

회사의 업무집행에 대한 지배적 지위남용의 규제

A Study on the Regulation Abuse by Controlling Position to Management of Corporation

허 덕 회*
Huh, Duk-Hoi

목 차

- I. 서 론
- II. 영국 회사법상 배후이사의 의무와 책임
- III. 미국 ALI, PCG상 지배주주의 의무와 책임
- IV. 독일 주식법상 사실상 업무집행자의 책임
- V. 상법상 업무집행지시자 등의 책임과 그 개선방안
- VI. 결 론

국문초록

본 논문은 영국 회사법상의 배후이사의 의무와 책임, 미국 ALI, PCG상의 지배주주의 의무와 책임, 독일에서 논의되고 있는 사실상 기관책임을 비교법적 분석을 통하여 상법 제401조의2의 개선방안을 제시하는 것을 연구목적으로 한다. 영국 회사법은 법률상 이사에게 업무집행을 지휘 또는 지시하는 사람을 배후이사라 하고, 이사에게 일반의무를 부과하면서 판례법 원칙 또는 형평법 원리가 적용되는 범위에서 배후이사도 회사에 대하여 의무를 부담시키고 있으며, 배후이사의 지휘 또는 지시가 일반의무를 위반하거나 위반할 우려가 있

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 법학박사·건국대학교 교수

는 경우에는 책임이 발생한다고 규정하고 있다. 판례는 지배주주 내지 지배회사가 이사의 업무집행에 대하여 지휘 또는 지시를 하고 이사가 그 지시 등에 따라 통상적으로 업무를 집행하는 경우에는 배후이사에 해당한다고 판시하고 있다. 미국 ALI, PCG는 기존 판례법을 집대성하여 지배주주는 자기의 지배적 지위를 이용하여 개인의 재산상 이익을 취득하여서는 아니 되는 공정거래의무를 부담한다고 규정하여, 지배주주에게 회사 또는 소수주주의 이익을 보호하여야 하는 의무를 부과하고 있다. 지배주주가 회사에 대하여 가지고 있는 지배적인 영향력을 이용하여 자기의 재산상 이익을 도모하는 경우에는 공정거래의무의 위반이 되고 이로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 하는 책임규정도 아울러 두고 있다. 그리고 독일의 판례는 주주에 대하여 회사 또는 주주 상호간에 충실의무를 부담한다고 판시하고 있다. 이러한 주주의 의무를 전제로 하여 회사의 기관에 속하지 아니한 자가 사실상 업무를 집행한 자에 대하여 그 상응하는 책임을 인정하는 견해가 통설로 정착되고 있다.

상법은 지배주주 등의 지위남용을 방지하기 위하여 제401조의2를 도입하였으나, 주주에 대하여 회사 및 다른 주주 등의 이익을 배려하여야 하는 의무를 인정하지 않고 있다. 이러한 입법적 과오로 인하여 위 규정의 해석과 관련하여 다양한 견해대립을 유발하고 입법목적의 실현가능성을 저하시킬 뿐만 아니라 법적 안정성에 저촉되는 결과를 초래하고 있다. 그리하여 위 선진입법례와 같이 지배주주의 의무와 책임을 규정을 동시에 두는 입법이 가장 합리적이라 할 수 있지만, 제401조의2를 존치하는 경우 최소한 주주의 의무규정을 신설하는 입법은 양보될 수 없는 문제라고 본다. 이러한 입법적 보완이 이루어져야, 상법 제401조의2가 본래의 입법 목적을 달성할 수 있을 뿐만 아니라 지배주주 내지 지배회사에 대해서도 정당한 지배력행사와 부당한 지배력행사를 구분할 수 있는 예측가능성을 제공하게 되며, 지배주주 내지 지배회사의 부당한 지배력의 행사로부터 회사 또는 종속회사, 그리고 이들의 소수주주 및 채권자보호를 실현할 수 있을 것으로 본다.

주제어 : 배후이사, 이사의 일반의무, 지배주주의 공정거래의무, 사실상 업무집행자의 책임, 지배와 책임의 일치원칙, 업무집행시자, 무권대행자, 표현이사

1. 서론

주식회사에는 그 회사의 경영과 정책에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 지배주주 내지 지배회사가 존재한다. 기업집단의 지배주주 내지 지배회사는 주주로서 유한책임의 혜택을 누리면서 자기의 의사대로 이사를 임면하고 그 이사나 그룹 비서실 내지 기획조정실 등의 임의기구를 통하여 그룹 소속의 회사의 업무와 경영에 관한 정책을 독단적으로 결정하고 해당 회사의 이사회는 형식적으로 이를 추인하고 대표이사는 이를 기계적으로 집행하는 예가 빈번하게 이루어지고 있다.¹⁾ 이러한 경영방식의 문제점은 지배주주가 소규모의 출자를 하고 있으면서도 그룹총괄기구를 통해 모든 계열회사를 지배하지만, 그룹회장이라는 비법률적 직함만을 지니고 이사직을 맡지 않은 결과 권한에 상응하는 책임은 지지 않는다는 점에 있다.²⁾ 그리하여 1998년 개정상법에서는 기업경영의 투명성을 확보하고 이사의 책임을 강화하는 개정원칙에 따라 이사가 아님에도 불구하고 회사경영에 직접·간접으로 개입하는 자를 이사로 의제하여 회사 또는 제3자에 대한 책임을 부담하도록 하였다.³⁾ 이처럼 지배주주의 영향력에 의해 회사의 운영이 왜곡되는 것을 방지할 목적에서 도입된 상법 제401조의2는 주주의 의무에 관한 규정이 결여된 상태에서 입법이 이루어짐으로써 의무 없는 책임이라는 결과를 초래하였다. 이러한 입법적 과오로 인하여 위 규정의 해석과 관련하여 다양한 견해의 대립을 야기함으로써 입법 목적의 실현가능성을 저하시킬 뿐만 아니라 법적 안정성에 저촉되는 문제를 노출하고 있다.

그러나 영국의 2006년 회사법은 회사의 이사에 대하여 업무집행에 관한 지휘 또는 지시를 통상적으로 하는 사람을 배후이사(shadow director)라 규정하고, 기존 판례법 및 형평법에서 인정되는 이사의 신임의무를 이사의 일반의무라는 명칭으로 규정하여 이사의 일반의무는 이에 상응하는 판례법 원칙 및

1) 정동윤, 「회사법 제6판」, 법문사, 2000, 457면.

2) 최기원, 「신회사법론 제12대정판」, 박영사, 2005, 676면.

3) 박길준/권재열, 「주석상법 회사법(3)」, 한국사법행정학회, 2003, 293면.

형평법 원리가 적용되는 범위에서 배후이사에게 적용된다고 규정하였으며, 배후이사의 지휘 또는 지시가 이사의 일반의무를 위반하거나 위반할 우려가 있는 때에 책임이 발생한다고 규정하는 입법을 하고 있다.⁴⁾ 또한 미국의 ALI, PCG는 지배주주는 의결권 있는 주식 50% 이상을 소유하고 있거나 또는 회사의 경영 또는 정책에 지배적인 영향력을 미치고 있는 주주라 정의하고, 지배주주 내지 지배회사에 대하여 지배적 지위를 이용하여 자기의 재산상 이익을 취득하기 위한 거래 또는 행위를 하여서는 아니 되는 공정거래의무를 부과하고, 지배주주 내지 지배회사가 위 의무를 위반한 경우에는 손해배상책임을 진다고 규정하고 있다.⁵⁾ 한편 독일에서 판례는 주식회사의 다수주주는 업무집행에 대한 영향력을 행사할 수 있으므로 소수주주의 회사에 대한 이익을 해할 가능성을 가지고 있기 때문에 그 가능성에 대한 균형을 맞추기 위해서 다수주주는 소수주주의 이익을 배려하여야 하는 회사법상의 의무를 부담하며,⁶⁾ 소수주주도 다수주주와의 관계에서 충실의무를 부담한다고 판시하고 있다.⁷⁾ 학설은 주주는 회사와의 관계 및 주주 상호간의 관계에서 충실의무를 지며, 대주주는 회사 및 소수주주의 이익을 배려하여야 하는 의무를 부담한다고 해석하고 있다.⁸⁾

이와 같이 영국·미국·독일에서는 지배주주에 대하여 회사 및 다른 주주의 이익을 배려하여야 하는 법적 의무를 부여하고, 지배주주가 회사에 대한 지배력을 남용하여 회사 또는 주주에게 손해를 주는 경우에는 의무위반에 대한 책임을 부담시키고 있다. 앞에서 본 바와 같이 상법은 지배주주에 대한 의무규정을 두지 않은 상태에서 지배주주 등에게 상법 제401조의2의 책임을 인정하는 입법을 하는 바람에 그 책임에 관한 법리적 혼란을 야기하고 있다. 그리하여 본 논문은 지배주주가 자기의 지위 자체에서 가지고 있는 회사에 대

4) Companies Act 2006, 251 (1), 170 (5), 178 (1) (Bennett, et al, *Palmer's Company Law : Annotated guide to the Companies Act 2006*, Sweet & Maxwell, at 161-162, 249 (2009)) .

5) ALI, PCG, § 1.10., § 5.11., § 7.18.(The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance, Proposed Final Draft*, 1994: 이하 'ALI, PCG'라 한다).

6) BGHZ 103, 184, 195 'Linotype'.

7) BGHZ 129, 136, 142 'Girmes'.

8) Raiser/Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Aufl., München 2010, S. 74.

한 지배력을 남용한 경우 그에 상응하는 책임을 인정하고 있는 외국 입법례를 비교법적 고찰방법을 통하여 상법 제401조의2의 개선방안을 제시하는 것을 연구목적으로 한다.

II. 영국 회사법상 배후이사의 의무와 책임

1. 배후이사의 개념과 범위

영국의 2006년 회사법(Companies Act 2006)은 이사의 유형으로 법률상 이사, 사실상 이사, 배후이사로 나누어 규정하고 있다. 법률상 이사(director in the acts)란 그 명칭 여하를 불문하고 이사의 지위에 있는 자를 포함한다고 규정하여 이사의 개념에 관한 실질주의를 취하고 있다(제250조). 사실상 이사(de facto director)란 ① 선임행위에 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 말하고, 이러한 사실상 이사가 이사로서 집행한 행위는 유효하다고 규정하고 있다(제161조). 회사법에서 배후이사(shadow director in the company acts)라 함은 회사와의 관계에서 그 자의 지휘(directions) 또는 지시(instructions)에 따라 회사의 이사에게 통상적(accustomed)으로 행위를 하도록 하는 사람(a person)이라 정의한다(제251조 제1항).⁹⁾ 다만, 이사에 대해 전문가로서 자문(advice)을 하는 자는 배후이사로 보지 않는다(제251조 제2항). 그리고 법인(a body corporate)은 ① 이사의 일반적 의무, ② 사원의 승인을 요하는 회사와의 거래, ③ 이사를 겸하고 있는 사원의 1인회사와 거래에 관한 규정 등을 적용하는 경우에 한하여 종속회사의 이사가 그 법인의 지휘 또는 지시에 따라 행동한다는 이유

9) 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.

만으로 그 법인을 종속회사의 배후이사로 보지 않는다고 규정한다(제251조 제2항, 제3항). 그러나 지배회사는 위의 경우를 제외하고 다른 회사법 규정을 적용함에 있어 종속회사에 이사에게 통상적인 지휘 또는 지시를 행하는 경우에는 그 회사의 배후이사로 취급된다.¹⁰⁾

2. 배후이사의 의무

가. 이사의 일반의무

영국의 2006년 회사법은 전통적인 판례법 및 형평법에서 인정하는 이사의 회사에 대한 신임의무(fiduciary duties)를 이사의 일반의무(general duties)라는 명칭으로 변경하여 다음과 같이 규정하고 있다. 회사법 제170조는 일반의무의 범위와 성질에 관하여, 이사는 회사에 대하여 제171조 내지 제177조에서 정하고 있는 일반의무를 부담한다(제1항).¹¹⁾ 그리고 퇴임한 이사(a former director)는 재임 시에 알게 된 재산, 정보 또는 기회의 유용에 관한 제175조의 의무 및 제3자로부터 이익을 수령하여서는 아니 되는 의무를 부담한다(제2항). 이러한 일반의무는 회사와 이사의 관계에 적용되는 것으로서 판례법 원칙 및 형평법 원리에 기초한 것이므로 이사가 회사에 대하여 부담하는 의무에 관하여 해당 판례법 원칙 및 형평법 원리에 갈음하는 효력을 가진다(제3항). 또한 일반의무에 대해서는 판례법 원칙 및 형평법 원리와 동일한 방법으로 해석하고 적용하여야 한다. 일반의무의 해석과 적용에 있어 이에 상응하는 판례법 원칙 및 형평법 원리를 참조하여야 한다(제4항). 이사의 일반의무는 이에 상응하는 판례법 원칙 및 형평법 원리가 배후이사에게 적용되는 경우에 그 범위에서 배후이사에게도 적용된다고 규정하고 있다(제5항).¹²⁾

10) Bennett, supra note(4), at 161, 162, 249.

