 제2호의 회사의 사업과 밀접한 회사기회를 이사가 이용하는 경우에는 그 비난 가능성이 사내이사보다 낮다고 보기는 어려울 것으로 생각한다.

## 2. 이용의 주체

본 규정에서는 이사의 회사기회이용을 문제 삼는다. 자기거래에서와 달리 주요주주나 특수관계인 등은 적용 대상이 아니다. 집행임원에 대하여는 본 규정이 준용되므로(개정상법 제408조의9) 집행임원 역시 본 규정의 적용 대상이다. 반면 업무집행지시자의 경우에는 제399조, 제401조, 제403조와 같이

손해배상책임에 있어서만 업무집행지시자를 이사로 보고, 이 외에 본 규정이나 제397조(경업금지), 제398조(자기거래)를 준용하고 있지 아니하므로 본 규정의 직접적 적용은 받지 아니한다. 다만 업무집행지시자의 지시에 따라 이사가 회사기회를 이용하고, 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우에는 업무집행지시자 역시 손해배상책임을 질 수 있다.<sup>48</sup>

지배주주의 경우에도 위와 같이 해석하면 된다. 회사의 이사가 지배주주가 설립한 회사에 경영진으로 참여하여 회사기회를 이용하여 사업을 하는 경우나, 이와 같이 자신이 직접 이용하지는 않더라도 회사기회를 지배주주가 설립하거나 대주주로 있는 회사에게 제공하여 이러한 회사가 이를 이용하여 사업을 한다면, 이사가 제3자의 이익을 위하여 회사기회를 이용한 것으로 볼 수 있겠다. 만일 회사기회를 이용하는 지배주주가 이러한 회사의 이사라면, 본 규정에 의해 이러한 지배주주는 당연히 손해배상책임 등을 부담한다.

그런데 현실에서는 지배주주가 회사의 이사가 아닌 경우도 많다. 이러한 경우에는 지배주주가 자신의 영향력을 이용해서 회사기회를 이용하더라도 본 조의 직접적 적용 대상이 되지 않는다. 다른 이사가 위와 같이 회사기회를 직접적으로 지배주주에게 제공한 경우는 물론, 지배주주의 기회이용행위를 적

45 천경호, 앞의 논문(주 7), 168, 179면.

46 앞서 본 바와 같이, ALI 원칙은 상근임원(senior executive)에 대해서는 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 회사기회(제1호에 해당) 및 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 회사기회(제2호에 해당)를 이용하는 행위를 모두 문제 삼고 있지만, 일반 이사(director)에 대해서는 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 회사기회(제1호에 해당)를 이용하는 행위만을 문제 삼고 있다(ALI원칙 §5.05(b)(2)).

47 신홍철, 앞의 발표문(주 29), 13면; 고창현, 앞의 토론문(주 24), 1면.

48 본 규정과 구조가 동일한 경업금지나 자기거래제한에 대해 같은 견해로는 송옥렬, 앞의 책(주 2), 947면.

극적으로 도왔거나, 기회이용행위를 잘 알고 있으면서도 이를 심각하게 묵인, 방관하여 부작위에 의하여 위와 같은 이용행위를 한 것으로 볼 수 있는 정도에 이르게 되면<sup>49</sup> 이러한 이사에게 본 규정 위반을 문제 삼을 수 있겠다. 그렇지만 지배주주는 본 규정의 적용 대상이 아니기 때문에, 지배주주에게 어떻게 책임을 물어야 할 것인가의 문제는 여전히 남게 되는데, 이는 결국 상법 제401조의2에 따른 업무집행지시자 책임 규정을 활용하여 해결하여야 할 것으로 보인다. 지배주주가 자신의 영향력하에 있는 이사에게 지시하여 이사가 지배주주나 지배주주가 대주주인 회사를 위해 회사기회를 이용하게 하였거나 지배주주의 이용행위를 방치하게 하였다면, 지배주주에게도 손해배상책임을 물을 수 있을 것이다. 다만 지배주주가 이사에게 기회이용을 지시했는지를 입증하기란 실제로 그리 쉽지는 않다.<sup>50</sup>

### 3. 이익을 위한 이용행위

회사기회를 ‘자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하는 행위’가 본 규정에 의해 문제된다. ‘이용’이란 상당히 넓게 해석될 수 있는 표현으로서, 이용자가 반드시 계속적으로 이용을 할 필요는 없고 1회성 거래라 하더라도 이용행위에 해당한다.<sup>51</sup> 회사기회를 이용하여 이사가 직접 사업을 하거나 회사를 설립하여 사업을 하는 경우, 제3자가 주주인 회사에 이사가 경영진으로 참여하여 사업을 하는 경우에도 이용행위에 해당한다고 보아야 한다. 회사기회를 제3자에게 제공하여 제3자가 사업기회를 이용하는 경우에는 이사가 제3자에게 회사기회를 제공하는 행위를 ‘제3자의 이익을 위하여’ 이용한 것으로 볼 수 있으므로 역시 이용행위에 포함된다.

## IV. 해석론적 쟁점 (2)

### —이사회 승인과 관련한 절차적, 실체적 요건

#### 1. 이사회에 대한 보고 및 이사회의 승인 방법 (절차적 요건)

##### (1) 이사회에 대한 보고

본 규정상 이사에게 회사기회이용을 보고할 의무가 명시되어 있지는 않다. 다만 회사기회를 이용하기 위해서는 이를 이사회의 안건으로 하여 이사회의 승인을 얻어야 하므로, 이를 위해서는 이사회에 먼저 회사기회의 내용 및 이용 의사가 보고되어야 할 것이다.

