

違法配當과 理事의 責任

徐 燾 珏

—目 次—

1. 緒 說
2. 美國法上の 利益配當의 決定과 違法配當
3. 美國法上の 違法配當에 대한 理事의 責任
4. 우리 商法上の 諸問題

一 緒 說

會社는 營利社團法人이므로 一定한 事業을 經營하여, 얻은 利益을 社員에게 分配하는 것이 그 窮極의 目的이다. 事業의 終局的損益은 會社가 解散하는 때에 定하여지는 것이므로, 理論的으로는 會社의 利益을 殘餘財産分配의 方法에 의하여 한번에 分配한다는 것도 可能하다. 그러나 株式會社는 보통 存續期間이 長期이고, 利益配當이 있는 경우에 株式讓渡의 自由가 더 保障되는 點 등으로 보아서 每年 定期的으로 損益計算을 하여, 利益이 있으면 配當하는 것은 株式會社에서의 本質的 要請인 것이다. 利益配當請求權을 株主의 固有權이라고 하는 理由도 여기에 있다. 특히 株式會社에서는 會社資本에 相當하는 會社財産이 會社債權者의 唯一한 擔保이므로 資本의 充實과 會社債權者를 保護하기 위하여 商法(1)은 利益配當의 節次·要件·基準 등에 관한 詳細한 規定을 두고 있다. 즉 代表理事는 定期總會會日의 2週間前에 貸借對照表·損益計算書와 더불어 利益配當에 관한 議案을 作成하여 監事에게 提出하여야 하며(商法447條1項), 監事は 이를 調査하여 株主總會에 그 意見を 陳述하여야 한다(商法413條). 代表理事는 定期總會會日의 1週間前부터 利益配當處分案과 監事의 意見書를 本店에 備置하여, 株主와 會社債權者의 閱覽에 提供하여야 하며, 請求가 있으면 그 謄·抄本을 交付하여야 하고(商法448條), 또 利益配當處分案을 다른 計算書類와 함께 株主總會에 提出하여 그 承認을 要求하여야 한다(商法449條). 定期總會에서 그 承認決議를 한 때에는 이것에 基하여 利益의 配當 그 밖의 實行을 한다. 이와 같이 利益配當의 決定은 株主總會의 權限에 屬하는 것이지만 利益配當에 관한 議案은, 代表理事가 理事會의 決議를 얻어서 作成하는 것으로, 理事의 職務에 屬하는 것이므로, 利益配當에 관한 議案이 商法의 規定에 違反하는 경우에는 理事가 責任을 져야 하는 것이다. 株主總會의 承認決議로 인하여 理事의 責任은 免除되는 것이 아니고, 그 承認을 한 後 2年內에 다른 問責決議가 없으면 不正行爲가 있었

(1) 本稿에서 商法이라 함은 1963年 1月 1日부터 施行되는 商法을 말하며, 朝鮮民事令에 의하여 依用되던 日本商法은 依用商法으로 表示한다.

던 경우를 除外하고는 理事의 責任은 解除된다(商法450條).

利益配當의 要件으로는 株主總會의 決議外에 配當할 수 있는 利益이 있어야 한다. 利益이 없으면 配當하지 못하는 것은 株式會社의 根本原則으로서 株主는 普通株主이든 優先株主이든 같은 것이다. 利益이 없는데도 不拘하고 配當을 保證하는 것같은 優先權은 認定되지 아니한다. 商法은 利益配當을 할 수 있는 限度額을, 貸借對照表上의 積極財産에서 債務의 總額을 控除한 財産額인 純財産額으로부터 (1) 資本의 額, (2) 그 決算期까지 積立된 資本準備金과 利益準備金の 合計額과, (3) 그 決算期에 積立하여야 할 利益準備金の 額을 控除한 額으로 하고 있다(商法462條1項). 一營業年度의 損益計算의 結果, 當期利益금이 생겨도 그 全部가 處分可能한 利益으로 되는 것이 아니고, 前期로부터 移越된 損失금이 있으면 먼저 이를 填補하여야 한다. 純財産額으로부터 控除할 最少限度는 資本額과 法定準備金の 總額이나, 定款에 任意準備金の 規定이 있든가 또는 株主總會에서 그 積立을 決議하였을 때에는 이것도 積立하여야 한다. 왜냐하면 會社는 定款의 規定이나 株主總會의 決議를 遵守하여야 하기 때문이다. 또 役員賞與金の 定함이 있는 때에는 이것도 控除하여야 하나, 이것은 當期利益處分案의 承認에 의하여 決定되는 것이므로 먼저 控除하도록 法的으로 強制되는 것은 아니다.(2)

위에 說明한 利益의 確定은 株主總會에 의한 貸借對照表와 損益計算書의 承認에 의하고, 利益配當의 決定은 株主總會의 配當決議에 의하는 것인데 이것은 利益配當에 관한 議案의 承認이라는 形式에 의한다. 어느 것이나 株主總會의 普通決議의 方法에 의한다(商法368條1項). 利益配當에 관한 議案은 計算書類의 하나로서, 理事會의 決議를 거쳐 代表理事가 作成하는 것이나, 利益配當의 決定 自體를 理事會에 맡기는 것은 우리 商法上 違法이고, 이러한 利益配當의 決定은 無效이다. 또 株主總會가 利益配當의 決定權을 가지는 것이므로 理事會의 決定에 基하여 代表理事가 作成한 利益配當에 관한 處分案을 變更하여도 相關없는 것이다. 그러나 會社가 財産을 不當하게 過大評價함으로써 利益이 없음에도 不拘하고 利益을 配當하든가 또는 貸借對照表上에 利益이 있어도 위에 說明한 配當의 制限(商法462條1項)에 違反하여 利益을 配當한 때에는 違法의 配當으로서 無效이다. 이러한 違法의 利益配當이 있는 때에는 會社는 株主에 대하여 不當利得의 一般原則(民法741條)에 따라서 違法의 配當額의 返還을 請求할 수 있다. 그 뿐만 아니라 商法은 會社債權者도 違法의 利益配當額을 會社에 返還할 것을 請求할 수 있다고 定한다(商法462條2項). 이 請求權은 會社가 가지는 不當利得返還請求權을 債權者가 代位行使하는 것(民法404條)이 아니고, 會社債權者를 保護하기 위하여 특히 商法이 會社債權者에게 부여한 固有한 權利이다.