11) Companies Act 2006, 170. (1) The general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company. 영국 회사법상 이사의 일반 의무에 관한 국내 문헌으로는, 오성근, “영국의 회사법제상 이사의 의무 및 입법적 효용성,” 「상사법 연구」, 제27권 제3호, 한국상사법학회, 2008, 42면 이하 참조.

12) Companies Act of 2006, 170. Scope and nature of general duties (5) The general duties

이사의 일반의무는 ① 권한 범위 내에서 행위를 하여야 하는 의무(duty to act within powers, 제171조),¹³⁾ ② 회사의 성공을 촉진하여야 하는 의무(duty to promote the success of the company, 제172조),¹⁴⁾ ③ 독립적으로 판단하여야 하는 의무(duty to exercise independent judgement, 제173조),¹⁵⁾ ④ 합리적인 주의, 능숙한 기량 및 근면으로 직무를 집행하여야 하는 의무(duty to exercise reasonable care, skill and diligence, 제174조),¹⁶⁾ ⑤ 이익충돌회피의무(duty to avoid conflicts of interest, 제175조),¹⁷⁾ ⑥ 제3자로부터

apply to shadow directors where, and to the extent that, corresponding common law rules or equitable principles so apply.

- 13) 회사의 이사는 정관(constitution)에 따라 행위를 하여야 한다. 해당 권한을 부여한 목적을 위하여야 행사하여야 할 의무를 진다고 규정한다(제171조 a, b).
- 14) 회사의 이사는 사원 전체의 이익(the benefit of its members as a whole)을 위하여 회사의 성공을 촉진할 가능성의 최대화(most likely to promote the success of the company)를 달성할 수 있는 방법으로 성실하게(in good faith) 행위를 하여야 한다. 이사가 행위를 함에 있어서 ① 의사결정으로 인하여 발생할 수 있는 장기적인 결과, ② 종업원의 이익, ③ 공급업자, 고객 기타의 자와 회사와의 사실상 관계의 발전을 촉진할 가능성, ④ 회사의 사업의 지역사회 및 환경에 미치는 영향, ⑤ 회사의 사업활동에 관한 높은 명성을 유지함에 있어 그 유용성, ⑥ 사원상호간의 공정한 행위의 필요성 등을 반드시 고려하여야 한다고 규정한다(제172조 제1항). 회사의 목적이 사원의 이익 이외 목적으로부터 달성될 때 또는 사원의 이익 이외의 목적을 포함하고 있는 경우에 한하여, 제1항은 사원의 이익을 위하여 회사의 성공을 촉진한다는 것은 해당 목적을 달성하는 범위에서 그 효력을 가진다(제172조 제2항). 회사성공촉진의무는 이사에 대하여 일정한 상황에서 회사채권자의 이익(the interest of creditors of the company)을 고려하여야 하고, 또는 회사채권자의 이익을 위하여 행위를 하도록 요구하고 있는 법률(enactment) 또는 판례법 원칙을 따른다는 조건하에서 효력을 가진다(제172조 제3항).
- 15) 회사의 이사는 독립적인 판단을 하여야 한다. 다만, 이사가 장래의 재량권(discretion)의 행사를 제한하는 회사와의 합의(agreement)에 따라서 행위를 하거나, 또는 회사의 정관에서 인정하는 방법으로 행위를 하는 경우에는 위 의무를 위반한 것은 아니라고 규정한다(제173조 제1항, 제2항).
- 16) 회사의 이사는 능숙한 기량 및 근면하게 합리적인 주의를 기울여야 한다. 여기서 합리적인 주의, 능숙한 기량 및 근면이란 ① 회사에 대한 관계에서 해당 이사가 직무를 수행함에 있어 합리적으로 기대할 수 있는 일반적인 지식, 기량 및 경험, ② 해당 이사 자신이 가지고 있는 일반적인 지식, 기량 및 경험을 갖추어 합리적인 주의력을 가지고 있는 자가 기울였어야 하는 주의, 기량 및 근면을 의미한다(제174조 제1항, 제2항).
- 17) 회사의 이사는 자기의 이익과 회사의 이익이 충돌하거나 또는 충돌할 우려가 있는 사항과 관련하여 직·간접적으로 이해관계를 가지고 있거나 또는 가질 우려가 있는 상황을 회피하여야 하는 의무가 있다(제175조 제1항). 제1항은 모든 회사의 재산, 정보 또는 기회에 적용된다. 여기서 회사가 해당 재산, 정보 또는 기회를 이용할 수 있는지 여부는 문제되지 않는다(제175조 제2항). 위 의무는 회사와의 거래 또는 약정(transaction or arrangement)과 관

이익을 받아서는 아니 되는 의무(duty not to accept benefits from third parties, 제176조),¹⁸⁾ ⑦ 거래 또는 약정에 관한 이해관계를 신고할 의무(duty to declare interest in proposed transaction or arrangement, 제177조)로 구성되어 있다.¹⁹⁾ 위 이사의 의무 중 회사의 성공을 촉진하여야 할 의무는 기존의 판례법리를 대폭 변경한 내용이다. 이 의무는 이사에게 주주의 가치를 고려하여야 하는 의무를 강화한 것으로서 이사가 추구하여야 하는 경영목적을 제시하고 있는 규정이라 평가되고 있다.²⁰⁾

런하여 발생하는 이익충돌에 대해서는 적용되지 않는다(제175조 제3항). 해당 사항이 합리적으로 보아 이익충돌의 가능성이 없는 경우이거나 이사의 승인(authorised by directors)을 받은 경우는 제1항에 위반하는 것은 아니다(제175조 제4항). 이사가 승인을 할 때 회사가 사회사(private company)인 경우 그 회사의 정관에 해당 승인을 무효로 한다는 규정이 없는 때에는 해당 사항이 이사에게 제안하고 그들의 승인을 얻는 방법으로 한다. 공개회사(public company)인 경우 그 회사의 정관에 이사에 대하여 해당 사항의 승인권을 부여하고 있는 때에는 해당 사항은 정관에 따라 이사에 대해 제한하고 승인을 얻는 방법으로 한다(제175조 제5항). 전항의 승인은 해당 사항에 관한 검토를 하는 회의체에서 정족수에 관한 모든 요건은 해당 이사 또는 모든 이해관계를 가지는 이사를 제외하고 충족되어야 한다. 해당 사항은 이해관계에 있는 이사의 의결권을 제외하고 현실적으로 합의되어야 한다(제175조 제6항). 이 규정에서 이익충돌은 이익과 의무의 충돌 및 의무간의 충돌을 포함한다(제176조 제7항).

- 18) 회사의 이사는 재임 중 또는 이사로서 어떠한 행위와 관련하여 제3자로부터 이익을 받아서는 아니 된다(제176조 제1항). 여기서 제3자란 회사, 회사의 관계법인(associated body corporate) 또는 회사 및 그 관계법인을 위하여 행위하는 모든 자를 의미한다(제176조 제2항). 이사가 회사의 직무를 수행하는 자로부터 받은 이익은 제3자로부터 받은 이익으로 보지 않는다(제176조 제3항). 또한 이익의 수령이 합리적으로 이익충돌 가능성이 없는 경우는 제1항의 의무위반은 아니다(제176조 제4항). 이 규정에서 이익충돌은 이익과 의무의 충돌 및 의무간의 충돌을 포함한다(제176조 제5항).
- 19) 회사의 이사는 어떠한 방법으로도 회사와의 거래 또는 약정의 계획에 대하여 직·간접적으로 이해관계를 가지는 경우는 해당 이사는 다른 모든 이사에 대하여 해당 이해관계의 성질(nature) 및 정도(extent)를 신고하여야 한다(제177조 제1항). 전항의 신고는 이사회에 대한 신고, 서면통지 또는 포괄적인 통지의 방법으로 할 수 있다(제177조 제2항). 이 규정에 근거한 이해관계의 신고가 부정확 또는 불완전한 경우 추가로 신고하여야 한다(제177조 제3항). 이 규정에서 요구하는 신고는 회사가 거래 또는 약정을 실행하기 전(前)에 이루어져야 한다(제177조 제4항). 그러나 이사가 이해관계를 인식하지 못하거나 이사가 해당 거래 또는 약정 자체를 인식하지 못하는 경우에는 이해관계의 신고를 요하지 않는다(제177조 제5항). 그리고 해당 이해관계가 합리적으로 이익충돌의 가능성이 없는 경우, 다른 이사 전부가 해당 이해관계를 알고 있거나 또는 해당 이해관계가 이사회 또는 정관의 규정에 따라 설치된 위원회에 검토된 바 있는 해당 이사의 임명계약과 관련한 사항은 신고를 요하지 않는다(제177조 제6항).

20) Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (DTI), Explanatory Notes to

나. 일반의무의 배후이사에 대한 적용여부

(1) 회사법 규정 및 판례의 태도

2006년 회사법 제170조 제5항은 “이사의 일반의무는 이에 상응하는 판례법 원칙 및 형평법 원리가 적용되는 경우에는 그 범위 내에서 배후이사에게 적용된다.”고 규정하고 있다.²¹⁾ 이 규정은 판례법 국가의 전통에 따라 법률상 이사가 부담하는 신임의무가 그대로 배후이사에게 적용되는지 여부 또는 이를 긍정하는 경우 어떤 내용의 의무를 부담하는지에 대해서는 여전히 판례법에 맡기는 입법을 하고 있다.²²⁾ 판례법은 회사에 대한 이사의 신임의무(fiduciary duty)가 배후이사에게도 인정될 수 있는지 여부에 대하여 법원은 1985년 회사법의 배후이사의 책임과 관련한 Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp of Liberia 판결에서 별다른 판시이유 없이 배후이사는 회사에 대하여 신임의무를 부담한다고 판시한 바 있다.²³⁾

그러나 2006년 회사법성립 직전의 Ultraframe (UK) Ltd v Fielding 사건에서 법원은 배후이사와 관련하여 다음과 같이 상세하게 판시하고 있다.²⁴⁾ 즉, ① 법률상 이사는 회사에 대하여 신임의무를 진다. 단순히 이사의 직무를 이유로 수탁자로 보는 것이 아니라, Re Lands Allotment Company [1894] 1 Ch 616 판결에서 판시한 바와 같이 회사자산을 현실적으로 지배하고 있는 지위에 있다는 점에서 자산수탁자와 유사한 지위가 인정된다, ② 사실상 이사는 적법한 이사는 아니지만 이사로서 직무를 수행하고 있다는 점에서 회사에 대하여 이사로서의 의무를 진다, ③ 배후이사는 회사의 이사회를 구성하는 과반수 이사가 자기의 지휘 또는 지시에 따라 통상적으로 행위를 하도록 하는 자

the Companies Act 2006, para 306, 325.

21) 1985년 회사법상 배후이사에 관해서는 이종기, “영국법상의 그림자 이사(shadow director)와 법인이사(corporate director) - 재벌의 규제에 어떻게 이용될 수 있는가?,” 「상사법연구」, 제15권 제1호, 한국상사법학회, 1996, 262면 이하 참조.

22) Bennett, supra note (4), at 179.

23) Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corp of Liberia and Others [1998] 2 BCLC 485, at 502.

24) Ultraframe (UK) Ltd v. Fielding [2005] EWHC 1638, at 1279 (Ch).

