성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2022.34.1.001
제34권 제1호(2022. 3.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.34 No.1 (March 2022) pp. 1-34

영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단*

송지민**

【목 차】

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 신인관계 및 신인의무
1. 신인관계의 요건 및 범위
2. 신인의무와 이득토출책임
Ⅲ. 영국 회사법상 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단
1. 이사의 충실의무
2. 충실의무 위반의 구제수단
3. 이사의 충실의무 위반 판례
Ⅳ. 우리 상법상 이사의 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단
1. 충실의무 및 현행 구제수단
2. 충실의무 위반 시 이득토출책임 제안
Ⅴ. 마치며

【국 문 요 약】

본 논문은 영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 적용하는 법리를 살펴본 후, 우리 회사법상 이사의 충실의무 위반 시 이득토출책임 적용의 필요성을 검토하였다. 이득토출책임은 일부 위법행위에 대하여 위법행위자가 취득한 이득을 토출하는

* 본 논문은 필자의 박사학위 논문인 송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원(2021), 제5장 제4절을 기초로 하여 대폭 수정· 보완한 것입니다. 또한 이 논문은 소속기관의 공식적 견해와 무관한 필자의 학술적 견해임을 밝힙니다. 논문 심사과정에서 유익한 의견을 제시해주신 익명의 심사위원님들께 감사드립니다.

** 서울대학교 법학연구소, 객원연구원, 국회입법조사처, 입법조사관, 법학박사(상법), 영국 변호사(England and Wales), 미국변호사(D.C.).

책임이다. 영국의 신인의무 법리는 신인의무자에게 엄격한 충실의무를 부과하여 충실의무의 예방적, 억지적 역할을 이행하도록 하고, 그 의무위반 시 이득을 토출하는 엄격한 구제수단을 적용한다. 영국법상 수탁자와 이사는 대표적인 지위에 기한 신인의무자(status-based fiduciary)에 해당하며 이사는 회사재산에 대한 통제 권한과 재량을 갖고, 권한과 재량의 남용가능성, 특히 경제적인 남용가능성이 높다는 측면에서 수탁자에 가장 근접한 신인의무자로 파악한다.

본 논문은 이사가 충실의무 위반 시 손해배상책임을 부담할 뿐 아니라, 충실의무의 고유한 구제수단인 이득토출책임을 부담하여야 하는 것도 충실의무가 선관주의의무와 구별되는 독자적인 의무로 볼 실익이라고 생각한다. 안타깝게도 현행 상법상 이사의 충실의무는 선언적인 규정에 그치고 있으며, 자기거래, 경쟁금지 및 회사기회유용금지 등의 개별 조문만이 활용되고 있다. 또한 개별 조문 위반 시, 개입권, 이익을 손실로 추정하는 방식 등 각기 다른 구제수단을 적용한다. 본 논문은 우리 상법이 개별 조문에 상이한 구제수단을 적용한 것은 신탁법상 이득토출책임을 도입하기 이전에는 그 개념이 생소하였기 때문이라고 판단하였다. 하지만 이사의 충실의무 위반행위는 조문에서 나열한 행위 외에도 다종다기하게 존재할 수 있으며, 현행법상 충실의무의 개별 조문 위반 시, 구제수단간 차이가 존재할 이유가 없다. 따라서 본 논문은 충실의무 위반의 억지, 예방 기능을 달성하기 위하여 일반적인 충실의무와 충실의무의 구체적인 조문에 동일하게 이득토출책임을 적용할 것을 제안한다.

Ⅰ. 들어가며

본 논문은 2011년 신탁법 전면개정 시 제43조 제3항에서 수탁자가 충실의무를 위반한 경우, 이득토출책임(disgorgement of profits)[1]을 부과하는 규정을 도입한 것을 기초로 하여 그 구제수단의 확장 가능성을 살펴본다. 우리 신탁법에서 도입한 이득토출책임은 영국 신탁법상 구제수단에 대한 연구로부터 비롯되었다.[2] 또한 영국 회사법상 이사의 충실의무는 수탁자의 충실의무를 연원으로 하며 이사는 수탁자와 함께 대표적인 '지위에 기인한 신인의무자(status-based fiduciary)'에 해당하고 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임을 적용한다. 본 논문은 이사의 역할이 수탁자의 역할과 유사함을 들어, 우리 회사법상 이사의 충실의무 위반에도 이득토출책임의 적용 필요성을 검토하고자 한다.

또한 우리 회사법상 이사의 충실의무가 선관주의의무와 구별되는 독자적인 의무인지에 대하여 아직 합의가 이루어졌다고 보기는 어렵다. 본 논문은 이사가 충실의무를 위반한 경우에는 이사에게 손해배상책임뿐 아니라, 고유한 구제수단인 이득토출책임을 부과할 수 있는 것도 충실의무를 주의의무와 구분하여 독자적인 의무로 보아야 할 실익으로 보았다.

이하 논문의 구성은 다음과 같다. 영국법상 신인관계, 신인의무 및 이득토출책임에 대하여 개관하고(II), 영국 회사법상 이사의 충실의무 및 충실의무 위반 시 적용할 수 있는 구제수단을 살펴본 후(III), 우리 회사법상 충실의무 및 충실의무 위반 시 구제수단을 살펴보고(IV), 마지막으로 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 적용하자는 주장으로 마무리(V)하고자 한다.

---

1) 제43조 제3항의 조문은 '이득반환책임'이라는 용어를 사용하지만, 본 논문은 부당이득반환과 제43조 제3항의 구제수단은 성격, 요건 및 책임의 범위 등이 상이하기에 이 둘을 구분하기 위하여 이득토출책임이라는 용어를 사용하였다. 부당이득반환책임과 이득토출책임의 관계에 대한 논의는 송지민, "수탁자의 이득토출책임에 관한 연구-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-", 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2021), 48-62면.

2) 법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2020. 3), 776면(이연갑 의견).

II. 신인관계 및 신인의무

1. 신인관계의 요건 및 범위

가. 신인관계의 요건

영미법상 수탁자는 가장 전형적인 신인의무자(fiduciary)에 해당하지만, 수탁자 외에도 이사 등 다양한 유형의 신인의무자가 존재한다. 신인의무자의 정의는 학자마다 상이하여 일반화하여 규정하기 어렵지만[3] 아래에서 대표적인 학자들의 견해를 살펴보겠다.

신인관계(fiduciary relationship)[4]에 대한 영국의 대표적인 판례에 해당하는 Bristol and West Building Society v. Mothew[5]에서 밀렛(Millet) 판사는 "신인의무자는 한 당사자가 다른 당사자를 위하여 혹은 다른 당사자를 대신하여 행위하기로 약정한 자이고, 그 과정에서 신뢰와 신임의 관계가 형성되는 관계가 신인관계이다"라고 설시하였다.[6] 또한 타마르 프랑켈(Tamar Frankel) 교수는 신인관계의 주요한 특징을 '역할의 대체와 권한의 위임'으로 보았다. 이는 초기의 신인관계에 대한 정의로, 이들에 따르면 신인의무자의 범위가 지나치게 확장될 수 있다.[7] 따라서 이후의 학자들은 신인관계를 구체화하기 위하여 다양한 견해를 펼쳤다.

앤드류 터크(Andrew Tuch) 교수는 폴 핀(Paul Finn) 대법관의 "신인관계를 일방 당사자가 타방의 이익을 위하여 행위할 것을 타방이 합리적으로 기대할 수 있는 관계"[8]라는 판시를 인용하며 신인의무자에 대한

---

3) 신인의무의 개념이 카멜레온 같다고 표현하는 문헌으로는 Stafford, Andrew & Stuart Richie, Fiduciary Duties: Directors and Employees, Lexis Nexis, (2nd ed., 2015), p.6.

4) 국내 선행연구들은 fiduciary relationship을 신인관계, 신임관계, 신뢰관계 등 다양하게 번역하나 본 논문은 신인관계로 번역하였다. 또한 fiduciary는 신인의무자, 수임자 등의 용어를 사용하나, 본 논문은 신인의무자로 번역하였다.

5) [1998] Ch. 1. CA 18.

6) 최근 판례에서 신인의무자를 정의한 판례로는 Lehtimäki v. Cooper [2020] UKSC 33, pp.44-46 (Lady Arden), Al Nehaya v. Kent [2018] EWHC 333, p.159 (Leggatt L.J.); Worthington,, Sarah, *Fiduciaries Then and Now*, 80 Cambridge L. J. 154 (2021), p.166.

7) Frankel, Tamar, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983), pp.808-809.

8) 김정연, "자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구", 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원

‘신뢰와 신임의 관계’를 강조한다.[9] 반면 폴 밀러(Paul Miller) 교수는 “신인의무자에게 권한을 위임하고, 그 위임의 과정에서 이타적인 목적으로 ‘재량과 권한’을 행사하여야 할 때 신인관계가 발생한다”[10]라는 ‘신인의무자 권한 이론(Fiduciary Power Theory)’을 주장한다. 폴 밀러 교수가 권한의 위임을 핵심 요인으로 파악한 이유는 일방이 상대방을 신임, 신뢰하고 일방이 상대방에 비하여 취약한 입장에 처해 있더라도, 상대방의 이익 혹은 이해관계를 좌지우지할 수 있는 ‘권한과 재량’을 부여받지 않았다면 그 관계를 신인관계로 볼 수 없다고 파악하였기 때문이다. 그 외 다른 의견으로 고든 스미스(Gordon Smith) 교수의 ‘중요자원 이론(Critical Resource Theory)’이 있다. 고든 스미스 교수는 폴 밀러 교수와 유사하게 ‘재량과 권한’을 중시하지만, 권한과 재량을 행사할 수 있는 ‘목적물’이 무엇인지에 초점을 둔다. 따라서 고든 스미스 교수는 ‘중요자원’을 위임하여 재량과 권한을 행사할 수 있는 경우[11]에 신인관계가 발생한다고 파악하였다. 즉 한 당사자가 다른 당사자에게 중요자원을 위임하면 그 자원을 남용할 기회주의 위험이 발생하기에 그 관계를 신인관계로 규제해야 한다는 것이다.

