

企業의 不實 經營者의 損害賠償責任

梁 承 圭*

I. 문제의 제기

企業은 인적, 물적 설비를 갖추어 영리를 추구하는 경제조직이고, 대규모의 기업은 주식회사의 형태를 취하고 있는 것이 일반적이다. 株式會社는 株式으로 분할된 일정한 資本을 가지고(商 제329조) 대외적인 신용의 기초는 회사의 資産에 있고, 주식을 가진 株主는 회사의 債務에 대하여는 아무런 責任을 지지 아니하는 物的會社이다. 이 글에서 기업은 주식회사로 한정하고 會社法의 규정을 중심으로 다루기로 한다.

株式은 자본의 구성분자로서 회사의 수익(earnings), 순자산(net assets) 및 지배(control)에 관한 세 가지 이익의 구성요소가 되어 있고,¹⁾ 주주는 회사가 발행한 주식의 총수에 대하여 그가 가진 株式의 비율에 따른 비례적 권리를 가질 뿐 회사의 경영에 직접 관여할 수는 없다. 이에 따라 商法은 주식회사의 업무집행기관을 理事會와 代表理事로 二元化하고 있는데, 전자는 회사의 업무집행에 관한 의사결정과 대표이사의 업무집행을 감독하고(商 제393조), 후자는 회사를 대표하여 업무집행을 맡도록 하고 있다(商 제389조).

이와 같이 주식회사의 경영은 주주총회에서 선임된 理事로 구성된 理事會와 代表理事가 맡게 되는데, 이사 또는 대표이사가 株主이어야 하는 것은 아니다. 그러나 대다수의 주식회사에 있어서는 支配株主가 직접 이사로 취임하여 그 경영을 맡거나, 이사가 아닌 경우에도 배후에서 이사를 지휘하여 기업경영에 관여하고 있는 것이 실정이다. 이러한 점에서 회사의 경영이 부실화되었을 때에 그 책임을 누구에게 돌려야 하느냐는 문제가 제기되고 있다. 왜냐하면 상법상 이사는 회사와 제3자에 대한 책임을 지고 있으나(商 제399조, 제401조), 이사가 아니면서 지배주주 등 자신의 영향력을 행사하여 회사의 경영에 관여하고 있는 자의 책임은 규정하고 있지

* 서울大學校 法科大學 教授

1) Harry G. Henn/John R. Alexander, *Laws of Corporations*, 3rd ed., 1983, p. 396.

않기 때문이다.

우리 나라의 경제사회에서는 “기업은 망해도 기업인은 산다”라는 말이 돌고 있다. 그것은 하나의 기업이 倒産한 경우에도 그 회사의 경영에 책임이 있는 자가 그 대로 자기의 富를 누리고 살고 있는 현상에서 오는 것이다. 중소기업의 경영자는 회사의 도산과 함께 家産까지 탕진하여 쓰러지고 있는데, 대기업의 경우에는 회사가 부실화되어도 은행 등 금융기관의 不實債權으로 넘기고 실제로 그 기업경영에 책임을 져야 할 企業人이 그대로 물러나 살 수 있도록 하는 것은 법리적으로나 실제적으로 용납되어서는 안될 것이다.²⁾ 이 글에서 기업의 부실화는 倒産을 전제로 하는 것은 아니고, 그 임무를 게을리한 부실 경영자에게 엄격한 책임을 묻고 경영의 정상화를 이루어야 한다는 점을 일깨우는 데 뜻을 두고자 한다.

II. 企業 不實化의 현상

이른바 한보철강사태는 일부 잘못된 재벌기업의 생태를 보여 주었고, 금융부조리의 현상을 적나라하게 드러내었다. 기업이 권력에 기대어 금융자금을 조달하여 회사를 경영하고자 하는 것은 정경유착으로 사회병리를 심화시키는 요인이라 할 수 있다. 1996년 말을 기준으로 30대 기업그룹의 재무현황을 보면 자기자본과 부채비율이 20.6 대 386.7로 나타나고 있고, 이는 우리 기업의 재무구조가 얼마나 취약한가를 보여 주는 것이다.

이에 따라 경기가 하강하고 자금이 경색되면 회사의 경영이 어려워지고 기업의 도산으로 이어져 경제에 주름살을 더하게 된다. 1997년 12월 이후 심각한 외환의 위기로 국가파산에 직면하여 국제통화기금(IMF)의 구제금융에 의존하여야 하는 우리의 경제구조 속에서는 기업의 구조조정이 요구되고 있고, 수많은 기업이 도산하고 있으며, 또한 법원에 법정관리³⁾ 또는 화의신청⁴⁾을 하는 기업의 수도 늘어나고 있다.

2) 가령 은행 대출의 경우 중소기업에 대하여는 이사의 개인보증을 요구하나, 대기업에 대하여는 기업의 상호보증으로 대처하고 있는 데서 그 원인을 찾을 수도 있을 것이다.

3) 1997. 8. 31. 현재 회사재산보전결정 후 법정관리절차가 진행중인 기업의 현황은 서울지법 민사50부 61개사, 인천지법 민사 11부 27개사, 수원지법 민사 30부 24개사, 춘천지법 민사 2부 1개사, 대전지법 민사 10부 8개사, 청주지법 민사 2부 15개사, 대구지법 민사 30부 22개사, 부산지법 민사 12부 14개사, 창원지법 민사 11부 10개사, 광주지법 민사 10부 14개사, 전주지법 민사 4부 4개사 합계 200개사에 이르고 있고, 그 후 기업경영이 더 어려워지고 있음은 공지의 사실이다. 1997년 1년 동안에 서울지방법원에 회사정리를 신청한 회사는 1월 28일 (주)한보를 비롯하여 12월 20일 한합산업(주)에 이르기까지 39개사에 이르고 있다.

4) 서울지방법원에 화의신청을 한 회사는 1995년에서 1996년까지는 11개사이었으나 1997년에는 56개사, 1998년 1월에 13개사에 이르고 있다.