를 말한다. 배후이사로 주장되는 자가 회사채권자인 경우에는 그 채권자는 반드시 배후이사로 인정되는 것은 아니다. 그 이유는 채권자는 스스로 자기의 이익을 보호할 자격을 가지고 있기 때문이다. ④ 회사의 이사를 통상적으로 행위를 하도록 한다는 요건에서 회사의 이사란 회사의 이사 수인 또는 이사의 과반수를 뜻하고, 배후이사에 관한 1985년 회사법의 취지는 회사의 활동을 사실상 지배하는 자는 법률상 이사와 동일하게 제정법상의 책임 및 법적 제한을 부여하는 데에 있다. 법률상 이사가 업무를 담당하지 않거나(non executive) 또는 이사로서 행위를 하지 않는 경우에도 제정법상의 책임 및 제한은 동일하게 적용된다. 현실적으로 배후이사라고 주장되는 자가 회사의 활동을 지배하고 있는 경우 이사로서 활동하지 않는 이사가 그 자의 지시에 따라 행위를 하지 않았다는 사실만으로 배후이사로 인정되는 것을 방해하지 않는다. ⑤ 이사의 통상적인 행위는 배후이사의 지휘 또는 지시에 따라 이루어지는 행위로 한정되고 소급효는 인정되지 않는다. ⑥ 배후이사의 제정법상의 정의는 회사에 관한 입법을 통하여 구체적인 목적을 정하고 있다. 즉, 법률은 회사와 이사 간의 거래, 개시의무 및 부당거래의 책임 또는 이사자격박탈명령 등을 포함하고 있다. 1985년 회사법 등에는 배후이사가 회사에 대하여 법률상 또는 사실상 이사와 동일하게 의무를 진다는 규정은 없다. 그리고 배후이사는 회사로부터 일정한 행위를 하도록 수권을 받았거나 또는 합의한 바가 없다. 배후이사는 회사에 대하여 신임의무를 부담하는 이사가 그 자의 지휘 또는 지시에 따르고 있다는 점이 통상적으로 명백할 때까지는 배후이사의 개념에 포함하지 않는다. 그러므로 배후이사는 이 때까지는 회사에 대하여 신임의무를 부담하지 않는다. 다만, 회사는 배후이사가 이사의 신임의무의 위반에 불성실하게 가담하거나 또는 회사재산을 고의로 수령하는 경우에 한하여 형평법에 근거하여 그 손해배상을 청구할 권리를 가진다고 밝히고 있다.²⁵⁾

(2) 학설의 견해

학설은 *Ultraframe v. Fielding* 사건에 대하여 위 판결은 회사의 경영전략의

25) *Ibid.*, at para 1279, 1602-1629 et seq.

배후의 중심에 있는 주도자가 중요 사항에 대하여 이사회에 지시하여 의사결정이 이루어지는데 그 주도자에 대하여 책임을 배제하는 수단을 제공하는 결과를 가져온다. 이사회에 의무를 부여하는 입법목적은 이사회가 가지고 있는 광범위한 재량을 억제하는 데에 있으므로 이사의 일반 의무에 상응하는 판례법 원칙이 그 재량행사에 관련되어 있는 모든 자에게 미치지 않는다는 판단은 매우 부적절하다고 비판하는 견해가 유력하다.²⁶⁾ 이사의 일반 의무 중에서 권한 범위 내에서 행위를 하여야 하는 의무와 독립적으로 판단하여야 하는 의무는 그 성격상 배후이사에 인정하기에는 적절하지 않으나, 나머지 의무는 배후이사에 대해서도 적용되어야 한다. 그리고 배후이사는 모든 신임의무를 부담하지 않는다는 판례의 태도는 2006년 회사법 성립 전의 사건이므로 이에 관한 판례법의 태도를 지켜볼 필요가 있다는 견해를 제시하고 있다.²⁷⁾ 그러나 위 사건에서 법원은 법은 배후이사에 대하여 법률상 또는 사실상 이사가 부담하는 신임의무와 동일한 의무를 부담하지 않는다고 판단하였고, 이에 따라 배후이사는 모든 신임의무를 부담하는 것은 아니라고 판시하고 있다. 문제된 사안에서는 형평법이 인정하고 있는 타인의 재산을 관리하는 자에 대한 신임의무가 있는 경우, 당사자 간에 신탁 또는 신용관계가 존재하는 경우에만 배후이사는 신임의무를 진다고 보아야 한다. 회사의 자산을 직접 관리하지 아니하는 배후이사가 자기의 이익을 위하여 하는 행동을 탓할 수 없다는 면에서 법률상 이사와 같이 일반적인 신임의무를 진다고 볼 수 없다는 입장에서 위 판례의 태도를 지지하는 견해도 있다.²⁸⁾

2006년 회사법 제170조 제5항, 판례법 및 학설은 이사가 부담하는 신임의무는 배후이사에게도 적용된다는 점에서는 일치하고 있다. 다만 배후이사가 부담하는 신임의무의 범위에 대해서만 견해를 달리하고 있다. 그리고 회사와의 관계에서 존재하지 않은 배후이사는 법률상 이사에 대한 경영지휘 등을 통하

26) Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, at 484, (2009).

27) Prentice and Payne, *Director's Fiduciary Duties*, 122 *Law Quarterly Review*, at 561-563 (2006).

28) Hanningan and Prentice edited, *Hanningan : The Companies Act 2006 - A Commentary*, LexisNexis Butterworths, at 29 (2007).

여 회사의 업무집행에 관여하였다는 사실에서 회사에 대하여 신임의무를 진다는 법적 근거를 찾고 있다는 면에서 이론적 가치가 있다고 본다.

2. 배후이사의 책임

가. 책임의 근거

(1) 회사법규정 및 판례의 태도

2006년 회사법은 “제171조 내지 제177조의 이사의 의무에 위반하거나 위반할 우려가 있는 경우의 효과는 이에 상응하는 판례법 원칙 또는 형평법 원칙이 적용되는 경우와 동일하다.”고 규정하고 있다(제178조 제1항).²⁹⁾ 회사법은 배후이사가 회사에 대하여 책임을 지는 근거는 이사가 부담하는 일반의무의 위반 내지 그 위반의 우려에 있다는 점을 명백히 하고 있다. 그리고 판례법은 Re Unisoft Group Ltd (No 3) 사건에서 법원은 “이사회가 1인 이사로 구성되어 있는 경우 그 이사의 행동이 배후자에 의해서 지배되고 있거나 또는 복수의 이사로 이사회가 구성되어 있는 경우에는 이사회 전원 또는 적어도 과반수의 이사가 배후자의 지시에 따라 통상적으로 행동하는 때에는 그 배후에 있는 자는 배후이사에 해당한다. 배후이사에 관한 규정은 이사의 행위가 일회적일 때에는 적용되지 않고 그 행위는 배후이사의 지휘 또는 지시에 따라 계속적으로 이루어져야 한다.”고 판시하였다.³⁰⁾ 또한, Secretary of State for Trade and Industry v Deverell 사건에서 법원은 “배후이사의 특징은 적법하게 이사로 선임되지 않은 자가 회사의 지배구조(corporate governance)에 대하여 실질적인 영향력을 행사하는 데에 있으며, 그 영향력은 질적·양적인 면에서 회사의 경영에 대하여 제정법상 이사의 권한을 벗어나는 정도를 의미하고, 배후이사의 지휘 또는 지시는 해당 회사의 경영 전반에 미칠 필요는 없지만

29) Companies Act of 2006, 178. Civil consequence of breach of general duties (1) The consequence of breach(or threatened breach) of section 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.

30) Re Unisoft Group Ltd (No 3) [1994] BCLC 609, at 620 et seq.

이사회가 그 지휘 또는 지시에 따라서 통상적으로 행동할 수 있는 잠재성을 가지고 있으면 된다.”고 판시하고 있다.³¹⁾

한편 지배회사가 종속회사의 배후이사로서 책임을 지는지 여부에 관하여, Re Hydrodam (Corby) Ltd 사건에서 법원은 “이사는 법률상 이사, 사실상 이사 및 배후이사로 나눌 수 있다. 법률상 이사는 그 직무에 유효하게 임명된 자를 말하고, 사실상 이사는 유효하게 선임되지 않았거나 또는 회사가 선임절차 없이 이사로서 행위를 하도록 허용된 자를 말하며, 배후이사는 회사법상 이사의 정의의 개념에 포함되어 있는 자를 말한다. 그러므로 배후이사는 회사의 이사가 아닌 제3자로서 배후에 숨어 있는 자이다. 피고회사가 어떤 회사를 배후이사라고 주장하기 위해서는 ① 그 회사가 해당 회사의 법률상 또는 사실상 이사의 지위에 있지 않다는 점, ② 그 회사가 해당 회사의 이사를 지휘하고 있다는 점, ③ 해당 회사의 이사는 그 회사의 지휘에 따라 행동하였다는 점, ④ 그 회사의 지휘와 해당 회사의 이사의 행동이 계속적으로 이루어지고 있다는 점 등이 입증되어야 한다. 위 요건을 충족한 경우 모회사는 자회사의 배후이사로 인정된다. 즉, 모회사의 이사가 자회사의 이사회 내지 기관을 결정하고, 이러한 결정은 자회사의 이사에 대한 지휘 또는 지시에 해당하며, 자회사의 이사가 그 지휘 또는 지시에 따라 계속적으로 행동하는 경우에는 모회사는 자회사의 배후이사에 해당된다.”고 판시하였다.³²⁾

위와 같이 판례법은 배후이사는 이사회를 지배하는 지배자를 의미하고, 배후이사의 책임의 근거는 이사회를 업무집행을 지배하고 있었다는 사실과 그 지휘 또는 지시가 이사의 의무위반행위에 해당된다는 점에 근거하고 있다.³³⁾

31) Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2001] Ch 340, at 354-359.

32) Re Hydrodam (Corby) Ltd [1994] 2 BCLC 180, at 182, 183. 위 판례를 따르고 있는 판례로는 Re Kaytec International plc, Secretary of State for Trade and Industry v Kaczer [1999] 2 BCLC 351, at 424 ; Secretary of State for Trade and Industry v Becker [2003] 1 BCLC 555, at 573. 등

33) Re PFTZM Ltd (in liquidation), Jourdain and Ors v Paul 사건에서도 배후이사는 회사의 경영을 지배하는 자이고, 그 책임은 회사를 지배하고 있다는 지배적 요소에서 찾고 있다는 점에서 Unisoft Group Ltd 사건과 동일한 입장을 취하고 있다([1995] BCC 280, at 290 et seq).

(2) 학설의 견해

학설은 배후이사는 이사회의 업무집행에 대하여 영향력을 미치고 있는 자이고, 그 영향력이 회사의 영업 전반에 미쳐야 하는 것은 아니며, 그 영향력에 따라 이사회가 계속적으로 결정하고 있으면 충분하다고 설명하고,³⁴⁾ 배후이사의 규정은 이사회의 의사결정 중 특정한 의사결정에 대하여 계속적인 영향을 미치고 있는 자를 규제하기 위한 제도라 해석하기도 하며,³⁵⁾ 이사회의 경영에 관한 의사결정의 상당 부분이 스스로 의사결정의 권한을 행사하는 것이 아니라 이사회 구성원이 아닌 자의 지휘 또는 지시에 따라 통상적으로 이루어지고 있는 경우 그 자는 배후이사에 해당하며, 따라서 배후이사는 경영에 관한 이사회의 의사결정을 지배하는 자라 할 수 있다고 풀이하기도 한다.³⁶⁾ 그리고 어떤 자가 회사의 지배를 시도하면서 적법하게 임명된 이사에 대하여 지휘 또는 지시를 하고, 이에 기초하여 이사가 행동하는 경우는 그 자가 적법한 이사인지 여부에 관계없이 이사회를 지배하는 자는 그 지배에 수반하는 책임을 져야 한다. 따라서 배후이사는 회사의 경영을 지배하는 자이고, 배후이사 제도는 지배와 책임을 일치시키기 위한 제도라 설명한다.³⁷⁾

그리고 학설은 지배회사를 종속회사의 배후이사로서의 책임을 인정하는 근거에 대하여 지배회사가 종속회사의 이사회에 인정되는 자주성을 지배하는 경우에 지배회사는 종속회사의 배후이사로 인정되고, 종속회사의 자주성의 지배는 지배회사가 종속회사의 이사회의 의사결정에 대하여 계속적인 영향력을 미치는 것을 의미하는 것이고,³⁸⁾ 또 지배회사가 종속회사의 경영방침을 지배하는 기업집단에서 지배회사의 영향력이 종속회사의 업무에 현실적으로 미치고 있는 경우에는 지배회사는 종속회사의 배후이사로 인정된다고 하며,³⁹⁾ 그 지배의 정도는 종속회사의 이사회가 지배회사의 지휘 또는 지시에 따라 이루어지는 정도에 이르면 된다고 한다.⁴⁰⁾ 또한 은행이 회사의 배후이사의 지위

34) Bennett, *supra* note (4), at 191.

