

〈논문〉

법인에서의 ‘인식의 귀속’과 이익충돌의 인식: 거대 회사에서의 ‘정보차단장치’의 효력을 중심으로*

李 重 基**

요 약

법인의 주관적 인식이 논의되어 왔던 주된 맥락은 (i) 법률효과가 관련 사실이나 정황의 인식 혹은 부지 여부에 의해 영향을 받을 때, 어느 기관의 인식을 어떠한 방법으로 법인에 귀속시킬 수 있는가 및 (ii) 기관 혹은 피용자가 불법행위를 저지르는 경우 기관 등의 불법행위에 대한 책임을 법인에 대해 어떻게 귀속시킬 수 있는가에 관한 것이었다. 그런데 법인에 대한 인식의 귀속 문제는 법인의 이익충돌의 인식 여부와 관련해서도 동일하게 발생한다. 즉 법인이 고객등에 대해 충실의무를 지는 상황에서 법인이 기관 혹은 대리인을 통해 이익이나 의무의 존재를 인식하는 하는 경우, 법인이 이익충돌 상황에 직면하게 되는지 여부 혹은 이익의 향수로 충실의무를 위반하게 되는지 여부를 판정함에 있어서도 법인의 인식 문제가 대두된다.

이 글에서는 먼저 (i) 기관 등의 인식을 통한 법인의 인식 방법 및 (ii) 기관 등의 불법행위에 대한 법인의 불법행위책임 부과근거 등 전통적으로 법인의 인식 개념이 문제된 영역에 대해 살펴보고 나서, 이익충돌과 관련된 법인에서의 인식의 귀속 문제에 대해 살펴보았다. 후자의 문제를 논의함에 있어 먼저 (iii) 법인이 충실의무를 지는 상황 기타 충실의무 일반론에 대해 살펴본 다음, (iv) 법인이 충실의무를 부담하는 경우 이익충돌의 판정과 관련한 법인의 인식방법에 대해 살펴보았다. 마지막으로 (v) 거대법인의 경우 ‘인식의 귀속법리’에 따라 야기될 ‘개념적’ 이익충돌가능성과 이러한 문제를 해결하는 방안으로서 ‘인식의 귀속법리’의 수정 필요성이 있는지 여부를 ‘정보차단장치’의 활용과 관련해 고찰해 보았다.

법인이 처한 상태가 이익충돌 상황인지 혹은 법인의 행위가 이익충돌을 야기하는 행위인지 여부에 대한 판정은 실질적 이익충돌의 초래 가능성의 존재 여부에 의해 객관적으로 결정되어야 하고, 수입인의 의도나 거래의 사후적 결과 여부는 고려되지 않는다. 하지만 법인 가운데 거대 금융기관 혹은 대규모 법부법인의 경우, 인식의 귀속법리 때문에 ‘개념적’ 이익충돌이 발생할 가능성이 있고 이로 인한 잠재적 피해

* 이 글을 작성함에 있어 한양대학교 송호영 교수님의 선행연구에 큰 도움을 받았다. 송호영 교수님께 감사드린다. 꼼꼼한 심사를 해 주신 심사자께도 감사의 마음을 전한다.

** 홍익대학교 법과대학 교수, 법학박사.

가능성이 생기기 때문에 이를 해결하기 위한 ‘정보차단장치’의 운용과 그에 대한 인식의 귀속법리의 ‘수정’ 필요성이 제기된다. 하지만 ‘정보차단장치’에 대해 인식의 귀속에 대한 방어방법으로서의 효력을 부여해 인식의 귀속 법리를 수정할 수 있다면, 법인은 정보차단장치의 운용을 통해 그때그때 필요한 법인의 ‘부지’ 혹은 ‘선의’를 작출할 큰 유인을 갖게 되고, 이에 따라 법인 정보 전체에 대한 효율적 관리체제를 구축할 유인은 사라지게 된다. 결론적으로, 기관 혹은 대리인을 사용해 사업의 효율성을 확대하는 법인은 그에 따른 인식의 확장에 따른 책임을 부담해야 한다. 만약 인식의 귀속법리에 따른 이익충돌이 단순히 개념적인 것이라고 주장한다면, 법인이 그것이 개념적인 이익충돌에 불과하다는 것을 입증해야 한다.

주제어: 인식, 인식의 귀속, 법인의 인식, 기관, 대리인, 충실의무, 법인의 충실의무, 이익충돌, 이익충돌의 인식, 정보차단장치, 공시와 승인

I. 머리말

어떤 사람의 행위의 효력이 어느 사정을 알았거나 혹은 과실 때문에 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받는 경우가 있다. 사람의 고의 혹은 과실 개념이 문제되는 상황이 대표적인 경우이다. 자연인과 마찬가지로, 법인의 행위의 효력도 법인이 그 사정을 알고 있었는가 혹은 과실로 알지 못했는가 여부에 의해 결정되는 경우가 있는데, 이 경우 법인이 그 사정을 알고 있었는가 혹은 과실로 알지 못했는가는 어떻게 판정하는가? 이 문제는 ‘법인의 주관적 인식’(knowledge/notice; Wissen/Kennen)의 문제로서 논의되어 왔고, 전통적으로 법인의 기관 혹은 대리인의 ‘인식’을 법인에 ‘귀속’(attribution; Zurechnung)시키는 방법으로 해결되어 왔다.¹⁾

법인의 주관적 인식이 논의되어 왔던 주된 맥락은 크게 (i) 법률효과가 관련 사실이나 정황의 인식 혹은 부지 여부에 의해 영향을 받을 때, 어느 관계자 혹은 기관의 인식을 어떠한 방법으로 법인에 귀속시킬 수 있는가 및 (ii) 기관 혹은 피용자가 불법행위를 저지르는 경우 기관 등의 불법행위에 대한 책임을 법인에 대해 어떻게 귀속시킬 수 있는가에 관한 것이었다. 그런데 법인에 대한 인식의 귀속 문

1) ‘인식’과 ‘인식의 귀속’의 개념 및 그 관계에 대해서는, 송호영, “이른바 “인식의 귀속”에 관하여”, **비교사법**, 제8권 제1호(상)(2001), 39면(이하 송호영, “인식의 귀속”), 41면 이하; 이병준, “법인에 있어서의 인식의 귀속과 인식의 책임”, **외법논집**, 제35권 제2호(2011), 103면(이하 “이병준”), 105면 이하 참조.

제는 이익충돌의 인식 여부와 관련해서도 동일하게 발생한다. 즉 법인이 고객에 대해 충실의무를 지는 상황에서 법인이 기관 혹은 대리인을 통해 회사의 이익이나 의무의 존재를 인식하는 하는 경우, 법인이 이익충돌 상황에 직면하게 되는지 여부 혹은 자기이익의 향수로 충실의무를 위반하게 되는지 여부를 판정함에 있어서도 법인의 인식 문제가 대두될 수 있다.

이 글에서는 먼저 (i) 기관 등의 인식을 통한 법인의 인식 방법 및 (ii) 기관 등의 불법행위에 대한 법인의 불법행위책임 부과근거 등 전통적으로 법인의 주관적 인식 개념이 문제된 상황에 대해 살펴보고 나서, 이 글에서 주로 논의할 이익충돌과 관련된 법인에서의 인식의 귀속 문제에 대해 살펴본다. 후자의 문제를 논의함에 있어 먼저 (iii) 법인이 충실의무를 지는 상황 기타 충실의무 일반론에 대해 살펴본 다음, (iv) 법인이 충실의무를 부담하는 경우 이익충돌의 판정과 관련한 법인의 인식방법에 대해 살펴본다. 마지막으로 (v) 거대법인의 경우 '인식의 귀속법리'에 따라 야기될 '개념적'인 이익충돌가능성과 이러한 문제를 해결하는 방안으로 '정보차단장치'의 활용방안, 정보차단장치 이용시 '인식의 귀속법리'를 수정할 수 있는지 여부에 대해 살펴보고, (vi) 이익충돌의 해소장치로서의 공시와 승인에 대해 고찰해 본다.

II. 사실 혹은 정황에 대한 법인의 인식방법

법인의 작위 혹은 부작위의 효력이 어느 사정을 알았거나 혹은 과실 때문에 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우, 법인이 그 사정을 알고 있었는가 혹은 과실 때문에 알지 못했는가, 즉 법인의 고의/과실 문제는 어떻게 결정하는가? 전통적인 방법은 '자연인'의 인식을 '법인'에 귀속시키는 방법이다. 이러한 인식의 귀속은 한편으로는 '기관'의 인식을 법인 '자체'의 인식으로 귀속시키는 '법인법'적 방법으로 행해지고, 다른 한편으로는 '대리인'의 인식을 본인인 법인의 인식으로 귀속간주하는 '대리법'적 방법으로 행해진다.²⁾

2) 법인의 정보 인식과 관련하여, 영국법에서도 우리나라와 비슷하게 '기관인식'의 귀속 방법과 '대리인 인식'의 간주 방법을 동원한다(이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall의 문제: 공시와 승인, 상관습, 면책약관, Chinese Wall의 적용”, **한림법학 Forum**, 제6권(1997), 135면(이하 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”), 146면 이하).

또 인식의 귀속은 법인과 그 기관/대리인 간에 쌍방향으로 진행되는데, 한편으로는 기관 혹은 대리인의 인식을 법인에 귀속시키면서(‘구심적 귀속’), 다른 한편으로는 의제된 법인의 인식을 다시 기관 혹은 대리인에 귀속시킨다(‘원심적 귀속’, 즉 의제된 법인의 인식을 법인을 위해 행위하는 기관 혹은 대리인이 보유/사용해야 할 인식으로 간주하는 방법). 차례로 살펴보자.

1. ‘기관 인식’의 법인에의 귀속: 구심적 귀속

법인은 일정한 사람의 단체 혹은 물적 단체에 대하여 법률이 법인격을 부여한 ‘의제적 인격체’(constructive person)이기 때문에 스스로 행동할 수 없고 ‘사람’의 두뇌에 해당하는 ‘기관’(organ)을 통해 인식하고 행동해야 한다. 왜냐하면, 법인법은 법인을 사람으로 의제하고 사람과 같이 인식, 의사결정 및 행위를 하는 존재로 보기 때문에, 법인은 ‘기관’을 선임해야 하고, 기관은 자연인이 행하는 인식, 의사결정 및 업무집행과 대표행위를 하도록 의제되기 때문이다.³⁾⁴⁾ 따라서 법인에서도 자연인과 같이 ‘인식’(knowledge or notice)이 문제가 되고, 법인의 인식, 즉 법인이 어느 사정을 알고 있었는가 혹은 과실로 알지 못했는가 여부(법인의 고의 과실)를 판정하는 것이 중요하게 된다.

그런데 “자연인의 경우는 인식 여부가 사실인정의 문제라면, 법인의 경우는 … “인식을 했다 안했다”의 문제라기보다 어떠한 상황에서 법인의 “인식으로 볼 수 있느냐 없느냐”의 문제 … 다시 말하면 … 인식의 귀속여부에 관한 문제이다.”⁵⁾

독일법에서도 “Savigny의 대리인을 통한 귀속(anrechnen)과 Gierke의 기관을 통한 귀속(zuschreiben; zurechnen)” 방법이 인정된다(송호영, “법인의 활동과 귀속의 문제 - 법인본질론쟁의 극복을 위한 하나의 시론”, **민사법학**, 제31호(2006), 3면(이하 송호영, “귀속을 통한 법인본질론의 극복”, 43면). Savigny의 의제설과 대리제도를 통한 해결 방안 및 Gierke의 실체설과 기관의 행위의 의한 해결방안에 대해서는, 송호영, **법인론** (2013)(이하, “송호영, **법인론**”), 18-21면 및 22-25면 참조.

3) 송옥렬, **상법강의**(제3판)(2013), 872면 이하.

4) 반면에 법인을 자연인과 같은 실체적 존재로 보는 견해도 존재한다. 그런데 법인의 의제설 혹은 법인실체설과 같은 법인본질론 논쟁은 단선적인 논리구조에 근거할 가능성이 높기 때문에 개념상 논리의 전개에는 도움이 되는지 몰라도 실제적인 문제해결에는 도움이 되지 못한다. 따라서 “법인의 활동문제는 스스로 활동을 할 수 있는 존재인지 아니면 그렇지 않은 존재인지로 접근할 것이 아니라, 기관인에 의해서 실제로 이루어진 의욕·인식·작위·부작위 등의 활동요소 및 그에 따른 법률효과를 법인에게 귀속시킬 수 있느냐 혹은 그렇지 않느냐의 문제로 접근하는 것이 타당하다”고 본다(송호영, “귀속을 통한 법인본질론의 극복”, 41-42면; 동지 송호영, **법인론**, 209면 이하).

5) 송호영, “법인의 대표자가 자신이 대표하는 법인에 대해서 불법행위를 한 경우에 법

따라서 '기관의 인식'의 태양, 즉 기관의 고의 과실 여부를 법인의 인식의 태양으로 귀속시키는 법인의 인식 과정에는 필연적으로 규범적 평가가 수반된다.

(1) 법인 형태에 따른 기관의 다양성

그런데 법인은 법인의 설립목적에 따라 설립형태가 다양하기 때문에 각 법인은 근거법률에 따라 다양한 다른 기관을 둘 수 있다. 예를 들어, 출자자가 존재하는 영리법인과 달리 공익법인에서는 출연자의 수익자지위가 부인⁶⁾되기 때문에 출자자총회와 같은 소유기관은 존재하지 않고 경영기관만 존재한다. 따라서 공익법인의 인식이 문제된 경우, 공익법인 출연자의 인식은 출연 후에는 고려될 필요가 없다. 또 영리법인의 형태는 출자자가 소유기관으로서 회사채무에 대해 무한책임을 지고 경영도 담당하는 합명회사⁷⁾ 형태에서부터, 출자자는 회사채무에 대해 유한책임을 지고 경영은 전문경영인인 이사가 담당하는 주식회사⁸⁾ 형태까지 다양하고, 법인의 종류별로 기관의 형태도 다양하다. 특히 주식회사의 경우 주주총회,⁹⁾ 이사회¹⁰⁾와 같은 '의사결정'기관과 '행위'기관인 대표이사의 기능은 분리되어 있고, 감사¹¹⁾와 같은 독립 '감독기관'도 존재한다.

따라서 법인의 고의 과실 여부를 '기관의 인식'의 태양에 기해 도출한다고 할 때, '인식의 귀속 법리'에 대한 총론은 동일하다 하더라도 법인의 종류에 따라 기관의 형태가 다양하기 때문에 법인의 인식이 문제되는 구체적 상황에서 가장 먼저 수행해야 할 작업은 문제된 법인의 종류와 그 법인의 기관의 형태를 판단하는 것이다.

(2) 어떤 행위? 어떤 기관?: 의사결정기관, 대표기관 혹은 감독기관

법인의 형태가 어느 종류인가를 판정하였다면, 다음 고려해야 할 문제는 당해

인의 인식여부”, 저스티스, 통권 제82호(2004), 92면(이하 송호영, “대표자의 불법행위 시 인식의 귀속”, 106면.

6) 이중기, “공익단체에서의 공익재산유지 이념과 실천방안”, 경제법연구, 제13권 제1호(2014), 151면, 154면 이하; 이중기, 공익신탁과 공익재단의 특징과 규제(2014), 301면 이하.

7) 상법 제178조 이하.

8) 상법 제288조 이하.

9) 상법 제361조 이하.

10) 상법 제390조 이하.

11) 상법 제409조 이하.

법인의 관계자 혹은 기관 가운데 ‘어떤 관계자 혹은 기관’을 법인의 ‘두뇌’로 의제하고 그들의 인식작용을 당해 법인의 인식으로 귀속시킬 것인가를 결정하는 것이다. 예를 들어, 주식회사의 인식이 문제된 경우, 회사의 인식 여부의 판정은 인식이 문제되는 사항이 의사결정사항인지, 업무집행사항인지, 혹은 감독사항인지 여부, 업무집행사항이라면 내부적 업무집행사항인지 혹은 대표행위인지에 따라 주식회사의 두뇌로 의제될 담당 기관이 달라지기 때문이다. 또 어떤 사업을 추진하는 담당이사가 교체되어 전이사가 사임하고 신이사가 선임된 경우와 같이 전임이사는 알았으나 이행당시의 후임이사는 모른 경우도 존재한다. 따라서 앞서 본 것처럼, 법인의 형태를 판정한 후에는, 그 법인의 ‘어떤 관계자 혹은 기관’의 인식을 당해 법인의 인식으로 귀속시킬 것인가를 결정해야 한다.

주식회사의 예를 들어 설명해 보자. ‘주식회사’와 관련해 회사가 어떤 사실을 인식하고 있었는가가 문제된 경우, 이러한 사항에 대해서는 다양한 관계자/기관이 회사의 ‘두뇌’로 의제될 수 있으므로, 대표기관의 인식¹²⁾뿐만 아니라 대표권이 없는 이사의 인식,¹³⁾ 의사결정기관인 이사회¹⁴⁾의 인식, 지배주식 양수인의 인식¹⁴⁾도 당해 사항과 관련해 회사의 인식으로 귀속될 수 있다. 또, 어느 안건에 대한 이사회 의결과정에서 이사들이 문제된 사실을 인식하였다면, 대표기관인 대표이사가 그 사실을 모르고 집행한 경우에도 주식회사는 그 사실을 인식했던 것으로 보아야 할 것이다. 감사활동과 관련해 감독기관인 감사가 인식¹⁵⁾한 경우에도 마찬가지이다.

12) 독일에서도 대표기관의 인식이 법인에게 귀속된다는 데에 이론이 없다(송호영, “인식의 귀속”, 50면).

13) “법인에게 중요한 사정의 인식이란 대외적인 업무의 집행과 관련없이도 일어날 수 있는 것이기 때문이다. … 또한 제3자의 입장에서 보아도 대표권 없는 어느 이사가 어떤 사실을 인식하였다면 그 이사가 다른 이사 및 대표이사에게도 전파할 것이라는 신뢰를 가지는 것이 일반적”이기 때문이다(송호영, “인식의 귀속” 61면).

14) “피고로부터 신안금고의 100% 주식과 경영권을 양수한 방○○ 및 새로운 경영진도 신안금고의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 자로서 손해배상청구권을 행사할 수 있는 자의 범위에 포함된다고 할 것이고, 이들이 신안금고의 기존의 부실채권액을 실사를 통하여 확인한 시점에서 신안금고도 손해 및 가해자를 안 것으로 볼 것이다.”(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결).