30대 그룹 재무현황

(단위:10억원, %)

기업집단명	96년말 기준				95년말 기준	
	자기자본	부채	자기자본비율	부채비율	자기자본비율	부채비율
1 현 대	9,842	42,979	18.6	436.7	21	376
2 삼 성	13,814	36,897	27.2	267.1	32.7	205
3 L G	8,302	28,766	22.4	346.5	24.2	314
4 대 우	7,791	26,449	22.8	339.5	22.9	336
5 선 경	4,701	18,042	20.7	383.8	23.3	320
6 쌍 용	3,102	12,700	19.6	409.5	25.1	296
7 한 진	2,121	11,789	15.3	555.9	13.9	619
8 기 아	2,295	11,912	16.2	519.1	19.4	418
9 한 화	1,244	9,348	11.7	751.4	13.9	619
10 롯데	2,654	5,100	34.2	192.2	36.3	178
11 금 호	1,270	6,119	17.2	481.7	17.7	464
12 한 라	306	6,320	4.6	2,064.0	3.4	2,918
13 동아	1,383	4,906	22	354.7	23.7	320
14 두 산	808	5,561	12.7	688.3	13.8	624
15 대 립	1,118	4,731	19.1	423.3	20.6	344
16 한 솔	1,075	3,138	25.5	291.8	24.2	313
17 효 성	879	3,253	21.3	370.3	24.1	314
18 동국제강	1,161	2,536	31.4	218.4	34.5	189
19 진 로	99	3,727	2.6	3,764.7	3.9	2,531
20 코오롱	919	2,922	23.9	318.1	23.4	350
21 고 합	529	3,124	14.5	590.1	14.9	571
22 동 부	973	2,444	28.5	251.2	23.4	327
23 동 양	645	1,985	24.5	307.7	26.4	279
24 해 태	448	2,950	13.2	658.4	16.5	506
25 뉴코아	211	2,586	7.6	1,224.4	9.8	920
26 아 남	456	2,182	17.3	478.0	-	-
27 한 일	384	2,215	14.8	577.6	9.7	930
28 거 평	513	1,783	22.4	347.4	-	-
29 미 원	432	1,801	19.4	416.6	-	-
30 신 호	363	1,776	17	489.4	-	-
합계	69,838	270,041	20.6	386.7		

*아남·거평·미원·신호는 97년부터 30대그룹에 진입. 각 그룹의 계열 금융기관·보험사는 제외

<자료:공정거래위원회>

이러한 현상은 기업이 새로운 기술의 개발에 따른 투자보다는 일반화된 기술에 중복하여 과잉투자⁵⁾함으로써 과잉경쟁을 유발하여 국제경쟁력을 잃고 재무구조를 악화시킨 결과라 할 수도 있다.

기업경영의 부실화의 원인으로서 “높은 비용과 낮은 효율(高費用, 低效率)”을 들기도 하나, 이는 기업경영자가 책임의식이 약하고 자신의 이익을 앞세워 시장 여건의 변화에 대응하지 못하고 타인자본에 의존하여 방만한 경영을 함으로써 수익성이 떨어진 데에 근본적인 요인이 있다고 할 수 있다. 그리고 이사가 자신의 영업실적을 과장하거나 자금조달을 위하여 분식결산을 하여⁶⁾ 이익배당을 하고, 심지어는 회사의 자금을 기업경영과는 아무런 관련이 없이 개인적으로 부담하여야 할 세금이나 증자대금 등으로 전용하고⁷⁾ 또는 이른바 비자금의 명목으로 회사 재산을 빼돌려 뇌물로 사용하거나⁸⁾ 횡령⁹⁾ 등 불법행위를 자행함으로써 회사의 재무구조를 더 악화시킨 것이 커다란 원인이라 할 수 있을 것이다. 이러한 현상은 그 동안 정치권력의 부패로 인한 정경유착과 官治金融의 폐해가 그대로 드러난 것이라 할 수도 있다.

기업은 국가경제를 떠받치는 중추적 역할을 담당하는 사회적 실체이다. 기업경영이 건전하게 유지될 때에 사회경제도 건강하고, 그렇지 못할 때에는 사회병리현상이 나타난다고 할 수 있을 것이다. 그리하여 기업의 부실화를 방지하기 위하여서는 무엇보다도 기업의 경영자를 비롯한 구성원과 국민 모두가 원칙을 지키고 기업의 사회적 책임을 인식하는 데서 출발하여야 한다. 그리고 기업의 건전한 재무구조를 유지하여 경영의 투명성을 높이고 공정한 경쟁을 유도하는 동시에 경영자의 책임을 강화하고 주주 또는 채권자(금융기관)의 감시기능을 살리는 것도 또한 필요하다고 생각한다.

-
- 5) 李忠彦, 過剩投資의 現況 및 對應方案, 주간 금융동향 97. 8. 4., 한국금융연구원, 2면 이하 참조. 한보철강 위탁경영진의 당진제철소 실사결과 한보의 과잉투자나 투자자금 유용규모가 1조5천억원-1조6천억원에 이르는 것으로 밝혀졌다(한국경제신문 1997. 4. 3.자). 그리고 금융연구원보고서에 의하면 자동차, 석유화학, 조선, 반도체 등 우리 경제의 핵심산업이 모두 과잉투자 상태인 것으로 나타나고 있다고 한다(동 신문 1997. 9. 9. 자).
- 6) 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결은 ㅎ 상장회사가 분식결산을 한 사실을 밝혀 내지 못한 감사인의 투자자에 대한 책임을 인정하고 있다(拙稿, 監査人의 제3자에 대한 損害賠償責任, 서울대학교 法學 제38권 3·4호 (1997. 12.), 278면 참조).
- 7) 서울지법 1997. 6. 2. 선고 97고합113, 301 판결에서 한보그룹의 정태수 회장의 자금유용부분 참조.
- 8) 이른바 전두환, 노태우 두 전직대통령의 부정축재사건은 이를 잘 드러내고 있다. 기업자금을 정치자금의 명목으로 권력을 가진 자들에게 바치고 이권을 노리는 정경유착은 국가를 파괴하는 가장 끔찍한 범죄임을 일깨워야 한다.
- 9) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결은 ㄷ 회사의 대표이사의 횡령이 문제된 사건이다.

III. 企業 經營者의 責任

1. 經營者의 범위

상법상 주식회사의 업무집행기관은 이사회와 대표이사로 나뉘어 있다. 이사회는 3인 이상의 理事로 구성되어 회사의 업무집행에 관하여 결의하고 이사의 직무집행을 감독하는 권한을 가진 회의체의 기관이고(商 제383조 제1항, 제393조), 대표이사는 회사를 대표하여 업무집행을 맡고 있는 대표기관이다(商 제389조). 그리하여 주식회사의 경영기관은 이사회와 대표이사로 二元化되어 있는데, 여기서 경영자는 주식회사의 경영을 맡고 있는 대표이사를 비롯한 이사를 의미하는 것으로 한다.

