

株式會社에 있어서의 少數株主保護

劉榮 · 李濟垣¹⁾

법학과

(요 약)

소수주주 보호와 관련된 우리의 현행 상법규정들, 예컨대 위법행위유지청구권, 이사의 회사 및 제3자에 대한 손해배상책임, 대표소송 및 주식매수청구권 등의 규정은 이사의 책임추궁에 초점을 맞추고 있다. 그런데, 기업주의 자의적 경영이 이루어지고 있는 우리 대기업에 있어서 기업주는 이사직을 맡지 않고 있기 때문에, 이들 규정만으로는 소수주주보호에 미흡하다.

따라서 해석론내지는 입법론으로써 외국에서 논의되는 각종 이론을 검토할 필요가 있다. 이 글에서는 영국법상의 그림자 이사와 독일 및 일본에서 논의되는 사실상의 이사 개념을 소개한 후, 현재로서는 우리나라로의 도입가능성이 희박하다는 것을 밝힌다. 또한 미국과 독일, 일본 등지에서 활발히 논의되고 있는 지배주주의 성실의무가 인정되기 까지의 과정 및 그 내용을 소개한 후 이의 도구개념적 성격 및 한계를 밝히고, 결론적으로 우리나라에서 소수주주 보호를 위해서는 회사법에 명시적인 규정을 신설하는 것이 궁극적인 해결책임을 제시한다.

PROTECTION OF MINORITY SHAREHOLDERS IN STOCK CORPORATION

You, Young Ihl · Lee, Je Won

Dept. of Law

(Abstract)

1) 서울대학교 대학원 법학과 박사과정수료, 상법전공

The current provisions of the Korean Commercial Code regarding the protection of minority shareholders, such as 'the right to demand the stoppage of a director's actions,' 'the director's liability to the company or to third persons,' 'derivative suits' and 'appraisal rights,' focus on the director's liability. However, since company owners operate their companies without retaining the office of director, the current provisions of the Korean Commercial Code are unsatisfactory for the protection of minority shareholders.

Therefore, we need to introduce and review foreign theories in order to further restructure the current law and to enact new provisions. This article introduces the British legal concept of "shadow director" and the German and Japanese legal concept of "actual director," and elucidates that thus far, the probability of these concepts being introduced in Korea is very low. In addition, this article presents the concept and history of "the controlling shareholders' fiduciary duty," and elucidates its nature as an instrumental concept and its limits. This article conclusively suggests that the ultimate solution to the problem of minority shareholders protection is to append new express provisions to the Korean Commercial Code.

一. 序 說

우리 나라의 대기업 특히 재벌그룹에 있어서의 문제점은 소유집중과 일반집중이라 할 것이며 재벌의 문제 해결의 궁극의 방향은 이 두 가지 문제의 해결에 귀착하게 될 것이다. 그러나 이 글에서는 소유집중과 일반집중 자체의 해결에 대하여 고찰하지는 않을 것이며¹⁾, 지금까지 우리 나라에서 소홀히 다루어졌다고 할 수 있는 會社法的 측면에서의 少數株主의 保護, 특히 大企業의 少數株主의 保護에 관하여 살펴보고자 한다.

그렇다면 우리 나라에서 왜 소수주주의 보호가 문제이며, 왜 회사법에서 이를 다루어야 하는가? 먼저 전자의 문제에 대하여 생각해 보면, 우리의 경우 사회 전체에 만연한 권력의 1인집중에 의한 능률우선주의가 기업 내에도 뿌리깊이 박혀 있어 대기업일지라도 주식 회사의 경영의 특질인 소유와 경영의 분리 및 경영의 전문화가 제대로 이루어지지 않은 데다가, 기업 내의 권력자라 할 수 있는 기업주들은 기업을 자신의 여타 재산과 동일시하고 자신의 이익추구에만 급급하여 종래 기업 내의 소수주주들의 이익은 도외시된 경우가 많았다. 이렇게 회사의 실질적 주체라 할 수 있는 기업주의 恣意를 억제하고 회사의 경영을 정상화하기 위해서는 회사에 대한 기본법이라 할 수 있는 商法이 회사의 경영현실을 직시하여 기업주, 즉 대주주 내지 지배주주에 대한 규제를 하여야 하겠으나, 우리 商法은 회사의 경영구조에 대하여 이사를 그 행위주체로 보고 규정을 베풀고 있어(예를 들어 제 402조의 理事의 違法行爲의 留止請求, 제401조의 제3자에 대한 理事의 責任, 제403조에서 406조까지의 代表訴訟 등) 이들 규정에 의해 현실적으로 얼마나 소수주주 보호가 이루어질 수 있는지 심히 의심스럽다. 특히 재벌그룹에 속하는 대기업에서는 지배주주인 그룹총

1) 우리 대기업의 특징 중 회사법학도의 관심을 끄는 것은 첫째, 주식소유가 소수의 창업자일가에 집중되고 있다는 것과 둘째, 다른 나라의 대기업에 비해서 부채비율이 상대적으로 높다는 점이라고 할 수 있을 것이다. 金 建植, "株主間の 利害調整에 관한 試論", 한림법학 포럼 제1권(1991), 64면.

수는 개별회사의 직책은 맡지 않은 채 회장이라는 직함으로 그를 전체차원에서 경영을 총지휘하는 경우가 많다. 이러한 경우에는 이사에 대한 규제만으로는 지배주주의 자의로부터 소수주주를 보호하기는 어렵다.²⁾ 게다가 이사회제도 역시 그 제도를 도입한 입법의 취지와는 상당히 거리가 멀게 운영되고 있어 더욱 소수주주의 보호에 있어 문제점을 노정하고 있다.³⁾

그러므로 이 글에서는 소수주주보호와 관련된 현행 상법규정에 대하여 이들 규정이 과연 소수주주의 보호를 위하여 유용하게 활용될 수 있는지 살펴본 후, 만약 이들 규정만으로 미흡하다면 어떠한 해석론 및 입법론이 가능하겠는지에 관하여 외국에서 논의되고 있는 이론들, 즉 미국과 독일, 일본 등지에서 활발히 논의되고 있는 支配株主의 誠實義務와 事實上의 理事 및 영국법상의 그림자 理事(shadow director)의 개념을 소개한 후 이들 이론의 우리 나라에서의 적용 가능성에 대하여 살펴보고자 한다.

二. 現行 商法規定에 대한 檢討

서설에서도 언급한 바와 같이 우리 商法은 주주총회의 권한을 대폭 축소하고 이사 및 이사회를 경영의 중심에 위치하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 상법상 소수주주의 보호를 위한 단서는 역시 이사가 그의 직무를 적정히 행사하게끔 하는 것이라 하겠고, 이사의 적정한 직무수행이 가능하게 法規定이 배풀어져 있으며 그 결과 소수주주권이 보호될 것인지를 살펴보아야 할 것이다. 다만 우리 상법상 이사의 권한남용 규제에 대한 규정들인 競業禁止義務와 自己去來制限에 대한 제397조 및 398조에 대하여는 다음 기회에 살펴기로 하고 이 글에서는 이사에 대하여 책임을 추궁하는 규정들에 대하여만 살펴볼 것이며, 이 과정에서 각 규정의 성질 및 내용에 대한 상론은 피하고 이 글의 목적과 부합하는 부분에 대하여서만 살펴보기로 한다.⁴⁾

1. 違法行爲留止請求權(제402조)

이사가 法令 또는 定款에 위반한 행위를 하고 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 혹은 발행주식총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대해 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.⁵⁾

이 유지청구는 이사의 위법한 행위에 대한 事前的인 救濟手段이라는 점이 장점이라고 하겠다. 그런데 이 유지청구권을 행사할 수 있는 자는 감사와 발행주식의 100분의 5 이상

2) 상개논분, 66면.

3) 이 예로서 첫째, 이사회는 업무집행에 관한 의사결정을 하는 것 이외에 대표이사 등의 업무집행을 감독하는 기능도 갖는 것인데, 우리 나라의 이사회는 업무집행이사로써 구성되는 것이 大半이라 이 기능을 발휘하지 못하고 있어 이사가 업무를 담당하지 않는 이른바 社外理事로 하는 것이 제도의 본래 취지에 맞지 않는가 하는 것이며, 둘째, 이사회는 권한을 업무집행상의 정책결정과 그 집행의 감사에 중점을 둔다면, 업무집행을 하는 자를 영미의 임원(officer)과 같이 이사 이외의 자에서 선임하도록 하여야 하지 않겠는가 하는 문제 등을 들고 있다. 鄭熙喆, "理事會制度的比較法的考察", 서울대학교 法學 41호(1979, 12), 49면.

4) 회사에 대하여 이해관계를 가진 자는 소수주주 외에도 회사의 채권자, 근로자, 정부 등 다양하나 소수주주 이외의 회사에 대한 이해관계인에 대하여는 이 글에서 고찰하지 아니한다.

5) 1984년 이전에는 주주에게만 유지청구권을 인정하였으나, 종래 주주의 유지청구가 활용되지 못한 점에 비추어 회사의 업무 및 재산상태를 조사할 수 있는 감사에게도 유지청구권을 인정하였다고 한다. 李泰魯·李哲松, 會社法講義 제2全訂版, 博英社(1991), 583면.

의 주식을 보유한 소수주주권자에 한정된다. 따라서 주주가 청구하는 경우에는 5% 요건에 대하여 아래 3의 대표소송에서 살펴본 것과 동일한 문제가 노정된다. 즉 대기업의 경우에 개인인 주주가 5%의 주식을 보유하는 것이 사실상 불가능한 경우가 많을 것이다.

한편 이 유지청구의 대상이 되는 이사의 행위는 법령 또는 정관에 위반한 행위로서 그 행위의 성질이나 효력여부를 불문하고 모두 유지청구의 대상이 되지만 그 實效性에 대하여는 많은 의문이 있다. 왜냐하면 판결에 이르기 전에 유지청구의 대상인 행위는 대부분이 이미 종료하여 소의 이익이 없어질 것이기 때문이다.⁶⁾ 이 태로·이 철송 교수는 假處分을 이용하면 실효성을 확보할 수 있다고 보는 것 같으나⁷⁾ 반드시 그렇다고 볼 수도 없을 것이다. 유지청구권을 행사하였는데도 불구하고 이에 위반하여 행위를 강행한 경우에도 그 행위의 위법 여부를 가려 위법이 판정된 후에야 비로소 그 이사의 책임이 생기는 것이다. 따라서 유지의 실효성을 확보하기 위하여는 이미 내려진 가처분을 위반한 행위 자체를 처벌할 수 있어야 할 것이다.⁸⁾

더욱이 무엇보다도 문제인 것은 이사의 위법행위란 일반주주들이 알 수 없게 은밀히, 순식간에 행하여질 것이므로 소수주주로서는 이사의 위법행위를 아는 것 자체가 힘들다는 것이다. 이에 대하여 이사의 행위를 公示하게 하면 이 문제를 해결할 수 있지 않겠는가 하는 의문이 제기될 수도 있겠으나, 이사의 행위는 기업비밀에 속하는 경우가 많을 것이기 때문에 일률적으로 공시를 요구할 수는 없다고 할 것이다. 그러면 이사의 위법행위를 다른 이어나 감사가 알게 된 때에 즉시 공시하게 하면 되지 않겠는가 하는 해결책이 제시된 경우에는 어떠한가? 생각컨대 은밀히 행하여지는 이사의 위법행위를 다른 이어나 감사가 적절한 시간 내에(違法行爲의 留止가 효과가 있는) 간파한다는 것이 가능할지 의문이며, 따라서 위법한 행위를 한 이사 외의 다른 이어나 감사에게 위법행위를 한 이사에 대한 監視義務 위반으로 인한 손해배상책임을 지우는 것은 별론으로 하고, 위법행위의 유지라는 측면에서는 이러한 公示가 별다른 유용성을 갖지 못한다고 생각한다.

