일감법학 | 제48호
2021년 2월 603-626쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.48, Feb., 2021. pp.603-626
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

상법상 위원회제도의 활성화를 통한 지배구조의 개선*

A Study on Improving Corporate Governance Structure through Fostering the Committee System under the Commercial Law

김 병 연**
Byoung Youn Kim

목 차

Ⅰ. 기업지배구조의 중요성
Ⅱ. 이사회와 위원회제도
Ⅲ. 이사회의 제도적 한계와 위원회의 기능 재조명
Ⅳ. 맺음말-위원회제도의 활성화를 위한 입법론

주식회사의 기본원칙인 주주유한책임 및 소유와 경영의 분리에 따라 회사의 현존 재산이 회사채권자에 대하여 책임재산이라는 점을 고려한다면 주식회사 기관구성의 원칙과 방법은 중요하다. 그런데 최근의 기업지배구조에 관한 개선논의가 주주권의 강화와 기업의 사실상 오너의 책임강화로 종결지어지고 있다는 점은 다소 아쉽다.

기업지배구조에 관한 정답은 없다. 우리나라 기업현실과 문화, 그리고 기업활동에 대하여 접근하는 투자자와 사회의 인식을 잘 고려하여 우리나라에 맞는 제도로 발전시켜나가야 한다. 이런 점에서 우리 기업현실에서 많이 존재하고 있지만 상법에서 말하는 주주총회에서 선임되지 않은 사실상의 이사, 상무, 임원 등 여러 가지 명칭으로 불리는 기업의 임원

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.603
투고일: 2021. 1. 11. / 심사의뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 본 논문은 2021년초 발간예정인 상장회사협의회의 「상장」에 기고한 원고와 『이사회제도의 재조명(송산홍복기 교수정년기념논문집)』에 게재된 "주식회사 지배구조와 이사회 및 위원회"의 내용을 수정・보완한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
Professor of Law, Law School of Konkuk University

들을 법제도 영역 안으로 가지고 들어오는 시도가 필요하다.

현행 상법상 위원회제도는 위원회 결의에 대한 이사회의 재결의 권한으로 인해 제도적 중요성이 떨어지는 것이 사실이다. 물론 감사위원회나 사외이사 후보추천위원회의 경우와 같이 법에서 개입하는 경우도 있지만, 다른 위원회는 강제되는 것이 아니다. 집행임원제도도 강제성이 있는 제도가 아니고, 우리나라 현실에서 대주주의 이사회에 대한 영향력 유지라는 측면에서 그리 매력적인 제도는 아니다. 현실에서는 주주총회에서 선임되지 아니한 사실상 이사에 의해서 업무집행이 이루어지고 있고, 부실한 업무수행 등의 사유가 발생하면 언제라도 그 직위에서 해임된다. 기업현실이 이렇다면, 현실에서 많이 활용되지만, 법규정 외부에 존재하는 사실상의 이사를 법규정의 명시적인 영역 안으로 가지고 들어오는 방법을 모색할 필요가 있다.

위원회제도의 활성화를 통하여 책임있는 기업경영을 함으로써 주주권의 보호에도 기여할 수 있는 기업지배구조의 개선방법을 제시해 본다. 첫째 위원회의 구성원 자격을 이사로 제한하는 것을 완화할 필요가 있다. 주주총회에서 선임된 이사로 위원회 구성원의 자격이 제한되어 있으면, 대규모 상장기업의 경우 외에는 위원회제도가 활성화되기 힘들다. 둘째 위원회 구성원으로 참여하는 비이사 구성원에 대하여도 이사에게 적용되는 신인의무를 동일하게 부담하도록 상법의 관련규정을 개정하고 회사정관 등에 반영하도록 할 필요가 있다. 셋째 위원회의 업무집행에 대하여 이사회는 감독권한을 행사하는 것에 그치고 위원회의 결의를 재결의하는 것을 제한할 필요가 있다. 위원회의 결의에 대하여 언제든지 이사회가 재결의를 하도록 하는 현재의 제도 하에서는 위원회의 기능이 활성화되기 어렵고 충실한 업무수행을 기대하는 것도 사실상 어려울 것이다. 마지막으로 그 입법취지는 좋으나 우리나라 기업현실에 맞지 않는 집행임원제도는 위원회제도로 흡수하는 방안을 모색할 필요가 있다. 즉 현재의 집행임원제도는 이사회를 완전한 감독기구로 만들어버리는 것이기 때문에 기존의 이사회에서 받아들이기 힘들다. 이에 반해 위원회제도는 이사회가 업무집행권한을 위임하면서도 이사회가 위원회에 참여하는 이사를 통하여 그 운영에 관여할 수 있으므로 이사회가 간접적으로 업무집행권한을 향유할 수 있다는 점에서 오히려 더 매력적이다.

[주제어] 지배구조, 기업지배구조, 이사, 이사회, 위원회, 집행임원, 사외이사, 신인의무

Ⅰ. 기업지배구조의 중요성

'지배구조의 개선'만큼 지난 20여년이 넘도록 상법학계를 넘어서서 우리 사회의 많은 관심을 받은 용어도 많지 않을 듯 싶다. 최근에도 '경제 3법' 또는 '공정경제 3법'이라는 이름으로 지배구조 관련 법률 또는 시행령의 개정을 둘러싼 논란이 많이 있었다. 상법·자본시장법·공정거래법·금융그룹감독법 등의 제·개정을 통하여 감사위원 분리선임과 최대주주의 3% 의결권 제한, 다중대표소송(multiple derivative action), 집중투표제와

전자투표의 의무적 시행[1] 등 기업운영에 부담을 줄 수 있는 제도 도입에 관한 논쟁들의 공통점은 이사회 권한의 축소와 주주권 강화이다.[2]

주식회사의 기본원칙인 주주유한책임으로 인하여 소유와 경영이 분리되고 회사의 현존하는 재산이 회사채권자에 대하여 책임재산의 중요한 부분이라는 점을 고려한다면[3] 주식회사 기관구성의 원칙과 방법은 중요하다. 회사법상 업무에 관한 권한의 배분, 책임부담의 주체와 범위 등은 주주들이 출자하는 자본금을 기초로 정관상 목적에 따른 사업 운영에 있어서 이사회가 중요한 경영상 결정을 내리고 그에 따라 대표이사가 업무를 집행하는 권한의 막중함을 고려할 때 지배구조의 효율성은 균형적인 회사 성장을 위해 매우 중요하다.

기업지배구조는 출자자의 지위에 있는 주주, 회사운영의 권한을 위임받은 이사와 이사회, 회사를 대표하는 대표이사, 이사의 경영활동을 감독하는 감사 또는 감사위원회, 소수주주권의 행사 여러 가지 요인들이 복합적으로 얽혀있는 문제임에도 불구하고, 기업지배구조의 개선논의가 주주권의 강화에만 초점이 맞춰져 온 것은 다소 문제가 있다. 즉 주주권의 강화는 결국 지주수(持株數)에 따른 권한행사의 예외가 발생한다는 의미도 되는데, 이는 주식회사의 기본원칙인 다수결의 원칙에 반하는 결과가 된다는 문제점이 있다[4]

현행 상법상 지배구조에 영향을 줄 수 있는 제도 중에서 임의기관[5]의 형식으로 되어 있는 것은 이사회의 하부구조인 위원회(제393조의2)와 회사의 업무집행을 담당하는 집행임원(제408조의2)이다. 이사회내 위원회는 정관이 정한 바에 따라 이사회가 설치할 권한을 가지며 일정한 권한을 위임하게 된다. 집행임원은 정관의 근거규정이 없이도 이사회의 결정으로 집행임원과 대표집행임원을 선임・해임한다(제408조의2제3항). 사

1) 집중투표제(제382조의2 제1항)는 정관의 규정으로 배제가 가능한 형태이고, 전자투표(제368조의4 제1항)는 이사회의 결의로 시행이 가능하다. 그리고 다중대표소송의 경우 법원은 10여년전 대표소송의 제소자격과 관련하여, 책임추궁을 당하는 이사가 속한 당해 회사의 주주로 제소자격을 한정하면서, 종속회사의 주주가 아닌 지배회사의 주주는 이중대표소송을 제기할 수 없다고 판결한 바 있다. 대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다 49221 판결 참조.

2) 김병연, “주식회사 지배구조와 이사회 및 위원회”, 『이사회제도의 재조명(송산홍복기교수정년기념논문집)』, 법문사, 2018, 169쪽.

