株式會社 經營의 健全性確保를 위한 經營機構의 改善方案에 관한 硏究*

禹 洪 九

(建國大學校 法科大學 法學科)

< 目 次 >

Ⅰ. 序論
Ⅱ. 經營機構의 比較法的 考察
1. 經營機構의 運營實態
2. 外國法上 經營機構
Ⅲ. 會社의 運營에 대한 理事의 責任
1. 序
2. 外國法上 理事의 責任
Ⅳ. 經營의 健全性確保를 위한 經營機構의 再編成
1. 現行 會社法上의 問題點
2. 經營機構의 再編成과 理事의 法的地位
Ⅴ. 結論

Ⅰ. 序 論

국제통화기금(IMF)의 관리체제하에서 우리나라 경제의 근간을 이루고 있는 대기업들의 구조조정과 자산의 매각이 활발하게 행하여지고 있다. 여러가지 측면에서 우리 경제체제의 문제점이 지적되고 있지만, 그 중에서도 특히 대기업의 무분별하고 방만한 경영행태가 크게 비판받고 있는 상황이다. 언론을 통해 계속 보도되고 있는 기업의 불상사를 접하면서 대기업이 이와같은 위기상황에 직면하게된 원인을 생각해 볼 때 자본주의 시장경제체제하에서 기업에서의 경영자지배주의의 폐해 내지 남용을 지적하지 않을 수 없다. 경영자의 권한 남용 및 무분별하고 무책임한 경영을 적절하고 효과적으로 감시 내지 견제할 수 있었다고 하면 적어도 오늘날 우리가 겪고 있는 경제위기는 막을 수 있지 않았을까 하는 생각이 든다.

전통적인 회사법 이론에 의하면 이사는 주주총회의 장을 통하여 직접 주주에 의해 선임된다. 주주로부터 경영권한의 위임을 받은 이사들이 이사회를 구성하고 이사회에서 회사를 대

* 이 논문은 1997년도 건국대학교 연구비 지원에 의한 논문임.

표하고 업무를 집행하는 대표이사를 선임하게 된다. 즉 주주는 이사의 선임권을 통하여 대표이사를 간접적으로 통제하는 시스템으로 되어 있다. 그런데 오늘날 대규모 공개회사의 경우 경영의 최고책임자인 대표이사는 주주나 이사회로부터 어떠한 통제도 받지 않고 막강한 권한을 행사하고 있는 것이 현실이며 이로 인하여 방만하고 무책임한 경영이 행하여지는 등 회사법상 여러 가지 문제를 낳고 있다.

이와 관련하여 본고에서는 기업경영의 효율성과 책임성의 확보라는 관점에서 경영기구에 관한 현행 회사법상의 문제점은 구체적으로 무엇이며 이를 해결하기 위해서는 어떠한 조치가 필요한지에 대하여 비교법적 고찰을 통하여 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 經營機構의 比較法的 考察

1. 經營機構의 運營實態

기업의 효율적 경영을 촉진하고 국제 경쟁력을 유지하며 국민경제의 항상적인 발전을 위해서는 강력한 경영권력을 승인하고, 그것의 탄력적이며 유연한 행사가 인정되어야 함은 말할 필요가 없다. 그러나 한편으로는 기업경영의 건전성과 책임성을 확보하기 위해서는 경영자, 특히 대표이사를 효과적으로 통제할 수 있는 시스템을 구축하는 것 또한 중요한 과제이다.

주식회사의 경영기구는 이사회와 대표이사로 나눌 수 있는데 먼저 대표이사는 이사회의 결의에 의해 선임되는 업무의 집행기관으로서 주주총회 및 이사회의 결정에 따라 성실하고 효율적으로 회사를 경영하여야 할 의무를 지고 있다. 그리고 이사회는 주주의 신임을 얻은 이사전원으로 구성되는 회의체기관으로서 경영(업무집행)에 관한 중요사항을 결정하고 대표이사를 선임하는 한편, 대표이사가 법령을 준수하고 주주총회 및 이사회의 결정에 따라 성실하고 효율적으로 그 직무를 수행하는지 감독하며 필요한 경우에는 대표이사를 해임할 수도 있다[1].

이사회가 이러한 권한, 즉 경영을 관한 의사결정권이나 대표이사에 대한 감독권을 적절히 행사하기 위해서는 최소한 이사 상호간에는 기본적으로 상하관계·지휘명령관계가 있어서는 아니된다. 그런데 우리나라의 기업실태는 그렇지 못하다는데 문제점이 있다.

즉, 이사는 대표이사, 업무담당이사, 사용인겸무이사 및 社外 또는 비상근이사로 구분되지만 사외이사는 일반적이 아니며 또한 사내이사 간에는 엄격한 상하관계가 존재한다. 예컨대 업무담당이사나 使用人兼務理事는 이사회 밖에서는 대표이사의 지휘명령에 따라 업무를 집

1) 李泰魯·李哲松, 第4版 會社法講義(博英社,1994), 540-546面;北澤正啓, 第4版 會社法(靑林書院, 1994), 400面 以下參照.

행하므로 대표이사, 업무담당 및 사용인겸무이사 간에는 엄연한 위계질서가 존재하며 권한에 있어서도 대표이사인 사장과 부사장 간에는 현저한 차이가 있고 재벌기업의 경우에는 대표이사 간에도 상하관계가 존재한다.

또한 신속한 의사결정이라는 측면에서 보면 이사의 수는 적정선을 유지할 필요가 있지만 우리나라의 경우 일반적으로 많은 수의 이사를 두고 있다. 공개회사의 경우 이사는 20명 전후가 일반적이며 30명을 넘는 회사도 있다. 그러나 사외 혹은 비상근이사는 기껏해야 한 두 명 정도 있을 뿐이다[2]. 이처럼 많은 수의 이사를 둔 관계로 의사결정의 신속성과 기동성은 저하될 수 밖에 없고 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 대규모 공개회사의 경우 대부분이 대표이사와 업무담당이사로 구성되는 "상무회"를 별도로 설치하여 운영하고 있고 거기서 회사의 경영에 관한 중요사항이 실질적으로 결정되고 있다[3]. 그 결과 이사회는 단순히 대표이사나 常務會의 결정을 형식적으로 추인하거나 정보를 교환하는 장소로서 밖에 기능하지 못하고 있다.

이와 같이 常務會가 존재함으로써 이사회가 형해화될 경우에는 특히 이사회의 대표이사의 업무집행에 대한 감독기능과의 관계에서 중대한 문제가 발생하게 된다. 이사회가 갖는 기능은 크게 업무집행사항에 관한 의사결정기능과 감독기능으로 대별되는데 이 중 상무회가 담당하는 것은 의사결정기능 뿐이고 감독기능은 아니므로 상무회의 존재로 인한 이사회의 형해화는 결과적으로 이사회의 감독기능의 상실을 의미하기 때문이다.

또한 위에서 언급한 이사 간에 상하관계가 존재한다는 사실도 대표이사에 대한 이사회의 감독기능과의 관계에서도 중대한 문제를 야기한다. 대표이사 특히 사장과의 사이에 명확한 상하관계 또는 지휘명령관계가 있는 使用人兼務理事가 감독기능을 효과적으로 발휘하는 것은 경영사항전반의 의사결정에 실질적으로 관여하는 것보다 훨씬 어려운 일이기 때문이다. 다만 위법성 감독의 경우, 예컨대 사장이 회사에 실질적으로 해를 끼치는 명백한 위법행위 또는 부정행위를 할 경우에는 사용인겸무이사라도 이사회에서 어떤 행동을 할 수 있는 것이지만 그러나 타당성 감독에 있어서는 사용인겸무이사가 감독기능을 제대로 수행한다는 것은 거의 불가능하다고 보아야 할 것이다. 타당성에 대한 감독은 위법성 감독과는 달리 그 판단기준이 애매할 뿐만 아니라 사용인겸무이사는 실제로 업무를 현장에서 집행하는 자이기도 하기 때문이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경영기구에 관련된 법의 원칙과 현실간에는 큰 괴리가 있고, 이로 인한 기업실태와 회사법의 기본원칙 간에 있어서의 정합성의 결여는 결과적으로 경영기구의 운영을 왜곡화시켜 형식적으로는 회사법에 부합하는 형태로 경영기구가 조직·운영되고 있지만 실제에 있어서는 오로지 경영의 합리성과 사장의 개성에 따라 경영기

2) 이는 일본도 마찬가지이다(東京弁護士會會社法部編·取締役會ガイドライン(改訂版) 491面).
3) 鄭東潤, 第4全訂增補版 會社法(法文社,1997), 375면; 加美和照, 第4版 新訂會社法(勁草書房, 1994), 232面 以下.

구가 운영될 수 밖에 없는 것이다. 이하에서는 구미 공개회사의 경영기구에 대해 개관한다[4].

2. 外國法上 經營機構

(1) 美國

미국에서는 각 주가 각각의 고유한 회사법을 갖고 있다. 본고에서는 설명상 편의를 위해 모범사업회사법(Model Business Corporation Act revised through 1994)의 규정을 중심으로 미국법률협회(American Law Institute)의 Corporate Governance 원리(Principles of Corporate Governance Analysis and Recommendations of 1992)의 소개를 통해 미국의 상황을 살펴본다[5].

미국의 대회사, 특히 공개회사의 경영기구의 특색은 첫째, 이사(directors)와 업무집행임원(officers)이 명확히 구별되어 있고, 이사의 다수가 社外理事인 것을 들 수 있다. 模範事業會社法(MBCA) 8 · 01조(a)항은, 회사는 원칙적으로 이사회를 두어야 하며[6], 이사는 주주총회가 선임한다(MBCA 8 · 03조(d)항). 이사는 매년 정기주주총회에서 선임되는 것이 원칙이지만 9명 이상의 이사가 있는 경우에는 이사를 둘 또는 세개의 그룹으로 나누어 임기를 2년 또는 3년으로 하고, 2년 또는 3년마다 특정그룹의 이사를 다시 선임할 수 있다(MBCA 8 · 05조, 8 · 06조). 또한 회사는 부속정관에 규정하고 있는 업무집행임원 또는 이사회가 임명하는 업무집행임원을 둘 수 있으며 부속정관 또는 이사회에 의해 적법하게 임명된 임원은 부속정관 또는 이사회가 授權하였을 경우에는 스스로 임원을 임명할 수 있다(MBCA 8 · 40조(a)항(b)항). 업무집행임원은 부속정관 또는 이사회에 의해 부여된 권한의 범위내에서 업무를 수행하여야 한다(MBCA 8 · 41조)[7].

일반적으로 상장회사의 이사의 수는 10명이며 그 중 임원을 겸임하는 이사는 2명 정도이고(예컨대 회장, 사장, 第1副會長 등) 이사의 압도적 다수는 社外의 비상근이사이다[8]. 사외

---

4) 유럽金融機關의 經營機構에 대해서는 財團法人 生命保險文化研究所編 · 文研歐洲調査團報告書, ヨーロッパ 金融持株會社の實態(1996) 參照.

5) 李範燦 · 廉正義, 現代株式會社의 機關構造(三知院, 1998), 92面 以下 參照.

6) 미국법에서는 광범위하게 定款自治(株主間契約)가 인정되며, 법정의 경영기구와는 별개의 경영기구를 구축할 수 있다 (MBCA 7 · 32조 참조).

7) 李範燦 · 廉正義, 前揭書, 99面-100面 參照. 업무담당임원의 종류나 권한 등에 대해서는 각 회사의 부속정관에서 구체적으로 규정하고 있다. 예컨대 아메리칸 익스프레스사의 부속정관 4 · 1조는 이사회는 이사회의 의장(Chairman) 이나 사장(President) 또는 그 양자 및 비서, 재무담당임원 및 검사관을 선임하여야 하며, 또한 업무집행위원회의 의장, 이사회의 부의장 그 외 이사회가 정하는 임원을 선임할 수 있다고 규정하고 있다. 업무담당임원에 관한 이러한 일반적인 규정 외에 이사회의 의장, 최고업무집행임원(CEO) 및 사장에 대해서는 독립된 규정을 두고 있다(동 4 · 5조-4 · 7조). CEO는 이사회의 수권범위 내에서 회사의 업무사항에 대해 전반적이며 포괄적인 권한을 가지며 회사의 임원 · 종업원 · 대리인을 감독하고 주주총회와 이사회의 의장을 맡는다(동4 · 6조). 그리고 CEO는 통상 이사회의 수권에 근거하여 임원의 권한 및 의무를 정한다.