또 하나 간과할 수 없는 점은 유지청구의 경우 청구자인 주주는 이사의 당해 위법행위로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있음을 입증하여야 할 것인데 이것이 현실적으로 쉽지 않으며, 회사의 지배주주에게는 이익이나 소수주주에게는 손해인 경우 과연 이것이 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에 해당한다고 법원이 판단할지 여부에 대해서도 부정적으로 생각된다.

2. 理事의 會社에 대한 損害賠償責任(제399조)

상법은 제382조 2항에서 ‘會社와 理事의 관계는 委任에 관한 規定을 準用한다’고 규정하고 있다. 그러므로 회사에 대한 이사의 일반적 의무는 위임관계에서의 기본적 의무인 善良한 管理者의 注意義務이며, 이사가 그 의무에 위반하여 회사에 대해 손해를 발생케 한 경우에는 채무불이행의 일반원칙에 따라 회사에 대하여 그로 인한 손해를 배상할 책임을 진다(民法 제390조).⁹⁾

그런데 우리 상법은 이러한 民法上的 일반원칙에 따른 책임 외에 제399조 1항에서 이사의 회사에 대한 책임규정을 배풀고 있다.¹⁰⁾ 또한 이사의 책임 있는 행위에 찬성한 이사들

6) 상계서, 587면

7) 上同

8) 鄭熙喆, 商法學(上), 博英社(1989), 497-498면. 미국에서는 가처분위반 행위가 법정모욕죄를 구성하나 우리의 경우 그렇지 않아 대표이사가 위법행위를 감행하는 것까지 막을 수는 없다고 한다. 김 건식, 전계 논문, 69면.

9) 李炳泰, 株式會社의 理事會制度, 法元社(1986), 119면.

이 회사에 연대책임을 지고, 이사회 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 이사는 그 결의에 찬성한 것으로 추정하여 역시 회사에 연대책임을 지도록 하고 있다(제399조 2항, 3항). 이러한 책임규정을 상법이 둔 것은 회사의 재산을 관리하고 경영을 담당하는 이사의 지위의 중요성을 감안하여 그에 상응하는 책임을 부여한 것이라고 볼 수 있다.¹¹⁾ 그러므로 본 규정에 의하여 이사가 그 임무를 해태하는 등의 이유로 회사에 손해를 가하는 경우 회사 또는 대주주는 그로 인한 피해를 전보받을 수 있을 것이다.

그렇다면 본 규정에 의하여 소수주주도 보호받을 수 있는 것인가? 단적으로 말해 이는 어렵다고 본다. 왜냐하면 제399조에 의한 損害賠償請求權의 주체는 회사이기 때문이다. 有責行爲를 한 이사(주로 대표이사일 것이다)를 상대로 손해배상을 청구할지 여부는 이사회가 결정할 사항이다.¹²⁾ 그런데 당해 이사의 유책행위가 대주주에게 불리한 경우라면 몰라도 대주주에게는 유리하지만 회사에는 불리한 경우까지 대주주의 지배하에 있는 이사회가 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 것을 기대할 수 있겠는가? 이는 현실적으로 불가능할 것이므로 동 규정에 의하여 소수주주의 보호가 제대로 이루어질 수는 없다고 본다.¹³⁾

한편 監事의 경우에 있어서도 우리 대기업의 운영 실정상 대주주와의 관계는 이사의 경우와 대동소이하다고 할 수 있을 것이며, 株式會社의 外部監査에 관한 法律에 의해 외부감사인이 선임된 경우에도 그 외부감사인에 의한 감사가 다분히 형식적인 것에 그치는 경우가 많아, 전술한 대주주에게는 유리하나 회사에는 불리한 경우까지 同法 제10조에 따라 그 사실을 주주총회에 보고할 가능성은 그리 크지 않은 것 같다. 바로 이런 사정을 고려하여 상법은 주주의 대표소송제도를 도입하였다고 볼 수 있다.

3. 代表訴訟制度(제403조-제406조)

대표소송이란 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리할 경우 주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위해 제기하는 訴訟이다.

주주는 회사재산에 대하여 일반적·추상적인 이해관계만을 가질 뿐이므로 회사의 개별적인 대외적 권리에 대하여 직접 또는 대위하여 소송을 제기할 지위에 있지 않다.

대표소송은 이에 대한 예외로서 회사의 채무자가 이사라는 특수한 관계로 인해 회사의 권리구제가 소홀해질 염려가 있으므로 회사재산을 보호하기 위해 특히 인정되는 것이다.¹⁴⁾ 즉 주주에게 회사의 대표기관인 지위에서 타인인 회사의 이익을 위하여 원고가 되어 이사 또는 감사를 피고로 하는 소송을 제기하여 판결을 받을 수 있는 정당한 당사자로서의 소송수행권을 인정한 것이다. 이 제도는 회사의 권리를 보호하기 위하여 회사를 대신하여 이사의 회사에 대한 책임을 추궁하는 訴를 주주가 제기할 수 있게 한 것으로서 전술한 주주가 이사의 위법행위를 停止할 수 있도록 주주에게 회사의 기관적 지위를 인정한 유지청구권과 근본적으로는 차이가 없고, 다만 유지청구권은 사전적인 방지책인데 비하여 대표소송은 事後的인 救濟方法이란 점이 다를 뿐이다.¹⁵⁾

10) 이 책임의 성질에 관하여는 특히 法令 또는 定款에 위반한 경우에 관하여 法定의 無過失責任이라는 說과 過失責任說이 대립하고 있지만 이 글에서는 이같은 견해의 대립이 있다는 것을 언급하는 데 그친다. 자세한 것은 상계서, 122면 이하를 참조.

11) 이 태로·이 철송, 전계서, 556면.

12) 이 때, 이사에 대한 회사의 청구를 직접 담당하는 자는 監事가 된다. 상법 제394조 참조.

13) 김 건식, 전계논문, 70면.

14) 이 태로·이 철송, 전계서, 589면.

15) 崔 基元, 商法學新論(上), 新訂版, 博英社(1991), 667면.

그러면 이 대표소송에 의하여 소수주주의 이익은 보호될 수 있을 것인가? 문제가 되고 있는 점들을 각각 살펴보자.

첫째, 발행주식총수의 100분의 5 이상의 주식을 가진 주주만이 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하거나 직접 회사를 위하여 訴를 제기할 수 있다. 이러한 제소요건은 濫訴를 방지하기 위함이라고 하지만, 국내대기업의 경우 자본금이 막대한 액수에 달하기 때문에 발행주식총수의 100분의 5 이상의 주식을 보유한다는 것은 개인인 주주들에게는 쉽지 않은 일이다. 예컨대 자본금이 1000억원인 회사의 경우 대표소송을 제기하기 위해서는 액면가 50억원어치 이상의 주식을 보유하여야 하는데 이는 몇몇 개인이 연합한다고 하더라도 쉽지 않은 일일 것이다.

둘째, 5% 요건을 충족하여 대표이사에게 배상을 명하는 판결을 법원에서 받았다 하더라도 그 대표이사에게 충분한 자력이 없다면 아무런 소용이 없게 될 것이다.¹⁶⁾

셋째, 대표소송을 제기한 주주가 승소한 경우 만약 피고인 이사에게 충분한 자력이 있다고 하더라도 그 배상금은 회사에 귀속되지 제소주주에게 직접 귀속되지는 아니한다. 따라서 제소주주는 회사의 자산이 정상으로 회복되었다는 점에서 간접적인 이익을 얻는데 그친다. 또한 商法 제405조 1항에서는 주주가 승소한 때에는 소송비용 외에 소송으로 인한 실비액의 범위 내에서 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다고 규정하고 있지만 이는 일단 제소주주가 自費로 소를 제기한 후 만약 승소한다면 사후에 지급받을 수 있음을 의미할 뿐이다. 이런 상황 하에서 대표소송을 제기할 주주가 과연 몇이나 될지 의심스럽다.¹⁷⁾

넷째, 소수주주가 대표이사 등을 피고로 하여 소를 제기하는 경우 증거수집 등에 있어 다른 이사의 협력을 요하는 경우가 많을텐데, 상호 밀접한 관계에 있는 이사들이 자신들 중 1인에 대한 소수주주의 제소에 대하여 협력할지는 의문이다.

4. 理事의 제3자에 대한 責任(제401조)

이사가 惡意 또는 重大한 過失로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이사는 제3자와 직접 법률관계를 맺고 있지 않은데 왜 제3자에 대한 직접적인 책임을 상법이 인정하는 것인가? 그것은 주식회사는 경제활동에 있어서 다수인과 이해관계를 맺고 있고 그 활동을 이사의 직무수행에 의존하고 있어 이사의 직무수행이 제3자에게까지 영향을 미치는 경우가 많음을 고려하여 제3자를 보호하는 한편, 이사가 직무수행을 함에 있어 신중을 기하게 하는 의미에서 이와 같은 책임을 인정한 것이라고 한다.¹⁸⁾ 또한 개인기업처럼 운영되는 주식회사의 채권자와 거래상 대방을 보호하기 위하여 경영자의 개인재산을 회사의 책임재산으로 확대시키기 위함이라고도 한다.¹⁹⁾

16) 김 건식, 전제논문, 70면.

17) 미국의 공개회사에서 회사에 대한 이사의 손해배상에 그다지 큰 이해관계를 갖지 않는 주주가 스스로 경비를 부담하며 수고스럽게 파생소송(derivative litigation)을 제기하는 가장 큰 이유는 승소한 原告에게 변호사 비용을 포함한 소송비용을 회사가 상환하여 준다는 것이다. 이러한 규칙에 대한 근거는 원고가 회사에 이익을 창출했기 때문에 원고는 그러한 노력에 대해 보상을 받아야 한다는 것이다. 한편 파생소송의 원고인 주주가 회사의 이익을 그다지 대변하지 않을 수도 있고 또한 원고와 성공보수약정을 맺는 원고측 변호사가 실질적인 원고로 등장하여 濫訴를 할 수 있기 때문에 파생소송에 있어서는 다양한 절차적 요건이 요구되고 있다. Lewis D. Solomon & Alan R. Palmiter, Corporations(1990), pp. 459-480. 우리의 경우는 미국과는 달리 도대체 濫訴의 가능성이 거의 없다.

18) 이 태로 · 이 철승, 전제서, 564면.

19) 최 기원, 전제서, 662면.

아 물론 제401조의 규정에 따라 이사의 임무해태로 인하여 손해를 본 제3자는 이사에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있게 되었고 통설은 본조의 제3자에 주주도 포함된다고 보고 있으며,²⁰⁾ 이때의 손해에는 제3자, 즉 주주의 직접손해뿐만 아니라 간접손해도 포함된다고 본다.