##### 1) 보고의 주체

회사기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위해 사용하고자 하는 이사는 이사회에 이를 보고하면서 그 승인을 구하여야 한다. 자기거래의 경우 법원은 “그 거래와 관련된 이사는 이사회의 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실을 개시하여야 할 의무가 있다”고 판시하였는데,<sup>52</sup> 이는 본 규정에서도 그대로 적용될 수 있다. 집행임원의 경우 본 규정의 적용을 받지만, 업무집행지시자의 경우에는 상법 제401조의2가 본 규정을 적용 대상으로 하고 있지 아니하므로 회사기회를 이용하더라도 보고를 하거나 이를 승인받을 의무는 없다.<sup>53</sup> 다만 이로 인하여 회

49 천경훈, 앞의 논문(주 7), 185면; 구승모, 앞의 논문(주 12), 126면(통상의 작위의무 불이행보다 적극적으로 넓게 해석하여야 한다고 본다).

50 송옥렬, 앞의 책(주 2), 964면.

51 이철송, 앞의 책(주 38), 153면.

52 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

53 반대 견해로는 천경훈, 앞의 논문(주 7), 183면(업무집행지시자

사에 손해가 발생한 경우에는 손해배상책임을 진다는 점은 앞에서 본 바와 같다.

실제 회사기회를 이용하는 이사가 아닌 다른 이사들도 이러한 보고의무를 부담하는가? 이는 본 규정에 따라 해석될 수 있는 문제는 아니고 일반적인 이사의 감시의무나 주의의무의 법리에 따라 해석하면 된다. 즉 이사는 다른 이사가 본 규정 위반 행위를 하는지 감시할 의무를 지고, 본 규정을 위반하는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 보고의무를 부담한다고 보면 된다. 회사에서 업무를 담당하고 있지 않은 이사의 경우 업무담당이사에 비하여 회사 업무를 잘 파악하는 것이 쉽지 않으므로 '알 수 있었을 경우'의 범위가 상대적으로 좁을 수밖에 없을 것이다.<sup>54</sup>

만일 실제 회사기회를 이용하고자 하는 이사는 이를 이사회에 보고하지 않았는데, 다른 이사가 이를 알게 되어 이사회에 보고한 경우에는 어떻게 보아야 할 것인가? 본 규정은 누가 보고의무를 부담하는지에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않고, 단지 이사회 승인을 받아야 한다고 규정하고 있기 때문에, 위와 같은 경우 설사 해당 이사가 보고하지 않았다고 하여 곧바로 본 규정 위반이 되는 것은 아니다. 본 규정은 이사회 승인을 받지 않고 회사기회를 이용하는 것을 금지하는 것이지, 이사회 보고를 하지 아니한 그 자체를 문제 삼는 규정은 아니기 때문이다. 다만 선관주의의무나 충실의무에 기한 보고의무 내지 이사회 보고의무(상법 제393조 제4항) 위반의 문제는 발생할 수 있겠다.

따라서 해당 이사가 보고하지 않고 다른 이사가 이사회에 보고하였고, 이사회에서 적법한 심의를 거쳐 해당 회사기회이용을 승인하였다면, 해당 이사에 본 규정 위반의 문제는 발생하지 않는다. 다만 이사회 승인이 적법하기 위해서는 이사들이 충분한 정보를 바탕으로 결정(informed decision)하는 것이 필요한데, 아무래도 해당 이사가 아닌 다른 이사가 보고하는 경우에는 회사기회이용의 내용에 대

해 정확하게 보고하지 못할 가능성이 있으므로 과연 충분한 정보에 기한 승인이 이루어졌는가에 대한 의문이 있을 수 있겠다. 회사기회이용의 승인 여부를 심의하는 이사들로서도 이러한 점을 고려하여 해당 이사에 보고할 것을 요구해야 할 것이다.

## 2) 보고의 내용

보고를 하는 이사는 이용하고자 하는 회사기회의 중요한 내용, 회사기회를 회사가 사용하였을 경우 회사의 예상 손익, 회사기회에 관한 자기의 이해관계, 회사기회를 실제 활용하여 사업을 할 자, 구체적으로 어떻게 활용할지, 회사와 이사 간의 이해관계 충돌 여부 등 중요한 사실을 회사에 개시하면서 승인을 구하여야 한다.<sup>55</sup> 앞서 본 바와 같이 보고의 내용이 부실한 경우에는 과연 제대로 된 이사회 승인이 있었는지에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다.

## (2) 이사회 승인

### 1) 승인의 대상

이사회가 어떠한 내용을 승인하여야 하는지는 문언상 분명하지 않다. (i) 회사기회를 회사가 이용할지 여부에 대한 승인이라는 입장과 (ii) 회사기회를 해당 이사가 이용하는 것을 허용할지 여부에 대한 승인이라는 입장이 있을 수 있다. 그런데 어떠한 사업을 회사가 수행할지 안 할지에 대한 결정은 회사 운영 과정에서 일반적으로 발생하는 사항이다. 본 규정이 이사 2/3 이상의 가중된 요건에 의한 결의를 요구한 것은, 회사기회를 회사가 이용할지 안 할지가 통상의 경우보다 중요한 문제이기 때문이 아니라, 회사기회를 회사 대신 이사가 이용할 경우 이해

도 자신의 업무집행과 관련하여서는 본 규정에 따른 보고의무를 부담한다고 본다.

