

자기거래 대상과 그 유형의 확대에 대한 소고

진 홍 기*

목 차

- | | |
|------------------------|-------------------|
| I. 글머리에 | III. 회사 사업기회유용금지 |
| II. 이사의 자기거래 승인 대상의 확대 | 1. 학설과 입법 변천과정 |
| 1. 개정내용 | 2. 개정상법상 회사기회유용금지 |
| 2. 문제점과 개선방향 | IV. 결어 |

I. 글머리에

2005년 7월부터 6년간에 걸쳐 진행되었던 상법회사편 개정작업이 2011년 3월 11일 국회 본회의에서 상법 일부개정법률안¹⁾이 통과됨으로써 대단원의 막을 내리게 되었다. 이번 상법개정에서는 6년간의 논의 끝에 250여개 조문의 개정이 이루어졌는데,²⁾ 이것은 건국 이래 최대의 규모이다. 이번 개정을 통하여 기존의 일본을 통하여 유입되었던 대륙법

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사.

- 1) 기업경영의 투명성과 효율성을 높이기 위하여 자금 및 회계관련 규정을 정비하고, 정보통신 기술을 활용하여 주식·사채(社債)의 전자등록제를 도입하며, 합자조합과 유한책임회사 등 다양한 기업 형태를 도입함으로써 국제적 기준에 부합하는 회사법 제로 재편하는 한편, 이사의 자기거래 승인 대상범위를 확대하고 이사의 회사기회유용금지 조항을 신설하여 기업경영의 투명성을 높임으로써 활발한 투자 여건을 조성하고 급변하는 경영환경에 기업이 적절히 대응할 수 있는 법적 기반을 마련하는 것이다(상법 일부개정법률안(대안), 2011. 3. 법제사법위원회장 제안).
- 2) 개정법률은 2011년 4월 14일 공포되었으며(법률 제10600호) 공포 후 1년이 경과한 2012년 4월 15일부터 시행될 예정이다.

계의 회사법에 영미법계의 회사법적 요소가 한층 더 가미되어 그 영향력이 확대되었다.

개정목표는 자유롭고 창의로운 기업경영을 지원하고, 투명한 기업경영으로 공정사회를 구현하며, 회사제도를 선진화³⁾하는 것이다. 공정사회 구현을 위한 투명경영에 반대할 사람은 아무도 없다. 그렇지만 이러한 목표에는 경영권에 기초한 신속한 경영판단을 생명으로 하는 기업조직 메커니즘과 충돌할 여지가 여전히 있다. 그 중에서도 특히 이사의 자기거래 범위 확대,⁴⁾ 회사회유용금지⁵⁾ 등은 논란의 대상 중 핵심에 놓여 있다.

이 글에서는 먼저 이사의 자기거래 승인 대상의 확대와 관련하여 개정된 내용, 문제점과 그 개선방향(II)을 살펴보고 난 후, 새로운 자기거래의 유형인 회사회유용에 관해서는 입법 변천과정, 개정상법상의 회사회

3) 이번 상법 개정의 주된 목적은 그 동안 시장의 수요에 부응하지 못했던 회사법제를 현대화하는 데 있었다.

4) 제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다.

1. 이사 또는 제542조의8 제2항 제6호에 따른 주요 주주

2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속

3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속

4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사

5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사

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

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업 기회

2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 기업 사회

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

유용금지 개념과 그 해석, 문제점과 개선방향(III)에 대하여 살펴본다.

Ⅱ. 이사의 자기거래 승인 대상의 확대

1. 개정내용

1.1 이사 등과 회사 간의 거래

현행 상법상 ‘충실의무의 위반유형’으로 법정된 것은 이사의 자기거래금지(상법 제398조), 경업금지(상법 제397조), 회사의 영업비밀 유지의무(상법 제382조의4) 그리고 이사의 보수에 대한 규정(상법 제388조) 등이다. 그런데 이사의 충실의무 유형 중 우리나라 법률에서 아직 법제화되지 않은 제도로서는 ‘회사의 재산유용’, ‘지배주주의 지배권행사상의 의무(지배권의 매각 상 소액주주에 대한 충실의무, 모자회사 관계에서의 지배주주로서의 의무 등)’, 회사에 손해가 예상되는 행위 그리고 이번 개정안에서 도입된 회사 사업기회의 유용 등이다.

이번 상법개정에서 가장 논란이 큰 것 중의 하나는 이사와 회사 간의 거래(상법 제398조)의 승인대상의 확대⁶⁾이다.

그 결과 사실상 어떠한 거래가 이사회 승인을 필요로 하는 자기거래에 해당하는지를 판단하기 어려운 것은 물론이거니와, 10%이상 주식을 보유한 계열회사 사이의 거래를 사전에 승인받아야 한다는 어려움이 예상된다. 즉, 포괄승인이 허용되지 않고 ‘거래유형’과 ‘거래금액’에 제

6) 개정상법에 의하면 이사뿐만 아니라 주요주주, 그리고 이사 및 주요주주의 친인척과 회사가 거래하는 경우도 이사회의 승인을 받아야 하며, 그 승인 결의도 사전에 재적 이사의 3분의2 찬성을 얻도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 외에 거래의 내용과 절차가 공정하여야 한다는 실질적 요건까지 추가되어 있다.

한이 없기 때문에 이사와 회사 간 ‘단돈 1원 이상’의 모든 거래⁷⁾에 대해서도 ‘미리’ 이사회 승인을 받아야 한다는 결과를 초래하였다.⁸⁾

1.2 개정이유

이렇게 이사와 회사 간의 거래의 요건을 확대한 근본적인 이유는 이사가 ‘본인의 이익’을 위하여 이사의 친인척이나 그들이 설립한 개인회사 등을 이용하여 거래함으로써 회사에 불이익을 가하는 것을 차단하기 위한 것이었다. 그러나 이에 대해 법리보다는 정치적 이해관계가 지나치게 개입된 입법권 남용이라는 지적들⁹⁾이 많았다. 즉, 법무부가 마련한 상법개정안이 국회 법사위의 심의를 받던 중 자기거래의 범위에 추가로 주요주주가 포함되어 국회 본회의를 통과하였다는 것이다.¹⁰⁾

2. 문제점과 개선방향

2.1 자기거래범위의 지나친 확대와 내용과 절차의 공정성의 요건 추가

‘이사’와 ‘회사’와의 자기거래에 대해서는 우리나라를 포함해 다른

7) 나아가 개정상법의 내용은 법문상으로만 보면 기업의 일상적인 거래 즉, 상호계산에 의한 거래나 거래금액의 아주 적은 경우는 물론이고 동일인과 일정기간 빈번한 거래도 획일적으로 이사회의 사전승인을 받도록 하고 있다. 그러나 일반적으로 일상적인 소액거래는 부서별로 거래되는 경우가 많아 회사에서 일일이 이사회 승인대상 여부를 판단하기란 현실적으로 불가능하다.

8) 예를 들어 전자회사의 경우 LED, 디스플레이, 전자부품 등 계열회사와 소재-부품-완제품으로 수직계열화 되어 있는데, 이들 회사와의 모든 거래를 미리 이사회 승인을 받아야 하는 상황에 직면하게 되었다(전삼현, “선진화된 회사지배구조개선방안”, 2011년 추계 기업소송연구회 회사법개정 심포지움, 21세기형 선진 회사법제를 위한 과제(2011), 62쪽).

9) 그리고 주요주주의 범위가 매우 포괄적이고, 이사회승인요건도 지나치게 엄격하여 향후 회사경영활동에 심각한 부담을 초래할 가능성이 높아졌다는 지적들이 많다.

나라들의 회사법은 주로 ‘이사회 승인’을 요구한다.

그런데 미국의 경우 적어도 ‘이사’의 거래만을 승인 대상으로 규정하고 있다. 즉, ALI 원칙(ALI: American Law Institute, Principles of Corporate Governance, “ALI”)¹¹⁾은 자기거래를 ‘이사(director)’ 또는 ‘고위집행임원(senior executive)’¹²⁾과의 거래로만 규정하고 있고, 미국 각 주의 회사법, 예컨대 뉴욕,¹³⁾ 캘리포니아¹⁴⁾도 일반적으로 ‘이사들(directors)’, 델라웨어의 경우는 이사들(directors) 또는 임원(officer)¹⁵⁾의 경우로 한정하여

10)

현행 시행 상법	정부 발의안 (2008/10/21제안)	개정 상법 (2011/3/11통과)
(자기거래 승인 대상) · 이사(CEO로 재직중인회사)	· 이사 · <u>이사의 배우자 및 직계존비속</u> · <u>이사의 배우자의 직계존비속</u> · <u>50%이상 지분을 가진 회사 및 자회사</u>	· 이사 · <u>주요주주</u> · <u>이사· 주요주주의 배우자 및 직계존비속</u> · <u>이사· 주요주주의 배우자의 직계존비속</u> · <u>50% 이상 지분을 가진 회사 및 자회사</u>
(이사회 승인 요건) · 이사회 보통결의 (과반출석, 과반찬성)	· 이사회 보통결의 (과반 출석, 과반 찬성)	· 이사회 이사의 2/3 이상 승인
(승인 방식) · 사전·사후·포괄승인 인정	· 사전승인만 인정	· 사전승인만 인정

11) American Law Institute, Principles of Corporate Governance(1994) Sec 5.02.[“ALI, Prin. Corp.”]