그러면 이사의 임무해태로 인해 주주가 받은 손해는 언제나 본조의 규정에 의하여 보상되는가? 그렇지는 않다고 생각한다. 예컨대 모든 주주에 공통되는 손해인 회사 자체의 손해에 대하여까지도 개별주주에게 손해배상청구권을 인정한다면 회사재산의 회복 및 유지가 어려워 상법의 이념인 기업유지와 상치되며, 전체주주의 이익을 위한 회사재산의 회복이나 회사의 정상적인 운영의 회복에 앞서 전주주가 공히 입은 손해에 대해 특정 주주만이 이사에게 자기의 손해를 먼저 배상받는 것은 회사법의 기본성격인 團體法の 法理에도 위배되는 것이다.²¹⁾

그러므로 본 규정이 소수주주보호와 관련하여 의미가 있으려면 특히 소수주주들이 손해를 본 경우에 유용하게 활용되어야 하는 것이다. 그런데 이 경우 주주가 이사의 책임을 묻기 위해서는 이사의 임무해태에 대한 惡意 또는 重過失을 입증해야 할 터인데 이것이 일반적인 채무불이행책임이나 불법행위책임에 있어서의 과실의 입증보다 더 어려울 것이다. 또한 주주의 손해가 제소를 뒷받침할 정도로 크지 않은 경우에는 주주가 권리주장을 스스로 포기하기 쉬울 것이다.²²⁾

또한 주주가 이사에 대한 손해배상청구소송에서 승소하였다 할지라도 당해 이사 또는 대표이사에게 충분한 자력이 없으면 그 주주는 실질적으로 구제받지 못하게 되며, 기업주가 현실적으로 이사의 직위를 갖고 있지 않은 우리 재벌기업에 있어서는 이러한 경우가 대부분일 것이라 생각한다.

5. 株式買受請求權

주식회사의 주주들은 영리추구를 위해 모인 자들로서 투자자인 주주가 궁극적으로 관심이 있는 것은 자신의 지분의 실질적 가치를 유지 및 회수하는 것이다. 따라서 경제적인 요인 이외의 제약이 없는 완전경쟁적 주식시장이 존재한다면 회사의 경영정책결정에 불만이 있는 주주들은 주식시장에서 자신의 주식을 매각함으로써 자신의 주식지분의 실질가치를 언제든지 완전하게 회수할 수 있는 것이다. 그러나 현실적으로 주식의 실질가치를 완전하게 보장해 주는 시장은 없으며 여러 가지 제약 요인 때문에 시장을 통한 주식지분의 실질가치 회수는 대단히 어렵다. 따라서 법은 주주의 재산보호에 관심을 기울이지 않을 수 없다.

우리 나라에서는 證券去來法에 의하여 上場法人의 경우에만 반대주주의 주식매수청구권을 인정하고 있는 바(證券去來法 제191조), 반대주주의 주식매수청구권이란 주주의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 일정한 의안이 주주총회에서 결의되었을 때, 그 결의에 반대했던 주주가 회사에 대하여 자기의 소유주식을 매수할 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다.²³⁾

증권거래법은 상법 제374조가 정하는 영업양도·양수, 영업의 임대차 내지 경영위임 등

20) 주주의 포함 여부에 관한 논의에 대하여는 이 병태, 전게서, 296면 이하를 참조.

21) 상계서, 302면.

22) 김 건식, 전계논문, 70면.

23) 주의할 점은 위의 1, 2, 3, 4의 규정들은 이사에게 귀책사유가 있는 경우에 대한 것이나, 본항의 주식매수청구권의 행사에 있어서는 이사의 귀책사유의 유무를 문제삼지 아니한다.

을 위한 特別決議와 제522조가 정하는 합병계약서의 승인을 위한 特別決議에 있어서만 반대주주의 주식매수청구권을 인정한다. 이 때의 반대주주란 주주총회 전에 서면으로 반대의 통지를 하고 총회에 참석하여 반대한 주주를 말한다.

그러면 증권거래법상의 주식매수청구권에 의하여 적어도 상장법인에 있어서는 소수주주 보호문제가 해결되었다고 할 수 있는가? 결론적으로 말해 그렇지 아니하며 문제되는 점들을 이하 고찰하도록 하겠다.

먼저 우리 증권거래법상 반대주주의 주식매수청구권이 인정되는 것은 합병 및 영업양도의 두 경우에 국한되기 때문에 그 밖의 경우들, 예컨대 회사와 지배주주 사이의 거래(회사와 지배주주 사이의 부동산거래나 금융거래 등), 회사의 일방적인 작위 또는 부작위(장기간 이익배당을 않거나 주식의 병합에 의하여 소수주주를 축출하는 경우 등), 지배주주의 행위(경쟁기업의 운영이나 회사의 기회를 가로채는 등)의 경우 등²⁴⁾에는 반대주주의 주식매수청구권이 인정되지 않는다.

그런데 주식회사는 본질적으로 주식발행에 의한 자금의 동원으로 대형의 장기적 사업을 추진하는 바, 만약 주주의 청구에 의해 지분의 실질적 가치를 반환해야 한다면 회사는 사업을 중단해야 할 경우도 있을 것이다. 따라서 주식매수청구권은 어느 나라에서나 합병 등 제한된 경우에만 인정되고 있으며, 모든 경우에 적용되는 만병통치약이 될 수는 없는 것이다.²⁵⁾

둘째 주식의 정확한 가치평가가 어렵다는 점이다. 우리 증권거래법은 주식의 공정한 시장가치의 결정을 위하여 주주와 회사와의 협의에 의해 가격을 결정토록 한 후 만약 양자간에 협의가 이루어지지 않으면 당해 주식의 60일간의 시장평균가격에 의하도록 하고 이에 대하여도 이의가 있는 경우에는 증권관리위원회가 그 매수가격을 조정할 수 있다고 규정하고 있다(증권거래법 191조 3항). 그러나 이러한 장치들이 공정한 시장가치의 결정을 완전히 담보하지는 못하며 앞으로 제도의 운용을 통하여 적절한 보완장치를 찾아나가야 할 것이다.

특히 주의할 점은 우리의 주식매수청구권제도가 불완전한 제도라는 것을 잊어서는 안된다는 것이다. 주식매수청구권이 보다 큰 의미를 가지는 곳은 주식시장이 형성돼 있지 않은 비상장회사의 경우이며, 주식의 가치평가가 보다 큰 쟁점이 되는 것 역시 비상장회사의 경우이기 때문이다.²⁶⁾

三. 少數株主保護를 위한 解釋論 및 立法論

위에서 살펴본 바와 같이 우리의 현행법의 구조를 가지고서는 회사 특히 대기업에 있어서의 소수주주의 보호가 상당히 미흡하다. 따라서 본항에서는 소수주주의 보호를 위한 방안으로 어떤 것이 있겠는가에 대하여 외국의 代案들에 대하여 살펴본 후 그것들이 과연 우리 나라에 도입 가능한지에 대하여 살펴보도록 하겠다.

24) 김 건식, 전계논문, 67-68면.

25) 상계논문, 76면.

26) 商法 改正案에서는 上場·非上場會社를 구분하지 않고 주식매수청구권을 인정하고 있어 少數株主의 保護가 우리 法上 강화되었다고 할 수 있으나, 여전히 앞에서 본 것과 같은 문제점들은 남아 있다.

1. 그림자 理事(shadow director)

영국 회사법에는 회사의 이사가 어떤 자의 지휘나 지시에 따라 일반적으로 행동하는 때, 그러한 자(any person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act)에게 이사와 동일한 책임을 지우는 경우가 많이 있는데(예컨대 동법 제741조 2항),²⁷⁾ 이 경우 이사를 지휘·지시하는 자를 그림자 이사라고 부른다. 이 그림자 이사는 형식적으로는 이사가 아니지만, 배후에서 이사를 조종하고 있는 실질적인 회사의 지배자인 것이다. 그리하여 종업원의 이익을 고려해야 할 이사의 의무를 정한 규정과 회사와 이사 사이의 이해가 상반되는 행위에 관한 규정 등에서는 그림자 이사가 이사로서 취급되지만, 자회사의 이사가 지배회사의 이사의 지휘나 지시에 따라 보통 행동한다는 이유만으로 지배회사를 자회사의 그림자 이사로 취급하지는 않고 있다(동법 제741조 3항).²⁸⁾

한편 이사의 범위가 너무 확장되는 데서 오는 폐단을 방지하고자 제741조 2항 2문에서는 회사의 이사가 전문적 능력에 있어 주어진 조언에 따라 행동한다는 이유만으로는 그 조언을 주는 자를 그림자 이사로 보아 그에게 이사와 동일한 책임을 지우지는 아니한다고 규정하고 있다.

그러나 어느 특정의 거래에 있어서 이사가 자신을 조종하고 있는 타인을 위하여 꼭두각시로서만 행동하고 있다는 것을 입증하는 것은 매우 어려우며, Gower는 이러한 규율들 때문에 은행들이 회사가 파산했을 때 그림자 이사로서의 책임을 지지 않기 위해서 재정적 곤란에 빠져 있는 회사들을 잘 지원하려 하지 않는 경향이 강화된 결과만 생겼다고 한다.²⁹⁾

영국에 있어서 주의할 점은 그림자 이사와 事實上的 理事(de facto director)를 명확히 구분하고 있다는 것이다. 여기에서의 de facto director는 이사로 적법하게 선임된 법률상의 이사(de jure director)와 대치하는 개념으로서 주주총회에서 이사로 적법하게 선임되지 않았거나 선임되었더라도 등기를 마치지 않은 자 또는 이사의 지위에서 퇴임한 자가 여전히 이사로서 대내적, 대외적 업무집행을 하는 경우에, 이와 같이 이사로서의 적법한 지위에 있지 아니하면서 이사의 권한을 행사하는 자를 말한다.³⁰⁾

이러한 事實上的 理事에 대하여도 영국 회사법 제285조는 “이사 또는 지배인의 행위는 후에 선임행위 또는 자격요건에 어떠한 하자가 발견되더라도 유효하다”고 규정하고 있는데, 이는 회사와 제3자간의 거래에 있어서 禁反言則 및 外觀法理를 적용함으로써 법률상의 이사가 행하는 無權·越權代理行爲 뿐만 아니라 無資格·無權限의 表見理事가 행하는 無權代理行爲에 대하여도 회사에 대한 귀책을 용이하게 하고 법적 보호가치 있는 善意者의 보호를 강화하는 기능을 가지고 있는 것으로서 위에서 살펴본 그림자 이사와는 그 운영의 궤를 달리하는 것이다.³¹⁾

27) 이에 대한 자세한 예는 鄭 熙喆, “大株主 등의 責任,” 法曹 28권 5호(1979) 4-6면을 참조할 것.

28) 이 3항의 규정의 의미는 명백하지 않다고 한다. 大隅健一郎, “親子會社と取締役の責任,” 商事法務 No.1145, 47면(1988, 5, 5).

29) L. C. B. Gower, Principles of Modern Company Law(1992), p.591.

30) 신 현윤, “事實上 理事의 法理” 考試研究 1992년 12월호, 88면.

31) 상계논문, 90면.

2. 事實上的 理事

(1) 일본에서의 事實上的 理事의 法理 - 親子會社關係를 중심으로³²⁾

(가) 問題의 提起

지배종속관계³³⁾에 있는 회사에 있어서 子會社의 이사가 親會社의 지시를 받아 업무집행을 행한 경우에 친회사 또는 그 이사는 자회사 또는 그 소수주주에게 손해배상책임을 지는가 하는 문제가 친자회사관계에 있어서 논의되고 있다.³⁴⁾

이 문제를 해결하기 위하여 일본에서는 상법 제266조와 제266조의 3 및 민법 제719조 2항³⁵⁾의 확대해석에 의하고자 하는 견해와 자회사에 대하여 지배적 영향력을 가진 친회사를 자회사의 사실상의 이사로 이해하고 이에 상법 제266조 및 제266조의 3의 규정을 적용하려고 하는 두 가지 견해가 등장하였는 바, 여기에서는 두번째 견해에 대하여 살펴보도록 하겠다. 한편 지배주주인 친회사의 직접적인 지시에 기해서 자회사의 이사가 업무를 집행하는 경우에 있어서는 자회사의 이사는 친회사의 도구에 불과하고 실질적인 경영담당자나 행위자는 오히려 친회사나 그 이사이고, 이러한 경우에 있어서의 이사의 책임규정의 해석에 있어서는 理事의 意義를 실질적으로 해석하는 것이 필요하고 자회사의 이사를 자기의 도구로 이용하여 행위하게 한 친회사를 이사의 개념 중에 포함시켜 이사의 책임규정을 확장적용해야 한다는 견해도 동일한 제열에 속하는 견해라 할 것이다.

