



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 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](#)

2006年 2月  
博士學位論文

# 理事會의 機能活性化方案에 관한 研究

朝鮮大學校大學院

法學科

韓基承

2006年 2月  
博士學位論文

# 理事會의 機能活性化方案에 관한 研究

朝鮮大學校大學院

法學科

韓基承

# 理事會의 機能活性化方案에 관한 研究

*A Study on the Device to Activation of Directors' Board*

2006년 2월 일

朝鮮大學校 大學院

法學科

韓基承

# 理事會의 機能活性化方案에 관한 研究

指導教授      金   英   坤

이 論文을 法學博士學位申請論文으로 提出함

2005년 10월 일

朝鮮大學校大學院

法學科

韓基承

韓基承의 法學博士學位論文을 認准함

심사위원장 조선대학교 교수

심사위원 조선대학교 교수

심사위원 조선대학교 교수

심사위원 조선대학교 교수

심사위원 조선대학교 교수

2005년 12월 일

朝鮮大學校 大學院

<Abstract>

## **A Study on the Device to Activation of Directors' Board**

Han, Ki-Seung

Advisor : Prof. Kim, Young-Gon, Ph. D.

Department of Law

Graduate School, Chosun University

Our commercial law activated the corporation system at the time of establishment, adopting the many systems of law of English and America. Especially, it introduces the directors' board system in order to rationalization of management. The followings are included in this system ; the directors' board decision of fundamental rules associated with the corporation management, the information exchange about assets and execution of corporation, the using of knowledge and experience of management experts. In the view of that, the critical clauses of management and execution are determined by the directors' board and the directors ought to execute the duties neutrally and objectively to distribute the profits fairly. Also, the directors' board should supervise execution of directors as the supervision body. the act of representative director should be supervised mainly because he executes main duties. However the directors' board doesn't give full play to it's function ; the right of decision and supervision in our country.

Actually, the large stockholder and representative director have a great influence in election of directors and they often control the decision of directors' board at their own discretion. Because of these reasons, the directors' board doesn't have a full play in our country. Accordingly the

reevaluation and remedy of directors' system are requested strongly so as to prevent incompetency of directors' board. The directors' board has a great influence consequently, through the revision of commercial law in 1984 and 1995, besides, the new systems of American law are applied, so as to manage the corporation efficiently.

Despite these remedies, it seems to need many solutions. This study considers the problems of the directors' board system in our corporation.

And try to find a solution to correct incompetency and framing of directors' board. Therefore this proposes the systematic devices that promote the fair atmosphere of management.

In the first chapter, it is described about goals and method of this study.

In the second chapter, status and right of directors' board is mentioned, examining our commercial law.

In the third chapter, the directors' board system of foreign countries is mentioned; England, America, Germany, France and Japan.

In the fourth chapter, it is considered about the systematic problems to control the directors' board in our corporation.

In the fifth chapter, it is proposed the remedies to activate the directors' board.

In the sixth chapter, the conclusion will be presented as a whole including these details.



# 目 次

\*Abstract

第1章 序 論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 範圍와 方法 .....	3
第2章 現行法上 理事會의 構成 및 機能 .....	5
第1節 商法上 理事會의 構成 및 機能 .....	6
1. 理事會의 構成 .....	7
2. 理事會의 機能 .....	2
第2節 證券去來法上 理事會의 構成과 機能 .....	34
第3章 外國의 立法例 .....	36
第1節 英美法系 .....	38
1. 英國 .....	38
2. 美國 .....	4
第2節 大陸法系 .....	71
1. 프랑스 .....	7
2. 獨逸 .....	8
3. 日本 .....	9
第4章 現行法上 理事會制度의 問題點 .....	106
第1節 理事會의 構成과 業務監督機能의 問題 .....	107
1. 理事會 構成의 問題點 .....	107
2. 業務監督機能의 問題點 .....	115
第2節 理事會 運營의 問題 .....	117
1. 情報의 接近의 限界 .....	118

2. 理事會 召集節次の 限界 .....	119
第5章 理事會制度の 活性化方案 .....	121
第1節 理事會 構成の 合理化と 業務監督機能の 効率化 .....	122
1. 構成の 合理化方案 .....	122
2. 業務監督機能の 効率化方案 .....	131
第2節 理事會 運營の 効率化 方案 .....	135
1. 情報接近の 容易性保障 .....	135
2. 理事會召集の 改善 .....	136
第6章 結 論 .....	137
參 考 文 獻 .....	140

# 第1章 序 論

## 第1節 研究의 目的

주식회사는 소유와 경영을 분리할 수 있도록 하여 출자자인 주주는 출자를 전담하고, 경영은 전문경영인에 의해 전문화할 수 있도록 한 이상적인 회사체도로 인정되어 왔다. 이렇게 쉽게 자본을 조달할 수 있기 때문에 주식회사가 대규모화되면서 주식이 광범위하게 분산되었다.

현행 상법은 依用商法에 따른 주주총회 중심주의를 지양하고 英美法에 따른 여러 제도를 채택하면서 입법 당시 대륙법계의 내용에 영미법계 제도를 도입하여 주식회사체도가 활성화될 수 있도록 하였다.<sup>1)</sup> 특히 이사회제도는 주식회사 경영구조의 합리화와 효율화를 추구하려는 세계적인 입법 추세에 부응하여, 주주총회의 권한을 축소하고 이사회 의 업무집행 기능을 강화하기 위하여 도입한 것이다.<sup>2)</sup> 즉 주식회사의 업무집행기관을 이사회와 대표이사로 나누어, 理事會는 이사 전원으로 구성된 회의체로서 회사 업무에 관한 의사를 결정하는 한편 이사의 업무집행을 감독하도록 하고, 대표이사는 이사회가 결정한 업무를 집행하고 회사를 대표하게 한다는 것이다. 다시 말하면 회사가 업무를 집행하기 위한 기본적인 사항은 이사회에서 결정하고, 이사회 의 구성원인 理事는 이사회를 통하여 회사 업무와 재산 상황 등에 대한 정보를 교환하고, 경영전문가로서의 지식과 경험을 바탕으로 타당한 결론을 도출함으로써 그 기능을 발휘하도록 예정된 제도였다.<sup>3)</sup>

따라서 이사회가 그 기능을 발휘하기 위해서는 회사 경영의 기본 방침과 업무집행에 관한 결정은 이사들의 의사를 수렴하여 법령과 정관이 정하는 범위 내에서

---

1) 金英坤, “株式會社에 있어서 理事會運營의 活性化 方案”, 『기업법연구』, 제8집, 한국기업법학회, 2001, p. 397.

2) 李炳泰, “株式會社 理事會制度의 改善方案”, 『상장협』, 1993년 춘계호 (제27호), 한국상장회사협의회, 1993. 5, p. 25; 徐庚林, “美國株式會社의 理事會의 機能”, 『現代商事法の 諸問題 : 雪城李允榮先生停年紀念』 (서울: 法志社, 1988), p. 292.

3) 朴榮吉, “理事會의 權限”, 『經營法律 : 故李允榮博士追慕論文集』, 제5집, 한국경영법률학회, 1992. 12, pp. 235~236.

이사회에 의하여 이루어져야 한다. 즉 회사 경영 방침이나 업무집행에 대한 결정이 최고경영자 또는 지배주주에 의하여 일방적으로 이루어지지 않고, 이사회에서 충분한 토의를 거쳐 최선의 결론에 이르도록 해야 한다. 따라서 이사는 대주주나 일부 이해관계인의 이익에 치우쳐서는 안되고, 모든 이해관계인의 이익을 위해 중립적이고 객관적인 입장에서 직무를 수행하여야 한다. 그리고 이사회는 업무집행에 대한 감독기관으로서 이사의 직무집행을 감독하여야 한다. 일상의 업무집행은 대표이사가 하기 때문에 감독의 주된 대상은 대표이사의 행위가 된다.<sup>4)</sup>

그러나 우리나라에서 이사회는 회사 경영 방침과 업무집행에 대한 의사결정 기능이나 이사의 직무집행에 대한 감독 기능 중 어느 하나도 제대로 수행하지 못하였다.<sup>5)</sup> 이사회는 기능이 이렇게 약화된 것은 법률적인 측면에서 보면 1963년 제정 상법은 물론 그 후 개정상법들도 우리의 기업 현실을 제대로 반영하지 못한 채 일본의 1950년 개정상법과 그 후 개정상법을 거의 그대로 도입한 부분이 많기 때문이다.<sup>6)</sup> 기업 현실이라는 측면에서 보아도 회사에서 이사를 선출할 때부터 대주주나 대표이사의 강력한 영향을 받게 되고, 이사회에는 서열관계가 형성되어 대표이사의 직무집행을 감독하여야 할 이사회가 오히려 대표이사의 규제 아래 놓이게 되어 대표이사의 독단이나 전횡에 따라 이사회의 의사가 결정되거나 이른바 常務會<sup>7)</sup> 등에서 결정되었다.<sup>8)</sup> 그리고 대표이사를 제외한 대부분의 이사는 회사 업무와 재산 상황에 대한 정확한 정보를 갖지 못하여, 이사회는 대표이사의 직무집행에 대하여 필요한 확인을 하지 못할 뿐만 아니라, 理事會議<sup>9)</sup>가 개최되어도 자유롭게 활발한 토

4) 이형규·이상복, 「사외이사 선임제도 개선방안에 관한 연구」, 한국상장회사협의회, 2002, p. 1.

5) 李範燦, “理事會制度의 諸問題”, 「成均館法學」, 創刊號, 成均館大學校 法學研究所, 1987. 9, p. 249.

6) 일본에서의 商法改正도 일본 사회의 변화에 따른 자연발생적인 것이 아니라, 전후 점령군의 외압에 따른 정책적인 것이었다. 이에 대해서는 第5章 第5節 日本의 理事會制度 참조.

7) 우리 나라의 常務會 실태에 관하여는 金教昌, “上場會社의 理事會와 常務會의 實態分析”, 「會社法의 諸問題」(서울: 育法社, 1982), p. 296 이하; 李範燦, 前揭論文, p. 260 이하 참조.

8) 洪復基, “理事會의 委員會에 관한 研究”, 「經濟法·商事法論集 : 樁江孫珠瓚教授停年紀念」(서울: 博英社, 1989), p. 402.

9) 理事會는 주식회사의 필요적 상설기관으로 이사 전원으로 구성되는 회의체이다. 따라서 이사회는 항상 존속하지만, 활동형식으로서의 理事會議는 정기적 또는 필요에 따라 임시로 모이는 비상설적 현실적인 회의이다. 우리 상법에서는 이사회와 이사회의를 구별하지 않고 있

의가 이루어지지 못하고 형식적으로만 결정하게 된 것이다.<sup>10)</sup> 이러한 현상에 따라 이사회 的 無機能化 또는 形骸化를 막기 위하여 이사회제도 자체에 대한 재평가와 제도적 보완 또는 개선이 강하게 요구되어 왔다.

이와 같은 요구에 따라 1984년 개정상법은 주식회사 기관의 합리적 재편과 운영의 효율화를 도모하면서 우리의 기업 현실에 적합한 기업기본법으로서의 체제를 갖추기 위하여,<sup>11)</sup> 이사회 的 결의요건을 완화하고(상법 제391조 제1항), 그 권한을 강화하는 한편(상법 제393조) 감사의 업무감사권을 부활하는(상법 제412조 제1항) 등 이사회제도와 주식회사의 기관 전반에 대하여 많은 규정을 개정·보완하였다. 이후 1995년 개정상법에 의하여 종래의 주주총회의 권한이었던 이사에 대한 경영의 승인권이 이사회 的 권한이 됨으로써 이사회는 더욱 강력한 권한을 가지게 되었다. 더 나아가 197년 외환위기를 맞이하면서 기업경영의 투명성과 효율적 경영을 위한 기업지배구조개선(Corporate Governance)의 차원에서 이사회를 활성화시키기 위한 여러 가지의 새로운 영미법상의 제도들이 적지 않게 도입되었다. 또한 1998년 개정상법을 통하여 이사의 충실의무(상법 제382조의3)가 도입되고, 1999년 개정상법을 통해 이사회내의 위원회제도(상법 제393조의2)가 도입되었으며, 2000년 개정증권거래법을 통해 사외이사제도(증권거래법 제54조의5, 제54조의6, 제191조의16, 제191조의17)등이 도입되었다. 이러한 노력에 대해서는 부분적으로 이를 긍정하는 평가도 있지만, 실질적으로는 여전히 많은 문제가 남아 있다.

이 논문은 우리의 기업 현실에서 나타나는 이사회제도에 대한 이와 같은 문제점을 살펴보고, 이사회 的 무기능화 또는 形骸化를 시정하여, 이사회 的 권한을 입법 취지에 맞도록 활성화할 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 이를 통하여 우리 상법이 이사회제도를 도입한 취지를 살려 건전한 기업풍토를 조성하여 국민경제에 이바지할 수 있는 주식회사로 존립할 수 있는 법적·제도적 장치를 모색하는데 그 목적이 있다.

## 第2節 研究의 範圍와 方法

다. 이에 대한 자세한 것은 第2章 第1節 1. 理事會의 性格 참조.

10) 朴榮吉, 前掲論文, p. 236; 李範燦, 前掲論文, p. 250.

11) 1984년 상법개정이유서 참조.

이사회는 회사의 의사를 결정하여 집행하고, 주주의 이익을 보호하는 동시에 회사와 이해관계가 있는 자들과의 이해를 조정하기 위하여 업무집행사원의 업무집행에 대한 감독기능까지 하고 있다(상법 제393조 제1항·제2항). 그러나 현실에서 보면 최고경영자나 지배주주의 독주와 제도의 미비로 이사회 기능의 올바로 실현되지 않고 있는 것도 사실이다. 따라서 이 논문이 연구목적 달성을 위해서 우리 나라 주식회사에서 이사회가 어떻게 운영되고 기능하고 있는가에 대한 실증적 연구가 필수적일 것이다. 그러나 이사회제도가 얼마나 적절하게 운영되고 있는가에 대한 평가는 이사회에 참석하고 있는 이사들의 내심의 문제이고, 회사마다 그 사정이 다를 것이기 때문에 이를 정확하게 조사하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이러한 현실적인 제약을 바탕으로 이 논문에서는 기존의 학문적 연구와 인접 학문의 성과물을 바탕으로 논의할 수밖에 없었다.

제1장에서는 연구의 목적과 그 범위 그리고 방법에 대해 기술하였다.

제2장에서는 이사회 구성과 지위, 권한 등에 대해 우리 현행법을 중심으로 살펴보았다.

제3장에서는 현행법이 규정하고 있는 이사회제도 자체의 문제점에 대해 살피기 위하여 이사회제도의 근원인 영국을 비롯한 미국, 독일, 프랑스, 일본 등의 이사회제도에 대한 외국의 입법에 대해 살펴보았다.

제4장에서는 우리 나라 회사들이 이사회를 운영할 때 안고 있는 법적 제도적 문제점과 운영 현실에서 나타나는 문제점에 대해 살펴보았다.

제5장에서는 이상의 논의를 바탕으로 이를 극복할 수 있는 이사회 활성화 방안을 제시하였다.

이상의 논의들을 정리하여 제6장에서 결론을 맺었다.

## 第2章 理事會의 構成 및 機能과 地位

우리 상법이 규정하고 있는 이사회제도는 영미법에 따른 것으로 17세기 영국의 주식회사에서 비롯되었고, 20세기 영국의 경제발달에 따라 오늘날과 같이 주식회사의 중추적인 經營機關으로 발전하였다.<sup>12)</sup> 즉 오늘날 주식회사에서와 같은 이사(director; Vorstandsmitglied)의 경영에 대한 배타적인 권한이 확립된 것은 20세기초 영국 경제의 팽창과 거대기업의 성장에 따른 것이라고 할 수 있다.

영미법에 따른 이사회(board of directors; Vorstand)는 영국의 주식회사(Joint Stock Company)의 社員總會(board of proprietors)에서 그 근원을 찾을 수 있고, 근대적인 영국 주식회사에서의 이사의 유형은 1813년 동인도회사(British East India Company)에서 찾을 수 있다.<sup>13)</sup>

特許狀에 의하여 처음부터 주식회사로 발족하였던 네델란드형 회사와는 달리 영국에서는 주식회사(Joint Stock Company)처럼 처음부터 비교적 민주적인 조직을 갖춘 주식회사로 성립·발전하였다. 이후 청교도혁명과 크롬웰(Cromwell)의 공화정 체제를 바탕으로 경제·사회를 비롯한 모든 방면에서 민주제도가 확립되면서 사회 조직에서도 민주화가 촉진되어 근대적 민주주의 형태의 회사조직으로 확립되었다. 그러나 이 무렵 회사 설립은 특허주의였는데 영국 경제가 기계생산에 의한 공장제의 채용과 함께 기업 창설에 대한 수요가 격증하면서 「포말회사법」(Bubble Act)<sup>14)</sup>에 대한 강한 반발이 일어나면서 비법인회사(unincorporated company)가 성행하였다. 1862년에는 회사법(Companies Act)<sup>15)</sup>을 완성하였는데, 이 법은 영국의 주식회사에 관한 최초의 일반적인 입법으로 이 법이 인정하는 회사의 경영기관과 주주평등원칙 등은 다른 나라의 입법에 많은 영향을 주었다.

---

12) 李泰根·李在石, “理事會 制度”, 『現代法學의 課題 : 九山郭鍾泳教授華甲紀念論文集』(九山郭鍾泳教授華甲紀念論文刊行委員會, 1993), p. 364.

13) 鄭熙喆, 『企業法の 展開』(서울: 博英社, 1988), p. 44.

14) Bubble Act는 의회 또는 국왕의 특허 없이 法人으로 행위 하거나 양도성 있는 주식의 발행을 위법으로 규정하여 unincorporated company의 설립을 억제하고자 한 것이다.

15) 이 법은 116개조로 구성되었던 1856년법에 비하면 212개조로 구성된 방대한 법이다. 이 법은 1908년법에 의하여 그 동안의 모든 법들이 통합되기까지 근대 주식회사법의 모범이 되어왔다(鄭熙喆, 前掲書, pp. 53~54).

20세기초 영국 경제의 팽창과 성장에 따른 대규모 주식회사는 사회 일반에 분산되어 있는 유희자본을 흡수하게 되었고, 이에 따라 주식의 분산, 소유와 경영의 분리, 경영자 지배 등 일련의 현상이 나타나면서 오늘날과 같은 이사의 경영에 대한 배타적인 권한이 확립되었다. 이것은 경제적으로 “사회 재산의 소유가 보다 더 증가하고 넓게 분산되면서 소유와 이에 대한 지배는 같은 사람의 손에 들어가는 경우가 더 많아진다”는 사회 기업 발전에 따른 필연적인 논리와 “능률적이고 경제적인 회사 경영은 소수인에게 지배를 집중함으로써 촉진되어진다”는 현실적인 요청에서였다.<sup>16)</sup> 더욱이 오늘날 경영의 전문화는 경영전문가를 출현시켰고 이들이 회사를 경영하면서 배타적인 경영권이 확립되어, 현대적인 이사회제도로 발전한 것이다.<sup>17)</sup> 이와 같이 이사회제도 자체는 영미법에서 연유하지만 우리 상법에서 규정하고 있는 이사회제도는 영미법적 요소와 독일법적 요소를 모두 갖춘 절충형이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

## 第1節 商法上 理事會의 構成 및 機能

전형적인 물적 회사인 주식회사는 소유와 경영이 분리되어 있는 현대 자본주의 사회의 원천으로 우리 경제구조에서 차지하는 비중은 절대적이라고 할 수 있다. 오늘날 어느 나라의 법제에서나 주식회사에는 의사결정기관인 주주총회, 집행기관인 이사회, 감독기관인 감사 또는 감사회를 두고 있다.<sup>19)</sup> 그리고 이사회제도를 법률상 제도로 확립하고 이사의 지위를 강화하는 추세에 있다.<sup>20)</sup>

현행 상법은 이사회를 법률에 의한 제도로 확립하는 동시에 이사의 지위를 강

16) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 365.

17) 大隅健一郎, “アメリカ會社法における取締役會”, 京都大學商法研究會 編, 「英米會社法研究」(東京: 有斐閣, 1950), p. 86.

18) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 366.

19) 이와 같이 세 기관으로 권한을 분배한 것은 이들 기관들이 서로 견제를 통하여 합리적이고 합법적이며 합목적적으로 회사를 운영하도록 하기 위한 것이라고 한다. 金教昌, “現行 商法上の 監事制度和 그 改善方案”, 「上場協」, 제26호 (1992년 추계호), 한국상장회사협의회, 1992, p. 10.

20) 朴仁鉉, “株式會社 理事會制度에 관한 比較法的 研究”, 博士學位論文, 嶺南大學校 大學院, 1989, p. 87.



화하기 위하여 주식회사의 운영체계를 민주적 다수지배원리를 바탕으로 하는 주주총회 중심주의에서 適者管理 또는 指導者原理(Grundsatz des Fuhrertums)에 따른 이사회 중심주의로 변모시켰다.<sup>21)</sup> 이러한 현상은 상법이 개정될 때마다 나타나고 있는데,<sup>22)</sup> 이는 주식회사가 대규모화하면서 주식이 광범위하게 분산되고, 경영의 전문화를 피하기 위하여 이미 形骸化된 주주총회의 권한을 축소하고 이사의 업무집행 권한을 확대하려는 기업민주화(business democracy)의 반영이라고 한다.<sup>23)</sup> 다시 말하면 업무집행 기구의 권한을 확대하는 한편 그에 대응하여 주어진 권한을 보다 신중하게 행사하고, 스스로를 감독하게 하기 위하여 이사로 구성된 회의체 형식의 이사회에서 업무를 집행하도록 한 것이다. 우리 상법에서는 업무집행 기관으로 대표이사과 이사 그리고 이사회를 두고 있고, 이사회와 주주총회의 권한보다 우월한 것으로 인정하고 있다.<sup>24)</sup>

## 1. 理事會의 構成

### 1) 理事會의 性格

理事會(board of directors, Vorstand, Conseil d'administration)는 회사의 업무집행에 필요한 의사를 결정하고, 감독하기 위하여 이사 전원으로 구성되는 회의체로 주식회사의 必要的 常設機關이다.

주식회사는 기관이 분화되고 기관자격과 사원자격이 분리되어 있는 특징이 있다. 이러한 특성에 따라 주식회사의 기관은 의사결정기관인 주주총회와 업무집행기관인 이사회·대표이사, 감독기관인 감사로 나뉘어 있다. 그리고 회사의 설립 절차와 업무 그리고 재산 상태를 조사하기 위해 선임되는 임시기관으로 검사인이 있다. 한편 주식회사에는 다수의 주주가 존재하기 때문에 모든 주주가 회사 경영에 직접 관여할 수 없을 뿐만 아니라, 회사 업무가 복잡하여 고도의 지식과 경험을 가지고

21) 徐廷甲, 「改正商法總覽」(서울: 博英社, 1987). p. 588.

22) 金英坤, 前揭論文, p. 398.

23) 李炳泰, 前揭論文, p. 25.

24) 李泰根·李在石, 前揭論文, p. 365.

있는 전문가에게 경영을 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 업무 집행을 맡기고 있는 것이다.

이와 같이 사원자격과 기관자격이 분리되고, 기업의 소유자인 주주가 독립한 기관인 이사회에 경영을 맡기는 현상을 기업의 「소유와 경영의 분리」(separation of control from ownership)라고 한다. 특히 大規模 公開企業에서 대부분의 주주는 경영에는 무관심하고, 소유와 경영의 분리가 극단적으로 진행되어 「지배 없는 부의 소유와 소유 없는 부의 지배」(Ownership of wealth without appreciable control and control of wealth without appreciable ownership)라는 「經營者支配」(management control)현상이 나타났다. 따라서 기업은 주주의 이익을 보호하는 동시에 기업의 존립에 막대한 영향을 미치는 경영자인 이사 또는 이사회에 비중을 두지 않을 수 없게 되었다. 한편 기업의 사회적 지위와 역할이라는 측면에서 보아도 기업 활동의 공정성과 기업의 사회적 책임과 관련하여<sup>25)</sup> 이사 또는 이사회가 주식회사의 다른 어떤 기관보다도 그 중요성과 기능이 강조되는 기관이 되었다.<sup>26)</sup>

이사회는 법정기관으로 정관에 의해서도 이를 두지 않을 수 없으며, 주주총회의 결의에 의해서도 이사회를 폐지하거나 권한을 박탈할 수 없다. 제정상범 이래 강화되어 온 이사의 권한을 신중하게 행사하도록 하기 위하여 법이 규정한 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 업무 집행에 필요한 의사를 이사회에서 결정하도록 요구하고 있다. 한편 이사회는 理事會議가 열리고 있는지에 관계없이 회사가 존재하는 동안 존속하여야 하는 상설기관이다. 이사회는 주주 전원으로 구성되는 주주

---

25) 회사는 영리를 추구하는 단체이기 때문에 영리성은 필연적인 속성이지만, 회사의 성장에 따라 활동범위가 넓어지면서 資本再生産社會에서 생산과 분배가 대부분 회사를 통하여 실현된다. 따라서 사회 일반에 막대한 이해관계를 미치는 회사는 공동사회적 성격을 띠게 되고, 이러한 공동사회적 성격을 어떻게 볼 것이냐에 따라 회사법에 대한 개정이 논의되기도 한다. 즉 회사의 사회적 책임은 기업이 얻은 이익을 어떻게 사회에 환원하는가 하는 문제와 관련하여 논의된다고 한다(金鎮奉, “企業의 社會的 責任과 理事會의 構成”, 「法學論集 : 文谷林健默教授停年退任紀念」, 第14輯, 淸州大學校, 1982, pp. 107~108).

26) 朴仁鉉, 前揭論文, p. 13.

총회에 상응하여 이사 전원으로 구성되는 회의체 형식의 기관으로, 대외적으로는 회사 업무의 집행과 대표 등에 관한 의사결정기관이다. 이사회를 회의체로 구성하도록 한 것은 신중한 권한 행사는 물론 이사들 사이에서 협의와 의견 교환을 통하여 종합적인 지혜의 결집을 통해 이사로서의 임무를 완수하도록 하고자 한 것이다.

이와 같이 이사회 자체는 항상 존속하지만 활동 형식으로서의 理事會議는 상시 계속하여 개최되는 것이 아니고 정기적으로 또는 필요에 따라 임시로 모이는 비상설적이고 현실적인 회의이다. 그러나 우리 상법에서는 기관으로서의 이사회와 운영 형식으로서의 이사회의를 구별하지 않고 이사회라고만 규정하고 있다. 따라서 理事會라는 용어는 회의체로서의 회사기관 자체를 뜻하는 경우도 있고,<sup>27)</sup> 기관의 권한을 행사하기 위하여 개최되는 회의를 뜻하는 경우도 있다.<sup>28)</sup>

영미법에서는 이사회와 이사회의를 구별하여 기관으로서의 理事會를 board of directors, 운영 형식으로서의 理事會議를 meeting of the board of directors 또는 directors' meeting이라고 하거나 board meeting이라고 한다.<sup>29)</sup> 독일 주식법은 업무담당기관으로서의 이사회를 Vorstand, 그 기관의 구성원을 Vorstandmitglieder라 하여 구별하고 있다.<sup>30)</sup>

이렇게 볼 때 일반적으로 이사회라고 하면 회사기관으로서의 의미이며, 활동 형식으로서의 이사회이라고 보기는 어렵다.<sup>31)</sup>

## 2) 理事會와 代表理事의 權限과의 關係

이사회는 구성원 중에서 1인 또는 수인의 대표이사를 선임하여, 이들이 회사 업

---

27) 이사회 의 권한(상법 제393조), 이사회내 위원회(제393조의 2)라고 할 때의 理事會는 회사 기관 자체를 의미한다.

28) 이사회 의 소집(상법 제390조), 이사회 의 의결방법(상법 제391조), 감사의 이사회출석·의견진술권(상법 제391조의 2), 이사회 의 회의록(상법 제391조의 3), 이사회 의 연기·속행(상법 第392條)이라고 할 때의 이사회는 회사기관의 권한을 행사하기 위하여 정기 또는 임시로 활동하는 비상설적·현실적인 理事會議를 의미한다.

29) Model Business Corporation Act 1974, §33, §39.; The California General Corporation Law §806, §807, §812.

30) 독일 주식법 제70조 이하 참조.

31) 朴仁鉉, 前揭論文, p. 13.

무를 집행하고 회사를 대표하게 하고 있다(상법 제389조 제1항). 또한 대표이사는 주주총회에서 선임된 이사의 지위도 갖기 때문에(상법 제382조 제1항) 이사회의 구성원이 되어 회사 업무를 집행할 뿐만 아니라 그 결정과 감독에도 참여하게 된다.

대표이사는 이사회에서 선정하지만, 정관이 규정한 때에는 주주총회에서 선정할 수도 있다(상법 제389조 제1항). 그런데 대표이사를 주주총회에서 선정할 때에는 대표이사의 업무집행에 대한 이사회의 감독기능이 약화될 수 있다. 다시 말하면 상법에서는 특별하게 대표이사의 자격을 요구하고 있지 않기 때문에 이사라면 누구나 대표이사가 될 수 있고, 이사의 지위를 상실하면 대표이사의 지위도 상실한다. 대표이사의 지위를 상실하였다고 하여 이사의 지위까지 상실하는 것은 아니지만, 대표이사는 이사회의 결의로 언제든지 해임될 수 있다. 이와 같이 대표이사의 법률상 지위가 불안정하기 때문에 대표이사는 자신의 지위를 확고하게 하기 위하여 오히려 이사회의 기능을 무력화시킬 수 있는 것이다.<sup>32)</sup>

상법은 주식회사의 업무집행기관으로 이사회와 대표이사를 규정하고 있지만 대표이사가 회사의 업무집행권을 갖는다는 명시적인 규정은 없다. 다만 이사회는 회사 업무의 집행을 결의하며(상법 제393조 제1항), 대표이사를 선임하고(제389조 제1항), 대표이사는 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다(상법 제389조 제3항, 제209조). 代表는 대내적인 업무 집행과 포리관계에 있기 때문에 대표이사가 업무집행권을 갖는다는 점에 대해서는 이견이 없지만,<sup>33)</sup> 업무집행을 결정하는 권한을 갖는 이사회와의 관계에 대해서는 견해가 나누어지기 때문에 이사회와 대표이사와의 관계를 정리하여야 할 필요가 있다.

#### (1) 獨立機關說

독립기관설에서는 회사의 업무집행기관은 이사회와 대표이사로 분화되어 있고, 대표이사는 이사회와 대등한 독립된 권한을 갖는 독립기관이라고 한다. 이사회는 업무집행에 관한 의사를 결정하며, 대표이사는 그 결정에 따라 업무를 집행하고 회

32) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 369.

33) 李哲松, 「第10版 會社法講義」(서울: 博英社, 2003), p. 556.

사를 대표하게 된다. 따라서 대표이사는 대표권을 갖는 범위에서 업무집행권을 갖고, 법률이나 정관 또는 이사회에 의하여 이사회의 결정사항으로 유보되지 않으면 스스로 업무 집행을 결정할 권한을 갖는다는 것으로 현재 다수설이다.<sup>34)</sup>

그 논거로는 ① 회의체인 이사회를 업무집행기관으로 보는 것은 무리이고 적당하지 않기 때문에, 업무집행을 업무를 집행하기 위한 의사결정과 집행 자체로 나누어 의사결정은 이사회가, 결정된 의사의 집행은 대표이사가 담당한다고 본다.<sup>35)</sup> 즉 대표이사는 대내적으로는 업무를 집행하고, 대외적으로는 회사를 대표하는 회사의 필요적 상설기관이라는 것이다.<sup>36)</sup> ② 대표이사는 회사의 기관으로 이사회의 기관이 아니라고 한다. ③ 상법 제393조에서는 회사의 업무집행은 “이사회가 집행한다”가 아닌 “이사회의 결의로 한다”고 되어 있다는 것이다. ④ 대표이사는 이사회가 아닌 주주총회에서 선임될 수도 있다(상법 제389조 제1항 후단)고 한다.<sup>37)</sup> ⑤ 대표이사의 직무집행 행위는 이사회의 결정사항에 한정되는 것이 아니라는 것 등이다.

## (2) 派生機關說

파생기관설에서는 이사회는 업무 집행에 대한 의사결정은 물론 실행도 할 수 있는 유일한 업무집행기관이라고 본다. 즉 회사의 업무를 집행하는 기관으로 이사

---

34) 姜渭斗, 「全訂 會社法」(서울: 螢雪出版社, 2000), p. 503; 權奇範, 「現代會社法論」(서울: 三知院, 2001), p. 729; 金容泰, 「全訂 商法」, 上卷(益山: 圓光大學校 出版局, 1984), p. 383; 金正皓, 「第3版 商法講義」, 上卷(서울: 法文社, 2000), p. 626; 李哲松, 前掲書, p. 557; 林泓根, 「會社法」(서울: 法文社, 2000), p. 485; 鄭東潤, 「第7版 會社法」(서울: 法文社, 2001), p. 382; 鄭茂東, 「第2 全訂版 商法講義」, 上卷(서울: 博英社, 1996), p. 487; 鄭燦亨, 「第2版 會社法講義」(서울: 弘文社, 2002), p. 552; 崔基元, 「第11大訂版 新會社法論」(서울: 博英社, 2001), p. 585; 吳世昌, “株式會社の業務執行監督에 관한 研究 : 監事 및 理事會의 業務執行監督權을 중심으로”, 博士學位論文, 大邱大學校, 1995, p. 169; 竝木俊守, 「改訂版 取締役の職責と取締役會」(東京: 中央經濟社, 1991), p. 156.

35) 李哲松, 上掲書, p. 554; 鄭東潤, 上掲書, p. 111.

36) 李哲松, 上掲書, p. 554; 李泰魯·李哲松, 「全訂版 會社法講義」(서울: 博英社, 1989), p. 455; 鄭熙喆, 「商法學」, 上卷(서울: 博英社, 1989), p. 479; 崔基元, 前掲書, p. 619.

37) 鄭東潤, 上掲書, p. 111; 鄭茂東, 前掲書, p. 457.

회와 대표이사가 있지만, 대표이사의 권한은 이사회의 권한에서 유래하는 것이기 때문에 대표이사는 이사회의 파생기관에 불과하다고 한다.<sup>38)</sup> 따라서 대표이사는 이사회가 결의한 업무를 집행하는데 그칠 뿐이지만, 이사회의 법정결의사항 이외의 사항들은 대표이사에게 위임되고, 일상적인 업무집행의 결정도 대표이사를 선정할 때 당연히 위임된 것으로 추정하여야 한다는 것이다.

그 논거로 ① 상법은 원칙적으로 이사회가 대표이사를 선임하고, 그 직무를 감독하도록 하여 대표이사가 이사회의 파생기관임을 명시하고 있다고 한다.<sup>39)</sup> ② 업무집행을 의사결정과 집행으로 분리하는 것은 관념상으로는 가능하겠지만 부자연스러운 것이라고 한다.<sup>40)</sup> ③ 영미법에서도 업무담당임원(officer)나 (집행위원회(executive committee)는 이사회의 예속기관에 지나지 않는다고 한다.<sup>41)</sup> ④ 대표이사를 독립기관이라고 한다면 대표권의 제한을 이유로 선의의 제삼자에게 대항할 수 없다는 것은(상법 제389조 제3항, 제209조 제2항)<sup>42)</sup> 대표권의 범위 내에서 결정권을 가질 때 그 결정권을 제한함으로써 비로소 그 제한을 이유로 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다는 의미가 된다는 것이다.<sup>43)</sup> 그러나 대표이사가 이사회의 결의를 실행할 수 있는 권한만을 갖는 때에는 그 권한에 대한 제한은 무의미한 것이 되기 때문에 상법 제389조 제3항과 제209조 제2항을 이해할 수 없게 된다는 점<sup>44)</sup> 등을 근거로 들고 있다.

38) 徐燉珏·鄭完溶, 「第4全訂 商法講義」, 上卷 (서울: 法文社, 1999), p. 437; 孫珠瓚, 「第13訂 增補版 商法」, 上卷 (서울: 博英社, 2002), p. 382; 李炳泰, 「全訂 商法」, 上卷 (서울: 法元社, 1988), p. 649; 蔡利植, 「改訂版 商法講義」, 上卷 (서울: 博英社, 1996), p. 517.

39) 李炳泰, 上揭書, p. 80.

40) 大隅健一郎, 「新版 會社法の諸問題」 (東京: 有信堂高文社, 1983), p. 335; 山口幸五郎, 「會社取締役制度の法的構造」 (東京: 成文堂, 1973), p. 247.

41) 李炳泰, 前揭書, p. 80.

42) 상법 제389조 제3항에 따라 준용되는 제209조는 제1항에서 “회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다”고 하고, 제2항에서 “전항의 권한에 대한 제한은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다”고 하고 있다.

43) 대표이사는 법률 또는 정관에 따라 주주총회 또는 이사회의 결의사항으로 되어 있는 것을 제외하고 대표권의 범위 내의 행위, 즉 영업에 관한 일체의 행위에 관하여 직접 결정하고 실행할 수 있으므로 이사회로부터 업무집행에 관한 의사결정권한을 위임받을 필요가 없다고 한다(河本一郎, 「新訂第8版 現代會社法」 (東京: 商事法務研究會, 1999), p. 365).

44) 徐燉珏, “理事會와 理事·代表理事”, 「商法研究 II」 (서울: 法文社, 1980), p. 38.

이 견해에 따르면 이사회는 그 결의로 대표이사의 권한을 수시로 제한할 수 있을 뿐만 아니라, 대표이사의 권한에 속하는 사항에 대해서도 이사회 결의로 구속할 수 있게 된다. 그리고 대표이사에 대한 이사회 감독권한(상법 제393조 제2항)을 근거로 대표이사의 선임과 해임은 이사회 권한으로 전속되는 것이 논리적 귀결이라고 한다.

### (3) 제3설

제3설은 이사회는 업무집행에 관한 의사결정 뿐만 아니라 집행 자체 등 회사의 업무집행에 대한 모든 권한을 가지고 있고, 대표이사는 회사의 대표기관으로서 이사회 위임에 따라 회사를 대표하고 법률행위를 하는 지위에 있다고 한다. 물론 이 때에도 회사의 일상 업무에 속하는 업무집행에 대해서는 보통 법률행위 이외의 사무에 대해서도 상당히 광범위하게 행하여지지만 대표이사에 선임된 이상 당연히 위임되지 않으면 안 된다고 해석할 이유는 없다고 한다.<sup>45)</sup>

### (4) 제4설

제4설은 파생기관설을 기본으로 하여 발전시킨 것으로,<sup>46)</sup> 주식회사에서 업무집행기관은 관리(administration)와 지휘(direction)의 분화를 이념으로 발달은 하였기 때문에, 업무집행기관의 법적 구조나 변화를 명백하게 할 때에는 이러한 관점에서 이에 상응하는 개념과 이론 구성을 하여야 한다고 한다. 대표이사가 이사회 파생기관으로서의 성격을 갖는다고 하여 이사회와 독립하여 법률상 고유한 권한을 가진 별개의 지위를 보유하는 것과는 별개라고 한다. 연혁적으로 볼 때 대표이사가 이사회 파생기관적 성격에서 완전히 벗어난 것은 아니지만, 관리기관인 이사회나 주주총회의 결의사항을 집행하고 계속적으로 반복하여 행하여지는 일상적인 업무의 전결집행권을 보유할 수 있는 지휘기관으로서의 지위에 있다고 한다.

---

45) 高鳥正夫, 「増補版 會社法の諸問題」(東京: 慶應通信, 1981), p. 342.

46) 朴榮吉, 前掲論文, p. 244.

이 견해에 따르면 대표이사는 법률에 의하여 주주총회 또는 이사회에 결의사항으로 규정되어 있는 것을 제외한 회사의 영업에 관한 일체의 행위를 할 수 있는 권한을 갖게 된다. 따라서 이 범위 내의 행위에 대해서는 스스로 결정하고 집행할 수 있으므로, 이러한 범위 내에서의 업무집행에 대한 의사결정 권한에 대해서는 이사회로부터 위임을 받을 필요가 없다고 한다.<sup>47)</sup>

#### (5) 結語

이상에서 살펴 본 학설들 가운데 어느 견해가 가장 타당하겠는가 하는 문제에서 고려되어야 할 중요한 요소는 대표이사의 전횡을 방지하여야 한다는 정책적 요구에 적합한가, 이사회에서 얼마나 효과적으로 대표이사를 지휘·감독할 수 있는가, 우리 나라와 같은 주식회사의 지배구조에서 이사회에 形骸化를 얼마나 방지할 수 있는가 하는 등이다.<sup>48)</sup>

현행 상법상 대표이사를 이사회에의 파생기관이라고 하는 입장에서는 대표이사는 이사회에서 선출되며, 이사회는 회의체기관이기 때문에 스스로 업무를 집행할 수 없으므로 자신의 권한을 대표이사에게 위임하는 것이라고 한다. 그러나 현행 상법에 따르면 대표이사는 주주총회에서 선출될 수도 있으며, 이사회와 대표이사는 각각 독립된 기관으로써 권한을 가지고 있다. 따라서 대표이사와 이사회에의 관계는 독립된 기관으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 어떠한 견해에 따르더라도 대표이사는 주주총회와 이사회에서 결의된 사항을 집행할 권한이 있고, 이사회에서도 업무집행에 관한 모든 것을 결의할 수는 없고 이를 대표이사에게 일부 위임하는 것은 불가피하며, 대표이사가 일상적인 사항에 대한 업무집행의 의사결정을 할 수 있기 때문에 실제로 어느 입장을 취하든 큰 차이는 없다.<sup>49)</sup>

---

47) 孫聖奎, “株式會社 理事會의 法律的 構造에 관한 小考”, 『社會科學論集』, 第3輯, 延世大學校 社會科學研究所, 1978, p. 150; 山口幸五郎, “取締役會の決議事項の決定”, 『民商法雜誌』, 86卷 2號 (東京: 有斐閣, 1982. 5), pp. 213~214.

48) 朴榮吉, 前掲論文, p. 246.

49) 李哲松, 前掲書, p. 557; 李範燦, 前掲論文, p. 254.



### 3) 理事會와 常務會

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.<sup>50)</sup> 회사 규모의 확대에 따라 이사회는 대형화되고 이사의 수가 증가하면서 이사회는 제 기능을 다하지 못하고 있다. 즉 이사의 수가 많기 때문에 이사들이 여러 곳에 산재하게 되어 신속하게 이사회를 소집할 수 없어 쉽게 개최할 수 없고, 이사의 능력이 부족하거나, 의무로 되어 있는 이사회 의사록의 작성과 공시(상법 제391조의 3) 때문에 경영 기밀을 유지하는 데에도 어려움이 있다.<sup>51)</sup>

이사회 운영에 대한 이와 같은 법적 제도적 어려움 때문에 회사는 전문적인 지식을 갖추고 능동적으로 움직일 수 있는 유능한 집단(elite group)에 의해 경영되어 지게 되는데<sup>52)</sup> 이러한 유능한 집단(elite group)이 사장과 부사장 그리고 업무담당이사들로 구성된 상무회(council of general executive)<sup>53)</sup>이다.

#### (1) 常務會의 性格

현대 경영은 전문경영자집단에 의해 이루어지고 있고, 이와 같은 전문경영자집단은 최고경영층, 중간경영층, 하위경영층으로 나눌 수 있다. 이 중 최고경영층(Top management)은 수탁기능(trusteeship function)과 전반적인 관리기능(general management function) 그리고 부분적인 관리기능(divisional

---

50) 金鎮奉, “理事會의 常務會制度에 관한 研究”, 『社會科學研究』, 第9輯, 西原大學校社會科學研究所, 1996, p. 15.

51) 鄭東潤, 前掲書, pp. 378~379; 崔基元, 前掲書, p. 618; 金教昌, 上場會社 理事會와 常務會의 實態分析, p. 301; 金鎮奉, 上掲論文, p. 15; 李範燦, 前掲論文, p. 24.

52) 金鎮奉, 上掲論文, p. 15.

53) 常務會는 부장이나 과장급 上場사용인도 참여하는 등 회사의 규모와 종류에 따라 다양하게 운영되고 있을 뿐만 아니라, 그 명칭도 ‘상임이사회’, ‘운영위원회’, ‘집행위원회’, ‘간부회의’, ‘임원회’ 등으로 다양하다(李泰魯·李哲松, 前掲書, p. 538).

management function)을 담당한다.<sup>54)</sup>

수탁기능은 주주의 이익을 대표하고 보호하기 위하여 회사경영에 대한 기본방침을 결정하고, 회사의 성과를 평가하며, 회사의 재산과 효율적인 활용을 담당하는 기능으로 주로 이사회가 담당하여야 할 기능이다.<sup>55)</sup> 전반적인 관리기능은 이사회가 정한 기본방침의 범위 안에서 이사회로부터 위임받은 권한의 범위 내에서 구체적으로 회사경영 전체를 계획, 조직, 명령, 조정, 통제하는 기능으로 회사에 따라 사장, 사장과 부문관리자회의, 상근 전반관리자회의 또는 이사회가 담당하여야 할 기능이다. 부분적인 관리기능은 회사의 중요 부분에 대한 경영관리를 분담하는 것으로 그 책임자가 최고경영층에 속한다.

우리 상법은 이사회와 대표이사에게 할 수탁기능과 전반적인 관리기능은 물론 부분적인 관리기능에 이르기까지 모든 기능을 수행하도록 하고 있다.<sup>56)</sup> 즉 우리 상법이 이사회를 법정기관으로 승격시키면서 주주총회의 권한을 축소하고 이사회에 이사의 직무집행에 대한 감독권을 부여한 것은 이사회가 수탁기능은 물론 전반적인 관리기능과 이사들 중 일부가 부분적인 관리기능까지 맡아주기를 기대한 것이라고 한다.<sup>57)</sup>

상무회는 정관 또는 이사회규칙에 따라 설치되는데 많은 회사에서 상무회를 두는 것은 복잡한 회사 업무에 적절하게 대응하고, 전문성을 도모하기 위한 것이다. 미국의 경우 대부분의 회사법에서는 업무담당임원(officer)의 선임과 해임을 이사회회의 권한으로 명시하고 있고, 집행위원회(executive committee)도 정관의 규정에 따라 이사회가 선임·구성하도록 하고 있다. 일본에서도 대부분의 주식회사에서 상무회를 설치하고 있다.

상무회는 회사의 임의기관으로, 법적 성격에 대해서 常務會規程이 정하고 있는 임무에 따라 협의기관과 협의결정기관 및 자문·연락기관 등으로 분류한다.<sup>58)</sup> 그

---

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

55) 金鎭奉, 理事會의 常務會制度에 관한 研究, p. 16.

56) 上揭論文, p. 16.

57) 金教昌, “理事會의 活性化를 위한 試論”, 「上場協」, 제15호 (1987년 춘계호), 한국상장회사협의회, 1987, p. 166.

58) 服部榮三, “常務會의 序說的考察”, 「商法學論集 : 小町谷先生古稀記念」(東京: 有斐閣, 1964), p. 95; 平賀賢三郎, “常務會의 法的性質”, 「現代商法學의 諸問題 : 田中誠二先生古稀記念」

러나 넓은 의미에서 볼 때 협의는 최고경영자의 의사결정에 대한 자문과 정보 교환 등을 포함되기 때문에 협의기관 또는 의결기관으로 분류하는 것이 타당하다고 한다.<sup>59)</sup> 그리고 상무회는 정관 또는 이사회규칙에 의하여 정해진 임의기관이므로 업무집행 권한을 갖는 이사회 하부기관으로 본다.<sup>60)</sup>

## (2) 常務會의 構造

상무회는 법정기관이 아닌 임의기관으로 그 법적 구조를 정의하기가 쉽지 않고, 운영도 회사의 특성에 따라 자문기관, 협의기관, 의결기관 등으로 운영된다.<sup>61)</sup> 그러나 상무회는 사장을 정점으로 업무담당자들로 구성된 수직적 조직이기 때문에 의결기관이 되기는 어렵다. 또한 자문과 협의만이 아닌 상무회의 결정이라는 이름으로 회사의 경영방침을 수립한다는 점에서 보면 단순히 자문기관 또는 협의기관으로 보기도 어렵다. 이렇게 볼 때 상무회는 협의기관과 의결기관의 중간 단계에 위치한 협의결정기관이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>62)</sup>

현실적으로 보면 상무회는 전반적인 관리기능을 담당하는 대표이사의 자문기관으로서 업무를 수행하고, 이사회 결의가 요구되는 사항에 대하여 결의하거나,<sup>63)</sup> 이사회로부터 위임받은 일상 업무에 대한 사항을 결정하는 기능을 하기도 한다.<sup>64)</sup> 이러한 이유에서 상무회를 정관에 의한 기관으로 격상시켜야 한다는 주장도 있다.<sup>65)</sup> 그러나 이사회가 결정한 경영방침에 따라 대표이사가 구체적으로 업무를 집행할 때 그 방침을 확립하기 위하여 경영에 관한 중요 사항을 협의하고, 내부 통제

---

(東京, 千倉書房, 1967), p. 567 以下.

