

상법상 지배주주의 책임*

The legal liability of the controlling shareholder under the Korean Commercial Law

강 혜 림(Kang, Hye Lim)**

ABSTRACT

Since the 1997 IMF crisis, Korean legislators have amended the Korean Commercial Code (“KCC”) to prevent controlling shareholders’ improper influence over the operation of a business and the Article 401-2 of the KCC, which imposes liability upon those who are involved with the operation either directly or indirectly while not being a director of the corporation, is a key provision among them. However, it is not enough to regulate the controlling shareholders to be liable independent from directors because the liability of the controlling shareholders under the Article 401-2 is linked to the scope of the tasks and responsibilities of directors. That is why the KCC does not impose any duties, such as the duty of loyalty, on the controlling shareholders, but deals with them as directors for the purposes of applying the Article 399 (liability to the corporations), 401 (liability to a third party), and 403 (derivative litigation) concerning the undertakings they instruct or conduct.

My paper suggests that the shareholder’s duty of loyalty should be introduced due to the following reasons. First, most conglomerates in South Korea have controlling shareholders, called “owner” or “owner family”, who participate in the operation of the business or instruct directors using their influence over the corporations and they are highly likely to infringe on the interests of the company and the minority shareholders. Second, there is no reason that the controlling shareholders who actually operate the company should be taken differently from the directors of the company in relation to duties and the liabilities to the company and the minority shareholders. Third, since the controlling shareholder has directors at his beck and call in many cases, it is reasonable that the controlling shareholders shall assume the same duties as directors, as fiduciaries to the company. Fourth, if the controlling shareholder does not assume the same duties as directors, there would be a risk that the Article 399 and 401 do not function properly. Fifth, it is unable to regulate all types of abuse of the dominance by the controlling shareholders through the individual provisions of the KCC including the Article 401-2. Sixth, many countries find the controlling shareholder’s duty of loyalty in consideration of the range of influence or the possibility of infringement of the interest to the company and minority shareholders. Also, my paper suggests that the provision of controlling

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 조교수.

shareholder's duty of loyalty should be introduced to the KCC and it would be more desirable if South Korea, as if the U.K., the U.S., China and Germany, has a provision which imposes civil liabilities on the controlling shareholder if he violates the provision of the duty of loyalty.

Key words: controlling shareholder's duty of loyalty, the director of business management, liability of director, abuse of majority rule, shadow director, apparent director

I. 서론

주주는 유한책임을 지므로(상법 제331조) 회사의 경영에 대하여는 아무런 책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 더욱이 상법은 회사의 업무집행기관으로 이사회와 대표이사만을 규정하고 있기 때문에, 주주가 회사의 경영에 대하여 사실상 영향력을 행사하더라도 이사의 지위에 있지 않는 한 법적 책임을 추궁하기 어렵다. 그런데 실제로 있어서 지배주주 등이 회사에 대한 영향력을 행사하여 회사 또는 회사채권자 기타 소수주주의 희생으로 자신의 이익을 도모하는 경우가 많다. 이에 지배주주의 행위를 규제하자는 목소리가 커졌고, 상법상 회사 경영에 영향력을 행사할 수 있는 주주¹⁾의 행위를 규제하는 개별 규정들이 도입되었는데, 그 중 지배주주 등에게 직접 손해배상책임을 물을 수 있는 규정으로서 업무집행지시자 등의 책임에 관한 상법 제401조의²⁾가 1988년 신설되었다.³⁾

1) 상법상 개별 규정에 의하여 행위의 규제를 받는 주주로는 지배주주, 최대주주, 주요주주 등이 있다. 상법상 최대주주란 상장회사의 주주로서 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수를 기준으로 본인 및 그와 대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자(“특수관계인”)가 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 그 본인을 말하고(542조의8 제1항 제5호), 주요주주란 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상을 소유하거나 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주주를 말한다(제524조의8 제2항 제5호). 최대주주와 주요주주에 대해서는 상장회사의 사외이사의 선임에 관한 조문에서 규정하고 있고 비상장회사의 경우에는 그 개념에 대하여 특별히 정의하고 있지 않다. 따라서 비상장회사의 경우 본인이 가진 주식수만으로 최대주주인지 여부를 판단할 것이나, 통설·판례는 명의차용자를 주주로 보는 실질설을 취하고 있으므로 본인의 계산으로 타인의 명의로 가진 주식수를 포함시켜야 한다(집필대표 정동윤·저자 정찬형, 『주식상법』, 회사법(5), 2014). 한편 상법 제360조의24에서는 지배주주가 매도청구권을 행사하기 위한 요건으로 발행주식총수의 100분의 95이상을 자기의 계산으로 보유하고 있을 것을 요건으로 규정하고 있다.

2) 제401조의2 (업무집행지시자 등의 책임)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

동 규정의 신설에는 우리 경제현실의 특성이 강하게 작용되었다.⁴⁾ 즉 선단식 재벌그룹이라는 독특한 기업문화 속에서, 회장이나 명예회장 등 재벌총수가 존재하고 이들 대부분은 해당 회사의 지배주주로서 경영상의 의사결정을 실질적으로 주도하고 있다. 그럼에도 불구하고, 개정 전 상법규정만으로는 이들에게 책임을 지울 만한 법적인 근거가 명확하지 않았다. 동 규정의 신설은, 책임경영이 이루어지지 못하던 종래의 왜곡된 지배구조를 바로 잡는 법적 수단을 마련하였다는 점에서 일단 그 의의가 크다 하겠다.⁵⁾

한편, 동 규정만으로 지배주주의 지배권 남용행위에 대하여 명확한 규제를 할 수 있는가. 상법 제401조의2의 신설로 인해 지배주주 등이 동 규정에서 정하고 있는 배후이사나 표현이사의 요건에 해당하는 경우에는 이들을 이사로 의제하여 책임을 물을 수 있게 되었다.⁶⁾⁷⁾ 그런데, 지배주주가 다수결 제도를 남용하여 회사나 소수주주에게 피해를 입히는 경우⁸⁾나

② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

3) 제401조의2는 주로 지배주주에게 이사의 책임을 물어 기업경영의 투명성을 보장하고 책임경영을 하도록 하기 위하여 도입되었다(법제사법위원회, 『상법개정법률안 심사보고서』, 1998).

4) 법적 책임을 지지 않는 지배주주 등의 파행적인 경영관행은 결국 우리 기업들의 경영부실로 이어졌고, 특히 IMF 경제위기를 초래하게 된 주요 원인이 되었다고 한다(홍복기, 『회사법강의』, 법문사, 2015, 530, 531면; 김한중, “상법 제401조의2의 책임에 대한 고찰”, 『강원법학』, 2002, 72면).

5) 손주찬, 『상법(상)』, 박영사, 2002, 854면; 정찬형, 『회사법강의』, 박영사, 2002, 622면.

6) 이 경우에도 ‘영향력’의 의미가 불분명하여 구체적 사안에서의 적용이 배제될 수 있는 가능성이 있다고 한다(장덕조, “지배주주의 충실의무”, 『민주법학』, 18호, 2000, 168면).

7) 물론 지배주주 등이 회사의 이사의 지위를 가지고 있고 이사의 지위에서 행위를 하고 회사나 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 상법 제399조와 제401조에 기하여 책임을 물을 수 있다. 이 경우 소수주주도 제3자의 범위에 포함된다는 견해(이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2013, 776, 777면)에 의하면, 소수주주도 동 조문들에 근거하여 구제받을 수 있다. 한편, 판례는 “주주가 그 회사의 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사와 회사에 대하여 상법 제401조, 제389조, 제210조에 의하여 손해배상을 청구할 수 있다 하겠으나, 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 같은 법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로, 이에 대하여는 위 법조항에 의한 손해배상을 청구할 수 없다”고 판시하여, 주주는 간접손해에 대해서는 배상청구를 할 수 없다는 입장을 취하고 있다(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결).

8) 상법에서는 지배주주의 다수결 남용에 의한 횡포를 사전에 예방하거나 사후에 시정하기 위한 제도를 두고 있다. 즉 ① 대주주의 영향력을 약화시키는 방법으로, 이사·감사의 손해배상책임을 면제할 때 총주주의 동의를 얻게 함으로써(제409조, 제408조의9, 제415조) 이사를 비호하는 대주주에 의해 다수결이 남용되는 것을 방지하고, 감사의 선임에 있어 대주주의 의결권을 100분의 3으로 축소하고 있으며(제409조 제2항), 결의에 관해 특별한 이해관계가 있는 주주의 의결권을 박탈하고 있다(제368조 제4항). ② 상법상 이사의 책임을 엄격하게 하여(제399조) 대주주의 횡포를 간접적으로 통제하고, 유지청구(제402조)·대표소송(제403조)을 소수주주에게 인정하고, 부정한 행위를 한 이사에 대해 소수주주가 법원에 해임청구를 할 수 있게 함으로써, 소수주주가 대주주와 이사를 견제하게 하고 있다. ③ 합병·영업양도·주식의 포괄적 교환·이전 등에 있어 소수주주에게 주식매수청구제도(제374조의2)를 인정하여 소수주주들이 다수의사에 승복할 수 없는 경우 출자를 회수하여 사단을 이탈할 수 있도록 하고 있다. ④ 결의취소소송, 결의무효확인소송, 결의부존재확인소송, 부당결의취소·변경소송 모두 다수결의 남용을 사후적으로 시정하는 데 기여할 수 있다(이철송, 위의 책, 554 내지 558면). 그러나 이와 같

지배주주가 이사의 지위를 겸하고 있지도 않고 또한 이사에게 영향력을 행사함도 없이 단지 지배주주로서의 우월적인 힘을 이용하여 회사나 소수주주에 손해를 입히는 경우,⁹⁾ 다시 말해 지배주주라는 지위 자체를 이용하여 회사 또는 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 여전히 지배주주에게 직접 책임을 묻는 것은 불가능해 보인다.¹⁰⁾¹¹⁾ 이는 상법에서 지배주주의 충실의무에 관한 일반규정을 두고 있지 않고, 지배주주 등에게 책임을 묻기 위한 개별규정들, 특히 그 중심적 역할을 담당하고 있는 제401조의2에서, 지배주주 등에 대한 충실의무의 부과 없이, 단순히 지배주주 등에게 책임을 묻기 위한 도구 개념으로서 지배주주 등을 법률상 이사로 의제하는 형식의 입법을 하고 있기 때문인 것으로 생각된다.

이하에서는 동 규정의 입법취지가 제대로 기능하기 위해서는 향후 입법론적인 차원에서 어떠한 보완이 요구되는지에 관하여, 영국, 미국, 독일, 중국, 일본과의 비교법적인 검토를 통하여 논의해보고자 한다.

II. 비교법적 검토

1. 영국의 경우

1) 영국 판례법상 지배주주의 의무

영국 법원은 이사들을 회사에 대한 수입자(fiduciaries)로 파악하여, 신탁관계에 있어서 수탁자가 부담하는 의무와 유사한 의무를 부과해왔다.¹²⁾ 2006년 회사법 제정 전까지 인정되었던 이사들의 회사에 대한 의무로는 신임의무(fiduciary duty), 기량과 주의를 다할 의무(duty of skill and care) 그리고 법령상의 의무가 있었다. 기량과 주의를 다할 의무는 신임의무로부터 구체화된 의무인데, 이사가 자신의 기량과 선관주의 의무를 다하여 주주나 회사 채권자의 이익에 맞게 회사를 경영하여야 한다는 의무이다.¹³⁾ 한편, 영국 법원은 주주의 의

은 의결권 행사가 불법행위의 일환으로 행해지는 것이 아닌 한, 의결권이 남용되었다고 판단되더라도 그 주주에게 손해배상책임을 지운다거나 의결권을 박탈할 수는 없다고 한다(이철송, 위의 책, 557면).
9) 지배주주가 자신의 주식을 프리미엄을 받고 양도하거나 미공개된 정보를 이용하여 소수주주의 주식을 매입하는 등의 행위를 말한다고 한다(장덕조, 위의 글, 169면).

10) 이철송, 위의 책, 780면; 장덕조, 위의 글 168면 내지 170면.

11) 내부자거래에서 얻은 이익을 회사에 반환하도록 하는 자본시장법 및 금융투자업에 관한 법률이 적용되는 경우를 제외하고는 지배주주로서의 손해배상책임을 물을 길이 없다고 한다(송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 『한양법학』 제23권, 2008, 273면).

12) Bristol and West Building v. Mothew, 1998 CH1.

13) ACCA(the Association of Chartered Certified Accountants), “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, Certified Accountants Educational Trust, July 2007, 31, 32면.

결권을 주주의 재산으로 파악하여, 주주는 원칙적으로 회사에 대하여 신임의무를 부담하지 않고, 자신의 이익에 맞게 자유롭게 주주권을 행사할 수 있다고 하면서도,¹⁴⁾ 두 가지 범주에서 지배주주의 지배권에 대한 제한을 인정해왔다. 첫 번째는 지배주주가 소수주주의 이익에 반하여 정관을 변경하는 것과 관련하여 지배권의 제한을 인정하는 것이다. 판례에 따르면, 지배주주는 회사의 이익을 위하여 선관주의 의무를 다하여(in good faith) 자신의 지배권을 행사하는 경우에 한해서, 자신의 뜻대로 회사의 정관을 변경할 수 있다.¹⁵⁾ 두 번째는 지배주주에 의한 소수주주에 대한 사기 행위가 관련된 경우인데 이는 다시 두 가지 유형으로 구분된다. 하나는 지배주주에 의하여 회사 재산이 몰수(expropriation)되는 유형이고, 다른 하나는 지배주주에 의하여 소수주주의 재산이 몰수되는 유형이다. 지배주주는 자신의 지배권을 이용하여 소수주주의 주식을 뺏을 수 없다. 따라서 발행주식총수의 90%를 가지고 있는 주주의 서면 요구로 주식을 양도해야 한다는 정관 규정은 무효이고,¹⁶⁾ 주주총회 결의로써 특정 주주로 하여금 이사회가 지정한 자에게 적정 가격으로 주식을 매매하도록 강요할 수 있도록 정한 정관 규정도 무효이다.¹⁷⁾

2) 영국의 2006년 회사법(Companies Act 2006, 이하 2006년 회사법)상 배후이사의 의무

영국은 9년간의 검토 기간을 거쳐 2006년 11월에 회사법을 제정하였다. 2006년 회사법에 따르면, 모든 회사는 최소한 1명(공개회사는 2명)의 이사를 두어야 하는데(제154조), 이는 회사는 인위적인 법적 주체이므로 스스로 행위할 수 없고, 회사 소유자를 대표하여 행위할 자가 필요하기 때문이라고 한다. 1인 회사인 경우도 그 주주가 바로 이사가 되어, 주주의 이익을 대표하는 주주의 지위와 주주를 대표하여 그들의 이익을 위하여 법적 책임을 부담하는 이사의 지위를 겸한다고 한다.¹⁸⁾

2006년 회사법에서는 이사에 대한 명확한 정의 규정이 없는데, 제250조에서 “2006년 회사법에서 이사라는 개념에는 그 명칭 여하를 불문하고 이사의 지위를 차지하고 있는 자를 포함한다.”라고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이는 영국 법원이 회사법 관련 소송에서 과거로부터 오랫동안 취해오던 태도를 법에 반영한 것으로, 그 의미는 어떤 사람이 이사인지를 결정함에 있

14) Northern Counties Sec. Ltd. v. Jackson & Steeple Ltd., [1974] 1 W.L.R. 1133, 1144 (Ch.).

15) Allen v. Gold Reefs of W. Africa, Ltd., [1900] 1 Ch. 656 (C.A.).

16) Sidebottom v. Kershaw, Leese & Co. Ltd., [1920] 1 Ch. 154 (C.A.).