(나) 理論에 대한 考察

a. 事實上的 理事로 認定되기 위한 要件

사실상의 이사에 대한 명문의 규정이 없기 때문에 어떤 요건하에 사실상의 이사를 인정할 것인가가 문제이다. 즉, 친회사가 자회사의 업무집행에 결정적 영향력을 갖고 있으면 충분한가 아니면 그와 더불어 자회사의 이사가 일상적으로 친회사의 지시에 따라 업무집행을 하는 것을 요하는가?

생각건대 친회사가 영향력을 갖고 있어도 그를 행사하지 않는 한은 자회사의 사실상의 이사로 볼 수 없을 것이다. 또한 영향력의 행사는 단순히 경영의 기본방침을 정하는 것만으로는 충분치 않고 자회사의 이사가 일상적으로 친회사의 지시에 따라 업무를 집행하는 것을 요한다는 점에 異論이 거의 없다고 한다.

한편 평소에는 기본방침을 지시함에 그치고 특히 필요한 경우에 한하여 특별한 지시를 내리는 경우에는 친회사를 사실상의 이사로 해석하는 것은 곤란하고, 만약 친회사가 가끔 자회사에 내린 지시에 따른 업무집행에 의하여 자회사나 제3자가 손해를 입은 때는 다른 해석에 의하여야 할 것이다.

b. 理事로서의 外觀과 業務의 執行을 요하는가?

사실상의 이사라고 하기 위해서는 이사선임결의가 취소·무효인 경우의 이사와 이사 이외의 자가 이사로서 업무를 집행하는 경우와 같이 이사로서의 외관을 갖고 이사로서의 직

32) 이 부분은 주로 大隅, 전게논문을 참고하였다.

33) 이는 주식보유, 계약, 용자, 원료의 공급 등에 기초한 경제적 압력 등 다양한 형태에 의해 형성되고 있지만, 특히 중요한 것은 주식보유이다.

34) 친자회사의 이사의 책임을 따질 때에는 강화상의 친자회사에 대하여 고찰해야 하며, 상법의 규정에 따른 형식적 친자회사를 생각할 것은 아니다.

35) 각각 우리 상법 제399조 및 제401조와 민법 제760조 3항에 해당한다.

무집행을 하는 것이 필요하다고 하면, 친회사가 자회사의 사실상의 이사로 인정되는 것이 곤란하게 되어 사실상의 이사의 이론을 도입하고자 하는 취지가 반감될 것이다.

c. 누가 事實上的의 理事인가?

자회사의 이사가 일상적으로 친회사의 지시에 따라 업무집행을 하는 경우 자회사의 사실상의 이사로 인정될 자는 친회사와 그 이사 중 어느 쪽인가? 우리 상법학자 사이에 있어서는 法人이 이사가 될 수 있는가에 대하여 의견이 팽팽히 맞서 있는 데,³⁶⁾ 만약 자연인만이 이사가 될 수 있다고 하면 친회사의 이사만이 사실상의 이사로 인정될 것이고 이 경우 친회사의 이사가 자력이 충분치 않은 한은 자회사와 그의 소수주주 보호가 두렵지 못할 것이다. 만약 친회사가 사실상의 이사로 인정되어 자회사 또는 그 소수주주에 대하여 책임을 지게 된다면 친회사의 이사는 친회사에 대하여 善良한 管理者의 注意義務違反으로 인한 損害賠償責任을 지게 되는 경우가 많을 것이다.

(2) 독일에서의 事實上的의 理事의 法理

사실상의 이사란 주식회사의 이사의 지위에 있지 않으면서 실질적으로 회사의 업무집행 기능을 수행하는 자를 말한다. 특히 독일의 콘체른에서의 母子會社에 있어서는 모회사 혹은 모회사의 이사가 자회사의 이사를 겸하지 않으면서 자회사에 대한 사실상의 지배력을 통하여 자회사의 기관으로서의 기능을 실질적으로 수행하다가 자회사에 손해를 끼친 경우에 어떠한 책임을 질 것인가가 문제된다.³⁷⁾

이 때 모회사는 결국 자회사의 지배주주라고 할 수 있는 바 자회사에 대한 의결권을 행사하는 것만으로 모회사를 자회사의 사실상의 이사로 인정할 수는 없다. 영향력 행사의 가능성을 가진다는 것과 그러한 영향력을 사실상 행사한다는 것은 별개의 것이다. 따라서 지배주주는 회사법의 권한질서를 침해해야 비로소 사실상의 이사로 인정될 수 있다.³⁸⁾

독일 주식법 제117조 1항은 “故意로 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사, 감사, 지배인 또는 대리인으로 하여금 회사 또는 주주에 손해를 주는 행위를 하게 한 자는 그로 인한 손해를 배상할 의무를 진다. 주주가 회사의 손해에 의하여 간접적으로 입은 손해와는 별도로 손해를 입은 경우 행위자는 주주에 입힌 손해도 주주에게 배상할 의무를 진다”라고 규정하여, 회사에 대한 영향력을 이용하여 회사나 주주에 손해를 입힌 자의 손해배상책임을 규정하고 있다. 만약 다수주주가 콘체른법상의 企業에 해당하는 때에는 이 규정 이외에 제317조가 적용된다.³⁹⁾

이 규정에 있어서의 책임의 성질은 不法行爲責任으로 보며, 良俗違反을 요건으로 하지 않기 때문에 고의로 선량한 풍속을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 자에게 배상책임을 부과하고 있는 독일 민법 제826조보다 적용이 쉬워졌다고 할 수 있다.

株式法 제117조의 한계로 들 수 있는 것은 첫째, 영향력 행사의 입증이 어렵고 둘째, 영향력 행사가 주주총회에서의 의결권의 행사로 나타나는 경우에는 그 적용을 명시적으로 배제하고 있으며 셋째, 제317조와는 달리 회사의 손해배상청구권을 주주가 단독으로 행사할 수 없다는 것이다.⁴⁰⁾

36) 독일 株式法 제76조 2항은 완전한 行爲能力을 가진 自然人만이 이사가 될 수 있다고 규정하고 있다. 최 기원, 전계서, 632면.

37) 상계논문, 260면.

38) 상계논문, 260면.

39) 정 회질, 법조 게재논문, 2-3면.

40) 金 建植, “少數株主의 保護와 支配株主의 誠實義務,” 서울대학교 法學 제32권 3-4호(1991), 112면.

(3) 事實上的 理事 法理의 도입가능성

원래 우리 法에 있어서 이사인가의 여부는 주주총회에서 선임이라는 형식적인 징표에 의해 획일적으로 결정되며, 이러한 취급이 보다 법적 안정성을 보장한다고 일반적으로 생각할 수 있다. 그러나 우리 나라 회사들의 현실은 이러한 형식적인 취급으로부터의 전환을 요구하며, 그 대안의 하나로서 사실상의 이사 이론의 도입을 생각할 수 있다. 그런데 사실상의 이사 개념을 도입하여 우리 대기업의 지배주주에게 책임을 지우기 위해서는 2단계의 작업이 필요하다. 즉 우선 사실상의 이사 개념이 인정되어야 하며, 둘째 사실상의 이사에 대해 기관성이 인정되어 그들에게 상법상의 이사에 대한 규정들을 적용할 수 있어야 한다.

우선 첫째 요건인 사실상의 이사 개념의 인정 여부에 대해 살펴보면 아직 우리 판례상에 관한 언급을 하고 있는 예가 없고 학자들에 의한 소개나 도입 주장도 미미한 실정여서 현재에 있어서는 해석론에 의한 사실상의 이사 개념의 도입을 기대하기는 어려운 것 같이 보인다.

그렇다면 만일 사실상의 이사 개념을 인정한다면 우리 법상 이사와 동일한 책임을 지울 수 있을 것인가? 즉 우리 상법 제399조와 제401조는 이사에게 엄격한 人的 責任을 부과하고 있는데 이 규정들을 사실상의 이사에게 적용할 수 있을 것인가? 생각컨대 機關性의 판단은 형식적 측면뿐만 아니라 사실적 측면도 고려하여 이루어져야 한다. 즉 법률행위나 불법행위를 통해 회사가 의무를 부담하게 할 수 있는 자는 인적 책임도 부담하여야 하는 것이다. 단 여기서 누가 실질적인 의미의 기관인지는 일률적으로 정할 수 있는 것이 아니고 구체적인 상황에 따라 다르다고 할 것이다.⁴¹⁾

그러므로 우리 현행법 하에서도 적극적인 해석론에 의하여 사실상의 이사 이론의 도입에 의해 소수주주의 보호를 모색할 여지는 충분히 있다고 본다.

3. 支配株主⁴²⁾의 誠實義務⁴³⁾

(1) 問題의 提起 - 支配株主의 誠實義務 認定의 必要性

우리 나라에서는 지배주주가 그의 의결권이나 회사의 이사들에 대한 사실상의 통제력을 이용하여 회사나 소수주주의 이익을 해하는 경우가 많다. 그런데 우리 商法은 이사에 대하여는 엄격한 책임을 지우고 있으나(法 제399조 및 제401조 등), 주주의 성실의무에 대한 명시적인 근거가 없어, 회사의 조직과 운영에 대한 실권을 갖고 있는 지배주주가 이사의 배후에 있으면서 이사로 하여금 임무해태를 하게 하여 지배주주 본인의 개인이익만을 추구하고 회사를 부실하게 만들어도 주주의 有限責任의 원칙에 따라 그 책임을 면하는 사례가 많다.⁴⁴⁾ 물론 지배주주가 대표이사나 이사로서 경영에 직접 참여하는 경우에는 이사에 대한 책임의 추궁에 의해서도 큰 무리 없는 해결을 볼 수 있을 것이나 지배주주가 회사에

41) 노 일석, "독일주식법상의 문제론에 관한 연구", 서울대학교 법학박사학위논문(1992.2), 265-267면.

42) 여기에서의 지배주주란 회사에 대한 통제권을 갖고 있는 주주를 지칭하며, 의결권 있는 주식의 50% 이상을 보유한 주주는 그 대표적인 예라 하겠다.

43) 우리 나라에서는 忠實義務와 誠實義務란 용어를 혼용하고 있지만, 여기에서는 이사의 충실의무와의 구별을 위하여 김 건식 교수의 용례에 따라 성실의무라고 하였다. 양 명칭에 대한 좀더 자세한 해설에 대하여는 김 건식, 법학 계재논문, 98면을 참조. 또한 미국법상의 fiduciary duty의 두 종류인 duty of care와 duty of loyalty의 개념에 대하여는 Robert C. Clark, Corporate Law(1986), pp.123-136, 141-150을 참조할 것.

44) 정 회철, 법조 계재논문, 1면.