12) ALI, Prin. Corp. §1.33

13) New York Business Corporation Law(1998) Sec 713, (Jesse H. Choper/John C., Jr. Coffee/Ronald J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations* (Wolster Kluwer, 2008), 119-120쪽).

14) California General Corporation Law(1976) Sec 310, (Jesse H. Choper/John C., Jr. Coffee/Ronald J. Gilson, 위의 책, 119-120쪽).

15) Delaware General Corporation Law(1998) §144(1998), (Jesse H. Choper/John C., Jr. Coffee/Ronald J. Gilson, 위의 책, 120쪽).

규정하고 있는 것이다.

영국의 경우에도 회사법은 자기거래를 이사와의 거래¹⁶⁾로만 한정하고 있고, 사후승인을 원칙으로 하며 예외적으로 일정한 규모 이상의 거래에만 사전승인을 요구하고 있다.

독일의 경우에는 비교적 관대하여 자기거래에 관한 명시적 규정조차 두지 않고 이사에 대한 용자에 대해 감독이사회¹⁷⁾의 승인을 얻도록 할 뿐이다. 그리고 감독 이사회에서 통상적으로 이사와의 거래를 감독하는 수준이다. 즉, 독일 주식법은 이사의 자기거래에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않으며, 독일 주식법 93조¹⁸⁾는 통상이사회의 감독기관인 감독이사회가 이사와 회사 간 거래를 감독하여 회사에 손해가 발생하지 않도록 하고 있다.

그럼에도 불구하고 개정상법은 자기거래의 범위에 ‘주요주주’¹⁹⁾ 및 주요주주의 ‘배우자’ 및 ‘직계존비속’, 주요주주의 배우자의 직계존비속 뿐만 아니라 그들이 ‘50%이상 출자²⁰⁾한 회사’ 및 자회사가 회사와 거래하기 위해서도 이사회의 승인, 그것도 이사의 3분의 2이상의 승인을 받도록 규정하고 있는 것이다.

2.2 지배주주와 회사의 자기거래의 문제

개정상법은 지배주주가 거래하는 경우도 포함하고 있다. 따라서 계열

16) John H. Farrar, *Farrar's Company Law* (Butterworths, 2000), 377쪽, 396쪽.

17) 독일 주식법 89조(\$89 Abs. 1 AktG) 참조.

18) Thomas Raiser/Rüdiger Veil, *Recht Der Kapitalgesellschaften* 4 neubearbeitete Aufl. (Verlag Frans Vahlen, 2006), S.153ff.

19) 그리고 여기서 말하는 ‘주요주주’란 10%이상의 의결권 주식을 소유하거나, 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등에 영향력을 행사할 수 있는 주주 또는 출자자 모두를 포함(상법 542조의8 ② 6호)하며, 개인주주뿐만 아니라 법인주주도 주요주주에 포함된다.

20) ‘의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사’이다.

사 간 거래가 상대적으로 많은 우리나라에서는 기업 활동이 지나치게 위축될 우려가 있다고 볼 수 있다.

대부분의 선진국들에서 지배주주(지배회사)와 회사와의 자기거래 유형에 대해서는 이사와 회사와의 자기거래유형보다 완화된 기준에서 공정성(정당성)을 판단하고 있는 경향이 있다. 그 이유는 이사와 달리 지배주주들은 자신들의 회사에 상당부분의 지분을 소유하고 있으므로 회사의 성과에 대해 장기적인 이해관계를 가지고 있기 때문이다. 지배주주가 두 개 이상의 회사에서 지배주주일 경우 서로의 회사에 사업파트너로서 역할을 하며 시너지를 창출할 수 있으므로 개별 회사를 전제로 한 엄격한 법적해석은 이러한 긍정적 기능을 훼손시킬 수 있다.

2.3 내용과 절차의 공정성의 문제

‘공정’하다는 개념은 ‘추상적’이고 ‘불확정적’인 개념이라고 할 수 있다. 한편 이사와 회사의 자기거래의 경우 이사회 승인이 없다고 항상 무효가 되는 것은 아니다. 이사회 승인이 없으면 자기거래가 공정하다는 사실을 이사가 입증해야하는 부담을 가질 뿐이다. 이사회 승인이 있으면 반대로 자기거래가 공정하지 않다는 사실에 대한 입증책임이 거래의 효력을 다투는 당사자에게 전환된다. 따라서 이사의 사전승인을 요구하는 법문을 형식적으로 해석하며 거래의 효과를 도출할 것이 아니라, 이사회 승인여부에 따라 거래의 공정성에 대한 입증책임의 분담과 입증의 정도에 차별을 두는 방식으로 운용해 나가야 할 것이다.

2.4 이사회 승인 가중의 문제

개정상법은 종래 이사의 결의요건인 ‘과반수 참석, 과반수결’라는 보편적 원칙을 변경하여,²¹⁾ “이사의 승인은 이사 3분의 2 이상의

수로써 하여야[한다]”고 규정한다. 이러한 이사회 승인 가중요건은 뒤에서 보는 회사기회유용금지도 동일하게 규정되어 있다. 이러한 입법태도는 원래 우리 상법상 유례가 없었던 것이다.²²⁾ 그리고 여기서 “이사 3분의 2 이상”이란 재적이사 중에서 이해관계가 있어 결의에 참석할 수 없는 이사(상법 제391조 제3항, 제368조 제4항)를 제외한 나머지 재적 이사의 3분의 2 이상을 의미한다고 해석하고 있다.²³⁾

그런데 현실적으로 이사회를 자주 소집하는 것 자체가 용이하지 않다. 즉, 계열사 간 거래가 많은 한국 기업의 특성상 자기거래의 승인을 위해 이사회를 매일 또는 매주 개최해야하는 극단적인 경우도 발생할 수 있다.²⁴⁾

승인 요건을 재적 3분의 2로 가중하는 것은 얼핏 그럴듯해 보이지만, 위원회²⁵⁾에 위임하는 것을 어렵게 한다는 점에서 문제가 있다. 개정상

21) 즉, 자기거래에 해당하는 경우 이사회 승인요건이 이사회 재적 이사의 3분의 2의 찬성이 있어야 한다.

22) 박영선 의원 대표발의안, 이상민 의원 대표발의안 등에서 자기거래 승인과 회사기회유용 승인에 관해 처음 도입한 것이 최종적으로 반영된 것이다. 법무부보도자료에는 “정부안에는 과반수 요건이던 것이, 국회의 논의과정에서 이사의 자기거래는 회사재산 빼돌리기 방지 차원에서라도 더욱 엄격한 요건이 필요하다고 여야 의견이 일치하여 3분의 2로 요건이 가중되었다”고 그 경위를 밝히고 있다(법무부 보도자료, “법무부 상법개정’ 등 일부 언론보도 관련 해명”(2011. 4. 8), 5쪽).

23) 고창현, 개정상법의 주요내용과 기업대응 세미나(대한상공회의소 주최, 2011. 5. 26) 토론문 1쪽 참조.

24) 금감원이 발표한 자료에 따르면 매출액 상위 5개 기업집단(삼성, 현대자동차, LG, SK, 포스코) 매출액 대비 내부거래액 비중은 38.1%(2004년), 38.3%(2005년)를 차지한 것으로 나타난 바 있다. 중소·중견기업의 경우에도 가족 및 비상장 계열기업 간 거래가 매우 빈번할 것으로 추정된다. 또한 이사회 일정 차질 등으로 거래승인이 나지 않는 경우 납품이 중단되거나 부품수급에 차질이 생겨서 부품사 및 해당사에 예측 못한 심각한 손해가 발생할 수 있으며, 이사회가 자기거래에 해당하는 수많은 거래를 승인해야 하기 때문에 정작 중요 안전을 충분히 심의 못할 경우도 발생할 수도 있다.

