creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000239552

2010년 2월

석사학위논문

株式會社의 理事의 義務와 責任에 관한 研究

조선대학교 대학원

법학과

김 규 종

株式會社의 理事의 義務와 責任에 관한 研究

A Study on the Obligation and Responsibility of Directors in Corporation

2010년 2월 25일

조선대학교 대학원

법학과

김 규 종

株式會社의 理事의 義務와 責任에 관한 研究

지도교수 김 영 곤

이 논문을 법학과 석사학위신청 논문으로 제출함

2009년 10월

조선대학교 대학원

법학과

김 규 종

판정지 삽입

목 차

ABSTRACT

제1장 序 論 1

Ⅰ. 硏究의 目的 1

Ⅱ. 硏究의 範圍 및 方法 3

제2장 理事에 관한 一般論 5

Ⅰ. 이사의 선임과 종임 5
1. 이사의 선임 5
2. 이사의 종임 10

Ⅱ. 이사의 수 및 임기 16
1. 이사의 수 16
2. 임기 16

Ⅲ. 보수 17

제3장 理事의 義務 19

Ⅰ. 一般的 義務 19
1. 선량한 관리자의 주의의무 20
2. 충실의무 20

Ⅱ. 理事와 會社間의 利益衝突 防止義務 ····· 21
1. 경업금지의무 ····· 21
2. 비밀유지의무 ····· 24
3. 감시의무 ····· 25
4. 자기거래금지의무 ····· 26

제4장 理事의 責任 ····· 32

Ⅰ. 회사에 대한 책임 ····· 32
1. 손해배상책임 ····· 32
2. 자본충실책임 ····· 34
3. 책임의 추궁 ····· 35

Ⅱ. 제3자에 대한 책임 ····· 35
1. 의의 ····· 35
2. 책임의 성질 ····· 36
3. 제3자의 범위 ····· 37
4. 책임의 주체 ····· 38

제5장 理事의 責任 緩和論 ····· 40

Ⅰ. 미국의 이사의 책임규정 ····· 40

Ⅱ. 일본의 이사의 책임규정 ····· 41

제6장 結 論 ····· 43

參 考 文 獻 ····· 44

ABSTRACT

A Study on the Obligation and Responsibility of Directors in Corporation

by Kim, Kyu-Jong
Advisor : Prof. Kim, Young-Gon Ph. D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

Even though the Commercial Code has intensified the responsibility and duty of director in order to ensure the administrative transparency, it is quite noticeable that the function of the commitee is relatively failing under the condition that the commitee remains valuable and the position of director is getting more specialized and exclusive in reality. Therefore, if we impose burdensome liability on the director with the conspicuous damage caused, there must be a repugnance between the reality and the Code. Accordingly, in this thesis, we will search for the commercial provisions regarding the director's duty and responsibility based on the content mentioned above. In addition, commenting on the probable schemes to alleviate the responsibility falls on the director, we will try to present ways to form the basis to put them to practical use to help the company stay competitive.

The duty of director legislated by the Commercial Code stipulates the responsibility to replenish the capital of company associated with the fund and duty to compensate what they did the damage to the company related to the job and the third person.

Company is able to guarantee director's accomplishment in a way that they no longer appoint him/her another session or dismiss him/her right away if there was an inflicted loss on the company or the third person caused by director's unfit performance.

However, it is still hard to fully assure director's sincere business control with these kinds of instrumentalities. Hence, apart from the issued as to misstep brought about by breaking laws, it is conceivable to impose monetary charge to maintain the rationality and transparency of the company.

Consequently, to attain our purpose on this research,

In the very first chapter, we generalize the purpose and scope of this study as an introduction.

In the second chapter, account for the usual matters such as nomination, dismissal, recompense as a general considerations.

In the third chapter, look into the ordained duty of the director by the Code.

In the fourth chapter, inquire into the legislated responsibility of the director by the Code

In the fifth chapter, explain on pacificating methods for the cases which the company's independent business withers due to the overwhelming regulations and restraints on the work of director.

In the sixth chapter, sum up as a conclusion.

We, in general, choose to consult foreign documents and contrast/compare them to our own(Korean) codes to reach our conclusion.

제1장 序 論

Ⅰ. 硏究의 目的

주식회사는 일반적으로 대자본을 구성하여 운영되는 회사의 형태로서 소유와 경영을 분리하도록 하는 것이 원칙으로 되어 있다. 주식회사의 기관은 일반적으로 의사결정기관, 업무집행기관, 감독기관으로 구분된다. 다수의 주주들로 구성되는 주식회사의 경우에 사원인 주주가 분산되어 있기 때문에 이들이 회사의 경영에 참여하는 것은 사실상 불가능하므로 회사의 경영은 전문적인 경영기관이 담당하게 된다. 이로써 주식회사의 경우 사원자격과 기관자격의 분리 즉 주식회사의 소유와 경영의 분리에 의하여 제3자기관의 도입을 중요한 원칙으로 하고 있다.

주식회사는 위와 같은 소유와 경영의 분리원칙에 의하여 경영은 소유와 구분하여 이사회의 권한으로 정하고 있다. 더 나아가 작금의 회사법개정추이를 보면 주주총회의 형해화현상으로 인하여 이사회의 권한이 더욱 확대되어 가는 경향이다. 따라서 이사의 영업활동이 더욱 적극적이고 책임성있게 행해져야 하는 것은 두말할 필요도 없다. 그러나 상장법인과 같은 경우에는 주식의 분산과 현실적인 감독기능의 약화로 인하여 지배주주의 영향력하에서 이사의 합리적인 경영자세보다는 지배주주의 지시에 따르는 경우에는 전횡이 심각하게 예상된다. 또한 경영이 전문화되고 기능주의적 경향을 띠면서 이사회의 기능마저 저하되는 경향[1]에 의하여 대표이사의 업무집행영역의 확대가 현실화되었고 대표이사를 중심으로 한 상근의 업무담당이사들 위주로 회사의 경영이 이루어지고 있는 것이 현실이다[2].

---

1) 이병태, “주식회사이사의 지위와 회사에 대한 책임”, 법학박사학위논문, 동국대학교대학원, 1984, 11-12면.

따라서 상법상 이사회의 결의에 의하여 업무에 관한 의사를 결정하도록 하고 있는 규정은 법형식에 불과하고 사실상 이사회의 기능이 다시 분화되는 현상이 야기된 것이다. 즉 이사는 이사회에 출석하여 경영에 대한 의사결정 기능만을 담당하고 업무의 집행은 대표이사가 담당하도록 되어 있음에도 불구하고 현실적으로는 이사가 직접 특정영역을 맡아 경영에 관련된 업무를 담당하게 됨으로서 이사회가 업무집행과 감독 및 평가를 동시에 담당하는 모순을 가지게 되는 것이다[3]. 또한 1998년 개정상법은 이사와 회사간의 신뢰관계를 인정하여 이사가 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 회사의 이익을 해하여서는 아니된다는 충실의무를 법정하였다(상 제382조의 3조).

그러나 우리 상법이 경영의 투명성확보를 위하여 이사의 의무와 책임을 강화하였지만 오늘날 대부분 회사의 업무가 일반적으로 대표이사를 중심으로 이루어지고 있는 현실에서 이사회의 기능을 인정하는 것은 법형식에 불과하고 사실상 전문화 또는 기능화 되는 현상을 고려해 볼 때 상대적으로 이사회의 기능이 무기력화 하고 있다는 점은 간과할 수 없는 현실이다[4]. 이처럼 이사의 직무집행이 법형식에 의미를 가지게 되는 상황하에서 이사에게 엄중한 책임을 묻는다면 현실과 법규정상의 괴리현상이 발생하는 모순에 봉착하게 된다.

따라서 본 연구에서는 이사회의 기능문제는 별문제로 하고 위와 같은 내용을 기초로 하여 이사의 의무와 책임에 대한 상법상의 규정을 살펴보고, 필요한 경우에 책임을 완화시키는 방안에 대하여 설명함으로써 기업의 경쟁력제고를

---

2) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2009, 523면.
강효석 · 권석균 · 이원흠 · 조장연, 「기업구조조정론 : 가치창조경영의 전략방안」, 홍문사, 1998, 199면.

3) 최완진, “기업활동의 원활화를 위한 상법상의 문제점과 개선방안”, 「외법논집」, 제7집, 한국외국어대학교외국학종합연구센터법학연구소 (1999. 12), 193-194면.

4) 崔完鎭, “企業活動의 圓滑化를 위한 商法上의 問題點과 改善方案”,「외법논집」, 제7집, 한국외국어대학교 법학연구소편, 1999. 12, 193-194면에 의하면 “이사는 이사회에 참석하여 경영의사결정만을 수행하고, 실행은 대표이사가 하도록 되어 있음에도 현실적으로는 이사가 직접 특정부문을 맡아 경영에 관련된 업무를 담당하고 있다. 이처럼 직접 경영에 참가하는 집행임원이 이사회를 구성하게 됨으로써 이사회가 업무집행과 감시 및 평가를 동시에 담당하는 모순이 발생한다”고 지적하고 있다.

위한 하나의 수단으로 활용될 수 있는 기반을 구축하는데 목적을 둔다.

Ⅱ. 硏究의 範圍 및 方法

상법상의 이사의 책임은 자본과 관련한 자본충실책임과 직무와 관련한 회사와 제3자에 대한 손해배상책임을 규정하고 있다.

이사가 자기의 업무를 적절하게 수행하지 못함으로 인하여 회사나 제3자에게 손해를 끼친 경우에는 당해 이사를 재신임하지 않거나 그 지위에서 해임하는 방법에 의하여 책임을 물음으로써 업무수행을 간접적으로 담보하는 효과가 충분히 있다고 생각한다[5]. 그러나 이러한 조치만에 의하여 이사의 성실한 업무집행을 기대하는 것은 어렵기 때문에 법령이나 정관의 위반에 의한 업무집행을 잘못한 경우에는 별론으로 하고 회사의 경영의 합리화와 투명성을 확보하기 위한 이사의 책임을 묻기 위해서는 재산적 책임도 예견해 볼 수 있다.

따라서 본 연구의 목적을 달성하기 위하여

제1장에서는 서론으로서 이사의 책임에 관한 문제점에 대하여 설명하고 연구의 범위 및 방법에 대하여 설명한다

제2장에서는 이사에 관한 일반론으로서 d;l사의 선임과 종임은 어떻게 이루어지는 지에 대하여 설명하고, 이사의 수와 임기, 보수에 대하여 설명한다.

제3장에서는 이사의 의무가 무엇인지에 대하여 설명하고

제4장에서는 이사의 책임에 관한 상법의 규정을 설명하고

재5장에서는 이사의 책임에 관하여 미국의 주법과 일본의 경우에 어떻게 규정하고 있는지를 살펴보고

제6장에서는 결론으로서 경영판단의 원칙의 도입을 건의하는 입법론의 제시로 결론을 맺고자 한다.

---

5) 이철송, 앞의 책, 608면.

위와 같은 결과를 도출하기 위하여 이사의 의무와 책임에 대하여 외국문헌을 참고하고 우리 법제와 비교검토하는 법해석학적인 방법을 택하였다.

제2장　理事에 관한 一般論

이사는 주식회사의 수임인으로서의 지위에서 업무집행을 위한 의사결정기관인 이사회의 구성원이다. 이사는 현행 상법상 사내이사와 사외이사로 구분되는데 사내이사는 주식회사의 업무집행과 관련한 법률행위 기타 사무의 처리 즉 회사의 업무를 집행하는 법정의 권한과 의무를 부담하는 주식회사의 필요적 상설기관이고, 사외이사[6]는 사내이사의 업무를 감독하기 위하여 선임된다. 사외이사에 대하여는 상법에서는 선택적으로 인정하고 있지만 상장호시에 적용되는 특례규정에 의하면 필수적으로 선임되어야 하는 지위이다. 이에 관한 일반적인 내용 즉 선임이나 해임, 자격에 관하여 간단하게 설명하고자 한다.

Ⅰ. 이사의 선임과 종임

1. 이사의 선임

1) 이사의 자격

6) 사외이사의 효용론에 대하여는 경영자실권론을 주장하는 사외이사무용론과 효용적 감시론을 주장하는 사외이사옹호론으로 견해가 나누인다. 무용론의 근거는 1)사외이사들을 선출하는 것은 실질적으로 사장이므로 사외이사들이 자신의 선임권을 가진 경영자를 상대로 감시한다는 것은 비현실적이다 2)사외이사는 보통 회사의 업무에 관해전문성이 없는데다가 이사회에서 사장이 제시하는 안건과 그가 예정하는 결론에 부합하는 설명외에는 정보를 갖지 못하므로 사장이 제시하는 결론에 추종하는 것이 통례이고 3)사외이사들은 대개 다른 직업에 종사하고 있고 회사에서는 거마비 정도의 소액의 보수를 받을 뿐이므로 적극적으로 경영자를 감시할 동기가 박약하다는 것이다. 그러나 옹호론의 근거는 1)사외이사들은 이사라는 직업시장에서의 자기의 상품가치를 높이기 위해 현재의 회사에서의 감시기능을 충실히 수행할 동기가 있고 2)사외이사들에 대한 보상으로서 회사의 주식을 교부한다면 이들은 자신의 자산가치를 증식시키려는 개인적인 동기에서 감시기능을 충실히 할 것이며 3)사외이사는 보통 회사와 이해관계가 있는 은행이나 다른 기업의 임원들이 겸하고 있으므로 이들은 자기가 속한 기업의 이익을 위해서라도 경영자에 대한 감시기능을 충실히 수행한다는 것이다. 그러나 우리나라에서의 사외이사제도는 현재까지도 매우 부정적인 시각이 많다(이철송, 앞의 책, 527-528면).

