

상법상 충실의무 도입논의와 중견기업

권종호

(건국대학교 법학전문대학원 교수)

충실의무 대상의 확대

- **[정부]** 상법상 이사의 충실의무를 회사에서 주주 전체로 확대하는 개정 추진→지배주주 이익 대비 일반주주이익 침해 방지 목적
- **[국회]** 22대 국회에서도 이사 충실의무 확대 상법 개정안 발의
 - * [民]정준호 의원안('24.6.5)→21대 [民]이용우 의원안('22.3월)과 동일
 - * [民]박주민 의원안('24.6.13)→21대 [民]박주민 의원안('23.1월)과 동일

상법개정안(의안번호 144) 제안이유

현 행	개 정 안
<p>第382條의3(理事의 忠實義務) 理事는 法令과 定款의 規定에 따라 <u>會社</u>를 <u>위하여</u> 그 職務를 忠實하게 수행하여야 한다.</p>	<p>第382條의3(理事의 忠實義務) ----- -----<u>주주의 비례적 이익과</u> 회사를----- ---</p>

- 이사의 충실의무 대상에 주주의 비례적 이익을 추가하여 경영과정에서 회사에는 영향이 없더라도 일반주주의 가치가 훼손되는 경우 이사에게 주주에 대한 보호 의무를 부과하는 것을 그 취지로 함
- 박주민 의원안 [회사와 총주주]

충실의무도입을 둘러싼 논쟁

• 찬성론

- 자본거래를 통한 일반주주 이익의 편취 방지(예: 제3자 배정 신주발행)
- 손익거래의 경우 자산운용과 이행상충의 판단기준이 왜곡되는 문제 해소(계열사 일감몰아주기)
- 자본거래와 손익거래에 있어서 전체 주주와 이해상충 거래의 방지(지배주주의 지배주식 프리미엄 독점, 자사주 처분)
- 자본시장법의 법정 산식 등 형식적 기준 충족만으로 거래의 공정성을 판단하는 문제해결(합병비율요건)

• 반대론

- 이사로 하여금 주주의 비례적 이익 혹은 총주주를 위해 그 직무를 수행하도록 하는 것은 이사는 회사에 대해서만 선관의무를 부담하는 현행의 법체계와는 부합하지 않음
- 소수주주의 이익을 강조하는 것은 자본다수결의 원칙과 충돌하는 것으로 주식회사제도의 근간을 흔들
- 모든 주주는 회사의 자산과 권리를 직접 향유하지 못하고 회사에 대한 지분을 통해 간접적으로 그 이익을 누리므로 주주평등의 원칙이 지켜지는 한 지배주주와 회사에만 유리하고 일반주주에게 불리한 자본거래란 있을 수 없음.
- 충실의무 대상을 다양한 이해관계자 중 주주로 국한할 경우, 회사채권자, 소비자, 지역사회 등의 이익은 그 대상에서 제외되는 것으로 보아야 할 것인지
- 이사에게 회사와 주주에 대한 충실의무를 동시에 인정할 경우 발생할 수 있는 의무의 충돌문제

주주의 비례적 이익이란 ?

❖ 주주의 비례적 이익의 유형

• 지분가치에 관한 비례적 이익

- 신주발행의 경우 발행가격이 현저하게 유리할 경우에 기존주주의 지분가치 침해
- 지배주식에 관해 프리미엄을 인정할 경우 소수주주의 지분가치 침해

• 지분비율과 관한 비례적 이익

- 신주발행가격이 공정하더라도 주주에게 신주인수권을 부여하지 않을 경우에 침해

• 그 결과

- 주주의 비례적 이익을 고려하지 않으면 충실의무 위반이라고 할 경우, 신주발행이나 자사주 처리의 경우에는 제3자 배정 방식으로 이루어지게 되면 전부가 충실의무 위반
- 지배주식매각의 경우 지배주식에 프리미엄을 인정하는 것을 이사가 용인할 경우 충실의무위반

