

손해배상(기)

[서울고등법원 2016. 2. 5. 2013나50901]



【전문】

【원고, 피항소인 겸 항소인】 원고 (소송대리인 법무법인 세종 담당변호사 변희찬 외 2인)

【피고, 항소인 겸 피항소인】 망 소외 1의 소송수계인 피고 1 외 5인 (소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 곽태철 외 1인)

【제1심판결】 서울중앙지방법원 2013. 6. 27. 선고 2011가합127480 판결

【변론종결】2016. 1. 15.

【주문】

】

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 망 소외 1(000000-0000000)로부터 상속받은 재산의 범위 내에서, 주식회사 삼협교역에게,

1) 피고 1은 2,380,719,533원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 2011. 4. 19.부터 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의, 1,501,480,644원에 대하여는 2013. 3. 14.부터 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의, 856,161,965원에 대하여는 2013. 3. 14.부터 2016. 2. 5.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고,

2) 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각각 1,587,146,355원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 2011. 4. 19.부터 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의, 1,000,987,096원에 대하여는 2013. 3. 14.부터 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의, 570,774,643원에 대하여는 2013. 3. 14.부터 2016. 2. 5.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

나. 원고의 나머지 청구를 모두 기각한다.

2. 소송총비용 중 1/3은 피고들이, 나머지는 원고가 각 부담한다.

3. 제1항 중 금원지급을 명한 부분은 가집행할 수 있다.

【청구취지 및 항소취지】[청구취지]주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 7,757,485,569원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 5,171,657,046원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 감축하였다).[항소취지]○ 원고: 제1심 판결 중 (아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는) 원고 패소부분을 취소한다. 주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 6,232,928,001원, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 4,155,285,334원 및 위 각 돈에 대하여 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(제1심 피고 소외 1이 당심 소송계속 중 사망함에 따라 피고들이 소외 1의 소송절차를 수계하였고, 청구취지도 앞서 본 것처럼 감축되었으므로, 이에 맞추어 항소취지를 위와 같이 선택한다).○ 피고: 제1심 판결 중 망 소외 1 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】[청구취지]주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 7,757,485,569원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 5,171,657,046원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 감축하였다).[항소취지]○ 원고: 제1심 판결 중 (아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는) 원고 패소부분을 취소한다. 주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 6,232,928,001원, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 4,155,285,334원 및 위 각 돈에 대하여 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(제1심 피고 소외 1이 당심 소송계속 중 사망함에 따라 피고들이 소외 1의 소송절차를 수계하였고, 청구취지도 앞서 본 것처럼 감축되었으므로, 이에 맞추어 항소취지를 위와 같이 선행한다).○ 피고: 제1심 판결 중 망 소외 1 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】[청구취지]주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 7,757,485,569원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 5,171,657,046원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 감축하였다).[항소취지]○ 원고: 제1심 판결 중 (아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는) 원고 패소부분을 취소한다. 주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 6,232,928,001원, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 4,155,285,334원 및 위 각 돈에 대하여 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(제1심 피고 소외 1이 당심 소송계속 중 사망함에 따라 피고들이 소외 1의 소송절차를 수계하였고, 청구취지도 앞서 본 것처럼 감축되었으므로, 이에 맞추어 항소취지를 위와 같이 선행한다).○ 피고: 제1심 판결 중 망 소외 1 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】[청구취지]주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 7,757,485,569원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 5,171,657,046원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 감축하였다).[항소취지]○ 원고: 제1심 판결 중 (아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는) 원고 패소부분을 취소한다. 주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 6,232,928,001원, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 4,155,285,334원 및 위 각 돈에 대하여 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(제1심 피고 소외 1이 당심 소송계속 중 사망함에 따라 피고들이 소외 1의 소송절차를 수계하였고, 청구취지도 앞서 본 것처럼 감축되었으므로, 이에 맞추어 항소취지를 위와 같이 선행한다).○ 피고: 제1심 판결 중 망 소외 1 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】[청구취지]주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 7,757,485,569원 및 그중 23,076,923원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 5,171,657,046원 및 그중 15,384,615원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지, 나머지 금액에 대하여는 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 각 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(원고는 당심에서 청구취지를 감축하였다).[항소취지]○ 원고: 제1심 판결 중 (아

래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는) 원고 패소부분을 취소한다. 주식회사 삼협교역에게, 피고 1은 6,232,928,001원, 피고 2, 피고 3, 피고 4, 피고 5, 피고 6은 각 4,155,285,334원 및 위 각 돈에 대하여 2013. 3. 14.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라(제1심 피고 소외 1이 당심 소송계속 중 사망함에 따라 피고들이 소외 1의 소송절차를 수계하였고, 청구취지도 앞서 본 것처럼 감축되었으므로, 이에 맞추어 항소취지를 위와 같이 선택한다).○ 피고: 제1심 판결 중 망 소외 1 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

【이유】

】1. 기초사실

가. 주식회사 삼협교역(이하 '삼협교역'이라 한다)은 1981. 8. 7. 설립되어 스포츠용품 수출입 및 도소매업을 주된 영업으로 하는 회사이다.

원고는 삼협교역의 주식 4,000주(총 발행주식 15,000주의 26%)를 소유하고 있는 주주이며, 소외 1은 삼협교역이 설립된 1981. 8. 7.부터 삼협교역의 이사로 취임하여, 1985. 12. 19.부터 삼협교역이 해산된 2011. 8. 4.까지 삼협교역의 대표이사로 근무하였다.

나. 소외 1은 1987. 2. 23. 주식회사 삼화기연(이하 '삼화기연'이라 한다)을 설립하여 1990. 2. 23.까지 대표이사로 재직하였고, 1991. 4. 11.부터 2003. 4. 11.까지 이사로 재직하였다.

삼화기연 발행주식 중 29%는 소외 1이 보유하고 있고, 나머지 주식은 소외 1의 자녀인 피고 6(50%), 피고 5(13%), 피고 4(8%)가 보유하고 있다.

소외 1의 아들인 피고 6은 2003. 4. 11.부터 삼화기연의 대표이사로 재직하고 있다.

다.

삼협교역은 DUNLOP JAPAN LTD(이하 '일본 던롭'이라 한다)로부터 골프공 등을 수입·판매하여 오다가, 1996. 1. 1. 일본 던롭과 스포츠용품 대리점계약을 체결하면서 스미토모가 제작·판매하는 골프, 테니스 등 스포츠 용품 및 의류 등에 관하여 2005. 12. 31.까지 10년간 한국에서의 독점판매권을 행사하기로 약정하였다(이하 '이 사건 독점판매계약'이라 한다).

라. 그 후 삼협교역은 일본 던롭의 한국 총판으로서 던롭 골프용품 수입·판매를 주된 영업으로 하였는데, 2001년도부터 점차 골프용품 수입량이 감소하더니, 일본 던롭과의 위 독점판매계약이 종료된 2006년부터는 던롭 골프용품 수입이 전혀 없었다.

반면 삼화기연의 골프용품 수입은 1999년 이후 계속적으로 증가하였고, 수입품 대부분이 던롭 제품이었으며, 2006년부터는 일본 던롭의 한국 공식총판으로서 던롭 제품을 수입·판매하여 왔다.

마. 관세법인이 작성한 거래명세서(갑 제24호증의 1, 2)에 기초한 삼협교역과 삼화기연의 2001년부터 2006년까지의 수입금액 내역은 아래 표와 같다.