앞서 소개한 학자들은 신인관계의 징표 중 일정 부분을 강조하여 설명하고 신인관계의 특성을 이해하는 데에는 도움이 되지만, 어느 하나가 신인관계의 정의에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 견해를 종합하여, 신뢰와 신임이 존재하고, 일방 당사자가 위임 등을 통해서 타방 당사자의 역할을 대체하고, 그 과정에서 중요자원에 대한 폭넓은 권한과 재량을 부여받기 때문에 권한의 남용 가능성이 발생하며 타방 당사자의 취약성 및 보호의 필요성과 같은 다양한 요건들을 만족하여야 신인관계가 성

(2016), 47면, 50면에서 재인용, Finn, Paul, Fiduciary Obligation, OUP (1977) {어떤 사람은 그가 신인의무자이기 때문에 신인의무를 부담하는 것이 아니라, 그가 신인의무를 부담하기 때문에 신인의무자가 되는 것이다}.

9) Tuch, Andrew, *Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest,* 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005), pp.504-505.

10) Miller, Paul, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 Univ. of Toronto L. J. 570 (2013), pp.603-612; Miller, Paul, *Fiduciary Relationship*, Philosophical Foundations of Fiduciary Law, OUP (Gold, Andrew & Paul Miller ed., 2014).

11) Smith, Gordon, *The Critical Resource Theory*, 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).

립된다고 보는 것이 타당하다. 본 논문 역시 위의 요건들을 모두 충족하여야 신인관계가 성립된다고 보며 신인의무자 중에서도 그 요건을 충족하는 정도에 따라 그 의무와 책임의 강약이 조정되어야 한다고 생각한다.

나. 신인관계의 범위

앞서 언급한 신인관계의 요건을 충족할 수 있는 신인의무자의 범위를 생각해보면, 자신의 이익추구를 목적으로 하는 독립적인 계약관계의 당사자부터 신인관계의 표상인 수탁자까지 다양하다. 문제는 어디까지를 신인의무자로 간주할 것이며 신인의무자 중에서 누구에게 충실의무를 부과하며, 의무위반 시 구제수단으로 이득토출책임을 부담하도록 할 것인가이다.

일반적으로 영국에서는 이사와 수탁자 등을 지위에 의한 신인의무자(status-based fiduciary)로 파악하고, 그 외의 자 중에서 특별한 사실관계에 비추어 요건을 만족하는 경우에 신인의무자(fact-based fiduciary로 간주한다. 또한 모든 신인의무자에게 동일한 의무를 부담하는 것은 아니며 신인의무자에 해당하더라도 신인의무자의 원형(prototype)에 해당하는 수탁자와 얼마나 유사한지에 따라 그 의무와 구제수단을 결정한다. 본 논문은 신인의무자가 '중요자원'에 대한 광범위한 '권한과 재량'을 보유하며 그 권한과 재량의 남용가능성, 특히 '경제적인 남용가능성'이 있는 경우를 협의의 신인의무자로 파악하고, 협의의 신인의무자가 충실의무를 위반한 경우에는 이득토출책임을 부과하여야 한다고 보았다.[12]

수탁자는 신탁재산에 대한 법적 소유권자인 반면, 회사의 재산에 대한 법적 소유권자는 이사가 아니라 별도의 법인격을 가진 회사이다. 하지만 궁극적으로 회사의 중요자원의 처분 및 양도 시 이사회가 그 의사결정을 담당하고 이사는 회사와 관련된 중요한 정보 등을 취득할 수 있는 지위

12) 뒤에서 충실의무가 신인의무의 요체라고 설명하는데, 충실의무의 적용을 받는 신인의무자 중 일부는 이익충돌금지와 이익향수금지를 적용받지 않는다는 말은 일견 모순적인 문장처럼 들린다. 이는 수탁자를 표상으로 하여 신인의무가 발전하였고, 수탁자에게 적용하는 신인의무는 이익충돌금지, 이익향수금지를 충실의무의 두 축으로 하지만, 해당 법리를 확장하는 과정에서 신인의무자에 따라 의무 및 구제수단의 수준이 달라졌다고 이해할 수 있다.

에 있기에[13] 이사는 회사의 중요자원에 대한 권한과 재량에 따른 경제적 남용가능성이 크다고 하겠다. 따라서 본 논문은 지위에 기한 신인의무자 중에 이사를 수탁자에 가장 근접한 신인의무자로 판단하였다.

2. 신인의무와 이득토출책임

가. 주의의무와 충실의무

영국 신탁법상 수탁자는 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)를 부담하지만, 주의의무는 수탁자만 혹은 신인의무자만 부담하는 고유한 의무는 아니다. 불법행위법(tort)에 따라 모든 개인은 타인에게 주의의무를 부담하며, 전문가 집단의 경우에는 주의의 정도 및 판단기준만이 조정될 뿐이다.[14] 반면 충실의무는 신인의무자만이 부담하는 의무이며, 따라서 영국에서는 충실의무를 신인의무의 요체로 본다. 충실의무는 수탁자가 전적으로 수익자만을 위하여 행위하는 것을 원칙으로 한다. 즉, 수탁자가 업무를 이행할 때 주의를 기울여서 임무를 다하는 것이 수탁자의 주의의무라면, 충실의무는 수탁자의 임무를 수행하기 위해서 충족하여야 하는 보조적(subsidiary)이며, 예방적인(prophylactic) 의무에 해당한다.[15] 또한 충실의무는 수탁자가 임무를 제대로 이행하기 위해 기본적으로 자신의 이익을 위한 행위를 억지(deterrence)하는 의무이기도 하다.[16]

---

13) Sealy, Len, *The Director as Trustee*, 25 Cambridge L. J. 83 (1967), pp.86-87.

14) 영국의 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무는 Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562 판결을 통해 수렴하는 경향을 보이는 데, 해당 판례는 모든 개인은 자신의 주변인에게 주의의무를 부담한다고 판시하였다. 이 판결을 통해 신인의무자의 주의의무를 포함하는 형평법상 주의의무와 보통법상 주의의무를 구분하는 것이 무의미하다는 사고에 이르게 되었고, 그 결과 주의의무는 신인의무자의 고유한 의무인 신인의무에 포함되지 않는다고 해석하게 되었다. 보통법상 주의의무는 Donoghue v. Stevenson 판례 이후에 점차 확장되어 전문가 집단(의사, 감정인, 변호사 및 회계사 등)에 대하여도 그 집단의 수준에 조정하여 주의의무를 부과한다. Deakin, Simon, et al., Markesinis and Deakin's Tort Law, Clarendon Press (6th ed., 2007), p.24, p.215.

15) 보조적 의무라는 주장은 Conaglen, Matthew, *The Nature and Function of Fiduciary Loyalty*, 121 L. Q. Rev. 452 (2005), p.453; Smith, Lionel, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligation,* 7 J. of Equity 87 (2013).

16) 억지, 예방은 충실의무의 목적인 동시에 이득토출책임의 목적이다. 충실의무의 목적에 대

영국법상 충실의무라는 용어가 굳어져서 사용되지만, 충실(loyalty)[17]이라는 용어는 그 의미가 모호한 측면이 있다. 따라서 학자들은 충실의무의 '충실'이 도덕적인 충실(moral loyalty)을 의미하는 것인지, 철학적 개념인지 등의 논의를 거친 후[18] 학자들은 그 용어가 의무의 성격을 제대로 설명하지 못한다고 판단하였다. 따라서 이제 영국법상 충실의무는 이익충돌금지원칙(No-conflict rule)과 이익향수금지원칙(No-profit rule)의 두 축으로 파악하는 것이 일반적이다.[19] 이익충돌금지원칙은 신인의무자가 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하는 상황에 들어가서는 안 되다는 원칙이고, 이익향수금지원칙은 신인의무자의 지위로 인하여 혹은 신인의무자의 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이익을 얻는 것을 금지하는 원칙이다.

나. 신인의무와 이득토출책임

앞서 소개한 Bristol and West Building Society v. Mothew 판례에서 밀렛(Millet) 판사는 "신인의무는 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무로, 이 의무의 위반은 다른 의무의 위반과는 다른 법적결과를 야기하는 의무[20]"라고 하였다. 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무는 충

한 자세한 논의는 송지민, 앞의 논문, 29-30면.

17) 영미법의 duty of loyalty를 우리 회사법상 충실의무와 구별하기 위하여 충성의무라고 표현하는 국내문헌도 있다. 김정연, 앞의 논문, 54면 이하; 김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사(2021), 435면.

18) Miller, Paul, *Dimensions of fiduciary loyalty*, Research Handbook on Fiduciary Law, Edward Elgar Publishing (Gordon, Smith & Andrew Gold ed., 2018), pp.180-197; Harding, Paul, *Disgorgement of Profit and Fiduciary Loyalty,* Equitable compensation and Disgorgement of Profit, Bloomsbury (Degeling, Simone & Jason Varuhas ed., 2017), pp.20-27{loyalty를 편파(partiality), 충실(fidelity) 개념과 관련지어 살펴봄}; Samet, Irit, *Fiduciary Loyalty as Kantian Virtue* (Gold, Andrew & Paul Miller ed., op. cit.), pp.125-137.

19) 이는 판례를 통해 존재하던 원칙을 영국 법개정위원회(Law Commission)에서 이익충돌금지원칙과 이익향수금지원칙으로 구분하면서 그 개념이 더 확고해졌다. Law Commission Co. No.125 Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992. 이익향수금지원칙과 이익충돌금지원칙의 관계에 대한 논의는 송지민, 앞의 논문, 13-15면.

20) [1998] Ch. 1. CA, at 16; Conaglen, Matthew, *supra* note 15, p.455(밑줄은 필자). 판결문의 원문은 다음과 같다. The expression "fiduciary duty" is properly confined to those duties which are peculiar to fiduciaries and the breach of which attracts legal consequences differing from those consequent upon to the breach of other duties.