17) Dafen Tinplate Co. Ltd. v. Llanely Steel Co. (1907) Ltd., [1920] 2 Ch. 124.

18) ACCA(the Association of Chartered Certified Accountants), “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, Certified Accountants Educational Trust, July 2007, 7면.

19) Companies Act 2006, §250 “Director” In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.

어서는 그 자가 이사로 적법하게 선임되어 등록된 자인지 여부뿐만 아니라 그 자가 이사의 법적 권한을 행사하고 있거나 행사해왔고, 이사들이 통상적으로 결정하는 종류의 결의 과정에 온전히 그 구성원으로 참여하고 있는지 여부가 고려되어야 한다는 것이다. 따라서, 2006년 회사법 적용에 있어서 어떤 사람이 이사인지 여부는 그의 직함보다는 회사와 관련하여 그가 맡고 있는 역할에 보다 주안점을 두고 판단되어야 한다고 한다.²⁰⁾ 2006년 회사법은 이사의 유형으로 법률상 이사와 배후이사²¹⁾로 나누어 규정하고 있는데, 아래에서는 이론상 인정되고 있는 사실상 이사의 개념도 함께 검토하도록 한다.

법률상 이사(De jure directors)란 회사 정관에 따라 주주총회 또는 이사회에 의하여 적법한 선임절차에 의하여 선임된 자로서 영국의 등록기관인 ‘Companies House’에 등록된 자를 말한다.

사실상 이사(De facto directors)란 법률상 이사와 구분되는 개념인데, 적법한 절차에 의한 선임이 없는 이사를 말한다. 그와 같은 선임절차의 하자가 존재함에도 불구하고, 사실상 이사가 회사의 제3자와의 거래 등에서 법률상 이사와 마찬가지로 의사결정 절차에 참여하였다면, 그 사실상 이사는 이사로서 책임을 진다. 어떤 사람이 사실상 이사인 경우, 그는 법률상 이사와 동일하게 회사법상의 이사의 의무를 진다.²²⁾ 사실상 이사에 관해서는 2006년 회사법상 정의 규정이 없다.²³⁾

20) 위의 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 7면.

21) 2006년도 영국 회사법은 이사 의무에 관한 규정을 이사의 영향력을 행사하는 자, 즉 배후이사에게 확대시켰다. 배후이사는 진짜 이사가 아니고 회사를 대표하여 행위할 수 있는 법적 권한도 없다. 배후이사는 주로 지배주주이거나 채권자인 경우가 많다(Simon Plant & Michel Prior, Officers’ and Directors’ Liability in the Context of Insolvency, 28 Int’l Bus. Law. 303, 304 (2000)).

22) 위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 12면.

23) 영국 회사법 제161조를 사실상 이사의 정의 규정으로 보고 있는 견해가 있다(허덕희, “회사의 업무 집행에 대한 지배적 지위남용의 규제”, 법과 정책 19권 2호, 2013, 419면) 즉, 사실상 이사란, ① 선임 행위에 하자(defect)가 있는 이사, ② 자격을 상실한 이사, ③ 이사지위가 정지된 이사, ④ 해당 의안에 대하여 의결권을 행사할 수 없는 이사, ⑤ 공개회사(public company)에서 단독으로 행위를 할 수 있는 이사에 대한 선임결의가 무효인 경우에 그 이사를 말한다고 한다(제161조). 그러나 위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 14면에서는 영국 회사법은 배후이사와 달리 사실상 이사에 관해서 정의 규정을 두고 있지 않은 점을, 배후이사와 사실상 이사 간의 개념상 차이점으로 언급하고 있다(위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 14면). 제161조는 사실상 이사의 개념을 정의하였다기 보다는 이사의 행위의 유효성이 문제되는 경우를 몇 가지 열거하고 그와 같은 행위 역시 유효하다는 점을 밝히고 있는바, 동 규정을 바로 사실상 이사의 정의개념으로 적시하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

Companies Act 2006, §161 Validity of acts of directors

(1) The acts of a person acting as a director are valid notwithstanding that it is afterwards discovered -

(a) that there was a defect in his appointment;

(b) that he was disqualified from holding office;

(3) that he had ceased to hold office;

(d) that he was not entitled to vote on the matter in question.

배후이사(shadow director)에 관해서는 2006년 회사법 제251조에서 규정하고 있다. 즉, 배후이사라 함은 회사와의 관계에서 그 자의 지휘(directions) 또는 지시(instructions)에 따라 회사의 이사에게 통상적으로 행위를 하도록(are accustomed to act) 하는 사람을 말한다(제251조 제1항).²⁴⁾ 여기서 “통상적으로 행위를 한다(accustomed to act)”의 의미에 관해서는 해석의 여지가 남아있지만, 특정인과 이사회 이사들 간에 의사소통이 이루어지고 이사회 이사들이 그와 같은 의사소통을 유효한 지휘 또는 지시로 인식하여 이에 복종하는 경우 그 특정인에 대하여 배후이사에 관한 규정이 적용될 수 있다는 점은 의문의 여지가 없다고 한다.²⁵⁾ 명문상 배후이사로 평가되지 않는 두 가지 예외의 경우가 있다. 첫째는 어떤 사람이 회사 및 이사에게 전문가의 지위에서만 자문(advice)을 한다는 이유만으로는 배후이사로 보지 않고(제251조 제2항),²⁶⁾²⁷⁾ 또한 법인(a body corporate)은 제2장(이사의 일반적 의무), 제4장(사원의 승인을 요하는 거래), 제6장(이사를 겸하고 있는 1인 사원의 회사와의 계약)의 규정 등을 적용함에 있어서, 종속회사의 이사가 그 법인의 지휘 또는 지시에 따라 통상적으로 행위를 한다는 이유만으로 그 법인을 종속회사의 배후이사로 보지 않는다(제251조 제3항).²⁸⁾²⁹⁾

잉글랜드웨일즈항소법원³⁰⁾은 이사자격박탈법³¹⁾ 제22조 제5항³²⁾이 적용된 Deverell 사

- (2) This applies even if the resolution for his appointment in valid under section 160(appointment of directors of public company to be voted on indivisually).
- 24) Companies Act 2006, §251 “Shadow director” (1) In the Companies Acts “shadow director”, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.
- 25) 위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 13면.
- 26) Companies Act 2006, §251 “Shadow director” (2) A person is not to be regarded as a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.
- 27) 그러나 만약 전문가가 순수하게 전문적인 조건을 하는 것을 넘어서 이사들에게 지휘 또는 지시를 하고자 의욕하고 이사들도 그러한 전문가의 조언을 지휘 또는 지시라고 보고 이에 따라 행위하는 경우, 그러한 전문가의 조언은 다르게 평가될 여지가 있다(위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 13면).
- 28) Companies Act 2006, §251 “Shadow director” (3) A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary for the purpose of - Chapter 2 (general duties of directors), Chapter 4 (transactions requiring members’ approval), or Chapter 6 (contract with sole member who is also a director), by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.
- 29) 동 조항은 모회사에 관한 조항인데, 모회사에 의한 지배 정도가 심할수록 배후이사로 평가되어 동 예외조항의 적용이 배제될 가능성이 크다는 점은 여전히 인정하면서도 제2장, 제4장 및 제6장의 적용에 있어서는 예외조항을 설치하고 있다(위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 13면).
- 30) The Court of Appeal of England and Wales.
- 31) the Company Directors Disqualification Act 1986.
- 32) 이사자격박탈법 제22조 제5항의 문구는 2006년 영국 회사법 제251조 제1항의 그것과 동일하므로, 배후이사의 의미에 관한 기준으로 참고할 수 있다고 한다(David W. Giattino, “Curbing Rent-Seeking by Activist Shareholders: the British Approach”, Temple International and Comparative Law

견³³⁾에서, 배후이사로 평가되는 기준을 밝히고 있다. 즉, 위 항소법원은 어떠한 당사자가 회사 업무에 있어서 진정한 영향력(real influence)을 행사하는 경우 배후이사에 해당한다고 하면서, 회사 업무 전반에 걸쳐서 영향력을 행사할 필요는 없다고 판시하였다. 또한, 이사회 이사들이 통상적으로 배후이사의 지시에 따르는 경우가 많겠지만, 그 이사들이 습관적으로 그 지시에 따르고 있다거나 따를 것이 기대될 것이 요구되는 것은 아니라고 한다. 그래서 배후이사란 통상적으로 이사회의 이사들에게 조언, 지도 또는 지시를 하여 적어도 회사의 한 부분에 대해 진정한 영향력을 행사하는 자라고 정의될 수 있다고 한다. 또한, 배후이사인 지배주주의 지시에 구속력이 없더라도 그 지배주주는 배후이사가 될 수 있다. 즉, 이사회 이사들이 독립적인 판단을 할 능력을 여전히 보유하고 있다 하더라도 지배주주는 배후이사가 될 수 있는 것이다. 이 점은 지배주주가 이사회 이사들의 판단을 대체할 만한 영향력을 가지고 있어야 한다는 미국 델러웨어 주법과는 반대되는 것이라고 한다. 영국 회사법에서는 이사회에 대한 그러한 장악력은 배후이사의 필수 요건은 아니라고 한다.³⁴⁾ 따라서 2006년 회사법 상의 배후이사의 개념은 미국 델러웨어 주법의 '지배주주'의 개념보다 더 넓다고 평가된다.³⁵⁾ 또한, 배후이사 제도는 개별 이사들에게 영향력을 행사하는 자에게 이사의 의무를 부과하고 있지만, 미국 델러웨어 주법상의 지배주주 제도는 이사회 이사들에게 영향력을 행사하는 지배주주들에게 이사의 책임을 부과하고 있다는 점에서 다르다고 한다.³⁶⁾

『A guide to directors' responsibilities under the Companies Act 2006』에서도 위 판례의 태도를 반영하여 배후이사로 평가되는 기준을 제시하고 있다. 즉, (a) 배후이사가 되기 위해서 모든 문제에 대하여 지휘나 지시할 필요는 없지만, 어떠한 회사 업무에 관하여 진정한 영향력을 보여야 한다. (b) 법원은 특정한 의사표시가 지휘 또는 지시에 해당하는지에 기초하여 개개 사건별로 배후이사 해당 여부를 판단한다. (c) 이사들에게 주어진 조언도 지휘나 지시에 해당할 수 있다. (d) 배후이사는 항상 배후에 있을 필요는 없다. 구체적 사실관계에 따라 배후이사가 전면에 드러나는 경우에도 배후이사에 관한 규정을 적용할 수 있다.

2006년 회사법 제170조에서는 이사의 일반의무의 범위와 성질에 관하여 규정하고 있는데, 이사는 제171조 내지 제177조에서 정하고 있는 일반의무를 부담한다(제170조 제1항). 그리고 퇴임한 이라도 재임 시에 알게 된 재산, 정보 또는 기회의 유용에 관한 제175조(이익충돌회피의무) 및 제176조(제3자로부터 이익을 수령해서는 아니되는 의무)상의 의무를 부담한다(제170조 제2항). 이러한 일반의무는 판례법 원리와 형평법 원리에 기초한 것이고, 이사가

Journal, 2011, 12면).

33) Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell, [2001] Ch. 340 (C.A.)

34) Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc. Supreme Court of Delaware. April 5, 1994, 638 A.2d 1110 (Approx. 16 pages).

35) David W. Giattino, 위의 글, 157면.

36) David W. Giattino, 위의 글, 157면.

회사에 대하여 부담하는 의무에 관하여 해당 판례법 원리 및 형평법 원리를 갈음하는 효력을 가진다(제170조 제3항).³⁷⁾ 또한 일반의무에 대하여는 판례법 원리와 형평법 원리와 동일한 방법으로 해석하고 적용하여야 한다. 일반의무의 해석과 적용에 있어 이에 상응하는 판례법 원리와 형평법 원리를 참조하여야 한다(제170조 제4항). 이사의 일반의무는 이에 상응하는 판례법 원리와 형평법 원리가 배후이사에게 적용되는 경우에 그 범위에서 배후이사에게 적용된다(제170조 제5항).³⁸⁾

이사의 일반의무는 ① 권한 내에서 행위를 하여야 하는 의무(duty to act within powers, 제171조),³⁹⁾ ② 회사의 성공을 촉진하여야 하는 의무(duty to promote the success of the company, 제172조), ③ 독립적으로 판단해야 하는 의무(duty to exercise independent judgment, 제173조), ④ 합리적인 주의, 능숙한 기량 및 근면으로 직무를 집행해야 할 의무(duty to exercise reasonable care, skill and diligence, 제174조), 이익충돌회피의무(duty to avoid conflicts of interest, 제175조), 제3자로부터 이익을 받아서는 아니되는 의무(duty not to accept benefits from third parties, 제176조), 거래 또는 약정에 관한 이해관계를 신고할 의무(duty to declare interest in proposed transaction or arrangement)로 구성되어 있다. 한편, 2006년 영국회사법 제170조 제5항의 해석상, 이사가 부담하는 신임의무가 배후이사에게도 적용된다는 점에서는 견해가 일치하고 있으나, 배후이사가 부담하는 신임의무의 범위에 대해서는 견해대립이 있다.⁴⁰⁾

법률상 이사나 배후이사가 2006년 회사법상의 의무를 위반할 경우 이들에 대해서는 민사상 손해배상책임이나 형사상 처벌이 가능하다. 특히, 민사상으로는 이사 등이 회사나 다른 주주들에게 손해를 발생시킨 경우에는 회사는 이들에게 손해배상을 할 것을 청구할 수 있다. 2006년 회사법 제178조⁴¹⁾에 따르면, 동법 제171 내지 제177조에 규정된 의무위반이 있

37) 따라서, 2006년 회사법 제정 전까지 적용되었던 판례법과 형평법상의 이사의 의무들의 내용은, 2006년 회사법상 법정되어 있는 의무들이 적용되는 한도 내에서는, 그 효력을 잃는 것이 원칙이다. 그러나 법원이 2006년 회사법상의 이사의 '일반의무'의 구체적 내용을 해석함에 있어서는 여전히 판례법과 형평법의 내용이 상당히 참조될 것으로 예상된다고 한다(위, "A guide to directors' responsibilities under the Companies Act 2006", 32, 33면).

38) Companies Act 2006 §170 (5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.

39) 회사의 이사는 정관(constitution)에 따라 행위하여야 하고, 해당 권한을 부여한 목적을 위하여 권한을 행사하여야 할 의무를 부담한다(§171).

40) 허덕희, 위의 글, 424면 내지 426면. 영국 법원은 영국 회사법 성립 전의 *Ultraframe v. Fiedlding* 사건에서, 법은 배후이사에 대하여 법률상 또는 사실상 이사가 부담하는 신임의무와 동일한 의무를 부담시키지 않는다고 하면서, 이에 따라 배후이사는 모든 신임의무를 부담하는 것은 아니라고 판시하고 있는데, 동 판결과 관련하여, 이사의 일반의무 중 권한 범위 내에서 행위를 하여야 하는 의무와 독립적으로 판단하여야 하는 의무는 그 성격상 배후이사에게 인정하기에는 적절하지 않으나 나머지 의무는 배후이사에 대해서도 적용되어야 한다면 위 판례에 반대하는 견해, 회사의 자산을 직접 관리하지 아니하는 배후이사에게 법률상 이사와 같은 일반적인 신임의무를 진다고 볼 수 없다면서 위 판례에 찬성하는 견해 등이 있다고 한다.