년도삼협교역 수입금액(원)수입금액 증감률골프용품 수입건수/총수입건수삼화기연 수입금액(원)수입금액 증감률골프용품 수입건수/총수입건수2001년4,386,548,706-63/1331,010,139,052-28/282002년3,393,835,107-22.6%69/1151,799,152,28378.1%59/592003년3,108,456,437-8.4%40/1012,941,239,44963.5%93/942004년

3, 4 5 8, 8 4 6, 7 6 3 1 1. 3 % 6 8 / 1 3 1 5, 7 6 3, 4 6 6, 6 8 3 9 5. 9 % 1 2 8 / 1 3 2 2 0 0 5 년
4,107,094,27718.7%94/1508,451,750,39046.6%173/1772006년(주2)394,284,021 0/63,987,337,577-63/73
2006년

바. 한편 삼협교역의 수입신고내역 중 2003년경부터의 수입신고내역에는 던롭 골프용품 중 상당 부분이 납세자상호는 삼협교역으로 되어 있으나, 수입자상호는 삼화기연으로 되어 있다(제1심 법원의 서울세관장에 대한 2012. 9. 12. 사실조회 결과(갑 제30, 31호증과 같다) 참조).

사. 또한 제1심 법원의 서울세관장에 대한 2012. 9. 12. 사실조회 결과(갑 제31호증 참조)에 기초한 삼화기연의 1999년부터 2011년까지의 던롭 계열 제품의 대략적인 수입금액은 아래 표 기재와 같다.

년도대략적인 수입금액증감액증감비율1999년7억 원- 2000년 11억 원▲ 4억 원▲ 57.1%2001년8억 원▽ 3억 원▽
27.3%2002년 20억 원▲ 12억 원▲ 150%2003년 30억 원▲ 10억 원▲ 50%2004년 66억 원▲ 36억 원▲
120%2005년 95억 원▲ 29억 원▲ 43.9%2006년 134억 원▲ 39억 원▲ 41.1%2007년 151억 원▲ 17억 원▲
12.7%2008년 229억 원▲ 78억 원▲ 51.7%2009년 263억 원▲ 34억 원▲ 14.8%2010년 302억 원▲ 39억 원▲
14.8%

아. 삼협교역 설립 이후, 삼협교역의 주식은 원고의 남편 소외 2 측과 소외 1 측 주주들이 각각 50%씩을 보유하여 왔다. 소외 2 측 주주들과 소외 1 측 주주들은 2002년경부터 경영권 다툼을 벌여 왔는데 양측의 주식 보유 비율이 정확히 동수인 까닭에 주주총회가 파행으로 치닫는 등 운영이 교착 상태에 이르렀고, 이에 2011. 8. 4. 서울중앙지방법원 2011가합9155 주식회사해산청구 사건에서 강제조정이 확정됨으로써 삼협교역은 법원의 해산명령으로 해산되었다. 자. 삼화기연은 2011년 2월경 스틱스스포츠코리아 주식회사에 골프용품 영업부문을 21,425,000,000원에 양도하였다.

차. 소외 1은 당심 소송 계속 중이던 2015. 5. 25. 사망하였다.

소외 1의 처 피고 1과 자녀인 나머지 피고들이 소외 1의 상속재산을 공동상속하고, 이 사건 소송절차를 수계하였다. 피고들은 2015. 8. 21. 피상속인 소외 1에 대한 상속한정승인 신고를 하여 2015. 10. 28. 위 신고가 수리되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 6, 7, 14 내지 19, 24, 26, 30, 31, 32, 33, 46, 47, 51호증, 을 제16, 27호증(각 가지 번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 제1심 법원의 서울세관장에 대한 2012. 9. 12.자 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고

삼협교역의 대표이사인 소외 1은 삼협교역이 한국 총판으로서 독점판매권을 가지고 있던 던롭 제품 수입·판매사업을 지속적으로 축소하는 대신 자신이 실질적으로 운영하던 삼화기연으로 하여금 던롭 제품을 수입·판매하도록 하면서 그 수입·판매량을 지속적으로 늘려왔다.

나아가 2005년 말경 삼협교역의 던롭 제품 독점판매계약이 종료되자 삼협교역의 던롭 제품 수입·판매사업 부분을 폐지하는 반면 삼화기연으로 하여금 던롭 제품의 한국 총판 지위를 취득하게 하였다.

소외 1의 이러한 행위는 이사의 경업금지의무와 충실의무 등을 위반한 임무위배 행위에 해당한다.

따라서 원고는 삼협교역의 주주로서 삼협교역을 위하여 소외 1의 위와 같은 임무위배 행위로 인한 손해배상을 구하는 바, 소외 1은 위와 같은 임무위배 행위로 삼협교역이 입은 손해, 즉 임무위배 행위가 없었더라면 삼협교역에 귀속되었을 이익(일실이익) 상당의 손해를 배상할 의무가 있다.

소외 1의 임무위배 행위로 인하여 삼협교역이 입은 2002년부터 2010년까지의 일실손해액은 21,806,770,803원이다(삼화기연이 같은 기간 동안 던롭 제품을 판매하여 얻은 순이익과 같다). 한편 삼화기연은 2011년 2월경 던롭 제품 판매사업의 영업권을 매각하였는데, 위 영업권은 소외 1의 임무위배 행위가 없었더라면 마땅히 삼협교역에 귀속되었을 것이므로, 위 영업권 가치 상당액 11,809,000,000원도 삼협교역의 일실손해에 해당한다.

따라서 소외 1의 상속인들은 삼협교역에 위 합산액 33,615,770,803원(= 21,806,770,803원 + 11,809,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 각자의 상속분에 따라 손해배상할 의무가 있다.

나. 피고들

먼저 본안전 항변으로 ① 이 사건 소는 회사(삼협교역)에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 없음에도 회사에 대하여 소의 제기를 청구하지 아니한 채 제기된 것으로 부적법하며, ② 원고는 삼협교역의 실질주주가 아니라 소외 2에게 주주 명의를 대여한 명의대여인에 불과하므로 원고가 제기한 이 사건 소는 부적법하다.

다음으로 ③ 삼화기연이 던롭 제품을 수입·판매하게 된 이유는 소외 2 운영 회사의 파산, 삼협교역의 경영권 분쟁 등을 우려한 스미토모의 결정에 의한 것일 뿐이지 소외 1의 임무위배행위로 인한 것이 아니고, 던롭 골프용품 독점 수입업체인 삼협교역에 대한 정부규제 및 세무조사를 피하기 위한 목적도 있었으며, ④ 던롭 제품의 병행수입이 허용됨으로써 삼협교역의 독점판매권이 인정되지 않으므로 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위 때문에 삼협교역이 손해를 입었다고 볼 수 없고, ⑤ 나아가 원고는 소외 1의 임무위배 사실을 이미 2006년 6월경부터 알고 있었다 할 것이므로, 그로부터 3년이 지나 청구하는 이 사건 손해배상채권은 시효로 소멸하였다.

