

## 한국과 중국의 지배주주의 책임에 관한 비교

### Comparison of responsibility of controlling shareholders between Korea and China

손영화\*  
Son, Young-Hoa

#### 목 차

- I. 서론
- II. 한국 상법상 지배주주의 책임
- III. 중국 회사법상 지배주주의 책임
- IV. 결론

#### 국문초록

한국의 상법과 중국의 회사법 모두 지배주주에 대하여 직접적인 책임규정을 두고 있지 않고 있다. 한국에서는 이른바 업무집행지시자의 책임과 이사의 자기 거래금지 규정의 확대에 의하여 지배주주의 책임을 묻고 있으나 각각 그 한계가 있다. 가장 문제되는 것은 바로 지배주주의 책임을 추궁하기 위한 입증의 어려움이다. 그러므로 보다 근본적으로는 지배주주의 신인의무를 상법과 회사법에 직접 규정하는 것이 필요하다.

그와 같은 입법에는 미국에서 찾을 수 있으나, 미국 판례법상의 모든 신인의무를 법전에 포함시키는 문제는 난해하기 그지없을 것으로 생각된다. 그러므로

---

논문접수일 : 2017. 03. 30.

심사완료일 : 2017. 04. 19.

게재확정일 : 2017. 04. 19.

\* 인하대학교 법학전문대학원 교수

적어도 지배주주의 행위로서 용인하기 곤란한 행위를 구체적으로 포착하는 작업도 계속하지 않으면 안 된다.

최근 지배주주는 회사를 지배하며 당해 모회사(지배회사)를 통하여 다수의 자회사를 지배하는 기업집단을 형성하는 경우가 일반적으로 보인다. 그러므로 지배주주에 대한 합리적인 규제는 기업집단법제를 도입하여 해결하는 것이 바람직해 보인다.

**주제어** : 지배주주, 지배주주의 책임, 신인의무, 기업집단, 기업집단법제

## 1. 서론

지배주주는 회사를 지배하고 있는 주주를 말한다. 예컨대, 회사의 과반수 이상의 주식을 직접 또는 간접적으로 소유하는 지배주주는 회사의 이사진을 선임할 수 있다. 지배주주는 많은 주식을 소유함으로써 주주총회를 지배할 수 있고 따라서 회사 업무집행기관인 이사회를 구성원을 자신의 뜻대로 선임하고 그 결과 회사의 업무집행에 실질적인 영향력을 행사할 수가 있다. 지배주주가 그 영향력을 행사하는 것에 의하여 회사에는 여러 가지 문제가 발생할 가능성이 있다. 또한 지배주주가 특정회사뿐 아니라 당해 회사를 통하여 다른 회사들을 지배하고 있는 경우, 다시 말해, 기업집단의 지배주주인 경우에는 더욱 복잡하고 다양한 문제들이 발생한다.<sup>1)</sup> 최근 우리나라 등에서 기업집단법제의 도입 필요성이 논의되면서 다중대표소송 등이 논의된 하나의 배경도 바로 지배주주의 영향력 행사의 문제라고 할 것이다.

우리나라에서는 기업경영에 있어서 지배주주가 특수관계인과 함께 사실상 사업내용을 지배하는 2개 이상 회사의 집단으로 구성되는 기업집단으로 기업을

---

1) 예컨대, 종속회사가 발견한 신규사업의 기회를 지배주주가 스스로 이용하거나 다른 계열회사가 이용토록 하는 것도 그 중의 하나이다. 이는 상법상 회사기회유용의 금지로서 종래부터 논의되어 오던 것이다. 2011년 개정상법은 이사에게 회사기회를 유용하지 못하도록 하는 규정을 도입하고 있다(제397조의2).

경영하는 것이 일반적인 현상이다. 사실상 지배주주가 존재하는 대규모기업집단<sup>2)</sup>이 다수 존재하고, 이러한 기업집단에 있어서 1인 또는 소수의 재벌 오너 또는 지배주주가 경영을 전횡하여 그 우월적인 지위를 이용해서 개인적인 이익을 취함으로써 회사의 이익을 크게 해치고 또 소수주주 등 일반투자자의 이익을 해치는 일이 발생하고 있다. 이러한 현상은 중국의 경우에도 크게 다르지 않다. 중국 회사에 있어서는 일반적으로 지배주주가 존재하고 이와 같은 지배주주들이 권한을 남용하여 회사의 이익을 자신에게 귀속시키는 등의 전횡을 일삼고 있다. 그러므로 지배주주에 대한 합리적인 규제의 필요성은 한국과 중국 모두의 과제라고 할 수 있다.

이하에서는 직·간접으로 지배주주를 규제하고 있는 한국 상법 및 중국 회사법상의 규율을 중심으로 한국과 중국의 입법과 규제 정도를 간략히 고찰한 후 지배주주의 합리적인 규제방안을 검토해 보고자 한다.

## II. 한국 상법상 지배주주의 책임

### 1. 개설

자본다수결제도는 주식회사제도의 근본을 형성하고 있는 하나의 제도이다. 즉, 주주는 자신이 소유하는 주식에 비례하여 회사에 대한 권리를 갖는다. 이는 주주가 자신이 투자한 자본에 따른 위험에 상응하는 권리를 부여하고 있는 것

2) 한국의 공정거래법은 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 보호하고자 대규모기업집단에 대해서 일정한 규제를 가하고 있다. 1987년부터 2001년까지는 기업집단 소속회사의 자산총액합계액 순위 기준으로 30위까지 지정하다가 2002년부터 출자총액제한기업집단과 상호출자제한기업집단으로 구분하여 지정하다가 2009년 출자총액제한제도의 폐지에 따라 2009년부터는 상호출자제한기업집단만 지정하고 있다. 상호출자제한기업집단의 경우 기업집단 소속회사의 자산총액 합계가 5조원이상인 기업집단을 말하며 소속회사는 다음과 같은 규제를 받게 된다. ① 동일 기업집단 소속회사에 대한 채무보증 금지, ② 동일 기업집단 소속회사와 상호출자 금지, ③ 기업집단 소속 금융보험사의 국내 계열회사에 대한 의결권행사 금지, ④ 대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시, 비상장회사 등의 중요사항 공시 등이 그것이다. 지정된 상호출자제한기업집단은 2009년 48개, 2010년 53개, 2011년 55개 그리고 2012년 63개, 2016년 65개로 해마다 그 수가 증가하고 있다.

으로서 위험과 기회(risk and chance)라고 하는 자본주의의 기본원리를 반영한 것이라 하겠다. 또한 주식회사의 주주는 자신이 회사의 주식을 취득할 때만 비용을 부담하고 주주로서 회사의 경영에 참여하는 경우, 다시 말해 주주총회에서 결의하여 이사를 선임하거나 또는 회사의 중요한 업무결정을 하는 등 회사경영에 관여하는 경우에도 원칙적으로 어떠한 법적 책임도 부담하지 않는다.

회사를 지배할 수 있는 정도의 주식수를 컨트롤(소유 또는 지배)하는 지배주주가 그 지위를 남용하여 회사를 경영하는 경우에는 회사의 소수주주 및 채권자의 보호에 문제가 발생하게 된다. 특히 지배주주가 회사로서 자회사를 지배하며 자회사의 경영에 간섭하는 경우에는 이러한 폐해는 자회사의 소수주주 및 채권자에게까지 그 범위가 확대되게 된다. 그러므로 지배주주를 합리적으로 규율할 필요성이 존재한다.

그럼에도 불구하고 한국의 상법에서는 지배주주에 대하여 직접적으로 그 책임을 부과하고 있는 입법이 존재하지 않는다. 다시 말해, 미국 회사법상 존재하는 지배주주의 신인인무(fiduciary duty)<sup>3)</sup>가 한국의 회사법상으로는 지배주주에게 부과되어 있지 않다. 우리 상법에서는 지배주주에 대하여 직접 규제하는 법규정을 두고 있지 않고, 그때그때의 필요에 의해서 극히 예외적으로 또는 간접적으로 기업집단을 규율할 수 있는 몇 가지의 규정을 두고 있음에 그치고 있다. 예를 들어, 1997년 IMF 경제위기를 맞아서는 기업의 경영투명성을 증진하기 위한 방안의 하나로서 당시 기업집단의 지배주주인 총수 및 그의 일가를 회사의 이사로 등재하도록 정부가 권고하였다. 또한 1998년 상법개정에서는 제401조의2를 신설하여 업무집행지시자 등의 책임에 관하여 규정함으로써 지배주주에 관하여 회사경영에 관여한 책임을 지우고자 하는 규정을 두었다.<sup>4)</sup>

이하에서는 지배주주와 관련 있는 몇 가지의 상법상 제도에 대해서 살펴보고

3) 지배주주(Controlling shareholders)는 일반적으로 소수자주주에게 선관주의의무와 충실의무로 구성되는 신인인무(fiduciary duties)를 부담하고 있다(Gentile v. Rossette, 906 A.2d 91, 103 (Del. 2006); Kahn v. Lynch Commc'ns Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1115 (Del. 1994); 폐쇄회사의 경우에는 보다 엄격한 신인인무가 적용되어야 한다는 주장도 있다(Simons v. Cogan, 549 A.2d 300, 304 (Del. 1988)). Lawrence E. Mitchell, The Death of Fiduciary Duty in Close Corporations, 138 U. PA. L. REV. 1675, 1681-82 (1990)).

4) 손영화, “모자회사간 이해충돌행위에 대한 규제- 지배주주의 충실의무론을 중심으로-”, 「법조」 제569호, 법조협회, 2004, 74면.

자 한다.

## 2. 1998년 개정상법상 업무집행지시자 책임의 도입

### 가. 서설

1998년 개정상법에서 회사에 영향력을 행사하여 손해를 끼치는 지배주주에게 손해배상책임을 물을 수 있는 제도가 도입되었다. 바로 상법 제401조의2에서 사실상의 이사, 즉 등기이사가 아니라 하더라도 사실상 영향력을 행사하고 이사의 손해배상책임의 원인이 된 업무집행행위를 지시한 자 즉 업무집행지시자에게 손해배상책임을 물을 수 있는 제도가 도입된 것이다.

우리나라 상장회사들의 경우, 특히 재벌계열사의 경우 재벌총수와 그를 위한 조직(구조조정본부, 전략기획실 등 총수비서조직 또는 그룹전략조직)들이 계열사의 경영에 적극 개입하여 해당회사의 기업가치를 훼손하는 사례가 많다. 그러나 이러한 사례가 발생하더라도 등기되지 않은 재벌총수나 비서조직의 임원들은 업무집행지시를 했다는 내부고발이나 증언이 나오지 않는 이상은 사실상 그러한 행위에 대해서 면책되었던 것이 사실이다.<sup>5)</sup> 이러한 사례에서 지배주주에게 책임을 묻기 위한 제도가 바로 업무집행지시자의 책임규정이다. 상법상 업무집행지시자에 대한 규제를 통하여 지배주주의 행위를 간접적으로 제한하고 있다고 할 것이다.<sup>6)7)</sup>

### 나. 업무집행지시자의 개념 및 판단기준

5) 김선웅, “주주권 행사 관련 제도의 문제점과 개선방향”, 「기업지배구조연구」 제28호, 좋은기업지배구조연구소, 2008, 8면.

6) 裴崇毅, “中國法上支配株主의 責任에 관한 研究” 고려대학교 박사학위논문, 2013, 122면.