15) 감사의 인식을 법인의 인식으로 귀속시킬 것을 전제한 판례로는 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다13614 판결이 있다. “소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때부터 진행한다고 할 것이므로, 신원보증보험계약에 있어서 보험금 청구권의 소멸시효는 그 권리를 행사할 수 있을 때인 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다 할 것이고, 피보증인인 법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 하는 경우에 법인과 그 대표자의 이익이 상반되어 현실로 신원보증보험계약상의 보험금청구권을 행사하리라고 기대하기 어렵다 할지라도, 그러한 대표자의 불법행위를 감시하여야

업무집행지시자와 같이 선임절차를 밟지 않은 사실상의 이사의 인식도 법인에 귀속되는가가 문제되는데, 업무집행지시자도 이사로서의 '의무'와 책임을 모두 진다¹⁶⁾고 본다면, 업무집행지시자의 인식도 회사에 귀속될 수 있다.¹⁷⁾

(3) 인식의 귀속에 대한 규범적 평가와 정책적 고려

'인식의 귀속' 법리는 법인법이 기초한 기본원칙이지만, 구체적 상황에서 적용되는 귀속 범위는 규범적 평가가 수반¹⁸⁾되기 때문에 정책적인 관점에서 조정될 수 있다. 왜냐하면, 법인은 일정한 사람의 단체 혹은 물적 단체에 대하여 법률이 법인격을 부여한 '의제적 인격체'(constructive person)이고, '법인의 인식', '법인의 기관' 및 '인식의 귀속'이라는 개념 자체도 법인법이 "법률효과의 부여를 목적"으로 자연인의 인식과정을 의제하는 것이기 때문이다.

따라서 법인의 인식과 관련해 법인이 어느 사정을 알고 있었는가 혹은 과실 때문에 알지 못했는가 여부, 즉 법인의 고의 과실 여부는 원칙적으로 '기관의 인식의 귀속' 법리에 기해 도출한다 하더라도 법원이 구체적 상황에서 어느 정도로 법인의 인식으로 귀속시킬 것인가를 결정함에 있어서는 해당 기관의 인식의 태양, 당해 법인에 요구되는 '조직의무'¹⁹⁾의 정도, 상대방에 대한 '신뢰 보호'의 필요성, 보호법익 등을 구체적으로 고려해 정책적 관점에서 조정할 수 있다.²⁰⁾ 즉 법인에 대해 어느 정도의 효율적인 정보통제체제를 구축하도록 요구할 것인가, 법인과 거래하는 상대방의 신뢰를 어느 정도 보호할 것인가, 문제된 인식이 어떠한 법익의 보호와 관련이 있는가 등이 고려되어야 한다.

하는 감사 제도의 존재이유에 비추어 볼 때, 그 불법행위가 있었을 때에 법인이 보험금청구권을 행사할 수 있는 가능성이 없었다고 할 수는 없는 것이므로, 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등이 보험금청구권을 행사할 수 있을 정도로 대표자의 불법행위를 안 때에 비로소 소멸시효가 진행한다고 볼 것은 아니며, 그와 같이 보지 아니한다 하여 그것이 형평에 반한다고 볼 것도 아니다.”

16) 천경훈, 회사기회의 법리에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문(2012), 223면 이하.

17) 동지: 송호영, “인식의 귀속” 62면.

18) II. 1. 참조.

19) 법인의 조직의무에 대해서는, V. 4. (1) 참조.

20) 송호영, “인식의 귀속”, 56면, 66면. 법원에 의한 구체적인 조정례는 이익충돌의 판단 단계 등에서 발현될 수 있다. 이익충돌에 대한 객관적 실질적 관정에 대해서는 V. 2. (2).

(4) 판례의 태도: 소멸시효 기산과 관련한 기관 인식의 귀속 여부

예를 들어 청구권은 소멸시효 기간 내에 행사되어야 하는데, 소멸시효의 진행을 촉발하는 법인의 ‘인식’과 관련해, 대법원은 이러한 요소들을 고려해 정책적 판단을 내리고 있다. 즉 대법원은 피해자 회사의 ‘대표’가 불법행위 당사자로서 그 사실을 인식한 비슷한 두 개의 사안에서, 회사의 (i) ‘가해자에 대한 손해배상청구권’의 시효기산점과 관련해서는 대표자의 사실 인식을 법인에 귀속시키지 않아 시효 진행을 막은 반면, (ii) 제3자인 ‘보험자에 대한 보험금청구권’의 시효기산점과 관련해서는 대표자의 사실 인식을 법인에 귀속시켜 시효의 진행을 인정하였다.²¹⁾

먼저 전자(“해동신용금고사건”)²²⁾와 관련해 대법원은 “법인의 대표자가 가해자에 가담하여 법인에 대하여 불법행위가 성립하는 경우에는, 법인과 그 대표자는 이익이 상반하게 되므로 현실로 그로 인한 손해배상청구권을 행사하리라고 기대하기 어려울 뿐만 아니라 일반적으로 대표권도 부인된다고 할 것이므로, 단지 그 대표자가 손해 및 가해자를 아는 것만으로는 부족하고, 적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등²³⁾이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 위 단기시효가 진행한다”고 보았다.

이에 반해 후자(“비산신탁사건”)와 관련해 대법원은 “피보증인인 법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 하는 경우에 법인과 그 대표자의 이익이 상반되어 현실로 신원보증보험계약상의 보험금청구권을 행사하리라고 기대하기 어렵다 할 지라도, 그러한 대표자의 불법행위를 감시하여야 하는 감사 제도의 존재이유에 비추어 볼 때, 그 불법행위가 있었을 때에 법인이 보험금청구권을 행사할 수 있는 가능성이 없었다고 할 수 없는 것이므로, 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등이 보험금청구권을 행사할 수 있을 정도로 대표자의 불법행위를 안 때에 비로소 소멸시효가 진행한다고 볼 것은 아니”라고 보았다.²⁴⁾

21) 두 사건의 사안에 대해서는, 송호영, “대표자의 불법행위시 인식의 귀속”, 97면 이하 참조.

22) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결.

23) 이 사례에서 대법원은 불법행위를 한 대표자의 인식 귀속을 차단하였지만, 그로부터 지배주식을 양수받은 자의 인식은 법인에 귀속시켰다. “피고로부터 신안금고의 100% 주식과 경영권을 양수한 방○○ 및 새로운 경영진도 신안금고의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 자로서 손해배상청구권을 행사할 수 있는 자의 범위에 포함된다고 할 것이고, 이들이 신안금고의 기존의 부실채권액을 실사를 통하여 확인한 시점에서 신안금고도 손해 및 가해자를 안 것으로 볼 것이다.”

24) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다13614 판결. 이 판결은 대표자의 인식 귀속을 명시

두 사례 모두 피해자 법인의 대표자가 불법행위에 가담했지만, 피해자 법인의 청구권행사 가능성을 고려함에 있어 '가해자'에 대한 손해배상청구는 불법행위당사자에 대한 청구이므로 정책적으로 보다 적극적으로 인정해 줄 필요가 있으므로 '대표권의 부인'/'인식 귀속의 부인'을 통해 시효진행을 막을 필요가 있다. 이에 비해, 제3자인 '보험자'에 대한 보험금청구에 대해서는 대표자의 인식 귀속을 부인할 특별한 정책적 필요성이 생기지 않는다.²⁵⁾ 일반적인 계약당사자에 대한 청구이기 때문이다. 이러한 관점에서 보면, 판례가 사안의 차이에 따라 인식의 귀속 여부를 구별한 것은 정책적으로 타당하다고 본다.

2. '대리인 인식'의 본인 인식 간주: 구심적 귀속

(1) 대리인의 인식에 의한 확장

한편 법인은 기관의 활동만으로는 법인의 필요행위를 전부 소화할 수 없기 때문에, 행위의 외연을 확장하기 위해 상업사용인 기타 대리인을 사용한다. 이때 법인은 대리인을 통해 인식할 수 있는지 여부, 대리인을 통해 인식하는 경우 어느 범위에서 인식할 수 있는지가 문제된다. 대리법은 본인의 “의사표시의 효력이 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 것으로 인하여 영향을 받을 경우에 그 사실의 유무는 대리인을 표준하여 결정한다”고 선언한다(민법 제116조 제1항). 따라서 법

적으로 밝힌 것은 아니지만, “보험금청구권의 소멸시효는 그 권리를 행사할 수 있을 때인 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다”고 파악함으로써 대표자에 의한 보험사고 발생(즉 불법대출)의 인식과 그 귀속에 따른 법인의 인식을 전제하고 있다.

하지만 보증보험회사에 대한 법인의 통지의무가 문제된 사안에서는 대법원은 명시적으로 불법행위 당시의 대표자의 인식을 법인의 인식으로 귀속시키고 있다. “법인 직원의 업무상 불성실한 사적이 비록 법인 대표자와 공동으로 이루어진 것이라고 하더라도 법인 대표자가 법인 직원에게 업무상 불성실한 사적이 있어 그로 말미암아 신원보증인의 책임을 야기할 염려가 있음을 알았다면 바로 법인이 그러한 사실을 알은 것이다”(대법원 1999. 8. 24. 선고 99다28340; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2003다5344(광천신탁사건)).

- 25) “법인의 대표자가 법인을 상대로 불법행위를 한 경우에 대표권부인을 통하여 그 대표자의 인식이 차단되는 법리는 법인과 대표자 사이의 법인내부적인 법률관계에서만 그러하고 ... 법인과 ... 외부인 사이의 법률관계가 문제될 경우에는 [대표자의 인식을 차단해] 잘못된 법인 내부의 조직상의 위험을 외부인의 부담[즉, 보험회사의 보험금지급]으로 전가하는 것은 타당하지 않다. 즉 외부인의 시각에서는 비록 불법행위를 한 대표자라도 ... 여전히 대표자로 볼 수밖에 없기 때문에, 대표권을 부인하는 논리를 여기에 적용해서는 안 된다.”(송호영, “대표자의 불법행위시 인식의 귀속”, 112면).

인이 대리인을 통해 행위할 때 대리인이 인식했거나 인식할 수 있었던 사정은 법인이 인식했거나 인식할 수 있었던 것(attribution to company)으로 간주된다. 대리인이 본인에 대한 불법행위에 가담했거나 ‘배임적 대리행위’를 한 경우에도 마찬가지이다.²⁶⁾

그런데 “법인을 위해 행위하는 대리인은 문제된 사실을 모르지만, 계약상대방과 접촉이 없는 다른 대리인이 사실을 알고 있는 경우” 다른 대리인의 인식은 법인에 귀속되는가? 다시 말해, “법인에 속한 모든 대리인이 접수하게 된 사실들 모두가 법인에게 귀속되어야 하는가?” 법인은 효율적인 정보통제체제를 구축할 ‘조직의 무’²⁷⁾를 지고 이러한 조직의무의 이행을 위해 “내부적으로 어떤 정보를 가지게 된 대리인은 법인 내부의 다른 담당대리인에게 그가 지득한 정보를 전파시킬 의무가 있다”고 본다. 따라서 모든 대리인의 인식은 앞서 살펴본 기관의 인식과 마찬가지로 원칙적으로 법인에 귀속된다.²⁸⁾ 또 외부적으로 법인을 대리할 권한은 없지만 의사표시 수령권한이 있는 직원이 의사표시의 수령과 관련해 인식한 사항도 법인에 귀속될 수 있다.

(2) 대리인 아닌 자의 인식의 귀속

1) 특수목적법인의 인식: ‘스폰서’의 인식의 귀속

나아가 대법원은 유동화회사와 같이 일정 자산과 부채에 법인격을 부여하기 위한 목적으로 설립된 특수목적법인의 경우 더욱 정책적인 인식의 귀속을 인정한다. 즉 적극적 의사결정이 이루어지지 아니하고 운영도 자체적 지배구조에 따라 이루어지지 않는 유동화회사의 경우 형식적 (i) 대표자나 (ii) 출자자, (iii) 포괄대리인의 인식뿐만 아니라 유동화회사와 직접적인 대리관계가 인정되지 않는 (iv) 유동화 ‘거래 참여자’의 인식도 유동화회사의 인식으로 인정하였다.²⁹⁾ 사업 영위를 목적

26) 배임적 대리행위를 한 대리인의 인식을 법인에 귀속시키는 상황에 대해서는, III. 2. (2).

27) 법인의 조직의무에 대해서는, V. 4. (1) 참조.

28) 송호영, “인식의 귀속” 63면.

29) “갑 회사에게서 대여금 및 미지급 공사대금 채권을 변제받을 목적으로 자산유동화거래를 위한 특수목적회사인 을 회사를 설립하여 그 회사로 하여금 [부동산] 양도계약을 체결하도록 한 병 주식회사가, 갑 회사 대표이사 등의 내용증명 통지를 통해 위 양도계약에 관한 갑 회사 이사회결의의 하자를 알고 있는 상태에서, 을 회사의 설립 및 자산유동화계획의 수립을 주도하고 스스로의 인적·물적 기반이 없는 을 회사를 대신하여 위 양도계약의 체결 및 이행 업무를 실제로 처리한 사실에 비추어, 위 양도

으로 하는 일반법인과 달리 자체적인 조직과 영업을 갖지 않고 법인격부여 목적으로 '거래 참여자'가 설립한 특수목적법인의 경우 "명목상의 회사의 대표자의 인식을 기준으로 하는 것은 적절하지 아니하며, 유동화거래에 관여한 여러 당사자들의 지위와, 해당 인식 여부가 유동화거래 구조 중 어느 시기에 문제된 것인지를 모두 고려하여, 어느 당사자의 인식을 유동화회사의 인식으로 귀속시킬 것인가를 결정하여야 할 것이다."³⁰⁾

2) 표현대리인, 중개인의 인식의 귀속

특수목적법인이 아닌 경우 대리인이 아닌 자의 인식은 원칙적으로 법인에 귀속되지 않는다. 하지만 "대리인 아닌 자가 인식한 사실이라도 마치 그가 법인의 정당한 대리인인 것과 같은 외관을 띠고 그 외관형성에 법인이 원인제공을 한 사실이 인정된다면 [표현대리인]의 인식은 법인의 인식으로 귀속될 수 있을 것이다."³¹⁾

동일한 논리로 중개인의 인식은 본인에 귀속되지 않는다. 중개인은 계약의 체결을 중개하는 사실행위만 하기 때문이다. 하지만 일정한 중개인의 경우 그 인식이 본인에 귀속될 수 있다. 예를 들어, 상법은 특정 보험자를 위하여 계속적으로 보험계약 체결을 중개하는 자(소위 '전속중개인')에 대해 보험료 수령권한, 보험증권 교부권한을 인정³²⁾하는데, 이러한 일정한 수령권한이나 교부권한이 인정되는 전속중개인에 대해서는 수령이나 교부와 관련해 예외적으로 인식의 귀속이 인정될 수 있다.³³⁾

3. '법인 인식'의 기관/대리인에 대한 귀속: 원심적 귀속

법인의 '인식 범위'의 결정이 필요한 반대의 상황에 대해 살펴보자. 법인이 어느 기관 혹은 대리인을 통해 거래상대방에 대한 의무를 이행하거나 기타 책임을 질

계약과 관련한 갑 회사 이사회결의의 하자에 관한 병 회사의 인식에 근거하여 양도계약 당사자인 을 회사가 갑 회사 이사회결의의 하자를 알았거나 알 수 있었다"(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다47791 판결).

30) 김연미, "유동화회사의 인식의 귀속문제", **상사법연구**, 제32권 제4호(2014) 321면, 352면.

31) 송호영, **법인론**, 247면.

32) 상법 제646조의2.

33) 보험회사에 대한 인식의 귀속 문제와 별도로, 보험업법 제102조는 보험설계사 등의 모집과 관련해 보험회사의 사용자책임을 인정한다. 고지의무의 맥락에서 보험회사의 정보보유 문제를 잘 다룬 문헌으로는, 한기정, **보험자의 정보보유와 보험계약자의 고지의무**(1999).

경우에도 ‘법인의 인식’의 범위는 중요한데 이때 (i) 누구의 인식을 기준으로 하여 (ii) 어떠한 범위에서 ‘법인이 인식’한 것으로 간주되는가?

(1) 본인 인식의 원심적 귀속

앞서 본 것처럼, 법인은 기관 혹은 대리인을 통해 인식하기 때문에 일차적으로 법인을 위해 행위하는 담당 기관 혹은 대리인의 인식을 기준으로 하여 ‘법인의 인식’ 범위가 결정된다. 하지만 당해 기관 혹은 대리인이 모른 경우에도 법인은 다른 기관 혹은 다른 대리인을 통해서도 인식하기 때문에, 법인이 다른 기관 혹은 대리인을 통해 인식한 내용도 법인이 인식한 것으로 된다. 특히 대리법은 본인이 대리인을 통해 행위한 경우 본인의 인식 내용을 대리인이 아는 것(attribution to agent)으로 간주³⁴⁾ ‘원심적 귀속’하는 명문의 규정을 두고 있다. “특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다”(민법 제116조 제2항).

특히 제116조 제2항은 “특정한 법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인의 지시를 좇아 그 행위를 한 때”라고 하여, 본인 인식을 대리인에 귀속시키는 상황을 ‘본인이 특정한 지시’를 한 경우로 매우 좁게 한정하고 있으나, 학설은 이 규정을 확대적용 혹은 유추적용함으로써 적용상황을 확대하는 경향을 보인다.³⁵⁾ 즉 제116조 제2항을 “기본적으로 대리인의 인식은 없으나, 본인이 인식한 [모든] 경우에 원칙적으로 적용되어야 할 [규정]”으로 본다. 왜냐하면 대리인이 인식하지 못한 이유는 바로 법인이 자신의 ‘조직의무’³⁶⁾를 해태해 “해당 법인에서 필요한 정보[를] 수집, 보관 및 전달될 수 있도록 조직을 제대로 갖추지 못”했기 때문이다.³⁷⁾

공동대리나 공동대표의 경우에도 동일한 ‘원심적’ 귀속 법리가 적용된다. 즉 어느 한 대표이사가 알게 된 사실은 법인의 인식으로 귀속되므로, 의제된 법인인식은 다른 공동대표에게도 귀속된다. 그 결과 “어느 사정의 지부지 또는 부지의 과실 유무 등에 관하여는 공동대리인 중의 1인이 어느 사정을 알았거나 과실로 알지 못한 경우, 본인 측에서 대리인의 부지를 주장하지 못한다.”³⁸⁾

34) 영국에서도 동일하다. 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 149면.