3. 본안전 항변에 대한 판단

가. 회사에 대한 제소청구 흠결 주장에 대하여

1) 발행주식 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 이사의 책임을 추궁하는 대표소송을 제기하기 위해서는 원칙적으로 우선 회사에 대하여 이유를 기재한 서면으로 이사의 책임을 추궁하는 소의 제기를 청구하여야 하고, 위 청구가 회사에 도달한 때로부터 30일 이내에 회사가 소를 제기하지 아니하면 주주는 직접 문제가 된 이사의 책임을 추궁하는 대표소송을 제기할 수 있다(상법 제403조 제1항 내지 3항). 원고는 주주로서 대표소송을 제기하기 전에 삼협교역에 대하여 제소청구를 하지 않은 사실을 자인하고 있다.

2) 그러나 제소청구로 인한 절차 및 상법 제403조 제3항의 기간 경과로 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 소수주주는 회사에 대하여 청구함이 없이 직접 대표소송을 제기할 수 있고(상법 제403조 제4항), 여기서 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우라 함은 이사에 대한 손해배상청구권의 시효가 완성된다든지 이사가 도피하거나 재산을 처분하려는 때와 같이 이사에 대한 책임추궁이 불가능 또는 무익해질 염려가 있는 경우 등을 의미한다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다98058 판결 참조).

- 3) 살피건대, 갑 제2, 11, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음 사정, 즉 ① 원고는 2010. 12. 23. 및 2010. 12. 28. 삼협교역 감사 소외 3의 주소를 알 수 없어 삼협교역의 주소로 제소청구의 내용증명을 발송하였으나 반송된 점, ② 원고는 그로부터 4개월 후인 2011. 4. 12.경 이 사건 소를 제기한 점, ③ 삼화기연이 1999년경부터 던롭 제품을 수입·판매함으로써 삼협교역의 손해가 발생하기 시작하였고, 그와 같은 상황에서 소외 1의 임무위배 행위가 인정되어 삼협교역이 소외 1에 대하여 손해배상청구를 한다고 하더라도, 이 사건 소 제기 당시인 2011년 무렵에는 이미 2001년 이전의 손해배상청구권은 소멸시효가 완성되었고, 시간의 경과에 따라 계속하여 소멸시효가 완성될 예정이었던 점 등을 종합하여 보면, 원고의 이 사건 소는 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우로서 적법하게 제기된 것으로 보는 것이 타당하다.
- 따라서 피고들의 이 부분 본안전 항변은 이유 없다.

나. 주주명의 대여 주장에 대하여

- 살피건대, 갑 제1, 14, 35, 36, 54, 62호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 1997. 12. 16. 소외 2로부터 삼협교역 주식 4,000주를 증여받아 이를 소유하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 을 제1, 26호증의 각 기재만으로는 원고가 실질주주인 소외 2로부터 주식을 명의신탁 받은 명의상 주주에 불과하다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.
- 따라서 원고가 명의상 주주에 불과함을 전제로 하는 피고들의 이 부분 본안전 항변도 이유 없다.

4. 청구원인에 대한 판단

가. 손해배상책임의 발생

1) 소외 1의 경업금지의무 위반 여부

- 가) 상법이 제397조 제1항으로 “이사는 이사회회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다.
- ”고 규정한 취지는, 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을 침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로써 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있다.

따라서 이사는 경업 대상 회사의 이사, 대표이사가 되는 경우뿐만 아니라 그 회사의 지배주주가 되어 그 회사의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있게 되는 경우에도 자신이 속한 회사 이사회의 승인을 얻어야 하는 것으로 볼 것이다 (대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결 참조).

- 나) ① 소외 1은 1981. 8. 7.부터 2011. 8. 4.까지 던롭 제품의 수입·판매를 주된 영업으로 하는 삼협교역의 이사였던 사실, ② 소외 1은 1987. 2. 23. 삼화기연을 설립하여 1990. 2. 23.까지 대표이사로, 1991. 4. 11.부터 2003. 4. 11.까지 이사로 재직한 사실, ③ 삼화기연 발행주식 중 29%는 소외 1이 보유하고, 나머지는 소외 1의 자녀인 피고 6, 피고 5, 피고 4가 보유하여 삼화기연의 주식 전부를 소외 1과 소외 1의 자녀들이 보유하고 있었던 사실, ④ 소외 1이 삼화기연의 이사에서 사임한 직후 소외 1의 아들인 피고 6이 대표이사로 취임하여 현재까지 재직하고 있는 사실, ⑤ 삼화기연은 1999년경부터 2011년경까지 던롭 제품의 수입·판매를 하여 온 사실은 앞서 본 바와 같다.

다) 위와 같은 삼화기연의 설립경위와 지배구조 등에 비추어 보면, 소외 1은 1987년경 삼화기연을 설립한 후 위 회사의 이사 또는 실질적인 지배주주로서 삼화기연의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 지위에 있었다고 보는 것이 타당하다.

한편 소외 1은 삼협교역의 이사였으므로 삼협교역에 대하여 상법 제397조 제1항에 따른 경업금지의무를 부담한다.

그런데 삼화기연은 1999년경부터 2011년경까지 던롭 제품의 수입·판매 사업을 함으로써 삼협교역이 1999년 이전부터 2005년 말경까지 영위하던 던롭 제품 수입·판매 영업과 경업 관계에 있는 영업을 하였는바, 앞서 본 판례의 법리에 비추어 보면, 소외 1은 1999년경부터 2005년 말경까지 상법 제397조 제1항이 규정한 경업금지의무를 위반하였다고 할 것이다.

2) 소외 1의 선관주의의무 및 충실의무 위반 여부(기회 유용 금지의무 위반 여부)

가) 이사는 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 법령과 정관에 따라 회사를 위하여 그 의무를 충실히 수행한 때에야 이사로서의 임무를 다한 것이 된다.

이사는 이익이 될 여지가 있는 사업기회가 있으면 이를 회사에 제공하여 회사로 하여금 이를 이용할 수 있도록 하여야 하고, 회사의 승인 없이 이를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결 참조).

나) ① 삼협교역이 일본 던롭과 체결한 이 사건 독점판매계약에는 서면에 의한 해약의 의사가 없는 경우 계약 기간이 만료하더라도 계약이 1년씩 자동적으로 갱신되는 것으로 정해져 있었던 사실, ② 던롭 제품 수입·판매 사업은 삼협교역의 매출 대부분을 차지하고 있었던 사실, ③ 그럼에도 삼협교역은 이 사건 독점판매계약이 종료된 2006년부터는 (2006년 3월경 'SRI SPORTS LTD'로부터 합계 약 47만 원 상당의 테니스 용품을 수입한 것 이외에는) 던롭 제품을 전혀 수입하지 아니한 채, 던롭 제품 수입·판매 사업을 사실상 폐지한 사실, ④ 반면 삼화기연은, 2006년경 삼협교역이 던롭 제품 수입·판매 사업을 사실상 폐지하자, 그때부터 일본 던롭의 한국 공식총판 자격으로 던롭 제품을 수입·판매하였으며, 그 후 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매량은 급격히 증가하였던 사실은 앞서 본 바와 같거나, 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있다.