7) 상법 제401조의2는 독일 주식법 제117조(영향력 행사자) 및 영국 회사법의 그림자이사 제도를 도입한 것이라고 한다(유진희, “우리나라 기업지배구조 개혁의 성과와 과제”, 「상사법연구」 제20권 제2호, 한국상사법학회, 2001, 82면; 최준선, 「회사법(제7판)」, 삼영사, 2012, 493면; 裴崇毅, 전계박사학위논문, 123면).

상법 제401조의2의 규정에 의하면 업무집행지시자는 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사·집행임원에게 업무집행을 지시한 자이다(제401조의2, 제1항, 제408조의9). 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하는 지배주주 등을 이사로 보아 이러한 자는 회사에 대하여 이사와 동일한 책임을 지도록 하고, 이사도 책임을 지는 경우 이러한 자는 이사와 연대책임을 지도록 하였다. 업무집행지시자 등에게 회사와 제3자에 대한 손해배상책임을 인정했다는 점에서 상당히 의미 있다. 이를 분설하면 다음과 같다.

(1) 회사에 대한 자신의 영향력의 이용

업무집행지시자의 첫 번째 요건은 회사에 대한 영향력을 갖추는 것이다. 회사에 대한 영향력이란 것은 사회학적인 개념으로, 법적으로 정의하는데 곤란함이 따른다.<sup>8)</sup> 회사에 대한 영향력이란 지배주주 등이 회사의 의사결정을 자신이 의도하는 바대로 유도하는 사실상의 힘이다.<sup>9)</sup> 한편, 법문상으로는 이사 또는 집행임원에게 영향력을 행사하도록 되어 있는데, 영향력 행사의 상대방의 범위로서는 이사 또는 집행임원에게만 한정하는 것이 아니라, 그 지휘·감독 아래에 있는 자(예를 들어 부장, 과장 등 회사의 사업에 관련된 사용자)에 대한 지시행위도 포함된다고 보아야 할 것으로 생각된다.<sup>10)11)</sup>

(2) 이사 등에 대한 업무집행의 지시

업무집행지시자는 회사 업무에 지시를 내리는 행위가 있어야 한다. 한국의

8) 이철송, 「회사법강의(제24판)」, 박영사, 2016, 795면.

9) 정찬형, 「상법강의(상)(제16판)」, 박영사, 2013, 999면.

10) 독일 주식법 제117조 제1항에 의하면, 지시행위의 상대방에 관해서는 이사회 구성 멤버인 이사 외에도 감사회의 구성 멤버인 감사 및 지배인 및 사용인에 대한 영향력 행사도 포함한다고 규정하고 있다(洪濟植, “支配株主等の法的責任と監視機能(三)”, 「八戸大学紀要」第33号, 八戸大学, 2006, 88면).

11) 업무집행지시자가 자신의 영향력을 회사에 대하여 행사하는 방법으로는 첫째, 지배주식을 통한 영향력행사방법, 둘째, 지배계약을 체결하는 방법, 셋째, 공급계약·특허계약·신용계약 등에 의한 경제적 우월적 지위에 기한 영향력행사방법이 있다(김동근, “상법상 업무집행지시자의 책임”, 「기업법연구」 제9집, 한국기업법학회, 2002, 565면).

경우 회사의 업무집행에 관한 사항의 결정(상법 제393조 제1항)은 이사가 한다. 그러므로 원칙적으로 업무집행지시는 회사의 이사에게 하여야 한다. 또한 2011년 4월 개정상법에서는 집행임원제를 도입하여 집행임원 설치회사의 경우에는 집행임원이 회사 업무를 담당하므로 집행임원에 대하여 업무집행을 지시하는 경우에도 업무집행지시자로서의 책임을 지게 된다(제408조의9, 제401조의2). 그러나 업무집행 지시의 상대방의 범위로 이사 또는 집행임원에게만 한정할 것이 아니라, 그 지휘·감독 아래에 있는 자(예를 들어 부장, 과장 등 회사의 사업에 관련된 사용인)에 대한 지시행위도 포함된다고 보아야 할 것으로 생각된다.<sup>12)</sup>

지시행위는 이어나 상업사용인 등에 대하여 구속력을 가질 정도의 영향력을 행사하는 것을 말한다. 우리 상법 제401조의2는 배후이사의 지시가 통상적이며 관행적으로 이루어질 것을 요구하는 영국회사법 제721조 제2항과 달리 그러한 내용이 없으므로 통상적이거나 관행적인 것이 아닌 경우에도 지시개념에 포함된다고 본다.<sup>13)</sup> 단순한 권고·자문 및 건의사항 제시·서류 참고는 지시를 성립하지 않지만 강제성을 지니는 권고는 지시로 봐야 한다.<sup>14)</sup>

### (3) 이사 등이 지시에 따라 업무집행을 했는지 여부

지시를 받는 사람이 지시에 따라 행동을 해야 한다. 지시 수용자가 지시에 따라 행동하지 않았다면 업무집행지시가 성립되지 않는다. 이사의 업무집행에는 대내적 집행과 대외적 집행 두 가지 측면이 포함된다.<sup>15)</sup>

12) 洪濟植, “支配株主等の法的責任と監視機能(三)”, 「八戸大学紀要」第33号, 八戸大学, 2006, 88面.

13) 정승욱, “업무집행관계자의 책임”, 「상사법연구」 제17권 제2호, 한국상사법학회, 1998, 280면; 김동근, 전계논문, 568면. 이에 대하여 지시는 1회에 지시하는 것만으로는 부족하고 통상적·관행적인 것으로서 경영권의 행사와 관련하여 구속력을 가져야 한다는 견해도 있다(정찬형, 전계서, 999면).

14) 영국 판례의 경우에도 동일한 태도를 취하고 있다. 즉, 이사자격박탈법에서의 그림자 이사(shadow director)에게는 사실상의 이사(de facto director)개념이 도입되어 그림자 이사개념이 확장되고 있다(Secretary of State for Trade and Industry v Deverell (CA 1999) [2001] Ch 340, [2000] 2 WLR 907, [2000] 2 All ER 365 [2000]). 그림자 이사를 배후이사라고도 하는데, 회사의 이사가 그 사람의 지시나 지도에 따라 행위하는 것이 관행화된 경우의 지시자를 일컫는다(신현운, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 「고시연구」, 제25권 제12호, 고시연구사, 1998, 141면).

#### 다. 업무집행지시자의 책임

상법 제401조의2의 규정에 의하면, 위의 요건을 갖추어 경우 상법 제399조와 제401조를 적용하고 업무집행지시자는 이사로 간주되어 이사와 동일한 책임을 부담해야 한다. 즉, 업무집행지시자가 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사로 하여금 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하여 회사업무를 집행하도록 지시하거나, 무권대행자 자신이 직접 이사명의로 법령 또는 정관에 위반하거나 그 임무를 해태하여 업무집행을 한 때, 그리고 표현이사가 직접 업무를 집행하면서 법령 또는 정관에 위반하거나 그 임무를 해태한 때 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(상법 제401조의2 제1항, 제399조) 또한 업무집행지시자 자신이 또는 그로부터 지시를 받은 이사가 악의 또는 중과실로 그 임무를 해태하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 업무집행지시자도 업무를 집행한 이사와 연대하여 손해배상책임을 지게 된다(상법 제401조).<sup>16)</sup>

회사 및 제3자가 업무집행지시자 등의 이익침해로부터 보호받기 위해서는 우선 업무집행지시자 등이 법령 또는 정관을 위반한 행위를 하였거나, 또는 임무해태가 있었다는 것이 입증되어야 한다. 게다가 업무집행에 영향력을 행사하였다는 사실관계도 입증되어야 한다. 이러한 개개의 요건을 입증하기란 현실적인 어려움이 많다. 그래서 상법 제401조의2가 단순히 상징적이고 선언적인 규정으로 방치되지 않기 위해서는 입증책임을 완화시킬 수 있는 해석론적 방법이나 입법이 뒤따라야 할 것이다.<sup>17)</sup>

### 3. 2011년 개정상법상 자기거래규제의 확대

#### 가. 서설

2011년 개정상법에서는 지배주주가 회사와 거래를 하는 경우 이를 이사의 자

15) 裴崇毅, 전계박사학위논문, 125면.

16) 구회근, “이사의 제3자에 대한 손해배상책임에 관한 판례 분석 - 대법원판례를 중심으로 -”, 「저스티스」 통권 제90호, 한국법학원, 2006, 116면.

17) 김동근, 전계논문, 586-587면.



기거래와 마찬가지로 규제할 수 있도록 하는 중요한 입법조치가 이루어졌다. 즉, 종래 이사의 자기거래 부분에 있어서 그 승인대상에 주요주주 및 특수관계자를 포함시키고 있는 것이다(제398조).<sup>18)</sup> 주요주주와 특수관계자가 회사와 거래하는 경우에는 이사의 자기거래와 마찬가지로 본인의 이익을 위하여 회사에 손실을 끼칠 가능성이 존재한다. 그러므로 이를 상법의 규제대상으로 포함시킨 것은 원칙적으로 타당한 입법이라고 할 것이다.<sup>19)</sup> 개정상법은 거래조건에 공정성요건을 신설하였으며, 이사회결의 요건도 과반수가 아닌 3분의 2로 강화하고 있다.<sup>20)</sup>

#### 나. 상법 제398조의 주요 개정내용

2011년 개정상법 제398조는 우리 기업 현실상 이사와 지배주주가 회사와의 거래를 통한 사익추구 현상이 심각하다는 인식 하에 기본적으로 자기거래에 관한 규율을 강화하여 이사 및 대주주의 사익추구행위를 제어하기 위한 것이다. 이러한 입법은 기업경영의 투명성을 강화할 것으로 생각된다. 다만, 종래의 입법태도와는 다른 파격을 다소 보이고 있어 합리적인 해석이 요구된다.

##### (1) 자기거래 상대방의 범위확대

개정상법은 이사뿐 아니라 주요주주 그리고 이어나 주요주주의 특수관계인에

18) 한편, 2011년 개정상법은 제397조의2에서 미국의 회사기회 유용의 법리(usurpation of corporate opportunity doctrine)를 도입하고 있다. 그러나 제397조의2는 제398조와 달리 지배주주도 적용대상이라는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 입법과정에서부터 기업집단 지배주주 일가의 일감몰아주기를 염두에 두었으면서도, 조문화 작업 단계에서는 외국의 입법례를 참조하다가 오류가 생긴 것으로 보인다. 그 결과 제397조의2는 이사의 회사기회 유용만을 규제하고 지배주주가 직접 회사기회를 유용하여 사업하는 것을 규제하고 있지 않다. 이 부분은 조속히 개정되어야 할 것이다(송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제의 법정책”, 「인터넷자료」, 27면).

19) 이사만이 아니라 주요주주도 회사와 거래함에 있어 지위를 남용하여 이익을 취할 수 있으며, 이사 및 주요주주와 이해를 같이 하는 소정의 특수관계자가 회사의 반대당사자가 되어 거래하는 것도 이사의 자기거래와 동질의 위험성을 갖고 있으므로 2011년 개정상법은 이들도 규율대상에 포섭하게 되었다(이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2012, 734-735면).

20) 구승모, “상법 회사편 입법과정과 향후과제”, 「선진상사법률연구」 제55호, 법무부, 2011, 117면.