서 어떠한 직책도 담당하지 않는 경우에는 이사에 대한 규제만으로는 지배주주의 자의로부터 소수주주를 보호하기는 어려우며, 여기에 지배주주의 성실의무를 인정할 필요가 존재하는 것이다.⁴⁵⁾

(2) Linotype 判決 以前の 少數株主保護를 위한 諸理論들 - 독일에서의 論議를 중심으로

독일에서는 Linotype 판결 이전에도 소수주주보호를 위한 논의가 계속 있었다. 즉 독일 민법과 주식법상의 일반법리 내지 규정을 지배주주의 자의적인 권한 행사를 통제하는 수단으로 사용하여 온 것이다. 본항에서는 이러한 노력들을 간략히 검토하겠다.⁴⁶⁾

(가) 良俗理論(獨逸民法 제138조: 善良한 風俗에 違反한 法律行爲를 無效로 規定)

독일의 RG(제국법원)는 주주는 의결권 행사시 자기의 이익을 추구하여도 무방하지만 자기의 이익과 회사이익이 충돌하는 경우에는 회사이익을 따라야 한다고 하였다. 이에 대하여 Wiedemann은 “총회결의의 성립에 관해서 良俗違反이 있거나 결의의 목적 혹은 동기가 良俗에 반하는 경우에는 취소소송에 의해서 취소될 수 있다. 불법적인 의결권 행사나 경영진에 대한 불법적인 영향력 행사로 인한 손해배상청구권은 獨逸民法 제826조(고의로 선량한 풍속을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 배상책임이 있음을 규정)에 의해서만 발생할 수 있다”고 요약하였다.

(나) 株主平等原則

주주평등의 원칙은 회사와 주주와의 관계에서 모든 주주가 동등한 사정하에서는 동등하게, 상이한 사정하에서는 불평등하게 다루어져야 할 것을 요구한다. 즉, 동일한 내용의 주식에 대하여는 동일한 취급을 하여야 한다는 원칙으로서 대주주에 의한 다수결의 남용과 경영자의 전횡으로부터 일반주주를 보호하는 데 목적이 있다.⁴⁷⁾ 이 주주평등의 원칙이 다수의 권한의 한계를 이루기는 하나 실제로 사안해결의 중심논거가 된 예는 거의 없다고 한다.

이 주주평등의 원칙에 대하여 Wiedemann은 다음과 같이 옹호하였다.⁴⁸⁾ 첫째, 평등원칙 위반을 주장하는 자는 그 취급의 불평등만을 입증하면 되고 그 후에는 지배주주가 불평등한 취급을 정당화할 수 있는 사유를 입증하여야 한다. 둘째, 평등원칙은 객관적인 평등취급만을 요하기 때문에 평등한 상태는 반드시 특별한 이익을 반환시키는 방법뿐만 아니라 회사로 하여금 불이익을 받은 주주에게 추가지급을 시키는 방법에 의해서도 달성할 수 있다.

그러나 이 원칙에 의한 주주보호의 기능은 충분치 못하다. 예컨대 대주주가 減資時에 10:1의 비율로 주식의 병합을 결의하였다면, 10주 미만의 주식을 갖는 주주는 주주의 지위를 상실하게 되지만 이것은 주주평등의 원칙에 반하지 않는다. 또한 주주의 新株引受權을 배제하는 增資에 있어서, 다수결에 의하여 新株式이 제3자에게 배정되고 이러한 배정행위에 대주주가 이익을 가지는 경우에도 주주평등의 원칙에 대한 위반은 없으나, 신주인수권이 배제된 주주는 회사재산과 회사이익에 대한 그의 상대적인 지분을 상실하게 된다. 따

45) 지배주주의 성실의무 이외에 소수주주의 성실의무도 문제삼을 수 있겠으나, 우리 나라에서 주로 문제될 것은 지배주주의 성실의무일 것이므로 이 글에서는 지배주주의 성실의무에 대해서만 논의하겠다.

46) 이 부분은 김 건식, 법학 계재논문, 101-117면을 주로 참조하였다.

47) 최 기원, 전계서, 526면.

48) Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I(1980), S.429ff. 김 건식, 법학 계재논문, 105면에서 재인용.

라서 주주평등의 원칙이 주주권을 충분히 보호한다고는 볼 수 없다. 게다가 이 원칙은 회사와 주주 사이의 법률관계에만 적용되며 대주주와 소수주주 사이에서 성립하는 이익충돌의 문제에는 적용되지 않는다는 한계를 가진다.⁴⁹⁾

(다) 總會決議의 內容統制

재국법원은 Victoria판결에서 “총회결의시 다수는 전체이익의 테두리 내에서 소수의 이익도 아울러 고려하여야 하고 그것을 보상없이 침해해서는 아니된다”고 하였다. 한편 1978년 Kali & Salz 판결(BGHZ 71, 41)에서 BGH는 “소수주주의 신주인수권을 배제하여 행하는 신주발행결의가 유효하기 위해서는 구체적 상황하에서 당해 신주발행이 회사이익을 위하여 필요할 뿐만 아니라 수단으로써도 상당한 것이어야 한다”고 판시하였다.

내용통제의 기준으로서는 소수주주의 주주권을 침해하는 결의가 회사이익을 위해 필요할 뿐만 아니라(必要原則), 그 회사이익이 침해되는 소수주주의 이익에 비해 상당한 것이어야 한다(比例原則).

이 내용통제법리는 지배주주가 회사기회를 가로채는 경우와 같이 소수주주 이익의 침해가 총회결의를 수반하지 않는 경우에는 무력할 수밖에 없고, 따라서 현재 BGH가 지배주주의 성실의무를 인정한 이상 통제법리는 성실의무의 한 갈래로서 그 내용을 구체화하는 의미만을 가질 것이다(效用的 限界).⁵⁰⁾

(라) 決議要件의 加重

우리 상법(제374조, 제434조)에 비해 주식법의 결의요건은 한층 더 엄격하다(예컨대 투표의 3/4 이상의 찬성을 요하거나 결의에 참여한 주주가 집하는 자본액의 3/4 이상에 해당하는 과반수의 찬성을 요하는 경우 등). 그러나 소수주주의 이익보호를 위해 결의요건을 가중하는 방안은 그다지 바람직하다고 할 수 없다. 왜냐하면 주식법상 주주총회의 결의사항은 한정돼 있는 데다가 보다 근본적인 문제는 결의요건을 가중하면 다수결의 장점인 의사결정이 저해된다는 것이다.

(마) 出資返還의 禁止

주식법 제57조 1항은 회사가 주주에게 상당한 대가 없이 출자를 반환하는 것을 원칙적으로 금지하고 있다. 동 원칙은 회사와 주주간의 거래를 무조건 금하는 것은 아니고, 다만 주주라는 이유로 제3자와의 거래에서보다 주주에게 유리한 조건으로 주주와 거래하는 것만을 금한다. 그러나 이 원칙은 지배회사와 종속회사간의 거래에서 급부가 독특하여 그 시장가격을 찾기 어려울 때나 대가의 等價性의 평가가 어려운 경우 등에는 실효성을 갖기 어렵다.

(바) 多數決濫用決議의 取消

株式法 제243조 1항은 법률이나 정관에 위반한 주주총회의 결의는 訴에 의하여 취소할 수 있다고 규정한다.⁵¹⁾ 한편 주식법 제243조 2항은 주주가 의결권의 행사에 의하여 자기

49) 金 在範, “會社의 解散決議와 大株主의 忠實義務-독일의 Linotype 판례를 중심으로-,” 司法行政 93. 12. 58면.

50) 영국의 경우를 보면 주주들에게는 전체로서의 회사의 최고의 이익을 위한 것이라고 그들이 믿는 바를 성실하게 행위하여야 한다는 원칙이 요구되지는 않으며 그러한 원칙은 이사와 같은 受託者들에게만 인정된다. 그러나 주주총회나 종류주주총회의 결의가 일부 주주나 종류주주의 일부에게 부당하게 권리를 침해하는 것임이 보여지면 그러한 결의는 무효라는 일반 원리가 있으며, 그 결의가 부당하게 권리를 침해한다는 입증책임은 원고에게 있다. Gower, op. cit., pp. 603-605.

51) 위의 (다)에서 본 다수결의 내용통제이론에 의한 취소도 법적인 근거는 결국 이 조항에서 찾아야 할

또는 제3자를 위하여 회사나 다른 주주의 손해로 특별이익을 얻고자 그러한 목적에 부합하는 결의를 통과시킨 경우 그 결의는 취소할 수 있으며, 다만 당해 결의에서 주주의 손해에 대하여 상당한 보상을 제공한 경우에는 예외라고 규정하고 있다.

(사) 特別利害關係 있는 株主의 議決權排除

다수주주와 소수주주의 관계에 비추어 중요한 주주와 회사 사이의 거래시의 의결권배제 조항은 1897년 독일 상법 제252조 3항에 규정되었으나, 학설 및 판례에 의하여 차츰 그 범위를 잠식당하였으며 급기야 1937년 주식법은 이를 폐지하기에 이르렀다. 의결권배제제도에 대하여도 여러 가지 비판이 있으나, 그럼에도 불구하고 의결권배제제도는 그 적용이 대단히 간편하다는 장점이 있다.

(3) Linotype 判決의 概要⁵²⁾

(가) 事實關係

Stempel AG(피고)의 주식의 96%는 Linotype GmbH(후에 주식회사가 됨)가 소유하고 있었고 나머지 4%는 증권거래소에서 거래되어 50명 이상의 小株主가 보유하고 있었다. Linotype회사는 영업상태가 양호한 자회사인 피고회사의 영업을 흡수하고자 하였다. 그런데 자회사를 합병하기 위해서는 법률상 모든 주주의 동의를 요하였으므로(증자법 제33조 3항, 주식법 제369조 2항) 합병의 방법을 이용할 수 없었다(1985년 1월말에 소주주들이 대주주의 주식매수청약에 동의하지 않았다). 이에 Linotype은 자회사인 피고회사를 해산시켜 그 영업을 자신이 차지하려 하였다. 그리하여 1985년 4월 30일에 피고회사의 정관에 규정된 4/5의 다수보다 더 많은 발행주식 총수의 96% 이상의 동의로써 피고회사의 해산을 결의하였다. 그런데 Linotype과 피고회사의 이사·감사 사이에 해산결의 이전에 거래가 있었다. 즉 대주주인 Linotype이 피고회사의 환관제작부문을 자신의 생산부문에 편입시키고, 이를 위해 필요한 설비와 여기에서 활동하는 기술자들을 인수하고자 교섭한 것이다.

피고회사에서의 해산결의에 반대하여 이의를 제기한 원고는 주식법 제243조 1항 및 2항 53)에 의거하여 株主總會決議의 取消의 訴와 함께 解散決議의 無效確認을 구하면서 다음과 같이 주장하였다. 즉 임박한 해산에 대하여 주주들에게 알리지 않은 것은 違法이며, 대주주의 행위는 의결권의 남용으로서 그리고 조직변경과 합병에 관한 법규정의 회피로서 허용되지 않는 것이다. 또한 영업의 중요한 부분의 양도에 관해 대주주는 해산결의 이전에 이미 오랫동안 체계적으로 준비하여 왔으며, 이런 교섭과정에 있어 피고회사는 보다 유리한 조건으로 매각하려는 노력을 하지 않았다는 것이다.

Frankfurt 지방법원과 Frankfurt 고등법원은 모두 원고의 청구를 기각하였으나 BGH는 원고가 주장한 모회사에의 부당한 재산이전의 주장을 받아들여 동 사건을 파기환송하였다.⁵⁴⁾

(나) 判決理由

a. BGH는 먼저 피고회사의 해산결의에 대하여 결의가 정당성을 갖는지 여부는 심사될

51) 위의 (다)에서 본 다수결의 내용통제이론에 의한 취소도 법적인 근거는 결국 이 조항에서 찾아야 할 것이라고 한다.

52) 이 부분은 김 재범, 전계는훈, 50면 이하에 주로 의존하였다.

