



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2022年 8月
博士學位論文

기업지배구조의 개선에 관한 연구

- 이사회제도를 중심으로 -

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

정 종 희

기업지배구조의 개선에 관한 연구

- 이사회제도를 중심으로 -

A Study on the Improvement of
Corporate Governance

- Focusing on the board of director system -

2022年 8月 26日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

정 종 희

기업지배구조의 개선에 관한 연구

- 이사회제도를 중심으로 -

指導教授 김 재 형

이 論文을 法學博士學位申請 論文으로 提出함

2022年 4月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

정 중 희

정종희의 博士學位 論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 서 성 호 (印)

委員 光州女子大學校 教授 박 종 렬 (印)

委員 朝鮮大學校 教授 권 상 로 (印)

委員 朝鮮大學校 教授 이 창 재 (印)

委員 朝鮮大學校 教授 김 재 형 (印)

2022年 6月

朝鮮大學校 大學院

【 목 차 】

【Abstract】	V
제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	4
1. 연구범위	4
2. 연구방법	5
제2장 기업지배구조 현황	7
제1절 기업지배구조의 개념	7
1. 기업지배구조의 정의	7
2. 기업지배구조의 연혁	8
3. 기업지배구조의 목표	11
제2절 기업지배구조에 관한 이론	13
1. 기업발전론	13
2. 대리인 이론	16
3. 이해관계자 이론	19

- 4. 조직통제 이론 22

- 제3절 우리나라의 기업지배구조 24**
 - 1. 기업지배구조의 변천 24
 - 2. 기업지배구조의 특징 29
 - 3. 현행 상법상 기업지배구조의 형태 31

- 제3장 각국의 이사회제도 33**
 - 제1절 영미법계의 이사회제도 33**
 - 1. 미국 33
 - 2. 영국 39

 - 제2절 대륙법계의 이사회제도 46**
 - 1. 독일 46
 - 2. 프랑스 49
 - 3. 일본 53

- 제4장 현행 상법상 이사회제도 57**
 - 제1절 이사회 구성과 기능 57**
 - 1. 이사회 의의 57
 - 2. 이사회 구성 59

3. 이사회 의 기능과 권한	73
제2절 이사의 의무와 책임	79
1. 이사의 의무	79
2. 이사의 책임	88
3. 이사의 책임 제한	91
4. 이사의 책임 제한에 대한 외국의 입법례	98
제3절 사외이사제도	106
1. 사외이사제도의 도입	106
2. 사외이사의 개념과 자격	108
3. 사외이사의 선임과 해임	113
4. 사외이사의 역할과 책임	118
5. 미국과 일본의 사외이사	122
제5장 이사회 제도의 문제점과 개선방안	128
제1절 이사회 제도의 문제점	128
1. 집행기관이자 감독기관으로서 한계	128
2. 유명무실한 감사위원회의 가능성	129
3. 이사회 의 운영상의 문제	130
제2절 이사회 제도의 개선 방향	135

1. 사외이사의 독립성 강화	135
2. 감사위원회제도의 구성과 선임의 개선	142
3. 주주대표소송제의 보완	146
4. 업무지원기능 강화로서의 개선	151
제6장 결론	182
【참고문헌】	186

【 Abstract 】

A Study on the Improvement of Corporate Governance

– Focusing on the board of director system –

Jung, Jong-Hee

Advisor : Prof. Kim, Jae-Hyung Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

Countries around the world are struggling to come up with economic stimulus measures due to anxiety that the economic recession caused by Corona from China could bring about a second global economic panic. Korea is also embroiled in anxiety over a slump in all fields, including politics, economy, and society, due to the aftermath of COVID-19. As a result, in a situation where companies are shrinking and competitiveness with each country is falling, more active corporate transparency and soundness are required for Korean companies to have global competitiveness.

In order to create such a competitive corporate governance structure, the role of a director who can provide sound criticism and supervision within the board of directors and serve as the foundation for long-term management is the most important.

The Korean economy, which has achieved rapid economic growth since the 1960s, has revealed a vulnerability that companies have only grown in size in response to the 1997 IMF financial crisis. After the 1997 IMF financial crisis, there was a consensus that Korea should establish a governance structure to ensure corporate transparency and efficiency.

Since the revision of the corporate governance law in 1998 and 1999, right after the IMF financial crisis, it has been revised more than 10 times so far, including the revision in July 2001, the revision in January 2009, the revision in May 2009, the revision in May 2014, and the revision in December 2020. This revision of the law was an effort to meet global standards for the governance structure of corporations in accordance with internationalization.

In particular, the elements of Anglo-American corporate governance began to be greatly reflected in the system of the Korean Commercial Law, which counted Japanese corporate governance. However, there is criticism in the front line of Korean corporate management that the purpose of the law revision is not being realized due to the management interference of the controlling shareholder and the self-righteousness of the manager.

The reasons may be various, but the biggest reason is the practice of corporate governance over decades and the dysfunction of the board of directors system. In particular, it can be pointed out that the role of representing the interests of shareholders is not faithfully fulfilled due to the poor operation of the board of directors.

I think that the improvement of Korea's corporate governance structure will not be impossible through institutional reorganization in which the functions of the board of directors, which is an institution that constantly supervises management's job execution, can be faithfully implemented. In addition, opinions are still divided on the concept and scope of governance, but in a broad sense, it is viewed as a concept that includes all aspects of efficient operation of a stock company, and in consultation, it means only a management and supervisory structure.

This study examines corporate governance in order to improve transparency and accountability in corporate management. The ultimate purpose of this study is to secure the competitiveness and excellence of corporate management by any improvement in the board of directors system.

It is also aimed at revealing how easing responsibility for directors encourages autonomous management will under sound corporate ethics.

This is because it contributes to the establishment of a desirable corporate governance structure and also contributes to the development of the national economy by increasing the competitiveness of companies.

【Key Word】

Corporate governance, Board of directors system, Controlling shareholder, Management judgment, economic development.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

세계의 각 나라는 중국발 코로나로 인한 경기침체가 제2의 세계적 경제공황을 불러올 수 있다는 불안감에 경기부양책 마련에 혼신을 다하고 있다. 우리나라도 코로나의 여파로 인해 정치, 경제, 사회 등 모든 분야의 침체에 대한 불안에 휩싸여 있다. 이에 기업이 위축되고 각 나라와의 경쟁력이 떨어지는 상황 속에서 우리 기업이 세계적인 경쟁력을 갖추기 위해서는 보다 적극적인 기업의 투명성과 건전성이 요구된다.

이러한 경쟁력 있는 기업지배구조¹⁾를 만들기 위해서는 이사회 이사진정성을 갖는 비판을 통한 감독이 이루어질 경우에 회사경영의 밑거름이 될 수 있기 때문에 이사의 역할이 가장 중요하다고 하겠다. 60년대 이후 빠른 경제성장을 이뤄 온 우리 경제는 1997년 IMF 금융위기 대응에 있어 기업이 내실을 채우지 못하고 몸집만 키워왔다는 취약점이 드러났다.

우리나라는 1997년 IMF 금융위기 이후 기업의 투명성과 효율성을 보장하기 위한 지배구조를 마련하여야 한다는 공감대가 형성되었다. 이에 주식회사 지배구조 관련 상법 회사편 부분이 IMF 금융위기 직후인 1998년과 1999년에 개정된 이후, 2001년 7월 개정 및 2001년 말 개정, 2009년 1월 개정, 2009년 5월 개정, 2011년 개정, 2014년 5월 개정, 2015년 12월 개정, 2020년 12월 개정 등 지금까지 10여 차례 이상 개정²⁾되었다.

이러한 법률 개정은 국제화에 따라 주식회사의 지배구조를 세계적인 기준에 맞추기 위한 노력이었다. 특히 일본의 기업지배구조를 계수한 우리 상법의 체계에

1) 기업지배구조(corporate governance)와 관련한 주요 논점들은 개인 소유의 기관구조가 아닌 법인 형태를 취한 고도로 전문화된 기관들의 경영·감독·통제와 같은 상호적 관계 사항들을 규범적으로 접근하면서 발생하는 문제들이다. 최준선, 「회사법」, 제16판, 삼영사, 2021, 478면.
 2) IMF 시대의 1998년과 1999년 개정 이후의 주요 개정만을 꼽아보더라도, 2001년 7월 개정, 2001년 말 개정, 2009년 1월 개정, 2009년 5월 개정, 2011년 개정, 2014년 5월 개정, 2015년 12월 개정, 2020년 12월 개정 등을 들 수 있다.

이 시기부터 영미식 기업지배구조 요소들이 크게 반영되기 시작 하였다. 즉, 기업의 소유와 경영을 분리하여 그간 기업이 대주주 개인에 의해 소유와 경영이 독점 되어 오던 관행으로부터 탈피하여 회사 재산을 지키고 이사회라는 회의체적 기관을 통해 경영에 관한 최선의 의사를 결정하도록 유도 하는 한편, 이사 간에 상호 감시체제를 강화하고, 감사 또는 감사위원회라는 기구를 통해 경영자의 독선을 통제함으로써 경영의 건전성을 확보하고자 한 것이었다.

그러나 우리 기업경영 일선에서는 경영자의 독단적 판단이나 지배주주의 경영에 대한 간섭 때문에 법률 개정의 취지가 실현되고 있지 못하다는 비판이 나오고 있는 형편이다.

그 이유는 여러 가지를 들 수 있겠으나 가장 큰 원인은 경영자나 지배주주에 의한 기업지배의 관행이 이사회제도의 기능을 제대로 발휘하지 못하게 하고 있다는 것이다. 이 같은 관행으로 인하여 이사회 운영이 제대로 이루어지지 않아 주주의 이익을 대변하는 역할을 충실히 수행하지 못하고 있음을 지적할 수 있겠다.

우리나라 기업에서 이사회 구성원인 이사는 대부분 오랜기간 그 기업의 직원이나 임원으로 재직했던 사람들이 이사로 임명되는 경우가 비일비재하다. 따라서 기업의 경영감독기관인 이사회 구성원인 이사가 경영자나 지배주주를 비롯하여 특수 관계인들과 사적인 친분 관계를 맺고 서로간에 우호적일 가능성이 크다. 이러한 이유로 소위 재벌오너는 이사회 통제권을 받지 않고 회사로부터 사적이익을 취하는 데에 어려움이 없다. 또한 재벌오너의 이러한 행위에 대하여 우호적관계인 이사로 구성된 이사회가 견제적 태도를 취하는 것은 어렵다. 더욱이 우리나라 대기업들은 문어발식 경영을 위하여 기업집단을 형성하고 있다. 이러한 대기업의 기업집단 구조에서 부실한 기업을 임의로 지원하기 위해 기업간에 상호출자와 순환출자의 위험성이 있으며, 이는 곧 소액주주들에게 피해를 줄 수 있다.

한편, 우리나라의 많은 기업은 아직도 주식소유 비중이 높은 재벌오너가 경영에 관한 의사를 결정할 수 있는 권한을 가지고 모든 경영에 재벌오너가 의사결정권을 행사하고 있다. 그러므로 우리나라 기업의 이사회제도와 관련하여 상당기간 대규모 기업집단의 지배구조의 개선과 구조조정이 진행되었다. 하지만 지배주주인 재벌오너는 소액의 투자만으로 계열사 간의 상호출자를 통해 재벌산하 계열사에 대하여 여전히 지배권과 경영권을 행사하고 있다.

또한 기업경영에 대한 감독권한이 있는 감사나 이사회내의 감사위원회의 위원을 재벌오너와 특수관계에 있는 자가 선임되도록 함으로써 기업경영에 대한 실질적인 감사를 하지 못하도록 하고 있는 실정이다.

이를 반영하여 우리나라에서는 기업을 감독하는 당국이 계열사 간의 직·간접의 상호출자의 고리를 끊게 함으로써 오너에 의한 지배를 타파하는 것을 지배구조 개선에서 우선시 보는 경향이 있는 것이다. 이는 우리나라가 미국 등 선진국에서와는 달리 기관투자자나 증권시장을 통한 외부통제시스템이 작동하지 못하고, 은행 등의 금융기관에 의한 효과적인 감시기능도 기대하기 곤란하기 때문이기도 하다.³⁾ 하지만 우리나라의 기업지배구조의 개선은 경영진의 직무집행을 상시적으로 감독하는 기관인 이사회가 기능이 충실히 구현될 수 있는 제도적인 준비를 통해서라면 불가능하지는 않을 것으로 생각한다.

그리고 지배구조의 개념과 범위에 대해서는 기업을 효율적으로 운영하기 위한 모든 측면을 포함하는 광의의 개념과 기업의 경영 및 감독 구조만을 의미하는 협의의 개념으로 파악하고 있다.

본 연구에서는 기업경영의 투명성과 책임성을 제고하기 위한 차원에서 기업의 지배구조를 고찰한다. 본 연구의 궁극적인 목적은 이사회제도의 어떠한 개선이 기업경영의 경쟁력과 수월성을 확보하는 길이고, 이사에 대한 책임을 어떻게 완화하는 것이 건전한 기업윤리 하에 자율적인 경영의지를 고취시키는 것인지 밝히고자 하는 것에 있다. 이는 곧 바람직한 기업지배구조의 확립에 기여하는 일이고, 또한 기업의 경쟁력을 높여 국가 경제발전에 이바지하게 되는 것이라 생각하기 때문이다.

3) 정광선 외, 「한국형 사외이사제도에 관한 연구」, 한국상장회사협의회, 1999. 4, 10면.

제2절 연구의 범위 및 방법

1. 연구범위

본 논문에서는 1997년 IMF(외환위기) 이후 우리 상법은 10여 차례 이상의 개정을 통하여 경영자나 지배주주에 대한 감시와 책임을 강화시켜 왔다. 이러한 우리 상법상 개정의 중심은 기업지배구조의 중추인 이사회제도에 관한 개선에 그 초점을 두고 있다.

우선 제1장에서는 연구의 목적과 연구의 범위 그리고 연구 방법 및 연구의 한계 등을 밝혔다.

다음으로 제2장에서는 기업지배구조의 개념과 우리나라의 기업지배구조의 현실에 대하여 살펴보았다. 이를 위해 첫째, 아직까지도 완전한 결론이 나지 않은 기업지배구조의 개념에 대해 미국법상의 실질적인 정의와 그것의 목표를 근거로 바람직한 이사회제도의 지향점을 모색하고, 둘째, 우리 상법상 기업지배구조가 주주중심체제에서 이사회감독체제로 변천한 과정과 우리나라 기업경영에서 기업지배구조의 실태 등을 파악함으로써 지배구조의 문제점을 거시적으로 확인하는 것이다.

제3장에서는 우리나라의 현행 상법에 따른 이사회제도에 대하여 고찰하고 그에 대한 개선방안을 모색한다. 이를 위하여 우리나라 이사회제도에 주된 영향을 미치는 영미법계의 영국과 미국 그리고 대륙법계의 독일과 프랑스 및 일본의 이사회제도에 대한 검토·분석을 시도하였다.

제4장에서는 우리나라 상법상 이사회회의 기본적인 의미가 무엇인지를 알아보고, 그 구성원인 이사, 대표이사, 이사회 내의 각종 위원회 중 감사위원회제도를 집중적으로 살펴보았다. 그리고 우리나라 상법상 이사의 의무와 법적 책임에 관련된 내용을 알아보고 우리나라 상법보다 앞서 이사회제도를 운용해 온 미국의 이사회제도에서 규정하고 있는 이사의 의무와 법적 책임에 대한 개념과 이에 대한 판결 등을 확인함으로써 미국의 이사회제도가 시사하는 것이 무엇인지 알아보았다. 여기에서는 이사가 이사회를 통하여 회사의 경영감독 기능을 강화를 위해서 특별히 집중해야 할 점이 무엇인지와 회사경영의 효율성을 확보하기 위해서 이사의 책임완화의 근거를 어떻게 도출해 낼 수 있을 것인가가 중점 사안이 되었다. 이를 기반

으로 이후 논의를 확장하여 이사의 경영감독 독립성을 확보하고 이를 활성화할 수 있는 사외이사제도에 대해서는 하나의 절을 구성하여 살펴보는 것으로 하였다. 더불어 본 장에서는 미국법원에서의 사외이사에 대한 인식 등에 대해서까지도 알아보았다. 결국 이장은 이 논문의 주제인 이사회제도의 개선 이유가 되는 우리나라의 이사회제도에 대한 법상, 제도상, 운영과 실태적인 면에서 구체적인 문제점을 제시함으로써 이에 대한 우리나라와 외국의 이사회제도의 운영 실태를 확인함으로써 우리나라의 이사회제도의 문제점의 개선을 위한 방안과 우리나라의 현실에 맞는 이사회제도의 활용방안을 얻고자 하는 것에 주안점이 맞추어져 있다.

제5장에서는 본 연구의 주제인 이사회제도의 개선방안을 제시해 보았다. 먼저 이사회제도에 대한 우리나라에서의 기업환경을 토대로 하여, 거시적인 개선방안으로서 감독기능을 강화시키기 위하여 이사회 기능을 분리하고, 이러한 조치로 인해 상대적으로 이사가 경영행위의 자유를 제한받을 경우가 있는 때에는 이사에 대한 배려로서 이사의 책임을 완화 시킬 수 있는 체제의 구축을 제시해 보았다. 그리고 이에 더하여 업무감독기능과 업무지원기능의 강화를 위한 개별적이고 구체적인 개선방안을 마련해 봄과 동시에, 실질적으로 이사회제도의 개선에 도움이 될 수 있도록 법적인 근거가 없더라도 즉시 도입하여 운용할 수 있도록 실질적인 이사회 운영상의 개선방안을 제시해 보았다.

끝으로 본 연구의 결론인 제6장에서는 앞서 제시한 이사회제의 제도적 개선방안이 어떠한 근거로 제시되었는지를 정리하였으며, 정리된 각각의 개선방안들을 체계적으로 상호 연계시켜 가면서 마무리 지었다.

2. 연구방법

이상에서 살펴본 바와 같이 본 논문은 총 6장으로 구성되어 있다. 이러한 연구의 목적을 달성하기 위한 연구방법으로 다음의 몇 가지 방법을 사용하였다. 우선 국내외 단행본과 논문, 판례, 보고서, 인터넷상 등에서 문헌을 수집하고 정리하는 방식인 문헌발췌방식을 사용하였다. 둘째, 외국의 문헌이나 연구 및 판례를 비교법적 방법으로 접근하여 고찰하였다. 셋째, 일부 문헌은 우리나라의 법리 및 판례와 외국의 법리 및 판례를 비교하여 분석하는 비교법학적 방법을 사용하였다. 넷째, 본 연구는 기업의 지배구조에서 이사회제도의 개선에 중점을 두고 있기 때문

에 법학 분야의 자료를 중심으로 하면서, 경영학 분야의 저서나 논문 및 현재 기업의 실태를 알수 있는 각종 자료들을 참고함으로써 학제간의 연구가 될 수 있도록 하였다.

한편, 본 연구의 목적은 기업지배구조의 개선에서 이사회제도에 중점을 두고 있기 때문에 자본금 총액이 10억 원 미만인 주식회사로써 이사회가 임의기관인 소규모 주식회사는 본 연구의 대상에서 제외하였다.

제2장 기업지배구조 현황

제1절 기업지배구조의 개념⁴⁾

1. 기업지배구조의 정의

기업지배구조란 넓은 의미에서 보았을 때 기업의 경제활동 단위를 이루고 있는 이해관계자들 간의 관계를 조절하는 메커니즘이라고 할 수 있다.⁵⁾ 메커니즘에 포함되는 것은 회사의 주주, 회사의 경영자, 노동자인 종업원, 회사에 대한 채권자 등 회사에 대한 주체뿐만 아니라 국가와 지역사회까지 포함된다고 할 수 있다.⁶⁾ 한편, 좁은 의미로의 기업지배구조란 경영자 통제 메커니즘을 가리키며, 실무적인 측면에서의 기업지배구조란 ① 최고경영진과 이사회와의 관계 ② 회사 주주와 이사회와의 관계 ③ 회사와 주주 및 임직원들 간의 관계 ④ 회사와 자본시장의 관계 ⑤ 회사와 사회 그리고 국가의 관계 등과 같은 여러 방면을 최상의 상태로 정비하여 기업경영의 효율을 높이고 기업가치(Enterprise Value)를 제고하여 여러 분쟁을 미연에 방어하게 하는 경험과 지식의 체계라고 볼 수 있다.

하지만 기업지배구조에 대하여 어떤 정의든 기업에 대한 최상의 기업지배구조란 기업이 실질적인 투자자를 유인할 수 있게 하고 기업이 효율적인 성과를 달성하는 방향으로 움직이며, 기업이 목적을 달성하는데 이바지하고 해당 기업이 법과 일반 사회적 기대를 충족시키는데 필요한 것이라고 이해되어 왔다. 이러한 개념 때문에 학자에 따라서는 기업지배구조를 셀프-딜링 (self-dealing : 이는 위법한 내부거래를 의미한다. 증권시장에서의 내부자거래와는 다른 개념이다)에 대한 규제와 최적의 기업공시를 통해 기업가치를 최대화할 수 있도록 하는 메커니즘이라고 기능적으로 정의하기도 한다.

4) 김화진, 「기업지배구조와 기업금융」, 박영사, 2009. 10-12면.

5) Holly J. Gregory, The Globalization E. Mitchell, Corporate Irresponsibility: America's Newest Export 참조, Yale University Press, 2001.

6) 양동석, “Corporate Governance와 감사제도”, 「상사법연구」, 제15권 2호, 1996. 136면.

결국, 기업지배구조란 기업의 방향이나 목표를 설정하고 기업의 주요 이해관계자인 주주와 경영진과의 사이에서 주주의 이익을 대변하기 위해 경영진을 견제하고 감시하고 감독하는 법적·제도적 메커니즘을 일괄적으로 일컫는 말이라 할 수 있으며, 효율적이고 투명한 지배구조를 갖고 있는 기업은 그렇지 않은 기업에 비하여 더 낮은 비용으로 자본조달이 가능하고, 이는 곧 경쟁력의 제고와 기업가치의 상승으로 이어질 수 있다. 기업활동의 투명성과 기업활동에 대한 안정적인 감시장치는 기업의 국제경쟁력에 있어 전제조건이 되므로 기업지배구조에 대한 관심은 우리나라 뿐 아니라 세계적인 추세이기도 하다.⁷⁾

2. 기업지배구조의 연혁

주식회사는 17세기 식민사회에서 그 기원을 찾는 것이 일반적이다. 즉, 1602년 네덜란드는 식민지를 경영하기 위하여 설립한 ‘동인도회사’를 설립하자, 1604년 프랑스, 1612년 영국 등도 뒤따랐다. 이러한 ‘동인도회사’의 경우 사원의 유한책임제도와 회사의 기관 및 주식제도를 가지고 있었던 것이 주식회사의 기원으로 보는 근거다. 이후 1807년 프랑스 상사법이 주식회사제도를 회사조직의 하나로 인정한 이래 각국에서 주식회사에 대한 상세한 규정을 두게 되었다.⁸⁾

18세기 말 프랑스 대혁명의 영향으로 회사법에서도 공법상의 삼권분립의 원리, 즉 주주와 이사회, 감사 등의 기관을 조직하여 이사회가 주주를 대리하여 회사의 경영권을 행사하고 감사가 이를 감시하는 견제와 균형의 원리를 도입하였는데, 이것이 기업지배구조의 시작이다.⁹⁾ 1807년의 나폴레옹 상법에는 이사에 관한 규정은 있었지만, 감사제도는 존재하지 않았으며, 감사의 역할을 연 1회 소집되는 주주총회가 담당하고 있었다. 나폴레옹 상법전 하에서 합자회사는 준칙주의에 의하고, 주식회사는 허가주의에 의하고 있었으므로 국가의 간섭을 받기 싫어하는 기업가들은 합자회사의 일종인 주식합자회사를 선호하였다. 그러나 산업혁명기에 준칙주의인 주식합자회사의 유행으로 인하여 그 남용이 문제가 되자 나폴레옹 3세 정부는 1853년 세계 최초로 감사제도를 규정한 회사법안을 작성하였다.

7) 이주, “기업지배구조 논의의 배경과 중요성”, Korea Investors Service, 2002. 8, 4-5면.

8) 김용구·황근수, 「상사법신강」, 도서출판 동방문화사, 2010. 9면.

9) 정동윤, 「회사법 제7판」, 법문사, 2001, 300면.

이 법안은 실시되지는 않았으나 1856년 법률에 반영되어 설립절차의 적법성 확보, 설립 후 회사의 업무집행 감사 등 주로 재산목록에 대한 회계감사를 위하여 주식회사에 5년 이내의 임기를 가진 5인 이상의 주주대표로 구성되는 감사회를 필요기관으로 설치하게 되었다. 그 후 1863년 법률에서는 오늘날의 회사와 유사한 체제로서의 회사운영기관으로 이사, 감사 및 주주총회 등을 두었다.¹⁰⁾

미국에서는 1970년대 대기업의 잇따른 파산 특히, 1973년 워터게이트사건에서 증권위원회의 조사결과 대기업의 부정 지출이 드러나게 되자 이사회가 회사의 실정을 제대로 파악하고 있지 못하다는 비판이 일어나게 되었는데, 이를 계기로 주식회사의 의사결정과정과 경영진에 대한 감독의 문제가 대두되면서 회사지배구조의 중요성에 관한 논의가 본격적으로 전개되었다.¹¹⁾

영국은 기업의 대외경쟁력 강화를 위한 목적으로 회사의 지배구조에 대한 연구를 시작하였다. 1971년 당시의 집권당인 보수당의 한 의원은 의회에서 기업지배구조를 개혁을 위한 입법을 하려고 하였다. 하지만, 정부는 보수당 정부의 민간경제 불개입이라는 전통을 적용하여 기업지배구조의 개혁에 대한 문제를 민간위원회에 위임하였다.

1980년대 후반 영국에서는 대규모 회사들이 부실경영으로 문제가 되었다. 이에 1990년부터 영국은 기업지배구조의 중요성을 인식하게 되었으며, 회사지배구조에 관한 논의가 활발하게 이루어지는 계기가 되었으며 이를 바탕으로 영국은 회사지배구조 개선을 위한 모범규범이 발표되었다. 또한, 1980년대까지 회사지배구조 개선에 대한 순수자체 규제가 효율성이 적다고 판단한 영국은 1990년대에는 증권거래소를 중심으로 자체 규제를 하기 시작하였다. 즉, 이러한 자체 규제는 상장기업들이 자율적으로 규제내용을 정하게 하고 이 규제내용을 증권거래소 상장조건으로 하는 것이었다. 따라서 영국의 모든 상장기업들이 증권거래소에 상장하기 위해서는 의무적으로 규제내용을 준수할 수 밖에 없었다.

1992년에 발간된 케드베리 보고서(Cadbury Report)에서는 기업회계분야의 투명성과 사외이사 비중의 제고에 중점을 두었으며, 1995년에 발행된 그린베리 보고서(Greenbury Report)는 경영자들의 과도한 보수문제 해결에 중점을 두었다. 1998년 1월에 발표된 햄펠 보고서(Hampel Report)는 앞의 두 보고서를 검토, 보완하여

10) 박진태, “주식회사의 지배구조”, 경북대학교 법학연구소 「법학논총」, 제5집, 1998. 44면.

11) 김지환, “주식회사의 지배구조에 관한 연구”, 성균관대 박사학위논문, 1999. 21면.

증권거래소를 통해서 강제집행되었다. 영국에서는 정부가 아닌 이해관계 있는 시민사회의 세력들의 주도로 회사지배구조 개혁이 이루어졌으므로, 시민사회의 이해 세력들이 주창하는 모델에 따라 개혁의 내용이 결정되었다는 점에 특징이 있다.¹²⁾

국제적 모범으로는 1999년 처음으로 OECD (Organization for Economic Cooperation and Development : 경제협력개발기구) 기업지배구조 원칙이 공식문서로 채택되었는데, OECD의 기업지배구조 원칙은 각 국에 대하여 기준을 제시하는 것으로 법적 구속력이 있는 것은 아니나,¹³⁾ 세계 각국은 이를 기준으로 자국의 경제, 사회, 법적 관행과 환경에 맞는 기업지배구조를 채택할 수 있는 것이다.

1980년대 후반부터 OECD는 기업지배구조에 관한 논의를 시작하여 1996년에는 국제통화기금(International Monetary Fund, IMF), 세계은행, 민간전문가 등으로 구성된 회사지배구조 특별작업반을 설치하였다. 1998년 4월에는 기업지배구조의 표준과 가이드라인을 마련하기 위해 OECD 각료급 회의가 OECD 회원국 정부, 국제기구, 민간부문의 협력 하에 소집되었고 회원국의 의견을 수렴하여 회사지배구조에 관한 비구속적원칙을 제정하고자 테스크포스 팀을 구성하였다.

1998년 11월에 이르러서는 지배구조 지침초안(Draft OECD Corporate Governance Guideline)을 작성하고, 이 초안을 다시 수정하여 1999년 2월에 회사지배구조원칙의 초안을 발표하고, 같은 해 4월 16일 전문가 회의와 정부 대표자회의를 거쳐 ‘지배구조원칙’으로 수정되어 동년 5월 OECD 각료회의에서 채택되었다.¹⁴⁾ 이후 미국에서 엔론(Enron), 월드컴(Worldcom) 등의 회계부정 사건이 발생하는 등 회사지배구조의 환경이 급변함에 따라 2002년부터 시장자본주의의 건전성 확보와 투자자 보호의 강화를 위하여 기존의 지배구조원칙을 수정, 보완하기에 이르렀고, 2004년 1월 OECD 회원국의 회사지배구조에 관한 경험과 5개 신흥개발 경제지역들과의 토의를 거쳐 기업지배구조원칙 초안을 발표하였다.¹⁵⁾

우리나라에서 서구적인 의미에서의 기업지배구조에 관한 논의는 1994년경에 시작되었다. 무엇보다 기업 경쟁력이 기업의 지배구조와 관련 있다는 생각은 당시만 해도 전혀 새로운 것이었지만 그 무렵 미국은 독일이나 일본의 모델에 대한 연구

12) 하태수, “한영 기업 거버넌스 개혁의 비교: 역사적 신제도주의 시각을 중심으로”, 한국행정학회 동계학술대회발표논문, 2001, 10-11면.

13) 법무부, 「각국의 회사지배구조」, 법무부 법무심의관실, 1999, 7면.

14) 강희갑, 「회사지배구조론」, 명지대학교출판부, 2004, 16면.

15) 하창효, “주식회사 사외이사의 역할 제고를 위한 법적 고찰”, 국민대 박사학위논문, 2006, 8면.

가 있었다.¹⁶⁾ 하지만, 우리나라의 경우는 금융시장이 발달하지 못한 것과 함께 경영감독 기능의 취약으로 과잉투자, 낮은 수익 경영과 같은 비합리적인 문제가 기업경영에 상존하고 있었으며, 그로 인해 국가 전체의 경제위기로까지 연결되었던 것이 1997년 외환위기였다.

이때 비로소 경영실패의 가능성을 축소하고 의사결정의 효율성을 제고한다는 차원에서 기업지배구조가 핵심정책과제로 본격적으로 검토되기 시작하였다. 이후 기업지배구조의 중요성이 새롭게 인식되고 제도개선을 위한 노력이 꾸준히 진행되었다. 그 결과 많은 성과를 보여 왔으나 아직도 남겨진 과제가 적지 않은 것으로 평가되고 있는 것이 현실이다.

3. 기업지배구조의 목표

기업지배구조에 대한 연구의 목표는 기업의 대리인 비용을 최대한 감소시키기 위한 여러 장치들을 연구하는 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 이러한 대리인 비용의 발생은 주로 ‘스틸링’(stealing)¹⁸⁾에서 나타나게 되는데, 이것은 회사의 경영권을 가지고 있는 경영자가 회사의 이익이 되는 사업에 경영권을 행사하지 아니하고 경영자 자신의 이익을 위해 경영권을 행사하는 것을 의미한다. 한편 대리인 비용은 회사 경영자의 게으름(shirking)이나 무능력에서도 발생한다. 하지만 회사 경영자의 게으름이나 무능력은 회사가 생존하기 위해서는 회사 내외의 치열한 생존경쟁에서 살아남아야 하기 때문에 이러한 이유로 상당 부분 억제될 수 있다. 하지만, 스틸링은 회사 경영자의 부패의 일종이기 때문에 스틸링은 회사경영에 대한 투명성을 보장할 수 없다. 따라서 스틸링은 회사경영의 효율성 차원을 넘어 정치적, 경제적, 사회적 파장이 될 수 있다. 이러한 기업지배구조의 문제는 우리나라의 기업에도 해당되기 때문에 기

16) 박세일, 「법경제학」, 박영사, 1994, 490-501면.

17) 재원의 소유자인 경제 주체는 타인을 통해 거래하게 되며, 그로부터 대리인 비용이 발생한다.

18) 스틸링의 종류는 다음과 같다. ① 글자 그대로의 도둑질 - 횡령 ② 회사 돈의 개인용도 지출 ③ 부당한 조건에 의한 회사와의 거래 ④ 회사 비용으로 위신 추구(Empire Building) ⑤ 업무수행을 위한 과도한 회사비용 지출 ⑥ 자격이 의심스러운 가족이나 친지를 위한 인사 행위, 경영권승계 ⑦ 경영자의 지위와 특권유지를 위한 분식회계, 부실공사 ⑧ 증권시장에서의 내부자거래와 시세 조종 ⑨ 회사 돈의 위법한 사용과 그를 위한 회계 조작 ⑩ 지위의 보전·상승을 위한 위법한 지시의 이행 ⑪ ‘오너’의 의중을 반영한 자발적인 위법행위 등이다.

업지배구조 문제가 발생되면 정치적, 경제적, 사회적 문제로까지 확산되는 이유도 여기에 있다.

따라서, 회사 경영자의 경영권은 스틸링을 감행할 수 있는 권한을 가지고 있으며, 이러한 권한의 행사로 인하여 발생하는 이익을 ‘경영권의 사적이익’이라고 하며, 이러한 경영권의 사적이익의 추구는 인간의 본성에서 유래한다고 할 수 있다. 더욱이 회사의 경영자는 회사와 관련된 많은 부분에서 경영권을 행사하기 때문에 경영자의 경영권 행사가 회사를 위한 경영권의 행사인지, 경영자 개인을 위한 경영권의 행사인지를 외관상으로 구별하기는 거의 불가능하며, 행위의 당사자인 회사의 경영자조차도 구별하기가 쉽지 않을 것이다. 또한, 회사의 경영자는 위신 추구하고 사업적 판단에 의한 투자 결정의 구별도 어려운 경우가 있다. 한편으로 우리나라에서는 이러한 스틸링을 통해 기업이 단기적인 실적 증가로 이어진 경우도 있으나, 문제는 스틸링으로 인해 당사자들의 판단이 종종 혼란함을 겪을 수 있다는 점에 있다.

기업지배구조의 개선은 회사가 할 수 있는 최선의 범위 내에서 스틸링을 막기 위한 방법을 마련하여 그 집행을 성취하는 것으로 평가하는 경우가 있다. 미국의 경제학자 갤브레이스(John Kenneth Galbraith)는 “기업권력을 통제하지 못하는 사회에 미래는 없다.”고 하였다. 기업실적의 상승과 자본시장의 발전을 위해서는 성공적인 기업지배구조의 전과를 필요로 한다. 성공한 기업지배구조는 국가경제를 성장시키고, 사회복지 수준을 향상시킬 수 있으므로 국내나 국제적으로 인권을 신장시키고, 평화를 유지할 수 있다. 이러한 이유로 각국의 기업들이 기업지배구조의 개선을 위한 연구에 많은 투자와 노력을 기울이고 있다. 또한, 기업은 성공한 기업지배구조를 통해 기업내부의 부패와 나아가 사회 전반에 퍼져 있는 부패의 수준을 낮추는데 일정한 기여를 한다고 볼 수 있다.

따라서 기업지배구조의 개선은 회사 경영자의 경영권을 통한 스틸링을 막아 경영자의 경영권을 통한 사적이익을 축소 시키는 것을 우선적 목표로 하여 정비되어야 한다는 것이다. 이러한 기업지배구조 개선을 위한 정비의 정부 정책은 경영자의 경영권을 통한 스틸링을 막음으로써 경영자의 지배력 확장을 견제하기 위한 목적으로 설정되어 왔다.

이러한 정부의 정책 이유는 다음과 같다. 첫째, 회사의 경영자는 기업의 소유구조가 복잡할수록 경영자의 지배력 확장에 유리하다는 것이다. 즉, 기업집단을 조

성하여 소수주주가 투자한 돈으로 기업집단 소속의 계열회사에 지배력을 확장할 수 있으며, 또한 기업집단 내의 계열금융사를 이용하여 주주도 아닌 금융사 예금자의 돈으로도 지배력을 확장할 수 있기 때문에 금융계열사의 지원이나 계열사 간의 순환출자, 피라미드 등을 이용하는 것이다. 이처럼 소유구조가 복잡해지면 경영자에 의한 스틸링이 유사시 발생했을 경우에 이를 시정하거나 제재할 수 있는 장치를 작동하는 것이 어렵다. 이러한 상황에서 강력한 지배력을 가진 대주주나 오너 등이 견제장치를 무력화시킬 수도 있기 때문에 경영자의 지배력 확장을 저지하려고 하는 것이다.

하지만, 기업지배구조 개선의 목표는 원칙적으로는 회사 경영자의 지배력 확장이나 지배력 유지를 규제하는 것이 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 회사 경영자가 경영권을 회사를 위한 사업에만 사용한다는 보장이 있다면 사업상의 결정권을 강화하기 위한 경영자의 지배력 확장은 견제되어야 할 이유가 없으며, 이 경우에는 오히려 경영자의 지배력 확장을 장려하여야 할 것이다. 따라서 경영자의 지배력이 스틸링에 사용되지 않고 사업에만 사용된다면 기업의 소유자 지배구조에 대한 일체의 규제가 불필요하다고 할 수 있으며, 이러한 경우에는 경영자의 경영권한과 경영활동을 최대한 보장하여야 하며, 경영자의 정당한 사업수행의 결과로 발생하는 손해에 대해서는 그 책임을 최대한 면할 수 있도록 해줄 필요가 있다.

제2절 기업지배구조에 관한 이론

1. 기업발전론

Berle-Means(1932)가 경영자 지배론을 발표¹⁹⁾한 이래 기업소유구조를 결정하는 요인과 소유구조가 기업형태와 경영성과에 미치는 영향에 대해 그동안 많은 연구가 진행되어 왔던 것이 사실이다. 먼저 Berle-Means(1932) 및 Chandler(1980) 등이 주장한 기업발전론적 관점에서의 기업소유구조변화 이론에 의하면, 18세기 말 산업혁명 이전의 기업들은 기업규모가 영세하고 사업성격이 단순하였다. 자금조달의 원천은 사업이익의 사내유보를 통한 내부 자금조달에 국한 하였으며, 기

19) 박종렬, “기업의 지배구조개선에 관한 연구”, 조선대 박사학위논문, 2001, 6면.

업의 소유와 경영은 분리되지 않는 특징을 보였다. 이 단계에서는 자본의 조달이 주로 소유자 또는 경영자나 이들의 가족에 의존하는 가족적 자본주의 형태를 가졌다. 따라서 회사 주식의 거대 지분을 가진 소유자인 소유경영자가 회사경영에 대한 절대적인 지배권을 행사하였다. 이와 같은 경제구조를 Chmdler는 가족자본주의(family capitalism) 라고 했다.

기업이 크게 성장하면서 창업기업가 본인의 자본만으로는 투자수요에 충분할 수 없게 되므로 기업의 규모가 클수록 금융기관 등 외부로부터 자금을 충당할 수밖에 없다. 일반금융기관으로부터의 자금조달을 하는 경우가 많아질수록 창업자나 그 가족들은 일방적으로 경영의사결정을 쉽게 내리기 어려워짐에 따라 금융기관이 상당한 부분까지 경영의사결정에 관여하도록 받아드리게 되었다. 이러한 경제구조를 금융자본주의(financial capitalism)라고 한다.

기업이 성장하면서 사업자금 조달을 위한 추가적인 주식발행으로 인하여 주식소유의 광범위한 분산이 일어나면서 대주주의 보유지분이 낮아지고 금융기관 등의 경영참여가 저하되는 원인이 되었다. 기업들의 환경이 혼잡해지고 최고의 전문경영능력이 필요함에 따라 소유경영자는 차츰 물러서게 되고, 전문경영자가 출현하게 되었다. 이와 같은 경제구조를 일명 경영자자본주의 (managerial capitalism) 라고 한다. 이처럼 그들은 미국에 있어서 기업들이 발전과 성장함에 따라 소유와 경영이 나누어지는 현상을 확인하였다.

소유와 경영이 나누어진 미국의 기업지배구조 하에서 기업경영자는 위임장 제도를 통하여 주주총회에서 의결권을 장악할 수 있었다. 기업경영자는 기업자금으로 대리위임장을 만들어 주주들에서 발송하면 주주는 주주총회에서 의결되는 주요 사항에 대한 찬성과 반대 여부를 서명 날인하고 송부함으로써 실질적으로 기업경영자는 주주총회 의결권을 쉽게 장악할 수 있었다. 그리고 대중 주주는 기업경영에 대한 지식 부족 등으로 이사의 선임과 경영전략 결정 등에 대한 대부분의 정책안건을 경영진에 승인하는 경향이 있었다.

기관투자자는 그 비중이 빠른 속도로 확대하고 경영에 대한 정보수집 및 분석이 소액투자자들에 비하면 상대적으로 우위를 점하고 있음에도 불구하고 그들은 전통적으로 기업경영자를 지원하는 추세이다. 하지만 기관투자자가 어느 주식을 매수하면 이것은 동시에 그 기업의 경영자에 대한 실력을 인정받았고, 역으로 주식을 매각할 경우는 경영자 실력과 업적을 인정하는 것이며, 한편 반대로 주식을 매

각할 경우는 기업경영자 실력과 업적을 인정하지 않는다는 뜻을 신호하는 것으로 판단되고 있을 뿐이지 현재까지는 기관투자자가 공격적으로 주주총회 등에서의 의결권 진행을 통하여 경영에 관여하는 경우는 드물었다. 이처럼 주식발행이 크게 늘어서 외부 주주의 비중이 확대될수록 대주주의 주식 지분은 퇴색되고 따라서 경영지배권도 저하되어 궁극적으로는 소유와 경영이 분리되므로 전문경영자가 경영에 대한 현실적인 지배력을 취득하게 되는데 이것이 현재 많은 미국기업들의 특징이라고 볼 수 있다.

이와 같은 전문경영인에 의한 기업의 지배구조를 경영자 지배(management control)라고 하고, 그리고 대주주에 의한 기업구조를 소유자지배(owner control)로 구분하고 있다. 한편 기업발전사적 입장에서 본 기업소유지배구조의 판단에 대한 설명 외에 대리인모델(agency model)에 의해서도 기업소유지배구조가 판단된다고 본다. 따라서 기업은 일반적으로 경영자, 주주, 종업원, 채권자 등 많은 이해관계인(stakeholders)들이 개별적으로 자신들의 이익과 부를 증대화하려는 행위의 결실에 의하여 기업소유자지배구조가 결판 된다고 보는 것이다.

외부주주의 확대에 따른 경영권의 약화, 정보공개비용, 배당부담 등 기업내부의 지배주주(controlling-shareholders)와 외부주주(outside-shareholders) 또는 종속주주(subordinate - shareholder) 간의 이해상충으로 발생하는 대리인 비용을 최소화하면서 기업가치를 극대화하는 수준에서 투자 규모나 자금조달 양식을 결정하게 되고 이에 따라 기업의 주식 소유구조도 달라진다.²⁰⁾

Fama-Jensen(1983)은 앞의 경우와 같이 기업의 주주경영자에 의해 주식 소유구조가 판단된다는 제한적 관점에서 벗어나 기업의 특성에 따라 소유지배구조가 결정될 수 있다고 보았다²¹⁾. 즉 사업성격상 고도의 전문성이나 독창성을 요하는 기업의 경우 최적 전략선택이나 사업성과에 대한 객관적 평가가 어렵기 때문에 주주, 경영자, 채권자 등 다양한 이해관계인 간의 마찰(interest conflict)이 일어날 가능성이 크고 그만큼 이해마찰을 줄이기 위한 대리인 비용이 많이 발생한다. 이 경우에는 소유와 경영을 분리하기보다 통합함으로써 이해마찰이나 대리인 비용을

20) Jensen, M. C. & William H. Meckling, "Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, " *Journal of Financial Economics*, (October 1976).

21) Fama, Eugene F. & Michael C. Jensen, "Separation of Ownership and Control, " *Journal of Law and Economics*, (1983).

줄여 기업형태는 기업 외부의 이해관계인(외부주주, 채권자 등)가 기업의 경영형태나 성과를 용이하게 파악할 수 있는 경우에 선택될 수 있다고 한다.

기업의 사업 또는 불확실성에 따른 리스크도 기업소유구조의 결정요인에 영향을 미칠 수 있다. 즉 기업의 경영 실적이 통제 가능한 요인보다 불확실성 요인에 의해 보다 크게 영향을 받는 경우, 사후적인 경영성과가 어느 정도까지 경영자의 능력에 의한 것인지를 판단하기 어려울 경우 내부경영자와 외부 주주 간의 대리인 문제가 커진다. 특히 외부 주주의 입장에서 이러한 경영의 불확실성 요인이 내부경영자와 외부 주주 간의 정보 비대칭(information asymmetry), 즉 경영자가 기업경영 관련 정보를 독점하고 있는 경우 대리인 문제는 더욱 심각해진다. 예를 들어 자본시장에서의 정보의 유통이 제한되고, 특히 우리나라의 경우처럼 개발경제 시대에 경제경영정보가 일부 소수에 의해서만 접근 가능할 경우, 주주는 경영에 직접 참여해야 기업 내부의 정보뿐만 아니라 정부의 개발정책이나 저리 자금제공 등에 대한 정보에 접근하기가 용이하다. 따라서 전문경영자에게 의존하기보다 자신이 직접 경영에 참여할 동기가 더욱 강해지며 지배력의 강화를 위해 주식 지분도 집중된 형태를 선호하게 된다.

이외에도 기업 주식 소유구조를 이해하는 것으로서 정부의 통제대상이 되는 기업이나 산업일 경우 주식 소유분산이 보다 쉽게 일어날 수 있다고 보는 의견도 있다. 즉 공공통제를 많이 받는 기업일 경우 기업의 자율적 행동을 제약받게 되므로 외부 주주들에 의한 감독이 편리하며 그 비용이 적게 지출되므로 소유와 경영의 분리가 쉽다는 것이다.

우리나라 주식 소유분산에 대한 판단원인을 실증 분석한 결과에 의하면 기업 규모가 클수록, 기업의 존속기간이 길수록, 주식·지분 분산도는 한층 높게 나타나 기업의 발전론적 가설을 뒷받침하고 있다는 것이다. 반면에 사업에 대한 위험이 클수록 지분의 집중력이 높아 대리인 가설을 일정 부분 지지하는 것으로 보인다.

2. 대리인 이론

기업조직은 주주, 채권자, 경영자, 고객, 종업원, 지역주민, 참가자 및 기타 이해관계인으로 조직된 일련의 협동체이자 협력관계에 의한 집합체이다. 여기서 대리인 이론은 기업을 편성하는 다수의 이해관계인들의 효율적인 경제활동을 모

형화하고자 하는 근접 방법으로서 근본적으로 대리인 관계라는 관점에서 문제를 검토한다.

이처럼 대리인 문제에 대한 전통적 이론은 1932년 Berle-Means에 의해서 처음으로 제기되었으며, 소유와 경영이 분리된 Berle-Means형의 근대적인 기업은 이익에 투입되는 대규모 자본금 조달이 쉽고 기업 성장에 따른 대규모의 경제를 통하여 효율성 향상이 가능하게 되었다. 투자자의 관점에서는 투자위험의 분산이 편리하여 리스크나 투자의 요구수익률 (required rate return)을 급락시켜 기업의 자금조달 비용을 경감시킨다.

또한, 자본시장에서 소유와 경영의 분리를 가능하게 하여 전문경영인에 의한 안정적인 경영을 증진한다. 즉 잘 발전한 주식시장이나 자본시장이 실재하는 경우 주식은 시장에서 대단히 탄력적으로 거래되고, 주주는 자신의 지출이나 투자 타당성에 따른 효율 극대화를 위하여 언제든지 주식을 거래할 수가 있어 특정한 기업에 대하여 주주로서의 자리가 고정되지 않는다. 그리고 기업투자 및 생산결과는 개별 주주의 효용 함수와 관계없이 투자이익을 향상하는 정도에서 결정된다. 이러한 자본시장이 있음으로써 기업의 투자 및 생산 판단과 주주의 지출과 저축 결정이 분리될 수 있기 때문에 기업의 소유와 경영의 분리가 가능할 뿐만 아니라 이를 통하여 사회 전체의 효용 극대화가 가능하게 되었다. 따라서 전문경영인체제는 기업경영의 전문성과 효율성을 향상하는 긍정적인 효과가 크다.

하지만 소유와 경영의 분리에 따라 많은 코스트가 발생한다. 소유가 넓게 분산될수록 개별 주주들의 투표권은 그 작용력이나 중요성이 상실되고, 소액주주들이 주주총회에서 본인의 목소리를 낼 가능성이 작아진다는 것이다. 특히 소유와 경영의 분리와 경영자 지배형태는 미국에서 확실하게 나타나고 있고, 최고경영자는 주로 독자적인 경영권을 행사하고 있다.

이러한 상황의 경영자지배하에서 전문경영자는 주주의 이익보다 자신의 이익 증대를 더 중시하는 동기를 가지게 되고 이에 따라 주주와 경영자 간에 이해 상충 문제가 발생한다. 주주와 경영자 간의 이해 상충 문제는 기본적으로 네 가지 형태를 가진다. ① 경영자는 기업 도산에 따른 자신의 실업 가능성을 줄이기 위해 가능하면 투자위험이 낮은 사업을 선호하며 부채비율도 줄이고자 한다. ② 경영자는 장기적으로 주주의 수익률이 높은 사업보다 단기적으로 경영성과가 높은 사업을 선호한다. ③ 경영자는 가급적 적게 노력하고 보다 많은 보수 혜택을

얻고자 한다. © 경영자는 기업지배권(corporate control)의 이전에 따른 자신의 실업 가능성을 최소화하고자 한다²²⁾. 즉 주주의 장기적 이익에 배치되는 것이라 할지라도 자신의 고용안정 보장을 우선적으로 하는 투자 결정이나 기업자산의 사적 이용 등을 도모할 수 있다. 이러한 경영자에 의한 도덕적 위해문제(moral hazard)는 경영정보에 대해 주주와 경영자 간의 정보 비대칭 정도가 심할수록 그 가능성은 높아진다.

주주(주인)와 경영자(대리인) 간의 이러한 이해 상충 문제에 의거 주주는 기업 경영자의 권한 남용을 예방하기 위하여 경영자 활동을 감독하거나 구속(bonding)하기 위한 제도적 규정을 마련하게 된다. 하지만 이러한 감독이나 규정도 온전할 수 없으며 또한 불가피하게 감독에 대한 비용(monitoring cost)도 발생하게 된다. 이러한 손실에 대한 비용은 결국에는 주주의 부'의 감소'로 나타나는데 이것은 결국 주주와 경영자 간의 주인과 대리인 문제에 따른 대리인 비용(agency cost)으로 정의가 된다²³⁾. 그리고 정보 비대칭성이 높아질수록, 또 경영자를 감독과 통제할 수 있는 체제가 미비할수록 대리인 비용은 높아질 수밖에 없다.

주주와 기업경영자 간의 이러한 이해 상충 문제는 기업경영자에 대한 보상을 주식배당 등 영업 성과에 따라 실시하는 등 주주의 이익과 최대한 통일하거나 또는 상품시장에서의 경쟁이나 기업지배권시장(market for corporate control)을 통하여 일정 부분 완화될 수 있다.

그리고 기업인수나 경영권 획득을 위한 대리인 투쟁(proxy fighting) 등의 장치는 소유와 경영이 나누어진 기업에 있어서는 기업경영자와 주주 간의 이해 상충 문제를 완화하는 효과를 가져온다. 무엇보다 주식시장에서는 주식가격의 변동은 경영 실적을 적용하고, 그것이 기업경영자의 실력을 평가하는 기준으로서 주식시장에서 결국 기업평가가 기업경영자에 대한 효율적인 경영을 바라는 압박 수단으로 작용한다.

이사회 제도도 대리인 문제를 해소하기 위해 중요하고 효과적인 기능을 한다. 이사회는 기본 역할은 광범위한 주주를 대표하여 경영자를 감독하는 것이다. 그러나 현실적으로 이사가 주로 최고 경영자에 의해 선출되는 관행으로 인해 이사

22) Masulis, Ronald, The Debt / Equity Choice. (Ballinger Publishing Co, 1988), p.48.

23) Jensen, M. C. & William H. Meckling, op. cit, 참조.

가 독자적인 판단을 바탕으로 다수 주주를 대표하여 이들의 권익을 대변하는 기능을 제대로 수행하지 못한다는 비판도 제기되고 있다. 그럼에도 불구하고 이사회는 기업지배 및 감시구조에 있어 매우 중요한 기능을 담당하며 미국의 경우, 사외이사의 존재는 주주의 권익을 증대시키는 데 긍정적 역할을 한다는 실증분석 결과를 보이고 있다²⁴⁾.

3. 이해관계자 이론

지금까지 기업지배구조에 대한 논의는 주로 주주의 권리 및 권익을 중심으로 전개되어왔고 법적으로도 주주에 대해서만 의결권을 부여하고 있다. 또한, 기업지배구조에 있어서 주로 주주와 경영자 간의 대리인 문제가 논의의 초점이 되어왔다²⁵⁾.

하지만 기업에는 경영자와 주주 외에도 다양한 이해관계인이 있다. 여기에 주주 외에도 종업원, 금융기관이나 회사채 투자자 등 고객, 나아가 채권자 공급자 뿐만이 아니라 지역사회와 정부도 모두 포함된다. 기업경영자 입장에서는 이해관계인들의 수익을 극대화하는 것이 의무이며 이러한 새로운 입장에서 기업지배구조에 대한 논의가 일어나고 있다.

자본주의 시장경제하에서 개인재산권은 경제 효율성 향상을 위한 필수적인 요소로 받아들여지는 명제로 판단되어 왔으며 개인재산권의 중요성은 1980년대 초 사회주의 국가들의 쇠퇴를 통해 증명되었다. 주주에 의한 기업지배의 이념은 개인재산권 개념을 기본으로 주주가 기업자산의 “소유자”라는 입장에서 시작하는 것이다.

그러나 현재 대기업들의 경우 재산권은 여러 명의 주주들에게 넓게 분산되어 주주는 기업자산의 아주 작은 부분에 대하여 청구권을 가질 뿐이고, 기업경영을 꼼꼼히 감독할 유인도 아주 적다. 주주는 주식이익 미래에 따라 자신의 소유주식을 편리하게 처분할 수 있게 때문에 주주와 기업의 관계는 언제든지 바뀔 수

24) Rosenstein, Stuart & Jffery G. Wyatt, "Outside Directors, Board Independence, and Shareholder Wealth/" *Journal of Financial Economics*, 26, (1990). 참조.

25) Gilson, Ronald J. and Mark J.Roe, "Understanding the Japanese Keiretsu : Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization, " *Yale Law Journal*. 102, (1993).

있다. 이러한 현실에서 주주는 많은 기업 이해관계인 중 한 부분임에도 불구하고 이들이 오직 기업의 “소유자”이고, 또한 그들이 소유자이기 때문에 기업의 지배권을 독식해야 한다는 의견은 적합하지 못하다는 것이다.

주주에게 경영권 혹은 지배권을 부여하는 것은 단순히 기업재산에 대한 소유권에만 근거하는 것이 아니라 그들이 기업이익에 대한 잔여청구권(residual claims)을 가지며 따라서 실적이 불량한 경영자를 교체하여 기업성과를 높임으로써 자기에게 돌아오는 수익이 높아질 수 있으므로 이들이 경영자에게 효율적 경영을 촉구할 가장 큰 인센티브를 가지기 때문이다²⁶⁾.

다시 말하면 지배권의 소재는 누가 기업자산의 소유자인가에서 출발하는 것이 아니라 누가 기업이익에 대한 잔여청구권을 가지고 따라서 누가 기업 위험을 부담하는가에 따라 결정되어야 한다는 것이다. 이러한 관점은 지금까지 대부분의 기업지배권 논의의 바탕이 되어 왔다. 그러나 현실적으로 대부분의 현대 대기업의 경우, 주주만이 잔여청구권자라고 할 수는 없다. 바꾸어 말하면 주주 외에 다른 잔여청구권자가 존재하는 경우, 특히 기업에 대해 고유한 투자를 하는 이해관계자가 많은 경우 주주만이 잔여청구권자라고 하기 어렵다. 예를 들어 기업의 자금경색이나 도산 시 임금이나 퇴직금을 제대로 받지 못하는 사태도 빈번히 발생하는데, 이 경우 근로자나 경영자도 경영위험으로부터 완전히 보호되지 않는다. 따라서 이들도 제한적 상황에서나마 기업 성패에 따라 잔여청구권자로서 기업 위험을 부담하게 된다. 특히 특정 기업에 고유한 투자(firm-specific investment)를 함으로써 기업 위험을 부담하는 이해집단의 대표적인 예로서 종업원이나 경영자를 들 수 있다²⁷⁾.

기업 고유의 기술이나 경험을 가진 종업원이나 경영자의 경우, 특히 노동시장이나 경영자 시장이 비경쟁적, 비탄력적인 경우 이들은 기업에 대해 자신의 인적자원을 그 특정기업에 고유하게 투자하는 것이다.²⁸⁾

따라서 이러한 경우 경영자나 종업원은 기업 성패에 따라 자신의 처우나 실업여부가 좌우되므로 이들도 주주와 마찬가지로 함께 기업 위험을 부담하게 된다.

26) Ibid., p.887 참조.

27) Blair, M., "Rethinking Assumptions Behind Corporate Governance," Challenge, (Nov-Dec 1995). 참조.

28) Ibid, pp.13-16.

따라서 기업지배권이 기업수익에 대한 잔여청구권을 누가 가지는가, 기업위험을 누가 부담하는가에 따라 기업지배권의 소재가 결정되어야 한다는 이론에서 보면 주주뿐만 아니라 이들도 기업지배권 행사에 참여할 수 있다는, 혹은 해야 한다는 결론이 나올 수 있다. 이러한 논의는 종래의 기업지배권을 주주에게만 인정해야 한다는 논리를 약화시키고 보다 광범위하고 다양한 이해관계자 개념에 바탕을 둔 기업지배권 개념 정립의 근거를 제공하는 것이다.²⁹⁾

종업원이나 경영자가 기업 위험을 분담하고 기업 잔여 가치에 대한 청구권을 행사함에 따라 이들도 경영 효율성을 촉진코자 하는 동기가 강하기 때문에 이들에게도 경영정책 결정에 있어서 기술적, 경영상의 노하우 축적이 중요한 상황에서 인적자원의 확대와 생산성 제고가 무엇보다 중요하다는 관점에서 볼 때 이러한 주장의 타당성을 찾을 수 있을 것이다. 또 종업원이나 경영자 등 기업 고유의 인적자원 투자에 대한 수익을 높이는 것도 국민경제 전체의 차원에서 매우 중요한 것이라 할 것이다³⁰⁾.

이와 같은 논리는 다른 기업의 이해관계자에게도 적용될 수 있을 것이다. 예를 들면 부채의 의존도가 매우 높은 기업 또는 극단적으로 부도 위기에 처한 기업일수록 기업 부채에 대해 더 이상 무위험 부채경영을 위한 개선을 함으로써 잔여청구권의 가치를 높이려는 동기를 강하게 갖게 될 것이며, 채권자 또한 이러한 상황에서는 결과적으로 기업지배권을 행사할 수 있는 논리적 근거나 타당성을 가질 수 있다.

이렇게 볼 때 주주가 단순히 유일한 소유자이기 때문에, 또는 유일한 잔여청구권이기 때문에 기업에 대한 지배권을 독점적으로 가져야 한다는 주장은 그 정당성이 약화된다. 따라서 기업가치가 주식 가치로써만 평가되거나 기업지배구조도 주주와 경영자 간의 관계에서만 파악될 수는 없는 것이다, 이처럼 이해관계자의 관점에서 본 기업지배구조는 기업지배권이 단순히 누가 기업자산의 소유자인가, 누가 잔여청구권자이며 위험부담인가 하는 측면에서만이 아니라, 나아가 누가 대리인 비용을 줄이고자 하는 동기가 가장 강인가, 누가 기업경영의 효율화를 통해 가장 큰 이득을 얻으며 따라서 경영개선을 위한 기업감시나 통제의 필요성과 동기를 누가 가장 강하게 가지는가에 따라 결정되어야 하는 것이다³¹⁾.

29) Ibid, pp.13-16.

30) Ibid, pp.13-16.

기업 고유 투자에 따른 문제는 이해당사자 간의 계약관계에 의하거나, 기업지배구조에 있어 법적·제도적 장치를 마련함으로써, 기업이해관계자에 대한 경영자의 책임경영에 의해 해결될 수 있다³²⁾. 그러나 개별 사안마다 당사자 간의 계약을 통해 이해관계를 조정하는 것은 법적인 거래비용이 많이 발생할 뿐만 아니라 장기간에 걸쳐 계약관계를 유지하거나 여건의 변화에 맞추어 탄력적으로 계약조건을 변경하기가 쉽지 않다.

따라서 주주나 종업원 그리고 경영자 나아가 채권자 등의 다양한 이해집단 간에 안정적이며 장기적인 관계를 형성함으로써 기업 고유투자자 각각에 대한 가치를 최고화시키고 계약비용은 최소화시키는 것이 바람직하다고 할 것이다. 따라서 계약적 기업지배이론은 다양한 관계의 이해집단을 계약관계로 묶음으로써 이들의 이익을 극대화시키고 계약비용은 최소화하기 위한 기업지배구조를 모색하는 것으로 볼 수 있다. 한편 독일이나 일본은 다양한 이해관계자의 이익을 법적 계약관계에 의존하는 기업지배 형태보다는 기업의 조직에 의한 기업지배 형태를 통해 조정되는 메커니즘으로 이해되고 있다.

4. 조직통제 이론

미국과 같은 나라에서는 기업집단을 반경쟁적이며 불법적이고 불건전한 것으로 간주하고 있다. 반면에 독일이나 일본 등의 국가는 기업집단이 보편화되고 기업간에 연계와 협력을 통해 시너지 효과를 발휘하는 등 기업가치 창출에 긍정적인 기여가 있다고 평가하고 있다.

기업집단의 상호출자 등 계열기업 간의 주식 소유 관계는 기업소유· 지배구조의 중요한 형태의 하나로 인식되고 있는데, 예를 들어 Gilson와 Roe(1993)는 일본의 계열집단을 기업 지배구조와 산업조직이 중첩되는 복합적 조직형태로 평가하고 있다. 이들에 의하면 일본의 계열집단은 가장 광의의 계약적 기업지배구조이며 다른 기업지배구조는 이의 한 특수 한 형태라고 정의한다.³³⁾

일본에서 기업집단의 계열기업 주식은 일반적으로 대중 주주뿐만이 아니라 기

31) Gilson, Ronald J. and Mark J.Roe, op. cit., p.887.

32) Blair, M., op. cit., pp.14-15.

33) Gilson, Ronald J. and Mark J.Roe, op. cit., p.882.

업의 종업원, 공급자, 고객 및 금융기관이 분산하여 소유하고 있다. 일본 기업은 이러한 주식보유 관계 때문에 기업 간의 연계 관계는 다양한 기업이해관계자를 결속시킬 수 있으며, 이러한 결속력은 기업의 효율적 생산과 경영을 촉진할 수 있고 이들 간의 계약비용을 최소화시키는 역할을 할 수 있다. 이처럼 일본의 계열기업 간의 상호 주식보유는 다양한 기업이해관계자 간의 관계적 계약 (relational contract)을 촉진 시킨다는 것이다.