54 이철승, 앞의 책(주 27), 619면.

55 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.



충돌의 가능성이 높기 때문이다. 이사들은 본 규정에 따른 승인시 회사가 해당 사업을 할 것인지 여부와 함께 회사기회를 다른 이사가 수행할 경우 어떠한 이해충돌 가능성이 있는지를 면밀히 검토하여 승인하여 할 것인바, 이러한 점에서 보더라도 “회사 기회를 회사가 이용하지 않는다는 결정과 함께 해당 이사가 회사기회를 이용하는 것”에 대한 승인이 있어야 본 규정에 따른 승인이 있었다고 해석하는 것이 합리적이다.<sup>56</sup>

## 2) 승인의 요건

정관에서 달리 정하지 않는 한 이사회회의 일반적인 결의요건은 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수이다(상법 제391조 제1항). 그런데 본 규정의 경우에는 이사 2/3 이상의 승인이 있어야 하므로 상당히 가중된 결의요건이라 할 수 있다. 여기서 이사란 당연히 출석이사가 아닌 재적이사를 의미하는 것으로 해석해야 하고, 이해관계가 있는 이사들은 결의에 참석할 수 없다(상법 제391조 제3항, 제368조 제4항). 자본금총액이 10억 원 미만인 회사는 이사회 승인을 주주총회 승인으로 대신하게 되어 있으므로(상법 제383조 제4항) 주주총회가 승인하여야 함은 물론이다.<sup>57</sup>

본 승인권한을 정관이나 이사회결의 등에 의해 대표이사에게 위임하는 것은 허용되지 않는다. 다만 본 규정의 취지가 회사나 주주에게 손해가 발생하는 것을 방지하는 데에 있다는 점을 고려할 때 자기거래에 관한 기존 판례의 입장과 마찬가지로 본 승인권한을 정관으로 주주총회 결의사항으로 정하거나 정관의 규정이 없는 경우 주주 전원의 동의<sup>58</sup>로 승인할 수 있다고 보인다.

승인요건을 가중한 것은 이사회 내 위원회의 권한 위임을 어렵게 하기 때문에<sup>59</sup> 실무상으로는 불편함이 발생하고 이사회회의 기동성에 장애가 될 수도 있다.<sup>60</sup> 특히 대규모 상장회사의 경우 이사회회를 필요할 때마다 소집하는 것이 어렵기 때문에 위와

같은 가중된 결의요건은 신속한 의사결정에 장애가 되는 측면이 있다. 그렇지만 앞서 살핀 바와 같이, 본 규정에 의한 승인은 ‘회사가 회사기회를 이용하지 않고 이사가 이를 이용하는 것’에 대한 승인이지 ‘회사기회를 회사가 사용할지 여부’에 대한 승인이 아니다. 후자의 경우에는 본 규정과 관계없이 일반 결의요건에 의하여 승인하는 것이 가능하고, 소규모의 위원회에 위임하는 것도 물론 가능하다. 회사 입장에서 볼 때 후자의 경우에는 신속한 의사결정이 필요하겠지만, 전자의 경우, 즉 회사기회를 이사에게 사용하게 할지 여부가 회사 입장에서 급박하다거나 반드시 신속한 의사결정이 요구되는 사항인지는 다소 의문이다. 우리 입법자가 재적이사 2/3 이상의 승인을 요건으로 정한 것은 회사기회이용의 경우 회사와 이사 간의 이해충돌 가능성이 있으므로 이를 보다 엄격한 요건에 따라 승인하게 하는 데에 그 취지가 있다고 볼 수 있는데, 그렇다면 적어도 이사들이 신중한 심의를 하게 한다는 측면에서 볼 때 본 규정이 반드시 잘못되었다고 보기는 어렵다.

다만 모든 이사들의 2/3 이상으로 승인하는 것이

56 반대 견해로는 천경훈, 앞의 논문(주 7), 188면(본문에 언급된 두 가지 내용의 승인 모두 각각 가능하다고 본다).

57 다만 이 경우 일반결의요건에 의하여 승인해야 하는지 아니면 이사회회의 경우에 준하여 발행주식총수의 2/3 이상으로 하여야 하는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 이에 대해서는 이사회결의와 주주총회 결의는 결의방법의 본질이 다르므로 일반결의로 하면 족하다는 견해가 있다. 이철송, 앞의 책(주 38), 150면.

58 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다16310 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결. “이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대한 승인은 주주 전원의 동의가 있거나 그 승인이 정관에 주주총회의 권한사항으로 정해져 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이사회회의 전결사항이라 할 것이므로 (이하 생략)”.

59 물론 위원회를 재적이사의 2/3 이상으로 구성하면 위원회의 위임 자체가 불가능한 것은 아닐 것이다. 다만 이사회 내 위원회 제도라는 것이 기본적으로 이사회 결의의 신속성을 도모하기 위해 일부 이사들의 결의로 이사회에 의한 결의가 있었던 것으로 보는 데에 의미가 있는바, 위와 같이 재적이사의 2/3 이상으로 위원회를 구성하는 것은 회사 입장에서 별 실익이 없겠다.

60 천경훈, 앞의 논문(주 7), 188면.