35) Davies, *supra* note (26), at 219.

36) Pennington, *Company Law*, Butterworths, at 647 (2001).

37) Financial Law Panel, *Shadow Directorships*, Financial Law Panel Limited (1994).

38) Davies, *supra* note (26), at 219.

39) Bennett, *supra* note (4), at 191.

에 있다고 볼 수 있는지에 대하여 회사는 은행이 제시하는 경영에 대한 제한을 수용할 것인지를 결정할 권한을 가지고 있으므로, 은행도 자신의 채권을 보호하기 위한 조치를 강구할 수 있어야 하는 점에서 은행을 배후이사로 볼 수 없으며,⁴¹⁾ 회사가 지급불능상태에 있는 경우에는 은행의 감시와 지원은 회사의 회생에 매우 중요한 요소이므로 은행을 배후이사로 볼 수 없다고 해석한다.⁴²⁾

이처럼 학설은 배후이사의 책임은 배후이사가 이사의 임무해태에 가담하였다는 이유로 인정되는 것이 아니라, 지배와 책임의 원칙에 입각하여 회사의 경영에 대한 지휘 또는 지시 자체의 불합리성이나 부당성에 근거하여 회사경영의 담당자로서 책임을 진다고 해석하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.⁴³⁾

III. 미국 ALI, PCG상 지배주주의 의무와 책임

1. 지배주주의 개념

미국법률협회의 회사지배구조원칙은 '지배주주'를 1인 또는 수인이 의결권 있는 주식 50% 이상을 보유하고 있는 경우, 회사의 경영 또는 정책(management or policies of the corporation)에 대하여 지배적인 영향력(controlling influence)을 미치고 있거나 또는 주주라는 개인적 지위에서 문제된 거래 내지 행위에 대하여 지배적인 영향력을 미치고 있는 주주라 정의한다. 그리고 1인 또는 수인이 의결권 있는 주식 25% 이상을 소유하고 있는 주주는 그 회사의 경영과 정책에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 것으로 추정한다고 규정한다.⁴⁴⁾ 이와 같이 ALI, PCG는 지배주주의 개념을 회사의 경영 또는 정책에

40) Hannigan, *supra* note (28), at 142.

41) Davies, *supra* note (26), at 219.

42) Bennett, *supra* note (4) at 192.

43) Financial Law Panel, *Shadow Directorships, Introduction*, at 5.

44) § 1.10. *Controlling Shareholder*

(a) A "controlling shareholder" means a person who, either alone or pursuant to an

대한 지배적인 영향력을 미치고 있다는 사실에 기초하여 정의하고 있다.

2. 지배주주의 의무

ALI, PCG는 ① 지배주주가 회사와 거래를 하는 경우, ② 지배주주가 회사 재산을 이용하거나 중요한 미공개회사정보를 이용하여 주식을 양도하는 경우 또는 회사에 대한 지배적 지위(controlling position)를 이용하는 경우, ③ 지배주주가 회사기회를 취득하는 경우, ④ 지배주주가 이해관계인을 위하여 행위를 하는 경우 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.⁴⁵⁾ 이러한 공정거래의무는 지배주주가 자기의 재산상 이익을 증대시키기 위하여 지배적 지위, 회사재산 및 미공개정보의 이용을 규제하고 있는 기존 판례의 입장을 반영하고 있는 의무이다.⁴⁶⁾ 공정거래의무를 부담하는 자는 자연인 지배주주와 지배종속관계에 있는 지배회사를 포함하며, 위 의무는 지배주주가 개인적 이익을 위하여

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 or a corporation; or

(2) Otherwise exercises a controlling influence over the management or policies of the corporation or 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 the corporation, ...

45) ALI, PCG, § 5.01. (*Duty of fair dealing of Directors, Senior Executives, and Controlling Shareholders*), § 5.10. (*Transactions by a Controlling Shareholder with the corporation*), § 5.11. (*Use by a Controlling Shareholder of Corporate Property, Material Non-Public Corporate Information, or Corporate Position*), § 5.12. (*Taking of Corporate Opportunities by a Controlling Shareholder*), § 5.13. (*Conduct on Behalf of Associates of a Controlling Shareholder*).

46) 지배주주의 공정거래의무에 반영된 주요 판례로는, *Jones v. H. F. Ahmanson & Co.*, 1 Cal. 3d 93, 81 Cal. Rptr. 592, 460 P.2d 464 (1969) ; *United States v. Byrum*, 408 U.S. 125 (1972) ; *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717 (Del. 1971) ; *Smith v. Tele-Communication, Inc.*, 134 App. 3d 338, 184 Cal. Rptr. 571 (1982).

종속회사의 재산 또는 종업원 등을 이용하는 경우에도 적용된다.⁴⁷⁾ 그리하여 지배주주 내지 지배회사는 그 회사 및 종속회사에 대하여 지배적 지위를 이용하여 자기의 재산상 이익을 취득하기 위한 거래 또는 행위를 하여서는 아니 되는 공정거래의무(판례상 충실의무)를 부담한다.⁴⁸⁾ 기존 판례법은 지배회사가 종속회사의 비용으로 조세상의 이익을 취득하는 경우, 지배회사가 종속회사의 배당정책에 영향력을 행사하여 재산상 이익을 취득하는 경우, 지배회사가 종속회사로 하여금 일정한 사업을 영위하지 못하도록 영향력을 행사하는 경우, 지배회사가 다른 주주를 배제시키면서 종속회사의 재산의 매각으로부터 자기의 이익을 취득하는 경우 등은 전형적인 지배적 지위의 남용으로서 충실의무위반에 해당된다는 태도를 취하고 있다.⁴⁹⁾

ALI, PCG도 판례법 태도와 동일하게 지배주주의 전형적인 지배적 지위남용의 유형으로 ① 지배주주가 조세상의 이익을 얻기 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우, ② 지배주주가 회사의 배당정책에 영향을 미치기 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우, ③ 지배주주가 자기의 이익을 증대시킬 목적으로 회사로 하여금 특정한 행위를 제한하는 방법으로 그 회사를 배제시키는 데에 지배적 지위를 이용하는 경우, ④ 지배주주가 유사한 입장에 있는 다른 주주를 배제한 채 회사의 특정재산의 매각을 통해서 자기의 이익을 증대시키기 위하여 지배적 지위를 이용하는 경우 등이라 밝히고 있다.⁵⁰⁾ 그리고 위 원칙

47) ALI, PCG, § 5.11. Comment: *a. Comparison with existing law*, at 449.

48) § 5.11. *Use by a Controlling Shareholder of Corporate Position*

(a) *General Rule*. A controlling shareholder may not use its controlling position to secure a pecuniary benefit, unless: (2) Any resulting benefit to the controlling shareholder is derived only from the use of controlling position and is not unfair to other shareholders, and the use is not otherwise unlawful.

49) See, e.g., *Jones v. H. F. Ahmanson & Co.*, 1 Cal. 3d 93, 81 Cal. Rptr. 592, 460 P.2d 464 (1969) ; *Moskowitz v. Bantrell*, 41 De.. Ch. 177, 190 A.2d 749 (1963) ; *Mayerson v. El Paso Natural Gas Co.*, 246 A.2d 789 (Del. Ch. 1967) ; *Trans World Airlines, Inc., v. Summa Corp.*, 374 A.2d 5 (Del. Ch. 1977).

50) ALI, PCG, § 5.11, Comment : *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*. (c) *Use of controlling position to preclude the corporation in a certain activity in order to secure a benefit engaging for the controlling shareholder*. (d) *Use of controlling position to obtain the profit from sale of particular*

은 ① 지배주주가 결정한 회사의 납세방침이 회사에 손해를 주는 경우, ② 지배주주가 결정한 배당정책으로 인하여 다른 주주가 지배주주와 동일한 가치에 해당하는 이익을 받을 수 없는 경우, ③ 지배주주는 회사에 대하여 경영금지 의무를 부담하지 않으나 자기의 지위를 이용하여 지배주주에 대한 회사의 경영을 방해하는 경우, ④ 지배주주가 회사의 특정재산의 매각을 결정하면서 다른 주주의 비례적 이익을 제한하면서 자기의 이익을 취득하는 경우에는 공정거래의무의 위반에 해당한다고 설명하고 있다.⁵¹⁾

3. 지배주주의 책임

ALI, PCG는 지배주주가 공정거래의무 내지 충실의무를 위한 경우에 그 위반으로 인하여 발생한 손해는 공평한 원상회복(equitable restitution)의 원칙에 입각하여 지배주주는 회사 또는 주주에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정한다.⁵²⁾ 원고가 회사 및 주주에게 발생한 손해는 의무를 이행함에 있어 손해의 원인을 실질적으로 회피할 수 있었다는 점, 보통 신중한 사람이 피고와 동일한 지위 및 유사한 상황에서 손해의 발생가능성을 충분히 예견할 수 있었다는 사실을 입증한 경우에는 부작위도 공정거래의무위반을 구성하고 손해배상책임의 법적 원인이 된다. 피고의 회사에 손해가 발생된 원인이 타인의 개인적인 작위 또는 부작위로 인한 것이라는 무책임의 항변은 허용되지 않는다.⁵³⁾

corporate property to the exclusion of other shareholders similarly situated.

51) Ibid., at 458, 459, 460, 461, 462.

52) ALI, PCG, § 7.18. Recovery Resulting from a Breach of Duty : General Rules (a) a defendant who violates the duty of fair dealings is subject to the liability for the losses to the corporation, to its shareholders of which the violation is a legal cause, and in the case of a violation of the standards set forth duty of fair dealings, for any additional gains derived by the defendant or an associate to the extent necessary to make equitable restitution.

53) ALI, PCG, § 7.18. (b) An Omission that constitutes a violation of the duty of fair dealings is the legal cause of loss if the plaintiff proves that ① the performance of the duty would have been a substantial factor in averting the loss, and ② the likelihood of injury would have been foreseeable to an ordinarily prudent person in like position to

원고는 인과관계 및 손해액(causation and the amount of damages), 그리고 지배주주의 의무위반으로 인하여 회사 및 주주에게 회복되어야 하는 다른 손해(other recovery due)를 입증하여야 한다. 법원은 피고의 주장에 따라 공정정책에 반하지 않는 한 회사가 입은 손해액에서 그 위반행위로 인하여 취득한 이익의 차감(offset)을 허용할 수 있다.⁵⁴⁾ 피고가 공정거래의무의 위반임을 알면서 회사를 위하여 지출한 비용은 배상하여야 하는 손해로 본다. 이 손해에는 법원에서 손해로 보기에 부적절하다고 결정한 비용을 제외하고, 자문료 및 승소한 원고가 지출하였던 대표소송비용 등은 피고가 배상하여야 하는 손해에 포함된다.⁵⁵⁾ 법원은 손해배상액이 공정하거나 회사채권자보호의 규정에 적합한 때에는 대표소송에서 피고에게 손해액 전부의 배상을 명하거나 또는 지주비율에 따라 개별 주주에게 직접적인 지급을 명할 수 있는 재판권을 가진다.⁵⁶⁾

that of the defendant and in similar circumstances. It is not defence to liability in such cases that damage to the corporation would not have resulted but for the acts or omissions of other individuals.

- 54) ALI, PCG, § 7.18. (c) A plaintiff bears the burden of proving causation and the amount of damages suffered by, or other recovery due the corporation or the shareholders as the result of a defendant's violation of duty of fair dealings. The court may permit a defendant to offset against such liability any gains to the corporation that the defendant can establish arose out of the same transaction and recognition in this manner are not contrary to public policy.
- 55) ALI, PCG, § 7.18. (c) The losses deemed to be legally caused by a knowing violation of a duty of fair dealings include the costs and expenses to which the corporation was subjected as a result of the violation, including the counsel fees and expense of a successful plaintiff in a derivative action, except to the extent the court determines that inclusion of some or all of such costs and expenses would be inequitable in the circumstances.
- 56) ALI, PCG, § 7.18. (c) The court having jurisdiction over a derivative action may direct that all or a portion of the award be paid directly to individual shareholders, on pro-rata basis, when such a payment is equitable in the circumstances and adequate provision has been made for the creditors of the corporation.