이사의 자격에 대하여 상법은 감사의 지위를 겸할 수 없다는 규정이 있을 뿐 다른 어떠한 규정도 두고 있지 않다(상 제411조). 따라서 주주가 아닌 자도 이사가 둘 수 있다. 그러나 정관으로 이사가 가질 주식(자격주)의 수를 정한 경우에 다른 규정이 없을 때에는 이사는 그 수의 주권을 감사에게 공탁하여야 한다(제387조)고 하고 있다. 이는 자격요건의 유지를 위하여 규정을 두고 잇는 것이다. 이와 같이 정관의 규정에 의하여 제한하는 것은 사회질서에 반하지 않는 한 가능하다고 본다[7].

또한 자연인만이 이사가 될 수 있는가 아니면 법인도 이사가 될 수 있는가에 대해서는 독일 주식법은 행위능력이 인정되는 자연인에 한한다는 규정이 있으나(독일주식법 제76조 3항) 우리 상법은 이에 대하여 규정이 없다. 따라서 이사는 실제 회사의 업무집행을 담당하여야 하고, 또한 자연인이어야 하는 대표이사의 자격을 가져야 하기 때문에 자연인만이 이사의 자격을 가질 수 있는 것으로 본다는 입장이 있다[8]. 그러나 상법상의 제한이 없기 때문에 법인도 가능하다는 입장도 있다[9]. 그러나 이사의 직무는 자연인의 이사와 능력을 요하는 일이 대분이기 때문에 원칙적으로 자연인만이 될 수 있다고 본다. 그러나 업무담당이사가 아닌 경우에는 자격을 가질 수 있다고 본다.

또한 사외이사는 전문적인 판단을 요하거나 각종의 법률행위뿐만이 아니라 제3자에 대하여 책임을 지는 주체가 되므로 행위무능력자는 이사가 될 수없다고 본다.[10]

상법은 2009년 1월 개정에서 사외이사의 자격에 관하여 규정하고 있다. 이 규정은 이러한 규정에 해당하는 자는 사외이사에 취임할 수 없다는 규정하고 있을 뿐만 아니라 재임중에도 이 규정에 해당하는 경우에는 자격을 상실하는 것으로 규정하고 있다. 즉 상법 제382조 제3항에서 사외이사는 해당회사의 常務에 종사하지 아니하는 이사로서 다음의 어느 하나에 해당하지 않은 자를

---

7) 이철송, 앞의 책, 525면.

8) 권기범, 「현대회사법론」, 삼지원, 2005, 635면
정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2009, 823면.
이철송, 앞의 책, 526면.

9) 정동윤, 「회사법」, 법문사, 2001, 387면.
강위두, 「회사법」, 형설출판사, 2002, 478면.

10) 이철송, 앞의 책, 526-527면.

말하며, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직을 상실한다고 규정하고 있다.

①회사의 상무에 종사하는 이사 및 피용자 또는 최근 2년이내에 회사의 상무에 종사한 이사 · 감사 및 피용자 ②최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존 · 비속 ③최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사 · 감사 및 피용자 ④이사 · 감사의 배우자 및 직계 존 · 비속 ⑤회사의 모회사 또는 자회사의 이사 · 감사 및 피용자 ⑥회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사 · 감사 및 피용자 ⑦회사의 이사 및 피용자가 이사로 있는 다른 회사의 이사 · 감사 및 피용자이다.

그러나 상장회사의 사외이사의 자격요건에 대하여 상법 제542조의 8조 제2항에서 일반 상법상의 사외이사의 요건보다 더 강화하여 규정하고 있다. 즉 상장회사의 사외이사는 상법 제382조 제3항의 각 호뿐만 아니라 다음 각 호의 어느 하나에도 해당하지 않아야 하며, 해당하는 경우에는 그 직을 상실한다. ①미성년자, 금치산자 또는 한정치산자 ②파산선고를 받은 자로서 복권되지 아니한 자 ③금고이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 2년이 지나지 아니한 자 ④대통령령으로 별도로 정하는 법률에 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 아니한 자 ⑤상장회사의 주주로서 의결권없는 주식을 제외한 발행주식총수를 기준으로 본인 및 그와 대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 특수관계인이라 한다)가 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 그 본인(이하 최대주주라 한다) 및 그의 특수관계인 ⑥누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10이상의 주식을 소유하거나 이사 · 감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주(이하 주요주주라 한다) 및 그의 배우자와 직계 존 · 비속 ⑦그 밖에 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 상장회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령으로 정하는 자로 규정하고 있다.

2) 이사의 선임기관 및 방법

이사는 회사설립시에는 발기인이 선임하거나 창립총회에서 선임하고(상법 제296조, 제312조), 회사의 설립 후의 이사의 선임은 주주총회의 보통결의에 의하여 이루어진다(상법 제382조 제1항)[11]. 이사의 선임에 있어서 주주총회의 결의요건을 완화하거나 강화할 수 있는가에 대하여는 1995년개정전에는 할 수 없다고 해석되었으나 개정후에는 이에 대한 해석을 할 수 있는 규정이 삭제됨으로서 해석상 의문점이 있으나 현재도 결의요건을 완화뿐만 아니라 가중할 수 없다고 보는 입장이 있지만[12], 완화는 할 수 없지만 강화하는 것은 정관의 정함에 의하여 가능하다고 본다[13]. 그러나 주주총회는 의사결정기관이므로 총회의 결의가 곧 피선자에 대한 청약이 되는 것은 아니며 이 결의에 따라서 회사의 대표의 청약과 피선자의 동의가 있음으로서 임용계약이 체결되었다고 본다[14]. 그러나 이사의 선임을 이사회 기타 제3자에게 위임하거나 이사선임결의의 효력을 제3자의 동의가 있어야 효력이 발생하는 것으로 할 수 없고 이에 위반하는 정관의 규정이나 주주총회의 결의는 무효이다[15].

이사의 선임이 끝나면 이사의 성명과 주민등록번호를 2주 내에 등기하여야 하며, 이후 변경사항이 있으면 변경등기를 하여야 한다(상법 제317조 2항, 3

---

11) 대법원판례 2003. 9. 26. 2002다64681에 의하면 상법상 이사와 감사는 주주총회의 선임결의를 거쳐 임명하고 그 등기를 하여야 하며, 이사와 감사의 법정권한은 위와 같이 적법하게 선임된 이사와 감사만이 행사할 수 있을 뿐이고 그러한 선임절차를 거치지 아니한 채 다만 회사로부터 이사라는 직함을 형식적 명목적으로 부여받은 것에 불과한 자는 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수 없다고 판시하여 적법한 절차를 거쳐서 선출된 자만이 상법상의 이사로 인정된다.

12) 이철송, 앞의 책, 529-530면.
강위두, 앞의 책, 481면.

13) 최기원, 「상법학신론(상)」, 박영사, 2009, 855면.
이에 관한 사례로 중외제약주식회사의 정관 제30조 제2항은 3년미만재직자를 이사로 선임할 때에는 특별결의에 의한다고 규정하고 있다.

14) 정찬형, 앞의 책, 819-820면.
이철송, 앞의 책, 530면.
대법원판례 1995. 2. 28. 94다31440에 의하면 "감사의 선임에 관한 주주총회의 결의는 피선임자를 회사의 기관인 감사로 한다는 취지의 회사내부의 결정에 불과한 것이므로 주주총회에서 감사선임결의가 있었다고 하여 바로 피선임자가 감사의 지위를 취득하는 것은 아니고, 주주총회의 선임결의 따라 회사의 대표기관이 임용계약의 청약을 하고 피선임자가 이에 승낙을 함으로써 비로소 피선임자가 감사의 지위에 취임하여 감사로서의 직무를 수행 -------"라고 판결하여 피선임자의 승낙이 반드시 있어야 한다고 하고 있다.
또한 대법원판례 2005. 11. 8. 2005마541에 의하면 감사선임에 있어서 피선임자의 승낙이 있었으나 임용에 관하여 적절치 못한 조건을 붙여 청약이 무효로 인정되었다.

15) 강위두, 앞의 책, 481면.

항). 이사선임의 효력은 주주총회의 선임결의에 의해서 발생하고 등기유무와는 무관하다. 그러나 법인등기부에 이사로 등재되어있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사로 추정된다고 본다[16].

또한 우리 상법은 집중투표제(Cumulative Voting)의 방법에 의하여 이사의 선임을 할 수 있도록 하고 있다. 집중투표제란 이사회를 구성하는 이사를 선임하는데 있어서 소수파주주들의 이익을 도모하기 위하여 1998년 개정상법에서 도입한 제도인데 이는 미국[17]과 일본[18]에서 시행하고 있는 제도이다.

이 제도는 회사 모든 계층의 주주대표가 직접 회사의 경영에 참여할 수 있어서 민주적이며, 대주주들의 주주권의 전회에 대한 견제기능과 다수파에 의하여 선임된 이사의 업무집행을 감독할 수 있다는 장점이 있지만, 이사회내부에 당파적 대립이 유발될 가능성이 있고 각 파의 이견조율이나 타협에 있어서 기동성과 효율성이 떨어질 수 있다는 단점이 있다[19].

이와 같은 집중투표제를 회사가 시행하기 위해서는 2인이상의 이사를 선임하여야 하고, 집중투표제를 시행하지 않기 위해서는 정관의 규정에 의하여 배제하는 규정을 둠으로서 가능하도록 규정하고 있다(상법 제382조의2조 제1항)[20].

이 제도의 시행을 위한 청구는 정관의 규정이 배제하지 않고 2인이상의 이사를 선임하는 경우에 의결권있는 발행주식총수의 100분의 3이상에 해당하

---

16) 대법원판례 1991. 12. 27. 91다4409 에 의하면 법인등기부에 이사로 등재되어 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 정당한 절차에 의하여 선임된 적법한 이사로 추정된다고 판결하고 있다

17) RMBCA §§7.28, 8.04 ; Cal. §§805, 2201 ; Arizona Constitution Art. 14 § 10.

18) 일본상법 제256조의3조

19) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 859-860면.
최기원, 「신회사법론」, 박영사, 2009, 570면.
이철송, 앞의 책, 531면참조.
정찬형, 앞의 책, 820면.

20) 한국상장회사협의회의 통계에 의하면 2009년 3월말 현재 710개의 조사대상 상장기업 중 92.4%에 해당하는 656개의 회사가 정관에 의하여 집중투표를 배제하고 있는 것으로 나타나 아직 까지는 우리나라의 기업현실에서는 지배주주나 현 경영자의 입장에서 집중투표제를 가급적 회피하는 현상이 뚜렷한 것으로 나타났다(한국상장회사협의회(www.klca.or.kr)/자료실/통계자료/2009유가증권시장주권상장법인정관기재유형조사).

는 주주 즉 소수주주권으로 회사에 대하여 청구할 수 있다(상법 제382조의2조 제1항). 이 소수주주권의 행사는 청구시부터 선임결의가 있을 때까지 지주요건을 갖추고 있어야 한다[21]. 그러나 2009년 1월 개정상법에 의하면 상장회사의 경우에는 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사의 의결권없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 1이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 상법 제382조의2조의 규정에 따라 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구할 수 있도록 하고 있다(상법 제542조의7조 제2항).

집중투표의 청구는 회일의 7일전까지 서면으로 하여야 하지만(상법 제382조의2조 제2항), 2009년 1월 개정상법에 의하면 상장회사에 대하여 상법 제382조의2조 제2항의 규정에 따라 집중투표의 방법으로 이사를 선임할 것을 청구하는 경우 주주총회일 6주전까지 서면 또는 전자문서로 회사에 청구하여야 한다고 규정하고 있다(상법 제542조의7조 제1항). 이처럼 주주가 집중투표를 청구하는 경우에는 선임투표를 할 때까지 철회할 수 있다고 보며, 집중투표를 청구한 주주전원이 특별한 사유 없이 총회에 출석하지 않은 때에는 그 청구를 철회한 것으로 볼 수 있다[22].