충실의무 대상 확대 시 우려사항

- ❖ 이사의 책임 범위 확대에 따른 회사소송의 증대
- ❖ 합병, 분할합병, 주식이전·주식교환 등 사업재편거래에 있어서 합병 비율 등에 관한 공정성을 둘러싼 분쟁 가능성의 증대
- ❖ 제3자 배정의 신주발행이나 자사주의 처분 등 지분가치 희석화를 수반하는 거래에 있어서 분쟁 가능성의 증대
- ❖ 주식공개매수 등 경영권 매각거래에 있어서 경영권 프리미엄을 둘러싼 분쟁의 증가
- ❖ 사업 리스크 증가로 인한 기업가 정신 위축
- ❖ 경영권 공격수단으로 악용
 - 회사 성장을 위한 구조조정이나 지배구조 개편 과정에서 이사들이 내리는 정당한 의사결정을 모두 ‘지배주주에게 유리한 결정’이라고 왜곡하고 부당하게 책임을 추궁
 - 국내 소액주주의 주주가치 실현 효과보다는 외국계 헤지펀드가 경영권을 공격하는 수단으로 악용될 소지

개정의 필요성

- **현행 선관의무 하에서는 이사는 주주의 이익을 고려하지 않아도 되는가?**
- 이사는 회사와 위임의 관계에 있으므로(382조 2항) 회사에 대해 수임자로서 선관의무를 부담(민 681조). 이사는 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 최선을 다해야 함
- 회사의 이익은 영리성의 원칙에 따라 궁극적으로 주주의 이익을 의미하고, 주주는 총주주를 뜻함. 그러므로 이사는 총주주의 이익이 아닌, 예를 들어 지배주주나 특정의 개인주주의 이익을 도모하거나 반대로 그 이익을 침해하는 것은 선관의무에 반하는 것(임무해태)으로서 회사(399조), 나아가서 그러한 행위로 인해 직접적으로 피해를 입은 주주에 대해 손해배상책임을 져야 함(401조).
- 이와 같이 현행 선관의무 하에서도 지배주주의 이익만 도모하고 개별 소수주주의 이익을 침해하는 경우에는 이사는 그 책임을 면할 수 없으므로 충실의무의 대상을 주주로 확대하는 것은 입법적으로 무의미. 굳이 입법적 의미를 찾자면 기존의 법리를 주의적으로 규정한 것에 불과. 이는 입법의 필요성을 부정하는 측에서는 유력한 반대 논거가 될 수 있을 것임

개정의 필요성

- ❖ 이사의 충실의무의 대상을 주주 전체로 확대하는 문제는 충실의무를 선관의무에 포함되는 것으로 보는 통설(동질설)에 의하면, 선관의무의 대상을 주주로까지 확대하는 것을 의미하는 바, 이는 이사의 선관의무 대상을 회사로 한정하고 있는 상법 382조 2항과 충돌.
- 이사의 선관의무 대상을 회사로 한정하면 이사는 회사 자체의 이익만 고려해야 하고 주주의 이익을 고려하면 선관의무 위반. 하지만 주주의 이익 고려가 선관의무 위반이라는 해석은 쉽게 납득되지 않을 뿐더러 회사의 영리성(169조)과도 충돌하므로 선관의무의 대상은 회사 그 자체 뿐만 아니라 전체로서의 주주도 포함되는 것으로 해석해야 할 것임
- 요컨대, 충실의무의 대상을 주주로 확대하는 개정안은 선관의무의 대상을 회사로 한정하고 있는 현행 상법체계에 반할 뿐만 아니라 선관의무의 대상에는 주주도 포함된다고 하는 해석론에 의하면 입법 그 자체가 불필요