실의무를 의미하고, 다른 법적결과는 충실의무 위반 시 이득토출책임을 부과함을 의미한다. 앞서 설명한 바와 같이 충실의무는 신인의무자가 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하는 상황에 들어가서는 안되고 신인의무자 지위로 인해 이익을 취득하는 것을 금지하는 것을 두 축으로 한다. 만약 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 손해배상책임만을 인정하면, 신인의무자가 충실의무 위반으로 이익을 취득하였으나 손해가 발생하지 않는 경우, 수탁자의 충실의무 위반을 허용하는 셈이 된다. 이러한 논리에 의해 이익을 토출하게 하는 구제수단이 등장한 것이다. 즉, 이득토출책임의 목적은 수탁자의 충실의무 위반으로 인한 손해를 보전하기 위한 것이 아니라 충실의무의 억지 및 예방의 목적을 달성하기 위함이다.

앞서 언급한 바와 같이 영국법상 이사는 협의의 신인의무자에 해당하고 엄격한 충실의무를 부과하는 동시에, 충실의무를 위반하면 이득토출책임을 부담한다.[21] 다음 장에서 영국 회사법상 이사의 충실의무를 어떻게 규정하며 위반 시 어떠한 구제수단을 적용하는지 살펴보겠다.

Ⅲ. 영국 회사법상 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단

1. 이사의 충실의무

영국 신탁법을 전형으로 하여 발전한 신인의무 법리 및 판례를 살펴보면, 수탁자뿐 아니라 이사에 대한 판례 등이 혼재되어 있어서 수탁자에게 적용되는 법리가 이사에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이기도 한다.[22] 아래에서는 2006년 회사법(Companies Act 2006)의 조문과 논의를 통해 회사법상 충실의무 규정 및 구제수단을 검토하겠다.[23]

---

21) 영국법에서는 개별 사실관계에 따라 이사, 수탁자 외의 신인의무자에게도 이득토출책임을 부과하지만, 본 논문은 우선 이사로 확장 범위를 제한한다.

22) 실리(Sealy) 교수는 회사 등장 초기의 이사는 전적으로 수탁자의 역할을 하였고 이사를 수탁자로 간주하는 견해가 일반적이었다고 설명한다. 하지만 실리 교수는 이사가 신인의무자의 범주에 포함되지만, 이사를 회사의 대리인 혹은 회사 재산에 대한 수탁자 역할을 한다는 표현은 엄격하게 따지면 올바른 표현이 아니라고 지적한다. Sealy, Len, op. cit.; Davies, Paul & Sarah Worthington, Gower & Davies, Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell (9th ed., 2012), p.525; Re City Equitable Fire Insurance Co.[1925] Ch. 407, p.426. Romer J 견해.

23) 2006년 회사법 제정 이후에도 기존 판례법은 계속 적용되지만, 제정법이 판례법보다 그 요건이나 기준을 파악하기 용이하기에 논의의 시작점을 2006년 회사법으로 하였다. 초기의

가. 회사법상 이익충돌금지 및 이익향수금지

영국 2006년 회사법 제171조 내지 제177조는 이사의 의무에 대한 규정으로 이 중 제171조 내지 제174조[24]는 주의의무 및 신의성실의무 등[25]에 해당한다. 2006년 회사법은 원칙적인 충실의무는 규정하지 않고 대신 제175조에 이익충돌금지 의무를, 제176조에 제3자로부터의 이익향수금지 의무를 규정한다. 아래에서 각각을 살펴보겠다.

1) 이익충돌금지 의무(Duty to avoid conflicts of interest)

제175조 제1항은 회사의 이사는 회사의 이익(interest)과 충돌하거나 충돌할 가능성이 있는 직·간접 이익(interest)을 얻거나 또는 얻을 수 있는 상황을 회피하여야 한다. 제2항은 이 조항은 특히 재산, 정보 및 기회의 유용에 적용된다. (회사가 해당 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부와 무관하다). 제3항은 이러한 의무는 회사와의 거래 또는 약정과 관련하여 발생하는 이해충돌에는 적용하지 않는다. 제4항은 다음의 경우는 의무를 위반한 것으로 보지 않는다. (a) 합리적으로 이익 취득이 이익충돌을 발생시킬 것이라고 판단되지 않는 경우 또는 (b) 해당 사안에 대하여 이사들이 승인한 경우.[26]

위의 조문을 간단히 정리하면, 아래의 <표 1>과 같이 나타낼 수 있다.

판례법은 III. 3에서 별도로 살펴본다. 2006년 회사법 제정에 대한 문헌은 Mortimore, Simon, ed., Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies, OUP (3rd ed., 2017), p.27.

24) 제 171조는 권한 내에서 행위 할 의무(duty to act within powers), 제172조는 회사의 성공을 촉진할 의무(duty to promote the success of the company), 제173조는 독립적인 판단을 행사할 의무(duty to exercise independent judgment), 제174조는 합리적인 주의, 숙련 및 근면을 행사할 의무(duty to exercise reasonable care, skill and diligence)이다.

25) 영국의 논의에 따르면 주의의무 등은 신인의무가 아니라 신인의무자가 부담하는 의무에 해당한다. Conaglen, Matthew, *supra* note 15, pp.457-458.

26) 이하 조항은 다음과 같다. 제5항 이사회 승인은 (a) 폐쇄회사의 경우에는 회사 정관에서 승인을 무효화하지 않고 해당 사안을 이사들이 제안하고 승인한 경우. (b) 공개회사의 경우에는 정관에 의한 승인이 가능하다는 조항을 내포하고, 정관에 따라 이사들이 제안하고 승인한 경우. 제6항 해당 승인은 다음의 경우에만 효력이 있다. (a) 이해관계 있는 이사를 포함하지 않은 상태에서 해당 이사회 정족수를 충족한 경우 및 (b) 해당 이사들이 의결권을 행사하지 않고도 합의 가능하거나 해당 이사의 의결권을 포함하지 않고 계산하여도 합의 가능한 경우. 제7항 이 조항의 이익충돌에는 이익과 의무의 충돌, 그리고 의무들의 충돌을 포함한다.

여기서 주목할 점은 제2항에서 이익충돌 상황에 회사의 기회유용금지를 포함하지만[27] 제3항에서 자기거래를 제외한다는 것이다.[28]

<표 1> 영국 회사법상 이사의 이익충돌금지 의무 및 면책요건

법원(法源)	의무	면책요건
2006년 회사법	제175조 제1항 이익충돌 및 그 가능성이 있는 직·간접이익을 얻을 상황을 회피할 의무 제2항 회사의 재산, 정보, 기회 유용을 포함함 제3항 회사와의 거래나 약정상 이익충돌에는 적용하지 않음	제4항 (a) 해당 상황이 합리적으로 이익충돌로 판단되지 않는 경우 혹은 제4항 (b) 이사회 승인
판례법	이익충돌금지 의무 - 엄격한 금지(inflexible rule) - Bray Ford (1896)[29]	전통적: 주주총회 승인 → 정관에 이사회 승인으로 대체 가능한 경우, 이사회 승인 → 현재: 정관과 무관하게 이사회 승인으로 대체

2) 제3자로부터 이익향수금지 의무(Duty not to accept benefits from third parties)

제176조 제1항은 회사의 이사는 다음의 사유로 제3자가 공여한 이익을 얻어서는 안 된다. (a) 이사의 지위 또는 (b) 이사로서 작위 (혹은 부작위). 제2항은 제3자란 회사(corporation), 회사와 관련된 법인(an associated body corporate), 회사 또는 회사와 관련된 법인을 위하여 행위하는 자 외의 자를 의미한다. 제3항은 이사가 직무를 제공하고 이사가 회사로부터 수취한 이익은 제3자가 공여한 이익으로 보지 아니한다. 제4항은 합리적으로 이익취득

27) Dignam, Alan & John Lowry, Company Law, OUP (11th ed., 2020), p.361; French, Derek, Mayson, French & Ryan on Company Law, OUP (37th ed., 2021), pp.486-487.

28) 본 논문의 III. 1. 가. 4) 참조.

29) [1897] AC 44.

이 이익충돌을 발생시키지 않는다고 판단되는 경우는 의무위반에서 제외한다. 제5항은 이 조항의 이익충돌은 이익과 의무의 충돌(a conflict of interest and duty)과 의무간 충돌(a conflict of duties)을 포함한다.

3) 2006년 회사법상 이익충돌금지 의무 및 이익향수금지 의무 해석

제175조와 제176조는 각각 신탁법상 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)과[30] 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 수용한 것으로 해석한다.[31] 다만 해당 조항이 수탁자에게 적용될 때처럼 엄격한 충실의무 기준인지 아니면 완화된 규정인지 명확하지 않은 측면이 있다.

우선 제175조 제4항(a) 및 제176조 제4항에서 '합리적인 시각에서 이익 취득이 이익충돌을 발생시키지 않는 경우'에는 의무 위반에 해당하지 않는다고 하여 완화된 조항처럼 보인다. 반면 제175조 제2항 괄호의 단서조항은 회사가 그 재산, 정보, 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부에 무관하다고 규정한다. 이를 합쳐보면 이사가 회사의 재산, 정보 또는 기회를 이용할 수 없더라도 이익충돌금지 의무 위반에 해당하지만, 합리적인 시각에서 이익충돌을 발생시키지 않는 경우에는 이익충돌금지 의무 위반이 아니라는 것인데 두 조항간 충돌이 존재한다고 볼 여지가 있다. 즉 제175조 제2항은 이익충돌금지의 엄격성을 나타내지만 동시에 제175조 제4항(a)는 면책할 수 있는 여지를 함께 두고 있다. 또한 제176조 제2항은 제3자로부터 이익을 취득하는 것만 금지하고 회사나 관련된 법인 등으로부터 이익향수를 금지하지는 않는다.