다) 여기에 앞서 본 증거들 및 당심 증인 소외 4의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실, 즉 ① 소외 1은 삼협교역의 대표이사였으므로, 삼협교역이 던롭 제품 수입·판매 사업을 폐지함에 있어 그 의사결정 및 업무집행에 깊이 관여하였을 것으로 보이는 점, ② 당심 증인 소외 4의 증언만으로는 삼협교역과 일본 던롭 사이의 이 사건 독점판매계약이 기간 만료로 종료될 무렵 일본 던롭 측에서 위 독점판매계약을 해약하거나 더는 연장하지 아니하겠다는 의사를 표시하였다고 보기 어려운 점(앞서 본 것처럼 이 사건 독점판매계약을 해약하기 위해서는 '서면'으로 통지하여야 한다), ③ 당심 증인 소외 4도 "계약기간 만료 무렵 삼협교역 측에서 더 이상 던롭 제품을 추가 주문하지 아니하여 계약이 유지되지 아니한 것 같다"고 증언한 점, ④ 삼협교역의 독점판매계약이 종료될 무렵, 삼협교역은 소외 1 측 주주들과 소외 2 측 주주들이 그 주식을 각각 50%씩 보유하고 있었고, 소외 2 측 주주들의 경영 참여 요구로 인해 소외 1의 완전한 지배권 행사가 곤란한 상황이었던 점, ⑤ 반면 삼화기연은 소외 1과 그 자녀들이 실질적으로 지배하고 있었던 점 등을 보태어 보면, 소외 1은 2005. 12. 31. 삼협교역의 독점판매계약 기

간이 만료되자, 자신의 이익을 위해 삼협교역으로 하여금 던롭 제품 수입·판매 사업기회를 포기하도록 하는 대신 삼화기연으로 하여금 위 사업기회를 이용하도록 하였다고 봄이 타당하다.

라) 따라서 소외 1은 삼화기연으로 하여금 2006년부터 2011년경까지 던롭 제품의 수입·판매 사업을 하도록 함으로써 삼협교역의 사업기회를 유용하였는바, 삼협교역 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 및 충실의무를 위반하였다고 할 것이다.

3) 피고들의 주장에 대하여

가) 이에 대하여 피고들은, "삼협교역이 던롭 제품의 수입·판매를 줄이거나 중단하고 대신 삼화기연이 던롭 제품을 수입·판매하게 된 것은 소외 2 운영 회사의 파산, 삼협교역의 경영권 분쟁을 우려한 스미토모의 결정에 의한 것일 뿐이지 소외 1의 결정에 의한 것이 아니며, 던롭 골프용품 독점 수입업체인 삼협교역에 대한 정부규제 및 세무조사를 피하기 위한 목적도 있었다.

"고 주장한다.

나) 살피건대, 회사의 이사회가 어떤 사업기회에 관하여 충분한 정보를 수집·분석하고 정당한 절차를 거쳐 회사의 이익을 위하여 의사를 결정함으로써 그러한 사업기회를 포기하거나 어느 이사가 그것을 이용할 수 있도록 승인하였다면 그 의사결정 과정에 현저한 불합리가 없는 한 그와 같이 결의한 이사들의 경영판단은 존중되어야 할 것이므로, 이 경우에는 어느 이사가 그러한 사업기회를 이용하게 되었더라도 그 이사나 이사회의 승인 결의에 참여한 이사들이 이사로서 선량한 관리자의 주의의무 또는 충실의무를 위반하였다고 할 수 없다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다57869 판결 참조).

그러나 이 사건의 경우, 앞서 본 것처럼 던롭 제품 수입·판매 사업은 삼협교역에게 있어 그 매출의 대부분을 차지하는 가장 중요한 사업이었고, 이 사건 독점판매계약은 특별한 사정이 없으면 종전과 동일하게 갱신되는 내용이었으며, 이에 대하여 스미토모 측에서 적극적으로 계약 해지나 중단의 의사를 표시하거나, 수입 물량 분산을 요구한 사실도 없었다.

또한 삼협교역이 던롭 제품을 독점 수입·판매한다는 이유로 정부규제나 세무조사가 있었다고 보이지도 않는다.

그런데도 소외 1이 대표이사로 있던 삼협교역이 이 사건 독점판매계약을 갱신하거나 유지하려는 노력을 기울였다고 인정할 만한 증거 또는 자료가 없다.

나아가 비록 이 사건 독점판매계약이 갱신되거나 유지되지 아니하였다고 하더라도 삼협교역은 병행수입의 방법이나 종전 삼화기연이 던롭 제품을 수입·판매하던 방식 등을 통해 회사의 가장 중요한 사업 부분인 던롭 제품 수입·판매사업을 계속 영위할 수 있었다고 보인다.

그럼에도 삼협교역은 2006년 이후 던롭 제품 수입·판매 사업을 완전히 중단하였을 뿐만 아니라, 2007년 이후에는 다른 사업도 사실상 완전히 중단하였다(삼협교역은 2005년경 약 47억 원 상당을 매입하여, 70억 원의 매출을 기록하였고, 던롭 제품 수입·판매 사업을 중단한 2006년경에는 약 14억 원 상당을 매입하여, 약 35억 원 상당을 매출하였다.

그런데 2007년경의 경우 매입액은 약 8,400만 원에 불과하고 재고 상품 판매를 통해 약 9억 원 상당을 매출하였을 뿐이며, 2008년 매입액은 약 6,100만 원, 매출액은 약 6,800만 원에 불과하고, 2009년 이후에는 매입과 매출이 전혀 없

다(갑 제50호증)).

위와 같은 사정에 비추어 보면, 앞서 본 소외 1의 경업행위 및 사업기회 유용행위가 삼협교역의 이익을 위한 합리적인 경영판단에 따른 것이라고 보기 어렵다.

또한 을 제1, 2, 3, 4호증의 기재, 이 법원의 강남세무서에 대한 2014. 4. 24.자 과세정보제출명령 결과만으로는 이 사건 독점판매계약 중단이나 삼화기연의 던롭 제품 판매가 피고들의 주장과 같이 스미토모의 결정에 의한 것이라거나 정부규제 및 세무조사를 피하기 위한 목적으로 인한 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

4) 소결

따라서 소외 1은 삼협교역이 던롭 제품 수입·판매 사업을 영위하던 1999년경부터 2005년 말경까지는 경업금지의무를 위반하고, 삼협교역이 위 사업을 중단한 2006년부터 삼협교역이 해산된 2011년까지는 삼협교역의 사업기회를 유용함으로써 삼협교역의 이사로서의 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 위반하였다고 할 것인바, 소외 1은 이로 인하여 삼협교역이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 손해배상의 범위

1) 관련 법률 및 법리

가) 채무불이행으로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등 관련된 모든 간접사실을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다37886 판결 등 참조). 그리고 법원이 위와 같은 방법으로 구체적 손해액을 판단함에 있어서는, 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수급할 수 있는 손해액을 산정해야 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다64627 판결 참조).

나) 2011. 4. 14. 법률 제10600호로 개정된 상법(이하 '개정 상법'이라 한다)에서 신설된 제397조의2 제1항 제1호는 「이사는 이사회에 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는, 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다.

」라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 「제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

」라고 규정하고 있다.

또한 개정 상법 부칙 제3조는 「이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용한다.

」라고 규정하고 있다.

2) 2002년부터 2010년까지의 삼협교역의 일실손해

가) 손해액 산정의 원칙

- (1) 먼저 원고는 삼화기연의 던롭 제품 판매로 인해 삼협교역이 2002년부터 2010년까지 입은 일실손해 상당의 손해배상을 구하고 있다.