을 경우 보통법상 인정되는 의무 위반의 경우와 동일하게 취급하도록 규정되어 있다. 따라서 배상가능이익 범위 내에서 배당이 실시되어야 한다는 규정을 위반하여 주주들에게 지급된 배당액과 관련하여, 그와 같은 배당결의를 한 이사에 대해 책임을 물을 수 있고, 이사가 충실의무를 위반하여 이익을 취득하고 회사에 손해를 끼친 경우에는 그와 같은 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 또한, 충실의무 위반을 예방하기 위해 유지청구를 할 수 있고, 위반의 결과 체결된 계약을 무효로 할 수 있다. 만약 이사가 합리적인 주의, 능숙한 기량 및 근면으로 직무를 집행해야 할 의무(2006년 회사법상 제174조에서 규정)를 위반한 경우에는 그 위반으로 인해 발생한 손해에 대해 해당 이사에 대해 손해배상책임을 청구할 수 있다. 이와 같은 구제수단은 2006년 회사법 제170조 내지 제178조에서 규정하고 있는 일반의무 위반의 경우에도 모두 가능하다.⁴²⁾ 또한 이사자격박탈법에 따라 일정한 경우 최대 15년까지 이사 자격이 박탈될 수 있다.

2. 미국의 경우

1) 미국 판례법상 지배주주의 충실의무

미국에서는 지배주주가 회사 및 다른 주주에 대하여 충실의무(fiduciary duty)⁴³⁾를 부담한다는 법리는 일찍부터 판례법을 통하여 발달되어 왔다.⁴⁴⁾ 지배주주란 주식 50% 이상을 보유하거나 50% 미만으로 보유하고 있어도 ‘지배적 지위(controlling position)’를 가지고 있

41) Companies Act 2006 §178 Civil consequences of breach of general duties

(1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.

(2) The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors.

42) 위 “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, 83면.

43) 미국에서는 경영판단의 원칙(Business Judgment Rule)에 따라, 이사가 자신의 권한 내에서 합리적인 근거에 따라 성실하게 회사에 최상의 이익이 된다고 믿는 바에 따라 결정을 하면 그 결과 회사에 손해가 생길지라도 이사의 의무위반을 부정하고 손해에 대한 책임을 묻지 않는다. 따라서 이와 같은 경영판단의 원칙에 의해 이사의 의사결정이 적법하다고 추정되는 경우, 이를 다투고자 하는 원고는 이사의 충실의무(fiduciary duty of loyalty) 위반이나 선관의무(fiduciary duty of care) 위반을 입증해야 한다[Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000); Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989)]. fiduciary duty란 이와 같은 duty of loyalty와 duty of care를 함께 지칭하는 것이다.

44) Linge v. Ralston Purina Co., 293 N.W.2d 191 (Iowa Sup.Ct.1980); Donahue v. Rodd Electrotypes Co. of New England, 367 Mass. 578, 328 N.E.2d 505 (1975); W. Flecher, Cyclopaedia of the Law of Private Corporations, § 5810-11 (rev. perm. ed. 1980); H. Henn & J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises 653-61 (3d ed. 1983).

거나, ‘업무 영향력(working control)’을 가지고 있는 자를 말한다.⁴⁵⁾ 미국 법원은 지배주주를 이사와 마찬가지로 회사와의 관계에서 수탁자로 보고,⁴⁶⁾ 이사의 의무와 동일한 의무를 부담한다고 한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 지배주주는 회사 또는 소수주주에게 손해를 입히면서 자신의 이익을 득하기 위해서 주주권을 행사할 수 없다. 예를 들어, 모회사가 자회사와 계약을 위반함에도 불구하고 자회사로 하여금 이를 강제하지 못하도록 한 경우, 모회사는 그와 같은 행위가 자회사에 대하여 본질적으로 공정(intrinsically fair to the subsidiary)한 것이었다는 점을 입증해야만 한다. 즉 모회사가 자회사에 대하여 제 때 지급을 하지 않고 계약에서 정한 최소량의 발주의무를 어겨서 계약 위반으로 평가되는 경우, 자회사가 이와 같은 모회사 계약위반에 대해 책임을 묻지 않도록 할 경우, 이는 모회사가 자회사 소수주주에게 손해를 입히고 이로써 자신은 이익을 얻는 것이 되어 충실의무 위반이라는 것이다.⁴⁹⁾

관례법상 신임관계의 수탁자로서, 지배주주는 (i) 회사에게 속한 기회를 빼앗는 행위,⁵⁰⁾ (ii) 회사 자산을 주식 매수자금으로 사용하는 행위,⁵¹⁾ (iii) 수익성 있는 회사의 지속기업가치를 유용하는 행위, 예를 들어 해당 회사를 청산하고 그 자산을 매수하는 행위,⁵²⁾ (iv) 그 자신의 이익을 추구할 목적 하에, 다른 지위의 주주의 이익을 희생시키면서 특정 지위의 주주에게 이익을 주는 내용으로 정관을 개정하도록 의결권을 사용하는 행위,⁵³⁾ (v) 지배주주가 다른 주주들을 배제하고 가치 평가된 회사 자산의 가치를 유용하도록 회사의 지배권을 행사하는 행위,⁵⁴⁾ (vi) 지배주주에게 이익을 주면서 소수주주에게 피해를 줄 목적으로 기업 행위나 거래의 시점을 조정하는 행위⁵⁵⁾를 하여서는 안된다고 한다.

45) Foster v. Arata, 74 Nev. 143, 325 P.2d 759, 765 (1958); Perlman v. Feldmann, 219 F.2d 173, 174 n. 1 (2d Cir.), cert. denied, 349 U.S. 952, 75 S.Ct. 880, 99 L.Ed. 1277 (1955).

46) Maggiore v. Bradford, 310 F.2d 519, 521 (6th Cir.1962); Lebold v. Inland Steel Co., 125 F.2d 369, 372 (7th Cir.1941), cert. denied, 316 U.S. 675 (1942).

47) Gottesman v. General Motors Corp., 279 F.Supp. 361, 383-84 (S.D.N.Y. 1967).

48) 지배주주에게 이와 같은 충실의무를 부과하는 이유에 대하여, 미국 법원은 “만약 지배주주에게 충실의무를 부과하지 않으면, 소수주주는 최악의 사기에 노출되고 가장 포악한 잘못된 상황에 처하게 된다(...then the minority are in a situation that exposes them to the grossest frauds and subjects them to most outrageous wrongs).”라고 하면서, 지배주주가 회사의 정책을 결정할 때에는 “그들은, 그 순간에는 바로 회사이다”라는 표현을 쓰고 있다[Allied Chem. & Dye Corp. v. Steel & Tube Co., 120 A. 486, 491 (Del. Ch. 1923)].

49) Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 723 (Del. 1971).

50) Schreiber v. Bryan, 396 A.2d 512, 518-19 (Del. Ch. 1978).

51) Maggiore v. Bradford, 310 F.2d 519, 521-22 (6th Cir.1962).

52) Lebold v. Inland Steel Co., 125 F.2d 369, 372-73 (7th Cir.1941).

53) Maxwell v. Northwest Indus., 339 N.Y.S.2d 347, 356-57 (N.Y. Sup. Ct. 1972); 동 사건에서는 모회사에게 더 배당을 해주기 위해서 우선주주들에 대한 배당률을 증가시키기로 하는 내용의 정관변경에 결의하였다.

54) Zahn v. Transamerica Corp., 162 F.2d 36, 46 (3d Cir.1947).

55) Smith v. SPNV Holdings, Inc., No. Civ. A. 8395, 1987 WL 14676 at 2-3 (Del. Ch. Oct. 28, 1987); 동 사건에서는 문제된 합병의 시기로 인해 소수주주에게 배당에 있어서 800만불의 손해를 야기시키고 있다는 이유로 motion to dismiss가 기각되었다.

지배주주에게 이익을 주고 회사 또는 소수주주에게 손해를 주는지 여부는 “공정성 (intrinsic fairness)” 테스트⁵⁶⁾에 따라 판단되는데, 모든 주주에게 비율적으로 이익이 돌아가는 경우는 원칙적으로 경영판단의 원칙(business judgment rule)의 적용 대상이다. 따라서 자회사가 현재 수익금을 초과하여 배당을 하기로 한 경우, 이와 같은 배당결의가 모회사의 현금부족의 필요에 따라 이루어졌다 하여도, 동 배당결의에 따라 소수주주도 자신의 주식 비율에 따라 배당을 받는다면 경영판단의 원칙이 적용되어 적법한 것으로 판단된다.⁵⁷⁾ 또한, 지배주주가 소수주주에게는 제공되지 않는 정보를 이용하여 어떠한 이익을 취한 경우, 설사 소수주주에게 어떠한 손해가 발생하지 않는다 할지라도, 충실의무 위반이라고 한다.⁵⁸⁾

지배주주의 충실의무는 지배주주가 그의 사적인 이익을 추구하지 못한다는 의미가 아니고, 지배주주가 그의 권리를 행사함에 있어 회사의 이익과 소수주주의 이익도 아울러 고려하여야 한다는 것이다.⁵⁹⁾ 즉 지배주주는 지배권을 이용하여 자신의 이익만을 추구하고 소수주주들에게 손해를 입힌 경우에는 위 충실의무 위반에 해당한다. 그와 같은 지배권은 모든 주주들에게 주식 비율대로 이익이 돌아갈 수 있도록 행사되어야 한다고 한다.⁶⁰⁾

2) 미국법률협회⁶¹⁾의 회사지배구조원칙⁶²⁾에 따른 지배주주의 충실의무와 책임

미국법률협회는 위와 같은 판례의 입장을 반영하여 회사지배구조원칙을 공간하였는데, 구체적인 내용은 다음과 같다. 지배주주란 1인 또는 수인이 의결권 있는 주식 50% 이상을 보유하고 있는 경우 또는 회사의 경영 또는 정책(management or policies of the corporation)에 대하여 지배적인 영향력을 미치고 있거나 또는 주주라는 개인적 지위에서 문제된 거래 내지 행위에 대하여 지배적인 영향력을 미치고 있는 주주라고 정의한다. 그리고 1인 또는 수인이 의결권 있는 주식 25% 이상을 소유하고 있는 경우 그 주주는 그 회사의 경영과 정책에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있다고 추정한다고 규정한다.⁶³⁾

56) 공정성 기준에 관하여 크게 실제적 공정성과 절차적 공정성으로 나뉜다. 실제적 공정성은 지배주주의 거래행위의 내용이 회사의 최선의 이익을 위하여 이루어져야 한다는 것이고, 절차적 공정성은 이사회나 주주총회의 결의절차에 있어서도 공정하여야 한다는 것이다(장덕조, “지배주주의 충실의무”, 『민주법학』 18호, 200, 173면).

57) Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 721-22 (Del. 1971). 동 사건에서 법원은 해당 자회사에는 두 가지 종류의 주식, 즉 지배주주(모회사)가 소유하는 주식과 소수주주가 소유하는 주식이 있는데, 만약 지배주주가 자신이 가지고 있는 주식에 대해서만 배당을 하기로 결정하였다면 그와 같은 경우는 ‘공정성’ 원칙에 따라 적법성이 판단되어야 한다고 판시하였다.

58) Jones v. H.F. Ahmanson & Co., 460 P.2d 464, 467 (Cal. 1969).

59) Ferber v. American Corp., 469 A. 2d 1046 (1983).

60) Jones v. H.F. Ahmanson & Co., 460 P.2d 464, 467 (Cal. 1969).

61) The American Law Institute.

62) ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (Restatement).

63) § 1.10 Controlling Shareholder

(a) A “controlling shareholder” means a person [§ 1.28] who, either alone or pursuant to an

지배주주의 의무에 관하여, 지배주주가 ① 스스로 당사자가 되어 회사와 거래를 하는 경우,⁶⁴⁾ ② 회사 재산을 이용하거나 중요한 미공개회사 정보를 이용하거나 회사에 대한 지배적 지위를 이용하는 경우,⁶⁵⁾ ③ 지배주주가 회사의 기회를 취득하는 경우,⁶⁶⁾⁶⁷⁾ ④ 지배주주가 이해관계인을 위하여 행위를 하는 경우⁶⁸⁾ 등과 관련하여 지배주주의 개인적 이해관계가 회사에 중대하게 영향을 미치는 때에는 공정거래의무(duty of fair dealing)와 적절한 개시의무(duty of disclosure)를 부담한다고 규정하고 있다. ②와 관련한 지배주주의 전형적인 지배적 지위남용의 유형으로는, (a) 지배주주가 조세상의 이익을 얻게 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우, b) 지배주주가 회사의 배당정책에 영향을 미치기 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우, c) 지배주주가 자기의 이익을 증대시킬 목적으로 회사로 하여금 특정한 행위를 제한하는 방법으로 그 회사를 배제시키는 데에 지배적 지위를 이용하는 경우, d) 지배주주가 유사한 입장에 있는 다른 주주를 배제한 채 회사의 특정재산의 매각을 통하여 자기의 이익을 증대시키기 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우 등이라고 밝히고 있다.⁶⁹⁾

지배주주가 공정거래의무 내지 충실의무를 위반한 경우에 그 위반으로 인하여 발생한 손해는 공평한 원상회복(equitable restitution)의 원칙에 입각하여 지배주주는 회사 또는 주주에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.⁷⁰⁾

arrangement or understanding with one or more other persons:

(1) Owns and has the power to vote more than 50 percent of the outstanding voting equity securities [§ 1.40] of a corporation; or

(2) Otherwise exercises a controlling influence over the management or policies of the corporation or the transaction or conduct in question by virtue of the person's position as a shareholder.

(b) A person who, either alone or pursuant to an arrangement or understanding with one or more other persons, owns or has the power to vote more than 25 percent of the outstanding voting equity securities of a corporation is presumed to exercise a controlling influence over the management or policies of the corporation...

64) § 5.10. Transactions by a Controlling Shareholder with the Corporation.

65) § 5.11 Use by a Controlling Shareholder of Corporate Property, Material Non-Public Corporate Information, or Corporate Position.

66) § 5.12 Taking of Corporate Opportunities by a Controlling Shareholder.

67) 회사에게 제공된 회사 기회인지 여부를 판단하기 위해서는 두 가지 기본 테스트를 거치게 되는데, 첫 번째 테스트는 지배주주가 그 기회를 어떻게 득하였는지, 즉 그 기회가 회사에 의하여 개발되고 제공되었다면, 그것은 회사의 자산이고 그렇지 않으면 지배주주의 자산이라는 것이다. 두 번째 테스트로는 회사가 영위하고 있고 영위할 예정인 사업이고, 지배주주가 영위하는 사업의 범주에 속하지 않는 사업활동의 유형이면 회사의 자산이라는 것이다.

68) § 5.13 Conduct on Behalf of Associates of a Controlling Shareholder.

69) d. Application of § 5.11 to specific situations (1). Limitations on the use of controlling position (a). Filing of consolidated tax returns (b). Use of controlling position to influence dividend policy (c). Use of controlling position to preclude the corporation from engaging in a certain activity in order to secure a benefit for the controlling shareholder. (d). Use of controlling position to obtain the profit from sale of particular corporate property to the exclusion of other shareholders similarly situated.

