

주식회사 기관제도의 개선방향에 관한 연구

-상법 개정안을 중심으로-

심 영*

목 차

I. 들어가며	3. 자기거래의 범위
II. 주주총회	4. 회사의 사업기회 유용금지
1. 정보통신 기술의 이용	5. 이사의 회사에 대한 책임감면
2. 소규모 주식회사의 주주총회	6. 집행임원제도
III. 이사 및 이사회	7. 이사회의 권한
1. 사외이사의 정의 및 결격사유	IV. 감사(감사위원회)
2. 이사의 선임 및 이사회제도	V. 맺음말

I. 들어가며

정부는 2005년 7월 법무부내에 상법(회사법) 개정 특별분과위원회를 구성하여 1년에 동안 논의를 거쳐 회사법 개정안을 마련하였다.¹⁾ 이 회사법 개정안은 우리나라 주식회사제도의 큰 흐름을 바꾸는 내용을 가지고 있다. 특히 개정안 중 주식회사 기관에 관한 내용은 현행의 회사 지배구조를 근본적으로 바꿀 수 있는 것이다.

정부가 회사법 개정안을 마련하면서 도입하고자 하는 여러 제도들에 대해서 기업, 시민단체, 학자 등을 포함하여 여러 분야에서 다양한 의견을 내놓았다. 정부는 이러한 의견을 수렴한 후 개정안을 국회에 제출하였다.

* 연세대학교 법학전문대학원/법과대학 부교수

1) 정부는 2007년 9월 20일에 개정안을 국회에 제출(의안번호 177463)하였으나 국회 임기만료로 폐기되었다. 정부는 그 후 2008년 10월 21일에 기존의 개정안을 조금 수정하여 국회에 제출(의안번호 1556)하였다.

이 논문은 정부의 회사법 개정안 중에서 회사지배구조에 해당하는 주식회사 기관제도의 변화를 살펴보고자 한다. 회사의 지배구조는 기업의 성장과 경제의 발전에 크게 기여하면서 회사와 관련한 이해관계자의 이해를 조정하는 기본이 되는 것으로 우리나라도 지배구조에 대한 관심이 높아졌으며, 이에 따라 회사 지배구조를 보완 발전하고자 하는 노력이 계속되고 있기 때문이다.

주식회사 기관에 관련한 개정안에 포함된 여러 제도는 이미 제도 도입에 대한 찬성과 반대의 논리와 근거가 많은 논문 등에서 발표되었으므로, 이 논문에서는 제도에 대한 찬반을 논하기 보다는 도입하고자 하는 제도가 정부가 설명하고 있는 입법이유나 목적에 부합되게 개정안에 규정되었는지, 개정안의 조문상 제도의 운영에 문제가 없는지 등을 살펴보고자 한다.

이 논문에서 회사법 개정안은 2008년 10월에 정부가 국회에 제출한 것을 기준으로 한다. 개정안이 제출된 이후 회사법은 2차례 개정되었다. 2009년 1월의 개정²⁾은 상장회사 지배구조에 관한 특례를 내용으로 한다. 2009년 5월의 개정³⁾은 소규모 주식회사에 관한 특례규정 및 정보통신 기술의 이용을 내용으로 한다. 이 논문에서는 위 개정된 내용의 경우 개정안을 중심으로 먼저 설명하고 개정된 내용과 그 평가를 이어서 서술하는 형식으로 한다.

2) 2009년 1월 8일 국회 본회의를 통과하여 2009년 1월 30일 공포하였다.

3) 2009년 4월 29일 국회 본회의를 통과하여 2009년 5월 28일 공포하였다.

II. 주주총회

1. 정보통신 기술의 이용

회사법 개정안은 발달된 정보통신 기술을 기업경영에 이용할 수 있도록 하기 위해 전자공고(안 제289조 제3항 단서 및 제4항부터 제6항 신설), 전자주주명부(안 제352조의2 신설), 주식 및 사채의 전자등록제(안 제356조의2 및 제478조 제3항 신설)의 도입을 제안하고 있다. 주주총회와 관련해서는 소집통지 · 주주제안 · 소수주주에 의한 주주총회의 소집청구 · 의결권 불통일행사 · 집중투표의 청구와 관련하여 전자문서를 이용할 수 있도록 하고 있으며 전자투표제(안 제368조의4 신설)의 도입을 제안했다.

위 개정안의 내용 중 전자공고, 전자주주명부, 소집통지 · 주주제안 · 소수주주에 의한 주주총회의 소집청구 · 의결권 불통일행사와 관련한 전자문서의 이용과 전자투표제도는 2009년 상법 일부개정을 통해 도입되었다.

1.1 전자문서의 이용

개 정 전	개 정 법
第363條(召集의通知, 公告) ①總會를召集함에는會日을定하여 2週間前에各株主에對하여 서면 또는 전자문서로 通知를發送하여야한다. 다만, 그 통지가 株主名簿상의 株主의 住所에 계속 3年間 도달하지 아니한 때에는 會社는 당해 株主에게 總會의 召集을 통지하지 아니할 수 있다. ②前項의通知書에는會議의目的事項을記載하여야한다 ③會社가無記名式의株券을發行한境遇에는會日의3週間前에總會를召集하는뜻과會議의目的事項을公告하여야한다 ④前3項의規定은議決權없는株主에對하여는適用하지아니한다	제363조(소집의 통지, 공고) ① 주주총회를 소집할 때에는 주주총회일의 2주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송하여야 한다. 다만, 그 통지가 주주명부상 주주의 주소에 계속 3년간 도달하지 아니한 경우에는 회사는 해당 주주에게 총회의 소집을 통지하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 통지서에는 회의의 목적사항을 적어야 한다. ③ 회사가 무기명식 주권을 발행한 경우에는 주주총회일의 3주 전에 총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 한다. ④ 제1항 및 제3항에도 불구하고 자본금 총액이 10억원 미만인 회사가 주주총회를 소집하는 경우에는 주주총회일의 1주 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송할 수 있고, 무기명식의 주권을 발행한 경우에는 주주총회일의 2주 전에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고할 수 있다.
第363條의2(株主提案權) ①議決權 없는 株式을 제외한 發行株式總數의 100분의 3 이상에 해당하는 株式을 가진 株主는 理事에 대하여 會日의 6週전에 書面으로 일정한 사항을 株主總會의 目的事項으로 할 것을 提案(이하 株主提案 이라 한다)할 수 있다.	제363조의2(주주제안권) ① 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이사회에 주주총회일(정기주주총회의 경우 직전 연도의 정기주주총회일에 해당하는 그 해의 해당일, 이하 이 조에서 같다)의 6주 전에 서면 또는 전자문서로 일정한 사항을 주주총회의 목적사항으로 할 것을 제안(이하 "주주제안"이라 한다)할 수 있다.
第366條(少數株主에依한召集請求) ①發行株式의總數의100분의 3이상에該當하는株式을가진 株主는會議의目的事項과召集의理由를記載한書面을理事會에提出하여臨時總會의召集을請求할 수있다.	第366條(少數株主에依한召集請求) ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다.
第368條의2(議決權의 不統一行使) ①株主가 2 이상의 議決權을 가지고 있는 때에는 이를 統一하지 아니하고 行使할 수 있다. 이 경우 會日의 3日전에 會社에 대하여 書面으로 그 뜻과 이유를 통지하여야 한다.	第368條의2(議決權의 不統一行使) ① 주주총회일-서면 또는 전자문서로-.
第382條의2(集中投票) ②第1項의 請求는 會日의 7日전까지 書面으로 이를 하여야 한다.	第382條의2(集中投票) ②주주총회일의 7일 전까지 서면 또는 전자문서로 -.

