



제428회 국회(임시회)  
제1차 법제사법위원회

## 상법 일부개정법률안

### 검 토 보 고

〈회사의 사업기회유용금지 규제대상 확대〉

■ 박상혁의원 대표발의(의안번호 제2206653호)

2025. 8.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 박 혜 진

## 목 차

|                        |   |
|------------------------|---|
| I . 제안경위 .....         | 1 |
| II . 제안이유 및 주요내용 ..... | 1 |
| III . 검토의견 .....       | 2 |

## I . 제 안 경 위

1. 제 안 자 : 박상혁의원 등 10인
2. 제 안 일 : 2024. 12. 18.
3. 회 부 일 : 2024. 12. 19.

## II . 제 안 이 유 및 주 요 내 용

현행법 제382조의3은 이사의 충실의무를 규정하고 있으나 이는 선언적인 내용에 불과하여 실효성이 없다는 의견이 제시되고 있음.

이에 이사의 충실의무가 구체화된 다른 규정을 개정하는 방법으로 이사의 충실의무를 실질적으로 강화하고자 함(안 제397조의2).

### Ⅲ. 검토의견

#### 가. 개정안의 내용 및 취지

- 개정안은 이사의 사업기회유용행위 금지에 관한 현행 제397조의2를 제382조의3에<sup>1)</sup> 따른 이사의 충실의무를 구체화한 규정으로 이해하는 것을 전제로, 사업기회유용행위 금지 대상을 확대(이사→이사·주요주주·친족 및 자회사 등)하고, 이사회에 대한 사전 보고 및 승인이 필요함을 명시하며, 관련 규정을 정비하려는 것임(안 제397조의2).

| 현행                                                                                                                                                                                  | 개정안                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① <u>이사는 이사회</u> 의 승인 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 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다. | 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① <u>제398조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여</u> -----<br>-----<br><u>이용하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요 사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다.</u> -----<br>-----. |

1) 「상법」 제382조의3(이사의 충실의무) 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다.

| 현행                                                                                                          | 개정안                                                                                                                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. 2. (생략)<br>② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다. | 1. 2. (현행과 같음)<br>② -----<br>-----발생시킨 제398조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자--<br>-----<br>-----인하여 제398조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자-----. |

□ 현행 제397조의2는<sup>2)</sup> 이사가 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 일정한 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하는 행위(이하, “사업기회유용”)를 금지하고, 예외적으로 이사회에서 가중된 정족수(이사의 3분의 2 이상)에 따른 의결로 승인하는 경우 이를 허용하고 있음.

○ 사업기회유용을 금지하는 법리는 미국의 판례법에 기초하여 발전한 것으로,<sup>3)</sup> 2011년 이사와 회사간의 이해상반행위가 충실의무, 이

2) 「상법」 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회의 승인 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 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.

3) 장재혁·정준혁, “개정상법상 회사기회유용의 금지”, BFL 제51권, 서울대학교 금융법센터, 2012. p. 32·33에서는 이러한 미국의 법리를 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.”라고 소개하고 있음.

사의 자기거래 제한규정만으로 규율하기 어려운 사례들이<sup>4)5)</sup> 늘어나고 있어 이에 대한 대응을 위하여<sup>6)</sup> 이 법 개정을 통하여 도입됨.

- 대법원 판례는 현행법이 이사의 사업기회유용을 원칙적으로 금지하고 있는 이유에 대해, 이사가 회사에 대하여 부담하는 선관주의 의무 및 충실의무에 기초하여, 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하기 때문으로 보고 있음.<sup>7)8)</sup>

4) 당시 이러한 사례들을 ‘일감몰아주기’라는 명칭으로 불렀으며, 이러한 사안에 대해서는 2011년 이후 이 법 뿐만 아니라 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제47조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 및 「상속세 및 증여세법」 제45조의3(특수관계법인과 의 거래를 통한 이익의 증여 의제)등의 규제가 도입되었음.