회사의 이익과 주주의 이익 구분 필요성

- 회사의 이익을 주주의 이익과 구분하는 것은 회사를 주주와 구별되는 독립된 인격체, 즉 법인으로 보기 때문. 그런데 이 법인성은 회사를 둘러싼 다양한 법률관계의 획일적 처리를 위한 수단적 개념에 불과하므로 법인격을 인정하는 것이 부당할 때에는 부인되기도 함(법인격부인의 법리).
- 이사의 선관의무의 대상에 전체로서의 주주의 이익이 포함되는가의 문제는 선관의무의 범위에 관한 문제라는 점에서 예를 들어 1인 회사에서 이사 겸 주주가 회사의 재산을 임의로 처분하였을 때 그 책임을 묻기 위해 주주와 회사를 별개의 인격으로 엄격히 구분하는 경우와는 차원이 다른 문제
- 따라서 선관의무의 대상은 회사라고 할 때 이때의 회사는 전체로서의 주주와 동의어로 보는 것이 타당. 즉 회사와 주주를 각각 독립된 인격체로 볼 것은 아님. 만일 전체 주주냐 개별 주주냐를 구분하지 않고 이사가 주주의 이익을 고려하는 것 자체를 선관의무 위반으로 보는 것은 법률관계의 획일적 처리를 위한 수단에 불과한 법인성에 대한 과도한 관념화이고 나아가서는 주주이익의 최대화 원칙의 이론적 토대인 회사의 영리성(169조)과도 모순. 그러므로 이사가 지배주주나 특정 소수주주의 이익을 배려하거나 침해하는 것은 선관의무 (혹은 주주평등원칙) 위반으로서 금지되지만, 회사와 전체 주주의 이익을 고려하는 것은 당연히 허용되는 것으로 보아야 할 것임
- 이러한 관점에서 보면 개정안에서 말하는 주주의 비례적 이익이 특정 소수주주의 지분비율적 이익을 의미하는 것이라면 선관의무 (혹은 주주평등원칙)와 상충하는 것이고, 총주주의 이익을 뜻하는 것이라면 선관의무를 주의적으로 규정한 것에 불과. 결론적으로 입법은 불필요

입법방식의 타당성

- **주주의 이익을 이사의 충실의무에 관한 규정(382조의3)을 통해 보호하려는 것의 타당성**
- 이사의 충실의무의 법적 성질에 관해 통설은 선관의무에 포함되는 것으로 봄(동질설). 따라서 통설에 의하면 충실의무 대상의 확대는 곧 선관의무 대상의 확대를 의미하게 되므로 개정안은 이사의 선관의무 대상에는 회사뿐만 아니라 주주도 포함됨을 의미. 그런데 이사의 선관의무는 그 대상을 회사로 국한하고 있으므로(382조 2항) 개정안은 선관의무에 관한 382조 2항과 충돌하게 됨. 따라서 주주의 이익 보호를 이사의 의무로 도입하려고 하면 충실의무에 관한 규정(382조의3)의 개정을 통해서가 아니라 선관의무에 관한 규정(382조 2항)의 개정을 통해서 도입하는 것이 타당
- 또한 이렇게 하는 것이 **경영판단원칙 적용**과의 관계에서도 유리. 경영판단원칙은 충실의무 위반에는 적용되지 않음이 원칙(다만 우리나라의 경우에는 충실의무위반에도 경영판단원칙을 적용하는 판례(2011다57869)가 있음). 그러므로 충실의무에 관한 382조의3에 주주 이익 보호 규정을 두게 되면 예를 들어 경영상의 필요에 의해 이사가 행한 행위가 결과적으로 소수 주주의 비례적 이익을 침해한 때, 즉 경영판단원칙이 적용될 수 있는 상황임에도 보호받지 못하는 문제가 생길 수 있기 때문

지배주주의 충실의무

정당한 업무집행방해 및 이사와 지배주주간 이해충돌 우려

- 회사에는 영향이 없으나 일반주주의 이익이 침해되는 대표적인 경우는 물적 분할 후 자회사를 상장하는 경우. 개정안과 같은 방법으로 이를 규제하게 되면 이사는 충실의무 위반에 따른 책임을 의식하여 그 필요성이 인정 되더라도 추진하려 하지 않을 것인데 반해, 그것을 원하는 지배주주라면 회사에 대한 영향력을 이용하여 이를 추진하려 할 것임

지배주주 규제의 실효성 미흡

- 이 경우 지배주주에 대해 업무집행지시자의 책임을 묻는 방법을 생각해 볼 수 있으나, 그러기 위해서는 회사에 대한 영향력 행사(이용)만으로는 부족하고 업무집행에 대해 지시한 사실도 명확해야 하는 등(401조의2 1항 1호 참조) 요건이 까다로워 쉽지 않음

