creative commons

COMMONS DEED

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

dCollection

[UCI]I804:24011-200000236390

2008年 2月
博士學位論文

透明性 確保를 위한 業務執行機關의 改善에 관한 研究

-執行任員制度를 中心으로-

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

丁 驊 貞

透明性 確保를 위한
業務執行機關의 改善에 관한 研究

-執行任員制度를 中心으로-

A study on the Reform of Executive Organ in Corporation

2008年 2月 25日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

丁 驊 貞

透明性 確保를 위한
業務執行機關의 改善에 관한 研究

-執行任員制度를 中心으로-

指導教授 梁 東 錫

이 論文을 法學 博士學位 申請 論文으로 提出함

2007年 10月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

丁 驊 貞

丁驊貞의 博士學位論文을 認准함

委員長　　教　授　　印

委　員　　教　授　　印

委　員　　教　授　　印

委　員　　教　授　　印

委　員　　教　授　　印

2007年　12月

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

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 ····· 4

第2章 執行任員制度의 美國과 日本의 立法例 ····· 6

第1節 美國의 執行任員制度 ····· 6

1. 美國株式會社의 經營構造 ····· 6

가. 美國의 各 主의 會社法 ····· 6

나. 執行任員의 現況 ····· 7

2. 執行任員의 法的地位 ····· 10

가. 執行任員의 槪念 ····· 10

나. 執行任員의 選任 및 解任 ····· 11

3. 執行任員의 權限 ····· 14

가. 社長의 權限 ····· 14

나. 理事會議長의 權限 ····· 16

다. 副社長의 權限 ····· 17

라. 總務의 權限 ····· 18

마. 財務의 權限 ····· 19

바. 總支配人의 權限 ····· 20

사. 執行任員의 訴訟上의 權限 ····· 21

아. 執行任員의 表現上의 權限과 追認 및 制3者의 確認 ····· 22

자. 事實上 執行任員 ····· 23

第2節 日本의 執行任員制度 ····· 25
1. 株式會社의 經營 · 監督機關의 改編 ····· 25
가. 執行任員制의 導入背景 ····· 25
나. 經營構造의 選擇制 ····· 27
2. 執行任員의 法的 地位 ····· 32
가. 執行任員의 意義 ····· 32
나. 實務上의 旣存槪念과의 區別 ····· 34
다. 執行役員의 代表執行役 ····· 39
라. 執行役員의 選任 및 解任 ····· 39
마. 執行役員과 理事와의 關係 ····· 40
3. 執行任員의 義務와 責任 ····· 42
가. 執行任員의 義務 ····· 42
나. 執行役員의 責任 ····· 43

第3章 商法改正案上의 執行任員 ····· 53
第1節 株式會社의 業務執行機關 ····· 53
1. 理事會 ····· 53
가. 序說 ····· 53
나. 理事會의 權限 ····· 56
다. 理事會內의 委員會制度 ····· 57
2. 代表理事 ····· 58
가. 序說 ····· 58
나. 理事會와 代表理事와의 關係 ····· 58
다. 表現代表理事制度 ····· 59

라. 代表理事의 權限 ····· 60
3. 理事의 義務와 責任 ····· 61
가. 理事의 義務 ····· 61
나. 理事의 責任 ····· 63
第2節 執行任員制度의 槪觀 ····· 65
1. 執行任員의 意義 ····· 65
가. 執行任員의 槪念 ····· 65
나. 執行任員의 法的地位 ····· 66
다. 執行任員과 유사한 槪念과의 比較 ····· 67
2. 執行任員의 導入必要性과 理事會와의 關係 ····· 70
가. 執行任員制度의 導入必要性 ····· 70
나. 理事會와 執行任員의 關係 ····· 74
다. 支配權의 逆轉現狀 ····· 75
3. 執行任員의 運營 現況 ····· 76
第3節 執行任員의 役割 ····· 79
1. CEO ····· 79
가. CEO의 槪觀 ····· 79
나. CEO의 役割 ····· 84
2. CFO ····· 85
가. 意義 ····· 85
나. CFO의 條件 ····· 85
다. CFO의 役割 ····· 86
3. CIO ····· 88
4. 執行任員會 ····· 90

第4節 執行任員의 義務와 責任 ····· 92
1. 職務上의 權限 ····· 92
2. 理事와 執行任員의 兼任 ····· 93
3. 執行任員의 義務 ····· 94
가. 善管注意義務 ····· 94
나. 忠實義務 ····· 95
다. 競業禁止義務 ····· 96
라. 利益相反去來 ····· 97
마. 報告義務 ····· 98
바. 說明義務 ····· 99
사. 委任終了時의 緊急處理 義務 ····· 101
4. 執行任員의 責任 ····· 101
가. 執行任員의 會社에 대한 責任 ····· 103
나. 執行任員의 制3者에 대한 責任 ····· 104

第4章 執行任員制度 導入에 따른 法的 諸問題 ····· 106
第1節 執行任員의 責任確保 ····· 106
1. 執行任員과 代表訴訟 ····· 106
가. 代表訴訟의 意義 ····· 106
나. 執行任員의 責任範圍 ····· 107
다. 代表訴訟과 經營判斷의 原則 ····· 109
2. 執行任員과 證券集團訴訟 ····· 110
가. 證券集團訴訟의 槪念 ····· 110
나. 證券關聯集團訴訟法上 執行任員의 責任規定 ····· 111

第2節 執行任員의 責任緩和 ····· 114
1. 執行任員과 經營判斷의 原則 ····· 114
가. 經營判斷의 原則의 意義 ····· 114
나. 理事의 經營判斷의 原則 受容可能性 ····· 115
다. 執行任員의 經營判斷의 原則 導入必要性 ····· 116
라. 經營判斷의 原則의 適用要件 ····· 119
2. 執行任員과 任員賠償責任保險 ····· 120
가. 任員賠償責任保險의 意義 ····· 120
나. 被保險者의 範圍 ····· 121
다. 任員賠償責任保險과 報償 ····· 121
第3節 商法改正案의 主要內容과 改善方案 ····· 124
1. 執行任員 設置會社에 관한 問題 ····· 124
2. 執行任員의 選任과 解任에 관한 問題 ····· 126
3. 執行任員의 任期와 報酬에 관한 問題 ····· 127
4. 理事會의 權限과 委任에 관한 問題 ····· 129
5. 理事와 執行任員의 兼職 許容에 관한 問題 ····· 130
6. 執行任員의 權限 및 代表執行任員의 權限 ····· 131

第5章 結論 ····· 133

참 고 문 헌 ····· 137

【ABSTRACT】

A study on the Reform of Executive Organ in Corporation

Jung-Hwa Jung
Advisor : Prof. Yang, Dong Suk, Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

Executive organizations in the current commerce law are composed of the board of directors and the representatives, and the former supervises decision-making on the execution and execution by the boards, and the latter executes management of business and forms external legal relations of their corporations.

The revised commerce law created the executive committee that is in charge of the management of business by the boards of directors and representatives, but it considers it as an arbitrary regulation that the executive committee system is introduced according to necessity of each corporation, respecting the current convention of the corporations. For the corporations that introduce the executive committee system, the executive organizations are the executive officials and the boards of directors, and for the ones that do not introduce the system, the boards of directors and representatives are executive organizations.

Such executive officials have similar tasks and compensation of the previous registered directors. Corporations recognize the executive officials as persons who execute management commissioned by corporations, but as it is no legal ground in commerce law, many legal problems in whether their positions are commissioned or employed, authorization, duty and responsibility may occur. The precedents in the supreme court give a decision that " the executive officials are workers who are employed by the contracts of employment rather than the officials by commission contracts though they are not designated by the general meeting or registered, revealing the separation from reality. So, the necessity of introduction of the executive official system was presented as in the .U.S.A. or Japan, and the 2006 revised commerce law decided to introduce the executive official system.

The executive official system could not exert its function due to contradiction in its structure as the boards of directors have rights of decision-making and supervision, and the representatives and the boards in charge of management execute business. So, the revised law separated the authorities of the boards of directors, and reverted the rights of business execution and decision-making to the executive officials in order to enhance elastic and quick business management. And the supervisory right reverted the board of directors to make them to be faithful to their function.

However, there are several problems not to be overlooked in the executive official system of the revised commerce law:

First, by allowing corporations to adopt their executive official systems

irregardless of their size, it provides no limit to the corporations which will introduce the system. Second, as the decision on whether decision-making on business management will be commissioned to the executive officials depends on only the judgement of the boards of directors, when the board of directors commissions decision-making to the officials, the limit of the commission is a problem. Third, when the person in authority of corporations is in charge of execution as a representative executive official by allowing concurrent positions of the director and executive official, as the executive official and director will exert his influence on the board of directors and the same person has both the authorities of execution and supervision, the legislative tendency to separate decision-making and supervisory organization from the executive organization is meaningless and the supervisory function of the board of directors may be useless. Fourth, when the responsibility of the executive officials is limited, whether the same principle of management judgement to be applied for the board of director can be applied for the officials is a question.

This study speculates the necessity to introduce the executive official system and legislative examples of U.S.A. and Japan, and analyses several problems of the official system in the revised commerce law in order to present desirable directions of its future legislature and execution.

This study is composed of a total of five chapters: Chapter 1 , preface, describes the purposes, subjects and scopes of the study; Chapter 2 looks at the executive official systems of the U.S.A. and Japan; Section 1 outlines the legal system on the American executive official system which is

necessary to understand the system properly; Section 2 analyses the executive official system of Japan which is similar to our legal system. Chapter 3 outlines the executive official system which the revised commerce law is going to introduce. Section 1 looks at meaning and necessity of the executive officials, relations between the boards of directors and the officials, and its current status. And Section 2 examines the roles of the officials and Section 3 their duty and responsibility.

第1章 序論

第1節 研究의 目的

현행 상법상 업무집행기관은 이사회와 대표이사로 구성되어 있는데 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정 및 이사의 직무집행을 감독하고, 대표이사는 업무집행을 실행하고 회사의 대외적인 법률관계를 형성시키는 회사대표행위를 한다.

상법개정안에서는 이사회 및 대표이사의 업무집행기능을 전담할 기관으로 집행임원을 신설하였고, 다만 현재의 기업 관행을 존중하여 집행임원제도를 각 회사의 필요에 따라 선택하여 도입할 수 있도록 임의규정의 형식을 취하고 있다. 상법개정안의 집행임원을 도입하는 회사의 경우 업무집행기관은 집행임원과 이사회가 되며, 도입하지 않는 회사의 경우는 기존과 같이 이사회와 대표이사가 업무집행기관이 될 것이다.

집행임원이란 미국회사제도에 있는 개념이다. 그러나 미국 회사법에서는 집행임원(Officer)의 개념은 명확하게 정의하지 않고, 집행임원의 직무 종류와 서열만을 구별할 뿐이다. 이러한 집행임원은 일반적으로 미국 회사법상 "이사회에 의하여 선임되며, 이사회의 뜻에 따라 업무를 수행하는 자, 이사회가 결정한 경영방침을 집행 · 관리하는 권한을 위임받은 자(The corporation's officers, such as the company's president, perform the executive function of carrying out the board's policies)[1]이며, 법 이론상으로 회사의 대리인이며 대리에 관한 법 원칙이 적용된다."[2]라고 정의한다.

우리 상법은 집행임원에 관하여 명문의 근거를 두고 있지 않지만, 독점규제 및

---

1) Franklin A. Gevwrtz, Corporation Law, St. Paul, Minn, 2000, p.179.

2) James D. Cox, Thomas Lee Hazen & F. Hodge O'Neal, Corporations,§ 8.1(1995) ; Harry G. Henn & John R. Alexander, Enterprises, § 219(3d ed. 1983).

공정거래에 관한 법률 제2조 제5항에서는 “임원”이라 함은, 이사 · 대표이사 · 업무집행을 하는 무한책임사원 · 감사나 이에 준하는 자 또는 지배인 등 본점이나 지점의 영업전반을 총괄적으로 처리할 수 있는 상업사용인을 말한다”라고 직무의 종류에 대하여 명문으로 규정하고 있다. 여기에서 임원이란 회사의 주요보직자 또는 상급보직자를 모두 포함하는 개념이며, 미국 회사법상의 집행임원과는 그 뜻을 달리한다.

IMF 이후 기업지배구조의 개선문제가 주요이슈로 떠올랐고, 이사회의 독립성을 확보하고 업무집행에 대한 감독기능을 회복시키기 위한 목적에서 사외이사제도가 강화되었다. 즉, 2000.1.21 증권거래법 제191조의 16의 신설로 주권상장법인은 이사 총수의 4분의 1 이상(자산총액이 2조원 이상인 주권상장법인의 경우에는 이사 총수의 과반수)을 사외이사로 선임하게 되었고, 2004.7.1부터는 코스닥 상장법인의 경우에도 이사 총수의 4분의 1 이상(자산총액이 2조원 이상인 코스닥 상장법인의 경우에는 이사 총수의 과반수)을 사외이사로 선임하는 것이 의무화 되었다.

이에 따라 종래와 같이 많은 수의 등기이사를 유지할 경우에는 그에 비례하여 사외이사의 수를 늘려야 했는데, 기업의 입장에서는 이사회에서의 의사결정의 지연, 비용부담의 증가, 사외이사에 의한 기업정보의 대외유출가능성 등과 같은 경영상의 문제점을 우려하여 사외이사 수를 최소화 하려고 했고, 그 결과 등기이사의 수를 대폭 줄이고 그 대신 등기이사가 수행하던 업무를 비등기이사에게 맡기며, 이들에 대하여 집행임원이라는 명칭을 사용하기도 하였다.

이러한 집행임원은 과거 등기이사가 수행하던 직무를 담당하고 보수 등에서도 등기이사와 거의 동등한 대우를 받고 있다. 기업 현장에서는 이러한 집행임원을 등기이사와 마찬가지로 회사로부터 경영에 관한 사항을 위임받아 이를 집행하는 자로 인식하는 것이 일반적이나, 상법 등 법률상의 근거가 없기 때문에 회사와의 관계에서 그 지위가 위임관계인지 고용관계인지 문제, 권한, 의무 및 책임 등에서 많은 법률상의 문제를 야기할 수 있다. 대법원 판례에서도 “집행임원이 주주총회에서 선임되지도 않았을 뿐만 아니라 등기되지도 않았다는 이유로 집행임원의 지위는 위임계약에 의한 임원이 아니라 고용계약에 의한 근로자”라고 판시하여[3] 기

업현실과의 괴리를 보여주고 있다. 그래서 미국이나 일본의 경우와 같은 집행임원제도의 도입 필요성이 제기되었고 마침내 2006년 상법개정안에서는 집행임원제도를 도입하기로 하였다.

미국의 경우 공개회사는 이미 이사회와 집행임원을 제도화하여 집행과 감독을 분리하였고, 2002년에는 Sarbanes-Oxley Act를 제정하여 이사회의 감독기능을 강화하였다. 일본도 2002년 상법특례법을 개정하여 위원회등설치회사는 집행역 및 대표집행역을 두게 하여 업무집행과 감독을 분리하였다.

오늘날 업무집행기관과 이에 대한 감독기관을 분리하여 입법하는 것이 전 세계적인 추세이므로 우리 기업의 세계화와 더불어 이에 부응하는 입법을 하는 것이 당연하다고 할 것이다. 그리고 이사회의 경영감시 등을 통하여 주주의 이익을 최대한 보장하고자 하는 주주자본주의 모델(shareholder capitalism model)로 지배구조를 개선하고자 하는 우리나라의 입법흐름과도 일치하므로 2006년 상법개정안에서 집행임원제도를 도입하기로 한 것은 바람직하다 할 것이다.

그런데 상법개정안의 집행임원제도에 관해서는 간과해서는 안 될 몇 가지 문제점이 있다. 첫째, 회사가 그 규모에 관계없이 집행임원제도를 채택할 수 있도록 함으로써 집행임원 설치회사에 대해 아무런 제한이 없으며 둘째, 업무집행에 관한 의사결정을 집행임원에게 위임할 것인지 여부는 오로지 이사회의 판단에 맡겨져 있어 집행임원에게 이사회가 업무집행에 관한 의사결정을 위임하는 경우 그 위임의 한계가 문제된다. 셋째, 이사와 집행임원의 겸직을 허용하여 회사의 최고 실권자가 대표집행임원이 되어 업무집행을 하는 경우에 이사를 겸직하는 집행임원을 통하여 이사회에 영향력을 행사함으로써 집행과 감독의 권한이 동일인에게 속하게 함으로써 결국 의사결정 및 감독기관과 집행기관을 분리하는 입법경향이 무의미해지고 이사회의 감독기능을 유명무실화 시킬 위험이 있다. 넷째, 집행임원의 책임도 이사와 같이 그 한도를 제한할 수 있도록 하고 있는데 이사에게 적용되는 경영판단의 원칙을 임원에게도 그대로 적용할 수 있는지 의문이 발생한다.

본고에서는 먼저 집행임원제도의 도입 필요성과 미국 일본의 입법례를 살펴본

3) 대판 2003. 9. 26, 2002다64681; 2005. 5. 27, 2005두524 등.

후 집행임원제도에 관한 상법개정안의 여러 문제점을 분석하여 향후 입법 및 시행상의 바람직한 방향을 제시하고자 한다.

第2節 硏究의 範圍와 方法

우리나라의 대규모 주식회사의 지배구조 중에서 특히 이사회의 의사결정기능을 효율화하고 그 감독기능을 강화하기 위하여 미국식 사외이사제도를 도입한 뒤, 사외이사로 구성된 감사위원회까지 도입하였다. 그 결과 종래보다는 이사회의 의사결정기능과 감독기능을 강화해 나가고 있지만, 아직도 대규모 재벌회사에서는 지배주주와 오너가 회사의 경영진을 장악하고 그룹계열사를 지배하고 있으므로, 이사회의 업무집행에 대한 의사결정기능과 감독기능이 취약하다. 이러한 점을 개선하기 위해서는 집행기관과 의사결정 · 감독기관을 분리하지 않고서는 사외이사제도나 감사위원회제도는 그 실효성을 확보하기가 힘들다. 따라서 이사회의 기능을 효율화하고 강화하기 위한 방안으로 본 논문에서는 2006년 상법개정안이 도입하고자 하는 집행임원제도를 검토하고자 한다.

본 논문은 총 5장으로 구성되어 있다.

제1장은 서론으로 본 논문의 연구목적과 연구의 대상 및 범위를 서술하며, 제2장에서는 외국의 입법례로서 미국과 일본의 집행임원제도를 살펴본다. 제1절에서는 집행임원제도를 올바르게 이해하기 위해서 반드시 필요한 미국의 집행임원제도에 관한 법체계를 개관하였고 제2절에서는 우리나라와 법체계가 비슷한 일본의 집행임원제도를 분석한다.

제3장은 상법개정안에서 도입하려고 하는 집행임원제도을 개관한다. 먼저 제1절에서는 집행임원의 의의, 집행임원의 도입필요성과 이사회와의 집행임원의 관계 및 집행임원의 현황을 살펴본다. 그리고 제2절에서는 집행임원의 역할을 제3절에서는 집행임원의 의무와 책임을 살펴본다.

제4장에서는 앞장을 통해 살펴본 집행임원에 관한 구체적인 법률문제를 검토하고자 한다. 제1절에서는 집행임원의 책임을 확보하는 방안으로서 주주대표소송과 증권집단소송을 다루어 본다. 제2절에서는 이사에게 적용되는 경영판단의 원칙을 임원에게도 그대로 적용하여 집행임원의 책임을 완화할 수 있는지 알아보기 위해 경영판단의 원칙과 임원배상책임보험을 살펴본다. 제3절은 상법개정안의 집행임원에 대한 주요 내용과 상법개정안의 여러 문제점을 분석한다.

제5장은 집행임원제도에 관한 상법개정안의 향후 입법 및 적용상의 발전적 방향을 제시하고자 한다.

第2章 執行任員制度의 美國과 日本의 立法例

第1節 美國의 執行任員制度

1. 美國株式會社의 經營構造

가. 美國의 各 主의 會社法

미국의 각 주 회사법은 회사의 모든 영업은 정관에 다른 정함이 없는 한 이사회에 의하여 또는 이사회의 지시 · 감독에 의하여 운영되도록 정하고 있다.[4] 그러나 이사회는 스스로 업무집행을 하지 않으며 부속정관 또는 이사회 결의에 의하여 선임된 집행임원[5]에게 그 업무집행을 맡기고 있다.

이사회의 기능으로는 일반적으로 집행임원 등의 임면 · 감독과 노사관계 · 이익배당 · 자금조달 등 일반적인 정책결정과 정관변경 · 회사합병과 같은 비상사태에 대한 정책을 결정하고 회사의 모든 업무를 감독하다.[6] 따라서 이사회는 회사의 업무집행에 대한 의사를 결정하는 의사결정기관과 그 업무집행을 감독하는 감독기관의 지위를 아울러 가진다. 이와 같이 미국은 하나의 이사회에서 업무집행기능과 감독기능을 통합하여 운영하는 일원적 경영관리구조를 가지고 있다는 점에서 업무집행기능은 이사회가, 이에 대한 감독기능은 감사회가 담당하는 독일식의 이원적 구조와 구별이 된다.

---

4) RMBCA § 8.01(b); Delaware General Corporation Law § 141.

5) President, Vice President, Secretary, Treasurer 등의 직함은 부속정관 또는 이사회의 결의에 맡기고, 주 회사법에서는 단순히 집행임원(Officers)이라고만 규정하고 있다. RMBCA § 8.40(a); Delaware General Corporation Law § 142. vid.

6) Henn & Alexander, op. cit., p.564; Robert A.G. Monks and Nell Minow, Corporate Governance, 1995, p. 183.

그러나 최근에는 이사회는 합병 · 정관변경과 같은 조직적 사항에 대해서만 결정하고, 나머지는 정관의 광범위한 자치를 인정함으로서,[7] 정관규정에 의하여 집행임원들로 구성된 집행위원회에서 맡는다. 나아가 이사회의 구성원인 이사의 수가 많고 다수의 사외이사로 구성되어 있는 대규모 공개회사의 경우는 업무집행권 뿐만 아니라 업무집행에 대한 의사결정권까지도 집행임원에게 위양하고 이사회 자신은 오직 그 집행임원의 업무집행을 감시 · 감독하는 기능만을 하며 그 집행임원진의 의사결정을 추인하는 것이 관행으로 되어있다.[8]

나. 執行任員의 現況

(1) 이사회의 실태와 문제점

S&P상위 500사의 이사 평균수는 약11.7명이며, S&P 상위1500사의 이사 11,674명 가운데 사내이사(회사와 고용관계에 있는 자)가 21.6%, 관련이사(회사와 고용관계 이외의 이해관계가 있는 자 즉, 회사의 전 종업원, 고문변호사, 투자은행원, 경영진의 친족)가 16.7%, 사외이사가 62.2%로 구성되어 있어 사외이사의 비율이 높다. 또 조사대상기업의 사내이사 2,534명 가운데 약 56%가 CEO(Chief Executive Officer) 또는 이사회의장을 맡고 있고, 32.8%는 CEO겸 이사회의장, 부사장(Executive Vice President)이 12.1%, 재무담당집행임원(Chief Financial Officer)이 5.7%, 전무(Senior Vice President)가 4.5%, 자회사 집행임원이 5% 정도이다.[9]

그런데, 대규모 공개회사의 이사회는 대부분 회사의 영업에 정통하지 못한 사외

---

7)武井一浩,“米國型取締役の實態と日本への導入上の問題(1),”「商事法務」No. 1505 (1998.10. 5), 78頁.

8) ALI는 이러한 실무관행을 존중하여 대규모 공개주식회사의 업무집행은 이사회가 담당하지 않고 업무집행임원이 직접 담당하도록 하고(§ 3.01), 이사회는 기본적으로 집행임원의 업무집행을 감시·감독하는 기능을 하도록 하였다. ALI, Principles of corporate governance : analysis and recom- mendations, (American Law Institute Publishers, 1994), Vol Ⅰ, p. 83.

9)武井一浩,“米國型取締役の實態と日本への導入上の問題(1),”「商事法務」No. 1505 (1998.10. 5), 79頁.

이사로 구성되어 있어 전문경영진이 제출한 것을 일반적으로 검토하는데 그치고 경영진의 결정을 추인 할뿐이므로, 대규모 공개회사 가운데 약 50%, S&P 500사 가운데 약 62%가 경영위원회(경영위원회는 대부분 집행임원으로 구성되어 있음)를 설치하여 이사회의 업무결정권을 위임하고 있다. 즉, 사외이사는 회사의 경영에 대해 외부인이므로 경영에 대한 의사결정을 전문적 · 계획적으로 처리하기에는 한계가 있어 업무집행결정권을 경영위원회에 위임하고 이사회는 이를 추인함으로써 업무집행에 대한 의사결정기능을 현실화하고 있다.

그러므로 사외이사는 경영진 또는 전문가가 작성 제출한 정보를 신뢰하여 결정한 경영판단은 경영판단의 원칙에 의하여 면책될 수 있기 때문에, 미국에서는 사외이사에 대하여 여러 가지 비판[10]이 있음에도 불구하고 사외이사를 다수 영입하여 사외이사로 이사회를 구성하고 있다.

사외이사로 구성된 이사회제도가 경영 효율성에 대한 감시의 측면에서 우수하다[11]고 한다. 그러나 사외이사의 선임에 있어서 경영진이 자신의 영향력 범위에 있는 자를 사외이사로 선임하여 오히려 사외이사를 자신의 지위 유지에 활용하는 경우가 있다. 또한 최고 경영자와 이사회 의장이 분리되어야 경영 효율성에 대한 감사를 효과적으로 할 수 있음에도 불구하고, 분리되어 있는 회사는 S&P 상위 500사 가운데 약 15%에 지나지 않기 때문에, 사내이사가 많은 회사보다 사외이사가 다수인 회사가 반드시 경영진의 경영실적이나 경영자의 경질이 우수한 것은 아니다.

그러므로 이사회 내에 지명위원회와 보수위원회를 두어 이사회의 경영 효율성

---

10) Lewis D. Solomon, "Restructuring the corporation Board of directors fond hope faint promise?", vol 76, Mich. L. Rev, P.585; Cope Land & Towl, "The board of directors and business Management", Harvard University, 1947, P.169; Burk, “A Group profile of the Fortune 500 chief executive", fortune , May, 1972; 전삼현,「사외이사와 감사위원회」(자유기업센터, 1999), 27-32면.

11) 이사회는 업무집행을 집행임원에게 위임함으로써 경영 효율성 감시 기능만을 특성화 할 수 있으며, 이사회 내에 사외이사로 구성되는 지명위원회(nominating committee)와 보수위원회(compensation committee)를 설치하여 인사권과 보수결정권을 이들이 결정함으로써 경영 효율성을 감시할 수 있고 한다. 강희갑, “주식회사의 지배구조와 미국법상의 경영관리 구조”,「경영법률」제9집 (한국경영법률학회, 1999), 419면 참조.

감시기능을 보조지원[12]하고, 감사위원회[13]가 경영진의 업무 및 회계에 대한 위법성 감사를 함으로써 이사회의 위법성 감독기능을 하고 있으나, 사외이사의 문제점이 잔존한 상태에서 그 역할이 의문이다. 그러나 사외이사의 이러한 문제점에도 불구하고, 사외이사에 의한 경영관리라는 측면에서 기업의 대외적 이미지 고양과 경영 투명성에 보다 접근하여 주주의 이익을 보호할 수 있다는 점에서 대규모 공개주식회사에서는 사외이사 중심의 이사회, 지명위원회와 보수위원회는 경영 효율성에 대한 감시 기능과 감사위원회에 의한 위법성 감사를 실현하기 위해서 여전히 필요한 것으로 주장하고 있다.

(2) 집행임원의 실태

미국에서는 실제로 회사의 업무를 집행하는 자를 집행임원이라고 하고, 집행임원은 부속정관 또는 이사회 결의에 의하여 선임된다. 집행임원의 직제는 일반화할 수 없으나 집행임원 또는 상급집행임원이 경영진에 해당하고 이들의 수장이 CEO이다. 집행임원의 법적 성격은 사용인이 아니라, 회사의 업무를 집행하는 회사의 대리인이다. 미국의 집행임원은 이사와 별개로 주주에 대하여 법률상의 경영책임을 지고, 이사와 동일하게 주의의무와 충실의무를 지며 주주대표소송의 대상이 된다. 그리고 미국에서는 앞에서 본 바와 같이 사외이사가 많으므로 이사를 겸하지 않는 집행임원이 다수이다.[14]

---

12) 지명위원회는 대규모 공개회사 가운데 약 65%가 이를 설치하고 있으며 구성원수는 평균 4.15명인데, 사외이사 구성비가 약 75%이다. 또한, 보수위원회도 대규모 공개회사가운데 약 98%이상이 이를 설치하고 있고 구성원수는 평균 3-4명인데, 사외이사 구성비가 평균 90% 정도이다. 강희갑, 전게논문, 419면.

13) 감사위원회의 설치를 의무로 하고 있는 뉴욕증권거래소와 NASDAQ의 상장규칙, 그리고 그 설치를 권장하고 있는 SEC규칙에 의해 미국의 거의 대부분의 공개기업은 감사위원회를 설치하고 있다. 사외이사 구성비는, S&P 상위 500사의 감사위원회의 구성원 가운데 약 85%이다. 사외이사로 감사위원회가 구성되고 있다는 점에서, 독립된 전문적 외부 회계감사인의 선임, 그리고 그 독립성을 심사함으로써 외부 회계감사인에 의한 독립적 감사를 통해 효과적으로 위법성 감사를 할 수 있게 되는 것이다.

14) 畠田公明, “執行役員の法的地位と責任”,「執行役員制の實施事例-法制上の論点と今後の展開-」 別冊商事法務 No.214 (商事法務研究會 編, 平成10年), 110頁 參照.

2. 執行任員의 法的地位

가. 執行任員의 槪念

미국 회사법상 회사의 '집행임원'(officer)의 개념은 명확하지 않지만, 일반적으로 집행임원은 사장(president), 총무(secretary), 재무(treasurer) 등으로 분류된다. 집행임원 중 사장은 통상적으로 최고집행임원이나 대규모 공개회사 가운데에는 최고집행임원이 이사회의장인 경우도 있고[15] 또한, 사장보다 상위에 두고 광범위한 권한을 행사하는 경우가 많다. 그러나 대부분 기본정관이나 부속정관 또는 이사회 등에서 최고경영자, 이사회 의장, 최고법무집행임원, 최고회계집행임원 등을 집행임원으로 둔다.

이러한 집행임원의 개념을 정립하기 위해서는 집행임원과 이사(director), 그리고 종업원(employee)과의 관계를 살펴볼 필요가 있다.

집행임원과 이사를 살펴보면, 미국 회사법에서는 이사회의 감독 아래 업무집행을 실행하고 회사와 제3자 간의 법률관계를 형성시키는 회사대리행위는 이사회에서 선임[16]되는 집행임원이 담당한다. 즉, 회사의 대리인으로서, 이사회의 수임자로서 집행임원들은 이사와는 달리 그들의 권한범위 내에서 회사를 구속하는 독자적인 지위를 가지고,[17] 대리인의 충실의무를 포함하여 대리법의 일반원칙에 복종하는 회사의 대리인이 된다.

또한 기본정관에 해임사유가 있는 경우(RMBCA § 8.08(a))에만 주주총회의 보통결의로서 해임되는 이사와는 달리, 집행임원은 언제라도 이사회의 결의로서 해임될

15) Henn & Alexander, op. cit., p. 586.

16) RMBCA § 8.40에서는, 이사에 관해서는 election(선임)이라는 용어를 사용하고 집행임원에게는 appointment(임명)이라는 용어를 사용하여 양자간에는 선임절차에 있어 차이가 있음을 강조한 것이다.

17) 집행임원의 대리권은 일반적인 대리인의 대리권과 같이 취급되므로, 정관이나 업무규칙 또는 이사회 결의에 의해서 권한이 인정되지 않으면 회사를 구속하는 계약을 체결할 권한이 없다. Henn & Alexander, op. cit., p.593 et seqq.

수 있다. 그러나 실제로는 이사가 집행임원을 겸임하는 경우가 흔하고 양자의 지위가 상반되지 않으므로, 일반적으로 사용되고 있는 'officer'라는 말에는 이사도 포함된다.

이사회의 수임자로서 집행임원은 이사의 지위를 겸하지 않아도 주주에 대해서는 이사와 동일한 의무와 책임을 진다. 그러므로 집행임원들은 그들에게 위임된 관리직무 범위 내에서 이사와 동일한 충실의무를 부담하는 회사의 수탁자이므로, 대표소송의 피고[18]가 되거나 선관주의의무 또는 충실의무를 부담하게 되는 것이다.

집행임원과 종업원를 살펴보면, 모범사업회사법(§ 1.40(8))에서 집행임원과 종업원과의 관계는 종업원(employee)이란 용어에 집행임원은 포함되지만 이사는 포함되지 않는다. 또한 집행임원의 직무는 기본정관이나 부속정관에 의해 정해지고 주주나 혹은 이사회의 행위에 의해 선임되지만, 종업원은 항상 직무를 점유할 수는 없고 주주나 이사회에 의하지 않고 회사의 집행임원이나 종업원에 의해 일반적으로 고용되고 또 보수도 결정되지만, 집행임원이 제도적으로 이사회에 종속되어 있다는 점에서(RMBCA§8.41) 일반 피용자 내지 종업원과 차이가 없다

나. 執行任員의 選任 및 解任

(1) 집행임원의 선임

미국 회사법에 있어서 주요한 집행임원의 선임은 통상 이사회가 선임하지만(RMBCA §8.40(a); ALI §3.02(a)), 소수의 주제정법은 주주총회도 집행임원을 선임할 수 있다고 규정하고 있다.[19] 따라서 이사회는 집행임원의 권한을 변경할 수

18) ALI, Principles of corporate governance : analysis and recommen- dations, (American Law Institute Publishers, 1994), Vol Ⅱ, p. 18.

19) New York Business Corporation Law § 715 (a) The board may elect or appoint a president, one or more vice-presidents, a secretary and a treasurer, and such other officers as it may determine, or as may be provided in the by-laws. (b) The certificate of incorporation may provide that all officers or that specified officers shall be elected by the shareholders instead of by the board.

도 있기 때문에, 부속정관이나 이사회의 수권이 있으면 다른 집행임원 또는 보조 집행임원을 선임할 수 있으며(RMBCA § 8.40(b)), 자격에 대해서는 제정법에 정함이 없는 경우 부속정관에 의해서 정하여진다.

집행임원의 선임은 매년의 정기 주주총회 직후의 제1회 이사회의에서 결의하는 것이 보통이며, 선임된 집행임원은 바로 회사와 고용계약이 체결된 것으로 간주되는 것은 아니다((RMBCA § 8.40(a)).

집행임원의 겸임에 관해서 대부분의 제정법은 동일인이 복수의 지위에 취임하는 것이 허용된다. 그러나 사장과 총무는 일반적으로 겸임이 금지[20]되지만, 회사가 발행한 주식의 모두를 1인이 보유하는 때에는 모두 관리직 또는 복수의 관리직을 보유할 수 있다.[21]

(2) 집행임원의 임기

집행임원의 임기는 그 선임이 매년 정기총회에서 선임함으로써 그 임기를 1년[22]으로 할 수 있다. 일반적으로 부속정관에서 정하던가 혹은 집행임원을 선임한 이사회가 임기를 정할 수 있다고 규정한다. 즉, 집행임원의 임기를 1년으로 규정한 부속정관의 규정에 위반하여 이사회가 어느 집행임원과 1년을 초과하는 장기의 고용계약을 체결하였다면, 이는 이사회가 부속정관의 규정을 묵시적으로 변경하였다고 보아야 한다.[23] 그러나 종신계약은 장래의 이사회를 구속하기 때문에 일반적으

20) 총무의 주된 업무가 최고경영자가 서명한 서류에 '본인의 서명'임을 확인하는 것이므로, 사장이 총무를 겸하면 서명자 자신이 자신의 서명임을 확인하는 결과가 되기 때문이다.

21) Any two or more offices may be held by the same person. When all of the issued and outstanding stock of the corporation is owned by one person, such person may hold all or any combination of offices.(New York Business Corporation Law § 715(e)).

22) Unless otherwise provided in the certificate of incorporation or the by-laws, all officers shall be elected or appointed to hold office until the meeting of the board following the next annual meeting of share- holders or, in the case of officers elected by the shareholders, until the next annual meeting of shareholders.(New York Business Corporation Law § 715(c)).

23) Realty Acceptance Corp. v. Montgomery, 51 F.2d. 636 (3d Cir. 1930).

로 무효로 해석되고 있다.[24] 집행임원도 이사의 경우와 마찬가지로 후임집행임원이 취임하기 전까지는 퇴임집행임원이 그 지위를 유지한다(RMBCA §8.05(e)).

집행임원은 언제든지 회사에 통지를[25] 함으로써 사임할 수 있고, 통지에 사임일자가 특정되어 있지 않다면 통지 도달 시에 사임의 효력이 발생한다. 사임이사가 이사회 또는 기타의 자(당해 집행임원을 선임한 다른 집행임원)에게 통지된 때에는 즉시 효력이 생기고, 회사에 의한 승낙 또는 이것을 기록에 남길 것을 요하지 않는다.

(3) 집행임원의 해임

집행임원의 해임에 관하여 이사회는 정당한 이유의 유무에 관계없이 집행임원을 해임할 수 있다고 규정하고 있다(RMBCA §8.43조(b)). 또한 기본 정관 또는 부속정관에 의한 수권이 없는 경우에도 이사회는 집행임원의 고용을 종료케 하거나 회사를 위하여 행위 할 권한을 제한하는 고유의 권한을 가지는 것이 판례법상 인정되고 있다.[26] 이 때 정당한 이유 없이 해임 당한 집행임원은 회사를 상대로, 고용기간의 조기종료를 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 해임의 무효를 주장할 권리가 없다(RMBCA§8.44(b)).

3. 執行任員의 權限

전통적으로 집행임원권한에 관한 법적 문제는 집행임원이 회사를 위하여 체결한 제3자와의 회사 거래에 있어서 무권행위[27]를 한 경우이다. 집행임원의 권한은 제

24) Flecher Cyclopedia of the Law of Private Corp.§ 66, P.142.

25) RMBCA§ 8.43(a)에서는 'notice'이며, Delaware General Corporation Law§ 142(b)에서는 'upon written notice'이다.

26) Flecher Cyclopedia of the Law of Private Corp.§ 352, P.165.

27) 무권행위를 기만행위(an action in deceit) 또는 권한의 묵시적 담보위반행위(an action for breach of implied warranty of authority)로 본다. William J. Grange & Thomas C. Woodbury, Corporation Law, New York, 2ed, 1964, p. 326. 또한 미국에서는 warranty를 condition을 포함하는 의미로 사용

정법, 기본정관, 부속정관 등의 규정과 이사회의 결의에 의하여 명시적 권한을 가지며, 그 직의 성질과 그 행위에 수반하는 특별한 사정에 따라서 묵시적 권한, 표현적 권한,[28] 추인, 금반언 법리 등의 전통적 법리에 근거하여 권한을 인정한다.[29] 그러므로 집행임원의 행위가 유권행위로서 회사의 행위로 될 수 있는 경우는, ① 집행임원에게 명시적 또는 묵시적 권한이 있거나 또는, ② 외관상 권한을 부여받은 것으로 믿을만한 정당한 사유가 있거나, ③ 원래는 권한은 없지만 회사가 권한 없는 행위를 추인 경우 등이다. 아래에서는 미국 회사법상 전통적 집행임원으로 분류되는 사장, 부사장, 총무 등의 권한을 차례로 살펴보고자 한다.

가. 社長의 權限

일반적으로 모든 회사에서 사장(president)은 최고집행임원(CEO)으로서 이사회의장이 별도로 있는 일부 회사를 제외한 대부분의 회사에서는 이사회와 주주총회를 주재하는 의장이 된다.[30] 그러나 하나의 회사에 사장과 CEO라는 두 개의 지위가 병존하는 경우, CEO의 권한은 사장의 권한보다 상위에 있고 또한 광범위하여[31] 사장은 CEO에 오히려 종속되어 있는 경우가 많다.

사장은 기본정관, 부속정관 등의 규정과 이사회의 결의에 의한 명시적 권한을 가지고 회사의 전반적인 영업과 업무를 감독하고 통제한다.[32] 그러나 묵시적 권한에 관해서는, 종래에는 사장이라 하더라도 그 지위만으로 묵시적 권한이 있다고

한다. Uniform Sales Act, § 12, 69 vid.

28) 회사의 집행임원이 실제로는 대리권이 없으나 제3자에게 그러한 권한이 있는 것처럼 믿게 한 때에는, 그 제3자가 선의라면 회사는 그 집행임원의 행위에 대하여 책임을 지는 것을 표현적 권한이라고 한다.

29) 상관습법(law merchant) 또는 계약능력, 대리, 금반언(estoppel), 사기, 부실표시, 강박(duress), 착오(mistake), 파산 기타 행위의 효력에 관계된 사유에 관한 법을 포함한 커먼로 및 에퀴티 법리는 명문에서 배제되어 있지 않는 한 이 법률의 규정을 보충한다. UCC § 1-103.

30) William J. Grange & Thomas C. Woodbury, op. cit., p. 348.

31) Cox, Hazen, O'Neal, Corporations, Aspen Publishers, Inc.(New York, 1997), § 8.2, p.132.

32) Ballantine, On Corporation, p.138; Cox, Hazen, O'neal, Supra § 8.5, pp.133-134.