- 5) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제47조(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)
- ① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 국내 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족으로 한정한다. 이하 이 조에서 같다), 동일인이 단독으로 또는 다른 특수관계인과 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주식을 소유한 국내 계열회사 또는 그 계열회사가 단독으로 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유한 국내 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 다음 각 호에 해당하는 행위의 유형 및 기준은 대통령령으로 정한다.
    1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
    2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위
    3. 특수관계인과 현금이나 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
    4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위

6) 법제사법위원회 전문위원실, 상법 일부개정법률안(정부 제출, 의안번호 제1801566호) 검토보고, 2008. 11., p.152·153

7) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다16191 판결 “이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의 의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사의 임무를 다한 것이 된다. 이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다.”

8) 다만, 해당 대법원 판결은 명시적으로 구체적인 사안에서 제397조의2가 적용되는지 여부에 대해서는 언급하고 있지 않으나, 해당 판결의 하급심(서울고등법원 2016. 2. 5. 선고 2013나50901 판결)은 이 사안에서 제397조의2가 적용됨을 전제로 같은 조 제3항에 따른 손해배상액의 추정에 관하여 살피고 있음.

- 이러한 사업기회유용행위는 예외적으로 이사회에 적법한 승인이 있는 경우 허용되며, 통상적인 결의요건과는(제391조제1항)<sup>9)</sup> 달리 재임이사<sup>10)</sup> 3분의 2 이상의 찬성을 요구하며(제397조의2제1항 단서), 주주총회 결의 관련 규정이 준용되어 특별이해관계 있는 이사는 재임이사의 수에서 제외함(제391조제3항·제368조제3항).<sup>11)</sup>
- 한편, 이러한 이사회에 승인이 사후적으로도 가능한지에 대하여, 사전승인만 허용되는 이사의 자기거래금지 예외(제398조)와는<sup>12)</sup> 달리, 사업기회유용행위는 제397조의2제1항 법문의 문리적 해석으로 사전승인만 허용되는 것으로 입법 과정에서 논의되었다고 소개하고 있으나 견해는 갈림.<sup>13)14)</sup>

9) 「상법」 제391조(이사회에 결의방법) ① 이사회의 결의는 이사과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 한다. 그러나 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있다.  
③ 제368조제3항 및 제371조제2항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다

10) 임재연, 회사법 II, 박영사, 2024. p. 515

11) 「상법」 제368조(총회의 결의방법과 의결권의 행사) ③ 총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다

12) 「상법」 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 제542조의8제2항제6호에 따른 주요주주

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

13) “이사회에 승인 없이 … 이용하여서는 아니 된다.”라는 법문을 문리적으로 해석하면, 이사가 정당하게 회사의 사업기회를 이용하기 위해서는 이사회에 적법한 승인이 선행되어야 하는 것으로 볼 수 있음.

14) 임재연, 회사법 II, 박영사, 2024., p. 514, 다만, 제397조의2가 신설된 제18대 국회 당시 법제사법위원회의 관련 속기록(제278회 국회(정기회) 제20차 전체회의, 제278회 국회(정기회) 제3차 법안심사제1소위, 제282회 국회(임시회) 제1차 법안심사제1소위, 제282회 국회(임시회) 제2차 법안심사제1소위, 제294회 국회(정기회) 제1차 법안심사제1소위, 제298회 국회(임시회) 제1차 법안

○ 또한, 이사가 이사회에 적법한 승인 없이 회사의 사업기회를 유용하여 회사에 손해를 발생시킨 경우, 해당 이사 및 위법한 승인에 참여한 이사는 연대하여 책임을 부담하고, 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정함(제397조의2제2항).

□ 개정안은 제397조의2에 따른 이사의 사업기회유용행위 금지 규정을 제398조에 따른 이사·주요주주 등에 대한 자기거래금지의 대상 및 예외요건 등과 동일한 수준으로 규율함으로써, 주요주주·자회사 등이 회사에 이익이 될 사업기회를 유용할 수 없도록 하는 제도적 장치를 마련하고자 하는 취지로 이해됨.