대해서까지 그 적용범위를 확대하고 있다. 여기서 주요주주는 상법 제542조의8 제2항 제6호에 정의된 개념으로 “누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·집행임원·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주주”이다. 문언상 상장회사의 주요주주에게만 적용되는 듯이 보일 수 있으나 비상장회사의 주요주주의 경우에도 회사와의 거래에서 자기의 이익을 우선시할 위험은 동일하므로 비상장회사의 주요주주에게도 적용된다고 해석함이 타당해 보인다.<sup>21)</sup> 다만, 문언의 해석상 주식회사 이외의 다른 회사의 경우에는 적용대상이 아니라고 해야 할 것이다.

총래, 이사의 자기거래규정이 이사의 충실의무를 구체화한 조문이라고 해석되었던 것에 비추어 주요주주에게 충실의무를 인정하는 것은 아닌가라는 의문에서 지배주주에게 충실의무를 인정하게 되면 회사법 전반에 걸쳐 큰 파장을 낳는다고 하며 이를 반대하는 견해가 있다.<sup>22)</sup> 타당한 견해이다. 만약, 지배주주에게 충실의무를 도입하려 하였다면 총래 이사의 충실의무에 대한 일반규정을 두고 있는 것처럼 개별적인 일반조문을 두어야 할 것이라고 생각된다.<sup>23)</sup> 물론, 그러한 경우에도 지배주주에게 어느 범위내에서 충실의무를 부담시킬 것인지는 어려운 문제로 현행법 체계 하에서는 역시 개별규정을 두어야 할 것으로 생각된다.

## (2) 이사회 의결정족수의 강화

자기거래에 대한 이사회 승인시 개정상법은 “이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야” 한다고 규정하고 있다. 이때의 이사 수는 재적이사를 의미한다고 할 것이다. 특별이해관계 있는 이사는 재적이사의 수에 포함되지 않는다고 생각된다. 이렇게 해석하지 않으면 재적이사중 특별이해관계 없는 이사의 수가 재적이사

21) 이철송, 전제 「회사법강의(제24판)」, 753면; 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2012, 1012면. 그러나 취지상 이를 지지하면서도 입법상의 실수로 비상장회사의 주요주주는 대상에서 제외된다는 견해도 있다(최준선, 전제서, 466면; 임재연, 「회사법Ⅱ」, 박영사, 2012, 406면).

22) 천경훈, “개정상법상 자기거래 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제131호, 한국법학원, 2012, 69-70면.

23) 지배주주에 대한 충실의무를 인정할지 여부에 대한 논란이 많은 상황에서 자기거래에 대한 통제가 주목적인 개정상법 제398조만을 근거로 지배주주의 충실의무를 인정하는 것으로 보기는 어렵다고 생각한다(권윤구·이우진, 전제논문, 57면).

3분의 2에 미치지 못하는 경우 이사회의 승인이 불가능해질 것이기 때문이다.<sup>24)</sup>

한편, 이사회결의를 과반수 요건이 아닌 3분의 2 요건을 요구하는 것은 타국의 입법례에서도 보기 어려운 너무 과중한 입법이 아닌가 하는 의문이 들기도 하나, 그간 한국의 경제현실에서 대주주 오너 및 지배주주 등에 의한 전횡이 있었음은 부인할 수 없는 사실임을 볼 때 고민하지 않을 수 없는 부분이다. 미국법에서 볼 수 있는 바와 같이 자기거래에 대하여 이해관계 없는 이사에 의하여 승인이 이루어지는 것을 가정할 때 과반수 결의에 의하여 승인을 할 수 있도록 하는 것도 바람직해 보인다. 또한 이사회의 승인권한을 경우에 따라서는 특별위원회에 위임할 필요성도 회사경영의 신속한 의사결정 등을 위해서는 필요할 수 있다. 입법에 의한 보완이 필요한 부분이다.

자본금 10억원 미만으로서 이사가 1인 또는 2인인 회사는 주주총회에서 자기거래를 승인하여야 한다(상법 제383조 제4항). 이때 이사 3분의 2 이상이라는 승인요건을 유추하여 주주총회의 특별결의가 필요하다는 견해도 있다.<sup>25)</sup> 그러나 주주총회는 이사회와는 그 기관의 성격이 다르므로 주주총회는 과반수의 결의로 자기거래를 승인할 수 있다고 보인다.<sup>26)</sup>

### (3) 이사회의 사전승인

개정상법은 자기거래에 대한 사전승인을 규정하여 승인시점에 관한 해석의 불명확성을 해소하고 있다. 종래에도 자기거래에 대한 이사회의 승인은 사전승인을 의미하는 것으로 보는 견해가 일반적이었지만 법원은 이사회의 사후승인을 인정한 바도 있다.<sup>27)</sup> 비교법적으로 보아도 미국법은 사후추인을 인정하고,<sup>28)</sup>

24) 권윤구·이우진, 상계논문, 62-63면.

25) 법무부, 「상법 회사편 해설」, 2012, 244면.

26) 상법은 합명회사의 경우 제199조에서 “사원은 다른 사원과반수의 결의가 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 조문도 주주총회에서 자기거래를 승인하는 경우 참고할 수 있는 조문이 된다고 생각된다.

27) 대법원 2007.5.10.선고, 2005다4291판결. 「이사회의 승인을 얻은 경우 민법 제124조의 적용을 배제되도록 규정한 상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회의 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에 대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면, 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반

일본에서도 다수설은 사후추인이 가능한 것으로 보고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 2011년 개정상법은 “미리...이사회 승인을 받아야 한다.”고 규정함으로써 명백히 사전 승인을 규정하고 있다. 그러므로 해석론에 의하여 사후추인을 인정하는 것은 불가능하다. 한편, 개정상법에 의하면, 10% 이상의 주식을 보유한 계열회사와의 모든 거래는 사전에 이사회 승인을 받아야 한다. 최근의 기업집단 거래조정 양식은 소재-부품-완제품 조립의 수직계열거래가 대세이다. 이러한 거래는 기업의 통상적이고 일상적인 거래로서 이익충돌의 여지가 없는 거래로서 이사회 승인을 요하지 않는 거래<sup>30)</sup>이거나 또는 동일하게 반복되는 거래에 대해서는 기간·한도 등을 합리적인 범위로 정하여 포괄적으로 승인받는 방법으로 해결할 수 있을 것으로 생각된다.<sup>31)</sup>

#### (4) 이사의 사전정보 개시의무

2011년 개정상법은 자기거래에 관하여 사전에 이사회에 정보를 개시할 것을 규정하고 있다. 외국의 입법례를 보아도 예외 없이 자기거래를 하는 이사에게 그 사실을 개시(disclosure)할 의무를 지우고 있다.<sup>32)</sup> 개정전에도 해석상 개시의무를 인정하였는데,<sup>33)</sup> 개정법에서는 이사회에서 해당 거래에 관한 ‘중요사실’을

---

거래에 대하여 이사회 승인을 규정하고 사후승인을 배제하고 있다고 볼 수 없다.

28) ALI 원칙 § 5.10의 경우에도 사후추인을 인정하고 있다. 캘리포니아주 회사법 § 310(a)(2), 델라웨어주 회사법 § 144(a)(1)도 사후추인(ratifies)을 인정하고 있다.

29) 김재범, “이사의 자기거래와 회사기회유용의 제한 - 2008년 상법 개정안 검토 -”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구원, 2008, 88면.

30) 외국의 입법례를 보면, 제한받지 않는 자기거래의 기준으로서 「통상적인 조건」(conditions normaux)에 따라 체결된 일상적 거래(C. com. Art. L 225-39 al. 1), 「통상적인 영업방법에 따른」(in the ordinary course of its business) 거래를 들고 있다(Companies Act 2006 s. 207(3)) : 이철송, 전거서, 752면 재인용.

31) 지배·종속회사간에는 우연적·일회적이 아니라 일상적·반복적으로 일어나는 경우가 많아 이 경우 개별적인 거래마다 일일이 승인을 요구하거나 지배주주에게 공정성의 입증을 요하는 것은 무리이기 때문이다(안수현, 전거논문, 31면).

32) 예컨대, 미국의 모범회사법(MBCA)은 겸임이사의 경우를 포함하여 이사의 이익상반거래에 대해서 적절히 이해 관계가 없는 이사 또는 주주에 의한 승인이 있으면 완전한 공정기준이 배제되고, 경영판단원칙이 적용된다는 입장을 분명히 하고 있다(MBCA § 8.61(b)). 일본의 회사법에서는 이사의 이익상반거래는 이사회 승인을 얻어야 하는데, 당해 거래 후 지체 없이 그 중요한 사실을 이사회에 보고하지 않으면 안 된다(일본 회사법 제365조 제2항).

33) 대법원 2007. 5. 10. 선고, 2005다4284판결; 양명조·문화경, 전거논문, 173면.

밝히도록 하여 개시의무를 명문화하였다. ‘중요사실’이란 이사회에서 자기거래를 승인하기 위하여 필요한 것이기 때문에 거래의 내용 및 거래와 이사 등의 이해관계가 표시되지 않으면 안 된다. 이사회에 자기거래에 관한 중요한 사항에 대해 정보를 개시함으로써 인해 거래가 비밀리에 행해진 것과 해당 거래의 안이한 승인을 방지하고 그 공정성을 확보하고 이사회에 감사권의 적절한 행사를 기대할 수 있다.<sup>34)</sup> 물론, 이사회에 대하여 자기거래임을 밝히지 않고 이사회에 승인결의를 얻은 경우 즉, 자기거래의 승인이 아닌 통상적인 거래로서 승인을 얻은 경우에는 자기거래의 승인으로서 인정되지 않는다.<sup>35)</sup> 이 경우에는 승인 없는 자기거래로서 당해 이사 등은 손해배상책임을 지고, 해임사유가 되는 등 대내적인 책임을 지게 될 것이다.<sup>36)</sup> 지배주주 등이 자기거래에 대하여 승인을 얻지 않은 경우에는 손해배상책임이나 대내적인 책임이 발생할 여지가 없기에 당해 거래의 효과만이 문제될 것이다. 그러한 자기거래는 무효라고 보아야 할 것이다. 다만, 이들의 거래가 이사의 자기거래보다 더욱 반규범적일 수는 없으므로 그 무효라 함은 이사의 자기거래와 마찬가지로 상대적 무효임을 의미한다.<sup>37)</sup>

34) 김병기, “이사의 자기거래와 개정 상법 제398조”, 『법학연구』 제37권, 한국법학회, 2010, 179면.

35) 「이사와 회사 사이의 이익상반거래가 비밀리에 행해지는 것을 방지하고 그 거래의 공정성을 확보함과 아울러 이사회에 의한 적절한 직무감독권의 행사를 보장하기 위해서는 그 거래와 관련된 이사는 이사회에 승인을 받기에 앞서 이사회에 그 거래에 관한 자기의 이해관계 및 그 거래에 관한 중요한 사실들을 개시하여야 할 의무가 있고, 만일 이러한 사항들이 이사회에 개시되지 아니한 채 그 거래가 이익상반거래로서 공정한 것인지 여부가 심의된 것이 아니라 단순히 통상의 거래로서 이를 허용하는 이사회에 결의가 이루어진 것에 불과한 경우 등에는 이를 가리켜 상법 제398조 전문이 규정하는 이사회에 승인이 있다고 할 수는 없다 (대법원 2007.05.10. 선고 2005다4284 판결)」.