59) 李範燦, 前揭論文, p. 263.

60) 高永德, “商法上 理事會制度에 관한 研究”, 博士學位論文, 圓光大學校 大學院, 1991, p. 44.

61) 平賀賢三郎, 前揭論文, p. 567 以下.

62) 金鎮奉, 理事會의 常務會制度에 관한 研究, p. 18.

63) 李泰魯·李哲松, 前揭書, p. 538; 崔基元, 前揭書, p. 618.

64) 미국에서도 회사기관으로 이사회 이외에 임원회 또는 집행위원회(executive Committee)를 설치하고 이사회 권한의 전부 또는 일부를 위임하는 것을 인정하고 있다(Harry G. Henn & J. R. Alexander, *Law of Corporations and other Business Enterprise*, 3rd ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1983, p. 573).

65) 金教昌, 上場會社 理事會와 常務會의 實態分析, p. 313; 金泰奉, 理事會의 常務會制度에 관한 研究, p. 25.

와 사업계획의 기초적인 사항을 검토하는 단순한 협의기관으로 보거나, 대표이사의 자문기관, 연락기관 또는 정보전달기관으로서의 성격을 갖는다고 보면 상무회의 법적 성격은 크게 문제가 되지 않는다. 현재 우리 나라에서 운영되고 있는 상무회는 이러한 성격을 가진 것들이고 이러한 성격의 상무회라면 구태여 법정기관으로 할 필요가 없고, 정관에 따른 임의기관으로 충분하다고 생각된다.<sup>66)</sup>

이렇게 보면 대표이사가 상무회의 자문·협의 등을 거치지 않고 업무를 집행하여 회사에 손해를 끼쳤을 때에는 대표이사로서의 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 손해배상책임 문제가 생길 뿐, 업무집행행위 자체는 유효하다고 할 것이다. 그러나 상무회를 이사회의 업무집행에 대한 의사결정에 따라 회사경영에 대한 구체적인 실행계획을 수립하고, 경영에 관한 일체의 중요 사항을 협의 결정하는 의결기관으로 파악할 때에는 문제가 다르다. 이 때 상무회의 결의는 대표이사를 구속하고, 대표이사는 상무회의 결의에 따라 업무를 집행하여야 한다. 의결기관인 상무회의 결정에 위반한 업무집행은 그것이 대외적인 업무집행이면 유효하지만, 대내적인 것이면 원칙적으로 무효이다.<sup>67)</sup>

### (3) 常務會의 制度化 可能性

현실적으로 상무회는 전반적인 관리기능을 담당하고 있을 뿐만 아니라, 최고경영층의 중요한 부분을 이루고 있는 기관이다. 따라서 이사회의 축소판 또는 분신이라는 지위를 넘어 독자적인 기능을 담당하는 기관으로서의 역할에 대한 검토가 필요한 것도 사실이다.

이렇게 볼 때 상무회에 대한 조직개선이 우선 문제가 될 것이다. 상무회의 조직을 개선하기 위해서는 첫째, 전반적인 관리기능을 이사회에서 분리하여 상무회로 이관하는 법제화가 필요할 것이다. 이렇게 되면 이사회의 기능이 보완되고, 업무집행에서 기동성을 발휘할 수 있으며, 상무회의 권한이 대외적으로 인정되면서 거래

---

66) 상무회를 정관에 의한 필요기관으로 하면 우리 기업풍토에서는 이를 「이사회의 하부기관」이 아닌 「대표이사의 하부기관」으로 인식하여 자칫 자문·협의기관으로 운용될 염려가 크기 때문이라고 한다(李範燦, 前揭論文, p. 263).

67) 上揭論文, p. 263.

의 안전을 도모할 수 있을 것이다. 둘째, 이사와 임원이 구별되어야 한다. 원래 이사는 당연히 임원이 되어야 하는 것은 아니고, 임원이 반드시 이사이어야 하는 것도 아니다. 따라서 이사와 임원을 분리하여 상무회는 임원만으로 구성하도록 하여 업무집행의 신속성을 도모할 필요가 있다. 셋째, 상무회를 구성할 임원은 이사회에서 선출하도록 하여야 한다. 대주주나 대표이사가 아닌 이사회에서 임원을 선출함으로써 수탁기능을 수행하여야 할 이사회의 권한이 보장될 수 있을 것이다.

#### (4) 結語

상무회는 현실적인 중요성에도 불구하고 조직에 대한 근거, 권한과 책임의 한계 등에 대한 실정법적인 근거가 없기 때문에 많은 문제점을 안고 있는 것이 사실이다.<sup>68)</sup> 이러한 문제점을 해결하기 위한 논의가 진행되기도 하였지만 상법은 이사회에 위원회를 설치할 수 있도록 하여 상무회가 수행하고 있는 기능과 역할을 담당하도록 하고 있는 듯 하다. 따라서 앞서도 살펴본 것처럼 대표이사가 집행할 업무에 대한 협의와 내부 통제 등 대표이사의 자문기관, 연락기관 또는 정보전달기관으로서의 성격을 갖는다고 보면 상무회의 법적 성격은 크게 문제가 되지 않을 것이다. 따라서 상무회에 대한 법제화 가능성에 대한 검토보다는 이사회내 위원회에 대한 적극적인 검토가 우선되어야 한다고 본다.

#### 4) 理事의 機關性

상법은 회사의 업무집행기관과 회사대표기관의 구성에 대하여 주주총회에서 선임한 3인 이상의 이사<sup>69)</sup> 전원으로 이사회를 구성하고, 정관에 다른 정함이 없으면 이사회의 결의로 대표이사를 선정한다(상법 제382조 제1항, 제383조 제1항, 제389조 제1항·제2항). 주식회사의 업무집행은 이사들로 구성된 이사회가 결의하고(상법 제393조 제1항), 대표이사는 회사를 대표하여(상법 제389조 제1항·제2

68) 金鎭奉, 理事會의 常務會制度에 관한 研究, pp. 25~26.

69) 理事는 원칙적으로 3인 이상이어야 하지만 자본의 총액이 5억원 미만인 회사는 1인 또는 2인으로 할 수 있다(상법 제383조 제1항).

항) 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한을 갖는다고 규정하고 있다(상법 제389조 제3항, 제209조). 이와 같은 상법 규정에 비추어 보면 주식회사의 업무집행은 이사회와 대표이사에 의해 이루어진다.

이사는 업무집행기관인 이사회와 구성원인 점은 분명하지만 한편, 이사는 단독으로 주주총회에 참석하여 의사록에 기명날인하며(상법 제373조 제2항), 이사회를 소집하고(상법 제390조 제1항), 각종의 訴(상법 제328조, 제376조, 제429조, 제445조, 제529조)를 제기할 수 있으며, 검사인의 선임을 법원에 청구하는(상법 제298조) 등 이사 고유의 직무와 그 직무에 따른 권한 및 의무와 책임이 있다. 따라서 이사회·대표이사 외에 이사회도 단독으로 회사의 기관이라고 할 수 있는가 하는 점이 문제가 된다.<sup>70)</sup> 이와 같은 이사의 지위에 대한 문제는 이사를 독일법에 따른 이사회(Vorstand)로 볼 것인가 아니면 이사(Vorstandsmitglieder)로 볼 것인가에 따라 견해가 나누어진다.<sup>71)</sup>

#### (1) 肯定說

이사 각자를 단독으로 회사기관으로 볼 수 있는가에 대하여 긍정설은 이사를 회사의 필요상설기관이라고 한다.<sup>72)</sup> 그 논거를 보면 주식회사의 이사는 이사회와 구성원으로서 그 결의에 의하여 이사회와 업무집행에 대한 의사를 결정하고, 업무감독을 임무로 하며, 단독으로 활동할 수 있는 권한이 있고,<sup>73)</sup> 이사의 이러한 권한은 이사 개인의 이익을 위한 것이 아니라 회사 자체의 목적을 달성하기 위한 것이며,<sup>74)</sup> 상법은 주식회사의 「機關」이라는 제목 아래 제2관에서 이사와 이사회를

70) 李康龍, “理事의 法的地位”, 『論文集』, 第7卷, 忠南大學校 法律行政研究所, 1980, p. 129; 李範燦, 前掲論文, pp. 250~251.

71) 金鎮奉, “株式會社 理事會 構成의 法的 問題點”, 『社會科學研究』, 第6輯, 西原大學校 社會科學研究所, 1988, p. 58.

72) 李哲松, 前掲書, p. 514; 朴元善, “韓國商法에 있어서의 理事會制度的 研究”, 『學術院論文集』, 人文社會科學編, 第15輯, 大韓民國學術院, 1976, p. 253 以下; 田中誠二, 『會社法詳論』, 上卷(東京: 勁草書房, 1993), pp. 526~527; 大濱信泉, “取締役と取締役會”, 田中耕太郎 編, 『株式會社法講座』, 第3卷(東京: 有斐閣, 1956), p. 1031.

73) 李哲松, 上掲書, p. 514; 朴元善, 上掲論文, p. 254; 田中誠二, 上掲書, p. 527; 大濱信泉, 上掲論文, p. 1030.

74) 大濱信泉, 上掲論文, p. 1030.

병렬하여 규정하고 있고, 주주총회와는 달리 이사가 없으면 회사의 업무집행이 정  
체되는 점<sup>75)</sup> 등을 들고 있다. 특히 부정설은 독일법에 따른 이사회(Vorstand)와 그  
구성원(Vorstandsmitglieder)을 혼동<sup>76)</sup>하고 있다고 한다.

## (2) 否定說

부정설은 이사 단독으로는 회사의 기관이 될 수 없다고 본다.<sup>77)</sup> 그 논거로 개  
별 이사는 이사회에 불과할 뿐, 그 자체로는 업무집행과 회사를 대표하는  
권한을 행사할 수 없으며,<sup>78)</sup> 상법에 따른 이사의 활동은 이사의 권리로서 이사 자  
신의 행위일 뿐 그 행위가 곧 회사의 행위로 되지 않으며, 비교법적으로 보아도 이  
사회제도의 발생지인 영미에서는 이사가 곧 기관이 되지는 않는다는 점,<sup>79)</sup> 이사의  
행위가 기관으로서의 행위라면 法人實在說의 전제에서 기관은 회사와 동일한 것이  
므로 회사가 자기에게 스스로 소를 제기한다는 것<sup>80)</sup>은 이론상 허용되지 않는다는

75) 上揭論文, p. 1031.

76) 독일에서는 이사회는 기관(Organ), 이사는 기관자격을 담당하는 자(Organträger)이라고  
하여 양자를 구별하고 있다. 즉 법이 규정하고 있는 Vorstand는 기관으로서의 이사를 말  
하고, 이 기관은 1인 이상의 Vorstandsmitglieder로 구성된다. Vorstand가 여러 명 있  
을 때에는 Verwaltungsrat (理事會議)가 구성되지만, Verwaltungsrat의 구성은 법적으  
로 강제되지 않는다. 곧 Vorstand 각자가 이사라는 기관이 되고, 그들이 모여 이사회라는  
기관을 구성하는 것은 아니기 때문에 기관으로서의 이사는 각자 업무집행과 회사를 대표할  
권한을 갖는다(Götz Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 18. Aufl., Verlag, München, C. H. Beck,  
1991, 189 et seq).

77) 徐廷甲, 前掲書, p. 525; 孫珠瓚, 前掲書, p. 517; 李院錫, 「新商法(上)」(서울: 法志社,  
1984), p. 438; 鄭茂東, 前掲書, p. 446; 鄭熙喆·梁承圭, 「商法學原論(上)」(서울: 博  
英社, 1986), p. 436; 崔基元, 前掲書, p. 333; 金鎮奉, 株式會社 理事會 構成의 法的 問  
題點, p. 58; 李康龍, 前掲論文, p. 142; 全秉翼, “株式會社의 機關”, 「論文集」, 第6輯, 海  
洋大學校, 1972, p. 169; 大隅健一郎, 「全訂 會社法論」, 中卷(東京: 有斐閣, 1964), p.  
77; 大森忠夫等 編集, 「注釋 會社法」, 4卷(東京: 有斐閣, 1980), p. 251.

78) 李康龍, 前掲論文, p. 130.

79) 英美法에서 회사의 업무집행권은 개개 이사가 아닌 회의체인 이사들에게(directors, not  
individually, but as a board) 부여되어 있다. 따라서 이사 개인의 개별적인 활동에 따  
른 법적 효과를 회사에 귀속시킬 수 없다. 이 제도를 도입한 우리도 이사와 이사회에 대해  
서는 이와 같이 해석하여야 할 것이다. 따라서 이사 개개인의 활동은 허용되지 않으며, 그  
활동은 회사의 활동이 될 수 없고, 자신의 활동을 회사에 귀속시킬 수 없는 이사는 회사의  
기관이 아니라고 한다(李康龍, 上掲論文, p. 142).

80) 이러한 논거에 대해서는 理事가 기관이었던 依用商法에서도 이사에게 각종 訴權을 인정하

점<sup>81)</sup> 등을 들고 있다.

### (3) 結語

독일에서와 같이 논리적으로 이사회가 우선 존재하고 그 구성원을 위해 이사를 선임한다는 방식의 구조를 취할 때에는 이사를 기관으로 볼 여지는 없겠지만, 우리 의용상법에서는 이사회가 없이 이사가 독자적으로 업무집행권을 가지는 기관이었고, 그 연혁적 잔재로 현재도 이사의 지위와 이사회 구성원으로서의 지위는 동시성을 갖는 것이다. 이사에게 각종 단독적인 권한을 부여하고 있기 때문에 이사회도 회사의 기관으로 보는 것이 타당하다.<sup>82)</sup> 그러나 우리 상법에는 이사의 권리의무를 포함하여 그 지위가 명문화되어 있기 때문에 기관성에 대한 입장이 어떠하더라도 실제적인 차이가 있는 것은 아니다.<sup>83)</sup>

## 2. 理事會의 機能

앞에서 살펴 본 것과 같이 理事會中心主義가 확립된 주식회사에서는 주주총회가 이사의 선임과 일상적이지 않은 사항 등을 결정하고, 통상적인 경영활동은 이사회에 의하여 실행된다. 이에 따라 이사회는 회사의 업무결정과 그에 대한 감독이라는 주된 기능을 수행한다.<sup>84)</sup> 이러한 기능의 실효성을 보장하기 위하여 이사회는 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어있는 사항을 제외하고는 회사의 업무집행에 관한 모든 의사를 결정할 권한(상법 제393조 제1항 전단)과 이사의 업무집행을 감독할 권한이 있다(상법 제393조 제2항). 업무집행의 세목까지 이사회가 직접 결정할 필요는 없지만, 기본적 사항 특히 구체적으로 명시한 사항은

---

있던 점을 생각한다면 이러한 주장은 근거가 희박한 것이라는 비판이 있다. 각종 소권은 기관구성원인 개인으로서의 이사에게 법률의 규정에 의하여 주어진 특별한 권능이며, 이사가 기관이 아니기 때문에 주어진 것은 아니라는 것이다(李範燦, 前揭論文, p. 251).

81) 李炳泰, 「株式會社의 理事會制度」(서울: 法元社, 1986), p. 76.

82) 李哲松, 前揭書, p. 514.

83) 上揭書, p. 514.

84) 鄭熙喆, 前揭書, p. 441; 崔基元, 前揭書, pp. 578~579.



그 결정을 다른 기관에 위임하지 못한다.

이사회의 권한과 운영에 대해 현행 상법은 회사의 업무집행과 집행의 감독(상법 제393조), 이사회 운영을 위한 소집(상법 제390조)과 의결방법(상법 제391조), 의사록(상법 제391조의 3)과 연기·속행(상법 제392조) 등을 규정하고 있다.

#### 1) 理事會의 機能

회사업무 집행에 관한 의사결정 권한과 업무집행에 대한 감독 권한이 이사회에 주어져 있는데, 이와 같은 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, 최선의 판단과 독립적인 결정권을 행사할 것이 요구되고, 회사정책의 결정과 집행에 책임을 지게 된다.<sup>85)</sup>

##### (1) 一般的인 機能

일반적으로 이사회는 최고경영자에 대한 조언과 권고라고 한다.<sup>86)</sup> 중요한 회사 행위의 승인(approval of the board of directors)을 통하여 임원들에게 이사회 승인을 거쳐야 한다는 생각을 갖게 하여 의사결정 과정의 합리성을 높이고, 형식적이지만 최고경영자의 책임을 추궁하는 기관으로도 역할을 하면서 독자적인 책임에 수반되는 긴장을 완화시켜 주는 기능도 한다.<sup>87)</sup> 그리고 임원 이외

---

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

86) Larry. D. Soderquist, "Toward a More Effective Corporate Board: Reexamining Roles of outside Directors", *New York Univ. Law Review*, Vol. 52. p. 1355에 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 消極的 機能이라 하고 있다.

87) Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation : A Legal Analysis*, 宋

의 자들에게 회사 행위에 영향을 미치게 하거나 그것을 지배할 수 있는 기회를 제공하는 기능을 하는 동시에 최고경영자의 선임과 해임을 통하여 업무집행에 대한 평가와 감독을 하는 기능을 한다고 인식되고 있다.

보다 구체적으로 이사회는 회사의 최고경영층(Top management)으로 전반인 관리기능(General management function)과 부분적인 관리기능(divisional management function) 그리고 수탁기능(Trusteeship function) 중 어느 하나를 담당하는 기관이라고 보기도 한다.<sup>88)</sup> 다시 말하면 전반적인 관리기능은 회사에 따라 사장(chief executive) 또는 사장과 상무회 또는 이사회 중 어느 한 계층이 담당하고,<sup>89)</sup> 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 최고경영층에 속한다고 한다.<sup>90)</sup> 수탁기능은 주주의 이익을 대표하고, 보호·촉진하며, 경영에 대한 기본방침과 진로를 결정하고, 전반적인 경영 성과의 적정성을 평가하여 회사 재산을 보호하고 이를 효과적으로 활용하는 역할을 하는 기능으로 이사회 고유의 기능이라고 한다.<sup>91)</sup>

이렇게 볼 때 이사회가 갖는 기능은 수탁기능이고, 다른 기능들은 모두 이사회가 직접 담당하거나 수행하기에는 부적합한 것으로 이사회로부터 권한을 위임받은 대표이사나 업무담당이사 또는 그들로 구성된 회의체 형식의 활동을 통하여 이루어 질 수밖에 없다. 여기서 권한의 위임 또는 委讓 문제가 발생하고, 이러한 권한 委讓에 따라 그 권한을 위임받은 기관 또는 수임자의 지위와 역할 그리고 권한의 범위와 이사회와의 관계 등이 어떻게 이루어지느냐에 따라 이사회 자체의 기능이 실질적으로 수행되고 있는가 아니면 그 기능은 형식화된 규정상의 기능으로 形骸化되느냐가 결정지어 진다. 이와 같이 Holden 등은 이사회 기능의 주주보호라

---

相現·金建植 譯, 「株式會社法理의 새로운傾向」(서울: 經文社, 1983), p. 171.

88) P. E. Holden, L. S. Eish & H. L. Smith, op. cit., pp. 15~16.

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

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

91) 朴仁鉉, 前揭論文, p. 1227.

는 관점에서 파악하고, 이사회는 주주의 이익을 위하여 경영에 종사하는 것이라고 이해하고 있다.

이사회가 실제 기능하고 성과를 올리고 있을 때 나타나는 각종의 문제에 대한 이사회 기능과 방법에 대해 결정(decide)·확인(confirm)·상담(counsel)·검토(review)의 네 가지를 지적하는 견해가 있다. 첫째, 決定은 이사회가 경영자에게 권한을 委讓할 수 없는 사항에 대하여 스스로 문제를 취급·토의하고 결정하는 것을 말한다. 둘째, 確認은 이사회 승인을 필요로 하는 사항에 대하여 경영자가 결정한 것을 이사회가 확인하는 것을 의미한다. 셋째, 相談은 주로 이사회 사외 이사가 경영자의 상담역이 되어주는 것을 의미한다. 넷째, 檢討는 이사회가 재무보고 등의 보고서를 검토하여 경영자의 활동성과에 대하여 정보를 얻는 것을 의미한다.

이사회 기능에 대해 Holden 등은 이사회가 22항목의 기능을 수행한다고 보지만, Baker는 4개의 기능으로 파악하고 있다. 이는 학자에 따라 이사회 기능에 대한 견해가 다른 것으로 볼 수도 있지만, 이사회는 결정과 감독이라는 근본적인 입장은 동일하고, 구체적인 내용을 어떻게 표현하는가에 대한 차이에 불과한 것이다. 이와 같이 Baker·Holden 등의 견해에서 예시된 전통적인 이사회 기능의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있다.<sup>92)</sup> 첫째, 이사회를 주주의 이익을 보호하고 촉진하는데 이바지하는 기관이라고 보는 것이다. 엄밀하게 말하면 이사회는 회사기관이지만, 경제적으로 또는 실질적으로 보면 주주는 회사의 소유자로서의 지위에 있기 때문에 이사회는 주주에 이바지하는 기관이라고 이해된다. 둘째, 회사의 경영관리에서 나타나는 중요한 문제 특히 주주의 이익과 관련되는 중요한 문제는 이사회가 미리 처리하여야 한다고 이해되고 있다. 회사의 유지존속에서 중요한 사항은 주주총회가 결정하는 것이고, 경영관리에서 중요한 문제는 이사회 결정과 감독이라는 기능에 의하여 처리된다. 따라서 이사회는 회사 최고경영기관으로서 기능하게 된다.

한편, 이사회 기능을 통제기능과 서비스기능 그리고 자원접근 기능으로 설명

---

92) 洪復基, “社外理事制度에 관한 立法論 研究”, 博士學位論文, 延世大學校 大學院, 1988, p. 30.

하기도 한다.<sup>93)</sup> 統制(control) 기능은 주주를 대신하여 경영자를 감시하는 기능으로 기업의 소유와 경영이 분리됨에 따라 경영자가 기업의 이익보다 자기 자신의 이익을 추구할 가능성 높아지면서 이를 통제할 수 있는 가장 근본적이고, 중요하게 요구되는 이사회 기능이다. 이러한 통제기능을 위하여 이사회는 최고경영자를 선임하고 평가하며, 최고경영자의 보수를 결정, 감시하는 활동을 하게 된다. 서비스(service) 기능은 최고경영자에게 조언하는 것으로 이사들의 일상 업무 중 많은 시간과 노력이 이 기능을 수행하기 위하여 투자된다고 할 수 있다. 관리적 또는 업무적 의사결정 뿐만 아니라 전략적 의사결정에 대해서도 최고경영자에 대해 서비스가 이루어지는데, 경우에 따라서는 전략의 수립과정에 직접 참여하여 적극적인 역할을 수행하기도 한다. 자원접근(resource dependence) 기능은 경영자가 회사의 성공에 필수적인 자원에 접근 할 수 있도록 돕는 것으로 이사들이 다른 조직과의 네트워크를 통하여 자본이나 기업 파트너십 등과 같은 주요 자원의 획득에 도움을 주는 기능을 말한다. 특히 규모가 작은 기업 경우 대기업에 비하여 기업에 필수적인 자원접근이 용이하지 않기 때문에 이사회 기능은 매우 중요시 된다.

## (2) 社會的 責任에 따른 機能

우리 나라에서 외환위기를 전후하여 일어난 대기업들의 몰락은 비효율적인 기업 지배구조로 인한 견제와 감시기능이 제대로 작동하지 못하였기 때문이며, 이러한 현상에 따라 회사 경영의 합리성, 투명성, 전문성 향상에 대한 사회적 기대와 압력이 갈수록 높아지고 있다.

이에 따라 회사 업무에 대한 이사회 감독권은 회사의 목적과 경영 방침에 맞는 업무집행을 확보하기 위한 것으로 이사의 충실의무와 선량한 관리자로서의 주의의무, 기타 법령위반, 불공정행위 등 위법한 직무집행을 억제·감독할 뿐 아니라, 경영판단과 타당성 판단 등 이사의 모든 행위에 미친다. 한편 오늘날에는 회사

---

93) Johnson, Daily & Ellstrand, Board of directors: a review and research agenda, *Journal of Management*, Vol. 22, 1996, pp. 409~430.

에 대하여 이윤 추구와 함께 법률 책임으로서 사회적 책임을 다할 것을 요구하고 있기 때문에 이사회는 이러한 측면에서도 발휘되어야 한다.<sup>94)</sup>

이사회 기능에 대한 미국의 입장은 1974년 模範事業會社法에 나타나 있다. 즉 이사의 직무는 회사 경영과 함께 임원의 업무가 주주의 이익에 적합하고 공중의 이익을 보호하기 위하여 법률에 따라 집행되도록 지시하고 감독하는데 있다고 한다.<sup>95)</sup> 미국에서는 회사를 사회적 존재로 인정하여 회사는 궁극적으로 사회에 이바지하여야 하는 존재로 사회적 책임을 다할 것을 강하게 요구하고 있다. 미국 법률협회의 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.<sup>96)</sup>

그리고 이와 같은 사회적 공공적 목적을 갖는 업무가 적정하게 집행되도록 하기 위하여 이사회는 감독기능이 효과적으로 발휘되도록 하는 방안이 검토되었다. 즉 각주의 법률은 이사회에 각종 위원회를 두도록 하고, 이 위원회에서 감독기능을 수행할 수 있도록 하고 있다.<sup>97)</sup> 전통적으로 회사에 위원회를 두는 것이 일반화되고 있으며, 업무집행위원회(executive Committee)는 고도의 정책과 업무집행을 결정하고, 감사위원회(audit Committee)는 회계감사인의 감사를 포함하여 회계를 감독하게 하고, 이들 위원회와 함께 이사회와 모든 이사가 이사회 구성원으로

---

94) 田中誠二, “株式會社の社會的責任についての商法上の立法論的考察”, 『亞細亞法學 : 大學院設置記念號』, 9卷 2號 (東京: 亞細亞大學法學研究所, 1975. 3), p. 5.

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

96) Statement of Position Concerning the role of Corporate Directors of Business Roundtable 33, Business law, 2096~2103 (1978).

97) The Role and Composition of the Board of Directors of Large Public Owned Corporation 33 Business Law 2096~2103 (1978).

서 업무를 감독하고 있는 것이다.<sup>98)</sup> 이에 따라 오늘날 업무집행자로부터 독립한 사외이사<sup>99)</sup>를 통하여 이사회에 감독기능이 보다 충실하게 이루어지고 있다고 평가되고 있어서 감독위원회에도 의무적으로 사외이사를 도입하도록 하고 있으며, 이사와 주요 임원을 추천하는 추천위원회(nominating Committee)의 설치와 함께 사외이사의 도입을 요구하고 있다.<sup>100)</sup> 또 공개회사(publicly held companies)에서는 회사가 경영을 적정하게 하고 사회적 책임을 다하기 위하여 사회정책위원회(The public policy Committee)를 두어 사회정책을 결정하게 하고 있다. 이러한 이사회 내의 위원회제도는 적정한 업무집행을 결정하고 아울러 이에 따라 이루어진 업무집행자의 책임을 경감시킬 수 있는 효과적인 제도라고 한다.<sup>101)</sup>

우리 나라에서도 회사가 법률책임으로서의 사회적 책임을 다할 것이 강력하게 요청되고 있어서,<sup>102)</sup> 이사회의 기능 즉 이사회의 감독권은 널리 회사의 사회적 책임을 포함한 적정한 업무집행을 대상으로 하고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 이사회의 감독 기능은 반드시 법령이나 정관 위반 등 위법행위나 사회적으로 부당한 행위에 한정되지 않고, 때에 따라서는 위법행위가 되지 않는 상황에 대해서도 감독권이 있다고 생각된다.

## 2) 理事會의 地位

理事會는 회사의 업무집행에 관한 의사의 결정과 실행, 대표이사와 기타 이사의 업무집행을 감독할 권한을 가진다. 회사업무의 집행에 관한 의사결정권은 회사의 모든 업무 가운데 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 것을 제외한 모든 업무의 집행에 관한 사항이다(상법 제393조 제1항).

98) The Overview Committee of the Board of Directors, 34 Business Law 1867~1868 (1978).

99) 社外理事는 보통 회사와 상근 고용관계에 있지 않는 이사를 말하고, 社內理事는 회사와 상근 고용관계에 있는 이사를 말한다(Harld Koontz, *The Board of Directors and Effective Management*, New York: McGraw-Hill, 1967, p. 122).

100) 坂田桂三, “米國における會社機關の理論と實際: 近時の會社組織論と運用狀況”, 『商事法務』, 843號 (東京: 商事法務研究會, 1979. 7), pp. 62~67.

101) The Public policy Committee of the Board of Directors, 38 Business Law, 211~215 (1982).

102) 金鎮奉, 企業의 社會的 責任과 理事會의 構成, p. 107 以下.

앞에서도 살펴본 것처럼 이사회제도의 도입은 주주총회의 권한을 축소시키면서 이사회 권한의 확대와 지위 강화를 도모하는 한편으로 회사업무의 집행을 회의체인 이사회와 대표이사가 담당하게 하고, 이사는 이사의 구성원으로 결의에 참가하는데 그치게 하였다.<sup>103)</sup> 즉 현행 상법을 제정할 당시에 영미법에 따른 이사회제도를 도입하면서 이 제도가 기능을 발휘하기 위하여 반드시 필요로 하는 제도들은 외면한 채 이사회라는 기관만을 법정하였기 때문에 우리나라의 기업풍토에서 그 기능을 다하지 못하였다. 특히 1984년 개정상법은 이사의 지위를 강화하면서도 그 기능을 발휘하기 위한 보완장치를 제대로 마련하지 못하였기 때문에 이 제도가 갖는 본래의 목적이 실현되고 있는가 하는 의문이 제기되고 있다.<sup>104)</sup>

#### (1) 業務執行機關으로서의 地位

주식회사에서는 사원자격과 기관자격이 분리되어 사원인 주주는 회사업무를 집행할 권한과 회사를 대표할 권한이 없고, 업무집행기관인 이사가 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표한다. 그러나 이사가 단독으로 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표할 것인가 또는 이사 전원이 합의체기관을 구성하여 회사의 업무를 집행하고 회사를 대표할 것인가는 각국의 태도에 따라 다르다. 회사는 스스로 활동하지 못하고 기관을 통하여 활동하게 된다.<sup>105)</sup> 의용상법 시행 당시에는 원칙적으로 회사의 모든 업무에 대한 의사를 주주총회에서 결정할 수 있었지만, 현행 상법은 주주총회의 권한을 대폭 축소하면서 원칙적으로 모든 업무집행권을 이사회에 주었다.

회사 업무에는 기업의 존립 자체에 관한 업무와 기업 경영을 목적으로 하는 업무로 나눌 수 있다. 따라서 기업의 존립과 관련한 업무에 필요한 의사결정은 소유주체인 주주로 구성된 주주총회의 권한에 속한다. 이에 비하여 회사를 경영하기 위한 업무에 필요한 의사결정은 기업경영의 담당자라고 할 수 있는 이사의 권한에 속한다는 것이 권한분배에 관한 상법의 원칙적인 기준이라고 할 것이다.<sup>106)</sup>

103) 이에 대해서는 견해가 나누어져 있다(朴榮吉, 前揭論文, p. 240).

104) 자세한 것은 李炳泰, 株式會社의 理事會制度, p. 14 이하 참조.

105) 이사회는 업무집행기관이지만 회의체라는 성질에서 업무집행에 관한 의사를 결정할 뿐이라고 한다(李泰根·李在石, 前揭論文, p. 369).

따라서 주주총회는 상법 또는 정관에 정하여진 사항에 대해서만 결의할 수 있고(상법 제361조), 그 밖의 사항은 모두 이사회의 권한에 속한다(상법 제391조). 현행 상법은 “회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다”는 일반규정(상법 제393조 제1항)과 함께 중요한 업무집행에 대해서는 이사회의 권한으로 개별적으로 명시하고 있다. 이러한 사항들은 회사의 기본적 조직을 전제로 하여 전개되는 업무집행과의사결정사항이므로 이사회 이외의 다른 기관에 위임할 수 없다.

이사회의 고유권한으로 상법이 명문으로 규정하여 정관으로도 주주총회의 결의 사항으로 할 수 없는 것으로는 주주총회 소집결정(상법 제362조), 지배인의 선임과 해임(상법 제393조 제1항), 지점의 설치와 이전 또는 폐업(상법 제393조 제1항), 이사회 소집권자의 특정(상법 제390조 제1항), 대표이사의 선임·해임, 공동 대표이사의 결정(상법 제389조), 이사의 자기거래 승인(상법 제398조), 준비금의 자본전입권(상법 제361조 제1항), 전환사채의 발행(상법 제513조 제2항) 등이다.

그리고 이사회는 상법이 규정하고 있는 결의사항 이외에 업무집행의 범위에 속하는 업무의 처리에 대해서는 모든 사항을 결의할 수 있다. 모든 사항에는 회사의 목적인 영리를 추구하기 위하여 합리적으로 필요한 법률행위나 사실행위를 포함한 일체를 포함한다. 또 이와 같은 영업을 위한 행위 이외에도 이사회는 이사회규칙의 제정과 개정 같은 이사회의 운영에 대한 사항과 주주총회로부터 위임된 사항 그리고 대표이사의 권한으로 유보한 사항도 결의할 수 있다. 이사회는 업무집행에 대한 사항을 결의하지만, 회사의 업무집행사항 가운데에서도 법령 또는 정관의 규정으로 주주총회의 권한으로 정한 사항에는 미칠 수 없다.

이사회는 주주총회의 결의로 위임된 사항을 결의할 수 있다. 주주총회는 그 결의할 사항의 결정을 모두 제3자에게 일임한다고 결의할 수는 없다.<sup>106)</sup> 예컨대 정관을 변경할 때 그 실시시기를 일임하거나, 이사 보수액의 결정을 이사회에 일임하는 주주총회의 결의는 무효라 할 것이다. 그 외에도 법정된 이사회의 권한 중에서 주주총회의 권한으로 변경할 수 있는 사항이 있는데 대표이사의 선정, 신주발행사

---

106) 朴元善, 前掲論文, p. 272.

107) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 369.



항의 결정, 전환사채의 발행(상법 제513조 제2항), 신주인수권부사채의 발행(상법 제516조 제2항) 등이 있다.

## (2) 業務監督機關으로서의 理事會의 地位

소유와 경영의 분리원칙에 따라 회사의 업무집행은 이사회가 결정하고 주주는 법령과 정관이 규정하는 바에 따라 중요한 이해사항에 대해서만 의사를 결정하고 회사의 업무에서는 배제된 채로 투자지분의 소유자로서 경영과실의 배분에 참여하는 것으로 만족하여야 한다.<sup>108)</sup> 즉 이사회는 상법 제383조 제2항에 따라 업무집행을 감독하는 중심기관으로,<sup>109)</sup> 원칙적으로 회사의 모든 업무에 대해 집행권을 가진다. 이러한 업무집행권에는 업무집행에 대한 의사결정과 이를 구체적으로 실행하는 행위 그리고 이에 대한 감독권까지 포함된다.<sup>110)</sup> 다시 말하면 업무감독기관으로서 이사회는 권한은 넓은 의미에서의 감독으로 대표이사를 포함한 이사인 임원과 이사 아닌 임원 그리고 중견간부 등 모든 임직원의 업무집행을 감독하는 권리와 의무를 이사회가 갖는 것을 말한다(상법 제393조).<sup>111)</sup>

### i. 經營監督權

이사회는 법령 또는 정관에서 규정한 사항을 제외한 업무집행에 대한 모든 권한을 갖지만, 회의체라는 특성 때문에 업무의 구체적인 집행과 권한의 일부가 대표이사와 업무집행이사에게 위양되어 있지만 이렇게 위양된 업무의 집행 상황에 대해서도 이사회가 감독권을 갖는 것은 당연하다. 즉 이사회는 업무집행권에 따라 그 권한을 대표이사를 포함한 업무담당이사에게 위임하고, 업무담당이사는 이사회로부

108) 尹東恩, “經營監督機構로서의 理事會의 問題點과 그 改善方案에 관한 研究”, 博士學位論文, 明知大學校 大學院, 2002, p. 34.

109) 金教昌, “株式會社의 理事에 대한 小考”, 『韓國經濟法學的 課題 : 蘇山文仁龜博士華甲紀念』 (서울: 三知院, 1987), p. 810.

110) 李泰根·李在石, 前揭論文, p. 368.

111) 이사회에서 선임하고 집행을 위임한 대표이사에 대하여 이사회가 그 업무집행을 감독하는 것은 당연하다고 한다(朴元善, 前揭論文, p. 261; 李泰根·李在石, 前揭論文, p. 368).

터 신임을 얻어 회사의 목적과 경영방침에 따라 업무를 집행할 의무를 지고 있다. 그리고 이사회는 이렇게 위임된 업무가 업무담당이사에 의해 적절하게 집행되고 있는가를 감독하는 것이다.<sup>112)</sup>

상법에는 이사회가 감독권이 명문으로 규정되어 있지만 이사회가 업무감독권을 갖는 이론적 근거에 대해서는 견해가 나누어지고 있다. 즉 대표이사는 이사회에 하부기관으로,<sup>113)</sup> 원칙적으로 대표이사의 선임권과 해임권을 이사회가 갖는다는 견해가 있다.<sup>114)</sup> 그러나 이사회가 대표이사에 대한 선임권과 해임권을 갖고 있다는 것만으로는 업무집행자에 대한 감독권이 이사회에 있다는 것을 설명하는 이유가 되지 못한다.<sup>115)</sup> 대표이사가 행사하는 대표권도 대내적으로는 회사 업무의 하나이기 때문에 대표권의 행사도 업무의 하나로 보아야 한다. 대표이사과 업무집행을 담당하는 이사들인 때에는 이들이 한편으로는 이사회에 감독을 받는 위치에 서고, 다른 한편으로는 이사회에 구성원으로서 업무집행을 감독하는 위치에 선다. 그리고 업무집행에는 이사회에 결의에 의한 것만이 아니라 정관이나 주주총회의 결의에 의한 것도 모두 포함된다.

이사회에 감독권은 인사권을 통해서 행사된다. 대표이사를 비롯한 모든 업무집행 담당자에 대한 선임권과 해임권은 원칙적으로 이사회에 속한다. 이사회는 대표이사의 업무집행은 물론 모든 업무담당이사의 업무집행을 사전 또는 사후에 직접 감독할 권리와 의무 그리고 이에 대한 책임을 갖고, 집행행위의 중지나 변경을 권고하거나 기타 방법으로 지시하고,<sup>116)</sup> 감독권을 행사하기 위하여 이사에 대한 보고청구권 등을 행사하거나,<sup>117)</sup> 회계장부와 각종 서류를 열람하는 등 업무집행이 적절하게 이루어지도록 하는 것이다. 또 이사회는 위법 부당한 행위를 하거나 하려는 이사에 대하여 적당한 법률적 조치를 하여야 하며, 직무집행정지 또는 직무대행

---

112) 宋民浩, “理事會의 監督機能에 관한 研究”, 『現代商事法の 諸問題 : 雪城李允榮先生停年記念論文集』 (서울: 法志社, 1988), p. 285; 尹東恩, 前揭論文, p. 35; 竝木俊守, “株式會社の業務擔當機關”, 『企業會計』, 8卷 12號 (東京: 中央經濟社, 1956. 12), p. 75.

113) 鈴木竹雄·石井照久, 『改正株式會社法解説』 (東京: 日本評論社, 1951), p. 157.

114) 北澤正啓, 『新版 註釋會社法 (6)』 (東京: 有斐閣, 1987), p. 321; 河本一郎, 前掲書, p. 297.

115) 宋民浩, 前掲論文, p. 285.

116) 上場會社標準理事會規程 第13條 參照.

117) 李泰魯·李哲松, 前掲書, p. 451.

자의 선임(상법 제407조), 위법행위의 중지청구, 해임, 감사에게 제보, 이사의 업무담당 해제 및 시정을 하여야 한다.

영미법에서도 업무감독권은 이사회에 속한다. 이 때 이사회는 실제로 업무를 원활하게 수행하기 위하여 위원회·전무이사·집행이사 등을 자기 책임으로 선임하고 권한을 위임하는 동시에 이에 대하여 감독하는 체제를 형성하고 있다.<sup>118)</sup> 이사회에 업무감독은 업무담당이사나 대표이사에 대해서 국외자로서 감독하는 것이 아니라 특색이 있다.<sup>119)</sup> 미국에서는 이사회에 대하여 업무집행에 직접 관여하는 경영적 기능보다는 업무집행을 감독하는 기능을 강조하는 경향이 있다.<sup>120)</sup>

## ii. 經營監督中心機關으로서의 構造 變化

외환위기 이후 우리 나라에서는 대규모 주식회사의 경영관리기구에 대한 개선을 중심으로 회사지배구조에 대한 논의가 본격적으로 진행되어 왔다. 그 결과 주식회사의 경영감독구조와 기관에 많은 변화가 있어 미국 주식회사의 사외이사 제도와 이사회 내의 위원회제도가 도입되었다.

상법과 증권거래법에서는 사외이사를 중심 구성원으로 하는 감사위원회제도를 도입하였으며(상법 제393조의 2, 제415조의 2, 증권거래법 제191조의 16, 제191조의 17 등), 감사위원회를 두는 때에는 종전의 감사를 둘 수 없도록 하여(상법 제415조의 2 제1항 2문) 이사회의 활성화를 도모하였다. 다만 상법은 정관의 규정에 의하여 감사위원회를 둘 수 있도록 하여(상법 제415조의 2 제1항 제1문) 소규모 폐쇄회사를 배려하면서 종전의 감사제도나 감사위원회 가운데 하나를 선택하도록 하였고 이사회는 정관이 규정하는 바에 따라 위원회를 설치할 수 있도록 하였다(상법 제393조의 2 제1항). 상법의 이와 같은 규정과는 달리 증권거래법은 상장주식회사에 대해서는 사외이사의 선임을 강제하고(증권거래법 제191조의 16

118) C. M. Schmithoff and J. H. Thomson, *Palmer's Company Law*, 21st ed. London, Stevens & Sons, 1968, p. 551.

119) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 368.

120) ABA's Corporate Director's Guidebook 33, Business law, 1619~1643 (1978).

제1항, 같은법시행령 제84조의 23), 최근 사업연도말 현재 자산총액이 2조원 이상인 상장주식회사에는 감사위원회의 설치를 강제하고 있다(증권거래법 제191조의 17 제1항, 같은법시행령 제84조의 24).

이와 같이 상법에 의하여 이사회 내에 위원회를 설치하고 종전의 감사제도 대신 감사위원회를 설치한 회사와 증권거래법에 의하여 사외이사의 선임과 감사위원회의 설치가 강제되는 대규모 상장주식회사에는 이사회와 이사회 내의 감사위원회를 경영감독과 감사기관으로 하고 있다. 이와 같은 일련의 입법은 감사기관으로서의 감사를 두지 않고 이사회가 업무집행을 결정하고, 이사회와 감사가 중복하여 경영감독과 감사를 하는 종래의 이원적 경영관리구조를 업무집행과 경영감독을 이사회로 일원화하는 경영관리구조로의 전환<sup>121)</sup>을 뜻하는 동시에 이사회에 권한을 강화하는 입법이라고 할 수 있다.

## 제2절 證券去來法上의 理事會의 構成 및 機能

우리나라의 증권거래법에 의하면 이사회는 반드시 사외이사를 선임하도록 강제하고 있다. 즉 주권상장법인 또는 코스닥상장법인은 이사회구성원인 이사총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 선임하여야 하고(증권거래법 제191조의16조 제1항 본문), 대통령령이 정하는 증권회사인 주권상장법인 또는 코스닥상장법인의 경우에는 사외이사가 3인이상이어야 하되, 사외이사가 이사총수의 2분의 1 이상이 되어야 한다(증권거래법 제54조의5조 제1항, 제191조의 16조 제1항단서)고 규정하고 있다.

그러나 사외이사의 사임이나 사망 등의 사유로 사외이사의 수가 소정의 정수에 미달하는 경우에는 그 사유가 발생한 후 최초로 소집되는 주주총회에서 소정의 정수에 합치하도록 하여야 한다(증권거래법 제54조의5조 제5항, 191조의16조 제3항). 또한 주권상장법인 또는 코스닥상장법인이 사외이사를 선임 또는 해임하거나 사외이사가 임기만료이외의 사유로 퇴임한 경우에는 그 내용을 선임·해임 또는 퇴임한 날의 다음날까지 금융감독위원회와 증권거래소에 신고하여야 한다(증권거래법

---

121) 尹東恩, 前揭論文, p. 37.

제191조의16조 제6항).

사외이사의 선임은 주주총회에서 선임되는 경우에는 사외이사가 총위원의 2분의 1 이상이 되는 위원으로 구성된 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자중에서 선임되어야 하며, 이 경우 주권상장법인 또는 협회등록법인인 증권회사의 사외이사후보추천위원회가 사외이사후보를 추천함에 있어서는 증권거래법 제191조의14조에서 정한 권리를 행사할 수 있는 요건을 갖춘 주주가 추천한 사외이사를 포함시켜야 한다(증권거래법 제54조의5조 제3항). 그 권리를 행사할 수 있는 요건은 6월전부터 계속하여 주권상장법인 또는 협회등록법인의 의결권있는 발행주식총수의 1000분의 10(대통령령이 정하는 법인의 경우에는 1000분의 5)이사에 해당하는 주식을 대통령령이 정하는 바에 의하여 주식을 보유하는 것을 말한다(증권거래법 제191조의14조 제1항).

또한 증권거래법은 사외이사의 감독기능의 효율화를 기하기 위하여 그 자격에 대하여 규정하고 있으며 이 규정에 위반되는 경우에는 그 직을 상실하도록 하고 있다(증권거래법 제54조의5조 제4항). ①행위무능력자, 파산자로서 복권되지 아니한 자, 금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행하지 아니하기로 확정된 후 2년이 경과되지 아니한 자, 증권거래법에 의하여 해임되거나 면직된 후 2년이 경과되지 아니한 자 ②당해회사의 주주로서 의결권 있는 발행주식총수를 기준으로 본인 및 그의 특수관계인이 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 당해 본인 ③최대 주주의 특수관계인 ④당해회사의 주요주주 및 그의 배우자와 직계존비속 ⑤당해회사 또는 계열회사의 임직원이거나 최근 2년이내에 임직원이었던 자 ⑥당해회사임원의 배우자 및 직계존비속 ⑦당해회사와 대통령령이 정하는 중요한 거래관계가 있거나 사업상 경쟁관계 또는 협력관계에 있는 법인의 임직원이거나 최근 2년이내에 임직원이었던 자 ⑧당해회사의 임직원이 비상임이사로 있는 회사의 임직원 ⑨기타 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 당해회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령령이 정하는 자로 규정하고 있다.

이사회는 기능은 상법상의 기능과 같다.

### 第3章 外國의 立法例

주식회사는 회사기관이 분화되어 있고, 기관자격과 사원자격이 분리되었다는 특징이 있다. 이와 같은 주식회사의 특성에 따라 첫째, 주식회사의 기관은 의사결정기관인 주주총회와 업무집행기관인 이사회와 대표이사, 감독기관인 감사로 분화되어 있는 것이 일반적인 경향이다.<sup>122)</sup> 그리고 회사의 설립절차와 업무 그리고 재산상태를 조사하기 위하여 선임되는 임시기관으로 검사인이 있다. 둘째, 주식회사에는 다수의 주주가 존재하기 때문에 모든 주주가 직접 회사 경영에 관여할 수 없고, 또 오늘날 회사 경영이 매우 복잡하여 전문적인 지식과 경험을 가지고 있는 전문가에게 이를 위임하고 있다. 따라서 소유주인 주주가 당연히 회사의 업무집행기관이나 대표기관이 되지 않고, 업무집행을 이사회와 대표이사 또는 그에 상응하는 기관에 맡기고 있다. 이와 같이 사원자격과 기관자격이 분리되어 있어 이를 제3자 기관이라고 하고, 기업의 소유자인 주주가 경영을 맡지 않고 독립된 기관인 이사회에 경영을 맡기는 것을 기업의 소유와 경영의 분리(separation of control from ownership)라고 한다. 특히 대규모 공개기업에서 대부분의 주주는 회사 경영에 무관심할 뿐 아니라, 회사의 소유와 경영의 분리가 극단적으로 진행되어 「지배 없는 富의 소유와 소유 없는 富의 지배」(Ownership of wealth without appreciable control and control of wealth without appreciable ownership)라는 이른바 경영자지배(management control) 현상이 나타났다. 따라서 기업으로서는 주주의 이익보호와 함께 기업존립에 막대한 영향을 미치는 경영자로서의 이사 또는 이사회에 비중을 두지 않을 수 없고, 기업의 사회적 지위와 역할이라는 측면에서 기업활동의 공정성과 기업의 사회적 책임과 관련하여 理事 또는 理事會에 대해 다른 어떤 기관보다 그 중요성과 기능을 강조하게 되었다.<sup>123)</sup>

주식회사의 필요기관이며 상설기관인 이사회에 대해 우리 나라에서는 영미

---

122) 이와 같이 주식회사의 기관이 분화되어 있는 것은 삼권분립의 정치사상의 영향을 받은 것이라고 한다(朴仁鉉, 前揭論文, p. 12).