70) § 7.18 Recovery Resulting from a Breach of Duty: General Rules (a) Except as otherwise

3. 독일의 경우

독일은 경우 지배주주의 충실의무를 인정하는 판례⁷¹⁾도 있고, 입법적으로 이에 관한 명문규정도 두고 있다. 판례는 주주 상호간에도 특별한 결합관계의 성질을 가지고 있으므로 회사법상 충실의무가 존재한다고 한다. 또한 주식회사에서 다수주주가 소수주주에 대하여 충실의무를 부담할 뿐만 아니라 소수주주도 다수주주에 대해서 충실의무를 부담한다고 판시하고 있다.⁷²⁾

독일주식법⁷³⁾에서는 주주의 의무로서 출자의무 이외에 충실의무와 가해금지의무를 규정하고 있다. 즉 주주가 자기의 의결권 행사 시, 자기 또는 제3자를 위하여 회사 또는 다른 주주에게 손해를 가하고 특별이익을 취득하는 경우 이는 주주총회결의 취소사유가 될 수 있는바(독일주식법 제243조 제2항), 동 규정에서 주주의 일반적인 충실의무를 표현하고 있다고 한다.⁷⁴⁾ 지배주주가 자기 또는 제3자의 개인적 이익을 추구하여 객관적으로 현저히 불공정한 내용의 결의를 다수결의 힘으로 성립시키는 경우에는 동 규정에 따라 결의취소의 소의 사유로 삼을 수 있다.⁷⁵⁾ 독일주식법 제117조의 가해금지 규정에 따르면, 고의로 자신의 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사, 감사, 지배인 또는 상사대리인으로 하여금 회사 또는 주주에게 손해가 되도록 행위를 하게 한 자는 회사에 대하여 손해배상의무를 지고, 또한 회사의 손해로 인하여 주주에게 가해진 손해를 제외하고 주주가 손해를 입은 경우에는 그 주주에 대하여도 손해배상의무를 진다(제177조 제1항).⁷⁶⁾ 또한, 그 자에 대한 손해배상

provided in § 7.19 (Limitation on Damages for Certain Violations of the Duty of Care), a defendant who violates the standards of conduct set forth in Part IV (Duty of Care and the Business Judgment Rule), Part V (Duty of Fair Dealing), or Part VI (Role of Directors and Shareholders in Transactions in Control and Tender Offers) is subject to liability for the losses to the corporation (or, to the extent that a direct action lies under § 7.01 (Direct and Derivative Actions Distinguished), to its shareholders) of which the violation is a legal cause, and, in the case of a violation of the standards set forth in Part V, for any additional gains derived by the defendant or an associate [§ 1.03] to the extent necessary to make equitable restitution.

71) Linotype Urteil, BGHZ 103, 194, vom 1. 2. 1988.

72) BGH, WM 1995, 882. 동 판결에서는 지배주주뿐만 아니라 회사의 각 주주는 다른 주주의 사원권의 내용과 가치에 영향을 미칠 수 있으므로, 또한 각 주주의 잠재적인 영향력을 고려할 때 모든 주주에게 충실의무를 인정해야 한다고 판시하였다.

73) Aktiengesetz.

74) 홍복기, 위의 책, 230면.

75) 이철송, 위의 책, 594면; 김재범, “주주 충실의무론의 수용 - 이사 충실의무와 관련하여”, 비교사법 제22권 1호, 2015, 195, 196면.

76) § 117 Schadenersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Er ist auch den Aktionären zum Ersatz

청구권은 회사의 권리이지만, 회사 채권자도 그가 회사로부터 변제를 받을 수 없는 경우에 한하여 손해배상청구권을 행사할 수 있는데(제177조 제5항), 회사채권자에 대한 배상의무는 회사의 포기 또는 화해로 인하여 또는 손해를 입힌 행위가 주주총회의 결의에 기인하였다는 사실로 인하여 소멸하지 아니하고, 파산절차가 개시된 때에는 파산관재인이 채권자의 권리를 행사한다고 한다(제177조 제5항).⁷⁷⁾ 제177조와 관련해서는, 동 규정은 영향력 행사자에 대하여 불법행위책임을 묻고 있는데 실제로 고의의 입증은 쉽지 않다는 점, 주주가 의결권 행사를 통하여 회사에 손해를 끼친 경우에는 동 규정이 적용되지 않는다는 점, 회사의 손해배상청구권에 대하여는 회사채권자는 제117조 제5항에 의하여 일정한 경우 직접 행사할 수 있지만 주주는 단독으로 행사할 수 없어 소수주주의 보호에 미흡하다는 점 등이 지적되고 있다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

독일주식법은 지배기업 및 그 법정대리인의 책임에 관한 규정에서, 지배계약 등을 체결하지 않은 사실상 콘체른 상태에 있는 지배회사가 종속회사로 하여금 종속회사에 손해가 되는 법률행위를 하게 하거나 손해가 되도록 행위를 하고 당해 영업년도의 종료시까지 실제로 손해를 보상하거나 보상을 위하여 정하여진 이익에 대한 법적청구권을 부여하지 아니한 때에는 지배기업은 그 종속회사에 대하여 손해배상의무를 진다고 규정함으로써(제317조 제1항),⁸⁰⁾ 충실의무의 적용범위를 확대하고 있다.⁸¹⁾

des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

77) (5) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Gläubiger aus.

78) 홍복기, 위의 책, 230면.

79) 이러한 문제점 때문에 동 규정은 거의 활용되지 않고 있고, 주식법상 상세한 콘체른 규정이 존재하고 판례법에 의하여 주주의 충실의무 등에 관한 법리가 발달하여 있으므로, 동 규정의 필요성은 크지 않다고 한다(김재범, “주식회사의 업무집행에 대한 영향력행사의 규제”, 『상사법연구』12집, 한국상사협회, 1993, 142면; 김건식, “소수주주의 보호와 지배주주의 성실의무 - 독일법을 중심으로-” 『법학』 제32권 3, 4호, 1991, 112면).

80) § 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter

(1) Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daßes den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteilgewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

81) 홍복기, 위의 책, 229면.

4. 중국의 경우

중국에서도 회사의 주주가 회사의 법인격과 주주권을 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 한편, 회사재산을 부실하게 하여 회사 또는 제3자에게 손해를 끼치는 일이 자주 발생함에 따라, 중국의 신 회사법(公司法, 이하 “중국 회사법”)⁸²⁾에서는 주주의 권리남용금지에 관한 규정을 두고, 그 위반에 대한 손해배상책임과 법인격부인의 법리를 신설하였다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

먼저, 권리남용의 금지로서, 주주는 법령과 정관의 규정을 준수하고 법에 따라 주주의 권리를 행사하여야 하며, 주주권을 남용하여 회사 또는 다른 주주의 이익을 침해하거나 회사 법인의 독립적 지위 또는 주주의 유한책임을 남용하여 회사채권자의 이익을 침해하지 못한다(중국 회사법 제20조 제1항). 주주가 주주권을 남용하여 회사 또는 다른 주주에게 손해를 가한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다(중국 회사법 제20조 제2항).

두 번째로, 법인격부인의 법리로서, 주주가 회사 법인의 독립적 지위 및 주주의 유한책임을 남용하여 채무를 면하고 회사채권자의 이익을 현저하게 침해한 때에는 회사의 채무에 대하여 연대하여 책임을 부담한다(중국 회사법 제20조 제3항).

마지막으로, 회사의 지배주주, 임원 등 경영진의 지위남용 금지로서, 회사의 지배주주, 실질적 지배자, 이사, 감사 및 고급관리자는 자신의 회사에 대한 관련관계를 이용하여 회사의 이익을 침해하지 못하며, 분항 규정을 위반하여 회사에 손해를 준 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다(중국 회사법 제21조 제1항 및 제2항).⁸³⁾ 여기서 지배주주라 함은 주식회사의 자본총액의 50% 이상에 해당하는 주식을 보유하는 주주 또는 보유주식의 비율이 50% 미만이지만 보유주식의 의결권이 주주총회의 결의에 중대한 영향을 미칠 수 있는 주주를 말하고(중국 회사법 제217조 제2호), 실질적 지배자란, 회사의 사원이나 주주는 아니지만 투자관계, 합의 또는 기타의 수단에 의하여 회사의 행위를 실질적으로 지배할 수 있는 자를 말한다(개정 회사법 제217조 제3호). 관련관계란 회사의 지배주주(지배사원), 실질적 지배자, 이사, 고급관리직원이 직접 또는 간접으로 기업을 통제할 수 있거나 회사의 재산을 유출할 수 있는 관계를 말한다(중국 회사법 제217조 제4호).

지배주주 또는 실질적 지배자가 통제권을 행사하는 방법으로는 이사회나 사원총회를 통하여 의결권을 행사함으로써 직접적으로 통제권을 행사하는 방식과, 회사법에서 인정된 이

82) 중국은 2005년 10월 27일 제10기 중국인민대표회의 제18차 회의에서 회사법을 대폭적으로 개정하여 2006년 1월 1일부터 신 회사법(中華人民共和國公司法)이 시행되고 있다(강대섭, “중국 회사법의 개정과 회사설립·활동에 대한 규제 완화”, 법학연구 47(1), 2006, 375, 376면).

83) 동 규정은 본래 국유기업(특히 상장기업)의 지배주주인 친회사가 자신의 이익을 위해 국유기업의 재산을 유출하는 것을 방지하는 데 입법취지를 두고 있는데, 동 규정이 모든 주식회사와 유한회사에 적용됨으로써 자칫 주주의 유한책임을 부정하는 방향으로 흐를 가능성을 우려하는 목소리가 있다고 한다(강대섭, 위의 글, 392면).

사회 구성원인 이어나 경리⁸⁴⁾의 선임 후 이들을 통하여 간접적으로 통제권을 행사하는 방식이 있는데, 중국 회사법에서는 주주와 지배주주에 대해 주주권 남용금지의무를 부과하는 일반조항을 둬으로써 위 두 가지 방식에 의한 권한남용을 모두 규제하고자 한다.⁸⁵⁾

5. 일본의 경우

일본에서는 일반적으로 주주의 의무는 일본 상법 제104조⁸⁶⁾에 기한 유한출자의무에 한정된다고 해석되지만, 학설상 지배주주가 회사 또는 다른 주주에 대해 성실의무를 부담한다는 견해도 존재한다. 지배주주 등의 책임의 근거에 관하여 다음과 같은 견해가 제시되고 있다. 첫째, 지배주주 등이 회사의 이사에 영향력을 행사하여 회사 또는 제3자에게 손해를 준 경우에는 일본민법 제719조 제2항(한국민법 제760조 제3항)을 유추적용하여 지배주주를 공동 채무불이행 또는 공동불법행위를 행한 공동행위자로 보아 일본상법 제266조(한국상법 제399조) 또는 제266조의3(한국상법 제401조)를 적용하자는 견해, 둘째, 지배주주는 보통의 주주보다 강한 충실의무를 부담하고 있으므로 이사의 책임규정을 그 교사자 또는 방조자인 지배주주에게 유추적용하자는 견해, 셋째, 지배주주는 법적으로 이사는 아니지만 회사 경영에 관여하고 있는 경우에 사실상 이사로 취급하여 회사법상 이사책임 즉 일본상법 제266조(한국상법 제399조) 및 제266조의3(한국상법 제401조)를 적용하자는 견해 등이 그것이다.⁸⁷⁾ 한편, 지배주주에게 성실의무와 같은 일반조항적 의무를 부담시키지 않더라도 민법의 권리 남용 규정이나 불법행위에 관한 규정에 의하여 규율이 가능하다는 점, 다수결 남용을 주주 총회결의취소사유로 정하고 있는 일본상법 제831조 제1항 제3호⁸⁸⁾가 존재하고, 지배주주에 의한 회사 이익의 착취 등의 행위에 대해서는 위법한 이익 공여를 받은 자의 책임에 관한 동법 제120조 제3항 또는 위법배당을 받은 자의 책임에 관한 동법 제462조 제1항 등이 기능할 수 있다는 점, 주주평등의 원칙 위반의 효과는 일반적으로 무효로 볼 수 있다는 점 등을 근거로 지배주주에게 회사법상 규정되어 있지 않은 일반조항적 의무를 부담시키는 것은 타당하지 않다는 견해도 유력하다.⁸⁹⁾ 한편, 판례⁹⁰⁾는 사실상 이사라는 개념을 인정하고, 지

84) 중국 회사법상 업무집행기관으로서, 우리나라의 대표이사 또는 (대표)집행임원에 해당한다. 참고로, 중국 회사법상 회사의 기관으로 법정되어 있는 것은 주주총회, 이사회, 업무집행기관(경리), 감사회가 있다(정패영, “중국 회사법상 주식유한회사의 지배구조”, 『인적자원연구』 19권 4호, 2012, 232면).

85) 이정표, 『중국 회사법』, 박영사, 2008, 39, 40면.

86) 일본상법 제104조 주주의 책임

주주의 책임은 그가 보유한 주식의 인수가액을 한도로 한다.

87) 潘阿憲, “會社持分支配權濫用の法理: 多數派社員の成實義務理論”, 信山出版社, 2000.

88) 우리나라 지방법원은 지배주주가 관여한 주주총회결의에 대하여 특별이해관계인이 관여한 현저하게 부당한 결의에 해당한다고 보아 주주총회결의의 취소를 인정하였는바(浦和地判 2000. 8. 18. 判示 1735号133頁), 동 판시에 대하여 지배주주에 의한 회사 이익의 착취를 부정한 사례로 볼 수 있다고 한다(江頭憲治郎・中村直人, 『會社法』總則, 株式會社 I, 田中英弥, 2012, 257면).

89) 江頭憲治郎・中村直人, 위의 책, 257, 258면.

배주주에게 이사로서의 책임을 긍정하고 있는바, 이와 같은 지배주주에게 책임을 인정하기 위하여 사실상 이사라는 법리를 발전시킨 위 판례에 대하여, 지배주주인지 여부가 책임인정의 직접적인 요건으로 인정되지는 않았지만 결론적으로 지배주주에게 책임추궁을 할 수 있는 법이론의 하나로 자리매김할 수 있는 것으로 평가되고 있다.⁹¹⁾

Ⅲ. 상법상 업무집행지시자 등의 책임

1. 상법 제401조의2의 책임주체

상법 제401조의2 제1항에 따른 업무집행지시자 등에 해당하는 자는 다음의 세 가지 분류에 따른다. 즉 ① 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 소위 업무집행지시자(제1호), ② 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자(제2호), ③ 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자(제3호)가 그것이다.⁹²⁾⁹³⁾

90) 東京地判 1990. 9. 3. 判示 1376号110頁.

91) 江頭憲治郎·中村直人, 위의 책, 258면.

92) 제401조의2의 책임주체와 관련하여, ①②를 배후이사, ③을 표현이사라고 부르는 견해(홍복기, 위의 책, 531면; 정동윤, 『상법(상)』, 법문사, 2012, 647면 내지 650면), ①을 업무집행지시자, ②를 무권대행자, ③을 표현이사라고 부르는 견해(정찬형, 『상법강의(상)』, 박영사, 2014, 1002면 내지 1008면; 이철송, 위의 책, 781면 내지 786면; 임재연, 『회사법II』, 박영사, 2012, 455면 내지 459면; 김정호, 『회사법』, 법문사, 2014, 530 내지 534면), ①②를 업무집행지시자, ③을 표현이사라고 부르는 견해(최준원, 위의 책, 945면 내지 954면), ①②③을 합하여 사실상 이사라고 부르는 견해(정동윤, 위의 책, 647면; 최준원, 위의 책, 948면; 김정호, 위의 책, 526면) 등이 있다. 본고에서는 각 호를 구분하여 설명하기 위하여, ①을 업무집행지시자, ②를 무권대행자, ③을 표현이사라고 부르고 있는 견해에 따르기로 하고, ①②③을 통칭할 때는 ‘업무집행지시자 등’이라고 칭하기로 한다. 한편, 사실상 이사(de facto director)의 개념은 원래 영국에서 대체로 선임에 하자가 있거나 자격을 상실한 이사 또는 이사지위가 정지된 이사 등을 가리키므로 지배주주 등과 같이 회사에 영향력을 행사하는 배후이사와는 본질적으로 구별되는 개념이고, 비교법적으로 살펴보더라도, 경영에 관여한 자의 책임은 영국에서는 배후이사제도(shadow director), 미국에서는 지배주주의 충실의무(fiduciary duty)에 의해 해결하고 있는바, 사실상 이사라는 개념은 적당하지 않다는 견해가 있다(정승욱, “지배주주의 법적 책임에 관한 연구 - 사실상 이사의 법리를 중심으로”, 서울대학교 법학박사학위 논문, 서울대학교, 1998, 83면; 홍복기, 위의 책, 531면; 송종준, “업무집행지시자 등의 책임”, 고시연구 26, 1999, 49면). 필자도 동의하는 바이다.

