[UCI]I804:24011-200000236222

2008年 2月

法學碩士學位論文

理事의 責任緩和에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 美 貞

2008年 2月
法學碩士學位論文

理事의 責任緩和에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 美 貞

理事의 責任緩和에 관한 研究

A Study on the Relation of Director's Responsibility in Corporation

2008년 2 월 일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 美 貞

理事의 責任緩和에 관한 研究

指導敎授 金 英 坤

이 論文을 法學碩士學位 申請論文으로 提出함

2007년 10월 일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 美 貞

朴美貞의　法學碩士學位論文을 認准함

심사위원장　조선대학교 교수

심사위원　조선대학교 교수

2007년 11월　　일

朝鮮大學校 大學院

목 차

<ABSTRACT>

제 1 장 서론 ····· 1
제 1 절 연구의 목적 ····· 1
제 2 절 연구의 범위 및 방법 ····· 2

제 2 장 상법상 이사의 책임에 관한 규제 ····· 4
제 1 절 이사의 의무 ····· 4
1. 이사 ····· 4
2. 사외이사 ····· 10
3. 사실상의 이사 ····· 11
제 2 절 이사의 책임 ····· 12
1. 손해배상책임 ····· 13
2. 자본충실의 책임 ····· 15
3. 불법행위의 책임 ····· 17
제 3 절 이사의 제 3자에 대한 책임 ····· 17
1. 의의 ····· 18
2. 책임의 원인 ····· 19
3. 책임의 성질 ····· 19
제 4 절 책임의 면제규정 ····· 22
1. 의의 ····· 22
2. 상법 제400조의 책임면제 ····· 23
3. 상법 제450조의 책임면제 ····· 25

제 3 장 외국의 법제 ····· 27
제 1 절 이사의 의무 ····· 27
1. 미국 ····· 27
2. 독일 ····· 28

3. 일본 ····· 28
제 2 절 이사의 책임 ····· 29
1. 미국 ····· 29
2. 독일 ····· 30
3. 일본 ····· 31
제 3 절 책임면제 ····· 32
1. 미국 ····· 32
2. 독일 ····· 34
3. 일본 ····· 35

제 4 장 책임의 완화론 ····· 37
제 1 절 경영판단의 원칙 ····· 37
1. 의의 ····· 37
2. 근거 ····· 38
3. 적용요건 ····· 39
4. 경영판단의 원칙의 인정여부 ····· 41
5. 대법원 판결과 경영판단의 원칙 ····· 42
제 2 절 임원배상책임보험 ····· 43
1. 의의 ····· 43
2. 내용 ····· 44
3. 우리나라에서 임원배상 책임보험 ····· 44
제 3 절 주주대표소송문제 ····· 48
1. 의의 ····· 48
2. 주주대표소송제도의 변천과정 ····· 49
3. 남소의 방지대책 ····· 51

제 5 장 결론 ····· 56

참고문헌 ····· 59

<ABSTRACT>

A Study on the Relation of Director's Responsibility in Corporation

by Park, Mi Jung
Advisor : Kim, Young Gon. Ph. D.
Department of Law, Graduate School
Chosun University

The measure of strengthening a director's responsibility could be effective in desirable corporation management. In spite of this advantage, it might cause negative results. The director can make a decision in the passive and self-protective way. In doing so, the business environment could get worse. As a result, this method should be considered systematically. -- for instance, it needs to be controlled the director's responsibility properly. This study aims to present the system of activating the director's management operation.

In the first chapter, it is mentioned of aim and sphere of this study.

In the second, it is considered the director's obligation and responsibility regulated in our Commercial Law and mentioned the duty and obligation of outside director and actual director.

In the third, it is reviewed the director's duty and obligation of America, Germany and Japan's law compared with those of our

Commercial Law.

In the fourth, it is discussed many ways that alleviate exempt the director's responsibility.

In the last, as a conclusion, it is summarized the constructive proposals of alleviation of director's obligation. The concrete examples are as follows ;

First of all, the director should be exempt from his/her responsibility provided he/she makes a decision of management finding reasons in a general principle and has no regard for personal interests. It is also practicable in case of making a decision based on reasonable information.

In the second, it is regulated the damage compensation responsibility only -- except for the restriction of damage compensation, and yet the principle of impartial assignment of damage could be legal standards in leading case of the Supreme Court. And there is the insurance system of damage compensation that could be helpful for the director to indemnify damages. Consequently, this system ought to be promoted in order that the director could be released from too heavy a burden and devoted himself to his part.

In the third, the stockholders can play a leading part as an inspector of management. This might be possible for them because they are more conscious of their rights and the use of minority stockholder's right is not so difficult. This is called as the system of representative suit and it needs to be limited from abusing this system. The solutions

that could settle the problems are the special lawsuit board system and the method of using requisite of revendication. The former - the special suit committee system - can be a kind of solution that could turn down revendication and prevent a vexatious suit. The measure should be also examined that the corporation have an influence on representative suit in the capacity of the accused director's assistant so as to protect the director making a lawful decision.

Finally, many systems need to be arranged in order to strengthen the competitiveness of corporation and international competitiveness of our country. This might be possible if only the director's responsibility is lightened and his conduct of management is performed effectively and stably.

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

우리나라의 경제발전의 원동력이 주식회사를 기반으로 이루어졌다는 것은 주지의 사실이다. 그러나 주식회사의 방만한 경영과 투명하지 못한 회계장부의 작성에 의하여 많은 부실한 주식회사의 양산을 야기시켰다. 그로 인하여 1997년 IMF의 경제지원을 받아 경제를 재정비해야 하는 결과를 낳게 되었다.

그 일환으로 주식회사의 이사에 대한 책임을 강화하여 경영의 부식화를 방지하고자 하였다. 그러나 이러한 결과는 주식회사의 경영을 합리화하기보다는 안일한 경영을 도모함으로 인하여 주식회사의 발전을 기대하기가 어렵게 되었다.

우리나라의 주식회사는 무한 경쟁 속에서 우위를 차지하기 위하여 기업을 대규모화하고, 회사경영의 효율성을 극대화하기 위하여 소유와 경영을 분리시켜 보다 투명하고 공정한 경영을 통해 신뢰를 확보하고자 이사회가 회사의 경영방침을 결정하면 이사회에서 선임한 대표이사 또는 임원에 의해 구체적인 업무집행이 이루어지고 이사회 또는 감사(감사위원회)가 관리 감독하게 되는 업무집행기관의 이원화 시스템을 도입하고 있다.

상법 제399조 제1항에서 이사의 회사에 대한 책임으로 “법령이나 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있는데, 이는 이사가 회사의 수임인으로서 선량한 관리자로서의 주의의무와 충실의무를 부담하고 있으므로 이 의무를 위반하여 회사에 손해가 발생한 때에는 해당 이사는 회사에 대해 손해배상 책임을 져야 한다는 의미로 본다.

이사의 책임강화와 실질적인 책임추궁은 이사의 기업경영에 대한 책임의식을 제고시킴으로서 건전한 기업경영에 기여할 수 있지만, 이사의 소극적이고 자기 방어

적인 경영활동을 초래하여 어려운 경영환경을 위축시킬 우려가 제기 되고 있기 때문에 이사의 책임을 추궁하여야 하지만 동시에 이를 적절하게 완화시켜 줄 수 있는 제한이나 면제 등 제도적인 차원에서의 배려가 필요하다고 생각한다. 따라서 이사의 적극적 경영활동을 뒷받침 할 수 있는 법 · 제도적 장치의 마련이 시급하다 하겠다.

우리나라도 1997년 말 IMF의 경제지원을 받은 이후 기업지배구조의 기본원칙을 밝히기 위해 기업지배구조모범규준을 작성하는 등 기업지배 구조를 개선하기 위하여 노력하였다. 이에 부응하기 위하여 1998년 개정상법에서 이사의 충실의무를 신설하고(상법 제382조의 3), 업무집행지시자 등도 이사와 동일한 손해배상책임을 지도록 하였다(상법 제401조의 2). 또한 그 책임 추궁이 용이할 수 있도록 대표소송의 제기요건을 발생주식총수의 100분의 5 이상에서 100분의 1 이상으로 완화하고 소 제기 후 제소주주의 지주비율이 발행주식 총수의 100분의 1 미만이 되더라도 제소의 효력에 영향이 없도록 하였다(상법 제403조 제1항, 제5항).

2001년 개정 상법에서는 승소한 주주의 소송비용등의 청구범위를 확대하기 위해 대표소송을 제기한 소수주주가 승소한 경우에 회사에 대하여 청구할 수 있는 소송비용의 범위를 확대하였다(상법 제405조 제1항).

수수주주를 보호하기 위한 소송제기 요건을 완화함으로써 최근 활발하게 제기되고 있는 주주대표소송과 집단소송제도 등은 주식회사의 이사에게 너무 무거운 책임과 소송에서 피고로서의 부담하여야 할 손해배상액이 거액이라는 점 등을 예상할 때 커다란 문제점으로 제시하고 있다.

이러한 문제점은 유능한 이사 선임에 문제가 되며 기업경영의 활성화보다 소극적인 기업경영이 우려되며 결국 회사 또는 주주에게 불이익을 줄 뿐만 아니라 국가 경제 전체에도 불이익을 주게 된다.

본 논문은 이사의 적극적인 경영활동의 유도와 피해자 구제의 실효성 보장등을 위하여 이사의 과중한 책임을 완화하거나 제한할 수 있는 방안에 대하여 연구함으로써 진정으로 능력있는 이사가 소신있는 경영을 담당하여 우리 경제발전에 일익

을 담당할 수 있도록 하는 목적을 두고자 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

본 논문에서는 현행 우리 상법상의 이사의 책임과 관련한 규정을 중심으로 그 내용을 검토하고 그 문제점을 도출하고자 외국의 입법례를 살펴보고 우리 법제와의 비교 검토를 통하여 우리 상법상의 문제점을 도출하고 그에 대한 개선방향을 제시하고자 총 5장으로 구성하였다.

본 논문 제 1장은 서론으로 연구의 목적과 연구 범위 및 방법을 논하였다.

제 2장에서는 우리나라 상법상 규정된 이사의 의무와 책임규정을 살펴본다. 아울러 사외이사와 사실상이사를 따로 나누어 그 의무와 책임을 살펴보았다.

제 3장에서는 우리나라 상법상 이사의 의무와 책임을 비교하기 위하여 미국, 독일, 일본을 중심으로 각국의 이사의 의무와 책임을 검토한다.

제 4장에서는 현재 우리나라에서 이사의 책임을 완화하는 방법 및 면제 방법들에 대하여 연구하였다. 그 내용을 간단히 정리하면 책임완화론으로써 경영판단의 원칙, 임원배상책임보험, 주주대표소송문제들에 대해 각각 살펴보고 현실적으로 적용 가능한지의 여부에 대하여 설명하였다.

마지막 5장에서는 결론으로 앞서 검토한 내용을 요약, 정리하고 이사의 책임완화를 위한 구체적 방안을 정리하였다.

위와 같은 결과를 도출하기 위하여 외국문헌을 참고하여 우리 법제와 비교 검토하는 연구방법과 법해석학적인 방법을 택하였다.

제 2 장 상법상 이사의 책임에 관한 규제

제 1 절 이사의 의무

1. 이사

이사의 책임은 이사의 의무와 매우 밀접한 관련이 있으므로, 이사는 회사에 대하여 수임인의 지위에서 선량한 관리자의 주의의무를 갖게 된다. 또한, 이사의 충실의무는 이사의 선관주의의무와 어떤 관계인지 학설상 대립되고 있는 각 주장을 살펴보기로 한다.

그 외에 이사의 의무로는 이사의 경영금지의무, 비밀유지의무, 자기거래제한의 의무, 감시의무, 보고의무 등이 있다. 각 이사의 의무에 관하여 검토하기로 한다.

가. 선관주의의무

회사와 이사의 관계는 위임에 관한 민법 제681조 규정이 준용되므로 이사는 회사에 대해 선량한 관리자의 주의로서 사무를 처리할 의무를 진다.(상법 제382조 제2항)

민법에서 말하는 선량한 관리자의 주의란 위임사무의 성격, 수임인의 직업 및 전문성, 거래관행 등에 비추어 일반적으로 수임인에게 요구되는 의무를 말한다.[1)]

민법상의 선관주의의무와 상법상의 선관주의의무가 동일한 내용의 의무인가에 대하여는 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 민법상의 수임인은 개별적이고 구체적으로 위임된 사항에 관하여 사무를 처리 하지만, 상법상 상해위의 위임을 받은 자는 위임의 본지에 반하지 아니한 범위 내에서 위임을 받지 아니한 행위를 할 수

1) 이은영, 「채권각론」 (박영사, 2002), 567면.

있다고 규정하고 있다.(상법 제49조)

따라서 주식회사의 이사는 포괄적으로 위임된 회사의 업무집행을 이사회의 결의로 결정하고, 이 결정에 대한 책임을 지며, 건전한 기업 활동을 통하여 이익을 극대화 할 수 있도록 하여야 하며, 회사에 손해가 발생하지 않도록 하는 의무를 부담한다.

따라서 상법상 주식회사 이사의 선관주의의무는 그 이사가 가진 구체적인 능력을 묻지 않고 그 직업의 사회적 · 경제적 지위에 있어서 일반적으로 요구되는 정도의 주의의무와[2], 기업경영과 관련한 주의의무가 요구된다고 할 수 있다.

또한, 개별기업의 영업의 종류나 규모, 근로자의 수나 기업의 경쟁력 등 여러 사정에 의해 주식회사 이사의 주의의무의 정도가 결정되어야 한다.[3]

나. 충실의무

이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행할 의무를 진다.(상법 제382조의 3) 이 규정하고 이사의 충실의무를 인정하였다.

충실의무는 일본상법 제254조의 3을 본받은 것으로, 영미의 보통법에서 인정하는 이사의 신인의무의 개념을 성문적으로 표현한 것이다.[4]

충실의무는 종래의 선관주의의무를 구체화 한 것에 지나지 않는다는 견해와 선관주의의무와는 별도로 영미법상의 충실의무를 의미한다는 견해가 대립하고 있다.

충실의무와 선관의무의 관계를 어떻게 보는지를 중심으로 동질설과 이질설로 학설이 나뉘고 있다.

동질설[5]의 입장은, 충실의무는 선관의무의 구체적 표현이라고 하나, 이질설[6]의

---

2) 홍복기, 「회사법 강의」(법문사, 2005), 322면.
3) 허동원, “이사의 책임법제에 관한 연구”, (한국외국어대학교 박사학위논문, 2004.2.), 22면.
4) 이철송, 「회사법 강의」(박영사, 2004. 11판), 591면.
5) 최준선, 「회사법」(상영사, 2004년), 457면; 손주찬, 「상법(상)」(박영사, 2003년), 795면; 최기원, 「상법학신론(상)」(박영사, 2001년), 825면.
6) 정동윤, 「상법(상)」(법문사, 2001년), 578면.

입장은, 이사의 충실의무는 종래의 선관주의의무와 다른 영미법상의 충실의무를 도입한 것이라고 보는 견해이다. 이에 의하면 상법이 이사의 경업금지의무(상법 제397조), 이사의 보수 결정에 관한 규정(상법 제388조), 자기거래제한(상법 제398조)과 증권법상의 내부자거래제한(증권거래법 제188조)등을 수임인의 선관주의의무로 파악하는 것은 무리라고 보고 영미법상의 충실의무와 같은 의미로 보아야 한다는 견해이다. 대법원의 판결[7]에서 "고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태라함은 이사의 직무상 충실 및 선관의무위반의 행위로서, 위법한 사정이 있어야 하고 통상의 거래 행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이는 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수 없다"고 하여 동질설을 따르고 있다. 본 판결은 이사의 충실의무가 도입되기 전인 1985년의 판결로서 1998년 개정상법이 도입한 충실의무와 선관주의의무를 구별되는지 여부를 판단하는 것은 곤란하다.

다만, 도입취지가 이사의 의무와 책임을 강화하기 위한 것이라면 위 규정의 취지를 살려서 양자를 구별하여 영미법상의 규정처럼 겸업금지의무, 자기거래제한 등은 이사의 충실의무로 파악함이 타당하다고 본다.[8]

다. 경업금지의무

이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종 영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한 책임사원이나 이사가 되지 못한다.(상법 제397조 1항)라고 규정하고 있다. 이것은 이사가 그 지위를 이용하여 얻은 회사영업에 관한 비밀을 이용하여 회사의 이익을 희생시키면서 자기 또는 제3자의 이익을 꾀하는 것을 방지하기 위하여 인정되는 법정의무인

7) 최준선, 전게서, 457면; 손주찬, 전게서, 795면; 최기원, 전게서, 825면.
8) 고재종, "이사의 임무해태에 따른 책임의 성립여부에 관한 검토", (한국외국어대학교, 외법론집 제14집, 2003.8), 8-9면.