그런데 삼화기연의 던롭 제품 판매 행위는 삼협교역에 대한 관계에 있어서, 2002년부터 2005년까지는 경업행위에 해당하나, 그 이후인 2006년부터 2011년까지는 삼협교역이 던롭 제품 판매 사업을 중단하였으므로, 사업기회 유용행위에 해당할 뿐 경업행위에 해당하는 것은 아니다.

- (2) 채무불이행으로 인한 재산상 손해는 채무불이행으로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 채무불이행이 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 채무불이행이 있는 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이므로(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다30762 판결, 2011. 5. 26. 선고 2007다83991 판결 등 참조), 경업금지 및 기회유용금지 의무 위반으로 인한 손해는 특별한 사정이 없으면 경업 및 기회유용으로 인하여 발생한 매출액 감소에 따른 영업수익 상실액 상당이라고 보는 것이 타당하다 할 것이다.

이 사건의 경우, 경업기간 동안 삼협교역과 삼화기연의 판매물품은 일본 던롭 제품으로 동일하고, 판매시장도 국내 시장으로 동일하며, 삼협교역이 일본 던롭으로부터 공급받을 수 있었던 물품 수량에 제한이 있었다고 보이지도 아니하므로, 삼화기연의 경업행위는 삼협교역의 매출에 영향을 미쳤음이 분명해 보이고, 삼협교역은 이로 인해 일실수익 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다.

이는 삼화기연의 기회유용행위의 경우에도 마찬가지이다(따라서 위 기회유용 기간(2006년부터 2010년까지) 동안에 대하여도 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위와 삼협교역의 일실손해 사이에는 상당인과관계가 인정된다).

- (3) 이와 관련하여 피고들은, 삼협교역의 매출액 감소는 당시 병행수입이 허용되었기 때문이지 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위 때문이 아니며, 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위는 삼협교역의 독점적 대리권을 침해한 것이 아니라는 취지로 주장하나, 위 인정사실 및 을 제9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음 사정, 즉 ① 병행수입이란 '독점수입권자에 의해 당해 외국상품이 수입되는 경우 제3자가 다른 유통경로를 통하여 진정상품을 국내 독점수입권자의 허락 없이 수입하는 것, 즉 외국기업이 해외에서 판매한 상품을 현지에서 구입한 후 대리점 등을 통하지 않고 직접 국내에 수입하는 것'을 일컫는바, 삼화기연은 일본 던롭으로부터 직접 수입함으로써 이를 병행수입으로 보기 어려운 점, ② 실제로 삼협교역과 삼화기연을 제외한 던롭 제품의 병행수입업체는 모두 일본 던롭이 아닌 제3의 업체로부터 수입한 점, ③ 가사 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위가 병행수입에 해당한다고 하더라도 삼화기연의 던롭 제품 수입·판매 행위는 여전히 삼협교역에 대한 경업행위 및 기회유용행위에 해당하는 점, ④ 삼화기연의 수입금액 및 수입량에 비하면 다른 병행수입업체의 수입금액 및 수입량은 그다지 커 보이지 않는 점 등에 비추어 보면 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

- (4) 한편, 삼화기연은 1999년부터 경업행위를 하여 왔고, 그 경업기간 동안 삼화기연의 던롭 제품 매출액은 해마다 급격히 증가하였다.

반면 위 경업기간 동안 삼협교역의 매출액은 일시적으로 증가하기도 하였고(1999년 ~ 2002년), 이 사건에서 문제되는 경업기간(2002년 ~ 2005년) 동안에는 조금씩 감소하고는 있으나 전년과 비슷한 수준을 유지하는 등 급격히 감소하는 모습은 보이지 아니하였다.

이처럼 경업행위가 존재함에도 시장 규모의 확대 등으로 인하여 경업회사와 피해회사의 매출액이 전체적으로 증가하고 있는 경우에는 단순히 기존 매출액과 경업 이후의 매출액을 단순 비교하는 방법으로 피해 회사의 매출액 감소분을 산출하는 것은 타당해 보이지 않는다.

또한 어떤 회사의 매출액에 영향을 미치는 사유는 경업관계, 즉 시장의 경쟁 상황 이외에도 제품 가격, 시장 수요, 경기변동 등 시장 상황과 대체재의 존부, 회사의 영업 능력 등 다양하고, 이러한 각각의 변수가 매출액에 미치는 영향의 정도도 상이하므로, 경업으로 인한 매출액 감소분만을 정확하게 측정하는 것은 사실상 불가능하다.

따라서 이 사건에서 삼화기연의 경업으로 인한 삼협교역의 매출액 감소분을 구체적으로 증명하여 이를 기초로 삼협교역의 일실손해액을 산출하는 데에는 상당한 어려움이 따른다.

(5) 또 다른 한편, 사업기회 유용금지 의무 위반의 경우 피해 회사의 관련 매출액이 처음부터 존재하지 아니하거나 적어도 위반행위 당시에는 존재하지 아니할 것이므로, 종전 매출 대비 매출액 감소분에 기초해 손해를 산정하는 것은 불가능하거나 타당하지 아니하다.

이 때문에 개정 상법은 제397조의2를 신설하여 사업기회 유용행위로 인한 손해배상 의무를 규정하는 한편 그 손해액을 위반자 또는 제3자가 얻은 이익으로 추정하는 규정을 두고 있다.

이 사건의 경우, 삼화기연의 사업기회 유용행위가 있었던 기간(2006년 ~ 2010년) 동안 삼협교역의 관련 매출액이 전무하므로, 종전 매출액과 단순 비교하는 방법으로 매출액 감소분을 산출하는 것은 불가능하다.

또한 앞서 본 것처럼 매출액에 영향을 미치는 사유가 다양하고 그 영향력도 상이하므로, 사업기회 유용행위가 없었더라면 존재하였을 삼협교역의 매출액을 정확하게 측정하는 것 역시 매우 어렵다.

한편 개정 상법 부칙 제3조는 개정 상법 제397조의2 제2항의 '손해배상의무 및 손해액 추정' 규정을 개정 상법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용하도록 규정하고 있으나, 위 개정 상법 제397조의2 제2항의 '손해액 추정' 규정은 같은 항에 근거한 손해배상 청구에 대하여만 적용되는 것으로 봄이 타당하므로, 상법 제399조 제1항에 근거해 이사의 손해배상을 구하는 이 사건에 그대로 적용하는 것도 부적절하다.

따라서 사업기회 유용행위로 인한 삼협교역의 구체적인 일실손해액을 산출하는 것도 위와 같은 사정에 비추어 매우 곤란한 상황이다.

(6) 결국 소외 1의 임무위배 행위로 인한 삼협교역의 일실이익 상당의 손해액은 이를 구체적으로 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란하다 할 것이므로, 앞서 본 판례의 법리에 따라 증거와 변론에 나타난 여러 간접사실들을 합리적으로 평가하여 그 손해의 액수를 판단할 수밖에 없다.

나) 구체적인 손해액 산정방법

(1) 앞서 본 것처럼 채무불이행으로 인한 재산상 손해는 채무불이행으로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 채무불이행이 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 채무불이행이 있는 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이므로, 이 사건에서 경업 금지의무나 기회유용 금지의무 위반으로 인한 삼협교역의 일실이익 상당의 손해도 그러한 위반행위로 인한 매출액 감소분을 산출하여 이를 기초로 삼협교역의 일실이익을 산출하는 것이 가장 합리적이라 할 것이다.