理事가 利益配當에 관한 議案을 株主總會에 提出함에 있어서, 그 議案이 商法第462條

(2) 實方正雄「利益配當および建設利息の配當」・株式會社法講座 第4卷 1317面.

第1項의 規定에 違反하여 違法配當이 생긴 때에는 그 理事는 會社에 대하여 連帶賠償責任을 負擔하고(商法399條), 또 刑罰의 制裁를 받게 된다(商法625條3號). 우리 商法은 違法配當에 관한 理事의 責任에 관하여 理事의 一般損害賠償責任과 같이 解할 수 밖에 없으나, 株式會社 制度의 構造變化와 外國의 立法例와 比較하여 볼 때에 그 不備한 點이 한 두가지가 아니다. 우리 商法은 株式會社制度에서 많은 變革을 가져왔으나, 이것은 美國株式會社法上의 制度를 導入한 것이므로, 먼저 違法配當과 理事의 責任에 관하여 美國의 法制와 그 解釋을 考察한 後, 이에 관한 우리 商法上의 解釋論的·立法論的 問題點을 밝혀 보고자 한다.

二 美國法上の 利益配當의 決定과 違法配當

美國法에서 計算書類를 確定하고 利益配當을 決定하는 權限은 우리 商法에서와 같이 株主總會의 專屬的權限이 아니고 原則으로 理事會에 맡겨져 있다.(1) 이렇게 하는 理由는, 利益配當의 決定도 一般業務執行에 屬한다는 觀念이 基礎로 되어 있는 것이며, 利益配當의 可否를 定함에 있어서는 會社經營의 全般에 잘 精通하고 있고 專門的知識을 가지는 理事들로 하여금 判斷시키는 것이 合理的이라는 데 있는 것이다. 計算書類의 確定과 利益配當의 決定을 株主總會의 權限으로 하면, 會社의 營業政策上 不利益한 決定을 하더라도, 그것이 適法하게 配當할 수 있는 利益이라면 누구라도 異議를 提出하지 못한다. 그러므로 構成員의 變動이 많은 株主總會가 利益配當與否를 決定하는 것보다 會社의 利益을 위하여 忠實하게 그 職務를 遂行할 義務를 가지고 會社의 營業政策에 관한 判斷을 가장 잘 할 수 있는 理事들로 하여금 決定시키는 것이 適當하다고 할 수 있다. 이러한 理事會의 權限은 正當하게 行使되는 것이라면 絕對的인 것으로, 株主는 理事會의 配當決定에 대하여 異議를 하지 못하며(2) 또 理事들은 自己의 利益을 위하여 그 權限을 濫用하거나 惡意로써 行動한 것이 明白하게 立證되는 경우를 除外하고는 法院의 干涉를 받지 아니한다.(3) 따라서 理事會에서 利益을 配當하지 아니한다는 決議를 하면 設使 株主總會에서 配當支給할 것을 決議하더라도 아무런 效力이 생기지 아니한다.(4) 그러나 理事會가 利益配當을 決定함에는 實質的으로 經理專門家인 擔當者 또는 公認會計士 등이 作成한 財務諸表, 會計帳簿를 基礎로 하여, 配當에 充當할 수 있는 利益을 確定한 後에, 그 利益中 어느 部分을, 어떠한 方法에 의하여, 어느 때에 分配하는가를 形式的으로 決定하게 되어 있는데, 이러한 理事會의 配當決定의 形式性이라는 것이

- (1) Stevens; "Handbook on the Law of Private Corporations" 2nd ed. (1949) p. 442; Ballantine; "On Corporations" Revised ed. (1946) p. 550; Levy, "Private Corporations and their Control" (1950) p. 500; Lusk, "Business Law-Principles and Cases" (1955) p. 554.
- (2) Stevens, op. cit. p. 646 ff.
- (3) Ballantine, op. cit. p. 551, Levy, op. cit. p. 501.
- (4) 11 Fletcher, Cyclopaedia of the Law of Private Corporations (perm. ed.) p. 812.

美國法上の 違法配當에서의 理事의 責任을 考察하는 경우에 重要な 關聯을 가지게 된다(5).