93) 2011년 4월 개정상법에서는 집행임원제도가 도입됨에 따라 집행임원설치회사의 경우 집행임원에 대하여 업무집행을 지시한 자 등에 대하여도 집행임원과 동일한 책임을 인정하고 있다(상법 제408조의 9, 제401조의2).

1) 업무집행지시자

상법 제401조의2 제1항 제1호에 따른 책임주체는 업무집행지시자로서 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자이다. 업무집행지시자는 지배주주 등 회사의 실질적인 지배자로서 외관상 드러나지 아니하면서 이사의 배후에서 회사의 업무를 지시한다는 점에서 개념적으로 영국회사법상의 배후이사(shadow director)에 해당한다.⁹⁴⁾ 지배주주 등이 동 호에 따른 업무집행지시자로 평가되기 되기 위해서는 회사에 대한 영향력 보유와 영향력을 이용한 이사에 대한 업무집행의 지시라는 두 가지 요건을 충족하여야 한다.

(1) 회사에 대한 영향력을 행사할 것

영향력의 의미에 관하여, 지배주주 등이 회사의 의사결정을 자신이 의도하는 바대로 유도하는 사실상의 힘이라고 정의하는 견해⁹⁵⁾와 법률적으로든 사실상으로든 회사의 지배력을 가진 자가 그것을 이용하여 회사의 내부에서 부당하게 자신의 목적을 달성시킬 수 있는 힘이라고 정의하는 견해가 있다.⁹⁶⁾

회사에 대한 자신의 영향력을 행사하는 업무집행지시자의 범위에 대하여도 견해가 대립되고 있는데, (i) 지배주주 외에 회사채권자나 지속적인 거래에서 우월한 지위를 갖는 자(예를 들어, 하청업체에 대한 도급기업)뿐만 아니라 공법적이거나 정치적으로 우월한 힘을 가진 자까지 포함된다고 보는 견해,⁹⁷⁾ (ii) 업무집행지시자의 범위를 지나치게 확대할 경우 제도를 남용할 우려가 있으므로 공법적이거나 정치적으로 우월한 힘을 가진 자는 제외되지만 회사채권자는 포함된다고 보는 견해,⁹⁸⁾ (iii) 공법적이거나 정치적으로 우월한 힘을 가진 자를 포함하여 회사채권자 등 회사 외부에서 사실상 힘을 행사하는 자는 모두 제외된다고 하여 그 범위를 가장 좁게 보는 견해⁹⁹⁾ 등이 있다. 한편, 서울고등법원은 “업무집행지시자는 1인 주주나 지배주주 등과 같이 회사 내부에서 영향력을 행사하여 회사의 업무집행에 관여하거나 회사를 실질적으로 경영하는 자를 뜻하고, 회사에 대한 채권자 등과 같이 우월적 지위를 가지고 있으나 회사의 외부에서 사실상의 영향을 미칠 수 있을 뿐인 자는 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.”라고 판시하여(서울고등법원 2009. 12. 23. 선고 2009나4924 판결), 먼저 ‘영향력’의 의미에 관하여 회사의 내부에서 회사의 업무집행에 관여하거나 실질적으로 경영하는 힘으로 보고 있고, ‘업무집행지시자의 범위’와 관련해서는 회사채권자와 같이 회사

94) 김한중, 위의 글, 73, 74면.

95) 정찬형, 위의 책, 1003면; 이철송, 위의 책, 781면.

96) 홍복기, 위의 책, 532면; 정동윤, 위의 책, 648면; 최준선, 위의 책, 948면.

97) 이철송, 위의 책, 781면; 김정호, 위의 책, 527면.

98) 홍복기, 위의 책, 532면.

99) 손주찬, 위의 책, 856면; 정찬형, 위의 책, 1003면; 정동윤, 위의 책, 648, 649면; 홍복기, 위의 책, 531면; 최준원, 위의 책, 948면.

의 외부에서 사실상의 영향만을 미칠 수 있는 자는 포함되지 않는다는 입장이다. 상법 제401조의2의 입법취지가 지배주주나 그의 특수관계인과 같이 배후에서 회사의 경영에 영향력을 행사하면서도 회사나 제3자에 대하여 법률상 아무런 책임을 지지 않는 자들에 대해 책임을 물음으로써 이들에 의하여 회사의 경영이 왜곡되는 것을 방지하기 위함에 있는바, 회사 내부에서 영향력을 행사하는 자로 업무집행지시자의 범위를 한정하는 위 서울고등법원의 입장이 타당하다고 생각된다.

영향력은 회사에 대한 것이어야 하고 이사 개인에게 개인적인 영향력을 행사하는 경우(예를 들어 이사 개인의 채권자가 이사에 대하여 자신의 이익을 위하여 어떠한 업무집행을 지시하는 경우)는 이에 해당하지 않는다.¹⁰⁰⁾ 자연인뿐만 아니라 법인도 영향력 행사자에 해당할 수 있다.¹⁰¹⁾

한편, 지배주주 등이 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 한편 회사에 손해를 가하는 방향으로 의결권을 행사하여 결의하고 이사로 하여금 이를 집행하게 한 경우(이른바 다수결 남용행위를 하는 경우)에도 제401조의2의 적용대상으로 보아 지배주주 등에게 직접 손해배상책임을 물을 수 있는가의 문제가 있다. 이에 관하여 서울중앙지방법원¹⁰²⁾은, “상법 제401조의2 제1항 제1호는 업무집행지시자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 상법 제399조의 적용에 있어서 이사로 본다고 규정하고 있고, 제399조 제1항은 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대해 연대하여 손해를 배상하도록 규정하고 있는 바, 업무집행지시자에 대한 위 상법 규정의 입법취지가 지배주주 등과 같이 배후에서 회사의 경영에 영향력을 행사하면서도 법률상 아무런 책임을 지지 않는 자들에 대해 책임을 물음으로써 이들에 의하여 회사의 경영이 왜곡되는 것을 방지하기 위함에 있는 점에 비추어 보면, 지배주주가 주주총회에서 주주권을 행사하는 경우나 이사의 지위를 겸유하는 지배주주가 이사회에 참석하여 회사의 의사결정에 참여하는 경우와 같이 적법한 절차를 통해 자신의 권한을 행사하는 경우에는, 비록 그가 지배주주의 지위에 있다는 사정 때문에 그 권한을 행사하는 과정에서 그러한 지위에 없는 경우에 비해 회사의 경영에 사실상 더 큰 영향을 미치게 된다 하더라도, 그 지배주주는 업무집행지시자에 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.¹⁰³⁾ 한편, 동 판

100) 임재연, 위의 책, 456면.

101) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결.

102) 서울중앙지방법원 2012. 10. 5. 선고 2012가합1011 판결.

103) 동 사건의 원고들은 한국전력공사 발행주식총수의 1/10,000인 64,197 주 이상을 보유하고 있는 주주들이고, 피고는 한국전력공사 발행주식총수의 21.17%를 보유하고 있는 대한민국 정부인데, 원고들은 “전기사업법 등 관련 법령에서 전기요금은 적정 원가에 적정이윤(또는 적정투자보수)을 더한 총괄원가를 보상하는 수준으로 결정되어야 하는 것으로 규정하고 있고, 피고는 한국전력공사의 대주주, 전기요금의 인가권자, 한국전력공사의 감독권자, 한국전력공사 임원의 임면권자로서 한국전력공사의 정당한 이익을 고려하여 관련 법령에 따라 그 권한을 행사할 의무가 있음에도, 피고는 위와 같은 지위에서 가지는 영향력을 이용하여 관련 법령을 위반해서 총괄원가를 충족시키지 못하는 수

결에서 재판부는 피고가 원고들에 대하여 업무집행지시자 등의 책임을 부담하지 않는다는 결론을 이끌어냄에 있어서, 피고가 한국전력공사의 대주주의 지위에 있을 뿐만 아니라 인가권자, 감독권자의 지위에 있었던 점, 지식경제부장관이 한국전력공사의 인가권자 및 감독권자로서 전기요금 인상률에 관하여 행정지도를 할 수 있는 법적 근거가 있었던 점, 한국전력공사가 이와 같은 행정지도에 사실상 기속되어 전기요금 인상률을 결정하였다 하더라도 이는 법령 위반이나 임무해태에 해당하지 않는다고 판단되는 점 등을 종합적으로 고려하고 있는바, 구체적 사실관계에 따라서 지배주주가 주주총회나 이사회에서(이사 지위 겸하고 있는 경우) 의결권을 행사하는 방식으로 회사에 손해를 발생시킨 경우에도, 그와 같은 의결권 행사가 제반 사정에 비추어 부당하다고 인정되는 경우에는 지배주주에게 업무집행지시자의 책임이 인정될 수 있는 여지를 남기고 있는 것으로 해석된다. 학설로는 다수결 남용의 경우 지배주주 등에게 직접 손해배상책임을 묻기는 어려울 수 있으나 다수결 남용에 의해 이루어진 결의는 그 내용이 불공정하므로 결의무효사유로 볼 수 있다는 견해,¹⁰⁴⁾ 다수결의 남용을 주도하는 대주주는 결의에 특별한 이해관계를 가진 주주(제368조 제3항)로 취급하는 것이 옳다는 전제하에, 다수파주주가 의결권을 남용한 때에도 결의의 취소사유가 된다는 견

준의 전기요금 인상률을 한국전력공사에 통보·지시함으로써 그 이사들에게 업무집행을 지시하였고, 이로 인해 한국전력공사가 총괄원가와 총수입액의 차액인 2009년 3조 911억 원, 2010년 4조 1,117억 원 합계 7조 2,028억 원의 손해를 입게 되었으므로, 피고는 한국전력공사에 위 돈 중 7조 2,020억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.”고 주장하면서 이 사건 소를 제기하였다. 이에 재판부는 “한국전력공사가 전기요금 인상률을 반영하여 스스로 산정한 전기요금에 대해 지식경제부장관에게 인가를 신청하기 전에 지식경제부장관이 물가 수준 등을 고려하여 전기요금 인상률을 산정한 후 이를 한국전력공사에 통보한 사실, 한국전력공사는 그 이사회에서 이를 그대로 심의·의결한 후 지식경제부장관에게 인가를 신청한 사실, 피고가 한국전력공사의 대주주인 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 한편 행정기관은 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등 행정지도를 할 수 있고(행정절차법 제2조 제3호), 한국전력공사가 전기요금을 변경하고자 할 때에는 지식경제부장관의 인가를 받아야 하는 사실도 앞서 인정한 바와 같아, 이에 비추어 보면, 지식경제부장관이 사전에 전기요금 인상률을 산정하여 한국전력공사에 통보한 행위는 전기요금에 대한 인가권을 가지는 지식경제부장관이 그 인가권을 행사하기에 앞서 그 소관사무의 범위 안에서 전기요금에 관하여 행한 행정지도에 해당하는 것으로 봄이 상당하고, 지식경제부장관이 전기요금에 대한 인가권을 근거로 전기요금에 관한 행정지도를 할 수 있는 권한이 인정되는 이상 위에서 인정한 사실만으로는 피고가 인가권자, 감독권자 및 대주주 등의 지위를 이용하여 배후에서 한국전력공사의 경영에 영향력을 행사한 것으로 단정하기 어렵고, 달리 이와 같이 인정할 증거가 없어, 피고가 상법 제402조의2 제1항 제1호에서 정한 업무집행지시자에 해당하는 것으로 보기 어려우며, 피고가 한국전력공사의 대주주 지위에 있고, 지식경제부장관이 전기요금에 대한 인가권뿐만 아니라 한국전력공사의 업무에 대한 지도·감독권까지 가지고 있는 등의 사정으로 인해 위와 같은 행정지도에 사실상 기속력이 있을 수 있다 하더라도, 위와 달리 볼 것은 아니므로, 피고가 업무집행지시자에 해당함을 전제로 한 원고들의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.”라고 판시하였다. 또한, 재판부는 이에 더하여 설사 피고가 업무집행지시자에 해당한다고 하더라도 피고의 행위가 상법 제399조 제1항이 정한 법령위반 또는 임무해태에 해당하는 것으로 보기 어려우므로, 피고는 원고들에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다고도 판시하였다.

104) 이철송, 위의 책, 594면.

해,¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾ 지배주주가 주주총회에서 의결권 행사를 통하여 영향력을 행사하는 것은 회사의 내부에서 부당하게 자신의 목적을 달성하기 위하여 자신의 지배력을 행사하는 경우가 아니므로 책임의 대상이 원칙적으로 될 수 없지만, 지배회사 또는 지주회사가 종속회사의 희생하에 자신의 이익을 도모하는 부당한 지시를 한 경우에는 배후이사로서의 책임이 인정될 수 있다는 견해¹⁰⁷⁾가 있다. 지배주주의 의결권 행사가 지배권 남용행위로 평가되는 경우에 대해서 업무집행지시자의 책임을 묻지 못한다면 상법 제401조의2의 신설 취지가 몰각될 우려가 있으므로, 지배주주가 지배주주의 지위에 있다는 사정 때문에 그 권한을 행사하는 과정에서 그러한 지위에 없는 경우에 비해 회사의 경영에 사실상 더 큰 영향을 미치게 되는 정도를 넘어서, 자신 또는 제3자의 이익을 적극적으로 도모하고 그 결과 회사에 손해를 끼치는 방향으로 의결권을 행사한 후 이사로 하여금 이를 집행하게 하는 경우에는 업무집행지시자의 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다.

(2) 이사에 대한 업무집행의 지시

업무집행의 지시는 명시적이든, 묵시적이든, 그 내용이 법률행위이든 사실행위이든 묻지 않고 이사의 업무집행과 관련하여 구속력을 미칠 정도의 영향력 행사를 말한다. 지시를 받는 자의 범위에 대하여 법문에는 이사로 규정하고 있으나, 본 규정의 취지에 비추어, 이사의 하부기관인 부장·과장 등 상업사용인에 대한 지시시도 포함한다고 보는 견해가 다수설이다.¹⁰⁸⁾

2) 무권대행자

상법 제401조의2 제1항 제2호에 따른 책임주체는 법률상의 이사가 아니면서 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 소위 무권대행자로, 예컨대 이사를 명목상으로 선임하여 놓고 그 인장을 보관하면서 지배주주 등이 업무를 직접 집행하는 경우가 이에 해당한다.¹⁰⁹⁾

105) 정동윤, 위의 책, 578면.

106) 일본상법 제831조 제1항 제3호에서는 주주총회등의 결의에 관하여 특별한 이해관계를 가지는 자가 의결권을 행사함으로써 현저하게 부당한 결의가 이루어진 때 주주등은 주주총회등의 결의의 날로부터 3개월 이내에 소로써 그 결의의 취소를 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 독일주식법 제243조 제2항에서는 주주가 회사에 손해를 가하는 방법으로 자기 또는 제3자의 이익을 추구하기 위하여 의결권을 행사함으로써 그 목적에 부합하는 결의가 이루어진 때에는 그 결의는 취소할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 우리 상법 제368조 제4항에서 특별한 이해관계가 있는 주주에 대해서는 의결권 자체를 박탈하고 있는 것과는 다르게, 그 대주주의 의결권 행사가 부당하게 이루어진 경우에 한하여 결의취소의 사유로 인정하고 있다.

107) 홍복기, 위의 책, 532면.

108) 홍복기, 위의 책, 532면; 정찬형, 위의 책, 1003면; 임재연, 위의 책, 457면; 정동윤, 위의 책, 649면.

109) 홍복기, 위의 책, 532면.