상법 제363조는 주주총회 소집통지의 방법으로 서면 또는 전자문서를 정하고 있었다. 개정법에서는 주주의 동의를 받은 경우에만 전자문서를 소집통지의 방법으로 이용할 수 있도록 한다. 이것은 우편과는 달리 전자문서에 의한 통지는 수신을 위해서는 주주의 적극적 행위가 필요하다는 점이 고려되어야 한다는 것이 인정된 것으로 보인다.⁴⁾

회사의 편의를 위해 전자문서의 이용을 허용하였다면 마찬가지로 주주의 편의를 위해 주주도 회사에 대해 전자문서를 이용한 의사통지를 할 수 있도록 하여야 한다.⁵⁾ 주주제안·소수주주에 의한 주주총회의 소집청구·의결권 불통일행사·집중투표의 청구도 전자문서로 할 수 있다. 이 때 고려하여야 할 것은 회사의 전자문서에 대한 진정성을 확인하는 것보다 주주의 전자문서에 대한 진정성 확인을 하는 방법이 보다 어려울 것이라는 점이다.

1.2 전자적 방법에 의한 의결권 행사(전자투표)

[개정법: 신설]

제368조의4(전자적 방법에 의한 의결권의 행사)

- ① 회사는 이사회에 의결권 행사에 관한 주주가 총회에 출석하지 아니하고 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있음을 정할 수 있다.
- ② 회사는 제363조에 따라 소집통지나 공고할 때에는 주주가 제1항에 따른 방법으로 의결권을 행사할 수 있다는 내용을 통지하거나 공고하여야 한다.
- ③ 회사가 제1항에 따라 전자적 방법에 의한 의결권행사를 정한 경우에 주주는 주주 확인절차 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 의결권을 행사하여야 한다. 이 경우 회사는 의결권행사에 필요한 양식과 참고자료를 주주에게 전자적 방법으로 제공하여야 한다.
- ④ 동일한 주식에 관하여 제363조의3에 따라 서면에 의하여 의결권을 행사한 주주는 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 없다.
- ⑤ 회사는 의결권 행사에 관한 전자적 기록을 총회가 끝난 날부터 3개월간 본점에 갖추어 두어 열람하게 하고 총회가 끝난 날부터 5년간 보존하여야 한다.
- ⑥ 주주 확인절차 등 전자적 방법에 의한 의결권행사의 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

4) 이철승, 회사법강의 제17판(박영사, 2009), 406-407쪽 참조.

5) 김재범, “전자식 방법의 상법수용에 관련된 법률문제,” 상사법연구 제28권 제1호(한국상사법학회, 2009), 252쪽.

2009년 개정법은 개정안에 따라 이사회의 결의로 주주가 총회에 출석하지 아니하고 전자적 방법으로 의결권을 행사할 수 있음을 정할 수 있도록 하였다. 이를 전자투표제도라 한다. 전자투표 제도는 기업경영에 IT 환경을 이용하여 주주의 주주총회 참여를 활성화시키기 위함이다.

개정법은 전자적 방법에 의한 의결권 행사 제도를 이용할 것인지는 이사회가 정하도록 함으로써 회사가 적정한 기술적 장치를 마련한 후에 이사회가 이를 결정하도록 하는 것이다. 개정법 제368조의4 제2항에 따르면, 이사회는 매 총회마다 전자적 방법에 의한 의결권 행사를 이용할 지를 정할 수 있는 것으로 해석된다. 따라서 개정안의 문제점으로 지적된 서면투표의 경우는 정관에서 정하도록 하면서 전자투표의 경우는 이사회가 정하도록 한 불균형의 문제는 해소되지 않았다.

개정법은 전자투표와 서면투표의 병행을 허용한다. 이에 대해 투표의 방식이 우편인가 전자적 방법인가의 차이만이 존재하여 동일한 업무를 회사가 두 가지 투표에 관한 업무를 담당하는 경우에는 회사가 동일한 업무를 중복하여 관리하게 되기 때문에 주주총회의 효율적 운영이라는 전자투표제도 도입 목적을 훼손하므로 전자투표를 실시하는 경우에는 서면투표의 실시를 하지 않도록 하는 것이 합목적적이라는 지적도 있다.⁶⁾

6) 김재범, 앞의 논문, 261쪽.

2. 소규모 주식회사의 주주총회

[개정법 : 신설]

제363조

- ④ 제1항 및 제3항에도 불구하고 자본금 총액이 10억원 미만인 회사가 주주총회를 소집하는 경우에는 주주총회일의 10일 전에 각 주주에게 서면으로 통지를 발송하거나 각 주주의 동의를 받아 전자문서로 통지를 발송할 수 있고, 무기명식의 주권을 발행한 경우에는 주주총회일의 2주 전에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고할 수 있다.
- ⑤ 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우에는 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있고 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다. 결의의 목적사항에 대하여 주주 전원이 서면으로 동의를 한 때에는 서면에 의한 결의가 있는 것으로 본다.
- ⑥ 제5항의 서면에 의한 결의는 주주총회의 결의와 같은 효력이 있다.
- ⑦ 서면에 의한 결의에 대하여는 주주총회에 관한 규정을 준용한다.
- ⑧ 제1항부터 제5항까지의 규정은 의결권 없는 주주에게는 적용하지 아니한다.

회사법 개정안에 따라 2009년 5월 개정된 소규모 주식회사의 주주총회에 관한 사항으로는 주주총회 소집절차 간소화와 서면결의를 허용하는 것이다. 소집절차의 간소화는 가족기업처럼 운영되는 소규모 주식회사에 대하여 복잡한 주주총회 소집절차를 준수하도록 요구하는 것은 회사의 운영에 과도한 부담으로 작용한다고 판단했기 때문이다. 따라서 자본금 10억원 미만 주식회사의 주주총회 소집통지 기간을 10일 전으로 단축하고,⁷⁾ 주주 전원이 동의하면 소집절차를 생략할 수 있도록 허용한다. 개정법은 개정안보다 소집통지 기간을 조금 연장하고 있다.⁸⁾

소규모 주식회사의 서면결의는 서면투표와는 달리 주주총회 자체를 개최하지 않고 주주총회 결의로 갈음할 수 있는 제도이다. 서면결의를 위해서는 의결권 없는 주주를 제외한 주주 전원의 동의가 필요하다(제363조 제5항~제8항).

7) 무기명주주에 대한 공고기간은 2주로 단축하였다.

8) 개정안은 소집통지 기간을 1주 전으로 하였다.

소규모 주식회사의 주주총회 간이화와 관련해서는 다음과 같은 사항을 고려했어야 할 필요가 있었다. 첫째, 주주 전원의 동의로 주주총회 소집절차를 생략할 수 있는 대상회사를 자본금 10억원 미만의 소규모 주식회사로 한정할 필요는 없을 것이다. 주주총회 소집통지 절차는 주주 개개인의 주주총회 참석권을 보호하기 위한 것으로 통지의 하자가 있는 경우에도 해당 주주 모두의 동의로 치유된다고 보아야 하며,⁹⁾ 소집절차 없는 전원출석주주총회도 판례는 유효한 것으로 인정한다.¹⁰⁾ 또한 상법 제366조는 소수주주의 청구에 의한 주주총회 소집을 인정하므로 주주 전원이 요구하는 총회의 소집절차를 까다롭게 할 필요가 없기 때문이다.

둘째, 서면결의에 의해 주주총회를 갈음할 수 있는 대상회사를 굳이 소규모 주식회사로 한정할 필요가 없다. 다만, 상장회사의 경우는 주주 전원의 동의가 쉽지 않다는 점과 상장회사의 특성상 투명성을 확보하여야 한다는 점에서는 서면결의를 인정할 필요는 없다. 또한 서면결의는 주주전원의 동의로 결의를 한다고 하여도 토의과정이 생략되므로, 모든 사안에 대해 서면결의에 의하여 할 수 있다고 하는 것은 바람직하지 않다. 즉, 이사·감사의 해임 등의 경우에는 당해 이어나 감사의 의견진술권 확보가 필요하므로 서면결의를 할 수 없는 예외규정을 두는 것이 바람직하다.

9) 대법원 1987.5.12. 선고 86다카2705 판결 참조.

10) 대법원 1933.2.26. 선고 92다48727 판결.

III. 이사 및 이사회

1. 사외이사의 정의 및 결격사유

[개정법 : 신설]

제382조 (이사의 선임, 회사와의 관계 및 사외이사)

③ 사외이사(社外理事)는 해당 회사의 상무(常務)에 종사하지 아니하는 이사로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 자를 말한다. 사외이사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직을 상실한다.