영국 제정법을 해석할 때 판례법의 구속력을 명시적으로 부인하지 않으면, 판례법에 의거하여 해석한다. 따라서 조문의 상충에도 불구하고 학

---

30) Companies Act 2006, Explanatory Notes, Commentary on Individual Duties, Section 175, 해당 조항은 이사에게 적용되는 이익충돌금지 의무를 대체하였다고 설명한다. 해당 조항의 적용을 받지 않는 이익충돌은 회사와의 거래 및 약정(즉, 자기거래)이고 자기거래의 경우에는 제 177조에 따라 개시(declare)하여야 한다. Alan Dignam & Andrew Hicks, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law, OUP (7th ed., 2011), p.395.

31) Alan Dignam & Andrew Hicks, op. cit., pp.409-410; 반면 제175조가 이익충돌금지 원칙과 이익향수금지 원칙의 내용을 포괄하며 그 중에 특수한 경우를 제176조에서 별도로 설명한다는 견해로는 Arnold, Mark & Marcus Haywood, *Duty to avoid conflicts of interest*, (Mortimore, Simon ed., op. cit.), p.373.

계에서는 여전히 이사에게 엄격한 이익충돌금지 및 이익향수금지 원칙을 적용한다고 본다.[32] 2013년 Sharma v Sharma[33] 판례 역시 2006년 회사법 제175조와 기존의 판례법 및 형평법상 이사의 의무에는 차이가 없다고 판시하였다.[34]

4) 자기거래의 경우

앞서 2006년 회사법 제175조 제3항은 이익충돌금지 의무에서 자기거래를 제외한 것을 확인하였다. 대신 제177조에 제안된 거래 및 약정에 대한 이익을 선언할 의무를 부과한다. 제177조는 이사가 직·간접적으로 회사와 거래하거나 약정하여 이해관계가 있는 경우, 이사는 다른 이사들에게 그 이해관계의 성격 및 범위를 선언(declare)해야 한다고 규정한다.[35] 이는 이사회에서 할 수도 있고, 다른 이사들에게 개별 공지(notice)로도 할 수 있다. 뿐만 아니라 제182조에서 상당한 규모의 재산거래(substantial property transaction)[36]에 해당하는 경우에는 주주총회의

32) 여전히 해당 조항은 판례법에 따르지만, 해당 조항을 어떻게 적용할지는 추후의 판결을 지켜봐야 한다는 견해로는 Kershaw, David, The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law, Cambridge University Press (2018), p.424; 다만 이사의 상당한 금액 미만의 자기거래에 대하여는 의무를 완화하여 개시의무만을 부과한다는 견해는 Davies, Paul & Sarah Worthington, op. cit., p.602; 이익충돌 뿐 아니라 이익충돌의 가능성을 포함하기 때문에 여전히 엄격한 의무라는 견해로는 Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.358; 2006년 회사법 제정 이후도 이사의 충실의무는 엄격한 의무이며 이익충돌금지 원칙은 이사의 세 가지 의무인 1) 자기거래 금지(제175조 제1항 & 제177조), 2) 회사의 재산, 정보, 기회 유용 금지의무(제175조 제1항 & 제175조 제2항) 및 3) 이사가 권한 행사 시 제3자로부터 이익, 혜택을 수령하지 않을 의무(제176조)라고 설명하는 문헌은 Davies, Paul & Sarah Worthington, op. cit., p.559.

33) [2013] EWCA Civ 1287.

34) Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.358.

35) Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.372; French, Derek, op. cit., pp.492-495.

36) 상당한 규모의 재산거래는 제190조(상당한 규모 거래: 주주총회 요건), 제191조(상당한 규모)에서 규정한다. 제190조 (1)(a)는 회사의 이사, 지주회사의 이사 혹은 이사와 관련된 자는 회사의 상당한 규모의 비현금 재산을 취득하는 계약을 체결하지 못한다. (b)는 회사가 전술한 이사 등으로부터 상당한 규모의 비현금 재산을 취득하는 계약 역시 체결할 수 없다. (2) 이사와 관련된 자가 회사의 지주회사의 이사이거나 그런 이사와 관련된 자이면, 그 계약은 지주회사 주주총회 결의로 승인받아야 한다. 제191조 제2항은 그 가치가 회사 재산 가치의 10%를 상회하고 5천 파운드를 초과하거나, 십만 파운드를 상회하는 경우에 그

승인을 요하여 회사의 이익을 도모하도록 하고 있다. 즉, 자기거래는 이익충돌 발생위험이 크지만, 다른 이익충돌 행위와 달리 회사의 행위가 개입되고 회사내부에서도 거래가 발생함을 파악하고 있으며, 자기거래가 회사이익에 부합되는 경우도 있기에 달리 규제하고 있다.

2. 충실의무 위반의 구제수단

2006년 회사법은 이사의 의무 위반 시 구제수단에 대한 별도 조문을 두지 않는다. 대신 제178조 제1항 민사적 조치(civil consequences of breach of general duties) 조문에서 이사의 의무 위반 시, 기존의 판례법 및 형평법의 원칙을 적용한다고 규정한다. 따라서 이사가 충실의무를 위반하면 기존의 형평법과 판례법[37]에 따라 금지명령(injunction)[38], 형평법상 손해배상책임(equitable compensation)[39], 원상회복책임(restitution)[40], 이득토출책임(disgorgement)[41], 취소권 행사(rescission)[42] 또는 의제신탁

재산은 상당한 규모로 본다. French, Derek, op. cit., pp.495-497; Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.373.

37) Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.376; French, Derek, op. cit., pp.500-503; Davies, Paul & Sarah Worthington, op. cit., p.568, pp.613-619; Sealy, Len & Sarah Worthington, Sealy's Cases and Materials in Company Law, OUP (9th ed., 2010), p.390; Stafford, Andrew & Stuart Richie, op. cit., pp.43-44; 회사법 조항에서도 기존의 판례법이 효력이 있음을 명시하고 있다. 예를 들면 Companies Act 2006, §170(3); Kershaw, David, op. cit., p.423.

38) 금지명령(injunction)에 대한 자세한 논의는 송지민, 앞의 논문, 47-48면{신인의무자가 의무를 위반하는 행위가 진행 중이거나 아직 의무를 위반하지는 않았지만 위반할 우려가 있는 경우에 법원은 그 행위를 금지할 수 있고 이를 금지명령이라 한다. (...) 금지명령은 사전적 구제수단이므로 신인의무자의 위반행위가 비교적 초기의 단계에 있거나 추가적인 의무 위반을 방지하기 위한 수단이다}.

39) 형평법적 손해배상에 대한 자세한 논의는 Ward, Julie, *Equitable Compensation-An Overview* (Degeling, Simone & Jason Varuhas ed., op. cit.), pp.65-89; French, Derek, op. cit., pp.502-503; Bray, Samuel, *Fiduciary Remedies*, The Oxford Handbook of Fiduciary Law, OUP (Criddle, Evan, et al., ed., 2019), pp.456-458; 송지민, 앞의 논문, 45-46면.

40) 엄밀한 의미에서 원상회복책임이 아니라 이득토출책임을 적용한 것이라 생각한다. 원상회복책임과 이득토출책임의 차이에 대하여는 송지민, 앞의 논문, 48-62면.

41) 이득토출책임을 Account of profits라고 표현하기도 한다. French, Derek, op. cit., p.500; Zicaroli, Antony, *The Company's Remedies for Breach of Directors' General Duties* (Mortimore, Simon ed., op. cit.), pp.477-481; 송지민, 앞의 논문, 63-64면.

(constructive trust)[43]등을 구제수단으로 할 수 있다.[44] 하지만 앞서 설명한 바와 같이[45] 충실의무 위반의 고유한 구제수단이자, 의무 위반을 억지, 예방할 수 있는 구제수단은 이득토출책임이다.[46] 원상회복책임과 이득토출책임을 통칭하여 이득에 기반한 구제수단(gain-based remedy)라고 지칭하기도 하지만,[47] 제임스 에델만(James Edelman) 호주 대법관은 이는 잘못된 표현이라고 지적한다. 원상회복책임이 원고에게 본래 귀속되어 있던 것을 피고가 원고에게 돌려주는 개념(give back)인 반면, 수탁자에게 부과하는 이득토출책임은 토출할 이익이 본래 원고에게 귀속되는지 여부에 무관하게 피고인 수탁자가 그 이익을 포기하는 개념(give up)이기 때문이다. 따라서 원상회복책임이 아니라 이득토출책임을 수탁자의 충실의무 위반에 따른 고유한 책임으로 보아야 한다.[48]

3. 이사의 충실의무 위반 판례

아래에서는 영국 회사법상 이사의 충실의무에 관련된 대표적인 판례들을 살펴보겠다. 이 판례들은 2006년 회사법 제정 전 판례이지만 여전히 유효하며, 제정법 해석 시 기준이 된다.

가. Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros (1854)[49]

19세기 중반 영국은 철도사업에 대규모의 자본의 투입하였던 시기에 해당하는데, 스코틀랜드 항구도시에 위치한 Aberdeen Railway Co.(이하 "A사")는 Blaikie를 대표이사로 하여 철도건설사업 계획을 발표하고 착공하였으나, 결함이 발견되어 철도가 개통되지 않았다. 당시 Blaikie는 Blaikie Bros(이하 "B사")의 이사직도 겸하였는데, B사가 A사에게 철제

42) French, Derek, op. cit., p.502.

43) 송지민, 앞의 논문, 38-44면.

44) Sealy, Len & Sarah Worthington, op. cit., p.390.

45) 본 논문의 II. 2. 나.

46) Bray, Samuel, *Fiduciary Remedies* (Criddle, Evan, et al., ed., op. cit.), pp.452-454.

47) 송지민, 앞의 논문, 56면.

48) Edelman, James, Gain-based Damges: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing (2002), pp.65-79.

49) (1854) 1 Paterson 394.

