

美國에 있어서 會社法人理論과 理事의 地位

宋 錫 彦*

〈 目 次 〉

- I. 概 觀
- II. 美國會社法人理論과 理事의 地位
 - 1. 序
 - 2. 會社法人擬制說과 理事의 地位
 - 3. 會社法人實在說과 理事의 地位
- III. 信任關係
 - 1. 序
 - 2. 信任關係
 - 3. 理事의 信任義務
- IV. 結論

I. 概 觀

미국이 영국으로부터 독립하기 전까지의 미국에 있어서 會社法人의 設立은 영국의 特許를 받아야만 했다. 당시 영국에 있어서의 회사설립은 國王의 設立特許狀(royal charter)이나 議會의 특별법에 의하도록 하고 있었다. 따라서 영국으로부터 회사법인설립에 관한 권한이 授權되지 않는 한 미국이 독자적으로 회사법인을 창설하거나 설립인가를 할 수 없었다. 그러나 미국이 영국과의 독립전쟁을 개시한 후에는 회사설립에 관한 권한은 미합중국이 계승하고 이 권한은 다시 각 州議會에 위임 되었다.¹⁾ 그

* 濟州大學校 法政大學 法學科 專任講師

1) 수년간 이 권한은 인색하게 행사되었고 행사되더라도 대개 公的 내지 準公的 事業에만 국한되었다. 보통 Charter에는 많은 제한사항들이 담겨 있었다. Charter와 독점권양도를 결합시키는 영국의 전통 때문인 듯 회사는 의심과 불신의 대상이었다. 뿐만 아니라 州議會에

리하여 會社法人은 州議會의 特別法에 의하여 설립되었는데 이런 원칙은 19세기 중반까지 계속되었다.²⁾ 이와 같이 州議會의 特別法에 의한 회사법인설립은 영국에 있어서의 회사법인설립의 방법, 즉 국왕의 설립특허장 또는 의회의 특별법에 의하여 회사를 설립하는 방법을 계수한 것이다.

그러나 19세기에 들어오면서 미국의 경제가 급격히 발전하게 되자 회사설립이 격증하게 되었고 그에 따라 보다 간결한 회사설립방법이 요구되었다. 그리하여 州議會의 特別法에 의한 회사법인설립보다는 일반적 기준에 따르는 준칙주의에 의한 회사설립제도의 요구가 부각되었다.³⁾ 이러한 요구의 추세에 따라 북부의 중요한 工業州에서는 準則主義를 내용으로 하는 一般會社法이 제정되었다. 1811년 뉴욕州的 製造會社法(Act relative to Incorporations for Manufacturing Purpose)을 효시로 하

서는 Chater를 case by case형식으로 교부했기 때문에 그 교부과정은 곧 정치적 과정과 결부되었다. Robert W. Hamilton, Corporations (4th ed., West Publishing Co., 1990), 160.

2) 李炳泰, 株式會社의 理事會制度, 法元社, 1986, 46면

3) 19세기에 상업의 발달로 회사에게 교부된 會社特許狀은 점점 더 표준화 되어갔고, 그 제한 사항들로 인한 부담은 경감되었다. 제일 먼저 뉴저지州에서, 바로 그 후 델라웨어州 등에서 일반적이고 제한없는 회사법이 제정되자 州사이에 있을 법하지 않던 경쟁이 시작되었는데 그 상황이 Louis K. Liggett Co. v. Lee 사건 (288 U.S. 517, 548 - 566, 53 S. Ct. 481, 490 - 496, 77 L. Ed. 929) 판결문 초록에서 생생하게 묘사되어 있다. "... 미국에서 회사가 성행하면서 작금에는 마치 회사형태로 영업을 하는 특권이 시민들에게 내재하는 것인양 여겨지게 되었다. 또 그같은 회사의 성행으로 말미암아 회사형태를 자유로이 무제한적으로 이용하는데 따르는 폐해들을 마치 문명생활의 불가피한 댓가인양 생각하면서 그 폐해들을 수락하게 되었고 따라서 체념한 채 그 폐해를 계속 지니게 되었다. 그러나 우리의 전 역사를 통해 볼 때, 이와는 다른 견해가 우세했던 시간이 더 많았다. 비록 상업과 산업상 회사라는 수단이 지닌 가치는 충분히 인정되었지만 영업을 위한 회사설립은 일반적으로 인정되지 않았다. 그 이전에는 오랫동안 종교, 교육, 자선 등의 목적을 위해서는 회사설립이 자유로이 인정되어 왔었다. 이렇게 회사설립을 부인했던 이유는 두려움 때문이었다. 즉, 개인의 자유와 기회의 잠식, 노동의 자본 예속, 독점 등에 대한 두려움, 그리고 회사들의 자본 흡수와 영속성이 영구양도(mortmain)에 따르는 폐해와 유사한 폐해를 가져올 것이라는 두려움이 있었던 것이다. 자본의 거대한 축적, 특히 그같은 자본을 주식회사가 소유할 때 내재하게 될 일종의 악랄한 위협감이 존재했었다. 그래서 처음에는 회사설립허가가 인색했다. 그리고 지역사회에서 회사를 설립하지 않고서는 얻기 어려운 특수한 혜택을 제공하기 위해 필요하다고 생각되는 경우에만 회사설립이 허가되었다. 후에 일반회사설립법(general incorporation law)을 제정했다고 회사지배의 두려움이 극복되었던 것은 아니다. 기업팽창의 욕구로 인하여 저항하기 어려운 회사설립 요구가 생겨났다. 또 보편적 적용이라는 안전장치를 가진 일반회사설립법 아래에서는 특수회사설립에 수반되는 주문과 정실주의가 없어질 것으로 사람들은 믿었다. 일반회사설립법은 기업활동의 규모 및 범위에 대해 엄격한 제한을 오랫동안 가해왔던 것으로 부분적으로는 기회균등의 욕구를 표현한 것이었다...." Robert W. Hamilton, supra note(1), 160-161.

여 많은 州에서 준칙주의를 따르는 立法이 이루어졌고 특히 1848년 경에는 미국 산업혁명의 진전에 따라 대다수의 州에서 준칙주의를 내용으로 하는 일반회사법이 제정되었다.⁴⁾

18세기말까지의 영국에 있어서는 법인으로서의 회사설립이 어려운 환경때문에 기형적인 조합(partnership)이나 법인격 없는 회사(unincorporated company)의 설립을 통하여 회사법인이 누리는 효과를 누리하고자 하는 실정이었다.

미국회사법이 영국의 회사법의 영향을 받았다고는 하지만 英國特許會社制度만을 계수한 것이고 법인격 없는 會社와 같은 것은 받아 들이지 않은 것이다.⁵⁾ 그것은 미국이 일찌감치 州議會의 특별법에 의한 會社設立制度로 부터 발빠르게 경제계의 현실을 수렴하여 준칙주의로 이행하게 된 결과이기도 한 것이다. 이에 따라 입법자는 준칙주의를 채용하는데 있어서도 특별법 또는 특허장에 의한 會社를 기초로 한 본래적인 의미의 법인의 형식을 고려하였을 뿐 영국처럼 계약에 따른 기형적인 여러 會社의 조직에 대해서는 관심을 기울일 필요가 없었다. 오늘날 미국 회사법이 영국 회사법에 비하여 조합이나 계약의 원리가 크게 작용하지 않는 것은 이에 기인한다.⁶⁾

이와 같이 미국의 會社法人에 대한 시각은 특허회사제도에 기초를 둔 것으로서 法人인 會社는 州의 특허의 산물로서 간주했고 조합이나 法人格 없는 會社에 있어서의 일반계약이론과는 구별되는 특수한 계약이론이 회사법의 구조를 형성한다고 보았다. 즉 “會社의 Charter는 州와 會社 사이 그리고 株主와 會社 간의(또는 株主 상호간) 계약의 기초가 된다. 州와 會社와의 계약에서 會社에 법인격이 주어지며 株主와 會社 사이의 계약으로부터 株主의 권리가 발생한다”는 이론이다.⁷⁾ 이와 같이 회사법인의 설립은 미국 특유의 특허계약이론에 의해 정립되었다. 따라서 법인인 會社는 특허의

4) H.W. Ballantine, On Corporations (rev. ed., Callaghan and Company, 1946), 38; Dodd, Statutory Development in Business Corporations Legislation Law, 1886-1936, 28; 李炳泰, 앞의 註 (2), 46면; 姜渭斗, 英美會社法の 繼受, 국제신문출판국, 1980, 12면.

5) 또한 준칙주의로 이행하기 이전에도 영국의 거품법(The Bubble Act)이 식민지 미국에도 확대되어 joint stock company의 설립을 차단했다. 비록 거품법이 정당하게 특허장을 받은 회사(duly chartered corporation)의 형성을 차단하지는 않았지만 식민지시대의 미국인들은 그같은 회사를 영국왕권의 도구이며 경제평등(economic equity)이라는 이상에 반하는 것으로 생각하여 이를 불신, 회사설립에 관한 관심이 별로 없었던 듯하다. Lewis D. Solomon/Donald E. Schwartz/Jeffrey D. Bauman, Corporations (2nd ed., West Publishing Co., 1988), 4.

6) Gower, Some Contrasts between British and American Private Corporation Law, 69 Harv. L. Rev.(1956), 372.

7) H.W. Ballantine, supra note (4), 61-62.