36) 미국의 경우에도 이익상반 관계가 개시되어 있지 않으면 이익상반거래에 있어서 충실의무 위반이 된다. 워싱턴주의 판례인데 굴양식 회사가 일부의 양식장을 매각한 때 실은 이사의 1인이 실질적 매수인이었다고 하는 사안이 있다(Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co., (Wash Sup Ct 1964)). 이 사안에서는 매각에 대해 이사회에 승인 및 (제정법상 요구되어 있지 않던) 주주총회의 승인을 얻고 있었지만, 이 이익상반 관계가 개시되어 있지 않았다. 재판소는 이익이 상반되는 거래는 회사에 불공평(unfair)하면 무효가 될 수 있는바, 이해관계를 가지는 이사가 공개를 하지 않는 것 자체가 불공평하다고 했다. 정책적인 이유를 생각해 보면, 재판소가 공평성을 판단하는 것이 어려운 것, 또 하나는 공개에의 동기부여를 주어 이사회가 보다 많은 정보 제공을 받아 판단할 수 있도록 하고자 하는 것을 생각할 수 있다.

37) 이철송, 전거서, 761면.

(5) 거래의 공정성

2011년 개정상법은 제398조에서 「그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다」고 규정하고 있다. 이는 자기거래가 이사회 승인을 얻더라도 거래의 내용이 공정해야 한다는 뜻이다. 그렇다면 이사회 승인을 받지 않은 자기거래가 무효인 것과 마찬가지로, 이사회 승인을 받았다 하더라도 본 규정에 의하여 공정하지 않은 자기거래는 무효가 된다고 해석하여야 할 것이다.

문제는 상법 제398조에서 규정하는 공정의 개념이 미국 판례법에서 주장되고 있는 완전한 공정성(entire fairness)을 의미하는가 하는 것이다. 즉, 델라웨어주 판례법에 의하면 자기거래에 대하여 이사회 등의 승인이 있으면 경영판단의 원칙이 적용되어 당해 거래의 불공정을 주장하는 자가 불공정을 입증하여야 하고, 이사회 등의 승인을 얻지 못한 경우에는 당해 거래는 불공정한 것으로 추정되어 당해 거래의 공정을 주장하는 자가 이를 입증하도록 하고 있다.<sup>38)</sup> 우리 상법 제398조의 조문을 살펴볼 때, 미국법상의 이와 같은 법리를 수용한 것으로는 보기 어렵다. 「거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다」는 법문은 자기거래의 내용 및 절차의 공정성을 규정한 것이라고 생각된다. 우선, 절차의 공정성이란 이사회에 자기거래 관련 정보를 상세히 밝히고, 이에 근거하여 충분한 시간적 여유와 경우에 따라서는 사내외 전문가의 도움도 받으면서 이사회에서 당해 거래를 승인할 것을 요한다.

개정상법 제398조는 절차적 규정으로서 이사회 승인과 함께 내용의 공정성(실질적 공정성)을 다시금 요구하고 있다.<sup>39)</sup> 형식적인 이사회 승인만으로는 회사에 손해를 가하는 불공정한 자기거래를 막을 수 없다는 인식이 전제되었기 때문이다.<sup>40)</sup> 내용의 공정성은 당해 자기거래가 객관적으로 이해상충 없는 제3

38) 즉, 이사회에 이익상반의 가능성이 있으면 경영판단의 원칙이 적용되지 않는다(Panter v. Marshall Field & Co., 646 F.2d 271, 293-295 (7th Cir. 1981)).

39) 이사회 승인과 함께 내용의 공정성을 요구하고 있는 것은 California Corporations Code § 310(a)(2)의 규정과 유사하다. 한편, 주주의 승인에 대하여는 i) 완전개시와 ii) 선의의 승인결의만 요구할 뿐 실질적 공정성은 요구하지 않는다(California Corporations Code § 310(a)(1))(임재연, “이사의 자기거래와 공정성 요건”, 「성균관법학」 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 463면).

40) 김재범, 전제논문, 88면.

자와의 거래조건에 비하여 회사에게 불리하지 않을 조건으로 거래될 것을 요한다. 이른바 독립당사자간 거래(arm's length transaction)일 것을 요한다.<sup>41)42)</sup> 다만, 주의를 요하는 것은 이와 같은 독립당사자간 거래의 판단은 이사회가 당해 자기거래를 승인하는 시점에서 판단하는 것이다. 불공정한 자기거래는 회사와 이사등 간에는 무효이나 회사와 제3자간에는 원칙적으로 유효하고 다만 회사가 제3자의 악의 또는 중과실을 증명하면 무효로 된다고 해석하여야 한다. 그러므로 당해 거래가 회사에 손해가 되는 불공정한 거래임을 알고서 거래한 악의의 제3자에게는 무효를 주장할 수 있다고 할 것이다.<sup>43)</sup> 중과실에 의하여 그 불공정성을 알지 못한 경우에도 마찬가지이다.

이사회 승인 이외에 내용의 공정성(실질적 공정성)을 자기거래의 필수적 요건으로 규정하는 것은 거래조건에 대한 사후의 사법심사에 의하여 거래의 효력이 좌우됨에 따라 회사법의 기본이념인 거래의 안전을 해칠 위험이 크다는 문제점이 있다. 입법론적으로는 이사회 승인과 실질적 공정성을 선택적 요건으로 규정하는 것이 타당해 보인다. 나아가 이사회 승인이 없는 경우에도 이사가 거래의 공정성을 증명하면 자기거래가 유효하게 되도록 할 필요가 있어 보인다.<sup>44)</sup>

#### 4. 2013년 상법 개정안상 다중대표소송제도의 도입문제<sup>45)</sup>

- 41) 그 판단은 급부가액의 적정성(fair price) 여부를 근본으로 하되, 이행기, 담보책임, 기술이전 등 그 거래의 모든 조건을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다(천경훈, 전제논문, 85면).
- 42) 상법은 거래내용이 회사에 공정(fair)할 것을 요구할 뿐이지 회사에게 최선(best)일 것을 요구하지 않는다는 점이다. 따라서 거래내용이 공정한지 여부의 판단기준은 '회사에게 더 나은 조건이 가능하였는지'가 아니라 '회사가 체결한 거래의 조건이 합리적인 당사자들이라면 체결하였을 수 있는 내용인지'가 되어야 할 것이다(권윤구·이우진, 상제논문, 65면).
- 43) 이사와 회사와의 간에 직접 있는 이익상반하는 거래에 있어서는 회사는 당해 이사에 대하여 이사회 승인을 못 얻은 것을 내세워 그 행위의 무효를 주장할 수 있지만, 회사 이외의 제3자와 이사가 회사를 대표하여 자기를 위하여 한 거래에 있어서는 회사는 그 거래에 대하여 이사회 승인을 안 받은 것 외에 상대방인 제3자가 악의라는 사실을 주장 입증하여야 비로소 그 무효를 그 상대방인 제3자에게 주장할 수 있다(대법원 1973.10.31. 선고 73다954 판결; 대법원 1978.11.14. 선고 78다513 판결; 대법원 1981.9.8. 선고 80다2511 판결; 대법원 1994.10.11. 선고 94다24626 판결; 대법원 2004.3.25. 선고 2003다64688 판결).
- 44) 임재연, 전제서, 423면.
- 45) 2013년의 상법 개정안상의 다중대표소송은 그 이후 2017년 현재까지 계속하여 상법 개정안으로 입안되고 있으나 아직 국회에서 성안되고 있지 않다. 예컨대, 2016.7.4 김종인 의원 등

## 가. 서설

우리나라의 경우 모회사의 주주가 자회사의 이사에 대하여 이중대표소송을 제기할 수 있는가의 문제 즉, 이중대표소송에 대하여 이를 인정하는 하급심 판례<sup>46)</sup>가 지난 2003년 나왔으나 2004년 대법원 판결은 이를 부정하였다.<sup>47)</sup> 이후 성문규정 속에 이중대표소송에 관한 법적 근거를 두지 않고는 이 제도를 도입할

---

122인이 발의한 상법 개정안에 의하면, 다중대표소송을 도입하여 모회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주가 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하고 있다(안 제406조의2 신설 및 제542조의6 제6항). 더욱이 소의 제기를 청구한 후 모회사의 자회사에 대한 보유주식이 발행주식총수의 100분의 50 이하로 감소한 경우에도 제소의 효력에는 영향이 없도록 하고 있다(동조 제3항)(2016.7.4 김종인 의원 등 122인(의안번호 2000645)).

- 46) 서울고등법원 2003. 8. 22. 선고, 2002나13746 사건. 고등법원 판례에서는 지배회사 이사회에 대한 제소청구 또는 지배회사 이사를 상대로 한 대표소송만으로는 ① 종속회사 이사의 부정행위로 인한 지배회사의 간접적인 손해액을 평가하기 어렵고, ② 종속회사의 주식을 여러 회사가 나누어 소유하고 있는 경우 각 지배회사마다 대표소송이 제기되는 결과를 초래할 수 있으며, ③ 이중대표소송을 허용하지 않으면 지배회사 및 종속회사에 대한 경영권을 모두 지배하고 있는 경영진이 종속회사를 통하여 부정행위를 함으로써 책임을 회피하는 수단으로 이용할 위험이 존재하는 등의 부작용이 발생하는 난점을 극복하기 어렵다고 지적하며 이중대표소송의 필요성을 역설하고 있다. 반면에 이중대표소송을 인정하는 경우에는 종속회사의 경영진이나 주주들이 이사들의 부정행위를 시정하지 못하는 때 종속회사 이사들의 부정행위를 억제할 수 있는 효과를 기대할 수 있다고 한다. 종속회사의 손해는 중국적으로 지배회사 주주의 손해로 귀속되므로 이중대표소송을 통하여 종속회사의 손해를 회복함으로써 간접적으로 지배회사 및 지배회사 주주의 손해를 경감하는 효과를 기대할 수도 있다고 한다. 그러면서 고등법원 판례는 우리 상법의 해석에서도 대표소송을 제기할 수 있는 주주의 개념에 ‘회사인 주주의 주주’를 포함함으로써 이중대표소송을 인정할 수 있다고 한다.
- 47) 대법원은 지배회사와 종속회사의 별개의 법인격을 이유로 원고가 제기한 이른바 이중대표소송을 불인정하였다. 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다. “어느 한 회사가 다른 회사의 주식의 전부 또는 대부분을 소유하여 양자 간에 지배종속관계에 있고, 종속회사가 그 이사 등의 부정행위에 의하여 손해를 입었다고 하더라도, 지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사이고, 대표소송의 제소자격은 책임추궁을 당하여야 하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 한정되므로, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 상법 제403조, 제415조에 의하여 종속회사의 이사 등에 대하여 책임을 추궁하는 이른바 이중대표소송을 제기할 수 없다고 할 것이어서, P사의 주주의 지위에서 S사의 대표이사인 피고 을에 대하여 책임추궁을 구하는 원고의 이 부분 소는 원고적격이 흠결되었다고 할 것이다.” 대법원은 고등법원이 이중대표소송이 가능함을 전제로 원고적격을 인정한 부분에 관하여 주주의 대표소송에 있어서의 원고적격에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판시하고 있다. 그리하여 피고 을에 대한 업무상 횡령을 이유로 한 손해배상청구의 소를 부적법하다고 각하하고 있다(대법원 2004. 9. 23. 선고, 2003다49221 사건).



수 없다는 인식이 확산되었고,<sup>48)</sup> 2006년 법무부의 상법 개정안에서 이중대표소송제도의 도입을 추진한 바 있다.<sup>49)</sup><sup>50)</sup> 2013년 상법 개정안에서는 이중대표소송제도에서 한발 더 나아가 다중대표소송제도를 도입하고자 검토한 바 있다. 이하에서는 2013년 상법 개정안상의 다중대표소송제도에 대하여 간략히 고찰한다.