볼 수 없다는 것이 판례의 주류였지만, 근래에는 통상의 거래에 관하여는 묵시적 권한이 있는 것으로 인정한다.[33] 따라서 사장의 권한은 특정한 계약을 체결하고 또 특정한 행위를 하기 위하여 특별한 수권을 요하는 것은 아니고 회사 통상의 영업에 부수하는 계약 기타 행위를 하는 것까지 묵시적으로 확장되고 있다. 그러므로 통상의 업무가 아닌 업무 예컨대 종신고용계약, 신주발행계약, 회사부동산 양도, 중요소송에서 화해 등은 할 수 없다.[34]

또한 사장이 명시적 · 묵시적 고유 권한을 넘는 행위가 그러한 권한을 수여한 것과 같은 외관을 현출한 경우, 수권이 존재하지 않다는 이유로[35] 사장의 권한을 부정하는 것은 금반언 원칙에 의해 허용되지 않는다.[36]

나. 理事會議長의 權限

이사회의장은 회사에 따라서는 사장보다도 더 큰 권한을 가지는 경우가 있으나[37] 그 직무와 권한은 회사에 따라서 매우 다르게 되어 있다. 일반적으로 사장이

33) Henn & Alexander, op. cit., p.596.

34) 임재연,「미국회사법」(박영사, 1996), 406면.

35) 사장의 권한에 관하여 명시 혹은 묵시적 수권이 있다는 것이 인정되지 않는 경우에도 사장이 회사를 대표하여 행한 행위에 의해 회사를 구속할 수 있는지에 대해 3가지의 입장으로 구별한다(Cox, Hazen, O'neal, 1997). 먼저제1입장은 '고유의 권한'(inherent authority)이라는 이론을 채택한 것으로, 회사 사장은 업무집행의 수장로서 경영의 감독권이 명시적 또는 묵시적으로 주어져 있기 때문에, 사장은 고유의 권한을 가지고 오로지 그 직무에 관하여 일반적인 관행에 따라 체결한 계약 기타 행위는 당연히 회사를 구속한다고 한다(In re Lee Ready Mix & Supply Co., 437 F.2d 975(8th Cir. 1971). 제2입장은 '권한 추정'(presumptive authority)의 이론을 채택한 것으로, 사장이 회사 사업의 통상과정에서 체결한 계약 기타 행위는 반증이 있기까지 사장의 권한에 속하는 것이라고 추정된다고 한다(Adams. Barron G. Collier, Inc., 73F. 2d 975(8th Cir. 1934). 일부 법원에서는 이사회가 수권하고 또 추인 할 수 있는 거래에까지 그 추정을 확장하고 있지만(East Cent. Okla Elec. Coop. v. Oklahoma Gas & Elec. Co., 505p. 2d 1324(Okla. 1973),그러나 이 추정은 사업의 통상과정에 있어서 행위에만 제한되고 이사회에 의해 수권되어야 할 사항에는 미치지 않는다(Southwest Forest Indus v. Sharfstein 483 F.2d 915(9th Cir. 1972). 제3입장은 사장 권한의 범위를 회사의 기본정관, 부속정관 또는 이사회에서 정한 것에 따라서 수여된 권한으로 제한된다고 본다.

36) Cox, Hazen, O'neal, op. cit., pp. 133-134.

37) William J. Grange & Thomas C. Woodbury, op. cit., p. 355.

일상업무에 대한 집행을 하고 이사회의장은 일반정책형성에 관여하면서 사장의 고문역할을 한다. 그러나 어느 회사에서는 회의를 주관하는 의무만 부담하는가 하면, 사장 또는 이사회에 충고하고 협의에 응하는 최고경영자(CEO) 또는 총지배인(General Manager)으로서 회사업무에 관한 광범위한 권한을 가지고 있는 경우도 있다.[38] 또 다른 경우 이사회의장은, 비교적 동등한 관계에 있는 CEO와 회사 지배를 분할하는 방식으로 이용되고 있기도 하고, 동일인에 의해 이사회의장 직무와 CEO의 자격 · 명칭을 가지고 있는 경우가 있는데, 이는 조직 내에 있어서 실질적인 권력의 중심이 어디에 있는가를 명확하게 해 주기도 한다.[39]

대부분 회사법은 이사회의장의 권한과 책임에 관하여 규정을 두지 않고, 이 문제에 관한 법원의 판결도 소수에 그치고 있는 것은[40] 이사회의장의 지위가 다양함에 따른 것으로 보인다. 그러나 회사와 거래한 상대방의 관점에서 보면, 사장 또는 총지배인과 같은 부가적 직명 · 자격을 결하고 있는 경우에도 이사회의장의 명칭과 자격을 가진 자는 최고의 회사집행임원으로서 중요한 거래를 체결할 권한을 가진 자로 생각할 수 있기 때문에, 이사회의장의 지위에 있는 자를 묵시적이거나 고유의 또는 표현상 권한을 가진 것으로 판단해야 할 것이다.[41] 그러나 법원은 이사회의장에 대하여 자주적인 권한을 인정하는데 주저하는 이유는, 이사회가 개인으로서가 아닌 심의기관으로서만 회사의 권한을 행사하여야 한다는 확립된 원칙 때문이다.[42] 즉, 회사의 부속정관에서 사장은 이사회의장 및 이사회의 지휘 아래에서 일반적 업무집행에 대한 책임을 진다고 규정하고 있는 경우에도, 의장은 사

---

38) California Corporations Code § 312.(a)...The president, or if there is no president the chairman of the board, is the general manager and chief executive officer of the corporation, unless otherwise provided in the articles or bylaws.

39) 최근 공개회사의 지배를 2개의 지위로 분리하고, CEO에게 권한이 이행하는 관성적 흐름(inertial flow of power)에 대하여 여기에 어떤 균형을 유지하기 위하여 이사회의장의 역할을 사외이사에게 할당함으로써 개선을 도모하려는 논의가 이루어지고 있다. Cox, Hazen, O'neal, op. cit., § 8.6, pp.135-136.

40) Rothberg v. Manhattan Coil Co., 66.S.E. 2d 390(Ga 1951): 회사를 대표하여 통상 일체의 계약을 체결할 이사회의장의 "묵시적 권한"은 회사가 점유하고 있는 부동산매각권한을 포함하지 않는다.

41) City natl. Bank v. Basic Food Indus., 520F. 2d 336(5th cir. 1975).

42) Star Corp. v. general Screw prod, Co., 501S. W. 2d 374, 380(Tex. Civ. App 1973).

장으로부터 그 권한을 침탈할 권한을 가지지 않는다고 판시하고 있다.[43]

다. 副社長의 權限

일반적으로 부사장은 사장의 부재, 사임, 해임, 사망, 질환, 능력의 상실 기타의 이유에 의하여 존재하지 않거나 그 직무집행을 할 수 없을 때 사장에 대신하여 직무를 대행할 의무를 진다. 물론 사장의 유고시에는 이사회를 열어서 후임 사장을 정하거나 임시 대행자를 정할 수도 있으나, 실제로는 부속정관에 사장의 직무를 대행할 집행임원의 순서를 미리 규정하는 것이 일반적이다.[44] 그러나 이사회 결의나 부속정관이 없는 경우에도 부사장의 직분으로 되어있다.[45]

부사장의 특성과 중요성은 회사에 따라 상당히 다양하다. 즉, 대회사에는 부사장이 관리담당, 판매담당, 생산담당, 노무담당, 동아시아담당, 남미담당 등 각 부문을 담당하게 하거나, 제1부사장, 제2부사장 등으로 차등을 두는 경우도 있고, 집행부사장이라는 명칭을 부여받아 총지배인의 지위를 겸하는 경우도 있다.[46]

일반적으로 부사장은 그 직무상 당연히 회사재산을 처분하고 어음행위 기타 계약에 의해 회사를 구속할 권한을 가지지 않기 때문에,[47] 부사장의 권한은 그 직명·명칭에 따르지 않고 회사의 부속정관 또는 관행에 의한다.[48] 그러나 때로는 업무집행에 속한 행위의 위탁을 받은 경우에는 명시적 혹은 표현상의 권한 범위 내에서 체결한 계약에 의해 회사를 구속할 수 있다는 취지의 판결이 다수 보인다.[49]

---

43) Dalaney v. Georgia-Pacific Corp., 564 p. 2d 277, 288(Dr 1977).

44) 임재연, 전게서, 403면.

45) William J. Grange & Thomas C. Woodbury, op. cit., p. 350.

46) 임재연, 전게서, 406면.

47) Interstate Natl. Bank v. Koster. 282. p.895, 812(Kan. 1930).

48) Fletcher Cyc. corp. § 627, p.166.

49) DeBron Corp. v. National Homes Constra. Corp., 493 F.2d 352(8th cir. 1974); Cline v. Carthage Crushed Limestone Co., 504 S.E.2d 102, 114(Mo. 1973). 그러나, 이에 대한 소수 판결에 의하면 부사장은 특별수권 또는 업무집행상의 지위에 있지 않는 경우조차 표현상의 권한을 가진다고 판

그러나 예를 들어, 회사의 모든 부동산에 관하여 임차계약부매각 신청을 승낙한다거나 신공장을 설계하는 건축기사를 고용하는 등 현저하게 중요하고 통상적이 아닌 거래에 관하여 부사장은, 회사의 부속정관 또는 이사회 결의에 의한 특별한 수권이 없다면 회사를 대표하여 행위 할 권한을 가지지 않는다.[50] 다만 사장 부재의 경우 부사장이 주주나 이사들에 의하여 선임되고 임명되었다면, 사장 대신에 어떤 직무라도 수행할 권한이 있다.[51]

라. 總務의 權限

회사 총무(corporation's secretary)의 주요한 임무는 주주총회와 이사회의 의사록의 작성 · 보관, 사인의 보관, 회사서류에 첨부되는 사인의 인증, 총회소집통지의 발송, 재무가 관리하는 회계장부와 결산서류를 제외한 회사의 서류의 작성 · 관리 등이다. 또한 부속정관, 의사록 등의 기록등본의 정확함을 인증하는 집행임원이기 때문에, 총무의 인증이 있으면 이사회에서 적법하게 결의된 것으로 인정된다. 그러므로 이를 믿고 거래한 선의의 제3자에 대하여 회사는 대항할 수 없다.[52]

전통적으로 총무는 회사의 장부 및 주주총회 이사회의 의사록을 보관하고 또 회사의 인장을 관리하는 보좌적인 집행임원으로 관념 되어 있다. 그러므로 회사를 대신하여 그 직무상 계약을 체결하고 기타 행위에 의하여 회사를 구속할 권한을 갖지 않는다는 것이 다수의 판례에 의하여 확인되고 있다.[53] 그러나 총무도 기본정관, 부속정관 또는 이사회의 결의에 따라 회사를 대표하여 중요한 거래를 하거나 또는, 회사의 총지배인(general manager)으로서 행위 할 권한이 부여되기도 한

시 한 것도 있다. 김이수, "미국회사법상 업무집행임원의 지위와 권한," 비교법학 제1집 1호, 150면.

50) Cox, Hazen, O'neal, op. cit., § 8.7, note(3).

51) Stammelman v. Interstate co., 112 N.J.L. 112.116.Atl.724.

52) Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations, 7th ed. (1995), p.303; In re Drive-in Development Corp, 371 F.2d 217(7th Cir. 1966).

53) Fletcher Cyc. Corp. § 637, p.187.

다.[54]

마. 財務의 權限

회사의 재무는 회사의 자금과 유가증권을 관리하고 통상의 회계장부를 보존하고, 회사에 따라서는 어음에 단독으로 또는 다른 집행임원과 함께 서명할 권한을 가지기도 한다. 대형 회사의 경우에는 재무 외에도 회계검사인(Controller)을 부속정관의 규정이나 이사회의 결의에 의하여 두게 되는데, 그는 회계장부나 기록을 보관하는 업무와 또는 이사회, 이사회집행위원회, 회사임원 및 주주총회에 제출할 재무제표 작성업무를 수행하므로 회사의 자금을 관리하는 재무와 다르다.[55]

재무에게는 회사업무의 일반적인 관리 또는 그것의 특정한 분야가 위임될 수 있는데, 제한이 없다면 다른 지배인과 같은 권한을 가진다.[56] 그러나 일반적으로 회사의 재무는 직무상 계약 기타 행위에 의해 회사를 구속하고 혹은 회사재산을 처분할 수 있는 묵시적 권한을 가지지 않는다. 다만 이사회 또는 업무집행임원으로부터 수권이 있는 경우에는 그 한도에서는 권한을 가진다. 따라서 통상의 경우 재무는 회사의 명의로 금전을 차입하고, 종업원을 고용하고, 약속어음 · 수표를 발행하거나 환어음을 발행, 인수, 배서할 수 있는 묵시적 권한을 갖지 않는다.[57]

그러나 드물기는 하지만 제조회사나 무역회사의 재무는 회사를 위하여 약속어음과 환어음을 발행, 인수 및 배서 등 유통시킬 수 있는 권한이 직무로 주어지는 경우도 있다.[58]

바. 總支配人의 權限

54) National Finance co. v. Five-o Drilling co., 209 cal. 569. 289. pac. 844.

55) 임재연, 전게서, 403-404면.

56) Vaught v. Charleston Nat. Bank. 62 F.(2d). 817.

57) Cox, Hazen, O'neal, op. cit., § 8.9, note(2). p.137.

58) Merchants Nat. Bank v. Citizens Gas Light. co., 159. Mass 505, 34 N. E.1083.

주주총회 또는 이사회가 회사업무의 일반적 관리 및 운영을 위탁한 임원 또는 대리인이 총지배인이기 때문에, 회사 통상의 업무 범위 내에서 계약을 체결하고 기타 적당한 행위를 할 묵시적 권한 또는 적어도 표현상 권한을 가진 자라고 볼 수 있다. 그러므로 회사의 업무에 관하여 회사를 구속시킬 광범위한 권한[59]을 가진 집행임원으로 사장의 지위보다 더 포괄적이다.

즉 이사회가 수권하거나 추인 할 수 있는 모든 행위를 할 권한을 가지고 있으며, 권한에 예외적인 제한이 있을 경우 그것이 거래 상대방에게 통지된 때에 한하여 대외적으로 제한이 된다.[60] 따라서 특별한 수권이 없는 한 회사의 부동산을 매각, 양도, 임대에 관한 권한을 가지지 못하고, 회사채권자를 위하여 회사의 전 재산을 양도할 수 있는 권한을 가지지 않는다. 또한 일상업무영역 밖의 사항이나 종업원에게 종신고용을 인정하는 계약 또는 회사가 영업을 하고 있는 기간 중 계속적 고용을 인정하는 계약과 같은 회사를 위하여 통상 없는 고용계약을 체결하는 권한은 인정되지 않는다.

사. 執行任員의 訴訟上의 權限

회사의 사장 또는 총지배인은 일반적으로 회사를 위하여 소송을 제기할 수 있는 권한을 가지지만, 이사회나 부속정관에 의해 소송을 제기할 수 있는 권한을 제한하는 경우 그 범위에서는 소송을 제기할 수 없다. 그러나 위급한 상황에서는 회사를 보호하기 위하여 특별한 권한을 가지는 것이 인정되어야 한다는 요구[61]에 의하여, 이사회의 반대에도 불구하고 회사 사장의 소송 제기를 허용하고 있는 소수의

59) 통상의 사업범위 내에서 합법적인 목적을 위하여 금전을 차입할 수 있는 묵시적 권한을 가지며, 회사의 업무에 사용할 물품이나 용구 및 기계장치 등을 구입할 포괄적인 권한을 가진다. 또한, 사업을 목적으로 하는 임대나 사무원, 사용인 및 노무자의 고용, 그리고 단기간 필요한 대리인의 선임과 그들의 보수결정권도 가지고 있다. Matson. v. Alley, 141. I11, 284, 31N.E.419.

60) Allen Gravel co. v. Nix, 129. Miss. 809. 93 SO. 244 (1922).

61) Italo-Petroleum Corp of America v. Hannigan, 1 Terry(40 Del)534, 14A.(2d) 401, 406.

판결도 있다.[62] 이에 반해, 회사에 위험이 없다면 사장의 법적 행위에 대한 이사회의 묵시적 부동의 조차도 집행임원의 소송권한을 좌절시키기에 충분하므로[63] 당해 소송이 회사에 대해 중대한 결과를 초래할 경우, 사장이 변호사에게 사건을 의뢰하기 전에 이사회에 의한 수권을 구하는 것이 원칙에 보다 부합할 것이다.

경영방침에 관해 의견이 대립하여 이사회가 교착상태에 빠졌을 경우, 집행임원이 회사의 명의로 소를 제기할 수 있는가에 대하여 소의 제기를 인정하는 판결과 이것을 소극적으로 해석하는 판결로 나누어져 있다.[64] 그러나 어느 주주 또는 이사가 회사에 대하여 분명하게 유해한 활동을 하고 혹은 다른 주주를 압박하는 활동을 하는 경우 이것을 재판상 시정하기 위한 소의 제기에 대하여 거부권(veto power)을 행사하고 있는 것과 같은 경우에는 회사의 이익을 보호하기 위하여 회사의 명의로 소를 제기하거나 또는 응수하는 것은 집행임원에게 허용되어야 할 것이다.[65]

아. 執行任員의 表現上의 權限과 追認 및 制3者의 確認

집행임원이 그 업무를 수행할 권한을 부여받은 것처럼 보이지만 실제로는 권한을 부여받지 않았을 때는, 그 집행임원은 표현상의 권한을 가지므로 제3자가 선의[66]이고 또 그와 같은 권한의 외관을 합리적으로 신뢰하여 그 집행임원과 거래를 한 경우에는, 회사는 그 집행임원이 회사를 위하여 행위 할 권한을 갖지 않았다고

62) Cox, Hazen, O'neal, op. cit., § 8.10. note(2). p.138.

63) Lloydona Peters Enter. v. Dorius, 658 P.2d 1209(Utach 1983).

64) 사장에게 소송의 제기를 긍정하는 판결로는, Conlee Consr. Co. v. Cay Constr. Co., 221 so 2d 792(Fla. Dist. Ct. App. 1969); 사장에게 소송의 제기를 소극적으로 해석하는 판결로는, Sealand Inv. Corp. v. Emprise, Inc, 12 Cal. Rptr. 153(ct. App. 1961).

65) Cox, Hazen, O'neal, op. cit., § 8.10, note(5)(6).

66) 회사를 대표하는 자가 실제로 자기의 이익을 위하여 거래를 하거나 또는, 수여된 권한의 범위를 넘어서 행위를 하고 있는 것을 거래의 상대방이 알고 있었던 경우에는, 상대방은 자기의 위험에서 거래를 한 것이기 때문에 당연히 회사를 구속할 것은 아니다. Roverson Adver. serv. v. Winnfield Life Ins., 453 so. 2d 661 (La. Ct. App. 1984).

주장할 수 없다.[67] 이러한 표현상 권한에 있어 대외적인 표시는, 대리인인 집행임원 자신이 표시하는 것이 아니라 본인인 회사가 하여야 한다.

표현상 권한의 대상은 통상의 업무집행이고 그 이외의 업무까지 확대되는 것은 아니므로, 제3자로서는 그러한 지위에 있는 사람은 그 지위에 따라 일반적으로 부여되는 권한을 부여받은 것으로 생각하기 때문에[68] 표현상의 권한은 집행임원의 직위 자체에 의하여 인정되는 경우가 많다.[69]

그러므로 표현상의 권한에 관하여는, 법리문제보다는 집행임원의 문제된 행위가 통상의 업무범위에 속하는 것인지 여부를 가리는 사실 문제가 중요하다.[70] 이러한 판단은 당해 계약의 성질 · 종류에 의한 것만은 아니고 거래를 한 집행임원, 회사의 통상업무집행방법, 회사의 규모, 주주의 수, 계약이 체결된 상황, 계약의 합리성, 거래 금액 및 계약의 상대방 등 당해 계약에 관련된 많은 요소에 의존한다.

회사집행임원이 아무런 권한 없이 대외적인 거래를 하였더라도 회사가 이를 추인(ratify)하면 당연히 회사를 구속하는 적법한 거래가 된다. 추인은 명시적 또는 묵시적으로도 가능하기 때문에[71] 추인 할 수 있는 권한을 가진 자가 집행임원의 거래사실을 알면서도 부인하지 않을 때 인정된다.

제3자가 추인을 주장하려면 이사회가 집행임원의 거래에 대하여 충분히 알고 있었다는 사실을 입증하여야 하며,[72] 추인에는 소급효가 인정된다.

무권한의 집행임원과 거래한 제3자가 위험에서 벗어나려면, 집행임원과의 거래를 종결하기 전까지 당해 집행임원에게 그 거래를 할 권한을 부여하였다는 내용의 사인이 첨부되고 총무가 인증한 이사회 의사록의 인증등본을 요구하여 받아 두면

---

67) Ballantine, op. cit., § 58. p.147. note30; Henn & Alexander, op. cit., § 226 note(1).

68) 종래에는 사장이 그 직위에 취임한 것 자체만으로는 표현상의 권한요건이 충족되는 것이 아니라는 판례가 주류였다. Federal Services Finance Corp. v. Bishop Nat. Bank of Hawaii at Honolulu, 190 F.2d.442(9th Cir. 1951).

69) Memorial Hospital Ass'n of Stanislaus County v. Pacific Grapes Products Co.

70) 임재연, 전게서, 409면.

71) Henn & Alexander, op. cit., § 227 p.605, note(2).

72) Home Tel. Co. v. Darley, 335 F. Supp. 992, 1000-1001(N.D.Miss. 1973).

최소한 금반언의 원칙에 의하여 거래가 무효로 될 위험에서 벗어날 수 있다.[73] 그러나 제3자가 무권한 또는 충실의무위반을 실제로 알고 있는 경우에는 보호받지 못한다.

자. 事實上 執行任員

사실상 집행임원(officer de facto)[74]이란, 집행임원의 임기 종료 후 신임 집행임원의 선임, 임명 또는 임기연장 등의 이유로 그 집행임원의 직무를 계속하거나, 또는 이러한 이유에서 계속적으로 그 권한을 행사하고 업무를 수행하는 자를 말한다.[75] 즉, 집행임원의 어떤 자가 관리직에 취임하고 그 권한을 가진 것과 같은 외관을 가지고 직무를 행하고 있으나 그 선임이 위법하거나, 혹은 집행임원으로서 자격을 갖지 않기 때문에 적법한 집행임원이라고 할 수 없는 자이다.

미국 회사법에 있어서는 회사를 대리 · 대표하여 거래를 행하는 것은 통상 집행임원이기 때문에 사실상 이사의 문제는 사실상 집행임원의 문제로서 제기되는 것이 많다. 사실상 집행임원의 기본원리는 선의로 회사와 거래한 자는 집행임원이 적법하게 선임되고, 고유의 권한을 가진 것으로 보기 때문에 제3자와 체결한 고용계약,[76] 양도저당 및 약속어음의 발행은 회사를 구속한다. 또한 사실상 집행임원에 의한 임시주주총회의 소집 역시 회사에 유효하다.[77] 이러한 표현상의 집행임원과 거래한 상대방 당사자의 권리는 법원이 그 후 직접 소송절차에 있어서 그 선임

---

73) 사장 또는 부사장이 서명하거나, 총무가 인증하거나 서명한 경우에는 이사회에 의하여 수권된 경우와 같이 회사가 책임지고, 정관이나 내부규칙에 의한 제한은 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하여 제3자를 두텁게 보호한 입법례(North Carolina Business Act Section 55. 36(a))도 있다.

74) 사실상 이사의 법리는 선임에 하자가 있는 자가 한 행위의 효력과 책임의 문제에 한정하여 사용할 뿐이고, 경영에 관여한 자의 책임은 영국에서는 배후이사제도(shadow director), 미국에서는 지배주주의 성실의무(fiduciary duty)에 의해 해결하고 있다. 정승욱, "지배주주의 법적 책임에 관한 연구 -사실상 이사의 법리를 중심으로-," (법학박사학위 논문, 서울대학교, 1998), 83면 참조.

75) Ballantine, op. cit., p.148.

76) Collier v. Consolidated Railway, Lighting & Refrigerating co., 70 N.J.L. 313. 57. At1. 417.

77) Sherwood v. Wallin, 154 cal. 735, 99 pac, 191.

또는 임명행위를 무효로 선언하고, 그 자를 당해 관리직에서 추방한 경우라도 결코 영향을 받지 않는다.[78]

第2節 日本의 執行任員制度

1. 株式會社의 經營·監督機關의 改編

가. 執行任員制의 導入背景

소니는 1994년 전자사업을 확장하기 위하여 사업단위를 본사로부터 대폭적인 경영권을 위임받은 독립된 회사 단위로 개편하고 시장 환경의 변화에 대응한 신속한 의사결정을 도모하였다. 1997년 6월 주주총회의 결의로 소니사는 이사회 개혁의 일환으로서 전략 결정기구와 집행기구를 분리하고 이사회 규모를 대폭 축소하는 대신에 집행역원을 다수 임명하여 이른바 집행임원제도를 채택하였다.[79] 그 후 소니사의 영향을 받아 일본기업은 2000년 6월 조사에서는 주요 949개회사 중 122사(12.9%)가 이 제도를 수용하였다. 이후에도 집행역원제도를 도입하는 회사가 점차 늘어났으며, 2001년 일본경제신문의 설문조사 결과에 따르면 응답회사의 35%의 집행임원제도를 도입하였고, 응답회사의 14%도 도입을 고려 중에 있어 전체 응답회사 중 거의 50%에 달하는 회사가 집행임원제도를 운용하고 있거나 도입할 계획에 있었다.[80]

---

78) Wolff v. Arctic Bowl, Inc., 560 P.2d 758(Alaska 1977).

79) 石山卓磨, "日本になける執行役員制度と監査役", 「21세기의 기업지배구조」(대한상공회의소, 성균관대학교 비교법연구소 공동세미나, 1999.11.26), 23면 참조

80) Nomura Research Institute, Corporate Governance : A New Phase for Japanese Companies,

그러나 다른 한편 집행임원의 지위의 불분명, 집행임원과 이사 간의 역할구분의 모호성 및 집행임원제 역할에 대한 회의적 시각 등의 이유로 집행임원제도의 도입에 소극적인 회사도 많이 있었다.[81]

이에 따라 일본 정부는 직무상 문제점을 해소하고 아울러 이사회의 기능을 회복하고 경영감독기능을 강화하기 위하여 2002년 5월 22일 상법 및 주식회사의 감사 등에 관한 상법특별에 관한 법률을 개정하여 미국식의 사외이사제도와 함께 2003년 4월 1일부터 집행임원제도를 공식적으로 도입하였다.

당시 일본에서는 법 개정이 있기 전부터 많은 기업에서 개정법의 집행임원제도를 운용하고 있었다.[82] 종래의 이사는 업무를 집행하는 권한을 가지는 동시에 이사회의 구성원으로서 업무집행을 감독하는 입장에 있었다. 그러나 이사회는 대부분 업무담당 사내이사 위주로 구성하고 이사들 간에도 사실상 상하관계가 존재하는 등 구조적 문제로 인해 이사회의 경영감독기능은 제대로 발휘될 수 없었다. 더구나 이사회의 구성원이 너무 많아 활발한 논의와 신속한 의사결정에도 장애가 많았으며 이로 인해 회사의 중요 경영사항은 실질적으로 상무회에서 결정되고 이사회는 사후에 이를 추인하는 역할 밖에 하지 못하여 이사회 의사결정 기능도 형식화되기에 이르렀다. 그래서 이러한 문제를 해결하기 위하여 일본 기업들은 이사회 규모의 축소, 임원의 임기단축(2년→1년)과 함께 '집행역원' 제도를 도입하였던 것이다. 즉, 집행역원이라는 새로운 직위(position)를 만들어 이들에게 업무집행을 맡기고 이사는 업무집행을 감독하는 역할을 맡음으로써 집행역원제도를 통해 업무집행과 경영감독 기능간의 분리를 도모하였던 것이다.

일본의 집행임원의 도입은 의사결정과 집행을 분리하여 상법상의 이사회가 회사

NRI Papers No. 47, May 2002, p.5.

81) Nomura Research Institute, Corporate Governance : A New Phase for Japanese Companies, NRI Papers No. 47, May 2002, p.6.

82) 2002년 법개정이 있기 전에 기업 실무에서 운영되었던 집행임원은 대표이사에 의해 임명되고 대표이사의 지휘아래 한정된 범위의 업무집행을 담당하던 종업원 신분인 반면, 2002년 개정상법에 의해 새롭게 도입된 집행역은 위원회등설치회사에서만 인정되고 업무집행을 수행하는 임원으로서 등기사항인 점에서 양자는 서로 구별된다. 그러나 업무집행과 감독의 분리라고 하는 도입취지는 서로 동일하다고 볼 수 있다.

의 업무집행을 결정하고 이사의 집무집행을 감독하자는 것이다. 또한 일본에서의 외국인 투자자의 발언이 강화되고 있는 시점에서 외국의 기관투자가에게 이해하기 쉽고 투명성을 가지는 것이 투자를 촉진하는데 중요한 역할을 하기 때문에 이 제도를 도입한 것이다. 그리고 근본적으로는 일본 기업들 스스로 급격한 환경변화에 유연하게 대처하고 기업경쟁력의 제고를 위하여 이사회제도의 개혁의 일환으로 집행임원제도를 도입하였다고 볼 수 있다.[83]

나. 經營構造의 選擇制

2002년의 상법 개정으로 향후 일본의 주식회사 구조는 과거의 이사회·감사라는 이원적 구조에서 탈피하여 공식적으로 미국과 같은 이사회 일원주의(one-tier board model)를 채택할 수 있게 되었다. 그러나 이사회 일원주의를 공식적으로 선택할 수 있는 대상회사는 '대회사' 및 '간주대회사'라고 하는 대규모 주식회사에 한하며 그것도 의무적으로 도입이 강제되는 것은 아니며 기업경영의 자주성을 존중하기 위하여 선택제로 하고 있다.[84]

따라서 대회사 중에서도 종래의 기관구성에 관한 법들의 적용을 받은 회사와 개정 상법특례법상의 위원회등설치회사에 관한 특례의 적용을 받는 회사가 병존하게 된다. 그러나 소회사는 2002년의 법 개정에 관계없이 종전과 같이 상법에 따라 전통적인 지배구조를 채택하면 된다.

2002년 법 개정으로 대회사 및 간주대회사는 다음과 같은 세 가지의 경영구조 중 어느 하나를 선택할 수 있다.

첫째로 종래의 정관을 그대로 유지함으로써 대표이사, 이사 및 감사라고 하는 전통적인 경영체제를 유지하는 방법이 있다. 이 경우 이사가 업무를 집행하고 이사회가 이를 감독하며 최근에 상당히 강화된 감사제도에 의해 경영을 통제하게 된

---

83) 허 인, "집행임원제도의 도입방안에 관한 법적연구", 법학박사학위논문, 한국외국어대학교 , 2005, 42-43면.

84) Motomi Hashimoto, Commercial Code Revisions: Promoting the Evolution of Japanese Companies, NRI No.48, Nomura Reserch Institute, May 1, 2002, p.11.

다. 전술한 바와 같이 새로운 미국식의 지배구조는 그 채택이 의무적으로 강제되는 것은 아니므로 정관 개정을 통해 새로운 지배구조를 선택하는 경우에만 적용된다.

그리고 전통적인 경영구조를 유지하면서도 회사가 임의로 종전의 임원제도,[85] 위원회제도를 채용할 수 있고 더욱이 사외이사 및 사외감사 제도를 어느 정도 채택하여 다양한 경영체제를 설계할 수도 있다. 그러나 이 경우 집행임원제도 및 위원회제도는 상법특례법에 근거를 두지 않는 2002년 법 개정과 관계가 없는 비공식적인 기구에 불과하다.[86]

둘째로 개정 상법에 의해 '중요재산위원회'를 설치하는 방법이 있다. 이는 종래의 전통적인 경영체제를 유지하면서도 이사회의 일부 중요사항의 결정권한을 소수의 간부로 구성되는 중요재산위원회에 위임함으로써 신속한 의사결정을 도모할 수 있다. 물론 이 경우에도 전통적인 감사가 설치되어 경영진을 감독하게 된다. 중요재산위원회는 종전의 상무회 및 경영위원회에 대해 법적 설치근거를 부여한 것으로 개정 상법특례법에서 신설된 개념이다.

셋째로 집행임원과 3개 위원회를 설치하는 위원회등설치회사로 전환하는 방법이다. 이 경우 업무집행을 담당하는 집행임원과 감사위원회 등의 위원회제도를 반드시 설치해야 한다. 감사위원회를 설치함으로써 종래의 감사는 불필요하게 된다.

이로써 일본의 대규모 주식회사는 이상과 같은 세 가지의 경영체중 어느 방법을 선택하는 회사의 실정에 따라 각자 자기 회사에 적합한 기업지배구조를 모색할 수 있게 되었다.

(1) 위원회등설치회사

상법특례법상 대회사 및 간주대회사는 정관의 규정에 의해 위원회등설치회사로 전환할 수 있다. 위원회등설치회사의 기관구성은 주주총회, 이사회, 이사회내 3개

85) 개정상법특례법에 의한 공식적인 집행역제도와는 다르다.

86)居林次雄,「平年 14年 改正商法重点逐條解說-執行役制度の採用-」(稅務經理協會, 2002.9), 5面.

위원회 집행임원으로 이루어지고, 종래의 대표이사 및 감사는 둘 수 없다. 따라서 위원회등설치회사는 3개 위원회, 이사회 및 집행임원의 3극 체제의 의해 경영·감독과 업무집행을 분리하는 구조로 운영되는 새로운 회사형태라 할 수 있다.

개정법률에서 위원회등설치회사의 개념을 신설한 취지는 집행임원들에게 광범위한 업무집행권한을 부여함으로써 신속하고 기동적인 그리고 효율적인 경영을 도모하고 위원회제도를 통해 경영에 대한 건전성 감독을 강화하고자 하는 데에 있다.

위원회등설치회사가 되더라도 이사회의 구성, 권한 등은 기본적으로 종래의 제도와 달라지지 않았지만 이사회에 의해 선임된 집행임원 및 대표집행임원을 설치하여 이들로 하여금 업무의 집행 및 이사회로부터 위임받은 업무를 결정토록 광범위한 권한을 위임해야 하고, 그 대신에 업무집행을 확실히 감독할 수 있도록 이사회 안에 3인 이상의 또한 구성원의 과반수이상을 사외이사로 구성되는 지명위원회, 감사위원회 및 보수위원회를 의무적으로 설치해야 한다(일본상법특례법 제21조의5 제1항). 이것이 위원회등설치회사의 기본적 특징이다.

또한 위원회등설치회사가 되면 일정한 조건 하에 대차대조표 및 손익계산서의 확정은 물론 이익처분안에 대한결정권도 이사회에 이전되며 임원의 임기가 2년에서 1년으로 단축되는 등의 특징이 있으며 이외에도 다음과 같은 장점이 있다.

첫째, 종전에는 이사회 의결이 필요하였던 사항을 대폭적으로 집행임원에게 위임할 수 있게 되고 이로써 신속하고 효율적인 경영이 기대될 수 있다. 둘째, 사외이사가 위원회의 과반수이상 참여하기 때문에 기업경영의 투명성의 제고를 기대할 수 있다. 셋째, 지명위원회 및 보수위원회에게 임원진의 인사, 급여 등에 대한 광범위한 권한위임으로 인해 임원에 대한 통제가 강화됨은 물론 강력한 지도력(leadership)을 발휘할 수 있는 유능한 경영자 외에는 최고 경영자(top)가 될 수 없게 됨에 따라 경영진간 경쟁환경을 조성할 수 있게 된다. 넷째, 계산서류의 작성등도 전문적인 집행임원이 담당하고 이사로 구성된 감사위원회를 새로 설치하고 감사를 폐지함으로써 보다 효율성을 중시하는 경영체제를 구축할 수 있다. 다섯째, 통상 이상에 대하여 이사 개인자격으로도 일부 사항에 대한 무과실책임을 지우게 할 가능성도 있었지만, 새로운 경영체제 하에서는 이사 및 집행임원의 책임

원칙으로써 무과실책임의 원칙을 명확하게 정립할 수 있다. 여섯째 각 위원회 및 집행임원에게 권한이 분산되기 때문에 임원 각자의 법적의무의 부담을 경감할 수 있는 면도 있다.[87]

(2) 이사회내 위원회제도

위원회등설치회사는 이사회의 결정으로 지명위원회, 보수위원회 및 감사위원회의 3개 위원회를 의무적으로 설치해야 한다. 위원회는 3인 이상의 이사로 조직하되 위원의 과반수는 사외이사로 구성되어야 하며 위원회에 참여하는 이사 및 소속위원회는 이사회의 결의에 의해 정한다. 한편 집행임원은 위원회의 위원이 될 자격이 없다. 다만 지명위원회 및 보수위원회의 이사는 집행임원을 겸임할 수 있다. 그러나 감사위원회의 경우에는 감사위원이 되는 이사는 해당 위원회등설치회사는 물론 그 자회사의 집행임원, 지배인, 기타 사용인을 겸직할 수 없다. 왜냐하면 감사업무의 독립성을 고려하면 업무집행자가 스스로 감사를 하는 것은 적절하지 않기 때문이다.

개정법에서 이사회내 위원회제도를 도입한 것은 미국의 사외이사 중심의 이사회제도를 본받아 이사회의 운영을 이사회내 위원회를 중심으로 운영하여 의사결정의 신속성 및 효율성을 제고하는 한편 이사회의 감독기능을 강화하는데 그 목적이 있다. 특히 이사회에 의한 경영감독 기능의 강화는 집행임원제도의 도입에 따른 의사결정과 집행기능의 분리에 따라 당연히 요청된다고 하겠다.

그러나 일본의 사외이사제도는 모든 주식회사에 대하여 의무화하는 것이 아니라 위원회등설치회사와 후술하는 중요재산위원회설치회사에 국한하고 있다.[88]

---

87) 허 인, 전게논문, 47면.

88) 상법 개정의 논의과정에서 모든 대회사에 대하여 사외이사 선임을 의무화하자는 제안이 있었으나, 사외이사를 맡을 인재가 충분하지 않다는 재계의 주장을 받아들여 중요재산위원회를 설치하는 회사에 대하여 1인이상의 사외이사를 선임할 것을 의무화하였으며 이와 별도로 위원회등설치회사에 대해 사외이사가 과반수이상 참여하는 3개 위원회를 설치하도록 함으로써 간접적으로 복수의 선임을 의무화하게 되었다(株式會社學習硏究所, 「これならわける コーポレート・ガバナソス」(KAKKENMOOK誌 , 2003. 3), 24面.

지명위원회는 이사 후보자를 결정하고 이사의 책임에 관한 의안의 내용을 결정하고, 보수위원회는 이사 및 집행임원이 받는 개인별 보수의 내용을 결정하고, 감사위원회는 폐지되는 감사를 대신하여 이사 및 집행임원의 직무의 집행에 대한 감독 및 회계감사인의 선임·해임 및 재선임의 거부를 결정하는 권한이 있다. 특히 개정법에서 보수위원회에서 이익연동방식의 보수를 정할 수 있게 함으로써 회사의 영업성적이 좋을 경우 상당한 금액의 상여금을 보수로 지급할 수 있는 등 임원의 실적에 따라 보수를 차등 지급하는 것이 이전보다 훨씬 수월해지게 되었다.[89]

위원회등설치회사의 감사위원회의 구성원은 이사의 신분이기 때문에 그 감사의 범위와 관련하여, 감사위원회의 신분에서는 적법성 감사에 한하고 이사회의 구성원으로써 타당성 여부에도 감사권이 미친다고 구별하여 해석하는 견해도 있으나, 감사위원회의 감사 제한은 이사 및 직무집행에 대한 적법성뿐만 아니라 그 타당성 감사에도 미친다고 해석되고 있다.[90]

(3) 중요재산위원회

일본 개정상법은 대회사 또는 간주대회사 중에서 이사가 10인 이상이고 1인 이상의 사외이사가 선임되어 있는 경우에는 이사회결의로써 중요재산위원회를 설치할 수 있다. 중요재산위원회제도는 집행임원과 함께 설치되는 3개 위원회와는 다른 법제로서 위원회등설치회사에서는 설치할 수 없다.

중요재산위원회는 3인 이상의 이사로 구성되며 구성원 중 사외이사가 반드시 포함되어야 하는 것은 아니다. 중요재산위원회는 이사회로부터 위임받은 중요재산의 처분 및 양수와 거액의 차입금에 대한 의사결정을 하는 기구이기 때문에 일반적으로 상근이사 또는 업무집행에 관여하는 중추적인 간부가 그 구성원으로 적당하다고 하겠다.[91]

---

89) 居林次雄,「平年 14年 改正商法重点逐條解說-執行役制度の採用-」(稅務經理協會, 2002.9),4面.

90) 前田庸,“商法等の一部を改正する法律案要綱の解說”, 「商事法務」No. 1622(2002.3.5), 10面 以下.

