



제418회 국회 (정기회)
제6차 법제사법위원회

상법 일부개정법률안

검 토 보 고

<이사의 회사기회 유용에 관한 이사회 승인시기 명시>
■ 김현정의원 대표발의(의안번호 제2201823호)

2024. 9.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 박 동 찬

목 차

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

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 김현정의원 등 11인
2. 제 안 일 : 2024. 7. 17.
3. 회 부 일 : 2024. 7. 18.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지)에서는 "이사는 이사회회의 승인없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다"고 규정하고 있음.

그러나 제398조(이사 등과 회사 간의 거래)는 이사회의 승인을 미리 받아야 한다고 명시하고 있으나, 제397조의2는 이를 명시하지 않아 사후에 승인받아도 되는지 여부에 관한 법 해석의 논란이 있는 상황임.

이에 이사가 회사의 기회 및 자산을 이용하려면 미리 이사회의 승인을 받아야 함을 명확히 하고자 하는 것임(안 제397조의2).

Ⅲ. 검토의견

- 개정안은 이사가 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하려면 미리 이사회에 승인을 받도록 하려는 것임 (안 제397조의2).

현행	개정안
제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 <u>이사회에 승인을</u> 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 <u>이용하여서는</u> 아니 된다. 이 경우 이사회에 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다.	제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① ----- <u>현재</u> ----- ----- ----- ----- ---- <u>이용하기 위하여는</u> 미리 <u>이사회에 해당 거래에 관한 중요 사실을 밝히고 이사회에 승인을 받아야 한다.</u> -----.
1. 2. (생략)	1. 2. (현행과 같음)
② (생략)	② (현행과 같음)

□ 현행법에서는 이사가 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하는 것을 원칙적으로 금지하면서 이사회 승인을 받은 경우에 예외적으로 이를 허용하고 있음(제397조의2¹⁾).

○ 회사의 기회 및 자산의 유용 금지규정은 영미법상 이사의 충실 의무의 일환으로 논의되는 “회사기회 유용의 법리(usurpation of corporate opportunity doctrine)”를 입법한 것으로²⁾, 2011년 「상법」 개정을 통해 도입됨.

□ 개정안은 이사가 회사의 기회를 유용하기 위해서는 이사회 승인을 미리 받아야 함을 명시함으로써 이사회 승인시기에 관한 해석상 논란을 해소하려는 취지로 보임.

○ 자기거래(이사와 회사 사이의 거래)에 관하여 이사회 승인을 얻도록 규정한 2011년 개정 전 「상법」 제398조³⁾와 관련하여, 대법원은 이사회 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에

1) 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회 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 이사회 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.

2) 송옥렬, 상법강의 제12판, 2022년, p.1075~1076

: 미국에서는 이사는 사업기회를 먼저 회사에 제공하고 자신의 이해관계를 개시하지 않고서는 그 사업기회를 이용할 수 없다는 법리가 확립되어 있고, 이를 “회사기회 유용의 법리”라 함.

3) 제398조(이사와 회사간의 거래) 이사는 이사회 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우에는 민법 제124조의 규정을 적용하지 아니한다.

대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면 「상법」 제398조 전문이
이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대하여 이사회에 사전승인만을
규정하고 사후승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다고 판시한 바
있음(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결⁴⁾).

- 반면, 학설은 자기거래의 사후승인 인정 여부에 관하여 부정설과
긍정설로 나뉘어 있었고, 회사기회 유용의 사후승인 인정 여부에
관하여도 부정설과 긍정설의 논의가 있음.⁵⁾

□ 현행법에서 회사기회 유용에 관하여 이사회에 사전승인을 얻도록
하는 명문의 규정을 두고 있지 않아 회사기회 유용에 관한 이사회에
사후승인을 허용할 것인가에 대한 논쟁의 여지가 있다는 점을
고려할 때 사전승인이 필요함을 명시하여 입법적으로 문제를 해결
하려는 개정안의 취지는 긍정적인 것으로 보임.

- 자기거래 금지규정의 경우에도 이사회에 승인시기에 관하여 명문
규정을 두지 않아 사후승인 인정 여부에 대하여 판례와 학설의
입장이 나뉘었으나 2011년 4월 「상법」 개정을 통하여 미리 이사
회의 승인을 받도록 명문으로 규정함⁶⁾으로써 대법원 판례로 인정

4) 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, 이사회에 승인을 얻은 경우 민법 제124조의 적용을 배제하도록 규정한 상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회에 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에 대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면, 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대하여 이사회에 사전 승인만을 규정하고 사후 승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다.

5) 정찬형, 상법강의(상) 제25판, 2022년, p.1057, p.1067

6) 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

되던 사후승인을 허용하지 않는 것으로 논란을 해소한 바 있음.

- 자기거래 금지의무와 회사기회유용 금지의무는 모두 이사의 선관 의무(충실의무)를 구체화한 것으로, 자기거래는 이사가 적극적으로 회사와 거래하는 형태가 되는 것에 비하여 회사기회의 유용은 이사와 회사 사이에 거래관계가 나타나지 않는다는 점에서 서로 구별이 되지만 양자가 유사한 점이 많은 것으로 보임.⁷⁾⁸⁾

- 다만, 개정안에서는 “이사회에 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고”라고 규정하여 자기거래 금지규정의 예를 따르고 있으나 회사기회의 유용은 거래를 전제요건으로 하지 않다는 점을 고려할 필요가 있을 것으로 보임.

문 의 처

02)6788-5055

밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 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

7) 송옥렬, 앞의 글, p.1076

- 8) 회사기회 유용에 관한 이사회의 사후승인과 관련하여, 국회 논의과정에서는 자기거래와 기회유용을 평행하게 이해하여 당연히 사전 이사회 승인이 있어야 한다고 이해하였으나 조문 자구를 최종적으로 다듬고 수정하는 과정에서 “... 이사회의 승인 없이 ... 이용하여서는 아니된다”라는 조건부 부정문으로 표현된 결과 그 문맥상 당연히 사전승인이라는 의미가 내포되어 있다는 이유로 ‘미리’ 또는 ‘사전’이라는 문구가 삽입되지 않은 것이라는 기술[구승모, 상법 회사편 입법과정과 향후과제, 선진상사법률연구(법무부 상사법무과) 통권 제55호(2011. 7.), p.126]