3) 이철송, 『회사법강의(제28판)』, 박영사, 2020, 494쪽.

4) 김병연, 앞의 논문(주 2), 170쪽.

5) ‘기관’은 법인을 대표하여 그 의사를 표시하거나 행위하는 것을 뜻하는 것이라고 보지만, 여기서는 ‘기관’은 회사에서 운영 등에 필요한 권한을 행사하는 주체를 의미하는 것으로 사용하기로 한다. 민법상 기관은 이사, 감사, 총회의 의무와 직무에 관해서 규정하고 있다(민법 제59조 이하).

외이사도 임의기관으로 분류할 수 있는데, 감사위원회를 설치하는 경우 사외이사는 필수적으로 존재하거나(제415조의2 제2항) 감사위원회가 필수기관이 되는 경우(제542조의11)도 있지만, 집행임원은 임의기관으로만 존재한다는 점에서 지배구조의 개선책으로 도입한 제도간에 차별성이 존재하는 것은 바람직하지 않다는 지적도 있다.[6] 우리 법체계에서 사외이사,[7] 집행임원,[8] 위원회제도 아직까지는 기업문화와 많이 친하지 않는 제도이다. 대규모 상장기업이 아닌 이상 다양한 위원회를 구성할 만큼의 이사회 구성원을 가지기 어렵고 일반적으로 각 위원회의 구성원은 중복이 될 수밖에 없기 때문에[9] 전문적인 지식을 가진 위원회를 기대하기 어렵다. 또한 만일 주주총회에서 선임된 이사가 그 업무를 수행함에 있어서 회사 또는 주주 전체의 이익을 대변하지 못한다면 행사하는 권한에 비해서 책임을 묻기 곤란한 경우가 많은 것이 사실이다.[10] 지배구조와 관련된 이 3가지의 임의기관의 운영을 어떻게 하느냐에 따라서 지배구조의 문제점을 어느 정도 해결할 수 있지 않을까 하는 생각으로 본 연구를 하게 되었다. 위원회, 집행임원, 사외이사[11] 제도에 대한 소개나 비교법적 연구는 다소 있으나, 국가마다 기업문화가 임의적인 기관임에도 불구하고 잘 기능하고 있는 국가도 있고 그렇지 않은 국가도 있다. 본 연구의 핵심은 위원회의 활성화를 통하여 지배구조의 문제를 풀어나가는 것으로 접근해보자는 것이다.[12] 결론적으로 이야기하자면, 위원회의 구성원을 주주총회에서 선임된 이사에

6) 이철송, 앞의 책, 854쪽.

7) 사외이사 제도는 이해관계의 독립성을 지닌 이사를 이사회 구성에 포함시킴으로써 이사회 운영의 공정성을 기하려는 목적이었지만, 거수기 역할에 불과하다는 비난을 받은 지 오래되었고 사외이사 무용론도 강하게 존재한다. 고은정, "사외이사의 이중적 법적 지위검토와 감시・감독권 강화방안 연구", 法學論叢 제47집(2020.5.31.), 崇實大學校 法學硏究所, 559-587쪽; 이삼열, "사외이사의 독립성과 전문성에 관한 소고", 법학연구 제59권 제2호(2018. 5.), 부산대학교 법학연구소, 146쪽; 김동우, "사외이사는 왜 거수기로 전락했나: CEO와 사외이사, 서로 추천 ... 독립성 확보 시급", 「이코노믹리뷰」 제902호(2018.2.28.), 이코노빌, 14-15쪽; 김환일/박용근/김동근, "우리나라 사외이사제도의 문제점과 개선방안", 「서울法學」 제25권 제4호(2018. 2.), 서울시립대학교 법학연구소, 275-327쪽.

8) 집행임원의 경우 전적으로 이사회의 결정에 따라 시행되므로 사실상 실행되기 어렵다. 왜냐하면 집행임원제도의 도입은 권한의 위임이 발생하고(제408조의2 제3항), 이는 필수적으로 이사회의 권한 약화를 가져오기 때문이다. 만일 집행임원 제도가 정말 장점이 많다면 대규모의 회사에 있어서 집행임원의 필수성을 검토하는 것이 생각해볼 만한 일이지만, 우리나라의 기업문화상 합리적으로 잘 작동될지는 의문이다.

9) 상법이 위원회 구성원의 자격을 이사로 제한해 놓았기 때문이다(상법 제393조의2 제3항).

10) 지배구조개선을 요하는 목소리의 대부분은 이사의 책임 강화와 소수주주권의 강화인데, 이러한 문제점은 잠재적인 갈등의 존재로부터 자유롭지 못하기 때문에 이사의 '신인의무(fiduciary duty)'의 법리에 따라서 해결하는 것이 가장 적절한 방법이다.

11) 사외이사는 주로 위원회, 그중에서도 특히 감사위원회 제도와 연결해서 규정되어 있으므로 별도의 논의는 하지 않기로 한다.

한정하지 말고 외부의 전문가[13]들도 참여할 수 있도록 하자는 것이다. 아래에서는 위에서 언급한 연구의 목적에 따라 논의를 전개하고자 한다.

Ⅱ. 이사회와 위원회제도

1. 이사와 이사회의 관계

이사회는 주주총회에서 선임된 이사들로 구성되고 대표이사는 이사회의 결의로 선정되는 것이 원칙이다(제389조1항).[14] 이사들은 중요 경영사항에 관한 이사회의 의사결정 과정에 참여하고, 다른 이사의 업무집행을 감독할 위치에 있다.[15] 이사회는 신인의무[16]를 부담하는 이사들로 구성되어 운영되는 회의체이므로 직접 업무집행을 하는 것은 비효율적이다. 상법의 기본입장은 이사회 결의의 집행은 대표이사를 비롯한 개별 이사들에게 맡기고, 이사회는 이사들의 업무수행을 감독하는 역할을 하도록 하는 것이다. 2001년 상법 개정에서는 이사, 대표이사 및 이사회의 관계를 명확하게 해주는 입법이 있었는데, 이사는 대표이사에게 이사회에 보고하도록 요구할 수 있으며(제393조 제3항), 이사가 업무집행상황을 3월에 1회 이상 이사회에 보고하도록 하는 것(동조 제4항)인데, 이러한 일련의 조치들은 이사회의 업무감독권한의 실효성을 제고하기 위해서 이사의 정보접근권[17]을 보장한 것이라고 평가받고 있다.[18]

---

12) 처음에는 작은 머리 속 아이디어에 불과하였지만, 점차 구체화하게 되어 현실의 제도로 기능할 수 있는지를 고민하는 단계이다. 본 연구는 지배구조에 관한 필자의 아이디어를 지속적으로 발전시켜가는 과정이다. 첫 걸음은 각주 2의 논문에서 시작되었고, 그러한 논의의 기초 위에서 관련논문들을 발표하고 있는 중이다. 김병연, "금융투자회사 영역별 지배구조의 차별적 접근 검토 – 영미법상 신인의무에 기반하여 -", 『금융법연구』 제16권 제3호, 한국금융법학회, 2019; 김병연, "금융회사의 지배구조개선과 신인의무이론의 접목가능성", 『은행법연구』 제11권 제2호, 은행법학회, 2018, 참조.

13) 여기에는 현재 기업현실에서 주주총회에서 선임되지는 않았지만, 이사회 또는 대표이사에 의해 선임된 상무, 임원 등으로 불리는 자들도 포함된다. 김병연, 앞의 논문(주 2), 171쪽 참조.

14) 정관의 규정으로 주주총회에서 대표이사를 선정하도록 정할 수 있다(제389조 제1항단서).

15) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다31518 판결.

16) 신인의무(fiduciary duty)는 선량한 관리자의 주의의무(상법 제382조 제2항 및 민법 제681조)와 충실의무(상법 제382조의3)를 합한 개념으로 이해하기로 한다.

17) 이러한 형태의 이사의 정보접근권은 이사의 비밀유지의무(제382조의4)와 균형을 이루는 것인데, 이사회 내부에서의 자체적인 자유로운 의견제시 및 교환과 업무보고로 인한 기밀유출의 위험성을 제거해주는 역할을 한다.