데, 이를 이사의 겸업금지의무라고 한다.[9)]

경업금지의무의 법적 성질에 관하여 법정책임설과 선관주의의무설, 충실의무설이 대립하고 있다. 먼저, 법정책임설에 의하면, 경업금지의무는 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 비용으로 얻어진 영업기회를 유용하여서는 아니 되고, 이사는 회사업무에 전념해야 된다는 당위성을 규정한 것으로 이사에게 특별한 법적 책임을 과한 것이라고 본다. 선관주의의무설에 의하면, 경업금지의무는 선관주의의무를 구체화한 의무 또는 선관주의의무의 특별한 형태라고 보고 있다. 판례도 이러한 입장을 취하고 있다. 충실의무설에 의하면, 겸업금지의무는 선관주의의무와는 다른 충실의무를 규정한 것으로 본다. 생각건대, 상법 제382조의 3에서 규정한 충실의무가 법문상 법령과 약관의 규정에 따른 의무로 규정하고 있는데 반해, 이사회 승인을 얻지 않은 경우도 포함하고 있고 선관주의의무의 범위를 벗어나는 법정책임으로 볼 수는 없음으로, 경업금지의무는 선관주의의무를 구체화한 의무로 보는 것이 타당한 것으로 보인다.

라. 비밀유지의무

기업비밀은 회사 자체의 기밀을 넘어서 주주는 물론 일반 투자자에게도 매우 중요한 정보이다. 특히 최근 벤처기업의 붐으로 많은 IT기업이 생성되었는데, 이러한 기업의 처지에서 기업비밀은 거의 회사의 생존과 직결된다는 점에서 기업의 영업상 또는 기술상 비밀은 매우 중요한 의미를 갖는다.

최근 회사의 임직원의 도덕적 해이와 한탕주의적 사고로 인하여, 회사의 비밀이 누설되는 사례가 증가하고 있다는 점에서 상법은 2001년 개정시에 “이사는 재임중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 업무상의 비밀을 누설하여서는 아니 된다”라고 하여 이사의 비밀유지의무를 신설하였다.(제382조의 4) 이러한 이사의 비밀유지의무도 신의성실 또는 선관주의의무의 하나로 파악되었으나,

9) 정동윤, 전게서, 434면.

최근 이러한 세태를 반영하여 더 한층 엄격하게 이사에게 기업의 비밀을 유지할 의무를 강조하고 있는 것이다.

이사의 비밀유지의무는 크게 기업비밀을 누설하지 아니할 의무, 즉 수비의무 또는 묵비의무와 자기는 물론 제3자도 기업비밀을 이용하지 않도록 하는 기업비밀이용금지의무 2가지가 있다.

마. 자기거래제한의 의무

상법 제398조에 "이사는 이사회의 승인이 있는 때에 한하여 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다."라고 규정하여 이사의 자기거래를 제한하고 있다.

자기거래라 함은 이사가 자기 또는 제3자와의 계산으로 회사와 거래하는 것을 말 한다. 예를 들어 이사가 회사와 물품공급계약이나 금전차용계약 등을 맺는 행위를 말하며, 자기거래를 제한하는 이유는 이를 인정할 경우 이사가 회사의 이익을 희생시킬 우려가 크기 때문이다.[10)]

이사회의 승인 없이 이루어진 거래의 효력에 대하여는 동조 규정이 회사의 이익보호를 위한 강행규정이기 때문에 이를 무효로 보는 무효설, 동조가 이사에 대한 명령 규정이기 때문에 이를 위반한 거래행위도 유효하다는 유효설, 이사와 회사간의 거래는 대내적으로 당사자간에는 무효이나, 선의의 제3자에 대하여는 유효라는 상대적 무효설 등이 있다.[11)]

판례는 "대표이사가 변태 지출한 경비를 회사의 차입금으로 처리한 것을 이사와 회사간의 거래로 보고, 이러한 행위에 대하여 이사회의 승인이 없었다면 무효" 라고 하고[12)], "이사와 회사 간에 직접적인 이익상반 하는 거래에 있어서는 회사는 당해 이사에 대하여 이사회의 승인을 못 얻는 것을 내세워 그 행위의 무효

10) 홍복기, 전게서, 327면.
11) 대법원, 1980.7.22. 선고 80다341. 342.
12) 대법원, 1984.12.11. 선고 84다카1591.

를 주장할 수 있지만, 회사 이외에 제3자와 이사가 회사를 대표하여 자기를 위하여 한 거래에 있어서는 회사는 그 거래에 대해여 이사회의 승인을 안 받는 것 외에 상대방인 제 3자가 악의라는 사실을 입증하여야 비로소 그 무효를 상대방인 제 3자에게 주장할 수 있다.” 고 하여 상대적 무효설을 취하고 있다.

따라서 다수설과 판례는 상대적 무효설을 취하고 있다.

바. 감시의무

이사의 감시의무는 이사의 선관주의의무로부터 도출되는 구체적인 의무 가운데 하나이다. 이사의 감시의무는 이사의 상근여부나 사외이사여부와는 관계없이 이사로서 부담하게되는 의무라고 본다.[13]

이사의 감시의무의 범위와 관련하여, 이사는 이사회에 부의된 사항에 대한것 외에도 회사의 업무전반에 관하여 다른 이사에 대하여 감시의무를 부담한다고 보는 견해가 다수설이다.[14]

대법원에서도 “평이사는 이사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사회의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이기는 하나, 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입을 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 판시하고 있다.

사. 보고의무

13) 허동원, 전게논문, 19면.
14) 정동윤, 전게서, 432면.

이사는 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 또는 감사위원회에게 보고하여야 한다.(상법 제412조의 2, 415조의 2 6항) 이는 이사로 하여금 회사에 현저하게 손해를 미친 사항에 대하여 회사의 손해를 미연에 방지하도록 하기 위함이다. 이러한 보고의무는 자기의 모든 업무집행과정에서 회사에 현저한 손해를 미칠 염려가 있는 사실에 대하여 보고하는 것이다.

감사에 대한 보고의무를 가지는 자는 대표이사나 업무담당이사에 한하지 않고 그 사실을 발견한 이사는 모두 보고의무를 가진다. 보고할 사실을 발견한 이사는 감사에게 보고하기 전에 먼저 이사회에 보고하여야 하고 감사와 그 회의에 참석하지 않은 때는 그 회의에 참석한 이사 전원이 보고의무를 가진다.[15] 이사가 이러한 보고의무를 해태하여 손해가 발생하면 임무해태로 인한 손해배상책임의 원인이 된다.(상법 제399조, 제401조)

2. 사외이사

사외이사는 주로 당해 회사의 내부의 종업원에서 승진하여 선임되는 이사 또는 대표이사의 하위직의 상근이사만으로는 이사회가 대표이사의 영향력에서 벗어나 효과적인 정책결정을 하거나 대표이사에 대한 감독 의무를 제대로 수행할 수 없기 때문에, 대표이사 기타 상근이사에 대하여, 독립적이고 보다 넓은 시각에서 솔직한 의사표명이나 조언 또는 비판을 할 수 있도록 함으로써 이사회제도를 정상적으로 운영하고자 도입되었다.[16]

사외이사의 개념을 정의하는 방식은 다양하게 존재한다. 사외이사의 특성인 비경영성과 독립성 그리고 전문성을 강조하여, 회사의 경영에 필요한 전문적 지식이나 경험을 갖추면서 독립적으로 판단할 정도로 당해 회사와 중대한 이해관계가 없는 자로서 회사의 일상적인 업무를 담당하지 않는 이사라고 볼 수 있다.[17] 또한,

15) 손주찬, 전게서, 848-849면.
16) 이균성, 「주식회사 사외이사의 지위」,「상사법 연구」제20권 제1호.
17) 우성목, “사외이사제도에 관한 법적 연구”, (성균관대학교 석사논문, 2003년), 10면.

사외이사는 사내이사와 같이 회사와 위임관계에 있으면서 이사회의 구성원이지만 이사회에서 결정한 것을 집행하지 않고 일상적 업무에 관하여[18] 이사라고 정의하기도 한다.

그러나 사외이사로 회사에 계속적으로 근무하여 상시 회사의 업무를 접하는 것이 아니므로 회사의 업무전반에 관하여 필요한 정보를 파악할 수 있는 여러 가지 장치가 필요하지만, 상법에는 아직 이에 대하여 충분한 준비를 하지 못하고, 다른 이사에 비하여 보수나 회사내부의 지원 등이 매우 열악한 상황에서 다른 이사와 구별없이 무거운 책임을 인정하는 것은 문제가 있다는 비판이 제기되고 있다.[19]

사외이사도 이사이므로 상법상 회사에 현저하게 손해를 끼칠 염려가 있는 사실을 발견한 이사는 감사에게 이를 보고할 의무(상법 제412조의 2)가 있으며, 선관주의의무와 충실의무도 진다. 또한 이사이므로 일반적 감시의무도 갖는다.[20] 이에 더하여 사외이사는 기본적으로 이사회의 구성원으로서 다른 이사의 업무집행에 대한 감시 · 감독 기능을 하므로 일반적인 이사가 가지는 감시의무 이외에 다른 이사에 대한 감시의무를 가진다. 현행법상 상장법인의 사외이사 선임을 의무화하고, 감시위원의 일정비율을 사외이사로부터 선임토록 하는 취지로 볼 때 경영진으로부터 독립하여 경영진의 업무집행을 감시 · 감독하는 감시의무를 사외이사가 지는 것은 당연하다고 본다.

3. 사실상의 이사

상법 제401조의2에서는 업무집행지시자 등의 책임이라는 제목 아래 법률상의 이사는 아니지만 실질적으로 회사의 이사로서의 기능을 수행하는 실질상의 이사에 대한 책임을 규정하고 있다. 이 규정에 의하면, 실질상의 이사는 법률상의 이사와 동일하게 회사 또는 제3자에 대하여 책임(상법 제399조, 제401조 및 제403조)을

18) 최준선, 전게서, 456면.
19) 이균성, 전게서, 236-237면.
20) 우성목, 전게논문, 14면.

지게 된다.

실질상의 이사는 회사에 대한 영향력을 이용하여 회사에 대해 실질적인 지배 또는 업무집행의 주체로 활동하기 때문에 그에 상응하는 책임을 져야 한다. 기업경영의 투명성을 높이고 이와 더불어 경영진의 책임을 강화하기 위하여[21] 이사로 간주하고, 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사와 연대하여 책임을 지게 된다.(상법 제401조의 2 2항)

상법상 실질상의 이사로는 3가지 유형이 있는데, 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에서 업무집행을 지시한 자(제1호)와 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자(제2호), 그리고 이사가 아니면서 명예회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 · 이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자(제3호)가 이에 해당한다.

제 2 절 이사의 책임

이사는 선관주의의무를 비롯하여 많은 의무를 지는데, 이사가 이러한 의무를 위반하는 경우에 이사는 이에 대한 책임을 져야한다.

상법에서 이사의 책임을 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누어지는데, 이러한 책임에는 사내이사와 사외이사간에 아무런 차이가 없다고 본다. 다만, 사외이사는 이사회의 구성원으로서 책임을 지는데 비해, 사내이사로 그 외의 책임이 더하여 지게 되는 차이가 있다.

우리 상법은 사실상의 이사에게도 이사와 동일한 책임을 지우고 있다. 사실상의 이사란 주주총회에서 이사로 선임된 자는 아니지만 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자들을 말한다.

상법 제399조 제1항 규정에 의하면 이사가 회사에 대하여 손해배상 책임을 부담하는 원인으로는 “법령 또는 위 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때 결의에 찬

21) 최준선, 전게서, 486면.

성한 이사도 책임을 지며(제399조 제2항), 위 행위를 위한 이사회 결의에 참가한 이사로서 이의를 제기한 기록이 의사록에 없는 경우에도 참가한 사실만으로 이사는 책임을 진다.(제399조 제3항)

1. 손해배상책임

법령 또는 정관위반이라 함은 이사가 가변적 · 구체적인 법령 또는 정관의 규정에 위반한 행위를 하였을 경우를 말한다. 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.(상법 제399조 1항) 이사의 법령 또는 정관 위반이라 함은 상법 제341조에서 금지한 자기주식을 취득하거나, 위법한 자기배당의안을 제출한 경우(상법 제462조 참조), 상법398조의 이사회 승인없이 자기거래를 한 경우, 상법 제424조의2 제3항의 인사인과 통모하여 현저하게 불공정한 발행가액으로 주식을 인수하도록 한 경우, 상법 제397조의 경업금지의무를 위반한 경우, 상법 제341조에서 금지된 자기주식취득행위를 한 경우 등을 의미한다고 본다.[22]

가. 무과실책임설

상법 제399조 제1항 소정의 손해배상책임은 이사의 행위가 법령 또는 정관에 위반하였을 때와 임무해태의 경우를 구분한다. 무과실책임설은 고의 · 과실여부를 불문하고 책임을 져야 한다고 본다.[23] 이 주장의 근거는, ⅰ) 현행 상법상 이사의 강화된 권한에 따라 책임도 역시 강화되어야 한다는 점, ii) 명백한 과실을 전제로 하는 책임원인을 제외하면 고의 · 과실을 요건으로 하지 않는다는 점, iii) 과실책임인 의무해태 외에 법령 · 정관위반행위를 별도로 두게 된 것은 특수한 의무

22) 최준선, 전게서, 473면.
23) 과거의 통설; 서돈각, “위법배당과 이사의 책임”, 「법학(서울대)」, 제4권 제1·호, 1962, 196면; 최기원 전게서, 660-661면 각 참조.

를 부담한 이사의 책임에 자본충실의 원칙에 준하는 엄격한 책임을 지우게 하기 위한 점이다.[24]

나. 과실책임설

과실책임설은 이사의 법령 · 정관위반행위와 임무해태의 경우를 구분하지 않고 모두 근대사법의 기본원칙인 채무불이행에 의한 과실책임이라고 보는 견해이다.[25] 이 주장의 근거는, ⅰ) 무과실책임을 묻기 위해 이를 법률에 명백하게 규정을 하여야 하나, 제399조의 책임에서는 이에 관한 명문의 규정이 없다는 점, ⅱ) 예컨대 법원의 법령해석이나 행정관청의 명령의 변경으로 이사에게 과실이 없으나 결과적으로 법령에 위반된 행위에 대하여 이사에게 책임을 묻는다는 것이 너무 가혹하다는 것, ⅲ) 법령 · 정관위반이 임무해태에 포함되지 않는 다고 보는 것은 해석상 혼란이 있다는 것, ⅳ) 중대한 임무해태에 대해서는 과실책임이 되고 사소한 법령위반행위에 대해서는 무과실책임이 되는 것은 형평을 상실한다는 것, ⅴ) 무과실책임을 지움으로해서 유능하고 우수한 경영인을 확보하는데 어려움을 겪는다는 점 등이다.

다. 절충설

절충설은 이사의 책임 발생 원인을 법령 또는 정관의 위반행위로 인한 것과 임무해태로 인한 것으로 구분하고 전자에 대해서는 법령의 목적 또는 취지 내지 위반행위의 성질에 따라 구체적 · 개별적으로(주관적 요건의 존부를 기준으로) 과실책임인가 무과실책임인가를 결정해야 한다는 견해이다.[26] 이 주장의 논거로서는,

---

24) 정호열·이영길·박임출, “이사의 손해배상책임과 제한에 관한 연구”, 「상장협 연구소」, 2003-1, 한국상장회사협의회, 2003, 29면 참조.
25) 현재 다수설; 정찬형, 「상법강의(상)」,박영사, 2003, 631면; 정동윤, 전게서, 448면; 이철송, 전게서, 597-598면; 이기수, 「기업법」, 세창출판사, 2004, 496면 각 참조.
26) 서돈각·전완용, 「상법강의(상)(제5보정판)」, 법문사, 2000. 450면; 손주찬, 전게서, 805면 각 참조.