의자를 공급하는 계약을 체결하였다. 철도가 개통되지 않은 상황에서 B사는 계약이행 및 A사의 급부 이행을 요구하는 소를 제기하였다. A사는 이사회의 대표이사인 Blaikie가 B사의 경영이사에도 해당하므로기 이익충돌이 발생하고 자기거래에 해당하며, 따라서 해당 계약을 무효화할 수 있다고 주장하였다. Blaikie는 회사의 이사로서 A사의 이익만을 위해 계약을 체결할 의무가 있는 신인의무자의 지위에도 불구하고 자신이 경영이사로 있는 회사의 제품을 매입하도록 하는 계약은 회사의 이익을 우선하는 것이 아니라 자신의 이익을 우선하였기 때문에 크랜워스 경(Lord Cranworth)은 A사가 B사와 체결한 계약은 구속력이 없으며 무효라고 판시하였다.

나. Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1967)

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver[50]는 이사에 대한 충실의무가 엄격한 의무이며, 위반 시에는 이사에게 이득토출책임을 부과함을 보여주는 대표적인 판례이다. 사실관계를 살펴보면 원고회사 Regal (Hastings) Ltd(이하 “R사”)는 극장을 보유하고 있었고 사업계획상 두 곳의 극장을 인수하기 위해 자회사 A를 설립하였다. 당시 회사는 해당 건물 비용을 감당할 능력이 없었기 때문에 회사의 대표이사(Gulliver) 및 변호사(Garten) 및 다른 이사들로부터 자금을 조달하여 필요한 사업을 이행하였고, 그 대가(3000 파운드)로 회사의 주식을 배정하였는데, 이 과정은 주주의 승인 없이 이루어졌다. R사의 계획대로 사업이 진행되어 다른 회사가 R사를 인수하였고 이사들은 자신이 보유하고 있던 주식을 프리미엄을 받고 매각하였는데 이 과정은 선의 및 신의성실에 따라 이루어졌으며 사기적 행위는 없었다. 이후 R사를 매입한 새로운 지배주주가 대표이사 및 변호사를 상대로 이들이 회사의 신인의무자의 지위를 이용하여 이득을 취득한 행위는 신인의무 위반에 해당하고 그 이득을 회사에 토출하여

50) [1967] 2 AC 134 n; [1942] UKHL 1; 그 외에 이사의 충실의무 위반 시, 이득토출책임과 그 엄격성에 대한 판례로는 Guinnes Plc v. Saunders [1990] 2 AC 663; York Buildings Company v. Mackenzie (1795) 3 ER 432 등이 있고, 수탁자의 엄격한 충실의무 판례로는 Keech v. Sanford [1726] EWHC Ch J76이 있다. 해당 판례의 사실관계는 송지민, 앞의 논문, 101-110면.

야 한다고 주장하며 소를 제기하였다.

항소법원까지는 대표이사 및 변호사의 의사결정은 결과적으로 회사에도 이익이 되었으며 사기적 의도가 없었기에 R사가 패소하였으나, 당시 대법원의 역할을 하던 상원의원(House of Lords)은 대표이사와 변호사가 회사의 신인의무자의 지위에서 이익을 취득한 점에 주목하고, 이 이익은 회사의 이익만을 위해 행위할 충실의무에 따라 회사에 토출하여야 한다고 판시하였다.

다. Murad v. Al-Saraj (2005)

Murad v. Al-Saraj[51] 는 원고인 Murad 자매는 피고 Al-Saraj와 호텔을 매입하기 위하여 조인트벤쳐를 설립하였고 호텔 매입과정은 Al-Saraj의 자문과 전문성에 전적으로 의존하였다. 호텔의 실제 매입금액이 3백6십만 파운드인데, 피고는 원고에게 4백십만 파운드라고 허위진술하였고 피고가 5십만 파운드를 출연하였다고 하였다. 하지만 사실상 피고가 약정한 5십만 파운드의 출연 금액은 피고의 개인적인 채무 상계에 사용되었고 그 금액에는 호텔 매도자에게 원고들을 알선하는 금액도 포함되었다. 해당 조인트벤쳐에 원고는 백만 파운드를 출연하였고 나머지 금액은 은행의 대출로 호텔을 매입하였고 50:50의 수익금 배분 계약을 체결하였고 이후에 호텔이 재매각되는 과정에서 원고는 실제 매입금액을 알게 되었다.

해당 사실관계에서 피고의 신인의무 위반은 명백하였으나 이득토출책임 금액의 결정이 주된 사안이었다. 항소법원에서 피고는 만약 실제 매수금액을 원고에게 공개하였더라도 원고는 여전히 조인트벤처 설립에 참여하였을 것이고 단지 참여 지분을 높여 달라고만 요청했을 것이라고 하며 신인의무를 준수한 경우와 위반한 경우의 지분율 차이에 해당하는 금액이 이득토출책임 금액이라고 주장하였다. 법원은 이를 피고가 원고의 손실 한도로 이득토출책임을 제한하려고 하려는 주장이라며 이를 배척하고 상기의 사실관계는 피고가 신인의무를 위반하고 호텔을 매도하여 조

51) [2005] EWCA Civ 959; Mitchell, Charles, *Causation, Remoteness and Fiduciary Gains,* 17 King's College L. J. 325 (2006), pp.334-335; Burn, Edward & Graham Virgo, Maudsley & Burn's Trust & Trustee Cases & Materials, OUP (2008), pp.811-815.

인트벤처에 발생한 모든 이득을 토출해야 하는 사실과 무관하다고 판시하였다. 즉, 이익 중 일부가 신인의무를 위반하지 않았더라도 발생할 이익이었다는 사실은 신인의무자가 이익 전부를 토출하는 책임과는 무관하다고 판시하였다.[52]

라. 판례의 시사점

Aberdeen Railway 판결은 영국 회사법상 이사와 회사간 자기거래의 개념을 수립하고 자기거래가 충실의무 위반에 해당함을 공고히 하였다. 이 판례는 2006년 회사법 제정 이후에도 자기거래에 대한 선례로 남아 있다. 또한 본 판결의 다른 의의는 자기거래 구제수단의 예외적 성격을 인정한 것이다. 일반적으로 충실의무 위반으로 이사가 이익을 취득하면 이득토출책임을 부담하지만, 자기거래의 경우 해당 거래는 회사의 선택에 의해 그 거래를 무효화할 수 있다는 법리를 설시하였다.[53]

Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver 판결은 수탁자의 엄격한 이익충돌 금지 의무[54]가 이사에게 그대로 적용됨을 보여준다. 이 판례에서 법원은 이사들이 선의로 행위하고 주의의무를 다한 경우라도 이사와 회사의 이익은 충돌할 수 있으며, 이러한 경우도 이득토출책임을 부과하였다. 즉 해당 판결은 이사의 이득토출책임은 사기나 선의가 아닌 것을 요건으로 하지 않음을 명시하였다.[55] Murad v. Al-Saraj판결은 이득토출책임 산정 시의 엄격성을 보여준다. 최근에는 이득토출책임 금액을 산정할 때 인과관계 및 공제 등을 적용하여 일부 완화되는 경향[56]을 보이기도 하지만, 이 판결은 충실의무 위반으로 인한 이득을 모두 토출하는 것이 원

52) Conaglen, Matthew, *Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits,* 65 Cambridge L. J. 278.

53) 하지만 여전히 이득토출책임을 부과하는 것도 가능하다. French, Derek, op. cit., p.495, p.500-501.

54) 대표적인 수탁자의 엄격한 충실의무 판결로는 Keech v. Sanford [1726] EWHC Ch J76, (1726) Sel Cas Ch. 67; Stafford, Andrew & Stuart Richie, op. cit., p.45.

55) Martin, Jill, Hanbury and Martin, Modern Equity, Sweet & Maxwell (17th ed., 2005), pp.608-609; Burn, Edward & Graham Virgo, op. cit., pp.788-799; Dignam, Alan & John Lowry, op. cit., p.376.

56) 이득토출책임 금액 산정 시, 인과관계, 공제 등을 허용하여 책임을 일부 완화할 것인지에 대한 논의 및 판례는 송지민, 앞의 논문, 104-105면, 149-154면.

칙임을 보여준다. 해당 판결에서 아르덴 판사(Arden L.J.)는 신인의무자에게는 언제나 대리비용이 발생하고, 이를 억지하기 위하여 엄격한 책임을 부과한다고 하며, 충실의무 및 이득토출책임의 엄격성은 이득토출책임은 법정책적 목적을 띈다고 설시하였다.

IV. 우리 상법상 이사의 충실의무 및 의무위반에 대한 구제수단

제III장에서는 영국 회사법상 충실의무, 의무위반 시 구제수단과 관련 판례를 검토하였다. 본 장에서는 영국의 논의를 바탕으로 우리 회사법상 충실의무 조문과 구제수단에 대하여 살펴보겠다.

1. 충실의무 및 현행 구제수단

가. 충실의무 조항의 의의

1998년 개정상법에서 선관주의의무와 별개로 충실의무를 처음 도입하였다. 당시 법무부의 입법취지에 따르면 이사의 충실의무도 수탁자의 충실의무와 마찬가지로 영미법의 충실의무를 도입하기 위한 것이다.[57][58] 하지만 이후 일반적인 충실의무 조항은 실효성 있는 조항으로 활용되지 않고, 충실의무 위반행위는 구체적으로 정하는 의무의 범위 내에서만 작동하였다. 일반적인 충실의무 조항에 해당하는 제382조의3이 마치 존재하지 않는 것 같다는 견해까지 있다.[59]

상법상 충실의무는[60] “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하

57) 김건식, 회사법 연구 I, 소화(2010), 53면; 김건식 외, 앞의 책, 416면; 박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 상사법연구 제30권 제2호, 한국상사법학회(2010), 478면.