35) 송호영, “인식의 귀속” 57-58면; 곽윤직/손지열, 민법주해[III](2010)(이하 “곽윤직/손지열”), 54-55면.

36) 법인의 조직의무에 대해서는, V. 4. (I) 참조.

37) 이병준, 109면; 송호영, “인식의 귀속”, 58면.

(2) 기록 기타 저장정보에 대한 기억

또 법인을 위해 행위하는 담당 기관이나 직원이 기억하지 못하는 때에도 “회사의 장부에 기록이 있는 경우” 법인은 그 기록을 알았거나 혹은 과실로 알지 못한 것으로 볼 수 있기 때문에 ‘기억상실’ 혹은 ‘부지’를 주장하지 못한다.³⁹⁾ “법인이 갖고 있는 저장된 ... 정보들은 일정한 필요성이 있어서 체계적으로 수집 관리되고 그러한 필요한 경우가 발생하면 [담당]자는 이러한 정보를 살펴보는 경우가 일반적”이기 때문이다.⁴⁰⁾ 이러한 저장정보에는 법령상 요구되는 장부뿐만 아니라 고객 정보나 시장정보와 같이 법인이 임의적으로 수집한 정보도 모두 포함되고, 기관이나 대리인이 수집한 정보뿐만 아니라 대표/대리권이 없는 직원이 수집한 정보도 포함된다. 정책적인 관점에서, 법인에 대해 보유정보 전체에 대한 통합관리 동기를 부여하기 위해 원칙적으로 저장정보는 모두 법인의 인식으로 귀속시키는 것이 필요하고, 저장정보에 대한 법인의 ‘기억상실’은 인정하지 않는 것이 바람직하다.⁴¹⁾⁴²⁾ 예를 들어, 어떤 사업을 추진하는 담당이사가 교체되어 전이사가 사임하고 신이사가 선임된 경우와 같이 전임이사는 알았으나 이행당시의 후임이사는 모른 경우, 거래상대방의 신뢰를 보호하기 위해서는 전이사가 남긴 기록정보에 기해

38) 박윤직/손지열, 62면.

39) “법인은 일단 한번 인식한 사항에 대해서는 이사의 변동이 있더라도 법인이 존속하는 한 계속 인식한다고 보아야 한다. ... 그 결과 시간상 극히 오래된 사실도 법인에게 계속해서 귀속될 수밖에 없는 문제점이 있다. 그러나 이러한 문제점은 인식과 결합한 법률관계에 대해 소멸시효나 실효의 원칙 등에 의하여 조정되어야 할 부분이지, 법인에게 귀속하는 인식 자체가 사멸된다고 이해할 것은 아니다.”(송호영, “인식의 귀속”, 59면). 영국에서의 해석도 동일하다. 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 151면.

40) 이병준, 110면.

41) V. 4. (1) 및 (2) 참조.

42) 이에 대해, “법인이 갖고 있는 저장된 모든 정보를 알았거나 검색하는 것이 기대가능하지 않기 때문에” 법인의 “해당 정보에 대한 인식이 당연히 있는 것 ... 이 아니라, 해당 정보를 검색하여 살펴볼 계기가 있어야만 그 정보를 인식한 것으로 볼 수 있다”는 반대론도 있다(이병준, 114면). 하지만 오늘날 정보저장장치의 발전 상태를 고려하면 정보 검색의 계기를 고려할 필요는 없다고 본다. 예를 들어, “통상 금융기관에서 예금이나 보험가입자의 인적사항을 전산으로 조회할 경우에, 그 가입자가 당해 금융기관에 가입한 기존 예금 내지 보험계약의 현황을 확인할 수 있”기 때문에 금융기관은 계약 체결 당시에 그 담당자가 ‘통상적 업무수행’인 전산확인을 통해 충분히 계약자 등의 고지의무위반 기타 관련 정보를 발견할 가능성이 높다. 따라서 담당자가 모른 경우 적어도 법인에 ‘중대한 과실’이 존재한다고 볼 수 있다(이병준, 112면의 각주 46) 참조).

법인의 인식을 인정하는 것이 필요하다.

그 결과, 법인이 기관 혹은 대리인을 통해 상대방에 대한 의무를 이행할 때 기준이 되는 ‘법인의 인식’ 범위는 기본적으로 (i) 담당 기관/직원이 인식한 사실 외에 (ii) 다른 기관/대리인이 추가로 인식한 사실 및 (iii) 회사내의 기록 기타 정보저장장치에 의해 저장된 정보로 확장될 수 있다.

Ⅲ. 기관등의 불법행위에 대한 법인의 불법행위책임

법인법은 법인의 작위/부작위의 효력이 ‘인식’ 여부에 의해 영향을 받는 경우 직접 ‘기관 혹은 대리인의 인식’을 법인에 귀속시키는 방법으로 그 행위의 효력을 인정한다. 하지만 피용인 등의 불법행위에 대한 법인의 책임을 논할 때는 ‘법인의 인식’ 방법을 직접 채용하지 않는다. 법인의 불법행위책임은 ‘기관 혹은 피용인’이 ‘수권받지 않고 저지른’ 불법행위에 대해 정책적으로 ‘이차적 책임’(secondary liability)을 지우는 것이기 때문에 법률행위책임과 달리 ‘법인의 인식’을 직접 전제할 필요가 없다. 즉 기관 혹은 피용자의 ‘개인적’ 불법행위책임은 기관 혹은 피용자의 인식 여부(기관 혹은 피용자의 고의 또는 과실)를 기준으로 결정하지만 그에 대한 법인의 책임은 이차적 정책적 책임이므로, 형식적으로는 법인의 자기책임이 아니고 감독책임이 된다.

이와 같이 법인의 불법행위책임의 구조는 실질적으로 ‘기관이나 피용자’의 인식, 즉 고의·과실 여부가 중요한 기초가 되지만, 형식적으로는 ‘법인의 인식’을 직접 전제하지 않기 때문에, 법인을 사람으로 보고 ‘인식의 귀속’이라는 ‘의제적’ 방법을 취하는 법률행위 효과부여 방법보다 덜 ‘의제적’이고 보다 ‘정책적’인 것이 된다.

물론, 법인법이 법인을 인으로 의제하고 법인의 두뇌에 해당하는 ‘기관’ 개념을 인정하는 한에서는, 외관상 ‘기관’의 불법행위와 관련된 법인의 불법행위책임은 ‘직접’적일 수밖에 없는 측면이 있고, 이러한 한도에서는 법인에 불법행위책임을 귀속시키는 방법은 불가피해 보인다(아래의 민법 제35조 제1항에 관한 논의 참조).

1. '기관'의 불법행위책임을 법인에 귀속시키는 방법

(1) 기관의 책임의 귀속

기관의 불법행위책임을 법인에 귀속시키는 방식은 앞서 살펴본 것처럼, 법인의 법률행위와 관련해 기관의 행위의 효력을 법인에 귀속시키는 방식과 비슷하다. 민법 제35조 제1항은 “법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있고, 또 상법 제210조도 “회사를 대표하는 사원이 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 회사는 그 사원과 연대하여 배상할 책임이 있다”고 규정한다. 즉 법인의 기관인 대표자가 그 ‘직무에 관하여’ 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우 민법과 상법은 기관인 대표자의 인식의 태양, 즉 고의 또는 과실에 기하여 손해배상책임을 일차적으로 인정하고, 그 다음 그 책임을 법인에 대해 ‘귀속’시키는 방법을 택한다. 이와 같이 법인법은 직접 법인의 책임을 근거지우는 것은 아니지만 기관의 불법행위에 대해 책임을 귀속시킨다는 점에서는 인식의 귀속과 같은 ‘귀속’ 방법을 채택하고 있다.⁴³⁾

그런데 법인의 책임은 귀속 대상인 기관의 손해배상책임을 민법 제35조에 의해 독자적으로 형성하는 것이 아니라 불법행위규범인 민법 750조가 인정한 책임을 귀속시킨다는 점에서 종속적이다. 또 법인에 대한 책임귀속의 근거로서 ‘직무관련성’이 요구되기 때문에 ‘직무관련성’에 대한 규범적 평가과정을 거쳐야만 법인에 책임이 귀속된다⁴⁴⁾(하지만 우리 판례는 외형이론에 따라 직무범위를 넓게 인정하기 때문에 이러한 평가과정은 실질적으로 중요하지 않게 되었다).

(2) 대표기관 이외의 기관의 불법행위

그런데 대법원은 민법 제35조 제1항의 “이사 기타 대표자”의 개념과 관련해 “법인의 대표기관을 의미하는 것이고 대표권이 없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니기 때문에 그들의 행위로 인하여 법인의 불법행위가 성립하는 것은 아니라고 한다”.⁴⁵⁾

법인의 적법행위 중에는 예를 들어 이사회 결의, 총회 결의, 감사의 감시와

43) 송호영, **법인론**, 222면 이하. 법인의 불법행위책임에 대해서는, 송호영, “법인의 불법행위책임에 관한 소고 - 민법 제35조의 해석론을 중심으로”, **한양대 법학논총**, 제25권 제4호(2008), 209면 참조.

44) 송호영, “귀속을 통한 법인본질론의 극복”, 37-38면.

45) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2003다30159 판결.

같이 대표기관이 아닌 기관이 하는 대내적 행위를 상정할 수 있으므로, 대표기관의 인식만 법인의 인식으로 귀속되는 것은 아니다. 하지만 법인의 불법행위는 법인의 대표기관이 다른 인격체, 즉 타인에 손해를 가하는 상황을 전제하므로 원칙적으로 ‘법인 대 타인’의 대립구도가 형성되고, 따라서 법인을 대표하는 대표기관의 행위만이 법인의 행위로 문제된다고 본 대법원 판결은 일응 수긍할 수 있다. 하지만 이렇게 논리구성하는 경우, 대표권 없는 이사의 불법행위에 대한 법인의 책임을 추궁할 수 있는 장치가 필요하게 된다.

2. ‘피용자’의 불법행위책임을 법인에 묻는 방법: 사용자책임

법인이 활동의 외연을 확장하기 위해 대표기관이 아닌 피용자를 사용한 경우, 어떻게 피용자의 불법행위에 대해 법인의 책임을 물을 것인가가 문제된다. 피용자의 불법행위에 대해 법인의 책임을 묻는 방법은 일차적으로 (i) 법인 피용자의 인식의 태양 즉 고의 또는 과실에 기해 그들의 행위가 불법행위로 되는가를 판단하고, 이차적으로 (ii) 이들의 불법행위에 대해 ‘사무집행관련성’을 따져 법인의 사용자책임을 인정하는 방법이다. 이와 같이 불법행위법은 법인이 기관 아닌 다른 ‘피용자’를 사용한 경우 피용자의 불법행위에 대해 법인의 사용자로서의 불법행위책임을 ‘이차적’으로 물을 수 있게 함으로서 법인을 사람으로 의제하는 것과는 다른 방법으로 법인에 대한 책임추궁 문제를 해결하고 있다.

(1) 법인의 사용자책임을 넓게 인정하는 이유

통설과 판례는 “어떠한 행위로 인하여 이익을 얻는 자는 그 행위로 인하여 발생한 위험 즉 손해도 부담해야 한다는 공평의 원칙”, 소위 보상책임설에 기해 사용자의 면책가능성을 사실상 봉쇄하고 있다.⁴⁶⁾ “회사 피용자의 불법행위에 대해 사용자인 회사의 이차적인 책임을 넓게 묻는 정책적인 이유는, 회사가 피용자를 사용한 경우 회사로 하여금 자체적으로 직원들의 행위에 대한 적절한 선임 및 감독을 할 동기를 부여하기 위한 것이다(소위 ‘자율규제원칙’).”⁴⁷⁾ 이와 같이 법인의 사용자책임을 광범위하게 인정할 정책적 필요성은, 뒤에서 살펴보는 것처럼, 법인

46) 곽윤직/이주홍, **민법주해**[XVIII](2005)(이하 “곽윤직/이주홍”), 494-496면.

47) 이종기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌, 그 해소방안”, **증권법연구**, 제7권 제2호 (2006), 67면(이하 이종기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”), 98면.

에 대해 회사 전체 정보를 자율적으로 통합관리할 동기를 부여하기 위해 '인식의 귀속법리'를 강행할 필요성⁴⁸⁾이 있는 것과 일맥상통한다.

(2) 법인의 사용자책임이 부정되는 경우: '사무집행관련성 부재'에 대한 피해 법인의 인식

대법원은 피해자가 “피용자의 불법행위가 법인의 사무집행에 속하지 않음”을 안 경우 법인의 사용자책임을 부정해 왔는데,⁴⁹⁾ 피해자가 회사인 경우 회사 직원의 인식을 피해법인에 귀속시키는 방법으로 법인의 사무집행관련성⁵⁰⁾에 대한 인식을 인정한다. 예를 들어, 가해 증권회사 직원이 피해자 회사 경리이사와 공모하여 환매조건부채권 예금계좌에 입금한 피해자 회사의 자금으로 임의로 주식거래를 한 사안에서, 대법원은 가해 증권회사 직원의 불법행위가 증권회사의 사무집행행위에 속하지 않는다는 것을 피해자 회사 경리이사가 알고 있었으므로 피해자 회사가 이를 알았다고 보아 피해자 회사는 위 증권회사에 대하여 사용자책임을 물을 수 없다고 보았다.⁵¹⁾ 피해자 법인의 “대리인이 본인인 법인에 대한 관계에서 이른바 배임적 대리행위를 하는 경우에도 마찬가지”라고 보았다(소위 배임적 대리행위를 한 대리인의 인식을 법인에 귀속시키는 방법). 예를 들어, 학교법인의 직원 X가 무단으로 피해자 은행으로부터 타인 명의로 대출을 받고 또 학교법인 명의의 예금을 인출한 사안에서, 대법원은 피해자 은행의 지점장이 “X가 학교법인으로부터 위임을 받은 바 없이 피고은행으로부터 타인 명의로 대출을 받고 또 학교법인 명의의 예금을 인출한다”는 사실을 알고 있었기 때문에, 피해자 은행은 X의 사용자인 학교법인에 대하여 사용자책임을 물을 수 없다고 보았다.⁵²⁾

48) V. 4. (1) 및 (2) 참조.

49) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다20694 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2004다43886 판결; 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다13838 판결.

50) 김재형, “사용자책임에서의 사무집행관련성(1)”, **법조**, 제44권 제6호(1995); 박윤직/이주홍, 553면 이하.

51) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2004다43886 판결. 동지 판결: 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008다13838 판결.

52) 대법원 2005. 12. 23 선고 2003다30159 판결(평석으로는, 이진만, “불법행위의 피해자인 법인의 법률상 대리인이 법인에 대한 관계에서 배임적 대리행위를 하는 경우, 그 법률상 대리인의 인식(약의)을 법인에게 귀속시킬 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제57호(2006)).

반면에, 대법원은 피해자 회사의 ‘대표’가 불법행위 사실을 인식한 경우 회사의 가해자에 대한 손해배상청구권의 시효기산점과 관련해서는 대표자의 인식을 법인에 귀

IV. 법인의 충실의무 부담과 법인에서의 이익충돌의 인식

법인이 고객에 대해 충실의무를 지는 상황에서 법인이 기관 혹은 대리인을 통해 회사의 이익이나 의무의 존재를 인식하는 하는 경우, 법인이 이익충돌 상황에 직면하게 되는지 여부 혹은 이익 향수로 충실의무를 위반하게 되는지 여부가 문제되고, 그 판정에 있어 앞서 살펴본 ‘법인의 인식’과 관련한 ‘인식의 귀속’ 문제가 대두된다.

특히 법인법은 법인의 규모가 아무리 크고 자산이 많더라도 하나의 인격체로 간주하고, 법인의 기관 혹은 대리인의 인식을 모두 법인의 인식으로 귀속시키기 때문에, 규모가 큰 법인의 경우 기관 혹은 대리인을 통한 회사의 이익이나 의무의 ‘인식의 범위’는 매우 광범위하게 확장될 수 있다.

따라서 법인이 복수의 기관 혹은 대리인을 통해 (i) 충실의무자 지위에서, (ii) 복수의 고객을 위하여 행위하거나 혹은 (ii) 복수의 영업을 수행하는 경우, ‘인식의 귀속’ 법리에 의해 복수 고객에 대한 의무 사이에 ‘의무충돌’이 일어날 수 있고 또 법인의 이익과 고객의 이익 사이에 ‘이익충돌’이 발생할 수 있다.

그런데 이러한 법인의 의무충돌 혹은 이익충돌 중에는 실제 심각한 문제를 초래하는 것도 있지만, 단순히 ‘개념적’ 혹은 ‘이론상’의 충돌이어서 실제로는 문제되지 않는 것들도 있다. 따라서 법인의 이익충돌문제에 대해서는 ‘인식의 귀속’이라는 개념적 법리적인 접근뿐만 아니라 이익충돌의 현실적 실현가능성이라는 실질적인 관점에서 접근할 필요가 있다.

이하에서는 (i) 법인에 대한 충실의무의 부과과정, (ii) 법인에서의 이익과 의무의 인식방법, (iii) 법인에서의 이익충돌의 발생 상황, (iv) 법인에서의 이익충돌 규제에 대한 정책적 판단 등의 순서로 살펴본다.

속시키지 않았다(대법원 1998. 11. 10 선고 98다34126 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결). 이에 반해 피해자 회사의 제3자에 대한 보험금청구권의 시효기산점과 관련해서는 ‘대표자’의 인식을 법인에 귀속시킨다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다13614 판결). 이러한 구별의 타당성에 대해서는 앞의 II. 1. (4) 참조.