8) 예컨대 JP모건의 이사는 14명이지만 그 가운데 임원을 겸임하는 이사는 4명뿐이다(이사회 회장겸 사장과 3명의 이

이사는 다른 대기업의 회장 또는 최고업무집행임원(chief executive officer - CEO)이 중심이지만, 대학의 학장 그 외의 저명한 교수나 재단의 총재 또는 이사장이 선임되는 경우도 있다[9].

미국 회사법상 사외이사제도가 강제되는 것은 아니다. 뉴욕증권거래소(NYSE)의 상장규칙(303 · 00)은 1956년 이래 복수의 사외이사의 선임을 요구하고, 1978년 6월 30일 이후로는 독립이사만으로 구성되는 감사위원회의 설치 및 사외이사의 증원을 요구하고 있다. 또한 ALI의 Corporate Governance 원리는 대규모 공개회사의 이사의 과반수가 회사의 상급업무집행임원과 중요한 관계를 갖지 않는 이른바 독립사외이사로 구성할 것을 권고하고 있다(동 3A · 01조(a)항).

미국에서는 전통적으로 이사회가 직접 경영을 담당해 왔고 현재도 중소규모의 회사에서는 이사회가 적극적으로 경영에 관여하고 있지만 그러나 대규모 공개회사의 경우에는 이사회는 일상적인 경영에는 관여하지 않고[10] 중요한 경영정책을 승인하는 기관으로서 그 기능이 변화하고 있다. 이와 관련하여 이사회의 개최도 월 1회 정도이며 연평균으로는 6회 정도에 그치고 있다[11].

이와 같은 실무상황을 배려하여 모범사업회사법은 회사의 모든 권한은 원칙적으로 이사회에 의해 또는 이사회의 지배하에 행사되며 경영은 원칙적으로 이사회의 지휘 하에 이루어지도록 하여(MBCA 8 · 01조(b)항), 이사회의 역할을 감독기능으로 제한하는 것을 인정하고 있다[12]. 그리고 ALI의 Corporate Governance 원리는 한발 더 나아가 공개회사의 업무집행은 이사회에서 지명한 업무집행임원이 중심이 되어 이루어지는 것이 바람직하다는 취지의 규정을 두고 있다(동3 · 01조). 이에 따르면 회사의 경영을 담당하는 기관은 이사회가 아니라 업무집행임원이고, 이사회는 기본적인 경영정책을 승인함과 아울러 임원의 업무집행을 감독하는 기관이 된다.

이사회는 위원회(Committee)를 두고 1인 또는 복수의 이사를 그 위원으로 임명할 수 있다(MBCA 8 · 25조(a)항)[13]. 이 위원회는 정관 또는 이사회의 授權에 근거하여 원칙적으로 이사회의 권한을 행사할 수 있으나, 이익배당의 결정, 주주총회결의사항의 제안, 결원이사의 보충, 부속정관의 변경, 총회결의를 요하지 않는 합병 등에 대해서는 이사회가 결정해야 한다

사회 부회장). 메릴린치의 이사는 12명으로 그 가운데 임원을 겸임하는 사람은 3명(회장, 사장, 부회장)이다(兩社의 1995년도 유가증권보고서에 의함).

9) Henry R. Cheeseman, Bisiness Law, 2nd ed.(prentice Hall,1995), at643,644. 아메리칸 익스프레스 컴퍼니의 社外理事로는 대기업의 회장이나 최고업무집행임원과 함께 키신저와 같은 과거 정부고위관리, 대학교수, 재단의 총재, 나아가 개인투자가도 선임되고 있다(兩社의 1994년도 유가증권보고서에 의함).

10) 이는 이사회의 구성원 중에서 사외이사가 차지하는 비율이 높기 때문에 이사회가 경영전반에 대하여 실질적인 심의를 한다는 것은 사실상 곤란하기 때문이다.

11) 神崎克郎, "注意義務及び經營判斷の原則," 證券取引法研究會國際部會譯編 コーポレート・ガバナンス, 158面 參照.

12) MBCA revised through 1994, official Text, at 8-6.

13) Henry R. Cheeseman, op.cit., at 645.

(동조(d)항 (e)항). ALI의 Corporate Governance 원리는 업무집행임원의 선임 및 해임과 그 보수의 결정, 회사의 사업활동의 감독, 회사의 재무사항이나 중요한 계획의 심사 또는 승인을 이사회의 중요한 임무로 한다(3 · 02조(a)항).

이와 같이 이사회의 위원회제도에 대한 법적 정비가 이루어져 위원회제도가 다양하게 발전하고 있는 것이 미국 경영기구의 특색이다[14]. 이사회 산하의 위원회 중에는 업무집행위원회가 있는데 이 위원회에 대해서는 기동적이며 탄력적으로 경영을 수행할 수 있도록 하기 위하여 이사회의 권한 중 경영에 관한 일반적인 권한을 부여하고 있다[15].

업무집행위원회 외에 경영을 통제(control)하고 경영의 건전성과 효율성을 확보하기 위해 감사위원회나 이사후보자지명위원회, 나아가 임원보수위원회 등의 위원회가 다수 설치되어 있다. 투자상황의 감독, 투자계획 요소의 검토 등을 행하는 재무위원회가 설치되어 있는 경우도 있다. 감사위원회는 회계나 재무에 관한 경영감시(check)를 행함과 아울러 회계감사인의 적정성 및 그의 보수에 대해서도 검토하여 이사회 감독기능의 실효성을 확보한다.

ALI의 Corporate Governance 원리에서는 대규모 공개회사의 감사위원회는 3명 이상의 임원 또는 종업원을 겸임하지 않는 이사(사외이사)로 구성되며, 그 과반수가 업무집행임원과 중요한 이해관계를 갖지 않을 것을 요구하고(3 · 05조), 감사위원회의 직무권한에 대해 상세한 권고를 하고 있다(3A · 03조). 또한 ALI의 Corporate Governance 원리에서는 이사후보자지명위원회나 보수위원회의 설치 및 그 직무권한에 대해 권고하고 있다(3A · 04조, 3A · 05조).

모든 대규모 공개회사에 있어 임원보수에 관한 이사회의 감독기능을 실효적으로 보장하고 지원하기위해 사외이사로만 구성된 보수위원회를 설치할 것을 권고하고 있고, 그리고 보수위원회의 권한은 ①업무집행임원의 각종 보수를 심사하여 이사회에 권고하거나 또는 업무집행임원의 각종의 보수를 결정하는 일, ②새로운 업무집행임원의 보수체계의 심사, 업무집행임원의 보수체계의 운용에 관한 정기적인 심사 등 및 ③경영자의 수당(perquisites)에 대한 내용의 결정과 이에 대한 정기적인 심사 등이다(3A · 05조 (a)항, (b)항)[16]. 이사후보자지명위원회는 이사회 관장위원회로도 불리며, 이사의 선임기준 • 이사의 임기 · 퇴임에 관한 방침, 그리고 사외이사의 보수, 수당 및 상여금의 지급계획을 포함한 이사에 관한 사항에 대하여 이사회에 의견을 진술하도록 규정을 하고 있다.[17]

---

14) 李範燦 · 廉正義, 前揭書, 97面 參照.

15) 예컨대, JP모간社의 정관에서는 「이사회는 각 년차 주주총회 후 최초의 회의에서 이사회의 의장, 사장, 업무집행위원회 위원장, 이사회 부의장(2명 이상의 부의장이 있는 경우는 전원)을 포함하여 이사회가 결정하는 員數의 이사로 구성되는 업무집행위원회를 두고, 당해 위원회는 이사회의 회합이 열리지 않는 동안 이사회의 권한을 행사할 수 있다」고 규정하고 있다(동사의 1995년도 유가증권보고서에 의함).

16) 아메리칸 익스프레스社의 1994년도 유가증권 보고서는 임원보수 · 복지위원회가 최고업무집행임원의 업적을 매년 監査하는 외에 임원의 업적평가도 한다는 것을 명확히 하고 있다.

17) 메릴린치社의 1995년도 유가증권 보고서에는 이사지명위원회는 이사후보자 발견에 노력하며, 이사회부속위원회의 위원 및 이사의 補缺을 이사회에 추천하고, 주주가 추천한 후보자의 심사도 한다고 기재하고 있다.

미국의 대규모 공개회사의 경영은 기본적으로 업무집행임원에게 위임되어 있으며 업무집행임원이 경영을 담당하고 이사회는 업무집행임원을 감독한다. 따라서 이사의 주요한 기능은 이사회에서의 주요임원의 인사와 기본적인 경영정책을 승인하고, 임원의 경영을 감시하는 것이기 때문에 이사회의 결의사항은 원칙적으로 업무집행위원회에 授權되지만, 업무집행위원회는 이사회의 결의사항을 사장 등에게 다시 授權할 수 있다. ALI의 Corporate Governance 원리도 이사회는 감시의무를 포함하는 권한을 이사회의 위원회, 임원, 종업원, 전문가 등에게 委任할 수 있다고 규정하고 있다(4 · 01조(b)항). 업무집행임원은 이사회가 갖는 권한을 위임받은 자이지만 이사회와는 별개로 독립적으로 스스로 책임을 지고 경영을 수행한다. 이것은 이사를 겸임하는 업무집행임원에 대해서도 동일하다[18].

미국의 경영기구는 경영을 담당하는 임원과 임원의 경영을 감독하는 사외이사 중심의 이사회 간에 명확한 역할분담이 이루어지고 있다는 점에 특색이 있다. 그리고 이사회는 15명 정도의 이사를 구성원으로 하지만, 그 가운데 2/3 이상이 사외이사이며, 전체이사회가 아니라 오히려 사외이사를 주된 구성원으로 하는 감사위원회, 보수위원회 및 이사회지명위원회에 의해 경영감독기능의 실효성이 확보되고 있다. 주주총회에서 선임되는 이사와 이사회에 의해 임명된 임원의 법적지위 및 권한은 큰 차이가 있으며 그 보수도 역시 명확히 구별된다. 이사의 보수와 임원의 보수는 모두 이사회가 결정하지만 양자의 보수결정방법 및 그 내용에서는 많은 차이가 있다. 일반적으로 사외이사의 보수는 정액이며, 고액으로 책정되지 않는 것이 보통이다[19].

(2) 英國

영국의 공개회사는 원칙적으로 두명의 이사가 있어야 한다(1985년 회사법 282조 1항). 70세에 달한 자는 원칙적으로 이사로 선임될 수 없으며, 70세가 된 이사는 다음 년차총회종료시에 퇴임한다(동법 293조 2항, 3항). 이사가 회사와 고용계약을 체결할 때는 원칙적으로 서면으로 하며 당해 서면은 주주가 열람할 수 있다(동법 318조 1항, 7항)[20]. 이 외에도 회사법

18) JP모간社은 이사를 겸임하는 4명의 임원을 합쳐 합계 8명, 메릴린치社는 이사겸임자 3명을 포함 합계 10명이 업무집행임원으로 임명되어 있다. 아메리칸 익스프레스社의 이사는 15명이며, 이사를 겸임하는 2명(회장 및 사장)을 합해 11명의 업무집행임원이 임명되어 있다(각사의 유가증권보고서에 의함).

19) 예컨대, 메릴린치社의 사외이사는 년 35,000달러의 정액보수(및 정액수당 등)를 받을 뿐이다. 한편 일부위원회의 위원 또는 위원장에게는 년 15,000달러 내지 25,000달러의 추가보수가 지급된다. 아메리칸 익스프레스社의 사외이사는 경비지급 외에 매사분기마다 16,000달러의 정액보수를 받으며, 위원회의 위원장은 년간 10,000달러의 추가보수를 받는다. 임원을 겸임하는 이사는 원칙적으로 이사로서의 보수는 받지 않는다. 업무집행임원의 경우에는 회사의 업적뿐만 아니라 각 임원의 개인적인 업적이 매년 심사되어 그 업적에 상당하는 보수를 받으며, 스톡 옵션(stock option)을 포함해 고액의 보수를 받는 최고업무집행임원도 드물지 않다고 한다. 陽孝哉, "歐米の業績連動型報酬制度とここから學ぶポイント," インベストメント(1996年 6月號), 40面 以下; 近藤光男, "米國における經營者の報酬をめぐる法的問題點," 代行リポート 114號, 1面 以下 參照.