1. 회사의 상무에 종사하는 이사 및 파용자 또는 최근 2년 이내에 회사의 상무에 종사한 이사·감사 및 파용자
2. 최대주주가 자연인인 경우 본인과 그 배우자 및 직계 존속·비속
3. 최대주주가 법인인 경우 그 법인의 이사·감사 및 파용자
4. 이사·감사의 배우자 및 직계 존속·비속
5. 회사의 모회사 또는 자회사의 이사·감사 및 파용자
6. 회사와 거래관계 등 중요한 이해관계에 있는 법인의 이사·감사 및 파용자
7. 회사의 이사 및 파용자가 이사로 있는 다른 회사의 이사·감사 및 파용자

제542조의8 (사외이사의 선임)

② 상장회사의 사외이사는 제382조제3항 각 호 뿐만 아니라 다음 각 호의 어느 하나에 해당되지 아니하여야 하며, 이에 해당하게 된 경우에는 그 직을 상실한다.

1. 미성년자, 금치산자 또는 한정치산자
2. 파산선고 를 받고 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형을 선고 받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 후 2년이 지나지 아니한 자
4. 대통령령으로 별도로 정하는 법률을 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 아니한 자
5. 상장회사의 주주로서 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수를 기준으로 본인 및 그와 대통령령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 "특수관계인"이라 한다)가 소유하는 주식의 수가 가장 많은 경우 그 본인(이하 "최대주주"라 한다) 및 그의 특수관계인
6. 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사·감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주(이하 "주요주주"라 한다) 및 그의 배우자와 직계 존속·비속
7. 그 밖에 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 상장회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령령으로 정하는 자

상법 개정안 제382조 제3항은 사외이사를 ‘해당 회사의 상무(常務)에 종사하지 아니하는 이사’로 정의하면서 사외이사가 될 수 없는 사람의 범위를 구체적으로 규정하였다. 이러한 개정안은 2009년 1월 개정법으로 도입되었다.¹¹⁾ 상장회사의 경우는 일반 사외이사의 결격사유 외에 추가적인 결격사유를 두고 있다(제542조의8 제2항). 상법은 사외이사의

개념을 가지고 있지 않았고 사외이사의 선임을 강제하지 않았으나 일정한 사유에 해당하는 사람이 감사위원회 위원의 1/3을 넘지 못하도록 함으로써 실질적인 사외이사의 개념은 가지고 있었다. 사외이사의 정의 및 결격사유는 구 증권거래법 제2조 제19항 및 제54조의5 제4항을 참고하여 규정한 것이다. 사외이사는 사내이사 및 그 밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사와 구별하여 등기하여야 한다(제317조 제2항 제8호).

2. 이사의 선임 및 이사회제도

개 정 전	개 정 법
第383條(員數, 任期) ①理事는 3人以上이어야 한다. 다만, 資本의 總額이 5億원미만인 會社는 1人 또는 2人으로 할 수 있다.	第383條(員數, 任期) ① 이사는 3명 이상이어야 한다. 다만, 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명으로 할 수 있다.
[신설]	제542조의4 (주주총회 소집공고 등) ② 상장회사가 이사·감사의 선임에 관한 사항을 목적으로 하는 주주총회를 소집통지 또는 공고하는 경우에는 이사·감사 후보자의 성명, 약력, 추천인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 후보자에 관한 사항을 통지하거나 공고하여야 한다.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(자본시장법)의 제정과 함께 구 증권거래법에서 규정하였던 상장법인의 특례규정 중 지배구조에 관한 부분이 회사법 개정안에 포함되었고, 이 내용은 2009년 1월 개정법에 따라 상법에 규정 되었다. 이로써 상법 내에 소규모 주식회사, 일반 주식회사, 상장회사의 구분이 생겨났다.

2009년 개정법으로 규정된 상장회사에 대한 특례에 따라 상장회사가 주주총회에서 이사 또는 감사를 선임하는 경우는 상법 제542조의4 제2

11) 개정안에서는 집행임원과 일정한 관계가 있는 사람을 사외이사가 될 수 없는 사람에 포함시켰으나, 아직 집행임원제도가 도입되지 않아 이를 제외하고 개정하게 되었다.

항과 상법 시행령 제10조 제3항에 따라 이사·감사 후보자의 성명, 약력, 추천인, 후보자와 최대주주와의 관계, 후보자와 해당 회사와의 최근 3년간의 거래내역 등 후보자에 관한 사항을 통지 또는 공고한 그 후보자 중에서 선임하여야 한다.

소규모 주식회사의 경우 그 범위를 자본금 10억원 미만의 회사로 넓히면서 이사회제도를 폐지하였다. 개정전 상법은 이사가 1인인 경우에만 이사회제도를 폐지하였으나, 이사가 2인인 경우에는 이사들 사이에 의견이 나뉘는 경우 의사결정을 할 수 없는 문제와 이사의 자기거래 승인 등에 있어서 공정한 승인이 이루어질 수 없을 가능성이 있다는 문제점을 가지고 있었다. 개정법에 따르면 소규모 주식회사의 업무집행기관인 이사에 대한 업무감독기관은 주주총회가 담당하게 된다.

3. 자기거래의 범위

현행	개정안
第398條(理事和會社間의去來) 理事는理事會의承認이있을때에限하여自己또는第三者의計算으로會社와去來를할수있다 이境遇에는民法第124條의規定을適用하지아니한다.	제398조(이사와 회사 간의 거래) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 미리 이사회 의 승인을 받았을 때에만 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 있다. 이 경우 그 거래의 내용은 공정하여야 한다. 1. 이사 2. 이사의 배우자 및 직계존·비속과 이사의 배우자의 직계존·비속 3. 제1호 및 제2호의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사 4. 제1호 및 제2호의 자가 제3호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 ② 제1항의 경우에는 「민법」 제124조를 적용하지 아니한다.

개정안은 회사와 자기거래를 제한하는 범위를 기존의 이사에서 ① 이사의 배우자 및 직계존·비속과 이사의 배우자의 직계존·비속, ②

이사 및 ①에 해당하는 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사, ③ 이사 및 ①에 해당하는 자가 ②의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사로 확대하였다(안 제398조 제1항). 개정안은 자기 거래의 승인을 받은 경우에도 당해 거래의 내용이 공정할 것을 요구한다(안 제398조 제1항).

이러한 자기거래의 범위확대와 공정성 요건의 규정은 이사 및 그와 밀접한 관계에 있는 자 또는 이사가 개인적으로 설립한 개인회사 등이 회사와 거래하여 회사의 이익을 침해하여 부당한 이익을 취하는 것을 방지할 것을 목적으로 한다.¹²⁾

개정안의 제안이유는 ‘이사가 본인의 이익을 위하여 이사의 친인척이나 그들이 설립한 개인 회사 등을 이용하여 회사와 거래하는 경우 회사의 이익을 희생시킬 가능성이 많으므로 적절한 통제가 필요’하다는 점인데 비하여 개정안은 이사회 승인을 받아야 하는 자기거래의 주체의 범위를 너무 확대하여 이사와 사실상 관련이 없는 자가 이사와 전혀 관련이 없는 제3자의 계산으로 회사와의 거래를 하는 경우 이사에 대한 비난 가능성이 없음에도 불구하고 이사회의 승인을 요구하는 것은 문제가 있으며 나아가 이러한 자가 이사회의 승인 없이 자기거래를 한 경우에 현행 상법보다 이사가 의무위반으로 인한 손해배상책임에 노출될 위험이 크기 때문에 근대 사법상의 과실책임의 원칙 내지 자기책임의 원칙을 배제하는 효과가 있다는 지적이 있다.¹³⁾

개정안이 이사회의 승인을 필요로 하는 자기거래의 주체 범위를 매우 광범위하게 확대한 것은 위와 같은 지적과 같이 실효성이나 책임의 원칙에 반하는 문제점을 가질 수 있으나 개정안에 대한 해석을 통해 이를

12) 법무부, 상법(회사편) 개정안 설명자료 (2007. 10), 151면.

13) 권재열, “상법 개정안상 이사의 의무와 책임규정에 대한 비판적 검토,” 상사법연구 제28권 제3호(한국상사법학회, 2009), 179-185면.