1. 법인에 대한 충실의무자 지정과 충실의무의 부과

(1) 충실의무의 의의

충실의무란 “자신의 이익과 위탁인의 이익이 충돌하는 경우 자신의 이익보다 위탁인의 이익을 우선해야 하는, 혹은 위탁인의 이익을 최대한 도모해야 하는 사무수탁인의 의무”를 의미한다. 즉 영미법상의 ‘duty of loyalty’를 의미한다. 우리 대법원도 신탁법상 수탁자와 관련하여 충실의무를 다음과 같이 인정한 바 있다:

“수탁자의 충실의무는 수탁자가 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하여야 하고 신탁재산의 이익을 최대한 도모하여야 할 의무로서, 신탁법상 이에 관한 명문의 규정이 있는 것은 아니지만 일반적으로 수탁자의 신탁재산에 관한 권리취득[즉 자기거래]을 제한하고 있는 [구]신탁법 제31조⁵³⁾를 근거로 인정되고 있다. 이 사건 ... 행위는 신탁재산이나 수익자의 이익과 수탁자의 이익이 상반되는 행위가 아니어서 수탁자로서의 충실의무에 위반된 행위라고 할 수 없다.”⁵⁴⁾

이러한 충실의무는 영미에서 신탁법상 수탁자의 의무와 관련하여 발전되어 왔기 때문에 우리법상의 충실의무를 논함에 있어서도 신탁법상 수탁자의 충실의무를 중심으로 발전시키는 것이 타당하다.⁵⁵⁾ 특히 우리 신탁법은 충실의무에 관한 선언적 규정뿐만 아니라 보다 구체적인 실천적 충실의무 규정을 상세히 규정하고 있고, 나아가 이러한 충실의무의 위반시 적용되는 구제수단에 대해서도 자세한 규정을 두고 있기 때문에, 신탁법은 충실의무법 발전의 탄탄한 토대가 될 수 있다.⁵⁶⁾ 더불어 회사법도 이사 등의 충실의무를 상대적으로 상세히 규정하고 있기 때문에 신탁법과 더불어 충실의무법 발전의 중요한 원천이 될 수 있다. 신탁법, 회사법이 규정하고 있는 충실의무의 유형과 위반에 대한 구제수단은 다음과 같다:

53) 구 신탁법 제31조(수탁자의 권리취득의 제한) ① 수탁자는 누구의 명의로 하든지 신탁재산을 고유재산으로 하거나 이에 관하여 권리를 취득하지 못한다. 단 수익자에게 이익이 되는 것이 명백하거나 기타 정당한 사유가 있는 경우에는 법원의 허가를 얻어 신탁재산을 고유재산으로 할 수 있다.

54) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결.

55) 이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전”, **홍익법학**, 제12권 제1호(2011), 29면.

56) 이중기, “신의칙과 위임법리에의 접목을 통한 충실의무법리의 확대와 발전”, **홍익법학**, 제12권 제2호(2011), 307면, 333면.

<충실의무의 유형과 구체화>⁵⁷⁾

	일반규정	구체화된 충실의무 유형
상법	제382조의3(이사의 충실의무) 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다.	제382조의4(이사의 비밀유지의무) 제397조(경업금지) 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용) 제398조(이사 등과 회사 간의 거래)
신탁법	제33조(충실의무) 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁 사무를 처리하여야 한다.	제34조(이익에 반하는 행위의 금지) ① 수탁자는 누구의 명의로도 다음 각 호의 행위를 하지 못한다. 1. 신탁재산을 고유재산으로 하거나 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위 2. 고유재산을 신탁재산으로 하거나 고유재산에 관한 권리를 신탁재산에 귀속시키는 행위 3. 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 또는 그에 관한 권리를 다른 신탁의 신탁재산에 귀속시키는 행위 4. 제3자의 신탁재산에 대한 행위에서 제3자를 대리하는 행위 5. 그 밖에 수익자의 이익에 반하는 행위 제35조(공평의무) 수익자가 여럿인 경우 수탁자는 각 수익자를 위하여 공평하게 신탁사무를 처리하여야 한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다. 제36조(수탁자의 이익항수금지) 수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동수익자의 1인인 경우에는 그러하지 아니하다. 제37조(수탁자의 분별관리의무) ① 수탁자는 신탁재산을 수탁자의 고유재산과 분별하여 관리하고 신탁재산임을 표시하여야 한다.

<충실의무 위반에 대한 구체수단>

구체수단	
신탁법	제43조(수탁자의 원상회복의무 등) ① 수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 생긴 경우 위탁자, 수익자 또는 수탁자가 여럿인 경우의 다른 수탁자는 그 수탁자에게 신탁재산의 원상회복을 청구할 수 있다. 다만, 원상회복이 불가능하거나 현저하게 곤란한 경우, 원상회복에 과도한 비용이 드는 경우, 그 밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 손해배상을 청구할 수 있다. ② 수탁자가 그 의무를 위반하여 신탁재산이 변경된 경우에도 제1항과 같다. ③ 수탁자가 제33조부터 제37조까지의 규정에서 정한 의무를 위반한 경우에는 신탁재산에 손해가 생기지 아니하였더라도 수탁자는 그로 인하여 수탁자나 제3자가 얻은 이득 전부를 신탁재산에 반환하여야 한다.

57) 이중기, “법무법인에 발생하는 이익충돌과 충실의무: ‘준수탁자’로서의 법무법인”, **홍익 법학**, 제14권 제4호(2013), 457면(이하 이중기, “준수탁자로서의 법무법인”), 469면.

(2) 충실의무자의 지정과 충실의무의 부과

1) 충실의무자 지정과정

영미법에서 충실의무는 위탁인과 수탁인 사이에 그러한 의무를 의욕하였기 때문에 부과되는 것이 아니라, 위탁인-수탁인 관계의 객관적 성질이 그러한 의무를 필요로 하기 때문에 법원에 의해 보충적으로 부과된다. 즉 위탁인과 수탁인 사이의 관계가 신뢰와 신임관계이거나 정보의 제공이나 재량의 부여 등으로 인해 위탁인의 수탁인에 대한 관계가 의존적(dependent)이거나 취약성(vulnerable)을 보이는 경우, 수탁인은 위탁인에 대한 충실의무자로 포섭되고 그 관계를 보호하기 위한 충실의무가 부과된다.⁵⁸⁾ 동시에 그 지위 혹은 관계는 충실의무자지위(fiduciary status) 혹은 충실의무관계(fiduciary relationship)로 정의되게 된다. 우리법에서의 충실의무자 지정과 충실의무 부과 과정도 동일하게 해석될 수 있다.

2) '지위에 기한 충실의무자' 혹은 '준수탁자'에 대한 충실의무의 발생

충실의무자로 지정되는 자 중에는 특히 신탁설정자-수탁자 관계, 의뢰인-변호사 관계, 회사-이사 관계, 고객-자문업자 관계, 환자-의사 관계 등과 같이 위탁인에 대한 '수탁인의 지위' 자체가 관계의 내재적 성질상 신뢰와 신임을 받거나, 정보나 재량을 부여받는 지위이어서 지위 자체가 충실의무를 표창하는 경우도 있다. 이러한 유형의 충실의무자는 '지위'와 관련해 충실의무가 부과되므로, '지위에 기한 충실의무자'(status-based fiduciary)라고 부를 수 있다. 반면에, 당사자의 관계가 성질상 대등한 관계이어서 당사자 지위 자체는 충실의무를 촉발하지 않지만, 당사자 사이의 구체적 관계가 발전하여 신뢰와 신임의 관계로 되는 경우도 있다. 이때에도 신뢰와 신임을 받은 일방 당사자는 충실의무자로 포섭되고 당해 충실의무 관계에 필요한 충실의무가 부과될 수 있다. 이러한 유형의 충실의무자를 '사실 관계에 기한 충실의무자'(fact-based fiduciary)라고 부를 수 있다.⁵⁹⁾

그런데 '지위에 기한 충실의무자' 중에는 신탁이 아닌 방법으로 타인의 재산을 '소유'하는 경우도 있고, 또 타인의 재산을 '소유'하는 정도에 이르지 않는지만, 타인의 재산을 '지배'하거나 '처분재량'을 갖는 경우도 있다. 타인의 재산에 대해 영

⁵⁸⁾ 김건식, **회사법 연구 I** (2010), 59면.

⁵⁹⁾ Law Commission Consultation Paper No. 124, *Fiduciary Duties and Regulatory Rules* (1992) p. 31; Flannigan, "The Fiduciary Obligation" (1989) 9 *OJLS* 285.

향력을 갖는 이러한 자들은 수탁자에 준하는 자, 즉 ‘준수탁자’로서 파악할 수 있다. 또 형사사건이나 가사사건 변호사와 같이 비재산적 관계에서 처분재량을 수권 받거나 영향력을 행사할 수 있는 자들도 존재한다. 이러한 지위에 있는 자들은 모두 수탁자에 준하여 충실의무를 부담할 수 있다는 점에서 이들 ‘지위에 기한 충실의무자들’은 대강 ‘준수탁자’라고 부를 수 있게 된다.⁶⁰⁾

(3) 법인에 대한 충실의무자 지정과 충실의무의 부담

1) 법인의 충실의무자 지정

법인에 대해서도 동일한 설명이 가능하다. 법인은 자연인과 마찬가지로 위탁인과 수탁인 사이의 관계가 신뢰와 신임관계이거나 정보의 제공이나 재량의 부여 등으로 인해 위탁인의 수탁법인에 대한 관계가 의존적(dependent)이거나 취약성(vulnerable)을 보이는 경우 수탁법인은 위탁인에 대한 충실의무자로 포섭되고 그 지위 혹은 관계는 충실의무자지위(fiduciary status) 혹은 충실의무관계(fiduciary relationship)로 정의되게 된다.

즉 자연인이 아니라 법인이 사무의 위탁을 받고, 그 사무수탁으로 법인이 수행해야 하는 법률관계가 위탁재산의 관리, 수권재량의 행사 기타 신뢰와 신임 관계인 경우, 사무수탁 법인은 “자신의 이익과 위탁인의 이익이 충돌하는 경우 자신의 이익보다 위탁인의 이익을 우선해야 하는, 혹은 위탁인의 이익을 최대한 도모해야 하는 충실의무”를 질 수 있다.

특히 법인인 ‘사무수탁인의 지위’가 관계의 내재적 성질상 신뢰와 신임을 받거나, 정보나 재량을 부여받는 지위이어서 수탁법인의 지위 자체가 충실의무를 표창하는 경우, 이러한 유형의 법인 충실의무자는 ‘지위에 기한 법인 충실의무자’(status-based fiduciary)로 된다. 또 ‘지위’ 자체는 충실의무를 유발하지 않지만 당사자 사이의 관계가 신뢰와 신임의 관계로 발전했기 때문에 법인 충실의무자로 지정될 수도 있다.

60) 이종기, “준수탁자로서의 법무법인”, 471면 이하. 준수탁자로서의 ‘법무법인’의 충실의무에 대해서는, 앞의 논문, 492면 이하; 준수탁자로서의 ‘회사 이사’의 충실의무에 대해서는 이종기, “이익충돌의 판정기준과 ‘법인격’의 고려여부, 회시기회 유용법리와 회사법상 충실의무법리의 전개”, **민사판례연구**, XXXVII (2015)(이하 이종기, “이익충돌의 판정기준과 이사의 충실의무”) III. 5. 참조. 준수탁자로서의 ‘공익법인 이사’의 충실의무에 대해서는, 이종기, **공익신탁과 공익재단의 특징과 규제**(2014), 243면 참조.

2) 법인 충실의무자의 추상적 충실의무와 구체적 충실의무: 자기거래 금지 등

이와 같이 법인이 충실의무자로 지정되면, 법인은 자신의 이익과 본인의 이익이 충돌하지 않도록 할 '이익충돌회피의무'(no-conflict rule: 예: 신탁법 제34조 등)를 부담하게 되고, 또 이러한 이익충돌상황으로부터 스스로 이익을 향수하는 것이 금지되는 '이익향수 금지의무'(no-profit rule: 예: 신탁법 제36조 등)를 지게 된다. 더 구체적으로, 앞의 표에서 언급된 자기거래금지, 쌍방대리의 금지, 경영금지, 겸직 금지, 기회와 자산의 유용금지 등 다양한 구체적 충실의무가 법인 충실의무자에 대해 부과될 수 있다.

2. '이익/의무'의 인식과 법인 충실의무자의 정보: '기관 인식'의 '구심적 귀속'

법인이 어떤 고객에 대해 충실의무자로 지정되어 충실의무를 지는 경우, 법인은 자신의 이익과 고객의 이익이 충돌하지 않도록 할 '이익충돌회피의무'를 지는데, 이때 법인은 '자신이나 고객의 이익' 혹은 '고객에 대한 의무'를 어떻게 인식하며, 또한 이러한 '이익의 충돌' 혹은 '의무의 충돌'을 어떻게 인식하는가? 마찬가지로 법인은 고객과의 이익충돌상황으로부터 이익의 향수가 금지되는 '이익향수 금지의무'를 질 수 있는데, 이때 법인은 고객과의 이익충돌상황 및 이익의 향수 사실을 어떻게 인식하는가?

기관의 인식 혹은 대리인의 인식에 기초하여 법인의 인식을 인정하는 '인식의 귀속' 법리에 의하면, 법인은 기관 혹은 대리인을 통하여 어느 사실에 대해 인식하게 되므로, 법인이 이익충돌상황에 있다는 인식 혹은 이익을 향수했다는 인식도 법인의 기관 혹은 대리인의 인식을 기초로 하여 판단하게 된다. 여기서는, 이익 혹은 의무의 인식에 대해 살펴보고, 항을 바꾸어서 이익충돌의 인식에 대해 살펴보자.

(1) '기관의 인식' 단계: 인식이 법인에 귀속되기 위한 요건—기관 자격

법인의 기관 혹은 대리인이 '기관 자격' 혹은 '대리인 자격'에서 임무를 수행하면서 알게 된 정보는 기관 혹은 대리인이 기관 자격 혹은 대리인 자격에서 인식한 정보이므로 인식의 귀속 법리에 의해 법인이 알게 된 정보로 간주된다.⁶¹⁾ 반면에 기관 혹은 대리인이 알게 된 정보라고 하더라도 법인을 위한 임무 수행과 관계없이 알게 된 정보는 법인의 기관 자격 혹은 대리인 자격에서 취득한 정보가 아니므로

61) 이종기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 148면.

로 원칙적으로 인식의 귀속법리의 적용대상에서 배제되고 법인이 알고 있는 정보로 귀속되지 않는다.⁶²⁾

따라서 기관의 인식 단계에서 중요한 기준은 기관 혹은 대리인이 기관 자격 혹은 대리인 자격으로 행위하면서 이익을 인식한 것인지 아니면 자연인 개인자격 혹은 다른 법인의 기관 자격에서 행위하면서 인식한 것인지 여부를 판단하는 것이다.

물론, 기관이나 대리인이 ‘업무범위 밖에서 알게 된 사실’도 법인의 인식으로 귀속될 가능성이 완전 배제되는 것은 아니다. 법인에 대해 조직의무⁶³⁾의 이행을 강제하기 위해서 혹은 법인과 거래한 상대방의 신뢰보호를 위해서 법인에 대해 그 정보의 인식을 귀속시키는 것이 필요한 경우도 있기 때문이다.⁶⁴⁾

(2) ‘귀속’ 단계 – 법인의 ‘인식’ 방법: 인식의 귀속 혹은 간주

법인의 기관 혹은 대리인이 기관 혹은 대리인 자격에서 임무를 수행하면서 알게 된 ‘법인의 이익’에 관한 정보 기타 ‘법인에 관련된 상황’은 ‘귀속의 단계’를 통해 법인의 인식으로 의제된다. 먼저, ‘기관의 인식’은 기관이 ‘법인 자체’로 의제되므로, 기관이 인식한 ‘법인관련’ 상황은 법인 자체의 인식으로서 법인에 귀속된다. 반면에 ‘대리인의 인식’은 대리인이 법인과 다른 인격체이기 때문에, 자체의 인식으로 귀속될 수는 없지만, 민법 제116조 제1항에 의해 대리인을 통해 인식했거나 인식할 수 있었던 ‘법인에 관한 사정’은 법인이 안 것으로 간주되어 귀속된다.

마찬가지로, 법인의 기관 혹은 대리인이 기관 혹은 대리인 자격에서 임무를 수행하면서 알게 된 ‘고객에 대한 의무’의 존재, 임무수행 과정에서 습득한 고객정보 기타 ‘고객에 관련된 상황’은 모두 법인의 인식으로 귀속된다. 기관은 ‘법인 자체’로 의제되므로, 기관의 상황 인식은 법인 자체의 인식으로 간주되고, 민법 제116조 제1항에 의해 대리인을 통해 인식했거나 인식할 수 있었던 ‘고객사정’도 안 것으로 간주된다.

(3) ‘법인의 인식’의 범위와 확장: ‘복수 기관’의 인식의 ‘구심’적 통합

법인의 기관 혹은 대리인이 기관 자격 혹은 대리인 자격에서 임무를 수행하면서 알게 된 ‘법인’ 및 ‘고객’에 관련된 상황 인식은 모두 법인의 인식으로 귀속되는데

62) 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 148면의 각주 16) 참조.

63) 법인의 조직의무에 대해서는 V. 4. (1) 참조.

64) 송호영, “인식의 귀속” 56면, 59면.

(구심적 귀속), 법인이 '복수의 기관'을 선임하거나 '복수의 대리인'을 사용한 경우 각 기관 혹은 대리인이 인식한 복수의 법인관련정보 혹은 고객관련정보는 모두 '중첩적'으로 '법인의 인식'으로 귀속된다.⁶⁵⁾ 따라서 법인이 그 활동의 외연을 확장하기 위해 더 많은 수의 기관을 선임하거나 대리인을 사용하면 할수록, 이들 복수의 기관 혹은 대리인의 활동을 통해 법인에 귀속되는 인식의 범위는 확장된다. 그 결과, '법인의 인식'의 범위는 각 기관 혹은 대리인이 인식한 정보의 '구심적 통합 범위'와 일치하게 된다.⁶⁶⁾

3. '의무' 이행시 법인 충실의무자의 사용정보: '법인 인식'의 기관에 대한 '원심적 귀속'

법인 충실의무자가 어떤 고객에 대해 의무를 지고 그 의무를 이행해야 하는 경우, 법인은 기관을 통해 직접 행위할 수도 있고 혹은 대리인을 선임해 의무를 이행할 수도 있는데, 이때 법인이 사용해야 하는 정보의 범위를 어느 정도로 인정할 것인가가 문제된다.

앞서 본 것처럼, '법인의 인식의 범위'는 복수의 기관/대리인을 사용해 인식하는 경우 정보의 구심적 통합범위와 일치하게 되므로, 모든 기관/대리인이 인식한 정보는 모두 법인이 인식하는 정보가 된다. 따라서 법인이 특정 기관 혹은 대리인을 통해 고객에 대한 의무를 이행하는 경우 법인이 사용해야 하는 정보 즉 법인의 상환인식은 '인식의 구심적 귀속' 법리에 따라 통합된 '법인의 전체 통합정보'가 된다.