2. 이사의 종임

1) 일반적 종임사유

이사는 위임의 일반적 종료원인에 의하여 종임한다(민법 제690조). 따라서 당사자의 계약해지나 회사의 해산, 파산 또는 이사의 사망[23], 파산, 금치산선고에 의하여 종임한다. 또한 일반적 종료원인으로 임기만료와 정관에 정한 퇴임사유가 발생하는 것이 가장 일반적인 이사의 종임사유이다. 이사의 임기

---

21) 그러나 청구후 선임결의가 있기전에 신주발행에 의하여 지주비율이 100분의 3에 미달하는 경우에는 청구시의 지주요건을 갖추고 있는 한 집중투표청구의 효력에 영향을 미치지 아니한다(최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 860면).

22) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 571-572면

23) 대법원판례 1963. 9. 5. 63다233에 의하면 이사의 사망의 경우에는 민법 제692조(위임의 종료는 상대방에 통지하여야 상대방에 대하여 대항력이 발생함)에 의한 통지를 하지 아니하더라도 대항력이 발생한다고 하고 있다.

를 정한 경우에는 그 임기가 만료하면 종임된다. 다만, 임기가 만료되더라도 이사의 법정인 원수를 채우지 못하는 경우에는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 임기만료된 이사가 이사로서의 권리의무를 가진다(상법 제386조 제1항).

2) 사임

이사는 위임에 관한 규정이 준용되므로 수임인과 마찬가지로 언제든지 사임할 수 있다(상법 제382조제2항, 민법 제689조 제1항). 이사의 사임은 단독행위로서 이사의 회사에 대한 일방적 의사표시에 의하여 효력이 발생하며, 이는 회사의 승낙을 요하지 않으며 변경등기를 하지 않더라도 자격을 상실한다고 본다[24]. 또한 이사의 사임은 사임의 의사표시가 대표이사에게 도달되어야 효력이 발생하고 이는 철회할 수 없다[25].

3) 주주총회의 해임결의

주주총회는 사유와 관계없이 언제든지 특별결의로써 이사를 해임할 수 있다(상법 제385조 제1항)[26]. 이사의 해임은 반드시 주주총회에서만이 할 수 있으나 상술한 바와 같이 중대한 사유가 없더라도 이사를 해임할 수 있도록 하는 이유는 주주총회의 이사에 대한 견제기능으로 볼 수 있으며 불신임결의로 이해할 수 있다[27]. 하지만 해임결의가 권리의 남용으로 행해진 경우에는

24) 서울고법 1980.5.23. 79나2290에 의하면 주식회사의 이사나 대표이사직의 사임은 단독행위로서 회사에 대한 일방적 의사표시에 의하여 곧바로 그 효력이 발생하고 회사(주주총회나 이사회)의 승낙을 요하지 아니하며 그 사임에 따른 변경등기가 없더라도 즉시 그 자격을 상실한다.

25) 대법원판례 1998. 5. 23. 79나2290에 의하면 주식회사와 이사의 관계는 위임에 관한 규정이 준용되므로 이사는 언제든지 사임할 수 있고 사임의 이사표시가 대표이사에 도달하면 그 효과가 발생하나 대표이사에게 사표의 처리를 일임한 경우에는 사임의사표시의 효력발생여부를 대표이사의 의사에 따르도록 항 것이므로 대표이사가 사표를 수리함으로써 사임의 효과가 생긴다고 하고 있다.

26) 독일에서는 중대한 사유가 있는 경우에만 해임할 수 있도록 규정하고 있다(독일 주식법 제84조 제3항)

27) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 580면.

이를 무효로 보는 입장[28]과 결의자체를 유효로 하고 손해배상으로 해결하여야 한다는 입장이 있다[29]. 그러나 권리남용에 의하여 결의가 있었다 하더라도 주주총회의 특별결의에 의한 경우에는 해임결의는 유효하다 할 것이다. 그러나 '정당한 이유 없이' 임기만료 전에 이사를 해임한 경우에는 해임된 이사는 회사에 대해서 해임으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다[30].

그리고 회사가 손해배상을 하지 않아도 되는 이사해임의 '정당한 사유'로는 그 해임이 합리적이고 상당하다고 인정되는 '이사의 불법행위, 법령 및 정관에 위반한 중대한 사실' 뿐만 아니라 이사의 현저한 직무능력결여, 임무해태, 장기간의 질병 등도 포함된다고 해석한다.[31]

4) 소수주주의 해임청구

이사가 부정행위를 하거나 법령 또는 정관에 위반한 중대한 사실이 있어서 그 이사의 해임을 위한 주주총회가 개최되더라도 그 이사가 지배주주나 대주

---

28) 최기원, 앞의 책, 「신회사법론」, 581면.

29) 이철송, 앞의 책, 536면
정찬형, 앞의 책, 829면.

30) 서울고법판결 1978.7.6. 77나2669에 의하면 이사가 임기만료 전 해임됨으로 인하여 입은 손해는 해임되지 아니하였더라면 재임기간 동안 받을 수 있는 상법 제388조 소정의 보수라고 할 것이고, ····· 라고 하여 보수범위로 손해배상을 하도록 하고 있다.
또한 서울고법판결 1990.7.6. 89나46297에 의하면 이사가 주주총회의 결의로 임기만료 전에 해임된 경우 그로 인하여 입게 되는 손해는 이사로서 잔여임기 동안 재직하여 얻을 수 있는 상법 제388조 소정의 보수상당액인 정기적 급여와 상여금 및 퇴직금이이 할 것이고, 이사해임에 관한 상법 제385조 제1항의 규정은 주주총회에 대하여 사유여하를 막론하고 이사를 해임할 수 있는 권한을 부여하는 것으로써 그에 따른 주주총회의 이사해임은 불법행위를 구성하지 아니하는 것이므로 임기만료 전에 해임된 이사가 그로인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 위자료는 청구할 수 없으며, 여기에는 일반채무불이행이나 불법행위책임에서와 같은 과실상계의 법리가 적용되지 아니한다고 하고 있다.

31) 최기원 「상법학신론(상)」, 869면.
대법원판결 1993.4.9. 92다53853에 의하면 회사의 이사가 회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 하여 오다가 영업활동을 개시하기 전에 다른 회사의 이사 및 대표이사직을 사임하였다고 하더라도 이는 상법 제397조 제1항 소정의 경업금지의무를 위반한 행위로서 특별한 다른 사정이 없는 한 이사의 해임에 관한 상법 제385조 제2항 소정의 '법령에 위반한 중대한 사실'이 있는 경우에 해당한다고 판시하고 있다.
대법원판결 21. 6.15. 2001다23928참조.
대법원판결 2004. 10. 15. 2004다25611참조.

주의 보호를 받는 경우에는 주주총회의 특별결의로써 그 이사를 해임시킨다는 것은 현실적으로 불가능 하다. 따라서 우리 상법은 소수주주에게 이러한 폐해를 시정할 수 있도록 소수주주권으로 이사해임을 청구할 수 있도록 인정하고 있다.

즉, 이사가 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 해임을 부결한 때에는 발행주식총수 100분의 3 이상을 가진 주주는 총회결의가 있은 날로부터 1개월 내에 법원에 해임을 청구할 수 있다(상법 제385조 제2항). 이는 형성의 소이다.

이사해임의 청구는 정당한 사유가 있음에도 불구하고 주주총회에서 부결되면 이사의 직을 상실하지 않는다. 이 부결의 의미는 결의가 성립하지 않은 경우에는 이사의 직을 유지하지만 총회의 성립요건이 충족되지 않아 총회가 이루어지지 못한 경우에는 상법 제385조 제2항이 유추적용되는 것으로 본다[32]. 소수주주권에 의한 이사의 해임청구는 회사가 스스로 소집하여 해임결의를 하였으나 부결된 경우에도 다시 청구할 수 있다[33].

2009년 1월 개정상법에 의하면 상장회사의 경우는 6개월전부터 계속하여 10,000분의 50이상에 해당하는 주식을 보유한 주주가 소수주주권으로 이사의 해임을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(상법 제542조의6조 제3항).

5) 이사결원의 경우의 조치

(1)임시이사의 선임

임기의 만료 또는 사임으로 인하여 이사가 퇴임함으로써 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무를 갖지만, 기

---

32) 이러한 이유는 이사해임에 반대하는 다수파 주주가 의제의 표결에 출석하지 아니하여 소수주주의 청구를 무력화시킬 수 있기 때문이다.
그러나 일본에서는 이러한 경우에 부결되어야 한다는 견해(西原寬一, 「取締役の責任」, 愛知院法學, 第10卷 1號 (1967), 32면)가 있으나 하급심판례가 총회가 유회된 경우에는 부결이라고 할 수없다고 판시한 판례가 있다(日東京地判, 1960. 3. 18 下民 第11卷 3號, 555).

33) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 584-585면.

타의 사유로 퇴임하거나 계속하여 이사의 직무를 수행하기에 부적당한 경우에는 임시이사제도를 이용하게 된다.

법률 또는 정관에 정한 이사의 수를 결한 경우 필요하다고 인정할 때[34]에 법원은 이사, 감사 또는 이해관계인의 청구에 의하여 일시적으로 인사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있고, 이 경우에는 본점의 소재지(1995년 개정상법에서 '지점의 소재지에서의 등기'요건은 삭제)에서 그 등기를 하여야 한다(제386조 제2항). 이것을 임시이사 또는 假理事라 하며, 그 권한은 가처분에 의한 직무대행자와는 달리 본래의 이사와 동일하다.

다음으로 임시이사로 선임될 수 있는 자는 선임신청인이 신청한 자에 한정되는지에 대해서는 법원이 신청한 자에 한하지 않고 제3자를 선임하더라도 효력이 있는 것으로 본다[35].

⑵ 직무대행자의 선임

이사의 선임결의의 무효나 취소 또는 이사해임의 소가 제기되어도 이유가 없는 경우가 있기 때문에 소의 제기에 의하여 당연히 직무집행정지의 효력이 생기지는 않는다. 그러나 소의 제기가 있음에도 불구하고 그대로 이사의 직

---

34) 법원이 임시이사를 선임하기 위한 요건인 '필요한 때'의 의미와 그 판단기준에 대한 판례는 다음과 같다(대법원판례 2000.11.17. 2000마5632 에 의하면 상법 제386조는 이사의 퇴임으로 말미암아 법률 또는 정관에 정한 원수를 결한 경우에 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사로 하여금 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무를 행하도록 하는 한편 필요하다고 인정할 때에는 법원은 이사, 감사, 기타의 이해관계인의 청구에 의하여 일시이사의 직무를 행할 자를 선임할 수 있도록 규정하고, 같은 법제389조에 의하여 이를 대표이사의 경우에 준용하고 있는바, 여기에서 필요한 때라 함은 이사의 사망으로 결원이 생기거나 종전의 이사가 해임된 경우, 이사가 중병으로 사임하거나 장기간 부재중인 경우 등과 같이 퇴임이사로 하여금 이사로서의 권리의무를 가지게 하는 것이 불가능하거나 부적당한 경우를 의미한다고 할 것이나, 구체적으로 어떠한 경우가 이에 해당할 것인지에 관하여는 일시이사 및 직무대행자제도의 취지와 관련하여 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

35) 대법원판례 1985.5.28. 85그50에 의하면 상법 제386조 제2항의 규정에 의하여 이사 등 직무대행자를 선임한 결정에 대하여는 · ···· 직무대행자선임신청인이 추천한 사람이 선임되지 아니하고 다른 사람이 선임되었다 하여 선임신청을 불허한 결정이라고 볼 수는 없으니 선임신청을 불허한 결정임을 전제로 불복할 수는 없다고 하여 제3자를 선임하다라도 유효하다고 판시하고 있다.

또한 대법원판례 1981.9.8. 80다2511에 의하면 주식회사의 이사 및 대표이사 전원이 결원인 경우에 법원이 선임하는 일시이사 및 일시대표이사의 자격으로 아무런 제한이 없으므로 동 회사와 무슨 이해관계가 있는 자만이 일시이사, 등으로 선임될 자격이 있는 것은 아니다고 판시하고 있다.

무를 행하게 하는 것이 부적당한 경우가 적지 않다. 더욱이 선임결의가 무효로 되거나 취소의 판결이 확정된다면 소급하여 이사가 아닌 것으로 되기 때문에 그가 직무를 행한 경우에는 불합리한 결과가 발생한다.

이에 대해서 상법은 이사선임결의의 취소나 무효 · 부존재 또는 이사해임의 소가 제기된 경우에 당해 이사가 직무를 집행하는 것이 타당하지 못한 때에는 소의 결과가 확정될 때까지 법원은 당사자의 신청에 의하여 가처분으로 이사의 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임할 수 있도록 규정하고 있다(상법 제407조 제1항)[36]. 이 가처분은 본안 소송에서 가처분신청자가 승소하여 그 판결이 확정되면 그 목적을 달성한 것이 되어 효력을 상실한다[37].