ⅰ) 상법에서 업무집행기구의 권한확대에 대응하여 이사에게 엄격한 책임을 인정해야 한다는 실정 및 필요성은 인정하지만 이로써 모든 법령 · 정관위반행위를 무과실책임으로 보는 것은 그 근거가 희박할 뿐만 아니라 필요 이상의 가혹한 의무를 부과한는 것이라고 한다는 점, ⅱ) 법령 · 정관위반행위와 임무해태는 이론상 구별이 쉽지만 실제에 있어서는 확연한 구분이 어렵고 법해석의 기술에서 문제가 있다는 점 등이다.[27]

이와 같은 다양한 이론에 기초해 볼 때 과실책임주의는 근대사법의 기본원칙이므로 이에 대한 예외를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 필요할 것이다. 그러나 이사의 무과실 행위가 법원의 법령해석이나 행정관청의 명령의 변경으로 인하여 결과적으로 법령에 위반하게 된 경우에도 이사에게 책임을 지우기는 어려워 보인다. 따라서 계약책임의 법리상 법령 · 정관에 위반한 행위라 하더라도 이사책임을 경감하여 유능한 인재를 확보하여야 한다는 측면에서도 이사의 과실이 요구되어야 한다는 과실책임설이 타당한 것으로 여겨진다.

2. 자본충실의 책임

가. 의미

신주의 발행으로 인한 변경등기가 있은 후에 아직 인수하지 아니한 주식이 있거나 주식인수의 청약이 취소된 때에는 이사가 이를 공동으로 인수한 것으로 본다. (상법 제428조 제1항) 이 규정은 주식회사의 채권자를 보호하기 위하여 회사자본충실을 요구하는 것으로, 자본을 증가하는 경우에도 설립시와 같이 자본충실을 요구하고 있는 것이다.[28] 자본충실의 책임은 이사에 대한 손해배상의 청구에 영향을

27) 정호열·이영길·박임출, 전게서, 31면.
28) 최준선, 전게서, 474면.

미치지 않으므로 별도로 손해배상이 발생한 경우에는 이에 대하여 책임을 져야 한다.(상법 제428조 제2항)

나. 책임의 성질

자본충실의 책임은 신주발행변경등기에 의하여 공시된 발행주식의 총수와 자본에 대하여 신주인수인 및 회사채권자 기타 제3자의 신뢰를 보호하기 위한 것으로, 일단 인수가 이루어진 것으로 등기된 이상 그 공시에 부합하도록 하는 책임을 이사에게 물도록 한 무과실책임규정으로 볼 것이다. 이러한 자본충실의 책임은 총주주의 동의로도 면제되지 않은 책임이다.

다. 책임의 범위

이 규정에 의한 이사의 자본충실책임은 인수가 의제되므로 이사의 의사표시에 의하지 않고도 납입의무가 발생한다.[29] 이사들이 연대하여 주금을 납입할 의무를 질 때 회사에 손해가 발생하였으면 이사는 그 배상에 대한 책임도 진다.(상법 제428조 제2항)

3. 불법행위의 책임

상법상 책임뿐만 아니라 직무 수행 중 회사에 대하여 불법행위를 하여 민법 제750조의 일반불법행위의 요건에 해당하는 경우에는 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.

우리나라 상법은 주식회사의 이사에게 회사에 대하여 법령을 준수하면서 자신의 직무를 수행하여야 하는 법령준수 의무를 부과하고 있으며, 이를 위반한 이사에게

29) 김상규·이형규, 「이사의 책임강화에 따른 대응방안에 관한 연구」(코스닥등록법인협회, 2002), 43면.

가장 실효적인 수단으로 회사에 발생한 손해에 대하여 배상책임을 묻는다.

그러나 최근 대법원 판례는, "이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반 행위의 태양, 회사의 손해발생 및 확대에 관여된 객관적 사정이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참착하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다." 라고 판시하고 있다.[30]

제 3 절 이사의 제 3자에 대한 책임

주식회사의 이사는 회사의 기관 또는 기관의 구성원으로 이사의 업무집행과 관련하여 이사가 한 행위는 회사의 행위가 된다. 따라서 이사는 제 3자에 대하여는 아무런 법률관계를 갖고 있지 않으므로, 이사가 그 직무권한의 범위내에서 행위를 한 이상 제3자에 대하여는 아무런 책임을 부담하지 않고, 민법의 일반불법행위책임의 요건을 갖춘 경우에만 제3자에게 책임을 부담하게 될 것이다.

그러나 주식회사는 경제사회에서 중요한 지위를 차지하고 있을 뿐만 아니라 물적회사로서 회사의 신용의 기초는 회사의 자산에 있고, 주주는 회사의 채무에 대하여 아무런 책임을 지지 않는다. 그리고 주식회사의 기업경영은 이사로 구성되는 이사회와 대표이사에 의하여 경영되므로 이들의 파탄경영 등의 임무해태로 말미암아 회사의 자산이 악화되었을 때에는 제3자는 회사에 대한 채권의 만족을 얻을 수 없는 경우가 생길 수 있다. 따라서 상법은 제3자를 보호하기 위하여 이사가 악의 또는 중대한 과실로 임무를 해태함으로써 생긴 제3자의 손해에 대하여 이사에게 직접 손해배상의 청구권을 가진 제3자는 회사의 기업경영이 부실화되어 회사의 자

30) 대법원 2004.12.10 선고 2002다60476판결

력이 불충분할 때에는 회사에 대하여는 만족을 얻을 수 없게 되므로 그 임무를 해태한 이사를 상대로 직접 손해배상을 청구할 수 있는 것이다. 이러한 이사의 제3자에 대한 책임은 주식회사제도를 남용하여 이사가 개인적 이익을 추구하고 채권자를 해치는 것을 방지하고 나아가서는 회사의 기업경영을 건전하게 한다.

우리나라에서는 소유와 경영이 제대로 분리되지 않은 주식회사가 많아 자본의 불성실과 경영의 미숙, 독선적인 회사경영으로 국가의 경제발전에 큰 걸림돌이 되어왔다. 따라서「이사가 그의 임무를 고의나 중과실로 인하여 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여도 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다」고 규정한 상법 제 401조는 채권자나 제3자의 보호를 위해 현실적으로 매우 중요한 규정이라 할 수 있다.

1. 의의

이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 채무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.(상법 제401조[31][32]) 이 책임은 이사로 하여금 업무집행에 있어서 제3자에게 손해를 가하지 않도록 신중함을 기하게 하기 위한 규정이다. 본래 주식회사는 법인으로서 경제상의 독립된 주체로 제3자와 거래를 하기 때문에 제3자에 대한 책임은 회사가 질 것이지 이사가 직접 책임을 지는 것은 아니라 할 것이다. 그러나 이때에 단지 회사에만 책임을 물도록 한다면 제3자가 입은 손해가 실제로는 이사의 임무해태로 인한 것임에도 불구하고 회사라는 법인격을 방패삼아 사실상 책임의 주도자인 이사 본인의 면책을 꾀하는 등 악용할 소지가 크다. 그러므로 임무를 해태하여 제3자에게 손해를 끼친 이사에

31) 상법 제401조 2항에서는 이사의 회사에 대한 책임 규정인 상법 제399조의 2항과 3항을 준용하여, 이사의 행위가 이사회의 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 연대책임을 지며, 이러한 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정하도록 하고 있다.

32) 상법 제401조와 관련하여 참고할 판례로는, 대법원 1983.7.12. 선고 82누537 판결, “법 제401조는 이사의 제3자에 대한 손해배상책임을 규정한 것으로서 공법관계에 속하는 서울특별시 급수조례에 의한 급수사용료의 회사임원에 대한 부과처분에 대한 근거규정이 될 수 없다.”

게도 그 책임을 물을 수 있도록 한 것이다. 한편으로, 이 규정은 악의 또는 중대한 과실에 대하여만 책임을 부여하고 있으므로 번잡하고 집단적으로 신속하게 업무를 처리해야하는 이사에게 경과실에 대해서는 책임을 지지 않도록[33]한 규정으로 보기도 한다.

판례에 대법원 1985.11.12. 선고 84다카2490 판결에서는 "고의 또는 중과실로 인한 임무해태행위라함은 이사가 직무상 충실 및 선관의무위반의 행위로서(예를 들면, 회사의 경영상태로 보아 계약상 채무의 이행기에 이행이 불가능하거나 불가능할 것을 예견할 수 있었음에도 불구하고, 이를 감추고 상대방과 계약을 체결하고 일정한 급부를 미리 받았으나 그 이행이 불가능하게 된 경우와 같이) 위법한 사정이 있어야 하고 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 그로 인하여 상대방에게 손해를 끼친 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수는 없다."고 판시하였다. 원래 이사는 회사의 위임에 따라 회사에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 질 뿐 제3자와의 관계에 있어서 위 의무에 위반하여 손해를 가하였다 하더라도 당연히 손해배상의무가 생기는 것은 아니로되 경제사회에 있어서 중요한 지위에 있는 주식회사의 활동이 그 기관인 이사의 직무집행에 의존하는 것을 고려하여 제3자를 보호하고자 이사의 악의 또는 중대한 과실로 인하여 위 의무에 위반하여 제3자에게 손해를 입힌 때에는 위 이사의 악의 또는 중과실로 인한 임무해태행위와 상당한 인과관계가 있는 제3자의 손해에 대하여 그 이사가 손해배상의 책임을 진다는 것이 위 법조의 취지라고 하고 있다. 위 판례는 이사의 제3자 책임은 제3자를 보호하기 위해 이사의 책임을 강화한 규정이라고 보고 있다.

2. 책임의 원인

이사가 채무를 해태하여 제3자책임을 지게 되는 경우로는 주식청약서 · 사채청약

33) 최준선, 전게서, 477면.

서 · 재무재표 등에 허위 기재를 하거나 허위의 등기나 공고를 하여 제3자에게 손해를 입힌 경우[34], 회사의 자산 · 경영상태 등으로 볼 때 만기에 지급가능성이 없는 어음을 발행한 경우[35], 무리하게 회사사업을 확대하거나 회사재산을 횡령 · 착복하는 경우, 또는 대표이사 및 이사의 상호 감시의무의 해태[36]등으로 생각할 수 있다.

3. 책임의 성질

이사의 제3자 책임에 관한 본 규정은 책임의 성질을 어떻게 보느냐에 따라 본 규정의 보호대상이 달라질 수 있으며, 또한 주관적 요건과 손해의 범위, 제3자의 범위 등이 달라질 수 있다. 현재 우리나라에서 이사의 제3자책임에 대한 학설은 법정책임설과 특수불법행위책임설, 불법행위특칙설로 나뉘고 있다.

(1) 법정책임설[37]

이 학설에 의하면, 본래 이사는 제 3자와 직접적인 법률관계를 가지고 있지 않기 때문에 법률상의 책임을 지지는 않는다고 보지만, 일반불법행위책임으로는 불충분한 제3자 보호를 위해 특별히 마련한 입법정책적 특별책임이라는 견해이다. 따라서 일반불법행위책임과는 성립요건도 달리하며, 그 충족에 따라 양 책임의 경합을 인정할 수도 있고, 주관적 요소인 악의 또는 중대한 과실은 회사에 관한 임무해태가 존재하는 것으로 족하다고 본다. 이 학설은 손해배상의 범위에 관하여 직접손해뿐만 아니라 간접손해도 포함하여 제3자를 두텁게 보호하고 있다. 또한, 주주도 제3자의 범위에 포함시켜 이 규정을 통하여 이사는 주주에 대한 손해에 책

34) 정찬형, 전게서, 869면.
35) 최준선, 전게서, 478면.
36) 최기원, 전게서, 845면.
37) 최준선, 전게서, 480면; 정찬형, 전게서, 871면; 최기원, 전게서, 845면; 이철송, 전게서, 608면; 정동윤, 전게서, 590면; 손주찬, 전게서, 809면.

임을 진다고 보고 있다.

(2) 불법행위 특칙설[38]

이 학설은 이사의 제3자에 대한 책임은 불법행위책임이지만, 복잡하고 신속하게 처리되어야 하는 이사의 직무 특성상 피하기 힘든 경과실까지 책임지우는 것은 적절치 않으므로, 일반불법행위에서 경과실을 제외하여 이사의 책임을 경감하여준 불법행위책임의 특칙이라고 한다. 이 학설에 따르면 책임의 주관적 요소인 악의 또는 중과실은 이사의 임무해태뿐만 아니라 제3자에 대한 가해행위에도 존재하여야 하며, 제3자의 손해범위는 직접침해에 한정하고, 불법행위책임이므로 민법상의 불법행위책임과는 경합할 수 없다고 한다. 그리고, 제3자의 범위에 있어서는 법정책임설과 같이 주주를 포함한다고 한다.

(3) 특수불법행위책임설[39]

이 학설은 이사의 제3자에 대한 책임은 본질적으로 불법행위책임으로 보지만, 이사의 책임을 강화하고 제3자를 보호하기 위한 것이기 때문에 일반불법행위책임과는 다른 성립요건을 부여하여 이와 구별되는 특수한 불법행위책임이라는 견해이다. 이 학설에 따르면, 경과실에 관하여 이사의 책임을 경감한 불법행위책임이라는 점에서는 불법행위특칙설과 같지만, 책임발생의 주관적요소인 악의 또는 중과실은 법정책임설과 마찬가지로 임무해태에만 존재하면 족하다고 한다. 또한 이 책임은 제3자를 보호하기 위한 것이므로 손해는 직접손해와 간접손해를 포함한다. 또한, 책임요건이 일반불법행위책임과 다르기 때문에 일반불법행위책임과의 경합이 인정된다. 그리고 제3자의 범위에 주주도 포함한다고 한다.

---

38) 서돈각 · 서정항, 「개정상법요론」(법문사, 2002년), 226면.
39) 정우택, 「상법통론」(신양사, 1997년), 321면.

(4) 학설의 검토

현실적으로는 제3자가 회사에 대하여 책임을 물기 힘들거나 물을만한 효용이 없을 경우에 그 손해를 보전하기 위한 방책으로 이사에 대하여 책임을 주장하는 경우가 많을 것이다. 일반불법행위책임은 행위의 주체가 피해자에게 손해를 주었으므로 가해의 주체가 이를 배상하도록 하고 있으나, 현대사회에서의 주식회사는 독립된 인격이 부여된 유기체로서 활동하는 존재이다. 따라서, 주식회사 내부에 존재하는 이사는 이사 자신이 주체로서 활동한다고 하기 보다는 회사를 위하여 회사에 속하여 회사의 이름으로 대외적 활동을 하는 존재이므로, 제3자는 이사에게 손해에 대한 책임을 묻기 이전에 회사에 대하여 책임을 물어야 한다. 그러므로, 이사의 제3자의 책임의 본질은 이사 자신이 책임의 직접대상이 아닐지라도 그 업무를 수행한 이사에게 책임을 물을 수 있는 장치를 마련하여 제3자를 더욱 보호하기 위한 특별한 책임이라고 보아야 한다. 또한 법조문상에 "임무해태를 한 때에 그 이사"라고 되어 있는데 임무해태라는 것은 제3자와의 관계에서 형성되는 것이 아니라 회사와 이사간에 주어진 법률관계로부터 도출되는 책임의 근거라는 점에서 이사의 제3자 책임은 제3자보호를 위해 정책적으로 마련한 특별책임규정이라는 법정책임설이 타당하다고 생각된다.

제 4 절 책임의 면제규정

1. 의의

법령 위반 또는 임무해태로 인한 이사의 회사에 대한 손해배상 책임을 제한 할 수 있는 규정은 상법 제400조의 총주주의 동의에 의한 면제와 상법 제450조의 책임해제 이다. 현행 상법에는 이사의 책임을 미국이나 일본처럼 사전에 제한하거나 면제하는 규정은 없고, 다만 사후적으로 할 수 있는 책임의 면제와 해제 제도를

두고 있다.

그러나 현행 상법이 이사의 권한(상법 제393조)을 광범위하게 부여한 반면, 그 책임이 엄격하여 법문대로 해석하면 이사는 회사에 대하여 무거운 책임을 지고 있으므로, 선관의무의 위반에 의한 경영판단상의 과실 책임의 경우에는 이사의 책임을 사전에 제한 또는 면제 해주는 입법의 조치가 필요하다고 생각된다.