(1) '대리인'을 통해 행위하는 경우 사용해야 하는 법인의 정보

먼저 '대리인'을 통해 법인이 어느 고객에 대한 의무를 이행하는 경우에 대해 살펴보자. 법인이 "법률행위를 위임한 경우에 대리인이 본인[법인]의 지시에 좇아 그 행위를 한 때에는 본인은 자기가 안 사정 또는 과실로 인하여 알지 못한 사정에 관하여 대리인의 부지를 주장하지 못한다"(민법 제116조 제2항). 따라서 대리인이 고객에 대한 의무의 이행에 있어 고려해야 하는 법인의 정보 범위는 대리인 자신이 알고 있는 사정뿐만 아니라 '인식의 구심적 귀속' 법리에 의해 법인이 알고 있

65) 복수의 '기관'을 선임한 경우에 대해서는 II. 1. (2) 참조. 복수의 '대리인'을 선임한 경우에 대해서는 II. 2. 참조.

66) 이병준, 112면은 '분화조직에서의 인식의 합산'이라고 부르고, 송호영, "대표자의 불법 행위시 인식의 귀속", 94면은 '인식의 결합'이라고 부른다.

거나 알 수 있었던 사정도 포함되어야 한다. 이와 같이 법인이 대리인을 통해 고객에 대한 의무를 이행하는 경우, 민법 제116조 제2항에 의해, ‘인식의 원심적 귀속’ 법리가 작동하고, ‘법인이 인식’하는 모든 사항은 대리인의 정보로 간주되어 그 사용이 강제된다.

(2) ‘기관’을 통해 행위하는 경우

법인 충실의무자가 어느 ‘기관’을 통해 고객에 대한 의무를 이행하는 경우에도 동일한 방식으로 법인의 인식 범위가 결정된다. 즉, (법인의 기관은 자연인의 두뇌에 해당하는 것으로 그 기관의 인식 자체가 법인의 인식으로 간주되는 점은 다르지만) 복수의 기관이 선임된 경우, 법인이 어느 기관을 통해 고객에 대한 의무를 이행할 때 인식/사용해야 하는 ‘법인의 정보’는 ‘인식의 원심적 귀속법리’ 때문에 그 ‘기관’이 인식한 정보뿐만 아니라 ‘법인’이 알고 있다고 간주되는 전체 정보가 그 대상이 된다.

4. 법인에서의 이익충돌 의무충돌의 발생과 판정, 그리고 인식

이제 이익충돌의 발생과 판정, 그리고 법인에서의 이익충돌의 발생과 판정 및 인식방법에 대해 살펴보자.

(1) 자연인에서의 이익충돌의 발생과 판정 방법

1) 객관적 판정

자연인이 처한 어떤 상태가 이익이 존재/충돌하는 상황인지 혹은 자연인의 어떤 행위가 이익충돌을 야기하는 행위인지 여부에 대한 판정은 실질적 이익충돌의 초래 가능성의 존재 여부에 의해 객관적으로 결정되어야 하고, 수임인의 의도나 거래의 사후적 결과 여부는 고려되지 않는다.⁶⁷⁾ 대법원도 비슷한 입장을 취한다: “민법 제921조의 이해상반행위란 행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서, 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는가 여부는 묻지 않는다.”⁶⁸⁾

67) 이중기, “신탁에서의 이익향유금지의 원칙과 이익반환책임”, **홍익법학**, 제8권 제2호 (2007), 195면(이하 이중기, “신탁에서의 이익향유금지의 원칙과 이익반환책임”), 199면.

2) 인식에 기한 충돌 판정

그런데 이익의 존재/충돌 상황인지 여부 혹은 어떤 행위가 이익충돌을 야기하는지 여부의 판정은 객관적으로 행해지지만, '이익'의 '존재/충돌' 여부를 판정함에 있어 결정적인 역할을 하는 것은 이익의 존재 혹은 충돌에 대한 행위자의 '인식' 가능성이다. 예를 들어, 친권자와 같은 자연인에 있어서 이해상반행위의 판정여부는 친권자가 자신 혹은 자의 '이익'에 대한 '인식'이 있었거나 혹은 이익을 인식해야 했다면, 친권자의 행위에 대한 이익상반성의 판정은 보다 쉽게 행해질 수 있기 때문이다.

(2) 법인에서의 이익충돌의 발생과 판정

1) 기관의 인식에 기한 객관적 판정: 인식의 귀속

자연인의 이익충돌 상황과 마찬가지로, 법인이 이익충돌 상황에 처했는지 혹은 법인의 어떤 행위가 이익충돌을 야기하는지 여부에 대한 판단도 동일하게 객관적으로 판단한다. 또, 법인의 이익충돌 상황에 대한 판정에 있어, 법원은 법인이 자신 또는 고객의 이익의 존재 혹은 충돌에 대한 '인식' 가능성에 기하여 보다 쉽게 이익의 충돌 여부에 대한 객관적 판정을 수행할 수 있다. 이와 같이 법인에서의 이익충돌의 발생과 판정에 있어서도 법인의 이익에 대한 '인식' 가능성이 결정적 역할을 하기 때문에 법인의 이익충돌 문제에 있어 '기관의 인식'을 법인에 귀속시키는 '인식의 귀속' 법리가 중요하게 작용하게 된다.

2) 법인에서의 인식의 귀속과 자연인 상인이 지배인을 사용하는 경우

그런데 '인식의 귀속' 법리를 통해 이익 혹은 이익충돌의 존부를 인식하는 것은 법인에 특유한 것으로 볼 수 있는가? 법인을 자연인으로 의제하고 법인의 기관을 자연인의 두뇌에 해당하는 존재로 보아 기관의 인식을 귀속시키는 방법은 법인법에 고유한 '의제'이기 때문에 이러한 인식의 귀속 방법은 원칙적으로 법인에 특유한 것이라고 볼 수 있다.

하지만 자연인의 경우에도 대리인을 사용하는 경우, 대리인 인식에 대해서는 '귀속간주' 법리가 적용되기 때문에 대리인을 통한 이익의 인식 혹은 이익충돌상황의 인식이 가능하다. 따라서 대리인 아닌 '기관'으로 의제하는 정도의 차이는 있지만,

68) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다10270 판결.

‘인식의 귀속’ 법리를 통해 이익/의무를 인식하거나 혹은 이익충돌 상황을 인식하는 것은 법인에 고유한 것은 아니다.⁶⁹⁾

하지만 자연인 상인의 경우 통상 지배인 수가 많지 않기 때문에 본인이 지배인에 대한 정보관리를 철저히 함으로써 지배인 정보를 모두 ‘인식’할 수 있는 경우가 보통이고, 따라서 이익충돌에 관한 인식의 문제가 특별히 대두되지 않는다. 이에 비해 법인 특히 ‘거대 기업’의 경우 기관이나 대리인을 통해 수령하는 정보가 엄청나기 때문에 법인의 정보로 ‘인식’되는 범위가 무제한 확장될 수 있고, 따라서 ‘인식의 귀속’ 법리를 통해 이익충돌을 인정해야 하는 상황에 대해 논란이 야기되고 있다. 아래에서는 이러한 법인에서의 이익충돌의 발생과 인식 문제에 대해 살펴보자.

(3) 법인의 이익충돌에 대한 인식과 귀속

1) 1단계: 이익 정보의 인식 단계

법인은 여러 영업부서를 통해 복수의 영업을 영위할 수 있고, 또한 전국 각지에 지점을 설치해 지역적으로도 여러 곳에서 영업을 영위할 수 있다. 이와 같이 여러 영업부서 및 복수의 지점을 통해 영업을 영위하는 경우, 기관 혹은 대리인의 인식을 법인의 인식으로 보는 ‘인식의 구심적 귀속’ 법리에 의해 법인의 각 영업부서와 각 지점의 이익 정보는 ‘법인의 정보’로 귀속되게 된다(1단계: 이익 정보의 인식 단계).

2) 2단계: 선관주의 이행시 사용해야 할 ‘회사정보’의 인식

이러한 상황에서 특정 지점에서 어느 직원이 고객을 위해 어떤 사무를 수입하는 경우, 법인은 ‘회사의 정보’를 이용하여 고객에 대한 위임사무를 이행해야 한다. 이때 법인이 고객에 대해 선관주의의무를 배풀어야 할 경우 법인이 이용해야 할

⁶⁹⁾ 예를 들어, 자연인 상인 A가 법인을 설립하는 방법 대신에 자기명으로 지배인을 X, Y, Z 3명을 두고 여러 지점을 통해 영업을 영위하는 경우, 자연인 상인 A에 대해서는 각 지배인의 인식에 기초하여 본인의 인식이 형성된다. 즉 각 지배인 X, Y, Z가 인식하는 정보는 모두 대리인에 대한 ‘인식의 귀속’ 법리에 의해 상인 A의 인식으로 간주된다.

마찬가지로, 상인 A의 지배인 X가 고객 甲에 대하여 의무를 부담하는 경우, 지배인 X가 사용해야 하는 상인 A의 정보의 범위는 지배인 X가 알고 있는 정보뿐만 아니라 ‘인식의 귀속’ 법리로 인해 상인 A에게 귀속된 지배인 X, Y, Z의 인식 정보도 사용되어야 한다(민법 제116조 제2항).

‘회사의 정보’의 범위가 문제된다. 직원이 이용해야 할 회사의 정보에는 민법 제 116조 제2항에 따라 담당직원이 아는 정보뿐만 아니라 ‘회사’의 모든 정보가 포함되기 때문에, 법인의 구성적 통합정보가 ‘회사의 정보’로서 이용되어야 한다(2단계: 선관의무의 이행시 이용해야 하는 회사정보의 원심적 귀속 문제).

3) 2단계: 충실의무 부담시 회피해야 할 ‘회사이익’의 인식과 ‘이익충돌’의 인식

비슷한 문제는 법인이 충실의무를 부담하는 경우에도 발생한다. 즉, 법인이 수입한 사무가 신뢰와 신임의 관계이어서 당해 고객에 대해 충실의무를 부담하게 되는 경우, 법인은 고객과의 관계에서 이익충돌을 회피해야 하고, 이익향수를 회피해야 하는데, 이때 ‘고객의 이익’과 충돌하는 ‘회사의 이익’의 범위가 문제된다. 만약 직원이 회피해야 하는 충돌이익의 범위가 민법 제116조 제2항에 의해 담당직원이 인식하는 회사이익뿐만 아니라 본인인 ‘법인’이 인식하는 모든 이익이 포함된다면, 다른 기관 혹은 대리인이 인식한 ‘회사의 이익’은 전부 담당 직원이 회피해야 할 ‘회사의 이익’으로 간주된다(2단계: 충실의무 부담시 이익충돌 판정을 위한 회사이익 정보의 원심적 귀속).

4) 인식 범위에 대한 특약가능성: ‘정보차단장치’의 공시와 승인

하지만 뒤에서 보는 것처럼 예외적으로 법인 내에 운용되는 ‘정보차단장치’에 대해 고객에 대해 공시하고, 고객으로부터 승인을 받는다면, 법인은 ‘사용정보’의 범위 혹은 인식하는 ‘이익충돌’의 범위를 정보차단장치에 의해 제한된 영업부서 혹은 지점의 정보나 이익충돌로 제한할 수 있다.⁷⁰⁾

5. 법인의 이익충돌, 의무충돌 사례 I: 금융기관

여러 영업부서를 통해 복수의 영업을 영위할 수 있고, 또한 전국 각지에 지점을 설치해 지역적으로도 여러 곳에서 영업을 할 수 있는 대표적 법인으로 금융기관을 들 수 있다. 특히, 금융기관은 고객의 이익을 위해 행위해야 하는 ‘금융업무 자체의 성질’ 때문에 고객에 대해 충실의무를 부담⁷¹⁾할 수 있고, 이러한 점에서 ‘지위에 기한 충실의무자’가 된다. 여기서는 이러한 금융기관이 영업활동과 관련해 인식의 귀속 범위 때문에 처할 수 있는 이익충돌 혹은 의무충돌 상황에 대해 조금

70) V. 5. (2) 참조.

71) 이종기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 72면.

더 구체적으로 살펴보자.⁷²⁾

(1) 정보수령형 의무충돌⁷³⁾

금융기관은 고객으로부터 비밀정보를 수령할 수 있는데, 이 정보에 대해서는 비밀유지의무 및 사용금지의무를 지게 된다. 따라서 고객의 정보는 금융기관이 그 고객 이외의 자에게 유용한 것일지라도 그 정보의 비밀성을 유지해야 하고, 다른 고객을 위해 사용해서는 안 된다. 예를 들어, 증권회사가 법인고객 A의 자본조달을 자문하는 경우 증권회사는 당해 법인 A로부터 회사의 재무상황에 관한 비밀정보를 수령하게 되는데, 증권회사는 이러한 정보에 대한 비밀을 유지해야 하고, 자기 또는 제3자를 위해 그 정보를 사용해서는 안된다.

그런데 이와 같이 고객의 비밀정보를 보유하는 상황에서 금융기관은 다른 자를 고객으로 맞이할 수 있는데, 이때 이 다른 고객에 대해 의무의 이행과 관련해 당해 정보의 사용의무를 질 수 있다. 예를 들어, 펀드를 운용하는 자산운용사 B가 법인 A의 전망을 밝게 보고 투자를 검토하면서, 당해 증권회사에 대해 투자자문을 구한 경우이다. 이때, 증권회사는 자신이 자문하는 운용사 B에 대해 자신이 알고 있는 모든 정보를 사용해 투자자문을 해야 한다. 이때 민법 제116조 제2항의 인식의 귀속법리에 따르면, 증권회사는 투자자문부서의 직원이 알고 있는 인식정보뿐만 아니라 다른 부서의 직원이 인식한 정보 즉 법인 A를 자문하는 회사금융부서 직원이 인식한 정보까지 사용할 의무를 지게 된다.

이와 같이 금융기관이 회사금융부서 기타 고객으로부터 비밀정보를 수령하는 경우 ‘인식의 귀속 법리’ 때문에 금융기관이 다른 고객에 대해 정보사용의무를 질 때마다 잠재적으로 비밀유지의무와 정보사용의무가 충돌하는 의무충돌상황에 처할 가능성에 직면하게 된다.

이러한 정보수령형 이익충돌은 정보의 비밀성이 유지되는 한 금융기관과 고객간의 고객관계가 종료한 후에도 계속될 수 있다는 점에서 아래에서 살펴보는 일반적인 의무충돌형 이익충돌과 차이가 있다.

72) 금융기관에 발생하는 이익충돌에 대한 좀 더 자세한 상황에 대해서는, 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 138면 이하; 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 84면 이하 참조.

73) 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 83-4면.

(2) 의무부담형 의무충돌⁷⁴⁾

1) 복수의 고객 자문으로 인한 의무충돌

금융기관은 고객으로부터의 비밀정보 수령이 없는 경우에도 고객에 대해 충실의무를 부담할 수 있다. 예를 들어, 증권회사는 회사금융부서를 통해 오래된 회사고객에 대해 자산매각 혹은 투자에 관해 자문할 수 있고, 또 투자자문부서를 통해 새로운 기관투자자에 대해 투자대상에 대해 자문할 수 있는데, 이때 고객과의 관계가 수행하는 자문업무의 특징 때문에 혹은 자문과 관련한 신뢰와 신임의 부여 등으로 인해 충실의무관계로 발전할 수 있다. 이 경우 금융기관은 복수의 자문 고객에 대해 동시에 충실의무를 지게 되는데, 이때 금융기관이 각각의 고객에 대해 부담하는 충실의무는 서로 충돌할 수 있다. 예를 들어, 증권회사의 회사금융부서가 C 회사의 자본조달을 위해 C 회사 영업부분의 매각을 자문하고 있는데, D 사모펀드를 자문하는 투자자문부서는 투자대상의 하나로 C 회사 영업부분의 매수 가능성을 자문할 수 있다. 이 경우 증권회사는 C 회사와 D 사모펀드에 대해 각각 고객의 이익을 최대한 실현해야 할 충실의무를 지게 되는데, 이때 C에 대한 증권회사의 충실의무는 D에 대한 충실의무와 충돌할 수 있다. 더 나아가 증권회사가 C의 영업매각을 대리하고 동시에 D 사모펀드의 영업 매수를 대리/자문하게 되면 쌍방 대리 혹은 자문 상황이 초래되게 된다.

2) 의무충돌은 법인에 고유한 것인가?

법인이 어느 자문고객에 대해 충실의무를 부담하면서 동시에 다른 자문고객에 대해 충실의무를 부담하는 경우, 이러한 이익충돌상황은 '자연인'이 복수의 자문고객을 위해 행위하는 경우에도 동일하게 발생할 수 있는 내재적 이익충돌 상황이기 때문에 특별히 '법인'에 고유한 이익충돌 상황이라고 볼 수는 없다.

하지만 법인의 경우 복수의 영업을 수 개의 영업부서별로 영위할 수 있고 또한 지역별로 지점을 두고 영위할 수 있기 때문에 복수의 고객 자문으로 인한 의무충돌상황은 기관 혹은 직원의 '인식의 귀속법리'를 통해 훨씬 심화되게 된다. 예를 들어, 증권회사가 회사금융부서, 위탁매매부서, 투자자문부서, 신탁부서 등을 두고 전국적인 영업을 수행하는 경우 증권회사가 각 영업부서 혹은 지역점포를 통해 고객에 부담하게 되는 충실의무는 고객의 수만큼 발생할 수 있다. 이와 같이 증권회사가 각 고객에 대해 충실의무를 부담하게 되는 경우, 증권사가 어느 고객에 대해

74) 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 84면.

부담하는 충실의무와 다른 고객에 대해 부담하는 충실의무가 상충하게 될 가능성은 기하급수적으로 높아진다.