또한 직무대행자는 이사의 직무를 잠정적으로 대행하는 자이기 때문에 그 권한은 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 회사의 상무(常務)에 한정되고, 상무에 속하지 아니하는 행위를 하기 위해서는 법원의 허가를 받아야 한다(상법 제408조 제1항). 여기서 회사의 상무란 일반적으로 회사영업의 통상적인 업무범위 내의 업무, 즉 회사의 경영에 중대한 영향을 미치지 않는 보통의 업무라고 본다.[38]

누구를 직무대행자로 할 것인가는 법원의 재량에 속하지만 대표이사의 자격을 가지는 이사에 준하므로 이사의 자격을 겸유한다고 본다. 그러나 직무집행이 정지된 종전의 이사는 직무대행자로서의 자격을 가지지 못한다[39].

그리고 대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임의 가처분이 이루어진 이후 대표이사가 해임되고 새로운 대표이사가 선임된 경우 새로이 선임된 대표이사가 대표이사로서의 권한을 가지는지의 여부에 대해서는 권한이 없는 것으로 본다[40].

---

36) 대법원판례 1991.3.5. 90마818에 의하면 회사주식의 60%를 소유하고 있는 주주의 의사에 의하여 대표이사 등 임원이 선임된 경우 선임절차상의 잘못이 있다고 하더라도 그 직무집행을 정지시키고 그 대행자를 선임하여야 할 필요성이 있다고는 인정되지 않는다고 하여 절차상의 하자가 있다고 하여 어떠한 경우에나 직무정지결정이 있는 것은 아니다.

37) 대법원판례 1989. 9. 12. 다카17877.

38) 최기원, 앞의 책「상법학신론(상)」, 875-876면판례참조.

39) 대법원판결 1990.10.31. 90그44에 의하면 법원이 상법 제407조 제1항의 규정에 의하여 가처분으로써 이사 등의 직무집행을 정지하고 그 대행자를 선임할 경우에 가처분에 의하여 직무집행이 정지된 종전의 이사 등을 직무대행자로 선임할 수는 없다.

40) 대법원판례 1992.5.12. 92다5638에 의하면 대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임의

법원에 의하여 선임된 직무대행자는 회사에 대하여 위임관계에 있는 것으로 볼 수 없고 공직관계로 보지만[41] 이사의 회사에 대한 책임과 제3자에 관한 규정은 직무대행자에게도 적용되는 것으로 볼 수 있다[42].

Ⅱ. 이사의 수 및 임기

1. 이사의 수

이사는 3인 이상이어야 함이 원칙이다(상법 제383조 제1항). 이처럼 이사의 수에 대하여 상법은 최소한에 대하여 규정하고 있기 때문에 정관의 규정에 의하여 최대한을 정하는 것은 가능하다. 위에서 설명한 바와 같이 이사의 수를 3인이상으로 정한 것은 이사회를 구성하는 최소한의 수로 이해하고 있으며 이사회의 결의시 가부동수를 피하기 위하여 3인의 이사를 두도록 한 것으로 보인다[43]. 다만, 자본총액이 5억원 미만인 회사(이를 소규모 회사로 정의하고 있다. 그러나 2009년 5월개정상법에서는 소규모회사의 자본금을 10억으로 상향하여 규정하였으며, 이는 2010년 5월29일부터 시행예정으로 하고 있다)는 1인 또는 2인의 이사를 둘 수 있다(상법 제383조 제1항단서). 1998년 개정상법은 법규정의 비현실성을 개선하여 소규모 회사를 인정하고 이에 한하여 이사의 수를 1인 또는 2인으로 할 수 있도록 자율화한 것이다. 이사의 수를 자율화함으로써 이사가 1인인 회사에는 이사회가 존재할 수 없으므로 주주총회 또는 1인 이사가 이사회의 기능을 대신하게 된다(제383조 제4항 및 제6항 참조).

가처분이 이루어진 이상, 그 후 대표이사가 해임되고 새로운 대표이사가 선임되었다 하더라도 가처분결정이 취소되지 아니하는 한 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하는 반면 새로이 선임된 대표이사는 그 선임결의의 적법여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다고 판시하고 있다.

41) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 588-589면.

42) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 591면.
손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2004, 766-767면.

43) 이철송, 앞의 책, 533면.

2. 임기

이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다(상법 제383조 제2항). 그러나 정관으로 그 임기 중 최종의결산기에 관한 정기주주총회의 종결에 이르기까지 연장할 수 있다(상법 제383조 제3항). 상법에서 정한 임기 중에 결산기가 도래하는 경우에 그 결산기에 관한 정기주주총회의 종결시까지 이사의 임기를 정관에 의하여 연장할 수 있도록 한 것은 이사의 교체로 인한 결산의 번잡과 불편을 제거하기 위한 것이다.

이사의 임기의 기산점에 대해서는 이사의 보궐선임의 경우에는 선임 즉시 임기가 시작되어 전임자의 잔여기간까지를 임기로 인정하는 예가 많지만[44] 일반적으로 이사의 임기는 대외적으로 제3자와의 이해관계 때문에 명확하게 획일적으로 정해져야 할 필요가 있다. 따라서 선임결의시에 임기개시일을 정한 경우에는 그 날부터임기가 시작되고, 개시일을 정하지 않은 경우에는 선임결의가 있는 날부터 임기가 개시된다고 보는 입장이 있지만[45], 임용계약의 효력이 발생되는 시점으로 보는 입장도 있다[46]. 또한 취임한 때로부터 시작된다는 입장도 있다[47]. 그러나 선임결의시에 임기가 시작되는 것은 본인의 승낙절차없이 임기가 시작된다는 모순이 있고, 본인이 승낙하였지만 취임하기 전에는 임기가 시작되지 않은 경우에는 제3자와의 법률관계에 있어서 선의의 피해자가 나타날 수 있기 때문에 피선임자가 승낙하면 임기가 시작된다고 본다.

Ⅲ. 보수

---

44) 삼성전자주식회사 정관 제26조 제2호 외 다수의 회사정관 참조(이철송, 앞의 책, 534면).

45) 이철송, 앞의 책, 534면.
鈴木竹雄 · 竹內昭夫, 「會社法」, 1987, 247면.

46) 정찬형, 앞의 책, 826면.

47) 최기원, 앞의 책 「회사법신론(상)」, 865면.

이사의 보수란, 명칭과 형식에 관계없이 이사의 직무집행의 대가로 지급되는 금전이나 현물급여를 모두 포함하는 것을 말한다[48]. 상여금이 보수에 포함될 것인가에 대하여는 보수에 포함된다는 설이 있으나[49] 상여금은 이익이 있는 경우에만 지급되는 것으로 이익유무와 관계없이 지급되는 보수의 개념과는 차이가 있다고 본다[50].

이사의 보수에 대한 결정은 정관에 정함을 두고 있는 경우에는 정관의 규정에 따르고, 정관에 정함이 없는 경우에는 주주총회에서 정한다(상법 제388조). 이 경우 이사의 보수는 이사의 선임결의와 동시에 정하여야 할 것이다. 이사의 선임시에 보수에 대하여 약정하지 않았다 하더라도 이사로 선임된 사실만으로 명시 또는 묵시의 보수지급에 관한 특약이 있는 것으로 볼 수 있다[51]. 그러나 정관의 규정이 없이 주주총회에서 이사의 보수를 정하는 경우에는 주주총회의 결의가 없으면 보수를 지급할 수 없다[52]. 따라서 사후에라도 주주총회의 결의를 받아야 보수를 지급할 수 있다고 본다[53].

이사의 보수에 대하여 정관이나 주주총회의 결의로 정하는 경우에 모든 이사의 보수를 각각 정할 필요는 없고 이사 전원에 대한 보수의 총액 또는 최고액을 정하고, 개인별 지급금액은 이사회의 결정에 위임할 수 있다고 본다[54]. 그렇다면, 보수액의 결정 및 지급을 이사회 또는 대표이사에게 포괄적으로 위임하는 주주총회의 결의는 무효라고 할 것이다[55].

---

48) 대법원판례 1999.2.24. 97다38930 에 의하면 상법 제388조, 제415조에 의하면, 주식회사의 이사와 감사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다고 되어 있고, 이사 또는 감사에 대한 퇴직위로금은 그 직에서 퇴임한 자에 대하여 그 재직 중 직무집행의 대가로써 지급되는 보수의 일종으로서 상법 제388조에 규정된 보수에 포함된다.

49) 정동윤, 앞의 책, 393면.

50) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 597면.

51) 대법원판결 1964.3.31. 63다715에 의하면 정관이나 주주총회의 결의 또는 주무부장관의 승인에 의한 보수액의 결정이 없었다고 하더라도 주주총회의 결의에 의하여 상무이사로 선임되고 그 임무를 수행한 자에 대하여는 보수금지급의 특약이 전혀 없었다고 단정할 수 없고 명시적이든 묵시적이든 그 특약이 있었다고 본다고 판시하고 있다.

52) 대법원판례 1992. 12. 22. 92다28228.

53) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 598면.

54) 손주찬, 앞의 책, 803면.
정동윤, 앞의 책, 393면.

55) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 600면.

제3장 理事의 義務

주식회사의 이사는 회사로부터 법률행위 기타 사무를 위임받은 수임인으로서의 지위에서 업무를 집행하는 법정의 권한을 가진 주식회사의 업무집행기관을 말한다. 그러나 실질적으로는 대표이사에 의하여 회사의 대표권이 행사되고 있기 때문에 대표이사만이 회사의 활동과 관련하여 기관의 자격을 가지게 된다[56]. 따라서 이사의 지위는 대표이사의 전제조건으로서의 자격을 의미하는 것이라고 할 수 있다.

주식회사의 특성이 소유와 경영의 분리이므로 출자자인 회사의 주주는 회사의 경영에는 참여하지 않고 전문경영자로 인정되는 이사에게 경영을 위임하는 것이다. 따라서 이사가 회사의 경영을 전담하게 되어 이사가 지위를 남용하거나 해태하여 발생하는 회사의 손해는 모두 주주가 부담하게 되는 것이다. 따라서 이사가 소신있는 경영을 할 수 있도록 여건을 만들어 주는 것도 중요하지만 일정한 경우에 의무를 부담함으로서 책임있는 경영을 하도록 하기 위하여 우리 상법은 이사의 의무에 관하여 규정하고 있다. 즉 상법이 정하는 이사의 의무는 위임관계에 의한 선량한 관리자의 주의의무와 충실의무를 규정하고 있고, 회사와의 이익충돌을 방지하기 위한 경업피지의무, 자기거래의 제한, 영업비밀준수의무, 감사에 대한 보고의무 등에 대하여 규정하고 있다.

이하에서는 이에 관하여 설명하고자 한다.

Ⅰ. 一般的 義務

대법원판례 1979.11.27. 79다1599 에 의하면 회사의 정관에 이사의 보수 및 퇴직금은 주주총회의 결의에 의하여 정하게 되어 있는 경우, 동 회사의 대표이사가 이사인 원고에 대한 보수 및 퇴직금에 관하여 한 약정은 그 대표이사가 동 회사의 전 주식 3,000주 중 2,000주를 가지고 있더라도, 주주총회의 결의가 없는 이상, 동 회사에 대하여 효력이 있다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

56) 김영선, “이사의 책임에 대한 보상제도와 보험에 관한 연구”, 서울대학교대학원, 법학박사학위논문, 26면.

1. 선량한 관리자의 주의의무

회사와 이사의 관계는 위임관계이므로 이사는 회사에 대하여 선관주의의무를 부담한다(상법 제382조 제2항). 따라서 이사는 이사회의 구성원으로서 대표이사의 경우에는 대표이사로서의 직무를 행함에 있어서 당연히 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다(민법 제681조). 여기에서의 주의의무는 위임관계에서 수임인에게 부과된 기본적인 의무를 말하며, 특정 지위에 있는 자에게 보편적으로 요구되는 일반적이고 타당한 주의의무를 말한다[57].

이사가 위와 같은 선관의무를 위반한 경우에는 회사에 대해 손해배상책임을 지게 되며, 악의 또는 중과실이 있는 경우에는 제3자에 대해서도 손해배상 책임을 진다.

2. 충실의무

1998년 12월 개정상법에서는 이사가 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다(상법 제382조의3조)는 이사의 충실의무규정을 신설하였다. 이사는 회사와의 위임관계에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 지우고 있어(상법 제382조 제2항, 민법 제681조), 이 충실의무도 선량한 관리자의 주의의무에 포함된다는 해석이 있어 왔으나 1998년 개정상법에서 별도의 규정으로 충실의무를 부여함으로써 이사의 의무를 더욱 가중시키는 의미를 가지게 되었다.

그러나 이 충실의무에 대한 의미에 대하여 선관의무와 의 관계에서 의미가 같다고 보는 입장과 다르다고 보는 입장으로 나누이는데 분설하면 다음과 같다. 동질설의 입장은 이사가 부담하는 일반적 의무는 위임관계에서 비롯된 선관의무뿐이므로 충실의무는 선관의무와 동질의 의무이고 선관의무를 구체적이고 주의적으로 규정한 것에 불과하다고 보는 입장이다. 즉 위임관계에서 부담하는 선관의무도 주의의무뿐만 아니라 위임자의 이익을 위하여 행동할

57) 임재연, 「미국회사법」, 박영사, 1995, 304면.