이사는 주주총회에서 선임되어 회사와의 사이에 위임관계를 가지고 선량한 관리자의 주의로써 회사의 경영에 참여할 의무를 지고 있다(商 제382조, 民 제681조). 즉 이사는 그를 선출한 주주의 대리인으로서가 아니라¹⁰⁾ 이사회의 구성원으로서 독자적인 판단에 따라 회사의 업무집행의 의사결정에 참여하고 대표이사의 직무를 감독할 권한을 가지고 있으며, 대표이사는 회사를 대표하여 정관이나 이사회에서 결정된 사항을 구체적으로 성실하게 집행하여야 할 義務를 지고 있다. 이에 따라 주식회사의 이사는 대표이사이든 아니든 가리지 않고 기업 경영에 참여하게 되는 것이다.

수많은 회사에서는 실제로 회사 업무에 관하여는 사장 등 임원이 결정하고, 이사회는 임원의 결정을 형식상 승인하거나 확인하는(rubber-stamp) 정도에 그치고 있기도 하다.¹¹⁾ 특히 여러 계열사를 거느리고 있는 기업집단, 이른바 財閥의 경우에는 회사의 이사가 아닌 회장 또는 회장 직속의 기조실 등에서 계열회사에 대한 투자, 자금계획 등 경영의 주요부분에 대한 결정을 하거나 관여하고 있는 것으로 알려져 있다.¹²⁾ 여기에서 상법상 이사가 아니면서 회사의 업무에 실제로 관여하고 있는 자를 사실상의 이사로 다룰 수 있느냐는 의문이 제기된다.

사실상의 이사(de facto director)는 법률상의 이사(de jure director)의 자격요건을 갖추지 아니하였음에도 불구하고 이사의 직무를 수행하거나 직무상의 외관(color of office)을 갖추고 있는 자를 가리키고 있다.¹³⁾ 이러한 사실상의 이사에는 이사로서 선임되어 그 직무를 수행하였으나 그 후 이사선임결의가 취소 또는 무효

10) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 563.

11) *Ibid.*, p. 564.

12) 權奇範, 事實上的 關係과 財閥, 梁承圭教授華甲紀念 現代商法の 課題와 展望, 1994, 250면. 이른바 한보비리와 관련된 사건에서 정태수 회장은 그룹의 자금조달 및 집행업무를 총괄하는 그룹 재정본부장을 지휘하여 자금을 필요에 따라 임의로 사용하고 있음을 보여주고 있다.

13) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 562; 崔基元, 第8大訂版 新會社法論, 1998, 560면.

로 된 경우 또는 주주총회에서 이사로서 선임되지도 아니한 자에게 회사가 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 이사의 명칭을 사용하여 회사의 업무를 처리하도록 한 表見理事(商 제395조 참조)와 회사 안에서 아무런 직책을 가지지 않고 배후에서 이사에게 회사의 업무에 관하여 지시하거나 영향력을 행사하고 있는 자를 포함시킬 수 있다.

외관상으로는 이사의 직무를 가지지 않고 있으나 지배주주, 기업집단의 경우 각 계열사의 영업을 총괄하고 있는 회장이나 비서실 또는 기조실의 책임자로서 회장의 지시에 따라 각 회사의 업무에 관여하고 있는 자를 事實上의 理事로 하고 이사의 명칭을 사용하고 있는 表見理事와 구별하여 사용하기로 한다.¹⁴⁾ 다만 사실상의 이사도 이사와 표현이사와 같이 회사의 經營者로서의 지위를 인정하는 것이 마땅하다고 생각한다. 왜냐하면 1인 회사의 주주 또는 실질적인 지배주주로서 자신의 영향력을 행사하여 회사의 업무에 관여하고 있거나 기업집단의 회장 또는 회장의 지시에 따라 업무에 관여하고 있는 자는 비록 이사의 명칭을 사용하고 있지 않더라도 그들의 지시에 따라 기업경영이 이루어지고 있기 때문이다.

2. 經營者의 會社에 대한 損害賠償責任

(1) 責任의 原因

商法 제399조 제1항은 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘법령 또는 정관에 위반한 행위’라 함은 이사가 회사의 영업에서 이익이 없음에도 분식이익을 계상하여 위법배당을 하게 하거나(商 제462조) 경업피지의무위반(商 제397조), 이사회 의 승인없는 자기거래(商 제398조) 등의 경우와 같이 구체적인 법령이나 정관의 규정에 위반한 경우를 말하고, ‘임무를 게을리한 때’라 함은 그 직무를 행함에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 것을 이른다.¹⁵⁾ 가령 은행의 이사가 개인이나 법인에 대한 대출한도를 초과하여 대출하거나(銀行法 제27조 제1항 제4호) 공개요건을 갖추지 못한 기업을 공개

14) 영국회사법(1985) 제741조 제2항은 “회사에서 배후이사(shadow director)라 함은 그 회사의 이사가 일반적으로 그의 지시(directions or instructions)에 따를 때 그 지시를 하는 자를 말한다”고 규정하여 법률상 적법한 절차에 의하여 이사로 선임되지 아니한 자로서 이사의 직무를 수행한 사실상의 이사(de facto director)와 구별하고 있다. L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, 1992, pp. 143-144 참조.

15) 미국의 모범사업회사법(MBCA) 제8.30조 a항은 “이사는 이사회 의 위원으로서의 의무를 포함하여 이사로써 (1) 선의로, (2) 같은 지위에 있는 통상적인 신중한 사람이 유사한 상황에서 기울이는 주의로써, 그리고 (3) 회사의 최선의 이익이라고 합리적으로 믿는 방법으로 그 의무를 이행하여야 한다.”라고 이사의 일반적 행위기준(General Standards of Conduct for Directors)을 규정하고 있다.

하기 위하여 계산서류 등을 조작하는 행위¹⁶⁾ 등을 한 것은 전자에 속하고, 이사가 대표이사의 직무감독을 소홀히 하여 그의 부정행위를 막지 못한 것¹⁷⁾은 후자에 속한다.