IV. 독일 주식법상 사실상 업무집행자의 책임

1. 주식법상 주주의 영향력행사의 규제

가. 주주의 충실의무

독일의 판례는 주식회사의 사원 상호간에도 특별한 결합관계의 성질을 가지고 있으므로 주주 간에도 회사법상의 충실의무가 존재한다. 다수주주가 업무집행에 대하여 영향력을 행사하여 다른 주주가 회사에 대하여 가지는 이익을 저해할 가능성이 있기 때문에 그 균형차원에서 다른 주주의 이익을 고려하여야 하는 회사법상의 의무를 진다고 판시하고,⁵⁷⁾ 또한 주식회사에서 다수주주는 소수주주에 대하여 충실의무를 지는 것만이 아니라 소수주주는 다수주주에 대해서도 충실의무를 진다고 판시하고 있으며,⁵⁸⁾ 지배사원의 종속회사에 대한 손해배상의무도 사원의 충실의무에 근거하고 있다고 판시하고 있다.⁵⁹⁾

나. 주식법 제117조, 제311조 및 제317조

(1) 주식법 제117조

독일 주식법은 고의로 회사에 대한 영향력을 행사하여 이사, 감사, 지배인 또는 상사대리인으로 하여금 회사 또는 주주에게 손해가 되도록 행위를 하게 한 자는 회사에 대하여 손해배상의 의무를 진다. 주주는 위 영향력행사로 인하여 직접손해를 입은 경우에 한하여 손해배상을 청구할 수 있다고 규정한다(제117조 제1항). 그 자에 대한 손해배상청구권은 회사의 권리이지만, 회사채권자도 회사로부터 변제를 받을 수 없는 경우에 한하여 손해배상청구권을 행사할 수 있다(제117조 제5항). 이 규정은 영향력의 남용에 의한 회사의 손해

57) BGHZ 103, 184, 194, 195. 'LINOTYPE'.

58) BGHZ 129, 136, 142. 'GRIMES'.

59) BGHZ 65, 15ff. 'ITT'.

를 방지하는 데에 그 취지가 있고, 책임의 성격은 불법행위책임에 해당하며, 고의를 입증하는 것이 용이하지 않기 때문에 거의 활용되지 않는 규정이라 한다.⁶⁰⁾

(2) 주식법 제311조 및 제317조

독일 주식법 제311조 및 제317조에서 지배계약 등을 체결하지 않은 사실상 큰 상태에 있는 지배회사에 대하여 지배적인 영향력의 행사로 인하여 종속회사에 불이익을 주어서는 아니 되는 의무를 부여하고, 그리고 위 불이익을 보상하지 않은 지배회사에 대하여 그 배상책임을 인정하고 있다.⁶¹⁾ 학설은 위와 같이 일반적인 손해배상책임의 원리를 불이익보상제도로 수정하는 방법은 지배회사에 대한 종속회사의 지위를 현저하게 약화시키는 입법이라 비판하고 있다.⁶²⁾ 그리하여 1992년 독일법률가협회는 주식법 제311조를 삭제할 것을 결의한 바 있고, 2007년 ZHR심포지움에서도 불이익보상제도에 관한 대폭적인

60) 이에 대한 국내문헌으로, 최기원, 전게서, 681-682면 ; 김재범, "주식회사의 업무집행에 대한 영향력행사의 규제," 「상사법연구」, 제12집, 한국상사법학회, 1993, 142면 이하 ; 정승욱, 전게논문, 271면.

61) 주식법 제311조는 "지배계약이 존재하지 않는 지배기업은 종속회사(주식회사 또는 유한합자회사)에 대하여 불이익을 주는 법률행위를 하게 하거나 또는 조치를 취하게 하거나 취하지 아니 하도록 그 영향력을 행사하여서는 아니 된다(제1항). 늦어도 영업연도 말까지 그 불이익에 대한 보상이 이루어지지 아니한 경우에는 종속회사에게 법적 청구권을 부여한다(제2항)."고 규정한다.

주식법 제317조는 "지배기업이 지배계약이 체결되지 않은 종속회사에 대하여 불이익을 주는 법률행위를 하게 하거나 또는 조치를 취하게 하거나 취하지 아니 하게 한 경우에 늦어도 영업연도 말까지 그 불이익에 대한 보상이 이루어지지 아니 한 때에는 지배기업은 종속회사에 대하여 그 불이익을 배상할 의무를 진다. 지배기업은 주주가 입은 직접 손해에 대해서는 배상하여야 하는 의무를 진다(제1항). 독립된 회사의 업무집행자가 일반적으로 성실하게 법률행위를 하게 하거나 또는 조치를 취하게 하거나 취하지 아니 하게 한 것으로 인정되는 경우에는 손해배상의무는 발생하지 않는다(제2항)."고 규정하고 있다. 판례 및 통설은 지배회사의 제317조 제1항의 책임은 무과실책임이라 해석하고 있다(BGHZ 141, 79, 89 ; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl., § 317 Rdnr. 5, München 2010). 또한 판례는 제317조 제2항은 지배기업의 영향력이 미치고 있는 종속회사 이사의 행위가 일반적으로 보아 성실한 업무집행자가 행하는 것과 동일한 경우에는 그 행위는 지배종속관계의 위험으로부터 야기되는 결과로 보지 아니 한다고 하여 위험책임에 있어 인과관계를 부정한다. 그리하여 이사의 법률행위 또는 조치로부터 생기는 손해는 지배기업이 배상하여야 하는 손해로 보지 않는다고 판시한다(BGH DB 2008, 918 'UMTS').

62) Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9. Aufl., München 2008, S. 436.

수정을 제안하였으나, 그러나 현재까지 이에 대한 입법은 이루어지고 있지 않고 있다.⁶³⁾

2. 사실상 업무집행자 책임론의 전개

가. 사실상 기관의 개념

주식법상의 영향력행사에 대한 규제의 미비로 인하여 사실상 콘체른에 기초하여 지배회사를 종속회사의 사실상 기관(faktischer organ)으로서의 책임을 인정하는 논의가 전개되고 있다.⁶⁴⁾ 여기서 '사실상 기관'이란 회사의 적법한 기관이 아닌 자가 업무집행에 대하여 영향력을 행사하고 있는 사실상 업무집행자를 말한다. 이러한 사실상 업무집행자의 개념은 「유한회사법의 현대화와 남용에 대처하기 위한 법률(MoMig)」에서 부분적인 입법이 이루어지고 있다.⁶⁵⁾

나. 판례의 태도

독일의 전통적인 판례는 사실상 기관의 책임을 부정하고 있었으나,⁶⁶⁾ 1988년 3월 21일 연방법원의 판결에서 "사실상 업무집행자란 자신의 지배적 지위에 기초하여 업무집행에 관한 결정에 영향력을 행사하는 데 있는 것이 아니라, 마치 자신이 업무집행자인 것과 같은 외관을 가지고 회사의 업무를 대외적으로 집행하였어야 한다."고 판시함으로써, 사실상 업무집행자의 요건으로 '대외적인 업무집행'을 요구하고 있다.⁶⁷⁾ 또한 2002년 2월 25일 판결에서도 "사실상 업무집행자가 책임을 지기 위해서는 정관상의 업무집행자에 대하여 내부적인 영향력만으로는 책임을 인정하기에는 부족하고, 회사의 업무집행으

63) Kalss, *Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht*, ZHR 171, 2007, S. 169.

64) Stein, *Das faktische Organ*, Köln, 1984, S. 3.

65) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. 10. 2008, BGBl. I S. 2026.

66) RGZ 152, 273, 277 : BGH WM 1973, 1354.

67) BGHZ 104, 44.

로 인정될 수 있는 대외적인 행위가 필요하다.”고 판시하였다.⁶⁸⁾ 위 판결은 사실상 업무집행자의 책임 요건으로 외관의 존재를 요구함으로써 1988년 3월 21일 판결의 태도를 그대로 유지하고 있다.

다. 학설의 전개

(1) 전통적인 견해

전통적인 학설은 회사의 선임행위가 없는 자를 주식법 제93조 제2항의 책임을 부담한다고 볼 수 없다. 그 이유는 사실상의 관계를 가지고 법률관계가 형성되었다고 볼 수 없기 때문이다.⁶⁹⁾ 또한 사원이 회사를 위하여 업무를 집행하는 기관을 지휘하였다 하여 그 사원에게 회사기관으로서의 지위가 발생한다고 볼 수 없고, 이 문제는 기관의 개념으로 해결할 수 있는 것이 아니다. 외부자의 지시를 받아 업무집행이 이루어지는 경우 그 지휘자의 책임문제는 사실상 기관이라는 개념을 사용할 것이 아니라 주식법상의 계약관계론규제를 유추적용 또는 양속위반에 따른 불법행위책임규정(민법 제826조)에 의해서 해결하여야 할 문제라는 견해도 제시되고 있다.⁷⁰⁾ 그리고 일반적으로 사용하고 있는 사실상의 업무집행자라는 표현은 신비로운 개념으로서 자유로운 법 발전의 형태에 불과하다고 비판하고 있다.⁷¹⁾

(2) 유럽법의 영향

독일 학설에서 사실상 이사 및 사실상 업무집행자를 인정하는 계기를 제공한 것은 1984년 개정 EC 제9지령안이다. 위 지령안은 ① 회사에 대하여 사실상 업무집행자로서 행위를 한 기업은 이사가 회사의 이익을 배려할 의무를

68) BGHZ 150, 61.

69) Hüffer, AktG, 10 Aufl., München 2012, § 93 Rdnr. 12. ; Wiesner, in : *Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 2 Aufl., München 1999, S. 279.

70) Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Easter Band, Zweiter Teil, Die juristische Person*, Berlin 1983, S. 85 ff.

71) Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, *GmbHG*, 19. Aufl., München 2010, § 43 Rdnr. 3.

부담하는 것과 동일한 조건으로 영향력을 행사하여야 할 뿐만 아니라 부당한 업무집행으로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(제1항), ② 회사의 경영기관의 결정에 대하여 직·간접적으로 영향력을 행사한 기업은 사실상 회사의 기관으로 본다(제2항), ③ 법령에 의해 기업의 지휘책임은 부담하는 자는 그 기업과 연대하여 무한책임을 진다. 다만 책임부담자가 손해를 발생시킨 행위가 자기의 귀책사유가 아니라는 점을 증명한 때에는 책임을 면한다(제3항a). 위 책임이 경영기관의 구성원에게 미치는 경우에는 그 구성원은 기업 및 제3항a에 의한 책임자와 연대하여 책임을 부담한다(제3항 b)고 규정하고 있다.⁷²⁾ 위 지령안은 다른 유럽국가의 회사법 및 판례법상 사실상 이사 내지 배후이사 제도를 도입하여 지배기업의 책임을 강화하기 위한 방안이라 평가하고 있다.⁷³⁾ 그리고 EU위원회는 2003년 EU행동계획서2·1·3에서는 영국 지급불능법상 부당거래(wrongful trading)규제에서 이사의 파산지연책임제도를 도입할 것을 제안하고 있었다. EU위원회는 위 행동계획서에서 영국 회사법상의 배후이사를 부당거래의 주체로 인정하고 있다.⁷⁴⁾ 이와 관련하여 영국법상 사실상 이사와 배후이사는 사실상 이사는 적법하게 선임된 이사인 것 같은 외관을 가지고 회사를 위하여 대외적인 행위를 하는 자를 말하지만, 배후이사는 이사로서 어떠한 외관도 야기하지 않는 자라는 점에서 차이가 있다고 설명한다.⁷⁵⁾

(3) 최근 학설의 동향

최근 학설에서도 법적안정성에 비추어 이사의 선임행위에 하자 있는 경우에 해당 회사에는 책임기관이 존재하지 않기 때문에 그 사실상 이사는 업무집행자로서 기관의 책임규정에 따라 책임을 진다고 하여야 하지만, 선임행위 자체가 결여되어 있는 사실상 업무집행자는 기관의 성립요건인 선임행위 전

72) Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, 4 Aufl., Berlin 1996, S. 239 ff.

73) Fleischer, *Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organ*, AG 2004, 519 ff.

74) Fleischer, *Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, ZGR 2004, 455.

75) Harbersack/Verse, *Wrongful Trading-Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, ZHR 168 (2004), 189ff.