한편 산업조직에 내재된 계약적 지배구조는 관련기업 간의 안정적이고 장기적인 거래와 협력 관계를 촉진한다고 볼 수 있으며, 이러한 협력관계를 통해 개별 독립기업 간의 단기적이고 소원한 관계에 의한 거래에서 벗어나 계열기업의 영업 및 거래 효율성을 높일 수 있는 긍정적 역할을 하는 것으로 평가되고 있다.

또한, 은행을 포함한 계열기업들은 자금, 강매, 판매, 정보경영 등에 있어 계열기업 간에 서로 상호 협력체제를 갖추으로써 서로 간에 시너지 효과를 발휘할 뿐만 아니라 기업지배구조 측면에서 볼 때 주식의 상호보유를 통한 안정적인 주주로서 공동으로 지배권을 행사할 수 있으며, 서로 간에 상호견제나 감시기능을 담당하는 조직에 의한 지배체제를 가지고 있다.

한편, 기업집단내부의 계약적 지배구조의 성공요인을 보면 ① 서로 간의 상호 신뢰를 바탕으로 하는 계약관계를 유지해야 한다. ② 기업에 대해 장기적이고 안정적인 이해관계가 있는 통찰력 있는 주주에게 주식소유를 집중시켜야 한다. ③ 활발한 경쟁상태를 상품 및 요소시장에서 유지하여야 한다. 반면에 기업집단 경영방식에 대한 외부주주의 입장은 부정적인 측면을 많이 내포하고 있다. 몇 가지 예를 들면 먼저, 이전가격이나 상호지급보증, 상호출자 등을 통해 기업자산인 대중투자자의 이익을 타 기업으로 유출한다는 것이다. 또한 위험분산이 목적인 기업의 문어발식 다변화 전략에 대해 개개투자자의 입장에서는 포트폴리오 분산 투자를 통해 더 효율적으로 달성할 수 있다는 것이다. 이러한 면에서 보면 기업집단식 경영방식은 결국은 대주주와 대중주주 간의 이해 상충관계와 대리인 문제가 발생할 수 있다.

이러한 조건 하에서 보면 계열기업의 대중주주는 비록 대리인 문제와 그에 따른 비용을 부담해야 할 수도 있으나 이러한 비용은 계열기업간 생산, 경영의 협력관계에서 창출되는 시너지효과 등 계열형태의 경영에서 얻을 수 있는 이익이 더 클 수 있다³⁴⁾.

제3절 우리나라의 기업지배구조

1. 기업지배구조의 변천

우리나라가 기업지배구조 문제를 본격적으로 다루기 시작한 시기는 IMF 금융 위기를 겪으면서이다. 이 시기에는 감독기능의 강화를 기관구조 개혁에서 강조하였다.³⁵⁾ 우리 상법의 체계상 일본식 기관구조를 계수하였으나, IMF 금융위기 시기부터 영미식 기관구조 요소들이 크게 반영되었다.³⁶⁾ 우리 상법은 IMF 금융위기 이후 지금까지 10여 차례 이상 회사편 부분의 개정³⁷⁾이 이루어졌으나, 입법 과제들은 오히려 계속해서 양산되고 있는 실정이다.³⁸⁾

우리나라 기업지배구조에 대한 상법의 변천은 1910년 의용상법³⁹⁾의 주주지배체제, 1962년 제정상법의 이사회지배체제, 1999년 개정상법의 이사회감독체제, 2020년 개정상법의 소수주주권리 강화체제로 나눌 수 있을 것이다.

가. 주주지배체제(1910년의 의용상법)

1962년 제정상법 이전의 의용상법(依用商法)은 1910년 국권이 상실됨으로써 우리나라에는 1912년에 조선총독부의 제령인 조선민사령(朝鮮民事令)에 의하여 일본 상법이 의용되었다. 일본 상법은 1861년의 보통독일상법전(ADHGB)을 기초로 1899년에 제정되었고, 1911년에 대폭 개정되었는데, 이 법이 우리나라에서도 시행된 것이다. 그리고 1938년에는 일본이 독일의 유한회사법을 도입함으로써 우리나라

34) Kester, W. Carl, Japanese Takouers : the Global Contest for Corporate CbnfroZ.(Harvard Business School Press, 1991) p.39.

35) 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」, 제4판, 박영사, 2020, 279면; 송옥렬, 「상법강의」, 제11판, 홍문사, 2021, 907면.

36) 홍복기·박세화, 「회사법강의」, 제8판, 법문사, 2021, 35면.

37) IMF 시대의 1998년과 1999년 개정 이후의 주요 개정을 보면, 2001년 7월, 2001년 말, 2009년 1월, 2009년 5월, 2011년, 2014년 5월, 2015년 12월, 2020년 12월 개정 등을 들 수 있다.

38) 김영주, “사외이사 및 감사·감사위원 임면 제도에 관한 해외 입법례 연구”, 「상장협연구」, 한국상장회사협의회, 2021-2, 4면.

39) 1910년 조선회사령, 1912년 조선민사령에 의해 한반도에 적용하게 된 1899년의 일본 상법을 칭함.

라에서도 이 법이 의용되었다. 1945년 광복 후에도 미군정령 제21호 제1조 및 제2조에 의하여, 그리고 제헌헌법 제100조의 경과규정에 의하여 의용상법이 계속 시행되었다.

의용상법은 삼권분립의 원칙에 입각하여 기업지배구조의 기본골격에 관해 주주총회에 의사결정권한, 이사에 집행권한 그리고 감사에 감독권한을 부여하고 있다. 그러나 이 당시의 의용상법은 주주총회 중심주의를 채택함으로써 주주총회를 주식회사의 최고기관으로서의 지위를 부여하여 업무집행에 관한 모든 사항을 의결하였다.

하지만 의용상법에서의 주주총회의 실제적인 운영은 일반주주의 의사와는 상관 없이 대주주나 기업가 주주가 주주총회를 지배하고 경영권을 행사하는 경우가 많았기 때문에 주주총회가 본래의 기능을 발휘하지 못하는 경향이 있었다.

나. 이사회지배체제(1962년의 제정상법)

우리나라는 1962년 상법 제정 시 의용상법이 취하고 있었던 삼권분립의 원칙을 수정하여 이사회에 업무집행권한을 강화시킨 것이 특징이라고 볼 수 있다. 미국은 회계감사를 위한 외부감사를 공개회사인 경우를 제외하고는 일반적 기관으로서 감사는 존재하지 않으며, 감독기능을 이사회에 부여하고 있다.⁴⁰⁾ 일본 상법은 1950년 대대적인 개정을 통해, 미국의 회사법적 요소를 받아들여 이사회 제도를 도입하였다.⁴¹⁾ 우리나라의 제정상법은 이와 같은 일본 상법상의 이사회 제도를 수용하였다. 즉 미국법상의 이사회제도를 도입하여 업무집행권한을 이사회에 부여함으로써 이사회 중심주의를 채택한 것이다.

이는 대표이사 업무집행의 감독권한을 이사회가 가질 수 있게 하고, 이사회 권한 확대에 따라 주주총회 권한의 축소가 이루어졌고(제정상법 제361조), 이사회에서 결정한 업무집행은 대표이사가 맡도록 하였다(제정상법 제389조). 감사는 회계감사의 권한을 갖는 것으로 한정하였다. 또한 제정상법에서는 수권자본제도의

40) 업무집행기관으로서 집행임원제도와 감독기관으로서 이사회제도를 두고 있다는 점이 미국회사 법제의 특징이라 할 수 있다.

41) 1950년 이전의 일본 상법에 따른 대부분의 회사는 이사를 비상임으로 하고, 복수의 이사가 다시 사장을 선임하여 실제 업무집행을 맡기는 형태로 운영되었다고 한다.; 송옥렬, 전계서, 907면.

채용과 더불어 그 기동성 보장을 위한 신주발행의 권한을 주주총회가 아닌 이사회에 부여하였기 때문에 신주나 사채발행 등에 있어 주주총회의 결의 없이 이사회 결정으로 가능하게 되었다(제정상법 제416조).⁴²⁾

다. 이사회감독체제(1999년부터 2020년 이전 개정상법)

우리나라는 1997년 IMF 금융위기를 거치면서 수많은 기업이 파산하면서 경영자에 대한 불신이 팽배해짐에 따라 감시제도와 책임을 강화시키고자 하였다. 이에 기업재배구조의 중심으로 경영자에 대한 이사회 감독기능의 강화에 초점을 맞춘 개혁이 요구되었다. 우리 상법은 1998년부터 2011년 사이에 일련의 회사법개정에서 미국식 지배구조 요소를 반영하여 이사회 기능을 강화하는 형태로 상법을 개정하였다.

1998년 개정상법은 주주제안제(개정상법 제363조의 2), 집중투표제(개정상법 제382조의 2)를 도입하여 소수주주권을 강화하였으며, 업무집행지시자의 책임제도(개정상법 제401조의 2)등이 지배구조와 관련하여 신설되었다. 1999년 개정상법은 이사회 내에 2인 이상의 이사로 구성되는 위원회제도(개정상법 제393조의 2), 회사가 감사 또는 감사위원회를 선택할 수 있도록 하는 감사제도(개정상법 제415조의 2)를 신설하였다.

이러한 상법개정을 통해 상장회사에서 사외이사 선임이 강제되었기 때문에 이사회 구성이 사외이사 중심 체제로 변화하였다. 또한 대규모 상장회사는 사외이사가 감사위원회에 3분의 2 이상 되도록 하였기 때문에 감사위원회의 구성은 대부분 사외이사로 이루어졌다.⁴³⁾ 상법개정은 우리나라 기업지배구조 체제가 일본식의 독특한 지배구조 체계에서 벗어나 미국식의 일원적 기관구조 체제로 변화하고 있다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

42) 1962년 제정 상법은 수권자본제도의 채용과 더불어 그 기동성 보장을 위한 신주발행의 권한을 주주총회가 아닌 이사회에 부여하였다(1962년 제정상법 제416조). 이사회 권한 확대에 따라 주주총회 권한의 축소가 이루어졌고(1962년 제정상법 제361조), 이사회에서 결정한 업무집행은 대표이사가 맡도록 하였다(1962년 제정상법 제389조). 이에 관한 상세는 임흥근 (편), 「한국상법전 50년사」, 법문사, 2013, 124-125면.

43) 홍복기, “이사회와 그 위원회 - 감사위원회의 도입여부에 관한 검토”, 「상장협」, 제39호, 한국상장회사협의회, 1999, 51-71면.

2009년 개정상법은 2007년 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’(법률 제8635호, 이하 ‘자본시장법’)이 제정됨에 따라 기존의 증권거래법 규정들이 폐지됐다. 이에 구증권거래법상의 상장회사 지배구조에 관한 특례규정(개정상법 제542조의2~12)이 상법 회사편으로 편입되었다.

2011년 개정상법은 기업지배구조를 보완하기 위해 대표이사를 갈음할 수 있는 업무집행기관으로서 집행임원제도를 신설하였고(개정상법 제408조의 2),⁴⁵⁾ 감독기관으로서 이사회역의 역할을 보다 강화시켰다.⁴⁶⁾ 또한, 일정 규모 이상의 상장회사를 선정하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법 통제에 관한 기준 및 절차를 마련하도록 하였다. 이에 이를 담당할 기구로서 준법지원인(개정상법 제542조의 13)을 두도록 하였다.⁴⁷⁾ 특히 대표소송의 활성화로 인하여 이사·감사들이 과중한 손해배상책임을 지는 일이 자주 발생함에 따라 이사·감사들의 경과실에 의한 손해배상책임을 경감해 줄 수 있는 제도(개정상법 제400조 제2항·제415조)를 신설하였다.

이외에도 2011년 개정상법에서는 이사가 자기거래나 경업을 통해 회사에 손해를 끼치는 행위를 방지하기 위해 이사의 자기거래 승인요건을 강화시켰으며(개정상법 제397조·제398조), 자기거래의 제한대상을 이사만이 아니라 주요 주주 및 그 특수관계인으로까지 확대하였다(개정상법 제398조).⁴⁸⁾ 또한 이사의 경업 외에 ‘회사의 기회유용’이라는 개념을 신설하여 이사가 회사의 영리기회를 선취할 수 있는 기회를 차단하고자 하였다(개정상법 제397조의2).

라. 소수주주 권리강화 체제(2020년 개정상법)

2020년 12월 개정상법에서는 다중대표소송 도입, 감사위원의 분리선출제도 신

44) 홍복기·박세화, 「회사법강의」, 제8판, 법문사, 2021, 335면.

45) 문상일, “상법상 집행임원제도의 지배구조적 문제점과 개선방안”, 「상사법연구」, 제36권 제4호, 한국상사법학회, 2018, 51-68면.

46) 이철송, 「회사법강의」, 제29판, 박영사, 2021, 31면.

47) 상법상 현행 준법통제기준과 문제점 및 개선방안에 관하여는 박세화, “상법상 준법통제프로그램에 관한 실무적 쟁점 및 입법적 정비방안에 관한 고찰”, 「상사법연구」, 제33권 제2호, 한국상사법학회, 2014, 119-158면.

48) 권재열, “기업경영의 공정성과 효율성—이사의 자기거래와 관련하여”, 「법학연구」, 제31권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 13-37면.

설, 전자투표를 채택한 회사에 대하여는 감사 또는 감사위원 선임 시 주주총회 정족수 기준 완화, 배당기준일 관련 규정, 그리고 소수주주의 권리가 강화되는 개정이 이루어졌다.

첫째, 자회사의 이사가 임무를 게을리하여 자회사에 손해를 발생시킨 경우 일정수 이상의 모회사 주주도 자회사 이사를 상대로 대표소송을 제기할 수 있는 다중대표소송을 도입하였다(개정상법 제406조의2·제542조의6 제6항). 특히 다중대표소송 도입에 있어 정부안은 상장회사 특례 관련 제소 가능한 주주의 원고적격을 총발행주식의 0.01%를 6개월 보유한 주주로 규정하였으나 본회의를 통과한 대안에서는 재계의 우려를 반영하여 총 발행주식의 0.5%를 6개월 보유한 주주로 완화하였다.

둘째, 감사위원 분리선출과 관련하여, 감사위원의 독립성 확보를 보다 강화하기 위해, 주주총회에서 감사위원회 위원이 되는 1인 이상의 이사를 다른 이사들과 분리해 선임하는 감사위원의 분리선출 제도를 신설하였다(개정상법 제542조의12 제2항).

셋째, 회사가 감사를 선임할 때 전자투표를 채택한 회사의 경우에는 출석한 주주 의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1이상의 수로 의결하던 것을 ‘출석한 주주 과반수로 의결’할 수 있도록 함으로써 발행주식총수 4분의 1 이상의 의결정족수 요건을 면제하고 출석한 주주의 의결권의 과반수로 결의가 가능하게 하였다(개정상법 제409조 제3항, 제542조의12 제8항).

넷째, 배당기준일과 관련하여 상법 제350조 제3항은 ‘이익배당기준일’과 ‘영업연도말’이 동일한 것임을 전제하고 있었으므로, 대부분의 회사들이 관행적으로 정관에 배당기준일을 ‘영업연도말’로 규정해 왔다. 이처럼 회사의 정관에 배당기준일을 ‘영업연도말’로 규정함에 따라 3월 말 주주총회 집중현상이 발생하였다.⁴⁹⁾ 이에 주주총회의 집중현상을 방지하기 위해 상법을 개정하면서 상법 제350조 제3항을 삭제하였다. 따라서 회사는 배당기준일을 ‘영업연도말’ 이외의 날짜로 자유롭게 정할 수 있도록 하였다.

다섯째, 회사의 소수주주가 주주권을 행사함에 있어 상법 제363조의2와 제403조 등이 규정하고 있는 일반규정에 따른 권리와 제542조의6이 규정하고 있는 상장회

49) 송옥렬, “상장회사 정기주주총회 5월 개최에 대한 이론적 검토”, 「상사법연구」, 제38권 제3호, 한국상사법학회, 2019, 77-118면.

사 특례에 따른 권리를 선택하거나 중첩으로 사용할 수 있도록 함으로써 소수주주의 권리를 강화하였다.

2. 기업지배구조의 특징

우리나라의 현대 자본주의적 경제성장은 정부주도의 1962년 제1차 5개년 경제개발계획으로부터 이루어졌으며, 각 차별 경제개발계획의 정책내용에 따라 우리나라의 기업지배구조는 다른 국가들과 구별되는 몇 가지 특징을 가지게 되었다.⁵⁰⁾

가. 차입에 의한 부채경영

우리나라의 경제개발 시기에 해결해야 할 가장 중요한 문제 중 하나는 자금의 배분이었는데 정부는 부족한 자금의 배분을 시장기능에 맡기지 않고 적극 개입하였다. 즉, 자금배분이 정부의 지배와 통제 하에 있던 은행을 통해서 이루어졌다. 당시 우리나라의 기업들은 사업의 확장과 투자에 필요한 자금을 충분히 소유하고 있지 않았으므로 자금조달은 차입의 형태를 취할 수밖에 없었다. 이러한 차입경영은 우리나라의 기업과 기업집단의 가장 주요한 재무적 특성이었던 높은 부채비율로 나타났다. 높은 부채비율이 반드시 비효율적이라 단정 지을 수는 없으나 분명한 것은 은행 등 채권자가 여러 가지 사유로 기업의 경영자에 대한 감시자로서의 역할을 하지 못하였고 지배구조상의 권한을 전혀 행사하지 못했다는 점이다.⁵¹⁾

이처럼 기업지배구조에 직접적인 영향을 끼친 것은 기업이 가지고 있는 높은 부채비율이나 차입경영 행위로서 다음과 같은 몇 가지의 이유를 들 수 있다. 첫째, 정부의 정책금융을 차입하기 위해서는 기업은 기본적으로 정부에 의존할 수밖에 없으므로 이러한 의존 관계는 결국 정부와 기업이 정경유착을 할 수 있는 빌미를 제공하였다. 또한, 기업의 경영자는 정부의 정책금융을 받기 위해서는 이와 관련된 정치 관료의 결정에 따라 이해관계를 갖는 기업의 경영자들로서는 정부의 정책금융으로 인한 특혜를 받아내기 위해 열중할 뿐이었다.

50) 김화진, 전계서, 19면.

51) 조성욱, “기업 감시자로서의 채권금융기관과 기업재무구조”, 기업지배구조지원센터, 2005, 3면.

기업의 경영자는 정치 관료가 갖는 기업에 대한 재량권을 자신의 기업에 유리하게 유도하기 위해서 뇌물을 바치는 것이 일상화되어 있으며, 이러한 뇌물에 들어가는 부정한 돈을 조달하기 위해서는 기업의 경영자는 회사의 사업 중에 위법하거나 부정한 방법을 통하여 조달할 수밖에 없기 때문에 결국 회사의 경영자는 회사에 대한 투명한 경영이나 주주 및 투자자의 이익을 위한 경영을 할 수 없을 것이다. 둘째, 정부의 정책금융은 금융기관이나 여신기관에 의해 자금의 배분이 되지 않고 정부의 지시에 의해 자금의 배분이 이루어지기 때문에 금융기관이나 여신기관은 기업지배구조상의 권한을 기업이나 기업의 경영자에게 전혀 행사할 수 없다. 셋째, 자본시장이 발달하지 못한 상황에서 기업지배구조의 내적·외적 견제 시스템이 효과적으로 작동할 수 없었다.

나. 소유와 경영의 미(未)분리

기업이 투자에 필요한 자금을 신주 발행으로 조달해야 한다면 창업자(지배주주)의 지분은 결국 사업의 확장에 따라 분산될 가능성이 크다. 아무리 자금의 동원력이 뛰어난 지배주주라 해도 거듭되는 증자에 계속 대응할 수 있을 정도로 풍부한 자금을 보유하고 있는 경우는 많지 않다.⁵²⁾

기업이 성장하는 어느 시점에서 지배주주는 자신의 절대적인 지배권과 기업의 확장 중에서 어느 것을 포기할 것인가를 선택할 기로에 서게 마련이다. 실제로 주식소유의 분산은 대규모 증자를 거듭하는 과정에서 자연스럽게 이루어진 경우가 많다. 그러나 우리나라에서는 지배주주가 지배권 유지와 기업의 확장에 관한 선택을 미루는 것이 가능했는데, 이는 금융기관을 통한 차입이 상대적으로 용이했고, 기업집단의 경우 상호출자·순환출자를 통한 계열사 간의 주식 상호보유로 지배주주의 의결권을 확대할 수 있었기 때문이다.⁵³⁾

주식소유가 집중될수록 지배주주가 부담하는 투자위험도 커진다. 따라서 외국에서는 지배주주가 자신의 투자위험을 분산하기 위하여 스스로 보유주식을 처분하는 경우가 많다. 그러나 우리나라에서는 여러 이유로 주식소유의 분산이 상당히 저조하였다. 이는 첫째, 사업위험이 크지 않았기 때문에 창업자가 성장의 과실을

52) 김화진, “기업집단과 회사지배구조”, 「인권과 정의」, 2006.10, 참조.

53) 이영기, “글로벌 경쟁시대의 한국 기업소유지배구조”, 한국개발연구원, 1996, 90-92면.

독점하기 위해서 구태여 주식을 분산하려 하지 않았던 것이다. 게다가 사업의 성공이 불확실한 비(非)관련 다각화 산업의 경우 정부가 기업, 특히 기업집단을 구제해 주는 경우도 있었으며, 이 과정에서 기업집단의 대마불사(大馬不死)라는 믿음도 생겨나게 되었다.⁵⁴⁾ 둘째, 창업자는 자신의 기업을 자기의 분신처럼 여겨 경영권에 대한 위협은 물론이고 주주들의 간섭을 극도로 경계하였다. 셋째, 설사 창업자가 주식을 분산할 의사가 있었다 해도 주식시장이 발달하지 못했기 때문에 기업의 가치인 주식가격의 적절한 수준을 확보하기 어려웠다.⁵⁵⁾

따라서 주주는 주식의 집중적 소유를 통해 지배주주가 됨으로써 결국 기업집단에서 지배주주에 의한 소유와 경영이 일치될 수 밖에 없는 현상의 원인이 되었다. 이후 1980년대 주식시장이 활성화되면서부터 비로소 지배주주의 지배권이 위협받지 않는 범위 내에서만 주식의 분산이 이루어졌다.

이처럼 소유와 경영이 분리되지 않은 상황에서 나타날 수 있는 우리나라의 기업 지배구조는 서구 기업들에서의 주주와 경영자 간의 주인·대리인 문제와 성격이 다르며, 이것은 오히려 소액주주와 지배주주 간의 문제의 성격으로 파악할 필요가 있다.⁵⁶⁾

3. 현행 상법상 기업지배구조의 형태

우리나라의 상법은 기본적으로 독일 주식법이 일본을 통하여 계수된 것으로 주식회사의 기관은 이사회, 주주총회, 감사로 3원화 되어 있다. 그러나 순수한 독일식의 지배구조를 따르지 않고 경영기구를 이사회와 프랑스 회사법에 그 근원을 두고 있는 대표이사로 2원화하였고 경영권의 중심을 이사회에 두고 있는 미국식의 이사회제도를 도입하였다. 즉, 이사회로 하여금 업무집행기능과 경영감독기능을 겸하게 하는 것이 바로 그것이다. 그리하여 현행 상법상의 주식회사 지배구조는 독일식도 미국식도 아닌 혼합 형태를 취하고 있는 것이다.⁵⁷⁾

54) 김기원, 「재벌개혁은 끝났는가」, 한울아카데미 (2002) 참조.

55) 김건식, “우리 기업지배구조의 전환”, 「강원법학」, vol. 16, 강원대학교 비교법학연구소, 2003 참조.

56) 김진방, “한국 재벌의 소유와 지배 - 1997~2002” 「위기 이후 한국자본주의」, 풀빛, 2004, 참조.

57) 강희갑, “주식회사의 경영관리구조에 관한 회사법적 연구”, 「사회과학논총」, 제14집, 명지대

이처럼 미국과 독일의 지배구조를 적당히 혼합시켜 만든 우리 상법의 기업지배 구조를 그들과는 다른 역사적·문화적 배경을 가지는 우리나라의 경제환경에 적용한 것에서도 부작용이 발생한다고 할 수 있겠다. 그리하여 우리나라의 기업지배구조 개선을 위해 상법과 舊증권거래법의 수차례에 걸친 개정이 있어 왔으나 아직 우리나라 기업의 지배구조는 그리 만족할 만큼 개선되지 않아 지배구조의 개선에 대한 필요는 여전히 중요한 과제로 남아있다.⁵⁸⁾

학교사회과학연구소, 1998, 3-4면.

58) 김광록, “최근 일본의 기업지배구조 변화를 통해 본 한국 상법상 집행임원제도의 도입에 관한 고찰”, 「기업법연구」, 한국기업법학회, 제17집, 135면.

제3장 각국의 이사회제도

우리 상법은 종래 대륙법계에 속하였던 주식회사제도 위에 기본적인 입장을 달리하는 영미법에 따른 이사회제도를 받아들였다.⁵⁹⁾ 그러나 영미법에 따른 이사회제도의 수용은 현실을 외면한 단순한 모방에 그치고 있다. 영미법에서 임원(officer)은 이사회에 소속된 기관에 불과한데 우리상법이 이러한 제도는 채용하지 않으면서 의용상법에 따른 이사의 개념을 대표이사제도의 설정에 전용한데서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그리고 이사회에는 대표이사의 전횡을 견제할 수 있는 권한이 법정권한으로 주어져 있지만 현실적으로 대표이사와 이사회와의 관계에서 이와 같은 권한의 행사는 사실상 불가능한 것으로 법과 현실의 괴리를 단적으로 나타내 주는 것이다.⁶⁰⁾ 또한 소수주주를 보호하기 위한 제도적 장치의 미흡과 불균형은 대주주의 회사지배에 대한 전횡과 경영에서의 과행을 초래하였으며, 이사회에 있어서도 모두 사내이사로 구성되거나 사외이사가 있다 하여도 법적 요건을 겨우 채우는 형식적인 것에 불과하여 독립적이고 전문적인 자문을 받지 못하는 것도 이사회제도의 정착을 저해하는 요인이 되고 있다.

제1절 영미법계의 이사회제도

1. 미국⁶¹⁾

미국에서는 금융회사를 포함한 모든 주식회사의 업무집행권은 정관에 의하여 제한되는 경우를 제외하고는 전부 이사회(a board of directors)에 의한 일원적인 구조로 이루어진다.⁶²⁾ 또한 별도의 업무감독기관인 감사나 감사회는 존재하지 않

59) 김영근, “주식회사에 있어서 이사회 운영의 활성화 방안”, 「기업법연구」, 제8집, 한국기업학회, 2001, 397면.

60) 박인현, “주식회사 이사회제도에 관한 비교법적 연구” 영남대 박사학위논문, 1989, 14면.

61) 안성포·이준우, 앞의 논문, 56-57면.

62) Robert A. G. Monks & Nell Minow, Corporate Governance 223 (4th ed. 2008).

으며, 주주총회의 권한사항을 제외한 회사의 모든 업무집행사항은 이사회에 의해 이루어지기 때문에 회사의 대표권도 일반적으로 이사회에 있다.⁶³⁾ 하지만 미국에서는 실제로 기업의 의사결정과 업무감독은 이사회에서 수행하고, 업무집행은 CEO 등의 집행임원(officer)이 담당하고 있다. 따라서 미국의 이사회는 회사의 주요업무와 일반정책을 결정하고, 이사회에 의하여 선임된 집행임원은 정책의 집행 및 일상 업무의 집행을 한다.

한편 집행임원은 최고집행임원(Chief Executive Officer)인 사장(president)이 있으며, 그 아래 부사장(vice-president), 총무 및 재무(cashier or treasurer)가 있다.

가. 이사회에 권한⁶⁴⁾

이사회는 산하에 수인의 이사로 구성된 감사위원회, 지명위원회, 경영위원회, 보수위원회 등 각종 위원회를 설치함으로써 감사업무나 임원 지명 등과 같은 개별적인 권한들을 위원회에 위임하고 있다. 이사회에 권한은 최고경영자를 비롯한 임원의 선임과 해임, 경영진이 세운 사업계획의 심사와 승인, 대규모 투자의 심사와 승인, 통상의 사업범위를 넘어선 중요한 거래행위의 심사와 승인, 법규나 감사회계기준 등의 준수여부 감사, 이사회에 직무수행상의 효율성에 대한 자체감사 등이 있다.⁶⁵⁾

미국 회사법제의 기본이념은 소유에 의한 회사지배이지만, 회사의 규모가 커지면서 주주가 지배권을 상실하는 이른바 소유와 경영의 분리가 이루어진다. 즉 회사 지배권이 주주로부터 떨어져 나와 이사회로 이동한 것이다.⁶⁶⁾

회사가 이사회에 의하여 경영된다는 것은 미국 각주의 회사법에 전통적인 common law이다. 그리고 이와 같은 이사회에 권한은 주의 제정법으로부터 부여받은 고유한 것으로서 주주총회로부터 부여받은 것은 아니다. 따라서 이사회와 회

63) Del. Code. Ann. tit. 8, § 141(a); N.Y. Bus. Corp. Law § 701; Cal. Corp. Code. § 300(a); Model Bus. Corp. Act Ann. § 8.01(b).

64) 최준선 외, 전거서, 미국 회사법 부분 참조.

65) 최준선, “미국과 영국의 기업지배구조와 그 동향”, 「비교사법」, 제6권 제2호(통권 11호), 한국비교사법학회 (2000), 63면.

66) 손성, “미국 회사법제에서의 준법감시인제도에 관한 법 이론적 고찰”, 「상장협」, 제43호, 한국 상장회사 협의회 (2001.3), 300면 참조.

사와의 관계는 대리인과 본인과의 관계와는 다르지만, Hoyt v. Thompson's Executor 사건⁶⁷⁾ 이래 common law에서 확립되어 왔다. 따라서 주주총회는 그 결의로서 이사회에 경영권을 박탈할 수 없고, 이사회에 의한 경영에 간섭할 수도 없다. 하지만 회사 규모의 확대에 따라 주주가 지배권을 상실하면서 회사 투자자의 이익을 해치는 현상이 나타나게 된 것이다.⁶⁸⁾ 이와 같이 회사문제(corporate problem)가 나타나면서 회사의 지배권은 주주에서 이사회로 이동하였지만, 이사회가 회사를 경영한다는 원칙도 결국은 회사의 실질적 소유자인 주주의 이익을 위한 것이기에, 모든 주주가 일치하여 회사의 경영에 대해 결정하는 때에는 이사회는 그것에 따르지 않으면 안 된다.

이사회가 회사를 경영한다는 것은 이사회가 회사업무에 대한 경영 사항을 결정하는 동시에 이사회가 회사 업무에 대한 경영을 실행한다는 것이다. 이와 같은 이사회에 권한을 구체적으로 살펴보면, 최고경영자를 비롯한 임원의 선임과 해임, 경영진이 세운 사업계획의 심사와 승인, 대규모투자의 심사와 승인, 통상의 사업 범위를 넘어선 중요한 거래행위의 효율성에 대한 자체감사 등이 있다.⁶⁹⁾ 또한 이사회는 부속정관(bylaw)을 채택하고 변경할 권한을 가진다.⁷⁰⁾

이사회가 회사업무에 대해 결정을 할 때에는 반드시 모든 이사에게 소집통지가 발송되고, 이사의 과반수가 출석한 이사회회의(meeting of board of directors)를 개최하여 충분한 토론을 거친 후에 출석한 이사 과반수의 동의에 의하여야 한다는 것이다. 이러한 과정 없이 단순히 이사 과반수의 동의만으로 이사회 결의가 이루어져서도 안 되겠지만, 결정된 업무를 회의체(board)인 이사회가 실제로 실행할 수는 없을 것이다.⁷¹⁾ 즉, 이사회가 회의체라는 제도적 한계 때문에 이사회는 결의

67) Comstock, J, 19 N.Y 207, 216(1859).

68) 이러한 문제를 '회사문제(Corporate Problem)'라고 하는데 이에 대해서는 손성, "미국 회사법상 이사회 운영에 있어서 유형화 논의와 시사점 : Warren Buffett의 소론을 중심으로" 「상사법 연구」, 제19권 제1호(통권 제26호), 한국상사법학회, 2001.3, 300면 참조.

69) 최준선, 앞의 논문, p.63.

70) 회사의 최초 부속정관은 최초의 이사회 또는 회사설립자(incorporators)에 의해 채용되고, 부속정관을 개정 또는 폐지하는 권한을 주주 또는 이사회에 부여할 수 있다. 모범사업회사법은 정관으로 주주에게 유보되지 않는 한 (unless reserved to the shareholders) 개정권한은 이사회에 있다고 하고, 나아가서 주주들은 이사회에서 채용된 부속정관을 해지 또는 변경(repeal or change)할 수 있다고 하고 있다(ABA-ALI Model business Corporation Act §27)

71) 이사회가 회의체라는 데에서 나타나는 제도적 한계로 회의 소집이 1년에 10여회 내외라는 점과 이사들이 상근하지 않는 점 등을 들고 있다. Melvin. A. Eisenberg, Corporate Governance :

로서 자신을 대리하여 회사를 경영할 자로 집행임을 선임하여 회사를 경영하도록 한다.⁷²⁾ 이렇게 보면 회사구조는 주주를 기초로 하면서 주주가 바로 이사를 선임하고 그들이 구성원이 되는 이사회를 구성하게 되며, 이사회가 최고 경영자와 다른 임원을 임명하는 삼각 형태의 관리조직을 이룬다.⁷³⁾

나. 이사회 의 구성 과 기능

(1) 이사회 의 구성

미국에서 회사의 이사회는 정관이나 정관의 부속 규정에 따라 1인 이상의 이사로 구성되어 진다. 또한 이사의 수는 정관이나 정관의 부속 규정을 개정함으로써 증감될 수 있다. 이사는 첫 번째 주주총회에서 선임되며 이사의 임기가 시차제가 아닌 한 매년 정기총회에서 선임된다.⁷⁴⁾

미국의 회사는 이사회 일원주의를 취하고 있기 때문에 업무집행에 대한 감시·감독기능을 제대로 발휘할 수 없다는 문제가 있다. 따라서 이를 보완하기 위해, 미국의 회사는 이사회 구성원을 사외이사(outside director)로 구성하고 있는데, 회사의 이사회 대부분은 이사의 3분의 1 정도는 사내이사로 구성되며, 나머지 3분의 2 정도는 사외이사로 구성되어 있다.⁷⁵⁾ 또한 NYSE와 NASDAQ 상장요건에 따르면, 상장회사 이사회는 과반수가 사외이사여야 하고, 이사회 의 위원회 중 감사위원회나 보수위원회의 구성원은 전원이 사외이사로 구성되어야 한다. 한편 미국에서 일부 회사들은 CEO를 제외한 모든 이사들이 사외이사인 경우도 있다.⁷⁶⁾ 이러한 사외이사제도는 미국식 지배구조의 전형적인 특징 중 하나로 볼 수 있다.⁷⁷⁾

The Board of Directors and Internal control, Cordozo Law Review, Vol. 19(September–november), 237 at 237 (1997).

72) Robert Clark, CORPORATION LAW, New York, Aspen Publishers (1986), pp.113–117.

73) 손성, “미국 회사법제에서의 준법감시인제도에 관한 법이론적 고찰”, 「상장협」, 제43호 2001.3, 한국상장회사협의회, 125면.

74) RMBCA §8.03.

75) 정찬형, 앞의 책, 755면.

76) Richard S. F. Eells & Clarence C. Walton, Conceptual Foundations of Business 120 (1974).

77) Cox & Hazen, supra note 218, at 173.

(2) 이사회 기능

미국의 회사에서 이사회 이사들은 이사회가 정식으로 소집된 경우에만 경영 기능을 수행할 수 있다.⁷⁸⁾ 이처럼 회사에서 이사들은 정식으로 소집된 이사회를 통하여 경영의무를 이행하여야 한다. 또한 이사들은 이사회를 통하여 최선의 판단과 독립적인 결정을 행사하며, 회사정책의 결정과 집행에 책임을 진다.⁷⁹⁾ 한편 경영 기능을 수행하기 위한 이사회 경영권의 정당성을 확보하기 위해서는 심의 (deliberation)·협의(consultation)·공동판단(collective judgement)을 근거로 하여야 한다.

미국에서 회사의 이사는 일반적으로 이사회에서 이사회 기능에 대해 업무집행 임원에 대한 조언과 자문에 답하는 기능, 업무집행을 수권하는 기능, 주주 등과 같은 업무집행 임원 이외의 자를 대표하여 정책결정에 참여하는 기능, 업무진행 임원의 선임·해임과 그들의 업무집행을 감독하는 기능 등을 수행한다.⁸⁰⁾ 미국의 1950년 모범사업회사법(Model Business Corporation Act)에 이러한 부분들이 법률상 명확하게 규정되어 있다.⁸¹⁾ 미국에서 회사의 이사회는 회사의 경영정책을 결정하고, 광범위한 정책을 수행하면서 업무집행 임원을 감독(monitor)하거나 무능한 임원을 개선하는 것으로 인식되고 있다.

한편 미국에서 회사의 업무집행 임원은 일반적으로 유능한 외부기관이나 개인의 조언에 대한 취합을 위해 많은 사용인을 고용한다. 그러나 이사회 업무집행 임원에 대한 조언기능은 수동적이지만 중요한 기능이기 때문에 사용인의 지위에 영향이 있는 사항은 이사회에 자문하거나 조언을 얻는 것이 바람직하다.

또한, 이사회 긴급활동 기능은 회사의 경영활동에 대해 성공이나 실패이나의 갈림길에서 결정적인 역할을 할 수 있다. 따라서 업무집행 임원에게 현저한 위법 행위나 불법행위 사실이 있을 때 회사의 평가와 명예를 회복할 수 있는 기능은 이사회 이사로 볼 수 있으며, 특히 현실적으로 사내이사보다는 사회적 신용이 높은 사외이사라고 할 수 있다.

78) North Dakota Business Corporate Act §10-19-20.

79) Hamilton Robert W., Cases and Materials on Corporation. Including partnership and limited Liability Companies, 7th Ed., St Paul Minnesota, West Publishing Co. (2001), p.386.

80) Melvin. A. Eisenberg, op. cit., pp.162-172.

81) Melvin A. Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations 204 (8th ed. 2000)

따라서 미국의 회사에서 이사회 존재 의미로는 기업경영을 담당하는 집행임원이 지위를 남용하거나 이해상충에 빠질 위험성을 억제시키는 ‘감독기능’과 기업의 유지 및 발전을 도모하기 위한 ‘의사결정 기능’의 두 가지로 집약된다고 볼 수 있다.⁸²⁾

다. 이사회 운영⁸³⁾

미국의 회사에서 이사회 결의 방식은 전통적으로 대면 회의를 취하고 있으나, 이사회에 참석한 모든 이사가 회의 중에 동시에 서로 청취할 수 있는 통신수단을 사용하는 것도 인정하고 있다. 또한 이사회 구성원들에게 이사 간에 상호의견을 교환할 수 있는 기회가 제공된다면 2명 이상의 이사가 동일한 장소에 실질적으로 참석하지 않거나, 회의장소로 특정한 장소가 지정되지 않더라도 전자수단을 활용한 회의가 가능하다.⁸⁴⁾

미국에서 회사의 이사회는 정관이나 정관의 부속 규정에 따라야 한다. 따라서 이사회에 의한 조치가 회의에서 이루어져야 한다고 정관이나 정관의 부속 규정으로 정하고 있지 않다면, 이사회를 개최하지 아니하고 서면에 의한 결의를 할 수 있다.⁸⁵⁾ 또한 정관이나 정관의 부속 규정이 달리 정하지 않는 한 일상적 회의는 통지 없이 개최될 수 있으며, 정관이나 정관의 부속 규정에 임시 이사회 통지에 대한 기간을 정함이 없다면 임시 이사회는 적어도 2일 이전에 통지되어야 한다. 이러한 통지에 대하여 정관이나 정관의 부속 규정에서 달리 정하지 않는 한 회의목적은 기재할 필요는 없다고 한다.⁸⁶⁾

미국의 회사에서 이사회 의사정족수는 정관이나 정관의 부속 규정에서 더 많은 다수를 요구하지 않거나 제정법에서 특별한 규정이 없는 경우에 이사회 의사정족수는 첫째, 당해 회사의 이사회 구성원이 고정된 경우 당해 구성원의 과반수, 또는 정해진 이사의 과반수이다. 둘째, 당해 회사의 이사회 구성원이 변동 가능한 경우 회의 시작 전에 재직 중인 이사로 구성된다.⁸⁷⁾ 한편 정관이나 정관의 부속

82) Harold Koontz, The Management Theory Jungle, 4 Acad. Manage. J. 177, 178 (1961).

83) 최준선 외, 전거서, 미국 회사법 부분 참조.

84) Official Comment to RMBCA §8.20.

85) RMBCA §8.21.

86) RMBCA §8.22.

규정으로 이사회 의사정족수를 3분의 1까지로 줄일 수 있다.⁸⁸⁾

또한, 이사회 결의에 관하여 정관이나 정관의 부속 규정에서 다수결을 요구하지 않는 경우에 이사회 의사정족수가 충족되면 출석한 이사의 과반수의 찬성 투표는 당해 이사회 행위로 보며⁸⁹⁾ 이때 이사회 결의에 참석한 이사는 당해 결의에 찬성한 것으로 간주된다. 하지만 이사회 의사정족수가 충족된 이사회에서 이사가 회의 시작부터 당해 안건에 반대하거나, 회의록에 반대 의사가 기록된 경우나, 이사회 폐회 전에 의장에게 반대의 의사표시를 서면으로 전달 또는 폐회 이후 즉시 회사에 대해 반대 의사를 통지한 경우는 예외로 하고 있다. 한편 이사회 의사에 찬성한 이사는 반대 의사의 권리를 갖지 못한다.⁹⁰⁾

2. 영국⁹¹⁾

영국은 미국과 같이 주주 자본주의에 기반한 이사회 제도를 통해 기업지배구조 체제를 구축하고 있다. 영국식 지배구조는 이사와 업무집행자를 구별하지 않는다는 점에서 미국과는 차이가 있으나,⁹²⁾ 이사회는 업무집행과 이에 대한 감독이라는 경영 및 감독 양자를 모두 수행하고 있는 기관구조를 취한다는 점에서 미국과 같은 전형적인 일원적 이사회제도이다.⁹³⁾

영국 회사법에서 주식회사의 업무집행권은 개별 이사가 아닌 이사회에 있으며, 제3자에 대한 회사의 대표는 이사회이다. 영국은 회사법에 의하여 설립되는 등록 회사로 공개회사(public company)와 폐쇄회사(사적회사)(private company)가 있다.⁹⁴⁾ 공개회사의 이사회는 최소 2인 이상의 이사로 구성되며,⁹⁵⁾ 폐쇄회사는 최소

87) RMBCA §8.24(a).

88) RMBCA §8.24(b).

89) RMBCA §8.24(c).

90) RMBCA §8.24(d).

91) 안성포, 이준우, “법인 이사회제도의 개선방안”, 한국법제연구원 (2004), 55-56면 참조.

92) 영국은 회사의 업무집행 담당자를 이사 가운데서 선임하고, 이 자를 업무집행이사(managing director, executive director)라 한다. 집행임원(officer)을 두지 않는다는 점에서 미국과는 다르지만, 정관으로 미국식의 집행임원 제도를 채택하는 것은 가능하다.

93) Carsten Jungmann, ‘The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems - Evidence from the UK and Germany’ (2006) 3 ECFR 426, 435.

94) 정찬형, 「상법강의 (상)」, 제24판, 박영사, 2021, 457면.

95) Companies Act 2006 § 154(2).

1인의 이사를 두어야 한다.⁹⁶⁾

이사회는 업무집행이사(executive director)와 비업무집행이사(non-executive director)로 구분되고 있다. 또한 공개회사의 경우에는 반드시 행정사무임원(secretary)를 두어야 하며,⁹⁷⁾ 행정사무임원은 회사의 서류관리를 전담하는 담당자이며 회사의 업무집행자는 아니다. 영국에서 폐쇄회사는 행정사무임원을 두지 않을 수 있다.⁹⁸⁾

한편 영국은 미국과 달리 집행임원(officer)이 없기 때문에 업무집행이사가 회사의 기본적인 업무 집행을 담당하고 있으며, 업무집행이사 중에서 최상위 업무집행이사를 최고경영자(chief executive)라고 한다.

가. 이사회 의 권한

영국에서 회사의 이사는 이사회 의 회의를 통해서만 이사의 권한을 행사할 수 있으며, 이사회는 회사의 정관에 규정된 바에 따라 회사의 업무를 수행할 책임이 있다. 따라서 이사회는 회사를 위해 모든 권한을 행사할 수 있으며,⁹⁹⁾ 법률 또는 내부규정에 따라 주주총회의 권한으로 정하여진 것 이외의 모든 권한을 갖는다. 하지만, 주주는 특별결의(special resolution)에 의해 이사회에 특정행위의 지시를 요구하거나 요구하지 아니할 수 있다. 단, 주주의 특별결의로 이미 이사회가 수행한 행위는 무효로 할 수 없다.¹⁰⁰⁾

이사회 의 권한의 위임은 정관에 정하는 바에 따라 권한의 범위, 권한 사항 또는 지역 및 조건이나 제한사항을 정하여 위임할 수 있다. 또한 권한을 위임 받은 자는 이사회가 정하는 바에 따라 타인에게 권한을 재위임할 수 있다. 단, 이사회는 위임된 권한의 전부 또는 일부를 취소할 수 있으며, 권한 위임의 내용을 변경할 수 있다.¹⁰¹⁾

제3자에 대하여 회사를 대표하는 자도 제1차적으로 이사회이다. 따라서 회사의

96) Companies Act 2006 § 154(1).

97) Companies Act 2006 § 271.

98) Companies Act 2006 § 270(1).

99) Companies Act 2006 § 2.

100) Draft Model Articles for Private Companies, art. 3.

101) Draft Model Articles for Private Companies, art. 4.

대표권은 모든 이사에게 집단적으로, 즉 이사회에 부여되는 것이고 개별적인 이사나 일부의 이사에게 부여되는 것이 아니다. 한편, 이사회는 일반이사와 상근이사로 구성되어 있는데, 상근이사가 회사의 일상업무를 처리한다. 또한 이러한 상근이사 위에 1인 또는 수인의 상근관리이사가 있는데, 이러한 관리이사는 정관의 규정으로 이사회에 의하여 이사 중에 임명된다. 따라서 오늘날 영국에서 주식회사를 실제로 경영하는 자는 이사회가 아니고 관리이사이며, 이러한 관리이사는 실제로 회사의 최고 기관 중의 하나가 되고 있다.¹⁰²⁾

또한 이사회는 직접 업무를 집행하지 않고 임원(officer)에게 업무집행을 위임하는데, 영국 회사법상 이러한 임원은 ‘이사, 지배인 또는 총무’이다(1985년 회사법 제744조 Z). 이러한 임원 중에서 가장 대표적이고 중요한 임원은 총무(secretary)로서 영국 회사법상 반드시 선임되어야 한다. 또한 총무는 이사회에 의하여 선임되나 때로는 정관에 의하여 선임될 수도 있다. 회사의 대표권도 예외적으로 정관에 의하여 개별 이사나 임원에게 위임될 수 있다.¹⁰³⁾

나. 이사회 의 기능

이사회는 기능적 측면에서 회사업무 전체를 집행하는 권한을 행사하지만, 회의체라는 성격 때문에 상시 개최는 적합하지 않다. 따라서 신속한 업무집행을 위하여 부속정관에 의해 이사회가 그 구성원 중 1인 또는 수인을 업무집행이사로 선임하여 이들에게 이사회가 임의로 정한 기간과 조건에 따라 이사회의 권한 일부 또는 전부를 위임할 수 있다고 규정(회사법 제1부칙 A표 제106조 이하)하고 있는데, 주주총회도 이사회의 이러한 행위에는 간섭할 수 없다. 이사회는 이와 같이 업무집행을 위임 받은 업무담당이사(상근이사)와 일반이사로 구성된다. 업무담당이사는 법정 임기 중에 회사업무에 관한 수임범위 내에서 전속적인 권한을 가지며, 일반이사는 비상근으로 상근이사의 업무집행에 대한 감독과 조언으로 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 이사회 전체의 기능을 살려 나가는 것이다.¹⁰⁴⁾

102) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2010, 754면.

103) 정찬형, 상계서, 754면.

104) 최준선, 권중호, 김순석, 심영, 전삼현, 홍복기 공저, 「2007년도 법무부 연구용역 과제 보고서」, 법무부, 2007, 영국 회사법 부분 참조.

다. 이사회 구성¹⁰⁵⁾

영국 회사법상 이사회의 구성은 공개회사의 이사회는 2인 이상의 이사로 구성되며, 폐쇄회사의 경우 1인 이상의 이사를 두어야 한다. 또한 이사회 이사 중 1인은 반드시 자연인이어야 한다.¹⁰⁶⁾ 회사가 이러한 규정을 위반하면 주무장관이 당해 회사에 이사선임 요구를 지시할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 한편 영국 회사법상 이사로 선임될 수 있는 최소 연령은 16세 이다.¹⁰⁸⁾

공개회사가 총회에서 1개의 결의로 2인 이상을 회사 이사로 선임하기 위한 발의는 선임결의 전에 반대투표 없이 총회에서 먼저 합의 되어야 한다.¹⁰⁹⁾ 따라서 총회에서 반대투표가 없는 만장일치의 동의 없이 포괄적으로 선임결의 한 이사의 선임은 무효이다.¹¹⁰⁾ 이사 선임결의는 이사 후보에 대한 개별적인 선택권을 보장하기 위해 이사 1인에 대하여 하나씩 존재한다.

공개회사의 이사는 업무집행이사와 비업무집행이사로 구분되어 진다. 특히 영국은 미국과 달리 집행임원이 없다. 따라서 회사의 기본적인 업무 집행은 업무집행이사가 담당한다. 또한 업무집행이사 중에서 최상의 업무집행이사를 최고경영자라고 한다.

회사설립 후 이사 선임기관에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 이사 선임기관은 일반적으로 정관의 규정에 따른다. 모범정관에서는 폐쇄회사와 공개회사 모두 보통결의 또는 이사회 결의로 이사를 선임할 수 있도록 하고 있다. 정관으로 정함이 없는 경우에는 주주총회의 보통결의로 이사를 선임한다. Company Directors Disqualification Act 1986(CDDA 1986)에 의거 법원의 명령(disqualification order) 또는 일정한 경우 자동적으로 이사 자격을 제한한다. 법원의 명령으로 이사 자격이 제한되는 경우 법원의 허가(leave) 없이는 이사가 되거나 회사의 경영에 직접 또는 간접적으로 관계하거나 참여할 수 없다.¹¹¹⁾ 법원에 의해 이사자격이 제

105) 최준선 외, 전제서, 영국 회사법 부분 참조.

106) Companies Act 2006 § 155(1).

107) Companies Act 2006 § 156(1).

108) Companies Act 2006 § 157(1). 영국에서는 주무장관이 시행규칙으로 16세에 달하지 아니한 사람을 회사 이사로 선임할 수 있는 경우를 정할 수 있다. Companies Act 2006 § 158(1).

109) Companies Act 2006 § 160(1).

110) Companies Act 2006 § 160(2).

111) CDDA 1986, s. 1(1).

한된 자는 회사설립(promoting or forming companies)도 금지된다.

법원의 명령에 의한 자격제한 사유로는 회사설립, 운영, 청산 등과 관련하여 형사처벌을 받은 경우,¹¹²⁾ 회사 관련법상 요구되는 등기소에 대한 보고, 회계, 서류 또는 통지에 관하여 계속적으로 위반을 하는 경우,¹¹³⁾ 회사청산 시 부정한 거래(fraudulent trading)로 유죄가 확정되거나 청산인 또는 파산관재인으로서 회사에 대한 사기로 또는 의무위반으로 인해 유죄가 확정된 경우,¹¹⁴⁾ 회사 관련법상 요구되는 등기소에 대한 보고, 회계, 서류 또는 통지에 관한 사항에 위반 또는 의무를 해태하여 지난 5년간 3회 이상 약식기소(summary offence) 되어 유죄가 확정된 경우,¹¹⁵⁾ 파산한 회사 이사 또는 퇴임이사(그림자 이사도 포함)로서 회사경영에 적절하지 아니한 경우,¹¹⁶⁾ 주무장관이 조사자료를 통해 이사 또는 그림자 이사를 공익을 위해 자격을 제한하여야 할 것으로 판단하여 법원의 명령을 신청한 경우,¹¹⁷⁾ 파산법에 의해 청산 중인 회사에 자산을 출연할 의무가 있는 것으로 판결을 받은 경우이다.¹¹⁸⁾

또한 CDDA는 경쟁법을 위반한 회사의 이사가 회사의 경영에 적합하지 아니한 경우에는 자격제한명령(competition disqualification order)을 할 수 있다.¹¹⁹⁾ 법원은 각 경우 법률의 최저 또는 최고 자격제한 범위 내에서 그 기간을 정하게 된다. 이사가 파산한 경우에는 이사자격이 자동적으로 제한된다.¹²⁰⁾ 이사자격의 제한방법으로는 법원의 명령에 의한 제한 대신에 당해 관련자가 자격제한에 대한 약정(disqualification undertaking)을 하고 주무장관이 이를 허락(accept)할 수 있다.¹²¹⁾ 이 경우에는 일정기간 동안 자격제한명령에서 금지하는 사항에 대하여 그 자격이 제한된다.¹²²⁾

112) CDDA 1986, s. 2.

113) CDDA 1986, s. 3.

114) CDDA 1986, s. 4.

115) CDDA 1986, s. 5.

116) CDDA 1986, s. 6.

117) CDDA 1986, s. 8.

118) CDDA 1986, s. 10.

119) CDDA 1986, s. 9 A.

120) CDDA 1986, s. 11.

121) CDDA 1986, ss. 7(2A) and 8(2A).

122) CDDA 1986, s. 1A.

라. 이사회 의 운영¹²³⁾

이사회 의 결의 방법 은 폐쇄 회사 와 공개 회사 에 대한 모범 정관 (안) 에 약간의 차이 가 있다. 폐쇄 회사 의 경우, 모범 정관 (안) 은 이사회 의 결의 방법 의 원칙 으로 만장일치 또는 다수결 에 의하도록 하고 있다. 그러나 회사 의 이사가 1 인 이고 정관 의 규정 이나 이사회 의 결정 으로 1 인 을 초과 하여 이사가 있어야 함 을 정하지 아니한 경우 에는 위 원칙 이 적용 되지 않고, 정관 에서 정한 이사회 의 결의 와 관련 한 규정 에 따르지도 않으며 1 인 이사가 결정 할 수 있다. 이사회 의 의사결정 은 정관 이 정하는 바 에 따라 이사회 회의 에서 결정 할 수 있으나, 반드시 이사회 회의 에서 결정 할 것 을 요구 하지 는 않는다.¹²⁴⁾

공개 회사 의 경우, 모범 정관 (안) 은 정관 이 정하는 바 에 따라 이사회 에서 또는 서면 결의 형태로 의사를 결정 하도록 하고 있다.¹²⁵⁾

이사회 의 소집 은 각 이사가 한다.¹²⁶⁾ 공개 회사 의 경우 사무 임원 (officer) 인 이사가 이사회 의 소집 을 요구 하는 경우 반드시 이사회 를 소집 하여야 한다.¹²⁷⁾ 이사회 를 소집 함 에는 회일 과 시간 을 정하고 각 이사에 대하여 통지 하여야 한다. 회일 과 회의 시간 을 정할 때 에는 이사회 를 소집 하는 자 는 이사회 에서 결의 할 사항 의 긴급 성 에 따라 가능한 많은 이사가 참석 할 수 있도록 노력 하여야 한다.¹²⁸⁾ 소집 통지 는 서면 으로 할 필요 는 없으나 각 이사에 통신 (communication) 을 하여야 한다.¹²⁹⁾ 소집 통지 는 장래 에 또는 소급 하여 통지 를 받을 권리 를 포기 한 이사 에게 는 할 필요 가 없다.¹³⁰⁾ 이사회 전 에 소집 통지 를 받을 수 있는 필요 한 정보 를 회사 에 제공 하지 아니 한 이사는 소집 통지 를 받을 권리 를 포기 한 것으로 본다.¹³¹⁾

123) 최준선 외, 전계서, 영국 회사법 부분 참조.

124) Draft Model Articles for Private Companies, art. 6.

125) Draft Model Articles for Public Companies, art. 6.

126) Draft Model Articles for Private Companies, art. 9(1); Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(1).

127) Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(2).

128) Draft Model Articles for Private Companies, art. 9(4); Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(6).

129) Draft Model Articles for Private Companies, art. 9(3); Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(5).

130) Draft Model Articles for Private Companies, art. 9(5); Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(7).

폐쇄회사의 경우, 이사회 또는 주주총회의 소집에 관한 결의 이외 다수결에 의한 결의의 경우에는 의사정족수에 미달하여서는 안 된다. 의사정족수는 이사회에서 결정하나 2인 미만이어서는 아니 된다. 이사 전체의 수가 의사정족수 미달하는 경우에는 이사회는 의사정족수를 충족하는 수만큼 이사를 추가적으로 선임하거나, 이사의 추가적 선임을 위한 주주총회의 소집결정을 제외하고서는 다수결에 의한 결의를 할 수 없다.¹³²⁾

공개회사의 경우, 의사정족수에 미달하는 경우에는 다른 이사회 소집에 대한 결의 이외에 다른 결의를 할 수 없다. 의사정족수는 이사회에서 결정하나 2인 미만이어서는 아니 된다.¹³³⁾ 이사 전체의 수가 의사정족수에 미달하는 경우에는 다음과 같은 절차에 따르도록 한다.

이사가 1인인 경우는 그 이사가 의사정족수를 충족하는 만큼의 이사를 선임할 수 있으면 이사를 선임하거나 또는 이사선임을 위한 주주총회의 소집을 하여야 한다.¹³⁴⁾ 이사가 1인을 초과하는 경우에는 정관에 따라 소집되고 최소 2인의 이사가 참석하는 경우에는 이사회를 개최할 수 있으며, 이사회에서 의사정족수를 충족하는 만큼의 이사를 선임하거나 이사선임을 위한 주주총회의 소집을 하여야 한다.¹³⁵⁾ 이사회가 소집되었으나 1인의 이사만이 이사회에 참석한 경우는, 그 참석한 이사는 의사정족수를 충족하는 만큼의 이사를 선임하거나 이사선임을 위한 주주총회 소집을 하여야 한다.¹³⁶⁾

131) Draft Model Articles for Private Companies, art. 9(6); Draft Model Articles for Public Companies, art. 7(8).

132) Draft Model Articles for Private Companies, art. 10.

133) Draft Model Articles for Public Companies, art. 9.

134) Draft Model Articles for Public Companies, art. 10(2).

135) Draft Model Articles for Public Companies, art. 10(3)(a).

136) Draft Model Articles for Public Companies, art. 10(3)(b).

제2절 대륙법계의 이사회제도

1. 독일¹³⁷⁾

독일에 있어서 주식회사의 업무집행기관은 이사회(Vorstand)이고, 이사회는 업무집행에 관한 모든 책임을 진다(주식법 제76조 제1항). 이러한 업무집행권은 모든 이사에게 공동으로 귀속되므로, 모든 업무는 원래 이사회의 다수결이 아니라 이사 전원의 승인을 받아야 한다(주식법 제77조 제1항 s.1).

그러나 정관 또는 이사회규칙에 의하여 이와 달리 규정할 수 있다(주식법 제77조 제1항 s.2). 따라서 대부분의 경우에는 정관 또는 이사회규칙에 의하여 일정한 다수결에 의하여 이사회는 업무에 관한 의사를 결정한다.¹³⁸⁾ 또한 그러한 규정에 의하여 실제로 업무영역에 따라 각 이사가 업무분담을 하게 되나, 이사회의 결의를 요하고 전 이사의 책임으로 집행되어야 할 업무는 분담되지 못한다.

이사는 감사회에서 선임하며(주식법 제84조 제1항), 이사의 수가 수인인 경우에는 감사회는 이사들 중 1인을 의장으로 지명할 수 있다(주식법 제84조 제2항). 여기에서의 이사회 의장은 우리 상법상 대표이사와 같은 고유한 권한이 없고 단지 회의의 의장에게 일반적으로 부여되는 권한만이 있을 뿐이다. 즉 이사회 의장은 이사회의 회의를 소집하고, 의사일정을 결정하며, 회의를 주재하고, 또 투표의 결과를 확정하는 등의 권한 밖에 없다.¹³⁹⁾

그러나 1998년 콘트라법¹⁴⁰⁾ 개정에 의하여 이사회에 의한 내부적인 감시의무(주식법 제91조 제2항)가 명시되어, 이사회는 자기책임 하에 경영할 의무를 부담할 뿐만 아니라 이에 대한 감시의무까지 지게 되었다. 즉, 독일에서도 이사회가 어느 정도 업무집행에 대한 감독기능까지 맡고 있는 셈이다.

137) 안성포·이준우, 앞의 자료, 50-52면 참조.

138) 정찬형, 전게서, 752면.

139) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 679

140) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BGBl. 1 1988, 786 F.

가. 이사회 의 권한¹⁴¹⁾

독일 주식회사의 이사회는 자기책임으로 회사를 경영하고,¹⁴²⁾ 법률에 정함이 없는 한 정관이나 주주총회의 결의 또는 감사회의 결의로써 이를 제한할 수 없는 배타적 권한을 가지고 있다. 또한 이러한 권한에 상응하는 의무와 책임도 규정하고 있다.¹⁴³⁾ 즉, 전술한 바와 같이 이사회가 다수의 이사로 구성된 경우에는 이사는 단체로 업무를 집행할 권한이 있다.

그러나 정관이나 이사회 업무규정에서 달리 정할 수 있다. 그리고 이사회 구성원들 간의 의견이 다른 경우에는 의결로 의사를 결정한다.¹⁴⁴⁾ 정관에서 감사회에게 이사회의 운영규정을 제정할 수 있도록 규정하지 않은 경우에는 이사회가 스스로 운영규정을 제정할 수 있다. 정관에서 운영규정에 관한 개별적 사항들을 정할 수 있다. 이사회운영규정의 제정에 대한 결의는 총 이사의 동의가 있어야 한다.¹⁴⁵⁾

이사회는 재판상 또는 재판외의 포괄적인 회사대리권을 갖고 있다.¹⁴⁶⁾ 그리고 회사를 대리함에 있어서 정관에 다른 정함이 없는 한 이사들이 공동으로 회사를 대표할 수 있다. 단, 회사를 상대로 의사표시를 하는 경우에는 이사 중 1인에게 하는 것으로 족하다.¹⁴⁷⁾

한편, 정관으로 이사 개인 또는 이사가 공동으로 지배인을 선임할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 물론 정관으로 지배인 선임을 감사회에 부여한 경우에는 이 또한 효력이 있다.¹⁴⁸⁾ 이에 따라 수인의 이사가 있는 경우에 2인의 이사와 1인의 지배인이 공동대표가 되는 것이 일반적이고, 이 외에 이사회 의장이 있는 경우에는 그가 단독으로 대표하는 경우도 있다.¹⁴⁹⁾ 공동으로 대표할 권한을 위

141) 최준선 외, 전제서, 독일 회사법 부분 참조.

142) AktG §76 I.

143) Baumbach/Hueck, Kurzkomentar zum Aktiegesetz, 13. Aufl. (München: C.h.Beck, 1968), S. 286.

144) 주식법 제77조 1항.

145) 주식법 제77조 제2항.

146) 주식법 제78조 제1항.