(2) 앞서 본 것처럼 삼협교역의 매출액 감소분을 정확하게 측정하여 이를 구체적으로 증명하는 것은 곤란하나, 삼협교역과 삼화기연의 판매물품이 일본 던롭 제품으로 동일하고, 판매시장도 국내 시장으로 동일하였으므로, 매출액에 영향을 줄 수 있는 제품에 대한 수요나 브랜드 선호도, 경기변동 등 시장 상황, 대체재의 존부 등의 다른 사정은 동일하였다고 보이며, 제품의 가격 역시 두 회사의 매출액 대비 원가 비율에 비추어 보면 삼협교역의 판매가격이 삼화기연의 판매가격보다 높았다고 보이지 않는다.

또한 소외 1은 삼협교역의 대표이사로서 삼협교역의 의사결정과 업무집행에 관여할 수 있는 위치에 있었고, 삼화기연 역시 소외 1이 실질적으로 운영하였다고 보이는 점, 골프용품 등 스포츠용품의 판매에 있어서는 영업방식의 차이보다 제품에 대한 수요나 브랜드 선호도가 훨씬 큰 영향을 미칠 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 두 회사의 영업능력의 차이가 매출에 미친 영향은 그다지 커 보이지 않는다.

여기에 삼협교역이 일본 던롭으로부터 공급받을 수 있었던 물품 수량에 제한이 있었다고 보이지도 아니하다.

따라서 삼화기연의 경업 또는 기회유용 행위가 없었더라면 삼협교역은 삼화기연이 판매한 던롭 제품 매출액 상당을 추가로 판매할 수 있었다고 보더라도 그다지 불합리하지 아니하다.

여기에 개정 상법 제397조의2 제2항의 '손해액 추정' 규정을 이 사건에 직접 적용할 수는 없지만, 위 개정 상법의 내용과 입법취지는 이 사건 손해액 산정의 근거가 될 수 있는 간접사실 또는 정황의 하나로 고려할 여지가 충분하다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 삼협교역의 매출액 감소분은 삼화기연이 판매한 던롭 제품 매출액 상당이라고 봄이 타당하다.

(3) 한편, 회사의 당기순이익은 매출액에서 매출원가를 차감하고 남은 매출총이익에서, 다시 판매비와 관리비를 제하여 영업이익을 산출한 후, 영업이익에서 영업외손익을 가감하여 경상이익을 구하고, 경상이익에서 특별손익을 가감하고 법인세 비용을 차감하는 방식으로 산출된다.

이와 같이 매출액에 따라 회사가 얻을 수 있는 당기순이익은 그 회사의 영업조직, 재무구조, 그 밖의 손실 및 비용에 따라 달라진다.

따라서 삼화기연이 판매한 던롭 제품 매출액 상당을 이 사건 임무위배 행위로 인한 삼협교역의 매출액 감소분이라고 보더라도, 이로 인한 삼협교역의 일실이익은 위와 같은 추가 매출이 있었을 경우 이에 수반하여 발생하였을 것으로 예상되는 삼협교역 고유의 매출원가, 판매비와 관리비, 법인세 비용 등을 공제하는 방식으로 산출하여야 할 것이다.

즉, 삼협교역 고유의 「매출액 대비 순이익율」을 산출하여 이를 매출액 감소분에 곱하는 방식으로 산정하는 것이 상당해 보인다.

(4) 그런데, 위 인정사실 및 증거들에 의하면, 소외 1은 경영권 분쟁이 생긴 2002년경부터 경업행위 등을 통하여 삼협교역의 매출을 삼화기연으로 분산시켜 왔고, 2006년경부터는 삼협교역의 주된 사업을 전부 중단하였으며, 이로 인하여 삼협교역의 영업실적과 매출액 대비 수익율은 점점 악화되었음을 인정할 수 있다.

또한 2009년 이후에는 매출이 전혀 없어 「매출액 대비 순이익율」을 산출하는 것이 불가능하다.

그러므로 소외 1의 임무위배 행위가 본격화되지 아니한 1999년부터 2001년경까지의 삼협교역의 재무재표(손익계산서)에 근거해 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 산출하고 이를 기초로 삼협교역의 일실손해를 산정하기로 한다.

(5) 따라서 삼협교역의 일실손해액은 「2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분」 × 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」의 산식에 의하여 산정할 수 있고, 위 산식 중 「2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분」은 앞서 본 것처럼 「같은 기간 삼화기연의 던롭 제품 매출액」과 같다고 봄이 타당하다.

다) 삼협교역의 구체적인 일실손해액

(1) 삼협교역과 삼화기연의 연도별 손익계산서 주요 내용

앞서 4. 나. 2) 나) (3)항에서 본 것처럼, 회사의 당기순이익은 매출액에서 매출원가를 차감하고 남은 매출총이익에서, 다시 판매비와 관리비(이하 '판관비'라 한다)를 제하여 영업이익을 산출한 후, 영업이익에서 영업외손익을 가감하여 경상이익을 구하고, 경상이익에서 특별손익을 가감하고 법인세 비용을 차감하는 방식으로 산출된다.

갑 제25, 26, 50호증의 각 기재에 의하면, 이러한 방식으로 계산된 삼협교역의 연도별 손익계산서의 주요 내용은 별지 1. 기재와 같고, 삼화기연의 연도별 손익계산서의 주요 내용은 별지 2. 기재와 같다(이하, 특별한 언급이 없으면 각 손익계산서의 수치를 적용한 것이다).

(2) 2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분(= 같은 기간 삼화기연의 던롭 제품 매출액)

2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분은 같은 기간 삼화기연의 던롭 제품 매출액 합계와 같다.

삼화기연의 당기 상품매입액(B) 중 당기 던롭 제품 수입금액(A)이 차지하는 비율을 삼화기연이 던롭 제품으로 인한 매출 비율(판매비율 = C)로 보는 것이 타당하므로, 삼화기연의 던롭 제품 매출액(E)은 삼화기연의 당기 매출액(D)에 판매비율(C)을 곱한 금액으로 보는 것이 타당하다.

이를 구체적으로 계산하면 다음 표의 기재와 같다(갑 제25, 26, 31호증의 각 기재). 따라서 「2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분」은 합계 205,917,191,886원이다.

(금액 단위: 원, 원 미만 버림, 백분율은 소수점 둘째 자리 미만 버림, 이하 같다) 연도당기 던롭 제품 수입 금액(A) 당기 상품 매입액(B) 판매비율(C = $A/B \times 100\%$) 당기 매출액(D) 당기 던롭 제품 매출액(E = $D \times C$) 합계
 205,917,191,886 20021,995,412,487 2,672,000,000 74.67% 4,589,000,000 3,426,606,300 20033,035,389,261 4,018,000,000 75.54% 8,010,000,000 6,050,754,000 20046,609,016,474 8,359,506,871 79.06% 15,828,176,762 12,513,756,548 20059,505,085,397 11,585,266,251 82.04% 22,296,296,021 18,291,881,255 200613,412,708,793 16,394,335,956 81.81% 27,709,248,952 22,668,936,567 200715,100,615,691 16,750,538,510 90.15% 28,849,916,801 26,008,199,996 200822,963,783,838 24,966,149,178 91.98% 38,689,918,642 35,586,987,166 200926,315,320,785 29,252,749,879 89.95% 42,452,581,104 38,186,096,703 201030,256,120,710 34,500,113,097 87.69% 49,246,177,844 43,183,973,351

(3) 삼협교역의 매출액 대비 순이익율

(가) 순이익율 산정에 고려할 사항

매출액 대비 당기 순이익율은 당기순이익을 당기매출액으로 나누어 이를 백분율로 계산하는 방식으로 산출할 수 있다 (= 당기순이익 ÷ 당기매출액 × 100%). 이러한 방식으로 1999년부터 2001년까지의 삼협교역의 매출액 대비 순이익률을 계산하면 8.23%이다(= 위 3년간 순이익 합계 2,133,755,818원 ÷ 위 3년간 매출액 합계 25,904,639,914원 × 100%).