왜냐하면 충실의무자인 증권회사가 회피해야 할 ‘이익’의 충돌가능성은 ‘회사이익’에 대한 인식의 범위가 증가함에 따라 심화되는데, 회피해야 할 ‘충돌이익’의 범위는 담당 직원이 인식하고 있는 ‘이익’뿐만 아니라 본인이 인식하고 있는 ‘회사의 이익’도 그 대상이 되기 때문이다. 예를 들어, 민법 제116조 제2항의 인식의 귀속법리에 의하면, 고객 A를 자문하는 회사금융부서 직원 X가 고객 A의 이익을 위해 회피해야 하는 ‘충돌이익’에는 (i) 금융부서 직원 X가 인식하고 있는 회사의 이익뿐만 아니라, (ii) 투자자문부서, 신탁부서 등의 직원이 알고 있는 회사의 이익도 포함되게 된다. 따라서 회사금융부서 직원 X가 투자자문부서 등에서 인식하는 충돌이익을 인식하지 못해 이익충돌 상황을 초래한 경우, 증권회사는 고객 A에 대한 충실의무를 위반할 가능성에 직면한다.

(3) 자기이익과 의무의 충돌⁷⁵⁾

고객의 비밀정보수령으로 인한 정보수령형 의무충돌, 혹은 복수의 고객에 대한 선관의무/충실의무 부담으로 인한 의무부담형 의무충돌은 모두 고객에 대한 ‘의무’의 충돌을 요소로 한다. 그런데 금융기관은 의무 이행과 관련해 ‘자신의 이익’을 보유할 수 있다. 모든 금융기관은 ‘설립목적’이라는 자신의 존재이유가 있고, 특히 금융기관의 경우 이윤을 추구하는 영리기관이기 때문에 고객에 대한 ‘의무’와 자신의 ‘이익’이 충돌하는 상황이 불가피하게 발생한다.

이러한 이익충돌상황도 법인에 고유한 것이라고 볼 수는 없다. ‘자연인’이 고객을 위해 행위하는 경우에도 자신의 이익을 추구하는 경우 동일한 내재적 이익충돌이 발생하기 때문이다. 하지만 법인의 경우 복수의 영업을 수 개의 영업부서를 통해 영위할 수 있고 또한 지역별로 지점을 두고 영위할 유인이 크기 때문에, 영업의 확대시 고객 증가로 인한 충실의무와 회사이익이 충돌하는 경우는 더 폭발적으로 확대되게 된다.

특히, 의무와 이익의 충돌상황은 기관 혹은 직원의 ‘인식의 귀속법리’를 통해 훨씬 심화되게 되는데, 증권회사가 각 고객에 대해 부담하게 되는 이익충돌회피의무의 대상인 회사의 ‘이익’이 고객 담당 직원이 인식하고 있는 ‘충돌이익’뿐만 아니라 본인인 금융기관이 인식하고 있는 회사의 ‘이익’도 그 대상이 되기 때문이다.⁷⁶⁾

75) 이증기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 84면.

76) 앞의 4. (3) 3) 참조.

6. 법인의 이익충돌, 의무충돌 사례 II: 법무법인

다음으로 법무법인이 소속 변호사를 통해 의뢰인에 대한 소송대리나 법률자문을 행함에 있어 인식의 귀속 법리 때문에 처할 수 있는 이익충돌 혹은 의무충돌 상황에 대해 살펴보자.

(1) 정보수령형 의무충돌⁷⁷⁾

법무법인이 의뢰인으로부터 비밀정보를 수령하는 경우 법무법인에서도 인식의 귀속 법리 때문에 의무충돌이 발생할 수 있다. 예를 들어, 소송대리나 법률자문을 위해 의뢰인 A가 비밀정보를 법무법인에 제공하면, 법무법인은 그 정보에 대해 비밀유지의무를 지기 때문에 그 정보를 당해 의뢰인의 소송대리나 법률자문을 위해 사용해야 하며, 다른 고객의 소송대리나 법률자문을 위해 사용할 수 없다. 그런데 법무법인은 다른 의뢰인 B를 위해 소송대리나 법률자문을 할 수 있는데, 이때 법무법인은 수임사무를 처리함에 있어 자신이 보유한 모든 정보를 사용해야 한다. 문제는, 인식의 귀속법리에 의하면, 소속 변호사가 수령한 의뢰인 A의 비밀정보는 법무법인의 정보로 되므로, 법무법인은 의뢰인 B를 위한 소송대리나 법률자문을 위해서도 A의 제공정보를 사용해야 할 의무를 지게 된다는 점이다. 이와 같이 법무법인에서도 비밀정보의 수령이 있는 경우, 금융기관에서와 마찬가지로 정보제공자에 대한 비밀유지의무와 다른 고객에 대한 정보사용의무 사이의 의무충돌이 야기된다.

(2) 의무와 의무의 충돌

법무법인의 변호사가 현재 수임 중이거나 혹은 수임을 승낙한 '분쟁사건'과 관련하여 다른 변호사가 의뢰인의 상대방을 소송대리하거나 자문하게 되는 경우, 법무법인의 의뢰인에 대한 의무는 그 상대방에 대한 의무와 상호 충돌하게 된다.⁷⁸⁾ '비분쟁사무'의 경우에도 유사한 의무충돌이 발생할 수 있다. 예를 들어, 사모펀드 X가 보유 중인 A 회사 지배주식 30%를 매각하기 위해 법무법인에 매각자문을 의뢰하고 있는데, 이 주식을 매수하려는 Y주식회사가 이 법무법인의 오랜 고객이어

77) 김제완, “이익의 충돌에 의한 수임제한과 변호사의 윤리”, **인권과 정의**, 제330호(2004. 2), 117면(이하 “김제완”), III. 3. 참조; 이중기, “준수탁자로서의 법무법인”, 483면 이하.

78) 자세한 이는 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무 - 현재 의뢰인 사이의 이익충돌을 중심으로”, **법조**, 제61권 제9호(2012), 5면 참조; 김제완, III. 2. 참조; 이중기, “준수탁자로서의 법무법인”, 478면.

서 동일 법무법인에 인수자문을 구하는 경우, 법무법인의 X에 대한 의무와 Y에 대한 의무는 서로 충돌할 수 있다.⁷⁹⁾ 이와 같이 법무법인이 이익충돌을 회피하지 못하는 경우 법무법인은 쌍방고객 모두에 대해 충실의무를 위반하게 된다.

이러한 의무와 의무의 충돌은 쌍방대리하는 자연인에게도 발생할 수 있으므로 법무법인에 특유한 것이라고 볼 수는 없지만, 특히 여러 부서를 두고 변호사를 많이 고용하는 법무법인에서는 ‘인식의 귀속법리’ 때문에 의무충돌이 더 심화될 수 있다. 가령 법무법인의 M&A 부서의 변호사 A가 사모펀드 X를 위해 사용해야 하는 ‘정보의 범위’는 변호사 A가 알고 있는 정보뿐만 아니라 인식의 귀속법리에 의해 법무법인이 다른 변호사나 직원을 통해 인식하고 있는 정보도 포함되게 되고, 마찬가지로 고객자문부서의 변호사 B가 Y주식회사를 위해 사용해야 하는 정보의 범위도 변호사 B가 알고 있는 정보뿐만 아니라 인식의 귀속법리에 의해 법무법인이 다른 변호사나 직원을 통해 인식하고 있는 정보도 포함되기 때문이다.

(3) 자기 이익과 의무의 충돌⁸⁰⁾

법무법인도 ‘의뢰인에 대한 의무’ 이행과 관련해 ‘자신의 이익’을 보유했을 수 있다. 예를 들어, 법무법인이 의뢰인의 사건과 관련해 이해관계를 가지고 있는 상황에서 사건을 수임하면 자신의 이익은 의뢰인에 대한 의무와 충돌할 수 있다. 반대로, 법무법인이 수임으로 인해 의무를 지는 상황에서 수임사건과 관련해 이해관계를 갖게 되면 의뢰인과의 관계에서 부담하는 의무는 법무법인의 이익과 충돌할 수 있다.

이러한 이익과 의무의 충돌도 법무법인에 특유한 것이라고 볼 수는 없다. 하지만 법무법인의 경우 지점 혹은 복수의 영업부서를 두고 변호사를 많이 고용하면 할수록 ‘인식의 귀속’ 법리 때문에 회피해야 할 이익은 더 확대되고 따라서 이로 인한 이익충돌은 더 심화된다. 가령 법무법인의 변호사 A가 의뢰인을 위해 소송대리하거나 법률자문을 하면서 회피해야 할 충돌이익의 범위는 변호사 A가 인식하는 법무법인의 이익뿐만 아니라 다른 변호사와 직원이 인식하고 있는 법무법인의 이해관계도 회피해야 할 이익의 범위에 포함되기 때문이다.

79) 이중기, “준수탁자로서의 법무법인”, 480면.

80) 김제완, III. 1. 참조; 이중기, “준수탁자로서의 법무법인”, 485면.

V. '인식의 귀속법리'에 따른 이익충돌의 인정과 수정가능성

1. 법인의 이익충돌을 야기하는 두 가지 동기와 두 가지 법리적 기초

금융기관이나 법무법인과 같은 법인은 앞서 살펴본 것처럼 수많은 이익충돌 혹은 의무충돌에 직면하게 되는데, 법인이 이와 같은 이익충돌에 직면하는 이유는 무엇일까? 크게 보아 다음 두 가지 동기가 두 가지 법리적 기초 위에서 발현된 결과로 생각된다.

(1) '설립목적'의 달성 유인과 '규모의 경제' 추구 유인

우선 법인은 다음 두 가지 유인을 갖는다. 하나는 '자신의 설립목적'의 달성 유인이다. 영리법인이던 공익법인이던 법인은 모두 정관에 정한 설립목적 달성을 위해 설립되고 운영되기 때문에 본질적으로 자신의 설립목적 달성을 위해 '자기이익'을 추구할 유인을 갖는다. 또 다른 유인은 법인이 운영의 효율성 달성을 위해 '규모의 경제'를 추구할 유인이다. 법인은 자연인이 보유할 수 없는 효율성을 달성하기 위해 설립되는데, 이러한 '규모의 경제'를 실현할 유인 때문에 '복수의 영업'을 수행하거나 '복수의 기관 혹은 대리인'을 사용해 영업을 확장하게 된다.

(2) 법인의 '권리능력'과 '인식의 귀속법리'

이와 같이 법인은 자신의 설립목적 달성을 위한 '이기적 동기'를 갖고 '규모의 경제'를 달성하기 위해 복수의 영업을 수행하거나 복수의 기관을 사용하는데, 사법체계는 이러한 법인의 활동에 대해 어떻게 대응해 왔는가? 이 같은 상황에 대해 법인법은 (i) 설립동기를 한 법인을 '일인의 자연인'과 같은 권리능력자로 의제하고 법인의 '기관' 개념을 인정했으며 (ii) '기관 혹은 대리인의 인식'을 법인의 인식으로 귀속시키는 '인식의 귀속 법리'를 인정함으로써 법인의 활동에 대해 법률효과를 부여해 왔다. 그 결과 법인은 아무리 크고 많은 활동을 수행하더라도 하나의 인격체로 간주되고, 법인의 기관인 자연인의 인식 혹은 대리인의 인식은 모두 법인의 인식으로 간주된다.

이와 같이 (i) 법인을 하나의 인격체로 간주하고 (ii) 기관의 인식 혹은 대리인의 인식을 법인의 인식으로 귀속시키는 법인법리는 법인이 자신의 설립목적 달성을 위해 이기적으로 행위하는 경우 본질적으로 고객에 대한 '의무와 자신의 이익' 사이의 충돌을 야기한다. 마찬가지로, 이러한 법인법리는 법인이 규모의 경제를 달성하기

위해 영업을 확장하고 더 많은 지점을 설치하고 더 많은 직원을 사용하면 할수록 더 많은 ‘이익과 의무의 충돌’ 및 ‘의무와 의무의 충돌’을 야기한다. 기관과 직원의 활동이 확대되면 법인의 이익이 확대되는데, 그것과 비례해 법인의 충돌이익이 증가하고, 인식의 귀속법리는 그 기관 혹은 대리인이 인식한 충돌이익을 법인의 충돌이익으로 귀속시키기 때문에 고객에 대해 더 많은 이익충돌이 야기되고, 또한 고객에 대한 더 많은 의무가 서로 충돌하는 의무충돌상황이 야기된다.

(3) 법인의 거대화에 따른 이익충돌 상황의 폭발적 증가가능성

여기서 대두되는 하나의 문제는 규모 면에서 이전과 비교할 수 없을 정도로 거대해진 법인이 속속 등장하고 있는 현상이다. 특히 ‘고객에 대한 자문 혹은 대리’를 주된 업무로 하는 금융기관 혹은 로펌의 대형화도 급격히 이루어지고 있다. 그런데 금융기관과 로펌의 거대화는 법인을 하나의 인격체로 간주하고 기관 혹은 대리인의 인식을 법인의 인식으로 귀속시키는 법리 때문에 거대 금융기관 혹은 로펌에 대해 ‘이익과 의무의 충돌’ 혹은 ‘의무와 의무의 충돌’ 가능성을 폭발적으로 증가시킬 가능성을 야기한다.

2. 거대 법인에 대한 ‘인식의 귀속’ 법리의 적용은 과도한 이익충돌을 야기하는가?

그렇다면 과연 ‘인식의 귀속’ 법리는 거대 금융기관 혹은 로펌에 대해 ‘이익과 의무의 충돌’ 혹은 ‘의무와 의무의 충돌’ 가능성을 급격히 증가시키고 있는가? 특히 실질적으로는 문제되지 않는 이익충돌이지만, 법률상 이익충돌로 볼 수 있는 경우가 증가했는가? 결론적으로 인식의 귀속 법리 때문에 거대 법인의 이익충돌이 ‘폭발적’으로 증가되는 것은 아니라고 생각된다. 왜냐하면, ‘법인의 인식’의 범위를 확정하는 ‘인식의 귀속’법리는 다음과 같은 3가지 단계를 거쳐서 적용되는데, 각 단계별로 이익충돌의 논의가치가 없는 ‘인식’ 혹은 명목적 ‘이익충돌’은 제거되기 때문이다. 따라서 실질적으로 이익충돌이 문제되지 않은 상황에서 인식의 귀속법리 때문에 개념적·이론적 이익충돌이 법률상 이익충돌로 인정될 가능성은 많이 낮아진다.

(1) ‘인식’ 단계 및 ‘인식의 귀속’ 단계: ‘기관 자격’에서의 인식 요건

먼저 귀속의 전제 단계로서 법인의 기관 혹은 대리인이 문제되는 이익 및 이익

충돌 상황에 대해 '인식'했는가 여부가 문제된다. 인식단계에서 기관 혹은 대리인의 상황 '인식' 여부는 '사실문제'로서 다루어지고, 기관 등의 인식이 입증된다면, 다음 단계, 즉 '법인의 인식'을 형성하는 단계인 '기관인식'의 법인 '귀속' 문제가 등장한다.

'법인의 인식'의 형성과정, 즉 '기관 인식'의 태양인 기관의 고의 과실 여부를 법인의 인식의 태양으로 귀속시킬 것인가 여부에는 규범적 평가가 수반되고,⁸¹⁾ 법인의 기관 혹은 대리인이 인식하는 정보 가운데 원칙적으로 '기관 자격' 혹은 '대리인 자격'에서 알게 된 정보만 귀속된다. 따라서 법인의 기관 혹은 대리인이 알게 된 정보라고 하더라도 법인을 위한 임무 수행과 관계없이 알게 된 정보는 (특별히 조직의무⁸²⁾상 요구되거나 혹은 상대방의 신뢰보호를 위해 인식을 귀속시킬 필요가 발생하지 않는 한) 기관 자격 혹은 대리인 자격에서 취득한 정보가 아니므로 인식의 귀속의 적용대상에서 배제되고 법인의 인식정보로 간주되지 않는다.⁸³⁾

이와 같이 (i) 기관의 '인식' 단계에서 '인식' 했는지 여부 및 (ii) '인식의 귀속' 단계에서 기관 혹은 대리인이 '기관 자격 혹은 대리인 자격'에서 인식한 것인지 여부를 판정함으로써 기관 혹은 대리인의 인식정보 중 법인에 귀속되는 인식정보의 범위는 크게 감소될 수 있다.

(2) '이익충돌에 대한 판정' 단계: '객관적' '실질적' 판정

이상의 두 단계를 거쳐 기관 혹은 대리인의 인식정보가 법인에 귀속되면 이러한 귀속정보는 '법인의 인식'으로 인정되고 법인의 정보로서 활용될 수 있다. 그런데 '이익충돌에 대한 판정' 단계에서 법인이 이익충돌상황에 있는지 여부, 법인이 상충하는 의무를 지는지 여부 혹은 법인이 고객의 이익을 향유하는지 여부는 '개념적'으로 판정되는 것이 아니라 '실질적'이고 '객관적'으로 판정되어야 한다.⁸⁴⁾ 따라서 법인이 기관 혹은 대리인의 인식을 통해 알게 된 정보가 '사소한 정보'이거나 법인의 '정보사용의무가 제한적'인 경우 개념적으로는 이익충돌 혹은 의무충돌 상황이 초래될 것으로 예상할 수 있지만, 객관적으로는 이익충돌이 발생하지 않는 것으로 볼 수 있는 경우가 많다. 다음의 경우를 살펴보자.

81) II. 1. 참조.

82) 법인의 조직의무에 대해서는 V. 4. (1) 참조.

83) IV. 2. (1) 참조.

84) IV. 4. (1) 및 (2) 참조.

[사례 1] 증권회사의 회사금융부서가 회사 A의 신규사업 진출을 위한 자금조달을 자문하고 있는 중에, 증권회사의 고객인 기관투자자 B가 회사 A의 주식을 ‘오늘 중’ 매각 혹은 매도해 줄 것을 위탁한 경우

이 경우 개념적으로는 증권회사가 이익충돌 상황에 빠지는 것처럼 보이지만, 증권회사는 실질적으로 기관투자자 B에 대해 ‘제한된 의무’만 지기 때문에 이익충돌의 가능성은 명목적인 것이 된다. 즉 증권회사는 기관투자자 B에 대해 ‘오늘 중’의 매각 혹은 매도를 실행해 줄 의무만 부담하기 때문에, 그 매도 시기만 적절히 판단하면 될 뿐이고, 회사 A의 신규사업 진출에 관한 정보를 사용할 의무는 지지 않는다. 따라서 이 경우 증권회사는 회사 A에 부담하는 비밀유지의무와 기관투자자 B에 부담하는 정보사용의무가 ‘개념상’ 충돌할 수 있지만, B에 대한 정보사용의 범위가 제한적이므로 ‘실질적’으로는 의무충돌이 발생하지 않는다(하지만 만약 다른 기관투자자 C가 증권회사에 대해 회사 A의 주식의 ‘매입’과 관련해 회사 A의 성장잠재력에 대해 자문을 구했다면, 상황은 달라질 수 있다. 만약 증권회사가 신규사업진출과 관련된 정보를 알고 있었다면, 이러한 정보를 사용할 의무를 질 수 있기 때문에 증권회사는 의무충돌 상황에 빠질 수 있다).