147) 주식법 제78조 제2항.

148) 주식법 제78조 제3항.

149) Karsten Schmidt, a.a.O. S. 680.

임받은 이사는 특정의 사업 또는 특정된 종류의 영업을 집행할 수 있다. 이때 각각의 이사가 지배인과 함께 공동으로 회사를 대표할 권한이 있다는 것을 정관에 규정할 수 있다.¹⁵⁰⁾

나. 이사회 기능과 운영¹⁵¹⁾

독일에서는 비교적 기관의 분화와 권한 분배가 법률보다 오히려 엄격하고 철저하게 이루어져 있지만, 실재는 기관들 사이에서 기능의 분리가 애매하게 되어 있는 예가 자주 나타난다.

한편, 주식법상 명문규정은 없지만 이사회의 개최는 이사회 의장이 소집하는 것으로 해석되며, 자세한 사항은 정관으로 규정하도록 되어 있다.¹⁵²⁾ 다만, 이사회는 정관으로 자율적으로 소집하도록 되어 있고 감사회의 소집에 관하여서는 상세히 규정하고 있다. 즉, 1998년 주식법 개정 이전에는 주식법 제110조 3항에 의하면 모든 주식회사의 감사회는 원칙적으로 3개월에 1회, 적어도 6개월에 1회는 소집되도록 하고 있었다. 그러나 1998년 개정 주식법은 일반회사의 경우에 종전과 같이 3개월에 1회, 최소한 6개월에 1회는 소집되도록 하고, 다만 상장회사의 경우에는 6개월에 2회는 반드시 소집되도록 하여 비상장회사와 상장회사간에 감사회의 소집회수에 차이를 두고 있다.¹⁵³⁾

개별적인 감사는 감사회 의장에게 감사회의 소집을 요구할 수 있지만 소집권은 없다. 그러나 감사나 이사회가 감사회의 소집이 필요하다고 판단하여 소집목적과 이유를 들어 의장에게 소집요구를 하였음에도 불구하고 의장이 2주간 내에 소집하지 아니한 경우에는 2인의 감사 또는 이사회는 감사회를 소집할 수 있다.¹⁵⁴⁾ 감사회는 회의를 소집하여 일정한 결의를 하는 것이 원칙이지만 예외적으로 서면, 전신, 전화 등의 방법에 의한 결의를 할 수도 있다.¹⁵⁵⁾

주식법은 이사회의 결의방법과 관련하여 이사회 결의는 만장일치로 하여야 한

150) 주식법 제78조 제4항.

151) 최준선 외, 전거서, 독일 회사법 부분 참조.

152) 주식법 제77조 제2항 참조.

153) 주식법 제110조 3항.

154) 주식법 제110조 2항.

155) 주식법 제108조 4항.

다¹⁵⁶⁾는 규정만을 두고 있다. 반면에 감사회의 결의 방법에 대하여는 상세한 규정이 있다. 즉, 감사회의 결의는 투표된 의결권의 단순 다수결로 성립한다. 공동결정법의 적용을 받는 주식회사의 경우에는 공동결정법 제28조에 따라서 감사정원의 2분의 1의 다수가 결의에 참가하여야 한다. 가부동수가 되면 동일한 의안에 대한 재표결에서는 감사회 의장이 2개의 의결권을 가지고 결정권을 행사한다. 이와 같이 가부동수인 경우에는 감사회 의장에게 결정권을 부여해 주고 있으므로 주주측에게 어느 정도 우위를 인정해 주는 셈이 된다.

2. 프랑스¹⁵⁷⁾

전술한 바와 같이 프랑스는 주식회사의 정관에 의하여 일원적 제도인 전통적 이사회제도(*la structure traditionnel*)와 이원적 제도인 신형이사회제도(*la structure nouvelle*)를 선택하여 운영할 수 있도록 하고 있다.

프랑스의 전통적 이사회제도에 따르면, 주식회사의 업무집행기관은 일반이사회(*le conseil d'administration*)이다. 즉 이사회는 법률 또는 정관에 명시적으로 규정되어 있는 사항을 제외하고는 회사의 모든 업무를 집행한다(상회사법 제 98조 제1항). 그러나 회사의 제3자에 대한 법률관계에 있어서는 대표이사(*le président*)가 회사를 대표하고 지휘 전반을 담당하며(상회사법 제113조 제1항), 회사의 업무집행에 관하여 법률 및 정관에 의하여 주주총회와 이사회에 부여된 업무를 제외한 회사의 업무를 집행한다(상회사법 제113조 제2항).

한편, 대표이사(*le président*)를 보좌하기 위하여 전무이사(*directeur général*)를 둔 경우에는 이러한 전무도 제3자에 대하여 회사를 대표한다(상회사법 제115조, 제117조 제2항). 따라서 이사회와 대표이사 간에 업무집행에 관한 권한의 한계를 정하는 것이 종종 문제가 된다. 즉 이사회는 대표이사의 능력과 인격에 따라 그의 권한을 달리 정하는데, 종종 강력한 대표이사에게는 많은 권한을 부여하므로 이에 따라 그의 권한의 남용이 문제가 된다.¹⁵⁸⁾ 전통적인 이사회제도 하

156) 주식법 제77조 2항.

157) 안성포·이준우, 앞의 자료, 53-55면 참조.

158) 박상조, “불란서 주식회사법상 이중구조적 이사회제도의 연구”, 한국상사법의 제문제, 설성이 윤성선생정년기념논문집, 1988, 305면.

에서 대표이사의 업무집행에 대한 감독기관은 이사회이다 (상사회사법 제98조). 다만 회계감사를 위해서는 별도의 감사기관인 회계감사인이다. 이러한 회계감사인은 주주총회에 의하여 공인회계사 등의 회계전문가 1인이 선임된다.

프랑스에서는 위와 같이 이사회와 대표이사 간의 불분명한 권한분배가 자주 비판되어 1966년에는 독일의 제도인 ‘이사회’와 ‘감사회’의 중층제도를 선택적으로 도입하게 되었는데, 이러한 이사회를 신형이사회라고 한다.¹⁵⁹⁾ 이러한 신형이사회제도에 따르면, 업무집행이사회(le directoire)는 전통적 이사회에서의 일반이사회가 갖는 회사의 운영결정권 및 지휘권과 대표이사(le président)가 갖는 업무집행권이 결합된 기관으로 법률에 의하여 주주총회 및 감사회(le conseil de surveillance)에 명시적으로 유보된 업무를 제외하고는 회사의 모든 업무를 집행할 권한을 갖는다(상사회사법 제124조 제1항). 따라서 신형이사회제도에서는 업무집행이사회에 권한이 감사회에 유보될 수 있다는 것과 그의 모든 업무집행은 업무집행이사회에 의하여 계속적으로 감사와 감독을 받아야 하는 점(상사회사법 제119조 제3항, 제128조 제1항) 등에서 전통적인 이사회의 권한보다 훨씬 축소되었다고 볼 수 있다.

신형이사회제도를 채택한 경우에 업무집행에 대한 감독기관은 업무감사회이다 (상사회사법 제98조). 감독의 범위는 업무집행에 관련한 경영권 즉, 법률과 정관에서 규정하는 업무집행의 영역 그리고 회사의 이익과 불이익의 경영판단에 관련한 제반 문제점을 중심으로 한다. 신형이사회제도는 독일의 이사회(Vorstand)와 감사회(Aufsichtsrat)의 영향을 받은 것이지만, 감사회의 권한은 독일법상의 감사회의 권한보다 약하다. 이는 프랑스법상의 주주총회의 권한이 독일법상의 주주총회의 권한보다 강화되었기 때문에 상대적으로 권한의 배분을 달리한다.¹⁶⁰⁾ 신형이사회제도에서도 회계감사기관은 회계감사인이다. 그러나 독일의 경우와는 달리 재무제표 및 이익은 주주총회에 의하여 확정되므로 회계감사인의 보고도 감사회에서 끝나는 것이 아니고 주주총회에까지 보고하도록 하고 있다 (상사회사법 제233조 제1항).

159) 정찬형, 전게서, 753면.

160) 박상조, 전계논문, 305면.

가. 이사회 의 권한¹⁶¹⁾

이사회는 회사의 목적과 주주총회에서 명시적으로 부여한 권한의 범위 내에서만 회사 명의로 행위할 수 있는 광범위한 권한을 갖는다.

원칙적으로 이 권한은 법률적 의미로는 ‘관리행위’에 한정된다. 따라서 회사법 제124조 제1항의 “모든 경우에 회사 명의로 행위하는 가장 광범위한 권한”이라는 표현은 부적절하다는 비판이 있다.¹⁶²⁾

이와 같이 이사회는 법에 의하여 가장 광범위한 권한을 부여받고 있지만, 실제로는 이사회 권한의 대부분은 회사의 지휘자인 사장과 부사장이 행사하는 고유권한에 흡수되어 있다. 결국 기존 이사회 의 권한은 “지휘의 최고 방침에 관한 자기 의견을 진술하는 동시에 회사 운영에 관한 다소 적극적 감시”를 행하는데 한정되고 있다.

그럼에도 불구하고 주주총회의 소집(상사회사법 제158조 제1항)과 계산서류의 작성(상사회사법 제340조), 주주총회에서의 보고(상사회사법 제157조 제2항), 회사와 이사 또는 부사장과 의 거래의 인허가(상사회사법 시행령 제93-1항) 그 밖에 특별히 본점의 이전(상사회사법 제99조), 보증·어음보증 및 담보제공(상사회사법 제98조 제4항) 등과 같은 이사회 의 고유권한이 존재한다.

신형이사회 의 권한은 회사의 목적과 법률 즉 감사회와 주주총회에 의한 제한을 제외하고 광범위한 권한을 갖게 되고, 그 목적 범위를 일탈한 행위에도 불구하고 제3자에 대한 책임을 부담하지 않는다(상사회사법 제124조 제2항, 제98조 제2항). 그 권한은 주주총회소집권(상사회사법 제158조), 증자를 할 때 금전출자에 대한 신주인수와 납입증서확인권(상사회사법 제192조), 주주총회 의 수권에 따른 증자실시와 정관변경권(상사회사법 제180조 제3항)등이 있다.

161) 최준선 외, 전거서, 프랑스 회사법 부분 참조.

162) 이 규정은 제정 당시 ‘pouvoirs de gestion’이라는 표현이 사용되었지만, 1967년 7월 12일 법에 의해 ‘pouvoirs’로 개정되었다. 이는 제3자에 대한 관계에서는 ‘gestion’, ‘administration’ 또는 ‘direction’이라는 용어들의 애매한 관계를 구별하는 것이 아니라, 이사회에 이사회 명의로 행위할 수 있는 모든 권한을 부여하려는 배려에서 그 권한을 두고 있는 것이라고 한다.

나. 이사회 기능¹⁶³⁾

프랑스 회사법의 이사회에 관한 규정은 전통적인 법체계와 급격한 괴리를 피하면서 회사법에 새로운 방향을 제시하였다. 다시 말하면 기존의 지휘기관과 관리기관과의 관계를 명확하게 하기 위하여 노력하였지만 프랑스의 전통적인 주식회사구조에 내재하는 결함을 제거할 수 없었기 때문에 주식회사의 지휘와 관리에 관한 종래의 제도를 유지하는 한편 독일법을 도입하여 새로운 유형의 업무집행기관을 신설한 것이다. 그러나 이를 보다 구체적으로 보면 대표이사와 전무와의 직무 분담에 관한 혼동과 중복의 문제가 있다.¹⁶⁴⁾

신형회사법은 프랑스의 관행에 반할 염려가 있다는 우려 때문에 자유롭게 선택할 수 있는 두 종류의 이사회를 마련하였고, 기존의 회사도 신형이사회제도를 선택할 수 있도록 하였다(신형회사법 제118조). 프랑스법이 갖는 본질적인 결함은 회사 경영을 개선하기 위하여 분리되어야 할 두 종류의 기관을 이사회라는 단일기관으로 혼합한 것이다. 그런데 신형이사회에서는 경영책임을 부담하는 기업의 지휘기관인 신형이사회와 주주를 대표하면서 주주들을 보호하기 위하여 회사의 지휘를 감독하는 임무를 부담하는 자본의 대표기관인 감사회라는 두 기관으로 분리하여 주식회사는 둘 중 하나를 선택할 수 있도록 한 것이다.¹⁶⁵⁾

163) 최준선 외, 전거서, 프랑스 회사법 부분 참조.

164) 감독기관과 지휘기관의 중복은 프랑스에서 오랫동안 비판되어 왔는데, Georges Ripert는 *Aspects juridiques du capitalisme moderne* 2me ed., Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1951(여기에서 주식회사에 대해 독일법이 프랑스법보다 논리적이고 근대적이며 효과적인 구조를 갖고 있다고 하였다. 신형이사회에서는 성원을 ‘members du directoire’로 표현하고, 기존이사회에서는 구성원을 ‘directeurs generaux’로 표현하고 있다. 원래 회사 경영자에 대해서는 중역, 이사, 임원 등으로 표현하고 있다. 하원에 법안이 상정되었을 때에는 ‘directeurs generaux’라고 하였지만 상원에서 ‘members du directoire’로 되었다. 신형 이사회에서는 업무의 집행과 감독이 엄격하게 구분되어 신형이사회는 대표이사만으로 구성되는 것이고, 이를 감독하는 기관은 감사회이다. 따라서 신형 이사회는 기존 이사회처럼 몇 개월에 1회라는 식으로 개최되는 회의체가 아닌 매일 또는 2일마다 개최되어 살아 행동할 필요가 있어서 각 구성원은 대등한 지위와 책임 그리고 직무를 수행하는 회의체여야만 하는 것이다. 따라서 그 구성원은 이름뿐인 중역이 아니라 중심적인 경영자이어야만 하는 것이다. 기존 이사회의 이사는 이사회의 업무 집행결정에는 참가하지만 주도적으로 관여하지는 않는다. 따라서 신형이사회 구성원을 ‘directeurs generaux’라고 하면 기존 이사회의 평이사와 동일한 이미지를 갖게 되어 신형이사회 의 성격을 오해할 염려가 있다고 하였다).

165) 정진세, “주식회사의 경영감독제도-프랑스의 기업지배구조 효율성에 관한 논의를 참조하여

다. 이사회 의 운영¹⁶⁶⁾

프랑스는 1966년 7월 24일 개정법에서 일층제의 업무집행기구와 이층제의 업무집행기구로 구성하였다. 일층제의 업무집행기구란 이사회가 회사를 관리하고(상사회사법 제89조 제1항) 이사회가 업무 전반을 지휘·통제하는 사장을 선임하고(상사회사법 제110조 제1항, 제113조 제1항), 이사회는 사장을 보좌하는 집행임원을 선임할 수 있도록 하고 있다(상사회사법 제119조 제1항).

이층제의 업무집행기구란 업무집행은 집행위원회가 지휘하고(상사회사법 제119조 제1항), 집행위원회의 업무집행을 감사회가 계속적으로 감독하는 구조를 말한다(상사회사법 제128조 제1항, 제119조 제3항). 집행위원회의 구성원의 책임은 이사와 동일한 민사책임을 부담하고 있다. 구성원의 수는 자본금을 기준으로 하여 정하도록 하고 있다. 집행위원회의 권한은 법령에 명시되어 있으며 회사의 명의로 행위할 수 있는 가장 광범위한 권한을 가진다. 감사회의 구성원은 회사가 공모를 하는지, 하지 않는지에 따라서 창립총회 또는 정관에 의하여 임명된다. 이의 구성은 주주가 선임한 3인 이상 내지 12인 이하로 구성되며, 여기에 노동자가 선임한 4인 또는 다른 구성원 수의 3분의 1을 초과하지 않는 범위의 수로 구성된다. 감사회는 집행위원회에 의한 회사 경영의 상시적인 감독을 하고, 감사회에서 회사의 기능에 적극적으로 참여하도록 하므로 이사회 보다 더 넓은 권한을 부여하게 되었다. 또한 집행위원회는 그의 책임하에 활동하는 위원회를 설치할 수 있으나 집행위원회의 권한에 영향을 미칠 수 있는 권한은 없으며, 감사회의 권한도 위임받지 못하도록 하고 있다.¹⁶⁷⁾

3. 일본¹⁶⁸⁾

종래 일본 주식회사의 경영구조로는 기본적으로 업무집행에 관한 의사결정 및 감독기관인 이사회, 업무집행권 및 대표권을 행사하는 대표이사과 감독기관인

-". 「상사법연구」, 제20권 제1호, 한국상사법학회, 2001, 19면.

166) 최준선 외, 전개서, 프랑스 회사법 부분 참조.

167) 정진세 역, 「프랑스회사법론」, 삼지원, 1996, 471-473면.

168) 안성포·이준우, 앞의 자료, 58면 참조.

감사가 있다. 이것은 경영기관과 감독기관이 분리되어 운영되는 이원적 제도와 이사회가 경영감독권을 수행하는 일원적 제도가 혼용되어 있는 것이었으나, 2002년 5월 상법개정을 통하여 미국식의 일원적 이사회제도를 채택할 수 있도록 회사의 지배구조개선을 꾀하고 있다.¹⁶⁹⁾

가. 이사회 의 권한¹⁷⁰⁾

일본 회사법 제362조는 이사회 의 의의와 권한에 대한 일반적 규정을 두고 있다. 동조 제1항은 이사회가 모든 이사로 조직되는 기관이라는 점을 규정한 것이고, 제2항은 이사회 의 직무권한을 명확히 한 규정이다. 즉 ① 이사회 설치회사의 경우 업무집행에 관한 결정 ② 이사의 직무집행에 대한 감독 ③ 대표이사의 선임 및 해임에 관해 열거하고 있다. 동조 제3항은 대표이사는 이사 중에서 선임되는 취지를 규정하고 있다. 동조 제4항에서는 이사회 의 전결사항에 대한 규정을 두고 있는데, ① 중요한 재산의 처분 및 양도 ② 거액의 차입 ③ 지배인 기타 중요한 사용인의 선임 및 해임 ④ 지점 기타 중요한 조직의 설치, 변경 및 폐지 ⑤ 사채모집의 경우 모집사채의 총액(회사법 제676조) 기타 중요한 사항으로서 법무부령에서 정하는 사항 ⑥ 내부통제시스템정비 ⑦ 이사 등의 책임면제에 관한 정관의 정함에 기한(회사법 제426조 제1항) 이사 등의 회사에 대한 손해배상책임(회사법 413조 제1항)의 면제가 1호에서 7호까지로 규정되어 있다.¹⁷¹⁾

한편, 회사의 업무를 집행하는 대표이사나 업무집행이사는 3개월에 1회 이상 업무집행 상황을 이사회에 보고하여야 한다(회사법 제363조).

나. 이사회 의 선임 및 운영

(1) 이사의 선임

169) 권중호, “일본의 기업법제 개정에 관한 연구”, 「코협연구보고서」 04-1, 코스닥등록법인협의회, 2004. 2, 141면 이하 참조.

170) 최준선 외, 전계서, 일본 회사법 부분 참조.

171) 한상열 “기업의 지배구조를 위한 이사회제도의 개선방안에 관한 연구”, 군산대 박사학위논문, 2010, 51면.

일본에서는 공개회사가 아닌 주식회사(위원회설치회사 제외)에 한하여 정관에 정함이 있는 경우에 종류 주주로 구성되는 종류주주총회에서 일정 수의 이어나 감사를 선임할 수 있다(회사법 제108조 제1항 제9호). 또한, 이사회가 설치된 회사의 경우에는 이사는 3인 이상 선임하여야 하며(회사법 제331조 제4항), 감사회가 설치된 회사는 감사가 3인 이상이어야 하고, 감사회의 반수 이상이 사외감사(회사법 제2조 제16호)이어야 한다(회사법 제335조 제3항). 위원회가 설치된 회사의 집행역은 이사회에서 선임하게 한다(회사법 제402조 제2항).

이사회는 소집 권한은 원칙적으로 각각의 이사에게 있으나, 정관이나 이사회에서 이사회 소집권자인 이사를 따로 정할 수도 있다(회사법 제366조 제1항). 한편, 정관이나 이사회에서 정한 소집권자가 이사회를 소집하지 않는 경우에는 소집권자 이외의 이사에게 소집청구권 및 소집권한이 인정된다(동조 제2항, 제3항). 감사도 필요한 때 이사회를 소집청구 및 소집할 수 있다(회사법 제383조 제2항). 감사설치회사, 위원회설치회사를 제외한 업무감사기관을 두지 않은 회사의 경우에는 주주에게 이사회 소집권한이 인정된다(회사법 제367조). 이 경우 소집청구를 한 주주는 이사회에서 의견을 진술할 권리가 있다(동조 제4항).

또한, 원칙적으로 소집자에 의한 소집절차가 필요하지만, 긴급개최에 대비하여 이사전원(감사설치회사의 경우 감사 및 이사 전원)의 동의가 있는 경우에는 절차를 생략하고 이사회를 개최할 수 있다(회사법 제368조). 소집통지는 회의일의 1주일 전에 발송하여야 하지만 정관으로 그 기간을 단축할 수 있다(회사법 제368조 1항).¹⁷²⁾

(2) 이사회 운영

일본에서 이사회 결의는 결의에 참석할 수 있는 이사의 과반수의 출석과 그 과반수로 결정으로 하지만(정족수 및 의결요건은 정관으로 가중할 수 있다), 결의에 특별한 이해관계를 가진 이사는 결의에 참가할 수 없다(회사법 제369조 제1항, 제2항). 또한, 이사회 의사서면 및 전자적 기록에 의해 의사록을 작성하여야 하며(회사법 제360조 제3항, 제4항) 이사회에 출석한 이어나 감사는 의사록에 서명하여야 한다(회사법 제369조 제3항, 제4항). 이사의 이의 제기한 내용

¹⁷²⁾ 최준선 외, 전거서, 일본 회사법 부분 참조.

이 의사록에 기록되어 있지 않는 경우에는 그 이사는 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정한다(회사법 제369조 제5항). 주주나 채권자는 일정한 경우에 한하여 회사의 영업시간 내에는 언제든지(감사가 설치된 회사 나 위원회가 설치된 회사는 법원의 허가를 얻어야 함) 이사회 의사록을 열람하거나 또는 등사할 수 있으며, 이사회 의사록의 비치 기간은 10년으로 하고 있다. 이사는 인적 신뢰를 바탕으로 선임되었기 때문에 대리인에 의한 의결권행사는 인정되지 않으며, 하나의 의결권을 갖고 스스로 직접 결의에 참가하여야 한다.

한편, 이사 등이 이사회에 보고하여야 할 사항을 이사 전원에게 통지한 경우에는 이사회에 보고를 생략할 수 있도록 하고 있다(회사법 제372조 제1항). 다만 대표이사·업무집행이사의 이사회에 대한 직무집행상황의 정기보고의 경우에는 이사회에 대한 보고를 생략할 수 없다(동조 제2항).

이사회 결의는 서면 또는 전자적 방법에 의한 회람 결의로 한다는 취지를 정관으로 정할 수 있도록 하였으나(회사법 제370조) 이사회결의의 목적사항에 관한 의안에 대해서는 이해관계가 있는 자를 제외한 모든 이사가 동의한 경우(감사가 설치된 회사인 경우에는 이에 더하여 감사가 이의를 제기하지 않아야 함)에 한하도록 하고 있다.

제4장 현행 상법상 이사회제도

제1절 이사회 구성과 기능

1. 이사회 의의

우리나라는 의용상법의 내용을 크게 개정하여 1962년에 회사법을 제정하였다. 제정 상법에서는 회사경영기구의 합리화와 권한의 재분배를 목적으로 대표이사 와 이사회제도를 도입하였다.¹⁷³⁾

오늘날 세계 각국은 주식회사에 대하여 자국의 법제에 의사결정기관, 집행기관, 감독기관을 규정하고 있다. 즉, 주주총회는 의사결정기관으로, 이사회는 집행기관으로 그리고 감사 또는 감사위원회는 감독기관으로 하고 있다. 이처럼 세계 의기관으로 권한을 분배한 것은 이들 기관들이 회사를 운영함에 있어 서로간 상호 견제를 통하여 합목적적이고 합리적이며 합법적으로 회사를 운영하게 하기 위함이다.¹⁷⁴⁾

한편 주식회사에는 다수의 주주가 존재하기 때문에 모든 주주가 회사경영에 직접 관여할 수 없을 뿐만 아니라, 회사업무가 복잡하여 고도의 지식과 경험을 가지고 있는 전문가에게 위임하고 있다.

즉 주주는 출자를 전담하고 경영은 전문경영인에 의해 전문화되고 있는 것이다. 이에 따라 회사의 소유자인 주주가 업무집행기관이나 대표기관이 되지 않고, 이사회와 대표이사 또는 그에 상응하는 기관에 업무를 맡기고 있는 것이다. 따라서 이사회가 주식회사의 다른 어떤 기관보다도 그 중요성과 기능이 강조되는 기관이 되었다.¹⁷⁵⁾

173) 1962년 회사법 제390조.

174) 김교창, “현행 상법상의 감사제도와 그 개선방안”, 「상장협」, 제26호 (1992년 추계호), 한국 상장회사협의회, 1999, 10면 (이와 같이 3기관으로 권한을 분배한 것은 이들 기관들이 서로 견제를 통하여 합리적이고 합법적이며 합목적적으로 회사를 운영하기 위한 것이라고 한다).

175) 박인현, 전개논문, 13면.

가. 이사회 의 법적 지위

이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 이사의 직무집행을 감독할 권한을 갖는 이사 전원으로 구성되는 주식회사의 기관이다. 상법상 업무집행기관으로서 이사회는, 그 이사회가 업무수행을 위하여 개최하는 정기 또는 임시의 단순 회의(meeting)로서의 이사회와는 개념상 명백히 구별된다.¹⁷⁶⁾

한편, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사로서 이사를 1명 또는 2명 둔 경우에는 각 이사(정관에 따라 대표이사를 정한 경우에는 그 대표이사)가 회사의 업무집행에 관한 의사결정을 하며¹⁷⁷⁾ 기관으로서 이사회는 존재하지 아니하므로 이러한 이사회에 관한 규정이 적용되지 아니한다.¹⁷⁸⁾

나. 이사회와 대표이사

회사는 정관으로 주주총회에서 대표이사를 선정할 것으로 정하지 않는 한 이사회 의 결의로 회사를 대표할 이사를 선정하여야 한다.¹⁷⁹⁾ 또한, 대표이사는 주주총회에서 선임된 이사의 지위도 갖기 때문에 이사회 의 구성원으로서 회사업무를 집행할 뿐만 아니라 그 결정과 감독에도 참여하게 된다.¹⁸⁰⁾

이사회는 회사업무를 집행할 결의하며, 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다.¹⁸¹⁾ 대표이사는 주주총회와 이사회에서 결의된 사항을 집행할 권한이 있으며, 이사회에서도 업무집행에 관한 모든 것을 결의할 수는 없고, 이를 대표이사에게 일부 위임하는 것은 불가피하다. 대표이사가 일상적인 사항에 대한 업무집행에 관한 의사결정을 할 수 있다.¹⁸²⁾

176) 정찬형, 전게서, 843면.

177) 상법 제393조 제1항.

178) 상법 제383조 제1항 단서, 제5항.

179) 상법 제389조 제1항.

180) 상법 제382조 제1항.

181) 상법 제389조 제3항, 제209조.

182) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2005, 557면.

다. 이사회와 상무회

우리 상법은 이사회제도를 채용하면서 업무집행에 대한 의사결정과 업무집행을 이사회에서 감독하도록 하였다. 그러나 현대 기업에서 재정적 사항이나 비재정적 사항을 불문하고 이사회가 특수한 사항이나 광범위한 정책에 대하여 결정을 선도하였다는 징표는 거의 없다.¹⁸³⁾ 이사의 결의사항도 상무회¹⁸⁴⁾에서 내부적으로 결정하여 이사회에 요식적으로 부의하는 것이 일반적이다.¹⁸⁵⁾

현실적으로 상무회는 전반적인 관리기능을 담당하고 있을 뿐만 아니라, 최고경영층의 중요한 부분을 이루고 있는 조직이다. 하지만 상무회에 대한 근거, 그들의 권한과 책임의 한계 등에 대한 실정법적인 근거가 없기 때문에 많은 문제점을 안고 있는 것이 사실이다.¹⁸⁶⁾

2. 이사의 구성

가. 이사

(1) 이사의 지위

이사(director)는 회사와 위임관계¹⁸⁷⁾이므로 수임인으로서의 지위를 가지며, 상법에 규정이 없는 사항에 대해서는 민법상의 위임에 관한 규정을 준용하고 있다.¹⁸⁸⁾ 이사는 원칙적으로 회사의 기관이 아니며 기관인 이사의 구성원에 해당되기 때문에 이사는 이사의 구성원으로서 회사의 업무집행에 관한 의사결정

183) 김진봉, “이사의 상무회제도에 관한 연구”, 「사회과학연구」, 제9집, 서원대학교 사회과학연구소, 1996, 15면.

184) 그 명칭에 있어서도 간부회의, 운영위원회, 임원회의 내지 집행임원회 등 다양하고, 설치근거도 정관이나 이사의 결의에 따라 공식적 내지 비공식적으로 운영된다.

185) 김용구·황근수, 전계서, 433면.

186) 김진봉, 전계논문, 25-26면 참조.

187) 이사와 회사와의 관계는 위임에 관한 계약관계로서 민법의 위임에 관한 규정(민법 제680조 이하)이 준용된다.

188) 상법 제382조 제2항.

과 대표이사의 업무집행을 감독하는 데 참여할 권한을 갖는 자라고 볼 수 있다.¹⁸⁹⁾ 자본금 총액이 10억원 미만인 소규모 회사는 이사를 1명 또는 2명을 둘 수 있으므로 각 이사(정관에 의해 대표이사를 정한 경우에는 그 대표이사를 말한다)는 업무집행기관이나 대표이사로서의 지위를 갖는다고 할 수 있다.¹⁹⁰⁾

또한, 이사는 주주총회에 출석할 수 있으며 출석한 이사는 총회의 의사록에 의사의 경과요령과 그 결과를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 하며,¹⁹¹⁾ 총회결의취소의 소 등 각종의 소(상법 제328조, 제429조, 제445조, 제529조)를 제기할 수 있는 권한을 가지고 있다.¹⁹²⁾

(2) 이사의 선임

상법상 회사의 이사는 주주총회에서 보통결의에 의하여 선임되며,¹⁹³⁾ 제3자나 다른 기관에 이사의 선임을 위임할 수 없다. 따라서 회사의 정관에서 이사의 선임을 제3자나 기타 기관에 위임하게 하거나, 이사의 선임에 있어 주주총회의 결의 외에 제3자의 동의를 얻도록 하는 규정은 효력이 없다고 본다.¹⁹⁴⁾ 다만, 회사의 설립 시 발기설립의 경우에는 발기인은 지체없이 의결권의 과반수로 이사를 선임하여야 하며,¹⁹⁵⁾ 모집설립의 경우에는 창립총회에서 선임한다.¹⁹⁶⁾ 한편, 2009년 개정된 상법에서는 상장회사에 관하여 주주총회에서 이사 또는 감사를 선임하는 경우에는 통지하거나 공고한 후보자 중에서 선임하여야 한다.¹⁹⁷⁾

상법에서는 2인 이상의 이사를 선임할 경우에 원칙적으로 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 수 있도록 허용하고 있으나 정관으로 집중투표제를 배제할 수 있다. 즉, 2인 이상의 이사의 선임을 목적으로 하는 총회의 소집이 있는 때에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을

189) 자본금 총액이 10억원 미만인 소규모 주식회사에서는 이사를 1명 또는 2명을 둘 수 있으므로 이사가 업무집행기관, 대표이사로서의 지위를 갖는다고 볼 수 있다.

190) 상법 제383조 제1항, 제6항.

191) 상법 제373조 제2항.

192) 상법 제328조, 제429조, 제445조, 제529조.

193) 상법 제382조 제1항.

194) 정동윤, 「상법(上)」, 제4판, 법문사, 2009, 574면.

195) 상법 제296조.

196) 상법 제312조.

197) 상법 제542조의5, 제542조의4 제2항.

가진 주주는 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 회사에 대하여 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있다. 이러한 집중투표제의 청구는 주주총회일의 7일 전까지 서면 또는 전자문서로 하여야 한다.¹⁹⁸⁾ 집중투표의 청구가 있는 경우에 이사의 선임결의에 관하여 각 주주는 1주마다 선임할 이사의 수와 동일한 수의 의결권을 가지며, 그 의결권은 이사 후보자 1인 또는 수인에게 집중하여 투표하는 방법으로 행사할 수 있도록 하였다.¹⁹⁹⁾

한편, 회사와 이사의 관계는 민법의 위임에 관한 규정을 준용하기 때문에 이사는 주주총회에서 선임되더라도 주주총회는 의사결정기관이므로 여기에서의 이사선임결의가 곧 이사선임자에 대한 청약이 되는 것은 아니다. 따라서 주주총회의 이사선임결의에 따라 회사대표자의 청약과 이사선임자의 승낙에 의해 이사임용계약이 체결된다고 볼 수 있다.²⁰⁰⁾ 마지막으로 회사가 이사를 선임한 경우에는 이를登記하여야 하며,登記되지 않은 이사는 상법상 이사로서 직무권한을 행사할 수 없다고 할 수 있다.²⁰¹⁾

(3) 이사의 수와 임기

주식회사의 이사는 최소 3명 이상이어야 하며 제한은 없으나, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 이사를 1명 또는 2명으로 할 수 있다.²⁰²⁾ 또한, 이사의 임기에 대하여는 3년을 초과하지 못하게 하였으나, 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장할 수 있다.²⁰³⁾

한편, 2001년 상법 개정에 의해 신설된 조항에서 합병을 하는 회사의 일방이 합병 후 존속하는 경우에 존속하는 회사의 이사 및 감사로서 합병 전에 취임한 자는 합병계약서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 합병 후 최초로 도래하는 결산기의 정기총회가 종료하는 때에 퇴임하며²⁰⁴⁾ 주식교환에 의하여 완전모회사가 되는 회사의 이사 및 감사로서 주식교환 전에 취임한 자는 주식교환계약

198) 상법 제382조의2 제1항, 제2항.

199) 상법 제382조의2 제3항.

200) 상법 제382조 제2항.

201) 상법 제317조 제2항 제8호.

202) 상법 제383조 제1항.

203) 상법 제383조 제2항, 제3항

204) 상법 제527조의4

서에 다른 정함이 있는 경우를 제외하고는 주식교환 후 최초로 도래하는 결산기에 관한 정기총회가 종료하는 때에 퇴임한다²⁰⁵⁾고 규정되어 있다.

(4) 이사의 자격

우리 상법상 사외이사 이외의 이사의 자격은 원칙적으로 제한이 없으며, 주주가 아니라도 무방하다. 그러나 정관으로 이사가 가질 주식의 수를 정한 경우에 다른 규정이 없는 때에는 이사는 그 수의 주권을 감사²⁰⁶⁾ 또는 감사위원회²⁰⁷⁾에 공탁하여야 한다. 한편, 파산자 또는 금치산자는 이사가 되지 못하나 민법 제117조를 유추 적용하여 자연인인 이상 행위능력의 유무는 묻지 않는다. 또한, 감사는 그 회사 및 자회사의 이사가 되지 못하며,²⁰⁸⁾ 상업사용인은 영업주의 허락 없이 다른 회사의 이사가 되지 못한다.²⁰⁹⁾

(5) 이사의 보수

전술한 이사의 지위에서 보았듯이 이사와 회사의 관계는 위임에 관한 계약관계로서 민법의 위임에 관한 규정이 준용되고 있다. 민법상의 위임계약은 무상을 원칙적으로 하고 있으나 이사와 회사의 위임계약은 민법상의 무상인 점과 달리 회사는 일반적으로 이사에게 보수를 주는 유상을 원칙으로 하고 있다. 이사의 보수는 업무 집행의 대가로서 지급되는 것으로서 봉급, 각종 수당, 상여금, 퇴직금 등 그 명칭은 불문하며, 보수액은 일반적으로 정관에 규정되어 있다. 한편, 정관에 이사의 보수액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 정하여야 한다.²¹⁰⁾

따라서 주주총회에서 이사의 보수액에 관한 결정권을 가지고 있기 때문에 대표이사나 이사회에서 이사의 보수액을 결정하는 것은 위법이며 무효로 본다. 다

205) 상법 제360조의13

206) 상법 제387조.

207) 상법 제415조의2 제7항.

208) 상법 제411조.

209) 상법 제17조 제1항.

210) 상법 제388조.

만 정관이나 주주총회에서 결정된 이사보수 총액에서 각각 이사의 보수액을 결정하는 것은 이사회에 위임할 수 있다.

(6) 이사의 종임과 해임

이사와 회사의 관계는 민법상 위임에 관한 규정이 준용되기 때문에 이사는 언제든지 사임할 수 있으며, 사망·파산·금치산 또는 회사의 파산으로 종임된다.²¹¹⁾ 또한, 이사의 종임 사유로 임기만료, 정관 소정의 자격상실, 해임 또는 회사의 해산 등이 있으며, 이사가 종임한 때에는 선임 시와 마찬가지로 그 등기를 하여야 한다.

한편, 이사는 언제든지 주주총회에 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로서 해임할 수 있다. 그러나 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.²¹²⁾ 또한, 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 이사의 해임을 부결한 때에는 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다.²¹³⁾

(7) 이사의 자기거래 제한

2011년 상법 개정을 통하여 이사뿐만 아니라 이사의 배우자, 이사의 직계존비속, 이사의 배우자의 직계존비속과 그들의 개인회사가 회사와 거래하는 경우에는 이사 3분의 2 이상의 수로써 이사회의 승인을 받도록 규정하였다. 또한, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다고 함으로써 회사와 이사의 자기거래의 요건을 더욱 엄격히 규정하였다.²¹⁴⁾

이사는 이사 3분의 2 이상의 수로써 이사회 승인 없이 직무를 수행하는 과정에서 알게

211) 민법 제690조

212) 상법 제385조 제1항.

213) 상법 제385조 제2항.

214) 상법 제398조.

되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회, 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회 등 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다.²¹⁵⁾

또한, 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.²¹⁶⁾ 이사의 회사에 대한 책임의 감면은 이사의 최근 1년간의 보수액의 6배(사외이사의 경우 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 단, 경업금지, 회사의 기회 및 자산의 운용, 이사와 회사간에 거래, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우에는 이사에 대한 책임을 감면하지 않는다. 하지만, 주주 전원의 동의로 이사의 책임을 면제할 수 있다.²¹⁷⁾

나. 이사회 내의 위원회

(1) 위원회 도입의 필요성

우리나라 상법은 1999년 12월 미국의 개정모범사업회사법을 참고하여 이사회 내의 위원회에 관한 규정을 신설하였다.²¹⁸⁾ 이사회 내의 위원회제도는 이사의 수가 많아 이사가 분산된 대규모 회사에서 회의를 소집하는 부담을 감소시키고 회사 운영의 효율성을 높일 수 있는 제도이다. 우리 상법은 ① 주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안 ② 대표이사의 선임 및 해임 ③ 위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임 ④ 정관에서 정하는 사항 등을 제외한 권한을 위원회에 위임할 수 있으며, 이사회는 정관에 정하는 바에 따라 위원회를 설치할 수 있다고 규정하고 있다.²¹⁹⁾ 따라서 이사회 내의 위원회제도를 통해 위원회를 하나의 기관으로 인정하고 있다고 볼 수 있다. 즉, 이사회 내의 위원회가 위임 받은 권한의 범위에서 결의를 하면 이사회의 결의와 동일시되거나 이사회는 위원회가 결의

215) 상법 제397조의2 제1항.

216) 상법 제399조.

217) 상법 제400조..

218) 상법 제393조의2.

219) 상법 제393조의2 제1항, 제2항.

한 사항에 대하여 다시 결의할 수 있다.²²⁰⁾

하지만, 이사회 내의 위원회는 회사가 자율적으로 정관의 규정에 의하여 설치할 수 있기 때문에 강제성이 없다. 한편 이사회 내의 위원회는 2인 이상의 이사로 구성하여야 하므로²²¹⁾ 자본총액이 10억원 미만인 회사는 이사를 1인 또는 2인으로 할 수 있기 때문에²²²⁾ 성질상 위원회를 설치하는 것이 어렵다고 할 수 있다.²²³⁾

이사회 내의 위원회제도의 입법 취지는 회사의 규모가 대규모 일수록 이사의 수는 증가할 수밖에 없는데 이사의 수가 많은 회사의 경우에 모든 이사가 이사회 권한에 속하는 방대한 사항을 이사회를 통하여 전부 결정한다는 것은 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 따라서 이사회 내의 위원회를 설치하여 이사회 권한 중에 중요한 사항을 제외한 업무집행에 관한 사항은 이사회 내 위원회에 그 결정을 위임할 수 있도록 하여²²⁴⁾ 이사회 운영의 효율성을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있다. 이사회 내에 위원회제도를 통해 회사는 기능별 위원회를 둘 수 있고 이러한 위원회의 기능에 적합한 이사를 이사회 내 위원회에 배치하여 이사회 의사결정에 전문성을 발휘할 수 있다는 장점이 있다.

반면에 이사회 내의 위원회에서 결정한 사항에 대하여 해당 위원회의 이사 및 위원회 외의 이사의 책임에 있어 한계가 불명확하며 또한, 해당 위원회의 이사가 아닌 이사는 타 위원회에 위임된 사항에 대하여 해당사항이 없기 때문에 타 위원회에 대하여 무관심하게 될 수밖에 없다는 단점을 갖는다.

(2) 위원회의 구성

우리 상법은 이사회 내의 위원회를 설치할 경우에 2인 이상의 이사로 구성하도록 되어있다.²²⁵⁾ 따라서 이사이면 누구나 위원회의 위원이 될 수 있다. 다만 감사위원회는 다른 위원회와 달리 3인 이상의 이사로 구성하여야 하며 사외이사

220) 상법 제393조의2 제4항.

221) 상법 제393조의2 제3항.

222) 상법 제383조 제1항 단서.

223) 이철송, 전게서, 852면.

224) 최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2005, 601면.

225) 상법 제393조의2 제3항.

가 위원의 3분의 2 이상이 되어야 한다.²²⁶⁾

한편, 이사가 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 이사직을 퇴임하면 퇴임한 이사가 속한 해당 위원회의 위원의 자격도 상실하기 때문에 당연히 해당 위원회의 위원에서 퇴임 되며 이러한 위원의 퇴임으로 해당 위원회의 인원이 2인 미만 또는 정관이 정한 위원회 정원에 미달하게 된 경우에는 퇴임한 위원은 새로운 위원이 취임할 때까지 해당 위원회의 위원으로서의 권리와 의무를 갖는다²²⁷⁾

다. 감사위원회

(1) 감사위원회의 설치

각국은 입법례에 따라 감사기관의 설치 형태가 다르다. 미국은 필요적 상설기관으로서 감사기관을 설치하지 않으며, 이사회 내의 내부감사기구로서 감사위원회를 두고 있다. 독일은 이사의 선임 및 감독을 위하여 복수의 감사로 구성된 감사회를 설치하고 있으며, 일본은 감사업무만을 전담하는 독립제 기관으로서 회사의 규모에 따라 감사와 영미식의 감사위원회를 병존시키고 있다.

우리 상법은 1999년 12월 상법을 개정하면서 감사위원회에 관한 규정을 신설하였다. 즉, 회사는 감사를 두는 것을 원칙으로 하지만 정관에 정하는 바에 따라 감사에 갈음하여 이사회 내의 위원회의 하나로서 감사위원회를 둘 수 있게 하였다.²²⁸⁾ 또한, 회사에 감사위원회를 설치한 경우에는 감사를 두지 못하도록 하였으며, 소규모 회사에 대하여는 감사를 두지 않아도 된다.²²⁹⁾ 이러한 우리나라의 상법상 규정을 보았을 때 우리나라는 일본과 같은 감사업무만을 전담하는 독립제 기관으로서의 감사와 감사위원회를 회사의 규모에 따라 병존시키고 있다고 볼 수 있다. 또한 우리나라는 미국의 감사위원회처럼 이사회 내부에 하나의 위원회로써 감사위원회를 둘 수 있으며, 감사위원회의 권한은 감사와 권한과 동일하다.²³⁰⁾

226) 상법 제415조의2 제2항.

227) 상법 제393조의2 제5항, 제386조 제1항.

228) 상법 제415조의2 제1항.

229) 상법 제409조 제4항.

230) 이철송, 「회사법강의」, 제29판, 박영사, 2021, 884면.

감사위원회의 구성은 전술한 위원회의 구성에서 보았듯이 이사회 내 위원회는 2인 이상으로 구성되지만, 감사위원회는 3인 이상의 이사로 구성하되, 다만 사외 이사가 위원의 3분의 2 이상이어야 한다. 상법상 감사위원회의 설치는 원칙적으로 선택사항이나, 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 2조 원 이상의 대규모 상장회사는 감사에 갈음하여 감사위원회를 의무적으로 설치하여야 한다.²³¹⁾ 상장회사 중 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 1천억 원 이상인 회사는 회사에 상근하면서 감사업무를 수행하는 상근감사를 1명 이상 두는 상근감사제도를 도입하고 있다.²³²⁾

따라서 상장회사에서는 비상근감사, 상근감사, 감사위원회 등 세 가지 감사제도가 시행되고 있으며, 감사위원회의 감사위원 중 1명 이상은 대통령령으로 정하는 회계 또는 재무 전문가이어야 하며 감사위원회의 대표는 사외이사이어야 한다.²³³⁾ 비상장회사는 자본금 총액 10억 원을 기준으로 하여 10억 원 미만인 회사는 감사기관을 두지 않을 수 있고,²³⁴⁾ 10억 원 이상인 회사는 감사나 감사위원회 중 어느 하나를 선택하여 반드시 두어야 한다.

상장회사로 최근 사업연도 말 현재의 자산총액 1천억 원과 2조 원을 기준으로 하여 현재의 자산총액 1천억 원 이상인 상장회사는 상근감사를 두어야 하며 현재의 자산총액 2조 원 이상인 상장회사는 감사위원회를 두어야 한다.²³⁵⁾ 한편 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 1천억 원 이상 2조 원 미만인 상장회사는 상근감사 또는 감사위원회 중 하나를 선택하여 는 반드시 두어야 한다.²³⁶⁾ 또한, 상근감사를 대체할 수 있는 것은 특례감사위원회로 국한되며, 자산총액 2조 원 이상인 상장회사는 반드시 특례감사위원회를 설치해야 한다. 이처럼 상법은 자산총액에 따라 감사가 아닌 감사위원회의 설치를 강제하는 등 회사의 규모별로 감사기관의 설치 구조를 각각 달리하고 있다.

231) 상법 제542조의11 제1항

232) 상법 제542조의10 제1항.

233) 상법 제542조의11 제2항.

234) 상법 제409조 제4항. 소규모 회사의 경우, 출자자가 직접 경영하는 경우가 대부분이므로 업무집행에 대한 독립적인 감독의 필요성이 없을 수 있기 때문이다.;송옥렬, 「상법강의」, 제11판, 홍문사, 2021, 1122면.

235) 상법 시행령 제36조, 제37조.

236) 상법 제542조의10 제1항, 제542조의11 제1항.

(2) 감사위원의 자격

우리나라 상법에서는 상장회사의 감사위원의 자격요건에 대하여 규정하고 있으나, 비상장회사의 감사위원의 자격요건에 대하여는 따로 규정하고 있지 않다. 하지만, 비상장회사도 3명 이상의 이사로 구성된 감사위원회의 독립성을 위해 감사위원의 3분의 2 이상은 사외이사로 구성하여야 한다.²³⁷⁾ 따라서 비상장회사의 감사위원의 중 사외이사의 경우에는 상법상 사외이사의 일반적 자격요건의 결격사유에 해당하면 사외이사의 직을 상실한다.²³⁸⁾

상장회사의 경우에는 자산 규모 등을 고려하여 상장회사의 감사위원 자격요건에 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 자산총액 2조 원 이상으로서 감사위원회를 의무적으로 두어야 하는 대규모 상장회사는 감사위원회의 감사위원 가운데 1명 이상은 대통령령으로 정하는 회계 또는 재무 전문가이어야 하며²³⁹⁾ 감사위원회의 대표는 사외이사일 것을 요구하고 있다. 또한 상법상 상근감사의 결격사유는 상장회사의 사외이사가 아닌 감사위원회 위원에 적용되기 때문에 이에 해당된 경우에는 감사위원 직을 상실한다.²⁴⁰⁾

둘째, 자산총액 2조 원 미만 1천억 원 이상으로서 상근감사를 두어야 하는 상장회사가 대신 감사위원회를 두는 경우에는 전술한 자산총액 2조 원 이상으로서 감사위원회 자격과 동일하다.

셋째, 자산총액 1천억 원 미만의 상장회사는 정관에 정한 바에 따라 감사에 갈음하여 감사위원회를 설치할 수 있기 때문에 이에 해당하는 상사회사가 감사위원회를 설치 할 경우에는 상법 제542조의11에 따른 자격요건은 적용하지 않는다.

(3) 감사위원의 선임과 해임

비상장회사와 상장회사에 있어 감사위원회 위원의 선임과 해임 방법에 차이가 있다. 비상장회사는 이사회가 보통결의로 이사 중에서 감사위원을 선임하고 해

237) 상법 제415조의2 제2항.

238) 상법 제382조 제3항.

239) 상법 시행령 제37조 제2항.

240) 상법 제512조의11 제1항, 제2항, 제3항.

임에 대한 결의는 이사회 이사 총수의 3분의 2 이상의 결의가 있어야 한다.²⁴¹⁾ 반면 상장회사의 감사위원 선임과 해임에 대한 권한은 주주총회에 있다.²⁴²⁾

(가) 자산총액 2조원 이상인 상장회사

자산총액 2조 원 이상의 상장회사는 감사위원회를 의무적으로 두어야 하므로 감사위원의 선임은 주주총회의 보통결의에 의하며 주주총회의 특별결의에 의하여 감사위원은 해임된다.²⁴³⁾

한편, 감사위원의 선출방식에 있어 일괄 선출방식과 분리 선출방식이 대립하고 있다.²⁴⁴⁾ 첫째, 일괄 선출방식에 따르면, 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임하며 이때 3% rule은 적용되지 않는다. 이후, 주주총회에서 선임된 이사 중에서 감사위원을 선임하는데 이때 3% rule을 적용하여 주주총회 결의로 감사위원을 선임한다.²⁴⁵⁾ 이러한 감사위원의 일괄 선출방식은 최대주주에 대한 의결권 제한이 없기 때문에 최대주주는 주주총회에서 영향력을 행사하여 이사를 선임할 수 있는 상태이므로, 이사들이 선임된 이후 감사위원을 선임할 때 3% rule을 적용하는 것은 3% rule의 존재가 사실상 의미가 없고, 실익 또한 크지 않다는 문제점이 있다.

둘째, 분리 선출방식에 따르면 감사위원의 일괄 선출방식은 3% rule의 의미와 실익이 없다는 점에서 주주총회에서 감사위원이 될 이사를 처음부터 3% rule을 적용하여 따로 선임 함으로써 대주주의 영향력을 약화시켜 사실상의 3% rule의 존재와 실익을 보장하자는 것이다. 이에 정부는 감사위원의 선임 시 최대주주의 영향력 행사를 방지하기 위해 감사위원을 처음부터 다른 이사와 분리해서 선출하도록 하는 분리 선출방식을 취하면서, 최대주주와 특수관계인의 의결권을 합산해 3% rule을 적용하는 개정안을 추진하였다.²⁴⁶⁾

241) 상법 제393조의2 제3항, 제415조의2 제1항, 제3항, 제391조.

242) 상법 제542조의12 제1항.

243) 상법 제542조의12 제3항.

244) 권도중, “감사위원회와 분리선임제도의 문제점 및 개선방안”, 『경회법학』, 제55권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2020, 153-194면.; 정병덕, “개정 상법상의 감사위원 분리선임 제도 도입의 의미와 과제”, 『경영법률』, 제31집 제2호, 한국경영법률학회, 2021, 151-178면.

245) 상법 제542조의12 제2항, 제4항.

246) 이상훈, “기업지배구조 개선을 위한 상법 개정의 필요성”, 『상법개정방향 모색 토론회—기업

한편 2020년 상법을 개정하면서 절충안을 제시하였는데, 감사위원 가운데 최소한 1명은 주주총회 결의로 다른 이사들과 분리하여 감사위원이 되는 이사를 선임하여야 하며, 정관으로 감사위원이 되는 이사를 2명 이상으로 정할 경우에는 정관으로 정한 인원으로 한다고 규정하였다. 따라서 감사위원의 선출에 대하여 분리 선출방식을 의무적으로 채택하도록 하였다.²⁴⁷⁾ 이에 2020년 개정상법에서 합산 3% rule과 관련한 정비가 있었다.

첫째, 상장회사에서 감사위원을 선임 또는 해임할 때에는 상장회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수에 대해 최대주주, 최대주주의 특수관계인인 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척 등과 그 밖에 대통령령이 정하는 자가 소유하는 의결권 있는 발행주식의 합계가 발행주식총수의 3%(정관에서 더 낮은 주식 보유 비율을 정한 경우에는 그 비율)을 초과하는 경우 그 초과하는 부분에 대하여는 사외이사가 아닌 감사위원회 위원을 선임하거나 해임할 때 의결권을 행사하지 못하도록 하여 합산 3% rule이 적용된다. 반면 최대주주가 아닌 주주의 경우에는 그 특수관계인과 합산하지 아니하고 자신이 가진 의결권 있는 발행주식 중 3%를 초과하는 부분에 대하여만 의결권이 제한되기 때문에 개별 3% rule이 적용된다.

둘째, 사외이사인 감사위원회 위원을 선임할 때는 모든 주주는 일괄적으로 발행주식총수의 3%를 초과하는 수(정관에서 더 낮은 주식 보유 비율을 정한 경우에는 그 비율)의 주식에 관하여 의결권 행사가 제한되기 때문에 개별 3% rule이 적용된다고 볼 수 있다.²⁴⁸⁾ 따라서 대규모 상장회사의 감사위원 대부분은 사외이사로 구성된다는 점을 고려해 보면 실질적으로는 최대주주이든 일반 주주이든 모두 개별 3% rule이 적용되는 것으로 이해할 수 있다.

상장회사의 감사위원 해임 요건은 상장회사의 자산 규모에 따라 각각 다르며, 전술한 선임 요건과 거의 동일하다고 볼 수 있다. 상장회사로서 자산총액 2조 원 이상으로서 감사위원회를 의무적으로 두어야 하는 대규모 상장회사에서 감사위원을 해임할 때에는 주주총회의 특별결의로 이사의 해임과 동일한 방법으로 감사위원을 해임²⁴⁹⁾하기 때문에 감사위원의 선임결의가 주주총회의 보통결의에 의한

지배구조 개선을 위한 상법 개정의 필요성」(토론회), 2020. 11. 10. 12-13면.

247) 상법 제542조의12 제2항.

248) 상법 제542조의12 제4항.

249) 상법 제542조의12 제3항.

것과 다르며, 해임에는 정당한 이유를 요하지 않는다.²⁵⁰⁾ 또한 전술한 감사위원 선임 시의 3% rule 규정은 해임의 경우에도 동일하게 적용된다고 볼 수 있다.

한편, 이사가 감사위원회의 감사위원에서 해임되더라도 이사의 직은 유지하는 것이 원칙이다. 하지만 분리 선임한 감사위원을 해임하면 이사의 직도 상실하며 주주총회의 특별결의로 분리 선임하지 않는 감사위원을 해임할 수 있고 이러한 해임에 정당한 이유를 요하지 않는다. 또한 감사위원은 이사의 직을 겸하고 있기 때문에 이 경우 감사위원의 직도 상실한다고 본다.

(나) 자산총액 1천억 원 이상 2조 원 미만인 상장회사

상장회사로서 자산총액 1천억 원 이상 2조 원 미만인 회사가 상근감사가 아닌 감사위원회를 설치하는 경우에는 특례감사위원회 규정²⁵¹⁾이 적용되므로, 전술한 자산총액 2조 원 이상에서 적용되는 상장회사 특례규정에 따라 감사위원 선임 규정이 동일하게 적용되며, 한편 자산총액 1천억 원 이상 2조 원 미만인 상장회사가 상근감사를 두는 경우는 사외이사가 아닌 감사위원을 두는 것과 동일하게 적용된다.²⁵²⁾

자산총액 1천억 원 이상 2조 원 미만인 상장회사의 감사위원 해임에 있어서는 전술한 자산총액 2조 원 이상에서 적용되는 상장회사 특례규정이 감사위원 해임에 동일하게 적용된다고 할 수 있다.

(다) 자산총액 1천억 원 미만인 상장회사

자산총액 1천억 원 미만의 상장회사는 감사위원회(일반감사위원회)를 두기 때문에,²⁵³⁾ 비상장회사와 같이 이사회 일반결의로 감사위원을 선임하며, 감사위원의 해임은 비상장회사와 같이 이사 총수 3분의 2 이상의 이사회 특별결의로 해임된다.

250) 이철송, 「회사법강의」, 제29판, 박영사, 2021, 886면.

251) 상법 제542조의11.

252) 상법 제542조의12 제4항, 제7항.

253) 상법 제415조의2.

(4) 감사위원회의 권한

회사는 감사나 감사위원회 중에서 하나를 채택할 수 있으며, 감사위원회를 채택한 회사는 감사를 두지 않아도 된다. 따라서 감사위원회는 감사가 행할 수 있는 모든 권한을 행사할 수 있으며, 상법상 감사의 권한에 관한 조문은 모두 감사위원회에 준용된다.²⁵⁴⁾ 감사위원회는 그 운영을 위하여 위원회를 대표할 자를 결의로써 선정하여야 하며, 이때 위원회의 대표로 수인의 위원을 공동으로 정할 수 있다.²⁵⁵⁾ 감사위원회는 이사회 내의 위원회 중 하나이므로 주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안, 대표이사의 선임 및 해임, 위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임, 정관에서 정하는 사항 등을 제외한 나머지의 권한을 갖는다.²⁵⁶⁾ 따라서 위원회소집, 결의 및 결의의 통지, 회의의 연기 또는 속행에 관한 규정과 결의의 하자에 관한 사항 등은 감사위원회에도 적용된다.²⁵⁷⁾

이와 같은 감사위원회의 권한은 감사의 권한과 같은 회계감사를 포함하여 업무집행 전반을 감사할 수 있는 권한을 갖는다는 것을 의미한다. 또한, 기업집단에 있어 감사위원회는 그 직무를 수행하기 위하여 필요한 때에는 자회사에 대하여 영업의 보고를 요구할 수 있으며, 자회사가 감사위원회의 요구에 지체 없이 보고를 하지 아니한 경우 또는 그 보고의 내용을 확인할 필요가 있는 경우에는 자회사의 업무와 재산 상태를 조사할 수 있다.²⁵⁸⁾

감사위원회는 전술한 권한 외에도 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구할 수 있으며, 회사의 업무와 재산 상태를 조사할 권한을 갖고 있다. 또한 감사위원회는 원활한 권한 행사를 위해 회사의 비용으로 전문가의 조력을 구할 수 있다.²⁵⁹⁾

한편, 우리 상법은 이사가 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사위원회에 보고하도록 하고 있다.²⁶⁰⁾

254) 상법 제415조의2 제6항

255) 상법 제415조의2 제4항.

256) 상법 제393조의2 제2항.

257) 상법 제393조의2 제4항, 제5항.

258) 상법 제415조의2 제6항, 제412조의4 제1항, 제2항.

259) 상법 제415조의2 제5항, 제6항, 제412조 제2항.

260) 상법 제415조의2 제6항, 제412조의2.

(5) 감사위원회의 의무와 책임

회사와 이사의 관계는 위임관계이므로 이사는 수임인의 지위에 있기 때문에 민법상의 위임규정이 준용된다. 이에 감사위원회의 감사위원은 이사 중에서 선임되기 때문에 회사와 감사위원회의 감사위원 관계 또한 민법상 위임관계에 있다고 볼 수 있다. 따라서 감사위원은 민법상의 선량한 관리자의 주의로써 그 위임 사무를 처리하여야 한다. 또한, 감사위원회는 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 행위를 할 염려가 있다고 인정한 때에는 이사회에 이를 보고할 의무, 이사가 주주총회에 제출할 의안 및 서류를 조사하여 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 부당한 사항이 있는지 여부에 대하여 주주총회에 그 의견을 진술할 의무, 감사록과 감사보고서를 작성할 의무를 부담한다.²⁶¹⁾

회사와 감사위원회의 감사위원과는 민법상 위임관계에 있으므로 첫째, 감사위원이 수임인으로서 그 임무를 게을리한 때에는 그 감사위원은 연대하여 회사에 대하여 손해배상의 책임이 있다. 둘째, 감사위원이 악의 또는 중과실로 인하여 그 임무를 게을리한 때에는 그 위원은 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 셋째, 감사위원이 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 이사회도 그 책임이 있는 때에는 그 감사위원회 위원과 이사는 연대하여 배상할 책임을 진다. 한편, 감사위원회의 감사위원은 이사 중에서 선임되기 때문에 회사에 대하여 소수주주의 대표소송에 의한 감사위원의 책임추궁이나 감사위원의 책임면제의 요건에 대해서는 이사의 경우와 같다고 할 수 있다.²⁶²⁾

3. 이사회 기능과 권한

회사 업무집행에 관한 의사결정 권한과 업무집행에 대한 감독권한이 이사회 주어져 있는데, 이러한 권한을 이사회에 부여하는 것은 일반적으로 협의(consultation), 심의(deliberation), 공동판단(collective judgement)을 근거로 하여 정당화된다.

이와 같이 이사들은 이사회를 통하여 그들의 경영의무를 이행하여야 하며, 최

261) 상법 제382조 제2항, 제415조의2 제6항, 제391조의2 제2항, 제413조, 제413조의2, 제447조의4.

262) 상법 제415조의2 제6항, 제414조 제1항, 제2항, 제3항, 제400조, 제403조.

선의 판단과 독립적인 결정권을 행사할 것이 요구되고, 회사정책의 결정과 집행에 책임을 지게 된다.²⁶³⁾

일반적으로 이사회는 최고경영자에 대한 조언과 권고라고 한다.²⁶⁴⁾ 중요한 회사 행위의 승인(approval of the board of directors)을 통하여 임원(officer)들에게 이사회의 승인을 거쳐야 한다는 생각을 갖게하여 의사결정 과정의 합리성을 높이고, 형식적이지만 최고경영자의 책임을 추궁하는 기관으로도 역할을 하면서 독자적인 책임에 수반되는 긴장을 완화시켜 주는 기능도 한다.²⁶⁵⁾ 그리고 임원 이외의 자들에게 회사 행위에 영향을 미치게 하거나 그것을 지배할 수 있는 기회를 제공하는 기능을 하는 동시에 최고경영자의 선임과 해임을 통하여 업무집행에 대한 평가와 감독 기능을 한다고 인식되고 있다.

보다 구체적으로 이사회는 회사의 최고 경영층(Top Management)으로 전반적인 관리기능(general management function)과 부분적인 관리기능(divisional management function) 및 수탁기능(trusteeship function) 중 어느 하나를 담당하는 기관이라고 보기도 한다.²⁶⁶⁾ 다시 말하면 전반적인 관리기능은 회사에 따라 사장(chief executive) 또는 사장과 상무회 또는 이사회 중 어느 한 계층이 담당하고,²⁶⁷⁾ 부분적인 관리기능은 회사의 주요부문에 대한 경영관리를 분담하는 것으로 이 기능을 담당하는 자는 기업 전반이 아니라 기업의 특정부문에 대한 책임을 맡는다는 점에서 전반적인 관리기능과 구별되고, 이 부분의 책임자만이 최고 경영층에 속한다고 한다.²⁶⁸⁾ 수탁기능은 주주의 이익을 대표하고, 보

263) Robert W. Hamilton, Cases and materials on corporate, including partnerships and limited partnership, 3rd Ed., Detroit, West Publishing Co. (1986), p.385.