왜냐하면, 이사의 책임제한제도가 이사의 엄격한 책임으로 인한 경영위축의 방지에 그 취지가 있는 것이므로, 고의 또는 중대한 과실로 인한 위법행위를 하거나 충실의무에 위반한 경우는 제외하고, 선관주의의무 위반의 경우에는 사전에 책임을 제한하거나 면제할 수 있는 규정을 명시하는 것이 타당하다.[40]

2. 상법 제400조의 책임면제

가. 개념

상법 제 399조에 의한 이사의 책임을 면제받기 위해서는 반드시 주주총회의 동의가 있어야 가능하며 1주의 주주라도 반대하면 이사의 책임면제는 불가능하다. 이때 총주주의 동의는 반드시 주주총회의 결의를 거쳐야 하는 것은 아니고, 주주 개인들로부터 개별적인 동의를 얻더라도 가능하며 여기서의 총주주는 의결권 없는 주주도 포함하는지 여부에 관하여 의결권이 없는 주주도 대표소송을 제기하여 이사의 회사에 대한 추궁(상법 제403조) 할 수 있음으로 포함된다는 것이 통설이다.[41]

총주주의 동의는 묵시적 의사표시의 방법으로도 가능하며, 반드시 명시적, 적극적으로 할 필요는 없으며, 또 1인 회사의 경우라도 주주명부상으로만 일부 주식이 타인명의로 신탁되어 있는 경우에는 사실상의 1인 주주의 동의만으로도 면제할 수

40) 김상돈, “이사의 회사에 대한 손해배상책임과 제한에 관한 연구”, (연세대학교 석사학위논문 2005. 2.) 66면.

41) 손주찬/정동윤, 「주석상법(Ⅳ)」 (한국사법행정학회, 1999), 455면.

있다.[42]

상법 제400조에 의하여 면제될 수 있는 책임은 상법 제399조에 규정된 책임에 한하며, 이사 책임의 사전면제를 인정하는 미국 및 일본법제와는 달리 오직 사후면제만을 인정하고 있다. 따라서 이는 발생한 개별적이고 구체적인 책임에 대해서만 면제가 가능하다는 의미이지, 아직 확정되지 않는 책임과 장래 발생할 가능성이 있는 손해배상책임까지 면제되지는 않음을 의미한다.

왜냐하면 우리 상법은 미국 및 일본과는 달리 이사책임의 사전면제를 인정하지 않고 오직 사후면제만을 인정하고 있으므로 장래의 손해에 대해서는 면제할 수 없다.

이사의 임무해태가 동시에 불법행위의 요건을 충족할 경우에는 회사에 대한 손해배상책임과 불법행위책임이 경합한다, 그러므로 총주주의 동의로 책임을 면제하더라도 상법 제399조의 책임 면제하는 것이고, 불법행위책임은 면제 되지 않는다.[43]

나. 문제점

상법 제400조에 의하여 면제되는 책임은 상법 제399조가 규정하고 있는 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하여 발생한 손해배상 책임이다.

상법 제400조에 의하면, 이사의 회사에 대한 손해배상책임을 면할 수 있다는 요건은 의결권이 없는 주주 포함하여 총주주의 동의를 얻어야한다. 그러나 공개기업을 비롯한 대규모 주식회사에서는 주주의 수도 많고, 주주들의 경영자에 대한 인식이 각각 달라서 총주주에게 동의를 얻는다는 것은 불가능하다. 따라서 상법 제

42) 대법원 2002.6.14. 선고, 2002다 11441 판결: 총주주의 동의는 묵시적 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 반드시 명시적, 적극적으로 이루어질 필요는 없으며, 실질적으로 1인에게 주식전부가 귀속되어 있지만 그 주주명부상으로만 일부주식이 타인 명의로 신탁되어 있는 경우라도 사실상의 1인주주가 한 동의는 총주주의 동의로 볼 것이다.

43) 이철송, 전게서, 597면.

400조는 소규모 폐쇄회사나 1인 회사에서는 적용 가능하나 공개기업이나 대규모 주식회사에서는 실제로 적용될 수 없는 규정이라고 할 수 있다. 총주주의 동의가 쉬운 소규모 폐쇄회사나 1인 회사의 경우에도, 상법 제 400조는 이사의 책임을 면제하여 이사에게 부담을 덜어주는 기능보다, 회사 운영을 좌우하는 지배주주에게 방만한 재산 유출 및 채권자를 해하게 하는 등의 탈법 행위를 합법적으로 면제해 주는 기능을 가지고 있다.

상법 제400조는 공개기업이나 대규모 주식회사에서는 적용될 수 없는 규정이고, 소규모 폐쇄회사나 1인 회사의 경우에는 이 규정이 악용될 소지도 많은 입법이라고 할 수 있다.[44]

3. 상법 제450조의 책임면제

가. 개념

상법 제450조에서는 정기주주총회에서 재무제표 등을 승인한 후 2년 내에 다른 결의가 없으면 회사는 이사와 감사의 책임을 해제한 것으로 의제하고 있다. 그러나 이사 또는 감사의 부정행위에 대하여는 그러하지 아니하다. 라고 규정하고 있다.

이규정은 이사의 책임을 소극적, 묵시적으로 면제하는 규정이라고 할 수 있는데, 왜냐하면 이사의 책임이 너무 엄격하고 또 상법 제400조에 의한 책임면제가 사실상 어렵기 때문에 이사의 책임의 존부가 불안한 상태에서 장기화 하지 않도록 하고, 신속한 책임소멸 원인을 정하는 것이 형평에 맞고, 이사가 책임의 추궁이라는 부담에서 벗어나 회사경영에 전념 할 수 있도록 하는 취지의 규정이다.

책임이 해제되는 범위에 대해서는 좁게 해석하여 재무제표에서 알 수 있는 사항에만 한하여 적용 한다는 것이 통설이며, 판례도 같은 취지이다.[45]

---

44) 김대연, “이사의 책임에 관한 한·일의 소송사례”, (인권과 정의 제306호, 2002), 342면.

왜냐하면 주주총회의 실제기능이 형식화되고 있는 실정이므로 이사가 이를 악용하여 광범위하게 책임을 면제받는 것을 방지하기 위해서 이다.

이사의 책임해제 대상은 정기총회에서 승인을 얻고 그 작성에 이사의 부정행위가 없어야 하는 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금처분계산서 또는 결손금처리계산서 등이다.

부정행위란 횡령 등의 범죄행위나 악의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위는 물론이고, 주주 나 회사에 대하여 신뢰를 깨는 고도의 비윤리적 행위를 말하며, 이사의 권한 내에 행위일지라도 당해 사정 하에서는 정당시 될 수 없는 모든 행위를 포함한다.[46]

나. 문제점

상법 제450조상의 2년의 기간은 제척기간이다. 그런데 위 책임의 해제는 부정행위에 대하여는 제외하고 있는 바, 부정행위의 범위를 다시 판단하므로, 제외되는 부정행위의 개념이 다소 불명확해질 소지가 있다. 즉, 부정행위의 범위를 넓게 볼 경우, 상법 제450조에 의해 이사의 책임이 해제되는 경우는 작아질 수 밖에 없다고 본다.

45) 이철송, 전게서, 752면.
46) 이철송, 전게서, 753면.

제 3 장 외국의 법제

제 1 절 이사의 의무

1. 미국

미국 회사법상 이사라 함은 수탁자의 지위에서 이사회의 구서원이 되어 회사의 업무집행에 관한 의사결정에 참여하고 임원의 직무집행을 감독하는 권한을 가진자를 말한다.[47]

그러므로 이사는 고도의 신임과 신뢰의 의무인 수임자로서의 의무 신임의무를 부담하는 것이다. 이러한 이사의 신임의무는 전반적인 경제 및 시장상황, 그 당시의 법적환경 개별기업의 경영문화 등을 감안하여 사안별로 판단될 것이기 때문에 그 해태여부를 판단하기가 매우 어렵다.

이러한 이사의 신임의무는 크게 주의의무(Duty of care)와 충실의무(Duty of loyalty)로 구분하고 있다.

이사의 주의의무(Duty of care)는 이사가 경영자로서 의사결정과 경영관리를 함에 있어서 자기 회사를 위하여 세심함과 신중함을 가지도록 하는 의무이다.[48]

모범사업회사법 8.30조 (a)항에서는 이사는 성실하게 동일한 지위에 있는 방법으로 이사로서의 의무를 수행해야 한다고 규정하고 있다.

이사의 주의의무에 대한 구체적인 의무로서의 회사경영에 대한 감시 · 감독할 의무, 정보에 대한 조사 의무, 이사회에서 처리해야할 사항에 대하여 합리적으로 의사결정할 의무 그리고 의사결정에 있어서 합리적으로 의사결정을 거쳐야할 의무가 있다.

충실의무란 회사의 이사는 "그 직에 취임함으로 인하여 회사에 대한 충성을 언

47) 김용구, "이사의 지위, 의무, 책임의 비교법적 고찰", (「법학연구」 제 6집 2001년 1월), 30면.
48) 윤보옥, "미국회사법상의 이사의 자기 거래", (「비교사법」 제 11권 4호 2004년), 94면.

약하고 회사와 주주의 최대이익을 위하여 회사의 업무를 집행하고, 어떠한 자신의 이익보다도 회사의 이익을 우선시함을 승인하는 것이며, 이사는 본인의 이익이나 다른 사람의 이익을 위하여 회사에서의 지위를 이용하여서는 아니됨을 기본원리로 한다." 라고 하고 있다. 이러한 충실의무는 이사 · 지배주주 등과 회사, 소수주주간에 이해충돌상황에서 요구되는 의무라고 보고 있다.[49]

충실의무가 적용되는 유형의 예로는 겸업금지, 회사의 기회횡탈, 이해충돌, 내부자거래, 소수주주압박금지, 회사지배권 매매시의 특수의무 등이 있다고 본다.

2. 독일

독일주식법 제93조 1항에 이사는 업무를 집행함에 있어서 규정에 따른 성실한 경영관리자로서의 주의무를 다하여야 하고, 이사회의 활동으로 알게 된 회사의 업무상 또는 업무상 비밀을 묵비할 의무가 있다고 규정하고 있다.[50]

이 규정은 이사의 주의의무와 책임에 관한 규정인데, 이사의 주의의무는 획일적인 기준이 되는 것이 아니라 사업의 성질과 규모, 영업의 수, 경제상황, 시세, 그리고 이사의 특별한 임무등에 따라 결정된다.

이사가 회사에 지는 충실의무에 대하여 독일주식법 제88조에서는 일반적인 의무 이상의 특별한 고도의 충실의무를 회사에 대하여 부담하고, 회사이익 우선의 원칙을 준수해야 한다고 한다. 이러한 이사의 충실의무는 회사와 이사의 이해가 상반하는 거래영역에서 인정되는데, 이를 구체화한 것이 겸업금지와 회사기밀과 영업상 기밀을 묵비할 의무를 규정하고 있다고 보고 있다.[51]

3. 일본

49) 강희갑, "미국법상 이사의 충실의무와 이사의 자기거래", (기업법 연구 제 5집 2000년 4월), 334면.
50) 정호열, 이영철, 박임출, "이사의 손해배상책임과 제한에 관한 연구", (상장회사협의호, 2003년 1월), 24면.
51) 정호열, 이영철, 박임출, 전게논문, 11면 재인용.

일본, 우리나라의 경우와 마찬가지로 이사의 주의의무에 관한 일반규정을 두고 있지 않으며, 이사와 회사간의 법률관계를 위임으로 보고 민법의 위임에 관한 규정을 준용하고 있다.(일본 상법 제254조 제 3항)

선량한 관리자의 주의를 가지고 직무를 집행할 의무를 부담한다고 하고 있다. 이러한 선관주의의무의 정도는 이사가 자기의 재산에 있어서의 동일한 주의와 같이 구체적으로 그 사람의 능력을 기준으로 한 주의의무가 아니라, 수임자의 직무, 지위, 지식 등에 의하여 일반적으로 요구되는 평균인의 주의의무를 가리킨다.

먼저, 충실의무는 이사의 주의의무를 부연하여 명확하게 한데도 불과하고, 선관주의의무보다 높거나 다른 주의를 요하는 것이 아니라고 보는 견해, 즉 선관주의의무와 충실의무는 동일한 의무라고 보는 동질설과 충실의무는 이사의 지위를 고려하여 특별히 인정된 의무이고 선관주의의무와는 다르다는 이질설이 있다. 이에 의하면, 충실의무에 관한 상법의 규정은 영미법상의 충실의무를 도입한 것으로 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 이익을 희생하여 자기 또는 제 3자의 이익을 얻어서는 안되고 이사와 회사간에 이익이 상반하는 경우 언제나 회사의 이익을 우선시켜 성실하게 직무를 수행해야 한다고 한다.

일본의 판례에서는 "상법 제254조의 2(현행 일본상법, 제254조의 3)의 규정은 동법 제254조 제3항, 민법 제644조에 규정된 선관주의의무를 부연하고, 더욱 명확히 함에 그치는 것이고, 통상의 위임에 수반하는 선관주의의무와는 별개의 고도의 의무를 규정한 것이라고 할 수 없다." 판시하여, 선관주의의무와 충실의무를 동일한 것으로 보는 동질설의 입장을 취하고 있다.[52]

제 2 절 이사의 책임

1. 미국

52) 日大判, 1970. 6. 24. "民集 24조 6号", 64面.

미국의 법원은 이사는 직무를 행함에 있어 그 의무위반이나 과실로 인하여 회사에 손해를 입힌 경우 법령과 정관의 규정에 따라 회사에 대한 손해배상책임을 지게 된다.

미국회사법의 이론에서도 이사의 회사에 대한 책임은 과실 책임을 원칙으로 한다. 제정법에서는 특별한 규정이 없으나 비록 규정이 있더라도 그 규정이 명백하게 무과실책임으로 인정하지 않는 한, 과실책임으로 보아야 한다는 것이 판례의 일관된 경향이다.[53] 이사는 이사로의 정상적인 주의력을 가진 자로서 유사한 상황에서 유사한 지위에 있는 자가 행해야 할 주의의무를 가진다. 이사는 또한 회사에 최선의 이익이 된다고 믿을 만한 합리적인 방법으로 해야 하는 주의의무를 가진다. 이러한 책임은 과실책임으로 이사가 만일 이러한 주의를 결하였다 하더라도 과실이 없는 한 책임을 지지 아니하나, 이사의 행위가 수권된 행위를 기준으로 불합리하거나 권한남용에 해당하는 경우에는 원칙적으로 회사에 대하여 손해배상 책임을 부담한다.[54]

미국에 있어서, 선관주의의무가 주의의 해태를 과실로 평가하여 그로 인해 발생한 손해를 회사에 배상하도록 하는 것과는 달리, 이사의 충실의무는 구체적인 경우에 회사의 이익을 희생시켜 이사가 이익을 얻는 객관적인 사실을 기준으로 판단하여 이사가 얻은 이익을 회사에 반환하도록 한다. 따라서, 회사의 손실유무와는 상관없이 이사가 얻은 이익이 있다면 회사에 반환해야 한다.

2. 독일

독일에서 이사의 모든 책임은 고의나 과실을 전제로 하며 이사의 책임유무는 이사가 법규에 따라 성실한 경영관리자로서의 주의의무를 다하였는지 여부에 의하여 결정한다.

---

53) H.W. Ballantine, On Corporations, revised ed. (chicago: Callaghan and Company, 1946), p. 592.
54) 김용구, 전게논문, 30면.

그러나 입증책임이 이사에게 있어, 이사가 고의 · 과실에 의한 의무위반이 없음을 증명하지 못하면 손해배상 책임을 부담한다.(독일주식법 제93조 제2항) 그리고 특별한 배상의무에 관한 규정을 두고 있는데, 주주에게 출자를 반환할 때, 주주에게 이자 또는 이익배당을 지급할 때, 그 회사 또는 다른 회사의 자기주식을 인수하거나 취득하거나 절취 또는 소각한 때, 주식의 액면액 또는 그 이상의 발행가액 전액을 납입하기 전에 주권을 발행한 때, 회사재산을 분배한 때, 회사의 지급불능 또는 채무초과가 된 이후에 지급한 때, 감사에게 보수가 부여된 때, 신용이 제공된 때, 조건부 자본증가에서 소정의 목적 이외에 또는 대가의 완전한 이행이전에 인수권주가 발행되는 때 등의 일정한 행위를 한 경우에는 그에 대하여 배상하도록 하고 있다.(독일주식법 제93조 3항)[55]

독일에서 이사의 의무위반은 주주총회의 사후승인이나 감사회의 승인에 의하여 면책되지 않는다.(독일주식법 제93조 4항)

그리고, 독일주식법에서는 이사의 제 3자책임에 관하여는 규정하고 있지 않으나, 이사의 의무위반이 중대하고 채권자보호규정을 위반한 경우, 채권자가 회사로부터 보상을 받을 수 없는 경우에 한하여 이사에게 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.(독일주식법 제93조 5항)[56]

3. 일본

일본 상법은 이사의 책임을 회사에 대한 책임(일본상법 제266조)과 제3자에 대한 책임(일본상법 제266조의 3)으로 구분하여 규정 하였으며 이사의 회사에 대한 구체적 책임발생사유로는 ① 위법한 배당의안을 주주총회에 제출하거나 또는 위법한 중간배당을 한때(동항 제1호), ② 주주의 의결권 행사에 관한 이익공여금지규정에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 때(동항 제2호), ③ 다른 회사에 대해 금

55) Schilling, in GroBkommentar zum Aktiengestetz(Berlin, 1973),93,S,726.
56) 김용구, 전게논문, 15면 참조.