123) 朴仁鉉, 前揭論文, p. 13.

법<sup>124)</sup>이나 독일법<sup>125)</sup>과는 달리 기관으로서의 理事會와 활동형식으로서의 理事會議을 구별하지 않고 이사회로 통일하여 사용하고 있다. 따라서 근본적으로 이사회라고 하면 기관으로서의 이사회를 말하고, 활동형식으로서의 이사회를 의미한다고 하여야 할 것이다.

이사회(board of directors, Vorstand, Conseil d'administration)는 이사 전원으로 구성되는 회의체로서 회사의 업무집행에 대한 의사를 결정하는 주식회사의 필요적 상설기관이다.<sup>126)</sup>

우리 상법은 종래 대륙법계에 속하였던 주식회사 제도 위에 기본적인 입장을 달리하는 영미법에 따른 이사회 제도를 받아들였다.<sup>127)</sup> 그러나 영미법에 따른 이사회제도의 수용은 현실을 외면한 단순한 모방에 불과하여 이사회는 대표이사의 전횡을 합법화시키는 수단으로 사용되는데 지나지 않게 되었다. 이와 같은 현상은 비교법적으로 보아도 영미법에서 임원(officer)이나 집행위원회(executive committee)는 이사회에 소속적인 기관에 불과한데 우리 상법은 이러한 제도는 채용하지 않으면서 의용상법에 따른 이사의 개념을 대표이사제도의 설정에 전용한 데서 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.<sup>128)</sup> 또한 소수주주를 보호하기 위한 제도적 장치의 미흡과 불균형은 대주주의 회사 지배에 대한 전횡과 경영에서의 파행을 초래하였으며, 이사회에의 구성원도 모두 사내이사로 구성되거나 사외이사가 있다 하여도 형식적인 것에 불과하여 전문가들의 광범위한 자문을 받지 못하는 것도 이사회제도의

---

124) 영미법에서는 기관으로서의 이사회를 board of directors라 하고, 활동형식으로서의 이사회를 meeting of the board of directors 또는 directors' meeting 또는 board meeting이라고 한다(Model Business Corporation Act, 1974, § 33, § 39; California General Corporation Law, § 806, § 807, § 812).

125) 독일법에서는 업무담당기관으로서의 이사회를 Vorstand라고 하고, 그 구성원을 Vorstandmitglieder이라고 한다(독일주식법 제70조 이하).

126) 우리 나라의 많은 학자들은 이와 같이 해석하지만, 비상설기관으로 보는 견해로는 孫珠瓚, 前掲書, p.524가 있고, 합의체기관으로 보는 견해로는 金容泰, 前掲書, p. 380 등이 있다.

127) 金英坤, 前掲論文, p. 397.

128) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 14.

정착을 저해하는 요인이 되고 있다.

여기에서는 현행 상법에 따른 이사회제도에 대한 고찰과 그 개선방안을 모색하기 위하여 외국의 이사회제도에 대해 검토한다.

## 第1節 英美法系

### 1. 英國

주식회사의 내부조직은 영국을 중심으로 하는 社團型和 네델란드를 중심으로 하는 財團型이 있다.

사단형 주식회사에서는 귀족들로 구성된 주주총회가 모든 회사 내부 조직의 근간이 된다. 주주총회는 임원을 선임하고, 정관을 작성하며, 이익배당을 결의하는 등 명실상부한 최고기관이다. 재단형 주식회사에서는 이사의 상설 고문으로 성립된 관리위원회(Verwaltungsrat)가 회사 임원과 합동으로 이사회(board of directors, Gesamtvorstand)를 구성하여, 이사회가 업무집행 기능과 감독 기능을 담당하면서 주주총회와 이사회가 형성되었다.<sup>129)</sup> 그리고 회사 업무의 집행에 대한 모든 권한은 이사회에 일임되었고, 업무의 종류와 이사회 규모에 따라 업무집행담당이사에게 권한의 일부를 위탁하게 되는 이른바 위원회제도를 탄생시키면서 발전되어 왔다. 그리고 관리위원회(Verwaltungsrat)는 대륙법계 특히 독일에 서 監事會(Aufsichtsrat)로 발전하여 감독기능과 함께 업무집행도 위임받으면서 회사 경영에 대한 실권을 장악하였고, 이후 두 차례에 걸친 제정법 규정<sup>130)</sup>에도 불구하고 여전히 그 지위에 대한 실질적인 변화는 없다.<sup>131)</sup>

---

129) Hunt Bishop Carleton, *The Development of the Business Corporation in England*, 1800~1867, London, Cambridge Univ. Press, 1936, p. 11.

130) 1937년 독일주식법과 이를 계승한 1965년 독일주식법 제111조 제1항, 제84조 제1항.

131) Walter Huppert, *Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft : Eindrücke und Erfahrungen eines Kleinaktionärs*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, S. 40.



## 1) 理事會의 法的 地位와 權限

영국 회사법은 이사회에 대해 아무런 규정도 하고 있지 않기 때문에 회사들은 附屬定款에 이사회가 어떠한 권한을 갖는가를 규정하여도 된다. 부속정관은 절대적 기재사항을 정한 기본정관과 대조되는 정관으로 이사회나 주주총회 절차, 사원의 의결권과 기타의 권리, 업무집행 방법, 이사의 의무 등 임의적 기재사항을 규정하고 있다.<sup>132)</sup> 그리고 영국 회사법 제1부칙 A표 제80조는 영국 회사법이나 회사 부속정관에서 주주총회의 권한에 속한다고 규정된 사항을 제외하고 이사회는 회사의 능력 범위 내에서 모든 회사 업무를 집행할 수 있는 권한을 갖는다고 규정하고 있다. 따라서 영국의 회사들은 예외 없이 이 규정에 따라 광범위한 권한을 이사회에 부여하고 있기 때문에 이사회에 권한은 원칙적으로 회사의 능력 범위와 동일하다고 할 수 있다. 다시 말한다면 회사의 업무집행에 대해서는 주주와 이사회 사이에서 분업이 이루어지는 것이 아니라, 업무집행은 이사회에 전속되어 있는 것이다.<sup>133)</sup>

다만 회사는 부속정관에 주주총회의 결의에 따라 이사회가 권한을 행사할 수 있도록 규정할 수도 있다. 따라서 모든 주식을 소수의 주주가 소유하고 있다면 이론적으로는 이사의 모든 권한 행사에 대하여 주주총회의 결의를 요건으로 한다고 할 수도 있다. 이렇게 볼 때 주주총회가 이사회에 업무집행을 규제하기 위해서는 제한하고자 하는 행위를 구체적으로 지적하여 주주총회의 동의를 얻도록 하는 규정을 둘 수 있다.<sup>134)</sup> 그러나 이사회에 권한은 원칙적으로 회사의 능력 전체에 미치기 때문에 법률 또는 정관에 특별한 규정이 없으면 주주총회의 결의가 있다고 하더라도 반드시 따라야 할 의무는 없다. 다시 말하면 “이사들은 주주 개개인의 지시에 따라야 하는 사용인(servant)이 아니며, 또 이사들은 주주들의 대리인으로 선임되어 그들의 지시에 따라야 할 의무를 지닌 대리인이 아니라, 정관의 규정에

---

132) Gower, L. C. B., *Principles of modern Company Law*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1979, p. 30.

133) Ibid., p. 122; Schmitthoff Clive M., *Palmer's Company Law*, 19th ed., London, Sweet & Maxwell, 1982, p. 171.

134) 小町谷操三, 「イギリス會社法概説」(東京: 有斐閣, 1978), p. 252.

의하여 업무 집행을 위임받은 자인 동시에 위임을 받은 이상 부속정관을 변경하는 것과 같은 법이 규정한 다수결에 의해서만 지배권을 박탈당하는 자이다. 따라서 이 사들은 주주 전원의 지시가 있다고 하더라도 주주들이 개인으로서 행동하고 있다면 이에 따를 필요는 없다”<sup>135)</sup>고 한다.<sup>136)</sup> 다시 말하면 주주들은 이사회에 대한 정관을 변경하거나 주주총회의 결의에 따르지 않는 이사를 해임할 수 있을 뿐이다. 앞서서도 살펴 본 것과 같이 19세기말까지 영국의 이사회는 주주총회의 지배하에 회사를 대리한다는 원칙이 판례로 인정되어 왔었지만,<sup>137)</sup> 1906년 판례<sup>138)</sup> 이후 오늘날과 같은 원칙이 인정되어 오고 있다.<sup>139)</sup>

## 2) 理事會의 構成과 機能

### (1) 理事의 選任

영국에서 회사 업무는 원칙적으로 이사회에 의해서 이루어지지만 이사회를 구성하기 위해서는 이사회에 구성원이 될 개개 이사를 선임하여야 한다. 따라서 회사를 설립하는 때 최초의 이사로 될 자의 성명을 부속정관에 기재하는 것이 보통이지만 그렇지 않을 때에는 基本定款에 주식 인수인으로 서명한 자들이 이사를 선임하거나 과반수의 결의로 선임한다고 규정할 수도 있다.<sup>140)</sup> 회사 설립 후 주주총회에서 2인 이상의 이사를 선임할 때에는 여러 명의 이사에 대한 일괄 결의가 아닌 각각의 이사에 대해 각각의 결의를 요하고,<sup>141)</sup> 이를 위반한 결의는 무효가 된다.<sup>142)</sup> 다만 주주총회에 출석한 주주 전원이 일괄결의에 찬성한 때에는 예외가 된

---

135) *Gramophone and Typewriter, Ltd., v. Stanley* (1908) 2 K. B. 89, C. A., at p. 105.

136) 小町谷操三, 前掲書, p. 253.

137) Gower, op. cit., p. 120.

138) *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame* (1906) 2 Ch. 267.

139) Gower, op. cit., p. 121.

140) 영국 회사법 부칙 A표 제75조 참조.

141) 영국에서는 1948년 회사법에서도 누적투표제(cumulative voting system)를 인정하지 않고 있었다(Clive M. Schmitthoff, op. cit., p. 161, p. 525; Gower, op. cit., p. 118).

다(영국 회사법 제183조). 이사는 반드시 주주가 선임하여야 하는 것은 아니고 부속정관의 규정에 따라 회사에 재산을 양도한 자 등과 같은 제3자에게도 선임권을 부여할 수 있는데 이 때 회사는 정관을 변경하여 그 제3자의 권한을 박탈할 수 없다. 그러나 만약 제3자에 의하여 선임된 자가 회사와 競業關係에 있는 등 회사에 이에 반대하는 정당한 이유가 있을 때에는 제3자는 회사의 이러한 조치에 대응하여 법원에 정지명령을 신청할 수 없다.<sup>143)</sup> 또한 제3자가 부속정관의 규정이 아닌 회사와의 계약에 의하여 이사가 될 자를 지정할 권리를 가진 것이었다면 회사가 제3자에 의하여 이사로 지정된 자를 이사로 선임하지 않더라도 회사의 이러한 부작위에 대하여 제3자는 정지명령을 신청할 수 없다.<sup>144)</sup>

회사는 부속정관에 이사 중 결원이 생겼을 때 그 결원에 대한 보충권을 이사회가 행사하도록 규정할 수 있다. 이 때 이사회의 의견이 일치하지 않거나 이사회가 선임권을 행사하지 않는 상태가 오랫동안 지속될 경우를 제외하고는 주주총회에서 이사회의 이사에 대한 보충선임권을 소멸시킬 수 없다.

## (2) 理事의 數와 理事名簿

영국 회사법에서는 주식회사에 2인 이상의 이사를 두도록 하고 있다(영국 회사법 제176조). 회사는 부속정관으로 법정인원에 미달하지 않는 범위에서 하한과 상한을 정할 수 있지만 너무 많은 수를 규정하는 것도 이사의 책임감 감소라는 측면에서 바람직하지 않다.<sup>145)</sup> 한편 정관에서 하한을 정하였더라도 그 이하로 결원이 발생하면 정관에 별도의 규정이 있지 않으면 나머지 이사는 업무를 집행하지 못하게 된다. 다만 정관에 통상의 업무집행권을 인정하는 취지를 규정하는 것은 결원을 보충한다는 것을 전제로 하는 것으로 일정 기간 동안 결원을 보충하지 않을 때에는 통상의 업무집행권을 인정한 규정은 적용되지 않는다. 물론 이 때에도 선의의

142) 다만 선임결의의 무효가 발견되기 전에 행한 선임이사의 행위에는 영향을 미치지 아니한다.

143) 그러나 *British Murac Syndicate, Ltd., v. The Alperton Rubber Co. Ltd.*, 1915. 2 Ch. 186 사건 판결에서는 정지명령을 내리기도 하였다.

144) *Plantation Trusts v. Bila (Sumatra) Rubber Lands* (1916) 85 L. J. Ch. 801.

145) 小町谷操三, 前掲書, p. 235.

제3자에 대해서는 이를 이유로 이사의 행위에 대한 효력을 다룰 수 없다.<sup>146)</sup>

회사는 등기한 사무소 즉 본점에 법정사항을 기재한 이사명부를 비치하여 주주에게는 무료로, 그 외의 사람에게서는 소액의 수수료를 받고 영업 시간 내에 열람할 수 있도록 하여야 하고, 이사명부는 법정기간 내에 회사 등기 공무원에게 신고하여야 하며, 기재사항에 변경이 있을 때에는 그 때마다 신고하여야 한다(영국 회사법 제200조).

### (3) 理事의 資格

이사의 자격에 대해 영국 회사법은 이사의 국적에 대해서는 아무런 제한을 두고 있지 않지만, 외국인이 이사로 취임할 때에는 국적을 공시하도록 하고 있다(영국 회사법 제200조, 제201조). 법인의 이사 자격에 대해서는 이를 인정하여 법인의 상호와 본점을 이사명부에 기재하도록 하고 있다(영국 회사법 제200조 제1항).<sup>147)</sup> 이와 같이 법인이 다른 회사의 이사가 될 수 있도록 인정하는 것은 親會社가 子會社를 완전히 지배할 필요가 있을 때에는 매우 유용하게 된다.<sup>148)</sup> 심신미약자는 이사가 될 수 없다. 70세 이상인 자에 대해서는 이사 자격을 부정하지만(영국 회사법 제185조 제1항), 주주총회의 승인이 있을 때에는 가능하다(영국 회사법 제185조 제6항). 원칙적으로는 현재 이사인 자도 법률상 70세가 되면 정년이지만 주주총회의 승인이 있으면 예외가 인정된다.

영국 회사법 제188조는 회사 설립의 기획(promotion)과 설립(formation) 또는 회사의 업무집행(management)과 관련하여 형벌을 받은 자 또는 회사와의 거래에서 사기행위를 한 자는 법원에서 5년간 이사취임불가를 명령할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 이 명령을 받은 자는 그 기간동안 이사에 취임할 수 없다.<sup>149)</sup>

영국 회사법은 법률이 이사의 자격에 대하여 지나치게 간섭하는 것이 타당하지

146) Clive M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 515.

147) 프랑스는 법인의 이사 자격을 허용하고는 있지만, 이사회 의장은 자연인일 것을 요구하고 있다. 독일은 주식법 제75조 제1항 3문에서 법인이 이사로서 되는 것을 금지하고 있다 (Gower, *op. cit.*, p. 120, note 32).

148) *Ibid.*, p. 120.

149) *Ibid.*, p. 121.

않을 뿐만 아니라 기업의 소유와 경영을 가능하면 완전히 분리하고자 하는 의도에서 資格株(qualification shares)에 대한 제한을 두지 않고 있다.<sup>150)</sup> 법률적으로 부속정관의 효력을 갖는 제1부칙 A표에도 자격주를 요구하는 규정은 없고,<sup>151)</sup> 다만 이사의 자격주에 대해서 주주총회에서 결정할 수 있지만 주주총회가 이에 대해 결정하지 않을 때에는 자격주를 가질 필요가 없다고 하고 있다(부칙 A표 제77조). 그러나 현실적으로 회사들은 이사들에게 회사 사업에 대한 개인적인 이해관계를 촉구한다는 측면에서 부속정관에 일정 수의 자격주를 보유하도록<sup>152)</sup> 요구하는 규정을 두고 있다.<sup>153)</sup> 부속정관에 자격주에 대해 규정하고 있는 데에도 불구하고 이사로 선임된 자가 자격주를 보유하지 않는 때에는 부속정관이 규정하는 기간 내에, 기간이 명시되지 않았을 때에는 선임 후 2개월 내에 소정의 기명주식을 취득하여야 한다(영국 회사법 제182조 제1항·제2항). 이를 위반한 때에는 이사의 자격을 상실한다.

#### (4) 理事의 報酬와 退任

이사는 정관에 규정이 없으면 회사에 대하여 보수를 청구할 권리가 없지만 회사는 부속정관에 주주총회가 수시로(from time to time) 이사의 보수에 대하여 결정할 수 있도록 규정하고 있다(부칙 A표 제76조). 이 때 주주총회가 이사의 보수를 얼마로 결정하느냐는 회사 내부 업무(internal management)에 속하기 때문에 이에 대하여 법원이 간섭할 수 없다. 그리고 주주총회가 이사의 보수에 대하여 결의를 하지 않았는데도 불구하고 이사회가 이에 대한 결의를 하여도 무효이다.<sup>154)</sup> 회사가 해산한 때에는 이사는 보수의 청구에 관하여 회사채권자와 같은 순

150) Ibid., p. 118.

151) 1929년 회사법 제1부칙 A표 제66조는 資格株를 요건으로 하고 있었다.

152) "The qualification of a director shall be the holding (a specific number of) share in the company."

153) 런던證券去來所規則도 1957년 개정 전에는 자격주 규정이 있는 회사의 주식만을 상장할 수 있도록 하였지만, 같은 해 개정에서 이러한 제한을 폐지하였고(Gower, op. cit., p. 120), 회사들의 부속정관들도 자격주 규정을 폐지하기에 이르렀다.

154) Goitein, H., *Company Law*, 2nd ed., London, Sir Isaac Pitman & Sons, 1933, p. 153, note 1.

위에 서게 된다.<sup>155)</sup> 이사의 보수가 年俸으로 정하여진 때에 이사가 임기 중 사임 기타의 사유로 이사의 지위를 상실하면 재임 기간의 비율에 따른 보수청구가 가능한가에 대하여 판례는 분명하지 않지만, 1870년 할부법(Apportionment Act)에 따라 비율에 의한 보수청구권이 있다고 해석한다.<sup>156)</sup>

이사는 언제든지 사임할 수 있고, 사임은 법정통지(영국 회사법 제437조) 방법에 따랐다면 서면에 의한 사임도 유효하다. 그리고 정관에 이사가 사임하기 위해서는 서면으로 통지하여야 한다는 규정이 있다고 하더라도, 이사가 주주총회에서 우발적으로 표시한 사임의사는 확정적으로 유효하며,<sup>157)</sup> 이사가 資格株를 양도한 때에는 사임의 통지가 없더라도 당연히 지위를 상실하며, 사임의 철회는 무효이다.<sup>158)</sup>

이사는 부속정관에 규정된 일반적인 사유 외에 회사 내부에서 직무에 저촉되는 다른 직무에 취임하거나 파산, 심신상실, 자격주의 상실, 장기간에 걸친 이사회 결석 등으로 자격을 상실(disqualification)하게 되었을 때에는 퇴임하게 된다.<sup>159)</sup> 그리고 順番退職(retirement by rotation)과 해임(removal)으로 퇴임하여야 한다.

영국 회사들의 부속정관에 따르면 주주총회는 특별결의로 언제든지 이사를 해임할 수 있었는데(구 부속정관 제1부칙 A표 제80조), 1947년 개정 회사법은 부속정관에 이와 같은 규정이 있거나, 회사와 이사와의 사이에 어떠한 특약이 있더라도 주주총회는 보통결의에 의하여 임기 전에 이사를 해임시킬 수 있으며(영국 회사법 제184조 제1항 1목), 이 때 이사는 부속정관이나 회사와의 계약 가운데 특약이 있으면 그에 따라 회사에 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(영국 회사법 제184조 제6항). 그리고 私會社에만 예외를 인정하여 1945년 7월 18일 현재 종신이사에 선임된 자는 통상의 보통결의에 의하여 해임할 수 없다고 규정하고 있다(영국 회사법 제184조 제1항 2목). 물론 주주총회가 보통결의에 의하여 이사를 해임하기 위한 주주총회를 소집할 때에는 그 통지에 의안을 기재하는 동시

155) Clive M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 177, p. 538.

156) Goitein, *op. cit.*, p. 153, note 1.

157) Clive M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 170, p. 536; Goitein, *ibid.*, p. 153 et. seq.

158) Clive M. Schmitthoff, *ibid.*

159) *Ibid.*, p. 170, p. 530 et. seq.

에 해임 대상이 되는 이사에게도 이와 같은 통지를 하여야 한다. 이사는 주주총회에서 항변을 청구할 수 있고, 회사에 변명서를 제출하여 주주에게 송부하여 줄 것을 청구할 수 있다(영국 회사법 제184조 제3항).

이사가 주주총회의 결의에 의해 해임된 때는 법원에 해임정지명령을 신청할 수 없다. 업무집행이사의 해임도 이와 같이 해석할 수 있지만 영국 회사법 제184조 제6항과 A표 제107조의 해석을 둘러싸고 판례의 입장이 분명하지 않다.<sup>160)</sup>

### (5) 理事會의 機能

위에서 살펴 본 것과 같이 영국에서의 이사회는 기능적 측면에서 회사 업무 전체를 집행하는 권한을 행사하지만, 회의체라는 성격 때문에 상시 개최에는 적합하지 않다. 따라서 신속한 업무집행을 위하여 부속정관에서는 이사회가 그 구성원 중 1인 또는 수인을 業務執行理事(managing directors)로 선임하여 이들에게 이사회가 임의로 정한 기간과 조건에 따라 이사회 권한의 일부 또는 전부를 위임할 수 있다고 규정(영국 회사법 제1부칙 A표 제106조 이하)하고 있는데, 주주총회도 이사회와 이러한 행위에는 간섭할 수 없다.<sup>161)</sup> 이사회는 이와 같이 업무집행을 위임 받은 업무담당이사(ordinary directors)로 구성된다. 상근 업무담당이사는 법정 임기 중에 회사 업무에 관한 수임 범위 내에서 전속적인 권한을 가지며, 평이사는 비상근으로 상근이사의 업무집행에 대한 감독과 조언으로 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 이사회 전체의 기능을 살려 나가는 것이다.

### 3) 理事會의 運營

이사회는 부속정관에 별도의 규정이 없으면 정기 또는 필요에 따라 임시로 理事會議(board meeting)을 개최하여 업무집행에 대하여 결의한다. 영국 회사법은 이사회회의에 관한 절차에 대해서는 매우 관대하고, 부속정관에서도 이사 전원이 결

---

160) Gower, op. cit., p. 126 et. seq.

161) Ibid., note 92; Thomas Logan, Ltd. v. Davis (1911) 105 L. T. 419 C. A.

의에 서명하면 그것으로 이사회회의 결의로 간주한다는 등 여러 가지 편법이 규정되어 있다.

이사회회의를 소집하기 위한 통지는 원칙적으로 상당한 기간을 두고, 이사 전원에게 하여야 하고, 이사 중 어느 한 사람에게라도 통지하지 않으면 소집절차에 하자가 있게 된다. 다만 부속정관이나 이사회 결의에 의하여 정하여진 날 회의를 열게 되는 때에는 소집통지를 필요로 하지 않는다고 규정한 때에는 제한이 없다.<sup>162)</sup> 통지에는 부속정관에 별도의 정함이 있는 때를 제외하고는 의안을 기재하지 않아도 되는데 이 점은 주주총회 소집 통지와 매우 다른 점이다. 이러한 차이는 理事會議은 이사들이 보수를 받고 충실하게 회사 업무를 집행하는 의무를 부담하고 있기 때문이라고 한다.

한편 부속정관에 따르면 理事會議에는 몇 명의 이사가 출석하여야 하는가를 규정하고, 의결정족수는 이사들의 결정에 위임하는 것이 일반적이다. 그러나 영국 회사법 제1부칙 A표 제99조는 부속정관에 정족수에 관한 규정이 없으면 2명을 정족수로 한다고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 이사회회의 의결정족수는 2명이지만 회사는 부속정관에 임의로 의결정족수를 규정할 수 있기 때문에 1인을 정족수로 하여도 된다. 이사회회의 종료 후 서기는 의사록에 회의 경과를 기록하고 의장이 서명하여야 한다(영국 회사법 제145조 제1항, 제2항). 회의록에 기재된 사항은 이사회회의 결의로 이를 변경하거나 추가할 수 있다. 의사록의 기재는 일괄적인 증거력을 가질 수 없으므로 다른 증거로 의사록 기재의 효력을 다툴 수 있고, 의사록의 기재는 이사회 결의의 효과 발생 요건이 아니기 때문에 의사록에 기재가 없다고 하더라도 결의가 있었다는 입증만 있으면 그 결의는 효력을 발생한다.

## 2. 美國

미국의 이사회제도는 업무집행 기능과 감독기능을 통합하여 운영되고 있는데, 대규모 회사들은 사외이사가 이사회회의 대다수를 점하고 있다. 이사회는 경영집행부

---

162) Clive M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 179, p. 545; Goitein, *op. cit.*, p. 132; *La Compagnie de Mayville v. Whitley*, 1896, 1 Ch 788 C. A



를 감시하고 조언하는데 치중하는 한편 임원의 업무집행을 계속적으로 감독하면서 중요한 사항에 대해서는 직접 업무집행에 관한 의사를 결정한다.

미국 회사법의 역사는 영국 회사법의 역사에서 크게 벗어나지 못하고 몇 가지 구별되는 경향만을 보인다.<sup>163)</sup> 독립선언 전에는 영국의 「포말회사법」(Bubble Act)<sup>164)</sup>이 적용되어 영국으로부터 특별한 권한의 위임이 없으면 법인을 창설하거나 설립을 인가할 수 없었다. 독립전쟁 후 법인 설립에 대한 권한이 미국으로 이전되면서, 연방헌법에 따라 이에 대한 연방의회의 권한이 주의회로 이관되면서 미국의 회사법은 독자적으로 발전할 수 있었다.<sup>165)</sup>

19세기 중반까지는 州特別法에 따른 회사 설립이 계속되었지만 미국의 경제 발전으로 회사 설립이 증가하면서 특별법에 의한 회사 설립에서 나타나는 폐단과 부정 때문에 준칙주의에 의한 일반회사법이 요구되면서 1811년 뉴욕제조회사법(Act relative to incorporations for manufacturing purpose)이 제정되었다. 그리고 19세기말 Connecticut, Massachusetts, New Hampshire, The District of Columbia 등 몇몇 주를 제외한 거의 모든 주에서는 특별법에 의한 회사 설립이 금지되고 일반법에 의한 설립을 규정하는 합헌적 조항들을 승인하면서 발전적으로 변화하여 왔다.<sup>166)</sup>

미국 회사법은 영국 회사법이 회사를 주주들의 계약적 결합으로 파악하여 주주들의 계약으로 회사 구조를 임의로 변경할 수 있도록 유연성을 보이는 것과 대조된다. 즉 미국에서도 定款을 주주 사이의 계약으로 보는 데에는 큰 차이가 없지만, 정관은 제정법 범위 내에서만 효력을 갖기 때문에 법이 규정한 범위 내에서 융통성이 인정되고, 체제를 변경하거나 체제 밖으로 나가는 것은 허용되지 않았다. 더욱이 최근 미국 회사법은 授權法(enabling act)이론에 따라 회사 조직과 운영에 대한 세부적인 사항을 제정법으로 규정하여 회사 체제를 더욱 엄격하게 규율하는

---

163) Harry G. Henn & J. R. Alexander, op. cit., pp. 23~36.

164) 포말회사법(Bubble Act)에 대해서는 앞의 註 14) 참조.

165) Ballantine Henry W., Lattin Norman D. and Jennings Richard W., *Cases and Materials on Corporation*, 2d ed., Chicago, Callaghan & Co., 1953, p. 153.

166) Henn·Alexander, op. cit., p. 26; Henry W. Ballantine, *On Corporation*, revised ed., Chicago, Callaghan & Co., 1946, p. 38.

경향을 보이면서 정관에 따른 융통성을 발휘할 수 없도록 제약하고 있다.<sup>167)</sup>

미국에서의 이사회제도도 영국 Joint Stock Company의 발전에서 기원한다. 그러나 오늘날과 같이 주식회사에서 이사의 경영에 대한 배타적 권한이 확립된 것은 20세기초 미국 경제의 팽창과 대규모 회사의 성장에서 비롯한다. 미국에서는 1900년이래 회사 질서(Corporate Order)의 중요성이 증대되면서 경제생활에서 회사가 차지하는 영향력이 커졌는데, 특히 대규모 회사가 더 큰 영향력을 발휘하였다.<sup>168)</sup>

이와 같이 규모의 확대에 따른 대규모 회사의 등장은 회사법제에서 법이론 측면에 영향을 미치는 현상들이 나타났고, 이 가운데 회사법이론 차원에서 관심을 모으는 것이 지배권의 변화이다.<sup>169)</sup> 즉 기업이 대규모화하면서 사회 일반에 분산되어 있는 유희자본을 흡수하고, 이에 따라 주식의 분산, 소유와 경영의 분리, 경영자 지배 등 일련의 현상이 나타나면서 경영에 대한 이사의 배타적 권한이 확립된 것이다. 이러한 현상은 경제적으로 “회사재산의 소유가 보다 더 증대하고 넓게 분산되면서 소유와 이에 대한 지배는 같은 사람의 손에 들어가는 경우가 보다 더 적어진다”<sup>170)</sup>는 회사의 발전에 필연적인 논리와 “능률적이고 경제적인 회사 경영은 지배를 소수인에게 집중함으로써 촉진되어 진다”<sup>171)</sup>는 현실적인 요청에서였다. 즉 경영의 전문화에 따라 경영전문가가 나타났고, 이들에 의한 회사 경영은 배타적인 경영권의 확립을 가져와 현대적인 이사회제도로 발전한 것이다.<sup>172)</sup>

그리고 미국에서 이사회제도는 이사가 업무집행의 최고 권한을 갖는 것을 근간으로 하고 있다. 첫째, 업무집행권은 개개 이사가 아닌 회의체로서의 이사회 자체에 귀속하고, 이사 개인은 대내적으로는 업무를 집행하고 대외적으로는 대표권을

---

167) 酒卷俊雄, “閉鎖的株式會社の理論と立法動向 : 英米法の動向とその示唆 2”, 『民商法雜誌』, 58卷 3號 (東京: 有斐閣, 1968. 3), pp. 339~340.

168) Walter Wener, “BOOK : CORPORATE CONTROL, CORPORATE POWER, By Edward S. Herman”, 83 *Columbia Law Review*, 238, at 6.

169) 孫晟, “美國 會社法制에서의 遵法監視人制度에 관한 法理論的 考察”, 『上場協』, 제43호, 한국상장회사협의회, 2001. 3, p. 125.

170) Berle Adolf Augustus and Means Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The Macmillian Co., 1956, p. 69.

171) R. S. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, Minnesota, St. Paul West Publishing Co., 1946, p. 547.

172) 大隅健一郎, 前掲論文, p. 86.

행사하는 것 같지만 이는 이사회에서 선임·수권된 임원(officer)으로서 권한을 행사하는 것에 지나지 않는다.<sup>173)</sup> 둘째, 업무집행권은 궁극적으로는 모든 주주들로부터 수탁된 것이지만 이 권한을 행사하는데 대해서는 개개 주주는 물론 주주총회도 관여할 수 없다. 즉 업무집행에 대한 의사는 오직 이사회에서 결정되며, 주주도 이 권한을 침해할 수 없는 공익(public policy)으로 인식되어 온 것이다.<sup>174)</sup>

#### 1) 理事會의 構成

미국 회사들의 전통적인 회사양식(The Traditional Pattern of Corporate Governance)에서는 주주를 밑변으로 하고, 주주가 이사를 선임하여 그들이 멤버로 되는 바로 윗 단계의 이사회를 구성하게 되며, 이사회가 최고경영자와 다른 임원을 임명하는<sup>175)</sup> 피라미드형태의 관리조직(Hierarchical Organization)을 이룬다.<sup>176)</sup> 이 관리조직에서 이사회는 중심적인 위치에 있다.

오늘날 미국 대부분 주의 제정법은 經營權은 원칙적으로 理事會에 속한다고 규정하고 있다. 즉 회사 사업은 이사회에 의하여 경영되어야 한다(The business and affairs of a corporation shall be managed by board of directors)고 일반적으로 규정하고 있고,<sup>177)</sup> 회사의 기본정관이나 부속정관에는 보다 자세하게 규정하고 있다. 또 제정법이나 정관으로 이러한 권한을 규정하고 있지 않더라도 이사회는 Common Law에 따라 일반적인 업무집행권을 행사할 수 있다.<sup>178)</sup>

이사회를 구성하는 이사는 세 가지로 분류하여 볼 수 있다. 첫째는 회사에 의해서 고용된 임직원의 지위를 가지고 있는 사내리사로 최고경영자나 사장·부사장 등이

---

173) Model Business Corporation Act, Revised, 1983, §44 참조.

174) 金鎮奉, 企業의 社會的 責任과 理事會의 構成, p. 60.

175) James D. Cox·Thomas Lee Hazen·F. Hodge O'Neal, CORPORATIONS, New York, Aspen Law & Business, 1977, p. 146.

176) 孫晟, "미국 회사법상 이사회 운영에 있어서 유형화 논의와 시사점 : Warren Buffett의 소론을 중심으로", 「商事法研究」, 第19卷 第1號(통권 제26호), 韓國商事法學會, 2000, p. 302.

177) Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1980, p. 129.

178) Ballantine, op. cit., pp. 119~120.

다. 둘째는 회사의 고문변호사·회계사·거래 은행의 임직원 등과 같이 회사와 중요한 계약관계 또는 거래관계에 있는 자나 과거의 피용자 그리고 최고경영자와 일정한 관계가 있는 자로, 이해관계인(affiliates)이라고 한다.<sup>179)</sup> 셋째는 회사와 관계없는 독립적인 社外理事를 들 수 있다.<sup>180)</sup>

(1) 理事의 選任과 解任

이사는 최초이사인 때에는 설립정관에 의하여 지명되거나 발기인총회에서 선출된다. 설립정관에 의해 지명되는 이사는 편의상 또는 명목상 이사로 발기인총회에서 선임된 실질적인 이사들로 교체된다. 최초이사는 최초의 定期株主總會 때까지 또는 후임자가 선출되어 자격을 갖추는 때까지 이사로서의 업무를 담당한다.<sup>181)</sup> 대부분의 주는 법률로 이사 중에서 몇 명 또는 상한과 하한을 정하여 매년 정기 주주총회에서 선임하는 時差制(Stagger System)<sup>182)</sup>를 적용하도록 하여 이사 정원의 3분의 1씩을 교체하도록 하고 있다. 이사 중에 결원이 생긴 때에는 다른 규정이 없으면 주주총회에서 선임하지만, 이유 없이 해임된 경우를 제외하고는 정관이나 규칙이 정하는 바에 따라 또는 현재 이사들에 의해 선임될 수 있다고 규정한 경우도 있다.<sup>183)</sup> 정관이나 규칙의 적법한 개정에 따라 이사가 증원될 때 증원된

179) 崔垞璿, “美國과 英國의 企業支配構造와 그 動向”, 『比較私法』, 第6卷 第2號 (通卷 11號), 韓國比較私法學會, 1999, p. 64.

180) April Klein, Firm Performance and Board Committee Structure, *41 Journal of Law & Economics*. University of Chicago Press, 1998, p. 275, 282.

181) ABA-ALI Model Business Corporation Act §36.

182) 時差制(Stagger system)는 이사의 임기는 모두 3년이지만 선임된 시기가 서로 다르기 때문에 매년 3분의 1만큼 임기가 만료되어 교체되고 3분의 2는 임기가 지속되는 이사 임기제로, 처음 선임될 때부터 1년 임기 이사, 2년 임기 이사, 3년 임기 이사로 등급이 나누어진 경우와는 다르다.

183) ABA-ALI Model Business Corporation Act §38은 “by remaining directors though less than a quorum”으로, California Corporation Code §305와 McKinney’s New York Business Corporation Law §705 (a)는 “vacancies occurring for any reason except removal without cause may be filled by majority of directors then in office, though less than quorum exists, unless articles of incorporation or bylaws provide that such vacancies be filled by shareholders; unless articles of incorporation or specific provisions of bylaw adopted by shareholders provide that board may fill vacancies by reason of

이사는 다른 규정이 없으면 주주총회에서 선임되지만 이를 이사회에 의한 권한으로 규정하는 수가 늘어나고 있다.<sup>184)</sup>

이사는 정당한 사유가 있는 때에는 주주총회에 의해 해임되지만 정관이나 규칙에서 이사회에 그와 같은 권한을 부여한다는 별도의 규정이 없으면 이사회에 의해 해임되지는 않는다. 그리고 이사회에 그와 같은 권한이 부여되더라도 주주총회가 갖는 이사 해임권은 박탈당하지 않는다.<sup>185)</sup> 이사는 어떠한 사유로 해임되더라도 그 책임에 대한 통고와 합리적인 이유를 청구할 권한을 갖는다. 그리고 이사는 선임될 당시 장차 그와 같은 자격이 미리 예정되어 있지 않으면 이유 없이 해임되지 않는다. 그러나 오늘날 대부분의 법령은 이유 여하를 불문하고 이사를 해임할 수 있도록 규정하는 동시에 누적투표권 또는 분리투표권과 같이 이사를 보호할 수 있는 규정도 마련하고 있다.

## (2) 理事의 數

한 때 미국에서는 거의 모든 州가 이사의 수를 최소한 3인 이상으로 규정하고 있었지만,<sup>186)</sup> 요즈음은 주의 제정법으로 주주가 1인 또는 2인인 회사에 대해서는 1인 또는 2인의 이사를 인정하고 있고, 많은 주에서는 주주의 수에 관계없이 1인의 이사를 두는 것을 허용하고 있다. 일반적으로 이사의 수는 설립정관이나 규칙에 고정된 수나 하한 또는 상한을 명시하는 방식으로 규정된다.<sup>187)</sup> 설립정관에 이사의 수가 불분명하거나 정해지지 않은 때에는 규칙에서 그 수가 정해진다.<sup>188)</sup> 그러

---

removal without cause, such vacancies may be filled only by shareholders”라고 규정하고 있다.

184) ABA-ALI Model Business Corporate Act §38; California Corporate Code § 192; Delaware General Corporate Law §223 (c); McKinney’s New York Business Corporate Law §705 (a).

185) Matter of Grace v. Grace Institute, 19 N.Y. 2d 307, 279 N.Y.S. 2d 721, 226 N.E. 2d 531 (1967); Auer v. Dressel, 306 N.Y. 427, 118 N.E. 2d 590, 48 A.L.R. 2d 604 (1954).

186) ABA-ALI Model Business Corporation Act, §36은 “not less than three”라고 규정하고 있다.

187) California Corporation Code §212 (a)에서는 상한을 고정하지 않고 “maximum to be no greater than two times minimum minus one”이라고 규정하고 있다.

나 이사의 수는 설립정관이나 규칙의 개정으로 조정할 수 있는 범위 내에서는 얼마든지 변경할 수 있다.<sup>189)</sup>

### (3) 理事의 資格

이사의 자격에 대해 일부 주의 법률은 18세 이상 또는 성년일 것은 요구하기도 하지만,<sup>190)</sup> 최고 연령은 규정하지 않고 있다. 한 때 이사의 자격 요건으로 주거지나 시민권을 요구하거나 주주일 것을 요구하기도 하였지만, 이제는 이러한 요건을 요구하는 것은 점차 사라지고 있다.<sup>191)</sup> 그밖에도 이사의 자격에 대해서는 설립정관이나 규칙으로 정할 수 있다. 이사회에 대해 몇몇 주에서는 회사 임원이나 회사와 제휴관계에 있는 다른 회사의 임원인 사내이사<sup>192)</sup>만으로 구성되고, 어떤 주는 주로 임원이 아닌 외부인들로 구성되지만, 대부분의 이사회는 사외이사 3분의 2와 사내이사 3분의 1로 혼합하여 구성한다.

### 2) 理事會의 機能

---

188) McKinney's New York Business Corporation Law §702 (a)는 "fixed by bylaws, or by action of board of directors or shareholders under specific provisions of by law adopted by shareholders; if not so fixed, number to be three"라고 규정하고 있다.

189) ABA-ALI Model Business Corporation Act §36; Delaware General Corporation Law §141 (b); McKinney's New York Business Corporate Law §702, overruling Model, Roland & Co. v. Industrial Acoustics Co., 16 N.Y. 2d 703, 261 N.Y.S. 2d 896, 209 N.E. 2d 553 (1965).

190) Florida, Georgia, New Jersey, New York, Pennsylvania, Tennessee 등은 판결로 18세 또는 그 이상을 요구하고, Nevada는 성년자일 것을 요구하고, Oklahoma는 법적으로 완전한 계약을 맺을 수 있는 자를 요구한다(Henn & Alexander, op. cit., p. 552).

191) ABA-ALI Model Business Corporation Act §35에는 "directors need not be shareholders unless so required by articles of incorporation or bylaws"라 규정하고 있다.

192) 1966년 New Jersey에 있는 Exxon Corporation이 子會社나 또는 회사와 제휴관계에 있는 회사의 사용인이 아닌 자들을 이사로 한 것이 외부이사의 효시로 이러한 사외이사들은 때로 회사를 위하여 훌륭한 자문역할을 한다.

미국 회사에서 이사들은 정식으로 理事會가 소집될 때에만 경영기능을 수행할 수 있었고, North Dakota주에서는 이와 같은 규정을 두고 있다.<sup>193)</sup> 그리고 이사회에 경영권을 부여하는 것은 협의(consultation)·심의(deliberation)·공동판단(collective judgement)을 근거로 하였을 때 비로소 정당화된다. 이와 같이 전통적으로 이사들은 이사회를 통하여 경영의무를 이행하여야 하며, 최선의 판단과 독립적인 결정권을 행사할 것이 요구되고, 회사정책의 결정과 집행에 책임을 지게 된다.<sup>194)</sup>

일반적으로 미국의 理事는 이사회에서 ① 업무집행 임원에게 조언하거나 자문에 응하고(provide advice and counsel to the chief executives), ② 경영 활동을 규율하는 등 억제력을 발휘하며(serve as a sort of disciplining force, constructing the activities of management), ③ 회사가 긴급한 상황에 있을 때 활동(act certain crisis situations) 등 세 가지 역할을 수행한다.<sup>195)</sup> 이와 같이 이사회는 일반적으로 인식되고 있는 것처럼 회사의 경영정책을 결정하고, 광범위한 정책을 수행하며, 업무집행 임원을 감독(monitor)하거나 무능한 임원을 개선하는 것이라고 한다.

조언과 자문기능은 매우 중요하지만 수동적이다. 업무집행임원은 대개 많은 사용인을 고용하여 유능한 외부기관이나 개인의 조언을 스스로 취합하지만, 사용인의 지위에 영향이 있는 사항에 대해서는 이사회에 자문하거나 조언을 받아들이는 것이 적당하다고 한다. 이사회의 억제적 기능도 조언기능과 마찬가지로 수동적이지만 가장 중요한 기능이다. 사외이사는 사회적으로 성공한 인물이 많고, 업무집행 임원

193) North Dakota Business Corporate Act §10-19-41.

194) Hamilton Robert W., *Cases and Materials on Corporations : Including Partnerships and Limited Liability Companies*, 7th Ed., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 2001, p. 385.

195) Eisenberg교수는 이사회 기능에 대해 업무집행 임원에 대한 조언과 자문에 답하는 기능, 업무집행을 수권하는 기능(authorizing major corporate actions), 주주 등과 같은 업무집행 임원 이외의 자를 대표하여 정책결정에 참여하는 기능(providing a modality by which persons other than executives can be formally represented in corporate decision-making), 업무집행 임원의 선임·해임과 그들의 업무집행을 감독하는 기능(selecting and dismissing the members of the chief executive's office and monitoring that office's performance)을 들기도 한다(Eisenberg, op. cit., pp. 162~172).

이 회사 현황과 계획을 보고하여 이사회의 검토를 받게 되면 보다 신중하고 적정하게 회사를 경영할 수 있기 때문이다. 이사회의 긴급 활동 기능은 궁극적으로 성공과 실패의 갈림길에서 결정적인 역할을 할 수 있다. 아울러 업무집행 임원에게 현저한 위법행위나 불법행위 사실이 있을 때 회사의 평가와 명예를 회복할 수 있는 유일한 인물은 현실적으로 사회적 신용이 높은 사외이사라고 할 수 있다.

그러나 소비자주의(consumerism)의 대두와 사회의 변화에 적응하려는 회사들은 대전환을 시도해야 한다는 새로운 풍조의 발생과 더불어 Texas Gulf Sulphur사건<sup>196)</sup>과 Bar Chris사건<sup>197)</sup> 등 이사의 책임을 추궁하는 일련의 판결들은 그 이외의 다른 문제와 얽혀 사외이사는 수동적인 기능을 담당할 뿐이라는 전통적 태도에 대한 회사의 재검토를 촉구하기에 이르렀다. 그리하여 이러한 현상에 따라 “시대는 변하고 있다”(times are changing)고 하거나,<sup>198)</sup> “이사의 어두운 판단의 시대는 끝났다”<sup>199)</sup>고 하기도 한다.<sup>200)</sup> 물론 사외이사에 의하여 행해지고 있는 역할은 아직 변하지 않았고, 업무집행 임원에 대한 감독기능은 종래 보다 오히려 더 강하게 수행되고 있다고 한다.<sup>201)</sup>

전통적인 理事會의 機能으로서 다음과 같은 사항들을 들 수 있다.<sup>202)</sup>

#### (1) 會社經營政策의 決定

회사의 모든 업무와 관련한 경영정책을 수립하는 것은 이사회의 가장 중요한 기능이라고 할 수 있다. 일반적으로 경영정책은 최고경영자에 의해 수립되어 이사회의 승인을 거치게 된다. 이사회는 이것을 수정하거나 독자적으로 개발할 수도 있

---

196) Securities & Exchange Commission v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F. 2d 833, 2 A.L.R. Fed. 190 (1968).

197) Barry Escott et al. v. Bar Chris Construction et al. (643 F. Sup. 643).

198) End of the Directors' Rubber Stamp, *Business Week*, September 10, 1979, pp. 72~83

199) *Business Week*, Dec. 1, 1980, p. 103.

200) <http://people.uleth.ca/~mckenna/donaldson/ch9.html>

201) Eisenberg, op. cit., pp. 171~172에서는 이사회의 감독기능이 충분히 수행되지 않고 있다고 지적한다.

202) Henn & Alexander, op. cit., p. 564.



