

## 8-2. 이사회와 대표이사

이사회는 업무집행에 관한 결의를 하고, 대표이사는 업무집행 자체를 수행한다. 그러나 보통은 이사회결의를 요하는 중요한 업무 이외의 일상적인 업무에 대한 결정과 집행은 대표이사 선임 시에 대표이사에게 위임되고, 정관이나 내부규칙으로 일정 이사에게 업무집행권한을 부여하고 있다(업무집행이사). 그러나 이사는 회사의 기관이 아니라 기관인 이사회에 구성원이고 대표이사의 전제자격이다.

### 1. 이사

이사는 회사로부터 업무를 위임받은 자이므로 민법의 위임에 관한 규정이 준용된다(382조 2항). 따라서 이사는 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 사무를 처리해야 한다(민법 681조). 다만 민법상의 수임인과는 달리 이사에게는 보수를 주어야 하므로(상법의 유상성), 이사의 보수를 정관에서 정하지 않았으면 주주총회에서 결의해야 한다(388조).

#### (1) 이사의 자격 및 수

이사는 고도의 경영판단능력을 필요로 하고 이사회를 통해 회사의 업무를 집행하여야 하기 때문에 자연인에 한한다는 것이 통설이다. 또한 정관으로 이사의 자격을 주주로 제한할 수 있다. 정관으로 이사가 가질 주식(자격주)의 수를 정한 경우에 다른 규정이 없는 때에는 이사는 그 수의 주권을 감사에게 공탁하여야 한다(387조). 자격주제도는 이사의 자격을 주주로 제한함과 동시에 이사의 손해배상책임을 담보하는 기능도 가진다. 감사는 이사의 업무집행을 감사해야 하는 직무의 특성상 회사 및 자회사의 이사가 되지 못한다(411조).

이사는 3인 이상이어야 한다(383조 1항). 단, 자본금이 10억원 미만인 회사는 1인 또는 2인으로 할 수 있다. 이사가 한 명 뿐인 회사의 경우에는 이사회가 존재할 수 없으므로 1인이사 또는 주주총회가 이사회에 기능을 대신한다(383조 4항, 6항).

#### (2) 이사의 선임

이사는 주주총회에서 보통결의로(출석주주의결권의 과반수와 발행주식총수의 4분의 1 이상, 368-1) 선임한다(382조 1항). 단 2인 이상의 이사선임 시에 의결권 있는 주식총수의 100분의 3 이상을 가진 주주는 정관에서 달리 정함이 없는 한 집중투표로 이사를 선임할 것을 회사에 청구할 수 있다(382조의 2). 이 청구는 주주총회일 7일 전까지 서면 또는 전자문서로 하여야 한다.

대통령령이 정하는 상장회사의 경우(자산총액 2조원 이상)에는 의결권 있는 주식총수의 100분의 1 이상의 주식을 보유한 자가 주주총회일 6주 전까지 서면 또는 전자문서로 집중투표를 회사에 청구할 수 있다(542조의 7-2). 이러한 상장회사의 경우에는 집중투표제를 배제하는 것으로 정관을 변경하는 경우에 100분의 3을 초과하는 주식을 소유한 주주의 의결권은 100분의 3까지로 제한된다(542조의 7-3).

회사설립 시에는 이와 달리 발기설립의 경우는 발기인이(296조), 모집설립의 경우는 창립총회에서 주식인수인이(312조) 선임한다.

### (3) 이사의 임기와 보수

이사의 임기는 3년을 초과하지 못한다(383조 2항). 그러나 임기 중의 최종의 결산기에 관한 정기주주총회가 종결하기 전에 임기가 만료할 때에는 정관규정에 의하여 당해 정기주주총회가 종결할 때까지 임기를 연장할 수 있다(383조 3항). 연임도 가능하다.

이사의 보수는 정관에 정함이 없으면 주주총회의 결의로 정하는데(388조), 물가변동 등의 이유로 정관에서 정하는 경우는 거의 없고 주주총회의 결의로 정하는 것이 보통이다.

### (4) 이사의 종임

이사는 언제든지 사임할 수 있고, 주주총회는 언제든지 특별결의로 이사를 해임할 수 있다(385조 1항). 그러나 임기 전에 정당한 이유없이 해임한 때에는 이사는 회사에 손해배상을 청구할 수 있다.

이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 불구하고 주주총회에서 그 해임을 부결한 때에는 발행주식총수의 100분의 3 이상의 주식을 가진 주주(상장회사의 경우는 6개월 전부터 발행주식총수의 1만분의 50 이상의 주식을 보유한 자, 542조의 6 3항)는 총회결의 후 1월 내에 그 이사의 해임을 법원에 청구할 수 있다(385조 2항). 이러한 이사해임의 소는 주주총회의 특별결의를 얻지 못하였기 때문에 해임결의가 성립하지 않은 경우에 소수주주에게 그 수정권을 인정한 것이다.