#### 나. 개정안상의 주요내용

법무부의 2013년 ‘기업지배구조 개선’을 위한 상법 일부개정법률안에 의하면, 자회사의 이사가 법령 또는 정관을 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우 100분의 1 이상의 주식을 소유한 모회사의 주주는 그 자회사에 대하여 다중대표소송을 제기할 수 있다(상법 개정안 제406조의2). 이 경우 모회사의 주주는 우선, 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 서면에 의하여 청구하여야 한다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제1항, 제2항). 자회사가 이와 같은 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 경우 모회사의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제3항). 다만, 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 즉시 소를 제기할 수 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제4항). 모회사의 주주가 자회사의 이사를 상대로 다중대표소송을 제기한 경우에는 소를 제기한 후 지체없이 자회사에 대하여 그 소송의 고지를 하여야 한다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제404조 제2항). 모회사의 주주가 제기하는 다중대표소송에 대하여는 자회사가 소송참가를 할 수 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제404조 제1항). 모회사의 주주가 다중대표소송을 제기한 경우 법원의 허가가 없으면 소의 취하·청구의 포기·화해

48) 김정호, “이중대표소송에 대한 연구”, 『경영법률』 제17집 제1호-上卷, 한국경영법률학회, 2006, 260면.

49) 이중대표소송을 인정함으로써 자회사 이사의 부정행위를 억제하여 모회사 전체 주주를 보호하고 자회사의 손해전보의 효과를 기대할 수 있다는 시각에서 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 모회사의 주주에게 자회사 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 하고 있다(상법개정시안 제406조의 2 제1항)(정찬형, “2006년 상법(회사법)개정 주제발표(제1소위원회)”, 2006. 7. 4, 12~13면).

50) 2006년 법무부 개정안에 대하여는 염미경, 전제논문, 488~491면 참조.

등을 할 수 없다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제6항). 다중대표 소송에서 모회사의 주주가 승소한 경우 그 주주는 자회사에 대하여 소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용중 상당한 금액의 지급을 청구할 수 있다. 이 경우 소송비용을 지급한 자회사는 자회사의 이사 또는 감사에 대하여 구상권이 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제405조 제1항). 모회사의 주주가 다중대표소송에서 패소한 때에는 악의인 경우 외에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 없다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제405조 제2항). 모회사가 상장회사인 경우에는 다중대표소송을 위한 제소요건이 1만분의 1로 낮추어져 있다. 다만, 6개월 이상 계속하여 보유하고 있는 경우에 한한다.

#### 다. 개정안에 대한 평가

2013년 상법 개정안을 살펴보면, 우선, 개정안은 다중대표소송을 제기할 수 있는 지배회사의 기준을 종래 모회사의 기준인 50% 초과 지분으로 하여 다중대표소송의 지배·종속회사의 기준으로 삼고 있다. 미국의 경우에는 모회사가 자회사에 사실적인 지배(de facto controlling)를 행사하고 있는 경우에 한해 다중대표소송을 인정하는 판례가 많다<sup>51)</sup>. 일본의 경우에는 2015년 시행된 회사법에서 최종완전모회사라는 개념을 도입하여 100% 자회사의 모회사 주주에게만 다중대표소송 제기권을 인정하고 있다(일본 회사법 제847조의3). 우리 상법 개정안의 태도는 일본에 비해서는 보다 완화되어 있고, 미국에 비해서는 다소 실효성이 떨어진다고 생각된다. 그러나 우리 개정안의 내용은 종래 상법에서의 규

51) American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, American Law Institute, 1994, pp. 40-41. Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, West Publishing Company, 1983, p. 1056 (다중대표소송은 관련되는 회사의 모든 것이 피고에 의해 지배되고 있는 경우에 한정되는 취지를 시사하는 판례도 존재했지만, 요즘은, 보다 광범위에 걸쳐서 다중대표소송이 인정되는 경향에 있는 것 같다); David W. Locascio, *COMMENT : The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 *NW. U. L. Rev.* 729, 748-749(1989)(갑회사가 을회사의 주식을 1주밖에 보유하고 있지 않는 경우라도, 갑회사가 을회사의 주주로써 대표소송을 제기할 수 있는 이상, 갑회사 주주에 의한 다중대표소송의 제기도 인정되어야 한다. 대표소송·다중대표소송을 제기할 수 있는 주체가 많아지는 것은 자회사에 있어서 위법행위여지의 관점에서 바람직하다).

제태도의 연장선에서 3가지의 입법선택의 방안중에 하나를 선택한 것으로 나름의 합리성을 갖고 있다고 생각된다.

둘째, 다중대표소송을 입법하는 경우, 우선, 종속회사의 범위를 자회사까지 할 것인지, 손회사까지 할 것인지, 더 나아가 증손회사까지 할 것인지가 문제된다. 미국의 경우에는 이른바 증손회사의 이사에 대한 다중대표소송까지 인정한 사례가 존재한다.<sup>52)</sup> 우리 상법에서는 다른 회사의 발행주식의 총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 가진 회사를 모회사라 하는데(제342조의2 제1항), 자회사와 함께 또는 자회사가 다른 회사(이른바 손회사)의 주식을 100분의 50을 초과하여 소유하는 경우까지 모회사관계에 포함시키고 있다(동조 제3항). 그러므로 상법상 모회사의 주주가 자회사의 이사에 대하여 다중대표소송을 제기하는 경우에는 일반적으로 이른바 손회사의 이사에 대한 다중대표소송 즉, 삼중대표소송까지만 인정된다고 해석할 수 있다.<sup>53)54)</sup>

셋째, 다중대표소송의 제소자격으로 2013년 상법 개정안은 다중대표소송의 제소자격을 발행주식 총수의 100분의 1 이상의 모회사의 주식을 소유하고 있는 주주에 한하여 인정하고 있다(상법 개정안 제406조의2).<sup>55)</sup> 이는 종래 주주대표

52) 모회사의 주주가 증손회사의 이사를 상대로 하는 다중소송을 사중대표소송(quadruple derivative suit)이라고 하는데, *Carlton Investment v. TLC Beatrice Int'l Holdings, Inc.*, Del. Ch., C.A. No. 13950, mem. op. (1996) 등이 있다(권재열, 전제논문(이중대표소송의 허부에 대한 비교법적 검토), 446면). 모회사인 지주회사는 델라웨어 주에 설립되었는데, 거래에 관련된 별개의 2개의 완전자회사는 프랑스에 설립되어 있었다. 법원은 프랑스에서 궁극적으로 구제를 받지 못하고 있지만 프랑스 자회사의 자산이 실질적 수익자인 델라웨어 모회사가 소유하고 있는 것처럼 취급할 수 있다고 가정하면서 피고의 각하(dismiss)신청을 기각하였다(*Carlton Inv. v. TLC Beatrice Intern. Holdings, Inc.*, 21 *Del. J. Corp. L.* 1084, 1996 WL 189435 (Del. Ch. 1996)).

53) 김태진, “다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토” 발제에 대한 토론문, 「상법 개정안의 주요쟁점과 그 평가」, (사)한국경제법학회, 2013. 8. 19, 67면; 권재열, 전제논문(2013년 상법상 다중대표소송 도입안에 관한 비교법적 검토), 97면; 장재영, “상법 개정안 중 주요 내용”, 「Shin & Kim/법무법인 세종 Legal Update」, 법무법인 세종, 2013. 7. 25, 1면).

54) 다만 예외적으로 완전모회사관계가 연속하는 경우 등에는 삼중대표소송을 넘어서 다중대표소송을 인정할 수 있는 경우가 있을 것이다. 예컨대, 갑주식회사가 을주식회사를 100% 소유하고, 을주식회사가 병주식회사를 100% 소유하고 병주식회사가 정주식회사를 100% 소유하는 그런 사례의 경우에는 정주식회사의 실질적인 소유자는 갑주식회사의 주주라고 할 수밖에 없다. 이러한 경우에는 예외적으로 법인격부인의 적용대상이 되는 때에는 해석상 삼중대표소송을 넘어서 인정하는 것도 가능할 것으로 생각된다.

55) 양호승·안상현, “상법 개정안 입법예고”, 「Yoon & Yang LLC 법무법인 (유)화우 Legal

소송의 제소자격을 100분의 1 이상의 주식을 소유하고 있는 주주에 한정하고 있던 현행법의 입법태도를 수용한 것으로 볼 수 있다. 또한 2006년 상법 개정안의 내용을 그대로 유지하고 있는 것이다.<sup>56)57)</sup>

넷째, 상법 개정안은 제소전 절차로서 모회사의 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 서면에 의하여 청구하여야 한다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제1항, 제2항). 자회사가 이와 같은 청구를 받은 날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에는 모회사의 주주는 즉시 회사를 위하여 소를 제기할 수 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제3항). 다만, 기간의 경과로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 즉시 소를 제기할 수 있다(상법 개정안 제406조의2 2문 →상법 제403조 제4항). 미국에서는 판례법상 다중대표소송을 제기하기 위해서는 모회사와 자회사 쌍방에 대한 청구와 거절이 필요하다.<sup>58)</sup> 상법 개정안은 모회사의 주주가 자회사에 대해서만 제소청구를 하면 되는 것으로 입법한 것으로 해석된다.<sup>59)</sup>

---

Update], 법무법인 (유)화우, 2013. 8, 1면.

56) 다만, 2006년 개정안에서는 이중대표소송만을 인정하고 있었다.

57) 100분의 1의 주식소유에 대하여는, 예컨대 갑이라는 모회사가 을이라는 자회사를 50%의 주식을 소유하고 모회사 갑의 주주인 A가 1% 주식을 소유하고 있는 경우 다중대표소송을 제기할 수 있으므로, 자회사의 주주는 1%의 자회사 주식을 소유하여야 대표소송을 제기할 수 있는데, 모회사의 주주는 실질적으로 0.5%의 자회사의 주식을 소유하고 있음에도 자회사의 이사에 대한 다중대표소송을 제기할 수 있으므로 평등권의 침해 즉, 모회사의 주식에 대하여 가치를 더 부여하는 것이 아니냐는 비판도 있을 수 있다. 그러나 다중대표소송은 자회사 주주의 대표소송 제기권과 서로 경합하는 관계에 있는 것이 아니고 승소시에는 원고 모회사의 주주가 아니라 자회사에 이익이 돌아간다는 점을 고려하면 평등권의 침해문제는 없다고 생각된다(김재범, 전계논문, 31면 참조).

58) 13 Fletcher Cyc. Corp. § 5963; Graham (2000) 650-651. See e.g., Rales v. Blasband, 634A. 2d 927 (Del. 1993); Lewis v. Ward, 852A. 2d 896 (Del. 2004); Brown v. Tenney, 532 N.E. 2d 230, 235 (Ill.1988); Powell v. Gant, 556 N.E. 2d 1241, 1244 (Ill. App. 1990), appeal denied 564 N.E. 2d (Ill. 1990); 김순석, 전계논문, 71면.

59) 이에 대하여 대표소송 규정을 이중대표소송에 준용할 때, 모회사의 주주는 먼저 모회사에 제소청구를 하고, 모회사가 대표소송을 제소하지 않으면 이중대표소송을 제기할 수 있는지 아니면 모회사의 주주가 자회사에게 직접 제소청구를 할 수 있는 것인지가 불명확하다는 견해도 있다(정경영, “상법(회사편)개정 공청회자료”, 2006. 7. 4, 125-126면; 유진희, 전계논문, 145면).