91) 株式會社學習硏究所, 「これならわける コーポレート ・ ガバナソス」(KAKKENMOOK誌 , 2003. 3),

전통적으로 일본의 주식회사의 이사회는 그 구성원의 수가 너무 많았기 때문에 신속하고 기동적인 의사결정이 곤란하였다. 이러한 문제점을 보완하기 위하여 이전부터 대규모 기업은 상무회 또는 최고경영회의를 운영하여 왔는데, 이러한 조직은 법적 설치근거가 없었다. 따라서 개정법상의 중요재산위원회는 이러한 법적 근거가 없었던 비공식조직에 법적 근거를 부여한 공식화된 위원회라 할 수 있다.[92]

2. 執行任員의 法的 地位

일본의 위원회등설치회사[93]에서는 회사의 업무를 집행하는 기관으로서 일반 주식회사에서 볼 수 있는 대표이사나 업무담당이사의 선임이 인정되지 않으며, 그 대신에 집행역 및 대표집행역을 설치할 수 있도록 하고 있다. 집행역은 일반 주식회사에 있어서의 이사와 유사한 점이 없는 것은 아니나 여러 가지 점에서 차이가 있다. 또한 집행역은 물론 대표집행역도 주식회사의 기관이라는 점에서 대표이사나 업무담당이사와 다르지 않다고 할 수 있으나, 이사의 지위에 있을 것을 요구하지 않으며 집행과 감독을 분리하고자 하는 의미에서는 오히려 이사를 겸임하지 않는 것이 바람직하다고 생각되는 점에서 커다란 차이점을 보이고 있다.

또한 사용인겸무이사가 다수 존재하고 있듯이 집행역도 사용인을 겸임하는 것은 부정하지는 않는다. 단지, 이사의 경우에는 이사로서의 지위에서 당연히 업무집행권이 있는 것은 아니어서 이러한 지위가 생겼으나, 이사와 달리 집행역은 당연히 업무집행권을 가지고 있으므로 사용인을 겸임할 필요성은 거의 없다고 할 것이다.

가. 執行任員의 意義

25面.

92) 허 인, 전게논문, 49면.

93) 위원회등설치회사란 대회사 또는 상법특례법 제2조 제2항의 정관의 정함이 있는 주식회사(간주대회사) 중 어느 하나에 해당하고 동법 제2장 제4절에 규정하는 특례의 적용을 받는 취지의 정관의 정함이 있는 회사이다.

일본에서 집행역은 “집행임원이라는 뜻의 직함이 있고, 일정한 대리권을 부여받아 회사의 업무를 집행할 권한을 가지며 부하 종업원에 대한 임면 등을 포함한 인사결정에 직접 관계하는 권한을 가진 자”로 정의하기도 한다. 또는 이사회에 의하여 선임되고 대표이사의 지휘 하에서 업무집행을 분담하여 행하는 책임자인 상급사용인이라 정의하기도 하고, 이사를 겸임하지 않은 집행임원이란 이사회가 정관규정을 또는 그 결의에 기하여 경영의 효율성을 확보하기 위하여 임명한 사용인으로서 대표이사 또는 업무담당이사의 지휘감독아래에서 이사의 업무집행을 보좌하는 사용인이라 정의하기도 한다.[94]

일본 상법은 1990년 이후 열 차례 이상 개정되었지만 개정작업의 중심은 장기간에 걸쳐 논란이 많았던 자기주식 취득에 대한 규제완화에 관한 문제였으며,[95] 1993년 및 2001년 12월의 개정은 경영구조에 관련한 개정이었다.

일본 주식회사의 구조는 전통적으로 우리나라 상법과 유사하게 주주총회, 이사회 및 감사 등 3개 기관으로 구성되어 있다. 1974년 상법특례법의 제정과 1981년 및 1993년 두 차례의 상법 및 동 특례법의 개정은 감사 · 감독제도에 관한 개선으로 이는 회사규모에 따라 차별적으로 운용하게 하였으며, 아울러 복수감사, 사외감사, 상근감사 및 감사회 제도를 시행하여 전통적 구조에 변화를 주게 되었다.[96]

2002년 5월 상법특례법 및 상법을 개정하여 전통적인 경영구조와는 별도로 비교

---

94) 森本 滋, “執行役員制度にって”,「證券代行ニュース」,(中央信託銀行, 273號), 16面.

95) 일본 기업들은 1980년대 중반이후 어려운 시장상황에서 자본조달을 위해 대규모의 주식을 발행하였으나 1990년대에 들어 거품경제의 붕괴조짐이 나타나면서 기업실적이 크게 악화됨에 따라 기존의 발행주식이 기업의 재무구조에 부담을 가져왔고 이에 자사주 매입의 필요성이 증가하게 되었다. 이를 개선하기 위하여 장기간에 걸쳐 수차례의 상법개정이 있었다.(Motomi Hashimoto, Commercial Code Revisions: Promoting the Evolution of Japanese Companies, NRI No.48, Nomura Reserch Institute, May 1, 2002, pp.1-3).

96) 상법특례법에서는 회사를 자본금 또는 부채규모에 따라 대회사, 간주대회사 및 소회사로 구분한다. 대회사는 자본금이 5억엔 이상이거나 최종의 대차대조표상 부채규모가 2백억엔 이상인 주식회사를 말하며, 소회사는 자본금이 1억엔 이하이고 부채규모가 2백억엔 미만인 회사를 가리키며(동법 제1조의2), 간주대회사는 자본금이 1억엔을 초과하고 부채규모가 2백억엔 미만인 회사로서 정관에 상법특례법 제4절의 감사등에 관한 특례의 적용을 받는다는 취지를 규정한 회사를 가르킨다(동법 제2조 제2항, 제1조의2 제2항 제2호).

적 규모가 큰 주식회사에 한하여 미국식의 새로운 경영체제를 선택할 수 있도록 집행임원제도를 공식적으로 법제화하였다. 이는 일본의 많은 기업이 이미 종래의 전통적인 지배구조 하에서 집행역원제도를 공식적으로 법제화하였다.

개정 상법특례법에서 도입한 새로운 경영체제는 전통적인 대표이사 및 감사를 폐지하는 대신에 사외이사의 선임을 의무화하고, 이사회 산하에 이들 사외이사가 과반수이상 참여하는 3개 위원회(지명위원회, 보수위원회, 감사위원회)를 설치하고, 이와 함께 집행임원 및 대표집행임원을 두고, 회사경영은 대표집행임원을 포함한 집행임원에게 위임하고, 이사회는 집행임원에 대한 경영감독에 집중하는 구조이다.

이는 종래의 상법에 기초한 '이사회, 대표이사 및 감사' 체제와는 다른 것으로서 일원적 이사회제도, 사외이사를 중심으로 하는 이사회내 위원회제도 및 집행임원에 의한 경영과 감독기능의 분리를 그 특징으로 하는 미국 주식회사의 경영구조를 모방한 것이다. 특히 이사회를 전통적인 경영기관에서 위원회 중심의 경영감독기관으로 전환하는 점에서 기업지배구조 측면에서 의미가 크다고 할 수 있다.

일본이 경영 현실을 반영하고 정부 차원에서 이사회제도를 개혁하기 위하여 2002년 5월 상법특례법 등을 개정하여 미국식의 집행임원제도를 공식화한 점은 회사의 기업지배구조 및 그 운영 실태 면에서 매우 유사한 우리에게 큰 시사점이 될 수 있다고 하겠다.

우리나라의 경우 일본에 앞서 1999년부터 이미 감사위원회를 비롯한 이사회내 위원회제도와 사외이사제도를 도입·시행하고 있으며, 전체 임원의 과반수를 차지하는 비등기임원이 사실상 업무담당이사와 유사한 업무집행기능을 담당하고 있는 상황이고, 특히 그동안 사외이사의 독립성 및 전문성과 관련하여 여러 문제점이 제기되고 다양한 개선방안이 논의되고 있는 상황이므로 차제에 감사위원회의 독립성을 보장함으로써 이사회의 경영감독 기능을 강화하기 위한 방안으로서 일본과 같이 집행임원제도의 도입을 고려해야 한다는 주장이 계속되어 왔다.[97]

---

97) 허 인, 전게논문, 50-52면.

나. 實務上의 旣存槪念과의 區別

2002년 상법특례법이 개정되기 이전에 기업경영의 효율성을 위하여 사용된 집행역원, 업무담당이사, 사용인겸무이사와 비교하여 보면 상법특례법상의 집행임원의 지위와 성격을 좀 더 분명하게 파악할 수 있다.

(1) 상법특례법상의 집행역과 종래 집행역원의 구별

개정 상법특례법에 의해 새롭게 신설된 '집행임원(집행역)'과 이전부터 기업실무에서 운용되던 '집행역원' 제도를 비교하면 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 개정법상의 집행역은 위원회등설치회사에만 인정되는 업무집행을 담당하는 임원이자 회사법상 기관으로서 등기사항인데 반하여, 종래의 집행역원은 법률상 설치근거가 없이 임의로 설치된 하나의 직위로서 그 신분은 종업원이었다. 종래의 집행역원의 개념에 대해서는 일반적으로 업무담당이사 및 사용인겸무이사가 담당하는 직무를 이사 아닌 자에게 위임시켜 이사와는 별개의 자격으로 이사회에 의해서 선임되고 대표이사의 지휘 하에 회사의 업무집행을 일부 분담하는 책임자로 정의되었다.

둘째, 개정법상의 집행역은 이사회의 결의에 의해 위임받은 업무를 결정하고, 회사의 업무집행권한이 법적으로 광범위하게 인정되고 있으며, 집행역에게 위임할 수 있는 권한 중에는 신주 및 사채의 발행과 같은 상당히 중요사항들이 포함되는데 반하여, 종래의 집행역원은 종업원 신분이기 때문에 중요사항은 이사회가 직접 결정해야하고 대폭적인 권한위임이 불가능하다는 한계가 있다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 도입된 것이 바로 개정법상의 위원회등설치회사에 인정되는 집행역 제도이다. 따라서 종래의 집행역원의 지위를 고려하면 집행역원에게는 이사와 같은 중요한 책임을 지워야 할 필요성이 없다. 이러한 이유로 2002년 상법 개정시 집행역원에 대한 규제 내지 규정은 개정 대상에서 제외되었으며[98] 집행역원에 대

98)居林次雄,「平年 14年 改正商法重点逐條解說-執行役制度の採用-」(稅務經理協會, 2002.9),23面.

한 규정은 전혀 없다. 따라서 기업들은 종래와 같이 사실상의 집행역원을 둘 수 있지만, 위원회등설치회사에서는 집행역원이 인정되지 않고 반드시 집행역만 두어야 한다.

(2) 업무담당이사와 사용인겸무이사

① 업무담당이사

대표이사가 아닌 대내적 업무집행권을 가지는 이사를 업무담당이사라고 한다. 그러나 업무담당이사라고 해도 뚜렷한 정의가 있는 것은 아니고, 경우에 따라 그 의미가 일정하지는 않다. 즉, ① 대표권의 유무에 관계없이 업무집행권을 가지는 모든 이사일 것을 가리키는 경우, ② 대표권이 없고 대내적 업무집행권만을 가지는 이사일 것을 가리키는 경우,[99] ③ 대표권이 없이 책임 있는 직무에 있는 이사일 것을 가리키는 경우[100] 등이 있다. 또 일정한 대내적 업무집행권을 가지는 이사 가운데 대표이사와 경영상 책임 있는 직책을 가진 이사(표현대표이사나 사실상 이사를 포함)를 제외한 이사를 협의의 업무담당이사라 부르기도 한다. 경영상 책임 있는 직책에 있는 이사 이외는 평이사이기 때문에, 평이사 안에는 총무담당이사, 영업담당이사 등으로 불려지며 제한된 업무집행권을 가지는 협의의 업무담당이사와 순수한 평이사가 있게 된다.

업무담당이사는 사용인의 지위를 겸무하고 있는 것이 아니라 이사로서 회사의 업무집행 일부를 분담하고 있는 것이고, 이사가 사용인의 지위를 함께 가짐에 따라서 업무집행권도 갖지 않는 사용인겸무이사와는 구별할 수 있는 것이다.[101]

일본의 법인세법은 업무담당이사와 사용인겸무이사를 구별해,[102] 사용인이라는

99) 龍田節, 「會社法(第5版)」(有斐閣, 1995), 100面.

100) 稻葉威雄他 監修, 「債務相談株式會社法」新訂版 第3倦 (商事法務硏究會, 1992), 138面

101) 小林英明, 「使用人兼務取締役」新訂版 (商事法務硏究會, 1998), 38面.

102) 일본 법인세법 제71조, 법 제35조 제5항(사용인으로서의 직무를 가지는 임원의 의의)에 규정하는 정령으로 정하는 '사용인겸무집행임원으로 여겨지지 않는 임원'으로는 다음과 같다. ① 부사장, 대표이사, 전무이사, 상무이사, 청산인 그 외 이러한 사람에게 준하는 임원, ② 합병회사 및 합자회사의 업무집행

직제상의 지위를 겸하는 것이 사용인겸무이사이고, 이사로서 법인의 특정의 부분의 직무를 총괄하는 경우에는 직제상의 지위를 겸하는 것이 아니기 때문에, 사용인겸무이사에게 적합하지 않다고 하고 있다. 그러나 영업본부장이라는 명칭이 영업을 업무담당으로 하는 이사의 직계상 명칭인가, 아니면 각 영업부를 통솔하는 영업본부장이라는 사용인의 지위에 지나지 않는 것인가의 구별은 사실상 어렵다. 결국은 그 회사의 내규에 의한다. 즉, 외관상 분명하게 구별되지는 않아도 회사가 본부장을 사용인의 직제로 규정하고 있으면 영업본부장은 사용인겸무이사이고, 회사가 담당임원을 직위로서 규정하고 있으면 업무담당이사가 되는 것이다.

② 사용인겸무이사

이사가 사용인의 지위를 겸비한 경우에는 사용인겸무이사이다.[103] 이사와 사용인과는 원래 동일인에게 양립하기 어려운 개념이라 생각되지만, 실제 회사에서는 한 사람이 양쪽의 지위를 겸하는 사용인겸무이사가 다수 존재하고 있다.

사용인겸무이사가 다수 존재하는 이유는 경영자시장이 협소한 것에 기인하는데, 이는 사용인이 가지고 있는 직무에 관한 경험이나 역량 등을 높이 평가하여 다른 회사가 영입하여 주는 경우가 거의 없기 때문이다.[104] 또한, 규모가 작은 회사의 경우에도 주식회사가 되어 인원부족은 필연적이다. 즉, 이사회는 경영의 효율화라는 관점에서나 또는 대중 주주의 보호라는 하는 관점에서 대규모의 공개회사에 있어서는 필요 · 불가결한 존재임이 분명하지만, 소유와 경영이 분리되지 않고 주주가 회사의 경영에 직접 참여하고 있으며 소수의 주주만으로 구성된 소규모의 폐쇄적 회사에 대해서까지 일률적으로 이사회를 강제하고 있기 때문이다.[105]

어쨌든, 이사 고유의 직무가 대기업에 있어서조차 양적, 시간적으로 그다지 많

사원, ③ 감사역 및 감사이다.

103) 일본에서 집행임원을 도입한 목적 중의 하나도 사용인겸무이사의 문제를 해결하기 위한 것이다(小林英明, 「使用人兼務取締役」新訂版 (商事法務研究會, 1998), 20面).

104) 吉井薄他, “使用人兼務取締役制度の解說”, 「別冊商事法務」No.31, 70面.

105) 양동석, 「대소회사구분입법론」(법문사, 1995), 170면.

지 않다는 것과 이사가 사용인을 겸임하는 것이 명문으로 금지된 것이 아니기 때문에, 사실상 사용인겸무이사가 다수 존재하고 있다. 이러한 사용인겸무이사의 대부분은 사용인이 승진해서 이사가 된 것이고, 외부로부터 초빙된 이사가 후에 사용인을 겸하게 되는 예는 아주 적다.

사용인겸무이사 대부분은 업무집행권도 갖지 않는 평이사가 사용인의 지위를 겸하고 있기 때문에, 대표이사 및 경영상 책임 있는 직책(표현대표이사나 사실상 이사 포함)을 가진 이사는 사용인을 겸임할 수 없다고 하는 다수의 입장[106]이 유력하다.[107]

그러나 현실적으로는 상무이사나 전무이사도 사용인의 지위를 겸임하고 있는 회사가 많다. 또한 사용인겸무이사의 업무집행은 사용인직무를 행하고 있는 것처럼 보이지만 이것은 이사로서의 행위이지 사용인으로 하는 행위가 아니기 때문에[108] 이들에게는 사용인급여 등은 지불하지 않는다.

그러나 현실적으로는 상무이사가 영업부장이라고 하는 사용인의 직책상의 지위를 겸임하고 있으면, 사실로서 사용인을 겸임하고 있는 것이기 때문에 업무집행권을 가진 이사도 사용인을 겸임하고 있다면 사용인겸무이사로서 보아도 무방할 것이다.[109] 이는 사용인겸무이사가 사용인의 행위를 하게 되면 취업규칙의 적용을 받게 되어 복무규율위반을 이유로 징계나 해고를 당하게 되며, 또한 퇴직금청구권이 발생하기 때문이다.

업무담당이사가 사용인의 지위를 겸하는 경우 사용인급여 등은 지불하지 않고, 또한 다수설[110]도 사용인직무를 행하고 있는 것처럼 보여도 그것은 이사로서의 행

---

106) 사용인겸무이사를 부정하는 근거로는 ①사용인겸무이사를 긍정할 만한 명문규정이 없다. ②이사와 사용인의 지휘는 모순관계이다. ③이사의 대표이사감독권한의 핵심을 빼낸 일본 상법 제269조의 찬탈을 들 수 있다(吉井薄他, "使用人兼務取締役制度の解說", 「別冊商事法務」No.31, 69面 以下).

107) 味村治・品川芳宜, 「役員報酬の法律實務(新訂版)」(商事法務硏究所, 1997), 8面.

108) 세법상 사용인겸임임원으로서 인정되는 범위는, 대표이사 및 업무집행권을 가지는 이사를 제외한 평이사 뿐이다. 味村治・品川芳宜, 「役員報酬の法律實務(新訂版)」(商事法務硏究所, 1997), 8面.

109) 小林英明, 「使用人兼務取締役」新訂版 (商事法務硏究會, 1998), 22面.

110) 味村治・品川芳宜, 「役員報酬の法律實務(新訂版)」(商事法務硏究所, 1997), 8面.

위이지 사용인으로 직무를 행하는 것은 아니라고 한다.

다. 執行役員의 代表執行役

위원회등설치회사에 있어서의 업무집행기관은 집행역이지만 대외적으로 회사를 대표하는 것은 이중에서 대표권을 가진 대표집행역이다. 즉 위원회등설치회사는 이사회의 결의로 위원회등설치회사를 대표할 집행역으로서 대표집행역을 선임하여야만 한다(상특 제21조의15 제1항). 위원회등설치회사에 있어서의 집행임원의 선임은 의무이다.

대표집행역은 동시에 집행역이어야 하며 집행역일 것이 대표집행역의 자격이기도 하다. 대표집행역은 많은 점에서 대표이사와 유사하지만, 대표이사는 자기도 구성원인 이사회에서 선임되지만 대표집행역의 선임은 집행역이나 집행역회에서 하는 것이 아니라 자기가 반드시 구성원으로 되어 있지 않은 이사회에서 선임된다는 점에 커다란 차이를 가지고 있다. 이에 따라 결국 종래의 회사를 대표하는 대표이사는 폐지되거나 이사장의 역할을 하게 되는 것이다.

라. 執行役員의 選任 및 解任

(1) 집행역의 선임

집행역의 선임은 지명위원회의 직무가 아니고 이사회의 결의로써 선임된다(상특 제21조의13 제1항 전단). 이는 위원회등설치회사에서 처음으로 집행역을 선임할 경우에도 같다(동항 후단). 회사의 업무집행을 위임받을 집행역의 선임은 회사의 중요한 업무결정 중의 하나라고 할 수 있으므로 이사회에 전속하는 권한인 것이다.[111] 집행역의 임기는 취임 후 1년 이내의 최종의 결산기에 관한 정기총회가 종

111) 近藤光男, “執行役”「民事法雜誌」(2002.8), 520面.

료한 후 최초로 개최되는 이사회의 종결 시까지로 한다(동조 제3항). 여기에서 이사회가 집행역의 선임 및 해임의 권한을 갖는 것과, 적어도 1년에 1회 정도 이사회는 집행역의 직무집행에 관한 조사를 통하여 그 자가 적임자인가의 여부를 판단하게 되는 것은 집행역에 대한 감독기능이 기대되는 부분이라 할 수 있다.[112] 집행역의 성명은 위원회등설치회사에 있어서는 등기사항으로 되어 있으므로(상특 제21조의34 제4호), 매년 등기를 해야 한다.

집행임원에 대해서도 이사의 결격사유가 준용되므로, 성년피후견인, 피보좌인, 파산선고를 받고 복권되지 않은 자등은 집행임원의 결격자이다(상특 제21조의14 제7항 5호, 상 제254조의2). 그리고 상법특례법은 널리 적임자를 구할 것을 의도하여 정관으로 집행역을 주주로 한정하는 규정을 둘 수 없도록 하였다(상특 제21조의13 제4항).

(2) 집행역의 해임

집행역의 해임에 관해서는 언제든지 이사회의 결의로 가능하다고 규정하고 있다(상특 제21조의13 제6항). 단지, 당해 집행역원이 해임되는 것에 정당한 이유가 없는 한, 해임된 집행역원은 그 해임으로 발생한 손해에 관해 회사에 대해서 손해배상을 청구할 수 있다(동조 제7항). 위원회등설치회사에 있어서의 집행역의 해임은 주주총회의 결의에 의해서 행해지는 것이 아니라 이사회의 결의에 의해서 행해진다는 점에서 업무집행결정형 해임이라 할 수 있으며 대표이사의 대표권박탈이나 업무담당이사의 업무집행권의 박탈과 유사한 것이라고 할 수 있다.[113]

마. 執行役員과 理事와의 關係

112) 近藤光男, 前揭書, 200-201面.

113) 近藤光男, 上揭書(주97), 522面.

종전에는 이사가 회사의 업무를 집행하는 것은 당연한 것으로 여겨졌지만 위원회등설치회사의 경우에는 업무집행에 관여하지 않고 집행임원에게 업무집행을 위임하는 것이 원칙이다. 기본적으로 위원회등설치회사의 이사는 이사회 및 3개 위원회를 구성하고, 종전의 업무집행자의 지위에서 집행임원의 업무집행을 감독하고 아울러 집행임원에 대한 인사권(선임, 해임)을 행사하는 감독자 내지 감시자의 입장으로 전환하게 되었다. 개정법에서 이사의 기능을 이처럼 변경한 것은 종래 감사에 의한 업무감사보다 이사회에 의한 업무감사 내지 인사권의 행사를 통한 감독이 내부통제 측면에서 더 강력한 효과를 발휘할 수 있을 것으로 기대되었기 때문이다.[114]

위원회등설치회사의 경우 이사회가 집행임원을 두지 않거나 이사에게 업무의 결정권한을 위임하는 것은 허용되지 않으며 이사는 업무집행을 담당하지 못한다.

따라서 종래와 같은 소위 업무담당이사 및 사용인겸무이사는 법률상 인정될 수 없는 것으로 해석되고 있다. 다만, 이사가 집행임원을 겸임하는 것은 무방하다(일본 상법특례법 제21조의6). 이 경우 위임받은 범위 내에서 회사업무를 집행할 수 있다. 종래 전통적인 회사의 경우 사용인겸무이사와 별도로 업무담당이사도 상당수 존재하였기 때문에 위원회등설치회사에 있어서도 집행임원겸임이사가 상당수 존재할 것으로 예상하여 개정법에서는 이상의 집행임원겸무를 허용하고 있다. 그러나 감사위원으로 선임된 이사는 집행임원을 겸임할 수 없다(동법 제21조의8 제7항).

위원회등설치회사의 이사회는 회사의 정관의 목적에 부합되게 경영의 기본방침을 결정하고, 이사 및 집행임원이 이사회의 경영방침 및 직무기준에 따라 직무를 제대로 집행하고 있는지의 여부를 감독하는 역할을 수행하게 된다.

114) 居林次雄, 前揭書, 54面.

3. 執行任員의 義務와 責任

가. 執行任員의 義務

(1) 선관주의의무 및 충실의무

회사와 집행역의 관계는 위임에 관한 규정에 따르도록 하고 있다(상특 제21조의14 제7항 제4호, 제254조 제3항). 이 규정은 집행역이 상법개정전의 대규모주식회사에서 실무상으로 볼 수 있었던 집행역원과는 다르며, 이사의 지휘 · 명령 하에 있는 단순한 사용인이 아니라 유사한 수임자로서의 회사기관이라는 점을 나타내는 것이라고 할 것이다.[115][116] 따라서 집행역은 당연히 회사에 대하여 선관주의의무를 지게 되며, 회사의 업무를 집행한다는 점에서 일반 주식회사에 있어서 이사와 같이 회사에 대하여 충실의무를 진다는 취지의 규정을 두고 있다(상특 제21조의14 제7항 제5호, 상법 제254조의3). 그러나 위원회등설치회사에 있어서는 업무집행기관이 아닌 이사에 대해서도 충실의무가 부과되어 있다(상특 제21조의6 제2항).

(2) 보고의무

집행역은 주주총회에서 주주가 청구한 사항에 관하여 설명을 해야 할 의무를 진다(상특 제21조의14 제7항 제3호, 상법 제237조의3). 이 의무내용은 이사의 설명의무와 같아 단지 위원회등설치회사에 있어서는 주주총회에서 주주가 질문하는 사항은 이사보다도 업무를 집행하는 기관인 집행역의 경우가 답변자로서 적절한 경

---

115) 일본에서 집행역원을 소니사가 도입을 한 이래, 그 집행임원과 회사와의 관계를 어떻게 파악할 것인가에 대해서 많은 논란이 있었다. 즉 고용계약관계에 있다고 파악한 견해, 위임계약관계에 있다고 파악한 견해, 위임계약과 고용계약의 절충형인 혼합계약으로 보는 견해 등의 대립이 있었으나 2002년 상법개정을 통하여 집행역을 이사에 준하여 규율하고 있으며 집행역과 회사간의 법률관계를 위임관계로 파악하여, 위와 같은 견해의 대립은 그 실효성을 상실하게 되었다.

116) 近藤光男, 前揭書(주97), 525面.

우가 훨씬 많을 것이다. 그러나 위원회등설치회사에서도 주주총회운영의 최종책임자는 집행역이 아니고 이사라고 보아야 할 것이다(상특 제21조의7 제3항 10호, 11호).

(3) 임기만료 · 사임의 경우의 임무계속의무

집행역의 원수에 대해서 법적된 것은 아니지만 각 회사는 정관으로 원수를 정해두는 경우가 많을 것이다. 그와같은 경우 집행역이 임기만료 또는 사임으로 퇴임함으로써 집행역이 원수에 미달하는 사태가 발생할 수 있다. 이때 퇴임하는 집행역은 새로 선임된 집행역이 직무에 취임할 때까지 계속하여 집행역의 권리와 의무를 갖게 된다(상특 제21조의14 제7항 5호). 이 경우에 필요한 경우, 법원이 이해관계인의 청구에 따라 가집행역을 선임할 수 있다. 회사경영의 중단을 막기 위하여 이사와 동일한 의무를 집행역에게 부여한 것이다.[117]

나. 執行役員의 責任

(1) 회사에 대한 책임

위원회등설치회사에 있어서의 집행역의 회사에 대한 책임은 일반 주식회사의 이사의 책임에 관한 일본 상법 제266조를 준용하는 것이 아니라 상법특별법에 규정을 두고 있으며(상특 제21조의17 제1항, 제3항, 제21조의20 제1항, 제21조의21 제1항), 이러한 책임에 관한 면제에 관해서도 별개로 규정하고 있다(상특 제21조의17 제2항, 제6항, 제21조의18 제2항, 제21조의20 제2항). 이는 업무집행기관과 결정 · 감독기관을 분리한 것과 더불어서 부담하는 책임의 정도가 일반 주식회사의 이사의 경우와는 크게 다르기 때문이다. 집행역에 관해서는 사외이사를 과반수구

117) 近藤光男, 前揭書, 206-207面.

성원으로 하는 각종의 위원회가 설치된 이사회에 의한 그 감독기능이 강화되어 있다는 점에서, 업무집행의 적정을 도모하기 위해서는 무과실책임을 지울 필요성은 없다고 해석되고 있다.[118] 업무의 결정과 집행을 동일기관에서 행하게 되는 경우에, 일단 부정행위를 하려는 자가 등장하면 부정을 하기 쉽고 회사의 손해는 막대하게 될 것이 예상되며, 이러한 의미에서 이사에게 무과실책임을 과하는 것에 대해서는 합리성이 있지만, 결정 · 감독과 집행을 분리한 이상 무과실책임을 부과할 이유가 없다는 것이다.[119]

① 책임의 경감

일본 상법상 이사의 회사에 대한 책임에 관하여 연대책임 외에도 일정한 경우 무과실책임, 이사회결의에 찬성한 이사에 대해서도 위반을 간주하거나 책임면제의 요건을 총주주의 동의로 하는 등 상당히 엄격한 책임규정을 두고 있다. 2001년 12월의 상법개정에 의해 상법 제266조 제1항 제5호의 책임(법령 또는 정관의 위반)에 한하여 이사의 직무집행이 선의이고 중과실이 없을 경우 일정 한도 내에서 책임면제가 허용될 수 있도록 하였지만 전체적으로 이사의 책임은 상당히 무거워졌다.

이러한 변화는 주식회사의 이사에 의한 업무집행의 결과가 수많은 이해관계자에게 중대한 영향을 미칠 가능성이 있기 때문이며 더구나 업무집행을 하는 이사는 동시에 업무집행을 감독해야 할 이사회의 구성원이 되는 현행법제의 한계성으로 인해 무과실책임을 포함한 엄격한 책임을 부과함으로써 업무집행의 적정성을 확보하기 위한 취지가 반영되었다고 하겠다.

이에 반하여 위원회등설치회사의 경우에는 상법 제266조(회사에 대한 이사의 책임과 그 면제요건)의 규정은 적용되지 않고, 회사에 대한 이사 및 집행임원의 책임에 대해서는 특칙을 규정하고 있다. 즉, 이사는 업무집행을 담당하지 못하고 이

118) 前田庸, “商法等の一部を改正する法律案要綱の解說”, 「商事法務」97-98面.

119) 즉 제266조 제1항에서는 이사가 회사에 대하여 책임을 지는 경우를 구체적으로 열거하고 있으며, 그 대부분을 무과실책임으로 하고 있다.

사회의 구성원 자격에서 임원의 업무집행을 감독하는 지위에 있기 때문에 상법상의 감사와 같이 과실 책임만을 부담하는 것이 합리적이고, 집행임원의 업무집행에 대한 이사회의 감독기능은 사외이사가 과반수 참여하는 3개 위원회의 설치로 상당히 강화되었으므로 집행임원의 경우에도 업무집행의 적정성을 도모하기 위하여 무과실책임까지 부과할 필요는 없다고 생각되어 개정 상법특례법에서는 이사 및 집행임원의 책임을 과실책임을 원칙으로 하고 또 각각의 행위마다 이사와 집행임원을 구별하거나 양자를 함께 규정하고 있다.

② 일반적인 책임 발생 사유

위원회등설치회사에 있어서도 이사 또는 집행임원은 회사와 위임관계에 있고, 직무집행에 있어 임무를 해태한 때에는 회사에 대하여 연대하여 손해배상책임을 진다(일본 상법특례법 제21조의17 제1항). 이것은 이사 및 집행임원의 채무불이행에 기한 일반적인 책임발생사유이고 과실책임이다.

일본 개정 상법특례법상에서 상법 제266조 제2항 및 제3항에 상당하는 규정은 없다.[120] 따라서 어느 이사 또는 집행임원이 이사회의 결의에 근거해서 선관주의의무에 위반되는 행위를 한 경우 이사회 결의에 찬성한 이사는 당연히 그러한 위반행위로 인해 회사에 대해 책임을 지는 것은 아니고 해당 이사가 이사회결의에 찬성함에 있어 임무해태(선관주의의무 위반)가 있었던 경우에만 임무해태 따른 책임을 지게 된다.

위원회등설치회사의 이사 또는 집행임원의 의무는 총 주주의 동의가 없으면 면제될 수 없지만(동법 제21조의17 제2항), 2001년 12월의 개정상법에 의한 이사의 책임경감에 관한 규정이 준용되어, 사외이사, 기타 이사 및 집행임원으로 나누어 각각 책임경감이 인정된다(동법 제21조의17 제4항, 제5항, 제6항).

또한 위법한 경업거래가 있었을 경우 손해액의 추정규정(일상 제266조 제4항)이

120) 위반행위가 이사회의 결의에 근거했을 경우 그 이사회결의에 찬성한 이사에 대하여도 위반행위를 간주하고, 이사회회의록에 반대의견을 남기지 않았을 경우에는 이사회 결의에 찬성할 것으로 추정하고 있다.

준용된다(일본 상법특례법 제21조의17 제3항).

③ 위법배당등의 책임

위원회등설치회사에 있어서는 이사회가 지정한 집행임원이 이익처분을 이사회에 제출하고 이사회의 승인을 받는 절차가 있다(일본 상법특례법 제21조의26 제1항).

상법특례법에는 위법배당 및 위법한 중간배당에 대한 이사의 책임에 관한 상법 제266조 제1항 제1호에 상당하는 특별규정은 없고 임무해태책임으로 취급한다. 따라서 이사회가 지정한 집행임원이 작성한 위법배당으로 인하여 책임이 인정되는 경우에도 선의이고 중과실이 없으면 책임경감에 관한 규정이 준용된다.

한편 위법배당과 관련한 집행임원의 책임은 위법배당에 관한 의안을 이사회에 제출하거나 위법한 이익배당 등을 행한 경우이고, 이 경우 위법배당액을 회사에 변상하도록 하고 있다(일본 상법특례법 제21조의18 1항 본문). 다만, 이 변상책임은 무과실책임이 아니기 때문에 집행임원은 자신이 주의를 태만히 하지 않았다는 것을 증명할 때에는 변상책임을 지지 않을 수 있다(동법 제21조의 18 제1항 단서). 집행임원의 위법배당에 관한 의무는 총주주의 동의가 없는 한 면제될 수 없으며(동법 제21조의18 제2항), 집행임원이 선의이고 중과실이 없더라도 경감대상이 되지 못한다.

④ 주주의 권리행사에 관한 이익공여 책임

이사 또는 집행임원이 일본 상법 제294조의2 제1항에 위반하여 재산상의 이익을 공여한 경우에는 해당 이사 또는 집행임원은 그 재산상의 이익에 상당하는 금액을 지불해야 한다(일본 상법특례법 제21조의20 제1항 전단).

이 의무는 무과실책임이다. 이익공여가 이사회결의에 따라 이루어진 경우에는 이사에 대해서 일본 상법 제266조 제2항 및 제3항이 준용되지만(동법 제21조의20 제1항 후단), 집행임원에 대해서는 임원회의가 없기 때문에 준용되지 않는다. 또 이 의무는 총 주주의 동의가 없는 한 면제될 수 없고(동법 제21조의20 제1항), 책임경감도 인정되지 않는다.

⑤ 이익상반거래에 따른 책임

위원회등설치회사에 있어서는 이사 외에 집행임원도 업무집행기관으로서 일본 상법 제265조(이사와 회사 간의 거래 및 간접거래)의 규정이 준용된다(일본 상법 특례법 제21조의14 제7항 5호). 따라서 이사 및 집행임원의 쌍방에 대하여 이익상반거래에 관한 책임이 규정된다. 이 책임은 이사회의 승인을 취득한 이익상반거래에 관한 것이며 승인이 없는 경우에는 일반적인 임무해태책임이 된다. 일본 상법 제265조 제1항의 승인을 취득한 이사 또는 집행임원은 이익상반거래로 회사에 손해가 발생한 경우에는 ①회사와 이익이 대립하는 이사 또는 집행임원, ②이사회의 위임에 따라 이익상반거래를 결정한 집행임원, ③ 이익상반거래에 관하여 이사회의 승인결의에 찬성한 이사는 그 손해를 배상할 책임을 진다(일본 상법특례법 제21조의21 제1항 본문 및 각호).

이 의무는 과실책임이고 이사 또는 집행임원이 주의의무의 태만이 없었다는 점을 입증한 때에는 의무를 부담하지 않는다(동법 제21조의21 제1항 단서). 그리고 총 주주의 3분의 2이상의 동의가 있을 경우 면제될 수 있는데 이 경우 관련 이사 또는 집행임원은 주주총회에서 이익상반거래에 관한 중요사실을 공개해야 한다(동법 제21조의21 제2항).

이 책임은 임무해태책임보다 엄격하지만 이사회의록에 이견을 남기지 않아도 찬성한 것으로 추정하지 않는다는 점과 주의의무를 태만히 하지 않았음을 입증한 때에는 책임을 부담하지 않는 점에서 일본 상법상의 이사의 이익상반거래에 관한 책임보다는 완화된 책임이다.

또한 일본 상법 제266조 제1항 제3호가 규정하는 다른 이사에 대한 금전대부에 따른 책임은 독립된 책임원인이 아니고 이익상반거래에 관한 책임에 포함된다.

⑥ 자본충실의 책임

위원회등설치회사에 있어서 신주발행시에 현물출자가 있을 경우 그 신주발행 당시의 실제가격이 신주발행 결의시 예정한 가격(예정가격)에 현저히 부족할 때에는

그 부족액을 회사에 지불할 책임을 진다.

예정가격이 상법특례법 제21조의7 제3항에 따라 이사회로부터 위임받은 집행임원에 의해 결정된 때에는 해당 집행임원은 회사에 대하여 연대책임을 진다(일본 상법특례법 제21조의24 제1항).

예정가격이 이사회결의에 의해 결정된 때에는 당해 결의에 찬성한 이사 및 이사회에 결의만을 제출한 이사 또는 집행임원이 회사에 대하여 연대지불책임을 진다(동법 제21조의24 제2항). 이 경우 이사회의 의사록에 이의를 남기지 않은 이사는 결의에 찬성한 것으로 추정된다(동법 제21조의24 제4항).

예정가격이 주주총회 결의에 의해 결정된 때에는 당해 결의안을 총회에 제출한 이사 및 당해 의안을 결정한 이사회에 의안을 제출한 이사 또는 집행임원은 각각 의안에서 결정한 가격과 실제 가격간의 차액을 한도로 연대하여 지불책임을 진다(동법 제21조의24제3항). 전자의 경우에는 이사회결의에 찬성한 이사는 의안을 총회에 제출한 것으로 간주되고 또 이사회의 의사록에 이견을 남기지 않은 이사는 결의에 찬성한 것으로 추정된다(동법 제21조의24 제4항). 이 책임은 무과실책임이지만 현물출자에 대하여 감사로부터 조사를 받았을 때에는 이사 또는 집행임원은 자신이 현물출자자인 경우를 제외하고는 자본충실책임을 지지 않는다(동법 제21조의 24 제5항).

(2) 제3자에 대한 책임

일반 주식회사에 있어서 이사는 회사뿐만 아니라 제3자에 대해서도 책임을 져야 한다. 즉, 이사가 직무를 행함에 있어서 악의 또는 중대한 과실이 있을 경우에는 제3자에 대하여 손해배상책임을 져야 한다(상법 제266조의3 제1항). 이와 같은 책임은 위원회등설치회사에 있어서의 집행역에게도 동일하게 부과되고 있다(상특 제21조의22 제1항). 이규정은 일본 상법 제266조의3(이사의 제3자에 대한 책임) 제1항과 같은 취지의 규정이지만 그 행위가 이사회 결의에 따라 행해진 경우에도 그 결의에 찬성한 이사는 찬성행위 자체에 악의 또는 중과실이 없으면 책임을 지지

않는다. 또 집행역원의 경우에는 ′ 집행역회의′ 가 존재하지 않기 때문에 결의에 찬성하는 집행역원의 책임문제가 발생할 여지가 없다.

감사위원이 감사위원회의 감사보고서에 기재해야 하는 중요사항을 허위 기재하거나 감사위원회에서 허위기록이 포함된 감사보고서의 승인결의에 찬성한 때에도 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(일본 상법특례법 제21조의22 제2항 본문).

이 책임은 상법 제280조(이사에 관한 규정의 감사에 준용) 제2항의 규정과 같은 취지이지만 과실책임이다. 따라서 해당 감사위원이 기재 내지 결의시에 주의를 태만히 하지 않았다는 것을 증명한 때에는 책임을 지지 않는다(동법 제21조의22 제2항 단서).

이것은 위원회등설치회사에서는 감사위원회가 감사보고서를 작성하기 때문에(동법 제21조의29), 감사보고서의 중요사항에 대해 허위기재를 한 감사위원의 제3자에 대한 책임을 규정하기 위한 것이다. 또한 이 감사보고서는 감사위원회의 결의에 의해 성립하는 것이므로(동법 제21조의9 제6항, 상법 제260조의2), 그 결의에 찬성한 감사위원에게 손해배상의무를 부과하는 동시에 상법 제266조 제3항을 준용하여 감사위원회의 의사록에 이의를 남기지 않는 감사위원을 결의에 찬성한 것으로 추정하도록 하는 취지이다(동법 제21조의22 제4항).

더욱이 집행임원이 주식청약서증명서, 신주인수권부증서, 신주예약신청서, 사채신청서 또는 신주예약권부사채신청서의 용지 혹은 계획서, 또는 이러한 서류의 작성을 대신하는 전자기록에 의한 작성이 이루어진 경우 그 전자기록, 혹은 상법특례법 제21조의26 제1항에 열거된 계산서류 및 부속명세서에 기재하거나 기록해야 할 중요사항을 허위로 기재, 기록하거나 허위로 등기 혹은 공고를 한때에는 제3자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 진다(동법 제21조의22 제3항 본문).