극복할 수 있다고 본다. 개정안의 제안이유에서와 같이 이사가 친인척이나 개인회사를 통해 이사 개인의 이익을 위해 회사의 이익을 희생시키는 자기거래이면 당연히 이사회 승인이 필요한 것이고 이를 위반한 이사는 회사에 대하여 책임이 있다. 이에 반하여, 이사회 승인이 필요한 자기거래 주체를 확대함으로써 이사와 사실상 관련이 없는 자가 이사회 승인 없이 거래를 한 경우라면 이사와 회사간의 이익충돌이 없을 뿐만 아니라 당해 거래로 인해 이사가 직접 또는 간접적으로 이득을 취한 경우가 아니므로 이사에게도 고의·과실이 없어 책임을 물을 수 없을 것이다. 특히 개정안은 이사의 법령위반으로 인한 회사에 대한 책임이 과실책임인 것을 명시함으로써 이러한 해석이 명확한 것이다. 오히려 업무집행관여자(제401조의2 제1항)가 자기거래의 주체가 되는 경우 회사의 이익을 해할 가능성이 있으므로 명문으로 업무집행관여자가 자기거래의 주체가 되는 것을 금지할 필요성이 있다고 할 것이다.

승인은 사전에 받아야 함을 명시하고 있다. 또한 자기거래의 승인을 받은 경우에도 거래의 공정성이 있을 것을 요구하고 있다. 자기거래에 대해 “미리” 승인을 받을 것을 요구한 것은 기존의 통설인 이사회 승인은 사전에 하여야 한다는 것을 명문으로 규정한 것이다. 따라서 범위가 매우 엄격하기는 하지만 이사회 승인이 가능하다고 한 판례¹⁴⁾를 부정하게 된다는 견해와 개정안 제398조 제2항의 반대해석에 의하여 사후승인이 인정될 수 있기 때문에 현행 대법원 판례는 무리 없이 수용할 수 있다는 견해로 나뉜다.¹⁵⁾

14) 대법원 2007.5.10. 선고 2005다4284 판결.

15) 권재열, 앞의 논문, 187쪽.

4. 회사의 사업기회 유용금지¹⁶⁾

[개정안]

제398조

③ 이사가 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업기회를 제3자로 하여금 이용하도록 하여 회사와 거래를 하도록 하는 경우에는 제1항에 따른 이사회 승인을 받아야 한다.

1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회
2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회

개정안은 이사가 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 사업기회를 제3자로 하여금 이용하도록 하여 회사와 거래를 하도록 하는 경우에는 이사회의 승인을 받도록 한다. 이사회의 승인을 받아야 할 회사의 사업기회란 ① 이사가 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 또는 ② 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회인 것을 규정되었다(안 제398조 제3항).

개정안은 미국법상 이사의 회사기회유용금지의 전형적인 모습과는 달리 이사가 사업기회를 제3자에게 이용하도록 하여 회사와 거래하는 경우만을 규제한다(안 제398조 제3항).¹⁷⁾ 또한 당해 거래를 위해 이사회의 승인을 받도록 함으로써 이사의 자기거래와 유사한 모습으로 규정하고 있다.

상법에 이사의 회사기회유용금지제도가 도입되었다고 설명하고 있는 개정안의 내용에 대해서는 여러 가지 문제점이 지적되고 있다. 첫째, 회사사업기회유용금지를 자기거래의 일종으로 규정하는 것에 대한 적정성의 문제이다. 즉, 회사사업기회유용은 이사와 회사간에 거래하는 것이 아니므로 우리 상법상의 자기거래와는 차이가 있다는 점이다.¹⁸⁾

16) 회사의 사업기회 유용금지는 2006년 회사법 개정시안에 ‘이사는 장래 또는 현재에 회사의 이익이 될 수 있는 회사의 사업기회를 이용하여 자기의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하도록 하여서는 아니된다’고 규정하였다. 이 규정은 정부가 2007년 9월 국회에 제출한 상법 일부개정법률안에서 현재의 모습으로 변경되었다.

17) 권재열, 앞의 논문, 191-192쪽.

회사사업기회이론은 이사의 경업금지의무와 그 유사성을 찾을 수 있으므로, 이사의 자기거래의 한 유형으로 포함시키면 구체적 사안에 회사기회이론을 적용할 때 그 입법취지를 잘 살려 타당한 결과를 도출하는데 많은 제약과 한계가 발생할 수 있다는 지적이다.¹⁹⁾²⁰⁾

둘째, 개정안은 장래 또는 현재의 회사이익을 요건으로 하고 있으나 장래의 시점이 불분명하며, 회사의 이익에 해당하는지의 판단은 사후적으로 판단하게 되어 성공한 사업의 경우에만 이사가 회사의 사업기회를 유용한 것으로 될 가능성이 크다는 점이 지적된다.²¹⁾

셋째, 회사사업기회유용금지 위반에 대한 명시적 제재방법을 규정하지 않았다는 점이다. 따라서 회사사업기회유용금지를 도입하는 경우에는 그 실효성을 제고하기 위한 제재방법을 명문으로 규정하는 것이 바람직한 것이다. 제재방법으로 제시되고 있는 것은 개입권이다.²²⁾

그 밖에 개입권행사의 제척기간을 규정할 필요가 있다는 주장이 있다.²³⁾

18) 권재열, “회사기회의 법리,” 상사법연구 제25권 제4호(한국상사법학회, 2007), 102쪽; 김흥기, “회사기회의 법리와 우리나라의 해석론, 입법방안에 대한 제안,” 상사판례연구 제20집 제2권(상사판례연구회, 2007), 123쪽.

19) 하삼주, “회사기회이론,” 기업법연구 제22권 제3호(한국기업법학회, 2008), 127-130쪽.

20) 회사기회유용금지는 우리 상법상 경업금지와 유사하기는 하지만 차이점이 존재한다는 지적이 있다. 즉, 미국은 회사기회유용의 경우 일반적으로 법정선택이란 방법으로 이익 환취를 하는데 비하여 우리나라 경업금지위반은 이사회에의 결정에 의한 개입권을 행사하는 방법을 이용한다. 백정웅, “미국의 회사기회유용이론과 우리 상법,” 상사법연구 제25권 제3호(한국상사법학회, 2006), 381쪽.

21) 권재열, “상법 개정안상 이사의 의무와 책임규정에 대한 비판적 검토,” 상사법연구 제28권 제3호(한국상사법학회, 2009), 193쪽.

22) 권순희, “상법 개정안 제398조 제3항(회사기회의 유용금지)에 관한 이론적 검토,” 상사법연구 제26권 제3호(한국상사법학회, 2007), 49쪽. (미국 판례법상 인정되는 의제선택과 같은 법적 효과를 볼 수 있는 회사의 개입권을 규정하자는 안). 이와 관련하여 2006년 회사법 개정시안의 경우 입법이 필요 없다고 주장하면서 회사기회유용이론은 이사의 경업금지의무와 내용이 유사하므로 2006년 개정시안의 기회유용금지를 위반한 이사에 대한 구체적 제재로 상법 제297조에서 정한 개입권과 유사하게 규정하여야 한다는 주장이 있다. 최준선, “회사기회유용금지이론에 관한 고찰,” 저스티스 통권 제95호 (서울대학교 법학연구소, 2006.1.12.), 132-135쪽.

5. 이사의 회사에 대한 책임감면

현 행	개 정 안
第399條(會社에對한責任) ①理事가法令또는定款에違反한行爲를하거나그任務를懈怠한때에는그理事는會社에對하여連帶하여損害를賠償할責任이었다 第400條(會社에對한責任의免除) 前條의規定에依한理事의責任은總株主의同意로免除할수 있다	第399條(會社에對한責任) ① 이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 제400조(회사에 대한 책임의 감면) ① 제399조에 따른 이사의 책임은 주주 전원의 동의로 면제할 수 있다. ② 회사는 정관에서 정하는 바에 따라 제399조에 따른 이사의 책임을 이사의 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함한다)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있다. 다만, 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 제397조 및 제398조에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

개정안은 현행 규정에 대한 해석상 논란을 정리하기 위해 이사의 법령 또는 정관에 위반한 행위에 대한 책임을 “과실책임”으로 명시하였다(안 제399조 제1항). 또한 이사의 책임을 정관에서 정하는 바에 따라 이사의 최근 1년간의 보수액(상여금과 주식매수선택권의 행사로 인한 이익 등을 포함)의 6배(사외이사의 경우는 3배)를 초과하는 금액에 대하여 면제할 수 있도록 하였다. 그러나 이사가 고의 또는 중대한 과실로 손해를 발생시킨 경우와 경업금지 및 자기거래 제한 위반에 해당하는 경우에는 책임을 감면할 수 없도록 하였다(안 제400조 제2항).