전의 대부를 한 때(동항 제3호), ④ 자기거래를 한 때(동항 제 4회), ⑤ 법령 또는 정관에 위반하는 행위를 한 때에는 이사는 회사에 대하여 변제 또는 변상할 책임을 진다. 또한, 이사의 제3자에 대한 책임발생 사유로는 악의 또는 중과실에 의한 임무해태(일본상법 제266조 3 제1항)와 주식청약서 · 신주인수권증서 · 사채청약서 · 사업설명서 · 재무재표 및 부속명세서에 대한 허위의 기재 또는 허위의 등기 · 공고를 한 때 (동조 제2항)등이 있다.

이사의 회사에 대한 책임의 추궁은 본래는 회사의 기관인 대표이사가 해야 하는 것이다. 그러나 대표이사가 다른 이사의 책임을 추궁한다는 것은 양자의 특별한 관계에서 실제로는 기대할 수 없다. 따라서 일본에서는 1950년의 상법개정에서 대표소송제도를 도입하여, 각 주주가 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 규정하고 있다.(일본상법 제268조) 책임발생의 요건인 이사의 과실, 임무해태, 회사의 손해, 인과관계 등은 책임을 추궁하는 측에서 입증해해 한다.[57]

제 3 절 책임면제

1. 미국

미국의 회사밥상 이사는 회사에 대하여 주의의무와 선관의무를 부담한다. 이사가 이러한 의무를 위반하여 회사에 발생하면 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 지게 된다. 이사의 책임은 면제되거나 제한되지 않으나, 주의의무를 위반한 경우에 대해서는 경영판단의 원칙을 적용하여 그 책임을 제한하고 있다.[58]

경영판단의 원칙이란 이사의 판단이 실패로 끝나 회사에 손해를 끼쳤을지라도 이와 관련한 이사의 판단이 성실하고 합리적으로 경영상의 결정을 내린 것이라면 법원에 의하여 주의의무위반으로 이사에게 책임을 물을 수는 없다는 원칙을 말한

57) 허동원, “이사의 책임법칙에 관한 연구”, (외국어대학교 대학원 박사 논문작, 2004. 2.)
58) 정쾌영, “이사의 책임제한에 관한 연구”, 기업법연구 제18권 제1호, 2004년, 189면.

다.[59] 경영판단의 원칙은 19세기 초 미국에서 판례법을 통해서 발전된 것으로서, 이사의 경영판단이 회사에 손해를 끼쳤더라도 당해 판단이 성실성과 합리성을 충족한 경우에는 법적 판단을 유보해 주거나 면제시켜줄 필요성에 따라 경영판단의 원칙을 적용하여 이사의 책임완화를 고려하는 것이다. 현재 미국의 모범회사법(MBCA)에는 경영판단의 원칙이 명문화되어 있지는 않지만, 미국법률협회(ALI)의 「주의의무와 경영판단의 원칙」4.01조(c)항[60]에서는 경영판단의 원칙을 적용할 수 있는 요건에 대하여 다음과 같이 서술하고 있다. ① 경영판단의 대상과 이해관계를 갖지 않을 것. ② 경영판단의 대상에 관하여 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있을 것, ③ 경영판단의 회사에 있어서 최선의 이익에 합치한다고 상당히 믿었을 것, 위 세 가지 요건을 충족한 때에는 성설히 경영판단을 행한 이사 또는 임원에 대하여 주의의무를 이행한 것으로 보고 있다.[61]

델라웨어주 대법원에서는 이사는 경영상의 판단이 성실하게 이루어졌다하더라도 충분한 정보를 확보하고 당해 정보를 기초로 의사결정한 것이 아니라면 경영판단의 원칙이 적용될 수 없다라고 판시하였다.[62] 경영판단의 원칙을 적용함에 있어서 경영판단의 객관적인 근거를 좀 더 명확히 할 것을 요구하고 있는 것이다.

이러한 경영판단의 원칙을 적용할 때 나타나는 대표적인 효과로는 면책적 효과가 있으며, 부수적인 효과로는 추정적 효과와 사법심사의 제한 등이 있다. 면책적 효과는 경영판단의 원칙의 요건을 충족하였을 경우에 이사의 개인 책임을 면하는 것을 말하여 경영판단의 원칙에 있어서 가장 본질적인 효과라고 할 수 있다.

최근 미국에서는 주주가 회사에 이사에 대한 소송을 제기할 것을 요구하거나 직접 대표소송을 제기한 경우에, 이사회로부터 위임을 받은 특별소송위원회가 자신들의 결정이 경영판단의 원칙에 의해 보호받는다는 사실을 이용하여 그 대표소송을 종결시키는 경우가 증가하고 있다고 한다. 그러나 델라웨어주 대법원에서는 특

59) 양동석, “미국법상 이사의 주의의무와 경영판단의 원칙”,(고시계, 2003년 7월), 57면.
60) 코페레이트 가버넌스의 원리 : 분석과 권고 제4편.
61) 양동석, 전게논문, 56면.
62) Simth v. Van Gorkom, 488 A. 2d at 858(Del. Sup. Ct. 1985).

별소송위원회가 대표소송을 종결하는 경우 사법적 심사가 필요하며, 이 사법적 심사에는 2단계의 사법심사기준이 요구된다고 표명하였다.[63] 먼저 1단계로서 이사들의 입증책임하에 특별소송위원회의 결정이 전통적 경영판단의 법칙의 요건을 모두 갖추었는지를 먼저 보아야 한다. 여기서 법원은 재량권내에서 대표소송종결을 인정하거나, 1단계를 충족한 경우 2단계로 나아가 법원 자신의 독립된 경영판단에 근거하여 대표소송의 종결 여부를 결정할 수 있다고 하고 있다.[64]

2. 독일

독일주식법 제120조 제1항은 주주총회에서 매 영업연도 최초의 8월 이내에 이사의 책임해제에 관하여 결의하도록 하고 있다. 이사가 주의의무를 위반하여 회사에 손해배상책임을 부담하는 경우에 회사는 그 손해배상청구권을 포기하거나 화해할 수 있도록 규정하고 있다.[65] 이러한 손해배상청구권의 포기 또는 화해의 요건으로는 그 청구권이 발생한 후 3년이 경과하고 주주총회의 동의가 존재하여야 하며 회사 자본의 1/10이상의 소수주주가 의사록에 이의를 진술하지 않아야 한다.[66]

독일에서는 기업완전성 및 취소소송 현대화를 위한 법안(Umag : Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anferchtungsrechts)이 2004년 11월 17일 각의에서 의결되었는데, 이 법안에서는 주주의 이사에 대한 소를 더 쉽게 제기할 수 있도록 하고 있다. 주식회사에 대한 특별검사(Sonderprürung)가 더욱 쉽게 행해지게 되며 인터넷을 이용하여 공동의 소제기를 결의할 수 있게 된다. 그러나 단지 회사를 협박하려는 의도에서 취해지는 회사의 중요한 영업의 취소소송은 더욱 어렵도록 하고 있다.[67]

---

63) Zapata Corp. v. Maldonado [30 A. 2d 779 (Del. 1981)].
64) 이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 1999.6. 57면 참조.(이하, [이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”]로 인용).
65) 정쾌영, 전게논문, 194면.
66) Hans Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen-Eine syste matische Darstellung, 1981, 124면.
67) 최병규, “경영판단원칙과 그의 수용 방안 - 최근 독일의 입법 내용을 중심으로 - ”, (기업연구 제19권 제2

위의 법안과 증권집단소송법안(Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz)으로 인하여 앞으로 독일에서는 소수주주의 소송 제기가 늘어날 것으로 보이기 때문에 독일주식법에서는 다음과 같이 의무위반을 배제할 수 있는 조항을 추가하려 하고 있다. “이사가 경영자로서 결정함에 있어서 적정한 정보에 의거하여 회사의 이익을 위하여 행위한 것이라고 인정될 때에는 의무위반이라 할 수 없다.” 이 규정은 이사가 잘못된 경영자로서 한 결정에 대해서만 책임을 면제할 수 있는 것인지 선관의무(Treuepflicht), 정보제공의무 및 그 밖의 일반 법률위반, 정관위반과 같은 의무위반에 대해서는 면제되지 않는 것으로 하고 있다.[68] 독일주식법의 이 규정은 이사가 의무위반을 하지 않았다는 전제에서 고려되는 것으로 이사에게 본인의 행위가 적정했음을 입증해야할 책임이 존재한다고 본다. 이 조항의 내용은 미국 델라웨어주 대법원에서 추가한 경영판단의 원칙적용의 요건과 유사해 보이지만, 선관의무 등을 면제하는데 적용되지 않는다는 데에서 차이가 있는 것으로 보인다.

3. 일본

일본상법, 제266조 5항에서 각호에 열거된 행위를 한 경우에 회사에 대하여 부담하는 손해배상책임에 관하여 원칙적으로 총주주의 동의가 없으면 면제할 수 없다고 규정하여 주주의 총동의로 면제할 수 있도록 하고 있었다. 이사의 책임에 관하여는 경감할 수 있는 한도를 정하여 놓고 있었다.

주식회사에 대한 손해배상 책임을 규정하고 있다. 또한, 동절에 임원등의 회사 또는 제3자에 대한 책임을 면제 또는 제한하는 사유에 대하여 기재하고 있다.

먼저, 일본 신화사법 제424조는 이사가 그 임무를 게을리하여 회사에 손해를 끼친 경우에 총주주의 동의가 없다면 면제할 수 없다고 규정하여 사실상 총주주의 동의로 책임을 면제할 수 있음을 규정하고 있다. 또한, 제425조에서는 이사의 임

호, 2005), 113면.

68) 최병규, 전게논문, 115면.

무해태로 인한 책임과 관련하여, 선의이거나 중과실이 아닌 경우에는 주주총회의 결의에 의하여 일정한도를 정하여 책임의 일부를 면제할 수 있도록 하고 있다.

신회사법 제429조에서는 이사의 제3에 대한 손해배상책임과 관련하여, 이사가 주식, 신주예약권, 사채 혹은 신주예약권부사채를 인수할 사람을 모집할 때에 알려야하는 중요한 사항을 허위로 통지하거나 해당 모집을 위한 주식회사의 사업 및 그 외의 사항에 관한 설명에 이용한 자료에 대하여 허위의 기재 혹은 기록한 경우에도 당해행위에 대하여 주의를 게을리 하지 않았음을 증명한 때에는 이사의 책임을 지지 않도록 규정하고 있다.

제 4 장 책임의 완화론

제 1 절 경영판단의 원칙

1. 의의

경영판단의 원칙은 그 기원에 대한 통일된 견해는 없으나, 일반적으로 1829년에 루이지애나 주대법원에서 다룬 Percy v. Millaudon 사건의[69] 판결이 기원이라 할 수 있다.[70] 위 판결이후 Hodges v. New England Screw Co. 사건[71]을 거쳐 1872년 Spering's Appeal 사건[72]에서 명백하게 되면서 160년 이상 법원의 수용으로 판례법상 생성 · 발전해 미국회사통치에 관한 하나의 원칙으로서 판례법의 한 부분을 이루고 있다.

경영판단의 원칙은 충분한 정보에 근거하여 회사의 경영에 관한 결정을 한 때에는 회사의 손해를 초래하였더라도 그 판단에 대한 책임을 지지 않으며, 법원은 그 판단의 당부에 관하여 사후에 개입하여 주의의무위반으로 이사의 책임을 물을 수 없다고 하는 법리를 말한다.[73]

그러나 경영판단의 원칙에 대한 구체적인 정의 및 이 원칙과 이사의 주의의무와 관계를 명확하게 설명하는 것은 판례나 학설이 서로 대립하고 있기에 불가능하며,[74] 경영판단의 원칙의 개념에 대한 논의도 공통적인 것은 아니다.[75] 이러한

---

69) Percy v. Millaudon 8 Mark. (n.s.)68 (La. 1829).

70) 박명서, “경영판단의 원칙”, 「기업법연구」 제17집, 한국기업법학회, 2004.6. 28면 참조.

71) Hodges v. New England Screw Co. 1 Ra. Ⅰ. 9 (1853).

72) 이 사건은 신탁회사의 이사가 폭리를 얻고자 하는 의도에서 부적당한 담보를 취득한 상태에서 거액의 대부를 함으로써 회사의 경영을 파탄에 이르게 한 사건이다. 법원은 이사의 행동이 성실하고 그 판단이 이사회의 재량권의 범위내에 있는 경우에는 경영판단의 잘못이 현 시점에서 생각하면 바보스러울 정도로 터무니없고 심각한 것이라 하더라도 그 잘못에 대하여 책임은 없다고 판시 하였다.

73) 강대섭, “이사의 책임과 경영판단의 원칙”, 「상사판례연구」, 제12집, 한국상사판례학회, 2001, 91면 참조 (이하, [강대섭, “이사의 책임과 경영판단의 원칙”]으로 인용).

74) 먼저 델라웨어 법원에서 판시한 경영판단은 “회사의 이사가 경영상의 결정을 한 때 충분한 정보에 근거하여 선의로, 그리고 그것이 회사의 최선의 이익으로 된다고 정직하게 믿고서 행동하였다는 추정”이라고 판시

이유로 경영판단의 원칙이 가지는 이사의 경영상 판단에 대한 법원의 사법심사를 억제하는 기능을 강조하는 견해를 비롯하여 개인적인 이해관계를 가지지 아니하고 경영상의 결정을 한 이사에 대하여는 선의와 적정한 주의로써 행동하였다고 추정할 수 있다는 다양한 견해가 존재한다. 그리고 경영상의 판단을 내리는데 있어서 이사에게 중대하고 명백한 재량권의 남용이나 중대한 과실과 같은 귀책사유가 없을 때 적용되는 원칙이라는 견해도 존재한다.[76] 이러한 점에서, 경영판단원칙은 현재까지도 법제화되지 못한 채 판례의 전개형식으로만 존재하고 있다.[77]

2. 근거

경영판단의 원칙을 인정하는 근거에 관하여 다양한 설명을 하고 있으나 다음과 같은 근거가 일반적으로 제시되고 있다.

첫째, 기업의 경영에 관한 결정에는 위험과 불확실성이 수반된다는 사실을 전제로 하고, 이사에게 사법적인 사후심사에 대한 우려 없이 역동적이고 효과적인 경영정책수립에 필요한 재량권을 부여하기 위하여 인정되는 것이다.[78] 이는 이사가 성실하게 상당한 주의로 행동하였음에도 불구하고 손해가 발생한 경우에는 이사에게 책임을 물을 수 없다는 취지이다.

둘째, 법원은 경영상의 판단에 관한 전문적인 경험이나 지식을 가지고 있지 않은 반면, 이사는 대부분의 경우 판사보다는 경영판단을 하기에 적합한 자격을 갖추고 있다는 인식에 근거하는 '이사의 경영 적격성과 법원의 비전문성'으로 사

하였고(Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)), 이후 대부분의 주에서도 이와 동일한 취지의 경영판단의 원칙을 인정하고 있다.

75) 학설에서는 "이사가 회사의 목적범위 및 그 권한 내에서 합리적 근거가 있는 결정을 내리고 선의로 독립한 재량과 판단의 결과로 행동하고, 회사의 최선의 이익이 된다고 믿는 것 이외의 고려에 의하여 영향을 받지 아니한 때에는 법원은 거래를 유지·취소하거나 그 결과로 인한 손해에 대해 이사에게 손해배상책임을 지우기 위해 회사의 내부적 경영에 개입하여 이사의 판단에 대신하여 직접 판단하려 하지 않을 것이다."라고 하여 이 원칙을 표현하고 있다.(강대섭, "이사의 책임과 경영판단의 원칙", 91면 참조).

76) 이영봉, 전게논문, 8면 참조.

77) 강대섭, 전게논문, 89면 참조.