## 5. 2016년 상법 개정안상 자회사의 회계장부열람권의 도입문제

채이배 의원 대표발의(2016.8.8 채이배 의원 등 20인(의안번호 1463)) 상법 개정안의 경우, 지분 30% 이상을 기준으로 다중대표소송제를 도입하고, 회계장부열람권의 허용대상 범위를 피출자회사로까지 확대하고 있다(상법 개정안 제406조의2 신설 및 상법 개정안 제466조, 제542조의6). 즉, 발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회사를 상대로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 이 때 회사는 제406조의2에 정한 피출자회사를 포함한다(안 제466조 제1항). 이와 같은 상법 개정안은 지난 2006년 상법 개정안과 그 내용이 동일하다. 즉, 2006년 상법 개정안에서는 모회사 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사의 회계장부열람권을 신설하고 이 경우 동법 제466조를 준용하는 것으로 하고 있었다(상법 개정안 제406조의2 제2항).

한편, 2013년 상법 개정안에서는 열람등사청구권 등은 종속회사의 경영에 대한 지나친 간섭이 될 수 있고, 판례상 모회사가 보관하고 있는 자회사 회계장부에 대해서는 이미 열람등사청구권이 인정되고 있으므로 확대적용에 신중을 기하기로 하여 개정안에는 포함되어 있지 않았다.<sup>60)</sup> 그러나 법원의 판례는 모회사가 “보관하고 있는 자료”에 한정되기 때문에 모회사가 보관하고 있지 않은 자회사의 회계장부 등에 대해서는 모회사의 주주가 획득하는 것이 불가능하다. 다중대표소송의 실효성을 확보하기 위해서 발행주식 총수의 100분의 3(상장회사의 경우에는 1만분의 10) 이상에 해당하는 주식을 가진 모회사의 소수주주에게 자회사의 회계장부열람권을 인정하는 것이 타당한 입법이라고 생각된다.<sup>61)62)</sup> 미국의 입법례<sup>63)</sup> 및 일본의 해석론<sup>64)</sup> 등을 보더라도<sup>65)</sup> 합리적인 입법안이라고 할

60) 천경훈, 전계공청회자료, 57면.

61) 김순석, “기업지배구조 상법 개정 공청회 토론회” 「기업지배구조 상법 개정 공청회」, 법무부, 2013. 6. 14, 84면; 김대규, 전계논문, 139면.

62) 일반대표소송의 경우에도 장부열람청구의 필요성은 동일하다. 이에 대한 상세는 황현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적 과제”, 「경제민주화와 상사법의 대응과제」, (사)한국상사판례학회·(사)한국기업법학회 2013년 하계공동학술대회, 2013. 8. 20, 136면.

63) 모회사의 주주에게 종속자회사에 대한 장부열람권을 명문으로 규정한 것은 캘리포니아(California)

것이다. 다만, 회계장부가 가진 자회사의 영업비밀 등을 고려할 때 일본 회사법<sup>66)</sup>과 같이 회사가 회계장부열람청구권을 거부할 수 있는 사유를 법정하는 것이 보다 타당해 보인다.

### Ⅲ. 중국 회사법상 지배주주의 책임

#### 1. 개설

중국에서는 지배주주 권한남용의 현상이 사회문제가 되면서 이를 계기로 2005년 개정 회사법 외에 증권거래소의 행정규칙이나 가이드라인 등에 의한 지

---

주 회사법이다. 동법은 1977년 개정에 의하여 모회사 주주에게 자회사의 장부 및 서류를 열람할 권리를 인정하였다. 또한 동법 제189조에서 규정하는 특정회사의 자회사라 함은 특정 회사가 직접 의결권 있는 주식의 50%를 초과하여 소유하거나 1개 또는 여러 개의 자회사를 통하여 간접적으로 소유하고 있는 경우를 말한다(황근수, “미국에서 지주회사의 운영과 주주 보호”, 「법학연구」 제53권, 한국법학회, 2014, 347면). 다만, 법인격부인의 법리에 근거하여 모회사 주주의 장부열람권이 부인되기도 한다. 즉, 사기를 입증하지 못하거나 또는 자회사가 모회사의 분신에 불과하다는 사실을 입증하지 못하면 모회사의 주주는 자회사의 장부 또는 기록에 대한 열람권을 갖지 않는다(Skouras v. Admiralty Enterprises, Inc., 386 A.2d 674, 681 (Del. Ch. 1978)).

- 64) 일본에서는 모회사의 주주 등이 회계장부열람청구권의 요건(총주주 의결권의 100분의 3 이상의 의결권 또는 발행주식 총수의 100분의 3 이상)을 충족하는 경우에는 법원의 허가를 받아 자회사에 대하여 회계장부열람청구를 할 수 있다고 여겨지고 있다(회사법 제433조 제3항)(相澤哲ほか, “新会社法の解説(10) 株式会社の計算等”, 「旬刊商事法務」 No. 1746, 商事法務研究会, 2005, 27면).
- 65) 손영화, “주주의 열람청구권에 대한 일고찰”, 「상사법연구」 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2016, 160면, 172면.
- 66) 모회사 주주는 그 권리를 행사할 필요가 있는 경우는 법원의 허가를 얻어 회계장부·자료의 열람·등사를 청구할 수 있다(일본 회사법 433조 3항 전단). 이 경우 해당 청구의 이유를 분명히 하지 않으면 안 된다(일본 회사법 433조 3항 후단). 모회사의 주주 기타 사원은 그 권리를 행사하는데 필요가 있을 때는 법원의 허가를 얻어 자회사 주주총회의사록의 열람·등사의 청구를 할 수 있다(일본 회사법 318조 4,5항). 모회사의 주주 기타의 사원이 그 권리를 행사하는데 필요가 있을 때에는 주식회사의 영업시간 내에는 언제든지 이사회의사록의 열람, 등사를 청구할 수 있다. 다만, 감사설치회사 또는 위원회설치회사의 경우에는 법원의 허가가 필요하다(일본 회사법 371조 4, 5항). 모회사의 주주 기타의 사원이 그 권리를 행사하는데 필요가 있을 때에는 법원의 허가를 얻어 감사회의사록의 열람, 등사의 청구를 할 수 있다(일본 회사법 394조 2항).

배주주의 책임 규제를 통해 소수주주의 이익보호를 도모하고 있다. 그에 대하여 간략히 고찰하면 다음과 같다.

## 2. 현행법상 지배주주의 책임에 관한 규제

### 가. 회사법

중국의 2005년 개정 회사법은 지배주주의 권한남용을 금지하고 있다. 즉, 2005년 회사법이 개정되면서, 회사법에서 지배주주 행위를 규제하기 시작하였다(중국 회사법 제16조, 제20조, 제21조, 제217조). 즉, 회사의 주주, 사원은 법률, 행정법규 및 정관을 준수하고, 법에 따라 주주, 사원으로서의 권리를 행사하지 않으면 안 되고, 회사 법인으로서 독립한 지위 및 주주의 유한책임을 남용해 채권자의 이익을 손상시켜서는 안 된다(중국 회사법 제20조). 회사의 지배주주·실질적 지배자·이사·감사·고위급 임원은 회사와의 관계를 이용하여 회사의 이익을 침해해서는 안 된다(중국 회사법 제21조). 이에 위반한 경우 법에 따른 손해배상 책임을 지는 것으로 되어 있다. 관련거래(关联交易)<sup>67)</sup>에 대해서는 지배주주 등은 관련관계<sup>68)</sup>를 이용하여 회사의 이익을 해쳐서는 안 되며, 본 항의 규정에 위반하여 회사에 손해를 초래한 경우에는 배상책임을 진다고 규정하고 있다.<sup>69)70)</sup> 이러한 일련의 규정에 의해 소수주주의 이익보호가 기대되고 있다.

67) 예를 들면, 옥산강철주식회사(宝山钢铁株式会社) 2005년도의 관련거래 공고에 따르면, 동연도의 원재료, 에너지의 공급, 제품의 판매금액 중 관련거래는 절반 이상을 차지하고 있다(中国証券報, 2005. 3. 15. 記事). 또 심수증권거래소(深圳証券取引所)의 2002년부터 2004년까지 3년 동안의 관련거래에 관한 통계에서는 원재료의 관련공급이나 제품의 관련판매 및 담보의 비율이 해마다 증가하여 2003년에는 전년보다 각각 29.1%, 20.6%, 10.98% 늘어났고, 2004년에는 전년보다 각각 46.43%, 62.88%, 70.64%나 증가하였다(“2004年深圳証券取引所関連取引の総量、類型および発展走国向”, 「証券市場導報」 第7期(2005); 霍麗艷, “中国における従属会社少数株主の利益保護の方策”, 「四天王寺大学紀要」·第54号, 四天王寺大学, 2012, 2-3面).

68) 중국 회사법에서는 회사와의 관계에 대하여 명확한 규정을 하였는데, 회사법에 의하면 회사와의 관계란 지배주주·실제지배자·이사·감사·고급관리임원과 이들이 직·간접적으로 지배하는 회사와의 관계, 그리고 회사의 이익 이전을 초래할 수 있는 기타 관계를 말한다(중국 회사법 제217조 제4항).

69) 2001년에 중국 증권시장에서 지배주주가 상장회사의 거액 자금을 유용한 여러 사례들이 쏟아

특히 중국 회사법에서는 지배주주도 주주대표소송의 피고가 될 수 있는 것이 명문화되어 있는데,<sup>71)</sup> 지배회사에 의한 권한남용행위를 억제하려는 뜻에서 높게 평가할 수 있다.

#### 나. 상장회사의 코퍼레이트 거버넌스 준칙

지배주주의 권한남용을 억제하기 위해 「상장회사의 코퍼레이트 거버넌스 준칙(中国证监会上市公司治理准则)<sup>72)</sup>(이하 준칙)」은 지배주주가 이사 및 감사의 후보자 지명에 있어서 법률, 행정법규 및 정관에 정한 요건, 절차를 엄격히 준수하도록 요구하고 있다. 준칙에 따르면, 지배주주는 법률, 규정 그리고 회사의 정관에 규정된 조건과 절차를 엄격히 준수하여 이사와 감사의 후보자를 선임하지 않으면 안 된다(제20조). 이사를 선임할 때 지배주주가 전체 지분의 30% 이상을 가진 상장회사는 집중투표 제도(a cumulative voting system)를 도입해야 한다(제31조). 상장회사의 독립성을 유지하기 위해 회사와 지배주주 사이에 인력(personnel), 자산/assets, 재무(financial affairs), 회사기관(institution)<sup>73)</sup> 및 업무(business) 등 5개의 면에서 분리가 요구되고 있어, 지배주주로부터 상장회사의

---

아져 나와 상장회사가 상장 폐지되거나 파산하는 결과를 낳았다. 2004년 지배주주가 상장회사 자금을 유용하여 상장회사의 상장 폐지나 파산을 초래한 기업이 50개였다. 2012년 초에 선전증권거래소 한 곳에서 대외에 공시한 상장회사 규정위반 사건 중 지배주주가 상장회사 자금을 유용한 사건이 3건을 차지했다(周莉, “大股東侵佔頑疾再起,” 『證券市場週刊』 第39期, 2012, 4面).