25) ‘최근 각종 입법에서의 이런 모순되는 경향, 즉 한편에서는 이사회의 업무부담을 늘리면서 다른 한편으로는 이사회의 기동성을 떨어뜨리는 경향을 해결하는 유력한

법에 따라 자기거래는 물론이고 회사기회유용에 해당하거나 해당하는 것으로 의심되는 거래에 대해 승인을 받으려면 신속하게 이사회를 소집하여야 할 경우가 자주 생길 것으로 보인다. 그런데 대규모 상장회사에서 요구되는 사외이사 과반수 요건 등은 이사회를 ‘그때그때 현안이 있으면 기동성 있게 소집되는 상시적 기관’이라기보다는 ‘저명인사 등 사외이사를 과반수로 포함하여 중요한 의사결정만 때때로 심의하는 중량감 있는 기관’으로 이해하고 있다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 이사회 승인요건의 기준은 사실상 이사회개최를 불가능하게 함으로써 회사의 영업정책상의 결정력을 현저히 떨어뜨리는 결과를 초래한다.

2.5 타제도와와의 관계

개정상법상 자기거래의 확대 규정과 공정거래법상의 ‘대규모 내부자 거래규제’ 규정 및 상법상의 ‘주요주주 등 이해관계자와의 거래’에 관한 규정과의 관계는 어떠한가? 즉, ①공정거래법 제11조의2와 시행령 제17조의8에서는 대규모 내부거래를 규제하고 있는데, 이에 따르면 상호출자제한 기업집단(자산총액 5조원 이상인 기업집단)에 속하는 회사가 특수관계인을 직접 거래 상대방으로 하거나 특수관계인을 위해 대규모 내부거래(자본총계, 자본금중 큰 금액의 10%이상이거나 100억원 이상 거래)를 하는 경우, 사전에 이사회 의결을 거쳐야 하고, 의결 후 그 내용을 공시하도록 되어 있다.

그리고 ②현행 상법 제542조의9와 시행령 제14조에서는 ‘주요주주 등 이해관계자와의 거래’라는 제목으로 자산 2조원 이상 상장회사는 최대주주 및 특수관계인을 상대방으로 하는 거래(최근 사업연도말 자산

하나의 방법은 상법 제393조의2에 따른 위원회를 활성화하는 것이라고 한다’(천정훈, “개정상법상 회사기회유용 금지규정과 해석론 연구”, 상사법연구 제30권 제2호 (한국상사법학회, 2011. 6), 189쪽).

또는 매출총액의 1/100 이상 거래)를 하는 경우 이사회 승인(보통결의)을 거치고 주총에 보고하도록 되어 있다.²⁶⁾

그러나 공정거래법상의 ‘대규모내부거래’와 상법상의 ‘주요주주 등 이해관계자와의 거래’의 경우에는 ‘일정규모이상의 기업’이 일정규모 이상의 거래를 하는 것을 대상으로 하는 것인데 반해, 본조의 경우에는 ‘기업의 규모에 관계없이’ 상법상의 모든 주식회사를 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다. 그러므로 이번 상법개정이 하나의 목적으로 삼고 있는 대기업집단의 총수일가가 자회사를 설립하여 일감몰아 주기 등을 차단하고자 하는 목적은 이미 현행법상 다른 제도에 의하여 달성할 수 있다고 볼 수 있다.

2.6 개선방향

앞에서 본 바와 같이 외국의 입법례는 이사와의 자기거래는 이사회 승인을 받도록 하고 있으며, 우리나라도 이를 준수해 왔다. 특히, 우리나라는 다른 나라에는 없는 대규모기업집단에 대한 특별한 규제도 또한

26)	구 분	주 요 내 용
공정 거래법	규제명	대규모 내부거래 규제(법 §11의2, 시행령 §17의8)
	규정	상호출자제한 기업집단에 속하는 회사가 특수관계인을 직접 거래 상대방으로 하거나 특수관계인을 위해 대규모 내부거래를 하는 경우, 이사회 사전 의결을 거쳐야 하고 의결 후 그 내용을 공시 * 자본총계, 자본금중 큰금액의 10%이상이거나 100억원 이상 거래
상법	규제명	· 주요주주 등 이해관계자와의 거래(법 §542의9, 시행령§14)
	규정	자산 2조원 이상 상장회사는 최대주주 및 특수관계인을 상대방으로 하는 거래를 하는 경우 이사회 승인(보통결의)을 거치고 주총에 보고 * 최근 사업연도말 자산 또는 매출총액의 1/100 이상 거래

가하고 있다. 생각건대 개정상법상 가중 요건을 삭제하거나, 또는 ‘위원회에 위임한때에는 해당 위원회 재적위원의 3분의 2 이상의 찬성으로 승인한다’는 취지를 추가하는 것이 바람직하다고 본다.²⁷⁾

추가로 이번 개정으로 경영진에 대한 특별배임죄²⁸⁾ 등과 같은 형사처벌 가능성이 더욱 높아진 점 또한 기업경영에 상당한 제약요인이 될 것으로 생각된다.

Ⅲ. 회사 사업기회유용금지

1. 학설과 입법 변천과정

1.1 회사기회유용에 관한 입법 주장

개정상법이 탄생하기 전 회사기회유용에 관하여 입법이 필요하다는 견해가 다수 있었는데 그 중요한 논거는 다음과 같다. 첫째, 우리나라의 회사법은 외부 소액주주가 지배주주, 이사, 경영진 등의 의사결정자에 대하여 견제역할을 제대로 수행할 수 있는 제반 수단들을 충분히 제공하지 못해 회사기회유용에 관한 규정을 둬으로써 이사의 책임에 대하여 사법적 통제를 강화할 필요가 있다는 것이다.²⁹⁾ 또한, 회사기회유용금

27) 같은 취지로는 천경훈, 앞의 논문, 189쪽.

28) 우리 상법 제622조 내지 제624조는 이사 등 회사 임원의 특별배임죄에 대하여 규정하고 있다. 이는 형법의 업무상배임죄에 대한 특별규정으로서 비교법적으로 독일과 일본을 제외하고는 매우 드문 입법예이다(주강원, “상법상 특별배임죄에 관한 연구”, 연세대학교 법학연구 제18권 제3호 통권 제39호(연세대학교 법학연구원, 2008. 9), 361쪽).

29) 회사법의 중요한 역할은 회사의 이해관계자들, 특히 주주와 경영진 사이에 견제와 균형을 유지할 수 있도록 제도적으로 뒷받침하고, 회사가 부담하는 위험이 이해관계자들 사이에 효율적으로 배분될 수 있도록 함으로써 자본주의 시장경제의 핵심을 이루는 주식회사의 건전성을 보장하는 데 있다는 것을 강조하고 있다. 특히 이사의

지는 현행 상법상 ‘이사의 선관주의 의무’ 및 ‘충실의무’ 조항으로 충분히 규제할 수 있다는 주장이 있지만, 우리나라에서는 아직 영미 회사법의 ‘충실의무’의 법리가 포괄적으로 발전되어 있다고는 볼 수 없으므로 해석론을 넘어 입법으로 해결하는 것이 바람직하다는 것이다.³⁰⁾

요컨대 소수주주의 ‘회사지배’와 이사 등 ‘회사 경영자들’에 대한 포괄적 책임 추궁을 위해서는 회사기회유용에 관한 입법이 필요하다는 것이다.

1.2 입법

회사의 사업기회 유용금지 제도에 관하여 2006년 10월 입법 예고되었을 때에는 법안 제382조의5(회사기회의 유용금지)에서 “이사는 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 이용하여 자기의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하도록 하여서는 아니 된다.”고 규정하였었다. 그러나 이 조항은 너무 추상적이고 선언적이라는 비판이 제기됨에 따라 쟁점조정위원회의 논의를 거쳐 2008년 10월 국회제출안에는 제398조(이사와 회사간의 거래)에 제3항을 추가하여 “이사가 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 제3자로 하여금 이용하도록 하여 회사와 거래를 하는 경우에는 제1항에 따른 이사회 의 승인을 받아야 한다. 1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회, 2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는

책임에 관련된 법률 규정들은 장식품이 아니라 현실세계에서 작동하여 이사 및 경영진의 사익추구행위를 제어할 수 있도록 제정·운용되어야 한다고 주장한다. 재계의 회사기회유용 규제 반대주장에 대한 반박보고서, 경제개혁리포트(2006-7호, 2006. 12. 21), 경제개혁연대(www.ser.or.kr), 2-4쪽.

30) 권순희, “상법 개정안 제398조 제3항(회사기회의 유용금지)에 관한 이론적 검토”, 상사법연구 제26권 제3호(한국상사법학회, 2007), 46쪽.