20) 고용관계는 회사의 일방적인 통고에 의해 종료할 수 없으나, 특별한 사정이 있는 경우에는 종료할 수 있다(갱신도 포함해서). 5년을 넘는 이사와의 고용계약에 대해서는 주주총회의 동의를 얻어야 한다(1985년 회사법 319조 참조).

은 이사의 주식보유나 자기거래, 특히 금전대부 등 이사의 이익상반거래에 대하여 상세하게 규정하고 있다. 그러나 경영기구에 관해서는 회사법 자체에서 특히 규정된 바는 없다. 이것은 회사의 자치에 위임한다는 것을 의미한다. 다만 1985년 회사법 8조 1항에 근거한 규칙에 의하여 '테이블A'라는 모범정관이 모델로서 제시되고 있는데 회사는 이와 다른 정관을 둘 수 있지만 통상은 이 모범정관을 그대로 정관으로 이용하고 있다. 이하 '테이블A'의 내용을 개관하여 본다.

회사의 사업은 기본적으로 전체로서의 이사에 의해 수행되지만(테이블A 70항) 이사 개개인이 아니라 집단으로서의 이사가 이사회라는 회의체를 통하여 경영권능을 수행한다[21]. 회사법은 이사의 선임권한 및 그 절차에 대해서 명시적으로 규정하지는 않고 있으나, 정관상 주주총회가 원칙적인 선임기관이 된다(테이블A 73항). 이사의 임기는 명확하지 않다. 업무를 담당하는 이사의 임기는 원칙적으로 3년이며, 매 정기총회에서 대략 ⅓씩 이사가 改選된다(테이블A73항 참조). 다만, 후술하는 업무집행이사(managing director)와 그 외의 업무담당이사는 순차적인 임명제 규정이 적용되지 않는다(테이블A 84항말문 참조)[22]. 이사회의 議事節次는 정관의 규정에 따라 이사회가 정하며(테이블A 88항) 이사회가 이사회의 의장을 선임할 때, 의장은 이사회와 주주총회의 의장을 맡고, 可否同數인 때는 결정권(casting vote)을 갖는다(테이블A 88항, 42항, 50항)[23].

이사회는 1인 또는 복수의 이사로 구성되는 위원회에 권한을 委任할 수 있다(테이블A 72항). 나아가 이사회는 이사들 중에서 一人 또는 수인의 업무집행이사 또는 그 외의 업무를 담당하는 이사(executive directors)를 임명하고, 그들에게 이사의 권한을 委任할 수 있다(테이블A 72항, 84항). 이사회는 어떠한 이사와도 고용계약 또는 이사로서의 통상 직무를 넘어서는 서비스 제공계약을 체결할 수 있다(테이블A 84항). 통상 한사람의 업무집행이사가 임명되며, 이것은 미국의 최고업무집행임원(CEO)에 상당하는 대표기관(Top Executive)이다[24]. 다만, 업무집행이사와 회사간의 법률관계는 명확하지 않으며, 업무집행이사는 특별한 권한을 갖는 이사에 지나지 않는다는 입장과 이사도 경영담당자(manager)라고 하는 입장, 나아가 서로 다른 자격, 의무와 책임을 부담하는 이사와 경영담당자라고 하는 두 지위를 겸임하는 것으로 보는 견해도 있다[25].

---

21) 영국에서는 경영사항이 당연히 이사회의 권한사항이라고 생각되지 않으며 총회와 이사회의 권한분배에 대해서도 광범위한 정관자치가 인정된다(Pennington's, Company Law 7th edition, at 765).

22) 내셔널 웨스트 민스터 뱅크의 1994년 유가증권보고서에 따르면, 부속정관에 연차총회 때마다 이사의 ⅓이 퇴임하지만 재임은 허용되는 취지의 규정을 두고 있다.

23) Mayson, French & Ryan on Company Law 8th edition, at 407.

24) Gower's Principles of Modern Company Law, 5th edition, at 158, managing director는 우리나라의 대표이사에 해당하며, 업무를 담당하는 이사가 우리나라의 업무담당이사 또는 사용인겸무이사에 해당한다.

25) Mayson, French & Ryan on Company Law at 408, at 411. 폐쇄회사에서 업무담당이사로서 보수를 받지 않는 경우 등에 대해 예외는 있지만, 공개회사에서는 원칙적으로 업무담당이사는 고용계약을 체결하여 업무담당이사로서 직무를 수행한다(Tolley's Directors Handbook at 203-205). 또한 공개회사의 실무에서는 managing director는

영국의 경영기구는 미국의 경우와 기본적으로 동일하다. 그러나 미국에서는 이사와 업무집행임원의 기능이 명확히 구별되며, 업무집행임원의 일부가 이사를 겸임하는데 지나지 않는다(이사의 지위를 겸하는 임원). 이에 대해 영국에서는 업무담당이사와 업무를 담당하지 않는 이사로 구성되는 전체로서의 이사(director)가 경영을 담당하는 기관으로, 이사회(board of directors)가 이것과 독립한 회사의 기관이 된다고는 생각하지 않는 것으로 보인다[26]. 업무를 담당하지 않는 이사는 보통, 당해 이사 이외에 주된 직업을 갖고 있으며 사외 또는 비상근 이사라고 할 수 있다. 업무담당이사는 이사가 갖는 경영권한을 위임받은 이사로, 업무담당이사를 중심으로 경영이 이루어진다. 한편 테이블A71항은 이사회가 회사의 대리인인 자를 선임하는 것을 인정한다. 이사가 아닌 자를 업무집행임원으로 임명하는 것도 인정된다. 그러나 이사가 아닌 업무집행임원은 업무담당이사를 보좌하는 자로서 보충적으로 선임되는 것에 지나지 않아, 미국과 같이 업무집행임원이 경영기관이 되는 것은 아니다.

다만, 영국에서는 지속적으로 사외이사의 인원수가 증가되어 업무의 다각화 등과의 관계에서 이사가 아닌 업무집행임원이 다수 임명되고 있다[27].

영국의 공개회사의 실무에 있어서 이사회는 그 전체로서는 감독기능을 담당할 뿐이며, 대륙법상의 二層構造 경영기구와 실질적으로 유사하다[28]. 그러나 감독기관과 집행기관과의 겸임이 인정되어 감독기관과 집행기관의 권한관계가 정관자치에 위임되어있는 점에서는 대륙의 二層構造 경영기구와는 차이가 있다. 그리고 업무담당이사의 권한이나 세력이 감독기관을 능가하는 것을 막기 어렵다는 점이 지적되고 있다[29]. 캐드베리 위원회는 1992년 보고서에서 업무를 담당하지 않는 이사와 업무담당이사 양자로 구성되는 이사회가 경영에 대해 효과적으로 감독하는 현행 제도의 효용을 계속 유지하면서, 업무담당이사를 적절히 감독하고, 기업 경영의 건전성과 효율성을 확보하기 위해 업무를 담당하지 않는 이사의 기능을 높게 평가하고 있다. 그리하여 업무를 담당하지 않는 이사를 중심으로 감독위원회나 이사지명위원회, 나아가서는 보수위원회의 설치를 요구하고, 이사회 회장과 사장의 겸임을 피하도록 권고하고 있다[30]. 거래소는 종래부터 업무를 담당하지 않는 이사의 기능을 평가하여 상장회사의 이사보고서(우리나라의 영업보고서에 상당한다)에 사외이사에

일반적으로 Chief Executive(CEO)로 불린다(Gower, at 158).

26) 전체로서의 이사와 회의체로서로서의 이사회를 엄밀히 구별해야 하지만, 편의상 directors의 번역으로 이사회와 이사를 병용한다.

27) 예컨대, 보험지주회사인 프루덴셜社의 이사는 12명으로 업무담당이사와 업무를 담당하지 않는 이사가 각각 6명이다. 은행지주회사인 바크레이즈에서는 6명의 업무담당이사에 대해 8명의 업무를 담당하지 않는 이사가 있다. 그리고 내셔널 웨스트민스트 뱅크는 업무를 담당하지 않는 이사가 13명있는데 반해, 업무담당이사는 6명으로 이사가 아닌 업무집행임원이 다수 임명되고 있다 (각사의 년차보고서 참조). 영국의 경영기구의 실태는 미국의 경영기구와 점점 비슷해지고 있다.

28) 李範燦·廉正義, 前揭書, 74面 以下 參照.

29) Gower's Principles of Modern Company Law at 160-161

30) Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (1 December 1992); 森本 滋 "コーポレート・ガバナンスと商法改正,"川又還曆記念商法・經濟法の諸問題,121面 以下 參照).

관한 사항을 기재하도록 요구하였으나, 캐드베리 위원회의 요청을 받아 상장회사의 이사 보고서에 캐드베리 위원회 보고서 提言의 준수유무 및 준수하지 않는 경우에는 그 이유를 밝힐 것을 요구하고 나아가 회계감사인이 감사대상회사의 캐드베리 위원회 보고서의 提言의 준수상황 보고에 대해서도 심사할 것을 요구하고 있다[31].

1995년 7월에는 업무담당이사의 고액보수비판을 배려하여 이사의 보수에 관한 그린브리보고서가 공표되었다. 이 보고서는 대규모상장회사의 업무담당이사 및 상급임원의 보수에 관한 가이드라인 제시를 목적으로 한다. 구체적으로는 3명 이상의 독립업무를 담당하지 않는 이사로만 구성된 보수위원회에서 임원의 보수에 관한 기본정책과 각 업무담당이사의 보수체계(기본적인 급여, 스톡옵션, 연금 등)를 결정하고 이사의 보수를 완전 공개하도록 제언하고 있다[32].

저명한 대기업은 캐드베리 위원회 보고서가 발표되기 전부터 업무를 담당하지 않는 이사를 선임하고 있었으나, 현재는 일반적으로 업무를 담당하지 않는 이사로 구성되는 감사위원회, 나아가 이러한 이사를 중심으로 하는 이사지명위원회나 보수위원회가 설치되어 있다[33].

업무담당이사와 업무를 담당하지 않는 이사의 직무내용의 차이에 대응하여 양자의 보수에 대해서도 미국의 경우와 마찬가지로 명확한 차이가 있다. 이사는 정관에서 정함이 없는 경우에는 당연히 보수를 받을 권리를 갖지 못한다. 정관에는 보통 이사는 주주총회의 보통결의에 의해 정해진 보수를 지급받고, 나아가 이사회 등의 회의에 출석하기 위한 비용 등의 지급을 받을 수 있다는 취지가 규정되어 있다(테이블A 82항, 83항). 실무상 이사회가 年額 30만파운드라는 총회결의에 따라 정해진 이사의 보수총액의 범위내에서 업무를 담당하지 않는 이사에 대한 보수액을 결정한다. 업무를 담당하지 않는 이사는 기본적으로 이사회 이외의 회의에 출석하는 것 이외에 실질적인 공헌을 기대하기는 어렵다. 따라서 보수도 기본적으로 정액이며 보수라기 보다는 수당(fees)이라고 생각되고 있다[34]. 업무담

31) The Listing Rules 12. 43(j), 나아가 The Listing Rules 12. 43(i)는 연차보고서 등의 公示서류(circulars)에 있어 독립업무를 담당하지 않는 이사에 대해 그 동일성을 확인하는 사항을 각자의 약력과 함께 기재할 것을 요구하고 있다.

32) Directors' Remuneration : Report of a Study Group chaired by Sir Richard Greenbury (17 July 1995); 森本 滋 外"座談會取締役の責任追及と報酬のあり方(中)," 月刊取締役の法務 (1996년 9月號), 46面 以下 參照. 영국의 보수제도에 대해서는 關孝哉 "歐米の業績連動型報酬制度とここから學ぶポイント," インベストメント (1996年 6月號), 48面 以下 參照.

33) 예컨대, 프루덴셜社의 경우에는 업무를 담당하지 않는 이사로만 구성된 감사위원회, 이사지명위원회 및 보수위원회가 있다. 감사위원회의 멤버는 4명으로 1년에 4회 회합을 가지며, 재무사항에 관한 이사회의 감독기능의 실효성을 확보하기 위해 활동한다. 보수위원회의 멤버는 5명으로 보수정책을 심사하고 업무담당이사의 보수를 전체적으로 심사한다. 이사지명위원회는 2명으로 구성되어 이사후보자를 추천한다. 또한 이사회의 의장과 사장(CEO)의 구별도 되어있다(同社의 1995년 연차보고서; 특히 文研歐洲調査團報告書, ヨーロッパ 金融持株會社の 實態,168面 參照).