다음의 상황도 개념적으로는 이익충돌 혹은 의무충돌을 야기하지만 객관적으로 볼 때 이익충돌 혹은 의무충돌이 실질적으로 발생하지 않는 경우이다.

[사례 2] 법무법인의 오랜 고객인 금융기관 A가 채무자인 회사 X를 상대로 하는 소송을 법무법인에 위임한 상태에서, 법무법인의 다른 고객인 회사 B가 동일한 채무자 X를 상대로 담보권의 실행을 위임한 경우⁸⁵⁾

통상 수인의 채권자는 동일한 채무자에 대해 책임재산의 조사 및 한정된 책임재산으로부터의 채권의 회수 등에 있어 서로 충돌하는 이익을 갖기 때문에, 법무법인이 어느 채권자를 소송대리하면서 동시에 다른 채권자의 사건을 수임하면 의무충돌 상황이 초래될 수 있다. 하지만 이 경우 채무자 X의 변제자력이 충분하고, 금융기관 A가 ‘무담보’채권의 이행에 대해 다투고 있다면, 법무법인은 다른 고객 B의 ‘담보권’ 실행을 위한 소송대리를 수임하더라도 실질적으로는 의무충돌을 야

⁸⁵⁾ 박준, 판례 법조윤리(2011)(이하 “박준”), 226면 참조.

기하지 않는다고 볼 수 있다. 고객 A의 채권 확인 혹은 실현은 고객 B의 담보권 실행에 실질적인 영향을 미치지 않기 때문이다.

(3) '공동의 이익'의 존재: 이익충돌의 완화 혹은 조각

법인과 고객과의 관계에서 이익충돌이 명확한 경우에도 양당사자 사이에 '공동의 목표' 혹은 '공동의 이익'이 존재하는 경우에는 이익충돌이 완화 혹은 조각될 수 있다.⁸⁶⁾ 고객이 '공동의 이익'추구를 위해 이익충돌을 감수하는 현상은 법인에만 발생하는 특유한 현상은 아니지만 본인이 법인인 경우 이론적 개념적 이익충돌 현상이 존재하기 때문에 실질적 '공동의 이익'의 발견을 통한 개념적 이익충돌의 완화현상은 더 현저해 질 수 있다. 다음의 두 가지 예를 살펴보자.

[사례 3] 부동산 매매의 매도인 A와 매수인 B 양자가 변호사 甲에게 부동산 소유권이전등기신청 업무를 위임한 경우

소유권이전등기는 물권의 취득 여부를 결정하는 매우 중요한 행위이고 매도인과 매수인은 상호 대립하는 관계에 있으므로 이를 대리하는 변호사가 쌍방을 대리하는 경우 이익충돌이 발생한다. 하지만 (i) '위임사무의 내용'과 관련해, 소유권이전등기 사무의 내용이 특별한 정보사용을 필요로 하는 사무가 아니고, 또한 (ii) 매도인 혹은 매수인에 의한 '비밀정보의 제공' 가능성이 낮으므로 비밀정보수령으로 인한 보호필요성이 없고, (iii) 양당사자는 동일 변호사에게 등기신청사무를 위임함으로써 비용을 절감할 수 있는 '공동의 이익'이 있으므로 이러한 쌍방위임은 많이 행해진다. 이와 같은 '공동의 이익'으로 인한 이익충돌의 완화 현상은 법무법인의 경우 더욱 현저할 수 있다.⁸⁷⁾ 다음의 사례를 보자.

86) “두 회사가 경쟁자로 인식되는지 여부 등 거래 전반의 사정에 비추어 볼 때 영업 대상 여부가 문제되는 회사가 실질적으로 이사가 속한 회사의 지점 내지 영업부문으로 운영되고 공동의 이익을 추구하는 관계에 있다면 두 회사 사이에는 서로 이익충돌의 여지가 있다고 볼 수 없고, 이사가 위와 같은 다른 회사의 주식을 인수하여 지배주주가 되려는 경우에는 상법 제397조가 정하는 바와 같은 이사회 승인을 얻을 필요가 있다고 보기 어렵다”(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869). 이 판례에 대한 평석으로는, 천경훈, “신세계 대표소송의 몇 가지 쟁점: 영업, 회사회유용, 자기거래”, **상사법연구**, 제33권 제1호(2014), 135면; 최문희, “실권주에 관한 법적 쟁점의 검토: 최근의 판례를 소재로 하여”, **상사법연구**, 제32권 제3호(2013), 103면; 권재열, “모회사의 이사에 대한 자회사의 실권주 배정에 관련된 몇 가지 쟁점의 검토”, **선진상사법률연구**, 제65호(2014. 1), 12면; 이중기, “이익충돌의 판정기준과 이사의 충실의무” 참조.

[사례 4] 회사 A는 평소 법무법인 X의 변호사 甲으로부터 자문을 구하였고, 회사 B는 동일 법무법인의 변호사 乙로부터 자문을 구하였는데, 회사 A의 빌딩을 회사 B에게 매각함에 있어 회사 A와 회사 B가 각각 변호사 甲과 乙에게 자문을 구한 경우

이 경우 법무법인은 각각 변호사 甲과 변호사 乙을 통해 회사 A와 회사 B를 모두 자문하므로, 형식상 쌍방자문을 하게 된다. 또한 법무법인의 사용정보의 범위를 결정함에 있어 각 변호사는 인식의 귀속 법리에 의해 자신이 아는 정보뿐만 아니라 법인이 아는 정보도 사용해야 할 의무를 지므로, 법리상 의무충돌 상황에 빠지게 된다. 하지만 이 경우 각 변호사가 자신의 고객의 이익을 위해 독립적으로 행위하는 한, (i) 위임사무의 내용이 간단하고, (ii) 비밀정보의 제공 가능성이 없고, (iii) 비용의 절감이라는 공동의 이익이 존재함을 고려하면, 법무법인의 이익충돌은 완화될 가능성이 있다.⁸⁸⁾

3. 법인의 인식 법리의 수정가능성: ‘정보차단장치’의 유효성 여부

앞서 본 것처럼, 법인에 대해 인식의 귀속법리 적용으로 인해 외견상 ‘거대’ 법인에 대한 이익충돌이 폭발적으로 증가할 것으로 예측되지만, 실제로 인식의 귀속 법리는 (i) 기관의 인식 및 귀속 단계에서 ‘기관 자격’에서의 인식을 요건으로 하고, (ii) 이익충돌에 대한 판정 단계에서 객관적 판정을 요하고, 또한 (iii) ‘공동의 이익’이 존재하는 경우 이익충돌이 완화 혹은 조각되기 때문에 실질적으로 이익충돌을 야기하지 않은 상황에서 인식의 귀속법리 때문에 명목적 이익충돌이 법률적 이익충돌로 인정될 가능성은 높지 않다. 하지만 거대 법인이 복수의 영업을 영위하는 경우 여전히 인식의 귀속법리 때문에 이익충돌이 인정될 가능성은 상존한다. 이와 관련해, 거대 법인이 법인 내에서의 정보의 흐름을 실제로 차단하고 이를 입증하는 경우 인식의 귀속 법리를 수정할 수 있는가가 문제된다.

(1) ‘정보차단장치’의 개념과 운용

앞서 본 [사례 4]에서 동일 법무법인의 변호사 甲과 변호사 乙이 독립적으로 행위하는 경우, 법무법인의 이익충돌이 완화될 수 있음을 살펴보았다. 그런데 이 법무법인이 적극적으로 업무부서 간에 정보의 흐름과 인력의 교류를 차단하는 장치

87) 박준, 257면 이하.

88) 박준, 259면 이하.

(소위 Chinese wall, 이하 '정보차단장치')⁸⁹⁾를 설정하고 각 부서를 마치 다른 법인인 것처럼 운영하는 경우, 법인법은 이러한 법인에 대해 다른 취급을 하거나 혹은 인식의 귀속법리의 적용에 있어 수정을 가할 수 있는가? 다시 말해 법인이 부서간에 '정보차단장치'를 설정하고 운용하는 경우, 신탁법이 신탁재산을 수탁한 법인에 대해 법인의 고유계정에서의 자격 외에 수탁계정에서의 자격을 인정하고 신탁재산에 대해 독립성을 인정하듯이, 하나의 법인에 대해서 마치 수 개의 자격을 갖는 법인인 것처럼 취급할 수 있는가? 혹은 정보의 인식에 대한 법리를 수정하여 어느 영업부서를 담당하는 기관 혹은 대리인의 인식을 다른 영업부서의 인식의 목적상 법인의 인식으로 귀속시키지 않을 수 있는가?

(2) 법인에 대한 '수 개의 자격'의 인정 여부

신탁법이 신탁을 인수한 법인에 대해 고유계정을 위한 자격 외에 신탁재산을 위한 수탁자자격을 인정하고 신탁재산의 독립성을 인정하는 것은 이러한 효과를 의도한 신탁법상의 근거조문들이 존재하기 때문이다. 수탁자자격에 대한 근거를 이와 같이 제정법의 해석에 기해 도출한다면, '정보차단장치'를 운용하는 법인에 대해 복수 자격을 부여하고 책임재산을 분리하기 위한 근거도 제정법에 기해 도출해야 할 것이다. 따라서 '정보차단장치'를 운용하는 법인의 영업부서를 별도의 법인처럼 취급하기 위해서는 이러한 효과를 의도하는 조문이 법인의 설립 근거법 등에 입법되어야 하고, 이러한 제정법적 근거 없이는 법인을 하나의 인격체로 보는 것과 다른 해석은 현행법상 인정되기 어렵다고 본다.

(3) 기관 등의 '인식의 귀속'에 대한 차단 여부

법인에 대해 수 개의 자격을 인정하고 각각의 책임재산을 인정하는 것은 법인의 설립근거법 등에 근거규정을 두어야 가능하겠지만, 기관 혹은 대리인의 인식을 법인에 귀속시키는 것을 제한 혹은 차단하는 것은 현행법의 해석으로도 인정될 수 있다.

1) '기관'의 인식의 귀속에 대한 차단

법인법은 법인을 사람으로 의제하면서, 자연인의 두뇌에 해당하는 존재를 기관

⁸⁹⁾ 정보차단장치의 운용 및 그 효과와 한계에 대해서는, 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 185면 이하; 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 94면 이하; 박준 246면 이하; 이상수, “차단막을 이용한 이익충돌 회피”, **법과 사회**, 제 36권(2009), 215면 이하.

으로 상정하고, 기관의 인식을 법인의 인식으로 의제한다. 이처럼 기관인식의 법인에의 귀속(attribution to company) 법리는 처음부터 의제적인 것이므로 ‘의제의 범위’를 어떻게 설정하는가에 따라 귀속되는 정보의 범위 및 귀속의 방법이 정책적으로 설정될 수 있다. 따라서 ‘원칙적’으로 기관의 인식은 법인의 인식으로 의제되어 귀속되지만, ‘예외적’으로 기관의 인식 가운데 법인의 인식으로 귀속되지 않는 정보를 설정할 수도 있다. 즉 이때 정책적으로 인식의 귀속이 필요한 범위만큼 혹은 인식의 귀속이 불필요한 범위만큼 귀속 혹은 불귀속되는 인식의 범위’를 의제적으로 정하면 된다(소위 ‘구심적 귀속’의 차단).⁹⁰⁾

마찬가지로, 법인이 다른 기관을 통해 인식한 법인의 인식을 기관의 인식으로 귀속(attribution to agent)시키는 경우에도 어느 범위에서 법인의 인식을 당해 기관의 인식으로 귀속시키는가 하는 문제가 발생한다.⁹¹⁾ 이 단계에서도 동일한 논리가 적용될 수 있다. 즉 법인이 기관을 통해 행위할 때 법인이 인식해야 하는 정보 범위도 기관을 법인의 두뇌로 의제하여 정책적으로 결정하는 것이므로, 정책적으로 필요한 인식의 귀속 범위만큼 ‘의제의 범위’를 설정하면 된다. 즉 원칙적으로 기관은 기관 자신이 아는 정보뿐만 아니라 법인이 아는 정보 전체를 사용할 의무를 지지만, 앞서 본 것처럼 예외적으로 정책상 필요가 있다면, 법인이 어느 기관을 통해 행위할 때, 필요한 범위만큼 인식의 귀속 범위를 배제/차단할 수 있다(소위 ‘원심적 귀속’의 차단).

2) ‘대리인’의 인식의 귀속에 대한 차단

기관의 인식은 법인 ‘자체’의 인식으로서 논리상 법인에 ‘당연히’ 귀속된다. 이에 비해 대리인의 인식은 법인의 인식이 아니므로 논리상 귀속되지 않지만, 대리법이 상대방 보호의 필요성 때문에 ‘정책적’으로 본인 인식으로 간주하는 방법으로 귀속된다.

이와 같이 대리법리가 대리인의 인식을 본인에 귀속시키는 것(민법 제116조 제1항) 혹은 본인의 인식을 대리인에게 귀속시키는 것(제2항)은 법인법리에 따라 ‘기관’의 인식을 ‘법인’의 인식 자체로 의제하는 것보다 더 정책적인 것이기 때문에, 대리인 인식의 귀속법리에 대한 제한은 민법 제116조의 축소 해석을 통해 가능하다고 생각된다. 즉, 예외적인 경우, 법인에 대한 조직의무⁹²⁾의 강제필요성이 실질

90) II. 1. 및 2. 참조.

91) II. 3. 참조.

적으로 사라지거나 혹은 법인의 거래상대방의 보호 필요성이 실질적으로 부인되는 경우, 대리인 인식의 법인에 대한 귀속필요성 혹은 법인인식의 대리인에 대한 귀속필요성은 정책적으로 그 정도가 조정될 수 있다고 본다.

3) 귀속의 차단 의는?

하지만 아래에서 살펴보는 것처럼, 이론적 가능성에도 불구하고 지금까지 법원이 정책적 필요성에 기해 인식의 귀속법리를 수정해 기관 혹은 대리인의 인식의 귀속을 차단한 경우는 발견하기 어렵다.

4. '정보차단장치'에 대한 법적 승인의 어려움

앞서 본 것처럼, '기관' 혹은 '대리인'에 의한 인식의 귀속 법리는 모두 정책적 필요성에 의해 고안한 의제적 혹은 간주적 귀속 방법이기 때문에 인식의 귀속을 법리적으로 차단할 정책적 필요성이 생긴다면 이들 법리는 모두 수정될 수 있다. 그렇다면 다음 단계에서 제기되는 문제는 "인식의 귀속을 제한할 정책적 필요성은 언제 어떠한 상황에서 인정되는가?"이다. 구체적으로, 거대 금융기관 혹은 대규모 법무법인에는 인식의 귀속법리 때문에 개념적 이익충돌이 발생할 가능성이 있고 이로 인한 잠재적 피해가능성이 있는데, 이를 해결하기 위해 금융기관 등이 법인 내에 '정보차단장치'를 적극적으로 운용하는 경우 법원은 이러한 '정보차단장치'에 대해 인식의 귀속법리를 수정하는 효과를 부여할 수 있는가?

(1) 법인의 '조직의무': 내부 정보차단장치에 대한 승인의 문제점

앞서 본 것처럼, 법인은 일정한 '설립목적의 달성'을 위하여 설립되고, 통상 수인의 기관을 두거나 대리인을 통해 활동함으로써 사업에 대한 '규모의 경제'를 달성하려고 한다.⁹²⁾ 이러한 유인을 갖는 법인의 설립과 사업 영위에 대해 국가는 이러한 활동이 적법 타당한 경우 이러한 활동을 보호 지원해야 하지만 이러한 활동이 불법 부당한 경우 이를 규제할 수 있는 적절한 규제수단을 보유해야 한다.

법인법이 법인을 규제하는 주된 방법은 법인을 '하나의 인격체'로 보아 전체 사업 활동에 대해 자율적 내부통제구조를 갖추도록 하고 이러한 '조직의무'를 위반한 경우 법인의 책임을 추궁하는 방법이다. 예를 들어, 법인이 사업의 규모를 확장

92) 아래의 4. (1) 참조.

93) V. 1. (1) 참조.

해 대규모로 여러 활동을 하더라도 법인법은 당해 법인을 하나의 인격체로 보아 전체 활동의 통제를 위한 내부통제구조를 ‘조직’해야 할 의무와 그 위반에 대한 책임을 묻는다. 또 법인에 대해 이러한 ‘조직의무’와 책임을 실현하기 위해, 법인법은 법인의 각 기관 혹은 지점이 인식한 정보를 법인의 정보로 귀속시키고, 역으로 통합된 법인의 정보도 각 기관의 인식으로 귀속시킨다.⁹⁴⁾

이러한 단일인격체에 대한 자율적 ‘조직의무’의 개념 및 ‘정보의 귀속’ 법리는 법인이 사업을 거대규모로 확장하는 경우에도 그대로 적용하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 ‘규모의 경제’를 달성하기 위해 법인이 사업을 확장하면 할수록 ‘규모의 경제’에 상응하는 책임의 주체도 존재해야 하기 때문이다. “즉 법인으로서의 자신의 부지(혹은 선의)를 주장하는 것이 상대방과의 거래에서 유리한 경우가 많기 때문에, 가능한 한 ‘기억상실’⁹⁵⁾을 유도하는 구조를 취할 유인을 갖는데, [법인법] 이에 대해 Chinese wall을 통한 기억상실을 법리적으로 승인하게 되면, 법인의 활동에 대한 규제는 사실상 불가능하게” 되기 때문이다.⁹⁶⁾ 결론적으로, 기관인식의 귀속법리에 의해 내부정보 전체에 대한 법인의 인식/악의가 간주되어야만 법인은 법인 내의 모든 정보를 효율적으로 통제관리할 유인을 갖게 된다. 만약 기관 인식의 귀속 법리가 정보차단장치의 운용에 의해 수정될 수 있다면, 법인은 정보차단장치의 운용을 통해 그때그때 필요한 법인의 부지 혹은 선의를 작출할 큰 유인을 갖게 되고, 이에 따라 법인 정보 전체의 효율적 정보관리체제를 구축 유지할 유인은 사라지게 된다.⁹⁷⁾

이러한 관점에서 보면, 거대 금융기관 혹은 대규모 법무법인에서 인식의 귀속법리 때문에 개념적 이익충돌이 발생할 가능성이 있고 이로 인한 잠재적 피해가능성이 있다고 하더라도, 이를 해결하기 위해 인식의 귀속법리를 ‘수정’할 필요는 없

94) 독일의 판례이론도 “분업화된 조직을 통하여 이익을 누리고 있는 단체는 분업화로 인하여 필연적으로 일어나는 인식의 분할을 정보로서 저장하고 이러한 정보가 단체 내에서 제대로 전달될 수 있도록 할 주의의무를 부담한다”고 한다. “즉 단체가 어떠한 법적 형태를 취하고 있는 간에 분업화된 조직을 갖고 있으면 정보를 제대로 관리하고 정보가 제대로 전달될 수 있는 조직을 갖출 일반적인 의무가 있”고, “이러한 주의의무를 다하지 않으면 해당 부서 내지 담당기관이 이를 모른다고 하더라도 전체 조직적 차원에서 해당 단체가 필요한 정보를 제대로 관리하지 못하였다는 이유로 인식한 것으로 볼 수 있다”고 한다(이병준 112면).