적절한지에 대해서는 다소 의문이 있다. 회사와 이 사 간의 이해충돌 가능성이 있는 사항의 경우 기본적으로 이해관계가 없는 독립된 이사로 하여금 이를 승인하게 하는 것이 절차적 정당성을 확보할 수 있는 수단이다. 물론 상법 제391조 제3항에 의하여 이해관계가 있는 이사들은 결의에 참석할 수 없지만, 실제 회사기회를 이용하는 이사 이외에 이러한 이사로부터 사실상 영향력을 받는 이사들까지 위 규정에 의해 결의가 제한된다고 보기는 어렵다. 따라서 입법론적으로는 상장회사의 경우에 사외이 사들에게만 승인권을 부여하는 등의 방법이 현행 상법의 틀 안에서 보다 절차적 정당성을 부여할 수 있는 방법이 아닌가 생각된다.

### 3) 다른 규정상 승인과의 관계

앞서 본 바와 같이, 본 규정에 의한 회사기회의 이용행위는 상법상 영업금지 규정과 중첩적으로 적용되는 경우가 발생할 수 있고, 회사기회이용 후 자기거래가 수반되는 경우도 발생할 수 있다. 먼저 영업금지의 경우, 이사회 승인 요건이 통상의 이사회 결의 요건이므로, 영업금지 규정에 따른 승인을 받았다 고 하여 본 규정에 따라서도 승인을 받은 것으로 보기는 어렵겠다.<sup>61</sup> 자기거래제한의 경우에는 개정상법상 승인 요건이 같으므로 이사회 승인이 양 규정의 내용을 모두 포섭하는 경우에는 이사회 승인을 중복하여 받을 필요는 없을 것이다.

### 4) 승인의 시기

본 규정의 문언상으로는 회사기회이용 전에 이사회 승인을 받도록 규정한 것으로 보인다. 그렇다면 이용행위가 이루어진 후 사후적으로 이사회의 추인을 받는 경우 본 규정에 따른 이사회 승인을 받은 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 이에 대해서는 긍정설<sup>62</sup>과 부정설<sup>63</sup>의 대립이 있다. 상법 개정 전 자기거래에 관하여서는 사후추인을 부정하는 입장이 통설이지만,<sup>64</sup> 판례는 사후추인도 가능하다는 입장<sup>65</sup>

이어서, 개정 전 자기거래 규정과 체계가 비슷한 본 규정의 경우에도 법원은 사후추인이 가능하다고 볼 가능성이 있다. 다만 사건으로는 본 규정은 절차적 공정성을 강화하지는 데에 그 취지가 있으므로 이사회 승인이라는 핵심 절차를 위반한 행위를 쉽게 면책해 주어서는 안 되고, 사후추인을 인정할 경우 총주주의 동의에 의하여만 이사의 책임을 면제해주는 상법 제400조 규정을 사실상 잠탈하게 된다는 점에서 사후추인은 가능하지 않다고 보아야 한다.<sup>66</sup>

## 2. 승인시의 판단기준 및 법원의 심사기준

### (실체적 요건)

#### (1) 일반적 기준

본 규정은 회사기회를 유용하기 위해 거쳐야 할

61 다만 경영은 회사에 현실적인 피해를 가져오는 행위임에 비해, 회사기회유용은 회사의 잠재적인 영리기회를 차단하는 것이므로 회사에 주는 손해의 위험성은 경영의 경우가 더 큰데, 개정 상법상 승인 요건은 반대로 되어 있다는 비판이 있다. 이철송, 앞의 책(주 38), 150면.

62 사후추인을 인정하는 견해들은 사후추인을 허용해야 이사회에 의 보고를 촉진할 수 있다는 점, 사후추인을 인정한다고 해서 이사회 추인해야 하는 압박을 느끼는 것은 아니라는 점, 본 규정은 회사기회라는 재화의 분배권을 이사회에게 준 것이므로 사후추인도 부정할 것은 아니라는 점, 회사기회인지 여부는 모호하므로 단순과실에 의하여 사전 승인을 받지 않은 이사의 경우 사후추인을 통해 면책될 수 있어야 한다는 점, 개정상법 제 398조의 자기거래 규정은 '미리' 승인을 받아야 함을 명시적으로 규정하고 있지만 본 규정은 그렇지 않다는 점 등을 근거로 들고 있다. 천경훈, 앞의 논문(주 7), 190-192면; 고창현, 앞의 토론문(주 24), 3면.

63 이철송, 앞의 책(주 38), 150면; 신홍철, 앞의 발표문(주 29), 12면; 구승모, 앞의 논문(주 12), 126면; 정찬형, "2011년 개정 회사법의 내용과 과제," 서울지방변호사회, 한국법학원 공동개 최 심포지엄 '2011년 상법 개정에 따른 제문제'(2011. 11. 14), 28면.

64 이철송, 앞의 책(주 27), 640면; 송옥렬, 앞의 책(주 2), 945면.

65 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결.

66 이철송, 앞의 책(주 38), 150면. 자기거래에 관한 논의이기는 하나, 송옥렬, 앞의 책(주 2), 945면도 같은 입장이다.