소산으로서 會社의 사원과는 독립된 존재이며, 구성원인 사원의 변동에도 會社는 그에 관계가 없는 것으로서, 會社는 독립적으로 자기명의로 계약을 체결할 수 있고 재산을 소유할 수 있는 법인의 특수성을 갖는 것이라고 이론구성하고 있었다.⁸⁾ 이러한 會社法人이 州의 特許契約의 소산이라는 관념은 남북전쟁을 계기로 변하게 된다. 남북전쟁으로 미국이 농업중심에서 공업중심으로 급속히 전환되자 대다수의 州에서는 회사법인설립의 特許主義에서 準則主義로 이행하였다.⁹⁾ 이에 종래의 회사법인이 州의 특허계약의 소산이라는 관념은 퇴색되고 州會社法의 소산이라 보게 되었다. Perkins판사는 『회사법인은 계약의 소산이 아니고 제정법에 의하여 創設 또는 授權된 존재이다. 따라서 회사법인의 권리와 방식은 제정법에 의하여 규율되고 사원간의 계약에 의하여 변경할 수 없는 것이다』라고 하였다.¹⁰⁾ 이와 같이 미국회사법이 회사법인을 制定法の 所産으로 관념지우고 있으므로 會社의 구체적실체를 규정하는 정관규정에 대해서도 제정법의 범위내에서 변경이 허용된다. 더우기 미국회사제정법은 授權法(enabling act)의 이론에 입각하여 會社의 조직·운영의 세부사항에까지 상세한 규정을 두고 있어 법적인 제한을 엄격히 가하는 경향이 뚜렷하고 이에 따라 정관작성상의 융통성이 한층 제약되고 있다.¹¹⁾

미국에서의 회사법인에 대한 관념은 會社의 이사에 대한 시각이 일치하지 않는다. 즉 회사법인을 州의 特許契約의 소산이라 보는 경우와 제정법의 창조물이라 보는 시각에 따라 會社와 理事의 관계설정, 환언하면 미국에서의 회사법인이론은 회사법인을 특허계약에 기초하는 會社法人擬制說과 제정법의 창조물이라는 관념에 기초하는 會社法人實在說로 양분되고 있는데, 會社法人實在說에서는 理事와 會社와의 관계는 信任關係(fiduciary relation)로 파악함에 반하여 會社法人擬制說에서는 代理關係(agency relation)로 파악하여 理事의 지위와 의무에 관한 이론구성을 달리하고 있다. 이하에서는 미국에 있어서 會社法人本質論에 따라 理事와 會社와의 관계를 어떻

8) Lattin and Jennings, Cases and Materials on Corporations (New York, 1959), 153; 李炳泰, 株式會社 理事의 地位와 會社에 대한 責任, 동국대학교 박사학위논문, 1985, 27면.

9) 그리하여 회사 특허장의 제한으로부터 해방된 회사는 19세기 후반동안에도 계속 번성했다. 이 시기의 회사성장에는 이제 싹트기 시작한 철도산업이 많은 기여를 했다. 철도회사경영에는 대규모 회사조직이 필요했고 필요한 자본이 너무 커서 한 개인의 자본으로는 충당할 수가 없었다 (특히 州의 투자철회이후부터는 더욱 그러했다). 회사형태가 편리한 것으로 입증된 다양한 금융장치들이 고안되어서 대규모 자본의 요구를 충족시켜 주었다. 회사는 점차 공개주식시장에 더욱 의존하게 되었다. Lewis D. Solomon/Donald E. Schwartz/Jeffery D. Bauman, supra note (5), 6.

10) Ohio Ins.Co. v. Numemacher, 15 Ind. 294,295(186). 姜渭斗, 앞의 註 (4), 15면.

11) 酒卷俊雄, “閉鎖的株式會社の理論と立法動向”, 民商法雜誌, 58卷 3號, 1966, 339-340面.

게 이론구성하고 있는가를 중심으로 그에 따른 理事의 의무구성이 어떻게 전개되는지를 살펴본다.

II. 美國會社法人理論과 理事의 地位

1. 序

앞에서 살핀 미국 회사제도의 배경으로 인해 초기의 미국 회사법 이론은 크게 두가지로 나누어졌다. 會社는 州에 의하여 창조된 것으로 보는 會社法人實在說과 회사를 州와의 계약의 산물이라고 보는 會社法人擬制說이 그것이다.¹²⁾

會社法人實在說의 내용은 다음과 같다. 어떤 사업을 시작하려고 하는 者 또는 그 사업에 투자를 하려는 者는 州와 계약을 맺고, 이를 통하여 州로부터 특허장이라는 특권(privilege)이 부여된다.¹³⁾ 따라서 會社는 그 구성원과 별개로 법인격을 취득하고 또한 그 계약의 표상인 설립정관(charter or certificate of incorporation)에 근거하여 일정한 목적과 행위능력을 갖는다. 會社는 법적 절차를 통하여 설립정관을 취득하고 법적으로 독립적인 인격을 갖는 하나의 "실체(entity)"로 인정받게 된다.¹⁴⁾ 이 "실체"에는 내부에서 기능하는 관리조직(hierarchy)이 존재한다는 것이다.¹⁵⁾

12) 이 논문에서 참고한 자료에서는 이와 같이 구별되고 있는 것이 일반적이다. Choper, Coffee & Morris, *Cases and Materials on Corporations*(3rd ed., 1989), 6 ; Robert C. Clark, *Corporate Law* (Little, Brown and Company, 1986), §1.2 ; Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell* (3rd ed., 1987), 4 ; Bratton, *The New Economic Theory of the Firm : Critical Perspective from History*, 41 *Stan. L. Rev.* 1471(1989)<이하 Critical Perspective로 줄임> ; Bratton, *The "Nexus of Contract" Corporation : A Critical Appraisal*, 74 *Cornell L. Rev.* 407(1989)<이하 Critical Appraisal로 줄임> ; Romano, *Metapolitics and Corporate Law Reform*, 36 *Stan. L. Rev.* 923(1984) ; Horwitz, *Santa Clara Revisited : The Development of Corporate Theory*, 88 *W. Va. L. Rev.* 174(1985).

더우기 회사會社法人實在說의 입장에서 회사會社法人擬制說을 비판하는 다수의 논문이 있다. 예컨대, Berle, *The Theory of Enterprise Entity*, 47 *Colum. L. Rev.* 343(1947) ; Coffee, *No Exit? : Opting Out. The Contractual Theory of the Corporation and the Special Case of Remedies*, 53 *Brooklin L. Rev.* 919(1989) ; Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 *Colum. L. Rev.* 1403(1985) ; Knauss, *Corporate Governance - A Moving Target*, 79 *Mich. L. Rev.* 478(1981).

13) Hamilton, *supra* note (12), 4.

14) *Id.* ; 또한 Clark, *supra* note (12), §1.2 참조.

이 학설에 의하면 會社는 準公的(quasi- public) 地位를 가지고, 법에 의하여 부여된 많은 행위능력을 취득함과 동시에 다수결원칙, 理事에 대한 信任義務와 株主에 대한 법적 구제 또는 배당의 제한, 주식발행에 대하여 법적 개입 등이 요구된다. 이와 같이 會社의 지위를 準公的인 것으로 할 때에는 會社의 일체의 행위에 대한 법적 개입은 정당화된다.¹⁶⁾

한편 會社法人擬制說의 내용은 다음과 같다. 會社의 정관을 「맹약」(compact) 또는 계약(contract)으로 이해하고 會社의 법적 지위를 州와의 계약에 의하여 취득된 것으로 보는 점에 있어서는 會社法人實在說과 동일하다. 그러나 會社는 하나의 실체가 아니라 단지 그 사업을 하고 싶은 사람 또는 거기에 참가하고 싶은 사람의 「集合」일 뿐이고, 會社의 법인격은 어디까지나 이들과 같은 분산적인 개개 집합원의 정신상의 「實體化」(reification)에 불과하다고 한다.¹⁷⁾ 이 주장은 영국의 전통적인 회사법 이론을 계수하고 있는 것이라고 생각된다.

미국의 會社法人理論을 둘러싼 이 두가지 학설의 대립이 복잡하게 전개되어 왔는 바, 그 기본적인 쟁점은 會社의 실체가 실재적인 존재(natural entity or real entity)인가 아니면 의제되는 존재인가에 있다.¹⁸⁾ 이와 같이 미국에서의 會社法人理論은 會社法人實在說과 會社法人擬制說로 대립되어 있는데 어느 학설에 따르느냐에 따라 會社法과 會社, 會社法과 理事 그리고 株主와 理事 사이의 관계에 대해 확연히 상이한 이론구성을 하게 된다.

2. 會社法人擬制說과 理事의 地位

(1) 會社法人擬制說의 概要

株式會社를 법률상 의제된 존재이며, 인위적인(artificial) 창조물이라고 파악하는 會社法人擬制說은 전통적인 영국 회사법인이론에서 지배적인 위치를 차지하고 있었

15) 實在說에는 Gierke의 「有機體說」과 Saleilles의 「組織體說」이 있다. 전자는 團體의 「單一性」 또는 「統一性」을 강조하는 데 대해, 후자는 團體의 「組織」, 즉 「법에 따라서 조직이 부여된 법적 실재」를 강조하는 데에 그 차이가 있다. 獨逸法은 「組織體說」에 따르고 있으므로 회사의 실재와 회사내부에 있어서 「機關」개념의 존재가 특징인 데 비해, 美國法은 「有機體說」에 따르고 있으므로 「機關」개념은 존재하지 않지만 「管理組織」을 가지는 구조로 파악되는 것이 특징이다.

16) Coffee, supra note (12), 939-940.

17) Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 22 ; Bratton, Critical Appraisal, supra note (12), 423.

18) 이를 가리켜 「實體 또는 集合의 論爭」(“entity or aggregate” discussion)이라고 부른다. Bratton, Critical Perspective, supra note (12), 1475-1507.