美國法에서 配當할 수 있는 利益의 算出에는, 資産의 總額으로부터 負債의 總額을 差計한 純財産額으로부터 다시 基本金으로서의 資本金額을 控除하여 剩餘(surplus)가 있는 경우에 만 이것을 配當에 充當할 수 있다는 原則으로서, 이른바 資本維持(maintenance of capital)의 具體的表現이며, 株式會社法上的 重要な 法則이다. 大陸法系の 諸立法에서는 이 法則은 더 徹底하여, 配當할 수 있는 利益의 算出을 위하여는 純財産額으로부터 資本金額만이 아니고, 別途로 一定한 金額을 準備金으로 控除하여야 한다는 이른바 法定準備金の 制度를 定하는 것이 보통이다. 美國各州의 會社法에서 利益配當은 capital로부터 支給하지 못한다든가 surplus로부터만 支給되어야 한다고 定한다.(6)(7) 따라서 資本으로부터의 配當을 禁止하는 資本侵蝕(capital impairment)禁止의 法則이 重要하다. 이에 違反하여 資本을 侵蝕하는 配當支給이 行하여질 때에는 違法配當이 되고, 또 會社가 支給不能인(8) 때에 配當支給하거나, 配當支給으로 인하여 支給不能으로 되는 때의 配當支給도 違法配當으로 된다.(9) 違法配當을 한 때에는 위에서 說明한 바와 같이 利益配當의 決定權이 原則으로 理事會에 있으므로, 첫째로 理事의 責任이 問題로 된다. 이 경우의 理事의 責任은 本稿의 主題이므로, 다음에 項을 달리 하여 說明하기로 하고, 여기에서는 株主의 違法配當返還義務에 관하여 論及하고자 한다. 株主의 違法配當返還義務에 관하여 美國各州의 會社法과 判例의 態度는 一致하지 아니하나, 違法配當을 받은 株主가 會社에 대하여 Common Law의 原則에 따라서 返還義務를 負擔하는 것은 勿論이다. 특히 會社가 支給不能이든가 利益配當에 의하여 支給不能으로 된 경우에는 違法配當을 받은 株主의 善意・惡意에 關係없이 債權者의 利益을 위하여 返還義務가 있다는 것이 多數判例의 見解이다.(10) 그런데 配當決定과 配當支給時에 會社가 支給不能이 아니고, 違法配當의 支給에 의하여 支給不能의 狀態가 되지 아니한 경우에도 株主의 善意與否를 不問하고 返還義務가 있다는 判例도 많고, 明文으로 이를 認定하는 會社法도 있

(5) 上田宏「違法配當의 法律關係について」法學(東北大學法學會編集)第20卷 第4號 164面.

(6) 例—New York 株式會社法(1934) §58, New Jersey 州 一般會社法(1929) §30, Louisiana 州 一般會社法(1928) §26 등.

(7) 美國法에서는 surplus로부터만 配當支給되어야 한다는 法則의 適用 乃至 解釋에 관하여, 大陸法系の 立法下에서와 比較하여 相當히 伸縮性이 있다. 例컨대 New Jersey 州의 一判例에 의하면 「surplus」로부터 또는 profit로부터 利益配當할 수 있다는 規定은, 資本計定에 缺損이 있는 경우에도 營業年度間에 생긴 利益을 그 缺損의 填補에 充當하지 아니하고 그냥 配當하여도 相關없는 것이다」라고 하고 있다(Goodnow v. American Writing Paper Co., 73 N.J. Eq. 692, 69 A. 1014).

(8) 支給不能(insolvency)에는, 支給期日에 債務을 支給하지 못한다는 衡平法上的 意義와 貸借對照表上 債務超過라는 破産法上的 意義의 두 가지가 있다. 利益配當에 관한 成文法의 規定에서 두 가지 中 어느 意義로 使用되고 있는가 明白하지 않는 경우가 많다(Ballantine, op. cit. p.579).

(9) Stevens, op. cit. p. 462.

(10) Ballantine, op. cit. p. 599; Stevens, op. cit. p. 462; Levy, op. cit. p. 512.

다.(11) 그러나 聯邦大法院은 「利益配當의 確定과 支給時에 銀行(會社)이 支給不能이 아니고, 또 株主는 支給不能의 會社狀態가 아니며 (be solvent), 利益으로부터 支給된다는 것을 善意로 信賴하고 있는 경우에는 株主는 違法配當을 返還할 義務가 없다」고 判示하여(12) 善意的 株主를 保護하고 있다. 善意的 株主라도 違法配當의 返還義務가 있다는 見解의 根據는, 會社財産이 會社債權者의 受託財産으로서, 違法配當은 債權者에 대한 詐害行爲의 一種이라는 理由로, 會社債權者의 利益을 保護하고자 하는 것이고,(13) 善意的 株主에게 返還義務가 없다는 見解의 根據는 一般投資株主의 信賴利益을 保護함으로써 株式投資의 安全性을 保障하자는데 있다.(14) 위에서 說明한 바와 같이 判例는 나누어지나, 美國의 學者들은, 이 問題를 受託財産 또는 債權者詐害行爲論 같은 純粹한 法理論에만 의하여 解決할 것이 아니라 會社財産의 維持, 保存과 그 分配 등에 있어서 會社債權者와 株主의 利害의 對立을 調整하기 위한 政策의 考慮를 充分히 넣어서 解決하여야 한다고 하여(15) 債權者의 利益保護보다도 株主保護에 기울어지고 있는 것 같다.

三 美國法上の 違法配當에 대한 理事의 責任

美國法에서는 利益配當에 관한 決定權이 理事會에 있으므로 違法配當에 대한 理事의 賠償責任이 重要한 것은 明白한 일이다. 특히 株主保護라는 立場에서 株主의 違法配當返還義務를 緩和한다면 違法配當을 抑制하기 위하여 理事의 賠償責任의 問題는 더욱 重要하다고 하

(11) Ballantine, op. cit. p. 600; Stevens, op. cit. p. 463. 立法例—Minn. Stat.(1938 supp.) §7492-22; Mich. Gen. Corp. Act, 15 Mich. Stat. Ann. §21. 48(上田·前掲 167面 註7).

(12) Ballantine, ibid.; Stevens, ibid.; Levy, ibid. McDonald v. Williams, 174 U.S. 397; 19 Sup. Ct. 743.

(13) Ballantine, op. cit. p. 600.