58) 당시 영미의 fiduciary duty개념을 이사의 충실의무로 도입하자는 보고서 등을 바탕으로 주주에 대한 이사의 충실의무를 상법에 포괄적으로 규정하고 이를 위반하는 경우 법적 제재를 가하자는 주장이 있었고 따라서 입법 취지는 영미법의 신인의무를 도입하였지만, 신인의무에 대한 구체적인 이해가 부족한 상황에서 외부적 압력에 의해 도입하였다는 견해로는 박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 박사학위 논문, 이화여자대학교 대학원(2010), 133-134면, 158면.

59) 송옥렬, 상법강의, 제11판, 홍문사(2021), 1040-1041면.

60) 반면 신탁법상 충실의무 제33조는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하

여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다"라고 규정하고 있는데 영미법의 충실의무를 도입하였다는 취지와는 달리, 조문의 "충실하게"라는 단어는[61][62] 엄격한 충실의무의 성격과는 거리가 멀고 오히려 선의칙(a duty of good faith)이나 주의의무(duty of care)와 유사하게 들리기도 한다. 이는 입법취지와 달리 조문은 영미법상 충실의무의 두 축인 이익충돌금지원칙과 이익향수금지원칙을 내포하지 않기 때문이다.

또한 학계는 여전히 주의의무와 충실의무의 관계에 대하여 동질설과 이질설로 이분화되어 있다.[63] 동질설은[64] 기본적으로 상법 제382조의3의 충실의무는 주의의무의 취지를 명확하게 하기 위한 것으로 본래 인정되던 주의의무를 강조한 것에 불과하다는 견해이다. 반면 이질설은[65] 이사가 주의의무를 다하는 것이 이사 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 경우와 중첩되기도 하나, 반드시 이사가 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 논리로 이어지지는 않는다고 본다. 즉 신인의무자가 본인의 이익을 위해 임무를 이행하는 동시에 자신의 이익을 취하는 경우에도 충실의

여야 한다"로 규정한다. 신탁법의 문구가 충실의무의 취지에 근접한 표현이라고 생각한다.

61) '충실하게'라는 용어는 일본 구 회사법 제254조의 3(현행일본회사법 제355조)의 이사의 충실의무를 도입할 당시인 1949년 미 점령군 사령부가 제시한 초안에서 'faithfully'라는 용어를 수용하였고, 이 입법을 회사법이 수용하였을 것이라고 추정하는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 58), 129-130면; '충실하게'라는 표현만으로 영미법의 충실의무를 수용하였다고 보기 어렵다고 견해로는 이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사(2019), 756면; "충실"이라는 단어 자체가 어떤 이익충돌금지 의무를 지칭하지 않는다는 견해로는 최준선, 회사법, 제14판, 삼영사(2019), 527면; 선관주의의무와 충실의무 규정의 문구만 본다면 양자가 별차이가 없어 보인다는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 57), 352면; 권재열, "상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의", 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009), 4면.

62) 표준대국어사전은 충실(忠實)을 충직하고 성실함으로 정의하고 있다. 영국법의 충실의무라는 명칭 역시 의무의 성격을 제대로 표현하지 못한다는 내용은 본 논문의 Ⅱ. 2. 가.

63) 과거에는 동질설이 다수설이었으나, 현재 학계는 이질설을 띄는 견해도 다수 등장하여 어떤 견해가 더 우세하다고 보기 어렵다.

64) 손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사(2004), 793-795면; 이철송, 앞의 책, 756면; 정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사(2009), 1027면; 장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사(2019), 548면; 최준선, 앞의 책, 527면; 김건식 외, 앞의 책, 392면.

65) 서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사(2007), 849면; 정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사(2012), 628면; 홍복기·박세화, 회사법강의, 제7판, 법문사(2019), 489면; 송옥렬, 앞의 책, 1040-1041면; 김병연, "이사의 충실의무와 영미법상 신인의무", 상사법연구 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005), 78-79면.

무를 위반하게 되기 때문에 충실의무를 주의의무로 포섭할 수 없다는 입장이다. 판례는 대체로 주의의무와 충실의무를 병렬적으로 나열하여서 동질설을 따르는 것 같으나, 최근 몇 건의 판례에서 충실의무만을 단독적으로 적시하기도 하였다.[66]

본 논문은 주의의무만으로도 충실의무의 내용을 포섭할 수 있는지에 대한 논쟁은 포함하지 않는다. 다만 앞서 언급한 신인관계의 성격,[67] 의무의 기준[68] 및 의무위반 시 구제수단의 차이를 들어, 충실의무의 성격은 더 엄격하며, 충실의무 위반 시에는 이득토출책임을 부과하여야 한다는 데에 초점을 둔다.

나. 충실의무의 구체적인 조항

회사법은 충실의무의 두 축인 이익충돌금지와 이익향수금지 원칙을 별도로 두지 않는[69] 대신 제397조에서 이사의 경업 및 겸직금지, 제397조의 2에서 회사 기회의 유용금지 및 제398조에서 자기거래금지를 규정하고 있다. 아래에서는 충실의무의 세부조항 및 이들의 구제수단을 검토하고 이를 바탕으로 이사의 일반적인 충실의무에 대한 별도의 구제수단을 마련할 필요성 등에 대하여 논의하겠다.[70]

---

66) 2016.1.28. 2014다 11888; 2016. 8.24. 2016다222453.

67) 본 논문의 Ⅱ. 2 참조.

68) 선관주의의무에는 경영판단원칙이 적용되지만, 충실의무에는 경영판단원칙이 적용되지 않는다.

69) 앞서 살펴본 바와 같이 영국 2006년 회사법은 이익충돌금지(제175조)와 이익향수금지(제176조)를 두고 있다. 또한 우리 신탁법 역시 충실의무(제35조)뿐 아니라 이익충돌금지(제34조)와 이익향수금지(제36조)를 별도로 두고 있다.

70) 최근 이사의 충실의무 위반에 대한 연구가 활발하게 이루어지고 있음에도 불구하고 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임을 도입하자는 주장은 찾아보기 어렵다. 다음의 문헌에서 예외적으로 언급한다. 김건식, 앞의 책, 88면{미국에서와 같이 충실의무 위반행위로 인한 이익을 회사가 박탈할 수 있는 길이 열릴 필요가 있고, 입법상으로는 이익반환청구를 경업금지의 경우에 한하지 않고 모든 충실의무 위반의 경우에 확대할 필요가 있을 것이라는 견해와 해석론상으로는 이사의 충실의무위반행위로 인한 이익의 전액을 손해로 볼 필요가 있다.}; 이중기, 충실의무법 -신뢰에 대한 법적보호-, 삼우사(2016), 35면-36면; 이중기, “이사, 상업사용인의 회사기회유용과 경업금지의무 위반: 이사, 상업사용인의 충실의무위반에 대한 개입권의 행사가능성을 중심으로”, 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소(2007); 이중기, “이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적자치: 신탁 충실의무법의 보충적 적용을 중심으로”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회(2015).

1) 자기거래

제398조의 자기거래는 이익충돌 거래 중 가장 대표적인 유형에 속한다. 자기거래는 이사 등이 회사와 하는 거래뿐 아니라 형식적으로 회사와 제3자의 거래이지만, 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속되어 이익충돌을 가져올 수 있는 거래를 포함한다. 이사가 회사와 거래하는 경우, 이사는 회사에게 자신의 영향력을 행사하여 자신에게 유리하게 거래조건을 제시할 위험이 있기때문에 자기거래를 규율하여 왔다. 다만 우리 회사법 역시 이사의 자기거래는 이익충돌의 위험이 크지만 회사이익에 부합할 수 있다는 등의 이유로 이를 전면 금지해야하는 것으로 보지 않는다. 다만, 자기거래 시 중요한 사실을 개시한 이후 이사회 승인 및 거래의 내용과 절차의 공정성 요건을 만족하면, 자기거래를 유효한 것으로 본다.[71]

만약 이사회의 승인을 결여하거나 거래가 현저히 공정하지 않은 경우에는 그 거래를 무효로 보는 동시에 이사는 손해배상책임을 진다. 본 논문은 자기거래 위반에 해당하는 경우, 거래효력의 무효화와 이사의 손해배상책임으로 충분한지에 대해 의문을 제기한다. 예를 들면 회사가 이사에게 회사 부동산을 처분하는 자기거래 후에 이사가 제3자에게 그 부동산을 전매한 경우로, 회사가 제3자인 전득자의 악의를 입증하지 못하는 경우로, 제3자에 대해서는 해당 거래를 유효하게 보는데 이런 경우에 예외적으로 이득토출책임을 적용하는 것을 고려해 볼 수 있다.

또한 영국 회사법은 일정규모 이상의 자기거래는 주주총회 승인을 요하는 반면, 우리 회사법은 자기거래에 대하여 이사회 승인을 요건으로 한다.[72] 설령 이익충돌이 있는 이사를 제외한 이사회의 승인이 있었더라도 이사회에서는 상호승인해 주는 문화가 존재할 수 있고 특히 총수일가의 거래에 해당하는 경우 이사회 승인과 공정성 요건만으로 회사이익 보호를 도모하기 어려울 것이기에, 사후적 구제수단으로 이득토출책임을

71) 본 논문은 이사회의 승인과 공정성에 초점을 두지 않고, 요건을 만족하지 않은 경우에 어떠한 구제수단을 부과하는 것이 타당한지에 초점을 두기 때문에 구체적인 논의를 생략한다. 공정성 등에 대한 논의는 송옥렬, 앞의 책, 1069면; 김건식 외, 앞의 책, 447-450면.

72) 따라서 거래의 규모 및 해당 거래의 중요성으로 구분하여 주주총회 승인요건 등을 추가할 필요성을 고려해 보자는 견해도 있다.

고려해볼 필요가 있다.