다. 19) 16-17세기의 영국에서는 국왕의 設立特許狀이나 의회의 특별법에 의하여 주식회사에 법인격이 부여된다는 特許主義制度를 취하고 있었다. 17세기 후반 산업혁명의 진행과 함께 산업자본이 會社를 통한 기업활동을 필요로하는 현실이 도래한 뒤에도 Private Law에 있어서는 그에 대응할 만한 법적기반이 조성되어 있지 않았었다. 20) 이러한 당시의 사회적 환경은 법학자와 일반투자자의 저항을 불러일으켰다. 법학자들은 特許主義와 授權(inherent authority)의 법리를 격렬하게 비난하였고, 산업자본가들은 특허에 의한 완전한 법인격을 취득하지 않더라도 정식적인 법인격을 보유하는 조직이 누릴 수 있는 이익을 가능한 한 많이 향유하기 위해 設立證書(deed of settlement)에 의한 회사설립이라는 기법을 이용하였다. 동시에 특허주의에 대항하기 위하여 법학자들은 인격은 어디까지나 자연인 고유의 것이며 會社의 인격은 단순히 자연인에 擬制하여 인위적으로 설정된 것이라고 주장하였다. 즉, 주식회사는 그 전신인 Joint Stock Company 또는 Partnership과 같이 단순한 자연인의 계약상의 집합체(contractual aggregate)이고, 그 인격은 어디까지나 일정한 사업을 위해 모인 구성원의 정신적 「實體化(reification)」에 불과한 것이라고 하였다. 21)

한편, 미국의 회사법이론은 18세기의 영국법이론으로부터 계승된 것이다. 미국은 特許主義理論과 함께 會社를 계약구성체로 보는 이론도 전수받았다. 미국의 경우, 州로부터 특허를 취득하였고 州政府로부터의 특허취득은 국왕 또는 의회로부터의 특허취득보다는 용이한 일이라는 하였으나 산업혁명의 진전과 병행하여 발달한 미국의 경제활동의 사정상, 특히 회사활동의 활성화와 자본조달의 편리성을 요구하는 산업자본가의 희망에는 어긋나는 제도였다. 이에 대처하기 위해 미국의 법학자들은 전통적인 個人間的 거래 시스템의 경제적 개념을 주식회사의 법적 구성에 도입하는 시도를 하였다. 즉, 州에 따라 설립된 특허주의적인 法人格을 가지는 주식회사의 단체로서의 실재를 인정하지 않고, 會社의 법인격의 의제성을 捨象한 개개인의 법적 재산권이라고 하는 법적 기초를 세우기 위하여, 주식회사의 擬制的·人爲的인 존재와 전통적인 개인주의를 연결시킨 것이다. 22)

19) 영미법계에서 지배적인 견해는 전통적으로 法人은 사실 “擬制(fiction)”라는 것이었다. 유명한 서턴의 병원판례(Sutton's Hospital Case)에서 꼭 경(Lord Coke)은 이렇게 쓰고 있다. “法人 그 자체는 법의 진의와 고려(intendment and consideration of the law)에 대한 抽象에 지나지 않으며 오직 거기에만 의존한다.” (Sutton's Hospital Case, 10 Co. Rep. 23 a 1613 참조).

20) Jacobson, The Private Use of Public Authority: Sovereignty and Associations in the Common Law, 29 Buffalo L. Rev. 599, (1980), 660 ; 酒卷俊雄, 「株式會社の本質と會社法理」, 尾川長七先生還曆記念, 2面 이하.

21) Bratton, Critical Perspective, supra note (12), 1475 ; Bratton, Critical Appraisal, supra note (12), 424.

미국의 會社法人擬制說과 주식회사의 계약적 구성을 주장하는 경우에는 *Trustee of Dartmouth College v. Woodward* 판례²³⁾가 가끔 인용되곤 한다. 이 판결에서 미국 연방최고재판소 마셜 재판장은 다음과 같이 판시하였다. “會社法人은 인위적인 창조물 (artificial being)이다. 볼 수 없고 느낄 수도 없는 것으로서 법의 의도 (contemplation of law)안에서만 존재한다. 會社는 단순한 법의 창조물(the mere creature of law)에 지나지 않으므로 창설시에 charter에 명시된 것이나 그 존재에 수반되는 것으로 부여된 성질만을(예컨대, 존재에 필요하거나 또는 부수적인 재산 등) 소유한다. 이 성질은 법인의 목적을 달성하는데 가장 알맞는 것으로 생각되는 그런 성질들이다. …… 그 무엇보다 중요한 성질 중의 하나가 그 영속성(immortality)과 - 이런 표현이 허용된다면 - 個體性(individuality)이다. 즉 많은 사람들의 영구적인 계승이 똑같은 것으로 생각되어 단일 개인으로 행위할 수 있는 (act as a single individual) 성질들이다. 그 성질들로 인해 회사는 그 자신의 사무를 보며 그 재산을 전달하기 위한 영구적 양도에 따르는 당혹스런 복잡함과 위험하고 끊임없는 필요성이 없는 재산을 지닐 수 있다. 법인은 인간에게 계속해서 법인에게 부여되는 그리고 현재 사용중인 이들 성질들과 행위능력들을 부여하기 위한 것이다. 이렇게 하여 영구히 계승되는 개인들이 특정 목적의 촉진을 위해 마치 영생불사의 존재처럼 행동할 능력을 갖는 것이다.”

그 후, *Dartmouth College* 판결의 영향을 받아 Kent는 『注釋 미국법』²⁴⁾에서 회사법인의 성격을 다음과 같이 정의하였다. “회사법인이라는 것은 인위적이고 의제적인 주체이며, 법에 의해 창조된 것이고, 동일 商號 아래 모인 개개의 구성원에 의해 구성된다. 구성원은 서로서로 계승하고 있기 때문에, 개개의 구성원의 변동에 관계없이 그 실체는 계속된다. 더우기 그 주체는 일정한 목적을 지닌 것으로서 自然人과 같다고 볼 수 있다”²⁵⁾

마셜 재판장의 판시는 會社에 대한 特許的 授權에 대하여 반감을 나타내고 있다. “볼 수 없고 느낄 수도 없는” 인위적인 창조물이라고 하는 성격을 지적하면서, 주식회사에 있어서의 자발적인 개인간의 계약관계를 강조하고 있다. 즉 會社는 자연인이 아니므로 자기의 존재목적을 계획하고, 또 그 목적을 遂行하여 실현시키는 능력을 가지고 있지 않다. 따라서 會社의 존재는 단순히 개개의 구성원이 집합해 있는 결속점을

22) 英國의 會社法人擬制說과 달리, 美國의 會社法人擬制說은 經濟的 價値의 관념을 가지는 것이 특징이다(Jacobson, supra note (20), 662-3 ; DeMott, Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation, Duke L. Rev. 879(1988), 885.

23) 17 U.S. [4 Wheat.] 518(1819).

24) James Kent, Commentaries on American Law (11th ed.).

25) Bratton, Critical Perspective, supra note (12), 1503.

의미하고 있다는 것이다. 그들 구성원은 계약을 통해 각각 무엇인가 이익을 추구하기 위해서 財産을 讓渡(disposition of property)하고 그 대신에 증권을 취득한다. 따라서 會社는 공적 조직의 授權과 달리 사적인 조직에 불과하다는 것이다.²⁶⁾

한편 Kent의 정의에 따르면 會社는 州에 의해 창조된 「實體化」로 되어 있으나, 會社에 모여있는 구성원의 계약적 성격에 대해서는 법적 관념보다는 경제적인 관념으로 이해하고 있다. 즉, 會社는 이익을 추구하는 구성원의 계약상의 「結束點」이나 구성원의 목적을 달성하는 경제적 가치를 가지고 있는 법률에 의해 擬制된 존재이다. Kent의 정의는 會社의 법적 의의와 경제적 의의를 分離하여, 후자의 창조적인 활력 (creative energy)을 추출하여 회사의 법적 의의를 재정의한 것이다.²⁷⁾

Darhmouth College판결 및 Kent의 정의에 있어서의 회사법인의 擬制的 性格과 구성원의 이익추구를 위한 계약결합이라는 이론구성은 주식회사의 理事의 지위를 보는 시각에 독특한 법적 기초이론을 제공하게 된다.

(2) 契約理論과 理事의 地位

19세기 초의 준칙주의적 입법 및 19세기 말의 자유주의적인 「수권적」 입법의 실현²⁸⁾에 의해 회사법이론에 있어서 특허주의적인 사상과 會社法人擬制說은 더 이상 논의되지 않게 되었다. 또한 금세기 초에 주식회사에 의한 대량생산의 실현에 의해 「단체」의 위력이 나타나고, 또 독일의 會社法理論의 영향을 받아 「會社法人實在說」이

26) Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 12-13. 株式會社를 準公的 組織으로 볼 것인가 아니면 완전한 私的 組織으로 볼 것인가는 회사법이론에 있어서 중요한 쟁점이다. 오늘날의 「契約의 核心」理論에 있어서, 이사의 信任義務를 부정하는 견해는 회사를 私的 契約에 의한 사적 조직이라고 하여 理事의 受託者義務를 부정하고 있다. Butler & Ribstein, Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti Contractarians, 65 Wash. L. Rev. 1(1990), 64 ; Butler & Ribstein, Free at Last? The Contractual Theory of the Corporation and the New Maryland Officer-Director Liability Provisions, 18 Baltimore L. Rev. 352(1989), 352-3.

27) Bratton, Critical Perspective, supra note (12), 1503.

28) 최초의 準則主義 會社法 立法은 1811년 뉴욕주에서 실현되었다. 다만 이 입법은 일정한 업종의 제조업만을 대상으로 하고 있었기 때문에 制限的 會社設立立法이었다(1811 N.Y. Laws ch.67). 1835년 이후 그 밖의 州에 있어서도 準則主義立法으로의 履行을 볼 수 있게 되었다. 최초의 「自由主義的」(liberal) 一般會社設立立法은 1896년 웨스트버지니아 州에서 실현하였다(Dodd, American Business Association Law : a Hundred Years Ago and Today, 3 LAW: A Century of Progress 254(1937), 289). 한편 州會社法이 授權法的 性質을 띠는 과정은 뉴저지州에서 시작되어 델라웨어州에서 끝을 맺는다는 견해에 대해서는, Lewis D. Solomon/ Donald E. Schwarz/ Jeffrey D. Bauman, supra note (5), 제7장 E 참조.

유리한 학설로 등장하게 되었다. 이에 따라 대규모 주식회사에 있어서 소유와 경영의 분리현상에 따라 理事支配의 조직구조가 나타나고, 會社法人實在說의 지지 기반아래 會社의 이사는 점차 그 권한을 확대되게 되었다.²⁹⁾

이러한 경영과 소유의 분리에 수반한 이사의 권한확대에 대한 비판이 제기되면서 1960대에 會社法人擬制說이 다시 고개를 들기 시작하였다. 그런데 전통적인 會社法人擬制說이 다시 대두된 것은 아니고, 전통적인 會社法人擬制說에 경제학이론을 가미한 독특한 會社法人擬制說이다. 이른바 소위 「契約의 核心」(nexus of contracts)理論이라고 하는 것인데 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 會社에 참여한 사람들은 이익을 목적으로 하는 결속점으로서 「의제」된 會社에 참여하게 되는 것인 바, 會社는 다양한 참여자들 사이에 계속되는 계약의 「核心」으로서의 기능을 한다는 것이다.³⁰⁾

둘째, 참여자들은 각각 이익증대에 필요한 資本(투자자), 經營才能(이사) 또는 勞動(종업원)을 투자하게 되고 株主 또는 債權者는 「소유자로서의 기능」을, 理事는 「이사로서의 기능」을 그리고 종업원은 「생산기능」을 담당하게 된다.