95) 법인의 기억상실 혹은 부지에 대해서는, 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 150-151면.

96) 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 98면.

97) 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 98면.

다. 이러한 잠재적 피해가능성을 해결하기 위해 필요한 조치는 인식의 귀속법리를 '수정'하는 것이 아니라 인식의 귀속을 '실질적', '객관적'으로 판정하는 것이다. 기관 혹은 대리인을 사용해 사업을 확대하는 법인이 문제된 이익충돌이 단순히 개념적인 것이라고 주장하는 경우 법원은 피고 법인으로 하여금 실질적 이익충돌이 존재하지 않는다는 것을 입증할 수 있는 기회를 주어야 하고, (i) 기관의 인식 단계, (ii) 인식의 귀속 단계 및 (ii) 이익충돌의 판정 단계에서 문제의 이익충돌이 개념적인 것인지 혹은 법률적인 것인지를 '공동의 이익' 등을 살펴봄으로써 객관적으로 판정해야 한다.⁹⁸⁾

(2) 자본시장법에 의한 '정보차단장치'의 운용과 그 효과: 방어방법?

자본시장법은 금융투자업자에 대하여 '정보차단장치'의 운용을 강제한다.⁹⁹⁾ 이와 같이 규제법규가 법인에 대해 '정보차단장치'의 운용을 강제하는 경우 '정보차단장치'의 효과를 다르게 볼 가능성이 생기는가? 즉 규제법규 때문에 법인 내에 정보차단장치가 운용되는 경우, 이러한 강제적 운용에 대해 법인법은 인식의 귀속법리를 수정 적용할 수 있는가? 법인 내에 '정보차단장치'가 계획대로 운영되는 경우 정보차단장치는 정보의 흐름과 인력의 교류를 실질적으로 차단하는 효과를 갖는다. 따라서 정보차단장치가 실질적으로 정보의 교류를 차단하는 한도에서 직원의 인식을 실제 차단하기 때문에 실질적 이익충돌을 방지하는 효과가 있다.

⁹⁸⁾ 앞의 V. 2. 참조.

⁹⁹⁾ 동법 제45조(정보교류의 차단) ① 금융투자업자는 그 영위하는 금융투자업(고유재산 운용업무를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 간에 이해상충이 발생할 가능성이 큰 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 금융투자상품의 매매에 관한 정보, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 제공하는 행위
2. 임원(대표이사, 감사 및 사외이사가 아닌 감사위원회의 위원을 제외한다) 및 직원을 겸직하게 하는 행위
3. 사무공간 또는 전산설비를 대통령령으로 정하는 방법으로 공동으로 이용하는 행위
4. 그 밖에 이해상충이 발생할 가능성이 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

② 금융투자업자는 금융투자업의 영위와 관련하여 계열회사, 그 밖에 대통령령으로 정하는 회사와 이해상충이 발생할 가능성이 큰 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 금융투자상품의 매매에 관한 정보, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 제공하는 행위
2. 임원(비상근감사를 제외한다) 및 직원을 겸직하게 하거나 파견하여 근무하게 하는 행위
3. 사무공간 또는 전산설비를 대통령령으로 정하는 방법으로 공동으로 이용하는 행위
4. 그 밖에 이해상충이 발생할 가능성이 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

하지만 이러한 효과가 생기는 것만으로 ‘정보차단장치’의 운용에 대해 인식의 귀속법리의 차단 효과를 부여할 필요는 없다. 자본시장법이 금융투자업자에 대해 ‘정보차단장치’의 설정을 의무화하는 이유는 충돌하는 금융투자 업무부서 사이에 실질적인 정보의 교류를 사전금지함으로써 정보유용을 사전에 회피하기 위한 것이지 금융투자업자에 대해 ‘기억상실’을 통한 면책을 주기 위한 것은 아니기 때문이다. 특히 정보차단장치는 ‘실무부서 차원’에서의 정보교류를 차단할 뿐이고, 정보차단장치를 관리 감독하는 준법감시인이나 고위급 임원들은 ‘차단장치 위’에서 회사의 정보 전부에 대해 접근할 수 있다¹⁰⁰⁾는 점을 고려하면 인식의 귀속법리를 수정할 이유는 없다.

결론적으로, 자본시장법과 같이 규제법규가 ‘정보차단장치’의 운용을 강제하는 경우에도 법인의 인식을 귀속법리에 의해 확정할 필요성은 변함이 없고 ‘정보차단장치’의 운용에 대해 인식의 귀속 법리를 수정하는 효과를 줄 필요는 없다. 즉 법인이 기관 혹은 대리인을 사용해 사업의 효율성을 확대하는 경우, 규모의 경제에 따른 이익이 존재하고 그에 따른 인식의 확장 기타 책임도 부담해야 한다. 만약 이익충돌이 단순히 개념적인 것이라면 법인이 그것이 개념적인 이익충돌에 불과하다는 것을 입증해야 한다. 물론, 정보차단장치는 실질적으로 교류를 차단하는 효과가 있고 그 한도에서 직원의 인식을 실제 차단하기 때문에, 이익충돌의 객관적 판단단계에서 ‘정보의 실질적 차단’을 입증하는 수단으로 활용될 수는 있다.¹⁰¹⁾ 즉, 원고가 문제의 이익충돌이 실질적 이익충돌이 아니라 단순히 이론적 개념적 이익충돌이라는 것을 주장하는 데 도움은 될 수 있다.

5. 법인에서의 이익충돌의 해소 방법: 공시와 승인

(1) ‘이익충돌’의 공시와 승인

그런데 법인이 이익충돌이 단순히 개념적이라거나 실질적 이익충돌이 없다는 것을 주장하는 방법은 인식의 귀속 법리를 통해 이익충돌에 빠진 법인이 ‘사후적’으로 충실의무 위반 책임으로부터 벗어나기 위한 조치이고, 처음부터 이익충돌의 발생을 방지하는 방법은 아니다. 그렇다면 법인에 대해서는 인식의 귀속으로 인한 이익충돌 가능성으로부터 ‘사전적’으로 벗어날 수 있는 방법은 없는 것인가? 그렇

100) 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 190-191면 참조.

101) 앞의 V. 2. (2) 참조.

지는 않다. 법인은 이익충돌의 가능성을 사전에 고객에 대해 공시하고 이익충돌사실에 대한 승인을 받으면 이익충돌로 인한 의무와 책임으로부터 벗어날 수 있다. 이익충돌에 관해 가장 상세한 규정을 두고 있는 신탁법은 명시적으로 이익충돌행위에 대한 공시와 승인의 방법을 인정한다.¹⁰²⁾

이익충돌 회피의무 등은 충실의무법이 본인의 기대이익을 보호하기 위해 후견적 차원에서 충실의무자에게 부과하는 것이므로, 보호 목적인 본인이 자신의 기대이익을 스스로 결정할 수 있는 경우에는 법원이 후견적으로 관여할 정당성은 낮아진다. 그 결과, 본인이 법인 충실의무자로부터 '구체적' 이익충돌 상황을 통지받아 '충분히 숙지'한 상태에서 그에 대해 '적절한 방식'으로 이익충돌을 승인한 경우, 본인은 법인 충실의무자의 이익추구행위에 대해 충실의무 위반을 주장할 수 없게 된다.¹⁰³⁾

(2) '정보차단장치'의 공시와 승인

법인이 충돌하는 이익에 대해 고객에게 공시하고 이익충돌상황에 대해 승인을 받을 수 있는 것처럼, 법인이 법인 내에 운용하는 '정보차단장치'에 대해 공시하고, 인식의 귀속 범위를 정보차단장치에 의해 제한하기로 합의하는 것도 가능하다. 이 경우 '정보차단장치'는 당사자의 '합의'에 따라 인식의 귀속 범위를 제한하는 효력을 갖게 된다. 물론, '정보차단장치'가 부실하게 운용된 경우에는 차단장치 자체의 효력이 부인되므로 인식의 귀속 범위를 차단하는 효력은 부정된다. 예를 들어, 정보차단장치를 설정하더라도 차단벽이 무너져 부서간에 정보가 유통된 경우

102) 동법 제34조(이익에 반하는 행위의 금지) ① 수탁자는 누구의 명의(名義)로도 다음 각 호의 행위를 하지 못한다.

1. 신탁재산을 고유재산으로 하거나 신탁재산에 관한 권리를 고유재산에 귀속시키는 행위
2. 고유재산을 신탁재산으로 하거나 고유재산에 관한 권리를 신탁재산에 귀속시키는 행위
3. 여러 개의 신탁을 인수한 경우 하나의 신탁재산 또는 그에 관한 권리를 다른 신탁의 신탁재산에 귀속시키는 행위
4. 제3자의 신탁재산에 대한 행위에서 제3자를 대리하는 행위
5. 그 밖에 수익자의 이익에 반하는 행위

② 제1항에도 불구하고 수탁자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제1항 각 호의 행위를 할 수 있다. 다만, 제3호의 경우 수탁자는 법원에 허가를 신청함과 동시에 수익자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

1. 신탁행위로 허용한 경우
2. 수익자에게 그 행위에 관련된 사실을 고지하고 수익자의 승인을 받은 경우
3. 법원의 허가를 받은 경우

103) 공시의 적절성, 승인의 적절성 등에 대한 논의로는, 이중기, “금융기관의 충실의무와 이익충돌”, 107면 이하; 이중기, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 Chinese wall”, 160면 이하 참조

정보차단장치의 효력은 부정된다. 마찬가지로 회사내 모든 정보에 대해 접근가능한 대표이사나 고위임원 및 정보차단장치 관리 감독자인 준법감시인에 대해서는 인식의 귀속법리가 적용되고 정보차단장치의 효력은 인정되지 않는다.

VI. 정리의 말: 이익충돌에 대한 ‘정보차단장치’의 효과

자연인이 처한 어떤 상태가 이익이 충돌한 상황인지 혹은 자연인의 어떤 행위가 이익충돌을 야기하는 행위인지 여부에 대한 판정은 실질적 이익충돌의 초래 가능성의 존재 여부에 의해 객관적으로 결정되어야 하고, 수임인의 의도나 거래의 사후적 결과 여부는 고려되지 않는다.

동일한 원칙은 자연인뿐만 아니라 법인에 대해서도 동일하게 적용되고, 법인이 이익충돌 상황에 처했는지는 객관적으로 판정된다. 그런데 법인 가운데 거대 금융기관 혹은 대규모 법무법인의 경우, 인식의 귀속법리 때문에 개념적인 이익충돌이 발생할 가능성이 있고 이로 인한 잠재적 피해가능성이 생기기 때문에 이를 해결하기 위해 인식의 귀속법리를 ‘수정’할 필요성이 생기는가 여부가 문제된다. 만약 ‘정보차단장치’에 대해 인식의 귀속에 대한 방어방법으로서의 효력을 부여해 기관 인식의 귀속 법리를 정보차단장치의 운용에 의해 수정할 수 있다면, 법인은 정보차단장치의 운용을 통해 그때그때 필요한 법인의 부지 혹은 선의를 작출할 큰 유인을 갖게 되고, 이에 따라 법인 정보 전체에 대한 효율적 관리체제를 구축할 유인은 사라지게 된다.

결론적으로, 기관 혹은 대리인을 사용하여 사업의 효율성을 확대하는 법인은 그에 따른 인식의 확장에 따른 책임을 부담해야 하고, 만약 인식의 귀속법리에 따른 이익충돌이 단순히 개념적인 것이라면 법인이 그것이 개념적인 이익충돌에 불과하다는 것을 입증해야 한다.

참고문헌

- 곽윤직/손지열, **민법주해**[III](2010).
- 곽윤직/이주홍, **민법주해**[XVIII](2005).
- 권재열, “모회사의 이사에 대한 자회사의 실권주 배정에 관련된 몇 가지 쟁점의 검토”, **선진상사법률연구**, 제65호(2014. 1).
- 김건식, **회사법 연구 I** (2010).
- 김연미, “유동화회사의 인식의 귀속문제”, **상사법연구**, 제32권 제4호(2014).
- 김재형, “사용자책임에서의 사무집행관련성(1)”, **법조**, 제44권 제6호(1995).
- 김제완, “이익의 충돌에 의한 수입제한과 변호사의 윤리”, **인권과 정의**, 제330호 (2004. 2).
- 박 준, **판례 법조윤리**(2011).
- 송옥렬, **상법강의**(제3판)(2013).
- 송호영, **법인론**(2013).
- _____, “법인의 대표자가 자신이 대표하는 법인에 대해서 불법행위를 한 경우에 법인의 인식여부”, **저스티스**, 통권 제82호(2004).
- _____, “법인의 불법행위책임에 관한 소고 - 민법 제35조의 해석론을 중심으로”, **한양대 법학논총**, 제25권 제4호(2008).
- _____, “법인의 활동과 귀속의 문제 - 법인본질론쟁의 극복을 위한 하나의 시론”, **민사법학**, 제31호(2006).
- _____, “이른바 “인식의 귀속”에 관하여”, **비교사법**, 제8권 제1호(상)(2001).
- 이병준, “법인에 있어서의 인식의 귀속과 인식의 책임” **외법논집**, 제35권 제2호 (2011).
- 이상수, “차단막을 이용한 이익충돌 회피”, **법과 사회**, 제36권(2009).
- 이중기, **공익신탁과 공익재단의 특징과 규제**(2014).
- _____, “금융기관의 충실의무와 이익충돌, 그 해소방안”, **증권법연구**, 제7권 제2호 (2006).
- _____, “법무법인에 발생하는 이익충돌과 충실의무: ‘준수탁자’로서의 법무법인”, **홍익법학**, 제14권 제4호(2013).
- _____, “신의칙과 위법법리에의 접목을 통한 충실의무법리의 확대와 발전”, **홍익 법학**, 제12권 제2호(2011).

- 이중기, “신탁법에 기초한 영미 충실의무법리의 계수와 발전”, **홍익법학**, 제12권 제1호(2011).
- _____, “신탁에서의 이익항유금지의 원칙과 이익반환책임”, **홍익법학**, 제8권 제2호 (2007).
- _____, “이익충돌의 판정기준과 ‘법인격’의 고려여부, 회사기회 유용법리와 회사법 상 충실의무법리의 전개”, **민사판례연구**[XXXVII](2015).
- _____, “증권회사에 발생하는 이익충돌과 정보유용의 문제: 공시와 승인, 상관습, 면책약관, Chinese Wall의 적용”, **한림법학 Forum**, 제6권(1997).
- 이진만, “불법행위의 피해자인 법인의 법률상 대리인이 법인에 대한 관계에서 배임 적 대리행위를 하는 경우, 그 법률상 대리인의 인식(악의)을 법인에게 귀속 시킬 수 있는지 여부”, **대법원판례해설**, 제57호(2006).
- 이태영, “변호사의 이익충돌회피의무 – 현재 외퇴인 사이의 이익충돌을 중심으로”, **법조**, 제61권 제9호(2012).
- 천경훈, 회사기회의 법리에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문(2012).
- _____, “신세계 대표소송의 몇 가지 쟁점: 경업, 회사기회유용, 자기거래”, **상사법 연구**, 제33권 제1호(2014).
- 최문희, “실권주에 관한 법적 쟁점의 검토 : 최근의 판례를 소재로 하여”, **상사법 연구**, 제32권 제3호(2013).
- 한기정, **보험자의 정보보유와 보험계약자의 고지의무**(1999).
- Law Commission Consultation Paper No. 124, *Fiduciary Duties and Regulatory Rules* (1992).
- Flannigan, “The Fiduciary Obligation” (1989) 9 *OJLS* 285.

<Abstract>

Attribution of Knowledge in a Legal Person and Its Notice of Conflict of Interests: The Validity of Chinese Wall Policy

Lee, Choong Kee*

There are many statutory provisions declaring that a legal effect to a person is determined by the person's knowledge or recognition on a certain circumstance surrounding his action. In principle, these provisions should apply to legal persons to the same extent. Here, the difficult question how a legal person know or recognize arises. Traditionally, it is assumed that a legal person acts through its 'directing mind', ie. its organ, and its agents, and thus the knowledge of the organ or agent of a legal person is imputed to the person's knowledge.

This article explores the complex question whether and in what circumstances knowledge should be attributed to a legal person. In particular, the article investigates the question how a legal person recognizes conflict of interests where such a person assume fiduciary duties to its clients. It is conceded that a legal person has two inherent motives of pursuing its objects selfishly and employing economies of scale strategically, and that these motives, combined with the legal rule of attribution of knowledge, tend to multiply the 'notional' conflict of interests in the company. But, since the desirable self-regulatory mechanism can only be invoked by enforcing the attribution rule in a company, the rule should not be bended even in gigantic corporate bodies. In the same line, the adoption of 'Chinese wall policy' should not be considered as an effective way of creating 'corporate forgetting' or ignorance, although it may be used in preventing actual communication of information. The liabilities for expanding corporate activities in conglomerates should be commensurate with the benefits accruing from their economies of scale.

* Professor of Law, College of Law, Hongik University.

Keywords: knowledge, notice, attribution of knowledge, knowledge of a legal person, organ, agent, fiduciary duty, conflict of interests, knowledge of conflict of interests, Chinese wall policy, disclosure and consent