34) 프루덴셜社의 1995년 연차보고서에 의하면 업무를 담당하지 않는 이사에 대한 보수는 이사회의장이나 부의장을 맡지 않는 경우에는 일률적으로 년 2만 5천파운드로 하고 있다. 캐드베리 위원회 보고서는 업무를 담당하지 않는 이사의 보수에 대해서 fees라는 표현을 사용하며, 이것에 대해서는 이사의 공헌과 독립성 확보의 관점에서 합리적

당이사로서의 보수, 나아가서는 고용계약 또는 이사로서의 통상의 직무를 넘는 서비스 제공계약상의 보수에 대해서는 주주총회가 아니라 이사회가 결정할 수 있다(테이블A 84항). 특히 업무담당이사에 대한 보수는 미국의 경우와 마찬가지로 업적과 연동하는 보수체계로 되어있다[35].

(3) 獨逸

독일의 주식회사법은 감사회와 이사회의 2重構造型 경영관리기구를 채용한다[36]. 이사는 회사의 업무를 집행하며 회사를 대표하고 감사회는 업무집행기관인 이사를 감독한다. 한편 감사회는 그 구성원을 임기 1년 이내의 임시이사로 선임할 수 있다(주식법 105조 2항). 주주총회에 의제를 제안할 수도 있다(주식법 124조 3항). 독일의 감사회는 후술하는 바와 같이 이사의 선임권이나 중요사항의 동의권을 가지며 단순한 감독기관이 아니라 기능적으로는 우리나라의 이사회에 해당한다고 할 수 있다.

감사는 그 회사의 이사 또는 중요한 사용인을 겸임할 수 없다(주식법 105조 1항). 종속회사의 이사지위의 겸임도 인정되지 않는다(100조 2항 2호). 회사의 이사가 다른 회사의 감사회의 구성원이 된 경우는 당해 다른 회사의 이사인 자도 또한 그 회사의 감사가 될 수 없다(주식법 100조 2항 3호-교차겸임의 금지). 이것은 감사의 독립성을 확보하여 회사 또는 종속회사의 이사에 대한 감독의 실효성을 확보하기 위한 것이다[37]. 나아가 감사는 10개 회사까지 감사를 겸임할 수 있으나(콘체른 내부의 5개사 감사 직위(post)는 여기에 포함시키지 않는다), 이를 초과하여 다른 회사의 감사를 겸임할 수는 없다 (주식법 100조 2항 1호). 공동결정법에 의해 대규모 주식회사의 감사회는 각각 10명의 주주대표감사와 종업원대표감사 합계 20명으로 구성된다(공동결정법 7조 1항 3호)[38]. 주주대표감사는 원칙적으로 주주총회에서 선임되며 그 임기는 실질적으로 5년이다(주식법 101조 1항, 102조 1항)[39]. 주주대표감사에 대해서는 정관에서 연령제한과 그 외의 자격요건을 정할 수 있다(주식법 100조 4항)[40]. 주주총회는 주주대표감사를 언제라도 해임시킬 수 있으나, 정관에 특별한 규정이 없는 한 해임결의 요건은 특별결의사항이 된다(주식법 103조 1항). 이 외에도 중대한 사유가 있는 때는 모든 감사에 대해 감사회의 신청에 근거해 법원이 해임할 수 있다(주식법 103조 3항).

감사회에서는 회장과 부회장이 선임된다(주식법 107조 1항)[41]. 회장은 감사회의 결의에 있

인 액수를 정할 필요가 있다고 한다(同보고서 4 · 13항).

35) 예컨대, 푸르덴셜社나 버크레이즈社 사장은 70만파운드를 넘는 보수를 받고 있다.

36) 李範燦 · 鄭止義, 前揭書, 43面-47面.

37) 감사는 감사회의 승인하에 회사와의 사이에서 서비스 제공계약을 체결할 수 있다(주식법 114조). 감사에 대한 신용공여에 대해서는 감사회의 승인이 필요하다(주식법 115조 참조).

38) 공동결정법의 적용을 받는 주식회사에서는 종업원이사의 선임도 의무화되어 있다(동법 33조).

39) 감사의 임기를 정하는 것은 곤란하다. 이에 대해서는 Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 84 참조.

40) 이 외에 정관규정에 근거하여 특정주주 또는 특정종류의 주주에게 감사회구성원의 파견권을 인정할 수 있다(주식법 101조 2항).

어 가부동수인 경우 의사결정권(casting vote)을 갖는다(공동결정법 29조 2항, 31조 4항). 감사회의 회장은 이사와의 교섭창구로서 중요한 역할을 한다. 감사회는 연 3, 4회 개최되는 것이 일반적이고, 감사회에는 감사회의 회장과 부회장으로 구성된 의장단, 인사위원회, 재무위원회, 그 외의 위원회가 설치된다. 이러한 위원회는 감사회에서의 심의 혹은 결의준비를 하거나, 감사회의 결의의 집행을 감독할 뿐만 아니라 감사회의 위임을 받아 감사회의 직무를 수행할 수 있다. 다만, 감사회의 권한 중에 감사회 회장의 선임, 중간배당의 동의, 정관규정에 근거한 이사회의 업무규정의 제정, 이사의 선임과 해임, 일정한 사유가 있는 경우의 주주총회 소집, 계산서류의 감사 등 일정한 중요사항은 위원회의 결정에 위임할 수 없다(주식법 107조 3항). 감사회의 동의가 요구되는 중요한 업무집행사항(주식법 111조4항 참조)에 대해서도 마찬가지이다.

한편, 1996년 11월 26일, 경영감시의 효율화를 목적으로 하는 주식법개정의 보고서 초안이 공표되었다. 그 가운데 상장회사(공개회사)에 대해서 감사회는 4반기에 1회 이상 개최할 것, 감사회의 보고서에 감사회의 위원회의 활동상황을 보고하는 것이 의무화되었다. 위원회의 기능이 평가되고 감사회 중에 회계감사위원회의 설치를 강제하는 것도 검토되었으나, 초안에서는 이것은 강제되지 않았다. 나아가 감사회와 회계감사인의 연대가 강화되었다. 회계감사인과의 위임계약체결권한이 이사로부터 감사회로 이전되었다. 회계감사인의 보고서는 감사회회장에게 직접 제출된다. 결산승인감사회에 회계감사인의 출석이 의무화되어 회계감사인이 구두로 감사결과에 대해 보고하도록 되어 있다[42].

감사에 선임되면, 회사와의 사이에 법률관계가 발생한다. 그것은 법률규정을 기초로 정관, 나아가서는 개별임용계약에 의해 보충된다. 선임(Bestellung)은 특정한 사람에게 그 사람의 동의에 따라 社團기관으로서의 법적지위를 위임하는 사단법상의 행위로 이해되며, 계약관계로 보지 않는다. 임용(Anstellung)이란 단체법상의 행위가 아니라 회사와 감사간의 내부관계를 정하는 것으로 계약법(위임, 고용계약)의 규제적용을 받고 있다[43].

감사의 善管注意義務와 책임에 대해서는 이사의 선관주의의무와 책임에 관한 주식법 93조 규정이 준용된다(주식법 116조). 감사는 감사에게 부과된 직무권한을 주의 깊고 성실하게 이행해야 하며(선관주의 의무), 이러한 의무를 위반할 경우에는 손해배상책임이 문제로 된다[44]. 감사의 직무에 대해 보수가 지급된다. 이것은 정관에 확정되어 있거나 또는 주주총회의 결의에 따라 승인되어야 한다. 보수는 각 감사의 직무내용과 회사의 상황을 배려하여 상당한 것이 되지 않으면 안된다(주식법 113조 1항). 보수가 年度乘余金에 대한 지분형식으로 부여될

41) 李範燦 · 鄭正義, 前揭書, 51面以下 參照.
42) ZIP-Dokumentation Referentenentwurf zur Anderung des Aktienrechts("Kon Trag"), ZIP 50/96, S. 2129
43) Kübler, Gesellschaftsrecht 4 Aufl, SS. 176-177, 184. 이것은 감사 뿐만 아니라 이사에 대해서도 마찬가지로 타당하다.
44) 감사에 대해서도 이사와 마찬가지로 선관주의의무와 충실의무가 문제가 된다고 지적된다 (Kübler,S.184,Raiser,S.68).

때는 자본의 4%를 감한 대차대조표상의 이익을 기초로 그 지분을 산정해야 한다(주식법 113조 3항). 독일은행정관 14조는 매년, 각 감사에게 12,000마르크, 감사회회장에게 24,000마르크, 부회장에게 18,000마르크의 확정액의 보수를 지불함과 아울러 주주에 대한 배당이 자본의 4%를 초과할 때는 1%를 초과할 때마다 50,000마르크의 보수가 감사에게 주어지며, 그 배분은 감사회에서 결정한다는 취지를 정하고 있다.

감사회의 가장 중요한 기능은 이사를 선임하고, 업무집행을 감독하며, 필요한 경우에는 이사를 해임하는 일이다(주식법 84조 1항, 3항, 111조 1항). 감사회는 이사의 업무집행의 적법성을 감독할 뿐만 아니라 이사의 경영판단과 그 결과에 대해서도 감독해야 한다. 감사회의 감독기능의 실효성을 확보하기 위해서, 감사회에서는 회사의 장부서류, 재산상황의 조사권한과 회계감사인에 대한 설명청구 등의 권한이 인정된다(주식법 111조 2항). 이사는 감사에게 회사의 상황에 대해 적절히 보고해야 한다(주식법 90조). 한편 타당성 감사를 효과적으로 수행하기 위해서, 감사회는 항상 이사와 경영사항에 대해 의논하고, 협조할 것이 요청된다.

또한 정관이나 감사회결의에 따라 감사회의 동의를 요하는 업무집행사항을 정할 수 있다(주식법 111조 4항 2문)[45]. 독일은행정관 13조는 감사회의 동의를 요하는 업무집행사항으로서, 사용인에 대한 지배권의 수여, 자본의 0.5%를 넘는 부동산 취득·양도, 20명이 넘는 종업원을 가진 지점의 설치, 은행법이 감사회의 동의를 요구하는 자본참가를 포함한 신용공여 및 자본의 1%를 넘는 자본참가 등 4가지 사항을 들고 있다. 부동산거래 등의 거래행위나 지점의 설치, 중요한 사용인의 임용과 같은 특정한 행위에 대한 동의권 뿐만 아니라, 투자계획이나 인사정책 등 회사의 중장기 경영정책도 감사회의 동의를 요하는 업무집행사항으로 할 수 있다. 그러나 감사회가 사실상 업무집행에 직접 참가하는 것과 같은 포괄적인 동의권은 인정되지 않는다[46]. 독일의 감사회에는 이사의 인사권, 일정한 업무집행동의권 및 年度결산확정권(주식법 172조 참조)의 3종류의 업무집행참여권이 인정되고 있다. 그러나 감사회에 업무집행상의 조치를 위임할 수 없는 관계상(주식법 111조 4항 1문) 감사회는 경영사항에 대해 지도할 수 없다[47]. 이사의 임용에 대해서는 감사회가 회사를 대표한다(주식법 112조). 이사와 회사의 관계는 감사의 경우와 마찬가지로 법률 및 정관에 의해 기본적으로 정해지며, 임용계약에 의해 보충된다. 이사의 선임은 감사회의 전결사항이지만, 임용은 감사회의 위원회(인사위원회 또는 이사위원회)가 행할 수 있다. 임용계약에 있어 각 이사의 개별적 사정을 상세하게 검토하여 직무내용이나 담당, 보수, 그 외의 조건이 확정되기 때문에 위원회가 적절한 판단을 할 수 있다고 지적된다[48].

45) 감사회가 동의를 거절한 업무집행사항에 대해, 이사는 주주총회의 특별 결의에 따라 승인을 구하고, 감사회의 동의를 바꿀 수 있다(주식법 111조 4항 3문·5문).

46) Kübler, S. 179, Raiser, S.176

47) Raiser, S 53. 후술하는 바와 같이 감사회는 이사회의 업무규정의 제정권한을 기초로 경영에 영향을 끼칠 수 있다.