2) 경업금지 및 겸직금지

제397조 제1항은 이사의 경업· 겸직금지를 규정하고 있는데 이사가 경업을 하게 되면 회사의 이익보다 자신의 사적 이익을 우선시하게 될 가능성이 높으므로 이익충돌이 발생하고 이를 금지하는 것은 당연하다. 하지만 이사의 모든 외부활동을 금지하면 이사의 자율권에 위배될 수 있기에 영업부류에 속하는 거래만을 금지한다.[73] 또한 회사법에서 경업이나 겸직을 하기 위해서는 중요 사실을 개시하고 이사회의 승인을 요한다. 만약 이사가 이사회 승인없이 경업이나 겸직을 하면 해당 행위는 우선 유효하지만 경업 위반의 경우에는 제397조 제2항에 의해 개입권을 인정한다.[74] 즉 개입권을 통해, 이사가 경업거래를 통해 취득한 이득을 회사에 귀속시킬 수 있다.

개입권과 손해배상책임은 경합관계에 있는 것이 아니라 양립할 수 있다.[75] 따라서 이사회 승인없이 경업 행위를 한 경우 이사가 해당 금지 위반으로 회사에 손해를 발생시킨 경우 제399조에 의해 이사는 회사에 대하여 손해를 배상하여야 하며 회사는 개입권도 행사할 수 있다. 개입권이 경업을 억지, 예방하고자 하는 취지를 띄기 때문에 회사의 손해가 발생하지 않은 경우에도 개입권을 행사할 수 있는데 이는 이득토출책임이 손해와 무관한 것과 유사하다. 다만, 개입권은 거래로부터 1년을 시효로 하는 점, 그리고 겸직에 대해서는 개입권을 행사할 수 없으며 뒤에서 살펴볼 기회유용금지에 적용하는 이익을 손해로 추정하는 조항과 그

---

73) 본 논문은 충실의무 위반에 대한 구제수단에 초점을 두므로, 영업부류의 범위 등에 대한 논의는 포함하지 않는다. 영업부류에 속하는 거래의 범위 등에 대한 논의는 김건식 외, 앞의 책, 457면; 송옥렬, 앞의 책, 1054-1055면

74) 개입권과 손해배상청구권은 택일적 관계가 아니라 양립할 수 있지만, 개입권을 행사하여 경제적 이익을 얻은 경우에는 사실상 손해액이 감소될 것이라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 460면; 독일주식법의 개입권과 손해배상청구권을 택일하도록 하는데 독일의 개입권도 회사가 이사의 경업으로 인해 손해를 증명하기 어려운 데 대한 대안으로 인정된다는 생각이지만 이 규정이 없는 우리 상법은 양자를 동시에 행사할 수 있다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 766면.

75) 김건식 외, 앞의 책, 460면.

요건이 상이하다.

3) 회사의 기회유용금지

2011년 상법 개정 시 이사가 회사의 기회를 이용하는 것을 금지하기 위해 회사기회유용금지 법리를 도입하였다. 입법 당시에는 제382조의 3의 일반적인 충실의무를 통해서 해당 행위를 금지할 수 있고, 기회유용금지와 경업금지는 중복되는 측면이 많아서 입법이 필요하지 않다는 의견도 있었다.[76] 하지만 당시에도 당시 일반 원칙으로 충실의무가 활용되지 않는 실정이며, 지배주주에 의한 회사기회 편취를 규제하여야 한다는 강력한 주장에 따라 해당 조문을 신설하였다.[77][78]

경업금지와 마찬가지로 회사의 기회유용에 해당하는 경우에는 이사회 승인 등을 받지 않았더라도 다수설은 효력에는 영향을 미치지 않는다고 본다.[79] 대신 이사의 회사기회 유용으로 인하여 회사가 손해에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 경업금지의 경우 개입권을 두는 것과 달리, 회사기회유용 금지의 경우에는 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다.[80]

---

76) 국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1), 151면.

77) 본 논문은 기회유용금지 등의 이익충돌금지 위반의 구제수단에 초점을 두기 때문에 그 기준에 회사의 기회를 획정하는 논의는 포함하고 있지 않다. 회사의 기회에 대한 자세한 논의는 천경훈, "회사기회의 법리에 관한 연구", 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원(2012), 105-111면; 회사법은 미국의 기회유용원칙, ALI원칙 5.05(b)를 많이 참조하여 이를 보다 구체화하였다는 의견으로는 송옥렬, 앞의 책, 1071면;

78) 반면 영국법에서는 회사의 기회를 일정 범위까지만 규제하기보다는 추상적인 이익충돌금지를 통하여 엄격하게 금지하는 경향이 있다. 영국식 규제가 충실의무 원칙에 입각한 규제라면 미국은 특정 기회까지 회사의 소유, 즉 재산권의 범위에 포함되는지 그 획정 기준을 설립하는 데에 초점을 두는 데 우리 법제는 미국의 접근법을 따른다. 미국과 영국의 기회유용금지의 차이점에 대한 논의는 Gelter, Martin & Genevieve Helleringer, *Corporate opportunities in the US and in the UK: how differences in enforcement explain differences in substantive fiduciary duties*, (Gordon, Smith & Andrew Gold ed., op. cit.), pp.331-353.

79) 회사기회유용행위는 유효라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 468면; 송옥렬, 앞의 책, 1075면; 이철송, 앞의 책, 772면; 정찬형, 앞의 책, 1036면; 반면 회사의 기회를 유용한 경우, 그 행위는 승인없는 자기거래처럼 상대적 무효라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 538면.

80) 김건식 외, 앞의 책, 470면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면{회사기회의 유용에서는 개입권이 인정되지 않는데, 이처럼 이사 또는 제3자의 이익을 손해액으로 추정함으로써 간접적으로

2. 충실의무 위반 시 이득토출책임 제안

앞서 살펴본 바와 같이 상법은 신탁법과는 달리 일반적인 충실의무 위반에 대한 고유한 구제수단을 마련하고 있지 않다. 다만 경업금지, 회사의 기회유용금지 위반에 해당하는 경우에는 이득토출책임과 유사한 취지 및 효과를 가져오는 구제수단을 두고 있다. 하지만 상법에서 나열한 이익충돌 행위 외에도 이사의 이익충돌금지 및 이익향수금지 위반행위는 다종다기한 형태를 띨 수 있다. 현재의 입법은 향후 일반적인 충실의무 조항을 적용하더라도 별도의 구제수단을 두고 있지 않기 때문에 주의의무 위반으로 보든지, 충실의무 위반으로 보든지 그 구제수단의 측면에서 차이가 없다. 즉 충실의무 위반으로 인하여 이사 혹은 제3자에게 이익이 발생한 경우 그 이익을 회사에 반환하게 할 근거 규정이 없다. 따라서 본 논문은 일반적인 충실의무 위반 시 이득토출책임을 부과하는 입법적인 보완이 필요하다고 생각한다.

또한 앞서 살펴본 바와 같이 영국 회사법에서 이사가 충실의무를 위반한 경우 일관되게 이득토출책임을 부과할 수 있는 것과 달리, 우리 회사법은 경업금지, 기회유용금지 위반 시 구제수단간 통일성을 발견할 수 없다. 해당 조항들이 만약 이익충돌금지 목적이라면 조문간 차이를 둘 필요가 있는지 의문이다.[81] 자세히 살펴보면, 우선 개입권은 조문 자체가 제397조 제2항 '이사가 제1항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에'로 되어 있기 때문에 법문상 겸직이 아닌 경업에만 인정된다.[82] 반면 겸직의 경우, 즉 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 된 경우'에는 손해배상책임만 부담하고, 겸직을 통해 수령한 보수 등의 이득은 토출하지 않아도 된다. 이는 겸직 역시 이익충돌이 발생하였다면, 이를 달리 취급하여야 할 이유가 없다.[83]

그 이익을 반환하도록 하는 개입권의 효과를 가진다고 하겠다.}; 정찬형, 앞의 책, 1037면.

81) 同志: 채이배, "상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여", ERRI 이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).

82) 김건식 외, 앞의 책, 460면; 이철송, 앞의 책, 765면.

83) 구제수단에 대한 논의는 아니지만, 자기거래와 회사의 기회유용이 이사회 결의에 가중된 요건을 요하는 반면 경업금지는 일반 결의 요건으로 하여 이사회 승인을 상대적으로 용이하게 하는 것 역시 통일을 요한다. 자기거래, 경업금지 및 회사의 기회유용은 충실의무의 세부 조문인데, 이사회 승인요건을 달리할 이유가 없다. 또한 개입권은 별도의 제척 기간을 두는

회사의 기회유용금지를 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해배상책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다. 하지만 이익의 손해추정 규정은 원고의 손해입증을 용이하게 하기 위함[84]이라고 하여 이익충돌을 억지하기 위한 목적과 달리 정하고 있다. 본 논문은 회사의 기회유용금지 위반에 대한 구제수단은 손해에 대한 입증책임을 용이하기 위한 목적이 아니라, 이사가 기회유용 행위를 억지하기 위한 목적을 띄어야 한다고 생각한다. 또한 이익을 손해로 추정하는 조문은 손해를 입증하는 경우에는 이사가 그 이익을 보유할 수 있다는 한계가 있다.[85] 따라서 이익을 손해로 추정하는 조문 대신 이득토출책임을 도입하는 것이 타당하다.

또한 영국 회사법에서 살펴본 바와 같이 이사의 충실의무는 수탁자의 충실의무를 전형으로 하여 파생되었고 동일한 취지에서 이사의 충실의무 위반에는 이득토출책임을 부과한다. 본 논문은 회사법상 이사의 충실의무 위반의 구체적인 예인 경업금지 위반과 회사의 기회유용에 대하여 이득토출책임을 규정하지 않고 각각 개입권과 이익의 손해추정규정을 도입한 것은 당시 우리 법상 이득토출책임의 개념이 생소하였기 때문이라고 생각한다. 하지만 이미 우리 법제는 신탁법을 통하여 이득토출책임을 수용한 만큼 회사법상 신인의무자인 이사에게 이득토출책임을 부과하여 정합성을 확보할 필요가 있다.