현행 상법에 따른 이사의 회사에 대한 책임은 광범위하고 제399조의 책임을 면하기 위해서는 총주주의 동의가 필요하다. 총주주의 동의에 의한 책임면제는 1인 주식회사나 가족회사의 경우 방만한 재산유출의

가능성과 회사채권자를 해할 수 있다는 점에서 문제점이 있음을 지적받고 있다. 반면에 일반적인 회사의 경우에는 총주주의 동의로 책임을 면제받기는 무척 어려운 문제점을 가지고 있다.²⁴⁾ 따라서 현행 상법상 이사의 회사에 대한 손해배상책임 요건을 “총주주 동의”로 하는 것은 규정의 실효성이 없어 요건을 다소 완화할 필요가 있다는 주장이 대두되고 있다.²⁵⁾

이사의 손해배상책임을 완전히 면제하지 않는 경우에는 이사가 부담할 손해배상액을 제한하지 아니하면 이사는 배상책임보험에 가입한다 하여도 그 위험부담이 무척 크게 된다. 따라서 회사의 이사로 직무를 담당하고자 하는 경우가 줄어들 가능성이 높으며, 특히 사외이사의 경우는 이사의 책임 등을 이유로 직무를 담당하지 아니하는 경우가 있게 된다. 이러한 문제점을 해결할 방안으로 이사의 손해배상의 범위는 회사의 사업내용, 이사의 임무위반의 내용, 이사의 회사에 대한 공헌도 등에 따라 차이를 둘 수밖에 없고,²⁶⁾ 이러한 주장을 받아들여 개정안이 이사의 책임감면이 가능하도록 한 것이다.

개정안에 대해서 보수액 산정기준인 “최근 1년”이 언제인지 명확히 규정하지 않은 점이 지적되고 있다.²⁷⁾ 또한 담당하는 업무에 따라 부담하는 책임한도를 구분하여 정할 필요가 있다는 주장도 있다. 즉, 회사업무를 집행하는 자와 업무를 감독하는 자 특히 사외이사의 책임한도를 구별할 필요가 있다고 한다.²⁸⁾

24) 김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁,” 상사법연구, 제28권 제1호(한국상사법학회, 2009), 112쪽.

25) 김병연, 앞의 논문, 116쪽.

26) 한국증권법학회, 상법개정연구보고서(한국증권법학회, 2006. 6), 249쪽 참조.

27) 권재열, 앞의 논문, 198면.

28) 정경영, “회사법 개정안의 중요쟁점에 관한 고찰,” 조세법연구 XII-2(세법연구회, 2006. 11), 455쪽.

6. 집행임원제도

[개정안]

제408조의2(집행임원 설치회사, 집행임원과 회사의 관계) ① 회사는 집행임원을 둘 수 있다. 이 경우 집행임원을 둔 회사(이하 “집행임원 설치회사”라 한다)는 대표이사를 두지 못한다.

② 집행임원 설치회사와 집행임원의 관계는 「민법」 중 위임에 관한 규정을 준용한다.

③ 집행임원 설치회사의 이사회는 다음의 권한을 갖는다.

1. 집행임원과 대표집행임원의 선임·해임
 2. 집행임원의 업무집행 감독
 3. 집행임원과 집행임원 설치회사의 소송에서 집행임원 설치회사를 대표할 자의 선임
 4. 집행임원에게 업무집행에 관한 의사결정의 위임(이 법에서 이사회 권한사항으로 정한 경우는 제외한다)
 5. 집행임원이 여러 명인 경우 집행임원의 직무 분담 및 지휘·명령관계, 그 밖에 집행임원의 상호관계에 관한 사항의 결정
 6. 정관에 규정이 없거나 주주총회의 승인이 없는 경우 집행임원의 보수 결정
- ④ 집행임원 설치회사는 이사회의 회의를 주관하기 위하여 이사회 의장을 두어야 한다. 이 경우 이사회 의장은 정관의 규정이 없으면 이사회 결의로 선임한다.

제408조의3(집행임원의 임기) ① 집행임원의 임기는 정관에 다른 규정이 없으면 2년을 초과하지 못한다.

② 제1항의 임기는 정관에 그 임기 중의 최종 결산기에 관한 정기주주총회가 종결한 후 가장 먼저 소집하는 이사회의 종결시까지로 정할 수 있다.

제408조의4(집행임원의 권한) 집행임원의 권한은 다음 각 호의 사항으로 한다.

1. 집행임원 설치회사의 업무집행
2. 정관이나 이사회의 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정

제408조의5(대표집행임원) ① 2명 이상의 집행임원이 선임된 경우에는 이사회 결의로 집행임원 설치회사를 대표할 대표집행임원을 선임하여야 한다. 다만, 집행임원이 1명인 경우에는 그 집행임원이 대표집행임원이 된다.

② 대표집행임원에 관하여 이 법에 다른 규정이 없으면 주식회사의 대표이사에 관한 규정을 준용한다.

③ 집행임원 설치회사에 대하여는 제395조를 준용한다.

제408조의6(집행임원의 이사회에 대한 보고) ① 집행임원은 3개월에 1회 이상 업무의 집행사항을 이사회에 보고하여야 한다.

② 집행임원은 제1항의 경우 외에도 이사회의 요구가 있으면 언제든지 이사회에 출석하여 요구한 사항을 보고하여야 한다.

③ 이사는 대표집행임원으로 하여금 다른 집행임원 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구할 수 있다.

제408조의7(집행임원의 이사회 소집 청구) ① 집행임원은 필요하면 회의의 목적사항과 소집이유를 적은 서면을 이사(소집권자가 있는 경우에는 소집권자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 제출하여 이사회 소집을 청구할 수 있다.

② 제1항의 청구를 한 후 이사가 지체 없이 이사회 소집의 절차를 밟지 아니하면 소집을 청구한 집행임원은 법원의 허가를 받아 이사회를 소집할 수 있다. 이 경우 이사회 의장은 법원이 이해관계자의 청구에 의하여 또는 직권으로 선임할 수 있다.

제408조의8(집행임원의 책임) ① 집행임원이 고의 또는 과실로 법령이나 정관을 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 집행임원은 집행임원 설치회사에 손해를 배상할 책임이 있다.
 ② 집행임원이 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 경우에는 그 집행임원은 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다.
 ③ 집행임원이 집행임원 설치회사 또는 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 다른 집행임원·이사 또는 감사도 그 책임이 있으면 다른 집행임원·이사 또는 감사와 연대하여 배상할 책임이 있다.

제408조의9(준용규정) 집행임원에 대하여는 제382조의3, 제382조의4, 제396조부터 제398조까지, 제400조, 제401조의2, 제402조부터 제408조까지, 제412조 및 제412조의2를 준용한다.

개정안은 회사가 업무집행기관으로서 “집행임원”을 선택적으로 둘 수 있도록 한다(안 제408조의2 제1항). 집행임원은 회사의 업무집행과 정관이나 이사회에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정을 한다(안 제408조의4). 따라서 집행임원 설치회사의 이사회는 업무집행기능이 분리되어 업무감독기능을 충실히 하도록 한다(안 제408조의2 제3항). 집행임원을 두게 되면 대표집행임원을 선임하여 집행임원 설치회사를 대표한다(안 제408조의5 제1항). 따라서 집행임원 설치회사는 대표이사를 두지 못한다(안 제408조의2 제1항). 개정안은 집행임원의 의무와 책임을 명확히 하여 회사에 대한 손해배상책임, 제3자에 대한 손해배상책임, 집행임원·이사 또는 감사와 연대책임을 정하고 있다.