선량한 관리자의 주의의무를 다하여 그 직무를 수행하여야 할 이사는 회사의 이익을 도모하고 회사에 손해를 입히지 않도록 하여야 한다.¹⁸⁾ 그리고 이사가 이사로서의 직무를 수행함에 있어서 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였으면 비록 그 업무집행으로 회사가 손실을 입었다 하더라도 회사에 대하여 책임을 지는 것은 아니다. 즉 이사가 경영판단의 법칙(business judgment rule)에 따라 기업경영에 있어서 회사의 목적과 그의 권한의 범위 안에서 합리적인 근거를 가지고 그것이 회사의 이익에 가장 적합하다고 믿고 다른 어떠한 대가에도 영향을 받지 않고 독자적으로 판단을 내려 선의로 행위를 한 이상 그 결과로 생긴 손해에 대하여는 이사에게 책임을 추궁할 수는 없고,¹⁹⁾ 이사의 행위가 법령 또는 정관에 위반하였거나 그 임무를 게을리함으로써 생긴 손해에 대하여서만 배상청구를 할 수 있다. 가령 은행의 이사가 여신업무를 수행함에 있어 대출기준에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 기업에 대출을 한 경우는 비록 그 기업이 도산하여 대출금을 회수할 수 없다 하더라도 이사의 책임을 물을 수 없으나, 외부의 부당한 압력을 받아 그 기준에 부합하지 않는 不實貸出을 함으로써 생긴 손해에 대하여는 이사에게 그 책임을 물을 수 있는 것이 그것이다.²⁰⁾

(2) 責任의 性質

이사의 회사에 대한 손해배상책임은 법령 또는 정관을 위반한 행위로 인한 경우와 임무해태로 인한 경우로 나뉘고, 그 법적 성질에 차이가 있으나, 그에 관여한 이사들이 연대책임을 지는 데 특성이 있다(商 第399조 第1항).

이사의 법령 또는 정관에 위반한 행위로 생긴 손해에 대하여는 그 결과에 따라 책임을 인정하여야 한다는 무과실책임으로 보는 입장²¹⁾, 과실책임으로 보는 입장²²⁾

16) 拙稿, 企業의 不實公開關與者의 責任, 서울대학교 法學 37권2호(1996. 9), 1면 이하 참조.

17) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결, 拙稿, 理事의 職務監督義務違反과 會社에 대한 責任, 서울대학교 法學 26권4호(1985), 187면 이하 참조.

18) Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., 1991, S. 684.

19) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 661; 鄭東潤, 第4全訂版 會社法, 1996, 422면; 鄭燦亨, 會社法講義, 1997, 458면; 崔基元, 앞의 책, 554면.

20) 우리 나라 금융기관의 부실화는 한보사태에서 보는 바와 같이 은행장 등이 외부의 청탁에 따라 그 기준을 무시하고 부정대출을 함으로써 채권확보가 제대로 이루어지지 못한 데에 큰 원인이 있다 할 수 있을 것이다.

21) 崔基元, 앞의 책, 551면.

22) 鄭東潤, 앞의 책, 421면; 鄭燦亨, 앞의 책, 457면.

그리고 명백히 과실을 전제로 하는 책임원인을 제외하고는 무과실책임이라고 보는 입장²³⁾으로 나뉘고 있다. 이사는 법령 또는 정관에 정한 사항에 대하여는 직무상 알고 있어야 하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 한 경우의 회사에 대한 손해배상책임은 이사의 고의 또는 과실을 요건으로 하는 것이 아니므로 무과실책임으로 보고, 다만 그것이 이사회 결의에 의한 때에 그 결의에 찬성한 이사로서 책임을 지는 경우(商 제399조 제2항)에는 과실책임으로 보는 것이 옳다고 생각한다.²⁴⁾ 왜냐하면 가령 대표이사가 위법배당의안을 이사회 결의를 거쳐 주주총회에 상정한 경우 대표이사와 감사가 그 재무제표의 작성이 적절하게 이루어졌다고 보고하고, 이를 믿고 그 의안에 찬성한 이사에게 그 위법배당에 대한 책임을 지우는 것은 신의칙에 어긋나는 것이기 때문이다.²⁵⁾

이에 대하여 이사가 임무를 게을리한 경우에 지는 책임은 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니함으로써 지는 과실책임이고, 이는 일반불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이다.²⁶⁾ 그러므로 이사의 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구함에 있어서는 그 이사가 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다하였느냐의 여부를 따져야 하는 것이고, 손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없다.²⁷⁾ 이 경우 이사가 선량한 관리자의 주의의무를 다하였다는 사실은 그 책임을 면하고자 하는 이사가 입증하여야 한다고 풀이한다.²⁸⁾

(3) 責任을 지는 理事

회사에 대하여 손해배상책임을 지는 이사는 법령 또는 정관에 위반되는 행위를 하였거나 그 임무를 게을리하여 회사에 손해를 입힌 이사이고, 수인의 이사가 관련된 때에는 연대책임을 진다(商 제399조 제1항). 이사는 퇴임한 이사도 포함하고, 그 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 그 행위에 대한 책임을 지는데, 그 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정된다(商 제399조 제2항, 제3항). 그러므로 법령이

23) 徐燾珪·徐正恒, 第三全訂 **改正商法要論**, 1998, 220면; 孫珠瓚, 第六訂增補版 **商法(上)**, 1996, 772면.

24) 拙稿, 第3版 **商法事例研究**, 1994, 156면.

25) 미국의 MBCA 제8.30조 b항은 “이사는 그 사항에 대하여 신뢰할 수 있고 능력이 있다고 합리적으로 믿은 1인 또는 수인의 임원 또는 종업원이 작성하여 제출한 재무제표와 그 밖의 재무상의 자료를 포함한 정보, 의견, 보고 또는 진술을 믿을 권리가 있다(…… a director is entitled to rely on ……)”고 규정하고 있다. New York Business Corporation Law s. 717 (a)도 같다.

26) 孫珠瓚, 앞의 책, 773면; 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결 참조.

27) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다30465, 30472 판결 참조.

28) Schmidt, a.a.O., S. 685. 독일주식법 제93조 제2항 후단.

나 정관에 위반한 행위 또는 타당성이 없는 업무집행에 대한 이사회 결의에 참여한 이사로서 적극적으로 그 결의에 반대한 기록이 없는 이사는 그 행위에 대하여 책임을 지게 된다. 다만 이사회 결의에 참여한 이사로서 가령 대표이사가 허위로 작성한 근거서류 등을 제시하고 그 결의의 내용이 합리적인 것으로 가장하여 그것이 정당하다고 믿고 이사회 결의에 찬성한 이사는 그 사실을 입증하고 책임을 면할 수 있다고 풀이한다.