부가 흠결되어 있으므로 업무집행기관으로서 민사책임만이 아니라 형사책임도 인정할 수 없다는 제한적 긍정설이 주장되고 있다.⁷⁶⁾ 그러나 선임행위가 존재하지 않는 사실상 업무집행자가 상당한 정도로 회사의 운영에 관여하고 있는 경우는 지배와 책임의 일치원칙이라는 논리적 귀결에서 업무집행자로서의 책임을 부담하여야 한다는 견해가 유력설의 지위를 차지하고 있다.⁷⁷⁾

3. 책임의 근거 및 요건

독일 연방법원은 1988. 3. 21. 판결과 2002. 2. 25. 판결에서 사실상 업무집행자의 존재를 인정하면서, 그 책임의 근거를 법률상 이사의 책임을 인수한 자로서 책임을 부담한다는 채무인수설에 입각하고 있다.⁷⁸⁾ 일부 학설은 사실상 이사는 이사의 지위를 점유하고 있는 자로서 책임을 진다는 입장에서 위 판결의 태도를 지지하고 있으나,⁷⁹⁾ 최근에는 사실상 업무집행자의 책임의 근거를 자유주의의 기본 원칙이라 할 수 있는 지배와 책임의 일치원칙에서 구하는 견해,⁸⁰⁾ 신의성실의 원칙의 내용을 구성하는 모순행위금지의 원칙에 근거한다는 견해 등이 유력하게 주장되고 있다.⁸¹⁾

사실상 기관책임을 인정하기 위한 요건으로 사실상 업무집행자가 적법한 업무집행자로서의 외관을 갖추어야 하는지에 관하여 논의되고 있다. 판례는 사실상 업무집행자는 외부에서 업무집행자로 인식할 수 있는 외관이 존재하여야 한다는 태도를 유지하고 있다.⁸²⁾ 학설은 위 판례의 태도에 대하여 ① 사

76) Dinkhoff, *Der faktische Geschäftsführer in der GmbHG*, Baden-Baden 2003, S. 112.

77) 대표적인 문헌으로 Schürmbrand, *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, Tübingen 2007, S. 294 ; Uwe H. Schneider, in : Scholz, *GmbHG*, 10. Aufl. Köln 2007, § 43 Rdnr. 22. 등이 있다.

78) BGHZ 104, 44. ; BGHZ 150, 61.

79) Spindler, in : Goette/Habersack (Hrsg.), *GmbHG-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers*, GmbHR 2011, S. 4.

80) Bork/Schäfer (Hrsg.), *GmbHG, Kommentar*, 2. Aufl. Köln, 2012, § 43 Rdnr. 9.

81) Fleischer, AG 2004, 523 f. ; ders., *Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers*, GmbHR 2011, S. 340.

82) BGHZ 104, 44, 47.

실상 업무집행자의 책임은 사원 및 채권자를 보호하기 위함에 있으며, 사원 및 채권자가 사실상 업무집행자를 법률상 업무집행자로 오인함에 근거한 권리의관보호법리에 입각한 책임은 아니다. ② 외관보호를 위한 책임과 사실상 업무집행자의 책임은 그 책임의 원리가 서로 다르다. 그러므로 사실상 업무집행자의 책임은 거래관계에서 인정되는 신뢰보호이론과는 전혀 관계가 없다. ③ 사실상 업무집행자가 업무집행자로서의 외관이 존재하는지 여부는 사원 및 채권자의 이익을 해할 위험에 아무런 영향을 주지 못한다. ④ 비교법적으로 영국 회사법상의 배후이사의 책임을 추궁하기 위해 업무집행자로서의 외관의 존재 여부에 관계없이 책임 여부를 결정하고 있다. 업무집행자로서의 외관은 존재할 필요가 없다는 요건은 유럽의 기준으로 확립되어 있다는 이유를 들어 비판하고 있다.⁸³⁾

V. 상법상 업무집행지시자 등의 책임과 그 개선방안

1. 상법상 업무집행지시자 등의 책임

가. 책임의 주체

(1) 업무집행지시자

상법은 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자는 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임에 있어서는 이사로 본다고 규정하고 있다(제401조의2 제1호). 법률상 이사가 아니면서 회사에 대한 지배력을 기반으로 이사에게 업무집행을 지시할 수 있는 자를 업무집행지시자라 한다. 이처럼 상법은 업무집행지시자의 개념을 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사에 대한 지시에 근거하여 정의하고 있다. 이러한 영향력과 지시는 이사선임 등 회사의 의사결정에 결정적인 영향을 줄 수 있을 정도의 주식을 소유함

83) Fleischer, a.a.O., (Fn 78), S. 340, 342.

에서 연유한다. 일반적으로 회사에 대하여 지배력을 발휘할 수 있는 주식을 지배주식이라 하고, 지배주식을 소유하고 있는 사람을 지배주주라 한다. 상법은 주주의 자격에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 회사가 다른 회사의 지배주식을 소유하고 있는 경우 그 회사는 다른 회사의 지배회사가 된다. 그러므로 지배주주는 물론이고 지배회사 또한 회사에 대하여 지배력을 가진 법인으로서 당연히 업무집행지시자의 범위에 포함된다.⁸⁴⁾

지배주주 및 지배회사와 관련하여 기관투자자도 업무집행지시자에 해당하는지에 대한 논의가 이루어지고 있다. 기관투자자는 주주총회에서 의결권의 행사를 통해서 정당하게 영향력을 행사하는 것만이 아니라 자신이 가지고 있는 사실상의 영향력을 이용하여 대상회사의 경영에 간접적으로 관여하여 그 회사의 이익보다 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 기회주의적 행동을 하는 성향을 가지고 있다고 한다.⁸⁵⁾ 이와 같이 기관투자자는 의결권행사를 통해서 선임된 이사를 통하여 배후에서 이사의 업무집행에 간접적으로 관여하는 것이 가능하다. 기관투자자가 영향력을 행사하여 대상회사의 이익이 침해되는 경우에는 지주회사 및 지배회사와 마찬가지로 상법상의 업무집행지시자에 해당한다고 보아야 한다.⁸⁶⁾ 또한 회사채권자, 거래상 우월한 지위에 있는 거래처, 노동조합 등이 업무집행지시자의 범위에 속하는지의 문제가 있다. 학설 중에는 회사채권자인 은행이나 우월적 지위에 있는 거래처는 업무집행지시자로 보아야 한다는 견해도 있으나,⁸⁷⁾ 이들은 모두 자기의 정당한 이익을 도모하기 위하여 영향력을 행사하는 것이며, 회사내부에서 의사결정에 관여하는 것이 아니라 회사의 외부에서 영향을 미치는데 지나지 아니하므로 업무집행지시자로 볼 수 없다는 견해가 다수설이다.⁸⁸⁾

84) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결 참조.

85) 이재원, "기관투자자의 의결권행사에 관한 법적검토," 「상장협연구」, 제41호, 한국상장회사협의회, 2000, 11면.

86) 기관투자자가 은행, 보험회사, 투자은행 등인 경우에는 대상회사의 주주이면서 채권자의 지위에 있으므로, 회사의 업무집행과 관련하여 자기 또는 제3자의 이익을 우선시키기 위해서 업무집행자에 대하여 지휘 또는 지시를 할 수 있는 사실상 영향력을 행사하려는 성향을 가지고 있다고 한다(洪濟植/高橋英治, 韓國法上の業務執行指図人等の責任, 法學雜誌 第58卷第2号, 大阪市立大學, 2011, 224面).

87) 이철승, 「회사법강의」, 박영사, 2013, 782-783면.

(2) 무권대행자

상법은 이사가 아닌 자가 법률상 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자도 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임에 있어서는 이사로 본다고 규정한다(제401조의2 제2호). 학설은 회사에 대한 영향력을 이용하여 회사의 업무를 직접 집행하는 자를 무권대행자라 부르고,⁸⁹⁾ 판례는 무권대행자도 회사에 대한 영향력을 가진 자를 전제로 한다고 판시한다.⁹⁰⁾ 그리하여 무권대행자는 이사 등에 대한 지시를 통하여 회사의 업무에 대한 간접적으로 관여하는 것이 아니라 자신이 직접적으로 업무를 집행한다는 점에서 업무집행지시자와는 차이가 있다. 회사의 기관에 속하지 아니한 자에 의하여 업무집행에 대하여 이사의 이름으로 대행이 이루어지는 경우에는 명의자와 행위자가 분리되는 현상이 나타난다. 무권대행자는 중소기업의 회사에 있어서는 지배주주 등이 명의상 이사를 두고 그 명의로 직접 회사의 업무를 집행하는 경우에 이러한 지배주주 등의 직접적인 업무집행에 대한 규제를 강화하는 것을 목적으로 한다.⁹¹⁾ 한편 판례는 적법하게 선임절차를 거친 이사가 자신의 직무를 전혀 집행하지 않은 경우 그 이사를 명의상 이사라 하고,⁹²⁾ 직무의 방임 그 자체가 이사의 직무상 충실 및 선관의무를 위반하는 행위에 해당한다고 판시하고 있다.⁹³⁾

(3) 표현이사

상법은 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의

88) 박길준/권재열, 전게서, 296면 : 정동윤, 전게서, 458면 : 최기원, 전게서, 678면, 김동근, “상법상 업무집행지시자 등의 책임”, 『기업법연구』, 제9집, 한국기업법학회, 2002, 566면 : 정승욱, “업무집행관여자의 책임”, 『상사법연구』, 제17권 제2호, 한국상사법학회, 1998, 278면.

89) 이철송, 전게서, 784면 : 최수정, 『주식회사법대계Ⅱ』, 법문사, 2013, 1036면.

90) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다39240 판결.

91) 최기원, 전게서, 679면.

92) 판례는 ‘선임절차를 거치지 아니한 채 다만 회사로부터 이사라는 직함을 형식적·명목적으로 부여받은 것에 불과한 자는 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수 없다.’고 판시하고 있다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결). 판례상 명목상 이사는 영국회사법상 사실상 이사와 유사하다고 할 수 있다.

93) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다21880 판결.

업무를 집행한 자는 회사 또는 제3자에 대한 손해배상책임에 있어서는 이사로 본다고 규정한다(제401조의2 제3항). 여기에 열거되어 있는 직명은 예시에 불과하며, 그 밖에도 기획조정실장, 비서실장, 본부장 등 업무집행권을 추정할만한 명칭을 사용한 경우에는 표현이사가 된다.⁹⁴⁾ 이들 표현이사는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있으므로 회사에 대한 영향력을 이용하는 요건은 불필요하다.⁹⁵⁾ 또 표현이사는 표현대표이사와는 달리 회사의 책임을 인정하기 위한 제도가 아니라 표현이사 자신의 책임을 추궁하기 위한 규정이므로 회사의 직명사용허락 유무나 상대방의 명칭신뢰 여부는 문제되지 않는다.⁹⁶⁾

나. 책임요건

(1) 업무집행지시자

(가) 회사에 대한 영향력의 이용

상법은 업무집행지시자의 책임요건으로 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무를 지시할 것을 요구하고 있다(제401조의2 제1호). 학설은 '회사에 대한 영향력'의 의미에 대하여 '법적인 영향력'으로 보는 견해와 '사실상의 영향력'으로 보는 견해로 나뉘어 있다. 회사에 대한 법적인 영향력으로 보는 입장에서는 주식의 소유 등 회사법상의 지배수단을 가진 자가 그 지배수단을 이용하여 영향력을 행사하는 것을 의미한다고 본다. 지배주주가 주주총회에서 의결권을 통하여 정당하게 영향력을 행사하거나 또는 지배회사가 종속회사에 대하여 정당하게 지휘권을 행사하는 것은 모두 법이 예정하고 있는 일이므로 회사에 대한 영향력의 행사에 해당하지 않는다. 다만, 지배주주 내지 지배회사가 회사 내지 종속회사의 희생하에 자기의 이익을 도모하는 부당한 지시를 한 경우에 한하여 책임을 지을 수 있다고 해석한다.⁹⁷⁾

그러나 회사에 대한 사실상 영향력으로 보는 견해에서는 영향력은 타인의

94) 박길준/권재열, 전게서, 297면.

95) 위 대법원 2009다39240 판결.

96) 박길준/권재열, 상게서, 297면 ; 정동윤, 전게서, 460면 ; 이철송, 전게서, 785면.