셋째, 이들 가운데 이사(理事)는 자본제공자의 代理人資格으로 자본시장에서 독립된 지위를 가지고 교섭할 수 있게 된다. 따라서 그들 사이의 계약의 핵심부위에 위치하는 것은 理事이고³¹⁾ 會社에 있어서의 理事의 지위는 代理人이 된다는 것이다.

株主는 理事에 대하여 투하자본의 최대이익화를 기대하지만, 理事는 이를 태만히 할 가능성이 있다. 즉 理事의 의무는 株主利益의 최대화를 수행하는 것이다. 그러나 확보가능한 정도의 이익을 달성하는 것으로서 그 의무를 완수한 것이라고 하게 된다면,³²⁾ 그는 이익을 최대화하기 보다는 단지 통상적인 이익달성의 수준에서 머물고 말 것이다. 그러므로 株主의 시각에서 볼 때 理事가 근무를 태만히 할 가능성이 항상 존재하는 것이다.³³⁾ 이러한 理事의 태만성향이 株主에게 代理費用(agency cost)³⁴⁾

29) Horwitz, supra note (12), 176-224.

30) Fischel, The Corporate Governance Movement, 35 Vand L. Rev. 1259(1982), 1261-2 ; Jenson & Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure, 3 J.Fin. Econ. 305(1976), 311.

31) Jenson & Meckling, supra note (30), 318.

32) 그러나 이때의 「利益達成」이라는 것은 자기자신의 地位를 확보하는 정도의 목표이익을 달성하는 것만으로 족하다는 「限定된 相當性」(bounded rationality)이라는 논리에 기초하여 발전된 것이다. 「한정된 상당성」이라는 것은, 會社의 政策決定者가 시간과 정보에 있어 제한되어 있으므로 모든 문제에 대하여 최선의 해결방법을 도출한다는 것은 불가능하다는 것이다. Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, 69 Q.J. of Econ. 99(1955) 참조.

33) Fischel, supra note (30), 1262-3.

을 초래하고 있는 바, 따라서 대리관계로부터 발생하는 이들 사이의 이러한 문제점들은 당사자간의 합의에 의해 처리되도록 하는 쪽이 법원이 개입하여 소송비용을 부담시키는 것보다 당사자들에게 이익이 되므로 법은 개입하지 말아야 한다는 것이다.³⁵⁾ 또한 理事의 태만은 주식시장 및 이사 勞務市場에 의하여 소송비용보다 적은 비용으로 규제될 수 있기 때문에 그것이 보다 효과적이라는 것이다.

이와같이 「계약의 핵심」이론은 會社를 株主間的 계약을 통해서 이익을 최대화하는 도구로 보고 있다. 이 학설에 의하면 會社는 이익추구를 목적으로 하는 私人間的 계약의 핵심체로서 파악되고 거기에는 조직이라는 구조는 존재하지 않는다는 것이다. 따라서 理事는 조직의 구성원이 아니며 會社에 참여한 자들과 더불어 계약 당사자의 일원이지만 그들과 다른 점은 계약의 교섭과정을 관리하는 참가자들의 직접적인 대리인의 지위에 불과하다는 것이다.³⁶⁾

이러한 논리는 會社의 실재를 부정하게 되는 결과로서 理事와 株主의 관계는 신임관계가 아닌 대리관계로서만 파악되게 된다. 그러므로 「계약의 핵심」이론에서는 理事를 대리인의 지위로 보기때문에 理事의 의무내용은 會社에 참여한 자들 사이에 체결된 계약내용에 따라 정해지는 것이므로 이들 사이의 계약에 따른 의무설정에서 법이 개입하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이다.³⁷⁾ 요컨대, 會社法人實在說에서 理事와 會社와의 관계를 신임관계로 파악하여 理事의 의무를 信託法上的 信任義務로 설정하여 규율하는 것과는 상당한 차이를 보이고 있다.

(3) 代理關係와 信任關係

34) 經濟學에서 사용되는 概念으로서 다음의 세가지 내용을 가진다. 本人은 代理關係에서, ① 自己의 利益을 最大化하기 위하여 자기이익 중에서 일부를 대리인에게 지불하여야 하고, 대리인의 행동을 감시하기 위하여 비용을 들이지 않으면 안된다. 이를 감시비용(monitoring cost)이라고 한다. ② 본인의 이익에 반하는 대리인의 행위가 있을 때 대리인에게 그 補償을 請求할 수 있도록 拘束費用(또는 確證費用, bonding cost)을 부담한다. 그리고 ③ 대리인의 政策決定과 본인의 이익을 最大化할 것으로 기대되는 결정 사이에는 필연적인 불일치가 존재하는데 이때 受益差損失(또는 殘餘損失, residual loss)이 수반된다고 한다(朴廷寔, 現代財務管理 第5版, 다산출판사, 1993, 429-30면).

35) Easterbrook & Fischel, The Corporate Contract, 89 Colum. L. Rev 1416 (1989).

36) Alchian & Demsetz, Production Costs and Economic Organization, 62 Am. Econ. Rev. 777(1972), 794 ; Fischel, supra note (30), 1262-3.

37) Butler & Ribstein, supra note (26), 29 ; Fischel, The "Race to the Bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law, 76 Nw. U. L. Rev. 913(1982), 944 - 5.

會社法人擬制說에 의하면 理事와 株主는 代理關係로 파악된다. 이 대리관계로부터 理事는 대리인의 지위와 의무를 부담하게 되는데 이때의 의무를 fiduciary duty라고 칭하고 있다. 그런데 信任關係에서 부과되는 信任義務의 용어도 fiduciary duty로 표현하고 있는데 fiduciary duty란 용어를 둘러싸고 대리관계에서와 신임관계에서는 그 내용을 달리 설정하고 있다. 이처럼 동일한 용어으로써 다른 내용을 가진 의무를 표현하고 있는데 그 다른 내용이 어떠한 것인가를 검토할 필요가 있다.

"fiduciary"라는 용어는 영미법에서 여러가지 관계³⁸⁾를 규율할 때 사용되고 있다.³⁹⁾ "fiduciary"는 일반적으로 信託關係의 信任關係를 표현할 때 사용되고 있는데 代理關係에서도 이를 차용하여 사용되고 있다. 미국에 있어서 이들 양자의 차이를 보면 다음과 같다.

첫째, 代理關係는 私人間에 일정한 목적을 위하여 본인이 타인에게 권한(authority)을 부여함으로써 발생한다(授權行爲의 존재). 반면에 신임관계는 授權關係라기 보다는 제휴 또는 협력관계를 밑바탕에 두고, 즉 신뢰를 기초로 하여 자기의 주권(sovcreignty)을 상대방에게 委讓한다. 그러므로 신임관계는 고도의 신뢰관계를 전제로 한다.⁴⁰⁾

둘째, 信任關係에 있어서 受託者의 행위의 효과는 受益者에게 미치지 않는데 반해 代理關係에 있어서 대리권의 범위내의 행위의 효과는 本人에게 귀속한다. 예컨대, 대리관계에서는 대리행위임을 상대방에게 명확히 표시하지 않더라도 본인과 대리인을 동시에 구속하므로 법률행위의 효과를 분담하게 되지만 신임관계에서는 이와 같은 分擔效果가 인정되지 않는다.⁴¹⁾

셋째, 代理關係에 있어서 본인은 代理人의 대리행위의 효과를 분담하지 않으면 안 될 뿐 아니라 분담의 범위를 명확히 할 필요가 있다. 그러한 취지에서 본인은 대리인을 통제할 수 있어야 하며, 그 대신에 대리인은 본인의 이익을 위해서 자기의 개성을 희생할 필요는 없다. 한편 信任關係의 受託者는 受益者에 대하여 고도의 충실성이 요구되며 수익자의 이익과 대립되는 행위를 해서는 아니되는 의무를 진다. 예컨대, 계약체결의 경우에 대리인이 授權範圍 내에서 그 계약에 관한 정보를 본인에게 알리면 그 계약이 본인의 이익에 반하더라도 대리인은 계약을 체결할 수가 있다. 그러나 信任關係의 受託者는 受益者의 이익과 대립하는 계약을 체결해서는 안된다.⁴²⁾

38) 大陸法系가 「意思」를 중시함에 비하여 英美法系는 「關係」를 중시한다고 논평함에 대하여는, 木下毅, 英美契約法の理論(제2판) 29, 34-7面 참조.

39) Jacobson, supra note (20), 616-7.

40) Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 95-6.

41) Jacobson, supra note (20), 621-3, 631 : Frankel, Fiduciary Law, 71, Calif. L. Rev. 795(1983), 805-6.