264) Larry. D. Soderquist, Toward a More Effective Corporate Board : Reexamining Role of outside Directors , New York Univ. Law Review, Vol 52. p.135 (여기에 따르면 이 기능은 업무 내용에 따라 하급자(subordinate)의 조언을 받기 곤란할 때 즉 하급자 자신의 승진이나 보수 결정 등의 경우에는 유효하지만 그 이외의 경우에는 반드시 이사회가 아니라도 조언과 충고를 들을 기회가 있으므로 이를 소극적 기능이라 하고 있다).

265) Melvin A. Eisenberg, The Structure of Corporation : A Legal Analysis, 송상현·김건식 역. 「주식회사 법리의 새로운 경향」, 경문사, 1983, 171면.

266) P. E. Holden, L. S. Eish & H. L. Smith, Top-Management Organization and Control, New York, McGraw Hill (1956), pp.15-16.

267) 이 기능은 이사회가 정한 기본 방침의 테두리 안에서 그리고 이사회로부터 위임받은 권한의 범위 내에서 구체적으로 기업경영 전체를 계획·조직·명령·조정·통제하는 기능을 말한다.

268) P. E. Holden, L. S. Eish & H. L. Smith, op. cit., p.16.

호·촉진하며, 경영에 대한 기본 방침과 진로를 결정하고, 전반적인 경영성과의 적정성을 평가하여 회사재산을 보호하고 이를 효과적으로 활용하는 역할이 이사회 고유의 기능이라고 한다.²⁶⁹⁾

이사회의 기능에 대한 미국의 입장은 1974년 모법사업회사법에 나타나있다. 즉 이사의 직무는 회사경영과 함께 임원의 업무가 주주의 이익에 적합하고 공중의 이익을 보호하기 위하여 법률에 따라 집행되도록 지시하고 감독하는데 있다고 한다.²⁷⁰⁾

미국에서는 회사를 사회적 존재로 인정하여 회사는 궁극적으로 사회에 이바지하여야 하는 존재로 사회적 책임을 다할 것을 강하게 요구하고 있다. 미국법률협회(ALI)의 1981년 초안에서는 회사가 갖추어야 할 목적과 행위(The objective and conduct of Business Corporation)로서 회사 업무의 집행은 회사의 이익과 주주의 이익이 기업윤리에 적합하게 이루어질 것과 회사 자산은 합리적인 범위 내에서 인도주의, 교육, 박애 등 공공목적(humanitarian, educational, philanthropic and other purposes)을 지향하도록 처리되어야 한다는 규정 그리고 이사회는 이와 같은 목적을 위하여 효과적이고 계속적으로 업무가 이루어지도록 감독하는 기능을 가져야 한다는 등의 규정을 마련할 것을 제안하고 있다. 이러한 입장은 학설과 판례에서도 일반적으로 승인되고 있다.²⁷¹⁾

우리나라에서도 회사가 법률책임으로서의 사회적 책임을 다할 것이 강력하게 요청되고 있어서,²⁷²⁾ 이사회 기능 즉 이사회 감독권은 널리 회사의 사회적 책임을 포함한 적정한 업무집행을 대상으로 하고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 이사회 감독 기능은 반드시 법령이나 정관 위반 등 위법행위나 사회적으로 부당한 행위에 한정되지 않고, 때에 따라서는 위법행위가 되지 않는 상황에 대해서도 감독권이 있다고 할 수 있겠다.

269) 박인현, 전계논문, 127면.

270) Comment on Section 35 of Model Corporation Act ABA's Corporate Director's Guidebook, 1632-1637 (1978).

271) Statement of Position Concerning the role of Corporate Director's of Business Roundtable 33, Business law, 2096-2103 (1978).

272) 김진봉, "기업의 사회적 책임과 이사회 구성", 「법학논집」 제14집, 청주대학교, 1982, 107면 이하 참조.

가. 업무집행에 관한 의사결정권

회사업무에는 기업의 존립 자체에 관한 업무와 기업경영을 목적으로 하는 업무로 나눌 수 있다. 따라서 기업의 존립과 관련한 업무에 필요한 의사결정은 소유 주체인 주주로 구성된 주주총회의 권한에 속한다. 이에 비하여 회사를 경영하기 위한 업무에 필요한 의사결정은 기업경영의 담당자라고 할 수 있는 이사회에 권한에 속한다는 것이 권한분배에 관한 상법의원칙적인 기준이라고 할 것이다.²⁷³⁾

이사회는 법령 또는 정관의 규정에 의하여 주주총회의 권한으로 정한 것을 제외하고는 회사의 모든 업무집행에 관하여 의사결정권을 갖는다(상법 제393조 제1항). 이사회는 업무집행에 관한 상세한 사항까지 직접 결정할 필요는 없으나, 적어도 기본적인 사항은 결정하여야 한다. 특히 상법 또는 정관이 이사회에 권한으로 규정한 사항에 대해서는 그 결정을 이사회 내 위원회에 위임하는 경우(상법 제393조의2)를 제외하고 주주총회의 권한사항으로는 할 수 있으나 대표이사 등 다른 기관에 위임하지 못한다.²⁷⁴⁾

나. 업무집행에 관한 직무감독권

이사회에 운영원리와 법률적 책임에 대한 논의는 기업지배구조 이론과 실무의 큰 맥락 하에서 행해져야 한다. 기업의 지배구조는 주주들의 이익을 위해 일해야 하는 경영자들을 어떻게 효율적으로 통제할 것인가의 문제인데, 기업 외부에는 적대적 M&A, 주주대표소송, 증권집단소송 등의 통제장치가 있고 기업내부에는 이사회제도, 감사위원회제도 등의 통제장치가 있다.

이사회에 업무집행에 관한 감독은 전체 회사의 관점에서부터 회사경영을 감시 또는 통제하는 기능으로 볼 수 있는데, 통상 업무상 의사결정을 수행하는 것이 경영자에 위임되는 것이기 때문에 회사경영에 대한 전반적·포괄적 통제를 의미

273) 이태근·이재석, “이사회 제도” 「현대법학의 과제:구산곽중현교수화갑기념논문집」, 구산곽중현교수화갑기념논문발간위원회, 1933, 369면 (이사회는 업무집행기관으로서 회의체라는 성질에서 업무집행에 관한 의사를 결정할 뿐이라고 한다).

274) 정찬형, 전게서, 845면.

하는 것으로 보고 있다.

한편, “이사회는 법률이 고안한 통치기관이 아니고 또 그럴 수도 없다. 그것은 심사(review), 평가(appraisal), 제소(appeal)의 기관이다. 위기에서 행동하는 기관으로서 실패한 경영자를 해임하고, 해직·퇴직 혹은 사망의 경우 새로운 경영자의 후임을 결정하기 때문에 이사회는 재심사 기관이 된다.”²⁷⁵⁾고 밝히고 이사회 의 감시기능을 중요시하고 있다.

우리 상법에서 이사회는 이사의 직무집행을 감독할 권한을 갖는다(상법 제393조 제2항)고 규정하고 있다. 이사회는 대표이사의 선임과 해임권을 가지므로(상법 제369조 제1항) 각 이사 및 대표이사에 대한 감독권을 가지는 것은 당연하다. 이사회 의 이사에 대한 감독권은 상하관계에서 행사되는 것이고, 또 경영의 위법성뿐만 아니라 경영타당성(합목적성)에 대한 감사에도 미친다. 이 점에서 수평적 지위에서 원칙적으로 경영의 적법성 감사라는 소극적 감독만을 행사하는 감사 또는 감사위원회의 감사권과 구별된다.²⁷⁶⁾²⁷⁷⁾

한편, 상법은 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있고(동법 제393조 제3항), 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다(동법 제393조 제4항).

다. 업무감독기능 중심으로서의 전환²⁷⁸⁾

이사회는 크게 ‘참여형’과 ‘감독형’으로 나누어질 수 있는데 전자는 경영상의 판단을 구체적으로 내리고 결정을 집행하는 형태이며, 후자는 경영상의 판단과

275) Peter F. Drucker, The Practice of Management, Harper & Brothers Publishers, (1974), p.179.

276) 정찬형, 전게서, 847면.

277) 감사라는 개념은 감독과 조사의 기능을 포함하는 개념이라고 할 수 있고, 감독이란 그 대상이 되는 사항을 사전에 검토하여 위법·부당한 경우에는 그 시정을 요구하는 기능을 의미하므로 이사회 의 직무집행감독은 사전적 감독기능을 뜻한다. 하지만 이사회가 사전적 감독기능의 후속 조치로서 조사기능의 의미는 부여될 수 없다고 본다. 이에 반하여 감사 및 감사위원회의 직무권한인 감사의 개념에는 조사기능도 포함되고 있다. 조사기능이란 사후감사를 의미한다. 즉 그 대상이 되는 사항을 사후에 검토하여 그에 대한 판단의 결과를 표명하는 것이다.; 임중호, “주식회사의 감사제도의 변천과정”, 「상사법연구」, 제20권 제2호, 한국상사법학회, 2001, 165-167면.

278) 김화진, 전게서, 169-173면.

결정의 집행은 경영진에게 맡기고 경영진의 업무 수행을 감독하는 형태이다.

1932년에 미국에서 버얼리와 미인즈²⁷⁹⁾가 소유와 경영이 분리된 미국 대기업들의 경영자들을 통제하기 위해서는 이사회 기능을 활성화하여 기업의 의사결정을 이사회가 내리도록 해야 한다고 설파한 이후 회사법이 채택한 기본적인 모델은 ‘참여형’ 이사회이다.

그러나 버얼리와 미인즈에 의하면 이사회가 기업의 운영에 관한 모든 중요한 의사결정을 내리는 것이 아니라 실질적인 의사결정은 경영자들이 내리며, 주주총회가 이사들을 선임한다기보다는 경영자들이 이사를 선임하는 것이 현실이라는 것이었다. 이 경영자들은 무관심하고 소극적인 주주들로 구성되는 주주총회에서 아무런 통제를 받지 않으며 주주총회의 안전을 자유롭게 조종하고 자신들의 보수를 설정한다. 즉 미국의 모든 회사법전이 부여하고 있는 주주총회와 이사회를 따르는 회사의 의사결정권 모델은 비현실적이라는 것이다.

1960년대의 미국학계는 이 문제를 이사회 기능과 조직을 개선함으로써 해결할 방법을 찾았었는데 이렇다 할 성과를 거두지 못하였고 따라서 특별한 제도상의 개혁도 이루어진 바 없다.

‘참여형’ 이사회가 현실적으로 잘 작동하지 않는다는 점이 점차 분명해져서 1976년에 이르러 아이젠버그 교수는²⁸⁰⁾ 그러한 비현실적인 모델은 폐기하고 ‘감독형’ 이사회를 기본 모델로 채택해야 한다고 주장하였다.

이로부터 현재 우리가 알고 있는 감사위원회 등이 유래한다. ‘감독형’ 모델에 있어서 이사회 기능의 가장 중요한 기능은 경영진에 대한 평가, 경영진 선임 및 해임, 이사회 자체 평가, 이사 후보의 선임 등이다. 아이젠버그의 모델에 의하면 이사회는 경영진의 회사경영을 감독하고 경영진을 선임, 해임하는 것을 가장 중요한 기능으로 하게 된다. 이사의 선임은 사외이사로만 구성된 위원회가 결정하여 주주총회에 제안하게 됨은 물론이다.

279) Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*(1932).
 280) Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation* (1976).

제2절 이사의 의무와 책임

1. 이사의 의무

가. 일반적 의무

(1) 선관주의의무

우리나라는 민법 제681조에서 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로서 위임사무를 처리하여야 한다고 규정하고 있으며, 상법 제382조 제2항에서 회사와 이사의 관계는 고용인과 피고용인의 관계로서 민법상 위임관계를 준용하도록 하고 있다.²⁸¹⁾ 이러한 이사의 선관주의의무는 이사가 가진 구체적 능력을 말하는 것이 아니며, 이는 일반적으로 주의의무를 부담하고 있는 자가 속하고 있는 직업, 지역, 사회적 지위에 있는 평균적·일반적으로 요구되는 정도의 주의를 의미하고, 이 주의를 게을리하면 추상적 경과실이 있게 된다.²⁸²⁾ 따라서 이사는 그의 지위에 있는 자에게 보통 요구되고 있는 정도의 주의의무를 다해야 하며, 이사가 이러한 주의의무를 위반하면 회사에 대하여 손해배상책임을 진다. 또한 이사의 행위가 제3자에게 악의 또는 중대한 과실이 있으면 제3자에게도 손해배상을 하여야 한다.²⁸³⁾

한편, 미국은 주의의 기준(standard of care)을 제정법상의 기준과 보통법상의 기준으로 분류하는데, 미국의 많은 주에서 이사의 행동에 대한 기준을 제정법으로 규정하고 있으며 여기에 영향을 미친 대표적인 것이 개정모범회사법(RMBCA) §8.30이다. 이에 의하면 이사의 선관주의에 대하여 ① 임무를 성실히 수행하고, ② 회사에 최선의 이익이 된다고 그가 합리적으로 신뢰하는 방법으로 그의 의무를 수행하고, ③ 경영정책결정과 감시기능을 수행함에 있어서 비슷한 지위에 있는 사람이 그 여건에서 합리적으로 적절하다고 믿는 주의를 기울여야 한다고 규정하고 있다. 또한 보통법상의 기준도 제정법상의 기준과 똑같은 양식

281) 상법 제382조 제2항.

282) 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2004, 704면.

283) 정동윤, 「상법 上」, 개정증보판, 법문사, 2007, 575면.

을 따르고 있다.²⁸⁴⁾²⁸⁵⁾

(2) 충실의무

우리나라는 1998년 상법 개정을 통하여 선관주의의무와 별도로 충실의무를 신설하여 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 충실의무를 규정하였다.²⁸⁶⁾ 즉 충실의무는 이사가 그 직무를 수행함에 있어서 회사와 주주의 이익이 최대가 되도록 성실하고(good faith) 공정하게(fairness) 처리하여야 하고, 이사의 개인적 이익이나 다른 제3자의 이익을 위하여 회사의 지위를 남용해서는 안 된다는 것을 요구하는 의무라 할 수 있다.²⁸⁷⁾

따라서 이사는 충실의무를 갖기 때문에 업무수행 시 최선의 노력으로 회사와 주주의 최대 이익을 위하여 업무를 수행하여야 하며 또한, 정당한 목적을 위하여 공정하게 하여야 한다. 한편 이사의 충실의무는 이사와 회사의 이익이 충돌하는 경우에 종종 문제가 된다. 이 경우 이사의 행위가 회사와 주주의 이익에 부합하느냐 또는 회사와 주주의 이익을 이사 자신의 이익보다 우선하였는가가 그 기준이 될 것이다. 따라서 이사는 회사의 이익과 이사 개인의 이익이 충돌하는 계약을 체결할 경우에 이사는 개인적인 이익을 희생하는 의사결정을 하여야 할 것이다.²⁸⁸⁾

한편 미국에서 충실의무는 이사의 능력은 회사를 위해서만 사용하는 것이고, 이사 자신의 이익이나 제3자의 이익 또는 다른 조직을 위해서 사용해서는 안 된다.²⁸⁹⁾ 따라서 이사의 충실의무는 이사는 회사의 이익에 우선하여 이사 자신의

284) Lewies D. Solomon. & Alan R. Palmiter. *Corporations, Examples and Explanations*, Third Edition. Aspen Law & Business, (1999), p.200.

285) 미국의 델라웨어 주 대법원은 이사의 경영정책 결정에 대하여 책임을 추궁하는 당사자는 이사가 성실하게 취한 조치가 회사에 최선의 이익이 된다는 정직한 신념을 가지고, 소관업무에 관한 정통한 지식에 기초하여 행동하는 것에 실패하였다는 것을 입증해야 한다고 하였다. *Amson V. Lewis* 473 A. 2d 805, 812(Del. 1984); ALI Principles §4.01(a).

286) 상법 제382조의3.

287) 최정식, “사외이사의 책임제한에 관한 연구”, 「법학연구」, 제32집, 한국법학회, 2008, 224면.

288) 전삼현, “이사의 충실의무에 관한 재고찰”, 「인권과 정의」, 제268호, 대한변호사협회, 1998, 108면.; 임재연, 「미국 회사법」, 박영사, 1996, 7면.

289) Larry D. Soderquist, A.A. Sommer, JR., Pat K. Chew & Linda O. Smmiddy. *Corporations*

이익을 금지하는 것이기 때문에 이사는 자신의 이익을 위하여 회사 자산 또는 기회와 정보를 유용하면 충실의무를 위반하는 것이다.²⁹⁰⁾

미국 법원은 이사의 충실의무 위반을 판단함에 있어 공정성에 기준을 두는 경우도 있다. 즉, 충실의무는 이사의 성실성과 공정성이라는 요소를 갖고 있기 때문에 이사의 개인적인 이익과 회사의 이익이 충돌할 경우 법원은 이사의 거래가 회사와 회사의 주주에게 공정하였는지에 대해서도 철저하게 조사하여 거래에 공정성이 없다고 판단되면 충실의무 위반이 되는 것이다.²⁹¹⁾

나. 구체적 의무

(1) 감독의무

우리나라 상법에서 이사회는 이사 업무의 집행을 감독한다고 규정하고 있다.²⁹²⁾ 이는 이사는 이사회의 구성원으로서 이사회를 통하여 다른 이사의 업무 집행을 감독할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 이사의 감독의무는 대표기관으로서의 대표이사나 업무담당이사가 그들 상호간 또는 하급 사용인에 대하여 경영조직상으로 가지는 감독권과는 구별된다. 한편 이사는 업무집행의 감시 과정에서 대표이사와 업무담당이사의 위법 사실을 발견한 경우에는 이사회 소집을 요구하여 이사회에서 감독권을 행사할 것을 요구할 수 있다.

대법원은 회사의 업무집행을 담당하지 아니한 이사(평이사)는 이사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이기 때문에 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감독할 수 있다는 것이다. 따라서 평이사의 임무는 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부 의사표시 뿐만 아니라 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감독할 수 있다. 따라서 대표이사 또는 업무담당이사의 업무

and other Business Organizations, Cases, Materials and Problems(Fourth Ed.), Michie Law Publishers, (1997), p. 507.

290) Lewies D. Solomon. & Alan R. Palmiter. op. cit., p. 195.

291) 미국의 델라웨어 주 대법원은 충실의무위반에 대한 판단 기준으로 “완전한 공정성(entire fairness)”을 요구하고 있다. Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85, 94(Del. 2001)

292) 상법 제393조 제2항.

집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감독의무를 위반하여 이러한 위법이 의심된 업무집행을 방치하여 이에 대한 결과로서 회사가 손해를 입은 때에는 회사가 입은 손해에 대해 배상책임이 있다고 판시하였다.²⁹³⁾

한편 이사의 보고의무 및 감독의무는 적극적 능동적인 것이 아니기 때문에 이사는 대표이사의 정관 위반, 법령위반, 부당한 업무집행 등을 알았거나 이를 의심할만한 사유가 있는 때에는 감사와 이사회에 보고하거나 기타 시정조치로 충분하다 할 것이다.²⁹⁴⁾

(2) 손해위험 보고의무

1995년 12월 우리 상법을 개정하면서 이사는 감사의 보고 요구 등이 없어도 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 그 사실을 즉시 감사에게 보고하여야 한다는 이사의 의무가 신설되었다.²⁹⁵⁾ 이러한 이사의 보고의무의 내용은 보면 첫째, 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실이며, 경미한 손해는 보고대상이 되지 않는다. 둘째, 경미한 손해로 인해 전체로서 현저한 손해발생의 가능성이 예견되는 경우에는 보고대상이 된다. 셋째, 보고 방식으로는 서면보고나 구두보고이든 무방하지만 보고의 시기는 발견한 즉시 하여야 한다.

이사의 손해위험 보고의무는 감사에 대한 보고의무를 지는 자를 대표이사나 업무담당이사에 한하지 아니하고, 이사로 하여금 자진하여 회사에 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 감사에게 보고하도록 한 것이며, 감사가 2인 이상인 경우에는 그 중 1인에게 보고하면 된다. 또한, 이러한 보고할 사실을 발견한 이사는 감사에게 보고하기 전에 이사회에 우선 보고하고 감사가 그 이사회에 참석하지 아니한 때에는 그 이사회에 참석한 이사 전원이 보고의무를 지게 된다.²⁹⁶⁾

이러한 이사의 보고의무는 회사의 손해발생을 대비해 신속하게 조치 할 수 있

293) 대법원 1985. 6. 25 선고, 84다카1954판결, 같은 취지의 판결로 대법원 2004. 12. 10. 선고, 2002다60467판결.; 대법원 2006. 7. 6. 선고, 2004다8272판결.

294) 김용구·황근수, 전거서, 456-547면.

295) 상법 제412조의2.

296) 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2005, 804면.

도록 한 의무이기 때문에 이사의 지연된 보고는 적법한 보고가 될 수 없으며, 이사가 회사에 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견하고도 보고를 하지 아니한 경우에는 회사에 대하여 이사는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.²⁹⁷⁾ 한편, 이사의 보고를 받은 감사가 이사회에서 보고를 하지 않거나 임시총회의 소집청구 등 이사의 보고에 대한 필요한 조치를 취하지 않아 회사에 손해가 생긴 경우에는 감사의 임무를 게을리하였다고 볼 수 있기 때문에 감사는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다.²⁹⁸⁾

(3) 경업금지의무

1995년 12월 상법 제397조를 개정하여 이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나(경업금지의무), 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다(겸직금지의무)고 규정하하였다. 이러한 상법 개정을 통해 그동안 이사의 겸업 행위의 승인을 주주총회에서 얻도록 하였던 것을 이사의 겸업에 대한 승인기관을 이사회로 대치하여 절차를 완화하였다.²⁹⁹⁾

상법 제397조에서의 경업금지의 대상이 되는 행위는 회사의 영업부류에 속하는 거래³⁰⁰⁾나 동종영업으로서 회사가 실제로 행하는 사업과 시장에서 경합하여 회사와 이사 간의 이해가 상충될 수 있는 거래를 한다. 따라서 이사의 경업금지

297) 상법 제399조, 제401조.

298) 상법 제414조.

299) 상법 제397조 개정 전에서는 이사는 주주총회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다고 규정하고 있었으나, 이사의 겸업 행위의 승인을 위하여 일일이 총회의 소집절차를 취하고 그 승인 결의를 얻는 것은 비현실적이고 비효율적이라는 것과 이사의 자기 거래에 대하여 이사회의 승인을 얻도록 하고 있는 점과의 균형을 고려하여 1995년 상법 제397조를 개정하여 이사의 겸업에 대한 승인기관을 이사회로 대치하여 절차를 완화하였다.

300) 여기에서 회사의 영업부류에 속한 거래라 함은 회사가 실제 행하는 사업과 시장에서 경합하고, 회사와 이사 사이에 이해의 충돌가능성이 있는 거래를 뜻하며, 이는 정관에 기재된 회사의 목적사업뿐만 아니라 그에 부속된 거래를 포함한다. 하지만 정관에 규정된 목적사업이라 하더라도 완전히 폐업한 사업이나 아직 시행계획이 없는 사업은 포함되지 아니하며, 또한 회사의 정관에 규정되지 않았더라도 실제적으로 경영하는 사업이나, 일시적으로 휴지하고 있는 사업 또는 개업준비에 착수하고 있는 사업은 모두 경업거래가 금지된다고 본다.

는 회사와 이사 간의 이해충돌 가능성이 있는 회사에 한정된다고 볼 수 있다.³⁰¹⁾ 또한, 이사의 겸직금지 대상은 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사³⁰²⁾를 의미하기 때문에 영업목적이 동종이 아닌 경우에는 다른 회사의 무한책임이나 이사를 겸직하는 것을 할 수 있다고 본다. 하지만 이 경우 다른 회사의 영업목적에 대해 현실적인 영업목적뿐만 아니라 그 회사의 정관상의 영업목적까지 동종인가를 보아야 할 것이다.

이는 다른 회사의 정관상의 동종의 영업목적이 이사 또는 무한책임사원 겸임하는 동안 현실적으로 시행되지 않고 있더라도 이후 언제든지 동종의 영업목적이 시행될 가능성은 있기 때문이다. 따라서 이사가 선량한 관리자로서의 주의의무에 반하지 않는 한 자기 또는 제3자의 계산으로도 자기가 이사로 있는 회사의 영업부류에 속하지 않는 거래나, 이종의 영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사는 될 수 있을 것이다.

한편, 이사가 경업금지의무에 위반하여 거래를 한 경우에 그 거래는 유효하다 할 것이며, 거래의 상대방이 그 거래에 대하여 이사회 승인이 없었다는 것을 알았을 때에도 그 거래는 유효하다. 하지만 이사의 경업금지의무에 의한 거래로 인하여 회사가 손해를 입었을 때에는 회사는 그 이사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으며, 이러한 이사의 행위는 이사의 의무위반에 해당하기 때문에 주주총회의 결의로 이사를 해임할 수 있다.³⁰³⁾

(4) 자기거래금지 의무

우리 상법은 이사회의 이사 3분의 2 이상의 승인 없이 이사는 자기 또는 제3자의 계산으로 회사를 상대방으로 하여 재산의 양수, 양도 등의 거래를 할 수 없다고 규정 있다.³⁰⁴⁾ 또한, 자기거래금지의무의 대상이 되는 이사를 대표이사,

301) 김정호, 「상법강의(상)」, 법문사, 2005. 680-681면.

302) 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사란 겸직의 대상이 되는 회사가 아직 영업을 개시하지 못한채 공장부지를 매수하는 등 영업의 준비작업을 추진하는 단계의 회사도 포함한다. 더 나아가 영업개시를 하지 못한 회사의 대표이사 지위에 취임하는 것이라도 겸직금지 의무위반이 된다. 대법원 1993.4.9. 선고 92다53583 판결

303) 상법 제385조, 제399조.

304) 상법 제398조.

사내이사, 사외이사 등으로 구별하지 않기 때문에 모든 이사는 자기거래금지의 무 자이다.³⁰⁵⁾

상법에서 규정하는 거래는 재산상의 거래행위를 말하는 것으로, 이사의 회사에 대한 금전대부계약, 회사에 대하여 이사의 재산을 매도하는 거래, 회사의 채권을 이사의 채권으로 하는 개정, 회사의 제품이나 재산을 매수, 회사로부터 금전을 차용하는 등 유상행위는 물론 회사에 대한 이사의 채무를 면제하는 것과 같은 단독행위도 포함한다. 이처럼 이사는 회사의 이익을 희생하여 자기 또는 타인의 이익을 도모할 염려가 있기 때문에 이것을 방지하기 위한 의무가 자기거래금지이며 이러한 의무는 이사의 충실의무를 전제로 한 의무라 할 수 있다.³⁰⁶⁾

한편, 이사의 자기거래금지가 되지 않는 행위로는 행위의 성질상 회사와 이사 사이에 이해관계가 충돌할 염려가 없는 거래행위로서 회사가 아무런 부담 없이 이사로부터 받는 증여나 상계, 채무의 이행, 주식인수와 현물출자행위 등과 같은 이익의 충돌이 없는 거래는 자기거래의 금지 대상에서 제외된다고 할 수 있으며,³⁰⁷⁾ 이사회에 승인결의를 필요로 하지 않는다. 이러한 행위로 인해 회사에 손해가 발생한 경우에 이사는 배상의 책임이 없다고 본다.

반면, 주주총회에서 적법하게 이사로 선임된 이사가 이사회에 승인을 받지 않고 자기거래를 한 경우 그 이사는 회사가 받은 손해를 배상할 책임이 있으나, 이사회에 승인이 있으면 이사는 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 재산양수, 양도 등 자기거래를 할 수 있다.³⁰⁸⁾

305) 이사회에 승인을 받아야 하는 이사는 대표권의 유무에 관계없이 모든 이사가 이에 해당된다. 다만, 거래 당시에 이사의 직을 떠난 사람은 이에 해당하지 않는다. 또한 회사와 거래에 관하여 이사회에 승인을 요하는 이사는 주주총회에서 적법하게 이사로 선임된 자이어야 한다. 이사의 자기거래에 대한 승인은 이사회에 전결사항이다. 따라서 주주총회는 이를 할 수 없으나, 주주전원의 동의가 있는 경우 또는 정관에서 주주총회의 권한사항으로 정한 경우에는 총회가 이를 할 수 있다. 다만, 주주전원의 동의를 얻은 경우에도 이사의 회사에 대한 책임만이 면제될 뿐이므로, 이사에 대하여 불법행위를 원인으로 하는 손해배상의 청구를 할 수 있다. 상법 제399조, 제400조.

306) 최정식, “사외이사의 책임제한에 관한 연구”, 「법학연구」, 제32집, 한국법학회, 2008. 224면.

307) 김정호, 전거서, 684면.

308) 상법 제398조. 대판 1988. 9. 13, 88다카9098, “상법 제398조의 취지는, 이사가 회사의 이익을 희생으로 하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 염려가 있으므로 이를 방지하여 회사의 이익을 보호하려는데 목적이 있다. 여기에서 이사라 함은 거래당시의 이사와 이에 준하는 자(이사직 무대행사, 청산인 등)에 한정하고, 거래당시 이사의 직위를 떠난 사람은 여기에 포함되지 않는다. 이사가 회사에 투자를 하였다가 위 투자금을 반환 받는 거래의 경우도 마찬가지다 할 것이

이러한 이사의 자기거래금지 위반에 대한 효과는 한편, 회사는 이사회 결의로 당해 이사의 거래가 자기의 계산으로 한 것이면 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고, 제3자의 계산으로 한 것이면 그 이사에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다.³⁰⁹⁾

(5) 비밀준수 의무

우리 상법에서 이사는 재임 중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 안 된다고 규정하고 있다.³¹⁰⁾ 이러한 이사의 비밀준수 의무는 회사의 영업상 기밀이 다른 경쟁회사에 누설될 우려를 미연에 방지하기 위해 2001년 신설한 규정이다. 이사는 재임 중에는 회사에 대하여 선관주의의무와 충실의무를 부담하기 때문에 회사의 비밀유지의무를 요구할 수 있으나, 이사가 퇴임 후에는 회사에 대하여 선관주의의무와 충실의무를 부담하지 않기 때문에 회사에 대한 비밀을 소홀히 할 우려가 있다.

따라서 상법에서는 회사의 기밀 유지의 필요성을 위해 특별규정을 두고 있으며, 이러한 규정은 상법에서 규정하고 있는 대리상의 계약종료 후 영업비밀 준수 의무와도 같은 취지로 볼 수 있다.³¹¹⁾ 특히, 사외이사의 경우 비상근으로서 겸직하는 경우가 많으므로 특별히 비밀유지의무가 중요시된다고 하겠다.

이사가 회사의 영업상 비밀을 누설하게 되면 상법상 비밀유지의무에 따른 의무위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.³¹²⁾

(6) 자본충실 의무

우리 상법은 수인이 공동으로 주식을 인수한 자는 연대하여 납입할 책임이 있다고 규정하고 있다.³¹³⁾ 이러한 규정은 회사 설립의 경우에 있어서 이사는 받기

다.

309) 상법 제397조 제2항, 제383조 제4항.

310) 상법 제382조의4.

311) 상법 제382조의4, 제92조 제3항.

312) 부정경쟁방지법 제2조 2호.

313) 상법 제333조 제1항.

인과 같은 자본충실의 의무를 진다는 것이다. 또한 회사가 신주발행으로 인한 주식의 변경이 있는 이후에 아직 인수되지 않은 주식이 있거나 주식인수의 청약이 취소된 때에는 이사가 이를 공동으로 인수한 것으로 본다. 따라서 이렇게 인수가 의제된 주식에 대하여 이사는 납입의 책임을 부담한다.

이러한 자본충실 의무를 지는 경우가 이사에게 발생한 때에는 상법에 규정된 이사가 그 임무를 게을리했다고 볼 수 있으므로,³¹⁴⁾ 이로 인해 회사에 손해가 발생한 때에는 이사는 회사에 대하여 자본충실 의무를 부담하는 것과는 별개로 손해배상책임도 부담하게 된다.

이사의 자본충실 의무는 전술한 바와 같이 대체로 회사의 신주발행으로 인한 변경등기 후 인수 흠결 주식이 있는 때에 발생하게 된다.

특히 이사가 회사의 신주발행 시 회사의 실체를 과장하기 위하여 첫째, 이사가 주식 청약서를 위조하여 신주의 인수·납입을 가장하거나, 둘째, 변경등기 이전에 주식인수가 취소된 신주가 변경등기에 포함되거나, 셋째, 납입가장에 의하여 무효화된 신주에 대하여 변경등기를 한 경우에 이사는 자본충실 의무를 부담하여야 한다. 또한, 상법에서는 행위무능력의 경우에는 언제나 그리고 사기·강박·착오의 경우에도 회사의 신주발행으로 인한 변경등기 후 1년 내에는 주식청약을 취소할 수 있으므로 변경등기 후의 주식청약의 취소로 인하여 신주인수 흠결이 발생된 경우 이사는 그 신주에 대하여 자본충실 의무가 부과된다.³¹⁵⁾

이러한 이사의 자본충실 의무는 인수 흠결 주식에 대하여 회사의 모든 이사가 공동으로 인수한 것으로 의제 하는 제도이다.

따라서 이사 전원은 인수주식에 대하여 공유자가 되기 때문에 이사는 연대하여 납입할 의무를 진다. 한편, 이사 중 1인이 납입의무를 이행한 때에는 그 이사는 다른 이사에게 구상권을 행사할 수 있으며, 이사 각각은 납입의무에 대한 부담부분은 균등하다. 한편, 인수담보책임을 부담하는 이사는 신주 발행으로 인한 변경등기 당시의 이사만을 의미하며 변경등기 후 이사가 된 자는 포함되지 않는다.

314) 상법 제399조 제1항.

315) 상법 제427조.

2. 이사의 책임

가. 회사에 대한 책임

우리 상법에서는 이사는 회사와 위임관계에 있으므로 수임인으로서 전술한 바와 같이 회사에 대하여 선관주의의무와 회사를 위하여 충실하게 직무를 수행해야 할 충실의무를 부담한다고 규정되어 있다.³¹⁶⁾ 또한 이사는 법령 또는 정관에 위반되는 행위나 그 임무를 게을리해서는 안되며 이러한 행위를 한 경우 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다고 규정하고 있다.³¹⁷⁾ 이러한 상법상 이사의 회사에 대한 손해배상책임에 관한 규정은 이사는 회사에 대해 광범위한 권한을 갖고 있으며, 이사가 관리하는 회사의 재산규모를 고려할 때 우리 민법에 규정된 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 질 수도 있으며, 불법행위의 요건이 성립되면 불법행위로 인한 손해배상책임을 질 수 있다는 민법상의 일반책임만으로는 충분하지 않기 때문에 상법에서 특별히 민법의 일반원칙을 강화한 것이라고 볼 수 있다.³¹⁸⁾

우리 상법에서 규정하고 있는 이사가 법령 또는 정관에 위반되는 행위와 임무를 해태한 때에 이사의 책임은 첫째, 법령 또는 정관에 위반한 행위는 법령 또는 정관의 구체적 규정을 위반하는 행위를 의미한다. 따라서 선관주의의무나 충실의무에 대한 위반은 포함되지 않는다고 할 수 있으며, 이사의 행위는 개인적으로 하는 행위, 이사회결의에 의한 행위, 대표이사의 직무집행을 통하여 이루어지는 행위 등이 있다.³¹⁹⁾ 이러한 이사의 행위에 대한 책임의 성질이 무과실책임인지 또는 과실책임인지 판단하는 것은 이사책임의 비중을 고려하여 무과실책임으로 보는 견해,³²⁰⁾ 과실책임으로 보는 견해,³²¹⁾ 그리고 이 두 책임을 절충하여 명백한 과실을 전제로 한 책임 원인을 제외하고는 무과실책임으로 보는 견해가 있다.

316) 상법 제382조 제2항, 제382조의3, 민법 제681조.

317) 상법 제399조 제1항.

318) 민법 제390조, 제750조, 김정호, 전게서, 689면.

319) 이철송, 「회사법강의 제15판」, 박영사, 2008, 568면.

320) 최기원, 「상사판례연구(IV)」, 박영사, 2006, 732면.

321) 이철송, 전게서, 609면.

둘째, 임무해태란 이사가 회사에 대하여 선관주의의무 또는 충실의무를 다 하지 못하는 것으로서³²²⁾ 이사가 그의 직무를 게을리한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임이 있다. 이때 이사의 주의의무의 정도는 그 이사의 구체적인 능력을 요구하는 것은 아니며, 그 직업의 사회적·경제적 지위에 있어 일반적인 능력이 요구되는 정도의 주의의무를 의미한다.³²³⁾ 따라서 이러한 이사의 주의의무는 이사의 임무해태를 판단하는 기준이 된다고 할 수 있다.

위와 같이 이사의 회사에 대한 책임을 상법에서 엄격하게 규정하고 있는 것은 첫째, 이사의 업무집행에 있어서 발생할 수 있는 위법·부당한 행위를 억제하기 위함이고, 둘째, 이사의 성실한 업무수행을 담보하여 회사의 발전과 주주 및 채권자의 이익을 보호하기 위해서이다.³²⁴⁾

한편, 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 주주 전원의 동의로써 면제할 수 있으며,³²⁵⁾ 또한, 이사의 책임은 정기총회에서 재무제표의 승인을 한 후 2년내에 책임유보 등의 다른 결의가 없고, 이사에게 부정행위가 없으면 회사는 이사의 책임을 해제한 것으로 보고 있다.³²⁶⁾

나. 제3자에 대한 책임

우리 상법에서는 이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.³²⁷⁾ 따라서 이사의 제3자에 대한 책임은 법정책임이며, 이사의 행위가 이사회 결의에 의한 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 제3자에 대한 책임을 지게 된다고 할 수 있다. 하지만, 대표이사가 아닌 이사는 직접 업무를 집행할 수 없다. 따라서 이사의 임무해태로 인하여 제3자가 손해를 입은 경우라도 그 이사는 손해를 입은 제3자와 직접적으로 법률관계를 맺는 것이 아니기 때문에 이사

322) 김정호, 전거서, 690면.

323) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2004, 704면.

324) 이형규, “상법 중 회사편(일반)에 대한 개정의견”, 「상법개정연구보고서」, 한국상사법학회, 2005. 8, 161면.

325) 상법 제400조.

326) 상법 제450조.

327) 상법 제401조.

회의 구성원인 이사의 행위로 인하여 발생한 책임을 회사가 질 수는 있지만, 이사가 개인적으로 직접 제3자에 대해 민법상의 불법행위에 대한 책임을 부담하는 경우를 제외한 책임은 거의 없다고 할 것이다.

상법 제401조는 이사의 제3자에 대한 책임을 규정하고 있는데 이때의 책임의 성질에 대해서 법정책임과 특수불법행위책임이라는 두 가지의 견해가 대립하고 있다. 첫째, 법정책임은 상법 제401조는 제3자의 보호를 위하여 특별히 법으로 인정한 것으로 이사는 제3자에 대해서 직접적인 법률관계가 없고, 회사에 대하여 위임관계에 있다는 것이다. 따라서 회사에 대하여 이사가 임무를 게을리하여 그 결과 제3자에게 손해가 있다고 하더라도 불법행위의 일반적 요건을 갖추지 않았다면 이사는 제3자에게 책임을 지지 않는다는 것이다. 하지만 회사는 우리 사회의 경제적 측면에 중요한 역할을 담당하고 있으며, 우리 상법은 회사와 위임관계에 있는 이사에 대해 광범위한 권한을 인정하고 있기 때문에 이사의 행위로부터 특별히 제3자에게 손해배상책임을 인정하여 제3자를 보호하기 위하여 상법 제401조에 이사의 제3자에 대한 책임을 규정하고 있다는 것이다.

따라서 상법 제401조의 고의 또는 중과실은 이사가 그 임무를 게을리하면 충족되고 위법성을 그 요건으로 하지 않기 때문에 결과적으로 불법행위와는 무관한 법정책임이라고 할 수 있다.³²⁸⁾ 따라서 법정책임 견해는 이사 개인의 행위가 상법 제401조를 충족시킨다면 민법상 불법행위의 요건을 갖추지 않더라도 이사는 책임을 부담하기 때문에 민법상의 불법행위책임과 경합관계에 있다고 할 수 있다. 또한 제3자의 손해에 대하여 직접손해이든 간접손해이든 이를 불문한다. 특히, 회사의 주주도 제3자에 포함되고, 소멸시효는 일반채권과 같이 10년으로 하고 있다.

둘째, 특수불법행위책임은 상법 제401조의 책임은 본질적으로 불법행위책임이지만, 민법 제750조의 일반불법행위요건으로 규율할 수 없는 경우 제3자를 보호하기 위하여 이사의 책임을 강화하는 특수불법행위책임으로서 이는 민법에서 규정하고 있는 여러 특수한 불법행위의 일종이라고 본다. 즉, 상법 제401조는 민법의 일반불법행위의 요건을 수정하여 과실의 위법행위를 요건으로 하지 않고 과실에서 경과실을 배제하고 중과실만 인정한 불법행위책임이라고 본다.³²⁹⁾ 이 견

328) 이철송, 전계서, 625면.; 정찬영, 전계서, 846면.

329) 이병태, 「상법(상)」, 법문출판사, 1988, 692면.

해에 의하면 이사의 임무해태에 관하여 고의 또는 중과실이 있으면 충분하고, 제3자의 손해는 직접손해이든 간접손해이든 이를 불문한다. 또한, 민법상의 불법행위책임과는 경합 관계에 있으며, 제3자에 주주도 포함되며 소멸시효기간은 3년으로 본다. 또한 책임의 주체는 사외이사는 물론 상법 제401조의2에서의 사실상의 이사도 포함된다.

따라서 위의 어떤 견해를 취하든 상법 제401조의 책임과 민법상 불법행위책임은 경합 관계에 있으며, 다만 그 시효에 있어 차이가 있을 뿐이다. 또한 동법 제401조에서는 일반불법행위와 달리 고의 또는 중과실을 제3자에 대해서가 아닌 회사에 대해 요구하고 있으며, 경과실은 배제되어 있기 때문에 법정책임설이 타당하다고 할 수 있다.

한편 이사가 그 임무에 위배되는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 상법상 특별배임죄가 성립되어 10년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하며, 형법상으로는 배임죄가 성립되어 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처해진다.³³⁰⁾

3. 이사의 책임제한

가. 회사에 대한 책임제한

우리 상법에서 이사가 위법한 행위를 하거나 또는 그 임무를 게을리한 행위가 이사회 결의에 의한 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 회사에 대한 책임이 있으며, 이사회에 참석한 이사로서 의사록에 이의제기 사실이 기재되어 있지 아니한 이사도 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정하고 있다.³³¹⁾ 따라서 원칙적으로 법령을 위반하거나 임무를 게을리한 당해 이사가 책임을 부담하지만, 이사의 위법한 행위 또는 임무해태 행위가 이사회 결의에 의한 때에는 그 결의에 참석한 이사도 연대하여 책임을 부담하게 된다. 이사의 회사에 대한 손해배상책임

330) 상법 제622조, 형법 제355조.

331) 상법 제399조 제2항, 제3항.

은 의결권 없는 주주를 포함한 총주주의 동의로 면제할 수 있으며, 이사의 책임은 정기총회에서 재무제표의 승인을 한 후 2년 내 다른 결의가 없으면 부정행위가 아닌 한 해제된 것으로 의제하고 있다.³³²⁾

한편, 이사의 책임해제는 상법에 규정된 책임면제와 달리 전술한 재무제표에 반영된 사항에 한한다. 또한, 총주주의 범위는 의결권 없는 주주까지 포함하는 것이고, 총주주의 동의는 반드시 주주총회의 결의로 하여야 하는 것은 아니며, 개별적 동의도 가능하다고 할 것이다.³³³⁾

우리 상법에서는 사외이사가 위법한 행위 또는 그 임무를 게을리한 행위가 이사회 결의에 의한 때에는 그 결의에 찬성한 사외이사는 사내이사와 동일한 책임을 진다고 규정하고 있다. 이에 사외이사에게 사내이사와 동일하게 책임을 지우는 것은 사외이사에 대한 과도한 책임이라 하더라도 총주주의 동의로만 그 책임이 면제되기 때문에 1인 주식회사 또는 소규모 회사가 아니면 회사 측에서 사외이사의 책임을 면제 또는 제한해 주는 것은 사실상 불가능하다고 볼 수 있다. 더욱이 이사는 회사에 대하여 연대책임이 있으므로 비상근의 감독의무에 중점이 있는 사외이사에게 그 주의의무 위반의 정도와 책임이 작은 경우라 할지라도 손해 전체에 대한 책임을 부담하게 하는 것은 사외이사에게 가혹하다고 할 수 있다.

한편, 판례는 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 의무위반 경위 및 의무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 의무위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한 할 수 있다고 하고 있다.³³⁴⁾

332) 상법 제400조, 제450조.

333) 대법원 1989.1.31 선고, 87누 760 판결.

334) 대법원 2004.12.10 선고, 2002다 60467, 60474 판결.

나. 제3자에 대한 책임제한

우리 상법에서는 제3자에 대한 책임을 부담하는 자는 고의 또는 중대한 과실로 임무를 게을리한 이사 및 이사회결의에 찬성한 이사이며, 이들은 연대하여 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.³³⁵⁾ 특히 이사의 제3자에 대한 책임에 대하여는 책임의 면제 또는 책임의 해제가 적용되지 않는다.

이처럼 우리 상법은 이사의 회사에 대한 책임이나 제3자에 대한 책임에 대하여 연대책임으로 규정하고 있다. 이러한 연대책임은 피해자의 입장에서는 확실하게 손해배상을 받을 수 있다는 장점을 갖지만, 한편으로는 너무 배상액이 커지고 그 피해자가 많은 경우에는 배상을 받기 위해 오랜 시간이 걸릴 뿐만 아니라 실제로 배상이 이루어 지지 않을 가능성이 있다는 단점이 있다. 또한 회사의 경영자는 이러한 책임을 회피하기 위해 소극적인 경영을 할 수 있으며, 이는 회사 성장에 저해 요인으로 작용할 수 있다.

특히 사외이사가 갖는 지위와 보수를 고려할 때 사외이사의 연대책임 부담은 앞으로 회사가 유능한 사외이사를 확보하기 어렵게 만드는 요인이 될 수 있다. 따라서 일률적으로 연대책임을 규정할 것이 아니라 구체적 사정을 고려할 수 있는 제도적 보완이 필요하다.

다. 판례에 의한 책임제한

(1) 손해분담 공평에 근거한 책임제한의 법리

손해분담 공평에 근거한 이사의 책임제한의 법리는 이사가 주의의무를 위반하여 회사에 손해를 끼친 경우 먼저 위반으로 인한 회사의 손해를 파악한 후 손해분담의 공평을 기초로 하여 각 이사에게 책임의 부담부분을 정하고 이들의 관계를 연대책임으로 하자는 것이다. 이러한 법리는 법원이 손해배상제도의 이념에 비추어 손해배상액을 적절하게 제한함으로써 형성된 책임제한의 법리이다. 책임제한에 대한 기준이 있는 것이 아니지만 상법 제400조 제2항이 신설되기 전 이

335) 상법 제401조, 제399조 제2항, 제3항.

사의 책임을 적절한 수준으로 개별화하여 제한하였다는 점에서 그 의의를 찾아볼 수 있다.³³⁶⁾³³⁷⁾ 한편 그 후 다른 판결에도 손해분담 공평에 근거한 책임제한의 법리가 반영되었다.³³⁸⁾

(2) 경영판단의 법칙(Business Judgment Rule)

(가) 경영판단의 법칙의 의의

경영판단의 법칙이란 이사가 자기 권한 내에 해당하는 사항에 대하여 객관적인 정보와 제반사항을 고려하여 합리적인 결정을 한 사항에 대해 사후 그 판단이 잘못된 판단으로 회사에 손해를 끼친 경우가 발생하더라도 그 이유만으로는 이사의 책임을 추궁하지 아니한다는 법리를 말한다. 즉, 이사가 합리적인 판단을 가지고 경영판단과정에서 정직한 실수를 한 경우에 대해 사후적 안목으로 이사에게 책임을 추궁해서는 안 된다는 것이다.³³⁹⁾ 이러한 경영판단의 법칙에 대한 법리는 미국에서 판례법으로 발전해오고 있다.³⁴⁰⁾

한편, 미국에서 경영판단의 법칙이 적용되려면 이사의 결정이 합리적인 정보에 근거한 경영상의 결정이 선의이어야 하며, 이사 개인적인 이해관계와 재량권의 남용이 없어야 함을 요구하고 있다.³⁴¹⁾

336) 최문희, “개정 상법상 책임제한 조항의 해석론 및 바람직한 실무운용 방안-책임 제한의 결정 주체 및 소송, 화해와의 관계를 중심으로-”, 「상사법연구」, 제31권 제2호, 한국상사법학회, 2012, 379면.

337) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결. 손해분담의 공평이 반영된 최초의 판결으로써 삼성전자 대표소송에 관한 판결로 삼성중합화학 주식 저가 매도 부분에 대한 회사의 손해를 600억 원으로 파악한 후 손해분담의 공평에 근거하여 이사의 손해배상책임을 120억원(전체 손해액의 20%에 해당함)으로 결정하였다.

338) 대법원 2006.12.7. 선고 2005다34766 판결; 대법원 2010.1.14. 선고 2009다87768 판결.

339) 김홍수·한철·김원규, 「상법강의」, (제5판), 세창출판사, 2018, 418-419면; 대법원 2002.6. 14. 선고 2001다52407 판결.

340) 송인방, “이사의 책임제한과 경영판단의 원칙”, 「법학연구」, 제31권, 한국법학회, 2008. 273면.

341) 권상로, “주식회사 이사의 책임제한제도에 대한 연구”, 「법학연구」, 제17권 제3호, 한국법학회, 2017, 94-95면.

(나) 경영판단의 법칙의 적용범위

이사에 대한 경영판단의 법칙 적용은 회사에 대한 책임에서 적용되며, 제3자에 대한 책임에서는 적용되지 아니한다. 또한, 경영판단의 법칙은 이사의 작위행위에 대해서 적용되며, 이사의 부작위 행위에는 적용하지 아니한다. 이러한 이사의 경영판단의 대상은 이사의 주의의무 위반의 경우이며, 이사가 법령이나 충실의무를 위반한 때에는 그 자체가 회사에 대한 채무불이행에 해당되므로 경영판단의 법칙의 적용대상이 되지 아니한다.³⁴²⁾

(다) 경영판단의 법칙 도입에 관한 검토

전술한 바와 같이 미국에서의 경영판단의 법칙은 이사의 합리적인 결정을 한 사항에 대해 사후 그 판단이 잘못된 판단으로 회사에 손해를 끼친 경우에 대하여 이를 사후에 바라보는 안목으로 책임을 추궁하지 않는다는 것이다. 따라서 이러한 내용을 효력 면에서 실체법과 절차법적인 면을 모두 고려하여 이를 법리로 발전시킨 것이라고 할 수 있다. 반면 우리나라는 경영판단의 법칙에 관해 미국과 달리 절차법적인 바탕이 미흡하므로 경영판단의 법칙 도입에 있어서 긍정적 견해와 부정적 견해가 서로 대립하고 있다.

첫째, 경영판단의 법칙 도입을 긍정하는 견해는 미국의 경우와 같이 입법화를 통하여 이사들에게 소신 있게 경영활동을 할 수 있도록 기업환경을 조성하자는 것이다. 또한 이러한 기업환경 조성을 통하여 유능한 경영인을 유치 및 보호할 수 있으며, 이사의 경영판단에 대하여 법원의 개입보다는 이사의 의사결정이 권한 범위 내에서 합리적이며 객관적인 결정이었다면 이를 보호해야 한다는 입장이다.³⁴³⁾

이러한 입법을 통한 경영판단의 원칙 도입을 긍정하는 입장에서는 경영판단의 원칙을 도입한 외국의 입법을 사례로 들고 있다. 외국의 입법례를 보면 먼저 미국의 델라웨어주 일반회사법(General Corporation Law)은 회사의 정관 내용과

342) 이상수, 「상법기본강의」(제3판), 피앤씨미디어, 2018, 503면; 대법원 2008.4.10, 선고 2004다 68519 판결.

343) 최현주, “이사의 책임제한에 관한 법리와 경영판단의 원칙”, 「경영법률」, 제17권 제2호, 한국경영법률학회, 2007, 47면.

관련하여 정관에 기재하는 사항으로서 이사가 주의의무를 위반하여 금전적인 손해를 발생시킨 경우 이사의 개인적인 책임을 면제하거나 제한하는 규정을 포함시키도록 하고 있다.³⁴⁴⁾ 또한, 독일 주식법(Aktiengesetz)에서는 이사의 주의의무를 언급하면서 이사가 기업차원의 결정을 하면서 회사의 이익을 위해 적절한 정보를 가지고 이성적으로 결정한 행동은 이사의 주의의무 위반이 아니라고 함으로써 경영판단의 법칙을 명문 규정으로 인정하고 있다.³⁴⁵⁾

둘째, 경영판단의 법칙의 도입을 반대하는 견해는 기업의 폐쇄회사적인 운영, 시장기능의 미발달, 이사의 선관주의의무 기준의 미비 등의 우리나라 기업의 현실을 고려할 때 경영판단의 원칙의 도입은 아직 적절하지 못하다고 주장하고 있다.³⁴⁶⁾

한편, 우리나라에서의 경영판단의 원칙은 2000년 대구지방법원 판결³⁴⁷⁾에서 경영판단의 법칙이 언급된 이후 이를 적용하는 판례가 계속 유지되고 있다.³⁴⁸⁾ 경영판단의 법칙은 원래는 민사 책임을 완화시키기 위해 적용되었으나 대법원은 대한보증보험사건 판결에서 형사책임에도 반영하여 배임죄를 부정한 판례가 있다.³⁴⁹⁾

우리나라의 경영판단의 법칙의 도입에 관해서는 도입을 반대하는 견해가 우리나라의 경우 기업지배구조의 건전화와 투명성 제고를 위해 이를 감시 및 감독하는 기능과 기업환경의 조성이 약하다는 점을 근거로 제시하지만, 한편으로는 이사들의 소신 경영, 책임 경영, 적극 경영을 위해서는 경영판단의 법칙이 판례로 인정될 뿐만 아니라 입법을 통한 경영판단의 원칙 도입을 검토할 필요가 있다.

라. 보험에 의한 이사의 책임제한

(1) 임원배상책임보험의 의의

344) 미국 델라웨어주 일반회사법 제102조(b)항(7)호.

345) 2005년 독일 주식법 제93조 제1항은 이사회 구성원이 기업차원의 결정을 할 때에 회사의 이익을 위해 적절한 정보를 바탕으로, 그리고 이성적으로 행동한 것으로 간주될 수 있는 경우, 그러한 의무위반은 존재하지 않는다고 규정하고 있다.

346) 권재열, “경영판단의 원칙 - 도입여부에 관한 비판적 검토 -”, 「비교사법」, 제6권 제1호, 한국비교사법학회, 1999, 32면

347) 대구지방법원 2000.5.30. 선고 99가합13533 판결.

348) 대법원 2005.7.15. 선고 2004다34929 판결; 대법원 2007.7.26. 선고 2006다33685 판결.

349) 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4299 판결.

임원배상책임보험(Directors and Officers Liability Insurance)은 이사 등 임원이 회사의 업무를 수행하면서 의무위반 등으로 이사 등 임원이 부담하게 되는 책임을 사후보상적인 측면에서 완화시켜 주는 보험제도로써 이사의 법률상의 손해배상책임과 방어비용을 보상해주는 보험을 의미한다. 회사는 보험료를 납입하고 모든 임원(신임임원, 퇴임임원 포함)을 피보험자로 하며, 보험회사는 피보험자인 모든 임원에 대해 손해배상금, 합의비용, 소송비용 등을 보험 내용으로 한다.³⁵⁰⁾

이러한 임원배상책임보험을 통해 회사의 이사 등 임원은 미래의 예측하지 못한 손해배상책임에 대비할 수 있기 때문에 회사의 경영에 있어 이사가 소신 있는 판단을 할 수 있게 해 준다는 점에서 매우 유용한 이사에 대한 책임제한 제도라 할 수 있다.³⁵¹⁾ 한편, 회사의 이사 등 임원은 주주의 대표소송에 대해 승소를 하더라도 소송비용 등이 발생하므로 승패 여부를 불문하고 임원배상책임보험의 필요성이 강조되고 있으며, 또한 피해자는 회사가 임원배상책임보험에 가입되어 있으면 안정적으로 보상을 받을 수 있다는 기대감을 갖을 수 있다.

(2) 임원배상책임보험의 역할

우리나라는 1991년에 임원배상책임보험이 처음으로 인가되었으며,³⁵²⁾ 1977년 말 외환위기를 체험한 이후 2000년 제일은행 부실대출 대표소송³⁵³⁾이나 2003년 삼성전자 대표소송³⁵⁴⁾에서 이사의 책임이 인정된 것을 계기로 임원배상책임보험의 가입이 활성화 되었다. 그 후 금융감독원은 2005년 12월 임원배상책임보험 가입에 관한 가이드라인을 제정하였다.³⁵⁵⁾

350) 노미리, “임원배상책임보험에 관한 판례동향”, 「상사판례연구」, 제30집 제1권, 한국상사판례학회, 2017, 221-222면.

351) 김선정, “임원배상책임보험의 회사감시기능”, 「경영법률」, 제11권, 한국경영법률학회, 2000, 104면.

352) 서정, “임원배상책임보험”, 「민사판례연구」, 제29권, 민사판례연구회, 2007, 1080면.

353) 대법원 2002.3.15. 선고 2000다9086 판결.

354) 대법원 2005.10.28. 선고 2003다69638 판결.

355) 2005년 12월에 제정된 임원배상책임보험 가입에 관한 가이드라인은 회사 비용으로 책임보험에 가입할 때 합당한 근거를 가지고 일정한 절차를 거쳐 가입할 필요가 있으므로 상장사협의회, 코스닥상장법인협의회와 협의하여 보험가입 근거, 피보험자의 범위, 보상하는 손해 한도, 보험회사의 면책범위 등을 구체화 하고 있다.

이러한 임원배상책임보험의 역할로는 첫째, 피해자는 이사가 책임질 사고로 입은 손해에 대하여 효율적인 보호를 받을 수 있다. 즉, 피해자는 손해배상금액이 거금일수록 손해배상을 받기가 어려운 상황에 있을 수 있지만 이사가 임원배상책임보험에 가입되어 있으면 피해자는 이사가 책임질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도 내에서 보험회사에 직접 보상을 위한 청구권을 행사할 수 있으며, 이 경우 피해자의 유형은 회사경영 부실로 손해를 입은 주주 이외에 이해관계를 가진 제3자도 포함된다.³⁵⁶⁾

둘째, 이사의 소신 있는 경영활동이 보장될 수 있다. 즉, 회사가 임원배상책임보험에 가입되어 있으면 이사의 경영활동에 대한 미래의 잠재적인 손해배상책임에 대한 보장대책이 되기 때문이다. 또한, 임원배상책임보험에 가입되어 있으면 유능한 전문경영인을 영입하기가 유리할 뿐만 아니라 이사의 재임기간 뿐만 아니라 퇴임 후의 경우도 보호대상이 되기 때문에 이사는 재임기간 중 회사를 위한 적극적인 경영활동을 하게 될 것이다.

셋째, 건전한 기업지배구조를 선도하는데 기여할 수 있다. 즉, 보험회사는 임원배상책임보험을 갱신할 때 회사(피보험회사)에 대한 지배구조, 경영활동, 소송사항 등에 관한 자료를 제공받아 이를 검토하여 회사의 적정한 보험료를 산정할 수 있다.

따라서 보험회사는 이러한 과정에서 회사에 대한 보험의 주요 계약 내용, 담보범위 등을 재조정 할 수 있으며 이러한 과정에서 회사 경영의 건전한 지배구조를 유지하도록 하는 역할을 할 수 있다.³⁵⁷⁾

4. 이사의 책임제한에 대한 외국의 입법례

가. 미국

미국에서는 이사와 집행임원이 엄격이 분리되어 있다. 이사는 이사회 의 구성원으로서 업무감독기관이며, 집행임원은 업무집행기관이다.

356) 상법 제724조 제2항.

357) 신종석, “주식회사 이사의 책임과 제한에 관한 연구”, 「법학연구」, 제19권, 제3호, 한국법학회, 2019, 201면.

미국에서는 사전적인 방안의 책임경감 및 면제 방법으로 신뢰의 항변권(Reliance Defense)³⁵⁸⁾과 경영판단의 원칙에 의하여 책임경감 또는 책임면제를 받아왔으나, 1985년 Smith & Van Gorkom 사건에 대한 델라웨어 주 대법원 판결³⁵⁹⁾에서 이사들이 합리적으로 수집 가능한 정보에 기초하지 않고 충분한 의견수렴 과정도 거치지 않은 채 합병안을 가결한 것과 그 추진 여부에 대한 주주의 결정에 합리적으로 요구되는 주요한 정보와 자료를 제공하지 않은 것은 중대한 과실에 해당하므로, 경영상 판단의 원칙에 의한 이사들의 보호를 부정하고 그 행위에 의해 발생한 손해배상책임을 인정하였다. 이러한 판결은 기업의 이사와 임원, 이사 내지 임원배상책임과 관련된 보험회사 등에게 커다란 충격을 주었다.

델라웨어 주 대법원 판결에 의해 미국에서 경영판단의 원칙이 제한 받기 시작하자 사외이사들은 그 직을 사임하거나 임명을 거부하였고, 회사는 유능한 인재를 이사로서 받아들이는 것에 어려움이 발생하는 등 사회적인 문제로 대두되었다.

358) 신뢰의 항변권은 이사가 업무 결정을 할 경우에 그 결정행위 이전에 변호사나 독립된 공인 회계사 또는 감정인 등과 같은 전문가의 조언을 듣고 그 조언을 신뢰하여 업무결정을 할 경우에는 그것이 통상인 이 보기에도 명백히 위법이라고 여겨지지 않는 한, 이사는 그 조언을 신뢰하였다는 사실을 가지고 책임 면제의 근거로 제시할 수 있는 권리를 말한다. 19세기 전반 King v. Morrison 사건 판결에서 “수탁자가 성실히 변호사의 충고에 따라 행동한 경우, 그가 책임을 추궁 당하는 경우는 없다”고 판결 하였다.

359) 이 사건은 Trans Union Corporation 회사의 회장 겸 CEO인 William Van Gorkom이 제안한 합병안을 Marmon Group의 회장인 Jay Pritzler로부터 3일 이내에 승인하지 아니하면 무효로 한다는 조건에 따라 William Van Gorkom은 담당경영진, 은행, 변호사에 대하여 자문을 구하였으나 가격의 가치를 Trans Union Corporation의 이사들과는 상의하지 못하였다. 바로 이점을 문제 삼아 델라웨어주 대법원은 Trans Union Corporation의 이사회가 제안된 가격의 가치를 적절하게 조사하지 못하였고, William Van Gorkom에게 그 가격이 산정된 이유를 묻지 아니 하였으며, Jay Pritzler의 제안을 상세하게 검토하지 않는 등 사전통지, 충분한 검토, 충분한 평가에 필요한 정보의 입수 등을 하지 아니한 상태에서 합병안을 승인하였기 때문에 이사들이 William Van Gorkom의 보고서를 신뢰하였다는 것은 성실한 신뢰가 아니라 맹목적인 신뢰이므로, 경영판단의 원칙보호를 받을 수 없다고 판결하였다. 따라서 델라웨어주 대법원은 이사들이 회사의 본질적인 가치를 포함한 여러 가지 문제들에 대하여 적절하게 알아보지 아니하였으며, 그 이사들은 최소한 합병을 승인하는데 있어서 분명 중대한 과실(gross negligence)이고, 이는 주주에 대한 신인의무(fiduciary duty)의 위반에 해당하여 경영판단의 원칙의 적용을 거부하였다. Smith & Van Gorkom, 488 A.2d 858, 874, 893 (Del. 1985).