### (5) 결원시의 繼續理事와 臨時理事(假理事)

이사의 임기만료 또는 사임으로 인하여 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 계속 이사의 권리의무를 갖는다(386조 1항).

이사가 임기만료나 사임 이외의 사유로 퇴임하거나 계속하여 이사의 직무를 수행하기에 부적당한 경우에는 법원은 이사, 감사 또는 이해관계인의 청구에 의하여 일시 이사의 직무를 수행할 자를 선임할 수 있다(386조 2항).

### (6) 이사의 의무

1) 선관주의의무 - 이사는 회사와 위임관계에 있으므로 수임인으로서 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다해 근무해야 한다. 의무위반 시는 회사와 제3자에 대해 손해배상책임을 진다(399조, 401조).

2) 이사의 충실의무(382조의 3) - 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다. 이는 이사의 충실의무를 명문으로 인정한 것인데, 충실의무란 이사의 이익과 회사의 이익이 상충할 경우 항상 회사의 이익을 위하여 행동하고 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익을 추구하지 말아야 할 의무를 말한다. 이에 대해 충실의무는 단지 선관주의의무의 구체적인 표현에 지나지 않는다는 견해도 있지만, 무보수를 원칙으로 하는 민법상의 수임인에게 자신의 이익에 앞서 위임인인 회사의 이익을 우선시킬 의무를 부담시키는 것은 어렵기 때문에, 충실의무는 선관주의의무와는 구별해서 이해해야 할 것이다.

3) 경업금지의무(397조) - 상업사용인의 의무와 동일하다.

① 협의의 경업금지의무 - 이사는 이사회 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사의 영업부류에 속한 거래를 하지 못한다. 이사가 경업금지의무를 위반한 경우 회사는 이사회의 결의로 개입권을 행사할 수 있다(397조 2항). 즉, 경업자체는 유효하지만 이 거래가 이사의 계산으로 한 것인 때에는 이를 회사의 계산으로 한 것으로 볼 수 있고 제3자의 계산으로 한 것인 때에는 이사에 대하여 이로 인한 이득의 양도를 청구할 수 있다. 개입권은 거래가 있는 날로부터 1년을 경과하면 소멸한다(397조 3항).

② 겸직금지의무 - 이사는 이사회 승인이 없으면 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 되지 못한다.

이사의 경업금지의무위반으로 인해 회사가 손해를 입은 때에는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다(399조).

4) 자기거래금지의무(398조) - 이사는 이사회 승인이 없으면 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 할 수 없다. 자기의 지위 또는 자기가 알고 있는 회사의 내부비밀을 이용해 회사의 이익을 희생하면서 부당이득을 취할 염려가 있기 때문이다. 따라서 모든 자기거래가 금지되는 것이 아니라 회사의 이익이 침해될 위험성이 있는 자기거래만이 금지된다. 법문상으로는 자기계약만을 금지하고 있지만 민법 124조에 따른 쌍방대리(대표)도 금지된다. 형식상 이사와 회사간의 거래이든, 회사와 제3자간의 거래이든 불문한다.

이사회 승인을 얻지 않은 자기거래는 무효이다. 그러나 제3자의 악의를 입증하지 못하면 회사는 제3자에 대해서는 무효를 주장할 수 없다. 승인을 얻지 않은 자기거래에 의하여 회사가 손해를 입은 때에는 회사는 그 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다(399조 1항). 그러나 이사회 승인을 얻었더라도 이것은 자기거래가 유효하다는 것을 의미할 뿐이지 이사의 책임을 면제하는 것은 아니기 때문에, 이사회 승인을 얻은 행위로 회사에 손해가 발생한 경우에는 행위당사자인 이사와 이사회결의에 찬성한 다른 이사가 연대하여 손해배상책임을 진다(399조 2항).

5) 보고의무(393조 4항, 412조의 2) - 이사는 3개월에 1회 이상 업무의 집행상황을 이사회

에 보고해야 할 의무를 부담하고, 회사에 현저하게 손해를 미칠 염려가 있는 사실을 발견한 때에는 즉시 감사에게 이를 보고해야 한다. 이사가 이를 보고하지 않은 때에는 회사에 발생한 손해를 배상할 책임을 진다.

6) 비밀유지의무(382조의 4) - 이사는 재임 중뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설해서는 안 되는 의무를 부담한다. 이것은 회사의 이익을 보호하기 위하여 정책적으로 인정한 법정 의무이다.

## (7) 이사의 책임

### 1) 회사에 대한 책임

① 자본충실책임 - 신주발행으로 인한 변경등기 후에 아직 인수되지 않은 주식이 있거나 주식인수청약이 취소된 때에는 이사가 공동으로 인수한 것으로 본다(428조 1항). 인수한 주식에 대해서는 이사가 납입책임을 진다(333조 1항).