지만, 최고경영자와 이사회가 재량권을 갖고 공동으로 일할 수 있도록 위임의 범위를 정하여야 한다. 경영정책이 사려 깊게 준비될수록 최고경영자에게는 분명한 지침을 주고, 임원의 활동을 크게 제약하지 않으면서 이사회역의 역할도 둔화시키지 않게 된다.<sup>203)</sup>

## (2) 任員의 選任・監督・解任

주주총회에서 임원을 선임하도록 하는 주도 있지만, 대다수의 주에서는 이사회가 사장, 부사장, 총무(secretary), 회계(treasurer) 등의 임원을 임명하도록 하고 있다. 임원은 회사 경영에서 제정법과 代理에 관한 法(agency law)이 규정하는 권한과 의무를 지는데, 구체적인 권한은 부속정관에 명시하거나 정관에 어긋나지 않는 범위에서 이사회결의에 의해 결정된다. 이사들은 임원들을 감독할 때 상당한 주의의무를 부담하고 있다.<sup>204)</sup>

최고경영자는 회사 경영은 물론 이사회 운영에도 크게 기여하기 때문에 최고경영자의 선출이 이사회가 할 수 있는 가장 중요한 기능 중 하나라는 데에는 이견이 없다.<sup>205)</sup> 대부분 회사의 부속정관은 이사 전원이 출석한 이사회(the full board)에서 최고경영자를 선출하도록 하고 있다.

任員의 解任은 일반적으로 이사회결의에 따른다.<sup>206)</sup> 임원이 회사와 정당한 고용계약을 체결하였다고 하더라도 원인 있는 해임이나 원인 없는 해임 모두 유효하다. 다만 임원의 해임은 계약위반에 대한 소를 제기하는 사유가 될 수 있다.<sup>207)</sup>

---

203) Loudon J. Keith, *The Director : A Professional's Guide to Effective Board Work*, New York, American Management Associations, 1982, pp. 84~85.

204) 理事들은 부정행위에 관여하거나, 임원을 선임할 때 상당한 주의의무를 결여하였거나 임원의 감독에 상당한 주의를 하지 못하였을 때에는 임원의 부정행위에 대해 개인적으로 책임을 지게 된다. Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A. 2d 814 (1981); Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co., 41 Del. Ch. 78, 188 A. 2d 125 (Sup. Ct. 1963).

205) Loudon J. Keith, op. cit., p. 78.

206) ABA-ALI, Model Business Corporation Act §51; McKinney's New York Business Corporation Law §716 (a).

207) Henn & Alexander, op. cit., p. 572.

### (3) 理事會에 의한 權限의 委任

이사회는 어느 정도의 經營權을 임원 기타 대리인에게 위임할 수 있고, 그 권한을 위임하는 것이 일반적이다.<sup>208)</sup> 임원 등이 이사회로부터 위임받은 권한을 행사하는 것은 이사회에 대한 권한이다. 오늘날 제정법은 명시적으로 이사회에 대한 권한에 속하는 몇 가지 사항에 대한 권한을 이사로 구성된 위원회에 위임할 수 있도록 허용하고 있다. 따라서 이 위원회는 전체 理事會議(meetings of the whole board of directors) 휴지기 중에도 행위할 수 있는 권한을 갖게 된다.<sup>209)</sup>

법률에 위임조항이 없으면 위원회에 대한 권한의 위임은 엄격하게 해석된다. 따라서 광범위한 위임은 위법으로 이사회에 대한 경영 기능을 포기하는 것으로 간주되어 위법을 부담하게 된다.<sup>210)</sup> 이사회가 교착상태에 빠지거나 경영전문회사 또는 중재인과 같은 제3자에게 권한을 위임하는 것은 그 범위가 대수롭지 않는 경우를 제외하고는 더욱 지지를 받기 힘들다.

법률에 특별한 규정이 없는 데에도 위원회나 기타 타인에게 권한을 위임하면 법률 책임에서 벗어날 수 없다. 여기서 위원회는 이사들만으로 구성된 이사회 위원회 또는 임원 기타 이사 아닌 피용자로 구성된 관리위원회가 될 수 있다.<sup>211)</sup> 다시 말하면 이사들은 권한과 책임을 위임할 수는 있지만, 이행의 실패에 대한 책임까지 위임할 수는 없다는 것이다. 회사 경영에 대한 최종 책임은 항상 이사들에게 돌아가기 때문에 이사들은 경영진에 의해 행해지는 회사 경영에 대하여 상세하게 알고 있어야만 그들의 역할을 다할 수 있는 것이다.<sup>212)</sup>

### (4) 附屬定款의 採用·修正·廢止

---

208) ABA-ALI Model Business Corporation Act §4(k).

209) 模範事業會社法은 회사의 경영에 관하여 2인 이상으로 구성된 집행위원회 기타 다른 위원회가 이사회에 대한 권한을 행사할 수 있도록 권한을 위임하는 규정을 두고 있다. 물론 이러한 위임도 이사회에 대한 권한에 속하는 사항으로 한정된다. ABA-ALI Model Business Corporation Act §42; 32 Business Law 49 (1976).

210) 徐康林, 前掲論文, p. 296.

211) Henn & Alexander, op. cit., p. 575.

212) Loudon J. Keith, op. cit., pp. 2~3.

최초의 부속정관은 이사회 또는 회사 설립자(incorporators)에 의해 채용되지만, 일반적으로는 최초의 理事會議에서 채용되고, 부속정관을 수정하거나 폐지하는 권한은 주주총회나 이사회에 부여된다. 모범사업회사법은 「정관으로 주주에게 유보되지 않는 한」(unless reserved to the shareholders) 부속정관을 수정할 수 있는 권한은 이사회에 있다고 규정하고, 나아가서 주주들은 이사회에서 채용된 부속정관을 폐지 또는 변경(repeal or change)할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>213)</sup>

#### (5) 經營陣의 報酬와 配當金 決定

경영진의 보수는 다른 규정이 없으면 이사회에서 정한다.<sup>214)</sup> 제정법 중에는 명시적으로 정관에서 달리 규정하고 있지 않으면 이사들의 보수도 이사회에서 정할 수 있도록 하고 있다.<sup>215)</sup> 배당금의 결정은 이사회에 속한다.<sup>216)</sup>

#### (6) 重大事項의 主導

정관의 개정, 통상의 거래가 아닌 중요 재산의 매각 또는 임대 등 회사의 重大事項(initiation of extraordinary corporate matters)에 대한 결정은 이사회에 위임되어 있다. 이러한 중요한 일들은 일반적으로 주주총회의 승인을 필요로 하지만, 제정법 중에는 주주총회의 승인과 함께 이사회에 승인을 요구하고 있다.<sup>217)</sup> 이사회에 승인을 명시적으로 요구하고 있지 않는 주에서도 이와 같은 중요사항에 대해서는 이사회가 실제로 주도적인 기능을 하고 있다.<sup>218)</sup>

#### (7) 정보에 접할 수 있는 권리(Rights of director to information)

---

213) ABA-ALI Model Business Corporation Act §27.

214) ABA-ALI Model Business Corporation Act §4 (k).

215) ABA-ALI Model Business Corporation Act §35.

216) Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, p. 285.

217) ABA-ALI Model Business Corporation Act §59 (a)(amending articles of incorporation), §71(merger), §72(consolidation), §75(merger of subsidiary corporation), §79 (a)(sale of assets).

218) Henn & Alexander, op. cit., p. 578.

회사 경영에서 이사회 감독·감시 기능을 촉진하기 위해서 회계장부열람권, 회사를 위한 법률상 소송제기권 등은 이사 개인에게 주어진 권한이다.

회사 업무를 계속적으로 숙지해야 할 의무 등 이사들에게 부과된 의무 때문에 이사들은 Common Law 원칙에 따라 어떤 면에서는 절대적(absolute)이고 어떤 면에서는 제한적(qualified)이라고 할 수 있는 권한을 가지고, 회사의 장부·서류를 검사·발췌할 수 있고, 변호사나 회계사 등의 필요한 도움을 받을 수가 있다.<sup>219)</sup> 이와 같은 이사의 감독권은 제정법에 의해서 영향을 받는 일이 드물다.

### 3) 社外理事制度

미국 이사회제도의 특징 중 하나는 社外理事(outside director)제도라고 할 수 있다. 社外理事는 회사의 업무집행 임원(officer)이나 피용자(employee)가 아닌 이사로 회사의 최고경영자 등 업무집행기관으로부터 독립한 위치에서 법령이나 정관으로 규정한 직무를 수행하는 이사이다. 사외이사는 기업에서 일반적으로 이사라고 불리는 사내이사(inside director)에 대립되는 용어로 외부이사라고도 하는데, 대부분 변호사, 교수, 다른 회사의 최고경영자 등 직업을 따로 가지고 있으면서 특정 기업의 이사로 활동한다.<sup>220)</sup> 미국은 직업이 사외이사인 사람이 있을 정도로 사외이사제도가 발달되어 있다.<sup>221)</sup>

모든 州의 회사법에서는 일원적인 이사회<sup>222)</sup>를 구성하도록 하고 있고, 이사회

219) Ibid., pp. 578~579.

220) 미국 대기업은 이사의 78%가 사외이사로, 이사회는 평균적으로 전체 이사 13명중 9명 정도가 사외이사로 구성된다고 한다. 이들은 전현직 기업 경영인, 재무나 법률 전문가, 소액주주대표로 구성되어, 감사위원회, 보수위원회, 집행위원회 등 위원회에서 활동한다. 특히 모토롤라는 이사회 12명 중 현 CEO를 제외한 모든 이사를 사외이사로 구성하였다고 한다(대한상공회의소, 「선진국기업의 이사회 운영실태와 시사점」 (서울: 대한상공회의소, 2005. 5), p. 5).

221) 최완진, “사외이사제도에 관한 재검토”, 「상사법의 이념과 실제 : 박영길교수화갑기념논문집」 (서울: 형설출판사, 2000), p. 319; 이대희, “사외이사의 역할에 대한 경험적인 연구의 고찰 : 미국에서의 논의를 중심으로”, 「상사법연구」, 제16권 제2호, 한국상사법학회, 1997. 12., p. 353.

222) 일원적 이사회 또는 단일이사회제는 최고의사결정기구로 하나의 이사회를 두고 여기에 업무집행을 담당하는 사내이사과 경영을 담당하지 않으면서 경영전략에 관한 객관적인 의견의 제시와 경영진에 대한 감독 기능을 수행하는 사외이사가 동시에 참여하는 제도이다. 이

가 회사업무를 집행하도록 하고 있다. 대부분의 이사회는 업무집행을 담당하는 사내이사와 회사에 고용되어 있지 않은 사외이사로 구성되어 있으며, 사외이사의 수가 사내이사의 수보다 증가하고 있는 추세이다. 미국의 사외이사는 경영집행부를 감시하고 조언하는데 치중하는 한편 임원의 업무집행을 계속적으로 감독하면서 중요한 사항에 대해서는 직접 업무집행에 관한 의사를 결정한다.

### (1) 社外理事의 役割

사내이사와 사외이사로 이루어지는 이사회의 구성은 외부주주들이 당면한 위해(危害)의 정도에 따라 달라질 것이라고 한다.<sup>223)</sup> 다시 말하면 기업인수시장의 기능이 미비한 상황에서는 경영자들의 자의적 행동을 견제할 이사회의 책임이 보다 막중하게 되기 때문에 경영자들로부터 독립된 강력한 이사회의 존재가 더욱 필요하게 된다. 이와는 반대로 활발한 기업인수시장이 존재하거나 또는 경영자들의 감시비용이 낮은 경우에는 이사회는 경영의 의사결정전문가(decision experts)들을 중심으로 구성되어 내부경영자들이 가장 유력한 이사회구성원이 될 것이다.<sup>224)</sup> 즉 기업인수시장과 이사회는 경영자의 행동을 통제하기 위한 대체적 수단이며 이 대체가설(substitute hypothesis)에 의하면 기업인수가 어렵거나 그에 따른 비용이 클 때에 보다 독립적인 이사회, 즉 사외이사의 수가 많은 이사회가 구성될 것이라고 한다.

사외이사의 기능을 경영진에 대한 감시자로서의 역할에서 찾고 있는 이러한 견

---

에 비해 독일이나 네덜란드는 제도적으로 이원화되어 있으며, 제도적으로 이원화되어 있지 않더라도 기업이 스스로 이와 유사한 통할구조를 선택하여 운영하고 있는 사례는 다수의 우량한 선진국 기업들에서 발견된다. 여기에는 두 가지의 유형이 있는데, 하나는 단일이사회를 최고경영자 1인만을 상근이사로 하고 나머지는 모두 사외이사로 하여 이사회를 구성하는 방법이고, 다른 하나는 이사회와는 별도로 자문위원회 성격의 기구를 구성하는 방법이다(정광선·김영호·문형구, 「한국형 사외이사제도에 관한 연구」, 한국상장회사협의회, 1999, pp. 38~40).

223) E. Fama, Agency problems and the theory of the firm, *Journal of Political Economy*, 88, 1980, pp. 288~307; E. Fama and C. M. Jensen, Separation of ownership and control, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 301~325.

224) Fama and Jensen, op. cit., p. 314.

해에 대하여 또 다른 두 가지의 견해가 있다. 하나는 사외이사가 감시자로서의 기능과 동시에 감시자로서의 기능보다 경영에 필요한 보완적 지식(complementary knowledge)의 제공자로서 역할을 수행한다는 것이다.<sup>225)</sup> 또 다른 견해는 이러한 사외이사는 물론 이사회 자체의 감시기능에 회의를 표시하고 이사회에 무용론(無用論)을 제시하는 학자들도 있다.<sup>226)</sup> 이사회 무용론의 배경에는 경영자의 이해와 주주의 이해가 일치되도록 하는 강력한 인센티브가 외부의 시장들<sup>227)</sup>에 의해서 주어진다라는 자유시장경제에 대한 믿음이 전제된다.

이와 같이 이사회에 대한 상반된 견해들은 실증연구에 의해서 정리될 수밖에 없지만 사외이사가 감시자 또는 보완적 지식의 제공자로서 상당한 기능을 수행하고 있음은 기업성과가 우수한 기업의 경영자가 다른 기업의 사외이사로 선택되는 확률이 높다는 결과로 나타나고 있으며 이는 우수한 경영자들이 우수한 감시자 또는 조언자가 되기 때문이라고 해석하고 있다.<sup>228)</sup>

## (2) 社外理事의 增加

미국에서 대규모 주식회사의 이사회는 이사(director)의 78%를 사외이사로 구성하고 있다.<sup>229)</sup> 사외이사의 선임은 크게 보아 기업경영진 또는 지배주주에 의한 선임,<sup>230)</sup> 이사회내의 사외이사로 구성된 이사회후보지명위원회에 의한 선임, 기관투

225) Hewlett-Packard는 기술개발이 중시되는 사업특성상 4명으로 구성된 기술위원회를 두어 기술경쟁력과 지적재산권의 범위와 질을 평가하고 있는데, HP에서 33년 동안 핵심 기술 개발책임자로 일한 Richard A. Hackborn을 사외이사로 선임하여 노하우를 적극 활용하고 있다고 한다(대한상공회의소, 전게서, p. 5)..

226) H. Demsetz, The structure of ownership and the theory of the firm, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 375~390; D. O. Hart, The market mechanism as an incentive scheme, *Bell Journal of Economics*, 14, 1984, pp. 366~382.

227) 기업지배권시장, 증권시장, 경영자노동시장 등을 의미한다.

228) 그러나 뒤에서 보는 것과 같이 이들은 또 경영성과가 나쁜 기업의 경영자들은 자신의 기업경영에 많은 시간을 투입해야 하므로 다른 기업의 이사직을 수행할 시간이 없다는 것이 그들의 실증결과를 설명하는 이유가 될 수 있음을 지적하고 있다.

229) 대한상공회의소, 전게서, p. 5.

230) 사외이사는 업무집행 임원 자신의 안전을 도모하고, 회사에 유익한 자를 선임하기 위하여 업무집행 임원(chief executive officer)에 의해 선임되기도 한다.

자자에 의한 선임, 기타의 방식으로 나눌 수 있다.

사외이사로써는 경제계나 금융계에서 지도적인 위치에 있는 인물 특히 다른 회사의 사장(president)이나 회장(chairman of board)이 사외이사로 적임자로 인식되고 있으며, 실제로 미국의 대규모 회사에서 사외이사의 80%가 다른 회사의 사장이나 회장이고, 그 외에는 거의 사장보다 하위 임원인 부사장(vice-president)이나 변호사, 투자은행의 임원 또는 학자들인데, 이사회 구성원으로 학자를 영입하는 것은 최근 들어 급증하고 있다.<sup>231)</sup> 그러나 이와 같은 사외이사들은 업무집행 임원으로 본래 직무가 바쁘기 때문에 다른 회사의 사외이사로서 할애할 수 있는 시간이 모자라는 문제가 있다.

사외이사는 회사와 관계없는 외부인사들로 구성되어 있기 때문에 회사 정보의 유출 가능성과 사외이사 자신들의 업무에 따른 시간 부족 그리고 기회와 권한의 결여 등으로 자칫 잘못된 의사결정을 할 우려가 있다. 따라서 이를 보완하기 위하여 이사회 내에 여러 개의 위원회(board committee)를 두어 특정한 사항을 위임하고 있다. 위원회는 감사위원회(audit committee), 업무집행위원회(executive committee), 보수위원회(compensation committee)가 대표적이며 그리고 주식분배위원회, 연금위원회, 지명위원회 등도 있다.

### (3) 理事會의 委員會

사외이사와 사내이사를 포함한 이사회의 기능활성화를 위해서 이사회 산하에 인사, 재무, 감독, 집행, 지명위원회 등을 설치할 필요가 있다. 이사들을 각자의 전문성과 현재의 직위 등을 고려하여 한 개 이상의 위원회에 배정하고 각 위원회는 소관 업무의 논의와 처리를 위해 수시로 회합을 갖고 필요시에는 외부전문가의 도움을 얻을 수 있어야 한다.

이러한 필요에 따라 미국에서는 이사회 위원회(board committee)제도를 도입하는 현상이 늘어가고 있다. 감사위원회(Audit Committee)의 필요성은 미국에서 처음 제기되었는데 증권거래위원회(Securities Exchange Commission)가

---

231) Soderquist, *ibid.*, p. 1361.

1939년 McKesson과 Robbins 사건을 계기로 1940년 공표한 ASR No.19에서 감사위원회의 설치를 권고하였다.<sup>232)</sup>

미국 회사들은 거의 모든 이사회가 하나 이상의 위원회를 두고 있고, 50% 이상이 3~4개의 위원회를 두고 있다. 거의 모두가 감사위원회를 두고 있으며, 80% 이상이 보상위원회를 두고 있다. 50% 이상이 이사후보지명위원회를, 75% 이상이 집행위원회를 두고 있다. 기타 위원회로는 통할위원회, 재무위원회, 대외정책기획위원회 또는 홍보위원회 등을 들 수 있다.<sup>233)</sup>

이사회 위원회의 구성에서 주요위원회는 사외이사들로만 구성하여야 하며 시간 투입이 가능하고 위원회의 임무에 적절한 관심을 가진 인사들을 배치해야 한다. 그리고 위원회 위원장으로는 리더십이 있는 강력한 사외이사를 선임해야 한다. 위원회는 위원회 규정을 채택하여야 하고, 주어진 분야의 책임을 맡겨야 한다. 또 위원회의 의사일정은 자체적으로 수립하여 실행해야 하며 필요한 스태프의 지원을 받아야 한다.<sup>234)</sup>

이와 같은 각종 위원회가 제대로 기능하기 위해서는 감사위원회는 경영진으로부터 독립된 사외이사로 구성되는 것이 바람직하며, 보상위원회는 최고경영자로부터 독립된 이사이면서 이사회 내부 운영 과정을 잘 알고 있는 근속년수가 많은 이사로 구성되는 것이 바람직하다. 집행위원회는 내부이사이면서 이사회 내부의 근속기간이 긴 이사로 구성되는 것이 바람직하고, 이사후보지명위원회는 사외이사이면서 이사회 근속기간이 길고 동시에 외부활동이 많은 이사로 구성되는 것이 바람직하다. 재무위원회는 이사회 근속기간이 길고, 소속 위원회의 수가 적으며 외부활동이 많은 이사로 구성되는 것이 바람직하다. 조직위원회의 경우 이사회 근속년수가 긴 사외이사이면서 소속 위원회의 수가 많은 이사로 구성되는 것이 바람직하다. 재무위원회와 투자위원회에서는 사내이사의 존재가 중요함을 보이고 있다.<sup>235)</sup>

---

232) 崔正鎬, “監査委員會制度의 效果와 成功的인 定着方案”, 「상장협」, 제41호, 한국상장회사협의회, 2000. 3, p. 3.

233) 이에 대한 자세한 내용은 J. Charkahm, *Keeping good company: A study of corporate governance in five countries*, Oxford: Clarendon Press, 1994; R. Monks and N. Minow, *Corporate governance*, Basil Blackwell, 1995. 참조.

234) R. Felton, J. Hawkins and A. Hudnut, *The foundation of good governance : Core processes and structures*, McKinsey Inc., 1997.



## i. 보상위원회

보상위원회(compensation committee, emoluments committee 등)는 경영 성과를 평가하고 CEO를 포함한 사내이사 및 고위경영진의 보수를 결정하며 회사의 전반적인 보상정책과 가이드라인을 설정한다. 대부분의 회사에서 4~5명의 사외이사로 구성된다. 어떤 경우에는 4명 정도의 사외이사로 구성된 인적자원위원회(Human Resources Committee)에서 유사한 업무를 담당한다.

미국 회사들에서 보상위원회를 두는 사례가 크게 증가했으며 현재는 90% 이상의 회사들이 이 위원회를 두고 있다. 보상위원회는 연간 3~4회의 회합을 가진다. CEO가 회의에 참석토록 초청되는 경우가 많으며 4분의 1 정도의 기업에서 외부 컨설턴트의 도움을 받고 있다.

## ii. 감사위원회

감사위원회(audit committee)의 책임은 대부분의 회사에서 점차 확대되어 왔고 외부감사, 내부감사, 재무통제, 재무보고 등의 전통적 핵심 역할분야에서 개선이 이루어졌다. 감사위원회의 역할은 회사마다 차이가 있지만 ① 외부감사인의 추천, ② 외부감사 범위 검토, ③ 외부감사 결과를 감사인과 함께 검토, ④ 내부감사 결과를 내부감사자와 함께 검토, ⑤ 회사의 회계 정책, 실무 및 통제시스템의 적절성 검토, ⑥ 내부감사의 범위와 적절성 검토 등을 포함한다.<sup>235)</sup>

미국 회사들은 감사위원회의 역할을 문서화하고 있다. 감사위원회는 재무통제와 정보 시스템이 효과적인지를 확인하고, 최고경영진에 관한 의문과 우려를 표명할 특권적인 포럼을 내부와 외부 감사인들에게 제공하며, 사외이사들이 회사 업무에 좀 더 가깝게 접근할 수 있는 수단을 제공한다. 감사위원회는 90%의 기업에서 4인 정도의 전적으로 독립적인 이사들로 구성하고 있으며, 감사위원회의 구성은 뉴욕증권거래소(New York Stock Exchange)의 상장요건이다. 감사위원회는 연간

---

235) 정광선·김영호·문형구, 전계서, pp. 67~68.

236) 정광선·김영호·문형구, 전계서, p. 63.

3회 정도 정기회합을 가지며 필요한 때에는 임시회의를 소집하고 조사를 의뢰하기도 한다. 감사위원회 위원들은 일년에 두번 정도 비공식적으로 사외이사들과 만나는 것이 보통이고 외부감사인인 그들이 원하면 감사위원회와의 비공식 회합을 요청할 수도 있다. 감사위원회 회의에는 회사 경영자가 참석하는 것이 일반적이나 위원회 위원장은 이것이 부적당한 경우에는 경영자들의 참석을 배제시킨다. 감사위원회는 외부감사인의 독립성이 컨설팅 업무에 의해 약화되는 것을 경계하며 특히 외부감사인이 변경되는 사태에 대해 경계한다.<sup>237)</sup>

### iii. 업무집행위원회

미국의 3분의 2 이상의 회사에서 업무집행위원회(executive committee)를 두고 있는데, 이 위원회는 이사회회가 있기 전 긴급한 사항을 결정하는 역할과 일반적인 업무를 집행할 때 나타나는 문제에 대한 의사를 결정한다. 집행위원회는 이사회 전체회의를 자주 소집하는 것이 어렵기 때문에 정기이사의 사이사이에 소집되어 중요한 의사결정을 할 수 있다. 많은 경우 CEO겸 이사회 의장과 3~4인의 사외이사로 구성되어 있다.

### iv. 이사후보지명위원회

미국 회사의 과반수가 이사후보지명위원회(nominating committee, committee on directors)를 두고 있으며 일년에 1~2회 회합한다. 전형적으로 사내이사 1인과 사외이사 4인으로 구성한다. CEO가 회의에 참석하는 경우가 많고, 과거에는 CEO가 제안한 사람들을 심사하는 것이 일반적이었지만, 점차 위원회 스스로 후보를 제안하는 사례가 증가하고 있으며 때로는 위원회가 외부컨설턴트에게 후보를 발굴하도록 의뢰하기도 한다. 지명위원회는 때로는 이사회 자체에 대한 검토 또는 최고경영자의 승계 계획의 검토를 의뢰 받기도 한다. 그러나 이러

---

237) 우리 나라에서는 이사회와 관계없이 감사인선임위원회를 두어 회사가 감사인을 변경할 때 감사인선임위원회의 승인을 받도록 함으로써 감사인의 독립성을 높이도록 주식회사의 외부감사에 관한 법률이 개정되었다.

한 목적으로 기업통할위원회(governance committee)가 별도로 구성되는 사례가 증가하고 있다. 최근에는 지명위원회가 최고경영자의 영향력에서 벗어나 스스로 후보를 발굴토록 하라는 기관투자자들의 압력을 받고 있다.

#### v. 재무위원회

재무위원회(finance committee)는 기업자금의 투자를 감독하고 자본조달과 배분계획을 검토한다. 사내이사(보통 CFO)와 사외이사로 구성되어야 한다.

#### vi. 기업통할위원회

보다 많은 회사들이 기업지배구조의 혁신이 중요하다는 점을 인식하고 주주와의 커뮤니케이션, 경영자 승계 계획(succession planning), 이사회 및 최고경영자의 평가 문제를 기존의 위원회에 분산시키기보다는 기업통할위원회를 설치하여 여기에서 다루도록 하는 경향을 보이고 있다. 이 위원회의 설치는 주주들에게 훌륭한 통할체제의 유지가 이사회와 경영진에게 매우 중요하다는 신호를 주게 된다고 한다. 이 위원회는 이사후보 지명 업무를 수행하기도 한다.

이 위원회들은 5명 정도의 사외이사만으로 구성되며 연간 3회의 회의를 가진다. 이 위원회는 이사들의 업적을 평가하고 성과가 낮은 이사들의 해임을 건의하는 권한을 행사하기도 한다. IBM은 1993년에 기업통할위원회를 설치하여 주주관계를 향상시키는 역할을 부여하였고, GM은 이사위원회(committee on director affairs)가 이사회와 이사의 평가 업무를 담당한다. Campbell Soup의 통할위원회는 매년 이사회와 이사의 효율성을 평가하는데 ① 이사회와 구조 결정, ② 이사후보의 자격요건 설정, ③ 기업통할 과정의 일부로서 이사회와 그 위원회의 역할과 효율성에 대한 판단 등의 기능을 수행한다.<sup>238)</sup>

---

238) 정광선·김영호·문형구, 전계서, p. 67.

#### 4) 理事會의 權限과 그 委讓

##### (1) 理事會의 業務執行權限

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.<sup>239)</sup>

회사가 이사회에 의하여 경영된다는 것은 미국 각주의 회사법에 전통적인 common law이다. 그리고 이와 같은 이사회 권한은 주의 制定法으로부터 부여 받은 고유한 것으로 株主總會로부터 부여받은 것은 아니다. 따라서 이사회와 회사와의 관계는 대리인과 본인과의 관계와는 다르지만, Hoyt v. Thompson's Executor 사건<sup>240)</sup> 이래 common law에서 확립되어 왔다. 따라서 주주총회는 그 결의로서 이사회 권한을 박탈할 수 없고, 이사회에 의한 경영에 간섭할 수도 없다. 다시 말하면 회사 규모의 확대에 따라 주주가 지배권을 상실하면서 회사 투자자의 이익을 해치는 현상이 나타나게 된 것이다.<sup>241)</sup> 이와 같이 회사문제가 나타나고 하더라도 회사의 지배권은 주주에서 이사회로 이동하였지만, 이사회가 회사를 경영한다는 원칙도 결국은 회사의 실질적 소유자인 주주의 이익을 위한 것이다. 따라서 모든 주주가 일치하여 회사의 경영에 대해 결정을 하는 때에는 이사회는 그것에 따르지 않으면 안 된다.

理事會가 회사를 경영한다는 것은 이사회가 회사 업무에 대한 경영 사항을 결정하는 동시에 이사회가 회사 업무에 대한 경영을 실행한다는 것이다. 이와 같은 이사회 권한을 구체적으로 살펴 보면, 최고경영자를 비롯한 임원의 선임과 해임, 경영진이 세운 사업계획의 심사와 승인, 대규모 투자의 심사와 승인, 통상의 사업 범위를 넘어선 중요한 거래행위의 심사와 승인, 법규나 감사회계기준 등의 준수 여부 감사, 이사회 직무수행상의 효율성에 대한 자체감사 등이 있다.<sup>242)</sup> 또한 이

239) 孫晟, 美國 會社法制에서의 遵法監視人制度에 관한 法理論的 考察, p. 125.

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

241) 이러한 문제를 「회사문제」(Corporate Problem)이라고 하는데 이에 대해서는 孫晟, 미국 회사법상 이사회 운영에 있어서 유형화 논의와 시사점, p. 300. 參照.

사회는 부속정관(bylaws)을 채택하고 변경할 권한을 가진다.<sup>243)</sup>

미국에서는 업무집행의 결정과 업무집행의 실행을 명확하게 구별하는 것이 일반적인 것은 아니다. 따라서 이사회는 경영의 결정과 실행을 포함하여 모든 업무의 경영상 권한을 가지며 이는 주의 회사법과 정관(certificates of incorporation, articles of incorporation)에 의하여 이사회에 부여된 고유한(original) 권한이다.<sup>244)</sup>

이사회가 회사 업무에 대해 결정을 할 때에는 반드시 모든 이사에게 소집통지가 발송되고, 이사의 과반수가 출석한 理事會議(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.<sup>245)</sup> 즉 이사회가 회의체라는 제도적 한계 때문에 이사회는 결의로써 자신을 대리하여 회사를 경영할 자로 집행임원을 선임하여 회사를 경영하도록 한다.<sup>246)</sup> 이렇게 보면 회사구조는 주주를 밑변으로 하고, 주주가 바로 이사를 선임하여 그들이 구성원이 되는 바로 위 단계의 이사회를 구성하게 되며, 이사회가 CEO와 다른 임원을 임명하는 피라미드 형태의 관리조직을 이룬다.<sup>247)</sup> 그리고 이 관리조직에서 이사회는 여전히 중심적인 위치에 있게 된다.

이사회는 임원이나 사용인에게 업무집행을 위임할 수 있을 뿐만 아니라, 수인의

---

242) 崔竣璿, 前掲論文, p. 63.

243) 회사의 최초 부속정관은 최초의 이사회 또는 회사설립자(incorporators)에 의해 채용되고, 부속정관을 개정 또는 폐지하는 권한을 주주 또는 이사회에 부여할 수 있다. 模範事業會社法은 정관으로 주주에게 유보되지 않는 한(unless reserved to the shareholders) 개정권한은 이사회에 있다고 하고, 나아가서 주주들은 이사회에서 채용된 부속정관을 폐지 또는 변경(repeal or change)할 수 있다고 하고 있다(ABA-ALI Model Business Corporation Act §27).

244) 並木俊守, 「アメリカ會社法研究」(東京: 中央經濟社, 1980), p. 2.

245) 이사회가 회의체라는 데에서 나타나는 제도적 한계로 회의 소집이 1년에 10여회 내외라는 점과 이사들이 상근하지 않는 점 등을 들고 있다(Melvin. A. Eisenberg, Corporate Governance : The Board of Directors and Internal Control?, Cordozo Law Review, Vol. 19 (September-November), 237 at 237 (1997)).

246) Ballantine, op. cit., pp. 119~124; Clark Robert, CORPORATE LAW, New York, Aspen Publishers, 1986, pp. 113~117.

247) 孫晟, 美國 會社法制에서의 遵法監視人制度에 관한 法理論的 考察, p. 125.

이사로 구성되는 위원회에 매우 중요한 경영에 대한 결정도 위임할 수 있다.<sup>248)</sup> 즉 통상의 업무집행은 이사회 내의 업무집행위원회나 임원에게 위임되어 이들이 실질적으로 권한을 행사하게 되고, 이사회는 주요 정책의 결정이나 감독기능을 수행하게 된다. 최근에는 앞에서 살펴 본 것과 같이 이사회 위원회로 보상위원회(compensation committee), 감사위원회(audit committee), 업무집행위원회(executive committee), 이사후보지명위원회(nominating committee), 재무위원회(finance committee), 기업통할위원회(governance committee) 그리고 보수위원회(compensation committee) 등을 설치하여 이사회가 갖고 있는 결정권(discretionary authority)의 상당 부분을 委讓하는 것이 미국의 대규모 주식회사나 공개적 주식회사(public business corporation)의 일반적인 경향이다.

## (2) 權限의 委讓과 그 限界

이사회는 이사회에서 결정된 업무집행사항의 실행과 실행을 위한 결정도 다른 사람이나 기관에 위양할 수 있고, 이사회의 구성원인 이사는 주주의 이익을 도모하여야 하는 수탁자(fiduciary)로서 주어진 권한을 행사하여야 한다. 따라서 이사에 주어진 권한을 제3자에게 위양할 수 있는가, 할 수 있다면 그 범위와 상대방은 누구인가가 문제가 된다.

이에 대하여 법원은 이사회의 권한은 州가 부여한 고유한 것으로 주주총회로부터 위임된 것이 아니기 때문에 이를 대리인이나 위원회에 위양할 수 있다고 하고 있다. 미국에서는 이사회의 기능이 분화되어 업무집행에 대한 의사결정권한은 업무집행위원회(Executive Committee)에 부여하고 이사회는 주로 업무집행을 감독하는 기능만을 담당하는 추세이다. 즉 최고경영자를 중심으로 하는 경영진과 사외인물을 중심으로 구성하여 업무감독기능을 주로 담당하는 이사회로 양분되는 시스템이 보편화되어 가고 있다.<sup>249)</sup>

模範事業會社法(Model Business Corporation Act)도 이사회는 위원회와 임

248) Ballantine, op. cit., pp. 132~133.

249) 林泓根, “主要國의 企業支配構造改革과 成果”, 『商事法研究』, 제20권 2호, 韓國商事法學會, 2001, p. 13.

원(officers)에게 권한의 일부를 위양할 수 있다고 인정하고 있다.<sup>250)</sup> 즉 이사회는 일반적이고 통상적인(routine) 집행권한(ministerial function)을 제3자에게 위양할 수 있고, 위양할 수 있는 권한의 범위에 대한 원칙으로 집행 및 결정기준(ministerial-discretionary test)이 발달하여 있다. 그러나 이 원칙에도 불구하고, 성질상 집행적 권한(activity involving the exercise of discretion)은 위양할 수 없다고 한다.<sup>251)</sup>

Temple v. Lodge사건에서는 회사 사장과 총무부장(secretary)이 변호사에게 보수를 지급하기 위하여 회사 부동산의 소유권을 변호사에게 양도하였다. 이 거래는 위원회에서 추인되었고, 이 회사의 부속정관에는 「위원회의 권한은 이사회의 권한 전부에 제한된다」(to said committee shall be and is hereby confined, all the powers of the board of directors)고 규정되어 있었다. 법원은 “이사회가 회사의 통상 업무(ordinary business)를 집행하기 위하여 위원회 또는 단독 형식의 대리인을 선임할 수 있다는 것은 의심의 여지가 없지만, 정관에 규정이 없는 때에는 통상 업무를 제외하고 판단과 재량권 행사(exercise of judgement and discretion)를 수반하는 직무수행 권한을 제3자에게 위양할 수 없다는 원칙이 확립되어 있고 동시에 건전한 법리(sound principle)에 의하여 지지되고 있다”고 하면서 양도계약을 무효로 하였다.<sup>252)</sup> 무엇이 집행에 관한 권한이고, 무엇이 결정에 속하는 권한인가는 명확하지 않지만, 판례는 약속어음의 양도,<sup>253)</sup> 신탁증서의 작성,<sup>254)</sup> 약속어음의 발행과 철도회사 운임 결정<sup>255)</sup> 등은 어느 것이든 집행에 관한 권한에 속한다고 하고 있다. 법원은 이와 같은 권한의 위양은 능률적인 경영을 위하여 필요한 동시에 이사의 수탁자적 의무에 반하지 않는다고 하였다.

그러나 재량이나 결정적 성질을 가진 권한의 위양에 대해 법원은 이사회가 회사 업무를 경영하여야 한다는 제정법 규범에 반한다는 이유에서 부정적이다. 판례

---

250) ABA-ALI Model Business Corporation Act §42·50.

251) Delegation of duties by Corporate Directors, *Virginia Law Review*, Vol. 47, p. 279.

252) 89 Tex. 69, 32 S.W. 514, 33 S.W. 222.

253) *Stevens v. Hills*, 29 Me. 133 (1848).

254) *Arms v. Conant*, 36 Vt. 744 (1864).

255) *Leavilt v. Oxford & Geneva S.M. Co.*, 3 Utah 165, 1 Pac. 356 (1883).

는 화재보험회사에서 화재에 의한 손실액의 사정은 이사회만이 할 수 있다고 하고,<sup>256)</sup> 이사회는 未納入株金額을 징수하기 위하여 주식의 경매를 결정하는 권한을 제3자에게 위양할 수 없다고 하면서,<sup>257)</sup> 미납입주금액의 납입을 청구하는 권한도 제3자에게 위양할 수 없다<sup>258)</sup>고 하였다. 물론 이와 같은 것이 순수한 결정적 권한의 위양인지, 집행적 권한의 위양인지는 명확하지 않고, 미납입주금액의 징수를 위한 경매 신청 등은 집행적 권한의 행사에 속하는 것이 아닌가 생각할 수도도 있지만, 집행적 권한 또는 결정적 권한도 이를 명확하게 구분할 수 있는 것은 아니라고 한다.<sup>259)</sup> 회사 제정법에 반하는 이사회 권한의 위양은 무효지만 예전에는 이사회 권한의 위양에 대한 명문의 규정이 없었기 때문에 법원은 스스로 기준을 확립하지 않으면 안되었고, 따라서 부득이 「집행과 결정기준」(ministerial-discretionary test)을 채용하지 않을 수 없었다. 그러나 이 기준에 따른 판례들은 권한 위양에 대한 한계를 명확하게 하지 못하여 상호 모순되거나 조잡하고 불명확한 설명을 하지 않을 수 없게 되었다.

Haldeman v. Haldeman 사건<sup>260)</sup>은 지금까지의 집행과 결정기준을 반복하여 이사회는 일상적인 업무의 집행 권한을 집행위원회에 위양할 수 있을 뿐만 아니라 재량을 수반하는 권한도 위양할 수 있다고 하였고, Social Security Building v. Warren 사건<sup>261)</sup>에서도 이사회는 보통 발생하는 영업상 거래뿐만 아니라 고도의 재량 판단이 요구되는 거래에 대한 권한도 제3자에게 위양할 수 있다고 하였다. 이 판례는 이사회가 집행 권한뿐만 아니라 결정 권한도 제3자에게 위양할 수 있다는 것을 인정한 것이다. 그러나 결정 권한을 제3자에게 위양한 때에도 이사회는 제3자에게 위양된 결정 권한이 적정하게 행사되고 있는지를 감독하여야 할 법률상

---

256) Farmers' Mut. Fire Ins. Co. v. Chase, 56, N.H. 341 (1876).

257) York & C.R.R. v. Ritchie, 40 Me.425 (1855).

258) Silver Hook Road v. Greene, 12 R.I. 164 (1878).

259) 이사회결의로 2명의 이사에겐 일정기간 내에 법원에 자기파산을 신청할 권한을 부여한 Lone Star Shipbuilding Co.사건 판결(Haines v. Lone Star Shipbuilding Co., 268 Pa. 92, 110 A. 788.)에서 법원은 채권자들은 권한 위양이 법에 저촉된다고 주장하였지만 이는 유효한 권한 위양이라 하여 채권자 이익을 기각하여 앞에서 본 York & C.R.R. v. Ritchie 사건 판결과 모순되는 면을 보이기도 한다.

260) 176 Ky. 635, 197 S.W. 376 (1917).

261) 142 F. 2d 974 (8th Cir. 1944).



의무를 부담하기 때문에 이를 「최종적 감독기준」(ultimate supervision test)이라고 한다.

최종적 감독기준에 따르더라도 이사회는 회사 업무를 집행하지 않으면 안 되는데, 여기서 말하는 집행은 모든 재량 행위에 대하여 자신이 직접 감독하는 것으로 재량 행위에 대해 「고도의 지배」(high-level control)면 되는 것으로 해석된다. 미국의 common law는 이 견해를 지지하는 경향이고, 각 주의 회사법들도 이와 같은 기준에 따라 이사회에 대해 규정하는 경우가 적지 않다.<sup>262)</sup> 이 기준에 따라 법원은 현실적으로 최종적인 감독권이 이사회에 유보되어 있으면 재량 권한을 제3자에게 위양할 수 있다고 하는 입장이기 때문에 상당히 넓은 범위에서 이사회에 의한 권한의 위양을 인정한다. San Antonio Joint Stock Land Bank v. Taylor 사건<sup>263)</sup>에서도 이사회가 사장에게 토지를 매각하기 위한 수탁자를 선임할 권한을 부여한데 대하여 법원은 이와 같은 권한을 위양하는 것도 적당한 감독권이 이사회에 유보되어 있는 이상 적법하다고 판시하고 있다.<sup>264)</sup>

「집행과 결정기준」(ministerial-discretionary test)은 이미 살펴 본 것처럼 불명확하다는 단점이 있기는 하지만, 이사회에 의한 궁극적인 감독을 요구하는 「최종적 감독기준」(ultimate supervision test)은 보다 명확하고 논리적이어서 이사회 기능의 변화에도 적용할 수 있다고 한다.

## 第2節 大陸法系

### 1. 프랑스

1867년의 프랑스 구회사법은 주주총회에 참석하는 주주에게 최고권한(pouvoir

---

262) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 38.

263) 129. Tex. 335, 341~342, 105 S.W. 2d 650, 654 (1937).

264) Lowell Hoit & Co. v. Detting, 320 111. APP. 179, 50 N.E. 2d 602 (1943)에서 법원은 이사회가 지배인을 선임할 때에 충분한 주의를 하였으면 그것에 의하여 최종적인 감독기능을 이사회에 유보한 것이 되기 때문에 지배인에게 통상적이고 필요한 영업상 거래계약을 체결하는 권한을 위양할 수 있다고 하였다.

supreme)을 부여하여, 회사의 관리와 회계감사를 담당하는 자는 주주총회에서 선임되거나 해임되며, 이들은 주주총회의 수권에 따라 권한을 행사하는 주주들의 수임자(mandataires des associes)라고 인식하였다. 따라서 수임자의 선임 조건과 권한 이외에는 어떠한 규제도 하지 않고, 이사와 감사(commissaires aux comptes)의 선임에 대해 규정하는데 그치고 있다.<sup>265)</sup> 그러나 대규모 회사에서는 이와 같은 규정에도 불구하고 실무 관행으로 이와는 다른 관리방식을 채택하고 있었는데, 이사들은 회의체(conseil)를 형성하여 회의체에서 의장(president)을 선출하는 동시에 회사를 지휘하게 하기 위하여 회의체의 구성원인 이사 1인을 대표이사(administrateur delegue)로, 이사 이외의 자를 전무(directeur general)로 선임하여 왔었다. 그 후 회사감사(surveillance des comptes)가 충분하게 이루어지지 않고 있다는 점에 주목하여 감사(commissaires aux comptes) 조직의 미비점을 보완하는 입법이 있었다.<sup>266)</sup> 1940년 11월 16일법은 이사회(conseil d'administration)를 설치하여 회사를 관리(administration)하도록 하고, 회사 지휘(direction)는 사장(president/directeur general)에게 위임하였다.<sup>267)</sup> 이러한 1940년법은 회사구조의 새로운 전개를 암시하는 것으로 지휘와 관리 그리고 감사를 담당하는 자는 법률상 권한을 부여받은 「法人의 機關」(organs de la personne morale)이 된 것이다. 그러나 이 개정에서 이사회는 주주총회로부터 해임될 수 있는 이사에 의하여 구성되고, 사장은 이사회에서 선임 또는 해임될 수 있기 때문에 같은 법 제89조 내지 제90조는 기관이론에 아닌 「委任理論」(theorie

265) 프랑스 구회사법 제22조, 제25조, 제32조 등 참조.

266) 中村眞澄, “フランス新會社法における會計監査役”, 『早稲田法學』, 45卷 1・2號, 早稻田大學法學會, 1970. 3, p. 79 以下.

267) 프랑스법에서 넓은 의미에서의 주식회사의 관리(administration)는 설립과 청산에 대립되는 개념으로 회사 운영에 관한 제반활동을 포함하지만, 좁은 의미에서는 감독기능 수행을 포함하는 업무집행을 의미하기 때문에 감사(Controle)와 구별된다. 여기에는 정관변경(Modification du Pacte Social)과 정관변경 사항을 포함하지 않는다. 이러한 의미에서 관리기구로 通常總會(Assemblees Ordinaires)와 理事會(Conseil d'Administration) 그리고 代表理事(Directear General)가 법정되어 있는데(Jean Escarra, Edouard Escarra, Jean Rault, Traite Theorique et Pratique de Droit Commercial : Les Societes Commerciales, Tome IV, Societes par Actions, Administrations des Societes Anonymes, 1959, n°1358), 이는 의사결정기관과 업무집행기관 그리고 감사기관이라는 전통적인 삼분법을 취하고 있는 것이다.

de mandat)에 근거하고 있다고 할 것이다. 그리고 이사회는 회사 관리를 담당하고, 사장은 지휘를 담당하지만, 어떠한 조문에도 관리와 지휘의 의의는 명확하게 나타나지 않는다.<sup>268)</sup> 더욱이 비교적 규모가 큰 회사에서는 이사회 구성원인 이사의 권한은 사실상 약하여 사장의 업무 집행(gestion)에 대한 감독에 한정되고 있다. 즉 사장의 활동을 감독하는 임무를 부여받은 이사회 회의를 사장이 스스로 주재하기 때문에 사장의 지위는 더욱 더 애매하게 되었다.

이와 같은 구회사법에 대한 비판을 받아들여 1966년 신회사법은 두 종류의 관리제도를 가진 주식회사를 구성하였는데 하나는 1943년법에 의하여 수정된 1940년법의 방향을 개선한 이른바 既存理事會이고, 다른 하나는 독일법의 영향을 받은 이른바 新型理事會이다.

#### 1) 理事會의 權限과 그 委讓

프랑스회사법에 따른 이사회는 기본적으로 상설기관, 합의기관, 협의기관이라는 성격과 특징을 갖는다.<sup>269)</sup>

##### (1) 常設機關性

---

268) 고전적인 학설에 따르면 管理는 회사 목적의 실현에 필요하거나 유익한 행위의 총체를 말하고, 指揮는 그 중 넓은 의미로 회사 사업에서 일상의 업무집행을 실현해 나가는 행위의 총체에 한정된다고 한다(Briere de l'Isle, President Directeur General, Encyclopedie Juridique, Repertoire de Droit Commercial et des Societes, Tome III, Societe, 1958, n°71; J. Escarra, E. Escarra et Rault, op. cit., n° 1510, p. 21). 이에 대하여 최근 학설은 양자의 구별은 지휘직무의 특성 특히 經常性和 繼續性에서 구할 수 있다고 한다(J. Escarra, E. Escarra et Rault, Traite Theorique et Pratique de Droit Commercial, Les Societes Commerciales, Tome IV, Societes par Actions, Administrations des Societes Anonymes, 1959, n°1493, 1510). 즉 지휘기관의 본질적 권한은 일상 업무뿐만 아니라 회의체에서 효율적으로 처리하기 곤란한 일체의 행위를 수행하는 권한을 의미한다고 하여, 指揮는 경상적 업무로서 계속적으로 이루어져야 하는 행위를 모두 포함하며, 회사대표의 관념까지를 포함하고 있다.

269) 이에 대해서는 주로 Pierre-Gilles Gourlay, Le conseil d'administration de la societe anonyme-organisation et fonctionnement, 1971에 따른다.