사업기회”로 규정하였다. 그러나 당초 입법예고안은 회사기회유용금지에 관한 일반적인 법리를 선언하는 수준이었고 국회제출안에서도 자기거래의 한 유형으로 정하는 수준이었으나, 박영선 의원 대표발의안, 이상민 의원 대표발의안 등의 수정안에서는 ‘책임 주체’를 확대하고 ‘이사회 결의요건’을 가중하고 개입권을 준용하는 등 그 효력을 한층 강화하였다. 자기거래와 중복된다는 비판이 제기되어 최종 개정법률은 경업금지규정 다음에 별도의 조항으로 입법되었다.³¹⁾

본래 자기거래 금지 유형의 법제화한 개정상법의 제안취지³²⁾에서는 첫째, 이사가 직무상 알게 된 회사의 정보를 이용하여 개인적인 이익을 취득하는 행위를 명확히 규제할 필요가 있고, 둘째, 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 된 정보 또는 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제3자에게 이용하도록 하는 경우에도 이사회 승인을 받도록 하게 하며, 셋째, 이사의 회사 사업기회 유용에 대한 인식을 새롭게 하고 이사의 관련 위법행위에 대한 책임 근거로 활용될 것으로 기대함에 있다는 점을 명시하고 있다.

2. 개정상법상 회사기회유용금지

2.1 문제의 제기

개정상법 제398조 제3항이 회사의 사업기회유용금지를 제도화하면

31)	현행시행 상법	정부 발의안(2008/10/21제안)	개정 상법(2011/3/11통과)
	〈신설〉	· 이사가 장래 또는 현재의 사업기회를 제3자로 하여금 이용토록 하는 경우 이사회 승인 필요	· 이사회 승인 없이 이사는 현재 또는 장래의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용할 수 없음 · 승인은 재적이사 2/3 이상 · 손해추정제도 도입

32) 법무부, 상법(회사편) 개정(2007) 제안서.

서 동 제도를 이사의 자기거래 금지제도의 유형으로 편입함으로써 이사의 ‘자기거래 유형의 확대’ 적용인지 아니면 ‘독자적인 회사기회유용금지를 제도화’한 것인지 명확하지 않다. 그럼에도 불구하고 법규의 형식상 자기거래의 새로운 유형을 제시한 것이며, 실질은 회사기회의 유용의 금지를 제도화 한 것으로 해석하는 것이 타당하다. 즉, 회사기회유용금지 규범을 ‘자기거래 금지 유형’의 하나로 채용하여 ‘회사의 사업기회를 유용한 자기거래의 금지’라는 새로운 유형의 자기거래 금지 유형을 법제화 한 것이다. 일반적으로 이사의 자기거래 금지제도와 이사의 회사 사업기회의 유용금지 제도는 모두 이사의 충실의무 위반의 유형에 속하나, 각각 별개의 유형으로 구분하여 적용 법리를 구성하는 것이 통상인데 개정상법안에서는 이를 묶어 이사의 자기거래 금지제도 하에서 회사의 사업기회유용금지를 이사의 자기거래의 한 유형으로 구분하여 이를 입법하고 있는 것이 특징이다.

회사기회유용의 문제, 즉 회사 기회를 누구에게 귀속시킬 것인가의 문제는 (i) 이사와 회사 간, (ii) 지배회사와 (소수주주가 있는) 종속회사 간, (iii) 지배주주의 지분비율이 더 높은 회사와 더 낮은 회사 간에 발생할 수 있다. 그런데 미국의 판례나 이론은 (i)의 경우에 관하여 다루고 있는데 반하여, 우리나라에서 주로 문제가 된 경우는 (ii)와 (iii), 특히 (iii)이었다.

다만 개정상법에서 이사의 회사 사업기회의 유용금지를 이사의 자기거래의 한 유형으로 인정한 점에 대하여 이러한 법제도를 발전시킨 영미 회사법의 관점에도 법리적으로 문제를 제기할 수 있다. 영미 회사법상 양자 해석론상 차이점은 첫째 금지행위를 위반하였는지 여부의 판단 방법,³³⁾ 둘째 금지행위를 위반한 경우 그 위반의 법적 효과³⁴⁾ 등이다.

33) 이사의 회사 사업기회 유용금지의 법리에서는 ‘당연 위반의 원칙(per se wrongful)’ 즉, 위반행위 유형에 해당하는지 여부만 판단하여 이의 위반여부를 판단하는 데 비하여 이사의 자기거래 금지 위반의 법리에서는 위반 유형에의 해당성 이외에 회사에 손해발생이라는 또 하나의 추가적인 요건을 필요로 한다는 점에서 양자의 차이가

그리고 이사의 회사 사업기회 유용을 이사의 자기거래 금지유형의 하나로 분류할 수 있는가 하는 문제 즉 자기거래의 개념의 확장에 대하여 이론상 문제를 제기할 수 있으나 이미 판례는 이사의 어음수표행위를 자기거래의 유형으로 인정한 바 있으므로 같은 맥락에서 회사의 사업기회 유용의 경우도 자기거래의 한 유형으로 구분할 수 있다는 점에서 이를 입법적으로 유형화 한 것에 대하여 큰 문제가 제기되는 것은 아니다.

2.2 회사기회의 개념

2.2.1 원류

1994년 발표된 ALI 원칙 §5.05는 “이사(director) 또는 상급집행임원(senior executive)의 회사기회 취득(taking of corporate opportunities)”이란 규정을 두고 있다.³⁵⁾ 그 핵심인 §5.05(a)는, 이사 또는 상급집행임원은

있다.

- 34) 이에 대해서는 먼저 미국 회사법상의 법리를 비교할 필요가 있다. 이사의 회사 사업기회 유용금지 위반의 효과에 관한 법리에서는 ‘의제적 신탁(constructive trust)’의 법적 효과 및 회사에 ‘이익반환(accounting for profits)’의 효과가 부여되지만, 자기거래의 위반의 법적 효과에 대해서는 첫째, 당해 거래를 해제(rescission)할 수 있고 거래의 시기나 복잡성 등으로 인하여 당해 거래를 해제할 수 없다면 회사는 회사가 입은 손해에 대하여 이사에게 손해배상(restitutionary damages)을 청구할 수 있다. 소수주주의 대표소송도 가능하다. 그리고 회사 측에서는 당해 이사에 대하여 월급을 환수할 수 있고 회사의 소송비용 및 징벌적 손해배상도 청구할 수 있다. 그런데 우리나라의 경우에는 후자의 법적효과와 관련하여 당해 거래에 대해서는 일반적으로 그리고 판례에서 상대적 무효설이 적용되고 있고 이사와 회사와의 관계에서는 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 법리가 적용된다. 그러므로 이사의 자기거래 위반의 법적 효과와 관련하여서 미국 회사법의 태도와 한국의 회사법의 태도는 거의 유사하다고 볼 수 있다. 즉 상대방이 선의이면 당해 거래는 유효하고 다만 이로 인하여 회사가 손해를 입은 경우에는 이사는 회사에 대하여 충실의무 위반으로 손해배상책임을 지기 때문이다. 위와 같은 점은 뒤에서도 본다.

- 35) Lewis D. Solomon/Alan R. Palmiter, *Corporations* (Little Brown and Company, 1994), 810-811쪽.

회사기회를 회사에 먼저 제공(first offers)하고 자신의 상충되는 이해관계 및 그 회사기회에 관하여 회사에 開示했음에도(makes disclosure) 회사가 이 기회를 (동조 소정의 요건에 따라) 거절한 경우가 아니면 이 기회를 개인적으로 이용할 수 없다고 규정하고 있다.

2.2.2 판례(하급심)

개정상법 이전에도 비록 하급심이기는 하지만 회사기회유용금지를 다룬 판례³⁶⁾가 있다. 법원은 ‘회사기회 유용’의 법리는 우리 법제 하에서 이사의 ‘선관주의의무’ 내지 ‘충실의무’에 포섭될 수 있는 범위 내에서 인정할 수 있다고 보고, 회사기회에 관한 최초의 기준을 제시한 바 있는데, 이사의 선관주의 의무 내지 충실의무는 직무를 수행하는 과정에서 부담하는 의무이지 회사의 이익이 되는 모든 행위를 하여야 하는 일반적인 의무가 아니므로, 이사가 자신이 알게 된 모든 사업의 기회를 회사에 적극적으로 이전해야 하는 의무까지 부담한다고 할 수는 없는 것이라고 전제하고 이사가 그 ‘충실의무’를 위반함으로써 회사에게 기대이익을 얻지 못하게 하는 손해가 발생하였다고 볼 수 있기 위해서는 그 사업의 기회가 “회사에 현존하는 현실적이고 구체적인 사업기회”로서 인정되는 경우여야 한다고 판시하였던 것이다.

따라서 회사 내에서 사업의 추진에 대한 구체적인 논의가 있었거나 회사가 유리한 조건으로 ‘사업기회’를 제안 받은 경우와 같이 그 사업기회가 회사에 ‘현존한’ ‘현실적’이고 ‘구체적’인 사업기회였고, 당시 회사의 사업전략, 영업형태 및 재무상황, 그 사업의 특성, 투자 규모, 위험부담의 정도, 기대 수익 등을 종합적으로 고려한 합리적인 경영판단에 따르면 회사가 그 사업의 기회를 이용하여 사업을 추진할 만한 상당한 개연성이 인정되는 경우, 이사는 회사가 그 사업을 추진하도록 해야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담한다는 것이다. 요컨대 이사의

36) 서울중앙지법 2011. 2. 25. 선고, 2008가합47881 판결.

