

獨逸株式法上 個別理事의 責任과 自身の 法的地位形成에의 影響力

徐庚林* · 宋錫彦**

目 次

- I. 責務와 責任의 概念과 會社內에서의 機能
- II. 株式法 第93條에 따른 民事上의 責任
- III. 그밖의 責任規定
- IV. 株式法上의 證據問題의 實務上 意味
- V. 結 論

I. 責務 (Verantwortung) 와 責任 (Haftung) 의 概念과 會社內에서의 機能

민법상의 책임의 개념 및 기능은 제대로 밝혀져 있지 못하다. 특히 위협적인 책임이 인간에게 미치는 영향에 대한 연구가 미진하다. 특수한 법적인 의미 - 부분적으로는 일반 언어학상의 의미에서 벗어나는 - 로서 책임의 개념은 책임의 일정한 결과가 따르는 특정행위에 대해 책임을 진다는 것으로 이해된다.

책임(Haftung)은 민사적 그리고 형사적인 내용을 가질 수 있다. 민사상의 책임은 일정한 손해배상책임을 발생시키고, 형사상의 책임은 국가의 형벌권 행사를 발생시킨다는 정도에서 개념을 정하고 있다. 두가지 경우에 있어서 논의의 초점은 결과의 발생 즉 인간행태의 과거에 맞추어져 있다. 지금까지 민법상 책임결과의 예방적 효과 즉, 미래의 행동에 미치는 영향에 대한 고려는 거의 이루어지지 않았다. 민법분야에서의 언급을 살펴보면 책임규정의 예방적 효과를 확인가능하다는 정도의 견해에 머물러 있다.” 여기서 일정한 위협적인 민사상 혹은 형사상의 규정이 受範者의

* 濟州大學校 法政大學 教授

** 濟州大學校 法政大學 時間講師

1) Larenz, AT, SchR, S. 307; Canaris, NJW 1974, S. 521.

행동에 미치는 영향을 자세히 살펴볼 수는 없다. 이러한 작업은 사회학, 범죄학 그리고 심리학이 주로 해야 할 일이다. 여기에서는 단지 일반적인 명확한 경험법칙만을 근거로 생각해본다. 모든 인간은 피로운 결과(책임결과도 포함)를 피하고자 하고 자신의 행동을 가능한한 이를 피하고자 하는 목표에 맞추어 통제한다. 이러한 논의의 출발점은 이사회 조직문제의 결정을 위해 두가지 방향에서 중요하다. 이사회 조직규범을 작성하는 단계에서 부터 이미 예견가능한 책임결과를 계상하여 - 구속력을 가지는 규정을 누가 만드느냐에 따라 - 책임규정의 적용을 받는 쪽이나 책임규정을 적용하는 쪽의 이해관계에 상응하는 방향으로 규정작성이 이루어진다는 것이 고려되어야 한다.

그러나 또한 기존의 규정(법규이전 회사 스스로가 만든 조직규범이전)을 근거로 세부사항에 대한 결정을 해 나감에 있어서 고려되어야 할 사항은 규율대상이 되는 사람들이 조직규범을 지킴으로써 책임이라는 결과를 부담하지 않아도 되는 한도내에서만 이사에 대한 법적요구가 있을 수 있다는 점이다. 달리 표현하면 이사가 실질적인 이유로 인해 지키기가 불가능한 것을 조직규범의 견지에서 요구하는 것은 법적으로 허용될 수 없다. 그와 같은 행위의무를 규정하는 것은 책임에 대한 근본사상과 일치될 수 없고 따라서 무효이다.

책임규정의 예방적 효과는 통제수단(Kontrollmaßnahmen)이 행위의무자에 대한 효과를 살펴봄으로써 확인할 수 있다. 통제는 많은 경우 책임결과의 前段階로 간주된다. 사실상태(Ist-Zustand)가 당위상태(Soll-Zustand)에서 벗어났다는 확인으로부터 이 조사결과에 책임이 연결되어질 수 있다는 결과가 된다. 통제수단의 효과에 대해서는 - 책임규정의 효과의 경우에 반해 - 경영사회학분야에서 광범위하게 연구되었다. 연구결과에 따르면 통제는 예방적인 효과도 가지고 있다고 한다.²⁾ 인간은 예상되는 통제수단을 생각한다. 이러한 효과는 주로 업무결과에 대한 통제에서 나타난다. 통제에 대한 예상은 심리적 훈육적인 효과를 발생시킨다. 이 효과는 근본적으로 두가지 방향으로 영향을 미칠 수 있다. 통제는 책임성에 대한 호소로 받아들여져 좀 더 열심히 일하고 그에 상응해서 높은 생산력을 촉발시킬 수 있다. 또한 통제는 성가시고 모욕적이고 따라서 마비시키는 강제수단으로 받아들여져 개인의 독창성을 억압하고 생산력에 부정적인 영향을 끼칠 수도 있다. 후자의 경우는 미국에서의 경영연구에서 큰 비중을 차지했다.³⁾

지금까지의 연구결과를 가지고는 피통제인에 대한 통제의 효과에 대한 일반적인 판단을 내릴 수는 없지만 책임문제에 대한 상호관계의 결정을 위한 근본적이고 명확한 영향요소는 고려되어야 하겠다. 특히 통제와 그에 따르는 책임이 긍정적인 효과 뿐만 아니라 부정적인 효과도 가질 수 있다는 가능성이 간과 되어서는 안되겠다.

2) Brondics, Die Aktionärsklage, Dunker & Humvolt, Berlin, 1988, s. 362.

3) Fillman, Treupflicht der Aktionäre, Peter Lang Verlag, 1991, S. 483.

II. 株式法 第93條에 따른 民事上의 責任

1. 株式法 第93條의 構造와 効力範圍

다수로 구성된 이사회 이사 개인이 의무를 위반하는 경우에 당해 이사는 단독책임을 지고 다수의 이사가 의무를 위반하면 발생된 손해에 대해 연대책임을 진다(법 제93조 2항). 이 규정으로부터 이사가 그의 행위로 부터 책임져야 하는 것은 數件 또는 단지 한건의 책임이라는데 다툼이 없다. 결과책임이라는 의미에서의 책임질 행위없는 책임부과 - 기관구성원이라는 것만을 근거로 - 는 입법기관으로부터 전에 고려되었으나 주식법에 채택되지 않았다. 모든 다른 민사상의 책임에서와 마찬가지로 이사에 대한 손해배상책임도 세가지 요소가 갖추어졌을 때 인정된다.⁴⁾ 손해발생 행위(의무위반으로서의 작위 또는 부작위), 침해의 위법성, 구체적인 책임비난이 그 요건이다. 일반적인 사안에 대해서 주식법 93조가 다른 민사법상의 책임규정과 같은 구조를 보이기 때문에 일반적인 사안의 경우에 93조가 고용계약을 근거로 하는 계약책임을 규정하는 것인가 아니면 이사의 기관으로서의 지위를 근거로 하는 법적 책임을 규정하는 것인가가 문제가 된다.⁵⁾ 주식법 제93조 2항(3항의 좀더 상세한 규정과 함께)은 청구권의 근거로 간주되어야 하고 93조 1항 첫번째 문항은 민법 제276조와 마찬가지로 특정집단(이사회)의 구성원에 대하여 책임을 부과하는 기준(注意範圍)만을 정하고 있다.⁶⁾

위법성이나 구체적인 책임 판단을 위해 주식법 제93조 1항 첫째 문장은 注意測定基準인 “정상적이고 양심적인 경영인으로서의 주의(Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter)”를 각 사안별로 확인해야 한다. 이러한 규범은 이사에 대한 표준화된 행동양식이 확정되고 이 기준으로 부터 구체적인 경우에 있어서의 개인의 행동이 측정됨으로써만 형성된다. 입법부가 이러한 유형화 작업을 했다는 것은 주식법 제93조 1항 두번째 문장과 제3항을 보면 알 수 있다. 이들 조항에 적시되고 있는 작위의무(예: “침묵을 지킬 것”)와 금지(예: 주식법에 위배되는 신용승낙)규정의 내용에는 모든 주식회사에 있어서 이사의 행위기준에 어긋나는 행동양식이 지적되어 있다.