절차를 규정하고 있고, 실질적 측면, 즉 어떠한 내용의 회사기회이용을 이사회가 승인할 수 있는지에 대해서는 별도로 규정하고 있지 아니다.<sup>67</sup> 사전에 거쳐야 하는 절차를 법률에 규정하는 것(ex ante rules)은 비교적 용이하지만, 승인 대상 행위가 어떠한 실질을 갖추어야 하는지, 어떠한 경우에 승인하여야 하는지에 대해서는 그 실질상 법률에 사전적으로 규정하는 것은 쉽지 않고 결국 법원의 사후 심사(ex post judicial review) 및 이를 바탕으로 수립된 기준(standards)에 의존할 수밖에 없다. 이와 관련하여 미국에서는 이해충돌 상황에서는 경영판단원칙의 적용 등을 배제하는 등 다른 심사기준을 적용하지만, 우리나라 법원이 이해충돌 상황에서의 판단기준과 그렇지 않은 상황에서의 판단기준을 특별히 달리 보고 있는지는 분명하지 않다.

그렇다면 일반적인 경영활동에 대한 결정과 마찬가지로, 회사기회이용을 승인하는 이사들은 승인당시를 기준으로 선관주의의무 및 충실의무를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다는 객관적 자료 및 믿음하에 이를 승인하여야 하고(승인시 판단기준), 법원은 이사들이 충분한 정보에 근거하여 위와 같이 승인을 하였다면 결과적으로 회사에 손해가 발생하더라도 이를 문제 삼지 않아야 할 것이다(법원의 심사기준).

## (2) 구체적 상황에서의 판단기준

회사가 어떠한 사업을 수행할 것인가 아닌가는 전적으로 회사의 경영에 맡겨진 사항이다. 회사는 주주나 채권자로부터 자금을 조달하여 사업을 수행하는바, 이와 같이 한정된 자원을 어느 사업에 배분할지는 기본적으로 회사의 경영자가 판단할 사항이고 법률이 개입하여 판단할 수 있는 성질의 것이 아니다. 또한 회사가 어떠한 사업을 하는 경우에도 모든 사업에 필요한 설비 및 조직을 취득하여 자신이 직접 수행하거나 자회사를 설립하여 이를 통해 수

행할지, 아니면 사업에 필요한 설비 및 조직을 갖고 있는 외부자와 계약을 체결하여 수행할지 역시 법률이 개입할 성질의 것이 아니다. 법경제학에서는 이와 같이 생산을 조직화하고 사회적 분업 간에 협동질서를 만들어 내는 방법을 크게 시장(market)을 통하는 방법과 기업이라는 조직(organization)을 통하는 방법으로 나누는데, 전자의 경우에는 거래비용(transaction cost)이 소요되고 후자의 경우에는 조직비용(organization cost)이 소요된다. 회사를 통하는 경우에는 외부로 나타나는 거래를 상당 부분 내부화(internalization of transaction)해야 하기 때문에 그만큼 거래비용은 줄어들지만 조직비용은 증가하게 된다.<sup>68</sup> 결국 회사는 거래비용과 조직비용을 비교하여 사업진출에 대한 의사결정을 하게 된다. 실무상으로는 해당 사업을 회사가 직접 수행하거나 자회사를 설립하여 수행할 경우의 초기 투자비용, 투자 실패 리스크, 해당 사업의 계속 가능성, 회사의 투자 여력 등 자금 상황, 전문 인력의 확보 상황, 사업의 계속 유지비용, 결과물의 품질이나 서비스의 질 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다. 앞서 본 바와 같이 회사는 한정된 자원을 효율적으로 배분하여 사용하여야 하기 때문에 회사가 자신에게 주어진 모든 기회를 활용하여야만 회사가 유리해지는 것은 아니다.

67 자기거래의 경우(개정상법 제398조)에는 거래의 내용과 절차가 공정하여야 한다는 문구가 포함되었지만, 이것이 이사들이 승인 시점에서 보았을 때 거래의 내용이 공정하면 된다는 것인지, 미국에서처럼 경영판단원칙의 적용이 배제되어 거래의 유효성을 주장하는 당사자가 거래가 공정하였음을 입증해야 하는 것인지, 극단적으로 보아 사후적(hindsight)으로 거래조건이 불공정하면 문제가 되는 것인지는 문언상 분명하지 않다.

68 Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm," *Economica*, n.s., 4 (November 1937) (Coase, *The Firm, The Market, and The Law*, The University of Chicago Press, 1988, 33면 이하에 재수록). 이에 대한 내용은 박세일, 법경제학, 박영사, 2000, 425면 이하; 천경훈, 앞의 논문(주 7), 195면에도 소개되어 있다.

이상과 같은 경영상 판단은 회사의 업무수행과정에서 항상 일어나는 문제이다. 본 규정에 따른 승인은 회사가 회사기회를 이용하지 않는다는 결정과 함께 이사가 회사기회를 이용하는 것을 허용하는 것에 대한 결정이다. 이러한 경우에도 마찬가지로 위의 논리는 여전히 적용될 수 있다. 예를 들어 회사가 어떠한 회사기회를 이사가 이용하는 것을 허용하는 경우, 회사가 직접 이용하는 경우의 필요 비용, 투자 리스크 등은 물론, 이사가 해당 사업을 수행할 경우 회사에 미치는 부정적 영향은 없는지, 혹시 이사가 사업을 위해 회사의 자산이나 정보를 사용한다면 이에 대한 정당한 대가를 회사에 지급하는지 등 구체적 상황에 따라 다양한 요소들에 대해 종합적으로 고려하여 이를 허용하는 것이 회사에게 최선의 이익이 된다는 결정이 내려졌다면 이를 문제 삼아서는 안 될 것이다.