(14) McDonald v. Williams (註12 參照) 事件의 判例에 의하면, 「株主는 違法配當을 받는다는 것을 모르고 善意에서 받은 것을 返還하는 것이라고 말하여야 할 것인가? 各株主는 利益으로부터 支給되는 것을 絶對的으로 保證하는 사람인가? 株主는 各利益配當을 받기에 앞서, 銀行(會社)의 帳簿를 調査하기 위하여 專門家를 雇傭하여야 하는가? 極少數의 株主는 自己自身이 이러한 調査를 할 수 있을 것이다. 株主는, 法律이 違法配當의 決定을 禁止하고 있는 것을 알고 있는 까닭으로, 어떤 配當이 利益으로부터 支給決定된 것이라는 保證을 받고 支給되었다는 事實을 株主는 생각한다」는 判示가 있고, Bartlett v. Smith(162 Md. 478, 160 A. 440, 161 A. 509) 事件의 判例에 의하면 「이 立場에서 우리는 現代의인 여러가지 諸條件과 生活의 여러가지 實態와 더 많이 一致하고 있는 것으로서 聯邦法院의 判決에 따르고자 한다. 오늘날에 있어서 會社의 株式은 대단히 넓게 分散하여 保有되고 있으므로, 株主가 一般的으로 半年마다 正常的인 節次를 밟아서 支給되는 配當이 獲得利益인가 아닌가를 안다는 것은 實際로 不可能한 것이다. 株主의 地位가 理論的으로 어떠한 것이든, 實際的으로 株主는 會社의 狀態를 아는데 있어서 債權者보다 有利한 地位에 있지 않고, 또 正常的인 營業節次를 밟아서 支給不能狀態가 아닌 會社로부터 株主가 善意로 받은 配當金을 消費한 後 數年이 지나서 株主에게 返還을 要求하는 것은 不公正하며, 不合理한 負擔을 課하는 것일 것이다」라는 判示가 있는데 (Stevens, op. cit. p. 436 note 43; Ballantine, op. cit. p. 600 and note 60), 이러한 것은 株主保護의 立場에 있다.

(15) 上田·前掲 166面, Ballantine, op. cit. p. 601; Stevens, op. cit. p. 463.

지 않을 수 없다.

美國의 Common Law에 의하면 理事는 善意·無過失으로써 配當한 것이라면 그 違法配當의 確定과 支給에 대하여 責任을 負擔하지 아니한다.(1) 그러나 오늘날 違法配當에 관하여 各州는 成文法인 會社法에 規定을 두고 있는데 그 責任의 範圍와 過失의 有無에 관하여 一致하지 아니한다. 어떠한 州의 會社法은 過失에 基하여 責任을 지우는 Common Law上의 法則을 成文化하고 있고, 또 어떠한 州의 會社法에는 明文은 없으나 同一하게 解釋되고 있다. 또 그 밖의 州의 會社法에서는 絕對責任을 認定하여, 理事가 過失없음을 證明하여도 免責되지 아니한다고 定한다.(2)

違法配當에 대한 理事의 絕對責任을 認定한 立法例로는 1938年の 改正法前의 1825年の New York 株式會社法 第58條의 規定이다. 이에 의하면, 資本을 侵蝕하는 違法配當을 許容하지 아니한다고 規定한 後, 理事會에서 異議를 한 것을 理事會의 議事錄에 記載하거나 理事會에 缺席한 理事外의 理事는 會社 또는 債權者에 대하여 違法配當으로 인한 損害全額에 대하여 連帶賠償責任이 있다고 한다. 이 規定을 根據로 提起된 Quintal v. Greenstein 事件에서, 一部理事가 그들은 最近에 選任된 것, 役員인 두 사람의 業務擔當理事에게 欺瞞當하였고, 會計監事의 報告書를 信賴한 것 등을 主張하여 善意·無過失의 抗辯을 하였으나, 法院은 理事의 責任을 排除하는 두 가지 例外의 경우가 明文으로 規定되어 있고, 이 例外는 制限的인 것이므로 그 밖의 경우에는 無過失責任을 負擔하여야 한다고 判示하였다.(3) Ballantine 教授는, 「絕對責任은 苛酷하고 例外的인 것이다. 民事責任이든 刑事責任이든 制定法의 用語上 責任에 관하여 明白하게 反對로 되어 있지 아니하다면, 善意·無過失의 抗辯을 排除하여서는 안된다고 解하여야 할 것이다. 例外規定은 모두 嚴格하게 解釋되어야 한다는 法諺 또는 原則은 立法者의 意思를 發見하는 單純한 道標에 不過하다. 그것은 命令的인 規範은 아니다」(4)라고 이 判決을 批判하고 있다. New York州議會는 Quintal事件의 判決이 있는 後 1939년에 이 規定을 改正하여, 그 配當이 會社資本을 侵蝕하지 않는다고 믿을 相當한 理由가 있고, 또 그렇게 믿은 理事도 責任을 負擔하지 아니하는 것으로 規定하였다.(5) 따라서 善意·無過失의 理事는 免責되게 되었다.

多數의 州法은 明文으로 故意·過失있는 理事에게만 責任을 지우고 있다(6). 이 경우에

(1) Stevens, op. cit. p. 464.

(2) 12 Fletcher, op. cit. §§5431~5440; Stevens, op. cit. p. 465 and note 47. 또 몇 個州의 會社法에서는 違法配當한 理事에게 刑事責任을 지우고 있다(Ballantine, op. cit. p. 591; Levy, op. cit. p. 514).

(3) Ballantine, op. cit. pp. 593--594.

(4) Ballantine, op. cit. p. 594.

(5) Ballantine, ibid.

(6) 立法例—Minn. M.S.A. §301. 23, Idaho Code(1932), §29--130, Cal. Civ. Code (Deering's 1941), §363. [Stevens, op. cit. p. 466 note 49].