법률상의 이사와 이사가 아니면서 회사에서 직무를 맡고 있는 표현이사는 그 직무와 관련하여 책임의 주체가 될 수 있다. 그러나 회사에서 아무런 직무를 맡지 않고 있는 사실상의 이사에겐 법령 또는 정관에 위반한 행위의 책임을 물을 수 있는지는 의문이 있을 수 있다. 왜냐하면 이사가 아닌 지배주주 또는 기업집단의 회장이나 기조실장 등은 직접 그 회사의 이사회에 출석하거나 스스로 업무를 집행하는 것이 아니고 이사를 통해서 그 업무를 지시하고 있기 때문이다. 그러나 사실상의 이사가 가령 배후에서 대표이사를 종용하여 비자금의 조성, 자기주식의 취득(商 제 341조) 또는 위법배당(商 제462조) 등을 하도록 하고, 대표이사가 그 지시에 따라 법령 등을 위반한 행위를 한 때에는 그 배후에 있는 사실상의 이사가 회사에 대하여 그 배상책임을 진다고 풀이한다.²⁹⁾ 이 경우 배후에서 회사의 업무에 관여한 사실상의 이사가 위법한 행위를 지시한 사실 여부에 대한 입증책임이 문제될 수 있는데, 가령 그 기업의 회장이나 기조실장 등 외관을 갖추고 있을 때에는 그 악의를 추정하고, 외관적으로 아무런 실체가 드러나지 아니한 지배주주에 대하여는 그 책임을 묻는 쪽에서 입증책임을 진다고 보는 것이 옳을 것이다. 그리고 이사의 행위와 관련하여 監事에게도 책임이 있는 경우에는 그 감사도 이사와 연대하여 손해배상책임을 진다(商 제414조 제3항).

(4) 責任의 消滅

(가) 責任의 免除·解除

상법 제399조에 의한 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 총 주주의 동의로 면제할 수 있다(商 제400조). 총 주주는 의결권 없는 주식(商 제370조)을 가진 주주도 포함하는데, 그 동의를 방식은 개별적으로 하든 총회결의의 방식을 취하든 상관없다.³⁰⁾ 이것은 이사의 손해배상책임이 엄격한 데 비하여 총 주주의 동의로 이를 면제할 수 있도록 한 것이다. 그러나, 이로써 이사의 불법행위로 인한 손해배상청구

29) 독일주식법 제117조 제1항. 회사에 대한 자기의 영향력을 이용하여 이사회 또는 감사회의 구성원, 지배인 또는 당사대리인으로 하여금 회사 또는 그 주주에게 손해가 되는 행위를 고의로 하게 한 자는 회사에 대하여 그로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다(Schmidt, a.a.O., SS. 674, 749); 영국회사법 제741조 제3항도 같다(Gower, *op. cit.*, p. 144).

30) 孫珠瓚, 앞의 책, 774면.

권을 면제하거나³¹⁾ 그 행위로 인한 형사책임까지 면제하는 것은 아니다(商 제622조 이하 참조).

이사의 책임이 재무제표의 작성(商 제447조)과 연관되어 있을 때에는 정기주주총회에서 재무제표의 승인이 있는 후 2년 안에 다른 결의가 없으면 부정행위가 없는 한 회사는 이사의 책임을 해제한 것으로 본다(商 제450조). 즉 이사가 재무제표의 작성이 공정하고 타당하게 이루어졌느냐를 제대로 감독하지 못한 경우에도 대표이사와 공모 등 부정행위가 없는 한 주주총회에서 재무제표의 승인이 있는 후 2년이 경과하면 그 책임은 해제된다.

(나) 消滅時效

이사의 회사에 대한 손해배상책임은 불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 일반채무와 같이 그 의무위반이 있을 때로부터 10년의 시효로 소멸한다(民 제162조 제1항).³²⁾

(5) 責任의 追窮

회사는 이사가 법령 등에 위반한 행위를 하거나 임무를 게을리하여 손해를 입은 경우에는 그 이사를 상대로 손해배상을 청구하여야 하고, 그 손해배상청구의 소에는 감사가 회사를 대표한다(商 제394조). 그러나 거래의 실제에 있어서는 이사가 임부해태 등으로 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 경우에는 이사의 직무집행과 회계를 감사하는 監事에게도 그 책임이 따르는 것(商 제414조)이 일반적이므로 감사에 의한 손해배상청구권의 행사는 기대하기 어려운 일이기도 하다. 정리중의 회사의 경우에는 법원이 정리절차개시의 결정이 있을 때에 관리인의 신청이나 직권으로 이사의 책임에 기한 손해배상청구권의 사정 또는 이사의 재산에 대한 보전처분을 할 수 있다(會社整理法 제72조 제1항). 그리하여 정리중의 회사의 경우에는 법원의 처분에 의하여 적극적으로 이사의 손해배상책임을 물을 수 있으나, 그렇지 아니한 경우에는 회사가 이사의 책임을 묻지 않는 때에 주주가 회사를 위하여 이사를 상대로 소를 제기하여 그 책임을 추궁할 수 있는 방안이 요구되고 있고, 그것이 이른바 주주의 대표소송이다.

商法은 1962년의 제정 당시에 미국 회사법의 대표소송 또는 대위소송(representative or derivative suit)을 받아들였는데, 주주의 대표소송은 회사가 이사의 회사에 대한 책임을 묻지 않는 경우에 주주가 회사를 위하여 제기하는 이사의 책임을 추궁하는 소이다(商 제403조 참조). 미국에서는 형평법(equity)에 의하여 주주가 회사의 권리 또는 청구권의 행사를 강제할 수 있도록 하는 대위소송을 발전시

31) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결; 崔東植, 理事의 會社에 대한 損害賠償責任의 免除, 崔基元教授華甲紀念 商事判例研究 (I), 1996, 624면 이하 참조.

32) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결; 독일주식법 제93조 제6항은 그 소멸시효기간을 5년으로 하고 있다.