이러한 책임은 상법 제266조의3 제3항의 규정과 같은 취지의 규정이지만 과실책임이고, 당해 집행임원이 그 기재 또는 기록, 등기 또는 공고를 함에 있어 주의를 태만히 하지 않았다는 것을 증명한 때에는 책임을 지지 않는다(일본 상법 특례법 제21조의22 제3항 단서).

(3) 이사와 집행임원의 연대책임

이상과 같은 위원회등설치회사의 이사 및 집행임원의 책임에 있어, 이사 또는 집행임원이 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임을 부담할 경우 다른 이사 또는 다른 집행임원도 그 손해를 배상할 의무를 지는 때에는 이들은 연대채무자가 된다(일본 상법특례법 제23조의23).

(4) 대표소송과 집행임원

① 대표소송의 개념

이사의 책임 추궁에 관하여 종래 주주총회의 제소결의 혹은, 소수주주의 감사에 대한 제소청구의 제도[121]를 대신하여 1950년 개정 일본 상법은 대표소송제도를 채택하였다. 즉, 회사가 이사의 회사에 대한 책임을 추궁할 소송을 게을리 한 경우, 회사의 주주가 스스로 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 수 있게 한 것이다. 따라서 개개의 주주에게 계산서류부속명세서의 열람권을 인정하고, 발행주식 총수의 10분의 1이상에 해당하는 주식을 가진 주주에게 회계장부서류의 열람권을 인정하여(1950년 개정 일본상법 제281조 제1항, 제282조, 제293조의 6,1974년 개정전 일본상법 제293조의 5,6)주주가 대표소송의 제기를 용이하도록 하였다.

그 후 1993년 일본은 상법을 개정하면서 대표소송의 활성화를 꾀하기 위해 43년만에 대표소송을 손질함으로써,[122] 원고 주주의 경제적 부담을 경감시켰다. 첫째,

121) 明治32년 상법 제178조에서는 주주총회가 이사에 대한 소제기를 결의한 때, 또는 총회가 이를 부결한 경우에는 자본의 10분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 소수주주가 이사에 대한 소제기를 감사에게 청구한 때에는 회사는 이 결의 또는 청구가 있었던 때로부터 1월 이내에 소를 제기하지 않으면 안되게 되어 있었다.

122) 대표소송의 이 같은 손질은 동기 면에서 미일구조문제협의 회담에서 미국 측의 요청에 따라 이루어졌다.

대표소송의 소가를 산정함에 있어서 재산권상의 청구가 아닌 소로 보는 규정을 신설하였다(일본상법 제267조 제3항). 이에 따라 일본 민사소송비용법 제4조 제2항이 적용되어 주주대표소송의 소가는 일률적으로 95만円으로 되고, 첨부해야 할 인지대는 8,200円으로 되었다. 둘째, 대표소송을 제기한 주주가 승소한 경우, 그 소송을 수행하기 위하여 필요한 비용으로서 소송비용에 산입되지 않은 것에 관해서는 회사에 대해서 그 지출한 비용액의 범위 내에서 상당한 액수의 지급을 청구할 수 있는 것으로 하였다(일본상법 제268조의2 제1항). 마지막으로, 주주가 대표소송을 이용하기 쉽도록 하기 위하여 증거수집 면에서 주주의 회계장부등 열람청구권의 행사요건을 완화하였다(일본상법 제293의 6조 제1항).

② 집행임원의 대표소송

위에서 살펴본 바와 같이, 대표소송은 본래 주주가 갖지 않았던 사항에 대하여 법률이 특별히 부여한 것이다. 즉 이사에 대한 책임추궁은 이사회에 의한 이사의 업무집행 감시의 일환으로 행해진 것이고, 이사회의 일원으로서 이사에게 부여되어 있는 것으로서 주주에게는 부여되지 않은 것이다. 이와 같은 권한이 주주에게 부여된 이유는 동일 이사간에는 그 책임추궁의 비난도 둔해지기 때문이라는 배려에서, 특히 이사를 대신하여 주주에게 책임추궁권한을 인정한 것이다. 그러므로 주주는 일본 상법 제267조의 주주 대표소송의 규정에 의하여 이 소송의 원고가 되어 소를 제기할 수가 있다.

따라서 집행임원 내지 사용인에 대한 책임추궁은 이사 내지는 이사회의 권리임과 동시에 의무이기도 하다. 반면 주주에게 있어서 이사에 대한 대표소송이 가능하다고 하여, 집행임원까지도 대표소송이 가능한 것에 대해서는 과거 견해가 나누어졌다. 부정하는 입장은 법률이 이사책임 추궁의 소제기권을 주주에게 특별히 부여하게 된 대표소송의 취지를 반대 해석하면, 주주에게는 이사 이외의 자에게는 소제기권이 없다고 한다. 따라서 주주는 집행임원에 대해서는 그 책임을 추궁할 근거를 결하는 것이므로, 주주는 집행임원에 대하여 대표소송을 제기할 수 없다고 부정하는 주장이 통설적 주장이었다. 그러나 개정법은 위원회등설치회사의 경우에

는 임원에게도 이사에 준하여 대표소송을 제기할 수 있도록 하여 위원회등설치회사의 경우에는 입법적으로 이를 해결하였다.

③ 이사에 의한 집행역원의 책임추궁

위원회등설치회사 외에 정관등으로 집행임원제도를 채용한 회사의 주주는 집행임원에 대하여 대표소송을 제기할 수 없지만, 이사회의 감시기능을 강화할 필요가 있다는 것은 부정할 수 없다.

즉 집행임원제도를 채용함으로써 이사회는 업무집행으로부터 완전히 자유롭게 되고, 본연의 기능인 업무집행에 대한 감시를 충실히 할 수 있게 되었다. 따라서 집행임원에 의한 회사재산의 착복행위가 있다면, 이사는 바로 그 행위를 중지시킴과 동시에 회사에 대한 손해가 발생한 부분에 대해서는 그 배상을 청구해야 한다. 만약 집행임원의 위법행위가 명백함에도 불구하고 어떠한 수단도 강구하지 않은 이사는 그 자신이 대표소송의 피고가 되어 회사에 발생한 손해에 대해 배상할 책임을 지게 된다.

따라서 집행임원의 위법행위로 인하여 회사가 손해를 입은 경우, 주주는 집행임원을 피고로 하여 대표소송을 제기할 수 없다. 그러나 이사가 집행임원에 대한 감시 · 감독기능을 소홀히 하여 집행임원의 위법행위로 인해 회사가 입은 손해의 회복을 위하여 어떠한 수단도 강구하지 않은 경우에는 주주는 이사에 대하여 대표소송을 제기하는 것이 가능하다고 해야 할 것이다.

第3章 商法改正案上의 執行任員

第1節 株式會社의 業務執行機關

우리 상법상의 회사의 기관은 주주총회, 이사회, 감사로 구성된다. 1962년까지 시행된 의용상법은 회사의 업무집행에 관하여 단독집행제를 채택하여 주식회사의 각 이사가 단독으로 회사의 업무집행과 대표를 담당하도록 하였고, 1963년의 신상법에서는 주주총회중심주의에서 이사회중심주의로 나아가 경영의 합리화를 꾀하고자 미국 회사법상의 이사회제도를 신설하여 이사회에서 선임된 대표이사가 업무집행 및 대표행위를 맡도록 하였다. 1999년 개정상법은 이사회는 정관이 정한 바에 따라 이사회 내에 위원회를 설치할 수 있도록 하였다. 1998년 2월에 유가증권상장규정을 개정하여 상장법인의 사외이사 선임을 의무화하였고, 1999년 개정상법에서는 감사위원회의 구성원 중 3분의 2이상은 사외이사로 선임하도록 규정하였으며, 2006년 상법개정안에서는 사외이사의 최초개념으로서 '회사의 상무에 종사하지 아니하는 자'로 정하면서 사외이사의 소극적 자격요건을 정하였다. 동상법개정안에서는 이사회 및 대표이사의 업무집행기능을 전담할 기관으로 집행임원을 신설하였고, 다만 현재의 기업 관행을 존중하여 집행임원제도를 각 회사의 필요에 따라 선택하여 도입할 수 있도록 임의규정의 형식을 취하고 있다. 상법개정안의 집행임원을 도입하는 회사의 경우 업무집행기관은 집행임원과 이사회가 되며, 도입하지 않는 회사의 경우는 기존과 같이 이사회와 대표이사가 업무집행기관이 될 것이다.

1. 理事會

가. 序說

이사회라 함은 업무집행애 관한 의사결정 및 이사의 업무집행을 감독할 권한을 갖는 이사전원으로 구성된 주식회사의 필요상설기관이다. 이사회의 구성원으로서 이사의 자격은 원칙적으로 아무런 제한이 없으나, 상법 및 증권거래법상의 사외이사의 자격은 제한이 있다(상법 제415조의2 제2항, 증권거래법 제19조의16). 주주가 아니더라도 상관없으나 정관으로 이사는 주주이어야 한다는 것을 정할 수 있다.

이사는 주주총회에서 보통결의에 의하여 선임하며, 이는 주주총회의 전속권한이다. 선임방법에는 단순투표제와 집중투표제가 있는데, 1998년 개정상법에서 다수주주에 의하여 선임된 이사의 경영을 견제하고, 이사회 구성의 다양화를 제고하기 위해서[123] 집중투표제가 도입되었다(상법 제382조의2).

이사와 회사와의 관계는 위임에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있으며, 이사가 업무집행기관인지 여부에 대해서는 각 이사는 이사회의 구성원이고 대표이사가 될 수 있는 자격의 전제가 됨에 그치고 그 자체로는 업무집행기관이 아니라고 보고 있다.

사외이사는 사내이사에 대응하는 개념으로 회사의 내부에서 업무를 담당하지 않는 독립이사를 말하며, 비상근이사라고도 불린다. 증권거래법에서 사외이사라 함은 당해회사의 상무에 종사하지 아니한 이사로서 동법 제54조의5 또는 제191조의16의 규정에 의해 선임되는 자, 즉 당해회사의 최대주주, 주요주주 등 회사와 밀접한 관련 또는 중요한 이해관계가 없는 자라고 규정하고 있다.

사외이사는 이사회를 활성화, 효율화하며, 이사회의 경영감독기능을 회복하고, 강화하는데 필요한 제도이며[124], 이사회내의 위원회를 구성한다. 상법은 사외이사에 관하여는 직접적인 규정을 두고 있지 않으며, 다만, 감사위원회는 그 구성원인 이사의 2/3이상을 사외이사로 구성하도록 하고 있다(상법 제415조의2 제2항). 그

---

123) 손성, “미국 회사법상 이사회개혁과 우리나라 회사법상의 과제와 전망”, 「동국로리뷰」(동국대학교 법학교수회), 창간호, 97면.

124) 강희갑, “한국주식회사의 경영관리기구의 개혁”, 21세기 한국상사법의 진로, 2002. 51면.

러나 증권거래법에서는 주권상장법인 또는 대통령령이 정하는 코스닥상장법인은 사외이사를 이사총수의 1/4이상이 되도록 하여야 한다. 다만 증권회사와 최근 사업년도말 현재의 자산총액이 2조원 이상인 주권상장등록법인 및 코스닥상장법인의 사외이사는 3인 이상으로 하되, 이사총수의 1/2이상이 되도록 하여야 한다(증권거래법 제54조의5 제1항, 제191조의16 제1항, 동법시행령 제84조의23 제23항). 이 경우, 사외이사는 총위원 1/2이상이 사외이사로 구성된 이사회내의 사외이사후보추천위원회에서 사외이사후보를 추천하도록 규정하였다(증권거래법 제54조의5 제2항, 제3항, 제191조의1 제3항).

또한 사외이사의 선임을 지배주주가 좌우할 수 없도록 사외이사후보추천위원회는 소수주주가 추천한 사외이사후보를 반드시 주주총회에서 추천하도록 하고, 감사위원회의 위원인 사외이사를 주주총회에서 선임하는 경우, 주주의 의결권을 3%까지만 행사할 수 있도록 하며, 감사위원회의 위원장은 사외이사가 맡도록 하였다(증권거래법 제54조의5 제3항, 제54조의6 제2항, 제191조의16 제3항, 제191조의17 제2항). 이사회내의 다른 위원회, 즉 보수위원회, 사외이사후보추천위원회 등을 구성하는 사외이사의 선임의 경우에는 이러한 제한 규정이 없으므로, 지배주주가 좌우할 수 없도록 하고, 이사회 운영의 효율성, 감독권의 실효성을 위하여 대주주의 의결권을 제한하는 것이 필요하다고 본다.[125]

사외이사제도는 경영자에 대한 실효성 있는 감독을 통한 기업경영의 투명성을 제고하기 위하여, 1998년 유가증권상장규정에 의해 모든 주권상장법인에게 일정수의 사외이사를 의무화하였으며, 2001년 증권거래법의 제정으로 주권상장법인과 코스닥상장법인은 일정수의 사외이사를 두지 않으면 안 된다.(증권거래법제54조의5, 제191조의16). 그러나 사내이사와 사외이사의 권한과 의무, 그리고 책임을 구별하는 어떠한 법적 근거가 없으므로, 모두 동일한 것으로 보이나, 사외이사는 경영진인 사내이사에 비교할 때 해당회사에 대한 정보접근권에서 많은 차이가 있으므로, 미국식의 경영판단의 원칙을 도입하여, 이에 따라 이사의 책임에 있어서 차이를 두어야 한다고 본다.[126]

---

125) 강희갑, 전게한국주식회사의 경영관리기구의 개혁, 51면.

나. 理事會의 權限

이사회는 법령 또는 정관에 의하여 주주총회의 권한으로 되어 있는 사항을 제외하고는 모든 업무집행에 관하여 회사의 의사를 결정한다(상법 제393조제1항). 상법은 2001년의 개정으로 중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치·이전 또는 폐지 등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다고 규정하여 의사결정사항의 범위를 구체화하였으며, 그 밖에 이사회의 권한으로는 주식매수선택권 부여의 취소(상법 제362조), 대표이사의 선임과 공동대표의 결정(상법 제389조), 이사의 경업거래의 승인과 경업의 경우 개입권행사(상법 제397조), 이사의 자기거래의 승인(상법 제398조), 신주발행 사항의 결정(상법 제469조), 준비금의 자본전입(상법 제461조), 중간배당의 결정(상법 제462조의 3 제1항), 사채의 모집(상법 제469조), 전환사채 및 신주발행권 부사채의 발행(상법 제513조, 제516조의2), 간이합병, 분할합병 및 소규모합병, 분할합병과 간이주식교환, 소규모주식교환의 승인(상법 제527조의 2제1항, 제527조의3 제1항, 제530조의11 제1항, 제360조의 9제1항, 제630조의10 제1항), 주식양도의 승인(상법 제335조의2) 및 양도상대방의 지정(상법 제335조의3)등이며, 증권거래법이 이사회의 결의사항으로 규정한 것으로는 주권상장법인 또는 코스닥상장법인이 정관이 정하는 바에 따라 일반공모증자에 관하여 결의를 하는 경우(증권거래법 제139조의3 제1항), 주권상장법인 또는 코스닥상장법인 중 대통령령이 정하는 법인이 당해 법인의 최대주주 및 특수관계인과 일정규모 이상의 거래를 하는 경우(증권거래법 제191조의19 제1항)등이며, 상법 또는 정관의 규정에 의하여 주주총회의 권한사항으로 되어 있는 경우를 제외하고는 업무집행에 관한 의사결정권한은 모두 이사회에 속하며[127], 이사회는 상법이나 정관이 그의 권한으로 규정한 사항은 이

126) 나병용, "주식회사의 집행임원제 도입에 관한 연구", 법학박사학위논문, 동국대학교, 14-26면.

127) 대판 97.6.13, 96다 48282; 상법 제393조 제1항에 ....등 회사의 업무집행은 이사회의 결의로 한다고 규정함.

사회내의 위원회에 위임하는 경우(상법 제393조의2)를 제외하고는 이사회가 반드시 스스로 결의하여야 하며, 이를 대표이사나 경영위원회의 결정에 위임하지 못한다.[128] 또한 이사회는 이사(대표이사)의 업무집행을 감독할 권한을 갖는다(제393조제2항).

다. 理事會內의 委員會制度

이사회는 정관이 정한 바에 따라 이사회내에 위원회를 설치할 수 있으며(제393조의2제1항), 위원회는 이사회로부터 위임받은 업무에 대하여 이사회의 권한을 행사하는 이사회의 하부조직이다.

이사회내의 위원회제도는 이사회의 효율성과 의사결정의 객관성 및 전문성을 확보하기 위하여, 1999년 상법개정으로 미국의 제도를[129] 도입하여 신설한 것이다.

위원회의 위원은 이사의 자격이 있어야 하며, 각 위원회는 원칙적으로 2인이상의 이사로 구성되나(제393조의2제3항), 감사위원회는 3인이상의 이사로 구성된다(제415조의2제2항). 위원회의 종류는 회사의 자율에 의해 정관이 정하는 바에 의하나, 증권거래법상 증권회사와 주권상장법인 또는 회사등록법인의 경우에는 이사회의 위원회에 반드시 사외이사 후보를 추천하기 위한 사외이사후보추천 위원회와 감사위원회를 설치하여야 한다(증권거래법제54조의5제1항, 제2항, 제54조의6제1항, 제2항, 제191조의16제1항단서, 제3항, 제191조의17제1항, 제2항).

이사회내 위원회는 이사회의 하부조직이므로 원칙적으로 이사회로부터 위임받은 업무에 대해서만 권한을 행사하며, 이사회는 주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안, 대표이사의 선임과 해임, 위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임, 정관이 정하는 사항에 대하여는 그 권한을 위원회에 위임할 수 없다(제393조의2제3항).

---

128) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2004, 769면; 정동윤, 「상법(상)개정판」, 법문사, 2001, 556면.

129) 미국 MBCA 제8.25조, 뉴욕주 회사법 제712조, 델라웨어주 회사법 제141조, 캘리포니아주 회사법 제9212조 등.

2. 代表理事

가. 序說

대표이사는 대내적으로는 회사의 업무를 집행하고, 대외적으로는 회사를 대표하는 주식회사의 필요상설기관이다. 대표이사가 아닌 이사는 원칙적으로 이사회의 구성원으로서 회사의 업무집행 및 이사의 업무집행감독에 관한 의사결정에 참여할 수 있을 뿐이다. 대표이사는 이사중의 1인으로서 이사회의 구성원이므로 회사의 의사결정기능과 집행기능이 상호연결 되며, 대표이사인지 여부는 대표권의 유무에 의해 결정되고, 대내적인 명칭 여하에 따라 달라지는 것은 아니다.

대표이사는 이사의 자격을 전제로 하며, 회사는 정당한 이유 여하를 불문하고 언제든지 이사회의 결의로 대표이사를 해임할 수 있으며, 정관으로 주주총회에서 대표이사를 선임한 경우에는 주주총회의 결의로서 대표이사를 해임할 수 있다.

나. 理事會와 代表理事와의 關係

이사회와 대표이사의 관계에서 대표이사가 갖는 내부적인 업무집행권과 그에 대한 의사결정권, 그리고 대외적인 대표권의 근거, 즉 대표이사의 지위에 관하여 파생기관설과 독립기관설이 대립하고 있다.

대표이사를 이사회의 파생기관으로 보는 견해는 첫째, 대표이사는 이사회에 의해 임면되고, 그의 감독을 받는다는 점(상법 제389조 제1항, 제393조 제2항, 제3항) 둘째, 업무집행이란 어떠한 사무를 어떻게 처리할 것인가를 결정하고 실행하는 것으로 일체의 행위이므로 업무집행에 관하여 의사결정권과 그 실행인 집행권으로 분리하여 병렬적인 별개의 기관에 속하게 하는 것은 자연스럽지 못하다는 점 등을 근거로 한다. 대표이사의 업무집행권의 의사결정은 이사회의 권한으로부터 유래한 것으로 그 지위는 이사회의 수임인 또는 대리인이고, 상법 제389조는 이사

회의 권한일부를 대표이사에게 위임한 것이므로, 대표이사는 이사회가 결정한 의사를 집행할 뿐이다. 다만, 대표이사는 위임받는 대표권의 범위내에서 업무집행의 세부적 사항이나 중요하지 아니한 사항을, 특히 일상의 업무집행의 의사결정권을 대표이사의 선임과 함께 그에게 위임된 것으로 추정하여야 한다고 한다.

그리고 대표이사를 이사회로부터 독립된 기관으로 보는 견해는 첫째, 이사회는 합의체이므로 그 성격상 업무집행자체를 할 권한을 가진다고 보기 어려운 점 둘째, 주주총회에서 직접 대표이사를 선임할 수 있는 점(제389조 제1항) 셋째, 대표이사는 이사회의 기관이 아니라 회사의 기관이며, 이사회가 회사의 업무집행을 "결의한다"라고 규정하였지(제393조제1항) "집행한다"라고 규정하지 않은 점 넷째, 현대 기업에서 분업조직이 일반적인 점에 비추어 업무집행기관ㅇ의 분화현상을 시인하고 이사회와 대표이사가 전혀 별개의 권한을 갖는 대등한 병립적인 기관이라고 보는 것이 간명한 해석론이라는 점 등을 근거로 한다. 그래서 대표이사는 대표권을 가지는 범위 내에서 업무집행권을 가지며, 법률이나 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 이사회의 결정사항으로 유보되어 있지 않는 한 대표이사는 일상업무에 관하여 스스로 의사결정을 할 수 있다고 본다.

그러나 두 견해의 구별의 실익은 법률 또는 정관의 규정상 주주총회 또는 이사회의 결의사항으로 되어 있지 않는 업무 중 이사회가 일반적 · 구체적으로 대표이사에게 위임하지 않은 업무로서 일상업무에 속하지 않은 업무의 결정권이 이사회에 있는가, 아니면 대표이사에 있는가 하는 점이라고 하나, 이는 거의 발생할 수 없으며 어는 견해를 따르더라도 실질적인 차이는 없다고 본다.[130]

다. 表見代表理事制度

표현대표이사라 함은 대표이사가 아닌 이사에게 사장, 부사장, 전무, 상무 기타 회사를 대표할 권한이 있는 것으로 인식될 만한 명칭을 사용한 이사의 행위에 대하여, 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없는 경우에도 회사는 선의의 제3자에 대

130) 이철송, 「회사법강의」제10판, 박영사, 2003, 557면.

하여 그 책임을 지는데(상법 제395조), 이와 같이 대표이사가 아닌 이사가 제3자의 보호를 위하여 외관으로 인하여 대표이사로 취급되는 자이다.

표현대표이사제도는 표현지배인제도와 마찬가지로 영미법상의 금반언의 법리 또는 독일법상의 외관법리에서 근거를 찾을 수 있으며, 표현대표이사제도는 대표이사가 아닌 이사의 대표권 없는 제3자와의 거래행위 즉 일종의 이사제도의 병리현상을 해결하여 거래의 안전을 보호하기 위한 제도이다. 따라서 상법 제395조는 법률행위만 적용되며 불법행위에는 적용되지 않는다.

라. 代表理事의 權限

상법은 대표이사의 대표권에 관해서만 규정하고, 대표이사의 업무집행권 및 그 범위에 관하여 일반적인 규정은 없으나, 대표이사가 원칙적으로 회사의 모든 업무에 관하여 집행권을 가진다는 것을 전제로 하여 그 업무집행이 대외관계를 수반하는 경우의 회사대표권만을 규정한 것으로 해석한다. 대표이사는 이사회가 결정한 사항을 집행하고, 이사회가 일반적 · 구체적으로 위임한 사항과 일상업무에 관한 사항을 결정 · 집행할 권한을 갖는다고 보는 것이 일반적이다.

또한 대표이사는 회사의 영업에 관한 재판상 · 재판외의 모든 행위에 대하여 회사를 대표할 권한을 가지며(상법 제398조 제3항, 제209조 제1항), 그 권한 내부적으로 제한한다고 해도 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(상법 제398조 제3항, 제209조 제2항).

대표이사의 대표권은 법률, 정관, 이사회의 규칙, 이사회의 결의 등에 의해서 제한을 받는다. 법률에 의한 제한으로는 회사와 이사와의 소송에서 감사 또는 감사위원회가 회사를 대표한다(상법 제394조). 정관, 이사회의 규칙, 이사회의 결의에 의해 제한을 받는 경우에도 대표이사가 그 제한을 따르지 않고 위반한 경우, 회사는 그 제한으로서 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(상법 제398조 제3항, 제209조 제2항).

3. 理事의 義務와 責任

가. 理事의 義務

이사는 회사와 위임관계(민법 제681조 준용)에 있으므로 이사선임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의를 다하여 충실하게 회사의 사무를 처리하여야 한다. 나아가 이사와 회사 간에는 고도의 신뢰관계가 존재하므로 이사는 법령을 준수하고 회사의 최선의 이익을 위하여 사무를 집행해야 하며, 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 회사의 이익을 해쳐서는 안 된다. 이 밖에 이사는 감사에 대한 보고의무 및 이사회의 구성원으로 갖는 당연한 의무로서 대표이사의 업무집행을 감독 · 감시의무가 있다(상법 제393조 제2항). 그러나 이사의 보고의무와 감시의무는 적극적 · 능동적인 것이 아니므로, 이사는 대표이사의 정관이나 법령위반 혹은 부당한 업무집행을 알았거나 의심할 사유가 있을 때에 한하여 감사와 이사회에 보고하거나 기타 시정조치를 취하면 충분하다고 본다.

우리 상법은 이미 이사에게 회사의 수임인으로서 선량한 관리자의 주의의무를 부여하고 있으나, 1998년 개정상법은 '이사의 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다'(상법 제382조의 3)는 충실의무규정을 신설하였다. 이사의 충실의무를 명문화한 입법례는 미국모범회사법(MBCA) 제8-30조,[131] 일본 상법 제254조의3 등이 있는데, 이는 영미법상의 신인의무를 모범으로 한 것이다. 충실의무를 신설하게 된 이유는 회사의 관리자의 기능이 주주와 채권자 나아가서는 사회경제에 미치는 영향이 커지고 이사의 성실한 임무수행이 강하게 요청되고 있으므로 종래의 주의의무제도만으로는 이사의 적정한 업무수행을 보장하기 어렵기 때문이라고 한다. 종래 이사의 충실의무는 그 내용이 선관주의와 다른 점이 명백하지 않고, 이를 인정한다면 개념상의 혼란은 물론 그 적용이나 해석이 어렵다는 이유로 충실의무인정을 부정하는 것이 다수설이었다. 충실의

131) 이에 대한 주 헌법으로는 California 회사법 제309조(a), New York 회사법 제717조 (a)등에서 '성실하게'직무를 수행할 것을 규정하고 있다.

무의 법적성격에 대해서는 선관주의의 구체적이고 주의적인 표현에 불과하고 내용상 차이가 없다는 동질설과, 선관주의는 이사가 직무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 주의의 정도에 관한 규정이고 충실의무는 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 이익을 고려하지 않고 자기 또는 제3자의 이익만을 추구하여서는 안된다는 것을 내용으로 하는 의무이므로 본질적으로 다르다는 이질설이 대립하고 있다.

생각건데 이질설이 목표로 하는 것은 회사이익에 반하는 이사의 행위를 금지하는 취지라면 선관주의의 법리로도 동일한 결론을 이를 수 있기 때문에 동질설과 구별할 실익은 거의 없다고 할 것이다. 선관주의의 내용은 통일적으로 정형화된 것이 아니라 기업의 종류와 규모, 종업원 수, 각 이사의 직무에 따라 달라지므로 이사회의 권한이 확대되면 선관주의도 그 만큼 강화된다고 본다. 그럼에도 불구하고 상법이 이사의 충실의무를 명문화한 것은 회사의 경영을 위임받은 이사는 회사의 이익을 위하여 성실히 그 직무를 수행하여야 할 의무가 있음을 선언하는데 그 취지가 있다고 할 수 있다. 따라서 동질설이 타당하다고 본다.[132]

일본상법도 1950년의 개정상법에서 이사의 충실의무를 도입하여 규정하였으나(일상 제254조의3), 일본의 다수설과 판례는 이 규정을 이사의 선관주의의무를 구체화한 것이거나 또는 주의적으로 규정한 것이며, 이보다 높거나 다른 주의를 요하는 것은 아니라고 해석한다. 우리 대법원 판례도 '악의 또는 중과실로 임무를 해태한 행위라 함은 이사의 충실의무 또는 선관의무의 위반행위로서 위법성이 있는 것을 말한다'고 하여[133] 양자를 동의어로 쓰고 있을 뿐이며, 양자를 구별하여 특별한 의미를 반영하고 있는 것은 아니다. 따라서 상법이 인정한 이사의 경업금지의무 · 자기거래금지의무 · 비밀유지의무 및 이사의 이사회와 감사위원회에 대한 보고의무와 판례가 인정하는 이사의 감시의무 등은 충실의무를 구체화한 것이 아니라 모두 이사의 회사에 대한 선관주의를 구체화한 것으로 볼 수 있다.[134]

---

132) 양동석, 「기업의 지배구조와 기관조직」, 조선대학교출판부, 2006, 374-378면 참고.

133) 대법원 1985. 11. 12 판결. 84다카2490.

134) 양동석, 전게서, 378면.

나. 理事의 責任

이사의 책임에 관하여 상법은 회사의 책임과 제3자에 대한 책임으로 분류하고, 회사에 대한 책임에 관하여 손해배상책임과 자본충실책임(상법 제428조 제1항으로 분류하여 각각 규정하고 있다.

이사는 회사에 대하여 신인의무로서 이와 같이 위임관계로 인한 선관주의의무와 충실의무를 부담하므로, 위임에 대한 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지며, 불법행위의 요건을 갖춘 경우에는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 것은 당연하다. 상법은 이사의 이와 같은 민법상의 일반원칙에 대한 특칙으로 "이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다"라고 규정하고 있다(상법 제399조 제1항). 이 경우 이사의 법령 또는 정관에 위반한 행위에 대한 책임에 대하여 무과실책임설, 과실책임설과 절충설 등의 대립이 있으나, 상법 제399조 제1항의 이사의 책임은 민법의 일반원칙의 특칙이라는 점, 무과실책임에 대한 법률상 명문의 규정이 없는 점, 무과실책임으로 보는 경우 유능한 경영인의 확보가 어려워지는 점을 볼 때 과실책임설이 타당하다.[135] 또한 이사의 임무해태로 인한 책임을 위임계약의 불이행으로 인한 손해배상책임으로서 과실책임이라 할 것이다.

상법은 이사와 제3자와의 관계에 대하여 회사와는 달리 위임관계가 없으므로 이사의 제3자에 대한 책임에 대하여 "이사의 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 의무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다"라고 규정하여(상법 제401조 제1항), 이사가 그 임무를 해태하여 제3자에게 직 · 간접적으로 손해를 입힌 경우에는 비록 불법행위의 요건을 갖추지 않은 경우에도 이사가 제3자에 대하여 손해배상책임을 지도록 하고 있다.

1998년 상법의 개정으로 업무집행지시자 등의 책임에 관한 규정을 신설하였다 즉 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자(업무집행지시자), 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자(무권대행자), 이사가 아니면

135) 정찬형, 전게서, 867면.

서 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 · 이사 기타 회사의 업무를 집행한 자(표현이사)에 대하여, 회사와 제3자에 대한 관계, 그리고 주주대표소송에서 이사로 본다고 규정하고 있으며(상법 제401조의2 제1항), 이는 회사에 대한 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하는 지배주주 등의 지위남용을 방지하기 위한 즉 병리적 현상을 해결하기 위하여 규정한 것이다.

第2節 執行任員制度의 槪觀

1. 執行任員의 意義

가. 執行任員의 槪念

앞에서 살펴본바와 같이 집행임원제도가 법률상 도입되기 이전에는 집행임원의 개념을 "이사 아닌 집행임원은 대표이사의 복대리인이며, 단순한 사용인이 아니고 중요한 위임관계에 있는 사용인으로 하위에 다른 사용인을 지휘 · 감독하는 지위에 있는 자[136]"로 정의하기도 하고, "대표이사의 지휘 · 감독 아래서 업무를 담당하는 상급사용인[137]"이라 정의하기도 하였다.

상법개정안은 집행임원의 의의에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 그 이유는 회사의 경영조직은 회사마다 천태만상이며, 수시로 기업환경의 변화에 따라 변할 수 있기 때문이다. 따라서 회사는 자율적으로 정관의 규정으로 집행임원의 종류와 수를 선택할 수 있다.[138] 집행임원의 의의와 종류를 법령상의 용어로 한정하지 않는 것이 현대적 경향이라고 볼 수 있다.[139]

그러나 상법개정안에 의하면 집행임원이란 회사의 업무를 집행하고 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위하여 이사회에 의하여 선임되며, 회사와는 위임관계가 준용되는 자이다. 집행임원의 설치회

---

136) 양동석, "임원제도도입에 따른 법적문제",「상사법연구」제20권 제2호(한국상사법학회, 2001), 145면.

137) 강희갑, "미국법상의 집행임원제도의 도입에 관한 연구",「비교사법」제7권 2호 (통권13호), 699면.

138) 상장회사 표준정관 제34조의2는 주석에서 집행임원이라 함은 "등기된 이사가 아니면서 전무이사, 상무이사 등에 준하여 회사의 업무를 집행하는 자를 말한다"라고 규정하고 있다. 또한 제2항은 "집행임원은 대표이사(사장)를 보좌하고, 이사회에서 정하는 바에 따라 이사회의 업무를 분장 집행한다"고 규정하고 있다.

139) 홍복기, "주식회사의 지배구조에 관한 2006년 회사법 개정시안", 「상사법연구」제25권 제2호 (2006),174면.

사는 대표이사를 두지 못하며 이사회는 집행임원의 선임 · 해임, 업무집행에 대한 감독, 업무집행에 대한 의사결정, 업무집행의 보수결정 등 집행임원에 대한 중요한 권한을 행사한다.

나. 執行任員의 法的地位

상법개정안에서는 회사와 집행임원의 관계를 위임관계로 규정하고 있다(안 제408조의2 제2항). 현행법상 집행임원의 법적지위는 대표이사를 업무집행기관으로 하는 현행 상법의 체계상 주식회사의 업무집행기관이 아니다. 이사가 아닌 집행임원의 현행 상법상의 법적지위에 대해서는 대표이사의 지휘감독 아래서 업무를 집행하는 상급사용인이며 회사의 종속적 경영보조자라고 해석할 수 있을 것이다.[140]

그리고 회사와 집행임원과의 계약 관계에 관한 논의를 살펴보면 위임계약형[141], 고용계약형[142], 위임과 고용계약의 혼합형[143]으로 견해가 나뉘어 있고, 대법원 판례에서도 "집행임원이 주주총회에서 선임되지도 않았을 뿐만 아니라 등기되지도 않았다는 이유로 집행임원의 지위는 위임계약에 의한 임원이 아니라 고용계약에 의한 근로자"라고 판시하여[144] 기업현실과의 괴리를 보여주고 있었다.

그래서 상법개정안에서는 회사와 집행임원의 관계를 회사와 이사와의 관계(상법 제382조 제2항)와 같이 위임관계로 규정하고 있다(안 제408조의2 제2항). 최근에

140) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 14면.

141) 위임계약형의 경우, 집행임원은 계약에 대한 해약과 그 임기에 대하여 자유롭고 광범위한 재량권이 주어지는데, 이는 전문적 능력을 높게 평가하기 때문이다. 그러므로 업무명령을 대등한 입장에서 자유롭게 거부할 수 있으며, 그 지위의 독립성이 높고 대가는 보수이다.

142) 고용계약형의 경우, 집행임원은 계약에 대한 해약이 제한되어 고용주 측으로부터의 해고권 남용이 문제되어질 수 있다. 또한, 제공된 노무에 대한 지배권이 상대방인 사용자에게 있는, 종속노동을 그 대상으로 하기 때문에 재량권은 협소하다. 그러므로 집행임원이 업무명령을 거부하는 것은 불가능하며 노무제공의 대가는 임금이 된다.

143) 고용계약과 위임계약의 혼합형의 경우, 이는 집행임원이 사용인의 범위를 넘어선 광범위한 재량권한이 부여되는 업무집행을 하는 경우가 많기 때문에, 그곳에 위임 요소가 요구된다. 그러므로 고용계약과 위임계약 중 어느 것이 주된 계약인가 하는 문제에 대하여 견해가 나뉜다.

144) 대판 2003. 9. 26, 2002다64681; 2005. 5. 27, 2005두524 등.

글로벌 경쟁사회에 있어서 기업환경의 급속한 변화는 업무집행자의 독립적인 경영판단이 강하게 요구된다는 점, IT와 관련된 첨단기술이 기업의 사활을 결정하는 기업에 있어서 집행임원의 전문적인 능력에 대해서는 광범위한 독립된 재량권이 부여되어야 한다는 점, 업종별 임원 현황[145]에서 보아 알 수 있듯이 이사와 동일한 취급을 하고 있다는 점 등에서 상법개정안은 입법적으로 이사와 같은 위임계약으로 파악함으로서 종래의 논의를 해결하였다.

일본에서도 집행임원과 회사와의 관계는 위임에 관한 규정을 준용하고 있다(일상 제402조 제3항). 따라서 종임은 위임관계의 일반적 종료사유에 의한다. 즉 사망, 파산, 회사의 파산, 사임 등에 의하여 종임되며, 해임결의 기타 결격사유에 해당하는 경우에도 종임된다.

다. 執行任員과 유사한 槪念과의 比較

(1) 사용인

사용인은 회사를 위해 노무를 제공하고, 이러한 노무 제공의 대가로 보수를 받는 자이다(민법 제655조). 일반적으로 사용인은 회사의 노무지휘권에 복종하고 회

145) 업종별 임원 현황 (단위: 명)

		등기임원		집행임원		총계		종업원수		종업원 1000명당 임원수
			1사평균		1사평균		1사평균		1사평균	
제조업 (456개사)	2007년	3,167	6.95	5,072	11.12	8,239	18.07	664,678	1,458	12.40
	2006년	3,273	6.99	4,720	10.09	7,993	17.08	635,917	1,359	12.57
	증감	▲106	▲0.04	352	1.03	246	0.99	28,761	99	▲0.17
비제조 (165개사)	2007년	1,228	7.45	1,872	11.35	3,100	18.79	224,269	1,359	13.82
	2006년	1,138	7.53	1,703	11.28	2,841	18.81	221,518	1,467	12.83
	증감	90	▲0.08	169	0.07	259	▲0.02	2,751	▲108	0.99
금융업 (54개사)	2007년	409	7.57	644	11.93	1,053	19.50	95,358	1,766	11.04
	2006년	396	7.33	549	10.17	945	17.50	99,489	1,842	9.44
	증감	13	0.24	95	1.76	108	2.00	▲4,131	▲76	1.60
합계 (675개사)	2007년	4,804	7.12	7,588	11.24	12,392	18.36	984,305	1,458	12.59
	2006년	4,807	7.14	6,972	10.36	11,779	17.50	956,924	1,422	12.30
	증감	3	▲0.02	616	0.88	613	0.86	27,381	36	0.29

사와의 관계는 사용종속관계에 있다.[146] 그러므로 사무 처리에 관계되는 대폭적인 재량권을 부여받지 못하는 것이 일반적이다.[147] 상법 제10조 이하에 상업사용인에 관하여 규정하고 있는데, 여기에서의 상업사용인은 전속적이며 종속적인 회사의 보조자로서, 회사를 대리하여 대외적으로 영업 행위에 종사하는 자이다. 여기에서 사용인은, 상업사용인과 같이 대리의 권한을 가지는 것에 한정하지 않고, 좀 더 넓은 의미로 회사의 종업원 전부를 가리킨다. 즉, 종업원, 사원, 직원, 사무원 등으로 회사의 급료나 임금을 받고 일을 하는 고용계약관계에 있는 근로기준법상의 근로자이다.

상법개정안의 집행임원은 회사의 업무를 집행하고 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위하여 이사회에 의하여 선임되며, 회사와는 위임관계가 준용되는 자이다. 그러므로 회사와 위임관계에 있는 집행임원은 고용관계에 있는 사용인과는 법적지위가 다르다 할 것이다.

(2) 업무담당이사

대표이사 이외로 대내적 업무집행권을 가지는 이사를 업무담당이사라고 한다. 그러나 업무담당이사라고 해도 뚜렷한 정의가 있는 것은 아니고, 경우에 따라 그 의미가 일정하지는 않다. 즉, 대표권의 유무에 관계없이 업무집행권을 가지는 모든 이사일 것을 가리키는 경우, 대표권이 없고 대내적 업무집행권만을 가지는 이사일 것을 가리키는 경우,[148] 대표권이 없이 책임 있는 직무에 있는 이사일 것을 가리키는 경우[149] 등이 있지만, 대표권이 없고 대내적 업무집행권만을 가진 이사를 업무담당이사라고 부르기로 한다. 또 일정한 대내적 업무집행권을 가지는 이사

146) 고용계약에 관한 1차적 法源은 독일민법인데, 독일 민법에서는 독립고용계약과 종속노무계약을 별도로 규율되는 경우가 있다. 즉, 해지통고기간과 관련하여 민법 제621조는 독립고용계약에, 민법 제622조는 종속노무계약에 각각 적용된다.

147) 小林英明, 前揭書, 16頁.

148) 龍田節,「會社法(第5版)」(有斐閣, 平成7年), 100頁.

149) 稻葉威雄他 監修,「實務相談株式會社法」新訂版, 第3卷 (商事法務硏究會, 平成4年), 138頁.

가운데 대표이사와 경영상 책임 있는 직책을 가진 이사를 제외한 이사를 협의의 업무담당이사라 부르기로 한다.[150] 결국은 그 회사의 내규에 의하여 회사가 담당임원의 직위로서 규정하고 있으면 업무담당이사가 되는 것이다.