따라서 미국의 각 주에서는 이런 상황을 해결하기 위하여 이사의 책임제한이 논의되기 시작하였으며, 이러한 논의의 결과 1980년대 후반에 이사의 책임제한과 면제에 관한 입법이 최초로 델라웨어주에서 입법되었다.³⁶⁰⁾ 이러한 입법은 미국 전 지역으로 확산되는 동기가 되었으며,³⁶¹⁾ 이후 인디애나주, 뉴욕주, 애리조나주, 캘리포니아주 등 30여개의 주회사법에서 이사의 책임제한에 관한 법률이 도입되어 현재 사용하고 있다.

델라웨어주 회사법 §102(b)(7)에서는 정관기재사항으로서 “이사로서의 신탁의 무위반에 의한 이사의 회사 또는 주주에 대한 금전적 손해배상에 관한 개인적 책임을 면제 또는 제한하는 규정”을 둘 수 있도록 하여 이사의 회사 또는 그 주주에 대한 개인적인 책임을 배제 또는 제한할 수 있도록 허용하고 있다. 하지만, ① 회사 또는 주주에 대한 이사의 충실의무 위반, ② 불성실하거나 의도적인 비행 또는 고의에 의한 위법행위 및 부작위에 관한 책임, ③ 부당한 이익배당의 지급, 불법한 주식의 매수, 상환에 기한 책임의 경우에는 책임을 배제 또는 제한할 수 없다고 하고 있다.³⁶²⁾

인디애나주 회사법 §23-I-35-I(e)에서는 이사는 이사로서의 지위에서 행동한 모든 작위 또는 부작위에 대하여 책임을 부담하지 않지만, 이사가 본조에서 정한 의무를 위반하거나 해태한 경우, 또는 의무의 위반이나 불이행이 의도적인 비행이나 무모한 행위인 경우에는 이사는 그에 대한 책임을 부담한다고 규정하고 있다.

또한, 미국의 경우 개정모범회사법(RMBCA: Revised Model Corporation Act)에서는 이사의 책임을 제한하거나 면제하는 규정을 정관에 둘 수 있도록 권고하고 있다.

즉, 개정모범회사법 §2.02(b)(4)에서는 ① 이사가 권한 없이 재산적 이익을 취한 경우, ② 의도적으로 회사나 주주에게 손해를 가한 경우, ③ 위법적인 분배에 의한 경우, ④ 고의의 형법위반의 경우를 제외하고는, 이사로서 취한 행위 또는 취해야만 했던 행위를 소홀히 했다는 것을 이유로 하는 금전 배상에 있어서 회

360) 사건에서 법원이 이사의 책임면제에 대하여 소극적으로 판결하자, 기업들의 타주로의 이탈을 막기 위하여 신속하게 책임제한입법을 하는 결과를 가져왔다. 이는 델라웨어 주가 친기업적인 회사법규정을 입법하는데 선두적인 것을 생각하면 어찌면 당연한 결과라고 하였다. William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 *Yale L. J.* 663, (1974).

361) 김성호, 전계논문, 202면.;이형규·이상복, “사외이사 선임제도 개선방안에 관한 연구”, 「상장협연구보고서」, 2002. 5, 63면.

362) 김성호, 전계논문, 203면.

사가 이사의 의무위반행위로 인한 손해배상책임을 제한하거나 면제하는 규정을 정관에 둘 수 있도록 하였다.

미국에서는 손해배상액의 제한에 관해서도 규정하고 있다. 즉, 버지니아주 회사법§13.1-692.1에 의하면, 이사의 행위의 결과 또는 과정에서 생긴 손해에 대하여 회사에 의하거나 주주에 의하여 제기된 임원 또는 이사의 손해배상액은 일정한도로 제한된다. 즉, 그 손해배상액은 US\$100,000 또는 책임이 과해질 작위 또는 부작위에 선행하는 직전의 12개월의 임원 또는 이사가 회사로부터 수령한 현금보수액 중 낮은 것을 넘지 않는다. 다만, 회사의 원시정관에서 규정된 금액 또는 주주의 승인이 있는 경우, 이사 또는 임원의 책임제한 또는 면제를 정한 부속정관에서 특정된 금액이 상기 금액보다 적은 경우에는 그에 의한다. 그러나 이사 또는 임원의 책임제한은 의도적 비행, 형법, 내부거래를 원인으로 하는 연방증권거래법 및 주증권법의 고의적인 위반으로 인한 손해배상에 대하여는 적용되지 않는다.³⁶³⁾

또한 미국법률협회(ALI: American Law Institute)의 기업지배원칙 §7.19 주의 의무 위반에 대한 손해배상책임을 제한규정에 의하면 법률로 달리 규정한 경우를 제외하고 이사 또는 집행임원이 ① 악의 또는 유책의 법령위반이 있는 경우, ② 의도적인 의무위반의 경우, ③ 계속적이고 면책되지 않는 유형의 부주의를 구성하는 경우, ④ 공정거래 의무 위반 등으로 인한 부당한 이익취득의 경우 등에 해당하지 않았다면, 이사의 주의의무 위반으로 인한 손해배상액을 위반행위자의 연간보수액 보다 많지 않은 금액으로 그 위반에 대한 손해배상액을 제한할 수 있는 정관규정을 둘 수 있도록 하고 있다.³⁶⁴⁾

따라서 미국에서 이사의 경영판단의 원칙을 적용하여 책임을 제한할 수 있는 기준은 ① 회사의 업무에 대하여 적극적으로 경영판단을 하여야 하며, ② 경영판단 시에는 이해관계를 갖지 않아야 하며, ③ 경영판단을 하는 과정에 있어 합리적으로 신뢰할 수 있는 상당한 자료와 정보를 수집하고, 이것을 신중하고 충분히 검토한 후 결정하여야 하며, ④ 이사는 당해 경영판단이 회사의 이익이 된다고 합리적으로 신뢰하여야 한다. 하지만, 이사의 경영판단이 법령을 위반하

363) 김성호, 전계논문, 204면; 안택식, “사외이사의 책임제한에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제6권 2호, 2007, 208면 재인용.

364) ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, §7.19.

거나 그 직무의 범위를 벗어난 때에는 주의의무를 위반한 것이 되어 경영판단의 원칙이 적용되지 아니한다.³⁶⁵⁾

나. 독일

독일에서는 2005년 주식법 개정 전까지는 경영판단에 의한 이사의 책임제한 규정은 없었다. 그러나 독일의 주식법(Aktiengesetz, AktG) 제93조 제1항에서 “이사는 업무집행에 있어 정상적이고 양심있는 경영자로서의 주의를 다하여야 한다”는 이사의 주의의무를 규정하고 있으며, 동법 동조 제3항에서 이사의 주의의무의 구체적 유형으로 ① 주주에게 출자를 반환한 때, ② 주주에게 이자 또는 이익배당을 지급한 때, ③ 그 회사 또는 다른 회사의 자기주식을 인수, 취득, 저장하거나 소각한 때, ④ 주식의 액면액 또는 그 이상의 발행가액 전액을 납입하기 전에 주권을 발행한 때, ⑤ 회사재산을 분배한 때, ⑥ 회사의 지급불능 또는 채무초과가 된 이후에 지급한 때, ⑦ 감사에게 사례를 제공한 때, ⑧ 신용이 제공된 때, ⑨ 조건부 자본증가에서 소정의 목적 이외에 또는 대가의 완전한 이행 이전에 인수권주가 발행되는 때 등으로 9가지를 규정하고 있으며, 동법 동조 제2항에는 이러한 주의의무를 이사가 위반한 때에는 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하며, 또한 의무위반 여부에 관해서는 이사에게 입증책임을 부담시킴으로써 이사의 책임을 가중시키고 있음에도 불구하고 법정에서 회사가 이사에 대하여 손해배상을 청구하는 일은 거의 일어나지 않았다. 이는 동법 제84조 제1항, 제3항에 의해 문제 있는 이사를 다시 선임하지 않을 수 있고 상황에 따라서는 이사직에서 해임시킬 수 있기 때문에 실무적인 인사정책적 제재로서 족하다고 보고 있기 때문이다.³⁶⁶⁾

또한 동법 제93조 제4항에서는 일정한 조건 하에서는 이사에 대한 회사의 손해배상청구권이 발생하지 않거나 이를 포기 또는 화해할 수 있도록 규정하고 있다.³⁶⁷⁾ 즉, 동법 동조 제4항 제1문에 의하면, “이사의 행위가 주주총회의 적법한

365) 주기중, “미국회사법상 이사의 지위에 관한 소고”, 「법학연구」, 제23호, 한국법학회, 2006, 247면.

366) 안성포, “독일의 회사법 개혁과 최근 동향 - 2005년도 UMAG에 의한 독일주식법의 개정을 중심으로”, 「기업법연구」, 제19권 제3호, 한국기업법학회, 2005, 84면.

367) 안성포, “이사의 면책에 관한 입법론적 고찰”, 「상사법연구」, 제22권 제2호, 한국상사법학회,

결의³⁶⁸⁾에 의한 경우에는 회사에 대한 이사의 손해배상책임은 발생하지 않는다.”고 규정하고 있으며, 동법 동조 제4항 제3문과 제4문에 의하면, 회사는 이사에 대한 손해배상청구권을 포기하거나 또는 그 청구에 관하여 화해할 수 있다고 규정함으로써 이사의 경영행위로 인한 손해배상책임 부담을 덜어준다는 의미에서 중요하다고 할 수 있다. 이처럼 독일에서는 실무적인 인사정책적 제재와 주주총회의 적법한 결의 및 회사의 손해배상청구권의 포기과 화해로 인하여 이사에 대한 책임이 제한되어 왔기 때문에 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리할 우려가 발생하였다.

따라서 정부는 2005년 주식법을 개정하면서 동법 제148조에서 회사가 이사의 책임추궁을 게을리 할 경우 기본자본금의 1% 또는 거래소 가격으로 10만 유로에 달하는 지분을 가진 소수주주로 하여금 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 하였으며, 동법 동조 제2항에서는 소송의 남용을 막기 위하여 법원에 의한 사전허가절차를 마련하였다. 또한 동법 제93조 제1항 2문에 이사의 대응책으로 경영판단의 원칙을 명문화하여 이사가 경영판단의 원칙에 의해 책임을 면할 수 있도록 하였다. 즉, 동법 제93조 제1항 2문에 의하면 “이사가 경영판단을 함에 있어서 적절한 정보에 근거하여 회사의 복리를 위하여 행위하는 것이라고 합리적으로 인식한 것이라면, 이사의 의무위반은 없다”라고 규정하고 있다. 따라서 이 규정은 소수주주에 의한 대표소송의 도입에 대응하는 이사의 면책규정으로 “회사에 대한 이사의 결과책임을 배제하고, 잘못된 경영판단에 대하여 책임을 지지 않는다”는 이른바 경영판단의 원칙을 명문화 한 것이다.

이러한 경영판단의 원칙은 4가지의 특징을 전제로 하고 있는데, ① 경영판단, ②회사의 복리를 위한 행위, ③ 특별이익이 없고 부적절한 영향이 없는 행위, ④ 적절한 정보에 근거한 행위를 말하는 것으로써 영미법계의 경영판단의 원칙을 모델로 하고 있으며, 1997년 연방대법원의 ARAG/Garmenbeck 판결³⁶⁹⁾과 방향

2003, 99면.

368) 여기서의 적법한 결의란 주주총회의 결의에 하자가 없는 경우를 말한다. 다만 이러한 주주총회의 결의는 그 내용이 구체적이어야 하고, 그러한 결의가 이사의 어떠한 조치를 승인한 것인지를 알 수 있어야 한다. 따라서 이사회에 대한 단순한 수권(Ermächtigung)은 책임배제사유가 될 수 없으며, 회사의 손해배상청구권의 배제는 사전적 면제방법으로 볼 수 있다. 박효준, “이사의 책임제한에 관한 연구”, 창원대학교 박사학위논문, 2005, 79면.

369) 안성포, “독일의 회사법 개혁과 최근의 동향 - 2005년도 UMAG에 의한 독일주식법의 개정

을 같이 하고 있다.³⁷⁰⁾

다. 일본

(1) 이사의 책임제한 개관

일본 초기 상법은 이사의 주의의무에 대한 손해배상책임은 총주주의 동의가 있으면 면제가 가능하였다. 또한 발행주식 총수의 3분의 2 이상의 주주의 동의가 있으면 이사의 자기거래 부분에 대한 손해배상책임을 면제할 수 있도록 규정하였다.³⁷¹⁾ 1993년 일본 상법 개정 이후에 대표소송의 제소요건이 완화되어 이사를 상대로 한 대표소송이 급증함으로써 회사경영에 많은 어려움을 초래하였으며,³⁷²⁾ 특히, 2000년 대화은행사건에서 이사들에게 거액의 손해배상책임을 인정하였다.³⁷³⁾ 이후 일본은 2001년 상법 개정에서 이사의 책임 경감을 위한 다양한 방법의 개정이 이루어졌다.

일본은 회사법제의 현대화라는 목적 하에 2004년 12월 “회사법제의 현대화에 관한 요강안”을 발표하였으며, 동 요강안은 「회사법」이란 이름으로 제정되어 2006년 4월부터 시행되고 있으며, 새로운 회사법에서는 이사의 책임제한에 대한 규정을 두고 있다.

(2) 이사의 책임제한 유형

일본은 2006년 제정되어 시행되고 있는 일본 회사법에서 주식회사와 유한회사의 규제를 동일한 법전 안에 통합하여 규율하였으며, 종래의 법규하에서 형해화되거나 또는 합리성을 상실한 법규들을 정리하였다. 첫째, 일본 회사법 제425조에서는 이사가 회사에 대하여 임무태만에 의하여 손해를 끼치고 이사의 직무수행에 있어서 악의 또는 중대한 과실이 없는 때에는 주주총회의 특별결의로써 책

을 중심으로”, 100면.

370) 안성포, 상계논문, 99-100면.

371) 일본 상법 제266조 제1항 제4호.

372) 新谷 承, “取締役の責任軽減化と株主代表訴訟”, 「法律時報」, 第71卷 第2號, 1999. 48頁.

373) 大阪地判 2000.9.20, 「商事法務」, 제1573호, 2000.10.5, 4頁.

임을 면제하도록 규정하고 있다.

둘째, 동법 제426조에서는 미리 정관에 이사의 책임을 이사회가 면제할 수 있다는 규정을 마련해두고 구체적인 안건이 발생하면 그 때마다 이사회가 결의로써 책임을 면제하는 것으로서 정관에 “책임의 발생 원인이 된 사실, 해당이사의 직무수행 상황 기타 사정을 참작하여 특별히 필요한 것으로 인정되는 때”에는 이사회가 결의로써 책임을 면제할 수 있다는 취지를 정할 수 있으며, 이러한 정관을 둔 경우에는 이사회가 결의로써 책임을 제한적으로 면제할 수 있다.

셋째, 동법 제427조에서는 회사는 사외이사와의 계약으로 그가 법령·정관에 위반한 행위를 하여 회사에 대하여 손해를 가한 경우에도 직무수행상 악의 또는 중과실이 없는 때에는 일정 한도의 범위 내에서만 배상책임을 진다는 뜻을 정관에 정할 수 있고, 이에 근거하여 회사가 사외이사와 책임제한계약을 체결한 경우 당해 사외이사의 책임은 일정한 한도로 제한된다. 다만 사외이사가 당해 회사 또는 자회사의 이사나 지배인 기타 사용인이 된 경우에는 계약의 효력이 소멸한다.

그리고 이러한 사외이사의 책임제한에 대한 내용의 정관변경을 의안으로 주주총회에 제출할 때에는 감사의 동의가 있어야 하며, 사외이사와 책임제한계약을 체결한 후에 사외이사가 법령·정관에 위반하여 이 계약의 혜택을 받는 경우에 이사는 그 후 최초로 소집되는 주주총회에서 책임의 발생원인이 되는 구체적인 사실 및 배상책임을 져야 할 금액과 산정한 면제의 한도액 및 그 산정의 근거, 면제이유, 면제액 등을 보고하여야 한다.

이와 같이 일본 회사법은 다양한 형태의 책임감면유형을 두고 이사의 책임을 제한 또는 완화하고 있는데, 이사의 책임이 제한되는 경우 책임이 면제되는 범위에 대해서는 일정한 제한을 두고 있다. 즉, 책임면제금액은 이사가 회사에 대하여 배상하여야 할 손해액으로부터 보수 기타 직무수행의 대가로서 회사로부터 받아야 할 재산상의 이익의 영업년도별 합계액 중 최고액을 기준으로 하여 책임 발생 원인이 된 행위가 있었던 때의 지위에 따라 대표이사의 경우에는 6년분, 사내이사의 경우에는 4년분, 사외이사의 경우에는 2년분에 상당하는 금액을 공제한 액을 한도로 하여 주주총회나 이사회결의에 의해 결정된다. 또한 정관에 의하여 사외이사와 배상책임금액을 일정금액으로 한정하는 내용의 책임제한계약을 체결한 경우에는 계약으로 정한 금액과 2년분의 보수액 중에서 큰 쪽의 금액

을 한도로 배상책임을 진다.

따라서 일본회사법에서는 이사의 전액면제는 인정하지 않고 있으며, 이사의 책임이 제한되는 경우에도 이사의 도덕적 해이를 방지하고, 주의의무를 다할 책임감을 주기위해 책임한도액의 일정액에 대해서는 반드시 책임을 져야 한다.³⁷⁴⁾

제3절 사외이사제도

1. 사외이사제도의 도입

우리나라는 1997년 국제통화위기를 겪으면서 1997년 12월 IMF(국제통화기금)으로부터 자금을 차입하는 조건의 하나로 사외이사제도의 도입을 약속했다. 이후 1998년 2월 정부비상경제대책위원회가 발표한 회사구조조정촉진방안에서 경제위기를 극복하고 회사경영의 투명성을 확보하여 기업지배구조를 개선하기 위하여 사외이사제도의 도입을 확정하였다.

사외이사제도의 도입으로 그동안 대기업의 지배주주가 이사회를 통제하여 자의적으로 회사를 운영해 왔던 고질적인 문제를 해결할 수 있게 되었다. 즉, 회사에 대한 이사회 통제기능이 지배주주의 사주를 받은 이사로써는 한계가 있음을 인식하게 되었고 이러한 한계를 사외이사제도는 사외이사를 통하여 이사회 통제기능을 강화시킬 수 있게 되었다.

또한 사외이사제도는 사외이사를 통해 회사의 지배주주와 경영진간의 대리인 문제를 완화시킬 수 있기 때문에 이를 통한 기업가치의 증대를 도모하고자 하였다.³⁷⁵⁾

한국증권거래소는 1998년 2월에 유가증권상장규정의 개정을 통하여 회사경영의 공정성과 투자자의 보호를 목적으로 주권상장법인은 이사 수의 4분의 1이상 그리고 최소 1명 이상을 사외이사로 선임하도록 의무화하였다.

2000년 1월 구 증권거래법이 개정되면서 사외이사³⁷⁶⁾의 선임에 관한 규정이

374) 안성포, “일본 주식회사의 업무집행기관 - 일본 2006년 회사법상의 새로운 내용을 중심으로”, 「기업소송연구」, vol. 2006, 기업소송연구회, 2007, 161-162면.

375) 박영석·임새훈, “이사회 구성 및 임기가 기업가치에 미치는 영향 : 사외이사를 중심으로”, 2019년 한국재무학회 추계학술대회 발표논문집, 한국재무학회, 2019, 256면.

신설되어 사외이사제도는 법률상의 제도가 되었다. 사외이사를 추천하기 위해서는 사외이사가 총 위원의 2분의 1 이상으로 구성된 사외이사후보추천위원회를 설치하도록 하였으며 사외이사를 선임할 때에는 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서 선임하도록 하였다. 또한 구 증권거래법은 대통령령이 정하는 자산규모 2조원 이상의 증권회사에 대해서는 사외이사가 이사 총수의 2분의 1 이상이 되도록 이사회를 구성하여야 하며, 사외이사는 3인 이상을 이상 두도록 하였다.³⁷⁷⁾

2001년 3월에는 구 증권거래법 개정을 통해 코스닥 상장법인에게도 사외이사의 선임을 의무화시키는 규정을 두었으며, 2003년 12월 구 증권거래법 개정에서는 자산규모가 2조원이 넘는 주권상장법인과 코스닥상장법인에 대해 3인 이상의 사외이사를 두도록 하였으며, 이사 총수의 2분의 1 이상을 사외이사로 선임하도록 하였다.³⁷⁸⁾ 한편 2009년 2월에 구 증권거래법상에 규정되어 있었던 사외이사 규정이 비상장회사도 사외이사를 도입하는 경우가 증가하고 있는 현실을 고려하여 상법에 입법화되었다.³⁷⁹⁾

최근 2020년 1월 상법 시행령 개정을 통하여 사외이사의 결격요건을 강화하여 이사회의 독립성을 보장하였다. 즉 해당 상장회사의 계열회사에서 최근 2년 이내에 상무에 종사하는 이사·집행임원·감사 및 피용자였던 자를 결격사유로 하던 것을 최근 3년 이내에 상무에 종사하는 이사·집행임원·감사 및 피용자였던 자로 변경하였다. 또한 해당 상장회사에서 6년을 초과하여 사외이사로 재직했거나 해당 상장회사 또는 그 계열회사에서 각각 재직한 기간을 더하면 9년을 초과하여 사외이사로 재직한 자는 사외이사가 될 수 없도록 하였다.³⁸⁰⁾

376) 우리나라에서 ‘사외이사’란 용어는 상법 개정과 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정 이전에는 舊 증권거래법에서 사용하였다. 동 법은 사외이사를 ‘당해 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사’라고 정의하였다(제2조 제19항).

377) 2000년 1월 21일 개정 증권거래법 제54조의5 제1항, 제2항, 제3항.

378) 박범진, “소유지배과리도가 사외이사 선임에 미치는 영향”, 「글로벌경영학회지」, 제15권 제4호, 글로벌경영학회, 2018, 188면.

379) 이삼열, “사외이사의 독립성과 전문성에 관한 소고”, 「법학연구」, 제59권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2018, 143면.

380) 상법 시행령 제34조 제5항 제1호, 제7호.

2. 사외이사의 개념과 자격

가. 사외이사의 개념

이사는 회사의 활동에 관하여 회사의 기관으로서 지위는 갖지 못하나,³⁸¹⁾ 회사 업무집행에 관한 의사결정기관인 이사회 의 구성원으로서 업무집행에 관한 의사결정에 참여하며, 상법상 소제기권(訴提起權)을 갖는다.³⁸²⁾ 상법은 이사를 사내이사, 사외이사, 그 밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사³⁸³⁾로 구분하고 있다.³⁸⁴⁾ 회사의 이사회는 일반적으로 사내이사 와 사외이사(outside director)로 구성되며, 이때 사외이사는 비상근으로서 직접 회사의 업무집행에는 참여하지 않는다. 다만, 회사 이사회 의 구성원으로서 업무집행 의 의사결정에 참여하는 이사를 말한다. 사외이사에 대한 개념이나 명칭 그리고 정의는 나라마다 다르다. 미국에서는 사외이사를 ‘Outside director’ 또는 ‘Independent director’으로 표현함으로써 독립이사로서 독립성을 강조하고 있으며, OECD에서는 사외이사를 ‘Non-executive director’로 표현하여 비상임이사로서 비상근임을 뜻한다.³⁸⁵⁾

우리나라 상법에서는 사외이사에 대한 정의는 없으나 상시 회사에 출근하여 내부적 업무에 종사하는 ‘사내이사’ 또는 ‘상근이사’에 대립되는 이사를 사외이사로 지칭하고 있다.³⁸⁶⁾ 이처럼 사외이사에 대한 각국의 다양한 표현을 종합해 보면 사외이사는 내부적 업무에 종사하지 않는 비집행성과 독립성이 본질적 요소라고 볼 수 있다.

따라서 사외이사는 회사의 업무를 수행하지 않으면서 독립적인 지위에서 회사 이사회의 업무집행감독권이 형해화 되는 것을 방지하는 감독 임무를 수행하는

381) 이사가 장기간 대표이사의 직무를 수행하더라도 그것을 대표이사의 행위로 볼 수 없다(대판 1989. 10. 24, 89 다카 14714).

382) 상법 제328조, 제376조, 제429조, 제445조, 제529조.

383) 일상 업무에 종사하지 않는 이사로서 사외이사가 아닌 자를 말하며, 비상근이사, 평이사 등으로 불리어지고 법적으로는 사내이사 와 차이가 없다.

384) 상법 제317조 제2항 제8호.

385) 윤계섭, “사외이사제도에 관한 연구-사외이사 평가를 중심으로-.” 「기업지배구조 리뷰」, 제 56호, 한국기업지배구조원, 2011, 7면.

386) 이균성, “주식회사의 사외이사의 지위”, 「상사법연구」, 제20권 제1호, 한국상사법학회, 2001, 235면.

이사라고 할 수 있다.³⁸⁷⁾

우리나라 상법에는 사외이사의 개념을 회사의 ‘상무(常務)에 종사하지 아니하는 자’로 정하고 있다. 따라서 상무에 종사한다는 것이 매일 회사에 출근하는 것을 전제로 하는 것인지 아니면 회사의 특정 조직에서 업무집행을 담당하는 것을 의미하는 것인지에 대해서 논란이 있을 수 있으나 ‘상무에 종사한다’는 것은 상시출근 여부가 아니라 업무의 성격으로 구별하는 것이 타당하다 할 것이다. 따라서 회사의 상무라 함은 회사가 영업을 계속함에 있어서 통상의 업무 범위에 속하는 사무를 의미한다고 볼 수 있다.

나. 사외이사의 자격

우리나라 상법상은 이사의 자격에 제한을 두고 있지 않기 때문에 전문적인 지식이나 능력을 요구하지 않는다. 상법은 사외이사의 자격요건에 대하여 소극적 자격요건을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 사외이사란 다음의 어느 하나에 해당하지 않아야 하며, ① 회사의 상무에 종사하는 이사·집행임원 및 피용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사·집행임원 및 피용자 ② 최대주주가 자연인인 경우 본인과 배우자 및 직계 존속·비속 ③ 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자 ④ 이사·감사·집행임원의 배우자 및 직계존속·비속 ⑤ 회사의 모회사 또는 자회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자 ⑥ 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사·집행임원 및 피용자 ⑦ 회사의 이사·집행임원 및 피용자가 이사·집행임원으로 있는 다른 회사의 이사·감사·집행임원 및 피용자 등으로서 사외이사가 이에 해당하는 경우에는 그 직을 상실한다.³⁸⁸⁾

또한, ① 미성년자, 금치산자 또는 한정치산자 ② 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 ③ 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 후 2년이 지나지 아니한 자 ④ 대통령령으로 별도로 정하는 법률을 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 아니한 자 ⑤ 상장회사의 주주로서 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수를 기준으로 본인 및 그와 대통령령으로 정하는 특

387) 이기수·최병규, 「회사법」, 박영사, 2011, 357면.

388) 상법 제382조 제3항.

수한 관계에 있는 자(이하 "특수관계인"이라 한다)가 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 그 본인(이하 "최대주주"라 한다) 및 그의 특수관계인 ⑥ 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주(이하 "주요주주"라 한다) 및 그의 배우자와 직계 존속·비속 ⑦ 그 밖에 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 상장회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령령으로 정하는 자 등에 해당하게 된 경우에는 사외이사직을 상실한다.³⁸⁹⁾

한편, 금융회사의 지배구조에 관한 법률에서 사외이사의 자격에 대하여 ① 최대주주 및 그의 특수관계인 ② 주요주주 및 그의 배우자와 직계존속·비속 ③ 해당 금융회사 또는 그 계열회사의 상근 임직원 또는 비상임이사이거나 최근 3년 이내에 상근 임직원 또는 비상임이사이었던 사람 ④ 해당 금융회사 임원의 배우자 및 직계존속·비속 ⑤ 해당 금융회사 임직원이 비상임이사로 있는 회사의 상근 임직원 ⑥ 해당 금융회사와 대통령령으로 정하는 중요한 거래관계가 있거나 사업상 경쟁관계 또는 협력관계에 있는 법인의 상근 임직원이거나 최근 2년 이내에 상근 임직원이었던 사람 ⑦ 해당 금융회사에서 6년 이상 사외이사로 재직하였거나 해당 금융회사 또는 그 계열회사에서 사외이사로 재직한 기간을 합산하여 9년 이상인 사람 ⑧ 그 밖에 금융회사의 사외이사로서 직무를 충실하게 이행하기 곤란하거나 그 금융회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람에 등에 해당하게 된 경우에는 사외이사직을 상실한다.³⁹⁰⁾

하지만 사외이사제도의 도입 취지가 회사의 이사회를 간접적으로 지배하고 있는 지배주주에 의한 회사경영 독주를 억제시키고 이사회 구성원의 전문성을 보완하기 위한 것이기 때문에 사외이사는 전문지식이나 경험이 풍부한 자 중에서 선임하도록 하고 있다.³⁹¹⁾

사외이사는 사내이사³⁹²⁾와 구분이 되지만 법적으로는 이사의 구성원으로서

389) 상법 제542조의8 제2항.

390) 금융회사의 지배구조에 관한 법률 제6조.

391) 유가증권시장규정 제48조 제1항

392) 이사는 독립성의 유무에 따라 사내이사와 사외(독립)이사로 나눌 수 있다. 사내이사는 업무 집행기관으로부터 독립적 지위에 있지 않은 자로서, 예컨대 이사 취임 이전에 상업사용인 혹은

상법상 이사에게 인정된 권한과 의무 및 책임을 부담하므로 사내이사와 그 법적 지위 면에서 차이가 없다.

그런데 이사회가 경영감독기관으로서 역할을 제대로 수행하기 위해서는 무엇보다도 이사회구성원인 이사의 업무집행자로부터의 독립성 여부가 중요하므로, 각국의 입법의 경향은 사외이사의 자격을 적극적으로 정하지 않고, 이사로서 독립성이 의심되는 지위에 있는 자를 이사 취임에서 배제하는 방식으로 소극적으로 정하고 있다.³⁹³⁾

다. 사외이사의 종류³⁹⁴⁾

(1) 여성 사외이사

여성이 사외이사로 선임된다는 것 자체가 이사회에 특별한 의미를 가질수는 없을 것이다. 그러나 실증적인 연구가 없기는 해도 여성의 이사회 구성원으로서의 참여는 이사회를 보다 객관적이고 투명하게 만든다는 선입견이 퍼져 있는 듯하다. 정부는 양성평등이라는 명제하에서 여성의 이사회 진출을 장려하려고 한다.³⁹⁵⁾ 한편, 우리나라 상위 100대 기업의 사외이사와 감사위원을 조사한 결과 여성 사외이사 수는 43명으로 2021년 33명 보다 30.3% 늘어났으며, 전체 사외이사 중 여성 사외이사가 차지하는 비율도 20.7%로 2021년 12.7%보다 8% 상승했다. 이처럼 2022년 여성 사외이사 수가 대폭 늘어난 것은 2020년 2월 개정된 자본시장법의 영향이 크다고 볼 수 있다.³⁹⁶⁾

회사와 고용관계에 있었거나 혹은 이사로서 회사의 업무를 담당하고 있었던 자 등 감사의 독립적 지위가 문제되는 자를 말한다. 이에 반해 사외이사는 회사의 임원이나 피용인이 아닌 이로서 회사의 경영진의 영향력에 놓여있지 않고, 업무집행기관으로 독립적인지위를 갖고 그 임무수행을 할 수 있는 자를 말한다.; 홍복기, 「회사법강의」, 법문사, 2010, 318면.

393) 홍복기, “사외이사제도의 정착과 그 활성화”, 1998년 춘계호, 한국상장회사협의회, 1998, 7면.

394) 김화진, 전계서, 187면 이하.

395) “공기업 사외이사 30% 여성으로 채운다.” 머니투데이(2007년 4월 17일).

396) 자본시장법 제165조 제20항에 따르면 2022년 8월부터 별도 기준 자산총계 2조원 이상의 상장사는 이사회 구성원을 특정 성(性)으로만 구성할 수 없다고 규정함으로써 여성 이사를 한 명 이상 선임하도록 하였다. 한국경제 2022년 4월 9일 A2면.

(2) 전문사외이사

미국 스탠포드 법대의 길슨 교수와 하버드 법대의 크라크만 교수는 이른바 전문사외이사(professional director)론을 제기하여 학계와 업계가 이를 활발하게 논의한 바 있다. 이 제안에 의하면 기관투자자들이 연대하여 6개를 상한으로 하는 투자 대상 회사들에 전문적으로 사외이사의 임무를 수행하는 전문이사를 파견한다는 것이다. 이 전문이사는 기관투자자들에 대한 관계에서는 전업이사이나 각 회사에 대한 관계에서는 일반적인 사외이사의 범주에 속하게 된다. 그리고 이 전문이사는 자신을 선임한 주주들인 기관투자자들에 대해 특별한 책임을 지게 되는 위치에 있게 된다.

이 아이디어는 많은 주목을 받았으나 실무로 연결되지는 못하였다. 그가장 큰 이유는 이러한 전문이사의 등장인 미국 기업의 기존 이사회에 대단히 이질적인 요소를 도입하게 되는 것으로써 기업의 최고 경영자들뿐 아니라 이사들로 부터도 반겨하지 않았다는 데 있다. 이것은 마치 시민단체의 대표가 이사로 선임되어 이사회에 진출하는 것과 마찬가지로 거부감을 조성하였다고 한다. 그러나 기관투자자들이 선임한 것은 아니지만 미국의 대기업에는 이미 전문사외이사들이 있다는 점이 지적되고 있다. 예컨대, 포드 대통령은 1977년에 백악관을 떠나면서 '20세기폭스사'를 포함한 미국의 수 개 대기업의 사외이사로 영입된 바 있으며 전직 국방장관들은 퇴임 후 수 개의 방위산업체에서 사외이사로 일하면서 경영을 지원하는 것이 보통이라고 한다.

실제로 1995년 미국에서는 미국에서 가장 바쁜 이사로 소개된 바 있는 트럽(Raymond Trough) 변호사의 사례가 화제를 모은 일이 있다. 이 사람은 16개 회사의 사외이사로 일하는 전업 사외이사였는데 트럽이 이사회에 소속된 회사들은 그 서비스의 큰 도움을 받았다고 알려진다. 16개 회사의 사업을 스테디하는 데서 오는 통찰력이 16개 회사 전체의 이익으로 귀결되었다는 것이다. 트럽은 이 전업에 주당 30-50시간을 일하였고 포브스지의 추산에 의하면 1995년에 이로부터 총 65만 불의 보수를 받았다고 한다.³⁹⁷⁾

하지만 사외이사들이 동시에 직무를 수행할 수 있는 회사의 수도 문제가 된

397) 사외이사의 업무를 제대로 수행하는 데는 많은 시간과 노력이 필요하다. 1995년 미국 대기업의 사외이사들은 1개 회사를 위해 연 평균 163시간을 일하였다고 한다. Ward, 전게서, p.200.

다. 사외이사로 일하는 회사의 수가 많을수록 한 회사에 쓸 수 있는 시간과 노력이 줄어들 수밖에 없기 때문이다. 포브스(Forbes)지가 2002년 8월에 미국의 S&P 500 대기업들을 대상으로 조사한 결과에 의하면 3,477명이 한 회사의 이사로 있으며 520명이 2개 회사, 204명이 3개 회사, 56명이 4개 회사, 22명이 5개 회사, 5명이 6개 회사 이상의 이사회에 소속되어 있다. 최근 미국에서는 한 사람이 소속될 수 있는 이사회회수를 제한해야 하는 것이 아닌가 하는 논의가 시작되고 있으며 특히 한 회사의 CEO로 있는 사람이 많은 수의 다른 회사 이사를 겸직하는 경우 이사로서의 역할에는 물리적으로도 한계가 있을 수밖에 없다는 시각이 있다. 독일에서는 한 사람이 감사위원회에 소속될 수 있는 상한이 법정되어 있으며 그 수는 10개 회사이다.³⁹⁸⁾

(3) 독립이사

미국에서는 모든 회사에 연방증권관리위원회(SEC)가 선임하는 독립이사 1인을 두자는 제안이 1972년에 나온 바 있다.³⁹⁹⁾ 독립이사 요건에 관한 이러한 움직임은 뉴욕증권거래소(NYSE:New York Stock Exchange)와 나스닥(NASDAQ)이 2004년부터 상장 회사들에게 상장규칙을 통해 이사회회 과반수를 차지하는 독립이사를 둘 것을 요구하면서 규범화되었다.⁴⁰⁰⁾ 뉴욕증권거래소의 상장규칙에 의하면 독립이사는 회사와 중요한 관계를 가지지 않은 자이다.

3. 사외이사의 선임과 해임

가. 사외이사의 선임

(1) 주주총회의 선임과 이사회 구성

우리나라 상법에서 이사의 선임은 주주총회에서 하도록 하고 있기 때문에 주

398) Aktiengesetz 제100조 제2항 참조.

399) Cyril Moscow, The Independent Director, 28 Business Lawyer 9 (1972), pp.11-12.

400) NYSE Listed Company Manual Section 303A.01.

주총회 이외의 다른 기관이나 제3자에게 이사 선임을 위임할 수 없다.⁴⁰¹⁾ 한편 사외이사도 상법상 이사의 한 종류에 속하므로 당연히 주주총회에서 선임한다. 다만, 사외이사의 선임과 관련하여 상장회사는 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 이사회 구성에 있어서 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 하여야 한다. 특히 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사로서 최근 사업연도 말 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사는 사외이사를 선임함에 있어서 사외이사 수를 3명 이상으로 하여야 하며, 사외이사의 수는 이사 총수의 과반수가 되도록 하여야 한다.⁴⁰²⁾

(2) 사외이사 후보추천위원회

우리나라 상법은 최근 사업연도말 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사에서 사외이사 후보를 추천하기 위해서는 총 위원의 과반수가 사외이사로 구성된 ‘사외이사 후보추천위원회’를 설치하여야 한다.⁴⁰³⁾ 따라서 상법은 최근 사업연도말 자산총액이 2조원 이상인 상장회사에 대해서만 사외이사 후보추천위원회를 두도록 되어 있으므로 이에 해당하지 않는 상장회사는 사외이사 후보추천위원회를 두지 않아도 된다.

한편, 최근 사업연도말 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사가 주주총회에서 사외이사를 선임하려는 경우에 주주제안권을 행사할 수 있는 요건을 갖춘 주주가 주주총회일⁴⁰⁴⁾의 6주 전에 추천한 사외이사 후보를 포함하여 사외이사 후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서 선임하여야 한다.⁴⁰⁵⁾

이처럼 최근 사업연도말 현재 자산총액이 2조 원 이상인 상장회사가 사외이사를 선임하기 위해서는 사외이사 후보추천위원회가 추천한 후보 중에서만 선임할 수 있도록 하였다. 이러한 선임 방법은 업무집행기관으로부터 사외이사의 독립성을 강화하기 위한 것으로 볼 수 있다.⁴⁰⁶⁾ 한편 상장회사가 주주총회 소집의

401) 상법 제382조 제1항.

402) 상법 제542조의8 제1항.

403) 상법 제542조의8 제4항.

404) 정기주주총회의 경우 직전 연도의 정기주주총회일에 해당하는 해당 연도의 해당일.

405) 상법 제542조의8 제5항.

406) 우리나라 상장회사의 현실은 사외이사 후보추천위원회의 위원 역시 대부분 대주주나 회사 임원의 추천에 의하여 선임된다고 보여진다. 따라서 사외이사 후보추천위원회의 추천을 받아서

통지 또는 공고를 하는 경우에는 사외이사 등의 활동내역과 보수에 관한 사항, 사업개요 등 대통령령으로 정하는 사항⁴⁰⁷⁾을 통지 또는 공고하여야 한다. 다만, 상장회사가 그 사항을 대통령령으로 정하는 방법⁴⁰⁸⁾으로 일반인이 열람할 수 있도록 하는 경우에는 그러하지 아니하다.⁴⁰⁹⁾ 또한, 상장회사의 사외이사는 추가로 다른 한 개 회사의 이사·집행임원·감사만을 겸직할 수 있도록 하였다.⁴¹⁰⁾ 따라서 당해 상장회사의 사외이사직을 포함하여 총 2곳까지 겸직을 할 수 있다.

한편, 금융회사에서의 사외이사 수는 이사회에 사외이사를 3명 이상 두어야 하며,⁴¹¹⁾ 이사 총수의 과반수를 사외이사로 구성하도록 하였다. 다만, 대통령령으로 정하는 금융회사의 경우⁴¹²⁾ 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 구성하여야 한다.⁴¹³⁾

나. 사외이사의 해임

(1) 해임결의

사외이사의 해임에 관하여는 특별히 상법에 규정이 없으므로 일반적으로 이사 해임에 관한 상법상 규정이 적용된다고 볼 수 있다.⁴¹⁴⁾ 사외이사는 주주총회의 특별결의로 언제든지 해임할 수 있다.⁴¹⁵⁾ 사외이사의 해임은 정관의 규정이나 이사회 결의, 대표이사의 결정으로 해임할 수 있도록 위임할 수 없으며, 오직 주주총회 특별결의에 의해서만 해임할 수 있다. 따라서 사외이사 해임권은 주주총회의 고유 권한이다.

사외이사를 선임하더라도 실질적으로 독립적인 사외이사의 선임이 이루어지는 것은 쉽지 않을 수 있다.; 김흥기, 「상법강의」, 제6판, 박영사, 2021, 838면.

407) 상법시행령 제31조 제4항.

408) 상법시행령 제31조 제5항.

409) 상법 제542조의4 제3항.

410) 상법시행령 제34조 제5항 제3호.

411) 금융사지배구조법 제12조 제1항.

412) 금융사지배구조법 시행령 제12조.

413) 금융사지배구조법 제12조 제2항.

414) 상법상 이사 해임 제도에 관한 논의로는 김지환, “이사해임법제의 유연화에 관한 검토”, 「상사판례연구」, 제23집 제3권, 한국상사판례학회, 2010. 3-40면 참조.

415) 상법 제385조 제1항.

임기를 정한 사외이사의 경우⁴¹⁶⁾에는 정당한 사유⁴¹⁷⁾ 없이 사외이사의 임기 만료 전에 해임할 경우 사외이사는 그 해임으로 인한 손해배상을 회사에 청구할 수 있다.⁴¹⁸⁾ 한편 임기를 정하지 않은 사외이사의 경우에는 이사 임기의 최장기인 3년을 경과하지 않는 상태에서 해임되더라도 그 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다.⁴¹⁹⁾

또한, 사외이사를 임용하면서 임용계약에 특약조항으로 임기 중에는 해임되지 않는다는 조항이 존재하더라도 회사와 사외이사 간은 위임관계이며, 위임계약인 임용계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있기 때문에 사외이사의 해임결의는 주주총회에서 가능하다고 할 수 있다.⁴²⁰⁾

회사가 이사의 해임 사유와 해임 절차 등을 따로 정관에 정한 경우에는 그 정관 규정은 회사와 이사의 관계를 명확히 하고 이사의 신분을 보장한다는 의미가 있다고 볼 수 있다.⁴²¹⁾ 이사의 해임결의에 있어 특별한 이해관계가 있는 자는 주주총회의 결의에 관하여 의결권을 행사하지 못한다.⁴²²⁾ 하지만 해임대상자인 이사가 주주인 경우에는 그 이사가 소유하는 주식도 의결권이 있기 때문에 특별 이해관계인으로 볼 수 없다.⁴²³⁾ 사외이사의 해임의 효과는 주주총회의 해임결의 시 즉시 발생하기 때문에 피해임자에게 해임 고지를 한 때에 해임의 효과가 발생하는 것이 아니다.⁴²⁴⁾

한편, 회사와 이사 간의 관계는 위임관계에 있기 때문에 사외이사는 언제든지

416) ‘임기를 정한 사외이사의 경우’란 정관 또는 주주총회의 결의로 임기를 정하고 있는 경우를 말한다.; 최준선, 전계서, 465면.

417) ‘정당한 사유’는 주주와 이사·감사 사이에 발생한 주관적인 신뢰관계가 단순히 상실된 것만으로는 부족하다. 대법원 2019. 5. 30. 선고 2019다209765 판결.

418) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다42348 판결.

419) 회사 정관에서 상법 제383조 제2항과 동일하게 “이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다”고 규정하고 있다 하더라도 이것이 이사의 임기를 3년으로 정하는 취지라고 해석할 수는 없다. 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001다23928 판결.

420) 한국상사법학회 (편), 「주식회사법 대계Ⅱ」, 제3판, 법문사, 2019, 411-412면 [김지환 집필부분]

421) 이때에는 이사의 중대한 의무위반 또는 정상적인 사무집행 불능 등의 특별한 사정이 없는 이상, 정관에서 정하지 아니하는 사유로 이사를 해임할 수 없다고 보아야 한다. 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다41741 판결.

422) 상법 제368조 제3항.

423) 최준선, 전계서, 466면.

424) 정동윤, 「상법 (상)」, 제6판, 법문사, 2012, 596면.

사임할 수 있으며⁴²⁵⁾ 사임은 단독행위로서 회사의 승낙을 요하지 않기 때문에 그 사임의 의사표시가 대표이사에게 도달되면 사임에 따른 변경등기가 없더라도 즉시 사임의 효력이 발생한다.⁴²⁶⁾

(2) 해임청구의 소

우리 상법에서는 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 총회의 결의가 있는 날부터 1월내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다고 규정하고 있으며⁴²⁷⁾ 주주가 의결권 없는 주식 갖고 있더라도 이사해임 청구는 할 수 있다고 보고 있다.⁴²⁸⁾

회사의 대표이사는 해임 이사가 소를 제기한 때 회사를 대표한다.⁴²⁹⁾ 한편, 이사해임 청구의 소에서 피고가 누구인가에 관하여는 회사라는 견해⁴³⁰⁾와 이사라는 견해⁴³¹⁾가 대립하고 있다. 이에 이사해임 청구의 소의 목적은 회사의 이사해임 결의의 수정이기 때문에 그 판결은 해임될 이사에게도 효력이 있다. 따라서 회사와 이사를 공동피고로 보는 견해가 타당하다고 본다.⁴³²⁾ 또한, 이사해임 청구의 소의 성질을 형성의 소로 보고 있다. 따라서 이사해임의 효력은 이사해임 판결이 확정되면 발생된다.

주주총회가 유회된 것은 부결된 것으로 보며, 해임청구의 소를 제기한 주주는 법정 지주 수를 판결이 확정된 때까지 보유하여야 하고, 주식 양도 등으로 이 요건을 결한 때에 법원은 소를 각하하여야 한다. 그러나 소를 제기한 후 신주발행이 있음으로써 소수주주의 지주 수 비율이 부족한 때에는 상관없다.

상장회사의 경우에는 소수주주권의 행사에 있어 지주요건이 완화되며,⁴³³⁾ 금

425) 상법 제382조 제2항.

426) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다28799 판결; 대법원 1997. 9. 11. 선고 97마1474 판결.

427) 상법 제385조 제2항.

428) 최준선, 전게서, 467면.

429) 대법원 2013. 9. 9. 2013마1273 판결.

430) 임홍근, 「회사법」, 법문사, 2002, 462면.

431) 손주찬, 「상법 (상)」, 제14정판, 박영사, 2003, 768면.

432) 정동윤, 전게서, 597면; 정찬형, 전게서, 977면; 최준선, 전게서, 467면.

용기관, 종합금융회사, 일정 규모 이상의 증권회사와 보험사업자 및 자산운용회사의 경우에도 지주요건이 완화된다.

4. 사외이사의 역할과 책임

가. 사외이사의 인원

우리 상법에 의하면 상장회사는 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 사외이사가 이사 총수의 4분의 1 이상이 되도록 선임하여야 하며, 자산규모 등을 고려하여 자산규모 2조원 이상의 상장회사는 사외이사를 3인 이상으로 하되 이사 총수의 과반수가 되도록 하여야 한다고 규정하고 있다.⁴³⁴⁾ 이에 자산총액 2조원 이상의 대규모 상장회사는 사외이사 후보를 사외이사후보추진위원회에서 정하는데, 이때 사외이사후보추진위원회는 사외이사가 위원의 과반수가 되어야 한다.⁴³⁵⁾

또한, 상장회사의 경우 소수주주권을 행사하기 위해서는 6개월의 보유요건을 갖춘 주주뿐만 아니라 6개월의 보유요건을 갖추지 못하였다더라도 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주도⁴³⁶⁾ 사외이사후보 추천권을 갖는다.

한편, 주권비상장법인의 경우는 사외이사의 선임이 강제되어 있지 않지만 2009년 1월 개정 상법에 의하여 정관에서 감사위원회를 설치하는 경우에는 그 위원의 3분의 2 이상 사외이사를 두어야 한다.⁴³⁷⁾

또한, 금융사지배구조법에서는 금융회사는 이사회에서 사외이사를 3명 이상 두어야 하며, 사외이사의 수는 이사 총수의 과반수가 되도록 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 주권상장법인, 자산총액이 3천억원 이상인 상호저축은행, 금융투자업자 또는 종합금융회사, 보험회사, 여신전문금융회사⁴³⁸⁾의 경우에는 이

433) 상법 제542조의6 제3항.

434) 상법 제542조의8 제1항.

435) 상법 제542조의8 제4항.

436) 상법 제362조의2 제1항.

437) 상법 제415조의2 제2항.

438) 여신전문금융업법에 따른 신용 카드업을 영위하지 아니하는 여신전문금융회사는 자산총액이

사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 하여야 하며, 금융회사의 이사회 의장은 매년 사외이사 중에서 선임하여야 한다.⁴³⁹⁾

한편, 우리나라에서는 일반적으로 사외이사 인원의 비중이 증가하면 기업의 가치가 상승하는 효과가 있지만, 지배주주가 지배하는 재벌기업의 경우에는 사외이사 인원의 비중이 증가하면 기업가치가 하락하는 효과가 있다는 연구가 있다.⁴⁴⁰⁾

나. 사외이사의 역할

사외이사의 역할은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 경영진에 대한 감시자로서의 역할이며 다른 하나는 경영에 필요한 보완적 지식의 제공자로서의 역할이다.⁴⁴¹⁾ 미국에서는 사외이사들의 역할로 경영진의 정책결정을 도와주는 것 못지않게 경영진의 감독이나 견제를 중요하게 보고 있다.

실제로 다른 대기업의 최고경영자가 사외이사로 영입되는 경우가 많다. 그러나 이들 고위 임원출신 사외이사들은 회사의 CEO에 대해 관대하고 자신이 자신의 회사에서 받고자 하는 대우를 자신이 이사로 있는 회사의 CEO에 대해 허용하는 경향이 있다고 한다.

또한, 이들은 지나치게 바쁜 관계로 효과적인 이사의 역할을 수행하지 못하고 있다. 그 다음으로 큰 비중을 차지하는 저명인사, 학자들은 회사의 사업에 대한 이해와 경험이 부족하여 비효율적이라고 한다. 나아가 이들은 자신이 이사로 있는 회사에 경영자문을 제공하거나 회사로부터 연구용역이나 기금을 제공받는 대학에 소속되어 있는 경우가 많아 독립성의 측면에서 회의적인 시선을 받고 있다고 한다.⁴⁴²⁾ 사외이사가 이사회에 봉직한 기간이 길수록 경영자에 대한 감독 기

2조원 이상인 경우로 한정한다.

439) 금융사지배구조법 제12조 제1항, 제2항, 제13조 제1항.

440) 박경서, “한국 상장기업의 소유지배구조와 경영행태”, 기업지배구조개선 세미나 자료, (2003. 10).

441) 이범찬, “사외이사제도”, 587면; 최완진, “사외이사제도에 관한 재검토”, 「상사법의 이념과 실제」, 박영길교수 화갑기념논문집, 2000, 313면.

442) 1992년에 아메리칸 익스프레스의 16년 CEO였던 제임스 로빈슨을 이 회사의 이사회가 축출하려는 움직임을 보였을 때 사외이사였던 헨리 키신저 박사는 로빈슨이 “친한 친구이기 때문에” 그러한 움직임에 동참하기 어려웠다고 말했다.

능이 저하되며 CEO가 취임하기 이전에 이사로 선임된 사외이사의 감독기능이 우수하다는 보고가 있다.

사외이사의 경영진에 대한 통제기능이 중요함은 말할 나위도 없다.⁴⁴³⁾ 하지만 이것은 경영진이 해서는 안 될 무언가를 하는 경우에 그렇다. 물론 경영이 원활하게 이루어지는 경우에도 사외이사들은 예방적인 기능을 한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 사외이사들의 기능 중에는 경영진의 사업적 판단과 대외활동을 지원하는 것도 있는 것이다. 미국 대기업들이 다른 회사의 CEO나 전직 고관, 기타 전문가들을 사외이사로 초빙하는 것은 바로 이 때문이다. 순전히 경영자 통제목적만을 위해 사외이사가 필요하다면 사외이사진의 구성이 그와는 다를 것이다.

한편, 사외이사의 기능은 다음과 같다. 첫째, 의사결정권한을 위임받은 기업의 경영진은 주주의 부를 극대화하는 대신 사적인 이익을 추구할 가능성이 있는데 사외이사제도는 이러한 행위를 방지하고 기업가치 증진을 위한 의사결정을 유도할 수 있다.⁴⁴⁴⁾ 둘째, 사외이사는 경영진의 의사결정을 감시하고 통제하여 기업 경영의 투명성을 제고하고 경영실패를 사전에 차단할 수 있다.⁴⁴⁵⁾ 셋째, 주식회사에 있어서 소유와 경영이 분리됨으로써 대리인 비용이 문제되는데 사외이사제도를 통하여 대리인 비용을 줄일 수 있다.⁴⁴⁶⁾ 넷째, 기업의 경영진이 업무와 관련하여 합리적인 의사결정을 할 수 있도록 사외이사들은 조언자로서의 역할을 할 수 있다.⁴⁴⁷⁾ 다섯째, 기업경영에 있어서 객관적이고 독립적인 지위에 있는 외

443) 따라서 사외이사는 회사의 지배구조상 위기 상황에서는 함부로 사임할 수 없다는 시각이 있다. 즉, CEO의 충실의무 위반이 문제되어 사외이사와 CEO의 관계가 악화되고 사외이사 한 사람의 힘으로는 그를 시정할 수 없을 때 흔히 사외이사들은 사임이라는 선택을 하게 되는데, 그 경우 결국은 CEO와 가까운 인사가 그 자리를 승계하게 되어서 CEO에 대한 사외이사의 견제기능이 상실되게 된다는 것이다. 따라서 이러한 경우에 사외이사는 단순히 사임하는 데 그쳐서는 안 되고 주주들의 이익이 위협받지 않는 데 필요한 모든 조치를 취할 의무가 있다는 것이다. 이에 관하여 영국 회사 Emap의 사례가 좋은 참고가 된다.; Monks & Minow, 위의 책, pp.182-184.

444) 박영석·임새훈, “이사회 구성 및 임기가 기업가치에 미치는 영향 : 사외이사를 중심으로”, 「2019년 한국재무학회 추계학술대회 발표논문집」, 한국재무학회, 2019, 273면

445) 조상준·정준영, “사외이사의 실질적 전문성이 금융회사에 미치는 영향 : 교수출신 사외이사를 중심으로”, 「재무관리연구」, 제36권 제1호, 한국재무관리학회, 2019, 30

446) 이삼열, “사외이사의 독립성과 전문성에 관한 소고”, 「법학연구」, 제59권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2018, 141면.

부인사가 객관적인 감시와 감독을 한다면 경영진의 기회주의적 행위를 예방하고 회계투명성을 제고 할 수 있을 것이다.⁴⁴⁸⁾

다. 사외이사의 책임

사외이사, 비상임이사 등도 회사의 이사임에는 사내이사와 다를 바 없으므로 사외이사, 비상임이사 등에도 상법상 이사의 책임과 의무에 관한 규정 등이 모두 적용된다. 이에 대해 대법원은 “주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나, 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 할 것이다”라고 판시한 바 있다.⁴⁴⁹⁾

또한, 등기부상 회사의 이사로 나타나지만 회사의 업무에는 전혀 참가하지 않는 이른바 명의상의 이사를 들 수 있는데 이들도 상법상 이사의 책임과 의무를 부담함에는 의문의 여지가 없다. 사외이사 또는 명의상의 이사는 이사로서의 책임을 부담하지 않는다는 특약을 회사와 체결하는 경우가 많지만 그러한 특약은 무효이다.⁴⁵⁰⁾

다만, 구미에서 널리 행해지고 있는 것처럼 사외이사가 업무집행과 관련하여 손해배상책임을 추궁 당하는 경우 그것이 본인의 악의나 중과실에 의하지 않고 단지 이사의 지위를 보유함에서 비롯된다면 회사가 그로부터 발생하는 비용과 부담을 모두 보전하도록 한다는 특약은 원칙적으로 유효하다고 볼 것이다.⁴⁵¹⁾

447) 박범진, “소유지배괴리도가 사외이사 선임에 미치는 영향”, 「글로벌경영학회지」, 제15권 제4호, 글로벌경영학회, 2018. 186면.

448) 이호영·김수연·고재민·채수준, “사외이사의 보상과 이익조정 의 상관관계 연구”, 「회계저널」, 제19권 제4호, 한국회계학회, 39면

449) 대법원 1985. 6. 25. 선고 84다카1954 판결.

450) 최기원, 전계서 참조. 또 대법원 1989. 1. 31. 선고 87누760 판결 및 최동식, “이사의 회사에 대한 손해배상책임을 면제”, 상사판례연구 제1권, 1996, 624면 참조.

451) 미국의 경우 회사들은 이사의 책임에 대한 보전을 약속하든지 아니면 이사의 책임보험료를

그러나 미국, 호주, 영국, 캐나다, 프랑스, 독일, 일본 등 7개국을 비교한 한 연구에 의하면 사외이사들이 업무집행과정에서 소송을 당해 손해배상책임을 지고 그것을 개인재산으로 이행하는 경우는 극히 드물다고 한다.⁴⁵²⁾

5. 미국과 일본의 사외이사

가. 미국

미국의 사외이사의 기원을 살펴보면, 미국에서 사외이사 선임은 정관 (corporate charter)에서 이사회 설치를 요구하는 시점부터 이루어졌었다. 미국 최초의 은행인 미국은행(Bank of the United States)의 1791년 정관에는 주주에 의해 매년 25명의 이사를 선출하도록 이사의 수를 기재하였다.⁴⁵³⁾ 미국은행이 이사의 수를 어떻게 결정하였는지는 불명확하다. 정관에서 지정된 이사의 수는 사업규모와 적합성이 없었기 때문에 업무집행을 하지 않는 것을 전제로 한 이사도 선임되었다. 예컨대 주식회사는 아니지만 현재 보험상호회사의 기원이 된 보험회사는 1752년에 기부금으로 설립되었지만, 그 당시 CEO를 제외하고는 모두 사외이사로 구성되었다.⁴⁵⁴⁾

1791년 해밀턴에 의해 설립된 The Society for Establishing Useful Manufactures 회사는 주주에 의해 선출된 이사 13명이 운영하였지만, 이 기업이 파산함으로써 인하여 경영진을 감시하기 위해 선임된 사외이사가 제대로 역할을 하지 못한 최초의 실패 사례이다.⁴⁵⁵⁾ 그 당시 이사를 맡으면 보수와 몇 가지 특

부담하고 있다. 그러나 책임보전 약정이 있다고 해서 이사가 보험을 포함한 다른 혜택을 받을 수 없는 것은 아니며, 미국에서는 책임보전이 허용되지 않는 일정한 경우에도 회사들이 이사에 대해 책임보험을 제공할 수 있다고 한다. Easterbrook & Fischel, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, 94 *Harvard Law Review* 1161(1981) 참조.

452) Bernard Black, Brian Cheffins & Michel Klausner, *Liability Risk for Outside Directors: A Cross-Border Analysis*, 10 *European Financial Management* (2004).

453) Franklin A. Gevurtz, "The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors", 33 *Hofstra L. Rev.* 89, 2004, pp.108-109.

454) Stanley C. Vance, *Corporate Leadership: Boards, Directors, and Strategy*, McGraw-Hill, 1983, p.2.

455) Stanley C. Vance, *Supra* note 22, p.5. Alexander Hamilton은 1791년에 종이, 선박용 아마포,

권이 부여되었기 때문에 주주가 순차적으로 교대(rotation)로 이사에 취임하였다.⁴⁵⁶⁾ 또한 이사가 안 된 주주는 감사위원회를 설치하여 감사를 행하기 위해 회사의 모든 서류의 열람을 청구할 수 있었고, 업무에 관한 설명을 요구할 수 있는 권한이 주어진 감사위원에 취임하였다.

그러나 사외이사는 보수 등 특권만을 누렸고, 감사위원도 주주 배당 이외의 보수를 요구하는 것을 목적으로 취임하였기 때문에 경영감독과 감사의 역할을 제대로 수행하지 못하였다.

미국에서는 오랜 기간에 걸쳐 사외이사제도의 개선이 이루어졌다. 19세기 후반부터 주 회사법이 제정되면서 많은 주 회사법에서는 이사를 3명 이상으로 정하였다. 이사에 취임할 수 있는 사람은 주주 또는 회사가 소재하는 주 거주자로 한정되었다.⁴⁵⁷⁾ 1938년에 미국 기업의 이사회는 사외이사가 과반수를 차지하는 회사와 사내이사가 과반수를 차지하는 회사의 비율이 50:50 이었다. 사외이사가 과반수를 차지하는 회사의 비율은 오랜 기간을 거쳐 1967년 63%, 1976년 83%로 계속 증가하여 왔다.⁴⁵⁸⁾

미국은 역사적으로 뉴욕증권거래소(NYSE)가 1956년 신규 상장기업에 최소한 2명의 사외이사 선임을 요구하였다. 특히 사외이사의 중요성이 대두된 계기는 NYSE가 1964년 투자자에 대한 충실한 정보공시를 위해 모든 상장기업에 2명 이상의 사외이사 선임을 요구한데 기인하였다. 또한 1970년대 전반의 워터게이트 사건을 비롯하여 중대한 기업 불상사에 대한 반성을 계기로 1978년 NYSE는 상장회사 매뉴얼(Listed Company Manual)을 모든 상장기업에 독립이사⁴⁵⁹⁾로만 구성되는 감사위원회를 설치하도록 의무화 하였다. 그 결과, 미국 이사회는 현재 감독모델(monitoring model)의 지배구조 체제로 변모하게 되었다. 특히 1970년

여성용 신발, 황동과 철기로 만든 제품, 카펫과 인쇄천을 만들기 위해 The Society for Establishing Useful Manufactures를 설립하였다. 그러나 이 회사는 설립 후 5년만에 파산하였다.

456) Ibid. pp.3-4. 이사는 연간 10만 달러의 보수를 지급받았다고 한다.

457) Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, 2nd ed., West, 1978, p.217.

458) 전미산업회의(NIBC : National Industrial Conference Board)의 대기업 300사의 조사(東京証券取引所編, アメリカの社外取締役制度と監査委員會, 証券351号, 1978, 7頁).

459) 독립이사는 회사 CEO와 경제적·정신적으로 독립적이어야 한다. 하지만 1980년·1990년대 독립이사는 회사, 거래처, 법률고문 및 투자은행 관계자 등이 취임하여 회색적인 독립이사로 간주되고 있었다.