48) Henn, Handbuch des Aktienrechts 5. Aufl. S. 243

Ⅲ. 會社의 經營에 대한 理事의 責任

1. 序

우리나라의 경우 회사의 경영기구의 구성원으로서 이사는 주주총회를 통해 주주에 의해 선임되므로 이사와 주주간의 법률관계는 민법상 위임계약에 의한다. 수임인으로서 이사는 회사의 경영담당자로서 선량한 관리자의 주의로써 회사를 대표하고 업무를 집행하여야 하며 또한 자기 자신의 이익을 추구해서는 아니되고 회사의 이익을 위해 직무를 집행해야할 책임을 부담한다[49]. 이사가 이와같은 주의의무 및 충실의무를 위반하여 회사 또는 제3자에게 손해가 발생하였을 경우에는 그 손해를 배당하지 않으면 아니된다. 이하에서는 제외국의 이사의 책임의 법리에 대하여 개괄적으로 검토를 한다.

2. 外國法上 理事의 責任

(1) 美國

이사회는 그 권한을 업무집행위원회나 업무집행임원에게 위임할 수 있지만, 이사의 감시의무가 면제되는 것은 아니다. 그러나 이사가 임원 또는 종업원을 합리적으로 신뢰했을 경우 이사는 임원 등의 임무해태에 대해 연대책임을 지지않는다[50]. 이사나 임원은 통상인의 注意義務를 다하여 회사의 최선의 이익이 되도록 합리적으로 그 직무를 수행하여야 한다[51]. 그리고 이사나 임원은 다른 임원 또는 종업원, 변호사, 혹은 공인회계사 등의 전문가가 준비 또는 제공하는 정보, 의견, 보고, 재무정보 등을 합리적으로 신뢰할 수 있다(MBCA 8 · 30조(a)항(b)항, 8 · 42조(a)항(b)항)[52]. 다만, 이사는 특별한 사정이 없는 한 임원이 제출한 자료를 기초로 합리적으로 경영판단을 하는 것으로 족하다. 이와는 달리 임원에 대해서는 상황여하에 따라 이와같은 자료를 신뢰하는 것만으로는 불충분한 경우도 있다[53].

MBCA는 이와같이 이사 및 임원의 행위규범을 일반적으로 규정하고 있지만 이사 및 임원의 구체적인 책임사유에 대해서는 위법한 배당이나 자기주식의 취득에 관련한 특별책임규정을 제외하고는(MBCA 8 · 33조, 델라웨어주 회사법 174조 등) 명시적으로 규정하고 있지 않

49) 李泰魯 · 李哲松, 前揭書, 489-490面; 加美和照, 前揭書, 244面.
50) Model Business Corporation Act revised through 1994, Official Text, at 8-6.
51) 理事의 義務에 관하여 Henry R. Cheeseman, op. cit., pp.653-659 參照.
52) ALI의 Corporate Governance 원리도 모범사업회사법과 기본적으로는 같은 책임규정을 두고 있다(4 · 01조(c)항, 4 · 02조, 4 · 03조).
53) Model Business Corporation Act revised through 1994, Official Text, at 8-50. 이사와 임원의 기본적인 책임요건은 동일하지만, 그 운용은 직책에 따라 탄력적으로 적용되고 있다.

다. MBCA는 책임사유와 그 외의 손해배상책임에 대해서는 원칙적으로 일반 민사법리에 위임하는 한편, 오히려 이사나 임원의 면책이나 책임제한, 나아가 비용의 선불이나 이사의 책임보험에 대해서 상세하게 규정하고 있다. 우선 정관에서는 회사 또는 주주에 대한 이사의 손해배상책임을 원칙적으로 제외 또는 제한하는 규정 및 그와 같은 이사의 책임을 보상하는 취지의 규정을 두는 것을 인정한다(MBCA 2 · 02조(b)항 (4)호 (5)호)[54]. 다만, 권한없이 이사가 수령한 재산상의 이익, 위법배당에 관련된 책임, 회사 또는 주주를 의도적으로 해하는 행위 및 형법의 의도적 위반에 근거한 것은 면책 등의 대상이 될 수 없다. 그리고 모범사업회사법 8 · 50조부터 8 · 59조에 걸쳐, 사후에(개별사례마다) 재판에 의해 확정된 이사에 대한 손해배상책임의 보상허용성, 대표소송에 승소한 이사의 소송관련 비용의 완전상환, 소송비용 등의 선불 및 이사의 책임보험에 대해 상세하게 규정되어 있다[55]. 모범사업회사법의 사후적인 보호규정은 임원에게도 마찬가지로 타당하지만 (델라웨어 회사법 145조 참조) 임원에 대한 사전 보호조치에 대해서는 언급되어 있지 않다(델라웨어 회사법 102조(b)항 (7)호 참조). 이에 대해, 미국법률협회(ALI)의 회사운영(Corporate Governance) 의 원리는 이사와 임원을 구별하지 않고 특별히 악의가 없는 손해배상책임에 대해서는 그 사람의 연간 보수액의 범위내에서 제한하는 정관규정을 유효로 하며(7 · 19조), 보수 및 보험에 대해서도 규정한다 (7 · 20조)[56].

(2) 英國

회사법은 이사의 이익상반거래에 대해 주주총회의 승인을 요구하는 절차규정과 公示규제를 마련하고, 그와 관련되어 이사의 책임에 대해서도 규정한다(회사법 311조-347조 참조). 그러나 이사의 일반적인 책임사유에 대해 명문화된 규정을 갖고 있지 않다. 미국과 같이 일반적인 이사의 행위준칙도 정해져 있지 않다. 이사의 책임에 대해서는 기본적으로 일반 민사법리가 적용되며, 회사법은 책임면제나 책임보험 이외의 사항에 대한 특별규정을 두고있다[57]. 책임과 관련해서는 임원의 개념이 정의된다. 이것은 미국의 임원개념과는 다른 것으로 이사, 경영담당자(manager) 및 비서를 포함한 포괄적인 개념이다(회사법 744조). 그리고 회사법 310조는 임원(회계감사인도 동일)의 책임을 사전에 면제 · 보상하는 정관 규정 등을 원칙적으로 무효로 하지만, 예외적으로 임원을 위한 책임보험을 드는 것 및 승소한 임원이 소송비용 등을 회사에 求償하는 것 등을 인정하고 있다(회사에 의한 救濟. 테이블A 118항 참

54) 이것은 대표소송으로부터 이사를 적절히 보호하기 위한 것으로 손해배상책임의 면제에 한정되며, 이사의 해임과 그 외의 제재에 적용되는 것은 아니다(Official Text, at 2-9). 한편 재정법 자체가 이사의 注意義務違反責任을 면제하거나 배상책임액의 상한선을 정하는 예도 있다.

55) 近藤光男, "取締役の 責任保險と 責任制限 (一), (二)「民商法雜誌」 96권 1호 41面, 96권 3호 741面; 北村雅史,"米國における取締役責任制限法について「法學雜誌」 38권 3 · 4호 597面 參照.

56) 證券取引法研究會國際部會譯編 · アメリカ法律協會 「コーポレト・ガバナンスの原理」 259面 以下 參照.

57) Gower's Principles of Modern Company Law at 584; Mayson, French & Ryan on Company Law, at 428-431.

조). 동 법 727조는 임원(회계감사인도 동일)에게 의무위반이 인정되는 경우에도 법원은 적당하다고 생각되는 조건하에 그 사람의 책임을 전부 또는 일부 면제할 수 있도록 하고 있다(법원에 의한 구제). 이 외에도 정관소정의 목적범위 외의 행위에 관한 책임에 대해서는 주주총회의 특별결의에 의해 이사의 책임을 면제할 수 있다는 취지가 명시적으로 규정되어 있다(회사법 125조 3항). 판례법상, 주주총회의 보통결의 또는 특별결의에 의한 이사의 책임의 면제 및 경감도 인정된다. 그 내용이 반드시 명확한 것은 아니지만, 대표소송의 대상이 되지 않는 이사의 책임에 대해 총회의 보통결의에 의해 면제할 수 있다고 해석된다[58].

(3) 獨逸

이사의 인원수는 정관에서 자유롭게 결정할 수 있다. 자본금 300만마르크 이상인 회사도 정관에서 정한 바가 있는 한 이사는 一人이라도 좋다(주식법 76조 2항)[59]. 대회사에서는 보통 10명 전후의 이사가 선임된다. 예컨대, 독일은행의 정관은 이사는 3명 이상으로 구성하며, 감사회가 그 인원수를 확정한다고 규정하고 있다(동 6조 1항 2항). 현재 이사는 12명이다. 이사회제도는 법정되어 있지 않지만 보통 이사는 회의를 개최하고 의사결정권한을 행사한다[60]. 이사의 임기는 5년 이내이며, 감사회가 결정한다(주식법 84조 1항 1문). 감사회는 이사 중 일인을 이사회의 의장으로 지명할 수 있다(주식법 8조 2항). 이사회의 의장은 이사회를 주재하고, 기업의 제1인자(사장)가 된다. 감사회가 이사회의 의장을 지명하지 않은 때는 이사회가 그 구성원의 일인을 대변인으로 정할 수 있다. 대변인은 이사회의 의장보다 이사회 내부에서의 지위가 약하다고 지적된다[61]. 이사의 보수는 각 이사의 직무와 회사의 상황을 고려하여 감사회에서 정한다(주식법 87조 1항). 이익에 참가할 수도 있다(주식법 86조). 이사는 善管注意義務와 충실의무를 부담하며, 거기에 적절히 대응하는 보수 외의 권리가 이사에게 주어져야 한다고 지적된다[62].

이사는 자기의 책임하에 회사를 지휘하고, 회사의 업무집행·대표권한을 갖는다(주식법 76조, 78조). 회사를 지휘한다는 것은 경영정책을 결정하고 경영자로서 회사를 운영한다는 것을 의미한다. 자기의 책임에 있어서는 업무집행이 이사의 배타적 고유한 권한사항이며, 주주에게 위임받은 파생적인 권한이 아님을 명확히 한 것으로 이해된다[63]. 이사회는 합의제 기관으로 회사대표는 물론 업무집행에 대해서도 전체로서 행동한다. 업무집행에서는 전원일치원칙이 채용되고 있으나 정관이 정하는 바나 이사회의 업무규정에 따라 다수결원리를 채용하

58) Pennington's, Company Law at 806. 회사법 310조와 총회결의에 의한 면책관계의 에매함에 대해서는 Gower's Principles of Modern Company Law, at 572 참조.

59) 다만 공동결정법상의 종업원이사제도와 관련해 대회사에서는 3명 이상의 이사가 원칙적으로 요구된다.

60) 이하에서 이사의 업무집행에 관한 의사결정이 문제가 될 경우에는 이사회로 설명한다.

61) Raiser, S. 61. 대변인제도는 실무상에서 드문 일은 아니며 특히 대은행에는 일반적인 일이다(Kübler,S.176).

62) Henn, S. 241. 대회사 이사의 보수 실태에 대해서는 Henn, S. 244-252 참조. 이사는 종업원이 아니지만 경우에 따라서는 노동법의 적용(유추)이 문제된다(Kübler, S. 177).

63) Roth, Handels und Gesellschaftsrecht 4. Aufl, S. 200

며, 나아가 이사의 업무집행에 관한 역할분담을 정할 수도 있다(주식법 77조 1항)[64]. 업무규정은 감사회가 정하지 않은 경우 이사회에서 정할 수 있다. 이 경우에는 항상 전원일치의 결의가 요구된다(주식법 77조 2항). 대회사에서는 실무상 일반적으로 재무담당이사, 생산담당이사, 판매담당이사 등의 직무분담이 이루어진다. 이사회는 일주일에 한번정도 개최되며, 그곳에서 기본문제를 결정하고 각 이사가 그 분담사항에 대해 업무집행을 행하는 것이 보통이다[65]. 이러한 직무분담과 관련하여 감사회의 위원회와는 별도로 이사 내부에서도 위원회제도가 있다. 이 외에 자문위원회가 설치되는 경우도 있다[66]. 각 이사는 포괄적인 대표권을 갖지만 공동대표의 원칙이 채용된다. 정관에서는 2인의 이사의 공동대표, 1인의 이사와 지배인의 공동대표, 또는 단독대표권에 대해 규정할 수 있다(주식법 78조). 독일은행 정관 7조 1항은 2인의 이사 또는 1인의 이사와 지배인에 의해 회사가 대표된다고 규정한다.