### (3) 본 규정에 대한 우려 및 이에 대한 평가

앞서 II에서 본 바와 같이 본 규정이 시행되면 회사의 활동이 상당 부분 제약될 것을 우려하는 목소리들이 있다.<sup>69</sup> 예를 들어 (i) 합작투자나 계열사 간의 사업조정 등이 이루어질 경우, 회사가 자신의 회사기회를 포기하고 다른 자에게 제공한 것이 되어 회사의 구조조정에 제약이 발생할 것이라는 점, (ii) 대기업이 중소기업 관련 업종에 진출하지 않거나 휴면 특허의 이전 등 대중소기업 동반성장 차원에서 이뤄지는 행위나, 회사들이 직원 복지 차원에서 퇴직자에게 대리점이나 납품업체로서 활동할 수 있는 기회를 제공하는 등의 행위가 본 규정으로 인하여 제한될 수 있다는 점, (iii) 건전한 차원에서의 창업기회가 제한됨으로써 기업가 정신이 위축될 수 있다는 점, (iv) 회사기회라는 개념 자체가 모호하다 보니 남소의 우려가 있다는 점 등이 주로 문제되고 있다.

이와 같은 문제제기는 본 규정의 문언이 다소 명

확하지 않은 데에서 기인하는 측면이 있다.<sup>70</sup> 따라서 궁극적으로는 본 규정의 개정이나 법무부 등에 의한 가이드라인의 제정 및 판례의 축적 등으로 해결될 수 있는 문제이고, 이러한 점에서 보면 위 주장들은 충분히 검토할 만한 가치가 있다. 그렇지만 이러한 우려들은 기본적으로 대부분 앞서 본 이사들의 판단기준 및 법원의 경영판단의 원칙 등 심사기준에 의하여 충분히 해결될 수 있거나<sup>71</sup> 애당초 회사기회에 해당하지 않는 문제들임을 확실히 하고자 한다. 예컨대 100% 자회사를 설립하는 대신 합작투자를 하면 일견 합작파트너에게 회사기회를 이전하는 것처럼 보이지만, 합작파트너의 시장에서의 영향력, 기술력, 명성, 자금력 등을 활용하여 해당 사업을 보다 번창시킬 수 있는 등의 긍정적 효과가 존재할 수 있으므로, 회사의 이사들이 이러한 점을 고려하여 결정한다면 본 규정 위반의 문제는 발생하지 않을 것이다. 자신의 사업 일부를 다른 계열사에게 매각하거나 합병, 분할 등 구조조정을 하는 행위들도 이를 통한 재무구조 개선, 합병으로 인한 시너지 효과, 분할을 통한 역량 집중 및 전문화 등의 긍정적 효과들이 있을 수 있으므로 정당화될 수 있고, 보다 근본적으로 과연 회사기회에 해당하는지의 의문이 든다. 중소기업에 대한 지원이나 퇴직자에 대한 지원도 이를 통해 회사가 얻을 수 있는 긍정적 효과(예를 들어 회사 이미지 개선, 직원들의 충성심 강화 등)가 존재한다면 정당화될 수 있는 행위들이다. 아울러 회사기회의 모호성으로 인한 남소 문제는 경영자들이 선관주의의무와 충실의무를 다하여 심의를 한다면 충분히 방어할 수 있기 때문에 역시 본 규정 고유의 문제로 볼 것은 아니라고 생각된다.

69 전삼현, 앞의 발표문(주 28), 123면 ; 신홍철, 앞의 발표문(주 29), 11면 ; 이승철, 앞의 토론문(주 35), 117-119면.

70 이에 대해서는 III. 1. (1)에서 살펴본다.

71 천경훈, 앞의 논문(주 7), 198면도 같은 견해이다.

## V. 해석론적 쟁점 (3)

### — 본 규정 위반의 효과

#### 1. 손해배상

##### (1) 손해배상의 주체

본 규정은 회사기회유용으로 이사나 제3자가 얻은 이익을 회사의 손해로 추정하고 있고, 본 규정의 적용을 받을 경우 개정상법 제400조 제2항에 따른 책임 감면 규정이 적용되지 않으므로, 본 규정에 의한 손해배상의 주체가 누구인지를 분명히 하는 것은 상당한 의미가 있다. 본 규정 제2항은 '제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사'를 본 규정에 의한 손해배상의 주체로 정하고 있는데, 다음과 같이 해석상 두 가지 논란이 존재한다.

먼저 '제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사'는 제1항의 절차를 거치지 아니한 채 회사기회를 유용하여 회사에 손해를 발생시킨 이사를 말하는 것으로 보인다. 그렇다면 제1항의 절차에 따라 이사회에 보고를 하고 이사회가 승인을 얻은 후 회사기회를 이용했지만 이러한 이사회가 승인이 선관

주의의무를 위반하여 잘못 이뤄진 것인 경우, 회사기회를 이용한 이사는 제1항을 위반하지는 않았다고 볼 수 있으므로 손해배상의 주체가 되지 않는 것으로 해석될 수 있다(이하 '논점 1').<sup>72</sup> 다음으로 '승인한 이사'가 누구인지도 분명하지 않다. 이에 대해서는 선관주의의무에 반하여 잘못 심사하여 회사기회유용을 승인한 이사들을 의미한다는 견해<sup>73</sup>와 제1항에 위반하여 이사회 승인 없이 회사기회유용을 알면서도 이를 교사, 방조, 지원한 이사를 의미한다는 견해<sup>74</sup>가 있다(이하 '논점 2').