78) 권재열, "경영판단의 원칙", (「비교사법」 제6권 1호, 한국비교사법학호, 1999), 22면.

후적으로 법원의 사법적 심사가 있더라도 이사의 경영판단시 여러조건이 동일하지 아니한 상황에서 합리적이고 공정한 판단을 기대하기는 어렵다는 것이다.[79]

셋째, 인간의 오류가능성을 인정함으로서 능력이 있는 사람이 개인적 책임의 부담을 우려하여 이사직을 맡지 않는 일이 없도록 하기 위한 '이사의 보편적인 오진가능성'을 인정하는 것이다.

넷째, 회사는 주주전체의 이익을 위하여 경영되어야 하는데 개별주주가 제기한 소송에 의하여 정상적인 회사의 경영이 어렵게 될 경우가 생기므로 이를 채택함으로써 유능한 인물을 이사로 영입할 수 있게 하고 남소예방의 효과가 있다고 본다.[80]

3. 적용요건

가. 경영상의 결정이 존재할 것

이사가 경영판단의 원칙의 보호를 받기 위해서는 그들의 행위가 경영상의 결정을 하였을 것을 요건으로 한다. 따라서 이사들의 의식적이 결정, 선택 또는 타협에 의해 특정한 행위를 하지 않기로 하는 작위만이 보호대상이 되고 임무해태에 의하여 경영상의 결정을 아니 한 때, 즉 이사가 그 직무를 포기하거나 행동하지 아니하는 감시의무위반 등의 부작위는 보호받지 못한다.[81]

만약 이사가 경영판단을 하지 않는 경우 이사가 회사 및 제3자에 대한 책임을 질 것인지에 대하여 선관주의의무내지 충실의무의 위반 여부에 의하여 판단하게 될 것이다.[82]

---

79) 권재열, 전게논문, 21면.
80) 강대섭, 전게논문, 93면 참조.
81) 강대섭, 전게논문, 98면 참조.
82) Charies Hansen, "The Duty of care, The Business Judgement Rule and the American Law Institute Corporate Governance Project,", 48 The Bus. Law., pp.1355, 1356.

나. 이해관계의 부존재와 독립성

경영판단의 원칙을 적용하기 위해서는 경영판단의 대상이 되는 사항인 당해거래에 관하여 이사는 이해관계를 갖기 않아야 한다. 왜냐하면 회사에 대하여 충실의무를 부담하고 있는 이사는 자기의 개인적인 이익보다는 회사의 이익을 우선시하여야 하고, 만일 회사의 정책결정에 대하여 이사가 개인적인 이해관계를 갖는 경우에는 그의 경영판단이 개인적인 이해관계에 의하여 영향을 받게 될 뿐만 아니라 회사의 이익을 위한 사심 없는 결정을 기대할 수 없기 때문이다.[83]

이사가 문제된 당해 행위 또는 거래에 이해관계를 가지고 있는 개인이나 단체에 의하여 지배되거나 영향을 받을 수 있는 때에는 그 이사는 독립성을 갖지 못한다. 이때 독립성이란 이사가 부당한 회사의 외부사정 기타의 영향을 받지 않고 오로지 이사회에 제출된 안건이 회사에 미치는 손익을 고려하여 결정을 내릴 수 있는 것을 의미하며,[84] 독립적일 수 없는 이사에 의한 경영판단에는 경영판단의 원칙이 적용되지 아니한다.

다. 정보의 합리적 판단

경영판단의 원칙이 적용되기 위한 요건으로서 '상당한 주의'는 이사가 경영상의 결정 이전에 합리적으로 이용할 수 있는 모든 충분한 정보를 가지고 있을 것을 의미한다. 여기서 '상당한 주의'란 이사가 이용 가능한 사실을 알기 위하여 합리적 노력을 경주한 후, 그 정보에 근거하여 결정을 내리는 것을 말한다.[85]

---

83) 손영화, "미국법상의 경영판단원칙과 그 도입 여부에 관한 일고찰", (「상사법연구」, 제18권 2호, 한국상사법학회, 1999), 308면 참조.
84) 강대섭, 전게논문, 99면 참조.
85) 강대섭, 전게논문, 99면 참조.

라. 선의

경영판단의 원칙은 이사회의 결정에 따른 이사의 행위가 회사의 최선의 이익추구를 위해 정직한 신뢰의 바탕 위에서 이루어질 것을 전제로 한다. 여기서 선의란 이사의 의무로써,[86] 회사와 주주에게 최대의 이익을 추구한다는 합리적인 믿음이라 할 수 있다. 그러나 선의는 다양한 의미나 용법을 포함하고 있어 이를 명확히 정의하는 것이 어렵다. 이러한 이유로 대부분의 판례[87]는 악의에 의한 행위를 경영판단의 원칙의 보호에서 제외하여 악의의 입증책임을 원고에게 부담시키고 있다.

마. 재량권의 남용이 없을 것

위의 요건 외에도 이사회의 업무결정은 재량권의 남용이 없는 때에만 경영판단의 원칙이 적용되는 것으로 보고 있다.[88] 이사의 결정이 회사의 최선의 이익이 된다고 하더라도, 그 결정이 재량권의 부당한 행사나 남용에 해당하는 경우에는 경영판단의 원칙에 의한 보호를 받을 수 없다는 것이다.[89]

4. 경영판단의 원칙의 인정여부

경영판단의 원칙은 우리나라에서 1990년대 중반에 소개되기 시작하여 경영판단 원칙의 도입에 관하여 이를 긍정하는 다수설[90]과 반대하는 소수설[91]이 대립하고

86) 모범사업회사법 §8.30(a)을 비롯한 대부분 주의 회사법에 관련 규정이 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여는, 악의는 부정한 목적을 가지고 있을 것을 요하며 단순한 판단의 잘못을 면책하기 위한 요건을 나타내는 것으로는 부적당하다는 비판도 있다.(이영봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 145면 참조)
87) Potter v. Pohlad, 560 N. W. 2d p. 395.
88) 강대섭, 전게논문, 102면 참조.
89) 재량권의 남용이라고 하는 개념이 적용되었던 대표적인 예로서 1972년 델라웨어주에서의 Gimbel v. Signal Companies 사건 판결을 들 수 있다. 이 사건에 대한 구체적인 내용은 이용봉, “경영판단의 법칙에 관한 연구”, 153면 참조.
90) 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성”, (「기업법연구」 제7집, 한국기업법학회, 2001), 104-106면.

있다.

경영판단의 원칙을 부정하는 견해는 법전하의 문제점이 발생된다는 데 있다. 아직까지 이사의 행위기준이 발전하고 있지 못하였다거나 미국의 경우와 유사한 이사의 책임규정을 두고 있는 상법의 경우 이 원칙을 도입하더라도 이사의 업무집행에 새로운 기준을 두는 것은 아니기 때문이다.

상법상의 임무해태의 해석 또는 주의의무를 판단하는 심사기준으로 경영판단의 원칙이 인정되어야 한다고 하여 그 도입을 적극적으로 주장하는 입장이 있다.

이사에게 주의의무의 위반이 없음을 밝히기 위해서는 그 판단이 그 당시의 상황에 비추어 이사로서 회사의 업무집행을 행하는 능력과 식견을 가진자의 입장에서 보아 명백히 불합리 하지 않아야 한다고 본다.

5. 대법원 판결과 경영판단의 원칙

대법원에서는 이사의 책임제한에 관련된 판결[92]을 내린적이 있다. 「이사가 회사의 자산을 인수함에 있어서 그 인수여부나 거래가액을 결정하는 데에 필요한 정보를 합리적인 정도로 수집하여 충분히 검토를 한 다음 회사의 이익에 합당한 상당성 있는 판단을 하였다면 회사에 대하여 선량한 주의의무를 다한 것이라고」하여, 이사의 선관주의의무를 다하였는지 판단하는 요건에 대해 언급하였다. 또한 이 판결에서는 「이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하였거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정항에 있어서는, 당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해발생 및 확대에 관하여 객관적인 사항이나 그 정도, 평소 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사의 이득유무, 회사의 조직체계의 흠결유무나 위험관리체제의 구축여부 등 제반 사항을 참

91) 권재열, “경영판단의 원칙의 도입에 관한 문제점”,(「연세법학연구」, 제3집, 1995), 214면.
92) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003 다 69638 판결.

작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제안할 수 있다.」라고 하고 있다. 이는 책임 자체를 제한하는 것은 아니지만 실질적으로 손해배상을 제안하여 책임을 제안하는 것과 동일한 효과를 얻을 수 있는 것으로서, 당해 행위 자체의 경위와 태양 이외에는 그 동안의 회사에 대한 기여도가 높다면 배상이 제안될 수 있음을 판결에서는 말하고 있다.

우리나라 대법원은 경영판단의 원칙의 요건들을 선관주의의무를 다하였는지를 판단하는 적극적인 요건으로 보고 있고 아직까지 경영판단의 원칙을 적용하여 이사의 주의의무를 제한한다는 대법원 판결은 없는 것으로 보인다. 대법원에서 경영판단의 원칙을 적용하는데 있어서 독립된 원칙으로서 적용하고 있다고 여겨진다.

제 2 절 임원배상책임보험

1. 의의

임원배상책임보험은 회사의 임원이 업무집행상 관실에 의해 회사 또는 제3자에게 손해를 입힌 것을 원인으로, 주주 또는 제3자로부터 손해배상청구를 받은 경우에 회사 임원이 개인적으로 부담하여야 하는 손해배상금 및 소송비용을 보험자가 보상해 주는 손해보험을 말한다.[93]

임원배상책임보험은 1941년 미국에서 이사의 책임과 회사보상의 문제로 인하여 처음 개발되었으나 실용화되지 못하였고 1960년대에 각종 임원책임추궁소송이 급증 하면서 임원들이 거액의 배상책임 판결을 받게 되자 임원배상책임보험의 수요가 증가되었다.

초기에는 이사에게 보험료의 일부를 부담시켰으나 보험료는 회사운영상 필요비용이라고 이해하여, 현재는 회사가 보험료를 전액 부담한다.

---

93) 1999년 4월 금감원으로부터 인가받은 국문약관인 임원배상책임보험 보통약관 제2조 및 주주대표소송 담보특별약관.

2. 내용

임원배상 책임보험은 임원이 경영상 또는 직무상의 행위와 관련하여 회사 또는 제3자가 피해를 입게 되었을 경우, 보험기간 중 제기된 손해배상청구로 피보험자인 회사의 이사가 부담하게 되는 손해를 보상해주는 책임보험을 말한다.[94] 임원배상책임보험은 임원의 손해배상책임을 보호하려는 회사와 보험회사 간에 체결된다.

따라서 보험계약의 당사자는 임원이 속해 있는 회사가 보험회사이고 회사는 보험료납부의무 등을 부담한다. 그리고 이론상으로는 임원이 보험계약자가 될 수는 있지만, 일반적으로는 보험약관에 의하여 임원 전체를 피보험자로 하여 일괄적으로 계약이 체결된다. 따라서 특별한 경우를 제외하고는 임원이 개별적으로 보험계약을 체결 할 수는 없다.[95]

미국에서 판매되는 임원배상책임보험 담보내용은 ⅰ) 개별임원의 부당행위로 인하여 주주 또는 제3자에 대하여 부담하는 배상책임담보, ⅱ) 동 배상책임에 대한 회사의 보상담보로 구분된다.[96] 그러나 미국에서는 회사의 보상제도가 각 주법에서 인정되고 있으므로 어느 하나만 가입할 수 없고 동시에 가입을 하여야 한다.

우리나라에서도 미국 약관과 동일하게 담보 A와 담보 B로 나누어 임원의 배상책임과 회사의 보상책임을 구분하여 규정하고 있다.

3. 우리나라에서 임원배상 책임보험

우리나라에서는 1997년 외환위기 이전까지는 임원배상책임보험 상품의 판매 실적이 전무하였으나, 외환위기 이후 기업 환경의 변화로 이사의 책임추궁의 사례가 증가하게 되자 대기업을 중심으로 이 보험의 수요가 증대하고 있다. 현재는 회사

94) 최병규, “회사임원배상책임보험”, (한국보험학회, 보험학회지 제54집, 1999.12.), 23면.
95) 최병규, 전게논문, 24면.
96) 미국 임원배상책임보험 약관 “Directors & Officers Liability and Company Reimbursement Policy", (ⅰ). D&O Liability Coverage : Coverage A), (ⅱ). Company Reimbursement Coverage : Coverage B).

를 보험계약자로 하고 전체임원을 피보험자로 하며, 보험기간중 새로 선임된 임원도 피보험자가 된다. 자료에 의하면 우리나라 주권상장법인의 임원배상책임보험의 가입 회사의 수는 계속증가하고 있고, 가입 보험금 규모도 커지고 있다.[97]

임원배상 책임보험은 회사법상의 제도는 아니지만, 기업실무에서 이용되고 있고, 보험료를 회사가 부담하고 있으므로, 그 실질적 효과는 회사가 이사의 경영상의 책임을 경감 하거나 완화해 주는 이사의 책임제한 제도라고 할 수 있다.

또 보험의 보험료에 대하여 1998년도에 소득세법 시행령 개정으로 세법상으로도 이사의 근로소득으로 보지 않는다는 명문규정을 두고 있다. 따라서 세법상의 근거를 기준으로 한다면 현행법상 우리나라에서 이사의 책임을 완화하는 제도라고도 할 수 있다. 현재의 이사배상책임보험이 실제 널리 활용되고 있더라도, 보험약관이나 운용관행이 얼마나 회사법과 정합성을 갖는가에 대해서는 여전히 법칙, 기능적 측면에서 문제점을 가지고 있다.

첫째, 보험료 지급문제에 관해서이다. 실무에서는 이사가 부담할 배상책임에 대한 보험료를 회사가 지급하고 있는데,[98] 이러한 회사의 보험료 지급행위가 현행법에 비추어 볼 때 허용되는지의 여부에 관한 것이다.

둘째, 이사의 책임완화를 위해서 실제 지급되는 보험금의 담보범위가 중요하다. 그러나 보험회사가 보험금 지급여부를 결정하는 보험약관상 면책사유[99]가 어떠한 이론적 바탕에 서 있으며, 또 그것이 무엇을 의미하는지는 명확치 않다. 이는 우리 법상 이사의 책임을 발생시키는 책임원인행위에 대해 충분한 고찰 없이 정해진 것에 기인한다.

우리나라는 현행 상법상 명문규정이 없기 때문에 회사가 이사배상책임보험료를 부담하는 것이 과연 적합한 것인가에 대한 학설상 견해가 대립되고 있다.

---

97) 주권상장법인 중 임원배상책임보험에 가입한 회사는 2003년도는 전체 648개사 중 205개사 가입(31.6%)하였고, 2004년도에는 전체 655개사 중 225개사(34.4%)가 가입하고 있는 것으로 나타나고 있으며, 보험료는 2004년도에 641억원으로 조사되었다.(한국상장사협의회, 상장, 2005.6.) 38-40면).

98) 보험 실무에 의하면, 현재 보험료는 회사에서 100% 부담하며 경비로 인정.

99) 이 용어는 언뜻 보기에는, '이사의 책임면제사유'로 이해되기 쉽지만, 실은 보험회사가 보험금을 지급하지 않아도 되는 사유로서 보험자 측의 면책사유이다.

그러나 현실적으로 유능한 이사를 영입하는 회사 쪽에서 보험료까지 해결해 주는 것이 편리할 뿐만 아니라, 현재 실무적으로는 책임보험가입이 관행화되어 있다.[100] 회사의 보험료 부담에 대한 부정설과 긍정설의 입장을 살펴보면 회사의 보험료 부담을 부정하는 이유는 첫째, 회사의 보험료 지급은 회사에 손해를 주는 것으로서 충실의무위반에 해당하므로 보험료 금액 자체에 대하여 대표소송대상에 해당한다는 점, 둘째, 이사가 정확하게 업무집행을 하고 있으면 부담하지 않을 손해배상을 대비하여 보험을 들고, 그 보험료를 회사가 대신 지급하는 것은 이사의 직무수행에 대한 주의력을 저하시켜 회사에 손해를 의도한다는 점, 셋째, 상법이 정하는 회사의 이사에 대한 손해배상청구권을 사전에 포기하는 것과 동일하다는 점, 넷째, 이사의 책임은 총주주의 동의가 있어야 면제할 수 있으므로 이러한 상법규정을 무의미하게 하는 지급의 순환행위로서 손해배상의 전보적 기능을 훼손한다는 점에 있다.