주식법 93조는 이사의 책임사유에 대해 상세히 규정하고 있다. 이사는 업무집행시 통상의 성실한 업무지휘자의 주의를 다해야 하며, 이러한 주의의무를 위반한 때는 회사에 대해 연대손해배상책임을 진다. 주의의무위반 유무가 다투어졌을 때 입증책임은 이사가 부담한다(주식법 93조 1항, 2항). 주주에 대한 출자의 지불반환, 위법배당, 위법한 자기주식취득, 감사에 대한 부당한 보수의 지불이나 부당한 신용공여 등의 명확한 위법행위가 구체적인 손해배상의 책임사유로 규정되어 있다(주식법 93조 3항). 다만, 이러한 文言의 엄격성에 반해 이사의 책임추궁소송이 제기되는 예는 극히 드물며, 실제로 책임규제는 그다지 기능을 하지 못한다는 지적이 있다[67]. 한편 주주총회는 원칙적으로 법정의 결의사항만을 결의할 수 있으며, 특히 업무집행사항에 대해 결의할 수는 없다. 그러나 이사는 주주총회에 대해 업무집행사항에 대해 결의를 요구할 수 있으며(주식법 119조 2항), 당해 주주총회의 결의는 이사를 구속한다. 주주총회의 적법한 결의에 근거한 행위에 대해 이사는 회사에 대해 책임을 지지않는다고 규정되어 있다(주식법 93조 4항 1호)[68].

독일에서는 이사가 고유한 업무집행권한을 갖는 것 등, 주주총회의 최고기관성이 부정된다. 주주총회, 감사회 그리고 이사 등 3자의 견제와 균형을 통해 건전하고 효과적인 기업경영이 수행될 것을 기대하고 있다. 그러나 이 3자의 현실의 모습은 다양하다. 감사회가 명목상의 존재에 불과한 경우도 있으며, 적극적으로 기능하고 있는 경우도 있고, 또한 1인 주주

64) 주주총회의 소집결정은 이사회의 과반수 결의에 의한다(주식법 121조 2항 1문 참조).

65) Raiser, S. 63. 실무상 이사회의 의장과 그 외의 이사, 특히 직무분담에 응한 이사의 보수에 차이가 있는 것은 명확하지만(Henn. S. 233), 독일 은행에서는 이사의 대등성을 중시하여 이사의 보수가 균일하다(文硏歐洲調査團報告書, ヨーロッパ 金融持株會社の 實態, 26面 以下 參照).

66) 자문위원회는 결정권한을 갖지 않는 조언기관이다. 독일은행의 경영기구에서 위원회와 자문위원회에 대해서는 文硏歐洲調査團報告書, ヨーロッパ 金融持株會社の 實態, 25面 以下 參照.

67) Kübler, S. 180-181. 주주의 대표소송제도는 없다. 또한 이사의 일반적인 책임사유인 통상의「성실한 업무지휘자의 주의의무」의 객관적 기준이 명확하지 않는 점 등을 그 이유로 들 수 있다.

68) 다만 이 결의에 의해 각 이사의 회사 기업 전체에 대한 업무집행책임이 면제되지는 않는다(Kübler,S. 180). 공개회사의 실무에 있어서는 이와 같은 결의는 이루어지지 않는다고 지적된다.

인 경우가 전형적이지만 주주총회의 지배가 확립된 경우도 있다. 경영기구는 본래 회사마다 개성이 있고, 동적인 것이다. 이것을 전제로 경영기구에 관한 법률은 가능한한 탄력적으로 대응해야만할 것으로 지적된다[69].

Ⅳ. 經營의 健全性確保를 위한 經營機構의 再編成

1. 現行 會社法上의 問題點

우리나라 주식회사의 경영기구는 상법상 이사회와 대표이사로 구분된다. 이사회에서는 경영에 관한 중요사항을 결정하고, 대표이사를 선임한다. 대표이사는 업무를 집행함과 아울러 회사를 대표한다. 이사는 상근이사 내지 내부이사와 비상근이사로 나뉜다. 상근이사는 대표이사, 업무담당이사, 사용인겸무이사로 구분된다. 대표이사와 업무담당이사에게는 보통 회장, 사장, 부사장, 전무이사, 상무이사라는 명칭이 부여된다. 그러나 상법에서는 이사회의 구성원으로서 이사와 회사대표권을 갖는 대표이사의 구별만을 할 뿐이다. 대표이사에 관한 규정도, 거래의 안전(회사의 거래상대방)보호라는 관점에서 대표권의 범위 등에 대해 정할 뿐(상법 389조 3항) 그 업무집행권한에 대해서는 특별히 규정하고 있지 않다. 대표이사의 업무집행권한은 포괄적인 회사대표권한을 기초로 이론과 해석에 의해 도출된다[70].

업무담당이사나 사용인겸무이사, 나아가서는 회장, 사장, 부사장, 전무이사, 상무이사의 법적지위나 직무권한에 대해서는 규정되어 있지 않으며, 이러한 이사가 업무집행에 어떻게 관계하여야 하는지는 이론에 맡기고 있다. 회사경영의 건전성을 확보하고 효율적인 경영을 촉진하기 위한 목적으로 경영기구를 생각해 볼 때는 그 기초작업으로서 대표이사, 업무담당이사, 사용인겸무이사, 그리고 비상근이사의 법적지위(회사와의 법률관계 및 이사 상호간의 관계)에 대해 상법의 체계와 실무상황이라는 양면에서 이론적으로 정리하고 각 이사의 직무권한과 책임을 명확히 해야 한다.

현행상법은 이사회의 권한사항을 개별적으로 상세히 규정함과 동시에 중요한 업무집행사항을 일반적으로 이사회의 권한사항으로 한다(상법 제393조 1항). 그리고 이사회의 결의에 근거해 위법행위가 이루어졌을 때는 이사의 책임에 관해 당해 이사회의 결의에서 찬성했던 이사도 당해 행위를 한 것으로 간주하여(상법 399조 2항·3항) 그 연대책임이 문제가 된다. 각 이사의 회사에서의 지위나 당해 결의사항과의 관계는 내부적 求償관계(부담부분) 확정시 고려될 뿐이다. 다수의 이사가 이사회에서 협의함으로써 건전하고 효율적인 경영이 되기를

69) Raiser, S. 53

70) 鈴木竹雄·竹內昭夫, 會社法(第3版), (有斐閣, 1994), 268面; 河本一郎,現代會社法(新訂 第1版)(商事法務研究會, 1981), 328面.

기대하지만, 찬성이사에게 연대책임을 부과함으로써 한층 더 신중한 논의와 적절하고 실효적인 감독권한의 행사를 확보하려고 한다.

최근 규제완화론과 관련하여 획일적이고 경직된 사전규제가 비판되고, 사전규제와 사후규제의 균형에 유의할 것이 요청되고 있다. 이사회의 권한사항에 관한 상법 393조에 대해서도 이와같은 관점에서 비판적으로 검토할 필요가 있다.

以下에서는 구미의 경영기구의 내용과 아울러 우리나라에서의 이사의 법적지위와 경영기구에 관련된 법률문제에 대해 현행법의 문제점을 정리한다.

2. 經營機構의 再編成과 理事의 法的地位

(1) 比較法的 檢討

미국의 경우 주식회사는 반드시 이사회를 두어야 한다. 대규모 공개회사에서는 이사의 압도적 다수가 사외이사이며, 이사회제도와는 별개로 업무집행임원제도가 확립되어 있다. 업무집행임원을 겸임하는 이사의 이사로서의 지위는 실질적으로 무시할 수 있다. 경영기구에서는 사외이사와 업무집행임원(경영진)의 구별이 결정적이다. 효율적인 경영을 해야할 임원과 그것을 통제하는 사외이사중심의 이사회처럼 경영과 이사회간에는 명확한 역할분담이 되어 있다. 이사회는 일상의 경영에는 관여하지 않으며, 주요한 경영정책을 승인하고 임원의 업무집행을 감독한다. 이사회의 경영에 관한 권한은 이사회의 하부위원회인 업무집행위원회 및 최고업무집행임원(CEO)에게 위임된다. 실무상, 최고업무집행임원의 권한은 절대적이며, 그 지휘하에 다른 임원과 종업원이 경영을 수행한다. 한편 (사외)이사는 특별한 사정이 없는 한, 그 권한사항에 대해 임원이 제출한 자료를 기초로 판단할 수 있다. 이사가 임원이나 종업원을 합리적으로 신뢰했을 경우, 이사는 임원 등의 임무해태에 대해 연대책임을 지지 않는다. 이사와 임원의 책임사유는 원칙적으로 동일하지만, 실질적인 책임이나 책임을 묻는 방법에는 큰 차이가 인정된다.

이사와 업무집행임원의 선임기관과 보수에 대해서도 차이점이 명확하다. 이사는 주주총회에서 선임된다. 이에 비해 상급업무집행임원은 이사회에서 임명한다. 이사의 보수와 임원의 보수는 모두 원칙적으로는 이사회가 결정하지만, 양자의 보수결정방법 및 그 내용은 큰 차이가 있다. 사외이사의 보수는 일반적으로 정액이며 고액이 아니다. 업무집행임원의 보수는 회사의 업적뿐 아니라 각 임원의 개인적인 업적을 매년 심사하여 그 업적에 맞는 보수가 부여되며 스톡옵션(stock option) 등을 포함시키면 굉장한 고액이 되기도 한다. 이와 관련하여 사외이사 중심의 보수위원회를 설치하여 임원의 보수계획과 각 임원에 대한 보수에 대해 심사할 것을 권고하고 나아가, 증권거래위원회는 위임장설명서에서 임원보수의 개요에 대해 상세히 설명함과 아울러 보수액 상위 5명 임원의 보수에 대해 개별 구체적으로 公示하도록 의무

화되어 있다[71].

영국에서는 업무담당이사와 업무를 담당하지 않는 이사(사외이사)로 구성된 전체로서의 이사가 이사회라는 회의체를 통해 경영권능을 수행한다. 이사회가 본래 경영을 담당하는 기관이지만 이사회는 1인 또는 복수의 이사로 구성된 위원회에 그 권한을 위임할 수 있다. 또한, 업무담당이사를 임명하고 이들에게 이사회의 권한을 위임할 수도 있다. 이와 같은 권한위임에 의해 공개회사의 이사회는 감독기능만을 지닌다. 사외이사는 이사회와 기타 회의에 출석하는 것 이외의 실질적인 공헌은 기대되지 않는다. 전체로서의 이사가 갖는 경영권능을 위임받은 업무담당이사를 중심으로 경영이 수행된다. 영국 경영기구의 실질은 미국과 마찬가지이지만, 사외이사와 업무담당이사의 양자로 구성된 이사회에서 경영에 대한 효과적인 통제를 행하는 단일이사회제도의 효용이 강조되고 있다.

사외이사와 업무담당이사의 직무권한의 相違에 대응하여 양자의 보수기구(scheme)에도 명확한 차이가 있다. 이사 일반에 대한 보수의 최고액이 정관 또는 주주총회에서 정해지고, 이사회가 그 범위에서 구체적 배분을 결정한다. 그 보수는 정액으로 고액은 아니다. 업무담당이사로서의 보수결정은 원칙적으로 이사회의 권한사항으로, 이사회는 업무담당이사에 대해 적당하다고 생각되는 보수를 줄 수 있다. 일반적으로는 업적과 연동한 보수체계가 구축되어 있고, 그 보수는 고액이다. 이에 대한 비판이 생겨 1995년에는 그린베리 보고서에서 업무담당이사에 관한 보수정책과 함께 각 업무담당이사의 보수액을 결정하는 권한을 가진 3명 이상의 사외이사만으로 구성된 보수위원회 설치를 요구했다(Code A1). 동보고서는 公示에 대해서도, 보수위원회가 연차보고서 등에서 보수위원회 보고를 통해 주주에게 보수정책과 모든 이사의 개별적이고 구체적인 보수에 대해 公示할 것을 요구했다(Code B1-B5). 한편 영국의 특징은 이러한 회사운영(Corporate Governance)문제를 법령에 근거해 행하는 것이 아니라, 거래소의 상장규칙 등 자주규제로 행하는 것이다[72].

독일의 주식회사법은 감사회와 이사회의 2중구조형 경영관리기구를 채용하여, 감사와 이사의 겸임을 금지한다. 이사는 자기책임으로 회사를 지휘하고, 회사의 업무집행 및 대표권한을 갖는다. 감사회는 감독기관으로 이사를 선임하고 업무집행을 감독하는 일이 가장 중요한 직무권한이다. 정관 또는 감사회의 결의에 따라 감사회의 동의를 요하는 업무집행사항이 정해진다. 감사회에는 감사회의 권한위임을 받아 감사회의 직무를 수행하는 다양한 위원회가 설치되어 있다.