상설기관성은 실무에서 요청되는 것으로 이사회의 존속기간과 회사의 존속기간을 긴밀한 관계로 파악할 수 있다. 즉 주식회사의 필요적 기관(organe necessaire)인 이사회는 회사 자체의 존속기간과 동일한 기간동안 존속하여야 한다는 것으로 상설성은 필요성과 계속성의 두 측면을 포함하고 있다.<sup>270)</sup>

i. 必要的 機關性

이사회의 필요성을 명확하게 하기 위해서 사실상의 근거와 이론상의 근거가 논의되고 있다.

주식회사는 인적 회사가 아니기 때문에 서로 알지 못하는 사람들에 의하여 이루어지는 주식 인수를 통하여 주주 상호간에 회사 경영을 위임하였다는 데에서 사실상의 근거를 찾는다. 따라서 회사의 관리권한(pouvoir d'administrer)을 갖는 자는 주주집단(masse des actionnaires)이 된다. 그러나 이 권한 자체를 이사회에서 행사하도록 주주집단이 용인하지 않을 수 없는 것은 실무상으로 관리권은 반드시 1인 또는 수인에게 집중되어야 하기 때문이라고 한다.

이사회는 회사의 형태에 따른 특성이 아닌 주주의 집단성에서 도출되는 것이라는 데에서 이론상의 근거를 찾는다. 회사의 관리자를 이사로 하고 있는 舊會社法 제22조(또는 新會社法 제89조)는 이와 같은 의미에서 이에 반하는 것을 무효로 하는 효력규정이다. 물론 이와 같은 논의가 반드시 설득력이 있는 것이라고 할 수는 없지만, 프랑스민법 제1859조가 규정한 업무 집행 방법은 이론적으로는 회사 법과 정관에 반하지 않는 범위에서 주식회사에도 적용될 수 있다. 그러나 이와 같은 「계약이론」(theorie contractuelle)은 「제도이론」(theorie institutionnelle)으로 이행되었다고 할 수 있는데, 주식회사는 그 조직과 운영이 법률에 의하여 규제되도록 제도화되었으므로, 이사회도 수임자(mandataires)가 아닌 회사의 법률상 대표자(representants legaux)가 될 뿐이다. 이와 같은 상황을 기초로 하여 볼 때 이사회는 회사의 불가결한 요소가 되어 이를 폐지하는 것은 불가능하다고 한다.

이와 같은 제도이론이나 기관이론의 발전에 대응하여 나타난 「權限分掌理論」

---

270) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 42.

(theorie de la separation des pouvoirs)에 따르면 회사의 각 기관은 고유한 권한을 가지고 있으며, 그 권한의 전부를 다른 기관에 이양하는 것은 불가능하다는 것이다. 이러한 이론에도 불구하고 실무상으로는 정관 등을 통하여 이사회가 그 권한의 전부를 사장에게 이양할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있는 경우가 있지만, 판례<sup>271)</sup>를 통하여 특수한 권한이 이사회에 인정된 것도 있다.

1940년 11월 16일법은 제도이론을 인정하면서 이 이론을 강화하였고, 그 이후 주식회사는 이사회에 의하여 관리되지 않으면 안 되는 것이 되었으며, 판례에서는 「階序理論」(theorie de la hierarchie)과 권한분장이론이 인정되어 오고 있다.<sup>272)</sup> 이렇게 볼 때 프랑스에서는 이사회에의 필요적 기관성에 대한 완전한 이론을 찾아볼 수 없다고 할 수 있다.<sup>273)</sup>

## ii. 繼續的 機關性

이는 필요적 기관성에 따르는 것으로 필요적 기관이기 때문에 이사회는 회사의 존속기간과 같은 기간동안 존속하지 않으면 안 된다는 것이다. 그러나 이에 대해서 회사법 제90조는 이사의 임기는 6년을 초과하지 못한다고 하고, 정관상의 이사에 대해서는 3년을 초과하지 못한다고 규정하고 있기 때문에 문제가 나타난다. 즉 이사는 정관에 특별한 규정이 없으면 재임할 수도 있고, 해임·사임·사망 등의 이유로 이사회에의 구성은 끊임없이 변하도록 되어 있다. 이렇게 볼 때 이사 1인의 임기가 만료되면 다른 이사의 위임도 자동적으로 종료된다고 생각할 수 있으며, 반대로

---

271) 1896년 11월 26일의 Paris항소법원은 판결에서 주주총회의 권한은 그것을 확대하더라도 그 직무의 성질 자체에 따라 그리고 정관의 명문규정에 따라 이사회에 전속하는 특별한 권한을 박탈할 수 없다고 하고 있다(J. Soc, 1897, 434).

272) 1946년 6월 4일 破毀院은 “주식회사는 모든 기관이 위계적으로 구성되어 있는 동시에 이사회에 의하여 관리가 이루어지는 회사”라고 하면서, “그 결과 정관에 의해서도 이사회에 전속하는 권한의 모두를 사장에게 부여하는 것은 불가능하다”고 하였다(J. Soc., 1946, 374; R.D.C. 1948, 86). 그 후에도 破毀院은 이 원칙에 대해서 사장의 선임은 이사회에의 전결사항이며 주주총회는 그 하자를 추완할 수 없다(Cass. com. 31 janvier 1968, R.D.C. 1968, 369)고 하거나, 주주가 자발적으로 총회를 소집할 수 없다(Cass. cam. 30 avril 1968, R.D.C. 1969, 104)고 하고 있다.

273) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 43.

새로운 이사에 대해서는 특히 전임자가 해임된 때에는 그가 한 행위나 거래에 대해서 구속되지 않는다고 주장할 수도 있다.

이에 대하여 판결은 이사 전원이 해임된 때에는 이사회가 스스로의 권한에 따라 한 행위나 거래는 그 권한이 소멸되더라도 회사를 구속한다고 하고 있다.<sup>274)</sup> 또 Rion항소법원은 “상사회사의 이사회는 영속하는 것이며 구성원의 일부 또는 전부가 교체된 때에도 그 권리를 계속하여 보유하며, 이사를 선임한 주주와는 별개의 독립된 인격을 갖는다”고 하여 계속성을 명확하게 하고 있다.<sup>275)</sup> 즉 이사회는 이사에 의해 구성되지만 구성원인 이사의 인격의 단순한 총화가 아닌 개별적인 인격을 갖는 것으로, 이는 회사가 존속하는 동안 독립된 생명이 있으며 실재(entite)한다는 것이다.<sup>276)</sup>

## (2) 合議機關性

회사법 제22조는 주식회사는 1인 또는 수인의 이사에 의하여 관리되도록 규정하고 있다. 그러나 1인에 의한 獨任制 업무집행기관을 선택하는 빈도가 낮아져, 1940년 11월 16일법과 회사법 제89조에 의하여 합의체로 되기 이전부터 대부분의 주식회사에서는 복수의 이사를 두고 있었다.

### i. 實務上 要請

합의체에 의한 관리는 19세기 후반 산업발달과 함께 주식회사가 비약적으로 발전하면서 기술의 발달에 따라 자본이 필요하게 되었고, 주식회사는 이와 같은 산업자본의 집중을 위한 법률상 수단(instrument juridique)이 되었다. 이러한 점에서 주식회사의 역할은 중요한 의미를 가지며, 특히 경제발전의 수단으로 인식되었다. 그러나 주식회사가 산업의 각 부문에서 대규모화되면서, 그 운영이 점차 중요하고 복잡하게 변하여 왔다. 이 단계에서 주식회사는 더 이상 1인에 의해 경영될

274) Co. Seine. 15 mai 1901, J. Soc., 1901, 451.

275) J. Soc., 1908, 258

276) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 44.

수 없는 상태에 놓이게 되었고, 복수이사제도가 채택된 것이다.

합의체에 의한 업무집행 체제의 진전은 이익집단(*groupes d'interets*)이라는 관념에 따라 촉진되었다. 대규모회사에서는 일정한 주주들이 특수한 관계로 맺어지면서<sup>277)</sup> 일정한 주주집단 또는 이익집단의 내부 또는 집단들의 이익을 조정하기 위하여 합의체에 의하여 회사를 관리할 필요가 있게 되었고, 마찬가지로 회사가 자본을 필요로 할 때 출자자가 회사경영을 감독할 수 있는 범위 내에서 자본조달이 가능할 때 출자자는 이사회에 자기의 대표자를 파견하게 될 것이다.

이와 같은 내재적 이유와 함께 주식회사는 출자자의 신뢰를 확보하기 위하여 주주총회와는 다른 경영방침을 결정하는 기관을 도입한 것이다. 따라서 출자자를 적극적으로 경영에 참가시키지 않으면서도 쉽게 회사를 경영할 수 있는 기관을 설치하는 것이 회사에 도움되는 일이 되면서 회사들은 이사회제도를 채용하려고 노력하였던 것이다.

## ii. 法律上の構成

1940년 11월 16일법은 주식회사는 3인 이상 12인 이하의 구성원으로 이루어지는 이사회에 의하여 관리되어야 한다고 규정하여 실무 관행을 법으로 인정하면서 일정 수의 소규모회사에서 종전부터 있었던 이사의 獨任制를 금지하였다. 그러나 1940년법이 회사법 제22조를 명문으로 폐지하는 것은 아니었기 때문에 정관으로 이사회를 설치하고 있는 회사에 대해서는 적용되지 않았으며 이러한 경영기구의 설치를 의무화한 것도 아니었다. 그러나 학설은 이를 부정하면서 1940년법에 따른 제도 실시 이후 이사회제도는 모든 주식회사의 의무라고 해석하였고, 실무에서도 單獨理事制(*directeur general unique*)를 유지하려고 하지 않았기

---

277) 특수한 관계는 혈연적 결합이나 금전적 결합을 의미한다. 주주는 다른 회사나 은행 또는 어떤 경제단체의 대표자로 이루어지는 경우가 있고, 이와 같이 인척관계 또는 경제적 필요에 의한 공동의 경영방침을 가진 주주 집단이 개개의 주주와 대립하는 때에는 前者의 指株數가 적더라도 쉽게 회사 지배권을 장악할 수 있다. 이와 반대로 이러한 이익단체인 주주가 다른 집단과 대립하는 때에는 각자가 회사 경영에 참가하는 길만이 해결점을 찾을 수 있는 방법이 된다(大野實雄 等 執筆, 早稻田大學フランス商法研究會 編, 「注釋フランス會社法」, 第2卷 (東京: 成文堂, 1977), p. 453).

때문에 회사법 제89조도 1940년법의 이러한 해결을 승계하였을 뿐이라고 한다.

이와 같이 합의기관이라는 관념과 발전은 대규모회사 특히 公募會社(societes faisant publiquement appel a l'epargne)에 적합한 것이었다. 그러나 稅法을 이유로 오랫동안 주식회사 형태를 유지하기는 하지만 실제로는 개인상인과 다른 것은 중소기업이 존재한다는 사실을 무시할 수 없기 때문에,<sup>278)</sup> 합의에 의한 경영 형태는 소규모회사에는 적합하지 않을 것이다.<sup>279)</sup> 이에 따라 상법전 및 회사법개정위원회에서 非公募會社(societes nefaisant pas appel l'epargne publique)는 단독이사제를 채용할 수 있도록 하여야 한다는 것이 지배적인 견해가 되어 주식회사에서 이사회제도가 불가피한 것이라는 의견이 후퇴하게 되었다.<sup>280)</sup> 그러나 주식회사는 중소기업을 목적으로 하는 기업형태가 아닐 뿐만 아니라, 법적 조직도 중소기업으로서는 복잡하고 부담되는 것이다. 또한 주식회사는 자본조달을 쉽게 하는데 목적이 있는 것으로 개인적인 성질을 갖는 사업에 대해서 1인 또는 몇 사람의 전제적인 권한 행사를 확보하기 위한 것이 아니다. 사업에 대한 전제적 권한 확보가 목적이라면 유한회사가 적당하며, 소규모회사 대부분은 유한회사 경영자에 대한 세법상의 처우와 사회적인 지위가 주식회사 경영자와 별 차이가 없다면 유한회사 형태를 취하려고 할 것이다. 이와 같이 문제는 소기업이 주식회사 형태를 취하는 것을 금지하는 데에 있는 것만은 아니다.<sup>281)</sup>

### (3) 協議機關性

278) 주식회사 형태를 취하는 것은 경영자 입장에서는 주식회사라는 형태를 취하는 것이 사회 보장과 간부퇴직연금의 특전을 받기 위해 가장 적절한 방법이라고 한다. 그러나 현재는 이러한 이유에서 주식회사 형태를 취하는 경우는 거의 없다고 한다(朴仁鉉, 前揭論文, p. 46, 주 125) 참조).

279) 주식회사 형태를 채용하여야 할 불가피한 이유가 있는 것도 아니고, 이사회가 외형적인 걸치레에 불과할 뿐만 아니라 실제로 기능하지 못한다면 이사회 결의는 결국 최고간부(direction generale)의 개인적 판단이나 의사와 같기 때문이다.

280) Travaux de la Commission de reforme du Code de commerce et du droit des societes, tome III, Paris : Pichon et Durand-Auzias, 1951, p. 245.

281) 이 제한은 주식회사에 일정 한도 이상의 자본금을 요구하는 간접적인 제한을 하고 있다. 개정안은 최저자본액을 일률적으로 10만프랑으로 하였으나 의회 심의 과정에서 非公募會社에서 10만프랑은 너무 높기 때문에 개인기업의 주식회사로의 이행을 저해할 염려가 있고, 반대로 公募會社로서는 너무 낮다는 비판이 있었다. 결국 양원협의회에서 각각 10만프랑과 50만프랑으로 주식회사의 최저자본액을 정하였다(新회사법 제71조 참조).



이사회는 회의를 열어 협의를 한 후 다수결에 따라 의사를 결정한다. 스스로의 필요에 따라 업무집행기관을 설치한 것은 실무적으로 가장 창조적인 결단이라고 할 수 있다.

i. 協議機關性의 根據

프랑스 민법 제1857조가 “여러 명의 사원들이 업무집행의 책임을 부담하는 경우 그 직무에 대하여 어떠한 제한도 없고 또한 그 중 1인이 다른 사원과 공동하지 않고 직무를 집행할 수 없다는 명백한 규정도 없을 때에는 각 사원은 모두 각자 단독으로 업무집행행위를 할 수 있다”고 규정하는 데에서 이사회를 협의기관으로 설치한 이유를 알 수 있다. 이사회의 적절한 업무집행을 담보하기 위한 행위의 일체성(unite d'action)을 확보하려면 프랑스민법 제1857조를 무시하여야 한다. 즉 이사들 사이에서 권한을 분리하는 것을 인정하면서도, 이러한 분리는 이사회제도가 추구하는 방향과 저촉되는 것으로 이를 해결하기 위해서는 이사가 공동하여 행위를 할 것을 의무화한 것이다. 그러나 이렇게 되면 결의를 할 때마다 이해관계인 모두의 지지가 있어야 하기 때문에 유연성이 결여된다는 단점이 있다. 따라서 실무에서는 유연성과 함께 조직화된 업무집행을 가능하게 하는 다수결원칙을 채택하는 것이 일반적이다.<sup>282)</sup>

이사회의 協議機關性은 이사회제도를 완성시키는 동시에 최대한의 유연성과 효율성을 부여하는 것이다. 이와 같은 이유에서 판례<sup>283)</sup>는 이사회가 회의를 열고 협의를 통해 활동하는 업무집행의 합동기관(organe collectif de gestion)이라는 것을 명백히 하려고 노력하였고, 이와 같은 협의기관성에 반하는 협의는 무효라고

---

282) 합의체 운영에서 다수결원칙이 생겨난 것과 같이 「이익집단」(groupes d'intérêt)의 행위에 의하여 協議機關性은 촉진되었다. 즉 다수파와 소수파가 공동으로 의무를 집행하는 것은 실제로 불가능하기 때문에 다수파는 다수결을 통하여 회사 경영에서 소수파를 사실상 배제할 수 있는 구성을 취하여야 하였다. 그러나 가장 좋은 것은 대립되는 이익집단간에 적절한 협력을 통하여 회사 내부에 보다 진보적인 조정을 이끌어 내는 것인데 이는 실무상 반드시 무시되는 것은 아니라고 하지 않을 수 없다.

283) Lyon 7 Juin 1911, motif, J. Soc., 1912, 516; T. Com. Nantes 22 avril 1920, J. Soc., 1924, 466; Amiens 16 mai 1891, J. Soc., 1892, 566.

하고 있다.

ii. 協議機關性的 限界

앞에서 살펴 본 판례는 다수결에 따른 결의에 대한 것으로 이사들 사이에서 전원일치가 있을 때에는 이와 같은 협의는 필요하지 않다고 인정되고 있다. 다수파 이사들이 찬성하는 때에는 소수파는 협의로 그 다수결에 대신할 수 있지만, 반대로 이사 전원의 의견이 일치할 때에는 더 이상 협의가 필요하지 않다고 하여야 할 것이다. 이와 같은 생각은 주주총회에서도 그대로 적용되며 한층 더 명확하게 된다.

그러나 협의(deliberation)에 대하여 비교적 넓게 보려는 판례를 보면 전원일치로 결의하였더라도 회의를 개최하지 않았을 때에는 협의기관의 결정으로 볼 수 없다고 하고 있다.<sup>284)</sup> Paris항소법원은 1867년 7월 24일법(구회사법) 제40조가 규정한 이사회에 의한 認許(autorisation)와 주주총회에서 承認(approbation)을 요하는 거래에서 회사 경영에 관여하는 이사와 주주가 각각 개별적으로 동의를 얻은 거래에 대하여 명확한 판단을 보여 주었다. 즉 “이러한 자가 개별적으로 동의를 얻었다는 것이 증명된다고 하더라도 회의체를 구성하는 자의 개별적인 동의를 가지고 이사회에 인허와 주주총회의 승인에 대신할 수는 없다. 법이 요구하는 인허와 승인은 자기들의 의견을 개진할 수 있는 회사기관 외부에서 개별적으로 청취된 의견을 종합하여 이루어지는 것이 아니다. 이사회나 주주총회라는 회사기관에서 회의를 통해서만 모든 사람과 의견을 교환하게 되고 의견 조정과 변경 등이 이루어지면서 의결에 이르게 된다”고 하고 있다.<sup>285)</sup>

이와 같이 이사회에 협의는 회의(reunion)에 대한 이사회에 결의에 근거를 제공하는 것으로, 협의에 의해서만 주주의 이익과 제3자의 이익 그리고 이사 자신의

---

284) Caen, 30 decembre 1896, J. Soc., 1896, 273; Lyon, 20 mai 1911, J. Soc., 1912, 306.

285) Paris, 18 mars 1959, J. Soc., 1959, 325; Rouen, 24 November 1959, J. Soc., 1960, 322. 주주총회에 대해서는 Amians 7 mai 1963, R.D.C. 1963, p. 859가 있는데 이사회에 대해서도 마찬가지로 적용할 수 있는 판례이며, Paris, 13 juin 1964, D.S. 1965, 398에서도 개별적인 동의는 구회사법 제40조에서 정한 이사회에 승인에 대체될 수 없다는 것을 확인하고 있다.

이익 등 여러 이해관계인의 이익을 보호할 수 있게 되었다. 그러나 협의는 일정한 절차와 규정에 따라야 하는 것으로 절차주의는 자체가 목적은 아니지만 효과적인 협의를 보장하여 주는 것이고, 절차주의에 따른 이사회는 자주성으로 구성원과의 관계가 강화되면서 이사 업무의 계약적 성격은 약화된다. 즉 법률 규정에 따르면 이사는 수임자(mandataire)임에도 불구하고 실제로 그것과는 거리가 먼 존재라는 것이다. 이사는 결정에 대한 고유한 권한을 갖지 않으며, 일정한 조건에서 이사회 결의에 참가하는 권능을 행사할 수 있을 뿐이다. 이사회는 수임자의 집회가 아니라 업무 집행에 대한 자주적이고 특별한 기관에 불과하다는 제도이론이 현실의 존립기반을 유지하고 있다는 데에는 의문의 여지가 없다 할 것이다.

## 2) 新社會法에서의 理事會의 地位와 構成

프랑스 회사법의 理事會에 관한 규정은 전통적인 법체계와의 급격한 괴리를 피하면서 회사법에 새로운 방향을 제시하였다. 다시 말하면 기존의 지휘기관과 관리기관과의 관계를 명확하게 하기 위하여 노력하였지만 프랑스의 전통적인 주식회사 구조에 내재하는 결함을 제거할 수 없었기 때문에 주식회사의 지휘와 관리에 관한 종래의 제도를 유지하는 한편 독일법을 도입하여 새로운 유형의 업무집행기관을 신설한 것이다. 보다 구체적으로 보면 대표이사(president de conseil d'administration)와 전무(directeur general)와의 직무 분담에 관한 혼동과 중복의 문제이다.<sup>286)</sup>

286) 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.에서 주식회사에 대해 독일법이 프랑스 법보다 논리적이고 근대적이며 효과적인 구조를 갖고 있다고 하였다. 新型理事會에서는 구성원을 'members du directoire'로 표현하고, 既存理事會에서는 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 'membres du directoire'로 되었다. 신형이사회에서는 업무의 집행과 감독이 엄격하게 구분되어 신형이사회는 대표이사만으로 구성되는 것이고, 이를 감독하는 기관은 감사회이다. 따라서 신형이사회는 기존이사회처럼 몇개월에 1회라는 식으로 개최되는 회의체가 아닌 매일 또는 2일마다 개최되어 살아 행동할 필요가 있어서 각 구성원은 대등한 지위와 책임 그리고 직무를 수행하는 會議體(organe collegial)여야만 하는 것이다. 따라서

신회사법은 프랑스의 관행에 반할 염려가 있다는 우려 때문에 자유롭게 선택할 수 있는 두 종류의 이사회를 마련하였고, 기존의 회사도 신형 이사회제도를 선택할 수 있도록 하였다(프랑스 신회사법 제118조). 프랑스법이 갖는 본질적인 결함은 회사 경영을 개선하기 위하여 분리되어야 할 두 종류의 기관을 이사회라는 단일 기관으로 혼동하던 것이다. 그런데 신형이사회에서는 경영 책임을 부담하는 기업의 지휘기관(organe de la direction de l'entreprise)인 신형이사회<sup>287)</sup>와 주주를 대표하면서 주주들을 보호하기 위하여 회사의 지휘를 감독하는 임무를 부담하는 자본의 대표기관(organe representatif du capital)인 監事會<sup>288)</sup>라는 두 기관으로 분리하여 주식회사들은 둘 중 하나를 선택할 수 있도록 한 것이다.

구성원의 선임에 대해 기존이사회(conseil d'administration)에서는 창립총회 또는 통상총회에서 선임하거나 정관으로 지명하며(프랑스 회사법 제90조 제1항 및 제88조, 시행령 제77조), 임기는 정관으로 정하는데 총회에서 선임한 때에는 6년, 정관에서 지명한 때는 3년을 초과할 수 없다. 해임은 통상총회에서 한다(프랑스 신회사법 제190조 제1항, 제2항, 시행령 제77조). 그러나 신형이사회에서는 구성원을 감사회에서 선임하고(프랑스 회사법 제120조 제1항), 감사회의 제안으로 총회에서 해임되는데(제121조 제1항) 임기는 4년이다(제122조). 따라서 자본과 노동 그리고 고객으로 이루어지는 기업구성요소의 이익과 국가의 이익으로서의 법 준수를 위하여 기업을 지휘하는 임무를 부담하기 때문에 신형이사회(directoire)는 상대적 독립성(relative autonomie)을 갖는 한편 신형이사회회의 구성원은 주주에 대해서 책임을 부담하지 않는다. 신형이사회는 원칙적으로 합의체적 성격(caractere collegial)을 갖고 있는데, 사장(president du directoire)이 제3자와의 관계에서 회사를 대표하는 경우 합의체인 신형이사회회의 다른 구성원은 평등한 입장에서 회사 내부의 지휘권을 행사할 수 있다는 데에서 기존이사회와 차

---

그 구성원은 이름뿐인 중역이 아니라 중심적인 경영자(veritables directeurs)이어야만 하는 것이다. 기존이사회회의 이사는 이사회의 업무집행결정에는 참가하지만 주도적으로 관여하지는 않는다. 따라서 신형이사회회의 구성원을 'directeurs generaux'라고 하면 기존이사회회의 평이사(administrateurs in partibus)와 동일한 image를 갖게 되어 신형이사회회의 성격을 오해할 염려가 있다.

287) 이는 독일의 Vorstand에 해당한다.

288) 독일의 Aufsichtsrat에 해당한다.

이가 있다. 구성원의 수에서도 기존이사회에서는 합병의 경우를 제외하고는 3인 이상 12인 이하로 구성되며(제89조 제1항, 제2항), 연령도 정관에 규정이 없으면 70세이고(제90-1조 제1항, 제2항), 대표이사는 65세로 제한(같은 법 제110-1조 제1항)되는데 비하여, 신형이사회는 5인 이내로 구성되고 자본이 60만프랑 미만인 주식회사는 단독이사회를 둘 수 있으며,<sup>289)</sup> 연령제한은 65세이고,<sup>290)</sup> 대표이사에 대한 특별한 규정은 없다.

프랑스 회사법에서는 이사회에 사외이사의 참가를 규정하고 있는데 근로자는 이사의 수의 3분의 1을 초과하지 않는 범위 내에서 이사를 겸임할 수 있다(제93조 제2항).<sup>291)</sup>

### 3) 理事會의 權限

#### (1) 權限의 範圍와 內容

이사회는 회사의 목적과 주주총회에서 명시적으로 부여한 권한의 범위 내에서만 회사명의로 행위할 수 있는 광범위한 권한을 갖는다.<sup>292)</sup> 원칙적으로 이 권한은 법률적 의미로는 「管理行爲」(actes d'administration)에 한정된다. 따라서 회사법 제124조 제1항의 “모든 경우에 회사 명의로 행위하는 가장 광범위한 권한”이라는 표현은 부적절하다는 비판이 있다. 또 이 조는 제정 당시 ‘pouvoirs de gestion’이라는 표현이 사용되었지만, 1967년 7월 12일법에 의해 ‘pouvoirs’로 개정되었다. 이는 제3자에 대한 관계에서는 ‘gestion’, ‘administration’ 또는 ‘direction’이라는 용어들의 애매한 관계를 구별하려는 것이 아니라, 이사회에 이사

289) 같은 법 제119조 제1항, 제2항; 제2항은 1981년 12월 30일 법률 제81-1162호로 개정되어 25만프랑에서 60만프랑으로 상향 조정되었다.

290) 같은 법 제120-1조 제1항. 이 조항은 1970년 12월 31일 법률 제70-1284호로 신설되었다.

291) 근로자가 理事에 선임되는 때에는 최소한 2년전부터 회사와 고용계약을 체결하였어야 하고, 실제로 그 직무에 종사하여야 한다(제93조 제1항).

292) 프랑스 신회사법 제98조 제1항에는 구형이사회에 대한 권한의 범위를, 제124조 제1항에는 신형이사회에 대한 권한의 범위를 규정하고 있다. 그 차이를 보면 신형이사회에서는 주주총회와 함께 감사회에 의한 권한 범위를 제한하는 규정이 있다.

회 명의로 행위할 수 있는 모든 권한을 부여하려는 배려에서 그 권한을 두고 있는 것이라고 한다.<sup>293)</sup>

이와 같이 이사회는 법에 의하여 가장 광범위한 권한(pouvoirs les plus etendus)을 부여받고 있지만, 실제로는 이사회 권한의 대부분은 회사의 지휘자인 사장과 부사장이 행사하는 고유권한에 흡수되어 있다. 결국 기존이사회의 권한은 “지휘의 최고 방침에 관한 자기 의견을 진술하는 동시에 회사 운영에 관한 다소 적극적 감시”를 행하는데 한정되고 있다.<sup>294)</sup> 그럼에도 불구하고 주주총회의 소집(프랑스 회사법 제158조 제1항)과 계산서류의 작성(프랑스 회사법 제340조), 주주총회에의 보고(프랑스 회사법 제157조 제2항), 회사와 이사 또는 부사장과의 거래의 인허(프랑스 회사법 제101조), 이사의 보궐선임(프랑스 회사법 제94조), 사장 또는 부사장의 선임과 해임(프랑스 회사법 제110조, 제115조), 조사위원회 구성원의 선임(프랑스 회사법 시행령 제90조 제2항), 출석수당 및 상여금의 배분(프랑스 회사법 시행령 제93-1항) 그밖에 특별히 본점의 이전(프랑스 회사법 제99조), 보증·어음보증 및 담보제공(프랑스 회사법 제98조 제4항) 등과 같은 이사회的高유권한이 존재한다.

신형이사회의 권한은 회사의 목적과 법률 즉 감사회와 주주총회에 의한 제한을 제외하고 광범위한 권한을 갖게 되고, 그 목적 범위를 일탈한 행위(depassement d'objet)에도 불구하고 제3자에 대한 책임을 부담하지 않는다(프랑스 회사법 제124조 제2항, 제98조 제2항). 그 권한은 주주총회소집권(프랑스 회사법 제158조), 증자를 할 때 금전출자에 대한 신주인수와 납입증서확증권(프랑스 회사법 제192조), 주주총회의 수권에 따른 증자 실시와 정관변경권(프랑스 회사법 제180조 제3항) 등이 있다.

## (2) 權限의 制限

앞에서 살펴 본 것처럼 이사회는 법률상 가장 광범위한 권한을 갖지만, 실무에

---

293) 朴仁鉉, 前掲論文, p. 52.

294) Ripert Georges, op. cit., p. 660.

서는 사장과 부사장의 권한에 대부분 흡수당하고 있을 뿐만 아니라 회사의 목적과 총회의 권한 및 정관에 의하여 제한된다. 회사 목적에 의한 제한은 일반적인 것이며, 총회에 의한 제한은 판례<sup>295)</sup>를 통해 인정된 기관의 位階性을 확인한 규정으로 법률에 의하여 주주총회에 명시적으로 부여된 권한<sup>296)</sup>을 이사회가 행사하지 못한다는 의미이다(프랑스 회사법 제98조 제1항).

정관에 의한 제한을 이유로 제3자에게 대항할 수 없다(프랑스 회사법 제98조 제3항). 따라서 이사회가 정관에 의한 제한을 무시한 때에 회사는 제3자에 대하여 그 제한을 주장할 수 없으며 자기명의로 인수한 채무를 이행하여야 한다. 그러나 이 때에도 정관에 위반한 이사의 책임을 추궁할 수는 있다. 그리고 정관에 의한 제한으로 회사의 관리권을 주주총회로 이전시키는 것이 아니다. 따라서 정관에 사장 또는 부사장의 선임권을 주주총회의 권한에 귀속시키는 규정을 둘 수 없다.

## 2. 獨逸

독일법은 주식회사의 필요기관으로 의사결정기관인 주주총회(Hauptversammlung)와 감독기관인 감사(Aufsichtsrat), 업무집행기관인 이사(Vorstand)를 두도록 하고 있다. 이 외에도 결산검사인(Abschlussprüfer)이 필요기관으로 존재한다.<sup>297)</sup> 1897년 제정된 독일상법(HGB)도 주식회사의 기관으로 주주총회(Generalversammlung)와 이사 그리고 감사를 인정하여 왔으며, 1937년 주식법(Aktiengesellschaftsrecht)도 이를 유지하였다. 다만 1937년 주식법은 이러한 기관 사이에서 권한의 재분배를 단행하여 종래 최고기관으로 회사의 모든 사항에 대한 결정권을 가졌던 주주총회의 권한을 대폭 축소하였다. 특히 주주총회는 업무집행에서 제외되었고, 회사의 기본적인 사항에 대한 의사결정만을 하도록 하였다. 이에 따라 이사가 고유한 권한과 책임을 가지고 회사를 경영하도록 위임되었

---

295) Cass. civ. 4 juin 1946, J.C.P. 1947, II. 3518.

296) 이 권한에는 정관변경(제153조 제1항, 제2조, 제86조 및 시행령 제55조), 계산서류의 승인과 이익의 처분(제157조), 이사의 선임과 해임(제90조) 및 보수 결정(제108조), 회계감사의 선임(제223조), 회사와 이사 또는 부사장과 거래 승인(제103조) 등이 있다.

297) 독일주식법 제162조 내지 제169조 참조.

다. 아울러 이사의 직무는 회사의 업무집행이며, 감사의 직무는 이사의 업무집행을 감독하도록 명문화하였다. 즉 1937년 주식법은 각 기관의 권한을 상호 엄격하게 구별하였고, 1965년 주식법도 주식회사의 기관 구성과 권한 분배에 대하여 구주식법의 입장을 유지하였다. 독일 주식법에 대한 개정 논의에서 주주의 지위를 강화하기 위한 다소의 개정이 있었지만 실질적인 변화를 초래할 정도는 아니었으며, 감사의 업무감독 기능의 실효성을 확보하기 위한 개정이 이루어졌다.<sup>298)</sup> 여기에서는 이사회를 중심으로 주식회사의 기관들 사이에서 권한의 범위를 살펴보고, 경영기관으로서의 이사 또는 이사회가 다른 기관과의 관계에서 어떠한 지위에 있는지를 살펴본다.

### 1) 理事會의 構成

理事는 자기 책임으로 회사를 지휘하지 않으면 안 된다(독일 주식법 제76조 제1항). 이러한 회사를 지휘하는 권한은 회사 업무를 집행하는 동시에 회사를 대표하는 권한을 의미하는데, 이사는 회사의 업무집행과 대표기관이기 때문에 업무집행에 대한 의사를 결정하는 것이 아니라 결정된 의사를 실행하는 권한과 직무를 갖는다.

구법에서는 ‘자기의 책임하에’라는 표현 외에 ‘영업과 그에 종사하는 자의 복지 그리고 국가와 국민의 공동이익이 요구하는 바에 따라’라는 표현이 있었지만, 이사가 주주의 복지에 대한 업무를 부담한다는 것을 명시하여야 한다는 생각으로<sup>299)</sup> 개정 초안에서는 ‘기업, 그 노동자, 주주 및 국민의 복지가 요구하는 바에 따라’로 바뀌었다. 그러나 이러한 명문이 없다고 하더라도 이사가 그에 따르는 것은 당연하

---

298) 이와 같은 독일법제는 프랑스법에도 영향을 주었는데, 프랑스법은 1966년까지는 이사회 제도(*conseil d'administration*)만을 가지고 있었다. 1966년 7월 24일 상사회사에 관한 신법(66-537)과 1967년 3월 23일의 개정(67-236)으로 프랑스에서도 선택적이기는 하지만 종래의 제도 이외에 이사 및 감사회 제도를 도입하였다.

299) Wurdinger Hans, *Aktien und Konzernrecht : eine systematische Darstellung*, 2. Aufl., Karlsruhe : C. F. Müller, 1966, S. 132; ハンス・ヴェルディングー (Hans Wurdinger)·河本一郎 編, 「ドイツと日本の會社法」 (東京: 商事法務研究會, 1975), p. 29.



기 때문에 신주식법에서는 이를 전부 삭제하였기 때문에서는 신·구법은 이 점에서 실질적으로는 아무런 변화가 없는 것이라고 할 수 있다.<sup>300)</sup>

(1) 理事의 選任·人員·資格·任期

독일 주식법에 따르면 완전한 감사기능을 수행하도록 하기 위하여 감사가 이사를 선임(독일 주식법 제84조 제1항 1문)하도록 하고 있다. 독일에서 이사의 선임을 감사회의 권한으로 한 것은 1937년 주식법이다. 1897년 제정된 독일상법전(HGB)에서는 이사를 선임하는 방법을 정관에서 정하도록 하였지만 그 당시부터 이미 정관에 의하여 이사의 선임권을 감사에게 부여하는 것이 관행으로 되어 있었다.<sup>301)</sup> 이사의 선임은 배타적인 회의체인 감사회의 권한으로 되어 있기 때문에 정관에 의하여 총회나 감사위원 등 다른 기관에 양도할 수 없고, 또한 선임의 효력을 제3자의 동의 여부에 의하여 좌우되도록 할 수도 없다.<sup>302)</sup> <sup>303)</sup>

이사는 1인 이상이면 된다(독일 주식법 제76조 제2항). 다만 자본이 300만 마르크 이상인 회사에서는 정관에서 이사회를 1인으로 구성한다고 규정하고 있지 않으면 2인 이상의 이사로 구성하여야 한다(독일 주식법 제76조 제2항 2문). 2인 이상을 이사로 선임하였다면<sup>304)</sup> 감사회는 그 중 한 사람을 이사회회장

300) Ausschussbericht in Kropff, A.G, S. 97.

301) Staub-Pinner, HGB, 14. Aufl., Bd. 2, 1933, §231 Anm. 20.

302) Würdinger Hans, *Aktien-und Konzernrecht* : eine systemat., 3. Aufl., 1973, S. 113.

303) 일본에서도 이사의 선임과 해임 등에 대한 주주총회 결의의 효력을 縣知事の 승인에 의존하는 정관의 효력에 대하여 “법이 주식회사에 대하여 독립적 인격을 부여하고, 또한 그것에 독자적 존재와 이익을 인정한 주주총회를 그 최고기관으로 하여 이사의 선임 등을 전속결의사항으로 정한 정신에 위배되므로 무효”라고 한 판례가 있다(東京高決, 昭和24.10.31 (1949) 高民集 2卷 2號, p. 249). 이와 같은 판례에 찬성하는 학설로 大隅健一郎, 前掲書, p. 78; 大濱信泉, 前掲論文, p. 1035; 松田二郎·鈴木忠一, 「條解株式會社法」, 上卷(東京: 弘文堂, 1955), p. 258 등이 있다.

304) 독일에서는 이사가 여러 명 있으면 일반적으로 업무규정(Geschäftsordnung) 또는 임용계약(Anstellungsvertrag)에 따라 기술담당, 판매담당 등과 같이 회사 특성에 따라 업무가 분담된다. 일본도 마찬가지지만 우리 나라에서도 전무이사, 상무이사는 인사, 영업, 노무, 경리 등 업무분야를 분담하는 것이 보통이다. 그러나 그 결과 常務理事會가 각 담당분야에 대한 이익의 대변자로 구성되어 상무회가 이익조정외의 장이 되는 경향이 있어서 전반적인 입장에서 경영방침을 토의하는 본래의 기능을 수행하는데 불합리한 문제가 있다.

(Vorsitzender des Vorstands)에 지명할 수 있다(독일 주식법 제84조 제2항).

이사의 활동은 인적 활동(personliche Tätigkeit)을 전제로 하기 때문에 법인은 이사가 될 수 없고,<sup>305)</sup> 306) 자연인으로 완전한 행위능력을 가진 자에 한한다(독일 주식법 제76조 제3항). 제한적 행위능력자도 이사가 될 수 있는가에 대해 종래에는 규정이 마련되어 있지 않아 학설이 나뉘었지만,<sup>307)</sup> 신법은 이에 대하여 소극적인 입장을 취하면서 입법으로 해결하였다(독일 주식법 제76조 제3항). 이외에 독일에서는 법률상 특별한 자격 제한은 없지만, 정관에 의하여 주주 또는 독일인이어야 한다는 것과 같은 이사의 자격을 제한하는 것은 허용된다고 해석된다. 이사의 임기는 최장 5년이며, 재선 또는 임기 연장은 각각 최고 5년을 임기로 하여 허용된다(제84조 제1항 1문).<sup>308)</sup>

공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)과 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 그리고 공동결정보충법(Mitbestimmungsergänzungsgesetz)을 적용 받는 회사는 근로자 대표가 이사회와 감사회를 통하여 경영에 참가하는 것을 인정하고 있다.<sup>309)</sup>

---

305) Godin/Wilhelmi, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Aufl., Berlin : W. de Gruyter, 1950, §76 Anm. 9.

306) 우리 나라에서도 법인의 이사 자격에 대해서 견해가 나누어져 있는데 이는 법인도 맡기인 이 될 수 있고, 회사정리법 제95조에 의하여 재산관리인도 될 수 있으며 무엇보다도 법이 특별히 자격을 제한하고 있지 않기 때문이다. 일본에서는 유력한 반대설이 있지만 개인적인 신뢰관계를 기초로 하는 이사 업무의 성질상 자연인에 한한다는 견해가 통설이다(大隅健一郎, 前掲書, p. 86; 田中誠二, 前掲書, p. 440; 大森忠夫, 「改訂版 新版會社法講義」(東京: 有斐閣, 1967), p. 202).

307) 1897년 독일상법전에 따르면 제한적 행위능력자도 이사가 될 수 있다는 견해가 통설이었지만, 1937년 주식법에 따르면 제한적 행위능력자는 이사가 될 수 없다는 견해(Baumbach-Hueck, AG., 12. Aufl., 1965, §70 Anm. 2; Godin-Wilhelmi, a. a. O., §70 Anm. 4; Rittner, AG., 1939, §70 Anm. 5; Schilling in Hachenburg, GmbH-gesetz, 6. Aufl., 1956, § 35 Anm. 38; Schlegelberger-Quassowski, AG., 2. Aufl., 1937, § 75 Anm. 4; Schmidt-Meyer-Landrut, Grosskommn. AG., 1959, Bd. 1, §75 Anm. 5; Teichmann-Koehler, AG., 3. Aufl., 1950, §75 Anm.)가 오히려 유력하다.

308) 이사는 업무집행에서 다른 기관에 종속되지 않는다. 즉 주주총회나 감사회 등의 지시를 받지 않기 때문에 임기는 법률에 따라 5년으로 제한되어 있지만 재임에 의하여 신임을 물을 수도 있다.

309) Gunter, Handbuch des Aktienrecht, 4., S. 245; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2., neubearb. Aufl. Köln: Heymann, 1991, S. 696; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2., Aufl. München: Vahlen, 1992, SS. 121~122.

## (2) 理事의 解任

이사는 중대한 사유가 있을 때에만 감사회에 의해 해임될 수 있다(독일 주식법 제84조 제3항). 구법은 중대한 사유의 예로 “중대한 의무위반과 정상적인 업무집행에 대한 능력의 결여”<sup>310)</sup>만을 들고 있었으나, 신법은 “주주총회에 의한 불신임”을 추가하고 있다. 따라서 이사는 그 직무 수행을 위해서는 감사회 뿐만 아니라, 주주의 신임도 필요하다는 것이 명시적으로 인정되고 있다. 물론 이러한 신설 조항에 의하여 종래부터 존재해 오던 법률상태는 변경되지 않는다. 연방재판소는 구법을 근거로 주주총회에 의한 불신임은 구체적인 경우에 그 불신임이 정당한지 여부와 관계없이 원칙적으로 해임을 정당한 것으로 하는 중대한 사유에 해당하는 것이라는 판결이 있었다.

해임에 관한 최종적인 판단은 감사회에서 한다. 감사회는 주주총회가 특정 이사에 대하여 명백하게 불합리한 사유로 불신임을 표명한 때에는 그 이사를 해임하여서는 안 된다.<sup>311)</sup> 나아가서 감사회는 주주총회에서 불신임이 있을 때에는 당해 이사를 해임할 권한을 갖지만 그렇다고 해임하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니다. 다만 주주총회와의 대립관계와 감사 자신이 주주총회에 의해 해임될 가능성도 있기 때문에 사실상 그 이사를 해임할 수밖에 없을 것이다.

## 2) 理事會의 運營과 業務執行權限

### (1) 業務執行方法

구법에는 2인 이상으로 이사가 구성된 때에는 공동대표를 원칙으로 한다는 규정<sup>312)</sup>은 있었지만 업무집행에 대한 규정은 없었다. 따라서 업무집행에 대한 의사를 결정할 때 이사 전원의 동의가 필요한가 아니면 다수결로 족한가에 대하여 학설이 나뉘었다. 이에 대하여 신법은 공동대표의 원칙을 취하여 “모든 이사는 공동

310) 1937년 독일 주식법 제75조 제3항.

311) 독일 주식법 제84조 제3항.

312) 1937년 독일 주식법 제71조 제2항.

으로만 업무집행 권한이 있다”고 명시하였다(독일 주식법 제77조 제1항). 따라서 이사 중 한 사람이라도 반대하면 업무집행을 위한 조치를 취할 수 없게 된다. 물론 정관 또는 업무규정에 다수결로 한다거나 가부동수인 때에는 의장에게 결정권(casting vote)을 부여한다는 별도 규정을 둘 수 있고(독일 주식법 제77조 제1항 2문 전단), 실제로 대다수의 업무규정은 이를 명문화하고 있다.

나치(Nazis)의 지도자원리에 근거하여 1937년 주식법에서는 이사회 의장이 다수 또는 모든 이사의 의사에 반하는 결정을 할 수 있었기 때문에(1937년 독일 주식법 제70조 제2항 2문) 업무집행에 대하여 의장이 결정권을 행사하면 그 결정은 이사회 의 결정으로서 효력을 갖도록 하였지만, 현행 주식법은 이사회 의장의 결정권제도를<sup>313)</sup> 폐지하였다(독일 주식법 제77조 제1항 2문). 이와 같은 의장의 결정권은 공동집행주의에 어긋날 뿐만 아니라 이사들과 충분한 토의를 거치지 않고 중요한 문제를 경솔하게 결정하여 회사를 위협에 빠뜨릴 염려가 있었기 때문에 이를 폐지한 것이다.

## (2) 業務規程制度

業務規程(Geschäftsordnung) 제정권에 대하여 구법에서는 아무런 규정도 하지 않았지만, 신법은 이에 대하여 이사는 업무규정을 제정할 수 있다고 하고 있다. 다만 정관에서 감사회에 의무규정의 제정권을 부여하였거나, 이미 감사회가 이사를 위하여 업무규정을 작성한 때에는 이사는 업무규정을 작성할 수 없다. 이사가 업무규정을 제정하거나 폐지·변경하는 것은 전원일치로 하여야 한다(독일 주식법 제77조 제2항). 이와 같은 업무규정의 제정·폐지·변경에 전원일치를 요구하는 것은 이사회가 다수결로 업무규정을 제정하거나 개폐할 수 있게 하면 감사회가 특정한 직무를 고려하여 이사를 선임하는 취지와 정신에 어긋나기 때문이다. 이 규정은 강행규정이다.<sup>314)</sup>

---

313) 여기에서 말하는 결정권은 casting vote가 아니고, 의장이 과반수 이사의 의사에 반하는 결정을 할 수 있는 권한을 말하는데 독일법에서는 이를 금지하는 명백한 규정을 두고 있다. 이는 합의체로서의 이사회 성격에서 유추되는 당연한 규정이라 할 수 있다.

314) Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., 1967, §77. Anm. 8.

감사회는 정관에 명시적인 규정이 없는 때에는 언제든지 업무규정을 제정할 수 있는 권한을 갖는다. 이사회가 제정한 업무규정이 있다고 하더라도 감사회가 업무규정을 제정하면 이사회가 제정한 업무규정은 효력을 상실한다. 정부초안이유서에는 “이미 이사회가 제정한 업무규정이 있는 때에는 감사회는 그 일부만을 변경하는 것과 다른없는 업무규정을 제정할 수 없다”고 하고 있었다.<sup>315)</sup> 그러나 이에 대하여 감사회가 제정한 업무규정과 이사회가 제정한 업무규정 중 변경되지 않은 규정들이 함께 구성되어 새로운 업무규정으로서의 효력을 갖는다는 견해도 있다.<sup>316)</sup>

### (3) 業務執行에 관한 意思決定

업무집행에 관한 의사결정은 이사회에 속하지만 총회와 감사회와의 관계가 문제가 된다.

첫째, 우리 나라 법과는 달리 총회는 정관의 규정에 의하더라도 업무집행에 관한 것은 적법하게 결의할 수 없다. 다만 예외적으로 이사의 청구가 있는 때에 한하여 총회는 업무집행에 관한 결정을 할 수 있다(독일 주식법 제119조 제2항).<sup>317)</sup> 따라서 이러한 적법한 총회의 의결에 근거하여 이사회가 업무를 집행하는 때에는 이사는 회사에 대하여 손해배상의무를 부담하지 않는다(독일 주식법 제93조 제4항 1문).

둘째, 감사회는 업무집행에 대한 감독을 그 직무로(독일 주식법 제111조 제1항) 하기 때문에 업무집행에 대한 처리를 감사회에 위탁할 수 없다(독일 주식법 제111조 제4항 1문). 이와 같이 감사회는 업무집행에 관한 의사를 결정할 수 없고, 다만 정관을 통하여 또는 감사회 자신이 일정한 업무는 감사회의 동의를 얻어서 이를 할 수 있도록 할 수는 있다(독일 주식법 제111조 제4항 2문). 이 때 일정한 업무에 대한 감사회의 동의권은 이사회에 업무집행을 쉽게 감독할 수 있도록 하기 위한 제도이다. 독일의 주식회사에서는 업무집행에 관한 중요사항을 정관이나 감사회의 동의에 따르도록 하고 있는 것이 보통이고,<sup>318)</sup> 이와 같은 감사회의 동의

315) Begründung zum Reg. E. in Kropff, A.G. 1965, A. 99.

316) Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., 1967, §77 Anm. 9.

317) 실제로는 이사가 총회에 대하여 이러한 청구를 한 예는 거의 없다고 한다.

권제도는 실제로는 감사회가 경영관리에 대한 기본적인 집행방침을 결정할 수 있도록 하기 위한 수단으로 이용되고 있다.

동의권에 대하여 신법은 감사회가 동의를 거부하였을 때 필요한 조치를 추가하고 있다(독일 주식법 제111조 제4항 3문 내지 5문). 즉 감사회가 동의를 거부하면 이사는 총회가 동의에 필요한 결의를 할 것을 청구할 수 있고, 총회는 투표한 의결권의 4분의 3에 달하는 다수결로 의결할 수 있도록 하고 있다. 구법에서 감사회가 동의를 거부하면 이사회는 구주식법 제103조 제2항(신주식법 제119조 제2항)에 의하여 총회의 결의로 감사회의 동의를 대신할 수 있는가에 대해 긍정설<sup>319)</sup>과 부정설<sup>320)</sup>로 나누어졌지만, 신법에서는 이를 입법으로 해결한 것이다. 즉 신법은 이 때 이사회는 총회에 대하여 동의를 결의를 하도록 청구할 수 있게 하는 동시에 총회의 결의에는 자본의 4분의 3을 포함하는 다수결을 필요로 한다고 하여 절충적인 해결을 모색하였다.<sup>321)</sup>

### 3) 理事會와 다른 機關과의 關係

독일에서는 비교적 기관의 분화와 권한 분배가 법률 보다 오히려 엄격하고 철저하게 이루어져 있지만, 실재는 기관들 사이에서 기능의 분리가 애매하게 되어 있

---

318) Heinz-Jürgen Werth, *Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Berlin : Technische Universität Berlin, 1960, S. 72f.

319) Baumbach-Hueck, A.G., 12. Aufl., 1965, §65 Anm. 7; Godin-Wilhelmi, A. G., 2. Aufl., 1950, §95 Anm. 11. 긍정설은 구법 제103조 제2항에 따라 총회의 권한은 정관의 규정, 즉 감사회에 동의권을 인정하는 정관의 규정에 의하더라도 변경되지 않기 때문에 총회의 권리는 감사회의 동의권에 우선하는 것이므로 정관위반의 문제는 생기지 않는다고 한다.

320) Schmidt/Meyer-Landrut, Großkommentar, A.G., Bd. 1, Lieft. 2, 1959, §95 Anm. 23. 부정설은 감사회의 동의권이 정관의 규정에 따른 것인 때에는 구법 제103조 제2항에 따라 이사회의 청구에 의하여 이루어지는 총회의 결의는 정관위반이므로 구법 제84조 제4항 1문(신법 제93조 제4항 1문)의 의미에서 적법은 아니며 따라서 이사회는 이러한 총회의 결의에 따라 행위를 하여도 면책되지 않는다는 것이다. 결국 이사(회)가 면책되기 위해서는 정관변경에 의하여 감사회의 동의권을 박탈한 후 총회의 결의를 청구하는 수밖에 없다고 한다.

321) 이 규정은 산업계의 압력에 의하여 마련된 것으로 알려지고 있으며, 이에 대하여 감사회에서 노동자 대표인 감사위원의 반대로 동의를 거절되었을 때에도 주주의 다수가 그것을 무시할 수 있다고 하는 비난이 많다(Hans Wurdinger · 河本一郎 編, 前掲書, p. 37).

는 예가 자주 나타난다.<sup>322)</sup>

총회를 지배하고 있는 대주주 지배주식회사 특히 지주회사(Dachgesellschaft)에 종속되어 있는 회사에서는 지배회사의 이사회가 그 구성원을 종속회사의 감사로 보내 종속회사의 업무집행을 임의로 지배할 수 있다. 그리고 동족회사 또는 세력 있는 소수의 주주집단에게 주식이 집중되어 회사에서 감사는 사실상 업무집행을 결정하는 경영관리기관(Verwaltungsrat)이 되는 것이 보통이다. 1인회사에서 주주는 감사회에도 속하게 되므로 주주로서 회사에 대한 모든 사항을 결정할 수 있게 된다. 따라서 이 때 감사는 단순히 형식적인 존재가 되며 회사의 운명은 주주나 지주회사에 의해서 결정되게 된다.

이와 달리 주식이 일반에 널리 분산되었을 때에는 회사에 지배적인 주주가 없어 주주에 대한 이사의 독립성이 강하고, 감사나 이사를 자신들 중에서 선임할 수도 있게 되어 오히려 감사가 이사에게 종속될 염려가 있다.<sup>323)</sup> 이 점에서 사실상 기능을 본다면 감사는 지배적 또는 보조적 경영관리기관(Herrschafts-oder Hilfsorgan der Verwaltung)이라고 할 수 있다.<sup>324)</sup> 이러한 점에서 이사(회)와 감사(회)라는 기관의 분리를 폐지하는 대신 통일적인 경영관리기관을 설치하여야 한다는 주장도 있다.<sup>325)</sup>

감사는 1861년 普通統一商法典(ADHGB)에 따라 제정법으로 인정되고, 1870년 제1차 개정주식법(Aktienrechtnovelle), 1884년 제2차 개정주식법, 1897년 상법전(HGB) 제정이라는 일련의 과정을 거치면서 감사와 이사의 직무 권한이 명백해지고, 1937년 구주식법에서 현재와 같이 엄격하게 기관이 분화되면서 권한도 분배되었다. 그런데 감사에 대해서는 독립적 감독기관으로서의 지위를 의심하게 하는 견해가 많았는데,<sup>326)</sup> 위에서 살펴 본 이사와의 기관분리를 폐지하고 통일된 경

---

322) Vgl. Würdinger Hans, a. a. O., S. 128.

323) Ibid., S. 129.

324) Mestmäcker Ernst-Joachim, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre : eine Rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den vereinigten Staaten*, Karlsruhe : C. F. Müller, 1958, S. 96.

325) Wiethölter Rudolf, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Bd. 1, Karlsruhe : Müller, 1961, S. 305.

영담당기관을 설치하여야 한다는 주장은 실무에 적합한 제도를 마련하여야 한다는 생각에 기초를 두고 있다.<sup>327)</sup> 그러나 이와 같은 주장은 노동자의 공동결정권을 인정함으로써 감사 기능의 질적인 변화<sup>328)</sup>를 간과한 것이라고 할 수 있다. 노동자의 공동결정권을 인정하게 되면 감사는 소유자의 감독기관으로서의 지위를 끝내고 서로 대립하는 이익의 조화를 목적으로 하는 이른바 議會(parliament)와 같은 기관이 된다<sup>329)</sup>고 하는 것도 감사의 기능 변화에 착안한 것이라고 한다.

### 3. 日本

일본은 제2차 세계대전 후 정치적 경제적으로 급격한 변화를 맞이하면서 경제적으로는 고도성장과 기업의 생산성 향상을 보여 주었다. 이와 같은 전후 경제성장에 따른 기업환경의 변화와 기업규모의 확대 등으로 상법도 여러 차례 개정되었다. 그러나 전후 일본 상법의 개정은 경제환경 변화에 따른 자연발생적 요소보다 점령군사령부로부터의 외압에 의한 정책적인 요소<sup>330)</sup>가 강하게 작용하였기 때문에, 개정상법은 종래 일본의 회사제도<sup>331)</sup>에 미국 회사법을 가미한 특유한 법률로 구성되어 있다.<sup>332)</sup>

1950년 개정전 일본 상법에서 회사기관은 독일 상법(HGB)과 마찬가지로 의사결정기관인 주주총회, 집행기관인 이사, 감독기관인 감사로 이루어져 있었다. 주

326) Karl Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Band. 2, Aalen : Scientia, 1964, S. 354; Passow Richard, *Die Aktiengesellschaft : eine wirtschaftswissenschaftliche Studie*, 2 Aufl., Jena : Gustav Fischer, 1922, S. 343 ff., 413~461; Rasch Harold, *Deutsches Konzernrecht*, 2 Aufl., Köln : Berlin : Heymann, 1955, S. 140.

327) Wiethölter, a. a. O., S. 305.

328) Fischer, *Rechtsschein und Wirklichkeit in Aktienrecht*, AcP., Bd. 154, 1955, S. 109 ff.

329) Würdinger Hans, *Aktienrecht : eine systematische Darstellung*, 1. Aufl., Karlsruhe : C. F. Müller, 1959, S. 125.

330) 제2차 세계대전 후 일본의 경제입법은 모두 점령군사령부의 對日經濟管理基本方針에 따라 제정되었다(正田彬, 「經濟法」(東京: 日本評論社, 1986), p. 90).

331) 현행 일본 상법은 1899년에 독일 구상법(ADHGB)의 범위 내에서 제정되었다고 본다. 1911년 상법 개정이 있었지만, 이 개정상법은 주로 독일 상법전(HGB)에 따른 것으로 상법에서 독일법적 색채가 농후하였다.

332) 洪裕碩, “戰後 日本의 商法改正背景과 問題點 : 理事會의 無機能化와 企業支配集中에 關하여”, 「商事法研究」, 17권 1호, 한국상사법학회, 1998. 5, p. 295.



주총회는 무제한의 권능을 갖고 법률이나 정관에 반하지 않는 모든 사항에 대한 결정권을 행사할 수 있었으며, 총회의 결의로 업무집행에서 이사를 구속할 수 있었다. 그러나 기업 규모가 거대해지면서 이에 필요한 대규모 자본을 조달하다 보니 주주의 수도 많아지게 되었다. 더욱이 주주는 일반적으로 회사 경영에 대한 지식도 관심도 능력도 없는 현실에서 주주총회의 최고기관성도 유명무실하게 되었다.

1950년 개정상법은 점령군사령부의 상법개정지시에 따라 회사경영기구의 합리화를 도모하여 회사기관의 구성과 권한분배에 대하여 중요한 수정을 하였는데 가장 핵심적인 쟁점은 이사회제도였다. 중요한 개정사항으로는 첫째, 추가자본을 조달하는 방법으로 授權資本制와 無額面株式의 도입 그리고 타인 자본을 조달하는 방법으로 사채발행의 기동화와 발행한도의 확장이다. 둘째, 회사기구의 재편과 권한분배로 종래 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 전환하는 주식회사 경영기구의 합리화라고 할 수 있다.

이 개정을 통하여 주주총회는 상법 또는 정관이 정한 사항에 대해서만 결의할 수 있고, 이외의 사항은 모두 이사회에 권한으로 위임되었다. 개정전 상법에서는 이사가 회사의 업무집행권과 대표권을 단독으로 행사할 수 있었으나, 이를 이원화하여 이사 전원으로 구성된 이사회와 이사 중에서 호선된 대표이사가 업무를 집행하고 회사를 대표하는 것으로 개정되었다. 이에 따라 각 이사는 이사회 구성원에 불과하게 되면서 독립적인 업무집행권과 대표권을 행사할 수 없게 되었다. 그리고 종래 업무와 회계감사를 담당하던 감사는 단순히 회계감사만을 담당하는 기관으로 되었다.<sup>333)</sup>

이와 같은 일본의 이사회제도는 미국의 외압에 의해 미국 회사법에 의한 제도를 도입한 것이지만, 그 내용은 미국 회사법에 따른 이사회제도와는 다르다. 즉 미국의 이사회는 본질적으로 임원의 업무집행을 감독하는 기관이며, 임원의 선임과 해임권을 갖는 기관이다. 이와 같은 제도의 차이로 이사회가 무력화되면서 그 후 여러 차례 상법을 개정하게 되었다.

상법은 그 후 개정에서도 주주총회의 권한을 축소하고 이사의 권한을 계속 확대하여 1955년 개정에서는 주주가 신주인수권을 갖지 않는다는 것을 상법의 원칙

---

333) 岩崎綾, 「戦後日本商法學史所感」(東京: 新青出版, 1996), p. 31.

으로 하고, 정관에 특별한 규정이 없으면 신주발행에 대한 이사회 결의로 주주에게 신주인수권을 부여하게 하였다. 한편 주주 이외의 자에 대한 신주인수권 부여는 주주총회의 특별결의를 요하던 것을 1966년 개정에서는 주주 이외의 자에 대해 특히 유리한 발행가액으로 신주를 발행하는 경우를 제외하고는 모두 이사회 결의에 의하도록 하였다.

1974년의 개정상법은 1950년 개정에서 삭제한 감사의 업무감사권을 부활하는 한편 「株式會社の監査等に関する商法の特례에 관한法律」을 제정하여 일정 범위 이상의 대회사에 대한 회계감사인의 외부감사를 의무화함으로써 회계감사를 보다 강화하였다. 감사의 업무감사권 부활과 특례법 제정으로 회사의 업무감사기능을 어느 정도 확립하였지만 이사회제도의 도입과 더불어 삭제된 감사의 업무감사권은 부활시키면서도, 이사회에 관한 규정을 그대로 존속시켜, 이사회와 감사의 업무감독권이 중복 규정되었다.<sup>334)</sup> 종래 주주총회의 특별결의에 의하였던 전환사채 발행을 이사회 결의사항으로 하였다.

1981년 개정에서는 이사의 競業去來 승인을 주주총회의 특별결의에서 이사회 결의사항으로 하는 등 총회의 권한을 축소하고 이사의 권한을 확대하는 경향을 보였다. 그리고 이사회가 이사의 업무집행을 감독한다는 것을 명문화하고 중요한 업무집행은 이사회 자체에서 결정하여야 한다는 것과 업무집행 이사에게 이사회에 대한 보고의무를 부과(일본 상법 제260조, 2005년 6월 29일성립된 회사법 제363조 제2항(이하에서는 회사법으로 기재함))하는 동시에 각 이사의 이사회소집권을 보장하였다(일본 상법 제259조 제2항, 제3항, 회사법 제366조 제2항)).

1993년 개정상법은 사외감사와 감사회를 도입하였다. 사외감사제도는 1978년 이후 상법을 개정할 때마다 심의과정에서 논의되었지만 경제계의 반대로 실현되지 못하다가 美日構造問題調整協議에서 미국의 사외이사 또는 감사위원회 설치요구로 비로소 도입된 것이다.<sup>335)</sup> 감사의 임기를 2년에서 3년으로 연장(일본 상법 제273조

334) 이사의 업무집행에 관한 감독권을 理事會와 監査機關으로 중복 규정하여 감독 기능의 실효성을 확보하기 위한 개정이었다면 양기관의 감독권에 대한 한계를 명확하게 규정하여야 한다. 그리고 감사의 선임·해임권이 주주총회의 권한으로 되어 있지만, 감사의 선임추천은 감사를 받아야 하는 이사회 또는 대표이사가 장악하고 있는 현실을 참작하면서 개정에 대한 의문이 있다. 이와 같이 업무집행감독권을 이사회와 감사로 중복 규정한 입법례는 일본 이외에는 유례를 찾아 볼 수 없고 한다(洪裕頌, 前掲論文, p. 301).

의 1, 회사법 제336조 제1항))하고, 사외감사제도를 도입(특례법 제18조 제1항)하였고, 감사회를 법제화(특례법 제18조의 2 제1항)하였다.

이와 같이 일본이 불완전한 상법개정을 거듭하는 근본적인 원인은 상법 개정 자체가 미국의 외압과 일본 경제계의 반발이라는 정치적 배경 때문에 형식적으로는 미국의 이사회제도를 도입하면서도, 실질적으로는 대표이사에게 기업의 지배권을 집중시키기 위한 방향으로 개정되었기 때문이다. 특히 이러한 정치적 배경에서 도입된 이사회제도는 처음부터 理事會의 無機能化라는 결과가 예견된 정책적인 입법의 과오이라고 한다. 따라서 대표이사에게 집중된 권한과 이사회에 무기능화를 배제할 수 있는 근본적인 구조조정이 없이는 어떠한 사외이사제나 사외감사제를 도입하더라도 효과적인 감사제도의 확립은 기대할 수 없다고 한다.<sup>336)</sup>

이하의 내용은 2005년 6월 29일 성립된 회사법의 규정으로 설명합니다.

#### 1) 理事會의 構成

이사회는 이사 전원으로 구성되는데 그 구성원인 이사는 업무집행에 관한 의사결정기관으로서의 성격을 지닌 이사회에 구성원으로서의 자격과 동시에 집행과 대표기관인 대표이사로서의 지위의 전제가 된다.

##### (1) 理事의 資格

일본 상법은 理事의 자격에 대해서는 규정하지 않고, 결격사유만을 규정하고 있다. 따라서 정관으로 이사의 자격을 제한할 수는 있지만 그 자격을 주주로 한정하는 것은 허용되지 않는다(일본 회사법 제331조).

이사의 결격사유로는 첫째, 법인(일본 회사법 제331조 제1항 1호)이다.<sup>337)</sup> 둘째,

335) 1991년 제1차 회의에서는 독립된 사외이사의 임원회와 감사위원회로 구성하여야 하는 필요성을 주장하였고, 1992년 제2차 회의에서는 사외이사로 구성된 감사위원회의 설치를 東京과 大阪證券去來所의 상장기준으로 하여야 한다는 구체적이고 강력한 요청이 있었다.

336) 小島康裕, 「大企業社會의 法秩序」(東京: 勁草書房, 1981), p. 174.

337) 개정전 상법에서는 금치산을 이사의 퇴임사유로 규정하고 있었다(개정전 일본 상법 제254조 제3항, 일본 민법 제653조). 그러나 무능력자도 대리인이 될 수 있으므로 이사도 될 수

성년피후견이나 피보좌인 또는 외국법령상 외국인으로 취급되는 자(일본 회사법 제 331조 제1항 2호). 셋째, 상법과 상사특별법, 유한회사법에서 정한 죄<sup>338)</sup>로 형을 받은 자로 그 집행을 종료한 날 또는 집행을 받지 아니하기로 된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자는 이사로 될 자격이 없다(일본 상회사법 제331조 제1항 3호). 넷째, 회사법상의 죄가 아닌 죄로 금고 이상의 형을 받은 자로 그 형의 종료일 또는 형을 받지 아니하기로 된 날까지는 이사가 될 수 없지만(일본 회사법 제331조 제1항 4호) 집행유예 중인 자는 제외된다.

## (2) 理事의 數

이사는 3인 이상이어야 한다고 하여 인원의 하한을 법정하고 있다(일본 회사법 제331조 제4항). 회사는 정관으로 하한을 정할 수 있지만 상한만을 정하였다면 하한은 3인이 되고 그 이하로 할 수 없다. 그러나 총회에서 정관이 정한 상한을 초과하여 이사를 선임한 결의는 정관에 위반되는 것으로 取消의 訴의 대상이 된다.

## (3) 理事의 選任

이사는 주주총회에서 선임한다(일본 회사법 제329조).<sup>339)</sup> 이사 선임에는 累積投票制度가 인정되고 있는데(일본 회사법 제342조), 미국 입법례에 따라 1950년 개정 상법이 채용한 것이다. 누적투표제는 주주총회에서 2인 이상의 이사를 선임할 때에 각 주주는 1주에 대하여 선임되는 이사의 수와 동일한 수의 의결권을 갖게 되며

---

있다고 해석할 수 있지만 주주와 회사채권자, 기타 이해관계인의 이익보호를 위해 금치산자와 준금치산자를 결격사유로 하였지만 (上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 「新版 注釋會社法 (6)」(東京: 有斐閣, 1987), p. 23), 2005년 6월 29일성립된 회사법에서는 삭제하고 법인으로 개정하였다. 이 법인에 대해서는 인정여부에 대하여 이론이 있었으나 자격이 없는 것으로 정리하였다.

338) 일본 상법은 제486조 내지 제497조, 제499조 내지 제500조, 상법특별법은 제28조 내지 제29조, 유한회사법은 제77조 내지 제83조에서 회사법에 따른 여러 가지 죄를 규정하고 있다.

339) 1899년 상법 제정 당시 제164조는 “이사는 주주총회에서 주주 가운데에서 선임한다”고 규정되었고, 1911년 개정상법에서는 제164조 제1항에 채용되었다가, 1938년 개정상법에서 제254조 제1항으로 되면서 “주주 가운데에서”가 삭제되어 오늘에 이르고 있다.

주주는 그 의결권 전부를 1인에게 집중적으로 투표하거나 수인에게 분산시켜 투표 하여도 된다. 그리고 투표 결과 최다수를 얻은 자로부터 차례로 선임하고자 하는 이사의 수까지를 당선자로 하는 것이다. 그러나 2인 이상의 이사를 동시에 선임하는 때에는 주주가 총회일 5일전에 회사에 대하여 서면으로 청구가 있는 때에만 이 방법에 의하게 된다(일본 회사법 제342조 제2항). 이러한 청구를 할 수 있는 주주는 기명주식의 주주는 주주명부상의 주주로 持株數와 관계 없으며, 주주로 된 기간에도 특별한 제한이 없지만, 의결권 없는 주식을 가진 주주는 제외된다.<sup>340)</sup> 누적 투표의 청구가 있으면 투표에 의하여야 하지만 이사를 선임할 때에는 반드시 투표에 의할 필요는 없고 결의에 필요한 의결권의 다수가 확인할 수 있는 방법이면 어떤 방법이든 상관없다.

#### (4) 理事의 任期

이사의 임기는 2년을 초과할 수 없다(일본 회사법 제332조 제1항). 상법이 이사의 임기에 대한 長期를 규정한 것은 지위의 안정에 따른 침체와 전횡을 방지하고 주주의 변동이 있을 수 있기 때문이다.<sup>341)</sup>

이사의 임기는 정관 또는 주주총회의 결의로 단축할 수는 있지만, 연장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 예외로 정관에 임기 중 최종결산기에 관한 정기총회 종료시까지 임기를 연장할 수 있다는 규정을 둘 수 있다(일본 회사법 제332조 제1항). 그러나 이사의 임기는 공개회사가 아닌 주식회사(위원회설치회사는 제외)에 있어서 정관에 의하여 2년의 임기를 선임후 10년이내에 끝나는 영업년도의 최종의 정기주주총회의 종결시까지 연장할 수 있다고 정하고 있다(일본 회사법 제332조 제2항). 이사의 임기가 만료되면 후임자를 선임하기 위하여 주주총회를 소집하여야 하는 번거로움을 피하고, 정기총회에서 결산서류를 승인할 때 결산 당시 이사가 설명하도록 하는 등 회사의 편의를 도모하고자 한 것이다.

340) 日本 最高裁判所, 昭和 42. 3. 14 民集 21卷 2號, p. 378 參照.

341) 伊澤孝平, 「會社法講義」(東京: 有斐閣, 1963), p. 420.

## (5) 理事의 解任

이사의 해임은 이사의 의사에 반하여 그 자격을 상실시키는 것으로 종임사유의 하나이다.<sup>342)</sup> 이사는 주주총회의 특별결의(일본 회사법 제339조 제1항)와 소수주주의 소(일본 회사법 제854조 제1항)에 의해 해임된다.<sup>343)</sup> 주주총회는 언제든지 어떠한 사유로든 이사를 해임할 수 있다. 다만 정당하지 않은 사유로 임기 만료 전에 해임되었다면 이사는 해임으로 인하여 발생한 손해배상을 회사에 청구할 수 있다(일본 회사법 제339조 제2항). 이는 이사의 해임을 주주총회의 권한으로 전속시키려는 것으로 정관 또는 총회의 결의로도 이사회나 그 밖의 기관 또는 제3자에게 위임할 수 없다는 것이 일치된 견해이다.

이사를 해임하기 위한 총회의 소집통지와 공고에 해임사유를 명시할 필요는 없지만, 해임 대상이 된 이사를 표시할 것이 요구된다는 것이 통설이다.<sup>344)</sup> 이사해임결의는 특별결의(일본 회사법 제309조 제2항)에 의한다(일본 회사법 제339조 제1항). 따라서 정관으로도 그 요건을 완화하지 못하며, 결의가 이 규정에 위반된 때에는 결의취소의 원인이 된다. 해임 대상이 된 이사가 주주이더라도 그 주주는 결의에 관한 특별이해관계를 갖는 것은 아니다.<sup>345)</sup>

이사해임의 효과는 총회의 해임결의에 의하여 발생한다는 견해도 있지만,<sup>346)</sup> 해임결의 뿐만 아니라 당해 이사에 대하여 해임을 통지함으로써 비로소 효력이 발생한다는 것이 통설이다.<sup>347)</sup> 따라서 해임통지 후에는 총회의 결의가 있더라도 이를

---

342) 理事는 해임 외에도 임기만료(일본 상법 제256조), 결격사유(일본 상법 제254조의 2)의 발생, 정관 소정의 자격 상실(일본 상법 제254조), 회사의 해산(일본 상법 제417조 제2항)에 의하여 종임된다. 이사와 회사와의 관계는 위임 규정을 따르기 때문에 이사의 사임 또는 위임의 법정종료사유(일본 민법 제653조)에 의하여 종임되는 것은 당연하다.

343) 이 외에도 회사의 정리 실행에서 법원의 처분에 의한 한 해임(일본 상법 제386조 제1항 제5호)과 회사갱생법 따른 갱생계획의 인가에 의한 특수한 해임(회사갱생법 제252조 제3항)이 있다.

344) 石井照久, 「會社法」, 上卷(東京: 勁草書房, 1967), p. 370; 大隅健一郎·今井宏, 前掲書, p. 158; 北澤正啓, 會社法, p. 330. 이에 대해 소수설은 단순히 '이사해임권'이라고 하면 되고 이사가 누구인지를 구별할 수 있는 성명까지는 필요하지 않다고 한다(伊澤孝平, 「註釋新會社法」(東京: 法文社, 1950), p. 385).

345) 日本 最高裁判所, 昭和 42. 3. 14. 民集 21卷 2號, p. 378 參照.

346) 日本 最高裁判所, 昭和 41. 12. 20 民集, 20卷 10號, p. 2160. 이 판결은 이사회에 의한 대표 이사의 해임결의에 관한 것이지만 이사의 해임에 관하여도 마찬가지라고 한다.

철회하는 것은 허용되지 않는다.<sup>348)</sup>

이사가 직무수행에 관한 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있는데도 불구하고 주주총회에서 이사의 해임을 부결한 때에는 6개월 전부터 발행 주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주는 30일 내에 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다(일본 회사법 제854조 제1항 1호). 이 訴는 본점소재지 지방법원의 관할에 전속한다(일본 회사법 제856조). 주식보유기간은 총회 결의 일로부터가 아닌 소를 제기한 날부터 기산한다는 것이 통설이다.<sup>349)</sup> 결의권 없는 주식을 가진 주주의 소제기권에 대해서는 소수주주의 총회소집에 관한 것과 같이 견해가 나누어져 있지만, 다수설은 이 소가 총회결의의 수정을 요구하는 것이기 때문에 부정적으로 해석하고 있다.<sup>350)</sup> <sup>351)</sup> 소를 제기한 주주는 소정 비율의 주식을 판결이 확정될 때까지 보유하여야 하며 이 요건을 결여하게 되면 당사자적격을 결여하게 되므로 법원은 청구를 기각하여야 한다.

## 2) 理事會의 權限

이사회는 회사의 업무집행에 대한 의사를 결정하고, 대표이사과 이사들의 직무집행을 감독하는 권한을 갖는다(일본 회사법 제362조 제2항). 이사회가 업무집행에 관한 의사를 결정한다고 하여도 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 사항에 대해서는 권한이 미치지 않는다.

일본 상법은 이사회 이외에 대표이사를 주식회사의 필요적 기관으로 규정하고

---

347) 大隅健一郎・山口幸五郎, “取締役會および代表取締役”, 『綜合判例研究叢書: 商法(4)』(東京: 有斐閣, 1958), p. 74; 大隅健一郎・今井宏, 前掲書, p. 159; 田中誠二, 會社法詳論, 上卷, p. 545; 北澤正啓, 會社法, p. 331; 神崎克郎, 『新版 商法Ⅱ: 會社法』(東京: 青林書院, 1984), p. 266.

348) 大隅健一郎・山口幸五郎, 前掲書, p. 74; 大隅健一郎・今井宏, 前掲書, p. 159.

349) 石井照久, 前掲書, 上卷, p. 371; 大隅健一郎・今井宏, 前掲書, 中卷 I, p. 160; 神崎克郎, 前掲書, p. 226; 北澤正啓, 會社法, p. 332.

350) 石井照久, 前掲書, 上卷, p. 371; 酒卷俊雄, 『取締役の責任と會社支配』(東京: 成文堂, 1967), p. 75; 大隅健一郎・今井宏, 『新版會社法論』, 中卷 I (東京: 有斐閣, 1980), p. 161; 神崎克郎, 前掲書, p. 267; 北澤正啓, 會社法, p. 332.

351) 긍정하는 학설로는 松田二郎・鈴木忠一, 前掲書, p. 271; 服部榮三・菅原菊志 編, 『逐條判例會社法全書 3: 株式會社の機關』(東京: 商事法務研究會, 1972), p. 276.이 있다.

있기 때문에 이사회와 대표이사의 권한과의 관계에 대하여 문제가 생긴다. 즉 이사회는 업무를 집행하기 위한 의사결정권만을 갖는가 아니면 결정된 의사를 실행할 수 있는 권한도 갖는가 하는 문제이다.<sup>352)</sup> 이에 대해 통설은 업무집행의 결정에는 대내적인 것과 대외적인 것이 있고, 대외적인 것은 회사의 대표 문제가 발생하기 때문에 이사회는 집행에 관한 의사결정을 권한으로 하고, 대표이사는 집행행위와 대표행위를 하는 권한을 갖는 것으로 해석할 수 있다고 한다. 즉 업무집행 중 회사대표와 관계없는 대내적인 집행행위에 대해서는 대표이사 이외에 대표권이 없는 업무담당 이사도 할 수 있다고 하면서 업무집행의 의사결정과 업무의 실행을 구별하여 각각 별개 기관의 권한으로 하고 있다. 이에 대하여 이사회는 본래 업무집행에 관한 모든 권한, 즉 의사결정과 집행 자체에 대한 권한을 갖지만 이사 전원이 공동하여 집행하는 것은 비능률적이기 때문에 이미 이사회에서 업무집행을 결정하였다면 그 실행까지 이사 전원이 공동으로 하여야 할 필요가 없고, 법은 실무의 편의를 고려하여 대표이사의 선임을 요한다고 규정한(일본 회사법 제362조 제3항) 것이라는 입장이다.<sup>353)</sup> 이 입장에서는 특정 사무를 어떻게 처리할 것인가를 결정하는 동시에 실행하는 것을 업무집행이라고 본다.<sup>354)</sup> 그러나 통설에서는 이사회는 회의체의 성질상 자기 스스로 업무를 집행할 수 없고, 이사회는 항상 활동상태에 있어야 할 이유가 없기 때문에 구체적인 집행을 하는 기관으로 대표이사가 마련되어 있다고 해석하여야 하며, 일본 회사법 제362조 제4항은 “회사의 업무집행을 결정하고”라고 하였을 뿐 “집행하고”라는 표현을 하지 않고 있다는 것 등을 이유로 제시하고 있다.

일본 상법은 재산의 처분과 讓受, 다액의 借財, 지배인과 그의 사용인의 선임과 해임, 지점의 설치와 그 외에 중요 조직의 설치와 변경 및 폐지 그리고 중요한 업무집행에 대해서는 이사회와 결의를 필요로 한다고 법정하여 이사회 권한의 절대적 범위를 확대시켰다(일본 회사법 제362조 제4항). 그리고 이를 이사회가 이사의

352) 이에 대한 상세한 내용은 앞의 제2장 제1절 2. 理事會와 代表理事의 權限과의 關係 參照.

353) 大隅健一郎·今井宏, 前掲書, 中卷 I, p. 130, p. 166; 大森忠夫, 會社法講義, p. 179; 並木俊守, 前掲論文, p. 76.

354) 즉 통설과 같이 업무집행을 의사를 결정하는 권한과 결정된 의사를 실행하는 권한으로 나누어 각각 별개의 기관에 속하게 하는 것은 자연스럽지 못한 기교적인 것이기 때문에 인정할 수 없다고 한다(大隅健一郎·今井宏, 會社法論 中卷 I, p. 131).



결정에 위임할 수 없다고 하였다.

정관에서 주주총회의 권한으로 하지 않으면 반드시 이사회의 결의를 필요로 하는 사항으로는 정관에 주식양도의 제한을 규정한 경우 그 양도의 승인(일본 회사법 제127조 단서), 주식양도를 승인하지 않는 경우 양도상대방의 지정(일본 회사법 제139조), 대표이사의 선임·해임 및 공동대표의 결정(일본 회사법 제362조), 이사의 경영거래 승인(일본 회사법 제356조 제1항), 이사와 회사와의 거래 승인(일본 회사법 제356조 제1항), 신주발행사항 결정(일본 회사법 제199조), 계산서류 및 부속명세서의 승인(일본 회사법 제435조), 법정준비금의 자본전입 결정(일본 회사법 제448조), 사채발행 결정(일본 회사법 제362조 제4항 5호), 신주인수권부사채 발행사항 결정(일본 회사법 제292조), 주주총회소집 결정(일본 회사법 제298조) 등이 있다.

1981년 개정전 상법은 理事會가 이사의 직무집행을 감독한다고 규정하고 있지 않았지만 이사회가 대표이사를 선임하거나 해임할 수 있었으므로, 이사회는 이사에 대한 감독권한을 갖는다고 해석되었고, 최고재판소도 이를 인정하였다.<sup>355)</sup> 그러나 1981년 개정상법은 종래 해석으로 인정되어 온 이사회의 감독권을 명문화하여 효과적인 감독이 이루어질 것을 기대하였다. 이와 관련하여 종래부터 일방적으로 인정되어 왔던 특별히 이사회 소집권자로 정해지지 않은 이사회도 일정한 절차를 거쳐 이사회를 소집할 수 있다는 명문 규정을 두고 있다(일본 회사법 제366조 제2항). 그러나 이사회가 대표이사 등의 업무집행을 충분히 감독하기 위해서는 이사회의 구성원이 회사의 업무집행 상황에 대한 충분한 정보를 입수하여야 할 필요가 있기 때문에 3개월에 1회 이상 업무집행 상황을 이사회에 보고하여야 한다는 규정도 두고 있다(일본 회사법 제363조 제1항).<sup>356)</sup>

### 3) 理事會의 運營

이사회를 소집할 수 있는 자는 대표자 여부를 떠나 이사를 원칙으로 하지만 정

355) 日本 最高裁判所, 昭和 48. 5. 22 民集 27卷 5號, p. 655.

356) 3개월에 1회 이상이라고 하였지만 업무집행 상황이 급변하거나 반드시 이사회에 보고한 후 적절한 조치를 지시받을 필요가 있을 때에는 그때마다 보고하여야 한다(上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 前掲書, p. 109).

관 또는 이사회 결의 그리고 이사회 결의에 따라 마련된 이사회규칙에 의하여 특정이사에게만 이사회소집권을 부여한다는 규정을 두어도 된다. 이와 같이 각 이사가 이사회를 소집하는 권한을 갖는 것이 원칙이기 때문에 이른바 평이사도 예외적으로 업무를 집행할 때 이와 같은 권한을 갖는 것으로 해석된다. 따라서 특정이사에게만 이사회소집권이 부여되었다 하더라도, 그 이외의 이사는 회의의 목적사항을 기재한 서면을 제출하여 이사회소집을 청구할 수 있다. 그 청구가 있는 후 5일 이내에, 청구일로부터 2주간 이내의 날을 會日로 하여 이사회 소집통지를 발송하지 않으면 소집을 청구한 이사는 이사회를 직접 소집할 수 있다(일본 회사법 제366조 제2항). 일정한 경우 감사에게도 이사회소집청구권과 소집권이 인정되고 있다(일본 회사법 제383조 제3항).

이사회를 소집할 때에는 會日로부터 1주간전에 각 이사와 각 감사에게 소집통지를 발송하여야 하는데(일본 회사법 제368조 제2항), 1주간은 통지발송 다음날부터 기산한다. 그러나 정관으로 이 기간을 단축할 수 있다.<sup>357)</sup> 소집을 통지하는 방법에는 제한이 없다. 따라서 반드시 서면으로 하여야 할 필요는 없고, 구두에 의한 통지도 유효하다. 이와 같이 이사회는 정당한 소집권자에 의하여 일정한 절차를 거쳐 개최되어야 하지만 이사 및 감사 전원의 동의가 있으면 소집절차를 거치지 않고도 유효한 이사회를 개최할 수 있다.<sup>358)</sup>

이사회는 이사의 과반수의 출석과 출석이사 과반수로 결의한다(일본 회사법 제369조 제1항). 이와 같이 이사회 의결정족수와 결의요건이 법정되어 있기 때문에 이를 충족하지 못한 결의는 무효가 된다. 이사회는 각 이사가 의견을 진술하고 충분히 토의를 하여야 하기 주주총회와는 달리 이사가 직접 출석하여 결의에 참가하여야 하며, 대리인에 의한 출석은 인정되지 않는다. 따라서 전화나 서면으로 의결권을 행사하는 것도 허용되지 않으며, 회람에 의한 결의도 인정되지 않는다. 회람에 의한 결의로 대표이사가 선임되었더라도 무효이다.<sup>359)</sup>

의결정족수를 산정할 때 기초가 되는 이사는 일반적으로는 현존하는 이사의 수

---

357) 上掲書, p. 95.

358) 감사도 이사회 출석권이 인정되기 때문에 1974년 개정상법에서 감사 전원의 동의를 얻게 한 것이다(일본 상법 제259조의 3 참조).

359) 日本 最高裁判所, 昭和 44. 11. 27 民集 23卷 11號, p. 2301.

이지만, 현존 이사의 수가 법률 또는 정관에서 정한 수의 하한에 미치지 못하는 때에는 그 하한을 기초로 산정한다.<sup>360)</sup> 의결정족수는 이사회를 개최할 때 충족되면 되고 결의할 때에도 충족되어야 하는 것은 아니라는 견해가 있다.<sup>361)</sup> 그러나 결의는 가능하면 신중하게 이루어져야 하고, 법이 일정 수 이상의 이사가 회의에 출석할 것을 요구하는 것은 이사들 사이에서 의견 교환을 통하여 이사회에 우수한 지혜가 결집되어 일정한 결론이 도출될 것을 기대하기 때문이다. 따라서 이사회에 모든 과정을 통하여 정족수를 충족하고 있을 것이 요구된다고 한다.<sup>362)</sup>

이사회에 결의는 주주총회에서와는 달리 일반결의와 특별결의로 구분되지 않는다. 따라서 이사의 과반수의 출석과 출석한 이사 과반수로 결의하면 된다. 이러한 이사회에 의결정족수는 정관으로도 경감할 수 없다. 이사회는 주주총회에 비하여 구성원인 이사의 수가 비교적 적고, 이사가 된 이상 회사의 운영과 이사회에 대하여 냉담하여서는 안 되며, 정족수에 미달하여 유회되어도 비교적 쉬운 방법으로 다음 이사회를 소집할 수 있기 때문에 결의 요건을 완화할 필요가 없다.<sup>363)</sup> 그러나 이사회에서 회사 경영에 대한 신중한 협의를 규제할 필요는 없기 때문에 정관으로 결의요건을 강화할 수는 있다(일본 회사법 제369조 제1항).

---

360) 大隅健一郎·今井宏, 會社法論, 上卷, p. 182; 大隅健一郎·山口幸五郎, 前掲書, p. 96; 石井照久, 前掲書, p. 324; 大濱信泉, 前掲論文, p. 1060.

361) 大濱信泉, 上掲論文, p. 1054.

362) 日本 最高裁判所, 昭和 41. 8. 26 民集 20卷 6號, p. 1289.

363) 上柳克郎·鴻常夫·竹内昭夫, 前掲書, p. 113.

## 第4章 現行法上 理事會制度의 問題點

우리나라의 주식회사 중에는 국제적인 기업으로 성장한 회사가 많다. 회사가 국제화시대에 적응하기 위해서는 최고경영자의 전단경영에서 벗어난 경영의 합리화와 과학화가 절실하게 요구된다.

우리 상법에 따르면 주식회사의 이사회는 업무집행에 관한 의사를 결정할 권한을 가질 뿐만 아니라, 대표이사를 포함한 이사의 직무집행을 감독할 권한을 가진다(상법 제393조). 따라서 이사회가 그 기능을 원활하게 발휘하기 위해서는 회사 경영의 기본 방침과 업무집행에 관한 결정은 법령과 정관이 정하는 범위 내에서 이사회에 의하여 이루어져야 하고, 이러한 결정은 이사들의 의사를 수렴하여 이루어져야 한다. 회사의 경영방침이나 업무집행에 대한 결정이 최고경영자 또는 지배주주에 의해 일방적으로 이루어지지 않고, 이사회에서 충분한 토의를 거쳐 최선의 결론에 이르도록 해야 한다. 따라서 이사는 대주주나 일부 이해관계인의 이익에 치우치면 안되고, 모든 이해관계인의 이익을 위해 중립적이고 객관적인 입장에서 직무를 수행하여야 한다.

그리고 이사회는 업무집행에 대한 감독기관으로 이사의 직무집행을 감독하여야 한다. 일상의 업무집행은 대표이사가 하기 때문에 주된 감독 대상은 대표이사의 행위가 된다. 그러나 이사회에 의하여 대내적인 업무집행을 이사들이 분담한 때에는 각 이사들의 업무집행 행위도 감독의 대상이 된다. 따라서 이사회가 업무집행에 대한 감독의 실효성을 확보하려면 그 구성원은 감독의 대상자인 경영진 즉, 업무집행담당자로부터 분리·독립되어 있어야 한다. 그런데 우리 나라 대부분의 기업에서는 지배주주가 자기에게 우호적인 인사를 이사로 선임하여 경영권을 장악하고, 이사들은 대표이사를 정점으로 하여 부사장, 전무, 상무라는 식으로 계선조직화되어 대표이사에 종속하는 현상을 보여 왔다.<sup>364)</sup> 따라서 이사회는 지배주주나 대표이사의 지휘하에서 업무집행을 수행하고 있는 이른바 '업무담당이사' 중심으로 구성되어 있었기 때문에, 이사의 소신 있는 발언과 의결권행사는 기대할 수 없었다.

364) 이형규·이상복, 「사외이사 선임제도 개선방안에 관한 연구」, (서울: 한국상장회사협의회, 2002), p. 1.

즉 우리 나라 주식회사의 이사회는 결의가 필요한 사안에 관해서도 대표이사가 결정한 사항을 단순히 추인하는 역할을 함으로써, 이사회는 대표이사의 독단을 정당화시켜주는 구실을 하는 데 불과했다. 또한 이사회는 구성원과 경영진이 분리되어 있지 않았기 때문에 업무집행에 대한 감독의 실효성도 거둘 수 없었다. 따라서 이사회가 업무집행의 결정과 감독에 관한 본연의 기능을 제대로 수행하지 못한다는 비판을 받았다.<sup>365)</sup>

## 第1節 理事會의 構成과 業務監督機能의 問題

우리나라의 이사회제도는 주주총회의 권한을 축소하면서 업무집행기관을 대표이사과 이사회로 이원화하여, 대표이사는 업무집행을 이사회는 그 의사를 결정하도록 하는 동시에 이사회를 법정기관화하여 주주총회의 전권사항 이외의 권한을 부여함으로써 그 지위를 강화하는 방향에서 영미제도를 도입한 것이라고 일반적으로 인식되고 있다.<sup>366)</sup> 다시 말하면 상법이 이사회제도를 도입하면서 기대한 것은 회사의 기본적 업무집행 결정을 반드시 이사회에 결의할 것을 거치도록 하는 것이었고, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 이사회제도를 활성화하여 전문경영인의 영입과 의사를 수렴하기 위한 제도적 뒷받침이 필수적이다. 그러나 이사회제도를 도입한 입법의 취지와는 달리 운영되고 있다. 즉 우리 나라에서 이사회는 그것이 법정기관이 되었다는 것 이외에 제도가 갖는 본래의 장점은 살려지고 있지 않다.<sup>367)</sup>

이 문제를 논하기 위해서는 현재 우리 나라에서 주식회사의 이사회제도가 어떻게 운용되고 있는지에 대한 실태조사가 선행되어야 하지만 여기에서는 이사회가 본래 가지고 있는 기능이 왜 강화되어야 하는가를 중심으로 살펴본다.

### 1. 理事會 構成의 問題點

365) 鄭東潤, 前掲書, p. 401; 李範燦, “社外理事制度”, 「기업구조의 재편과 상사법 : 박길준교수 화갑기념논문집」 1권 (서울: 도서출판 정문, 1998), p. 578 참조.

366) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 376.

367) 鄭熙喆, 「企業法の 行方」 (서울: 博英社, 1991), p. 127.

## 1) 이사회구성의 한계

이사회는 회사의 이사들로 구성되고, 회사운영에 관한 의사결정과 이사의 업무 집행을 감독하는 주식회사의 필요적 상설기관이다. 그런데 이사회의 구성원인 이사의 대부분이 업무담당이사이며 업무를 담당하지 않는 평이사도 상업사용인의 지위를 겸임하는 이른바 사내이사로 구성되어 그 기능이 제대로 발휘되지 못하고 있다.<sup>368)</sup> 이사회는 주주총회에서 선임되는 이사 전원으로 구성된다. 그러나 이사 선임에 의결권의 제한이 없으며, 이사의 선임방법을 단순투표제주에 의하여 이사를 선임하고 있다. 이러한 방법으로는 소수주주들의 권익을 보호할 수 없고, 대주주의 전횡을 막을 수 없다

우리의 이사회제도는 이사의 선임과 자격이라는 측면에서 소수주주들에게 불리한 규정들이 있으며, 업무담당을 기준으로 분류한 사내이사와 사외이사의 구성비가 영미법에 따른 제도의 도입과 달리 사내이사<sup>369)</sup>에 편중되고 있다.<sup>370)</sup> 이러한 점을 바탕으로 우리 나라 회사들의 이사회 구성에 대한 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 소수주주를 대표하는 이사가 이사회에 거의 없다. 주식회사는 사원의 개성이 중시되지 않고 자본으로 결합되는 자본단체이다. 주식회사에 대해 투자자로서의 사원 곧 주주의 지위는 보유한 주식의 수에 따라 결정되고 회사의 통일적 의사결정 방법으로 소유주식수에 따른 다수결 원리가 적용된다. 따라서 대주주에 의한 지배가 실현되어 자본다수결의 원리에 따를 수밖에 없는 소수주주의 지위를 보호할 필요가 있다. 이사는 주주총회에서 선임되며, 이사의 선임은 주주총회의 전속적 결의사항이기 때문에 정관으로도 제3자에게 위임할 수 없다. 상법은 모든 이사가 대주주에 의해 독점적으로 선임되는 것을 견제하고, 소수주주들도 그들의 이익을 대변하는 이사를 선임<sup>371)</sup>할 수 있도록 집중투표제를 도입하였다(상법 제382조의

368) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 376.

369) 社內理事라는 개념은 학문적으로 확정된 개념이 아니다. 미국 회사법에서도 사내이사라고 할 때에는 보통 회사나 계열회사의 임원(Officer)이거나 피용인(employee)인 이사를 말한다(Henn & Alexander, op. cit., p. 553).

370) 崔鎭泰, “株式會社 理事會의 運營에 관한 研究”, 博士學位論文, 東國大學校 大學院, 1985, p. 13.

371) 1998년 12월 28일 상법개정이유서 참조.

2). 그러나 집중투표제의 실시 여부를 회사가 자율적으로 결정할 수 있도록 함으로써 결과적으로 이 제도를 도입한데 대한 실효를 거두지 못하고 있다.