것을 요구하고 있다는 점에서 선관의무의 규정과 다른 효과를 인정할 필요가 없다는 것이다[58]. 일본에서도 판례에서 이 충실의무는 선관주의의무를 부연하고 보다 더 명확하게 한 것에 불과하며 통상의 선관주의의무와 별개의 고도의 의무를 규정하고 있는 것은 아니라고 하였다[59]. 그러나 이질설의 입장은 선관의무는 이사가 직무를 수행함에 있어서 준수해야 할 일반적 주의의무를 의미하고, 충실의무는 이사가 그 지위를 이용하여 회사의 고려하지 않고 자기 또는 제3자의 이익만을 추구하여서는 아니된다는 의무를 의미한다고 하는 입장이다[60]. 이 의무는 이사회의 권한 강화에 따른 입법조치로서 미국법의 제도를 도입한 것이다[61].

이 의미를 요약하면 선량한 관리자의 주의의무는 이사가 기관으로서의 직무를 수행하는데 기울여야 할 정도의 일반적인 주의의 정도를 의미하는 것이고, 충실의무는 이사의 개인적 생활관계에서 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익보다는 회사의 이익을 우선시하여 야 할 의무를 의미한다고 볼 때 두 의무는 차이점이 있다고 볼 수 있다. 그러나 선량한 관리자의 주의의무의 의미속에 회사의 이익을 위하여 직무를 수행해야할 의무를 포함한 것으로 본다면 주의적 또는 구체적의무로 파악하는 것이 타당하다고 본다[62].

Ⅱ. 理事와 會社間의 利益衝突 防止義務

1. 경업금지의무

58) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 934면.
손주찬, 앞의 책, 795면.

59) 日最判, 1970. 6. 24. 民集 24卷 6號 625.

60) 정동윤, 「상법(상)」, 법문사, 2001, 578면.

61) 권기범, 앞의 책, 650-651면.

62) 대법원판결 1985.11.12. 84다카2490에 의하면 이사가 제3자에 대하여 연체하여 손해배상책임을 지는 고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서 위법한 사정이 있어야 하고 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수는 없다고 하여 충실의무와 선관의무를 동일시 하고 있다.

1) 의의

이사는 이사회의 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하거나, 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다(상법 제397조 제1항). 경업금지의 취지는 이사가 회사의 거래처, 영업비밀과 같은 회사의 기밀을 이용하여 회사의 이익을 희생시키면서 이사 자신의 이익을 꾀하는 것을 방지하기 위하여 인정된 의무이다. 이 의무는 대표이사이거나 아니거나 관계없이 또한 업무를 담당하든지 아니하든지 묻지 않는다. 또한 임기가 만료되거나 사임한 후 이사의 원리의무가 계속되는 자에 대해서도 적용된다[63].

2) 의무의 내용

(1) 회사의 영업부류에 속한 거래

회사와 이사 간에 이익충돌이 발생할 수 있는 거래로서 단순히 정관의 사업목적에 해당하는 것만을 의미하지는 않는다. 반면에 영리성이 없는 거래는 이익충돌의 우려가 없으므로 금지되지 아니한다. 예를 들면, 매매업을 하는 회사의 이사가 자신의 주거용으로 주택을 구입하는 경우에는 이익충돌이 되지 않기 때문에 이 의무에 위반되지 않은 것으로 본다.

(2) 겸직

회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다. 이 경우에는 다른 회사라 함은 반드시 현재 영업 중인 회사만을 의미하지는 않고 영업준비작업을 하고 있는 회사도 포함된다[64].

---

63) 대법원판례 1993. 4. 9. 92다53583에 의하면 회사의 승인이 없이 동회사와 동종영업을 목적으로 하는 회사를 설립하고 그 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비작업을 하고 있다면 영업활동을 개시하기 전에 그 회사의 이사 및 대표이사직을 사임하였다하더라도 이는 상법 제397조 제1항 소정의 경업금지의무를 위반한 행위에 속한다고 판시하고 있다.

64) 대법원판례 1993.4.9. 9다53583에 의하면 이사의 경업금지의무를 규정한 상법 제 397조 제1항의 규정취지는 이사가 그 지위를 이용하여 자신의 개인적 이익을 추구함으로써 회사의 이익을

(3) 이사회의 승인

회사와 이익충돌이 발생하는 거래를 하거나 동종영업에 속하는 다른 회사의 이사로 취입하기 위해서는 이사회(소규모주식회사의 경우 이사가 1인 또는 2인 경우에는 주주총회)의 승인을 얻어야만 한다. 승인을 얻고자 하는 이사는 그 이사회에 그 거래에 관한 중요한 사항을 개시하여야하고, 동종영업을 하는 다른 회사에 겸직을 하고자 할 때에는 그 회사에 광ㄴ한 중요한 사항을 개시하여야 한다. 또한 경업적 거래가 계속 이루어질 경우에는 포괄적 승인도 가능하다고 본다[65]. 이 경우 경업이나 겸직을 하고자 하는 이사는 특별이해관계자로서 이사회에서 의결권을 행사하지 못한다(상법 제368조 제4항).

(4)의무 위반의 효과

경업금지의무에 위반하여 이루어진 거래도 거래 자체는 유효하다. 따라서 회사는 그 이사가 자기의 거래로 계산한 때에는 회사의 계산으로 할 수 있고 제3자의 계산으로 한 때에는 그 이사에 대하여 그 행위로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다(상법 제397조 제2항). 이를 개입권이라 한다. 이 개입권은 이사가 회사의 영업부류에 속한 거래를 한 경우에 회사는 이사회의 결의로 이사의 거래가 자기계산으로 한 경우에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고, 제3자의 계산으로 한 것인 경우에는 그 이사에 대하여 이득의 양도를 청구 할 수 있다. 이사가 경업금지의무를 위반하여 회사가 손해를 입은 경우에는 회사가 배상청구를 할 수 있지만 손해액의 입증이 곤란하기 때문에 회사의 이익을 충분히 보호할 수 없다는 고려에서 인정된 권리이다.

침해할 우려가 큰 경업을 금지하여 이사로 하여금 선량한 관리자의 주의로써 회사를 유효적절하게 운영하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 다하도록 하려는 데 있으므로, 경업의 대상이 되는 회사가 영업을 개시하지 못한채 공장의 부지를 매수하는 등 엽업의 준비작업을 추진하고 있는 단계에 있다 하여 위 규정에서 말하는 '동종영업을 목적으로 하는 다른 회사'가 아니라고 볼 수는 없다고 판시하고 있다.

65) 최기원, 앞의 책 「신회사법론」, 602면.

이것은 이사에 대한 회사의 일방적 의사표시로서 효과가 발생하는 형성권이다.

이사회의 결의에 따라 대표이사가 경업거래를 한 이사에게 통지의 방법으로 개입권을 행사한다. 이렇게 회사가 개입권을 행사하면 그 효과는 화사와 이사간에만 미칠 뿐이며, 이사와 제3자 간의 법률관계를 변화시키거나 회사가 제3자에 대해 거래당사자가 되는 것은 아니다. 따라서 이에 대한 행사의 효과는 채권적이다. 그리고 이사는 경업거래의 이득을 회사에 귀속시켜야 하므로 경업거래로부터 취득한 권리를 이정하고 금전이나 기타 물건을 인도하여야 한다. 이 개입권은 거래가 있는 날로부터 1년내에 한하여 이사회의 결의로써 하여야 하며(상법 제397조 제3항) 행사의 효과는 채권적이다.

하지만 회사에 손해가 발생한 경우에는 당연히 이사는 회사에 대해서 손해를 배상하여야 하고(상법 제399조 제1항), 이사회의 승인 없는 경업 또는 겸직은 법령에 위반한 중대한 사실이므로 이사의 해임사유가 된다(상법 제385조)[66].

2. 비밀유지의무

우리 상법은 사외이사제도를 도입함에 따라 2001년 7월 개정상법에서는, 이사는 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다는 이사의 비밀유지의무에 관한 규정(상법 제382조의4조)을 신설하였다.

회사의 영업상 비밀이란, '부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률' 제2조 제2호에 따르면, 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법 · 판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다. 즉 기업조

66) 대법원판결 1993.4.9. 92다53583에 의하면 회사의 이사가 회사와 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사를 설립하고 다른 회사의 이사 겸 대표이사가 되어 영업준비 작업을 하여 오다가 영업활동을 개시하기 전에 다른 회사의 이사 및 대표이사직을 사임하였다고 하더라도 이는 상법 제397조 제1항 소정의 영업금지의무를 위반한 행위로서 특별한 다른 사정이 없는 한 이사의 해임에 관한 상법 제385조 제2항 소정의 '법령에 반한 중대한 사실'이 있는 경우에 해당한다고 판시하고 있다.

직 또는 사업에 관한 공지되지 아니한 정보로서 당해 기업이 배타적으로 관리할 수 있고 그 기업 또는 제3자가 경제적 가치를 가지고 이용할 수 있는 것이라고 정의할 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 기업비밀은 기업의 경쟁력을 강화하는 가장 중요한 경제적 자원이라고 할 수 있으며[67] 이는 배타적 권리로 이해할 수 있다[68]. 따라서 이미 공개된 것을 포함하여 법에서 공시하도록 한 사항들은 영업상 비밀이 아니라고 보아야 한다. 이로 미루어 보면, 이사의 영업상 비밀에 접근가능성을 높기 때문에 이사에게 비밀유지의무를 이정하는 것은 당연한 것이라고 할 수 있다.

2001년 개정상법에서는 "영업상 비밀을 누설하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있는데, 법문을 문언대로만 본다면 기업비밀을 지킬 의무를 규정한 것으로 볼 수 있겠지만, 소극적으로 기업비밀을 지킬 것을 의무로 규정한 것이라면 적극적으로 회사의 영업상 비밀을 이사가 개인적 이익을 위해서 이용하지 않을 것도 비밀유지의무에 포함된다고 보는 것이 타당하다.

이 의무의 법제는 퇴임후에도 영업비밀에 대하여 의무를 지우고 잇는 점에서 의미가 있다.

3. 감시의무

이사의 선관의무에 따른 구체적 의무의 하나로서 이사들은 상호간에 업무집행을 감시할 의무를 부담한다. 이 의무는 실정법상의 의무는 아니나 이사회는 회사의 업무집행에 대한 의사결정기구로서 이사의 업무집행에 대한 감독권을 가지고 있다.

대표이사는 전체 이사의 업무집행을 감시 또는 감독할 의무가 있으며, 공동대표이사의 경우에도 각대표이사가 감독권을 가진다. 대표권없는 업무담당이사의 감시의무도 업무담당이사나 대표이사와 마찬가지로 감시의무를 부담한다.

---

67) Russel B. Stevenson, Jr., *Corporations & Information*, The Johns Hopkins Univ. Press, 1980, p.5참조.

68) William E. Knepper, *Libility of Corporate Officers and Directors*, 3rd ed.,The Allen Smith Co.,1978, p.56.

그런데 평이사 및 사외이사의 경우에도 대표이사나 업무담당이사와 같이 감시의무를 부여하여야 하는가에 대해서는 수동적 감시의무를 진다는 데에는 이론은 없다. 하지만 이사회의 의안이 아닌 사항에 대해서도 일반적 감시의무를 부담하느냐에 대해서는 이를 부정하는 견해와 긍정하는 견해의 대립이 있었는데 현재의 통설과 판례는 평이사나 사외이사도 이사회의 구성원이라는 점을 근거로 하여 또는 이사의 일반적인 선관의무를 근거로 하여 일반적 또는 수동적인 감시의무를 인정하는 입장이다[69].

4. 자기거래금지의무

이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래(이시가 회사의 재산을 양수하거나 회사에게 자기의 재산을 양도하는 경우)를 할 때에는 이사회의 승인을 받아야한다(상법 제제398조 전단). 이것은 회사의 이익을 희생시킬 우려, 즉 이사와 회사 간의 이해충돌우려 때문이다. 이사가 회사를 대표하는 경우에는 이사회의 승인이 있으면 쌍방대로도 허용된다.

이처럼 상법에서 이사의 자기거래를 금지하고 있는 이유는 직접 이사가 거래상대방으로서 또는 상대방의 대리인이나 대표자로서 회사와 거래를 하는 경우에 자신의 지위와 영업상의 비밀을 이용하여 회사의 이익을 희생시키고 자기 또는 제3자의 이익을 추구하는 것을 방지하기 위하여 미국의 선관의무와 충실의무를 구체화한 것이다[70].

1) 제한되는 거래

---

69) 이철송, 앞의 책, 603면.
대법원판례 1985.6.25. 84다카1954에 의하면 주식회사의 업무집행을 담당하지 아니한 평이사는 이사회의 일원으로서 이사회를 통하여 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 업무집행을 감시하는 것이 통상적이긴 하나 평이사의 임무는 단지 이사회에 상정된 의안에 대하여 찬부의 의사표시를 하는 데에 그치지 않으며 대표이사를 비롯한 업무담당이사의 전반적인 업무집행을 감시할 수 있는 것이므로, 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다고 판시하고 있다.

70) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 943면.

(1)모든 재산적 거래

이사의 자기거래금지의무에서 제한되는 거래는 원칙적으로 회사와 이사의 이해관계가 충돌하여 회사의 이익을 해할 염려가 있는 모든 재산적 거래이다. 여기에는 회사와 이사 간의 직접거래뿐만 아니라 간접거래도 포함된다[71].

또한 2개 회사의 대표이사를 겸임하고 있는 이사에 의한 거래의 경우, 예를 들어 갑이 A회사와 B회사의 대표이사를 겸하고 있는 경우에 갑이 A와 B 간의 매매계약을 체결하면 A와 B 쌍방에 대해서 자기거래가 성립한다고 본다[72].

(2)어음행위

이사의 자기거래가 어음행위인 경우에 제398조가 적용되느냐에 대해서는 이익충돌의 우려가 있는 한 어음거래도 포함된다는 견해[73]와, 어음행위는 거래이행의 결제수단으로서 이익충돌을 발생시키는 것은 아니므로 제398조가 적용되지 않는다는 견해[74]로 나누어져 있다. 이 어음거래도 포함된다는 견해가 다수설이며 타당하다고 생각한다. 그 이유는 어음채무는 항변의 절단, 입

---

71) 대법원판례 1984.12.11. 84다카 1591에 의하면 상법 제 398조에서 말하는 거래에는 이사와 회사 사이에 직접 성립하는 이해상반하는 행위뿐만 아니라 이사가 회사를 대표하여 자기를 위하여 자기 개인채무의 채권자인 제3자와의 사이에 자기 개인채무의 연대보증을 하는 것과 같은 이사 개인에게 이익이 되고 회사에 불이익을 주는 행위도 포함하는 것이라 할 것이므로 별개 두 회사의 대표이사를 겸하고 있는 자가 어느 일방회사의 채무에 관하여 나머지 회사를 대표하여 연대보증을 한 경우에도 역시 상법 제398조의 규정이 적용되는 것으로 보아야 한다.

72) 대법원판결 1996.5.28. 95다12101,12118에 의하면 갑, 을 두 회사의 대표이사를 겸하고 있던 자에 의하여 갑회사와 을회사 사이에 토지 및 건물에 대한 매매계약이 체결되고 을회사 명의로 소유권이전등기가 경료된 경우, 그 매매계약은 이른바 '이사의 자기거래'에 해당하고, 달리 특별한 사정이 없는 한 이는 갑회사와 그 이사와의 사이에 이해충돌의 염려 내지 갑회ㅏ사에 불이익을 생기게 할 염려가 있는 거래에 해당하는데, 그 거래에 대하여 갑회사 이사회의 승인 없었으므로 그 매매계약의 효력은 을회사에 대한 관계에 있어서 무효라고 판시하였다.

73) 손주찬, 앞의 책, 799면.
정찬형, 앞의 책, 879면.
최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 945면.

74) 서돈각 · 서정항, 「개정상법요론」, 법문사, 2000, 223면.

증책임의 전환, 부도시 은행거래정지처분 등 원인관계의 채무보다 이해충돌의 여지가 많기 때문이다[75]. 이에 대한 판례의 입장도이사와 회사 간의 어음행위에 이사회의 승인을 요한다는 취지로 판시하고 있다[76].

(3) 1인회사

1인주식회사의 이사 겸 주주인 자가 회사와 거래를 하는 경우에는 이사회의 승인을 요하는가에 대해서는, 긍정하는 견해[77](채권자고려설)와 부정하는 견해[78]로 나누어져 있다. 부정설은 1인주주의 이익과 회사의 이익은 일치되므로 이사회의 승인을 요하지 않는다고 보는데 판례도 이 입장을 취하고 잇다[79]. 그러나 현대 주식회사의 이해관계인은 넓게 채권자보호까지 하여야 한다는 점에서 볼 때 승인을 받아야 한다고 본다.

2) 제한되지 않는 거래

이사와 회사 간에 이해충돌이나 회사에 불이익이 생길 염려가 없는 경우의 행위에 대해서는 이사회의 승인이 없어도 할 수 있다고 본다. 예를 들면 회사가 이사로부터 부담 없는 증여를 받는 경우, 채무이행행위, 상계, 보통거래

---

75) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 945면

76) 대법원판결 1994.10.11. 94다24626에 의하면 회사의 대표이사가 한 이사회의 승인이 없는 자기거래행위는 회사와 이사 간에는 무효이지만 제3자에 대하여는 그 거래의 무효임을 주장하는 회사가 제3자의 악의를 입증하여야 할 것인바, 대표이사에 의한 각 수표에의 배서에 대한 이사회의 승인이 없었음을 거래상대방이 알았다고 인정할 아무런 증거가 없다고 하여 이 점에 관한 회사의 항변을 배척한 원심판결은 정당하다고 하여 긍정론의 입장에서 판시하고 있다..

77) 손주찬, 앞의 책, 430면.

78) 정동윤, 앞의 책, 17면.

79) 대법원판례 1992.3.31. 91다16310 에 의하면 상법 제398조는 회사와 주주의 이익을 보호하기 위한 규정이므로 1인회사가 아닌 경우에도 이사회의 승인을 요하는 채무부담행위에 대하여 사전에 주주전원의 동의가 있었다면 회사는 이사회의 승인이 없음을 이유로 책임을 회피할 수 없다 -------이른바 1인회사에 있어서 1인주주의 의사는 바로 주주총회나 이사회의 의사와 같은 것이어서 가사 주주총회나 이사회의 결의나 그에 의한 임원변경등기가 불법하게 되었다 하더라도 그것이 1인주주의 의사에 합치되는 이상 이를 가리켜 의사록을 위조하거나 부실의 등기를 한 것이라고는 볼 수 없다고 하여 회사와 주주의 이익보호를 위한 규정이므로 1인회사의 경우에도 1인주주의 승인이 있으면 이사회의 승인이 없어도 효력에 문제가 없다고 판시하고 있다..

약관에 의한 행위, 이사의 회사에 대한 무이자 · 무담보의 대여행위 등은 허용된다. 또한 이사의 지위를 떠난 사람과의 거래는 이사회의 승인을 요하지 않는다[80].

3)이사회의 승인

이사가 위의 제한되는 거래를 하기 위해서는 이사회의 승인을 얻어야만 한다. 그러나 정관에 주주총회의 승인을 받아야 하는 규정을 둔 경우와 소규모 회사로서 이사가 1인 또는 2인 경우에는 주주총회의 승인을 받아야 한다(상법 제383조 제4항, 제398조). 이 경우 거래당사자인 이사는 특별이해관계자로서 의결권을 행사하지 못한다(상법 제391조 제2항, 제368조 제4항). 만일 이사의 자기거래에 대해서 이사회의 승인이 없지만 총주주의 동의가 있는 경우에 회사는 이사회의 승인이 없다는 이유로 거래에 대한 책임을 회피할 수 있는가? 학설은 총주주의 동의에 의해서도 이사회의 승인을 갈음할 수 없다고 하지만, 판례는 총주주의 동의가 있으면 이사회의 승인이 없더라도 이사의 자기거래는 유효하다고 한다[81].

자기거래의 승인을 신청한 이사는 이사회의 승인을 받기 전에 그 거래에 관한 중요한 사항을 이사회에 개시하여야 하며, 이사의 자기거래에 대한 이사회의 승인은 사전에 이루어져야 하며, 또한 개개의 거래에 대해서 이루어져야 하고 포괄적인 승인은 허용되지 않는다고 본다[82]. 사후추인도 인정되지 않는다고 본다[83].

---

80) 대법원판례 1988.9.13. 88다카9098에 의하면 상법 제398조의 취지는 이사가 회사의 이익을 희생으로 하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 염려가 있기 때문에 이를 방지하여 회사의 이익을 보호하려는 데 목적이 있는 것이므로 여기에서 이사라 함은 거래당시의 이사와 이에 준하는 자(이사직무대행자, 정산인 등)에 한정할 것이고 거래당시 이사의 직위를 떠난 사람은 여기에 포함되지 않는다 할 것이며, 이사가 회사에 투자를 하였다가 위 투자금을 반환하는 거래의 경우에도 마찬가지다고 판시하고 있다.

81) 대법원판례 1996.5.28. 95다12101,12118
대법원판례 1994.10.11. 94다24626
대법원판례 1992.3.31. 91다16310

82) 최기원, 앞의 책 「상법학신론」, 947면.

83) 정동윤, 앞의 책, 442면.

이사회의 승인이 있으면 자기거래를 한 이사는 회사에 대해서 어떠한 책임을 부담하는가에 대하여 자기거래를 한 이사가 비록 이사회의 승인을 얻었다고 하더라도 그 자기거래로 인하여 회사에 손해가 발생한 경우에는 그 이사는 회사에 대해서 손해배상책임을 부담하며, 이사회의 승인결의에 찬성한 이사도 연대하여 책임을 부담한다[84].

4) 이사회의 승인을 받지 않은 거래의 효력

이사회의 승인을 받지 않고 자기거래를 한 이사의 행위는 법령을 위반한 것이므로 그 이사는 회사에 대해서 손해배상의 책임을 부담한다. 그런데 이사회의 승인을 받지 않은 이사의 자기거래의 효력에 대해서는 견해가 나누인다. 먼저 무효설의 입장은 자기거래의 제한은 회사의 이익을 보호하기 위하여 이사회의 결의를 받도록 정하고 잇기 때문에 이사회의 승인을 효력요건으로 보는 입장이다. 그러나 이 견해에 따르더라도 절대적 무효의 입장을 주장하는 견해[85]와, 상대적 무효를 주장하는 견해가 있다[86]. 무효설을 주장하는 근거는 상법 제398조는 회사의 이익보호를 위한 강행규정이며, 이사의 자기거래로 인하여 생기는 회사의 불이익은 자기거래의 당사자인 이사에 대한 손해배상책임에 의하여 해결될 수 있는 문제가 아니고 유효설을 취한다면 결국 398조의 존재의미를 찾을 수 없을 뿐만 아니라 398조가 이사회의 승인을 요하는 거래는 회사의 이익을 해할 수 있는 거래에 한정되기 때문에 무효로 하여야 한다고 주장한다[87]. 반면에 상대적 무효설은 이사회의 승인을 받지 않

정찬형, 앞의 책, 880면.

84) 대법원판결 1989.1.31. 87누760에 의하면 주식회사의 대표이사가 그의 개인적인 용도에 사용할 목적으로 회사명의의 수표를 발행하거나 타인이 발행한 약속어음에 회사명의의 배서를 해 주어 회사가 그 지급책임을 부담 · 이행하여 손해를 입은 경우에는 당해주식회사는 대표이사의 위와 같은 행위가 상법 제 398조 소정의 이사와 회사 간의 이해 상반하는 거래행위에 해당한다 하여 이사회의 승인여부에 불구하고 같은 법 제399조 소정의 손해배상청구권을 행사 할 수 있음은 물론이고 대표권의 남용에 따른 불법행위를 이유로 한 손해배상청구권도 행사 할 수 있다고 판시하고 있다.

85) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 949면.

86) 이기수 · 최병규 · 조지현, 「회사법」, 박영사, 2009, 377면.
손주찬, 앞의 책, 801면.

은 이사의 자기거래는 당연히 무효가 되어야 하지만 회사는 이를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 보는 입장으로 무효를 주장하기 위해서는 제3자의 악의를 입증하여야 한다고 주장한다[88]. 다음은 유효설의 입장이 있다[89]. 유효설의 입장은 상법 제398조의 규정에 위반한 경우라 하더라도 그 행위는 유효하고 이사개인이 회사에 대하여 책임만 지면된다는 입장이다. 이 입장은 너무 거래안전에 중점을 두고 있는 경향이 있다. 이상에서 살펴본 바와 같이 여러 견해 중 상대적 무효설이 타당하다고 본다. 이는 판례의 입장이기도 하다[90].

87) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 949면

88) 이기수 · 최병규 · 조지현, 앞의 책, 376-377면

89) 日大阪高判, 1959. 9. 16判決.

90) 대법원판례 1994.10.11 94다24626에 의하면 회사의 대표이사가 한 이사회의 승인이 없는 자기거래행위는 회사와 이사 간에는 무효이지만 제3자에 대하여는 그 거래의 무효임을 주장하는 회사가 제3자의 악의를 입증하여야 한다고 판시하고 있다.

제4장 理事의 責任

상법은 이사회중심주의를 채택하고 있으므로 이사의 권한이 강화되었고, 오늘날 현실적으로는 주주가 채권자화하고, 소유와 경영이 분리되어 있다는 점에서 이사의 책임이 강조되고 있다. 원칙적으로 이사와 회사의 관계에는 민법의 위임에 관한 규정이 준용되므로 이사가 선관주의의무를 위반하면 채무불이행에 의한 책임을 지고, 이사가 불법행위를 하면 회사 또는 제3자에 대해 손해배상책임을 진다. 하지만 이것만으로는 이사의 행위로 인해 발생한 회사의 손해를 회복하는 데 불충분하다고 보아 상법은 이사에게 무거운 책임을 과하고 있다. 따라서 여기에서는 이사의 책임에 관하여 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임으로 나누어 설명한다.