넷째, 대리관계는 제3자에게도 중요한 의미를 지닌다. 본인은 대리인에게 수권한 후에도 그 수권범위 내의 행위를 할 권한을 가진다. 또한 대리인은 授權을 받은 후에도 본인의 이익과 자기의 이익을 동시에 추구할 수 있다. 따라서 본인과 제3자의 법률행위 또는 대리인과 제3자의 법률행위는 결국 본인, 대리인 및 제3자에게 동일한 법률효과를 발생시킨다.⁴³⁾ 그러나 信任關係의 受託者는 수익자의 代役機能(substitute function)을 하기 때문에 양자의 관계의 존재는 제3자에게 중요하지 않다.⁴⁴⁾

이상에서 살핀 신임관계와 대리관계의 차이점에 기초하여 會社法人擬制說에서의 理事의 지위는 대리관계에서의 대리인으로 취급되고 있다. 즉, 理事의 의무와 권한은 株主의 授權行爲에 기초하고 그 授權範圍내에서의 理事의 불법행위에 의해 타인에게 손해를 입힌 경우에 株主는 그에 대해서 책임을 부담해야 한다는 것이다. 理事를 대리인으로 보는 會社法人擬制說은 理事와 株主가 공동으로 책임을 분담한다는 개념을 근거로 理事와 株主는 이익공동체라는 점을 강조하고 있다. 이 점은 株主가 理事를 직접 통제해야 한다는 것과 동시에 대리인인 理事는 본인인 株主의 이익만을 위하여 자신의 개성을 희생해야 한다는 구속은 받지 말아야 할 것이라는 논리가 성립된다. 그리하여 理事의 회사경영으로부터 얻은 효과는 株主와 공동으로 분배되어 진다는 것이다. 나아가 會社法人擬制說의 계약의 핵심이론에서는 株主와 理事사이의 대리관계의 授權關係를 강조하면서 會社는 완전한 대리관계의 그물로 되어 있다는 것이다. 즉 株主는 理事에게 수권하고 理事는 임원에게 수권하는 구조로 되어 있으며 그들 상호간(被授權者와 授權者사이)에는 동일한 책임이 부과된다는 것이다. 또한 理事를 대리인으로 파악하여 理事의 의무를 受任義務로 이해하는데 있어서도 대리관계에서의 신임 또는 신뢰관계에 중점을 두기 보다는 대리관계에 수권된 내용을 중심으로 理事의 의무내용을 정하고 있다. 요컨대, 대리관계에서의 理事의 의무는 신임관계에서의 理事의 의무의 중심개념이 信託法上的 高度의 忠實性과 같은 윤리적 성격은 고려되지 않고 있다는 것이다. 이점이 신임관계의 理事의 의무와 대리관계에 있어서의 理事의 의무사이의 가장 큰 차이점인 것이다.

현실적으로 理事의 會社에서의 위치를 생각해 볼 때 株主는 理事를 직접 통제하기가 쉽지 않으므로 會社法人擬制說의 이론에 있어서와 같이 理事의 의무를 설정한다는 것은 문제가 있다. 현실이 그렇다면 理事를 단지 대리인으로 파악하여 의무를 부과한다면 理事가 株主의 이익만을 위한 행위를 할 것으로 기대하는 것은 힘든 것이며 株

42) Jacobson, supra note (20), 631-2.

43) Frankel, supra note (41), 808-9.

44) Easterbrook & Fischel, Corporate Control Transactions, 91 Yale L. Rev. 698, 700-703(1982).

主와 이익공동체라는 취지도 달성시키기 어렵다고 보여진다. 그러면 이와 같은 괴리를 어떤 제도나 이론으로 보충하여야 하는데 그런 메카니즘을 적절하게 구상해야만 會社法人擬制說이 호응을 받을 수 있다고 본다.

3. 會社法人實在說과 理事의 地位

(1) 會社法人實在說의 概要

초기 미국의 회사법인이론에 있어서는 會社를 社會的 實在로 파악하는 견해는 거의 없었다. 이는 영국의 會社法人擬制論을 계수한 영향때문이었을 것이라고 생각된다. 당시의 이러한 상황속에서 會社의 존재가 과연 「法的인 實在」인가 「社會的 實在」인가 하는 논의⁴⁵⁾를 새롭게 불러일으킨 것은 바로 Ernst Freund이었다. 그는 독일 유학 중에 접한 Gierke의 實在主義 이론을 미국에 소개하면서 會社가 사회적 실재임을 주장하였다.⁴⁶⁾

이 주장은 19세기 후반의 미국 주식회사의 성장을 배경으로 하여 급속도로 발전하게 된다. 즉 19세기 후반부터 20세기 초에 주식회사에 의한 상품의 대량생산은 경제분야에서 團體로서의 위력을 한껏 과시함으로써 會社에 대한 기존의 인식을 달리하도록 만들기에 충분하였다. 주식회사의 대규모화와 株主의 분산은 계약관념과 소유관념을 후퇴시켰고, 경영의 합리화와 능률화를 위해 경영을 담당하는 理事에게 株主의 대리인이 아닌 獨立의인 機關으로서 조직과 활동을 할 것을 요구하게 되었다. 이에 따라 會社를 구성하는 자연인인 투자자와는 다른 「실재」로 파악하지 않을 수 없게 되었다.⁴⁷⁾

이러한 견해가 판례에서 정식으로 인정된 것은 1886년의 Santa Clara Country v. Southern Pac.R.R.사건⁴⁸⁾을 계기로 한 미국연방대법원의 일련의 판결이다.⁴⁹⁾ 이 판결에서 연방대법원은 연방헌법 수정 제14조를 근거로, 州法이 주식회사의 법인

45) 會社의 實在를 주장하는 者(實在主義者)와, 會社의 擬制的 存在를 주장하는 者(契約主義者)는 모두 特許主義에 대한 비판을 그 출발점으로 하고 있다.

46) Ernst Freund, The Legal Nature of Corporations(1884). 키르케의 會社法人實在說(有機體說) 理論은, 영국과는 달리, 미국회사법이론에 쉽게 받아들여질 수 있는 개념이었다고 한다(Horwitz, supra note (12), 180).

47) Horwitz, supra note (12), 181; Bratton, Critical Perspective, supra note (12), 1490.

48) 118 U.S. 394(1886).

49) Northern Securities Co. v. United States(193 U.S. 197(1904))에서는 반드시 明示的이지는 않았지만, Hale v. Henke, 201 U.S. 43(1905); Western Turf Assoc. v. Greenberg, 204 U.S. 359(1906)에서는 명시적으로 인정되었다.

격을 승인한다는 취지를 확인하고 會社는 인격을 갖는 존재로서의 보호를 받는다고 판시하였다. Horwitz는 이러한 취지의 일련의 判決이 내려짐으로써, 會社法人이 自然的 實體(natural entity)로서의 性格을 가진다는 점이 확립되었다고 한다.⁵⁰⁾ 이처럼 주식회사의 「實在理論」이 법적으로 확립됨과 동시에 株主의 기득권에 대한 제한과 理事의 권한확대가 법적으로 확립되었던 것이다.⁵¹⁾ 즉, 주식회사는 소유자 지배구조로부터 탈피하게 되면서 理事會에 경영에 관한 광범위한 권한을 부여하게 되었다. 이 理事會의 權限은 株主의 多數決에 의해서도 제한 또는 배제될 수 없게 되었다.⁵²⁾ 따라서 판례에서도 주의 회사법이나 회사정관에 특별한 규정이 없는 한, 理事는 원칙적으로 株主總會의 결의로써도 해임되지 않는다는 원칙이 확립되었다. 그리하여 20세기 미국회사법이론은 이사 중심주의를 특징으로 하고 있는 바, 그 이사 지배체제는 바로 이러한 「실재이론」에 의하여 정당화될 수 있다고 한다.⁵³⁾

(2) 會社法人實在說과 理事의 地位

이와 같이 미국회사법이론은 特許主義의 영향과 Gierke의 「有機體說」의 영향이 합쳐져 독특한 논리구성이 전개되고 있다. 즉 會社는 州와의 계약의 산물이며 그 구성원과는 무관한 별개의 법적·사회적·정책적인 생명을 갖는 특별한 존재로서⁵⁴⁾ 人爲的인 것이 아니라 實在하는 것으로서의 性格을 가진다.⁵⁵⁾ 이 실재가 管理組織⁵⁶⁾을

50) Horwitz, supra note (12).

51) 富山康吉, 現代資本主義と法の理論, 法律文化社, 55面 이하. 아울러 理事의 權限擴大의 變遷에 대하여는, Horwitz, supra note (12) 참조.

52) 株主의 多數決에 의한 共同行動이 이사회에 대한 궁극적인 授權이라는 것은 否定하고 있지 않지만, 제정법의 제한을 받는 점이 인정되고 있었다. Horwitz, supra note (12), 215.

53) Berle는 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 會社企業(enterprise)의 배후에는 會社實在가 존재하고 있다. 회사의 法定資本, 責任 및 會社의 機能이 州에 의해 승인된다. 따라서 회사는 실질적으로 그 자체의 「實在」를 가지고 동시에 法の 承認을 얻고 있다. Cary & Eisenberg, Cases and Materials on Corporations (6th ed., 1988), 164-166.

54) Romano, supra note (12), 933; Eisenberg, The Structure of the Corporations, 1; 또한 Clark, supra note (12), §1.2 참조.

55) 주지하는 바와 같이 「實在說」에서는, Gierke의 「有機體說」과 Saleilles의 「組織體說」이 있고, 전자는 「單一性」, 또는 「統一性」을 강조하는 것에 비하여, 후자는 團體의 「組織」, 즉 「法에 의해 組織을 부여받은 法的 實在」을 강조하는 것에 그 차이가 있다. 獨逸法은 「組織體說」에 따르고 있으므로, 회사의 실재와 회사내부에 있어서 「機關」개념의 존재가 특징인 것에 대하여, 미국에서는 「유기체설」에 따르고 있는 결과 「기관」의 개념은 존재하지 않지만, 「管理組織」을 가지는 구조로 파악되고 있음이 특징이라고 할 수 있을 것이다.

가지는 바, 理事(會)는 그 조직의 대표자이고 법적으로는 특별한 受任者로 인정되는 것이다.⁵⁷⁾ 더구나 理事는 株主의 특별한 受任者가 아니라 회사실체의 특별한 受任者가 되는 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 맥락에서 理事會는 會社의 최고 정책결정조직으로서 會社 그 자체와 동일시 될 수 있고, 理事는 會社의 대리인이 아니고 會社의 특별한 대표자로서 株主의 대리인이 아니라고 한다. 또한 會社의 임원(officer)도 會社 그 자체의 대리인이며 株主의 대리인이 아니고 다만 理事 및 임원은 會社 및 株主의 受任者(fiduciaries)라고 한다. 그러므로 理事는 株主만의 이익을 위해서가 아니라 會社의 이익을 위하여 행동할 의무가 인정될 필요가 있게 된다. 이와 같은 필요성에 따라 理事에게 會社의 특별한 受任者로서의 의무를 부과하는 법기술이 바로 전통적인 信託法理에 의한 信任義務라는 것이다.