감사 또는 이사와 회사간 법률관계를 기초하는 선임행위와 임용행위가 명확히 구별된다. 선임(Bestellung)이란 특정인에게 그 자의 동의에 따라, 社團의 기관으로서의 법적지위를 위

71) ALI의 Corporate Governance 원리 3A · 05조 Regulation S-K402조 참조.

72) 그린베리 보고서의 행동계획 3·3참조. 그린베리 보고서에서 계산서류규칙의 개정을 요구하여(행동계획 3·8 - 3·9 참조), 현재 개정작업이 진행중이다(DTI, The Company Accounts(Disclosure of Director's Emoluments) Regulations 1996 A Consultative Document).

임하는 사단법상의 행위라고 이해된다. 이에 대해 임용(Anstellung)은 사단법상의 행위가 아니라, 회사와 감사 내지 이사간의 내부관계를 정하는 위임 또는 고용계약이다. 감사·이사와 회사의 기본적 법률관계는 법률 및 정관에 의해 규정되지만, 나아가 임용계약에서 각 감사·이사의 직무내용·담당 이외의 조건이 확정된다[73]. 이사의 보수는 각 이사의 직무와 상황을 고려하여 감사회가 정한다. 감사의 보수는 정관 또는 주주총회 결의에 따라 정해진다.

(2) 理事會의 決議事項과 權限委任

미국이나 영국의 대규모 공개회사에는 이사회의 하부기관으로 이사회의 경영에 관한 일반적 권능이 위임된 업무집행위원회가 조직되어 있다. 이것은 기동적이고 탄력적인 경영을 가능하도록 하기 위한 것이며 이외에도 경영사항에 관해서는 그 결정권을 최고업무집행임원(CEO) 또는 업무집행이사(managing director)에게 광범위하게 위임할 수도 있다. 그리고 이사회의 권한사항은 원칙적으로 조직적인 사항에 제한되어 있다. 이에 대해 우리나라의 경우에는 중요한 업무집행사항은 모두 이사회의 권한사항이며, 상무회나 대표이사 등에게 그 결정권한을 위임할 수는 없다(상법 제393조 1항)[74].

업무집행사항은 이론상 ①주주총회의 결의사항, ②이사회의 권한사항, ③이사회결의를 구하는 것이 이사회의 善管注意義務 또는 忠實義務에서 요청되는 사항, ④이사회 결의를 필요로 하지는 않지만 대표이사가 전결집행하지는 않고 상무회 등에서 동의를 구하는 것이 타당한 사항, ⑤대표이사가 전결집행할 수 있는 사항, ⑥대표이사가 기동적으로 전결집행해야할 사항 등으로 분류할 수 있다. 각 업무집행사항을 이들 중 어디에 해당시킬 것인가는 입법정책의 문제이다. 어쨌든 법정의 주주총회 및 이사회 결의사항은 구체적이고 명확하게 규정되는 것이 바람직하다. 그러나 그 밖의 업무집행사항에 대해서는 다종다양한 회사의 존재와 업무집행사항의 다양성을 배려할때, 가능한 한 회사의 자치에 맡기는 것이 타당하며, 그 운용에 있어서도 회사의 관행, 당해 거래의 목적, 비통례성이나 이익상반 가능성 등의 당해 거래의 성질, 나아가서는 재원 등 다양한 요인을 종합적으로 감안하여 가능한 한 유연하게 처리해야 한다[75]. 이사회에 부의해야 할 사항을 대표이사가 전결집행한 때는 당해 대표이사의 책임이 엄격히 심사되므로 이와 같은 경영상의 미묘한 문제에 대해서는 원칙적으로 거래효력에 관계되지 않게 하는 것이 타당하다[76].

현행상법 제393조 1항은 우리나라의 실무상황을 전제로 할 때 검토가 필요하다고 생각된다. 실무상 이사회는 상무회 구성원에 사용인겸무이사가 참가하는 회의라고 이해할 수 있다.

73) Henn, Handbuch des Aktienrechts 5. Aufl. SS 843-847.

74) 鄭東潤, 前揭書, 380面;鈴木竹雄·竹內昭夫, 前揭書, 277面. 다만 이사회가 중요한 업무집행사항에 대해 상세하고 구체적으로 결정해야하는 것은 아니다. 이사회는 기본적인 사항을 결정하면 족하고, 세부적인 것은 대표이사에게 위임할 수 있다.

75) 森本 滋, "大會社の經營機構と取締役の法的地位," 「法學論叢」 第140卷 第5·6號(1997), 145面.

76) 森本 滋, 平成六年 最高裁判決批評 「民商法雜誌」 112号 1号, 73面, 78面 以下 參照.

대표이사의 지휘하에 사용인으로서 매일 담당하는 직무를 갖는 사용인겸무이사가 참여함으로 인해, 이사회가 상무회 이상으로 경영의 중요사항전반에 대해 실질적으로 심의할 수 있다고는 생각되지 않는다. 이사회의 실질은 대표이사 및 상무회의 결정을 형식적으로 추인하는 정도에 불과하다. 현행 실무와 현행법의 이념의 괴리를 합리적으로 조정하기 위해서는 상무회 등에서 합리적인 자료를 기초로 실질적인 심의가 이루어질 때, 이사회에서 동일한 심의를 반복할 필요는 없으며, 상무회 등에서의 심의의 개요를 보고하고, 이사회에서 이해를 구하면 그것으로 충분하다.

현행상법 제393조 1항은 주주의 이익보호의 관점에서 획일적으로 경영에 관한 의사결정권한의 소재를 法定하고 있다. 그러나 각 회사의 경영기구에는 개성이 있는 것이 바람직하고, 또한 규모, 업종, 주주구성 등 다종 다양한 회사의 실정에 적합한 경영기구를 구축할 수 있도록 하지 않으면 안된다. 다만 현재 우리나라의 실무를 배려할 때 일시에 자유화하는 것에도 의문은 있다. 현행 이사회의 권한사항 중 일부에 대해 정관의 정함을 기초로 이사회에서 이사회의 하부위원회나 특정이사에게 결정권한을 위임하는 것을 인정하는 것이 타당할 것으로 보인다[77].

현행 상무회는 법정기관이 아니며, 법적 성질 내지 의의도 명확하지 않다. 실무상 상무회는 대표이사의 의사결정을 보좌하는 이른바 자문기관이다. 그 결과 상무회에서는 대표이사의 지휘하에 경영의 중요사항이 결정된다. 따라서, 대표이사가 경영에 관한 최고의 의사결정기관으로 군림하게 된다. 이와 같은 상무회를 이사회의 업무집행에 관련한 의사결정권한을 위임받은 이사회의 하부위원회로 승인하고, 심의절차나 의사록의 작성 및 비치·열람에 대해 명확한 규제를 하는 것은 대표이사의 권력억제 또는 경영 감시의 관점에서 합리성을 인정할 수 있다.

유연한 경영기구를 법적으로 승인할 때 각 이사, 대표이사 그리고 이사회의 관계를 정리할 필요가 있다. 우리나라에서는 일반적으로 경영의 의사결정기관은 이사회이다. 대표이사는 업무를 집행하는 기관으로 원칙적으로 의사결정기관은 아니다. 그러나 대표이사는 예외적으로 이사회로부터 수권받은 常務에 관한 의사결정을 할 수 있다라고 이해된다. 그러나 이사회제도를 이처럼 경직적으로 운영할 필요는 없다. 미국이나 영국처럼 전체로서의 이사개념을 기초로 건전하고 효율적인 경영을 촉진하기 위해서, 전체로서의 이사가 갖는 경영권한을 필요에 따라 이사회의 하부위원회 또는 각 이사에게 위임하는 것을 인정하는 것이 합리적이다. 전체로서의 이사는 이사회라는 회의체를 통해 경영에 관한 의사결정을 하지만, 이사회가 경영에 관한 모든 의사결정을 하는 것은 가능하지도 않으며 타당하지도 않다. 이 때문에 상법은 대표이사제도를 두고 대표이사에게 포괄적인 대표권한을 부여함으로써 간접적으로 포괄적인 업무집행에 관련한 의사결정권한을 인정하는 것이다[78].

77) 稻葉 外, 「條解 會社法の研究(六)-取締役(一)」 (別冊商事法務 176號) 16面 以下, 140面以下 參照.

나아가 이사회는 경영판단에 따라 일부 이사(상무회 등) 또는 대표이사 및 업무담당이사에게 경영에 관한 의사결정을 위임하는 것을 인정하지 않으면 안된다[79].

경영에 관한 의사결정기구를 탄력화하면 대표이사의 권한확대가 우려되지만 대표이사의 권력은 이미 충분히 강대하다. 중요한 경영사항을 이사회의 권한사항으로 하여 대표이사의 권력을 억제하고 이사회 결의에 찬성한 이사의 연대책임을 부과함으로써 건전하고 효율적인 경영을 확보하려는 현행법의 기구의 실효성에는 의문이 있다. 오히려 현행상법 제393조 1항은 현실의 대표이사의 강대한 권력을 애매하게 하는 기능을 하고 있다고까지 볼 수 있다. 권력은 부패하고 남용될 위험이 있다. 현실의 권력이나 권한관계를 기초로 대표이사의 위법부정한 업무집행을 억제하고, 건전하고 효율적인 권한행사를 확보하는 실효성있는 감독기구를 구축해야만 한다. 실효성있는 감독으로는 3명 이상 내지 이사의 ⅓ 이상의 사외이사제도의 도입을 생각할 수 있다. 그 경우, 이사회의 결의사항의 대폭 삭감이 문제가 되지 않을 수 없다. 한편 이와같은 경영의 건전성을 확보하는 실효성 있는 감독기구를 담보로 해서, 상무회 나아가서는 대표이사에게 강력한 경영권한을 승인하고 기동적이고 탄력적인 경영을 가능하게 하는 것이 대기업의 효율적 경영을 촉진하는 유효하고 현실적인 방법이 될 것이다.

한편, 미국의 경우에는 이익처분 및 이사의 보수결정은 이사회가 행한다. 주주총회의 권한사항은 이사의 선임, 정관변경, 합병·회사재산의 전부양도·회사의 해산 등 회사의 기초적 변경, 나아가 임원에 대한 스톡옵션 부여의 승인 등 한정적이다. 반면 이사회는 필요하다고 생각될 때, 경영사항에 대해서도, 특히 이사 또는 임원의 이해관계거래에 대해서, 주주총회의 승인을 구할 수 있다. 미국에서는 주주총회의 승인을 기초로 하는 경영사항에 대해서는 이사의 책임은 대폭 완화되는 것이 명시적으로 규정되어 있다[80]. 영국에서도 기본적으로 동일한 경향이 인정된다. 독일에서는 우리나라의 경우와 마찬가지로 주주총회 결의사항이 상세히 한정 열거되어 있으나(주식법 119조 1항), 이사회는 경영사항을 주주총회에 附議할 수 있다(동조 2항). 그리고 구체적인 법적 효과는 반드시 명확한 것은 아니지만, 주주총회의 적법한 결의에 근거한 행위에 대해서는 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 발생하지 않는다고 규정되어 있다(주식법 93조 4항 1문). 우리나라에서도 이사회가 경영사항에 대해 주주총회의 동의를 구할 수 있는 가능성을 열어놓는 것에 대해 검토함과 동시에[81] 주주총회의 권한사항에 대해 재검토할 필요가 있다고 생각된다[82].

---

78) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 510面; 北澤正啓, 前揭書, 383-384面.

79) 森本 滋, 前揭論文, 147面.

80) 예컨대, 이익상반거래에 관한 ALI Corporate Governance 원리 5·02조참조. 판단기준이 reasonable에서 waste of assets 기준으로 변경되었다.

81) 경영사항에 대해 주주총회가 갖는 재량범위와 이사회가 갖는 재량범위가 다르다고 해석하는 것이 합리적이다. 한편, 경영기구의 다층화와 함께, 이사회, 상무회, 거기에 대표이사(사장) 각각의 경영판단에 관련한 재량범위의 상위에 대해 유의할 필요가 있다.