53) 이에 대하여는 本稿 三.3.(2)(바)항을 보라.

54) BGHZ 103, 184.

수 없다고 판단하였다. 회사의 사원은 법률과 정관에 규정된 다수결로 회사목적은 종료시키고, 회사목적은 정하는 과정에서 부여되었던 소수파 사원의 권리를 박탈할 수 있다고 보았다. 따라서 소수파의 의사에 반하더라도 피고회사의 영업의 중요부문을 취득하려는 의사로 행하여진 해산결의는 권리남용적인 의결권의 행사가 아니다.⁵⁵⁾

b. BGH는 사원의 성실의무는 업무집행에 대하여 영향력을 행사함으로써, 다른 사원이 가지는 회사에 관련된 이익을 침해할 수 있는 지위에 근거하여 성립한다고 실시하였다. 종래에는 주식회사에 있어서는 회사와 주주 사이에서만 법률관계가 성립한다고 보았으나 주주들 사이에서도 특별한 결합관계가 인정될 수 있다. 대주주는 업무집행에 대하여 영향력을 가함으로써 소주주가 가지는 회사에 관련된 이익을 침해할 수 있기 때문에, 영향력에 대한 평형추로서 그러한 이익을 배려할 회사법상의 의무가 요구된다.

위와 같이 실시하면서 본 사안에서 대주주인 Linotype이 피고회사의 해산결의 이전에 피고회사 재산의 중요부문을 인수하기 위하여 교섭하고 협상한 행위는 소주주인 원고에 대한 성실의무를 위반하는 것으로 보았다. 즉, 대주주가 사전에 영업부문을 인수하였기 때문에 청산과정에서 소주주는 종전의 회사영업을 인수할 기회를 갖지 못한다는 것이다. 그리고 해산결의는 소주주의 손해로 되는 특별이익을 취득하려는 목적의 실현에 적합한 것으로서 주식법 제243조 2항에 의하여 취소될 수 있는 것으로 판단하였다.⁵⁶⁾

c. 대주주인 Linotype과 피고회사의 이사회 사이에서 특정재산의 인수와 인수가격에 관하여 합의가 있었다는 사실에 대하여 抗訴審은 입증에 충분치 못한 것으로 보았다. 그러나 BGH는 소주주인 원고는 피고와 대주주인 Linotype 사이에서 성립한 교섭의 내용을 전혀 알 수 없었고 교섭에 참여할 수도 거래자료에 접근할 수도 없었기 때문에, 株主總會에서 영업부문의 인수가격이 어떻게 합의되었는지에 관한 설명을 감사회 의장 및 이사회가 거절하였다는 사실은 원고의 진술이 사실이라는 점에 대한 간접증거라고 판단하였다.

d. 결국 BGH는 본 판결에서, 해산결의가 의결권의 남용에 의한 결의라는 방법을 택하지 아니하고 주주 상호간의 성실의무로서 해산결의의 취소를 인정하는 방법을 택하였다.⁵⁷⁾

(다) 주요 論點

본 판결은 종래의 판례를 수정하는 것으로서 여기에서 다루어진 주요 논점들은 다음과 같다.

첫째, 자본회사에 있어서 소수파 사원의 이익에 개입하는 모든 다수결이 必要성과 比例성의 원칙에 의한 법원의 판단을 받아야 하는 것은 아니다. 따라서 본건에 있어서 해산결의에 대한 법원의 실질적 통제는 인정되지 아니한다.⁵⁸⁾

둘째, 성실의무는 주식회사에 있어서 회사와 주주 사이에서만뿐만 아니라 주주들 사이에서도 성립한다. 즉 주주 사이에도 고도의 忠實(Loyalität)과 配慮(Rücksicht)의무가 존재한다.⁵⁹⁾

55) 또한 특별히 가중된 결의요건이 적용되는 결의의 경우에는 따로 주주총회 결의에 대한 내용통제가 필요없다는 견해가 유력한데 BGH는 바로 그 견해를 따르고 있다고 한다. 김 건식, 법학 개론, 120면.

56) 또 달리 생각해보면 이 사안에서의 지배주주 Linotype은 당해 해산결의에 의하여 피고회사의 주요 영업부문과 기술자를 인수하려는 자이기 때문에, 결의에 의하여 자신의 의사를 실현시킬 수 있는 특별한 이해관계를 가진 자로 볼 수 있다. 그렇다면 이를 우리 상법 제368조 4항의 特別利害關係者라고 보아 당해 주주총회에서 의결권을 행사하지 못한다고 이튼구성을 할 수도 있을 것이다. 김 재범, 전개논문, 62면.

57) 노 일석, 전개논문, 317면.

58) 상개논문, 316면.

59) 上:同.

셋째, 해산결의는 대주주가 해산결의 전에 이미 차후의 청산에 대하여 영향력을 가하여 소주주에게 손해를 가져오게 하고 청산에 관한 법률 규정의 기능을 해하는 경우에는 취소될 수 있다.

넷째, 주주총회의 결의를 취소하려는 주주는 결의의 하자를 입증하여야 하나, 取消의 訴의 원고에게 거래자료에 대한 열람이 제한되는 한, 결의의 취소를 배제하는 이유를 회사가 구체적으로 입증할 의무를 부담한다.

(4) 誠實義務의 內容

(가) 概念 및 根據

주주의 성실의무란 회사와 다른 주주의 이익을 위하여 행위해야 하고, 자신의 이익만을 위하여 주주의 지위를 이용하여서는 안된다는 의무이다.⁶⁰⁾

그런데 우리 商法上 주주는 그가 가진 주식의 인수가액을 한도로 책임을 지므로(상법 제331조) 주식인수인으로서의 출자의무를 이행한 후에 주주는 회사에 대하여 아무런 의무를 부담하지 않는다고 설명되어 왔다. 따라서 납입의무를 이행한 주주는 회사에 대하여 義務는 부담하지 않으면서 權利만을 가진다고 말할 수 있다.⁶¹⁾ 그렇다면 주주, 특히 지배 주주는 회사와 관련된 그의 어떠한 행위에 대하여도 아무런 책임을 지지 아니하는가?

a. 誠實義務에 대한 否定說

종래 주주의 성실의무에 대하여 부정하는 견해들을 살펴보면 첫째, 주주 상호간의 성실의무에 대한 주주 사이의 合意가 없으며 그러한 의무를 인정하는 法規定도 없다는 것을 근거로 들고 있으며,⁶²⁾ 둘째의 견해는 주식회사의 社團性에 비추어 주주 상호간에는 아무런 법률관계도 존재할 수 없다는 것이다.⁶³⁾ 그러나 이러한 견해들은 너무나 개념법학적인 견해들이다. 실사 實定法이 침묵을 하고 있다고 해도 法理論과 判例는 사회적인 이해관계의 충돌에 대하여 외면할 수 없으며, 주식회사가 社團이라는 사실이 곧 그 구성원인 주주 상호간에 회사를 매개로 한, 法이 관심을 가져야 할 법률관계가 존재할 수 없다는 것을 전제하는 것은 아니기 때문이다.

주주의 성실의무를 부인하는 입장의 또 다른 것으로는 주주의 有限責任原則을 그 근거로 드는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 주주는 인수가액의 출자의무 외에는 어떠한 추가적 출자의무도 부담하지 않는데 주주에게 성실의무를 부담시키는 것은 그러한 추가적 출자의무를 요구하는 것과 마찬가지로 허용되지 아니한다고 보는 것이다. 그러나 株主有限責任의 규정은 주주를 추가적인 재정적 위험으로부터 보호하여 소액의 자본만을 가진 자가 주식회사에 그 재산을 불측의 위험 없이 출자하는 것을 가능하게 하고 주식의 유통성을 확보하려는 규정인 것이다.⁶⁵⁾ 그러므로 주주의 유한책임원칙과 성실의무는 그 규제의 방향이 다르며, 특별한 상황이 존재하는 경우에 주주의 유한책임원칙으로 인하여 성실의무가 부정되는 것은 아니다.

b. 誠實義務의 根據

60) 김 재범, 전계논문, 53면.

61) 이 태로·이 철송, 전게서, 250면. 최 기원, 전게서, 531-532면.

62) 노 일석, 전계논문, 318면.

63) Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs(1942), S.36. 김 건식, 법학 계재논문, 118면에서 재인용.

64) 상법 제331조 참조.

65) 노 일석, 전계논문, 314면.

위에서 본 것과 같이 우리 商法上 지배주주는 원칙적으로 책임을 지지 아니한다고 할 수 있다. 그러나 子會社가 형해화하여 그 법인격이 남용되는 경우에는 子會社의 채부에 대하여 지배주주인 母會社가 책임을 지는 경우가 있을 수 있으며(이는 法人格否認의 法理에 의한다), 그 밖에 지배주주의 의결권 남용 등이 있는 경우에는 지배주주의 유한책임의 원칙이 그대로 유지될 수 없는 한계상황이 존재하게 된다.⁶⁶⁾ 이에 성실의무 인정의 계기가 발생하는 것이다.

주주의 성실의무를 인정하고자 하는 학설들은 이 성실의무의 근거로 무엇을 들고 있는가.

먼저 주주의 성실의무를 信義誠實의 具體化라고 하는 견해가 있다. 이에 따르면 “성실의무는 모든 주주가 권리의 행사에 있어서 신의성실의 원칙에 따라야 한다는 것을 의미하는 것 이상도 이하도 아니다”라고 하거나 “성실의무의 요구는 항상 民法 제2조의 적용의 문제, 신의성실의 원칙의 회사법적 변용의 문제이다”라고 한다. 그러나 이 견해는 성실의무의 독자성을 부인하는 점에 문제가 있다.⁶⁷⁾

또 다른 견해로서, 주식회사의 주주는 공통된 목적을 추구하는 당사자이므로 전체 단체법의 근본규범으로서 조합원 상호간의 공동이익추구의무를 정한 獨逸民法 제705조가 적용된다고 하기도 한다.⁶⁸⁾

생각컨대 타인의 이익을 침해할 수 있는 지위를 갖는 자는 타인의 이익을 배려하여 행위할 의무를 부담한다는 것이 인정되어야 할 것이다. 주주는 비록 회사의 업무를 집행하지는 않지만 많은 주식을 소유함으로써 주주총회를 지배할 수 있고, 그 결과 회사의 업무 집행에 영향력을 행사할 수 있다.⁶⁹⁾ 우리 상법은 이와 같은 상황을 예측하지 못하였지만 이에 대한 규제는 필요하며, 주주의 성실의무는 회사 구성원의 이해관계를 조정하는 한 수단으로 작용할 수 있는 것이다. 따라서 주주의 성실의무의 근거는 會社法的 權限秩序의 侵害에 대한 統制⁷⁰⁾의 필요, 즉 주주가 회사에 대하여 영향력을 가함으로써 소수주주가 가지는 회사와 관련된 이익을 침해할 수 있기 때문에 이를 통제할 현실적인 필요에서 찾아야 할 것이다.

(나) 會社에 대한 誠實義務와 株主에 대한 誠實義務

성실의무이론은 애초에 企業自體의 思想과 결합하여 의결권의 행사시 주주가 기업의 이익에 반하여 자기의 이익을 추구해서는 안된다는 식으로 논의되었으며, 1934년과 1935년에 독일 제국법원은 주주의 회사에 대한 성실의무를 긍정하는 두 개의 판결을 내놓았다. 즉, 회사에 대한 성실의무가 먼저 논의되었던 것이다.⁷¹⁾ 그런데 주주 사이의 성실의무에 대하여는 학설이 구구하였으며, 독일의 법원은 계속 이에 대하여 부정적인 태도를 취해오다가 1988년의 Linotype 판결에 이르러서야 이를 인정하게 되었다.⁷²⁾

66) 상개논문, 312면.