상법개정안의 집행임원은 이사, 감사와 같이 (대표)집행임원을 등기사항으로 정하고 있어(안 제317조 제2항) 외관상 분명하게 구별되고, 대내적 대외적 대표권을 가진다는 점에서 업무담당이사와 구별된다.

(3) 사용인겸무이사

사용인겸무이사는 사용인의 지위를 겸하는 이사로서, 영업부장이사, 지점장이사, 공장장이사 등의 호칭을 가지고 있는 이사는 모두 사용인겸무이사에 해당한다. 사용인겸무이사의 대부분은 사용인이 승진하여 이사가 된 것이고, 사외이사처럼 사외로부터 초빙된 이사가 후에 사용인을 겸하게 되는 예는 거의 볼 수 없다.

사용인겸무이사 대부분은 업무집행권도 갖지 않는 평이사가 사용인의 지위를 겸하고 있기 때문에, 대표이사 및 경영상 책임 있는 직책(표현대표이사나 사실상 이사 포함)을 가진 이사는 사용인을 겸할 수 없다고 하는 학설[151]이 유력하고,[152] 세법상 사용인겸무이사로 인정되는 범위도 대표이사 및 업무집행권을 가지는 이사

150) 대규모 공개회사에서는 업무집행의 효율적인 실행을 위하여 정관으로 회사대표권을 제외한 업무집행권만을 가지는 업무담당이사(사장, 부사장, 전무, 상무)를 두고 있으며, 이들은 상업사용인의 지위를 가지는 경우가 많다. 이에 관하여 상법에 특별한 규정은 없지만 표현대표이사제도(상법 제359조)는 업무담당이사를 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 최기원, 「신회사법론」,제10대정판, 박영사, 2000, 575면.

151) 사용인겸무이사의 인정여부에 관한 학설로, 먼저 사용인겸무이사를 부정하는 근거로는 ① 사용인겸무이사를 긍정할 만한 명문규정이 없다. ② 이사와 사용인의 지위는 모순관계이다. (吉井溥他, 使用人兼務役員制度の解說, 「別冊商事法務」 No.31, 69頁 以下; 星川長七, 「註釋會社法(增補版)(4)」, 532頁; 吉井溥, 使用人兼務取締役について、「愛知學院大學論叢法學硏究所」 7卷2号, 68頁 以下.) 사용인겸무이사를 인정하는 근거로는, ① 일본의 고용형태의 특색으로 사용인겸무이사의 실무상 필요성. ② 감사의 사용인겸무를 금지하는 상법 제 276조(한국상법 제411조)의 반대해석. ③ 대표이사감독권한은 완전하지 않는 구조적 문제. ④ 사용인겸무이사에 관한 법인세법의 규정도 사용인겸무이사를 전제로 한다는 판례(最判昭五六·五·一一 前田製菓事件判時 1009号 124頁)를 든다. (鈴木竹雄·竹內昭夫, 「會社法(第3版)」(有斐閣, 平成6年), 268頁; 前田庸, 「會社法入門(第4版)」 (有斐閣, 平成7年), 358頁).

152) 味村治·品川芳宜, 「役員報酬の法律と實務(新訂版)」(商事法務硏究所, 平成9年), 8頁.

이외의 평이사로 한정된다. 그러나 현실적으로는 상무이사나 전무이사라도 사용인의 지위를 겸무하고 있는 경우가 많다.

업무담당이사가 사용인의 지위를 겸하는 경우 세법상의 이유로 사용인급여 등은 지불하지 않고, 또한 다수설[153]도 사용인직무를 행하고 있는 것처럼 보여도 그것은 이사로서의 행위이지 사용인으로 직무를 행하는 것은 아니라고 한다. 그러나 현실적으로 업무의 겸직을 구별하기란 매우 어렵고, 상무이사가 영업부장이라고 하는 사용인의 지위를 겸하고 있으면, 현실적으로는 사용인을 겸하게 되는 것이라고 볼 수 있다.

2. 執行任員의 導入必要性과 理事會와의 關係

가. 執行任員制度의 導入必要性

(1) 의사결정 · 감독과 업무집행의 분리

이사회에 미국식의 사외이사제도와 감사위원회제도를 도입한 이유는 이사회의 의사결정기능과 감독기능을 강화하려는 목적 때문이다.[154] 상법상 이사회의 권한은 회사의 업무집행의 결의(상법 제393조 제1항)와 이사의 직무의 집행을 감독(동조 제2항)하는 것이다. 그리고 대표이사는 주주총회 또는 이사회에서 결의된 사항을 집행하고 필요한 때에는 업무집행을 위하여 회사를 대표한다. 그리고 회사는 대표이사 이외의 이사에게도 대내적인 업무집행권만을 부여하는 업무담당이사를 둘 수 있으며, 이사로 하여금 부장, 공장장, 지점장 등의 사용인을 겸하게 하는 사용인 겸무이사를 둘 수도 있다.[155] 본래 업무집행권한은 대표이사에게 있고 다

153) 味村治·品川芳宜, 上揭書, 8頁.

154) 이기수, "사외이사제도의 강화를 둘러싼 쟁점", 「기업지배구조에 대한 논의」(한국상사법학회, 2000), 5면.

155) 정동윤, 「회사법」(법문사, 1999), 413면.

른 이사는 대표이사로부터 권한을 위임받아 업무집행을 분담한다고 해석하는 것이 통설이다. 따라서 이사회가 이사의 직무집행을 감독하는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 종래 우리의 실정은 업무담당이사 또는 사용인 겸무이사가 대표이사의 지휘명령에 따라 업무집행을 담당하는 것이 일반적인 형태였다. 이러한 상황에서 이사는 상법의 취지에 따라 대표이사의 직무집행을 감독할 수 없고 의사결정에 관여하는 것도 불가능하게 된다. 따라서 집행임원제도를 도입하여 이사회와 집행임원을 구별하고 회사의 의사결정 감독과 업무집행을 분리하여야 할 필요성이 컸기 때문이다.[156]

(2) 이사수의 감소에 따른 새로운 지위

최근 이사회의 개혁에 따라 주권상장법인은 사외이사를 이사총수의 4분의1이상이 되도록 하여야 하며, 자산총액 2조원 이상의 상장법인은 사외이사를 3인 이상으로 하되 이사총수의 2분의 1이상이 되도록 하여야 한다(증권거래법 제191조의16 제1항). 그러나 상장법인의 49%가 사외이사의 기업정보에 대한 대외유출을 우려하고 있으며, 사외이사로 인한 이사회의 의사결정지연 및 상장회사의 비용부담의 증가를 우려하고 있다.[157] 그래서 최고경영자들은 이사의 수를 현저히 줄여서 의무적으로 선임해야 하는 사외이사의 수를 줄이고자 하며, 아직까지 자기의 측근자들만을 사외이사로 초빙하고자 하는 경향이 있다.

또한 현재 우리나라 상장기업의 평균 이사 수는 9명 정도로서 종래 보다는 그 수가 감소하여 외국의 일부학자들이 제시하는 이상적인 규모에 접근하고 있다.[158] 이사의 수가 많으면 이사들의 무임승차 동기가 효과적으로 억제되지 못하며 이사회가 최고 경영자에 의하여 통제되기 쉽고 그 업무를 효율적으로 수행하기가 곤란

156) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 113면.

157) 이기수, 전게논문, 24면.

158) 정광선, “한국형 사외이사제도 정착방안”,「한국형 사외이사 제도의 정립」(한국상장회사협의회, 1999), 25-26면.

하다는 이유도 있다. 이러한 이유들 때문에 이사수의 삭감이 있게 되고 그 결과 종래의 이사가 사용인으로 돌아가는 예가 발생하고 있다. 이와 같이 높은 지위의 사용인에게 적합한 명칭이 종래에는 없었기 때문에 집행임원제도를 도입할 필요가 있을 것이다.

따라서 이사회의 개혁을 위한 지속적인 노력을 통하여 실질적으로 업무집행만을 행하고 있는 이사를 상법상의 이사로부터 제외하여 상법이 예정하고 있는 의사결정 · 감독기능을 기대할 수 있는 이사와 주로 업무집행만을 분담하는 이사로 분리하여 후자를 집행임원이라고 할 필요가 있다.[159]

(3) 법적 지위의 명확화

실무상 전체 임원의 과반수를 차지할 정도로 많이 이용되고 있는 집행임원은 사실상 종래의 등기이사에 상응하는 권한을 행사하면서도 상법상 아무런 규정이 없기 때문에[160] 법적지위와 권한과 책임에 있어 명확하지 않은 문제점이 발생하고 있다. 회사의 정관이나 내부규정에서 집행임원에 대하여 규율하고 있는 사항도 집행임원의 선임절차와 임기, 보수 등 회사와 집행임원간의 내부적인 관계를 규율하고 있을 뿐 집행임원의 대외적 권한이나 책임에 대해서는 아무런 규율이 없다. 따라서 책임경영체제의 확립을 위해서는 이들 비등기임원 중 주요 임원에 대해서도 이사와 마찬가지로 직무권한 부여 및 이에 상응한 책임추궁의 근거를 법적으로 명확히 할 필요성이 있는 것이다. 현행 상법이 지배인과 같은 상업사용인에 대해서는 규정을 두고 있으면서도 현실에서 이보다 더 중요한 비중을 차지하고 있는 집행임원에 대해서는 아무런 규정을 두지 않은 것도 균형이 맞지 않는다고 볼 수 있다.

또한 현재 등기이사는 회사와 위임관계에 있기 때문에(상법 제382조 제2항) 회사는 언제든지 등기이사를 해임할 수 있다. 그러나 종래의 등기이사와 같이 활동

159) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 114면.

160) 상법 제401조의2의 업무집행지시자의 책임규정에 따라 집행임원의 책임을 물을 수 있다.

하고 있는 집행임원에 대하여 우리 대법원판례는 “집행임원이 주주총회에서 선임되지도 않았을 뿐만 아니라 등기되지도 않았다는 이유로 집행임원의 지위는 위임계약에 의한 임원이 아니라 고용계약에 의한 근로자”라고 판시[161]함으로써 회사가 이러한 집행임원을 실적부진 등을 이유로 해임한 경우 노동법상 부당해고라 하여 회사와 집행임원 간에 분쟁이 발생하고 있다. 각 기업에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여 집행임원의 임기를 1년으로 정하고 임기는 만료될 때마다 해임여부를 결정하려는 경우가 많은데, 이는 집행임원들로 하여금 단기실적에 집착하게 하여 경영계획의 수립과 집행에 방해가 되는 실정이다.

따라서 현재 관행적으로 인정되고 있는 집행임원의 지위 · 임기 등을 명확히 규정함으로써 집행임원도 지위의 불안에서 벗어나 안심하고 경영활동을 할 수 있게 되고, 또한 이러한 집행임원을 등기하여 공시하도록 하고 의무 · 책임 등을 규정함으로써 이러한 집행임원의 경영활동과 거래활동에 따라 발생할 수 있는 회사 및 제3자의 손해를 방지하게 할 수 있다.[162]

(4) 글로벌 스탠다드에 부응

업무집행기관과 이에 대한 감독기관을 엄격하게 분리하고 있는 독일식의 이원적 경영관리구조에서는 물론이고 일원적 경영관리구조를 채택하고 있는 미국에서도 이사회는 중요한 정책결정과 경영감독 업무만 담당하고 업무집행은 집행임원이 담당하도록 함으로써 경영감독기능과 업무집행기능을 분리하고 있다. 따라서 오늘날 두 기능을 분리하는 것이 세계적인 기준이고 추세이다. 우리나라는 특히 대규모 주식회사에 있어서는 사외이사제도와 위원회제도 특히 감사위원회제도를 강제로 도입하고 종래의 감사제도를 폐지하였으므로 미국식의 일원적 경영관리구조로 전환하였다. 따라서 이사회는 중요정책결정과 경영감독 기능을 맡고 업무집행은 집행임원을 두어 이들에게 맡기는 것이 경영감독기능과 집행기능의 분리라는 세계적

161) 대판 2003. 9. 26, 2002다64681; 2005. 5. 27, 2005두524 등.

162) 홍복기, 전게논문, 171-173면.

기준에 부응하는 것이 된다.[163]

집행임원이 이사회로부터 위임받은 업무집행에 관한 의사를 결정하게 되면 업무집행이 훨씬 탄력적이고 신속하게 행하여질 수 있을 것이다.

나. 理事會와 執行任員의 關係

미국의 공개회사에서는 회사의 경영기능은 일반적으로 고위집행임원에게 부여되어 있고, 이사회는 집행임원을 선임하고 그 성과를 감시하는 것이 그 기본적 기능이 되었으며 이 경우 감시기능은 일반적인 감시이지 매일의 업무를 감시하는 일상적인 감시를 의미하는 것이 아니라고 한다.[164] 미국에서 이사회는 고위집행임원의 업무수행의 결과를 감시하는 의무가 있으나, 이러한 의무로 인해 이사회와 집행임원이 적대적인 관계에 있는 것은 아니고, 이사회는 임원을 감시하기도 하지만 집행임원을 지원하는 면에서는 협력적인 관계에 있는 것이다.

상법상 임원제도를 도입할 경우 이사회는 집행임원에 대하여 감독기능을 행사하여야 하지만, 집행임원과 이사는 모두 회사의 이익을 위하여 각자 분담된 기능을 수행하는 것이지 서로의 관계를 이익이 상반되는 적대적인 관계로 해석하여서는 안 된다. 이사회의 핵심기능 중의 하나로서 경영진을 자문하는 기능이 있는데, 이는 이사회나 그 위원회를 통한 공식적 방법이나 최고경영자나 기타 경영진을 이사가 비공식적으로 접촉함으로써 수행된다. 따라서 이사의 권한과 책임을 판단함에 있어서도 이사회의 감독기능 뿐만 아니라 이사회의 임원에 대한 자문기능을 통하여 수행되는 이사회와 임원간의 협력적인 관계에 대한 고려도 함께 하여야 할 필요가 있다.[165]

다. 支配權의 逆轉現狀

163) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 19면.

164) The American Law Institute, supra note 13, at 116.

165) 윤성승, “집행임원의 법적지위 및 책임의 비판적 고찰”,「기업법연구」제20권 제4호, 45-46면.

미국 회사법은 이사가 회사 지배구조에 있어서 중심적 역할을 하도록 하는 구조로 되어 있으나, 실제로는 임원이 이사보다 회사업무에 있어서 더 큰 영향력을 행사하는 현상이 나타나고 있다.[166] 이것은 사실상 지배권의 역전현상(reversal of control) 이라고 할 수 있으며, 최근 미국에서 의회, 증권거래소, 나스닥 등에서 추진하는 지배구조 개혁은 이러한 문제점에 기인한 것이라 할 수 있다.

지배권 역전현상은 본인이 아닌 대리인이 지배권을 행사하게 되는 것을 말하는데, 이러한 지배권의 역전현상은 회사에서만 발생하는 것은 아니며 일반적으로 조직구조가 복잡한 경우 본인-대리인의 상호 역학관계에서 발생하는 것이다. 회사에 있어서 지배권의 역전현상은 이미 1970년대부터 지적이 되어, 미국에서 이사 중심의 입법체계는 현실이 아니라 허구에 불과하다고 설명되기도 하였다.

미국에서 이사와 임원간의 지배권 역전현상은 구체적으로 이사들이 아닌 최고경영자 자신이 이사후보를 선택하고 최고경영자의 후임을 이사회가 아닌 최고경영자가 선정하며 회사의 목적, 전략, 정책 등을 이사회가 아닌 최고경영자가 결정할 뿐만 아니라 이사회에서 임원에게 통찰력 있는 질문을 하지 못하고 이사회의 핵심 역할이 최고경영자에게 자문만을 하고, 최고경영자로부터 주기적인 보고만을 받고, 위기시에만 의사결정을 하는 것으로 축소되는 형태로 나타났다. 특히 1990년대에 미국의 회사 임원들이 스톡옵션 부여를 통한 급속한 재산축적에 치중함으로써, 임원이 자신의 이익을 회사와 주주의 지속적인 이익보다 우선시한 현상은 지배권의 역전현상으로도 설명될 수 있다. 즉 임원에 대한 스톡옵션 부여에 있어서 임원이 이사회보다 주도적인 역할을 한 것이다.

이러한 지배권의 역전현상의 구조적인 원인과 관련하여, 이사는 계속적으로 이사지위를 보유하지 않으며 의사결정도 신속하게 하지 못한다는 점이 지적되기도 하며, 제한된 시간, 제한된 정보, 임원의 의사를 따를 것으로 생각되는 이해관계가 있는 인원구성 등으로 인해 이사회가 제 기능을 못한다고 설명되기도 한다.

지배권의 역전현상은 특정 법체계에 한정된 것이 아니라 이사와 임원의 역학관

166) Lyman P.Q. Johnson and David Millon, supra note 31, at 1614-15.

계에서 일반적으로 나타날 수 있는 현상이라는 점에서, 우리나라의 경우에도 이와 유사한 현상이 있을 수 있다. 따라서 임원이 그 권한에 비례하는 책임을 지도록 하려면 집행임원의 주의의무와 책임에 있어서 이사와 임원간의 지배권의 역전현상을 고려하여 주의의무의 기준과 책임을 판단하여야 할 필요가 있다.[167]

3. 執行任員의 運營 現況

우리나라에서 일반적으로 임원이라 함은 주주총회에서 선임된 이사 · 감사로서 등기부 등본상 등재된 자만을 말하는 것이었으나 사외이사제도가 도입된 1997년 이후에는 등기이사(등기임원)와 비등기이사(비등기임원)로 구분되었으며, 이러한 비등기이사를 집행임원이라고 칭하여 기업실무상 사용하고 있다. 즉, 각 회사는 등기된 이사가 아니면서도 회사의 중요한 업무를 수행하는 지위에 있는 자로서 집행임원을 설치 · 운용하고 있는 것이다. 그러나 종래의 이러한 집행임원을 2006년 상법개정안에서 도입하려는 집행임원은 아니며, 따라서 본고의 연구대상은 아니다.

「2007년도 주권상장법인 경영인 현황」에 의하면, 주권상장법인의 전체임원(집행임원 포함)은 총 12,392명으로 등기임원 4,804명, 집행임원 7,588명이며 1사당 전체임원은 전년보다 0.86명이 증가한 18.4명으로 조사되었다. 1사당 평균 등기임원은 전년보다 0.02명이 감소한 7.1명으로 그 중 이사는 6.2명, 감사는 0.9명이며, 1사당 평균 집행임원은 전년보다 0.88명이 증가한 11.2명인 것으로 나타났다. 이는 기업경영환경의 급속한 변화에 따라 업무집행기능을 수행하는 집행임원의 필요성이 증가한 때문인 것으로 보여 진다.

<표1> 등기 및 집행임원 현황 (단위: 명. %)

167) 윤성승, 전게논문, 46-47면.

		2007년(675개사)				2006년(673개사)			
		인원수	비율	1사당평균		인원수	비율	1사당평균	
				인원수	증감			인원수	증감
등기임원	이사	4,170	33.7	6.18	-	4,156	35.3	6.18	▲0.01
	감사	634	5.1	0.94	▲0.02	651	5.5	0.96	▲0.06
	소계	4,804	38.8	7.12	▲0.02	4,807	40.8	7.14	▲0.07
집행임원		7,588	61.2	11.24	0.88	6,972	59.2	10.36	0.59
전체임원計		12,392	100.0	18.36	0.86	11,779	100.0	17.50	0.52

※ 자료 : 한국 상장협의회

업종별로 보면 금융업 등기이사수가 다른 업종에 비해 0.26명이 증가한 7.2명으로 나타났다. 2007년도 업종별 1사당 등기이사 및 감사수를 살펴보면 1사당 등기이사수는 금융업 7.2명, 비제조업 6.5명, 제조업 5.9명이고, 1사당 감사수는 제조업 1.0명, 비제조업 0.9명, 금융업 0.4명 순으로 나타났다. 이는 금융업의 경우 자산2조원 이상 대규모회사들이 등기이사의 과반수를 사외이사로 선임하고 감사대신 감사위원회를 설치하고 있기 때문이다.

<표2> 업종별 등기임원 현황 (단위: 명)

구분	2007년(675개사)			2006년(673개사)		
	제조업	비제조업	금융업	제조업	비제조업	금융업
이사	5.93	6.53	7.20	5.94	6.62	6.94
감사	1.02	0.92	0.37	1.05	0.91	0.39
계	6.95	7.45	7.57	6.99	7.53	7.33

※ 자료 : 한국 상장협의회

업종별로 보면 금융업의 1사당 임원수가 19.5명으로 가장 많은 것으로 조사되었는데 전업종을 걸쳐 1사당 집행임원수는 소폭 증가한 것으로 나타났다. 주권상장법인의 종업원은 총984,305명으로 종업원 1,000명당 12.6명(임원 1명당 79.4명의 종업원)의 임원을 두고 있으며 1사당 평균 종업원수는 전년대비 36명 증가한 1,458명으로 나타났다.

<표3> 업종별 임원 현황 (단위: 명)

		등기임원		집행임원		총계		종업원수		종업원 1000명당 임원수
			1사평균		1사평균		1사평균		1사평균	
제조업 (456개사)	2007년	3,167	6.95	5,072	11.12	8,239	18.07	664,678	1,458	12.40
	2006년	3,273	6.99	4,720	10.09	7,993	17.08	635,917	1,359	12.57
	증감	▲106	▲0.04	352	1.03	246	0.99	28,761	99	▲0.17
비제조 (165개사)	2007년	1,228	7.45	1,872	11.35	3,100	18.79	224,269	1,359	13.82
	2006년	1,138	7.53	1,703	11.28	2,841	18.81	221,518	1,467	12.83
	증감	90	▲0.08	169	0.07	259	▲0.02	2,751	▲108	0.99
금융업 (54개사)	2007년	409	7.57	644	11.93	1,053	19.50	95,358	1,766	11.04
	2006년	396	7.33	549	10.17	945	17.50	99,489	1,842	9.44
	증감	13	0.24	95	1.76	108	2.00	▲4,131	▲76	1.60
합계 (675개사)	2007년	4,804	7.12	7,588	11.24	12,392	18.36	984,305	1,458	12.59
	2006년	4,807	7.14	6,972	10.36	11,779	17.50	956,924	1,422	12.30
	증감	3	▲0.02	616	0.88	613	0.86	27,381	36	0.29

※ 임원 수 가장 많은 회사 : 삼성전자(주)(등기임원 13명. 집행임원 823명)

※ 자료 : 한국 상장협의회

第3節 執行任員의 役割

1. CEO

가. CEO의 槪觀

(1) CEO의 의의

CEO(Chief Executive Officer, 최고경영자)[168]란, 기업의 성공에 대하여 궁극적인 권한과 책임을 가지며, 전사적인 전략을 구사하는 인물을 지칭한다.[169] 이러한 CEO의 리더십은 주어진 상황에서 구체적 목표의 달성을 위해서 행사되는 대인적 영향력으로서, 커뮤니케이션 과정을 통하여 행사되는 것이라 정의될 수 있다.[170]

집행임원 중 최상급자인 CEO는 우리나라에 없는 제도이기 때문에 그대로 적용할 수는 없으나, 그 법적 지위를 논하기 위하여 준용한다면 우리 회사법상 사장 내지 대표이사일 것이다. 상법개정안이 도입하는 집행임원의 대표적 형태는 CEO가 될 것이다. CEO는 계약에 의한 업무집행임원인 동시에 이사의 지위도 겸하는 경우가 대부분이다.

(2) CEO와 책무성과의 상관관계

우리나라는 IMF 위기를 극복하기 위하여 기업의 투명성과 책무성을 강화하는 방

---

168) CEO는 경영학상의 명칭이며 우리 나라에 없는 제도이기 때문에, CEO의 지위를 우리 상법상 대표이사의 지위와 대체함에 있어 적절한 지위라고 보이기는 부적합한 점이 많지만, 상법상 가장 근접한 개념이기 때문에 CEO와 대표이사 또는 사장을 혼용하기로 한다.

169) Susan F. McNamara, CEO Succession : A Conceptual Model, Unpublished doctoral dissertation, Purdue University, 1988.

170) 박기복, 「조직행동연구」(법문사, 1994), 437면.

향으로 기업지배구조개선을 위하여 노력하여 왔다. 이러한 기업지배구조의 중심에는 기업성과에 대한 최종적인 책임을 지고 책무를 수행하는 최고경영자가 자리하고 있다. 이러한 최고경영자는 대부분 대표이사나 사장(CEO)이라는 명칭으로 일반화되고 있지만, 이러한 최고경영자가 전문경영인인가 기업소유주인가에 따라 기업경영의 책임에 관해서 다르게 나타날 것이다.

이하에서는 기업소유주와 전문경영인(CEO)간의 유사성을 분석하여, 막후에서 기업 경영에 사실상 영향력을 행사하는 사실상 이사 아래에서 CEO의 경영독립성이 얼마나 확보될 수 있는가를 추정해 봄으로써, 대표이사와 CEO의 상관관계를 살펴보고자 한다.

미국에서는 기업인명록이나 영업보고서 등의 공식적인 자료에서 최고경영자(CEO)가 기재되어 있어 식별하기가 아주 쉽지만, 우리나라에서는 그 식별이 결코 용이하지가 않다. 그러므로 주관적인 판단을 동원하여 식별해야만 한다.

최고경영자가 조직성과에 대해 최종적인 책임을 지는 경영자라 정의한다면, 회사의 업무집행과 대표권을 가지고 있는 대표이사에 해당될 것이다. 그러나 우리나라에서는 많은 재벌총수들이 대표이사에 취임하지 않고 계열사의 의사결정을 실질적으로 영향력을 행사한다. 그래서 이사가 아니면서 실제로 업무집행에 관여한 행위에 대해 책임을 지우려는 의도에서 사실상 이사의 법리를 도입하여 상법 제401조의2에서 ① 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, ② 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자, ③ 이사가 아니면서 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자로 규정하였다.

이러한 지위의 분류는 소유경영자 중심으로 이루어진 것이기 때문에, 여기에서 CEO를 대표이사로 규정하고자 한다면, 대표이사는 상법상 이사이면 그 자격에 제한이 없기 때문에 대표이사 회장, 대표이사 부회장 또는 사장이하의 지위인 부사장, 전무나 상무에서도 대표이사가 되는 경우가 상당수 발견되기도 한다.

전문경영자와 소유경영자에 따른 최고경영자의 직위 분포[171]의 특징으로는, 소

171) <표 4> 최고경영자의 직위

유경영자는 회장이라는 직위(45.9%)를 가장 많이 선호하였고, 다음으로는 사장(45.5%)이었다. 그러나 대표이사의 직위는 1.5%로 아주 낮은 반면, 전문경영자는 사장이 전체의 66.3%로 가장 많았다.

대표이사에 취임하는 비율이 2000년도의 경우, 소유경영자는 19명으로 4.4%, 전문경영자의 경우는 62명으로 11.9%를 나타냈다.

<표 4>에서 보듯이, 소유경영자는 회사의 대내외적인 책임을 지는 대표이사의 지위를 기피하고, 실질적인 영향력을 행사하는 회장의 직위를 매우 선호한다. 또한 전문경영인도 대표이사라는 직위보다는 사장이라는 직위를 선호하는 것으로 나타난 것은 경영에 대한 책임을 회피하기 위한 의도로 볼 수 있다. 이렇게, 현실적으로는 대표이사와 사장은 별개의 지위로서 이원화되어 있음이 전문경영자보다 소유경영자에게 더 많음을 쉽게 알 수 있다.

CEO와 사장을 동일 인물로 보는 것에는 별 문제가 없으나, 회사에 대하여 최종적인 책임을 지고 책무를 수행하는 최고경영자로 보기에는 약간의 문제를 수반한다. 왜냐하면, 대표이사와 사장의 직위가 현실적으로 이원화되어 나타나기 때문이다. 상법상 대표이사는 최고경영자로서 회사의 모든 업무집행을 지휘 · 감독하며 대외적으로는 대표권을 가지기 때문에 최종적인 책임을 진다. 그러나 이하에서는 책임을 회피하기 위한 대표이사와 사장의 이원화라는 현실적인 문제를 접어두고, 사장(CEO)과 대표이사를 최고경영자로 규정한다.

구분 \ 직위		회장	사장	대표이사	전무
1997	소유경영자	227(명)	228	2	0
	전문경영자	33	372	6	8
1998	소유경영자	242	222	4	1
	전문경영자	18	341	14	13
1999	소유경영자	211	220	4	0
	전문경영자	18	315	23	17
2000	소유경영자	191	193	19	1
	전문경영자	28	307	62	10

자료 : 김용민 · 이수일, “IMF이후 상장기업 최고경영자의 특성과 그 변화에 관한 소고”, 인사관리연구 제25집 1권 (2001.6),

(3) 현행 우리 상법상 CEO 문제

법인에 있어 필요적 상설기관인 대표이사를 폐지하고, 집행임원 내에 대표집행임원을 만들어 회사의 대내외적인 법률행위를 모두 집행임원에게 위임할 수 있는지의 문제는, 이론적으로 그다지 본질적인 문제는 아니라 생각이 된다. 즉, 이사회 구성원 중에서 법인의 대표권을 가지는 대표이사를 선임하는 대신, 업무집행만을 전담하는 이사의 지위를 가진 집행임원 중에서 대표집행임원을 선임한다는 소속의 차이뿐이기 때문이다. 이는 대표이사가 이사회의 파생기관으로서 이사회의 대표기관이 아니라 회사의 대표기관이기 때문에,[172] 업무집행과 대표행위를 담당할 별개의 기관을 이사의 지위를 가진 자로서 구성만 하면 되기 때문이다. 또한, 대표이사의 대표권은 정관이나 기타 사규 또는 주주총회나 이사회결의로써 제한할 수 있기 때문에,[173] 대표집행임원의 대표권 남용 또는 오용을 방지하기 위하여 이사회의 결의로써 이사회의장과 함께 공동으로 회사를 대표할 것을 정할 수도 있다(상법 제389조의 2항).

대표이사가 이사 중에서 선임되어야 한다는 제한은, 업무집행기관이 아닌 이사회가 업무집행기관인 대표이사와 합리적인 회사경영의 실무 필요성에 의하여 사실상 연계를 도모하기 위한 의도가 있기 때문에,[174] 이사를 겸임하고 있는 집행임원이 대표집행임원이 되어 이사회와의 연계를 긴밀히 도모하면서 기존의 대표이사를 대신하는 것도 가능하다. 이렇게 되면, 이사회는 업무집행의 의사결정과 업무집행의 감독만을 하게 되며, 대표집행임원은 업무집행만을 전담할 수 있게 된다. 이렇게 될 경우에는, 사외이사 중심의 감사위원회와 지명위원회가 중요한 의미를 가지게 될 것이다.

---

172) 박상조, 전게서, 568면; 이범찬 · 최준선 「상법(상)」, 삼영사, 1999, 327면; 최기원,「상법학신론(상)」, 박영사, 2000, 568면.

173) 이범찬 외, 전게서, 331면.

174) 東京辯護士會會社法部 編, 前揭書, 23頁 參照.

CEO가 이사회의 의장을 겸하는 경우 업무집행을 직무로 하는 경영집단의 최고자와 회사의 업무집행을 감시할 것을 주된 업무로 하는 이사회의 최고자가 동일인이 된다. 이와 같이, CEO가 이사회의 의장을 겸하는 경우에는 강력한 단결력 등의 이점이 있는 반면, 권력이 지나치게 집중되어 소위 1인 경영의 폐해가 나오는 것을 피할 수 없게 된다.

이 경우에도 인사권을 어떤 지위에서 장악할 것인가에 따라 회사내의 역학관계는 상당히 달라질 것이다. 예컨대, 이사회 가운데 인사위원회를 둔 경우, 여기에 CEO겸 이사회 의장이 들어가는 것은 CEO를 완전한 1인 체제로 만드는 것이다. 왜냐하면 이와 같은 CEO는 업무집행의 결정부터 그 결정의 집행, 그리고 그 감시에 이르기까지 모두 동일인이 행사하게 되어, 달리 감사제도가 있다고 해도 CEO가 그 인사권까지 장악한다면 무엇이든지 마음대로 할 수 있기 때문이다. 물론, 회사 비상시에는 강력한 지도력이 필요하므로 이 지배구조가 바람직할 경우도 있다고 생각되지만, 그렇지 않은 경우까지 이 태도를 취하는 데는 의문이 있다. 본래 이사회의 존재 의의는 업무집행의 감시, 특히 회사가 집행임원제도를 둔 경우에는 집행임원의 업무집행에 대한 감시가 주된 업무의 하나가 된다.

따라서 집행임원제도를 채택한 회사에 있어서는 특별한 문제가 없으면, 적어도 CEO와 이사회 의장은 각기 다른 사람이 취임하는 것이 바람직한 태도일 것이다. CEO의 1인 독주를 방지하고 회사를 발전시키기 위하여 어떤 제도가 필요한가 하는 것은 회사에 있어서 중요한 문제이지만, 회사의 구조로서는 우선 이사회의 의장과 CEO의 직에 별도의 인물이 취임하는 것이 바람직하다.

즉, 이사회 의장은 업무에 관한 의사결정 및 업무집행에 대하여 감시하는 것을 그 직무로 하는 이사회의 장임에 대하여, CEO는 실제 업무집행을 행하는 집행임원의 수장이기 때문이다. 따라서 이 쌍방의 직무가 서로 다른 사람에 의하여 행하여지는 것은, 권력의 분산이라는 의미에서는 아주 바람직한 것이다. 다만 문제는 회사가 긴급사태에 있는 때에는 권력의 분산이 사태타개의 장해가 될 염려가 있으므로, 일시적으로 회사가 위기상황에 직면하면 CEO와 이사회 의장의 겸임을 인정한다는 뜻을 정관으로 명백히 해 두는 것도 하나의 방법일 것이다.[175)]

CEO와 회사의 인사권 귀속문제에서 가장 고려해야 할 점은 권한집중이다. 만약 이사회 가운데 인사위원회를 둔 경우에 CEO가 이사회 의장을 겸임하고 있다면, CEO는 인사권과 함께 업무집행에 대한 감시 · 감독뿐만 아니라 의사결정까지 그야말로 회사는 1인 체제가 되어 버린다. IMF같은 비상시에는 회사의 절대위기를 극복하기 위한 고육지책으로 1인 체제를 취할 수는 있지만, 일반적으로 이러한 1인 체제는 바람직하지 못한 것이다.

나. CEO의 役割

"한국경제 위기는 리더십 부재에서 비롯되었다. 현재, 한국의 리더십은 달러보다 더 고갈되었다."[176] 라는, 단적인 표현에서 보듯이 우리 기업의 화두인 기업지배구조 개혁은, 올바른 방향으로 과단성 있게 추진할 수 있는 역량을 가진 CEO가 절대적으로 필요하다.

미국은 1980년대 후반부터 위기를 극복하고 기업 경쟁력을 높이기 위해 정보혁명, 지식경쟁력 등 미래경쟁력의 핵심을 선점하여 기업뿐만 아니라 국가경쟁력을 회복시키는 전사적 CEO 즉, 기업은 이익집단이며 경쟁력 제고를 위해서는 감량경영, 정리해고도 불사해야 한다는 GE개혁의 선도자인 웰치 회장과 IBM부활의 대명사인 거스너 회장 등이 존재하는 개혁추구 CEO 시대이다.

미국의 강력한 정치경제력을 기반으로 세계시장을 미국식 경영으로 하는 글로벌 스탠더드화라는 도식으로 통합하여 자국의 투자자들에게 거래비용 절감과 거래 용이성을 확보해 주고, 투자의 안전성을 확보시켜주기 위해 기업경영의 개방화 · 국제화를 강력하게 요구하고 있다. 이러한 국제 대세에 따라 우리나라의 기업들도 기업의 지배구조 개혁을 성공적으로 인도하고 경쟁우위를 확보시킬 개혁추구 CEO를 절실히 필요로 하게 되었다.

우리나라 기업들이 지속적으로 경쟁력 있는 가치 창출을 위해 기업구조조정과

175) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 132면.

176) Wall Street Journal 1997. 12. 12.

글로벌화에 충실한 기업경영의 기본이 되는 다음 5가지의 핵심 집행임원 즉, CEO, CFO, CRO, CDO, CIO을 확보하거나, 그 직책에 필요한 훈련을 시켜야 할 것이다.

또한 CEO는 기존 주력 사업을 대체할 신사업군 창출을 위해 신규사업을 개척하고 업종을 전환하며, M&A 등 기업의 구조조정을 충실히 할 수 있어야 한다. 또한 이러한 정부주도의 구조조정이 일단락되면 기업의 재구축을 위하여 전사적 의사결정을 시도하여 최상위 전략적 판단을 내리는 것이 한국이 필요로 하는 개혁주도형 CEO의 역할이다.[177]

2. CFO

가. 意義

CFO(Chief Financial Officer)는 전략과 재무를 총괄하는 최고경영자로서 전통적인 경리나 회계업무에서부터 재무전략, 투자프로젝트 평가 · 사후관리, 예산관리, 성과평가 등을 총괄하며 CEO의 의사결정을 지원하는 기능을 담당하는 집행임원이다.[178]

나. CFO의 條件

Pricewater House는 「CFO 2000」 보고서에서 CFO의 5가지 조건을 제시하였다. ①

177) CEO 리더십의 변천 과정으로는 1962년 1월 20일 법률 제1000호로 상법이 제정되면서, 우리 나라의 CEO는 강인한 사업가 정신으로 신규사업을 개척하는 도입기(60-70년)와 창업자와 거의 동일한 리더십 스타일을 지닌 인물들로 창업자가 구축한 사업전개 모형을 타 사업 분야에 적용하는 80년대 성장기의 확장형 CEO, 주력사업들이 성장국면을 지나 성장국면에 진입하자 관리형의 CEO들이 주류를 형성한 성숙기인 90년대의 관리형 CEO, IMF 위기 이 후에 새로운 환경에 적응하기 위해 기업의 체질을 쇄신할 수 있는 신기업가 정신이 충만한 CEO그룹이 각광을 받는 구조조정형 CEO로 변천하고 있다."전환기CEO의 역할과 경쟁력", CEO Information (제296호), 2-3면.

178) Price Waterhouse Coopers, CFO :Architect of the Corporation's Future, John Wiley & Sons(1997).

독창성 : 숫자만으로 모든 것을 판단하지 않으며 창의적이고 유연한 사고, ② 폭넓은 시야 : 재무적인 지식은 물론이고 전반적인 업무에 정통하여야 하며, 전략에 날카로운 감각을 가진 General manager, ③ 장기적인 안목 : 미래를 설계할 수 있는 직관과 장기적인 이익을 판단할 수 있는 예측능력, ④ 넘치는 활력 : 기업내부뿐만 아니라 적극적으로 기업의 가치를 올릴 수 있는 방법을 모색, ⑤ 전문성 : 의사결정에 있어서 과학적인 모델을 통해서 논리적인 엄밀성을 추구하여야 한다고 한다. 이러한 조건에 잘 부합하는 CFO로는 1995년 Fortune지 선정 Super 4인이 있다.[179]

다. CFO의 役割

CFO는 CEO가 선임하지만, 수직적인 명령관계 보다는 동반자적 관계를 유지하면서, CFO는 우선적으로 재무 및 기획 부문의 변혁을 위한 새로운 경영기법 및 시스템 도입을 고려해야만 한다.

CFO는 가치의 측정 및 관리에 치중했던 전통적 경리 기능은 대폭 축소하고 경영자원의 집중과 선택을 통해 새로운 기업 가치를 창조하는 역할을 수행하여야 한다. 사업전략에 대한 재무적 판단기준을 수립하고, 사업승인자나 감사인의 역할보다는 전략적 의사결정 지원과 문제해결에 초점을 맞추어 신사업 진출, 합작투자, 인수합병, 사업매각 등을 주도하여 기업가치를 제고하여야 한다.[180]

또한, 투자프로젝트의 타당성을 제로베이스에서 검토하여 무리한 사업진행을 억

179) ① GE사의 D.Dammerman은 15억 달러의 가장 큰 상업용 제트엔진프로젝트를 실행에 옮겨 경쟁업체를 제압, ② IBM사의 J. York는 IBM의 재생을 위해 과격한 비용절감을 선포하고 1년 이내에 27억 달러의 간접비 및 R&D 비용 중 4억 달러를 절감, 그 후 York가 재직한 2년 동안 2.3배의 주가 상승(프로세스 혁신과 Lotus 인수 등), ③ Merk사의 J. C. Lewent는 Monte Carlo의 분석을 통해 신약의 수익성을 입증하고, 3년간 대형 히트상품을 내 놓아 주가를 39% 상승시켰음, ④ Disney사의 S. Bollenbach는 대형 M&A를 성사시켜 기업 가치를 증대시켰다.

180) 디즈니의 CFO인 볼렌바흐(Stephen Bollenbach)는 기업가치의 80% 이상이 기업전체를 관통하는 전략에서 창출된다고 보고, 재무기능과 전략기능을 통합하였으며 자산분할, 신사업진출, 기업인수 등을 통하여 주주가치를 제고하였다.