그런데 앞서 본 삼협교역과 삼화기연의 연도별 손익계산서의 주요 내용(별지 1, 2)에 비추어 보면, 당기순이익을 구하기 위하여 매출액에 가감하는 매출원가, 판관비, 영업외손익, 특별손익, 법인세 비용의 항목 중에서 '영업외손익'과 '특별손익'은 매출액의 증감에 따라 비례하여 변동하는 항목이 아니라 매출액의 증감과 무관하게 발생하는 수익 또는 비용(손실)이라 할 것이다.

따라서 일실손해를 산정하기 위해 경업 또는 기회유용 행위로 인한 매출액 감소분만큼 삼협교역의 추가 매출이 있었다고 가정하더라도, 위 항목들은 추가 매출액에 비례하여 증감하였을 것으로 보이지 않는다.

그러므로 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 산정함에 있어서는 위 항목들은 제외하는 것이 타당해 보인다.

(나) 순이익율 산정방법

결국, 1999년부터 2001년까지의 삼협교역의 ① 매출액 합계는 25,904,639,914원, ② 매출원가 합계는 16,737,792,535원, ③ 판관비 합계는 5,891,468,890원이므로, '영업외손익'과 '특별손익'을 고려하지 아니한 위 기간 동안의 삼협교역의 '법인세 비용 차감전 순이익' 합계액은 3,275,378,489원(= ① - ② - ③)이라 할 것이고(결국 '영업이익' 합계액과 같아진다), 여기에서 위 3년간의 ④ 법인세 비용 합계를 차감하면 위 기간 동안의 '영업외손익'과 '특별손익'을 제외하고 계산한 ⑤ 순이익 합계를 구할 수 있으며, 위 ⑤ 순이익 합계를 위 ① 매출액 합계로 나누어 백분율을 구하면 '영업외손익'과 '특별손익'을 고려하지 아니한 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 산출할 수 있다.

(다) 법인세 비용

한편 1999년부터 2001년까지 삼협교역의 ④ 법인세 비용 합계는 1,078,815,017원이다.

그런데 위 법인세 비용 합계는 '영업외손익'과 '특별손익'을 포함시켜 산출된 것이므로, '영업외손익'과 '특별손익'을 고려하지 아니한 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 구하는 데 그대로 적용할 수는 없다.

또한, 법인세 비용은 법인세법 등 관련 법령이 정하는 바에 따라 각 사업연도의 수익과 손비를 각각의 항목에 따라 '익금'과 '손금'으로 분류하여 각 사업연도의 소득을 산출한 다음 이를 기초로 계산되는 것이므로, 위와 같은 '익금' 및 '손금' 항목 분류에 관한 자료가 제출되지 아니한 이 사건에 있어서 법인세 비용을 정확히 산출하는 것은 불가능하다 할 것이다.

따라서 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 산출하는 데 적용할 '④ 법인세 비용'은 1999년부터 2001년까지의 3년 동안 삼협교역의 ㉠ 당기 '법인세 차감전 순이익'에서 ㉡ 당기 '법인세 비용'이 차지하는 비율을 산술평균한 수치를 적용하여 계산하기로 한다.

위 기간 동안 위 '법인세 비용'의 산술평균 수치는 33.96%(이하 '법인세 비용 비율'이라 한다)이다[= {1999년 법인세 비용 비율 29.83%(= ㉡ 279,669,890 ÷ ㉠ 937,462,938 × 100%) + 2000년 법인세 비용 비율 30.55%(= ㉡

$405,468,237 \div \ominus 1,327,117,307 \times 100\% + 2001\text{년 법인세 비용 비율 } 41.52\%(= \ominus 393,676,890 \div \ominus 947,990,590 \times 100\%) \div 3]$.

위 '법인세 비용 비율' 33.96%를 앞서 (나)항에서 본 '영업외손익'과 '특별손익'을 고려하지 아니한 1999년부터 2001년까지의 삼협교역의 '법인세 비용 차감전 순이익' 합계액 3,275,378,489원에 곱하면 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」 산출에 적용할 ④ '법인세 비용' 합계액이 된다.

이를 계산하면 1,112,318,534원(= 3,275,378,489원 \times 33.96%)이다.

(라) 삼협교역의 매출액 대비 순이익율

따라서 1999년부터 2001년까지의 '영업외손익'과 '특별손익'을 제외한 삼협교역의 ⑤ 순이익 합계는 2,163,059,955원(= ① 매출액 합계 25,904,639,914원 - ② 매출원가 합계 16,737,792,535원 - ③ 판관비 합계 5,891,468,890원 - ④ 법인세 비용 합계 1,112,318,534원)이 되고, 이에 따라 '영업외손익'과 '특별손익'을 고려하지 아니한 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」을 계산하면 8.35%가 된다(= ④ 순이익 합계 2,163,059,955원 \div ① 매출액 합계 25,904,639,914원 \times 100%).

(4) 소결(삼협교역의 구체적인 일실손해액)

따라서 「2002년부터 2010년까지 삼협교역의 매출액 감소분」 \times 「삼협교역의 매출액 대비 순이익율」 산식에 따라 삼협교역의 일실손해액을 산정하면 17,194,085,522원이 된다(= 205,917,191,886원 \times 8.35%).

다.

책임제한

회사가 영업을 통하여 얻는 이익은 투입한 비용뿐만 아니라 영업을 위해 그 회사가 기울인 노력, 즉 영업을 위한 인적·물적 조직의 형성·관리, 마케팅, 재무관리 등의 매출과 이윤을 극대화하려는 경영 및 영업활동을 통하여 형성되는 것이고, 이러한 비용과 영업활동의 투입이 상당한 영업 기간 계속되어야만 비로소 이익이 발생한다.

그런데 앞서 인정한 삼협교역의 구체적인 일실손해액은 단순히 삼협교역이 얻을 수 있었을 것으로 예상되는 매출액에서 예상 비용만을 공제하여 산출한 결과인데, 여기에는 그러한 이익을 형성하기 위해 소요되었어야 할 시간과 영업활동 등의 노력은 고려되지 아니하였다.

반면 삼화기연은 위 일실손해액 산정의 기초가 된 매출을 달성하기 위하여 상당한 노력과 시간을 투입하였을 것으로 보인다.

따라서 삼화기연이 비용 이외에 상당한 영업기간과 영업활동을 투입하여 형성한 위 이익(일실손해액)을 그대로 삼협교역에 이전하는 것은 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 타당하지 아니하다(한편 개정 상법 제397조의2 제2항은 '사업기회유용 행위로 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 피해회사의 손해로 추정'하도록 규정하고 있으나, 이는 구체적인 손해액 산정이 현실적으로 불가능한 사정을 고려한 것으로 보일 뿐, 위 추정 손해액 전부에 대하여 위반자의 손해배상책임을 인정하도록 규정한 것은 아니라고 보인다).