97) 정동윤, 전게서, 458면 ; 최기원, 전게서, 678면 ; 최수정, 전게서, 1033면.

어떠한 의사결정을 함에 있어 그 의사결정의 대상이 되는 이해관계의 본질과 무관한 동기에 입각하여 그 타인으로 하여금 자신이 의도하는 바대로 의사결정을 할 수 있는 사실상의 힘을 의미하고, 이는 법적 의미라기보다는 사회학적 의미로 파악해야 한다고 설명한다.⁹⁸⁾ 그리하여 이 견해에서는 지배주주만이 아니라 회사의 채권자나 지속적인 거래에서 우월한 지위를 갖는 자도 영향력을 가진 자가 될 수 있으며, 공법적이거나 정치적으로 우월한 힘을 가진 자도 본조의 적용대상이 될 수 있다고 넓게 풀이하고 있다.⁹⁹⁾ 학설은 업무집행지시자의 요건으로 회사에 대한 자신의 '법률상 영향력' 또는 '사실상 영향력'을 '행사'하여야 한다는 점에 대해서는 일치하고 있다.

(나) 업무집행의 지시

상법은 업무집행지시자는 이사에 대하여 업무집행을 '지시'하여야 할 것을 요구하고 있다. 여기서 '지시'의 의미에 대하여 법적인 지휘, 감독관계에 있지 않는 한 지시란 있을 수 없으므로 사실상 영향력을 행사하는 것으로 보아야 한다는 견해와 사익을 추구를 목적으로 하는 부당한 지시이어야 한다는 견해로 나뉘어 있다.¹⁰⁰⁾ 그리고 지시의 대상은 이사의 업무집행이고, 업무집행은 대내·대외적인 업무를 포함하므로 영업과 관련한 법률행위 외에 사실행위를 포함한다는 점에 대해서는 이론이 없다. 그러나 영업조직 자체를 변경하는 정관의 변경, 영업의 양도, 회사의 해산·합병 등은 이사의 업무집행 자체는 아니지만, 업무집행에 준하여 그 대상에 포함된다는 견해도 주장되고 있으나 위 업무는 이사가 독자적으로 수행할 수 있는 업무가 아니므로 제외된다는 견해가 대립하고 있다.¹⁰¹⁾ 지시의 상대방은 이사만이 아니라 업무집행권을 가지고 있는 사용인에 대한 지시를 포함하고, 지시의 정도는 회사, 이사 및 사용인 등이 거부하기 어려울 정도로 구속력을 가져야 하며, 그 방법은 직접적이든 간

98) 이철송, 전게서, 781면 ; 박길준/권재열, 전게서, 294면.

99) 이철송, 상게서, 781면.

100) 전자의 견해로는 이철송, 전게서, 783면, 후자의 견해로는 정동윤, 전게서, 458면.

101) 긍정하는 견해로는 최기원, 전게서, 679면 ; 정승욱, 전계논문, 278-279면, 부정하는 견해로는 정동윤, 전게서, 459면 ; 박길준/권재열, 전게서, 296면 ; 최수정, 전게서, 1036면 ; 최준선, 「회사법」, 삼성사, 2012, 495면.

접적이든 명시적이든 묵시적이든 상관없이 없다는 점에 대해서는 이견이 없다. 그러나 지시의 행태가 계속성을 가져야 하는지에 대해서는 일시적으로 자신의 영향력을 이용하는 경우 또는 그 지시가 통상적이거나 관행적이지 아니한 경우에도 업무집행의 지시에 포함된다는 견해와 그 지시는 통상적·관행적이어야 하고 1회성 지시는 여기에 포함되지 않는다는 견해로 나누어 있다.¹⁰²⁾ 이처럼 학설은 이사에 대한 업무집행의 지시를 영향력의 행사로 보는 견해와 영향력의 행사와는 별개의 요건으로 보는 견해로 나누어져 있다.

(다) 임무해태

상법은 업무집행지시자는 그 지시한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서는 이사로 본다고 규정하고 있다(제401조의2 제1항 본문). 업무집행지시자가 회사 또는 제3자에게 손해배상책임을 지기 위해서는 업무집행지시 자체가 임무해태에 해당하여야 하는지에 대하여 논의되고 있다. 업무집행지시자의 업무집행지시행위가 임무해태에 해당하는 경우에 이사로서 책임을 진다는 견해와 업무집행지시자는 회사의 기관이 아니므로 회사에 대한 임무해태가 있을 수 없고, 이사의 업무집행이 회사에 대해 임무해태가 되면 바로 업무집행지시자의 책임요건을 충족하는 견해로 나누어 있다.¹⁰³⁾ 즉, 앞의 견해는 지시행위가 임무해태에 해당되어야 한다고 풀이하지만, 뒤의 견해는 지시를 받은 이사의 업무집행이 임무해태에 해당해야 하는 것으로 해석한다.

(2) 무권대행자, 표현이사

무권대행자나 표현이사가 상법 제401조의2의 책임이 인정되는 이유는 이사가 아닌 자가 이사의 이름으로 직접 업무를 집행하거나 또는 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행하였고, 그 업무집행의 결과 회사 또는 제3자에게 손해가 발생하였다는 점에

102) 전자의 견해로는 이철송, 전게서, 783면 : 정승욱, 전게논문, 280면 : 김동근, 전게논문, 254면, 후자의 견해로는 박길준/권재열, 전게서, 296면 : 정동윤, 전게서, 459면 : 최준선, 전게서, 494-495면, 최수정, 전게서, 1035면.

103) 전자의 견해로는 최기원, 전게서, 681면, 후자의 견해로는 이철송, 전게서, 784면.

근거하고 있다. 판례는 무권대행자는 회사에 대해 자신의 영향력을 가진 자를 전제로 하고 있으나, 표현이사는 직명 자체에 업무집행권이 표상되어 있기 때문에 그에 더하여 회사에 대해 영향력을 가진 자일 것까지 요건으로 하고 있는 것은 아니라고 판시하고 있다.¹⁰⁴⁾ 학설은 무권대행자나 표현이사가 회사 또는 제3자에게 손해배상책임을 지기 위해서는 임무해태가 있어야 하는데, 이들은 조직법상의 지위를 갖지 않는 자이므로 회사에 대한 임무해태가 있을 수 없기 때문에 상법 제401조의2 제1항 본문 제2호, 제3호는 입법착오라는 견해와 무권대행자나 표현이사의 책임유무는 명의를 모용당한 이사의 입장에서 임무해태 여부를 따져 판단하라는 취지라고 해석하는 견해가 대립하고 있다.¹⁰⁵⁾

다. 책임의 법적 성질

상법은 업무집행지시자 등은 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다(제401조의2 제1항). 학설은 책임의 법적 성질에 대하여 기관책임설, 법정책임설, 업무집행지시자의 책임은 법정책임이나 무권대행자나 표현이사의 책임은 불법행위책임으로 보는 견해(법정책임·불법행위책임설)로 나뉘어 있다. 기관책임설은 지배주주 등이 실질적으로 이사와 같이 업무를 집행한 데 따른 책임이므로 이사의 지위에 따른 기관책임으로 보아야 한다는 견해도 있고,¹⁰⁶⁾ 또 회사와 실질상 이사와의 위임계약이 업무집행관여라는 사실로부터 의제되기 때문에 업무집행관여자가 이사로서의 지위를 부여 받은 것이며, 그 책임의 성격은 채무불이행책임이라는 견해도 있다.¹⁰⁷⁾ 법정책임설은 상법 제401조의2는 업무집행

104) 위 대법원 2009다39240 판결.

105) 전자의 견해로는 이철송, 전게서, 785면, 후자의 견해로는 박길준/권재열, 전게서, 297-298면.

106) 이 견해는 독일 주식법상의 영향력행사자의 책임은 불법행위책임의 일종으로 해석되고 있지만, 우리 상법은 「고의적인 가해행위」를 요건으로 하지 아니하므로, 그렇게 해석하는 것은 무리라고 설명한다(정동운, 전게서, 460면) : 박길준/권재열, 전게서, 297면 : 상법 제401조의2는 업무집행관여라는 사실에 기하여 이사가 아닌 자를 이사로 의제한 것이며 당해 업무집행관여행위가 임무해태에 해당하는 경우에는 이사로서 책임을 지는 것이라 설명한다(최기원, 전게서, 681면).

107) 정승욱, 전계논문, 274면.

지시자 등이 이사로서의 권한은 가지고 있지 않지만 이들이 회사의 경영에 관하였을 경우 적어도 관여한 경영행위에 대해서는 법률상 이사와 동일한 의무(선관주의의무 및 충실의무)를 부담한다는 것을 전제로 하여 그 의무위반에 대한 책임에 있어서는 이사처럼 여기겠다는 취지이다. 업무집행지시자 등의 책임은 상법이 특별히 인정하는 법정책임으로 보아야 한다는 견해이다.¹⁰⁸⁾ 법정책임·불법행위책임설은 업무집행지시자의 책임은 이사에게 임무해태를 지시하였다는 사실을 원인으로 발생하는 것이므로 상법이 특별히 인정하는 책임이다. 그리고 무권대행자나 표현이사의 책임은 이들은 회사에 대하여 임무해태가 있을 수 없으므로 본 규정은 이들에게 회사에 대해 불법행위책임을 진다는 뜻을 표명한 것으로 보아야 한다는 견해이다.¹⁰⁹⁾

2. 비교법적 분석

가. 책임의 주체

외국의 입법례나 우리 상법은 회사의 배후에서 업무집행에 대한 부당한 지휘 또는 지시, 그리고 지배적 지위를 남용하는 자에 대한 책임주체로서 지배주주 내지 지배회사가 이에 해당된다는 점에서 대해서는 차이가 없다. 그러나 영국의 판례법, 미국의 ALI, PCG는 은행 등 회사채권자 또는 노동조합 등은 책임주체로 보지 않는 반면에,¹¹⁰⁾ 우리 소수설은 이들도 업무집행지시자에 해당된다는 견해가 주장되고 있다는 점에서 차이가 있다.¹¹¹⁾

나. 책임의 근거

108) 이상훈, “업무집행지시자 등의 책임”, 「21세기 상사법의 전개(하춘정동윤선생환갑기념)」, 법문사, 1999, 258-263면 참조.

109) 이철송, 전계서, 784-785면.

110) 영국의 Ultraframe (UK) Ltd v Fielding 판결, ALI, PCG,에서는 지배적 지위의 남용의 주체로 지배주주 내지 지배회사로 한정하고 있다(ALI, PCG, § 1.10).

111) 이철송, 전계서, 781면.

영국·미국·독일과 우리 상법은 책임요건에서 본질적 차이를 드러내고 있다. 영미법에서는 배후이사 내지 지배주주에게 회사 및 다른 주주의 이익을 침해하여서는 아니 되는 법적 의무를 부여하고, 이러한 의무에 반하여 법률상 이사에게 부당하게 업무집행을 지휘 또는 지시하거나 지배적 지위를 이용하여 자기의 재산상 이익을 취득하는 경우에 그 책임을 인정한다.¹¹²⁾ 그리고 독일의 판례는 주주는 회사 및 다른 주주, 그리고 주주 상호간에 충실의무(성실의무)를 부담한다고 판시하고 있다.¹¹³⁾ 학설은 충실의무를 부담하고 있는 지배주주 내지 지배회사가 사실상 업무집행자로서 회사의 업무를 집행하는 경우에는 지배와 책임의 일치원칙 내지 신의칙상 모순행위금지원칙에 입각하여 책임을 부담한다는 견해가 유력설이다.¹¹⁴⁾ 그러나 상나 상법은 주주의 유한책임원칙에 지나치게 경도된 나머지 주주에게 회사 및 다른 주주의 이익을 고려하여야 하는 의무에 관한 규정은 두지 않으면서 회사 또는 제3자에 대한 책임규정으로 제401조의2만을 두고 있다는 점에서 차이가 있다.