2. 이사회의 권한 및 운영

회사의 중요경영사항에 관한 결의 권한과 이사의 직무집행에 대한 감독권(제393조)은 상법이 부여하는 이사회의 가장 본질적인 권한이다. 상법 또는 정관으로써 주주총회의 권한으로 되어 있는 사항(제361조)을 제외하고는, 이사회는 회사의 중요 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입, 지배인의 선임 또는 해임과 지점의 설치・이전 또는 폐지 등에 관한 결의권한[19]을 보유하고 있다(제393조 제1항).[20] 이사회는 이사 전원으로 구성되는 회의체이며 필요적 상설기관이지만, 상시로 존재하는 것은 아니고[21] 소집에 의하여 구성된다. 이사회는 회의체인 본질상 회의를 열지 아니하고 개별적 동의를 얻어서 결의하는 것은 결의로서의 효력이 없다고 보아야 한다.

이사회는 업무집행에 관한 의사결정을 할 뿐이며 구체적인 실행은 대표이사의 이름으로 한다. 그러나 업무집행의 적정성을 확보하기 위해서 이사회는 이사의 업무집행에 대한 감독권을 갖는다(제393조 제2항). 여기에서 말하는 감독의 의미와 범위는 이사에게 업무집행에 관한 질문을 하거나 그 업무집행을 함에 있어서 위법 또는 정관에 위반한

---

18) 이철송, 앞의 책, 703쪽.

19) 구체적으로 보면, ①주주총회의 소집(제362조), ②지배인의 선임과 해임(제393조), ③지점의 설치와 이전 및 폐지(제393조), ④이사와 회사간의 거래에 대한 승인(제398조), 경업행위의 승인(제397조), 회사기회 및 자산유용행위의 승인(제397조의2), ⑤재무제표와 영업보고서의 승인(제447조, 제447조의2), ⑥사채발행(제469조), ⑦주식양도의 승인(제335조 제1항 단서), ⑧중간배당(제462조의3)의 권한, ⑨대표이사의 선정과 공동대표의 결정(제389조), ⑩준비금의 자본전입(제461조), ⑪주주에 대한 전환사채(제513조)와 신주인수권부사채의 발행(제516조의2), ⑫신주발행(제416조), ⑬간이합병의 승인(제527조의2 제1항) 및 소규모합병의 승인(제527조의3 제1항) 이 그것이다. 그런데 이러한 권한들 중에서 ①~⑧까지는 이사회의 전속고유권한인 사항들이고, ⑨~⑫까지는 원칙적으로 이사회의 권한이지만 정관의 규정에 의하여 주주총회의 권한으로 전환할 수 있는 것들이며, ⑬은 원래 주주총회의 승인사항이지만 법상 일정요건 하에 이사회의 승인으로 갈음하여 운영되는 것이다. 상법에서 이사회에서 결정하도록 되어 있는 것을 대표이사의 결정으로 일임하지는 못한다. 그러나 정관으로 정하는 바에 따라 사채의 금액 및 종류를 정하여서 1년을 초과하지 아니하는 기간 내에는 사채의 발행을 대표이사에게 위임하는 것은 가능하다(제469조 제4항).

20) 제393조 제1항에서 이사회의 업무로 열거된 업무 외의 행위에 대하여 대표이사가 일상적인 업무수행으로 가능한지 여부와 관련하여, 법원은 일반적인 자산의 처분이나 자금의 차입은 일상적인 업무이므로 대표이사의 권한에 속한다고 보았지만, 특별히 중요자산의 처분이나 대규모 자금차입은 일상적인 업무가 아니라고 보아서 대표이사에게 일임할 수 없고 이사회가 결의하여야 한다고 주의적으로 규정한 것이라고 보아야 할 것이며, 제393조 제1항에 열거되지 아니한 업무라도 중요한 업무에 속한다고 판단되는 것은 이사회의 결정을 요한다고 보았다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96다48282 판결). 그리고 무엇이 중요한 재산이고 중요한 업무인지 여부에 관한 판단은 재산의 처분이나 업무가 회사에 미치는 효과, 일상적 업무와의 관련성 등을 기초로 이루어져야 한다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결).

21) 그 존재형식 만이 관념적으로 상설적이라고 본다. 8인 공저, 「회사법: 사례와 이론」, 박영사, 2019, 324쪽.

사항이 있는 경우에는 중지를 명하고, 필요하다면 대표이사를 해임한다든지 이사 간의 업무분할을 다시 하는 것이 포함될 것이다.

3. 위원회의 법적 지위

3.1 위원회제도의 도입과 적용대상

상법은 1999년 개정을 통하여 미국 MBCA Section 8.25를 참고로 하여 이사회내 위원회 제도를 도입하였다.[22] 미국에서는 이사회 하부의 위원회제도가 활발하게 이용되고 있다. 미국의 경우 위원회제도가 매우 활성화되어 있는 국가라고 할 수 있는데,[23] S&P 500 회사는 최소 1개 이상의 위원회를 설치하고 있으며 최대 8개의 위원회를 설치하여 운영하고 있는 회사도 11개 사에 이르고 있다.[24] 그리고 이러한 위원회들은 년 평균 8회의 회의를 개최하고 있다.[25] 일반적으로 공개회사의 경우에는 사외이사로 구성된 감사위원회(audit committee), 추천위원회(nominating committee), 보수위원회(compensation committee)를 두고 있으며,[26] 이러한 사외이사들은 경영에 관여하지 않고[27] 다른 위원회에도 참여하지 않는 것이 통상적이다.[28]

---

22) 김병연, 앞의 논문(주 2), 172쪽. 이는 1997년 IMF구제금융위기를 극복하는 과정에서 미국법상 회사지배구조를 도입하는 일환으로 이루어졌는데, 위원회를 구성함에 있어서 미국에서는 비이사(non-directors)도 가능한(James D. Cox and Thomas Lee Hazen, 「Treatise on the Law of Corporations」, (December 2017 Update), Chapter 9. Functions And Powers Of Directors, § 9:21. Distinction between committees of the board and committees containing non-directors) 반면 우리의 경우는 이사의 자격을 요구함으로써 차이가 있다.

23) 미국에서 위원회가 활발하게 이용되는 이유는 현대 사회의 이사회 업무의 복잡성이 점점 심해지고 전문적인 판단을 요하는 사항들이 많아진다는 것이고, 구성원의 교집합을 통하여 이사회와 위원회의 업무수행에 관한 책임을 공유하는 결과가 되기 때문에 책임경영을 이룰 수 있기 때문이다.

24) 1998년 연구조사통계에 따르면 조사대상인 1,992개사 중에서 1개의 위원회가 설치된 회사가 4개사, 2개의 위원회가 28개사, 3개의 위원회가 88개사, 4개의 위원회가 120개사, 5개의 위원회가 116개사, 6개의 위원회가 77개사, 7개의 위원회가 41개사, 8개의 위원회가 설치된 회사가 11개사로 나타나 있다. April Klein, “Firm Performance and Board Committee Structure”, 41 J. of L. & Econ. 275, 278 fn.8 (1998).

25) Id.

26) 위원회의 종류에 관해 법률에서 특별히 정해진 것은 없으나, 일반적으로 많이 이용되는 위원회는 집행위원회(executive committee), 감사위원회(audit committee), 재무위원회(finance committee), 보상위원회(remuneration committee), 지배구조위원회(corporate governance committee), 윤리위원회(ethics committee), 준법위원회(compliance committee), 위험관리위원회(risk management committee), 추천위원회(nominating committee) 등이 있다.

27) M.G.L. c. 156D, § 8.25, Drafters’ Comment.

이사회내 위원회의 설치와 폐지는 정관의 규정에 따라 이사회의 결의로 하며(제393조의2 제1항), 2인 이상[29]의 이사로 구성되는 것이 원칙이다(동조 제3항). 그런데 여러 개의 위원회가 설치된다면 이사회의 일반적인 최저 인원인 3인만 가지고서는 위원회 구성원의 중복성으로 인하여 다양한 인적 구성을 가진 위원회의 설치는 불가능하기 때문에, 결국 위원회는 다수의 이사를 선임하는 대규모 상장회사의 경우에서 의미가 있는 규정이다.[30] 대규모 상장회사의 경우에는 회사규모의 특성상 수인의 이사에게 세부적인 업무 분할이 이루어지게 될 것이고, 인사・재무・감사・보수위원회 등의 다양한 위원회가 구성될 것이다.