제하고, 추상적인 타당성 분석이나 선행사례에 의존하는 사업계획에서 벗어나 자본비용과 현금흐름에 입각한 객관적 기준을 도입하여 자본비용 이상의 현금수익률을 내지 못하는 사업을 구조조정 대상으로 선정하여야 한다.[181]

장기적 사업감각을 갖고서 신사업을 발굴하여 성공시키는 것도 CFO의 중요한 역할인데, 이를 위해서는 CFO는 사업의 영감, 재무적 판단을 위한 균형감각이 필수적이다.[182]

CFO는 전사 차원의 리스크를 예측하고 관리하는 구심점으로서, 세무와 재무, 기업보험, 투자안 평가 등을 통해 회사 전체의 리스크에 대한 정보를 파악하고 부채측면의 리스크뿐만 아니라 자산 측면의 리스크도 동시에 관리[183]하여 통합적으로 리스크를 관리하여야 한다.[184]

CFO는 주요 이해관계자들과 개방적인 대화채널을 유지하면서 기업과 주주 사이의 가교역할을 수행한다. 또한 기업가치 제고를 통해 주주의 이익을 극대화하는 것을 가장 우선시하며 CEO를 대신하여 기관투자가들의 문제제기에 적극 대응하는데, 이는 단기 업적 위주의 경영활동 요구에 대해 객관적 정보로 대응하고, 최고경영자를 비롯한 경영진에 대한 비판 압력을 완화시킨다.

또한, CFO는 미래 현금흐름 전망치를 중시하는 주주들의 의견을 반영하는 등 주주의 이익과 상관관계가 높은 지표들을 경영성과지표로 설정하고, 이를 경영혁신 프로그램과 연계시켜 기업가치를 사업단위 수준까지 세분화하여 분석하고, 외부투자가의 관점에서 가치 증대를 위한 경영혁신을 추진한다.

---

181) IBM의 CFO였던 요크(Jerome York)는 국내외 자회사를 통합하고 경상비용과 R&D 지출을 합리화하여, IBM이 구조조정에 성공하는데 결정적 역할을 하였다.

182) GE의 CFO인 뎀머만(Dennis Dammerman)은 비행기가 점차 대형화한다는 판단 하에, 단기적으로 수익률 악화가 예상되었음에도 15억 달러 상당의 상업 제트엔진 프로젝트를 추진할 정도로, 미래 신사업 개발에 있어 탁월한 역량을 발휘하였다.

183) ① 자산측면에서의 리스크 관리 : 이윤 및 가치의 창출기회, 기업 잠재성장력과 경쟁우위 확보, 투자기회제공, ② 부채측면에서의 리스크 관리 : 기업가치의 방어와 잠재적 손실 최소화, 기존 사업의 관리에 주력, 투자자의 불안심리 해소. ブライスウォーターハウス、「事業價値創造のマネジメント」.

184) 필립스 등 선진기업들은 CFO를 중심으로 경영간부와 사업책임자가 참여하여 정보를 공유하고 체계적인 위험관리를 실행하는「포럼」을 운영한다.

3. CIO

CIO(Chief Information Officer)는 기업의 비즈니스전략과 정보기술전략을 통합함으로써 정보기술을 전략적으로 활용하는 역할을 맡고 있는 최고정보담당집행임원이다.

정보기술의 급속한 발전으로 기업의 환경이 급격하게 변화하고 있다. 이런 상황에서 경영자들은 기업 경영의 효과성과 효율성, 그리고 경쟁적 우위요소를 확보하기 위해 정보기술을 전략적으로 활용할 필요성이 점차 늘어나고 있다.

과거에는 정보기술과 관련된 업무는 주로 전산부서에서만 이루어져, 이러한 전산부서의 책임자는 흔히 조직의 최고의사결정기구에서 배제되는 전산실장 수준에 그치고 있었다. 따라서 정보기술에 대해 문외한이라 할 수 있는 최고경영자(CEO)를 비롯한 스탭들이 회사의 비전 달성을 위해 전략적으로 정보기술을 활용하는 방안을 모색하는 것은 매우 어려운 일이었다. 그러나 CIO의 역할로 경쟁적 우위를 점하 되었다. 이러한 CIO의 역할은 크게 인간관계적 측면, 정보적 측면, 의사결정적 측면의 3가지 범주로 나누어 생각할 수 있다.

첫째 인간관계적 측면은 지도자로서의 역할과 연락자로서의 역할로 나누어 생각해 볼 수 있다. 먼저 지도자로서의 역할은 CIO가 IS 기능을 관리하고 비전을 제시함으로써, IS 부서의 사기와 효율성을 제고시키는 것이다. 또한 조직에 대한 과감한 변화가 요구되는 시스템을 구현하려 할 때에는 지도자의 역할도 요구된다. 연락자로서의 역할은 최근 들어 중요시되고 있는 것으로써, CIO는 IS부서와 최고경영층 사이의 연락자로서, 더 나아가 IS 부서와 다른 부서들간의 연락자 역할을 수행한다. 이러한 역할을 훌륭하게 수행한 CIO중 하나는 Ed Vaccaro인데, 그는 Booz Allen & Hamilton의 CIO이다. 그의 직무는 전 세계에 널리 퍼져있는 6,500명의 컨설턴트들이 필요한 정보들을 언제, 어디서라도 빠르고 쉽게 얻을 수 있게 하는 것이다.

둘째 정보측면에서의 역할은 감독자와 전도자(또는 대변인)의 역할로 나누어진다. 집행임원의 위치에서 CIO는 IS 부서가 조직의 전략적 목표에 공헌하고 있는지를 감시하는 책임을 지는 데 이것이 감독자의 역할이다. 이 역할에는 IS에 의해 여타 경영활동들이 효과적으로 지원되고 있는지를 감독하는 것도 포함된다. 또한 CIO는 기업의 전략적 목표를 달성하는 데 도움을 줄 수 있는 신기술을 발견하기 위해 외부환경을 주시한다.

전도자로서의 역할은 고위 경영층 내에서 IT 또는 IS 부서의 대변인이 되는 것이다. 이 역할을 위해서 CIO는 IT에 대한 잠재적인 효익, 원가, 위험 등에 관하여 고위 경영자들을 교육할 필요가 있다. GEIS (General Electric Information Service)의 IT 책임자인 Orville A. Baily는 이러한 역할을 잘해낸 CIO 중 하나이다. 그는 비즈니스와 IT에 대한 지식을 두루 겸비하여 IT와 경영전략을 연계시키고 있다. Baily는 IT의 진정한 가치는 IT 그 자체에 있는 것이 아니라, 그것을 비즈니스에 적용하는 데에서 나온다고 생각한다. 이러한 생각을 가지고 Baily는 GE의 조달시스템인 Trading Process Network (TPN)의 개발에 참여했다. 이 프로젝트에서 Baily는, 경영전략가로서 비즈니스 측면의 문제, 즉 각각 분산된 사업단위들이 각기 공급자들과 접촉하는 문제점을 해결하기 위해 전사적인 네트워크를 구축할 필요성을 인식하였고, IT 전문가로서 이 네트워크를 구현하기 위해서는 인터넷 기술을 활용해야 한다고 판단하였다. 그 결과로 나타난 것이 바로 TPN이다.

셋째 의사결정측면의 역할은 기업가의 역할, 교섭가의 역할, 장애처리자의 역할, 자원배분자의 역할로 나눌 수 있다. 비즈니스에 IT를 적용하는 것은 상당한 위험과 불확실성을 수반한다. 따라서 CIO들은 기업이 효과적으로 움직일 수 있는 데 도움이 될 수 있는 '판매' 개념을 가지는 기업가로서 활동하게 된다.

IS의 정해진 목표를 달성하기 위해, CIO는 조직의 내부에서, 그리고 시스템과 IS 서비스를 제공하는 기업 외부의 관계자들에 대해 교섭가 역할을 할 수도 있다. 한편 CIO는 IS의 성과에 대해 책임을 지고 있으므로, 어떤 문제가 생겼을 때 이러한 일들을 조정하고 해결해야 한다. 이것이 장애처리자의 역할인데, IT가 조직에 더욱 필수적인 것이 되어가면서, 이러한 역할의 중요성이 점차 증대되고 있다. 마

지막으로 CIO는 자원 배분자로서의 역할을 하게 되는데 그는 어떤 프로젝트들을 추진하여야 하고 여러 프로젝트들에 사람과 자원을 어떻게 적절하게 배분해야 하는지를 결정해야 한다.

실제로 체이스 맨하턴 은행의 CIO인 Denis O'Leary는 케미칼 은행과의 합병과정에서 IT를 적절히 활용하여 정보시스템 통합작업을 성공적으로 추진하였다. 이 과정에서 그는 두 회사의 수많은 시스템과 어플리케이션들을 통합하였고, 데이터 센터, 네트워크 등과 같은 기초적인 인프라를 성공적으로 구축하였다. 그는 또한 IS와 비즈니스 단위의 통합적인 관계를 구축하기 위해 Technology Leadership Council을 만들었다. 이 기구는 기존의 전문가들을 활용하여 IT와 비즈니스를 통합하기 위한 것이었다. 여기서는 회사의 기본적인 인프라 구축에서부터 어플리케이션 개발, 그리고 콜센터에서 기업의 IT관리와 워크그룹 컴퓨팅에 이르는 다양한 문제들을 다룬다. 또한 이 조직은 회사 전체에 IT 지식을 전파하는 역할도 담당하고 있다. 그는 먼저 확고한 비즈니스 배경을 가지고, IT로 강력한 처방을 함으로써 그에게 주어진 역할을 훌륭히 소화해 내었다.

4. 執行任員會

집행임원회[185]는 이사 이외에 업무를 집행하는 집행임원제도를 채용하는 회사에 있어서, 집행임원으로서 구성하는 사내조직의 회의체를 말한다.[186] 즉, 집행임원이 중심이 되어 집행임원간의 정보공유의 장으로 활용하고, 경영회의체인 이사회를 보좌하는 것을 주된 임무로 한다.[187] 그러나 우리나라에서는 2006년 상

185) 미국의 업무집행위원회(Executive Committee)는 기본정관의 변경·합병의 승인·자산의 전부 또는 실질적으로 전부의 양도·회사의 해산·부속정관의 변경·이익배당이나 신주발행 등을 제외하고는 이사회의 모든 권한을 행사한다. 그러므로 집행위원회의 결의는 이사회의 결의와 동일한 효력을 지닌다. 그러나, 일본에서 집행임원회를 도입한 회사들의 집행임원회 성격을 설문 조사한 결과, 협의·연락·조정기관으로 파악하고 있으며, 의결기관으로 생각하는 회사는 전혀 없다. 東京辯護士會會社法務 編, 前揭書, 93頁.

186) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 139면; 元木 伸, 前揭論文, 53頁.

187) 橋木綱夫, “ソニーの機構改革,” 「執行役員制の實施事例-法制上 論点今後展開-」, 別冊商事法務 No. 214 (商事法務硏究會, 平成10年), 4頁.

법개정안에 의하면 집행위원회는 법률상의 제도로 하지 않았기 때문에 집행위원회가 설치되더라도 이는 법정제도인 주주총회나 이사회와 같은 법률상 회의체 기관이 아니다. 따라서 정관이나 이사회의 결의에 따라 설치할 수 있는 임의기관일 뿐이다. 그러므로 집행임원을 설치한 회사에서의 집행임원회의 운영에 관하여는 이사회의 운영에 관한 규정들이 준용되거나 유추적용 될 수 있을 것이다.

이사회는 법정제도임에 비하여 집행임원회는 임의제도이다. 이 때문에 이사회에 있어서는 업무집행사항에 관한 결정은 그 조직에 속하는 이사를 구속함에 대하여, 집행임원회는 원칙적으로 업무집행에 관하여 집행임원을 구속하는 결의를 하는 것은 불가능하다고 해야 할 것이다. 그리고 이사회에는 일반적으로 이사인 자는 반드시 그 구성원이 되지만, 집행임원회에는 집행임원인 자가 반드시 집행임원회의 구성원일 것을 요구할 수 없다. 이사회는 3인 이상의 이사로 구성되며 상한선에 대한 제한은 없지만 업무집행임원은 최저수에 관한 제한도 없다. 정관으로 집행임원회를 두고자 할 때는 3인 이상의 집행임원을 선임해야 할 것이며, 대표집행임원을 선임해야 할 것이다.

第4節 執行任員의 義務와 責任

1. 職務上의 權限

상법개정안에서는 집행임원의 권한에 대해 규정하고 있다. 집행임원은 (ⅰ) 회사의 업무집행, (ⅱ) 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정 및 (ⅲ) 회사의 대표권한을 가짐으로써(안 제408조의4), 현행 상법상 대표이사의 기능을 수행한다. 집행임원은 필요시 회의의 목적사항과 소집이유를 기재한 서면을 이사회의장에게 제출하여 이사회의 소집을 청구할 수 있는데(안 제408조의7 제1항), 이 경우 이사회 의장이 지체 없이 이사회의 소집절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 집행임원은 법원의 허가를 얻어 이사회를 소집할 수 있다(안 제408조의7 제2항, 상법 제366조 제2항).

회사업무에 관한 의사결정권한은 이사회 그리고 집행권한은 대표이사에게 귀속시키는 것이 우리 회사법의 기본구조이고, 이 체제 아래서 대표이사는 어느 정도 업무집행권한을 다른 사람에게 위임할 수 있는지가 문제이다. 이에 대하여 종래부터 대표이사는 대내적인 업무집행행위에 대해서 뿐만 아니라 대외적인 업무집행에 관해서도 업무담당이사와 그 외의 이사 또는 사용인, 기타 제3자를 복대인으로 선임하여도 되며, 단조로운 특정의 사항 또는 일정한 종류의 사항뿐만 아니라 회사의 영업에 관한 광범위한 포괄적인 대리권까지도 위임하는 것이 가능하다고 해석되어지고 있다. 따라서 대표이사가 집행임원에 관하여 자기가 가지는 의사결정권과 실행권한을 위임하는 것이 가능하다고 할 수 있다. 따라서 대표이사를 대신하여 회사의 업무집행권을 가지는 집행임원은 대표이사의 경우와 같이 의사결정권과 집행권을 위임할 수 있다고 보아야 할 것이다.

업무집행임원은 그 지위에 따라 권한이 달라지는 것은 당연하다. 예컨대 최고업무집행임원은 회사의 모든 경영에 관한 권한을 가지고 책임을 진다. 물론 기타의 임원도 각자의 지위에 따라 그 직무를 집행할 권한을 갖는다. 상법개정안은 대표

집행임원을 규정하고 있지만(안 제408조의5), 집행임원 상호간의 관계, 서열, 권한 등에 관하여는 규정하지 않고 이사회의 결의에 의하고 있다.

이사회내의 경영위원회의 구성원인 이사가 동시에 영업부장을 겸하고 있는 임원인 경우 이러한 자의 행위가 이사로서의 행동이고 어떤 행위가 임원으로서 행동인가 명확하지 못하다. 이 경우 본래 이사회의 기능은 감시이므로 원칙적으로는 경영위원회에 속하는 자라고 하더라도 회사경영에 관한 의사의 결정 및 집행의 감시가 이사회의 구성원으로서 직무이고, 실제로 영업을 행하는 것은 임원으로서 직무수행이라고 할 수 있다.

2. 理事와 執行任員의 兼任

개정안은 집행임원과 이사의 겸직을 금지하지 아니하여 그 겸직은 허용된다고 볼 수 있다.[188] 그러나 집행임원이 이사를 겸직한다면 집행임원제도를 도입하더라도 회사의 최고 실권자가 대표집행임원이 되어 업무집행을 하는 경우에 이사를 겸직하는 집행임원을 통하여 이사회에 영향력을 행사함으로써 집행임원의 업무집행에 대한 이사회의 감독기능은 유명무실화 될 것이다.

미국에서는 집행임원과 이사의 겸직을 허용하고 있으나, 미국의 엔론사 등의 회계부정사건을 계기로 최근 이사의 대부분을 사외이사로 하여 집행임원을 겸직하는 이사의 수가 극히 적고, 특히 감사위원회 위원 전원을 독립된 사외이사로 하는 등 집행임원의 이사 겸직에 따른 이사회의 감독기능 저하를 방지하는 제도적 안전장치를 마련해 놓고 있다. 일본에서는 이사의 임원 겸직을 허용하되 감사위원회 위원인 이사의 집행역 겸임을 금지하고 있다(일본 상법특례법 제21조의8 제7항, 제21조의13 제5항).[189]

우리나라에서는 대규모 주권상장법인에 있어서도 사내이사가 이사의 반수에 이

188) 정찬형, “2006년 회사법개정에 관한 상법개정시안의 주요내용”, 「고려법학」 제47호(2006). 62면.

189) 정쾌영, “집행임원제도의 도입을 위한 입법의 과제”, 대한경영학회 하계학술발표논문집, 2007, 144면.

르고, 감사위원회도 그 위원의 3분의 1을 사내이사로 할 수 있으므로 이사의 집행임원 겸직에 따른 이사회의 감독기능이 약화될 우려가 있다.[190]

3. 執行任員의 義務

상법개정안은 회사와 집행임원과의 관계를 회사와 이사와의 관계와 같이 위임관계로 규정하고 있다(안 제408조의2 제2항). 집행임원의 의무의 내용은 위임계약에서 나오는 선량한 관리자의 주의의무, 충실의무, 경업금지의무, 이익상반거래, 보고의무, 설명의무, 위임종료시의 긴급처리 의무가 있다. 그 중 상법개정안에는 보고의무를 명문으로 규정하고 있으며(안 제408조의6), 기타 이사의 각종 의무를 집행임원에게 준용하고 있다(안 제408조의9).

가. 善管注意義務

이사와 집행임원은 회사의 수임자로서 위임의 본질에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 위임사무를 처리하여야 한다(상법 제382조 제2항, 민법 제681조). 이러한 선관주의의무는 그 사람이 속하는 지위 · 지능 · 직업 등에 따라 사회통념상 객관적[191]으로 요구되는 주의를 가리킨다.[192] 따라서 이사나 집행임원에게 요구되는 주의의무는 이사나 집행임원의 지위에 있는 자에게 보통 요구되는 정도의 주의의무이다. 이러한 주의의무는 그 정도에 관해 견해의 차이가 있지만, 현대의 회사경영은 복잡하고 전문화되어 있으므로 그러한 전문직에 부응하는 정도의 객관적 주의의무[193]이며 집행임원의 선관주의의무는 집행임원의 모든 직무에 관하여 요구

190) 양동석, 전게임원제도 도입에 따른 법률문제, 132면.

191) 수임인의 개인의 개인적 기능이나 학력 · 경험연수 · 건강상태 · 성별 등의 주관적 표준은 책임의 기초가 되지 않는다.

192) 정동윤, 전게서, 427면; 畠田公明, 前揭論文, 119頁.

193) 양동석, 전게임원제도 도입에 따른 법률문제, 127면.

된다.

미국 회사법상 이사 및 집행임원(officer)이 지는 주의의무로서 일반적으로 인정되는 것은 통상의 신중한 사람과 동일한 입장에 서서 동일한 상황 아래 있는 경우에 회사의 최선의 이익에 합치한다고 믿는 방법으로 행사될 것이 합리적으로 기대되는 정도의 주의가 필요하다고 한다.

우리 상법에 의하더라도 이사 또는 집행임원이 선관주의의무에 위반하였을 때에는 회사에 대하여 손해배상의 책임을 지고(상법 제399조), 악의 또는 중대한 과실이 있으면 제3자에 대하여도 손해배상의 책임을 진다(상법 제401조).

나. 忠實義務

미국에서 일반적으로 주 제정법에 규정되어 있는 충실의무는 이사나 집행임원이 회사의 업무를 집행함에 있어서 회사에 가장 유리하도록 성실하게 권한을 행사하여, 회사의 이익과 자기의 이익이 충돌할 경우 언제나 회사의 이익을 우선시켜야 할 의무[194]이다. 이러한 충실의무는 이사나 집행임원뿐만 아니라 상근직원도 포함이 되는데, 이는 회사와 주주에 대하여 수탁자로서의 지위가 주어지기 때문이다.

이러한 충실의무는 회사의 거래와 관련하여 취해야 할 이사나 집행임원의 자세라는 점에서, 경영자의 경영에 관한 의사결정의 방법론에 초점을 맞춘 주의의무와는 구별이 된다.[195]

우리나라는 경제위기를 극복하기 위한 과정에서 이사의 책임을 강화하고, 기업경영의 투명성을 제고하기 위하여 1998년 개정상법에 이사의 충실의무(상법 제382조의3)를 명문으로 규정하였으나, 여전히 이사의 충실의무에 관해서는 견해가 엇갈

194) 상법상 인정되는 것으로는 경업피지의무 · 자기거래금지의무가 있고, 증권거래법상으로 인정되는 내부자의 주식거래제한 이외에, 영미법상의 구체적인 충실의무인 회사기회탈취(usurpation of corporate opportunity)금지, 회사와 소수주주의 이익을 해하는 지배권의 매각금지, 소수주주에 대한 공정의무 등도 포함된다. 손주찬 외, 「주석상법(Ⅲ)」(한국사법행정학회, 1999), 370-371면.

195) William F. Johnson, Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc.: Corporate Auctions Now Require Sharper Supervision by Directors, 39 Am. U. L. Rev. 721, 728-29(1990).

리고 있다.[196]

집행임원이 충실의무를 부담하는가에 관해서는, 선관의무와 충실의무가 다르다는 이질설에 의하면 집행임원은 충실의무를 부담하게 된다.[197] 왜냐하면, 회사와 이사간에는 위임규정이 준용(상법 제382조 제2항)되는데, 이러한 위임의 법리는 수임인에 대한 위임인의 통제 가능성을 전제로 한다. 그러나 주식이 광범위하게 분산되어 소유와 경영이 분리된 현대 기업에서, 전문경영자에 대한 주주라는 위임인의 통제가 사실상 불가능하기 때문에 경영자에 대한 고도의 윤리성을 요구하게 되는 것은 당연하다고 본다.

다. 競業禁止義務

미국회사법에서의 집행임원은 회사와 주주와의 신탁관계에서 단순한 수탁자로서의 선관주의의무 이상으로 고도의 성실의무와 충실의무로 이루어진 선임의무를 진다.[198] 여기에서 집행임원의 충실의무는 우리 상법상의 경업피지의무 등에 해당한다.

집행임원과 회사와의 관계를 위임관계(안 제408조의2 제2항)로 규정하고 있으므로 상법 제397조에서의 이사에 관한 경업금지의무도 부담한다고 할 것이다. 상법 제397조에서는 이사에 관하여 경업금지의무를 정하고 있는데 이는 이사가 그 지위

---

196) 선관주의의무와 충실의무는 동질적이거나 선관주의의무를 구체화한 표현에 불과하다는 동질설(대판 1985. 11. 12, 84 다카 2490; 최기원, 전게서, 596; 손주찬, 「상법(상)」, 제10정증보판 (박영사, 2000), 839면)과 충실의무와 선관의무는 근본이 다른 의무라고 하는 이질설이 있다(정동윤, 전게서, 432면; 박상조, 전게서, 597면).

197) 상법에서 인정한 이사의 경업피지의무·자기거래금지의무 및 이사의 감사에 대한 보고의무와 판례(대판 1985. 6. 25, 85 다카 1954)에서 인정한 이사의 감시의무 등은 모두 이사의 회사에 대한 선관의무를 구체화한 것으로 볼 수 있으므로, 이사의 충실의무(상법 제382조의 3)를 선관주의의무와 동일하다는 동질설에 의하더라도 집행임원은 당연히 충실의무를 부담한다고 한다. 양동석, 전게임원제도 도입에 따른 법률문제, 128면.

198) Alan R. Palmiter, Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director's Duty of Independence, 67 Texas Law Review 1351, 1353(1989).

에 근거하여 알 수 있었던 회사의 영업에 관한 비밀을 이용하여 회사의 이익을 배제하거나 또는 침해하는 것에 의해 자기의 이익을 도모하는 것은 허용되지 않는다는 취지이다. 따라서 이사와 유사한 지위에 있으며 회사와의 계약관계가 위임계약인 집행임원에 대해서도 선관주의의무와 충실의무를 구체화하고 있는 경업금지의무가 부과됨은 당연한 것이다.

라. 利益相反去來

미국에서는 집행임원의 전형적인 이익상반행위인 자기거래를 회사와 집행임원간의 거래, 회사와 집행임원간의 직간접적으로 의미 있는 재정적 이해관계, 모회사와 그 모회사가 부분적으로 소유하는 자회사간의 거래, 회사와 그 집행임원이 같거나 겸임인 다른 회사 간의 거래로 구분한다.[199] 이러한 이익상반행위는 이사회 또는 주주의 승인 내지 추인을 받지 않았거나(RMBCA §8.31), 그 행위가 공정하고 합리적인 경우가 아니면 회사의 손해에 대하여 배상할 책임이 있으며 주주대표소송도 인정된다.

우리 상법 제398조가 정하는 이익상반거래 규정은 이사가 자기의 지위와 경영상의 기밀을 이용하여 회사와 주주의 이익을 희생시키고 자기 또는 제3자의 이익을 추구하는 위험을 방지하기 위한 강행법규이다. 그러므로 충실의무 또는 선관주의의무를 근거로 하여 경업금지의무의 경우와 같이 일정한 재량권을 집행임원이 가지고 있는 경우에는 본조를 유추적용 해야 할 것이다. 단지 이러한 집행임원과 이사 간의 유사성에서 회사와의 이해충돌을 생기게 할 염려가 있는 모든 재산상의 거래행위를 하는 경우에는 이사가 그러한 거래행위를 하는 경우와 같은 위험이 많이 발생할 것이며, 따라서 이사회의 승인을 요건으로 하여 이사회의 감독 하에 두는 것이 타당[200]할 것이다. 왜냐하면 일반적으로 이사가 아닌 집행임원은 이사에

199) Robert C. Clark, Corporate Law, Toronto: Little, Brown and Company, 1986, p.159.

200) 양동석, 전게임원제도 도입에 따른 법률문제, 123면.

비하여 이사회의 승인을 용이하게 얻을 수 있는 지위에 있기 때문이다.[201]

마. 報告義務

민법 제683조는 「수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고 위임이 종료한 때에는 지체없이 그 전말을 보고하여야 한다」고 규정하고 있다. 또한 상법은 1995년 개정을 통하여 제412조의2에서「이사는 회사에 현저한 손해를 미칠 염려가 있는 때에는 즉시 감사에게 이를 보고」하도록 규정하였다. 이러한 상법의 규정은 감사를 용이하게 하고 회사의 손해를 사전에 방지하기 위한 것이다. 이사가 보고하여야 할 사항은「회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실」이며, 예컨대 거래처의 도산, 대규모의 영업손실, 공장의 화재, 사용자의 횡령 등이다.[202] 이사가 보고의무를 위반하여 회사에 손해가 발생한 경우에는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다(상법 제399조 제1항).

집행임원의 경우에도 집행임원이 이사회에서 선임된 때는 이사회 규칙으로, 주주총회에서 선임된 때는 정관으로 임원이 어떤 때 회사에 대하여 보고해야 되는가를 정할 필요가 있을 것이다. 보고해야할 사항은 각자의 임원의 직무에 따라 다를 것이다. 요컨대 어떤 경우에 어떤 내용의 보고를 할 것인가도 선량한 관리자의 주의로써 판단되어야 할 것으로 해석된다. 보고의무의 해태는 임원의 채무불이행이 되며 회사가 손해를 입은 때는 임원은 손해배상의 의무를 진다.

상법개정안은 집행임원은 3개월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회에 보고하여야 하고(안 제408조의6 제1항), 이 외에도 이사회의 요구가 있는 때에는 언제든지 이사회에 출석하여 요구한 사항을 보고하여야 한다(안 제408조의6 제2항)고 규정하고 있다. 그리고 이사는 대표집행임원으로 하여금 다른 집행임원 또는 피용자

---

201) RMBCA와는 달리 ALI PCG는 이사뿐만 아니라 Senior executives도 자기거래의 규제대상임을 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 RMBCA와 같은 규정 아래에서는 이사가 아닌 집행임원의 자기거래는 보통법에 따라 해결한다.

202) 박상조, 전게서, 601면.

의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있다(안 제408조의6 제3항).

바. 說明義務

대표소송 제소요건이나 소수주주들의 주주권행사의 요건의 완화 및 보완, 주주제안권, 집중투표제, 주식회사 이사의 충실의무, 사실상 이사의 책임, 감사위원회 제도의 도입 등 최근 들어 상법은 주주들의 권리를 보호하고 이사의 책임을 강화시키는 방향으로 개정해 가고 있다. 따라서 이러한 권한을 효율적으로 행사할 수 있으려면, 주주총회가 소집되었을 때 주주총회의 의제 내지 의안에 대한 정보를 주주에게 충분히 제공되어야 할 것인데, 이러한 기능을 할 수 있는 제도가 주주의 질문권과 회사임원의 설명의무이다. 이러한 제도는 일본이나 독일의 경우, 이에 대한 규정을 두고 있으나,[203] 우리 현행 상법에서는 이러한 제도가 존재하지 않는다.

(1) 설명의무의 개념

집행임원의 설명의무는 주주의 질문권에 대응되는 개념이라 할 수 있는데, 이는 주주가 주주총회에 있어서 의제나 의안을 제안한 대표이사 또는 기타 임원에 대하여 주주는 질문할 권리가 있다. 이에 반해 주주의 질문에 대하여 대표이사 또는 기타 임원은 일정한 범위 내에서 설명 내지 답변을 할 의무를 부담한다.[204]

회사의 집행임원으로부터 회사의 경영에 관한 정보 제공은, 주주가 주주총회에서 회사경영자에 대하여 감시기능을 수행하기 위한 불가결한 요소이다. 그러므로 주주의 질문과 그 질문에 대한 설명 자체는 회사의 경영자에 대한 비판이나 평가로서의 의미를 지닐 뿐만 아니라, 경영자에 대하여 책임추궁의 수단임과 동시에

---

203) 독일주식법 제131조, 제132조; 일본상법 제237조의 3.

204) 독일법상에서 설명의무는 강행법규로 파악된다. Günter Henn, Handbuch des Aktienrechts, 5. Aufl., C. F. Müller, 1994, S.414.

경영자의 지배로부터 감시기능을 수행하게 된다.[205]

(2) 집행임원의 설명의무 한계

설명이 모든 주주의 이익에 반하는 경우나 의제와 관련성이 없는 경우, 설명할 것에 대한 조사가 필요한 경우 또는 기타 설명을 거절하는 경우 등 설명거절사유와 동일한 정도의 거부를 정당화할 수 있는 사유를 말한다. 이러한 설명의무의 불이행에 대한 정당한 거절사유의 존재에 대한 입증책임은, 부당하게 거절하지 않았다고 주장하는 이사 또는 감사 측에 있다.[206]

(3) 집행임원의 설명의무의 위반의 효과

현행 상법상 주주총회의 소집절차 또는 의결방법이 법령 또는 정관에 위반하거나 또는 현저하게 불공정한 때 또는, 그 결의의 내용이 정관에 위반한 때에는 주주·이사 또는 감사는 결의의 날로부터 2월내에 결의취소의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다(제376조). 그러나 우리 현행 상법은 주주의 질문권 내지 집행임원의 설명 의무를 규정하고 있지 않기 때문에, 법령에 위반한 경우란 존재할 수 없을 것이다. 다만, 주주의 질문권에 대한 설명의무를 이행하지 않는 것이 주주총회의 결의방법이 현저히 불공정한 경우에 해당된다면 그에 따라 결의취소의 소가 제기될 수는 있을 것이다.

경영자의 불완전한 답변 또는 허위 등이 부당하게 거절된 경우에는 이사의 제3자에 대한 책임(상법 제401조), 감사의 손해배상책임(동법 제415조)에 의한 준용에 의하여 이사와 감사에 대한 손해배상청구가 가능할 것이다. 또 민법 제734조(사무관리)에 의한 손해배상책임을 인정하는 견해도 있다.[207]

---

205) 前田重行,「株主總會制度の硏究」(有斐閣, 1997), 202~203頁.

206) 坂田桂三,「現代會社法」(中央經濟社, 1993), 336頁.

207) 안동섭, 전게논문, 15면.

사. 委任終了時의 緊急處理 義務

민법 제691조에 의하면「위임종료의 경우에 급박한 사정이 있는 때에는 수임인, 그 상속인이나 법정대리인은 위임인, 그 상속인이나 법정대리인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무처리를 계속하여야 한다. 이 경우에는 위임의 존속과 동일한 효력이 있다」고 규정하고 있다. 동조의 해석에 있어서 위임 종료원인을 불문하며, 수임자가 그 업무에 종사하는지 여부를 불문하고, 급박한 사정이 있는 경우에 한한다라는 3가지의 요건을 들 수 있다.

그러나 집행임원의 업무는 매우 특수할 뿐만 아니라 집행임원 본인의 능력에 따라 선임되는 경우가 많으므로, 집행임원이 사망하거나 금치산 선고를 받은 경우 그 상속인 또는 법정대리인이 그 사무를 처리할 수 있는 경우는 거의 없을 것으로 생각된다. 따라서 수임자 측의 위임계약 종료사유중 수임자의 사망 또는 금치산선고의 경우는 적용되지 않는 것으로 해야 할 것이다.[208]

또한 상법 제386조는「법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다」고 규정하고 있다. 동조가 집행임원의 경우에도 당연히 준용될 수 있도록 명문의 규정을 두어야 할 것이다. 그러나 상법개정안에서는 이에 관한 규정이 없으므로 상법 제386조를 집행임원의 경우에 유추적용 하여야 할 것이다.

4. 執行任員의 責任

상법개정안은 유한책임제도하에서 주주와 회사채권자를 공평하게 보호할 수 있는 합리적인 경영구조 원리로서 소유와 경영의 분리를 원칙으로 하여 집행임원에

208) 元木 伸, 前揭論文, 47頁.

게 포괄적인 경영권을 부여하고 있다. 이러한 경영구조가 정당성을 갖기 위해서는 집행임원의 적정하고 합리적인 임무수행이 제도적 장치에 의해 담보되어야 한다. 집행임원의 적정한 업무수행과 회사재산의 유지를 위한 실효적인 법률적 수단은 회사를 경영하는 집행임원에게 그에 상응하는 재산적 책임을 부여하는 것이다. 그리하여 상법개정안에서는 집행임원이 임무를 게을리 하여 회사 또는 제3자가 손해를 입은 경우 그 손해를 배상하게 함으로써 집행임원의 부적정한 경영에 의해 생긴 이해관계자들의 손실을 전보하는 동시에 예방적으로 집행임원의 주의를 긴장시킴으로써 이해관계인, 특히 주주들의 신뢰를 보호하는 기능을 한다.

상법개정안은 집행임원에게 이사와 같이 회사에 대한 책임 및 제3자에 대한 책임을 지우고 있다. 집행임원이 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 집행임원을 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있고(안 제408조의8 제1항, 집행임원이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 집행임원은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임을 진다(안 제408조의8 제2항). 수인의 집행임원이 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에는 이러한 수인의 집행임원은 연대하여 배상할 책임이 있고, 또한 이사 또는 감사도 그 책임이 있는 때에는 이러한 집행임원은 이사 또는 감사와 연대하여 배상할 책임이 있다(안 제408조의8 제3항).

상법개정안은 이사의 책임에 관하여 총주주의 동의에 의하여 책임을 면제할 수 있도록 하는 현행 상법 제400조를 제400조 제1항으로 하고, 동조 제2항을 신설하여 이사의 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제382조의5(회사기회유용금지), 제397조(이사의 경업금지) 및 제398조(이사의 자기거래금지)에 해당하는 때를 제외하고는, 정관에 의하여 이사의 책임을 최근 1년간의 보수액(상여금 및 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함)의 6배를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있도록 하고, 이를 집행임원에게 그대로 준용하도록 하고 있다(안 제408조의9). 따라서 집행임원의 책임은 총주주의 동의에 의하여 면제되고, 아울러 그 책임을 지는 경우에도 정관에 의하여 그 책임부담액의 최고한도가 제한되는 것이다.[209]

가. 執行任員의 會社에 대한 責任

집행임원이 회사에 대해 손해를 가하였을 경우, 우선 민법상의 일반원칙에 따라 위임계약의 불이행으로 인한 손해배상책임을 지거나 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다. 이와 별도로 상법개정안이 집행임원의 책임을 규정한 것은 집행임원의 지위의 중요성을 감안하여 민법상 위임계약의 불이행책임이나 불법행위책임과 다른 특수한 책임을 인정한 것으로 볼 수 있다.

미국의 경우는 집행임원이 신임의무를 위반하여 회사에게 손해를 끼친 경우, 그 집행임원은 회사에 대하여 손해배상책임을 지게 된다. ALI원리에 의하면 책임원인이 충실의무위반에 있는 경우에는 그러한 손해배상책임에 더하여 원상회복을 하기 위해 필요한 범위에서 그 집행임원이 얻은 다른 이득에 관해서도 형평법상의 책임을 지도록 하고 있다.[210]

일본의 경우는 위원회등설치회사에 있어서의 집행역의 회사에 대한 책임은 일반주식회사의 이사의 책임에 관한 일본 상법 제266조를 준용하는 것이 아니라 상법특별법에 규정을 두고 있으며(상특 제21조의17 제1항, 제3항, 제21조의20 제1항, 제21조의21 제1항), 이러한 책임에 관한 면제에 관해서도 별개로 규정하고 있다(상특 제21조의17 제2항, 제6항, 제21조의18 제2항, 제21조의20 제2항).

상법개정안은 집행임원이 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 집행임원을 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다(안 제408조의8 제1항)고 규정하고 있다. 책임의 발생 원인을 「법령 또는 정관의 위반」과 「임무해태」로 나누어 규정하고 있다. 특히 문제가 되는 것은 업무집행의 적법성은 행위시에 판단되지만 효율성은 상당한 기간이 경과한 후에야 판단되는 경우가 많으므로 이 비효율성을 임무해태라 한다면 집행임원에게 관리불

209) 최준선, “2006년 회사법개정안의 논점”, 「기업법연구」제20권 제4호, 140-141면.

210) 양만식, “집행임원제도의 도입에 따른 지배구조론의 전개”,「상사법연구」제24권 제1호, 214면. William M. Fletcher Cyc. Corp. § 1002(Perm Ed).

가능한 책임을 과하는 문제가 있다. 이러한 경우 이사의 책임의 한계를 설정하는 경영판단의 법칙을 집행임원에게 적용할 수 있는지 문제되는데 다음절에서 자세히 살펴보기로 한다. 수인의 집행임원이 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에는 이러한 수인의 집행임원은 연대하여 배상할 책임이 있다(안 제408조의8 제3항).

나. 執行任員의 制3者에 대한 責任

상법개정안은 집행임원이 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 집행임원은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임을 진다(안 제408조의8 제2항)고 규정하고 있다.

집행임원은 제3자와 직접 법률관계를 가지는 것도 아닌데 임무해태로 인하여 제3자에게 책임을 진다는 것은 주식회사가 경제활동에서 다수인과 이해관계를 맺는 중요한 위치에 있고, 주식회사의 활동은 집행임원의 직무수행에 의존하고 있기 때문이다 할 것이다. 그러므로 상법개정안 제408조의8 제2항은 집행임원의 직무수행이 제3자에게까지 영향을 미치는 경우가 많음을 고려하여 제3자를 보호하는 한편, 집행임원이 직무수행을 함에 있어 신중을 기하게 하는 의미에서 집행임원의 책임을 인정한 것이라 할 것이다.

일본의 집행역의 제3자에 대한 책임은 이사가 직무를 행함에 있어서 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 제3자에 대하여 손해배상책임을 지우고 있는데(일상 제266조의3 제1항), 이와 같은 책임을 위원회등설치회사에 있어서의 집행역에게도 동일하게 부과되고 있다(상특 제21조의22 제1항).

집행임원이 제3자에게 책임을 지기 위해서는 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태하여야 한다. 여기서 집행임원의 악의 또는 중과실은 제3자의 손해에 관해서 요구되는 것이 아니고, 회사의 임무에 관해서 요구되는 것이라 할 것이다. 제3자는 회사채권자나 기타 이해관계인뿐 아니라 주주나 주식인수인도 포함된다고 보아야 할 것이다. 수인의 집행임원이 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는

경우에는 이러한 수인의 집행임원은 연대하여 배상할 책임이 있고, 또한 이사 또는 감사도 그 책임이 있는 때에는 이러한 집행임원은 이사 또는 감사와 연대하여 배상할 책임이 있다(안 제408조의8 제3항).

第4章 執行任員制度 導入에 따른 法的 諸問題

第1節 執行任員의 責任確保

1. 執行任員과 代表訴訟

가. 代表訴訟의 意義

상법개정안은 집행임원에 대하여 주주의 대표소송에 관한 규정을 준용하도록 하고 있으므로(안 제408조의9), 이하에서는 이사의 책임을 추궁하는 대표소송에 관하여 고찰한다.

대표소송이란 회사가 이사에 대한 책임추궁을 게을리 할 경우 주주가 회사를 위하여 이사의 책임을 추궁하기 위해 제기하는 소이다(상법 제403조 제1항).우리나라에서 주주대표소송제도는 미국의 제도를 계수한 것이고, 원고주주는 회사가 이사에 대하여 갖는 권리를 행사하는 대위소송이며 다른 주주전체를 대표하여 소송을 제기하는 의미에서 대표소송이라고 한다.[211)]

이사의 책임추궁을 위한 소제기는 본래 회사의 권리로서, 회사를 대표하는 자가 수행해야 할 일이다. 그러나 동료임원간에 책임추궁이 방치될 수도 있고, 또 책임추궁이 부당히 지연될 때에는 시효완성이나 이사의 고의적인 무자력화로 회사의 권리실현이 불가능해질 수도 있으므로 궁극적인 이해관계자라 할 수 있는 주주로 하여금 회사의 권리를 실현할 수 있게 한 것이다.