- 70) 한편 중국에서는 지배주주에 대하여 회사가 보증을 서는 일이 종종 발생했다. 이에 중국 회사법 제16조는 회사가 회사주주나 실제지배자에게 담보를 제공할 때 반드시 주주총회의 결의를 거쳐야 한다는 조항이다. 담보를 받는 주주와 실제지배자의 통제를 받는 주주는 주주총회의 의결에 참여할 수 없으며 안건은 의결권을 가진 출석자 과반수이상의 표를 얻어야 통과할 수 있다.
- 71) 중국 회사법 제152조에서는 주주대표소송의 피고의 범위는 이사, 감사, 고급관리직 외, “타인”도 포함한다고 되어 있다. 거기서, “타인”(제3자)의 범위에는 회사의 지배주주, 전문기관(예를 들면 부동산감정사, 회계사, 변호사) 및 행정기관이 포함되어 있다
- 72) China Securities Regulatory Commission/State Economic and Trade Commission Code of Corporate Governance for Listed Companies in China, January 7, 2001 (Zhengjianfa No.1 of 2002). <[http://german.china.org.cn/business/documents/txt/2004-07/09/content\\_2121138.htm](http://german.china.org.cn/business/documents/txt/2004-07/09/content_2121138.htm)>.
- 73) 기관은 구체적으로는 이사회(The board of directors), 감사위원회(the supervisory committee) 및 기타 내부임원(internal offices)을 의미한다.



독립성(Independence of Listed Company) 확보가 강조되고 있다(제22-27조).

지배주주는 법에 따라 출자자로서의 권리를 행사하여 자산 개편 등의 방법을 이용하여 종속 상장회사 및 다른 주주의 합법적 이익을 해쳐서는 안 되고, 부당한 이익을 얻으면 안 된다고 한다(제19조).<sup>74)</sup> 준칙에서는 지배주주와 그 자회사는 상장회사와 같은 종류 또는 유사한 업무를 해서는 안 된다는 경업금지 의무도 마련되어 있다(제27조). 이러한 규정에 의해 지배회사가 종속회사 및 소수주주에 대해 의무를 지는 것이 명확해졌다.

#### 다. 상장회사 정관의 가이드라인

2006년에 개정된 「상장회사 정관의 가이드라인」 제39조에서는 「지배주주 및 실질적 지배자가 회사 및 소수주주에 대하여 성실의무를 진다. 지배주주는 법에 의해 출자자의 권리를 향유하고, 이익의 배분, 자산의 재건, 대외투자, 자산의 점용, 차금의 담보 등의 방법을 통해 그 지배적 지위를 이용하고, 회사 및 소수주주의 합법적 이익을 해쳐서는 안 된다」고 정하여 지배주주의 성실의무가 확립되었다. 이러한 규정은 지배회사의 권한남용을 억제하고, 시정하는 것에 의해 지배회사의 행위를 규제하기 위해서는 필요불가결하다. 특히, 회사법에서는 지배주주도 주주대표소송의 피고가 될 수 있다고 명문화되어 있는 것에서 지배회사에 의한 권리남용행위를 억제하는 것에 크게 기여하고 있다.<sup>75)</sup>

또한 「해외 상장회사 정관의 가이드라인」에 의하면, 지배주주는 그 의결권을 행사할 때 다음의 경우에 있어서 다른 주주의 이익을 해치는 결의를 할 수 없다. 구체적으로는 ① 이사, 감사의 해임의결에서 지배주주는 회사의 최대 이익을 위해 의결권 행사의 의무를 부담한다. ② 지배주주는 이사, 감사가 자신 또는 타인의 이익을 위해 회사의 재산 또는 거래의 기회를 탈취하는 의안을 승인해서는 안 된다. ③ 지배주주는 이사, 감사가 자기 혹은 타인의 이익을 위해 다른 주주의 배당권, 의결권 등의 권리를 박탈하는 그러한 의안을 승

74) 즉, 지배주주는 상장회사 및 다른 주주에게 성실의무(a duty of good faith)를 부담한다.

75) 霍麗艷, “中国における支配会社の責任規制”, 「四天王寺大学紀要」第53号, 四天王寺大学, 2012, 4面.

인해서는 안 된다는 것 등이다. 다만 이러한 규정은 의결권 행사의 경우에 한정되어 있다.<sup>76)</sup>

### 3. 중국 회사법의 앞으로의 과제

중국에서는 지배주주의 책임에 대하여 회사법과 행정규칙 그리고 거래소의 준칙 등에 의하여 규율하고 있다. 특히 중국 회사법에서는 명확히 규정하고 있지 않은 지배주주의 성실의무(诚信义务)에 대하여 2002년 상장회사의 코퍼레이트 거버넌스 준칙에서 최초로 지배주주와 실제지배자의 성실의무를 제시한 것을 시작으로 여러 행정규정에서 이를 확인하고 있다.<sup>77)</sup> 지배주주의 책임을 명확하게 한 것으로도 평가될 수 있으나 하위법규에서 상위법률에서 규정하지 않는 것을 규정함으로써 어떤 면에서는 회사법과 하위행정규정 등과의 불일치가 발생하고 있다. 그러므로 지배주주의 신인의무를 회사법에 규정하여야 할 것이다.

또한 중국 회사법도 이른바 기업집단을 규제하기 위한 법제를 정비할 필요가 있다. 현행 중국 회사법에는 다음과 같은 문제가 있다. 첫째, 사소한 조문(제16조, 제20조, 제21조)에 지배주주의 책임을 규정하고 있고, 더욱이 조문 간에 관련성이 없기 때문에 지배회사의 행위를 제도에 근거하여 유효하게 규율할 수 있다고 할 수는 없다. 둘째, 책임요건, 예를 들어, 지배회사의 지배력의 행사와 종속회사 혹은 소수주주의 손해와의 인과관계의 인정의 기준, 지배회사의 면책요건 등에 대하여 정하고 있지 않기 때문에 구체적인 집행에는 한계가 있어 보인다. 셋째, 지배회사의 책임과 관련하여 지배회사의 권한남용의 방지조치, 예를 들면 정보개시 등에 대해서는 언급하고 있지 않다. 사후조치에 대해서도 지배회사가 다수결원칙을 남용하여 종속회사나 소수주주의 이익을 해치는 주주총회의 결의를 성립시킨 경우 소수주주가 이런 결의에 대하여 소송을 제기할 수 있는가 라는 결의의 하자에 대한 구제의 문제도 나온다. 앞으로 이러한 문제에

76) 霍麗艷, 前掲“中国における従属会社少数株主の利益保護の方策”, 35面.

77) 예컨대, 증권감독위원회에서는 ‘사회 일반주주권익보호 강화에 대한 약간의 규정을 통해 상장회사의 지배주주 및 실제지배자는 상장회사와 일반주주에 대해 성실의무가 있음을 규정했다(中国证监会, 关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定(2004) 제5조 제1항).

대한 법적 해결이 필요하다.

## IV. 결론

### 1. 개설

한국의 상법과 중국의 회사법 모두 지배주주에 대하여 직접적인 책임규정을 두고 있지 않고 있다. 한국에서는 이른바 업무집행지시자의 책임과 이사의 자기 거래금지 규정의 확대에 의하여 지배주주의 책임을 묻고 있으나 각각 그 한계가 있다. 가장 문제되는 것은 바로 지배주주의 책임을 추궁하기 위한 입증의 어려움이다. 그러므로 보다 근본적으로는 지배주주의 신인의무를 상법과 회사법에 직접 규정하는 것이 필요하다. 그와 같은 입법에는 미국에서 찾을 수 있으나,<sup>78)</sup> 미국 판례법상의 모든 신인의무를 법전에 포함시키는 문제는 난해하기 그지없을 것으로 생각된다. 그러므로 적어도 지배주주의 행위로서 용인하기 곤란한 행위를 구체적으로 포착하는 작업도 계속하지 않으면 안 된다.

최근 지배주주는 회사를 지배하며 당해 모회사(지배회사)를 통하여 다수의 자회사를 지배하는 기업집단을 형성하는 경우가 일반적으로 보인다. 그러므로 지배주주에 대한 합리적인 규제는 기업집단법제를 도입하여 해결하는 것이 바람직해 보인다. 이하에서는 기업집단법제를 도입하는 경우의 주안점에 대하여 간략히 언급하며 결론에 갈음하고자 한다.

78) 미국에서는 지배주주의 회사 나아가 회사의 소수주주에 대한 충실의무가 존재한다는 이론으로 발전하고 있다. *Southern Pacific Co.v. Bogert*, 250 U.S. 483(1919) Brandeis 판사는 대주주는 지배권을 가지고 있어 그것을 행사할 때는 대주주와 소수주주의 관계는 수탁자적 관계(fiduciary relation)이라고 하였다. 모자회사 간 거래가 유효하기 위해서는 거래 내용이 본질적으로 공정함이 요구된다. 대주주는 지배회사의 경영실력을 장악하고, 대주주가 그 지배권을 행사할 때 대주주가 회사의 소수주주에게 충실의무를 지게 되는 것으로 하고 있고, 또 미국의 판례법의 충실의무의 범위확대 경향을 지적하고 있다. 예를 들면, 소수주주에 대한 침해(oppression of minority shareholders)나 내부자거래(inside trading), 그룹 내 거래(intra-group transaction) 나아가서는 지배권의 판매(sale of control) 등이 모두 충실의무 위반을 적용할 수 있고, 형평법상의 손해를 입은 경우, 금전배상이나 금지명령, 법률행위의 철회 등을 포함한 사후적 구제조치를 받는다.

## 2. 합리적인 기업집단법제의 방향

우선, 기업집단이 형성되어 있는 경우 모회사에서 편의롭게 기업집단을 운영할 수 있는 하나의 방안으로서 법인 선임 이사제도를 마련할 필요성이 있다. 즉, 자회사의 주주총회에서 법인 선임 이사범위를 두는 것을 결의하거나 그 내용의 정관개정이 이루어졌을 경우, 해당 법인 선임 이사범위에서 모회사가 자회사의 이사를 선임하고, 이사의 변경도 자회사 주주총회 개별승인을 필요로 하지 않도록 하는 것이다. 다만, 이 경우 당해 법인 선임 이사의 모회사의 지시에 따른 직무집행에 대해서는 당해 이사에게 고의·과실이 없는 한 원칙적으로 모회사가 책임을 지는 것으로 하여야 할 것이다.

다음으로 이른바 사전규제의 문제로서 자회사에서의 주요재산 처분, 지배의 이동을 수반하는 신주발행, 기업재편 등에 대해서 모회사의 주주총회에서의 승인을 요할 것인지의 여부에 대한 문제이다. 자회사의 주요재산의 처분 등이 모회사의 실질적인 자산 전부의 처분과 같이 볼 수 있는 경우에는 모회사 주주총회의 승인을 요하도록 하는 방안이 검토되어야 할 것이다.<sup>79)</sup> 현재 개별 회사의 법인격을 중시하는 우리 상법상으로는 바로 도입하기에는 부적절한 제도이다. 다만, 장기적으로 기업집단법제라는 것을 상법내에 도입하든지 또는 독립된 단행법으로서 제정하는 경우에는 도입할 수 있을 것으로 생각된다.