켜 그에 따라 간접적으로 회사에서 가지는 주주의 이익을 보호하도록 한 것이다.³³⁾ 그리하여 대표소송은 주주가 위법, 부당한 행위를 한 이사에 대한 회사의 권리를 기초로 회사의 이익을 보호하기 위하여 제기하는 소로서, 주주는 자신의 직접적인 이익 또는 권리를 위한 것이 아니라 회사를 위한 후견인(guardian ad litem)으로서의 지위에서 대위소송을 하는 것이라 할 수 있다.³⁴⁾

상법상 대표소송을 제기할 수 있는 주주는 발행주식 총수의 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주권자이고 피고는 위법, 부당한 행위로 회사에 손해를 입힌 이사 또는 이사였던 자이다(商 제403조 제1항). 여기서 주주는 의결권 없는 주식을 가진 주주도 포함하고, 100분의 5 이상에 해당하는 주식을 1인이 가지고 있든 수인이 가진 주식을 합하여 공동으로 하든 상관이 없으나 소제기시부터 소송기간 동안에 그 주식을 보유하고 있어야 한다고 풀이한다.³⁵⁾ 미국법에서는 대표소송을 제기하는 원고 주주의 소유주식수는 중요하게 여기지 않고 있으나,³⁶⁾ 상법은濫訴의 방지를 위하여 소수주주권자로 주주의 자격을 제한하고 있다. 물론 주주가 대표소송을 남용하여 이사의 업무집행을 방해하는 것은 막아야 하나, 명백히 위법, 부당한 행위를 하여 회사에 손해를 입힌 경우 그 책임추궁을 어렵게 하는 것도 바람직한 일은 아니다.

1997년의 개정 증권거래법 제191조의13 제1항은 6월 전부터 계속하여 상장법인의 발행주식 총수의 1000분의 10(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1000분의 5) 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 대표소송을 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 이사의 업무집행에 대한 주주의 감시기능을 강화하고 이사의 위법행위에 대한 책임을 엄격하게 추궁할 수 있도록 하기 위하여 대표소송을 제기할 수 있는 주주의 자격요건을 완화하여 대표소송을 활성화하는 것도 필요하다고 생각한다.³⁷⁾ 우리 나라에서 그 동안 대표소송에 관한 상법의 규정이 거의 死文化되었으나, 1997. 6. 3.에 법무법인 시민종합법률사무소가 소수주주권자를 대리하여 주식회사 제일은행의 이사들을 상대로 한보철강에 대한 부실대출로 생긴 손해배상책임을 추궁하는 대표소송을 제기하여 그 결과가 주목되고, 앞으로 위법하거나 부당한 행위를 한 경영자의 책임을 쉽게 추궁할 수 있는 길이 마련되기를 기대한다.

33) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 1036.

34) *Ibid.*, p. 1037.

35) *Ibid.*, p. 1053.

36) *Ibid.*, p. 1054. MBCA s. 7.40. 日本商法 제267조 1항은 '6월 전부터 계속하여 주식을 가진 주주'로 그 자격을 규정하고 있을 뿐 주식보유비율에 대하여는 제한을 두고 있지 아니하다.

37) 金建植, 株主代表訴訟의 活性化와 관련된 몇 가지 문제점—日本の 경험을 참고로 하여—, 서울대학교 法學 37권2호(1996.9.), 164면 이하 참조.

3. 經營者의 제3자에 대한 損害賠償責任

(1) 責任의 原因

이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 게을리한 때에는 회사를 대표하여 그 업무집행으로 인하여 타인에게 손해를 가한 대표이사(商 제389조 제3항, 제210조)가 아니더라도 악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리하여 제3자에게 손해를 입힌 때에는 그에 대하여 직접 배상책임을 지게 된다.

이사의 악의라 함은 임무해태임을 알고 있는 경우를 말하고 굳이 회사 또는 제3자가 그 임무해태로 손해를 입게 될 것이라는 사실을 인식하여야 하는 것은 아니다. 그리고 중대한 과실이라 함은 현저하게 주의의무를 다하지 못하여 임무해태의 사실을 알지 못한 경우를 가리킨다.³⁸⁾ 여기서 이사의 임무해태는 회사에 대한 것으로 이사로서 그 직무를 수행함에 있어서 법령이나 정관에 위반한 행위를 한 경우 뿐만 아니라 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 경우도 이에 해당한다.

대표이사가 업무집행으로 가령 주식청약서, 사채청약서, 대차대조표 등 계산서류에 허위의 기재를 하거나 허위의 등기 또는 공고를 함으로써 그것을 믿고 거래한 제3자에게 손해를 입힌 경우에 그 대표이사가 회사와 연대하여 손해배상책임을 지게 되는데(商 제389조 제3항, 제210조), 이 경우 그러한 사실을 알면서 이를 묵인하거나 이사회 결의에 의한 때에 그러한 사실을 충분히 알 수 있었음에도 그 결의에 찬성한 이사는 악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리한 것으로 된다(商 제401조 제2항, 제399조 제2항, 제3항).

이에 따라 판례³⁹⁾가 “이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관의무위반의 행위로서 예를 들면 회사의 경영상태로 보아 계약상의 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능한 것으로 예견할 수 있었음에도 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행불능이 된 경우와 같이 위법한 사정이 있어야 하고 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라 할 수 없다”고 판단한 것은 옳다 할 것이다. 그러므로 이사는 회사에 대한 책임의 경우와 마찬가지로 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 제3자에 대한 책임을 지게 되나, 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이사로서의 직무를 성실하게 수행하였음을 증명한 때에는 비록 제3자가 회사의 자산에서 채권의 만족을 얻을 수 없다 하더라도 그 배상책임을 지는 것은 아니다.

38) 孫珠瓚, 앞의 책, 775면.

39) 대법원 1985. 11. 12. 선고 84다카2490 판결.

(2) 責任의 性質

이사는 회사와의 사이에 위임관계를 맺고 있을 뿐 제3자에 대하여는 직접 법률 관계를 가진 것은 아니므로, 불법행위의 요건을 갖추고 있는 것이 아닌 한 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 것은 아니라 할 것이다. 여기에서 상법 제401조가 “악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리한 이사”에게 인정한 제3자에 대한 손해배상책임을 성질을 어떻게 볼 것이냐는 다툼이 있다. 즉 이 책임은 이사의 직무와 관련하여 상법이 제3자를 보호하기 위하여 인정한 특수한 책임이라고 보는 法定責任說⁴⁰⁾과 민법의 불법행위의 성질을 지니는 것이나 그 요건에서 경과실을 제외하는 동시에 위법행위의 요건을 배제한 특수한 불법행위책임이라는 不法行爲責任說⁴¹⁾로 크게 나뉜다.