민사상의 책임기준의 객관화의 필연적인 결과는 이하의 논의에서 중요한 상관관계를 보여줄 것이다. 이사회에 적용되는 임무목록(주식법, 정관, 업무규정 그리고 개별 고용계약으로부터 도출되는)과의 관계에서 주식법 제93조 1항 첫번째 문항의 책임기준으로부터 도출되는 이사의 행위규범은 동시에 구체적인 사안에 있어서 이사가 이를 따라야 하는 위반시 책임구성요건의 기본적인 충족요

4) Schilling, in GroßKomm, AktG, § 93 Anm. 2.

5) Mertens, in Köliner Komm, § 93 Anm. 2.

6) Mertens, in Köliner Komm, § 93 Anm. 12.

건이 되는 행위임무를 적시하고 있다. 행위의무와 책임은 상호 종속관계에 있다.

“정상적이고 양심적인 경영인의 주의”라는 표현으로부터 기본적인 이사의 행위의무가 도출될 수 있다. “정상적인 경영인의 주의”만을 요구하는 상법의 기준보다 주식법이 더 높은 수준의 주의의무를 요구하고 있음을 알 수 있다. 주식법 제76조 1항과 관련하여 기업은 독립적으로 이끌어 나갈 이사의 의무가 강조되어야 한다는 결론에 도달한다.⁷⁾ 이로부터 이사의 경영행위에는 책임을 우선하고 가능한 한 감사회와 총회는 개입시키지는 않는다고 볼 수 있다. 그리고 그 밖에 각 이사의 경영행위와 각종 회사의 경제적 관계의 상이점이 너무 크기 때문에 입법자가 설정한 주의기준을 일반적인 시각으로 보지 않게 된다. 그래서 적용해야 할 주의기준은 구체적인 상황 특히 기업의 종류와 크기에 따라 고려되어야 한다.⁸⁾ 그러나 구체적인 상황을 고려한다고 해도 객관적인 시각에서 고려되어야 한다, 필요한 주의가 기준이지 “대충 통상적인 부주의”가 기준이 되지는 않는다.⁹⁾ 그래서 이사의 주의의무는 그 자신이 회사의 주주인 경우에도 자기업무 수행하는 것과 같은 정도(민법 제708조)로¹⁰⁾ 로 제한되지 않는다. 주의의무의 정도를 검토하기 위해 필요한 객관적인 기준은 자신의 임무수행에 적합하도록 성숙한 기업지도자에 맞추어져 있다.¹¹⁾ 그렇기 때문에 업무수행에서의 주관적 無知나 무능력으로 인해 이사의 책임이 면제되지는 않으며 반대로 이는 사퇴이유가 될 수도 있다.

2. 株式法 第93條와 雇傭契約과의 關係

이사의 지위에 대한 책임의 영향은 주식법 제93조에서 뿐만 아니라 고용계약으로부터도 - 고용 계약상의 책임을 변경하는 약정이 가능하다면 - 도출된다. 주식법 제93조 1항외에 고용계약은 회사의 손해배상청구의 근거에서 제외된다는 견해가 있다. 이러한 견해는 고용계약이 주식법 제93조의 다른 청구권의 근거를 제시하지 않을 경우에만 인정될 수 있다. 반면 고용계약이 이사의 민사책임에 어떠한 의미도 가지지 않는다고 할 수도 없다. 고용계약에 이사의 특별한 의무(정관이나 업무규정의 보완으로)가 규정될 수 있다는데에는 異見이 없다. 이러한 고용계약으로부터 도출되는 의무는 주식법 제93조 1항 첫번째 문언에 의거하여 개별이사의 의무위반의 전제요건이 된다. 달리 표현하면 고용계약은 이사의 의무위반이 주식법 제93조 2항의 적용, 즉 민사상의 책임을 발생시킬 수 있는 이사의 구체적 행위의무를 정할 수 있다.

7) Heuck, Der Treuegedanke im moderne n Privatrecht, 1946. S. 216.

8) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.9.

9) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.9.

10) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.9. 10

11) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.9.

특정한 행위의무를 확정하는 것을 넘어서 책임기준을 직접 변경하는 것이 가능한지는 의문이다. 주식법 제93조 1항에 규정된 주의의무는 강행규정이기 때문에 회사에 불리한 방향으로 변경될 수 없다는 데에는 의견의 일치를 보이고 있다.¹²⁾ 이러한 견해는 주의의무를 강화하는 것을 허용하는 것이다.¹³⁾

반면 Mertens¹⁴⁾는 예를 들어 무과실에 의한 영업실패에 대해서도 책임을 지게되는 이사는 자신에게 법적으로 부과된 기능을 제한적으로만 수행할 수 있을 뿐이라는 반론을 제기하였다. 영업정책면에서 이사가 감사회와 총회에 실질적으로 종속될 위험이 있다는 것이다. 이러한 이유때문에 통설은 부정되어야 한다는 것이다.

이러한 비판은 부분적으로만 받아들여질 수 있다. 법적 책임규정이 계약을 통해(이를 동의하는) 계약상대방에게 부담을 강화하는 방향으로 변경될 수 있다는 것은 민법상의 일반원칙과 일치되는 사실이다. 한편 법적인 권력분립구조에 대한 위협을 방지해야 한다는 Mertens의 주장도 타당하다. 그러한 가능성은 주로 이사의 행위에 대해 전반적으로 결과책임(무과실책임)을 인정할 경우에 발생하므로 이러한 규정은 일반적인 경우 허용되지 않는다. 이런 식으로 광범위하게 책임을 강화하는 일은 실무에서 거의 찾아볼 수 없다. 실무상 이루어지고 있는 약정은 개별이사가 특정영업에 대해(여타의 행위의무와는 달리)특정한 결과를 보장하는 형태를 띠고 있다. 예를 들면 특정한 해외투자, 새로운 상품생산, 특정한 재정수단 등의 경우에 당사자들은 이런 종류의 업무가 가지는 위험부담을 잘 알고 있고 이런 인식을 바탕으로 결과에 대한 합의를 본 것이라고 볼 수 있으므로 일반적 이사행위에 의한 침해라는 문제는 거론되어서는 안된다. 이와 같은 약정은 손해배상청구의 가능성을 위해서 뿐 아니라 해당이사에 대한 해임가능성(중대한 사유)을 위해서도 중요성을 가지며 법적 권력분립구조와는 관계가 없다. 그러한 한도내에서 이는 유효하다고 보아야 한다. 따라서 감사회는 고용기관으로서 책임조건의 강화를 통해 구체적인 경우의 이사의 행위에 영향을 끼칠 가능성을 다분히 가지고 있다고 볼 수 있다.