Ⅰ. 회사에 대한 책임

이사는 회사에 대해서 업무집행과 관련하여 손해배상책임을 부담하고, 신주발행에 관련해서는 자본충실책임을 진다. 이하에서는 손해배상책임과 자본충실책임에 관하여 설명한다.

1. 손해배상책임

1) 의의

이사가 법령 또는 정관에 위반하는 행위를 하거나, 그 임무를 게을리 한 때에는 회사에 대하여 그 이사는 연대하여 손해를 배상하여야 한다(상법 제399조 제1항).

2) 책임의 원인

(1) 법령 또는 정관의 위반

상법 제399조 제1항에 의한 이사의 책임이 발생하기 위해서는 법령이아 정관의 위반사항이 있어야 한다. 법령 또는 정관에 위반한 사항이라 함은 개별적인 규정에 위반 경우를 의미한다[91]. 따라서 이사가 법령 또는 정관을 위반함으로써 회사에 손해를 발생시킨 경우에 대한 예를 들면 손실전보나 법정준비금의 적립을 하지 않고 이익배당안을 총회에 제출한 경우(제462조), 경업금지의무에 위반하여 거래한 경우(제397조), 이사회의 승인 없이 자기거래를 한 경우(제398조), 자기주식취득금지에 위반한 경우에(341조), 주주의 권리행사와 관련하여 재산상의 이익을 공여한 경우(제467조) 등을 말한다. 이러한 행위들이 이사회의 결의에 의한 때에는 그 결의에 찬성한 이사도 책임을 져야 하고[92], 특별히 반대의 의사표시를 하지 않은 이사도 찬성한 것으로 추정하여 책임을 져야 한다(상법 제399조 제2, 3항).

이러한 책임의 법적성질에 대하여는 무과실책임으로 보는 견해와 과실책임으로 보는 견해 그리고 절충적으로 이해하는 견해로 나누어져 있다. 먼저 무과실책임설은 이사의 법령 또는 정관의 위반으로 인한 손해배상 책임은 결과책이로써 무과실책임으로 보는 입장이다[93]. 또한 과실책임설은 우리나라의 다수설과 판례[94]의 입장으로 무과실의 입증책임은 이사가 부담한다고 보는 입장이다[95]. 이에 대해 절충설의 입장은 이사의 책임을 무과실책임이라고 하

91) 대법원판례 2007. 9. 20. 2007다25865에 의하면 상법 제399조는 법령 또는 정관에 위반한 해위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 그 회사에 대하여 손해배상책임을 지도록 규정하고 있는데 이사가 회사에 대하여 손해배상책임을 지는 사유가 되는 법령에 위반한 행위는 이사로서 임무를 수행함에 있어서 준수하여야 할 의무를 개별적으로 규정하고 있는 상법 등의 제규정과 회사가 영업활동을 함에 있어서 준수하여야 할 제규정을 위반한 경우에 해당하고----라고 판시함으로 개별적인 규정에 위반한 경우에 책임을 지는 것으로 인정하고 있다.

92) 대법원판례 1989. 10. 13. 89도1012.

93) 日最高判 2000. 10. 20, 民集 54. 8. 2619참조.

94) 서울고법판결 1980.8.18. 79나831에 의하면 대표이사가 임대수입을 목적으로 하는 부동산에 대하여 이사회결의 없이 분쟁의 상대방과 일부차임을 받지 못하게 되는 약정을 하여 법령에 위반된다고 하여도 그 목적물에 대하여 계속적인 소유권분쟁을 종식시키고, 이에 대한 회사의 권리가 확보하게 되며, 이로 인하여 얻을 이익이 차임손실보다 많다고 하면 회사에 손해가 없으므로 손해배상책임이 없다고 판시하고 있다.

면서 명백히 과실을 전제로 하는 규정의 경우에는 과실책임이라는 입장이다[96]. 과실책임의 입장이 타당하다고 본다.

(2) 임무해태

이사가 선관주의의무는 위임을 받은 수임인의 의무로서 위임계약의 불이행으로 인하여 회사가 손해를 입은 경우에 대해서는 과실책임으로 이해한다[97]. 그리고 이에 대한 입증책임은 일반원칙에 따라 이사의 책임을 주장하는 자가 부담하는 것이 다수설[98]과 판례[99]의 입장이다.

2. 자본충실책임

회사의 자본충실을 기하기 위하여 신주발행의 경우에 이사는 회사설립시 발기인의 경우처럼 자본충실책임을 부담한다. 즉, 신주발행으로 인한 변경등기 후 인수되지 아니한 주식이 있거나, 신주인수의 청약취소가 있는 경우에는 이사들이 공동으로 인수한 것으로 본다. 이 책임은 회사채권자에 대한 담보기능을 강화하기 위한 규정이므로 연대무과실책임으로 인정하고 있으며, 총주주의 동의로도 면제할 수 없다.

이 책임은 무과실책임으로서 회사채권자를 보호하기 위하여 특별히 인정한 법정책임이다. 이에 대하여는 이사의 경우에는 자본충실책임을 부담하지 않는다는 입장도 있지만, 신주발행후 변경등기가 있은 후에는 외관신뢰보호의

---

95) 정동윤, 앞의 책, 448면.
이철송, 앞의 책, 616면.

96) 서돈각 · 서정항, 앞의 책, 224면.

97) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 959면.

98) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 961면

99) 대법원판례 1996.12.23. 96다30465,30472에 의하면 단기금융업자인 증권회사가 신용대출을 함에 있어, 주식회사가 대표이사를 상대로 주식회사에 대한 임무해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 대표이사의 직무수행상의 채무를 미회수금손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 결과채무가 아니라, 회상의 이익을 위하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 가지고 필요하고 적절한 조치를 다해야 할 채무이므로, 회사에게 대출금 중 미회수금손해가 발생하였다는 결과만을 가지고 곧바로 채무불이행사실을 추정할 수는 없다고 판시하고 있다.

법리에 의한 제3자를 보호하기 위하여 자본충실책임을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

3. 책임의 추궁

이사의 책임은 회사가 추궁하여야 하자만 호사가 추궁하지 않은 경우에는 100분의 1이사의 주식을 소유한 주주의 소수주주권에 의한 대표소송에 의하여 책임을 추궁할 수 있다.

이사의 회사에 대한 손해배상책임은 의결권 없는 주식을 포함한 총주주의 동의가 있어야만 면제할 수 있다(제400조). 또한 손해배상책임은 그것이 이행되거나 일반적인 소멸원인에 의하여 책임이 소멸된다고 보며[100], 자본충실책임은 이행에 의하여 소멸된다고 본다.

이사의 책임은 정기주주총회에서 재무제표의 승인을 한 후 2년내에 다른 결의가 없으면 부정행위가 없는 한 해제된다고 한다(상법 제450조).

Ⅱ. 제3자에 대한 책임

1. 의의

주식회사의 경제활동은 필연적으로 다수의 상대방과 이해관계를 맺게 되고, 이때 주식회사의 활동은 이사의 업무집행이라는 형으로 이루어진다. 즉, 이사의 업무집행은 제3자의 이해관계에 영향을 미칠 수밖에 없다는 사정을 고려하여 제3자의 이익을 보호하고 이사의 업무집행에 신중을 기하게 하기 위해서 상법은 제401조에 이사의 책임을 인정하고 있다. 즉 상법은 이사가 r의 임무를 악의 또는 중대한 과실로 인하여 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여도 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제401조 제1항). 이

100) 대법원판례 1985.6.25. 84다카1954에 의하면 주식회사의 이사의 회사에 대한 임무해태로 인한 손해배상책임은 일반불법행위책임이 아니라 위임관계로 인한 채무불이행책임이므로 그 소멸시효기간은 일반채무의 경우와 같이 10년이라고 보아야 한다고 판시하고 있다.

처럼 우리 상법은 제3자를 보호하기 위하여 특별규정을 두어 이사의 행위가 불법행위의 요건, 즉 제3자에 대한 권리침해 또는 고의 · 과실을 갖추지 않더라도 이사가 악의 · 중과실로 임무를 해태한 경우에는 제3자에 대해서 손해배상책임을 지우고 있다. 이러한 규정을 두는 이유는 회사가 배상능력이 없는 경우에 특히 개인기업과 같은 주식회사의 채권자와 거래상대방을 보호하기 위하여 경영자의 개인재산을 회사의 책임재산으로 확대시키기 위함이라고 본다[101].

이상의 임무해태의 예를 들면[102], 주식청약서 · 사채청약서 · 재무제표 등의 허위기재, 지급가능성 없는 어음발행, 부실한 정보제공 등으로 제3자에게 손해를 입힌 경우가 여기에 해당한다고 본다.

2. 책임의 성질

이사의 제3자에 대한 책임의 법적 성질에 대해서는, 제401조의 책임은 제3자 보호를 위해 특별히 상법이 인정한 법정책임이라는 입장과 제401조의 책임은 본질적으로 일반불법행위책임과 같으나 불법행위의 요건 중에서 경과실로 인한 책임을 면제한 일반불법행위책임이라는 입장, 또한 제401조의 책임을 특수한불법행위책임으로 보는 입장으로 나누어져 있다.

먼저, 법정책임설은 상법 제401조 제1항의 손해배상책임은 채무불이행이나 불법행위가 아닌 정책적인 배려로 재3자를 보호[103]하기 위하여 상법이 규정하고 있는 법정책임이라는 입장이다. 이 입장에 의하면 이사의 임무해태에 대하여 중대한 과실이 있으면 되고 제3자에 대한 가해의 고의 또는 과실을 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 제3자의 손해는 직접손해뿐만 아니라 간접손해도 포한한다고 본다[104].

---

101) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 965면.

102) 대법원판례 1985.11.12 84다카2490에 의하면 이사가 제3자에 대하여 연체하여 손해배상책임을 지는 고의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위라 함은 이사의 직무상 충실 및 선관의무 위반의 행위로서 위법한 사정이 있어야 하고 통상의 거래행위로 인하여 부담하는 회사의 채무를 이행할 능력이 있었음에도 단순히 그 이행을 지체하고 있는 사실로 인하여 상대방에게 손해를 끼치는 사실만으로는 이를 임무를 해태한 위법한 경우라고 할 수는 없다고 판시하고 있다.

103) 대법원판례, 1998. 5. 15. 97다58538참조.

다음으로 불법행위책임설은 상법 제401조 제1항의 책임을 불법행위책임으로 보면서 불법행위책임의 요건을 악의 또는 중과실에 한정하고 경과실로 인한 책임을 면제한 일반불법행위책임의 특칙으로 보는 입장이다[105].

마지막으로 특수불법행위책임설은 상법 제401조 제1항의 책임은 제3자를 보호하기 위하여 이사의 책임에 대한 일반적인 성립요건을 필요로 하지 않고 다만 악의 또는 중대한 과실로 임무를 해태한 경우에 성립하는 책임이라고 하는 입장이다[106].

생각건대 이 이사의 책임은 이사가 직접 제3자와의 관계에서 악의 또는 중대한 과실에 의하여 책임을 지는 것이 아니므로 불법행위책임과는 성질이 다르다고 보기 때문에 제3자의 보호를 위하여 상법이 인정한 법정책임으로 보는 것이 타당하다고 본다.

3. 제3자의 범위

제401조에서 제3자라고 하면 회사와 손해배상책임을 지는 이사 이외의 자를 말한다. 이때 제3자에 주주 또는 주식인수인이 포함되느냐가 문제된다. 이사의 임무해태로 인하여 직접 손해를 입은 주주가 제3자에 포함된다는 데에는 반론이 없다. 그러나 주주가 간접적으로 손해를 입은 경우, 즉 이사의 임무해태로 인하여 회사에 손해가 발생하고 그로 인하여 주주가 손해를 입은 경우에도 주주가 제3자에 포함되느냐에 대해서는 제외시켜야 한다는 견해와 포함시켜야 한다는 견해로 나누어져 있다[107]. 그러나 판례의 입장은 이에 대하여 간접손해에 대하여 인정하지 않은 판결을 하고 있다[108]. 그러나 주주를

104) 최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 966
권기범, 앞의 책, 688면.

105) 서정갑, 「상법총람」, 홍문관, 1984, 551면.

106) 서돈각 · 서정항, 앞의 책, 225면, 172면.

107) 일반적으로 주주의 간접손해에 대해서 주주를 포함하는 것이 다수설이다(최기원, 앞의 책 「상법학신론(상)」, 970-971면.