다. 책임의 요건

영국의 회사법은 배후이사가 법률상 이사가 부담하는 일반의무를 위반하거나 위반할 우려가 있는 경우에는 책임을 진다고 규정하고 있고, 판례법은 법률상 이사 또는 사실상 이사가 아닌 배후자가 이사를 지휘 또는 지시하고 있으며, 이사가 그 지휘 또는 지시에 따라서 통상적으로 행동할 우려가 있고 그 지휘 또는 지시가 이사의 일반의무를 위반하는 경우에 배후자는 회사법상의 책임을 진다고 판시하고 있다.¹¹⁵⁾ ALI, PCG는 지배주주 내지 지배회사가 그 회사 및 종속회사에 대한 지배적인 지위를 이용하여 자기의 재산상의 이익을 취득함으로써 공정거래의무 내지 충실의무를 위반한 경우에는 손해배상책임을 진다고 규정한다.¹¹⁶⁾ 영미에서는 법률상 이사가 아닌 지배주주 내지 지배

112) 영국회사법 제170조 제5항, 제178조 제1항, ALI, PCG, § 5.11, § 7.18.

113) BGHZ 103, 184, 195 'Linotype' : BGHZ 129, 136, 142 'Girmes'.

114) Bork/Schäfer, a.a.O., (Fn 80) : Fleischer, a.a.O. (Fn 81), S. 340, 342.

115) 영국회사법 제178조 제1항, Re Unisoft Group Ltd(No 3) : Re Hydrodam (Corby) Ltd.

회사가 이사에 대한 계속적인 업무집행의 지휘 또는 지시가 이루어지고 이러한 지휘 또는 지시가 이사의 의무를 위반하였다는 점, 그리고 지배적 지위를 이용하여 재산상 이익을 취득하여서는 아니 되는 의무를 위반하였다는 점을 책임요건으로 하고 있다. 우리 상법은 주주에게 회사 및 다른 주주의 이익을 고려하여야 하는 의무규정을 두고 있지 않는 입법태도가 회사에 대한 영향력의 행사, 부당한 업무집행의 지시 내지 영향력의 행사, 임무해태 등이 책임요건으로 거론되고 있다는 점에서 차이가 있다.

라. 책임의 법적성질

영국 회사법 및 판례법은 배후이사의 책임은 배후이사의 업무집행에 대한 지휘 또는 지시가 법률상 이사의 일반의무를 위반하였다는 점에 근거하여 부과하는 책임이므로 법정책임이라 해석할 수 있고, 또한 ALI, PCG상 지배주주의 책임도 공정거래의무의 위반에 따른 책임이므로 법정책임이라고 볼 수 있다. 독일에서 사실상 업무집행자의 책임을 사실상 기관책임이라 표현하고 있으나 유력설은 지배와 책임의 원칙 내지 신의성실원칙에 근거한 회사법상의 책임이라고 보고 있다. 그러나 우리 학설은 업무집행지시자 등의 책임을 기관책임설, 법정책임설, 법정책임·불법행위책임설로 나뉘어 있을 뿐 아직 통설은 확립되어 있지 않다는 점에서 차이가 있다.

3. 상법 제401조의2의 개선방안

상법 제401조의2와 관련하여 학설은 업무집행지시자 등의 책임의 요건 또는 법적 성질 등 여러 분야에서 대립하고 있다. 이처럼 학설이 통일되지 못하고 심하게 대립하는 이유는 입법상 과오에서 비롯된 것이라 본다. 영미에서는 배후이사 또는 지배주주의 의무와 책임에 관한 규정 모두를 두고 있다는 점, 독일에서는 주주는 회사 및 다른 주주에 대하여 충실의무를 부담한다는 전체하에서 사실상 업무집행자의 책임론이 전개되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

116) ALI, PCG, § 5.11, § 7.18.

그러나 상법 제398조는 주요 주주에게 회사에 대한 공정한 자기거래의무는 인정하고 있으나, 주주에게 회사 및 다른 주주의 이익을 배려하여야 하는 의무는 규정하지 않은 상태에서 업무집행지시자 등의 책임을 인정하고 있다. 이러한 입법상 과오로 인하여 상법 제401조의2의 입법취지가 몰각되고 학설상 다양한 견해의 대립을 야기함으로써 법적 안정성을 저해한다. 이 문제는 상법 제401조의2의 해석론으로는 해결할 수 있는 문제가 아니고 입법적으로 해결하여야 하는 과제라고 본다. 그리하여 본 논문은 첫째, 지배주주 내지 지배회사의 개념을 ALI, PCG, § 1.10과 같이 입법할 필요가 있다고 본다. 둘째, 상법에도 영국 회사법 및 ALI, PCG와 같이 주주의 의무와 책임에 관한 규정 모두를 도입할 필요가 있다. 이러한 입법이 이루어지면 제401조의2의 규정은 폐지되어야 한다. 셋째, 상법에 주주의 의무에 관한 규정을 신설하면서 제401조의2 규정을 존치하는 경우에는 법문상 '제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이사로 본다.'는 문언을 '제399조·제401조 및 제403조를 준용한다.'고 개정할 것을 제안한다. 이러한 입법이 이루어지면 상법 제401조의2의 책임요건으로 지배주주에 업무집행에 대한 지시 내지 방침이 있었고, 이로 인하여 회사 및 소수주주 등에게 손해가 발생한 경우에 그 지시 또는 방침은 주주의 의무를 위반하는 행위가 되며, 의무를 위반한 지배주주는 손해배상책임을 진다고 풀이할 수 있을 것이다. 이 경우 업무집행지시자 등의 책임요건으로 별도의 회사에 대한 영향력의 사용과 임무해태라는 요건은 필요하지 않을 것이고, 또 책임의 법적 성질도 상법이 특별히 인정하는 법정책임으로 해석할 수 있을 것으로 전망한다.

Ⅵ. 결 론

위에서 고찰한 바와 같이 우리 상법을 비롯하여 영국·미국·독일에서도 지배주주가 자기의 지위를 남용하여 회사 및 다른 주주 등에게 손해를 주는 지위남용은 법적 규제대상으로 보고 있다는 점에서는 동일하다. 지배주주의 지위남용의 규제에 대한 오랜 역사를 가지고 있는 외국 입법례는 주주의 유한책임의 원칙을 채택하면서도 지배에 상응하는 책임을 져야 한다는 자유주

의의 보편적 원칙을 기반으로 주주에게 회사 및 다른 주주 등의 이익을 배려하여야 하는 법적 의무를 부여하고, 이를 위반한 경우에는 그에 따른 책임을 져야 한다는 법제를 확립하고 있다.

그러나 우리 상법은 주주의 유한책임의 원칙에 지나치게 경도된 나머지 지배주주가 신의성실원칙에 반하는 지위남용을 규제할 수 있는 규정으로 상법 제401조의2만을 두고 있을 뿐이다. 이러한 상법의 태도로 인하여 재벌기업의 거래상 횡포 내지는 지배주주의 독단적 경영의 폐단 등이 경제민주화의 중요한 과제 중 하나로 거론되고 있음은 주지의 사실이다. 더구나 법률은 지배주주의 회사에 대한 지배적 이익을 경영권이라 하여 이를 보호하기 위하여 다수 규정을 두고 있음에도 불구하고, 그 경영권을 남용하여서는 아니 되는 의무에 대해서는 별다른 관심을 보이지 않고 있다. 이러한 태도는 지배와 책임의 일치라는 자유주의의 보편적 원칙에도 배치된다.

그리하여 본 논문은 지배주주가 자신의 지배적 지위를 남용하여 회사 및 소수주주 등에게 손해를 주는 지위남용을 규제하기 위해서는 입법적으로 해결하여야 하는 문제라고 본다. 이를 위해 첫째, 미국의 ALI, PCG와 같이 지배주주의 개념에 관한 규정을 신설할 필요가 있다는 점, 둘째, 영국 회사법 및 ALI, PCG를 고려하여 지배주주의 의무와 책임 규정 모두를 도입할 필요가 있으나, 최소한 주주는 회사 및 다른 주주의 이익을 배려하여야 하는 의무는 반드시 도입하여야 한다는 점, 셋째, 주주의 의무규정을 신설하면서 제401조의2를 존치하는 경우에 법문상 '제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이사로 본다'는 문언을 '제399조·제401조 및 제403조를 준용한다'고 개정방안을 제안하는 것으로 본 논문의 결론에 갈음한다.

참고문헌

- 박길준/권재열, 주석상법 회사법(3), 한국사법행정학회, 2003.
 정동윤, 회사법(제6판), 법문사, 2000.
 이철송, 회사법강의, 박영사, 2013.

- 최기원, 신회사법론(제12대정판), 박영사, 2005.
- 최수정, 주식회사법대계 II, 법문사, 2013.
- 최준선, 회사법, 삼영사, 2012.
- 김동근, 상법상 업무집행지시자 등의 책임, 기업법연구 제9집, 2002.
- 김재범, 주식회사의 업무집행에 대한 영향력행사의 규제, 상사법연구 제12집, 1993.
- 정승욱, 업무집행지시자의 책임, 상사법연구 제17권 제2호, 1998.
- 오성근, 영국회사법제상 이사의 의무와 및 입법적 효용성, 상사법연구 제27권 제3호, 2008.
- 이상훈, 업무집행지시자 등의 책임, 21세기 상사법의 전개(하춘정동윤선생화갑 기념), 법문사, 1999.
- 이중기, 영국법상 그림자 이사와 법인이사 - 재벌규제에 어떻게 이용될 수 있는?, 상사법연구 제15권 제1호, 1996.
- 洪濟植/高橋英治, 韓國法上の業務執行指図人等の責任, 法學雜誌 第58卷 第2号, 大阪市立大學, 2011.
- David. A. Bennett, et al, Palmer's Company Law : Annotated guide to the Companies Act 2006, Sweet & Maxwell, 2009.
- Brenda Hannigan, Company Law, LexisNexis UK, 2003.
- Brenda Hannigan and Dan Prentice edited, Hannigan and Prentice : The Companies Act 2006 - A Commentary, LexisNexis Butterworths, 2007.
- Paul L. Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 2009.
- Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Explanatory Notes to the Companies Act 2006.
- Robert R Pennington, Company Law, Butterworths, 2001.
- D.D. Prentice and Jenny Payne, Director's Fiduciary Duties, Law Quarterly Review, 2006.
- Financial Law Panel, Shadow Directorship, Financial Law Panel Limited, 1994.

The American Law Institution, Principles of Corporate Governance, Proposed Final Draft, 1994.

Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9 Auf., München 2008.

Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4 Aufl., Berlin 1996.

Fleischer, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organ, AG 2004,

_____, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts - und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004.

_____, AG 2004, 523 f. : ders., Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011.

Harbersack/Verse, Wrongful Trading-Grundlage einer europäischen Insolvenzverschlepp-ungshaftung?, ZHR 168 (2004)

Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbHG, Baden-Baden, 2003.

Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.

Bork/Schäfer (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, 2. Aufl. Köln, 2012.

Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., München 2010.

[Abstract]

A Study on the Regulation Abuse by Controlling Position to Management of Corporation

Huh, Duk-Hoi

Professor of Kon-Kuk University

This article is research purpose that liability of controlling persons for directions the corporate management on corporation law in Korea compare to shadow director on Companies act 2006 in England, controlling shareholders

duty and liability on the american law institute principles of corporate governance in U.S. and liability of de facto organization in Germany. This research propose that researching of comparison to foreign law improvement liability of controlling person directs corporate management on § 401.2 the corporation law in korea. In Companies Act 2006 prescribes that the act § 251. "shadow director", in relation to a company, means a person in accordance with whoes directions or instruction the director of the company are accustomed to act, § 170. the general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company. the general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply. § 178. The consequences of breach(or threatened breach) of 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rules or equitable principle applied. In ALL, PCG § 5.01. prescribe controlling shareholders, when the interested in a matter affecting the corporation, are under a duty of fair dealing, and § 5.11. prescribe A controlling shareholder may not use corporate property, a controlling position, or (when trading in the corporation's securities) material non-public information to secure a pecuniary benefit. § 7.18. prescribe a defendant who violates the standards of conduct duty of fair dealing is subject to liability for the loses to the corporation, to its shareholders of which the violation is a legal cause, and, in the case of a violation of the standards duty of fair dealings, for any additional gains derived by the defendant to the extent necessary to make equitable restitution. In Germany debate same as liability of shadow director in companies act in England.

In this article propose that the first, prescribe concept of controlling shareholder provision, the second, prescribe both controlling shareholder's(and controlling corporation's) duty of loyalty and liability on breach of duty of loyalty provision, the third, at least duty of loyalty the same as § 170 (5)

of companies act in England and § 5.11 of ALI, PCG in U.S.

Key words : shadow director, director's general duties, duty of fair dealing of controlling shareholders, liability of de facto organization, principles of accord governance with liability