대 이후 이사회 의 사내이사 비중은 급격히 감소한 반면, 독립이사 비중은 완만히 증가하여 1950년에 약 20%였지만, 2005년에는 약 75%에 이르렀다. 이처럼 독립이사가 압도적다수(supermajority)를 차지하는 이사회 의 구성은 대리인비용을 최소화하기 위한 기업지배구조의 최근 경향이다.⁴⁶⁰⁾

그 후 엔론 등 회계부정사건을 계기로 2002년 사베인즈-옥슬리법⁴⁶¹⁾이 제정되었다. 동 법에서는 사외이사의 독립성과 전문성이 이전 보다 강화되도록 제도적인 보완책을 마련하였다. NYSE의 상장회사 지침에 의하면 이사회는 사외이사가 과반수 이상 되도록 구성해야 한다.⁴⁶²⁾ 상장회사는 이사 총수의 과반수를 독립이사로 구성해야 하며, 이사회 내에 사외이사로만 이루어진 감사위원회, 지명위원회, 보상위원회의 설치를 의무화하였다. 또한 사외이사들만 참석하는 비공개 회의의 정기적인 개최를 의무화하였다. 해당 회사와 관계회사의 전임직원, 감사인과 그 직계가족은 관계 종료 후 3년간은 해당 회사의 사외이사가 될 수 없고, 모든 회사는 이사에 대한 교육을 실시하도록 명시하고 있다.

사외이사 선임과정의 객관성 확보를 위해 사외이사추천위원회의 구성비율은 따로 정하고 있다. 즉 NYSE는 상장 규정에서 전원 사외이사로 구성된 사추위를 설치하도록 의무화하고 있다. 나스닥은 의무설치를 요구하지 않지만, 만약 설치를 한다면 100% 사외이사로 구성하도록 규정하였다.⁴⁶³⁾ 예를 들어 GE와 MS 등은 사외이사의 독립성 확보를 위해 내부규율을 마련해 놓거나 재선임 과정에서 철저한 검증은 거치는 노력을 기울여왔다. GE는 사외이사 결격 사유를 “본인이 GE에 재직할 경우, 직계가족이 GE 간부로 고용된 경우, GE 외부감사인에 의해 고용됐거나 외부감사인과 연관된 경우, 직계가족이 GE 외부감사인의 동업자, 최고책임자 또는 관리자로 고용된 경우”등 구체적으로 명시하고 있다. MS는 사외이사 재선임 시 담당위원회가 이사의 회의 참여기록이나 이사회 활동에 대한 참여 및 기여도, 이사회 의 자기평가 결과 등을 반영하고 있다. 미국 임원

460) Jeffrey N. Gordon, “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices”, Vol. 59, No.6, Stan. L. Rev., 2007, p.1465, pp.1473-1476.

461) Robert C. Pozen, “The Cases For Professional Boards”, Harvard Business School, Dec. 5, 2010

462) 이론상으로는 사외이사가 사내이사보다 주주 이익을 한층 효과적으로 보호할 수 있다.

463) 연합뉴스, “미국, 사외이사 추천 과정부터 ‘독립성’ 강조”, 2014.3.17.

자격의 심사제도에 있어서 연방은행은 이사와 집행간부에 변동이 있을 시 감독 당국에 사전 통지해야 한다. 특히 부실우려가 제기되는 은행 및 신설 은행에 대해서는 엄격한 심사를 실시한다. 사전 승인대상의 집행간부는 최고경영자, 최고 운영책임자, 최고재무책임자, 최고여신책임자 등이다. 국법은행(National Bank)에 대한 표준심사기준에 의하면 미국 통화감독청(Office of the Comptroller of the Currency)은 후보자의 능력, 경험 등을 예금자 및 일반국민의 이해 보호측면에서 내부 심사를 한 후 범죄사실 뿐만 아니라 과세위반 여부, 신용불량여부 등의 외부조사를 실시하는 등의 이사 자격의 심사에 신중을 기하고 있다.⁴⁶⁴⁾

나. 일본

일본 기업지배구조에서 사외이사 선임은 중요한 개혁과제의 하나이다. 일본 이사회회의 공통적인 특징은 ① 주로 내부승진자로 구성되어 있고, ② 경영의 집행과 감독이 미분리되어 있으며, ③ 이사회 규모가 과대하다는 점이다. 이러한 특징은 이사회가 형성된 전후(戰後)부터 고도성장기의 경제환경과 정합적으로, 또는 일본형 기업시스템의 다른 제도적 특징과 보완적 관계에 있었다.⁴⁶⁵⁾

일본의 이사회 구조는 1990년대 거품경제 붕괴로 기업금융의 변화, 외국인 주주의 증가, 금융위기 이후 주식안정 보유구조의 해체, 외국인 투자자의 자금조달, 기업불상사 등 경영환경 변화에 대응할 필요가 생겼다. 이에 따라 소니사의 사외이사제도 도입 등을 필두로 본격적인 이사회회의 개혁이 시작되었다.⁴⁶⁶⁾ 소니사는 1997년 일본 기업 최초로 집행임원의 도입과 병행하여 사외이사를 선임하였는데 사외이사의 도입이 촉진되어 큰 논란을 야기하였다. 그 후 2001년, 2002년 회사법 개정을 통해 경영진 감독과 업무집행의 분리 및 기업경영의 투명성을 제고하기 위해 종래 일본형 지배구조모델 보다 미국형 지배구조모델인 위원회 등 설치회사의 도입이 이루어졌다.⁴⁶⁷⁾ 그러나 위원회설치회사로의 이행⁴⁶⁸⁾은 저

464) 정경영, “영국과 미국의 금융서비스 및 시장관련 법제 연구”, 법제처 정책연구 용역자료, 2007, 113-114면.

465) 宮島英昭·新田敬祐, 日本型取締役會の多元的進化：その決定要因とパフォーマンス効果, 2006, 1頁

466) 奥宮 陸·末吉 紘治·田中 千紗乃·西野 修平·福田 智美, “社外取締役と企業業績の關係性—グループ企業と獨立企業における差異の實証分析—”, 大阪大學 經濟學部關口ゼミ, 2016.8, 1頁.

조하여 두드러진 영향력을 미치지 못하였지만 이사회 규모 축소와 함께 사외이사의 선임은 꾸준히 증가하였다.

한편 2010년 3월 이후 동경증권거래소의 상장규칙으로 상장회사는 독립임원⁴⁶⁹⁾ 1명 이상 선임을 의무화하였다. 그러나 모든 기업이 일률적으로 사외이사를 도입하면 이사 간 불필요한 대립이 발생하고 사회적, 경제적인 비용이 크다는 점을 지적하면서 자율적으로 도입하게 하였다. 2014년 개정 회사법은 사외이사를 선임하지 않을 경우 그 이유를 설명토록 하는 방식을 채택하였다. 특히 2015년 6월 1일 ‘기업지배구조코드’⁴⁷⁰⁾가 적용되면서 사외이사 수가 급격히 증가하였다. 법적 구속력을 갖는 규범은 아니나 원칙을 실시하지 않는 회사는 설명의무를 부과하였다. 이에 상장기업은 충분한 지식·경험·능력을 갖춘 사외이사로 독립성이 높은 사람을 2명 이상 선임하여야 한다. 사실상 의무화에 대해 찬반양론의 의견이 있지만 사외이사 선임 비율은 보다 높아질 것으로 예상되었다.

그러나 사외이사의 보급관점에서 법률개정은 일정한 효과를 거두고 있는 것처럼 보이지만 실제 이사회에서 사외이사의 수는 최소로 억제하거나 누구를 사외이사로 인정할지 등 그 독립성에 관한 문제를 고려하면 주목을 받는 것에 비해 큰 성과를 올리기 어렵다는 견해도 있다.⁴⁷¹⁾

이와 같이 일본 기업의 이사회는 형성 이후 지금까지 큰 변화를 이루어왔다.⁴⁷²⁾ 동경증권거래소에 의하면 독립 사외이사 선임의 상장회사(시장 제1부) 비율은 2010년 31.5%에서 2017년 98.8%까지 상승하였다. 즉, 전상장회사 이사회의 평균인원수는 8.33명이며, 그 중 독립사외이사의 평균인원수는 1.92명(91.8%)으로 그 비중은 23.0%이며, 2명 이상 독립사외이사의 비율은 67.8%로 나타났다.⁴⁷³⁾

467) 梁 先姬, “日本と韓國におけるコーポレート・ガバナンス改革”, 四天王寺大學, 第59号, 2015.3, 349-351頁.

468) 위원회 등 설치회사로 이행이 임의로, 소니·도시바 등은 개정과 함께 위원회 등 설치회사로 이행한 반면, 노무라 그룹과 캐논 등은 기존 제도의 변경보다는 기업에 있던 기능을 강화하는 것이 중요하다며 종래 감사역제도를 유지하였다.

469) 독립임원은 사외이사 또는 사외감사 중 일반 주주와 이해관계가 없는 자를 뜻한다.

470) 주주의 권리·평등의 확보 및 적절한 정보개시와 투명성 확보, 이사회 등의 책무 등에 관한 원칙을 명시하고 있다.

471) 梁 先姬, 前掲論文, 351頁.

472) 奥宮 陸·末吉 紘治·田中 千紗乃·西野 修平·福田 智美, 前掲論文, 1頁.

473) 東京証券取引所, “東証上場會社における獨立社外取締役の選任狀況及び委員會の設置狀況”.

일본 이사회에서 중시하는 사외이사의 역할은 ‘감독(monitoring) 기능’이다. 감독기능은 경영의 집행임원이 기업경영을 제대로 수행하고 있는지를 감시하는 역할이다. 미국과 유럽 기업 및 해외기관투자가가 중시하고 있는 기능이다. 이러한 점에서 경영의 집행임원으로부터 독립성을 제고할 필요가 있기 때문에 독립 사외이사 비율이 비교적 높다. 그러나 사외이사는 1명으로 여러 기업의 이사를 겸임하거나 그 기업과 이해관계가 있는 사람이 선임되기도 하여 그 역할을 충분히 수행할 수 없다는 문제도 있다.⁴⁷⁴⁾

2017.7.26, 2頁.

474) 奥宮 陸·末吉 紘治·田中 千紗乃·西野 修平·福田 智美, 前掲論文, 3頁.

제5장 이사회제도의 문제점과 개선방향

제1절 이사회제도의 문제점

1. 집행기관이자 감독기관으로서의 한계

우리 상법에서 회사의 중요한 업무집행은 이사회는 보통결의나 특별결의로 하여야 하며, 이사회는 이사의 직무의 집행을 감독한다고 규정하고 있다.⁴⁷⁵⁾ 따라서 회사의 이사회는 회사 업무집행에 대한 의사결정권을 갖는 기관임과 동시에 회사 경영에 대한 감독기관임을 법률로서 명시하고 있다. 또한, 이사회는 회사를 대표할 이사를 이사회의 결의로써 선정하여야 한다. 다만, 회사의 정관으로 주주총회에서 회사를 대표할 이사를 선정할 것을 정하지 아니한 경우에 한해서 선정할 수 있다.⁴⁷⁶⁾ 따라서 회사 경영에 대한 이사회의 감독 대상인 대표이사는 이사의 신분과 대표이사의 신분을 겸하기 때문에 이사회 제도가 구현하고 있는 의사결정이나 경영감독에 대한 취지를 살리지 못하는 결과를 초래하였다.

이리하여 상법은 1999년 12월말의 개정에서 회사가 정관으로 미국식의 이사회내 위원회를 설치할 수 있도록 하여 이사회의 권한사항 가운데 기본적인 것을 제외한 이사회의 권한사항을 이 위원회에 위임할 수 있도록 하고,⁴⁷⁷⁾ 상장회사는 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 하여야 한다. 다만, 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사의 사외이사는 3명 이상으로 하되, 이사 총수의 과반수가 되도록 하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁷⁸⁾

이와 같은 상법 규정으로 그 동안 회사의 모든 업무를 결정하던 이사회가 이사회내의 위원회의 결정에 해당하는 업무집행 결정권을 위원회에 위임함으로써

475) 상법 제393조 제1항, 제2항.

476) 상법 제389조 제1항.

477) 상법 제393조의2.

478) 상법 제542조의8 제1항.

이사회는 회사의 기본적 업무에 대한 결정만을 하게 되었다.

한편으로 이사회는 경영감독권을 강화하고자 이사회에 다수의 사외이사를 포진시키고자 하였으나 여러 상황의 미비로 인하여 이사회제도의 취지를 다하지 못하고 있다.

2. 유명무실한 감사위원회의 가능성

현행법상 이사회제도는 일원제와 이원제를 병용하고 있다. 이전의 감사제도는 독일의 감사회와 비슷한 구조이고 감사위원회는 미국의 일원제 개혁 방향이기 때문이다. 입법상으로는 프랑스처럼 감사제와 감사위원회를 선택하도록 하고 있지만, 프랑스와 마찬가지로 개혁의 방향은 일원제의 감사위원회를 강화한다는 쪽이다.⁴⁷⁹⁾

전술한 바와 같이 우리 상법이 감사에 갈음하여 감사위원회를 설치할 수 있게 새로이 감사위원회제도를 도입하였다. 2009년 개정 상법은 2조원이상의 상장회사는 상장회사 감사위원회 설치의무가 있다는 것만 확인하고 상근감사 설치의무가 있는 자산 1,000억원 이상의 회사에 대해서는 아무런 규정을 두지 않아 상근감사 설치의무가 있는 상장회사가 일반 감사위원회 제도를 도입할 수 있도록 허용해 주었다(상법 제542조의11). 이는 다른 주주의 간섭을 받지 않고 지배주주 임의대로 감사위원회를 구성하는 것을 허용해 주는 것으로서 감사위원회의 독립성을 심각하게 저해하는 것이다.

게다가 감사위원 선임방식을 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원을 선임하도록 변경(상법 제542조의12 제2항)하여 소수주주에 의한 감사선임 가능성과 견제기능을 약화시켰다. 즉 지배주주의 3% 초과 지분에 대한 의결권 제한규정을 사실상 무력화시키는 것이다.

감사위원을 이사로 먼저 선임할 경우 이사선임 결의에는 3% 초과 지분에 대한 의결권 제한이 적용되지 않기 때문이다. 따라서 지배주주는 이사 선임 시 의결권을 제한받지 않고 감사위원 후보를 선임할 수 있다.⁴⁸⁰⁾ 이로써 지배주주의 권한을 강화시키고 소수주주의 감사 및 감사위원 선임권한을 크게 약화시킨 것이다.

479) 이성웅, 전계논문, 312면.

480) 김선웅, 전계논문, 참조.

3. 이사회제도의 운영상 문제점

가. 이사회 의 지배주주에 의 종속성

우리나라에서의 기업, 특히 기업집단에서의 이사회 의 권한은 외국 기업들의 이사회 의 권한에 비하여 대단히 낮다. 이는 주주들이 오로지 주주총회에 참석하여 투표가 가능했던 법 규정 때문이었다. 또한 과거에는 그룹의 회장이 관행적으로 이사를 임명하여 왔기 때문에 현실적으로 여타 주주 의 이익을 대변하기 보다는 회장의 거수기 역할을 했던 것도 사실이다. 주주총회에서 지배주주들은 이사의 임명과 관련하여 구두로 제안하고 박수로써 통과되는 경우도 많았으며, 그렇게 선임된 이사가 경영자의 의사결정에 관하여 반대되는 의견이나 주주 의 이익을 보호하려는 주장을 제시했을 것이라고는 상상하기 힘들다.⁴⁸¹⁾

이사회라는 회의체를 경영 주체로 하는 취지는 중지를 모으자는 것과 상호견제와 감시를 함으로써 경영자의 독선을 예방하자는 것이다. 즉, 개인이 아닌 조직의 운영원리로서 다수의 견해를 집약시켜 개인적 판단의 오류 가능성을 보완하고 경영자 개인의 독선적 운영을 방지하려는데 그 목적이 있다. 그러나 회사의 일상 업무는 상당 부분이 회사의 대표이사에게 위임되어 있기 때문에 이사회 의 결의가 없는 경우에도 회사의 대표이사가 독단으로 광범위한 부분을 처리할 수 있으며, 회사는 보통의 경우 지배주주 의 최측근을 대표이사로 선임하는 것이 우리나라 회사의 현실인 까닭에 이사회 의 결의가 필요한 사안이 있는 경우에도 회사의 대표이사 의 의사가 일반적으로 이사회에서 선도적 의사가 되기 때문에 이사회는 대표이사 의 독단을 정당화시켜주는 절차로서의 역할에 그치는 것이 현실이다.⁴⁸²⁾

더욱이 우리나라의 기업에서 이사회는 과거 집행이사를 중심으로 구성 되었기 때문에 기업이 합리적으로 운영되는지의 여부에 대한 감시가 적절하게 이루어지지 못하였고 이사회는 단순히 중요한 의사결정에 대하여 승인만을 내릴 뿐이었다. 결국 기업의 지배주주들은 그 누구의 간섭도 받지 않고 자신이 직접 모든

481) 장세진, 「외환위기와 한국 기업집단의 변화」, 박영사, 2003, 49면.

482) 더욱이 상근이사들은 대표이사를 정점으로 하여 부사장, 전무, 상무라는 식으로 조직화되어 대표이사에 종속하는 현상을 보이므로 이사 상호간의 견제는 법적 구호에 그치고 있다.

의사결정을 선택할 수 있었던 셈이다. 즉, 기업과 주주의 이익을 위하여 기업의 기본적인 경영방침을 결정하고 이사 및 경영진을 효과적으로 감독하여야 할 이사회가 제 기능을 다하지 못했던 것이다. 경제위기 이후 기업의 지배구조에 관한 사항 중 특히 이사회역의 역할에 대해 중점적으로 거론되었던 이유도 여기에 있다고 할 수 있다.

나. 사외이사제도의 운영 미숙

사외이사제도가 우리나라에 도입된 것은 회사경영의 투명성 제고와 지배구조 선진화를 위하여 1998년 2월 20일 한국증권거래소가 구(舊)증권거래법 제88조 제2항의 규정에 따라 유가증권의 상장 및 상장유가증권의 관리에 관하여 필요한 사항을 규정한 「유가증권상장규정」을 개정함으로써 IMF 경제체제 하에서 전격적으로 이루어졌다.

이에 따라 우리나라의 모든 상장회사에 있어서는 1998년 주주총회부터 사외이사를 최소한 1명이상 선임하였고, 1999년 정기주주총회에서는 이사 수의 4분의 1이상을 사외이사로 선임하게 되어, 사외이사가 세간의 지대한 관심을 끌기 시작하였다.⁴⁸³⁾

1999년 9월 재경부의 기업지배구조개선위원회가 마련한 「기업지배구조모범규준」에 있어서는 금융기관과 대규모 공개기업의 이사회는 사외이사가 2분의 1이상으로 구성되어야 하며 그 수가 최소 3인 이상이 되도록 권고하였고, 대규모 공개기업·정부투자기관·금융기관에 있어서는 감사위원회를 설치하고 사외이사를 3분의 2이상으로 할 것을 권고하였다.

그 후 정부는 2000년 1월 증권거래법, 은행·보험 등 금융관련법을 개정하여 자산총액 2조원 이상인 주권상장법인, 은행, 보험회사, 증권회사의 경우 사외이사가 이사 총수의 2분의 1이상이 선임되도록 하는 입법화 작업이 이루어졌다.

이에 사외이사 선임의 근거가 종전의 「유가증권상장규정」에서 실정법으로 전환되어 선임근거의 법적 명확성을 마련하였고, 사외이사의 양적인 확대를 가져왔다. 또한 대규모기업(자산 2조원 이상)은 의무적으로 사외이사 후보추천위원

483) 김용구·박근수, 전게서, 25면.

회를 설치하도록 하였다.

사외이사제도는 내부적으로 지배주주 혹은 경영진의 독단적 경영을 방지하고 외부주주들에 대해서는 책임경영과 경영투명성을 확보하는 기능을 수행하는 것으로 볼 때, 우리나라에서의 사외이사제도 정착은 여전히 미흡한 측면이 많다. 법에 요구하는 최소한의 요건만 충족시키는 선에서 구색 갖추기용으로 사외이사를 선임하는 경우가 많을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 사외이사들이 지배주주의 이익을 위한 로비스트로 활용하는 경우도 적지 않게 발견된다.⁴⁸⁴⁾

사외이사들 중에는 대부분 비상근으로 이름만 등재시켜 놓은 채 자신의 의무는 도외시하면서 수천만원의 연봉을 지급받고 있는 경우가 많다. 또 이들 중에는 전문성과 전혀 무관한 회사에 직을 두고 있는 경우도 많다.

결국 국내 대기업들의 지배주주 중심의 경영구조를 대폭 개선함과 동시에 소액주주의 권리를 보호하여 경영진의 경영활동에 대한 감시 및 통제를 통해 대주주 및 경영진의 독주를 견제하고, 경영의 공정성 내지 투명성을 확보하기 위한 방안을 모색하기 위해 도입한 사외이사제도가 기업경영의 투명성은 고사하고⁴⁸⁵⁾ 대부분의 사외이사들이 독립성을 잃고 이사회에서 거수기 역할에 만족하고 있는 것이 현실이다.

그 이유는 대부분의 사외이사들이 지배주주나 내부경영진과 이해관계가 있는 자들로서 같은 계열사 임원, 전략적 제휴 또는 거래관계가 있는 기업이 속한 인사, 총수 일가 관련 소송을 수임한 변호사나 법무법인 소속인사, 정부 또는 채권단 출신 인사 등이기 때문이다. 그러다 보니 경영진의 전문성을 보완한다는 사외이사제도의 도입취지는 제쳐놓더라도 명목상의 이름만 걸어놓고 금전적 이익만 취하는 형태로 변질되어 오히려 기업의 모럴헤저드만 정당화 시켜주는 도구로 전락해버렸다는 비판을 면하기 어려웠던 것도 사실이다.⁴⁸⁶⁾

484) 이수정, “사외이사의 실질적 독립성 분석(2009년)-상호출자 제한 기업집단 소속 상장회사 중심으로-”, 「경제개혁리포트」, 2009-8호, 경제개혁연구소, 2009.10, 25면.

485) 한국상장회사협의회, “사외이사제도 운영실태 및 개선에 대한 설문결과”, (2009.6), 28면 참조. (이 설문 중 사외이사로 인하여 기업경영 투명성이 개선되었는지에 대하여 설문 참여자 중 현직의 사외이사만이 ‘어느 정도 개선되었다’고 보고 있으며, 상장회사 임직원과 인력뱅크등록자는 ‘어느 정도 개선되었다’에는 미치지 못하는 수준으로 응답하고 있다.)

486) 서완석, “명목상 이사의 책임”, 「기업법연구」, 제23권 제2호, 한국기업법학회, 2009.6, 14-15면 참조.

(1) 사외이사 선임방법의 문제

우리 상법은 외환위기 전까지 주식회사에서 이사를 선임 시 단순투표제만을 인정하였다. 단순투표제는 “의결권은 1주마다 1개로 한다”는 상법 제369조 제1항에 의거한 의결권의 행사이므로 자본다수결에 의하여 지배주주가 지지하는 후보자가 모두 이사로 선임된다.

이렇게 선임된 이사는 당연히 주주의 이익보다는 지배주주의 이익이나 의도를 위하여 활동하게 된다. 이에 따라 지배주주에 의하여 선임된 이사들의 활동을 견제·감독함으로써 경영의 투명성을 제고할 목적으로 소수주주들이 추천한 사외이사도 선임될 수 있는 집중투표제를 도입하였다.

현행법상 2인 이상의 이사의 선임을 목적으로 하는 총회의 소집이 있는 때에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 회사에 대하여 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있다(상법 제382조의2 제1항)고 규정하고 있다. 즉, 집중투표제를 정관에서 달리 정할 수 있는 임의규정인 것이다.

결국 집중투표제를 도입함으로써 이사 전원이 지배주주에 의해 독점적으로 선임되는 것을 견제하고, 소수와 주주들도 그들의 이익을 대변하는 이사를 선임하여 그들의 의견을 이사회에 반영될 수 있도록 하려는 입법취지는 그 실효성을 상실하였다.⁴⁸⁷⁾

미국에서도 대부분의 기업들의 CEO가 이사회 의장을 겸직하면서 사실상 이사회를 통제하고 있다고 한다. 또한 사외이사의 경영감독기능에 대해서도 그 사외이사의 실질적인 선임을 지배주주나 특정인인 재벌총수가 좌우할 경우에는 의미가 없을 것이다. 즉, 감사위원회 외 이사회 내 이사후보추천위원회와 보수위원회 등의 구성원으로서 사외이사의 선임에 있어서는 그나마 대주주의 의결권 제한 규정이 없기 때문에, 그것들에서의 사외이사 선임을 지배주주가 좌우할 수 있어 이사회의 경영효율성에 대한 감독은 그 실효를 거두기 어려울 것이다.

487) 이형규·이상복, “사외이사 선임제도 개선방안에 관한 연구”, 한국상장회사협의회, 2002, 45면.

(2) 사외이사후보 추천에서의 한계

사외이사를 포함하는 이사회를 구성하는 가장 중요한 목적은 이사회가 경영진의 업무감독이라는 본연의 기능을 효과적으로 수행할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁴⁸⁸⁾ 사내이사는 통상 사용인겸임이사로서 최고경영자의 지휘와 감독을 받는 위치에 있으므로 비록 이사회의 구성원으로서 등기된 이사라 하여도 최고경영자로부터 독립성을 기대할 수 없는 것이다.

상장법인에서의 사외이사 후보는 최대주주 및 특수관계인이나 경영진에 의해 추천되고, 후보자와의 관계는 학연이나 지연이 상당수를 차지하고 있음은 사외이사의 자격요건을 아무리 강화한다고 하여도 그 독립성을 확보하기는 어렵다고 할 수 있다.

(3) 사외이사에 대한 보상

사외이사와 회사 간의 관계는 위임에 관한 규정이 준용되지만, 민법상의 수임인과는 달리 사외이사는 당연히 보수를 지급받을 수 있다. 기업의 경영성과가 좋기 위해서는 유능한 경영인의 유치가 필요하다. 이를 위해서는 사외이사를 비롯한 임원들에게 적정하고 충분한 보수가 지급되어야 한다. 현행 상법에 의하면 사외이사의 보수액은 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정하여야 한다고 규정되어 있다.⁴⁸⁹⁾ 그러나 주주총회의 결의로 이사의 보수액을 정할 경우에 이사전원에 대한 총액 또는 총액의 최고한도만을 정할 뿐이고, 개별 이사에게 지급되는 금액을 정하는 것은 이사회에게 위임하는 것이 일반적인 일이다. 우리나라의 경우 사외이사의 보수가 업무성과와 상관없이 최고경영자와의 친소관계에 의해서 정해진다는 지적이 크다.

그리고 사외이사는 감시역할을 충실히 한 경우 보수 지급에 있어서 불리한 대우를 받을 수도 있다는 것이다. 따라서 사외이사의 보수의 적정성이 보장되어야만 사외이사가 최고경영자의 눈치를 보지 않고 제대로 임무를 수행할 수 있을 것이다.⁴⁹⁰⁾

488) 이태근·이재석, 전계논문, 377면.

489) 상법 제388조. 최준선, 「회사법」, 삼성사, 2019, 472면.

(4) 대주주의 영향력과 높은 법적 책임의 부담

유능한 사외이사를 충원하는데 있어 장애요인으로서는 실무 현장에 근무하고 있는 상장회사 임직원의 경우 ‘대주주의 영향력을 가장 큰 요인으로 보고 있으며, 이미 충원되어 임기 중에 있는 사외이사의 경우 ‘높은 법적 책임’을, 충원을 기다리고 있는 사외이사인력뱅크등록자의 경우 ‘대주주의 영향력’을 장애요인으로 보고 있다.

그리고 사외이사로 인하여 기업경영 투명성이 개선되었는지에 대한 설문에서 상장회사 임직원과 사외이사는 어느 정도 개선되었다고 보고 있으나, 사외이사인력뱅크등록자는 약간의 차이이지만 개선의 정도를 가장 낮게 보았다. 한편, 다른 자료에서 사외이사제도 운영에 있어서 애로사항 또는 개선사항으로는 형식적인 제도 운영으로 ‘실효성이 미흡’하고, ‘회사 내 상근하지 않아 이사회 개최 및 보고의 어려움을 초래’하고 있다고 지적하고 있다.⁴⁹¹⁾

제2절 이사회제도의 개선방안

1. 사외이사의 독립성 강화

사외이사제도는 독립적인 외부 전문가의 이사회 참여를 통하여 합리적이고 투명한 경영의사결정과 경영감독기능을 강화하여 회사와 주주 및 이해관계자의 이익 증진을 위한 경영민주화 실현과 효율적인 내부건제기능을 수행하는 데 목적이 있다.⁴⁹²⁾

490) 사외이사에 대한 보상금액에 관한 설문에서 연간 1인당 보수 등 지급금액(거마비 등 포함)은 상장회사 임직원의 경우 2천만원 이상 5천만원 미만의 금액을, 사외이사는 2천만원 이상 3천만원 미만이거나 4천만원 이상 5천만원 미만이 가장 많은 것으로 응답하고 있다. 그런데, 사외이사로의 충원을 기다리고 있는 사외이사인력뱅크등록자의 경우 가장 많이 받기를 원하는 금액은 3천만원 이상 4천만원 미만이었다.; 한국상장회사협의회, 「상장회사 주주총회백서」, 2009.7, 169-170면.

491) 한국상장회사협의회, 상계서, 2009.7, 169-170면.

492) 한국상장회사협의회, “사외이사 제도 및 운영개선에 관한 의견”, 한국상장회사협의회, 2003.3, 1면.

하지만 앞에서 살펴 본 바와 같이 사외이사제도가 외환위기 이후 상장회사들
 에게 강제적으로 도입할 것을 정부 주도로 진행되면서 해당 기업들은 의무요건
 을 충족시키는 데에만 주력하여 그 기능의 강화와 운용의 합리화를 기하기보다
 는, 사외이사의 수와 그 선임비율 등 외적 요건의 충족에만 치중하여 사외이사
 선임과정에서는 독립성이, 운영과정에서는 교육·정보제공·보상 및 평가체제 등
 이 미흡하였다. 따라서, 능력 있는 사외이사를 선임하고 운용하기 위한 대책 등
 이 이사회제도의 개선을 위해 절실하다.

가. 사외이사 비율의 확대

경제개혁연구소의 조사자료에 따르면 우리나라 264개⁴⁹³⁾의 상장회사에서 2018
 년 재직 중인 사외이사는 총 823명으로 평균 사외이사 수는 3.12 명이다.⁴⁹⁴⁾ 또
 한, 이사회 평균 이사 수는 2017년 6.47명(46.60%), 2018년 6.50명(47.93%)로 사
 외이사 비중은 과반에 이르지 못하고 있다.

이사회의 결의는 다수결 원칙에 의하기 때문에 의사결정을 하는 이사회에서
 적은 수의 사외이사로는 다수의 사내이사를 상대로 하여 경영진에 대한 견제는
 어렵다고 할 것이다. 그러므로 이사회에서 사외이사가 경영진을 견제하고 감독
 할 수 있도록 하기 위해서는 사외이사의 수를 늘려서 이사회의 의사결정과정
 에 실질적인 영향력을 행사할 수 있도록 하는 것이 바람직 하다.

한편 이사회에서의 사외이사의 비중은 2006년-2010년까지 거의 변동이 없었으
 나 2012 년 약 3% 이상 증가하였으며, 그 이후 큰 변화가 없었다. 현행 상법상
 에서 자산규모 2조 미만 1,000억원 이상인 모든 상장회사는 사외이사는 1/4 이
 상(1000억 미만 코스닥 등록회사 제외) 선임해야 하며, 자산 2조 원 이상 상장회
 사는 최소 3인 이상, 전체이사의 과반수를 선임해야 한다고 규정하고 있다.⁴⁹⁵⁾

따라서 이러한 이유로 대기업집단 상장회사의 평균 사외이사 수가 상장회사

493) 2018 년 총 55 개 기업집단이 분석대상이며, 소속 상장회사는 264 개사이다. 임원은 사내이
 사(상임이사 및 상근감사위원 포함) 813 명, 사외이사 823 명, 감사 81 명으로 등기임원은 총
 1,717 명이다.; 이수정, “ 사외이사 및 감사의 독립성 분석(2017-2018) -대규모기업집단 소속 상
 장회사를 중심으로-”, 경제개혁리포트, 경제개혁연구소 2018-07호, 2018, 6면.

494) 이수정, 상계논문, 10면.

495) 상법 제542조의8 제1항.

선임 기준을 크게 상회하는 것은 자산규모가 큰 회사가 많기 때문으로 보인다.

나. 독립적인 선임체제의 구축

(1) 추천방법의 개선에 의한 독립성 확보

우리나라 상장법인에서의 사외이사후보는 회사의 경영진이나 최대주주에 의해 추천되고 있으며, 추천위원회에서 소수주주, 기관투자자, 사외이사 추천기구를 거쳐 추천되는 경우는 미미하다 할 것이다. 따라서 사외이사의 독립적인 선임체제를 구축하기 위해서는 첫째, 사외이사후보추천위원회의 추천이 적극 권장되어야 할 것이다.

한편, 우리나라에서도 자산규모 2조원 이상인 대형 상장법인의 경우에는 이사회 내의 사외이사후보추천위원회를 설치하고, 그 위원회가 추천한 후보자 중에서 사외이사를 선임하도록 하고, 그 위원회는 총 위원의 2분의 1 이상을 사외이사로 구성하도록 규정하고 있다.⁴⁹⁶⁾ 이 규정을 전술한 바대로 자산 규모 1,000억 이상인 상장법인으로 확대 적용하고, 모든 상장법인을 대상으로는 유가증권상장규정과 유가증권협회등록규정 등을 통하여 사외이사후보추천위원회에 의한 사외이사후보추천을 권장하도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁴⁹⁷⁾

사외이사의 선임에서의 독립성을 보장하기 위하여 사외이사가 실제로 대주주나 회사임원의 추천에 의해 선임될 수 있는 것을 배제하고 중립적인 제3자 또는 독립적인 기업감독 전문기관 등의 추천에 의하여 선임되도록 하여야 할 것이다. 또한 사외이사의 업무수행에서의 독립성을 보장하기 위하여 사외이사에게 정기적인 보수보다는 주주 및 회사를 위하여 활동함에 따른 인센티브제를 시행하여

496) 상법 제542조의8 제4항.

497) 이형규·이상복, 앞의 논문, 50면.; 한국상장회사협의회, “사외이사제도 운영실태 및 개선에 대한 설문 결과”, 한국상장회사협의회(2009.6), (<http://www.klca.or.kr/자료실/통계자료>), 12-13면 참조. (이 조사에서는 사외이사후보추천위원회의 설치대상 법인의 확대에 대하여 상장회사임직원은 다소 필요성을 덜 느끼고 있는 반면, 사외이사는 보통 수준의 필요성을, 인력뱅크등록자는 상당한 필요성을 느끼는 것으로 나타났으며, 사외이사후보추천위원회의 사외이사 구성 비율을 과반수로 확대하는 방안에 대하여서는 상장회사임직원은 필요성을 크게 느끼지 못하는 반면, 사외이사와 인력뱅크등록자 보통 수준의 필요성을 느끼는 것으로 나타났다.)

야 할 것이다.⁴⁹⁸⁾

(2) 자격요건의 강화에 의한 독립성 확보⁴⁹⁹⁾

사외이사들이 제대로 그 기능을 수행하려면 무엇보다도 지배주주 또는 경영진으로부터 독립성을 확보하는 것이다. 사외이사가 독립성을 확보하는 방법으로는 첫째, 상법상의 법률로써 독립성의 기준을 엄격하게 규정하여야 한다. 둘째, 외부주주 특히, 외부의 기관투자자에 대한 의존성을 지양하는 것이다.

우리 상법 제382조 제3항 제6호 및 제7호는 “회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사 및 피용자” 그리고 “회사의 이사 및 피용자가 이사로 있는 다른 회사의 이사·감사 및 피용자”가 사외이사로서의 자격이 없는 것으로 규정하고 있다. 이에 따르면 해당 회사가 아니라 해당 회사의 계열사 또는 해당 회사가 속한 대규모 기업집단의 지배주주 및 그 가족과 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사 및 피용자는 현행법상 결격사유가 없게 되어 해당 규정의 입법취지를 몰각하게 한다.

따라서 “회사가 속한 대규모 기업집단의 지배주주 및 그 특수관계인과 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사 및 피용자”도 사외이사로서의 자격이 없는 것으로 규정할 필요가 있다.

상법 제382조 제3항 제1호는 “회사의 상무에 종사하는 이사 및 피용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사 및 피용자”가 사외이사로서 자격이 없는 것으로 규정하고 있다. 이것은 많은 계열회사로 이루어진 우리나라의 기업집단 중심의 기업환경에서 사외이사 자격요건 제한의 취지를 제대로 살리지 못하는 것이다. 따라서 “최근 3년 이내에 해당 상장회사 및 계열사의 상무에 종사한 이사·감사 및 피용자로 고쳐 그 자격 요건을 강화할 필요가 있다.⁵⁰⁰⁾ 한편, 회사 임직원의 사외이사 선임금지 냉각기간을 2년에서 3년으로 연장하는

498) 정찬형, “기업경영의 투명성 제고를 위한 주식회사의 지배구조의 개선”, 「상사법연구」, 제17권 1호, 한국상사법학회, 1999, 참조.

499) 이수정, 전게서, 25-29면 참조.

500) 이수정, 전게논문, 28-29면. (여기에서 “최근 5년 이내에 해당 상장회사...”라고 주장하고 있다.)

방안에 대한 설문에서 현직 사외이사와 사외이사 인력뱅크 등록자는 긍정적이었다.⁵⁰¹⁾

다. 업무감독기능의 실현체제 구축

상법은 이사회가 이사의 직무의 집행을 감독한다고 규정함으로써 이사회의 업무감사권을 명문화하고 있다.⁵⁰²⁾ 이러한 이사회의 업무감사권과 감사의 업무감사권의 내용에 관하여는 감사의 감사권이 업무집행의 위법성 여부 외에 경영정책적인 견지에서의 타당성의 여부에도 미치는가를 두고 다툼이 있을 수 있지만 그 성질상의 차이는 부인할 수 없다. 회의체 기관으로서의 이사회의 업무감사권과 함께 개개인의 이사에게 이른바 감시권이 인정된다는데 대해서 이론이 없다. 나아가 2009년 1월에 상법개정으로 사외이사가 위원의 3분의 2 이상인, 3인 이상의 이사로 감사위원회를 구성하여 이를 기존의 감사에 대치할 수 있게 하고 있다.⁵⁰³⁾ 이는 이사회 내지 이사 및 감사위원회의 감사권과 관련하여 사외이사의 지위 또는 역할이 주식회사의 감독·감사체제에 얼마나 중요한 역할을 할 것 인지를 시사하는 것이다.⁵⁰⁴⁾

사외이사도 항시 회사의 영업 및 재산의 상황에 관하여 일반적 정보를 파악하고 있어야 할 것이므로 사외이사에게도 업무와 장부·서류에 대한 적극적·능동적인 조사권이 보장되어야만 한다.⁵⁰⁵⁾ 다만 사외이사의 감시기능을 강조하더라도

501) 한국상장회사협의회, “사외이사제도 운영실태 및 개선에 대한 설문 결과”, 한국상장회사협의회, 2009.6, 11면. (이 조사에서 퇴직공직자가 퇴직 직전 3년 이내 속하였던 부서와 밀접한 관련이 있는 단체나 법인에 대하여 퇴직일로부터 2년간 취업금지에서 취업 자체를 금지하는 방안에 대한 설문에서 전반적으로 필요성을 표시하고 있으며, 특히 인력뱅크등록자의 경우 상당히 필요하다고 응답하였다.)

502) 상법 제393조 제2항.

503) 상법 제415조의2 제2항.

504) 이균성, “주식회사의 사외이사의 지위”, 「상사법연구」, 제20권 1호, 한국상사법학회, 2001, 244면.

505) 한국상장회사협의회, 「상장회사표준규정, 「사외이사 직무수행기준(2007.12.13)」 3.2. (사외이사의 권한: 1)사외이사의 기본적인 권한은 다음과 같다. ① 이사회에의 출석권과 의결권 ② 대표이사를 포함한 다른 이사와 경영진에 대한 감시권 및 이사회의 감독권행사에 참여하는 권한 2) 위의 1)의 권한을 충실히 행사하기 위하여 다음과 같은 권한을 가진다. ① 이사회의 소집권 ② 대표이사와 회사의 상무에 종사하는 자에 대해 정보의 제공을 요구할 권한, 설명을 요구할

상법상 업무감사권을 가진 감사의 존재를 현재는 인정하고 있는 만큼 사외이사와 감사의 업무감사의 권한을 합리적으로 조정할 필요가 있다. 그리고 사외이사에게 엄격한 감사의무를 지울 경우 전문보조자를 두어야 할 것이므로 경제적인 난점을 극복해야 하는 문제도 있는 것이다.⁵⁰⁶⁾

라. 집중투표제의 강행규정화

주식이 많은 투자자들에 의해 널리 분산되어 있는 공개회사나 주식이 증권거래소에 상장되어 있는 상장회사의 경우 비교적 소수의 주식밖에 소유하고 있지 않은 많은 일반주주, 즉 소수주주의 지위를 강화하는 문제는 주식회사제도의 과제인 자본집중의 성과와 직결되는 문제이다.⁵⁰⁷⁾

1998년 상법 개정 시 대주주에 의해 독점적으로 이사회 의사 전체가 선임되는 것을 방지하고, 회사의 소수주주들도 그들의 이익을 대변할 수 있는 이사를 선임할 수 있도록 집중투표제를 상법에 도입하였다. 하지만 상법 제382조의2 제1항에서 2인 이상의 이사의 선임을 목적으로 하는 총회의 소집이 있는 때에는 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 “정관에서 달리 정하는 경우”를 제외하고는 회사에 대하여 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

하지만, 집중투표제의 실시 여부를 법률로 강제하지 아니하고 회사가 정관으로 결정할 수 있도록 함으로써 결과적으로 강제성이 없는 자율적 제도를 도입한 결과를 초래했다. 이러한 이유로 집중투표제를 의무화하자는 입장과 이에 반대하는 입장이 대립하고 있다.

반대하는 입장 측에 의하면 현재 기업의 전반적 분위기에서는 집중투표제의 강제적인 실시보다는 유가증권상장규정 및 유가증권협회등록규정 등을 통하여 집중투표제를 실시하는 기업에 대하여 지배구조 모범기업 선정 시에 가산점을 부여하는 등으로만 이 제도의 실시를 권장하고 있다. 그러나 시민단체 등은 다

권한 ③ 회사의 자산상태를 조사할 권한 ④ 회사의 장부 등 주요서류를 열람할 권한 ⑤ 주주총회 결의취소소송 등 상법상의 각종 소제기권 등을 규정하고 있다.)

506) 권중호, “감사제도의 개선과 감사위원회제도의 과제”, 「상사법연구」, 제19권 3호, 한국상사법학회, 2001, 110면.

507) 이균성, “기업이익과 소수주주의 지위” 「회사법의 현대적 과제」, 법문사, 1981, 38-39면.

음과 같은 이유에서 집중투표제(cumulativevoting system)의 의무화를 주장하고 있다.⁵⁰⁸⁾

먼저 단순투표제에 의하여 이사를 선임하는 경우에는 자본다수결의 원칙상 이 사들은 지배주주의 일방적인 의사에 따라 선임되며, 이들로 구성된 이사회는 주 주 전체의 이익보다 지배주주의 이익을 위하여 행동하게 된다. 그러나 대주주가 자신의 지분보다 더 많은 영향력을 행사하고, 중소주주가 자신의 지분만큼만 권 한을 가지는 것은 부당하므로⁵⁰⁹⁾ 집중투표제의 의무화에 의하여 소수과 주주의 이익을 대표하는 자도 이사회 의 구성원이 될 수 있도록 하여 회사의 경영에서 대주주뿐만 아니라 소수과 주주의 이익도 고려될 수 있어야 한다.⁵¹⁰⁾

기업이 대주주에 의한 독단적 지배에서 벗어나고 그 경영에 전체투자자, 채권 자, 종업원, 소비자의 이해가 반영될 수 있기 위해서는 대주주로부터 독립한 이 사의 선임이 필수적이다. 그러나 우리나라의 거의 모든 상장법인 및 협회등록법 인에서 실질적으로 대주주 및 경영진에 의해서 이사가 추천·선임되고 있어 대주 주의 영향을 견제할 독립적인 이사선임이 사실상 불가능하다. 따라서 사외이사 제도의 제 기능을 발휘하게 하려면 소액주주의 이익을 대변할 이사의 선임이 가 능하도록 상장법인 및 협회등록 법인에 대하여는 집중투표제를 의무화하여야 한 다⁵¹¹⁾는 것이다. 이에 대하여 재계는 다음과 같은 이유에서 집중투표제의 의무 화를 반대하는 입장을 밝히고 있다.⁵¹²⁾

우선 집중투표제에 의하여 선임된 이사들은 회사 전체 차원의 이익보다는 자 신을 선임해준 주주들의 이익을 앞세움으로써 이사회의 내부에 당파적 대립이 생길 우려가 있으며, 각 과의 의견조정 및 타협을 위하여 장시간이 소요되고, 이 사회의 운영의 기동성·효율성을 상실하게 될 것이다. 그리고 세계적으로 집중투

508) 경실련, “상법상 ‘집중투표제 강제조항화’를 위한 법개정청원” (보도자료 1999.9.28) ; 참여연 대 “상법 개정 입법청원” (2000.10.16).

509) 오수근, “OECD 기업지배구조 원칙에 대한 분석”, 「기업지배구조의 법적 체문제」, 연세대, 1999, 72면.

510) 이문지, “집중투표에 의한 이사선임의 득과 실”, 「상장」, 한국상장회사협의회, 1999.4, 12면 참조.

511) 참여연대, 증권거래법 및 유관 법령에 관한 의견청원 (1999.11.11) 참조.

512) 전국경제인연합회, 「기업지배구조 개선방안의 제 문제(정책건의자료)」 (2000.10.); 대한상공 회의소, 상법 의원입법안에 대한 의견(건의서) (2000.12.7); 한국상장회사협의회, 상법중 개정법률 안에 대한 의견 (2000.12.20) 참조.

표제를 강행규정화하고 있는 국가는 러시아, 멕시코, 칠레 등 극히 일부 국가에 불과하다는 점을 들고 있다.

또한 자본다수결의 원칙을 기초로 하는 물적 회사인 주식회사에서 집중투표를 통하여 모든 주주의 의결권을 비율적으로 반영하여 의사결정을 하도록 강제하는 것은 법리상 무리한 발상이라고 하며 집중투표제를 강행규정으로 하여 주식회사의 기관을 구성하도록 하는 것은 기업의 자기결정권을 지나치게 제약하는 규제적 입법이 될 수 있다는 지적도 있다.⁵¹³⁾

최근의 기업들은 소액주주의 권한을 강화하는 취지의 집중투표제를 막기 위하여 상장기업들의 정관에 집중투표제 배제조항을 넣는 사례가 늘고있다.⁵¹⁴⁾ 하지만, 이사회가 활성화되기 위해서는 모든 이사에게 평등한 발언권이 주어지고 이사회에서 활발한 토의가 이루어질 수 있는 분위기가 마련되어야 하며, 이해관계의 대립은 각 주주그룹을 대표하는 이사들이 이사회에 고르게 참여하였을 때에만 가능하다. 따라서 이사는 각 주주그룹을 대표하는 인물이 선출되어야 하며, 특히 소수주주의 지위를 강화하기 위해서는 집중투표제를 인정하여야 한다.

2. 감사위원회제도의 구성과 선임의 개선

전술한 바와 같이 1999년 상법개정에 따라 회사는 정관이 정한 바에 따라 감사에 갈음하여 이사회 내 위원회의 하나로서 감사위원회를 설치할 수 있으며, 이러한 감사위원회를 설치한 경우에는 감사를 둘 수 없다고 규정하고 있다.⁵¹⁵⁾ 이것은 외환위기 직후 우리나라의 기업지배구조위원회에서 기업지배구조모범규칙의 최종안을 마련하였는데, 이에 의하면 이사회에는 경영진과 지배주주로부터 독립적으로 기능을 수행할 수 있는 사외이사를 두도록 하고, 이러한 사외이사는 독립적으로 중요한 기업경영정책의 결정에 참여하고 이사회의 구성원으로서 경영진을 감독·지원할 수 있어야 한다고 규정하고 있다.⁵¹⁶⁾ 즉, 경영진과 지배주주

513) 이형규, “기업지배구조개혁의 미해결과제”, 「상사법연구」, 제20권 2호, 한국상사법학회, 2001, 200면.

514) “웹젠, 주총서 집중투표제 배제 추진” 참조 (아시아 경제, 2010. 2. 22).

515) 상법 제415조의2 제1항.

516) 정찬형, 전게서, 939면.

의 지배에 있지 않은 독립적인 사외이사로 하여금 감사위원회가 구성되어야함을 의미하고 있는 것이다.

가. 감사위원회의 구성요건 강화

상법은 사업연도 말 현재 자산 총액이 1,000억원 이상 2조 미만인 상장회사는 주주총회 결의에 의하여 회사에 상근하면서 감사업무를 수행하는 상근감사를 1명 이상 두어야 한다(상법 제542조의10 제1항, 동법 시행령 제15조)고 규정하면서, 단서에 이 법 및 다른 법률에 따라 감사위원회를 설치한 경우(감사위원회 설치 의무가 없는 상장회사가 이 절의 요건을 갖춘 감사위원회를 설치한 경우를 포함한다)에는 그러하지 아니하다고 규정함으로써 상근감사 대신 감사위원회를 설치할 수 있게 되었다.

한편, 최대주주, 최대주주의 특수 관계인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 소유하는 상장회사의 의결권 있는 주식의 합계가 그 회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식 총수의 100분의 3을 초과하는 경우 그 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 감사를 선임하거나 해임할 때에는 의결권을 행사하지 못한다(상법 제542조의12)는 규정이 소수주주들에게는 감사선임을 경영자에 대한 강력한 견제수단으로 활용할 수 있는 반면, 지배주주는 소수주주에 의한 감사선임 가능성을 항상 고려하여야만 했다.

이러한 규정이 시행된 이후, 상근감사 선임이 의무화 되어 있는 자산 1,000 억 원 이상 자산 2조원 미만의 상장회사 중에서 상근감사의 설치를 회피하기 위해 일반감사위원회제도를 도입하는 기업이 생겨남에 따라 당시 재정경제부는 상근감사 설치의무가 있는 회사는 舊증권거래법상 감사위원의 선임방법, 구성, 위원의 자격제한, 사외이사비율 등이 강화된 감사위원회를 설치하여야 한다는 유권 해석으로 편법적인 감사위원회의 설치를 막은 바 있다.⁵¹⁷⁾

나. 감사위원회의 선임방법 개선

517) 김선용, 전계논문, 6면.

2009년 개정상법은 자산규모 2조 이상인 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원회위원을 선임하여야 한다(상법 제542조의 12 제2항)고 규정하고 있다. 즉, 감사위원회의 위원으로 선임되기 위해서는 먼저 이사로 선임되어야 한다.

상장회사 감사위원회제도에서 가장 핵심은 감사위원선임 시 지배주주의 의결권을 제한하는 것이다. 사외이사인 감사위원선임 시에는 모든 개별주주가 의결권 있는 발행주식 총수의 3%까지만 의결권을 행사할 수 있고, 사내이사인 감사위원선임 시에는 최대주주 및 특수관계인을 모두 합쳐서 3%까지만 행사할 수 있다(상법 제542조의12 제3항).

즉, 소수주주가 사내이사 또는 사외이사인 감사위원을 선임할 가능성 또는 지배주주가 추천한 후보를 거부할 수 있는 가능성을 열어둔 것이다. 이렇게 함으로써 경영진과 지배주주를 감사할 수 있는 독립된 인사가 감사위원으로 선임되어 실질적인 감사권이 행사될 수 있는 기반을 갖는 것이다.

하지만, 전술한 상근감사 의무설치의 상장회사들로 하여금 이사회에서 선임하는 감사위원회를 대신 도입할 수 있도록 하고, 감사위원회 의무설치의 상장회사들에게는 감사위원 선임방법을 이원화하도록 함으로써 지배주주에 대한 의결권 제한을 사실상 풀어준 것이며, 감사위원 선임을 지배주주가 독점할 수 있도록 하여 소수주주의 감사위원 선임권한 크게 약화 시켰다.⁵¹⁸⁾

따라서 舊증권거래법에서 규정한 바와 같이 최근 사업연도말 현재 자산 총액이 2조원 이상인 상장회사는 반드시 주주총회에서 선임된 감사위원으로 구성된 감사위원회를 설치하도록 관계 규정이 보완되어야 할 것이다.

아울러 상근감사 설치의무의 상장회사가 감사위원회를 둘 경우도 감사위원회 설치의무의 상장회사와 동일한 감사위원 선임방법을 취하도록 할 것이다.

다. 집행임원제도의 법제화⁵¹⁹⁾

기업지배구조를 개선하고 기업운영의 자율성을 높이고자 2011년 4월 상법을 개정하면서 집행임원제도가 도입되었다. 이러한 집행임원제도를 도입하기 위한

518) 김선웅, 전계논문, 9-10면.

519) 김용구·황근수, 전계서, 27-28면 참조.

꾸준한 노력이 있었다. 즉, 지난 공청회에서는 집행임원제도 입법화의 이유가 집행임원에 대한 법률상 근거가 없기 때문에 그의 지위, 권한, 의무, 책임 등에서 법률상 문제가 있다는 점과 주식회사의 감독기관과 집행기관을 분리하여 업무의 효율성을 높이려는 점을 들고 있었다.⁵²⁰⁾

우리나라의 경우 이사회제도 및 감사위원회제도 등을 도입하면서도 일원적 이사회제도 아래 기업의 경영과 감사 기능의 분리를 구현하는 집행임원제도(executive officer system)가 도입되지 않았다. 이 때문에 업무기능과 감독기능 간의 분리를 제도적으로 구현하지 못하는 문제점이 있었다. 이에 따라 이사회 감독기능을 활성화하는 방안의 하나로 미국식 집행임원제도를 도입함으로써, 업무집행은 집행임원에게 맡기고 이사회는 중요한 전략적 의사결정과 업무집행에 대한 경영감독기능만을 담당하게하여 업무진행과 경영감독을 제도적으로 분리하고자 한 것이다.

집행임원⁵²¹⁾제도를 신설함으로써 회사의 업무집행기능과 감독기능을 분리한 것은 기업의 지배구조의 투명성을 강화하고 사외이사제도를 보완한 것으로 볼 수 있다. 이러한 회사의 업무집행기능과 업무감독기능을 분리하여 의사결정의 투명성을 제고하는 것은 오늘날 기업의 지배구조(corporate governance)에 대한 세계적인 추세라고 볼 수 있다.

한편, 회사 내에서 별도의 감독기관이 존재하지 않은 일원적 경영구조(one-tier structure)의 미국식 방식에 의하여도 이사회에서 사외이사가 많아질수록 회사의 업무집행은 최고경영자(CEO) 등 임원이 행하고 이사회는 임원 등에 대한 감독에 치중한 결과 이사회 내에서 기능의 분화를 가져온다고 볼 수 있다. 또한 회사 내 별도의 감독기관이 존재하는 이원적 경영구조(two-tier structure)의 독일식 방식에 있어서도 감독기관인 감사회(Aufsichtsrat)와 이사회(Vorstand)가 별도로 존재하지만, 감사회는 경영을 맡은 이사회에 임면권을 가질 뿐 회사의 업무집행에는 직접 관여하지 않는 것이 원칙인 것이다.

520) 김병기, “집행임원의 책임과 제한에 관한 연구”, 「기업법연구」, 제23권 제1호, 한국기업법학회, 2009.3, 194-195면.

521) ‘임원’이란 용어는 상법(제296조, 제 312조, 제 323조, 제622조), 舊증권거래법(제33조 제2항 제36조 제1호, 제58조 등), 독점규제법(제2조 제5호) 및 법인세법(제33조) 등 여러 법률에서 사용되고 있지만, 각 법의 규율 목적이 다르기 때문에 그 개념이나 범위가 일치하지 않는다.

3. 주주대표소송제의 보완

가. 주주대표소송제의 보완

소수주주권을 강화하고 주주대표소송을 활성화하기 위해 지난 1997년 1월 13일 舊증권거래법상 ‘상장회사에 관한 특례’ 중 하나인 주주대표소송에서 승소 주주의 비용청구권 조항(舊증권거래법 제191조의13 제6항)이 동법 폐지 이후 개정 상법⁵²²⁾에서는 누락되었다.

전술한 바와 같이 주주대표소송은 회사의 가치를 훼손시키는 이사, 경영진에 대한 강력한 견제수단이 될 수 있지만 원고인 주주가 승소하더라도 승소결과에 따른 손해배상액은 모두 회사에 귀속되므로 이를 이용할 수 있는 보조적 장치가 미흡하다면 무용지물이 될 수 있다.⁵²³⁾

따라서 주주대표소송을 활성화하기 위해 舊증권거래법에서 정한 바 있는 주주대표소송의 승소 주주가 ‘소송비용과 기타 소송으로 인한 모든 비용’을 회사에 청구할 수 있도록 하고 입증책임도 완화하여야 한다. 즉, 주주대표소송을 제기한 주주가 승소한 때에는 그 주주는 회사에 대하여 “소송비용 및 그 밖에 소송으로 인하여 지출한 비용 중 상당한 금액”의 지급을 청구할 수 있다는 규정(상법 제405조 제1항) 대신, 주주대표소송을 제기하여 승소한 때에는 회사에 대하여 “소송비용 및 기타 소송으로 인한 모든 비용”의 지급을 청구할 수 있다는 규정(舊증권거래법 제191조의13 제6항)의 내용으로 상법의 개정이 필요하다.

한편, 앞서 주주대표소송의 실태에서 살펴 본 바와 같이 청구의 각하 판결에서 다음과 같은 개선방안을 모색할 수 있다. 첫째, 회사가 먼저 소를 제기했다는 이유로 이루어진 각하 판결은 현행 주주대표소송제도는 회사가 소송제기를 임의적 책임제한의 방편으로 악용할 우려가 있다는 점에서 회사가 이사에 대한 소송을 제기하는 경우 회사의 공시의무를 강제하고, 임의적 화해 또는 소의 취하는 금지하거나 법원의 허가를 요하도록

하는 등의 입법적 대안 마련이 요구된다.⁵²⁴⁾ 둘째, 지배회사 경영진의 종속회

522) 자본시장법 제정에 따라 폐지되는 舊증권거래법 중 상장법인의 지배구조에 관한 특례규정을 상법으로 이관하는 내용으로 2009년 1월 8일 국회 본회의를 통과하였다.

523) 김선웅, 전제논문, 4면 참조.

사를 이용한 불법행위에 대한 책임추궁 수단으로서의 이중대표소송은 법원의 판결에서 부정되고, 다만 지배회사 이사의 제소 해태에 대한 지배회사 주주들의 책임추궁만 인정됨으로써 이중대표소송제도의 필요성이 제기되고 있다.

다만, 청구의 기각 판결에서는 편향적인 법원의 태도가 문제이어서 제도적인 개정방안은 마땅치 않았다. 가령 기각 사유 가운데 피고를 잘 못 지정했다고 한 판결을 보면, 지배주주인 피고가 임무해태행위 발생시점에 이사가 아니었거나 이사였다고 하더라도 이사회 참여나 관여 여부를 증명할 증거가 없다는 기각 사유는 지배주주나 경영진에게 지나치게 온정적인 법원의 태도를 여실히 보여주고 있다. 지배주주의 사익추구 행위가 만연한 현실에서 등기이사가 아닌 업무집행 지시자에 대한 책임추궁의 규정인 상법 제401조의2의 적극적인 적용 및 이사들의 관여 여부에 대한 입증책임을 전환하는 방식으로 법원의 태도 변화가 요구된다고 하겠다.⁵²⁵⁾

나. 이중대표소송제의 도입

전술한 바와 같이 회사와 이사의 관계에 민법의 위임에 관한 규정을 준용함으로써 이사에게 주의의무를 부과한다. 이사는 회사의 이익을 위해 신중하고 합리적으로 모든 경영상의 판단을 내려야 하며 다른 이사와 회사 임직원들의 직무수행을 성실히 감독하여야 한다.

한편으로는 의무와 책임에 대한 규정만으로는 규범의 실효성이 담보되지 않기 때문에 상법은 제402조에서 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있으며, 위법행위가 발생하고 그로부터 회사에 손해가 발생한 경우에는 사후적으로 주주가 회사를 대신하여 해당 이사에 대해 소송을 제기할 수 있게 하는 주주대표소송 즉, 발행주식의 총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사에 대하여 이사의 책임을

524) 경제개혁연대, “현행 주주대표소송제도의 한계와 판결 내용의 문제점 분석”, 경제개혁리포트, 2007-13호, 경제개혁연대, 2007.10, 17면.

525) 경제개혁연대, 상계서, 17-18면 참조.

추궁할 소의 제기를 청구할 수 있다(상법 제403조).

이러한 주주대표소송제도가 있다 해도 지배종속 관계에⁵²⁶⁾ 있는 두 회사에 있어서 종속회사가 비상장회사라면 종속회사의 이사를 통한 위법행위가 발생하고 그로부터 상장회사인 지배회사에 손해가 발생함으로써 지배회사의 일반 투자자들이 손해를 입더라도 종속회사의 이사에 대해 투자자들이 회사를 대신하여 손해배상을 구할 방법이 없다. 이를 가능하게 하는 것이 이중대표소송이다.

이중대표소송(double derivative suit)은 상법상 대표소송제도의 당사자적격을 확장하여 대표소송제도를 지배회사와 종속회사 관계로 확대하는 것이다. 즉, 소수주주의 대표소송권을 확장하여 모회사 등 지배회사의 소수주주가 자회사나 종속회사의 이사 등의 회사에 대한 책임을 추궁하기 위해 대표소송을 제기할 수 있도록 하는 제도를 의미한다.⁵²⁷⁾

2003년 8월 22일자 서울고등법원 판결은 국내 최초로 이중대표소송을 인정하였는데, 이 판결은 대법원의 2004년 9월 23일자 판결⁵²⁸⁾로 파기되었다. 사실 이중대표소송에는 적지 않은 문제가 있다. 즉, 종속회사 이사의 부정행위로 인한 지배회사의 간접적인 손해액을 평가하기 어렵고, 종속회사의 주식을 여러 회사가 나누어 소유하고 있는 경우 각 지배회사 마다 대표소송이 제기되는 결과를 초래할 수 있다. 하지만, 이중대표소송을 허용하지 않으면 지배회사 및 종속회사에 대한 경영권을 모두 지배하고 있는 경영진이 종속회사를 통하여 부정행위를 함으로써 책임을 회피하는 수단으로 이용할 위험이 존재하는 것이다.

이중대표소송은 우리나라 상장회사들이 비상장계열회사를 다수 보유하고 있다는 점을 생각해 보면 그 파장이 상당히 클 것임을 쉽게 짐작할 수 있다. 참여연

526) 이중대표소송을 인정하려면 지배종속관계의 기준이 명확하게 설정되어야 한다. 상법 제342조의2는 모회사와 자회사간의 관계를 ‘다 회사 발행주식 100분의 50 초과 보유’로 정하여 지주비율을 기준으로 하고 있는데 ‘주식회사의외부감사에관한법률’ 및 ‘같은 법 시행령’에 의하면 연결 재무제표의 작성대상이 되는 회사의 범위에 관하여 지주비율 및 기타 지배적 영향력을 기준으로 하고 있다. ‘독점규제및공정거래에관한법률’의 경우에도 기업집단을 지주비율 및 기타 실질적 기준을 합하여 정하고 있다. 미국의 판례는 발생한 회사와 그 주식을 소유한 회사 사이에 지배종속관계가 없어도 해당 2개의 회사가 위법행위자에 의해서 지배되고 있는 것을 근거로 이중대표소송을 인정하기도 한다.