② 손해배상책임 - 이사가 법령이나 정관에 위반된 행위를 하거나 그 임무를 해태한 때에는 회사에 대해 연대하여 손해배상책임을 진다(399조 1항). 이 행위가 이사회결의에 의한 것인 때에는 찬성한 이사도 연대책임을 진다(399조 2항). 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 찬성한 것으로 추정한다(399조 3항). 이사의 회사에 대한 손해배상책임은 회사가 추궁하는 것이 원칙이지만, 발행주식의 1% 이상을 가진 소수주주도 대표소송에 의하여 이를 추궁할 수 있다(403조).

2) 제3자에 대한 책임(401조) - 이사가 악의 또는 중과실로 임무를 해태하여 제3자에게 손해가 발생한 때에는 그 이사는 제3자에 대해 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이 행위가 이사회결의에 의한 것인 때에는 찬성한 이사도 연대책임을 진다. 이 조항은 주주가 동시에 이사인 소규모주식회사에서는 법인격무시이론을 대체하는 기능을 한다. 이사가 제3자에게 손해배상책임을 부담하면 회사도 법인으로서(민법 35조) 그 책임을 부담한다.

3) 업무집행지시자 등의 책임(401조의 2) - 회사의 경영권을 실질적으로 행사하지만 이사로 등기되어 있지 않기 때문에 회사와 제3자에 대해 손해배상책임을 부담하지 않는 지배주주에게 이사와 마찬가지로 책임을 추궁하기 위한 규정이다. 즉, 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자, 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자, 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태하여 회사 또는 제3자에게 손해가 발생한 때에는 이러한 업무집행지시자 등을 이사로 보아 회사와 제3자에 대한 손해배상책임을 인정한다.

### (8) 이사의 업무집행에 대한 주주의 감독권

포괄적인 감독권은 이사의 선임·해임, 재무제표의 승인 등을 통해 간접적으로 행사하지만, 일정한 경우에는 소수주주가 이를 직접적으로 행사할 수도 있다.

1) 위법행위유지청구권(402조) - 이사가 법령 또는 정관에 위반된 행위를 하여 회사에 회복될 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 발행주식의 1% 이상을 가진 소수주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다(감사도 행사할 수 있다). 사전조치이다. 이사가 유지청구에 응하지 않아서 회사 또는 제3자에게 손해가 발생하면 배상책임을 진다.

2) 대표소송(403조) - 발행주식 1% 이상의 소수주주는 회사에 대해 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기할 것을 청구할 수 있는데, 회사가 30일 내에 소를 제기하지 않으면 소수주주가 직접 회사를 위해 소를 제기할 수 있다. 회사가 이사와의 정실관계로 인해 책임을 추궁하지 않는 것을 방지하기 위해서이다. 유지청구권이 사전조치인 반면 대표소송은 사후조치이다.

#### (9) 사외이사제도

1) 사외이사 - 전문적인 지식과 능력을 갖추고 회사의 경영업무를 담당하지 않으면서 독립적인 지위에서 이사회에 구성원으로 활동하는 이사(↔사내이사). 이러한 사외이사의 역할은 사내이사들만으로 구성되어 독립된 목소리를 내지 못하고 거수기로 전락하기 쉬운 이사회를 활성화하여 명실상부한 업무집행기관으로서 회사발전과 주주들의 이익보호에 기여하도록 하는 것이다. 특히 이사회에 맡겨져 있는 이사에 대한 업무집행감독권을 이사회가 제대로 행사하여 회사가 부실하게 되지 않도록 하는데 그 목적이 있다. 2009년 개정법은 제542조의 8에서 사외이사의 소극적 자격요건과 수를 규정하고 있다.

2) 제542조의 8 - 미성년자·금치산자 또는 한정치산자, 파산선고를 받은 자로서 복권되지 않은자, 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행이 면제된 후 2년이 지나지 않은자, 대통령령으로 별도로 정하는 법률에 위반하여 해임되거나 면직된 후 2년이 지나지 않은자, 최대주주 및 그의 특수관계인, 주요주주 및 그의 배우자와 직계존비속, 그 밖에 사외이사로서의 직무를 충실하게 수행하기 곤란하거나 상장회사의 경영에 영향을 미칠 수 있는 자로서 대통령령으로 정하는 자는 사외이사가 될 수 없다(제2항).

상장회사는 자산규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 이사 총수의 4분의 1 이상을 사외이사로 선임해야 하는데, 최근 사업연도말 자산총액이 2조원 이상인 상장회사는 사외이사를 3인 이상으로 하되 이사총수의 과반수가 되도록 해야 한다(제1항).