사후규제와 관련된 문제로서 다중대표소송의 도입문제를 검토할 필요가 있다. 다중대표소송은 일본에서도 가장 찬반의 대립이 첨예한 문제였다. 2014년 6월 20일 개정되어 2015년 5월 1일 시행된 회사법은 종래의 요강(会社法制の見直しに関する要綱)에 따라 다중대표소송을 도입하고 있다. 다시 말해, 완전모회사 관계에 있는 모회사의 주주가 자회사의 이사에 대하여 다중대표소송을 제기할 수 있는 것으로 하고 있다. 제소주주의 자격은 최종 완전모회사의 총주주의

79) 미국에서도 델라웨어주 일반회사법(Delaware General Corporation Law)(§ 271a, c)과 모범사업회사법(Model Business Corporation Act)(§ 12.02a, b)에서 자회사의 주요재산의 양도 등에 대해 모회사 주주총회의 관여를 인정하고 있다. 미국의 많은 주 회사법에서는 회사가 “전부 또는 실질적으로 자산 전부의 처분(매각·임대·교환 등)”을 하는 경우에 주주총회의 승인이 필요하다. 모회사에 의한 자회사 주식 전부의 처분이 그 중요성에서 모회사의 실질적으로 자산 전부의 처분에 해당한다면 모회사 주주총회의 승인이 필요하다.

의결권 또는 발행주식 총수의 1% 이상을 보유하는 주주인데, 공개회사의 경우에는 6개월 전부터 보유하고 있어야 한다(일본 회사법 제847조의3).<sup>80)</sup> 이와 같은 제한을 두고서 다중대표소송을 도입하는 경우에는 적어도 남소의 가능성은 배제하면서도 자회사의 이사에 대하여 모회사가 책임추궁하지 않는 경우 모회사의 소수주주가 그 책임을 추궁할 수 있는 최소한의 길을 열어 놓는 것으로서 의의가 있다고 할 것이다.

지배종속관계 형성시 및 유지시에 있어서도 자회사의 주주보호가 필요하다. 지배종속관계의 형성시에는 원칙적으로 기업공개매수제도와 연결하여 자회사 전주식의 매수를 지배주주 등에게 요구할 필요가 있다. 기업공개매수제도는 자본시장법에서 규율할 수 있는 내용으로서 상법과 연계하여 합리적으로 운영할 수 있는 방안을 마련할 필요성이 있다. 우리 상법상으로는 95% 이상의 주식을 소유한 지배주주에게 소수주주가 자기의 주식을 매수청구할 수 있는 권리가 있다(제365조의25 제2항). 95% 이상의 주식소유요건을 90% 정도로 낮추는 것도 하나의 개선방안이 될 수 있을 것으로 생각된다.<sup>81)</sup> 독일의 콘체른법 등은 장기적인 연구과제로서 기업집단법제를 검토하는데 참고할 여지가 있다고 생각된다. 자회사 상장에 따르는 문제는 상장규칙 등에서 해결하는 것이 바람직해 보인다.

마지막으로, 이미 본문에서도 지적한 바 있지만, 지배주주의 충실의무(duty of loyalty)는 지배주주의 남용적 행위로부터 소수주주를 구제하는 수단으로서 영미와 독일 등에서 판례에 의하여 오래 전부터 인정되어 왔다. 상법 또는 회

80) 岡本智英子, “会社法制の見直しに関する要綱の概略 - 要綱に至るまでの議論とともに”, 「ビジネス&アカウンティングレビュー」 第11号, 関西学院大学専門職大学院 経営戦略研究科, 2013, 107面; 吉村龍吾·高賢一·佐藤恭子, “会社法改正の要点 第5回 多重代表訴訟”, 「I&M ニュースレター」, 2014年 6月号, Morrison & Foerster LLP, 2014, 3面.

81) 일본의 경우에는 주주총회의 절차를 거치지 않고 지배주주가 소수주주를 배척하는 방법이 검토되고 있는데, 이 경우 지배주주는 90% 넘게 보유하는 주주를 말한다(川口恭弘, “日本会社法の現代的課題”. 「일감법학」, 제21호, 건국대학교법학연구소, 2012, 262-263면). 한편, 일본 금융상품거래법상의 강제공개매수제도를 참고하여 장외시장에서 특정한 자 또는 소수의 특정한 자로부터 주식을 매수하는 경우에도 이른바 매수후 보유비율이 1/3 이상이 되는 경우에는 강제공개매수할 수 있도록 도입하자는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 지배주주에게 충실의무를 규정하고 있지 않으므로 자본시장법에 의하여 문제를 해결하는 것도 그 하나의 대안이 될 것이라고 한다(송중준, “일본 금융상품거래법상 강제공개매수제도의 제유형과 그 법적 시사점”, 「상사판례연구」 제26집 제2권, 한국상사판례학회, 2013, 175-176면).

사법상 이 제도를 도입하는 것에 대한 검토가 요구된다.

## 참고문헌

### 국내문헌

- 구승모, “상법 회사편 입법과정과 향후과제”, 「선진상사법률연구」 제55호, 법무부, 2011.
- 구회근, “이사의 제3자에 대한 손해배상책임에 관한 판례 분석 - 대법원판례를 중심으로 -”, 「저스티스」 통권 제90호, 한국법학원, 2006.
- 권재열, 전계논문(2013년 상법상 다중대표소송 도입안에 관한 비교법적 검토).
- 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 「기업법연구」 제9집, 한국기업법학회, 2002.
- 김병기, “이사의 자기거래와 개정 상법 제398조”, 「법학연구」 제37권, 한국법학회, 2010.
- 김선웅, “주주권 행사 관련 제도의 문제점과 개선방향”, 「기업지배구조연구」 제28호, 좋은기업지배구조연구소, 2008.
- 김순석, “기업지배구조 상법 개정 공청회 토론문” 「기업지배구조 상법 개정 공청회」, 법무부, 2013. 6. 14.
- 김재범, “이사의 자기거래와 회사기회유용의 제한 - 2008년 상법 개정안 검토 -”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구원, 2008.
- 김정호, “이중대표소송에 대한 연구”, 「경영법률」 제17집 제1호-上卷, 한국경영법률학회, 2006.
- 김태진, ““다중대표소송제도의 도입에 관한 쟁점사항 검토” 발제에 대한 토론문”, 「상법 개정안의 주요쟁점과 그 평가」, (사)한국경제법학회, 2013. 8. 19.
- 裴崇毅, “中國法上支配株主의 責任에 관한 研究” 고려대학교 박사학위논문, 2013.
- 법무부, 「상법 회사편 해설」, 2012.

- 손영화, “모자회사간 이해충돌행위에 대한 규제- 지배주주의 충실의무론을 중심으로-”, 「법조」 제569호, 법조협회, 2004.
- 손영화, “주주의 열람청구권에 대한 일고찰”, 「상사법연구」 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2016.
- 송옥렬, “기업집단 내부거래 및 일감몰아주기 규제의 법정책”, 「인터넷자료」.
- 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2012.
- 송종준, “일본 금융상품거래법상 강제공개매수제도의 제유형과 그 법적 시사점”, 「상사판례연구」 제26집 제2권, 한국상사판례학회, 2013.
- 신현운, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 「고시연구」, 제25권 제12호, 고시연구사, 1998.
- 양호승·안상현, “상법 개정안 입법예고”, 「Yoon & Yang LLC 법무법인 (유)화우 Legal Update」, 법무법인 (유)화우, 2013. 8.
- 유진희, “우리나라 기업지배구조 개혁의 성과와 과제”, 「상사법연구」 제20권 제2호, 한국상사법학회, 2001.
- 이철송, 「회사법강의(제24판)」, 박영사, 2016.
- 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2012.
- 임재연, “이사의 자기거래와 공정성 요건”, 「성균관법학」 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
- 임재연, 「회사법Ⅱ」, 박영사, 2012.
- 장재영, “상법 개정안 중 주요 내용”, 「Shin & Kim/법무법인 세종 Legal Update」, 법무법인 세종, 2013. 7. 25.
- 정경영, “상법(회사편)개정 공청회자료”, 2006. 7. 4.
- 정승욱, “업무집행관계자의 책임”, 「상사법연구」 제17권 제2호, 한국상사법학회, 1998.
- 정찬형, “2006년 상법(회사법)개정 주제발표(제1소위원회)”, 2006. 7. 4.
- 정찬형, 「상법강의(상)(제16판)」, 박영사, 2013.
- 천경훈, “개정상법상 자기거래 제한 규정의 해석론에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제131호, 한국법학원, 2012.
- 川口恭弘, “日本会社法の現代的課題”. 「일감법학」, 제21호, 건국대학교법학연

구소, 2012.

최준선, 「회사법(제7판)」, 삼영사, 2012.

洪濟植, “支配株主等の法的責任と監視機能(三)”, 「八戸大学紀要」 第33号, 八戸大学, 2006.

항현영, “주주대표소송 활성화를 위한 법적 과제”, 「경제민주화와 상사법의 대응과제」, (사)한국상사판례학회·(사)한국기업법학회 2013년 하계공동학술대회, 2013. 8. 20.

## 국외문헌

岡本智英子, “会社法制の見直しに関する要綱の概略 - 要綱に至るまでの議論とともに”, 「ビジネス&アカウンティングレビュー」 第11号, 関西学院大学専門職大学院 経営戦略研究科, 2013.

霍麗艷, “中国における従属会社少数株主の利益保護の方策”, 「四天王寺大学紀要」 第54号, 四天王寺大学, 2012.

霍麗艷, “中国における支配会社の責任規制”, 「四天王寺大学紀要」 第53号, 四天王寺大学, 2012.

吉村龍吾·高賢一·佐藤恭子, “会社法改正の要点 第5回 多重代表訴訟”, 「I&M ニュースレター」, 2014年 6月号, Morrison & Foerster LLP, 2014.

相澤哲 ほか, “新会社法の解説(10) 株式会社の計算等”, 「旬刊商事法務」 No. 1746, 商事法務研究会, 2005.

周莉, “大股東侵佔頑疾再起”, 「證券市場週刊」 第39期, 2012.

洪濟植, “支配株主等の法的責任と監視機能(三)”, 「八戸大学紀要」 第33号, 八戸大学, 2006.

China Securities Regulatory Commission/State Economic and Trade Commission  
Code of Corporate Governance for Listed Companies in China, January 7, 2001 (Zhengjianfa No.1 of 2002).

Carlton Inv. v. TLC Beatrice Intern. Holdings, Inc., 21 *Del. J. Corp. L.*



1084, 1996 WL 189435 (Del. Ch. 1996).

David W. Locascio, *COMMENT : The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 *NW. U. L. Rev.* 729(1989).

American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, American Law Institute, 1994.

Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, West Publishing Company, 1983.

Lawrence E. Mitchell, *The Death of Fiduciary Duty in Close Corporations*, 138 *U. PA. L. REV.* 1675, 1681-82 (1990).

[Abstract]

## Comparison of responsibility of controlling shareholders between Korea and China

Son, Young-Hoa

*Professor of Inha Lawschool*

There is no direct liability provision for the controlling shareholder in the Korean Commercial Code and the Company Act of China. In Korea, there is the liability of Person who Instructs Another Person to Conduct Business, etc. and the transactions between Directors, etc. and Company, but each has its limit to expand it's applying to the controlling shareholder. The most problematic thing is the difficulty of proof to pursue the responsibility of the controlling shareholder. For this reason, it is necessary to more fundamentally prescribe controlling shareholder's new obligation to the Commercial Code or the Company Act.

A legislative example that imposes a fiduciary duty on the controlling shareholder can be found in the United States. However, it would be difficult to include all the obligations of the controlling shareholder approved under the case law of the United States in the Code. We must continue work to specifically catch unacceptable acts as acts of controlling shareholder.

Recently, it seems that in general, the controlling shareholder controls the company and forms a business group that dominates many subsidiaries through the parent company. Therefore, it is desirable to introduce corporate group legislation and to solve the problems of controlling shareholders.

**Key words** : controlling shareholders, fiduciary duty, obligations of the controlling shareholder, parent company, corporate group