회사기회유용도 이사의 선관주의의무 내지 충실의무 법리로 해결할 수 있다고 본 것이다.

2.2.3 개정 상법상의 개념요소

그렇다면 개정 상법상의 회사의 사업기회의 ‘개념요소’는 무엇인가?

첫째는 ‘직무관련성’과 ‘정보이용’이다. “직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회”³⁷⁾라고 규정(제397조의2 제1항 제1호)하고 있다. 논거는 회사에 대한 충실의무를 지는 이사로서 직무를 수행하는 과정에서 사업기회를 알게 되었다면, 개인이 아니라 회사의 기관으로서 이를 알게 된 것이므로 마땅히 그 기회는 회사에 우선적으로 귀속시켜야 한다는 것이다.

둘째는 ‘회사 사업’과의 ‘밀접한 관계’(제397조의2 제1항 제2호)이다. 그런데 “회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회”³⁸⁾의 요건만 갖추도 회사에 우선권을 주는 이유는 무엇인가? 논거는 이사는 회사에 충실의무를 부담하고 있으므로, 동일한 사업기회를 두고 회사와 다투는 상황이 되면 당연히 양보해야 한다는 데 있다. 반면 회사의 현재·장래 사업과 무관한 사업기회라면 회사가 그 기회를 잡아서 사업화하는 것이 사회경제적으로 더 효율적일 가능성이 높기 때문이다.

그러나 이러한 입법에 사용된 ‘사업기회’라든가 ‘밀접한’ 관계의 개념은 여전히 해석의 대상이다. 아직 판례가 없다. 그러므로 영미 회사법으로 되돌아가서 이러한 모호한 법적 개념에 대하여 반추해보는 것이 요구된다.

37) ALI 원칙의 §5.05(b)(1)(A)(B) 요건도 이와 유사하다. 이 점에 대해서는 이하에서 살펴본다.

38) ALI 원칙의 §5.05(b)(2)도 이와 유사하다. 이 점에 대해서는 이하에서 살펴본다.

2.2.4 미국회사법상의 개념요소

미국 회사법은 ‘사업기회’ 성립요건으로서 “4 원칙(Four Tests)”³⁹⁾을 들고 있다.

먼저 ‘이익(interest)’⁴⁰⁾ 또는 ‘기대이익(expectancy)’ 기준(테스트)으로서 일찍이 판례법⁴¹⁾에서 발전되어 온 개념이다. 즉, 회사와 당해 사업 간에 이해관계가 있어야 하고 이를 추진할 경우에 기대이익을 예상할 수 있어야 한다는 것이다.

두 번째 기준은 자주 사용되는 것으로(quite popular) ‘사업라인(line of business)’이다. 이러한 테스트에 따르면 어떤 기회가 회사의 기존 또는 예상(existing or prospective) 사업(activities)과 ‘밀접하게 연관(closely related)’⁴²⁾된 경우에는 회사의 기회라고 할 수 있다.⁴³⁾

세 번째 기준은 ‘공정(fairness)’⁴⁴⁾이다. 즉, 문제가 된 당해 사업을 이사가 개인적으로 추진하는 것 보다 회사 측에서 추진하는 것이 공정하고 타당한지(fairness)의 여부에 의하여 판단하는 방법이다. 여기서 공정하고 타당한지의 여부는 여러 가지 요인을 고려한다.⁴⁵⁾

마지막 기준(combine “line of business” and “fairness”)은 종종 몇몇 법원에서 채용한 방법인데,⁴⁶⁾ 위의 두 가지 방법 즉 현재 회사가 추진하고 있는 사업과 연관성이 있느냐 하는 판단방법과 회사 측에서 당해 사업을 추진하는 것이 공정·타당한 것이냐의 판단방법을 종합적으로 고려하여

39) Steven L. Emanuel, Emanuel Law Outlines: *Corporations* 5th ed.(Aspen Publishers, Inc., 2005), 226쪽.

40) ‘이해관계’라고도 할 수 있다.

41) *Lagarde v Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, 28 So. 199(1900).

42) 개정상법 제397조의2 제1항 제2호와 취지가 같다.

43) Lewis D. Solomon/Alan R. Palmiter, 앞의 책, 801쪽.

44) 이러한 ‘공정’기준은 개정상법상의 회사기회유용금지 규정에 들어가 있지 않고, 자기거래 범위 확대 규정(개정상법 제398조)에 들어가 있다.

45) Steven L. Emanuel, 앞의 책, 228쪽.

46) Steven L. Emanuel, 위의 책, 228쪽.

판단하는 방법이다. 이러한 기준에 의하면 당해 사업이 현재 회사가 추진하고 있는 사업과 밀접한 연관(line of business)이 있다 하더라도 공정(fair)이 없다면 이는 사업기회에 해당하지 않는다고 판단한다.⁴⁷⁾

ALI 원칙 §5.05(b)에서는 ‘회사기회’란 다음 중 하나를 의미한다고 정의하고 있다.⁴⁸⁾ (1) 이사 또는 상급집행임원이 자신의 직무수행과 관련하여 알게 된 사업기회이거나, (2) 그 기회를 제공한 자가 그 기회가 회사에 제공될 것으로 기대했다고 이사 또는 상급집행임원이 합리적으로 믿을만한 정황 하에서 알게 된 사업기회이거나,⁴⁹⁾ (3) 이사 또는 상급집행임원이 회사의 정보나 재산을 사용하여 알게 된 사업기회로서, 이들이 그 기회가 회사에 이익이 될 것이라고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우이거나, (4) 상급집행임원이 알게된 사업기회로서 회사가 종사

47) Miller v Miller, 222 N.W. 2d 71(Minn. 1974).

48) Lewis D. Solomon/Alan R. Palmiter, 앞의 책, 810쪽; 입법에 많은 참고가 된 것으로 보이는 부분이므로 원문을 인용한다((b)(1)(A)를 두 항목으로 나누어 소개했다):

(b) Definition of a Corporate Opportunity. For Purpose of this Section, a corporate opportunity means:

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

(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; or

(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; or

(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.

49) 이 부분의 취지는, 설령 직무수행과 관련하여 알게 된 것은 아닐지라도, 객관적인 정황상 그 사업기회를 알려준 사람이 이사 개인이 아니라 회사에 알려준 것으로 추론되는 경우에는 그 사업기회는 이것을 알게 된 이사 개인이 아니라 회사에 속해야 한다는 뜻이다.

하고 있거나 종사할 것으로 기대되는 사업과 밀접하게 연관된 것임을 그 상급집행임원이 알고 있는 사업기회이다.

영미 회사법상의 개념을 살펴본 바와 같이 개정상법은 ALI 원칙 그중에서도 특히 §5.05(b)의 영향을 가장 많이 받았는데, 그에 따라 개정상법도 ‘사업기회’라든가 ‘밀접한’ 관계 등의 개념은 도입하였다고 본다면 영미 회사법상의 해석론은 앞으로 법원의 해석·적용에 영향을 미칠 것으로 본다.

2.2.5 타제도와와의 비교－이사의 경업금지의무 제도－

이사가 어떤 사업기회가 만약 회사에 수익을 갖다 준다면 회사의 이사나 집행임원 그리고 지배주주는 그 기회를 회사에 제안하여 회사가 추진토록 하여야 하며 이를 자신들의 이익을 위하여 이용하여서는 안 되는데도 불구하고 이러한 수익사업을 회사에 제안하지 않고 자신들의 이익을 위하여 개인적으로 추진하는 것을 금지하는 것을 회사 사업기회의 유용이라 한다면, 상법 제397조상의 경업금지 의무란 이사가 회사의 영업부류에 속하는 거래를 하거나, 동종영업의 타 회사의 무한책임사원이나 이사의 직을 겸해서는 안 된다는 것이다.⁵⁰⁾

이사의 경업금지의무 위반 유형이 이사의 회사 사업기회유용금지 유형보다 ‘좀 더 넓은 범위’에서 인정된다고 보는 것이 타당하다. 예컨대 이사가 현재의 회사(갑 회사)에 채용되기 전부터 경쟁회사(을 회사)와 이해관계가 있었을 경우에 이는 이사의 회사 사업기회의 유용금지 규범에는 위반이 되지 않지만 이사의 경업금지의무 위반의 유형에는 해당한다.⁵¹⁾

한편 회사 사업기회의 유용과는 달리 이사의 경업금지 위반의 경우(상법 제397조)에는 첫째 회사는 당해 행위에 대하여 ‘중지’청구를 할

50) 그렇게 되면 회사가 손해(통설은 손해의 발생을 성립요건으로 인정하지 않음)를 보게 되기 때문이다.