3.2 위원회의 운영 및 권한

상법상 위원회의 구성방법, 소집절차, 결의방법, 의사록의 작성, 회의의 연기와 속행에 관하여는 이사회에 관한 규정이 준용되고 있다(제393조의2 제5항, 제386조 제1항, 제390조, 제391조, 제391조의3, 제392조). 위원회가 이사회로부터 위임받은 사항에 대하여 결의한 경우 그 결의한 사항을 각 이사에게 통지하여야 하고 이를 통지받은 이사는 이사회를 소집할 수 있도록 하고 있다(제393조의2 제4항). 왜냐하면 이사회는 위원회가 결의한 사항에 대하여 다시 결의할 수 있고, 이사들이 위원회의 결의에 대하여 통지를 받고 그 내용에 대하여 이의가 있는 경우에 위원회의 결의를 다시 결의하기 위한 이사회의 소집청구절차를 개시할 수 있어야 하기 때문이다. 위원회는 이사회와 마찬가지로 이사의 자격을 요구하므로(제393조의2 제3항) 구성원이 겹치는 소규모 회사에서 어떤 위원회의 결정을 통지받는 이사가 이사회를 소집하여 그 위원회의 결정에 대하여 다시 결의한다는 것은 자기결정을 부인하는 결과가 되는 것이므로 사실상 생각하기 힘들다. 오히려 위원회의 구성원이 겹치지 않을 가능성이 높은 대규모 회사의 경우 어떠한 결정을 내린 위원회의 구성원이 아닌 이사가 그 결의의 부당 내지 위법성에 대한 이의를 제기하기 위하여 이사회를 소집할 가능성이 있다.

이사회는 그 권한의 일부를 위원회에 위임할 수 있으나, 다음의 사항은 위임하지 못한다(제393조의2 제5항, 제392조). ①주주총회의 승인을 요하는 사항의 제안,[31] ②대

28) Hamilton and Freer, The Law of Corporations In a Nutshell, 6th ed. (2011), § 7.28.

29) 자본금 총액이 10억원 미만인 회사는 1명 또는 2명의 이사로 족하다(제383조 제1항 단서).

30) 김병연, 앞의 논문(주 2), 172쪽.

31) 대표적인 사항으로 재무제표의 승인, 정관변경이 있다.

표이사의 선임 및 해임, ③위원회의 설치와 그 위원의 선임 및 해임,[32] ④정관에서 정하는 사항[33] 등은 이사회 고유의 권한사항으로 본다. 이사회 운영을 내실있게 하기 위해서 위원회를 활성화하는 것은 전문가 활용이라는 점에서 바람직하며 필요한 측면도 있겠지만, 위원회의 무한정한 활성화는 이사회의 존재를 허구화시킬 위험성도 있다.[34] 따라서 회사지배구조의 측면에서 이사회의 주주총회 소집권한(제362조)이나 이사의 직무집행에 대한 이사회의 감독권(제393조 제2항)과 같은 사항도 본질적으로 위임이 불가능하다고 해석해야 한다.[35] 위원회에 위임한 사항일지라도 이사회는 위원회가 결의한 사항에 대하여 다시 결의할 수 있지만, 감사위원회의 결의에 대하여는 그러하지 아니하다(제415조의2 제6항). 왜냐하면 감사위원회는 감사의 지위를 대체하는 것이므로(제415조의2 제1항 제2문), 이사회가 감사위원회의 결의사항을 다시 결의한다는 것은 단독감사의 결정을 무시하는[36] 것과 마찬가지의 결과가 되기 때문이다. 이사회는 위원회에 위임한 업무에 대하여 위원회가 적법하고 합리적으로 수행하는지 감독할 의무를 부담하므로, 위원회의 결의가 부당하거나 위법한 경우에는 감독의무를 소홀히 한 것이 되어 임무해태로 인한 손해배상책임을 부담하게 될 수도 있다.

Ⅲ. 이사회의 제도적 한계와 위원회의 기능 재조명

1. 이사회의 형식적 운영

이사회의 구성원인 이사들은 업무집행에 관한 중요한 의사결정을 함에 있어서 회사 또는 주주에 대한 신인의무를 충실하게 수행하고 있는가? 그리고 이사회는 대표이사

32) 이사회에서 특정 이사를 위원회의 위원으로 선임 또는 해임하는 결의를 함에 있어서는 그 특정 이사는 이해관계의 당사자이므로 결의에 참가하지 못한다고 보아야 할 것이다.

33) 정관으로 위임을 不許한 사항을 말한다. 이철송, 앞의 책, 718쪽.

34) 김병연, 앞의 논문(주 2), 172-173쪽.

35) 김병연, 앞의 논문(주 2), 173면; 이철송, 앞의 책, 718쪽.

36) 이러한 결과는 제415조의2 제1항 제2문 및 제415조의2 제6항의 내용과도 배치되고 기업지배구조상 견제와 균형의 측면에서도 받아들일 수 없다. 위원회에 관한 상법규정이 신설된 것은 1999년 상법개정이었는데, 처음에는 감사위원회 결의에 대한 이러한 제한이 존재하지 않았다. 따라서 감사위원회 결의를 이사회가 다시 결의할 수 있는지에 관한 논란이 있었고 감사를 대신하는 감사위원회의 법적 지위를 고려한다면 감사위원회의 결의를 번복하게 하는 것은 부적절하다는 많은 지적에 따라 2009년 상법개정으로 감사위원회의 결의에 대하여는 이사회가 이를 다시 결의하지 못하도록 한 것이다.

또는 업무담당이사의 업무수행을 적시에, 적정한 방법으로 감독하고 있으며, 실제로 감독하는 것이 가능한가? 기업지배구조 개선에 관한 지난 20여년간의 논의를 고려한다면 상법이 그동안 여러 가지 제도의 도입[37]을 통하여 노력하였음에도 불구하고 이사회의 성공적인 운영에는 그리 만족할 만한 점수를 주기 어렵다. 여전히 지배구조 개선논의는 계속되고 있고, 그 비판의 중심에는 대주주 내지 경영진의 독단적 기업경영에 대한 비판의 목소리가 있다. 물론 이러한 비판이 어느 정도까지 공감대를 형성할지는 쉽지 않다. 주주행동주의 내지 소액주주 보호를 중요시한다면 현재 기업지배구조에 대하여 비판적인 시각을 가질 것이고, 자본단체로서의 주식회사의 기본원칙이 다수결의 원칙이라는 점을 중요하게 본다면 주식회사의 본질을 해치지 않는 범위에서 다소 보완하는 점에서 그치는 것이 적절하다고 보게 될 것이다.

기업지배구조에서 가장 핵심은 이사회의 운영이다.[38] 이사회가 상법이 의도한 기능을 수행하지 못하고 형식적으로 운영되는 문제를 해결하는 것이 지배구조 개선의 핵심이 되어야 한다. 회사합병과 같은 근본적인 조직변경의 경우 등을 제외하고 회사의 중요한 영업상 결정과 집행은 결국 이사회의 결정이다. 이는 회사의 법인격을 기반으로 법인을 대표하여 행위할 '기관'의 존재가 필수적으로 요구되는 법적 구조의 필연적인 운명이다. 이사회의 형식적 운영에는 대주주가 지배하는 이사회 구조, 독립성의 측면에서 기대한 만큼의 효과를 주지 못하는 사외이사제도, 사외이사를 포함한 이사들의 전문성 부족 등 여러 가지가 있다.[39] 대주주가 지배하는 이사회 구조는 다수결제도를 채택하고 있는 이상 불가피한 상황이기도 하고 자본을 많이 투자한 자가 가지는 권한만큼 위험도 많이 부담한다는 점에서는 어쩔 수 없다. 사외이사와 이사들의 전문성 부족의 문제는 위원회

37) 이사가 대표이사로 하여금 다른 이사 또는 피용자의 업무에 관하여 이사회에 보고할 것을 요구하고(제393조 제3항), 이사가 3월에 1회 이상 업무집행상황을 이사회에 보고하도록 하는 것(동조 제4항), 이사회의 의사록 작성의무(제391조의3), 그리고 이사회의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없으면 그 결의에 찬성한 것으로 추정되는 것(제399조 제3항)은 그러한 노력의 결과이다. 또한 감사의 이사의 직무집행에 관한 감사권(제412조), 이사회에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 것(제391조의2 제1항)도 동일하다. 그리고 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그러한 행위를 할 염려가 있다고 인정되면 감사는 이사회에 보고할 의무를 지는 것(제391조의2 제2항), 감사가 이사회의 소집통지를 받을 권한(제390조 제3항), 이사회에 출석한 감사도 이사회의사록에 기명날인 또는 서명하도록 하는 것(제391조의3 제2항)도 그러한 노력의 결과이다.