개정안에 대한 지적 중 첫째는 개정안이 마련한 집행임원제도로 나타난 지배구조의 모습은 감독기관과 업무집행기관의 분리라는 독일식의 이원적 이사회 구조와 유사하므로, 현행 상법에서 정하고 있는 일원적 이사회 시스템을 대신하여 독일의 이원적 이사회 시스템을 도입하는지를 분명히 할 필요가 있다고 한다.²⁹⁾ 이와 관련하여 상법 개정안은 집행임원이 이사회 의장을 겸직하는 것을 금지하고 있지 않기 때문에 업무집행과 업무감독의 기능이 혼합되는 문제가 발생하므로 이사회(업무감독기능)와 집행임원(업무집행기능)의 기능분화를 위해서 이사회 의장과

29) 전우현, “상법상 주식회사의 집행임원제 도입에 관한 연구,” 비교사법 제15권 제2호 (비교사법학회, 2008, 6), 434-435쪽.

집행임원의 겸직을 제한하여야 한다는 주장이 있다.³⁰⁾

둘째, 개정안의 선택적 도입을 비판하면서 강제도입을 주장하는 견해가 있다. 강제도입의 범위로는 ① 대규모 공개회사의 경우 도입을 강제하여야 한다는 주장,³¹⁾ ② 집행임원을 둘 것인지를 각 회사가 선택하도록 하면 엄격한 책임을 지는 집행임원제도를 도입할 회사가 없으므로 감사위원회를 두는 회사에 대해서는 집행임원제도를 강제하도록 하여야 한다는 주장³²⁾이 있다. 이에 대하여 집행임원제도를 상법에 둘 필요가 없으나 집행임원에 관한 성문규정을 둔다 해도 제408조의2 제1항 정도면 족하다(‘회사는 정관에 정하는 바에 따라 집행임원을 둘 수 있다’)고, 집행임원의 권한, 책임, 임기, 보수, 선임, 해임 등은 각 회사가 정관으로 자율적으로 규정하자는 반대의 주장이 있다.³³⁾ 이 견해는 회사가 집행임원제도를 선택한 경우 상법의 틀 속에서만 그 시행이 가능하다면 회사의 지배구조의 선택권에 대한 중대한 제한이 되기 때문이라고 설명한다.³⁴⁾ 그 밖에 집행임원을 둘 수 있는 회사에 대한 제한이 없으나 집행임원제도를 두려면 이사회가 정상적으로 운영되는 회사이어야 하므로 회사규모 등에 관한 최소한의 기준을 설정할 필요가 있지 않는가 하는 점을 고려하여야 한다는 주장도 있다.³⁵⁾

30) 정경영, 앞의 논문, 449쪽. 이와 관련하여 이사회의 감독기능 충실을 위하여 이사회 의장과 (대표)집행임원의 겸직은 바람직하지 않으나 상법 개정안은 실무계의 현실을 반영하여 이를 금지하는 규정을 두지 않기로 하였다는 설명이 있다. 정찬형, “주식회사법 개정제언,” 선진상사법률연구 통권 49호(법무부, 법무심의관실, 2010.1), 13쪽.

31) 강희갑, “집행임원제도의 도입과 기업환경,” 상사법연구, 제25권 제4호(한국상사법학회, 2007), 21쪽; 정쾌영, “집행임원제도에 관한 상법 개정안의 문제점 검토,” 기업법연구 제21권 제4호(한국기업법학회, 2007), 110-116쪽.

32) 정찬형, 앞의 논문, 14-15쪽; 정경영, 앞의 논문, 448-449쪽.

33) 최준선, “한국 회사법의 개정방향,” 상장협연구 제54호(한국상사법학회, 2006. 10), 32-33쪽; 김정호, “집행임원제에 대한 연구,” 경영법률 제18집 제4호(한국경영법학회, 2008), 161-165쪽.

34) 김정호, 앞의 논문, 161-165쪽.

35) 권기울(법제사법위원회 전문위원), “상법 일부개정안(정부제출) 검토보고서 [회사

셋째, 집행임원의 권한에 대한 지적이다. 개정안은 업무집행에 관한 의사결정을 집행임원에게 위임할 것인지의 여부를 이사회가 정하도록 하여 집행임원에 위임함이 없이 이사회가 모든 사항을 결정할 수도 있다는 해석이 가능하여 현행법상 대표이사과 같이 일상 업무에 관한 의사결정만 할 수 있을 뿐이므로 집행임원에게 업무집행을 하도록 하고 이사회는 감독을 하도록 하는 입법취지에 부합하지 않을 수 있다는 지적이 있다.³⁶⁾ 이와 관련해서는 집행임원의 권한과 관련하여 이사회내 위원회로서의 집행위원회(Executive Committee)를 이용하는 것이 이사회 감독 내지 감시기능이 강할 수 있다는 지적이 있다.³⁷⁾ 개정안에서는 이사회는 상법이 이사회 권한사항으로 정한 경우를 제외하고는 집행임원에게 업무집행에 관한 의사결정을 위임할 수 있고(안 제408조의2 제3항 제4호), 집행임원은 정관이나 이사회 결의에 의하여 위임받은 업무집행에 관한 의사결정을 할 수 있다(안 제408조의4 제2호). 따라서 개정안에 의하면 집행임원이 한 의사결정은 이사회에 보고되기는 하지만(안 제408조의6), 집행위원회와는 달리 이사회가 그 결정에 대한 재결의를 할 수는 없기 때문이다.

집행임원제도의 강제와 집행임원의 권한에 관한 개정안에 대한 지적은 오히려 집행임원제도를 획일적 제도로 만드는 문제점을 가지고 있다. 즉, 집행임원제도를 도입하는 것이 회사에 여러 가지 수요를 충족할 수 있는 선택권을 부여하고자 하는 것이라면, 회사가 집행임원제도를 선택할 것인지, 집행임원제도를 선택한 경우에는 어떠한 내용으로 이를 이용할 것인지를 선택할 수 있도록 하는 것이 보다 유연한 제도 도입이 되지 않을까 생각한다.

넷째, 개정안은 집행임원과 대표집행임원의 해임권한이 이사회 있다

편]”(2008. 11), 163-164쪽.

36) 정쾌영, 앞의 논문, 112쪽.

37) 고창현, “토론문, 주식회사의 지배구조-집행임원제도 및 감사위원회제도를 중심으로-”, 상사법연구 제28권 제3호(한국상사법학회, 2009), 70쪽.

고 규정하고 있으나(안 제408조의2 제3항 제1호), 임기를 정한 이사를 정당한 이유 없이 임기만료 전에 해임한 경우 회사에 대하여 손해배상청구권을 이사에게 부여한 것과 같은(제385조 제1항) 집행임원의 부당 해임시 손해배상에 관한 정함이 없는 문제점을 가지고 있다.³⁸⁾

다섯째, 개정안이 집행임원제도를 도입하면서, 재무제표 및 영업보고서의 작성과 정관 등의 비치 및 공시의무를 이사에게 부담시키는 것은 적절하지 않은 것으로 보이므로, 이를 집행임원이 맡도록 안 제408조의9(준용규정)에 제447조(재무제표의 작성), 제447조의2(영업보고서의 작성), 제447조의3(재무제표의 제출), 제448조(재무제표 등의 비치·공시) 등의 규정을 추가할 필요가 있다.³⁹⁾

7. 이사회에 권한

개정안은 여러 가지 제도를 도입하거나 기존 제도의 통제를 위해 이에 따른 이사회의 승인 또는 결정 등을 요구하고 있다. 이사회가 승인 또는 결정하도록 하는 주요 내용은 다음과 같다.

- ① 자기주식취득시 일정한 사항에 관한 이사회의 결의(안 제341조 제2항 단서)
- ② 자기주식소각결정(안 제343조 제1항 단서)
- ③ 양도제한주식의 양도시 승인(안 제344조의4 제1항)
- ④ 주주총회에서 전자투표방법의 결정(안 제368조의4 제1항)
- ⑤ 회사의 사업기회유용시 승인(안 제398조 제3항)
- ⑥ 집행임원 설치회사 이사회의 권한(안 제408조의2 제3항)
- ⑦ 재무제표 등의 승인을 이사회에 부여하는 특칙(안 제449조의2)
- ⑧ 무액면주식발행시 발행가액 중 자본금액을 정하는 기관(안 제451조 제2항)

38) 고창현, 앞의 논문, 72쪽.