○ 자기거래금지에 관한 현행 제398조는 이사 및 주요주주(친족 및 자회사 등 포함)가 회사와 거래하는 것을 원칙적으로 금지하되, 예외적으로 이사 등이 해당 거래에 관한 중요사실을 이사회에 미리 밝히고 가중된 의결정족수에 따른 이사회에 사전 승인이 있는 경우, 그 거래의 내용과 절차가 공정함을 전제로 허용하고 있음.

- 현행법이 이사·주요주주 등과 회사와의 거래를 금지하고 있는 취지에 대하여, 판례는<sup>15)</sup> 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 것이

---

심사제1소위 및 제298회 국회(임시회) 제4차 전체회의)에는 자기거래 금지와는 달리 사업기회 유용금지의 사전 승인에 대한 언급이 명확하게 나타나 있지 않음. 김건식·노혁준·천경훈, 회사법, 박영사, 2024., p.478은 사후승인 가부에 대하여 긍정설과 부정설이 있음.

15) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결 “상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 거래에 관하여 이사회에 승인을 얻도록 규정하고 있는 취지는, 이사가 그 지위를 이용하여 회사와 거래를 함으로써 자기 또는 제3자의 이익을 도모하고 회사 나아가 주주에게 불측의 손해를 입히는 것을 방지하고자 함에 있는바 (이하 생략)”

라고 설명하고 있음.

| 구분   | 자기거래 금지                                                                          | 사업기회유용 금지                                             |                                                                      |
|------|----------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
|      |                                                                                  | 현행                                                    | 개정안                                                                  |
| 근거규정 | 제398조                                                                            | 제397조의2                                               | 제397조의2                                                              |
| 대상   | 이사(제1호)<br>주요주주(제1호)<br>친족(제2호·제3호) <sup>16)</sup><br>자회사·손자회사(제4호)<br>증손회사(제5호) | 이사                                                    | 자기거래금지와 동일                                                           |
| 금지행위 | 자기·제3자의 계산으로 회사와 거래                                                              | 현재 또는 장래에 이익이 될 수 있는 회사의 일정한 사업기회를 자기·제3자의 이익을 위하여 이용 | 자기·제3자의 이익을 위하여 현재 또는 장래에 이익이 될 수 있는 회사의 일정한 사업기회를 이용 <sup>17)</sup> |
| 예외요건 | 事前 이사회 보고·승인                                                                     | 이사회 승인                                                | 자기거래금지와 동일                                                           |
| 정족수  | 이사 2/3 이상                                                                        | 좌동                                                    | 좌동                                                                   |
| 내용   | 거래의 내용·절차 공정                                                                     | -                                                     | -                                                                    |

## 나. 구체적 검토

□ 개정안 중 회사의 사업기회유용금지의 예외요건인 이사회의 사전 승인 절차에 관한 사항을 자기거래금지 규정과 동일하게 규율하는 내용은, 승인에 관한 절차 규정을 보다 명확하게 하려는 것으로 일응 타당한 입법조치로 판단됨.

16) 배우자, 직계존비속, 배우자의 직계존비속에 한정됨.

17) 내용은 현행과 동일한 것으로 해석될 수 있으나, 자기거래금지와 동일하게 이사회의 사전승인을 명시하는 과정에서 법문의 순서를 바꾼 것으로 보임.

○ 앞서 살핀 것과 같이, 법문의 구조상 이사회 승인이 사전에 이루어져야 하는 것으로 해석되기는 하나, 이사의 자기거래금지에 관한 제398조는 명문으로 ‘미리’ 이사회 승인을 받도록 규정하고 있는 점, 또한 승인의 전제가 되는 주요사항에 대한 보고절차에 관한 사항도 명시될 필요가 있는 점 등을 고려할 때 개정안과 같이 명료하게 규정할 필요가 있는 것으로 보임.