3) 표현이사

상법 제401조의2 제1항 제3호에 따른 책임주체는 이사가 아니면서 명예회장·회장 등 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 업무를 집행한 소위 표현이사이다. 표현이사가 성립하기 위해서는 회사의 업무를 집행할만한 명칭만 사용하면 되고, 업무를 집행한 자가 회사에 대한 영향력을 가진 자일 필요도 없으며,¹¹⁰⁾ 이사와 동등한 정도의 의사결정권한을 가질 필요도 없다.¹¹¹⁾ 또한, 그 명칭의 사용에 대한 상대방의 신뢰와 같은 요건은 필요하지 않다.¹¹²⁾¹¹³⁾

2. 책임의 성질

1) 회사에 대한 책임

(1) 이분설

업무집행지시자의 책임의 성질과 무권대행자 및 표현이사의 책임의 성질을 구분해서 이해하는 견해이다. 즉 업무집행지시자의 책임의 성질에 관해서는, 업무집행지시자는 회사의

110) 대법원은, “상법 제399조·제401조·제403조의 적용에 있어 이사로 의제되는 자에 관하여, 상법 제401조의2 제1항 제1호는 ‘회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자’, 제2호는 ‘이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자’, 제3호는 ‘이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자’라고 규정하고 있는바, 제1호 및 제2호는 회사에 대해 영향력을 가진 자를 전제로 하고 있으나, 제3호는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있기 때문에 그에 더하여 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것까지 요건으로 하고 있는 것은 아니다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결. 동 판결은 표현이사의 제3자에 대한 책임 인정을 위한 요건을 최초로 실시한 판례이다).

111) 서울중앙지방법원 2009. 1. 9. 선고 2006가합78171 판결. 또한, 동 판결에서는 “상법 제401조의2 제1항 제3호에서 규정된 자들에게는 그 문언이나 그 자의 지위 등을 고려할 때 이사와 동등한 정도로 다른 임직원의 업무집행에 대한 감시의무가 있다고 보기는 어렵지만, 그렇다고 하더라도 이들이 적어도 자신의 업무 영역 내에서 자신의 부하직원이 개입하여 일어난 위법한 업무집행으로서 그에 대해서 알았거나 알 수 있었음에도 방치하였다면 그로 인한 회사의 손해에 대해서 손해배상책임을 부담한다.”라고 판시하고 있다.

112) 홍복기, 위의 책 532면; 정동윤, 위의 책, 649면.

113) 이와 같은 점에서 표현이사는 상법 제395조의 표현대표이사와 차이가 있다고 한다. 즉 상법 제395조에 기한 표현대표이사 책임은 회사의 선의의 제3자에 대한 외관책임에 관한 규정이고 행위유효성에 관한 규정인 데 반하여, 상법 제401조의2 제1항 제3호의 표현이사의 책임은 표현이사의 제3자에 대한 책임뿐만 아니라 회사에 대한 책임을 법정한 것이고, 이는 외관책임이 아니므로 업무집행 권한이 있는 것으로 인정할 만한 명칭사용을 회사가 승인 내지 묵인하였는지의 여부나 손해배상청구권자가 그러한 명칭을 신뢰하였는지 여부는 문제되지 않는다고 한다(최준원, 위의 책, 951면).

기관이 아니므로 회사에 대한 임무해태가 있을 수 없다고 하면서, 이사의 업무집행이 회사에 대해 임무해태가 되면 바로 업무집행지시자의 책임요건을 충족하고, 업무집행지시자의 책임은 이사에게 임무해태를 지시하였다는 사실을 원인으로 발생하는 것이므로 상법이 특별히 인정한 책임이라고 한다(법정책임설). 한편, 무권대행자와 표현이사의 경우 제399조를 적용할 때 업무집행지시자의 경우와는 달리, 자신이 제399조의 요건을 충족하여야 하는데, 무권대행자나 표현이사는 조직법상 지위를 갖지 않는 자이므로 제399가 규정하는 회사에 대한 임무해태가 있을 수 없고, 따라서 제401조의2 제1항 제2호 및 제3호 법문의 표현에도 불구하고 동 규정은 무권대행자 또는 표현이사가 회사에 대해 불법행위책임을 진다는 뜻을 표명한 것이라고 한다.¹¹⁴⁾ 그러나 동 규정이 무권대행자나 표현이사의 고의, 과실이나 위법한 가해행위를 요건으로 하지 않고 있고, 단순히 업무집행관여행위를 하였다는 점에 대하여 불법행위책임을 묻는 것은 무리가 있다는 비판이 있다.¹¹⁵⁾

(2) 기관책임설(계약책임설 또는 위임계약의 채무불이행에 기한 책임설)

업무집행지시자 등이 실질적으로 이사와 같이 업무를 집행한 데 따른 책임이므로 이사의 지위에 따른 기관책임이라는 견해이다.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾ 즉 상법 제401조의2는 업무집행관여라는 사실로부터 위임계약을 의제하여 업무집행지시자 등도 이사로 평가된다고 하면서, 업무집행지시자 등이 법령 또는 정관을 위반하거나 임무해태를 하는 경우에 한하여 회사에 대한 손해

114) 이철송, 위의 책, 784, 785면.

115) 김한중, 위의 글, 80, 81면.

116) 정동윤, 위의 책, 649, 650면; 손주찬, 『상법(상)』, 박영사, 2005, 위의 책, 817면; 송옥렬, 『상법강의』, 홍문사, 2016, 1044면.

117) 기관책임설을 취하는 견해 중 사실상의 이사의 어느 형태이든 상법 제399조, 제401조 및 제403조를 적용함에 있어서는 이들을 법률상의 이사로 보기 때문에, 사실상의 이사가 임무를 해태한 경우에 회사 또는 제3자에게 손해배상책임을 진다는 견해가 있다. 그런데 동 견해에서는 회사와 위임관계를 갖고 있지 않은 사실상의 이사에게 그러한 계약관계를 전제로 하는 임무해태를 인정하기는 어려울 것이므로 본조의 취지를 살려서 지배주주 등에게 회사에 대한 충실의무를 인정하고, 이러한 충실의무의 위반을 임무해태로 표현할 수 있는 것이라고 한다(김정호, 위의 책, 529, 530면). 그러나 현행상법 해석론으로는 지배주주에게 일반적인 충실의무를 인정하기 어려울 것으로 보이므로, 위 견해는 타당하지 않다. 또한, 업무집행지시자 등의 책임의 성질 문제를 제401조의2 규정의 해석 문제로 보는 견해가 있다. 즉, 제401조의2가 행위의 결과로서 책임의 면에서만 배후이사 등을 이사와 똑같은 기관적 지위를 의제한 것인지, 책임의 면뿐만 아니라 업무집행행위의 면에서도 그러한 지위를 의제한 것인지가 문제된다고 하면서, 기업경영진의 부당한 행동을 엄격히 규율하고 그 책임을 강화함으로써 기업경영의 투명성을 기하고자 하는 제401조의2의 입법취지를 고려할 때, 책임의 면뿐만 아니라 그 원인요건에 있어서도 배후이사 등을 법률상 이사와 같은 것으로 의제해야 하고, 그렇다면 배후이사 등은 회사법상 이사의 지위에서 요구되는 임무로써 선관주의의무와 충실의무를 부담하므로, 제401조의2의 책임의 성질은 계약책임(기관책임)이라고 한다(송종준, “업무집행지시자 등의 책임”, 고시연구 26, 1999, 54, 55면; 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 기업법 연구, 9권, 2002, 576면). 그러나 지배주주 등의 의무에 관한 규정이 없는 현행법의 해석상 위와 같이 적극적으로 이사와 동등한 수준의 의무를 인정하는 것은 어렵다고 생각한다.

배상책임을 부담하게 된다는 견해이다. 그러나 기관책임의 본질은 일종의 계약책임인데, 업무집행지시자 등에게는 회사와의 관계에서 어떠한 위임관계도 존재하지 않는다는 점에서, 업무집행지시자 등이 회사에 대하여 부담하는 책임을 임무해태를 기초로 하는 채무불이행에 기한 책임으로 보는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.¹¹⁸⁾

(3) 법정책임설

업무집행지시자 등의 책임은 이사에게 임무해태를 지시하였다는 사실을 원인으로 발생하는, 상법이 특별히 인정한 책임이라는 견해이다. 동 견해에 따르면, 업무집행지시자 등은 회사에 대하여 권리와 의무를 지는 것이 아니므로 회사에 대한 임무해태로 인한 계약책임은 인정되지 않고, 또한 업무집행지시자 등의 책임은 회사나 제3자에 대한 고의·과실에 의한 가해행위를 전제로 하는 것이 아니므로 불법행위책임으로 볼 수 없다고 하면서, 업무집행지시자 등의 책임은 회사에 대한 책임이건, 제3자에 대한 책임이건 모두 법정책임으로 보는 것이 타당하다고 한다.¹¹⁹⁾ 제401조의2에서 업무집행지시자 등에게 이사의 책임규정이 원용되도록 하고 있는 의미는 업무집행지시자 등을 이사와 동일시하여 그 기관지위에 따른 책임을 인정하자는 것이 아니고, 이들의 지시나 대행이 이사의 업무집행의 범주라는 점에서 그 책임의 내용을 이사의 그것과 동일하게 하여 책임추궁을 하려는 의미이므로,¹²⁰⁾ 이들의 업무관여로부터 회사 또는 제3자를 보호하기 위해 상법이 특별히 인정한 법정책임으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

2) 제3자에 대한 책임

업무집행지시자 등의 제3자에 대한 책임에 대하여는 회사와의 위임계약의 의제에 따른 이론구성은 가능하지 않으므로 업무집행지시자 등의 회사에 대한 책임의 성질에 관한 논의와 다소 차이가 있다.

(1) 법정책임설

업무집행지시자 등은 제3자와 아무런 법률관계를 가지지 않으므로 업무집행지시자 등은 제3자에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이나, 이사의 직무의 성질상 제3자에게 손해를

118) 이철송 교수는 기관책임설의 의미가 분명치 않다고 한다. 또한, 기관책임설 중 일부학설이 ‘기관책임’을 업무집행관여행위가 이사로서의 임무해태에 해당할 때에만 업무집행관여자들이 책임을 지는 의미로 풀이하는데(손주찬, 위의 책, 809면), 회사에 대해 임무를 갖지 않는 자들이 임무를 해태한다는 일은 상상하기 어렵다고 한다(이철송, 위의 책, 784면).

119) 홍복기, 위의 책, 533면

120) 김한중, 위의 글, 81면.

입힐 수 있음을 고려하여, 상법이 제3자를 보호하기 위하여 인정한 특수한 책임이라는 견해이다. 동 설에서는 이사의 책임을 민법상 불법행위책임과 별개로 보기 때문에 민법상 불법행위책임과의 경합을 인정하고 있다. 또한, 이사의 악의 또는 중과실은 회사에 대한 임무해태에 존재하여야 하고, 제3자는 주주를 포함하며, 이러한 책임의 소멸시효기간은 일반채권과 같이 10년으로 본다.¹²¹⁾

(2) 불법행위책임설

상법 제401조의 이사의 제3자에 대한 책임은 민법상 불법행위책임의 성질을 가지나, 경과실이 제외되고 위법행위를 요건으로 하지 않는다는 점에서 특수한 불법행위라는 견해이다. 불법행위책임설은 다시 불법행위특칙설과 특수불법행위설로 나뉜다. 불법행위특칙설은 이사를 보호하기 위하여 일반불법행위에서 경과실을 제외한 불법행위책임의 특칙이라고 보는 견해인데, 이사의 제3자에 대한 책임을 경감시키고자 함이 본조의 입법취지라고 한다. 따라서 이사의 이러한 책임은 특수한 불법행위책임이므로 일반불법행위책임규정은 배제된다고 보고 청구권경합은 부정한다.¹²²⁾ 특수불법행위설은 제3자를 보호하기 위하여 이사의 책임을 가중한 특수한 불법행위책임이라는 견해이다. 즉 민법 제750조의 일반불법행위책임으로 제3자를 충분히 보호할 수 없으므로 부득이 이사의 악의·중과실은 제3자에 대한 가해행위가 아니라 오직 회사에 대한 임무해태에 대해서만 있으면 족하다고 한다. 일반불법행위책임과의 경합을 인정한다.¹²³⁾

3. 책임의 내용

1) 법령 또는 정관의 위반, 그리고 임무해태의 주체에 관한 논의

기관책임설에 따르면, 업무집행지시자 등을 법률상 이사와 같은 지위로 의제하므로, 제399조 또는 제401조를 적용함에 있어서 법령 또는 정관의 위반, 또는 임무해태의 주체를 업무집행지시자 등으로 본다. 즉, 업무집행지시자 등이 법령 또는 정관을 위반하거나 임무해태를 하는 경우에 한하여 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임을 부담한다고 한다. 그러나 업무집행지시자 등과 회사 간에는 위임계약이 없어서 임무해태가 있을 수 없다는 논리적 모순이 존재한다는 점은 전술한 바와 같다.

법정책임설에 따르면, 업무집행지시자 등이 업무집행에 관여한 데에서 상법 제401조의2

121) 손주찬, 위의 책, 852면; 이철송, 위의 책, 595면; 정찬형, 위의 책, 1009, 1010면; 홍복기, 위의 책, 533면.

122) 서정갑, 『상법(상)』, 일신사, 1984, 242면.

123) 서돈각·정완용, 『상법강의(상)』, 법문사, 1999, 455, 455면.

에 따른 책임이 특별히 인정된다는 것이므로, 제399조 또는 제401조를 적용함에 있어서 법령 또는 정관의 위반, 또는 임무해태의 주체는 반드시 업무집행지시자 동일 필요가 없다고 한다. 즉, 업무집행지시자가 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사로 하여금 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하여 회사업무를 집행하도록 지시하면, 업무집행지시자는 이사와 연대하여 손해배상책임을 부담한다는 것이다. 한편, 동 설에 의할 경우 무권대행자나 표현이사는 자신이 직접 이사명의로 법령 또는 정관에 위반하거나 그 임무를 해태한 때 회사에 대하여 손해배상책임을 진다고 해석되는데, 회사에 대하여 아무런 계약관계가 없는 무권대행자나 표현이사의 경우 회사에 대한 임무해태가 있을 수 있는가의 문제가 있을 수 있다는 견해¹²⁴⁾가 존재한다.

2) 법령 또는 정관에 위반한 행위 내지 임무해태를 한 경우의 의미

“법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 경우”란 상법규정을 위반한 경우 외에도 자본시장법 및 금융투자업에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등 타 법령을 위반함으로써 회사에 손해가 발생한 경우를 포함한다. 한편, “임무를 해태한 경우”란 통상적으로 법령 또는 정관의 위반의 정도에 이르지 않지만 법률상 이사가 부담하게 되는 선관주의의무(상법 제382조 제2항, 민법 제681조)와 충실의무(상법 제382조의3)를 위반함으로써 회사에 손해가 발생한 경우를 말한다.¹²⁵⁾

3) 연대책임

수인의 업무집행지시자 등이 손해배상책임을 지는 경우 그들 상호간에 연대책임을 지게 된다(상법 제399조 제2항, 제401조 제2항). 또한 업무집행지시자 등이 책임을 지는 경우 이들의 지시에 따라 업무를 집행한 이사, 명의를 빌려 준 이사, 이들의 행위가 이사회 결의에 의한 것일 때에는 그 결의에 찬성한 이사 또는 그 결의에 참가한 이사로서 이익을 한 기재가 의사록에 없는 이사도 법령 또는 정관의 위반이나 임무해태가 있는 경우에 업무집행지시자 등과 함께 연대책임을 진다(상법 제401조의2 제2항).¹²⁶⁾

124) 이철송 교수는 무권대행자나 표현이사의 경우 회사에 대한 임무해태가 있을 수 없기 때문에 이는 입법의 착오라고 하면서, 법문의 표현에도 불구하고, 동 규정은 무권대행자나 표현이사가 회사에 대해 불법행위책임을 진다는 뜻을 표명한 것이라고 한다(이철송, 위의 책, 784 내지 786면).