過失 또는 任務懈怠를 어떻게 解할 것인가 하는 問題가 있다. 理事가 利益配當의 決定에 있어서 經理擔當者 등이 作成한 計算書類·報告書를 信賴하고 이에 따르는 경우가 많으므로, 最近 各州의 會社法에는, 理事가 會社의 經理擔當의 役員에 의하여 正確하다고 提出되거나 公認會計士에 의하여 帳簿의 正確性이 保證된 貸借對照表·損益計算書를 信賴하여 利益配當을 決定한 때에는 過失責任을 免한다고 明文規定을 두게 되었다.(7)

美國法上에서는 違法配當에 同意(consenting)하거나, 贊成(assenting thereto)한 理事단에 대하여 責任을 지우는 立場(8)이 있는가 하면, 또 理事의 責任條件을 가장 緩和하여 違法配當全般에 걸쳐서 理事가 善意인 경우에 限하여 免責하는 立場(9)도 있으나, 위에서 說明한 바와 같이 大體로 絕對責任主義로부터 故意·過失있는 理事만이 賠償責任을 지게 하는 것이 立法傾向이고, 經理擔當役員이 提出하는 財務諸表·會計帳簿를 善意로 信賴하여 利益配當을 決定한 경우에는 過失에 該當되지 아니하고, 理事로 하여금 絕對적으로 免責시키는 規定이 차츰 많아지고 있다.(10) 이렇게 理事의 責任을 輕減하는 根據는, 近代企業의 大企業化에 따라서 企業內部的 計算組織이 複雜하게 됨에 따라서 理事會의 構成員인 各理事가 會計의 專門技術者와 같은 能力과 注意義務를 負擔하는 것은 妥當하지 아니한 까닭이며(11) 따라서 理事會가 利益配當의 決定을 할 때에는 經理擔當役員들에 의하여 提出되며, 公認會計士의 監査를 받은 財務諸表에 基하여 形式的으로 決定된다는 點과 關聯하는 것이다.

四 우리 商法上の 諸問題

위에서 論及한 바와 같이 우리 商法은, 美國法上の 경우와 달라서 計算書類의 確定과 利益處分の 決定을 理事會의 權限으로 하지 아니하고 株主總會의 權限으로 하고 있다(商法447條—450條參照). 따라서 法律에 의하여 株主에게 配當할 수 있는 利益이라면 그 全部를 配當하든, 企業의 永續的發展을 위하여 그 全部 또는 一部를 留保하든 株主總會가 決定하는 것으로, 株主總會가 그 決議로써 利益의 全部를 配當할 것을 定한 것이라면 그 決議가 客觀

- (7) Ballantine, op. cit. p. 594, Stevens, op. cit. p. 466. 또 Ballantine 教授는 「大部分의 會社에서 理事들은 會社의 財政狀態에 관한 知識을 얻는데 있어서 會社使用人이 作成한 帳簿와 役員이 作成한 報告書를 많이 信賴하지 않을 수 없다. 만일 理事들이 善意로 이러한 報告書를 信賴하여 配當을 決定하되 會社의 財政狀態에 관하여 詐欺를 當한다면, 設使 報告書에 나타난 것을 實務者는 알 수 있는 것이라 하더라도, 그 虛偽記載를 잘 發見하지 못한 것에 대하여 責任을 지우는 것은 苛酷하다」고 論評하고 있다(Ballantine, op. cit. pp. 594—595).
- (8) Ballantine, op. cit. p. 592. 여기에 「贊成(assenting thereto)」이라 함은 그 配當을 違法하게 하는 事實을 認定함에 있어서 單純한 過失과 區別되어서 現實의 事實을 確認하는 「意識의인 確認(conscious approval)」을 要하는 것이라고 解釋되고 있다.
- (9) 12 Fletcher, op. cit. §253 p. 591 (上田 前掲 173面 註16).
- (10) 立法例—Cal. Civ. Code § 363; Del. Laws, (1929) ch. 135 amending Gen. Cop. Law Del., § 34; Ohio Gen. Code, § 8623—1 et seq.; Code Tenn. (1932) § 3759(Ballantine, op. cit. p. 594 note 39).
- (11) 上田·前掲 171面.

的으로 營業政策上 不利한 것이라고 判斷되더라도 아무도 이를 不法한 것이라고 主張할 수 없다. 그리고 株主總會의 承認은 단순히 理事가 提出한 計算書類의 正當한 것을 承認하는데 그치지 아니하고, 計算書類상의 利益을 確定하고, 그 利益의 處分을 決定하는 뜻을 가지는데, 다만 計算書類의 承認이라는 形式으로 하여지는 것이다. 計算書類의 承認을 株主總會의 權限으로 하고 있는 것은 이것에 의하여 株主에게 會社의 經營에 대한 監督의 機會를 주는 同時에 株主自身이 利益處分の 決定을 하는 것은 當然하다고 하겠으나, 計算書類의 確定에는 技術的·專門的知識이 있어야 하는 것인데, 一般株主는 이러한 知識을 가지지 아니하므로, 株主總會는 代表理事가 提出한 計算書類를 形式的으로 確定시키는 데 不過하다. 그 뿐만 아니라 利益處分の 決定은 利益의 有無라는 數學的事實만에 의하여 할 것이 아니고 會社事業의 永續的發展을 基礎로 하는 現在와 將來의 計劃에 비추어서 하여야 하는 것으로 變動하는 株主의 偶然의多數에 의하여 決定되는 株主總會의 決議에 의하는 것도 適當하지 아니하다.(1) 理事는 會社의 業務狀態를 잘 알고 있으며, 專門的知識을 가지고 있으므로 計算書類의 確定과 利益配當의 決定을 理事會의 權限으로 하는 美國法의 立場이 오히려 合理的이라 할 수 있다. 1937年の 獨逸株式法에서는, 計算書類는 原則으로 理事가 이를 監事에게 提出하여 그 承認을 받은 때에 確定하고, 이것에 基하여 생긴 利益의 配當만은 株主總會의 決議로써 決定하여야 할 것으로 하고 있으나(獨逸株式法 125條, 126條), 理事의 計算書類確定의 權限에는 定款에 의한 授權이 없더라도 相當한 準備金을 積立하는 權限도 包含하는 것으로 解釋되고 있으므로(2) 獨逸法의 立場도 美國法에 가깝다고 할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 아직 株式의 分散, 企業의 所有와 經營의 分離라는 現象이 顯著하게 나타나 있지 않고 또 經營陣의 非專門化와 受託者倫理의 未發達로 인하여, 우리 商法은 株主總會의 權限으로 한 것이라고 볼 수 있다.(3)