지배주주의 충실의무

- 이러한 점을 고려하면 개정안은 지배주주가 개입된 소수주주의 이익침해 행위를 저지하는 데에는 효과가 없으면서 이사의 책임만 가중할 우려가 있음. 이 문제의 해결을 위해서라면 차라리 지배주주에게 충실의무를 부과 하는 방안이 더 효과적일 것임

개정안에 관한 우려에 대한 대안

충실의무 대상의 확대에 따른
회사와 경영진을 상대로 한 소송의
급증과 경영권에 대한 위협의
우려에 대해 그 대안으로 **경영판단
원칙의 명문화**과 **배임죄 제도의
개선**을 제시

다만 **경영권 방어법제**의 도입에
관해서는 언급이 없음

경영판단 원칙의 법제화

- 경영판단의 원칙의 법제화가 경영판단의 내용에 관한 사법심사를 배제하는 미국식의 경영판단 원칙의 도입을 의미하는 것인지, 사법심사 기준으로서 확립된 우리나라의 경영판단의 원칙의 입법화인지 불분명. 후자라고 하면 이사의 경영판단에 대한 사법심사의 배제라는 의미는 없고, 단지 판례법상의 원칙을 실정법상의 제도로 수용하는 의미밖에 없음
- 미국식이 경영판단 원칙을 법제화한다고 하면 경영판단의 내용에 대한 사법심사를 배제하는 효과는 확실히 기대할 수 있겠으나 이사에 대한 규율이 사실상 손해배상책임 법리 중심이고 미국과 같은 시장기능(적대적 M&A, 자본시장, 제품시장, 노동시장 등)이나 국외자(사외이사 등)에 의한 규율이 제대로 작동하지 않는 우리나라의 현실에 비추어 그 방법의 타당성에 관한 논란은 피하기 어려울 것임
- 다만 미국식의 경영판단원칙의 법제화가 이루어진다고 하더라도 동 원칙은 이사의 회사에 대한 책임을 면책하는 것에 지나지 않으므로 주주에 대한 이사의 책임은 면책되지 않아 충실의무의 대상을 주주로 확대한 것에 따른 우려를 해소하는 데에는 실효성을 기대할 수 없음

한국과 미국의 경영판단원칙의 차이

•(미국) 경영판단원칙은 원래 19세기 미국에서 판례법에 의해 생성된 법리. 법관은 경영에 대해 비전문가라는 점과 경영판단은 불확실한 상황 속에서 이루어지므로 그 내용의 당부에 관해 사후적으로 결과책임을 묻는 것은 부적절하다는 것을 전제로 하는 법리. 따라서 경영판단의 적법성에 대해 법원은 그 과정에 대해서만 심사하고 그 내용에 대해서는 심사하지 않는 것을 원칙으로 함. 그 결과 미국의 경영판단원칙은 이사가 경영판단을 한 경우 ① 판단사항에 관해 이사와 회사 간에 이해상충이 없고, ② 판단과정에 불합리나 부주의가 없으며, ③ 판단이 충분한 정보에 기반하여 성실하게 이루어진 것이면 법원은 판단'내용'에 관해서는 심사를 하지 않고 이사의 경영판단을 존중한다는 것

•(한국) 우리나라의 경우에는 경영판단원칙은 이사의 경영판단에 관해 주의 의무 이행여부를 판단하는 사법심사 기준의 하나. 즉 이사는 경영판단에 관하여 폭넓은 재량권을 가지고 있으므로 ① 경영판단의 절차에 부주의가 없고 ② 경영판단의 내용에 현저한 불합리가 없으면 그 경영판단으로 인해 설령 회사가 손해를 입었더라도 그 판단을 한 이사는 주의 의무를 다한 것이고, 따라서 그 판단은 존중되어야 한다는 것