51) Lewis D. Solomon/Alan R. Palmiter, 위의 책, 375쪽.

수 있고, 둘째 회사는 경업금지 의무를 위반한 이사에 대해 주주총회에 해임을 건의할 수 있으며, 주주총회에서 이를 수용하지 않을 경우에 회사는 이사의 해임청구소송을 법원에 제기할 수 있고, 셋째 회사는 ‘개입권’을 행사할 수 있다. 여기서의 회사의 개입권은 채권적 귀속만 인정된다.⁵²⁾

2.3 이사회에 승인

2.3.1 이사회에 승인구조

2.3.1.1 미국 회사법상의 회사에 대한 공개와 이사회에 승인

미국 회사법에 의하면 이사는 회사 사업기회에 해당하는 사업을 추진하기 위해 ‘먼저’ 사업의 특성을 회사에 완전공개(full disclosure)하여야 한다. 이사가 회사 측에 제안할 경우에 사업기회의 ‘수익성’ 등 모든 특징에 대해서도 완전하게 공개(full disclosure)하여야 한다. 그래서 회장이 회사에 회사기회를 추구하도록 제안을 하면서 수익성을 축소하거나 (understates the potential benefits) 비용을 과다하게 평가하여 이사진이나 주주들이 거절한 것이라면 이는 아마도 항변으로 인정되지 못하고,⁵³⁾ 그렇다면 이사는 사업기회 유용의 책임을 면하지 못한다. 이와 같이 미국 회사법은 이사가 사업기회에 해당하는 사업을 추진하기 위해서는 ‘먼저’ 사업의 특성을 회사에 완전 공개하여 이사회에 승인을 받도록 하고 있다.

52) 일반적으로 개입권의 효과는 채권적 귀속의 효과와 물권적 귀속의 효과로 구분된다. 전자의 경우는 상업사용인, 대리상, 무한책임사원 그리고 이사 등의 경업금지 의무 위반의 효과에서 인정하는 효과이고 후자의 경우는 위탁매매인, 운송주선인, 준위탁매매인 등의 경업금지 의무 위반의 경우에 적용되는 효과이다. 채권적 효과란 이득의 반환청구만 인정되는 것이고 물권적 효과란 당사자의 지위이전의 효과가 인정된다.

53) ALI, Prin. Corp., §5.05(a)(1); Steven L. Emanuel, 앞의 책, 231쪽.

2.3.1.2 사전 승인

개정상법에 따르면 이사가 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하고자 하는 경우에는 이사회에 사전승인을 얻어야 한다(제397조의2 제1항). 그러므로 이사회에 사전 승인을 받지 못하면 회사기회의 유용에 해당한다.

한편 이사 등이 회사와 거래하기 위하여는 “미리” 이사회에서 해당 거래에 관한 중요 사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다고 규정(개정상법 제398조)하고 있다. 그런데 제397조의2 제1항에는 “미리”라는 문구가 포함되어 있지 않은데,⁵⁴⁾ 이사의 자기거래와의 경우와 동일하게 해석해야 하는지 문제가 된다. 동일하게 해석하여야 할 것이다.

다음, 개정상법상 제398조에 의하면 이사 등과 회사의 거래에서는 ‘해당 거래에 관한 “중요 사실”을 밝히고’ ‘이사회에 승인’을 받아야 한다고 규정하고 있으나 제397조의2는 이러한 규정을 두고 있지 않다. 그렇다고 하더라도 이사의 자기거래와의 경우와 동일하게 해석해야 하는가? 회사기회의 유용규정은 이사의 자기거래의 새로운 유형을 설계한 것이므로 동일하게 해석하여야 할 것이다. 미국 회사법을 유추하여 이러한 경우 이사는 ‘먼저’ ‘사업의 특성’을 회사에 ‘완전공개’하는 것으로 해석하면 되지 않을까 생각된다.

마지막으로, 회사가 이사의 사업기회 유용에 대하여 사후추인은 가능한가가 문제로 된다. 이사의 자기거래의 경우 사후추인에 관하여 개정 전에 통설은 이를 부정하였으나, 소수설과 판례는 이를 긍정하고 있었다. 그러나 개정상법은 자기거래의 경우 명문으로 “미리”라는 문구를 삽입하였으므로 사전승인만 허용된다고 해석하여야 한다. 그러나 이사의 회사 사업기회 유용의 경우에도 사후승인이 허용되는지 여부에 관하

54) 입법과정에서 제397조의2는 조건부 부정문으로 표현된 결과 그 문맥상 당연히 사전 승인의 의미가 내포되어 있으므로 “미리” 또는 “사전”이라는 문구를 삽입하지 않았다고 한다.

여는 견해가 나뉘어져 있다. 생각건대, 주주 전원의 동의로 이사의 책임을 면제하고 있는 제400조와의 형평상 사업기회의 유용에 대한 사후승인은 허용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 본다.

2.3.2 연대책임

개정상법은 “제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정(제397조의2 제2항)하고 있다.

회사기회유용금지 규정을 위반한 경우 손해배상책임을 부담하는 주체는 누구인가? 그들은 위 규정을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사, 집행임원(제408조의9), 업무집행지시자(제401조의2 제1항) 등이다.⁵⁵⁾

또한, 지배주주도 책임을 지는가? 지배주주의 경우에는 명문의 규정이 없으므로 이사의 직에 있거나 업무집행지시자로 인정되는 경우가 아닌 한 직접 책임을 추궁하기는 어려울 것으로 본다. 다만 지배주주가 회사기회를 이용하는 것을 묵인·방관함으로써 임무를 해태한 ‘이사’는 책임을 부담하게 된다.

다음 “승인한 이사”는 누구를 말하는가? 승인한 이사는 이러한 승인 결정은 이사의 업무집행이므로 충실의무와 선관주의의무의 요건을 충족하면서 승인을 하여야 하는데 이를 위반하여 승인한 이사⁵⁶⁾를 의미한다⁵⁷⁾고 보는 것이 법문에 부합할 뿐만 아니라 입법취지에도 부합한다. 그런데 이와 관련하여 동조 제2항의 “및 승인한 이사는 연대하여”부분을 삭제하고 이러한 이사들의 경우 제399조 제2항에 따라 책임을 부담하게 하면 족하다는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 그러나 제397조의2 제2항은 “이사

55) 또한 이사회 승인을 심의하는 과정에서 주의의무를 게을리 하여 ‘승인한 이사’도 책임을 부담한다. 그 밖의 이사들은 감시의무에 따른 책임을 부담한다(제393조 제2항)고 볼 수 있다.

56) 그러므로 회사기회유용금지 안전을 승인한 이사를 말하는 것이 아니다.

57) 천경훈, 앞의 논문, 204쪽.

또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정”하므로 손해배상책임을 추궁하는데 있어서 제399조 제2항과 비교하여 원고의 증명책임에 차이가 있게 된다. 그렇다고 한다면 제397조의2 제1항을 위반한 이사와 이사회 의 승인심사에서 주의의무를 위반한 이사를 구분하여 손해배상에서 원고의 증명책임에 차이를 둘 필요성은 없다고 본다. 차라리 “승인한 이사”를 “제1항의 승인결정에서 주의를 게을리 한 이사”로 명확하게 규정하는 것이 바람직하다고 본다.⁵⁹⁾

2.4 위반의 법적효과(손해배상)

2.4.1 미국회사법

미국 회사법상 법원이 핵심경영인(key player)이 당연히 회사 사업기회라고 보이는 것을 찬탈한(has usurped what is properly viewed as a corporate opportunity) 사실을 인정하는 경우, 회사나 주주는 어떠한 구제를 받을 수 있는가? 판례는 ‘의제적신탁(constructive trust)’의 법적 효과 및 회사에 ‘이익반환(accounting for profits)’의 효과를 부여하고 있다. 여기서 의제적신탁의 효과란 이사가 회사의 사업기회를 유용하여 추진한 사업 그 자체를 회사의 소유로 인정하는 것이다.⁶⁰⁾ 이 때 법원은 이사로 하여금 이사가 동 사업을 추진할 때 투자한 직접의 투자금액을 지불할 것을 명할 수도 있고 그렇지 아니할 수도 있다.⁶¹⁾ 그리고 법원은 이사에게 회사의 사업기회를 이용하여 취득한 이득에 관하여 ‘회사에 대해 반환책임’을 질 것을(account for the profits) 명할 수 있다.⁶²⁾ 이를

58) 천경훈, 앞의 논문, 205쪽.

59) 김순석, “개정상법상 회사기회유용금지와 기업의 대응”, 상정회사감사회 회보(2011. 7).