38) OECD Principles on Corporate Governance에서도 이사회는 업무집행을 모니터링하고 주주에게 적절한 이익을 되돌려주는 것, 그리고 이해상충을 방지하는 것에 관하여 책임이 있다고 밝히고 있다. http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf/

39) 사외이사제도는 독립성 강화의 차원에서 도입이 되었지만, 독립성을 의미있게 제고함에도 효율적이지 못하였고 오히려 이사의 전문성도 포기하였다는 지적도 있다는 점에서 제도적 개선의 필요성이 있다.

제도를 효율적으로 활성화시킨다면 해결할 수 있다고 본다. 결국 이사회와 위원회의 구성의 문제이다. 상법상 이사회는 주주총회에서 선임된 이사들로 구성된다. 그런데 이사회의 구성원이 되는 이사의 자격에 관하여 통설과 법원[40]은 주주총회에서 선임된 이사만 인정하는 입장이지만, 현실에서는 주주총회에서 선임되지 아니한 '사실상의 이사'들이 회사의 업무를 많이 집행하는 것이 사실이고 이사회에도 참여하는 경우가 많기 때문에 법 규정, 현실의 상황과 법원의 해석 간에 불협화음이 있다.

2. 위원회의 활성화를 통한 이사회 기능의 효율성 제고

위원회의 활성화를 통하여 이사회 운영을 효율성을 높이기 위해서는 우선 위원회 구성원의 자격을 이사로 제한하는 것을 완화하는 동시에 위원회에 참여하는 비이사 전문가들[41]에게도 이사에게 요구되는 수준의 신인의무를 부담하도록 할 필요가 있다. 업무수행에 대한 권한을 부여하면서 그에 따른 책임소재도 분명하게 하는 것이 기업지배구조 개선에 도움이 될 것이다. 즉 어떠한 지위에 있는가도 중요하지만, 업무의 성격에 따라서 기대되는 의무의 수준을 정하는 방법, 즉 신인의무의 부과대상을 확대하는 방법이다. 주주총회에서 선임되지 아니한 비이사 전문가들에 대하여도 이사에게 요구되는 수준의 의무를 이행할 것을 정관 또는 특별한 약정을 통하여서 정하도록 하고, 그렇지 않으면 이사가 위원회의 일부 구성원으로 참여하여 비이사인 위원회 구성원들의 업무를 통제하도록 하면 될 것이다. 이렇게 한다면 일부 이사가 포함된 또는 비이사로만 구성된 위원회의 결의에 대하여 이사회가 재결의를 한다고 하는 현행 상법규정이 기관구조적 측면에서 더 자연스럽다. 현재 사실상 중요한 업무수행을 하고있는, 주주총회에서 선임되지 않은 사실상의 이사를 주주총회에서 선임된 이사회 내 위원회로 포섭하여 이사와 동일한 수준의 권한과 의무를 이행하도록 한다면 이사회와 위원회 간의 유기적인 관계가 형성될 수 있을 것이다.[42]

이사회는 회사 지배구조의 핵심에 있으며, 다양한 위원회를 활용하는 것은 회사의 업무수행에 있어서 매우 중요한 역할을 한다. 이사들이 가지지 못한 위원회의 전문성은 이사들의 효율적 업무수행에 도움이 된다. 즉 전문적인 지식이 필요한 업무에 대하여

40) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결.

41) 현재 우리나라의 현실에 비추어보면 주주총회에서 선임되지 아니한 사실상의 이사를 말한다.

42) 이러한 접근방법에는 사법상 위임 내지 신탁의 법리에 대한 보다 면밀한 연구검토가 필요하다고 본다.

위원회가 집중하도록 함으로써 이사회는 더 많은 문제를 효율적으로 처리할 수 있게 한다. 특히 재무관리나 위험관리의 영역은 고도의 전문적인 지식을 요하는 분야이므로 경영관리를 주로 하는 일반적인 이사들이 부담하기에는 어렵다. 물론 위원회의 활성화는 비용 증가의 문제를 수반하겠지만, 이사회가 의사결정을 함에 있어서 전문가의 지식으로부터 도움을 받도록 하여 소위 무임승차(free-riding)를 줄이고 사외이사의 경우 경영진과의 분리를 통하여 효과적인 모니터링(monitoring) 업무를 수행하도록 함으로써 회사에 대한 이사회의 책임을 높일 수 있다.[43]

3. 이사회와 위원회 구성원의 자격 문제

3.1 상법상 이사의 자격과 현실의 괴리

상법상 이사는 주주총회에서 선임된 이사를 의미한다(제382조 제1항). 따라서 주주총회에서 선임되지 않은 자는 등기부에 이사로 등재되어 있어도 상법상 이사가 아니며, 이사의 권한을 행사할 수도 없고 이사로서의 책임도 지지 아니한다.[44] 그러나 대규모 상장기업의 현실은 이와 다르다. 주주총회에서 선임되지 아니한 다수의 사실상의 이사[45]들이 존재하고, 그들이 상법상 이사의 권한을 행사하는 경우가 다반사이다. 주주총회에서 선임된 이사가 상법상 이사이고 그들이 이사의 권한을 행사하는 것이 원칙이라는 법률과 판결의 명확한 기준에도 불구하고 기업 현장에서 발생하는 이러한 괴리의 발생은 법률의 규정과 법원의 판결이 현실의 니즈(need)를 반영하지 못하고 있다는 증거이다. 그렇다고 한다면 기업현실의 타당성 여부를 따져보고 이에 맞게 법률을 개정하거나 또는 법의 집행력을 높이도록 하는 것이 필요하다. 문제점이 지적되어 규정과 현실과의 괴리를 메워나가는 방식이 그때그때 필요한 입법의 형식으로 하는 것이 적절한지는

43) Kevin D. Chen and Andy Wu, The Structure of Board Committees, Harvard Business School Working Paper 17-032, 2016, p. 2.

44) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결.

45) 상법상 이사는 사내이사, 사외이사, 그밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사로 구분되는데(제317조 제2항 제8호), 이러한 이사들은 그러한 구분에도 불구하고 등기하여야 한다는 점에서, 현실에서 소위 '비상임이사' 내지 '상무'로 불리는 자를 주주총회에서 선임되지 않았다는 의미에서 '사실상의 이사'라고 부르기로 한다. 그리고 '그밖에 상무에 종사하지 아니하는 이사'가 주주총회에서 선임되지 않은 이사를 의미한다는 상법규정도 없기 때문에 상법 제317조에 따라 등기되어야 하는 이사는 주주총회에서 선임된 이사로 보는 것이 적절하다. 김병연, 앞의 논문(주 2), 180쪽.

의문이다.[46] 오히려 사실상의 이사의 존재를 기존의 법제도 속으로 편입하는 방법으로 접근하는 것이 효율적인 방법이다. 즉 이사의 자격에 관한 현재의 통설과 법원의 입장을 유지하면서 이사회와 위원회의 효율적 구성과 운영방안을 확보할 수 있는 방법을 찾는 것이 필요하다. 이를 위하여 이사회와 위원회의 관계 및 위원회 구성원의 자격에 대하여 재검토할 필요가 있다.

3.2 위원회 구성원의 자격

상법상 위원회는 2인 이상의 이사로 구성하게 되므로(제393조의2 제3항) 위원회의 구성원이 되기 위해서는 기본적으로 이사의 자격을 가져야 한다. 이와 관련하여 감사위원회 결의에 있어서 예외(제415조의2 제6항)가 있지만, 나머지 위원회의 결의와 관련하여 이사의 자격을 가진 자들이 결의한 것을 다시 동일하게 이사의 자격을 가진 자들이 재결의를 하도록 허용하는 것이 과연 합리적인지 의문이다.

이사회는 사실상 1년에 몇 번 열리지 않는 경우도 적지 않고, 중요한 경영사항일수록 의사결정에 필요한 많은 정보와 분석이 필요하기 때문에 이사회 차원에서 대처하는 것이 용이하지 않다. 이사회는 장기적인 발전 전략을 수립하고 그 집행 현황에 대한 확인・평가를 위하여 전문적인 정보가 필요하다.[47] 따라서 각 분야의 전문가가 참여하는 위원회를 활용하는 것이 이사회의 적정한 업무수행에 도움이 된다.[48] 결국 소규모의 회사에서는 위원회제도의 장점을 누리기 힘들 것이고, 대규모 상장회사에서 복잡하고 전문적인 사항에 대하여 이사회 차원보다는 심도있는 논의와 적정한 결의를 함에 있어서 유용한 제도라고 할 것이다.[49]

---

46) 대표적인 경우가 상법상 업무집행지시자 등의 책임이다. 상법상 이사가 아닌 자의 행위에 대하여 상법은 1998년 개정으로 업무집행지시자 등의 책임(제401조의2)을 신설하여 ①자신의 영향력을 행사하여 이사에게 업무집행을 지시하거나, ②이사의 이름으로 직접 업무를 집행하거나, ③회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 업무를 집행한 경우에는 회사 또는 제3자에 대하여 이사의 손해배상책임과 동일한 책임을 지도록 하고 있다.