집중투표제를 강행법으로 하면 이사를 선임할 때 소수주주의 의결권과 발언권이 강화될 수 있으며, 지배주주에 의한 독단적 경영의 폐해를 막고 기업경영의 투명성을 제고하는 데 기여할 것이라는 점에서는 긍정적이라고 할 수 있다. 그러나 자본다수결의 원칙을 기초로 하는 물적 회사인 주식회사에서 집중투표를 통하여 모든 주주의 의결권을 비율적으로 반영하여 의사결정을 하도록 강제하는 것은 법리상 무리한 발상이라고 할 수 있다. 그리고 집중투표제를 강행규정으로 하여 주식회사의 기관을 구성하도록 하는 것은 기업의 자기결정권을 지나치게 제약하는 규제입법이 될 수도 있다.<sup>372)</sup>

둘째, 상법상 자본금 5억원 이상인 주식회사의 이사의 수는 최소 3인이어야 한다(상법 제383조 제1항).<sup>373)</sup> 한편 증권거래법에 따르면 상장법인과 협회등록법인<sup>374)</sup>은 총 이사수의 4분의 1 이상을 사외이사로 선임해야 한다. 다만 최근 사업년도말 자산총액이 2조원 이상인 상장법인·협회등록법인은 총 이사수의 2분의 1 이상, 최소 3인 이상을 사외이사로 선임해야 한다(증권거래법 제191조의 16 제1항, 제54조의 5 제1항). 이 때 총 이사 수의 기준은 선임된 사외이사가 포함된 법인등기부상의 이사 수를 말하며,<sup>375)</sup> 사외이사의 산정은 소수점 이하에서 절상한다. 다만 증권투자회사법에 의한 증권투자회사인 상장법인 또는 협회등록법인, 회사정리법에 의한 회사정리절차가 개시된 상장법인 또는 협회등록법인 및 유가증권시장 또는 협회중개시장에 주권을 신규로 상장 또는 등록한 상장법인 또는 협회등록법인<sup>376)</sup>에 대하여는 예외를 인정한다(증권거래법 제191조의 16 제2항, 같은 법 시행령 제84조의 23 제3항).

이외에도 은행법은 금융기관의 이사회에 대하여 사외이사를 3인 이상 두도록

---

372) 이형규, “기업지배구조개혁의 미해결과제”, 『상사법연구』, 제20권 제2호, 한국상사법학회, 2001, p. 200.

373) 이는 회의체인 이사회를 구성할 수 있도록 하기 위한 것으로 최다수에 대한 제한은 없다.

374) 자산총액이 1천억원 미만인 벤처기업은 제외한다.

375) 이기수, “사외이사제도의 강화를 둘러싼 쟁점”, 『상사법연구』, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001, p. 64.

376) 신규 상장 또는 협회등록 후 최초로 소집되는 정기주주총회 전일까지에 한한다.

하고, 그 수는 전체 이사수의 100분의 50 이상이 되도록 규정하고 있다(은행법 제22조 제2항). 또한 공기업의 경영구조개선 및 민영화에 관한 법률 제5조 제2항은 상임이사의 정수를 이사 정수의 100분의 50 미만으로 하도록 하여, 사외이사를 이사 정수의 과반수까지 선임하도록 규정하고 있다.

상장법인 또는 협회등록법인이 사외이사의 사임·사망 등의 사유로 인하여 사외이사의 수가 법정 이사회 구성요건에 미달하게 된 때에는 그 사유가 발생한 후 최초로 소집되는 주주총회에서 의한 요건에 합치되도록 미달된 수의 사외이사를 선임하여야 한다(증권거래법 제191조의 16 제3항, 제54조의 5 제2항).

그런데 현행 증권거래법상 대형 상장법인 및 협회등록법인을 제외하고는 사외이사와 사내이사의 이사회 구성비율에 있어서 사외이사의 수가 사내이사의 수보다 적기 때문에 그 실효성이 의문시된다.<sup>377)</sup> 또한 증권거래법에 규정된 사외이사의 최저수를 결여하였을 때에도 임원의 해임권고나 유가증권 발행제한 등 금융감독위원회의 일반적인 행정조치 밖에 취할 수 없으므로 그 위반에 대한 제재수단이 미흡한 편이다.

셋째, 이사의 자질문제이다. 현대기업의 영업활동에 대한 전문적 지식이나 경험이 없는 이사는 아무리 평등한 발언권과 자유로운 분위기가 마련된다고 하더라도 이를 활용할 수 없게 된다. 발언의 능력이 없는 이사들의 이사회는 낭비적인 것일 수밖에 없다. 따라서 고도의 전문경영인의 영입이 불가피하다. 그러나 전문경영인의 영입에도 회사의 내부에 많은 제약이 있다.

## 2) 社外理事制度의 問題點

사외이사제도는 독립적이고 객관적인 외부의 시각을 회사에 제공하여 회사 내부의 폐쇄적이고 획일적인 사고로 인해 초래될 수 있는 의사결정의 오류를 사전에 방지하여 기업 가치를 극대화시키고자 하는 데에 그 목적이 있다.<sup>378)</sup>

사내이사(inside director)는 회사의 업무에 정통하고 이사회에 출석이 용이하

377) 洪復基, “社外理事制度의 定着과 그 活性化”, 『상장협』, 제37호, 한국상장회사협의회, 1998, p. 7.

378) 대한상공회의소, 전계서, pp. 8~9.



며, 의제에 관해 필요한 검토와 신중한 심의를 할 수 있는 장점이 있다. 그러나 이사가 내부적으로 업무의 일부를 담당하고 있는 경우에 최고경영자의 하위직에 있는 임원으로서 이사회에서 대표이사와 대등하게 의견을 개진해서 행동한다는 것은 극히 어려운 일이 아닐 수 없다. 따라서 이사회 구성에서 사외이사나 평이사가 없는 경우 또는 그들이 있지만 대표이사나 업무담당이사보다 그 수가 적을 경우 이사회는 업무집행의 중요한 사항이나 업무감독기능을 제대로 수행할 수 없게 되어 문제의 정도가 심각해진다. 따라서 이사회 업무감독권한을 규정하고 있는 현 상법체계에서 사외이사의 존재는 필요불가결한 것이라 할 수 있다.<sup>379)</sup>

#### (1) 社外理事候補推薦方法의 問題點

사외이사를 포함하는 이사회를 구성하는 가장 중요한 목적은 이사회가 경영진의 업무감독이라는 본연의 기능을 효과적으로 수행할 수 있도록 하기 위한 것이다.<sup>380)</sup> 이사회가 그 본연의 기능을 수행하기 위해서는 경영진으로부터 독립된 이사회 구성원이 있어야 하며, 이것은 사외이사의 선임에 의존할 수밖에 없다. 왜냐하면 사내이사는 대표이사인 최고경영자의 지휘와 감독을 받는 위치에 있으므로 비록 이사의 지위가 부여되더라도 최고경영자로부터의 완전한 독립성을 기대하기 어렵기 때문이다.

그런데 우리나라에서 사외이사후보의 추천방법은 대주주에 의한 추천이 78.3%, 이사회내의 사외이사후보추천위원회에 의한 추천이 16.3%, 기관투자자에 의한 추천이 0.4%, 채권금융기관에 의한 추천이 6.3% 그리고 사외이사인력뱅크활용이 2.9% 등으로 나타나 있다.<sup>381)</sup>

이와 같이 우리나라에서 사외이사의 후보추천과 그 선임과정을 보면 대부분의 상장법인이나 협회등록법인에서는 지배주주가 최고경영자의 위치에서 사외이사후보를 선정하고 동시에 주주총회에서 자신이 추천한 이사후보를 이사로 선임할 수 있기 때문에, 사외이사의 자격요건을 아무리 강화한다고 해도 그 독립성을 확보하

379) 李泰根·李在石, 前掲論文, P. 377.

380) 이형규·이상복, 전계서, p. 40.

381) 한국상장회사협의회, 사외이사제도 개선을 위한 설문분석, 2001. 7.

기는 어렵다. 대주주나 경영진이 사외이사후보를 추천하는 경우에는 지연, 학연 기타의 인연으로 인하여 독립적이지 못한 인사들이 사외이사로 선임될 가능성이 크며 아무런 사전적 인적 관계가 없더라도 사외이사로 선임된 후에 대주주인 경영자의 눈치를 살피지 않을 수 없게 된다.<sup>382)</sup>

## (2) 社外理事의 資格에 대한 問題點

증권거래법은 상장법인 및 협회등록법인의 사외이사의 자격에 관해서 매우 엄격한 제한을 하고 있다. 그런데 이 법에서는 사외이사의 적극적 자격에 대해 규정하지 않고, 사외이사가 될 수 없는 소극적 자격만을 규정하고 있다. 그런데 이 규정들이 너무 복잡하기 때문에 일반 주주들이 주주총회에서 어느 이사후보가 결격사유에 해당하는지에 관하여 알기 어렵다.<sup>383)</sup>

또한 증권거래법상 사외이사의 결격요건에 관한 규정은 대주주 및 경영진과 밀접한 관련이 있는 자들이 사외이사로 선임되는 것을 방지하기 위한 것이지만, 그 기준을 지나치게 하향 조정하여 오히려 소수주주의 사외이사 선임을 가로막고 있다. 즉 증권거래법 제191조의 16 제3항과 제54조의 5 제4항 제9호 및 같은 법 시행령 37조의 6 제3항 3호에서는 “당해 회사의 발행주식 3억원<sup>384)</sup> 이상의 금액에 상당하는 주식을 보유하고 있는 자”를 사외이사의 결격사유로 규정하고 있는데, 요즘은 대규모회사의 자산규모와 주가를 고려하면 타당성을 결여하고 있다.

그리고 증권거래법 제191조의 16 제3항 및 제54조의 5 제4항 제9호에 의하면 “기타 사외이사로서의 직무를 충실하게 이행하기 곤란하거나 당해 회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자”로서, 같은 법 시행령 37조의 6 제3항 3호에서 “당해

382) 이형규·이상복, 전거서, pp. 40~41.

383) 사외이사의 결격요건(제191조의 16 제3항, 제54조의 5 제4항) 중 “최대주주의 특수관계인”은 표현은 간단하지만 방대한 인적 집단을 포괄하는 개념으로 최대주주의 8촌까지의 혈족과 4촌까지의 인척의 호적등본과 주주명부의 검토 없이는 정확히 알기 어렵다. 그리고 “당해 회사와 중요한 거래관계가 있거나 사업상 경쟁관계 또는 협력관계에 있는 법인의 임·직원”에 해당하는지 여부를 판단하려면 최근 3년간의 회계장부와 재무제표를 모두 검토하여야 할 수 있으므로 이것도 역시 파악하기 곤란하다(상거서, p. 41).

384) 주식의 취득가액을 기준으로 한다.

회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식을 보유하고 있는 자”를 사외이사의 결격사유로 열거하고 있다. 그런데 증권거래법 제191조의 16 제3항, 제54조의 5 제3항, 같은 법 시행령 제84조의 20에서는 자산총액이 2조원 이상인 대형 상장법인 또는 협회등록법인은 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서 사외이사를 선임하도록 하고, 사외이사후보추천위원회가 사외이사후보를 추천함에 있어서는 6개월 전부터 의결권 있는 “발행주식총수의 1% 이상에 해당하는 주식을 보유한 소수주주<sup>385)</sup>”가 추천한 사외이사후보를 반드시 포함시키도록 규정하고 있다. 제191조의 16 제3항, 제54조의 5 제3항에 따르면 대형 상장법인 또는 협회등록법인의 발행주식총수의 1%이상에 해당하는 주식을 보유한 소수주주는 사외이사후보를 추천할 수 있으며, 이 경우에 소수주주 자신을 이사후보로 추천할 수 있는 것으로 해석되지만,<sup>386)</sup> 제191조의 16 제3항, 제54조의 5 제4항 9호에 의하면 1% 이상의 주식을 소유한 소수주주는 사외이사의 결격사유에 해당되기 때문에 자신을 사외이사후보로 추천할 수 없게 되어 양 규정간에 모순이 생긴다.

### (3) 理事候補의 事前公示義務化에 따른 問題點

이사를 선임할 때 투명성과 객관성을 높이기 위하여 이사후보자를 사전에 공시하도록 의무화한 것은 소수주주의 사외이사후보추천을 제약하는 요인으로 작용하고 있다. 2001년 3월 개정된 증권거래법은 상장법인이나 협회등록법인이 이사를 선임하는 경우에 주주총회 회일의 2주전에 통지 또는 공고하는 총회소집통지서에 이사후보자의 성명·약력과 추천인 등을 기재하도록 규정하였다(같은 법 제191조의10 제2항). 이 규정은 주주들에게 이사후보자의 인적 사항과 추천인을 사전에 공시함으로써 이사를 선임할 때 투명성과 객관성을 제고하기 위한 것이었다. 그러나 이사후보의 사전 공시의무화로 소수주주가 주주총회에서 직접 이사후보자를 추천하는 것은 법적으로 불가능하게 되었다. 만약 이 규정이 이사회에서 이사후보자를 추천하는 경우에만 적용되고 주주가 주주총회 회의장에서 추천하는 경우에는

385) 여기에서 말하는 소수주주는 자본금이 1천억원 이상인 상장법인 또는 협회등록법인의 경우에는 발행주식총수의 0.05% 이상에 해당하는 주식을 보유한 주주를 말한다.

386) 소수주주 자신을 사외이사후보로 추천하는 것을 금지하는 규정은 없다.

적용되지 않는 것으로 해석한다면, 군소주주뿐만 아니라 이사회를 지배하는 대주주도 굳이 이사회를 통하여 미리 소집통지서에 이사후보자의 성명·약력과 추천인 등을 기재하는 절차를 밟을 필요 없이 직접 회의장에서 이사후보를 추천하면 되기 때문에 이 규정은 사문화될 것이다.<sup>387)</sup>

#### (4) 社外理事 選任方法의 問題點

우리 상법은 1998년 개정 전까지 주식회사에서 이사를 선임할 때에는 단순투표제(straight voting)만을 인정하였었다. 단순투표제를 통하여 이사를 선임하게 되면 몇 명의 이사를 선임하든 각 이사후보자마다 별도의 의안으로 표결처리하는 것이 원칙이다.<sup>388)</sup> 단순투표제에서 주주는 각 이사후보자에 대해 1주 1의결권의 원칙에 따라 의결권을 행사할 수 있으므로(상법 제369조 제1항), 자본다수결에 의하여 지배주주가 지지하는 후보자가 모두 이사로 선임되는 반면, 소수주주가 지지하는 후보자는 이사가 될 수 없었다. 그리고 이렇게 선임된 이사들로 구성된 이사회는 주주 전체의 이익보다는 지배주주의 이익을 위하여 행동한다는 비판을 받았다. 이에 따라 소수주주의 의견이 이사회에 반영되도록 하고 지배주주에 의하여 선임된 이사들의 활동을 견제·감독함으로써 경영의 투명성을 제고할 목적으로 집중투표제도를 도입하였다.

집중투표제에 관한 입법유형에는 이를 의무화하는(mandatory) 방식과 의무화하지 않고 허용하는(permissive) 방식이 있는데, 후자는 다시 원칙으로 집중투표제를 인정하지 않지만 정관에 의하여 도입할 수 있도록 하는 opt-in방식과 원칙으로 집중투표제를 인정하면서 정관에 의하여 배제할 수 있도록 하는 opt-out방식이 있다.<sup>389)</sup> 우리 상법은 발행주식총수의 100분의 3 이상을 가진 주주는 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있다고 규정(상법 제382조의 2 제1항)함으로써 opt-out방식을 채택하고 있다. 이와

387) 이형규·이상복, 전거서, p. 44.

388) 權奇範, 前掲書, p. 635; 李哲松, 前掲書, p. 514.

389) 柳珍熙, “集中投票制의 長短點과 그 實效性”, 『상장협』, 제44호, 한국상장회사협의회, 2001, p. 36; 오수근, “집중투표제”, 『인권과 정의』, 제270호, 대한변호사협회, 1999. 2, p. 69.

같이 상법은 집중투표제를 강행규정으로 하지 않고 정관으로 배제할 수 있도록 하였기 때문에 실제로 대다수 회사들은 정관변경을 통하여 집중투표제를 배제하였다.<sup>390)</sup> 따라서 집중투표제를 도입함으로써 이사 전원이 대주주에 의해 독점적으로 선임되는 것을 견제하고, 소수파 주주들도 그들의 이익을 대변하는 이사를 선임할 수 있도록 하려는 입법취지는 그 실효성을 상실하였다.<sup>391)</sup>

#### (5) 社外理事 數의 不足

사외이사의 운영현황<sup>392)</sup>을 보면 직전 사업연도 자산총액이 2조원 이상의 상장법인과 협회등록법인을 제외한 대부분의 상장법인과 협회등록법인이 이사총수의 4분의 1만을 사외이사로 선임하고 있다. 따라서 많은 회사가 법정 최소인원인 1인 사외이사를 두고 있어서 다수결에 의해 의사를 결정하는 이사회에서 그 의사를 관철시키기 어려울 뿐만 아니라 사외이사들의 상호공조를 통한 경영감독 기능을 효율적으로 수행하는 데 한계가 있다. 사외이사가 경영진을 감독하기 위해서는 경영정보를 요구하고 독단적인 결정을 견제하여야 하는데 이사회에서 수적으로 현저히 열세인 상황에서 그 역할을 제대로 수행하기는 어렵다.

### 2. 業務監督機能의 問題點

이사회는 업무집행에 대한 의사결정권과 업무감독권을 가지고 있다. 그러나 오늘날 경제 현실에서 볼 때 이사회의 주된 업무는 업무집행에 관한 의사결정보다 업무집행감독이 중심이 되고 있다. 따라서 이사회의 주된 업무인 감독권을 제대로 행사하기 위해서는 이사회가 독립적인 지위를 갖고 자주적으로 감독을 행할 수 있어야 한다. 그 권한행사에 관련하여 특히 문제가 되는 것은 이사회 권한의 일방적

390) 전국경제인연합회, 「기업지배구조 개선방안의 제문제」, 전국경제인연합회, 2000. 10, p. 5 참조.

391) 이형규·이상복, 전계서, p. 45.

392) 국내 사외이사 1인당 평균 연봉은 2,020만원, 상장법인의 평균이사회 개최회수는 18.85회이며, 사외이사의 평균출석회수는 15.30회라고 한다. 이에 대한 자세한 것은 전국경제인연합회, 「경영투명성 관련제도의 도입실태와 제도개선과제」, 전국경제인연합회, 2004. 6 참조.

인 확대강화에 관한 문제와 업무감독권한의 문제이다.

이사회 권한의 일방적인 확대 강화가 불합리하다는 문제가 있다. 개정상법의 중요한 특징의 하나는 이사회 권한을 대폭 강화한 것이다. 따라서 주주의 경영참여 권은 그만큼 약화되었다고 할 수 있다.<sup>393)</sup> 더욱이 현행 상법과 증권거래법은 사외이사제도와 감사위원회제도를 도입하여 이사회 감독기능을 강화하였음에도 불구하고 이사회와 감사위원회가 대표이사 등 경영활동을 적절히 감시하기에는 어려운 문제가 많다.<sup>394)</sup>

영미법상 이사회는 회사의 업무집행에 관한 중대하고 일반적인 사항을 결정할 권한을 가지고 있으나 집행의 실행은 임원(officer) 또는 집행위원을 선임하여 그들에게 위임하고 있다. 따라서 임원이나 집행위원은 이사회에서 임명하고 이사회가 그들의 활동을 감독하며 그들을 해임할 수 있다. 이와 같이 영미법상의 임원이 이사회 하부기관임이 분명한데 비하여 우리 상법에서는 이에 관하여 명백한 규정이나 관습이 성립되어 있지 못하였다. 여기에서 우리의 이사회 권한상의 문제점이 나타나게 되는 것이다.<sup>395)</sup>

다시 말하면 우리 나라의 이사회제도는 대표이사가 회사의 업무를 집행하고, 이사회는 경영진의 업무집행에 관하여 감독하는 구조이다. 그런데 업무담당이사과 사 용인겸무이사는 대표이사의 지휘 아래 업무를 집행하며 업무집행에서 이들은 상하의 계층조직을 이루고 있다. 우리의 기업 현실에서 지배주주나 재벌오너, 최고경영자 등의 경영진이 이사회를 지배하고, 이사회는 대주주에 의하여 선임된 이사들로만 구성되어 대부분의 이사회가 대주주의 이익을 도모하는 상무회에 불과하다. 대부분의 상장회사에서는 최고경영자 또는 그 영향력 아래 있는 자가 이사회 의장을 겸하고 있다.<sup>396)</sup>

현행법상 이사회와 대표이사의 법률 관계나 이사회가 업무집행감독권을 갖는

---

393) 金鎮奉, 前掲論文, pp. 189~190.

394) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 378; 車大運·鄭快永, “執行任員制度의 導入 必要性和 立法論的 課題”, 『上場協』, 제49호, 한국상장회사협의회, 2004. 3, p. 146.

395) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 378.

396) 강희갑, “우리나라 주식회사의 이사회 및 사외이사의 실태와 그 개선방안 : 경영감독기능을 중심으로”, 『比較私法』, 제9권 제2호 (통권 17호), 韓國比較私法學會, 2002, p. 227 이하 참조.

근거 등에서는 이사회가 대표이사보다는 상위 기관이지만 최소한 독립된 기관처럼 보인다. 그러나 실제로 이사회의 구성원인 이사의 대부분이 업무담당이사이며, 업무를 담당하지 않는 평이사도 상업사용인의 지위를 겸하고 있어 사실상 대표이사의 아래에 있는 사내이사들로 구성되어 있다. 따라서 이사회는 대표이사나 대주주의 영향 아래에 있는 하부기관에 불과하며, 회사 내에서 독자적인 지위를 갖지 못하고 있는 실정이다. 이러한 상태에서 이사회의 업무집행에 대한 감독은 자기감독이나 자기증명에 불과하며, 효율적이고 객관적인 감독은 기대하기 어려울 뿐만 아니라 대표이사의 독단적인 전횡을 막기에는 역부족이다. 이사회가 대표이사나 대주주의 영향력으로부터 완전 독립된 기관으로서의 지위를 갖지 않는 한 다른 제도적 장치를 강구하더라도 업무집행에 관한 효율적이고 철저한 감독은 기대하기 어렵다.<sup>397)</sup>

이러한 실정에서 아무런 보완조치도 없이 이사회의 권한만을 계속 강화한다는 것은 상법이 주식회사의 개인기업적 경영을 부채질하는 결과가 되어 기업 그 자체는 물론 일반투자자·채권자·종업원의 이익까지도 해할 우려가 있게 된다.

상법상 주식회사 이사회의 구성원을 보면 이사의 대부분이 대표이사를 비롯한 업무담당이사 등 사내이사들로만 구성되어 있으므로 업무집행에 대한 이사회의 감독기능이 실효를 거두지 못하고 있다. 사내의 업무집행이사들만으로 구성되는 이사회는 업무집행에 관하여 대표이사의 지시와 감독을 받기 위한 회의와 다름이 없다. 따라서 이사회에 의한 업무감독이란 우리의 경우 자기집행의 타당성 검사를 위한 자기감독 밖에 기대할 수가 없다. 이사회에서 감독하여야 할 직무의 대상은 현실적으로 대표이사의 행위이다. 그러나 이사회의 결의에 의해 대내적인 업무집행을 이사들 사이에 분담하고 있는 경우에는 그 업무담당이사의 행위도 감독의 대상이 된다. 그러나 대표이사는 이사회의 구성원인 동시에 의사결정에 참여하는 등 이사회가 감독하기에 편리한 장점이 있으나 실제에서 이사회의 자체감독기능은 거의 발휘되지 못하고 있다.

## 第2節 理事會 運營의 問題

---

397) 車大運·鄭快永, 前掲論文, p. 146.

현행법상 이사회에게 감독권을 인정하는 취지는 이사회는 업무집행의 의사결정에 참여하므로 회사의 업무상태를 잘 파악할 수 있는 지위에 있어 효율적인 감독을 기대할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 이사회가 제대로 운영되지 않는 원인은 여러 가지가 있겠지만 가장 큰 원인은 대표이사의 이사회에 대한 인식부족 때문이라고 본다. 우리나라의 주식회사의 대부분이 영세한 가족기업으로부터 출발하였고, 대기업체가 되었다고 하더라도 소유와 경영이 분리되어 있지 않은 경우가 대부분이어서 이사회제도를 의용상법에서 무절제하게 인정된 取締役 정도로 인식하고 있는 경향이다. 그리고 회사의 업무집행을 위한 의사결정이 이사회에 자유로운 결의로 행하여지고 있는가, 이사회가 필요에 따라 수시로 자유롭게 개최될 수 있는가의 문제 등이 이사회 운영에서 나타나는 문제점으로 지적되고 있다.

### 1. 情報接近의 限界

이사회는 이사의 직무집행을 감독한다. 그러나 이사회가 행하는 감독은 정보의 제한으로 그 한계를 가지고 있다. 기업 규모의 확대와 업무의 복잡성 그리고 전문화로 인하여 이사회 스스로 모든 업무를 정확히 파악하는 것은 어렵다. 또한 각 회사는 이것에 대비하여 회사의 임의기관인 상무회를 설치하여 전문성을 도모하고 있다. 따라서 이사회에 감독업무는 이사의 업무보고에 의존할 수밖에 없다. 우리 상법은 그 동안 이사의 업무보고에 관하여 명문으로 규정하고 있지 않다가 2001년 7월 24일 개정에서 외국의 입법례<sup>398)</sup>를 바탕으로 이사는 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구하거나(상법 제393조 제3항), 이사는 3월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 한다(상법 제393조 제4항)는 규정을 신설하였다. 그리고 이사회 운영에서 사외이사제도를 도입하여 기업 회계 투명성에 대한 대외 신인도 확보도 중요한 역할을 할 것이다.

---

398) 일본에서는 이사는 3개월에 1회 이상 업무집행 상황을 이사회에 보고하여야 한다(일본 상법 제260조 제3항)고 규정하여 이사회에 업무감독권의 원활한 수행을 확보하고 있다. 프랑스에서도 업무집행이사회는 업무에 관한 보고서를 적어도 3개월마다 1회 업무감독이사회에 제출하여야 한다고 규정하고 있다(1966년 프랑스회사법 제128조 제4항).



## 2. 理事會 召集節次上の 限界

이사회가 회의체기관이라는 점에서 볼 때 이사회 의 권한이 남용되지 않도록 하기 위해서 이사회 의 결의는 회의를 통하여 신중하게 이루어져야 한다.<sup>399)</sup> 따라서 이 권한을 원활하고 효율적으로 행사하도록 하는 것은 이사회 의 운영방법에 달려 있다.

이사회를 운영할 때 회의를 통한 결의 방법이나 요건에 관한 문제가 제기될 수 있다. 상법에 따르면 이사회 의 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수로 하게 되어 있다(상법 제391조 제1항). 이 요건은 정관으로 가중할 수는 있지만 완화할 수는 없다(제391조 제1항 단서). 이와 같이 결의요건이 완화된 것은 기업활동이 국제적으로 전개됨에 따라 이사의 출장 등으로 결의요건의 충족이 곤란해서 이사회를 기동성 있게 개최하고 회사의 운영을 원활히 하기 위한 것이라고 한다.<sup>400)</sup>

이사회 의 결의에서 가부동수인 때의 의사결정에 대한 명문 규정이 없어 해석상 문제가 되고 있다. 의장에게 결정권이 인정되어야 한다는 견해도 있지만,<sup>401)</sup> 개정상법은 이사회 의 권한을 크게 강화하고 결의요건도 완화하였는데 의장에게 결정권까지 인정하게 되면 다수결의 일반원칙에 반할 뿐만 아니라 중요한 사항의 결정이 소홀하게 될 염려가 있기 때문에 이를 부정하는 것이 타당하다.<sup>402)</sup>

이사회에서 이사가 의결권을 행사하는 것과 관련하여 서면결의가 가능한가 하는 문제가 있다. 이사회에서 행하는 이사의 결의권은 이사 개인에게 주어진 것이므

399) 朴元善, 前掲論文, p. 261.

400) 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 379.

401) 徐廷甲, 前掲書, p. 435; 徐憲濟, 「사례중심체계 會社法」(서울: 法文社, 2000), p. 374; 安東燮, 「企業經營法」(서울: 世英社, 1986), p. 278; 梁承圭, 「株式會社의 經營機構」, 「會社法の 現代的 課題」(서울: 法文社, 1981), p. 79; 李炳泰, 全訂 商法, p. 645; 李院錫, 前掲書, p. 647; 林泓根, 前掲書, p. 475; 鄭東潤, 前掲書, p. 405.

402) 姜渭斗, 前掲書, p. 495; 權奇範, 前掲書, p. 720; 金正皓, 前掲書, p. 629; 朴相祚, 「第3增補版 新會社法論」(서울: 螢雪出版社, 2000), p. 583; 孫珠瓚, 前掲書, p. 826; 李基秀, 「第4版 會社法學」(서울: 博英社, 1997), p. 391; 鄭茂東, 前掲書, p. 486; 鄭燦亨, 前掲書, p. 547; 鄭熙喆, 商法學, p. 477; 蔡利植, 前掲書, p. 521; 崔基元, 前掲書, p. 573; 李泰根·李在石, 前掲論文, p. 379.

로 대리인으로 하여금 결의권을 행사시킬 수는 없다. 그리고 이사회는 회의체기관으로서 업무집행에 관한 사항을 심의와 토의를 거쳐 결정하도록 하고, 서면결의를 인정하지 않고 있다. 즉 서면이나 전화 또는 회람에 의한 결의는 이를 이사회에 의한 결의로 인정하지 않았다.<sup>403)</sup>

그러나 이에 대해 개별적인 사항에 관하여 이사 전원이 동의하여 서면결의를 한 때에는 이를 허용하는 방법이 고찰될 필요가 있어,<sup>404)</sup> 상법은 1999년 12월 31일 개정에서 정관에서 달리 정하는 경우를 제외하고 이사회는 이사의 전부 또는 일부가 직접 회의에 출석하지 아니하고 모든 이사가 동영상 및 음성을 동시에 송·수신하는 통신수단에 의하여 결의에 참가하는 것을 허용할 수 있다고 하고 이 때 당해 이사는 이사회에 직접 출석한 것으로 본다고 규정하였다(상법 제391조 제2항).

---

403) 日本 最高裁判所, 昭和 44. 11. 27. 民集 23, 11, p. 2301.

404) 宋相現, “株式會社機關(株主總會·理事會)에 관한 改正意見”, 「商法改正의 論點」(서울: 三英社, 1981), p. 59; 李泰根·李在石, 前揭論文, p. 379.

## 第5章 理事會制度的 活性化方案

법률적인 관점에서 보면 우리 나라의 이사회는 회사의 업무집행에 대한 의사결정과 감독기능을 겸하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 것과 같이 우리 나라에서 이사회는 여러 가지 문제점 때문에 무기능화하고 형해화하고 있음을 부인할 수 없다. 이사회는 주식회사의 요식적 존재로 대표이사 사장의 어용기관에 지나지 않을 뿐 아니라, 이사들은 모두 대내적으로 업무를 집행하는 사내이사들이며, 최고경영집행자의 대리인으로서 그 개인적 신임관계를 토대로 하여 인맥을 형성하여 상명하복하는 관료조직과 같은 체제로 운영되고 있다. 따라서 본래 이사회가 갖는 기능과 권한이 제대로 발휘되지 못하고 있음 또한 사실이다.

우리 나라에서 이사회는 그 구성원 대부분 사내이사로 구성되어 있거나, 사외이사제도가 채용되어 있는 회사<sup>405)</sup>라고 하더라도 사외이사의 활동이 지극히 미미한 실정이다.<sup>406)</sup> 따라서 이사회는 대표이사나 대주주의 영향 아래에 있는 하나의 하부기관으로 취급되어 회사 내에서의 최고기관으로서의 성격을 상실하고 있는 실정이다. 이것은 이사회가 회사 내에서 독립적인 지위를 갖지 못하고 있다는 것을 증명한다. 이러한 상태에서 이사회는 이사의 업무집행에 대한 감독업무는 자기감독이나 자기증명 밖에 되지 않으며, 그 실효성을 기대하기 어렵다. 또한 대표이사의 독단적인 경영으로 인하여 회사경영을 위협하게 몰고 갈 우려가 있다.

이와 같은 이사회의 무기능을 개선하기 위해서는 우선 이사회의 독립성과 주주

---

405) 사외이사는 당해 회사의 상무에 종사하지 아니하는 이사로서 증권거래법 제54조의 5 또는 제191조의 16의 규정에 의하여 선임된 이사를 말한다(증권거래법 제2조). 사외이사는 주주총회에서 선임된 이사이나 회사에 상근하여 업무집행을 담당하지는 않고 이사회 구성원의 일원으로 회의에 출석하여 주로 이사회 제출의안에 대한 심의를 통하여 회사의 경영의사결정에 관여하는 이사이다. 사외이사는 이사회에서 회사의 업무집행에 관한 의사결정, 대표이사의 선출 및 (대표)이사의 업무집행에 대한 감독 등 경영의사결정과 경영진의 업무집행에 대한 감독·감시의 기능을 수행한다.

406) 그 동안 사외이사제도의 도입이 정부 주도로 이루어지면서 기업들은 의무요건을 충족시키는 데에만 주력하면서 그 기능의 강화와 운용의 합리화를 기하기보다는 사외이사 수와 그 선임비율 등 외적 요건 충족에만 치중하여 사외이사 선임과정에서 투명성과 중립성 확보의 문제가 제기되고 있다(한국상장회사협의회, 「사외이사 제도 및 운영개선에 관한 의견」, 한국상장회사협의회, 2003. 2. p. 1).

성이 전제되어야 한다. 이사회가 독립된 기관으로서의 지위를 갖지 못한다면 다른 제도적 장치를 보완한다 하더라도 그 실효를 기대하기 어려울 것이다. 이사회가 독립이 보장되지 않는 상태에서는 이사회가 기본업무인 업무집행에 관한 의사결정은 물론이고, 이사의 업무집행의 감독은 더욱 기대할 수 없을 것이다.

## 第1節 理事會 構成의 合理化와 業務監督機能의 效率化

현행 상법상 이사회는 업무집행에 관한 의사결정과 대표이사를 선임하고, 그리고 이사의 업무집행을 감독하는 것을 주요한 임무로 하고 있다. 그러나 이사회가 자신의 업무를 수행하는 데 있어서 대표이사의 영향 아래에 있다면 그 결과는 자명할 것이다. 이것은 감사의 감사업무에도 직접적인 영향을 미친다. 왜냐하면 이사회제도 아래서의 감사는 이사회에 영향을 직·간접적으로 받고 있는 것이 현실이기 때문이다. 따라서 이사회를 활성화시키는 첫째 조건은 이사회를 완전한 독립과 자주적인 기관으로 보장하는 것이다.

### 1. 構成의 合理化方案

#### 1) 社外理事制度의 活性化

이사는 사내이사와 사외이사로 구분될 수 있다. 사외이사는 사내이사에 대비된 것으로 학문적으로 확정된 개념은 아니다. 미국에서 사내이사에서 사외이사로 변형은 1957년부터 시작되었고,<sup>407)</sup> 1970년대에 이르러서는 사외이사의 수가 급증하였다. 사내이사는 항상 회사 업무에 종사하는 자로 대표이사, 업무담당이사 그리고 사용인으로서의 이사로 할 수 있다. 즉 사내이사는 이사로서 회사나 그 계열회사의 임원(officer)을 말한다. 또한 사외이사는 비경영이사라고 하며 형식적으로 비상근이사를 말하는 경우와 내용적으로 사외적인 입장에서 의사결정에 참여하는 이사를 말

---

407) Henn & Alexander, op. cit., p. 553.

하는데, 현재 회사와 아무런 직접적인 사업관계가 없는 자를 말한다.<sup>408)</sup>

사외이사는 회사 최대주주의 경영독주를 막고 소액주주의 권익을 보호하기 위하여 이사회 구성에서 일정비율의 외부인사를 영입하는 것이다. 현재의 기업구조가 최대주주인 경영자에게 집중되어 있고, 기업의 이사회가 업무집행에 대한 통제역할을 제대로 수행하지 못하므로 소액주주의 권익을 보호할 수 없다. 더욱이 우리나라 기업구조가 오너경영인에게 집중되어 있고 이사회는 경영자의 가족이나 회사의 내부임원들로 구성되어 이사회 운영이 경영자에 의하여 좌우되는 것이 오늘의 현실이다.

우리나라에서는 그 동안 이사회的高效적인 운영을 위하여 사외이사제도의 도입에 대한 논의가 계속되어 왔었고, 경제위기 이후 기업 경영의 투명성 제고를 위한 기업지배구조 개편방안의 하나로 도입되었다. 사외이사제도는 독립적인 외부 전문가의 이사회 참여를 통하여 합리적이고 투명한 경영 의사결정과 감독·감시기능을 강화하여 회사와 주주 및 이해관계자의 이익 증진을 위한 경영민주화 실현과 효율적인 내부건제기능을 수행하는 데 목적이 있다.<sup>409)</sup> 그러나 앞서서도 살펴본 것처럼 사외이사제도의 도입이 정부 주도로 이루어지면서 기업들은 의무요건을 충족시키는 데에만 주력하여 그 기능의 강화와 운용의 합리화를 기하기보다는 사외이사 수와 그 선임비율 등 외적 요건 충족에만 치중하여 사외이사 선임과정에서 투명성과 중립성 확보의 문제가 제기되고 있고, 운영의 합리화·효율화와 관련하여 능력 있는 사외이사를 선임하기 위한 사외이사 후보자의 전문성 및 능력의 검증문제 등과 함께 사외이사의 책임과 그에 상응하는 대책 마련의 필요성이 제기되고 있다.

#### (1) 社外理事候補 推薦方法의 改善

조사에 따르면,<sup>410)</sup> 우리나라에서 사외이사를 추천하는 방법으로는 최대주주 및

---

408) Avery S. Cohen, *The Outside Director : Selection, Responsibility and Contribution to the Public Corporation*, 34 *Wash. & Lee L. Rev.*, pp. 837~838.

409) 한국상장회사협의회, 전제서, p. 1.

410) 증권거래소가 2001년 12월 조사한 상장법인 지배구조개선실태 조사에 따른다.

주요주주 추천이 76.0%, 소액주주 추천이 0.8%, 채권자 추천이 5.9%, 기관투자가 추천이 0.2%, 기타 17.1%로 추천된 사외이사의 76%가 지배주주의 영향 아래 놓여 있다고 할 수 있다.

미국에서는 사외이사만으로 구성된 기업지배위원회(governance committee) 또는 이사후보지명위원회를 이사회 내에 설치하고, 이 위원회가 경영진의 간섭 없이 독립적인 사외이사후보를 탐색하여 선정하고 주주총회에 그 선임을 추천하는 것이 보편화된 관행이라고 한다.<sup>411)</sup>

우리나라에서도 대형 상장법인·협회등록법인의 경우에는 이사회 내의 사외이사후보추천위원회가 추천한 후보자 중에서 사외이사를 선임하도록 하고, 사외이사후보추천위원회는 총 위원의 2분의 1 이상을 사외이사로 구성하도록 규정하고 있다. 앞으로 모든 상장법인 및 협회등록법인에 대하여 사외이사를 중심으로 구성된 후보추천위원회가 사외이사후보를 추천하도록 하면 사외이사의 독립성을 향상시킬 수 있을 것이다.<sup>412)</sup>

이 외에도 우리나라 대부분의 기업은 내부지분율이 높아 적대적 인수를 통한 경영진의 경질 등 자본시장의 규율기능을 기대하기는 어렵기 때문에 경영감시기능을 위해서는 기관투자자들의 활동이 매우 중요할 것으로 판단된다. 기관투자자는 외부의 대주주로서 경영에 대한 감시활동을 할 필요가 있으며, 이러한 역할을 담당할 수 있는 사외이사의 후보를 추천할 권한을 부여하는 것도 바람직할 것이다.

증권거래법은 상장법인이나 협회등록법인의 이사를 선임할 때 주주총회의 2주 전에 이사후보자의 인적사항 및 추천인에 대한 사전공시를 의무화하여(제191조의 10 제2항), 소수주주가 주주총회 회의장에서 직접 이사후보자를 추천할 수 없게 되었다. 특히 이사후보자의 사전공시의무화로 인하여 집중투표제가 허용되는 회사

---

411) 다만 이 방법도 지명위원을 맡은 사외이사 자신들이 독립적일 경우에만 바람직한 효과를 가져올 수 있다.

412) 다만 모든 상장법인 및 협회등록법인에 대하여 사외이사후보추천위원회를 설치하도록 하고 이 위원회만이 사외이사후보를 추천할 수 있도록 의무화한다면 사외이사후보추천위원회에 자신의 의사를 반영하지 못한 주주들의 후보추천권을 박탈하는 결과를 초래할 수 있다. 그러므로 유가증권상장규정 및 유가증권협회등록규정 등을 통하여 사외이사후보추천위원회에 의한 사외이사후보추천을 권장하도록 하는 것이 바람직할 것이다(이형규·이상복, 전거서, p. 50).

에서도 소수주주에 의한 사외이사의 선임이 어렵게 되었다.<sup>413)</sup> 또한 증권거래법은 직전 사업연도의 자산총액이 2조원 이상인 대형 상장법인·협회등록법인에 대하여 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서만 사외이사를 선임하도록 규정하고 있다(제191조의16 제3항, 제54조의5 제2항 및 3항).<sup>414)</sup>

이사후보자의 인적사항 및 추천인에 대한 사전공시를 의무화한 것과 대형 상장법인·협회등록법인에서는 사외이사후보추천위원회의 추천을 받은 자 중에서만 사외이사를 선임하도록 한 것은 모두 사외이사를 선임할 때 투명성과 객관성을 제고하고, 대주주나 경영인에 의한 독단적인 사외이사 후보추천 및 선임을 방지하기 위한 것이다. 따라서 이와 같은 입법취지를 살리려면 군소주주가 직접 주주총회장에서 이사후보를 추천할 수 있도록 사전공시의무화에 대한 예외를 인정하는 등 소수주주에 의한 추천절차를 개선할 필요가 있다.

## (2) 사외이사 수(비율)의 확대

대부분의 상장법인과 협회등록법인은 사외이사를 법정 최소인원인 이사총수의 4분의 1만을 선임하고 있다. 그러나 다수결에 의하여 의사결정을 하는 이사회에서 사외이사의 수가 사내이사의 수 보다 현저히 적은 상황에서는 업무집행(사내)이사에 대한 견제의 실효성을 거두기 어렵다. 그러므로 사외이사가 이사회에서 경영진을 견제하고 감독할 수 있도록 하기 위해서는 이사회의 의사결정과정에서 실질적인 영향력을 행사할 수 있을 정도로 모든 상장법인에 대하여 사외이사의 수를 늘이도록 권장하는 것이 바람직할 것이다.<sup>415)</sup>

---

413) 즉 현행 상법 및 증권거래법에 의하면 집중투표의 청구는 총회 개최일의 1주간 전에 하면 되지만, 소수주주가 집중투표에 의하여 그들이 원하는 인사를 사외이사로 선임하려면 총회 개최일 2주간전 소집통지 및 공고시에 그 후보자의 인적사항이 공시되어야 하고, 그 공시를 위해서는 총회일 6주간 전에 주주제안권에 의하여 특정후보를 추천하는 의안을 제출하여야 하기 때문이다.

414) 이 규정도 대형 상장법인·협회등록법인의 사외이사 선임시에 객관성과 투명성을 제고하기 위한 것이었으나, 사외이사후보추천위원회에 후보를 추천하지 못한 일반주주가 주주총회회의장에서 직접 사외이사후보를 추천할 수 있는 길을 막는 결과를 초래하였다.

415) 김홍수, 전계논문, p. 577.

### (3) 사외이사 자격(결격)요건의 합리적 개선

증권거래법에 규정된 사외이사의 결격요건은 주로 대주주 기타 회사와의 특수한 관계로 인해 직무상의 독립성을 해칠 만한 자의 사외이사 취임을 막기 위한 것이다. 그러나 사외이사의 자격요건에 관한 규정은 지나치게 복잡하여 일반 기업이나 주주들이 그 해당 여부를 판단하기 어려울 뿐만 아니라, 소수주주의 사외이사 선임에 대한 걸림돌로 작용할 수 있다. 사외이사의 결격요건 중 “최대주주의 특수관계인”(제3호)에 대해서는 그 범위가 지나치게 넓다. 따라서 시대적 상황에 부합되는 인적 범위로 축소 조정할 필요가 있다.<sup>416)</sup> 그리고 사외이사의 결격요건인 “당해 회사와 중요한 거래관계가 있거나 사업상 경쟁관계 또는 협력관계에 있는 법인의 임·직원”에 관한 요건도 합리적으로 개선할 필요가 있다.<sup>417)</sup>

또한 증권거래법상 사외이사의 결격요건 중의 하나인 “당해 회사의 발행주식총수의 100분의 1 이상에 해당하는 주식 또는 3억원 이상의 금액에 상당하는 주식을 보유하고 있는 자”는 대주주가 사외이사로 선임되는 것을 방지하기 위한 것이지만 그 기준을 지나치게 하향 조정함으로써 오히려 소수과주주의 사외이사 선임을 가로막고 있다. 따라서 사외이사의 결격사유로 규정해 놓은 주주의 지주비율 및 주가총액에 관한 기준은 상향조정하거나 폐지하는 것이 바람직하다. 이를 폐지하더라도 현행법상 최대주주나 주요주주 등은 사외이사가 될 수 없기 때문이다.<sup>418)</sup>

### (4) 社外理事의 責任과 義務

사외이사의 성실도와 효율에 대한 해결방안으로는 사외이사의 책임과 의무를 엄격하게 법정하는 것이다. 사외이사의 책임에 대하여는 미국의 증권법과 증권거래법에서도 규정되고 있다. 미국의 1933년 증권법(Securities Act of 1933)에서는 허위유가증권신고서에 따르는 민사책임을 규정하고 있고(증권법 1933 제11조), 1934년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934)에서는 오해를 유발시

416) 이형규·이상복, 전계서, p. 54.

417) 상계서, p. 54.

418) 상계서, pp. 54~55.



키는 기재에 대한 책임을 규정하고 있다(증권거래법 1934 제18조). 증권법에서는 허위유가증권신고서에 따르는 책임을 지는 자로는 유가증권신고서에 서명한 자, 이사 및 파트너, 이사인 자 또는 이사로 예정된 자, 회계사, 감정사 그리고 전문가 및 인수인으로 규정하고 있다(제11조). 따라서 사외이사도 여기에 적용되는 것은 물론이다. 이처럼 사외이사의 책임과 의무를 다른 사외이사보다도 엄격한 기준에 의하여 판단한다면 위와 같은 문제도 해결되리라 본다.<sup>419)</sup>

#### (5) 社外理事人力 풀(pool)制度

사외이사제도를 제대로 정착시키려면 사외이사의 선임을 필요로 하는 기업이 당해 기업에 적합한 인재를 용이하게 파악하여 활용할 수 있도록 신망 있는 기관이 사외이사의 자질을 갖춘 인력<sup>420)</sup>을 체계적이고 지속적으로 관리 및 제공하는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.<sup>421)</sup> 이른바 “사외이사인력pool”을 운영하는 기관은 이에 관한 전문성과 객관성 및 신뢰성을 갖춘 기관이어야 한다. 현재 이러한 사외이사 인력Pool을 운영하는 기관으로는 상장회사협의회, 매경인력개발원, 한국사외이사발전회, 경영자총협회, 전국경제인연합회 및 상공회의소 등이 있다. 그러나 이 기관들이 운영하고 있는 사외이사 인력pool은 활성화되지 못하고 있으며, 심지어 유명무실한 경우도 있다. 기업이 필요로 하는 사외이사는 그 기업의 업종이나 규모 또는 경제적 환경에 따라 다를 수밖에 없으므로, 각 기업이 적임자를 선택할 수 있도록 광범위하고 다양한 인재가 인력pool에 등록되어야 할 것이다. 또한 사외이사

419) Escot v. Bar Chris 사건에서 뉴욕 남부연방법원은 사외이사가 증권의 공모를 위한 등록설명서의 기재의 정확성에 대하여 합리적인 조사를 하지 않은 때에는 등록설명서의 중대한 허위기재에 대하여 1933년 증권법 제11조에 정한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.

Escott v. Bar Chris Construction Corporation, 283 F. Sup P.643 (S. D.N.Y. 1968).

420) 2002년 10월 상장회사협의회가 214개사를 대상으로 조사·발표한 12월 결산 상장회사 정기주총 운영현황에 따르면 사외이사의 독립성을 저해하는 요인으로 ① 대주주나 경영진과의 친분관계 119개사 55.6%, ② 경영진 등의 사외이사제도에 대한 인식부족 66개사 30.8%, ③ 사외이사의 자질 또는 의식부족 18개사 8.4%, ④ 기타 11개사 5.2%로 나타나고 있다. 이 결과를 볼 때 사외이사의 자질 부족도 사외이사의 독립성을 스스로 저해하는 중요한 요인이 되고 있음을 알 수 있다.

421) 金英坤, 前掲論文, p. 412; 이형규·이상복, 전거서, pp. 66~67.