이러한 해석상 논란은 제397조의2 제2항의 문구가 명확하지 않기 때문에 발생하는 문제로, 개정을 통해 명확히 하는 것이 가장 좋은 해결책이다.<sup>75</sup> 다만 개정 전까지는 주어진 문구하에서 최대한 합리적으로 해석할 수 있는 해석론을 준비할 수밖에 없는데, 먼저 본 규정의 준수 여부와 관련하여 발생할 수 있는 시나리오별로 이사의 책임을 어떻게 묻는 것이 합리적인지를 살펴볼 필요가 있다. 편의상 어느 이사가 회사기회를 이용하였고 이로 인하여 회사에 손해가 발생하였다고 하자.

〈표 1〉을 보면, 먼저 이사회에 아예 보고가 이뤄지지 않은 경우나 이사회에 보고되었으나 이사회가

〈표 1〉

	회사기회를 이용한 이사	나머지 이사
이사회에 아예 보고되지 않은 경우(①)	책임 있음 (제397조의2 적용 대상)	책임 없음. 단 감시의무 위반의 문제(제399조)
이사회에 보고되었으나 이사회가 승인하지 않은 경우(②)	책임 있음 (제397조의2 적용 대상)	책임 없음
이사회에 보고되었으나 이사회가 선관주의의무 등 위반하여 잘못 승인한 경우(③)	(논점 1)	(논점 2)
이사회에 보고되고 이사회가 적법하게 승인한 경우(④)	책임 없음	책임 없음

72 이철승, 앞의 책(주 38), 154면.

73 이철승, 앞의 책(주 38), 154면 ; 천경훈, 앞의 논문(주 7), 204면 ; 구승모, 앞의 논문(주 12), 127면

74 고창현, 앞의 토론문(주 24), 2면.

75 구승모, 앞의 논문(주 12), 127면.

이를 승인하지 않았음에도 불구하고 회사기회를 이용한 이사는 본 규정에 의하여 책임을 부담하는 것이 명확해 보인다. 나머지 이사들은 책임이 없겠으나, 앞서 본 바와 같이 아예 이사회에 보고가 되지 않은 경우에는 감시의무의 위반 여부에 따라 책임이 발생할 수도 있을 것이다(①, ②). 이사회가 본 규정에 따라 적법하게 승인하였으나 손해가 발생한 경우에는 비록 사후적으로는 회사에 손해가 되었을 지언정 이사들에게 임무 위배가 없으므로 손해배상 책임을 부담하지 않는 것이 당연하다(④).

이사회에 보고되었으나 이사회가 선관주의의무를 위반하여 잘못 승인한 경우(③)가 해석상 가장 논란이 있는 경우인데, 먼저 논점 1의 경우 문언상으로는 '제1항을 위반하여 손해를 발생시킨 이사'라고 되어 있으므로, 이사회에 승인을 얻은 이사의 경우에는 승인이 제대로 이루어졌는지와 상관없이 제1항을 준수하였으므로 본 규정에 따른 책임을 묻기는 어렵다고 해석하여야 할 것으로 보인다. 이와 같이 이사회 승인을 믿고 회사기회를 이용한 이사에 본 규정의 책임을 묻는 것은 지나친 면도 있다.<sup>76</sup> 다음으로 논점 2의 경우, '승인한 이사'란 제1항의 이사회 승인을 한 이사로 보는 것이 문언 해석상 합리적인 것으로 보인다. 이러한 해석은 입법논의 과정상의 결단과 일치한다고 한다.<sup>77</sup>

그러나 입법론적으로 이러한 태도가 바람직한지에는 다소 의문이 있다. 실제 회사기회를 이용한 이사에 비해 승인을 잘못된 이사에 본 규정을 적용하는 것은 균형이 맞지 않는다는 지적도 있고,<sup>78</sup> 이사회에 승인이 회사기회를 이용하는 이사의 잘못된 보고에 의해 이루어진 경우까지 이사회 승인을 받았다는 이유만으로 회사기회를 이용하는 이사에 본 규정에 따른 책임을 부담하지 않게 하는 것도 문제가 있어 보인다. 입법론적으로는 회사기회를 이용하여 회사에 손해를 입힌 이사에 대해서는 본 규정을 적용하고, 나머지 이사들에 대해서는 일반적인 의사결정에서와 마찬가지로 상법 제399조에 따

라 책임을 부담하는 것으로 개정하는 것이 합리적이라고 생각된다.<sup>79</sup>

## (2) '이사 또는 제3자가 얻은 이익'의 의미

본 규정에 따라 이익액을 손해로 추정할 수 있게 되면 손해배상을 청구하는 원고 입장에서 손해 입증이 상당히 수월해진다. 그렇지만 무엇을 회사기회이용으로 인하여 '이사 또는 제3자가 얻은 이익'으로 보아야 할지는 여전히 쉽지 않은 문제이다. 예를 들어 이사가 회사를 설립하여 회사기회를 이용한 경우, 해당 회사의 순자산가치, 매출액, 영업이익, 법인세차감전 이익, 당기순이익, 이사가 수령한 배당금, 개인적으로 수령한 모든 금액, 회사의 주식 가치 중 무엇을 이익으로 보아야 하는가? 나아가 만일 이러한 회사가 배당도 실시하지 않고 해당 이사에 보수도 지급하지 않아 회사기회이용으로 인하여 실제 이사가 수령한 금액이 전혀 없는 경우에는 이익을 얻은 것으로 볼 것인가?