利益配當에 있어서도 앞에서 論及한 바와 같이 商法 第 462 條第 1 項의 規定에 따라서 配當可能利益을 算出하여야 하는데, 이에 違反하여 配當을 한 때에는 會社의 資本充實과 會社債權者保護를 위하여 配當을 受領한 株主의 返還義務에 관하여는, 商法은 「會社債權者는 이를 會社에 返還할 것을 請求할 수 있다」고 規定하고 있을 뿐이다(商法462條2項). 그러나 이 規定은 會社自體가 株主에 대하여 不當利得(民法741條)에 基한 違法配當金額의 返還을 請求할 수 있다는 것을 前提로 하고 있는 것이다. 이 返還義務는 違法配當에 관한 惡意의 株主뿐만 아니라 善意의 株主에게도 있다고 解釋되고 있다. 그 理由는 計算書類의 確定과 利益

(1) 大隅健一郎「全訂 會社法論」中卷 184面.

(2) 獨逸株式法에는 原則으로 理事가 監事의 協力下에 年度決算書의 確定權을 가지며(獨逸株式法 125條), 年度貸借對照表에 減價償却費, 價値修正費, 準備金과 充當金을 미리 計上하여야 하므로(獨逸株式法 131條2項), 理事가 相當한 準備金을 積立할 權限도 가진다고 解釋되는 것이다(現代外國法典叢書 (8)「獨逸商法」(獨逸) 株式法」298面).

(3) 이러한 우리 商法의 態度는 新株發行을 株主總會가 直接 決定할 수 있도록 한 點에서도 엿볼 수 있다(商法 416條但書).

配當의 決定權限을 株主總會에 주고 있으며, 그 株主總會에는 各株主가 參與하는 것이므로 違法配當의 경우에는 惡意의 株主는 勿論, 善意의 株主라도 返還責任을 져야 한다는 데 있다. 그러나 오늘날 株主總會의 現實을 도리켜 보건대 多數의 株主로써 構成되는 株主總會에서 各株主가 計算書類와 利益配當案을 細密히 調査하여 違法配當與否를 判斷할 수 있는 專門的知識을 가지는 것을 期待할 수는 없는 것이다. 따라서 株主總會에서의 計算書類의 確定과 利益配當의 決定自體가 극히 形式的인 것이라고 볼 수 있으므로, 이러한 株主總會의 決議에 參與한다는 事實만으로 當然히 株主의 惡意를 擬制하여 過失없는 株主에게까지 返還義務를 負擔시키는 것은 苛酷한 것 같다. 또 株式會社에서는 會社資本이 會社債權者의 唯一한 擔保로 되어 있으므로, 違法配當으로 인하여 資本의 侵蝕을 가져오는 것은 會社債權者保護를 위한 資本維持의 原則에 違背되므로 善意의 株主라도 違法配當의 返還義務가 있다는 見解가 있는데 이것은 首肯할 수 있는 見解이다. 그러나 오늘날 株式會社의 現實에 비추어 볼 때, 企業者株主를 除外한 一般投資株主는 會社의 經營에 關心이 적어서 株主總會에도 出席하지 아니하여 이른바 株主의 債權者化라는 傾向이 나타나고 있다. 따라서 이러한 投資株主의 會社에 대한 關係는 經濟的으로 債權者의 會社에 대한 關係와 거의 同一한 地位에 서게 되어 있다. 이렇게 생각하면 會社債權者保護를 위한 資本維持의 原則에만 固執할 것이 아니라 善意의 株主保護라는 立場도 考慮되어야 할 것 같다. 또 많이 分散되어 있는 株主에 대하여 返還請求하는 것은 技術上으로 困難할 뿐만 아니라 많은 株主에 대하여 少額의 配當金에 관하여 返還請求의 訴를 提起함에 要하는 訴訟費用 其他의 經濟上의 負擔이 너무 크고, 이로 인한 株式去來의 安全을 害할 憂慮 등을 考慮한다면, 善意의 株主에 대한 返還請求의 妥當性에 대하여 疑問을 가지게 된다. 따라서 政策的으로도 善意의 株主에 대하여는 返還責任을 免除하는 것이 妥當할 것이다.(4) 그러므로 立法論으로서, 善意의 株主의 違法配當返還責任을 免除하는 規定을 두는 것을 主張하되, 會社를 破産에 가까운 狀態에 이르게 한 경우까지 株主를 保護할 必要는 없으므로 美國法에서와 같이 會社가 支給不能인 때에 違法配當을 支給하거나 違法配當의 支給으로 인하여 支給不能에 이르게 되는 경우에는 善意의 株主라도 違法配當受領額을 返還할 責任을 負擔시키도록 하여야 할 것이다.