의 선임을 원하는 기업은 물론 그 주주 및 투자자 등도 사외이사 인력pool에 등록된 자를 인터넷상에서 쉽게 접근하여 사외이사 후보에 관한 정보를 알 수 있도록 하여야 한다. 그리고 사외이사 또는 사외이사인력pool에 등록된 자에 대하여는 사외이사제도의 취지와 사외이사들이 숙지해야 할 관련법규 및 직무수행규준 등을 올바르게 이해시킴으로써 사외이사들이 효율적으로 직무를 수행할 수 있도록 이들을 위한 교육도 필요하다.<sup>422)</sup>

## 2) 集中投票制의 強化

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.<sup>423)</sup>

이사회가 활성화되기 위해서는 모든 이사에게 평등한 발언권이 주어지고 이사회에서 활발한 토의가 이루어질 수 있는 분위기가 마련되어야 한다. 그러나 현실적인 이해관계의 대립이 없으면 활발한 토의를 기대할 수 없다. 이해관계의 대립은 각 주주그룹을 대표하는 이사들이 이사회에 고르게 참여하였을 때에만 가능하다. 따라서 이사는 각 주주 그룹을 대표하는 인물이 선출되어야 하며 특히 소수주주의 지위를 강화하기 위해서는 集中投票制度(cumulative voting system)를 인정하여야 한다.<sup>424)</sup> 상법은 이사 전원이 대주주에 의해 독점적으로 선임되는 것을 견제하고, 소수주주들도 그들의 이익을 대변하는 이사를 선임할 수 있도록 집중투표제를 도입하였다(상법 제382조의 2). 그러나 집중투표제의 실시여부를 회사가 자율적으로 결정할 수 있도록 하여 결과적으로 이 제도를 도입한 의미를 퇴색하게 하였다. 이에 따라 집중투표제의 의무화론과 이에 반대하는 입장이 대립하고 있다.

집중투표제의 의무화를 주장하는 논거는 다음과 같다.<sup>425)</sup> 먼저 단순투표제에 의

422) 이형규·이상복, 전거서, p. 67.

423) 李均成, “企業利益과 少數株主의 地位”, 「會社法の 現代的 課題」(서울: 法文社, 1981), pp. 38~39.

424) 宋相現, 前掲論文, p. 56.

하여 이사를 선임하게 되면 자본다수결원칙에 따라 이사들은 지배주주의 일방적인 의사에 따라 선임되며, 이들로 구성된 이사회는 주주 전체의 이익보다 지배주주의 이익을 위하여 행동하게 된다. 그러나 대주주가 자신의 지분보다 더 많은 영향력을 행사하고, 군소주주가 자신의 지분만큼 목소리를 낼 수 없는 것은 부당하므로,<sup>426)</sup> 집중투표제의 의무화에 의하여 소수주주의 이익을 대표하는 자도 이사회의 구성원이 될 수 있도록 하여 회사의 경영에서 대주주뿐만 아니라 소수주주의 이익도 고려될 수 있어야 한다.<sup>427)</sup>

그리고 기업이 대주주에 의한 독단적 지배에서 벗어나고 그 경영에 전체투자자, 채권자, 종업원, 소비자의 이해가 반영될 수 있기 위해서는 대주주로부터 독립한 이사의 선임이 필수적이다. 그러나 우리 나라의 거의 모든 상장법인 및 협회등록법인에서 실질적으로 대주주 및 경영진에 의해서 이사가 추천·선임되고 있어<sup>428)</sup> 대주주의 영향을 견제할 독립적인 이사선임이 사실상 불가능하다. 따라서 사외이사제도가 제 기능을 발휘하게 하려면 소액주주의 이익을 대변할 이사의 선임이 가능하도록 상장법인 및 협회등록법인에 대하여는 집중투표제를 의무화하여야 한다.<sup>429)</sup>

이에 대하여 집중투표제의 의무화를 반대하는 논거는 다음과 같다.<sup>430)</sup> 집중투표제에 의하여 선임된 이사들은 회사 전체의 이익보다 자신을 선임해준 주주들의 이익을 앞세우면서 이사회의 내부에 당파적 대립이 생길 우려가 있고, 각 파벌의 의견조정과 타협을 위하여 장시간이 소요되고, 이사회의 운영의 기동성·효율성을 상

425) 경실련, “상법상 ‘집중투표제 강제조항화’를 위한 법개정청원”(보도자료 1999. 9. 28); 참여연대, “상법 개정 입법청원”, 2000. 10.16”(http://peoplepower21.org/issue/issue/news\_comments.php?news\_num=626&start=180); Coudert Brothers·법무법인 세종·International Development Law Institute·Bernard S. Black, 「국제경쟁력 강화를 위한 한국의 기업지배구조 최종보고서 및 법개정 권고안」, 1999. 6. II. B. 3., p. 25.

426) 오수근, 전제논문, p. 72.

427) 이문지, “집중투표에 의한 이사선임의 득과 실”, 「상장」, 한국상장협의회, 1999. 4, p. 12 참조.

428) 前掲 註 419) 参照.

429) 참여연대, 증권거래법 및 유관법령에 관한 의견청원, 1999년 11월 11일.

430) 전국경제인연합회, 「기업지배구조 개선방안」의 제문제(정책건의자료) 2000. 10 (http://www.korbiz.or.kr/) 참조: 대한상공회의소, 상법 의원입법안에 대한 의견(건의서), 2000. 12. 7(http://www.korcham.net/kcncomon/index/topin.asp) 참조: 상장회사협의회, 상법증개정법률안에 대한 의견, 2000. 12. 20(월간 상장 2001년 1월호: http://www.klca.or.kr/download/index .html, 2001. 1. 22), 참조.

실하게 될 것이다. 그리고 세계적으로 집중투표제를 강행법으로 하고 있는 국가는 러시아, 멕시코, 칠레 등 극히 일부 국가에 불과하다. 또한 이 제도를 처음으로 시행한 미국에서도 Delaware주를 비롯한 대부분 주의 회사법에서는 집중투표제의 실시 여부를 회사의 선택에 맡기고 있으며, 특히 처음으로 집중투표제를 도입·의무화했던 Illinois주도 1970년 헌법을 개정하여 집중투표에 대한 강제규정을 삭제하였고, 현재는 6개 주만이 이를 의무화하고 있다. 일본도 1974년 상법개정을 통하여 집중투표제를 개별회사의 정관으로 배제할 수 있도록 하였다. 그리고 영국과 독일에서는 이에 관한 규정을 두지 않고 있다. 이와 같이 외국의 예를 보더라도 집중투표제의 의무화는 국제적으로 보편성을 지닌 것이라고 할 수 없다는 것이다.

집중투표제를 의무화하면 이사를 선임할 때 소수주주의 의결권과 발언권이 강화될 수 있으며, 지배주주에 의한 독단적 경영의 폐해를 막고 기업경영의 투명성을 제고하는 데 기여할 것이라는 긍정적인 측면이 있다. 그러나 자본다수결의 원칙을 기초로 하는 물적 회사인 주식회사에서 집중투표를 통하여 모든 주주의 의결권을 비율적으로 반영하여 의사결정을 하도록 강제하는 것은 법리상 무리한 발상이라고 생각된다. 또한 집중투표제를 강행규정으로 하여 주식회사의 기관을 구성하도록 하는 것은 기업의 자기결정권을 지나치게 제약하는 규제적 입법이 될 수 있다.<sup>431)</sup>

따라서 집중투표제의 의무화는 장단점을 가지고 있기 때문에, 강제적 실시보다는 유가증권상장규정 및 유가증권협회등록규정 등을 통하여 집중투표제를 실시하는 기업에 대하여는 지배구조 모범기업 선정시에 가산점을 부여하는 등 이 제도의 실시를 권장하는 방안을 모색하여야 할 것이다.<sup>432)</sup>

### 3) 理事會 委員會의 役割 強化

상장회사협의회가 제정한 상장회사 표준이사회규정(1998.9.16 개정)은 신속하고 원활한 의사결정을 위하여 이사회 결의로써 경영위원회를 둘 수 있도록 하고 있다. 이 협의회가 작성한 경영위원회규정의 체계에 의하면 이 경영위원회는 이사

---

431) 이형규, 전계논문, p. 200.

432) 이형규, 전계서, p. 58.

회에서 지정한 이사 및 집행임원으로 구성함을 원칙으로 하고, 이사회 결의사항 중 법령 또는 정관에 정하여진 것을 제외하고 이사회 결의로써 경영위원회에 위임한 사항에 대하여 심의, 의결하는 기능을 수행한다. 그러나 미국 기업들의 이사회 산하 집행위원회는 이사회의 여타 위원회와 마찬가지로 사외이사 중심으로 구성되어 있지만, 한국상장회사협의회가 규정한 경영위원회는 사내이사와 집행임원들로 구성하는 것을 염두에 둔 것으로 보이고 이사회가 위임한 사항만을 의결하는 일종의 내부경영조직에 지나지 않은 것으로 보인다. 그럼에도 이 위원회에 부의할 사항의 예시를 보면 전체 이사회에서 심의·의결하여야 할 중장기 경영방침 및 전략, 사업 구조조정, 해외현지법인 설립, 전략적 제휴 등이 포함되어 있어 만약 이대로 경영위원회가 조직되고 권한이 위임된다면 이사회의 기능을 침해하고 약화시킬 우려가 있는 것으로 보인다.

따라서 경영위원회의 부의사항을 충분히 일상적인 것으로 한정하지 않는 한 그 성격을 외국의 이사회내 집행위원회와 같이 규정하고 사외이사를 포함하여 구성하는 것이 바람직할 것이다. 이 경우 사내이사 대 사외이사의 비율은 전체 이사회의 구성비율에 일치시키는 것이 집행위원회의 성격에 합치된다고 할 수 있으며 비등기임원을 배제시킴으로써 단순한 경영회의(상무회)와 구별하여야 할 것이다.

사외이사가 참여하지 않는 경영위원회는 사실상 내부경영자들의 회의에 지나지 않음에도 불구하고 최고경영자의 부하 경영자들이 참여하는 경영위원회에 의결기관으로서의 권한을 부여하는 것은 상대적으로 대표이사(최고경영자)의 권한을 제약하는 결과를 가져오고 경영조직의 리더로서의 그의 역할을 저해할 우려가 있음에 주의해야 한다. 이런 측면에서도 일부 기업에서 운영하고 있고 상장회사협의회가 제시하고 있는 경영위원회는 이사회 산하위원회로서 보다는 일반적인 경영진회의로 격하시키고 기업에 따라 필요하다면 미국기업들에서와 같이 이사회 산하위원회로서의 집행위원회를 설치하도록 하는 것이 바람직하다.

## 2. 業務監督機能의 效率化方案

이사회의 업무감독권이 실효를 거두지 못하는 가장 큰 이유는 이사회가 기관으

로서의 독립성을 확보하지 못하고 대표이사의 예속기관으로 되어버린 데 있다. 미국에서는 이사회가 독립성을 갖지 못하는 이유로 첫째, 이사회와 최고경영자와의 관계, 즉 양자의 직능 구분과 권한 및 책임관계가 분명하지 않은 것, 둘째 최고경영자가 이사를 선임할 실질적인 권한을 갖고 있다는 것, 셋째 이사회 구성원의 자질문제 등이 거론되고 있다.<sup>433)</sup>

상법에 따르면 업무집행의 결정이 이사회에 권한이므로 그 집행에 관한 감독도 업무의 내용을 잘 아는 기관에서 담당하여야 그 효과를 기대할 수 있다는 이유에서 이사회에 업무감독권을 부여하고 있다. 그러나 우리 나라의 이사회 구성은 대부분의 회사가 그 규모의 근소성과 폐쇄적인 성격에 의하여 사외이사는 거의 없고 업무집행에 직접 참여하는 사내이사들로만 구성되어 있는 것이 보통이다. 그리하여 상법은 감사의 업무감사를 효과적으로 수행할 수 있도록 임기의 연장과 더불어 각종의 권한과 직무에 관한 규정을 두었다. 그러나 아직도 미흡한 점이 없지 않다.

특히 우리 나라 회사의 이사회는 대표이사의 전횡과 독주에 의하여 그 無機能化 되어 왔다. 즉 대표이사는 이사회에 하부에 종속하는 기관임에도 불구하고 대표이사 중심으로 업무집행이 단행되어 온 것은 우리의 이사회제도가 그 목적을 제대로 수행하지도 못하고 불합리성만 증대시켜 왔을 뿐만 아니라 법과 실제의 현격한 괴리현상까지 나타낸 것이다. 따라서 이사회가 법이 의도한 본래의 기능을 회복하기 위해서는 무엇보다도 이사회가 대표이사의 전횡적 업무집행을 강력히 견제할 수 있어야 한다.

#### 1) 理事會權限의 委任制限

상법은 총회와 이사회와 대표이사의 권한을 각각 규정하고 있지만, 이사회와 대표이사의 권한은 대내관계에서는 그 권한분배의 경계가 모호하다. 따라서 각 기관에 속하는 권한은 다른 기관에 유보할 수 없다는 명문규정을 두고, 주식회사의 본질에 반하지 않는 범위에서 위임할 수 있는 사항을 상법에서 명시할 필요가 있다.<sup>434)</sup>

433) 伊藤宣生, 「取締役會制の意義」(東京: 千倉書房, 1985), p. 120.

이사회와 대표이사와의 권한 관계를 해결하기 위해서는 이사회 고유의 직능을 명확하게 하고, 이사회 직무기술서(job description) 작성이 필요하며, 이사회와 최고경영자(ceo)가 각각 별개의 인물이 선출되어야 한다는 것이 주장되고 있다. 우리 나라에서는 이사회 직무와 이사회 회의록작성의무가 비교적 자세히 명문화되어 있어서 이 점에서는 오히려 미국법 보다는 나은 편이라고 생각된다. 다만 우리 나라에서도 대표이사 사장 또는 회장 등 최고경영자가 이사회 의장직을 겸하는 것이 일반적인 모습이므로 이 점은 시정되어야만 할 것이다.

이사의 선임과 해임에 대한 권한이 실질적으로는 대주주나 대표이사의 영향력 아래 놓여 있는 문제를 해결하기 위해서는 이사회지명위원회의 설치 또는 종래와 다른 이사선출방식의 도입이 강력히 주장되고 있다. 우리 나라에서도 상무회를 경영위원회로 격상시키면서 지명위원회도 함께 설치하여 활용하는 방향으로 나아가야 하리라고 생각한다.

앞에서도 살펴 본 것처럼 이사회 구성원의 자질문제는 사외이사의 역할을 강화함으로써 해결될 수 있다고 한다. 그러나 사외이사의 정보 접근이 봉쇄되고 그 활동에 제약을 받는다면 어떠한 제도, 어떠한 방식의 이사회 운영도 실패할 수밖에 없기 때문에, 사외이사의 적극적인 활동을 보장하는 것이 미국의 이사회제도에 있어 가장 큰 문제라고 볼 수 있다. 우리 나라에서도 기업규모가 커지고 경영방식이 현대화되어 감에 따라 점차로 사외이사제도 도입의 강제를 검토해야 할 단계가 되었다고 생각한다.

## 2) 業務監督의 實效性 確保

우리 나라의 주식회사에는 이사의 직무에 대한 감독기능이 부재는 것이 오랜 문제점으로 지적되어 왔으므로, 1984년 개정법은 감사에게도 이사의 직무집행감사권을 부여하는(상법 제412조 1항) 한편 이사회에 대하여도 종래 학설상 인정되어 온 직무집행감독권을 명문화하였다(상법 제393조 2항).

상법 개정 이전에 우리 나라의 감사제도 개편론은 대체로 두 방향에서 논의되

---

434) 金鎮奉, 前掲論文, pp. 215~216.

었다고 할 수 있다.<sup>435)</sup> 제1안은 사외이사제도를 강제하여 업무집행자와 그것을 감독하는 자를 분리하자는 것으로서 미국의 이사회제도와 비슷한 모형을 취한다는 것으로 이사회가 제 기능을 다하지 못하면 이에 대한 대책을 정면으로 검토하는 것이 타당하며, 감사의 업무감사권 부활로 그 결함을 보충할 성질이 아니라는 것이다. 이에 대하여 제2안은 감사의 권한을 강화하여야 한다는 것으로 독일과 일본의 감사제도와 비슷한 모형을 취한다. 우리 나라의 회사경영에는 아직도 전근대적인 사고가 강하게 지배하고 있고, 또 유능한 사외이사를 충분히 확보하기도 어려워 이사회 업무감사권의 실효를 기대할 수 없는 형편이기 때문에 효율적인 감사를 위해서는 감사의 직무권한을 대폭 확대·강화하여야 한다는 것이다. 개정법은 제2안을 받아들인 것이라고 할 수 있다.<sup>436)</sup>

그러나 상법 개정 이후에도 우리 상법이 제1안을 따르지 아니하였기 때문에 개정법의 감사제도 역시 그 실효를 크게 기대할 수 없다는 주장이 있다.<sup>437)</sup> 미국법에 따른 이사회제도는 이사회·대표이사과 대등한 지위를 가진 기관으로서 감사를 인정하지 않고, 이사회에 한 위원회로 감사위원회(audit committee)가 구성하여 우리나라의 감사와 같은 기능을 하는 것으로 되어 있다.

우리 나라의 경우 사내 감사가 존재하기 때문에 업무의 중복이 있을 수 있지만 감사의 독립성과 권한이 미약하기 때문에 감사위원회를 설치하여 사내감사와 협조하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 장기적으로는 우리나라의 감사제도를 폐지하고 미국식의 감사위원회제도를 도입하는 것이 더 바람직할 것임은 위에서 지적한 바와 같다.

### 3) 理事의 理事會에 대한 報告義務 強化

앞에서 살펴 본 것처럼 이사회 업무집행감독권은 이사회가 업무집행의 의사결정에 직접 참여할 수 있는 지위에 있으므로 효과적인 감독을 기대할 수 있다고 판단하여 1984년 상법 개정을 통하여 명문화하였다. 그러나 오늘날의 기업형태는

435) 孫珠瓚 外 著, 「改正商法案解説」(서울: 三英社, 1984), p. 86.

436) 上掲書, p. 87.

437) 李炳泰, 全訂 商法, p. 19.



대형화와 전문화로 인하여 이사회의 업무집행에 관한 의사결정은 형해화되고 있는 실정이며, 많은 기업에서는 이러한 대형화와 전문화에 대비하여 회사의 임시기관인 상무회를 두고 있는 실정이다. 이에 따라 이사회의 업무집행감독은 이사의 정보제공이나 보고에 의하여 이루어질 수밖에 없다.

이사는 업무에 관한 사항을 이사회에 보고하여야 하지만 이것을 은닉하거나 조작할 수도 있으며, 또한 허위의 보고를 할 수도 있다. 또한 현행 상법에서는 감사는 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 행위를 할 염려가 있다고 인정되는 때에는 이사회에 이를 보고하여야 한다(상법 제391조의 2)고 규정하여 감사의 이사회에 대한 보고의무를 법정하고 있다. 그러나 감사의 이사회에 대한 보고도 결국 이사의 보고를 근거로 하고 있다.

이사의 보고의무는 외국에서도 인정되고 있다. 이사는 이사회에 3개월에 1회 이상 정기보고를 하도록 하고 있지만 이와 더불어 회사의 중요한 상황이 발생하면 즉각적으로 보고할 수 있도록 제도화하여야 한다고 생각한다.

## 第2節 理事會運營의 效率化方案

실무에서 理事會議의 운영이 형해화되어 회사 업무를 적절하게 수행하지 못하고, 수탁자 기능도 발휘하고 있지 못하고 있어 이를 활성화하기 위한 개선이 필요하다.

### 1. 情報接近의 容易性保障

이사회는 이사의 직무집행을 감독하지만 이사회가 행하는 감독은 정보의 제한으로 그 한계를 가지고 있다. 즉 기업 규모의 확대와 업무의 복잡성 그리고 전문화로 인하여 이사회 스스로 모든 업무를 정확히 파악하는 것은 어렵다. 또한 각 회사는 이것에 대비하여 회사의 임의기관인 상무회를 설치하여 전문성을 도모하고 있다. 따라서 이사회의 감독업무는 이사의 업무보고에 의존할 수밖에 없다. 이처럼

이사회도 업무의 전문성을 파악하는데 어려움이 있는 바, 사외이사가 회사의 업무에 접근하여 정보를 수집한다는 것은 정보접근에 대한 제도적인 보장이 없는 한 현실적으로 어려운 것이 사실이다. 따라서 사외이사가 실질적인 감독을 효율적으로 하기 위해서는 정보에 용이하게 접근할 수 있도록 제도화하여야 한다.

## 2. 理事會召集의 改善

### 1) 소집절차의 개선

理事會를 활성화하기 위해서는 이사 선임방법의 개선과 理事會召集權 등이 확대되어야 한다. 즉 이사회가 활성화되려면 무엇보다 이사회가 자주 열려야만 한다. 그러나 대규모 주식회사에서는 이사회를 주 1회 열기도 어려운 형편이고, 지나치게 자주 이사회가 열리면 오히려 업무집행의 장애요인으로 작용할 수 있으며 낭비가 된다.

상법에 따르면 이사는 이사회를 소집할 수 있지만, 정관이나 이사회규칙에 의하여 소집권자를 정할 수 있다(제390조 제1항). 따라서 이 때에는 지정된 이사만이 이사회소집권을 갖는다. 그러나 실제로는 정관이나 이사회규칙에 의하여 대표이사가 소집권자로 되어 있는 것이 현실이다. 따라서 대부분의 이사가 대표이사의 영향력 아래에 있는 사내이사임을 감안할 때 각 이사가 이사회 소집을 요구하기가 극히 어려운 실정이다. 따라서 이사회소집을 확대하여 이사는 이사회소집의 필요성이 있을 때는 일정한 절차에 따라 언제든지 이사회를 소집할 수 있어야 하고, 소집권자는 정당한 사유 없이 이를 거절할 수 없도록 하여야 한다.

아울러 대규모 주식회사의 경우에는 이사회 이외에 별도로 소위원회제도의 활용이 절대로 필요하게 된다.

### 2) 決議方法의 調整

#### (1) 議決定足數의 多元化

상법은 이사회의 결의방법에 대하여 “이사회의 결의는 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수로 하여야 한다. 그러나 정관으로 그 비율을 높게 정할 수 있다”고 규정하고 있다(제391조 제1항). 이와 같은 이사회의 의결정족수는 여러 나라에서 입법화한 것으로 결의사항의 경중을 가리지 않고, 이사회 구성에 대한 제도적 개혁 없이 그 결의요건만을 완화한 것은 대표이사의 독단만을 조장할 염려가 있다. 즉 상법은 이사회의 결의요건을 일률적으로 완화한 것은 중요한 사항의 결정에 신중을 결여하게 될 염려가 있다. 특히 우리의 경우도 입법론으로 이사회의 결의를 주주총회와 같이 결의사항에 따라 결의요건을 다르게 법정하는 방법이 모색되어야 할 것이다.<sup>438)</sup>

## (2) 議事錄 作成의 義務化

이사회의 의사록을 작성하지 않았다고 하여도 그에 대한 책임이 약하며, 기업의 비밀을 유지하기 위하여 형식화되기 쉽다. 따라서 의사록의 작성·비치 불이행하면 벌칙을 강화하고, 열람과 등사에서 주주에게는 주주권행사의 필요에서, 회사의 책임자는 이사 또는 감사에 대한 책임추궁의 필요에서 법원의 허가를 얻어서 할 수 있도록 제한할 필요가 있다.<sup>439)</sup>

---

438) 崔基元, 前掲書, pp. 342~344.

439) 金鎮奉, 前掲論文, p. 219.

## 第6章 結 論

이사회는 주식회사의 필요적 기관으로 이사의 직무집행을 감독하는 주된 업무를 담당하고 있다. 이사회에게 업무집행감독권을 부여한 것은 이사회가 회사의 업무상태를 비교적 정확하게 파악할 수 있는 지위에 있고, 업무집행의 의사결정에 직접 참여하는 이사회가 이를 감독하는 것이 효율적이라고 판단하여 1984년 상법개정에서 명문화하였다. 또한 이사회는 업무집행감독권은 감사의 감사권과는 달리 적법성뿐만 아니라 타당성까지 포함하는 광범위한 감독권을 인정하고 있다. 그러나 이러한 원래의 입법취지와는 달리 이사회는 감독권이 제대로 실행되고 있지 않다.

이와 같이 우리 나라에서 나타나는 주식회사 이사회제도의 문제점은 이사회는 무기능화와 대표이사로부터의 독립성 결여에 있다고 할 수 있다. 제도적으로는 이사회가 회사의 최고의사결정기관이지만, 현실적으로는 상무이사 이상으로 구성되는 상무회와 대표이사가 이사회를 상위기관으로 존재하고 있다. 이사회가 업무집행감독권을 행사하기 위해서는 우선 이사회는 지위가 독립되고 업무수행을 자주적으로 행할 수 있어야 한다. 현재의 법규나 해석상으로는 이사회는 독립된 것처럼 보인다. 그러나 이사회는 구성원인 이사는 업무담당이사나 상업사용인 겸 이사 등, 사내이사로 구성되어 있어 이사회는 지위가 독립된 위치를 갖지 못하고 있다. 따라서 이러한 이사로 구성된 이사회는 대표이사나 대주주 아래에 있는 하부기관에 불과하다. 이러한 상태에서 이사회는 자기감독이나 자기증명 밖에 되지 않으며, 회사의 고질적인 병리현상인 대표이사의 독주를 저지할 수 없다. 우리 나라 기업들의 경영실태를 보면 이사회가 재벌기업의 오너 또는 지배주주로부터 완전히 독립되어 있지 못하기 때문에 그 기능을 효과적으로 수행하지 못하였다는 점을 들 수 있다.

현행 이사회제도를 활성화하기 위해서는 먼저 이사회 구성원을 다양화하여야 한다.<sup>440)</sup> 주식이 널리 분산되어 있는 공개회사나 주식이 증권거래소에 상장되어 있는 상장회사의 경우 비교적 소수의 주식밖에 소유하고 있지 않은 많은 일반주주,

---

440) 金英坤, 前掲論文, p. 413.

즉 소수주주의 지위를 강화하는 문제는 주식회사제도의 과제인 자본집중의 성패와 직결되는 문제이다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 소수주주의 이익을 대변할 수 있는 이사를 선임할 수 있는 방법으로 집중투표제를 강행법화 하여야 할 필요가 있다.

사외이사제도는 외부 전문가의 이사회 참여를 통하여 합리적이고 투명한 경영 의사결정과 감독·감시기능을 강화하여 경영민주화 실현과 효율적인 내부견제기능을 수행하는데 목적이 있다. 그러나 사외이사제도의 도입이 정부 주도로 이루어지면서 기업들은 의무요건을 충족시키는 데에만 주력하여 그 기능의 강화와 운용의 합리화를 기하기보다는 사외이사 수와 그 선임비율 등 외적 요건 충족에만 치중하여 사외이사 선임과정에서 투명성과 중립성 확보의 문제가 제기되고 있고, 운영의 합리화·효율화와 관련하여 능력 있는 사외이사를 선임하기 위한 사외이사 후보자의 전문성 및 능력의 검증문제 등과 함께 사외이사의 책임과 그에 상응하는 대책 마련의 필요성이 제기되고 있다.

## 參 考 文 獻

### 1. 國內文獻

#### 1) 單行本

- 姜渭斗, 「全訂 會社法」. 서울: 螢雪出版社, 2000.
- 權奇範, 「現代會社法論」. 서울: 三知院, 2001.
- 金容泰, 「全訂 商法」. 上卷, 益山: 圓光大學校 出版局, 1984.
- 金正皓, 「第3版 商法講義」. 上卷, 서울: 法文社, 2000.
- 대한상공회의소, 「선진국기업의 이사회 운영실태와 시사점」. 서울: 대한상공회의소, 2005. 5.
- 朴相祚, 「第3增補版 新會社法論」. 서울: 螢雪出版社, 2000.
- 徐燉珏·鄭完溶, 「第4全訂 商法講義」. 上卷, 서울: 法文社, 1999.
- 徐廷甲, 「改正商法總覽」. 서울: 博英社, 1987.
- 徐憲濟, 「사례중심체계 會社法」. 서울: 法文社, 2000.
- 孫珠瓚 外 著, 「改正商法案解說」. 서울: 三英社, 1984.
- 孫珠瓚, 「第13訂 增補版 商法」. 上卷, 서울: 博英社, 2002.
- 安東燮, 「企業經營法」. 서울: 世英社, 1986.
- 李基秀, 「第4版 會社法學」. 서울: 博英社, 1997.
- 李炳泰, 「全訂 商法」. 上卷, 서울: 法元社, 1988.
- \_\_\_\_\_, 「株式會社の 理事會制度」. 서울: 法元社, 1986.
- 李院錫, 「新商法」. 上卷, 서울: 法志社, 1984.
- 李哲松, 「第10版 會社法講義」. 서울: 博英社, 2003.
- 李泰魯·李哲松, 「全訂版 會社法講義」. 서울: 博英社, 1989.
- 이형규·이상복, 「사외이사 선임제도 개선방안에 관한 연구」. 서울: 한국상장회사협의회, 2002.
- 林泓根, 「會社法」. 서울: 法文社, 2000.

- 전국경제인연합회, 「경영투명성 관련제도의 도입실태와 제도개선과제」, 전국경제인연합회, 2004. 6.
- \_\_\_\_\_, 「기업지배구조 개선방안의 제문제」, 전국경제인연합회, 2000. 10.
- 정광선·김영호·문형구, 「한국형 사외이사제도에 관한 연구」. 서울: 한국상장회사협의회, 1999.
- 鄭東潤, 「第7版 會社法」. 서울: 法文社, 2001.
- 鄭茂東, 「第2 全訂版 商法講義」. 上卷, 서울: 博英社, 1996.
- 鄭燦亨, 「第2版 會社法講義」. 서울: 弘文社, 2002.
- 鄭熙喆, 「企業法の 展開」. 서울: 博英社, 1988.
- \_\_\_\_\_, 「企業法の 行方」. 서울: 博英社, 1991.
- 鄭熙喆, 「商法學」. 上卷, 서울: 博英社, 1989.
- 鄭熙喆·梁承圭, 「商法學原論」. 上卷, 서울: 博英社, 1986.
- 車大運·鄭快永, 「執行任員制度의 導入 必要性和 立法論의 課題」, 「上場協」, 제49호, 한국상장회사협의회, 2004. 3.
- 蔡利植, 「改訂版 商法講義」. 上卷, 서울: 博英社, 1996.
- 崔基元, 「第11大訂版 新會社法論」. 서울: 博英社, 2001.
- 한국상장회사협의회, 「사외이사 제도 및 운영개선에 관한 의견」, 한국상장회사협의회, 2003. 2.
- Coudert Brothers·법무법인 세종·International Development Law Institute·Bernard S. Black, 「국제경쟁력 강화를 위한 한국의 기업지배구조 최종보고서 및 법개정 권고안」, 1999.
- Melvin A. Eisenberg, The Structure of the Corporation : A Legal Analysis, 宋相現·金建植 譯, 「株式會社法理의 새로운傾向」. 서울: 經文社, 1983.

## 2) 論文

- 강희갑, “우리 나라 주식회사의 이사회 및 사외이사의 실태와 그 개선방안 : 경영 감독기능을 중심으로”, 『比較私法』, 제9권 제2호 (통권 17호), 韓國比較私法學會, 2002.
- 高永德, “商法上 理事會制度에 관한 研究”, 博士學位論文, 圓光大學校 大學院, 1991.
- 金教昌, “上場會社の 理事會와 常務會의 實態分析”, 『會社法の 諸問題』, 서울: 育法社, 1982.
- \_\_\_\_\_, “理事會의 活性化를 위한 試論”, 『上場協』, 제15호 (1987년 춘계호), 한국상장회사협의회, 1987.
- \_\_\_\_\_, “株式會社の 理事에 대한 小考”, 『韓國經濟法學의 課題 : 蘇山文仁龜博士華甲紀念』, 서울: 三知院, 1987.
- \_\_\_\_\_, “現行 商法上の 監事制度和 그 改善方案”, 『上場協』, 제26호 (1992년 추계호), 한국상장회사협의회, 1992.
- 金英坤, “株式會社에 있어서 理事會運營의 活性化 方案”, 『기업법연구』, 제8집, 한국기업법학회, 2001.
- 金鎮奉, “企業의 社會的 責任과 理事會의 構成”, 『法學論集 : 文谷林健默教授停年退任紀念』, 第14輯, 淸州大學校, 1982.
- \_\_\_\_\_, “株式會社 理事會 構成의 法的 問題點”, 『社會科學研究』, 第6輯, 西原大學校 社會科學研究所, 1988.
- \_\_\_\_\_, “理事會의 常務會制度에 관한 研究”, 『社會科學研究』, 第9輯, 西原大學校 社會科學研究所, 1996.
- 朴榮吉, “理事會의 權限”, 『經營法律 : 故李允榮博士追慕論文集』, 제5집, 한국경영법률학회, 1992. 12.
- 朴元善, “韓國商法에 있어서의 理事會制度의 研究”, 『學術院論文集』, 人文社會科學編, 第15輯, 大韓民國學術院, 1976.
- 朴仁鉉, “株式會社 理事會制度에 관한 比較法的 研究”, 博士學位論文, 嶺南大學校 大學院, 1989.



- 徐庚林, “美國株式會社의 理事會의 機能”, 「現代商事法の 諸問題 : 雪城李允榮先生 停年紀念」, 서울: 法志社, 1988.
- 徐燉珏, “理事會와 理事·代表理事”, 「商法研究 II」, 서울: 法文社, 1980.
- 孫 晟, “미국 회사법상 이사회 운영에 있어서 유형화 논의와 시사점 : Warren Buffett의 소론을 중심으로”, 「商事法研究」, 第19卷 第1號(통권 제26호), 韓國商事法學會, 2000.
- \_\_\_\_\_, “美國 會社法制에서의 遵法監視人制度에 관한 法理論的 考察”, 「上場協」, 제43호, 한국상장회사협의회, 2001. 3.
- 孫聖奎, “株式會社 理事會의 法律的 構造에 관한 小考”, 「社會科學論集」, 第3輯, 延世大學校 社會科學研究所, 1978.
- 宋民浩, “理事會의 監督機能에 관한 研究”, 「現代商事法の 諸問題 : 雪城李允榮先生 停年紀念論文集」, 서울: 法志社, 1988.
- 宋相現, “株式會社機關(株主總會·理事會)에 관한 改正意見”, 「商法改正의 論點」, 서울: 三英社, 1981.
- 梁承圭, “株式會社의 經營機構”, 「會社法の 現代的 課題」, 서울: 法文社, 1981.
- 吳世昌, “株式會社의 業務執行監督에 관한 研究 : 監事 및 理事會의 業務執行監督 權을 중심으로”, 博士學位論文, 大邱大學校, 1995.
- 오수근, “집중투표제”, 「인권과 정의」, 제270호, 대한변호사협회, 1999. 2.
- 柳珍熙, “集中投票制의 長短點과 그 實效性”, 「상장협」, 제44호, 한국상장회사협의회, 2001.
- 尹東恩, “經營監督機構로서의 理事會의 問題點과 그 改善方案에 관한 研究”, 博士學位論文, 明知大學校 大學院, 2002.
- 李康龍, “理事의 法的地位”, 「論文集」, 第7卷, 忠南大學校 法律行政研究所, 1980.
- 李均成, “企業利益과 少數株主의 地位”, 「會社法の 現代的 課題」, 서울: 法文社, 1981.
- 이기수, “사외이사제도의 강화를 둘러싼 쟁점”, 「상사법연구」, 제19권 제3호, 한국상사법학회, 2001.

- 이대희, “사외이사의 역할에 대한 경험적인 연구의 고찰 : 미국에서의 논의를 중심으로”, 「상사법연구」, 제16권 제2호, 한국상사법학회, 1997. 12.
- 이문지, “집중투표에 의한 이사선임의 득과 실”, 「상장」, 한국상장협의회, 1999. 4.
- 李範燦, “理事會制度의 諸問題”, 「成均館法學」, 創刊號, 成均館大學校 法學研究所, 1987. 9.
- 李炳泰, “株式會社 理事會制度의 改善方案”, 「상장협」, 제27호, 한국상장회사협의회, 1993. 5.
- 李泰根·李在石, “理事會 制度”, 「現代法學의 課題 : 九山郭鍾泳教授華甲紀念論文集」. 九山郭鍾泳教授華甲紀念論文刊行委員會, 1993.
- 이형규, “기업지배구조개혁의 미해결과제”, 「상사법연구」, 제20권 제2호, 한국상사법학회, 2001.
- 林泓根, “主要國의 企業支配構造改革과 成果”, 「商事法研究」, 제20권 2호, 韓國商事法學會, 2001.
- 全秉翼, “株式會社의 機關”, 「論文集」, 第6輯, 海洋大學校, 1972.
- 최완진, “사외이사제도에 관한 재검토”, 「상사법의 이념과 실제 : 박영길교수화갑기념논문집」. 서울: 형설출판사, 2000.
- 崔正鎬, “監查委員會制度의 效果와 成功的인 定着方案”, 「상장협」, 제41호, 한국상장회사협의회, 2000.
- 崔竣璿, “美國과 英國의 企業支配構造와 그 動向”, 「比較私法」, 第6卷 第2號 (通卷 11號), 韓國比較私法學會, 1999.
- 洪復基, “社外理事制度의 定着과 그 活性化”, 「상장협」, 제37호, 한국상장회사협의회, 1998.
- \_\_\_\_\_, “社外理事制度에 관한 立法論 研究”, 博士學位論文, 延世大學校 大學院, 1988.
- \_\_\_\_\_, “理事會의 委員會에 관한 研究”, 「經濟法·商事法論集 : 椿江孫珠瓚教授停年紀念」. 서울: 博英社, 1989.

洪裕碩, “戰後 日本의 商法改正背景과 問題點 : 理事會의 無機能化와 企業支配集中에 關하여”, 「商事法研究」, 17권 1호, 한국상사법학회, 1998. 5.

## 2. 日本文獻

高鳥正夫, 「増補版 會社法の諸問題」, 東京: 慶應通信, 1981.

大濱信泉, “取締役と取締役會”, 田中耕太郎 編, 「株式會社法講座」, 第3卷, 東京: 有斐閣, 1956.

大森忠夫 等 編集, 「注釋 會社法」, 4卷, 東京: 有斐閣, 1980.

大森忠夫, 「改訂版 新版會社法講義」, 東京: 有斐閣, 1967.

大隅健一郎, “アメリカ會社法における取締役會”, 京都大學商法研究會 編, 「英米會社法研究」, 東京: 有斐閣, 1950.

\_\_\_\_\_, 「新版 會社法の諸問題」, 東京: 有信堂高文社, 1983.

\_\_\_\_\_, 「全訂 會社法論」, 中卷, 東京: 有斐閣, 1964.

大隅健一郎・今井宏, 「新版會社法論」, 上卷, 東京: 有斐閣, 1980.

\_\_\_\_\_, 「新版會社法論」, 中卷 I, 東京: 有斐閣, 1980.

大隅健一郎・大森忠夫, 「逐條改正會社法解説」, 東京: 有斐閣, 1951.

大隅健一郎・山口幸五郎, “取締役會および代表取締役”, 「綜合判例研究叢書 : 商法(4)」, 東京: 有斐閣, 1958.

竝木俊守, “株式會社の業務擔當機關”, 「企業會計」, 8卷 12號, 東京: 中央經濟社, 1956. 12.

\_\_\_\_\_, 「アメリカ會社法研究」, 東京: 中央經濟社, 1980.

\_\_\_\_\_, 「改訂版 取締役の職責と取締役會」, 東京: 中央經濟社, 1991.

服部榮三, “常務會の序說的考察”, 「商法學論集: 小町谷先生古稀記念」, 東京: 有斐閣, 1964.

服部榮三・管原菊志編, 「逐條 判例會社法全書 3: 株式會社の機關」, 東京: 商事法務研究會, 1972.

北澤正啓, 「新版 註釋會社法(6)」, 東京: 有斐閣, 1987.

- 北澤正啓,「新版 會社法」. 東京: 青林書院新社, 1979.
- 山口幸五郎,“取締役會の決議事項の決定”,「民商法雜誌」, 86卷 2號, 東京: 有斐閣, 1982. 5.
- 山口幸五郎,「會社取締役制度の法的構造」. 東京: 成文堂, 1973.
- 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫,「新版 注釋會社法(6)」. 東京: 有斐閣, 1987.
- 石井照久,「會社法」. 上卷, 東京: 勁草書房, 1967.
- 小島康裕,「大企業社會の法秩序」. 東京: 勁草書房, 1981.
- 小町谷操三,「イギリス會社法概説」. 東京: 有斐閣, 1978.
- 松田二郎・鈴木忠一,「條解株式會社法」. 上卷, 東京: 弘文堂, 1955.
- 神崎克郎,「新版 商法Ⅱ : 會社法」. 東京: 青林書院, 1984.
- 岩崎綾,「戦後日本商法學史所感」. 東京: 新青出版, 1996.
- 鈴木竹雄・石井照久,「改正株式會社法解説」. 東京: 日本評論社, 1951.
- 鈴木竹雄・竹内昭夫,「新版 會社法」. 東京: 有斐閣, 1981.
- 伊藤宣生,「取締役會制の意義」. 東京: 千倉書房, 1985.
- 伊澤孝平,「註釋新會社法」. 東京: 法文社, 1950.
- \_\_\_\_\_,「會社法講義」. 東京: 有斐閣, 1963.
- 田中誠二,「再全訂會社法詳論」. 上卷, 東京: 勁草書房, 1974.
- \_\_\_\_\_,“株式會社の社會的責任についての商法上の立法論的考察”,「亞細亞法學 : 大學院設置記念號」, 9卷 2號, 東京: 亞細亞大學法學研究所, 1975. 3.
- \_\_\_\_\_,「會社法詳論」. 上卷, 東京: 勁草書房, 1993.
- 正田彬,「經濟法」. 東京: 日本評論社, 1986.
- 酒卷俊雄,「取締役の責任と會社支配」. 東京: 成文堂, 1967.
- \_\_\_\_\_,“閉鎖的株式會社の理論と立法動向 : 英米法の動向とその示唆 2”,「民商法雜誌」. 58卷 3號, 東京: 有斐閣, 1968. 3.
- 中村眞澄,“フランス新會社法における會計監査役”,「早稲田法學」, 45卷 1・2號, 早稲田大學法學會, 1970. 3.
- 坂田桂三,“米國における會社機關の理論と實際 : 近時の會社組織論と運用狀況”,「商事法務」, 843號, 東京: 商事法務研究會, 1979. 7.

平賀賢三郎, “常務會の法的性質”, 「現代商法學の諸問題 : 田中誠二先生古稀記念」.  
東京: 千倉書房, 1967.

河本一郎, 「新訂第8版 現代會社法」. 東京: 商事法務研究會, 1999.

ハンス・ヴュルディンガー(Hans Wurdinger)・河本一郎 編, 「ドイツと日本の會社法」. 東京: 商事法務研究會, 1975.

### 3. 歐美文獻

#### 1) 英文

Adolf Augustus Berle, Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York : The Macmillian Co., 1956.

Avery S. Cohen, *The Outside Director : Selection, Responsibility and Contribution to the Public Corporation*, *34 Wash. & Lee L. Rev.*.

Bishop Carleton Hunt, *The Development of the Business Corporation in England, 1800~1867*, London : Cambridge Univ. Press, 1936.

Charkahm J., *Keeping good company: A study of corporate governance in five countries*, Oxford: Clarendon Press. 1994.

Clive M. Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 19th ed., London : Sweet & Maxwell, 1982.

Demsetz H., *The structure of ownership and the theory of the firm*, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983.

Fama E. and Jensen M. C., *Separation of ownership and control*, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983.

Fama E., *Agency problems and the theory of the firm*, *Journal of Political Economy*, 88, 1980.

- Felton, R., Hawkins, J., and Hudnut, A., *The foundation of good governance: Core processes and structures*, McKinsey Inc. 1997.
- Goitein, H., *Company Law*, 2nd ed., London, Sir Isaac Pitman & Sons, 1933.
- Gower, L. C. B., *Principles of modern Company Law*, 7th ed., London : Sweet & Maxwell, 1979.
- Harry G. Henn & J. R. Alexander, *Law of Corporations and other Business Enterprise.*, 3rd. ed., St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1983.
- Hart O. D., The market mechanism as an incentive scheme, *Bell Journal of Economics*, 14, 1984.
- Henry W. Ballantine, Norman D. Lattin and Richard W. Jennings, *Cases and Materials on Corporation*, 2d ed., Chicago, Callaghan, 1953.
- Henry W. Ballantine, *On Corporation*, revised ed., Chicago, Callaghan, 1946.
- J. Keith Loudon, *The Director : A Professional's Guide to Effective Board Work*, New York, American Management Associations, 1982.
- James D. Cox · Thomas Lee Hazen · F. Hodge O'Neal, *CORPORATIONS*, New York, Aspen Law & Business, 1977.
- Johnson, Daily and Ellstrand, Board of directors: a review and research agenda, *Journal of Management*, Vol. 22, 1996.
- Klein April, Firm Performance and Board Committee Structure, *41 Journal of Law & Economics*. University of Chicago Press, 1998.
- L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed., London : Stervens & Sons, 1969.

- Larry. D. Soderquist, "Toward a More Effective Corporate Board: Reexamining Roles of outside Directors", *New York Univ. Law Review*, Vol. 52.
- Melvin. A. Eisenberg, Corporate Governance : The Board of Directors and Internal Control?, *Cordozo Law Review*, Vol. 19 (September-November), 1997.
- Monks R. and Minow N., *Corporate governance*, Basil Blackwell, 1995.
- P. E. Holden, L. S. Eish & H. L. Smith, *Top-Management Organization and Control*, New York, McGraw Hill, 1956.
- R. S. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, Minnesota, St. Paul West Publishing Co., 1946.
- Robert Clark, *CORPORATE LAW*, New York : Aspen Publishers, 1986.
- Robert W. Hamilton, Hamilton Robert W., *Cases and Materials on Corporations : Including Partnerships and Limited Liability Companies*, 7th Ed., St. Paul Minnesota : West Publishing Co., 2001.
- Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, St. Paul Minnesota : West Publishing Co., 1980.
- Schmithoff C. M. and Thomson J. H., *Palmer's Company Law*, 21st ed. London : Stevens & Sons, 1968.

2) 獨文・佛文

- Baumbach-Hueck, *AG.*, 12. Aufl., 1965.
- Briere de l'Isle, *President Directeur General, Encyclopedie Juridique, Repertoire de Droit Commercial et des Societes*, Tome III, Societe, 1958.

- Ernst-Joachim Mestmäcker, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre : eine Rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den vereinigten Staaten*, Karlsruhe : C. F. Müller, 1958.
- Fischer, *Rechtsschein und Wirklichkeit in Aktienrecht*, AcP., Bd. 154, 1955.
- Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2me ed., Paris : Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1951.
- Godin-Wilhelmi, *AG.*, 2. Aufl., 1950.
- \_\_\_\_\_, *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien*, 2. Aufl., Berlin : W. de Gruyter, 1950.
- Götz Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 18. Aufl., Verlag, München, C. H. Beck, 1991.
- Hachenburg, *GmbH-gesetz*, 6. Aufl., 1956.
- Hans Würdinger, *Aktien und Konzernrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe : C. F. Müller, 1966.
- \_\_\_\_\_, *Aktienrecht : eine systematische Darstellung*, 1. Aufl., Karlsruhe : C. F. Müller, 1959.
- Harold Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, 2 Aufl., Köln ; Berlin : Heymann, 1955.
- Huppert Walter, *Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft : Eindrücke und Erfahrungen eines Kleinaktionars*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.
- J. Escarra, E. Escarra et Rault, *Traite Theorique et Pratique de Droit Commercial, Les Societes Commerciales, Tome IV, Societes par Actions, Administrations des Societes Anonymes*, 1959.
- Lehmann Karl, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Band. 2, Aalen : Scientia, 1964.
- Richard Passow, *Die Aktiengesellschaft : eine wirtschaftswissenschaftliche Studie*, 2 Aufl., Jena : Gustav Fischer, 1922.
- Rittner, *AG.*, 1939.
- Rudolf Wiethölter, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft*



- im amerikanischen und deutschen Recht*, Bd. 1, Karlsruhe :  
Müller, 1961.
- Schlegelberger-Quassowski, *AG.*, 2. Aufl., 1937.
- Schmidt/Meyer-Landrut, *Großkommentar. A.G.*, Bd. 1. Lieft. 2. 1959.
- Staub-Pinner, *HGB*, 14. Aufl., Bd. 2, 1933.
- Teichmann-Koehler, *AG.*, 2. Aufl., 1939.
- Werth Heinz-Jürgen, *Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft*, Berlin  
: Technische Universität Berlin, 1960.