108) 대법원판례 1993.1.26. 91다36093에 의하면 주식회사의 주주가 대표이사의 악의 또는 중대한 과실로 인한 임무해태행위로 직접 손해를 입은 경우에는 이사와 회사에 대하여 상법 제401조, 제389조 제3항, 제210조에 의하여 손해배상을 청수할 수 있으나, 대표이사가 회사재산을 횡령하여 회사재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되

제3자의 범위에서 제외하여야 한다는 입장은 주주의 간접손해에 대하여 그 구제수단으로서 대표소송제도를 들고 있으나 대표소송은 소수주주권으로 인정되고 있기 때문에 그 실효성에 문제가 있고 또 악의 또는 고의성이 있는 경우에는 담보제공을 명할 수 있도록 하고 있기 때문에 주주의 간접손해에 대해서도 직접 이사로부터 보상받는 제도를 인정할 필요가 있다고 본다. 따라서 제3자의 범위에 주주를 포함하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 제3자의 범위에 공법관계에 있는 국가나 지방자치단체는 포함되지 않는다고 본다[109].

그러나 이사의 임무해태에 관한 악의 또는 중대한 과실에 대한 입증은 제3자가 하여야 한다. 이 이사의 책임은 10년의 시효에 의하여 소멸한다고 본다[110].

4. 책임의 주체

책임을 지는 이사는 악의 또는 중대한 과실로 인하여 임무를 해태한 이사이다. 이 경우에 대표권이 있는 이사만이 아니고 대표권이 없는 이사라도 이사회의 구성원으로서의 이사의 자격을 가지고 이사회의 결의에 참여한 찬성한 법률상의 이사이면 책임을 져야 한다(상법 제401조 제2항, 제399조 제2항). 또한 이사회의 결의에 참여하여 반대의 의사표시를 하지 않은 이사는 찬성한 것으로 추정(상법 제401조 제2항, 제399조 제3항)한다고 함으로써 일단 책임을 지우는 입장으로 반대한 것에 대한 입증을 이사에게 지우고 잇다고 본다.

1998년 개정상법에 의하면 이사가 아니면서 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 등 이사의 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하

는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 아니하므로 이에 대하여는 제401조에 의한 손해배상을 청구할 수 없다고 판시하여 주주의 간접손해에 대하여 손해의 범위에서 제외하고 있다.

109) 대법원판례 1983.7.1282누537에 의하면 상법 제401조는 이사의 제3자에 대한 손해배상 책임을 규정한 것으로서 서울특별시 급수조례 제27의 규정에 의한 급수사용료의 부과처분에 대한 근거규정이 될 수 없다고 판시하고 있다.

110) 대법원판례 2007. 5. 31. 2005다56995참조.

는 자를 회사 및 제3자에 대하여 이사와 연대배상책임을 지도록 하는 사실상의 이사제도를 도입하여 경영의 투명성을 확보하였다. 이는 우리의 기업현실에서는 1인주주 또는 지배주주 등이 배후에서 회사의 경영에 영향력을 행사하면서도 법률상 아무런 책임을 지고 있지 않는 실정이므로 업무에 관여한 자도 그 이사와 연대하여 배상책임을 지도록 한 것이다.

상법에 의하면 사실상의 이사를 (i) 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 임무집행을 지시한 자 (ii) 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자 (iii) 명예회장 · 회장 · 사장 · 부사장 · 전무 · 상무 등 이사의 업무집행을 지시하거나 경영권을 사실상 행사하는 자로 정의하고 있다(상법 제401조의2조 제1항).

이러한 사실상의 이사는 제399조, 제401조 및 제403조의 적용에서 이사로 간주되어 사실상의 이사는 회사 또는 제3자에 대해 손해배상책임을 지고, 주주대표소송에 의한 책임을 부담한다. 이 때 회사에 대해서 또는 제3자에 대해서 손해배상책임을 지는 이사가 있는 경우에는 그 이사와 연대책임을 부담한다.

제5장 理事의 責任 緩和論

Ⅰ. 미국의 이사의 책임규정

1) 정관에 의한 임의적 완화

델라웨이주 회사법 제102조의 B (7)는 정관기재사항으로서 “이사로서의 선택의무 위반에 의한 이사의 회사 또는 주주에 대한 금전적 손해배상에 관한 개인적 책임을 면제 또는 제한하는 규정”을 들고 있다. 이에 의하면 회사는 정관규정에 의하여 이사의 책임을 제한 또는 면제하는 것이 가능하게 된다. 다만 이러한 규정은(1)회사 또는 그 주주에 대한 이사의 충실의무위반에 의한 책임을 면제 (2)불성실하거나 의도적 비행 또는 고의에 의한 위법행위 및 부작위에 관한 책임 (3)본법174(부당한 이익배당의 지급 또는 불법한 주식의 매수 또는 상환에 대한 이사의 책임)에 기한 책임 (4)이사가 부당한 개인적 이익을 얻은 거래에 관한 책임 등에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

2)입법에 의한 획일적 완화

인디에나주 회사법 23조 1의 35-1(e)는 이사는 이사로서의 지위에서 행동한 모든 작위 또는 부작위에 대하여 책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 즉, 정관에의 기재여부에 관계없이 입법에 의하여 이사의 책임을 면제하는 것이다. 다만 (1)이사가 본조에서 정한 의무에 위반하거나 의무를 해태한 경우(2)의무위반 또는 위무의 불이행이 의도적 비행 또는 무모한 행위인 경우는 제외하고 있다. 또한 버지니아주 회사법 제13조 1의 692.1는 “(1)회사에 의하거나 회사의 권리로서 또는 주주에 의하거나 주주의 권리로서 제기된, 이사의 행위의 결과 및 행위의 과정에서 생긴, 임원 또는 이사의 손해배상액은 ①회사의 원시정관에서 규정된 액 또는 주주의 승인이 있는 경우 이사 또는 임원의 책임제한 · 면제를 정한 부속정관에 특정된 금액(책의 면제를

포함) ②$100,000 또는 책임이 과해질 작위 또는 부작위에 선행하는 직전의 12개월의 임원 또는 이사가 회사로부터 수령한 현금수액중 낮은 것을 넘지 않는다. (2)임원 또는 이사가 의도적 비행 또는 형법, 내부거래를 원인으로 하는 연방증권거래법, 주증권법의 고의적인 위반을 행한 경우 임원 또는 이사의 책임은 본조에 따라서 제한되지 않는다."고 규정하고 있다.

3)책임의 완화

델라웨이주 회사법과 인디에나주 회사법의 경우 이사의 책임제한 또는 면제가 인정되는 것은 이사의 지위에 있는 자가 회사의 이사로서 행동한 행위에 대해서만 인정하고 있다.

책임제한 · 면제의 대상으로 되는 것은 회사법상의 책임이고 다른 법률(형법, 연방증권법 등) 및 규칙(예컨대 증권거래소규칙 등)에서 생긴 책임은 대상으로 되지 않는다.

Ⅱ. 일본의 이사의 책임규정

일본에서는 이사의 책임에 관하여 임무해태의 경우 회사에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다(일 회사법제423조 제1항). 이사와 회사의 관계는 위임관계이기 때문에 위임에 관한 규정에 따르고, 이사의 임무해태란 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의의무나 충실의무에 위반한 경우를 의미한다(일 회사법 제330조, 제355조, 민법 제644조).

이사의 임무는 법령을 준수하고 직무를 수행하는 것을 말하는데(일 회사법 제355조), 업무집행상의 판단에 관하여 잘못된 경우에는 이사는 그가 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 업무집행을 하여 회사에 손해가 발생 한 경우에는 회사에 대하여 책임을 진다. 그러나 이와 같은 이사의 업무집행은 불확실한 상황에서 결정되어야 하는 경우가 많은데 이러한 경우에 선량한 관리자의 주의의무를 다했는지 아니하였는지에 대한 판단은 행위당시의 상황을 고려하여 합리적인 정보수집, 조사, 검토 등이 행해지는 것이 일반적이다[111].

이는 그 불확실한 상황에서 판단하여야 할 이사의 능력정도에 비추어 불합리한 결정인지 아닌지에 대한 판단은 사후적, 결과론적인 평가에 의해서 판단되어서는 아니된다고 한다. 이는 일본이 경영판단의 원칙을 도입하여 이사의 책임을 경감시키는 기초를 구축하고 있다고 본다[112].

111) 畠田公明, 「コーポレート·ガバナンスにおける取締役の責任制度」, 法律文化社, 2002, 40면.

112) 江頭憲治郎, 「株式會社法」, 有斐閣, 2008, 428면.

제6장 結 論

과거 20세기의 한국은 산업화를 이루면서 경제적으로 눈부신 발전을 일구어 급성장하면서, 낙후된 후진국을 넘어 중진국으로 도약하였고 그 이후에도 발전을 거듭하며 중진국의 대열에서 또 다시 선진국으로 분류될 정도로 현재까지 발전을 거듭하여 오고 있다. 21세기에 들어 경제시장의 규모는 급팽창하였으며, 수많은 다국적 기업들의 출현으로 인하여, 각국의 시장경제의 표면도 마저 변형되었다. 이 다국적 기업들은 지구촌 방방곡곡에서 막대한 이윤을 창출하며, 자국의 경제시장과 산업발전에 한 몫을 단단히 하고 있다.

상법상 주식회사에 있어서 주요핵심은 소유와 경영의 분리원칙이라고 해도 과언이 아닐 것이다. 소수의 경영진의 경영으로 인해 손실이 발생하여 다수의 주주들이 피해를 본다면, 과연 그 책임을 누구한테 물을 수 있을 것인가? 기업의 대다수는 외형적으로 법인의 형태를 갖고 있으며, 그 안에는 이사라고 불리는 전문경영인과 사원들, 그리고 주주들은 서로의 이해관계로 얽히고 설키여 있다. 따라서 이사의 책임을 강화하여 주주의 이익을 도모하여야 할 필요성이 있다.

그러나 기업 운영의 투명성과 주주의 이익만을 강조한다면 그 효율성이나 회사의 업무집행을 하는데 있어서 장래의 불확실한 상황에 대하여 결정한 경우에 그 판단이 잘못된 경우에 이사에게 전적인 책임을 묻는 것은 자칫하면 경영의 위축을 가져올 수 있게 된다, 따라서 필요한 경우에 이사의 책임있는 경영도 고려하면서 경영판단의 원칙을 도입하여 이사의 경영능력을 최대한 발휘할 수 있는 여건을 조성하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

강위두, 「회사법」, 형설출판사, 2002.

강효석 · 권석균 · 이원흠 · 조장연, 「기업구조조정론 : 가치창조경영의 전략방안」, 홍문사, 1998.

권기범, 「현대회사법론」, 삼지원, 2005

김영선, “이사의 책임에 대한 보상제도와 보험에 관한 연구”, 서울대학교대학원, 법학박사학위논문,

손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2004.

서돈각 · 서정항, 「개정상법요론」, 법문사, 2000.

서정갑, 「상법총람」, 홍문관, 1984.

이기수 · 최병규 · 조지현, 「회사법」, 박영사, 2009.

이병태, “주식회사이사의 지위와 회사에 대한 책임”, 법학박사학위논문, 동국대학교대학원, 1984.

이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2009.

임재연, 「미국회사법」, 박영사, 1995.

정동윤, 「회사법」, 법문사, 2001.

_____, 「상법(상)」, 법문사, 2001.

정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2009

최기원, 「상법학신론(상)」, 박영사, 2009.

_____, 「신회사법론」, 박영사, 2009.

최완진, “기업활동의 원활화를 위한 상법상의 문제점과 개선방안”, 「외법논집」, 제7집, 한국외국어대학교외국학종합연구센터법학연구소 (1999. 12).

한국상장회사협의회(www.klca.or.kr)/자료실/통계자료/2009유가증권시장주권

상장법인정관기재유형조사).

江頭憲治郎, 「株式會社法」, 有斐閣, 2008.

西原寬一, 「取締役の責任」, 愛知院法學, 第10卷 1號 (1967)

鈴木竹雄・竹內昭夫, 「會社法」, 1987, 247면.

畠田公明, 「コーポレート·ガバナンスにおける取締役の責任制度」, 法律文化社, 2002.

Russel B. Stevenson, Jr., *Corporations & Information*, The Johns Hopkins Univ. Press, 1980.

William E. Knepper, *Libility of Corporate Officers and Directors*, 3rd ed.,The Allen Smith Co.,1978.

RMBCA §§7.28, 8.04 ; Cal. §§805, 2201 ; Arizona Constitution Art. 14 § 10.

외 판례다수참조

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20087018	과 정	석사
성 명	한글:김 규 종 한문 : 金圭鍾 영문 : Kim, Kyu-Jong				
주 소	전남 화순군 한천면 정리 174				
연락처	E-MAIL : kkj5010@hanmail.net				
논문제목	한글 : 주식회사의 이사의 의무와 권리에 관한 연구 영어 : A Study on the Obligation and Responsibility of Directors in Corporation				

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

- 다 음 -

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

동의여부 : 동의( ) 반대( )

2009년 12 월 일

저작자: 김 규 종 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하