대표소송을 제기한 주주는 회사의 대표기관으로서 회사의 권리를 주장하는 것이다. 그리하여 판결의 효과는 회사에 직접 귀속되고, 그 반사적 효과로서 다른 주

211) 손주찬, 전게상법, 864면; 정동윤, 전게서, 465면; 최기원,「상법학신론 (上)」(박영사, 2000), 946면; 정찬형, 전게서, 838면; 이범찬·최준선,「상법(上)」(삼영사, 1999), 673면.

주들도 대표소송을 제기한 것과 같은 효과를 누린다. 대표소송은 주주의 개별적인 이익을 위한 것이 아니고 회사와 주주 전체의 이익을 위한 것이므로 그 제소권은 주주의 공익권의 일종이다.

이러한 주주대표소송을 우리 상법의 제정시부터 두고 있었으나 IMF 이전에는 거의 활용되지 않다가 1998년 7월 24일 선고된 제일은행 사건 등이 효시가 되어[212] 최근 기업의 지배구조개선을 위해 주주의 대표소송은 큰 중요성을 갖게 되었다. 그리하여 2006년 상법개정안에서는 집행임원에게도 주주의 대표소송을 준용할 수 있도록 하였다.

주주대표소송은 집행임원이 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는데(안 제408조의8) 회사가 즉각 손해배상을 청구하지 않는 경우에 이를 대신하여 집행임원의 손해배상제도의 실효성을 확보하는 것이다.

여기에서는 주주가 대표소송에 의하여 추궁할 수 있는 집행임원의 책임의 범위와 대표소송과 경영판단의 원칙과의 관계에 대해 살펴보기로 한다.

나. 執行任員의 責任範圍

집행임원에 대한 책임추궁의 범위는 기존의 이사의 책임추궁 범위에 대한 견해의 대립을 살펴봄으로서 해결하고자 한다.

제한설은 상법 제399조에 의하여 부담하는 손해배상책임과 동법 제428조에 의하

212) 1998년 7월 한보철강부실대출관련 제일은행 임원진에 대한 4백 억 원 손해배상청구에서, 서울지법 민사합의17부는 1998년 4월 24일 참여민주사회시민연대가 소액주주들을 대표해 (주)한보철강 부실대출에 책임이 있는 이철수 전 제일은행장 등 임원 4명을 상대로 낸 손해배상청구소송에서 원고승소판결을 내렸다. 재판부는 “은행이사들은 기업의 신용회수가능성, 담보여부 등 여러 가지 상황을 잘 살펴서 대출여부를 결정해야 한다"라고 지적하고 "그렇지 않았다면 이사의 의무를 게을리 한 것"이라고 판결의 기준을 밝혔다. 재판부는 "은행장 등은 한보철강의 재무구조가 부실하고 사업전망이 불투명하며 회수가능성이 없는데도 거액의 대출을 한 점이 인정된다"라고 판결이유를 설명했다. 재판부는 또 "제일은행이 한보철강에 대한 채권의 일부를 20% 할인한 가격에 성업공사에 매각해 발생한 손실금만도 현재 2,113억 원에 달하고 앞으로도 채권회수가 불투명하다"라며 "손해액과 비교할 때 400억 원 배상은 정당하다"고 덧붙였다.

여 부담하는 자본충실책임만이 해당한다고 한다.

그 이유로는 첫째 미국법에서는 주주의 회사에 대한 소 제기 청구 후 회사가 부정 · 부당하게 또는 재량권의 남용에 의하여 소를 제기하지 아니할 때에만 주주에게 대표소송을 제기할 수 있도록 함으로써 그 인정범위를 제한하고 있다. 그러나 우리나라에서는 회사의 제소재량권이 인정되지 않기 때문에 위 책임 이외에 이사가 회사에 대하여 부담하는 모든 책임을 포함시키는 것은 대표소송을 너무 넓게 인정하는 것이 되어 불합리하다.[213] 둘째 대표소송제도의 입법취지는 다수설이 논거로 하는 회사의 소제기 해태가능성 이론만으로는 불충분하다. 책임의 발생 원인이 중요한 상법 제399조와 제428조의 책임은 그 면제를 불가능 또는 곤란한 것으로 하여(상법 제400조), 이러한 이사의 책임에 대하여 회사가 추궁하지 않은 경우에 그 확실한 실현을 기하기 위하여 주주의 대표소송을 인정한 것이다. 이사의 회사에 대한 기타의 채무는 상법 제399조나 제428조의 책임에 비하여 그 발생원인도 덜 중요하고 주주총회에서 다수결에 의하여 면제할 수도 있으므로, 대표소송에 의하여 추궁할 수 있는 이사의 책임범위에서 이러한 이사의 채무 등을 제외한다 하더라도 특별한 지장은 없다.[214] 셋째 대표소송제도는 주주의 이익을 자기 자신이 스스로 방어하기 위한 것이나, 오늘날과 같이 회사 경영의 전문기술화, 주주의 광범위한 분산과 무관심이 있는 상황하에서는, 자위를 위한 소송보다는 회사를 괴롭히는 남소의 경우가 많고, 이러한 관점에서 볼 때 다수설에서와 같이 책임범위를 넓게 인정할 필요가 없다.[215]

무제한설[216]은 상법 제399조에 의하여 부담하는 손해배상책임과 동법 제428조에 의하여 부담하는 자본충실책임은 물론 모든 채무까지도 포함된다고 한다.

이는 이사 사이의 특수한 관계로 인하여 회사가 제소를 게을리 할 가능성은 이

---

213) 北澤正啓, 前揭書, 436頁

214) 佐伯直秀, 「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範圍」,商法の爭點 ジュリスト 增刊 法律學の爭點 シリーズ 제2판, 142면 (1978)

215) 吉原和志, “代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範圍”, 「商法の爭點 I」 ジュリスト 增刊 法律學の爭點シリーズ 4-I (1993), 156頁

216) 박상조, 전게서, 635면; 최기원, 전게신회사법론, 642면; 정동윤, 전게서, 467면.

사의 모든 채무에 존재한다.[217] 만일 이사의 모든 책임이라고 하지 않으면 회사로부터 금전을 대출 받은 이사가 변제의무를 이행하지 않는 경우에 회사를 대표하여 이러한 대출을 행한 대표이사나 그러한 대출에 찬성한 이사의 미변제액에 대한 변제책임에 대하여는 대표소송이 인정되나, 대출을 받은 이사에 대하여는 대표소송이 인정되지 않는 결과가 되므로 이는 매우 불합리하다. 그리고 상법 제403조에는 단지 이사의 책임이라고 규정되어 있을 뿐 거기에 어떤 제한적인 문구가 없기 때문이다.[218]

생각건대 대표소송은 원래 이사의 행위로 인한 회사의 손실이 동료임원의 비호아래 방치되는 것을 막기 위한 제도이므로 이사의 어떠한 책임이든 대표소송으로 추궁할 수 있다고 보아야 할 것이므로 무제한설이 타당하다 할 것이다.[219] 그러므로 집행임원에 대한 책임추궁의 범위는 상법 제399조에 의하여 부담하는 손해배상책임과 동법 제428조에 의하여 부담하는 자본충실책임은 물론 모든 채무까지도 포함된다고 보아야 할 것이다.

다. 代表訴訟과 經營判斷의 原則

미국의 경우 많은 주의 회사법은 회사에 대한 주주의 제소청구에 대하여 회사가 이 권리를 행사할 것인지 여부를 자유재량에 맡기고 있어 주주의 제소청구에 대해 이사회가 경영판단의 원칙을 적용하여 제소하지 않을 수 있다.

그러나 우리나라의 경우 미국과 같이 회사가 제소청구를 거부할 것인지 여부에 대해 재량권이 없으므로 제소청구를 받은 후 30일 이내에 책임추궁소송을 제기하여야 한다.

미국과 같이 경영판단의 원칙을 적용시켜 제소청구를 거부하는 것은 주주대표소송을 형해화시킬 우려가 있지만 회사가 승소의 전망, 입증의 난이도, 소송비용과

217) 田中誠二, 前揭書, 702頁.

218) 吉原和志, 上揭論文, 156頁.

219) 이철송, 전게서, 585면.

구제의 비교, 소송이 회사의 영업에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 제소하는 것이 회사의 최선의 이익과 충돌할 경우라고 판단하는 경우에는 제소를 거부할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

다만, 이사회가 제소를 거절하는 경우에는 경영판단에 신임의무위반, 재량권의 남용, 사기, 기타 경영판단의 원칙이 적용되지 않는 부당한 제소거절의 경우에는 주주가 제소할 수 있도록 하여야 할 것이다.[220]

2. 執行任員과 證券集團訴訟

가. 證券集團訴訟의 槪念

집단소송이라 함은 피해자가 다수이고 피해총액이 막대하지만, 각자의 피해가 소액이기 때문에 개별적으로 소송을 하기 어려운 경우에 피해자 집단의 대표자를 선정하여 그 대표자가 가해자를 상대로 소송을 제기하고 수행하며, 판결의 효력이 소송에 참가하지 않은 피해자 전부에 미치게 하여 모든 피해자의 피해를 구제하는 제도를 말한다.

오늘날 집단소송은 주로 대량생산과 대량소비를 특색으로 하는 현대산업사회의 구조적 피해로 나타나는 대량소액의 피해와 환경 파괴적 공해에 대하여 피해자 집단의 피해구제를 청구하는 소송이 가장 전형적이고 그 주류를 이루고 있다.

집단소송의 대상이 될 수 있는 것은 ① 환경 · 공해와 제조물 책임, 의약품, 대량사고 등의 소비자 피해 ② 인종 및 성차별 등의 인권피해 ③ 증권투자로 인한 투자자 피해 등을 그 주요대상으로 하고 있지만, 특히 증권투자로 인한 피해를 구제하기 위한 집단소송을 「증권집단소송」이라고 한다.

증권관련집단소송법은 유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 기업의 경영투명성을 높이기 위하여 증권관련집단소송

220) 최현주, “이사의 책임제한에 관한 법리와 경영판단의 원칙”, 경영법률, 53면.

에 관하여 민사소송법에 대한 특례를 정하는 것을 목적으로 한다(제1조).

적용범위는, 증권거래법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구와 증권거래법 제186조의5의 규정에 의하여 사업보고서 · 반기보고서 및 분기보고서에 준용되는 동법 제14조의 규정에 의한 손해배상청구, 증권거래법 제188조의3 또는 제188조의5의 규정에 의한 손해배상청구, 증권거래법 제197조의 규정에 의한 손해배상청구에 한하여 제기할 수 있다. 단, 증권거래법 제188조의3 또는 제188조의5의 규정에 의한 손해배상청구를 제외한 나머지 규정에 의한 손해배상청구는 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 직전 사업년도 말 현재 자산총액이 2조원 이상인 증권거래법 제2조 제13항 제3호의 규정에 의한 주권상장법인 또는 동법 제2조 제15항의 규정에 의한 코스닥상장법인이 발행한 유가증권의 매매 그 밖의 거래로 인한 것이어야 한다(증권관련집단소송법 제3조).

나. 證券關聯集團訴訟法上 執行任員의 責任規定

우리 증권관련집단소송법 제3조에서는 증권거래법에 규정되어 있는 유가증권신고서, 사업설명서에 허위의 기재 또는 표시를 한 경우와 중요한 사실을 기재 또는 표시하지 아니한 경우(증권거래법 제14조) 및 사업보고서 · 반기보고서 · 분기보고서 등에 허위기재나 허위표시를 한 경우나 중요한 사실을 누락시킨 경우(증권거래법 제186조의5)를 증권집단소송법의 대상이 되도록 규정하고 있다.

그리고 피고가 될 수 있는 자로서 증권거래법 제14조 제1항과 제186조의5에 규정하고 있다. 유가증권신고서와 제12조 규정에 의한 사업설명서 중 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 유가증권의 취득자가 손해를 입은 때에는 당해 유가증권신고서상의 신고자와 신고당시의 당해 법인의 이사와 상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) 제1항 각호의 1에 해당하는 자로서 당해 유가증권신고서의 작성을 지시하거나 집행한 자 등에게 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다고 규정하고 있다.

집행임원이 상법 제401조의2에 규정하고 있는 업무집행지시자에 포함되어 증권

집단소송법상 피고가 될 수 있는지가 문제된다.

상법개정안은 집행임원의 개념에 관한 정의규정을 두고 있지 않으나, 상법개정안에 의하면 집행임원이란 회사의 업무를 집행하고 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위하여 이사회에 의하여 선임되며, 회사와는 위임관계가 준용되는 자라고 할 수 있을 것이다. 그리고 집행임원도 이사 · 감사와 같이 등기하도록 규정(안 제317조 제2항)하고 있다.

그러면 등기한 집행임원과 등기되어 있지는 않지만 '사실상 업무를 집행할 권한이 있는 자'가 당해 유가증권신고서의 작성을 지시하거나 집행한 경우 그 손해에 관하여 배상의 책임을 질것인지에 관하여 상법개정안 제408조의9는 현행 상법 제401조의2를 집행임원에 준용하도록 하고 있다. 그러므로 제1호 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, 제2호 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자, 제3호 이사가 아니면서 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 · 이사 기타 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자는 증권집단소송법상 피고가 될 수 있을 것이다.[221]

증권거래법 제15조 제2항에서는 "제1항의 규정에 불구하고 제14조의 규정에 의하여 배상책임을 질자가 청구권자가 입은 손해액의 전부 또는 일부를 허위로 기재 · 표시하거나 중요한 사항을 기재 · 표시하지 아니함으로써 발생한 것이 아님을 입증한 경우에는 그 부분에 대하여 배상책임을 지지 아니한다"고 규정하여 입증책임이 전환된 과실추정주의를 택하고 있는 것으로 보인다.[222] 입증책임을 전환함으로써 유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제할 수는 있지만 집행임원에게는 과도한 책임을 부과한 것으로 보인다.

상법개정안은 집행임원은 회사와 위임관계(안 408조의2)에 있기 때문에 회사에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 지며, 회사의 이익과 집행임원개인의 이익이 충돌할 때 회사의 이익을 우선할 것을 요구하는 충실의무를 규정(안 408조의

221) 서완석, "집행임원제도의 도입에 따른 문제점 및 개선방안 연구", 10면.

222) 전삼현, "증권집단소송법상 이사의 허위공시책임", 「비교사법」제12권 제3호, 401면.

9)하고 있다. 그러나 이러한 집행임원의 책임은 과실책임을 전제로 논의된 것이다.

따라서 증권관련집단소송과 관련하여 집행임원에게 과실책임원칙이 적용된다고 하더라도 집행임원에게는 엄격한 책임이 부과되기 때문에 입증책임을 전환하여 과실추정주의를 인정하고 있는 증권집단소송법상 규정은 재검토할 여지가 있다고 할 것이다.[223]

223) 전삼현, 전게논문, 407면.

第2節 執行任員의 責任緩和

1. 執行任員과 經營判斷의 原則

가. 經營判斷의 原則의 意義

경영판단의 원칙이란 회사의 목적범위 내이고 이사의 권한 내인 사항에 관해 이사가 내린 의사결정이 그같이 할 합리적인 근거가 있고, 회사의 이익을 위한 것이라는 믿음 하에 어떤 다른 고려에 의한 영향을 받지 아니한 채 독립적인 판단을 통해 성실히 이루어진 것이라면 법원은 이에 개입하여 그 판단에 따른 거래를 무효로 하거나 그로 인한 회사의 손해에 관해 이사의 책임을 묻지 아니한다는 원칙이다.

한편 경영판단의 원칙은 중요한 소송법적 의의를 가지고 있으며, 이 점이 경영판단의 원칙의 실효성을 크게 하는 요인이다. 대표소송에서 주주가 이사의 책임을 묻고자 할 때에는 주주가 이러한 추정을 깨는 사실을 주장·입증하여야 하는 것이다.

미국에서는 경영판단 원칙에 관한 ALI의 원칙 4.01조(c)항에서는 ①경영판단의 대상에 이해관계를 갖지 않을 것 ②경영판단의 대상에 관하여 그 상황에서 적절하다고 합리적으로 믿을 정도로 알고 있을 것 ③경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치한다고 상당하게 믿었던 것이라는 요건을 충족한 때는 성실하게 경영판단을 행한 이사 또는 임원은 동조의 의무를 이행한 것이라고 하고 있다. 미국에서는 이사의 신임의무(fiduciary duty)를 주의의무와 충실의무로 나누고 있으므로 위의 요건 ①은 이사 또는 임원의 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)의 할당요건이다.[224] 그리고 위의 요건 ②는 경영판단의 과정 내지 절차

224) 吉原和志, 前揭論文, 54-55面 ; ALI 원칙에서는 충실의무라는 말을 쓰지 않고 있으나 종래 충실의무에 관한 것에 대응하여 공정거래의무(Duty of Fair Dealing)라고 하고 있다.

에 관하여 합리적이라는 기준을 설정하고, 요건 ③은 경영판단의 내용에 대하여 상당함이라는 기준을 정하고 있다.[225]

이하에서는 이사에게 경영판단의 원칙이 적용되는지 여부와 집행임원에게도 경영판단의 원칙을 적용하여 책임을 완화할 수 있는지를 살펴본다.

나. 理事의 經營判斷의 原則 受容可能性

종래 주주에 의한 대표소송제도에는 현실적인 문제점이 많아 주주가 직접 이사의 책임을 추궁하는 사례가 거의 없었다. 그러나 IMF를 계기로 경영진의 부실경영에 대한 비판이 제기되면서 경영진의 책임을 강화하고 이사에 대한 책임추궁을 쉽게 할 수 있는 제도적 장치를 마련하여야 한다는 여론이 높아졌다. 이에 따라 사실상 이사 등 경영진과 이사의 책임을 강화하는 내용의 상법개정이 있었다. 그리고 대표소송의 제기요건을 대폭 완화하여 부실경영에 대한 이사의 책임추궁을 보다 쉽게 하였다.

그런데 이사의 경영상의 실패에 대하여 항상 책임을 묻게 된다면 경우에 따라서는 이사에게 지나치게 가혹한 것이 될 수 있고, 나아가 유능한 인재를 이사로 선임할 수 없는 상황을 초래할 수도 있다. 또한 기업의 경영자가 사후적인 책임추궁을 두려워 한 나머지 안전위주의 보수적인 정책만을 추구하게 된다면 그 기업은 경쟁에서 뒤쳐지게 될 것이다. 따라서 이사를 비롯한 경영진의 불법 · 부당한 행위에 대한 책임은 더욱 강화하여야 하겠지만, 다른 한편으로는 회사의 발전을 위하여 위험을 감수하더라도 새로운 경영환경에 대처할 수 있도록 경영상의 자율성을 보장해야 할 필요가 있다.

이에 미국 판례법에 의하여 전개되고 있는 경영판단의 원칙을 우리나라에 도입하여야 한다는 주장이 활발히 제기되고 있다. 그러나 우리 상법에는 이사가 일정한 요건을 충족하는 경우 경영판단의 원칙에 의해 보호를 받을 수 있다는 명문의 규정이 없고, 또한 구체적으로 일관되게 정리되어 판시된 판례도 집적되어 있지

225) 양동석, “경영판단원칙의 수용가능성,” 기업법연구 제7집 (2001), 92-93면

않아 경영판단의 원칙을 도입하는 것에 대해 견해가 대립하고 있다.

생각건데, 기업경영은 전문적이고 가변적이며 모험적인 판단을 본질로 한다는 점에서 의사결정과정의 적합성을 무시하고 결과 중심으로 경영자를 처벌하거나 배상책임을 부과하는 것은 자칫 기업가정신을 크게 위축시킬 우려가 있다.[226] 그러므로 회사의 경영진이 합리적인 근거에 의하여 회사에 최상의 이익이 된다고 믿고 성실하게 경영판단을 내리면 그에 따른 업무집행으로 인하여 결과적으로 회사에 손해를 끼쳤더라도 책임을 면제해 주는 경영판단의 원칙이 우리 법에 명문화될 필요성이 크다고 할 것이다.[227]

다. 執行任員의 經營判斷의 原則 導入必要性

많은 법제도, 특히 회사법 분야에서 글로벌 스텐다드에 맞는 제도를 지속적으로 도입하는 상황에서 경영판단의 원칙은 우리나라에서도 도입되어야 할 것이다. 특히 이사에 대한 책임이 일반법에 비하여 무거운 상황에서 상장법인의 사외이사의 비중이 과반수이상이 되도록 법적으로 의무화됨에 따라 상장법인 및 대형금융기관들은 적합한 자격을 보유한 사외이사를 영입하는 데에 문제가 발생하였으며, 이에 대한 문제해결의 한 방안으로서 경영진에 대하여 책임보험을 가입하여 주고 있으나, 이 또한 완전한 해결방안이라고는 할 수 없으므로 과감하고 적극적으로 경영능력을 발휘할 수 있도록 하기 위해서는 경영판단의 원칙을 도입하는 것이 바람직하다 할 것이다.

경영판단의 원칙이 도입될 경우에는 이사의 업무상 결정에 대하여 적용되어야 할 것이며, 특히 대표소송, 적대적 M&A과 관련된 이사의 행위에서 적용될 수 있을 것이다. 다만, 문제가 되는 것은 현재 회사법상에 도입하기 위하여 상법개정안에 포함되어 있는 집행임원에 대하여도 적용되어야 할 것인가에 대하여는 미국에서의

---

226) 양동석, 전게경영판단원칙의 수용가능성, 84면.

227) 송종준, 기업경영판단원칙에 관한 세미나, 전경련 · 대한변협 공동주체. 한국경제신문 2006.11.20일자 참고.

논의와 관련하여 검토하여 볼 필요가 있다. 우리나라 상법개정안상의 집행임원은 이사회에 의하여 선임되고 회사와는 위임관계에 있으며 이사회에서 위임된 사항을 결정하고 회사업무의 집행을 담당하는 지위에 있으며, 이사에게 적용되는 의무와 책임에 관련된 규정이 집행임원에게 준용되도록 규정되어 있으므로 집행임원도 회사의 위임인으로서 선관주의의무와 충실의무를 부담하고 회사 및 거래상대방에 대하여 손해배상책임을 부담하므로 경영판단의 원칙이 이사의 경우와 같이 집행임원에게도 적용되어야 한다고 생각하는 데 그 근거는 다음과 같다.[228]

첫째, 이사 및 집행임원은 회사에 대하여 선관주의의무와 충실의무를 부담하는데, 이는 미국 회사법상의 신임의무(Fiduciary Duty)와 유사하다. 신임의무를 부담하는 자는 본인에 대하여 주의의무를 다하여야 하고 부주의로 인하여 손해가 발생하면, 발생한 손해에 대하여 배상을 하여야 한다. 그러나 미국 회사법상 신임의무를 부담하는 이사나 집행임원은 회사에 대하여 주의의무와 충실의무를 부담하지만, 아울러 회사의 수익을 극대화하기 위하여 위험을 감수하여야 하는 일반적인 대리법(Agency Law)상의 신임의무와는 다른 의무를 부담하고 있다. 따라서 이사나 집행임원에 대하여는 일반적인 대리인과 동일하게 엄격한 주의의무에 대한 기준을 제시하는 것은 곤란하다.[229]

최근 기업에서 CEO가 차지하는 비중은 절대적이어서 미래성장에 대한 CEO의 비전제시, 전략적 사고, 혁신적인 기업경영 등은 기업의 흥망성쇄를 좌우하고 있다. 이와 같은 상황에서 단순히 현재의 재산상태를 유지하고 관리하는 수탁인이 부담하는 통상의 주의의무를 부담하게 하는 것은 CEO의 지위에 비추어 부적합하다. 기업의 경영권을 이사회가 CEO에게 위임한 것은 통상의 주의의무를 다하여 현재의 재산상태를 관리하여 유지 · 보수만을 하라는 의미가 아니고 비록 손해가 발생할 위험이 있어도 높은 수익의 실현이 가능한 미래의 성장산업을 적극적으로 발굴하여 장래의 초우량기업으로 성장하도록 기업의 경영을 요구하는 것이므로, 이는 주주들이 이사에게 요구하는 기업경영에서의 역할과 차이가 없으며 따라서 경영판단

228) 최현주, 전게논문, 55면.

229) 원동욱, “경영판단의 원칙의 적용범위”, 「상사판례연구」, 제20집 제1권, 2007, 85-88면.

의 원칙은 이사뿐만이 아니고 집행임원에게도 당연히 적용되어야 할 것이다.

우리나라 초우량기업의 CEO들은 관련분야에서 세계적인 영향력을 보유하고 있고 그들의 활동상황은 전세계 관련 산업계의 관심의 대상이 되고 있으며, 우리나라의 기업들이 세계적인 경쟁력을 유지하며 미래의 산업을 선도적으로 발전시키기 위하여는 과감한 투자를 통한 신규시장의 개척, 신제품개발이 필요한데, CEO에게 일반적인 재산관리인에게 요구하는 주의의무와 동일한 수준의 의무를 부과하는 것은 그 역할에 비추어 많은 모순점이 있다고 보여진다. 특히 집행임원에게 이사에 비하여 무거운 책임을 부과하여도 이를 성과급이나 스톡옵션 등의 보상을 통하여 충분히 사업에 따른 위험의 감수를 유도할 수 있다고 볼 수도 있다.그러나 엔론사태로 촉발된 미국 부정회계사건은 미국의 우량기업의 상당수가 관련되어 있으며, 그 이면에는 경영진들이 당해연도의 사업성과에 따라 받게 되는 성과급 및 스톡옵션의 차익을 최대로 높이기 위한 목적이 많았으며, 이에 따라 Sarbanes-Oxsley법을 제정하여 회계관련 사항을 강화하고 재무관련 자료의 정확성에 대한 관련 집행임원들의 책임을 강화하였다. 그러나 아무리 제도를 강화하여도 위험감수에 대한 대가를 성과급이나 스톡옵션을 통하여 해결하려고 한다면, 새로운 방법에 의한 회계부정의 시도에 대한 유혹은 지속될 가능성이 높다.

과거 우리나라 금융기관의 임원들에게 부실화의 책임을 물어 문책하자, 기업여신에 대하여 엄격한 기준을 적용하고 이로 인하여 많은 기업의 자금 사정이 악화되어 경제에 악영향을 준 사례는 경영진에 대한 책임을 지나치게 강조하면, 기업이 본래 목적한 바를 올바르게 달성하지 못하는 좋은 본보기이다. 따라서 기업의 목적이 위험을 감수하면서 수익을 창출하는 것이라면, 집행임원에 대한 책임은 최소한의 것을 정하여 확실히 준수하도록 하면서 경영활동을 적극적으로 추진할 수 있도록 명확히 하는 것이 필요하다. 그러므로 경영판단의 원칙은 기업의 목적과 집행임원의 책임을 적절히 조절할 수 있는 유용한 제도라고 생각된다.[230]

둘째, 사법부의 기업의 경영과 관련된 사안에 대한 개입범위는 앞으로 더욱 더 좁아질 전망이다. 특히 우리나라 기업들은 IT, 생명공학 등에서 세계적인 수준에

230) 원동욱, 전게논문, 85-88면.

있으며 각 산업별로 전문화가 급속히 추진되고, 동시에 상호융합과정을 통하여 새로운 분야가 지속적으로 생성되고 있다. 또한 각 기업들은 글로벌 경영의 추진을 통하여 국제화 및 현지화를 추진하고 있으며 따라서 기업의 임원들은 국내에서 뿐만 아니라 해외에서의 의사결정 및 업무집행이 상당히 많아지고 이에 따라 관련 분야에 종사하는 전문가가 아니면, 이해하기 어려운 분야도 많아질 전망이다. 그러므로 사법부에서 개입하여 진실을 밝히기 어려운 분야가 증대할 예정인데, 이런 분야에서 깊이 개입하기보다는 일정한 요건을 정하고 그 요건의 준수여부에 의하여 의무이행여부를 결정하는 것이 더 합리적일 수 있을 것이다. 이런 측면에서도 경영판단의 원칙을 집행임원에게 적용하는 것이 타당하다.[231]

라. 經營判斷의 原則의 適用要件

집행임원에게 경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 우선, 경영상의 결정이 있어야 한다. 집행임원이 일정한 요건을 갖추어 경영판단을 내린 사실이 입증된 경우에는 그러한 경영상의 결정을 내린 집행임원은 경영판단의 원칙에 의하여 보호된다. 둘째로 개인적 이해관계가 부존재하여야 한다. 집행임원이 경영판단의 원칙에 의하여 보호를 받기 위해서는 경영판단의 대상이 되는 사항에 관하여 이해관계가 없어야 하고, 그러하지 않은 경우에는 충실의무위반으로 보호받지 못하게 된다. 셋째로 합리적인 정보에 의한 결정이어야 한다. 경영판단의 원칙이 적용되기 위해서는 집행임원은 수집 가능한 충분한 정보를 기초로 경영상의 결정에 도달하기 위하여 합리적인 노력을 다하여야 한다. 즉, 회사의 정책에 관한 의사의 결정은 그 당시 수집할 수 있는 정보에 의하여 이루어져야 한다. 넷째로 선의이어야 한다. 경영판단의 원칙은 집행임원의 이사회의 결정에 따른 행위가 회사의 이익에 합치된다는 성실한 믿음 위에서 이루어질 것을 요한다. ALI의 회사지배에 관한 원칙 제4.01조 제c항 제3호도 '경영판단이 회사의 최선의 이익에 합치된다고 정당하게 신뢰하는 경우'라고 하여 경영판단의 원칙을 적용하기 위한 요건으로서 선

231) 최현주, 전게논문, 56면.

의의 요건을 규정하고 있다. 마지막으로 재량권남용 기타 위법행위가 부존재하여야 한다. 집행임원의 결정이 아무리 회사의 최선의 이익이 된다고 하더라도 그 결정에 재량권의 부당한 행사나 사기 등의 불법행위가 개재되어 있는 경우에는 경영판단의 원칙이 적용되지 않고 법원에 의한 사법심사의 대상이 된다.[232]

2. 執行任員과 任員賠償責任保險

가. 任員賠償責任保險의 意義

임원배상책임보험은 경영판단의 원칙과 함께 집행임원의 책임을 완화시켜 집행임원이 적극적 경영을 할 수 있도록 하는 제도이다.

임원배상책임보험은 회사의 임원이 업무집행상 과실에 의해 회사 및 제3자에게 손해를 입힌 것을 이유로 주주, 제3자로부터 손해배상청구를 받은 경우에 회사임원이 개인적으로 부담하지 않으면 안 되는 손해배상금 및 쟁송비용을 지급하게 되는 제도이다.[233] 임원배상책임보험에 있어서 담보의 대상이 되는 임원의 부당행위란 회사 임원의 직무상 의무위반, 태만, 부정확한 진술, 허위진술, 누락 및 회사의 임원이라는 이유만으로 배상 청구된 사항을 말한다.

임원배상책임보험도 보통의 보험상품과 마찬가지로 일정한 보험료를 손해보험사에 내고 향후 발생할지도 모를 위험(손해배상소송)에 대비하는 것이다. 주주뿐 아니라 종업원이나 경쟁회사가 제기한 소송은 물론 해외 지점이나 법인, 해외 채권발행, 해외투자 등에서 발생하는 외국투자가 및 주주의 소송가능성도 담보해 준다.[234]

---

232) 최현주, 전게논문, 48-49면.

233) 渡部喬一,「株主代表訴訟」(中央經濟社, 1995), 254頁.

234) 미국의 경우, Waston Wyatt & Company의 1993-1995년 사이의 이사배상책임청구소송에 대한 조사결과, 이사에 대한 배상의 제소주체는 주주(45%), 종업원(25%), 고객(20%), 경쟁상대 및 정부기관 등(10%)등으로 나타났다. 가장 빈도가 높은 것은 주주와 종업원에 의한 소송이나, 건당 평균 배상청구금

최근 소액주주 및 외국인 주주의 권한이 강화 되면서 주주 대표소송이 쉬워졌으며, 사외이사 도입으로 사외이사의 적극적인 경영 참여 유도 필요성이 생겼다 그리고 이사와 집행임원의 적극적 경영으로 인한 성과를 창출하기 위해서는 임원관련 소송에 따른 고액의 손해배상 청구에 대비한 적절한 위험관리 수단으로 임원배상 책임보험의 가입이 필요성이 있다 할 것이다.

나. 被保險者의 範圍

임원배상책임보험에 있어서 임원은 회사와 위임관계에 있는 이사, 감사뿐만 아니라 그 명칭에 관계없이 임원의 직책으로 이사에 준하는 지위를 갖고 실제로 회사의 업무를 수행하는 자로서 사내이사, 사외이사, 상근이사, 비상근이사, 상임이사, 비상임이사 등을 모두 포함한다. 이러한 보험자 임원은 현직임원, 최초계약이전에 퇴임한 임원을 제외한 퇴직임원, 보험기간 중에 새로이 선임된 임원, 임원이 사망한 경우에는 상속인, 파산한 경우에는 파산관재인, 자회사[235]의 임원도 포함된다

미국에서는 집행임원(officer)도 충실의무를 부담하고 주주대표소송의 상대방이 될 수 있으므로 집행임원도 피보험자에 포함된다. 우리나라의 경우 상법개정안에서는 회사와 집행임원의 관계를 위임계약으로 규정(안 제408조의2 제2항)하고 있으므로 집행임원 역시 피보험자에 포함된다고 할 것이다.

다. 任員賠償責任保險과 報償

임원배상책임보험은 대부분 회사가 집행임원에 대한 보상으로서 지급하여야 할

액은 정부기관의 소송이 가장 높다고 한다.

235) 여기에서 자회사란, 증권상 기명된 모회사가 자회사의 지분을 50%이상 보유하고 증권상 기명된 모회사와 자회사, 보험기간 개시 후 새로이 설립한 자회사와 보험기간 개시 후 새로이 인수, 획득한 자회사를 의미한다.

액을 전보하는 부분(회사보상책임조항)과 집행임원이 회사 내지 제3자에 대하여 부담하여야 할 손해배상액 및 그것에 관련하여 지출한 비용 중 회사에 의해서 보상되지 않은 액에 대하여 전보하는 부분(이사배상책임조항)의 이중구조로 되어 있다.[236]

「회사보상책임조항」은 집행임원이 그 지위에 근거하여 부당행위를 이유로 배상청구를 받은 때에 회사가 법률 · 계약 · 정관 등에 기하여 이사가 입은 손해를 보상한 경우에 회사가 보상한 금액에 대하여 보험금을 지급하는 규정을 말한다. 동 조항의 적용을 위해서는 정관에「집행임원이 직무수행상 제3자로부터 손해배상청구를 받은 경우에는 회사가 집행임원의 손해에 대하여 보상한다」는 취지의 보상 규정이 존재해야 한다.

보상의 대상이 되는 것은 회사를 위해 한 행위 및 회사의 명령에 의한 제3자를 위한 행위에 의해 집행임원이 부담한 민사상, 형사상, 행정상의 책임(판결, 화해에 의한 손해배상, 벌금 등) 및 방어비용이다. 미국의 많은 주법 하에서는 회사에 의한 또는 회사의 자격에서의 소송에 대한 판결 혹은 화해에 의해서 집행임원이 회사에 지급하여야 할 손해배상액은 전보의 대상이 되지 않는다고 하고 있다.[237] 보상의 대상이 되는 출연이더라도 보상이 인정되기 위해서는 이사가 그 행위를 성실하고 회사의 최선의 이익이 된다고 믿고서 행할 것(형사책임에 대하여는 또한 그 행위가 위법하지 않다고 믿을 것)이 필요하다.[238] 이러한 법의 규정 및 정관, 약정에 기하여 회사가 지급하여야 할 보상액을 보험금으로서 지급하는 경우에는 회사가 피보험자가 된다.

---

236) Block, Barton & Radin, Indemnification of Corporate Officials, in Directors' and Officers' Liability Insurance, A. Harley ed., 1991, p. 39; 小路正夫, “會社役員賠償責任保險の概要”,「商事法務」제1244號 (1991), 3頁.

237) 델라웨어 일반회사법 145조 (a)항, 모범사업회사법 8·51조 (d)항 등. 미국법률협회의 「회사관리의 원칙·분석과 권고」의 최종제안도 만약 이사의 회사에 대한 책임에 대하여 보상을 인정하면 지급의 순환이 된다고 하여 이 입장을 취하고 있다(ALI, Principles of Corporate Goverance: Analysis and Recommendations, Proposed Final Draft, 1992, p. 918). 물론 이 경우에도 보상을 인정하는 주도 있다(ALI, p. 925).

238) Del. Gen. Corp. Law § 145(a); Cal. Gen. Corp. Law § 317(b); N.Y. Bus. Corp. Law § 722(a).

「집행임원배상책임조항」은 집행임원이 그 직무의 수행상 부담하게 된 손해배상액 및 방어비용에 대하여 보험금이 지급되는 것이다. 이때에는 피보험자는 집행임원이다. 법에 의해서 보상이 인정되지 않는 경우 및 회사가 보상을 거부하거나 (예컨대 적대적인 기업매수가 성공한 후 등) 또는 자력이 없어 보상할 수 없는 경우에 중요한 의의를 갖는다.[239]

집행임원에게 경영상의 실패에 대하여 항상 책임을 묻게 된다면 유능한 인재를 집행임원으로 선임하기 힘들고, 집행임원이 사후적인 책임추궁을 두려워 한 나머지 안전위주의 보수적인 정책만을 추구하게 된다면 그 기업은 경쟁에서 뒤쳐지게 될 것이다. 따라서 회사의 발전을 위하여 위험을 감수하더라도 새로운 경영환경에 대처할 수 있도록 경영상의 자율성을 보장해야 할 필요가 있으므로 집행임원에게 임원배상보험을 적용하여 책임을 경감하여 주는 것은 타당하다 할 것이다.

239) Block, Barton & Radin, p. 35.

第3節 商法改正案의 主要內容과 改善方案

상법개정안은 주식회사 이사회의 감독기능을 강화하고 회사의 업무집행의 효율성을 제고하기 위하여 종래 이사회가 담당하던 감독기능과 업무집행기능을 분리하고, 회사의 업무집행을 전담하여 수행하는 집행임원제도를 법제화하는 것은 기본적으로 타당하다 할 것이다. 그러나 상법개정안의 집행임원제도는 회사가 그 규모에 관계없이 집행임원제도를 채택할 수 있도록 한 점, 집행임원에 대한 이사회가 업무집행에 관한 의사결정을 위임하는 경우 그 위임의 한계, 이사와 집행임원의 겸임을 허용하고 있는 등의 문제점이 있다.

1. 執行任員 設置會社에 관한 問題

상법상 모든 주식회사는 회사의 선택에 의하여 집행임원을 둘 수 있고, 회사가 집행임원을 둔 경우에는 대표이사를 두지 못한다(안 제408조의2 제1항). 원래 제1소위원회에서 논의된 안은 최근에 논의되는 지배구조에 관한 세계적인 추세에 따라 사외이사 중심의 이사회를 둔 주식회사 특히, 사외이사를 과반수 두도록 한 주식회사 등은 의무적으로 집행임원을 두도록 하였으나, 전체회의 논의 과정에서 기업의 자율성을 중시하여 회사가 임의적으로 선택할 수 있도록 하고 또한 회사의 선택에 의하여 집행임원을 두고자 하는 회사는 집행임원을 둘 수 있도록 확대하기 위하여 사외이사의 존부 또는 그 수에 무관하게 집행임원을 둘 수 있도록 하였다.

상법개정안은 집행임원을 각 회사의 필요에 따라 임의로 선택하여 도입할 수 있도록 하였다(안 제408조의2 제1항). 이는 기업의 자율성을 중시하고 또한 집행임원제도를 실시할 수 있는 회사의 범위를 확대하기 위하여 그 채택 여부를 회사의 선택에 맡기려는 것이다.

현행 상법 및 증권거래법상의 주식회사는 그 규모에 따라서 다음과 같은 세 가지로 나눌 수 있다. 상법상 자본의 총액이 5억원 미만인 주식회사는 이사를 1인

또는 2인 둘 수 있으므로(상법 제383조 제1항 단서) 이를 소회사라고 할 수 있다. 증권거래법은 주권상장법인 또는 최근 사업 연도 말 현재의 자산 총액이 1천억원 이상인 코스닥상장법인에 일정 수의 사외이사 설치를 강제하고 있고 또 그 자산 총액이 2조원 이상인 주식회사에는 감사위원회의 설치를 강제하고 있는데 이를 대회사라고 할 수 있다. 그리고 이 사이의 회사를 중회사라고 볼 수 있다.[240]

그런데 개정안은 회사의 규모를 고려하지 않고 집행임원제도의 채택 여부를 일률적으로 회사의 선택에 맡기는 것은 부당하다. 이 중에서 자본총액이 5억원 미만으로서 이사가 1인인 소규모의 회사에서는 이사가 직접 회사의 업무를 집행하고 이사회의 감독기능은 주주총회가 담당한다(상법 제383조 제4항). 이사의 수가 2인인 경우에 관하여 종래 상법에서는 이에 관한 규정이 없었는데, 이번 상법개정안은 이사가 1인인 경우와 같이 이사회에 관한 규정을 적용하지 않고 상법상의 이사회에 관한 규정을 각 이사 및 주주총회에 부여하고 있다(안 제383조 제4항-제6항). 이러한 회사의 업무집행기관은 이사이며, 그 업무집행에 대한 감독기능은 주주총회에 있으므로, 이사 외에 별도로 집행임원을 둘 필요가 없다.[241]

이에 비하여 업무집행기능과 경영감독기능의 분리가 필요하고 사외이사 중심의 이사회를 구성하여 업무집행에 대한 효과적인 감독이 요구되는 것은 대규모 공개형 주식회사의 경우이다. 최근 사업연도 말 현재의 자산총액 2조원 이상인 대규모 회사에서는 사외이사가 이사 총수의 과반수이고 감사위원회의 설치가 의무화되는데, 이러한 대규모 회사에서는 이사회의 감독기능을 강화할 필요가 크다. 특히 기업현장에서는 대표이사 등의 최고경영자가 이사회를 지배하고 사외이사도 그 영향력 아래 있어 실질적인 감독기능을 수행하는 것이 사실상 불가능하다고 할 수 있다.[242] 그러므로 집행임원의 설치 여부를 당해 회사의 선택에 맡기면 제도 도입의 실효성을 기하기 어렵게 될 것이다.