39) 권기울, 앞의 책, 163-164쪽.

⑨ 이익배당결정권을 이사회에 부여하는 특칙(안 제462조 제2항 단서)

III. 감사(감사위원회)

[개정법]

409조 (선임)

④ 제1항, 제296조제1항 및 제312조에도 불구하고 자본금의 총액이 10억원 미만인 회사의 경우에는 감사를 선임하지 아니할 수 있다.

⑤ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 그 회사에 대하여 소를 제기하는 경우에 회사, 이사 또는 이해관계인은 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다.

⑥ 제4항에 따라 감사를 선임하지 아니한 경우에는 제412조, 제412조의2 및 제412조의4제1항·제2항 중 "감사"는 각각 "주주총회"로 본다.

제415조의2 (감사위원회)

⑥ 감사위원회에 대하여는 제393조의2제4항 후단을 적용하지 아니한다.

제542조의12 (감사위원회의 구성 등) ① 제542조의11제1항의 상장회사의 경우 제393조의2에도 불구하고 감사위원회위원을 선임하거나 해임하는 권한은 주주총회에 있다.

② 제542조의11제1항의 상장회사는 주주총회에서 이사를 선임한 후 선임된 이사 중에서 감사위원회위원을 선임하여야 한다.

③ 최대주주, 최대주주의 특수관계인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 소유하는 상장회사의 의결권 있는 주식의 합계가 그 회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 경우 그 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 감사 또는 사외이사가 아닌 감사위원회위원을 선임하거나 해임할 때에는 의결권을 행사하지 못한다. 다만, 정관에서 이보다 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있다.

④ 대통령령으로 정하는 상장회사의 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 3을 초과하는 수의 주식을 가진 주주는 그 초과하는 주식에 관하여 사외이사인 감사위원회위원을 선임할 때에 의결권을 행사하지 못한다. 다만, 정관에서 이보다 낮은 주식 보유비율을 정할 수 있다.

⑤ 상장회사가 주주총회의 목적사항으로 감사의 선임 또는 감사의 보수결정을 위한 의안을 상정하려는 경우에는 이사의 선임 또는 이사의 보수결정을 위한 의안과는 별도로 상정하여 의결하여야 한다.

⑥ 상장회사의 감사 또는 감사위원회는 제447조의4제1항에도 불구하고 이사에게 감사보고서를 주주총회일의 1주 전까지 제출할 수 있다.

현 행	개 정 법
第412條(職務와 報告要求·調査의 權限) ①·② (생략)	第412條(감사의 직무와 보고요구, 조사의 권한) ①·② (현행과 같음)
〈신설〉	③ 감사는 회사의 비용으로 전문가의 도움을 구할 수 있다.

〈신 설〉

제412조의4(감사의 이사회 소집 청구) ① 감사는 필요하면 회의의 목적사항과 소집이유를 서면에 적어 이사(소집권자가 있는 경우에는 소집권자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 제출하여 이사회 소집을 청구할 수 있다.
② 제1항의 청구를 하였는데도 이사가 지체 없이 이사회를 소집하지 아니하면 그 청구한 감사가 이사회를 소집할 수 있다.

감사기관의 경우도 개정법 및 개정안에 따라 소규모 주식회사, 일반 주식회사, 상장회사로 구분된 체계를 갖추게 되었다. 소규모 주식회사의 경우는 감사를 선임하지 않을 수 있도록 하였다(제409조 제4항).

개정안은 감사위원회가 결의한 사항에 대하여 이사회가 다시 결의할 수 있도록 규정하고 있던 제393조의2 제4항 후단을 적용하지 않기로 하였고, 이는 2009년 1월 개정법에 수용되었다. 이에 따라 감사위원회의 중요기능인 감사기능의 실효성이 약화되었던 문제를 해결하였다(제415조의2 제6항).

개정안은 효율적인 감사수행을 위하여 감사도 회사의 비용으로 전문가의 조력을 구할 수 있도록 규정하고 있다(안 제412조 제3항). 또한 현행 상법상 감사는 이사가 법령 또는 정관에 위반하거나 위반할 염려가 있다고 인정한 때에는 이사회에 보고할 의무가 있음에도, 감사에게는 주주총회소집청구권만 인정되고 이사회 소집청구권은 인정되지 않고 있어 개정안은 감사에게 이사회 소집청구권을 부여한다(안 제412조의4).

감사위원회에 관련한 개정은 감사위원회 위원선임과 관련한 통일적 제도정비가 필요하다. 상법 제409조제2항은 감사를 선임하는 경우 대주주의 의결권이 발행주식총수의 3%로 제한하고 있고, 제542조의12는 대규모 상장회사의 경우 감사위원회위원을 주주총회에서 선임 또는 해임 하도록 하면서(제1항) 감사위원 선임시 사내이사인 경우에는 구 증권거래법과 같이 최대주주의 의결권을 제한하는 규정을 두며(제3항), 사외이사인 경우에는 발행주식총수의 3%를 초과하는 주식보유주주는 초과주

식에 관하여 사외이사인 감사위원회 위원의 선임에 있어서 의결권을 행사하지 못하도록 한다(제4항). 그러나 대규모 상장회사가 아닌 경우에는 감사위원회의 위원선임에 대하여는 의결권제한규정이 없다. 이러한 의결권제한규정이 없음을 이유로 소수주주의 경영감독을 회피할 목적으로 회사들이 감사를 폐지하고 감사위원회로 전환하는 경향을 보이고 있고 이 경우 경영투명성이 저하될 수 있으므로 감사위원회 위원선임시 대주주의 의결권제한을 두도록 개정할 필요가 있다는 의견이 있다.⁴⁰⁾

IV. 맺음말

정부가 마련한 상법 개정안과 그에 따른 개정법은 도입의 필요성이 인정되는 제도도 있으며, 도입에 대한 논란이 있는 제도 또한 여럿 존재한다. 나아가 제안된 제도의 도입시 개정안의 문안을 수정 보완할 필요가 있기도 하다. 그러나 회사 지배구조에 관하여 근본적으로 우리가 고려할 점은 기업지배구조를 일원화 하여 일정한 제도를 모든 회사에게 적용할 것인지 아니면 회사를 구분하여 적용할 것인가이다. 특히 우리나라의 경우, 회사의 지배구조와 관련해서는 일부 재벌기업의 문제점을 주식회사 제도 전체의 문제점으로 인식하고 모든 회사에게 적용되는 제도를 도입하는 문제점이 발생하기 때문이다.

구 증권거래법에 규정되었던 상장법인에 대한 특례 부분 중 지배구조에 관한 내용이 상법의 상장회사에 대한 특례로 수용되고 소규모 주식회사의 범위를 확장함으로써 상법상 주식회사의 지배구조와 관련해서는 소규모 주식회사, 일반 비상장 주식회사, 상장회사⁴¹⁾로 나뉘는 구조를

40) 김주영, “회사법 개정시안에 대한 지정토론”, 상법개정(회사편) 공청회자료(2006.7).

41) 상장회사의 경우, 최근 사업연도 말 현재 자산총액이 1천억원 이상인 상장회사와 자산총액 2조원 이상인 상장회사에 대한 특례가 존재한다.

가지게 되었다. 이러한 지배구조의 설계는 의도한 바이트 아니든 관계없이 바람직한 방향이라고 생각한다. 그러나 지배구조의 구분을 위한 기준의 보완의 필요하다.