82) 주주가 합리적으로 판단할 수 있는 사항에 대해서는 충분한 정보를 공시하고, 그 판단에 맡겨야 하지만, 주주의 결정에 맡기는 것이 적당하지 않은 사항에 대해서는 이사회의 결정에 따르고, 결정에 이르는 과정과 결정이유를 합

(3) 代表理事·業務擔當理事 및 使用人兼務理事의 權限의 再檢討

이사에 대해서는 주주총회의 이사선임결의에 근거하여 대표이사가 피선임자와의 사이에서 위임계약으로서의 이사임용계약을 체결함으로써 이사에 취임하는 것으로 해석된다[83]. 그러나 기관관계의 설정은 계약관계와는 달리 피선임자의 승낙을 조건으로 하는 회사의 단독행위로, 위임에 관한 규정이 적용되는데 지나지 않는다는 견해도 유력하다[84]. 이 견해는 경영권의 분쟁 등의 경우에 대표이사가 주주총회가 선임한 자와 임용계약을 체결하지 않는 경우의 합리적 처리를 목적으로 한다. 그러나 예외적 사태에 대해서는 그것에 대응한 탄력적이고 합리적인 취급을 검토해야 할 것이다. 예외적 사태의 간편한 설명을 위해 통상 사태에 대해서도 이례적인 법적 구성을 취하는 것에는 의문이 있다. 독일에서의 선임행위와 임용계약의 구별을 참고로 회사와 이사간의 법률관계를 성립시키는 법률원인으로서 계약구성을 채용하는 것이 타당하다[85].

이사는 법령과 정관의 규정 및 총회결의를 준수하고, 회사를 위해서 충실히 그 직무를 수행해야 한다. 이사와 회사간의 관계는 위임관계이며, 이사는 회사에 대해 受任者의 선관주의의무를 부담한다[86]. 이와 같이 이사의 일반적 의무는 정형적인 것으로 法定되지만, 각 이사의 직무내용은 일률적이거나 정형적인 것이 아니다. 이사도 이론상, 전체로서의 이사가 갖는 직무권한에 대해 개별 이사 사이에 합리적으로 역할을 분담하는 것이 인정된다. 대표이사제도는 전체로서의 이사가 갖는 업무집행권한을 특정이사에게 위임하고 이것에 포괄적인 대표권을 인정하는 것이 거래의 안전을 위해 타당하다고 하여 마련된 것이다. 이사의 직무내용이 큰 차이가 있을 경우에는 회사와 이사의 관계를 회사와 이사의 합의를 기초로 정리할 필요가 있다.

대표이사 및 업무담당이사는 그 권한의 기초가 법률의 규정이나 정관의 규정 등으로 다르지만 어떤 것이라도 이사회결의에 따라 이사의 직무권한이 확대된 이사이며 사용인겸무이사처럼 회사와의 사이에 고용관계가 생기는 것은 아니다. 대표이사 및 업무담당이사는 이사회의 구성원으로서의 직무 이외에 이사로서의 회사대표·대리 내지 업무집행을 담당한다. 이 경우 그 직무권한 및 책임이 질적으로 변화하기 때문에, 이사회 결의에 근거하여 피선임자가 대표이사 및 업무담당이사가 되는데는 피선임자의 승낙이나 동의가 필요하다. 이 승낙이나 동의의 법적 성질이 문제가 된다. 대표이사 및 업무담당이사는 이사와는 별개의 자격으로 그 직무를 수행하는 것이 아니다. 따라서 대표이사 및 업무담당이사로서의 직무는 전체로서의 이사의 직무권한을 분담하여 수행하는 것을 약속한 이사임용계약에 포함된다고 해석할 수

처서 결정사항의 公示를 요구하고, 필요한 때는 이사회의 책임을 추궁한다는 규제방식(이것은 사후적 규제방식이 된다)을 채용하는 것이 타당할 것이다.

83) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 365면; 정동윤, 前揭書, 362면.

84) 鈴木竹雄·竹內昭夫, 前揭書, 270面.

85) 森本 滋, 前揭論文, 149面.

86) 李泰魯·李哲松, 前揭書, 338면; 加美和照, 前揭書, 244면 이하 참조.

있다. 그러나 대표이사 및 업무담당이사는 이사회 밖에서는 그것과는 상대적으로 독립하여 직무를 수행한다. 특히 대표이사 및 업무담당이사의 직무내용은 각 회사의 상황에 따라 상당히 개성적인 것이다. 언어의 문제라고도 생각되지만, 영국의 예를 참고로 보면, 이사임용계약과는 별개의 계약관계 성립을 인정하는 것이 법률관계를 명확히 하는데 도움이 될 것으로 보인다[87].

우리나라의 사용인겸무이사는 이사이면서 동시에 사용인으로 회사에 고용되어 있다. 사용인겸무이사와 회사간에는 이사임용계약과는 별도로 사용인 관계를 성립시키는 고용계약이 체결된다. 사용인겸무이사는 이 고용계약에 근거해 사용인으로서 대표이사 또는 업무담당이사의 지시를 받아 회사를 위해 勞務를 제공한다. 이 관계에서 사용인겸무이사의 사용인분 급여는 상법 제388조 소정의 이사의 보수에 해당하지 않는 것으로 해석한다[88]. 사용인겸무이사를 이사로서 가능한 한 업무담당이사와 동일하게 규제할 것인가 아니면 대표이사 및 업무담당이사와 구별하여 사용인겸무이사의 사용인으로서의 지위의 특수성을 강조할 것인지가 그 책임과 관련하여 문제가 된다. 어쨌든 이들은 모두 업무에 관계되는 자로서 연속성이 있으며, 그 관계에서 대표이사 및 업무담당이사 취임계약을 觀念하는 것이 합리적일 것이다[89].

한편 대표이사 및 업무담당이사의 보수에 대해서는 각 이사의 직무권한과 업적에 따라 개별적으로 정하는 방향으로 실무가 진행되는 경우에는 대표이사 및 업무담당이사 취임계약을 觀念하는 것이 한층 합리적일 것이다[90]. 현행 보수규제는 자의적 예산방지를 위한 입법취지로하여 이사전체에 대해 보수로 최대한 얼마만큼의 회사재산의 사외유출을 인정할 것인지에 대해 주주총회가 결의하도록 하고 있다. 그러나 보수는 이사가 성실하고 효율적으로 경영을 수행하기 위한 인센티브로서의 기능이 인정된다. 현재 상장회사의 실무를 전제로 할 때는 자의적 예산방지의 관점보다는 오히려 개개 이사, 특히 대표이사 및 업무담당이사에 대해 어떤 기준이나 보수정책에 근거해서 어떤 종류의 보수를 어느정도 줄 것인지가 중요하다. 이 모든 것을 주주총회에서 의논하는 것은 적당하지 않다. 주주총회에서는 보수액이 아닌 보수정책에 대해 결의하도록 하고 구체적인 보수의 배분은 이사회의 결정에 맡기고, 이사회가 보수배분의 공정성, 타당성에 대해 주주에 대해 책임을 부담한다고 하는 구상에도 합리성이 있다고 생각된다. 나아가 보수정책과 보수의 구체적 배분결과를 가능한 한 상세하게 공시할 것을 의무화할 때, 현행 보수규제보다도 훨씬 경영감시기능이 향상될 것으로 생각된다. 경영기구를 재검토할 때는 이사의 보수문제가 중요한 논점이 되어야 한다[91].

87) 北澤正啓, 前揭書, 385面 명시적으로 이것을 긍정한다.
88) 鄭東潤, 前揭書, 369面.
89) 森本 滋, 前揭論文, 151面.
90) 구미에서는 상세한 이사 또는 임원취임계약이 교환되며, 회사법의 실무서에 그 계약예가 해설되어 있다. 예를 들어 Peter Loose = John Yelland = David Impey, The Company Director, at 457 참조. 우리나라에서도 이사로 임용될 때, 이사로서의 code of conductor나 책임에 대해 명확히 기재되어 있는 서면에 의해 이사임용계약을 체결하는 것을 생각해 보아야할 것이다.
91) 森本 滋外 "座談會 取締役の責任追及と報酬のあり方[上]," 「月刊取締役の法務」 (1996년 8월호) 19面 以下.

V. 結 論

전술한 바와 같이 독일은 이원적인 경영기구와 공동결정제도에 독자성이 있으나, 미국, 영국 및 독일의 경영기구는 서로 다른점 보다는 놀랄만큼 유사성이 많다는 것을 알 수 있다. 이것은 경영을 담당하는 기관과 그것을 감독하는 기관의 분리이다. 미국과 영국에서는 사외이사가 감독기능의 실효성 확보에 결정적인 역할을 할 것으로 기대된다. 독일의 감사회에도 위원회제도가 발달해 있으나, 미국이나 영국에서는 이사회의 하부위원회가 다양하게 전개되어 있다. 그리고 경영을 담당하는 자에 대해서는 개별적인 계약에 의해 그 직무권한과 책임이 명확히 되어 있고, 업적연동형 보수가 폭넓게 도입되어 있다.

우리나라의 대표이사에 대한 권력집중은 歐美와 큰 차이는 없는 것처럼 생각된다. 그러나 사외이사제도는 일반적인 것이라고 할 수 없다. 또한, 歐美와 비교하면 대표이사의 경영통제기구는 크게 미흡하나 지금까지는 종업원이 사용인겸무이사가 되어 업무담당이사를 거쳐 대표이사가 되는 것이 일반적이며 이사의 책임추궁도 거의 없었기 때문에 사용인에서 이사가 될 때에도 이사와 사용인간의 직무권한과 책임의 차이가 명확하지 않았으며, 보수에 대해서도 질적 향상이 있었던 것은 아니다.

우리나라에서는 지금까지 대기업이나 상장회사의 이사회 또는 경영관리기구의 실태를 조사한 후, 그 실태에 적합한 이사의 법적지위나 책임론을 전개하는 연구가 충분하게 이루어지고 있었던 것은 아니다. 실무는 회사법에 무관심하고, 이론은 반대로 실무 또는 현실에 대해 충분한 배려를 하지 않고 이념적인 논의를 해온 경향이 있음을 부정할 수 없다.

법적으로는 이사의 책임이 문제되지 않는 기업경영의 건전성 확보 시스템을 구축하는 것이 제1의 과제가 된다. 회사법이론은 주주를 회사기업의 실질적 소유자로 보고, 이사는 회사, 즉 그 배후에 있는 총주주의 이익을 위해, 성실히 그 직무를 수행해야한다고 해석해 왔다. 다시 말하면 권력자인 경영자의 부정이나 권한남용을 억제하고, 주주의 이익을 법적으로 보호하는 것, 이것이 채권자보호와 함께 회사법의 중요한 과제로 여겨져 왔다. 그러나 기업경영의 효율성을 확보하는 제도적 장치를 마련하는 것도 회사법의 중요한 과제라고 하는 인식이 일반화되고 있다[92]. 이와함께 회사경영의 투명성을 확보하려는 관점에서 우리나라의 경영기구의 개선방안을 중,장기적 관점에서 검토해볼 필요성이 있다[93]. 앞으로 기업경영의 건전성 및 투명성과 함께 효율적인 기업경영을 확보하려는 관점에서 경영기구의 재구축에 대한 논의가 더욱 활발하게 행하여지기를 기대한다.

---

92) 이에 관한 日本에서의 論議로서는 江頭憲治郎 外 "新春座談會, わが國の會社法制の課題 - 21世紀を展望して," 「商事法務」 1445號, 35面 以下 參照. 회사법은 주주 및 채권자 보호를 목적으로 하는 회사의 조직법이라고 설명하는 것이 일반적이다. 그러나 회사의 경영기능을 촉진하고 회사기업의 원활하고 합리적 운영을 확보하는 것도 회사법의 중요한 규제 목적이다.

93) 鄭燦亨, "企業經營의 透明性 提高를 위한 株式會社의 支配構造의 改善," 商事法硏究 通卷 第20號(1998), 219面 以下 參照.

SUMMARY

A Study on the Improvement in device of management institutions in Corporation

Woo, Hong-koo
(Department of Law, College of Law, Konkuk University)

This article considers that our corporation's management institutions bring in problems in order to ensure efficiency and responsibility in corporate management. In general, in the public corporation, the management function is normally vested in the principal senior executives. A basic function of the board is to select these executives and to oversee their performance to determine whether the business is being properly managed, having in mind the objective and conduct of corporation charter.

The primary function of the board of directors is the selection of the chief of executive officer and concurrence with the CEO's selection of the company's top management team. Accordingly corporation act should regulate abuse of management rights and protection of shareholders' and stakeholders' interests.

I expect that scholars discuss improvement in device of management institutions with soundness, transparency and efficiency in corporate management.