반면, 이사의 기회유용금지 위반에 따른 손해배상청구권의 시효를 적용한다. 자기거래와 기회유용 승인요건은 이사 전원의 3분의 2로 강화하면서 경업의 승인 결의는 통상의 이사회 결의로 하는 것은 납득하기 어렵다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 768-769면; 회사의 사업기회유용금지에도 경업금지 위반에 인정하는 것과 같은 개입권과 제척기간을 인정하는 것이 합리적이라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 537면.

84) 김건식 외, 앞의 책, 468-471면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면.

85) 김건식 외, 앞의 책, 470-471면.

<표 2> 이사의 충실의무 기준, 면책요건 및 구제수단

	기준	면책요건	現 구제수단	본 논문의 주장
충실의무 (제383조의 3)	충실하게? (기준 명확하지 않음)		손해배상책임	손해배상책임 또는 **이득토출책임**
자기거래 (제398조)	이사 등이 회사와 하는 거래로서 회사의 이익을 해할 염려가 있는 모든 재산적 거래	거래와 관한 중요사실 개시+ 이사회승인 (2/3) + 거래의 내용과 절차 공정성	상대적 무효설 + 손해배상책임	상대적 무효설 + 손해배상책임 **(예외적인 경우 이득토출책임)**
경업 금지 (제397조)	경업의 기준 - 영업부류에 속하는 경우	경업 등과 관련된 중요사실 개시 + 이사회 승인 (일반 결의 요건)	거래는 유효, **개입권** (거래가 있은 날로부터 1년 시효), + 손해배상책임	손해배상책임 또는 **이득토출책임**
겸직 금지 (제397조)	동종영업을 목적으로 하는 다른회사의 무한책임사원	중요사실 개시 + 이사회 승인	거래는 유효, 손해배상책임 +개입권(x)	손해배상책임 또는 **이득토출책임**
회사의 기회유용 (제397조의 2)	회사의 기회 -지득사유기준 -사업관계기준	이사회 승인(2/3)	거래는 유효(다수설), 손해배상책임 **(이익의 손해추정)**	손해배상책임 또는 **이득토출책임**

V. 마치며

본 논문은 영국 수탁자를 전형으로 하는 신인관계 및 신인의무의 성격을 살펴보고, 회사의 이사는 회사의 재산, 정보 등에 대하여 폭넓은 재량과 권한을 보유하고, 재량과 권한의 경제적 남용가능성이 높다고 보아, 수탁자에 근접한 신인의무자로 파악하였다. 영국 회사법상 이사의 충실의무는 엄격한 이익충돌금지와 이익향수금지 의무이며, 이사가 충실의무를 위반한 경우에는 이득토출책임을 부과한 것을 판례를 통하여 확인하였다.

우리 회사법상 이사의 충실의무 조문은 여전히 선언적인 조항에 그치고 있으며 구체적인 조문인 자기거래, 경업· 겸업금지, 기회유용금지에 따라 이사의 충실의무 위반을 판단한다. 또한 구체적인 충실의무 조문 위반 시 이사에게 손해배상책임을 부과하는 것 외에, 경업금지 위반에는 개입권을, 회사의 기회유용금지 위반에는 이익을 손해로 추정하는 조문을 두고 있다. 개입권과 이익을 손해로 추정하는 방식은 영국의 이득토출책임과 그 결과 및 취지에서 유사한 측면이 있으나 그 적용요건 등이 상이하다. 구체적 충실의무 조문에 따라 별도의 구제수단을 둘 것이 아니라, 이사가 일반적인 충실의무 및 관련 세부 조문을 위반한 경우에 이득토출책임을 부과하는 것이, 충실의무 도입 취지뿐 아니라 위반 시 구제수단의 일관성을 위해서도 바람직하다.

(논문투고일: 2022.02.23., 심사개시일: 2022.2.25., 게재확정일: 2022.3.11.)

송지민

이득토출책임, 신인의무, 충실의무, 이익충돌금지원칙, 이익향수금지원칙

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국문단행본

김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사(2021).

김건식, 회사법 연구 I, 소화(2010).

서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사(2007).

손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사(2004).

송옥렬. 상법강의, 제11판, 홍문사(2021).

이중기, 충실의무법 -신뢰에 대한 법적보호-, 삼우사(2016).

이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사(2019).

장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사(2019).

정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사(2012).

정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사(2009).

최준선, 회사법, 제14판, 삼영사(2019).

홍복기· 박세화, 회사법강의, 제7판, 법문사(2019).

Ⅱ. 논문

권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의”, 상사판례연구 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009).

김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무”, 상사법연구 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005).

김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원(2016).

박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구”, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원(2010).

박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 상사법 연구 제30권 제2호, 한국상사법학회(2011).

송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구-영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2021).

이중기, “이사, 상업사용인의 회사기회유용과 경업금지의무 위반: 이사, 상업사용인의 충실의무위반에 대한 개입권의 행사가능성을 중심

으로", 홍익법학 제8권 제3호, 홍익대학교 법학연구소(2007).
이중기, "이사의 충실의무의 강행성 여부와 충실의무에 대한 사적자치: 신탁 충실의무법의 보충적 적용을 중심으로", 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회(2015).
채이배, "상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여", ERRI이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).
천경훈, "회사기회의 법리에 관한 연구", 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2012).

Ⅲ. 영문단행본

Burn, Edward & Graham Virgo, Maudsley & Burn's Trust & Trustee Cases & Materials, OUP (2008).
Criddle, Evan, et al., ed., The Oxford Handbook of Fiduciary Law, OUP (2019).
Davies, Paul & Worthington, Sarah, Gower & Davies, Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell (9th ed., 2012).
Deakin, Simon, et al., Markesinis and Deakin's Tort Law, Clarendon Press (6th ed., 2007).
Degeling, Simone & Jason Varuhas, ed., Equitable compensation and Disgorgement of Profit, Bloomsbury (2017).
Dignam, Alan & John Lowry, Company Law, OUP (11th ed., 2020).
Dignam, Alan & Andrew Hicks, Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law, OUP (7th ed., 2011).
Edelman, James, Gain-based Damges: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property, Hart Publishing (2002).
French, Derek, Mayson, French & Ryan on Company Law, OUP (37th ed., 2021).
Gold, Andrew & Paul Miller, ed., Philosophical Foundations of Fiduciary Law, OUP (2014).
Gordon, Smith & Andrew Gold, ed., Research Handbook on

Fiduciary Law, Edward Elgar Publishing (2018).

Kershaw, David, The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law, Cambridge University Press (2018).

Martin, Jill, Hanbury and Martin: Modern Equity, Sweet & Maxwell (17th ed., 2005).

Mortimore, Simon, ed., Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies, OUP (3rd ed., 2017).

Sealy, Len & Sarah Worthington, Sealy's Cases and Materials in Company Law, OUP (9th ed., 2010).

Stafford, Andrew & Stuart Richie, Fiduciary Duties: Directors and Employees, Lexis Nexis (2nd ed., 2015).

Ⅳ. 영문논문

Conaglen, Matthew, The Nature and Function of Fiduciary Loyalty, 121 L. Q. Rev. 452 (2005).

Conaglen, Matthew, Strict Fiduciary Loyalty and Accounts of Profits, 65 Cambridge L. J. 278 (2006).

Frankel, Tamar, Fiduciary Law, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983).

Miller, Paul, Justifying Fiduciary Remedies, 63 Univ. of Toronto L. J. 570 (2013).

Mitchell, Charles, Causation, Remoteness and Fiduciary Gains, 17 King's College L. J. 325 (2006).

Sealy, Len, The Director as Trustee, 25 Cambridge L. J. 83 (1967).

Smith, Gordon, The Critical Resource Theory, 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).

Smith, Lionel, Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations, 7 J. of Equity 87 (2013).

Tuch, Andrew, Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest, 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005).

Worthington, Sarah, Fiduciaries Then and Now, 80 Cambridge L. J. 154 (2021).

V. 기타자료

국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1).

법무부, 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2020.3).

Law Commission Co. No.125 Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992.

Abstract

Justifying Disgorgement of Profits in Director's Breach of Duty of Loyalty
- The Lesson from England and Wales-

Jeemin Song*

This paper examines whether it is plausible to apply the disgorgement of profits remedy to a corporation's board of directors. In Anglo-American jurisprudence, a corporate director is categorically treated as a status-based fiduciary who owes a fiduciary duty to the corporation. If a director makes unauthorized profits in breach of his fiduciary duty to the corporation, the director should be required to disgorge the profits just as a disloyal trustee is required to disgorge profits.

Under the Korean Commercial Code, remedies exist that are functionally similar to the disgorgement of profits, yet these remedies are fragmented. For instance, directors are prohibited from engaging in a transaction that competes with their corporation's interests without the consent of the board of directors. If a director violates his duty not to compete without the board's consent, the director may be held liable for monetary damages sustained by the corporation. Additionally, intervention rights are granted to a corporation under the Korean Commercial Code. The corporation may intervene and substitute itself for the director in the third-party transaction.

* Ph.D. in Commercial Law, Solicitor in England and Wales, Lawyer qualified in D.C., Legislative Researcher.

Furthermore, a director may not usurp certain business opportunities available to the corporation without approval by the board of directors. If a director usurps the corporation's business opportunity in contravention of his fiduciary duty, then the director may be held liable for damages based upon a presumption that the ill-gotten gains made by the director are the damages suffered by the corporation. Both intervention rights and the presumption that illegal profits are the corporation's damages are modified forms of the remedy of disgorgement of profits. However, a breach of a general duty of loyalty under the Korean Commercial Code does not stipulate these gain-based remedies. The directors of a corporation are in charge of managing the company's business and assets. Thus, their role is similar to that of a trustee. Thus, this paper argues that disgorgement of profits should be adopted for breach of a duty of loyalty by a director under the Korean Commercial Code.

Jeemin Song

Disgorgement of Profits, Account of Profits, Fiduciary Duty, Duty of Loyalty, No-Conflict Rule, No-Profit Rule