47) April Klein, “Firm Performance and Board Committee Structure”, 41 J. of L. & Econ. 275, 278 (1998).

48) D.G.C.L. § 141(c). 델라웨어주 회사법에서도 1인 이상의 이사가 참여하는 다양한 위원회의 필요성을 인식하고 있으며, 결원이 되는 경우를 예상하고 이에 대한 대체 구성원을 마련하는 것에 관해서도 규정하고 있다.

49) http://aicd.companydirectors.com.au/resources/all-sectors/roles-duties-and-responsibilities/role-of-board-committees?no_redirect=true 2020. 12. 1. 방문.

3.3 비이사의 위원회 참여의 문제점

미국은 위원회제도가 잘 운영되고 있는 경우인데, 모든 주 회사법은 이사회가 위원회를 설치할 수 있고 주회사법과 정관이 허용하는 한 그 권한을 위원회에 위임할 수 있도록 하고 있다.[50] 일반적으로 대부분의 주에서는 위원회가 이사로 구성되는 것으로 이해하지만, 반드시 이사의 자격을 가진 자로 구성하지도 않고 특별한 전문적인 영역의 경우에는 비이사가 참여하는 것도 허용되고 있다.[51] 물론 이러한 경우에도 위원회의 의장은 이사가 맡아야 할 것이다.[52] 집행위원회(executive committee)의 경우에는 회사경영을 담당하므로 내부이사(inside directors)들로만 구성하고 이사회가 개최되지 않는 기간에 이사회를 대신하여 경영사항의 결정과 집행을 담당한다.[53]

한편 위원회에 권한을 위임한 이사들은 자신이 구성원이 아닌 위원회의 결정에 대하여 책임을 부담하지 않는다고 하고 있으며,[54] 일부 주에서는 만일 위원회가 이사가 아닌 자로 구성되었다면 이사들은 이사가 아닌 자들이 신뢰할 만하고 능력이 있다고 합리적으로 믿은 경우에만 위원회의 결정을 신뢰한 것에 대하여 면책된다고 하고 있다.[55]

주주총회에서 이사로 선임되지 않은 자가 위원회에 참여해서 의견을 제시하는 것에 대해서는 이사가 업무수행과정에서 조력을 받을 권한이 있다고 보아야 하므로 큰 이론이 없을 것이다. 그런데 위원회에서 의결권을 행사하는 것에 대하여는 비록 이사회가 위원회의 결의에 대하여 재결의를 할 수 있다고 하더라도, 주주총회에서 선임되지 않아 대표성에 흠결이 있다고 볼 수 있는 자가 사실상의 구속력을 가질 수도 있는 결의에 참여하는 것이 적절하지 않다는 비판이 가능하다.[56] 또한 위원회 결의는 때로는 이사회 결의를

50) MBCA Section 8.25(a)에서는 1인 이상의 이사가 위원회를 구성할 수 있다고 하면서 1인 이사에 의한 위원회도 가능하다고 하고 있다. 실제로 이사회가 CEO와 같은 집행임원에게 위임하는 것이 일반적인 현상이다. Marc Moore and Martin Petrin, Corporate Governance: Law, Regulation and Theory, CFL, 2017, pp. 174-75.

51) James D. Cox and Thomas Lee Hazen, 「Treatise on the Law of Corporations」, (December 2017 Update), Chapter 9. Functions And Powers Of Directors, § 9:21. Distinction between committees of the board and committees containing non-directors.

52) https://exclusive.multibriefs.com/content/the-relationship-between-board-and-committees/association-management. 2020. 12. 1. 방문.

53) M.G.L. c. 156D, § 8.25, Drafters' Comment.

54) 비이사 즉 이사가 아닌 자(non-directors)가 위원회에 참여하는 것을 허용하는 주의 회사법과 법원은 이사회가, 이사가 아닌 자들이 위원회의 구성원으로서 참여하여 이사회가 위임하는 권한을 행사함에 있어서 신뢰할 만하고 능력이 있다고 합리적으로 믿어야만 한다는 것을 요구하고 있다. http://acredula.incomplianceconsulting.com/details.aspx?id=47.

55) Ohio Code Section 1701.59(C)(3).

대체할 수도 있기 때문에 이사회의 정체성을 분열시킬 수도 있다. 이와 같은 염려를 불식시키기 위해서는 위원회에 대한 권한 위임의 명확성이 중요하다. 그리고 이사회가 위원회에 대하여 권한을 위임할 때 비이사가 포함된 위원회에 대한 위임에 대하여 어떠한 법적 효과를 부여할 것인가에 대한 고민도 필요할 것이다.

3.4 이사회와 위원회 구성원의 다양화 필요성

주식회사 실무에서는 회사의 임원급으로 업무를 사실상 수행하는 소위 '사실상의 이사(de facto director)'들이 많이 있다. 이들은 주주총회에서 이사로서 선임되지 않았기 때문에 상법상 이사는 아니지만, 이사들보다 특정 분야에 대하여 전문적인 지식을 가지고 있는 것이 일반적이다. 따라서 이러한 사실상의 이사를 이사회의 하부위원회로 흡수하여 이사회가 필요로 하는 전문적인 지식을 가지고 이사회를 보좌하도록 하는 것도 좋은 방법이라고 본다. 어차피 감사위원회와 같이 특별히 법에서 정한 경우를 제외하고는 위원회의 결의에 대하여 이사회가 재결의하는 것이 가능하므로 위원회의 구성원 모두가 주주총회에서 선임된 이사가 아닌 것이 오히려 더 자연스럽고 합리적인 구조가 될 것이다.[57]

위원회를 구성함에 있어서 최소한 1인 이상의 이사가 포함되도록 하는 것은 이사회와 위원회의 연결성을 고려하면 당연하게 여겨지고 미국의 모든 주 회사법이 이러한 규정을 두고 있다. 위원회가 이사회의 권한을 행사하는 것을 금지하지 않지만,[58] 중요한 사항에 대하여 제한을 두는 것은 필요하다.[59] 즉 배당의 결정, 신주의 발행, 정관변경, 합병승인 등과 같은 사안은 위원회가 행사할 수 없다고 해석하고,[60] 명시적으로 위와 같은 사안들에 대하여 제한을 두고 있는 주 회사법도[61] 있다.

결국 주주총회에서 선임된 이사들이 이사회내 위원회에 중복적으로 참여하지 않으면서 최소한 1인 이상 참여하도록 하고, 사실상의 이사 내지 사내·외 전문가들을 위원회

56) 일반적으로 이사회가 재결의를 하는 경우는 별로 없다는 점도 그러한 주장의 근거가 된다.

57) 김병연, 앞의 논문(주 2), 181쪽.

58) Ala. Code § 10A-2-8.25(d).

59) Del. G. C. L. § 141(e).

60) Richard A. Thigpen, 「Alabama Corporation Law」 (October 2020 Update), Chapter 5:32 Delegation of authority to committees.

61) N.Y.B.C.L. § 7.08.

구성원으로 포함하여 위원회를 운영한다면 이사회 운영의 효율성이 제고될 수 있다고 본다. 이러한 운영방식은 위원회의 결의에 대하여 재결의를 한다는 현행 상법의 구조가 별로 이상하지 않게 된다. 즉 현행 상법상 이사회와 위원회의 구성원 모두 이사이기 때문에, 위원회의 결의에 대하여 이사회의 재결의를 허용하는 것은 이사의 자격을 동일하게 가진 자들 간이라는 점에서 부자연스럽다.[62]

4. 위원회의 활성화를 통한 이사회 기능의 효율성 제고

4.1 비이사 전문가의 위원회 참여

위원회 구성원의 자격을 이사로 제한하는 것을 완화하는 동시에 위원회에 참여하는 비이사 전문가들에게는 이사에게 요구되는 수준의 신인의무를 부담하도록 하는 것은 업무수행의 권한을 부여하면서도 그에 따른 책임소재도 분명하게 한다는 점에서 의미있다. 즉 어떠한 지위에 있는가도 중요하지만, 업무의 성격에 따라서 기대되는 의무의 수준을 정하는 방법, 즉 신인의무의 부과대상을 확대하는 방법이 효과적이다. 이러한 방식을 채택한다면 비록 이사의 수가 많지 않은 기업의 경우에도 비이사 전문가를[63] 이사회의 하부구조인 위원회에 포함시켜서 업무수행을 하도록 하면서도 그 행하는 업무에 맞는 책임을 묻는 것이 자연스럽게 된다.