67) 상개논문, 314면.

68) 상개논문, 319면.

69) 김 재범, 전개논문, 62-63면.

70) 노 일석, 전개논문, 320면.

71) 김 건식, 법학 계재논문, 117면.

72) 주주의 성실의무를 회사에 대한 것과 다른 주주에 대한 것으로 구분하는 것에 대해 전혀 의문이 없는 것은 아니다. Lutter에 따르면 그러한 구분은 우선 형식적인 것이다. 주주의 성실의무에 의한 實質的 義務는 그러한 구분과 상관없이 결정되는 것이며, 결정적인 것은 객관적으로 생각되는 會社利益이라는 것이다. 주주의 어떤 조치가 會社利益에 영향을 미치면 그는 회사에 대하여 誠實義務를 부담하는 것이다. 노 일석, 전개논문, 319면.

a. 會社에 대한 誠實義務

주주와 회사 사이의 社員關係에도 신의성실의 원칙이 적용된다. 주주의 성실의무는 이러한 법규정의 범위를 넘어서 주주, 특히 지배주주가 어떠한 포괄적인 의무를 부담하는가 하는 문제이다.

주주는 법률과 정관이 부여하는 영향력을 행사함으로써 회사의 이익을 침해할 수 있으므로 이에 따라 회사에 대한 주주의 의무가 인정되어야 할 것이다.⁷³⁾

주주의 회사에 대한 성실의무는 적극적인 의미의 支援義務와 소극적인 의미의 忠誠義務의 두 가지로 이루어지며, 성실의무의 강도와 구체적인 내용은 당해 주주의 회사내에서의 지위에 따라 정해진다.⁷⁴⁾

그러면 주주의 회사에 대한 성실의무는 언제 작용을 하게 될 것인가? 즉, 이 때의 성실의무의 적용기준은 무엇인가? 이 때의 기준은 會社의 目的 또는 會社의 利益이 되어야 할 것이며, 따라서 회사의 목적 또는 이익을 해하는 주주의 의결권의 행사나 영향력의 행사는 회사에 대한 성실의무에 반한 행위가 될 수 있다.⁷⁵⁾

b. 株主 상호간의 誠實義務

앞의 (가)항에서 본 바와 같이 주주 사이의 성실의무 인정에 대한 반대의 주된 논거는 주식회사의 社團性에 비추어 주주 상호간에는 아무런 법률관계도 존재할 수 없다는 것이었다. 그러나 현실적으로 다수주주는 회사경영에 대한 영향력을 통해서 소수주주의 이익을 해칠 가능성이 있으며,⁷⁶⁾ 이러한 다수주주의 영향력은 제어될 필요가 있다. 따라서 성실의무의 이론적 근거는 주주 사이의 신뢰관계에서 찾기 보다는 법률과 정관 및 다른 주주에게 직·간접적으로 영향을 미칠 수 있는 권한과 가능성을 통제할 필요에서 찾아야 할 것이다.⁷⁷⁾

Fechner는 다수와 주주는 회사경영에 대한 영향력을 통해서 소수주주의 이익을 해칠 가능성이 있다는 可能性이라는 사회적 사실에서 성실의무의 근거를 찾았으며, Zöllner는 의결권행사시 주주가 갖는 의무에 초점을 맞추었다. 즉, 주주가 의결권을 행사할 때에 회사이익을 어느 정도 고려할 것인가와 다른 주주의 이익을 어느 정도 고려할 것인지를 구별하였는데, 회사이익의 판정과 관련하여서는 주주는 회사의 목적(통상은 이익획득)에 완전히 구속되며 다른 주주의 이익의 침해는 회사의 이익과 부합하는 경우에만 허용된다고 하였다. 그런데 다른 주주의 이익의 침해가 허용되는 경우에도 첫째, 그 침해는 당해 침해행위의 목적에 비추어 상당한 것이어야 하며(比例原則), 둘째, 당해 침해행위가 목적달성, 즉 회사이익의 촉진에 가장 적합한 조치여야 한다(必要原則).⁷⁸⁾

다른 주주에 대한 성실의무를 판단하는 기준은 株主의 利益이라는 개념이다. 주의할 것은 이 경우 주주의 이익에 대한 침해란 회사의 이익의 침해로부터 이는 간접적인 침해가 아니라는 것이다. 회사이익에 대한 침해는 회사에 대한 주주의 성실의무의 문제가 된다.⁷⁹⁾

73) 김 재범, 전계논문, 53면.

74) 김 건식, 법학 계재논문, 121면.

75) 김 재범, 전계논문, 54면.

76) 주주들이 서로간에 아무런 계약을 맺지 않았을지라도 주주총회에서의 결의에 의하여 또는 업무집행기관에 대한 영향력에 의하여 다른 주주의 이익을 침해할 수 있는 것이다. 상계논문, 53면.

77) 김 건식, 법학 계재논문, 122면.

78) 상계논문, 118면.

79) 김 재범, 전계논문, 54면.

c. 會社에 대한 誠實義務와 株主에 대한 誠實義務의 區別의 實益

양자의 경계확정에 있어서의 기준은 일용 회사이익이라고 할 수 있다. 주주의 행위가 회사이익에 관련되는 경우, 즉 법률과 정관의 범위 내에서 회사의 목적을 추구하는 행위인 경우에는 주주는 회사에 대한 성실의무에 구속되고, 주주의 행위가 회사이익과 관련이 없는 경우에는 다른 주주에 대한 성실의무의 구속을 받는다. 주주의 행위가 양자에 다 포함되는 경우도 있다. 이 구별의 실익은 성실의무위반을 근거로 한 損害賠償請求時 누가 당사자가 될 것인가를 정하는 데에 있다.⁸⁰⁾

(다) 誠實義務違反의 效果

지배주주가 성실의무를 위반한 경우에 자신의 권리를 침해당한 당사자는 어떠한 구제수단을 가질 수 있겠는가?

a. 株主總會決議 無效確認의 訴

먼저 우리 상법상 株主總會決議의 내용이 法令 또는 定款에 위반하면 그러한 결의에 대하여 無效確認을 구할 수 있다(商法 제380조). 그런데 주주의 성실의무에 위반하여 성립된 주주총회의 결의는 그 결의의 내용이 문제되므로 總會決議無效確認의 訴로써 시정될 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 그러나 성실의무를 위반한 결의를 무효로 하는 것이 성실의무 위반에 대한 충분한 억제책이 된다고 할 수 없다. 즉, 주주총회결의의 무효확인이 다른 주주의 손해를 막을 수 없는 경우에 그러하다. 특히 지배주주의 성실의무 위반이 總會決議의 형식을 취하지 않고 순수한 사실적 행동의 형식을 취하는 경우에는 誠實義務違反決議의 無效化라는 것이 소수주주의 보호에 아무런 의미도 없게 되는 것이다.⁸²⁾

b. 損害賠償請求權

다음으로 생각해볼 수 있는 것이 성실의무를 위반한 지배주주에 대한 損害賠償請求이다. 먼저 지배주주가 회사에 대한 성실의무를 위반하여 회사에 손해를 입힌 경우에 회사(실제로는 대표이사)는 이 지배주주에 대하여 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로 지배주주의 영향력 하에 있는 이사가 지배주주에 대하여 손해배상을 청구하는 것을 기대하기는 어려울 것이다. 그렇다면 이 경우 상법의 代表訴訟에 관한 규정을 유추 적용하여⁸³⁾ 소수주주가 지배주주의 책임을 묻는 대표소송을 제기하는 것을 인정할 수 있을 것인가?

이에 대하여 회사의 이익을 침해한 주주의 행위를 규제하지 않는다면 이사와 감사, 발기인 등의 경우와 비교하여 형평에 맞지 않기 때문에, 성실의무를 위반한 주주에 대하여 회사가 가지는 권리를 회사 스스로 행사하지 않는다면 다른 주주들이 상법상의 대표소송에 관한 규정을 유추하여 당해 주주를 상대로 제소할 수 있다고 풀이하는 견해도 있다.⁸⁴⁾ 물론 문제해결을 위한 우리의 지향점은 지배주주에 대한 대표소송의 인정이라고 생각하나, 과연 우리의 법원에서 대표소송에 있어서 지배주주의 被告適格을 인정할지는 의문이다. 현실적으로 이는 商法の 改正前에는 인정되기 어려울 것으로 보인다.

80) 김 건식, 법학 개재논문, 122면.

81) 김 재범, 전계논문, 56면.

82) 노 일석, 전계논문, 322면.

83) 우리 商法 제403조, 제415조, 제324조는 이사, 감사, 발기인 등을 상대로 하는 대표소송에 대하여만 규정하고 있고, 지배주주의 책임을 묻기 위한 대표소송에 대하여는 규정하고 있지 않다.

84) 김 재범, 전계논문, 56면.

한편 지배주주가 성실의무에 반하여 다른 주주에게 直接損害를 가하는 경우에는 지배주주에게 손해배상책임을 인정하여야 할 것이다.⁸⁵⁾ 그렇다면 회사이익의 침해로 인한 주주의 間接損害에 대하여도 지배주주의 다른 주주에 대한 손해배상책임을 인정하여야 할 것인가? 앞의 '株主 상호간의 誠實義務'항에서도 살펴보았듯이 회사의 이익에 대한 침해는 회사에 대한 주주의 성실의무의 문제가 되며, 우리 상법이 지배주주에 대한 대표소송을 인정하고 있지 않기 때문에 현재의 상황에서 이것이 인정되기는 어렵다고 본다.

이에 대하여 성실의무의 위반으로 인하여 소수주주가 직접손해를 입기보다는 회사의 손해로 인한 간접손해를 입는 것이 대부분이므로 간접손해를 입은 소수주주는 상법 제401조에 의해 회사에의 급부를 청구하는 소송을 제기할 수 있다고 보아야 한다는 견해가 있다.⁸⁶⁾ 그런데 상법 제401조를 유추적용하여 소수주주가 지배주주에게 손해배상청구를 하려면 앞의 二. 4. '理事의 제3자에 대한 責任' 항에서 보았듯이 지배주주의 惡意 또는 重過失을 입증해야 할텐데 이것이 어려운 것이며, 또한 각 주주의 손해가 提訴를 뒷받침할 정도로 크지 않은 경우에는 주주가 권리주장을 스스로 포기하기 쉬울 것이다.

c. 會社의 解散

대주주의 충실의무 위반으로 인한 회사의 해산은 인적 특성을 가진 小規模 閉鎖會社의 경우에는 의미가 있을지라도 대기업에서는 거의 고려될 수 없다. 대기업에는 다양한 이해관계자가 다수 관련되기 때문에 대기업의 해산은 소수주주 보호의 필요에 의해 정당화될 수 없는 치명적인 결과를 모든 이해관계자에게 가져오기 때문이다.⁸⁷⁾

(5) 誠實義務範圍의 劃定基準

성실의무개념의 구체화작업을 위하여는 어떠한 기준이 필요하다. 앞에서도 보았듯이 독일에서는 會社利益과 比例原則 내지 必要原則 등의 개념을 기준으로 삼고 있다. 한편 캐나다에서는 公正性을 이해조정의 기본개념으로 삼고 있다고 한다.⁸⁸⁾ 본 항에서는 미국의 판례에서 발견되는 여러 기준 중 株主의 期待(expectations)에 대하여 살펴보도록 하겠다.⁸⁹⁾

기대라는 용어 역시 불명확한 개념이기는 하나 지배·종속회사 사이에서의 공정성에 있어서는 유용한 기준이 될 수 있다. 우선 문제가 된 거래의 공정성을 당사자의 기대라는 관점에서 측정하고자 하는 시도는 양 회사가 지배·종속관계에 들어간 것, 즉 당사자들을 교섭에 의해 계약을 이루어 내는 독립한 실체로 보는 것이 의미 있는 시점에 주의를 집중한다. 지배종속관계의 제 조건이 설정된 것은 바로 그 때이며, 문제가 된 거래의 공정성을 판단함에 있어서도 그 조건을 참조해야 한다.⁹⁰⁾ 둘째, 당사자의 기대라는 개념은 각 경우

85) 미국에서는 지배주주가 회사의 재산이나 정보의 이용, 회사기회의 탈취, 회사의 지배권의 이전 등에 있어서 성실의무를 위반하고, 이에 의하여 다른 주주들이 손해를 입은 경우에 지배주주의 배상책임을 인정한다. The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations(1992), pp.437-477.