125) 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 『기업법 연구』 9권, 2002, 580면.

126) 김동근, 위의 글, 581면.

4) 입증책임

회사 또는 소수주주나 채권자 등이 지배주주 등에 대하여 업무집행지시자 등의 책임을 묻기 위해서는 요건사실의 존부를 입증하여야 하는데, 그와 같은 요건사실은 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다. 즉 지배주주가 업무집행지시자로서 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사에게 업무관여를 한 사실, 그와 같은 관여행위와 손해 간의 인과관계가 있는 사실 등을 입증하여야 하는데, 이는 용이하지 않으므로 그 실효성이 확보되어 있다고 보기 어렵다는 견해¹²⁷⁾가 있다. 따라서 평소에 업무지시가 계속적으로 행하여졌다면 당해 업무집행에 있어서 지시요건의 존재가 사실상 추정된다는 견해¹²⁸⁾도 있다.

4. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 상법 제401조의2는 지배주주의 회사 또는 제3자에 대한 가해 행위에 대한 규제를 규정하고 있으나, 제1호의 업무집행지시자의 경우에는 회사 또는 제3자에게 손해가 발생하더라도 그에 대한 이사의 책임이 성립하여야 그의 책임이 성립한다는 점에서, 지배주주에 대하여 독립적인 의무 또는 책임을 발생시키지 못하고,¹²⁹⁾ 제2호의 무권대행자와 제3호의 표현이사 역시 행하는 업무가 이사업무의 범주에 포함되어야 하고 그 업무가 법령 또는 정관 위반, 또는 임무해태에 해당하여야 한다. 즉, 지배주주가 이사 업무와 관련 없이 단지 지배주주로서 우월적인 힘을 이용하여 회사나 소수주주에 손해를 입히는 경우에는 동 규정에 의한 규제가 가능하지 않다. 우리법이 1988년의 상법개정으로 지배주주 등 기업의 실제경영자 등에게 책임을 물을 수 있는 근거 조항인 제401조의2를 신설하여 과거에 비하여 진일보한 입법을 하고 있기는 하나, 동 규정 역시 상법상 지배주주의 행위를 규제하기 위하여 도입된 다른 개별 규정들과 마찬가지로, 일정한 경우에 한하여, 즉 지배주주가 배후이사나 표현이사에 해당하는 경우에 한하여 책임을 물을 수 있을 수 있는 근거조항일 뿐이고 지배주주의 다른 형태의 지배권 남용행위를 빠짐없이 규제할 수 있는 일반조항은 아닌 것이다. 한편, 상법 제401조의2에서 업무집행지시자 등에게 이사의 책임규정을 원용하고 있는 의미에 관하여, 업무집행지시자 등을 이사와 동일시하여 그 기관지위에 따른 책임을 인정하자는 견해가 있을 수 있으나, 전술한 바와 같이, 동 규정은 지배주주에게 책임을 묻기 위한 도구개념으로서 지배주주 등을 법률상 이사로 의제하는 형식의 입법을 하고 있는 것이고, 지배주주 등을 이사와 동일시하여 이사의 의무까지 지배주주 등에게

127) 정승욱, “대기업에 있어서 사실상 이사의 책임과 그 한계”, 『상장협 추계호』, 한국상장회사협의회, 1998, 97면.

128) 손주찬, 위의 책, 776면.

129) 김재범, “주주 충실의무론의 수용 - 이사 충실의무와 관련하여-”, 비교사법 22권 1호, 2015, 19면.

인정하고자 하는 것은 아니라고 보는 견해¹³⁰⁾가 타당하다.

IV. 지배주주 행위의 규제 필요성에 관한 논의

아래에서는 업무집행지시자의 책임(상법 제401조의2) 외에 상법상 주요주주 내지 지배주주의 행위를 규제하는 규정들에 관하여 논하고자 한다.¹³¹⁾

1. 상법상 지배주주 또는 주요주주에 대한 규제

주요주주 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하는 경우에는 그 공정을 기하고 회사에 대한 이익침해의 위험을 방지하기 위하여 미리 이사회 승인을 얻어야 하고 이를 위반하는 경우에는, 대내적으로 이사와 회사 간에는 무효이다(상법 제398조).¹³²⁾ 그러나 주요주주 등이 이사회 승인 없이 자기 거래를 하고 회사에 손해를 발생시킨 경우 또는 주요주주 등이 이사회 승인을 얻어 자기 거래를 하여 거래는 유효하지만 결국 회사에 손해가 발생하는 경우, 이사회 결의에 참석한 이사 등이 제399조에 기하여 손해배상책임을 부담할 수는 있겠지만, 주요주주 등에게 민법상 불법행위책임을 성립요건이 충족되거나 상법 제401조의2의 업무집행지시자 등의 책임이 인정되지 않는 한, 손해를 입은 회사나 제3자가 주요주주 등에게 직접 손해배상책임을 물을 수는 없다.¹³³⁾

상장회사는 원칙적으로 주요주주 및 특수관계인·업무집행지시자·집행임원을 상대방으로 하거나 그를 위하여 신용공여(금전 등 경제적 가치가 있는 재산의 대여, 채무이행의 보증, 자금 지원적 성격의 증권 매입, 그 밖에 거래상의 신용위험이 따르는 직접적·간접적 거래로서 대통령령으로 정하는 거래)를 하여서는 안된다(제542조의9 제1항). 상장회사가 동

130) 김한중, 위의 글, 81면.

131) 김정호, “주주의 충실의무”, 『경영법률』, 24집 4호, 2014, 350면 이하에서는 주주의 충실의무가 상법전에 성문화된 예로서 업무집행지시자의 책임에 관한 상법 제401조의2, 10% 이상의 지분을 가지거나 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주요주주가 회사와 거래할 경우 이사회승인을 의무화 한 상법 제398조 및 95% 이상의 지분을 가지는 지배주주가 소수주주의 주식을 강제매수할 경우 별도의 경영상 목적을 요구하는 상법 제360조의 24 등을 들고 있다.

132) 집필대표 정동윤·저자 홍복기, 『주식 상법』, 회사법(3), 2014, 348면. 본 조 위반의 사법상의 효력에 관하여 무효설, 유효설 상대적 무효설 등이 있는데, 우리 다수설과 판례(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다480; 대법원 2009. 3. 26. 선고 2006다47677 판결 등)는 상대적 무효설, 즉 이사와 회사 간의 거래는 대내적으로 당사자간에는 무효이나, 선의의 제3자에 대하여는 유효라는 입장이다.

133) 집필대표 정동윤·저자 홍복기, 위의 책, 351면; 김재범, “주식회사의 업무집행에 대한 영향력행사의 규제”, 『상사법연구』 제12집, 1993, 189면.

규정을 위반하여 주요주주 등과 신용공여행위를 한 경우, 그 행위의 효력과 관련하여 동 규정의 성격을 단속규정으로 보고 거래의 사법적 효력에는 영향이 없다고 한 하급심 판결¹³⁴⁾도 있으나, 학계에서는 이를 비판하는 견해가 지배적이다. 즉, 동 규정을 단속규정으로 해석하면 이를 금지행위로 한 입법목적은 달성할 수 없으므로 이를 효력규정으로 보는 것이 타당하다고 하면서, 이에 위반한 상장회사의 신용공여행위는 언제나 무효라는 무효설,¹³⁵⁾ 대내적으로는 무효이나 선의의 제3자에 대하여는 유효라는 상대적 무효설¹³⁶⁾ 등이 있다. 한편, 이 경우에도 주요주주 등에 대한 신용거래행위로 손해를 입은 상장회사 또는 채권자나 소수주주 등 제3자는 그와 같은 신용거래에 관한 의결을 한 이사회에 손해배상을 청구할 수밖에 없고(제399조, 제401조), 주요주주 등에게 제401조의2상의 책임이 인정되지 않는 한, 직접 손해배상책임을 물을 수 없다.¹³⁷⁾

회사기회 및 자산유용금지규정(제397조의2)은 지배주주가 관여할 수 있는 유형의 거래임에도 불구하고 명문상 이사만을 적용대상으로 하고 있고 지배주주는 적용대상에서 제외하고 있다. 이와 같은 규정 형식과 관련하여, 상법 제401조의2 제1항에 회사기회유용금지를 규정한 상법 제397조의2가 포함되어 있지 않으므로 현행법의 해석론으로는 업무집행지시자를 본조의 적용대상에 포함시킬 수 없다는 견해,¹³⁸⁾ 업무집행지시자도 상법상 이사와 동일한 책임을 지고 있으므로 업무집행지시자도 본조의 적용대상이 된다는 견해¹³⁹⁾ 등이 대립하고 있다. 회사기회의유용이 이사뿐 아니라 지배주주에 의하여 더 많이 발생할 수 있다는 점에서 현실적인 규율의 필요성이 존재하고 또한 제도의 실효성을 확보한다는 면에서 보더라도 상법의 개정을 통해 지배주주를 적용대상에 포함시키는 것이 타당할 것이다.¹⁴⁰⁾ 그러나 현행법 해석상으로는 동 규정은 지배주주 등 업무집행지시자에게 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

총회의 결의에 관하여 특별한 이해관계가 있는 자는 의결권을 행사하지 못한다(제368조 제3항).¹⁴¹⁾ 여기서 특별한 이해관계가 무엇을 뜻하는가에 관하여는 해석상 다툼이 있는데,

134) 서울중앙지방법원 2009. 6. 2. 선고 2009가합414 판결

135) 정찬형, 위의 책, 989면; 송옥렬, 위의 책, 1029면.

136) 이철송, 위의 책, 749면.

137) 집필대표 정동윤·저자 정찬형, 『주식 상법』회사법(5), 2014, 594면.

138) 임재연, 위의 책, 391면 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2014, 976면; 이영철, “회사기회유용금지 규정의 해석상 과제 - 적용요건 및 효과를 중심으로-”, 『기업법연구』 28(1), 2014, 158면.

139) 맹수석, “회사기회의 유용금지”, 『주식회사법대계 II』, 법문사, 2013, 740면; 천경훈, “개정상법상 회사기회유용금지규정의 해석론 연구” 『상사법연구』 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011, 182면 이하.

140) 비교법적으로도 지배주주가 스스로 당사자가 되어 회사와 거래를 하는 경우, 회사의 기회를 취득하는 경우, 회사 재산을 이용하거나 중요한 미공개회사 정보를 이용하는 경우에 경우 지배주주의 충실의무 위반이 문제된다(ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (Restatement) § 5.11 내지 § 5.13).

141) 주주는 자기의 이익을 위하여 주식을 취득하여 주주가 된 것이므로 자기의 개인적 이익을 고려하여 의결권 행사를 하는 것이 당연하고, 따라서 미리 의안에 관하여 특별한 이해관계를 가진다는 이유만으로 일반적으로 의결권의 행사를 배제하는 것이 과연 타당한가에 관한 의문이 있다고 하면서,

모든 주주의 이해에 관련되지 않고 특정한 주주만의 이해에 관련된 때라고 하는 견해(특별 이해관계설), 결의에 의하여 권리의무의 득상이 생기는 등 법률상 특별한 이해관계를 가지는 때라는 견해(법률상 이해관계설)¹⁴²⁾, 특정한 주주가 주주의 입장을 떠나서 개인적으로 이해관계를 가지는 때라는 견해(개인법설)¹⁴³⁾ 등이 있는데, 마지막 견해가 통설·판례¹⁴⁴⁾의 입장이다. 따라서 지배주주가 어떠한 의안에 관하여 주주의 지위와 관련 없고 개인적인 이해관계를 가지는 경우, 동 규정에 의하여 의결권을 행사할 수 없다. 특별이해관계가 있는 주주가 만일 의결권을 행사한 경우에는 결의취소의 사유가 된다.¹⁴⁵⁾ 한편, 동 규정을 위반하여 지배주주가 의결권을 행사하고 그 결과 회사나 제3자에게 손해가 발생한 경우, 그 의결권을 행사한 지배주주에게 직접 책임을 묻기는 어렵다.¹⁴⁶⁾

지배주주(상장회사, 비상장회사 불문)는 소수주주 주식에 대한 매도청구권을 가지는데, 소수주주 강제퇴출의 남용을 방지하기 위하여, 매도청구권 행사를 위한 주식보유기준을 발행주식총수의 95% 이상으로 제한하고 있고, 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에만 매도청구권을 행사할 수 있으며, 주주총회 소집 시 지배주주의 주식 보유현황, 매도청구의 목적 등 일정한 사항을 통지하게 하고 승인결의에서는 지배주주에게 설명의무를 부과하고 있다(상법 제360조의24). 여기서 경영상 목적은 선의의 적정한 사업목적에 뜻하는 것으로서 지배주주의 매도청구권을 이와 같은 경영상 목적을 위하여 필요한 경우로 제한되는데, 이는 소수주주의 강제퇴출이 함부로 남용되는 것을 방지하기 위한 것이다.¹⁴⁷⁾ 지배주주가 위와 같은 절차를 거치지 않고 매도청구권을 행사하는 경우에는 강행규정을 위반한 것으로서 그 매도청구권 행사는 효력이 없다. 또한, 지배주주의 매도청구권은 지배주주와 소수주주의 사적인 거래에 해당하지만 이는 주주총회 결의와 단체법적으로 연결되어 있다는 점에서 주주총회결의의 취소, 무효 또는 부존재 등의 소를 제기할 수 있다고 한다.¹⁴⁸⁾

2. 주주의 충실의무 도입에 관한 논의 및 주주의 충실의무 위반의 효과

현행 상법규정만으로 지배주주의 지배권 남용행위를 빠짐없이 규율하는 것이 불가능하고,

다른 주주의 이익을 희생시키면서 자기의 이익만을 위하여 의결권을 행사하는 경우에 이를 규제하면 충분하다는 견해가 있다(집필대표 정동윤·저자 송옥렬, 『주석상법』회사법(3), 2014, 113면).

142) 집필대표 정동윤·저자 송옥렬, 『주석상법』회사법(3), 2014, 113, 114면.

143) 이철송, 회사법강의, 2013, 514면; 정동윤, 상법(상), 552면; 정찬형, 상법강의(상)(2012), 839면.

144) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다40000 판결.

145) 집필대표 정동윤·저자 송옥렬, 위의 책, 116면.

146) 집필대표 정동윤·저자 송옥렬, 위의 책, 118면.

147) 집필대표 정동윤·저자 송종준, 『주석상법』회사법(2), 2014, 695면.

148) 집필대표 정동윤·저자 송종준, 위의 책, 707면. 독일주식법에서는 매도청구권의 효력을 다투는 방법에 관하여 주주총회결의에 절차상의 형식적 흠결이 있다고 보아 주주총회결의의 취소의 소를 제기할 수 있다고 명문으로 규정하고 있다.

제401조의2를 제외한 규정들을 근거하여서는 지배주주에게 직접 손해배상책임을 물을 수 없는 문제점이 있다. 지배주주에 대한 규제의 필요성이 날로 높아지는 기업 현실을 감안할 때 지배주주의 충실의무 관념을 도입하자는 견해,¹⁴⁹⁾ 이에 나아가서 상법상 일반 규정으로 도입하자는 견해¹⁵⁰⁾ 등이 유력하다. 이에 반하여, 주주의 충실의무는 입법론으로는 도입이 가능하지만, 해석론으로는 불가능하다는 견해¹⁵¹⁾도 있다. 사건으로는 법률과 정관에 의하여 그 해결방안이 미리 예정되어 있지 아니한 회사 내의 다양한 유형의 이해충돌을 법적으로 해결하기 위해서는¹⁵²⁾ 일반조항적 기능을 수행하는 주주의 충실의무론을 우리법상으로도 도입하는 것이 바람직하다고 생각한다.