미국의 경우 대부분의 주 회사법에서는 이사회는 물론이고 위원회의 결정이 이사와 집행임원에게 적용되는 신인의무(fiduciary duty), 즉 주의의무(duty of care)와 충실의무(duty of loyalty)를 부담하는 자에 의해서 이루어질 것을 요구하고 있다. 일부 회사들은 외부 전문가에게 위원회의 업무를 맡겨야 하는 경우에는 외부전문가에게 이사와 같은 주의의무, 충실의무 및 비밀유지의무를 부담할 것을 약정(agreement)하기도 한다. 또 어떤 회사들은 이러한 의무이행요건에 대한 부담을 덜기 위해서 비이사가 포함된 위원회의 결정은 당해 위원회 구성원에 포함된 이사 중 다수가 승인할 것을 요구하기도 한다.[64] 이러한 미국회사법과 대부분의 회사들의 경향을 보면 이사회가 위원회에게 그 업무를 위임하면서 비이사(non-directors) 외부전문가가 위원회 구성원에 포함되는 경우에는 이

62) 김병연, 앞의 논문(주 2), 181쪽.

63) 현재 우리나라의 현실에 비추어보면 주주총회에서 선임되지 아니한 사실상의 이사를 말한다.

64) https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1497aac5-5fc0-474d-825f-5237a887591f

사와 집행임원에게 요구되는 수준과 동일한 의무를 부담할 것을 요구하고 있다는 것을 알 수 있다. 결국 위원회의 구성원에게 요구되는 것은 반드시 이사라는 자격이 아니라[65] 이사에게 요구되는 수준의 신인의무인 주의의무와 충실의무의 준수라는 점이다. 이사라는 형식적 자격에 고집하기보다는 이사라는 지위에 대하여 요구되는 신인의무를 부담시킴으로써 적정한 업무수행을 기대하는 것이 더 중요하다고 본 것이다.

이와 같은 측면에서 본다면, 위원회의 구성원을 반드시 이사로만 제한할 이유는 없다. 이사가 반드시 전문가들로 선임된다는 보장도 할 수 없는 작금의 현실에 비추어본다면, 이사에게 회사경영에 대한 책임을 정확하게 엄격히 묻는 기본적인 골격을 세워둔 다음, 이사들이 업무수행에 대한 부담을 면하게 하면서 더 나은 업무수행능력을 가진 자들을 위원회에 포함시켜서 업무수행을 하게 하는 것이 이사회와 위원회의 형식적 운영을 개선할 수 있는 훌륭한 대안이 될 수 있을 것이다.

주주총회에서 선임되지 아니한 비이사 전문가들에 대하여도 이사에게 요구되는 수준의 의무를 이행할 것을 정관 또는 특별한 약정을 통하여서 정하도록 하고, 그렇지 않으면 위원회의 구성원으로 참여하는 이사가 위원회의 의장이 되어 비이사인 위원회 구성원들의 업무를 통제하도록 하면 될 것이다. 이렇게 한다면 일부 이사가 포함된 또는 때로는 비이사로만 구성된 위원회의 결의에 대하여 이사회가 재결의를 한다고 하는 현행 상법 규정이 주식회사의 기관구조적 측면에서 더 자연스럽고 합리적인 모습이 아닌가 생각된다. 현재 사실상 중요한 업무수행을 하고 있는, 주주총회에서 선임되지 않은 사실상의 이사를 주주총회에서 선임된 이사회의 하부위원회로 자연스럽게 포섭하여 이사와 동일한 수준의 권한과 의무를 이행하도록 한다면 이사회와 위원회 간의 유기적인 관계가 형성될 수 있을 것으로 생각된다.[66]

65) 우리나라 상법의 경우 반드시 이사의 자격을 요구하고 있고(제393조의2 제3항) 미국의 일부 주회사법도 그러하기는 하다.

66) 이러한 접근방법에는 사법상 위임 내지 신탁의 법리에 대한 보다 면밀한 연구검토가 필요하다고 본다.

4.2 지배구조 개선과 위원회 구성

이사회는 회사 지배구조의 핵심에 있으며, 다양한 위원회를 활용하는 것은 회사의 업무수행에 있어서 매우 중요한 역할을 한다. 위원회를 활용하게 되면 여러 가지 장점이 있다. 먼저 이사들이 가지지 못한 위원회의 전문성을 활용할 수 있다. 그러한 전문성의 활용은 이사들이 효율적인 업무수행을 하도록 도와주는 역할을 할 수 있다. 즉 전문적인 지식이 필요한 업무에 대하여 위원회가 집중하도록 함으로써 이사회는 더 많은 문제를 효율적으로 처리할 수 있게 한다. 특히 재무관리나 위험관리의 영역은 고도의 전문적인 지식을 요하는 분야이므로 경영관리를 주로 하는 일반적인 이사들이 효율적으로 처리하기에는 어려운 것이 사실이다. 물론 위원회의 활성화는 비용 증가의 문제를 수반하는 것이기는 하지만, 이사회가 의사결정을 함에 있어서 전문가의 지식으로부터 도움을 받아 소위 무임승차(free-riding)를 줄이고 사외이사의 경우 경영진과의 분리를 통하여 효과적인 모니터링(monitoring) 업무를 수행하도록 함으로써 회사에 대한 이사회의 책임을 높일 수 있다는 장점이 있다.[67]

이사회의 활성화를 위하여 위원회를 활용하는 것은 전문가를 활용할 수 있다는 점에서 어느 정도 바람직하며 필요한 측면도 있겠지만, 위원회의 무한정한 활성화는 이사회의 존재를 허구화시킬 위험성이 있다.[68] 따라서 회사지배구조의 측면에서도 이사회의 주주총회 소집권한(제362조)이라든지 이사의 직무집행에 대한 이사회의 감독권(제393조 제2항)과 같은 사항도 본질적으로 그 성실상 위임이 불가능하다고 해석하여야 한다.[69] 이사회는 자신이 위원회에 위임한 업무에 대하여 위원회가 적법하고 합리적으로 이를 수행하는지를 감독할 의무를 부담한다. 따라서 위원회의 결의가 부당하거나 위법한 경우에는 감독의무를 소홀히 한 것이 되어 임무해태로 인한 손해배상책임(제399조)을 부담하게 될 것이다.

67) Kevin D. Chen and Andy Wu, The Structure of Board Committees, Harvard Business School Working Paper 17-032, 2016, p. 2.

68) 김병연, 앞의 논문(주 2), 172-173쪽.

69) 김병연, 앞의 논문(주 2), 173쪽; 이철송, 앞의 책, 718쪽.

Ⅳ. 맺음말-위원회제도의 활성화를 위한 입법론

이상에서 현행 상법상 이사회와 위원회의 관계 및 관련 제도의 한계, 위원회제도의 활성화 등에 관하여 살펴보았다. 지금까지 위원회제도의 활성화에 관한 심도있는 논의는 별로 찾아볼 수 없다. 지금까지의 기업지배구조에 관한 개선논의가 주주권의 강화와 기업의 사실상 오너의 책임강화로 종결지어지고 있다는 점도 매우 아쉽다.

기업지배구조에 관한 정답은 없으며, 다른 나라에 잘 맞는 제도가 우리나라에도 잘 기능하리라는 보장도 없을 뿐만 아니라,[70] 다른 나라에서 시행하고 있고, 그 입법취지가 좋다고 해도 현실을 도외시하고 강제적으로 제도를 시행하려는 것은 성공적인 결과를 가지고 오기 힘들다.[71] 우리나라 기업현실과 문화, 그리고 기업활동에 대하여 접근하는 투자자와 우리 사회의 인식을 잘 분석하여 우리나라에 맞는 제도로 발전시켜나가야 한다. 이런 점에서 우리 기업현실에서 많이 존재하고 있지만 상법에서 말하는 주주총회에서 선임되지 않은 사실상의 이사, 상무, 임원 등 여러 가지 명칭으로 불리는 기업의 임원들을 법제도 영역 안으로 가지고 들어오는 시도가 필요하다.