이사는 제3자와의 사이에는 계약관계가 있는 것이 아니고 그 임무해태도 회사에 대한 것으로 이사가 그 임무를 게을리하였다고 해서 개인적으로 제3자에게 책임을 지는 것도 아니라 할 것이다. 그러므로 상법 제401조에 의한 이사의 제3자에 대한 책임은 제3자를 보호하기 위하여 법이 인정한 法定責任이라고 보는 것이 옳다고 생각한다. 그리고 이사가 회사의 업무를 집행함에 있어 고의 또는 과실로 제3자에게 손해를 가한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임도 아울러 진다고 풀이한다. 가령 회사의 경영이 악화되어 있음에도 자금조달의 명목으로 사업설명서에 허위의 사실을 기재하거나 중요한 사항을 기재하지 아니하여 거짓 정보를 제공함으로써 주식 또는 사채를 매출한 이사는 그로 말미암아 손해를 입은 투자자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 것이 그것이다.⁴²⁾

(3) 責任을 지는 理事

제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 이사는 악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리한 이사이다. 그리고 그 이사의 임무해태가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그에 찬성한 이사는 같은 책임을 지고, 책임이 있는 이사는 모두 연대책임을 지는 것은 회사에 대한 책임의 경우와 같다(商 제401조). 여기서 이사회 구성원인 이사나 대표이사 또는 일정한 직무를 맡고 있는 표현이사는 그 임무를 게을리한 때에 제3자의 손해에 대한 배상책임의 주체가 되는 것은 당연하다. 그러나 회사에서 아무런 직무를 맡고 있지 아니한 지배주주 또는 기업집단의 회장이나 그 회장의 지시에 따라 각 회사의 업무에 관여하고 있는 사실상의 이사에게 임무해태로 인한 책임을 물을 수 있는지는 의문이 있다. 왜냐하면 사실상의 이사는 법률상으로

40) 孫珠璣, 앞의 책, 775면; 鄭東潤, 앞의 책, 425면; 鄭燦亨, 앞의 책, 464면; 崔基元, 앞의 책, 557면.

41) 徐燦珏·徐正恒, 앞의 책, 220면.

42) 증권거래법 제14조 참조. Clive M. Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, vol. II, 1982, pp. 886f.

는 아무런 직책도 없이 배후에서 회사의 대표이사 또는 이사에게 자신의 영향력을 행사하여 경영에 관여하고 있고 그 지시가 비록 부당하였다 하더라도 이를 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태로 보기는 어렵기 때문이다.

주주는 회사에 대하여 그가 가진 주식의 인수가액을 납입할 책임을 지고(商 제 331조) 대외적으로는 아무런 책임을 지지 않는다. 그러므로 회사가 제3자와 맺은 계약을 위반하여 손해를 입힌 경우에 비록 1인 주주 또는 지배주주라 하더라도 그 회사의 채무에 대한 책임을 지는 것은 아니다. 이에 따라 이사가 아닌 자가 자신의 영향력을 이용하여 배후에서 부당한 행위를 하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 미국의 판례법상 인정되는 이른바 법인격 무시(disregard of corporateness)의 법리를 원용하여 그 책임을 물을 수 있을 뿐⁴³⁾ 그 책임의 주체로 볼 수 없다는 논리가 설 수 있다.

미국의 회사법에서는 지배주주(controlling shareholders)에게는 회사의 업무와 관련하여 충실의무(fiduciary duty)를 지우고 있는데⁴⁴⁾ 그러한 주주가 부당하게 회사의 업무에 관여한 결과에 대한 책임을 지우는 것은 당연하다 할 것이다. 그리하여 지배주주 또는 기업의 회장 등이 비록 이사의 지위는 가지지 않고 있다 하더라도 배후에서 이사를 통해서 일일이 기업경영에 관여하고 또한 이사가 그 주주 등의 뜻에 따라 기업경영을 하는 경우에는 그 배후에 있는 주주 등은 사실상의 이사로서 악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리한 이사와 연대하여 제3자에 대한 손해배상책임을 지우는 것이 합리적이라고 생각한다.⁴⁵⁾ 악의 또는 중대한 과실로 임무해태를 하고 퇴임한 이사나 기업경영에 관여한 지배주주 등이 주식을 양도하고 기업경영에서 물러났다 하더라도 재직시에 생긴 손해에 대하여 그 책임을 벗어날 수는 없다고 풀이한다.

(4) 제3자의 범위

이사가 악의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리함으로써 손해를 입은 제3자는 회사와 이사 이외의 자이다. 경영자들의 방만한 경영으로 기업이 부실화되어 채권의 만족을 얻을 수 없는 채권자가 이에 속하는데, 주주가 제3자 속에 포함되느냐는 다툼이 있다. 즉 주주는 회사의 채권자가 아니라 출자자로서 주주총회를 통하여 회사의 경영에 참여하고 있으므로 주주의 자격에서 입은 손해의 경우에는 제3자로 볼

43) Henn/Alexander, *op. cit.*, pp. 344f, 547.

44) *Ibid.*, p. 654.

45) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 548 참조. 상호신용금고법 제37조의3은 “상호신용금고의 임원(감사 제외)과 과점주주는 상호신용금고의 예금 등과 관련된 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제할 책임을 진다.”라고 규정하여 51% 이상의 주식을 가진 과점주주에게 임원과 같은 책임을 지우고 있다. 그러나 과점주주가 신용금고의 업무에 관여하지 않고 경영자의 책임하에서 금고가 영위된 경우에까지 그 책임을 지우는 것은 법리적으로 옳다고 할 수는 없다고 생각한다.

수 없다는 입장⁴⁶⁾과 주주도 제3자에 포함시켜야 한다고 보는 입장⁴⁷⁾이 그것이다.

주주는 그가 가지고 있는 주식의 비율에 따라 기업의 경영이나 자산에 대하여 일정한 권한을 가지고 있는 자로서 채권자와는 다르다. 그러나 주주도 이사의 임무 해태나 회사자금의 유용 등으로 기업이 부실화되어 주가가 하락함으로써 입은 손해 또는 기업의 도산으로 주주가 직접 손해를 입은 때에는 이사에게 손해배상책임을 물을 수 있다고 보아야 할 것이다. 이 점에서 주주도 제3자에 포함시키는 것이 옳다고 할 것이다.