이에 대해 모든 사안에 적용될 수 있는 한 가지 해석을 내리는 것은 가능하지 않을 것이다. 다만 위 이익에는 실제 취득한 이익뿐만 아니라 향후 취득할 것으로 예상되는 이익까지 포함하는 것으로 보는 것이 합리적이고, 그렇다면 결국에는 유용한 기회의 모든 현금흐름을 고려하여 순현재가(net present value)법에 따라 평가한 사업가치를 위에서 말하는 이익으로 보는 것이 하나의 기준이 될 수 있다. 그렇지만 순현재가를 구하기 위해서는 미래현금흐름이 확실하게 예상되어야 하고 사업이 파산 위험이 없다는 것을 전제로 하여야 하고 평가자에 따라 다양한 평가결과가 나올 수밖에 없으므로, 현실적으로

76 김화진, 앞의 책(주 16), 320면.

77 구승모, 앞의 논문(주 12), 127면.

78 이철승, 앞의 책(주 38), 154면.

79 천경훈, 앞의 논문(주 7), 205면.

는 이를 비롯한 여러 방법들을 참조하여 이익을 산정할 수밖에 없을 것으로 보인다.

### (3) 손해 추정의 복멸

이사나 제3자가 이익을 얻었다고 하여 회사에 무조건 손해가 발생하는 것은 아니다. 따라서 실제 회사에 발생한 손해가 무엇인지를 손해배상청구를 당한 피고 측에서 입증하면, 본 규정 제2항에 따른 추정은 깨지게 된다. 예를 들어 제3자가 회사의 이사로부터 회사기회를 전달받아 사업을 수행하여 이익을 얻었지만, 이러한 이익이 상당 부분 제3자의 경영능력 및 부단한 노력 등에 기한 것이라고 하고, 만일 해당 회사가 수행하였다면 이와 같이 성공적으로 사업을 영위하지는 못하였을 것이라고 하자. 회사기회유용으로 인한 회사의 손해는 기본적으로 일일이익 부분이므로, 제3자의 경영능력 등 특별 사정에 의한 이익 부분은 회사의 손해로 보기는 어려울 것이다. 그렇지만 현실적으로 이를 입증하기란 쉽지 않을 것이다.

### (4) 손해의 제한

개정상법 제400조 제2항에 의하면 회사는 정관으로 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 연간 보수액의 6배(사외이사의 경우 3배)로 제한할 수 있지만, 고의 또는 중대한 과실에 의한 경우나 제397조의2를 위반한 경우는 그 적용을 배제하고 있다. 이러한 이유로 앞서 (1)에서 본 바와 같이 본 규정의 적용 대상이 되는가는 상당히 중요한 의미를 갖는다.

## 2. 거래의 효력 등

이사가 회사기회를 이용한다고 하여 회사와 이사 간에 어떠한 거래가 반드시 수반되는 것은 아니고,

따라서 본 규정을 위반하더라도 기회이용행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다.<sup>80</sup> 본 규정 위반행위에 대해 경업금지(제397조)에서와 같은 개입권은 인정되지 아니한다. 물론 제397조가 중복적으로 적용될 수 있는 상황에서는 이에 근거하여 개입권을 인정하면 될 것이다. 본 규정을 위반하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 상법 제402조에 따라 유지청구권이 인정될 수 있겠다.

## VI. 결론

상법 제397조의2 규정의 도입에 대해서는 찬반 논쟁이 있었고, 입법 과정에서도 여러 의원발의안들이 다양한 안을 제시하는 등 본 규정은 개정상법 규정 중에서도 가장 주목을 받은 규정 중 하나였다. 그런데 본 규정이 마치 물량몰아주기를 규제하기 위하여 신설된 것처럼 일부 인식되다 보니, 본래 회사기회유용의 범외되는 관계없는 내용들이 본 규정의 해석에 있어 등장하게 되었고, 이로 인하여 본 규정에 대한 논란이 불필요하게 증폭된 측면이 있다. 이에 본 논문에서는 물량몰아주기는 충실의무 위반이나 자기거래의 문제로 접근할 것이지 회사기회유용의 범리에 따라 규율될 성격의 것이 아님을 확인하였고, 본 규정 해석상 핵심 논점인 ‘회사기회’란 회사가 이를 사업으로 발전시킬 경우 이익을 얻을 수 있는 어떠한 새로운 기회(opportunities)를 의미하는 것이지, 기존에 수행하던 사업이나 이 과정에서 부수적으로 수행하던 사업(business activities)을 의미하는 것이 아님을 분명히 하였다. 이를 통해 본 규정의 신설로 일부에서 우려하는 것과 같이 회사의 정상적이고 자유로운 사업활동이 심각하게 침해되는 것은 아니라는 점을 살펴보고, 기타 본 규정

80 이철승, 앞의 책주 38), 153면; 정찬형, 앞의 발표문(주 63), 30면.

---

문언상 문제점들에 대해서도 검토하였다. 이러한 본 논문에서의 검토를 통해 상법 제397조의2 규정 신설과 관련된 불필요한 우려들이 어느 정도 해소될 수 있기를 희망한다. 다만 구체적 상황에서 회사

기회인지 여부를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하는 것은 여전히 쉽지 않았는바, 이에 대해서는 앞으로 보다 종합적이고 체계적인 연구들이 이루어질 것을 기대한다.