우리 商法은 株式會社制度에 있어서 廣汎하게 英美法上의 制度를 導入하여 첫째로 資金調

(4) 善意의 株主의 返還責任을 免除하는 傾向은 앞에서 論及한 바와 같은 美國法에서 볼 수 있을 뿐만 아니라, 獨逸法에서도 「株主는 本法의 規定에 違反하여 會社로부터 받은 限度에서 會社債務에 관하여 債權者에 대하여 責任을 진다. 本項은 株主가 그 金額을 善意로 利益配當分 또는 利子로서 받은 限度에서는 이를 適用하지 아니한다」(獨逸株式法 56條1項), 「會社는 株主가 善意로 利益配當分 또는 利子로서 받은 金額의 返還을 請求하지 못한다」(獨逸株式法 56條3項)라고 規定하고 있으며, 또 佛蘭西에서도 「配當이 전혀 財産目錄없이 또는 財産目錄에 의하여 確認된 結果以外로 하여진 경우가 아니면 株主에 대하여 配當利益의 返還을 請求하지 못한다」는 規定(1867年 7月 24日 會社法 45條2項・10條3項)을 違法配當의 事實에 관하여 善意의 株主를 保護하기 위하여 惡意의 株主만이 返還義務를 負擔한다는 規定을 定한 規定이라고 解釋하는 것이 通說이다.

違法配當과 理事의 責任

達의 便宜를 提供하기 위한 授權資本制度(authorized capital system)를 採用하는 同時에(商法289條1項3號) 會社經營機構를 合理化하여 株主總會의 權限을 縮少시키고(商法361條), 理事會(board of directors)를 法定機關으로 하여(商法390條) 會社經營에 관한 가장 큰 權限을 掌握하게 하고 있다. 이것은 近代企業에서의 所有와 經營의 分離現象에 따라서, 從來 會社의 最高機關이던 株主總會가 多數의 投資株主의 經營에 대한 無關心에 의하여 그 權限이 形式化되어 가므로 實質上 會社經營의 모든 權限을 理事들에게 맡기는 것이다. 이러한 理事의 權限擴大에 따라서 株主의 地位를 強化하기 위하여 理事의 違法行爲에 대한 留止請求權(商法402條), 代表訴訟(商法403條), 株主의 會計帳簿閱覽權(商法466條) 및 解散의 訴(商法520條) 등의 새 制度가 採用되어 있으나 가장 重要한 것이 理事의 責任을 어떻게 規定하느냐에 있을 것이다. 그런데 우리 商法은 理事의 責任에 관하여 「理事가 法令 또는 定款에 違反한 行爲를 하거나 그 任務를 懈怠한 때에는 그 理事는 會社에 對하여 損害를 賠償할 責任이 있다」고 하여(商法399條1項) 會社에 대한 責任을 規定하고 있다. 理事가 그 任務를 懈怠한 때의 責任은 勿論 過失責任으로서, 受任者의 一般的注意義務(商法382條2項, 民法681條)에 違反한 경우를 包含하는데, 理事가 法令 또는 定款에 違反한 行爲에 대하여 賠償責任을 지는 것은 無過失責任을 지는 것이라고 解한다.⁽⁵⁾ 이러한 責任을 지는 理事는 責任原因인, 法令 또는 定款에 違反한 行爲 또는 注意義務에 違反한 行爲를 한 理事로서, 그 行爲者는 業務執行의 實行을 하는 代表理事이다. 이러한 代表理事가 數人있는 경우에 連帶責任을 負擔하는 것은 勿論이나, 그 責任原因인 行爲가 理事會의 決議에 의한 것인, 때에는 그 決議에 贊成한 理事도 行爲者인 理事와 더불어 連帶責任을 負擔한다(商法399條2項). 그 行爲를 한 理事는 理事會에의 出席與否 또는 決議에 贊成한 與否를 不問하고 그 行爲로 인한 責任을 免하지 못한다. 어느 理事가 決議에 贊成하였는가 아니하였는가는 事實問題로서, 本來는 그 責任을 追窮하는 者가 立證할 事項이나, 商法은 決議에 參加한 理事로서 異議를 한 記載가 議事錄에 없는 者는 그 決議에 贊成한 것으로 推定하여(商法399條3項) 立證責任을 轉換하고 있다. 또 이 理事의 責任은 原則으로 總株主의 同意로 免除할 수 있는 것으로(商法400條), 한 사람의 株主라도 反對하면 免除의 效力이 생기지 아니한다. 이렇게 責任免除를 어렵게 한 것은 代表訴訟(representative suit)에 있어서, 發行株式의 總數의 百分之 五 以上에 該當하는 株式를 가진 株主라면 한 사람의 株主로도 會社를 위하여 理事의 責任을 追窮하는 訴를 提起할 수 있게 한 까닭이다(商法403條). 總株主의 同意는 株主總會의 決議로써 할 必要는 없고, 個別的同意라도 相關없고, 이른바 總株主에는 議決權없는 株主도 包含한다. 이와 같이 理事의 責任免除의 要件은 嚴格하나, 앞에서 言及한 바와 같이 例外로서, 定期總會에서 計算書類의 承認을 한 後, 2年內에 다른 決議가 없으면 理事에게 不正行爲가 있는 경우를 除

(5) 拙著「新商法」200面, 朴元善「새商法 上卷」324面, 鄭熙喆·「新商法要論 上卷」372面, 徐廷甲·「新會社法」257面.

外하고 理事의 責任은 當然히 解除한 것으로 본다(商法450條). 또 이러한 理事의 責任은 10년의 時效로 인하여 消滅하는 것으로 解釋되고 있다.