한편, 이와 같은 주주의 충실의무론의 수용에 대해서는 긍정적이면서, 상법전에 주주의 충실의무에 관한 일반규정을 둘 필요가 있는지에 관해서도 학설은 나뉜다. 먼저 부정설은 일반적인 충실의무관련 성문규정을 마련하는 것은 큰 의미가 없다고 하면서, 기존의 실정법 규상 존재하는 다수의 성문규정을 종합·유추하는 것으로 족하고, 다수 판례의 집적을 통한 사례군의 형성만이 주주의 충실의무를 구체화할 수 있다고 한다.¹⁵³⁾ 이에 반하여 긍정설은 현행의 명문 법규정만으로는 규제되지 않는, 지배주주가 자신의 사리사욕만을 추구하여 소수주주나 회사에 피해를 입히는 행위를 규제하기 위해서는 민법 제2조의 신의성실의 원칙과 같은 충실의무에 관한 규정을 상법에 도입할 필요가 있다고 한다.¹⁵⁴⁾ 사건으로는 지배주주의 충실의무를 인정하는 명문규정을 상법에 도입할 필요가 있다고 생각한다. 지배주주의 충실의무는 명시적 규정이 없어도 소위 성문화되지 않은 법규범으로서 인정될 수 있지만, 우리나라 법원이 법의 해석에 있어 비교적 보수적이라는 점에서 명시적인 규정 없이 주주의 충실의무를 적극적으로 인정하리라고 기대하기 어려우므로, 명문의 규정으로 입법화하여 해결하는 것이 타당할 것으로 생각된다.¹⁵⁵⁾

149) 정동운, 위의 책, 205면 이하; 홍복기, “주주의 충실의무—독일연방최고법원 리노티판결(BGHZ 103, 194, vom. 1.2. 1988—”, 『사법행정』 제34권, 1993.7, 34면; 김정호, 위의 글, 349면 이하; 임중호, “주주의 충실의무론”, 『중앙대학교 법학』 제20집, 1995, 214면; 안택식, “연기금주주의 의결권행사와 주주의 충실의무”, 『한양법학』 제23권 2집, 2012, 146면; 김재범, “주식회사의 업무집행에 대한 영향력 행사의 규제”, 『상사법연구』 제12집 1993, 166면; 정진욱, “주주의 충실의무”, 『법학논집』 제3권, 1993, 194면.

150) 김건식, “소수주주의 보호와 지배주주의 성실의무”, 『법학』, 1991, 100면; 장덕조, “지배주주의 충실의무”, 『민주법학』 제18호, 2000, 185면; 송인방, “지배주주의 충실의무에 관한 연구”, 『법학연구』 제8권 1호, 1997, 18면; 육태우, “주주의 충실의무”, 『주식회사법 대계(I)』, 2013, 661면; 채이배, “상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정필요성”, 『기업지배구조연구』, 2013, 100면.

151) 강희갑, “지배주주의 충실의무”, 『상사법연구』 제12집, 1993, 136면 이하; 지배주주의 충실의무라는 형태를 인정하는 것은 해석론의 범위를 넘어서며, 이를 인정하는 대신 제401조의2 업무집행지시자 개념이 도입되었다고 보는 견해로 송옥렬, 위의 책, 801면.

152) 홍복기, 위의 책, 227면.

153) 김정호, 위의 글, 349, 350면.

154) 장덕조, 위의 글, 166면 이하; 김재범, 위의 글, 187면 이하; 강희갑, 『회사법강의』, 책과사람들, 2004, 277면.

한편, 주주의 충실의무를 상법전에 명문으로 규정하지 않더라도 일단 주주의 충실의무론을 수용할 경우에는 주주의 충실의무는 주주평등의 원칙과 같이 성문화되지 않은 법규범이므로, 이를 위반하면 법령위반으로 평가될 수 있다. 따라서 충실의무에 반하는 의결권 행사로 성립한 결의는 그 내용이 법령에 위반한 것으로 보아 결의무효확인의 소의 원인이 될 수 있고(제380조), 충실의무 위반행위로 인하여 회사 또는 다른 주주에게 손해가 발생한 경우에는, 상법전상 주주의 충실의무 위반에 따른 손해배상청구권의 법적 근거조항을 마련할 경우에는 동 조항에 근거하여, 그와 같은 근거조항을 마련하지 않을 경우에는 민법상 불법행위의 법리에 따라 손해배상청구권이 인정될 수 있을 것이다. 주주의 충실의무를 명문화하지 않는 경우에도 이는 법규범에 해당하므로 그 위반행위는 ‘위법행위’에 해당하므로 불법행위의 성립요건을 충족시킬 수 있는 것이다.¹⁵⁵⁾

V. 결론

지배주주와 관련된 상법의 조항들은 이사의 의무 및 책임과 관련하여 지배주주의 책임을 부과하며, 이사와 함께 책임지는 구조를 가져서 지배주주를 독자적으로 규율하는 내용을 갖지 못하고 있다. 업무집행지시자의 책임 제도를 도입하여 지배주주의 행위를 직접 포착하려 하였지만, 그 책임은 이사의 업무와 책임에 연계되었기 때문에 제도 면에서 완전치 못하다. 주요주주 등과 자기거래를 하거나 주요주주 등에게 신용공여를 하여 회사나 제3자에게 손해가 발생하는 경우에도 해당 주주에게 직접 책임을 묻지 못한다. 회사기회 등 유용금지의 경우에는 지배주주나 주요주주를 그 행위 대상으로 규정하고 있지 않으며, 특별이해관계인의 의결권행사제한 제도는 결의하자를 다투는 소의 원인은 될 수 있으나 해당주주에게 책임을 묻기 어렵다. 특히 주주의 충실의무는 다수결 원칙의 남용을 제재하는 기능을 수행한다. 즉 지배주주 등이 다수결 원칙을 남용하여 자신이나 제3자의 이익을 도모하고 회사에 손해를 입히는 내용으로 의결권을 행사하는 경우, 그것이 적법한 권리행사로 포장되어 있다 하더라도, 지배주주는 충실의무를 부담하므로 회사와 다른 주주의 이익을 고려하여야 하는 제한을 받게 될 것이다. 따라서 지배주주가 회사이익 또는 다른 주주의 이익을 침해할 가능성 및 이를 규율할 필요성을 인정하고, 현행 상법 규정의 한계를 이해한다면 이를 극복하기 위한 법리로서 주주의 충실의무론이 도입되어야 한다. 특히, 우리나라의 경우 절대 다수의 기업에서 오너 또는 오너 일가라고 불리는 지배주주가 있고, 이들은 직접 경영에 참여하거나 이사에 대한 지배권을 이용하여 실질적인 회사의 소유자로서 회사 또는 소수주주의 이

155) 송인방, “지배주주의 충실의무에 관한 연구”, 『법학연구』, 제8권, 1997, 264면.

156) 김재범, “주주 충실의무론의 수용 - 이사 충실의무와 관련하여”, 비교사법 제22권 1호, 2015, 198면 이하.

익을 침해할 가능성이 높다는 점, 회사에 대한 관계에서 실질적 경영자인 지배주주와 이사를 다르게 볼 하등의 이유가 없다는 점, 이사가 자신에 대한 임면권을 가지는 지배주주의 수족처럼 행동하는 경우가 많으므로 오히려 지배주주를 회사에 대한 관계에서 수탁자로 보고 이사의 의무와 동일한 의무를 부담시키는 것이 기업현실에 더 부합한다는 점, 지배주주에 대하여 이사와 같은 의무를 부담시키지 않을 경우 이사의 책임을 규정하고 있는 상법 제399조 및 제401조의 효용성이 반감될 우려가 크다는 점, 제401조의2를 비롯한 현행 상법상 개별 규정만으로는 지배주주의 지배권 남용행위를 빠짐없이 규제할 수 없다는 점, 비교법적으로도, 지배주주의 회사나 다른 주주에 대한 영향력이나 이익 침해 가능성을 고려하여, 영국, 독일, 중국에서는 성문법으로서, 미국에서는 판례법리로서 충실의무를 인정하고 있는 점 등을 고려할 때, 주주의 충실의무를 인정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 성문법 국가인 독일에서 다수의 판례의 집적을 통하여 지배주주뿐만 아니라 소수주주에 대해서도 다른 주주 또는 회사에 대한 충실의무를 인정하고 있다는 점은 주목할 만하다. 다만, 충실의무는 모든 주주에게 인정되는 것이 맞지만, 그 내용과 범위는 주주의 자본참가의 정도, 다시 말해 당해 주주의 회사 내에서의 영향력 행사가능성 정도에 따라 달라질 수 있다.¹⁵⁷⁾ 나아가 지배주주의 충실의무를 인정하는 명문규정을 상법에 도입할 필요가 있다고 생각한다. 지배주주에 대하여 그 의무의 그 성질이 허용하는 한 이사와 동일한 의무를 부담하도록 하여야 한다. 또한, 장기적으로는 영국, 미국, 독일, 중국처럼 충실의무 위반 시 직접 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임을 부담하도록 하는 입법도 필요하다고 생각한다.

157) 임중호, 위의 글, 203면

참고문헌

- 김정호, 『회사법』, 법문사, 2014
- 법제사법위원회, 『상법개정법률안 심사보고서』, 1998
- 서돈각·정완용, 『상법강의(상)』, 법문사, 1999
- 손주찬, 『상법(상)』, 박영사, 2002
- 송옥렬, 『상법강의』, 홍문사, 2016
- 이정표, 『중국 회사법』, 박영사, 2008
- 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2013
- 임재연, 『회사법II』, 박영사, 2012
- 정동윤, 『상법(상)』, 법문사, 2012
- 정찬형, 『회사법강의』, 박영사, 2002
- 집필대표 정동윤·저자 송옥렬, 『주식상법』회사법(3), 2014
- 집필대표 정동윤·저자 송종준, 『주식상법』회사법(2), 2014
- 집필대표 정동윤·저자 정찬형, 『주식상법』회사법(5), 2014
- 집필대표 정동윤·저자 정찬형, 『주식상법』회사법(5), 2014
- 집필대표 정동윤·저자 홍복기, 『주식상법』회사법(3), 2014
- 홍복기, 『회사법강의』, 법문사, 2015
-
- 강대섭, “중국 회사법의 개정과 회사설립·활동에 대한 규제 완화”, 법학연구 47(1), 2006
- 강희갑, “지배주주의 충실의무”, 『상사법연구』 제12집, 1993
- 김건식, “소수주주의 보호와 지배주주의 성실의무”, 『법학』, 1991
- 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 기업법 연구, 9권, 2002
- 김정호, “주주의 충실의무”, 『경영법률』, 24집 4호, 2014
- 김재범, “주식회사의 업무집행에 대한 영향력행사의 규제”, 『상사법연구』 제12집, 1993
- 김재범, “주주 충실의무론의 수용 - 이사 충실의무와 관련하여-”, 비교사법 22권, 2015
- 김한중, “상법 제401조의2의 책임에 대한 고찰”, 『강원법학』, 2002
- 송인방, “지배주주의 충실의무에 관한 연구”, 『법학연구』 제8권 1호, 1997
- 송종준, “업무집행지시자 등의 책임”, 고시연구 26, 1999
- 송호신, “지배주주의 권리와 책임”, 『한양법학』 23, 2008
- 안택식, “연기금주주의 의결권행사와 주주의 충실의무”, 『한양법학』 제23권 2집, 2012
- 이영철, “회사기회유용금지 규정의 해석상 과제 - 적용요건 및 효과를 중심으로-”, 『기업법연구』 28(1), 2014
- 임중호, “주주의 충실의무론”, 『중앙대학교 법학』 제20집, 1995
- 장덕주, “지배주주의 충실의무”, 『민주법학』 18호, 2000
- 정승욱, “대기업에 있어서 사실상 이사의 책임과 그 한계”, 『상장협 추계호』, 한국상장회사협의회, 1998

- 정승욱, “지배주주의 법적 책임에 관한 연구 - 사실상 이사의 법리를 중심으로”, 서울대학교 법학박사 학위 논문, 서울대학교, 1998
- 정진옥, “주주의 충실의무”, 『법학논집』 제3권, 1993
- 정쾌영, “중국 회사법상 주식유한회사의 지배구조”, 『인적자원연구』 19권 4호, 2012
- 허덕희, “회사의 업무집행에 대한 지배적 지위남용의 규제”, 법과 정책 19권 2호, 2013
- 홍복기, “주주의 충실의무-독일연방최고법원 리노티판결(BGHZ 103, 194, vom, 1.2. 1988-)”, 『사법행정』 제34권, 1993
- 천경훈, “개정상법상 회사기회유용금지규정의 해석론 연구” 『상사법연구』 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011

ACCA(the Association of Chartered Certified Accountants), “A guide to directors’ responsibilities under the Companies Act 2006”, Certified Accountants Educational Trust, July 2007

David W. Giattino, “Curbing Rent-Seeking by Activist Shareholders: the British Approach”, Temple International and Comparative Law Journal, 2011

ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (Restatement).

江頭憲治郎・中村直人, 『會社法』 總則, 株式會社 I, 田中英弥, 2012

潘阿憲, “會社持分支配權濫用の法理: 多數派社員の成實義務理論”, 信山出版社, 2000

투고일자 : 2016. 06. 03

수정일자 : 2016. 06. 29

게재일자 : 2016. 06. 30

<국문초록>

상법상 지배주주의 책임

강 해 립

IMF 이후 회사 경영에 영향력을 행사할 수 있는 주주의 행위를 규제하는 개별 규정들이 도입되었는데, 그 중 지배주주 등에게 직접 손해배상책임을 물을 수 있는 상법 제401조의2가 핵심 조항이다. 그런데 동 규정에 따른 지배주주의 책임은 이사의 업무와 책임에 연계되어 있기 때문에 지배주주를 독자적으로 규율하지 못한다. 이는 우리 상법이 지배주주에 대한 충실의무의 부과 없이, 단순히 지배주주 등에게 책임을 묻기 위한 도구 개념으로서 지배주주 등을 법률상 이사로 의제하는 형식의 입법을 하고 있기 때문인 것으로 생각된다. 우리나라의 경우 절대 다수의 기업에서 오너 또는 오너 일가라고 불리는 지배주주가 있고, 이들은 직접 경영에 참여하거나 이사에 대한 지배권을 이용하여 실질적인 회사의 소유자로서 회사 또는 소수주주의 이익을 침해할 가능성이 높다는 점, 회사에 대한 관계에서 실질적 경영자인 지배주주와 이사를 다르게 볼 하등의 이유가 없다는 점, 이사가 자신에 대한 임면권을 가지는 지배주주의 수족처럼 행동하는 경우가 많으므로 오히려 지배주주를 회사에 대한 관계에서 수탁자로 보고 이사의 의무와 동일한 의무를 부담시키는 것이 기업현실에 더 부합한다는 점, 지배주주에 대하여 이사와 같은 의무를 부담시키지 않을 경우 이사의 책임을 규정하고 있는 상법 제399조 및 제401조의 효용성이 반감될 우려가 크다는 점, 제401조의2를 비롯한 현행 상법상 개별 규정만으로는 지배주주의 지배권 남용행위를 빠짐없이 규제할 수 없다는 점, 비교법적으로도 많은 나라에서 지배주주의 회사나 다른 주주에 대한 영향력이나 이익 침해 가능성을 고려하여 지배주주에게 충실의무를 인정하고 있는 점 등을 고려할 때, 주주의 충실의무론을 수용하는 것이 바람직하다고 생각한다. 나아가 지배주주의 충실의무를 인정하는 명문규정을 상법에 도입할 필요가 있다고 생각하고, 장기적으로는 영국, 미국, 독일, 중국처럼 충실의무 위반 시 직접 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임을 부담하도록 하는 입법도 필요하다고 생각한다.

주제어: 지배주주의 충실의무, 업무집행지시자, 이사의 책임, 다수결 남용, 배후이사, 표현이사