이와 반대로 회사의 보험료 부담을 긍정하는 논거로는 첫째, 이사의 배상능력이 없을 경우 회사에 대한 손해배상책임이행을 확보할 수 있으므로 결과적으로 회사에 유익한 것이라는 점,[101] 둘째, 회사의 보험료는 일반적으로 손해배상액에 비해 매우 소액에 해당하므로 손해배상 전보적 기능이 손상된다는 주장은 타당하지 않으며 회사가 보험료를 지급한다는 것이 곧 이사의 손해배상책임을 면제하여 주는 것은 아니라는 점, 셋째, 경영자의 불안을 제거하여 적극적으로 경영활동을 할 수 있게 해 준다는 점, 넷째, 보험료는 이사의 보수가 아니라 회사의 필요경비이며, 회사가 보험료를 부담한다고 해서 이사의 임무해태가 발생할 수 있다는 태도는 오늘날 배상책임보험제도가 보급되는 현상과 동떨어져 있으며, 임무해태 우려는 자기부담액 설정 등의 방법으로 해결가능하다는 점이다.

위의 두 입장 중 어떠한 입장을 따르더라도 보험료 상당부분을 보수나 상여금

---

100) 실제 사외이사를 의무적으로 두는 회사에서 사외이사를 영입할 때 이사후보자들이 책임보험 가입여부를 확인하고 보험증권을 요구하는 사례가 증대되고 있는 추세이다.

101) 김영선, “전문직업인배상책임보험”, (보험법의 새로운 전망과 과제, 1999년 하계학술발표회, 한국상사법학회, 1999), 199면 참조.

형태로 지급한다면 결과적으로 회사가 보험료를 지급하는 것과 같은 결과를 낳는다. 결과적으로 회사가 보험료를 지급하는 형태를 띨 수 있다. 뿐만 아니라 회사의 손해위험을 보험으로 분산하는 것에 대한 사회적 필요성도 부정할 수 없기에 적극적으로 회사가 보험료를 지급할 수 있다는 이론구성이 타당한 것으로 보인다.

손해배상금액과 관련하여, Conard교수는 이사가 그 지위에서 얻는 소득과 적당한 관계를 유지하여야 한다고 주장한다. 구체적으로는 이사의 연간 총소득에서 소득세를 공제한 잔액을 손해배상책임의 최고한도액으로 하여야 한다는 제안을 하기도 하였다.[102]

미국과 일본에서는 이미 연간보수액을 기준으로 이사가 책임지는 한도를 정하고 있다. 미국 버지니아주 회사법은 정관에 정한 금액과 10만달러 또는 직전 12개월간 수령한 현금보수액 중 낮은 것을 초과하지 않도록 규정하고 있다. 또한, ALI원칙에서도 이사나 임원이 받는 연차보수액을 그 책임제한의 최저기준으로 정하고 있다.[103][104] 특히 일본에서는 대표이사의 경우 연봉의 6배, 일반이사의 경우는 연봉의 4배, 그리고 사외이사의 경우는 2배로 제한하여 의사결정에 있어서 조건이 다른 이사간에 책임을 달리 규정하는 책임제한제도를 시행하고 있다.

법무부가 2006년 10월 3일 입법예고한 상법개정안에는 정관에 따라 이사가 경미한 부주의로 회사에 손해를 끼친 경우에 연봉의 6배(사외이사는 3배)를 초과하는 금액에 대하여는 손해배상책임을 면제할 수 있도록 하고, 다만 고의 또는 중과실로 인한 행위이거나, 회사기회 유용금지에 해당하건, 경영금지 또는 자기거래금지에 해당하는 경우에는 그 적용을 배제하도록 규정하고 있다.

---

102) 보험개발원 가계보험부, “이사의 법리적책임과 보험제도에 관한 고찰”, (보험개발연구 제8호, 1993년), 146면.

103) 정쾌영, 전게논문, 206면.

104) ALI원칙에서는 손해배상책임을 지는 자의 연간보수를 기준으로 손해배상액을 정하는데, 이러한 책임제한을 인정하는 다음의 5가지 특별한 이유를 들고 있다. 첫째로, 부담할 책임이 피고의 유책성과 회사 근무로 인한경제적 이익보다 과대하지 않을 것, 둘째로, 주의의무위반 책임을 부담할 위험이 상당하여 이사가 경영에 소극적으로 임하지는 않을 것, 셋째로, 부과되는 제재가 엄격하지 않을 경우에는 법원은 더 공평하고 적절히 주의의무를 요구하는 경향이 있음, 넷째로, 책임보험 비용 경감에 기여하거나 불충분한 보험의 담보범위나 범위제외인 경우 피고를 보호할 것, 마지막으로, 원고측 변호사 보수는 소송으로 회사에 회복되는 이익에서 합리적인 일부분으로 한정시킴으로써 경제적 유인을 감소시킬 것. 히타다 고메이, 전게서, 128-129쪽 참조.

법무부의 입법개정안이 일본의 경우와 유사하나, 대표이사와 일반이사를 구별하지 않고 사외이사의 경우 3배로 일본보다 다소 높게 규정하고 있는 점이 다르다. 책임한도를 6배로 하는 것에 대하여 상장회사협의회의 의견[105]은 이사의 임기가 3년인 것을 고려할 때 연간보수액의 4배정도로 조정하여야 한다고 주장하고 있다. 법무부의 입법개정안이 책임의 한도를 일본과 동일한 연간보수액의 6배로 정한 이유가 무엇인지는 모르겠으나, 이사가 과실로 손해를 끼친 경우까지 이사임기의 2배인 6년간의 보수액까지 책임질 수 있도록 하는 것은 좀 과할 수도 있다고 생각된다.

참고로, 이사의 책임제한의 논의를 확장시키는 의미에서 이사의 책임의 하한을 두는 것도 고려해볼만하다고 본다. 어느 정도의 하한을 정할 것인가는 별개의 문제가 되겠지만, 일정액 이하의 손해배상액이 결정되거나 청구될 경우에 이러한 손해배상액은 이사가 지급하지 않아도 됨을 규정할 수 있는 것으로 보인다. 청구할 금액이 크지 않은 경우에는 이사에게는 자신의 보수와 비교할 때 지급해야 할 일정한 손실이 있겠지만 실질적으로 회사에게는 그 피해가 미미할 가능성이 높으므로, 이러한 경우 일정한 요건 하에 이사의 책임을 면제하거나, 소송으로 진행되지 않도록 한다면, 사사로운 이사의 책임으로 인하여 더 큰 이익을 부여할 수 있는 이사의 노력을 무산시킬 수 있는 상황을 미연에 방지할 수도 있지 않을까하는 생각이 든다.

제 3 절 주주대표소송문제

1. 의의

주주대표소송이란 회사가 경영진의 방대한 경영과 부실에 대한 책임에 대하여 주주의 견제제도로서 부실경영에 대하여 책임있는 자에게 회사를 위하여 주주가

105) 상장회사협의회, 「상장」, 2006년 9월호, 43면.

최종적으로 책임을 추궁하는 제도이다.

주주대표소송은 이사의 위법한 활동에 대한 규제를 통하여 좁게는 회사와 주주들의 이익을 보호하고 넓게는 사회적 공익과 국가경제에 기여하는 역할을 수행한다. 그 주요기능으로서는 ⅰ) 부당한 기업경영으로부터 회사 및 주주의 이익을 보호할 수 있는 수단으로서 기업경영 건전성의 확보기능[106], ⅱ) 이사의 의무위반행위로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우에 주주대표소송으로 회사의 손해를 회복하여 주주 전체의 이익을 도모하는 손해회복기능, ⅲ) 대표소송의 활발한 이용에 의하여 이사의 경영활동이 건전해지고 그 결과 주주, 회사 및 경제사회 전반의 신중하고 건전한 운용이 가능하게 되는 위법행위 억제기능, ⅳ) 건전한 국민경제의 발전 및 기업의 사회적 책임수행에 기여할 수 있는 기업의 사회적 책임의 확보기능 등을 들 수 있다.

이러한 주주대표소송을 인정하는 까닭은 우리나라 회사 구조상 경영 및 업무를 담당하고 있는 독립기관인 이사회가 업무담당이사로 구성되어 있어, 이사회를 통해 이사의 책임추궁을 기대하기 어렵다는데서 기인한다. 이러한 이유로 주주대표소송을 통해 직접 이사의 책임을 추궁할 수 있도록 하는 것이다. 또한 이는 이사로 하여금 향후 회사에 가해행위가 재발하지 않도록 사전에 예방하여 합리적인 경영을 유도하고, 주주의 감독을 통해 이사의 전횡적인 회사경영을 견제하여 회사내부의 질서유지 및 회사의 이익을 보전하는 것이다.

2. 주주대표소송제도의 변천과정

주주대표소송제도는 17세기 영국의 형평법(court of equity)에서 이용되던 대표소송(representative suits)에서 기원한다. 19세기 중반에 들어 영국과 미국에서 단체운영에 실패하거나 부정행위를 한 이사에게 책임을 추궁하면서부터 주주대표

106) 양동석, “대표소송의 활성화와 책임경감”, (「비교사법」 제9권 제4호, 비교사법학회, 2002), 436면 참조 (이하, [양동석, “대표소송의 활성화와 이사의 책임경감”]으로 인용).

소송이 발전되어 왔다.

우리나라는 1962년 상법 제정 당시 영미의 주주대표소송제도를 수용하였는데, 제소요건과 소송절차 등에 관하여는 영미의 제도와 다소 차이가 있다. 우리 상법은 개별주주주의 제소를 허용하지 않고 소수주주권으로 제소권을 한정하고 있다.

소송수행에 소요된 비용에 관해서도, 제소주주에 대한 충분한 보상장치가 마련되어 있지 않고, 소송고지 등에 관하여도 명확한 규정이 없다.

1984년 상법 개정을 통해 주주가 회사에 대하여 이사를 상대로 한 제소를 청구한 경우 이사회가 제소 여부의 결정 및 실행을 하게 되는 점을 고려하여 감사가 회사를 대표해 소를 제기하도록 규정하였다.(상법 제394조 제1항) 또한 대표소송을 제기할 수 있는 대상이 인적 · 물적으로 확대되어, 불공정한 가액으로 주식을 인수한 자에 대하여 공정 발행가액과의 차액을 회사에 반환하도로고 청구하는 소송(상법 제424조의 2)과 이익공여금지 규정에 위반하여 이익공여를 받은 자에 대해 회사에 그 이익반환을 청구하는 소송(상법 제467조의 제4항)도 허용되었다.

1998년 개정상법은 주주들의 효율적 경영감시를 유도하고 기업경영의 투명성을 보장하기 위하여 소수주주권을 강화하였다. 대표소송을 제기하려는 주주는 제소시에 발행주식총수의 100분의 1 이상의 주식을 보유하도록 하여 종전의 100분의 5에서 소수주주의 제소요건을 완화하였으며(제403조 제1항), 제소후에는 그 보유주식이 발행주식총수의 100분의 1 미만으로 감소하더라도 1주 이상의 주식만 소유하고 있으면 제소의 효력에 영향이 없도록 하는 규정을 신설하였다.(상법 제403조 제5항)[107]

2001년의 상법 개정에서는 대표소송을 제기한 주주가 소송비용 부담에 관하여 개인적인 불이익을 당하지 않도록 하였다. 이를 위해, 대표소송은 수행한 주주가 소송상 지출한 비용 중 회사에 구상할 수 있는 비용을 소송 외에서 지출한 비용

107) 다만, 주식을 전혀 보유하지 않게 된 경우에는 당사자 적격이 없으므로 소를 각하하여야 하고, 주권상장법인 · 코스닥상장법인의 경우에는 6월 전부터 계속하여 발생주식총수의 1만분의 1이상을 가진 주주는 대표소송을 제기할 수 있도록 되어 있다.(증권거래법 제191조의 13 제1항) 김동훈, “주주대표소송의 이용범위와 확대”, (「외법논집」, 제13집, 한국외대법학연구소, 2002), 11면 참조.

중 상당한 금액까지 확대하였으며, 소송비용을 지급한 회사는 이사 또는 감사에게 이를 구상할 수 있도록 하였다.(상법 제405조 제1항)

3. 남소의 방지대책

우리나라 상법은 대표소송의 남용을 방지하기 위해 대표소송제기권을 발행 주식 총수의 100분의 1이상을 소유한 소수주주의 권리로 하고 있다.(상법 제403조 제1항)[108]

단독주주권론자들은 남소방지장치로서 담보제공의무가 이미 규정되어 있기에 이중으로 소수주주권으로 제한하는 것은 오히려 이 제도를 활성화시키지 못하게 하고, 경영에 대한 건전성 확보, 위법행위와 같은 기능수행을 유명무실하게 만들 수 있다고 본다.[109]

소주주권론자들은 단독주주권이 아닌 소수주주권으로 되어 있는 현행법 아래서도 이미 다수의 주주대표소송이 성공적으로 제기되어 소기의 성과를 거두고 있는 점을 볼 때, 제소요건이 엄격하다고 볼 수는 없다고 본다. 단독주주권을 취하고 있는 미국이나 일본의 경우, 단독주주권으로 인하여 소송남용 사태를 초래하였고, 이에 대한 대책강구에 고심하고 있다. 따라서 대표소송제기권을 단독주주권으로 하기 보다는 현재처럼 소소주주권으로 하되 그 요건을 증권거래법의 규정수준으로 완화하는 것이 바람직하다고 본다.[110]

주주 대표소송은 1997년 경제위기사태 이후에 제기되었다. 1997년 6월 한보에 대한 무리한 대출도 은행을 도산상태에 빠뜨린 제일은행(주)의 전직 이사들을 상

108) 이에 비해 미국과 일본은 1주를 소유하는 주주도 대표소송을 제기할 수 있게 하면서(단 독주주권), 남소의 방지를 위해 후술하는 바와 같이 비용의 담보 외에도 미국에서는 행위시주주의 요건을 일본에서는 6개월 주식보유의 요건을 과하고 있다. (강대섭, “대표소송의 제소자격과 담보제공”, 「안암법학」, 제4집, 안암법학, 1993, 654쪽 참조(이하, [강대섭, “대표소송의 제소자격과 담보제공”]으로 인용).

109) 이태종, “주주의 대표소송에 관한 연구”, 법학박사 학위논문, 서울대학교 대학원, 1997, 245-250면; 양동석, “대표소송의 활성화와 이사의 책임경감”, 445면; 이균성, “주식회사의 일반주주의 보호”, 「외법논집」, 제7집, 한국외대 법학연구소, 1999, 11면 각 참조.

110) 김동훈, 전게논문, 11쪽; 김영곤, “주주의 대표소송에 관한 소고”, (「기업법 연구」, 제11집, 한국기업법학회, 2002), 24면 각 참조.

대로 한 참여연대에 의한 주주대표소송[111]과 그 이듬해인 1998년 10월 삼성전자(주)의 전 · 현직 이사들을 상대로 한 주주대표소송[112]을 시작으로 표1에서 보는 바와 같이 현재 계류중에 있는 다양한 고액배상청국소송이 바로 그것이다.[113]

표1 종료된 대표소송 및 손해배상청구소송 주요사례[114]

소주주가 대표소송을 제기하기 위해서는 우선 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁할 소의 제기를 청구하고(상법 제403조 제1항), 회사가 재소청구를 받은날로부터 30일내에 소를 제기하지 아니한 때에는 제소청구를 한 주주가 직접소를 제기할 수 있도록 하고 있다.(상법 제403조 제3항) 이를 통해 주주의 남소를 방지하는 한편 회사의 제소가능성에 대한 판단 또는 시정의 기회를 부여하고 있다.