3. 理事의 責任과 理事會의 相互依存關係

1) 責任側面에서의 個人的 集團의 行動의 基本形態

책임결과와 이사회구성 사이에는 상호의존성이 존재한다. 다수로 구성된 이사회내의 개별적 조직형태에 대한 연구는 한사람 이상의 이사의 존재는 특정한 인간행동방식을 전제로 하며 이 사실하

12) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.8: Mertens, in Kölner Komm., § 76 Vorbem, 19.

13) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.8.

14) Mertens, in Kölner Komm., § 76 Vorbem, 19.

에서의 발생가능한 책임의 결과를 고려하여야 한다는 데에서부터 출발해야한다. 그 밖에도 다양한 조직형태가 상이한 책임결과를 발생시킨다는 사실이 이사회 구성시에 예상이 되고 이에 따라 장래의 이사의 지위에 영향을 미친다.¹⁵⁾

실제 주식회사의 정관상 회사의 성공적인 운영은 다수인에 의해 이루어져야 할 것으로 규정되는 경우에 이 경우 이러한 생각은 다수로 구성된 이사회의 조직으로 나타난다. 이는 근본적으로 각 개인이 스스로 특정 목표를 향해 행위해야 하는 것이 아니라 同僚機關으로서 상호연계되어 기능함을 의미한다. 이사회 전체의 관할 사항을 수행하기 위해서 각 구성원은 서로 접촉하여야 하는바 이때 대인적 상호관계가 필수적인 것이다. 법적으로 가능한 조직형태를 정리하기 위해 동료적 업무방식의 사실상의 효과에 대하여는 다음과 같이 볼 수 있다. 이사회의 행위는 각 구성원의 행동의 단순한 接点으로 간주될 수는 없고 각 구성원의 이에 대한 기여도나 부정적인 몫을 변별해 내기가 불가능한 合體的 行위로 보아야 한다. 그러므로 개별적인 이사의 책임의 크기를 계산해 내는데에는 어려움이 따르므로 이에 대해 이사회 구성원 전체의 합체적인 행위로서 이사회 구성원의 연대책임으로 입법적인 해결을 하고있다. (주식법 제93조 2항 첫째 문장).¹⁶⁾

입법자와 회사는 이사회조직내에서의 동료원칙(Kollegialitätsprinzip)을 통해 주식회사의 경영이 보다 성공적일 수 있다는 가정을 근거로 하고 있다. 성공적 경영이라는 목표는 동료적 업무형태의 조직행동에 관한 장단점을 모두 형량해 보아야만 달성될 수 있다. 또한 책임이라는 결과를 인정함에 있어서 고려되어야 할 사항은 특정조직형태(예: 일반적인 전체경영원칙, 담당분야 확장등)가 실제 면에서 실패를 포괄하는 개념으로서 그리고 해당이사가 조직상 관할하는 업무가 아닌 경우에는 책임비난이 불가능한 부정적 효과를 야기시킬 수 있다는 점이다.

입법자는 동료원칙을 분명히 강조하고 연대책임을 인정하고 입증책임의 전환을 규정함으로써 혹독한 책임법상의 결과를 가져오고 있다. 이를 통해 입법자는 이사회내부의 상호협력을 강요하고 있다. 이사들 사이에 상호접촉이 있기를 바라는 입법적 요구는 이사회 실무에서 받아들여지고 있다. 예를 들어 거의 무분별하게 도입된 관할체제(부문별 경영과 결합된 형태도)에도 불구하고 업무규정에 모든 이사에겐 항변권을 부여하여 이를 통해 적어도 전체이사회에서의 새로운 논의에까지는 이루어지게 하고 있다. 다른 한편으로는 동료원칙의 지나친 구체화를 경계하는 경향도 있다. 특히 이사업무내에서의 감독·통제권은 실무상 관철 불가능한 것으로 확인된다. “감시업무”라는 의미에서의 통제수단에 중점을 둔 조직형태는 비실용적인 것으로 거부되고 있다.

책임과 조직문제를 취급함에 있어서 두가지 점이 고려의 대상이 된다. 첫째는 입법자와 회사로부터의 높은 기대와 이에 연계되어 있는 법상의 책임의 결과, 둘째는 현실의 경제상황과 이를 통한 각 조직형태의 부정적 효과의 가능성이다. 두가지 기준은 세부적인 문제해결에 고려되어야 한다.

15) Mertens, in Kölner Komm., § 76 Vorbem, 19.

16) Schilling, in GroßKomm, AKtG, § 93 Anm.8.

2) 特定組織形態의 集團力學的 效果와 責任과의 關係

(1) 個別 經營指揮權

모든 管轄권을 단 한사람의 이사에게 집중시키는 일은 소규모주식회사에서도 거의 찾아볼 수 없고 대규모 주식회사내에서는 실질적으로 전혀 찾아볼 수 없다. 이러한 독점적 권한이 일단 부여되면 이사회라는 기관 전체에 부과되는 모든 권리·의무가 한사람의 이사에게 한꺼번에 적용되어 버린다. 이 경우 해당 이사는 이사회내의 다른 동료이사의 업무처리였다는 항변은 불가능하게 되어 회사의 모든 일에 대하여 책임을 지게 된다.¹⁷⁾

같은 권한이 다른 이사에게도 부여되는 경우 문제는 더욱 어려워진다. 그들 사이에 행위가 충돌하는 相衝行爲의 문제가 발생한다. 즉, 두 이사가 경우에 따라서는 아예 상반되는 결정을 내려 대내적·대외적으로 이 결정으로부터 전혀 다른 상충되는 효력이 발생할 가능성이 있다. 이러한 가능성으로부터 각 개별 업무권한에 있어서 두 이사는 서로 정보를 교환, 제공하여야 하고 절충하여야 할 의무가 나오게 된다. 특히 한 이사가 자신이 수행하고 있는 업무분야에 다른 이사가 구체적인 행동을 계획하거나 시작한 것을 알게 되었을 때에는 다른 이사와 절충을 해야만 자신의 주식법상의 주의의무를 충족시키게 된다. 합의가 이루어지지 않으면(정관이나 업무규정에 없더라도) 각 이사는 이사회전체에 결정권한을 넘기거나 감사회의 결정을 구해야 한다.¹⁸⁾

(2) 全體 또는 多數에 의한 決定

주식법 제77조 2항 첫번째 문언의 규정에 의거하여 이사회내의 조직이 모든 이사가 공동으로 경영권을 갖도록 한다면 모든 이사는 이사회결정에 거부권을 행사할 수 있다. 집단역학적 견지에서 보면 이러한 결정체제는 가장 강력한 상호집축 즉, 상호설득과 공동의사형성에의 압력을 의미한다. 이사회내의 의사결정의 속도와 質은 “가장 약한” 이사에게 달려있다. 꼭 이러한 이유때문은 아니지만 실무상 만장일치제도는 채택되지 않고 있다. 소규모 주식회사에 있어서도 (예를 들면 전체적으로 자본회사라기 보다는 인적회사로 구성된 가족회사의 경우에도) 이러한 경직된 의사결정형태는 피하고 있다. 이와 같은 형태의 결정방식은 예를 들면 회사가 상속되어 잠정적으로 회사가 각 자문계파별로 한사람씩 임명된 이사로 구성된 이사회에 의해 운영되고 있는 경우에 어느 이사의 의사에 반한 결정이 곤란한 특별한 이유가 있는 경우에만 이용되고 있다. 그리하여 다수결원칙이 일반적인데 그럼에도 불구하고 종종 만장일치에 의한 결정이 이루어지기도 한다. 이는 반대의견을 가지고 있음에도 불구하고 소수가 다수의 의견에 복종하고 회사내부 경영상 일치단결하는 기업운영을 위해 반대의견을 묵살한다는 것을 의미한다.¹⁹⁾

17) Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, s. 311.