판례는 이사가 회사자금의 횡령 등 위법, 부당한 행위로 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해에 대하여는 이사에 대한 주주의 訴權을 인정하고 있지 않다.⁴⁸⁾ 여기서 이사의 임무해태 등으로 생긴 회사의 손해를 회사가 이사를 상대로 책임을 추궁하거나 주주의 대표소송(商 제403조)에 의하여 배상을 받은 때에는 주주가 개인적으로 이사를 상대로 직접 손해배상을 청구할 수는 없으나, 이사의 자금횡령, 내부자거래 등 위법, 부당한 행위로 회사의 부실화를 초래하고 그로 말미암아 주주가 손해를 입은 경우에는 주주도 그 이사를 상대로 배상청구를 할 수 있다고 보는 것은 옳다고 할 것이다.

(5) 責任의 消滅

이사의 제3자에 대한 손해배상책임은 회사에 대한 책임과는 달리 책임의 면제(商 제400조) 또는 책임의 해제(商 제450조)의 대상이 아니고, 그 책임의 이행과 시효로 소멸된다. 여기서 이사의 제3자에 대한 책임의 소멸시효기간을 어떻게 볼 것이냐는 그 책임의 성질과 관련하여 불법행위책임과 같이 3년으로 볼 수도 있으나(民 제766조) 이는 법정책임으로서 10년으로 본다.⁴⁹⁾

IV. 맺 는 말

기업은 국민에게 일터를 제공하고 財貨를 생산하여 공급하는 등 국민의 생활에 지대한 영향을 미치는 사회적 실체로서 이윤추구를 목적으로 하고 있다. 商法이 “회사는 상행위 기타 영리를 목적으로 설립한 사단법인으로 한다”(제169조, 제171조 제1항)고 규정하고 있는 것도 회사기업의 실체를 드러낸 것이다. 여기에서 기업의 이익을 보장하는 것은 사회경제의 건전한 발전을 위해서도 필수적이다. 그러나 기업의 이윤추구는 기업윤리를 바탕으로 양질의 제품이나 용역을 정당한 가격으로

46) 徐燮珪, 商法研究 제2권, 1980, 62면.

47) 孫珠瓚, 앞의 책, 776면; 鄭燦亨, 앞의 책, 464면; 崔基元, 앞의 책, 562면.

48) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결. 이 판결에 대하여는 金建植, 株主의 直接損害와 間接損害, 崔基元教授 華甲紀念 商事判例研究 (I), 649면 이하 참조.

49) 孫珠瓚, 앞의 책, 776면.

소비자에게 제공함으로써 이루어져야 하는 것이고, 수단과 방법을 가리지 않고 이익만을 탐하는 것은 결국 기업은 물론 사회경제에도 커다란 손실을 가져오는 것이다.

오늘 우리 나라가 겪고 있는 경제적인 고통도 따지고 보면 수단과 방법을 가리지 않고 제 뿔만을 챙기면 된다는 그릇된 관념이 정치, 경제, 사회의 구석구석에서 자리잡은 데 있다고 할 수 있다. 이에 따라 일부 기업경영자도 시장의 경제원리에 따라 공정하고 투명한 경영보다는 재무제표의 조작 등으로 외형을 키우면서 심지어는 자금을 유용하여 재무구조를 악화시키고 게다가 방만한 경영을 함으로써 기업의 부실화를 부추겼다고 할 수도 있다.

기업의 경영자는 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 그 직무를 수행하여야 하고, 이사회가 경영판단의 법칙에 따라 성실하게 업무집행에 관한 결의를 하고 대표이사가 이를 집행한 때에는 그 결과로 손해가 발생하였다 하더라도 이사는 어느 누구에게도 책임을 지지 않는다. 다시 말하면 이사가 상당한 주의를 다하여 업무를 집행한 경우에는 판단의 착오나 실수에 대한 책임을 물을 수는 없다.⁵⁰⁾

여기서 기업의 부실경영자라 함은 법령이나 정관에 위반한 행위를 하거나 악의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리함으로써 회사를 부실화한 이사를 의미하는 것이고, 가령 이사가 회사의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 성실하게 경영에 임하였으나 기업환경이 맞지 아니하여 실패한 경우에는 부실경영자에 속하는 것은 아니다. 상법은 이러한 기업의 부실경영자에게 회사와 제3자의 손해에 대한 연대책임을 지우고 있는데(商 제399조, 제401조), 이 책임은 이사의 고용계약에 근거를 둔 것이 아니라 그 직무를 바탕으로 하는 것이다.⁵¹⁾ 그러므로 비록 회사와의 사이에 이사로서의 위임계약이 없다 하더라도 이사의 임면을 자기의 뜻대로 결정하고 또한 그 이사를 지휘하여 기업경영에 실질적으로 관여하고 있는 사실상의 이사에게는 회사의 부실경영에 대한 책임을 묻는 것은 당연한 요청이라 할 수 있다. 이를 위하여서는 새로운 입법이 요구된다고 할 수 있으나, 현행법의 해석으로 이들을 사실상의 이사로 인정하여 그 책임을 물을 수 있다고 생각한다. 왜냐하면 실질적으로 자기의 영향력을 행사하여 회사의 업무에 관여한 자에게 명시적인 법률의 규정이 없다는 이유로 아무런 책임을 물을 수 없다는 것은 합리적인 법해석의 원칙에 어긋나고, 정의의 관념에도 맞지 않기 때문이다.

그리하여 우리는 그 동안 우리 사회에서 법을 왜곡하고, 기업은 망해도 기업가는 잘 산다는 그릇된 관념을 뜯어고쳐 건전한 기업풍토를 조성하는 것이 우리 사회를

50) Henn/Alexander, *op. cit.*, p. 621.

51) Schmidt, a.a.O., S. 684.

밝게 하는 기틀이 될 것이다. 정상적인 기업경영의 풍토조성은 기업의 구조조정도 중요하나, 그보다는 경영자는 물론 기업구성원 모두가 원칙을 존중하고 성실한 기업경영을 하겠다는 자세를 가다듬고, 부실경영자에 대하여는 철저한 책임을 묻는 사회기강의 확립이 무엇보다도 필요하다고 할 것이다.