•(양국의 차이) 이처럼 잘못된 경영판단에 관해 이사가 면책되기 위해서는 미국의 경우에는 ① 경영판단의 과정에서 적정성만 인정되면 되나, 우리나라의 경우에는 ②내용에 있어서도 합리성이 인정되어야 함. 그리고 우리나라에서는 ① 및 ②가 모두 충족된 상태에서 이루어진 경영판단에 대해서는 이사의 재량범위 내의 행위로서 주의 의무를 다한 것으로 봄. 이는 사법심사의 대상이라는 측면에서 보면 미국은 경영판단의 과정만 그 대상이고 내용은 배제됨을 의미하지만, 우리나라의 경우는 경영판단의 과정과 내용 모두가 사법심사의 대상임을 뜻함. 그리하여 미국의 경영판단원칙은 경영판단에 대해 사법심사를 배제하기 위한 법리로 이해되고 있으나, 우리나라의 경우에는 이사의 경영판단에 관해 주의 의무 위반여부를 판단하는 사법심사 기준의 하나로 보고 있음

배임죄 제도의 개선

- 이사의 위법한 직무 수행에 대해 배임죄로 처벌하는 것이 문제인 것은 상법상의 특별배임죄(622조)가 아니라 형법상의 업무상배임죄(형 365조)로 처벌하기 때문. 그 이유는 이래야만 불법이득액이 5억원 이상인 경우 특경법상의 가중처벌이 가능하기 때문(특경법 3조 1항).
- 그런데 형법상의 배임죄로 처벌할 경우 문제는 일반인의 임무위배행위를 대상으로 한 해석이나 법리 구성이 이 사에게 그대로 적용되어 경영 행위의 특수성을 고려한 처벌이 곤란해질 뿐만 아니라 과잉 처벌이 우려된다는 점임
- 형법상의 원칙 중에는 **보충성 원칙**이 있는 바, 형법 이외의 다른 통제수단으로는 법익 보호의 목적을 달성할 수 없는 경우에만 형법의 적용이 정당화된다는 원칙. 이러한 보충성 원칙의 관점에서 보면 형사처벌은 (형사처벌이 가해지지 않으면 안 될 정도로) 이사의 직무행위의 위법성이 중대한 경우로 국한되어야 하는데, 현재와 같이 쉽게 형사책임을 묻게 되면 '잘못에 비해 처벌이 클 가능성'을 배제하기 어렵고, 이는 보충성의 원칙에 반함은 물론이고 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 **죄형균형원칙**이나 형법은 책임에 기초하고 책임에 비례하여야 한다는 **책임주의원칙**에도 반하게 됨.
- 그런 점에서 이사를 형법상의 업무상배임죄로 처벌하는 것은 충실의무 대상의 확대 여부와 관계 없이 지양될 필요가 있음

경영권 방어 법제의 도입

충실의무 대상의 확대는 최근 화두가 되고 있는 기업 벨류업(가치 제고)을 위한 지배구조 개선의 일환으로 이루어진 것

지배구조의 개선은 기본적으로 주주권 강화, 경영자의 책임 의식 제고, 시장기능에 의한 규율 강화, 국외자(사외이사) 역할 확대 등의 형태로 이루어질 수밖에 없기에 기업으로서는 경영권에 대한 위협으로 인식될 수 있음

이와 같이 『지배구조개선 = 경영권위협』으로 인식되는 상황에서는 지배구조개선에 기업의 소극성과 반발은 피할 수 없으므로 기업의 반발을 최소화하면서 지배구조개선에 성공하기 위해서는 경영권방어 법제의 도입도 함께 추진되어야 할 것임

참고문헌

- 이철송, 주주의 비례적 이익을 보호하기 위한 상법개정안의 평가, 상장협연구 2023-3
- 홍복기: 이사의 충실의무에 관한 논쟁 (한국경제법학회 하계학술행사 자료집. 2024. 7. 12.)
- 권재열: 주주가치 제고를 위한 이사책임제도 개선방안(기업 밸류업을 위한 지배구조개선 세미나 자료집. 2024. 6. 26.)
- 최준선: 이사는 주주에 대해 충실의무가 있는가?, 기업법연구 제38권 제1호
- 이상훈, 이사의 주주에 대한 충실의무- 충실의무 조항에 주주의 비례적 이익을 명시하는 법안에 대한 검토-, 상사법연구 제41권 제2호
- 손창완, 상법개정의 현황과 평가, 상사법연구 제43권 제1호
- 이사의 충실의무 확대에 대한 경제계 의견 (2024. 6. 25.)

감사합니다.