그런데 미국에 있어서 초기의 판례에서는 금융관계회사의 理事를 제외하고는 일반적으로 理事를 株主의 受託者로 취급한 사례가 적지 않았다. 이러한 초기의 판례의 입장은 영국에 있어서 Joint Stock Company의 理事의 행위기준을 설정한 것을 계승한 데에서 그 연원을 찾을 수 있다고 보여지는데 理事나 株主에게도 타당한 것이라고 할 수 없다. 왜냐하면 예컨대 理事는 受託者와 마찬가지로 會社의 資産에 대하여 법적 소유권을 취득할 수 없고, 株主도 법원의 승인을 얻지 않으면 理事를 선임 또는 해임할 수 없게 된다.⁵⁹⁾ 더구나 理事가 株主의 직접적인 受託者라면 株主가 理事에 의해 고소될 위험도 있다.⁶⁰⁾ 따라서 會社制定法 및 학설에서는 理事를 株主의 직접적인 受託者로 보지 않고, 단지 理事의 의무설정의 필요에 부응하여 信託法理의 기법을 이용하고 있는데 불과하다고 해석되고 있다.⁶¹⁾

56) 株式會社에 있어서 經營管理의 組織構造는 피라미드적인 것이라고 할 수 있다. 즉 그 기초에 株主가 있고, 그들이 決議權을 행사하여 이사회를 구성원을 선임하고, 그 이사회에 의하여 주된 회사운영이 결정된다. 이 조직구조에서 제2단계는 理事이다. 그들은 회사의 政策決定의 중심을 이루고, 임원을 선임한다. 피라미드의 최고단계에 임원이 있고, 그들은 일정한 裁量權을 가지는 것이지만, 주로 이사회에 의해 이루어진 정책결정을 실행하는 것으로 되어 있다. Cary & Eisenberg, supra note (53), 207). ; Romano, supra note (12), 934 참조.

57) Dyson, The Director's Liability for Negligence, Ind. L.J. 341(1965), 346.

58) Knauss, supra note (12), 487.

59) Clark, Agency Cost versus Fiduciary Duties, in: Principals and Agents: The Structure of Business (Part & Zeckhauser eds., 1986), 56; Frankel, Fiduciary Law, 71 Calif. L. Rev. 795, 806(1983).

60) Dyson, supra note (57), 345. 또한 Brodsky & Adamsky, Law of Corporate Officers and Directors(3rd ed., 1978), §1:06 참조.

61) Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 15; Marsh, Are Directors

會社法人實在說에 의하면 會社는 실재하는 존재로서 행위능력을 가지고 있으며 理事는 會社의 관리조직의 대표자인 것으로 파악된다. 이런 관계에서 理事는 법적으로 會社의 특별한 受任者로 취급되고 특별한 受任者의 지위에 따르는 관계설정은 信託法理를 기술적으로 이용하여 이론 구성하고 있다. 이 특별한 受任者라고 하는 법개념은 信託法理로부터 발전해 온 것으로서 理事는 會社 및 株主와 신임적 법률관계를 가지며 그에 따라 會社 및 株主에 대하여 信任義務를 부담한다는 것이다. 이때의 信任義務는 대리관계에서의 理事의 의무보다 넓은 개념이다. 대리관계에서의 대리인의 의무는 株主와 理事사이의 수권범위내에서 결정되지만 신임관계에서의 信任義務는 당사자간의 授權範圍라는 것에 구속되지 않고 受任者는 信託者의 모든 이익을 위하여 受任者의 회생을 요구하는 고도의 충실성을 내포하는 의무로 이해되고 있다. 이러한 신임관계상의 信任義務의 이행의 담보를 위해서는 信託者의 적극적인 행위도 요구되지만 信託者의 권한을 受任者에게 전적으로 넘겨준 상태에서는 信託者의 적극적인 행위를 기대하는 것이 힘든 일이다. 따라서 강력한 법적 개입을 통해 信任義務履行의 확보를 제도화 할 것이 요구되는 것이다.

생각컨대 소유와 경영의 분리에 따라 이사가 회사의 경영권을 장악하고 있는 현실 아래 소유자인 주주의 관심은 경영권자인 이사의 권한행사와 그에 따른 이사의 의무 이행을 감시하여 주주자신들의 이익을 지키고자 하는 것보다 주식의 매매 가격에 모아지고 있는 실정이다. 그런 이유로 해서 株主가 이사를 사실상 통제할 수 없게 된 대규모 주식회사에 있어서 株主의 이익을 보호하기 위해서는 법의 개입이 강력히 요구된다. 따라서 會社法人實在說에서는 會社法人擬制說에 따르는 경우의 이사의 경영권한과 주주의 이익보호사이에 발생하는 격차를 어느 정도 보완하는 장치를 구상하고 있다. 그것은 이사와 회사사이의 관계를 신임관계로 보아 이사에게 信任義務를 부과하는 법기술로서 오늘날의 회사활동을 이해하는 데에도 별 무리가 없다고 보여지므로 회사법인본질론을 會社法人實在說에 따라 이론구성하여야 한다고 본다.

III. 信任關係(Fiduciary Relation)

1. 序

Trustee? Conflict of Interest and Corporate Morality. 22 Bus. Law 35(1966). 40. 따라서 州會社法 및 美國模範事業會社法은 오해를 일으킬 소지를 제거하기 위하여 理事에 대해서 「受託者」(fiduciary)라는 文語를 포기했다(Knepper, Liability of Corporate Officers and Directors(3rd ed., 1978), §1:06). 나아가 초기의 미국 판례에서 理事를 株主의 受託者로서 보지 않았던 사례의 대부분은 금융관계회사의 이사에 관한 사례라는 사실에 유의하여야 할 것이다.

會社法人實在說에 의하면 會社는 법의 창조물이며 법으로 부터 권한을 부여받았다. 그 권한의 행사는 會社의 관리조직의 대표자인 理事에 의하도록 함으로써 이사는 광범위한 경영권한을 행사한다. 권한에 의무가 수반되듯이 理事의 경영권한에 수반되는 의무는 어떠한 내용을 가지는가를 파악하는 것은 막강한 理事의 권한 행사에 따른 폐해를 방지하는데에 실질적인 방책이 되는 것이라고 생각된다.

會社法人實在說은 이사를 법적으로 특별한 受託者로 취급한다. 특별한 受託者라는 것은 信託法上的의 법기술을 회사법에 응용하기 위한 기술적인 방법이다. 理事는 會社의 소유자인 株主로부터가 아니고 회사제정법으로 부터 회사의 經營權限을 부여받아 회사의 受託者인 것이다. 그러나 會社의 이익은 株主의 이익과 분리될 수 없다는 취지에서 理事는 주주 및 회사의 受託者인 것이 되고 그들 상호간의 관계는 信託關係에서 도출되는 신임관계에 있는 것으로 보게되며 이로부터 理事의 信任義務를 끌어내고 있는 것이다. 그리하여 이사는 회사경영에 대한 실패와 부당한 행위로 인한 회사의 손해에 대하여 책임을 지게 되는데, 이 경우의 이사의 책임의 근거는 信任義務違反에 있다. 信任關係는 信任義務를 도출시키고 있는데, 이러한 신임관계는 미국법에서 어떠한 성격과 내용을 가지는지 살펴보고 그로부터 信任義務는 어떠한 형태를 가지게 되는지를 차례로 살펴본다.

2. 信任關係

信任關係는 원래 廣義의 信任關係와 狹義의 信任關係로 나누어진다. 廣義의 信任關係는 後見制度, 親權制度, 財産管理制度, 遺言執行制度, 破産管財人制度, 委任, 任置, 代理制度 그리고 信託制度에 공통된 관계를 말한다. 이러한 관계는 사회에 광범위하게 존재하며, 사회질서를 유지하는 기본적인 법률관계개념이기도 하다.⁶²⁾

광의의 신임관계의 특징은 당사자간의 힘의 균형을 조정하고 유지하는 기능을 하는 데에 있다. 경우에 따라서는 일방 당사자의 구속으로부터 벗어나 독립적인 지위를 갖기도 하고, 또는 일방 당사자의 선택의 자유를 제한하기도 한다. 이러한 관계에 대한 법적 개입은 信任關係의 유지수단으로서 信任關係를 성립·조장하는 기능을 가지며, 다양한 법영역에서 그 예를 찾아볼 수 있다.⁶³⁾⁶⁴⁾

이에 대하여 협의의 신임관계는 주로 信託法理와 代理法理에서 나타난다. 그런데 代理法理는 信託法理에서 발전해 온 것이다. 일반적으로 영국을 기원으로 하는 信託

62) Frankel, supra note (41), 795.

63) Id., 798 ; DeMott, supra note (22), 908.

64) 刑法, 勞働法, 證券去來法, 契約法, 信託法 및 會社法 분야 등에서 信任(信賴)關係에 대한 法의 介入을 허용하고 있다.

(Trust)은 12-13세기의 유스(Use)에서 발단되었다.⁶⁵⁾ Use는 법률상으로는 형식적인 재산양도이지만, 실질적으로는 특정한 목적을 위해서만 관리·처분해야 하는 제약이 붙은 양도이다. 이러한 Use는 처음에는 오로지 제3자의 이익만을 위해서 이용되었으나, 14세기에 이르러 제3자의 이익뿐만 아니라, 자기이익을 위해서도 널리 이용되었다. Use는 자기이익을 위하여 타인에게 관리시킨다는 목적으로 所有權을 이전한 것이었는데, Commom Law 법원은 이러한 Use의 목적에 부응하는 입장을 취하지 않았다. 즉 Use는 讓受人(受託者)에 대한 도의적·양심적 의무만을 발생시키는데 그치고 법적 효력은 인정되지 않는다는 것이었다.⁶⁶⁾ 14-15세기에 이르러 Use의 이용이 현격히 늘어나고, 15세기 초에는 Equity법원에 受託者 책임을 묻는 Use救濟의 청원이 빈번해짐에 따라 Use는 도의적 의무가 아니라 법적 의무가 있다고 인정되기에 이르렀다. 17세기 말경부터 Use라는 이름은 Trust라는 새로운 명칭으로 불리워지면서 새로이 근대적 제도로 발전하였다. 즉 信託을 둘러싼 법적 요건, 효력, 절차, 당사자 사이의 권리의무관계 등에 관한 그때까지의 여러 信託關係 판례들이 정리됨으로써 信託法理 체계가 확립되었던 것이다.⁶⁷⁾ 점진적인 자본주의제도의 발전은 상품거래의 구조를 신속·대량·다양화하게 만들었고, 대부분의 去來關係가 상사적 색채를 띠고 있음으로 해서 이윤추구라는 것이 사회적 활동의 기본이 되었다. 이에 따라 재산관리방법도 점차 복잡해져서 특수한 전문기술을 필요로 하게 되었다. 그리하여 受託者들은 전문가를 대리인으로 고용하여 재산을 관리하게 되었고, 信託 자체에 비용이 든다고 하는 有償性과 상사적 관념의 근대적 信託이 등장하게 되었다. 이러한 배경하에서 Equity법원의 견해가 등장하게 되었다. 즉 會社의 재산이 현실적으로 理事에게 信託재산으로 관리·운영되고 있다는 점(信託關係)에 착안하여 理事를 會社의 受託者로 봄과 동시에, 또 理事는 會社를 위하여 행위한다는 점(대리관계)에 착안하여 理事를 會社의 대리인으로 파악하였다. 요컨대 영국의 Joint Stock Company 내지 초기의 주식회사는 信託法理를 계승함과 동시에 代理法理도 이용하고 있었던 것이다.