18) Kluzinger, Grundzüge des gesellschaftsrechts, 5. Anfl., 1989, S. 475.

19) Kübler, Gesellschaftrecht, 2. Aufl., 1985, S. 382.

만장일치제가 적용될 경우 모든 이사가 누구나 결정을 막을 수 있기 때문에 모든 이사는 決定前段階의 심의과정에 참여하고 자신이 가지고 있는 안전에 관한 특수지식을 풀어놓아야 할 의무를 가진다. 특히 심의과정에 참여해 서로 다른 의견을 가지 이사를 설득하는 작업은 집단역학적 관점에서 볼 때 全體經營의 본질적인 부분이다. 그러므로 어느 이사가 이사회에 참여하지 않거나 참여해서도 토의에 참가하지 않으면 의무위반행위로 평가될 수 있다. 심의과정에 참여하여 검토한 결과 타당하고 필요하다고 판단되면 이사는 찬성을 함으로써 결정을 이끌어 내야 한다. 개별이사에게도 전체이사회에의 결정에 대한 규정이 유효하다. 왜냐하면 전체경영의 성공은 결정적으로 각 이사의 손에 달려 있기 때문이다. 또한 한 이사가 미리 장래의 결정에 대해 일괄적으로 찬성하는 것도 집단역동적인 관점에서의 책임을 볼 때 전체경영기능에 일치되지 못하는 일이다.²⁰⁾ 한편으로는 만장일치의 위험요소 때문에 상법 제115조 2항과 민법 제744조 2항이 지체될 위험이 있는 경우에는 제때에 승낙을 받아 낼 수 없는 이사의 승낙없이도 결정이 이루어질 수 있도록 하기 위해 적용되어야 한다.²¹⁾ 조직에서 책임과의 관점에서 볼 때 다수 경영(Mehrheitsgeschäftsführung)과 전체집단경영(Gesamtgeschäftsführung)의 결정적 차이는 결정과정에서 다수가 소수의 반대에도 불구하고 의견을 관철시킬 수 있는가에 달려 있다.

이사가 그의 행위에 대한 책임은 주식법상 두 단계로 나누어 볼 수 있다. 첫째 결정때까지의 행위이고, 둘째 결정이후 자신들의 의견을 묵살당한 이사들의 법적 지위를 살펴보아야 한다. 결정이전의 행동도 결정까지의 실제적 과정과 동료원칙의 집단역동적 효과로 부터 이끌어 낼 수 있다. 모든 이사는 - 전체집단경영의 경우와 마찬가지로 - 결정준비(자료수집과정 포함), 심의 그리고 결정(투표) 단계에 참여해야 한다. 심의과정에 참석하지 않거나 심의과정에 자신의 능력과 임무에 충실하게 참여하지 않는 것은 의무위반이다. 즉 만장일치제와 같은 경우로 볼 수 있다.

결정이 이루어진 이후에도 반대의사를 표시했던 이사들이 주식법상의 책임으로부터 면제되지는 않는다. 결정사항을 집행하는데 반대의견을 가졌던 이사들의 협조가 필요한 경우 이들 이사들은 근본적으로 모든 주의를 다해 결정사항의 집행에 참여해야 할 의무를 진다. 이는 이사회 구조의 기초적 사항인 동료원칙으로부터 도출되는 사항이다. 한편 반대의사를 가진 이사가 의문시되는 결정의 심의과정에 단순히 동참하고 반대표를 던진후 같은 식으로 결정의 이행에 동참하는 것은 충분한 의무이행으로 볼 수 없다. 이사의 주의의무의 내용은 모든 이사가 정당한 경영업무에 긍정적인 영향을 행사하기를 요구하고 있다. 이는 다수결정과정에서 반대의사를 가진 이사는 법이나 정관에 위배되거나 일반적으로 회사에 해를 줄 결정을 막기 위한 모든 것을 다해야 할 의무를 가지고 있다는 것을 의미한다. 필요하다고 판단되면 감사회의 개입도 요청해야 한다. 감사회는

20) Mertens, in Kölner Komm., § 77 Vorbem, 6.

21) Mertens, in Kölner Komm., § 77 Vorbem, 6.

직접 경영에 개입하지는 못하지만 특정 이사를 해임하거나 다른 이사를 임명하거나 긴급시에는 새로운 이사회 업무규정을 제정할 수도 있다.²²⁾

더더욱 예외적인 경우, 예를 들어 감사회와 이사회가 다수가 밀약을 통해 결탁되어 있을 경우에는 이사회가 구성에 영향력을 행사할 수 있는 총회의 개입을 요청해야 할 의무도 반대의사를 가진 이사에게 부여될 수 있다. 이사로서 할 수 있는 모든 조치가 소용이 없을 경우에는 부당한 결정의 현실화를 저지할 수 없으므로 사임을 할 권한이 부여되는가 또는 아예 사임해야 할 의무가 인정되는가가 의문이다. 통설에 의하면 반대의사를 가진 이사에게 사임의무는 인정되지 않지만 사임할 권리는 인정된다고 한다.²³⁾ 달리 해석할 경우에는 Kutzner가 지적하듯이 책임감 강한 이사는 자동적으로 이사회에서 제거되고 비교적 책임감이 약한 이사만 계속 이사회에 남게 되는 결과를 가져올 것이다.

반대 의견을 가진 이사에 관한 규정이 법적으로 마련되어 있지 않아 실무상 각 회사마다 상당히 다른 형태의 다양한 해결방안이 마련되고 있다. 반대의견을 가진 소수이사에게 전혀 항변가능성이 주어지지 않고 "입을 봉하고 있던가 아니면 떠나던가" 할 수 밖에 없다는 명시적 혹은 은닉된 감사회규정도 있고, 많은 회사에 있어서는 감사회(혹은 다른 이사, 예를 들면 대표이사)에 이의를 제기할 수 있도록 하고 있는데, 일부 회사내에서는 반대의견 소수집단(두사람 이상의 이사)이 형성되었을 때에만 이의를 제기할 수 있게 하고 있다.

위기시의 기업과의 연관에서 여러가지 각도로 서술된 바 있는 문제로서 이사가 자신의 소수의견을 재판관을 통해 어느 정도까지나 관철시킬 수 있는가 하는 점에 대해 신중한 논의가 있어서 한다. 통설에 따르면 한 기관의(회사명의회) 다른 기관 구성원에 대한 訴追는 원칙적으로 인정된다고 한다.²⁴⁾ 기관의 한 구성원이 어느 정도까지 해당기관에 대해 재판상의 권리를 행사할 수 있는가의 문제는 아직까지 논의되지 않고 있다. 공동결정모델이 현실화되고 각 개별기관의 구성이 복잡한 형태로 이루어질 때 이 문제가 앞으로는 더욱 큰 비중을 차지하게 될 것으로 예상된다.