527) 최진이, “지배회사 주주의 종속회사 이사 등에 대한 이중대표소송 허용에 관한 연구”, 「기업법연구」, 제23권 제3호, 한국기업법학회, 2009.9, 10면.

528) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49221 판결.

대가 2006년 4월에 개별기업 차원을 넘어선 기업집단 자체의 지배구조를 개선하기 위해 회사법에 의한 지배주주와 계열사 및 계열사 상호 간의 관계를 규율하는 내용의 입법 운동을 개시하면서 회사 기회의 편취 금지와 이중대표소송제도를 선정한 것이 이를 보여준다.⁵²⁹⁾

전술한 대법원 판결에서 보듯이 주주의 개념에 지배회사의 주주를 포함시키는 해석상의 난점은 별론으로 하더라도 이중주주대표소송은 법인격을 사실상 부인하는 효과를 발생시켜 기업지배구조의 개선 못지 않은 가치를 가지는 자본주의 경제의 기초 하나를 잠식할 위험성이 있음에 유의해야 할 것이다. 실제로 이중대표소송을 허용하는 미국 판례의 다수가 법인격부인론에 기초하고 있다고 한다.⁵³⁰⁾ 이런 이유로 법인격의 부인이 회사가 사기(fraud)나 명백히 불법적인 목적에 이용된 경우에만 허용되어야 할 것이고 입법을 통해 일반적인 제도로서 도입되는 것은 아직 곤란하다는 주장도 있다.⁵³¹⁾

그러나 이중대표소송의 근본적인 취지는 지배회사 지배주주의 자회사 등의 종속회사에 대한 영향력을 차단하고, 자회사 등의 직접손해로 인한 지배회사와 지배회사 주주의 간접손해를 전보시키려는데 있다고 할 수 있다. 자회사의 불법적인 운용을 통해 모회사와 모회사 주주들에게 손해를 가하더라도 모회사의 주주는 자회사의 이사 등에게 대표소송을 통한 책임 추궁을 할 수 없기 때문에 대표소송은 아무런 의미가 없게 된다. 따라서 모회사의 소수주주가 자회사의 이사 등을 상대로 대표소송을 제기할 수 있도록 허용해 줄 필요가 있는 것이다.⁵³²⁾ 특히, 모회사가 과반수를 출자한 비상장회사인 자회사에서 위법행위가 발생한 경우에도 주주인 모회사가 주주대표 소송을 제기할 가능성이 사실상 거의 없으므로 모회사의 주주로 하여금 회사를 대신하여 소송을 제기할 수 있는 길을 열어줄 뿐인 것이다.

외환위기 이후 기업지배구조 개선의 일환으로 1999년 독점규제법을 개정하여 지주회사의 설립·전환을 허용한 이래, 2000년 금융지주회사법 제정, 그리고 2001

529) 참여연대, 38개 재벌 총수 일가의 주식거래에 대한 보고서 (2006.4.6.) 참조.

530) Locascio, The Dilemma of Double Derivative Suits, 83 Northwestern University Law Review (1989), pp.743-746.

531) 전경련, “기업 규제적 상법개정안 재검토 요청”, 2006.10.22., 참조.

532) 안성포, “주주대표소송과 원고적격성”, 「비교사법」, 제12권 제1호, 한국비교사법학회, 2005, 484면.

년 상법개정을 통하여 주식의 포괄적 교환 및 이전에 관한 규정을 신설함으로써
 지주회사제도가 활성화 되어 가고 있다. 공정거래법에 의해 지주회사가 보유해
 야 하는 자회사에 대한 높은 지분율을 법정하고 있는데⁵³³⁾ 지주회사의 지배주주
 가 자신의 이익을 위해 회사가 보유한 자회사 지분을 이용해 영향력을 행사하
 고, 자회사에 손해가 발생하여 지주회사가 간접적인 손해를 입은 경우 지주회사
 에 의해 자회사 이사 등의 책임이 추궁되는 것은 사실상 기대하기 어렵다. 따라
 서 지주회사의 소수주주에게 대표소송의 원고적격을 확장함으로써 형해화된 지
 주회사의 소수주주의 이익을 보호할 수 있게 되고, 뿐만 아니라 이를 통하여 지
 주회사 지배구조의 투명성을 제고하는데 있어서 유용한 수단이 될 수 있는 것이
 다.

한편, 이중대표소송의 도입에 대해 부정적인 입장을 취하는 견해의 주요 논거
 들을 보면 우선, 외국의 입법례가 존재하지 않기 때문에 위험이 따른다는 점을
 들지만 미국과 같이 판례에 의존하기 보다는 오히려 입법을 통하여 이를 명확히
 하는 것이 그 범위 등에 있어서 보다 명료해질 수 있다. 둘째, 지배·종속관계에
 있는 양 회사는 별개의 법인체임에도 불구하고, 종속회사 이사의 책임을 묻는
 소송을 지배하는 회사 주주가 제기할 수 있다는 것이 종속회사의 독립된 법인격
 을 부인하는 결과가 된다는 점을 들고 있는데, 우리나라에서도 비록 예외적이기
 는 하지만, 법원에 의해 법인격부인론이 인정된 사례들이 다수 존재하고 있
 다.⁵³⁴⁾ 셋째, 지배회사의 주주는 종속회사 주주에 비해 실질상 적은 수의 지분으
 로도 자회사의 이사에 대해 대표소송을 제기할 수 있게 된다는 점에서 지배회사
 주주와 종속회사 주주간 소제기의 평등권이 침해된다고 한다. 이 문제는 미국이
 나 일본의 경우처럼 대표소송을 단독주주권으로 하면 문제될 것이 없다.

그리고 이중대표소송으로 인해 회사 경영자의 소극적 경영활동에 대한 우려와
 경영자의 자유로운 경영판단을 제약할 염려가 있으며, 악의적 이중대표소송이
 남용되는 경우에는 회사의 경영활동에 장애를 초래할 위험이 될 수 있다고 한

533) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제8조의2: 지주회사는 자회사에 대한 지분율과 자회사의
 손자회사에 대한 지분율이 100분의 40 이상이어야 하고, 손자회사는 증손회사의 발행주식 전부
 를 소유해야 한다.

534) 서울고등법원 1974. 5. 8. 선고 72나2582 판결; 서울고등법원 1976. 5. 27. 선고 75나 616·617
 판결; 대법원 1988. 11.22. 선고 87다카1671 판결; 대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678; 대법원
 2001. 1. 19. 선고, 97다21604 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고, 2002다 66892 판결 등.

다. 그러나 대표소송제도의 경우에도 그동안 그 남용으로 인한 폐해문제가 꾸준히 지적되어 왔지만, 상기에서 살펴본 바와 같이 최근 들어 다소 활성화 되고는 있지만, 현행 상법상 법원의 담보제공 명령법원의 재량기각, 원고의 소송비용부담 등과 같은 제약으로 인해 지난 10년 동안 10건을 초과하지 않고 있는 것을 볼 때, 남소가능성에 대한 우려는 다소 과장된 것으로 사료된다.

지배회사 주주에 의한 이중대표소송은 지배회사 또는 종속회사가 유책행위를 한 종속회사의 이사에 대한 책임의 추궁을 해태한 경우에 한하여 지배회사의 주주가 이를 대위하여 행사하는 것에 불과하기 때문에 주주가 승소하는 경우 지배회사 또는 종속회사의 직·간접적인 손실을 전보할 수 있게 된다. 그렇기 때문에 지배회사와 종속회사는 물론, 지배회사와 종속회사의 주주 모두에게 유익한 제도가 될 수 있다. 따라서 이미 2006년 10월에 상법개정시안을 통해 이중대표소송제를 입법예고(법무부 공고 제2006-106호)한 바 있으므로, 바로 상법개정에 반영되어도 무리가 없다고 본다.⁵³⁵⁾ 한편 우리나라는 2020년 상법 개정을 통해 모회사 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 자회사에 대하여 자회사 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구할 수 있도록 하는 다중대표소송제도를 신설하여 이중대표소송을 입법화하였다.⁵³⁶⁾

4. 업무지원기능 강화로서의 개선

가. 내부통제제도의 법제화

내부통제는 원래 기업의 투자자, 채권자 등 외부의 이해관계자에게 손해를 끼치는 회계보고의 부실 또는 부정을 방지하기 위하여 형성된 개념이다. 내부통제 시스템은 1920년경부터 미국을 중심으로 넓어진 개념으로, 당초에는 “재무보고의 신뢰성”을 확보하기 위하여 회계감사인이 회계감사를 행하기 위하여 필요한 내부건제시스템을 의미하였으며, 차츰 경영자가 업무의 효율성과 유효성, 준법(compliance)을 감시하는 시스템으로 의미가 확장되었으며 현재는 경영자 자신을 스스로 감독하는 시스템의 의미도 가진다고 할 수 있다.⁵³⁷⁾

535) 최진이, 전제논문, 28-29면

536) 상법 제406조의2.

내부통제 개념의 혼란을 해소하고 그 개념적 틀을 정립하기 위하여 1988년 Treadway 위원회의 후원조직으로 COSO위원회(Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission, Treadway 후원위원회)⁵³⁸⁾가 설립되었다. 동 위원회는 내부통제의 개념 정의와 효율적인 운영체계에 관한 상세한 내용을 담은 이른바 COSO보고서⁵³⁹⁾를 발표하였다.

동 보고서는 “내부통제란 사업의 유효성과 효율성, 재무보고의 신뢰성 및 법규준수라는 3가지의 범주에 있어서의 목표달성에 관해 합리적인 보증을 제공하기 위하여 고안된, 기업의 이사회, 경영자 및 기타 구성원에 의해 실행되는 절차이다.”라고 정의하고 있다.⁵⁴⁰⁾ 즉, 내부통제를 경영, 재무보고, 법규준수의 통합 프레임워크로서 파악하고 있으며, 내부통제는 회사가 추구하는 최종목표가 아니라 최종목표를 달성하기 위한 과정 내지는 수단이고 회사 내 모든 구성원에 의하여 수행되는 일련의 통제활동이며, 특정 목표를 달성하는 데 필요한 절대적 보증이 아니라 합리적 보증을 주는 것이라고 설명하고 있다.⁵⁴¹⁾

내부통제시스템의 필요성은 이사가 직접 회사의 구석구석까지 감시할 수는 없기 때문에 정보의 흐름과 임직원들의 업무수행을 체계적으로 파악해서 효과적인 감시를 가능하게 하는 데 있다. 회사의 임·직원들이 부실공시를 하거나 분식회계를 함으로써 주가가 하락하고 감독 당국의 제재를 받음으로써 손해가 발생하는 것을 방지하고, 회사의 임·직원들이 위법한 행위를 함으로써 양벌 규정에 의해 회사가 제재를 받아 손해가 발생하는 것을 방지하며, 회사 임직원들의 업무상의 부주의 또는 판단미숙(예컨대 파생금융상품 거래상의 실책이나 환율 예측의 실패)을 통해 회사에 손해가 발생하는 것을 시스템을 통해 방지하자는 것이다. 즉, 내부통제시스템이란 효과적인 모니터 장치로서 회사 내부의 업무 프로세

537) 江頭憲治郎, 株式會社法, 有斐閣, (2008) 참조.

538) COSO위원회는 미국공인회계사협회(AICPA), 내부감사협회(IIA), 전국회계인협회(NAA), 재무담당경영자협회(FEI) 등 5개 기관으로 구성되었다.

539) COSO, AICPA, "Internal Control - Intergrated Framework" (1992); ‘내부통제’라는 표제가 붙은 총 4권짜리 보고서이다. 여기에서 내부통제란 ‘회사가 그것을 통하여 그들의 내부통제 효율성을 평가할 수 있는 것으로서 회계통제를 포함하되 그것만으로 제한되지 않는 광범위한 모형을 규정하기 위해 고안된 통합된 체제’를 의미한다고 함으로써 내부통제의 개념을 회계영역에 한정하지 않고 관리영역까지 확대하려 하고 있음을 알 수 있다.

540) COSO, supra note 17, p.13

541) COSO, supra note 17, p.13.

스를 정비하고 업무에서 발생하는 제반 정보의 흐름을 원활하게 해서 회사에 손해가 발생할 수 있는 여러 가지 위험으로부터 회사를 사전에 차단하는 기능을 하는 것이다.

이로부터 이사의 법적 책임이 문제될 수 있는 각종 사고가 미연에 방지되며 나아가 시스템 자체에 일정한 법적 효과를 부여하면 시스템의 설치와 정비를 촉진하는 효과도 가져오게 된다. 효과적인 내부통제시스템은 크게 ① 커뮤니케이션(communication) - 윤리강령이나 컴플라이언스 규칙 등의 임·직원들에 대한 전달, ② 교육(education) - 의무적인 참가를 요구하는 임직원들에 대한 주기적인 윤리교육, ③ 절차(procedures for compliance)의 정비-컴플라이언스 절차의 서면화 등 세 가지 요소를 갖추어야 한다.⁵⁴²⁾

(1) 내부통제제도의 기능

(가) 회사의 부정행위 방지

내부통제제도는 회계자료의 신뢰성을 확보하기 위해 발전한 제도이다. 초기의 내부통제제도는 신뢰할 수 있는 회계자료를 작성하기 위한 것이었으나 법적 영역에 내부통제개념이 도입됨으로써 분식회계를 통한 허위재무정보의 공시, 기업 내부자에 의한 횡령, 배임 등과 같은 위법행위를 사전에 방지하기 위한 준법체제로서 기능하게 되었다. COSO보고서에서도 내부통제의 목적으로 법규의 준수를 제시하고 있다. 사실 주식회사의 내부통제제도는 대규모 부정행위를 계기로 이를 방지하기 위한 제도적 장치의 필요성이 제기됨에 따라 입법화가 이루어졌다.

기업의 부정행위는 크게 주로 경영진에 의하여 이루어지는 회계분식행위, 경영진 또는 임직원의 단기 실적증대를 위한 규제위반행위, 개별 임직원에게 의한 횡령·배임 등의 부정행위 등이 있는 것이다. 이러한 부정행위의 방지를 위한 준법감시제도는 내부통제의 한 부분에 속하는 것으로 내부통제가 현행 법률이 요구하는 수준 이상의 사회적 요구를 고려하는 개념이라면 준법감시는 회사의 임직원이 준수해야 할 규범이다.⁵⁴³⁾

542) AIMR, Standards of Practice Casebook (1996), pp.48-49.

준법감시제도는 내부통제의 일종으로서 미국에서 가장 먼저 발달된 것이고, 외부적으로 부과된 비회계적인 요구를 충족시키기 위한 일련의 맞춤 장치로서 위법행위로 인한 손해를 피하기 위하여 경영진이 자발적으로 도입하는 것이다.⁵⁴⁴⁾ 즉, 내부통제시스템의 한 부분인 준법감시시스템은 회사의 모든 구성원에 의하여 발생할 수 있는 부정행위를 방지하기 위한 것이다.

준법감시제도에서의 준법감시인은 기업과 최고경영자가 위험을 회피하기 위하여 자발적으로 도입하는 것으로서 경영진을 감독하기 위한 것이라기보다는 최고경영자와 이사회를 보좌하기 위한 기관이라고 할 수 있고, 회사에 대한 감독기능을 수행하는 것이기 보다는 업무집행기능을 수행하는 것이라 할 수 있다.⁵⁴⁵⁾

(나) 이사의 감시책임에 대한 판단기준 제공

내부통제제도는 이사의 감시책임과 관련해서는 두 가지 상반된 측면의 기능을 가지고 있다. 첫째, 효과적인 내부통제시스템은 이사에 대하여 면책기능을 하며, 둘째, 내부통제시스템을 구축하지 않았거나 설치된 내부통제시스템이 제대로 운영되지 않은 경우에는 이사에 대해 책임추궁 기능을 하게 된다.

면책기능은 내부통제시스템을 효과적으로 구축하고 적절하게 운용하였다면 회사에 부정행위가 발생한다 하더라도 이사 또는 경영진이 면책될 수 있게 된다는 의미이다. 대규모 회사에 있어서 임직원에게 의한 부정행위가 발생할 개연성은 항상 존재하며 이사가 임직원의 부정행위를 방지하지 못했다는 이유로 항상 손해배상책임을 부담한다면 이사는 적극적인 경영활동보다는 내부감시에 치중하게 되어 경영의 위축을 불러올 수 있다. 한편 이사가 임직원의 부정행위를 알지 못했다는 이유로 면책된다면 감시책임이 형해화될 우려가 있을 것이다. 내부통제시스템은 회사 내부의 부정행위를 막는데 있어 합리적인 보증을 제공하는데 그치고, 유효한 내부통제시스템이 운용되고 있다고 하여 모든 회사의 부정이 미연

543) 김형기 외, “1997-1998년 한국경제의 위기와 경제개혁”, 「경제발전연구」, 제11권 제1호, 2005, 57-58면.

544) 김건식·안수현, “준법감시인제도의 조기정착을 위한 시론”, 「증권법연구」, 제3권 제1호, 2002, 85면.

545) 김건식·안수현, 전제논문, 86면.

에 예방될 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 합리적 수준의 내부통제시스템이 구축·운영되고 있다면 사후적으로 발생하는 회사 내부자의 부정과 관련하여 이사의 책임이 면제될 수 있다.

Caremark 판결 및 Stone 판결에 있어서도 임직원의 연방법 위반행위와 관련하여 이사회가 사전에 다양한 법령준수 및 정보수집을 위한 시스템을 구축하고 있었던 사실이 인정되어 이사의 감시의무 위반책임을 불인정되었다. 이와 같이 내부통제시스템은 회사 내부자의 부정에 대한 책임으로부터 이사에게 안전망을 제공하는 법적 기능을 하게 된다.⁵⁴⁶⁾

한편 내부통제시스템은 이사에 대한 책임추궁에 있어 중요한 기능을 할 수 있을 것이다. 회사 임직원에 의한 부정행위가 발생한 경우 주주 또는 이해관계자가 부정행위로 인한 회사손실과 관련하여 이사에게 책임을 묻는 것이 쉬운 일이 아니다. 은밀하게 이뤄지는 종업원의 부정행위에 대하여 통상적인 관리·감독만으로 이를 미연에 발견하는 것이 아니기 때문에 “부정행위를 알거나 알 수 있었다”거나 “업무집행이 위법하다고 의심할 사유가 있었다”라는 기준에 의해서는 회사의 손실과 이사의 감시의무 불이행의 인과관계를 증명하기가 어렵다. 특히 이사의 부작위를 이유로 손해배상을 청구하는 경우에는 부작위가 손해발생의 원인임을 원고가 입증하여야 하므로 실제에 있어서는 매우 어려운 문제가 된다.⁵⁴⁷⁾

따라서 주주 등 이해관계자의 보호를 위해서는 회사에 효과적인 내부통제제도가 구축되어 있지 않거나 또는 구축된 내부통제제도가 효율적으로 작동되지 않아 부정행위의 발생을 미연에 방지하지 못하였거나 부정행위를 조기에 적발하지 못하였다고 판단되는 경우에 부정행위에 대하여 구체적으로 알지 못하였다고 하더라도 내부통제제도 구축·운영에 책임을 지는 이사 또는 경영진에게 내부통제 의무를 제대로 이행하지 못했다는 것을 근거로 하여 책임을 물을 수 있어야 할 것이다. 즉, 이사의 감시의무 범위 내에 내부통제시스템의 구축 및 유지의무를 포함시킬 경우 이사에 대하여 감시·의무위반으로 인한 책임을 추궁할 수 있는 기회가 더 많아진다고 할 수 있다.⁵⁴⁸⁾

546) 안수현, “내부통제와 회사법 - 현황과 발전과제”, 내부통제제도의 법제 개선방안(워크숍 자료집), 한국법제연구원, 2006.11.23., 25면.

547) 임재연, 「미국회사법(수정제2판)」, 박영사, 2007, 306면.

내부통제시스템의 구축과 운영 여부가 임직원에 의한 부정행위 발생 시 이사에 대해 책임추궁의 근거가 됨으로써 이러한 책임추궁을 피하기 위하여 이사가 미리 적절한 내부통제제도를 구축·운영토록 하는 유인을 제공하는 기능도 수행하게 된다고 할 수 있다.

(2) 내부통제제도의 효과

내부통제시스템이 이사의 책임과 관련하여 법적인 의미를 갖게 된 것은 1991년 미국이 연방양형지침(Federal Sentencing Guidelines)을 제정하면서부터였는데 549) 이 연방양형지침은 회사가 법의 위반을 방지하고 적발해내는 효과적인 프로그램을 마련하기 위해 적절한 조치를 취하였다는 것을 알리는데 필요한 절차에 대해 규정하고 있으며, 준법감시 프로그램이 갖추어야 할 요소들을 다음과 같이 규정한다.

즉, ① 범죄행위의 위험을 합리적으로 충분히 감소시킬 수 있는 기준과 절차를 마련할 것, ② 해당 조직체의 고위직 인사 중에서 준법 여부를 감독할 개인을 선임할 것, ③ 해당 조직체가 알고 있기로 (또는 알아야 하기로) 불법행위에 연루될 만한 성향이 있는 개인에 대하여는 많은 재량권을 부여하지 않을 것, ④ 훈련 프로그램 또는 관련 내용의 책자화를 통하여 기준과 절차를 종업원 및 대리인들에게 주지시킬 것, ⑤ 감시와 감사시스템을 통하여 그와 같은 기준을 준수하도록 노력할 것, ⑥ 종업원과 대리인들이 회사 내 다른 사람들의 범죄행위를 보복을 두려워하지 않고 고발할 수 있는 시스템을 마련할 것, ⑦ 법 위반을 적발할 책임이 있는 개인이 이를 하지 못하였을 때 필요에 따라 그를 제재할 수 있는 적절한 절차를 마련할 것, ⑧ 어떤 위법행위를 적발한 후 추가의 위법행위

548) 김대연, 전개논문, 145, 157-158면.

549) 미국의 연방양형지침에 따르면 범인 등이 행한 위법행위를 제재하는 목적은 조직에 대한 처벌, 범죄행위 억지 및 조직으로 하여금 예방, 적발 및 보고를 하도록 하기 위한 유인을 제공하는 것이라 하고 있다. 따라서 조직 스스로 범죄행위를 예방, 사전탐지, 보고하는 내부통제시스템을 갖추고 있으면 벌금액을 감해주고 그렇지 않은 경우에는 최고벌금액까지 부과할 수 있게 되어 있다. 이 지침에 의하면 내부통제시스템이 잘 정비되고 관리되어 왔다는 것을 입증하는 기업에게는 임직원의 범죄행위에서 발생하는 회사의 형사책임을 최고 95%까지 감면해 준다. 2000년의 경우 미국에서는 255개 기업이 형사 소추되어 그 중 78%가 벌금형을 선고 받았으며 벌금의 평균액수는 약 600만 불에 이르렀다고 한다.

에 대처하고 그를 방지할 수 있는 모든 적절한 조치를 취할 것 등이다.

미국에서 이러한 준법감시제도가 자발적으로 활성화되고 있는 이유 중의 하나가 바로 형법상의 책임을 질 경우에 형을 감경 받기 위하여 연방 양형지침에서 정하는 8가지 사항⁵⁵⁰⁾들을 잘 갖추고 있어야 하기 때문이다. 이 지침에서 제시하고 있는 효과적인 프로그램을 가지고 있기 위해서 회사들은 범죄행위의 위험을 정기적으로 평가하고, 이러한 과정을 통해 확인된 범죄행위의 위험을 줄이기 위한 준법감시 프로그램이 ① 위법행위가 발생하기 이전에 설치되어 있어야 하고, ② 위법행위를 초래할 개연성이 있는 행위들을 적시하고 있어야 하며, ③ 회사의 규모와 업무내용에 적합한 정도와 형식성을 가져야 하고, ④ 동종의 다른 회사의 프로그램에 비하여 우위여야 하며, ⑤ 회사가 직원의 범죄행위를 방지하고 탐지하기 위하여 성실히 주의의무(due diligence)를 다하여야 하는데, 이러한 조건을 충족할 경우 감경을 받을 수 있다.⁵⁵¹⁾

(3) 우리나라의 내부통제제도

우리나라는 외환위기 이후에 자본시장의 투명성을 제고하고, 사전적인 리스크 관리와 계도를 해야 할 필요성을 느끼는 등 금융회사 내부통제기능의 중요성이 부각됨에 따라 펀드를 운용하는 국내 자산운용업계에서 금융회사의 임직원이 그 직무를 수행함에 있어서 따라야 할 기본적인 절차와 기준으로 내부통제기준을 만들게 되었고, 2000년 1월 21일에 은행법 등 관련법령을 개정하여 준법감시인 제도를 도입한 바 있다.

그러나 시행초기에는 조직미비, 인력부족, 무관심 등으로 제도가 겉돌고 있다는 비판을 받은 바 있고, 특히 준법감시인의 업무에 대한 가이드라인을 정함에

550) 1. 준법감시 위험에 대한 주기적인 평가와 이에 대한 계량화 2. 위법행위를 예방하고 적발하기 위한 절차 3. 준법감시 프로그램 4. 위법행위를 저질렀거나 혹은 부적절한 과거를 지닌 직원에 대한 채용 금지 5. 이사회와 고위 경영진 및 모든 직원들에 대한 준법감시 및 윤리 프로그램의 교육 및 지속적인 사내 계몽·홍보·안내 6. 모니터링, compliance에 대한 감사 및 보고, 주기적인 프로그램에 대한 효과성 평가, 위법행위에 대한 익명 보고 제도(내부고발자제도) 7. 준법감시와 관련한 상벌체계 8. 위반행위에 대한 유사행위의 재발을 막기 위한 적절한 대책과 예방 절차.

551) U.S. Federal Sentencing Guidelines Manual § 8B2.1(c) (2008).

있어 기존의 감사 또는 감사위원회가 하던 역할 가운데 회계감사 이외에 업무감사를 준법감시인이 맡도록 한 것이 상법상 감사 또는 감사위원회의 권한과 중복되면서 동 제도의 도입취지를 제대로 살리지 못한 채 인력낭비와 이중통제를 하고 있다는 비판을 받기도 하였다.⁵⁵²⁾

현재 우리나라의 내부통제제도에 있어서 기업의 경우에는 재무회계에 대한 통제시스템인 내부회계관리제도가 있고, 금융회사의 경우에는 준법감시인제도가 있다. 자본시장법 제28조 제1항에 의하면 “금융투자업자는 법령을 준수하고, 자산을 건전하게 운용하며, 이해상충방지 등 투자자를 보호하기 위하여 그 금융투자업자의 임직원이 직무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 적절한 기준 및 절차(내부통제기준)⁵⁵³⁾를 정하여야 한다”고하고, 동조 제2항에서 “금융투자업자는 내부통제기준의 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우, 이를 조사하여 감사위원회 또는 감사에게 보고하는 자(준법감시인)를 1인 이상 두어야 한다”고 규정함으로써 내부통제 범위 내 비회계통제에의 준법감시까지 구체적인 대상으로 정하고 있다. 여기에서의 준법감시는 외부적으로 부과된 비회계적인 요구를 충족시키기 위해 도입되었는데, 최근의 논의에 따르면 준법감시인은 위법행위를 사전에 예방하자는 것이고, 감사위원회의 위원(감사)은 위법행위를 사후적으로 조사하여 조치하는 자라는 식으로 통일되고 있는 양상이다.⁵⁵⁴⁾ 즉, 내부통제제도에서 운영되고 있는 준법감시체제 등이 감사위원회(감사)의 활동을 도와주고 보완하는 역할이 기대되고 있는 것이다.

한편, 금융투자업자(외국 금융투자업자의 지점, 그 밖의 영업소는 제외)가 내부통제기준을 제정하거나 변경하려는 경우에는 이사회 의 결의를 거쳐야 하며,⁵⁵⁵⁾ 금융위원회는 금융감독원장의 검사 결과 법령을 위반한 사실이 드러난 금융투자업자에 대하여 법령 위반행위의 재발 방지를 위하여 내부통제기준의 변경을 권고할 수 있고,⁵⁵⁶⁾ 내부통제기준에 관한 구체적인 기준은 금융위원회가 정하여 고시한다.⁵⁵⁷⁾

552) 서완석, “내부통제와 준법감시인제도”, 「기업법연구」, 제23권 제4호, 한국기업법학회 2009.12, 289-290면.

553) 자본시장법 시행령 제31조.

554) 서완석, 전제논문, 316면.

555) 자본시장법 시행령 제31조 제2항.

556) 자본시장법 시행령 제31조 제3항.

557) 자본시장법 시행령 제31조 제4항.

금융투자업자가 준법감시인을 임면하고자 할 경우에는 이사회 결의를 거쳐야 하며, 준법감시인을 임면한 때에는 그 사실을 금융위원회에 통보하여야 한다(자본시장법 제28조 제3항, 제7항).

그리고 동조 제4항에서는 준법감시인의 자격요건을 정하고 있는데, ① 한국은행 또는 ‘금융위원회의 설치 등에 관한 법률’제 38조에 따른 검사 대상기관(이에 상당하는 외국 금융기관을 포함한다)에서 합산하여 10년 이상 근무한 경력이 있는 자 ② 금융관련 분야의 석사학위 이상의 학위소지자로서 연구기관 또는 대학에서 연구원 또는 전임강사 이상의 직에 합산하여 5년 이상 근무한 경력이 있는 자 ③ 변호사 또는 공인회계사의 자격을 가진 자로서 그 자격과 관련된 업무에 합산하여 5년 이상 종사한 경력이 있는 자 ④ 기획재정부, 금융위원회, 증권선물위원회, 금융감독원, 거래소, 협회 또는 금융관련 법제업무 기관에서 합산하여 5년 이상 근무한 경력이 있는 자 중 어느 하나 해당하여야 하고, 동법 제24조에 정한 바에 해당하지 아니하여야 하며,⁵⁵⁸⁾ 최근 5년간 이 법 또는 대통령령으로 정하는 금융관련 법령을 위반하여 금융위원회 또는 금융감독원 원장(이하 “금융감독원장”이라 한다.), 그 밖에 대통령령으로 정하는 기관으로부터 제422조 제1항 제3호에 따른 문책경고 또는 동조 제2항 제4호에 따른 견책요구 이상에 해당하는 조치를 받은 사실이 없어야 한다.

그리고 준법 감시인이 된 후 동법 제24조에서 정한 바 또는 위에서 말한 문책경고 또는 견책요구 이상에 해당하는 조치를 받은 경우에는 그 직을 상실하며,⁵⁵⁹⁾ 위 ① 내지 ④에서 규정한 기관에서 퇴임 또는 퇴직한 후 5년이 경과되지 아니하면 준법감시인이 되지 못한다. 준법감시인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 하며 해당 금융투자업자의 고유재산의 운용업무, 해당 금융투자업자가 영위하고 있는 금융투자업 및 그 부수업무, 그리고 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 금융업무로서 해당 금융투자업자가 자본시장법 제40조에 따라 영위하고 있는 업무를⁵⁶⁰⁾ 영위해서는 안 된다.

금융투자업자는 준법감시인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 하여야 하며, 금융투자업자의 임직원은 준법감시인이 그 직무를 수행함에 있어서 자료

558) 자본시장법 제28조 제4항 제2호.

559) 자본시장법 제 28조 제4항.

560) 자본시장법 제40조(금융투자업자의 다른 금융업무 영위).

나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실히 응하여야 한다.⁵⁶¹⁾ 그리고 금융투자업자는 준법감시인이었던 자에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 안 된다.

(4) 상법상 내부통제제도의 도입

이제 주식회사의 규모가 거대화되고 글로벌화의 진전으로 과거와 비교할 수 없을 정도로 큰 사업상 위험에 노출되어 있는 현실에 비춰 볼 때 효과적인 기업 경영을 위해서는 상법상 주식회사에 대하여 내부통제제도에 관한 사항을 입법화할 필요가 있다고 판단된다. 내부통제시스템은 재무보고의 신뢰성을 보증하고 부정행위를 방지하는 것뿐만 아니라 궁극적으로는 회사 경영의 효율성을 강화하고 좋은 기업지배구조를 확립하는데 기여하기 때문이다.

예컨대 내부통제제도를 구축하고 동 제도에 의하여 이상 징후가 있을 때에 이사회나 감사위원회(감사)에 그 사실이 보고되도록 하며, 동시에 감사(감사위원회), 외부감사인이 내부통제제도의 적정성에 대해 검토하도록 하며, 내부통제제도의 적정성을 사업보고서에 기재하여 공시하는 등의 체계를 구축하는 것은 대리인 문제에 대한 우려와 대리인 비용을 감소시켜 기업지배구조가 효과적으로 정착 및 작동되도록 기능할 수 있다.

실제 2009년 8월 일정규모 이상의 상장회사에 준법통제기준 마련을 의무화하고, 이의 준수에 관한 업무를 담당하는 ‘준법지원인’을 두도록 하는 상법 일부 개정법률안이 발의되었다. 이 법률안은 기존 금융회사에 의무화되어 있던 ‘준법감시인’제도를 상장회사 등에 까지 확대하는 내용으로 “상장회사 및 공기업에 ‘준법통제기준’ 및 ‘준법지원인’ 제도를 도입하여 법률적용 대상기업이 법률전문가의 충분한 법률지원을 받아 준법경영·윤리경영을 실현할 수 있도록 하는 것”을 제안이유로 밝히고 있는데, 궁극적으로는 주주나 상장회사의 고객, 거래 상대방을 보호하며, 나아가 자본시장을 더욱 건전하게 발전시켜 기업의 국제경쟁력을 강화하고자 하는 데 목적이 있다고 한다.⁵⁶²⁾

561) 자본시장법 제 28조 제7항, 제8항, 제9항.

562) 서완석, 전계논문, 290면.

나. 경영판단원칙의 법제화

(1) 경영판단원칙의 의미

경영판단의 원칙의 기원에 대해서도 견해가 통일되어 있지 않지만 일반적으로 경영판단의 원칙은 1829년 Percy v. Millaudon 사건⁵⁶³⁾의 판결에서 기원한다고 한다. 이 사건에서 루이지애나주 대법원은 이사는 신중한 자라도 범할 수 있는 경영판단상의 실수에 대하여는 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다. 그 후 이러한 입장은 1850년 Hodges v. New England Screw Co. 사건⁵⁶⁴⁾을 거쳐 1872년 Spring's Appeal 사건에서 명백하게 되었다.⁵⁶⁵⁾ 이와 같이 19세기에 그 싹을 틔운 경영판단의 원칙은 당시의 자유방임주의 내지 무간섭주의(laissez fare)라는 시대조류를 타고 발전하였다.

경영판단의 원칙(Business Judgement Rule)⁵⁶⁶⁾이란 이사가 그 권한의 범위 내에서 객관적인 정보에 따라 제반사정을 고려하여 합리적인 경영상의 결정을 한때에 단순히 그 판단이 잘못되었다는 이유만으로 책임을 지지 않는다는 원칙으로 사업판단존중의 원칙이라고도 한다.⁵⁶⁷⁾

이 원칙은 미국에서 법원이 이사 및 임원의 사업적 판단에 대한 사후적 타당성 심사를 자제한다는 원칙으로 이해되기도 하고, 사업적 판단에 대한 사후적 판단에 있어서 이사 및 임원의 법적 책임을 면제해 주는 원칙으로 이해되기도 한다.⁵⁶⁸⁾

563) 8 Mark. (n.s.) 68 (La, 1829).

564) 1 Ra I. 9 (1853).

565) 이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 성균관대 박사학위논문, 1999, 43면.

566) 경영판단의 원칙에 관한 정의로는, ‘이사회가 적절한 정보와 합리성을 가지고 내린 경영상의 결정은 비록 그것이 회사의 관점에서 적절하지 못하고 피해 막심함 것으로 판명될지라도 직접적인 책임을 발생시키지 않는다는 원칙이다.’; (Robert W Hamilton, The Law of Corporations, fifth edition, West Group, (2000), p.453); ‘이사가 경영자로서 전문지식을 갖고 회사를 위하여 성실하게 한 판단이 경제상황의 변화 등으로 인해 결과적으로 회사에 손해를 주었다 하더라도 이사는 회사에 대하여 책임을 지지 아니한다는 법리이다’; 김대연, “주주대표소송과 경영판단의원칙”, 「상사법연구」, 제17권 제3호, 한국상사법학회, 1999, 114면).

567) Melvin Aron Eisenberg, Corporation and Business Associations, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. (1996), pp.366-367.

568) Ronald J. Gilson, A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics and Tender Offers, 33 Stanford Law Review 819, 823 (1981).

그러나 경영판단의 원칙을 어떻게 이해하든 이사, 임원들의 법적 책임을 완화해 주는 작용을 하게 되는 것이다. 다만, 기업의 실적 악화나 이른바 ‘사고발생’ 시 사후적으로 이사의 책임을 완화해 주는 장치이며 주로 소송절차에서 등장하게 된다.

이러한 경영판단의 원칙은 미국의 판례를 통해 발전되어 온 것이며 이 원칙이 적용되기 위해서는 세 가지의 요건이 충족되어야 한다. 즉 이사는 합리적인 수준의 정보에 입각하여 행동하였어야 하며, 자신의 행동이 회사의 이익에 부합하는 것이라고 믿었어야 한다. 그 소송상 효과로서 이사의 경영상 판단이 성실하게 이루어진 것으로 추정되는 결과, 원고인 주주는 이러한 추정을 깨뜨려야 하는 무거운 입증책임을 부담하게 된다. 그리고 이때에 이사의 행위에 대한 정당성의 추정을 깨뜨리기 위해서는 통상의 과실 책임을 묻는 일반 민사소송의 입증책임 이외에 이사의 증과실을 입증하여야 한다. 그러한 입증은 결코 쉬운 일이 아니지만, 원고가 입증을 통하여 그와 같은 추정을 깨뜨린다면 그 때부터는 이사들이 자기들의 귀책사유 없음을 입증해야 하는 것으로 바뀌게 된다.⁵⁶⁹⁾ 결과적으로 경영판단의 원칙은 주주의 남소를 방지하는 효과가 있는 반면에 실제로 주주에게 입증책임을 가중시켜 이사의 책임을 추궁하기 어렵게 하는 효과가 있으므로 이사에게는 효과적인 방어막으로 기능하게 된다.

미국의 모범사업회사법은 제정 당시 경영판단의 원칙을 명문으로 규정하려고 시도하였으나 이 원칙이 법원에 의하여 계속 발전하고 있는 상황이라는 이유로 경영판단의 원칙의 내용이나 주의의무와의 관계에 대하여 침묵하고 이를 법원의 몫으로 남겨두고 있다.⁵⁷⁰⁾ 이와는 달리 ALI(미국법률협회)의 “회사지배구조의 원리”에서는 각주 회사법의 혼란을 방지하고 그 구성요건을 명확히 하기 위하여 주의의무의 규정뿐만 아니라 경영판단의 원칙에 관한 규정도 두었다. 즉 ALI의 “회사지배구조의 원리”는 §4.01(c)에서 ‘선의로 경영판단을 한 이사 또는 임원이 일정한 요건⁵⁷¹⁾이 갖추어지면 그의 의무를 이행한 것으로 본다’고 하고 있다.

569) 그 주장입증사항 중 대표적인 것으로서는 불성실(bad faith), 불충실(disloyal), 회사자산의 낭비(waste) 등을 들 수 있다. (Wendi J. Powell, op, cit., p.802).

570) RMBCA Official Comment to §8.30 [Lewis D. Solomon & Jefferey D. Bauman, Selected Corporation and Partnership Statutes, and Forms West Publishing co. (1992), p.861].

571) (1) 경영판단의 대상에 관하여 이해관계를 갖지 않을 것, (2) 경영판단의 대상에 관하여 합리적으로 판단할 때 그 상황에서 적절하다고 신뢰할 수 있는 정도의 정보를 갖고 있을 것, (3) 경영판단이 회사의 최상의 이익에 합치한다고 상당히 신뢰할 것.

(가) 경영판단원칙과 주의의무

선관주의 의무는 로마법의 ‘좋은 아버지 주의’에서 기원하는데 수임자의 직업, 지위, 지식 등에 기하여 각 구체적인 경우에 거래의 통념에 의하여 상당하다고 인정되는 주의정도를 말한다. 즉, 선관주의 의무는 회사를 경영함에 있어 수반되는 주의의 정도를 의미하나 경영판단의 원칙은 이사가 행한 경영이 결과적으로 잘못되었다고 하더라도 경영판단을 함에 있어 합리적인 정보에 의하여 성실하게 한 행위는 경영책임을 추궁하지 않겠다는 책임 판단에서의 적용원칙이라 하겠다. 환언하면 선관주의 의무는 이사에게 합리적이고 상당하게 요구되는 정보에 기인하여 성실하게 행동해야 한다는 절차상 주의의무를 말하며, 경영판단의 원칙은 경영판단의 실체와 관련하여 그 판단이 합리적이려면 이사가 면책된다는 것을 의미한다 할 것이다.

이사는 직무수행과 관련하여 선관주의 의무를 부담한다. 경영판단의 원칙이 문제되는 경영상의 판단에 대해서 이사가 자신의 선관주의를 다하지 못하고 임무해태를 하여 회사에게 손해를 가하거나 손해를 방지하지 못한 경우에는 회사에 대해 연대하여 손해를 배상해야 한다(상법 제399조 제1항).⁵⁷²⁾ 악의 혹은 중과실에 기하여 임무를 해태한 때에는 제3자에 대하여도 책임을 부담해야 한다. 우리 법제상으로는 이사가 책임을 추궁당할 때 요구되는 과실의 정도는 통상 경과실을 요하고 제3자에 대한 책임의 경우에는 중과실을 요한다고 할 수 있다.

주의의무 위반의 입증책임에 대한 통설과 판례는 이사의 책임을 주장하는 측에서 이를 입증해야 한다고 한다. 미국의 경우에도 경영판단의 원칙은 이사가 당해 원칙을 적용할 수 있는 요건을 충족할 경우 그 적용 자체를 원고에게 부담시키고 있다.⁵⁷³⁾

(나) 경영판단원칙의 인정 근거

기업경영은 항상 위험을 수반하므로 기업의 발전과 성공을 위해서는 이사가 위험을 무릅쓸 수 있는 환경을 조성하여 기업가 정신을 보호할 필요가 있다. 이

572) 대법원 2006.11.9. 선고 2004다41651 판결.

573) 노익수, “경영판단의 적용에 대한 검토”, 「현대상사법론집」, 두남, 1997, 73면.

사의 책임을 추궁하는 것은 이사의 활동을 위축시켜 적극적인 경영을 저해할 수 있기 때문이다.⁵⁷⁴⁾ 또한, 이사의 경영상의 판단에 따른 행위가 결과적으로 회사에 손해를 입혔다고 하여 쉽게 이사에게 손해에 대한 배상책임을 인정하게 되면, 이사로서 경영의 실패에 따른 책임을 면하기 위하여 소극적이고 안전을 위주로 한 경영정책으로 일관하게 된다.

이사의 안전 위주에 의한 경영의 결과는 중국적으로 회사의 경영이 활력을 잃게 될 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 회사의 존립을 위태롭게 할 수도 있다.⁵⁷⁵⁾

① 오류가능성

경영판단원칙의 근거로 오류가능성(Fallibility)을 들고 있다. 이러한 입장은 현실성을 강조한 견해라 할 수 있는데, Coffee교수와 Schwartz는 “이사들은 결과를 예측 할 수 있을 정도의 심사숙고(Studied reflection)나 교과서적인 의사결정을 불가능하게 하는 시간상의 압박과 불확실성 속에서 보통의 경영판단을 내린다. 따라서 과도하게 신중을 기하는 것은 미덕이라기 보다는 악덕이라고 할 수 있다. 경영판단의 원칙은 기업가적인 위험의 인수를 고무시키기 위하여 시간상의 압박과 불확실성을 적절하게 파악하여 용인하여 주는 것이다.⁵⁷⁶⁾

이해관계가 없고 계획적이며 정보를 갖고 있는 이사도 사후에 보면 부적절하고 회사에 손해를 입히는 결정을 할 수 있다. 경영판단의 원칙은 인간의 오류가능성을 인정함으로써 능력이 있는 사람이 개인적 책임의 부담을 우려하여 이사 자리를 맡지 않는 일이 없도록 한다.⁵⁷⁷⁾ 이 원칙은 이사와 간부가 개인책임을 부담할 우려를 제거함으로써 본질적인 혁신과 위험의 감수를 촉진한다.⁵⁷⁸⁾

② 경영효율성

자유경쟁 아래에서 기업경영에 성공하기 위해서는 시장의 개척, 신제품의 개

574) 권재열, 전계논문, 229-230면.

575) 이영봉, 전계논문, 11면.

576) John C. Coffee Jr & Donald E. Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: an Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, 81. Colum. L. Rev. 261, 281, 1981.; 권재열, 전계논문, 229-230면 재인용.

577) Dennis, Block/Nancy E. Barton/Stephen A. Radin, The Business Judgement Rule Vol. 1. 5th. ed (1998), pp.103-104.

578) ALI Principles of Corporate Governance, Tentative Draft. 11 (1991).

발, 적극적 경영 등이 필요한데, 여기에는 당연히 위험과 불확실성이 따른다. 또한 영업상 불가피하게 완전한 정보에 근거하지 않고 신속한 결정을 내려야 하는 경우가 흔하다. 이러한 경우 경영판단의 원칙은 이사가 약간의 위험에 수반될지도 모르지만 더 큰 이익을 가져다 줄 모험사업을 수행할 수 있게 한다. 회사의 정책결정자가 법원의 사후심사에서 벗어나 재량권 있는 결정을 내릴 수 있어야 회사의 효율성을 높일 수 있다.⁵⁷⁹⁾ 이러한 위험과 효율성을 고려하여 주주는 어느 정도까지는 잘못된 경영판단의 위험을 자발적으로 인수하고 있다. 게다가 잠재적인 이익은 잠재적인 위험에 상응하므로 경영진이 기업판단을 할 때 너무 위축되지 않는 것이 오히려 주주의 이익에 봉사한다.

③ 경영 적격성

경영판단의 원칙은 적어도 이사란 대부분의 경우 판사보다는 경영판단을 하기에 적합한 자격을 갖추고 있다는 인식에 부분적으로 근거하고 있다. 경영판단은 이사의 개인능력과 경험에 의하여 좌우되고 주주는 이사의 개성을 신뢰하여 경영을 위임하고 있는 것이지 법원에 대하여 경영을 위임한 것은 아니다. 이사가 내린 판단을 법원이 사후에 경영판단을 하도록 허용하는 것은 법원을 초(超)이사회의 지위로 올려놓게 된다. 또한 법원은 경영전문가가 아니고 따라서 복잡한 경영상의 문제를 결정하기에는 적절하지 못하다.

또한 경영판단의 원칙은 회사경영은 주주가 아니라 이사가 한다는 것에 근거하고 있는 것이다. 주주가 이사회회의 모든 결정을 문제 삼을 수 있도록 허용된다면 그 결과는 최종적인 정책결정권을 이사회로부터 주주에게로 이전하는 것이다. 회사법의 일반적 구조는 이사회 중심으로 조직되어 있으며 이러한 지배구조가 경제적 효율성에 합치된다. 회사의 권한과 정보처리과정을 이사회에 집중하면서 주주에게는 단지 소극적·수동적 역할을 부여함으로써 회사의 정책결정 비용을 최소화하는 것이다. 즉, 주주는 공동사업의 출자자로서 법적으로 유한책임을 부담하므로, 출자의 한도 내에서 사업의 성공여부에 따라 스스로의 리스크를

579) Cramer v. General Tel & Elec Corp 582 F 2d 259, 274 (3d Cir 1978). (경영판단의원칙은 사후에 결과를 비판한 것(Monday morning-quarter backing)을 금지하고, 책임자가 이사에 취임하게 하고 독립한 이사에 의한 정책 결정을 조장하며 이사가 회사의 업무를 처리함에 있어서 광범위한 재량권을 갖도록 하는 것을 목적으로 한다.)

부담하고 유능한 인재를 이사로 선임하여 회사재산의 운용을 맡김으로써 당해 이사가 판단을 잘못한다 하더라도 그 결과를 감수하는 것이다.

(2) 경영판단원칙의 요건

이사를 책임으로부터 보호하는 경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 일반적으로 네 가지 전제요건이 있다. 그 요건은 ① 경영상의 결정을 행할 것, ② 경영상의 결정사항이 이사 개인의 이해관계와 관련성이 없을 것, ③ 이사가 당해 결정을 행함에 있어 상당한 주의를 기우릴 것, ④ 성실히 행하였을 것 등이다.⁵⁸⁰⁾

이 원칙을 적용함에 있어서 주로 조사의 대상이 되는 것은 충실의무에 관계되어 있는 두 가지 요소 즉, 무(無)이해관계와 선의이다. 이 요건이 충족되는 때에는 그 다음 차례로 상당한 주의의무를 조사하게 되는데 나머지 세 가지 요소 즉, 그 결정은 경영상의 결정이어야 하고, 사실을 알려는 합리적인 노력을 기울인 후에 얻은 정보에 근거한 결정이었으며, 재량권의 남용이 없었다는 것은 바로 이 의무에 관계되어 있다.

(가) 경영상의 결정

경영판단의 원칙은 이사가 경영상의 결정을 하였을 것을 요건으로 한다. 법률의 해석·적용문제는 법률의 문제로서 경영판단의 원칙에 의해 보호되는 영역에 들지 않는다. 임무해태에 의하여 경영상의 결정을 하지 아니한 때에는 이 원칙이 적용될 여지가 없는 것으로 본다. 다시 말해 경영판단의 원칙은 이사가 그 직무를 포기하거나 행위하지 아니하여 발생한 감시의무 위반에 문제되는 때에는 그 부작위가 의식적인 결정에서 발생한 것이 아닌 한 적용되지 않는다.⁵⁸¹⁾

이사가 준비가 안 된 상태에서 너무 성급하게 행동하여 실제로 판단을 할 수도 없었고, 판단을 하지도 않았기 때문에 이사회가 경영상의 결정을 하지 않았

580) 이 네 가지의 요건은 1999. 9.에 제정된 우리나라의 기업지배구조모범규준, II. 8. 2에서도 경영판단원칙의 적용요건으로 제시하고 있다. 미국법률협회의 기업지배구조의 원칙 §401(c)은 선의, 무이해관계, 회사의 이익, 정보에 기한 행위를 그 요건으로 명시하고 있다.; 강대섭, “이사의 책임과 경영판단원칙”, 『사회과학연구』, 제7집, 창원대학교, 2000, 40면.

581) Aronson v. Levis, 473. A. 2d. 805, 813 (Del. 1984).

다고 다투는 때에는 실제로 경영상의 결정이 행사되었다는 증거가 있어야 한다.⁵⁸²⁾ 당해 행위가 경영상의 결정에 해당하는가의 여부는 사실문제이다. 그 거래는 회사의 권한범위 내에 거래이어야 하고, 회사의 목적을 적법하게 수행하는 결정은 경영판단의 원칙에 의해 보호된다.⁵⁸³⁾

이사의 직무가 간부의 활동을 감독하는 일이라면 경영판단의 원칙에 의한 보호는 그 감독이 경영상의 결정을 하는 것과 관련이 있는가의 여부에 따른다. 델라웨어주 법원은 회사의 이사가 신인의무의 위반에 대하여 이사와 간부에게 소송을 제기하지 않으려는 결정은 경영판단의 원칙에 의해 보호된다고 판시하였다.⁵⁸⁴⁾

(나) 이해관계의 부존재와 독립성

경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 이사는 당해 거래에 이해관계를 갖지 않아야 한다. 이사가 거래의 양(兩)당사자에 대해 이해관계를 갖거나 회사 또는 다른 주주가 일반적으로 얻을 수 없는 개인적인 이익을 획득할 것을 기대하고 있지 않아야 한다. 다른 사람의 신뢰를 이용하여 자신의 개인적 이익을 도모하는 것은 허용되지 않으므로 이해관계의 충돌이 없는 이사만이 경영판단의 원칙의 보호를 누릴 수 있다. 회사의 특성상 이사는 자신이 하는 모든 일에 어느 정도의 이해관계를 갖는다. 예컨대 이사가 회사의 수익률을 높이고자 한다는 사실은 주주를 만족시켜 이사직을 유지하려는 자신의 욕망과 관련이 있다. 이러한 유형의 이해관계는 이사의 금전적 이해관계가 최소한에 그치고 부당이익이 문제되지 않는 한 경영판단의 원칙의 적용가능성을 배제하지 않는다.⁵⁸⁵⁾ 이사가 이해관계를 갖는 때에는 이사는 최상의 선의와 가장 신중한 내재적 거래공정성을 증명해야 한다.

일부 판례는 이해관계 없다는 것을 독립성과 동일시한다.⁵⁸⁶⁾ 독립성은 이사의 결정이 부당한 회사의 외부사정 기타의 영향을 받지 않고 오로지 이사회에 제출

582) Nixon v. Blackwell, 626. A. 2d. 1366, 1376 (Del 1996).

583) Auerbach v. Benett, 47. N.Y. 2d. pp.619-631.

584) Zapata Corp v. Maldonado 430. A. 2d. 779, 784 n 10 (Del 1981).

585) Cede & Co v. Technicolor, Inc. 634. A. 2d. 345 (Del 1993).

586) Galef v. Alesander, 615. F. 2d, 51 (2d. Cir. 1980).

된 판단대상이 회사에 대해 갖는 손익에 기초하여 이루어지는 것을 의미한다. 이사가 그 행위 또는 거래에 이해관계를 갖는 개인 또는 단체에 의하여 지배되거나 영향을 받을 수 있는 때에는 독립성을 갖지 못한다. 이사가 다량의 주식을 보유하는 경우, 이사가 다른 주주의 이익보다 자신의 이익을 우선하려 하지 않는 한 반드시 독립성의 결여로 되지는 않는다. 이사가 이사회에서 대주주를 대표하고 있다는 사실에서 해당 이사가 바로 이해관계 있는 이사로 되지는 않는다. 과반수가 진정한 사외이사로 구성된 이사회의 결정에 대해서는 이 요건과 관련하여 경영판단원칙의 추정이 일반적으로 인정된다.⁵⁸⁷⁾ 그러나 실제 운용상 법원은 상당한 지분을 가진 이사는 다른 주주와 동일한 자신의 이해관계를 갖는다고 추정하여 경영판단의 원칙을 적용하지 않는 경우도 있다.⁵⁸⁸⁾

델라웨어주 대법원은 당해 거래와 관련하여 재산적 이해관계의 적고 많음을 판단함에 있어 합리적인 자(reasonable person)라는 객관적 기준을 배제하고 현실적인 자(actual person)라는 주관적 기준을 적용함으로써, 현실적인 이사라면 영향을 받을 개연성이 있는지의 여부를 개별적·구체적으로 관찰하여야 한다고 판시하였다.⁵⁸⁹⁾

이러한 이해관계의 개념을 법전화하려는 노력도 있다. ALI(미국법률협회)의 기업지배구조의 원칙은 제123조에서 이사 또는 간부가 거래 또는 행위에 이해관계를 갖는 경우를 정의하고 있고 제401조 제c항 (1)에서는 경영판단을 하는 이사 또는 간부는 그 대상에 이해관계를 갖지 않아야 한다고 규정하고 있다.⁵⁹⁰⁾

(다) 상당한 주의의 행사

경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 이사는 경영상의 결정을 하기 전에 합리적으로 이용할 수 있는 모든 중요한 정보를 알아야 한다. 상당한 주의란 경영상의 결정에 관한 이용 가능한 사실을 알기 위하여 합리적 노력을 다한 후 그 정보에 근거하여 결정을 내리는 것을 말한다. 상당한 주의와 정보에 근거한 판

587) In re Tri-Star Pictures Inc Litigation, 634, A. 2d, 319 (Del 1995).

588) Unitrin Inc. v. American General Corp. 651. A. 2d, 1361 (Del 1995).

589) Cinerama Inc. v. Technicolor, Inc. 663 A. 2d 1156 (Del 19880).

590) 텍사스주는 이해관계의 부존재 또는 독립성의 개념을 법정하고 있다. Tex Bus Corp Act §102(12), (15).

단요건은 이사가 결정을 함에 있어 따라야 할 절차를 언급하고 있으나 그 결정의 내용을 언급하지는 않는다. 따라서 이사들이 정보 없이 행동하여 현명하지 못한 경솔한 판단을 내린 때에는 이사회결정은 경영판단의 원칙에 의해 보호받지 못한다.

텔라웨어주 대법원은 이사가 회사주식의 본질가치보다 낮은 주당 가격으로 현금교부합병을 권고하는 경영상의 결정을 함에 있어 급히 소집된 짧은 시간의 회의에서 사장이 제시한 짧은 프레젠테이션을 보았을 뿐 합병서류를 검토하지도 진지한 평가연구를 하거나 요청하지도 아니한 채 독재 기질의 사장의 말만 듣고 합병을 승인한 것은 이사의 직무를 포기한 것이며 정보에 근거한 결정이라고 할 수 없다고 판시했다.⁵⁹¹⁾ 이 판례에서는 이사들이 최고집행임원으로서의 역할을 제대로 인식하지 못하고 회사의 본질가치도 몰랐으며 이 사정에서 긴급한 위기 또는 비상상황이 없음에도 회사의 매매를 승인한 데에는 적어도 중대한 과실이 있다고 판단했다.

1993년 텔라웨어 대법원은 회사의 매매를 승인함에 있어서 정보에 기한 결정을 하지 못한 것은 중대한 과실에 해당하고 이는 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받지 못한다고 판시하여 이를 다시 확인하였다.⁵⁹²⁾ 이것은 정보에 근거할 의무는 주의의무의 한 단면이고, 중과실의 개념은 이사회결정판단이 정보에 기한 것인가의 여부를 결정하기 위한 적절한 기준임을 밝힌 것이다.

여기서 문제는 정보에 근거한 결정을 하기 위해 어떠한 조사를 하여야 하는가 하는 것 그 자체가 바로 보편적 원칙이나 개념을 갖지 않는 경영상의 결정이라는 점이다. 결정을 하기 전에 어느 정도의 정보를 가지고 있어야 하는가 하는 점이 바로 경영판단에 의해 보호되어야 하는 일종의 정보에 기한 판단을 요구하는 문제이다.⁵⁹³⁾ 이미 내린 결정에 관하여 이사가 추가적인 정보를 가지고 있었다면 그 결정이 더 많은 정보에 근거한 결정이 되었을 수도 있다. 그러나 법원은 이사가 완전한 정보에 의하지 않고 결정을 내려야 할 필요성을 인정해야 하고 합리적으로 필요한 정보의 양에 관한 이사의 결정은 법원에 의해 존중되어야 한다. 이사가 알고 있어야 할 정보의 범위를 결정할 때에는 이사가 현실적으로

591) *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 858, 874 (Del 1985).

592) *Cede & Gerer*, 671 A 2d 1368 (Del 1996).

593) *RTC v. Rahn* 854 G Supp 480 490 (W. D. Mich 1994).

중요한 정보의 수집정리에 이용할 수 있었던 시간을 고려하여야 한다. 경영판단의 대상에 관하여 그 사정 하에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있어야 한다.⁵⁹⁴⁾

이사가 경영판단을 함에 있어서 고려해야 할 사항은 다음과 같다.⁵⁹⁵⁾ ① 행해야 하는 경영판단의 중요성 ② 정보를 입수하기 위해 이용 가능한 시간 ③ 정보 입수에 소요되는 시간 ④ 당해 문제를 조사하여 제출하는 자에 대한 이사의 신뢰 ⑤ 이사회에 배려를 요하는 경쟁적 수요의 성질 등이다.

(라) 선의, 회사의 최선적 이익

경영판단의 원칙은 이사의 행위가 회사의 최선적 이익을 위하여 이루어진다고 선의로 믿고 있다는 것을 추정한다. 이미 대법원은 악의 또는 기타의 부패적인 동기가 없는 한 이사는 경영상의 과오에 대하여 회사에 책임을 지지 않는다고 하여 경영판단의 원칙을 위한 토대를 제시하였다.⁵⁹⁶⁾

경영판단의 원칙은 주주가 단지 악의 기타 이와 유사한 위법행위를 주장하는 것만으로 이사의 행위가 선의로 이루어졌다는 추정을 배제하지 못한다. 적어도 문제가 되고 있는 경영상의 결정이 합리적인 판단의 범위를 벗어나서 악의 이외의 다른 근거로는 설명할 수 없는 때에만 법원은 이사의 악의를 추론하여 경영판단의 원칙의 주장을 배제할 수 있다.⁵⁹⁷⁾

선의란 회사 주주의 최대 이익을 위한다는 합리적인 믿음이라 할 수 있다. 대부분의 판례는 선의의 개념을 적극적으로 정의하지 않고, 악의에 의한 행위를 경영판단의 원칙의 보호에서 제외하며 악의의 입증책임을 원고에게 부담시키고 있다. 악의란 단순히 잘못된 판단 또는 과실을 의미하는 것이 아니라 부정한 목

594) 이러한 판단에서 고려할 사항으로서는 경영판단의 중요성, 정보입수허용시간, 정보입수비용, 문제조사자 및 프레젠테이션 작성자에 대한 이사의 신뢰, 회사의 영업상태와 이사회에 주의를 요구하는 사항의 성질 등이 있다. ALI, 1 Principles of Corporate Governance, p.178.

595) 김익태, 전제논문, 49-50면.

596) Briggs v. Spaulding 141 U. S. 132.

597) 회사의 이익을 증진시키려는 목적 이외의 목적을 위하거나 부정한 동기에 근거하여 합병에 찬성하는 것, 회사의 이익에 반한다는 것을 알고 있거나 정보 또는 정보보고시스템의 하자를 고의로 무시하는 것이 악의에 해당한다. 잘못된 판단 또는 상당한 주의의 해태는 악의에 해당하지 않는다.

적 또는 도덕적 부정으로 인한 의식적인 불법행위를 의미한다. 회사의 복지를 증진시키려는 의도 이외의 목적을 위해 거래하거나 거래가 현행법을 위반하는 때, 이사가 주주를 오해시킬 목적으로 중요하다고 생각하는 정보를 고의로 숨기는 때에도 악의가 인정될 수 있다.⁵⁹⁸⁾

ALI(미국법률협회) 회사지배구조의 원리에서는 이 선의라는 전제요건을 다소 수정한 개념을 채택하였다. 제4.01조 제c항 (3)은 경영판단의 원칙의 적용요건 중의 하나로 이사(또는 간부)는 경영상의 판단이 회사의 최선의 이익이 된다고 정당하게 믿었을 것을 요구하고 있다. 정당하게 믿었다는 기준은 객관적·주관적인 내용을 갖고 있다. 이사는 그 경영상의 판단이 회사의 최선의 이익이 된다고 실제로 믿었어야 하고 그 믿음이 정당해야 한다.⁵⁹⁹⁾ 그리고 이 선의의 요건은 회사의 이익이 경영상의 결정에 의해 증진되어야 하는 것으로 정하고 있다. 회사의 이익이 우선하고 제일 중요하지만 일정한 사정 하에서는 이사가 적법한 행위로서 다른 구성원의 이익을 추구할 수 있다. 미국의 일부 주회사법은 이사행위가 회사의 최선적 이익여부를 판단할 때 회사의 종업원, 고객, 채권자, 납품업자의 이해관계 및 회사의 영업소 또는 시설이 위치한 지역회사를 고려하는 것을 허용하고 있다.⁶⁰⁰⁾

텔라웨어주는 이에 관한 규정을 두고 있지 않지만 최근의 텔라웨어주 판례는 이사의 경영상 결정이 회사의 종업원 등 사회공동체에 미치는 영향을 고려할 수 있는 방법을 열어주고 있다.⁶⁰¹⁾ 그러나 이 경우에도 정당한 이익이 주주에게 발생해야 한다는 요건을 부과함으로써 회사 이외의 구성원의 고려를 제한하는 경향이 있다.

(마) 재량권의 남용이 없을 것

일부 판례와 학설은 위의 요건 외에도 이사회 결정이 재량권의 남용에 해당하지 않는 때에만 경영판단의 원칙이 적용되는 것으로 보고 있다.⁶⁰²⁾ 이해관계

598) Potter v. Pohlard, 580 N. W. 2d at 395.