상법상 소규모 주식회사, 일반 비상장 주식회사, 상장회사의 구분은 소규모 주식회사는 자본금을 기준으로 하고,⁴²⁾ 상장회사는 상장여부에 따라, 상장회사 중 대규모 상장회사는 자산규모로 하는 등 분류기준이 통일되지 못한 문제점을 가지고 있다. 예를 들어 소규모 주식회사의 정의가 자본금 10억원 미만인 회사이기 때문에 회사의 실질과 다를 수 있는 문제점이 있다. 즉, 회사의 자산 규모가 크면서 자본금을 10억원 미만으로 하는 회사가 생길 수가 있다. 이렇게 자본금을 기준으로 소규모 주식회사를 구분 짓는 것은 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 외부감사대상 주식회사를 자산총액을 기준으로 하고 있어 자본금이 10억원 미만이라도 외부감사대상이 되어 회사의 투명한 경영을 보장하고 주주의 보호를 위하여 자본금의 규모에 관계없이 감사는 필요적 기관으로서 선임되어야 한다는 의견도 있으므로 신중히 검토하여야 한다는 지적이 있었다.⁴³⁾

2009년 12월 개정된 주식회사의 외부감사에 관한 법률 시행령은 외부감사의 대상을 정하는 기준으로 자산총액, 상장여부, 부채총액과 자산총액, 종업원 수 등 다양한 내용을 포함하고 있다. 비교법적으로도 영국의 예를 참고할 만하다. 영국 회사법은 회사의 지배구조를 폐쇄회사(private company), 공개회사(public company), 상장회사(quoted company)로 구분

42) 2009년 5월 상법 개정법은 종전 소규모 주식회사의 기준을 “자본”에서 “자본금”으로 변경하였다. “자본”이란 회계상 ‘기업실체의 자산 총액에서 부채 총액을 차감한 잔여액 또는 순자산으로서 기업실체의 자산에 대한 소유주의 잔여청구권’을 말한다. 대차대조표에 표시되는 자본의 총액은 회계기준에 의해 자산 및 부채를 인식, 측정함에 따라 결정된다. 따라서 대차대조표상의 자본의 총액은 주식의 시가총액과는 일치하지 않는 것이 일반적이다. 한국회계연구원 회계기준위원회, “재무회계개념체계”(2003.12.4.), 문단 104-106.

43) 권기울, 앞의 책, 233면.

하여 정하고 있으며,⁴⁴⁾ 회계와 관련해서는 회사의 규모를 매출액, 총자산액, 고용인 수에 따라 소규모, 중규모 및 대규모 회사로 구분하여 각 회사의 회계제도를 달리 정하고 있다.⁴⁵⁾

지배구조와 관련한 구분 기준은 “자본금”이 가장 단순하며 명확한 기준이 될 수 있다. 그러나 이는 기업의 실질을 정확히 반영한다고 할 수 없다. 따라서 영국의 제도와 같이 주식회사를 폐쇄회사, 공개회사, 상장회사로 구분하여 지배구조에 관한 규율을 달리하는 안이 있을 수 있고, 자산총액 등 여러 요소를 고려하여 규율하는 안이 있을 수 있다. 자산총액 등을 고려하는 기준의 경우는 2개 사업연도말 자산총액 또는 그 밖의 기준으로 일반 주식회사 또는 소규모 주식회사로 구분하고, 일반 주식회사에 해당한 후에 다시 소규모 주식회사가 되기 위해서는 엄격한 기준을 충족하도록 하는 방법이 있을 수 있다. 이러한 자산규모 등을 고려한 기준은 회계적용기준으로는 적당하지만 기업의 지배구조를 결정하는 기준으로는 유동적인 문제를 가지고 있다. 따라서 주식회사를 폐쇄회사, 공개회사, 상장회사로 구분하여 지배구조의 형태를 달리하도록 하는 것이 보다 적절한 방안이라 할 것이다.

(투고일 2010년 4월 8일, 심사일 2010년 5월 12일, 게재확정일 2010년 7월 13일)

주제어 : 지배구조, 주주총회, 이사회, 사외이사, 회사기회유용금지, 집행임원, 감사, 감사위원회

44) 공개회사는 일반대중에게 유가증권(주식 또는 채무증권)을 공모할 수 있는 회사이다. 그러나 모든 공개회사의 주식이 증권거래소에서 거래되는 것은 아니다. 이에 비하여 폐쇄회사가 일반대중에게 유가증권을 공모하는 경우는 형사처벌을 받게 된다.

45) See, Companies Act 2006, s.380. 회사법상 가장 큰 차이는 소규모 회사와 그 외의 회사와의 제도상 차이이다. 공개회사와 일정한 금융회사는 소규모 회사에 포함되지 않는다.

참고문헌

1. 단행본

- 권기울, 상법 일부개정법률안 (정부제출) 검토보고 [회사편], 2008. 11.
_____, 상법 일부개정안(정부제출) 검토보고서 [회사편], 2008. 11.
법무부, 상법(회사편) 개정안 설명자료, 2007. 10.
이철송, 회사법강의 제17판, 박영사, 2009.
한국증권법학회, 상법개정연구보고서, 2006. 6.
한국회계연구원 회계기준위원회, 재무회계개념체계, 2003.12.4.

2. 논문

- 고창현, “토론문, 주식회사의 지배구조 - 집행임원제도 및 감사위원회
제도를 중심으로”, 상사법연구 제28권 제3호, 한국상사법학
회, 2009.
강희갑, “집행임원제도의 도입과 기업환경”, 상사법연구, 제25권 제4
호, 한국상사법학회, 2007.
권순희, “상법 개정안 제398조 제3항(회사기회의 유용금지)에 관한
이론적 검토”, 상사법연구 제26권 제3호, 한국상사법학회, 2007.
권재열, “상법 개정안상 이사의 의무와 책임규정에 대한 비판적 검
토,” 상사법연구 제28권 제3호, 한국상사법학회, 2009.
_____, “회사기회의 법리,” 상사법연구 제25권 제4호, 한국상사법학회, 2007.
김병연, “한국 상법상 이사의 의무와 책임추궁,” 상사법연구, 제28권
제1호, 한국상사법학회, 2009.
김재범, “전자식 방법의 상법수용에 관련된 법률문제,” 상사법연구
제28권 제1호, 한국경영법률학회, 2009.

- 김정호, “집행임원제에 대한 연구,” 경영법률 제18집 제4호, 2008.
- 김주영, “회사법 개정시안에 대한 지정토론,” 상법개정(회사편) 공청회자료, 2006.7.
- 김홍기, “회사기회의 법리와 우리나라의 해석론, 입법방안에 대한 제안,” 상사판례연구 제20집 제2권, 상사판례연구회, 2007.
- 백정웅, “미국의 회사기회유용이론과 우리 상법,” 상사법연구 제25권 제3호, 한국상사법학회, 2006.
- 전우현, “상법상 주식회사의 집행임원제 도입에 관한 연구,” 비교사법 제15권 제2호, 한국비교사법학회, 2008.6.
- 정경영, “회사법 개정안의 중요쟁점에 관한 고찰,” 조세법연구 XII-2, 세법연구회, 2006.11.
- 정찬형, “주식회사법 개정제안,” 선진상사법률연구 통권 49호, 법무부, 법무심의관실, 2010.1.
- 정쾌영, “집행임원제도에 관한 상법 개정안의 문제점 검토,” 기업법연구 제21권 제4호, 한국기업법학회, 2007.
- 최준선, “한국 회사법의 개정방향,” 상장협연구 제54호, 한국상장협의회, 2006.10., “회사기회유용금지이론에 관한 고찰,” 저스티스 통권 제95호, 서울대학교 법학연구소, 2006.1.12.
- 하삼주, “회사기회이론,” 기업법연구 제22권 제3호, 한국기업법학회, 2008.

[Abstract]

Corporate Governance System under the Amendment Proposal of Korea Commercial Code

Young Shim*

The Korean government proposed an amendment bill to the Commercial Code in 2008. The Bill attempts to change the Korean corporate system considerably. In the area of corporate governance, the Bill introduces

- information technology system for disclosure and shareholders' meeting;
- definition of outside director;
- expansion of scope for the self-dealing restrictions;
- prohibition of misappropriation of corporate opportunities; and
- US style executive officer system.

After the Bill was proposed, there are arguments for and against the proposal.

This article does not try to add another argument but analyses the corporate system under the Bill in order to ascertain that the Bill provides in accordance with the legislative purpose and to identify that the new system has any problems for enforcement if the Bill is passed.

In 2009, the Commercial Code was amended twice for providing regulations of listed companies and small-sized companies. In this case, this article describes the amendments and evaluates the new systems.

* Associate Professor of Law School, Yonsei University.

Key words : corporate governance, shareholders' meeting, board of directors, director, corporate opportunity, executive officers, audit committee