소추권에 대한 근본문제를 이곳에서 더 이상 심도있게 다룰 수는 없다. 단지 통설에 의하면 기관(특히 이사회)의 구조 및 기능을 고려해 볼 때 하나의 기관내부에서의 소송은 배제되어야 한다. 법적으로 또는 정관상 예정되어 있는 이사회내에서의 의사형성에서의 조직메카니즘이, 이사회내의 소수집단의 상이한 견해가 국가재판권을 통해 즉 회사의 의사에 의해 결정되어 관철될

22) Schilling, in GroßKomm, AktG, § 93 Anm.22. : Mertens, in Kölner Komm., § 77 Vorbem.21.

23) Schilling, in GroßKomm, AktG, § 93 Anm.22.

24) Mertens, in Kölner Komm., § 77 Vorbem. 5.

수 있게 된다면 이는 주식회사에서의 권한분립의 원칙에 대한 근본적 침해를 의미하게 된다. 이문제에 대한 일반적 해답은 주식회사의 구조문제, 각 기관의 기능 그리고 기관과 주식회사내에서의 이해관계분야에 대한 면밀한 검토가 있어야 한다.

3) 特別한 境遇 : 自己管轄部門에서의 經營

(1) 자기관할 부분에서의 의무

이른바 관할체계에 따른 이사의 임무의 분담은 실무에 있어서 가장 일반적인 업무분담방법이다. 이러한 업무분담 특히 현대적 Management체계에 따른 업무분담은 현실경제상황의 다변화에 따라 기업경영에 요구되는 일반적인 현상이다. 전통적인 분할(생산, 판매, 기획, 경리 등)을 넘어서 대부분 미국식 체계를 모방한 회사들에 있어서는 한 분과가 전체기업의 일부이고 법적으로도 비독립적임에도 불구하고 일부 부문은 재정적으로 독립적 기업의 형태를 띠도록 업무분담을 하고 있다. 주목할만한 것은 많은 업무규정들이 정관에 의해 추상적으로 규정된 분담부문을 실무상 구체적으로 개별이사에게 전가키시고 있지 않다는 것이다. 특히 個別管轄部門別로 개별경영권을 귀속시키는 일은 피하고 있다.²⁵⁾

이사의 법적책임은 이사가 자기관할 부문에서 업무를 하고 있는가 아니면 다른 관할 부문에서 일하고 있는가는 구분되어야 한다. 자기부문에서의 행위에 대해서 이사는 전적으로 책임을 진다. 이점에 있어서는 일반규정이 적용되며 이사회에서의 개별경영권은 전체와의 관계에서 어떻게 처리되어야 할 것인지 해결되어야 한다. 여기서 특정영업을 하려고 할 때 다른 부문의 동료이사에게 이 사실을 알려야 하는가가 문제된다. 이에 대해서는 일반적인 원칙이 있을 수 없다. 이는 해당 영업의 규모에 따라 달라진다. 자신의 관할 사항내에서의 모든 영업에 대해 다른 이사들에게 이를 알려줘야 할 의무가 있다면(이를 보고받은 이사들은 이에 대한 필요한 조치를 해야 할 것이다) 部門體制의 장점은 무시 될 수 밖에 없다. 업무분담을 통한 업무경감이란 전혀 있을 수 없게 된다. 반면 특히 중요한 영업의 경우에는 형식적으로는 한 이사의 담당사항이더라도 그 영업으로부터 간접적으로 영향을 받게 되는 부문의 이사에게는 이를 알려줘야 한다. 실무상 이러한 해석은 받아들여지고 있고 중요한 영업의 경우는 "이미 자동적으로 전체이사의 관할에 속하게 된다"는 확신이 실무자들에게는 일반적으로 받아들여지고 있다. 이러한 제한조건이 많은 회사의 업무분담체계에 나타나고 있다.

25) Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 1992, S. 192.

(2) 他業務分野에 대한 監督業務(Uberwachungspflicht)

자신의 업무분야외에 나머지 회사경영부분에 대해서도 감독해야 할 이사의 의무는 일반적으로 인정되고 있다.²⁶⁾ 일반적 감독의무의 범위는 구체적인 경우에 따라 사례별로 판단되어야 한다. 주된 판단근거는 다양한 영업부분의 영업의 업무의 종류와 중요성이다. Boesebeck에 의하면 재정적 효과뿐 아니라 해당영업의 도덕적, 사회정책적 그리고 공법상의 가치도 주요기준이 된다고 한다. 해당이사의 감독의무의 범위는 해당이사의 이사회에서의 지위와 임무에 따라 결정된다. 해당이사의 임무가 특히 대표이사의 경우와 같이 개별경영행위를 취합하는 것이라면 각 분야에 대해 통제를 하여야 할 것이다. 반면 잘 조직된 이사회는 다른 이사의 보고를 경청하고 이따금 개인적으로 검토를 해 나가는 정도의 의무만을 가진다고 하겠다.

(3) 統制의 時期 및 範圍

이사는 다른 업무분야에 대해서 그 업무분야에 문제의 소지가 있다는 징후가 나타날 경우에는 이에 대해 주의를 기울일 필요가 있다는 학설²⁷⁾은 법적인 근거를 가지고 있지 못하다. 실제의 경우 이러한 견해가 매우 위험한 결과를 가져올 수 있다. 감독의무가(다른 이사의 점검도 없는 상태에서) 결과를 더 이상 막을 수 없는 상태에 이르게 할 수도 있다. 이 견해는 구체적 사안을 판단함에 있어서 법규의 근본목표로서 항상 고려되어야 하는 동료원칙의 본질과도 일치하지 못한다. 업무분담은 일면 동료원칙의 장점(집단결정)을 확보하면서 단점(업무처리방식의 곤란성)은 집단구성원 가운데 해당업무에 대해 가장 전문적인 이사가 처리할 수 있게 함으로써 해결하여야 한다. 통제를 잘못된 판단이 이미 인식가능한 상태에 까지 이르른 시점에 하도록 한다면 집단결정의 장점은 더이상 효과를 보지 못하게 될 수 있다.²⁸⁾

또한, 주식법상 규정되어 있는 매우 중요한 이사회는 어차피 개별이사에게 일임될 수 없고 이러한 이사회는 강행규정적 필수권한도 업무분담의 한계가 된다. 여기에서 말하는 중요한 임무에는 경영업무의 적법성 및 합목적성에 대한 책임과 이사회는 조직적 기능 전체도 포함된다.²⁹⁾ 그렇기 때문에 전체이사회는 순조로운 기능을 담보하기 위해 정기적으로 다른 분야에 대한 예방적 점검을 해야 하는 의무를 모든 이사가 다 가지고 있다는 결론이 내려진다.

(4) 株式法上의 注意義務의 實務適用

지금까지의 고찰을 통해 주식법상의 고도의 주의의무 요청이 또 한편으로는 실제상황이 고려되

26) Meyer-landrut, in Großkomm. AktG, § 77 Anm. 3; Mertens, in Kölner Komm., § 77 Anm. 11, 15.

27) Mertens, in Kölner Komm., § 93 Anm. 34.

28) Reingardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1981, S. 183.

29) Mertens, in Kölner Komm., § 93 Anm. 34.

어야 한다는 것을 알 수 있다. 실제에 있어서 - 감독의무의 경우와 같이 - 이사는 물리적 심리적 으로 지나친 요구를 받고 있다는 것이다.