그러나 30일이 경과하지 않더라도 이사의 재산은닉행위가 발생하거나, 회사의 채권시효만료, 이사의 책임면제로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 발생할 염려가 있는 경우 및 회사가 제소반대의사표시를 한 경우에는 예외적으로 즉시 제소할 수 있도록 하고 있다.(상법 제403조 제4항)

---

111) 이 사건은 소수주주가 제일은행의 이사 또는 대표이사의 부당대출 등을 이유로 대표소송을 제기한 제일은행사건의 1심에서는 피고 4인은 각자 제일은행에 대해 400억원을 배상하라는 판결이 내려졌으나(서울지방법원 1998.7.24. 선고, 97가합39907 판결) 항소심에서 소수주주의 제소자격 상실에 따라 회사가 소송참가를 하면서 피고 각자에 대한 손해배상 청구액을 10억원으로 변경하여 법원에서 인용되었고(서울고등법원 2000.14. 선고, 98나 45982 판결) 대법원에서 확정되었다.(대법원 2002.3.15. 선고, 2000다9086 판결)

112) 소수주주가 삼성전자의 이사 또는 대표이사의 뇌물공여, 임무해태 등을 이유로 대표소송을 제기한 삼성전자 사건의 1심에서 회사의 재산을 이용하여 뇌물공여액 70억원에 해당하는 손해배상 외에 다른 회사에 대한 출자행위 또는 다른 회사의 주식거래에 관한 임무해태를 이유로 이사 또는 대표이사 수인은 연대하여 약 969억원 및 약 626억원의 손해를 배상하라는 판결이 내려졌고(수원지방법원 2001.12.27. 선고, 98가합22533 판결), 항소심에서는 뇌물공여액의 손해배상 외에 대표이사를 포함한 이사 5인은 연대하여 120억원의 손해를 배상하라는 판결이 내려졌다.(서울고등법원 2003.11.20. 선고, 2002나6595 판결) 이어 동 사건은 2005. 10. 28일 원고승소로 대법원에서 확정판결이 내려짐으로써 7년만에 사건이 종결되었다.

113) 대법원 2002.7.12. 선고, 2001다2617 판결; 대법원 2002.8.23. 선고, 2002다2195 판결; 대법원 2002.11.22. 선고, 2001다16265 판결; 대법원 2003.10.9. 심리불속행기각, 2003다41784 판결; 서울고법 2002.9.6. 선고, 2002나9631 판결; 서울중앙지법 2004.11.18. 선고, 99가합47193 판결(대우그룹 김우중 전 회장을 상대로 한 대표소송); 서울동부지법 2003가합1176 사건(LG그룹 구본무 회장 등을 상대로한 대표소송, 법원 계류 중).

114) 표1은 인터넷참여연대 경제개혁센터 소송현황(2004년 7월 1일 현재)중 책임추궁 관련 사건을 표를 통해서 정리한 것이다.

소제기일자	소제기내용	소송관련기업	청구금액	소송결과
‘97. 6. 3	주주대표소송	제일은행	400억	2002. 3. 15 대법원 승소(10억 배상판결)
‘98. 10. 20	주주대표소송	삼성전자	3,512억	2005. 10. 25 대법원 일부승소
‘99. 8. 29	분식회계관련	청운회계법인	3,000만원	1심패소(항소포기)
2000. 8. 9	바이코리아 불법 운용손해배상 청구소송 인한 피해자 손해배상청구소송	현대투신	원고들 1인당 10만원씩	90% 배상합의

우리 상법은 이사가 소수주주의 악의를 소명하여 청구한 때에는 법원은 남소의 방지를 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있도록 하고 있다.(상법 제403조 제7항, 제176조 제3항과 제4항) 남소방지장치로서 대표소송의 제소 자격을 소수주주권으로 제한하고 있는 것과는 달리, 별도의 담보제공규정은 대표소송의 활성화와 기업의 지배구조를 개선하려는 노력과는 일치하지 않는 것으로 보인다. 따라서 대표소송제도의 활성화를 위해서 오히려 원고 주주의 담보제공의 부담을 경감할 수 있는 방안마련을 주장하는 견해도 존재한다.[115]

그러나 이와 같은 담보제공의 청구는 비록 소주주라 할지라도 방해효과를 노려 사익을 챙길 목적으로 대표소송을 악용할 가능성이 있기 때문에, 이에 대비하는 이사의 대항수단은 소송비용에 대한 보상차원에서도 필요하다.

대표소송을 제기한 원고 주주가 패소한 때에는 그 주주에게 악의가 있는 경우에 한하여[116] 회사에 대하여 손해를 배상할 책임을 진다.(상법 제405조 제2항)

115) 양동석, “기업의 지배구조개선을 위한 주주대표소송”, (「상사법연구」제19권 제2호, 한국상사법학회, 2000), 430면 참조.

116) 상법은 회사의 이익을 위한 대표소송의 제기가 위축되지 않도록 하기 위해 원고 주주에게 악의가 있는 경

과소한 금액의 배상청구로 회사가 본래 이사에 대하여 갖는 다액의 손해배상청구권을 잃게 한 때에는 악의가 있는 것으로 보아야 하기 때문에 원고 주주가 악의로 부절적한 소송을 수행하여 패소한 경우에 회사에 대해 배상책임을 진다. 그러나 승소한 경우에도 고의로 소액의 청구를 하여 승소한 경우에는 히ㄴ사에 대하여 변호사의 보수 등을 청구할 수 없을 뿐 아니라 회사에 대하여 변호사의 보수 등을 청구할 수 없을 뿐 아니라 회사에 대하여 배상책임을 진다.

주주대표소송제도는 다양한 기능을 수행하고 있지만 한계점도 가지고 있다.

첫째, 경영자의 위법행위가 일회적이거나 단기간에 발생한 경우에는 충분히 기능할 수 있지만, 장기간에 걸쳐 경영을 태만히 하는 경우에는 이사의 의무위반행위를 특정할 수 없으므로 대표소송이 효과적이지 못하다.

둘째, 문제된 행위가 위법하지 않거나 위법행위가 있었다 하더라도 이로 인한 회사의 손해가 발생하지 않은 경우 또는 위법한 행위로 인하여 회사손해는 발생하였지만 소송수행을 하는 것이 객관적으로 회사이익에 반하는 경우에는 주주대표소송이 오히려 회사 및 주주에게 해가 되어 사회 전체에 피해를 초래하게 될 것이다.

셋째, 주주대표소송이 활성화되면 경영자는 책임추궁의 가능성이 높아질 것을 염려하여 예상되는 이익에도 불구하고 큰 사업을 삼가게 되어 경영진을 위축시켜 이사가 되기를 꺼려하는 사람들이 많아져 경영자 확보에도 곤란을 격에 될 것이다.[117]

마지막으로, 대표소송의 제기 및 수행에 많은 비용 · 시간과 노력이 소요되는 것에 비해서 주주에게 직접 돌아가는 이익은 미약하기 때문에 주주의 손해를 회복하는 기능 역시 만족할 만한 수준에 이르지 못할 가능성이 높다.[118]

이러한 한계와 문제점에도 불구하고 주주대표소송은 그 효용이 크기 때문에, 향우 우리나라에서 계속 증가할 것으로 예상된다. 나아가 그 이용범위 즉 대표소송

우에 한하여 손해배상책임을 지도록 하였다.

117) 양동석, 전게논문, 437면 참조.

118) 김동훈, 전게논문, 10면 참조.

을 이용할 수 있는 경우도 확대될 것이다. 따라서 제도에 대한 효과분석 및 활용 방안에 대한 모색과 더불어 이 제도의 남용으로 일어날 수 있는 문제점을 해소할 수 있는 보다 더 적극적인 방안이 검토되어야 한다.

제 5 장 결론

우리나라의 상법개정 과정은 주주권과 소수주주권의 강화를 통한 경영감독, 경영의 투명성과 재무정보의 신뢰성 회복, 이사와 감사 등의 책임강화에 집중되었다.

본 논문에서는 이사의 책임과 완화할 수 있는 방안에 대하여 검토하였다.

주식회사의 이사가 회사에 대하여 손해배상 책임을 부담하는 원인은 상법 제399조 제1항의 "법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 경우"이다. 우리 상법에서 법령 또는 정관에 위반한 이사의 회사에 대한 책임의 법칙 성격에 대하여 현재의 무과실 책임설, 과실 책임설, 절충설 등으로 나누어지고 있으나, 이사의 책임을 경감시키는 동시에 유능한 인재확보를 위하여 그리고 책임 면제의 실효성을 위하여 미국이나 독일처럼 이사의 회사에 대한 책임은 과실책임주의로 명문화하여야 할 것이다.

IMF의 경제지원 이후 주주대표소송 제기 요건의 완화, 집단소송제도 등에 의한 이사들에 대한 책임 추궁이 증가하면서 이사의 경영활동이 위축되어 유능한 인물을 이사로 영입할 수 있게 하고 엄격한 책임요건과 거대한 손해배상청구 금액으로부터 이사의 책임을 경감할 수 있는 방안을 마련하는 것은 상법 및 증권거래법의 시급한 과제라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 현행법상 이사의 책임제도와 완화하는 방안을 고찰해 보았다. 본 논문에서 살펴본 이사의 책임제한 및 면제하는 방법은 다음과 같다.

첫째, 경영판단의 원칙의 적용문제이다. 이 원칙은 경영상의 결정이 존재하고, 개인적인 이해관계가 없으며, 합리적인 정보에 기하여 결정하는 등의 요건을 구비한 경우에 적용할 수 있는 원칙이다. 회사의 최선의 이익에 합치한다는 믿음을 가지고 합리적인 판단을 통해 이루어진 이사의 경영활동에 대하여는 책임의 경감 및 면제를 해야 할 것이다.

또는, 손익상계의 법리를 적용하여 이사가 회사에 끼친 손해의 행위로부터 회사

가 얻는 이익이 있다면 이사를 상대로 하는 소송에서 회사가 승리한 경우에 이중의 이익을 얻게 되므로 이를 손익상계하는 방안이 있다. 그리고 이사가 물어야할 배상액이 실제로는 회사가 조치하지 못함으로 인한 경우에는 과실상계의 법리를 들어 이사의 배상금액을 감안할 필요가 있다.

둘째, 우리나라 상법에는 손해배상책임만을 규정하고 있고 손해배상책임제한에 대하여는 어떠한 규정도 없다. 다만 대법원 판례에서 이사의 손해배상책임제한의 근거로서 손해의 공평분담의 원칙과 신의칙을 기준으로 하고 있다. 이사가 주주나 제3자로부터 청구되는 손해배상금액을 회사가 가입한 보험의 보험금을 통해 해결하는 이사책임보험이 있다.

이사책임보험은 거액의 손해배상으로부터 부담을 덜고 회사의 업무에 충실할 수 있도록 하는 역할을 하게 된다. 소송과 관련된 책임제한의 방법으로는 대표소송이 남용되지 않도록 억제하는 방법과 회사가 소송에 참가하도록 하는 방법이 있다.

셋째, 주주의 권리 의식의 증대와 소수주주권 행사요건의 완화에 따라 주주가 회사의 경영감시자로서 역할을 쉽게 수용할 수 있게 되었다. 특히 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 부담하는 경우에 회사가 이를 행사하지 않는다면 소수주주가 회사를 대신하여 이를 행사할 수 있게 하는 대표소송제도의 개선에 따라 주주가 대표소송을 제기하는 사례가 증가하고 있다. 그러나 이러한 현상은 회사의 투명성확보라는 잇점도 있지만 소의 남용으로 인하여 회사의 경영에 막대한 지장을 초래할 수 있다. 따라서 남소를 방지할 수 있는 대책이 필요하다.

먼저 대표소송의 남용을 억제하는 방안으로는 특별소송위원회제도와 제소요건의 강화를 통한 방안이 있다. 특별소송위원회는 주주의 제소청구를 거절하거나 소를 각하하도록 신청할 수 있는 권한을 가지고 있도록 하여 남소를 방지할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 또한, 주주대표소송이 소수주주권으로 되어 있을지라도 주주대표소송의 객관적인 구성요건이 충족되는 경우에만 그 대표성을 인정한다면 대표소송의 남용을 방지할 수 있을 것이다.

회사가 대표소송의 피고인 이사의 보조참가인으로 참가하도록 허용하는 것도 이

사에 대한 소송에서 적법한 의사결정을 내린 이사를 위하여 이로운 방안이 될 것이다.

끝으로, 위와 같은 이사의 책임완화에 대한 방안들이 마련되는 것과 더불어 이사들이 효율적이고 안정적인 경영활동을 하므로서 글로벌 경쟁시대에 기업의 경쟁력을 증가시키고, 동시에 우리나라 국가 경쟁력을 강화할 수 있는 계기가 될 수 있기를 바란다.

참고문헌

<국내문헌>

강희갑, “미국법상 이사의 충실의무와 이사의 자기거래”, (기업법연구 제5집, 2000. 4)

_____, “주식회사의 이사의 의무와 회사에 대한 손해배상 책임”, (명지대학교법학연구소, 명지법학 제3호, 2004)

고재종, “이사의 임무해태에 따른 책임의 성립여부에 관한 검토”, (외법논집 제14집, 2003. 8)

김대연, “주주대표소송과 경영판단의 원칙”, (한국상사법학회, 상사법연구 제17권 3호, 1999)

_____, “주주대표소송에서의 화해”, (한국상사법학회, 상사법연구 제8권, 1997)

_____, “이사의 책임제한 및 면제”, (한국비교사법학회, 비교사법, 2003.6.)

김상규 · 이형규, “이사의 책임강화에 따른 대응방안에 관한 연구”, (코스닥등록법인협의회, 2002)

김용구, “이사의 지위·의무·책임의 비교법적 고찰, (법학연구 제6집, 2001. 1)

김정은, “주주대표소송에 관한 연구”, 석사학위논문, 한국외국어대학교, 2005년

박승남, “이사의 책임제한에 관한 연구”, 조선대학교 석사학위논문, 2005년

박효준, “이사의 책임제한에 관한 연구”, 창원대학교 박사학위 논문, 2005년

손주찬 · 정동윤, “주석상법(Ⅳ)”, (한국사법행정학회, 1999)

양동석, “기업의 지배구조개선을 위한 주주의 대표소송”,「상사법연구」, 제19권 제2호, (한국상사법학회, 2000)

_____, “대표소송의 활성화와 이사의 책임경감”,「비교사법」, 제9권 제4호, (한국비교사법학회, 2002)
_____, “일본 상법상 이사의 책임제한과 분할책임론”,「기업법연구」, 제14집, (한국기업법학회, 2003)
우성목, “사외이사제도에 관한 법적 연구”, 성균관대학교 석사학위 논문, 2003년
윤보옥, “미국 회사법에서의 이사의 주의의무와 경영판단의 법칙”, (한국비교사법학회, 비교사법 제7권 2호, 2000)
이균성, “CEO의 책임과 경영판단의 원칙”, (한국상장사협회, 상장협 제45호, 2002. 춘계)
_____, “기업의 구조조정과 주식회사법제의 개혁”, (한국외국어대학교 법학연구소, 제10차 학술세미나 자료집, 2002)
이은영, “채권각론”, (박영사, 2002)
이철송, “회사법강의”, (박영사, 2004)
“회사법강의”, (박영사, 2005)
정동윤, “회사법(제6판)”, (법문사, 2000)
“상법(상)”, (법문사, 2001)
“회사법”, (법문사, 2003)
정우택, “상법통론”, (신양사, 1997)최기원, “신 회사법론”, (박영사, 2001)
정호열 · 이영철 · 박임출, “이사의 손해배상책임과 제한에 관한 연구”, (한국상장사협의회, 상장협보고서, 2003.1)
최기원, “상법학신론(상), (박영사, 2001)
최준선, “회사법”, (삼영사, 2004)
최준선 · 김순석, “회사법 개정방향에 관한 연구”, (상장회사협의회, 2004. 12)
허동원, “주식회사 이사의 분할책임에 대한 연구”, (외법논집 제21집, 2006)
_____, “이사의 책임법제에 관한 연구”, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2004년

_____, “이사의 책임법제에 관한 연구”, (한국외국어대학교, 박사학위논문, 2004. 2)
홍복기, “이사의 의무와 경영판단 원칙의 적용”, (KDIC, 금융연구 제4권 4호, 2003. 9)

<외국문헌>

H.W. Ballantine, *On Corporations*, revised ed. (chicago: Callaghan and Company, 1946)
Schilling, *in GröBkommentar zum Aktiengestetz*(Berlin, 1973),93.
Percy v. Millaudon 8 Mark. (n.s.)68 (La. 1829)
Hodges v. New England Screw Co. 1 Ra. Ⅰ. 9 (1853)
Charies Hansen, "The Duty of care, The Business Judgement Rule and the American Law Institute Corporate Governance Project,", 48 *The Business Law*.
Potter v. Pohlad, 560 N. W. 2d.

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20067012	과 정	석사
성 명	한글: 박미정 한문 : 朴美貞 영문 : Park, Mi-Jung				
주 소	광주광역시 서구 풍암동 금호APT 106-1301				
연락처	E-MAIL :				
논문제목	한글 : 이사의 책임완화에 관한 연구 영어 :A Study on the Relation of Director's Responsibility in Corporation				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의(*0*) 반대( )

2007 년 12 월 일

저작자: 박 미 정 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하