□ 다만, 규제의 적용 대상을 자기거래금지와 동일하게 확대하고자 하는 내용은, 아래와 같이 자기거래금지와 사업기회유용금지의 구조가 상이하다는 점을 고려하면 그 개정 실익 여부에 대해 심도있는 검토가 필요한 것으로 판단됨.

| 이사 등과 회사간 자기거래                                                                                                                                                                                                                    |  | 이사의 회사 사업기회 유용                                                                                                                                                                                                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">이사<br/>주요주주·친족<br/>자회사등</div> <div style="margin: 0 10px;">↔</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">회사</div> |  | <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; margin-bottom: 10px;">회사의 사업기회</div> <div style="text-align: center;">↓</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;">이사·제3자</div> |

○ 이사의 사업기회유용금지 및 자기거래금지는 이사에게 부여되는 선관의무 및 충실의무에 기초하여, 이사 등이 회사의 이익을 저해하는 행위를 금지하고자 하는 것으로 그 제도적 취지는 동일한 것 보이나, 다음과 같이 규제의 구조가 다름.

- 자기거래금지의 경우 이사 등이 회사와의 부당한 거래를 통해 자기

또는 제3자의 계산으로 과도한 이익을 수취하여 “회사에 현존하는 이익”을 스스로가 이전받고자 하는 것을 규제하고자 하는 것임. 사업기회유용금지의 경우 이사가 회사의 사업기회를 이사 자신 또는 제3자의 이익을 위하여 회사 대신 이용함으로써 이익을 수취하는 행위를 금지하는 것임.

- 따라서, 사업기회유용금지의 규율 대상은 회사의 사업기회 양도에 관한 이사의 경영상 결정이라는 점, 이사 또는 제3자는 회사의 현존이익을 직접 이전받는 것은 아니라는 점에서 자기거래금지 규제와 차이가 있음.

- 개정안은 사업기회유용금지 적용 대상을 확대하여, 주요주주·친족·자회사 등이 회사의 사업기회를 유용하는 것을 금지하고자 하나, 현행법은 이러한 기회유용에 따른 이익 귀속의 주체가 이사 본인 뿐만 아니라 제3자에 대하여 이루어진 경우 또한 규율하고 있으므로<sup>18)</sup> 주요주주·친족·자회사 등이 회사의 사업기회를 양도받는 행위는 현행법(제397조의2)에 따르는 경우에도 이사가 사업기회를 제3자의 이익을 위하여 이용하는 행위에 해당하므로<sup>19)</sup> 이사회 의사 승인 대상에 해당함.<sup>20)</sup>

---

18) 임재연, 회사법 II, 박영사, 2024. p. 505

19) 앞서 살핀 것과 같이, 사업기회유용금지 범리는 이사가 해당 사업기회를 제3자에게 제공하는 경우에도 적용됨. 또한, 개정안에서 새롭게 사업기회유용의 주체로 주요주주·친족·자회사 등을 규정하고 있으나, 이들에 대한 사업기회유용 제공행위는 이사의 행위를 매개로 이루어질 수 밖에 없어, 이사가 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 사업기회를 제3자의 이익을 위하여 이용하는 행위에 해당함.

20) 임재연, 회사법 II, 박영사, 2024. p.505에 따르면 현행법(제397조의2)가 “이사”만을 규제대상으

|              |
|--------------|
| 문 의 처        |
| 02)6788-5055 |

---

로 하고 있지만, 법문상 이사가 제3자의 이익을 위하여 회사의 사업기회를 이용하는 것도 금지되므로, 이익의 귀속주체가 지배주주(지배주주의 가족, 지배회사 포함)이면 적용결과에 있어 큰 차이가 없는 것으로 설명함. 다만, 같은 문헌은, 미국에서는 회사기회유용의 법리가 이사 뿐만 아니라 주요주주, 임원에게도 적용되고 있다고 설명하고 있음.