실무상 대부분의 경우에 여기서 서술되고 있는 법적 의미의 순수한 업무분담은 거의 찾아볼 수 없고 통합적 업무관장이 대부분의 경우 우선되고 있다.³⁰⁾

팀작업(집단 사회학의 연구성과가 반영된)과 연계된 현대적 경영기법(예: 분할형태, 대상분야에 따른 편성)의 도입때문만은 아니지만 실질적으로 각 업무분야의 책임은 존재한다. 여기서 감독권과 관련된 문제에 대한 해답을 찾을 근본적인 점을 발견한다. 전체이사회와 관할권도 개별부문을 위한 전제가 된다. 분할체제의 장점은 이사들이 타분야에 관한 업무로 부터 해방되어 있는 경우에만 효과가 나타날 수 있다. 그러나 이러한 업무경감은 동료주의원칙의 장점은 각 개별부문을 넘어 서로 상시적인 접촉이 유지되어야만 달성될 수 있기 때문에 원칙적으로 집중적으로 진행중인 업무에 한해서 적용될 수 있다. 중요한 것은 개별부문의 성공이 아니라 전체이사회와 업무가 회사를 위해 더욱 중요하다는 사실이다.³¹⁾

법적인 시각에서 이러한 사실관계로부터 도출된 결과를 따르자면 모든 이사가 정기적으로 통제 행위(종류 및 범위는 각 회사의 업무내용에 따라)를 할 것을 규정해야 한다. 그런데 지금까지의 견해와는 달리 행위의무는 다른 분야의 이사에게서 찾아 볼 수는 없고, 해당 업무분야의 이사가 정기적으로 다른 이사들에게 보고를 해야 할 의무가 존재한다. 각 부문의 이사의 의무를 인정한다면 다른 이사들의 행위는 정기적인 보고를 경청하는 데까지만 이르게 된다. 보고가 이루어지지 않게 되면 비로서 전체 이사회는 해당 분과에 대한 점검에 들어가야 할 의무를 갖게 된다.

(5) 現代的 經營方法側面에서의 監督義務指針

이러한 의무의 분배를 통해 현대적 경영·정보체제의 도입도 법적인 측면으로 포섭된다. 즉 각 업무분야의 이사의 정기적인 보고의무를 인정하면 각 분야 이사들로부터 부당한 침해라고 거부당하지 않고 다른 이사들이 스스로 이러한 정보를 취할(예를 들어 내부 정보처리 시스템을 이용하여) 권리가 인정되게 된다.³²⁾ 정보가 모자라기 때문이라는 핑계는 이러한 현대적인 정보System을 이용함으로써 신속하게 취득할 수 있게 됨에 따라 그 만큼 설득력이 없게 되었다. 순조로운 합목적적인 조직운영에 대한 전체 이사회와 의무가 당연한 것이기 때문에 경영업무의 증가에 따라 신속한 정보수집처리를 위한 현대적 정보체제를 이사회내에 구축해야 한다는 점이 오늘날 법적인 측면에서 강요되고 있다. 정보체제가 문제없이 운영되고 있는 상황에서 더 이상 이사개인

30) Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1991, S. 362.

31) Wedell, Minderheitenschutz im Aktienrecht?-Aktärsinteressen und Rechtswirklichkeit, 1971, S. 132.

32) Weisser, Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, 1961, S. 251.

의 물리적 심리적 능력의 한계는 책임면제이유가 될 수 없기 때문이다.

(6) 다른 業務分野에서 失手が 露呈된 이후의 措置

이사의 감독활동으로 다른 업무분야의 잘못을 확인한 경우에 있어서도 이사의 의무가 인정될 수 있다. 이 경우에 이사는 多數決制 아래에서의 소수반대의견을 가진 이사와 유사한 지위를 가지게 된다. 예정된 조치에 대해서 이의제기가 있다하여 해당분야의 이사에게 그 업무를 중단해야 할 의무가 발생하는 것은 아니다. 해당분야에 대해서는 그가 자기책임아래 결정하는 것이기 때문이다. 그러나 이러한 경우 해당 업무에 대해 전체이사회가 관할권을 행사하도록 할 것인지에 대해서 이사회가 결정하도록 하는 식으로 회사가 규정하고 있을 수 있다. 이사회에서 업무분담을 맡은 이사에게는 특별한 임무가 주어진다. 업무분담이 정관이나 감사회에 의해 이루어진 때에는 이는 그 담당이사에게 구속적인 경우가 된다. 이사는 스스로 이를 변경할 수 없기 때문이다. 이런 경우에 이사는 담당부서의 이사의 선출이나 적정한 업무분담에 대한 책임이 없게 될 수 있다. 반면 이사회가 업무분담을 스스로 한 경우에는 이에 구속되지 않고 언제든지 의견일치를 통해 이를 변경할 수 있다. 업무분담도 역시 경영조치의 하나이고 이에 대해 이사회는 전적으로 책임이 있으므로 이러한 경우 이사는 업무분담의 합목적성과 적정한 업무담당이사의 선출에 대해 책임이 있다. 타업무분야에 대한 감독의무와 항변권의 한계는 실체적으로 정당해야 하고 사사건건 간섭하는 것은 실질적으로도 경영에 유용하지 못하다.

4. 理事會業務에 대한 會社內 他機關의 關與의 效果

1) 總會의 關與

이사의 회사에 대한 배상의무는 이사의 행위가 적법한 총회의 결정에 근거를 두고 있는 경우에는 발생하지 않는다(주식법 제93조 4항). 이것과의 관계에서 전체 이사회가 총회의 결정에 어느 정도 발언권을 행사할 권한이 있으며 어느 정도의 기여를 함으로써 의무를 다하게 되는 것인가 그리고 또 한편으로는 개별이사가 총회의 결정에 대해 항변할 수 있는가 또 항변해야 하는가 등이 문제이다.

이사의 책임은 적법한 총회의 결정을 통해서만 면제된다. 즉 이러한 결정은 총회의 관할사항내의 것에 속해야 하고³³⁾ 무효도 취소가능하지도 않아야 한다. 이는 총회는 경영에 관한 문제물(법적인 예외상황을 제외하고)³⁵⁾ 이사회가 요청하는 경우에만 판단·결정할 수 있다(법 제119조 2항).

33) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd.I, 1980, S.191.

34) Schilling, in Großkomm, AKtG, § 93 Anm.32.

35) Mertens, in Kölner Komm, § 93 Anm. 93: Schilling, in Großkomm, AKtG, § 93 Anm.33.

따라서 감사회의 요청에 의한 총회의 결정은 이사회에 책임을 면제시켜 주지 못한다.³⁶⁾ 이사는 전체이사회에 요청에 의한 총회의 결정을 통해 예상되는 책임으로부터(예컨대 위험부담이 있는 영업의 경우) 면제될 수 있다. 이 가능성은 주식법상의 강행적 권한분배규정에 의해 제한된다. 이사회가 모든 중요한 문제에 대해 총회의 결정을 요구할 수는 없다. 경영업무조치에 대한 총회의 결정은 원칙이 아니라 예외이다.