86) 노 일석, 전제논문, 323면.

87) 상계논문, 322면.

88) 김 건식, 법학 개재논문, 123면.

89) 주주의 기대 이외의 다른 기준으로는 arm's length test, test of fraud, good faith, shift of burden of proof, business judgement rule 등을 들 수 있다.

이하의 논의는 "Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent - Subsidiary Relations", 74 Yale Law Journal(1964), 338-353면에 의거하였다.

90) 회사간 거래를 허락하는 정관조항에 대한 법원의 강조는 당사자의 기대에 대한 언급으로서 이해되어야 할 것이다.

에 특유한 관계의 실제 구조를 고려할 최상의 매개체를 제공한다. 물론 이때의 기대의 법적 개념은 당연히 주관적 의미에서의 당사자의 의향이 아니라 당사자가 처한 상황의 객관적 성질에 관련된다. 당사자의 기대의 객관적 범위를 측정하는 데 있어서는 원래의 계약이 이루어졌던 상황과 지배종속관계 개시 후의 그들의 관계의 모든 양식에 주의를 기울여야 한다. 지배종속관계가 開始된 때, 혹은 원고가 그 관계에서 벗어날 실질적 기회를 가진 마지막 시기에 있어서의 당사자의 기대에 특정한 거래가 일치하는 정도에서 공정성을 판단하여야 한다.⁹¹⁾

문제가 되고 있는 특정 거래가 당사자들의 기대에 부응하는 정도를 평가하는 데 있어, 거래의 결과와 당사자 관계를 정의하는 구조 및 결정을 내리는 경영진의 결정을 구별하는 것은 유용하다. 문제가 된 거래의 결과를 관련 회사와의 종래의 거래의 결과 및 그들의 원래의 계약에 따른 수익 및 비용의 분배와 비교하여야 한다. 또한 구조적인 맥락에서 거래의 결과를 분석할 때는 理想的인 계약상 거래나 법률상의 회사 구조를 생각해서는 아니 되며, 실질적인 요인들에 관심을 기울여야 한다.

그러면 이때의 기대를 개인인 원고가 처한 상황에 있어서의 기대로 볼 것인가 아니면 어느 집단 전체의 기대로 볼 것인가? 이에 대한 답은 주주의 代表訴訟의 일반적 기능에 대한 정책적 판단에 달려 있다. 만약 이러한 소송을 회사의 지배집단에 대한 통제수단으로 본다면 특정한 주주의 상황은 청구의 유효성과 관련이 없게 되며, 종속회사에 유해하고 두 회사 사이의 기존의 관계와 일치하지 않는 모든 거래는 책임문제를 불러일으키게 될 것이다. 반면 회사의 지배집단에 수탁자로서의 책임을 지우고자 하는 법규들(corporate fiduciary law)을 개인 투자자의 부당한 손실을 보상하는 수단을 제공하는 것으로 본다면 원고가 처한 상황이 결정적인 것이 될 것이다.⁹²⁾

주 의 할 점 은 이 경 우 의 기 대 는 특 정 시 점 에 서 의 주 주 의 인 식 이 라 는 사 실 적 인 개 념 이 아 니 라 “合理的” 내 지 는 “正當한” 이 라 는 수 식 어 가 붙 은 當爲의인 概念 이 라 는 것 이 며, 공 정 성 의 측 정 수 단 으 로 서 당 사 자 의 기 대 라 는 개 념 을 사 용 함 에 의 해, 분 석 을 회 피 하 는 수 단 으 로 서 입 증 책 임 을 활 용 할 필 요 성 을 제 거 하 야 한 다 는 것 이 다.

(6) 支配株主의 誠實義務의 道具概念的 性格 및 限界

성실의부의 개념은 그 주된 효용이 소수주주를 보호하는 데 있음은 분명하나, 소수주주의 이익을 무작정 도모하는 것이라기보다는 주주 사이의 이해관계를 조절하는 데 필요한 수단이라고 할 수 있다.⁹³⁾ 즉, 성실의부는 지배주주의 관점에서는 소수주주에 대한 관계에서 어느 범위의 행위까지 허용될 수 있는가 하는 문제로, 그리고 소수주주의 관점에서는 주주로서의 이익을 어느 범위까지 보호받을 수 있는가 하는 문제에 답하기 위하여 필요한 道具概念으로 볼 수 있다.

이러한 성실의부는 일반추상적 개념이므로 법원이나 입법자가 판결이나 개별법규의 형태로 그 내용을 구체화해 나갈 수밖에 없는 것이다.⁹⁴⁾ 그렇다면 이 때 성실의무를 구체화

91) 지배·종속회사간의 거래조건의 변경에 대하여 적기에 提訴하지 않는다면 이는 소수주주측에서 종속회사에 있어서의 자신들의 새로운 위치를 승인하는 것으로 취급되어야 한다.

92) 만약 소수주주가 주식을 매입하기 전에 지배집단이 거래조건을 변경하였다면, 주식매입 당시의 이성적인 사람의 합리적인 기대는 그 문제된 거래와 불일치하지 아니하기 때문에 소수주주는 어떠한 구체도 구할 수 없다. 이 이론에 따르면 종래 주주였던 자는 자신에 대한 의무위반에 대한 구체로서 訴를 제기하는 대신에 주식의 매각을 선택한 것으로 간주된다.

93) 김 건식, 법학 계재논문, 100면.

94) 김 건식, 한법법학 계재논문, 74면.

해 나가는 데 있어서서는 어떠한 制約이 있을 수 있겠는가? 먼저 생각해 볼 수 있는 것은 주식회사의 資本團體的 성격으로 인하여 설사 소수주주에게 손해가 된다 하더라도 지배주주의 모든 행위를 규제할 수는 없다는 것이다. 즉 앞에서도 본 바와 같이 會社利益의 觀點에서 보아 소수주주의 이익에 대한 침해가 必要하고 이익형량의 결과 比例的인 것으로 인정된다면 소수주주는 그의 이익에 대한 침해를 受忍하여야 하는 것이다.

다음으로 회사에 대하여 受託者의 관계에 있는 이사⁹⁵⁾에게 인정되는 忠實義務⁹⁶⁾와 資本的 參與者에 불과한 지배주주의 성실의무의 범위 및 내용을 동일하게 파악할 수 있을 것인지가 문제가 된다. 지배주주가 성실의무를 부담하는 것은 단순한 자본적 참여자가 아니라 실질적으로 회사경영을 장악하는 경우이므로 지배주주가 부담하는 성실의무도 그 내용에 있어서는 이사의 충실의무와 큰 차이가 있을 수 없다고 생각한다. 그러나 지배주주는 회사와 正式의 委任關係에 있지 않기 때문에 지배주주의 성실의무의 인정요건에 대하여는 이사의 경우에 있어서보다 더 엄격하게 해석하여야 할 것이며, 따라서 성실의무가 인정되는 구체적인 상황들을 유형화하는 작업이 이루어져야 할 것이다.

四. 結 語

위에서 살펴본 바와 같이 우리 상법은 이사 및 이사회를 경영의 중심에 위치하는 것으로 규정하고 있어, 법규정을 놓고 볼 때 이사 및 이사회에 대한 통제가 이상적으로 이루어지면 소수주주의 보호 역시 제대로 이루어질 수 있을 것이라고 생각할 수도 있다. 그러나 기업의 현신을 살펴보면 과연 이러한 통제가 제대로 이루어지고 있는지 대단히 의심스럽다. 또한 우리의 회사법은 지배주주의 자의로부터 소수주주를 보호하기 위하여 이용할 수 있는 개별적인 규정들이 불충분할 뿐만 아니라 실제 기업의 운영 실태에 있어서도 지배주주의 자의적 운영이 두드러지며, 이는 지배주주가 개인이 아니라 기업인 경우에 더욱 현저하다. 게다가 우리 회사법에는 주주의 성실의무나 사실상의 이사 혹은 그림자 이사 등에 대한 명문의 규정이 없다. 따라서 지배주주의 성실의무나 사실상의 이사와 같은 一般概念 내지 새로운 이론을 도입하여 입법의 공백에 대응할 필요가 있다. 즉, 우리의 기업 현신에서 지배주주가 갖는 지배력과 소수주주에 끼치는 손해를 직시하여 信義則이나 독일에서의 영향력에 근거한 지배주주의 성실의무의 확설 및 판례에 의한 도입을 도모할 수 있을 것이고, 일본에서의 사실상의 이사 이론 역시 그 도입을 적극적으로 시도할 수 있을 것이다. 그러나 역시 궁극의 해결책은 명시적인 규정을 상법의 회사편에 신설하는 것이라고 할 것이고, 다만 지금과 같이 명문의 법규정이 없는 때에도 지배주주의 자의적인 폐해에 대하여 수수방관할 것은 아니고 현행 법규정의 목적론적 해석을 통하여 그 문제의 해결을 꾀하여야 할 것이다.

참고문헌

- 李炳泰, 株式會社의 理事會制度, 法元社(1986)
李泰魯, 李哲松, 會社法講義 제2전정판, 博英社(1991)

95) 우리 商法上 회사와 이사의 관계에는 委任에 관한 규정을 준용한다. 상법 제382조 2항.

96) 우리 商法上 이사에게 선량한 관리자의 주의의무 외에 충실의무가 인정되느냐에 대하여도 견해가 나뉘고 있다. 자세한 것은 이 병태, 전게서, 108-116면을 보라.

- 鄭熙喆, 商法學(上), 博英社(1989)
- 崔基元, 商法學新論(上) 신정판, 博英社(1991)
- 金建植, “株主間の利害調整에 관한 試論,” 한림법학 포럼 제1권(1991)
 , “少數株主의 保護와 支配株主의 誠實義務,” 서울대학교 法學 제32권 3,4호 (1991)
- 金在範, “會社의 解散決議와 大株主의 忠實義務 - 독일의 Linotype 판례를 중심으로,” 司法行政 1993년 12월호
- 盧一錫, “獨逸株式法上의 概念에 관한 研究,” 서울대학교 법학박사학위논문(1992.2)
- 신현윤, “事實上 理事의 法理,” 考試研究 1992년 12월호
- 鄭熙喆, “理事會制度의 比較法的 考察,” 서울대학교 法學 41호(1979.12)
 , “大株主 등의 責任,” 法曹 28권 5호(1979)
- Lewis D. Solomon & Alan R. Palmiter, Corporations(1990)
- L.C.B. Gower, Principles of Modern Company Law(1992)
- Robert C. Clark, Corporate Law(1986)
- The American Law Institute, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations(1992)
- “Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent - Subsidiary Relations,” 74 Yale Law Journal(1964)
- 大隅健一郎, “親子會社と取締役の責任,” 商事法務 No. 1145.