60) Steven L. Emanuel, 앞의 책, 236쪽; Guth v. Loft, Inc., 5A, 2d 503(Del. 1939) ; Klinicki v. Lundgren, 695 P.2d 906(Ore. 1985).

61) Steven L. Emanuel, 위의 책, 236쪽.

62) Steven L. Emanuel, 위의 책, 236쪽.

‘이익반환 원칙’이라고 한다. 이와 같이 미국 회사법상 회사의 구제수단은 이사의 입장에서 보면 매우 가혹하다(draconic).⁶³⁾ 그렇다면 개정상법에서도 이사가 회사의 사업기회를 유용한 경우 ‘회사의 사업기회를 유용하여 추진한 사업’ 그 자체를 ‘회사의 소유’로 인정하는 것은 물론이고 회사의 ‘사업기회를 이용하여 취득한 이득’을 회사에게 ‘반환’하여야 하는 것으로 하고 있는가? 전자는 마치 상법상 이사의 경업금지 위반의 경우의 회사의 개입권을 인정하는 것처럼 보이고, 후자는 이사의 이익의 현존 여부와 관계없이 ‘모든 이익’을 회사에게 ‘반환’하는 것처럼 해석된다.

2.4.2 개정 상법상의 회사에 대한 구제(손해배상)

그런데 개정상법은 회사에 대한 구제와 관련하여 미국 회사법과 같이 자세하게 규정하고 있지 않고, ‘손해추정’ 규정(제397조의2 제2항)만 두고 있다.

이렇게 손해배상액의 산정에 관하여 추정규정을 둬으로써 손해배상액을 증명하는 것을 용이하게 하는 점에서는 의미가 있다. 그러나 이러한 규정은 손해배상책임을 추궁함에 있어서 소송법적으로 피고에게 입증책임을 전환하는 효과만 있을 뿐, 구체적으로 회사에 대하여 손해배상을 하는 구제방법, 특히 손해배상액과 그 방법을 규정한 것은 아니다.

또한 개정상법은 이사의 손해배상책임을 제한할 수 있도록 규정하면서 “이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우”와 제397조의2에 해당하는 경우에는 책임제한을 불허하고 있다(제400조 제2항). 그 결과 동조 제1항의 승인결정에서 주의를 게을리 한 이사(“승인한 이사”)의 경우 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에만 책임제한이 된다는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 “제1항의 승인결정에서 주의를 게을리 한

63) Steven L. Emanuel, 위의 책, 236쪽.

64) 천경훈, 앞의 논문, 142쪽.

이사”와 “제1항을 위반하여 손해를 발생시킨 이사”를 차별하여 책임제한 규정을 적용하는 것은 문언해석의 범위를 일탈한 것으로 동일하게 책임제한을 배제하여야 한다고 본다.

2.5 문제점 및 개선방향

2.5.1 문제점

회사기회 유용 입법 반대론이 주장하는 논거 중에 가장 많이 제기되었던 것들 중에서 첫째는, 이사의 충실의무의 규정 또는 경업금지의 규정을 유추하여 충분히 회사기회이론에 대처할 수 있다는 것이었다. 즉, 이사의 경업금지규정을 확대해석 내지 유추적용하고 현행상법상 이사의 경업금지규정에 의해 대처할 수 없는 이사의 회사기회유용 행위에 대해서는 이사의 충실의무를 인정하는 일반규정인 상법 제382조의3을 적용하면 족하다는 견해⁶⁵⁾이다. 둘째는, 기업 활동의 방해요소 또는 남소의 우려가 있다는 주장이다. 다시 말하면, 창업기회의 제한으로 과

65) 이 견해의 주장은 다음과 같다. 첫째, 이사의 회사기회유용행위를 큰 범주에서 가급적이면 현행 상법상 이사의 경업금지의 범주에 포섭되는 것으로 확대해석 내지 유추적용한다. 미국법상 회사기회유용금지와 현행 상법상 경업금지는 여러 가지 제도적인 면에서 유사한 점과 차이점도 있지만 그렇다고 해서 반드시 미국법제를 수용하여 새로운 입법을 하여야 할 당위성이 있는 것은 아니다. 둘째, 미국에서 회사기회의 유용금지는 이사의 충실의무의 구체적인 유형이라는 점을 충분히 고려하여 현행 상법상 이사의 경업금지규정에 의해 대처할 수 없는 이사의 회사기회유용행위에 대해서는 이사의 충실의무를 인정하는 일반규정인 상법 제382조의3을 적용하는 방안이 있다. 그리고 상법 제383조의3하에서 어느 기회가 회사기회에 해당하는지의 판단은 사실관계를 바탕으로 미국의 경우를 참조하여 판례를 통해 한국판 회사기회의 법리를 발전시키는 것이 바람직하다. 판례를 통해 미국의 회사기회의 법리를 도입하는 것은 구성이나 정합성 측면에서 초기에는 결함이 있을 수 있으나 우리 현실과의 괴리감을 줄일 수 있으므로 외국법을 도입할 때 생겨날 수 있는 편견을 최소화 할 수 있다. 권재열, “회사기회의 법리: 2007년 2월 조정된 상법개정안의 비교법적 검토”, 상사법연구 제25권 제4호 통권 제53호(한국상사법학회, 2007. 2), 105쪽.

감한 기업이 정신을 위축시키거나 역동적인 기업활동에 방해요소로 작용할 수 있다⁶⁶⁾는 주장이다. 이러한 주장들은 결국 개정상법에 대한 비판적 시각을 대변하고 있다.

하지만 이번 상법 개정에 회사기회 유용금지규정이 신설됨으로써 발생하는 첫 번째의 가장 큰 문제점은 ‘회사기회’의 개념이 ‘포괄적’이고 ‘불명확’하다는 것이다.⁶⁷⁾ 이점에 대해서는 개정상법 이전에도 지적이 많았다. 즉, 회사기회유용의 개념 또는 현재 또는 장래의 사업기회의 개념이 매우 추상적이고 모호하여 법적용상 혼란과 남용이 우려되고, 회사의 이익이 되는 사업기회란 각 회사의 구체적인 경영현실에 따라 수시로 변화할 수 있는 개념인데도 불구하고 이를 입법으로 정형화함으로써 일률적으로 규제하는 것은 정당하지 못하다는 것이다.⁶⁸⁾ 그러므로 ‘회사기회’의 개념이 ‘포괄적’이고 ‘불명확’하다는 비판은 향후 이 조문의 해석·적용에 적지 않은 파장을 불러올 것으로 예측된다.

또한 어떤 사업기회가 회사에 이익 또는 손해를 줄 수 있는지 미리 알 수 없기 때문에 경우에 따라서는 사후적으로 성공한 사업만 회사기회 유용금지 대상이 되는 결과를 초래할 수 있다.

두 번째 문제점은 이사 등과 회사 간의 거래(제398조)와 똑 같이 ‘이사회 승인 가중요건’⁶⁹⁾이다.

세 번째 문제점으로는 충실의무를 지는 이사회 스스로가 ‘회사기회

66) 김정호, “회사기회유용금지의 법리”, 경영법률 제17권 제2호(한국경영법률학회, 2007), 173쪽.

67) 그 결과 경영상 어려움은 물론이고 남소가 발생할 우려가 높아졌다는 점이다.

68) 현재의 사업기회나 어느 시점인지도 모를 장래의 사업기회라는 개념은 어디까지가 규제의 대상인지에 대한 예측이 어려우며, 사업의 기회가 사전적으로는 회사에 이익이 될 지 손해가 될 지는 아무도 알 수가 없어 사후적으로 성공한 사업만 따지는 결과가 된다는 비판도 있다. 최완진, “상법 개정의 방향에 관한 고찰”, 외법논집 제25집(한국외국어대학교 법학연구소, 2007. 2), 194쪽.

69) 제397조의2 제1항은 “이사회회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.”라고 규정하고 있기 때문이다.

제3자 제공거래'를 승인하는 것 자체가 모순이 된다는 점이다. 즉, 개정 상법 규정이 이사가 타인에게 회사기회를 제공하고 그 이익을 간접적으로 얻는 것을 차단하는데 목적이 있음에도 불구하고 이러한 안건을 이사회가 승인한다는 그 자체가 충실의무 위반에 해당할 수 있다고 보는 것이다. 비록 회사기회를 제3자에게 제공한 것이 아니라 경영전략상의 선택이라고 하더라도 현실적으로 사외이사가 과반수이고 이사회 책임과 관련해 사외이사들이 보수적 의사결정을 하는 현재의 관행을 감안할 때 이사회 승인은 더욱 힘들 것으로 예측할 수 있다.