이사가 적법한 총회의 결정을 실행할 수 있고 이에 따라 그의 책임의 면제가 된다는 데에는 이론이 없다. 반면 이사가 총회결정이 부당하다고 생각할 경우 이의 실행을 거부할 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 총회결정 이후 상황이 변경되었을 때에는 이사가 총회결정을 거부할 수 있고 또 거부해야 한다는 것은 확실하다.³⁷⁾ 문제는 사전변경이 없는 경우인데 Godin-Wilhelmi는 이 경우에도 이사가 생각하기에 합목적적이라고 판단되면 총회결정을 거부할 수 있다고 한다. 이러한 결론이 이사회에 권한과 일치되는 해석이라고 한다. 그러나 통설은 전혀 반대의 입장이다.³⁸⁾ 특히 Schilling³⁹⁾은 Godin의 견해를 논박하고 있는데, Godin이 전제로 하고 있는 이사회에 그러한 권한이 무제한적이라는 것은 부당한 것이라고 한다. 그보다는 오히려 이사회도 주식법 제82조 2항(1937년 주식법 제74조 1항과 비교할 것)에 의거 총회에 의한 권한제한에 복종해야 한다고 보아야 타당하다고 한다. 경영업무에 관한 총회결의도 이와 같은 제한사항에 속한다. 1965년 주식법의 입법자도 같은 견해를 가지고 있다. 이리하여 Godin-Wilhelmi의 입장을 따를 수가 없고, 사정변경이 없는 한 총회의 결정을 이사는 따라야 하고 그렇지 않은 경우 손해배상책임을 지게 된다.⁴⁰⁾ 반면 총회결정의 적법성을 점검할 권리를 가진다. 불법한 결정을 따르는 것은 책임면제가 되지 아니하므로 이사는 오히려 그 적법성을 점검할 의무를 가진다. 취소가능한 결정의 경우 취소권이 전체이사회에 부여되고 있고(주식법 제245조 4호) 해당이사가 이를 신청하였으나 관철이 안 된 때에 한하여 해당이사는 책임을 면제 받는다.

2) 監査會 關與

감사회로부터의 동의는 이사의 책임을 면제시켜주지 않는다(법 제93조 4항 두번째 문장). 이는 정관이나 감사회의 특별규정에 따라 감사회의 동의가 필요하고 동의가 있었던 경우에도 마찬가지이다.⁴¹⁾

36) Schilling, in *Großkomm. AktG*, § 93 Anm.32: Mertens, in *Kölner Komm.*, § 93 Anm. 53.

37) Schilling, in *Großkomm AktG*, § 93 Anm.38: Mertens, in *Kölner Komm.*, § 93 Anm. 62.

38) Schilling, in *Großkomm. AktG*, § 93 Anm.36, 37.

39) Schilling, in *Großkomm. AktG*, § 93 Anm.36, 37.

40) Schilling, in *Großkomm. AktG*, § 93 Anm.36.

41) Schilling, in *Großkomm. AktG*, § 93 Anm.30.

Ⅲ. 그 밖의 責任規定

1. 民事上 責任

그 밖의 민사상의 책임은 주식법 제117조(회사에 대한 영향력을 이용하여 회사를 해하는 이익의 취득), 민법 제823조 2항(주식법상의 개별조항이 민법 제823조 2항에서 말하는 보호법규인 한)⁴²⁾ 그리고 민법 제826조에서부터 도출된다. 이들 규정은 이사가 고의로 위법한 재산상의 이득을 취하려 했던 경우에만 적용된다. 이들 규정은 이사의 회사내에서의 지위에 대해서는 별 영향을 끼치지 않는다.

2. 刑事上의 責任

형법 규정 - 주식법상의 규정(법 제399조 이하)이든 일반형법전상의 규정이든 간에 - 도 이사의 회사내에서의 지위에 별 영향을 끼치지 않는다. 형사상 처벌대상이 되는 행위를 함으로써 이사는 이미 법의 테두리를 벗어난 것이므로 회사법적 규정이 더 이상 그의 행동에 영향을 줄 수도 없다.

Ⅳ. 株式法上의 證據問題의 實務上 意味

1. 責任結果의 現實化

실무자들로부터 민사상의 책임부과 - 특히 주식법 제93조에 따른 - 는 실무에 있어서 그리 큰 의미를 갖지 않는 바, 이사에 의해 발생한 손해에 대한 배상이 현실화되는 일은 거의 없는 실정이다. 이 문제에 대한 법원의 태도는 특히 상급법원의 경우는 비교적 미약하게 취급되는 반면 학설상으로는 근본적으로 자세히 취급되고 있다. 주식회사들은 공개재판을 통해 이사로부터의 손해배상을 받아내는 방법을 종종 꺼린다는 것은 공공연한 비밀이다. 이러한 청구권문제는 일반적으로 종래의 재판이나 화해를 통해 해결된다.

최근에 들어서는 경쟁이 심해짐에 따라 회사가 이사에 대해 민사상의 책임을 묻는 경우가 증가하고 있다. 구체적으로 어떠한 손해가 발생했는가와는 관계없이 책임관계를 확정하고 배상을 실현 시키는데 있어서 주식법 제93조는 중요한 역할을 한다.

42) Schilling, in Großkomm. AktG, § 93 Anm. 65.

2. 舉證責任分擔의 範圍

주식법 제93조 2항 두번째 문장의 거증책임의 전환은 중대한 의미를 가진다. 이 법조문은 그러나 유감스럽게도 명확하지 못해 거증책임의 전환이 이사의 책임부분에만 적용되는가 아니면 객관적으로 주의의무를 위반했는지의 부분에 까지 적용되는가가 불분명하다. 다수의 견해는 - 그 근거는 다르지만 - 객관적 주의의무위반에 까지 적용된다고 한다.⁴³⁾

Mertens⁴⁴⁾의 '통설은 주의의무의 구성요건에 대한 위반이 전제조건이고 책임문제와는 구별되어야 한다는 사실을 간과하고 있다'는 지적은 타당하다. 93조에서 거증책임을 전환하고 있는 이유는 이사가 손해발생행위에 관한 증거들에 근접해 있기 때문이다.⁴⁵⁾ 이는 거증책임의 전환이 귀책(개인적 비난 가능성의 의미에서) 부분에만 해당되는 것이 아니라 객관적 의무에 합당한 행위의 입증부분까지 적용됨을 의미한다. 그러나 회사가 특정 손해를 입증하고 그 손해가 어느 이사의 관할 업무분야에서 발생했다는 것만으로는 충분하지 못하다. 민사소송을 위한 이유에서라도 회사는 해당이사의 손해발생을 유발시킨 구체적 행위를 적시해야 한다.⁴⁶⁾ 더 나아가 회사측은 적시한 이사의 행위가 해당이사의 의무범위에 속한다는 것을 입증해야 한다(그렇지 않을 경우 이사가 자신을 방어할 경우 법원은 책임구성요건이 충족되었다고 인정할 수가 없을 것이다). 그러니까 회사는 업무규정(정관)을 근거로 해당이사의 구체적 조치가 그의 의무범위에 속함을 입증해야 한다.

의무위반행위와 발생한 손해사이에 인관관계가 존재한다는 것을 회사측에서 입증해야 한다는데 대해서는 크게 이견이 없을 것이다.⁴⁷⁾ 그런데 이것이 회사경영차원에서의 복잡한 업무과정으로 인해 일반적으로 입증이 상당히 어렵고 이로서 이사 자신의 행위가 의무위반이 아니었음을 그리고(혹은) 개인적인 측면에서 책임이 조각된다는 것을 입증하여야 한다.

거증책임분담문제에 대한 일반적 언급 - 통설로부터 부분적으로 이루어지고 있는 - 은 아주 조심스럽게 취급되어야 한다. 주식법 제93조 2항의 거증책임분담문제는 회사와 이사의 증거에 대한 접근성을 근거로 사안에 따라 별도로 결론이 내려져야 한다.