65) Use는 게르만 慣習法上の Salmann制度에서 유래한다는 견해도 있고 로마법상의 信託遺贈(Fidei Commisum)이나 利用權(Usus)에서 유래한다는 견해도 있다. 장형룡, 信託法概論, 六法社, 1991, 38면. 또한 이에 관한 자세한 내용은 金東石, 英國에 있어서의 信託의 起源과 信託法의 特色, 國際航空宇宙法 및 商事法의 諸問題(眩谷 金斗煥教授 華甲記念論文), 法文社, 1994, 820-827면 참조.

66) 그 이유는 ①형식상 수탁자는 common law 원칙에 따라 財産所有者로서 權利를 가지며 ②受益者가 그 권리를 주장하여 受託者義務를 강제할 수 있는 訴訟節次가 없다는 점과 ③契約理論의 미성숙에 있다고 한다. 장형룡, 앞의 註 (65), 41면.

67) 이 작업은 「近代 衡平法의 아버지」라 불리는 노팅검 경(Load Chancellor Nottingham)에 의해서 이루어졌다고 한다. 장형룡, 앞의 註 (65), 45면.

영국의 信託法理과 代理法理를 계승한 미국에서도 그 나름대로의 신임관계의 개념을 구성하였는 바, 주식회사 理事에게 이와 같은 법리가 적용되었다. 즉 理事(受託者)는 株主(수익자)의 간섭을 받지 않고 會社를 운영·관리하며, 본인(Principal)인 株主는 대리인(Agent)인 理事를 선임하는 관계가 성립되는 것으로 보았다. 이 때문에 초기의 회사관계 판례에서는 두가지 관계가 혼란을 일으켜 理事가 受託者가 되기도 하고 대리인이 되기도 했던 것이다.⁶⁸⁾

그런데 수익자와 受託者 사이의 신임관계와 본인과 대리인 사이의 대리관계는 법적인 구조면에서 큰 차이가 있다. 信託법을 뿌리로 하는 신임관계는 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, 수익자가 하여야 할 것을 受託者가 대신 이행한다. 이것이 신임관계의 최대의 특징이고, 이를 代役機能(substitution function)이라고도 한다.⁶⁹⁾ 둘째, 그 기능의 실현을 위해 수익자의 권한을 受託者에게 이전(delegation of power)한다. 권한을 인수한 자는 수익자를 위해 행위하여야 할 의무와 수익자의 최대의 이익을 보호할 의무를 부담한다. 이러한 의미에서 주식회사의 理事는 準受託者(quasi-trustee)로⁷⁰⁾ 그리고 會社의 任員은 代理人으로 보게 된다.⁷¹⁾

3. 理事의 信任義務 (fiduciary duty)⁷²⁾

68) 金融關係 株式會社를 제외하고, 초기의 주식회사는 미발달의 단계에 있었기 때문에, Partnership이라는 會社形態와 구별하는 實益이 없었다고한다. Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 6-16.

69) Frankel, supra note (41), 808.

70) Schildberg Rock Products Co. v. Brooks, 258 Iowa 759, 140 N.Y.2d 132(1966); Knepper, supra note (61), §1:06.

71) Clark, supra note (12), §3.3 ; Clark, supra note (59), 56 ; Choper, Coffee & Morris, supra note (12), 199.

72) 「fiduciary」이라는 단어는 믿음이나 신뢰(faith or confidence)를 의미하는 라틴어 fides 에서 나온 것으로, 원래는 common law상에서 수탁자(trustee)에 부과되는 의무의 성질을 나타내기 위해 사용되었다. 이러한 「fiduciary」는 확정된 의미를 가지고 있지 않다. 그 척도는 계속 발전하며 사용되고 있다. 이 「fiduciary」의 척도를 회사법에서 채용하여 회사의 이사와 임원에게 fiduciary duty를 부과하고 있는데, 이 의무는 전통적으로 duty of care와 duty of loyalty로 세분된다고 한다. Lewis D. Solomon/Donald E. Schwartz/Jeffrey D. Bauman, supra note (5), 591.

우리나라에서는 fiduciary duty를 여러가지 용어로 표현하고 있다. 信認義務, 忠實義務 또는 信任義務 등이 그것이다. 信認義務는 일본에서 주로 사용되고 있으며, 우리나라에서도 사용하는 예가 많다(李哲松·李泰魯, 會社法講義, 博英社, 1993, 550면). 忠實義務의 사용례도 적지 않다(李炳泰, 商法(上), 法元社, 1994, 632면; 鄭東潤, 會社法, 法文社, 1993, 405면). 信任義務의 사용례는, 金在範, 株主의 忠實義務에 관한 研究, 고려대학교 박사학위논문, 1993, 10면.

理事를 株主의 準受託者 내지 準受任者(quasi-fiduciary) 또는 會社 그 자체의 準受託者라고 이해하는 견해에 대해서는 다음과 같은 두가지 문제가 있다. 첫째, 理事를 會社의 準受任者로 보는 경우 理事와 會社 사이의 신임관계에 株主와의 관계가 어떻게 개입되고 있는지. 둘째, 理事와 會社 사이의 신임관계는 어떠한 의의를 가지고 있는지가 문제이다. 첫번째 문제에 대하여 會社實在主義 측면에서 보면 會社는 구성원인 株主와는 독립하여 별도의 법인격을 가지고 있으므로 理事의 권한은 會社로부터 나오는 것이고, 株主로부터 수여받은 것이 아니다. 따라서 신임관계는 理事와 會社 사이에 존재하는 것이고, 이에 근거하여 理事는 會社에 대해서만 信任義務를 부담한다. 그러므로 理事는 株主의 受託者가 아니다. 그런데 理事가 準受託者로 파악되고 있는 내면에는 株主에 대한 신임관계도 내포되어 있다. 즉 영미법은 common law와 형평법이라는 두개의 구조를 가지고 있는 바, 株主의 투자에 의해 형성된 회사재산에 대한 株主의 재산권이 common law상으로는 부인되나, 형평법상으로는 인정되고 있다. 이같은 영미법상의 분할재산권관념의 기능으로부터 株主와 理事사이에 신임관계가 도출되고, 이에 따라 理事는 株主에 대하여 信任義務를 가지는 것으로 되어 있다.⁷³⁾

분할재산권의 관념이 영미회사법에 있어서 理事와 株主 사이의 신임관계의 존재를 설명하기 위해 불가결한 것이라 하더라도 이는 어디까지나 理事와 會社 사이에 존재하는 신임관계의 배후에 있는 것이다. 이 분할재산권의 법기술은 會社의 「실재」를 뒷바침하고 理事의 광범위한 권한을 인정하게 된다. 또한 株主는 理事를 직접 통제할 수 없도록 하는 대신 그에 따른 株主의 보호책을 강구하게 되는 논리로 이용된다. 따라서 信任關係에 있는 이사는 信任義務를 부담하고 법은 주주보호를 위하여 주주를 대신해서 이사의 행위에 개입하여야 한다. 이때 법의 개입은 理事와 株主와의 관계에만 한정되는 것이 아니라 이사와 회사사이의 관계에도 영향을 미친다. 더구나 이사와 회사의 신임관계는 信託法上の 信託關係에 準하는 것으로서 이사의 信任義務는 信託法上の 고도의 윤리성을 바탕으로 하고있다. 이는 당사자 사이에 두터운 믿음을 바탕으로(특별한 신임관계에 기하여) 여러가지 행위의무가 발생됨을 말한다. 理事는 「특별한 受託者」로 간주되어 會社로부터 부여된 「權限」을 행사하는데 있어 「무엇을 해야 한다」라는 적극적인 作為義務와 「이러한 일은 할 수 없다」라는 소극적 不作為義務를 가지게 된다. 美國法에서는 회사와 이사는 信任關係로서 이사에게 信任義務

fiduciary duty는 fiduciary relation에서 도출되는 것이다. fiduciary relation은 信任(또는 信認)的 法律關係로 해석하고 있는 것이 일반적이므로 그와 연장선상에서 fiduciary duty를 이 논문에서는 信任義務로 용어를 사용키로 한다(일본에서는 信任과 信認을 동의어로 사용하고 있다).

73) 木下毅, 英美信託法の基本構造(2), 信託法研究 第7號, 96面 이하 참조.