한편 현행 상법상 위원회제도는 위원회 결의에 대한 이사회의 재결의 권한으로 인해 제도적 중요성이 떨어지는 것이 사실이다. 물론 감사위원회나 사외이사 후보추천위원회의 경우와 같이 법에서 개입하는 경우도 있지만, 다른 위원회는 강제되는 것이 아니다. 집행임원제도도 강제성이 있는 제도가 아니고, 우리나라 현실에서 대주주의 이사회에 대한 영향력 유지라는 측면에서 그리 매력적인 제도는 아닌 것이 사실이다.[72] 현실에서는 주주총회에서 선임되지 아니한 사실상 이사에 의해서 업무집행이 이루어지고 있고, 부실한 업무수행 등의 사유가 발생하면 언제라도 그 직위에서 해임된다. 기업현실이 이렇다면, 현실적으로 그 의미가 떨어지거나 활용되지 않고 있는 위원회나 집행임원제도를 보다 적극적으로 활용할 수 있는 방향을 모색할 필요가 있다. 그러한 과정에서 현실에서 많이 활용되지만, 법 규정 외부에 존재하는 사실상의 이사를 법 규정의 명시적인 영역 안으로 가지고 들어오는 시도를 하는 것은 어떨까 한다.

앞서 살펴본 내용을 바탕으로 하여 위원회제도의 활성화를 통하여 책임있는 기업경영을 함으로써 주주권의 보호에도 기여할 수 있는 기업지배구조의 개선방법을 제시해

70) American Bar Association Corporate Law Committee, Corporate Director's Guidebook, 7th ed., 2020, p.4.

71) 기업지배구조 분야에서 하나의 사례가 바로 집행임원제도이다.

72) 주식회사의 기본원칙인 다수결의 원칙을 고려하면 더욱 그러하다.

본다. 첫째 위원회의 구성원 자격을 이사로 제한하는 것을 완화할 필요가 있다. 주주총회에서 선임된 이사로 위원회 구성원의 자격이 제한되어 있으면, 대규모 상장기업의 경우 외에는 위원회제도가 활성화되기 힘들다. 둘째 위원회 구성원으로 참여하는 비이사 구성원에 대하여도 이사에게 적용되는 신인의무를 동일하게 부담하도록 상법의 관련규정을 개정하고 회사정관 등에 반영하도록 할 필요가 있다. 현재는 주주총회에서 선임되지 않은 비이사 임원이 업무집행을 수행하다가 그 직에서 면직이 되어도 상법상 책임을 묻는 것이 용이하지 않다. 셋째 위원회의 업무집행에 대하여 이사회는 감독권한을 행사하는 것에 그치고 위원회의 결의를 재결의하는 것을 제한할 필요가 있다. 위원회의 기능을 활성화하기 위해서는 위원회가 책임있는 업무집행을 할 수 있는 제도적 여건을 마련해 주어야 한다. 위원회의 결의에 대하여 언제든지 이사회가 재결의를 하도록 하는 현재의 제도 하에서는 위원회의 기능이 활성화되기 어렵고 충실한 업무수행을 기대하는 것도 사실상 어려울 것이다.[73] 마지막으로 그 입법취지는 좋으나 우리나라 기업현실에 맞지 않는 집행임원제도는 위원회제도로 흡수하는 방안을 모색할 필요가 있다. 즉 현재의 집행임원제도는 이사회를 완전한 감독기구로 만들어버리는 것이기 때문에 기존의 이사회에서 받아들이기 힘들다. 이에 반해 위원회제도는 이사회가 업무집행권한을 위임하면서도 이사회가 위원회에 참여하는 이사를 통하여 그 운영에 관여할 수 있으므로 이사회가 간접적으로 업무집행권한을 향유할 수 있다는 점에서 오히려 더 매력적이다.

73) 만일 이런 구조를 취하게 되는 결과 이사회가 업무집행에 관한 권한을 상실하기 때문에 거부감을 가진다면 위원회에 참여하는 이사의 수와 전체 이사의 수, 그리고 위원회의 결의에 대하여 재결의를 요하는 이사회의 정족수 등을 감안하여 결정하도록 하는 여지를 둘 수도 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2020.

홍복기외 8인공저, 『회사법: 사례와 이론』, 박영사, 2019.

ABA Corporate Law Committee, *Corporate Director's Guidebook*(7th ed), 2020.

2. 학술지

고은정, "사외이사의 이중적 법적 지위검토와 감시·감독권 강화방안 연구", 법학논총 제47집, 숭실대학교 법학연구소, 2020.5.31., 559-587쪽.

김동우, "사외이사는 왜 거수기로 전락했나: CEO와 사외이사, 서로 추천 ... 독립성 확보 시급", 이코노믹리뷰 제902호, 이코노빌, 2018.2.28.

김병연, "주식회사 지배구조와 이사회 및 위원회", 이사회제도의 재조명(송산홍복기교수정년기념논문집), 법문사, 2018.

_____, "금융투자회사 영역별 지배구조의 차별적 접근 검토-영미법상 신인의무에 기반하여-", 금융법연구 제16권 제3호, 한국금융법학회, 2019, 33-60쪽.

_____, "금융회사의 지배구조개선과 신인의무이론의 접목가능성", 은행법연구 제11권 제2호, 은행법학회, 2018, 172-202쪽.

김환일/박용근/김동근, "우리나라 사외이사제도의 문제점과 개선방안", 서울법학 제25권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2018. 2, 275-327쪽.

이삼열, "사외이사의 독립성과 전문성에 관한 소고", 법학연구 제59권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2018. 5, 139-160쪽.

최은석, "<5위 한국투자금융그룹> 이사회 내 5개 위원회 '가동'… 사외이사의 전문성·다양성 중시", 한경Business 통권 제1206호, 2019.1.7.

Kevin D. Chen and Andy Wu, The Structure of Board Committees, Harvard Business School Working Paper 17-032, 2016.

James D. Cox and Thomas Lee Hazen, 「Treatise on the Law of Corporations」, (December 2017 Update).

Marc Moore and Martin Petrin, Corporate Governance: Law, Regulation and Theory, CFL, 2017.

April Klein, “Firm Performance and Board Committee Structure”, 41 J. of L. & Econ. 275 (1998).

[Abstract]

A Study on Improving Corporate Governance Structure through Fostering the Committee System under the Commercial Law

Byoung Youn Kim*

The purpose of this paper is to make a proposal for improving the corporate governance structure through fostering the committee system under the Korean Commercial Law.

It is true that the committee system under the Commercial Law is of lesser importance due to the authority of the board of directors. Except for the audit committee that is compulsory for companies with a certain size or larger, other committees are left to the company's choice. Also, the executive officer system is not a compulsory system, and is not very attractive in terms of maintaining the influence of the majority shareholders on the board of directors in Korea. In reality, managing day-to-day business is actually carried out by de facto directors who are not elected at the general shareholders' meeting, and if poor performance occurs, it only ends with them being dismissed from the position at any time. Under these situations, it is necessary to find a way actively using the committee or executive officer system, which is ineffective in reality.

To improve corporate governance, I would like to propose the followings: First, it is necessary to ease the restriction on committee membership. This is because if the qualifications of the committee members are limited to directors elected at the general shareholders' meeting, it is difficult to invigorate the committee system except for large-scale listed companies. Second, it is necessary to revise the Commercial Law and reflect it in the articles of incorporation so that non-directors who participate as members of the committee are also responsible for fiduciary duty that applies to directors. Currently, it is not easy to ask for responsibilities under the Commercial Law even if a non-director executive who has not been

* Professor of Law, Law School of Konkuk University

appointed at the general shareholders' meeting is dismissed from the position while performing duties. To revitalize the committee system, the qualification requirements for members of the committee are relaxed, and at the same time, the same new obligations should be imposed even when the committee is composed of both directors elected at the general shareholders' meeting and directors who are not. Third, it is necessary for the board of directors to limit the re-resolution of the committee's resolutions as well as exercise supervisory authority over the execution of the committee's work. In order to revitalize the function of the committee, it is necessary to provide an institutional environment for the committee to perform responsible work.

[Key Words] corporate governance, directors, board of directors, committee, officer, outsider director, fiduciary duty