43) Schilling, in Großkomm. AktG, § 93 Anm. 17.

44) Mertens, in Kölner Komm, § 93 Anm. 48.

45) Mertens, in Kölner Komm, § 93 Anm. 48.

46) Mertens, in Kölner Komm, § 93 Anm. 48.

46) Mertens, in Kölner Komm, § 93 Anm. 48.

V. 結 論

오늘날 주식회사의 성패는 이사회 경영결과에 달려 있다. 이사회 구성원인 이사의 개별적인 경영에 관한 행위는 주식회사의 성패에 직접적으로 연결된 것이다. 그리하여 회사법에 있어서 이사의 행위임무는 그 어떤 부문보다도 중요하게 다루어져야 하는 것이다. 일반적으로 이사의 경영상에 있어서 중요하게 거론되는 의무로서는 주의의무에 집중되어 있다. 그런데 일반적으로 주의의무는 시대의 상황에 따라 변화하는 포괄적이고 불투명한 의무이다. 이사의 주의의무 위반을 이유로 하여 소송이 제기되었을 때 백지규정적인 주의의무의 내용을 구체화하는 단계는 법원의 판단에서 시작된다. 주의의무의 구체적 형태는 실질적으로 법원에 의해서 정형화할 수 밖에 없는데 본질적으로 보수적인 법원에 의한 주의의무의 확인은 사실상 시대에 뒤떨어지는 형태로 남고 있는 것이다. 이러한 이유는 복잡한 회사경영에 대한 법원의 판단력의 결핍에도 큰 원인이 있는 것이다.

독일 주식법상 이사의 주의의무의 기준인 "정상적이고 양심적이 경영인의 주의"라는 것은 법원의 재량판단을 유도하는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 표현은 독일법에서만 한정된 것이 아니다. 우리법이나 미국법에서도 마찬가지이다. 우리법에서의 이사의 주의의무는 선량한 관리자의 주의라는 기준으로서 내용의 불투명한 형태로 존재하고 있다. 미국모범사업회사법의 경우도 마찬가지이다. 그에 의하면 "성실하게, 동일한 지위에 있는 통상의 신중함을 가지는 자가 동일한 상황에서 기울였을 주의를 가지고 회사의 최대의 이익이 된다고 합리적으로 믿는 방법으로 이행하여야 한다"고 규정하고 있다 (§8.30(a)). 이와 같은 규정들은 사실상 무엇이 정상적이고 양심적인지, 선량한 관리자의 주의정도가 어떠한 수준인지, 통상의 신중한 주의가 무엇인지를 명확하게 나타내질 않고 있는 것이다. 백지규정과 같은 이러한 불명확 개념의 정립은 사실상 불가능에 가까운 것으로서 법 해석학적으로는 그 시대의 언어적 의미에 부합하는 합목적적인 유형화를 시도하는 쪽으로 개념정립의 방향을 잡아야 할 것이다. 그렇게 하지 않을 경우 이사의 주의의무 위반에 대한 판단은 이사의 항변에 의하여 주의의무의 존재는 회사의 손해를 구하는 데에 있어서 희망없이 사라져가는 희미한 불빛에 불과하게 된다. 더구나 이사의 행위로부터 회사의 손해가 발생한 경우에는 그것이 이사의 경영상의 결과로서 그래서 귀책사유가 없는 것으로 이사의 독자적 경영기법을 합리화하는 변명이 인정되는 경우에는 이사의 주의의무 위반은 거대한 모래밭에서 바늘을 찾는 것이나 다름없게 된다. 이러한 점은 미국에서의 이사의 주의의무와 경영판단의 원칙의 논의가 좋은 교훈이 될 것이다. 오늘날 일반적으로 주의의무의 유형화에 입법적으로 또는 판례에서 확립되어 가고 있다. 이사의 이사회 참석의무, 감독·감시의무, 신뢰의무 등이 그것이다. 여기에 멈추지 않고 급변하게 발전하는 회사를 둘러싼 경제상황에 부응할 수 있는 형태의 이사의 주의의무의 내용을 과감하게 정리할 필요성이 오늘날의 현실에 있어서는 더욱더 요망되는 것이다.

參 考 文 獻

- Brondics, Die Aktionärsklage, Dunker & Humbolt, Berlin, 1988.
- Fillman, Treupflicht der Aktionäre, Peter Lang Verlag, 1991.
- Heuck, Der Treuegedanke im moderne n Privatrecht, 1946.
- Immenga, Personalistische Kapitalgesellschaft, 1970.
- Kluzingerm, Grundzuge des gesellschaftsrechts, 5. Aufl., 1989.
- Kübler, Gesellschaftrecht, 2. Aufl., 1985.
- Larenz, AT(Allgemeine Teil), Schr(Schuldrecht), 1889.
- Mertens, in Kölner Komm. (Kommentar), § 93, 76, 77.
- Meyer-Landrut, in Großkomm. AktG, § 77.
- Reinhardt/Schulda, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1981.
- Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 1992.
- Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1991.
- Schilling, in Großkomm. (Kommentar) AktG (Aktengesetz), § 93.
- Wedell, Minderheitenschutz im Aktienrecht? - Aktärsinteressen und Rechtswirklichkeit, 1971.
- Weisser, Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, 1961.
- Wiedmann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980.

Zusammenfassung

Begriff und Funktion der Haftung im Zivilrecht sind wenig geklärt, insbesondere fehlen Untersuchungen über die Auswirkungen drohender Haftung auf die Verhaltensweisen der Menschen. Im besonderen rechtlichen Sinne ist unter dem Begriff der Verantwortung das Verantwortlichsein für eine bestimmte Handlung mit der regelmäßigen Folge der Haftung zu verstehen. Die Haftung kann zivil- und strafrechtlich ausgestaltet sein. Man gibt sich mit der Feststellung zufrieden, daß die zivilrechtliche Haftung regelmäßig eine Schadensersatzpflicht auslöst. Im zivilrechtlichen Bereich sind andeutungsweise Aussagen zu finden, beschränken sie sich auf die Einsicht, daß eine präventive Wirkung von Haftungsregeln feststellbar sei.

Dieser Arbeit ist hauptsächlich von der Soziologie, der Kriminologie und der Psychologie zu leiten. Es kann hier nur auf einen allgemein evidenten Erfahrungswert zurückgegriffen werden. Jeder Mensch will unangenehme Folgen vermeiden und wird sein Verhalten so weit wie möglich auf dieses Ziel einstellen. Dieser Ausgangspunkt ist für die Entscheidung von Organisationsfragen des Vorstandes in zwei Richtungen bedeutsam.

1. Bereits bei der Ausformulierung der Organisationsregeln des Vorstandes ist damit zu rechnen, daß mögliche Haftungsfolgen einkalkuliert werden und entweder der Haftungsunterworfenen oder der aus den Haftungsregelungen Begünstigten zu der Einführung einer jeweiligen Interessenlage entsprechenden Regelung tendieren wird.
2. Auch bei der Entscheidung von Einzelfragen aufgrund der bereits vorhandenen Regelungen im Haftungsrechtlichen Bereich ist zu berücksichtigen, daß rechtliche Anforderungen an die Vorstandmitglieder nur insoweit gestellt werden dürfen, als die Rechtsunterworfenen die Möglichkeit haben, sich der Haftungsfolge durch die Beachtung der Organisationsregeln zu entziehen.