(Fiduciary duty)를 부과하고 있다. 이 Fiduciary duty는 구체적 의무로서 Duty of care(注意義務)와 Duty of loyalty(忠實義務)로 구성되고 있다. 이때의 주의의무란 이사가 업무집행 및 업무집행의 감독과 지시를 함에 있어서 회사 및 주주의 최대의 이익을 위해 성실하게, 그리고 相當한 注意를 기울여야 한다는 것이다. 이 때 이사가 注意義務를 다하면 過失이 있더라도 經營判斷의 原則에 의하여 면책된다. 반면에 忠實義務란 이사가 자신의 이익을 위하여 회사의 이익을 희생시켜서는 안된다는 것으로서 언제나 會社의 利益을 우선하여야 한다는 것이다. 이 의무는 회사와 이사사이에 利益衝突의 염려가 있기 때문에 公正性이 요구되는 모든 거래에서 문제될 수 있다. 따라서 신임관계에 있는 理事에게는 會社의 이익을 적극적으로 유지·보호하는 것 뿐만 아니라 會社에 손해를 안겨 줄 위험이 있는 모든 행위를 자제할 것이 요청되고 있는 것이다.⁷⁴⁾

IV. 結 論

지금까지 살펴본 바와 같이 會社와 理事사이의 관계는 會社法人本質論에 따라 다르게 설정되고 동시에 理事의 의무도 다르게 이론구성되고 있다. 會社法人擬制說에 의하면 회사는 州와의 계약의 산물인 결과로서 회사에 참여한 구성원들간의 관계는 계약관계로 형성되어 있다는 것이다. 즉 회사라는 것은 독립적인 실체가 아니고 구성원들의 계약의 集合體인 것에 불과하다는 것이다. 따라서 會社와 理事, 會社와 株主 사이에는 특별한 관계가 존재하는 것이 아니고 理事와 株主사이에만 어떤 관계가 존재한다는 것이다. 그리하여 理事는 株主의 직접적인 授權行爲를 통하여 주주와 대리계약을 체결하는 대리관계의 대리인의 의무를 부담한다는 것이다. 이러한 대리관계를 내용으로 하는 대리계약에서는 私的 自治를 우선하여야 하므로 이를 무시하고 법이 적극적으로 계약내용에 간섭하는 것은 허용될 수 없다는 것이다. 그러므로 이들 관계에 대한 법의 개입은 최소한에 그쳐야 하므로 법이 적극적으로 이사의 대리인으로서의 의무를 규정할 수가 없게 된다.

반면에 會社法人實在說에 의하면 회사는 州法에 의하여 창조된 독립적인 實在物로

74) Cuty v. Left, 23 Del. ch.255, 5 A. 2d 503, 510(1939). 注意義務에 있어서의 「善意」(good faith) 내지 「會社 및 株主의 최대이익을 위한 신념」은, 주로 「利益」유지의 측면을 강조하고 있다. 한편 代理人에게 요청되고 있는 忠實義務에서도 이러한 「이익유지」를 중심내용으로 하고 있다. Restatement(Second) of Agency, §387(本人의 「利益」(benefit)을 강조), §388(본인의 「이익」을 피하는 것은 대리인의 주요한 기능이고, 충실의무의 주요내용이기도 하다). 이와는 달리, 信任關係에 있어서 충실의무는, 會社에 「損害」를 초래할 염려가 있는 모든 行爲의 회피를 강조하고 있다.

서 법인격을 향유하며 관리조직을 가진다고 한다. 따라서 회사는 주주와 이사와는 별개의 法主體로서의 지위를 법으로 부터 부여 받은 것이다. 그런데 법인이 법인격이 있다 할지라도 그것은 결국 자연인인 기관에 의하여 행위할 수 밖에 없으므로 그를 행할 관리조직을 갖추도록 하였다. 회사의 관리조직, 즉 理事會는 회사의 의사를 결정하고 집행하는데 이사는 그 관리조직의 대표자로서의 지위를 법으로부터 부여 받는다고 한다. 따라서 理事는 會社의 權利와 義務를 행사할 수 있는 權限과 責任을 법으로부터 부여 받는 관계에 있다는 것이다. 이 학설에서는 이러한 관계로 부터 理事는 원칙적으로 株主와는 관계가 없고 理事의 會社에 대한 관계는 포괄적인 형태로서 信託關係에 기초한 信任關係로 파악된다는 것이다. 즉, 理事는 會社의 운명을 좌우할 수 있을 정도의 막강한 권한인 會社의 意思決定權限 및 그 執行權限을 법으로부터 부여 받고 있는데 그 권한은 사실상 회사의 소유자인 주주의 통제를 받지 않을 정도의 것으로서 信託關係에 準한다고 보는 것이다. 따라서 일반적으로 信託關係에 있는 당사자 사이의 힘의 균형을 위하여 법이 개입하고 있는 것과 마찬가지로 理事의 권한과 의무에 대하여도 법의 적극적인 개입이 필요하다는 것이다.

미국에 있어서 會社法人實在說의 이론 구성은 법논리상의 문제점이 원인이 되어서라기 보다는 당시의 회사 관련 환경 때문에 활발히 전개된 것으로 추측된다. 미국이 남북전쟁을 계기로 공업화로 급속히 이행하게 됨에 따라, 회사의 대규모화가 나타나고 株主의 數는 현저하게 증가됨과 동시에 주주의 분산은 주주와 회사와의 結合關係를 상당히 이완시켰고, 기업간 경쟁이 치열해지면서 會社經營의 機動性과 專門性이 절실히 요망되자 소유와 경영의 분리원칙을 채택하지 않을 수 없게 되었다. 그리하여 오늘날의 미국의 주요 會社制定法規는 理事會에 會社經營權限을 부여하고 있다. 예컨대 美國法律協會(The American Law Institute)의 會社管理原則에 관한 分析과 勸告(Principles of Corporate Governance: Analysis And Recommendations)의 § 3.01에 의하면 "The management of the business of a publicly held corporation should be conducted by or under the supervision of such principle senior executives as are designated by the board of directors....."라고 하고, 美國法律家協會(American Bar Association)의 模範事業會社法(Model Business Corporation Act) § 8.01 (b) 에서도 "All corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed under the direction of, its board of directors," 라고 하고, 델라웨어주 일반 회사법 § 141에서도 "the business and affairs of every corporation.....shall be managed by or under the direction of, its board of directors,...."라고 규정하고 있다. 이와 같은 규정을 통해 볼 수 있듯이 미국에 있어서 회사의 經營權限은 전적으로 이사회가 갖도록 하고 있다. 이러한 점으로 보아 이들 규정은 會社法人實在說에 입각하고 있다

고 생각한다. 그러나 회사를 公開會社(publicly held corporation)와 閉鎖會社(closely held corporation)⁷⁵⁾로 구분하여 폐쇄회사에는 經營權限을 반드시 이사회에 부여하고 있는 것은 아니다.⁷⁶⁾ 그러므로 지금까지의 會社法人實在說의 논의는 폐쇄회사에는 적용하기에 어려운 점이 있다. 오히려 폐쇄회사에서는 會社法人擬制說의 논리가 타당할 수도 있다고 생각한다.

우리 상법상 주식회사의 理事會制度는 미국의 公開會社 理事會制度를 모범으로 한 것이라고 한다면, 우리법의 해석을 위한 취지에서 미국의 공개회사에 있어서 理事와 會社에 준하여 논할 필요가 있다. 따라서 이사와 회사 사이의 관계는 信託關係에 기초한 신임관계에 있다고 하여 이사는 信任義務를 부담한다고 볼 것이다.

그런데 우리 민법은 法人의 기관에 관하여 代表의 개념을 사용하고 있으나 이에 관하여는 代理의 규정을 준용하게 하고 있으므로 (민법 제59조 2항) 법인과 기관과의 관계는 결국 일종의 법정대리에 불과한 것으로 보고 있다.⁷⁷⁾ 물론 代表라는 개념이 代理보다는 밀접한 관계라 하여 구분하지만⁷⁸⁾ 양자의 차이는 질적이기 보다는 양적인 것에 불과하다는 것이다.⁷⁹⁾ 한편 우리 상법 제393조에서는 이사회는 회사의 업무 집행의 의사결정을 하고 대표이사가 그 집행과 대표자로서의 지위를 갖는다(상법 제389조). 더구나 상법 제382조 2항에서는 理事와 會社의 관계는 위임에 관한 규정을 준용한다고 하여 (代表)理事와 會社의 관계는 委任關係로 法定하고 있다. 그리하여 이사는 受任義務 즉 선량한 관리자의 주의의무를 부담할 뿐이라고 해석되게 된다.

우리 상법은 理事會制度를 미국법상의 理事會制度를 모범으로 하여 회사경영의 기동성, 합리성과 전문성을 고려하여 주식회사의 소유와 경영의 분리를 달성코자 하는 목적으로 株主總會의 권한을 축소함과 동시에 이사회에 막강한 권한을 부여했다고 한다.⁸⁰⁾ 그러한 취지의 이사회에 권한을 부여했다면 그 취지에 맞도록 이사회 권한의

75) 폐쇄회사에 대하여는 1982년의 모범폐쇄회사법(Model Statutory Close Corporation Supplement: MSCCS)이 적용될 수 있다. 이에 의하면, 폐쇄회사의 社員의 數는 통상적으로 50人 이하이며(§3(b)), MBCA에 의하면 30人이다(§8.01(c)).

76) Model Statutory Close Corporation, §21(a) : "A statutory close corporation may operate without a board of directors". (c)(1) "all corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed under the direction of, the shareholders". 또한 ALI § 106 comment와 델라웨어 일반회사법 § 381 참조.

77) 李英俊, 民法總則, 博英社, 1993, 847면.

78) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1986, 252면.

79) 李英俊, 앞의 註 (77), 473면.

80) 鄭東潤, 會社法, 法文社, 1993, 363면.

실질적인 행사주체인 理事의 행위준칙을 설정할 필요가 있는 것이다. 위임관계는 대리관계와 별반 차이가 없는 것으로서 理事가 대리인의 의무만 부담하는 것으로 한다는 것은 앞서 본 바와 같이 株主로부터 회사經營權限의 授權行爲가 행해질 수 있고 또한 株主가 理事의 會社經營權限을 통제할 수 있는 상황이 전제되어야 하는 것이다. 그런데 우리 상법이 미국법과 같이 株主총회의 권한을 축소하고 理事會의 권한을 강화했음에도 불구하고 會社와 理事의 관계를 委任關係로 하여 理事의 의무를 善管注意義務만으로 해석되서는 균형이 맞지 않는다. 더 나아가 이러한 취지로 대표에 관한 규정이 없는 부분은 대리관계의 규정을 유추적용 또는 준용할 수 있다는 견해도 다시 한번 고려해야 한다고 생각한다. 그러므로 우리 상법상 理事와 會社 사이의 관계는 미국법상의 신임관계와 같이 파악하여 이사의 의무를 信任義務의 형태로 즉, 선관주의의무와 충실의무로 해석되어야 한다.