會社가 利益配當을 하기 위하여는 形式的要件으로서 適法한 株主總會의 承認決議와 實質的要件으로서 配當可能利益의 存在가 必要하다. 違法配當이라 함은 이러한 要件에 違反하여 配當을 하는 것으로 適法한 株主總會의 承認決議가 없이 利益配當을 한 경우에는 그 決議의 瑕疵는 一般原則에 의하여 또 그것에 의하여 다를 수 있는 것이다(商法376條—381條參照). 配當可能利益없이 配當을 한 경우에는 그 株主總會의 決議는 當然히 無效라고 解하여야 한다(商法380條). (6) 이렇게 되면 株主는 法律上 그 받은 配當金을 返還하여야 하나, 實際上 完全하게 實現되기 어렵고, 依用商法下에서도 違法配當이 있었던 경우에 會社債權者에 의하여 그 返還請求權이 行使된 例가 거의 없다고 한다. (7) 따라서 違法配當이 있는 경우에는 違法配當의 議案을 株主總會에 提出한 代表理事와 그 議案提出에 贊成한 理事에 대한 損害賠償 責任問題로서 解決되어야 하는 것이다. 그런데 이 경우의 理事의 責任은 過失責任으로 볼 것인가 無過失責任으로 볼 것인가가 問題로 되는 것이다. 理事가 違法配當의 議案을 作成하여 株主總會에 提出하는 것은 善管者의 注意義務에 違反한 것으로 될 뿐만 아니라 商法第462條第1項의 規定에 違反하는 議案의 提出은 法令違反으로서 無過失責任이라고 解하여야 한다. (8) 그러나 이것을 美國法과 比較하여 볼 때, 우리 商法에서는 計算書類의 確定·配當 議案의 決定이 株主總會의 權限에 屬하는데 대하여, 美國法에서는 理事會가 計算書類의 確

(6) 株主總會의 決議의 內容이 法令 또는 定款에 違反한 경우에도 無效確認의 訴만에 의하여 無效의 主張을 할 수 있다는 見解가 있으나 (西原寬一·『會社法(商法講義Ⅱ)』248面, 鄭熙喆 前掲 361面), 이 見解에 의하면 違法配當이 있는 경우에도 먼저 決議無效의 訴를 提起하여 勝訴判決을 얻은 後가 아니면 會社債權者는 그 配當을 會社에 返還시키지 못하며, 會社도 違法配當의 議案을 總會에 提出한 理事의 責任을 追窮하지 못한다는 不合理한 結果가 되어서 會社債權者保護를 위한 商法의 規定(商法 462條2項, 399條1項)은 無意味하게 된다(大隅·前掲 228面 參照).

(7) 田中耕太郎「改訂會社法概論」437面 參照.

(8) 1950年の 日本改正商法은 株式會社制度에 있어서 英美法の 導入에 따라서 理事의 責任에 관하여도 具體的으로 詳細하게 定하여 그 內容을 明確하게 하고 있다(日本商法 266條以下 參照). 違法配當과 關聯한 理事의 責任으로는 違法配當의 議案을 總會에 提出한 代表理事와 그 議案提出에 贊成한 理事에 대하여 違法配當額辨濟의 連帶責任을 課하고 있다(日本商法 266條1項1號). 이것은 資本充實의 目的을 가지는 것이므로 違法配當議案의 提出에 關하여 過失이 있었는가 없었는가를 不問하고 理事는 이 責任을 負擔한다는 無過失責任이라고 解하는 것이 通說이다. 그러나 條文의 表現方法으로서는 無過失責任이라는 것이 明瞭한 것도 아니므로 이를 過失責任으로 解하고자 하는 少數說도 있다. 通說에 따르면 會社는 먼저 株主에 대하여 違法配當額의 返還을 請求하여 返還받지 못한 金額만을 理事에 대하여 請求할 수 있는 것이 아니고, 곧 理事에 대하여 違法配當額全額의 辨濟를 請求할 수 있다. 會社에 대하여 違法配當額의 全額 또는 一部를 賠償한 理事는 違法配當임을 알고서 配當을 받은 株主가 理事의 辨濟에 의하여 會社에 대한 返還義務를 免하고 그 違法配當金을 그냥 가지고 있는 것은 不合理한 것인데 理事가 自己의 責任있는 行爲에 基하여 善意者에 대하여서까지도 權利를 主張하는 것은 不適當할 뿐만 아니라 株式大衆化에 따른 投資株主保護의 必要上 善意의 株主에 대한 求償權을 認定하지 아니한 것이라고 解釋되고 있다.

違法配當과 理事의 責任

定과 配當을 決定할 權限을 가지고 있는 點으로 보아 美國法上의 理事의 責任이 우리 商法上의 理事의 責任보다 더 嚴格하여야 할 것이다. 그런데 美國法에서는 위에서 考察한 바와 같이 違法配當에 대한 理事의 責任을 無過失賠償責任으로부터 차츰 故意·過失을 要件으로 하는 過失責任으로 하고 있는 것이 一般的傾向이다. 그리고 理事가 無過失賠償責任을 저야 한다고 하면, 代表理事外의 理事는 그 責任을 回避하기 위하여 항상 理事會에 出席하지 않게 될 것이다. 그러나 理事가 항상 理事會에 缺席한다는 것도 受任者의 一般的注意義務違反(商法382條 2項, 民法681條)으로서 任務懈怠로 인한 損害賠償責任을 免하지 못할 것이다. 따라서 우리 商法上 어느 경우에도 責任을 免하지 못하며, 더우기 無過失責任은 違法配當을 防止하는 데 도움이 될지 모르나, 美國法과 比較하여 볼 때 理事에 대하여 너무 苛酷하다고 하지 아니할 수 없다. 따라서 立法論으로는, 우리 商法은 첫째로 株主總會의 承認을 條件으로 利益配當이 決定되는 것, 둘째로 依用商法과 달라서 株式會社에서 作成하는 貸借對照表에 記載되는 資產의 評價方法에 있어서 損益法의 立場을 採用함으로써 評價益의 算出이 不可能하게 되었다는 것(商法452條), 셋째로 監事에 의한 計算書類의 監查節次가 있는 것(商法447條1項) 등을 考慮하여, 過失責任主義로 하는 것이 妥當하다고 생각하는 바이다.

(서울法大 敎授)