599) Comment to §4.01(c) ALI, 1 Principle of Corporate Governance, p.173.

600) Conn Gen Stat §33-313, Ohio Rev Code §1701 59(E).

601) 예컨대 Unocal Corp v. Mesa Petroleum Co, 493 A 2d 946, 955 (Del 1985)

602) Aronson v. Lewis, 473 A 2d 805, 812 (Del 1984), Arsh, "The Business Judgement Rule

없는 이사가 상당한 주의를 다하여 선의로 경영상의 결정을 내렸다고 해도 그 결정이 외견상 너무나 잘못되어 이사회 승인이 경영판단의 기준을 충족하지 못한 때에는 경영판단의 원칙은 적용되지 않는다. 이 견해에 의하면 법원은 이사의 행위가 재량권의 남용에 해당하는가를 결정하기 위해 그의 결정을 조사할 수 있다. 판례는 이사의 판단이 너무나 분별없고 불합리하여 이사의 건전한 재량의 허용범위를 벗어난다고 주주가 주장하는 경우에는 법원은 그 경영판단의 합리성을 직접 분석하여야 한다고 판시하여 이 요건을 밝히고 있다.⁶⁰³⁾

(바) 사기·불법행위·월권행위 또는 회사자산의 낭비에 해당하지 않을 것

경영판단의 원칙은 이사에 의한 결정이 사기, 불법행위, 또는 월권행위를 구성하는 경우에는 보호하지 아니한다. 그러므로 법률에 위반하는 행위나 권한을 넘은 행위가 회사의 최상의 이익에 이바지한다는 이사의 결정은 경영판단의 원칙에 의하여 보호받지 아니한다.⁶⁰⁴⁾

한편 회사 자산의 낭비에 해당하는 이사의 결정도 경영판단의 법칙에 의하여 보호받지 못하는데 이러한 낭비에 대한 클레임은 일반적이고 건전한 경영판단을 할 수 있는 사람이라면 누구든지 회사가 지급한 것이 가치가 있다고 인정하지 아니할 정도로 가격면에서 부적절한 대가를 받은 거래였다는 사실을 입증할 것을 요구한다.⁶⁰⁵⁾

(3) 경영판단원칙의 효과

(가) 기본적 효과

① 면책적 효과

Revised", 8 Hofstra I, Rev 93, 121-122 (1979).

603) Crammer v. General Tel & Elec Corp, 582 F 2d 259, 275 (3d Cir 1978) cert demed 439 U.S. 1129 (1979).

604) Roth v. Robertson [64 Misc. 343, 345, 118 N. Y. S. 351, 353 (N. Y. Sup. Ct. Erie Co. 1909)].

605) Saxe v. Brady [184 A. 2d 602, 610 (Del. Ch. 1962)].

경영판단의 원칙이 적용된 결과로 나타나는 제1차적인 효과는 경영상의 잘못에 따른 개인적 책임으로부터 이사를 보호하는, 다시 말하면 이사를 면책시킨다는 것이다. 즉, 이사가 ① 사적인 이해관계를 가지지 않고 있으며 지배주주 등으로부터 독립적인 지위에서, ② 충분한 정보에 근거하여, ③ 회사의 최고 이익에 합치한다고 믿고서, ④ 일정한 경영상의 결정을 내린 경우, 그 경영상의 결정이 결과적으로 회사에 손해를 입혔다고 하더라도, ⑤ 그가 재량권을 남용하거나 사기 등과 같은 위법적 행위를 하지 않았다면, 회사가 입은 손해에 대한 배상책임을 면하게 된다.

② 추정적 효과

미국에서 법원은 종종 경영판단의 원칙을 회사의 이사를 상대로 한 신인의무 위반청구에 대한 단순한 방어수단이 아니라, 권한 있고 실제적인 법의 지배로서의 규칙성 있는 추정으로 표현하여 왔다. 이와 같은 판례에 따르면 경영판단의 원칙은 이사에게 ‘그들이 경영상의 결정을 하는 과정에서 충분한 정보의 기초 위에서 선의로, 그 행위가 회사의 최상의 이익에 합치하는 것이라고 하는’ 정직한 신뢰 위에서 행동하였다는 추정의 혜택을 부여하는 효과를 가지고 있는 것이다.

이상에서 설명한 바와 같이 이사에 의한 경영상의 판단은 반대의 증거가 없는 한 성실하게 이루어진 것으로 추정되며, 원고인 주주는 이러한 추정을 깨뜨리기 위한 무거운 입증책임을 부담하게 되는 것이다.⁶⁰⁶⁾

(나) 부수적 효과

① 사법심사의 제한

경영판단의 원칙은 이사에 의하여 이루어진 경영판단에 대한 존중 내지 이에 대한 사법적 개입의 억제를 근간으로 하여 발전되어 온 원칙이다.

Minster Acquiring Corp. v. AMF Inc. [621 F. Supp. 1252(S.D.N.Y.1985)] 사건 판결에서 법원은 “경영판단의 원칙은 이해관계 없이 선의로 행동한 이사들의 경영상의 판단에 관하여 법원이 조사를 하지 않도록 하는 사법억제의 원칙(rule

⁶⁰⁶⁾ Lewis v. S. L. & E., Inc. [629 F. 2d 764, 768 (2d Cir. 1980)].

of judicial restraint)이다”라고 판시하여 이를 명확히 하고 있다.⁶⁰⁷⁾

경영판단은 이를 위한 조사·준비단계에서의 절차적인 측면과 그 조사·준비에 근거한 평가·판단이라고 하는 내용적인 측면으로 구분할 수 있는데, 경영판단의 원칙은 원칙적으로 전자에 대하여는 사법심사를 허용하지 아니하는 효과를 가져 오게 된다. 물론 어떠한 경영상의 판단에 따라서 취하여진 거래나 행위가 중대하고 명백한 재량권의 남용이나 중대한 과실을 나타내는 경우에조차 법원이 그 경영판단의 내용의 타당성을 심사할 수 없는 것은 아니다.⁶⁰⁸⁾

② 남소의 방지

경영판단의 원칙은 위에서 설명한 바와 같이 이사의 경영상의 판단에 대하여 그것이 충분한 정보의 기초 위에서 선의로 그리고 그 행위가 회사의 최상의 이익에 합치하는 것이라고 하는 정직한 신뢰 위에서 이루어진 것이라는 데에 기여한다. 이사의 경영판단으로 인한 손해의 배상을 청구하는 주주는 자신의 입증으로 이와 같은 추정을 깨뜨려야만 하기 때문이다.⁶⁰⁹⁾

만일, 법원이 주주들이 이사회에 결정에 대하여 잦은 사법적 심사를 요구할 수 있는 권한을 부여받게 되면, 회사의 경영에 대한 결정권한을 이사회로부터 원고가 되고자 하는 주주들에게 넘겨주는 부당한 결과를 초래하기 때문에 주주들에 의한 지나친 경영간섭 내지 경영권 침해로부터 이사를 보호한다는 배려가 경영판단원칙의 저변에 깔려있다고 할 수 있다.⁶¹⁰⁾ 하지만 단순히 경영간섭을 위하여 소송이 남발될 가능성은 적으며, 설사 그렇다 해도 법원이 그 부분에 관해 적절한 판단을 할 것이라는 견해도 있다.⁶¹¹⁾

607) See Note, False Halo: The Business Judgement Rule in Corporate Control Contests, p.845.

608) Donald E. Schwartz, Federal Chatering of Corporations: A Proposal, 61 Georgetown L. J. 89, 91 (1972).

609) 우리나라에서도 경영판단의 원칙이 가지는 남소 방지의 효과에 착안하여 주주대표소송의 활성화를 위한 방안을 제시한 후, 그 남용을 방지하기 위하여 경영판단의 원칙을 도입하여야 한다는 결과가 있다.; 이태중, “주주의 대표소송에 관한 연구-사문화와 남소의 방지를 위한 절차를 중심으로-”, 서울대 박사학위논문, 1997.2, 263면.

610) Paul L. Regan, The Unimportance of Being Earnest: Paramount Rewrites the Rule for Enhanced Scrutiny in Corporate Takeover, 46 Hasting L. J. 125, 136, 1994.

611) 법원이 심판하는 것은 회사에 손해를 끼친다거나 계열사에 부당하게 자금을 지원하는 것 등 합리적 판단이 가능한 행위를 심판하는 것이지 무조건 경영이 잘못되면 책임을 지라는 것은 아니기 때문에 절차적인 투명성과 객관성이 확보되면 경영진의 행위는 아무런 문제가 없는 것이

(4) 경영판단원칙에 관한 판례

2000년대에 들어서 상법 판례에는 ‘경영판단’이라는 개념이 많이 등장한다. 이 개념은 이사의 책임을 논하는 맥락에서 직접적으로 언급되기도 하고, 판결문의 일반적인 맥락에서 등장하기도 한다. 이 개념은 일단 미국 판례법상의 경영판단의 원칙을 차용한 것으로 보아도 무리가 없을 것이다. 하지만 경영판단이라는 것이 기업의 경영과정에서 이루어지는 일정한 결정의 배후에 있는 의사결정의 한 요소를 지적하고 있기 때문에 반드시 미국 판례법을 그 연원으로서 필요로 하는 것은 아니고, 또 이 개념은 기업의 경영과 그 법률적 책임을 논의함에 있어서 사용될 수 있는 보편적인 성질을 가지고 있기 때문에 이 개념이 ‘미국으로부터 차용되었다’라고 하는 것은 관념상으로는 100퍼센트 진실이라고 할 수 없을 것이다. 그러나 이 개념이 우리 판례에 등장하게 된 것은 위에서 언급된 1997년 외환위기 이후 발생한 다수의 소송 과정에서였으며, 이제 경영판단의 원칙을 우리나라 회사법의 한 원칙으로 인정하는 데 별 무리가 없을 것이다. 최근의 대법원 판례들도 피고들이 경영판단의 법칙을 내세워 방어하는데 대한 판단을 하면서 ‘경영판단’ 개념을 자주 사용하고 있다.⁶¹²⁾

예컨대 삼성전자의 사건의 경우에 있어서 삼성전자는 삼성그룹의 회장에게 삼성전자에서 업무 일시가불금 등의 명목으로 인출하였다가 그 후 교제비 등 경비에 사용한 것처럼 회계처리를 하는 방법 등으로 1988년부터 1992년 까지 사이에 75억원을 조성하여, 삼성그룹 계열사 사장을 통해 당시 대통령이었던 소외 A에게 기업경영과 관련된 경제정책 등을 결정하고, 금융·세제 등을 운용함에 있어 삼성그룹이 다른 경쟁기업보다 우대를 받거나 또는 최소한 불이익이 없도록 선처하여 달라는 취지로 위와 같이 삼성전자에서 조성된 금원을 포함하여 삼성그룹 계열사에서 조성된 250억원을 뇌물로 공여하였다.⁶¹³⁾

상법 제399조는 이사가 법령에 위반한 행위를 한 경우에 회사에 대하여 손해

며, 더구나 소송에 1~2년씩 걸리면서도 주주에게 돌아가는 이익도 없는데 단순히 경영간섭을 위하여 소송이 남발될 가능성은 적으며, 설사 그렇다 해도 법원이 그 부분에 관해 적절한 판단을 할 것이라는 견해이다.; 장하성, “불법경영으로 끼친 손해는 경영진이 물어내라” 「사회평론길」, 사회평론, 1998.9, 58면.

612) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다52407 판결.

613) 대법원 2005. 10. 28 선고 2003다69638 판결.

배상책임을 지도록 규정하고 있는바, 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 사유가 되는 법령에 위반한 행위는 이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제 규정과 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제 규정을 위반한 경우가 이에 해당된다고 할 것이고, 이사가 임무를 수행함에 있어서 위와 같은 법령에 위반한 행위를 한 때에는 그 행위 자체가 회사에 대하여 채무불이행에 해당되므로 이로 인하여 회사에 손해가 발생한 이상, 특별한 사정이 없는 한 손해배상책임을 면할 수는 없다 할 것이며, 위와 같은 법령에 위반한 행위에 대하여는 이사가 임무를 수행함에 있어서 선관주의 의무를 위반하여 임무해태로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우에 고려될 수 있는 경영판단의 원칙은 적용될 여지가 없다고 할 것이다(대법원 2005. 7. 15. 선고 2004다34929 판결 참조).

회사가 기업활동을 함에 있어서 형법상의 범죄를 수단으로 하여서는 안 되므로 뇌물 공여를 금지하는 형법규정은 회사가 기업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 것으로서 이사가 회사의 업무를 집행하면서 회사의 자금으로서 뇌물을 공여하였다면 이는 상법 제399조에서 규정하고 있는 법령에 위반된 행위에 해당된다고 할 것이고 이로 인하여 회사가 입은 뇌물액 상당의 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이에 의하면 삼성전자 주식회사의 이사인 피고가 삼성전자에서 자금을 인출하여 당시 대통령에게 뇌물공여를 함으로써 삼성전자에게 손해를 입게 하였으니 이에 대하여 배상책임이 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 상법 제399조 및 경영판단의 원칙 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 판시하고 있다.⁶¹⁴⁾

회사의 경영자들과 이사들이 위법한 행위, 나아가 범죄에 해당하는 행위를 ‘회사를 위해’ 또는 CEO의 묵시적인 지시나 CEO의 의중을 헤아리는 차원에서, 또는 실적이나 충성경쟁의 와중에서 감행하는 사례가 많았으나, 실령 그것이 회사의 이익을 도모하는 행위라 해도 위법한 행위나 범죄를 수단으로 할 수는 없으며 그러한 행위를 보호하는 어떠한 법 원칙도 존재하지 않는다.

614) 대법원 2005. 10.28 선고 2003다 69638 판결 참조.

(5) 경영판단원칙의 명문화

외국의 법 개념을 차용함에 있어서 반드시 그에 대한 깊은 이해가 앞서는 것은 아니다. 특히, 경영판단과 같이 보편적이고 일견 비법률적인 속성을 내포하는 것으로 인상지어지는 개념의 경우 그런 일은 용이하게 일어날 수 있다. 그리고 실제로 이 개념을 법률적인 개념으로 인식한 후에 그를 구성하는 세부적인 요건들의 내용이 정립되어야만 이 개념이 재판 과정에서 위력을 발휘할 수 있는 것만은 아니다. 우리 법원의 판례도 이를 의식한 것인지는 모르지만 경영판단의 ‘법칙’이라는 표현은 좀처럼 쓰지 않고 있다. 이는 법칙의 차원에서 논의할 근거를 잘 발견하지 못했기 때문인 것으로 여겨진다.

‘경영판단으로서 존중되어야 한다’라고 말하는 것과 ‘경영판단의 법칙을 적용하여 ...’라고 말하는 것의 차이는 대단히 크다. 다소 놀라운 일이지만 경영판단의 원조 국가인 미국에서도 법령상, 판례상 경영판단의 법칙의 내용이 충분하지 않다고 보고되어 있다. 이는 부분적으로는 위에서 말한 경영판단 개념이 가지고 있는 속성에서 기인할 것이다. 내용이 확립되지 않은 상태에서 방어용으로 사용하는 것이 우선되어 왔기 때문이다. 그리고 그렇게 사용되는 것이 이 개념의 법원칙으로서의 신축성 유지에 도움이 되어 온 것도 사실이다. 더구나 경영판단의 원칙이 정교한 법 원칙으로서 구체적인 분쟁에서 적용될 수 있기 위해서는 이 원칙이 주식회사 이사의 책임에 관한 우리 상법의 구조에 적응해야 한다는 문제가 있는 것이다.⁶¹⁵⁾

하지만 독일은 2005년에 주식법(Aktiengesetz)을 개정하면서 판례상 인정되던 경영판단의 법칙을 법령에 명문으로 편입하였다.⁶¹⁶⁾ 2005년 11월 1일자로 시행된 개정 주식법 제93조 제1항 제2문이 그 위치이다. 그 제1문은 이사의 주의의무를 규정하고 있으며 제2문은 이사가 업무상의 결정을 내림에 있어서 적절한 정보에 근거하여 회사의 이익을 위해 행동한다고 믿은 데 과실이 없으면 제1문상의 의무의 위반을 인정할 수 없다고 한다.

전술한 바와 같이 경영판단의 원칙은 인간의 오류가능성을 인정하여 이사가

615) 김건식, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단 원칙”, 「민사판례연구」, 제26권, 2004, 404면; 이철송, “이사의 책임에 관한 몇 가지 이론”, BFL 제4호, 2004, 83면.

616) 이 개정은 ‘기업의정직성과취소소송의현대화에관한법률(UMAG)’을 통해 이루어진 것이다.

내린 경영판단에 대한 법원의 사후적 심사를 일정 정도 차단함으로써 유능한 인재를 이사회에 등용할 수 있게 하는 효과를 가진다고 할 수 있다. 또한 이 원칙은 독창적이고 진취적인 회사 경영을 장려하는 데에도 일조한다고 할 수 있다. 사실 독창적이고 진취적인 경영은 상당한 실패 가능성을 안고 있는 것이라고 하겠는데, 그로 인한 실패에 대하여 책임의 부담 여부를 명확히 알 수 없다면 경영자로서는 그와 같은 진보적인 경영을 시행하려 하지 않을 것이다.

경영판단의 원칙과 이 원칙이 적용되는 경영자의 결정이나 분쟁은 회사의 성격, 사안의 성격, 그리고 국가마다 다르게 나타나기는 하지만 다른 한편으로는 고도의 보편성을 가지고 있기도 하다. 이는 자본시장과 기업활동의 모습이 일반화, 세계화되고 있는 데 기인한다. 따라서 독일에서처럼 이사의 주의의무에 관한 기본적 내용의 규정을 먼저두고, 그 다음에 일정한 요건(경영판단원칙의 전제조건)을 갖춘 경우 이사의 의사결정 또는 행위는 주의의무 위반이 되지 않는다는 규정을 뒤따르게 하는 것이 형식적 논리적으로 타당하다고 하겠다. 또, 경영판단원칙의 규정화 시 미국 회사법상의 원칙을 수용하더라도 직선적으로 경영판단 또는 경영판단의 원칙이라는 표현을 하기 보다는 그 취지를 담은 적절한 규정을 우리나라의 법체계에 맞게 조문화하는 것이 바람직하다.⁶¹⁷⁾

이러한 주의의무의 제한을 명문화함으로써 경영판단원칙에 대한 사전적 기준을 경영자들에게 제시하여 보다 적극적이고 진보적인 경영활동을 고취하는 것이 오늘날 지식정보화시대의 자유경쟁체제에서 우리 기업들에게 필요하다고 하겠다.

다. 임원배상책임보험제의 명문화

현행 상법상 이사에게 책임추궁 소송이 제기되고, 이사의 책임이 긍정되었을 때 그 책임으로부터 이사를 보호해 줄 수단은 그리 많지 않다. 회사에 대한 책임의 경우 상법 제400조에 책임면제규정이 존재하긴 하지만 총 주주동의라는 요건상 현실성은 없다. 보상제도 역시 민법 제688조 제3항에 의거 일정한 요건 하의 소송방어비용액에 대해서만 인정될 뿐 손해배상책임액에 대해서는 인정되지

617) 김익태, 전제논문, 181면.

않는다는 점 등에서 이사의 배상책임보험만이 이사를 보호해 줄 수 있는 유일한 장치라고 할 수 있다.⁶¹⁸⁾

임원배상책임보험(Directors and Officers Liability Insurance)⁶¹⁹⁾ 정확하게 하자면 ‘이사·임원배상책임보험’으로서 이사가 업무집행상 과실에 의해 회사 및 제3자에게 손해를 입힌 경우 주주나 제3자의 제소로 인하여 법률상 배상책임을 부담함으로써 손해배상금 및 소송비용을 보험사가 보상해 주는 손해보험을 말한다.⁶²⁰⁾ 이 보험은 이사인 피보험자가 보험사고로 인하여 직접 입은 재산상의 손해를 보상하는 것이 아니고, 회사 또는 제3자가 입은 간접손해를 보상한다는 점에서 일반 손해보험과는 다르다. 이는 일정한 직업에 종사하는 사람이 피보험자로서 그 직업에 관련하여 타인에게 손해배상책임을 짐으로써 입은 손해를 보상하는 이른바 전문직업인배상책임보험(Professional Liability Insurance)의 일종이다.⁶²¹⁾

미국의 Watson Wyatt의 1996년 보고서에 따르면, 조사대상기업의 80%, 자산 10억 달러 이상인 기업의 90% 이상이 임원배상책임보험에 가입하고 있었고, 회사가 이러한 보험에 가입되어 있지 않으면 이사직을 기피하기까지 하는 정도였다고 한다.⁶²²⁾ 이러한 점에서 유능한 이사, 특히 사외이사 등의 확보차원에서 대부분의 기업이 임원배상책임보험에 가입하고 있다. 이 보험은 이사의 책임부담을 완화시켜 이사로 하여금 안정적인 업무수행을 보장하는 기능을 하며, 관련

618) 박효준, 전계논문, 145면.

619) 임원배상책임보험제도와는 다르게 손해보전제도(Indemnification)는 이사가 충실의무나 주의 의무를 위반했다 해서 소송을 당하고 결국에는 승소하는 경우 그로부터 발생한 비용을 일정한 범위 내에서 보전해 주는 것이다. 이는 회사의 수임인으로서의 이사가 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 과정에서 과실 없이 손해를 입은 때에 해당하는 것으로 해석되어 수임인인 이사는 위임인인 회사에 대해 그 비용의 상환을 청구할 수 있다. 손해보전은 회사와 이사 간의 계약에 의하지만 정관에 이를 규정하는 회사도 있다. 이사 개개인은資力이 충분치 않은 경우가 있으며 소송이 장기에 걸치는 경우가 많음을 감안해서 회사가 소송비용을 선급해 주는 것도 많이 활용되고 있다. 물론 선급 지원의 경우 이사가 패소하게 되면 회사에 해당 금액을 반환하여야 한다. 손해보전제도와 책임보험제도의 차이는 회사가 도산한 경우에 가장 극명하게 나타난다. 도산한 회사의 임원들은 회사로부터의 지원을 거의 기대할 수 없으므로 그 경우 책임보험에 의존해야만 하는 것이다.

620) 박효준, 전계논문, 142면.

621) 박효준, 전계논문, 143면.; 양승규, 「보험법(제5판)」, 삼지원, 2004, 351면 재인용.

622) 박효준, 전계논문, 144면.

보험료는 자유로운 경제활동을 위한 필요경비로 해석하고 있다.

한편, 2004년을 기준으로 우리나라 전체 상장기업의 중 225개사(약 14.4%)⁶²³⁾만이 임원배상책임보험에 가입하고 있었으며, 보험료는 641억원, 보험금은 2조 6,941억원이었다.⁶²⁴⁾ 그런데 우리 상법은 이사에 대하여 엄격한 책임을 부과하고 있다. 하지만 이사가 배상능력이 없는 한 피해자가 이사에 대하여 손해배상청구권을 갖는다 하여도 그 청구권의 실효성이 없으면 결국 아무런 의미가 없게 된다. 따라서 이사의 책임을 보험

에서 전보한다면 피해자는 그 보험금청구권을 대위할 수 있는 것이다.

그러나 임원배상책임보험이 실제 널리 활용되고 있게 되더라도 보험약관이나 운용관행이 얼마나 상법과 정합성을 갖는가에 대해서는 여전히 문제로 남아있다. 즉, 보험료 지급에 있어서 기업 실무에서는 이사가 부담할 배상책임에 대한 보험료를 회사가 지급하고 있는 것에 대한 현행법상 허용 여부이다.

미국⁶²⁵⁾과 영국⁶²⁶⁾에서는 법에서 회사의 보험료 지급을 명문으로 인정하고 있기 때문에, 회사에 의한 보험료 지급의 타당성에 논란의 여지가 없다. 그러나 우리나라는 현행법상 명문규정이 없기 때문에 회사가 임원배상책임보험료를 부담하는 것이 충실의무위반, 이익상반거래, 위법행위 역지 효과의 손상 등을 이유로 부정하는 견해와 회사가 보험료를 지급하는 것이 안전경영, 유능한 인재 확보 등 회사에 이익이 된다거나, 위임사무처리비용 및 회사의 필요경비라는 이유로 긍정하는 견해가 대립하고 있다.

이에 소득세법시행령 제38조 제1항 제12호 마목 개정(1999.12.31)으로 회사가 부담하는 임원책임보험료는 근로소득에 속하지 않으므로 과세하지 않는 것으로 하였다. 그러나 이는 단지 세법의 관점에서 세무상의 처리기준을 밝힌 것일 뿐 보험료 회사부담의 근거와는 아무런 상관이 없다. 보험료 부담문제는 상법의 관점에서 해결해야 할 것이지 세법이 어떤 입장을 취하느냐에 좌우될 문제가 아니다.

우리 보험법이 특수한 종류의 보험에 관하여 별도의 규정을 두고 있는 점을

623) 2005년 3월말 현재 상장회사 총1,560개사를 기준으로 비교한 수치임.

624) 한국상장회사협의회, “주권상장법인 임원배상책임보험 가입현황”, 한국상장회사협의회 보도자료, 2005.6.

625) RMBCA §8.57; Del. Code. Ann. tit. 8 §145(T), op, cit, §7.20(a)(4).

626) 영국회사법 제310조, 제137조 제1항.

감안한다면 보험법에 임원배상책임보험에 관한 규정을 신설하는 것도 하나의 방법이지만, 이 보험의 발생동기, 성격, 회사의 보험료 지급, 회사보상제도와 관계, 실제적 기능 등을 감안하면 영국이나 미국처럼 상법에 이 보험의 법적 근거로서 명문화하는 것이 온당하다.⁶²⁷⁾

임원배상책임보험의 문제점은 경우에 따라 보험료가 회사에 부담스러울 수 있다는 것이다. 특히 주주대표소송이 앞으로 더 늘어가거나 증권관련 집단소송제도가 전면 발효하면서 그 시장의 규모가 크게 성장하였다고 한다. 따라서 이미 국회에 제출된 상법개정시안 제400조에서 회사에 대한 이사별 책임한도를 정하는 있는 규정을 채택하여야 한다. 이사의 책임한도의 확정은 보험료의 인하를 가져올 수 있다는 점에서도 더욱 필요하다 할 것이다.

627) 박효준, 전제논문, 154면.

제6장 결 론

오늘날 기업지배구조의 공정성과 기업경영의 투명성 제고는 기업의 중요한 ‘비즈니스 패러다임(Business Paradigm)’으로 자리매김하고 있다. 주식회사의 지배구조의 핵심은 주주의 간접, 유한책임에 근거를 둔 회사재산의 효율적인 관리와 이를 위해 각 기관 간의 권한을 분배하여 견제 및 균형을 유지하게 하는데 있다고 할 수 있다.⁶²⁸⁾

주식회사의 진취적인 성장 발전을 위해서는 무엇보다도 이사회에서 이사의 적극적이며, 소신 있는 경영을 위해 책임경영체제가 보장되어야 한다. 이사의 책임이 명확하고 지나치게 과중하지 아니하도록 주의의무 위반으로 발생한 이사의 책임을 완화시켜주는 제도의 뒷받침이 균형을 이룰 때 그 실효성이 보장된다고 할 것이다.

이사의 책임제한이 실효성 있게 운영되도록 검토한 법적 과제들을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 상법상 이사 책임제한에 관한 규정의 재검토가 이루어져야 한다. 이사의 책임 면제(제400조 제1항), 해제(제450조)의 경우는 앞에서 설명한 바와 같이 그 실효성이 매우 약하다고 할 수 있다. 이사의 책임면제 절차를 완화할 필요성이 있으므로 상법 제400조 제1항을 “제399조에 따른 이사의 책임은 주주총회 특별결의로 면제할 수 있다”로 개정하는 입법론을 제시하고자 한다.

이사의 책임감경(제400조 제2항)의 경우는 책임제한의 결정기관 및 절차, 감사기관의 동의, 세제 지원 등에 관해 검토가 이루어져야 한다. 이사의 손해배상액을 산정하여 일정한 한도로 제한하는 절차에 대한 규정이 미비 되어 있으므로 이사의 책임감경의 결정은 각 기업들이 많이 활용되고 있는 주주총회의 보통결의 방법을 제안하고자 한다. 이사의 책임감경을 결정하기 위해 주주가 이를 판단하는데 도움이 될 수 있도록 관련 정보들을 공시하여야 하며, 결의내용도 공시하여 이로 인한 이의제기 소송들이 발생하지 않도록 할 필요가 있다. 이사의 책임제한은 이사의 소신 있는 책임경영을 지원하기 위한 규정이므로 이를 악용

⁶²⁸⁾ 이철송, 「회사법강의」 (제27판), 박영사, 2019, 493면.

하거나 남용이 없도록 감사기관의 동의를 거치도록 하는 견제장치도 마련하여 신중하게 운용되어야 할 것이다. 회사가 이사의 책임을 제한하여 면제한 금액에 대해 세법상의 세 부담이 따를 수 있게 되므로 세법을 정비하여 세제의 지원을 해주는 방안이 검토되어야 한다.

둘째, 우리나라의 경우 기업지배구조의 건전화와 투명성 제고를 위해 이를 감독하는 기능과 기업환경의 조성이 아직 미약하다는 점도 있지만 이사들의 적극적이며, 소신 있는 책임경영을 위해서는 영미법상 경영판단의 법칙을 우리의 판례로 인정하는 현재의 수준을 넘어 입법화함으로써 책임제한의 법리 일환으로 더욱 활용가치를 높일 필요가 있다. 제시한 바와 같이 상법 제382조의5(이사의 책임 판단) 조문의 신설, 상법 제408조의9(준용규정) 조문의 개정, 상법 제622조(발기인, 이사, 기타의 임원 등의 특별배임죄) 제1항 단서의 신설을 입법론으로 제안한다.

셋째, 임원배상책임보험의 일부 피보험자에게 고지의무 위반이 있는 경우 그 피보험자의 고지의무 위반과 면책사유해당성은 다른 피보험자에게 영향을 미치지 아니하도록 분리하는 약관조항을 두도록 제안하고자 한다. 미국이나 일본의 경우를 참고로 하여 고지의무 위반과 면책사유 분리·적용 문제를 법률로 규정하기 보다는 보험약관을 통해 해결하는 방안이 바람직하다. 다만, 분리된 조항을 채택할 경우는 보험회사가 피보험자별로 위험부담률을 판단하여 보험의 가입이 거절될 수 있는 부분에 대한 검토도 수반되어야 한다. 임원배상책임보험 가입의 의무화 문제는 과중한 비용부담 문제도 제기될 수 있으므로 회사별로 선택할 수 있도록 하며, 담보 범위와 면책사유 등의 법적 과제들을 심도 있게 연구하여 임원배상책임보험이 이사의 책임제한에 기여될 수 있도록 하여야 할 것이다.

우리나라는 1997년 무렵 외환위기를 겪으면서 불합리한 기업지배구조가 문제라는 것을 인식하게 되었고 다양한 논의를 바탕으로 기업지배구조 개선작업을 추진하였다. 그 일환으로 경영진에 대한 효과적인 통제를 위하여 사외이사제도를 도입하게 된 것이다. 그러나 우리나라는 사외이사제도의 도입 취지에 맞지 않게 이사회에서 사내이사와 같은 거수기 역할만 하고 있기 때문에 비난을 면치 못하고 있다. 따라서 우리나라의 사외이사제도의 문제점을 해결하기 위해서는 사외이사제도에 대한 법률 제도적 검토가 필요하다. 이에 대해서는 앞에서 논의한 바를 토대로 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다.

첫째, 우리나라에서 사외이사를 선임하는 데 있어서 근로자대표나 소수주주가 추천하는 자를 사외이사로 선임하자는 주장이 제기되고 있다. 하지만 일반이사나 사외이사의 선임에 대하여는 주주총회의 권한이기 때문에 경영의 주체가 아닌 근로자대표가 추천하는 자를 사외이사로 선임하는 것은 불가능하다. 또한 소수주주의 추천을 받은 자를 사외이사로 선임하는 것도 우리나라 헌법상의 평등의 원칙에 위배될 가능성이 높기 때문에 불가능하다고 본다.

둘째, 우리나라는 상법을 개정하면서 사외이사의 임기를 획일적으로 6년으로 제한하였다. 이러한 법률개정은 기업의 사적자치와 헌법상 보장되고 있는 직업선택의 자유를 침해할 수 있다. 따라서 재고할 필요가 있는 것으로 판단된다.

셋째, 우리나라의 한국상장사협의회가 운영하고 있는 사외이사인력뱅크와 같은 인력풀의 수가 더욱 확대되어야 하며 이러한 인력풀의 운영단체가 사명감과 책임감을 가지고 사외이사 후보들의 자질에 대한 검증을 확실하게 하여야 한다.

넷째, 우리나라의 사외이사에 대한 보수 수준은 사외이사의 직무의 난이도와 회사의 재정 상태, 경영성과나 영업수익을 종합적으로 고려해서 결정되어야 한다.

다섯째, 금융회사는 사외이사 후보 추천 절차를 구체적으로 마련하여 경영진의 직·간접적인 영향력을 받아 사외이사가 선임되는 것을 차단할 수 있어야 하며, 임원 후보 추천 과정을 투명하게 공개하여야 한다. 그리고 임원후보추천위원회의 구성에 있어서 사외이사의 비중을 높여 사내이사의 영향력을 배제하여야 한다.

여섯째, 사외이사들은 경영진으로부터 독립적인 위치에 있기 때문에 감사위원회의 이사를 전원 사외이사로 구성하도록 의무화하여 경영진의 위법·부당한 업무수행에 대하여 지적하고 객관적이고 다양한 의견을 제시하며 시정 요구를 할 수 있도록 하여야 한다.

한편, 이사의 의무와 법률적 책임을 의식한 이사회 실무에 있어서도 글로벌 경제시대에서의 우리 기업들은 우리나라의 법률과 제도가 요구하는 바를 충실히 이행하는 것으로 만족하여서는 안된다. 왜냐하면 우리나라 기업을 평가하는 것은 주로 외국의 글로벌 투자자들이며 이들은 평가 대상인 우리나라의 기업이 우리나라의 법률과 제도에 충실한 사실만으로는 최고의 평가를 하지 않기 때문이다. 이들은 우리나라 기업들이 글로벌시대에 걸맞은 활동의 결과를 토대로 한

수준 높은 비교평가 기준을 가지고 있다. 따라서 우리기업들은 우리의 법률과 제도를 넘어서는 글로벌시대의 시장에서 베스트 프랙티스를 찾아 그것을 수입하여 모방하거나 우리에게 맞게 적용해야 한다. 그러함으로써 기업의 가치를 높이고 경쟁의 우위에 설 수가 있게 된다. 법률과 제도로 요구되는 수준만 지켜가는 것은 나름 중요하다 할 수 있겠으나 글로벌시대의 시장경쟁에서 그것만으로 충분하다고까지는 말할 수 없다. 따라서 글로벌시대에 기업 간의 경쟁은 우수한 실무의 경쟁일 수도 있으나, 기업을 선도하는 기업일수록 정부의 힘이 미치지 못하는 선을 넘는 우수한 실무를 보여줌으로써 글로벌시대의 시장경쟁에서 높은 시장의 가치를 형성해 세계적 기업으로 나아가야 할 필요가 있기 때문이다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

▣ 단행본 ▣

- 강희갑, 「회사지배구조론」, 명지대학교출판부, 2004.
 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법」, 제4판, 박영사, 2020.
 김기원, 「재벌개혁은 끝났는가」, 한울아카데미 2002.
 김용구·황근수, 「회사법강의」, 도서출판 동방문화사, 2010.
 김화진, 「기업지배구조와 기업금융」, 박영사, 2009.
 박세일, 「법경제학」, 박영사, 1994.
 서성호, 「상법강의: 기업법제의 이해와 실천」, 한빛아카데미, 2022.
 송옥렬, 「상법강의」, 제11판, 홍문사, 2021.
 이균성, 「신체계 상법(Ⅱ) 회사법」, 고시계사, 1996.
 이기수·최병규, 「회사법」, 박영사, 2011.
 이상수, 「상법기본강의」, (제3판), 피앤씨미디어, 2018.
 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2005.
 _____, 「회사법강의」, 박영사, 2019.
 _____, 「회사법강의」, 박영사, 2021.
 임재연, 「미국회사법」, 박영사, 2007.
 임홍근, 「상법전 50년사」, 법문사, 2013.
 장세진, 「외환위기와 한국 기업집단의 변화」, 박영사, 2003.
 정동윤, 「상법(상)」, 제6판, 법문사, 2012.
 정진세 역, 「프랑스회사법론」, 삼지원, 1996.
 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2010.
 _____, 「상법강의(상)」, 박영사, 2021.
 최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2055.
 최준선, 「회사법」, 삼영사, 2019.
 _____, 「회사법」 제16판, 삼영사, 2021.

최준선 외, 「2007년도 법무부 연구용역 과제 보고서」, 법무부, 2007.

정동윤, 「회사법」, 법문사, 2001.

한국상사법학회(편), 「주식회사법 대계Ⅱ」, 법문사, 2019.

홍복기, 「회사법강의」, 법문사, 2010.

홍복기·박세화, 「회사법강의」, 제8판, 법문사, 2021.

▣ 학위논문 및 학술지 ▣

강희갑, “주식회사의 경영관리구조에 관한 회사법적 연구”, 사회과학논총 제14집, 명지대학교 사회과학연구소, 1998.

_____, “주요국가의 회사지배구조론과 일본의 주식회사의 경영감독구조에 대한 개선논의”, 「상사법연구」 제18권 제3호, 한국상사법학회, 2000.

_____, “한국 주식회사법상 지배구조의 문제점과 개선방안”, 비교사법 제6권 2호, 한국비교사법학회, 1999.

권도중, “감사위원회와 분리선임제도의 문제점 및 개선방안”, 「경희법학」, 제55권 제2호, 2020.

권중호, “기업지배구조에 관한 한일간의 차이점과 시사점 - 경제민주화법안·방어수단을 소재로”, 「일감법학」 제40호, 건국대학교 법학연구소, 2018.

권상로, “주식회사 이사의 책임제한제도에 대한 연구”, 「법학연구」, 제17권 제3호, 2017.

_____, “주식회사의 사외이사제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「법학논총」, 조선대법학연구원 제27집 제2호, 2020.

권재열, “경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점”, 연세법학연구 제3집, 연세대 연세법학회, 1995.

_____, “기업경영의 공정성과 효율성 -이사의 자기거래와 관련하여”, 「법학연구」, 2021.

권중호, “감사의 기능강화 · 이사의 책임완화 · 주주대표소송의 합리화”, 비교사법 제9권 제2호, 2002.

_____, “감사제도의 개선과 감사위원회제도의 과제”, 상사법연구 제19권 3호,

- 한국상사법학회, 2001
- _____, “일본의 기업법제 개정에 관한 연구”, 코협연구보고서 04-1, 코스닥등록 법인협의회, 2004.
- _____, “한국형 사외이사제도의 문제점과 그 개선방안에 관한 입법론적 모색”, 상장협, 2001.
- 김건식, “은행이사의 선관주의의무와 경영판단 원칙”, 민사판례연구 제26권, 2004.
- 김건식, “우리 기업지배구조의 전환”, 강원법학 vol. 16, 강원대학교 비교법학연구소, 2003.
- 김건식·안수현, “준법감시인제도의 조기정착을 위한 시론”, 증권법연구 제3권 제1호, 2002.
- 김광록, “최근 일본의 기업지배구조 변화를 통해 본 한국 상법상 집행임원제도의 도입에 관한 고찰”, 기업법연구 제17집, 2004.
- 김교창, “현행 상법상의 감사제도와 그 개선방안”, 상장협 제26호 (1992년 추계호), 한국상장회사협의회, 1999.
- 김대연, “이사의 책임제한 및 면제”, 비교사법 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003.
- 김대연, 주주대표소송과 경영판단의 원칙, 상사법연구 제17권 제3호, 한국상사학회, 1999.
- 김병기, “집행임원의 책임과 제한에 관한 연구”, 기업법연구 제23권 제1호, 한국기업법학회, 2009.
- 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무(Fiduciary duty)”, 상사법연구 제24권 제3호, 2005.
- 김상규·이형규, “이사의 책임강화에 따른 대응방안에 관한 연구”, 코스닥등록법인협의회, 2002.
- 김선웅, “자본 시장법 및 상법 제·개정 과정에서 개악된 기업지배구조 규정”, 경제개혁연구소, 2009.
- 김지평·이학진, “상장회사 감사위원 선임에 관한 상법 개정안 분석 - 감사위원 분리선출 및 집중투표의무화 규정을 중심으로”, 「BFL」 제95권, 서울대학교 금융법센터, 2019.

- 김영주, “주주총회의 이사·감사 선임결의의 효력”, 「경영법률」 제29권 제3호, 한국경영법률학회, 2019
- _____, “사의이사 및 감사·감사위원 임면제도에 관한 해외 입법례 연구”, 「상장협연구」, 2021.
- 김용식, “내부회계관리제도와 기업지배구조” 서강대 박사학위논문, 2008.
- 김이수, “미국법상 이사의 감시의무와 위반책임”, 상사법연구 제20권 1호, 2001.
- 김익태, “미국 회사법상 경영판단의 원칙에 관한 연구” 한국외국어대 박사학위논문, 2009.
- 김주영, “우리나라 주주대표소송의 제소 현황 및 판결 경향에 관한 고찰”, 기업지배구조리뷰, 2007.
- 김지환, “주식회사의 지배구조에 관한 연구”, 성균관대 법학박사학위논문, 1999.
- _____, “주식회사 지배구조의 개편방향” 상사법연구 제18권 제2호, 한국상사법학회, 1999.
- _____, “이사해임법제의 유연화에 관한 검토”, 「상사판례연구」, 제23집 제3권, 한국상사판례학회, 2010.
- 김진방, “한국 재벌의 소유와 지배: 1997~2002”, 「위기 이후 한국자본주의」, 풀빛, 2004.
- 김진봉, “기업의 사회적 책임과 이사회 구성”, 법학논집 제14집, 청주대학교, 1982.
- _____, “이사회 상무회제도에 관한 연구” 사회과학연구 제9집, 서원대학교사회과학연구소, 1996.
- 김화진, “기업집단과 회사지배구조”, 「인권과 정의」, 2006.
- 김효신, “기업지배구조의 변화에 따른 이사회개선방안”, 상사판례연구 제18집 제3권, 박영사, 2005.
- 김형기 외, “1997-1998년 한국경제의 위기와 경제개혁”, 경제발전연구 제11권 제1호, 2005.
- 김홍수, “사의이사 소론”, 박길준교수회갑기념논문집, 기업구조의 재편과 상사법(1), 도서출판 정문, 1998.

- 노미리, “임원배상책임보험에 관한 판례동향”, 「상사판례연구」, 제30집, 제1권, 한국상사판례학회, 2017.
- 노익수, “경영판단의 적용에 대한 검토”, 현대상사법론집, 두남, 1997.
- 문상일, “상법상 집행임원제도의 지배구조적 문제점과 개선방안”, 「상사법연구」, 2018.
- 박범진, “소유지배괴리도가 사회이사 선임에 미치는 영향”, 「글로벌경영학회지」 제15권 제4호, 글로벌경영학회, 2018.
- 박상용, “한국기업집단의 지배구조 개선방안”, 「한국사회와 행정연구」, 제15권 제4호, 2005.
- 박상조, “불란서 주식회사법상 이중구조적 이사회제도의 연구”, 한국상사법의 제문제, 설성이윤성선생정년기념논문집, 1988.
- 박새화, “상법상 준법통제프로그램에 관한 실무적 쟁점 및 입법적 정비방안에 관한 고찰”, 「상사법연구」, 2014.
- 박영석·임새훈, “이사회 구성 및 임기가 기업가치에 미치는 영향 : 사외이사를 중심으로”, 한국재무학회 추계학술대회 발표논문집, 한국재무학회, 2019.
- 박인현, “주식회사 이사회제도에 관한 비교법적 연구” 영남대 박사학위논문, 1989.
- 박종렬, “기업의 지배구조개선에 관한 연구”, 조선대학교 박사학위논문, 2001.
- 박종현·천경훈, “비상장주식의 그룹내부거래 시 주식의 평가와 법적 책임문제”, BFL 제3호, 2004.
- 박진태, “주식회사의 지배구조”, 법학논총 제5집, 경북대학교 법학연구소, 1998.
- 박효준, “이사의 책임제한에 관한 연구”, 창원대 박사학위논문, 2005.
- 서완석, “명목상 이사의 책임”, 기업법연구 제23권 제2호, 한국기업법학회, 2009.
- _____, “내부통제와 준법감시인제도”, 기업법연구 제23권 제4호, 한국기업법학회, 2009.
- 손 성, “미국 회사법상 이사회 운영에 있어서 유형화 논의와 시사점 : Warren Buffett의 소론을 중심으로” 상사법연구 제19권 제1호(통권 제26호), 한국상사법학회, 2013.

- _____, “미국 회사법제에서의 준법감시인제도에 관한 법 이론적 고찰”, 상장협 제43호, 한국 상장회사 협의회, 2001.
- 송옥렬, “상장회사 정기주주총회 5월 개최에 대한 이론적 검토”, 「상사법연구」, 2019.
- _____, “기업지배구조 관련 상법개정안에 대한 검토”, 「경영법률」 제31집 제1호, 한국경영법률학회, 2020.
- 손영화, “적대적 M&A와 이사회 기능”, 한국기업법학회, 기업법연구 제23권 제2호, 2009.
- 송인방, “이사의 충실의무의 본질에 관한 고찰”, 충남대학교 법학연구 제16권 제1호, 2005.
- 신종석, “주식회사 이사의 책임과 제한에 관한 연구”, 「법학연구」, 제19권 제3호, 한국법학회, 2019.
- 안성포, “주주대표소송과 원고적격성”, 비교사법 제12권 제1호, 한국비교사법학회, 2005.
- 안성포·이준우, “법인 이사회제도의 개선방안”, 한국법제연구원, 2004.
- 안수현, “내부통제와 회사법 - 현황과 발전과제”, 내부통제제도의 법제 개선방안(워크숍 자료집), 한국법제연구원, 2006.
- 윤계섭, “사외이사제도에 관한 연구-사외이사 평가를 중심으로-”, 「기업지배구조 리뷰」, 제56호, 한국지배구조원, 2011.
- 이균성, “주식회사의 사외이사의 지위”, 상사법연구 제20권 1호, 한국상사법학회, 2001.
- 이문지, “집중투표에 의한 이사선임의 득과 실”, 「상장」, 한국상장회사협의회, 1999.
- 이범찬, “사외이사제도”, 박영길교수 화갑기념논문집, 2000.
- 이병태, “이사회 운영의 활성화 방안”, 「상장협」, 한국상장회사협의회, 1998.
- 이삼열, “사외이사의 독립성과 전문성에 관한 소고”, 「법학연구」, 제59권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2018.
- 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조 제52권 제5호 통권 제560호, 법조협회, 2003.
- 이상훈, “기업지배구조 개선을 위한 상법 개정의 필요성”, 「상법개정방향 모색

- 토론회 - 기업지배구조 개선을 위한 상법개정의 필요성」, (토론회), 2020.
- 이성웅, “회사지배체제와 이사회 규제의 전개방향”, 한국기업법학회, 기업법연구 제24권 제1호, 2010.
- 이수정, “사회이사 및 감사의 독립성 분포(2017-2018) -대규모기업집단 소속 상장회사를 중심으로-”, 「경제개혁리포트」, 경제개혁연구소, 2018.
- 이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 성균관대 박사학위논문, 1999.
- 이주, “기업지배구조 논의의 배경과 중요성”, Korea Investors Service, 2002.
- 이주홍, “최근 중요 회사법 판례 동향”, 인권과 정의, 2004.
- 이철송, “이사의 책임에 관한 몇 가지 이론”, BFL 제4호, 2004.
- 장근영, “영미법상 신인의무 법리와 이사의 지위”, 비교사법 제15권 1호 통권 40호, 2008.
- 정병덕, “개정 상법상의 감사위원 분리선임 제도 도입의 의미와 과제”, 「경영법률」, 제31집 제2호, 2021.
- 정진세, “주식회사의 경영감독제도-프랑스의 기업지배구조 효율성에 관한 논의를 참조하여-”, 상사법연구 제20권 제1호, 한국상사법학회, 2001.
- 정호열 외, 이사의 손해배상책임과제한에 관한 연구, 한국상장회사협의회, 2003.
- 조상준·정준영, “사외이사의 실질적 전문성이 금융회사에 미치는 영향 : 교수출신 사외이사를 중심으로”, 「재무관리연구」, 제36권 제1호, 한국재무관리학회, 2019.
- 조성욱, “기업 감시자로서의 채권금융기관과 기업재무구조”, 기업지배구조지원센터, 2005.
- 주기종, “미국회사법상 이사의 지위에 관한 소고”, 법학연구 제23집, 2006.
- 최문희, “이사의 손해배상책임의 제한”, 한국상장회사협의회, 2007.
- 최진이, “지배회사 주주의 종속회사 이사 등에 대한 이중대표소송 허용에 관한 연구”, 기업법연구 제23권 제3호, 한국기업법학회, 2009.
- 한상열, “기업의 지배구조를 위한 이사회제도의 개선방안에 관한 연구”, 군산대 박사학위논문, 2010.
- 하창효, “주식회사 사외이사의 역할 제고를 위한 법적 고찰”, 국민대 박사학위

논문, 2006.

하태수, “한영 기업 거버넌스 개혁의 비교: 역사적 신제도주의 시각을 중심으로”, 한국행정학회 동계학술대회발표논문, 2001.

▣ 기타 자료 ▣

기업지배구조개선지원센터, 「CG Review」, 2002.

경실련, “상법상 ‘집중투표제 강제조항화’를 위한 법개정청원”, 보도자료, 1999. 9.28.

경제개혁연대, “사외이사의 실질적 독립성 분석”, 경제개혁리포트-8호, 2009.

_____, “우리나라 주주대표소송의 현황 및 과제”, 경제개혁리포트-11호, 2007

_____, “현행 주주대표소송제도의 한계와 판결내용의 문제점 분석”, 경제개혁리포트 2007-13호, 2007.

김주영, “우리나라 주주대표소송의 제소 현황 및 판결 경향에 관한 고찰”, 기업지배구조리뷰, 2007.

김주영·김유경, 「기업지배구조편드란?」, CFO, 2003년 여름호.

김진성, “기업사례연구-마이크로소프트”, 한국기업지배구조개선지원센터, 2007.

대한상공회의소, 기업부문 소송리스크 전망과 정책과제, 2005.

_____, 사외이사제도 개선방안에 대한 업계 의견, 2003.

_____, 상법 의원입법안에 대한 의견(건의서), 2000.

박경서, “한국 상장기업의 소유지배구조와 경영행태”, 기업지배구조개선 세미나 자료, 2003.

법무부, “각국의 회사지배구조”, 법무부 법무심의관실, 1999.

이수정, “사외이사의 실질적 독립성 분석(2009년)-상호출자 제한 기업집단 소속 상장회사 중심으로-”, 경제개혁리포트 2009-8호, 경제개혁연구소, 2009.

장수미, “기업사례연구-쉐브론”, 한국기업지배구조개선지원센터, 2007.

전경련, 기업지배구조 개선방안의 제문제(정책건의자료), 2000.

_____, 기업 규제적 상법개정안 재검토 요청, 2006.

- 정재영, “기업사례연구-KT&G”, 한국기업지배구조개선지원센터, 2006.
- 정재영·김진성, “기업사례연구-GE”, 한국기업지배구조개선지원센터, 2007.
- 조성욱, “기업 감시자로서의 채권금융기관과 기업재무구조”, 기업지배구조지원센터, 좋은기업지배구조연구소 이슈리포트, 2004.
- 참여연대, 38개 재벌 총수 일가의 주식거래에 대한 보고서, 2006.
- _____, 상법(회사편) 개정 정부안에 대한 의견서, 2007.
- _____, 증권거래법 및 유관 법령에 관한 의견청원, 1999.
- 한국경제 2022년 4월 9일 A2면.
- 한국기업지배구조개선지원센터, 「기업지배구조 백서」, 2006.
- 한국상장회사협의회, “상장회사 주주총회백서” (2009.7).
- 한국상장회사협의회, “상장회사표준규정, 「사외이사 직무수행기준」, 2007.
- 한국상장회사협의회, 2007년도 주권상장법인 경영인 현황, 2007.
- _____, 2008년 주권 및 코스닥 상장법인 사외이사 선임 현황 분석 보도자료, 2008.
- _____, 사외이사의 독립성 및 전문성 제고방안, 2007.
- _____, 사외이사제도 운영실태 및 개선에 대한 설문결과, 2009.
- _____, 사외이사제도 및 운영개선에 관한 의견, 2003.
- _____, 상법중 개정법률안에 대한 의견, 2000.
- _____, 상장법인 사외이사 현황, 2010.

2. 국외문헌

- 江頭憲治郎, 株式會社法, 有斐閣, (2008).
- 宮島英昭·新田敬祐, 日本型取締役会の多元的進化：その決定要因とパフォーマンス効果, 2006, 1頁
- 新谷 承, “取締役の責任輕減化と株主代表訴訟”, 「法律時報」, 第71卷 第2號, 1999.
- 奥宮 陸·末吉 紘治·田中 千紗乃·西野 修平·福田 智美, “社外取締役と企業業績の関係性－グループ企業と独立企業における差異の実証分析－”, 大阪大学 経済学部関口ゼミ, 2016.8.

- 梁 先姬, “日本と韓国におけるコーポレート・ガバナンス改革”, 四天王寺大学, 第 59号, 2015.3,
- Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932).
- AIMR, *Standards of Practice Caesebook* (1996).
- ALI, *Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations Vol.1*, May 1992 (1994).
- ALI, *Principles of Corporate Governance, Tentative Draft*. 11 (1991).
- Amir N. Licht, *The Mother of All Path Dependencies: Toward a Cross-Cultural Theory of Corporate Governance Systems*, 26 *Delaware Journal of Corporate Law* 147 (2001).
- April Klein, *Firm Performance and Board Committee Structure*, 41 *Journal of Law & Economics* 275 (1998).
- Arsht, *The Business Judgement Rule Revised*, 8 *Hofstra I., Rev* 93 (1979).
- Arthur R. Pinto & Gustavo Visentini, *The Legal Basis of Corporate Governance in Publicly Held Corporations - A Comparative Approach*, Kluwer (1998).
- Assaf Hamdani & Reinier Kraakman, *Rewarding Outside Directors*, 105 *Michigan Law Review* 1677 (2007).
- Barbara A. Banoff, *Gatekeeper Liability Under Section 11 of the Securities Act of 1933; So Why Isn't the Grass Growing on Wall Street*, 55 *Administrative Law Review* 267 (2003).
- Baumbach/Hueck, *Kurzkommentar zum Aketiegesetz*, 13. Aufl. (München: C.h.Beck, 1968).
- Bernard Black et al., *Corporate Governance in Korea at the Millenium: Enhancing International Competitiveness*, 26 *Journal of Corporate Law* 537 (2001).
- Bernard Black, *The Core Institutions that Support Strong Securities Markets*, 55 *Business Lawyer* 1565 (2000).

- Bernard Black, Brian Cheffins and Michael Klausner, Outside Director Liability, 58 Stanford Law Review 1055 (2000).
- Bernard Black, Brian Cheffins & Michel Klausner, Liability Risk for Outside Directors: A Cross-Border Analysis, 10 European Financial Management (2004).
- Bernard Black, Hasung Jang & Woochan Kim, Does Corporate Governance Predict Firms' Market Value? Evidence from Korea, 22 Journal of Law, Economics & Organization 366 (2006).
- Blair, M., "Rethinking Assumptions Behind Coiporate Governance, " Challenge, (Nov-Dec 1995).
- Block, Barton & Radin, The Business Judgement Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers (1998).
- Chandra S. Mishra & James F. Nielson, Board Independence and Compensation Policies in Large Bank Holding Companies, Financial Management (Autumn 2000).
- Chamu Sundaramurthy, James Mahoney & Joseph Mahoney, Board Structure, Anti-takeover Provision, and Stockholder Wealth, 17 Strategic Management Journal (1996).
- Claire A. Hill, Brett H. McDonnell, Disney, Good Faith, and Structural Bias, 32 J. Corp. L. 833 (2007).
- Coffee, The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role, 89 Columbia Law Review 1618 (1989).
- COSO, Internal Control - IntergreatFramework (1994).
- Cox/Lee Hazen/O' Neal, Corporations, Aspen Law & Business (1997).
- Cox & Hazen, supra note 218, at 173.
- Cyril Moscow, The Independent Director, 28 Business Lawyer 9, (1972).
- David Yermack, Higher Market Valuation of Companies with a Small Board of Directors, 40 Journal of Financial Economics 185 (1996).
- Dennis, Block/Nancy E. Barton/Stephen A. Radin, The Business

- Judgement Rule Vol. 1. 5th. ed (1998).
- Donald E. Pease, Outside Directors; Their Importance to the Corporation and Protection from Liability, 12 Delaware Journal of Corporation Law (1987).
- Donald E. Schwartz, Federal Chattering of Corporations: A Proposal, 61 Georgetown L. J. 89, 91 (1972).
- Easterbrook & Fischel, The Economic Structure of Corporate Law 103 (1991).
- _____, The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer, 94 Harvard Law Review 1161 (1981).
- End of the Director's Rubber Stamp, Business Week, September 10, (1979).
- Eric M. Fogel & Andrew M. Geier, Stranger in the House: Rethinking Sarbanes-Oxley and the Independent Board of Directors, 32 Delaware Journal of Corporate Law 33 (2007).
- Fama, Eugene F. & Michael C. Jensen, ^Separation of Ownership and Control, " Journal of Law and Economics, (1983).
- Frankel, Fiduciary Law, 71 California Law Review 795 (1983).
- Gilson, Ronald J. and Mark J. Roe, "Understanding the Japanese Keiretsu : Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization, " Yale Law Journal. 102, (1993).
- Hamilton, R. W., Cases and Materials on Corporations, West Publishing (1994).
- Hamilton, R. W., Corporate - Black Series, 4th ed., West (1997).
- Hanno Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2.Aufl. (2006).
- Harold Koontz, The Management Theory Jungle, 4 Acad. Manage. J. 177, 178 (1961).
- Harry G. Henn & John Alexander, Laws of Corporation and Other Business Enterprise, 3rd ed, West Pub. co. (1983).

- Hwa-Jin Kim, The Case for Market for Corporate Control in Korea, 8 Journal of Korean Law 227, Oxford University Comparative Law Forum 2 (2009).
- _____, Toward the "Best Practice" Model in a Globalizing Market: Recent Developments in Korean Corporation Governance, 2 Journal of Corporate Law Studies 345 (2002).
- Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The End of History for Corporate Law, 89 Georgetown Law Journal 439, 456 (2001).
- Holly J. Gregory, The Globalization E. Mitchell, Corporate Irresponsibility: America's Newest Export, Yale University Press (2001).
- Idalene F. Kesner & Roy B. Johnson, An Investigation of the Relationship Between Board Composition and Stockholder Suits, 11 Strategic Management Journal 327 (1990).
- James A. Fanto, Directors' and officer's liability—chapter 3. board committes—, Practising Law Institute (2006).
- James D. Cox and Thomas Lee Hazen, 「Corporation」 2nd Edition (2003).
- Jeffrey Sonnenfeld, What Makes Great Boards Great, Harvard Business Review (September 2002).
- Jensen, M. C. & Wiliam H. Meckling, "Iheory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, " Jounal rf Financial Economics, (October 1976).
- Joseph F. Johnston, Jr., Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers, 33 Business Lawyer 1993 (1978).
- Kawashima & Sakurai, Shareholder Derivative Litigation in Japan: Law, Practice, and Suggested Reforms, 33 Stanford Journal of International Law 9 (1997).
- Kester, W. Carl, Japanese Takouers : the Global Contest for Corporate Cbn&roZ.(Harvard Business School Press, 1991).
- Larry. D. Soderquist, Toward a More Effective Corporate Board :

- Reexamining Role of outside Directors, New York Univ. Law Review, Vol 52.
- Lauren J. Aste, Reforming French Corporate Governance: A Return to the Two-Tier Board?, 32 George Washington Journal of International Law and Economics 1 (1999).
- Lewis D. Solomon & Jefferey D. Bauman, Selected Corporation and Partnership Statutes, and Forms West Publishing co. (1992).
- Locascio, The Dilemma of Double Derivative Suits, 83 Northwestern University Law Review (1989).
- Manning, Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom 41. Bus Law 1. 5 (1985).
- Martin Lipton, Bubbles and Their Aftermath 8-10, Address to the Commercial Club of Chicago (November 2002).
- Masulis, Ronald, The Debt / Equity Qioice. (Ballinger Publishing Co, (1988),
- Melvin A. Eisenberg, An Overview of the Principle of Corporate Governance, 48 Business Lawyer 1271, 1280 (1993).
- Melvin A. Eisenberg, Corporation and Business Associations, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. (1996).
- Melvin A. Eisenberg, Corporation and Other Business Oraanizations 204 (8th ed. 2000).
- Melvin A. Eisenberg, The Duty of Good Faith in Corporate Law, 31 Delaware Journal of Corporate Law 1 (2006).
- Melvin A. Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, 51 Univ. of Pitt, L. Rev. 945 (1980).
- Melvin A. Eisenberg, The Structure of the Corporation (1976).
- North Dakota Business Corporate Act §10-19-20.
- P. E. Holden, L. S Eish & H. L. Smith, Top-Management Organization and Control, New York, McGraw Hill (1956).
- Peter F. Drucker, The Practice of Management, Harper & Brothers

- Publishers (1974).
- Ralph D. Ward, 21st Century Corporate Board 177 (1997).
- Richard M. Streers·Yoo Keun Shin·Gerardo R. Ungson, The Chaebol, New York Ballinger Division (1989).
- Richard S. F. Eells & Clarence C. Walton, Conceptual Foundations of Business 120 (1974).
- RMBCA Official Comment to §8.30 [Lewis D. Solomon & Jefferey D. Bauman, Selected Corporation and Partnership Statutes, and Forms West Publishing co. (1992).
- Robert Clark, CORPORATION LAW, New York, Aspen Publishers (1986).
- Robert W. Hamilton, Cases and materials on corporate, including partnerships and limited partnership, 3rd Ed., Detroit, West Publishing Co. (1986).
- Ronald J. Gilson, A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics and Tender Offers, 33 Stanford Law Review 819, 823 (1981).
- Ronald J. Gilson & Reinier Kraakman, Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors, 43 Stanford Law Review 863 (1991).
- Rosenstein, Stuart & Jffery G. Wyatt, "Outside Directors, Board Independence, and Shareholder Wealth/" Journal of Financial Economics, 26, (1990).
- Roverta Karmel, Should a Duty to the Corporation Be Imposed on Institutional Shareholders?, 60 Business Lawyer 1, 1 (2004).
- Sanjai Bhagat & Bernard Black, The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance, 54 Business Lawyer 921 (1999).
- Sanjai Bhagat, Dennis C. Carey & Charles M. Elson, Director Ownership, Corporate Performance and Management Turnover, 54 Business Lawyer 885 (1999).

- Scott, Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project, 35 Stanford Law Review 927 (1983).
- Steven F. Mones, Mining the Safe Harbor? The Business Judgement Rule After Trans Union, 10 Del. J. Corp. L., p.545 et seq. (1985).
- Vagts, Basic Corporation Law 511 (1989).
- Warner·Watt & Wruck, Agency Theory, Managerial Welfare, and Takeover Bid Resistance, Rand Journal of Economics (1998).
- Wendi J. Powell, Corporate Governance and Fiduciary Duty: The "Micky Mouse Rule" or Legal Consistency, Protection of Shareholder Expectation, and Balanced Director Autonomy, 14 Geo. Mason L. Rev. 799 (2007).
- Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. (1996).