---

240) 정찬형, “2006년 회사법개정에 관한 상법개정시안의 주요내용”, 「고려법학」 제47호(2006), 58-59면.

241) 정쾌영, “사외이사제도의 문제점과 개선방향”, 「기업법연구」 제19권 제2호(한국기업법학회, 2005) , 142면.

242) 정쾌영, 전게사외이사제도의 문제점과 개선방향, 69면.

미국의 경우 대규모 공개회사에 대해 집행임원제도의 채택을 의무화하고 있으며(ALI원칙 § 3.01), 일본의 경우에도 신 회사법에서 위원회등설치회사에 있어서 집행임원제도를 강제하고 있다(상법특례법 제21조의6 제2항).

따라서 대규모 공개회사의 경우에는 집행임원제도의 설치를 강제하여야 할 것이고 중소주식회사는 회사의 선택에 맡기는 것이 타당하다고 본다.[243]

2. 執行任員의 選任과 解任에 관한 問題

상법개정안에 따르면 이사회는 집행임원 및 대표집행임원의 선임과 해임권한을 갖는다(안 제408조의 2 제3항 제1호).

미국 회사법에 있어서 주요한 집행임원의 선임은 통상 이사회가 선임하지만(RMBCA § 8.40(a); ALI § 3.02(a)), 소수의 주제정법은 주주총회도 집행임원을 선임할 수 있다고 규정하고 있다. 집행임원의 해임에 관하여는 이사회는 정당한 이유의 유무에 관계없이 집행임원을 해임할 수 있다고 규정하고 있다(RMBCA § 8.43조(b)).

일본의 경우는 집행역의 선임은 지명위원회의 직무가 아니고 이사회의 결의로써 선임된다(상특 제21조의13 제1항 전단)고 규정하고 있다. 이는 위원회등설치회사에서 처음으로 집행역을 선임할 경우에도 같다(동항 후단). 집행역의 해임에 관해서는 언제든지 이사회의 결의로 가능하다고 규정하고 있다(상특 제21조의13 제6항).

집행임원 및 대표집행임원의 선임과 해임권한을 어떻게 정하는 것이 타당한 것인지에 대해 상법개정안과 같이 이사회에 집행임원의 선임과 해임권한을 주는 것에 찬성하는 견해[244]와 집행임원의 선임과 해임에 관하여는 회사의 정관에 자율적

243) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 21면: 중회사의 경우에는 현재와 같이 이사회와 대표이사가 업무를 집행하면 충분하다고 보고 다시 비용을 들여 집행임원제도를 채택할 필요가 없다고 보며, 대회사의 경우에는 이사회가 사외이사 중심으로 구성되어 업무집행기관에 대한 감독기능에 중점이 있으므로 이와 별도의 업무집행기관인 집행임원제도를 채택하는 것이 바람직하다고 보겠다.(정찬형, 전게논문, 61면).

으로 규정하는 것이 바람직하다는 견해[245]가 있다. 그리고 집행임원의 선임과 해임에 관한 권한을 주주총회에 두는 것이 타당하다는 견해가 있는데, 이사의 선임을 주주총회의 권한으로 한 것은 회사의 실질적 소유자인 주주의 의사를 정확하게 반영하고 회사운영을 목적으로 주주에게 선임권을 부여한 것이기 때문에 같은 취지에서 집행임원도 주주총회에서 선임 · 해임이 가능하다고 보는 것이 타당하다는 것이다.[246]

생각건대, 상법개정안에서 집행임원이 이사회로부터 업무집행권과 직무권한을 위임받아 업무를 수행하고, 이사회와 감사위원회로부터 감사를 받는다 할지라도 주주의 이익을 최대한 보장하기 위해서는 이사회가 아니라 주주총회의 권한으로 두는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 執行任員의 任期와 報酬에 관한 問題

집행임원의 임기는 정관에 달리 정한 바가 없으면 2년을 초과하지 못한다(안 제408조의3 제1항). 그 임기는 정관으로 그 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회가 종결한 후 최초로 소집하는 이사회의 종결시까지로 할 수 있다(안 제408조의 2 제2항). 그런데 2년의 임기가 이사의 임기 3년과 맞지 않는다는 견해가 있는가 하면,[247] 이사가 임원의 업무집행을 적절히 감독하기 위해서는 그 재임 중에 부적절한 임원의 중임을 제한할 수 있어야 하므로 임원의 임기를 이사의 임기보다 짧은 1-2년으로 하는 것이 타당하다는 견해[248]와 회사 실정에 맞게 3년 이내에서 기업들이 자유롭게 결정할 수 있도록 하자는 견해도 있다.[249]

---

244) 서완석, 전게논문, 11면.

245) 최준선, 전게논문, 18면.

246) 양동석, 전게 임원제도도입에 따른 법적문제, 117면. 양만식, 전게논문, 186면.

247) 최준선, 전게논문, 18면.

248) 정쾌영, 전게논문, 99면.

249) 허인, 전게논문, 141면.

미국의 경우에는 그 임기를 제한하지 않는 주회사법도 있지만, 1년으로 하는 주회사법이 많다[250]. 또한 일본의 집행역 임기도 그러하다.[251] 일본의 경우에는 원래 임기를 2년으로 하였지만 1년으로 단축하였는데 이익처분의 권한이 이사회에 위임되는 것에 대응하여 매년 정기주주총회에서 재신임을 물어 경영진의 책임경영을 유도하려는 목적 때문이라고 하는데, 임기단축을 바라지 않은 회사들이 새로운 방식의 지배구조인 집행임원제도의 채택을 꺼리는 경향이 있다는 비판이 제기되고 있다.[252]

상법개정안은 회사와 집행임원과의 관계는 위임에 관한 규정을 준용한다고 하고 있으므로 그 임무는 원칙적으로 위임계약의 종료사유가 발생하면 종료하는 것으로 보아야 한다(민법 제689조 제1항).[253]

상법개정안은 정관 또는 주주총회의 승인이 없는 경우, 이사회가 집행임원의 보수를 결정하도록 하고 있다(안 제408조의 2 제3항 제6호). 현행 상법상 이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 정하도록 하고 있다(상법 제388조). 회사와 이사의 관계도 위임이므로 무상이 원칙이지만(민법 제686조 제1항), 이사나 집행임원 등의 업무집행을 통하여 회사의 목적인 영리를 추구하므로 이사의 경우 상법에 특칙을 두어 보수를 지급하게 하고 있는 것으로 보아야 한다. 그런데 이사의 경우에는 그 선임기관이 주주총회이므로 정관에서 그 액을 정하지 않은 때에는 주주총회의 결의로 정하도록 하는 것이지만, 집행임원의 경우에는 그 선임기관이 이사회이므로 보수도 이사회에서 정하도록 한 것으로 볼 것이다.[254]

4. 理事會의 權限과 委任에 관한 問題

---

250) New York Business Corporation Law §715(c).

251) 일본 株式會社の監査等に關する商法の特例に關する法律 제 21조의 13 제3항.

252) 末永敏和·吉本健一, 平成14年商法改正對應 新コーポレート·ガバナンスの讀み方·考え方, 中央經濟社(2002), 179頁.

253) 서완석, 전게논문, 12면.

254) 서완석, 전게논문, 12면.

상법개정안에서는 집행임원의 권한으로 1. 회사의 업무집행 2. 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정 3. 제408조의5에 의한 회사의 대표에 관한 사항으로 정하고 있다(안 제408조의4). 그리고 회사와 집행임원의 관계는 위임에 관한 규정을 준용한다(안 제408조의2 제2항).

상법개정안에 의하면 집행임원은 회사의 업무를 집행하며, 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행사항에 관한 의사결정의 권한을 가진다(안 제408조의4). 집행임원 설치회사의 이사회는 집행임원의 업무집행을 감독하며, 상법에서 이사회 권한사항으로 정한 경우를 제외한 업무집행에 관한 의사결정을 집행임원에게 위임할 수 있다(안 제408조의2 제3항). 이러한 규정에 의하면 업무집행에 관한 의사결정을 집행임원에게 위임할 것인지 여부는 오로지 이사회의 판단에 맡겨져 있으며, 집행임원이 있더라도 이사회가 위임하지 않고 업무집행에 관한 모든 사항에 대한 의사결정을 이사회가 할 수 있다는 해석도 가능하다.[255]

상법에서는 이사회의 의결사항으로 중요한 자산의 처분 및 양수, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임, 지점의 설치 이전 및 폐지(상법 제393조 제1항), 주식양도의 승인(동법 제335조의2,3), 이사의 경업거래 및 자기거래에 대한 승인(동법 제397조, 제398조) 등을 규정하고 있다. 상법은 이사회의 권한으로 정한 사항은 집행임원에게 위임할 수 없도록 하고 있으므로 회사가 집행임원을 설치하더라도 현행 상법에서 이사회의 권한사항으로 되어 있는 것은 모두 이사회의 결의에 의하여야 한다. 이렇게 되면 집행임원은 현행법상 대표이사의 경우와 같이 일상업무에 대한 의사결정만 할 수 있을 뿐이고, 그 밖의 사항은 이사회의 일반적 또는 구체적 위임이 없는 한 스스로 의사결정을 할 수 없게 될 것이다.

미국에서는 자기주식의 취득과 신주발행 등을 이사회의 고유권한사항으로 하고 있으나, 일본 개정상법특례법은 이러한 사항도 집행역에게 위임할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 이사회의 의결사항 중에서 임원 또는 이사와 회사 사이에 이해가 상충될 우려가 없거나, 회사의 영업 · 구조변동 등에 큰 영향을 미치지 않는

255) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 23면.

집행적 사항의 결정은 사안의 중요성 및 신속한 의사결정과 집행의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 임원에게 위임할 수 있도록 하는 것이 필요하다 할 것이다.[256]

5. 理事와 執行任員의 兼職 許容에 관한 問題

상법개정안은 집행임원과 이사의 겸직을 금지하지 아니함므로써 집행임원과 이사의 겸직은 허용된다고 볼 수 있다. 그러나 집행임원이 이사를 겸직한다면 집행임원제도를 도입하더라도 지금과 같은 대표이사 중심의 업무집행구조와 동일한 문제점이 제기된다. 집행임원이 이사를 겸직하거나, 대표집행임원이 이사회의 의장을 겸직하여 이사회를 주재하는 경우에는 집행임원의 업무집행에 대한 이사회의 실질적인 감독은 실종될 수밖에 없을 것이다.

물론 미국에서는 임원과 이사의 겸직을 허용하고 있으나, 미국의 엔론사 등의 회계 부정사건을 계기로 최근 이사의 대부분을 사외이사로 하여 임원을 겸직하는 이사의 수가 극히 적고, 특히 감사위원회 위원 전원을 독립된 사외이사로 하는 등 임원의 이사 겸직에 따른 이사회의 감독기능 저하를 방지하는 제도적 안전장치를 마련해 놓고 있다.

일본 개정상법특례법은 이사의 임원 겸직을 허용하되 감사위원회 위원인 이사의 집행역 겸임을 금지하고 있다(일본 상법특례법 제21조의8 제7항, 제21조의13 제5항). 당초 업무집행과 감독을 철저하게 분리하여야 한다는 관점에서 집행역과 이사의 겸직을 금지해야 한다는 견해가 있었으나, 집행역후보 추천 시 지명위원회가 집행역과 이사의 관계를 적절하게 조정할 수 있다고 하여 겸직을 가능하게 한 것이다.[257]

우리나라에서는 대규모 주권상장법인에 있어서도 사내이사가 이사의 반수에 이르고, 감사위원회도 그 위원의 3분의 1을 사내이사로 할 수 있으므로 이사의 임원

256) 정쾌영, 전게논문, 148면.

257) 정쾌영, 전게 논문, 143면.

겸직에 따른 이사회의 감독기능 약화를 우려하지 않을 수 없다. 특히 최고경영자가 회사 경영 전반을 장악하고 있는 기업현실에서 집행임원의 이사 겸직이 허용되거나, 대표집행임원이 이사회의 의장을 겸직하는 경우에 집행임원과 이사회가 모두 동일한 최고경영자의 지배 아래 놓이게 되어 이사회의 감독은 사실상 유명무실해질 우려가 있다.[258]

이에 관하여 이사회의 감독기능이 훼손되는 것을 막기 위하여 대표집행임원을 이사회의 구성원으로 하는 것은 바람직하지 않지만, 이사회 내에서 집행임원 내지 대표집행임원과 의사소통을 하고 대화할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 하여 대표집행임원 이외의 집행임원은 이사를 겸할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.[259]

그러나 이사와 집행임원의 겸직을 허용하여 회사의 최고 실권자가 대표집행임원이 되어 업무집행을 하는 경우에 이사를 겸직하는 집행임원을 통하여 이사회에 영향력을 행사함으로써 이사회의 감독기능을 유명무실화 시킬 위험이 있으므로[260] 집행임원의 업무집행에 대한 이사회의 감독기능을 강화하기 위해서는 이사와 집행임원의 겸직을 금지하는 규정을 신설하여야 할 것이다.[261]

6. 執行任員의 權限 및 代表執行任員의 權限에 관한 問題

상법개정안에 따르면 집행임원은 회사의 업무집행과 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정을 할 수 있는 권한이 있고(안 제408조의 4), 집행임원 설치회사는 대표이사를 두지 못하도록 하고 있다(안 제408조의 2 제1항 제2문). 대신에 2인 이상의 집행임원이 선임된 경우에는 이사회의 결의로 회사를 대표할 대표집행임원을 선임하여야 한다. 다만 집행임원이 1인인 경우에는

258) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 132면.

259) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 24면.

260) 양동석, 전게임원제도도입에 따른 법적문제, 132면.

261) 정쾌영, 전게논문,148면.

그 집행임원이 대표집행임원이 된다(안 제408조의5 제1항).

대표집행임원의 대표권은 종래의 대표이사의 대표권과 같이 회사의 업무에 관한 일체의 재판상 또는 재판외의 행위를 할 권한을 말한다. 일본의 신회사법은 이를 명시적으로 규정하고 있다(동법 제420조 제3항, 제349조 제4항).

미국은 ALI원칙과 SCE규칙을 두어 이사회내에서 집행임원 내지 대표집행임원과 의사소통을 하고 대화할 수 있도록 하고 있다. ALI원칙은 이사가 집행임원에 대하여 회사의 장부·기록, 기타의 문서를 열람·등사하고 기타 업무집행에 관련한 서류를 점검할 권리 즉 이사의 정보개시청구권(ALI §3.03)이다. SCE규칙은 감사위원회가 경영진과 감사인 사이에 수시로 대화하고 토론할 수 있는 대화의장을 마련하도록 한 것이다.

개정안에 따르면 집행임원설치회사의 집행임원은 이사가 아니므로 그 자체로는 이사회의 구성원이 될 수 없다. 그러나 올바른 회사의 정책결정과 효과적인 경영감독을 위해서는 집행임원과 이사회 간에 경영에 관한 의사소통이 필요하다. 집행임원은 업무의 집행상황을 3개월에 1회 이상 이사회에 보고하여야 하고 이사회의 요구가 있는 때에는 언제든지 그 요구사항을 보고하여야 하며 이사는 대표집행임원으로 하여금 다른 집행임원의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구 할 수 있다고 규정하고 있다(안 제408조의6). 그러나 효과적인 의사결정과 경영감독을 위해서는 미국의 ALI원칙과 SCE규칙과 같은 규정을 두어 의사소통체계의 구축이 필요할 것이다.[262]

262) 강희갑, 전게집행임원제도의 도입과 기업환경, 23면.

第5章 結論

우리나라에서도 최근 이사회를 개선하여 활성화함으로써 기업경영의 투명성 효율성 책임성을 확보하기 위하여 많은 노력을 하였고 그 결과 사외이사제도 및 감사위원회제도를 도입하기에 이르렀다. 본래 주식회사의 이사회는 기업조직의 일부로서 업무집행의사를 결정하고 감독기능을 수행함에도 불구하고 우리니라 종래 기업들에 있어서는 대부분의 지배주주가 최고경영자가 되고 내부통제임무를 동시에 수행함으로써 이사회가 그 기능을 원활하게 수행하지 못하였다. IMF 이후 도입된 사외이사제도에 있어서도 독립성 전문성 등이 충분히 발휘되지 못하여 경영감독기능이 미약하여 사외이사 제도를 도입한 근본취지가 몰각되고 있는 실정이다.

따라서 이사회의 형해화로부터 업무집행과 경영감독이라는 본래의 기능을 회복하고, 외자유치를 위한 글로벌 스텐다드를 설정하여 외국인투자가를 이해시키며, 이사수의 감소로 인하여 종래의 이사가 사용인으로 변하는 실정을 해결하기 위하여 우리나라도 미국법상 임원제도를 도입할 필요성이 높아지게 되었다.

그래서 2006년 상법개정안은 집행임원제도를 도입하기 위하여 제408조의2부터 제408조의9까지 명문규정을 설치하게 되었다. 기존에는 「대표이사와 이사회」체제였으나 상법개정안은 집행임원을 둘지 여부를 아무런 제한이 없이 회사의 선택에 맡겨 「대표이사와 이사회」체제와 「이사회의장, 이사회, 대표집행임원과 집행임원」체제 중에서 선택할 수 있게 되었다.

동개정안에 의하면, 이사회는 집행임원의 선임 · 해임권, 집행임원의 업무집행에 대한 감독권과 집행임원의 보수결정권을 가짐으로써 집행임원에 대한 상위기관으로서 역할을 수행하게 된다(안 제408조의2). 그리고 집행임원은 회사의 업무집행과 정관 또는 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정 및 회사의 대표권한을 가지게 된다(안 제408조의4). 이와 같이 집행임원제도를 도입하는 것은 종래 이사회가 업무집행에 관한 의사결정 및 감독권한을 가지고 있었으

며, 이사회의 구성원인 대표이사 및 업무담당이사가 업무를 집행하고 있었기 때문에 구조상의 모순으로 인하여 그 기능을 발휘할 수가 없었다. 그래서 동개정안은 이사회의 권한을 분리하여 업무집행권, 업무집행에 관한 의사결정권은 집행임원에게 귀속시킴으로써 업무집행의 탄력성과 신속성을 도모하려는 것이다. 그리고 업무집행에 대한 감독권은 이사회에 귀속시켜서 이사회의 감독기능을 충실하게 하려는 것이다.

감사위원회제도를 채택하는 대규모 공개회사에 있어 집행임원제도를 도입하게 되면 업무집행과 감독기능의 분리를 통하여 감사위원의 독립성을 확보할 수 있으며, 외부감사인과의 협력을 강화하면 감사위원회를 통한 이사회의 경영진에 대한 견제 내지 통제기능은 상당히 강화될 것으로 기대된다.

그러나 상법개정안은 집행임원 설치회사에 대해 아무런 제한이 없으나 미국은 대규모 공개회사를, 일본에서는 위원회등설치회사를 그 대상으로 하고 있다. 자본금 5억원 미만으로 이사가 1인 또는 2인인 소규모회사에서는 이사가 직접 업무를 집행하므로 별도로 집행임원을 두어여 할 필요성이 없다 할 것이므로 집행임원제도의 채택여부를 회사가 정관으로 선택할 수 있도록 하되 소규모회사의 경우에는 그 적용을 배제하고 대규모 주식회사의 경우에는 집행임원의 설치를 의무화하는 것이 타당하다 할 것이다.

또한 업무집행에 관한 의사결정을 집행임원에게 위임할 것인지 여부는 오로지 이사회의 판단에 맡겨져 있으나 미국의 경우 회사의 업무집행에 관한 사항 중 주요한 경영계획과 재무사항 등에 대해서는 이사회가 심사하고 그 이외의 사항에 대해서는 임원이 집행하도록 하고 있다(ALI §3.02). 그러므로 상법상 이사회의 권한으로 되어있는 중요한 자산의 처분 및 양수, 주식양도의 승인, 이사의 경업거래 및 자기거래에 대한 승인 등 업무집행에 관한 중요한 사항은 이사회의 고유권한사항으로 하고, 다만 이사회의 의결사항 중에서 임원 또는 이사와 회사 사이에 이해가 상충될 우려가 없거나, 회사의 영업 구조변동 등에 큰 영향을 미치지 않는 사항은 집행임원에게 위임이 가능하도록 규정하여야 할 것이다.

그리고 이사와 집행임원의 겸직을 허용하여 회사의 최고 실권자가 대표집행임원

이 되어 업무집행을 하는 경우에 이사를 겸직하는 집행임원을 통하여 이사회에 영향력을 행사함으로써 이사회의 감독기능을 유명무실화 시킬 위험이 있다. 그러므로 집행임원의 업무집행에 대한 이사회의 감독기능을 강화하기 위해서는 이사와 집행임원의 겸직을 금지하는 규정을 신설하여야 할 것이다.

이사에게 적용되는 경영판단의 원칙을 집행임원에게 적용할 수 있는지에 대해서는 집행임원 또한 이사와 마찬가지로 회사에 대하여 선관주의의무와 충실의무를 부담하며, 집행임원의 경영상의 실패에 대하여 항상 책임을 묻게 된다면 유능한 인재를 집행임원으로 선임할 수 없는 상황을 초래할 수도 있고, 기업의 경영자가 사후적인 책임추궁을 두려워 한 나머지 안전위주의 보수적인 정책만을 추구하게 된다면 그 기업은 경쟁에서 뒤쳐지게 될 것이다. 따라서 집행임원의 불법·부당한 행위에 대한 책임은 더욱 강화하여야 하겠지만, 회사의 발전을 위하여 위험을 감수하더라도 새로운 경영환경에 대처할 수 있도록 경영상의 자율성을 보장해야 할 필요가 있으므로 집행임원에게도 경영판단의 원칙을 적용하여야 할 것이다.

이사의 책임을 추궁하는 대표소송에 관하여 상법개정안은 집행임원에 대하여 주주의 대표소송에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다(안 제408조의9). 그러나 미국의 많은 주의 회사법은 회사에 대한 주주의 제소청구에 대하여 회사가 이 권리를 행사할 것인지 여부를 자유재량에 맡기고 있어 주주의 제소청구에 대해 이사회가 경영판단의 원칙을 적용하여 제소하지 않을 수 있다. 미국과 같이 경영판단의 원칙을 적용시켜 제소청구를 거부하는 것은 주주대표소송을 형해화시킬 우려가 있지만 회사가 승소의 전망, 입증의 난이도, 소송비용과 구제의 비교, 소송이 회사의 영업에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 제소하는 것이 회사의 최선의 이익과 충돌할 경우라고 판단하는 경우에는 제소를 거부할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

임원배상책임보험은 회사의 집행임원이 업무집행상 과실에 의해 회사 및 제3자에게 손해를 입혀 주주, 제3자로부터 손해배상청구를 받은 경우에 손해배상금과 쟁송비용을 보험회사가 지급하게 함으로써 집행임원의 책임을 경감해 주는 제도이다. 이로 인해 집행임원은 임원관련소송에 따른 고액의 손해배상 청구에 대비한

적절한 위험관리가 가능해져 성과를 창출하기 위한 적극적 경영이 가능해졌다.

집행임원이 상법 제401조의2에 규정하고 있는 업무집행지시자에 포함되어 증권집단소송법상 피고가 될 수 있는지가 문제된다. 집행임원이 당해 유가증권신고서의 작성을 지시하거나 집행한 경우 그 손해에 관하여 배상의 책임을 질것인지에 관하여 상법개정안 제408조의9는 현행 상법 제401조의2를 집행임원에 준용하도록 하고 있어 집행임원은 증권집단소송법상 피고가 될 수 있을 것이다. 증권거래법 제15조 제2항에서는 입증책임이 전환된 과실추정주의를 택하고 있어 유가증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제할 수는 있지만 집행임원에게는 과도한 책임을 부과한 것으로 보이므로 증권집단소송법상 규정은 재검토할 여지가 있다고 할 것이다.

상법개정안에는 몇 가지 문제점이 있으므로 법률안의 심의과정에서 이러한 점을 충분히 논의하여야 할 것이며, 개정 후 운용에 있어서도 집행임원의 도입취지를 살려서 주식회사의 업무집행이 투명하고 효율적으로 수행될 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

參 考 文 獻

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

손주찬.「상법(상)」. 제10정증보판. 박영사, 2000.
손주찬 외.「주석상법(Ⅲ)」. 한국사법행정학회, 1999.
양동석.「대소회사구분입법론」. 법문사, 1995.
_____. 「기업의 지배구조와 기관조직」, 조선대학교출판부, 2006.
이범찬 외.「한국회사법」. 삼영사, 2001.
이범찬·최준선. 「상법(上)」. 삼영사, 1999.
이병태.「상법(上)」, 법원사, 1987.
임재연.「미국회사법」. 박영사, 1996.
전삼현.「사외이사와 감사위원회」. 자유기업센터, 1999.
정동윤.「회사법」. 제6판. 법문사, 2000.
정찬형.「상법강의(上)」. 박영사, 2000.
최기원.「상법학신론 (上)」. 박영사, 2000.
_____.「신회사법론」. 박영사, 2000.

2. 논문

김선정. “임원배상책임보험 활성화의 법적 과제”.「보험개발연구」 제11권 제3호, 2000. 12.
강희갑. “경영판단의 원칙에 관한 미국법의 최근동향”.「상사법연구」 제15권 제2호, 1996.
_____. “집행임원제도의 도입과 기업환경”.「상사법연구」 제25권 제4호, 2007.
_____. “미국법상의 집행임원제도의 도입에 관한 연구”.「비교사법」 제7권 2호.

_____. “우리나라 주식회사의 지배구조와 경영 및 감독구조 현황”. 「비교사법」 제6권 1호, 1999.
_____. “주식회사의 지배구조와 미국법상의 경영관리 구조”. 「경영법률」 제9집. 한국경영법률학회, 1999.
권종호. “한국형 사외이사제도의 문제점과 그 개선방안에 관한 입법론적 모색”.「상장협」제44호, 2001. 9.
권재열. “경영판단의 원칙”. 「비교사법」제6권 1호, 1999.
김건식 · 최문희. “이사의 배상책임보험: 임원배상책임보험 약관의 면책사유를 중심으로”. 「상장협」제45호, 2002. 3.
김영곤 · 박종렬. “주주대표소송에 관한 연구”.「통계연구소논문지」제3권 제1호. 조선대학교통계연구소, 2001.
김영곤. “주식회사에 있어서 이사회운영의 활성화 방안”.「기업법연구」제8집.
김재형. “주주대표소송에 관한 개선방향”.「법학논총」제5집. 조선대학교 법학연구소, 1999.
서완석, “집행임원제도의 도입에 따른 문제점 및 개선방안 연구”.
손 성, “미국 회사법상 이사회개혁과 우리나라 회사법상의 과제와 전망”, 「동국로리뷰」, 동국대학교 법학교수회, 창간호.
양동석. “경영판단원칙의 수용가능성”.「기업법 연구」제7집, 2001.
_____. “기업지배구조개선을 위한 주주대표소송”.「상사법연구」제19권 제2호. 2000. 10.
_____. “사외이사제도의 운영현황과 활성화 방안”.「기업법연구」제8집, 2001.
_____. “임원제도도입에 따른 법적 문제”.「상사법연구」제20권 제2호. 2001. 8.
양만식, “집행임원제도의 도입에 따른 지배구조론의 전개”,「상사법연구」제24권 제1호, 2005.
윤성승, “집행임원의 법적지위 및 책임의 비판적 고찰”,「기업법연구」제20권, 제4호..
원동욱, “경영판단의 원칙의 적용범위”, 「상사판례연구」, 제20집 제1권, 2007.
정동윤. “주주의 대표소송-실무상의 문제점을 중심으로 하여”.「사법논집 2」. 법원행정처, 1971.
정찬형, “2006년 회사법개정에 관한 상법개정시안의 주요내용”, 「고려법학」제47호2006.

정쾌영, “집행임원제도의 도입을 위한 입법의 과제”, 대한경영학회 하계학술발표논문집, 2007.
지수현. “주주대표소송과 임원배상책임보험”.「손해보험」제337호, 1996. 11.
최준선, “2006년 회사법개정안의 논점”, 「기업법연구」제20권 제4호, 2006.
홍복기, “주식회사의 지배구조에 관한 2006년 회사법 개정시안”, 「상사법연구」제25권 제2호, 2006.

3. 학위논문

강대섭, “증권시장에서의 부실공시로 인한 손해배상책임에 관한 연구”. 법학박사학위논문. 고려대학교, 1992.
나병용, “주식회사의 집행임원제 도입에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 동국대학교, 2005.
박종렬. “기업의 지배구조에 관한 연구”. 법학박사학위논문. 조선대학교, 2001.
안수현. “스톡옵션제도에 관한 법적 연구”. 법학박사학위논문. 서울대학교, 2001.
이태종. “주주대표소송에 관한 연구”. 법학박사학위논문. 서울대학교, 1997.
정승욱. “지배주주의 법적 책임에 관한 연구-사실상 이사의 법리를 중심으로”. 법학박사학위논문. 서울대학교, 1998.
허 인, “집행임원제도의 도입방안에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 한국외국어대학교, 2005.

Ⅱ. 일본문헌

1. 단행본

加藤良三/吉田直/田中裕明.「株式會社法の理論 2」. 中央經濟社, 1995.
幾代通.「新版注釋民法(16)」. 有斐閣, 1989.

近藤光男.「經營判斷と取締役の責任-經營判斷の法則適用の檢討」.中央經濟社, 1994.
今井 宏.「株主總會の理論」. 有斐閣, 1987.
吉井溥他.「使用人兼務役員制度の解說」. 別冊商事法務 No.31.
東京辯護士會會社法部 編,「執行役員·社外取締役の實態」-商法改正の方向を含めてー. 別冊商事法務 No.243. 商事法務研究所, 2001.
大隅健一郎/今井宏.「會社法論」 第三版 中卷. 有斐閣, 1992.
渡部喬一.「株主代表訴訟」. 中央經濟社, 1995.
稻葉威雄他 監修.「實務相談株式會社法(新訂版)」第3卷. 商事法務研究會, 平成4年.
明石三郎.「新版注釋民法(16)」. 有斐閣, 1989.
浜田道代.「新版注釋會社法(6)」 有斐閣, 1987.
浜辺陽一郎.「執行役員制度(第二版)」. 東洋經濟新報社, 2000.
味村治·品川芳宜.「役員報酬の法律と實務(新訂版)」. 商事法務研究所, 平成9年.
鈴木竹雄·竹内昭夫. 「會社法(第3版)」. 有斐閣, 平成6年.
北澤正啓.「會社法」. 青林書院, 2001.
_____.「新版注釋會社法(6)」. 上柳克郎 外 編. 有斐閣, 1987.
森本 滋.「株主總會」. 改正會社法 ヤミナー2. 有斐閣, 1984.
龍田節.「會社法」 第四版. 有斐閣, 1994.
前田重行.「株主總會制度の研究」. 有斐閣, 1997.
田中誠二.「會社法詳論(上卷)」. 勁草書房, 1993.
田中誠二/山村忠平.「コンメンタール 會社法」 五全訂版. 勤草書房, 1994.
前田庸.「會社法入門(第4版)」. 有斐閣, 平成7年.
早川 勳.「商法要論」. 法學書院, 1995.
酒卷俊雄.「會社法重要判例解說」. 成文堂, 平成10年.
中川高男.「新版注釋民法(16)」. 有斐閣, 1989.
小林英明.「使用人兼務取締役(新訂版)」. 商事法務研究會, 平成十年.
坂田桂三.「現代會社法」. 中央經濟社, 1993.

2. 논문

高田裕成.“株主代表訴訟における原告株主の地位.”「民商法雜誌」115卷 4·5号, 1997.

菅原貴与志."執行役員制度についての法的再検討."「法律實務研究」15号.

吉田研一.“Stock optionと勞働基準法の賃金.”商事法務 第1480號, 1998.

吉井溥.“使用人兼務取締役について.”愛知學院大學論叢法學研究所 7卷2号.

近藤光男. “株主代表訴訟の現狀と今後の課題.” 「インベストメント」, 1995.

近藤光男.“商法 226條の3 第1項に 基づく取締役の責任と經營判斷の法則.” 「民商法雜誌」 88卷 5号, 1983.

道家淳夫.“役員賠償責任保險に關する商法上の諸問題.”法律のひろば, 1994. 8.

武井一浩.“米國型取締役の實態と日本への導入上の問題(1).”「商事法務」No.1505, 1998.10.

末永敏和.“說明義務の機能.”民商法雜誌 85卷4号. 有斐閣, 1982.

鈴木千佳子.“株主總會論.”「昭和商法學史(岩崎稜先生追悼論文集)」.日本評論社, 1996.

北川清.“改正新規事業法の概要.”商事法務 第1418號, 1996. 3.

北村雅史.“ストック·オプション制度.”ジュリスト.第1116號,有斐閣, 1997.

小路正夫.“會社役員賠償責任保險の概要.”商事法務 제1244號, 1991.

森本 滋.“執行役員制度につて.”證券代行ニユース .中央信託銀行, 273號.

神崎克郎."取締役の說明義務." 商事法務 1060号. 商事法務研究會.

石山卓磨,“日本の企業改革と執行役員制度.”기업의 지배구조에 관한 초청강연회. 조선대학교 법학연구소, 2000.3.

_____, “執行役員の法的地位と責任.”商事法務 1505号, 平成 10年.

岩原紳作ほか座談會.“株主代表訴訟の改善と今後の問題點.”商事法務 第1329號.

元木 伸.“商法からみた執行役員.”「執行役員制の實施事例-法制上 論点と今後展開-」 別冊商事法務 No.214. 商事法務研究會, 平成10年.

_____,“取締役の責任と經營判斷の原則.”「法曹時報」48卷 7号, 1996.

畠田公明.“執行役員の法的地位と責任.”「執行役員制の實施事例 -法制上の論点と今後の展開

-」別冊商事法務 No.214. 商事法務研究會, 平　　成10年.
前田重行. “議長と檢査役.” 民商法雜誌 85卷6号. 有斐閣, 1982.
佐伯直秀. “代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範圍.” ‘商法の爭點’ ジュリスト 增刊 法律學の爭點 シリーズ 第2版, 1978.
川浜 昇. “米國における經營判斷原則の檢討(一).” 「法務論叢」 114券 2号, 1983.
倉澤康一郎.“昭和二十五年商法改正.”「昭和商法學史(岩崎稜先生追悼論文集)」.　　日本評論社, 1996.
澤口 實. “執行役員制度導入上の 問題點.” 「商事法務」No. 1494, 1998.
土田 亮. “株主權としての株主代表訴訟.” 「上智法學論集」第四一卷 2号.
戸塚登. “經營判斷の法則”(一). 「阪大法學」126号, 1983.
河村 貢.“執行役員制度を考えゐ."「取締役の法務」 53号.

Ⅲ. 서양문헌

1. 단행본

ABA Committee on Corporate Laws. The Business Lawyer. Vol.35. ABA publication, 1980.
A. Berle. Control in the Corporate Law. 58 Col.l.Rev. 1212. 1212-24, 1958.
Alison Grey Anderson. Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure. 25 UCLA L. Rev. 738, 1981.
ALI. Principles of corporate governance : analysis and recommen-dations. American Law Institute Publishers. Vol Ⅱ, 1994.
American Law Institute Publishers, 1994.
American Bar Association. Corporate Director's Guidebook, 1994 Edition. The Business Lawyer. Vol. 49.
Block, Barton & Radin. Indemnification of Corporate Officials, in Directors' and

Officers' Liability Insurance. A. Harley ed, 1991.

Bowers & others. Law of Commercial Transactions & Business Associations Concept and Cases. Irwin, 1995.

Cary & Eisenberg. Cases and Materials on Corporations. 7th ed, 1995.

Clark, R.C. Corporate Law. Aspen Publishers. Inc, 1986.

Clements. B. Accoution and Tax Considerations in Stock Option Plans. Compensation and Benefits Review. July/August, 1998.

DeFusco, Richard A. et al. The Effect of Executive Stock Option Plan Changes and Managerial Decision Making. 20 Financial Management 36, 1991.

Donard E. Schwartz. Federal Chartering of Corporations : A Proposal. 61 Georgetown L. J. 89, 91, 1972.

D.Yermack. Do Corporations Award CEO Stock Options Effectively?. 38 J. Fin. Econ. 263, 1995.

Harry G. Henn & John R. Alexander. Law of Corporation. 3rd ed., West Publishing Co, 1983.

Henn & Alexander. Law of Corporations. West Publishing Co, 1983.

Herbert Kraus. Executive Stock Options and Stock Appreciation rights. 2-2. Law Journal Seminars-Press, 1998.

Hu, Henry T.C. Swap the Modern Process of Financial Innovation and the Vulnerability of a Regulatory Paradigm. 138 U. Pa. L. Rev. 333, 1989.

James D.Cox,Thomas Lee Hazen & F. Hodge O'Neal. Corporations, 1995.

Lambert Richard a., Wiliam N. Lanen & David F. Larcker, Executive Stock Option Plan and Corporation Divided Policy. 24 J Fin. & Quantitative. Analysis 409, 1989.

Lewellen, W.G. The Ownership Income of Management. National Bureau of Economic Research; distributed by Columbia University Press, 1971.

Melvin A Eisenberg. The Divergence of Standards of Conduct and standard of

Review in Corporate Law. 62 Fordham L. Rew. 437(1993).

Melvin Eisenberg. The Structure of Corporation Law. 89 Colum. L. Rev. 1461, 1488, 1989.

Meyer, John W. and Brian Rowan. Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. American Journal of Sociology, 1997.

Miguel Cantillo Simon. The Rise and Fall of Bank Control in the United States. Working Paper RPF-254-REV. Haas School of Business. University of California at Berkeley, 1997.

Price Waterhouse Coopers, CFO : Architect of the Corporation's Future. John Wiley & Sons, 1997.

Randall S. Thomas & Kenneth J. Martin. The Determinants of Shareholder Voting on Stock Opton Plans. 35 Wake Forest L. Rev. 31, 34, 2000.

Robert A.G. Monks and Nell Minow. Corporate Governance, 1995.

Roberta Romano. Foundations of Corporate Law. New York. Oxford, 1993.

Rodrick, Scott S. The Stock Options Book. The National Center for Employee Ownership. Oakland. California, 1999.

Rolf H. Carlsson. Ownership and Value Creation, John Wiley & Sons. Ltd. U.K, 2001.

R. R. Pennington. Directors' Personal Liability, 1987.

S. Samuel Arsht. The Business Judgment Rule Revisited, 8 Hofstra Law Rev. 95, 1980.

Stinchcombe, Arthur L. Social structure and organization. In James G. March(Eds). Handbook of Organizations : 142-193. Chicago : Rand McNally, 1965.

Vagts Detlev. Challenges to Executive Compensations : For the Market? or Courts? 8 J. Corp. L. 231, 1983.

Victor H. Vroom & Edward L. Dici. Management and Motivation 10, 1970.

William J. Grange & Thomas C. Woodbury. Corporation Law. New York. 2ed, 1964.

William M. Fletcher. Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations

Permanent Ed. 1995 Rev. Vol., Vol 13. Clark Boardman Callaghan, 1995.

2. 논문

Brenner, R. “The Economic of Global Turbulence.” New Left Review no.229. May /June, 1998.

Burk. “A Group profile of the Fortune 500 chief executive." fortune., May, 1972.

Christie Harlan. SEC Seeks To Beef Up "Safe Harbor" Provision. Wall Street J. May 17, 1994.

Cope Land & Towl. “The board of directors and business Management”. Harvard University, 1947.

Deakin, S. & G. Slinger. "Hostile Takeover, Corporate Law and the Theory of the Firm". in Deakin and Hughes eds, 1997.

Edward Brodsky and Patrica Adamski. "Law of Corporate Officers and Directors : Right, Duties and Liabilities" Clark Boardman Callaghan, 1995.

F. De Sua. "Consistency and completeness a résumé'" American Mathematical Monthly. 63, 1956.

Hite, G. & Long, M. “Taxes and Executive Stock Option”. Journal of Accounting and Economics. July, 1982.

Hubbard, Glenn R. & Darius Palia. "Executive Pay Performance Evidence from the U.S. Banking Industry". Journal of Financial Economics 39, 1995.

Ira T. Kay. Value at the Top-solutions to the Executive Compensation Crisis. Haper Business, 1992.

Jensen, Michael C. & Kevin J. Murphy. "Performance, Pay and Top-management Incentives". Journal of Political Economy. 98, 1990.

Lewis D. Solomon. "Restructuring the corporation Board of directors fond hope faint promise?". vol 76. Mich. L. Rev.

Michael Novak. "On Corporate Govermance : The Corporate As It Ought to Be". The AEI Press, 1977.

M.Jensen and W.Meckling."Theory of th Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership structure". Journal of Financia Economics. vol 3, 1976.

O'Sullivan, M. "Governance by Exit : An Analysis of the Market for Corporate Control". in Keasey et al. eds, 1997.

Roe, M.J. "Path Dependence, Political Option and Governance Systems". in Hopt and Wymersch eds, 1977.

Shleifer, A & L. Summers."The Noise Trader Approach to Finance". Journal of Economic Perspectives. vol.4, no. 2, 1990.