회사기회유용금지규정의 네 번째 문제점으로는 이 규정이 지배주주(회사)의 경우에도 적용될 수 있는가⁷⁰⁾ 하는 것이다. 지배주주의 경우는 사외이사 보다 더 회사에 대한 충실의무가 크며 따라서 상급 집행임원과 동일한 의무가 주어져야 한다고 볼 수도 있기 때문이다.

다만 지배주주의 경우에는 회사기회유용 법리의 적용을 받는 '사업 기회'의 범위가 일반적인 이사 등의 경우보다 매우 협소하다고 볼 수도 있다. 지배회사에게는 이사와는 달리 따로 소수주주가 존재하므로 자회사와는 별도로 자신의 영업을 수행할 이익을 가지고 있어 종속회사의 이사와 같이 무조건 종속회사의 이익만을 위한 경영판단을 요구할 수는 없다. 이러한 관점에서 본다면 지배회사가 자신의 이익을 추구하는 것을 인정해 주어야 한다.⁷¹⁾

2.5.2 개선방향

개정상법상의 회사기회유용금지에 관한 규정의 모델이 된 ALI 원칙과 미국법원의 판례들이 있기 때문에 그 해석·적용에 있어서 어느 정도 예측가능성이 있다는 점은 인정할 수 있다. 그러나 실제로 미국에서도

70) 명문으로 규정하고 있지는 않다.

71) 미국 법원은 이러한 이유 때문에 지배회사의 재량범위를 폭넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.

회사기회유용의 개념에 대하여 학자들 사이에 논란이 있고, 일관된 기준이 확립되어 있지도 않다. 독일, 영국, 일본에서 판례법으로 관련 이론이 형성되어 있는 정도이고, 프랑스에서는 회사기회라는 개념조차 없다. 그렇다면 개정상법상의 회사기회유용금지 규정은 우리 법과 영미 회사법과의 제도적인 차이를 극복하지 못한다면 실패한 입법이 될 가능성도 있다. 특히 이사회 승인 시의 가중요건은 영미 회사법 어디에도 없다.

이러한 점에서 볼 때 개선하는 최선의 길은 적절하게 재개정하되 적어도 이사회 승인 가중요건은 일반적 승인 요건으로 완화하는 것이 바람직하다고 본다.

IV. 결 어

먼저 이사의 자기거래금지의 법리와 이사의 회사사업기회 유용의 금지의 법리는 모두 이사의 충실의무 위반의 유형에 속하지만 그 법리구성이 상이하고 전통적으로 영미 회사법에서도 이들을 구분하여 적용하여 왔다는 점에서 이들을 한 조문에 묶어 자기거래 유형으로 입법한 것은 합리적인 입법이 아니라고 할 수 있다.

또한, 이사의 자기거래금지 범위를 확대한 점과 자기거래 뿐만 아니라 이사의 회사사업기회 유용에 관한 이사회 승인요건을 가중한 것은 선진국의 회사법제와는 전혀 방향을 달리한 면이 없지 않다. 반드시 수정이 필요하다고 본다.

각론으로 들어가면, 개정상법안(제408조의9)에서는 이의 준용규정을 두어 이사의 회사사업기회 유용금지를 집행임원에게도 적용토록 명시하고 있다. 이점에 대해서는 이사의 회사사업기회 유용금지규정을 유지하는 한 들어가야 할 조항이라고 생각할 수 있다. 한편, 아쉬운 점은 사외이사에 대하여는 다르게 취급하여야 하는데 이에 관한 명시적인

규정이 없다는 것이다.

그 다음으로 대규모 공개회사와 달리 폐쇄회사의 경우에 경영진에게 충실의무에 기한 회사사업기회유용금지의무가 당연히 발생하는 것은 아니라고 할 수 있고, 명시적 계약이나 상호 이해 또는 합리적인 기대 등에 의해 발생한다고도 말할 수 없다. 그렇다면 대규모 공개회사와 폐쇄회사의 경우를 구분하여 규정⁷²⁾할 필요가 있을 것이다.

결론적으로 위에서 살펴본 개정상법상의 관련규정을 수정·보완할 필요가 있고, 개정상법을 유지하는 경우에도 시행령을 통하여 해석·적용에 혼란이 없도록 구체적인 사안을 열거하고 그 효과를 규정함으로써 예측가능성을 부여하는 것이 반드시 필요하다.

(투고일 2012년 4월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 5월 10일, 게재확정일 2012년 5월 31일)

주제어: 이사의 자기거래, 회사기회유용, 충실의무, 지배주주, 공정(성)

72) 시행령에서 고려할 수 있다.

참고문헌

1. 단행본

경제개혁연대(www. ser. or. kr), 경제개혁리포트(2006-7호), 2006. 12. 21.
고창현, 개정상법의 주요내용과 기업대응 세미나 토론문, 대한상공회
의소, 2011. 5. 26.

American Law Institute, Principles of Corporate Governance, 1994.

Jesse H. Choper/John C., Jr. Coffee/Ronald J. Gilson, *Cases and Materials
on Corporations*, Wolster Kluwer, 2008.

John H. Farrar, *Farrar' Company Law*, Butterworths, 2000.

Lewis D. Solomon/Alan R. Palmiter, *Corporations*, Little Brown and
Company, 1994.

Steven L. Emanuel, *Corporations*, emanuel law outlines, 5th ed., Aspen
Publishers, Inc., 2005.

Thomas Raiser/Rüdiger Veil, *Recht Der Kapitalgesellschaften*, 4
neubearbeitete Aufl. Verlag Frans Vahlen, 2006.

2. 논문

권순희, “상법 개정안 제398조 제3항(회사기회의 유용금지)에 관한
이론적 검토”, 상사법연구 제26권 제3호, 한국상사법학회,
2007.

권재열, “회사기회의 법리: 2007년 2월 조정된 상법개정안의 비교법
적 검토”, 상사법연구 제25권 제4호 통권 제53호, 한국상사법
학회, 2007. 2.

김순석, “개정상법상 회사기회유용금지와 기업의 대응”, 상장회사감

사회 회보, 2011. 7.

김정호, “회사기회유용금지의 법리”, 경영법률 제17권 제2호, 한국경영법률학회, 2007.

법무부 보도자료, ‘법무부 상법개악’ 등 일부 언론보도 관련 해명, 2011. 4. 8.

전삼현, “선진화된 회사지배구조개선방안”, 2011년 추계 기업소송연구회 회사법개정 심포지움, 21세기형 선진 회사법제를 위한 과제, 2011.

주강원, “상법상 특별배임죄에 관한 연구”, 연세대학교 법학연구 제18권 제3호 통권 제39호, 연세대학교 법학연구원, 2008. 9.

천경훈, “개정상법상 회사기회유용 금지규정과 해석론 연구”, 상사법연구 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011. 6.

최완진, “상법 개정의 방향에 관한 고찰”, 외법논집 제25집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007. 2.

[Abstract]

The Extension of the Target and the Type of Director's Self-dealing

Hong-Ki Jin*

Recently, the Korean Commercial Code has been largely amended in order to promote free and transparent management of a company. The most debatable aspect of this amendment is considered to be the target and the type of Director's self-dealing.

According to the Article 397, 2, a director should be consented by two-thirds' the board of directors, before he or she could appropriate corporate opportunities. This promulgation is fundamentally based on the American system, as its primary objective is to prevent directors and senior executives from taking corporate opportunities, which may be against the best interests of a company. The American Law Institute has introduced the Principles of Corporate Governance Analysis and Recommendation American Law Institute ("ALI") and the related provisions of the Model Business Corporation Act. Therefore, together with the corporate opportunities doctrine, a range of parties under the effects of the newly created set of rules has been greatly expanded when a director contracts with a company in order to avoid a conflict of interest due to the Article 398.

The first argument about the expansion of the parties including directors

* Professor of Law school, Konkuk University, Attorney.

with regard to dealing with a company is that such an extension of the target is rather unique in Korea. Along with this expansion, it is now mandatory for a director to receive two-thirds of consent from the board of directors in order to seize corporate opportunities, which is hardly the case in other jurisdictions.

It seems more than likely that how persuading two-thirds of the board of directors to agree with you could cause a lot of complications within the company.

Furthermore, the language used in the provision, which was mostly borrowed from American cases and ALI, has invited disputes and controversies in various ways, due to its vagueness. The provision, having referred to American cases, has established some guides lines, such as “four tests” and many people expect that the Korean courts will face many difficulties in interpreting and applying the provisions to a Korean company, backgrounds of which are obviously different to an American company.

As such, in this essay, its focus would be on the introduction of the American analysis on the corporate opportunities doctrine. Moreover, the effects of the self-dealing doctrine and corporate opportunities doctrine would be examined in further detail and it will be discussed as to whether the application of these legal principles should even be extended to controlling shareholders of a company.

Key Words: Director’s Self-Dealing, Corporate Opportunity Doctrine, Duty of Royalty, Controlling Shareholders, Fairness