그러므로 이 사건 변론에 나타난 삼협교역, 삼화기연, 소외 1 사이의 관계, 소외 1의 임무위배의 정도, 두 회사의 영업내역 및 영업기간, 매출액 등 재무상태, 영업을 위해 기울인 노력 등 제반 사정을 참작하여, 소외 1의 손해배상책임을 손해액의 60%로 제한한다.

라. 소결론

- 1) 따라서 소외 1은 삼협교역에게, 손해배상금 10,316,451,313원(= 일실손해액 17,194,085,522원 × 책임제한비율 60%) 및 그중 제1심에서 인용된 금액 중 100,000,000원에 대하여는 이 사건 소장부분 송달 다음날인 2011. 4. 19.부터, 나머지 6,506,416,128원에 대하여는 이 사건 2013. 3. 5.자 청구취지 변경신청서 부분이 송달된 다음날인 2013. 3. 14.부터 각 제1심 판결 선고일인 2013. 6. 27.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금과 나머지 당심에서 추가 인용하는 3,710,035,185원에 대하여는 원고가 구하는 2013. 3. 14.부터 당심 판결 선고일인 2016. 2. 5.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.
- 2) 결국, 피고들은 소외 1로부터 상속받은 재산의 범위 내에서 삼협교역에게, ① 피고 1은 2,380,719,533원(= 손해배상금 10,316,451,313원 × 상속분 3/13) 및 그중 원고가 구하는 23,076,923원에 대하여는 2011. 4. 19.부터, 1,501,480,644원(= 6,506,416,128원 × 상속분 3/13)에 대하여는 원고가 구하는 2013. 3. 14.부터 각 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금과, 856,161,965원(= 3,710,035,185원 × 상속분 3/13)에 대한 2013. 3. 14.부터 2016. 2. 5.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있고, ② 나머지 피고들은 각각 1,587,146,355원(= 손해배상금 10,316,451,313원 × 상속분 2/13) 및 그중 원고가 구하는 15,384,615원에 대하여는 2011. 4. 19.부터, 1,000,987,096원(= 6,506,416,128원 × 상속분 2/13)에 대하여는 원고가 구하는 2013. 3. 14.부터 각 2013. 6. 27.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금과, 570,774,643원(= 3,710,035,185원 × 상속분 2/13)에 대한 2013. 3. 14.부터 2016. 2. 5.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 원고의 나머지 주장에 대한 판단

가. 원고는, 소외 1의 임무위배 행위로 인하여 삼협교역은 삼화기연이 스틱슨스포츠코리아 주식회사에 양도한 골프용품 사업 부분 영업권 가치 상당의 손해를 입었으므로, 위 영업권 가치 11,809,000,000원도 이 사건 손해배상액에 포함되어야 한다고 주장한다.

나. 그러나 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 주장하는 영업권 가치는 소외 1의 임무위배 행위로 삼협교역이 입은 손해에 해당한다고 볼 수 없거나, 소외 1의 임무위배 행위와 상당인과관계가 있는 손해라고 보기 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

- 1) 원고는, 소외 1의 임무위배 행위가 없었다면 삼협교역의 이 사건 독점판매계약이 계속 유지되거나 갱신될 수 있었을 것이고, 삼협교역은 2011년 이후에도 골프용품 수입·판매 사업을 통해 계속 이익을 얻었을 것이라는 전제에서, 위와 같은 2011년 이후의 수입상실액(예상 수익액) 상당을 영업권 가치에 해당하는 손해라고 주장하고 있다(당심 감정인 소외 5의 감정 결과도 원고와 같은 전제에서 영업권 가치를 산정하고 있다).

그러나 앞서 본 것처럼 삼협교역은 2011. 8. 4. 해산하였는바, 해산 이후에는 영업을 통해 이익을 얻을 가능성이 없다고 할 것이므로, 삼협교역의 계속 영업을 전제로 한 원고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

2) 또한 소외 1의 임무위배 행위로 인하여 소외 1 또는 삼화기연이 이익을 얻거나 혹은 제3자가 이익을 얻었다고 하더라도, 삼협교역에게 아무런 손해가 없다면 삼협교역은 손해배상을 청구할 수 없다.

즉 소외 1 또는 삼화기연의 이익이 곧바로 삼협교역의 손해에 해당한다고 볼 수는 없다.

삼화기연은 2011년 2월경 골프용품 영업부문을 스릭슨스포츠코리아 주식회사에 양도하고 경업 또는 기회유용 행위를 중단하였다.

결국, 삼화기연이 경업 또는 기회유용 행위를 중단한 이후에는 삼화기연의 경업 또는 기회유용 행위로 인해 삼협교역에 손해가 발생할 여지는 더 이상 없다고 할 것이다.

그렇다면 삼화기연이 경업 또는 기회유용 행위를 중단하고 다만 골프용품 사업부문을 매각하지 않고 그대로 보유하는 경우를 가정하면 삼협교역에 추가 손해가 발생할 여지는 없다 할 것이다.

그러므로 삼화기연이 골프용품 사업부문을 스릭슨스포츠코리아 주식회사에 매도하였다고 하여도, 위 양도된 영업권 가치가 삼협교역의 손해라고 볼 수는 없다.

3) 나아가 영업권이라 함은 그 기업의 전통, 사회적 신용, 입지조건, 특수한 제조기술 또는 거래관계의 존재 등 영업상의 기능 내지 특성으로 인하여 동종의 사업을 영위하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말하는바(대법원 1997. 5. 28. 선고 95누18697 판결 등 참조), 영업권은 기업이 자본이나 영업기간 동안 형성한 순이익 등을 재투자하고 영업활동 등 고유의 노력을 기울여 형성하는 것이라 할 것이다. 삼화기연이 스릭슨스포츠코리아 주식회사에 매도한 골프용품 사업부문 영업권 역시 삼화기연이 그동안 형성한 자본을 재투자하고, 고유의 노력을 기울여 형성한 것으로 보인다.

따라서 가사 소외 1의 임무위배 행위가 있었다고 하더라도, 그동안 영업권 형성을 위해 위와 같은 노력과 비용을 투자하지 아니하였던 삼협교역에게 골프용품 수입·판매 사업에 대한 영업권 상당의 손해가 발생하였다고 보기도 어렵다.

6. 피고들의 나머지 주장에 대한 판단

가. 피고들은, 원고가 소외 1의 임무위배 행위를 2006년경 인지하였다고 자인하고 있으므로, 위 임무위배 행위를 안 날로부터 3년이 경과하여 청구된 이 사건 손해배상채권은 시효로 소멸하였다고 주장한다.

나. 그러나 원고는 주주로서 이사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임을 대표소송으로 청구하는 것이고, 이러한 주식회사 이사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임을 일반불법행위 책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행 책임이므로 그 소멸시효 기간은 일반채무의 경우와 같이 10년이라 할 것이다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다24144 판결 참조). 따라서 일반불법행위 책임을 전제로 한 피고들의 위 소멸시효 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 각 생략]

판사 김인욱(재판장) 김동현 강민성